

全国高等学校法学专业必修课、选修课系列教材

模拟法庭实验教程

Moot Court Practice Textbook

(第二版)

陈学权 编著



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

全国高等学校法学专业必修课程、选修课系列教材

模拟法庭实验教程

Moni Fating Shiyān Jiāochéng

Moot Court Practice Textbook

(第二版)

陈学权 编著



高等教育出版社·北京
HIGHER EDUCATION PRESS BEIJING

内容提要

模拟法庭实验是培养法科学生法律职业技能与伦理的重要途径。对于每一个有兴趣参与模拟法庭实验的同学来说,本书试图准确回答以下问题:做什么(模拟法庭实验课程包括哪些实验)、为什么做(做模拟法庭实验追求的目的是什么)、谁来做(参与模拟法庭实验的人员及其分工如何确定)、怎么做(法庭上如何开口说话、庭前如何撰写司法文书、法庭审判操作如何有序进行)、用什么做(理想的模拟法庭实验案例是什么)。

本书所选案例真实、有趣、操作步骤明确、到位,示范实例准确、规范,语言朴实、简洁,凸显模拟法庭实验的趣味性、知识性和实战性。本书可作为全国高校法学专科、本科、法律硕士的模拟法庭实验教学教材,也可以供其他专业选用和作为社会各界的职业培训教材。

图书在版编目(CIP)数据

模拟法庭实验教程/陈学权编著. —2版. —北京:高等教育出版社,2012.8

ISBN 978-7-04-035568-0

I. ①模… II. ①陈… III. ①审判-案例-中国-高等学校-教材 IV. ①D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 173728 号

策划编辑 宋 军
责任校对 窦丽娜

责任编辑 帅映清
责任印制 张福涛

封面设计 杨立新

版式设计 范晓红

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100120
印 刷 北京市白帆印务有限公司
开 本 787mm×960mm 1/16
印 张 27
字 数 480 千字
购书热线 010-58581118
咨询电话 400-810-0598

网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.landracom.com>
<http://www.landracom.com.cn>
版 次 2009 年 1 月第 1 版
2012 年 8 月第 2 版
印 次 2012 年 8 月第 1 次印刷
定 价 36.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换
版权所有 侵权必究
物 料 号 35568-00

作者简介 ■ ■ ■

陈学权，对外经济贸易大学法学院副教授，法学博士，博士生导师，兼任中国法学会刑事诉讼法学研究会理事、中国警察法学研究会理事。曾独立出版《科技证据论》（中国政法大学出版社2007年版）、《DNA证据研究》（中国政法大学出版社2011年版），在《法学研究》、《政法论坛》等刊物独立发表学术论文70余篇，主持教育部、最高人民检察院课题3项，独立获得中国法学会中青年刑事诉讼法学优秀科研成果奖（2007年、2011年）、司法部全国优秀法学教材与科研成果奖（2009年）、北京市大学生模拟法庭竞赛优秀指导教师奖（2010年）、对外经济贸易大学第二届青年教师教学基本功比赛一等奖（2008年）、对外经济贸易大学优秀教师奖（2010年）等教学和科研奖励。

第二版修订说明 ■ ■ ■

本书自2009年初出版发行以来,受到了广大师生的欢迎。在本书近三年的使用过程中,部分读者向作者反馈了一些修改意见;同时随着我国《侵权责任法》、《刑法修正案七》、《刑法修正案八》的颁布、《刑事诉讼法》的修正等,我国法治建设发生了诸多变化,为此作者决定对本书进行修订。本次修订,主要体现在以下五点:一是根据近三年来我国相关法律的制定和修改,对有关涉及现行法律规定的内容进行调整。二是增加了示例,即针对三大诉讼一审法律文书的写作和模拟法庭实验操作步骤,以刑事、民事和行政诉讼各一个示范案例为基础,给出了示例,以便学生模拟操作。三是更新了近一半的实验案例,并对保留的案例在证据材料上作了适当的修改,以使实验案例的类型更加多样化、问题更具争议性。四是在附录中,增加了8篇学生学习完模拟法庭实验课程后的心得体会,以供有意参加模拟法庭课程学习的同学参考。五是删除了一些与本教材实验操作联系不是很紧密的有关诉讼法学、证据法学的理论知识和法律文件,以凸显本书的实战性。此外,从使用方便的角度,对本书个别章节的次序作了调整,同时对原版中的技术性错误作了更正。

本次修订成果是近些年作者与参加模拟法庭实验课程学习的同学教学相长的结晶。在此,我要向这些令我骄傲的同学们表示感谢。我国模拟法庭实验教学正处于探索之中,本书难免有所不足,诚请各位读者继续对本书提出宝贵的意见和建议。

陈学权

2012年4月20日

第一版前言

“模拟法庭实验”是法学专业实践教学的重要内容，它以较强的真实性、直观性和实践性而深受学生欢迎。目前全国六百多所开设法学专业的高校，大多有专门的模拟法庭实验室，而且越来越多的高校已将模拟法庭实验课纳入法学专业的必修课程。然而，国内的模拟法庭实验教学尚处于探索阶段，公开出版的相关教材寥寥无几。基于此，我萌生了将从事模拟法庭实验教学准备的相关资料及心得体会编写成书的想法。

在本书的编写过程中，我试图清晰地告诉读者模拟法庭实验是什么以及如何进行。为此，在本书的结构安排上，我采取了先总后分的方式。

总论部分由绪论、第一章和第二章组成。绪论部分主要就模拟法庭实验教学的含义、单独开设模拟法庭实验课程的必要性和条件、模拟法庭实验教学的目标、教学的基本环节和考核等问题进行阐述，以期读者对模拟法庭实验教学形成宏观上的初步认识。第一章结合我国三大诉讼法的相关规定，简明地阐述了在模拟法庭实验中承担不同诉讼角色的学生需要履行的职责和对其的要求，从而使实验者在宏观上明确自己在模拟法庭实验中需要做哪些事情。第二章则通过列举大量的法庭语言实例，归纳总结了法庭语言的一些基本规范和技巧，使读者大致明了在模拟法庭实验中应如何表述。

第三章至第八章是本书的分论部分。这六章分别介绍了六种模拟法庭实验，即：刑事一审普通程序、刑事二审程序、民事一审普通程序、民事二审程序、行政诉讼一审普通程序和行政诉讼二审程序模拟实验。每章均由实验目的、实验内容、实验案例、与实验相关法律文书的写作和示例以及本实验的操作步骤六个方面构成，目的在于使读者明白为什么要做、用什么做、怎样做模拟法庭实验。

为了增强模拟法庭实验的趣味性、知识性以及凸显庭审的对抗性，本书所选案例均来自真实案件，有些案例与大学生的生活非常接近且有很大的争议。为帮助读者更准确地认识模拟法庭实验并在模拟实验中少走弯路、减少失误，本书以简洁、明了的语言对如何进行角色分工、实验前准备、正式模拟审判乃至实验后的总结等，都作了详尽的介绍，同时还对相关的注意事项作了专门的

II 第一版前言

提示和说明。

鉴于有些法律法规在法学教材中很少出现，却又与模拟法庭实验紧密相关，本书特以附录形式将其后置，便于读者学习和使用。

目 录

绪论——亟待强化和重新认识的模拟法庭实验教学	1
第一章 模拟法庭实验人员的职责	15
第一节 模拟法庭中法官的职责	15
第二节 模拟法庭中检察官的职责	16
第三节 模拟法庭中律师的职责	17
第四节 模拟法庭中其他辅助人员的职责	18
第二章 模拟法庭语言规范与技巧	23
第一节 法官的语言规范与技巧	23
第二节 检察官的语言规范与技巧	34
第三节 律师的语言规范与技巧	41
第三章 模拟法庭实验1：刑事一审普通程序	61
第一节 实验目的、内容及示范案例	61
第二节 与本实验相关法律文书的写作及示例	80
第三节 实验操作步骤及注意事项	97
第四节 刑事一审普通程序庭审操作示例	112
第五节 实验案例	128
一、实验案例1：王远方涉嫌故意杀人案	128
二、实验案例2：李跃进涉嫌受贿、虚报注册资本案	142
三、实验案例3：黄河涉嫌职务侵占案	165
四、实验案例4：陈诗祖、张成钢涉嫌绑架、敲诈勒索案	172
第四章 模拟法庭实验2：刑事二审程序	180
第一节 实验目的、案例及内容	180
第二节 与本实验相关法律文书的写作	180
第三节 实验操作步骤及注意事项	189
第五章 模拟法庭实验3：民事一审普通程序	199
第一节 实验目的、内容及示范案例	199
第二节 与本实验相关法律文书的写作及示例	204
第三节 实验操作步骤及注意事项	221
第四节 民事一审普通程序庭审操作示例	237

II 目录

第五节 实验案例	247
一、实验案例 1: 寿宴上吃出的食物中毒案	247
二、实验案例 2: 在餐厅门口滑倒引发的人身损害赔偿纠纷案	254
三、实验案例 3: 一房二卖之房产该花落谁家案	258
四、实验案例 4: 刘英与赵玉田、赵四股权转让纠纷案	270
第六章 模拟法庭实验 4: 民事二审程序	278
第一节 实验目的、案例及内容	278
第二节 与本实验相关法律文书的写作	278
第三节 实验操作步骤及注意事项	283
第七章 模拟法庭实验 5: 行政诉讼一审普通程序	293
第一节 实验目的、内容及示范案例	293
第二节 与本实验相关法律文书的写作及示例	304
第三节 实验操作步骤及注意事项	320
第四节 行政诉讼一审普通程序庭审操作示例	333
第五节 实验案例	343
一、实验案例 1: 张宁诉东海大学拒绝颁发毕业证案	343
二、实验案例 2: 冀正义不服不准报考公务员行政决定案	351
三、实验案例 3: 杨军不服房管局房屋登记案	360
四、实验案例 4: 五洲四海大饭店不服劳动与社会保障局工伤认定案	367
第八章 模拟法庭实验 6: 行政诉讼二审程序	375
第一节 实验目的、案例及内容	375
第二节 与本实验相关法律文书的写作	375
第三节 实验操作步骤及注意事项	380
附录一	389
法官行为规范 (节选)	389
人民法院法庭规则	395
人民法院司法警察值庭规则	396
人民法院法官袍穿着规定	398
人民法院法槌使用规定	399
公诉人出庭行为规范	400
律师出庭服装使用管理办法	405
附录二 模拟法庭实验课程学生总结节选	407
我爱死了那种庭上的感觉	407
难得的人生经历和体验	408

书到用时方恨少	409
法律的真谛是实践	410
感悟诉讼之魅力	411
法律到底是个什么东西	412
在实践中成长	413
经历后方知司法制度背后的无奈	415

绪 论 ■ ■ ■

——亟待强化和重新认识的模拟法庭实验教学

纸上得来终觉浅，绝知此事要躬行。一直以来，西方的法学教育非常注重实践性教学，模拟法庭实验便是其中之一。近年来模拟法庭实验教学已经引起我国法学教育界和教育行政管理部门的高度重视和关注，但由于理论研究不深、师资力量不足、经费和设备短缺以及实验教程缺乏等种种原因，我国法学专业的模拟法庭实验教学在很大程度上，尚未广泛、深入而有效地开展。从目前的教学实践和理论研究来看，我国的法学教育亟待强化对模拟法庭实验教学的认识。

一、模拟法庭实验教学的含义

明确模拟法庭的含义是理解模拟法庭实验教学的前提。所谓模拟法庭，简单地说就是模拟人民法院的法庭审判。这种模拟法庭审判与实践中的人民法院审判相比，有以下相似点：一是场景相似，即进行模拟法庭的空间布置基本上接近甚至同一于真实的法庭场景。二是审理案件的程序基本相同。在运用国内法进行模拟法庭实验时，开庭审理的环节、步骤等程序基本上与人民法院开庭审判程序相同。三是审理的案件基本相同。为了使模拟法庭审判取得较好的效果，在选择实验案例时，一般都是选择人民法院审判过的真实案例。

模拟法庭实验与行使国家审判权的人民法院开庭审判相比，其不同点体现在：一是目的不同，前者为教学、科研以及法制教育服务，而后者是通过行使国家审判权来解决犯罪和纠纷，实现公正。二是效力不同，前者不具有法律意义，所产生的裁判文书对社会不具有强制力，而后的审判活动和法律文书都具有法律意义，对社会具有强制力。三是参与的人员不同。模拟法庭实验中的法官、检察官、律师等法律职业人员主要是由法学专业学生、教师及科研人员扮演，当事人、证人并非真正的与案件有利害关系、知悉案情的人，而是由他人扮演；而参与人民法院法庭审判的法官、检察官、律师等法律职业人员均是国家公职人员或者依法在司法行政部门注册登记的法律职业人员，他们的职业身份是法定的，当事人和证人都是在审判前知悉案情的人。四是地点不同，模拟法庭实验一般是在高校的模拟法庭实验室或者其他教室、会议室进行，而人民法院开庭审判则是在法院内部专门的法庭进行。

根据目的的不同,模拟法庭大致可以分为教学型、科研型、比赛型和法制教育型四种。教学型的模拟法庭主要是在高等院校法学院以及法官学院、检察官学院等教学和职业培训单位进行,以培养法学专业学生以及初任法官、检察官、律师的职业技能。科研型的模拟法庭主要是由法学科研人员组织的模拟法庭实验,其目的是研讨各种审判模式的规律、具体的审判方法与技巧等。比赛型的模拟法庭是从竞赛的角度展现各高等院校法科学生的专业素养与风采,以进一步提升法学人才的培养质量和增进法科学生的交流。法制教育型的模拟法庭是为了对未成年人、社区居民等进行法制教育而进行。其中,教学型的模拟法庭是模拟法庭的主要类型和最常见形式。

模拟法庭实验教学是在教师的指导下,由学生担任和扮演法官、检察官、律师、当事人以及其他诉讼参与人,在接近真实的法庭场景下,严格依照现行法律规定,进行案件审理和判决的一种教学方式。它具有以下特点:

第一,教学方式的实践性。模拟法庭教学是实践性教学,其主要的教学环节是由学生通过承担和扮演各种诉讼角色,按照诉讼法和相关实体法的规定演绎法庭审理的全过程。在此过程中,要求学生积极动脑、动嘴、动手甚至其他一切必要的肢体语言,因此具有很强的实践性。

第二,学生参与的主体性。模拟法庭实验教学打破了传统法学教学中教师占据主导地位、学生只是被动接受的模式。在模拟法庭实验教学中,教师只是组织者、答疑者,而参与实验的学生才是整个教学的中心,推动着审判实验的进行。

第三,言行依据的复合性。参与模拟法庭实验的师生,其言行受教学规章制度和诉讼法等法律的双重约束。模拟法庭实验是一种教学活动,因此理所当然地要遵守学校教学的各项规章制度。但模拟法庭实验教学是在模拟法院的审判,因此还应当遵守人民法院审判员和诉讼参与人所必须遵守的法律、法规等。

第四,诉讼角色的扮演性。在模拟法庭实验中,尽管有法官、当事人等不同的诉讼角色,但是法官不是真正的法官,当事人不是真正的当事人,因此,这种教学活动具有很强的角色扮演性。不过,需要特别指出的是:扮演法官、检察官、律师等法律职业人角色的学生不应当让自己成为“演员”,简单地拿着庭前准备好的“台词”照本宣科,而应当实实在在地以法律职业人的身份参与法庭审判。当然,对于扮演当事人和证人角色的学生,在法庭上可以而且应当进行一定的表演,以增强模拟法庭审判的真实性和趣味性。

第五,实验场景的逼真性。如前所述,模拟法庭里的布置、摆设等基本等同于真实的法庭。此外,在模拟法庭实验中,还要求“法官”穿法袍,“检察

官”穿检察官制服，“当事人”被要求表演成非常关注案件判决结果的当事人，等等。总之，一场成功的模拟法庭审判，应当让旁听者有真正置身于人民法院审判法庭的感觉。

二、单独开设模拟法庭实验课程的必要性

目前，国内的模拟法庭实验教学多安排在民事诉讼法学、刑事诉讼法学教学中进行，具有很大的随意性。笔者认为，有必要将模拟法庭作为一门法学实验课程单独开设，理由如下：

1. 进一步加强实践教学是我国法学人才培养的客观要求。综观两大法系的法学人才培养，无不重视法律职业技能教育。在英美法系国家，检察官属于公职律师，法官从律师中产生。因此，法学教育的目的是培养合格的律师。在美国，法学院“集中力量进行律师的技能训练，学生一毕业就可以进行法律事务的实际操作……法学教育的任务在于为学生提供分析和解决法律事务方面的各种技能。”^① 在英国，法学教育分为三个阶段：第一阶段学制3年，由大学承担，该阶段重视基础理论的学习；第二阶段为期1年，为职业训练阶段，由律师学院负责安排和承训；第三阶段为实习阶段，由律师事务所负责。在大陆法系的德国，要取得法官、检察官、律师从业资格，必须通过两次国家考试。相应的，德国的法学教育分为两个阶段：第一个阶段为理论学习阶段，在大学进行，为期3年半至5年；第二个阶段为实践培训阶段，为期2年，在法院、检察院、律师事务所等机构进行。据此，两大法系的法学教育都非常注重实践教学，实践教学在整个法学教育中几乎占据一半时间。然而，“长期以来，我国的法学教育片面强调知识的灌输，忽视了职业训练，致使毕业生不能很快适应实践工作，把应当由法学教育机构完成的工作留给了法律实践机构来完成。”^② 时至今日，尽管模拟法庭、法律诊所等实践性教学已备受关注，但尚未形成气候。正因如此，有学者指出：“法学教育改革的核心工作就是培养和提高学生的能力，特别是实践能力。”^③ 而以实践性著称的模拟法庭教学正是顺应了我国法学人才培养的改革潮流。

2. 将模拟法庭实验教学融入民事、刑事和行政诉讼法学等课程教学中难

^① 洪浩：《法治理想与精英教育——中外法学教育制度比较研究》，北京大学出版社2005年版，第53页。

^② 霍宪丹、刘亚：《法律职业与法学教育》，载《中国律师》2001年第1期，第48页。

^③ 周世中、倪叶群等：《法学教育与法科学生实践能力的培养》，中国法制出版社2004年版，第112页。

以达到理想的效果。理由在于：（1）课时少、学分低，不利于实践教学力度的加强。一般来说，民事、刑事诉讼法学课时数少则 36 学时，多则 72 小时。在这非常有限的课时内，往往只能安排 1~2 次模拟法庭实验，且无法保证每个学生都参与其中。而且，即便参与了模拟法庭实验的学生，也只能扮演其中的某一角色。这与在单独开设模拟法庭课程情况下每个学生能先后扮演法官、检察官、律师等不同诉讼角色所能达到的教学效果是无法比拟的。（2）在诉讼法学教学中进行模拟法庭实验，教师和学生往往过多地关注模拟法庭中的程序问题，而对于实体法的运用、司法文书的写作、庭审技能训练等重视不够，从而使模拟法庭实验沦为程序化的表演，难以实现模拟法庭实验教学的多元目标。

3. 进一步加大模拟法庭实验教学是促进国内外法科学生交流的重要途径。模拟法庭实验教学在众多国家的高等院校已经得到广泛的认可和普及，参与各种国际性、区域性、全国性的模拟法庭比赛已经成为我国法科学生重要的交流途径。目前世界上主要的模拟法庭比赛有杰瑟普（Jessup）国际法模拟法庭比赛、拉克斯（Lachs）空间法模拟法庭比赛、红十字国际人道法模拟法庭比赛、欧洲和美国的世界贸易组织法模拟法庭比赛、日本外务省主办的亚洲杯国际法模拟法庭辩论赛、我国台湾理律文教基金会主办的理律杯模拟法庭比赛，等等。显然，在国内的法学教育中强化模拟法庭实验教学，为学生参与各类模拟法庭比赛奠定基础，有助于拓宽中国法科学生的对外交流，并提升中国法学院和法学专业学生在国际上的地位。

三、单独开设模拟法庭实验课程的条件

模拟法庭实验教学有别于传统的课堂教学，它对师资条件、物资基础、制度保障等方面均有特别的要求。具体来说，单独开设模拟法庭实验课程，至少需要满足以下条件：

（一）师资条件

与一般教学相比，开设模拟法庭实验课程的师资条件须满足以下三个方面的要求：（1）指导教师必须具备司法实践经验。纸面上的法律与实践中的法律永远存在差别。作为实践教学活动的模拟法庭，其性质不亚于真实的庭审活动。在模拟法庭实验过程中，大到庭审程序的如何进行，小至每一份司法文书的撰写以及学生在法庭上的动作、言语表现等，都离不开指导教师的事先指点和事后纠正。显然，如果指导教师没有司法实务经验，那么就难以胜任模拟法庭实验教学。（2）指导教师必须具备多方面的法学知识和能力。传统的模拟法庭实验带有明显的表演性质，将教学内容仅限于程序法本身，即让学生熟悉

诉讼法律规范,了解诉讼流程。笔者认为,这种教学观念抹杀了模拟法庭实验教学的功能。事实上,模拟法庭实验教学既涉及程序法知识,也涉及实体法知识;既要培养学生运用程序法的操作能力,也要培养学生运用实体法分析和解决案件的能力。因此,模拟法庭实验指导教师必须全面地掌握实体法和程序法知识,这在日益强调学科分工的今天无疑对教师提出了更高的要求。(3) 必须具备足够数量的指导教师。进行一次模拟法庭实验,参与角色扮演的学生数量一般在10~20人。因此,为了保证选修模拟法庭实验课程的学生能充分地参与到实验教学之中,该门课程的师生比不应低于1:30。

(二) 物质条件

开展模拟法庭实验教学,需要有一个接近真实法庭的场所。因此,最重要的物质条件就是拥有一个设备齐全、功能完备的模拟法庭实验室。这样的实验室应当满足以下条件:(1) 面积至少应当在100平方米以上,即相当于法院的中等法庭规模。(2) 模拟法庭设备齐全,即实验室内的场景布置应当等同于法庭,如应当配备大小合适的国徽、审判桌椅、法槌、桌牌以及法官袍、检察官服、法警制服、律师袍等专门的服装。需要指出的是,国徽以及法庭审判专用设备由中央有关部门指定的专门厂家生产并定向销售,因此学校若需购买这些设备,还须取得相关司法机关的协助。(3) 为了便于指导教师事后点评、学生观摩等,模拟法庭实验室还须配备电脑、投影仪、摄像机以及录像机等设备。

目前,很多高校已经建立了专门的模拟法庭实验室。暂时还没有建立模拟法庭实验室的高校可以考虑使用普通教室进行模拟法庭实验。在使用普通教室进行模拟法庭实验时,可以参考《最高人民法院关于法庭的名称、审判活动区布置和国徽悬挂问题的通知》的要求,将教室里的桌椅进行重新拼排。具体布置方法如下:

(1) 整个模拟法庭由审判活动区和旁听区组成,以审判活动区为主,保证审判活动能够依法顺利进行。

(2) 开庭审理刑事案件时,审判人员、公诉人员、辩护人员及被告人、证人的位置安排(见图1)。

(3) 开庭审理民事、行政案件时,审判活动区应按下列规定布置:

审判活动区正中前方设置审判台(亦称“法台”),法台的面积应满足审判活动的需要,高度为20至60厘米。法台上设置法桌、法椅,为审判人员席位。审判长的座位在国徽下正中处,审判员或陪审员分坐两边。法桌、法椅的造型应庄重、大方,颜色应和法台及法庭内的总体色调相适应,力求严肃、庄重、和谐。法台右前方为书记员座位,同法台成45°,书记员座位应比审判人

6 绪论——亟待强化和重新认识的模拟法庭实验教学

员座位低 20 至 40 厘米。

法台左前方为证人、鉴定人位置，同法台成 45° （见图 2、图 3）。

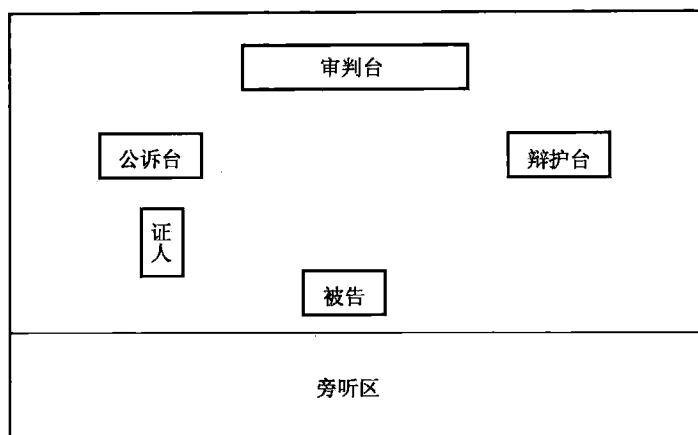


图 1

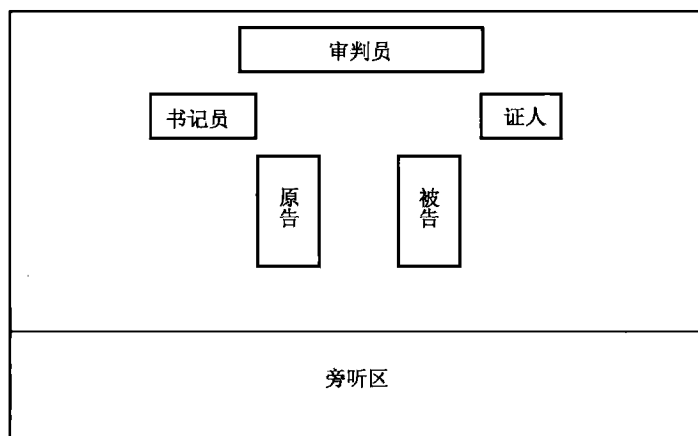


图 2

法台前方设原、被告及诉讼代理人席位，分两侧相对而坐，右边为原告席位，左边为被告座位，两者之间相隔不少于 100 厘米，若当事人及诉讼代理人较多，可前后设置两排座位（见图 2）；也可使双方当事人平行而坐，面向审判台，右边为原告座位，左边为被告座位，两者之间相隔不少于 50 厘米（见图 3）。

也可以将书记员的座位设置在法台前面正中处，同法台成 90° ，紧靠法台，面向法台左面，其座位高度比审判人员座位低 20 至 40 厘米（见图 4）。

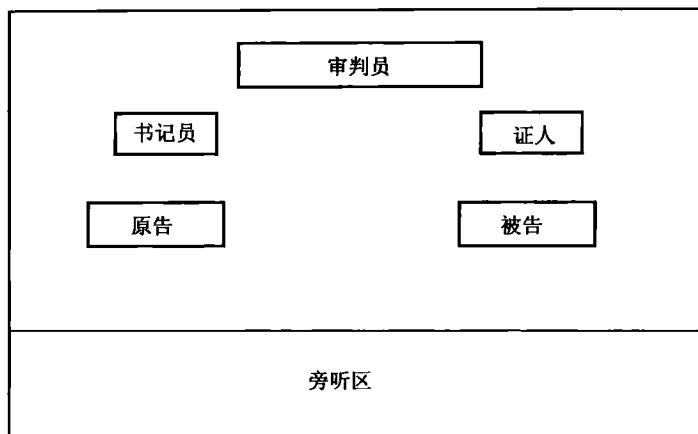


图 3

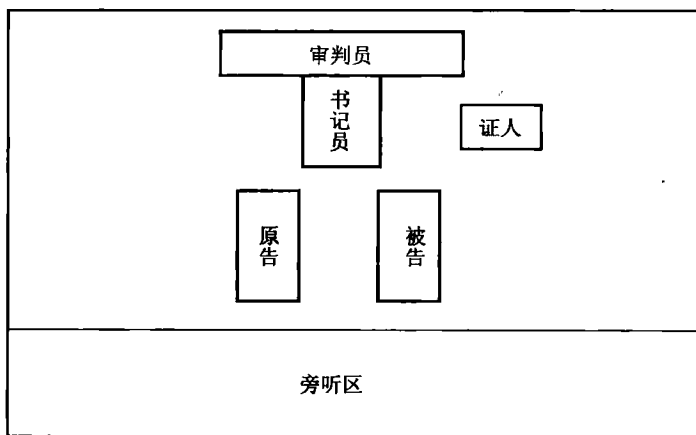


图 4

(三) 制度保障

随着教育部高等教育本科教学评估的进行,学校制定了一系列有关本科教学的规范性文件,本科教学日益规范。然而,模拟法庭实验教学自身的特点决定了在该教学中应当有一些特殊的制度安排,它应当包括:(1) 时间安排上的灵活性。司法实践中的法庭审判,短则几十分钟,长则数天。就模拟法庭实验而言,尽管教师可以通过选择适当的案例来大致控制模拟审判的时间,做到少则 1 小时,多则 3 小时左右,然而由指导老师精确地控制学生主导的模拟审判时间是不可能的。因此,这就要求模拟法庭实验教学的下课时间具有适当的灵活性;为了不影响其他教学活动,建议将此实验教学的时间安排在下午第 2 节课或者晚上。(2) 对学生考评的特殊性。一般来说,任课教师对学生的最

终考评,通常由平时成绩、期中和期末考试成绩三部分组成,各校教务处也是这样要求任课教师的。然而,模拟法庭实验课程由一系列实验组成,在实验完成后仅通过一次考试不可能真实地反映学生的学习状况。模拟法庭实验教学中对学生的考核,只能依据学生在每次模拟法庭实验中的表现。因此,教师在模拟法庭实验课程中对学生的考评,应当有别于一般课程的考评,这需要学校在相关制度上予以灵活考虑。此外,对模拟法庭实验教学任课教师的教学考核评估应当有别于一般课程的教学考核,学校在这方面应当制定出符合实验课程考核的专门制度。

(四) 经费保障

进行模拟法庭实验教学,除需拥有设备齐全、功能完备的模拟法庭实验室及相关道具之外,还要有一定的经费保障。每进行一学期的模拟法庭实验教学,至少应安排以下实验经费:(1)模拟法庭服装干洗费;(2)照片冲洗、光盘刻录、摄像、摄影等费用;(3)组织学生到法院旁听、观摩的交通费等。

四、模拟法庭实验课程的教学目标

由于模拟法庭实验一般都是由诉讼法学教师指导,加之受到课时的限制,目前的模拟法庭教学在一定程度上陷入某种误区,即:过分强调审判程序的规范性,有的甚至在正式开庭之前都已备好庭审剧本,带有明显的表演性质而忽略了对学生运用实体法分析案件以及庭审语言表达、司法文书写作等能力的培养。笔者认为,模拟法庭实验作为一门实践性教学课程,其教学目标应当是多元的。具体来讲,其教学目标应当包括以下六个方面:

1. 培养学生的程序意识和程序操作能力。美国联邦最高法院大法官威廉·道格拉斯曾言:“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①因此,讲究程序、注重程序已经成为现代法治国家的重要标志,也是法律职业人应有的思维方式。在模拟法庭实验教学中,教师通过要求学生严格地按照诉讼法规定的环节和步骤进行模拟审判,从而让学生在实践中体会程序的价值,感悟程序的真谛,并掌握庭审操作规范,达到培养学生程序意识和程序操作的能力。

2. 运用实体法分析案件的能力。审判的目的是为了解决实体纠纷,而实体纠纷的解决依赖于实体法的规定。社会关系的复杂性、多样性决定了实体法的规定不可能预见到所有的社会冲突和矛盾。因此,在实体纠纷发生后,如何

^① 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第3页。

选择相应的实体法规范来主张自己的权利或判断当事人的责任并非易事。在模拟法庭实验教学中,指导教师应该抛弃以往模拟法庭只涉及程序法问题的传统做法,有针对性地引导学生根据案情分析实体法律关系,判断实体责任,从而提高学生运用实体法分析案件的能力。

3. 培养证据意识和证据运用能力。证据是诉讼的灵魂,是法院赖以裁判的依据,是双方当事人输赢的关键。在模拟法庭实验教学中,要让学生切实地感受到打官司就是打证据,从而培养强烈的证据意识。不仅如此,还要培养学生运用证据证明案件事实的能力,这包括:(1)抓住案件关键问题的能力。在案件事实非常复杂、案卷材料非常繁多的情况下,要能迅速地抓住案件的主要矛盾,明确双方的争点和共识点。(2)法庭上的举证、质证和认证能力。要让学生体会到如何围绕争点向法庭举证,如何就对方提交的证据进行质证,在扑朔迷离之中如何认证,等等。

4. 培养学生庭审语言表达能力。法庭语言作为一种专业性很强的语言,除了一般语言表达所要求的准确、流畅外,还有一些特殊的要求。譬如法官的庭审语言必须保持中立,不能带有任何倾向性;刑事案件中控辩双方的庭审语言虽然具有明显的对抗性,但是也必须有理有节;公诉人、律师对当事人、证人的庭审询问也有特别的要求,如不能采用诱导性的提问方式,等等。这些庭审语言的技巧和规律,需要在实践中反复地训练才能逐渐掌握。指导教师模拟法庭实验教学中,要有意识地根据庭审语言的要求培养学生这方面的能力。

5. 提高法律文书的写作能力。撰写法律文书是法科学生的基本功,也是法律职业人员必备的技能。法律文书写作的基本要求是:格式正确,事项齐全;主旨鲜明,阐述精当;叙事清楚,详略得当;依法说理,论证充分;语言准确,朴实庄重。就法律文书的写作而言,从理论上讲并不是很难,然而让学生写出符合要求的法律文书也并非易事。在模拟法庭实验中,要求学生根据提供的证据材料以及所扮演的角色,撰写相关司法文书,这为培养学生法律文书写作能力提供了很好的实践机会。指导教师应该抓住这一机会,培养学生的司法文书写作能力。

6. 培育法律职业伦理。正义是法律的自然属性,诉讼是输送正义的基本方式。正是法律职业人在每件案件中对正义的执著追求,抽象的正义在个案中才变得具体、鲜活。然而,不同诉讼主体对正义的追求,受不同的职业伦理道德要求的约束。例如,对于法官来说,追求正义就意味着尽可能查明事实真相,平等地对待诉辩双方;而对于被告人的辩护律师来说,追求正义就意味着在法律许可的范围内尽可能地寻找有利于被告人的事实和理由。法律职业伦理教育,绝非教师空洞的道德说教,而应让学生实实在在地体验与感悟,而模拟

法庭实验正好为此提供了环境,诚如学者所言:“法律职业道德教育的独特性决定了法学教育必须寻求一种不同角色交往的教学方法,为学生提供情感体验的情感场,才能使将道德认知内化为道德判断和推理能力。”“通过不同的角色扮演,使学生亲身体验到法律职业中不同角色的道德要求,有利于其道德认知的内化即法律职业情感和态度的养成。”

五、模拟法庭实验课程的教学环节

模拟法庭实验课程的教学包括以下七个环节:

1. 明确模拟法庭实验目标。明确目标是教师教学和学生学习的出发点。在模拟法庭实验教学之前,教师不仅自己要明确上述教学目标,而且还要将教学目标转化为学生的学习目标,使学生明确通过模拟法庭实验所要达到的学习目的,并有意地在模拟法庭实验指导过程中根据教学目标培养学生的综合素质和能力。

2. 选择适当教学案例。模拟法庭教学案例的选择,需要考虑以下因素:

一是案件存在明显的争点。为了使庭审能真正对抗,让学生能在激烈的对抗中培养能力,所选案件应当存有明显争点,即应该使案件的双方无论是从事实上还是从法律上都有话可说,有理可讲。一方当事人明显胜诉或者败诉的案件不宜为模拟法庭实验采用。

二是案件有一定的难度,法庭审理时间适中。案件有一定的难度,是激发学生兴趣和求知欲望的重要保障。但是,案情也不能过于复杂,实践中那些数十名被告、庭审持续好几天的案件显然也不适宜选作模拟法庭教学案例。一般来说,作为模拟法庭的案件审理时间最好控制在1.5~3个小时之内。

三是案情尽量涉及所有的证据种类。为了便于学生深刻了解各类证据的特点及运用规则,所选案件中涉及的证据种类最好能覆盖现行诉讼法规定的大部分甚至全部证据。

关于案例的来源,有的教师主张可以要求学生自己寻找案例,也可以由教师提供,案例的来源是多渠道的,如《最高人民法院公报》上所刊载的典型案件,报刊上讨论的热点案例、当地法院审理的典型案件等。^①笔者认为,为了增强模拟法庭的实战性,模拟法庭所采用的案例最好由教师提供,而且最好是法院的原始案例。具体来说,可以从法院已经审结的案件中根据上述标准选择合适的案件,然后将该案所有的证据材料分发给学生。那种仅凭一张判决或

^① 夏凤英:《浅谈模拟法庭教学中的几个问题》,载《中国成人教育》2004年第12期,第70页。

者相关新闻媒体的报道而进行改编的案例作为模拟法庭的案件材料缺乏真实性,尽量不要采用。本教程所提供的案例就是根据上述标准,除人名、地名、单位名称有改动以外,所有材料均来自于原始案卷。

3. 分配诉讼角色。学生是模拟法庭的主体。作为教学活动的诉讼角色分配,既要有利于全面提高学生的素质和能力,确保教学目标的全面实现;同时也要体现程序公正的精神。因此,在诉讼角色的分配上应坚持做到以下两点:一是角色的分配要遵循程序公正的要求,即让所有学生在角色扮演上机会均等。为此,最好的办法就是由所有学生进行抽签,通过抽签决定每个学生所要扮演的角色。这样的角色分配方式,既可以让学生亲身体会程序公正的实现方式,也可以避免指导教师在角色分配上的随意性而引发学生的不满。二是保证每个学生在每次模拟实验中扮演的角色均不一样。通过模拟法庭实验课程的学习,要让每个学生经历法官、检察官、律师等不同诉讼角色的扮演,让他们亲自感受不同诉讼角色的思维方式以及言行举止要求等,从而培养学生的司法实务能力。

4. 引导学生分析案情、撰写文书、做好开庭准备。根据上述诉讼角色的分工,将学生分为法官组、原告组(公诉组)、被告组(辩护组)等,然后引导学生分析案情。在此过程中,指导教师首先要着重从证据的角度,引导诉辩审三方把握案件的关键事实;然后,从法律的角度让学生明白该案涉及哪些法律问题。在此过程中,指导教师还应注意对扮演不同诉讼角色的学生进行有针对性的指导。如对于扮演法官的学生,要让他们着重把握诉辩双方关键分歧之所在,在庭审上如何引导诉讼双方去揭示案件事实真相等;对于扮演检察官的学生,则要指导他们如何写好起诉书以及在开庭审判的各个环节如何去揭露和证明犯罪;而对于辩护方来讲,则让他们明确应该着重从哪些方面去攻击控方的指控以及辩护词的书写等。在整个开庭前的指导过程中,指导教师“应当切忌成为标准答案的提供者,切忌用自己的思维模式禁锢学生的思维方式,而是应当成为学生独立思考、解决法律争议的指路人。”^①

5. 开庭审理。开庭审理是模拟法庭实验的重要环节。在此过程中,指导教师应注意以下两点:

一是树立庭审时以法官为中心的意识。在模拟法庭开庭审理时,指导教师只是旁听者,扮演审判长的学生才是庭审的真正指挥者。因此,为了保证审判工作的连续性和完整性,整个开庭审理的全过程都要放手交由学生自己完成,

^① 王晨光:《模拟法庭——对传统法学教育模式的挑战》,载《人民法院报》2001年7月16日。

教师只负责记录学生的表现。即使学生在开庭审理过程中遇到了突发问题或存在明显违反程序法规定的行为,也应由扮演庭审角色的学生自行处理,除非有涉及实验安全的异常情况,指导教师不应打断庭审程序。

二是对庭审中可能会出现的一些突发性问题或者学生容易犯错误的一些地方,指导教师应该有充分的估计,并在开庭前的准备工作中指导学生如何处理。譬如在开庭审理时,学生常常不能很好地区分法庭调查和法庭辩论两个阶段;又如在模拟法庭审判实验中,还可能会出现一些特殊情况,如有的当事人会申请回避,有的会提出延期审理。对于这样的一些申请,司法实践中经常会出现。如果在模拟法庭实验中出现,若不作特殊处理,可能会使得模拟法庭实验无法继续进行。因此,为了保证模拟法庭程序的完整性,对程序上的个别问题如申请回避,或者在开庭前就要求学生设计为当事人不申请,或设计为申请理由不充分当庭驳回;再如对诉讼双方提出的中止审理和延期审理等申请基本驳回,尽量避免审判程序的非正常终结,以保证庭审顺利进行。

6. 总结与评议。在开庭审理完毕后,指导教师要组织进行总结与评议。评议的方式一般可采取以下三种:

一是旁听学生评议。在司法庭审中,证人不得参加旁听;不过在模拟法庭审判中,为了便于学生之间相互学习,可以考虑让扮演证人角色的学生在模拟法庭内旁听。由旁听学生进行评议的好处在于:既可以促使旁听的学生积极思考,充分地参与到模拟法庭审判中来,也便于学生之间相互学习和提高。

二是学生自评。在模拟法庭审判完毕后,可以要求学生就庭前工作准备情况、庭上的表现、遇到的疑难问题等进行自我总结,找出得失以及改进的方法等。

三是指导教师点评。指导教师的点评可安排在最后进行,可以采取全面评价和个体评价等方式进行,评价的内容主要包括:各小组准备是否充分;庭审程序是否合法、规范;法律语言表达是否流畅;庭审言行举止是否得体;临场应变能力是否镇静自如;法律运用是否正确,说理是否透彻;法律文书的写作是否规范;案件的争议焦点和关键是否准确把握,等等。指导教师的点评既要充分肯定学生的创造性和表现中的精彩之处,同时也需要诚恳地指出模拟审判中存在的问题以及需要改进和完善的地方。

另外,为了提高学生的积极性,模拟审判实验结束后,还可以考虑由全体学生在自评、互评以及教师点评的基础上,投票选举最佳法律职业人(如最佳法官、公诉人、辩护人、代理人)以及最佳表演者(针对扮演当事人、证人的学生)等,投票结果可作为指导教师对学生最终考核的参考。

7. 卷宗归档。进行卷宗归档的目的在于:一方面,卷宗归档是司法实务

中的基本工作。无论是法官、检察官还是律师，在每一宗案件审结后都必须进行卷宗归档。因此，在实验完成后，要求学生进行卷宗归档，可以培养学生良好的司法工作习惯。另一方面，要求学生将零散的、杂乱无章的诉讼文书、庭审记录等案件材料，按照一定的规则和流程，进行系统的整理归档，也有利于指导教师进行总结，并为以后的教学积累原始资料。

卷宗归档需要教师进行有效的指导并由指导教师事先制订以下归档要求：

一是统一司法文书的案号，如可以考虑规定相关单位名称统一为××大学法学院模拟法院、模拟检察院、模拟律师事务所，然后由学生根据法律文书的种类、模拟审判的时间等来确定案号。二是统一卷宗材料的排列次序。指导教师应当根据不同的诉讼类型确立卷宗材料应当包含的内容以及排列次序。三是统一卷宗装订的规则和要求，等等。

六、模拟法庭实验课程的考核

作为一门独立的课程，为了保证模拟法庭实验课程的教学质量，应当建立完善的考核制度，这既有利于促进学生的学习，也利于教师不断地总结和提高。鉴于模拟法庭实验课程有别于一般的法学课程，因此其考核内容、方式和标准应与普通法学课程有所区别。模拟法庭实验课程的考核内容包括以下四个方面：

1. 参加模拟法庭实验的态度及纪律。进行模拟法庭实验，功夫在庭外。学生参与一次模拟法庭实验，在实验之前需要进行大量的准备工作。在实验的过程中，所有参与实验的学生能否进行有效的协作也至关重要，例如“审判长”的迟到和旷课就可能使得模拟法庭难以进行。此外，模拟法庭实验室里的实验设施、道具等物品需要学生们认真、细心地爱护。因此，对学生评价的第一个重要指标就是考查学生参加模拟法庭实验的态度是否认真，准备工作是否充分，是否具有很强的集体意识、协作精神和团队精神，是否遵守实验纪律，是否爱护各种实验设施、道具等。

2. 法律基础知识的掌握情况。模拟法庭实验课程的先修课程是民法、刑法、行政法以及相应的程序法。学生对民法、刑法、行政法以及相应的程序法等基础知识的掌握情况对能否很好地进行模拟法庭实验会产生一定的影响。为此，笔者建议，每位参加模拟法庭实验的学生，应当将复习相关法律基础知识作为实验的基础性准备工作，只有这样才能真正发挥模拟法庭实验教学的功能——在实践中加深对理论知识的掌握。因此，学生在参与模拟法庭实验的过程中所表现出来的对法律专业知识的掌握情况是本门课程考核的另一个重要内容。

3. 庭审技能及表现。对于担任法官、检察官、律师等“职业法律人”角色的学生，对其庭审技能及表现的考察从以下四个方面进行：一是分析案情及适用法律的能力；二是庭审操作及抓住案件关键使庭审有效进行的控制能力；三是庭审语言表达能力，如庭审语言是否规范、得体，对被告人的讯问和对证人的询问是否到位；四是法庭辩论能力，如辩论思路是否清晰、敏捷，是否具有较强的临场应变能力等。对于担任当事人、证人等表演性角色的学生，则重在考察学生的表演能力。对于学生表演能力的培养与考察，有助于学生尽可能地揣摩当事人、证人的心理，为其担任“职业法律人”时讯问、询问当事人及证人奠定基础。

4. 法律文书的制作及实验总结。对学生制作的各种法律文书，从形式、内容以及所反映出来的法律文书写作技巧进行评价，对学生撰写的实验总结从内容、深度、客观性等方面进行评价。

在考核的方式上，模拟法庭实验课程没有所谓的专门考试环节，对学生的考核贯穿于本实验课程的始终，学生对每个实验的参与就等于是参加考试，学生做完本课程规定的实验项目也就意味着本课程教学和学习的结束。在成绩的评定标准上，可以根据上述设定的考查内容，按照优秀、良好、中等、及格和不及格分等级进行逐项评定，然后综合各方面的表现，给出最终成绩。

第一章 ■■■

模拟法庭实验人员的职责

第一节 模拟法庭中法官的职责

基于所选案例具有一定的复杂性，本教程所有模拟法庭实验均采用普通程序审理，即必须组成合议庭审理。根据我国《人民法院组织法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》等规定，合议庭由院长或者庭长指定审判员一人担任审判长，院长或者庭长参加审判案件的时候，自己担任审判长。在模拟法庭实验中，审判长是模拟法庭实验的组织者。因此，模拟法庭实验能否取得成功，很大程度上取决于审判长能否进行有效的组织和指挥。

根据最高人民法院《人民法院审判长选任办法》及最高人民法院《关于人民法院合议庭工作的若干规定》，结合模拟法庭实验的实际情况，在实验中担任审判长的学生的职责是：

1. 组织合议庭成员和有关人员做好庭审准备及相关工作，如确定案件审理方案、庭审提纲、协调合议庭成员的庭审分工以及做好其他必要的庭审准备工作。

2. 主持庭审活动。在此阶段，审判长要发挥以下四个作用：（1）指挥庭审的进行。审判长应在开庭审理中按照法律规定的程序引导和控制庭审程序的进行，充分保障各方当事人的诉讼权利。（2）控制庭审节奏，把握庭审进度，总结和归纳诉讼争点，引导诉讼双方围绕争点进行法庭调查和辩论。（3）处理法庭上可能出现的各类突发事件，如旁听人员违反法庭纪律等。（4）协调合议庭成员的配合。

3. 主持合议庭对案件进行评议，作出裁判。

4. 制作裁判文书，审核、签发诉讼文书。

5. 依法完成其他审判工作。

合议庭其他成员除不享有庭审组织、指挥权外，有权而且应当与审判长一样平等地参与案件的审理、评议和裁判，共同对案件事实认定和法律适用负责。在合议庭评议案件时，合议庭所有成员均应充分发表自己的意见，不允许

沉默或者弃权。

为了有效地履行上述职责，担任审判长、审判员的学生在开庭审理时，还应注意：

1. 审判长、审判员应当根据《人民法院法官袍穿着规定》的要求，穿着法官袍。

2. 审判长应当按照《人民法院法槌使用规定（试行）》的要求，正确使用法槌。审判长使用法槌的程序如下：（1）宣布开庭、继续开庭时，先敲击法槌，后宣布开庭、继续开庭；（2）宣布休庭、闭庭时，先宣布休庭、闭庭，后敲击法槌；（3）宣布判决、裁定时，先宣布判决、裁定，后敲击法槌；（4）其他情形使用法槌时，应当先敲击法槌，后对庭审进程作出指令。审判长在使用法槌时，一般敲击一次。

3. 审判长、审判员应当严格按照最高人民法院《法官行为规范（试行）》的要求，注重自己的仪表和言行。

第二节 模拟法庭中检察官的职责

根据我国《刑事诉讼法》和《检察官法》等规定，结合模拟法庭实验的实际情况，在实验中担任检察官的学生需履行如下职责：

1. 提起公诉和抗诉。担任检察官的学生应当在认真审查案件材料和熟悉相关法律规定的基础上，制作刑事起诉书、抗诉书，并准确、合法、及时地提起公诉、抗诉。

2. 制作庭审预案，即在模拟法庭实验前完成庭审询问被告人的提纲、举证和示证提纲、质证提纲、答辩提纲和公诉意见书等预案的准备与制作。

3. 出席法庭支持公诉、抗诉，代表国家在法庭上指控犯罪、揭露犯罪和证实犯罪。主要工作包括：（1）宣读起诉书、抗诉书；（2）讯问被告人；（3）向法庭举证，参加质证；（4）发表公诉词，参加法庭辩论。

4. 进行法律监督。出席法庭的公诉人对法庭审理案件违反法定诉讼程序的行为，应当记明，并在庭审后及时向检察长报告，以人民检察院的名义向人民法院提出纠正意见。必要时，检察院对审判活动中严重违法法定程序影响司法公正的行为，可以提起抗诉。

5. 维护诉讼参与人的合法权利。检察官是公共利益的代言人。公诉人出席法庭是站在维护国家法制的立场上，代表国家和人民利益，因此，在追究犯罪的同时，负有依法维护诉讼参与人合法权利的职责。

6. 结合案情和旁听情况进行法制宣传教育。公诉人还应当在法庭上义正

词严地揭露和证实犯罪，分析犯罪发生的原因，促使犯罪分子改过自新，警示其他人引以为戒，自觉遵守国家法律，以达到减少和预防犯罪的目的。

公诉人在出庭履行上述职责时，其言行应当符合最高人民检察院公诉厅制定的《公诉人出庭行为规范》的要求。

第三节 模拟法庭中律师的职责

根据我国《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》、《行政诉讼法》和《律师法》等规定，律师在诉讼中担任辩护人和代理人两种身份。作为专门的职业，律师在诉讼中的职业活动具有以下特点：

1. 专业性。律师职业的专业性由专业知识和专业能力两个要素构成。律师是法律方面的专业人员，因此，律师理所当然地应当精通法律知识，熟悉法律规范。不仅如此，律师还应当具有良好的专业能力。律师的专业能力除了体现在其拥有专业知识外，还体现在其对法律尤其是程序法的精通及熟练运用、迅速把握关键问题的能力及敏锐的反应能力、出色的语言表达和组织才能等方面。

2. 独立性。律师职业的独立性主要体现在两个方面：一是律师独立于政府、法院和检察院等权力机关；二是律师独立于当事人。律师在执业活动中，只需遵守宪法和法律；恪守律师职业道德和执业纪律；以事实为依据，以法律为准绳。除此之外，律师执业不受任何人或机构的干涉与限制。

3. 服务性。律师的法律服务是一种专业性服务，这种服务的对象是社会大众，即所有需要法律帮助的人。律师一旦成为当事人的辩护人或代理人，就应当在法律许可的范围内尽最大可能地维护当事人的合法利益。

基于上述特点，结合模拟法庭实验的实际情况，在实验中担任律师的学生的根本任务就是：依据事实和法律，运用自己的专业知识，最大限度地维护自己当事人的合法利益。具体来讲，担任律师的学生应当履行如下职责：

- (1) 通过阅卷、调查证据、会见当事人等方式，熟悉案件材料。
- (2) 在了解案件事实的基础上，分析法律关系，制订相应的诉讼策略。
- (3) 依法指导当事人行使诉讼权利。
- (4) 撰写辩护词、代理词等相关诉讼文书。
- (5) 出席法庭审理，参与法庭调查、辩论。

律师在履行上述职责时，其言行及仪表要符合中华全国律师协会制定的《律师执业行为规范》和《律师出庭服装使用管理办法》的要求。

第四节 模拟法庭中其他辅助人员的职责

由学生扮演法官、检察官和律师审理案件，是培养学生法律职业能力的重要途径。因此，在模拟法庭实验中，法官、检察官和律师是主要角色。但是，模拟法庭实验的有效进行，也依赖于其他角色的有效配合。具体来说，模拟法庭实验中的其他辅助人员包括当事人、证人、鉴定人、书记员和法警，下述为他们在模拟法庭实验中的职责。

一、模拟法庭中当事人的职责

根据我国《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》和《行政诉讼法》的规定，当事人是指与案件结局有着直接利害关系，对诉讼进程有着较大影响的诉讼参与人。司法实践中的当事人一般有以下特点：

1. 当事人往往是案件事实的亲历者，对案件事实非常清楚。
2. 当事人一般不太精通法律，其合法权益的维护需要律师的帮助。
3. 当事人与案件的结局有着直接的利害关系，有着强烈的主张诉讼权利的欲望和尽可能地追求有利裁判结果的心理。
4. 当事人的特殊心理，决定了当事人在有些情况下不愿意客观陈述案件事实，甚至故意歪曲案件事实；当然，在有些情况下，当事人也有着强烈的悔罪心理，从而客观陈述事实。

在模拟法庭实验中，我们无法使得担任当事人角色的学生与案件结局产生法律上的利害关系，因此扮演当事人的学生在很大程度上具有表演性。基于此，结合上述司法实践中当事人的特点，在模拟法庭实验中扮演当事人的学生要尽可能地从案件的局外人转变成“当事人”，从法律方面的专业人士转变为非法律专业人士。具体来讲，在模拟法庭实验中，担任当事人角色的学生需要承担以下职责：

- (1) 熟悉案件材料中当事人对案件事实的陈述和整个案件的基本情况。
- (2) 仔细揣摩和体会当事人的心理，以当事人的身份出席模拟法庭，并行使相关诉讼权利。
- (3) 与自己的律师商讨诉讼对策，在法庭上有效地配合律师的辩护或者代理。

二、模拟法庭中证人的职责

根据我国《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》和《行政诉讼法》的规定，证

人的义务是如实地就自己所知道的案件事实向法庭提供证言；如果有意作伪证，则应承担相应的法律责任。因此，在司法实践中，证人的职责就是如实作证。在模拟法庭实验中，担任证人角色的学生并没有亲历案件事实，其对案件事实的感知完全来源于本教材或指导教师提供的案件材料。因此，担任证人的学生首要的职责就是熟悉案件材料中有关证人陈述的内容。

此外，根据我国三大诉讼法的相关规定，证人有出庭作证的义务，因此担任证人的学生还需承担的职责就是应法庭的传唤出席模拟法庭审判，在模拟法庭上接受诉讼双方以及法官的询问。至于担任证人角色的学生出席法庭后如何陈述，笔者认为，不能一概而论。在司法实践中，证人当庭翻证的现象时有发生。因此，一方面为了与司法实践保持一致，另一方面为了增强实验的趣味性和提高实验难度，担任证人角色的学生在法庭上提供的证言既可以与先前给定材料中的内容保持一致，也可以当庭推翻先前证言，作出与庭前陈述不一致的证言。当然，在当庭翻证的情况下，证人应当在法庭上作出合理的解释和说明。

三、模拟法庭中鉴定人的职责

根据我国《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》和《行政诉讼法》等规定，鉴定人的义务是：按时完成鉴定任务，如实提供鉴定意见；依法主动回避；保守在职业活动中知悉的国家秘密、商业秘密和个人隐私；依法按时出庭，接受诉讼双方及法官的询问；遵守职业道德和职业纪律等。全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》第11条规定：“在诉讼中，当事人对鉴定意见有异议的，经人民法院依法通知，鉴定人应当出庭作证。”据此，在一般情况下，鉴定人不必出庭作证；但是，在诉讼双方对鉴定意见有异议时，鉴定人应当出庭作证。

根据上述规定，结合模拟法庭实验实际情况，如果诉讼双方对鉴定意见没有异议，则不需要学生担任鉴定人角色，模拟法庭开庭审判时只需当庭宣读鉴定结论即可。但是，如果当事人对鉴定结论提出异议，申请鉴定人出庭作证，则担任鉴定人的学生需要承担以下职责：（1）熟悉本教材或指导教师提供的鉴定结论内容。（2）尽可能地查找相关资料，熟悉相关鉴定结论的产生过程、基本原理等，使自己在法庭上的表现体现出一定的“专业性”。（3）出席法庭，当庭陈述鉴定结论，并接受诉讼双方及法官的询问。

四、模拟法庭中书记员的职责

由中共中央组织部、人事部和最高人民法院联合颁布的《人民法院书记

员管理办法（试行）》第1条规定：“书记员是审判工作的事务性辅助人员，在法官指导下工作。”据此规定，结合我国《人民法院组织法》、《法官法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》的规定，在模拟法庭实验中担任书记员的學生需要履行以下职责：

1. 办理庭前准备过程中的事务性工作，如送达起诉状、起诉书、答辩状等诉讼文书；接收当事人、律师庭前递交的相关证据材料和法律手续，并及时如数交给案件的承办法官；送达开庭通知；张贴开庭公告；等等。

2. 做好庭审前准备工作，如布置法庭，开庭时向审判长报告应出席人员出庭情况，宣布法庭纪律，请公诉人、辩护人、代理人、当事人、鉴定人、翻译人员等入座，请审判长、审判员入庭就座。

3. 担任案件审理过程中的记录工作，包括庭审笔录和合议庭评议笔录、宣判笔录。其中庭审笔录应当记明：审判长、合议庭成员在庭审不同阶段先后向当事人宣布、告知、询问的内容以及当事人回答、陈述、质证、辩解、辩论的内容；法庭上出示书证、物证和视听资料、鉴定结论、现场勘查笔录等证据以及当事人对各项证据质证的意见；当庭调解情况。庭审笔录应在审判长宣布休庭或闭庭后，立即或于庭后5日内将庭审笔录交由当事人阅读或向其宣读，当事人确认无误后应签名或盖章，最后由审判长和书记员签名。

书记员在合议庭评议笔录中应记明：评议的时间、地点、合议庭成员；案由、当事人自然情况；合议庭成员对案件事实认定、证据采信和法律适用所发表的意见、理由和依据；合议庭评议结果；合议庭成员的意见或保留意见。此笔录由合议庭成员审阅后签名或盖章。

书记员在宣判笔录中应记明：案由、宣判时间、地点和旁听人数；到庭当事人的姓名和身份；宣读的判决书、裁定书的编号；当事人表示的态度、意见和要求。宣判笔录应由当事人签名或盖章。

4. 做好结案后的具体工作，如核对、印刷、装订裁判文书；办理上诉、抗诉案件的移送工作；整理、装订、归档案卷材料。

5. 完成法官交办的其他事务性工作，如协助法官做好庭外调查取证工作等。

书记员应当认真、细心地履行上述职责，达到如下工作标准：（1）制作笔录应当完整、字迹清晰、文理通顺、段落分明、标点准确；（2）抄写、核对、印刷、发送有关法律文书应及时、合法、准确无误；（3）整理、装订案卷材料齐全、顺序规范、装订牢固、卷面整洁、按时归档；（4）司法统计准确、及时；（5）收取、保管的诉讼费、赃款赃物、证据材料无差错；（6）办理的其他有关事项符合要求。

五、模拟法庭中法警的职责

根据我国《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》、《人民法院法庭规则》和《人民法院司法警察暂行条例》的有关规定，在模拟法庭实验中担任法警的学生根据审判长的指令，依法履行如下职责：

1. 警卫法庭，维护法庭秩序。
2. 保障参与审判活动人员的安全。
3. 传唤证人、鉴定人。
4. 传递、展示证据。
5. 制止妨害审判活动的行为。

司法警察值庭时，应当注意以下事项和要求：

1. 按照规定穿警服、佩戴警衔专用标志，警容严整；女司法警察不得浓妆、披发、戴饰物。

2. 对旁听人员，值庭的司法警察应当进行安全检查。发现未成年人、精神病人、醉酒的人和其他不宜旁听的人员，应当阻止或者劝其退出审判法庭。

3. 司法警察值庭时，应当站立于审判台侧面，背向审判台，面向旁听席。根据需要采取立正、跨立姿势或坐姿。法庭宣判时采取立正姿势；法庭调查开始后采取坐姿。出入法庭时应以齐步动作行进。

4. 值庭的司法警察接收、传递、展示证据时，应注意安全。

5. 值庭的司法警察传唤证人时，应当打开通道门，引导证人到达指定位置。

6. 司法警察值庭时应提高警惕，防止当事人自伤、自杀、行凶、脱逃等行为的发生。遇有突发事件，应全力以赴，沉着应对，果断处置。

7. 司法警察值庭时，应当遵守法庭纪律，精神集中，举止端庄，行为文明，态度严肃。不得擅自离岗，不得让无关人员接触当事人，不得侮辱或变相体罚当事人以及实施其他妨害审判活动的行为。

8. 司法警察提押刑事被告人时，法警应当禁止被告人之间谈论案情、交换物品；提押女被告人时，应由女法警负责。

9. 司法警察在为刑事审判值庭时，负责看管被告人的司法警察，应面向审判席，站或坐在被告人后面的左右两侧。

对旁听人员违反下列法庭纪律的，值庭的司法警察应当予以劝阻、制止：

- (1) 未经允许录音、摄影和录像；
- (2) 随意走动或擅自进入审判区；
- (3) 鼓掌、喧哗、哄闹；
- (4) 擅自发言、提问；
- (5) 吸烟或随地吐痰；
- (6) 使用通讯工具；
- (7) 其他违反法庭纪律的行为。

对下列行为，值庭的司法警察可以依法采取责令退出、强制带离、强行扣押、收缴、检查等强制措施：（1）未经许可进入审判区，经劝阻、制止无效或者有违法犯罪嫌疑的；（2）严重违反法庭纪律，经劝阻、制止无效的；（3）哄闹、冲击法庭，侮辱、威胁、殴打参与审判活动人员等严重扰乱法庭秩序的。

第二章 ■ ■ ■

模拟法庭语言规范与技巧

第一节 法官的语言规范与技巧

法官是法律的代言人。法官审理案件的过程，就是运用口头语言和书面语言准确表达自己意思的过程。法官的语言规范和技巧，取决于法官的角色。根据我国现行三大诉讼法的规定，法官是案件的裁判者。与此同时，尽管当前我国三大诉讼法规定的审判模式具有当事人主义的对抗性，但在很大的程度上保留了职权主义的风格。这就决定了我国法官在法庭上不仅负有组织、指挥庭审顺利进行的职责，而且在一定的程度上还负有查明案件事实真相的义务。法官的裁判角色和诉讼模式决定了我国法官在庭审时说话的方式和内容。

一、严格使用法言法语

法庭语言是一种非常正式的职业语言。作为职业法官，庭审语言应当严格规范，使用法言法语。

审判长：某市某区人民法院刑事审判庭现在开庭。犯罪嫌疑人，你叫什么名字？

被告人：张某某。

审判长：有没有别名？

.....

审判长：你什么时候被公安机关抓的？

被告人：2006年8月10日。

.....

审判长：某区人民检察院的起诉状副本你收到了吗？

被告人：收到了。

在上述庭审语言中，审判长有以下三处的语言不规范甚至错误：

1. “犯罪嫌疑人，你叫什么名字。”根据1996年3月17日我国修改后的

《刑事诉讼法》的规定，有关涉嫌犯罪的人之称谓，在人民检察院向法院正式提起公诉之前只能称之为“犯罪嫌疑人”，在提起公诉后则应称之为“被告人”，对于那些已被生效裁判确定有罪的人则称之为“罪犯”。

2. “你什么时候被公安机关抓的？”“抓”字是我们日常生活用词，其含义并不确切。在刑事诉讼中与“抓”字相关的法律用语应是“拘留”和“逮捕”，因此审判长的问话应当是“你何时被刑事拘留？”或“你何时被逮捕？”

3. “某区人民检察院的起诉状副本你收到了吗？”根据习惯用法，人民检察院的起诉文书只能称之为“起诉书”，而不能称之为“起诉状”。相反，当事人的诉讼文书则称之为“起诉状”、“上诉状”。

二、力求庄重、准确、简洁

法官是国家工作人员，代表国家行使审判权，其庭审语言应当是庄重的。唯此，才能显示出审判的权威，任何轻浮、污秽的言辞都是审判口语必须摒弃的。准确是法律语言的生命。法官使用的言辞不准确，不仅有损人民法院的威信，而且会直接影响人民法院审判案件的质量和效率。简洁则是法律语言的高级境界。用语简洁既容易使人明白，也能显示出法官干脆利落的作风，有利于提高审判工作的质量和效率。试看以下几例：

例1：有法官当庭宣判叙述被告人的犯罪事实时说：“被告人王某利欲熏心，别有用心，厚颜无耻，四处活动，大肆贪污，接受贿赂，一毛不拔，为自己营造安乐窝。”

例2：还有一位法官在法庭上说：“被告人刘某在大桥底下的高粱地里，将女青年张某强奸了。”被告人辩解道：“我没有在大桥底下的高粱地里强奸她。大桥底下有水，没有高粱地。”（经查，被告人刘某是在大桥南侧的高粱地里将女青年张某强奸的。）

例3：在一起离婚案件中，原告人叫马某某，被告人叫牛某某，被法院依法判决离婚。法官在庄严的法庭上高声宣读判决书的事实部分时说：“婚后，牛马感情不和，以至于最后发展到感情完全破裂。”（此时，旁听者不禁要问：“牛和马的感情和或者不和与法院何干？”）

例4：在民事审判中，审判长说：“下面请原告代理人发表辩护意见”；在刑事审判中，审判长说：“请被告的辩护人发表代理意见。”

在例1中，法官的叙述中过多地使用了感情色彩过于浓厚的词语，显得不够庄重。在例2中，法官的用语不够准确，让被告人抓住了漏洞，显得非常尴

尬。在例3中，法官用语试图简洁，但采用了不该简略的表达，容易产生歧义，显得不够明确。在例4中，审判长就混淆了“辩护”与“代理”这两个概念，属于用词不准确。

三、通俗易懂

法官的庭审语言应当规范，使用法言法语。但是，中国是一个人口众多的国家，而且经济发展水平很不平衡，其中有相当一部分当事人的文化水平较低，对一些“法言法语”难以理解。在此情况下，法官如果不耐心地用通俗易懂的语言进行解释，则有可能使得当事人的诉讼权利疏于行使，从而不利于保护当事人的权益，也容易为以后的上诉、申诉埋下隐患。

例如，在某案中，法官经过调查了解，终因事实不清，证据不足当庭判决原告王老汉败诉，并对王老汉说：“如果你不服本院判决，还可以在十五日内上诉。”王老汉听后叫苦不迭：“以后我屈死都不再打官司！想不到我七十多岁的人，输了官司还让我上树（诉）。”

而以下一段法官关于回避的庭审语言就较好地处理了法言法语与通俗易懂的关系：

审判长：根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第183条的规定，本庭依法公开审理自诉人王某诉张某、李某重婚一案。本合议庭由某县人民法院刑事审判庭庭长陈某，也就是我本人，会同本院审判员胡某、赵某，依法组成合议庭。书记员孙某担任法庭记录……根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第28、29条的规定，当事人在庭审过程中依法享有申请回避的权利。自诉人，你是否申请回避？

自诉人：申请回避？喔，我没听清。

审判长：所谓回避，也就是如果你认为本合议庭的组成人员、书记员，即我们三位法官和一位书记员，与本案有利害关系，不能公正地审理本案，可以提出正当的理由，申请换别的法官来审理，或别的书记员来记录。现在你是否同意由我们三位法官审理你的案子？

自诉人：我同意。

四、耐心倾听

兼听则明，偏信则暗。在审判中，也是如此。法官只有耐心地听取双方的

意见,才有可能对案件事实有充分的了解。在英美法系国家曾流传着一个经典笑话:做一个好法官的最佳方法就是——开庭前在嘴里含一口水,直至开庭后才能咽下去。任凭法庭上当事人吵得天翻地覆,任凭双方的律师舌绽莲花,法官永远是一个旁观者,坐在审判台,与台下的喧闹无缘。英国著名的大法官培根曾说:“耐心及慎重听讼是法官的基本功之一,而一名唠唠叨叨的法官则不是一件和谐的乐器。”^①第二次世界大战后英国著名的法官丹宁勋爵也曾说:“一位思维敏锐、学识渊博、动机良好的法官却由于介入案情辩论的次数太多,结果造成诉讼双方的一方——不,双方——控告他不能公正审案。而本庭认为控告是有道理的。”“法官的事情就是听取证词。只有在需要澄清任何被忽略的或不清楚的问题时,在需要促使律师行为得体以符合法律规范时,在需要排除与案情无关的事情和制止重复时,在需要通过巧妙的插话以确保法官明白律师阐述的问题以便作出估价时以及最后在需要断定真情所在时,法官才能亲自询问证人。假如他超越此限,就等于是自卸法官责任,改演律师角色。但是这种改变对法官并没有好处。”^②

实践中,个别法官往往觉得自己已经了解了案情,因此在开庭审理时常常随意地打断当事人、辩护人或者代理人的发言。例如,有个别法官常常会说:“这个问题已经清楚了,你不必说了。”“这个问题刚才你已经说了,不要再重复了。”“这个问题与案件无关。”我们认为,即便是当事人、辩护人、代理人的发言确实有重复之嫌,法官也应当尽量地予以克制,耐心地去倾听双方的意见。此外,在有些案件中,法官依然保留着浓厚的职权主义色彩,几乎包揽了对证人的全部询问,把诉讼双方当事人完全放在一边,法官这种越俎代庖的做法与我国现行的立法规定是相违背的。

五、该问就问

自20世纪90年代以来,我国的庭审方式逐渐地向对抗式转变。但是,考虑到我国很多当事人不懂法律,而有律师参与的案件比例也不是很高;再者我国民众存在强烈追求实体公正的传统心理,因此为了保证法院能够尽可能地查明案件事实真相,目前我国三大诉讼法依然允许法官在庭上询问当事人和证人。如我国《刑事诉讼法》第186条第3款规定:“审判人员可以讯问被告人。”第189条第2款规定:“审判人员可以询问证人、鉴定人。”我国《民事

① [英] 弗·培根:《培根论说文集》,水天同译,商务印书馆1983年版,第195页。

② [英] 丹宁:《法律的正当程序》,李克强、杨百揆、刘庸安译,法律出版社1999年版,第66~67页。

诉讼法》和《行政诉讼法》尽管没有规定法官可以对实体性问题进行发问，但是实践中法官主动询问当事人和证人比较普遍。如上所述，法官在庭审中原则上应当耐心地听，不要輕易地介入双方的争斗之中。但是，在案件的关键事实不清，而诉讼双方的询问又没有涉及此问题时，基于事实真相之查明，法官应当主动地对当事人、证人、鉴定人发问，而不要过于消极。请看下例：

公诉人：被告人张三，你做出纳期间截留供应科现金多少笔？

被告人：33 笔。

公诉人：多少钱？

被告人：157 933 元。

公诉人：你用什么手段截留的？

被告人：我把现金存入银行。

公诉人：钱哪儿去了？

被告人：让我挥霍掉了。

审判长：你用这种手段账上能反映出来吗？

被告人：能。

审判长：你这样做不怕被发现吗？

被告人：怕，但后来也没人查。

在上例中，公诉人的发问是对被告人用相同犯罪手段侵占公款 33 笔共 157 933 元犯罪事实的举证。然而被告人的犯罪动机、心理如何，公诉人却没有讯问。为此，审判长针对被告人对这一犯罪手段屡屡得手的关键进行讯问，从而明确了被告人是利用企业管理漏洞犯罪且多次得手，从而表明犯罪行为主观上是具有明显的故意，而非过失。

再如，在民事审判中，原、被告双方当事人尽管都会向法庭陈述案件事实。但是，基于与案件的利害关系，原、被告当事人往往是避重就轻，只陈述对自己有利的事实，对自己不利的事实则尽量回避。在这种情况下，法官就要积极主动地追问双方当事人，以探求事实的真相。

例如：在一起遗产继承纠纷案件中，被继承人李某是位离休老干部。在其因病去世后，家中的 5 个子女要求继承遗产，其中与李某共同生活的长子在陈述过程中，主张自己尽了最多的赡养义务，要求多分点份额，并向法庭提交了李某生前住院的医疗费用单据。对此，其他继承人没有反应过来。但法官此时意识到：李某的长子可能在作虚假陈述，因为：（1）李某是高级离休干部，

享受公费医疗，一般会直接报销，而不是长期保存医疗单据；（2）张某作为高级离休干部，退休费比子女的工资都还高，没有必要增加子女的负担；（3）张某平时与长子生活在一起，其医疗单据长子取得更方便。在意识到当事人可能在作虚假陈述后，法官积极向其发问：“张某的工资怎么领取？”“张某单位是否有医疗报销，谁帮忙报销？”“张某的物品现在何处，由谁保管？”在此系列追问下，当事人马上变得支支吾吾。

六、坚持中立

法官中立是司法公正的前提。法官的庭审语言，不应带有任何的倾向性，否则只会让诉讼的另一方不满意，从而对判决的公正性产生怀疑。

“无论提出问题还是引导法庭辩论，法官都要注意自己是主持庭审，必须公正地听取控辩双方的意见。因此不能厚此薄彼，喜欢听这一方的意见，压制另一方的发言。”^①“一个好法官无疑会是一个好听众，法官的职责就是主持正义，一个好法官绝不会预先存在偏见。”^②

在我国司法实践中，受历史传统、司法制度等原因的影响，开庭审理时法官往往过于配合检察官，在法庭上甚至有时“一唱一和”，而对辩护方的发言却时常打断；开庭前或休庭后法官和检察官也显得过于亲热，有说有笑，而对辩护人则明显冷淡。我们认为，这些言语和举止与现代职业法官的中立要求是相违背的，应该引起注意。当然，在个别场合，也有法官的庭审询问明显地倾向被告人。如最高人民检察院前公诉厅厅长姜伟博士在法院调研旁听时，曾听见一位审判长这样询问被指控犯有贪污罪的被告人：“那么多钱你能贪污得了吗？”听到这样带有明显倾向性的问语，被告人马上“心领神会”地回答说：“我贪污不了。”再看下例：

审判长：你对起诉书指控你杀人有何意见？

被告人：我冤枉，我没有杀人。

审判长：你没有杀人，那为什么先前你向公安机关承认你杀人了？

被告人：当时警察打我，我没办法才说的。

审判长：警察打你，你有什么证据？

^① 张军、姜伟、田伟昌：《刑事诉讼：控辩审三人谈》，法律出版社2001年版，第291页。

^② [印] G. 米尔思等：《律师的艺术》，刘同苏、侯君丽译，中国政法大学出版社1989年版，第153页。

上述一段对话时常出现在法庭审理中。当然，随着我国刑事审判方式的改革和法官素质的提高，这样的场景在逐渐地减少。在这段对话中，法官带着有罪推定的观念，在庭上对被告进行拷问，混淆了审判职能与控诉职能的关系。再看下例：

审判员：当地的街坊四邻的，群众怎么议论他们这个事儿啊，听说过吗？

证人：反正议论他们挺不好的。

审判员：那你说说群众的议论中有哪些不好？

证人：很多群众都说是他家老二的不对……

在上述问话中，一方面，法官的问话中都已经预设了答案。因为在没有询问“群众有没有议论这个事”之前，就直接问“群众怎么议论这个事？”实际上是有倾向性的问话。即便群众中有议论，也应该是中性地问有哪些议论，而不宜专门有倾向性地问“群众的议论中有哪些不好”。另一方面，根据意见证据规则的要求，普通证人是不能发表评论性意见的。因此，就群众议论性问题进行发问也不符合证据规则的要求。以下则是一起引起极大争议、值得我们思考的关于法官言行中立的事例：

女法官脱下法袍后斥责原告没良心引发争议^①

自己的儿子被邻居张家孩子掐死后，在分文赔偿未得到的情况下，母亲韩某将硫酸泼向了张家大女儿张某。2007年8月27日北京房山法院判决韩某有期徒刑13年，并赔偿受害者48.8万元。

在等待宣判的过程中，张父一直死死地盯着韩某。宣判结束，审判长和陪审员离席后，张父指着韩某吼道：“你还有人性吗？你为什么不来害我，害我的女儿。你现在后悔吗？”

“如果法官问我，我就后悔。可是你问我，我永远不后悔！我让你天天看着你女儿，让你难受一辈子！”韩某浑身发抖地说。

就这样，双方在等待签字的过程中，争执了将近20分钟。

在被告人与被害人父亲争执的过程中，已经脱下法袍的主审女法官回到庭中，坐在旁听席上。当她听见张父向记者解释，自己并不是不愿意支付韩某儿子的赔偿金，而是准备分批慢慢支付时，忍不住站起身来驳斥：“那你为什么

^① 有关此案的相关报道及评论参见：2007年8月28日《京华时报》及2007年8月30日《法制日报》。

到现在一分钱都没有付过？你家不是还有两辆车吗？”

张父一听这话，把争吵的矛头对准了法官。“你这样说，你是不是偏袒被告？她泼硫酸还有理了？”法官提醒张父：“你说这话，先问问自己的良心！”

张父在审判笔录上签完字后，还一边朝法官大嚷着：“你有本事当庭释放她啊？”

等张父离开时，法官才慢慢恢复了情绪。“我脱下法袍也是个普通百姓，实在太生气了！”法官说，据他们调查，张家的经济情况并没有像张父所说的那样不堪，不至于一分钱赔偿都拿不出来。

上述情景经媒体报道后，引发了极大的争议。赞成者认为：“作为一名女法官，以普通百姓的身份对案件进行道德评判，就不再需要像法庭上那样郑重其事、严谨周密，完全可以率性而为，把支持什么、反对什么的观点亮出来。”“女法官的良心与勇气是我们这个社会最稀缺的东西，也是弥足珍贵的东西。”“法官作为中立的裁决者，作为正义的最后守护人，有责任对种种违背社会道德的现象进行对抗。”但反对者认为：“司法中立是司法公正的要求，是法官的基本职业素养和职业道德，不仅仅体现在法庭开庭审理、坐堂问案的审判席上，也体现在休庭时法庭的各个角落里，包括法院审判、执行的各个环节、各个方面。”“法官只是法律法庭的法官，而非道德法庭的法官。当事人只接受法官法律上的审判，而无接受法官道德审判的义务。法官的审判只在法庭上。而在法庭上，法官只不过起着主导庭审进程的作用，而绝非高人一等的领导者。法官行使国家法律赋予的审判权，代表的是国家的法律，而非个人私情。”

七、语气平缓

法官是庭审的指挥者。因此，在开庭审理过程中，一旦遇到当事人甚至代理人、辩护人在法庭上胡搅蛮缠、无故拖延、反复重复，或者抓不住案件的关键，在一些无关紧要的细节问题上争论时，审判长就应当善于制止，引导诉讼双方围绕案件的关键和争点进行辩论。此时，审判长的发言语气平缓、有理有节就显得非常重要。试比较以下两种情况：

审判长 A（平和而严肃）：原告，你现在所说的，刚才你已经陈述清楚了，法庭已经记录在卷，希望你只对本问题发表新的意见，你还有新的意见要陈述吗？

原告：没有。

审判长 A：下面，继续下一个焦点的调查……

审判长 B: (略有不耐烦): 原告, 不要再重复这个问题了, 没有新意见, 就不要再讲了。下面, 对下一个焦点进行法庭调查。

在上述庭审对话中, 针对当事人的重复发言, 审判长 A 与审判长 B 都进行了制止。显然, 审判长 A 的语言技巧较高, 当事人容易接受; 而审判长 B 的语言, 就容易给当事人造成法官不耐烦的印象, 甚至会以为法官偏向另一方当事人。实践中, 有的当事人对法官多次制止其不当发言表示不满, 并当庭表示这是剥夺其辩护权, 结果在案件判决后只要对判决稍有不满意, 就认为法官审判不公而上诉、申诉。

八、不要对被告人进行诱供和逼供

所谓诱供, 也称之诱导性询问, 是指提问本身对如何回答该问题带有一定的暗示和倾向。作为中立的法官, 除了在主观上要坚持平等地对待诉讼双方外, 还要在提问时防止无意识地进行诱导性询问。法官一旦进行诱导性询问, 聪明的当事人、辩护人、律师往往会马上猜透法官的内心想法, 从而顺着法官的思路回答; 相反, 对于另外一些无辜的当事人, 也容易被法官的诱导性提问所误导。例如:

审判长: 那饭馆的伙计根本不认识你?

被告人: 我根本没进饭馆。

审判长: 你根本没去过饭馆, 别人怎么会牵扯到你?

被告人: 那我不知道。王刚的叔叔和别人看见我在外面站着。

审判长: 你到底进饭馆了吗?

被告人: 没有。

审判长: 饭馆的人与你也没有结仇, 怎么会诬陷你呢?

被告人: 我怎么知道?

所谓逼供, 是指法官在法庭上通过言语等方式威胁被告人, 迫使被告人在法庭供述犯罪。显然, 法官的中立性决定了法官的发问不能采取威胁、逼迫的口气。请看下例:

审判长: 记不清了? 你怎么会记不清了? 你当时不就是跟张某在一起吗?

被告人: 我不认识张某。

审判长: 喔, 你说什么? 不认识张某?

被告人：我（被审判长打断）

审判长：我提醒你一下，在法庭上你的认罪态度对你量刑有直接的影响，问到你，你要主动回答，声音要大一点。这是最后一次提醒你。

九、不要对回答进行评论

对当事人、证人、鉴定人等在法庭上的回话如何评价，是法官对证据进行认定的问题。根据诉讼法的规定，对证据如何评价，应当经过合议庭评议。即便是独任审判员审理案件，独任法官对言词证据的真实性也不应当庭进行评论。这样做的好处在于：一方面，可以与其他法官充分讨论，防止自己的意见与其他法官不一致，从而使自己陷入被动；另一方面，当场评论容易让一方当事人认为法官有意袒护对方，从而产生对法官的敌对情绪。请看以下三例，法官都过早地对当事人的回答进行评论，使人不由得对法官的公正性产生怀疑。

上诉人：我在邻县的农场也买了一批，这个法院可以去调查。

审判长：那么就是说当时2月份的时候你不能在其他地方也买到种猪？

上诉人：不能够。

审判长：为什么？

上诉人：因为买种猪必须要先联系好，才可能买到。

审判长：你这个理由就不充分了。嘿，必须先联系……你只能说根本没有猪，这个理由才比较充分啊，是吧？你想想，在市场经济条件下，有什么能买不到？！你这个理由太不充分了。

审判长：被告，你还是不想调解？

被告：我还是希望由法庭判决。

审判长：那就是说你拒绝我们的调解。啊，稳操胜券了啊？看来你很有把握啊。行，不调就不调，看到时候谁后悔吧。

审判长：张三（被害人）喝“敌敌畏”后你做了什么？

被告人：我让女儿去找周老师。

审判长：敌敌畏都入肚了，你还等着，你怎么办？没采取任何措施？这五六分钟你干吗呢？

被告人：我叫她，毫无办法。

审判长：等一等，行了，行了。周老师是你们领导，他来了怎么办？什么事都必须叫他？现在情况变了，喝了敌敌畏了，还必须叫他，女儿叫不来，你

还亲自去叫？应该找医生！你是个大学老师，我都没法问你了，我替你说了吧。

十、一问一答

在一个问话回合中，原则上只提一个问题，这样既能使问话的目的明确，针对性强，又能使回答人集中精力回答。若在一个问话中，同时提出数个问题，容易给答话人增加负担，令答话人无所适从，甚至还会给一些狡猾的回答人钻空子，即有意地只回答其中的某个问题，对其他的问题故意不回答。在下例中，审判长一连串地问几个问题，但实际上没有达到问话的效果，因为被问话人只回答了其中的一个问题。

审判长：出来之前你和你哥哥，就是你们出来去盗窃之前，你妻子谭某知道吗？当时她在干什么？

被告人：当时我妻子在哄孩子。

审判长：你平时对你妻子怎么样啊？你妻子对你呢？你妻子是什么样的人？

被告人：我妻子对我很好。

十一、准确、到位地行使诉讼指挥权

“在程序法领域中，我们迎接时代挑战的最好方式，并非坚持古老的自由放任主义的方案模式，而是要力图平衡当事人个人主动性与法官适当程序控制之间的关系。”^① 一场审判，能否顺利、高效地进行，在很大程度上取决于审判长能否准确、到位地行使诉讼指挥权。法庭上审判长的诉讼指挥权要准确、到位，请看下例：

例1：在法庭证据调查时，审判长对原告代理人说：“请原告代理人继续向法庭举证。”结果原告代理人说：“报告审判长，原告方证据已经出示完毕”，此时审判长显然感觉不好受，但也只能是有苦难说。

例2：在告知诉讼权利时，审判长说：“原告、被告、第三人对刚才告知的诉讼权利都听清楚了吗？”结果原告、被告、第三人面面相觑，不知谁先说，谁后说。

^① [意] 莫诺·卡佩莱蒂著：《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》，徐昕译，法律出版社2000年版，第53页。

在例1中,审判中就没有很好地根据庭审情况正确使用“原告代理人还有无新的证据需要向法庭出示?”和“请原告代理人继续向法庭举证”两种不同的表达方式,属于用语不准确。一般来说,在负有举证责任的人刚开始以及举证前期,审判长用后种表述更妥当;在感觉其举证快要结束时,用第一种表达方式则更好。在例2中,审判长的诉讼指挥权就行使得不够到位,正确的做法是逐一询问。

第二节 检察官的语言规范与技巧

检察官的性质和职责决定其语言规范与技巧。在刑事诉讼中,一方面,公诉人同律师一样,履行一定的诉讼职能,因此在很大的程度上需要遵守庭审的基本语言规范。但另一方面,公诉人与律师代表个人不一样,公诉人在法庭上代表的是国家,而且现代法治国家特别强调检察官的客观真实义务,因此作为起诉方的检察官“应当是象征正义的政府官员的化身……必须不徇私情地控告被告人,但是,这要做到绝对的公平。”^①

一、切忌以势压人

检察官代表国家履行公诉职能,有国家做后盾。因此,个别素质不高的公诉人有时会底气十足,以势压人。请看下面两段对话:

公诉人:被告人的钱是不是交给了企业?

证人:是交给了企业。

公诉人:你当时是在什么地方?

证人:我在办公室。

公诉人:那么你的眼睛是怎么看到被告人把钱交给单位的?你自己的问题也要小心点,好好考虑考虑!

辩护人:(向审判长举手,经审判长许可)审判长,我认为公诉人在询问证人的时候,应该保证证人有客观作证的条件,刚才有些话是在明显地威胁证人,是不太恰当的。

公诉人:(大怒)本公诉人代表国家依法执行职责,任何人不得加以干涉!

^① [英] 理查德·杜·坎恩:《律师的辩护艺术》,陈泉生、陈先汀编译,群众出版社1989年版,第31页。

公诉人：被告人胡国兵，你是否承认起诉书指控的犯罪事实？

被告人：不承认，我没有犯罪。

公诉人：我提醒被告人一下，据我们所掌握的材料，不仅你有受贿行为，而且你的妻子多次帮你收受财物。必要的时候，我们将对你妻子的行为一并追究。你再好好考虑一下自己的事情吧。

在上述案例中，在证人和被告人没有按照公诉人的意图回话的情况下，公诉人凭借检察院拥有追究犯罪的权力威胁证人和被告人，言下之意即：如果你再不“如实”陈述，我们将追究你（证人）和你妻子的刑事责任。这样的法庭讯问和询问，显然违反了我国《刑事诉讼法》第50条规定的“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”。实践中，有的公诉人不仅威胁证人、被告人，个别公诉人甚至在法庭上对律师进行威胁，如有的公诉人在发表公诉词时说“公诉人正告杨某的辩护人要依法辩护”，言下之意很明显：辩护人的辩护有违法之处。而在当前中国已有一些律师被非法追究刑事责任的情况下，辩护人在法庭上听到公诉人的如此言论，可谓是胆战心惊。

二、切勿“穷追猛打”

当被告人当庭认罪态度很好时，公诉人此时完全可以穷追不舍，让被告人交代所有犯罪事实。然而，当面对一些老奸巨猾、拒不认罪的被告人时，公诉人在法庭上切勿穷追猛打；否则，只会被睁眼说瞎话的被告人引入尴尬处境。在此情况下，公诉人应该冷静地通过举出其他证据来证明指控，迫使被告人认罪伏法。请看下例：

公诉人：在实施故意伤害过程中，你这方有几个人参加？

被告人：就我一个人。

公诉人：你以前在侦查机关供述时说你这方有三四个人，怎么今天又说是你一个人？

被告人：我当时记错了，今天说的才是对的。

公诉人：你怎么可能是一个人呢？对方有三个人，你一个人怎么可能伤害到对方呢？

被告人：我手上有刀。

公诉人：你手上有刀，对方有三个人也不怕呀。

被告人（眼睛瞪着公诉人）：不怕呀，你来试试看！

三、沉默也是金

法庭辩论的目的并非是控辩双方一争高低，而是为了尽可能地达成共识，帮助法庭准确裁判。因此，一名优秀的公诉人应该知道在法庭上对辩护人的观点哪些该反驳，哪些完全可以“不屑一顾”。这方面的基本规则是：对认定事实、证据、罪名、罪责及适用法律等方面有分歧时必须答辩；不影响定罪量刑的细枝末节问题可不予答辩。一般来说，以下四种情形不应答辩：（1）与本案无关的辩护；（2）与公诉人无原则性分歧的辩护；（3）属于学术争论方面的辩护；（4）对起诉书提出正确批评意见的辩护。因此，对这些不应答辩的情形，公诉人完全可以一笔带过，而无须紧抓不放，更不必将辩护人反驳得体无完肤才肯罢休。否则，轻则浪费时间，毫无意义，重则弄巧成拙。请看下例：

辩护人：本案认定被告人有罪的证据明显不足，但被告人在经济问题上确有错误，这一点辩护人并不否认，被告人作为企业管理者，在改革的大潮中放松了警惕，确实犯了一些很严重的错误，对此应当引以为戒。

公诉人：看来，连辩护人都不得不承认被告人确实犯有严重错误，问题不是很清楚了吗？既然如此，还有什么好辩的呢？

辩护人：我非常赞同公诉人刚才所说的一番话，不能否认，被告人确实犯有非常严重的错误，但是必须提醒公诉人，有错误不等于犯罪。

在上述最后一轮的法庭辩论中，公诉人的发言就纯属多余。本案中公诉人争强好胜的性格不仅没能体现出自己高超的辩论水平，反而弄巧成拙。

四、讯问被告人的方法

公诉人在法庭上讯问被告人，是法定的不可缺少的环节。为了达到较好的法庭讯问效果，公诉人应当在开庭前做好充分的准备，熟悉案情和被告人的个人情况，并针对不同的案情采取不同的讯问方法。

（一）直接讯问

在案件事实清楚，证据确实充分，被告人认罪伏法，且真诚悔改，不狡辩、不抵赖的情况下，公诉人可以采取直接讯问法，迅速地突破案件，达到很好的法庭举证效果。在采用此法时，要善于抓住案件的关键，如对于盗窃案件，应抓住非法占有的犯罪意图、秘密窃取的犯罪手段展开讯问；对强奸案件应抓住是否违背妇女意志，采取暴力、胁迫或其他手段强行与妇女发生性关系

进行讯问。在案件的关键问题讯问完毕后，还应当对案件的起因、预谋、准备过程、作案地点、时间、分工、具体实施的行为、犯罪对象的特点、后果、赃款赃物去向等细节逐一问明。总之，对于与定罪量刑情节有密切关系的细节，或者可能成为控辩双方争辩焦点的细节，都要重点讯问。

（二）间接讯问

在一些疑难、复杂案件或共同犯罪案件中部分被告人为推卸责任，在审查起诉以及法庭审判时可能会推翻侦查阶段的供述。对付这样的被告人，公诉人在法庭上直接讯问往往会吃闭门羹。因此，有经验的公诉人在庭审讯问时并不直接抛出需查证的材料，而是从侧面发问，先从外围和一些表面看上去并不重要的次要问题，甚至无关紧要的问题入手，以此消除被告人的对立情绪和戒备心理，然后步步推进，堵死被告人的退路，使其不能自圆其说，并适时向法庭出示有关证据，让被告人的虚假口供在法庭上暴露无遗，迫使其最终如实供述。请看下例：

公诉人：你去宾馆做什么？

被告人：我去宾馆看哥哥申玉刚，好长时间没见了。很是想念，和买卖假币没关系。

公诉人：你怎么知道你哥哥来了呢？

被告人：是刘洪发、张仲新和我说的。

公诉人：你去看你哥哥为什么带着“老郭”？

被告人：……（沉默，不语）

公诉人：老郭认识你哥申玉刚吗？

被告人：不认识。

公诉人：老郭去干什么？

被告人：买卖假币吧。

公诉人：你说你没有参与，没有你，老郭与你哥素不相识，怎么能找到你哥呢？

被告人：……（沉默，不语）

公诉人在上述买卖假币案的讯问中，庭审时被告人申玉华突然翻供，否认带老郭去宾馆找哥哥申玉刚接头买假币。公诉人接过这个话题，从细节入手讯问，达到预期效果，使得被告人最终如实交代了帮助买卖假币的事实。再如在审理王某和刘某盗窃案中，王某和刘某共同作案两次，盗窃汽车两辆，价值十万余元。两被告人深感罪责深重，利用在看守所劳动的机会串供，每人承担其

中的一起犯罪事实。公诉人当庭讯问时被告人王某和刘某均翻供。公诉人立即回忆起在以前的数次供述中，王某交代自己不会开车，均是刘某将车开走，并且公诉人亲自到盗窃现场看过，在汽车没有打火的情况下，一个人是不可能将车推过那么高的坡的。于是，公诉人出其不意地问王某：“你会不会开车？”王某随口答道：“不会。”公诉人进一步追问：“那你怎样将车偷到平阴的？”王某慌了手脚，不能自圆其说，只有坦白交代了。

（三）迂回包抄

对付一些不愿意认罪的被告，讯问时先不触及犯罪的任何实质问题，而是有策略地将火力点集中在外围，由远至近，由表及里，层层突破，一步一步地向纵深发展，环环相扣地接连讯问，并与后面公诉人的举证结合在一起，形成对被告人指控的合力。如在被告人郑某受贿案中，郑某拒不供认其收受的现金是贿赂，而辩称是人情往来中的礼金，自己也没有为他人谋取利益。针对这种情况，公诉人在讯问郑某时，有意避开决定案件性质的主要犯罪事实，先提出一些表面上看似与案件没多大关联，但实际上与案件有内在联系的次要问题和外围情节，使被告人放松警惕，不知不觉中将犯罪事实供述出来。请看：

公诉人：你在集团公司担任什么职务？

被告人：副总经理。

公诉人：你负责管理哪些事情？

被告人：主要负责公司生产成本的管理这一块。

公诉人：你是否参与分公司生产成本目标的制订？

被告人：这些都是集团公司内部的重大事项，须经我签批。

公诉人：集团公司下面各水泥厂的电价是否一致？

被告人：一致。

公诉人：水泥二厂的电价在 2001 年比其他水泥厂的电价多一角，你知道吗？

被告人：跟我汇报过。

公诉人：你当时怎么表态？

被告人：（恍然大悟，但为时已晚）……

（四）借言反证

所谓借言反证，是指借被告自己的言词来反对被告。此种方法一般在以下两种情况下使用，即在审查起诉时已发现被告人对同一问题的回答陷入了自相矛盾或者在庭审中被告人临时露出了破绽。如在卢某受贿案中，被告人当庭供

述行贿人张某是二十多年的老朋友，两家很熟，常有礼尚往来，而卷宗则反映他根本不认识行贿人，为此公诉人便通过本法进行了如下讯问：

公诉人：你以前供述为什么说不认识李某？

被告人：确实认识，但当时我糊涂了。

公诉人：你现在清醒吗？

被告人：现在清醒。

公诉人：李某的儿子今年多大了？结婚了吗？

被告人：他儿子今年二十多岁，结婚了。

公诉人：他儿子结婚，你去没去？

被告人：我们是老朋友，自然去送礼。

公诉人：可据我们调查，他儿子刚满20岁，目前还在上学，根本没结婚。

被告人：（目瞪口呆）……

（五）矛盾攻击法

任何刑事案件的被告人，只要他不如实供述，其口供就必然与客观存在的案件事实发生矛盾。这种矛盾主要表现在以下两方面：一是多次供述中出现矛盾；二是供述、辩解与其他证据材料存在矛盾。一旦发现矛盾，公诉人应紧紧抓住，出其不意，不断进攻。同时充分运用逻辑推理，依据事实进行反驳。其中“两难讯问”是较常用也是较为有反驳力的攻击方法。所谓“两难讯问”，就是根据已被证实的情况，针对被告人的虚假口供，提出一个让被告人有两种选择的问句。然而，无论被告人选择哪种回答，其结果都是对其不利的，从而陷入两难境地，然后公诉人再抓住矛盾，以其之矛，攻其之盾，揭穿假供，从而印证公诉证据的真实性。

例如，在被告人魏某受贿案中，庭审时魏某辩称其行为属“正常生意”，不构成犯罪。于是公诉人根据魏某与行贿人平时仅仅认识并不熟悉，行贿人却只付钱不收货的事实，讯问魏某：“行贿人到底愿不愿意买你的产品？”对此，魏某如回答愿意买，这与事实不符，因为对方只付了钱并未收货，他如回答不愿意买，又不符合自己刚才所说的“正常生意”，因为正常生意必须是愿买愿卖，这时魏某已陷入两难境地，无论怎样回答，得出的结果都对其不利，魏某不得不低头认罪。再如在张某贪污案中，针对张某在法庭上翻供，公诉人采取了如下讯问：

公诉人：你是否有自首情节？

被告人：有。

公诉人：你去自首时所抱态度如何？

被告人：我的态度是诚恳的。

公诉人：既然你当时态度是诚恳的，那么你在检察机关的自首笔录是否属实？

被告人：……（沉默，不语）

公诉人：根据我国《刑法》关于自首的规定，虽然主动投案，但如果投案时未如实陈述自己的犯罪事实，不能构成自首。自首后又反悔的，也不能认定为自首。

被告人：喔，我刚才有点糊涂，我以前的自首笔录全是事实。

（六）启发调动

在被告人拒绝认罪以及被告人翻供时，公诉人要积极调动被告人多说、重复说，让其在多说、重复说的过程中，不断暴露弱点，再给其致命一击。例如在崔某挪用公款案开庭审理时，被告人崔某当庭翻供，称以前的交代是在指供、诱供的情况下说出的，是侦查人员一句一句地教他怎么说才被迫说的。当公诉人要他将以前的供述再重复交代一遍时，他说：“事情不是我干的，我怎么交代？”为打破此僵局，公诉人撇开原有话题，进行了如下讯问：

公诉人：你说以前的交代都是侦查人员指供、诱供的，你前后一共交代了三次，是其中一次侦查人员一句一句地教你怎么说？还是其中两次？还是三次都是一句一句教你的？

被告人：三次都是他们一句一句教我怎么说的，他们说一句，我照着说一句。

公诉人：根据被告人的回话，本公诉人特别提请合议庭注意，被告人在当庭撒谎，因为三次交代的材料，在事实上均有较大出入，如果是侦查人员一句一句指供的话，是不可能出现这种情况的，所以被告人翻供的理由明显不能成立。

（七）对质讯问法

在共同犯罪案件中，各被告人之间存在利害关系，尤其是在各自罪行轻重的问题上矛盾非常突出。公诉人要善于利用他们陈述中的矛盾，仔细分析各个被告人在案件中所处的地位和作用，分化瓦解，各个击破。在采用此法时，一般是先选择共同犯罪案件中认罪态度较好的被告人进行直接讯问，然后用其口

供来佐证不愿供述的其他被告人，反驳其企图推卸责任的辩解。例如，在李某等三人盗窃案中，被告人李某不承认自己实施了盗窃行为，只是帮忙望风。于是公诉人先就认罪态度较好的张某、赵某进行讯问，最后才讯问李某，请看：

公诉人：你参与盗窃是不是事实？

被告人张某：是事实。

公诉人：那李某呢？

被告人张某：偷家具这个事情首先就是李某提出的，而且还参与了抬家具。

（随后公诉人采用同样的方法对被告人赵某进行了讯问，赵某也供述了李某策划犯罪并实施了盗窃行为，最后公诉人对李某开始讯问）

公诉人：张某、赵某与你有无矛盾？

被告人李某：无矛盾。

公诉人：平常关系怎么样？

被告人李某：我们长期都在一起干木匠活，关系较好。

公诉人：你究竟参与盗窃没有？

被告人李某：我没偷。

（公诉人立即申请向李某当庭宣读刚才讯问张某、赵某的供述，宣读完毕后，公诉人接着讯问李某）

公诉人：李某，你觉得张某、赵某的证言属不属实？

被告人李某：……（沉默，只好认罪伏法）

第三节 律师的语言规范与技巧

律师出庭的目的是要在法律许可的范围内最大限度地维护当事人的利益，要达到此目标，律师必须尽可能地说服裁判者。因此，可以毫不夸张地说，律师出庭的目的就是为了说服裁判者，赢得诉讼。

对于律师如何说服裁判者以便赢得诉讼，美国学者 R. 阿龙、J. 法斯特和 R. 克莱因在《审判交际技巧》一书中归纳了 14 个赢的要素和 8 个导致失败的因素和错误。其中，导致成功的要素为：（1）可信度；（2）吸引力；（3）对事实、法律和先例的掌握；（4）有力而且容易理解的、用短句表达的意思；（5）充分准备的论据（周密的调查、对证人和真实证据的细致准备，精心拟制的陈述提纲）；（6）朴实的语言和常识；（7）陈述案情的两方面：有创意，有悬念；（8）合理分布最好的证人和最重要的事实，做到每次开庭开

头能打动人，结尾让人难以忘怀；（9）陈述那些不仅能证明你对案子的说法还能吸引法庭注意的有力证据；（10）陈述有创意的辅助证据，帮助法庭更好地理解案子中的问题；（11）开宗明义，不要含含糊糊、拐弯抹角；（12）不要背诵法庭演说词，而是准备一份提纲，反复预演（最好的即兴演说是有准备的演说）；（13）永远给法庭这样一个印象：你是在帮助做决定的人寻找案子公正合法的判决结果，而不是威胁上诉，推翻这个决定；（14）举止彬彬有礼，行动果断有力。导致失败的因素为：（1）总是在程序问题上对法官指手画脚；（2）不是驳斥对方的论据和观点，而是进行人身攻击；（3）无端地、一再地与对方律师、证人或者法官发生冲突；（4）没有任何法律依据就提出抗议；（5）盛气凌人，不可一世；（6）老想操纵别人；（7）满口“法言法语”；（8）动辄暗示要上诉。^①

需要指出的是，英美国家由于采取当事人主义的诉讼模式，并采用陪审团制度，因此诉讼双方的庭审语言技巧对最终的裁决至关重要。在我国法庭审判中，尽管有人民陪审员，但由于长期存在着重实体、轻程序的传统，诉讼技巧不可能完全决定诉讼的输赢。针对近些年司法实践中存在的过分依赖诉讼技巧、法官急于事实真相查明的发展苗头，最高人民法院前院长肖扬 2007 年 7 月 5 日在全国高级法院院长座谈会上郑重地告诫：“法庭不能成为诉讼技巧的竞技场。”^② 即便如此，我们认为，随着中国审判模式对对抗式精神的进一步吸收，随着程序正义观念的进一步普及，庭审语言规范与技巧对诉讼结果的影响会日益凸显。为此，本节拟从以下几个方面介绍律师的法庭语言规范与技巧：

一、以理服人

俗话说，有理庭上讲。在法庭上，诉讼双方的地位平等，试图通过气势压倒对手是不太现实的。要想说服法官、征服对手，唯有讲事实、摆道理，做到以理服人。试看下例：在一起经济纠纷案件中，被告律师一出庭就显得气势汹汹，出言不逊，欲以此夺得先机，先发制人。但是，原告律师冷静地发现，被告律师引用了一部已经失效的法律。这时，原告律师抓住机会及时指出这一严重错误，一下子就把对方的气势给压下去了。

原告律师：可能是我刚才听错了，被告律师引据的法律条款，是否出自

^① 转引自廖美珍：《法庭语言技巧》，法律出版社 2005 年第 2 版，第 172 页。

^② 肖扬：《法庭不能成为诉讼技巧的竞技场》，载《人民日报》2007 年 7 月 6 日。

1985年的《公司登记管理暂行规定》？请重述一下好吗？

被告律师：没错，一点不假。

原告律师：这就错了。1988年颁布的《企业法人登记管理条例》第39条已经明确规定，1985年的《公司登记管理暂行规定》作废。当然，引用作废的行政法规可能是一时疏忽，不算什么大错误，但应该及时纠正。

被告律师：……

除了事实本身以外，做到以理服人，还要特别注重逻辑思维。逻辑是一种力量，在强大的逻辑面前，再聪明的人也会哑口无言。下面即为一则在美国流传的与逻辑有关的经典故事。

在美国的普林斯顿大学，一个男孩深深地爱上一个女孩。但是，他一直不知道该如何向她表白；因为他害怕被拒绝。一天，他终于想到了一个接近女孩的好方法，于是，他鼓起勇气，向正在校园里读书的女孩走去。

他对女孩说：“你好，我在这张纸条上写了一句关于你的话，如果你觉得我写的是事实，那就麻烦你送我一张你的照片好吗？”

女孩立即想到，这又是一个找借口追求自己的男孩。她想：无论他写什么，只要自己都说不是事实，这样不就可以了吗？于是，女孩欣然答应了男孩的请求。

“如果我说的不是事实，你千万不要把照片送给我！”男孩急忙说。

“那当然！”女孩俏皮地回答。

男孩把那张纸条递给了女孩。女孩胸有成竹地打开了纸条。但是，随即她却皱起了眉头，因为，她绞尽脑汁也想不出拒绝男孩的方法，只好恭敬地把自己的照片送到了男孩的手中。

那个聪明的男孩究竟写了什么呢？其实，他写的只不过是一句极其简单的话：“你不会吻我，也不想把你的照片送给我。”

这个智慧的男孩名叫罗纳德·斯穆里安。后来，他成了美国著名的逻辑学家，而那个女孩，成了他的妻子。

同样，在美国还有一个根据逻辑推理当庭揭穿证人谎言的精彩对话，这就是在美国家喻户晓的前总统林肯律师与证人福尔逊的对话。

林肯：你发誓说认清了小阿姆斯特朗？

福尔逊：是的。

林肯：你在草堆后，小阿姆斯特朗在大树下，两处相距二三十米，能认清吗？

福尔逊：看得很清楚，因为月光很亮。

林肯：你肯定不是从衣着方面认清的吗？

福尔逊：不是的，我肯定认清了他的脸蛋，因为月光正照在他脸上。

林肯：你能肯定时间在11点吗？

福尔逊：充分肯定。因为我回屋看了时钟，那时是11点1刻。

问到这里，林肯转过身来，面对法庭和听众说：“尊敬的法官先生和陪审团的先生们，我不能不告诉大家，这个证人是个彻头彻尾的骗子。他刚才一口咬定10月18日晚上11点钟在明亮的月光下认清了被告人的脸。请大家想想，10月18日那天正是上弦月，晚上11点钟月亮已经下山，哪里还有月光？退一步说，也许证人对时间记得不十分精确，当时的时刻稍有提前，即使是那样，月光也应该是从西往东照。草堆在东，大树在西，如果被告的脸是面对草堆的，那么他的脸上是不可能有月光的，证人怎么可能从二三十米外的草堆后面看清被告的脸呢？可见，证人刚才的证词完全是在撒谎。”

二、忌避诡辩

优秀的律师应是能言善辩之人，但绝非诡辩之人。在日常生活中，我们时常会发现，有的人非常能说，说起来滔滔不绝，然而听者却没有兴趣，甚至对此人避而远之。在法庭上，律师面对的是法官、检察官或者自己的同行律师，可以说都是“聪明人”、“专业人”。过多地采用诡辩的手段，只会让法官感到厌烦，甚至愤怒。在实践中，诡辩主要有以下几种类型。

（一）偷换概念

偷换概念的表现形式有利用一语多义、扩大或缩小概念的内涵；将内涵与外延完全不同的概念生拉硬扯在一起并互相混淆等。偷换概念的特点在于“偷”，有欺骗性和隐蔽性。例如在下述的一起离婚案件中，原、被告律师的法庭辩论偷换了“灵魂”一词的不同含义；在下述一起刑事案件中，辩护人偷换了公诉人提出的“犯罪思想”之概念，类似这样偷换概念的法庭辩论事实上对己方没有任何积极意义，反而容易引起法官的不满。

原告律师：被告身为共产党员、国家领导干部，却明目张胆地违反夫妻忠诚义务，追求婚外恋，应当进行灵魂的自我净化。

被告律师：律师应当是唯物主义者，不相信“灵魂”邪说。原告律师用词不当，应当进行语言的自我净化。

公诉人：吴某在日记里曾多次记载要用各种手段从事流氓活动，可见他早已萌发了犯罪思想。

辩护人：公诉人不应该把日记上写的东西当做证据使用，我国《刑法》没有规定思想犯罪！

公诉人：我所说的是犯罪思想，而不是思想犯罪，这是两个不同的概念。犯罪思想是指犯罪分子的主观心理状态，这是犯罪构成的一个方面，如果不考虑它就无法弄清楚其犯罪动机和目的，也就难以确定其犯罪是故意还是过失，我们怎能因废除思想犯罪而否定研究犯罪思想呢？

（二）机械类比

机械类比是以对象间的偶然相同或相似作论据，或将仅是表面上有些相似而实质上完全不同的两类对象进行类比，从而推出一个荒谬的结论。法庭辩论中，合理类比是允许的，而且可以起到很好的效果。但为了掩盖其谬论，而采用生拉硬扯的机械类比手法，则属于诡辩的范畴。

例如，在一起合同纠纷诉讼中，原告以订购的皮箱中有不是皮的材料为由，向法院起诉，蓄意敲诈被告。在法庭上，被告的律师取出口袋中的金怀表，高声问法官：“请问这是什么表？”法官答道：“这是金表，可是这与本案有什么关系？”被告律师高举金表，面对法庭上所有的人说：“有关系。这是金表，没有人怀疑是吧？但是，请问，这块金表除表面镀金之外，内部的机制都是金制的吗？”旁听者同声议论：“当然不是。”被告律师继续说：“那么人们为什么又叫它金表呢？”稍作停顿又高声说：“由此可见，原告的起诉不过是无理取闹、存心敲诈而已。”原告理屈词穷，法庭最后以原告诬告，驳回诉讼请求。显然，在此案的法庭辩论中，被告律师在反驳中就有效地使用了类比推理。

再如某部队发生了一起盗窃枪支弹药案，罪犯盗窃了4支手枪、一百多发子弹。辩护人在法庭辩论中说：“被告人的行为不属于情节特别严重，因为4支手枪和一百多发子弹不能说是‘大量的’。如果说这些是大量的，那么一个兵工厂生产了4支手枪、一百多发子弹，难道能说是生产了大量的枪支弹药吗？”这一段辩论词，显然是“机械类比”的诡辩，因为兵工厂的生产与罪犯的盗窃是性质根本不同的两类事物，而不同性质的事物是不宜类比的。

需要指出的是，辩论赛是当前大学校园里非常受学生欢迎的课外活动，但需要注意的是：法庭辩论与辩论赛之辩论存在根本性的区别。首先，法庭辩论

的各方必须在审判长的许可和指示下才能发言，否则就是违反法庭秩序；而在辩论赛的自由辩论环节，辩论各方在不超过时间限制的情况下可以自由发言。其次，法庭辩论必须以事实为依据，以法律为准绳，忌讳诡辩；而辩论赛中的辩论虽然要讲事实、摆道理，但是允许诡辩，甚至将诡辩视为智慧的象征。

三、以情感人

法庭辩论切忌以恶劣的语言伤人；同时，还应当学会以情感人。法庭辩论是一场正义与邪恶、真理与谬误、真善美与假恶丑的较量。任何错误、违法乃至犯罪行为，都必然事出有因，应当承担相应的法律后果，也会引起人们道德和情感上的评价。法官也是人，在审理过程中与诉讼双方当事人一样，伴随着复杂的心理和情感变化。因此，律师应当善于用语言去感动法官，从而使法官站在己方的立场上在最大限度内运用自由裁量权。我国首例“安乐死”案的辩护人张赞宁律师在法庭辩论的最后就进行了一段精彩而动人的发言：

让我用恩格斯在马克思逝世后的第二天，致他的亲密战友弗·阿·左尔格的一段话，作为我的结束语吧：“医术或许还能保证他勉强活几年，无能为力地活着，不是很快地死去，而是慢慢地死去，以此来证明医术的胜利。但是，这是我们的马克思绝不能忍受的……受着唐达鲁士式的痛苦，这样活着对他来说，比安然死去还要痛苦一千倍……不能眼看着这个伟大的天才像废人一样勉强活着，去给医学增光……”^①

在一些被害人死亡、心理或身体遭受严重伤害的案件中，被害人一方特别容易获得旁听群众和法官的同情。如果辩护律师不善于运用情感性的语言，则有可能激愤对方当事人、旁听群众乃至法官。例如在一起强奸幼女案中，辩护律师（女）在整个庭审中对被害人的遭遇没有表示任何同情，甚至在没有充分证据的情况下说被害人的怀孕可能是被害人与他人早恋造成的，当庭就引起了被害人的法定代理人的愤怒，指着辩护律师质问道：“你还是不是女人？！你简直有失妇女的尊严！”

当然，也有很多优秀的律师非常善于使用情感语言，从而取得很好的法庭效果。例如，在一起伤害案件中，公诉人发表完公诉词后，被害人伸出被被告人咬伤的右手食指指尖，哭诉说：“大家看嘛，这就是那个坏女人咬的，好狠心

^① 张赞宁：《我国首例“安乐死”杀人案辩护词》，载《律师与法制》1991年第1期。

哟！要判她的刑！要她养我一辈子！”此时，旁听的群众对受害人表示极大的同情，对被告人怒目相对，不过被告人的辩护律师深情地说：

我受被告人的委托，为她担任辩护人。我对于某年某月某日发生的不幸事件深表遗憾。在这里，请允许我代表被告人及其家属，对被害人表示深切的歉意和真挚的慰问。

事实上，这个案件是被害人用手指抠扯被告人的嘴巴，被告人条件反射式地咬断受害人的食指所致。显然，在这个伤害案件中，被害人也是有很大责任的……

被告人之辩护人的上述发言，可谓有理有情，诚挚中肯，受到了法庭和听众的交口称赞，最后法庭充分尊重了律师的意见，对本案作出了合理的判决。再如，在被社会广泛关注的“北京小商贩杀死城管副队长”一案中，北京市义派律师事务所夏霖律师发表的如下辩护词也可谓是以情感人，从而取得了在有着浓厚的“杀人偿命”之传统观念的社会背景下法院判处被告人死缓的良好效果。

我们受本案被告人崔英杰的委托，承担法律援助义务，担任崔英杰的辩护人。在发表辩词之前，请允许我们对受害人李志强的不幸遇难表示哀悼。无论现行的城市管理制度是多么的不近情理，李志强都不应该为此付出生命的代价。如果李志强的家属今天在场，也请你们能够接受我作为辩方律师的诚恳致歉……

尊敬的法官，贩夫走卒、引车卖浆，是古已有之的正当职业。我的当事人来到城市，被生活所迫，从事这样一份卑微贫贱的工作，生活窘困，收入微薄。但他始终善良纯朴，无论这个社会怎样伤害他，他没有偷盗没有抢劫，没有以伤害他人的方式生存。我在法庭上庄严地向各位发问，当一个人赖以谋生的饭碗被打碎，被逼上走投无路的绝境，将心比心，你们会不会比我的当事人更加冷静和忍耐？

我的当事人崔英杰，一直是孝顺的孩子，守法的良民，在部队是优秀的军人。他和他的战友们一直在为我们的国家默默付出；当他脱下军装走出军营，未被安置工作时也没有抱怨过这个社会对他的不公。这个国家像崔英杰一样在默默讨生活的复员军人何止千万，他们同样在关注崔英杰的命运，关注着本案的结果。

法谚有云：立良法于天下者，则天下治。尊敬的法官，我们的法律、我们

的城市管理制度究竟是要使我们的公民更幸福还是要使他们更困苦？我们作为法律人的使命是要使这个社会更和谐还是要使它更惨烈？我们已经失去了李志强是否还要失去崔英杰？

四、庭审询问技巧

按照我国诉讼法的规定，证人证言、被告人供述都是证据的来源。我国三大诉讼法都赋予了辩护人、代理人当庭询问证人、被告人之权利。随着直接言词原则的进一步落实，对抗式审判方式的进一步加强，对证人和被告人的交叉询问将会变得更为重要。

（一）灵活运用开放式与封闭式问话

所谓开放式问话，是指问话给答话人提供了较大的选择余地，问题的答案从理论上是开放的，甚至是无限的。所谓封闭式问话，是指询问人的问题本身已经限制了答话的范围，答话选择不是无穷尽的。一般来说，答话只能从“是”和“不是”、“同意”和“不同意”、“对”和“不对”等两个互相对立、互相排斥的答案中选择一个。试比较以下两组问话：

A 组问话：

当时你看见了什么？

那天晚上天气情况如何？

你住在哪里？

看见警察来后你又做什么呢？

B 组问话：

当时你看见一辆黑色的夏利汽车撞上了前面的车，是吗？

那天晚上在下雨吧？

你住在朝阳区对外经济贸易大学校内，对吧？

看见警察来后，你就飞快地跑了，是吗？

上述的 A 组问话是开放式问话，B 组问话是封闭式问话。比较上述两组问话，我们可以发现，开放式问话由于答案灵活，回话人自由选择的空间很大，因此，这样的问话对回话人的压力是比较小的；相反，封闭式问话已经把回答规定死了，回话人没有选择的余地，所以这样的问话对回话人具有很大的支配力。正是由于两种问话在对回话人支配力上存在差异，法庭审判中律师就需要考虑证人的情况、问话的内容等因素以决定采取何种问话方式。一般来说，对

于己方证人的问话，其目的是为了向法庭呈现整个案件事实情节，因此应尽可能地采用开放性的问话，让证人自然地敞开多说，使证人自动地成为法庭的焦点。然而，对于他方证人的反询问，则应当尽量采用封闭式的问话，尽量控制证人说话的内容，从而一步步地达到自己的目的。试看下例中检察官和辩护律师对控方同一个证人的询问。

检察官：金先生与你是什么关系？

证人：他是我男朋友。

检察官：3月9日那天，他有没有跟你在一起？

证人：在一起。

检察官：那天晚上你们去哪儿了？

证人：那天晚上去喝酒了。

检察官：去酒吧后发生了什么？

证人：在酒吧我们一边聊天，他一边喝酒。那天晚上他喝了很多酒，我估计他大概喝了十多瓶啤酒。

检察官：他当时表现怎么样？

证人：他一喝酒就显得非常小气，还经常心里面有火就冲着我发。所以我们就开始吵架。

检察官：以前你们也曾因为喝酒吵过架吗？

证人：是，就因为喝酒这事，我没少数落他。我说喝酒又不是什么好习惯，又花钱，对身体又不好。

检察官：我想问一下这种事，是不是给你们俩关系带来了很多的麻烦？

证人：是。

检察官：你那天晚上喝醉酒了吗？

证人：没有，我就喝了两小杯葡萄酒。

检察官：你们吵完架后发生了什么？

证人：我越吵越生气，起身就走，不理他了，我想先回去。

检察官：下面发生了什么呢？

证人：他这个人很会甜言蜜语，他又是向我道歉，还给我跪下，答应以后不再喝那么多酒了，我看他这次好像比较有诚意，所以就原谅了他。

检察官：那下边呢？

证人：我们就开车走了。

检察官：是谁开的车？

证人：是我开的车。

检察官：你们开车去哪儿？

证人：打算回家。

检察官：然后呢？

证人：我开车大概走了不到10分钟，他好像酒瘾又发了，他就开始对我大喊大叫，说：“不行，我还得喝”。

检察官：那你是怎么做的呢？

证人：我非常生气，就跟他大吵大闹，后来就干脆不理他了，随后我就下了车步行回家了。

检察官：那你最后一次再见到他是什么时候？

证人：最后一次看见他，是在第二天早上。那天晚上比较晚的时候，医院给我打了一个电话，说是他酒后开车撞伤了，住进了医院，所以我去看了看他，那是我最后一次见他。

检察官：你下车后有什么感觉？

证人：我感觉心里挺不安的。说实话，我觉得他喝了那么多的酒，开着我的车，心里有一种预感，可能真会出事。

检察官：你最后离开车的时候，看见他在车的什么位置？

证人：他原来就在车里，我走的时候也在车里。

检察官：你什么时候意识到你没有车钥匙了？

证人：我到家之后，把包放下，才发现车钥匙丢在车里面了。

检察官：你接到医院电话后做了些什么？

证人：我就要求跟金通电话。当时他告诉我说“昨天晚上你走了之后，我开车，醉醺醺地撞在树上了。”他要我对警察说，这个车不是他开的，是我开的。因为他知道酒后驾车是犯罪。

检察官：那你跟他怎么说？

证人：我说是你开的，就是你开的，是你的责任，你不要推在我身上。我还告诉他，我以前年轻的时候，曾经因为酒后驾车被指控过，有前科，所以这次也喝了一点酒，虽然不醉，但谁知道警察会认定你醉还是不醉。因为这次如果再发现的话，可能会有更多的处罚，所以不愿意替他承担责任。

.....

辩护人：你们订过婚，是不是？

证人：对。

辩护人：所以，是不是可以说“你曾经爱过金”。

证人：可以这么说，不过人的感情都是有变化的嘛。

辩护人：没错。你还记得事情发生以后你给警察出示的那份证词，是吧？

证人：是。

辩护人：你当时跟警察说的是实话，是吗？

证人：对，我这个人向来都是讲真话，不讲假话，我刚才还宣誓了。

辩护人：你当时对警察说，你之所以与他分手，是因为他是一个傻帽儿。

证人：是的。

辩护人：你在笔录中作证说：“发生事故那天晚上，你说你没有喝酒，只有金喝了酒”，是不是？

证人：是。

辩护人：那么有证人说你喝醉了的话，那个证人就是搞错了吧？

证人：没喝酒就是没喝酒，别人怎么会证明我喝酒了呢？

辩护人：你特别气愤，所以你把你的车丢给了已经喝醉了酒的男朋友，是吧？

证人：是的，人在非常生气的情况下，理智已经不太起作用了。^①

（二）善用诱导性询问

诱导性询问，是相对于非诱导性询问而言的。所谓诱导性询问，就是询问人的问话中暗示着回答。请看下面几组问话：

问：那天晚上10点钟你在做什么？

问：那天晚上10点钟你正在喝酒，对吗？

问：那人大概有多高？

问：那人身高一米七左右，对吧？

问：他宣布抢劫后发生了什么事？

问：那人宣布抢劫后从你的口袋里掏出了钱包，是吧？

在上面三组问话中，每组的第一个问话都是开放性的问话，不是诱导性询问；第二个问话是封闭性的问话，属于诱导性询问。

在英美证据法里，对己方证人原则上禁止诱导性询问，但在对对方证人质疑时允许采用诱导性询问。我国《民事诉讼法》、《行政诉讼法》及相关司法

^① 参见[美]赫伯特·布曼：《中国庭审控辩技巧培训教程》，丁柏顺、金云峰译，中国方正出版社2005年版，第304页。

解释对是否禁止诱导性询问没有规定。我国《刑事诉讼法》对此也没有规定，不过最高人民法院于1998年颁布的《关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》第146条规定，不得以诱导方式询问证人。实践中，公诉人、代理人、辩护人时常采用诱导方式询问证人，当然对方也时常为此向法庭提出异议。笔者认为，无论我国现行立法及司法解释对诱导性询问采取何种态度，作为职业律师都应当掌握诱导性询问的方法，并能迅速的识破对方的诱导性询问，例如：

审判长：被告方代理人，你现在可以向原告方证人发问。

被告律师：证人张某某，你刚才说你记不得刘总给财务部写过批条，是不记得还是刘总根本就没有写过批条？

原告律师：我反对，被告律师在诱导证人。

审判长：反对有效。代理人询问证人时不能诱导证人。

（三）由外及内、迂回询问

在反询问中，如果律师对不利于己方的证人单刀直入，直奔主题，则往往不可能得到理想的答案。反之，如果律师采取迂回的方法，一次问一点，积少成多，则可以为自己主张的结论积累许多论据。试看下例：在一起抢劫案件中，轮到辩护人询问被害人时，站在被告人立场上的辩护人显然希望从被害人的口中问出被害人遭遇抢劫时并没有清楚地看出犯罪人。但如果此时，辩护人一开口就直接问被害人：“你确实没有看清抢劫你的人，对吗？”则被害人很可能直接回答：“不，我看清了。”显然，这样的问话和回答，非常不利于被告方。下面我们看在此情况下聪明的律师如何询问被害人。

律师：张小姐，你是在晚上10点左右被抢劫的，是吗？

被害人：是的。

律师：在12月25日，冬天吗？

被害人：是的。

律师：是在夜间吗？

被害人：是的。

律师：商店都关门了？

被害人：是的。大部分商店都关门了。

律师：周围没有多少车经过？

被害人：那个时候没有车经过。

律师：在刚才公诉人的直接询问中，你说从远处的街灯那儿发出了一点光。

被害人：是的。

律师：那些街灯坐落在每个街区的尽头？

被害人：是的。

律师：但是在街区的中间并没有任何街灯？

被害人：是的，没有。

律师：你就是在那被抢劫的，是吗？

被害人：是的。

显然，通过上述迂回问话和被询问人的回答，给法庭呈现出的景象是：当时的光线条件很差，被害人准确、清楚地认出犯罪人是很困难的。而一旦达到了此效果，辩护人在后面的法庭辩护中则可以推理主张：由于光线很差，在被抢劫的情况下，被害人不足以准确地指出犯罪人。再如在一起买卖合同纠纷案中，卖方向买方提供一种精密的仪表，买方收到货后发现该产品不具备应有的功能，于是要求退货并要求索回货款，但卖方坚持该仪表符合质量标准，并认为是买方不懂装配技术，损害了仪表，不同意退款。买方最后只好诉诸法院，其律师在法庭上对被告作了如下询问：

原告律师：请问贵公司有关高压技术的高级工程师有几名？

被告：没有。

原告律师：工程师呢？

被告：也没有。

原告律师：技术员呢？

被告：两名。

原告律师：这两名技术员的任职资格是由什么机构评定的？

被告：由厂务会议决定，职代会通过的。

原告律师：有没有国家相关部门颁发的统一职称或资格证书？

被告：暂时没有。

原告律师：有没有外聘工程师、技术员？

被告：也没有。

原告律师：既然如此，我想请教被告，贵公司生产的某仪器是一种高级精密的抗高压仪器，贵公司既没有工程师，也没有国家统一考核评定的技术员，又没有外聘技术骨干，你们是怎么保证某仪器达到国家统一质量标准的呢？

被告：……（沉默，无言以对）

（四）站在己方当事人的立场上发言

忠实于当事人，尽可能地维护当事人的合法权益是律师的天职。美国著名辩护律师艾伦·德肖微茨教授在其名著《最好的辩护》一书中说：“被告辩护律师，特别是在为确实有罪的被告辩护时，他的工作就是用一切合法的手段来隐瞒‘全部事实’。”^①因此，律师在法庭上需要向当事人提问时，应当只问有利于被告人的问题；在法庭辩论时也只应说对当事人有利的语言。请看下例：

审判长：张某的辩护人有没有补充意见。

律师：我补充几句。这个案子本身很有教训，有被告人的教训，也有被害人的教训。今天能够在这里审判我的当事人，说明任何犯罪终究要受到法律的制裁……下一步，从现在开始说，本律师认为就是被告应如何接受教训，应该接受法律的制裁。尽管被告人你们都说自己没有文化，家庭困难，但是这不是你们犯罪的理由……

审判长：请辩护人注意，你还有没有新的辩护意见？

律师：别的新的意见就不说了，没有了。

在上述法庭辩论中，辩护人几乎是在教训自己的当事人。试想：如果你是当事人，你花钱聘请的律师在法庭上大说你的不是，你会作何感想？其结论只能是可想而知——这样的律师不要也罢！有的辩护律师甚至在法庭上不知不觉地威胁自己的当事人，如2007年1月6日的《新京报》刊登了一篇题为《一男子涉嫌保险诈骗受审，庭上“避重就轻”，惹辩护律师警告》的报道，称在某法院开庭审理一起保险诈骗案时，被告人在回答法官的讯问时不停地说“我客观上是参与了，但我主观上并没有”，面对被告人没完没了的“主客观说”，其辩护律师当庭对自己的当事人发出“警告”：“你不要避重就轻，要如实说，否则我将拒绝为你辩护。”另外，在实践中我们还发现，一些不负责任的律师在办理法律援助案件时，提交给法庭的辩护词只有短短的一段话，而且内容是“本辩护人认为，公诉人指控被告人犯罪事实清楚，证据确实充分”。这样的话出自于辩护人之口，不仅说明辩护人极不负责任，而且可以说辩护人

^① [美] 艾伦·德肖微茨：《最好的辩护》，唐交东译，法律出版社1994年版，第8页。

完全混淆了辩护与公诉职能，几乎犯了辩护人的大忌，是业务素质不合格的重要表现。再看下例：

辩护人：死者当时用什么凶器打你妹妹？你又是怎样上前保护你妹妹的？

被告人：当时对方用铲子砸我妹妹头面部，使其鼻骨损裂，鲜血淋漓。我上前推开对方、保护妹妹，对方又举铲砸我头部，我用右臂抵挡，尺骨被砸断。

辩护人：你当时采取何种措施？

被告人：我随手操起一根铁棒敲击对方，据说他已抢救无效死亡。

在上述询问对话中，辩护人的询问就非常讲究。通过这样的询问，意图使被告人向法庭表明被告人是在生命受到严重威胁的情况下实施了正当防卫，这就为辩护人在后面的法庭辩论中作无罪辩护奠定了基础。试想，如果辩护人一开口就问被告人“你用什么东西打受害人”等问题，则难以达到上述询问效果。

（五）对不利证人证言的质疑

对不利于己方证人（广义的包含被害人的证人）的询问，其目的是要向法庭表明证人证言并不像他在直接询问结束时所显示的那么真实和可信。对不利证人的证言，可以通过以下方式进行质疑：

1. 利用证人的感知能力质疑

证人以其感知的事实作证，因此证明证人证言不可信的一个最为有效的方法就是提出事实表明证人没有足够的能力和机会去感知他在直接询问中所证明的那些事情。例如：

律师：被害人王某，你作证证明的那起案件正好发生在苏州街，是这样吗？

被害人：是的。

律师：苏州街在平时是很繁忙的一条马路吗？

被害人：是的。

律师：有很多车吗？

被害人：是的。

律师：在晚上车也很多，是这样吗？

被害人：是的，它总是这样。

律师：你作证说有个男人在接近三义庙和四通桥的过街天桥下面抢了你的

手提包？

被害人：是的。

律师：在桥下没有人行过道吗？

被害人：是的。

律师：所以你要在马路上走一会儿才能到天桥下面，是这样吗？

被害人：是的，是要在马路上走一会儿的。

律师：在当时你是迎着车流行进的，是吗？

被害人：是的。

律师：所以你要始终看着来往的车流以防被撞到才能来到桥下，是这样吗？

被害人：是的。

律师：那天晚上你是一直盯着来往的车辆才走到桥下的吗？

被害人：是的。

律师：是因为你不想被撞到吗？

被害人：是这样的。

律师：现在我问你一下，事情发生的时间是在晚上10：00前后吗？

被害人：是的。

律师：天很黑吗？

被害人：是的，但是有路灯。

律师：但在桥下没有路灯，是吗？

被害人：我想是的。

律师：所以你在那里更加小心注意来往车辆，因为在那样的光线下司机更难以看到你，对吗？

被害人：我想是的。

律师：这时是不是有个男人走到了你身后？

被害人：是的。

律师：在桥下吗？

被害人：是的。

律师：是在机动车道上走过来的吗？

被害人：是的，道路的一边。

律师：他突然出现在你面前吗？

被害人：是的。

律师：他是不是令你很吃惊？

被害人：是的。

律师：他这样做把你吓了一跳，是不是？

被害人：是的。

律师：他拿着刀吗？

被害人：是的。

律师：你能向我们描述一下那把刀吗？

被害人：那是一把6英寸长明晃晃的开刃尖刀。

律师：你的眼睛注意过刀没有？

被害人：我认为我注意了。

律师：他抢了你的手提包，然后跑掉了吗？

被害人：是的。

律师：他跑的时候手里还有刀吗？

被害人：我想是的。

律师：事情发生得很突然吗？

被害人：是的。

律师：就持续了几秒钟吗？

被害人：是的。

律师：这一切是发生在桥下的马路上吗？

被害人：是的。^①

在上述交叉询问中，辩护律师用系列的询问向法庭表明：案发现场的照明很差，被害人要注意迎面过来的车辆而分散注意力；被害人当时很害怕；被害人可能将更多的注意力放在了刀子而不是凶手的脸上，被害人只有很短暂的时间观察。从而为后面的法庭辩论埋下了有利的伏笔：被害人对凶手的观察是在非常糟糕的条件下进行的，因此被害人指认被告就是凶手的结论是不可靠的。

2. 利用先前不一致的陈述质疑

当证人在法庭上的陈述与先前陈述不一致时，律师就要善于以其矛攻其盾，当庭揭露证人其就同一事件作过两种或两种以上的陈述，从而使其证言不被采用。这种利用先前不一致的陈述对当庭证言进行质疑的方法一般分为三个步骤：第一步是让证人承认他在直接询问中作出过某项陈述；第二步是渲染证人在直接询问中作出的那项陈述，从而显示其重要性；第三步是证明证人先前作出过与当庭陈述不同的陈述，并以此指出证人先后作过两种不同的陈述。请

^① 参见[美]赫伯特·布曼：《中国庭审控辩技巧培训教程》，丁相顺、金云峰译，中国方正出版社2005年版，第73页。

看下面两例：

律师：金先生，你说过你看到汽车相撞时距离它不到 20 米对吗？

证人：是的。

律师：你确信你记得没错吗？

证人：绝对没错。

律师：现在，我想说，你和事故发生地之间的距离是很重要的，是不是？

证人：我不知道你是什么意思？

律师：你距离发生事故的现场越远，你越不能够看清事故发生的细节，对吗？

证人：这是常识。

律师：金先生，你看到撞击时离它不超过 20 米吧？

证人：是的。

律师：金先生，在那起事故发生几分钟后你跟一名警察说过什么，对吗？

证人：是的。

律师：而当时你对所有的细节都还记忆犹新，对吗？

证人：是的。

律师：你也知道警察当时是在对那起事故进行调查，对吗？

证人：当然知道。

律师：你很仔细地将你知道的事实告诉了警察，对吗？

证人：当然。

律师：实际上，就在那起事故发生后几分钟，你是不是告诉警察当你看到撞击时距离它 20 多米？

证人：是的。

律师：证人，你能记清被告辱骂原告的时间吗？

证人：能记清，是 7 月 12 日。

律师：你能否肯定？

证人：能。

律师：你听清辱骂内容了吗？

证人：听清了。其骂原告……

律师：你当时在场吗？

证人：在场，原告接了手机电话，被告在电话里骂原告。

律师：证人，这是你提供的证人证言吗？

证人：是的。

律师：内容是你写的吗？

证人：是的。

律师：什么时候写的？

证人：……（沉默，不语）

律师：你怎么知道这起案件和你为什么来作证？

证人：是原告让我来的。

律师：证言是打印件，是你自己打印的吗？

证人：是。

律师：是在你家还是其他地方，怎么打印的证言？

证人：……（做回忆状）

律师：为什么你的证言内容与其他人证言内容一致，而且打印格式也都一致？

证人：其实是原告打印好拿来，让我签的名，其他证人也是这样。

律师：你记得原告找你签字的时间吗？

证人：记不清了。

律师：证言说你听到辱骂的内容了是吗？

证人：是。

律师：原告打电话，你怎么听到有人辱骂？

证人：是原告告诉我有人在辱骂他。

律师：你当时听到没有？

证人：好像是在骂，听得不太清楚。

律师：你认识被告吗？

证人：不认识。

律师：你能确定是被告骂的吗？

证人：是原告说的，我以前没见过被告。

律师：辱骂内容呢？

证人：主要是原告告诉我的。^①

在上面的例子中，律师有效运用上述策略，使证人当庭承认先前说过与现在不一致的证言，从而使法官不得不怀疑证人当庭证言的真实可靠性。当然，

^① 参见[美]赫伯特·布曼：《中国庭审控辩技巧培训教程》，丁相顺、金云峰译，中国方正出版社2005年版，第79页。

在实践中,有些证人拒绝承认自己在庭前作过不一致的陈述。如果遇到此情况,辩护律师只有向法官申请宣读庭前证言笔录,以此证明证人在说谎。

3. 利用证人的品德质疑

对于那些习惯说谎、平时就不够诚实的证人,可以通过当庭询问的方式揭露其说谎的品行,从而动摇此证人证言的真实可靠性。请看下例:

律师:您几岁了?

证人:我21岁。

律师:您什么时候21岁的?

证人:不知道。

律师:您怎么连自己什么时候进入21岁都不知道?

证人:我还没有进入21岁哩!

律师:您刚刚不是说过您21岁吗?那么我问您,您什么时候进入20岁的?

证人:今年1月份。

……(然后律师又转向实质性问题的提问,但突然话锋一转又回到年龄问题)

律师:克拉彭先生,您在主询问时介绍说,您是个经医药公司批准过的开业医生,是吗?

证人:是的。

律师:您还不满21岁,对吗?

证人:对,我刚才已经告诉过您了。

律师:那么,您是什么时候领到开业执照的?

证人:今年春天。

律师:在申请执照时,您向医药公司如实报告自己的年龄吗?(按照规定,凡经医药公司批准开业的人,其年龄起码要满21岁。)

证人:没有……

律师:好吧,克拉彭先生!我不想再给您添麻烦了。对于您的证言,就像您对您的年龄一样,我感到您真是太“诚实”了。①

① 参见[英]理查德·杜·坎恩:《律师的辩护艺术》,陈泉生编译,群众出版社1989年版,第147页。

第三章 ■ ■

模拟法庭实验 1：刑事一审普通程序

第一节 实验目的、内容及示范案例

一、实验目的

1. 掌握刑事起诉书、公诉意见书、辩护词、代理词、一审刑事判决书等司法文书的撰写。
2. 掌握我国刑事一审普通程序开庭审理的基本环节和流程。
3. 提高法庭口头表达和应变能力。
4. 培养证据意识和证据运用能力。
5. 提高根据刑法和刑事诉讼法分析和解决案件的能力。
6. 体会和感悟司法公正的实现机理。

二、实验内容

根据我国《刑法》和《刑事诉讼法》的规定，对本章第五节提供的案例进行分析和讨论，然后根据自己的诉讼角色写作相关司法文书，组织和参与刑事一审开庭审判。

三、示范案例 陈红刚强奸幼女案^①

（一）英山县公安局起诉意见书

英山县公安局起诉意见书

英公刑诉字〔2011〕第 32 号

犯罪嫌疑人陈红刚，男，1982 年 4 月 5 日生，东方省英山县人，身份证号 4324198204052088××，住英山县半坡镇上湾村。2011 年 1 月 5 日因涉嫌强

^① 本书所有实验案例的人名、地名纯属虚构。如有雷同，纯属巧合。

奸罪被刑事拘留，同年1月19日经英山县人民检察院批准逮捕。

犯罪嫌疑人陈红刚涉嫌强奸一案，由被害人李娜报案至我局，我局经过审查，于2008年1月1日立案进行侦查，犯罪嫌疑人陈红刚于2011年1月4日被抓获归案，现该案已侦查终结。

经依法侦查查明，2004年腊月下旬的一天下午，1991年6月20日出生的李娜因为头疼，向学校请假回家休息，正在卧室睡觉时，邻居陈红刚敲门进入，说打个电话，见家里只有李娜一人，便强行奸淫了李娜。李娜由于当时年龄小，未敢和其他人提及此事，直到2005年7月份李娜母亲发现李娜的肚子隆起，上医院检查被确认怀孕。李娜的父亲问李娜，李娜方才告知陈红刚强奸自己的事实。于是李娜的父亲李宽仁找到了陈红刚的父亲陈柏松交涉，陈柏松于2005年7月中旬，带李娜同李娜的父亲去东方省安康市第一医院给李娜做了引产手术，后去青山市管道局陈红刚的表姨张凤英家住了几天。

由于怕造成影响，李娜始终没有报案，直到2007年8月23日才来我局报案要求严惩陈红刚。我局曾于2007年8月28日、2011年1月4日两次传唤陈红刚接受讯问，陈红刚拒不承认犯罪事实。但我局认为，上述犯罪事实清楚，证据确实、充分。

综上所述，犯罪嫌疑人陈红刚的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第二款之规定，涉嫌强奸（幼女）罪。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百六十条之规定，特将此案移送审查起诉。

此致

英山县人民检察院

英山县公安局（章）

2011年5月17日

（二）证据材料

证据1：被害人李娜的控诉书

一个被害幼女的控诉

敬爱的各级公安、检察院领导：

我叫李娜，女，生于1991年6月20日，现住东方省英山县半坡镇上湾村。因于2004年3月至2005年1月间，先后被犯罪分子陈红刚暴行摧残，致使我幼小的身心受到严重侵害，精神失常，并被迫辍学，几度丧失继续生活的信心。

2007年，在有关领导的关切下，我逐渐鼓起了生活的勇气，并向公安机

关报案。2004年3月的某一星期天下午，我抱着两岁的弟弟去邻居家找同学陈华平玩，因陈华平把我弟弟抱出屋了，我还没来得及跟出屋来，这时犯罪分子陈红刚趁屋中无人之机，硬把我推倒在他家床上。我因力气单薄，无力反抗，再者碍于羞辱，不敢哭叫，就这样被陈红刚给糟蹋了。事后，陈红刚还说：“你要说出去，我杀了你弟弟。”

2004年6月底的一天，正是我小学毕业考试那天，我从学校回家的路上，经过陈红刚家门外，陈红刚又拦住我，他手里拿着杀羊的刀子，吓得我刚要跑，他便说：“你不进来，我就杀了你。”陈一把抓住我，把我拉到他屋里，按在床上，扒下我穿的裙子，我奋力反抗，陈就打我耳光。就这样，陈红刚再次对我施暴。我心里忍着痛往家里走时，陈又威胁说：“不准向任何人说这件事，要说出去，我就杀了你全家。”

在2004年腊月的一天下午，我因头疼得厉害，就从学校请假回家了。那天我爸、妈都没在家，头疼难受就躺在床上睡了。突然间，我听见有人门外屋门声音，就赶紧起来看，原来是陈红刚，我问他干什么来着，他说打电话，我说电话在东屋呢，你打了快走。我就进西间屋又想睡觉，我以为陈红刚打完电话就走呗，对他没加警惕。哪知道，陈红刚又窜到我睡觉的屋子，他凶猛地压在我身上，我用力推他，可他拿出刀子对我说：“你再反抗我就捅了你！”就这样，陈红刚又强行欺侮了我，走时他还说：“不准向你爸妈说，要说了，就杀了你弟弟，让你家过不好。”

由于我当时幼小无知，对名誉、弟弟、全家的安全顾虑重重，虽多次遭受坏人欺侮、残害，知道那个坏人是整天杀羊的，他总是拿杀我弟弟和全家来恐吓、威胁我，想到弟弟是我爸妈的命根子，如果告了陈，陈凶恶至极，万一家里出了事，我家真的过不了了。所以，我忍了又忍，记住大人常说的“君子报仇十年不晚”的话，因此没有及时向爸妈说我的不幸。

在2005年过年以后，因我心理压力大，精神恍惚，总有说不出的难言之苦，学习成绩一落再落，我无法再坚持学业了，只有辍学。有一天妈妈带我到医院检查毛病，才知道我怀孕了。这时只好向妈妈和医院大夫哭诉了遭遇的经过。回家后，我爸把陈红刚的父亲陈柏松找来，说明其儿子犯罪的事实，准备报案。可是陈红刚的爸妈当场向我家跪地求饶，不让我们报警。陈的爸妈还说：“要什么条件他都答应。”我爸妈不懂法，爱面子、爱名声，就一时心软，没有告发。2005年7月12日，陈红刚爸妈和他表姨把我带到安康市第一中心医院作了引产手术。出院后，把我转到青山市陈红刚的表姨家休息了几天，因我想家，后来我打电话让我爸把我接回家了。

事情过了一年多后，陈红刚恶心不死，又继续纠缠我，给我身心造成更大

的压力和打击，使我不但辍学了，还像疯了一样，曾住进精神病院治疗。现我只好求助法律保护，我的律师给我讲了法律，我下决心要控告陈红刚，把灭绝人性的陈红刚绳之以法，还我清白！

控诉人：李娜（签名及捺指印）

2007年8月23日

证据 2：询问笔录

询问笔录

时间：2007年8月28日10时。

地点：英山县公安局刑警大队。

询问人：张立功，英山县公安局刑警一大队队长。

记录人：刘开元，英山县公安局刑警一大队侦查员。

被询问人：李娜，女，汉族，1991年6月20日出生，学生，住英山县半坡镇上湾村。

问：说一下你的情况。

答：我叫李娜，今年16岁，我1991年6月20日出生，住英山县半坡镇上湾村。

问：你父亲叫什么，干什么职业呢？

答：我父亲叫李宽仁，在家务农。

问：你来到刑警队干什么事呢？

答：我来报案，我被强奸了。

问：什么时间？被谁强奸了？

答：我13岁的时候，被我的邻居陈红刚强奸了。

问：你把详细过程讲一遍。

答：2004年3月的某一星期天下午，我抱着两岁的弟弟去邻居家找同学陈华平玩，因陈华平把我弟弟抱出屋了，我还没来得及跟出屋来，这时犯罪分子陈红刚趁屋中无人之机，硬把我推倒在他家床上。我因力气单薄，无力反抗，再者碍于羞辱，不敢哭叫，就这样被陈红刚给糟蹋了。事后，陈红刚还说：“你要说出去，我杀了你弟弟。”

2004年6月底的一天，正是我小学毕业考试那天，我从学校回家的路上，经过陈红刚家门外，陈红刚又拦住我，他手里拿着杀羊的刀子，吓得我要跑，他便说：“你不进来，我就杀了你。”陈一把抓住我，把我拉到他屋里，按在

床上，扒下我穿的裙子，我奋力反抗，陈就打我耳光。就这样，陈红刚再次糟蹋了我。我心里忍着痛往家里走时，陈又威胁说：“不准向任何人说这件事，要说出去，我就杀了你全家。”

在2004年腊月的一天下午，我因头疼厉害，就从学校请假回家了。那天我爸、妈都没在家，头疼的难受就躺在床上睡了。突然间，我听见有人门外屋门声音，就赶紧起来看，原来是陈红刚，我问他干什么来着，他说打电话，我说电话在东屋呢，你打了快走。我就进西间屋又想睡觉，我以为陈红刚打完电话就走呗，对他没加警惕。哪知道，陈红刚又窜到我睡觉的屋子，他凶猛地压在我身上，我用力推他，可他拿出刀子对我说：“你再反抗我就捅了你！”就这样，陈红刚又强行欺侮了我，走时他还说：“不准向你爸妈说，要说了，就杀了你弟弟，让你家过不好。”

问：陈红刚总共强奸了你几次？

答：我记得至少有以上三次，其余几次记不清了。

问：你为什么当时不报案呢？

答：因为我怕，怕他杀我弟弟、杀我全家；而且我觉得这事说出去太丢人。

问：那你为什么现在又来报案呢？

答：我实在受不了，而且今年他又开始骚扰我了。

问：他怎么骚扰你的？

答：今年正月初几，他在路上碰见我，把我叫到旅游路旁边的一个小二楼楼旁，这个楼已经盖好了，但还没装修。在那小屋里，他让我跟他离家出走，离开这个地方，我说我不走，他就打了我几个耳光，我就哭，他怕别人听见，就让我走了。临走的时候，他说：“我饶不了你！”，然后我就走了。

问：后来呢？

答：因为他那次叫我，我给他打过几次电话，让他别骚扰我了，后来被他媳妇接到了，她也没说什么就挂了，这下我管不了就来报案了。

问：你还有什么要说的吗？

答：没有了。

问：你说的都是实话吗？

答：是实话。

问：我给你念一下笔录，你看对不对？（念笔录）

答：都对。

李娜（签名） 在场监护人：张俊芬（签名）

2007年8月28日

证据 3: 常住人口登记卡

常住人口登记卡

姓名	李娜		与户主的关系	户主的长女	
曾用名	无		性别	女	
出生地	英山半坡镇上湾村		民族	汉	
籍贯	东方省英山县		出生日期	1991.6.20	
本市住址	英山县半坡镇上湾村		宗教信仰		
身份证号		身高		血型	
文化程度	初中	婚姻状况		兵役状况	
服务处所			职业		

承办人签章: 张户籍

登记日期: 2010 年 12 月 1 日

英山县公安局章

证据 4: 询问笔录

询问笔录

时间: 2007 年 8 月 23 日 10 时。

地点: 英山县公安局刑警大队。

询问人: 张立功, 英山县公安局刑警一大队队长。

记录人: 刘开元, 英山县公安局刑警一大队侦查员。

被询问人: 陈红刚, 男, 1982 年 4 月 5 日生, 东方省英山县人, 身份证号 4324198204052088xx, 住英山县半坡镇上湾村。

问: 我们是英山县公安局刑警大队侦查员, 现对你依法询问, 希望你如实回答。说说你的基本情况。

答: 陈红刚, 男, 1982 年 4 月 5 日生, 东方省英山县人, 住英山县半坡镇上湾村, 务农。

问: 知道我们为什么询问你吗?

答: 不知道。

问: 你认识李娜吗?

答: 认识, 是我邻居。

问: 你们之间是什么关系?

答: 就是邻居。

问: 没有别的关系?

答：没有，就是邻居。

问：你与她有电话联系吗？

答：我曾经给她打过电话，让她别再给我打电话，我媳妇知道了不好。

问：她给你打电话说了些什么？

答：当时不是我接的，是我媳妇接的，我也不知道她想说什么。

问：她给你媳妇说了什么？

答：她一听是我媳妇接电话，就挂了。

问：你们是邻居，相互认识，她给你打电话，肯定有事啊，为什么你不问是啥事呢？

答：我觉得我们是邻居，有重要的事的话她可以直接来找我啊；再说我们之间也没啥事。

问：你再好好想想，你们之间究竟还有什么别的事？

答：没有。

问：你看一看，以上记录是否属实？

答：属实。

以上记录我看过，属实。陈红刚（签名）

2007年8月23日

证据5：讯问笔录

讯问笔录

时间：2011年1月5日10时。

地点：英山县公安局刑警大队。

讯问人：张立功，英山县公安局刑警一大队队长。

记录人：刘开元，英山县公安局刑警一大队侦查员。

被讯问人：陈红刚，男，1982年4月5日生，东方省英山县人，身份证号4324198204052088××，住英山县半坡镇上湾村。

问：我们是英山县公安局刑警大队，现依法对你宣布拘留（出示拘留证）。依据法律规定，对我们的问话，你必须如实回答。你明白吗？

答：明白。

问：我国的刑事政策是坦白从宽，抗拒从严。也就是说拒绝交代犯罪事实的，将被严厉处罚，你明白吗？

答：明白。

问: 你知道我们今天为什么拘留你吗?

答: 这个问题应该是我问你们吧。

问: 你老实点。根据我们掌握的材料, 你已经涉嫌犯罪, 你好好说说这些事吧?

答: 我没犯罪, 你让我说什么事?

问: 告诉你, 别抵赖, 我们已经有大量的证据证明你强奸了李娜, 你认罪吗?

答: 我没有, 根本没有与李娜做那事。

问: 看来你是不进棺材不落泪。告诉你, 很多人都说你强奸了李娜。

答: 别人怎么说我不管, 反正我没强奸。有本事你们拿出证据让我看看。

问: 那我问你, 2005 年 8 月的一个晚上, 你到李宽仁家下跪是怎么回事?

答: 那段时间, 我根本没到李宽仁家去, 更谈不上下跪。

问: 过了这么多年了, 你怎么能确信那段时间就没去李宽仁家?

答: (沉默) ……反正我没去。

问: 这样吧, 你再好好想想, 想明白了愿意交代的时候找我们。

答: 好。

以上记录我看过, 属实。陈红刚 (签名)

2011 年 1 月 5 日

证据 6: 询问笔录

询问笔录

时间: 2007 年 8 月 29 日 10 时。

地点: 英山县公安局刑警大队。

询问人: 张立功, 英山县公安局刑警一大队队长。

记录人: 刘开元, 英山县公安局刑警一大队侦查员。

被询问人: 陈柏松, 男, 48 岁, 东方省英山县人, 住英山县半坡镇上湾村。

问: 先讲一下你的基本情况。

答: 我叫陈柏松, 男, 48 岁, 东方省英山县人, 住英山县半坡镇上湾村。

问: 讲一下你家庭的基本情况。

答: 除我之外, 我妻子朱俊平, 45 岁, 在家务农; 我儿子陈红刚 25 岁, 在家务农; 我女儿陈华平, 17 岁; 我儿媳张华英, 22 岁, 均在家务农。

问：我们是英山县公安局刑警大队的，现在询问你几个问题，你要如实回答，否则作伪证要负法律责任的，你听清楚了吗？

答：听清楚了。

问：你知道为什么把你叫到刑警队来吗？

答：知道，因为李娜引产这个事。

问：李娜她们家和你们家是什么关系？

答：我们是邻居，平时关系很好。

问：李娜做引产，为什么你们跟着去了？

答：因为他们家出这种事不好看，我们平常关系又不错，所以他们家才要求我帮忙的。

问：即使是让你们帮忙，也不用你们老两口都去啊，又不是你们自己家的事，为什么这么积极呢？

答：因为我们两家关系确实很好，李娜他妈就让我老婆也跟着，再说她在青山市有亲戚。

问：像这种事本来就不太光彩，李娜家为什么不找自己家的亲戚却找你家亲戚呢？

答：因为他们家在青山市没有亲戚。

问：开始说去青山市做引产是谁提出来的？

答：是我。

问：为什么提出要去青山市呢？

答：因为青山市有我的亲戚，这都是头天晚上我和李娜他爸在他们家吃饭时商量的。

问：你们那天晚上吃饭商量好以后，第二天马上去青山市了吗？

答：是的。

问：为什么你家这么着急去呢？

答：因为他们家和我们家商量好了的，是他家很着急，所以我们才跟着去的。

问：你把你们去做引产的经过讲一下？

答：那天晚上商量好以后，我们第二天就去了青山市，有我老婆、李娜的爸妈，还有李娜和我，到了青山市后我就去我老婆的表姐家了，我老婆的表姐说青山做得不好，于是我老婆的表姐就一同和我们五个人去安康市了。

问：是谁让你老婆的表姐也跟着的？

答：是我。

问：这也不关你表姐的事，你为什么让她也去呢，你们家干什么去这么多

人呢？

答：因为这种事需要女的帮忙，所以我也让她跟着去了。

问：接着说。

答：到了安康我们就去医院，到了医院后我们就开始登记、安排病房。等安排好以后，我和李娜的爸妈就回英山了。

问：到医院后，你们都干了些什么？是哪家医院？

答：我就安排登记，去的是安康市第一中心医院。

问：都有谁去安排登记了？

答：有我、我媳妇的表姐和李娜的爸。

问：具体干了些什么？

答：交押金、办住院手续和引产手术。

问：押金是谁交的，交了多少钱？

答：是李娜爸交的，交了多少我不清楚。

问：在办理引产手续时在引产手术单上是谁签字同意引产的？

答：是我签的。

问：在办住院手续和引产手术时就你自己吗？李娜的名字写的是什麼？

答：是啊，其他人都忙别的事了。名字忘了，反正不是真名，用的假名。

问：你为什么要替他们签呢？你不知道这种签字是要负责的吗？还有，为什么要写假名呢？

答：就因为我们的关系比一家子的关系都好，所以我觉得他们不会坑我，就替他家签了。至于假名是他家的主意，说这种事写真名不方便。

问：你们办这几种手续时在一起吗？

答：没有，都各忙各的。

问：那后来呢？

答：我们三个回英山县后，过了约三天我和李娜的母亲就又去安康。我们看了看李娜，我就回英山了，李娜她妈住了一晚上才回来的。又过了三四天，李娜、我媳妇和表姐就回青山了，李娜和我媳妇在我表姐家住了六七天，就回英山了。

问：这本来是李娜家的事，而你媳妇和你媳妇的表姐却在安康医院守护六七天，李娜她们家没人看护，这是怎么回事？你解释一下？

答：嗯，这是因为李娜家怕人看出来，怕出丑，他们家让我们这么做的。

问：她们三个出院后在你媳妇的表姐家住了六七天，这期间李娜家有人去吗？

答：没有。

问：从安康出院后，是谁主张去青山县你媳妇表姐家的？

答：是李娜家提出来的，就是怕别人看出来引产。

问：李娜这次引产是谁结的账？

答：是他们家。

问：李娜和你家有什么来往吗？

答：前十多天我家儿子红刚才告诉我说，李娜这一年多以来一直给我儿子打电话。

问：她打电话干什么，你知道吗？打了多少次你知道吗？

答：这个我不知道，我儿子只说打过电话，没说别的。

问：关于这件事你还有什么要交代的吗？你好好想想，要说实话，听清楚了吗？（做思想工作）

答：知道，没有别的了。

问：你说的是实话吗？

答：是的。

以上笔录向我宣读过，和我说的一样。

陈柏松（签名）

2007年8月29日

证据7：询问笔录

询问笔录

时间：2007年8月29日16时。

地点：青山市管道局家属院。

询问人：张立功，英山县公安局刑警一大队队长。

记录人：刘开元，英山县公安局刑警一大队侦查员。

被询问人：张凤英，女，53岁，东方省青山县人，住青山县管道局家属楼5号楼102室。

问：讲一下你的基本情况。

答：张凤英，女，53岁，东方省青山县人，住青山县管道局家属楼5号楼102室。

问：我们是英山县公安局的，今天来向你了解一些情况，希望你如实回答。

答：我一定如实说。

问：你在英山半坡镇有亲戚吗？

答：半坡镇那里有我一个表妹，叫朱俊平，她家小子叫红刚。

问：你认识半坡镇的李宽仁吗？

答：我不认识。

问：李宽仁与朱俊平家住对门，你认识李宽仁家闺女吗？

答：我不认识。

问：2005 年朱俊平的丈夫到你家来过了吗？

答：朱俊平的丈夫带他家邻居来过我家。

问：到你家干什么来了？

答：为他家邻居的小女孩打胎的事。

问：他们怎么跟你说的。

答：什么也没跟我说，我不了解内情。

问：他们在哪儿打的胎？

答：我丈夫的侄儿媳在安康市第一中心医院，我带他们到那打的。

问：朱俊平的丈夫带她邻居家的女孩到你家来过没有？

答：没有。

问：对这件事你还了解些什么情况？

答：我一概不知。

问：你以上讲的是实话吗？

答：是实话。

以上笔录我看过了，属实。张凤英（签名）

2007 年 8 月 29 日

证据 8：询问笔录

询问笔录

时间：2007 年 8 月 30 日 9 时。

地点：英山县半坡镇上湾村李宽仁家。

询问人：张立功，英山县公安局刑警一大队队长。

记录人：刘开元，英山县公安局刑警一大队侦查员。

被询问人：李宽仁，男，48 岁，东方省英山县人，住英山县半坡镇上湾村。

问：说说你的基本情况。

答：我叫李宽仁，男，48岁，东方省英山县人，住英山县半坡镇上湾村。

问：你与李娜是什么关系。

答：她是我闺女。

问：说说你闺女被害的经过。

答：我闺女被害的经过我本来不知道，直到后来我闺女跟她妈讲了我才知道。知道这事后，考虑到我们两家平时关系不错，因此我找到陈红刚的父亲陈柏松，说明他儿子的犯罪事实，准备报案。可是陈红刚的爸妈当场向我家跪地求饶，不让我们报案。陈的爸妈还说：“要什么条件他都答应。”后来，大约是2005年7月中旬，陈红刚爸妈和他表姐把我闺女带到安康市第一中心医院作了引产手术。出院后，把我闺女转到青山县陈红刚的表姨家休息了几天。后来我找了个叫朱书志的熟人开车把我闺女接回家。

问：当时住院手续和费用都是谁办的？

答：是陈红刚的父亲陈柏松办理的。

问：当时是谁提议去做引产手术的？

答：是陈柏松。当时他说，你家闺女还小，孩子生下来不合适，抓紧先引产再说。我觉得有道理就答应了。

问：你为什么当时没报案？

答：主要是觉得这事很丑，我闺女将来还得嫁人啊。

问：那为什么你们家后来又报案呢？

答：因为陈红刚还继续骚扰我闺女，再者我闺女被弄得精神有点失常了，我和她妈心里觉得也难受，而这时陈柏松家觉得引产后没把柄了对我们家也很冷淡了，我们感觉很难咽下这口气，因此决定报案了。

问：你还有什么情况要反映吗？

答：大约是2005年8月份的一个晚上，陈红刚他妈带着陈红刚来我家赔礼。一进我家门，朱俊平（陈红刚他妈）就指着陈红刚说“你跪下”，然后陈红刚就跪下来，我气急之下，打了他一嘴巴，然后陈红刚说：“我错了，我欺侮了小娜，我以后再也不敢了。”后来我媳妇骂了几句，就让他俩走了。

问：你还有什么事情要反映吗？

答：当时我跟朱书志上青山陈柏松的表姐家接李娜，在我们出来要上车时，陈柏松的表姐送我们出来时还说：“回去别吓唬孩子，他家（陈柏松）小子就那么不是个东西。”别的情况没有了。

以上记录和我说的一样 李宽仁（签名）

2007年8月30日

证据 9：询问笔录

询问笔录

时间：2007 年 9 月 2 日 9 时。

地点：英山县半坡镇上扬村朱书志家。

询问人：张立功，英山县公安局刑警一大队队长。

记录人：刘开元，英山县公安局刑警一大队侦查员。

被询问人：朱书志，男，46 岁，东方省英山县人，住英山县半坡镇上扬村。

问：我们是英山县公安局刑警队的，今天向你了解一些案件情况，希望你如实作证。作伪证是要负法律责任的，你听清楚了吗？

答：听清楚了。

问：说说你的情况。

答：朱书志，男，46 岁，东方省英山县人，住英山县半坡镇上扬村。

问：你与李宽仁是什么关系？

答：我与他是初中同学。

问：李宽仁是否让你开车去青山接人，有此事吗？

答：有。

问：那你详细说说。

答：好。大约是 2005 年夏天，具体时间我忘了。李宽仁给我打电话说，她女儿和邻居发生了不好的关系，希望让我开车去青山帮她接下她闺女，这种事情我也不好意思问，就直接答应他去了。那天大约是傍晚的时候，我们开车到了青山市管道家属院，李宽仁下了车，进了屋，过了一会儿，有一妇女出来，叫我们进屋喝水，我进屋后发现李宽仁女儿李娜穿着睡衣也在屋里。李娜换了衣服，我们就一起出来了，有一个妇女说，回去好好养着吧，我们就开车回来了。

问：你还听见他们说什么事了吗？

答：有一个妇女还说：“这小子真不是东西！”李宽仁说什么了，我记不清了。

问：你们回来时在车上说什么了吗？

答：我记不清了。

问：你以上说的是实话吗？

答：是实话。

以上属实，朱书志（签名）

2007 年 9 月 2 日

证据 10：询问笔录

询问笔录

时间：2007 年 9 月 3 日 9 时。

地点：英山县汤池镇红旗村董华军家。

询问人：张立功，英山县公安局刑警一大队队长。

记录人：刘开元，英山县公安局刑警一大队侦查员。

被询问人：董华军，男，26 岁，东方省英山县汤池镇红旗村人。

问：我们是英山县公安局刑警队的，今天向你了解一些案件情况，希望你如实作证。作伪证是要负法律责任的，你听清楚了吗？

答：听清楚了。

问：说说你的情况。

答：董华军，男，26 岁，东方省英山县汤池镇红旗村人。

问：你与李宽仁是什么关系？

答：我在他家做过帮工。

问：他家闺女被强奸的事，你听说过没有？

答：我听说了。

问：对于这件事，你能提供什么情况吗？

答：我知道的情况也不多，我一个打工的，这种事也不好问，李宽仁肯定也不会嚷嚷。

问：你把你知道的情况详细讲讲。

答：那是 2005 年 8 月份，具体哪天我记不得了，反正过了“八一”了，那几天活忙，我也没回家，我和我们村另一个打工的在李宽仁家最西面那间屋子里睡觉，那天晚上 10 点多，我跟李大海——我们村那个和我一起打工的，我们俩躺在床上，还没睡着呢，就听见外面有人敲大门，李宽仁出去开的大门，我就听见李宽仁领着两个人进了他们住的屋，然后就听见一个老娘们说：“你跪下！”就有人“扑通”一声跪下，这时李宽仁就说“陈红刚，你有种，你跑呀！”陈红刚就说：“我错了，我欺侮小娜了，我怕你家跟我完不了，就跑了。你骂我吧，要不打我几下出气。”我听见不知道是谁打了他一嘴巴，“啪”这么一声，李宽仁的媳妇骂了几句街。李宽仁说：“这事就这样了，你知道，我知道，别外传，你滚吧！”李宽仁就让陈红刚走了。

问：你认识陈红刚吗？

答: 认识, 陈红刚跟李宽仁家住斜对门, 陈红刚家宰羊的那地方正对着李宽仁家门, 我在李宽仁家干了这么长时间, 怎么也认得。

问: 让陈红刚跪下的那个女的, 你知道是谁吗?

答: 我听着说话像是陈红刚的妈。

问: 你和李大海亲眼见到陈红刚和他妈去李宽仁家认错了吗?

答: 这种事, 我们俩也不好意思去问, 所以我跟李大海也没起来, 就在床上躺着睡觉, 也没偷看, 就是听见这么点。

问: 你还知道什么情况吗?

答: 别的我不知道了。

以上笔录我看过, 和我说的一样。董华军 (签名)

2007 年 9 月 3 日

证据 11: 询问笔录

询问笔录

时间: 2007 年 9 月 5 日 9 时。

地点: 英山县汤池镇红旗村李大海家。

询问人: 张立功, 英山县公安局刑警一大队队长。

记录人: 刘开元, 英山县公安局刑警一大队侦查员。

被询问人: 李大海, 男, 27 岁, 东方省英山县汤池镇红旗村人。

(本询问笔录内容与证据 10 基本相同)

证据 12: 询问笔录

询问笔录

时间: 2011 年 1 月 6 日 9 时。

地点: 英山县半坡镇上湾村陈学英家。

询问人: 张立功, 英山县公安局刑警一大队队长。

记录人: 刘开元, 英山县公安局刑警一大队侦查员。

被询问人: 陈学英, 男, 73 岁, 住东方省英山县半坡镇上湾村。

问: 我们是英山县公安局刑警队的, 今天向你了解一些案件情况, 希望你如实作证。作伪证是要负法律责任的, 你听清楚了吗?

答: 听清楚了。

问：说说你的情况。

答：陈学英，男，73岁，住东方省英山县半坡镇上湾村。

问：关于陈红刚与李宽仁家之间有点矛盾，听说曾经找您主持调解过，有这回事吗？

答：有这事。这事大约是2006年春天，当时陈红刚他父亲陈柏松找到我，说与李宽仁家有些矛盾，想请我这个老人出面协调协调，我就答应了。调解的那天，有我、陈中元和陈柏松、李宽仁，就我们4个人。当时我们让双方先提方案，但是李宽仁首先提出要陈柏松先明确今天为什么来调解，究竟是调解什么事；但是陈柏松说，究竟是为什么事来调解，这个我们心里清楚就可以了，没什么可说的，只要你李宽仁提条件，只要我们陈家能做到的我家都答应。但是，李宽仁坚持要陈柏松当场向我和陈中元说明究竟是为啥事调解，而陈柏松又坚决不说为啥事调解，这样就不欢而散了。

问：你知道他们两家究竟是因为什么事找你调解吗？

答：具体什么事我也不太清楚，只是当时陈柏松找我调解的时候说是他家儿子红刚与李宽仁家闺女之间的事。但具体是什么事，他们都没跟我讲，我也不好意思细打听。

问：你能分析分析是什么事吗？

答：这个不太好说，但应该是男女之间的事。

问：你说的都是实话吗？

答：属实。

以上笔录我看过，属实。陈学英（签名）

2011年1月6日

证据13：询问笔录

询问笔录

时间：2011年1月7日9时。

地点：英山县半坡镇上湾村陈中元家。

询问人：张立功，英山县公安局刑警一大队队长。

记录人：刘开元，英山县公安局刑警一大队侦查员。

被询问人：陈中元，男，62岁，住东方省英山县半坡镇上湾村。

（本询问笔录内容与证据12基本相同）

证据 14：询问笔录

询问笔录

时间：2011 年 1 月 8 日 10 时。

地点：英山县公安局刑警大队。

询问人：张立功，英山县公安局刑警一大队队长。

记录人：刘开元，英山县公安局刑警一大队侦查员。

被询问人：陈柏松，男，52 岁，东方省英山县人，住英山县半坡镇上湾村。

问：我们是英山县公安局刑警队的，今天向你了解一些案件情况，希望你如实作证。作伪证是要负法律责任的，你听清楚了吗？

答：听清楚了。

问：说说你的情况。

答：陈柏松，男，52 岁，东方省英山县人，住英山县半坡镇上湾村。

问：据我们了解，你曾经找陈学英、陈中元，希望他们帮你调解与李宽仁家的矛盾，有这事吗？

答：（沉默）这事好像有。

问：当时是因为什么事找人家调解？

答：好像是宅基地的事情。

问：你好好想想，究竟是因为什么事情？

答：喔，对了，是我儿子红刚与李宽仁家小娜打架的事。

问：真的是打架的事？

答：是的，就是打架的事。

问：你说的都是实话吗？

答：属实。

以上笔录我看过，属实。陈柏松（签名）

2011 年 1 月 8 日

证据 15：询问笔录

询问笔录

时间：2008 年 4 月 1 日 10 时。

地点：安康市第一中心医院。

询问人：张立功，英山县公安局刑警一大队队长。

记录人：刘开元，英山县公安局刑警一大队侦查员。

被询问人：段敏，女，45岁，安康市第一中心医院妇产科医生。

问：我们是英山县公安局刑警队的，今天来找你了解一些情况，希望你能配合我们的工作。

答：行。

问：在你院做引产手术是否要签一个“引产手术中可能出现的意外情况及并发症责任谅解书”？

答：是。

问：这份责任谅解书应该由什么人签字？

答：应该是女方的丈夫或对象，或者是女方父母，也可以是男方父母。

问：安康市第一中心医院医患道德责任书应由什么人签字？

答：应由患者家属签字。

问：你看一下这份病历，2005年7月份你和张英主任为张娜（女，20岁，住青山市管道局）做引产手术的病例。

答：我看过了。

问：你知道这份病历上两个责任书的签字人陈柏松和患者张娜是什么关系吗？

答：他们之间具体是什么关系，我不知道，但肯定是女方或男方的家属，其他人不能随便签字。

问：象张娜这种未婚怀孕的情况，是否必须经过致使其怀孕的男子签字，才能做引产手术？

答：必须是男方同意，防止男方不同意来找医院责任。

问：你知道张娜为什么做引产手术吗？

答：家属要求做引产，其他情况我不知道。

问：你还有什么情况要反映的吗？

答：没有了。

以上笔录属实，段敏（签名）

2008年4月1日

证据 16：责任谅解书及医患道德责任书

责任谅解书

引产手术中可能出现以下意外情况及并发症：（1）羊水栓塞；（2）子宫

破裂；(3) 引产失败；(4) 产后出血；(5) 继发不孕；(6) 晚期产后出血；(7) 引产药物过敏；(8) 感染。

如果患者家属对上述非人力所不能控制的意外表示谅解，我院方能实施相关手术。

患者家属意见：要求引产，谅解意外。

陈柏松（签字）

安康市第一中心医院医患道德责任书

为了切实加强医德医风建设，努力在医院内部形成良好的风气，院方要求每一个医务人员和每一个住院患者及家属，都要自觉遵守社会道德规范，维护正常的医患关系，互相监督，共同履行责任书如下条款：

一、医护人员应做到：(1) 必须向患者介绍医院的各项有关规章制度，认真听取患者及家属对病情的陈述，并做耐心的解释工作；(2) 不得向患者暗示或索要钱物，不收受馈赠，不接受宴请；(3) 不用患者名义开“搭车药”和“搭车检查”等；(4) 不向患者推荐和直销药品、商品、保健品。

二、患者及家属应做到：(1) 患者及家属要遵守医院的各项规章制度，积极配合医务人员进行诊治工作；(2) 患者及家属不给医护人员送钱、送物和宴请；(3) 不用自己的名字为医护人员或他人开“搭车药”和“搭车检查”；(4) 不要求开与病情不符的药品和各种证明。

主治医师签字：段敏（签字）

患者或患者家属签字：陈柏松（签字）

2005年7月20日

2005年7月20日

（三）争议焦点

1. 陈红刚的父亲、母亲帮助被害人做引产手术等行为与陈红刚实施犯罪行为有没有关联性？

2. 陈红刚下跪认错的事实能否认定？如果可以认定，这一事实与陈红刚实施犯罪行为有没有关联性？

3. 综合本案全部证据材料，本案指控陈红刚犯强奸罪是否事实清楚、证据确实、充分？

第二节 与本实验相关法律文书的写作及示例

在刑事一审程序模拟实验中，与之相关的法律文书有刑事起诉书、公诉意

见书、代理词、辩护词、一审判决书。现对这几种法律文书的写作方法介绍如下：

一、刑事起诉书

（一）概念和法律依据

刑事起诉书是人民检察院对公诉案件进行审查后，认为符合法定的提起公诉之条件，决定将犯罪嫌疑人交付审判，在向人民法院提起公诉时所制作的法律文书。

本文书主要依据我国《刑事诉讼法》第167条、第172条和《人民检察院刑事诉讼规则》第279条、第281条的规定制作。《刑事诉讼法》第167条规定：“凡需要提起公诉的案件，一律由人民检察院审查决定。”第172条规定：“人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，应依法追究刑事责任的，应当做出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉，并将案卷材料、证据移送人民法院。”

（二）写作格式

×××人民检察院 起诉书

×××检刑诉〔××××〕×××号

被告人×××，（写明姓名、性别、出生年月、身份证号码、民族、文化程度、职业或者工作单位及职务、住址、曾受到行政处罚、刑事处罚的情况和因本案采取强制措施的情况等。）

（如果是单位犯罪，应写明犯罪单位的名称，所在地址，法定代表人及诉讼代表人的姓名、职务；如果还有应当负刑事责任的“直接负责的主管人员或其他直接责任人员”，应当按上述被告人基本内容情况叙写。）

被害人×××，（姓名、性别、年龄等，如是被害单位，写明单位名称、住所地、法定代表人姓名、职务等）

辩护人基本情况，包括姓名、单位、通信地址。（如果没有辩护人，则不写）

本案由×××（侦查机关）侦查终结，以被告人×××涉嫌×××罪，于××××年××月××日向本院移送起诉。本院受理后，于××××年××月××日已告知被告人有权委托辩护人，××××年××月××日已告知被害人及其法定代理人（或者近亲属）、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人，依法讯问

了被告人，听取了被害人的诉讼代理人×××和被告人的辩护人×××的意见，审查了全部案件材料……（有补充侦查的，写明退回补充侦查、延长审查起诉期限等情况）。

[对于侦查机关移送审查起诉的需要变更管辖权的案件，表述为：“本案由×××（侦查机关）侦查终结，以被告人×××涉嫌×××罪，于××××年××月××日向×××人民检察院移送审查起诉。×××人民检察院于××××年××月××日转至本院审查起诉。本院受理后，已告知被告人有权……”]

[对于本院侦查终结并审查起诉的案件，表述为：“被告人×××涉嫌×××罪（写明起诉书认定的罪名）一案，由本院侦查终结。本院于××××年××月××日已告知被告人有权……”]

[对于其他人民检察院侦查终结的需要变更管辖权的案件，表述为：“本案由×××人民检察院侦查终结，以被告人×××涉嫌×××罪，于××××年××月××日向本院移送审查起诉。本院受理后，已于××××年××月××日告知被告人有权……”]

经依法审查查明：……[写明经检察机关审查认定的犯罪事实，包括犯罪时间、地点、经过、手段、目的、动机、危害后果等与定罪有关的事实要素。应当根据具体案件情况，围绕刑法规定的犯罪构成要件，特别是犯罪特征，简明扼要叙写。]

[对于只有一个犯罪嫌疑人的案件，犯罪嫌疑人实施多次犯罪的犯罪事实应逐一列举；同时触犯数个罪名的犯罪嫌疑人的犯罪事实应该按照主次顺序分类列举。对于共同犯罪的案件，写明犯罪嫌疑人的共同犯罪事实及各自在共同犯罪中的地位和作用后，按照犯罪嫌疑人的主次顺序，分别叙明各个犯罪嫌疑人的单独犯罪事实。]

认定上述事实的证据如下：……[针对上述犯罪事实，分列相关证据]

本院认为，……[概括论述被告人行为的性质、危害程度、情节轻重]，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第××条[引用罪状、法定刑条款]，犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以×××罪追究其刑事责任。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十二条的规定，提起公诉，请依法判处。

此致

×××人民法院

检察员×××

××××年××月××日

（院印）

附：

1. 被告人现在的住所。具体包括在押被告人的羁押场所和监视居住、取

保候审的住所。

2. 案件及证据材料×册。
3. 有关涉案款物情况。
4. 被害人（单位）附带民事诉讼的情况。
5. 其他需要附注的事项。

（三）注意事项

1. 关于人民检察院的名称，除最高人民检察院外，各地方人民检察院的名称前应写明省、自治区、直辖市的名称；对被告人是外国人、无国籍人的，制作起诉书的人民检察院名称前应当冠以“中华人民共和国”字样，例如“中华人民共和国××省××市人民检察院”。

2. 被告人有曾用名，应当在括弧中注明，如被告人还有化名、笔名、绰号等，应选择与本案件事实有关的，加括号一一写明。

3. 被告人是又聋又哑的人或者盲人，应当在其姓名后具体注明，因为这涉及被告人从轻、减轻处罚的法定情节。

4. 对于被告人不讲真实姓名、住址、身份不明，但犯罪事实清楚，证据确实充分的，人民检察院可以按照被告人自报姓名向法院起诉，但这种情况应当在被告人自报姓名后予以注明。被告人自报的姓名可能造成损害他人名誉、败坏道德风俗等不良影响的，可以对被告人编号并按编号制作起诉书，并在起诉书中附具被告人的照片。

5. 被告人为数人的，应当按照先重后轻、先主犯后从犯的顺序逐人分段写明。

6. 对于被害人已经死亡或者没有具体被害人的案件，可以省去该部分；对于涉及被害人隐私的案件、被害人为未成年人的案件，不再叙述该部分。

7. 案件事实部分是起诉书的重点，叙述时要注意条理清晰、简明具体、用语准确。对于案件事实的叙述，既要避免发生遗漏，也要避免将没有证据证明或者证据不足以及定罪量刑无关的事实写入起诉书。

8. 起诉书必须涉及非本案被告人的人员姓名时，应当按照具体情况，妥善处理。对行为已构成犯罪或严重违法，公安司法机关已经或正在另案处理的，应当在这个人姓名后面用括号注明“另案处理”。对本案被害人一般应写明姓名。但是，对强奸等案件中的被害妇女，为保护他们的名誉，起诉书只留其姓，隐去其名。共同犯罪案件中，其中一名或数名共犯在逃的，起诉书中写到逃犯姓名时，应在姓名之后用括号注明“另案处理”。

9. 起诉书需要使用数字时，除文书编号、顺序号、年月日、机械型号、

材料目录、百分比等专用术语和其他使用阿拉伯数字比较适宜者外，一般用汉字书写。在同一起诉书中，数字的使用前后应当一致。引用法律条、款、项数字时，应当用汉字书写。

(四) 示例

东方省英山县人民检察院 起诉书

东英检刑诉〔2013〕第156号

被告人陈红刚，男，1982年4月5日生，现年29岁，身份证号4324198204052088××，汉族，住东方省英山县半坡镇上湾村。因涉嫌强奸（幼女）罪，于2011年1月5日被英山县公安局刑事拘留，经本院批准，于2011年1月12日被英山县公安局逮捕。

本案由英山县公安局侦查终结，以被告人陈红刚涉嫌强奸（幼女）罪，于2013年5月17日向本院移送起诉。本院受理后，于同年5月19日已告知被告人陈红刚有权委托辩护人，已告知被害人李某有权委托诉讼代理人，依法讯问了被告人陈红刚，审查了全部案件材料。

经依法审查查明：2004年腊月被告人陈红刚以打电话为由进入被害人李某家，对李某实施了强奸行为，致李某怀孕。2005年7月12日，被害人李某由陈红刚父母和表姨张凤英领去安康市第一中心医院作引产手术，术后经被告陈红刚父亲陈柏松安排在被告陈红刚的表姨张凤英家休养。

认定上述犯罪事实的证据有被害人陈述、书证、证人证言及被告人陈红刚供述和辩解等。

本院认为，被告人陈红刚无视国家法律，强迫不满14岁的被害人李某与之发生性关系，致使被害人精神恍惚、辍学、怀孕。其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第二款之规定，犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以强奸（幼女）罪追究被告人陈红刚刑事责任。本院根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十二条之规定，提起公诉，请依法判处。

此致

东方省英山县人民法院

检察员 付 硕
二〇一三年六月十日
(检察院院印)

附：

1. 被告人陈红刚现羁押于英山县看守所。
2. 案卷2册。

二、公诉意见书

（一）概念和法律依据

公诉意见书，是受人民检察院指派出庭支持公诉的公诉人，为在法庭上就证据和案件情况集中发表意见而制作的法律文书。

本文书是出席公诉案件第一审法庭的公诉人就本案的事实、证据、定罪量刑等问题集中阐述公诉机关意见而作综合发言时采用，一般在法庭调查结束、法庭辩论开始时发表。《刑事诉讼法》第193条规定，经审判长许可，公诉人、当事人、诉讼代理人、辩护人可以对证据和案件情况发表意见，并且可以相互辩论。根据上述规定，人民检察院指派的公诉人在第一审法庭上就事实、证据和法律适用等案件情况集中发表意见时，应当制作公诉意见书。

（二）写作格式

×××人民检察院 公诉意见书

被告人×××

案由×××

起诉书号×××

审判长、审判员（人民陪审员）：

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十四条、第一百九十三条和第二百零三条的规定，我（们）受×××人民检察院的指派，代表本院，以国家公诉人的身份，出席法庭支持公诉，并依法对刑事诉讼进行法律监督。现对本案证据和案件情况发表如下意见，请法庭注意。

……（结合案情，重点阐述以下问题：一、根据法庭调查情况，概述法庭质证情况，各证据的证明作用，并运用各证据之间的逻辑关系证明被告人的犯罪事实清楚，证据确实、充分。二、根据被告人的犯罪事实，论证应适用的法律条款并提出定罪及从重、从轻、减轻处罚等意见。三、根据庭审等情况，在揭露被告人犯罪行为社会危害性的基础上，作必要的法制宣传和教育工作。）

综上所述，起诉书认定本案被告人×××的犯罪事实清楚，证据确实、充

分，依法应当认定被告人有罪，并应（从重、从轻、减轻）处罚。

公诉人×××

××××年××月××日当庭发表

（三）注意事项

1. 本文书的名称为“公诉意见书”，有别于侦查机关或部门向检察院移送审查起诉时制作的“起诉意见书”。

2. 本文书的开头“被告人姓名、案由、起诉书号”是为了保持文书的完整性而设计的，在法庭上无须宣读。

3. 本文书是公诉人以口头方式在法庭上发表的，实际应用过程中可根据个案情况决定取舍，以突出重点，而不必拘泥于文书格式，面面俱到。

4. 在被告人刑事责任的问题上，要根据案件情况加以全面阐述，在证明被告人有罪的同时，既要注意被告人有无从重处罚的情节，又要注意被告人有无从轻、减轻处罚的情节。

5. 本文书正文中有关法制教育、宣传的内容，可视庭审情况决定是否制作。

（四）示例

东方省英山县人民检察院 公诉意见书

被告人：陈红刚

案由：强奸（幼女）案

起诉书号：英检刑诉字〔2013〕第156号

审判长、审判员：

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十四条、第一百九十三条和第二百零三条的规定，我受东方省英山县人民检察院指派，代表本院，以国家公诉人的身份，出席法庭支持公诉，并依法对刑事诉讼进行法律监督。现对本案发表如下意见，请法庭注意。

一、公诉机关指控被告人陈红刚犯罪事实清楚、证据确实充分

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十六条及第一百九十条的规定，今天的法庭调查程序合法。在刚才的法庭调查阶段，公诉人依法讯问了被告人陈红刚，并依次向法庭提交了被告人陈红刚犯罪的证据。这些证据，由侦查机关通过合法程序取得，在法庭上亦已经过辩护方的质证。为了进一步证明本案事实，下面公诉人就指控事实发表如下意见：

首先，由医患道德责任书和责任谅解书的签名、医院收据的名称以及证人证言可以得知：李某进行引产手术的确是由陈红刚的父亲陈柏松陪同并支付费用的。被告的父亲不可能不知道在医患道德责任书和责任谅解书上签名的意义，如果如被告父亲所言其仅仅是帮忙的话，没有理由承担如此严重的责任，更没有理由支付医药费。并且在引产手术后在陈红刚表姨家居住休养数日，陈红刚表姨还骂道：“这小子真不是东西。”若李某的怀孕和被告陈红刚没有关系，陈家没有必要对其进行如此优待，陈红刚表姨的话也就显得不合常理。

其次，由证人证言以及被告人陈红刚供述可知，陈红刚在其母亲的陪同下曾于2005年8月的深更半夜到李家下跪道歉，并且明确表示曾经强奸了李某，还被李宽仁打了嘴巴。若只是一般性的羞辱被害人，没有必要深更半夜去道歉，更不用下跪，也不会被扇嘴巴。这说明下跪的事实的确与强奸事实有关。

最后，证人陈学英、陈中元的证言证实：2006年春，被告人陈红刚父亲陈柏松与被害人父亲李宽仁找村里人调解，但陈柏松拒不说出调解原因，只表示愿意答应李家提出的一切条件。究竟是什么事情，使被告的父亲急于想调解，但又拒绝说出调解的原因呢？答案只有一个：那就是被告强奸了被害人。

综上，公诉人提交的证据已经形成了完整的证据链条，被告人陈红刚强奸被害人李某的犯罪事实清楚，证据确实、充分。

二、对被告人陈红刚的定罪与量刑

《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第二款规定：“奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。”由被害人李某户籍卡可知，案发时被害人李某不满14周岁。因此，人民法院应当认定被告人陈红刚犯强奸幼女罪，并从重处罚。而且，本犯罪行为致使被害人精神恍惚、辍学、怀孕，案发后被告人陈红刚拒不承认犯罪事实，毫无悔罪表现。

综上所述，起诉书指控本案被告人陈红刚的犯罪事实清楚，证据确实、充分，依法应当认定被告人陈红刚犯强奸（幼女）罪，特提请合议庭对公诉人所发表的公诉意见予以充分考虑，根据被告人陈红刚实施犯罪的事实、情节、性质，对社会的危害程度，以及被告人陈红刚的认罪态度，依法作出公正的判决！

公诉人 付 硕

二〇一三年七月十日当庭发表

三、辩护词

（一）概念和法律依据

辩护词是辩护人为了维护被告人的合法权益，在刑事案件开庭审理的法庭

辩论阶段所集中发表的论证被告人无罪、罪轻、应当依法从轻、减轻、免于刑事处罚的意见。一般来说，以书面形式准备并提交的称为辩护词，以口头形式当庭发表的称为辩护意见。我国《刑事诉讼法》第35条规定，辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。

（二）写作格式

×××涉嫌×××罪一审（二审、再审）辩护词

审判长、审判员（若独任审判，则仅写审判长；若有陪审员，则应加上“人民陪审员”）：

依照法律规定，受被告人×××的委托和×××律师事务所的指派（或经×××法律援助中心指定并取得了被告人×××的同意），我担任本案被告人×××的辩护人。（参与此案辩护的缘由）

开庭前，我查阅了本案案卷材料，进行了必要的调查，会见了被告人×××。刚才又参加了法庭调查。（此部分说明发表辩护词之前辩护人所参与的诉讼活动）我认为……（说明辩护的基本观点）。理由如下：

……（运用事实和法律，论证辩护的基本观点）

……（提出定罪、量刑建议）

×××律师事务所律师×××

××××年××月××日

（三）注意事项

1. 相对于其他诉讼文书而言，辩护词没有固定严格的格式要求，但从司法实践的具体情况来看，绝大多数的辩护词有一个较为通用的结构，即前言、辩护理由和结束词。其中前言包括四个方面的内容：一是呼告语，即“审判长、审判员”等；二是申明辩护人的合法地位；三是阐明辩护人在开庭前作了哪些准备工作；四是论述辩护人对本案的基本看法。

2. 要注意处理与调整好庭前已做好准备的辩护词与在法庭上所发表的辩护词之间的关系，要善于根据庭审中变化情况，随时进行修改与补充。通常的做法是：辩护人在开庭前准备好辩护词，但在法庭上发表辩护词时，灵活地根据开庭情况做适当的修改和完善，然后在开庭结束后尽快以书面形式向法庭提交。

3. 辩护词的主要内容一般从三个方面展开：一是从事实和证据着手，从

证据的客观性、关联性和合法性以及排他性进行辩护；二是从法律适用着手，即针对指控或裁判适用法律的准确性进行辩护；三是从程序着手，维护被告人的程序权利。

4. 辩护词的内容必须严格遵循“以事实为根据，以法律为准绳”，对无根据的事实情节和材料，一般不写入辩护词中。此外，辩护词的观点要鲜明，切忌模棱两可。

5. 辩护词内容的指向要明确。一审辩护词所针对的矛头应当是起诉书，二审辩护词则应针对一审判决进行辩驳；再审辩护词则应针对已经生效的判决进行辩驳。

（四）示例

陈红刚涉嫌强奸（幼女）罪一审辩护词

审判长、审判员：

依照我国刑事诉讼法和律师法有关规定，东方省贸大律师事务所接受被告人陈红刚的委托，指派我担任本案被告人陈红刚的辩护人。开庭前我查阅了本案卷宗材料，进行了必要的调查，会见了被告人陈红刚，刚才又参加了法庭调查。对于未成年被害人李某的遭遇，辩护人深表同情与惋惜。但是，严格依据本案的证据和我国法律规定，辩护人认为，公诉机关指控陈红刚强奸幼女罪，事实明显不清，证据明显不足。理由如下：

一、公诉机关对本案的指控缺乏确凿的直接证据

本案中仅有的直接证据是被害人李某的陈述，但是，一方面李某陈述的真实性本身值得怀疑；另一方面，又没有其他证据印证其真实性。本案中被害人声称多次遇害，但从来没有任何目击证人或有人听到呼救，无其他证人印证。而且，被害人不能提供自己遭受侵犯的相关物证，如被告人陈红刚的精液、被害人反抗痕迹等相关证据，甚至到其怀孕引产也没有保留如DNA等相关的有力证据。而被害人对受害次数陈述不清，多次受害可她却始终未能告发，甚至在她怀孕四个多月被家人发现引产后一年多才报案。而按照她的陈述，此前被告人陈红刚已不止一次地对她实施了“奸污”。这显然不符合客观事实：第一次受到被告人陈红刚的“侮辱”没有告发我们可以理解，那么第二次、第三次均未告发，甚至在发现自己已经怀孕引产后一年多也没有告发就不能不使人产生怀疑——我们可以假想：被害人当时没有告发是出于惧怕心理，那么事后她为什么还不告发？这不能不使人怀疑。因此，所有对我当事人的指控只是被害人的片面之词，毫无直接有力证据的支撑，实为孤证，这也是公安机关从2007年至今反复侦查本案的原因。

二、公诉机关对本案没有提供足够的间接证据，不能形成证据链

首先，陈红刚父母帮助被害人做引产手术等行为与被告人陈红刚是否犯罪无直接关联。陈李两家都居住在英山村，是十几年的邻居，两家关系一直很好，这一点可以得到村民的证实。对于对被害人年幼怀孕的同情和碍于十几年的交情，陈红刚的父母帮助其引产在情理之中，而在医院的谅解书上代签一事经医院医生证实签字者与患者没有直接联系，而在医药费由谁支付的问题上被害人父亲证词更是前后矛盾。帮助引产不能被主观地推定是为被告人陈红刚父母为了掩盖犯罪事实的行为，更不能以此为证据将罪行强加在被告人陈红刚身上。所以陈红刚父母帮助被害人做引产手术等行为与被告人陈红刚的犯罪行为没有直接关联，更不能成为指控其罪行的证据。

其次，陈红刚下跪认错的事实与犯罪行为没有直接关联性。此事实只有证人董华军、李大海的证言证明。但是，一方面，这两个证人都在被害人家打工，与被害人家存在利害关系，因此其可信度值得怀疑；另一方面，两人是在睡觉时隔墙所听到的且距离较远，对具体的缘由也不清楚，两人只能证明陈红刚到过李家认错，而对道歉理由属于两人的推断与臆想，不能客观有效地证明陈红刚的犯罪行为。所以，关于陈红刚下跪认错的证词与其是否实施犯罪没有直接关联。

最后，被害人母亲对其被害过程并非自己亲眼所见，都是由被害人自己陈述，而其父亲所知更是由被害人母亲转述，调解人的陈述也是由第三人转述及自我推断而来，以上证词都属于传来证据，其证明力薄弱，不足采纳。

审判长、审判员，在残酷的现实面前被害人李某是那么的的不幸与弱小，我相信在场的所有人都和我的想法一样。但威·厄尔说过弱者比强者更能得到法律的保护，但是依据对一方当事人的同情的情感来确定的“强者”、“弱者”的判断，对争议的是非曲直加以定论的思维方式或许可以满足一些人不甚成熟的对“绝对正义”的狂热，但是这并不是司法所应当具有的精神。被告人陈红刚也正值风华之年，从2007年至今因此案一直不能过上平静的生活。他从未承认对自己的指控，但是在强大的法律权威与舆论压力下，自认清白的他何尝不是一名弱者和受害者呢？

纵观全案，公诉机关对本案的指控只有被害人李某的陈述之唯一的直接证据，公诉机关虽然提交了一些间接证据，但是这些间接证据要么与本案无关，要么属于传来证据，无法形成完整的证据链，得出唯一的结论。我国刑事诉讼法第195条第3项规定，案件证据不足，不能认定被告人有罪的应当做出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。据此，辩护人恳请法院依法判决被告人陈红刚无罪。

以上意见，恳请考虑。

东方省贸大律师事务所律师 赵林杰
2013年7月10日

四、代理词

（一）概念和法律依据

刑事诉讼中的代理词是刑事自诉案件的自诉人、公诉案件的被害人以及刑事附带民事诉讼案件的原告、被告所委托的诉讼代理人，在法庭审理阶段，为维护其所代表的一方的合法权益，根据事实和法律，在法庭辩论阶段，代理委托人所发表的关于对被告人定罪量刑和保护被害人合法权益的一个综合性发言。这种综合性发言的书面形式，被称为刑事案件的代理词。我国《刑事诉讼法》第193条规定，经审判长许可，公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以对证据和案件情况发表意见并且可以互相辩论。

（二）写作格式及注意事项

刑事代理词与辩护词的写作格式及注意事项基本相同。唯一不同的是，刑事代理词维护的是自诉人、公诉案件被害人及附带民事诉讼原告、被告的权益，而辩护词维护的是刑事诉讼被告人的合法权益。

（三）示例

陈红刚强奸幼女案一审代理词

审判长、审判员：

依照法律规定，鹏程律师事务所接受本案被害人李某之法定代理人李宽仁的委托，指派我担任李某的代理人。开庭前，我查阅了本案卷宗材料。刚才又参加了法庭调查，对本案有了较为全面的了解。我认为，公诉机关指控被告人陈红刚犯强奸幼女罪事实清楚，证据确实充分。理由如下：

一、公诉机关指控陈红刚犯罪事实清楚，证据确实充分

被告人陈红刚作为一个精神正常，具备判断力的成年人，以暴力，恐吓等方式，违背被害人的意志，强迫被害人与之发生性关系，并导致被害人怀孕及引产。

首先，从安康市第一中心医院段敏医师的证言中“责任谅解书应由女方的丈夫或对象，或者是女方父母，也可以是男方父母”和“医患道德责任书应由患者家属签字”的证言，可以得出一般情况下在该两文件上签字的应是患者家属。尽管被告人陈红刚父亲陈柏松在询问笔录中以“因为两家子的关系比一家子的关系都好”和“其他人都去忙别的了”作为辩解，但是从段敏医师的询问笔录“未婚先孕的女子引产手术必须由男方同意的规则”以及从

陈柏松和李宽仁的证言中可以得知做手术的决定是陈柏松前一天晚饭时提出，第二天就马上动身实施手术。若陈家只是建议，那陈家眼中的男方是在何时同意他们的决定，通过证据我们发现根本没有所谓的男方同意，一系列的证据只能推导出陈柏松的建议就是男方的同意。

其次，李宽仁的证言中提起过 2005 年 8 月份陈红刚被他母亲朱俊平领着上李家给被害人父母下跪道歉一事，同时在董华军和李大海的证言中也提到 2005 年 8 月份陈红刚被他母亲领着到了李家下跪认错，其中两点值得注意，第一，虽证人没亲眼看见，但是听到李宽仁喊了“陈红刚”，陈红刚也作出回应，故可以认定下跪之人就是陈红刚；第二，陈红刚承认自己欺侮了小娜，也承认自己跑了。

再次，对于李宽仁在证言中补充的张凤英在送被害人回家的时候说过的“他家（陈柏松）小子就那么不是个东西”，同时在朱书志的证言中，也听到一个妇女说了，“这小子真不是个东西”，当时在场的妇女就两个，因朱俊平跟随朱书志一同回到英山，以及张凤英之前同朱书志有过言语交谈，故朱书志能清楚地识别出该妇女就是张凤英，而张凤英却宣称自己一概不知，甚至连在自己家中住了 6、7 天的被害人也不认识。由此证明，张凤英今天在法庭上故意作虚假陈述。

最后，陈学英和陈中元的证言证明李陈二家确实存在矛盾，调解人猜测为男女关系，我们姑且认定其为客观第三方的推断，不具证据可采性。对此，陈柏松回应是被告人陈红刚和被被害人的宅基地纠纷。据证人所言，证人并不了解村中的宅基地的事。试问，一边是手无缚鸡之力的弱小女子，一边是杀羊出身的七尺大汉，什么样的打架需要村中的老者来进行调解，什么样的宅基地打架纠纷需要对宅基地毫不知情的老者来调解，什么样的打架需要陈柏松说出“只要你李宽仁提条件，只要我们陈家能做到的我家都答应”来作为拒绝说出调解缘由的代价。我想，答案应该是不言而喻的，那就是陈红刚强奸了李某。

二、人民法院应对被告人陈红刚从重处罚

首先，陈红刚主观恶性深重，应予严惩。陈红刚不仅强迫被害人与之发生性关系，更是以被害人的弟弟之性命为威胁要求被害人封口，其后更是骚扰不断，其主观恶性之深重，应得到法律的严惩。

其次，陈红刚拒不认罪，应予严惩。在被害人实施引产手术后，被告人陈红刚自以为证据已经消失，拒绝承认犯罪事实。不仅如此，面对被害人，陈红刚不仅没有表现出一丝的反悔和歉意，反而是多番威胁，骚扰。

最后，陈红刚犯罪后果极其严重，影响极坏。我国法律将未满 14 岁的少女列为重点保护的人群，目的在于关照下一代的健康成长，可陈红刚的犯罪行为

彻底摧毁了一个少女的童年乃至一生。被迫辍学，精神失常，未婚先孕，早年引产，甚至住进精神病院，敢问在座各位为人父为人母为人子女，对此你们作何感想！法律若不惩治这类罪大恶极的犯罪分子，试问法律所保护的正义何在？

以上意见，恳请人民法院予以采纳。

鹏程律师事务所律师 杨鹏程
2013年7月10日

五、第一审刑事判决书

（一）概念和法律依据

第一审刑事判决书，是人民法院依照刑事诉讼法第一审程序规定，对审理终结的刑事案件，确认被告人的行为是否构成犯罪、涉及什么罪名、是否处以刑罚、免除刑罚或者宣告无罪等实体问题作出书面处理决定的法律文书。

我国《刑事诉讼法》第195条规定：“在被告人最后陈述后，审判长宣布休庭，合议庭进行评议，根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定，分别作出以下判决：（一）案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应当做出有罪判决；（二）依据法律认定被告人无罪的，应当做出无罪判决；（三）证据不足，不能认定被告人有罪的，应当做出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”第197条规定：“判决书应当由审判人员和书记员署名，并且写明上诉的期限和上诉的法院。”

（二）写作格式^①

×××人民法院 刑事判决书

[××××] ×刑初字第××号

公诉机关×××人民检察院。

被告人……（写明姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址和因本案所受强制措施情况等，现在何处。）

辩护人……（写明姓名、性别、工作单位和职务）

×××人民检察院于××××年××月××日以被告人×××犯××罪，向本院提起公诉。本院受理后，依法组成合议庭，公开〔或不公开〕开庭审理了本案。×××

^① 本写作格式适用于一审公诉案件适用普通程序判决书。

人民检察院检察长〔或员〕×××出庭支持公诉，被告人×××及其辩护人×××、证人×××等到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

×××人民检察院以×检×诉〔××××〕××号起诉书指控（概述检察院指控被告人犯罪的事实、证据和适用法律的意见）。

被告人×××辩称……（概述被告人对指控的犯罪事实予以供述、辩解、自行辩护的意见和有关证据）。辩护人×××提出的辩护意见是……（概述辩护人的辩护意见和有关证据）。

经审理查明，……首先写明经审理查明的事实；其次写明经举证、质证定案的证据及其来源；最后对控辩双方有异议的事实、证据进行分析、认证。

本院认为，……根据查证属实的事实、情节和法律规定，论证被告人是否犯罪，犯什么罪；一案多人的还应分清各被告人的地位、作用和刑事责任，应否从宽或从严处理。对于控、辩双方关于适用法律方面的意见和理由，应当有分析地表示采纳或予以批驳。依照……（写明判决所依据的法律条款项）的规定，判决如下：

……〔写明判决结果。分三种情况：

第一、定罪判刑的，表述为：

“一、被告人×××犯××罪，判处……（写明主刑、附加刑）；

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自××××年××月××日起至××××年××月××日止。）

二、被告人×××……（写明追缴、退赔或没收财物的决定以及这些财物的种类和数额。没有的不写此项）。”

第二、定罪免刑的，表述为：

“被告人×××犯××罪，免予刑事处罚（如有追缴、退赔或没收财物的，续写为第二项）。”

第三、宣告无罪的，表述为：

“被告人×××无罪。”〕

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向××××人民法院提出上诉。书面上诉的，应交上诉状正本一份，副本××份。

审判长×××

审判员×××

审判员×××

××××年××月××日

（院印）

本件与原本核对无异

书记员×××

（三）注意事项

1. 刑事判决书首部的制作类似于检察院的起诉书，首部由标题、案号、公诉机关或自诉人项、被告人项、辩护人或代理人项、案件来源、审判组织、审判方式和审判经过等组成。其中文书的制作机关应与院印一致，基层法院则应冠以省、自治区、直辖市的名称，涉及被告人或自诉人是外国人的案件的判决还应冠以“中华人民共和国”字样。

2. 被告人是未成年人的，应在写明被告人基本情况之后，另起一行续写法定代理人的姓名，与被告人的关系和工作单位、职务及地址；被告人是两人以上的，应按判决结果所确定的主从关系的顺序或者判处刑罚的重轻列项书写。

3. 如果同案被告人有两个以上并各有辩护人的，应当分别在各被告人项的下一列项书写辩护人的情况，不要集中列写辩护人。

4. 判决书的正文由事实、理由和判决结果组成。其中事实是判决的基础，是判决理由和判决结果的根据。事实部分包括四个方面的内容：人民检察院或自诉人指控被告人犯罪的事实和相应证据；被告人的供述、辩解和辩护人的辩护意见；经法庭审理查明的事实；经过庭审举证、质证认定事实的证据。

5. 正文的“理由”部分由“本院认为”领段，根据法庭审理查证属实的事实、证据和法律规定，论证公诉机关（或自诉人）指控的犯罪是否成立，被告人的行为是否构成犯罪，涉及什么罪名，应否从轻、减轻、免除处罚或者从重处罚。对于控辩双方关于适用法律方面的意见，应当有分析地表示是否予以采纳，并阐明理由。

6. 在“理由”部分阐明判决的法律依据时，若需引用两条以上的法律条文时，应先引用有关定罪与确定量刑幅度的条文，后引用从轻、减轻、免除处罚或从重处罚的条文；判决结果既有主刑，又有附加刑的，应先引用主刑条文，后引用附加刑条文；适用以他罪论处的条文，先引用本条条文，再按本条的规定，引用相应的他罪条文；一人犯数罪的，应逐罪引用法律条文；共同犯罪的，可集中引用有关的法律条文，必要时也可逐条逐罪引用法律条文。在引用法律依据中，既有法律规定又有司法解释的，应先引用法律规定，再引用相应的司法解释。引用法律条文要用全称，不能用简称。

7. 在写作判决结果部分的内容时，应注意两个问题：一是应先给被告人确定罪，再判处刑罚；判处的刑罚种类，应按法律规定写全称。对于数罪并罚的被告人，应当分别定罪量刑，然后按照《刑法》“总则”关于数罪并罚的有关规定，决定执行的刑罚；二是应当写清对案件所涉及的赃款赃物的处理。

(四) 示例

东方省英山县人民法院 刑事判决书

英刑初字第〔2013〕第168号

公诉机关英山县人民检察院。

被告人陈红刚，男，1982年4月5日生，汉族，住英山县半坡镇上湾村，小学文化程度，无业。因涉嫌强奸（幼女）罪，于2011年1月5日被英山县公安局刑事拘留；后经英山县人民检察院批准，于2011年1月12日由英山县公安局逮捕，现羁押于英山县看守所。

辩护人赵林杰，东方省贸大律师事务所律师。

英山县人民检察院以检刑诉字〔2013〕第156号指控被告人陈红刚犯强奸（幼女）罪，于2013年6月10日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭，不公开审理了本案。英山县人民检察院指派检察员付硕出庭支持公诉，被害人的诉讼代理人杨鹏程，被告人陈红刚及其辩护人赵林杰，证人陈学英、董华军等到庭参加诉讼。现本案已审理终结。

英山县人民检察院指控：2004年腊月被告人陈红刚以打电话为由进入被害人李某家，对李某实施了强奸行为，致李某怀孕。2005年7月12日，被害人李某由陈红刚父母和表姨张凤英领去安康市第一中心医院作引产手术，术后经被告陈红刚父亲陈松柏安排在被告陈红刚的表姨张凤英家休养。为证明上述事实，公诉机关当庭出示了被害人陈述、书证、证人证言等证据，并申请证人陈学英、董华军等出庭作证。

公诉机关认为，被告人陈红刚无视国家法律，强迫不满14岁的被害人李某与之发生性关系，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第二款之规定，犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以强奸（幼女）罪追究被告人陈红刚刑事责任。

被告人陈红刚针对起诉指控的犯罪事实辩称：其从未对被害人实施过犯罪行为，下跪事实根本不存在，其父母陪同被害人李某做引产是因为两家关系十分要好，而且与本人无关。其辩护人赵林杰提出的辩护意见是：公诉机关指控被告人犯罪事实不清，证据不足。

经审理查明，被害人李某在案发时系不满14周岁的未成年人，其在陈红刚父母陈柏松、朱俊平陪同下作引产手术之事属实，引产责任谅解书由陈柏松签字，手术后李某在陈柏松表姐张凤英家静养。上述事实有公诉机关提供、并

经双方质证的如下证据证明：

1. 安康市第一中心医院责任谅解书和医患道德责任书，这两份书证上有陈柏松的签名。

2. 证人陈柏松、张凤英的证言证明，李某在陈红刚父母陈柏松、朱俊平陪同下到安康市第一中心医院做引产手术，出院后李某在陈柏松表姐张凤英家静养数日；陈柏松的证言还证明自己确实在上述两份书证上签了自己的名字。

3. 证人段敏的证言证明被害人李某在该院做过引产手术及相关手术签字的医疗规定。

4. 英山县公安局常住人口登记卡证明李某出生于1991年6月20日。

本院认为，尽管被害人李某怀孕并做引产手术的事实已经得到证明，但现有证据无法充分地证明是被告人陈红刚所为。被告人陈红刚父母陪同李某做引产手术并签字，其表姨张凤英为李某提供休养之所与被告人陈红刚是否实施强奸行为没有必然的因果关系。陈红刚是否下跪的事实，仅有董华军、李大海的证言证明；但是董华军、李大海系被害人家的长工，其证言的真实性难以得到充分保障；而且被告人究竟为何下跪，原因不明。被告人父亲陈柏松究竟为何事找人调解，原因不明；而且此事系其父所为，与被告人无关。据此，公诉机关指控被告人陈红刚强奸被害人李某证据不足，本院对辩护人所提相关意见酌情采纳。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十五条第三项规定，判决如下：

被告人陈红刚无罪。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向广东省青山市中级人民法院提出上诉。书面上诉的应交上诉状正本一份，副本两份。

审判长 马 兰

审判员 王 婧

审判员 何胤萍

二〇一三年七月十五日

书记员 沈佩仪

第三节 实验操作步骤及注意事项

刑事一审普通程序是人民法院对公诉或自诉案件进行第一次审判时所必须遵循的程序，它是最为完整、规范的审判程序。本实验要求学生根据本章第五节提供的案件材料，根据我国《刑事诉讼法》的规定，按照一审公诉案件普

通程序的规定完整地模拟刑事诉讼一审程序。本实验操作步骤如下：

一、确定参与实验的人员及角色

参与本实验的人数取决于所选案例，其角色可以通过抽签或者自愿报名等方式确定。在选课人数较多的情况下，可以分成多组同时进行本实验。

根据本章第五节提供的案例材料，本实验需要的参与人数如表 1：

表 1 (单位：人)

	案例 1	案例 2	案例 3	案例 4
法官	3	3	3	3
书记、速录员	2	2	2	2
法警	2	2	2	2
公诉人	2	2	2	2
被害人	1	0	0	1
被害人代理人	1 ~ 2	0	0	1 ~ 2
被告人	1	1	1	2
辩护人	1 ~ 2	1 ~ 2	1 ~ 2	2 ~ 4
证人	2	6	6	3
鉴定人	3	0	0	1
总计	18 ~ 20	17 ~ 18	17 ~ 18	19 ~ 22

注意事项：

1. 角色的分配要体现机会均等原则，做到程序公正。
2. 是否所有的证人和鉴定人都必须有人扮演，关键取决于控辩双方是否要求该证人和鉴定人出庭。在最初分配角色时，暂时按照所有的证人和鉴定人都必须出庭的情况确定。鉴于实验 2 和 3 共有 6 名证人，所以建议控辩双方最多分别可以申请 2 名证人出庭。

二、分析、讨论案情

每位参与实验的学生确定自己拟参与的实验案例和角色后，应开始着手研读案卷材料和查阅相关法律、法规及司法解释。然后在此基础上，法官组（法官和书记员）、控诉组（公诉人、被害人及代理人）、辩护组（被告人及辩

护人)还应集体讨论案情,并重点就该案中的一些重点、疑难问题进行讨论,以决定诉讼对策。扮演证人角色的学生只需熟悉和了解该案中证人需要作证的内容;扮演鉴定人的学生除了要熟悉鉴定书上的内容外,还应尽可能地了解一些与该鉴定书相关的背景知识,使自己在法庭上面对控辩双方的询问时能体现出其“专业性”。

注意事项:

1. 分析、讨论案件的前提是阅卷。阅卷是办案人员自侦查终结以后掌握案情的基本方法,阅卷的目的就是要了解案情、核对证据、发现问题。

2. 阅卷至少得两遍,第一遍是仔细通读全部案卷材料,第二遍是有重点地阅读相关证据材料。当然,阅卷的次数不宜硬性确定,关键取决于案件的复杂程度、阅卷人的记忆及理解能力,原则上应达到对案卷材料烂熟于心的程度。

3. 此阶段阅卷的切入点是审阅侦查机关制作的起诉意见书。阅读起诉意见书,有助于从宏观上很快地把握案件的关键。然后在此基础上阅读相关证据材料。

4. 阅卷后,需要明确以下问题:(1)本案的犯罪行为是谁?(2)本案中证明犯罪嫌疑人有罪、罪重的证据有哪些?(3)本案中证明犯罪嫌疑人无罪、罪轻的证据有哪些?(4)有罪证据能否形成完整的证据链,得出排他性的唯一结论?(5)本案犯罪嫌疑人先后作过多少次供述,其前后是否一致,不一致的原因是什么?(6)本案其他证据之间有无矛盾,该矛盾的存在如何解释?(7)如果犯罪嫌疑人构成犯罪,本案中影响对其量刑的情节有哪些?(8)本案侦查程序是否符合法律规定?

5. 阅卷完毕,控辩双方还应当讯问、会见被告人,了解被告人供述情况。

三、公诉组向法官组提起公诉

本阶段由公诉组完成,具体操作步骤为:

1. 审查起诉材料。依据我国《刑事诉讼法》第168条和《人民检察院刑事诉讼规则》的有关规定,公诉人审查移送起诉的案件,应当查明:(1)犯罪嫌疑人的身份状况是否清楚;(2)犯罪事实、情节是否清楚,起诉意见书认定的犯罪性质和罪名是否正确;有无法定的从重、从轻、减轻或者免除处罚的情节;共同犯罪案件的犯罪嫌疑人在犯罪活动中的责任认定是否恰当;(3)证据是否随案移送,不宜移送的证据的清单、复制件、照片或者其他证明文件是否随案移送;(4)证据是否确实、充分;(5)有无遗漏罪行和其他

应当追究刑事责任的人；(6) 是否有属于不应当追究刑事责任的情形；(7) 有无附带民事诉讼，对于国家财产、集体财产遭受损失的，是否需要由人民检察院提起附带民事诉讼；(8) 侦查机关采取的强制措施是否适当；(9) 侦查活动是否合法；(10) 与犯罪有关的财物及孳息是否扣押、冻结并妥善保管，以供核查。

2. 制作刑事起诉书。参见本章第二节关于刑事起诉书的制作部分。

3. 向法官组起诉。根据我国《刑事诉讼法》规定，人民检察院按照普通程序向人民法院提起公诉，应当向人民法院移送起诉书和案卷材料及证据。在模拟实验中，考虑到整个案卷材料已经为控辩审三方所知悉，因此公诉组向法官组起诉时，只需移送起诉书、证据目录和拟申请出庭的证人名单。

注意事项：

1. 根据我国《刑事诉讼法》第 172 条规定，提起公诉的条件是：(1) 犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分；(2) 对犯罪嫌疑人依法应当追究刑事责任；(3) 向有管辖权的人民法院提起公诉。在本实验中，要求公诉组的同学根据案件材料选择恰当的受理法院。

2. 人民检察院向人民法院移送起诉书时，还应当按照被告人的人数提交起诉状副本。

3. 根据我国《刑事诉讼法》规定，检察院在审查起诉阶段必须讯问被告人。因此，公诉组的学生在此阶段还应当讯问被告人，以进一步了解案情，特别是了解被告人在侦查阶段供述的真实性以及评估被告人在法庭审判时将会作何种陈述，从而为出庭支持公诉做好准备。

四、法官组对起诉进行审查和处理

1. 法官组在收到公诉组的起诉材料后，应当进行审查，审查的内容包括：(1) 案件是否属于本院管辖；(2) 起诉书指控的被告人的身份、实施犯罪的时间、地点、手段、犯罪事实、危害后果和罪名以及其他可能影响定罪量刑的情节等是否明确；(3) 起诉书是否载明被告人被采取强制措施的种类、羁押地点，是否在案以及有无扣押、冻结在案被告人的财物及存放地点，是否列明被害人的姓名、住址、通讯，为保护被害人不宜列明的，应当单独移送被害人名单；(4) 是否附有起诉前收集的证据目录；(5) 是否附有能够证明指控犯罪行为性质、情节等内容的主要证据复印件或者照片；(6) 是否附有起诉前提供了证言的证人名单，证人名单应当分别列明出庭作证和拟不出庭作证的证人的姓名、性别、年龄、职业、住址和通讯处；(7) 已委托辩护人、代理人

的,是否附有辩护人、代理人的姓名、住址等;(8)提起附带民事诉讼的,是否附有相关证据材料;(9)侦查、起诉程序的各种法律手续和诉讼文书复印件是否完备;(10)有无《刑事诉讼法》第15条第二项至第六项规定的不追究刑事责任的情形。

2. 法官组作出处理。法官组审查后,应当根据案件不同情况分别处理:(1)对于不属于本院管辖或者被告人不在案的,决定退回公诉组;(2)对于起诉书中明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单的,且符合管辖规定的,应当决定开庭审判;(3)对于符合我国《刑事诉讼法》第15条第二项至第六项规定的不追究刑事责任的情形以及法官组裁定准予公诉组撤诉的案件,没有新的事实、证据,公诉组重新起诉的,法官组应当裁定终止审理或者不予受理。

注意事项:

根据我国《刑事诉讼法》第181条及最高人民法院《关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》规定,人民法院对公诉案件的审查以程序性审查为主,主要围绕是否具备开庭条件来进行。这一规定是为了防止法官由于庭前过多地了解案件实体材料,从而出现所谓的“开庭走过场”。但是,这一规定在实践中运作得并不理想,也遭到了理论界的诸多批评。基于培养学生能力之需要,在本模拟实验中,我们建议,法官组的学生在正式模拟开庭审判之前,应该熟悉整个案件材料,明确案件的关键点和主要的争议点。

五、法官组审前准备

根据《刑事诉讼法》第182条和最高人民法院《关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》规定,法官组在决定开庭审判前应当进行下列准备工作:

1. 草拟庭审提纲。合议庭组成人员在开庭审判前应当草拟出法庭庭审提纲,该提纲一般包括以下内容:(1)合议庭成员在庭审中的具体分工;(2)起诉书指控犯罪事实部分的重点和认定案件性质方面的要点;(3)讯问被告人时需了解的案情要点;(4)控辩双方拟出庭作证的证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人名单;(5)控辩双方拟当庭宣读、出示的证人证言、物证和其他证据目录;(6)庭审中可能出现的问题及采取的措施。

2. 将公诉组的起诉书副本至迟在开庭10日以前送达被告人及其辩护人。

3. 将开庭的时间、地点在开庭3日以前通知公诉组。

4. 传唤当事人和通知辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人、翻译人员的传票和通知书,至迟在开庭3日以前送达。

5. 公开审判的案件,在开庭3日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。

注意事项:

1. 上述有关庭前准备的期间和送达要求,来源于我国《刑事诉讼法》的规定。在本模拟实验中,学生可以根据指导教师的意见和相关教学安排作灵活处理,如在送达上,可以考虑规定在教学辅助平台电子系统上公告或发送到本课程指定的公共邮箱后即视为送达等灵活方式。

2. 基于制度和观念等多方面的原因,实践中刑事审判时证人很少出庭。目前,我国理论界基本达成的共识是:如果证言内容对案件认定非常重要或者控辩双方对此有异议,该证人应当出庭作证。因此,在本模拟实验中,原则上要求证人出庭作证,但并不意味着所有的证人都必须出庭作证。

六、开庭审理

开庭审理是模拟法庭审判实验的中心环节。在庭前准备工作完毕后,法官组将开始对案件开庭审理。本阶段的具体操作步骤如下:

(一) 书记员应做的准备工作

开庭审理前,书记员应当依次进行下列工作:

1. 查明公诉人、当事人、证人及其他诉讼参与人是否已经到庭;
2. 宣读法庭规则;
3. 请公诉人、辩护人入庭;
4. 宣布全体起立,请审判长、审判员(人民陪审员)入庭;
5. 审判长、审判员就座后,当庭向审判长报告开庭前的准备工作已经就绪。

注意事项:

1. 实践中,在此阶段书记员应提前到达法庭,了解、配齐法庭设施,如根据被告人、辩护人、被害人人数准备座椅,摆放桌牌等。

2. 审判长走到审判席上坐下后,书记员别忘了说“请全体坐下”。

(二) 审判长宣布开庭

审判长宣布开庭,按下列程序进行:

1. 审判长宣布开庭后,传被告人到庭,并查明被告人如下情况:(1)姓名、出生年月日、民族、出生地、文化程度、职业、住址或者单位的名称、住

所地、诉讼代表人的姓名、职务等；(2) 被告人是否曾受过法律处分及处分的种类、时间；是否被采取强制措施及强制措施的种类、时间；(3) 是否收到起诉书副本及收到日期；附带民事诉讼的，附带民事诉讼被告人收到民事起诉状的日期。

2. 审判长宣布案件的来源、起诉的案由、附带民事诉讼原告人和被告人的姓名（名称）及是否公开审理。对于不公开审理的案件，应当当庭宣布不公开审理的理由。

3. 审判长宣布合议庭组成人员、书记员、公诉人、辩护人、鉴定人和翻译人员名单。

4. 审判长告知当事人、法定代理人在法庭审理过程中依法享有如下诉讼权利：(1) 可以对合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员申请回避；(2) 可以提出证据，申请通知新的证人到庭、调取新的证据、重新鉴定或者勘验、检查；(3) 被告人可以自行辩护；(4) 被告人可以在法庭辩论终结前作最后的陈述。

5. 分别询问当事人、法定代理人是否申请回避、申请何人回避和申请回避的理由。如果当事人、法定代理人提出申请，审判长应当问明申请回避的理由，合议庭认为符合法定情形的，应当依照我国《刑事诉讼法》有关回避的规定处理；认为不符合法定情形的，应当当庭驳回，继续法庭审理。如果回避申请人当庭申请复议，合议庭应当宣布休庭，待作出复议决定后，决定是否继续法庭审理。同意或者驳回回避申请的决定及复议决定由审判长宣布，并说明理由，必要时也可以由法院院长到庭宣布。

注意事项：

1. 审判长在宣布开庭时，应先敲法槌。

2. 我国《刑事诉讼法》规定，如当事人、法定代理人申请回避的理由符合刑事诉讼法规定的法定情形，则需暂时休庭，根据情况由审判长向院长报告或公诉人向检察长报告，然后依照法定的程序处理。在本模拟实验中，为保证实验的顺利进行，本教材均假定审判长由院长担任，公诉人由检察长担任。

3. 对于共同犯罪的案件，为了避免重复告知诉讼权利，节省庭审时间，实践中一般是将各被告人同时传唤到庭，在逐一查明身份及基本情况后，集中宣布上述事由和告知被告人在法庭上享有的权利。

（三）法庭调查

法庭调查是在审判人员的主持下，在控、辩双方和其他诉讼参与人的参加

下，当庭对案件事实和证据进行审查、核实的诉讼活动。法庭调查的范围是控辩双方向法院提交的各种证据材料。根据《刑事诉讼法》第 186 条至第 193 条及有关司法解释的规定，法庭调查的步骤和程序如下：

1. 公诉人宣读起诉书。在审判长宣布法庭调查开始后，首先由公诉人宣读起诉书；有附带民事诉讼的，再由附带民事诉讼原告人或者其诉讼代理人宣读附带民事起诉状。

2. 被告人陈述。在审判长主持下，被告人可以就起诉书指控的犯罪事实进行陈述。被告人如果承认起诉书指控的犯罪，应让其陈述犯罪事实；如果他否认起诉书指控的犯罪，应允许他陈述辩解意见。

3. 被害人陈述。在被告人陈述之后，如果有被害人，则应在审判长的主持下，由被害人对起诉书指控的犯罪事实及自己的受害经过进行陈述。

4. 控辩双方讯问、询问被告人。在审判长的主持下，公诉人，被害人及法定代理人、诉讼代理人，被告人的法定代理人及辩护人可以讯问、询问被告人。其次序是：（1）公诉人可就起诉书指控的犯罪事实讯问被告人；（2）经审判长许可，被害人及其法定代理人、诉讼代理人可就公诉人讯问的情况对被告进行补充性发问；（3）经审判长准许，被告人的辩护人及其法定代理人可就案件事实向被告发问。

5. 控辩双方询问被害人。在审判长的主持下，控辩双方可以询问被害人。

6. 审判人员讯问、询问。审判人员认为有必要时，可以向被告人、被害人发问。

7. 询问证人、鉴定人。基于直接和言词原则的精神，证人和鉴定人应当在法庭上经过控、辩双方询问、质证，其证言和鉴定结论才能作为定案的根据，因此证人、鉴定人原则上应当出庭作证。除非符合下列情形，并经人民法院准许，证人才可以不出庭作证：（1）未成年人；（2）庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的；（3）其证言对案件的审判不起直接决定作用的；（4）有其他原因的。

询问证人、鉴定人的顺序是：

首先，由审判人员告知他要如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律后果。其次，由提请或者要求传唤的一方对证人、鉴定人进行询问。再次，经审判长许可，由对方对证人、鉴定人进行反询问。最后，在控辩双方询问完毕后，合议庭认为有必要时，可以询问证人和鉴定人。

在询问的过程中，审判长对于向证人、鉴定人发问的内容与本案无关或者发问的方式不当的应当制止；对于控辩双方认为对方发问的内容与本案无关或者发问的方式不当并提出异议的，审判长应当判明情况予以支持或者驳回。

8. 出示实物证据、宣读鉴定结论和有关笔录。公诉人、辩护人应当向法庭出示实物证据,让当事人辨认。当庭出示的实物证据,应当先由出示证据的一方就所出示的证据来源、特征等作必要的说明,然后由另一方进行辨认并发表意见,控辩双方可以互相质问、辩论。对未到庭的证人、鉴定人,其证言笔录及鉴定结论应当庭宣读。当庭出示的实物证据、宣读的证人证言、鉴定结论和勘验、检查笔录,在出示、宣读后应将原件移交法庭。对于确实无法当庭移交的,应当要求出示、宣读证据的一方在休庭后3日内移交。

9. 调取新的证据。法庭审理过程中,当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭,调取新的物证,申请重新鉴定或者勘验。当事人和辩护人、诉讼代理人申请通知新的证人到庭,调取新的物证,申请重新鉴定或者勘验的,应当提供证人的姓名、证据的存放地点,说明所要证明的案件事实,要求重新鉴定或者勘验的理由。审判人员对于上述申请,应当做出是否同意的决定。

在法庭审理过程中,辩护律师在提供被告人无罪或者罪轻的证据时,认为在侦查、审查起诉过程中侦查机关、人民检察院收集的证明被告人无罪或者罪轻的证据材料需要在法庭上出示的,可以申请人民法院向人民检察院调取该证据材料,并可以到人民法院查阅、摘抄、复制该证据材料。

10. 法庭调查核实证据。在法庭调查过程中,合议庭对证据有疑问的,可以宣布休庭,对证据进行调查核实。人民法院调查核实证据的方法有:勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。必要时,人民法院在调查核实证据时,可以通知检察人员、辩护人到场。

以上部分是刑事诉讼的法庭调查,附带民事诉讼部分的法庭调查,一般在刑事诉讼部分调查结束以后,根据民事诉讼法的有关规定进行。

注意事项:

1. 公诉人宣读起诉书时,应该完整地宣读书面起诉书的全部内容,包括起诉书的落款单位等,但该起诉书的附注部分不必宣读。

2. 法庭调查阶段,先是公诉人举证,并接受诉讼各方的质证。在公诉人举证完毕后,被害人及代理人、被告人及辩护人可以向法庭提交证据。未经法庭调查并接受对方质证的证据,法院不得作为裁判的根据。

3. 在向法庭举证时,可以一次举出一份证据,也可以一次举出一组证据。每举出一份或一组证据,都需要简洁明了地向法庭说明其证明目的。

4. 讯问、询问需要遵守的规则是:(1)起诉书指控被告人的犯罪事实为两起以上的,法庭调查时,一般应当就每一起犯罪事实分别进行讯问;

(2) 对于共同犯罪案件中的被告人,应当分别进行讯问,合议庭认为必要时,可以传唤共同被告人同时到庭对质;(3) 审判长对于控辩双方讯问和询问与本案无关的问题,应当制止;(4) 对于控辩双方认为对方讯问或者发问的内容与本案无关,或者讯问、发问的方式不当并提出异议的,审判长应当判明情况并予以支持或者驳回。

5. 被告人当庭翻供的处理。实践中被告人当庭推翻侦查阶段有罪供述的情形比较常见。在被告人翻供后,就公诉人而言,应该沉着冷静,通过宣读侦查阶段犯罪嫌疑人的口供笔录及提出其他证据证明。对此,最高人民检察院于1998年颁布的《刑事诉讼规则》第336条第2款规定:“被告人在庭审中的陈述与在侦查、审查起诉中的供述不一致,足以影响定罪量刑的,可以宣读被告人供述笔录,并针对笔录中被告人的供述内容对被告人进行询问,或者提出其他证据进行证明。”就法官而言,则应当通过询问被告人,了解翻供的真实原因;审查翻供的前后说法,查明前后供述的差别之处;变换角度反复询问,审查翻供的内容与其他证据是否一致。

6. 询问证人需要遵守的规则是:(1) 询问的内容应当与案件事实有关;(2) 不得以诱导方式提问;(3) 不得威胁证人;(4) 不得损害证人的人格尊严。这些规则也适用于对被告人、被害人、附带民事诉讼原告人和被告人、鉴定人的讯问、发问或者询问。

7. 控辩双方针对对方违法讯问、询问提出异议的程序一般是:(1) 举手示意;(2) 向审判长提出抗议,简洁地说明理由,如对方的询问是诱导性询问;(3) 合议庭当庭表态异议能否成立。

8. 合议庭对被告人、被害人及证人、鉴定人等的发问,只能在控辩双方讯问、询问完毕后才能进行。而且,这种发问是一种补充性发问。当然,为了查明事实真相,审判长、审判员、陪审员也应积极思考,在案件关键事实不清时,应当积极主动发问。

9. 所有在法庭上提交的实物证据及复制品,均需由法警当庭传递给对方查看、质证,然后再传给审判人员。实物证据原则上应当移交原物、原件。

(四) 法庭辩论

1. 审判长宣布现在开始进入法庭辩论。
2. 公诉人发表辩论意见。
3. 被害人及其诉讼代理人发言。
4. 被告人自行辩护。
5. 辩护人辩护。

6. 在审判长的主持下控辩双方进行新一轮辩论。

7. 审判长宣布法庭辩论结束。

注意事项：

1. 刑事审判中的法庭辩论，包括在法庭调查阶段的法庭辩论和专门的法庭辩论阶段进行的辩论。在法庭调查阶段的辩论，经审判长许可，控辩双方可以随时根据案件具体情况进行。在法庭调查后专门的辩论阶段进行的辩论，合议庭认为本案事实已经调查清楚，应当由审判长宣布法庭调查结束，开始就全案事实、证据、适用法律等问题进行法庭辩论。控辩双方一定要注意区分法庭调查阶段的辩论和专门的法庭辩论阶段的辩论之关系。在法庭调查阶段，控辩双方的辩论主要是针对单个证据的真实性、关联性和合法性进行，侧重于单个证据本身。而法庭辩论阶段的辩论，则是综合地从事实、证据以及法律适用等方面进行辩论。

2. 审判长应当善于抓住双方辩论的焦点和分歧点，将辩论引向深入，对于控辩双方与案件无关、重复或者互相指责的发言应当予以制止。经过几轮辩论后，如果合议庭认为案情已经查明，控辩双方的意见已经充分发表，审判长应当及时宣布辩论终结。

3. 在个别案件中，被害人和公诉人的意见可能会有分歧，此时审判长应允许被害人与公诉人之间进行辩论。

4. 在司法实践中，法庭辩论阶段公诉人的第一次发言通常称为公诉词（或公诉意见书），辩护人的第一次发言称为辩护词。公诉词的重点内容是：在总结法庭调查的事实、证据和适用法律的基础上集中阐明人民检察院追究被告人刑事责任的意见。辩护词则是辩护人以法庭调查情况为基础，针对控方指控的不实或漏洞之处，说明被告人应当无罪、罪轻、从轻、减轻或者免除处罚的根据和理由，并请求合议庭采纳己方的辩护意见。公诉词和辩护词的写法参见本章第二节。

5. 在法庭辩论阶段，可能会出现以下两种特殊情形：一是在法庭辩论过程中可能会发现新的事实。一旦在法庭辩论过程中合议庭发现了新的事实，认为有必要进行调查时，审判长可以宣布暂停辩论，恢复法庭调查，待该事实查清后继续进行法庭辩论。二是庭审中拒绝辩护。对于辩护人依照法律有关规定，当庭拒绝继续为被告人进行辩护的，合议庭应当准许。如果被告人当庭拒绝辩护人为其辩护，要求另行委托辩护人的，合议庭原则上应当同意，宣布延期审理，由被告人另行委托辩护人或者由人民法院为其另行指定辩护律师。

6. 法庭辩论的目的是说服法官，而非辩论者个人单纯地展现自己的才华

和争强斗胜。因此，在法庭辩论时，辩论者应当见好就收，不要在抓住对方的漏洞后穷追猛打。

7. 附带民事诉讼部分的法庭辩论应当在刑事诉讼部分的辩论结束后进行，先由附带民事诉讼原告人及其诉讼代理人发言，然后由被告人及其诉讼代理人答辩，随后还可以进行多轮辩论。

（五）被告人最后陈述

1. 审判长宣布：现在由被告人作最后陈述。
2. 被告人作最后陈述。
3. 审判长宣布：现在休庭评议。

注意事项：

1. 《刑事诉讼法》第 193 条第 3 款规定：“审判长在宣布辩论终结后，被告人有最后陈述的权利。”据此，被告人的最后陈述不仅是法庭审判的一个独立阶段，而且是法律赋予被告人的一项重要诉讼权利。

2. 合议庭应当保证被告人充分行使最后陈述的权利。如果被告人在最后陈述中多次重复自己的意见，审判长可以制止；如果陈述内容是蔑视法庭、公诉人，损害他人及社会公共利益或者与本案无关的，应当制止；在公开审理的案件中，被告人最后陈述的内容涉及国家秘密或者个人隐私的，也应当制止。如果被告人在最后陈述中提出了新的事实、证据，合议庭认为可能影响正确裁判的，应当恢复法庭调查；如果被告人提出了新的辩解理由，合议庭认为确有必要的，可以恢复法庭辩论。

3. 在被告人最后陈述完毕，审判长宣布被告人陈述结束并休庭时，审判长同时应说明本案是当庭宣判还是定期宣判。

（六）评议

1. 审判长宣布：现在休庭。（同时敲击法槌）
2. 合议庭退庭评议。

注意事项：

1. 评议的内容是：根据已经查明的事实、证据和依据有关法律规定，并在充分考虑控辩双方意见的基础上，对案情进行全面的审议、讨论，确定被告人是否有罪，应否追究刑事责任；构成何罪，应否处以刑罚，判处何种刑罚；有无从重、从轻、减轻或者免除处罚的情节；附带民事诉讼如何解决；赃款赃

物如何处理等，并依法作出判决。

2. 评议规则。根据我国《刑事诉讼法》的规定，评议时，如果意见分歧，应当按照多数人的意见作出决定，但是少数人的意见应当写入笔录，评议笔录由合议庭组成人员签名。一般情况下，合议庭经过开庭审理并且评议后，应当做出判决，但对于疑难、复杂、重大的案件，合议庭成员意见分歧较大，难以对案件作出决定的，由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论，审判委员会的决定，合议庭应当执行。在本模拟实验中，没有设立审判委员会，合议庭必须对案件作出裁决。在评议时，书记员应当制作评议笔录，并由合议庭成员签名。合议庭成员必须表态，无权放弃。

3. 评议程序。根据最高人民法院《关于人民法院合议庭工作的若干规定》第10条规定，合议庭评议案件时，先由承办法官对认定案件事实、证据是否确实、充分以及适用法律等发表意见，审判长最后发表意见；审判长作为承办法官的，由审判长最后发表意见。对案件的裁判结果进行评议时，由审判长最后发表意见。审判长应当根据评议情况总结合议庭评议的结论性意见。合议庭成员进行评议的时候，应当认真负责，充分陈述意见，独立行使表决权，不得拒绝陈述意见或者仅作同意与否的简单表态。同意他人意见的，也应当提出事实根据和法律依据，进行分析论证。合议庭成员对评议结果的表决，以口头表决的形式进行。

4. 评议结果。根据《刑事诉讼法》第195条及最高人民法院1998年颁布的《关于〈刑事诉讼法〉若干规定的解释》第176条规定，人民法院应当根据案件的具体情形，分别作出裁判：（1）起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定指控被告人的罪名成立的，应当做出有罪判决。（2）起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名与人民法院审理认定的罪名不一致的，应当做出有罪判决。（3）案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人无罪的，应当判决宣告被告人无罪。（4）证据不足，不能认定被告人有罪的，应当以证据不足，指控的犯罪不能成立，判决宣告被告人无罪。（5）案件事实部分清楚，证据确实、充分的，应当依法作出有罪或者无罪的判决；事实不清，证据不足部分，依法不予认定。（6）被告人因不满16周岁，不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任。（7）被告人是精神病人，在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任。（8）犯罪已过追诉时效期限，并且不是必须追诉或者经特赦令免除刑罚的，应当裁定中止审理。（9）被告人死亡的，应当裁定中止审理；对于根据已查明的案件事实和认定的证据材料，能够认定被告人无罪的，应当判决宣告被告人无罪。

（七）宣判

1. 书记员宣布：全体起立，请审判长、审判员入庭。
2. 待合议庭成员坐定后，书记员宣布：请坐下。
3. 审判长宣布：现在继续开庭。
4. 审判长宣布判决内容，包括认证结论、裁判理由、裁判结果。
5. 在审判长宣告最终的裁判结果前，由书记员宣布：全体起立。
6. 然后审判长接着宣布最终的判决结果。判决结果宣判完毕，审判长敲击法槌。
7. 书记员宣布：请坐下。（全体坐下）
8. 审判长接着告知当事人上诉权并征询当事人意见，即：如不服本案判决，可在判决书送达之日起 10 日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人人数提出副本，上诉至×××法院。上述判决，被告人是否听清楚了。
9. 被告人回答。
10. 审判长宣布：现在闭庭！（敲击法槌）

注意事项：

1. 宣判，分为当庭宣判和定期宣判。当庭宣告判决的，应当在 5 日以内将判决书送达当事人、辩护人、诉讼代理人和提起公诉的人民检察院。定期宣告判决的，应当在宣告后立即将判决书送达当事人和提起公诉的人民检察院，在模拟法庭实验中，建议当庭宣判。
2. 案件无论是否公开审理，宣告判决一律公开进行。
3. 地方各级人民法院在宣告第一审判决时，应当明确告知当事人和他的法定代理人上诉的期限和上诉的法院。
4. 宣判时，只有在审判长宣布“判决结果”时，才需要全体起立；在宣读判决书的前大半部分时，不需要起立。

（八）宣布闭庭

1. 审判长宣布：庭审结束。现在宣布闭庭！（然后敲击法槌）
2. 书记员宣布：全体起立。（目送合议庭成员退庭）
3. 待合议庭成员退庭后，书记员宣布：现在散庭，诉讼参加人和旁听人员退庭。

注意事项：

在审判长宣布闭庭后，应立即敲击法槌，然后书记员宣布“全体起立”，

这三个环节之间应有效地衔接。

（九）当事人等审阅笔录并签字

1. 散庭后，书记员向诉讼参加人交代阅读笔录的时间和地点。能够当庭阅读庭审笔录的，请诉讼参加人阅读并签名。

2. 辩护人、代理人、当事人、证人、鉴定人阅读、审核笔录，确认无误后在笔录上签名。

注意事项：

1. 在每一次休庭后，书记员应要求当事人等核对庭审笔录，并在审判笔录上签字。

2. 在笔录上签名时，除刑事被告人需在笔录上捺指印外，其他人员只需手写签名。

七、庭后诉讼文书的整理及归档

开庭审理完毕，参与实验的诉讼各方应完成相关诉讼文书的写作和归档，具体是：

1. 扮演公诉人的学生应当将修改后的公诉意见书提交给法官组。公诉意见书的制作方法参见本章第二节。

2. 扮演被害人代理人的学生应当将修改后的代理词提交给法官组。代理词的制作方法参见本章第二节。

3. 扮演辩护人的学生应当修改完善辩护词，并提交给法官组。辩护词的制作方法参见本章第二节。

4. 法官组的学生应当制作一审刑事判决书。判决书的制作方法参见本章第二节。

5. 扮演书记员的学生，按照以下次序将本案的主要材料装订成册，归档备查：（1）卷宗封面；（2）卷内目录；（3）刑事起诉书；（4）审判笔录；（5）公诉意见书；（6）代理词；（7）辩护词；（8）评议笔录；（9）判决书、裁定书；（10）卷底。

6. 经审判长签字确认后，书记员将整理好的卷宗材料，交指导教师存档。

注意事项：

1. 司法实践中，公诉意见书、代理词、辩护词一般会在开庭前起草好。在法庭辩论时，再根据法庭调查和法庭辩论情况作适当调整。而且由于绝大多

数案件都不会当庭宣判,因此公诉意见书、代理词、辩护词都是在开庭完毕后,再经适当修改才被提交。当然,在一些简单的案件中,如果对开庭前就起草的代理词等法律文书无需再作修改,也可以在开庭完后当场提交。

2. 司法实践中,检察官、律师及法官每办结一起案件,都应对案卷材料进行整理归档。为避免实验中不必要的浪费,本模拟实验采取所有诉讼文书及材料都由书记员统一整理,并经审判长审核后交指导教师归档。

八、实验总结与评价

1. 自评。参与实验的学生对自己在实验中的表现、优点及不足进行总结。
2. 互评。其他学生对该实验及实验人员的表现作出评价。
3. 点评。指导教师对本次实验作总结性点评。

注意事项:

为了帮助学生及时了解自己在实验中的表现及得失,以便有效地总结和提高,有关庭审表现的互评及点评应当在实验完毕后当场进行,自评可以在实验后由学生单独进行。

第四节 刑事一审普通程序庭审操作示例

东方省英山县人民法院 刑事审判笔录

案由:陈红刚强奸幼女

开庭时间:2013年7月10日18时30分至21时30分

开庭地点:第一法庭,第一次开庭

合议庭人员:审判长:马兰;审判员:何胤萍,王婧

书记员:沈佩仪

开庭前准备阶段

(书记员就位)

书记员沈佩仪:请肃静。请公诉人、辩护人、代理人入庭(公诉人、辩护人、代理人入庭就座)

书记员沈佩仪:下面宣读法庭规则:(1)诉讼参与人应当遵守法庭规则,维护法庭秩序,不得喧哗、吵闹。(2)诉讼参与人在开庭审判期间的发言、

陈述和辩论，需经审判长许可。（3）未经许可，不得录音、摄像和摄影。（4）法庭内不得吸烟，不得随意走动和进入审判区。（5）法庭内禁止使用移动电话、传呼机。（6）法庭审理过程中，旁听群众不得发言、提问，不得鼓掌、喧哗、吵闹和进行其他妨碍审判活动的行为。（7）未经许可，未成年人不得进入法庭。

对于违反法庭纪律的旁听人员，审判长可以口头警告、训诫、责令退出法庭或者经院长批准予以罚款、拘留，对严重扰乱法庭秩序的人，依法追究刑事责任。

书记员沈佩仪：请全体起立（全场起立完毕）。请审判长、审判员入庭（审判长和审判员入庭、坐定）。请全体坐下。

书记员沈佩仪：（转身面向审判长马兰）报告审判长，本案公诉人、辩护人、代理人已到庭，被告人陈红刚已提到候审，开庭工作已经准备就绪，可以开庭。

宣布开庭阶段

审判长马兰：英山县人民法院刑事审判第一庭现在开庭（敲法槌）。传被告人陈红刚到庭（1名法警从庭外到书记员处拿传票，到庭外传被告人陈红刚。2名法警带被告人陈红刚到庭，待被告人陈红刚在其席位上站定后，打开被告人陈红刚手铐，站在被告人陈红刚身后值庭）。

审判长马兰：现在核实被告人陈红刚身份。被告人陈红刚，你叫什么名字？

被告人陈红刚：陈红刚

审判长马兰：是否有曾用名？

被告人陈红刚：没有

审判长马兰：出生年月日？

被告人陈红刚：1982年4月5日。

审判长马兰：民族？

被告人陈红刚：汉族。

审判长马兰：文化程度？

被告人陈红刚：高中。

审判长马兰：职业

被告人陈红刚：务农

审判长马兰：住址？

被告人陈红刚：英山县半坡镇上湾村

审判长马兰：你以前是否受过法律处分？

被告人陈红刚：没有。

审判长马兰：你是什么时候被拘留的？

被告人陈红刚：2011年1月5日

审判长马兰：你是什么时候被逮捕的？

被告人陈红刚：2011年1月12日

审判长马兰：因为什么事？

被告人陈红刚：他们说强奸了李娜。

审判长马兰：你是否在开庭前10日收到了英山县人民检察院的起诉书副本？

被告人陈红刚：是。

审判长马兰：你是否在开庭3日前收到了开庭传票？

被告人陈红刚：是。

审判长马兰：根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第183条的规定，本院今天依法不公开审理英山县人民检察院提起公诉的被告人陈红刚强奸一案。

审判长马兰：现在宣布合议庭组成人员、书记员、公诉人、辩护人、代理人名单。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第185条规定，本庭由英山县人民法院审判员马兰担任审判长，与审判员王婧、何胤萍组成合议庭，沈佩仪担任书记员。东方省英山县人民检察院指派检察员付硕出庭支持公诉。受被告人陈红刚的委托，东方省贸大律师事务所赵林杰出庭为其辩护，受被害人法定代理人李宽仁的委托，英山县鹏程律师事务所律师杨鹏程为受害人李某的代理人。被告人陈红刚，你听清楚了吗？

被告人陈红刚：我听清楚了。

审判长马兰：根据刑事诉讼法规定，当事人及法定代理人在法庭审理过程中享有如下权利：（1）如果认为与合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人、翻译人员有利害关系，会影响案件的公正审理，可以申请回避。（2）被告人除委托辩护人进行辩护，也有进行自我辩护的权利。（3）在法庭审理过程中，当事人还有权申请通知新的证人到庭，调取新的证据，申请重新鉴定或者勘验。（4）被告人在法庭辩论结束后，有进行最后陈述的权利。

被告人陈红刚，你听清楚了吗？

被告人陈红刚：听清楚了。

审判长马兰：被害人法定代理人，你听清楚了么？

被害人法定代理人李宽仁：听清楚了。

审判长马兰：被告人陈红刚，你对上述人员申请回避么？

被告人陈红刚：不申请。

审判长马兰：被害人法定代理人，你对上述人员申请回避么？

被害人法定代理人李宽仁：不申请。

法庭调查阶段

审判长马兰：现在进行法庭调查，首先由公诉人付硕宣读起诉书。

公诉人付硕：（宣读起诉书）（内容见本案起诉书）

审判长马兰：被告人陈红刚，公诉人宣读的起诉书你听清楚了吗？

被告人陈红刚：听清楚了。

审判长马兰：公诉人宣读的起诉书和你收到的起诉书副本是否一致？

被告人陈红刚：一致。

审判长马兰：你对起诉书里指控的内容和认定的罪名是否有意见？

被告人陈红刚：有意见。他指控我的那些犯罪是没有的事，强奸不是我做的。

审判长马兰：被告人陈红刚，你可以坐下（两名值庭法警也坐下）。你现在可以对起诉书中指控你的犯罪事实陈述辩解意见？

被告人陈红刚：我根本没做这些事，没有什么好辩解的。

审判长马兰：下面由公诉人讯问被告人陈红刚。

公诉人付硕：被告人陈红刚，我有几个问题问你，你有义务如实回答。第一个问题是：2004年腊月你是否去过被害人家？

被告人陈红刚：不记得了。

公诉人付硕：2005年7月中旬，你父母出门去哪，你知道吗？

被告人陈红刚：记不清楚了，好像有出门这件事。

公诉人付硕：什么时候回来的？

被告人陈红刚：没多少天，记不住了。

公诉人付硕：你父母是同时归来的，还是一前一后回来的？

被告人陈红刚：父亲先回，母亲一顿饭的时间后归来。

公诉人付硕：2005年8月份，你去过被害人家么？

被告人陈红刚：生意忙，比较辛苦，应该没去过。

公诉人付硕：2006年你们两家找陈学英、陈中元调解，因为什么事？

被告人陈红刚：我和小娜打架。

公诉人付硕：为什么打架？

被告人陈红刚：因为宅基地摩擦。

公诉人付硕：为什么会因此和一个小女孩发生矛盾？

被告人陈红刚：她说话让人不舒服，我脾气也比较冲。

公诉人付硕：你与她有电话联系么？

被告人陈红刚：有，我打给她过，让她别再打电话给我，我媳妇知道不好。

公诉人付硕：为什么知道不好？

被告人陈红刚：动手打了她，心里过意不去，不想让妻子为此烦。

公诉人付硕：你们两家这么多矛盾，2005 年为何去她家打电话？

被告人陈红刚：当时有事吧。

公诉人付硕：报告审判长，公诉人对被告人的发问完毕。

审判长马兰：被害人的诉讼代理人可以向被告人陈红刚发问。

代理人杨鹏程：陈红刚，你对去李家下跪，怎么解释？

被告人陈红刚：没这回事，那段时间我没去过。

代理人杨鹏程：那段时间指？

被告人陈红刚：就是那段生意忙活的时间。

代理人杨鹏程：你的职业是杀羊，那段时间是夏季，生意怎么会好？

被告人陈红刚：那段时间还是很多人爱吃。

代理人杨鹏程：你家有电话吗？

被告人陈红刚：有。

代理人杨鹏程：有没有来电显示？

被告人陈红刚：有。

代理人杨鹏程：你是否打电话给被害人？

被告人陈红刚：有，是想要她不再打，让她有事直接找我。

代理人杨鹏程：报告审判长，我的问题问完了。

审判长马兰：辩护人有无问题向被告人陈红刚发问？

辩护人赵林杰：有。陈红刚，2003、2004 年这两年是否在家忙？

被告人陈红刚：杀羊在家，一般情况较忙。

辩护人赵林杰：当地有没有过年储备羊肉的习惯？

被告人陈红刚：有。

辩护人赵林杰：2006 年你与被害人是否有电话联系，多是谁给谁打？

被告人陈红刚：有，她给我打。

辩护人赵林杰：主要是什么内容？

被告人陈红刚：多让我媳妇给挂了。

辩护人赵林杰：你有没有找过她？

被告人陈红刚：没有。

辩护人赵林杰：报告审判长，我的问题问完了。

审判长马兰：现在由公诉方就起诉书指控被告人陈红刚犯强奸幼女罪向法庭提供证据，并说明证据的种类，来源及要证明的事实。

公诉人付硕：审判长，公诉人向法庭提交的第一组证据是被害人李某的起诉书及侦查机关对李某的询问笔录。李某的陈述描述了被告人陈红刚强奸被害人的情况，以及被害人因为恐惧、担心被告人陈红刚的报复而迟迟不敢报案的原因。下面对主要内容进行宣读。（宣读内容参见被害人起诉书）

审判长马兰：代理人对此证据有无异议？

代理人杨鹏程：没有。

审判长马兰：被告人陈红刚对此证据有无异议？

被告陈红刚：有，李娜的陈述都是假的，我没强奸她。

审判长马兰：辩护人对此证据有无异议？

辩护人赵林杰：有。一是李某陈述前后有些相矛盾的地方，二是该陈述没有其他证据能够印证，故不足采信。

审判长马兰：下面请公诉人继续向法庭举证。

公诉人付硕：下面公诉人向法庭提交的证据是李娜的户籍卡，此证据由李娜居住地的派出所提供，上面记载李娜出生于1991年6月20日，用以证明被告人2004年腊月强奸李娜时，被害人不满14周岁。

审判长马兰：可以出示。请法警将此户籍卡给被告人及辩护人查看。（1名法警从公诉人处拿此户籍卡到被告人、辩护人面前出示）。

审判长马兰：代理人对此证据有无异议？

代理人杨鹏程：没有。

审判长马兰：被告人陈红刚对此证据有无异议？

被告陈红刚：没有。

审判长马兰：辩护人对此证据有无异议？

辩护人赵林杰：没有。

审判长马兰：下面请公诉人继续向法庭举证。

公诉人付硕：下面公诉人向法庭提交一组书证：安康市第一中心医院的医患道德责任书及责任谅解书，这两份书证由侦查机关向安康市第一中心医院依法调取，此两份书证上有被告人陈红刚的父亲陈柏松以患者家属的名义签的名，由此可以证明被害人到安康中心医院引产时，被告人陈红刚的父亲陈柏松以男方父亲的名义在医院办理相关手续。

审判长马兰：可以出示。请法警将此书证给被告人及辩护人查看。（1名法警从公诉人处拿此书证到被告人、辩护人面前出示）。

审判长马兰：代理人对此证据有无异议？

代理人杨鹏程：没有。

审判长马兰：被告人陈红刚对此证据有无异议？

被告陈红刚：有。我父亲的签名跟我是否有犯罪行为没有关系，我也不知道有这回事。

审判长马兰：辩护人对此证据有什么意见？

辩护人赵林杰：此证据与被告人陈红刚是否犯罪没有关联性。

审判长马兰：下面请公诉人继续向法庭举证。

公诉人付硕：下面公诉人将向法庭宣读安康市中心医院医生段敏的证言。（公诉人宣读，内容见证据卷）此证言进一步证明了在该院责任谅解书上签名的只能是女方的丈夫或对象，或者是女方父母，也可以是男方父母，由此说明该责任谅解书上的签字人陈柏松在引产手术时是以男方父亲的名义签字的。

审判长马兰：代理人对此证言有无意见？

代理人杨鹏程：没有。

审判长马兰：被告人陈红刚对此证据有无异议？

被告陈红刚：没有。

审判长马兰：辩护人对此证据有什么意见？

辩护人赵林杰：段敏的证言只是表明责任谅解书一般应该由谁签名，但并不必然意味着签名人就与患者存在如此关系。而且该证言还说明，医生当时并不知道陈柏松与患者之间具体是什么关系。

审判长马兰：下面请公诉人继续向法庭举证。

公诉人付硕：下面公诉人将向法庭宣读证人陈柏松的证言。（公诉人宣读，内容见证据卷）此证言证明：陈柏松家安排被害人到安康市医院作引产手术；在手术出院后，陈柏松家又安排被害人到其亲戚张凤英家休养一周，由此进一步说明陈柏松为了掩盖儿子的犯罪事实，千方百计地讨好、安抚被

害人。

审判长马兰：代理人对此证言有无意见？

代理人杨鹏程：没有。

审判长马兰：被告人陈红刚对此证据有无异议？

被告陈红刚：我父亲做的这些事情我不知道，与我无关。

审判长马兰：辩护人对此证据有什么意见？

辩护人赵林杰：被告人父亲的行为与被告人陈红刚无关；被告人父亲之所以这么做，主要是因为两家的关系很好，并非因为陈红刚有犯罪行为。

审判长马兰：下面请公诉人继续向法庭举证。

公诉人付硕：下面公诉人将向法庭宣读证人张凤英的证言。（公诉人宣读，内容见证据卷）此证言进一步印证了上述陈柏松家安排被害人到安康市医院作引产手术以及安排被害人到张凤英家休养一周的事实。

审判长马兰：代理人对此证言有无意见？

代理人杨鹏程：没有。

审判长马兰：被告人陈红刚对此证据有无异议？

被告陈红刚：没有。

审判长马兰：辩护人有无意见？

辩护人赵林杰：同刚才的质证意见一样，此证据与本案无关。

审判长马兰：下面请公诉人继续向法庭举证。

公诉人付硕：下面公诉人将向法庭宣读证人朱书志的证言。（公诉人宣读，内容见证据卷）此证言证明：一是被害人在出院后到张凤英家疗养的事实，二是当时听张凤英说“这小子（陈红刚）真不是东西”，这说明张凤英知道是陈红刚强奸了被害人。

审判长马兰：代理人对此证言有无意见？

代理人杨鹏程：没有。

审判长马兰：被告人陈红刚对此证据有无异议？

被告陈红刚：不知道。

审判长马兰：辩护人有无意见？

辩护人赵林杰：一是朱书志与被害人父亲是同学，其证言的真实性值得怀疑；二是即便张凤英说过“这小子（陈红刚）真不是东西”这句话，也只是表明她可能从陈红刚父母亲那知道什么事情，属于道听途说的传来证据，不可信。

审判长马兰: 请公诉人继续向法庭举证。

公诉人付硕: 下面公诉人将向法庭宣读证人李宽仁的证言。(公诉人宣读, 内容见证据卷) 该证言证明: 一是被告人陈红刚父亲为掩盖儿子的犯罪事实, 主动安排被害人去引产; 二是陈红刚在其母亲的带领下到被害人家下跪认错的事实; 三是进一步印证了朱书志听张凤英说“那小子真不是个东西”之证言。

审判长马兰: 代理人对此证言有无意见?

代理人杨鹏程: 没有。

审判长马兰: 被告人陈红刚对此证据有无异议?

被告陈红刚: 我没有去他们家认错; 更谈不上下跪。其他的事情, 我不知道。

审判长马兰: 辩护人对此证据有无异议?

辩护人赵林杰: 有。一是李宽仁是被害人的父亲, 其证言的真实性不可信; 二是被害人被强奸的事情, 李宽仁并没有亲眼所见, 他对案情的了解全部来源于李娜, 可如前所述李娜的陈述并不可信。

审判长马兰: 请公诉人继续向法庭举证。

公诉人付硕: 公诉人请法庭传证人董华军到庭作证, 用以证明被告人陈红刚因强奸被害人而到被害人家下跪认错的事实(证人董华军在庭外等候)。

审判长马兰: 传证人董华军到庭(1名法警到书记员处拿传票, 到庭外传董华军到庭, 随即证人来到法庭)。

审判长马兰: 证人, 请讲一下你的姓名。

证人董华军: 董华军。

审判长马兰: 年龄?

证人董华军: 30。

审判长马兰: 哪里人?

证人董华军: 东方省英山县汤池镇红旗村人。

审判长马兰: 证人董华军, 根据我国法律规定, 证人有如实向法庭作证的义务, 如有意作伪证, 或隐匿罪证, 要承担法律责任, 你听清楚了吗?

证人董华军: 听清楚了。

审判长马兰: 请证人在如实作证保证书上签字(如实作证保证书已放在证人席上, 证人董华军签字)。

审判长马兰: 请公诉人对证人进行询问。

公诉人付硕: 你在李家打工, 一定很熟悉他家人的声音吧?

辩护人赵林杰：反对！公诉人在诱导证人，请审判长制止。

审判长马兰：请公诉人注意发问方式。公诉人可以继续发问。

公诉人付硕：你熟悉陈红刚的声音吗？

证人董华军：熟悉。

公诉人付硕：陈红刚去李家下跪的事你知道吗？

证人董华军：嗯，知道。

公诉人付硕：你把陈红刚去李家下跪的事向法庭陈述下？

证人董华军：那天晚上10点吧，因为8月很忙，我就在他们家西屋，当时我和李大海要睡了，听到有一女的声音，说你跪下，有什么动静，接着听到老李头说，你小子有种，你倒是跑啊，接着红刚说都是他的错，然后听到有人抽谁一巴掌的声音，后来好像还听到一老娘们骂了几句街，再后来老李说这事你知我知，就让他们走了。

公诉人付硕：你确定陈红刚说“我错了，我欺负小娜了”这句话？

证人董华军：对，确定。

公诉人付硕：审判长，公诉人对证人董华军询问完毕。

审判长马兰：代理人需要对证人发问吗？

代理人杨鹏程：没有。

审判长马兰：被告人有问题问证人董华军吗？

被告陈红刚：没有。

审判长马兰：辩护人需要对证人董华军发问吗？

辩护人赵林杰：有。

审判长马兰：辩护人可以发问。

辩护人赵林杰：他们两家关系平时如何？

证人董华军：两家关系凭我看还不错。

辩护人赵林杰：你刚才所说的是晚上几点发生的事情？

证人董华军：晚上10点。

辩护人赵林杰：为什么这么清楚？

证人董华军：我们平时睡觉的时间都是很有规律的，都是10点左右。

辩护人赵林杰：那时候周围环境很安静吗？

证人董华军：家里面也没有声音，屋里就我和李大海两个人，挺安静的。

辩护人赵林杰：就是说你所说的都是你听到的没有看到是吧？

证人董华军：这种事不好意思去看。

辩护人赵林杰：审判长，辩护人对证人董华军询问完毕。

审判长马兰：证人董华军，刚才你说你听到陈红刚的声音，你听清他说什

么了吗?

证人董华军: 听到他跟老李认什么错吧, 他说我错了, 再也不敢欺负李娜了之类, 他说他跑了, 为什么要跑之类的。

审判长马兰: 证人董华军可以退庭 (证人董华军退庭, 1 名法警随同其离开法庭, 然后返回, 回到被告人后面值庭)。

审判长马兰: 公诉人可以继续举证。

公诉人付硕: 公诉人请法庭传证人李大海到庭作证, 用以证明被告人陈红刚因强奸被害人而到被害人家下跪认错的事实 (证人李大海在庭外等候)。

审判长马兰: 传证人李大海到庭。(1 名法警到书记员处拿传票, 到庭外传李大海到庭, 随即证人来到法庭)。

审判长马兰: 证人, 请讲一下你的姓名。

证人李大海: 李大海。

审判长马兰: 年龄?

证人李大海: 34。

审判长马兰: 家庭住址?

证人李大海: 东方省英山县汤池镇红旗村人。

审判长马兰: 证人李大海, 根据我国法律规定, 证人有如实向法庭作证的义务, 如有意作伪证, 或隐匿罪证, 要承担法律责任, 你听清楚了吗?

证人李大海: 听清楚了。

审判长马兰: 请在如实作证的保证书上签字 (如实作证保证书已放在证人席上, 证人李大海签字)。

审判长马兰: 请公诉人向证人发问。

公诉人付硕: 2005 年 8 月一天的晚上, 你是否听到巴掌声?

证人李大海: 是的, 还听到有个妇女说“你跪下”。

公诉人付硕: “你跪下”是谁的声音?

证人李大海: 陈红刚母亲的声音。

公诉人付硕: 李宽仁最后说的话是什么?

证人李大海: “这件事你知道我知道不要再告诉别人了”。

公诉人付硕: 还记得陈红刚说了什么?

证人李大海: 他说“我错了, 怕你跟我没完, 我欺负小娜了。”

公诉人付硕: 你能否听出陈红刚的声音?

证人李大海: 能。

公诉人付硕: 审判长, 公诉人对证人李大海询问完毕。

审判长马兰：被害人代理人是否要发问？

代理人杨鹏程：没有。

审判长马兰：被告人陈红刚，你对证人李大海的证言是否有意见？

被告人陈红刚：有。李大海说听见我去下跪，我没有做这个事情，全是假的。

审判长马兰：辩护人是否要对证人李大海发问？

辩护人赵林杰：你具体在李宽仁家做工的时间？

证人李大海：7月15日到8月快完的时候。

辩护人赵林杰：你知道李娜引产的事情是听谁说的？

证人李大海：真不好说了，可能是听李宽仁他们碎叨的。也说不上，反正大家都知道。

辩护人赵林杰：陈红刚到李宽仁家去下跪道歉是什么时候，八月下旬吗？

证人李大海：不是，8月初没几天。

辩护人赵林杰：你怎么这么确定？

证人李大海：刚好是做工到一半左右的时候。

辩护人赵林杰：你知不知李娜和陈红刚打架的事情？

证人李大海：知道，就那天上午。

辩护人赵林杰：能说说具体情形吗？

证人李大海：我在屋里听到外面吵，听到陈红刚骂她，说她堕过胎不正经。我出来一看，他已经跑了，我也不敢追，他有刀。我看李娜躺地下了，也挺可怜的，就给她扶到屋里了。

辩护人赵林杰：董华军和李宽仁关系怎么样？

证人李大海：说不上好说不上不好，反正是我领到他家干活的。董华军挺老实的，平时也不怎么说话，只和我说话。

辩护人赵林杰：审判长，辩护人对证人李大海询问完毕。

审判长马兰：证人李大海可以退庭（证人李大海退庭，1名法警随同其离开法庭，然后返回，回到被告人后面值庭）。

审判长马兰：公诉人可以继续举证。

公诉人付硕：公诉人请法庭传证人陈学英到庭作证，用以证明被告人陈红刚强奸被害人后，陈红刚的父亲陈柏松找陈学英调解，希望“私了”的事实。（证人陈学英在庭外等候）。

审判长马兰：传证人陈学英到庭。（1名法警到书记员处拿传票，到庭外传陈学英到庭，随即证人来到法庭）。

审判长马兰: 证人陈学英, 请讲一下你的姓名、年龄及住址等情况。

证人陈学英: 陈学英, 73 岁, 住东方省英山县半坡镇上湾村人, 务农。

审判长马兰: 证人陈学英, 根据我国法律规定, 证人有如实向法庭作证的义务, 如有意作伪证, 或隐匿罪证, 要承担法律责任, 你听清楚了吗?

证人陈学英: 听清楚了。

审判长马兰: 请在如实作证的保证书上签字 (如实作证保证书已放在证人席上, 证人陈学英签字)。

审判长马兰: 请公诉人向证人发问。

公诉人付硕: 你是否经常帮村里调解事情?

证人陈学英: 有时有人找我调解, 可能因为年纪比较大的原因。

公诉人付硕: 2006 年春天陈柏松有没有找你调解?

证人陈学英: 有, 陈与邻居家有矛盾要调解, 没说什么事。

公诉人付硕: 调解那天, 有没说因为什么事情闹矛盾?

证人陈学英: 李宽仁让说什么事, 陈没说。

公诉人付硕: 审判长, 公诉人对证人陈学英询问完毕。

审判长马兰: 代理人对证人陈学英有无发问?

代理人杨鹏程: 有。陈学英, 我问你, 李家和陈家关系如何?

证人陈学英: 他们是邻居。

代理人杨鹏程: 是否有纠纷?

证人陈学英: 不清楚。

代理人杨鹏程: 以你的经验, 你觉得这次是因什么事找你调解?

证人陈学英: 不知道, 我猜男女之间的事。

辩护人赵林杰: 报告审判长, 证人不能以猜测的语言提供证词。

审判长马兰: 请证人注意, 证人作证时只能就其了解的事实作客观陈述, 不能使用猜测、评论性的语言作证, 证人陈学英, 你明白吗?

证人陈学英: 明白了。

审判长马兰: 代理人可以继续询问证人。

代理人杨鹏程: 好的。证人陈学英, 当初调解时陈柏松还说什么话了?

证人陈学英: 不肯说什么事情, 陈柏松说只要老李答应调解, 什么条件都答应。

代理人杨鹏程: 报告审判长, 代理人询问证人完毕。

审判长马兰: 被告人陈红刚, 你对证人的证言是否有意见?

被告人陈红刚: 没有。

审判长马兰: 辩护人可以对证人发问。

辩护人赵林杰：你调解前，他们告诉过你是因什么矛盾调解吗？

证人陈学英：他们都没说。

辩护人赵林杰：报告审判长，辩护人对证人询问完毕。

审判长马兰：证人陈学英可以退庭（证人陈学英退庭，1名法警随同其离开法庭，然后返回，回到被告人后面值庭）。

审判长马兰：公诉人还有无证据需要向法庭出示？

公诉人付硕：公诉人拟向法庭宣读证人陈中元的庭前证言。因证人陈中元患病，今天无法出庭作证。此证言笔录由公安机关依法收集，用以证明被告人陈红刚强奸被害人后，陈红刚的父亲陈柏松找陈中元调解，希望“私了”的事实。

审判长马兰：可以宣读。

公诉人付硕：（宣读证人陈中元庭前笔录）（宣读内容见证据卷）

审判长马兰：代理人对此证言有无意见？

代理人杨鹏程：没有。

审判长马兰：被告人陈红刚对此证言有无意见？

被告人陈红刚：调解的事情是我父亲找的，后来我才知道，与我无关，也不能说明我强奸了被害人。

审判长马兰：辩护人对此证言有什么意见？

辩护人赵林杰：被告人父亲找人调解，最多只能说明被告人父亲认为儿子有什么事情需要调解，但儿子做了什么事情，做父亲的不一定都会知道；此外，陈中元的证言并没有说是因为强奸的事情来调解。

审判长马兰：公诉人是否还有证据要向法庭出示？

公诉人付硕：没有了。

审判长马兰：代理人有无证据需要向法庭出示？

代理人杨鹏程：没有。

审判长马兰：被告人陈红刚，你是否要提出新的证据？

被告人陈红刚：没有。

审判长马兰：辩护人是否有证据向法庭出示？

辩护人赵林杰：没有。

法庭辩论阶段

审判长马兰：法庭调查结束。下面进行法庭辩论，首先由公诉人发表公

诉词。

公诉人付硕：（发表公诉词）（具体内容参见公诉人向法庭提交的公诉词）。

审判长马兰：现在由代理人发表代理意见。

代理人杨鹏程：（发表代理意见）（具体内容参见代理人向法庭提交的代理词）。

审判长马兰：现在由被告陈红刚自行辩护。

被告人陈红刚：我们家世代务农，不懂法，引产单是我爸签的，是因为他不懂签字的意义。我没有强奸被害人。因为与我家发生宅基地纠纷，他们家诬告我，请法庭给我公道。

审判长马兰：现在由辩护人发表辩护意见。

辩护人赵林杰：（发表辩护意见）（具体内容见辩护人向法庭提交的辩护词）。

审判长马兰：公诉人是否有新的补充意见？

公诉人付硕：有。针对辩护人的辩护意见，公诉人答辩如下：某一间接证据是否具有关联性，不能单独地看该证据本身，而是需要结合案情和其他证据综合判断。本案中，单独看有关引产的证据、有关调解的证据、有关下跪认错的证据，似乎都没有关联性；但是，将这些证据串联起来，结合日常生活经验，整个案件事实就会非常清晰地出现在我们面前，那就是陈红刚实施了强奸行为。

审判长马兰：代理人是否有新的补充意见？

代理人杨鹏程：有。对于陈父不懂法，当时医院已经告知，且为何不代签，而用自己的名字。对于当时借电话，不能证明其对被告人没有防备心，可能只是因为恐惧。对于宅基地的调解，不能因为其没调解宅基地的经验而否定证人的证词。对于不说原因，因为其邻里的关系，可能存在先私下沟通的可能。

审判长马兰：被告人陈红刚有什么新的辩护意见？

被告人陈红刚：我让我的律师替我说。

审判长马兰：辩护人是否还有新意见？

辩护人赵林杰：有。针对公诉方说陈柏松去帮忙引产超过了好邻居的界限，我们认为这是人心善良的表现。我们不知道公诉方所说的人性善良的界限在哪里。关于在医院家属签字的事，段敏不知道李娜是未婚怀孕，所以也不会向陈柏松解释签字的程序，而当时只有陈柏松一个人，当医生说病人家属签字他就签了，我们认为这并没有不妥。

审判长马兰：经过法庭辩论，本庭对控辩双方的观点已经清楚，并由本案

书记员沈佩仪记录在案。法庭辩论结束。

被告人最后陈述阶段

审判长马兰：根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第193条规定，在法庭辩论终结后，被告人有最后陈述的权利。现在被告人陈红刚起立，你可以作最后陈述。

被告人陈红刚：没什么好说的，我是清白的，我对受害人表示同情，但我是清白的，希望法院找出真凶还我清白。

审判长马兰：现在休庭。本合议庭将在已查明的事实、证据的基础上，充分考虑各方的意见和有关规定进行评议。评议后回到法庭当庭宣判。

审判长马兰：请控辩双方将当庭质证的证据提交书记员。法警，将被告人带下（敲法槌）。

评议、宣告判决阶段

（合议庭休庭后对本案的事实、证据及适用法律进行了评议，随后继续开庭）

（书记员就位）

书记员沈佩仪：请肃静。请公诉人、辩护人、代理人入庭（公诉人、辩护人、代理人入座）。

书记员沈佩仪：下面宣布法庭规则……（内容同前，略）

书记员沈佩仪：请全体起立（起立完毕）。请审判长、审判员入庭（审判长、审判员入庭坐定）。请全体坐下。

书记员沈佩仪：（转身面向审判长）报告审判长，本案的公诉人、辩护人、代理人已经到庭，被告人已提到候审，可以开庭。

审判长马兰：东方省英山县人民法院刑事审判第一庭现在继续开庭（敲法槌）。传被告人陈红刚到庭（2名法警带被告人到庭，并站在被告人身后值庭）。

审判长马兰：本案经合议庭评议，现在宣布口头判决：公诉机关指控被告人陈红刚强奸幼女案，经过法庭审理，合议庭听取了控辩双方的意见，在此基础上合议庭进行了认真的评议。本合议庭认为，公诉机关向法庭提交的所有证据来源合法，内容真实，本庭予以采纳；但是，公诉机关提供的证据只能证明被害人李某怀孕并引产的事实，无法充分地证明是被告人陈红刚所为。因此，本院根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十五条第三项规定，判决如下：

书记员沈佩仪：全体起立。

审判长马兰：公诉机关指控被告人陈红刚犯强奸罪证据不足，被告人陈红刚无罪，当庭释放。被告人陈红刚，刚才对你进行了口头宣判，判决书将在五日内给你送达。

审判长马兰：如不服判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向东方省青山市中级人民法院提出上诉或抗诉。

书记员沈佩仪：请全体坐下。

审判长马兰：公诉人听清楚了吗？

公诉人付硕：听清楚了。

审判长马兰：被告人听清楚了吗？

被告人陈红刚：听清楚了，谢谢法官。

审判长马兰：辩护人听清楚了吗？

辩护人赵林杰：听清楚了。

审判长马兰：闭庭后请书记员将法庭笔录交由证人、被告人阅读、补正并签名盖章。

审判长马兰：东方省英山县人民法院审理的被告人陈红刚强奸幼女一案，现已审理完毕，现在闭庭（敲法槌）。

书记员沈佩仪：全体起立！请审判长、审判员退庭。

书记员沈佩仪：散庭。请证人、被告人阅读笔录并签字。如对笔录有意见可以补正。

第五节 实验案例

一、实验案例 1：王远方涉嫌故意杀人案

（一）南海省东江市公安局起诉意见书

南海省东江市公安局起诉意见书

〔2010〕东公预诉字第 109 号

犯罪嫌疑人王远方，男，汉族，1986 年 11 月 17 日出生，身份证号 130110198611175678，系东江市兴旺房地产公司销售部经理，住东江市西郊花园 25 号楼 1 门 3 号。因涉嫌故意杀人犯罪，于 2010 年 6 月 14 日经东江市人民检察院批准逮捕，于 2010 年 6 月 15 日被东江市公安局执行逮捕，现羁押于东江市看守所。

经本局侦查终结，证实犯罪嫌疑人王远方有以下犯罪事实：2010年5月14日23:30时许，被告人王远方与其女友赵莉莉离开东江市金色时光歌厅，回到位于东江市为民小区16号楼3单元201室的赵莉莉家中。5月15日凌晨1时许至2时许，被告人王远方在赵家中使用不锈钢单刃刀刺中被害人赵莉莉左颈部锁骨上方，致赵莉莉大量失血性休克死亡。同日9时许，被告人王远方离开被害人赵莉莉家。10:40时许，赵莉莉父亲赵坚强发现赵莉莉被害于家中，即向公安机关报案。2010年5月15日被告人王远方被抓获。

上述事实清楚，证据确实、充分，足以认定。

犯罪嫌疑人王远方的行为已触犯《中华人民共和国刑法》第二百三十二条之规定，构成故意杀人罪。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百二十九条的规定，现将此案移送审查起诉。

此致

东江市人民检察院

东江市公安局

(公章)

2010年10月12日

附：

1. 犯罪嫌疑人王远方现羁押于东江市公安局看守所。
2. 本案卷宗一册。

(二) 证据材料

证据1：询问笔录

询问笔录

时间：2010年5月15日下午2:20。

地点：东江市西郊花园25号楼1门3号。

询问人：张立功，东江市公安局刑警一大队队长。

记录人：刘开元，东江市公安局刑警一大队侦查员。

被询问人：王远方，男，汉族，1986年11月17日出生，身份证号码130110198611175678，系东江市兴旺房地产公司销售部经理，住东江市西郊花园25号楼1门3号。

问：我们是市公安局工作人员，向你了解有关情况，你要如实回答。如果作伪证就要负法律责任。

答：你们有什么事就问吧。

问：你认识赵莉莉吗？最近几天见过她没有？

答：她是我女朋友，今天早晨我从她家回来。

问：回来是什么意思？你什么时候去的，走的时候她在干什么？

答：我昨天晚上住在她家。早晨快 9 点钟起床后回的我家。当时她也醒来。我让她起来跟我一起来我家，她说还想睡一会儿，让我自己回。她还让我给她一位外地朋友寄了几本书。我先到邮局把书寄走，然后就回家了。

问：昨晚你们干什么了？

答：昨晚我们去金色时光唱歌，快 12 点回的家。我送她回家，天太晚了，就和她住下了。

问：你住下以后干了什么？

答：天已经比较晚了，回到她家洗了洗就上床睡觉了。一直到早晨 8 点多我醒来就起床。本来不想叫她，但她还是醒了。说了几句话，我拿上她让我寄的书就出来了。

问：你从她家出来碰上过她家人没有？

答：在单元门外碰见她爸，说了几句话我就走了，先去邮局给她寄书，然后才回的我家。

问：寄的什么书，给谁寄？

答：是莉莉的一个外地朋友参加会计师考试，让莉莉给她买的复习书。莉莉昨天刚买的，写好地址让我给邮寄一下。

问：你在哪个邮局寄的？

答：附近没有邮局。我到光明大厦一楼的邮局寄的。邮局回执还在我这，你们要吗？

问：让我们看一下。

答：（回执拿给公安人员）这就是，你们看吧。

问：你和赵莉莉认识多久了？

答：我们在同一家公司工作。我先到那个公司，前年冬季，好像元旦前后她也来到我们公司工作就认识了。

问：什么时候开始谈恋爱的？

答：刚开始我们就是同事关系，相处了一段，相互有好感就交往多了起来，去年五一前后正式确立恋爱关系。

问：什么时候开始同居？

答：其实，也不能叫同居。我们确立恋爱关系后，交往就更密切了，有时候晚上就住在她家，但不经常。

问：你们俩感情怎么样？谈论过结婚的事没有？

答：我父母很喜欢她，希望我们早一点结婚。我向她提过，本想今年“十一”把婚结了。她说不着急，明年再结。我也同意了。

问：她以前有没有跟别人谈过对象？

答：她跟我说过以前谈过对象，但我没有多问。我怕问多了，她会多心。再说我也和别人谈过。所以，两个人的恋爱经历我们很少谈起。

问：她现在还和哪些男性交往？

答：就是一些同事，还有以前的几个同学。但都是一般关系，交往不多。

问：你再认真地回答我一次，你早晨走的时候你女朋友确实醒着吗？

答：是的，我们说了会儿话，她还让我给她朋友寄书，我都寄走了。她怎么啦，出什么事了吗？

问：是的，她死了。

答：什么，她死了，怎么死的？

问：现在正在调查，但有一点可以确定，她是被人杀害的。

答：谁杀害的？你们一定要抓住凶手！

问：希望你保持冷静，配合我们调查，提供一些有价值的线索。你平时有没有听她说过和什么人有利害关系，或者有什么人纠缠她的事情？

答：没听她说起来过。

问：你好好回忆一下，看有什么线索没有，随时与我们联系反映。

答：好，请你们一定抓住凶手。

问：这个你放心。你现在看一下记录，如有错的地方或记得不全，你可以提出修改、补充。

答：好。我刚才看了记录，没什么问题。

王远方（签字）

2010年5月15日

证据2：讯问笔录

讯问笔录

时间：2010年5月15日晚9：30。

地点：东江市公安局刑警大队提讯室。

讯问人：张立功，东江市公安局刑警一大队队长。

记录人：刘开元，东江市公安局刑警一大队侦查员。

被讯问人：王远方，男，汉族，1986年11月17日出生，身份证号

130110198611175678, 系东江市兴旺房地产公司销售部经理, 住东江市西郊花园 25 号楼 1 门 3 号。

问: 王远方, 刚才向你宣布了刑事拘留决定, 你已经是犯罪嫌疑人的身份。现在我们作为办案的公安人员对你提讯, 你要如实回答问题。坦白从宽、抗拒从严的政策你是清楚的。

答: 你们抓我有什么证据? 我女朋友被害了, 我心里非常难过, 你们不想办法抓凶手, 却把我抓起来, 我抗议!

问: 你不要激动, 我们拘你是依法办案, 你的正确态度应当是配合我们办案。你现在郑重地回答我, 今天早晨你离开赵莉莉家的时候, 她在干什么?

答: 我都说过几遍了。我起床的时候她醒来了, 和我说了几句话, 包括让我帮她寄书。我走后, 她继续睡觉。后面我就知道了。

问: 你怎么证明当时她醒来和你说过话?

答: 她让我寄过书, 我到邮局给她把书寄走就是证明。

问: 那只能证明你寄过书, 怎么证明是她早晨让你寄的?

答: 书是她昨天才买回来的, 包好写好地址让我寄的。她不说我怎么可能给她寄书。

问: 那要是昨天她就让你今天寄不也一样吗?

答: 她就是今天早晨才对我说的, 昨天没有说过, 你们不信我也没办法。

问: 你老实说, 昨天晚上你干了什么?

答: 我就是睡觉, 什么也没干, 一直到早晨快 9 点才醒来。

问: 你不要撒谎, 以为你不说我们就没有办法, 没有证据!

答: 你们有证据就拿出来, 还问我干什么?

问: 你要端正态度, 这样对你没什么好处!

答: 我没害我女朋友, 你们要我承认, 我当然不服气。

问: 你别以为我们拿你没有办法。我们现在有足够的证据证明赵莉莉是与你住在一起的时候被害的, 你怎么解释?

答: 我俩在一起的时候, 什么事也没发生过, 你们不要诈我!

问: 你不要侥幸, 死亡时间是可以进行科学鉴定的。赵莉莉死于和你住在一起的时候, 你不承认也能定案。

答: 我们一夜都住在一起是事实, 从一开始我就给你们讲过。但绝不是我杀的人!

问: 你和她住在一起一个晚上, 她在半夜被人害死, 不是你干的是谁干的?

答：你们说是我干的，那就是我干的！

问：那你说你是怎么干的，因为什么？

答：我不知道。

问：王远方，你要认识到你现在的处境，早交代比晚交代好，主动交代比被动交代好，坦白比抗拒好！

答：我没干过让我交代什么？

问：今天就谈到这里，希望你端正态度，冷静想一下。明天咱们再谈。你现在把记录看一下。

答：记录我看了，没问题。

王远方（签字）
2010年5月15日

证据3：讯问笔录

讯 问 笔 录

时间：2010年5月16日晚11：30至17日3：00。

地点：东江市公安局刑警大队提讯室。

讯问人：张立功，东江市公安局刑警一大队队长。

记录人：刘开元，东江市公安局刑警一大队侦查员。

被讯问人：王远方，男，汉族，1986年11月17日出生，身份证号130110198611175678，系东江市兴旺房地产公司销售部经理，住东江市西郊花园25号楼1门3号。

问：王远方，现在我们对你继续依法讯问，我们的政策你是明白的，希望你老老实实地交代！

答：你们想我交代什么啊？

问：这个你心里明白，就是交代你的犯罪事实。

答：你们为什么老要我交代呢，有本事你们自己去查不就行了吗？

问：有关你犯罪事实的证据我们都已经查到了，即使你不承认，法院照样给你定罪。现在我们只不过是给你坦白的机会，希望你好好珍惜。

答：……（沉默之中）

问：……（继续做思想政治工作）

答：这样吧，我很困，烟瘾也上来了，你们给我支烟吧？

问：抽烟没问题，但希望你也能够配合我们的侦查工作。下面你说说你女

朋友是怎么死的。

答：是我弄死的。

问：你是用绳子或什么东西把她扼死的还是用刀杀死的？

答：先扼了一会，担心没死，又用刀捅了。

问：你捅她哪儿了？

答：当时屋里比较黑，我们吵架时乱捅的，记不清捅哪了。

问：你为什么要杀死她？

答：这个能不回答吗？

问：你有义务回答。只有全部回答了，才能算是坦白。你还是回答吧！

答：我怀疑她背叛了我。

问：你凭什么怀疑？

答：只是我的感觉。

问：仅凭怀疑你怎么就杀人啊？

答：刚开始我们只是争吵，她也没承认，后来她说要是我不相信她，我们就分手。后来我急了，本来只想拿刀吓唬吓唬她。

问：那为什么后来杀了她呢？

答：急了，没控制住。

问：今天就谈到这里，希望你继续端正态度，好好悔过。以后咱们再谈。你现在把记录看一下。

答：记录我看了，与我说的一致。

王远方（签字）

2010年5月17日

证据4：讯问笔录

讯问笔录

时间：2010年5月19日上午10：00至11：30。

地点：东江市公安局刑警大队提讯室。

讯问人：张立功，东江市公安局刑警一大队队长。

记录人：刘开元，东江市公安局刑警一大队侦查员。

被讯问人：王远方，男，汉族，1986年11月17日出生，身份证号130110198611175678，系东江市兴旺房地产公司销售部经理，住东江市西郊花园25号楼1门3号。

问：王远方，今天我们继续对你讯问。这两天你反思得怎么样了？

答：不怎么样。

问：王远方，我们再次警告你，希望你端正态度，认清形势，积极坦白，争取好的认罪态度。

答：这个我明白。

问：那你说说你是怎么把你女朋友杀死的？

答：我没杀她。那天早上我走的时候，她都好好地躺在床上睡觉。

问：王远方，如果继续抵赖，那我们就视为你认罪态度极差，希望你能清醒地认识自己的处境。

答：我相信法律，没杀人就是没杀人。

问：那前天晚上你怎么承认杀人了？

答：你们心里明白，你们逼我说的。

问：我们逼你？我们打你了吗？

答：你们是没打我，但不让我睡觉，不让我抽烟，这比打我还难受。

问：王远方，我们在晚上讯问你是法律许可的，不让你抽烟也是符合法律规定的。你今天这样翻供是非常不明智的，希望你好好反思，冷静想想，以后我们再来讯问你。你现在把记录看一下。

答：记录我看了，与我说的一致。

王远方（签字）

2010年5月19日

证据5：询问笔录

询问笔录

时间：2010年5月15日下午2：00—3：00。

地点：东江市为民小区16号楼3单元103号。

调查人：李小龙，东江市公安局侦查员。

记录人：叶红军，东江市公安局侦查员。

被调查人：赵坚强，男，62岁，退休，住东江市为民小区16号楼3单元103号。

问：你把今天打电话报警的事详细向我们讲一下，一定要客观、真实。

答：行。今天早上约10点来钟，我有事想找女儿说，可她还没起床。就到二楼她住的房间敲门，可她没回音。我下楼等了十几分钟，她还是没下来，

我担心会不会出什么事，就拿了她房门的钥匙又去敲门，还是没人应，我就用钥匙打开门，发现她躺在床上，全身盖着被子，我一边叫一边掀开被子，看见她被人害了，当时刀子还插在身上，人已经死了，我吓坏了。下楼我就给公安局打电话报了警，后来你们就来了。

问：昨天你最后见她是什么时间？

答：昨天晚上她和我们一起吃的晚饭，还有她的男朋友王远方。饭后他们说和朋友去歌厅唱歌玩就走了。晚上几点回来我不知道。

问：昨天晚饭后再见过女儿的男朋友王远方没有？

答：今天早上 9:00 时许，我在院里碰见过王远方，他刚下楼说回家办点事，莉莉还睡着呢，之后就走了。

问：你女儿和王远方怎么认识的？他们谈恋爱多久了？

答：他们认识有一年半了，都在一个房地产公司上班。

问：他们什么时候开始同居的？俩人感情怎样？为什么没结婚？

答：具体什么时候同居我不好说，好像有好几个月了，我感觉他们俩感情还是不错的。王远方曾提出结婚的事，说他父母希望他早点结婚，但我女儿说明年再结。

问：你们住在一楼，为什么他们住二楼，那是谁的房子？

答：二楼是我二弟的房子，他和我弟妹去年到国外给儿子看孩子去了，让我照看房子。今年年初，莉莉就住上去了。

问：你女儿以前跟别的男人搞过对象没有？平时还和哪些男子有来往？

答：她以前和别人谈过对象，但都没有成。什么原因她没跟我们讲过。现在除了王远方没有别的男子来过我家，她还和谁交往我们不知道。

问：你还有什么要跟我们讲的？或者有什么怀疑对象没有？

答：我没什么了。我就要求你们尽快破案，抓住凶手，我女儿死得太惨了。

问：我们一定尽力，你们多保重，有事情或有什么线索，随时打电话联系我们。

答：好。

问：你看一下谈话记录，如果记得不对、不全，可以修改、补充。

答：我看了记录，全对，没什么了。

赵坚强（签字）

2010 年 5 月 15 日

证据6：询问笔录

询问笔录

时间：2010年5月15日下午4：00。

地点：东江市百姓家园4号楼3门8号。

调查人：黄大海，东江市公安局侦查员。

记录人：高小宝，东江市公安局侦查员。

被调查人：马小红，女，23岁，汉族，东江市开元电脑维修公司职工，住东江市百姓家园4号楼3门8号。

问：我们是东江市公安局的工作人员，找你了解一些事，希望你如实回答有关问题，作伪证要负法律责任，你明白吗？

答：我知道，你们想问什么事？

问：你认识赵莉莉吗？最近见过她没有？

答：赵莉莉是我中学同学，也是好朋友，昨天晚上我们还在一起唱歌。

问：在哪儿唱歌，还有谁？

答：昨天晚上我们在市中心的那个“金色时光”歌厅唱的歌，赵莉莉和她男朋友都去了，还有我们几个朋友，一共7个人。

问：几点散的？

答：我结的账，是11：30结束的，然后大家就回家了。

问：赵莉莉怎么走的？

答：她和她男朋友一起走的。

问：她男朋友叫什么？你熟悉不熟悉？他俩感情好不好？

答：她男朋友叫王远方，我不太熟悉，但他俩挺好的。只要我和赵莉莉一起吃饭或者玩的时候，她男朋友都陪着。我感觉性格、脾气挺好。我问过赵莉莉，她说明年他们准备结婚。

问：赵莉莉以前交过男朋友吗？现在还和哪些男人有交往？

答：她以前谈过几个，但都没有成，什么原因我不清楚。现在还和谁来往我也不知道。怎么了，她出什么事了？

问：她自己没事，我们了解的是别人的事。你看一下记录。如果记得不对，可以修改、补充。

答：好。记录我看过了，没问题。

马小红（签字）
2010年5月15日

证据 7：询问笔录

询问笔录

时间：2010 年 5 月 16 日上午 10：00。

地点：东江市光明大厦一楼邮局营业部。

调查人：黄大海，东江市公安局侦查员。

记录人：高小宝，东江市公安局侦查员。

被调查人：岳文华，男，37 岁，汉族，东江市邮政局光明大厦营业部职工，住东江市阳光普照小区邮政公寓 2 单元 21 号。

问：我们是东江市公安局工作人员，向你了解一些情况，希望你如实陈述。

答：好，你们想了解什么？

问：昨天是你上班吗？这份寄包裹的回执是不是你办理的？

答：昨天是我上班，这份包裹业务是我办理的。

问：是什么样的人来寄的？

答：是个年轻男子，有 20 多岁的样子，戴眼镜，稍有点胖。他来寄的是几本书，已经写好地址并包好了，我问了一下什么东西，就让他填好单子，按正常手续给办了。

问：是什么时间？

答：大约 10 点前后。我查一下电脑，是 9 点 44 分。

问：你看看这张照片（出示王远方照片），是不是这个人？

答：（经察看照片）是这个人，因为刚上班时间不长，人不多，我记得比较清楚。

问：他还说了什么没有？

答：没说什么，就是寄书的事。完后就走了。

问：这个包裹现在运走了没有？

答：昨天下午整理后就寄走了，现在应该在途中。寄的书有什么问题吗？

问：这个你就别问了。你看一下谈话记录对不对，可以修改、补充。

答：好。我看了记录，就这么个过程，没什么补充的。

岳文华（签字）

2010 年 5 月 16 日

证据 8: 刑事技术鉴定书

南海省东江市公安局刑事技术鉴定书

〔2010〕东南公刑技尸检字第 42 号

绪 言

2010 年 5 月 15 日上午 11:50, 我局刑警一大队接到花园派出所报警称: 该所辖区为民小区 16 号楼 3 单元 103 号发生一起杀人案。大队长张立功立即率全大队人员赶赴现场。到达现场时间为 12:15。现场已被派出所保护起来。对现场勘验后将死者尸体移至本局检验。

现场情况

现场勘查于 12:30 开始。

现场位于二楼 201 号, 为二室一厅居室。门锁完好, 无撬压痕迹。室内物品摆放整齐, 死者位于东侧卧室内, 尸体头东脚西仰卧于床北侧地面上, 身穿墨绿色睡袍。尸体左颈部锁骨上方插有一把不锈钢单刃刀。手上有轻微抵抗伤, 左大腿内侧上方有一道擦伤。于 13 时零分测量死者直肠温度为 28°C , 室内环境温度为 20°C 。

经勘查, 现场无可提取的足迹, 内外房门未提取到指纹, 所有窗户未见攀爬痕迹, 不锈钢单刃刀上未提取到指纹。

尸检情况

死者身长约 160 cm, 发育正常, 营养良好, 尸斑分布于尸体背侧未受压部位, 淡紫红色, 指压部分褪色。尸僵存在于全身诸关节。颜面部青紫肿胀, 可见较多出血点。双眼睑结膜散在多处出血点, 角膜中度混浊, 耳鼻未见明显异常, 口唇黏膜青紫。

左颈部下段胸锁骨关节上方有一纵行创口, 长 2.0 cm, 创角一钝一锐, 创缘整齐, 创壁光滑, 深达左胸腔, 左胸腔内积血约 1500 ml。翻动尸体时有较多血液流出。死者阴部擦拭有大量精子。

分析说明

1. 死亡原因及凶器

根据现场及尸检情况, 死者系被人用单刃刺器(匕首)刺伤左颈部致大量失血性休克而死亡。

2. 死亡时间

根据现场测量尸温(直肠温度)为 28°C , 测量时间 2010 年 5 月 15 日 13:00, 环境温度(现场室温) 20°C , 推测死亡时间为 12 个小时左右, 即死于 2010 年 5 月 15 日凌晨 1 时许。

结 论

综上所述，我们认为死者系被他人用单刃刺器刺伤左颈部致失血性休克而死亡，死亡时间约在 2010 年 5 月 15 日 1 时许。

鉴定人：东江市公安局法医 贺江宁（签名） 龚其武（签名）

摄影人：东江市公安局技术员 肖遥

复检人：东江市公安局技术员 高寿

2010 年 5 月 16 日

证据 9：物证鉴定书

南海医学院法医鉴定中心物证鉴定书

〔2010〕南物证鉴字 37 号

一、委托单位：东江市公安局刑警一大队。

二、委托人：张立功、刘开元。

三、委托时间：2010 年 5 月 16 日。

四、简要案情：2010 年 5 月 15 日，赵莉莉被杀于其家中卧室内。

五、送检物证材料：赵莉莉被杀案卷宗材料一宗。

六、鉴定要求：推断赵莉莉的死亡时间。

七、检验：据东江市公安局现场勘查笔录记载，现场位于二楼一居室内，赵莉莉尸体头东脚西仰卧于床北侧地面上，身穿墨绿色睡袍。于 13 时零分测量死者直肠温度为 28℃，室内环境温度为 20℃。尸斑深紫红色，指压部分不褪色，尸僵存在于全身诸关节。角膜中度混浊。左颈部下段胸锁骨关节上方有一纵行创口，长 2.0 cm，深达左胸腔，左胸腔内积血约 1 500 ml，胃内空虚。

八、论证

根据对死者所测直肠温度及室内温度，结合死者衣着及颈部创伤、胸腔积血情况以及尸僵、角膜、胃内容等诸情况，综合分析认为赵莉莉的死亡时间应在 2010 年 5 月 15 日 13 时以前的 11 小时左右。

鉴定人：主任法医师 洪玉秀（签字）

主检法医师 廖海（签字）

南海医学院法医鉴定中心（章）

2010 年 5 月 28 日

证据 10：物证鉴定书

南海省公安厅物证鉴定书

〔2010〕南物证鉴字第 35 号

一、委托单位：东江市公安局刑警一大队。

二、委托人：张立功 刘开元。

三、委托时间：2010 年 5 月 19 日。

四、简要案情：2010 年 5 月 15 日赵莉莉被害案。

五、送检物证材料：

1. 死者赵莉莉阴道分泌物，编号为 1。
2. 嫌疑人王远方抗凝静脉血，约 3 毫升，编号为 2 号。
3. 死者赵莉莉血痕，编号为 3 号。

六、检验要求：DNA 检验

七、检验过程：

1. 精子检验

取 1 号检材少许，经伊红美蓝染色，镜下检见精子。

2. CTT 系统 Amp-FLP3 检验

从 1、2、3 号检材中提取 DNA，经 CTT 系统扩增、电解、染色，获得了各位点的 Amp-FLP3 图谱。

八、检验意见：

从所获各检材基因型可见，死者赵莉莉阴道擦拭物精子 DNA 基因型与王远方 DNA 基因型不同。

检验人：主任法医师 高明（签字）

主检法医师 黄玉玲（签字）

2010 年 5 月 20 日

证据 11：不锈钢单刃刀一把

说明：实物略。

（三）争议焦点

1. 有关被害人死亡时间的鉴定意见能否采信？
2. 本案第三人作案的可能性是否能够彻底排除？
3. 被告人杀害被害人的动机是什么？
4. 如何看待被告王远方的供述和辩解？

二、实验案例 2: 李跃进涉嫌受贿、虚报注册资本案

(一) 正义市人民检察院起诉书意见书

正义市人民检察院起诉书意见书

正检反贪移诉字〔2011〕1号

犯罪嫌疑人李跃进,男,48岁,1962年11月12日出生,身份证号码420801196211124381,汉族,大专文化,中共党员,正义市洪山人,捕前任正义市经济贸易委员会副调研员,住正义市富民小区6号楼1单元301室。

犯罪嫌疑人李跃进受贿一案,系我院在侦查中发现,经检察长决定,于2010年12月31日对其立案侦查,同日对其刑事拘留,2011年1月14日对其宣布逮捕,2011年3月11日发现涉嫌虚报注册资本罪,重新计算侦查羁押期限,现羁押于正义市公安局看守所。

犯罪嫌疑人李跃进涉嫌受贿罪、虚报注册资本罪一案,现已侦查终结。

经依法侦查查明:

犯罪嫌疑人李跃进在任洪山办事处党委书记等职务期间,利用职务之便,为洪山办事处张王庄居委谋取利益,分别于2000年至2006年的中秋、春节期间10余次共收受张王庄居委书记张红军贿赂23万元,其中现金9万元,价值14万元的购物卡。

犯罪嫌疑人李跃进在任洪山办事处党委书记等职务期间,利用职务之便,为正义市韩振宇公司谋取利益,先后于2006年、2007年春节期间两次共收受韩斌10万元贿赂。

犯罪嫌疑人李跃进以其妻子许文的名义,伙同他人,于2009年1月份注册成立了正义市建筑安装工程有限责任公司,在公司通过验资注册后,撤回出资300万元。

认定上述事实的证据如下:犯罪嫌疑人李跃进供述及证人证言、书证等。

上述犯罪事实清楚,证据确实、充分,足以认定。

综上所述,犯罪嫌疑人李跃进身为国家机关工作人员,在担任洪山办事处党委书记等职务期间,利用职务上的便利,为他人谋取利益,收受他人贿赂,数额较大,其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第三百八十五条之规定,涉嫌受贿罪;犯罪嫌疑人李跃进虚假出资,骗取工商登记,数额特别巨大,其行为触犯《中华人民共和国刑法》第一百五十九条之规定,涉嫌虚报注册资本罪。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百三十五条、《人民检察院刑

事诉讼规则》第二百三十四条之规定，移送审查起诉。

此致

公诉处

反贪污贿赂局
2011年5月10日

附：

1. 卷宗材料3本。
2. 犯罪嫌疑人李跃进现羁押于正义市公安局看守所。

（二）证据材料

证据1：讯问笔录

正义市人民检察院讯问犯罪嫌疑人笔录

时间：2010年12月31日9时35分至16时35分。

地点：正义市公安局看守所。

讯问人员：张斌、蒋红安。

记录人：张惠。

犯罪嫌疑人：李跃进。

问：我们是正义市人民检察院工作人员，现在依法提审你，你既可以作有罪的供述，也可以作无罪或罪轻的辩解，但必须实事求是，你听明白了吗？

答：听明白了。

问：讲一下你的个人情况。

答：我叫李跃进，男，1962年11月12日出生，汉族，中共党员，大专文化，正义市洪山区人，现住正义市富民小区6号楼1单元301室。

问：讲一下你个人的工作经历？

答：我1980年参军，1982年部队恢复高考，入济南陆军学校通信大队学习，1985年毕业后历任26军坦克旅排长、副指导员、干部干事、指导员、通信科长，1991年底转业到正义市洪山办事处工作，并分别于1992年至1993年7月任洪山办事处生产助理、经委政工科长、经委副主任，1993年8月至1994年10月任洪山办事处组织委员，于1994年11月至1996年11月任洪山办事处副书记，于1996年12月至1999年4月任洪山办事处副书记、主任，于1999年5月至2002年12月任洪山办事处党委书记，2007年1月至2008年8月任黄山县县长，2008年8月至2010年5月任正义市化工协会会长，2010

年至今任正义市经贸委副调研员。

问：讲一下你的家庭情况及主要社会关系？

答：我全家三口人，家属许文，48岁，中共党员，洪山区养老保险事业处工作人员，儿子李传文，22岁，中原农业大学学生，我二弟李继进，在洪山办事处西河村干个体，我三弟李三进，正义市中级人民法院法官。我舅张杰，退休工人。

问：你是什么时间、因为什么被拘留的？

答：因为涉嫌受贿，于2010年12月31日被拘留的。

问：根据有关法律规定，你有权申请我们有关办案人员回避，你申请吗？

答：不申请。

问：你有无前科？

答：没有前科。2007年12月，我在黄山县担任县长期间，因对炼焦厂控制不力，被给予党内警告处分。

问：你个人有哪些经济问题？

答：我觉得我没有经济问题。

问：我们的政策是坦白从宽、抗拒从严，希望你能认清形势，不要再继续犯错误了，你好好想想吧？

答：好，我再想想。

问：今天我们就谈到这里，你好好继续考虑考虑你的问题吧，我们改天再问你。

答：好的。

以上笔录我看过，属实。李跃进（签名）

2010年12月31日

证据2：讯问笔录

正义市人民检察院讯问犯罪嫌疑人笔录

时间：2011年3月20日9时35分至20日10时10分。

地点：正义市公安局看守所。

讯问人员：张斌、蒋红安。

记录人：张惠。

犯罪嫌疑人：李跃进。

问：我们是正义市人民检察院工作人员，现在依法提审你，你既可以作

有罪的供述，也可以作无罪或者罪轻的辩解，但必须实事求是，你听明白了吗？

答：听明白了。

问：你还有什么要交代的吗？

答：有。我交代一下与张家王庄居委书记张红军之间的经济往来。

问：你详细谈。

答：2000年中秋节，张家王庄居委书记张红军到洪山办事处我的办公室，给我送来1万元现金，用信封装着，说是他个人的，让我过节买点东西，我推辞不要，张红军坚持给我，最后我收下了这1万元现金。

2001年春节，张红军又到我办公室送了2万元现金，这次也是用信封装着的，我坚持不要，最后我还是收下了。

2001年中秋节，张红军又去我办公室给我送了3万元现金，我收下了。

2002年春节，张红军又去我办公室给我送了5万元现金，我收下了。

2002年中秋节张红军又到我办公室给我送了5万元现金，我写了一封信放在信封里，大体意思是让张红军以后干好工作，互相支持，以后绝不能再有此不正当的来往，让我舅张杰把这5万元钱和信捎给张红军，我想以此来解决这种不正当的经济往来。

问：接着讲。

答：后来张红军不再直接给我送钱了。2003年春节前，张红军到我办公室去想送给我一个龙年金币，被我当场拒收，之后没几天张红军买了1万元的购物卡去我办公室送给了我，我收下了。2003年中秋节、2004年春节、2004年中秋节、2005年春节、2005年中秋节、2006年春节、2006年中秋节这7个节，张红军每个节都到我办公室送给我2万元的购物卡，除了2005年中秋节我拒收外，其余6个购物卡我都收下了。

问：张红军都是在哪儿给你送的现金和购物卡？

答：都是在我办公室给我的。

问：张红军给你送现金和购物卡时是否还有其他人在场？

答：每次都只有我们两个人在场，没有其他人。

问：张红军每次给你送钱和购物卡时，都是怎么和你说的？

答：每次他都是说：自己的钱，过节了，给小孩买点东西。有时说就算是给自己买点东西。

问：张红军每次送给你的钱和购物卡是用什么包着？

答：钱都用印有“张王庄居委会”的信封装着，钱都是百元面额的，购物卡都用红包装着，购物卡是每次一张，具体是哪家超市的购物卡，时间长

了, 次数多了, 我也想不清了。

问: 张红军一共送给你多少钱和购物卡?

答: 钱和购物卡共计 23 万元。

问: 你是怎么处理这些钱和购物卡的?

答: 都让我自己用于家庭开支了。

问: 你家属许文是否知道你收张红军钱和购物卡的事情?

答: 我没有和她说过, 她不知道。

问: 张红军为什么给你送这些钱和购物卡?

答: 因为我在洪山办事处任党委书记, 对张王庄村的旧村改造、工业园建设、道路建设等工作给他们指导、帮助、策划以及协调关系, 他为了感谢我, 才借逢年过节之际, 给我送钱和购物卡。

问: 张红军送给你的钱和购物卡, 你是否退给了他?

答: 除了我让我舅张杰帮忙退回的 5 元现金以及拒收的以外, 其余的钱和购物卡共计 23 万元我都没有退给张红军。

问: 你对收张红军钱和购物卡的行为是怎么认识的?

答: 在整个交往中, 我曾经一次退钱给张红军, 拒收一次现金和购物卡, 目的都是为了终止这种不正常的经济往来, 但是每次张红军都是软磨硬泡, 花言巧语, 我最后陷入了这种不正常的经济往来中。

问: 你还有什么要补充的吗?

答: 我收了张红军送的 23 万元的钱和卡是事实, 但是我在有关张王庄村的各项工作中, 都是依法办法、兢兢业业的, 没有滥用任何职权, 没有为张王庄村谋取任何非法利益。另外, 我也没有给张红军个人办任何事情。我承认我的行为违反了党纪, 但我不懂法律, 不知道这种行为是否构成犯罪, 我请求司法机关依法处理。

问: 我们工作人员在讯问过程中有没有指供、诱供、刑讯逼供等行为?

答: 没有。

问: 以上讲的是实话吗?

答: 是实话。

问: 你看看以上记录与你讲的是否一样?

答: 以上记录我看过, 属实。

李跃进 (签名)
2011 年 3 月 20 日

证据3：讯问笔录

正义市人民检察院讯问犯罪嫌疑人笔录

时间：2011年4月18日11时10分至18日11时50分。

地点：正义市公安局看守所。

讯问人员：张斌、蒋红安。

记录人：张惠。

犯罪嫌疑人：李跃进。

问：我们是正义市人民检察院工作人员，现在依法提审你，你既可以作有罪的供述，也可以作无罪或者罪轻的辩解，但必须实事求是，你听明白了吗？

答：听明白了。

问：你还有什么要交代的吗？

答：有。我交代一下与张家王庄居委书记张红军之间的经济往来。

问：你详细谈。

答：2000年春节后，张家王庄居委书记张红军到我家还是到洪山办事处我的办公室，我记不清了，给我送来1万元现金，用信封装着，说是他个人的，让我过节买点东西，我推辞不要，张红军坚持给我，最后我收下了这1万元现金。

2000年的中秋节，张红军去我办公室给我送了3万元现金，我收下了。

2001年春节，张红军又到我办公室送了5万元现金，这次也是用信封装着的，我坚持不要，最后我还是收下了。

2002年春节前，张红军到我办公室给我送了2万元九州超市的购物卡，我收下了。

2002年中秋节，张红军上我办公室给我送了2万元九州超市的购物卡，我收下了。

2003年春节前，张红军又到我办公室给我送了5万元现金，我写了一封信放在信封里，大体意思是让张红军以后干好工作，互相支持，以后绝不能再有此不正当的来往，让我舅张杰把这5万元钱和信捎给张红军，我想以此来解决这种不正当的经济往来。

问：接着讲。

答：2004年中秋节、2005年春节、2005年中秋节、2006年春节、2006年中秋节这5个节，张红军每个节都到我办公室送给我2万元的购物卡，这五个节我共收到了张红军10万元的购物卡，除了2001年中秋节我拒收外，其余

的购物卡我都收下了。

问：你这次讲的为什么跟以前不一样？

答：我以前记得不准，以这次讲的为准。

问：你还有其他经济问题吗？

答：2006年春节前韩振宇公司的经理韩斌去我家给我送钱让我给他加工裤子，他随手将一个信封放到了我的茶几上，他说：“感谢你的关心支持，过年了，不给你买东西了，你自己买点吧。”我推辞一下就收下了，然后他看见我书架上有一套《周易全集》（共4本），他说喜欢，我就将该书送给他了，然后他就走了，他走了后，我看了看他放下的信封，里面是2万元现金，都是百元面额的。2007年春节前韩斌又去了我家，到我家之后，把一个信封放在沙发上，他说：“过节了，来看看你，我还有急事，不坐了。”然后，他就走了，我看看他放下的信封，里面是2万元现金，都是百元面额的。

问：韩斌这两次给你送钱时，还有谁在场？

答：只有我和他两个人在场，没有其他人。

问：韩斌给你送的这两次钱，你是怎么处理的？

答：都让我自己使用了，过年就花了。

问：你和韩斌是怎么认识的？

答：我和他是老乡，以前就认识。

问：你给韩斌办过什么事情？

答：2005年10月份，我去他厂里指导和检查工作时，他说起来广告的事情，说有点困难，过了几天后，我就带着他去正义市广播局协调了一下。

问：你是怎么协调的？

答：也没怎么协调，就是去市广播局给人家介绍了些基本情况。市广播局有些人，我认识。

问：你觉得韩斌为什么给你送钱？

答：我觉得主要是因为我在给他协调了广告的事情，算是一点劳务费吧。

问：你还有什么要补充的吗？

答：收钱我承认，但是否构成犯罪，我不知道。

问：以上讲的是实话吗？

答：是实话。

问：你看看以上记录与你讲的是否一样？

答：以上记录我看过，属实。

李跃进（签名）

2011年4月18日

证据4：询问笔录

正义市人民检察院询问笔录

时间：2011年1月8日。

地点：洪山办事处张王庄居委会。

询问人员：张斌、蒋红安。

记录人：张惠。

被询问人：张红军。

工作单位：洪山办事处张王庄居委会，职务：书记。

住址及联系电话：洪山办事处张王庄居委会，13788886×××

问：我们是正义市人民检察院的，今天找你了解有关情况，希望你实事求是反映，说假话或者作伪证要负法律责任，你听清楚了吗？

答：听明白了。我实事求是地讲。

问：你说说你和李跃进有哪些不正常的经济交往？

答：我任居委会主任后，每年春节、中秋节，给他送点烟酒，别的没什么，起初他还不要，以后我让他舅张杰给捎去。

问：有没有给李跃进送过卡？

答：给他送过。自1999年后，每年春节、中秋节也给他送卡，每次不是1万元，就是2万元，到2006年大约共送了十来次，起初是1万元卡，以后是2万元卡，我记得有2次他没有收，他收下的大约有20万元左右。

问：你给李跃进送过现金吗？

答：给他送过，共计送过4次现金，一次是1万元，一次是3万元，另外两次各5万元，其中一次5万元，他没有收叫他舅给捎回来了，其余的他都收下了。

问：你具体谈谈每次送钱过程。

答：第一次是2000年春节，我是在春节后去的，给他1万元钱，我当时任村主任，我是以给小孩压岁钱的的名义给他的，是在他家里。第二次是在2000年中秋节前给他3万元现金，我想着是在他办公室里给他的，说：“过节了，给你点钱，买点东西”。他就收下了。第三次是2001年春节前，腊月十五之后，给他送了5万元现金，是在他办公室给的，是我自己去的，当时没有说什么。我只说过节了，过来看看你。到了2002年或者是2003年春节前，具体是哪年记不清了，我又给他送了5万元，这次他收下后，过了一段时间，他又叫他舅把钱给退回来了。

问: 你为什么给李跃进现金和卡?

答: 因为他是我的上级, 是为了协调关系, 工作上给予方便。

问: 你送的钱是你自己的还是居委会的?

答: 是居委会的。

问: 那你们账是怎么处理的?

答: 以后用费用单子或者收购材料单子处理了, 具体怎么处理的我不记清了。

问: 你给李跃进还送过其他贵重物品吗?

答: 可能是 2004 年春节, 我给他买了一块刻有龙的金牌, 花了有 3 万元, 我和居委会的曹书记一块去的他家, 因为给他烟酒他不要, 就给他买了块这个, 但他当时没有要, 给退回来了, 现在还在我办公室里, 我拿出来你们看看。

问: 你给李跃进送钱和卡, 他给你什么好处吗?

答: 没有给什么大的照顾和好处, 只是工作上关系。因为他是洪山办事处的书记, 给他送钱、购物卡的目的, 就是为了和他搞好关系, 让他对我们居委会的工作支持、照顾、关心, 也是为了进一步理顺上、下级之间的关系。

问: 以上说的是实话吗?

答: 是。

以上记录我看过, 与我说的一样。张红军 (签名)

2011 年 1 月 8 日

证据 5: 询问笔录

正义市人民检察院询问笔录

时间: 2011 年 3 月 28 日。

地点: 正义市人民检察院办案工作区。

询问人员: 张斌、蒋红安。

记录人: 张惠。

被询问人: 韩斌, 55 岁, 回族。

住址及联系电话: 正义市复兴路丝绸供销公司家属院, 13988886……

问: 我们是正义市人民检察院的, 现在向你依法了解相关情况, 希望你实事求是反映, 说假话或者作伪证要负法律责任, 你听清楚了吗?

答: 听明白了。我实事求是地讲。

问：讲一下你个人的基本情况。

答：我叫韩斌，男，1956年10月出生，回族，初中文化，中共党员。

问：讲一下你个人的工作简历？

答：1990年至2000年在大口供销社工作，2000年至今我自己经营我的韩振宇服饰公司，我任经理。

问：你是否是人大代表或政协委员？

答：我是正义市人大代表。

问：你是否认识洪山办事处书记李跃进？

答：认识。

问：你是怎么认识李跃进的？

答：我们老家是同一个村的，以前我们就认识，但是没有深交。大口镇划归洪山办事处以后，我搞企业，他是办事处书记，我经常去找他汇报工作，我们的关系就逐渐加深了。

问：你和李跃进之间是否有不正当的经济关系？

答：有。

问：你详细谈谈。

答：我分两次送给了李跃进10万元现金，每次送给他5万元现金。2006年春节前，具体是哪一天我记不清了，我去李跃进家给他送给他加工的裤子，进来他家后，聊了一会儿，我把用信封装好的5万元现金放到了李跃进家的茶几上，我说：“感谢关心和支持，过节了，不给你买东西了，你自己买点吧。”李跃进推辞一下就收了，我看见他家里有一套《周易》，我向他要了这一套《周易》，一共4本书，然后我就走了。2007年春节前我又去了李跃进家，去了他家之后，我也没有坐，我把装有5万元现金的信封放在他家的沙发上，我说：“过节了，来看看你，你自己买点东西吧，我还有事，就不坐了。”他没有推辞就把这5万元现金收下了，然后，我就走了。

问：你给李跃进送钱时，他家住在哪里？

答：住在富民小区，具体楼号我不清楚，他家在三楼西户。

问：你送给李跃进的这10万元钱，是多大面额的？

答：都是百元面额的。

问：你这两次给李跃进送钱时，还有谁在场？

答：只有我和李跃进两个人在场，没有其他人。

问：你给李跃进送的这10万元钱还有谁知道？

答：只有我们两个人知道，我也没有告诉其他人。

问：你送给李跃进的这10万元钱，是哪里的钱？

答：是我自己从家里拿的钱。

问：你是否让李跃进给你办过事情？

答：2005 年 1 月份大口镇划归洪山办事处，当年 10 月份左右，李跃进来我厂子里指导工作，在交谈过程中，他说他可以给我协调广告的事情，就这样，过了几天，他带着我去市广播局协调了广告事宜。

问：你为什么给他送钱？

答：他是办事处的党委书记，大口划归洪山办事处，我的企业在他的辖区内，我们以前又不认识，他又给我协调过广告事宜，我给他送钱，一方面算是给他劳务费，感谢他给我们企业协调广告的事；另一方面也是为了和他加深关系，好让他照顾支持我的工作。

问：还有补充的吗？

答：没有了。

问：以上讲的是实话吗？

答：是实话。

以上笔录我看过，与我讲的一样。韩斌（签名）
2011 年 3 月 28 日

证据 6：干部任免审批表

干部任免审批表（节选）

姓名	李跃进	性别	男	出生年月	1962. 11	照片
民族	汉族	籍贯	正义洪山	出生地	正义洪山	
入党时间	1983. 09	参加工作时间	1980. 03	健康状况	健康	
技术职务			特长			
学历学位	全日制教育	高中		毕业院校系及专业		
	在职教育	大专		毕业院校系及专业	中原师范大学 政治学	
现任职务		正义市化工协会会长、党组书记				
拟任职务		正义市经贸委副调研员				
拟免职务		现职				

续表

简历	1980.03—1990.04	成都军区 54788 部队服役，历任技师、排长、副指导员、指导员、科长
	1990.04—1990.11	黑山县人武部科长（其间：1986.09—1989.09 在中原师范大学政治系政治专业学习）
	1990.11—1993.08	洪山办事处党委办事员
	1993.08—1995.05	洪山办事处党委组织委员
	1995.05—1996.07	洪山办事处党委副书记
	1996.07—1999.05	洪山办事处党委副书记、办事处主任
	1999.05—2006.12	洪山办事处党委书记
	2007.01—2008.08	黄山县县长
	2008.08—	正义市化工协会会长、党组书记

中共正义市委组织部（公章）

证据 7：询问笔录

正义市人民检察院询问笔录

时间：2011 年 1 月 23 日。

地点：正义市人民检察院询问室。

询问人员：张斌。

记录人：张惠。

被询问人：许文，女，47 岁，汉族。

工作单位：洪山办事处劳动局机关事业保险处。

住址及联系电话：正义市富民小区 6 号楼 1 单元 301 室，电话 8188×××

问：许文，有些情况今天找你了解一下，根据法律规定，说假话、作伪证是要负法律责任的，希望你实事求是地讲，你听明白了吗？

答：听明白了，我实事求是地讲。

问：正义市爱家建筑安装工程有限公司的设立情况？

答：2009 年的时候，具体时间想不清了，李跃进和陈凯商量着成立一个建筑公司。当时该公司的工商注册登记手续和建筑资质手续都是陈凯他们去具体办理的，我都没有参与，也不清楚。

问：你什么时候知道你是该公司的法人代表？

答：李跃进和陈凯他们着手筹建该公司时，我就知道我是法人代表，因为筹建公司需要准备各种资料，包括法人代表、股东等个人资料。

问：股东有多少人？

答：股东有 3 人，我、周浩、陈凯。我是法人代表，陈凯是总经理，周浩是监事。

问：爱家建筑安装工程有限公司的注册资本是多少？

答：600 万元，每个股东 200 万元。

问：注册资本是怎么筹集的？

答：都是各个股东借的。

问：借的这些资金是怎么归还的？

答：当时借的这些资金在验资之后就马上归还了，至于具体怎么还的，我说不上来，财务上都有账，以账为准。

问：爱家建筑安装工程有限公司开展了哪些业务？

答：具体干哪些业务我说不上来，当时我作为法人代表，只是挂了个名，不管任何业务，顶多有时参加个会议。

问：以上是实话吧？

答：是。

以上记录我看过，属实。许文（签名）

2011 年 1 月 23 日

证据 8：询问笔录

正义市人民检察院询问笔录

时间：2011 年 1 月 17 日。

地点：正义市人民检察院询问室。

询问人员：张斌。

记录人：张惠。

被询问人：周浩，男，34 岁，汉族。

工作单位：洪山办事处机电市场经理。

住址及联系电话：正义市前园花园小区，电话 8186xxx

问：我们是正义市人民检察院的工作人员，今天找你调查了解有关情况，希望你实事求是地回答。根据法律规定，说假话、作伪证是要负法律责任的，

你听明白了吗？

答：听明白了，我实事求是地回答。

问：你与洪山办事处书记李跃进是什么关系？

答：李跃进是我家属李燕的大哥。

问：你与李跃进之间经济上有哪些交往？

答：经济上没有什么交往，就是我和他合伙成立了个爱家建筑安装工程有限公司。

问：你讲下这个公司的情况。

答：行。

问：这个公司是怎么设立的？

答：2009年初的时候，具体时间我想不清了，我大舅哥李跃进邀请我合伙成立爱家建筑安装工程有限公司，当时我同意了。公司成立时有三个股东，分别是许文、陈凯和我。许文是董事长，陈凯任经理，我是监事。公司成立时注册资本600万元，三个股东每人出资200万元，我出资的200万元当时是我亲戚朋友借的，验完资后，我出资的200万元被我抽出归还了亲戚朋友。

问：爱家建筑安装工程有限公司的设立，你实际投了多少钱？

答：公司成立时，我出资200万元，验完资后又被我抽走了，实际我们三个股东每人投了10万元作为公司的流动资金，这个公司我实际投资10万元。

问：你们这个公司开展了哪些业务？

答：具体开展业务情况我不清楚，当时主要是我大舅哥李跃进及陈凯去办理，平时我不去。

问：这个公司给你发工资及分红利了吗？

答：既没有给我发工资，也没有分红给我。

以上记录我看过，属实。周浩（签名）

2011年1月17日

证据9：询问笔录

正义市人民检察院询问笔录

时间：2011年1月9日。

地点：正义市人民检察院询问室。

询问人员：张斌。

记录人：张惠。

被询问人：陈凯，男，54岁，汉族。

工作单位: 黄山县房地产管理局, 原副局长。

住址及电话: 正义市昆明园小区 3 号楼 2 单元 901 室, 电话 8166xxx。

问: 我们是正义市人民检察院的工作人员, 今天找你调查了解有关情况, 希望你实事求是地回答。根据法律规定, 说假话、作伪证是要负法律责任的, 你听明白了吗?

答: 听明白了, 我实事求是地回答。

问: 谈一下你的个人情况?

答: 我叫陈凯, 男, 汉族, 54 岁, 大学文化程度, 原任黄山县房地产管理局副局长, 于 2009 年 2 月退休, 现住正义市昆明园小区 3 号楼 2 单元 901 室。

问: 你退休后干过什么工作?

答: 我退休后, 与李跃进搞了个爱家建筑安装工程有限公司。

问: 这个公司是怎么设立的?

答: 在我退休之前, 李跃进找我商量着一块搞个建筑公司, 因为我在黄山建委开发公司干过经理, 房地产开发搞得很好, 当时省政府在黄山专门开过现场研讨会, 李跃进曾经任黄山县常务副县长, 我俩认识, 当时我快退休了, 所以他找我一块搞建筑公司, 爱家建筑安装工程有限公司的工商注册登记都是李跃进去工商局跑的, 这套手续是在我退休之前就已经办理好了的, 公司的建筑资质手续是我具体办理的, 爱家建筑安装工程有限公司的建筑资质是二级资质, 这套手续是先报到市建委后, 再报省建工局批准, 当时资质是 2009 年 3 月份左右办下来的, 只有建筑资质批下来后, 公司才能开展业务。

问: 爱家建筑安装工程有限公司的注册资本是多少?

答: 当时的注册资本是 600 万, 注册资本都是李跃进一个人去借的, 至于他找谁借贷, 怎么借的, 我不清楚。

问: 公司有多少股东?

答: 公司股东有李跃进的妻子许文、还有李跃进的妹夫周浩, 加上我一共 3 个股东, 各占 1/3 的股份, 许文担任董事长, 我担任总经理, 周浩任监事会主席, 实际上许文和周浩只是顶了个名, 业务开展主要是李跃进负责搞。

问: 你是否向爱家建筑安装工程有限公司投入进资金?

答: 公司成立时, 我们几个股东每人投入了 10 万元的启动资金, 一共是 30 万元启动资金, 注册资金这块儿是李跃进弄的。

问: 爱家建筑安装工程有限公司的账务怎么管理?

答: 是由李跃进的姐夫熊学英管着账, 他在公司担任副经理兼财务科长。

问：你以上说的都是实话吗？

答：属实。

以上记录我看过，属实。陈凯（签名）

2011年1月9日

证据10：询问笔录

正义市人民检察院询问笔录

时间：2011年1月9日。

地点：正义市人民检察院询问室。

询问人员：张斌。

记录人：张惠。

被询问人：熊学英，男，55岁，汉族。

住址及联系电话：洪山办事处张王庄小区，电话8166×××。

问：我们是正义市人民检察院工作人员，今天找你了解有关情况，希望你实事求是回答。根据法律规定，说假话、作伪证要承担法律责任，你听明白了吗？

答：我听明白了。

问：谈一下你的个人情况。

答：我叫熊学英，男，汉族，大专学历，现住在洪山办事处张王庄小区，2009年1月成立爱家建筑安装工程有限公司时，担任副经理职务至今。

问：你谈一下爱家建筑安装工程有限公司的成立情况。

答：2009年初的时候，李跃进找着我，说他准备合伙搞个建筑安装公司，让我到公司干，主要是管管财务，因为我以前在单位上班时就干财务工作，对财务比较熟悉。当时公司成立后，我就到公司任副经理，主要就是管管账。

问：你谈一下建筑公司的人事情况。

答：公司成立时，有3个股东，分别是许文、周浩和陈凯。许文任董事长，陈凯任总经理。公司成立时的注册资金是600万元，三股东各200万元。

问：你谈一下公司注册资金的详细情况？

答：公司成立时注册资金600万元，全部到位，通过验资后才获准成立的公司，这在财务账上都有银行进账单，公司成立后这600万元马上就归还人家了。股东实际出资是30万元，每人10万元。注册资金是谁借、向谁借贷，这些情况我不太清楚。

问：你还有需要补充的吗？

答：没有了。

以上记录我看过，属实。熊学英（签名）

2011 年 1 月 9 日

证据 11：公司设立登记申请书

公司设立登记申请书

名称	正义市爱家建筑安装工程有限公司		
住所	正义市工业大道中段	邮编	668899
法定代表人	许文	职务	董事长
注册资本	600（万元）	公司类型	有限责任
实缴资本	600（万元）	出资方式	货币
经营范围	建筑安装工程施工（凭资质经营）		
营业期限	自 2009 年 01 月 24 日至 2019 年 01 月 23 日		
备案事项			
本公司依照《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国公司登记管理条例》设立，提交材料真实有效。谨此对真实性承担责任。 法定代表人签字：许文（签名） 2009 年 1 月 21 日			

证据 12：正义市诚信会计师事务所验资报告

正义市诚信会计师事务所验资报告

正诚会验字〔2009〕1002 号

正义市爱家建筑安装工程有限公司（筹）：

我们接受委托，审验了贵公司（筹）截至 2009 年 1 月 21 日止申请设立登记的注册资本实收情况。按照国家相关法律、法规的规定和协议、章程的要求出资，提供真实、合法、完整的验资材料，保护资产的安全、完整是全体股东及贵公司（筹）的责任。我们的责任是对贵公司（筹）注册资本的实收情况发表审验意见。我们的审验是依据《独立审计实务公告第 1 号——验资》进行的，在审验过程中，我们结合贵公司（筹）的实际情况，实施了检查等必

要的审验程序。

根据有关协议、章程的规定，贵公司（筹）申请登记的注册资本为人民币 6 000 000 元，由自然人股东许文、陈凯、周浩于 2009 年 1 月 21 日之前缴足。经我们审验，截至 2009 年 1 月 21 日止，贵公司（筹）已收到全体股东缴纳的注册资本合计人民币陆佰万元整（6 000 000），均为货币资金。

本验资报告供贵公司（筹）申请设立登记及据以向全体股东签发出资证明时使用，不应将其视为是对贵公司（筹）验资报告日后资本保全、偿债能力和持续经营能力等的保证，因使用不当造成的后果、与执行本验资业务的注册会计师及所在的会计师事务所无关。

附件 1：注册资本实收情况明细表

附件 2：验资事项说明

正义市诚信会计师事务所
(公章)

中国注册会计师：张三（签名）
中国注册会计师：李四（签名）
报告日期：2009 年 1 月 21 日

附件 1：注册资本实收情况明细表

被审验单位：正义市爱家建筑安装工程有限公司

截止：2009 年 1 月 21 日 单位：万元

投资者 名称	认缴注册资本		实际出资情况			
	金额	出资比例	货币资金	实物资产	无形资产	合计
许文	200	33.33%	200			200
周浩	200	33.33%	200			200
陈凯	200	33.33%	200			200
合计	600	100%	600			600

编制单位：正义市诚信会计师事务所（公章）

中国注册会计师：张三、李四（签名）

附件 2：验资事项说明

一、组建及审批情况

正义市建筑安装工程有限公司（筹）经正义市工商行政管理局以（正）名核准〔私〕字〔2009〕第 0074 号《企业名称预先核准通知书》核准，由自然人股许文、陈凯、周浩共同出资组建，现正申请办理工商注册登记。

二、申请的注册资本及出资规定

根据经批准的协议、章程规定，正义市爱家建筑安装工程有限公司申请的注册资本为人民币 6 000 000 元，由全体股东于 2009 年 1 月 21 日之前缴

纳，其中许文、陈凯、周浩各应出资 200 万，各占 33.33%，出资方式均为货币。

三、审验结果

截至 2009 年 1 月 21 日止，贵公司（筹）已收到自然人股东许文、陈凯、周浩 3 人投入的货币资金合计人民币 6 000 000 元，于 2009 年 1 月 21 日缴存于正义市洪山办事处洪山农村信用合作社爱家建筑安装工程有限责任公司（筹）验资专户（账号 20100114328）。

四、其他需要说明的事项

正义市建筑安装工程有限责任公司（筹）位于正义市工业大道中段，董事长及法定代表人为许文。

正义市诚信会计师事务所（公章）

证据 13：全国农村信用合作社进账单 3 张

证明：该进账单证明 2009 年 1 月 19、20、21 日正义市建筑安装工程有限责任公司（筹）（账号 20100114328）分别收到许文、陈凯、周浩投资款各 200 万元。

证据 14：正义市建筑安装工程有限责任公司企业法人营业执照

企业法人营业执照

注册号 3713002805009

名称：正义市建筑安装工程有限责任公司

住所：洪山区工业大道中段

法定代表人：许文

注册资本：陆佰万元

实收资本：陆佰万元

公司类型：有限责任公司

经营范围：建筑安装工程施工（凭资质经营）

成立日期：2009 年 1 月 24 日

营业期限：2009 年 01 月 24 日至 2019 年 01 月 23 日

正义市工商管理局（公章）

2009 年 1 月 24 日

证据 15：全国农村信用合作社电汇凭证 3 张

该电汇凭证内容为：付款单位为正义市建筑安装工程有限责任公司，收款单位分别是自然人王五、万六、何九，收款金额分别是 200 万、190 万、210 万，汇款用途分别是设备款、欠款、材料款，收款时间分别是 2009 年 1 月 21 日、1 月 23 日和 1 月 24 日。

证据 16：讯问笔录

正义市人民检察院讯问犯罪嫌疑人笔录

时间：2011 年 5 月 18 日 14 时至 15 时 10 分。

地点：正义市公安局看守所。

讯问人员：张正义。

记录人：魏公平。

问：我们是正义市人民检察院工作人员，现在依法对你讯问，你有义务如实回答。你听明白了吗？

答：明白了。

问：你还有什么要交代的吗？

答：没有。

问：你跟王大纳借过钱没有？

答：好像没借。

问：到底借还是没借？

答：让我想想（沉默 3 分钟）。喔，想起来了。2008 年 9 月，我儿子要出国留学，家里资金一下子周转不过来，我老婆许文问我怎么办，我说要不你找熟人先借借。后来她就找王大纳借了 10 万美元，打了借条，约定 2008 年年底还，后来因为资金紧张，一直没还上，听说王大纳也一直没有要。这件事情我开始不知道，后来我儿子到美国上学后我老婆告诉我才知道的。

问：你还有其他经济问题要交代吗？

答：没有了。

问：你看看以上记录与你讲的是否一样？

答：以上记录我看过，属实。

李跃进（签名）

2011 年 5 月 18 日

证据 17：借条

借 条

今向王大纳借款 10 万美元，2008 年年底还清。

许文（签名）
2008 年 7 月 15 日

证据 18：询问笔录

正义市人民检察院询问笔录

时间：2011 年 5 月 18 日 15 时至 16 时 10 分。

地点：正义市公安局看守所。

询问人员：张正义。

记录人：魏公平。

被询问人：许文。

问：我们是正义市人民检察院工作人员，现依法对你询问。按照我国法律规定，你有义务如实作证；如果故意作虚假陈述，要承担法律责任。你听明白了吗？

答：听明白了。

问：你丈夫李跃进跟王大纳借过钱没有？

答：没有。

问：你跟王大纳借过钱没有？

答：借过。

问：说说具体情况。

答：2008 年上半年，我儿子要出国留学，由于家里的钱存在银行为定期，提前支取利息不划算，我就与丈夫李跃进商量怎么办，他说要不让我找人借吧。当时他没有说具体找谁借，后来我想到，天地建筑公司老总王大纳最近一年多请我们吃过几次饭，比较熟，而且吃饭时还让我儿子拜他为干爹。因此，我就去找他，说现在手上资金周转不开，想借 10 万美元让儿子出国留学，他当场就答应了，说干儿子出国留学他这做干爹的当然得支持。第二天，他就把 10 万美元送到我家里，当时家里只有我在，收到钱后，我给他写了份借条，让他收好，并说年底就还清，他说让我转告李县长不用着急，什么时候还都行。

问：这钱你后来还了吗？

答：没有。

问：为什么没还？

答：因为手头一直很紧，而且王大纳也没有催。

问：以上说的是实话吗？

答：都是的。

问：你看看笔录，没有意见的话就签字。

答：以上笔录我看过，属实。

许文（签名）

2011年5月18日

证据 19：询问笔录

正义市人民检察院询问笔录

时间：2011年5月21日15时至16时10分。

地点：正义市公安局看守所。

询问人员：张正义。

记录人：魏公平。

被询问人：王大纳。

问：我们是正义市人民检察院工作人员，现依法对你询问。按照我国法律规定，你有义务如实作证；如果故意作虚假陈述，要承担法律责任。你听明白了吗？

答：听明白了。

问：你是做什么工作的？

答：我是搞建筑工程的，现在是天地建筑公司总经理。

问：据我们了解，李跃进的妻子许文曾经向你借过钱，有这回事吗？

答：这事有。

问：具体说说。

答：自2007年开始，我公司开始在黄山县承接建筑工程项目，随后我便认识了时任黄山县县长李跃进。认识后，我请他及其夫人、他儿子吃过几顿饭。我没有给他送过钱，只给他借过一次钱。2008年7月份的时候，他老婆许文找到我办公室，说家里儿子出国留学手头有点紧，能不能借点钱给周转下，我当时就答应了，说我干儿子要出国留学，别说借，就是给我这做干

爹的也高兴。第二天就把 10 万美金送到他家了，她老婆收的，并给我打了份借条。

问：你为什么要借钱给许文？

答：我之所以把钱借给李县长，是因为我在黄山县干工程，有时有些机关里的事情，需要黄县长打个招呼什么的；不过我们都是依法办事的，没有让李县长帮我们做任何违法的事情。

问：后来李跃进和他老婆给你还钱没有？

答：没有。

问：你催过没有？

答：我不好意思要。前几天，我听律师说，这钱想要也要不回了，因为已经超过诉讼时效了。后来我想，许文他儿子还叫我干爹了，就当我这个干爹送我干儿子上学了。

问：以上说的是实话吗？

答：都是的。

问：你看看笔录，没有意见的话就签字。

答：以上笔录我看过，属实。

王大纳（签名）
2011 年 5 月 21 日

证据 20：汇款凭证及相关证据

汇款凭证及相关证据可以证明：李跃进的儿子李传文于 2008 年 9 月赴美国南太平洋大学留学，10 万美金从国内许文的账户汇至美国李传文的账户，用于李传文在美国的学杂费、生活费。

（三）争议焦点

1. 李跃进为张王庄谋取了何种利益，本案是否有相关证据证明？
2. 李跃进收受张红军的钱和卡是否构成受贿罪？受贿数额是多少？
3. 李跃进是否“利用职务之便”为韩斌谋取了利益？
4. 李跃进收受韩斌钱财的行为是否构成受贿罪？如果受贿罪成立，受贿数额是多少？
5. 李跃进注册公司的相关行为是否构成犯罪？构成何种犯罪？
6. 本案中王大纳“借”给许文的 10 万美金能否认定为李跃进受贿所得？

三、实验案例3：黄河涉嫌职务侵占案

（一）西北省南山市公安局起诉意见书

西北省南山市公安局起诉意见书

〔2009〕南公预诉字第110号

犯罪嫌疑人黄河，男，汉族，大学文化，1972年5月24日出生，身份证号码110113197205240067，原南山木山自控设备有限公司业务员，暂住于南山市临海酒店公寓5-102。因涉嫌职务侵占罪于2010年11月24日经南山市人民检察院批准，于同年11月25日被南山市公安局执行逮捕，现羁押于南山市看守所。

经本局侦查终结，证实犯罪嫌疑人黄河犯有以下犯罪事实：2009年1月21日，黄河与木山公司签订劳动合同，成为该公司销售员。同时，黄河与该公司还签订了销售人员责任书，责任书约定员工离职时需按公司规定追缴所有应收货款或交接应收款的全部有效凭据。2010年4月25日，黄河以欺骗手段领用木山公司样品被公司辞退。2010年7月23日，黄河以木山公司销售员名义，将八达公司应付木山公司的货款人民币116982元结回并据为己有，其后被告人一直拒绝同木山公司联系。

上述犯罪事实清楚，证据确实、充分，足以认定。

犯罪嫌疑人黄河利用职务之便，故意将自己经手的公司财物据为己有，触犯了《中华人民共和国刑法》第二百七十一条之规定，构成职务侵占罪。现根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百三十九条的规定，将此案移送审查起诉。

此致

南山市人民检察院

南山市公安局（公章）

2011年1月5日

附：

1. 犯罪嫌疑人黄河现羁押于南山市公安局看守所。
2. 本案卷宗一册。

（二）证据材料

证据1：被告人黄河于2010年11月10日、11日的供述及辩解

2010年4月份，我被木山公司辞退后，公司有一部分工资和提成钱没

有给我结清，公司不承认欠我 15 万元左右，这个数是我算的，而且我当初经手的一些货款也没有结回来，公司的意思是等我经手的货款全部结回来以后，再说给我多少钱的事，因为这些客户都是我经手的，其中就包括北方八达公司。我去北方八达公司取支票的前一天下午 2 点左右，木山公司的朱美娥（我被辞退后，她接替我的）给我打了一个电话，她电话里说北方八达公司的货款支票下来了，让我去取一下。第二天，我直接去了北方八达公司财务室，一个女会计把一张金额为 11 万余元的转账支票给我了，让我签了个名字。我从北方八达公司出来后，就给木山公司的张红英经理打了一个电话，说支票在我手里，咱们先把公司欠我的钱算一下，再签一个协议，我就把支票给你们，否则这支票我就拿着了，钱不会给你们。因为没谈成，我就没交支票。会计说你愿意拿就拿着吧，我说那我可把支票里的钱取出来了，她说那你取吧，听她那意思是这钱我取不出来，拿着支票也没用。后来我给朋友孙成辉打电话，让他把现金兑出来，他说行，但要收 2% 手续费，我说行。后来到一个商业银行兑成了现金 114 000 元，另外 2 000 元交手续费。

我根本没欺骗公司私自领取样品销售，那是因为我与公司之间在提成款上经常发生矛盾，公司就找理由把我开了，我本来也不想干了，所以对于开除问题我也懒得理他们。

当时我的想法很简单，就是想要回公司欠我的钱，我觉得我的行为不属于犯罪。但几天以后，一直没人找我，我就感觉不对劲，我找了一个律师咨询，律师说我的行为已经违法了，如果对方报案，公安局就会抓我，我就害怕了，因此我就一直躲着。后来我老婆劝我不管有事没事先去公安局自首，我也感觉实在躲不下去了，就准备去公安机关如实说一下案子情况，看公安机关怎么办，结果刚下楼走到酒店大厅，就被警察抓住了。

签字 黄河

询问及记录人 谢党民 魏人民

证据 2：被害单位工作人员高英 2010 年 9 月 21 日的陈述

我叫高英，女，1958 年 2 月 21 日出生，汉族，南山市人，是木山公司副总经理。2010 年 4 月，公司发现黄河冒用客户的名义，从公司领取了价值 3、4 百元的温控器，私自销售，于是公司在 2010 年 4 月 25 日，在全公司范围内发布处罚通报，解除与黄河的劳动合同。2010 年 7 月 23 日黄河从八达公司结回货款，这是公司在 2010 年 8 月初与八达公司对账时发现的，但是黄河没有

将这笔 116 982 元的货款交回公司。

签字 高 英

询问及记录人 谢党民 魏人民

证据 3：证人宋海燕 2010 年 9 月 22 日的证言

我是宋海燕，女，1971 年 8 月 13 日出生，汉族，南山市人。我是木山公司财务经理。2010 年 7 月 22 日，黄河被辞退时，他所经手的一些客户还有些货款未结，按照公司“销售人员责任书”的规定，黄河有责任将这些货款继续结回或向公司交接应收款凭据。当时黄河负责的一个大的客户八达公司，有一笔 11 万余元的货款近期将支付。如果黄河将这 11 万余元货款结回，就按照公司支付项目津贴提成。在黄河即将结回这 11 万余元货款时，我与公司的商务部经理张红英一起针对应该支付给黄河的款项制作了清单，由我及公司的副总经理高英、张红英在 2010 年 7 月 22 日与黄河进行了核对，对此结账清单上的数据，黄河没有提出异议，并表示认同。但由于考虑不周，未让黄河在上面签字。黄河未将结回的 11 万余元货款交给公司，而且也再未与公司联系过。到后来，木山公司在与八达公司核对账目时，发现在 2010 年 7 月 23 日，黄河已经以木山公司名义将这 11 万余元货款结走，并转账到一家叫“南山伟豪保洁服务中心”的公司。木山公司与这家公司无任何关系，也不知道他为何要将这 11 万余元转账到该公司。

签字 宋海燕

询问及记录人 谢党民 魏人民

证据 4：证人张红英 2010 年 9 月 23 日的证言

我是张红英，女，1972 年 9 月 12 日出生，汉族，南山市人。我是木山公司商务部经理，2010 年 4 月，公司与黄河解除劳动关系，因黄河经手的一些客户还有些货款未结回，按照公司销售人员责任书的规定，黄河有责任将这些货款继续结回或向公司交接应收款凭据。当时黄河讲他所负责的八达公司有笔 11 万余元的货款，将在近期结回，而且按照公司支付项目津贴、提成等费用的规定，如果黄河把这 11 万余元结回，针对八达公司项目的总回款就达到支付这些费用的标准，在黄河将 11 万余元货款结回后，公司应支付他的相关费用。木山公司由财务制作清单，再经我核对，由公司副总高英同意，最终确认了黄河离职结账清单上的数据。在制作该清单后与黄河进行了核对，当时他表

示认同，并表示会尽快将 11 万余元的货款结回。但此后，黄河就无消息了，我公司也未收到这 11 万余元的货款。到 8 月份，我公司在与八达公司对账时，发现 7 月 23 日黄河就以木山公司名义将这 11 万余元结走了，并且转账到一家与我公司毫无关系的叫南山伟豪保洁服务中心的公司。我公司打电话向黄河询问此事，让其将货款交回公司，但他都不予理睬，拒绝将货款交回公司。

签字 张红英
询问及记录人 谢党民 魏人民

证据 5：证人宋婷婷于 2010 年 9 月 28 日的证言

我是宋婷婷，女，1984 年 7 月 4 日出生，汉族，南山市人。我是南山北方八达国际投资有限公司的出纳。2010 年 6 月，木山公司向八达公司催要货款，并提供了相应金额的增值税发票，公司项目部根据进度进行审核后，认为可以付款，就通知到财务部，我通知了项目部，告知让木山公司到财务部领取货款。过了 2、3 天后，木山公司的业务员黄河就到财务部，从我手里拿走了 116 982 元的转账支票，按照公司规定，让黄河在该支票票根上签了他的名字。这支票是兴业银行转账支票，开户人是八达公司，账号为 321040100100044917，支票号码为 45988716，把支票给黄河时，支票的收款人已经填写好，写的就是木山公司，日期是 2010 年 7 月 23 日。

签字 宋婷婷
询问及记录人 谢党民 魏人民

证据 6：证人刘伟于 2010 年 10 月 20 日的证言

我是刘伟，男，1984 年 7 月 22 日出生，汉族，北江人，个体经营者。我经营的南山伟豪保洁服务中心开户银行是南山商业银行。这张支票入账前的两三天，一个姓孙的网友打电话给我，说有一张十几万元的转账支票，这支票是他一个同事的，因为以前帮这个姓孙的网友串过一张支票，他这次也想让我帮忙把这张支票串成现金，就同意了。2010 年 7 月 27 日，这个姓孙的网友带着一个男子和我见面，那名男子给了我一张金额为 116 982 元的兴业银行的转账支票，自己当时有些担心这张支票的真伪，就让姓孙的网友和这名男子带着去了这张支票的出票银行，在那里核实了这张支票是真的，然后一起到南山商业银行将这张支票汇入南山伟豪保洁服务中心的账户内，我再从公司取了现金交

给这名男子。之后我把钱交给孙姓网友后，该男子当天就在商业银行闵行区支行分理处将那些钱存下，存钱的账户也是用他自己的身份证当场开的，这张支票交给我的时候背书已经填写好了，被背书人是木山公司。

签字 刘 伟

询问及记录人 谢党民 魏人民

证据 7：接报案及到案经过

2010 年 9 月 18 日，南山市公安局经侦支队接南山木山控设备有限公司法律顾问陈凯报案：2010 年 7 月 23 日，南山木山自控设备有限公司原业务员黄河利用结取应收款的职务便利，侵占该公司货款 116 982 元人民币。我局于 9 月 20 日立案侦查，2010 年 11 月 10 日，侦查人员在南山市豫园临海酒店大厅将正要外出的犯罪嫌疑人黄河抓获。

到案过程中，黄河始终予以配合，没有拒绝、阻碍、抗拒、逃跑行为。

南山市公安局经侦支队（公章）

2010 年 11 月 11 日

证据 8：兴业银行转账支票（实物略）

该支票内容为：收款人为：南山木山自控设备有限公司，金额为 116 982 元整。出票人为：北方八达国际投资有限公司，出票日期为 2009 年 7 月 23 日。

证据 9：北方八达公司的账户流水明细

可以证明的内容为：户名：南山北方八达国际投资有限公司，账户：3210400100044917，2010 年 7 月 27 日转账转出 116 982 元。

证据 10：南山商业银行股份有限公司闵行区支行客户对账单

可以证明的内容为：2010 年 7 月 27 日，南山伟豪保洁服务中心账户内被转入 116 982 元。

证据 11：南山商业银行一本通

可以证明的内容为：账号：020508000343864，户名：黄河，2010 年 7 月 27 日存入 110 000 元。

证据 12：南山商业银行储蓄取款凭条

可以证明的内容为：账号：020508000343864，户名：黄河，于 2010 年 7 月 28 日和 8 月 5 日，两次各被取走 4 万元。

证据 13：劳动合同

劳 动 合 同

甲方：南山木山自控设备有限公司

乙方：黄河，男，身份证号码：110113197205240067

根据《中华人民共和国劳动合同法》及有关法律法规规定，甲乙双方本着平等自愿、协商一致、合法公平、诚实信用的原则，签订劳动合同，并承诺共同遵守：

第一条 合同类型和期限

.....

第五条 劳动报酬

（一）乙方试用期的基本（固定）工资标准为 5 000 元/月，绩效工资根据乙方的业绩考核情况核定。

（二）乙方试用期满后，甲方应根据本单位的工资制度，确定乙方实行以下第 3 种工资形式：

1. 计时工资。乙方的工资由基本（固定）工资和绩效工资组成。基本（固定）工资为 元/月，绩效工资根据乙方的业绩考核情况核定。如甲方的工资制度发生变化或乙方的工作岗位变动，按新的工资标准确定。

2. 计件工资。甲方应制定科学合理的劳动定额标准，计件单价按甲方的有关制度为准。

3. 其他工资形式。具体约定如下：每月基础工资 10 000 元，销售分红 0.05%。

.....

本合同一式二份，自双方签字盖章之日起生效；双方各执一份。甲方应按规定建立职工名册备查，并向劳动部门办理备案手续。

甲方（公章）：南山木山自控设备有限公司 乙方（签字） 黄河
 签字日期：2009年2月21日 签字日期 2009年2月21日

证据 14：南山木山自控设备有限公司处罚通报

南山木山自控设备有限公司关于黄河的处罚通报

业务员黄河以欺骗手段领用公司样品，其行为在公司内外产生了恶劣影响，同时给公司造成了一定的经济损失。为加强职业道德建设，严肃公司纪律，经公司管理层决定，南山木山自控设备有限公司自即日起与黄河解除劳动合同。

南山木山自控设备有限公司（公章）
 2009年4月25日

证据 15：南山木山自控设备有限公司出具的黄河离职结账清单

可以证明的内容是：截至2010年7月22日，如果黄河将八达公司11万余元货款替公司追回，南山木山自控设备有限公司同意支付黄河46489元劳动报酬。说明：此结账清单上，收款人处黄河暂时没有签字。

证据 16：销售人员责任书

甲方南山木山自控设备有限公司于2009年1月21日与乙方黄河签订的责任书中第14条约定：乙方无论何种原因离职，均需按甲方规定追缴所有应收货款，或交接应收款的全部有效凭证，如没有有效凭证乙方必须追缴应收款，否则甲方有权要求乙方按造成甲方实际损失予以赔偿。

证据 17：南山木山自控设备有限公司出具证明及收据

此证明及收据证明：2010年11月13日，黄河爱人杨海燕到该公司归还了116982元货款。2010年11月16日，杨海燕代黄河收了该公司支付给黄河的提成费等46489元，并代为扣除相应税额9972元。

证据 18: 杨海燕 2011 年 1 月 20 日的证人证言

我是杨海燕，是黄河的妻子。当我得知我丈夫黄河将南山木山自控设备有限公司 11 万余元的支票兑现后，感觉这事有些不对劲，就劝说他先去公安机关说明情况，看公安机关怎么处理，后来他答应了，说自己将尽快去公安机关交代情况。后来他去没去公安局，我就知道了。再后来听律师说，他在去自首的路上被公安机关抓住了。

(三) 争议焦点

1. 黄河被开除后能否成为职务侵占罪的犯罪主体？
2. 黄河是否有侵占木山公司财物的主观心理？
3. 本案是民事经济纠纷还是刑事案件？
4. 如果构成犯罪，本案的自首能否成立？

四、实验案例 4: 陈诗祖、张成钢涉嫌绑架、敲诈勒索案

(一) 京都市南城区公安局起诉意见书

京都市南城区公安局起诉意见书

南公刑诉字〔2011〕第 32 号

犯罪嫌疑人陈诗祖，男，1990 年 5 月 19 日出生于江南省平潭县，汉族，初中文化程度，农民，户籍地为江南省平潭县扬河镇梅花村瓦屋村民组 40 号。因涉嫌犯敲诈勒索罪，于 2011 年 7 月 26 日被羁押，同年 8 月 31 日被逮捕。现羁押于京都市南城区看守所。

犯罪嫌疑人张成钢，男，1992 年 1 月 3 日出生于长江省平安市，朝鲜族，初中文化程度，无业，户籍地为长江省平安市乐园小区农基家属楼 3 单元 3 楼 303。曾因敲诈于 2010 年 9 月 27 日被京都市公安局西城分局行政拘留 14 日。现因涉嫌犯敲诈勒索罪，于 2011 年 7 月 26 日被羁押，同年 8 月 31 日被逮捕。现羁押于京都市南城区看守所。

犯罪嫌疑人陈诗祖、张成钢犯绑架、敲诈勒索一案，经群众举报，我局于 2011 年 2 月 26 日立案侦查，犯罪嫌疑人陈诗祖、张成钢已经抓获归案，现该案已经侦查终结。

经依法侦查查明，犯罪嫌疑人陈诗祖、张成钢和何浩（在逃）、张军（在逃）等人于 2011 年 2 月 26 日 5 时许，在京都市南城区半壁店后街一饭馆内，以王志军强奸何浩的女友陈艳为由，将王志军带至附近何浩的暂住地下室内，

对王志军进行殴打并持砍刀等物相威胁，逼迫王志军交付赔偿费。王志军被迫编造了自己驾车撞伤人需要就医资金的虚假理由，通过电话向其亲属求救。后犯罪嫌疑人陈诗祖和何浩胁持王志军回到王志军的住处，劫取其现金人民币2700元。当日14时许，犯罪嫌疑人陈诗祖、张成钢和何浩等人胁持王志军至位于本市南城区的消防总医院门口，准备从应王志军约定到该地的其亲属手中接收现金，因故未果，遂携带王志军的汽车钥匙、行驶证、驾驶证等物逃离现场。

后犯罪嫌疑人陈诗祖、张成钢及何浩等人多次电话联系王志军，向其索要现金人民币1万元，扬言若不给钱，将会继续对其实施殴打行为，并将继续留置其汽车钥匙、行驶证、驾驶证等物。2011年3月15日22时许，犯罪嫌疑人陈诗祖和何浩等人在本市南城区金玉歌厅门口，遇在此等候载车的王志军，遂继续向其索要现金人民币2000元，未果，后对王志军进行殴打，致王志军右手无名指第一节指骨骨折、右小指指骨可疑骨裂，经鉴定为轻微伤（偏重）。

上述犯罪事实清楚，证据确实、充分，足以认定。

犯罪嫌疑人陈诗祖、张成钢的行为已经触犯《中华人民共和国刑法》第二百三十九条、第二百七十四条之规定，构成绑架罪、敲诈勒索罪。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百二十九条的规定，现将此案移送审查起诉。

此致

京都市南城区人民检察院

京都市南城区公安局（公章）

2011年10月15日

（二）证据材料

证据1：犯罪嫌疑人陈诗祖于2011年7月26日的供述

在2011年2月底的一天，在陈艳说发现强奸她的人后，何浩就叫上我、张成钢、张军一起带着这个人来到我的租住地。陈艳摸了摸他的手，确认就是他强奸了她，何浩便叫我们打他，张成钢便先后打了他几嘴巴、踹了两脚。后来陈艳又不能肯定了，何浩说这个人有两千块钱在家，送派出所就拿不回来了。于是，何浩拿了一把日本武士刀，我拿了一把刀，张成钢拿了一根棍子，吓唬他，让他承认强奸的事，并告诉他，陈艳当时被拿走了两部手机，外出旅游的机票也被退了，要他拿1万元出来赔偿陈艳的损失。然后这个人便向家人打电话说出了交通事故，让把钱送到消防总医院门口。随后，何浩又单独叫着

我一起带着这个人到他的住处拿了 2 500 元钱。将他带回住处拿了钱之后，我与张成钢等人又带着他来到消防总医院。何浩先是扣留了此人的驾驶证和行驶证本，然后我与他一同见到他的家人，他跟家人说是撞车了，少则 5 000 元，但来的人与我和他发生了争吵，于是我便与张成钢等人离开了。

签字 陈诗祖

询问及记录人 王 勇 李 强

证据 2：犯罪嫌疑人张成钢于 2011 年 7 月 26 日的供述

我在 2011 年 3 月的一天，被陈诗祖叫到一家饭店，陈诗祖说老大何浩有点事要我们做。到了饭店后，在陈艳说有一个男的长得像强奸她的人后，何浩、我与陈诗祖等人就带着这个人一起回到住处。他不承认自己强奸陈艳，何浩、陈诗祖和我等人就动手打了他。后陈艳对我与张军说可能不是他，何浩、陈诗祖和我等人拿着刀和刀壳威胁这个人，说陈艳被强奸时被拿走了两部手机，并耽误了去海口，向他要损失费。这个人便向家人打电话说自己出了车祸，需要钱。随后，我便回屋睡觉了。直至中午 12 时左右，何浩又带着陈诗祖和我一起带着这个人开着他的车去了一家医院，我与何浩下车后打了一辆车等着，陈诗祖与他去了医院门口，我看见来的人要打陈诗祖，便与何浩等人离开了。

签字 张成钢

询问及记录人 王 勇 李 强

证据 3：被害人王志军向公安机关作的陈述

2011 年 2 月 26 日早晨 5 点多的样子，我在东阿饭店吃饭时，突然被进来的几个男的和—个女的怀疑强奸了那个女的，该女的还摸摸我手心说“像他”，后来我就与这些人一起来到了他们的住处。接着这些人就开始殴打我，并拿出 2 把刀威胁，向我要钱。我就以自己出了车祸为由向家里打电话，让家人拿 1 万元钱到消防医院。中午 12 时多，我与这些人一起回到自己在半壁店租的房里给他们拿了 2 700 元钱。后来我与这些人又一起来到消防医院，其中一个男的和—我一起见了我家里人，我小声对我妹妹说“110，报警”，但我妹妹没有听明白，我就故意与家里人吵架，这些人见这情形就跑了。

签字 王志军

询问及记录人 王 勇 李 强

证据4：被害人王志军辨认笔录

在公安机关提供的两张犯罪嫌疑人的图片（每张各有10位人头照片中），第一张图片中2号（陈诗祖）就是2011年2月26日拿砍刀威胁他的人，第二章图片中的6号（张成钢）就是当日拿棍子进行威胁他的人。

附：2张图片（略）

签字 王志军
侦查员 高哲人 林 花

证据5：证人王新艳（被害人王志军的妹妹）的证言

我叫王新艳，女，1991年8月24日出生，汉族，京都市人，住京都市洪山区新新公寓B座123号1203室。在2011年2月26日那天，大概中午十一点左右，我接到我二哥王志军的电话，他说他开车把人给撞了，在消防总医院，要一万块钱。我大哥王志刚也接到了电话。下午两点左右，我们俩赶到了消防总医院，看到二哥和一个陌生人在一起，他看到我俩后什么都没说，就问我们有没有带钱，我们俩说让我们先看看被撞的人，于是我们三个就吵了起来。然后大哥把二哥叫到一边，和他说了些什么，之后又打了个电话，后来那个陌生的东北人就借口走了。

证人 王新艳
询问及记录人 王 勇 李 强

证据6：证人王志刚（被害人王志刚的哥哥）的证言

我是王志刚，男，1986年1月23日出生，汉族，京都市人，住京都市洪山区新新公寓B座123号1201室。大概是在2011年2月26日，中午十一点吧，我接到我弟弟王志军的电话，我妹妹王新艳也接到了他的电话。他告诉我说他开车出车祸了，撞了人，现在在消防总医院，让我和妹妹赶紧送一万元过去。下午两点多我们俩到了医院，王志军看到我们之后也没说就问我们钱在哪里，他旁边还有一个东北人，我们都不认识，我说要先见见被撞的那个人，后来我们就吵了起来。我觉得事情有点不对劲，就把王志军拉到一边，他小声和我说“他们诈钱，赶快报警”，我又问他是怎么诈的，他没和我说实话，于是我就打了110，说有人打架，其实是想让警察来帮忙，之后那个东北人就借口离开了。

证人 王志刚
询问及记录人 王 勇 李 强

证据 7：证人李曼蔓（犯罪嫌疑人陈诗祖的女朋友）的证言

我是李曼蔓，女，1994 年 6 月 14 日出生，汉族，住京都市汉阳区路安小区 4 号楼 507 室。是在 2011 年 2 月 25 日左右，早上八点吧，何浩、小钢、陈诗祖、陈艳、小雨他们都来了，还带着一个陌生男子。进屋后，这名男子就蹲在地上，何浩问他女朋友陈艳这名男子是不是就是强奸他的人，陈艳说好像是，但是这个男的一口否认，小钢和陈诗祖就开始动手打他，逼他承认。然后陈诗祖拿出一把砍刀，威胁他让他说该怎么办，何浩让他赔偿两部手机损失费、陈艳去海南的路费还有精神损失费。后来何浩让他筹钱，那个男的就拿出手机打了个电话，和电话里的人说自己出了车祸，急需用钱。下午 1 点左右，陈诗祖和小钢等人就和他一起出去了。

证人 李曼蔓

询问及记录人 王 勇 李 强

证据 8：急救中心急诊病历

病历记载内容为：姓名：王志军，性别：男，就诊时间：2011 年 3 月 15 日 22：35。

主要诊断：软组织挫伤，右无名指第一节指骨骨折。

合并诊断：右小指一节指骨可疑骨裂。

处置：1. 右手正斜位；2. 请骨科会诊；3. 建议到眼科做进一步检查。

证据 9：被害人王志军人体损伤程度鉴定结论

人体损伤程度鉴定结论书

南法鉴〔2011〕第 28 号

姓名：王志军 性别：男 年龄：33

经本鉴定中心鉴定：被鉴定人右手无名指第一节指骨骨折、右小指指骨可疑骨裂，鉴定为轻微伤（偏重）。

京都市南城区法医鉴定中心
2011 年 3 月 16 日

证据 10：起赃经过

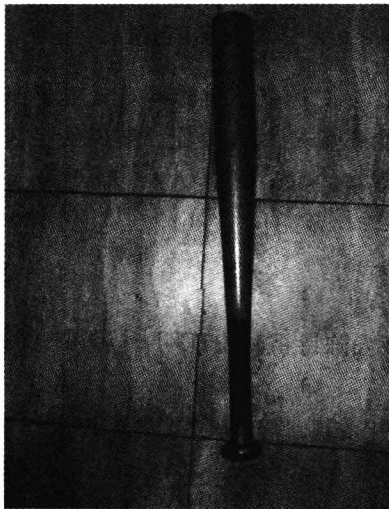
起 赃 经 过

2011年7月26日，我公安机关在抓获犯罪嫌疑人陈诗祖、张成钢的过程中，在其住所查获赃款人民币2700元，以及被害人王志军汽车钥匙、行驶证、驾驶证。公安机关随即将赃款赃物扣押。

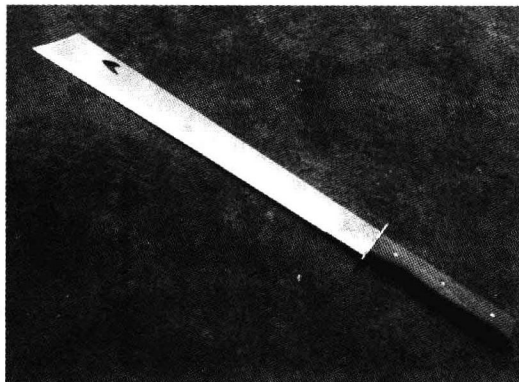
京都市南城区公安局刑事大队

2011年8月31日

证据11：犯罪嫌疑人张成钢作案所用“棍子”、犯罪嫌疑人陈诗祖作案所用砍刀



被告人张成钢作案所用“棍子”



犯罪嫌疑人陈诗祖作案所用砍刀

证据 12: 立案决定书

立案决定书

立字(2011) 07 号

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第八十三条之规定, 决定对抢劫、强奸陈艳案立案侦查。

京都市南城区公安局
2011 年 2 月 18 日

证据 13: 抓获经过

抓获经过

2011 年 2 月 26 日, 公安机关接到被害人王志军报案, 随即立案侦查。于 2011 年 7 月 26 日, 将犯罪嫌疑人陈诗祖、张成钢抓获, 并查获嫌疑人不法所得赃款及被害人物品。

京都市南城区公安局刑侦大队
2011 年 8 月 31 日

证据 14: 犯罪嫌疑人陈诗祖身份证明

户别: 农业户口; 户主姓名: 陈诗祖; 住址: 江南省平潭县扬河镇梅花村瓦屋村民组 40 号; 性别: 男; 民族: 汉; 出生日期: 1990 年 5 月 19 日; 出生地: 江南省; 身高: 173 厘米。(此证据由侦查机关向犯罪嫌疑人陈诗祖所在地公安机关调取)

证据 15: 犯罪嫌疑人张成钢身份证明

户别: 非农业户口; 户主姓名: 张成钢, 住址: 长江省平安市乐园小区农基家属楼 3 单元 3 楼 303; 性别: 男; 民族: 朝鲜族; 出生日期: 1990 年 1 月 3 日; 身高: 176 厘米。(此证据由侦查机关向犯罪嫌疑人张成钢所在地公安机关调取)

证据 16: 被害人王志军户口本复印件

户别：农业户口；户主姓名：王志军；住址：京都市南城区永安小区3号101室；出生日期：1978年6月14日；出生地：京都市；身高：178厘米。
(此证据由被害人王志军向公安机关提供)

(三) 争议焦点

1. 被告人陈诗祖、张成钢的行为构成一罪还是数罪？是何种罪名？
2. 本案是否存在主、从犯之分？
3. 本案影响犯罪嫌疑人量刑的情节有哪些？
4. 本案侦查机关收集的证据存在哪些瑕疵？

第四章 ■■■

模拟法庭实验 2：刑事二审程序

第一节 实验目的、案例及内容

一、实验目的

1. 掌握刑事上诉状、抗诉书、二审判决书、裁定书、二审辩护词、代理词等司法文书的撰写。
2. 掌握刑事二审普通程序开庭审理的基本环节和流程。
3. 提高法庭口头表达和应变能力。
4. 培养证据意识和证据运用能力。
5. 提高根据刑法和刑事诉讼法分析和解决案件的能力。
6. 培养法律职业伦理道德。

二、实验案例

本实验与前章实验 1 所采用的案例相同，并要求在实验 1 的基础上选择部分案例上诉或抗诉。

三、实验内容

根据中国刑法和刑事诉讼法的规定，对本教程模拟实验 1 的相关案件材料进行分析和讨论，并根据自己扮演的角色写作相关司法文书，组织和参与刑事诉讼二审开庭审判。

第二节 与本实验相关法律文书的写作

在刑事诉讼二审程序模拟实验中，与之相关的法律文书有刑事抗诉书、上诉状、二审代理词、辩护词和第二审刑事判决书、裁定书五种。其中二审代理词、辩护词与第一审程序中的代理词和辩护词的写法基本相同。因此，本节仅介绍刑事抗诉书、上诉状和第二审刑事判决书、裁定书的写作方法。

一、抗诉书

(一) 概念和法律依据

刑事抗诉书,是指人民检察院认为人民法院的刑事判决、裁定确有错误,依法提起抗诉时制作的法律文书。

我国《刑事诉讼法》第217条规定,地方各级人民检察院认为本级人民法院的第一审刑事判决、裁定确有错误的时候,应当向上一级人民法院提出抗诉。第221条规定,地方各级人民检察院对同级人民法院第一审判决、裁定的抗诉,应当通过原审人民法院提出抗诉书,并且将抗诉书抄送上一级人民检察院。上级人民检察院如果认为抗诉不当,可以向同级人民法院撤回抗诉,并且通知下级人民检察院。这是二审程序的抗诉。

我国《刑事诉讼法》第243条第3款规定,最高人民检察院对地方各级人民法院已经发生法律效力判决、裁定,上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力判决、裁定,如果发现确有错误,有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。这是再审程序的抗诉。

(二) 写作格式

二审程序抗诉书格式:

×××人民检察院 刑事抗诉书

×××检刑抗〔××××〕××号

×××人民法院以〔××××〕××号刑事判决书(裁定书)对被告人×××(姓名)×××(案由)一案判决(裁定)……(判决、裁定结果)。本院依法审查后认为(如果是被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审的判决而请求人民检察院提出抗诉的,应当写明这一程序,然后再写“本院依法审查后认为”),该判决(裁定)确有错误[包括认定事实有误、适用法律不当、审判程序严重违法],理由如下:

……(根据不同情况,从认定事实错误、适用法律不当和审判程序违法等几方面阐述理由。)

综上所述……(概括上述理由),为维护司法公正,准确惩治犯罪,依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百一十七条的规定,特提出抗诉,请依法判处。

此致

×××人民法院

×××人民检察院(院印)
××××年××月××日

附：

1. 被告人×××现羁押于×××（或者现住×××）。
2. 新的证人名单或者证据目录。

再审程序抗诉书格式：

**×××人民检察院
刑事抗诉书**

×××检刑抗（××××）××号

原审被告人……（依次写明姓名、性别、出生年月日、民族、出生地、职业、单位及职务、住址、服刑情况。有数名被告人的，依犯罪事实情节由重至轻的顺序分别列出。）

×××人民法院以〔××××〕××号刑事判决书〔裁定书〕对被告人×××（姓名）×××（案由）一案判决（裁定）……（写明生效的一审判决、裁定或者一审及二审判决、裁定情况）。经依法审查（如果是被告人及其法定代理人不服地方各级人民法院的生效判决、裁定而请求人民检察院提出抗诉的，或者有关人民检察院提请抗诉的，应当写明这一程序，然后再写“经依法审查”），本案的事实如下：

……（概括叙述检察机关认定的事实、情节。应当根据具体案件事实、证据情况，围绕刑法规定该罪构成要件特别是争议问题，简明扼要地叙述案件事实、情节。一般应当具备时间、地点、动机、目的、关键行为情节、数额、危害结果、作案后表现等有关定罪量刑的事实、情节要素。一案有数罪、各罪有数次作案的，应当依由重至轻或者时间顺序叙述。）

本院认为，该判决（裁定）确有错误（包括认定事实有误、适用法律不当、审判程序严重违法），理由如下：

……（根据情况，理由可以从认定事实错误、适用法律不当和审判程序严重违法等几方面分别论述。）

综上所述……（概括上述理由），为维护司法公正，准确惩治犯罪，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百四十三条第三款的规定，对×××法院（××××）××号刑事判决（裁定）书，提出抗诉，请依法判处。

此致

×××人民法院

×××人民检察院（院印）

××××年××月××日

附：

1. 被告人×××现服刑于×××（或者现住×××）。
2. 新的证人名单或者证据目录。

（三）注意事项

1. 刑事抗诉书分为二审抗诉书和再审抗诉书两种，二者在内容结构、制作要求和法律依据等方面略有不同，不可混同使用。在本模拟法庭实验中，需要制作的是二审抗诉书。

2. 再审抗诉书与二审抗诉书的不同主要体现在：（1）再审抗诉书需要列明原审被告人的基本情况，而二审抗诉书不需列明当事人情况。（2）再审抗诉书需要写明检察院审查后认定的案件事实，而二审抗诉书不需写明此事实。（3）再审抗诉书的法律根据是我国《刑事诉讼法》第243条第3款，而二审抗诉书的法律根据是我国《刑事诉讼法》第217条。

3. 无论是二审抗诉书，还是再审抗诉书，都不能增加原起诉书中没有指控的犯罪事实。

二、刑事上诉状

（一）概念和法律依据

刑事上诉状，是指刑事案件的当事人及其法定代理人，或者刑事被告人的辩护人和近亲属经被告人同意，不服地方各级人民法院的第一审判决、裁定，依照法定程序，在法定期限内，提出要求上一级人民法院撤销或变更原裁判的书面请求。

我国《刑事诉讼法》第216条规定，被告人、自诉人和他们的法定代理人，不服地方各级人民法院第一审判决、裁定，有权用书状或者口头向上一级人民法院上诉。被告人的辩护人和近亲属，经被告人同意，可以提出上诉。附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人，可以对地方各级人民法院第一审判决、裁定中的附带民事诉讼部分，提出上诉。对被告人的上诉权，不得以任何借口加以剥夺。

（二）写作格式

刑事上诉状

上诉人（填写姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业、工作单位和职务、住址等基本情况。）

法定代理人（填写姓名、性别以及与上诉人的身份关系等事项，有则写，

无则不写。)

辩护人(近亲属写明其姓名、性别、工作单位以及与上诉人的关系等;律师只写明其姓名、工作单位和职务。)

被上诉人(被上诉人是刑事自诉案件自诉人或被告人、刑事附带民事案件原告或被告,刑事公诉案件被告人提出上诉者不列被上诉人。填写姓名等基本情况。)

上诉人因×××(案由)一案,不服×××人民法院××××年××月××日〔××××〕××字第××号刑事判决(或裁定),现提出上诉。

上 诉 请 求

……(填写具体的上诉请求)

上 诉 理 由

……(对一审判决或裁定不服的具体内容,阐明上诉的理由和法律依据。)

此致

×××人民法院

上诉人×××

××××年××月××日

附:本上诉状副本××份。

(三) 注意事项

1. 在刑事公诉案件中,被告人提出上诉的,在刑事上诉状中只写上诉人,不写被上诉人,即不能把检察机关作为被上诉人。

2. 上诉请求要明确、具体,即要求第二审人民法院部分或全部撤销原审裁判,或者要求第二审人民法院重新审理,改变原审裁判。

3. 上诉理由要有针对性,即应当明确指出第一审裁决的不当之处,并对此进行辩驳。叙述上诉理由应当摆事实、讲道理,要有的放矢,并引用相关法律作为依据。

4. 上诉状中结尾致送的法院是作出一审裁判法院的上一级法院。

三、刑事二审判决书、裁定书

(一) 概念和法律依据

刑事二审判决、裁定书,是第二审人民法院根据当事人的上诉或者人民检察院的抗诉,依照我国《刑事诉讼法》规定的第二审程序,对第一审人民法院尚未发生法律效力判决进行审查后作出的裁判性文件。

我国《刑事诉讼法》第225条第1款规定，第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件，经过审理后，应当按照下列情形分别处理：（1）原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判；（2）原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判；（3）原判决事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

（二）写作格式

第二审刑事判决书（供二审改判）样式：

×××人民法院 刑事判决书

〔××××〕×××刑终字第×××号

原公诉机关×××人民检察院。

上诉人（原审被告）……（写明姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址和因本案所受强制措施情况等，现在何处）。

辩护人……（写明姓名、工作单位和职务）。

×××人民法院审理被告人……（写明姓名和案由）一案，于××××年××月××日作出〔××××〕×××刑初字第×××号刑事判决。被告人×××不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，公开（或不公开）开庭审理了本案。×××人民检察院检察长（或员）×××出庭支持公诉，上诉人（原审被告）×××及其辩护人×××、证人×××等到庭参加诉讼。本案现已审理终结（未开庭的改为：“本院依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结”）。

……（首先概述原判决的基本内容，其次写明上诉、辩护的主要意见，最后写明检察院在二审中提出的新意见。）

经审理查明，……（写明原判决认定的事实、情节，哪些是正确的或者全部是正确的，通过分析主要证据加以确认；哪些是错误的或全部是错误的，否定的理由有哪些。如果上诉、辩护等对事实、情节提出异议，应予以重点分析答复。）

本院认为，……（根据二审确认的事实、情节和有关规定，论证原审被告是否犯罪，犯什么罪；一案多人的还应分清各被告人的地位、作用和刑事责任，应否从宽或从严处理。指出原判决的定罪量刑哪些正确、哪些错误，或者全部错误。对于上诉、辩护等关于适用法律、定罪量刑方面的意见和

理由，应当有分析地表示采纳或者予以批驳。）依照……（写明判决所依据的法律条款项）的规定，判决如下：

……〔写明判决结果。分两种情况：

第一，全部改判的，表述为：

“一、撤销×××人民法院〔××××〕×××刑初字第×××号刑事判决；

二、上诉人（原审被告）×××（写明改判的内容）。”

第二，部分改判的，表述为：

“一、维持×××人民法院〔××××〕×××刑初字第×××号刑事判决的第××项，即……（写明维持的具体内容）；

二、撤销×××人民法院〔××××〕×××刑初字第×××号刑事判决的第××项，即……（写明撤销的具体内容）；

三、上诉人（原审被告）×××……（写明部分改判的内容）。”〕

本判决为终审判决。

审判长×××

审判员×××

审判员×××

××××年××月××日

（院印）

本件与原本核对无异

书记员×××

刑事二审裁定书（供二审维持原判用）样式：

×××人民法院

刑事裁定书

〔××××〕×××刑终字第×××号

原公诉机关×××人民检察院。

上诉人（原审被告）×××（写明姓名、性别、出生年月日、民族、出生地、文化程度、职业或者工作单位和职务、住址和因本案所受强制措施情况等，现羁押处所）。

辩护人×××（写明姓名、工作单位和职务）。

×××人民法院审理×××人民检察院指控原审被告人×××犯×××罪一案，于×××年××月××日作出〔××××〕×××刑初字第×××号刑事判决。原审被告人×××不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，公开〔或者不公开〕开庭审理了本

案。×××人民检察院指派检察员×××出庭履行职务。上诉人〔原审被告×××及其辩护人×××等到庭参加诉讼。现已审理终结。

……（首先概述原判决认定的事实、证据、理由和判决结果；其次概述上诉、辩护的意见；最后概述人民检察院在二审中提出的新意见）。

经审理查明，……（首先写明经二审审理查明的事实；其次写明二审据以定案的证据；最后针对上诉理由中与原判认定的事实、证据有异议的问题进行分析、认证）。

本院认为，……（根据二审查明的事实、证据和有关规定，论证原审法院判决认定事实、证据和适用法律是正确的。对于上诉人、辩护人或者出庭履行职务的检察人员等在适用法律、定性处理方面的意见，应当逐一作出回答，阐明不予采纳的理由）。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

审判长×××

审判员×××

审判员×××

××××年××月××日

（院印）

本件与原本核对无异

书记员×××

刑事裁定书（供二审查回重审用）样式：

×××人民法院

刑事裁定书

〔××××〕×××刑终字第×××号

原公诉机关×××人民检察院。

上诉人（原审被告）……（写明姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址和因本案所受强制措施情况等，现在何处）。

辩护人……（写明姓名、工作单位和职务）。

×××人民法院审理被告人×××（写明姓名和案由）一案，于××××年××月××日作出〔××××〕×××刑初字第×××号刑事判决，认定被告人×××犯×××罪，

判处……（简写判处结果）。被告人×××不服，以……（简写上诉的主要理由）为由，提出上诉。本院依法组成合议庭审理了本案（经过开庭审理的，还应写明庭审形式和到庭参加诉讼的人员）。

本院认为，……（简述原判事实不清，证据不足，或者严重违法法律程序的情况）。依照……（写明裁定所依据的法律条款项）的规定，裁定如下：

- 一、撤销×××人民法院〔××××〕×××刑初字第×××号刑事判决；
- 二、发回×××人民法院重审。

审判长×××

审判员×××

审判员×××

××××年××月××日

（院印）

本件与原本核对无异

书记员×××

（三）注意事项

1. 第二审法院刑事判决书的标题与第一审刑事判决书一样，只是表示编号审级的“刑初字第”改为“刑终字”。

2. 上诉人或抗诉人的称谓及身份事项，需根据不同情况决定：（1）在检察机关抗诉而被告人未上诉的情况下，要在第一项写“抗诉机关”，第二项写“原审被告入”。（2）在被告人上诉而检察机关未抗诉的情况下，第一项写“原公诉机关”，第二项写“上诉人（原审被告入）”。（3）未成年人被告人的法定代理人提出上诉的，第一项写“原公诉机关”，第二项写“上诉人”，并用括号注明其与被告人的关系，第三项写“原审被告入”。（4）被告人的辩护人或者近亲属经过被告人同意提出上诉的，第一项写“原公诉机关”，上诉人仍为原审被告入。（5）共同犯罪案件中的个别或部分被告人提出上诉的，第一项写“原公诉机关”，第二项写“上诉人”，并分别用括号注明他们在原审中的地位，如“上诉人（原审被告入）”，对没有提出上诉的被告人，在第三项写“原审被告入”。（6）人民检察院和被告人同时提出抗诉和上诉的，根据最高人民法院的司法解释，应按抗诉程序进行审理。因此，第一项写“抗诉机关”，第二项写“上诉人”，并用括号注明他们在原审中的地位。（7）附带民事诉讼的当事人提出上诉的，第一项写“上诉人”，第二项写“被上诉人”，并用括号注明他们在原审中的诉讼地位。

3. 刑事二审有开庭审理与不开庭审理两种。如果开庭审理，则在案件来源部分参照第一审判决书的写法；如果不开庭审理，则应写为“本院依法组

成合议庭后，经过阅卷、讯问被告人，听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见，认为事实清楚，决定不开庭审理”。

4. 二审刑事判决书叙事要有针对性，说理观点要明确，并且不能脱离上诉、抗诉的理由写事实。

5. 在第二审判决中，应注意不能使两个互相矛盾的判决内容同时存在。凡属二审改判的刑事案件，判决结果部分都要坚持先撤销原判，再写如何改判。

6. 第二审判决和裁定一般为终审判决和裁定，因此在裁判结果的下一行要写明“本判决（裁定）为终审判决（裁定）”。但是，根据我国《刑法》第63条第2款规定，犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。此外，所有的死刑案件均需最高人民法院核准。因此，对这些二审案件应将“本判决（裁定）为终审判决（裁定）”改写为“本判决（裁定）依法报请最高人民法院核准后生效”。

第三节 实验操作步骤及注意事项

刑事二审程序是第二审人民法院根据上诉人的上诉或者人民检察院的抗诉，就第一审人民法院尚未发生法律效力判决或裁定认定的事实和适用的法律进行审理时所应当遵循的步骤和方式、方法。与前述刑事一审模拟法庭实验相呼应，本模拟实验集中于公诉案件二审程序的启动和二审开庭审理两个主要环节。本实验具体操作步骤如下：

一、确定参与实验的人员及角色

本实验在实验1的基础上进行。因此，本实验与实验1的参与人数相同，只是部分人员的称呼发生了变化，如被告人可能变成了上诉人，公诉人变成了检察员。在刑事一审、二审司法实践中，法官、书记员、法警等是不同的，当事人是相同的，代理人、辩护人则有可能相同，也有可能不同。

注意事项：

1. 角色的分配要体现机会均等原则，做到程序公正。
2. 在本模拟实验中，可以根据实验人数和实验1的结果之需要，除法官、书记员、法警、公诉人（检察员）必须更换以外，当事人、代理人、辩护人等可以更换，也可以不更换。

3. 二审中，原审已经出庭作证的证人与鉴定人是否出庭，取决于控辩双方的意见。原则上对一审时提供的证言和鉴定结论无异议时，证人和鉴定人在二审时不必出庭。

二、分析、讨论案情

在二审实验人员及角色确定后，可以将参与本实验的学生分成法官组（法官、书记员、法警）、控诉组（检察员、被害人及代理人）、辩护组（被告人及辩护人），分别就该案中的一些重点、疑难问题进行讨论，以决定二审诉讼对策。

注意事项：

1. 如果是前面没有参与实验1的学生参与本实验，则在分析讨论案情之前首先要做的是阅卷。此阶段的阅卷最好以一审判决书为切入点，先从宏观上把握本案，然后查阅一审起诉书、公诉词、辩护词、代理词，最后查阅证据材料。

2. 此阶段对案件讨论之前，诉讼各方首先需要明确以下三点：（1）控方起诉书指控什么？（2）辩方的辩护要点是什么？（3）一审判决书认定什么？对控辩双方的意见是什么？然后在此基础上，总结归纳一审中控辩审三方的分歧，最后围绕着这些分歧进行讨论，以明确各自在二审中的目标和诉讼对策。

三、辩护组上诉或公诉组抗诉

1. 辩护组和公诉组的学生针对模拟实验1的判决结果，决定是否提起上诉和抗诉。基于实验之需要，原则上在模拟实验1中败诉的一方必须提起上诉或抗诉。特殊情况下，由指导教师决定。

2. 辩护组起草上诉状，或者公诉组起草抗诉书。上诉状和抗诉书的制作方法参加本章第二节。

3. 向二审法官组递交书面上上诉状、抗诉书。

注意事项：

1. 有权上诉的主体

根据我国《刑事诉讼法》第216条的规定，有权提起上诉的主体是：上诉人；被告人或者其法定代理人；经被告人同意的辩护人及其近亲属；附带民事诉讼部分的当事人及其法定代理人。

2. 有权抗诉的主体

我国《刑事诉讼法》第217条规定，地方各级人民检察院认为本级人民

法院第一审的判决、裁定确有错误的时候，应当向上一级人民法院提出抗诉。第218条规定：“被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审判决的，自收到判决书后五日以内，有权请求人民检察院提出抗诉。人民检察院自收到被害人及其法定代理人的请求后五日以内，应当作出是否抗诉的决定并且答复请求人。”对此，需要特别注意的是：

(1) 有权对一审未生效判决、裁定抗诉的机关，是与一审人民法院同级的人民检察院。在本模拟实验中，我们拟采取抗诉书的制作主体与二审时支持抗诉的主体合二为一的做法。

(2) 被害人及其法定代理人不享有上诉权，只享有申请抗诉权。而且其申请抗诉是否能引起人民检察院的抗诉，由人民检察院决定。

3. 二审程序提起的期限

《刑事诉讼法》第219条规定：“不服判决的上诉和抗诉的期限为十日，不服裁定的上诉和抗诉的期限为五日，从接到判决书、裁定书的第二日起计算。”

4. 第二审程序提起的方式

根据我国《刑事诉讼法》第216条规定，上诉可以用书状和口头两种形式提出。无论以哪种形式提出，人民法院均应受理。口头上诉的，人民法院应当制作笔录。根据《刑事诉讼法》第221条规定，地方各级人民检察院对同级人民法院第一审判决或裁定的抗诉，只能以抗诉书的形式提出，不能采用口头形式。

在本模拟实验中，拟采取上诉、抗诉直接向二审法官组提出的方式。

5. 第二审程序提起的理由

我国《刑事诉讼法》对提出上诉的理由没有作任何限制，上诉人只要在法定期限内提出上诉，无论有无理由，均可以启动第二审程序。而根据《刑事诉讼法》第217条规定，人民检察院提起抗诉时，必须以“本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误”为理由。因此，在第二审程序提起的理由上，单纯就法律本身的规定而言，上诉是不需要理由的，而抗诉需要证明“第一审的判决、裁定确有错误”。但是，从实践的角度来看，不管上诉和抗诉的理由是否正确，当事人的上诉和检察院的抗诉都必然启动第二审程序。

四、二审程序中法官组庭前准备工作

法官组在收到上诉状或抗诉书后，应当做好如下准备工作：

1. 确定开庭审判日期及地点。

2. 在开庭3日前，将开庭通知书、开庭传票和出庭通知书分别送达检察机关、当事人和辩护人、法定代理人、证人、鉴定人、勘验检查笔录制作人、

翻译人员等。公开审判的案件还应发布开庭公告。

3. 承办法官认真阅卷，制作《阅卷笔录》。其他合议庭成员阅卷时，可以就《阅卷笔录》和庭审提纲提出修改意见。审判长认为开庭前需要就案件的有关问题进行合议的，可以召集合议庭评议。

注意事项：

根据我国《刑事诉讼法》第223条规定，二审审判方式有开庭审理和不开庭审理两种。开庭审理，是指第二审人民法院在合议庭的主持下，由检察人员和诉讼参与人参加，通过法庭调查和辩论、评议、宣判的方式审理案件。根据《刑事诉讼法》及相关司法解释的规定，二审适用开庭审理的案件主要有四类：一是被告人、自诉人及其法定代理人对第一审认定的事实、证据提出异议，可能影响定罪量刑的上诉案件；二是一审判处死刑的案件；三是人民检察院依法提起抗诉的案件；四是其他应当开庭审理的案件。调查讯问的审理方式，是指第二审人民法院的合议庭对上诉案件，经过阅卷，讯问被告人，在听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见后，认为案件事实清楚的，可以不开庭审理即作出判决或裁定的审理方式。为了增强庭审效果，本模拟实验原则上要求开庭审理。

五、开庭审理

除有特别规定外，刑事二审程序的开庭审理基本上与一审开庭审理相同。因此，除有特别说明外，本实验此阶段的操作步骤绝大部分与实验1相同。具体操作步骤如下：

（一）开庭准备和宣布开庭

1. 开庭前准备。书记员应先期到达法庭，做好开庭前准备工作。
2. 请审判长、审判员入庭和报告庭审前准备情况。准备工作就绪后，书记员向审判长报告：法庭准备工作就绪，请审判长主持开庭。
3. 审判长核对确认出庭人员的身份。经核对出庭人员的身份并确认无异后，即宣布：经法庭当庭核对确认，出庭的人员符合法律规定，准予参加本案的庭审活动。
4. 传唤被告人并查明情况。
5. 宣布开庭、案名、案件由来、审理程序和方式：
 - （1）审判长先敲击法槌，然后宣布：xxx人民法院现在开庭！
 - （2）宣告案名：本庭现审理的是：抗诉机关（原公诉机关）xxx人民检察院指控原审被告人（上诉人）xxx犯xxx罪一案。（原一审案名中的“公诉

机关”和“被告人”的称谓根据抗诉或上诉的情况确定。)

(3) 宣告案由: ×××(抗诉机关或者上诉人)因本案,不服×××人民法院于××××年××月××日作出的(××××)××号判决,于××××年××月××日向本院提起抗诉(上诉);本院于××××年××月××日受理本案。(有关延长审限等程序上的情节也可以一并说明。)

(4) 宣告审理的方式和程序:依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第三编第三章的规定,本庭按照第二审程序,公开开庭审理本案。如案件不公开开庭审理的,应当予以宣告并说明理由。

6. 介绍审判人员、书记员和检察员。有翻译人员的,一并介绍和说明。

7. 征询申请回避意见。审判长逐一询问各方当事人:是否申请合议庭成员和书记员、检察人员回避?一旦当事人提出回避申请,应当要求其说明理由,并依照法定程序处理。有翻译人员的,一并征询当事人是否申请回避。

8. 审判长宣布开始法庭调查。

注意事项:

在共同犯罪案件中,只有部分被告人上诉或者人民检察院只就第一审人民法院判决中对部分被告人的定罪量刑提出抗诉的,其他同案被告人也可以委托辩护人,二审法院应当一并审理。

(二) 法庭调查

1. 审判长宣布开始法庭调查。由审判长宣布:现在进行法庭调查。(如有必要,合议庭可以告知法庭调查的顺序。)

2. 审判长宣读原审判决书。(法庭如认为没有必要宣读原审判决书的,可以从简或者省略。)

3. 在审判长的主持下由上诉人陈述上诉理由,然后由检察人员发表意见,最后由没有上诉的共同犯罪人陈述意见。

4. 讯问和发问。经征询确认检察人员需要讯问被告人的,审判长宣布:由检察人员讯问被告人。经征询确认被告人的辩护人要求向被告发问的,审判长宣布:由辩护人发问。经确认当事人之间要求向对方发问的,经法庭准许,当事人相互发问。最后,在必要时法庭可以依职权讯问被告人。

5. 审判长归纳控辩双方的争点及法庭调查的重点,指示控辩双方围绕争点进行法庭调查。

6. 控辩双方根据当庭举证的具体要求当庭出示证据,并说明证据的来源,证明对象等。

7. 当庭质证。举证方举证完毕，组织质证方质证。

8. 认证。经当庭举证、质证后，合议庭当庭或者休庭进行评议，对证据进行审查核实并做出认证结论。

9. 其他事项的调查。控辩双方申请调查其他事实和审查其他证据的，经法庭评议许可后，组织当庭举证、质证。如果法庭经评议认为无调查或者审查必要的，可以驳回申请。

10. 宣布法庭调查结束。经确认各方没有新的证据提供和其他事实需要调查后，审判长宣布：法庭调查结束，进入法庭辩论阶段。

注意事项：

1. 控辩双方陈述的次序是：先由上诉人陈述上诉理由或者检察人员宣读抗诉书；如果既有上诉又有抗诉，先由检察人员宣读抗诉书，再由上诉人陈述上诉理由。如果是共同犯罪案件，没有上诉的人最后陈述意见。

2. 我国《刑事诉讼法》第222条规定，第二审人民法院应当就第一审判认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。共同犯罪的案件只有部分被告人上诉的，应当对全案进行审查，一并处理。据此，我国刑事二审贯彻的是全面审查原则。但即便如此，二审法庭调查的重点应当是控辩双方有争议和分歧的问题。

3. 二审开庭审理中举证、质证的顺序和规则与一审开庭审理基本相同。不过，实践中对于一审已经调查过的证据，如果控辩双方没有分歧，二审时对这些证据一般不再进行法庭调查；反之，要进行法庭调查。

4. 在二审开庭审理时，控辩双方在原起诉书的范围内，可以提出新的事实和证据。

（三）法庭辩论

1. 审判长宣布：现在进行法庭辩论。

2. 控辩双方进行辩论。

3. 在确认各方辩论意见陈述完毕后，审判长宣布：法庭辩论结束。

注意事项：

1. 审判长在宣布进入法庭辩论时，可以根据案件情况确定法庭辩论的焦点，指示控辩双方围绕焦点展开辩论并强调法庭辩论规则：在法庭辩论中，辩论发言应当经法庭许可；注意用语文明，不得使用讽刺、侮辱的语言；语速要适中，以便法庭记录；发言的内容应当避免重复。

2. 控辩双方法庭辩论的次序是：上诉案件，先由上诉人、辩护人发言，再由检察人员及对方当事人发言；抗诉案件，先由检察人员发言，再由上诉人和其他辩护人发言；既有上诉又有抗诉的，先由检察人员发言，再由上诉人及其辩护人发言，然后依次进行辩论。对于共同犯罪案件中没有提出上诉的被告人，或者是没有被抗诉的被告人，也应当让其参加法庭调查、法庭辩论。

3. 在第一轮法庭辩论结束后，审判长可以根据实际情况决定是否进行下一轮辩论；如果进行下一轮辩论，应当强调辩论发言的内容不得重复。

（四）被告人最后陈述

1. 审判长宣布由原审被告人作最后陈述。
2. 原审被告被告人作最后陈述。

注意事项：

在被告人作最后陈述时，合议庭成员应当认真、耐心地听取被告人陈述，一般不宜打断其发言。但是，若被告人的陈述不断重复或者与案件无关，或者有损国家、社会公共利益的，应当制止。若被告人的最后陈述又涉及新的事实，必要时应恢复法庭调查或延期审理。

（五）休庭、评议和宣判

1. 宣布休庭。审判长先宣布：现在休庭。然后敲击法槌。宣布休庭后应告知检察人员和当事人复庭的时间；如果决定不当庭宣判的，应当告知宣判的时间或者作如下交代：宣判时间另行通知。

2. 评议。决定当庭宣判的，应于休庭后立即进行评议。评议后，合议庭应当依照规定的权限，及时对经评议形成一致或者多数意见的案件作出判决或者裁定。

3. 法官入庭，宣布继续开庭。程序是：

（1）庭审准备就绪，书记员宣布：全体起立！请审判长、审判员（人民陪审员）入庭。

（2）待合议庭成员坐定后，书记员再宣布：请坐下。

（3）审判长敲击法槌后，即宣布：现在继续开庭。

4. 宣判。在审判长宣告裁判结果（主文）前，由书记员宣布：全体人员起立。宣读完毕，审判长敲击法槌；然后书记员宣布：请坐下。

5. 宣布闭庭。审判长宣布：庭审结束。现在宣布——闭庭！然后敲击法槌。随后由书记员宣布：全体起立！

待合议庭成员退庭后，书记员宣布：散庭。

检察人员、诉讼参加人和旁听人员退庭。

注意事项：

1. 二审裁判须遵守上诉不加刑原则

上诉不加刑，是指第二审人民法院审判仅有被告人一方提出上诉的案件时，不得以任何理由改判重于原判决所判刑罚的审判原则。根据我国《刑事诉讼法》第226条规定，该原则仅适用于只有被告人或者其法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件；如果是人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的，则不受上诉不加刑原则的限制。贯彻上诉不加刑原则，应当遵守如下规定：

(1) 共同犯罪案件，只有部分被告人提出上诉的，既不能加重提出上诉的被告人的刑罚，也不能加重其他同案被告人的刑罚。

(2) 对原判认定事实清楚、证据充分，只是认定的罪名不当的，在不加重原判刑罚的情况下，可以改变罪名。

(3) 对被告人实行数罪并罚的，不得加重决定执行的刑罚，也不能在维持原判决决定执行刑罚不变的情况下，加重数罪中某罪的刑罚。

(4) 对被告人判处拘役或者有期徒刑宣告缓刑的，不得撤销原判决宣告的缓刑或者延长缓刑考验期。

(5) 对事实清楚、证据充分，但判处的刑罚畸轻，或者应当适用附加刑而没有适用的案件，不得撤销第一审判决，直接加重被告人的刑罚或者适用附加刑，也不得以事实不清或者证据不足发回第一审人民法院重新审理。必须依法改判的，应当在第二审判决、裁定生效后，按照审判监督程序重新审判。

2. 二审裁判结果

根据《刑事诉讼法》第225条至第227条规定，第二审法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件进行审理后，应按下列情形分别作出处理：

(1) 原判决认定事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，量刑适当的，应当裁定驳回上诉或抗诉，维持原判。

(2) 原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误或者量刑不当的，第二审法院应当依法改判。

(3) 原判决事实不清或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

(4) 发现一审法院有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判：违反法律有关公开审判的规定的；违反回避制度的；剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正

审判的；审判组织的组成不合法的；其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。

（六）当事人等审阅笔录并签字

1. 散庭后，书记员向诉讼参加人交代阅读笔录的时间和地点。能够当庭阅读庭审笔录的，请诉讼参加人阅读并签名。

2. 辩护人、代理人、当事人、证人、鉴定人阅读、审核笔录，确认无误后在笔录上签名。

注意事项：

1. 每一次休庭后，书记员应要求当事人等核对庭审笔录，并在审判笔录上签字。

2. 在笔录上签名时，除刑事被告人需在笔录上捺指印外，其他人员只需手写签名。

六、庭后诉讼文书的整理及归档

在开庭审理完毕后，参与实验的诉讼各方应完成相关诉讼文书的写作和归档，具体是：

1. 扮演检察员的学生应当将修改后的二审出庭意见书提交给法官组。二审出庭意见书的制作与一审公诉意见书基本相同，制作方法参见前章第二节。

2. 扮演被害人代理人的学生应当将修改后的二审代理词提交给法官组。代理词的制作方法参见前章第二节。

3. 扮演辩护人的学生应当将修改后的二审辩护词提交给法官组。二审辩护词的制作参见前章第二节。

4. 法官组的学生应当制作二审刑事判决书。二审判决书的制作方法参见本章第二节。

5. 扮演书记员的学生，按照以下次序将本案的主要材料装订成册，归档备查：（1）卷宗封面；（2）卷内目录；（3）抗诉书；（4）上诉状；（5）审判笔录；（6）检察员出庭意见书；（7）二审代理词；（8）二审辩护词；（9）合议庭评议笔录；（10）二审判判决书、裁定书；（11）卷底。

6. 经审判长签名确认后，书记员将整理好的卷宗，提交指导教师存档。

注意事项：

检察官出席二审法庭，其诉讼地位及称呼，在理论界和实务部门颇有争

议。目前，为了回避此问题，一般称出席二审法庭的检察官为“检察员”。

七、实验总结与评价

1. 自评。参与实验的学生对自己在实验中的表现、优点及不足进行总结。
2. 互评。其他学生对该实验及实验人员的表现作出评价。
3. 点评。指导教师对本次实验作总结性点评。

第五章 ■■■

模拟法庭实验3：民事一审普通程序

第一节 实验目的、内容及示范案例

一、实验目的

1. 掌握民事起诉状、答辩状、代理词、一审判决书等民事诉讼司法文书的撰写。
2. 掌握我国民事一审普通程序开庭审理的基本环节和流程。
3. 提高法庭口头表达和应变能力。
4. 培养证据意识和证据运用能力。
5. 提高根据《民法通则》和《民事诉讼法》分析和解决案件的能力。
6. 体会和感悟诉讼双方及法官追求司法公正的伦理要求。

二、实验内容

根据我国《民法通则》和《民事诉讼法》的规定，对本章第五节提供的案例进行分析和讨论，然后根据自己扮演的诉讼角色写作相关司法文书，组织和参与民事一审开庭审判。

三、示范案例：应征投稿引发的广告词著作权纠纷案

（一）基本案情

李斌在看到北江真龙伟业广告有限公司在《北国早报》刊登的向社会有偿征求广告用语的征稿启事后，积极应征。后其应征广告入围，获得奖励。随后北江真龙伟业广告有限公司在报纸上公告了获奖名单，并通知获奖者领奖，但李斌未看到相关公告。直至李斌在相关媒体上看到自己起草的广告语以广告的形式出现在各类广告媒体时，才知道自己获奖。最后，李斌对该广告用语著作权归属问题与北江真龙伟业广告有限公司、北江卷烟厂发生争议，拟诉诸法院。

（二）证据材料

证据1：李斌陈述

我于2011年9月13日在《北国早报》上获悉北江真龙伟业广告有限公司为北江卷烟厂向全社会有偿征求“礼品真龙”香烟广告用语的征稿启事后，创造了13条广告词寄给真龙广告公司，但无音讯。我并未在媒体上看到获奖公告，因此也未去参加颁奖典礼和领取奖品、奖金及获奖证书。2012年初看见其作品“地厚几许？问真龙”被北江卷烟厂以广告形式发布在北江街头，作品中的“？”被删除。此广告用语是我创作的，其著作权理应属于我。北江真龙伟业广告有限公司和北江卷烟厂未向我支付任何奖金且未经我许可大量复制发表我作品的行为已经侵犯了我的著作权。

证据2：北江真龙伟业广告有限公司陈述

根据刊登的征集广告语启事，李斌与北江卷烟厂之间已经形成了委托创作合同关系，入选作品著作权属于北江卷烟厂，因此不存在任何侵权问题。

证据3：北江卷烟厂陈述

我们已经履行了通知作者领奖的义务，涉案作品是委托作品，作品的著作权按约定属于北江卷烟厂，因此我们使用涉案作品的行为不构成侵权。至于奖品、奖金及获奖证书，我们随时恭候李斌先生前来领取。

证据4：“拾万元诚征广告用语”活动合同书

“拾万元诚征广告用语”活动合同书

甲方：北江真龙伟业广告有限公司

乙方：北江卷烟厂

根据《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国广告法》等规定，甲乙双方经友好协商，签订本合同。

一、乙方出资901350元委托甲方全权代理“拾万元诚征广告用语”活动，征集“真龙”香烟广告语。其中，广告用语活动奖金经费10万元。活动的主要内容是：

1. 刊登“读者评选入围广告用语”公告，征集广告用语的时间自2011年9月13日起至同年9月30日止。

2. 在报刊上公布参与投票评选20条入围广告语全部选中的读者姓名，读者评选入围广告用语的时间自2011年10月6日起至10月20日止。

3. 将专家与读者评选综合后的最后评选结果在报纸上再次公布，在2011年12月底召开“入围作品颁奖暨记者招待会”。

二、甲方承诺，入围广告用语的著作权从公告之日起归北江卷烟厂所有，入围广告用语可用于北江卷烟厂产品“真龙”香烟的广告宣传及广告品制作等相关领域。

.....

甲方：北江真龙伟业广告有限公司（公章）

法定代表人：张三

2011年8月22日

乙方：北江卷烟厂

法定代表人：李四

2011年8月22日

证据5：征稿启事

拾万元诚征“礼品真龙”广告用语启事

为给有成就的成功人士打造形象，为了满足消费者的更高需求，北江卷烟厂将在“两节”期间，隆重推出软包装“礼品真龙”。真龙广告公司受厂方委托，特向各界能人志士征集新产品的广告用语。

1. 广告用语内容及要求：（1）“礼品真龙”为高品位、高品质、低危害卷烟，是北江形象品牌“真龙”的超高档香烟。（2）为便于记忆，广告用语最长不超过10字。

2. 真龙广告公司将聘请有关专家，在应征用语中评选出20句入围。

3. 奖励办法：一等奖1名，奖金8万元人民币；二等奖2名，奖金各5000元人民币；三等奖3名，奖金各1000元；入围奖14名，每名奖金500元人民币。以上获奖者均将获得价值400元人民币的“礼品真龙烟”一条。

4. 截稿日期：9月30日，以当地邮戳为准。

5. 所有来稿概不退还，评选结果9月下旬在《北国早报》上公布。

6. 来稿请寄北国市国际大酒店501室真龙广告公司，邮编900086。

（说明：上述广告启事先由北江真龙伟业广告有限公司委托《北国早报》2011年9月13日刊登。随后，该公司又委托《北国早报》于同月15、17、19日3次刊登同样的启事，但这三次均将启事第5条修改为：“所有来稿概不退还”）

还，入围作品的使用权、所有权归北江卷烟厂所属。评选结果9月下旬在《北国早报》上公布。”)

证据6：李斌于2011年9月29日的投稿应征信

北江真龙伟业广告有限公司：

根据贵公司2011年9月13日刊登于《北国早报》的启事，我创作了以下广告用语：

1. 地厚几许？问真龙
2. 送烟就送御品真龙

.....

以上广告用语请妥善查收，并将作品提供给评委会评选，并注明创作人为“李斌”。

投稿人：北国日报 李斌
2011年9月29日

证据7：拾万元诚征“御品真龙”广告用语精选作品公告

拾万元诚征“御品真龙”广告用语精选作品公告

(2011年11月14刊登于《北国早报》)

呈蒙社会厚爱和广大市民的热情支持，自“拾万元诚征‘礼品真龙’广告用语启事”刊登后，我公司收到了近百条应征广告，广告内容分别是：

1.

.....

29. 北国日报李斌：地厚几许？问真龙

北国日报李斌：送烟就送御品真龙

.....

为了保证此项活动的顺利开展，我们渴望能得到您的继续支持和关注，因此，我们希望您从上述广告内容中选出你最满意的10条广告，然后邮寄给我公司。为了感谢您的支持，我们将对所有参与投票的读者邮寄价值100余元的精美礼品一份，若您的投票结果最终有5条广告内容入围，我们将再向您赠送价值400元人民币的“礼品真龙香烟”一条。

来信请寄：北国市国际大酒店501室真龙广告公司，900086。

北江真龙伟业广告有限公司
2011年11月13日

证据 8：获奖公告（此获奖公告于 2011 年 12 月 23 日刊登于《北国早报》）

获奖公告

呈蒙社会厚爱和广大市民的热情支持，自“拾万元诚征‘礼品真龙’广告用语启事”刊登后，我公司收到了近百条应征广告。现经读者投票评选和专家评定，本次广告征集获奖名单如下：

一等奖 1 名：北国工学院程高兴 成功 成就 真龙

二等奖 2 名：……

入围奖 20 名：

北国日报李斌：地厚几许？问真龙

……

请上述获奖作者，见本公告后持本人身份证于 12 月 26 日下午 3 时前往北国夏威夷国际大酒店参加颁奖盛典。

联系电话：陈小姐 066-88665577。

北江真龙伟业广告有限公司

2011 年 12 月 23 日

证据 9：北江真龙伟业广告有限公司给李斌准备的荣誉证书

荣誉证书

北国日报社李斌先生：

你给我公司寄来的“地厚几许？问真龙”广告语，经读者投票和专家评选，被评为入围奖。

特发此证，以资鼓励。

北江真龙伟业广告有限公司

2011 年 12 月 25 日

证据 10：北国市公证处公证书

北国市公证处公证书

[2012] 证字第 26 号

兹证明，2012 年 1 月 20 日在以下地址发现北江卷烟厂刊登的含有“地厚几许问真龙”广告语的广告牌：

北国市白雪路3号物美大超市旁；
北国市清溪路16号北国商场旁；
南海市长城路10号百盛广场旁；
东山市黄河大桥桥头。

北国市第一公证处
公证员张三
2012年1月20日

证据11：物证、书证若干

北国卷烟厂所立的含有“地厚几许问真龙”广告语的广告牌现场照片、宣传册、火车票（背面载有“地厚几许问真龙”广告语）等。

（三）争议焦点

1. “拾万元诚征礼品真龙广告用语启事”是要约邀请还是要约？
2. 本案中征集入选的广告用语是否为委托作品？
3. “地厚几许问真龙”广告语的著作权归谁所有？
4. 著作权纠纷案件中被侵权人的经济损失如何计算？本案的诉讼请求如何确定？

第二节 与本实验相关法律文书的写作及示例

在民事诉讼一审普通程序模拟实验中，与之相关的法律文书有民事起诉状、答辩状、民事代理词和第一审民事判决书4种。现对此4种法律文书的写作方法介绍如下：

一、民事起诉状

（一）概念和法律依据

民事起诉状是公民、法人或其他组织为了维护自身的合法权益，根据事实和证据，依据我国民法和《民事诉讼法》的规定，提起诉讼，请求人民法院予以支持，保护其民事权益的诉讼法律文书。

我国《民事诉讼法》第109条规定，起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告人的人数提出副本。书写起诉状确有困难的，可以口头起诉，由人民法院记入笔录，并告知对方当事人。第110条规定，起诉状应当记明下列

事项：（1）当事人的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位和住所，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或主要负责人的姓名、职务；（2）诉讼请求和所根据的事实与理由；（3）证据和证据来源，证人姓名和住所。

（二）写作格式

民事起诉状

原告……（写明姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址、联系电话等基本情况）（如是法人或其他组织的，则写明单位全称，地址、法定代表人或负责人姓名、联系电话等基本情况）

被告……（同上，出生年月日不详者，可仅写其年龄）

诉讼请求

……（列举明确的诉讼请求）

事实与理由

……（简要概述起诉的事实与理由）

证据和证据来源，证人姓名和住址

……（简要列举证据目录以及证人姓名和住址）

此致

×××人民法院

起诉人 ×××

××××年××月××日

附：本状副本×份

（三）注意事项

1. 在书写当事人基本情况时需注意：一是同案原告为两人以上的，应当逐一写明。同案被告为两人以上的，应按责任大小的顺序写明。二是原告、被告是法人或其他经济组织的应当写全称，且用字准确，不能随便简写，并且应当与其公章上的字样相一致。

2. 如果原告在起诉时已经委托了代理人，可以在原告情况介绍后写明委托代理人的情况。原告也可以不在起诉状中写明委托代理人的聘请情况，直接向法院提交授权委托书。如果存在法定代理人的，则应单独介绍法定代理人的基本情况。

3. 第三人并非在所有的民事案件中都存在，但是对于案件中有第三人的，应在原被告之后写明，其身份介绍与介绍原告和被告时相同。

4. 诉讼请求是指民事诉讼的原告诉请人民法院解决的具体问题，例如请求准予与被告离婚、请求解除合同或者履行债务等。诉讼请求一定要明确，不能笼统地写“请求法院依法保护合法权益”之类的模糊语。

5. 事实与理由是起诉状的核心内容。在叙述事实时，应当实事求是，围绕诉讼请求来写。在阐述理由时，依事论理应当以事实为根据，抓住重点，切中要害；依法论理时应当准确地引用法律条款。总之，事实与理由、诉讼请求之间应当相互一致，相辅相成。

6. 列写证据时应当注意三点：一是证据的名称应当规范，必须符合法律规定；二是不仅要写明证据的名称，还要写明证据的来源；三是涉及证人证言的，应当写明证人的姓名和住址。此外，实践中证据部分一般作为起诉状的附件附在起诉状后，而不是直接写进起诉状。

7. 关于原告的署名，一般可以称作“起诉人”，也有人称之为“具状人”，起诉人和具状人作为民事诉讼原告署名的自称具有相同的含义，原告可以选用。

8. 副本的份数依据被告和第三人的人数确定，与被告和第三人人数之总数相同。

（四）示例

民事起诉状

原告李斌，男，1965年9月28日出生，汉族，北国北江人，北国日报要闻部记者，住北国市秀峰区篁子园93栋3-4号。联系电话：066-45008355

被告北国市北江卷烟厂，住所地：北国市北湖南路28号。

法定代表人李四，厂长，联系电话066-45007688。

被告北江真龙伟业广告有限公司，住所地：北国市国际大酒店501室。

法定代表人张三，董事长，联系电话066-45007566。

诉讼请求

1. 判令二被告立即停止侵犯原告著作权的行为，消除广告中的原告作品；
2. 判令二被告在《北国早报》、《北国晚报》、《北国日报》等相关媒体上向原告公开赔礼道歉；
3. 判令二被告赔偿原告经济损失50万元人民币；
4. 判令二被告承担诉讼费用。

事实与理由

原告李斌于2011年9月13日在《北国早报》上看到被告刊登的“拾万元诚征‘礼品真龙’广告用语”启事。原告于2011年9月29日将自己创作

的13条应征广告语寄给真龙广告公司，其中第1条应征广告语的内容是“地厚几许？问真龙”。但此后并无音讯。2012年初原告偶然间发现其创作的广告语被去掉一个问号后，以“地厚几许问真龙”制作了一张巨大的广告牌，接着又发现这句广告词铺天盖地地出现在北国市的报纸、电视、公共汽车、公园门票、客运车票上。

原告认为，其作品被选上后，真龙广告公司、北江卷烟厂在未经原告同意的情况下大量复制发表，严重侵犯了其著作权。根据《中华人民共和国著作权法》第四十七、四十八条规定，侵犯著作权的，侵权人应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任；权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。据此，原告提出上述诉讼请求，请求法院判决北国市北江卷烟厂与北江真龙伟业广告有限公司共同承担侵权责任。

此致

北国市中级人民法院

起诉人 李斌
2012年5月9日

附：

1. 本状副本2份；
2. 2011年9月13日《北国早报》刊登的“拾万元诚征‘礼品真龙’广告用语”启事1份
3. 李斌的投稿应征信1份
4. 北国市公证处公证书1份
5. 北国卷烟厂“地厚几许问真龙”广告语的广告牌现场照片、载有“地厚几许问真龙”广告语的宣传册、火车票等共计20份。

二、民事答辩状

（一）概念和法律依据

民事答辩状，是民事案件的被告人或者被上诉人，针对原告在起诉状或者上诉人在上诉状中提出的诉讼请求、事实陈述、证据材料和法律依据，进行答复和辩驳而制作的法律文书。民事答辩状是与民事起诉状、民事上诉状相对应的一种法律文书，具体分为第一审民事答辩状和第二审民事答辩状。

我国《民事诉讼法》第113条规定，人民法院应当在立案之日起5日内将起诉状副本发送被告，被告在收到之日起15日内提出答辩状。被告提出答辩状的，人民法院应当在收到之日起5日内将答辩状副本发送原告。被告不提

出答辩状的，不影响人民法院审理。第150条规定，原审人民法院收到上诉状，应当在5日内将上诉状副本送达对方当事人，对方当事人在收到之日起15日内提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起5日内将副本送达上诉人。对方当事人不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

（二）写作格式

民事答辩状

答辩人……（写明姓名、性别、出生年月、民族、文化程度、工作单位、职业、住址等基本情况）（答辩人如为单位，应写明单位名称、法定代表人姓名及职务、单位地址）

答辩人针对××××（写明案由）一案的起诉（或上诉），答辩如下：

……（阐明答辩观点、事实与理由）

此致

××××人民法院

答辩人：（签名或盖章）

××××年××月××日

附：答辩状副本×份

（三）注意事项

1. 答辩是当事人的诉讼权利，我国民事诉讼法不强制被告人和被上诉人答辩，被告人和被上诉人不答辩的，并不会直接导致不利后果，也不影响法院的开庭审理活动。

2. 被告人或者被上诉人在答辩状中明确承认对方当事人的诉讼请求和事实主张的，构成诉讼法上的自认，将产生免除对方当事人举证责任的效果，人民法院可以直接将此作为裁判的根据。

3. 在首部，答辩状无须写明对方当事人的身份情况。

4. 答辩状正文的制作，需注意：（1）答辩要有针对性，要针对对方的诉讼请求、事实主张、证据材料、法律论证进行承认或反驳，避免无的放矢、答非所问；（2）答辩要有目的性，要着重针对诉状中的错误、矛盾或不足之处展开分析论证，以达到维护自身合法权益的目的；（3）答辩应以事实和法律为根据，切忌无理狡辩，强词夺理。

5. 需要提交给法院的答辩状副本的份数等同于对方当事人的人数。

(四) 示例

民事答辩状

答辩人北江真龙伟业广告有限公司，法定代表人张三，董事长，住所地北国市国际大酒店501室。

答辩人针对李斌诉北江真龙伟业广告有限公司、北江卷烟厂著作权侵权一案的起诉，答辩如下：

原告所称的侵权行为是指北国卷烟厂未告知原告而使用其所创作的广告词。而答辩人北江真龙广告有限公司依北国卷烟厂的委托，仅仅负责对该广告词的征集及评选等一系列事宜，与广告词的使用完全无关。因此，答辩人北江真龙伟业广告有限公司没有实施著作权侵权行为，因而不应承担任何侵权责任。

此致

北国市中级人民法院

答辩人：北江真龙伟业广告有限公司
2012年5月20日

民事答辩状

答辩人北国市北江卷烟厂；法定代表人：李四；职务：厂长；所在地址：北国市北湖南路28号。

答辩人就李斌对北国市北江卷烟厂著作权侵权一案的起诉答辩如下：

一、卷烟厂没有侵犯李斌著作权

根据真龙广告公司在媒体上刊登的征集广告语启事，李斌与被告形成了委托创作关系。而且，广告语启事中明确声明使用权归属卷烟厂所有，李斌投稿时也没有就启事内容提出异议。因此，卷烟厂并未侵犯李斌著作权。

根据卷烟厂与真龙广告公司签订的合同之约定，入围广告语著作权归卷烟厂所有。因此，即便二被告的行为侵犯了原告的著作权，也应由真龙广告公司承担赔偿责任。

二、李斌赔偿要求于法无据

根据《中华人民共和国著作权法》第四十八条之规定，李斌所提的50万元赔偿没有就实际损失提出充分证据支持，其他侵权损失也明显高于正常水平。基于此，答辩人恳请法院驳回原告不合理的高额赔偿。

此致

北国市中级人民法院

答辩人：北国市北江卷烟厂
2012年5月20日

三、民事代理词

（一）概念和法律依据

代理词是民事案件的诉讼代理人在法庭辩论阶段为了说明自己的观点，反驳对方的观点，维护委托人的合法权益，向法庭发表的演说词。

代理词一般分为一审代理词和二审代理词。一审代理词主要是结合原告的起诉请求和被告的答辩意见，围绕合议庭确定的调查重点以及双方的证据，来发表意见，明确说明自己主张什么、反对什么。二审代理词则是结合一审判决书认定的事实和适用的法律以及审理程序，仅仅围绕上诉请求来发表意见，明确说明己方为什么支持或反对一审判决。

我国《民事诉讼法》第58条第1款规定，当事人、法定代理人可以委托1至2人作为诉讼代理人。根据《民事诉讼法》第127条的规定，诉讼代理人有权参加法庭辩论。

（二）写作格式

代 理 词

审判长、审判员：

×××律师事务所接受原告（或被告，或第三人，也可以写清当事人的姓名或全称）的委托，指派我担任原告（或被告，或第三人）在本案中的诉讼代理人，在本案开庭之前，我已经阅读了与本案有关的证据，向有关的证人了解了情况，对于本案的事实有了基本的了解。通过刚才的法庭调查，我认为本案的事实已经查清，现在依据事实和法律，发表如下代理意见（这些活动根据案件的实际情况写）：

……（站在己方当事人的立场上阐明对本案的基本看法及理由）

综上所述，我认为，本案原告（或被告，或第三人）提出的诉讼请求（或答辩意见）有理有据，应该得到法院的支持，所以请求人民法院对本案作出公正判决，以保护原告（或被告，或第三人）的合法权益。

代理人：×××律师事务所律师×××
××××年××月××日

（三）注意事项

1. 代理词一般应在庭审以前根据起诉书和答辩状以及双方证据写成初稿，然后在庭审中根据对方的发言进行调整，从而在辩论阶段形成思路清晰、语言流畅的口头发言。

2. 要特别注意的是,代理人只能在被代理人的授权范围内活动,这与辩护人的独立地位有所不同。因此,代理人在发表代理词时,务必不要超越代理权限。

3. 代理词的内容要实事求是,论证说理要有说服力,措辞要得体,语言切忌讽刺挖苦、尖酸刻薄,不要进行人身攻击。同时要注意文采。

4. 总的来说,代理词的格式相对比较随意,写作风格也比较灵活,关键是要将己方的观点、主张及理由阐述清楚。

(四) 示例

李斌诉卷烟厂及真龙公司侵犯著作权案原告方代理词

审判长、审判员:

原野律师事务所接受原告的委托,指派李也担任原告在本案中的诉讼代理人。在本案开庭之前,我已阅读了与本案有关的证据,对本案的相关事实有了基本的了解。通过刚才的法庭调查,我认为本案的事实已经查清,现在依据事实和法律,发表如下代理意见:

一、“地厚几许?问真龙”作品的著作权归原告所有

原告李斌根据自己对“真龙”香烟品牌的认识、自己的文化底蕴及社会经验,通过智力劳动,创作出“地厚几许?问真龙”广告语。该广告语以高度的概括性,反映对象的鲜明特征,具有丰富的内涵和艺术感染力,具有独创性,且以文字形式表现,可以以某种形式复制,属于《中华人民共和国著作权法》保护的文学、艺术和科学作品范畴。该作品的著作权自创作完成之日起即属于创作者原告李斌享有。

二、原告李斌创作的“地厚几许?问真龙”广告语著作权未转让给二被告

针对被告认为,原告与被告之间已经形成委托创作合同关系,被告的投稿已经构成承诺之主张,原告代理人认为:

根据《中华人民共和国合同法》第15条之规定,要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。本案中真龙伟业广告有限公司受北江卷烟厂委托,通过《北国早报》向社会征集广告语,其征集行为仅是以一定条件引诱不特定的对象与之建立联系,对符合条件者,再与之成立具体的法律关系的要约邀请,而人们的应征行为才是要约。我方当事人在看到2011年9月13日刊登的启事后,觉得奖励诱人,便精心创作了13条广告语,其中便包括“地厚几许?问真龙”这条广告语。

在我方当事人向被告北江真龙伟业广告有限公司投出稿件后,便开始了漫长的等候,希望对方可以发来信件告知是否入围,但音讯全无。也就是说被告

北江真龙伟业广告有限公司并没有及时对我方要约进行承诺，自然双方也就没有达成合同。无论合同内容如何，都不存在我方转让著作权或许可他人使用著作权的情况，我方当事人依旧保有对广告语的著作权。

更重要的是，在2011年9月13日原告应征时所依据的启事，并未写明著作权归属。根据我国著作权法规定，在没有对著作权作出明确约定的情况下，作品的著作权归创作者所有。因此，二被告以征集启事已对著作权归属作出声明，原告一经应征，即与真龙广告公司形成委托创作合同关系作为抗辩理由不能成立。

三、二被告的行为已构成侵权

真龙广告公司未依法与李斌签订任何著作权使用许可合同或著作权转让合同，即擅自将李斌的入围作品许可北江卷烟厂使用；北江卷烟厂虽然委托真龙广告公司为其征集香烟广告，但未要求真龙广告公司依法与作者签订著作权许可使用或转让合同，亦未审查真龙广告公司许可其使用入围广告语是否合法，即将该广告语大量复制，并通过户外广告牌、宣传册、产品包装、礼品包装、电视广告等形式广泛进行宣传、使用。因此，二被告的行为均侵害了原告李斌的著作权，应当对侵权结果承担连带责任。

四、被告对其侵权行为应当承担赔偿责任

原告凭借自己的智慧，在看到广告启事后进行了创作，并成为入围作品，本是皆大欢喜之事。没想到却因二被告的侵权行为带给原告不必要的烦恼。依据《著作权法》第48条，侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。本案中，由于原告方无法得知被告在此项广告中的投入和收益，但从真龙公司广告覆盖面和使用档次可以看出，此广告语起了十分重大的作用，因此代理人希望法院能够依法酌情判决被告赔偿原告50万元。

以上意见，恳请考虑。

京都市原野律师事务所律师 李也

2012年6月10日

李斌诉卷烟厂及真龙公司 侵犯著作权案真龙公司方代理词

审判长、审判员：

六六十六律师事务所接受被告北江真龙伟业广告公司的委托，指派吕梦泽

担任被告在本案中的诉讼代理人。在本案开庭前，我已查阅了本案相关证据材料，刚才又参加了法庭调查，对本案事实已经有了充分的了解，现依法发表如下代理意见：

一、被告北江真龙伟业广告公司与原告间的委托创作合同成立

被告北江真龙伟业广告公司在《北国早报》上刊登征集广告语的启事，明确提出了广告语在文字、内容上的要求及征集期限、评选及奖励办法，明确了作品著作权归属，尤其是载明了“所有来稿恕不退还，入围作品的使用权、所有权归北江真龙伟业广告有限公司所属”。这有被告于2011年9月15日、17日、19日刊登的启事之证据证明。

根据《合同法》第十四条规定，有具体确定的内容，意思表示人愿意受其约束时的意思表示即可构成要约。该广告用语征集启事已完全具备民事要约的法律特征，有明显的缔约意愿，且向有意投稿者发出，依法认定为委托创作合同的要约，而且是一个附生效条件的要约，只要条件成就，合同就生效。即应征作品按约定被评选进入20句入围作品之后，委托创作合同成立并生效。原告对征集启事无异议，并且按照要约中的期限如期投稿，即是承诺。

真龙广告公司于2011年12月23日在媒体上刊登本次广告语征用的获奖公告，本案争诉作品“地厚几许？问真龙”列入其中，本案委托创作合同则于2011年12月23日成立并生效。至于原告称被告未支付奖金是侵权行为，这是没有根据的，我们按照合同约定公告了获奖名单，公布了领奖的时间地点，已经履行了约定，是原告自己没有来领奖。而且，即使存在问题也是违约问题，而不是侵权问题。

二、北江卷烟厂对“地厚几许问真龙”广告语享有著作财产权

按法律规定，著作权包括著作人身权和著作财产权。其中著作人身权包括发表权、署名权、修改权和保护作品完整权。著作财产权是指著作权人自己使用或者授权他人以一定方式使用作品而获得物质利益的权利。原告真龙广告公司在征集广告语启事中约定“入围作品的使用权、所有权归北江卷烟厂所属”，应该认定为对入围作品著作权中的使用作品的权利归属作出明确约定。在这里另外要明确的是，真龙广告公司根据与北江卷烟厂的合同，受北江卷烟厂委托征集广告语，真龙广告公司按照合同约定在征用启事中明确了著作权的归属，该委托行为合法有效。在应征函件中，原告李斌对真龙广告公司在媒体上刊登的征集广告语启事没有提出异议或声明保留应征广告语的著作权。原告李斌仅要求真龙广告公司收妥应征广告语并注明作者，将作品提供给评委会挑选，这不属于著作权完全保留的声明，最多只能是保留署名权的声明。真龙广告公司在征集广告语启事中约定“入围作品的使用权归北江卷烟厂所

属”，应该认定为对入围作品著作权财产权中的使用作品的权利归属作出明确约定，该约定具有法律效力，因此，涉案委托作品“地厚几许？问真龙”的使用权属于北江卷烟厂。而启事中所提到的“所有权”是物权范畴，“作品的所有权”具体内涵不明确，与著作权的权利归属不一。但作品的使用权是获得报酬权的基础，使用权的转让实际上就意味着获得报酬权也随之转让，即复制权、发行权、广播权和摄制权等著作财产权属于北江卷烟厂所有。

三、北江真龙伟业广告公司没有实施著作权侵权行为

原告所称的侵权行为是指北国卷烟厂未告知原告而使用其所创作的广告词，北国卷烟厂委托北江真龙伟业有限公司具体负责广告征集活动。北江真龙广告有限公司依北国卷烟厂的委托合同，仅仅负责对该广告词的征集及评选等一系列事宜。至于对“地厚几许？问真龙”这句广告词的使用，与北江真龙伟业广告公司完全无关，无行为则无侵权！事实上，原告方也没有任何证据证明我方参与了侵权行为。

综上所述，被告北江真龙伟业广告公司没有侵犯原告李斌的著作权，因此恳请法院驳回原告对被告的全部诉讼请求。至于原告按合同应得的奖金五千元及奖品价值四百元的“礼品真龙烟”一条，原告可以来我当事人处领受。

恳请法院采纳我们的代理意见。

代理人：六六十六律师事务所律师 吕梦泽
2012年6月10日

李斌诉卷烟厂及真龙公司 侵犯著作权案卷烟厂方代理词

审判长、审判员：

精诚律师事务所接受被告北江卷烟厂的委托，指派我担任被告北江卷烟厂的诉讼代理人。我已于本案开庭前阅读了相关的证据材料，并且通过刚才的法庭调查，对案件的事实有了更为深入的了解。现在依据事实和法律，发表如下代理意见：

一、北江卷烟厂未侵犯李斌的著作权

首先，李斌被征集入选的获奖广告用语实为委托作品，双方委托创作关系的成立已由被告真龙伟业广告公司论证完毕。根据最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第12条的规定，尽管委托作品著作权属于受托人，委托人在约定的使用范围内仍然享有使用作品的权利，双方没有约定使用作品范围的，委托人可以在委托创作的特定目的范围内免费使用该作品，因此，被告北江卷烟厂在委托创作范围内对该广告语的使用并

不构成对李斌著作权的侵犯。

其次，北江卷烟厂的确将广告语“地厚几许？问真龙”改为“地厚几许问真龙”，但此项改动是按照作品的性质及其使用目的和状况所作的不得已的改动。这种改动对作者的声誉和人格利益并没有造成损害。因此，北江卷烟厂对该广告用语的修改使用没有侵犯原告对该作品的修改权和保护作品完整权。

二、北江卷烟厂不应对原告承担侵权责任

首先，根据我们与真龙伟业广告有限公司签订的“拾万元诚征广告用语”活动合同书，北江卷烟厂已经全权委托真龙伟业广告公司代理此次广告用语征集活动，并且支付了相关的费用。依据活动合同书的约定，真龙伟业广告公司承诺入围广告用语的著作权从公告之日起便归北江卷烟厂所有，北江卷烟厂可将其用于“真龙”香烟的广告宣传以及广告品制作等相关领域。因此，北江卷烟厂有理由相信，在获奖作品公布之后该作品的著作权即归北江卷烟厂所有。对于原告所诉称的2011年9月13日刊登的征集启事未注明获奖作品著作权归北江卷烟厂等事宜，北江卷烟厂并不存在过错，因此无须对此承担任何责任。

其次，对于原告“在投稿之后就无音讯，没有在媒体上看到获奖公告，也因此未能参加颁奖典礼领取奖品”的声称，事实上北江卷烟厂在广告用语评选之后就及时履行了通知作者领奖的义务，并且按照征集启事的规定准备了相关的奖品、奖金及获奖证书，作为支付著作权转让的报酬。因此被告已经认真履行了广告语征集启事中约定的所有义务，原告不能因为自己的疏忽而否定被告为此所尽的一切诚意，更不能据此否定广告语的著作权已经按照约定转移给被告的事实。

作为本次广告语征集活动的委托方，北江卷烟厂已经履行了相关合同及公告下的所有义务，对所有应征者和获奖作者始终真诚以待。因此，一个诚信的履约者理当获得合同所约定的获奖作品的著作权，并有权将其用于产品的宣传活动之中，并且不应承担任何不能归咎于被告的责任。

综上所述，我们认为被告北江卷烟厂作出的答辩意见有理有据，应当得到法院的支持，请求人民法院作出公正判决，以保护被告的合法权益。

代理人：精诚律师事务所律师 邹思思

2012年6月10日

四、第一审民事判决书

（一）概念和法律依据

第一审民事判决书是第一审人民法院依照《民事诉讼法》规定的第一审

程序，对审理终结的第一审民事案件就实体问题作出的书面处理决定。

我国《民事诉讼法》第128条规定：“法庭辩论终结，应当依法作出判决。判决前能够调解的，还可以进行调解，调解不成的，应当及时判决。”该法第138条规定：“判决书应当写明：（一）案由、诉讼请求、争议的事实和理由；（二）判决认定的事实、理由和适用的法律依据；（三）判决结果和诉讼费用的负担；（四）上诉期限和上诉的法院。判决书由审判员、书记员署名，加盖人民法院印章。”

（二）写作格式

×××人民法院 民事判决书

[××××] ×民×初字第××号

原告……（写明姓名或名称等基本情况）
 法定代表人……（写明姓名等基本情况）
 法定代理人……（写明姓名等基本情况）
 委托代理人……（写明姓名等基本情况）
 被告……（写明姓名或名称等基本情况）
 法定代表人……（写明姓名等基本情况）
 法定代理人……（写明姓名等基本情况）
 委托代理人……（写明姓名等基本情况）
 第三人……（写明姓名或名称等基本情况）
 法定代表人……（写明姓名等基本情况）
 法定代理人……（写明姓名等基本情况）
 委托代理人……（写明姓名等基本情况）

原告×××诉被告×××（被告的姓名或名称）×××（案由）一案，本院于受理后，依法组成合议庭（或依法由审判员×××独任审判），公开（或不公开）开庭进行了审理。……（写明本案当事人及其诉讼代理人等）到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告×××诉称，……（概述原告提出的具体诉讼请求和所根据的事实与理由）

被告×××辩称，……（概述被告答辩的主要内容）

第三人×××述称，……（概述第三人的主要意见）

经审理查明，……（写明法院认定的事实和证据）

本院认为，……（写明判决的理由）。依照……（写明判决所依据的法律条款项）的规定，判决如下：

……（写明判决结果）

……（写明诉讼费用的负担）

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于××××人民法院。

审判长×××

审判员×××

审判员×××

××××年××月××日

（院印）

本件与原本核对无误

书记员×××

（三）注意事项

1. 民事诉讼中与刑事诉讼中当事人的称谓略有不同。民事诉讼中称之为“原告”、“被告”，刑事诉讼中称之为“被告人”。因此民事判决中的当事人只能写为“原告”、“被告”，不能写成“原告人”、“被告人”。

2. 当事人及诉讼参与人的次序不能颠倒。当事人有诉讼代理人的，应在其后紧跟诉讼代理人。原告不止一人的，依其享有的民事权利的大小，按从大到小的顺序列写；被告不止一人的，按照判决其负担义务的大小，由大到小依次列写。有反诉的，在当事人称谓上，对原告要写明“原告（反诉被告）”，对被告要写明“被告（反诉原告）”。有第三人的，应在原告、被告之后列明。

3. 判决适用的法律要准确。凡条文分条、款、项或者分条、项的，引用时应具体写明到款、项，而不要笼统地写第几条。目前还没有法律明文规定，而是根据政策精神判决的，可写“据此，判决如下”，不要写“依法判决如下”。

（四）示例

南方省北国市中级人民法院 民事判决书

〔2012〕北民初字第12号

原告李斌，男，1965年9月28日出生，汉族，北国北江人，北国日报要闻部记者，住北国市秀峰区篁园93栋3-4号。

委托代理人李也，原野律师事务所律师。

被告北国市北江卷烟厂，住所地：北国市北湖南路28号。

法定代表人李四，职务：厂长。

委托代理人邹思思，北国精诚律师事务所律师。

被告北江真龙伟业广告有限公司，住所地：北国市国际大酒店501室。

法定代表人张三，职务：董事长。

委托代理人吕梦泽，北国六六十六律师事务所律师。

原告李斌诉被告北江真龙伟业广告有限公司和北国市北江卷烟厂著作权纠纷一案，本院受理后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。李斌及其代理人李也，北国市北江卷烟厂法定代表人李四及其委托代理人邹思思，北江真龙伟业广告有限公司法定代表人张三及其委托代理人吕梦泽到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告李斌诉称，广告语“地厚几许？问真龙”系他为参加《北国早报》上刊登的“拾万元诚征‘礼品真龙’广告用语”活动所创，并注明创作为“李斌”。被告在没有征得原告同意的情况下使用“地厚几许问真龙”，侵犯了其著作权。要求判令被告北国市北江卷烟厂、北江真龙伟业广告有限公司立即停止侵权；在《北国早报》、《北国晚报》、《北国日报》等相关媒体上公开赔礼道歉；赔偿原告因被告侵权所造成的损失人民币50万元。

被告北江真龙伟业广告有限公司辩称，北江真龙广告有限公司受北国卷烟厂的委托，仅负责对该广告词的征集及评选等一系列事宜，与广告词的使用完全无关。在广告词入围时，被告北江真龙伟业广告公司与原告间的委托创作合同即成立；即使著作权未转让，也可以按法律解释使用该广告语，依然不存在侵犯著作权的行为。

被告北江卷烟厂辩称，根据真龙广告公司在媒体上刊登的征集广告语启事，李斌与被告形成了委托创作关系。而且，广告语启事中明确声明使用权归属卷烟厂所有，李斌投稿时也没有就启事内容提出异议。因此，卷烟厂并未侵犯李斌著作权。根据卷烟厂与真龙广告公司签订的合同之约定，入围广告语著作权归卷烟厂所有。因此，即便二被告的行为侵犯了原告的著作权，也应由真龙广告公司承担赔偿责任。

经审理查明，2011年8月22日北江卷烟厂与真龙广告公司签订一份《“拾万元诚征广告用语”活动合同书》。该合同书约定：北江卷烟厂出资901 350.00元委托真龙广告公司全权代理“拾万元诚征广告用语”活动，征集“真龙”香烟广告语。双方还约定，入围广告用语的著作权从公告之日起归北江卷烟厂

所有，入围广告用语可用于北江卷烟厂产品“真龙”香烟的广告宣传及广告品制作等相关领域。

按照北江卷烟厂委托，真龙广告公司于2011年9月13日在《北国早报》上刊登“拾万元诚征‘礼品真龙’广告用语”启事。启事内容有：“为有成就的成功人士打造形象，为了满足消费者的更高需求，北江卷烟厂将在‘两节期间’，隆重推出软包装‘礼品真龙’。真龙广告公司受厂方委托，特向各界能人志士征集该新产品的广告用语。一、广告用语内容：1.‘礼品真龙’为高品位、高品质、低危害卷烟，是北江形象品牌‘真龙’的超高档香烟。2.为便于记忆，广告用语最长不超过十字。二、真龙广告公司将聘请有关专家，在应征用语评选出二十句入围。三、奖励办法：一等奖1名，奖金捌万元人民币；二等奖2名，奖金各伍仟元人民币；三等奖3名，奖金各壹仟元；入围奖14名，每名五百元人民币。以上获奖者均将获得价值400元人民币的‘礼品真龙烟’一条。四、截稿日期：9月14日—30日，以当地邮戳为准。五、所有来稿概不退还，评选结果9月下旬在《北国早报》等媒体上公布。六、来稿请寄北国市国际大酒店501室真龙广告公司。”

2011年9月15日、17日、19日真龙广告公司在《北国早报》上刊登同样的启事，但将启事第五条修改为：“所有来稿概不退还，入围作品的使用权、所有权归北江卷烟厂所属。评选结果9月下旬在《北国早报》上公布。”

李斌于2011年9月29日将自己创作的13条应征广告语寄给真龙广告公司，其中第3条应征广告语的内容是“地厚几许？问真龙”，在应征函件中，李斌明确表示广告的创作是根据真龙广告公司在2011年9月13日刊登于《北国早报》的启事，并要求真龙广告公司收妥应征广告语并注明作者，将作品提供给评委会挑选。

真龙广告公司于2011年12月23日在《北国早报》上公布了全部入围获奖作品及作者名单，李斌创作的“地厚几许？问真龙”获得入围奖。该公告载明，“获奖作者，见本公告后请持本人身份证于12月26日下午3时前往北国夏威夷国际大酒店参加颁奖盛典”。征集广告语活动结束后，北江卷烟厂将李斌获奖作品“地厚几许？问真龙”中的问号删掉，修改为“地厚几许问真龙”，使用于其生产的“真龙”香烟的包装、广告、宣传册、火车票等，并以此展开对“真龙”香烟的促销宣传。

上述事实有下列证据证明：

1. 2011年9月13日、15日、17日、19日刊登征集广告用语启事、广告用语精选作品、获奖公告的《北国早报》；
2. 李斌2011年9月29日投稿应征信；

3. 被告真龙广告公司准备给予原告的荣誉证书；
4. 被告北江卷烟厂所立的含有“地厚几许问真龙”广告语广告牌现场照片、宣传册、火车票背面广告等，及公证处公证书一份；
5. 真龙广告公司与北江卷烟厂签订的关于“拾万元诚征广告用语”活动合同书。

本院认为，原告李斌创作出“地厚几许？问真龙”广告语具有独创性，且以文字形式表现，可以以某种形式复制，属于《中华人民共和国著作权法》保护的文学作品范畴。原告通过2011年9月29日的投稿应征信明确表示投稿依据：“根据贵公司2011年9月13日刊登于《北国早报》的启事”，该启事对广告词的著作权归属没有作出明确规定；虽然被告真龙广告公司在2011年9月15、17、19日对征稿启事的修改表明其明确认识到13日的启事与之后启事的区别，而真龙广告公司在收到原告应征信之时并未对这一点提出异议，因此应当认定其接受原告之要约。故原告作品的入围，并不能使二被告取得作品著作权，著作权仍归李斌所有，包括其使用权。因此，二被告以征集启事已对著作权归属作出声明，原告一经应征，即与真龙广告公司形成委托创作合同关系作为抗辩理由不能成立。

被告北江卷烟厂虽然与真龙广告公司约定，入围广告用语的著作权从公告之日起归北江卷烟厂所有，入围广告用语可用于北江卷烟厂产品“真龙”香烟的广告宣传及广告品制作等相关领域；但是，客观上实施了侵权行为。被告真龙广告公司虽然没有直接实施侵权行为，但是其向北江卷烟厂提供了被侵权的作品，而且违反了其与北江卷烟厂的约定。因此，二被告的行为构成共同侵权，应当对侵权结果承担连带责任，二被告的相关抗辩理由不能成立。

原告既没有就因被告侵权造成的具体损失向法庭提供证据，也没有举证证明二被告因侵权行为获得的利润数额；结合本侵权行为的具体情况，原告主张二被告赔偿50万元人民币数额过高，于法无据。

综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十八条、第一百三十条、《中华人民共和国著作权法》第三条、第十条、第十一条第一款、第二款、第二十四条、第二十五条、第四十七条第一款第（一）项、第四十八条第二款之规定，判决如下：

一、被告北江真龙伟业广告有限公司和被告北国市北江卷烟厂在判决生效之日起停止使用原告作品“地厚几许？问真龙”。

二、被告北江真龙伟业广告有限公司和被告北国市北江卷烟厂自判决生效之日起七日内在北国市相关媒体上公开发表声明，向原告李斌赔礼道歉，消除影响，声明内容须经法院审查，逾期不履行，法院将在相关媒体上刊登判决书

的主要内容，费用由北江真龙伟业广告有限公司和被告北国市北江卷烟厂共同负担。

三、被告北江真龙伟业广告有限公司和被告北国市北江卷烟厂共同赔偿原告李斌经济损失 480 000 元，二被告互负连带责任。本案一审案件受理费 10 010 元，其他诉讼费 2 503 元，共计 12 513 元，原告李斌负担 520 元，北江真龙伟业广告有限公司和北国市北江卷烟厂共同负担 11 993 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于南方省高级人民法院。

审判长 张 昶
审判员 王 映
审判员 蔡雯蕙
二〇一二年六月十日
书记员 梁 卓

第三节 实验操作步骤及注意事项

民事一审程序由普通程序和简易程序组成。除简单民事案件以外，其他案件的第一审都适用普通程序。本模拟实验要求实验人员根据本章第五节提供的案例材料，以我国《民事诉讼法》的规定为依据，完整地模拟民事一审普通程序。本模拟实验操作步骤如下：

一、确定参与实验的人员及角色

参与本实验的人数取决于所选案例，其角色可以通过抽签或者自愿报名等方式确定。在选课人数较多的情况下，可以分成多组同时进行本实验。

根据本章第五节提供的案例材料，本实验需要的参与人数如表 2：

表 2 (单位：人)

	案例 1	案例 2	案例 3	案例 4
法官	3	3	3	3
书记员、速录员	2	2	2	2
法警	1	1	1	1
原告	4	1	1 ~ 2	1
原告代理人	1 ~ 2	1 ~ 2	2 ~ 4	1 ~ 2

续表

	案例 1	案例 2	案例 3	案例 4
被告	2	1	1	2
被告代理人	2 ~ 4	1 ~ 2	1 ~ 2	2 ~ 4
第三人	0	0	1	0
第三人代理人	0	0	1 ~ 2	0
证人	10	1	1	0
总计	25 ~ 28	11 ~ 13	14 ~ 19	12 ~ 15

注意事项：

1. 在案例 2 中，尽管原告有 4 人，但由于其诉权利益一致，因此其聘请的代理人可以是同一代理人。
2. 在案例 3 中，第三人是否以及如何参加诉讼取决于原告和第三人。

二、分析、讨论案情

每位参与实验的学生确定自己拟参与的实验案例和角色后，应开始着手研读案卷材料和查阅相关法律、法规及司法解释。然后在此基础上，法官组（法官和书记员）、原告组（原告及代理人）、被告组（被告及代理人）以及第三人组（第三人及代理人）共同分析案情，并重点就该案中的一些重点、疑难问题进行讨论，以决定诉讼对策。扮演证人角色的学生只需熟悉和了解该案中证人需要作证的内容。

注意事项：

1. 法官组、各当事人组的学生应在熟悉案件材料的基础上，重点思考以下问题：本案证据证明的事实是什么？当事人对基本事实存在哪些分歧？本案所涉及的民事法律关系是什么？与本案相关的法律规定有哪些？本案中哪些证据材料对己方有利，哪些证据材料对己方不利？
2. 尽管从诉讼职能的角度讲，法警、证人等不需要考虑案件事实认定和法律适用问题。但是在模拟法庭实验中，我们鼓励法警、证人等也积极参与案件的分析和讨论，以便更好地提高自己的诉讼能力。

三、原告组向法官组起诉

本阶段由原告及原告的代理人共同完成，具体操作步骤为：

1. 研究案情。在研究案情的时候，关键是要分析本案是否符合起诉条件。我国《民事诉讼法》第108条规定，提起民事诉讼应当符合以下条件：（1）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。（2）有明确的被告。（3）有具体的诉讼请求和事实、理由。（4）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

2. 制作民事起诉状。参见本章第二节关于民事起诉状的制作部分。

3. 向法官组递交民事起诉状。原告方应当向法官组递交书面的民事起诉状，并按照被告人人数提交相应的起诉状副本。

注意事项：

1. 我国《民事诉讼法》第109条规定，书写起诉状有困难的，可以口头起诉，由人民法院记入笔录，并告知对方当事人。据此，起诉可以采取书面和口头两种方式。在本模拟实验中，鉴于参与实验的学生都是法学方面的“专业人士”，书写起诉状是基本功，因此，起诉状必须是书面形式。

2. 在制作起诉状时，我们鼓励原告组的学生应把自己摆在真正的当事人的位置上，即存在着最大限度地维护自己利益的冲动和愿望，而不应轻易地处分自己的实体权益。否则，模拟实验将缺乏对抗性，也难以起到在激烈的对抗中锻炼自己的作用。

四、法官组对起诉进行审查和处理

1. 法官组在收到原告组的起诉材料后，应当进行审查，审查的内容包括：原告的起诉是否符合我国《民事诉讼法》第108条规定的起诉要件；审查原告起诉的方式是否合法，如起诉状的内容是否有欠缺，如有欠缺，应当责令原告限期补正。

2. 法官组作出处理。法官组对原告的起诉进行审查后，应当在7日内作出如下处理：（1）对符合起诉条件的，决定受理，并及时通知本模拟审判的诉讼双方当事人。（2）对不符合起诉条件的，裁定不予受理。

注意事项：

1. 根据最高人民法院《立案暂行规定》第13条至第15条的规定，经审查认为符合起诉条件的，应根据案件的不同情况，由负责审查起诉的审判人员决定立案，或者报立案庭庭长审批立案。重大疑难案件应报法院院长审查或者经审判委员会讨论决定。起诉经审查立案后，应当编立案号，填写立案登记表，计算案件受理费。决定立案后，立案机构应当在2日内将案件移送有关审

判庭审理，并办理移交手续。据此，实践中民事案件的立案与审判是分离的，即由不同的法官负责处理。在本模拟法庭实验中，基于操作上的简便性和可行性，我们主张采取立案法官和审判法官合并的做法。

2. 有关期限问题，我国《民事诉讼法》已有明确规定。不过在模拟法庭实验中，由于教学时间的限制，参与实验的学生应当在指导教师的安排下进行实验，而不能机械地套用诉讼法规定的期限。

3. 在立案时，法官组的学生需初步计算本案的案件受理费。有关案件受理费收取标准参见国务院2006年12月19日公布的《诉讼费用交纳办法》。

五、法官组审前准备和被告组提出答辩

法官组一旦决定受理起诉后，案件就进入审理前准备阶段。审理前准备阶段，是指法院立案受理后至开庭审理前，为保证审理工作顺利开展所进行的准备工作。这一阶段操作步骤如下：

1. 法官组在法定的期间内送达诉讼文书。法官组立案后，应当在立案之日起5日内将起诉状副本发送被告。

2. 被告组答辩。被告在收到起诉状副本之日起15日内提出答辩。被告提出答辩状的，法官组应当在收到之日起5日内将答辩状副本发送原告。答辩状的制作方法参见本章第二节。

3. 法官组告知当事人诉讼权利义务及合议庭组成人员名单。

4. 法官组审查核实诉讼材料，以了解双方当事人争议的焦点和需要庭前调查、辩论的主要问题。

5. 法官组根据情况决定是否有必要追加当事人。

注意事项：

1. 依据我国《民事诉讼法》的规定，答辩是被告的权利，因此被告可以选择答辩。但是，在本模拟实验中，为了更好地培养诉讼能力，要求被告组必须提交答辩状。

2. 根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，在庭前准备阶段，当事人组应当在举证时限内提交证据材料，法官组应当组织交换证据。在本模拟实验中，由于所有参与实验的人员都已掌握所有证据材料，因此证据交换程序不需进行。

3. 根据我国《民事诉讼法》的规定，人民法院依法追加必须共同进行诉讼的原告时，如果需要追加的原告明确表示放弃实体权利的，可不予追加；需要追加的原告既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，人民法院仍应追加其

为共同原告。如果是必须到庭的被告，对其可作缺席判决。在本模拟法庭实验中，为了确保所有学生积极参与实验，原则上所有的当事人都必须积极主动地参与诉讼；否则对其实验成绩会有不利影响。

六、开庭审理

开庭审理，是法官组于确定的日期在当事人和其他诉讼参与人的参加下，依照法定的程序和形式，在法庭上对民事案件进行实体审理的诉讼活动。此阶段是本实验的中心环节，具体操作步骤如下。

（一）书记员进行开庭准备

开庭准备是正式开庭审理的预备阶段，是在事先确定的开庭日期到来时，在正式进入实体审理前，为了保证审理的顺利进行而应当由书记员事先完成的准备工作。具体来说，在此阶段，书记员应当完成以下事情：

1. 书记员检查庭审设施是否完备，标志牌、桌椅等是否齐全、摆放到位。
2. 书记员检查当事人、诉讼代理人等是否到庭。
3. 书记员宣布：请当事人、委托代理人（法定代理人）入庭按席位就座。
4. 书记员宣布：请大家肃静，现在宣布法庭纪律。
5. 书记员宣布：全体起立，现在请本案审判长、审判员入庭。
6. 书记员向审判长报告当事人及诉讼代理人出庭情况。

注意事项：

1. 在审判长、审判员入席坐下后，书记员应主动请全体坐下。然后，书记员转过身向审判长报告庭审准备和当事人、代理人到庭情况。

2. 关于书记员宣布的法庭纪律内容，目前最高人民法院没有明确规定，实践中各法院宣布的法庭纪律内容不尽完全一致，不过基本上都是参照最高人民法院颁布的《人民法院法庭规则》中的相关条款。

（二）审判长宣布开庭

1. 审判长宣布开庭。先敲法槌，后宣布：“×××人民法院民事审判庭，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第120条的规定，今天公开（不公开）审理原告×××诉被告×××（姓名）×××（案由）纠纷一案，现在开庭。”（不公开开庭审理的，应说明不公开开庭审理的理由）。

2. 审判长核对当事人及诉讼代理人身份。

（1）审判长：现在核对当事人、诉讼代理人的身份。

（2）原告向法庭陈述自己的姓名、性别、出生年月日、籍贯、职业、住

所地（是诉讼代表人的陈述姓名、职业、住所地；是法定代表人的陈述姓名、单位职务、单位住所地）。

（3）原告方的委托代理人向法庭陈述自己的身份及代理权限。

（4）被告、第三人及委托代理人向法庭陈述自己的身份。

（5）审判长依次询问当事人：原告对对方出庭人员的身份有无异议？被告对对方出庭人员的身份有无异议？第三人对原、被告出庭人员的身份有无异议？

（6）当事人均表示无异议后，审判长宣布：各方当事人及其诉讼代理人的身份符合法律规定，可以参加本案诉讼。

（7）被告、第三人经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，审判长应宣布：被告×××、第三人×××经本院××××年××月××日送达开庭传票，无正当理由拒不到庭，依照《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，本庭依法决定缺席审理。

3. 审判长宣布合议庭组成人员及书记员名单：“依照《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，本案依法组成合议庭审理，由审判员（或代理审判员）××担任审判长，审判员（或代理审判员）×××、×××参加合议，书记员×××担任记录。会计师（工程师、翻译）×××接受本院委托担任本案的鉴定人（勘验人、翻译人）。”

4. 审判长告知当事人诉讼权利和义务。审判长：“现在告知当事人在法庭上的诉讼权利和诉讼义务。当事人在法庭上享有以下诉讼权利：

（1）申请回避的权利。根据《民事诉讼法》第45条、第46条之规定，当事人如认为合议庭组成人员、书记员、鉴定人、勘验人、翻译人与本案有利害关系，或者与本案当事人有其他关系，可能影响本案公正审理的，有权申请回避，但申请回避应当说明具体的理由。

（2）提出新的证据的权利。根据《民事诉讼法》第50条、第125条之规定，当事人有权提供证据来证明自己陈述的事实和主张，经审判长许可，可以提供新的证据。

（3）经法庭许可，当事人可以向证人、鉴定人、勘验人发问，可以申请重新调查、勘验和鉴定。

（4）进行辩论和请求法庭给予调解的权利。根据《民事诉讼法》第50条、第127条规定，当事人有权对对方的主张提出自己的看法，阐述自己的观点，论述自己的主张以及对如何认定案件事实和适用法律进行辩论。在案件审理直至宣判前，当事人可以根据自愿的原则，请求人民法院依法调解。

（5）原告有放弃、变更、增加诉讼请求的权利，被告有反诉、承认诉讼

请求的权利；原告增加、变更诉讼请求，被告反诉，应在法庭辩论结束前提出。

(6) 陈述最后意见的权利。根据《民事诉讼法》第127条的规定，法庭辩论结束后，当事人可以向法庭陈述对案件处理的最后意见。

当事人在法庭上必须自觉履行下列诉讼义务：①依法正确行使诉讼权利；②遵守法庭纪律和诉讼秩序，听从审判长指挥；③对自己提出的主张有责任提供证据；④如实陈述案件事实，不得歪曲事实，提供虚假证据，不得伪造证据。否则，应当承担法律责任。

5. 审判长依照原告、被告、第三人的次序询问以下问题：是否听清当事人在法庭上的诉讼权利和诉讼义务？是否申请合议庭组成人员及书记员、鉴定人（或勘验人、翻译人）回避？

6. 当事人提出回避申请的，审判长应要求当事人陈述申请回避的理由，然后宣布（先宣布休庭，后敲击法槌）：由于本案当事人×××对合议庭成员×××或书记员（鉴定人、勘验人、翻译人）×××提出回避申请，现在休庭，待作出是否回避的决定后继续开庭。

7. 作出决定后继续开庭，由审判长宣布决定（先敲击法槌，后宣布继续开庭）：

(1) 若是对审判人员以外的其他人员提出回避的，则审判长宣布：×××申请本案书记员（鉴定人、勘验人、翻译人）×××回避，经审查，不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第四十五条的规定，对×××提出的回避申请不予准许；或者：×××申请×××回避，经审查，符合《中华人民共和国民事诉讼法》第四十五条的规定，对其回避申请予以准许，本案更换书记员（或鉴定人、勘验人、翻译人），另行择期开庭。

(2) 若当事人对审判人员提出回避申请的，则审判长宣布：×××申请本案合议庭成员×××回避，经本院院长（或本院审判委员会）（院长担任审判长的，是否回避由审判委员会决定）审查，不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第四十五条的规定，对×××提出的回避申请不予准许；或者：×××申请合议庭成员×××回避，经本院院长或审判委员会审查，符合《中华人民共和国民事诉讼法》第四十五条的规定，对×××提出的回避申请予以准许，本案待重新组成合议庭后，另行择期开庭。

注意事项：

1. 根据我国《民事诉讼法》的规定，法院审判民事案件原则上公开审理，但在以下三种情况下不公开审理：一是涉及国家秘密的案件；二是涉及个人隐

私的案件；三是离婚案件、涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。本章提供的实验案例，均属于应当公开审理的案件。

2. 根据代理权限的不同，诉讼代理分为全权代理和一般代理。我国《民事诉讼法》第59条第2款规定，诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉，必须有委托人的特别授权，也就是说，诉讼代理人要实施上述几项代理行为，必须由委托人在授权委托书中特别写明。未特别写明的，只能视为一般授权，诉讼代理人无权代为实施这些诉讼行为。根据最高人民法院有关司法解释，授权委托书仅写明“全权代理”而无具体授权的，仍属于一般授权，诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉。

3. 原告缺席。根据我国《民事诉讼法》第129条规定：“原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理。”根据此规定和最高人民法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》，有下列情形之一的，按撤诉处理：（1）原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的；（2）在法庭审理过程中，原告未经法庭许可中途退庭的；（3）原告为无诉讼行为能力人的，其法定代理人经传票传唤，无正当理由拒不到庭，又不委托诉讼代理人到庭的；（4）原告未按规定预交案件受理费，经法院通知后仍不预交，又没有申请免交或者缓交理由的。有独立请求权的第三人具有上述情形的，也按撤诉处理。在本模拟法庭实验中，无论是何方当事人缺席，均属于严重的违纪行为。

4. 缺席判决。有下列情形之一的，法院可以缺席判决：（1）被告经人民法院合法传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的；（2）被告反诉，原告经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的；（3）无民事行为能力的被告的法定代理人经传票传唤，无正当理由拒不到庭，又不委托诉讼代理人的；（4）人民法院裁定不准许原告撤诉的，原告经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭；（5）无独立请求权的第三人经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的。

5. 审判长在告知当事人及诉讼代理人诉讼权利和义务后，若有关当事人对相关诉讼权利不理解，如不明白什么是回避时，审判长应当尽量用通俗的话语解释、说明。

6. 在本模拟法庭实验中，为保证实验顺利进行，无论当事人以什么理由提出回避，审判长或院长均应想方设法当庭驳回，以便继续审理。另外，模拟法庭实验中的审判长均由“院长”兼任。

(三) 法庭调查

法庭调查的主要任务是：审判人员在法庭上全面调查案件事实，审查和核实各种证据，为正确认定案件事实和适用法律奠定基础。法庭调查主要包括两个方面的内容：一是当事人陈述；二是出示其他证据和质证。具体步骤如下：

1. 审判长宣布：现在进行法庭调查，法庭调查是通过双方当事人及其诉讼代理人的陈述、举证、质证，查明案件事实，重点是调查当事人争议的事实以及本协议庭认为应当调查的事实。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第64条的规定，当事人对自己的主张，有责任提供证据，反驳对方的主张也应当提供证据或说明理由。然后请当事人陈述。

2. 首先由原告方向法庭宣读起诉状，或口头陈述诉讼请求以及所依据的事实和理由。

3. 紧接着由被告方宣读答辩状，或对原告的起诉作答辩，对原告诉讼请求提出异议或者反诉的，应讲明具体请求和理由。

4. 有独立请求权的第三人陈述诉讼请求和理由；无独立请求权的第三人针对原、被告的陈述提出承认或者否认的答辩意见。

5. 若有上述第三人陈述，则由原告、被告对第三人陈述进行答辩。

6. 审判长根据上述当事人陈述，归纳本案焦点或者法庭调查重点，并征求当事人的意见。

7. 原告方此时提出增加、变更诉讼请求的，审判长应询问被告：“原告提出……（陈述增加或变更诉讼请求），根据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，原告增加（变更）诉讼请求的，你方可以要求当庭审理，也可以要求在15天答辩期满后开庭审理。被告是否同意当庭审理？”若被告不同意当庭审理，审判长应宣布：由于原告×××增加（或变更）诉讼请求，被告×××要求在答辩期内答辩，本案将延期审理（或当庭宣布下一次开庭日期），现在休庭（先宣布休庭，后敲击法槌）。

8. 出示证据和质证。出示证据和质证的次序是：原告出示证据，被告、第三人对此进行质证；被告出示证据，原告、第三人对此进行质证；第三人出示证据，原告、被告对此进行质证。一方当事人出示证据的次序是：证人证言；书证、物证和视听资料；鉴定结论；勘验笔录。

当事人举证完毕后，如发现一方或双方对自己的某些主张没有举证，审判长应告知：“原告或被告主张……应向法庭提交相关证据。”若当事人对某些主张不能当庭举证，确有理由的，审判长应宣布：“原告×××或被告所述关于×××的证据，应在庭审后××日内向法庭提交，并在下次开庭时进行质证。逾期

不提交，视为不能举证，须承担相应的法律后果。”

(1) 证人出庭作证的步骤：①当事人申请证人×××出庭作证，审判长传唤证人×××出庭。②审判长查明证人身份，询问证人姓名、性别、出生年月日、工作单位、职务、住所地、与当事人的关系。③审判长向证人宣布权利和义务：根据我国《民事诉讼法》第70、102条的规定，凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证；证人要如实向法庭陈述案件事实，不得作虚假陈述，否则要承担相应的法律责任；证人依法作证的权利受法律保护，法律禁止任何人对证人作证进行打击报复。④证人向法庭保证如实作证，然后向法庭陈述自己知道的案件情况。⑤经审判长许可，当事人分别向证人发问。⑥合议庭成员向证人询问。⑦证人退庭。

(2) 鉴定人（勘验人、翻译人）出庭作证步骤：①审判长传唤鉴定人（勘验人、翻译人）出庭。②审判长查明鉴定人（勘验人、翻译人）身份，询问鉴定人姓名、性别、出生年月日、工作单位、职务、住所地、与当事人的关系。③法庭宣读委托鉴定（勘验、翻译）书。④鉴定人（勘验人、翻译人）宣读鉴定结论（勘验笔录、翻译文本），并作说明。⑤经审判长许可，当事人分别向鉴定人（勘验人、翻译人）发问。⑥合议庭成员向鉴定人（勘验人、翻译人）询问。⑦鉴定人（勘验人、翻译人）退庭。

在当事人举证完毕后，审判人员可以宣读或出示合议庭调查收集的证据，然后由原告、被告和第三人对法庭出示的证据分别发表质证意见。最后，审判长询问双方当事人有无新的证据出示，是否需要向对方当事人发问以及征询合议庭成员有无需要向当事人发问。

法庭调查结束前，审判长应当就法庭调查认定的事实和当事人争议的问题进行归纳总结，并询问当事人的意见。然后，审判长宣布：法庭调查结束，进入法庭辩论阶段。

注意事项：

1. 庭审时当事人与代理人的意见应尽量保持一致，并相互补充。为此，一般在开庭前代理人应与当事人做好沟通和交流。在庭审时，一般是当事人先发表意见，然后由代理人发表意见。

2. 诉讼请求的变更问题。当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。但在诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致时，不受前述的限制，法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。当事人变更诉讼请求的，人民法院应当重新指定举证期限。

3. 举证应当遵循以下要求:

(1) 除举证责任倒置外,当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。

(2) 证人原则上应当出庭作证。出庭作证的证人应当客观陈述其亲身感知的事实并接受当事人的质询。证人为聋哑人的,可以通过其他表达方式作证。确有困难不能出庭的证人经人民法院许可,可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。证人作证时,不得使用猜测、推断或者评论性的语言。证人不得旁听法庭审理;询问证人时,其他证人不得在场。法院认为有必要时,可以让证人对质。

(3) 举证时应向法庭提交自己一方的证据复印件;书证应同时提供原件,以备当庭核对;物证要提供原物,原物确实无法提供的,要说明原物存放的地点;有视听资料的,应当提供有关资料的原始载体,提供原始载体确有困难的,可以提供复制件。

(4) 鉴定人应当出庭接受当事人质询。鉴定人出庭时,由鉴定人或审判人员宣读鉴定结论,鉴定人确因特殊原因无法出庭的,经人民法院准许,可以书面答复当事人的质询。经法庭许可,当事人可以向出庭的鉴定人发问。当事人对鉴定结论不服的可以申请重新鉴定,是否准许,由法庭决定。

(5) 勘验笔录由勘验人或审判人员当庭宣读。经法庭许可,当事人可以向勘验人发问。当事人可以申请重新勘验,是否准许,由法庭决定。

(6) 出示和宣读证据时,应向法庭陈述证据的名称、证据的来源和证据的基本内容,并说明提供该份或该组证据的目的及要证明什么问题。

(7) 对对方提供的证据进行质证时,当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性,针对证据证明力有无以及证明力大小,进行质疑、说明与辩驳。

(8) 对对方提供的证据不作肯定或否定的表态,视为对该证据无异议。对质证意见的辩解也要求明确作出同意或者反对的表态,否则视为无异议。

(9) 对一方当事人提供的证据,另一方质证时可以就相关问题发问,但发问须经审判长许可。

4. 诉讼各方当事人对鉴定结论及书面证言没有异议的,鉴定人和证人可以不出庭作证。

5. 在实践中,为保证证人如实作证,有的法院要求证人当庭宣誓以人格担保,有的法院则要求证人签署书面的保证书。在本实验中,究竟采取哪种方法,可由审判长决定。

（四）法庭辩论

法庭辩论是当事人及其诉讼代理人在合议庭的主持下，根据法庭调查阶段的事实和证据，阐明自己的观点和意见，相互进行言词辩论的诉讼活动。根据我国《民事诉讼法》第127条的规定，法庭辩论按照下列顺序进行：

1. 审判长宣布：“下面进行法庭辩论。法庭辩论的目的是在法庭调查的基础上，通过当事人发表辩论意见，提出法律依据，分清是非责任。双方当事人的辩论应当围绕本案以下争议焦点……在辩论中，应实事求是，举出法律依据，讲明道理，不得进行人身攻击。”

2. 原告及诉讼代理人发言。原告和诉讼代理人出庭的情况下，一般先由原告发言，然后由诉讼代理人发言。发言主要是论证自己的观点和主张，驳斥被告在法庭调查中提出的事实和理由，而不是简单重复自己在法庭调查阶段所作的陈述内容。

3. 被告及诉讼代理人发言。被告及诉讼代理人的答辩不是对自己在法庭调查阶段的陈述和答辩的简单重复，而是针对原告及诉讼代理人的发言发表意见和辩解，以证明原告的诉讼请求不合法，不应得到法庭支持。

4. 第三人及诉讼代理人发言。有独立请求权的第三人认为原告和被告都侵犯了自己的合法权益，因此其发言和辩论是对原告和被告所主张的事实、理由和请求进行辩驳，从而证明自己的合法权益应受法律保护。无独立请求权第三人是诉讼参加人，在诉讼中依附当事人一方，他的任务主要是补充辩论，即依据依附方的发言或辩论内容，进行必要的补充；但是，当无独立请求权第三人涉及参加之诉中权利的享有和义务的承担时，他与其依附的一方当事人又是对立的，此时无独立请求权第三人可能针对与之有法律关系的当事人提出的事实、理由进行回答和辩驳。

5. 互相辩论。在第一轮辩论完毕后，审判长根据案件情况可以引导诉讼双方进行新一轮辩论，新一轮辩论的次序与第一轮辩论相同。

6. 审判长宣布法庭辩论终结，并按照原告、被告及第三人的顺序征询各方最后还有无新的补充意见。

注意事项：

1. 审判长应当引导当事人围绕争议焦点进行辩论。当事人及诉讼代理人的发言与本案无关或内容重复时，应当及时制止。

2. 在第一轮辩论结束后当事人要求继续辩论的，可以进行下一轮辩论。但新一轮辩论不得重复第一轮辩论的内容。实践中，法庭辩论一般是两至三个回合。

3. 在法庭辩论中,如果发现新的事实需要进一步调查时,审判长可以宣布停止辩论,恢复法庭调查,待事实查清后再继续辩论。

4. 在法庭辩论中,审判人员不得对案件的性质、是非责任发表意见,不得与当事人辩论。

(五) 法庭调解

经过法庭调查和辩论,如果事实清楚的,审判长可以主持调解。调解的步骤如下:

1. 审判长依次询问原告、被告及第三人是否愿意调解。

2. 若都表示愿意调解,审判长依次询问原告、被告及第三人具体调解意见。必要时,合议庭可以根据双方当事人的请求提出调解方案,供双方当事人考虑;也可以先分别征询各方当事人的意见,而后进行调解。

3. 若当事人调解意见不一致,合议庭可以当庭讲清法律规定,帮助当事人分清责任,促使双方当事人达成调解协议。

4. 若当事人的意见分歧依然严重,难以达成一致的,审判长宣布:“鉴于诉讼双方难以达成调解,合议庭调解结束,本案待合议庭评议后依法判决。”

5. 经过调解,若双方当事人达成协议,应当在调解协议上签字盖章。法院应当根据双方当事人达成的调解协议制作调解书送达当事人。双方当事人达成调解协议后当即履行完毕,不要求发给调解书的,应当记入笔录,在双方当事人、合议庭成员、书记员签名和盖章后,即具有法律效力。

6. 双方当事人达成调解协议的,合议庭应当宣布调解结果,告知当事人调解书经双方当事人签收后,即具有法律效力。

注意事项:

1. 我国《民事诉讼法》第128条规定,法庭辩论终结,应当依法作出判决。判决前能够调解的,还可以进行调解,调解不成的,应当及时判决。据此,调解并非开庭审理的必经程序。法庭辩论终结后,合议庭认为该案难以调解时,可立即进入合议庭评议阶段。

2. 法院调解应当遵循自愿原则。当事人不愿意调解和难以达成调解协议的,法院应及时判决,不能“以判压调”。

3. 法院调解应当遵循合法原则。法院主持的调解不得违反法律的禁止性规定,即便当事人同意的也不允许。

4. 关于调解必须查清事实、分清是非的问题。根据我国《民事诉讼法》的规定,法院调解应当在“查清事实,分清是非”的基础上进行。但是,鉴

于有些复杂、疑难案件确实难以查清事实，而双方当事人又有强烈的调解意愿，再者过于强调责任的是非反而不利于调解的达成，因此实践中法院在主持调解时，如果调解方案为双方当事人接受且没有侵犯他人合法权益，就有可能对案件事实和双方的责任作模糊化处理。在实验中，学生可以根据自己扮演的角色体会这一原则在实践中的可行性。

（六）合议庭评议

合议庭评议的任务是依据法庭调查和法庭辩论的情况，就案件的性质、认定的事实、适用的法律、是非责任和处理结果等进行评议并作出结论。评议的步骤是：

1. 审判长宣布休庭，由合议庭对案件进行评议后宣告判决（先宣布休庭，后敲击法槌）。
2. 合议庭成员退庭。
3. 在审判长的主持下合议庭评议。

注意事项：

1. 合议庭评议的结果应是以判决的方式确认当事人之间的权利义务关系。评议中如发现案件事实尚未查清，需要当事人补充证据或者由人民法院自行调查收集相关证据的，可以决定延期审理，由审判长在继续开庭时，宣布延期审理的理由和时间以及当事人提供补充证据的期限。

2. 合议庭评议时对证据证明力的审核和认定应遵循以下规则：

（1）自认规则：①当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，除对方当事人认可外，其主张不予支持。②诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证，但涉及身份关系的案件除外。③对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。④当事人委托代理人参加诉讼的，代理人的承认视为当事人的承认。但未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外；当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的承认。⑤当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。⑥对双方当事人无争议但涉及国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实，人民法院可以责令当事人提供有关证据。

(2) 一方当事人提出的证据, 对方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的, 可以确认其证明力。

(3) 一方当事人提出的证据, 另一方当事人有异议并提出反驳证据, 对方当事人对反驳证据认可的, 可以确认反驳证据的证明力。

(4) 一方当事人提出的证据, 对方当事人举不出相应证据反驳的, 可以综合全案确认其证明力。

(5) 双方当事人对同一事实分别举出相反证据, 但都没有足够理由否定对方证据的, 应当结合案件情况, 判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力, 并对证明力较大的证据予以确认。因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的, 人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。当事人在庭审质证时对证据表示认可, 庭审后又反悔, 但提不出相应证据的, 不能推翻已认定的证据。

(6) 有证据证明持有证据的一方当事人无正当理由拒不提供, 如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人, 可以推定该主张成立。

3. 合议庭评议时对证据证明力的确认应遵循以下规则:

(1) 国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证。

(2) 物证、历史档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证, 其证明力一般高于其他书证、视听资料和证人证言。

(3) 证人提供的对与其有亲属关系或者其他密切关系的一方当事人有利的证言, 其证明力低于其他证人证言。

(4) 原始证据的证明力一般大于传来证据。

(5) 直接证据的证明力一般大于间接证据。

(6) 未成年人所作的与其年龄和智力状况不相称的证言; 与一方当事人有亲属关系的证人出具的对该当事人有利的证言; 没有其他证据印证并有疑点的视听资料; 无法与原件、原物核对的复印件、复制品, 不能单独作为认定案件事实的依据。

4. 按照《合议庭工作规定》第10条的要求, 合议庭评议案件时, 先由承办法官对案件事实是否清楚、证据是否确实、充分以及适用法律等发表意见, 审判长最后发表意见; 审判长作为承办法官的, 由审判长最后发表意见。

5. 合议庭评议的情况应当制作笔录, 由合议庭成员签名。合议庭评议实行少数服从多数的原则, 即合议庭评议案件时, 如果合议庭成员有不同意见, 则以多数成员的意见为合议庭的意见。但是, 对于合议庭的不同意见也应当如实记录, 归档备查。

（七）宣判

凡人民法院审理的案件，无论是公开审理或依法不公开审理，都必须公开宣告判决。宣判步骤如下：

1. 书记员宣布：全体起立，请审判长和审判员入庭。
2. 审判长和审判员入庭后，书记员宣布：请坐下。
3. 审判长根据法庭调查、辩论情况和合议庭评议意见，对证据进行评述，认定案件事实，并说明处理纠纷的法律依据。
4. 审判长宣判。审判长宣读判决结果（先宣布判决，后敲击法槌）。宣判时，应由书记员宣布全体起立。判决宣读完毕，书记员宣布：请坐下。
5. 审判长宣布闭庭（先宣布闭庭，后敲击法槌）。
6. 书记员宣布：全体起立，请审判长和合议庭成员退庭。
7. 审判长和合议庭成员退庭后，书记员宣布：请旁听人员退庭，当事人及诉讼代理人核对庭审笔录。

注意事项：

1. 宣告判决有两种方式：一种是当庭宣判，即在合议庭评议后，由审判长宣布继续开庭并宣读裁判。宣判后10日内向有关人员发送判决书。另一种是定期宣判，即不能当庭宣判的，另定日期宣判。定期宣判后，应立即发给判决书。
2. 宣告判决的内容包括：认定的事实、适用的法律、判决的结果和理由、诉讼费用的负担、当事人的上诉权利、上诉期限和上诉法院。
3. 无论是公开审理还是不公开审理的案件，宣告判决一律公开进行。宣告离婚判决时，应告知当事人在判决未生效前，不得另行结婚。
4. 法庭笔录是书记员对开庭审理活动的记录。制作法庭笔录，应当按照开庭审理各个阶段的顺序客观、真实、全面地记载庭审的全部过程，由合议庭成员和书记员签名。当事人和其他诉讼参与人认为法庭笔录记录无误的，应当在笔录上签名或者盖章；拒绝签名或者盖章的，记明情况复卷；认为对自己的陈述记录有遗漏或者差错，申请补正的，允许在笔录后面或者另页补正。

七、庭后诉讼文书的整理及归档

在开庭审理完毕后，参与实验的诉讼各方应完成相关诉讼文书的修改和归档，具体是：

1. 扮演原告、被告及第三人代理人的学生将修改后的代理词提交给法官组。代理词的制作方法参见本章第二节。

2. 法官组制作一审判决书。判决书的制作方法参见本章第二节。
3. 扮演书记员的学生，按照以下次序将本案的主要材料装订成册，归档备查：（1）卷宗封面；（2）卷内目录；（3）起诉状；（4）被告人答辩状；（5）第三人答辩状；（6）审判笔录；（7）原告方代理词；（8）被告方代理词；（9）第三人之代理人的代理词；（10）判决书、裁定书；（11）卷底。
4. 经审判长签字确认后，书记员将整理好的卷宗提交指导教师存档。

注意事项：

1. 在以往的模拟法庭中，学生们往往以为审判结束后模拟法庭就结束了，而对庭后文书的修改、卷宗归档以及个人总结等问题不够重视。事实上，庭后的这些工作也非常重要，这不仅有助于培养我们严谨的工作作风，而且有助于我们不断总结，提高业务能力。
2. 司法实践中，律师每办结一起案件，都应对案卷材料进行整理，并将整理好的案卷交律师事务所存档。法院每审结一起案件，也应将所有的案卷材料整理归档。为避免实验中不必要的浪费，本模拟实验采取所有诉讼文书都由书记员统一归档。

八、实验总结与评价

1. 自评。参与实验的学生对自己在实验中的表现、优点及不足进行总结。
2. 互评。其他学生对该实验及实验人员的表现作出评价。
3. 点评。指导教师对本次实验作总结性点评。

第四节 民事一审普通程序庭审操作示例

南方省北国市中级人民法院 民事审判笔录

案由：侵犯著作权案

开庭时间：2012年6月10日08时40分至11时55分

开庭地点：第一法庭

合议庭组成人员：审判长：张昶；审判员：王映，蔡雯蕙
书记员：梁卓

开庭前准备阶段

(书记员就位,检查、核对当事人身份证、律师执照以及授权委托书、出庭函等)

书记员梁卓:请肃静。下面宣读法庭规则:(1)诉讼参与人应当遵守法庭规则,维护法庭秩序,不得喧哗、吵闹。(2)诉讼参与人在开庭审判期间的发言、陈述和辩论,需经审判长许可。(3)未经许可,不得录音、摄像和摄影。(4)法庭内不得吸烟,不得随意走动和进入审判区。(5)法庭内禁止使用移动电话、传呼机。(6)法庭审理过程中,旁听群众不得发言、提问,不得鼓掌、喧哗、吵闹和进行其他妨碍审判活动的行为。(7)未经许可,未成年人不得进入法庭。

对于违反法庭纪律的旁听人员,审判长可以口头警告、训诫、责令退出法庭或者经院长批准予以罚款、拘留,对严重扰乱法庭秩序的人,依法追究刑事责任。

书记员梁卓:请全体起立(全场起立完毕)。请审判长、审判员入庭(审判长和审判员入庭、坐定)。请全体坐下。

书记员梁卓:(转身面向审判长张昶)报告审判长,本案当事人和诉讼代理人均已到庭,开庭工作已经准备就绪,可以开庭。

宣布开庭阶段

审判长张昶:北国市中级人民法院民事审判庭依照《中华人民共和国民事诉讼法》第120条规定,公开审理原告李斌诉被告北江真龙伟业广告有限公司、北江卷烟厂著作权纠纷一案,现在开庭(敲法槌)。现在核对当事人及诉讼代理人身份。原告,你的身份情况?

原告李斌:姓名李斌,男,1965年9月28日出生,汉族,北国北江人,北国日报要闻部记者,住北国市秀峰区篦子园93栋3-4号。

审判长张昶:请原告代理人向法庭陈述自己的身份及代理权限。

原告代理人李也:原告代理人李也,系京都市原野律师事务所律师,代理权限为全权代理,包括承认、放弃、变更诉讼请求,进行和解和调解等。

审判长张昶:下面由第一被告北江真龙伟业广告有限公司向法庭陈述身份。

第一被告真龙公司:被告北江真龙伟业广告有限公司,法定代表人张三,系该公司董事长。

审判长张昶:请第一被告的代理人向法庭陈述自己的身份及代理权限。

第一被告代理人吕梦泽：北江真龙伟业广告有限公司的代理人吕梦泽，系六六十六律师事务所律师，代理权限为全权代理，包括承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解和调解等。

审判长张昶：下面由第二被告北江卷烟厂向法庭陈述身份。

第二被告卷烟厂：北江卷烟厂，法定代表人李四，系该厂厂长。

审判长张昶：请第二被告的代理人向法庭陈述自己的身份及代理权限。

第二被告代理人邹思思：我是北江卷烟厂的代理人邹思思，系精诚律师事务所律师，代理权限为全权代理，包括承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解和调解等。

审判长张昶：原告方对二被告出庭人员有无异议？

原告李斌及其代理人李也：没有异议。

审判长张昶：第一被告真龙公司对原告方出庭人员有无异议？

第一被告真龙公司及代理人吕梦泽：没有异议。

审判长张昶：第二被告北江卷烟厂对原告方出庭人员有无异议？

第二被告卷烟厂及代理人邹思思：没有异议。

审判长张昶：各方当事人及其诉讼代理人的身份符合法律规定，可以参加本案诉讼。下面宣布合议庭组成人员，由审判长张昶、审判员王映、蔡文蕙组成合议庭，书记员梁卓担任法庭记录。根据《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定，当事人在法庭上有申请回避的权利；提出证据的权利；对争议的事实享有法庭辩论的权利和请求法庭给予调解的权利；原告有放弃、变更和增加诉讼请求的权利，被告有进行反驳的权利；双方均有陈述最后意见的权利。双方当事人和法庭上享有上述权利的同时应承担依法行使诉讼权利的义务：听从法庭指挥，遵守法庭纪律、如实陈述事实，自觉履行发生效力的法院判决书、调解书和裁定书。上述权利和义务原告及代理人是否听清？

原告李斌及代理人李也：听清了。

审判长张昶：第一被告真龙公司是否听清？

第一被告真龙公司及代理人吕梦泽：听清了。

审判长张昶：第二被告卷烟厂是否听清？

第二被告卷烟厂及代理人邹思思：听清了。

审判长张昶：根据《中华人民共和国民事诉讼法》第46条的规定，当事人享有申请回避的权利，原告对合议庭组成人员及书记员是否提出申请回避？

原告李斌：不申请。

审判长张昶：第一被告真龙公司对合议庭组成人员及书记员是否申请回避？

第一被告真龙公司：不申请。

审判长张昶：第二被告卷烟厂对合议庭组成人员及书记员是否申请回避？

第二被告卷烟厂：不申请。

法庭调查阶段

审判长张昶：根据《中华人民共和国民事诉讼法》第129条的规定，现在进行法庭调查，法庭调查的重点是双方争议的事实。当事人对自己的主张有责任提供证据，反驳对方主张的，应当说明理由。当事人陈述应当围绕诉讼请求、争议事实等与本案有直接联系的内容进行，首先由原告方宣读起诉状。

原告代理人李也：（宣读起诉状）（具体内容详见起诉状）

审判长张昶：下面请第一被告真龙公司针对起诉进行答辩。

第一被告真龙公司代理人吕梦泽：（宣读答辩状）（具体内容详见其提交的书面答辩状）

审判长张昶：下面请第二被告卷烟厂针对起诉进行答辩。

第二被告卷烟厂代理人邹思思：（宣读答辩状）（具体内容详见其提交的书面答辩状）

审判长张昶：根据原被告双方的陈述，本案有以下三个争议焦点：一是“地厚几许问真龙”广告语的著作权归谁所有；二是卷烟厂使用“地厚几许问真龙”广告语的行为是否构成侵权；三是如果构成侵权，相关损失如何计算。原告方对此争议焦点的归纳有无意见？

原告代理人李也：没有意见。

审判长张昶：二被告对此有无意见？

第一被告真龙公司代理人吕梦泽：没有意见。

第二被告卷烟厂代理人邹思思：没有意见。

审判长张昶：下面进行法庭举证和质证，首先请原告方举证。

原告代理人李也：我方向法庭提交的第一组证据是，2011年9月13日刊登有“拾万元诚征礼品真龙广告用语启事”的《北国早报》一份，以及李斌于2011年9月29日根据此启事投稿应征信一份。这两份证据证明的事实包括两点：一是该启事对广告用语的著作权归属没有作出明确的规定；二是原告李斌依据被告2011年9月13日的启事发出了投稿应征信，并且应征信中已经说明要注明创作为李斌，由此说明广告用语的著作权属于李斌。

审判长张昶：第一被告真龙公司对此证据有什么意见？

第一被告真龙公司代理人吕梦泽：对这两份证据的真实性本身没有意见，但是对其证明力有意见，它并不能说明入围广告用语的著作权归投稿人。

审判长张昶：第二被告卷烟厂对此证据有什么意见？

第二被告卷烟厂代理人邹思思：对真实性没有意见，但不同意原告方关于证明广告用语的著作权属于李斌的意见。

审判长张昶：请原告方继续向法庭举证。

原告代理人李也：我方举的第二组证据是，北国市公证处公证书一份和北江卷烟厂所印的含有“地厚几许问真龙”广告语的彩色海报广告宣传册、火车票等。这组证据证明北江卷烟厂在未经原告同意的情况下，将原告创作的“地厚几许问真龙”到处复制、传播，从而侵犯原告著作权的事实。

审判长张昶：第一被告真龙公司对刚才原告方提交的证据有什么意见？

第一被告真龙公司代理人吕梦泽：没有意见。

审判长张昶：第二被告卷烟厂有什么意见？

第二被告卷烟厂代理人邹思思：对真实性本身没有意见，但我们是依法使用该广告语，不存在侵权行为。

审判长张昶：原告方还有无证据向法庭出示？

原告代理人李也：没有了。

审判长张昶：第一被告真龙公司有没有证据需要向法庭出示？

第一被告真龙公司代理人吕梦泽：有。我方拟向法庭出示的第一组证据是2011年9月15日、17日和19日刊登在《北国早报》上的征集广告用语启事，用以证明如下事实：真龙公司征集广告用语的内容、评审以及奖励办法等；本次广告征集活动对入围广告用语著作权归属的约定，即“入围作品的使用权、所有权归北江卷烟厂所属”。

审判长张昶：原告方对此证据有什么意见？

原告代理人李也：有两点意见：一是原告方投稿依据的是9月13日刊登在《北国早报》上的启事，因此9月15日、17日和19日刊登在《北国早报》上的征集广告用语启事与本案无关。二是“入围作品的使用权、所有权归北江卷烟厂所属”并不意味着入围作品的著作权归北江卷烟厂所属。

审判长张昶：第二被告卷烟厂对此证据有什么意见？

第二被告卷烟厂代理人邹思思：没有意见。

审判长张昶：请第一被告真龙公司继续向法庭举证。

第一被告真龙公司代理人吕梦泽：我方要举的第二组证据包括三份书证，分别是2011年11月14日刊登在《北国早报》上的征集广告用语精选作品公告；2011年12月23日刊登在《北国早报》上的“获奖公告”；真龙公司给李斌先生颁发的获奖“荣誉证书”。这三份书证证明我方当事人按照广告征集启事的要求和评奖办法，履行了相关义务，同时也说明我方当事人与李斌形成了

委托创作合同关系。

审判长张昶：原告方对此证据有什么意见？

原告代理人李也：对证据本身没有意见，但这组证据不能证明我方当事人与被告真龙公司形成了委托创作合同关系。

审判长张昶：第二被告卷烟厂对此证据有什么意见？

第二被告卷烟厂代理人邹思思：没有意见。

审判长张昶：第一被告真龙公司还有无证据向法庭出示？

第一被告真龙公司代理人吕梦泽：没有了。

审判长张昶：第二被告卷烟厂有无证据向法庭出示？

第二被告卷烟厂代理人邹思思：有。我方拟向法庭出示的证据是卷烟厂与真龙公司签署的“拾万元诚征广告用语”活动合同书，该合同书约定，卷烟厂出资 901 305 元委托真龙公司征集广告，真龙公司承诺：入围广告用语的著作权从公告之日起归卷烟厂所有，并可用于卷烟厂“真龙”香烟的广告宣传及广告品制作等相关领域。由此证明在我方依照合同履行相关义务的前提下，真龙公司有义务保证入围广告用语的著作权归我方所有，我方使用此广告用语不存在任何侵权行为。

审判长张昶：原告方对此证据有什么意见？

原告代理人李也：这份合同是真龙公司与卷烟厂签订的，他们之间的约定与我方无关，不能据此免除二被告的侵权责任。

审判长张昶：第一被告真龙公司对这份合同有什么意见？

第一被告真龙公司代理人吕梦泽：没有意见。我方正是根据此协议向社会发布征集广告用语广告和进行评奖。

审判长张昶：第二被告卷烟厂是否还有证据向法庭提交？

第二被告卷烟厂代理人邹思思：没有了，我方举证完毕。

审判长张昶：鉴于诉讼各方举证完毕，法庭调查结束。

法庭辩论阶段

审判长张昶：下面进入法庭辩论阶段。法庭辩论的目的是在法庭调查的基础上，各方向本案的事实认定和法律适用发表辩论意见，提出法律依据，分清是非责任。双方当事人的辩论应当围绕本案争议焦点进行，在辩论中应实事求是，不得进行人身攻击。首先由原告发表意见：

原告李斌：他们应该赔我 50 万元，我创作这个费了特别大的劲，我看到他们的广告只看到了 13 日的那期，后面的全都没有看到，他们说 9 月份在《北国早报》上公布，但是他们 12 月才公布，我不会那么多天去看。具体 50

万元是怎么算的，是我律师给我算的，我觉得还挺合理的，这个在什么火车票上啊，大广告夹上啊，都是我这个广告，他们通过我这个广告赚了不少钱呢。总之，请法院支持我的诉讼请求。

审判长张昶：下面请原告代理人发表代理意见。

原告代理人李也：（宣读代理词）（具体内容参见代理人提交的书面代理词）

审判长张昶：下面请第一被告真龙公司发表意见。

第一被告真龙公司：我们认为原告的诉讼请求没有事实和法律根据，具体理由由我方律师说。

第一被告真龙公司代理人吕梦泽：（宣读代理词）（具体内容参见代理人提交的书面代理词）

审判长张昶：下面请第二被告卷烟厂发表意见。

第二被告卷烟厂：我方没有实施侵权行为，我单位花了90多万元钱通过真龙公司买了几条广告用语，怎么能说是侵权呢，请法院给我们主持公道。

审判长张昶：下面请第二被告卷烟厂的代理人发表意见。

第二被告卷烟厂代理人邹思思：（宣读代理词）（具体内容参见代理人提交的书面代理词）

审判长张昶：第一轮法庭辩论结束，各方的意见书记员已经记入法庭笔录，下面进行第二轮法庭辩论。在此辩论中，各方已经发表过的意见不要再重复发表了。原告有没有新的意见？

原告李斌：有。他们说他们是什么委托创作合同，他们说的一切都是根据他们那个15日、17日、19日三个刊登的启事做的答辩意见，但是我根本就没看到，然后他们非要说我们之间的合同要按这个成立，我根本就不知道这个东西，你让我怎么成立呀，所以我就只能按那个13日登出来的广告启事来判断。还有，还有就是我的代理人替我说吧。

审判长张昶：原告代理人有无补充意见？

原告代理人李也：针对第二被告卷烟厂提出的花了90多万元买广告用语的问题，我们的意见是：二被告签订的合同，我方并没有介入，这件事与我方无关。对于我方来说，作为一个只是去应征广告的原被告来说，并不知道双方签订了怎样的合同。至于他们的赔偿数额互相间怎样确定，这是他们之间内部的事情。针对第一被告说我方没有看到15、17、19日的悬赏广告，这个是我们的疏忽，我们承认，我们不予以否认，但是就客观条件来说，我们看到一次悬赏广告之后，我们怎么可能以后还天天跟踪那么多份报纸来阅读呢？疏忽我们承认，但是因为这种疏忽导致我们著作权的丧失我们并不承认，并且被告刚才

所说，我们不知道广告的内容，那么第二被告，作为你和第一被告签约之后你都不知道9月13日的广告上面刊登了什么样的内容，你们双方在签合同之后都不知道对方做了什么样的行为，我们互相之间没有任何的关系我们怎么可能知道呢？基于此，我认为我们没有成立委托合同关系，我们也没有把著作权转让给被告，并且我们是有疏忽没有看到15、17、19日的广告，但是我们是按照13日的公告进行投稿的。

审判长张昶：第一被告真龙公司有无新的意见要补充？

第一被告真龙公司：我觉得很冤，我们又没到处打广告，怎么能说我们侵犯了人家的著作权呢？！

审判长张昶：第一被告真龙公司的代理人有无新的意见要补充？

第一被告真龙公司代理人吕梦泽：有。首先，委托合同只是一份普通的民事合同，而不存在对方所要求的具体的签约仪式，在我们整个案件的举证过程当中，我们的征用启事就是明显的要约，而对方的投稿行为就是明显的承诺的意思表示。我们已经说过了，这份合同是一份附条件的合同，它的生效就在于我们将获奖入围的20条广告语的名单公布于广告上，这也是符合我们要约内容的。再者，对方的应征启事中，对于我们征稿启事中的内容没有异议，这是白纸黑字写的，至于你所说的你是13日看到的启事，没有看到15、17、19日的启事，这点你举证也不完全，你自己所说的没有事实证据。况且，你的投稿日期是9月29日，这是白纸黑字的证据能证明的，我方有理由相信，你默认了或者你看到了我方9月15日、17日、19日的启事，而且至于合同的这些细节我们可以不用纠结，只要白纸黑字的东西写在这里，要约已经被承诺，这个合同就是成立的。至于你所谓的你有没有看到东西，我觉得，与这个合同没有什么纠结的必要，只要白纸黑字的，要约在承诺也在，这个合同就是成立的。即使按照你们所说的，你们只看到13日的启事，即使13日的内容作为要约合同，我们之间的委托合同创作关系已经存在，至于著作权归谁所有，只是属于委托合同中著作权归属不明。但是根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》当中我们知道我们可以在特定范围内免费使用你方的著作使用权，所以你们要起诉我们侵犯了著作使用权，必须举证证明我们超过了这个范围使用。

审判长张昶：第二被告卷烟厂有无新的意见要补充？

第二被告卷烟厂：我们更冤，花90万元买条广告语还不能用，难道我们花90万元征集不能用的广告赔本赚吆喝？！这个事情，我觉得尽管真龙公司在操作上有些瑕疵，但是不至于让卷烟厂承担责任。

审判长张昶：第二被告卷烟厂的代理人有无新的意见要补充？

第二被告卷烟厂代理人邹思思：无论是我方与真龙公司签订的合同，还是真龙公司后来发布的广告语征集启事，都明确规定卷烟厂对入围广告享有著作使用权。即便由于真龙公司的瑕疵，导致侵犯第三人权益，也与我们无关。

审判长张昶：鉴于诉讼各方的意见已经发表完毕，法庭辩论结束。

当事人最后陈述和法庭调解

审判长张昶：现在由双方当事人及委托代理人陈述自己的最后意见，首先由原告陈述最后意见。

原告李斌：“地厚几许问真龙”广告语是我人生智慧的结晶。第一被告真龙公司从卷烟厂获取数十万元报酬，卷烟厂通过我的广告语获得了数以百万、千万的巨额利润，而我呢？他们仅仅以数百元的奖金打发我，请问公平正义何在？我希望法庭能支持我的诉讼请求，判决二被告承担侵权责任。

审判长张昶：下面请原告代理人陈述最后意见。

原告代理人李也：我坚持我刚才发表的代理意见，请法庭公正判决。

审判长张昶：下面请第一被告真龙公司陈述最后意见。

第一被告真龙公司：没什么可说的，反正我们没有实施侵权行为，不应承担责任。

审判长张昶：下面请第一被告真龙公司的代理人陈述最后意见。

第一被告真龙公司代理人吕梦泽：同意我当事人的意见。

审判长张昶：下面请第二被告卷烟厂陈述最后意见。

第二被告卷烟厂：我们虽然用了该广告语，但那是我们通过真龙公司花90多万元买来的，不承担任何责任。有问题，也应当由真龙公司负责。

审判长张昶：下面请第二被告卷烟厂代理人陈述最后意见。

第二被告卷烟厂代理人邹思思：该广告语著作权已经归属卷烟厂，不存在侵权行为，我方不应承担任何法律责任。

审判长张昶：根据我国民事诉讼法的规定，人民法院审理民事案件，可以根据自愿和合法的原则进行调解。现在进行法庭调解，请问原告愿意调解吗？

原告李斌：不愿意，他们特别没有诚意。

审判长张昶：鉴于当事人不愿意调解，本庭不再组织调解，法庭调解结束。

休庭、评议和宣判

审判长张昶：现在休庭30分钟，待合议庭评议后继续开庭。

（合议庭休庭后对本案的事实、证据及适用法律进行了评议，随后继续开庭）

(书记员就位)

书记员梁卓：请肃静。全体起立，请审判长、审判员入庭。(审判长、审判员入庭就座)请坐下。

审判长张昶：现在继续开庭(敲法槌)。李斌诉被告北江真龙伟业广告有限公司、北江卷烟厂著作权纠纷一案，经本法庭认真审理，事实已经查清，经合议庭评议，我们认为，原告李斌创作出“地厚几许？问真龙”广告语具有独创性，且以文字形式表现，可以以某种形式复制，属于《中华人民共和国著作权法》保护的文学艺术作品范畴。原告通过2011年9月29日的投稿应征信明确表示投稿依据：“根据贵公司2011年9月13日刊登于《北国早报》的启事”，该启事对广告词的著作权归属没有作出明确规定；虽然被告真龙广告公司在2011年9月15、17、19日对征稿启事的修改表明其明确认识到13日的启事与之后启事的不同，而真龙广告公司在收到原告应征信之时并未对这一点提出异议，因此应当认定其接受原告之要约。故原告作品的入围，并不能使二被告取得作品著作权，著作权仍归李斌所有，包括其使用权。因此，二被告以征集启事已对著作权归属作出声明，原告一经应征，即与真龙广告公司形成委托创作合同关系作为抗辩理由不能成立。

被告北江卷烟厂虽然与真龙广告公司约定，入围广告用语的著作权从公告之日起归北江卷烟厂所有，入围广告用语可用于北江卷烟厂产品“真龙”香烟的广告宣传及广告品制作等相关领域；但是，客观上实施了侵权行为。被告真龙广告公司虽然没有直接实施侵权行为，但是其向北江卷烟厂提供了被侵权的作品，而且违反了其与北江卷烟厂的约定。因此，二被告的行为构成共同侵权，应当对侵权结果承担连带责任，二被告的相关抗辩理由不能成立。

原告既没有就因被告侵权造成的具体损失向法院提供证据，也没有举证证明二被告因侵权行为获得的利润数额；结合本侵权行为的具体情况，原告主张二被告赔偿50万元人民币数额过高，于法无据。

综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十八条、第一百三十条、《中华人民共和国著作权法》第三条、第十条、第十一条第一款、第二款、第二十四条、第二十五条、第四十七条第一款第(一)项、第四十八条第二款之规定，判决如下：

书记员梁卓：请全体起立。

审判长张昶：1. 被告北江真龙伟业广告有限公司和被告北国市北江卷烟厂在判决生效之日起停止使用原告作品“地厚几许？问真龙”。

2. 被告北江真龙伟业广告有限公司和被告北国市北江卷烟厂自判决生效之日起七日内在北国市相关媒体上公开发表声明，向原告李斌赔礼道歉，消除

影响，声明内容须经法院审查，逾期不履行，法院将在相关媒体上刊登判决书的主要内容，费用由北江真龙伟业广告有限公司和被告北国市北江卷烟厂共同负担。

3. 被告北江真龙伟业广告有限公司和被告北国市北江卷烟厂共同赔偿原告李斌经济损失480 000元，二被告互负连带责任。本案一审案件受理费10 010元，其他诉讼费2 503元，共计12 513元，原告李斌负担520元，北江真龙伟业广告有限公司和北国市北江卷烟厂共同负担11 993元。

书记员梁卓：请坐下。

审判长张昶：今天是口头判决，本判决书在十日内送至各诉讼当事人，各诉讼当事人若不服判决，有权在十五日内向本院提交上诉状，并按当事人人数提交副本。本案庭审笔录，各诉讼当事人有权在庭审结束后五日内到本院阅读。各诉讼当事人是否听清楚？

原告李斌：听清。

第一被告真龙公司：听清。

第二被告卷烟厂：听清楚了。

审判长张昶：北国市中级人民法院公开开庭审理原告李斌诉被告北江真龙伟业广告有限公司、北江卷烟厂著作权纠纷一案，现已审理终结，现在我宣布闭庭（敲法槌）。

书记员梁卓：全体起立！请审判长、审判员退庭。

书记员梁卓：散庭。请各当事人阅读笔录并签字。如对笔录有意见可以补正。

第五节 实验案例

一、实验案例1：寿宴上吃出的食物中毒案^①

（一）基本案情

李宝华，男，1950年9月16日出生，汉族，农民，住京都市城关区云龙家园20号楼2单元201室。

王玉平，女，1951年2月4日出生，汉族，农民，住址同李宝华。与李宝华系夫妻关系，共有李竹、李菊、李梅3个女儿。

其中，李梅的丈夫是张国庆，儿子是张军。

^① 本案例材料中的“京都市”，学生在进行模拟法庭实验时可以理解为其学校所在地，有关赔偿计算标准根据当地统计数据进行。

张国庆，男，1969年2月5日出生，汉族，无业，住京都市城关区清欣园6号楼3单元401号。

张军，男，1996年6月28日出生，汉族，京都市实用高级技术学校一年级学生，住址同张国庆。

李梅因食物中毒死亡，张国庆、张军因食物中毒就医。为此，王玉平、李宝华、张国庆、张军四人拟起诉提供相关食物的金灶头饭庄和瑞祥公司，要求其赔偿相关损失和给付相关费用。

（二）证据材料

证据1：王玉平、李宝华、张国庆、张军四人陈述

李梅的外祖母宋桃珍于2011年7月23日过83岁生日，当晚约18时50分，包括宋桃珍在内共计28人一起到京都金灶头饭庄就餐，张军的表姨牛金花自瑞祥公司购买了一个生日蛋糕一同带去。在金灶头就餐时共计点了16个菜、两瓶啤酒、3瓶鲜橙多，饭庄赠送了两盆绿豆汤、一份果盘和一份寿面。在金灶头饭庄就餐约2小时，在整个就餐过程中，李梅除吃了一点蛋糕之外主要就是吃了金灶头饭庄的饭菜，没有喝酒，她也从来不喝酒，并于晚21时左右离开金灶头饭庄。2011年7月24日中午，李梅一家3人先后感到身体不舒服，出现了不同程度的发烧。其中，李梅最为明显；当晚22时30分左右到京都航天总医院急诊科治疗，经检查是因食物中毒引起的，于2011年7月25日凌晨1点30分回到家中，回家后仍未好转，随后于2011年7月25日上午10时30分又到京都航天总医院住院治疗，经检查诊断为“中毒性菌痢、感染中毒性休克、DIC、多脏器功能衰竭、中毒性脑病”，损伤、中毒的外部因素为食物中毒；25日晚20时50分进入重症监护室进行抢救，经过11天的抢救后于2011年8月6日转入普通病房，之后病情仍未好转；2011年8月10日转院至京都地坛医院治疗，并再次进入重症监护室，经过半个月的治疗后，李梅于2011年8月24日凌晨5时50分去世。2011年7月23日到金灶头饭庄就餐之前，李梅身体状况一直很好，在金灶头饭庄用餐后因食物中毒导致身体产生病变，并导致抢救无效的死亡后果，其他在金灶头饭庄一起用餐的人也有不同程度的食物中毒现象。

证据2：刘红陈述

刘红，女，1966年12月12日出生，汉族，京都金灶头饭庄（个体工商

户) 业主, 住京都市洪山区西四条3号。

对于原告方在我饭庄就餐的事实没有异议, 但原告方没有证据证明李梅的死亡系食用了我饭庄饭菜造成的; 李梅发生了上述事情后, 我一直不清楚, 故不同意原告方的诉讼请求。

证据3: 京都瑞祥食品有限公司陈述

京都瑞祥食品有限公司, 住所地: 京都市北城区朝阳门南大街8号富丽大厦A3层2室。法定代表人周京海。

是有一个叫牛金花的买过我公司蛋糕, 但李梅的死亡与我公司没有关系; 我公司是合法的蛋糕生产企业, 有卫生许可证, 我公司提供的产品没有问题, 故我公司不同意原告方的诉讼请求。

证据4: 证人牛金花证言

牛金花, 女, 38岁, 住京都市城关区幸福花园3单元201室。

我是张军的表姨。我从瑞祥公司订了一个生日蛋糕, 瑞祥公司将蛋糕送至我家, 我丈夫带着蛋糕去的饭庄。我2011年7月23日19点下班, 在单位吃完饭后去了金灶头饭庄, 在金灶头饭庄就吃了一小块蛋糕, 回家以后没有任何的不适反应; 我女儿当晚回去就拉肚子, 后带着去医院看病, 医生说是消化不良、痢疾。

证据5: 证人李宝英陈述

李宝英, 男, 70岁, 住京都市城关区古城街10号院。

李梅是我侄女, 2011年7月23日的生日聚餐摆了两桌, 大人一桌, 小孩一桌, 就餐后, 我吃了一口蛋糕, 并将剩余的饭菜(没有蛋糕)带回家, 给小狗吃了些, 其余的给同院的大狗, 第2天发现小狗大狗都吐出来; 我于7月24日早3点, 感到胃和肚子不舒服, 开始拉肚子, 在家吃了点药, 后开始腹痛、腹泻、高烧加重, 于2011年7月28日到航天医院就诊, 诊断为感染性腹泻。

证据6: 证人石宝山证言

石宝山, 男, 26岁, 住京都市洪山区嘉诚花园3单元601室。

我是时蕊的朋友，于2011年7月23日给时蕊姥姥过生日，就餐时我各种菜都吃了，吃了一口蛋糕，喝了饮料，未饮酒。聚餐后当晚就拉肚子，第2天还是拉肚子，后又发烧特别严重，就去医院看病，诊断为肠道感染，输了液后回家，第3天才好。

证据7：证人杨花证言

杨花，女，68岁，住京都市城关区幸福花园5单元101室。

李梅是我侄女，我在2011年7月23日的生日聚餐上多少吃了点菜，也吃了点蛋糕，没有喝饮料和酒；第2天下午7~8点感到身体不适，发低烧，在家吃了点药，肚子疼得厉害；第3天在家躺着，我丈夫和孩子都拉了肚子。我于2011年7月27日到医院看病，被诊断为感染性腹泻，并输了液。

证据8：证人李宝刚证言

李宝刚，男，70岁，住京都市城关区幸福花园5单元101室。

李梅是我侄女。2011年7月23日，我们为给我母亲过83岁大寿去金灶头就餐，共点了16个菜，具体菜名记不清了。就餐中，我各种菜都吃了，吃了一口蛋糕，喝了白酒，未喝饮料。第2天晚九点左右感觉肚子疼拉肚子，当时吃了点药入睡，连拉了3天。我于2011年7月27日上航天医院看病，被诊断为感染性腹泻。

证据9：证人李宝铁证言

李宝铁，男，67岁，住京都市城关区美丽花园2单元101室。

李梅是我侄女。我在2011年7月23日的生日聚餐上没有喝酒，金灶头饭庄的菜都吃了，饭后吃了一小块蛋糕；第2天下午，我爱人有点发烧，在带我爱人去医务室输液过程中，我自己也感到不舒服，回家测体温为37度多，便吃了1片APC；7月25日下午，我量了下我的体温为38.4℃，便在医院输了3瓶液，晚上又开始拉肚子，后输了3天液才好转。

证据10：证人张文证言

张文，女，63岁，住京都市城关区美丽花园2单元101室。

我是李宝铁的妻子。在2011年7月23日的生日聚餐上，我喝了半杯啤酒和半杯饮料，金灶头饭庄的菜或多或少吃了些，吃了大约一口蛋糕。7月24日下午3点多，我感觉发冷，测一下体温为37.5℃，吃了1片APC，下班回家后，体温为38.5℃，然后到医务室看病并输了液，晚上又出现拉肚子现象；我共输了4天液，1周才痊愈。我儿子的病情轻点，在上班时吃了点药休息了会儿就好了。

证据 11：证人李建国证言

李建国，男，45岁，住京都市城关区古城街10号院。

我与李宝英系合租的大院子，李宝英说把过生日的饭菜拿回来喂狗了，我看到院里的狗吐了。

证据 12：证人张伟证言

张伟，男，40岁，住京都市城关区幸福花园3单元201室。

2011年7月23日，我带我的孩子给我爱人的姥姥过生日，我爱人牛金花订的蛋糕；在生日聚餐上，我带孩子吃得少，吃了一点蛋糕，后来就开始拉肚子，孩子也拉肚子，我吃了两天药好了，我爱人吃了蛋糕，但没有拉肚子。

证据 13：证人陈清证言

陈清，男，43岁，住京都市城关区幸福花园4单元601室。

我在2011年7月23日的生日聚餐后，于7月24日感到全身不舒服，头痛，然后腹泻腹痛，我赶紧吃药；当天桌上还有一块剩下的蛋糕，我带一块回家给小狗大狗吃，第二天大小狗都吐了。

证据 14：张军的医疗手册记录及医院收费单据

京都航天医院病历记载1：

发烧待查、急性肠炎、食物中毒。

主治医师：陈辉 7月24日

京都航天医院病历记载2：

急性肠炎，食物中毒。

主治医师：陈辉 7月25日

医疗收费单据2张共计482.77元。

证据15：张国庆的医疗手册记录及医院收费单据

京都航天医院病历记载：

急性肠炎，食物中毒。

主治医师：张英敏 7月15日

医疗收费单据1张共计282.77元。

证据16：李梅的医疗手册记录及医院收费单据

京都航天医院病历记载1：

食物中毒，发热1天，全身乏力，既往有肾炎，体温40℃。

医师：张伟 7月24日

京都航天医院病历记载2：

该患者于昨天13:00突发高热，家属诉病人发热后出现不进食，意识不清，呼之可睁眼。……既往史：既往10年前患过乙型脑炎及急性心肌炎病史，“慢性肾炎”病史4~5年，长期口服中药治疗……

住院部主治医师：陈洁 7月25日

京都航天医院病历记载3：

李梅在我院住院16天，于2011年8月10日出院；出院时症状为：感染性休克未愈，中毒性菌痢好转，中毒性脑病好转、慢性肾功能不全未愈、DIC好转，腹水未愈，酸碱失衡好转，肺部感染好转，胰腺炎未愈，贫血未愈、电解质紊乱好转，损伤、中毒的外部因素为食物中毒。

李梅在航天医院就诊收费单据6张共84897.66元。

京都地坛医院病历记载：

患者李梅于2011年8月10日来我院住院治疗，于2011年8月24日死亡，死亡时：多脏器功能衰竭、尿毒症、DIC、昏迷原因待查、中毒性脑病、细菌性痢疾、水电解质及酸碱平衡紊乱、肺部感染，气管切开后胸腹腔积液，

胰腺炎，贫血原因待查。

李梅在地坛医院住院费、急救费和用血费单据 8 张，共计 99 169.77 元。

证据 17：京都金灶头饭庄营业执照和卫生许可证

京都市工商局颁发的金灶头饭庄个体工商户营业执照，业主为刘红，经营范围为餐饮。

京都市卫生局给金灶头饭庄颁发的准许从事餐饮业的卫生许可证。

证据 18：瑞祥公司营业执照、食品卫生许可证

京都市工商局颁发的瑞祥公司营业执照，法定代表人为周京海，经营范围为面粉类食品加工、生产、销售，注册资金为 20 万元。

京都市卫生局给瑞祥公司颁发的准许从事食品生产、销售的卫生许可证。

证据 19：李宝华家户口本及结婚证

记载内容有：李宝华系 1950 年 9 月 16 日出生，与 1951 年 2 月 4 日出生的王玉平系夫妻关系，李宝华与王玉平分别于 1969、1971、1972 年生下女儿：李竹、李菊、李梅，3 个女儿均有民事行为能力，已经结婚。

证据 20：张国庆家户口本及结婚证

记载内容有：张国庆系 1969 年 2 月 5 日出生，与 1972 年 3 月 1 日出生的李梅系夫妻关系，于 1996 年 6 月 28 日生儿子张军。

（三）争议焦点

1. 本案食物中毒的原因是什么？由谁来证明？
2. 被害人李梅的死亡原因是什么？
3. 京都金灶头饭庄和瑞祥公司是否应当承担民事赔偿责任？如果都承担，他们之间的责任范围如何分配？
4. 本案被害人的损失有多大？其赔偿范围如何确定？

二、实验案例2：在餐厅门口滑倒引发的人身损害赔偿纠纷案

（一）基本案情

原告王香秀，女，63岁，南方省人，汉族，中学文化，户籍所在地：南方省昌安市，现居住地：京都市北城区松原路17号院27号楼D-1613室，工作单位：京都市山水房地产开发有限公司。

被告京都枫林温泉度假村，住所地为京都市北城区府学路13号枫林度假村，法定代表人高浩，职务：总经理，注册号11010586928。

2011年2月18日下午，63岁的王香秀等人来到京都枫林温泉度假村的餐厅用餐，餐厅门口地面刚打过蜡，王香秀在餐厅门口不慎摔倒受伤。随后，王香秀在餐厅工作人员及家人的陪同下到北城区医院就诊，王香秀的伤情经诊断为右桡骨远端骨折，王香秀本次就诊期间的医疗费已由餐厅支付。后王香秀又转到京都市华佗中医骨伤专科医院就诊治疗，自己支付医疗费千余元。

现王香秀主张，餐厅门口附近没有设置注意防滑等标识牌，餐厅地板过滑，不符合安全要求，自己在正常行走时滑倒，餐厅理应负全责，要求餐厅支付医疗费、误工费等各项费用并赔偿精神损失。餐厅则主张，餐厅使用的是防滑蜡，地板符合安全要求，王香秀摔伤应该自己负责。

（二）证据材料

证据1：用餐发票

说明：该发票系当地税务部门监制的正式发票，图略。发票内容为：收款人：京都枫林温泉度假村有限公司；付款人：京都市山水房地产开发有限公司；项目：餐费；金额：2900元；日期：2011年2月18日，其他内容略。

证据2：北城区医院影像摄片报告

说明：该报告系北城区医院制作，图略。

报告内容为：姓名：王香秀；性别：女；年龄：63岁。

拍片日期：2011年2月18日；报告日期：2011年2月18日。

检查名称：右前臂正侧位带腕关节。

影像表现：右桡骨远端骨折，未见明显错位，请结合临床，随诊复查。

证据 3：京都市华佗中医骨伤专科医院（系享有医保资格的私人医院）诊断证明书-1

该诊断证明书内容为：姓名：王香秀；性别：女；年龄：63 岁；诊断及建议：右 colles 骨折，休息一个月；医师：陈兵，并盖有该医院门诊章；出具时间：2011 年 2 月 21 日。

证据 4：京都市华佗中医骨伤专科医院诊断证明书-2

该诊断证明书内容为：姓名：王香秀；性别：女；年龄：63 岁；诊断及建议：右 colles 骨折，休息一个月；医师：陈兵，并盖有该医院门诊章；出具时间：2011 年 3 月 17 日。

证据 5：京都市门诊收费专用收据-1

记载信息为：患者：王香秀；性别：女；年龄：63 岁；项目名称：骨折固定材料；收费金额：60 元；收费时间：2011 年 2 月 21 日；收费单位：华佗中医骨伤专科医院。

证据 6：京都市门诊收费专用收据-2

记载信息为：患者：王香秀；性别：女；年龄：63 岁；项目名称及收费金额：X 光片费：27 元；数字化摄影：80 元；总计 107 元。收费时间：2011 年 3 月 1 日；收费单位：华佗中医骨伤专科医院。

证据 7：京都市门诊收费专用收据-3

记载信息为：患者：王香秀；性别：女；年龄：63 岁；项目名称及收费金额：骨折固定材料：60 元；接骨片：83 元；骨康胶囊：135 元。总计 278 元。收费时间：2011 年 3 月 1 日；收费单位：华佗中医骨伤专科医院。

证据 8：京都市门诊收费专用收据-4

记载信息为：患者：王香秀；性别：女；年龄：63 岁；项目名称及收费

金额：按摩手法治疗：20元；骨伤固定材料：60元；接骨片：83元；骨康胶囊：202元。总计365元。收费时间：2011年3月9日；收费单位：华佗中医骨伤专科医院。

证据9：京都市门诊收费专用收据-5

记载信息为：患者：王香秀；性别：女；年龄：63岁；项目名称及收费金额：X光片费：27元；数字化摄影：80元；腹部彩超：150元。总计257元。收费时间：2011年3月17日；收费单位：华佗中医骨伤专科医院。

证据10：京都市门诊收费专用收据-6

记载信息为：患者：王香秀；性别：女；年龄：63岁；项目名称及收费金额：按摩手法治疗：20元；骨康胶囊：33元；正骨水：47元；颈椎理疗：120元。总计220元。收费时间：2011年3月17日；收费单位：华佗中医骨伤专科医院。

证据11：工资证明

工资证明

王香秀，女，身份证号：360123194801229999，系我公司聘任的副总经理，其月工资为8500元人民币。

特此证明。

京都市山水房地产开发有限公司（公章）

2011年3月31日

证据12：工资扣除证明

工资扣除证明

王香秀，女，身份证号：360123194801229999，系我公司聘任的副总经理，其月工资为8500元人民币。

由于意外受伤，不能上班，本公司按照医院诊断证明准予休假2个月，工资停发2个月。工资停发自2011年2月21日至2011年4月20日，4月21日

起按原工资计发。

特此证明。

京都市山水房地产开发有限公司（公章）

2011年4月16日

证据 13：扣除年终奖证明

扣除年终奖证明

按我公司现行规定，职工的出勤率是评定职工年终奖的重要依据之一。我公司副总经理王香秀由于非因公受伤，3个月不能工作，应按事假处理，除扣除其2个月工资17 000元外（因其受伤后第三个月有部分出勤，由总经理批准只扣除2个月工资），如无其他意外休假，应扣除年终奖金6 000元。

特此证明。

京都市山水房地产开发有限公司（公章）

2011年8月11日

证据 14：京都枫林温泉度假村服务员王琦的证言

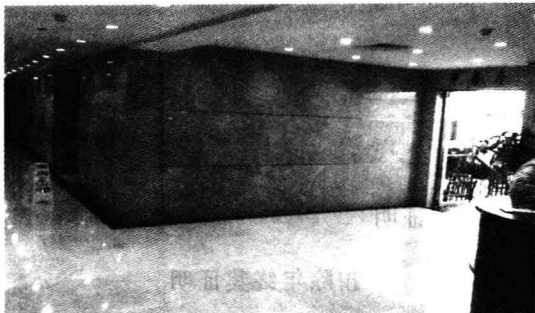
我是王琦，女，1983年4月13日出生，汉族，京都市北城区人。我是京都枫林温泉度假村中餐厅的一名服务员，那天我们经理让我负责中餐厅门口区域的服务。当时原告和其他一些人一起来我们餐厅吃饭，然后看他们说说笑笑的，我就上去跟他们说了一下小心地滑，刚打过地蜡的。后来我去后厨取菜来着，回来就看到她摔那儿了，周围还聚了一堆人呢。之后好像是我们经理陪着他们去了北城区医院，别的我就知道了，后来好像听别人说她家属还来闹过呢。

签字 王琦

2011年5月4日

证据 15：现场照片

说明：餐厅打过地蜡之后，在楼梯的一侧摆放了“小心地滑”的指示牌。



（三）争议焦点

1. 京都枫林温泉度假村是否尽到合理的安全保障义务？
2. 王香秀转院治疗的行为是否合理？
3. 如果京都枫林温泉度假村没有尽到安全保障义务，本案被害人的实际损失如何确定？此类侵权案件，被害人提起精神损害赔偿应否获得法院支持？

三、实验案例3：一房二卖之房产该花落谁家案

（一）基本案情

2006年春，经陆洪伟（于2008年夏去世）介绍，陈爱英和东方省残疾人联合会协商，同意以联建的形式向东方省残疾人联合会购买房屋，并以其表弟张立伟的名义签订协议。协议签订后，陈爱英向东方省残疾人联合会支付了部分房款，但东方省残疾人联合会一直未向陈爱英交付房屋。2006年9月3日中原市公安局以陈爱英涉嫌经济犯罪为由限制人身自由，直至2011年6月14日陈爱英才被恢复人身自由。陈爱英获得人身自由后，立即要求东方省残疾人联合会交付房屋，但遭到拒绝，并获悉在自己被关押期间东方省残疾人联合会

又以同样的条件将该房屋卖给了第三人。

（二）证据材料

证据 1：张立伟与省残联签订的联建合同

省残联综合楼第一层联建合同

建设方：东方省残疾人联合会（以下简称甲方）

联建方：张立伟（以下简称乙方）

根据《中华人民共和国合同法》及其他有关法律法规之规定，甲、乙双方在平等、自愿、协商一致的基础上就省残联综合楼联建事宜达成如下协议：

一、鉴于甲方与东方新达房地产开发有限责任公司在城关区民主西路 72 号联建综合楼，乙方自愿向甲方投资建设综合楼第一层，面积 1 150 平方米，每平方米 5 500 元，总投资陆佰叁拾贰万伍仟元（6 325 000 元）。在办理产权证时，如面积有增减，乙方不再增减投资款。

二、待甲方所建综合楼竣工并土地过户后，甲方在两个月内即 2006 年 6 月 30 日前（非甲方原因除外）给乙方办理好其投资建设的综合楼第一层面积的产权。

三、甲方负责综合楼第一层报批报建手续，并保证乙方所联建房产权属清楚、没有产权纠纷和债权债务纠纷，若发生产权纠纷和债权债务纠纷，概由甲方负责处理，并承担民事责任，因此给乙方造成的经济损失，甲方负责赔偿。

四、付款时间和支付办法

1. 本合同签订后，乙方即付给甲方联建款肆佰肆拾贰万元（4 420 000 元），为总投资额的 70%。

2. 甲方给乙方办理综合楼第一层楼产权后，乙方再付给甲方联建房款壹佰柒拾壹万伍仟贰佰伍拾元（1 715 250 元），达到总投资额的 97%（包括前期已付款）。

3. 待房屋保修期满（1 年内）无质量问题时，乙方付清全部联建款。

五、除合同所定联建投资款外，产权过户费用按国家规定办理

六、交房时间

甲方须于 2006 年 5 月 15 日前，将符合设计要求、标准的联建房交付乙方。如遇不可抗力及自然灾害的原因，甲方可据实予以延期。

七、违约责任

1. 乙方逾期付款，按支付迟延付款额的银行同期贷款利息赔偿甲方损失。

2. 甲方逾期给乙方交付联建房, 每日要承担乙方所交联建楼房款的国家银行同期贷款利息。

3. 甲方逾期给乙方交付联建房产权证, 每日要承担乙方所交联建楼房款的国家银行同期贷款利息。

4. 乙方不得违反省、市有关规定使用商场, 若发生违法违规问题, 责任一概由乙方承担。

5. 未尽事宜, 双方协商解决。

6. 本合同一式肆份, 双方各执贰份, 经双方法人代表签字盖章后生效。

甲方 东方省残疾人联合会 (章)

法人代表 张微

乙方 张立伟 (签字)

二〇〇四年十月十八日

证据2: 东方省残疾人联合会向陈爱英出具的付款人为张喜庆的收据3张

收 据

2006 年7 月4 日

No. 102879

今收到 张喜庆

人民币 壹拾万元整

¥100 000 元

系付 联建房款

单位盖章 东方省残疾人联合会 (章) 财务主管 陈庆军 经手人 张俊

收 据

2006 年4 月16 日

No. 102830

今收到 张喜庆

人民币 壹万伍仟元整

¥15 000 元

系付 联建房款

单位盖章 东方省残疾人联合会 (章) 财务主管 陈庆军 经手人 张俊

收 据

2006 年3 月8 日

No. 102806

今收到 张喜庆

人民币 叁佰万元整

¥3 000 000 元

系付 联建房款

单位盖章 东方省残疾人联合会 (章) 财务主管 陈庆军 经手人 张俊

证据3：东方省残疾人联合会给陆洪伟出具的结算收据

东方省行政事业单位往来结算收据

2005 年 12 月 10 日 No. 0884385

付款单位：东方省煤炭进出口公司

事由：借款 收款方式：转账

人民币（大写）壹佰贰拾万元整 ¥1 200 000 元

收款单位：东方省残疾人联合会财务专用章 经手人 张俊、陆洪伟

证据4：张立伟陈述

张立伟，男，35岁，住东方省北海市长江路32号，个体经营者，与陈爱英系表姐弟关系。

2006年春，我受陈爱英的委托，以我自己的名义与东方省残疾人联合会签订了“省残联综合楼第一层联建合同”。尽管该合同的落款日期是2004年10月18日，但实际上是2006年春天签署的，具体哪一天记不清楚了。本合同的前期谈判及合同的具体履行我都没参与，这些工作都是陈爱英自己负责弄的。当时她找我，说自己想投资房地产，但由于自己与别的单位还有些经济纠纷没有彻底了结，所以不便出面，拟让我以自己的名义替她签合同。签订合同的时候，对方要了我的身份证复印件，东方省残疾人联合会的法人代表张微及该单位财务部门负责人张俊以及陈爱英、张军、陆洪伟等人均在场。合同签订后，东方省残疾人联合会从未与我联系，直至2006年11月18日张俊找到我，让我在另一份合同上签字，合同内容大概是希望我将此合同的相关权利和义务都转移给赛亚汽车销售公司，我当时没答应，也没在上面签字。

证据5：证人张军证言

张军，男，36岁，东方省北海市中国建设银行职工，住东方省北海市黄河路10号。与陈爱英系朋友关系。

大约是2006年春天，陈爱英找到我，当时我正在银行上班，说希望将她的300万元钱转账给东方省残疾人联合会（这笔钱是陈爱英以她母亲张喜庆的名义存入银行的）。我问她，为什么转钱，她说，准备与省残疾人联合会签合同。我说，合同签了没有？她说，“还没签，现在把钱转过去，然后马上就签合同，都已经说好了”。但她当时不知道省残联的账号，因此没转成。然后我陪她一起

去了省残联，当场由她的一个亲戚替她签订完合同后，省残联给了我他们的账号，回来后当天我就根据陈爱英提供的相关手续将这300万元转给了省残联。

证据6：陈爱英陈述

陈爱英，女，1972年4月出生于东方省北海市，汉族，高中文化，个体经营者。

大约是在2005年冬天的时候，我的好朋友陆洪伟找到我，说残联正在盖的一栋房产很划算，值得投资，但他说他的钱不够，只有120万元，这120万元已经划给了残联，但还没签合同，希望以我的名义与残联签合同。我说，整个合同签订下来大概需要多少钱，陆洪伟说得600多万元，但我们首付款只需付400多万元。后来我就说，我签合同可以，但是你那120万元应作为我这个合同付款的一部分，算是我们共同投资，因为我自己只能拿出300来万，陆洪伟说没问题。后来，经陆洪伟介绍，大约在2006年3月左右我就与省残联签订了合同（合同落款时间已经打印好，写的是2004年10月18日，我们都没在意）。在签合同之前，我与陆洪伟之间没签任何书面东西，因为我们都是好朋友，合作多年了，都比较信任。

合同签订当天，我就给了残联300万元，后来没过多久又给了十来万。按照合同规定，省残联应当在2006年5月15日将房屋交给我；但是，当时房屋根本没有完工，因此我每次去要房都未成功，听说该房屋直到2006年12月底才建设完工。

2006年9月3日，我被太平省中原市公安局刑事拘留，随后被逮捕、监视居住、取保候审，直到2011年6月14日才恢复人身自由回到东方省北海市。随后我即向东方省残联要求交付房屋，但遭到对方拒绝。

总之，张立伟替我与省残联签订的联建合同合法有效，应当受法律保护。东方省残疾人联合会单方面与我解除合同无效，应当继续履行合同，向我交付房屋。

证据7：太平省高级人民法院刑事裁定书

太平省高级人民法院 刑事裁定书

太刑二终字〔2008〕第123号

原公诉机关：中原市人民检察院

上诉人（原审被告）：陈爱英，女，1972年4月出生于东方省北海市，

汉族，高中文化，现在住东方省北海市长江路 30 号，因涉嫌合同诈骗罪于 2006 年 9 月 3 日被刑事拘留，同年 10 月 2 日被监视居住，同年 11 月 5 日被逮捕。现羁押于中原市第一看守所。

.....

一、撤销中原市中级人民法院〔2007〕中刑二初字第 58 号刑事判决。

二、发回中原市中级人民法院重新审判。

本裁定为终审裁定。

审判长 张秀丽
审判员 李奔
审判员 陈亚军
(太平省高级人民法院章)
二〇〇九年一月四日

本件与原本核对无误

书记员 杨子宁

证据 8：解除取保候审决定书

解除取保候审决定书

中公解字〔2011〕021 号

被取保候审人：陈爱英，性别女，年龄 39 岁，住址东方省北海市长江路 30 号，单位及职业 个体经营户。

我局于 2010 年 6 月 14 日决定对犯罪嫌疑人陈爱英取保候审，现因取保候审期间届满，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第五十八条第二款之规定，决定解除对其取保候审。

中原市公安局（公章）
2011 年 6 月 14 日

证据 9：东方省相关媒体报道

女企业家被认定无罪后遭非法羁押人大代表声讨

(2010 年 7 月 28 日东方商报报道)

几年前，东方省北海市民营企业家陈爱英与太平省中原市某集团销售公司打了一场经济官司，中原市某集团销售公司败诉。但在东方省两级法院胜诉的陈爱英却被中原市中级法院判处无期徒刑。本报 2008 年 1 月 7 日，就该案进行了报道。

后“陈爱英案”被“两高”指定由东南司法机关管辖,经补充侦查,东南检方认为该案不构成犯罪,将该案退回中原市公安局。2010年6月14日,陈爱英被中原市公安局取保候审。

7月26日,距陈爱英被中原市公安局取保候审已过去一个月零12天了,但她仍然被困中原,关押地点不在公安局的看守所,而在中原市黄岛经济开发区区政府宾馆;看押她的人不是警察,而是某集团销售公司的保安。

2009年12月14日,中原市公安局对陈爱英采取的强制措施(羁押)变更为监视居住。2010年6月14日,中原市公安局再次将监视居住变更为取保候审,但陈仍被关押。

.....

被“软禁”5年陈爱英无罪释放后首次直面媒体

(2011年6月15日东方晚报报道)

昨日下午,当记者获悉陈爱英无罪获释的消息后立即拨通了陈爱英姐姐的电话,陈爱英的姐姐告诉记者,其实从最高人民法院和最高人民检察院指定“陈案”移交东南司法机关管辖后,他们就看到了妹妹重获自由的希望。后经过两次补充侦查后,东南市检察院第二分院认为陈爱英不构成犯罪,不符合起诉条件,2009年12月14日,陈爱英被中原警方从东南押回中原。

遗憾的是,当时中原市公安局并没有释放陈爱英,而是将其由监视居住变更为取保候审,后又继续将其羁押。一直到2011年6月13日,陈爱英才被无罪获释。

对于获释后陈爱英为什么一直没敢在公众面前露面一事,陈爱英的姐姐这么解释:“回到家里后,她的身体状况非常不好,再加上得知母亲因操劳她的事而病故的消息后情绪非常不好,所以就一直隐身家中休养,目前还没有接受过任何媒体的采访。”

.....

证据10:中原市公安局协助扣押犯罪嫌疑人物品通知书

中原市公安局协助扣押犯罪嫌疑人物品通知书

中公经字〔2006〕8号

北海市房地产交易中心:

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十四条之规定,我局决定

自2006年11月14日起扣押北海市民主西路72号东方省残联综合楼一层网点房，产权人张立伟，请予协助。

中原市公安局
2006年11月14日

证据11：中原市公安局扣押犯罪嫌疑人物品通知书

中原市公安局扣押犯罪嫌疑人物品通知书

东方省残疾人联合会：

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十四条之规定，我局决定自2006年11月14日起扣押北海市民主西路72号东方省残联综合楼一层网点房，产权人张立伟。

特此通知。

中原市公安局
2006年11月18日

（说明：送达回证上注明东方省残疾人联合会签收此通知的日期是2006年11月18日）

证据12：中原市公安局解除扣押通知书

中原市公安局解除扣押通知书

北海市房地产交易中心：

我局根据《中华人民共和国刑事诉讼法》的规定，于2006年11月14日起扣押北海市民主西路72号东方省残联综合楼一层网点房，产权人张立伟。现因案件侦查情况，决定自即日起解除对该房产的扣押。

中原市公安局
2012年4月12日

证据13：证据：东方省残疾人联合会刊发的公告

公 告

（2006年11月19日刊登于东方晚报）

张立伟：

关于我方与你签订的有关协议，我方已按协议约定履行了义务。但你方尚

未向我方完全履行给付义务,我方多次利用各种渠道催告你方全面履行约定的给付义务,但你方至今仍不能全面履行给付义务。为此,我方根据《中华人民共和国合同法》有关规定,决定解除与你签订的全部协议。望你尽快前来处理解除协议的善后事宜,否则,一切后果由你负责。

特此公告。

东方省残疾人联合会
2006年11月18日

证据14: 东方省残联与北海市赛亚汽车销售公司签订的房屋联建合同

省残联综合楼第一层联建合同

建设方: 东方省残疾人联合会(以下简称甲方)

联建方: 北海市赛亚汽车销售公司(以下简称乙方)

根据《中华人民共和国合同法》及其他有关法律法规之规定,甲、乙双方在平等、自愿、协商一致的基础上就省残联综合楼联建事宜达成如下协议:

一、鉴于甲方与东方新达房地产开发有限责任公司在城关区民主西路72号联建综合楼,乙方自愿向甲方投资建设综合楼第一层,面积1150平方米,每平方米5500元,总投资陆佰叁拾贰万伍仟元(6325000元)。在办理产权证时,如面积有增减,乙方不再增减投资款。

二、待甲方所建综合楼竣工并土地过户后,甲方在两个月内即2007年3月30日前(非甲方原因除外)给乙方办理好其投资建设的综合楼第一层面积的产权。

三、甲方负责综合楼第一层报批报建手续,并保证乙方所联建房产权属清楚、没有产权纠纷和债权债务纠纷,若发生产权纠纷和债权债务纠纷,概由甲方负责处理,并承担民事责任,因此给乙方造成的经济损失,甲方负责赔偿。

四、付款时间和支付办法

1. 本合同签订后,乙方即付给甲方联建款肆佰肆拾贰万元(4420000元),为总投资额的70%。

2. 甲方给乙方办理综合楼第一层楼产权后,乙方再付给甲方联建房款壹佰柒拾壹万伍仟贰佰伍拾元(1715250元),达到总投资额的97%(包括前期已付款)。

3. 待房屋保修期满(1年内)无质量问题时,乙方付清全部联建款。

五、除合同所定联建投资款外,产权过户费用按国家规定办理

六、交房时间

甲方须于2007年2月20日前,将符合设计要求、标准的联建房交付乙方。如遇不可抗力及自然灾害的原因,甲方可据实予以延期。

七、违约责任

1. 乙方逾期付款,按支付迟延付款额的银行同期贷款利息赔偿甲方损失。

2. 甲方逾期给乙方交付联建房,每日要承担乙方所交联建楼房款的国家银行同期贷款利息。

3. 甲方逾期给乙方交付联建房产权证,每日要承担乙方所交联建楼房款的国家银行同期贷款利息。

4. 乙方不得违反省、市有关规定使用商场,若发生违法违规问题,责任一概由乙方承担。

5. 未尽事宜,双方协商解决。

6. 本合同一式肆份,双方各执贰份,经法人代表签字盖章后生效。

甲方:东方省残疾人联合会(章) 乙方:北海市赛亚汽车销售公司(章)

法人代表:张微

法人代表:陈勇敢

2006年11月18日

2006年11月18日

证据15:北海市赛亚汽车销售公司付款票据

东方省行政事业单位往来结算收据

2006年11月20日

No. 0884967

付款单位:北海市赛亚汽车销售公司

事由:房屋联建款

收款方式:转账

人民币(大写)肆佰贰拾万元整

¥4 200 000 元

收款单位:东方省残疾人联合会财务专用章 经手人 张俊

证据16:房屋移交清单

房屋移交单

鉴于城关区民主西路72号联建综合楼建设已经完工,并经有关部门检测此房屋已经符合使用条件。现拟交付使用。

附:交付设备及物品如下:

1. 房屋钥匙一套5把,室内单元门钥匙3套各3把

2. 电卡一张
3. 固定电话交费凭证
4. 商业用房使用说明书及质量保证书各一份

移交人：东方省残疾人联合会（章） 接收人：北海市赛亚汽车销售公司（章）
2007年2月10日 2007年2月10日

证据 17：东方省煤炭进出口公司给东方省残疾人联合会开具的收据

东方省煤炭进出口公司业务往来结算收据
 2007 年 3 月 10 日 No. 0884678
 付款单位: 东方省残疾人联合会
 事由: 还款 收款方式: 转账
 人民币 (大写) 壹佰贰拾万元整 ¥1 200 000 元
 收款单位: 东方省煤炭进出口公司专用章 经手人 陆洪伟

证据 18：东方省残疾人联合会陈述

我单位与张立伟签订的合同合法有效，但是合同签订后张立伟不按合同约定履行义务。我方在无法与其取得联系的情况下，通过公示催告其尽快履行义务。但是，张立伟依然没有与我单位联系。为维护我单位合法权益，无奈之下，我单位将房屋卖给第三人。因此，请求法院确认我单位与第三人的合同有效，判决驳回原告方的诉讼请求。在此情况下，我方愿意返还陈爱英已经支付的购房款300余万元。

证据 19: 房地产投资转让合同书

房地产投资转让合同书

受让人：北海市赛亚汽车销售公司（以下简称乙方）

根据《中华人民共和国合同法》的有关规定，甲、乙双方就甲方于2004年10月18日与省残联签订的《省残联综合楼第一层联建合同》所享有的权利和义务，自愿转让给乙方。就此，特立协议，以便双方共同信守。

一、甲方愿将2004年10月18日与省残联签订的《省残联综合楼第一层联建合同》项下的全部权利、义务转让给乙方，并保证省残联同意其转让有效。

二、甲方支付给省残联的联建投资款442万元，以示乙方给省残联联建合同的投资款项。甲方不再享有联建合同的任何权利。

三、乙方全面接受甲方在省残联联建合同项下的全部权利后，由乙方与省残联直接签订《省残联综合楼第一层联建合同》并按该合同约定乙方向省残联履行投资付款义务。

四、甲方同意，乙方将联建投资款依照与省残联新签订的《省残联综合楼第一层联建合同》的约定支付给省残联后，由省残联负责向甲方退还投资款。乙方不负责向甲方付款。

五、本合同一式三份，甲、乙双方及省残联各持一份，由三方签字盖章后生效。

甲方：

法定代表人：

乙方：

法定代表人：

丙方：东方省残疾人联合会（章） 法定代表人：张微（签字）

2006年11月18日

（注：此转让合同仅有东方省残疾人联合会盖章签字，甲、乙双方均没有盖章、签字，其中两份为省残联持有，一份为乙方持有。）

证据20：北海市赛亚汽车销售公司陈述

我方与东方省残疾人联合会签订的合同合法有效，我方已按合同履行前期付款义务，东方省残疾人联合会已将房屋交付我单位使用多年，我们要求东方省残疾人联合会尽快为我方办理房屋产权手续，否则我方将依法追究其违约责任。

我方之所以与东方省残疾人联合会签订房屋买卖合同，是因为当时张俊等人找到我们，说陈爱英因涉嫌犯罪已无法履行合同，希望将此合同转让。在此情况下，我们才与东方省残疾人联合会签订房屋买卖合同，故此合同的签订在一定的程度上是得到张立伟、陈爱英等人认可的。

证据21：东方省建委给省残联颁发的系列许可证

东方省建设委员会给东方省残疾人联合会颁发的“省残联综合楼”商品

房销售许可证、建设用地规划许可证、国有土地使用证。其载明内容有：省残联综合楼第一层于2006年12月30日完工，可以作为商品房销售。

（三）争议焦点

1. 本案中陈爱英是否具备正当的当事人资格？
2. 本案是否已经超过了诉讼时效？
3. 对于张立伟与省残联签订的合同，双方当事人是否都存在违约行为？如何看待这种违约行为？
4. 省残联通过登报公告的方式能否解除其与张立伟之间的合同？
5. 省残联后来与北海市赛亚汽车销售公司签订的房屋买卖合同是否有效？

四、实验案例4：刘英与赵玉田、赵四股权转让纠纷案

（一）基本案情

刘英，女，1976年12月14日生，汉族，住京都市北城区象牙山小区21号18-3-502室。赵玉田，男，1968年10月8日生，汉族，住京都市北城区龙城花园甲2号。赵四，男，1938年5月9日生，汉族，住京都市北城区龙城花园甲2号。

刘英与赵玉田系夫妻关系，双方于1997年11月12日登记结婚。2010年9月22日，赵玉田将其名下持有的京都市华电电力有限公司98%的股权无偿转让给其父亲赵四。赵玉田于2010年12月8日向法院提起离婚诉讼。

刘英认为，赵玉田未经其同意擅自处置夫妻共同财产，是明显的离婚前转移夫妻共同财产的行为，侵害了其对夫妻共同财产的平等处分权。赵玉田与赵四系父子关系，赵四明知儿子和刘英一直感情不好且自2009年6月开始分居，正在闹离婚，却无偿受让赵玉田转让的股权，损害了自己的合法权益。

赵玉田认为，刘英婚后十分了解赵玉田的经济状况。赵玉田只是一名打工者，并没有资金实力来创办公司，赵玉田仅仅是工商注册上显示的挂名，既未实际出资也没有能力出资，完全听命于其父亲的安排，资产全部在其父名下，对此刘英嫁到赵家十几年是十分清楚的。如今，刘英想借离婚之机侵占其父亲的财产不应被支持。

赵四认为，2006年3月华电电力公司注册成立时赵玉田并无创业资金，所有的公司注册资金均由赵四在京都博爱借款缴付。赵玉田未出资，自然不是股东，其在工商档案里的股东显示完全是挂名，没有任何实质的股东权利

义务。后赵四决定不让赵玉田挂名，直接将股权变更到自己名下，用了无偿转让的表述，是怕产生税费问题，故不存在恶意串通、转让夫妻共同财产的事实。

（二）证据材料

证据 1：刘英与赵玉田的结婚证

该结婚证由京都市北城区民政局颁发，记载如下内容：刘英，女，1976 年 12 月 14 日出生；赵玉田，男，1968 年 10 月 8 日出生；结婚申请，符合《中华人民共和国婚姻法》规定，予以登记，发给此证。登记机关：京都市北城区民政局；登记日期：1997 年 11 月 12 日。

证据 2：民事起诉状

民事起诉状

原告赵玉田，男，1968 年 10 月 8 日出生，汉族，住京都市北城区龙城花园甲 2 号，电话 066-88889999。

被告刘英，女，1976 年 12 月 14 日出生，汉族，住京都市北城区象牙山小区 21 号 18-3-502 室，电话 066-99998888。

诉讼请求

请求法院判令原、被告离婚。

事实与理由

原告与被告自由相识，于 1997 年 11 月 12 日在北城区民政局登记结婚。结婚前彼此缺乏充分了解，婚后两人性格不合，现夫妻感情已经破裂，难以继续生活。故诉至贵院，恳请判决离婚。

此致

北城区人民法院

起诉人：赵玉田（签名）

2010 年 12 月 8 日

附：

1. 起诉状副本 1 份
2. 结婚证书复印件 1 份
3. 原、被告身份证复印件各 1 份

证据3：北城区人民法院诉讼通知书

北城区人民法院诉讼通知书

刘英：

赵玉田起诉刘英离婚一案，我院已于2010年12月10日立案受理。现将起诉状送达给你。按照我国民事诉讼法的规定，你可以在15日内向法院提交答辩状；逾期不答辩的，不影响案件审理。

本院于2011年2月10日上午9时在第五法庭开庭审理此案，请你准时参加诉讼。

北城区人民法院（公章）
2010年12月12日

证据4：宽带费收据

该收据显示：交款人：刘英；收款人：中国网通京都市分公司；交款事由：象牙山小区21号18-3-502室2009年10月至2010年10月网络使用费；交款金额：1200元。交款时间：2009年9月26日

证据5：居委会证明

证 明

经调查了解，刘英（女，1976年12月14日生）自2009年6月开始，在象牙山小区21号18-3-502室独住至今。

特此证明。

象牙山小区居民委员会（公章）
2011年3月1日

证据6：华电电力公司章程（从工商登记部门调取）

京都市华电电力有限责任公司章程

为适应社会主义市场经济的要求，发展生产力，依据《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）及其他有关法律、行政法规的规定，由赵玉田及赵四共同出资设立京都市华电电力有限责任公司（以下简称“公司”），

特制定本章程。

第一章 公司名称和住所

第一条 公司名称：京都市华电电力有限责任公司

第二条 公司住所：京都市城北区学院路21号

第二章 公司经营范围

第三条 公司经营范围：各类电力设备的研发及销售

第三章 公司注册资本

第四条 公司注册资本：人民币505万元

公司增加或减少注册资本，必须召开股东会并由全体股东通过并作出决议。公司减少注册资本，还应当自作出决议之日起十日内通知债权人，并于三十日內在报纸上至少公告三次。公司变更注册资本应依法向登记机关办理变更登记手续。

第四章 股东的名称、出资方式、出资额

第五条 股东的姓名、出资方式及出资额如下：赵玉田，现金出资500万元；赵四，现金出资5万元。

第六条 公司成立后，应向股东签发出资证明书。

第五章 股东的权利和义务

第七条 股东享有如下权利……

第八条 股东承担以下义务……

第六章 股东转让出资的条件

第九条 股东之间可以相互转让其全部或者部分出资。

第十条 股东转让出资由股东会讨论通过。股东向股东以外的人转让其出资时，必须经全体股东一致同意；不同意转让的股东应当购买该转让的出资，如果不购买该转让的出资，视为同意转让。

第十一条 股东依法转让其出资后，由公司将受让人的名称、住所以及受让的出资额记载于股东名册。

第七章 公司的机构及其产生办法、职权、议事规则

……

第十章 股东认为需要规定的其他事项

第二十九条 公司根据需要或涉及公司登记事项变更的可修改公司章程，修改后的公司章程不得与法律、法规相抵触，修改公司章程应由全体股东表决通过。修改后的公司章程应送原公司登记机关备案，涉及变更登记事项的，同时应向公司登记机关做变更登记。

第三十条 公司章程的解释权属于股东会。

第三十一条 公司登记事项以公司登记机关核定的为准。

第三十二条 公司章程条款如与国家法律、法规相抵触的,以国家法律法规为准。

第三十三条 本章程经各方出资人共同订立,自公司设立之日起生效。

第三十四条 本章程一式七份,公司留存一份,并报公司登记机关备案一份。

全体股东签字:赵玉田(签名)、赵四(签名)

2006年3月1日

证据7:验资报告(从工商登记部门调取)

**京都市诚信会计师
事务所验资报告**

京诚会验字〔2006〕1002号

京都市华电电力有限责任公司(筹):

我们接受委托,审验了贵公司(筹)截至2006年4月10止申请设立登记的注册资本实收情况。按照国家相关法律、法规的规定和协议、章程的要求出资,提供真实、合法、完整的验资材料,保护资产的安全、完整是全体股东及贵公司(筹)的责任。我们的责任是对贵公司(筹)注册资本的实收情况发表审验意见。我们的审验是依据《独立审计实务公告第1号——验资》进行的,在审验过程中,我们结合贵公司(筹)的实际情况,实施了检查等必要的审验程序。

根据有关协议、章程的规定,贵公司(筹)申请登记的注册资本为人民币505万元,由自然人股东赵玉田、赵四于2006年4月10日之前缴足。经我们审验,截至2006年4月10日止,贵公司(筹)已收到全体股东缴纳的注册资本合计人民币伍佰零伍万元整(5 050 000),均为货币资金,其中赵玉田缴纳500万元,赵四缴纳5万元。

本验资报告供贵公司(筹)申请设立登记及据以向全体股东签发出资证明时使用,不应将其视为是对贵公司(筹)验资报告日后资本保全、偿债能力和持续经营能力等的保证,因使用不当造成的后果与执行本验资业务的注册会计师及所在的会计师事务所无关。

京都市诚信会计师事务所 中国注册会计师:张三(签名)
(公章) 中国注册会计师:李四(签名)

报告日期:2006年4月10日

证据 8：京都市华电电力有限责任公司企业法人营业执照

企业法人营业执照

注册号 3713002805009

名称：京都市华电电力有限责任公司

住所：京都市城北区学院路 21 号

法定代表人：赵玉田

注册资本：伍佰零伍万元

实收资本：伍佰零伍万元

公司类型：有限责任公司

经营范围：电器设备研发及销售

成立日期：2006 年 4 月 12 日

营业期限：2006 年 4 月 12 日至 2016 年 4 月 12 日

京都市城北区工商管理局（公章）

2006 年 4 月 12 日

证据 9：股权转让协议（从工商登记部门调取）

股权转让协议

甲方：赵玉田，男，汉族，住京都市北城区龙城花园甲 2 号。

乙方：赵四，男，汉族，住京都市北城区龙城花园甲 2 号。

甲乙双方经友好协商，达成如下协议：

1. 甲方将其持有的华电电力公司 98% 的股权（计 494.95 万元）无偿转让给乙方。

2. 双方同意自协议签字之日起一周内到工商登记机关办理股权变更及公司章程登记变更手续。

甲方：赵玉田（签名）

2010 年 9 月 22 日

乙方：赵四（签名）

2010 年 9 月 22 日

证据 10：华电电力公司章程（股权变更登记后的新章程，从工商部门调取）

京都市华电电力有限责任公司章程

为适应社会主义市场经济的要求，发展生产力，依据《中华人民共和国

公司法》(以下简称《公司法》)及其他有关法律、行政法规的规定,由赵玉田及赵四共同出资设立京都市华电电力有限责任公司(以下简称“公司”),特制定本章程。

.....

第四条 公司注册资本:人民币 505 万元

公司增加或减少注册资本,必须召开股东会并由全体股东通过并作出决议。公司减少注册资本,还应当自作出决议之日起十日内通知债权人,并于三十日内在报纸上至少公告三次。公司变更注册资本应依法向登记机关办理变更登记手续。

第四章 股东的名称、出资方式、出资额

第五条 股东的姓名、出资方式及出资额如下:赵玉田,现金出资 5.05 万元;赵四,现金出资 499.9 万元。

第六条 公司成立后,应向股东签发出资证明书。

.....

全体股东签字:赵玉田(签名)、赵四(签名)

2010 年 9 月 25 日

证据 11: 借款单

借 款 单

借款人赵四于 2006 年 3 月 17 日从京都博爱电力集团公司借款人民币 500 万元,借款用途:注册公司(华电电力)。

借款人:赵四

2006 年 3 月 17 日

证据 12: 情况证明

情 况 证 明

兹证明赵四(男,1938 年 5 月 9 日生),系京都博爱电力集团公司法定代表人,是我公司主要股东,享有我公司 98% 的股份。本公司注册资金 5 000 万元。

2006 年 3 月 17 日,本公司向赵四借款 500 万元人民币,用于其注册华电电力公司。该借款赵四于 2008 年 6 月、2009 年 6 月通过两次转账已经归还。

特此证明。

京都博爱电力集团公司（公章）

2011年5月1日

证据 13：转账支票 2 张

第一张转账支票记载：收款人：京都博爱电力集团公司；人民币 200 万元；用途：还 2006 年赵四借款；出票人：华电电力公司；付款银行：中国建设银行博爱分行；时间：2008 年 6 月 2 日。

第二张转账支票记载：收款人：京都博爱电力集团公司；人民币 300 万元；用途：还 2006 年赵四借款；出票人：华电电力公司；付款银行：中国建设银行博爱分行；时间：2009 年 6 月 5 日。

（三）争议焦点

1. 挂在赵玉田名下的华电电力公司中的 500 万元注册资本应该认定为是谁出资？
2. 本案中，赵玉田将股权转让给赵四时，刘英同意股权转让是否为股权转让协议有效的必要条件？
3. 综合本案证据情况，本案应如何判决？

第六章 ■■■

模拟法庭实验 4：民事二审程序

第一节 实验目的、案例及内容

一、实验目的

1. 掌握民事上诉状、二审判决书、裁定书等司法文书的撰写。
2. 掌握民事二审普通程序开庭审理的基本环节和流程。
3. 提高法庭口头表达和应变能力。
4. 培养证据意识和证据运用能力。
5. 提高根据民法和民事诉讼法分析和解决案件的能力。
6. 培养法律职业伦理道德。

二、实验案例

本实验与实验 3 所采用的案例相同，并要求在实验 3 的基础上选择部分案例上诉。

三、实验内容

根据我国民事实体法和《民事诉讼法》的规定，对本教程模拟实验 3 的相关案件材料进行分析和讨论，并根据自己扮演的角色写作相关司法文书，组织和参与民事诉讼二审开庭审判。

第二节 与本实验相关法律文书的写作

在民事诉讼二审程序模拟实验中，与之相关的法律文书有民事上诉状、民事答辩状、民事诉讼代理词和第二审民事判决书、裁定书 5 种。其中二审程序和一审程序中答辩状、代理词的写法基本相同。因此，本节仅介绍民事上诉状和第二审民事判决书、裁定书的写作方法。

一、民事上诉状

（一）概念和法律依据

民事上诉状，是指民事诉讼当事人不服第一审法院作出的判决、裁定，在法定期限内向上一级法院提出上诉，请求撤销或变更原裁判而制作的法律文书。

我国《民事诉讼法》第147条规定，当事人不服地方各级人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起15日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服地方人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。第148条规定，上诉应当递交上诉状。上诉状的内容，应当包括当事人的姓名、法人的名称及其法定代表人的姓名或者其他组织的名称及其主要负责人的姓名；原审人民法院名称、案件编号和案由；上诉的请求和理由。

（二）写作格式

民事上诉状

上诉人（原审原告/原审被告）……（写明当事人基本情况）

被上诉人（原审被告/原审原告）……（写明当事人基本情况）

上诉人因xxx诉xxx（姓名）xxx（案由）一案，不服xxx人民法院xxxx年xx月xx日作出的（xxxx）x民x初字第xx号民事判决（裁定），现提出上诉。

上 诉 请 求

……（简明扼要地列举上诉请求）

上 诉 理 由

……（阐明上诉理由）

此致

xxx人民法院

上诉人xxx

xxxx年xx月xx日

附：本上诉状副本x份

（三）注意事项

1. 当事人基本情况的列明需注意：（1）在书写上诉人、被上诉人的时候，应用括号在后面分别注明各自在原审中的诉讼地位，如“上诉人（原审原告）”、“被上诉人（原审被告）”、“上诉人（原审第三人）”；（2）共同诉讼

的案件，没有提出上诉且他人上诉的内容与其无关时，仍按原审中的诉讼称谓列明，不能列为被上诉人；（3）如果上诉人属于未成年人或者精神病人，则应在上诉人下面另起一行书写法定代理人的基本情况；如果上诉人及其法定代理人委托了诉讼代理人的，则应另起一行书写诉讼代理人的基本情况。

2. 需充分注意民事上诉状的辩驳性风格。民事上诉状是当事人不服第一审裁判，为了维护自己的合法权益，请求第二审法院撤销原判或依法改判而制作的法律文书。上诉状的重点是质疑一审裁判的公正性，指出一审裁判的错误之处，论证上诉请求的正确性。

3. 上诉状措辞要恰如其分，力戒言过其实，同时要注意写作的语气，写作心态要冷静和客观，不宜滥用枉法裁判等词语，给一审法官扣上“制造冤假错案”的大帽子。即便是一审判决确属误判，也宜冷静分析，客观说理。

4. 上诉状所提请求和理由不应超出一审法院审理的范围，这是由不告不理原则和审级制度所决定的。

二、第二审民事判决书

（一）概念和法律依据

第二审民事判决书，是第二审人民法院对当事人不服第一审人民法院民事判决提起上诉的民事案件，依照我国《民事诉讼法》规定的二审程序进行审理后作出的处理决定。

我国《民事诉讼法》第153条规定，第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：（1）原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判决；（2）原判决适用法律错误的，依法改判；（3）原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；（4）原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。当事人对重审案件的判决、裁定，可以上诉。

（二）写作格式

人民法院民事判决书（供二审维持原判、改判用）样式：

×××人民法院
民事判决书

〔××××〕××民终字第××号

上诉人（原审×××）……（写明姓名或名称等基本情况）

被上诉人(原审×××)……(写明姓名或名称等基本情况)

第三人×××……(写明姓名或名称等基本情况)

(上述当事人及代理人等诉讼参加人的列项和基本情况的写法,除双方当事人称谓有变化外,其他与一审民事判决书样式相同。)

上诉人×××因×××(案由)一案,不服×××人民法院〔××××〕××民初字第××号民事判决,向本院提起上诉,本院依法组成合议庭,公开(或不公开)开庭审理了本案。……(写明当事人及其诉讼代理人等)到庭参加诉讼。本案现已审理终结。(未开庭的,写:“本院依法组成合议庭审理了本案,现已审理终结。”))

……(概括写明原审认定的事实和判决结果,简述上诉人提起上诉的请求和主要理由,被上诉人的主要答辩以及第三人的意见。)

经审理查明,……(写明二审认定的事实和证据。)

本院认为,……(根据二审查明的事实,针对上诉请求和理由,就原审判决认定事实和适用法律是否正确,上诉理由能否成立,上诉请求是否应予支持以及被上诉人的答辩是否有理等,进行分析的评论,阐明维持原判或者改判的理由)。依照……(写明判决所依据的法律条款项)的规定,判决如下(写明判决结果。分四种情况):

第一、维持原判的,写:“驳回上诉,维持原判。”

第二、全部改判的,写:

“一、撤销×××人民法院〔××××〕××民初字第××号民事判决;

二、……(写明改判的内容,内容多的可分项书写)。”

第三、部分改判的,写:

“一、维持×××人民法院〔××××〕××民初字第××号民事判决的第×项,即……(写明维持的具体内容);

二、撤销×××人民法院〔××××〕××民初字第××号民事判决的第×项,即……(写明撤销的具体内容);

三、……(写明部分改判的内容,内容多的可分项书写)。”

第四、维持原判,又有加判内容的,写:

“一、维持×××人民法院〔××××〕××民初字第××号民事判决;

二、……(写明加判的内容)。”

……(写明诉讼费用的负担)。

本判决为终审判决。

审判长×××

审判员×××

审判员×××

××××年××月××日

(院印)

本件与原本核对无异

书记员×××

人民法院民事裁定书(供二审查回重审用):

×××人民法院

民事裁定书

[××××] ××民终字第××号

上诉人(原审××)……(写明姓名或名称等基本情况)

被上诉人(原审××)……(写明姓名或名称等基本情况)

第三人×××……(写明姓名或名称等基本情况)

(当事人及代理人的列项和基本情况的写法,与二审维持原判或者改判用的民事判决书样式相同。)

上诉人×××因×××(案由)一案,不服×××人民法院[××××]××民初字第××号民事判决,向本院提起上诉。本院依法组成合议庭,公开(或不公开)开庭审理了本案。……(写明到庭的当事人、诉讼代理人等)到庭参加诉讼。(未开庭的,写“本院依法组成合议庭审理了本案。”)

本院认为,……(概括写明发回重审的理由。如原判决认定事实错误或事实不清,证据不足,或者违反法定程序可能影响案件正确判决等)。依照……(写明裁定所依据的法律条款项)的规定,裁定如下:

撤销×××人民法院[××××]××民初字第××号民事判决;

发回×××人民法院重审。

审判长×××

审判员×××

审判员×××

××××年××月××日

(院印)

本件与原本核对无异

书记员×××

（三）注意事项

1. 上诉人与被上诉人的确定。根据最高人民法院司法解释的相关规定，双方当事人和第三人都提出上诉的，均为上诉人，没有被上诉人。必要共同诉讼人中的一人或者部分人提出上诉的，按下列情况处理：（1）该上诉人对与对方当事人之间权利义务分担有意见，不涉及其他共同诉讼人利益的，对方当事人为被上诉人，未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明；（2）该上诉人只对共同诉讼人之间的权利义务分担有意见，不涉及对方当事人利益的，未上诉的同一方当事人为被上诉人，对方当事人仍依原审诉讼地位列明；（3）该上诉人对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的，未提出上诉的其他当事人均为被上诉人。

2. 二审判决事实部分，对一审认定的当事人之间争议的主要事实，不要照抄、照搬，而应在不失其原意的基础上进行概括，并简明扼要地加以叙述。

3. 二审判决理由的阐述，一定要有针对性，即要针对上诉理由和原审理由，根据法律和证据进行分析。

4. 对需改判的案件，判决结果的表述一定要规范，在此方面尤其是需要注意：一是撤销原判和改判的内容，应分两项书写，以便清晰、明了；二是二审法院撤销的仅仅是一审法院的民事判决，而不是它的书面形式——民事判决书，所以应当写为“撤销×××民事判决”。

第三节 实验操作步骤及注意事项

民事诉讼第二审程序，是指上一级人民法院根据当事人的上诉，就下级人民法院的一审判决和裁定，在其发生法律效力前，对案件进行重新审理的程序。本实验拟在民事案件一审程序模拟审判实验3的基础上进行，具体操作步骤如下：

一、确定参与实验的人员及角色

本实验在实验3的基础上进行。因此，本实验与实验3的参与人数相同，只是部分人员的称呼由原先的原告、被告、第三人变成了上诉人、被上诉人。在司法实践中，一审和二审的法官、书记员是不同的，当事人是相同的，代理人则有可能相同，也有可能不同。在本模拟实验中，可以根据实验人数和实验3的结果之需要，除法官、书记员必须不同以外，当事人、代理人等也可以完全不同。

注意事项：

1. 角色的分配要体现机会均等原则，做到程序公正。
2. 如果证人在一审时已经出庭，而诉讼双方对该证人证言的真实性没有异议，则二审时此证人没有必要出庭。

二、分析、讨论案情

在二审实验人员及角色确定后，可以将参与本实验的学生分成法官组（法官、书记员、法警）、原审原告组（原告及代理人）、原审被告组（被告及代理人）以及原审第三人组（第三人及代理人）分组讨论案情，并重点就该案例中的一些重点、疑难问题进行讨论，以决定诉讼对策。

注意事项：

1. 本阶段熟悉案情的切入点一般是通过阅读一审判决书，先了解案件的基本情况，然后再以此为线索，通过阅读一审庭审笔录、诉讼双方的代理意见以及证据材料，深入了解详细案情。

2. 通过阅卷，至少应当明确以下问题：一审中诉讼各方当事人的主张是什么？一审裁判对诉讼各方的主张是如何认定和驳斥的？一审根据哪些证据认定案件事实？然后在此基础上，诉讼各方当事人要尽可能地从事实认定、法律适用等方面寻找和发现一审判决的错误之处，法官组的学生则应理性、冷静地思考一审判决在事实认定、法律适用、诉讼程序等方面是否存在错误。

3. 尽管根据我国诉讼法的规定，证人不宜旁听，不宜打探案件情况，但在模拟法庭实验中，为使担任证人的学生在实验中学到更多的知识，我们鼓励“证人”积极参与到法官组或其他组的讨论中。

三、当事人提起上诉

1. 原告、被告、第三人组的学生针对模拟实验3的判决结果，决定是否提起上诉。基于模拟实验之需要，原则上在模拟实验3中完全败诉的一方必须提起上诉。特殊情况下，由模拟法庭指导教师决定。

2. 决定上诉的当事人及代理人，共同研究起草上诉状。上诉状的制作方法参加本章第二节。

3. 向二审法官组递交书面上上诉状，并按对方当事人或者代表人的人数提出副本。

注意事项:

1. 上诉权是法律赋予当事人的一项诉讼权利,但当事人有效提起上诉,须满足以下法定条件:

(1) 必须是法律允许上诉的判决、裁定。除了依特别程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序所作的裁判不准上诉外,地方各级人民法院依普通程序和简易程序所作出的第一审判决以及法律规定可以上诉的裁定,包括不予受理、驳回起诉和对管辖权异议的裁定,当事人均可提起上诉。

(2) 必须是本案的当事人,即限于一审案件中的原告和被告、共同诉讼人、代表人诉讼中的代表人和被代表的成员以及有独立请求权的第三人。第一审民事判决涉及其民事权利义务的,无独立请求权的第三人也依法享有上诉权而成为上诉人。

(3) 上诉必须在法定期间内提出。对裁定不服的上诉期间为 10 日,对判决不服的上诉期间为 15 日。

(4) 上诉必须递交上诉状。当事人口头表示上诉的,法院应当告知其必须在法定上诉期间内提出上诉状,未在法定上诉期间内递交上诉状的,视为未提出上诉。

2. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人,可以代理当事人提起上诉。

3. 上诉期间从第一审人民法院裁判文书送达之日的次日起计算。当事人分别接受法院裁判文书的,以各自收到判决书的时间计算上诉期。

4. 上诉期间内,当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由,耽误了上诉期间的,在障碍消除后 10 日内,可以申请顺延期间,是否准许由法院裁定。

5. 基于模拟法庭实验教学的需要,有关上诉期间的问题,可由指导教师酌情决定。

四、法官组对上诉进行审查

法官组收到上诉状后,应当对当事人的上诉进行审查,审查的标准是判断上诉是否符合前述上诉条件。审查的结果是:

1. 对于符合法定条件的,应当决定受理。法院应当及时向第二审程序的各方当事人发出受理通知书,并告知相关权利和义务。

2. 对于符合法定条件,但上诉状内容有欠缺的上诉,应当告知上诉人在指定的期限内补充、更正,逾期不补充、更正的,裁定不予受理。

3. 对于不符合法定条件的上诉,应当裁定不予受理。

注意事项：

根据我国《民事诉讼法》第156条和最高人民法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》第190条规定，第二审人民法院宣告判决前，上诉人申请撤回上诉的，是否准许，由第二审人民法院裁定。第二审人民法院经审查，有下列情形之一的，应当做出不准撤回上诉的裁定：其一，第一审人民法院的判决确有错误的；其二，双方当事人串通损害国家、集体、社会公共利益或者其他人的合法权益的。

五、法官组庭前准备和被上诉人答辩

二审法官组一旦决定受理案件后，应立即进入庭前准备阶段。准备内容如下：

1. 二审法官组向诉讼各方当事人发出受理通知书，告知诉讼权利和义务。
2. 二审法官组阅卷，决定案件是否开庭审理，并拟订庭审提纲。
3. 二审法官组在开庭审理三日前将案由、开庭时间、地点通知当事人和其他诉讼参与人；将案由、当事人的姓名、单位、开庭时间、地点、方式予以公告。
4. 其他准备工作。如根据诉讼当事人的申请，裁定是否停止具体行政行为的执行、是否财产保全和先予执行等。

被上诉人在接到法官组送达的上诉状后，应当：

1. 制作答辩状。答辩状的制作参见前章第二节。
2. 向法官组递交答辩状。

注意事项：

1. 合议庭成员的阅卷笔录一般包括以下内容：（1）原审法院、案由；（2）当事人的基本情况；（3）原审判决、裁定的主要内容；（4）原审判决、裁定认定的主要证据（摘录时应有来源及摘抄卷宗页数）；（5）主要上诉理由和答辩理由；（6）需要调查核实的问题。

2. 根据我国《民事诉讼法》第152条规定，第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷和调查，询问当事人，在事实核对清楚后，合议庭认为不需要开庭审理的，也可以径行判决、裁定。据此，第二审人民法院审理上诉案件，以开庭审理为原则，不开庭审理为例外。在本模拟实验中，基于能力培养和教学时间的考虑，案件是否开庭审理由指导教师根据案情和教学进度酌情决定。

3. 根据我国《民事诉讼法》的规定，答辩是被上诉人的权利。但是，在

本模拟实验中，基于教学目标之考虑，拟采取强制答辩的做法，即担任被上诉人角色的学生必须答辩。

六、开庭审理

民事二审案件的开庭审理与一审基本相同。因此，除有特别说明的以外，民事一审程序模拟法庭庭审的操作及注意事项也适用于本实验。本实验具体操作步骤如下：

（一）书记员进行开庭准备

1. 书记员检查庭审设施是否完备，标志牌、桌椅等是否齐全、摆放到位。
2. 书记员检查当事人、诉讼代理人等是否到庭。
3. 书记员宣布：请当事人、委托代理人（法定代理人）入庭按席位就座。
4. 书记员宣布：请大家肃静，现在宣布法庭纪律。
5. 书记员宣布：全体起立，现在请本案审判长、审判员（人民陪审员）入庭。
6. 书记员向审判长报告当事人及诉讼代理人出庭情况，并宣布庭审准备工作就绪，请审判长开庭。

（二）审判长宣布开庭

1. 审判长宣布：×××人民法院民事审判庭依照《中华人民共和国民事诉讼法》第152条和第157条的规定，今天在××（地点）公开（或不公开）审理××（上诉人）不服×××人民法院〔××××〕×民初字第×号（一审案号）民事判决（或裁定）提起上诉一案，现在开庭。
2. 审判长核查当事人及诉讼代理人身份、代理权限等，核查无误的，审判长宣布各方当事人及其代理人参与诉讼，符合法律规定，可以参与本案诉讼，诉讼行为有效；身份不符的，依法处理后，由审判长宣布继续开庭或延期审理。
3. 审判长宣布合议庭组成人员名单，并询问当事人是否申请回避。
4. 审判长告知当事人诉讼权利义务。

注意事项：

本阶段与模拟实验3在本阶段的注意事项基本相同，只是在诸如当事人称谓等相关表述上略有不同。

（三）法庭调查

1. 审判长宣布：现在进行法庭调查。我国《民事诉讼法》第151条规定，

第二审人民法院审理上诉案件，应当对当事人上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。因此，二审法庭调查的重点是上诉请求有关的事项，请诉讼双方围绕此进行举证和质证。

2. 审判长概述和核对原审判决，并询问当事人是否收到此判决。
3. 上诉人陈述上诉请求和理由。
4. 被上诉人进行答辩。
5. 必要的共同诉讼中，未上诉也未被上诉的原审当事人陈述意见。
6. 合议庭归纳各方当事人的分歧，确认本案争议和审理焦点，并征询各方当事人的意见。
7. 当事人围绕争议焦点出示证据和质证。举证和质证顺序同一审程序。
8. 审判人员宣读或出示合议庭调查收集的证据，然后由上诉人、被上诉人及原审当事人对法庭出示的证据分别发表质证意见。
9. 审判长询问双方当事人有无新的证据出示，是否需要向对方当事人发问以及征询合议庭成员有无需要向当事人发问。
10. 审判长宣布法庭调查结束。法庭调查结束前，审判长应当就法庭调查认定的事实和当事人争议的问题进行归纳总结，并询问当事人的意见。然后，审判长宣布：法庭调查结束，进入法庭辩论阶段。

注意事项：

1. 二审审理范围。我国《民事诉讼法》第151条规定，第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。最高人民法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》第180条规定，第二审人民法院依照民事诉讼法第151条的规定，对上诉人上诉请求的有关事实和适用法律进行审查时，如果发现在上诉请求以外原判确有错误的，应予以纠正。最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第36条规定：被上诉人在答辩中要求变更或者补充第一审判决内容的，第二审人民法院可以不予审查。

2. 上诉人在庭审查中，变更或增加上诉请求的，合议庭应当征询其他当事人的意见。其他当事人表示当庭答辩的，合议庭继续开庭，无需休庭。其他当事人表示无法当庭答辩的，可另行给予答辩期，予以休庭。如属于减少诉讼请求金额或者对请求金额的利息增减等非根本性的变更诉讼请求的，无需给予答辩期，亦无需休庭。

3. 当事人当庭提交新的证据，另一方当事人表示不能当庭发表质证意见的，如该份证据的质证不影响其他庭审内容，合议庭可以不必休庭，继续庭审。对于该份证据的质证，应当另行开庭进行质证。如该证据对案件的性质以

及最终处理密切相关，合议庭经评议，认为庭审无法进行的，可予以休庭，并确定下次庭审日期，在庭审笔录中记明。

4. 根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第41条规定，当事人在二审程序中可以提出的“新证据”包括：一审庭审结束后新发现的证据；当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。

5. 二审庭审时当事人提供不属于最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第41条规定的“新证据”的，对方同意质证的，合议庭应当接受；对方不同意质证的，合议庭应当要求提供证据的一方作出在举证期限内未提供的合理解释，并且从当事人是否有恶意拖延诉讼、一审是否进行过证据交换、一审法官的释明权是否充分行使、该证据是否影响案件关键事实的认定等主客观两方面综合考虑是否应予接受，并作出相应处理。

6. 二审法庭调查从二审法官宣读一审判决书开始，这与一审法庭调查从当事人宣读起诉状开始不同。

（四）法庭辩论

1. 审判长宣布：下面进入法庭辩论，请诉讼双方围绕争议焦点展开辩论。

2. 上诉人及诉讼代理人发言。

3. 被上诉人及诉讼代理人发言。

4. 原审当事人及诉讼代理人发言。

5. 互相辩论。在第一轮辩论完毕后，审判长根据案件情况可以引导诉讼双方进行新一轮的辩论，新一轮辩论的次序与第一轮辩论相同。

6. 审判长宣布法庭辩论终结，并按照上诉人、被上诉人及原审当事人的顺序征询各方最后还有无新的补充意见。

注意事项：

1. 法庭辩论阶段，如当事人提出新的事实和新的证据，合议庭应当及时恢复法庭调查。调查完毕，再恢复法庭辩论。

2. 在第一轮法庭辩论中，应当确保当事人充分发表辩论意见，审判长不宜打断当事人的发言。只有在当事人的发言超越本案审理的范围、与本案审理无关或者明显重复的情况下，才可以适当提醒当事人。

3. 第二轮法庭辩论开始前，审判长可以对第一轮辩论意见进行简要归纳，引导当事人开展第二轮辩论。

4. 确保当事人作最后陈述的权利。审判长不宜打断其陈述，只有当事人

的陈述明显偏离本案审理内容的情况下才应制止。

（五）法庭调解

1. 审判长依次询问上诉人、被上诉人是否愿意调解。

2. 若双方当事人都表示愿意调解，审判长依次询问其具体调解意见。必要时，合议庭根据双方当事人的请求提出调解方案，供双方当事人考虑；也可以先分别征询各方当事人的意见，而后进行调解。

3. 若当事人调解意见不一致，合议庭可以当庭释明法律规定，帮助当事人分清责任，促使双方当事人达成调解协议。

4. 若当事人的意见分歧依然严重，难以达成一致，审判长宣布：“鉴于诉讼双方难以达成调解，合议庭调解结束，本案待合议庭评议后依法判决。”

5. 经过调解，若双方当事人达成协议，应当在调解协议上签字盖章。法院应当根据双方当事人达成的调解协议制作调解书送达当事人。双方当事人达成调解协议后当即履行完毕，不要求发给调解书的，应当记入笔录，在双方当事人、合议庭成员、书记员签名盖章后，即具有法律效力。

6. 双方当事人达成调解协议的，合议庭应当宣布调解结果，告知当事人调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。

注意事项：

1. 对当事人在一审中已经提出的诉讼请求，原审人民法院未作审理、判决的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则进行调解，调解不成的，发回重审。

2. 必须参加诉讼的当事人在一审中未参加诉讼，第二审人民法院可以根据当事人自愿原则予以调解，调解不成的，发回重审。

3. 在第二审程序中，原审原告增加独立诉讼请求或者原审被告提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。

（六）合议庭评议

1. 审判长宣布休庭，由合议庭对案件进行评议后宣告判决（先宣布休庭，后敲击法槌）。

2. 合议庭成员退庭。

3. 在审判长的主持下合议庭评议。

注意事项:

1. 根据我国《民事诉讼法》第153条规定,第二审人民法院对上诉案件,经过审理,按照下列情形,分别处理:(1)原判决认定事实清楚,适用法律正确的,判决驳回上诉,维持原判决;(2)原判决适用法律错误的,依法改判;(3)原判决认定事实错误,或者原判决认定事实不清,证据不足,裁定撤销原判,发回原审人民法院重审,或者查清事实后改判;(4)原判决违反法定程序,可能影响案件正确判决的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审。

2. 第二审人民法院发现第一审人民法院有下列违反法定程序情形之一,可能影响案件正确判决的,应依照我国《民事诉讼法》第153条第1款第4项的规定,裁定撤销原判,发回原审人民法院重审:(1)审理本案的审判人员、书记员应当回避而未回避的;(2)未经开庭审理而作出判决的;(3)适用普通程序审理的案件当事人未经传票传唤而缺席判决的;(4)其他严重违反法定程序的。

3. 在第二审程序中,作为当事人的法人或者其他组织分立的,人民法院可以直接将分立后的法人或者其他组织列为共同诉讼人;合并的,将合并后的法人或者其他组织列为当事人,不必将案件发回原审人民法院重审。

4. 根据我国三大诉讼法的规定,合议庭评议秘密进行。但是,在模拟法庭实验中,一方面为了促使担任法官的学生积极思考;另一方面也为了使旁听的学生了解裁判的产生过程,可以考虑要求合议庭公开评议。

(七) 宣判

1. 书记员宣布:全体起立,请审判长和审判员入庭。

2. 审判长和合议庭成员入庭后,书记员宣布:请坐下。

3. 审判长根据法庭调查、辩论情况和合议庭评议意见,对证据进行评述,认定案件事实,并说明处理纠纷的法律依据。

4. 审判长宣判。审判长宣读判决结果(先宣布判决,后敲击法槌)。宣判时,应由书记员宣布全体起立。判决宣读完毕,书记员宣布:请坐下。

5. 审判长宣布闭庭(先宣布闭庭,后敲击法槌)。

6. 书记员宣布:全体起立,请审判长和合议庭成员退庭。

7. 审判长和合议庭成员退庭后,书记员宣布:请旁听人员退庭,当事人及诉讼代理人核对庭审笔录。

注意事项:

二审宣判程序与一审宣判程序基本相同。需要注意的是:第二审人民法院

宣告判决可以自行宣判，也可以委托原审人民法院或者当事人所在地人民法院代行宣判。

七、庭后诉讼文书的整理及归档

在开庭审理完毕后，参与实验的诉讼各方应完成相关诉讼文书的写作和归档，具体是：

1. 扮演上诉人、被上诉人的学生应当将修改好的代理词提交给法官组。二审代理词的制作方法参见前章第二节。

2. 法官组的学生应当制作二审判决书。判决书的制作方法参见本章第二节。

3. 扮演书记员的学生，按照以下次序将本案的主要材料装订成册，归档备查：（1）卷宗封面；（2）卷内目录；（3）一审判决书；（4）上诉状；（5）答辩状；（6）二审审判笔录；（7）二审代理词；（8）二审判决书；（9）卷底。

4. 经审判长签名确认后，书记员将整理好的卷宗提交指导教师存档。

八、实验总结与评价

1. 自评。参与实验的学生对自己在实验中的表现、优点及不足进行总结。

2. 互评。由其他学生对该实验及实验人员的表现作出评价。

3. 点评。指导教师对本次实验作总结性点评。

第七章 ■ ■ ■

模拟法庭实验5：行政诉讼一审普通程序

第一节 实验目的、内容及示范案例

一、实验目的

1. 掌握行政诉讼起诉状、答辩状、代理词、一审判决书等司法文书的撰写。
2. 掌握行政诉讼一审普通程序开庭审理的基本环节和流程。
3. 提高法庭口头表达和应变能力。
4. 培养证据意识和证据运用能力。
5. 培养根据行政法和行政诉讼法分析和解决案件的能力。
6. 感悟和体会法律职业伦理道德要求。

二、实验内容

根据中国行政实体法和诉讼法的规定，对本章第五节提供的案例进行分析和讨论，然后根据自己扮演的诉讼角色写作相关司法文书，组织和参与行政诉讼一审开庭审判。

三、示范案例：吴老二诉海州市公安局龙岗分局治安管理处罚案

（一）基本案情

自2011年5月20日以来，吴老二在海州市龙岗区西坡镇西山村洋古墩一民房内以打“牌九”的形式参与赌博。2011年5月26日吴老二在此聚赌时，龙岗分局根据群众举报来到现场，当场收缴吴老二现金2 720元并从停于赌场附近的吴老二的小汽车上查扣现金31 000元、存折一本。经过相关调查后，海州市公安局龙岗分局作出第0009368号治安管理处罚决定书，对吴老二给予治安拘留15天，并处3 000元罚款，没收违法所得31 000元、赌资25 220元。吴老二不服该处罚决定，向海州市公安局申请复议。海州市公安局于2011年

8月1日作出海公复决字〔2011〕20号行政复议裁定书，维持龙岗分局作出的第0009368号治安管理处罚决定书。吴老二不服，拟向人民法院提起行政诉讼。

（二）证据材料

证据1：海州市公安局龙岗分局第0009368号治安管理处罚决定书

海州市公安局龙岗分局治安管理处罚决定书

龙公（治）决字第0009368号

被处罚人吴老二，男，1971年4月1日生，汉族，农民，身份证号420111197104014068，住海州市龙岗区西坡镇西山村河东组。

现查明：自2011年5月20日以来，吴老二在海州市龙岗区西坡镇西山村洋古墩一民房内伙同张明星、林景西等人以打“牌九”形式参与赌博。2011年5月26日吴老二在此聚赌时，我局根据群众举报来到现场，当场将吴老二等人抓获，并收缴吴老二现金2720元并从停于赌场附近的吴老二的小汽车上查扣现金31000元、存折一本。

以上事实有我局对吴老二、张明星、郑保罗、游钦钟、吴成发等的讯问笔录、当场扣押物品清单、邮政储蓄交易凭单、邮政储蓄存折等证据证明。

根据我国《治安管理处罚法》第11条和第70条规定，决定给予吴老二治安拘留15天，并处罚款3000元，没收违法所得31000元及赌资25220元。

被处罚人如不服本决定，可以在收到本决定书之日起60日内向海州市公安局申请行政复议或者在3个月内依法向龙岗区人民法院提起行政诉讼。

2011年5月27日

（海州市公安局龙岗分局印章）

证据2：海州市公安局〔2011〕20号行政复议决定书

海州市公安局行政复议决定书

海公复字〔2011〕第20号

申请人吴老二，男，1971年4月1日生，汉族，农民，身份证号420111197104014068，住海州市龙岗区西坡镇西山村河东组。

被申请人：海州市公安局龙岗分局

法定代表人：殷奥运，龙岗分局局长

申请人吴老二不服龙岗分局 2011 年 5 月 27 日作出的龙公（治）决字第 0009368 号治安管理处罚决定书，于 2011 年 6 月 27 日依法向本机关提起行政复议，本案现已审理终结。

申请人向本机关提起行政复议称：（1）被申请人作出的治安管理处罚决定书认定事实错误。被申请人没收的 31 000 元并不是申请人的非法所得，而是申请人之兄偿还申请人的借款，案发时放在申请人的汽车上。被申请人没收的 25 220 元的现金中，只有现金 2 720 元才是申请人随身携带的赌资。为此，申请人认为非随身携带的款项不能没收。（2）被申请人作出的治安管理处罚裁决程序违法。被申请人在作出治安管理处罚裁决之前，没有依法告知申请人，属程序违法。因此，请求撤销龙公（治）决字第 0009368 号治安管理处罚决定书中没收非法所得 31 000 元、赌资 25 220 元的行政处罚措施。

……

被申请人于 2011 年 6 月 27 日向本机关递交的行政答辩书辩称：被申请人将正在聚众赌博的吴老二等人当场抓获，现场查扣大量的赌资及用于赌博的工具扑克牌。申请人对自己的坐庄赌博行为供认不讳，并有证人供述印证。申请人为聚众赌博坐庄携带大量现金、存折，被申请人认定为赌资，依法予以没收。申请人声称被申请人程序违法的理由不成立。在作出治安管理处罚裁决之前，已向申请人告知依法享有的权利，并制作了告知笔录。综上所述，被申请人作出的公（治）决字第 0009368 号治安管理处罚决定书认定事实清楚，证据充分，程序合法，处罚适当，适用法律正确，请求依法维持。

……

本机关认为……

因此，根据《中华人民共和国行政复议法》第 28 条第 1 款第（一）项之规定，本机关决定：维持龙岗分局 2011 年 5 月 27 日作出的龙公（治）决字第 0009368 号治安管理处罚决定书。

申请人如不服本行政复议决定，可以在收到本行政复议决定书之日起 15 日内向人民法院提起行政诉讼。

海州市公安局行政复议专用章
2011 年 8 月 1 日

证据 3：龙岗公安分局治安支队扣押物品清单

海州市公安局龙岗公安分局扣押物品清单

物品持有人吴老二（性别男年龄40岁，住海州市龙岗区西坡镇西山村河

东组，联系电话066-6666666)持有的下列物品与吴老二赌博案件有关，需要作为证据，依法予以扣押。

编号	名称	规格	数量	特征	发还情况
1	现金 2 720 元			赌桌上缴获	
2	现金 31 000 元			放于赌场附近的小汽车上	
3	存折 (存款为 27 960 元)		1 本	放于赌场附近的小汽车上	

本扣押清单一式两份，物品持有人和办案机关各一份。

物品持有人：吴老二 (签名)

现场见证人：陈老三 (签名)

承办人：张正英 (签名)

2011 年 5 月 26 日

证据 4：2011 年 5 月 26 日 15 时 40 分至 17 时 0 分讯问吴老二笔录

讯问笔录

讯问时间：2011 年 5 月 26 日 15 时 40 分至 17 时 0 分。

讯问人：张正英。

记录人：王英雄。

被讯问人：吴老二。

问：我们是龙岗公安分局治安支队的警察（出示警察证），现依法对你讯问，请你如实回答我们的问题。

答：嗯。

问：说说你的姓名、年龄、住址等个人情况。

答：我叫吴老二，男，1971 年 4 月 1 日生，汉族，农民，身份证号 420111197104014068，住海州市龙岗区西坡镇西山村河东组。

问：你知道我们为什么找你问话吗？

答：因为我赌博的事情。

问：既然你知道，那就老实交代你赌博的事情吧？

答：我今天上午没什么事情做，感觉挺无聊的，就到这来赌博，没想到被你们逮着了。

问：我们刚才从你赌桌上收缴的 2 720 元现金是你的吗？

答：是的。

问：我们从你的小汽车上查扣的 31 000 元现金和存折、储蓄卡都是你的吗？

答：是的。

问：你从什么时候开始赌博的？

答：这个月 5 月 20 日开始。

问：你认识到自己违法了吗？

答：知道。

问：那你跟我们走一趟。

答：好的。

问：同时这段时间你也好好想想你参与赌博的整个过程，我们晚上再详细问你。

答：好的。

以上笔录我看过，与我说的一样 吴老二（签名）

2011 年 5 月 26 日

证据 5：2011 年 5 月 26 日 21 时 10 分至 23 时 15 分讯问吴老二笔录

讯问笔录

讯问时间：2011 年 5 月 26 日 21 时 10 分至 23 时 15 分。

讯问人：张正英。

记录人：王英雄。

被讯问人：吴老二。

问：你想得怎么样了？

答：我都想好了，我老实交代。

问：我们在赌桌上收缴的你 2 720 元，是你用来赌博的钱吗？

答：是的。

问：当时赌博现场有哪些人参与赌博？

答：我认识的有张明星、郑保罗、吴成友、何杰云、郑华金等。

问：你今天赌博赢了还是输了？

答：好像赢了。

问：具体赢了多少？

答：这个我很难说清楚。

问：我们在你的小汽车上收缴的 31 000 元现金是你赌博赢的吗？

答：这个，这个不是。

问：那这钱你是从哪来的？

答：是我哥哥还我的借款。

问：你哥哥为什么还你钱？

答：因为他去年做生意找我借钱了。

问：那你存折上的钱是你赢的还是本来就是你的，还是拿来赌博用的呢？

答：我存折上的钱本来就是我的，是我做生意赚的钱。

问：那你为什么今天把存折也带上，是准备用来赌博的吗？

答：不是，我的存折一般都放在车上，这样便于需要时随时取。

问：你说便于需要时随时取，是什么需要？

答：做生意啊，家里生活用啊。

问：那你打算用这存折里的钱赌博吗？

答：这个不好说。不过至少今天我没准备。

问：结合你所讲的上述情况，根据我国法律规定，我们决定对你进行治安拘留 15 日、罚款 3 000 元、没收赌资的处罚。你听清楚了吗？

答：听清楚了。

以上笔录我看过，与我说的一样 吴老二（签名）

2011 年 5 月 26 日

证据 6：2011 年 5 月 27 日 8 时 20 分至 9 时讯问吴老二笔录

讯问笔录

讯问时间：2011 年 5 月 27 日 8 时 20 分至 9 时。

讯问人：张正英。

记录人：王英雄。

被讯问人：吴老二。

问：经过我们进一步调查，发现有些问题你交代得不老实。我们今天再给你一次机会，希望你如实交代。

答：好的。

问：我们从你汽车上收缴的 31 000 元现金是哪来的？

答：昨天我已经说了啊！

问：那我问你，你昨天跟游钦钟喝酒时说过什么？

答：我们随便聊了聊。

问：你跟他说过你最近赌博赢了好几万这话吗？

答：说过，不过那是我吹牛时说的。他老叫我大哥，我有时就在他面前故意充充雄。

问：那好，你今天再老老实实在地回答，那 31 000 元究竟是怎么来的？是你赌博赢的吧？

答：（长时间沉默后）是的，可能是我赢的。

问：是可能赢的，还是一定是赢的？

答：你们说是赢的就是赢的。

问：另，据我们调查，你存折上的钱也是用来赌博的，是吗？

答：因为我昨天赌博还没输，所以根本没考虑会动用存折上的钱来赌博。

问：那要是你输了呢，会动用存折上的钱吗？

答：这个不知道，我也说不好，也许会吧。

问：经我们调查，我们认为，你存折上共有 27 960 元，其中 22 500 元是你准备用来赌博的，决定没收，剩下的 5 460 元我们可以留给你，不予没收。因此，希望你能配合我们，填一下这个取款单。

答：好的。（拿单子，填写取款单）

以上笔录我看过，与我说的一样 吴老二（签名）

2011 年 5 月 27 日

证据 7：2011 年 5 月 26 日 18 时 25 分至 18 时 49 分讯问张明星笔录

讯问笔录

讯问时间：2011 年 5 月 26 日 18 时 25 分至 18 时 49 分。

讯问人：张正英。

记录人：王英雄。

被讯问人：张明星。

问：我们是龙岗公安分局治安支队的警察（出示警察证），现依法对你讯问，请你如实回答我们的问题。

答：嗯。

问：说说你的姓名、年龄、住址等个人情况。

答：我叫张明星，男，1972 年 4 月 1 日生，汉族，农民，身份证号 420111197204014068，住海州市龙岗区西坡镇西山村河西组。

问：你知道我们为什么找你问话吗？

答：因为我赌博的事情。

问：既然你知道，那就老实交代你赌博的事情吧？

答：我今天是第一次来赌博，以前只是听说过，今天很好奇所以过来了。

问：今天赌博坐庄的人是谁？

答：是吴老二。

问：你知道他今天带了多少钱来赌博吗？

答：我只知道吴老二放在赌桌上的钱大概有2 000多块，至于放在他身上的或别的地方有多少钱我不清楚。

问：他今天是赢了还是输了？

答：应该是赢了。

问：吴老二他赢了多少，你知道吗？

答：这个我说不准。

以上笔录我看过，与我说的一样 张明星（签名）

2011年5月26日

证据8：2011年5月26日19时23分至20时20分讯问郑保罗笔录

讯问笔录

讯问时间：2011年5月26日19时23分至20时20分。

讯问人：张正英。

记录人：王英雄。

被讯问人：郑保罗。

问：我们是龙岗公安分局治安支队的警察（出示警察证），现依法对你讯问，请你如实回答我们的问题。

答：嗯。

问：说说你的姓名、年龄、住址等个人情况。

答：我叫郑保罗，男，1962年4月1日生，汉族，农民，身份证号420111196204014068，住海州市龙岗区西坡镇东山村王家湾。

问：你知道为什么被我们带到这儿吗？

答：知道，因为我赌博的事。

问：那好，你就今天赌博的事情如实给我们陈述一下。

答：我们今天是上午10点钟左右开始赌的，由吴老二坐庄，我们一起赌

博的人有吴老二、张明星、游钦钟、吴成发和我等人，还有几个人我不认识。

问：你是从什么时候开始赌博的？

答：这个月20日开始。

问：20日开始的时候吴老二参加了没有？

答：参加了，一直都有他，而且很多时候都是他坐庄。

问：你知道吴老二带来多少钱参加赌博吗？

答：他具体带了多少钱，我不太清楚，但他给我的感觉是很有钱，从来没见过他输得没钱就走的。

问：他赌博是赢还是输？

答：他今天好像赢了，至少应该没输。前段时间，他也是大多数时候赢，输的时候少。

问：吴老二大概赢了多少钱，你知道吗？

答：这个我不好说，毕竟人家赢了钱就装口袋里。而且我们赌博的人是流动的，有的人输钱后就走人，也不会说自己输多少钱。

以上笔录我看过，与我说的一样 郑保罗（签名）

2011年5月26日

证据9：2011年5月26日16时30分至17时20分讯问游钦钟笔录

讯问笔录

讯问时间：2011年5月26日16时30分至17时20分。

讯问人：张正英。

记录人：王英雄。

被讯问人：游钦钟。

问：我们是龙岗公安分局治安支队的警察（出示警察证），现依法对你讯问，请你如实回答我们的问题。

答：嗯。

问：说说你的姓名、年龄、住址等个人情况。

答：我叫游钦钟，男，1980年4月1日生，汉族，农民，身份证号420111198004014068，住海州市龙岗区西坡镇东山村陈家湾。

问：你知道为什么被我们带到这儿吗？

答：知道，因为我赌博的事。

问：那好，我们问你，你从什么时候开始赌博的？

答：这个月20日开始。

问：你认识吴老二吗？你知道他是什么时候开始赌博的？

答：认识，我们常在一起赌博，也在一起喝酒，比较熟。他也和我一样，5月20日开始赌的。他以前就赌过，而且赌博水平很高。

问：你知道他赌博是赢还是输吗？

答：他肯定赢了，他十次有九次赢。

问：那你知道他赢了多少钱吗？

答：至少有好几万吧，我想他带的钱绝大部分应该都是赢的。

问：你怎么能确信他赢了这么多钱？

答：这是我昨天跟他喝酒时，在酒桌上他说的，他说他最近赢了好几万。

问：是他亲口给你说的吗？

答：是的。

以上笔录我看过，与我说的一样 游钦钟（签名）

2011年5月26日

证据10：2011年5月26日15时36分至16时24分讯问吴成发笔录

讯问笔录

讯问时间：2011年5月26日15时36分至16时24分

讯问人：张兵

记录人：陈清

被讯问人：吴成发

问：我们是龙岗公安分局治安支队的警察（出示警察证），现依法对你讯问，请你如实回答我们的问题。

答：嗯。

问：说说你的姓名、年龄、住址等个人情况。

答：我叫吴成发，男，1973年4月1日生，汉族，农民，身份证号420111197304014068，住海州市龙岗区西坡镇西山村吴家湾。

问：你知道为什么被我们带到这儿吗？

答：知道，因为我赌博的事。

问：那好，我们问你，你知道吴老二今天带了多少钱来赌博吗？

答：具体的我不知道。

问：你觉得吴老二放在汽车上的钱是用来赌博的吗？

答：我觉得有可能。

问：你凭什么说有可能呢？

答：因为我有回看见吴老二在赌桌上输光了，但他出去后不到一刻钟就又拿着一把钞票进来了。

问：这是什么时候的事？

答：大概是前几天吧，具体是哪一天我记不清。

以上笔录我看过，与我说的一样 吴成发（签名）

2011年5月26日

证据 11：邮政储蓄存折

中国邮政活期一本通

账号 0200214201004306666

户名：吴老二

开户网点名称：海州市龙岗区西坡镇邮政储蓄所

凭证号：0038366

签发日期：2011年4月21日

（存折具体内容：截至2011年5月26日，该存折上有现金27 960元；2011年5月27日，取出22 500元，存折上还剩5 460元）

证据 12：邮政储蓄交易凭单

中国邮政储蓄取款单

账号：0200214201004306666

户名：吴老二

取款金额：贰万贰仟伍佰元 ¥22 500 元

取款人姓名：吴老二（签名）

代理人姓名：张正英（签名）

代理人身份证号：410111197803164089

证据 13：龙岗分局治安处罚审批表

龙岗分局治安处罚审批表

填表单位：龙岗分局治安支队。

案别：聚众赌博。

破案时间：2011年5月27日。

被处罚人：吴老二，男，1971年4月1日生，汉族，农民，身份证号420111197104014068，住海州市龙岗区西坡镇西山村河东组。

简要案情：自2011年5月20日以来，吴老二在海州市龙岗区西坡镇西山村洋古墩一民房内伙同张明星、林景西等人以打“牌九”形式参与赌博。2011年5月26日吴老二在此聚赌时，我局根据群众举报来到现场，当场将吴老二等人抓获，收缴吴老二现金2720元并从停于赌场附近的吴老二的小汽车上查扣现金31000元、存折一本。

承办人意见：给予吴老二治安拘留15天，并处罚款3000元，没收非法所得31000元及赌资25220元。

承办人：张正英（签字）

2011年5月27日

主管局长（签章）：同意 陈家英（签章）

2011年5月27日

（三）争议焦点

1. 公安机关对吴老二作出的行政处罚决定是否符合我国《治安管理处罚法》以及《行政处罚法》规定的法定程序？
2. 被处罚人吴老二存放于小汽车内的31000元现金能否认定为非法所得？
3. 能否认定被处罚人吴老二存折上的存款全部属于赌资？如果只有部分是赌资，那么此数额如何确定？

第二节 与本实验相关法律文书的写作及示例

在行政诉讼一审程序模拟实验中，与之相关的法律文书有行政起诉状、答辩状、行政诉讼代理词和第一审行政判决书四种。现对此四种法律文书的写作方法介绍如下：

一、行政起诉状

（一）概念和法律依据

行政起诉状是公民、法人或者其他组织认为自己的合法权益受到行政机关或行政机关工作人员的具体行政行为的侵害，向人民法院提起诉讼，请求人民法院对该行政行为是否合法予以裁决，用以保护当事人合法权益的诉状。

我国《行政诉讼法》第2条规定，公民、法人或者其他组织认为行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权向人民法院提起诉讼。

（二）写作格式

行政起诉状

原告（写明姓名、性别、年龄、民族、住址等基本情况及联系方式）

被告（写明被告机关或者组织的全称、地址以及其法定代表人或者负责人的姓名、职务、联系方式等）

诉讼请求

（简明列举诉讼请求，如要求法院撤销、部分撤销具体行政行为、变更具体行政行为、强制行政机关履行具体行政行为或者要求行政主体给予赔偿等。）

事实与理由

（叙述案件的客观事实及阐明诉讼请求的依据。）

证据和证据来源、证人姓名和住址

（列举相关证据目录；如果有证人的，还应写明证人的姓名、住址及联系方式等。）

此致

×××人民法院

起诉人×××

××××年××月××日

附：本起诉状副本×份

（三）注意事项

1. 行政起诉状与民事起诉状的写作格式相同，因此有关民事起诉状写作的注意事项也适用于行政起诉状的写作。

2. 制作行政起诉状还需注意以下两点：（1）依法需要先经行政机关复议的，必须先申请行政复议。对复议决定不服的，方可提起诉讼。（2）行政起诉必须针对具体的行政行为，对抽象的行政行为不得提起诉讼。

（四）示例

行政起诉状

原告吴老二，男，1971年4月1日生，汉族，农民，身份证号420111197104014068，住海州市龙岗区西坡镇西山村河东组。

被告海州市公安局龙岗分局，海州市龙岗区西北街21号，法定代表人：殷奥运，职务：局长；电话：0××-64491234。

诉讼请求

1. 请求撤销龙公（治）决字第 0009368 号治安管理处罚决定书中没收吴老二非法所得 31 000 元、赌资 25 220 元的行政处罚。
2. 诉讼费用由被告承担。

事实与理由

2011 年 5 月 26 日原告在海州市龙岗区西坡镇西山村洋谷墩一民房内聚赌时，龙岗分局根据群众举报来到现场，当场收缴吴老二现金 2 720 元并从停于赌场附近的原告的小汽车上查扣现金 31 000 元、存折一本。随后海州市公安局龙岗分局对原告作出第 0009368 号治安管理处罚决定书，对原告给予治安拘留 15 天，并处 3 000 元罚款，没收非法所得 31 000 元、赌资 25 220 元。原告不服该处罚决定，向海州市公安局申请复议。海州市公安局于 2011 年 8 月 1 日作出海公决字〔2011〕20 号行政复议裁定书，维持龙岗分局作出的第 0009368 号治安管理处罚决定书。

根据我国《治安管理处罚法》的规定，原告认为，被告对原告作出的 0009368 号治安管理处罚决定书中没收吴老二非法所得 31 000 元、赌资 25 220 元的行政处罚实属错误，为此根据我国《行政诉讼法》第 41 条规定提起行政诉讼，恳请法院依法判处。

此致

海州市龙岗区人民法院

起诉人 吴老二
二〇一一年八月十日

附：证据材料

1. 海州市公安局龙岗分局扣押物品清单 1 份
2. 吴老二的邮政储蓄交易凭单——“中国邮政储蓄取款单”
3. 海州市公安局龙岗分局治安管理处罚决定书
4. 海州市公安局行政复议决定书

二、行政答辩状

（一）概念和法律依据

行政答辩状是行政机关针对行政相对人在行政起诉状中所指控的事实和理由，进行反驳和辩解的一种法律文书。答辩状的目的是用事实和法律驳倒原告，使诉讼结果有利于自己。

我国《行政诉讼法》第 43 条规定，人民法院受理行政诉讼案件后，应当在立案之日起 5 日内，将起诉状副本发送被告。被告应当在收到起诉状副本之

日起 10 日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料，并提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起 5 日内，将答辩状副本发送原告。被告在答辩期限内不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

（二）写作格式

行政诉讼答辩状

答辩人（写明被诉行政主体单位全称）

地址（行政主体单位地址）

法定代表人（写明姓名及职务）

委托代理人（写明姓名、单位等）

因×××诉×××（被告姓名）×××（案由）一案，现答辩如下：

（以下写明答辩的具体意见和理由，一般是对起诉状中提出的诉讼请求、事实与理由进行驳斥。）

此致

×××人民法院

答辩机关（单位）名称：（公章）

法定代表人姓名、职务：（签章）

××××年××月××日

附：

1. 答辩状副本×份
2. 拟提交的证据目录等材料

（三）注意事项

1. 行政诉讼答辩状的写作与民事答辩状的写作基本相同，因此有关民事答辩状写作的注意事项也适用于行政诉讼答辩状的写作。

2. 由于答辩状是针对起诉状等内容书写的，故在当事人基本情况部分不用写明被答辩人情况。

（四）示例

答 辩 状

答辩人海州市公安局龙岗分局，住所地：海州市龙岗区西北街 21 号，法定代表人：殷奥运，职务：龙岗分局局长

针对吴老二诉海州市公安局龙岗分局要求撤销第 0009368 号治安管理处罚

决定一案，答辩人答辩如下：

一、第0009368号治安管理处罚决定认定事实清楚，证据充分

2011年5月26日吴老二在龙岗区西坡镇西山村洋古墩一民房内聚赌时，我局根据群众举报来到现场，当场将吴老二等人抓获，收缴吴老二现金2720元，从赌场附近吴老二的小汽车上查扣现金31000元和存折一本。被答辩人对自己坐庄赌博行为供认不讳，有张明星、郑保罗、游钦钟、吴成发等证人证言相印证，且有当场扣押物品清单、邮政储蓄交易凭单、邮政储蓄存折等证据可证明。因此，海州市龙岗分局治安管理处罚事实认定清楚，证据充分。

二、第0009368号治安管理处罚决定处罚适当，适用法律正确

根据我国《治安管理处罚法》第11条，办理治安案件所查获的赌具、赌资以及其非法所得和直接用于实施违反治安管理行为的本人所有的工具，应当收缴，我局依法没收其非法所得31000元以及赌资25220元。因此，海州市公安局龙岗分局的治安管理处罚决定处罚适当，适用法律正确。

三、第0009368号治安管理处罚决定程序合法

根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第94条之规定，公安机关作出治安管理处罚决定之前应当告知违反治安管理行为人作出治安管理处罚的事实、理由及依据，并告知违反治安管理行为人依法享有的权利。本案中，我局依照法律规定对违法物品进行扣押，依法对吴老二及其他参赌人员进行讯问，且在作出治安管理处罚之前已告知吴老二作出治安管理处罚的事实、理由及依据，并告知违反治安管理行为人依法享有的权利。因此，海州市公安局龙岗分局治安管理处罚程序正当合法。

综上所述，答辩人作出的具体行政行为事实清楚、证据确凿，适用法律正确，程序合法；被答辩人起诉理由缺乏依据，依法不能成立。根据《行政诉讼法》第五十四条规定，请求法院依法维持答辩人作出的具体行政行为。

此致

海州市龙岗区人民法院

答辩人：海州市公安局龙岗分局（盖章）

二〇一一年八月二十五日

附：拟提交证据材料

1. 海州市公安局龙岗分局扣押物品清单
2. 海州市公安局龙岗分局5月26日、27日讯问吴老二笔录
3. 海州市公安局龙岗分局讯问吴成发笔录
4. 海州市公安局龙岗分局讯问游钦钟笔录
5. 海州市公安局龙岗分局治安处罚审批表

6. 海州市公安局龙岗分局治安管理处罚决定书

三、行政诉讼代理词

(一) 概念和法律依据

行政诉讼代理词是行政诉讼代理人依照行政诉讼法的规定,在行政诉讼的法庭辩论阶段针对法庭调查情况,依据事实和法律发表综合性意见时使用的法律文书。

我国《行政诉讼法》第29条规定,当事人、法定代理人,可以委托1至2人代为诉讼。律师、社会团体、提起诉讼的公民的近亲属或者所在单位推荐的人以及经人民法院许可的其他公民,可以受委托为诉讼代理人。

(二) 写作格式

××诉××案的代理词

审判长、审判员〔人民陪审员〕:

依照《中华人民共和国行政诉讼法》、《中华人民共和国律师法》的有关规定,我接受本案当事人×××的委托,作为其诉讼代理人。开庭前,我查阅了本案有关证据材料,并作了必要的调查,结合今天法庭调查的事实和证据,现发表如下代理意见:

(以下正文阐述具体的代理意见和理由。)

(高度概括和总结代理的基本主张。)

以上意见,恳请法庭考虑。

代理人××律师事务所律师×××
××××年××月××日

(三) 注意事项

1. 行政诉讼代理词的写法与民事、刑事案件代理词的写法基本相同,因此本书有关民事、刑事案件代理词的注意事项也适用于行政诉讼代理词的写作。

2. 代理词的内容应该严格限定在授权范围之内。只有经过特别授权,代理律师才可以在代理词中发表涉及实体权利处分的代理意见。

(四) 示例

吴老二诉海州市公安局龙岗分局治安管理处罚案原告方代理词

审判长、审判员:

依照《中华人民共和国行政诉讼法》和《中华人民共和国律师法》的有

关规定，海龙律师事务所接受原告吴老二的委托，指派我担任其诉讼代理人。开庭前，我查阅了本案有关证据材料，刚才又参加了法庭调查，现发表如下意见：

一、治安处罚决定认定原告存放于汽车内的 31 000 元现金为非法所得错误

非法所得，有两层含义，一是指当事人在未取得合法经营资格的前提下，从事经营活动而获得的利润或者纯收入；二是指通过违法行为、不正当方法、损害他人利益的情况下所得的利益。被告在对原告作出的治安管理处罚决定中，认定其存放在赌场附近小汽车里的 31 000 元为非法所得，显然是采纳的第二种解释。可是，被告作出的治安处罚决定中对这部分事实的认定有明显的错误，原因如下：

1. 据原告供述，存放于赌场附近小汽车上的 31 000 元现金是原告的哥哥去年因做生意向原告所借并于最近归还于他的借款，不是通过违法行为、不正当方法、损害他人利益的情况下所得的利益，故并非通过赌博而来的非法所得。

2. 海州市公安局龙岗分局在接到民众举报来到现场时，只在赌博当场发现 2 720 元现金，其余的 31 000 元现金并非是在赌博现场查获的，而是在其位于赌场外停车场内的小汽车中发现的，这笔钱与赌博事实并没有直接或间接的联系。作为一个生意人，原告在车内存放现金是合乎常理的，况且这笔钱并没有出现在赌场中，不能因为原告在赌博时其轿车中存放有一笔现金就认定这笔钱是通过赌博赢来的。

3. 对于原告第二次供述中称在 2011 年 5 月 26 日与游钦钟喝酒时说自己最近赌博赢了好几万，由此不能推定这 31 000 元现金就是赌博而得。首先，这是在原告喝酒时所言，并非意识清醒时所说。其次，游钦钟也处于喝酒而意识不完全清醒的状态。再次，原告也表明那只不过是兄弟面前充充雄、吹牛时说的。最后但也是非常关键的一点，退一步讲，就算原告确实曾经赢了好几万，也没有任何的证据证明就是车上的 31 000 元。所以，被告将原告车上 31 000 元认定为非法所得仅依靠并没有多少证明力的证人证言，是缺乏充分的证据的。

4. 我们可以看到，在第二次供述中原告承认 31 000 元是因赌博而得。但请法庭特别需要加以注意的是，这份供述与第一份原告明白清晰、毫不犹豫的否定公安局认定他 31 000 元是赌博所赢形成鲜明的对比，这份回答全篇都可以看出是在原告处在十分勉强、十分无奈的情况下所言，是在公安机关诱导性提问“是你赌博赢得吧”的情况下出于无奈而言，而且，每一个关键性问题

他都没有立即回答而是长时间沉默后,夹杂着“可能”“也许”“你们说是赢得就是赢得”等含糊其辞的承认。到底是发生何事,才能令原告的心灵发生如此大的震撼,突然有所谓的“良心发现,痛改前非”,并作出如此无奈的自证,且从没有确确实实的承认?我们不得而知。所以,我们认为,这样漏洞百出的自证,完全不应予以采纳。更何况,即使合议庭采纳此陈述,根据《治安管理处罚法》第93条规定,仅有本人陈述,而没有其他证据证明的,公安机关也不能作出治安管理处罚决定。

二、被告的治安处罚决定将原告存折上的存款认定为赌资证据不足

虽然法律法规没有对赌资的概念作出明文规定,但我们可以从公安部《关于办理赌博违法案件适用法律若干问题的通知》(公通字〔2005〕30号)文件中“赌博活动中用作赌注的款物、换取筹码的款物和通过赌博赢取的款物属于赌资”中得出赌资的概念,而且从最高人民法院、最高人民检察院2005年通过的《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》也能得出与上述一致的赌资的概念。据此,赌资分为三种形式,即赌博活动中用作赌注的款物、换取筹码的款物和通过赌博赢取的款物。由此,我们可以很明显地看出,被告的治安处罚决定将原告车上存折中的存款认定为赌资,证据实属不足。具体原因如下:

1. 据原告供述,存折上的钱是他做生意赚的,并且他的存折一般都放在车上,以便于遇事能够随时取。试想一下,作为一名生意人,需要一定量的现金,或者将可随时取现的存折携带于身,这一点于情于理难道不是再正常不过的吗?

2. 根据吴成发供述,他猜原告汽车上存折的钱是用来赌博的。仅仅是依据一位毫不知情的赌友的一句主观猜测,公安局就认定存折上的这笔钱是赌资,未免有点过于牵强。而且,恳请合议庭注意的是,那位赌友的话,完全属于意见证据,根本就不应被采纳。

3. 海州市公安局龙岗分局在接到民众举报来到现场时,只在赌博现场查获2720元现金,原告的存折并不是在赌博现场发现,而是在其位于停车场的小汽车中发现。根据现有证据“邮政储蓄交易凭单”可知,赌博期间,原告从来没有一次从存折中取钱用于赌博。由此可以得出,存款上的钱与赌博事实并没有任何直接或间接的联系。就算退一步讲,假设有这样一个人曾经有一次拿存折的钱去赌博,于是乎公安部门就可以认定下一次他就一定会再次去用存折中的钱去赌博,这是毫无道理可言的,而且也是置此人于极大的且本不应由其承担的危险性的境地的一种猜测。何况本案中,上述假设也不存在,即原告并没有曾经用存折的钱去赌博。所以,本案中公安局认定存折上存款为赌资证据不足。

4. 被告本身也并未对将存折中存款 27 960 元里的 22 500 元认定为赌资提供任何的计算方法，以及计算所依据的理由和根据。

三、被告作出的治安管理处罚决定程序违法

根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第 94 条规定，公安机关作出治安管理处罚决定前，应当告知违反治安管理行为人作出治安管理处罚的事实、理由及依据，并告知违反治安管理行为人依法享有的权利。

本案中，在 2011 年 5 月 26 日对原告的讯问笔录中，公安机关询问人向原告表述“结合你所讲的上述情况，根据我国法律规定，我们决定对你进行治安拘留 15 日、罚款 3 000 元、没收赌资的处罚”；在 2011 年 5 月 27 日的询问笔录中向原告表述“经我们调查，我们认为，你存折上共有 27 960 元，其中 22 500 元是你准备用来赌博的，决定没收，剩下的 5 460 元我们可以留给你，不予没收”。而就在 27 日当天，被告就在最终的决定书中作出“决定给予原告治安拘留 15 天，并处罚款 3 000 元，没收非法所得 31 000 元及赌资 25 220 元”的处罚决定。

对照行政处罚决定的一般程序，我们可以看到，本案中被告作出治安管理处罚的决定程序漏洞百出，多次违法：首先，被告仅在 26 日和 27 日的讯问结束时，简单地、且非常片面地告知了原告处罚决定的一部分而非全部，这两次告知与最终决定都不同。至于处罚决定中将 31 000 元作为非法所得这一关键部分被告只字未提，完全没有进行任何告知。其次，在 27 日讯问结束时，被告草草以一句话告知认定存折中的 22 500 元是赌资决定予以没收，而提请法庭特别注意的是，被告就在告知的同时，让原告填了取款单，紧接着被告作出了处罚决定书。说明理由和告知权利的主要意义之一在于给当事人以针对处罚理由、根据进行申辩的机会，而本案中告知尚未完成，就执行处罚，作出决定书，当事人毫无上述机会可言。再次，被告未对认定存折中 27 960 元里的 22 500 元为赌资并加以没收，向原告进行任何的解释，没有处罚决定应有的任何理由及根据。最后，关于告知权利的部分，被告自始至终也没有一次对原告有所告知，法律提供给当事人有机会请求救济的权利毫无保障可言。

综上，被告作出的处罚决定里认定并没收的 31 000 元非法所得和赌资 25 220 元的赌资部分，事实认定明显错误，证据严重不足，程序也多次违法。故请求法庭撤销龙公（治）决字第 0009368 号治安管理处罚决定书中没收非法所得 31 000 元，赌资 25 220 元的行政处罚措施。

以上意见，恳请法庭考虑。

代理人：海龙律师事务所律师 王佳琪

2011 年 9 月 6 日

吴老二诉海州市公安局龙岗分局治安管理处罚案被告方一审代理词

审判长、审判员：

依照《中华人民共和国行政诉讼法》、《中华人民共和国律师法》的有关规定，恒梦律师事务所接受本案被告的委托，指派我作为其诉讼代理人。开庭前，我查阅了本案有关的证据材料，并作了必要的调查，结合今天法庭调查的事实和证据，现发表如下代理意见：

一、被告对吴老二作出的治安管理处罚决定事实清楚、证据充分

1. 对吴老二赌博的认定事实清楚、证据充分

2011年5月26日吴老二在龙岗区西坡镇西山村洋古墩一民房内聚赌时，我局根据群众举报来到现场，当场将吴老二等人抓获，收缴吴老二现金2720元，从赌场附近吴老二的小汽车上查扣现金31000元和存折一本。

根据吴老二讯问笔录，其对自己坐庄赌博行为供认不讳，且有张明星、郑保罗、游钦钟、吴成发等证人证言相互印证。因此海州市龙岗分局对吴老二聚众赌博事实认定清楚，证据确实充分。

2. 对吴老二赌资的认定事实清楚、证据充分

在赌博中用作赌注的款物、换取筹码的款物和通过赌博赢取的款物属于赌资。赌资应当依法予以追缴；赌博用具、赌博违法所得以及赌博分子所有的专门用于赌博的资金、交通工具、通讯工具等，应当依法予以没收。

申请人吴老二在讯问过程中承认有可能会动用存折上的钱去赌博，暂时没有动用是因为其当日赌博没有输，且汽车离赌场很近，钱款可以随时取得。并且根据吴成发的讯问笔录，吴老二曾经输钱后，出去不到一刻钟时间便拿了一把钱回来。结合当事人承认、证人证言以及常理推测，存折上的钱应当被认定为专门用于赌博的资金。考虑到当事人被处以15日行政拘留，期间还需支出部分生活费用，且当事人对自己赌博事实、赌资及非法所得供认不讳，海州市公安局龙岗分局决定没收其存折上25220元赌资，剩余的数千元留给当事人自用，也合情合理。

3. 对吴老二非法所得认定事实清楚、证据确实充分

赌博中的非法所得是指通过赌博赢取的款物，对赌博非法所得应当依法予以没收。申请人吴老二在讯问过程中承认汽车里的31000元现金是赌博赢来的。对于原告方提出的吴老二5月27日询问笔录与5月26日询问笔录不一致，这恰恰说明吴老二起初企图隐瞒赌资的数额，但在公安机关充分调查取证后，吴老二觉得无法继续隐瞒所以承认事实。另外，根据证人游钦钟证言，吴老二赌博水平很高，十次有九次赢，且吴老二曾亲口对他说自己最近赢了好几

万元。另外，将31 000元现金随意放在汽车上有违常理。由此可以证明，海洲市公安局龙岗分局对其31 000元现金是非法所得的认定事实清楚、证据确实充分。

二、被告对吴老二的行政处罚适用法律正确、处罚适当

根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第11条，办理治安案件所查获的毒品、淫秽物品等违禁品，赌具、赌资，吸食、注射毒品的用具以及直接用于实施违反治安管理行为的本人所有的工具，应当收缴。依其规定，海洲市公安局龙岗分局没收吴老二非法所得31 000元、赌资25 220元的决定适用法律正确、处罚适当。

三、被告对吴老二作出的行政处罚程序合法正当

根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第九十四条之规定，公安机关作出治安管理处罚决定之前应当告知违反治安管理行为人作出治安管理处罚的事实、理由及依据，并告知违反治安管理行为人依法享有的权利。

本案中，海洲市公安局龙岗分局依照法律规定对违法物品进行扣押，依法对吴老二及其他参赌人员进行讯问，且在作出治安管理处罚之前已告知吴老二作出治安管理处罚的事实、理由及依据，并告知违反治安管理行为人依法享有的权利。因此，海洲市公安局龙岗分局治安管理处罚程序正当合法。

综上，海洲市公安局龙岗分局对吴老二作出治安拘留15天、罚款3 000元、没收非法所得31 000元及赌资25 220元是合法且适当的。

以上意见，恳请合议庭考虑。

海洲市恒梦律师事务所律师 吴梦颖

2011年9月6日

四、第一审行政判决书

（一）概念和法律依据

第一审行政判决书是指第一审人民法院按照行政诉讼法规定的第一审程序，对于审理终结的行政诉讼案件，依照法律法规，就案件的实体问题作出处理决定时使用的法律文书。

我国《行政诉讼法》第54条规定，人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：

1. 具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持。

2. 具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：（1）主要证据不足的；（2）适用法律、法规

错误的；(3) 违反法定程序的；(4) 超越职权的；(5) 滥用职权的。

3. 被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。

4. 行政处罚显失公正的，可以判决变更。

(二) 写作格式

×××人民法院行政判决书

[××××] ×行初字第××号

原告（写明起诉人的姓名或名称等基本情况）

法定代表人（或代表人）（写明姓名和职务）

法定代理人（或指定代理人）（写明姓名等基本情况）

委托代理人（写明姓名等基本情况）

被告（写明被诉的行政机关名称和所在地址）

法定代表人（或代表人）（写明姓名和职务）

委托代理人（写明姓名等基本情况）

第三人（写明姓名或名称等基本情况）

法定代表人（或代表人）（写明姓名和职务）

法定代理人（或指定代理人）（写明姓名等基本情况）

委托代理人（写明姓名等基本情况）

原告×××不服×××[行政机关名称]××××年××月××日[××××]×字第××号××××处罚决定[或复议决定、其他具体行政行为]，向本院提起诉讼。本院受理后，依法组成合议庭，公开（或不公开）开庭审理了本案。（写明到庭的当事人、代理人等）到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

如果是不作为类行政案件，则表述为：“原告×××因要求被告××××（行政机关名称）履行法定职责（或者其他行政义务），于××××年××月××日向本院提起行政诉讼。本院受理后……”

如有第三人参加诉讼，则在上述的“到庭参加诉讼”之后还应当增加：因×××与本案被诉具体行政行为有法律上的利害关系，本院依法通知其为第三人参加诉讼（如果是公民、法人或者其他组织申请作为第三人参加诉讼的，则写明：因×××与本案被诉具体行政行为有法律上的利害关系，经×××申请，本院依法准许其为第三人参加诉讼。）

[概括写明以下几点内容：(1) 被告所作的具体行政行为的主要内容及其事实与根据；(2) 原告不服的主要意见、理由和请求等；(3) 被告的答辩意

见；(4) 第三人的意见。]

经审理查明，(写明法院认定的事实和证据)。

本院认为，(根据查明的事实和有关规定，就行政机关所作的具体行政行为是否合法，原告的诉讼请求是否有理，进行分析论述)。依照(写明判决所依据的法律条款项)的规定，判决如下(写明判决结果，分六种情况)

第一，维持行政机关具体行政行为的，写：

“维持×××(行政机关名称)××××年××月××日〔××××〕×字第××号处罚决定(或复议决定、其他具体行政行为)。”

第二，撤销行政机关具体行政行为的，写：

“一、撤销×××(行政机关名称)××××年××月××日〔××××〕×字第××号处罚决定(或复议决定、其他具体行政行为)；

二、(写明判决被告重新作出具体行政行为的内容。如果是不需要重新作出具体行政行为的，此项不写。如果是确认被告的具体行政行为侵犯原告合法权益而须承担行政赔偿责任的，应当写明赔偿的数额和交付时间等。)”

第三，部分撤销行政机关具体行政行为的，写：

“一、维持×××(行政机关名称)××××年××月××日〔××××〕×字第××号处罚决定(或复议决定、其他具体行政行为)的第×项，即(写明维持的具体内容)；

二、撤销×××(行政机关名称)××××年××月××日〔××××〕×字第××号处罚决定(或复议决定、其他具体行政行为)的第×项，即(写明撤销的具体内容)；

三、(相对撤销部分，写明判决被告重新作出具体行政行为的内容。如果是不需要重新作出具体行政行为的，此项不写。如果是确认被告侵犯原告合法权益而须承担行政赔偿责任的，应当写明赔偿的数额和交付时间等)。”

第四，判决行政机关在一定期限内履行法定职责的，写：

“责成被告×××(写明被告应当履行的法定职责内容和期限)。”

第五，判决变更行政处罚的，写：

“变更×××(行政机关名称)××××年××月××日〔××××〕×字第××号处罚决定(或复议决定)，改为(写明变更后的处罚内容)。”

第六，单独判决行政赔偿的，写：

“被告×××赔偿原告×××(写明赔偿的金额、交付时间，或者返还原物、恢复原状等)。”

(写明诉讼费用的负担)。

如不服本判决，可在判决书送达之日起15日内，向本院递交上诉状，并

按对方当事人的人数提出副本，上诉于×××人民法院。

审判长×××

审判员×××

审判员×××

××××年××月××日

(院印)

本件与原本核对无异

书记员×××

(三) 注意事项

1. 首部当事人情况的写作同民事、刑事一审判决书中相关部分写作相同。

2. 在概述诉讼各方当事人的意见时，原告方的意见以“原告诉称”为导语，被告方的意见以“被告辩称”为导语；第三人的意见以“第三人述称”为导语。

3. 根据《行政诉讼法》和最高人民法院司法解释的相关规定，人民法院审理行政案件应以法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例为依据，同时参照国务院各部、委以及省、自治区、直辖市人民政府和较大的市人民政府制定、发布的行政规章。因此，行政判决书需要参照有关的规章时，应当写明：“根据我国《行政诉讼法》第53条，参照×××规章（条、款、项）的规定”。

4. 应当重点区分被诉行政主体作出具体行政行为认定的事实与法院认定的事实。这两者之间有可能一致，也有可能不一致。与行政主体认定的事实相比，法院在判决书中认定的事实，范围更为广泛，它不仅要针对行政主体作出具体行政行为认定的事实是否清楚、主要证据是否充分进行审查、认定，还要对被诉行政主体的法定职权、执法程序、适用法律、行政处罚是否显失公正等方面的事实进行审查和认定。此外，在两者的关系上，要特别注意叙述的方法，既要避免简单重复，又要防止叙述上的片面性。

5. 写作行政判决书，应当以“合法性审查”原则为核心，对于事实的叙述、举证、质证、认证、说理及判决结果等内容，都要围绕具体行政行为是否合法展开。

(四) 示例

海州市龙岗区人民法院 行政判决书

(2011)海行初字第22号

原告 吴老二，男，1971年4月1日生，汉族，农民，身份证号

420111197104014068，住海州市龙岗区西坡镇西山村河东组。

委托代理人王佳琪，海龙律师事务所律师。

被告海州市公安局龙岗分局，住所地：海州市龙岗区西北街21号，法定代表人：殷奥运，职务：局长。

委托代理人吴梦颖，海州市恒梦律师事务所律师。

原告吴老二诉海州市公安局龙岗分局行政处罚一案，本院于2011年8月13日依法受理。本院受理后，于2011年8月15日依法组成合议庭，同年9月6日公开审理了本案。原告吴老二及委托代理人王佳琪，被告海州市龙岗区公安局及委托代理人吴梦颖到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

被告海州市公安局龙岗分局于2011年5月27日对原告作出治安管理处罚决定，认为：2011年5月26日吴老二在龙岗区西坡镇西山村洋古墩一民房内聚赌时，海州市公安局龙岗分局根据群众举报来到现场，当场将吴老二等人抓获，并收缴吴老二现金2720元并从赌场附近吴老二的小汽车上查扣现金31000元，存折一本。基于此，被告对原告吴老二作出了龙公（治）决字第0009368号治安管理处罚决定，没收原告吴老二赌博非法所得31000元，赌资22500元。

对此处罚决定，原告诉称：原告放置于小汽车内的31000元现金是他人归还的，属于原告的合法所得，并不是赌博所得，被告作出的治安处罚决定将原告存放于小汽车内的31000元现金认定为非法所得明显错误；原告存放在小汽车中的存折是其合法经营所得并不是赌资，被告的治安处罚决定将原告存折上的存款认定为赌资证据不足。原告认为被告作出行政处罚时事实认定明显错误，证据严重不足，程序违法。

原告吴老二为支持自己的诉讼主张，向法庭提交了如下证据：

1. 2011年5月26日、27日吴老二的讯问笔录，拟证明吴老二的证言前后出现明显矛盾。

2. 海州市公安局龙岗分局扣押物品清单，拟证明被告海州市公安局龙岗分局确实扣押了原告的现金和存折。

3. 吴老二邮政储蓄存折交易凭证，拟证明被告没收了原告存折上的22500元。

4. 龙公（治）决字第0009368号治安管理处罚决定书，拟证明被告对原告作出了没收违法所得31000元和赌资22500元的处罚决定。

5. 海公复字〔2011〕第20号，拟证明海州市公安局维持了被告作出的龙公（治）决字第0009368号治安管理处罚决定书。

被告海州市公安局龙岗分局辩称，被告作出的龙公（治）决字第

0009368号治安管理处罚决定书,认定事实清楚,证据确凿,程序合法,适用法律准确,请求予以维持。为此,被告海州市公安局龙岗区分局向法庭提交了如下证据:

1. 海州市公安局龙岗区分局扣押物品清单,以此证明扣押程序合法。
2. 海州市公安局龙岗区分局制作的吴老二讯问笔录,以此证明吴老二对赌博的事实供认不讳,以及处罚程序正当。
3. 海州市公安局龙岗区分局对证人游钦钟、证人吴成发的询问笔录以及对吴老二的讯问笔录,以此证明吴老二赌博所用赌资及非法所得情况。
4. 龙公(治)决字第0009368号治安管理处罚决定书。

在庭审质证过程中,被告海州市龙岗区公安局对原告吴老二所提交的证据、原告吴老二对被告海州市公安局龙岗分局提交的证据之真实性、合法性本身不持异议,本院酌情予以采纳。

经审理查明,2011年5月20日以来原告吴老二伙同他人进行赌博,5月26日吴老二聚赌时,海州市公安局龙岗分局根据群众举报来到现场,当场将吴老二等人抓获,收缴吴老二现金2720元并从赌场附近吴老二的小汽车上查扣现金31000元和存折一本,随后于5月27日作出了没收赌资22500元和非法所得31000元的治安管理处罚决定。原告不服此决定,于2011年6月27日向海州市公安局提出了行政复议申请,海州市公安局认为申请人对自己的坐庄赌博行为供认不讳,并有证人证言印证,被申请人认定赌资和非法所得证据充分,在决定作出之前告知了当事人依法享有的权利,制作了告知笔录,程序合法,处罚适当,适用法律正确,因此维持龙岗分局作出的治安管理处罚决定书。

上述事实,为原告和被告提交的证据证明,也为原、被告在法庭上所认可。

本院认为,赌博中的非法所得是指通过赌博赢取的款物,赌博非法所得应当依法予以没收。原告在讯问中承认31000元系赌博的违法所得,虽然多次的供述并不一致,但在无法证明公安机关存在刑讯逼供的情况下,应认为原告作出的违法所得的供述可以作为定案依据。而且,根据证人游钦钟证言“吴老二赌博水平很高,十次有九次赢,且吴老二曾亲口说最近赢了好几万元”,可以作为间接证据证明在汽车中发现的现金系赌博违法所得。而且原告辩称31000元系他人归还的合法收入,但是在进行违法活动时将31000元现金随意放在汽车上确实有违常理,故不采纳原告的辩解。被告龙岗分局根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第11条规定决定没收吴老二非法所得31000元的决定适用法律正确、处罚适当。

赌博活动中用作赌注的款物、换取筹码的款物和通过赌博赢取的款物属于赌资。原告并没有承认存折上的资金为赌资，而被告仅依据证人吴成发“猜原告汽车上存折的钱是用来赌博的”这一赌友的主观臆测就认定存折为赌资，证明力明显不足。并且根据现有证据“邮政储蓄交易凭单”可知，赌博期间，原告从来没有一次从存折中取钱用于赌博，所以并不能证明存折和赌博有联系。本院认为，在行政诉讼中，应该由被告证明自己所作出的具体行政行为合法，本案中针对存折为赌资这一事实被告并没有完成举证责任，故应当承当举证责任不能完成的后果。据此，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项之规定，判决如下：

一、维持海州市公安局龙岗区分局 2011 年 5 月 27 日作出的龙公（治）决字第 0009368 号治安管理处罚决定书中没收非法所得 31 000 元的决定。

二、撤销龙公（治）决字第 0009368 号治安管理处罚决定书中没收赌资 22 500 元的决定。

三、诉讼费用由被告承担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于海州市中级人民法院。

审判长 房 超
审判员 陆婧浏
审判员 刘汉青
二〇一一年九月八日
书记员 程婧琦

第三节 实验操作步骤及注意事项

行政诉讼一审程序是人民法院对行政案件初次审理的程序，包括起诉、受理、审理和裁判等环节。本模拟实验要求学生根据本章第五节提供的案件材料，以我国行政诉讼法的相关规定为依据，完整地模拟行政诉讼一审程序。具体操作步骤如下：

一、确定参与实验的人员及角色

参与本实验的人数取决于所选案例，其角色可以通过抽签或者自愿报名等方式确定。在选课人数较多的情况下，可以分成多组同时进行本实验。

根据本章第五节提供的案例材料，本实验需要的参与人数如表 3：

表 3

(单位:人)

	案例 1	案例 2	案例 3	案例 4
法官	3	3	3	3
书记员	2	2	2	2
法警	1	1	1	1
原告	1	1	1	1
原告代理人	1 ~ 2	1 ~ 2	1 ~ 2	1 ~ 2
被告	1	1	1	1
被告代理人	1 ~ 2	1 ~ 2	1 ~ 2	1 ~ 2
第三人	0	1	1	1
第三人代理人	0	1 ~ 2	1 ~ 2	1 ~ 2
证人	2	0	0	4
总计	12 ~ 14	12 ~ 15	12 ~ 15	16 ~ 19

二、分析、讨论案情

1. 所有参与本实验的同学通读本实验相关案例全部材料。

2. 所有参与实验的同学熟悉与本实验案例相关的法律、法规。

3. 法官组(法官和书记员)、原告组(原告及代理人)、被告组(被告及代理人)以及第三人组(第三人及代理人)分组讨论案情,并重点就该案例中的一些重点、疑难问题进行讨论,以决定诉讼对策。

注意事项:

1. 本阶段参与实验的同学,经过对案情的分析和讨论后,要把握以下几个关键点:被告的相关行政行为是否具有可诉性;该行政行为的事实根据和法律依据是否充分;被告作出的行政行为是否符合法律规定的程序。

2. 根据我国三大诉讼法的规定,证人只能就自己知道的案件事实作证,无权了解案卷材料。法警等人也不需熟悉案卷材料。但是,在模拟法庭实验中,我们提倡并鼓励所有的学生都积极熟悉案情、主动思考,因此,建议“证人”、“法警”等也加入到法官组或其他组的讨论中。

三、原告组向法官组提起行政诉讼

本阶段由原告及原告的代理人共同完成,具体操作步骤为:

1. 研究案情。在研究案情的时候,关键是要分析本案是否符合起诉条件。我国《行政诉讼法》第41条规定,提起行政诉讼应当符合以下条件:(1)原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织。(2)有明确的被告,即被原告起诉的一方要清楚、明确,原告在起诉书中应明确表明起诉谁,写明被告的名称、法定代表人的具体情况等。(3)有具体的诉讼请求和事实根据。(4)属于人民法院的受案范围和受诉人民法院管辖。

2. 制作行政起诉状。参见本章第二节关于行政起诉状的制作部分。

3. 向法官组递交行政起诉状。原告方应当向法官组递交书面的行政起诉状,并按照被告人数提交相应的起诉状副本。

注意事项:

1. 根据我国《行政诉讼法》和相关单行法律规定,在具体的行政行为侵犯行政相对人合法权益时,能否直接提起行政诉讼,视行政行为种类的不同主要有三种不同的情形:(1)一般关系,即既可以先复议,也可以直接起诉;对复议不服的,还可以向人民法院提起诉讼。(2)行政复议前置关系,即是指当事人要想起诉,必须先经过行政复议,行政复议的存在是起诉的必要条件之一。(3)选择关系,即当事人只能在行政复议与行政诉讼之间选择一种救济途径,如果选择了行政复议,则丧失了行政诉讼的权利。因此,原告组在起诉前需考虑该行政行为是否具有可诉性。

2. 递交起诉状必须在法定的期限内进行。根据《行政诉讼法》第38、39条的规定,对于经过行政复议仍然不服的,其起诉期限是从收到行政复议决定之日起15日内;复议机关逾期不作决定的,从复议期满之日起15日;公民、法人或者其他组织直接向法院提起诉讼的,其起诉期限是在知道作出具体行政行为之日起3个月,法律另有规定的除外。

3. 鉴于教学周期等原因,模拟实验的审判期限不可能按照实际中的诉讼期限进行;但为了培养学生们的诉讼期间观念,本实验要求诉讼文书上记载的时间尽可能考虑到法律对诉讼期间的规定。

4. 如果起诉是由诉讼代理人代为进行的,还必须一并向法院递交委托代理手续(授权委托书及律师事务所公函)等材料。

四、法官组对起诉进行审查和处理

1. 法官组在收到原告方的起诉材料后,应当进行审查,审查的内容包括:(1)原告的起诉是否符合法定的起诉条件;(2)复议前置程序是否完结;(3)是否超过法定期限;(4)是否重复诉讼;(5)起诉状的内容是否明确、

完整,是否符合法律的要求。

2. 法官组作出处理。法官组应当在7日内进行审查,并作出如下处理:(1)对符合起诉条件的,决定受理,并及时通知诉讼双方当事人。(2)对起诉条件有欠缺的,应要求起诉方限期补正。起诉方按期补正后,经审查,符合受理条件,从收到补正材料之日起7日内立案受理。(3)对不符合起诉条件的,决定不予受理,并作出不予受理的裁定。(4)对在7日内不能决定是否受理的,应当先予以受理。受理后经审查不符合起诉条件的,裁定驳回起诉。

注意事项:

1. 实践中有的地方法院实行立审分离,即立案法官与审判法官分离,在此情况下,对起诉的审查由立案庭负责,审判则由行政审判庭负责。有的法院则实行立审合一,即对行政起诉的审查,一律由行政审判庭负责。本模拟实验采取立审合一的做法。

2. 根据最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第44条的规定,有下列情形之一的,应当裁定不予受理:(1)请求事项不属于行政诉讼权限范围的;(2)起诉人无原告诉讼主体资格的;(3)起诉人错列被告且拒绝变更的;(4)法律规定必须由法定或指定代理人、代表人代为诉讼行为,未由法定或者指定代理人、代表人为诉讼行为的;(5)由诉讼代理人代为起诉,其代理不符合法定要求的;(6)起诉超过法定期限且无正当理由的;(7)法律、法规规定行政复议为提起诉讼必经程序而未申请复议的;(8)起诉人重复起诉的;(9)已经撤回起诉,无正当理由再行起诉的;(10)诉讼标的为生效判决的效力所羁束的;(11)起诉不具备其他法定要件的。

五、法官组审前准备和被告组答辩

一旦决定受理起诉后,案件就进入审理前准备阶段。审理前准备阶段,是指法院立案受理后至开庭审理前,为保证审理工作顺利进行所展开的准备工作。这一阶段的准备工作步骤如下:

1. 行政审判合议庭送达诉讼文书。
2. 行政审判合议庭成员审阅诉讼材料和调查收集证据。
3. 行政审判合议庭决定更换和追加诉讼当事人。
4. 其他准备工作。如决定本案是否应当公开审理、正式开庭审理时间及地点。还应当根据诉讼当事人的申请,裁定是否停止具体行政行为的执行、是否财产保全和先予执行等。

被告组在接到法官组送达的行政起诉状后,应当:

1. 制作答辩状。答辩状的制作参见本章第二节。
2. 向法官组递交答辩状和证据材料。

注意事项:

1. 我国《行政诉讼法》第46条规定,人民法院审理行政案件,由审判员组成合议庭,或者由审判员、陪审员组成合议庭。合议庭的成员,应当是3人以上的单数。

2. 我国《行政诉讼法》第43条规定,人民法院应当在立案之日起5日内,将起诉状副本发送被告。被告应当在收到起诉状副本之日起10日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料,并提出答辩状,人民法院应当在收到答辩状之日起5日内,将答辩状副本发送原告。被告不答辩的,不影响法院审理。此外,如果案件中有第三人的存在,要通知第三人参加诉讼,或根据第三人的申请,准许其参加诉讼。合议庭在送达诉讼文书的同时,应当告知当事人诉讼权利和诉讼义务。

3. 合议庭审前查阅诉讼材料,其目的是了解案情,摸清争执点。如果双方当事人提供的证据相互冲突,真假难辨;或者原告及诉讼代理人提供了证据线索,但无法收集而申请人民法院调取的,人民法院有权调取证据,也可根据具体情况要求诉讼当事人进一步提供和补充证据。

4. 最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第23条规定,原告所起诉的被告不适格,人民法院应当告知原告变更被告;原告不同意变更的,裁定驳回起诉。应当追加被告而原告不同意追加的,人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。

5. 根据我国《行政诉讼法》的规定,第三人参与行政诉讼的方式有两种:一是第三人自己申请参加,二是法院依职权通知参加。在模拟实验中,我们原则上要求第三人积极申请参加诉讼。

六、开庭审理

开庭审理是模拟法庭审判实验的中心环节。在审理前准备工作完毕后,法官组将进入对案件的开庭审理。开庭审理的操作步骤如下:

书记员依次完成以下工作:

1. 在本案开庭3日前通知当事人和其他诉讼参与人开庭时间和地点。
2. 书记员在开庭审理前3日发布开庭审理公告,公告当事人的姓名、案由和开庭的时间、地点。

3. 提前到场检查法庭照明、音箱、桌牌等法庭设施。
4. 请诉讼参加人进入法庭就座，并核对其身份。如确认有证人、鉴定人、勘验人、检查人、专家出庭的，还应在核对其身份后请其退席，等候传唤。
5. 公开开庭审判的，应当检查参加旁听的人员是否适合，是否有现场采访的记者。
6. 书记员宣布法庭规则和法律纪律。

注意事项：

1. 在核对诉讼参加人的身份时，若是律师，应检查其律师执照；若不是律师，应检查其身份证。
2. 实践中公民若想旁听庭审，一般是在开庭审判前到法院值班室凭身份证领取旁听证，然后凭旁听证进入审判法庭。若记者想采访，则应提前到法院院办等部门办理采访审批手续；否则不得进入法庭录音、录像或者摄影。

（一）宣布开庭

1. 书记员宣布：全体起立！请审判长、审判员入庭。
2. 待审判长、审判员坐定后，书记员宣布：请坐下。
3. 书记员转身向审判长报告：“庭前准备工作就绪，请审判长主持开庭。”
4. 审判长先敲击法槌，然后庄严宣布：×××法院现在开庭。
5. 审判长宣布案名、案件由来、审理程序等。如：“原告×××因不服被告……（时间和被诉具体行政行为），于××××年××月××日向本院提起诉讼，本院于××××年××月××日决定受理本案。现根据《中华人民共和国行政诉讼法》第四十五条之规定，进行公开（或不公开）审理。”（如不公开审理的，应当说明理由）
6. 审判长按照原告、被告、第三人的顺序核对基本情况，被告法定代表人或者原告、第三人为法人时其法定代表人不能到庭的应询问其原因。
7. 审判长按照原告、被告、第三人的顺序核对诉讼代理人的基本情况及其代理权限，当事人特别授权的应当说明特别授权的具体事项，并核对与委托书是否一致。
8. 审判长宣布合议庭组成人员、书记员名单，鉴定人、勘验人、翻译人员出庭参与诉讼活动时应宣布他们的姓名、称谓和职务。
9. 审判长告知当事人和其他诉讼参加人享有下列诉讼权利：（1）使用本民族语言、文字的权利；（2）申请回避的权利；（3）进行辩论和最后发表综合意见的权利；（4）委托律师或他人代为诉讼的权利；（5）经审判长许可，

有向证人、鉴定人、勘验人发问的权利；（6）判决宣告前，原告有变更诉讼请求和申请撤诉的权利；（7）行政侵权赔偿诉讼，当事人有请求调解的权利；（8）当事人有申请补正庭审记录的权利。

审判长告知当事人和其他诉讼参加人应当履行下列义务：（1）依法行使诉讼权利，不得滥用诉讼权利和实施妨害诉讼活动的行为；（2）遵守法庭纪律、服从法庭指挥，尊重对方当事人和其他诉讼参加人的诉讼权利；（3）被告对被诉具体行政行为负举证责任，应当提供作出具体行政行为的事实证据和依据的规范性文件。在诉讼过程中不得自行向原告和证人收集证据；（4）当事人应当按照人民法院的要求提供和补充证据；（5）当事人必须如实陈述案件事实。

10. 审判长当庭征询当事人及其代理人是否提出回避申请。

注意事项：

1. 审判长在告知当事人权利和义务后，当事人可以要求法庭对诉讼权利义务、诉讼风险和举证责任的具体内容予以释明；合议庭也可以对诉讼能力比较低的当事人给予适当的诉讼指导，以确保审判的公平进行。

2. 当事人提出申请回避，理由不能成立，审判长有权当庭答复的，当庭答复后，继续开庭；不能当庭答复的，审判长应宣布休庭。回避理由成立，能及时更换被申请回避人员的，更换后继续开庭；不能及时更换的，审判长应宣布休庭。院长担任审判长的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；书记员、鉴定人、翻译人等其他人员的回避，由审判长决定。当事人对是否回避决定不服的，可以申请复议，复议期间不停止案件的审理。

（二）法庭调查

1. 审判长宣布：现在进行法庭调查。

2. 在审判长的主持下，原告或代理人宣读起诉状，提出诉讼请求及事实根据。

3. 被告或代理人宣读答辩状，说明作出具体行政行为的事实根据和依据的规范性文件。

4. 第三人或代理人宣读答辩状或者简要陈述其诉讼主张及所依据的事实和理由。

5. 视案件具体情况，审判长还可以组织当事人作补充陈述。

6. 视案件具体情况，合议庭成员可以询问当事人。

7. 视案件具体情况，经审判长许可，当事人及诉讼代理人可以向对方当

事人发问。

8. 审判长从以下几个方面对案件进行归纳总结：（1）本案的诉讼请求是……（2）当事人没有争议的事实是……（3）本案诉讼争议的焦点有……（4）下一阶段法庭调查的重点是……随后，审判长还应就上述总结征求当事人的意见。然后，审判长宣布：请当事人围绕上述争议焦点向法庭举证。

9. 原告方向法庭提供证据，被告方及第三方发表质证意见。

10. 被告方向法庭提供证据，原告方及第三方发表质证意见。

11. 第三方向法庭提供证据，原告及被告方发表质证意见。

12. 审判长征求各方意见，是否还有新的证据需要向法庭提供。

13. 经确认各方当事人没有新的证据提供后，审判长宣布：法庭调查结束，下面进行法庭辩论。

注意事项：

1. 行政诉讼中被告承担的证明责任。我国《行政诉讼法》第32条规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”据此，行政诉讼中原则上由被告承担证明责任。

2. 行政诉讼中原告承担的证明责任。根据最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第27条规定：“原告对下列事项承担证明责任：（一）证明起诉符合法定条件，但被告认为原告起诉超过起诉期限的除外；（二）在起诉被告不作为的案件中，证明其提出申请的事实；（三）在一并提起的行政赔偿诉讼中，证明因受被诉行为侵害而造成损失的事实。”据此，行政诉讼中的原告也承担一定的证明责任。

3. 当事人举证，若是申请证人出庭作证的，其操作步骤是：

（1）申请和传唤。当事人申请传唤证人出庭作证的，应当在举证期限届满前向法庭提出，经合议庭同意后，由人民法院在开庭3日前向证人送达传票。开庭时需要证人出庭时，审判长宣布：传证人×××到庭。

（2）保证。证人出庭就座后，审判长宣布：请证人报告本人的基本情况，并说明与本案当事人的关系。并告知其相关权利和义务，尤其是告知如实作证义务，否则将承担伪证的法律后果。然后请证人当庭保证或在保证书上签名。

（3）作证。证人在法庭上作证的一般顺序是：①证人就其所知道的案件事实向法庭陈述。②申请传唤的一方当事人及代理人向证人发问。③对方当事人及代理人向证人发问。④合议庭成员根据需要，也可以向证人发问。在此过程中，当事人或者证人对发问有异议的，可以向法庭举手示意。异议是否成立，由合议庭当庭决定。

(4) 退庭。证人作证完毕后，审判长宣布：请证人退庭。

鉴定人、勘验检查人、专家辅助人出庭作证的具体程序，除不必向法庭作保证以外，其余环节参照证人出庭作证程序。

4. 证人出庭作证只能陈述其亲历的具体事实。证人根据其经历所作的判断、推测或者评论，不能作为定案的依据。据此，若证人在法庭上作证时违反此规定，相关当事人应当立即向法庭提出异议。

5. 有下列情形之一的，原告或者第三人可以要求相关行政执法人员作为证人出庭作证：(1) 对现场笔录的合法性或者真实性有异议的；(2) 对扣押财产的品种或者数量有异议的；(3) 对检验的物品取样或者保管有异议的；(4) 对行政执法人员身份的合法性有异议的；(5) 需要出庭作证的其他情形。

6. 对物证、书证和视听资料进行质证时，当事人应当出示证据的原件或者原物。但有下列情况之一的除外：(1) 出示原件或者原物确有困难并经法庭准许可以出示复制件或者复制品；(2) 原件或者原物已不存在，可以出示证明复制件、复制品与原件、原物一致的其他证据。视听资料应当庭播放或者显示，并由当事人进行质证。

(三) 法庭辩论

1. 审判长宣布：现在进行法庭辩论。并简要说明法庭辩论的范围、规则、次序等。

2. 原告及诉讼代理人发言。

3. 被告及诉讼代理人发言。

4. 第三人及诉讼代理人发言。

5. 互相辩论。

6. 审判长宣布法庭辩论结束。

注意事项：

1. 在开始辩论前，审判长应根据案件和法庭调查情况，确定辩论的范围，即提示诉讼双方围绕案件的基本事实、证据、法律适用等方面的分歧展开。

2. 在开始辩论前，特别是在诉讼当事人没有委托律师的情况下，审判长可以强调法庭辩论规则，如：在法庭辩论中，辩论发言应当经法庭许可；注意用语文明，不得使用嘲讽、侮辱的语言；发言的内容应当避免重复等。

3. 在第一轮辩论完毕后，审判长根据情况还可以进一步总结双方在辩论过程中存在的分歧，建议双方围绕该分歧进一步发表意见。

4. 在法庭辩论中如果发现有关案件事实需要进行调查，或者需要对有关

证据进行审查的，应当宣布：中止法庭辩论，恢复法庭调查。

（四）当事人最后陈述

1. 审判长宣布：下面由当事人作最后陈述。随即按照原告、被告、第三人的次序指示当事人作最后陈述。

2. 原告作最后陈述。
3. 被告作最后陈述。
4. 第三人作最后陈述。

注意事项：

1. 当事人的最后陈述，应当以言简意赅的方式归纳本方诉讼意见，并向法庭提出最后的请求。
2. 在当事人作最后陈述时，如当事人发言重复或与案件无关，审判长应当及时制止。

（五）合议庭退庭评议

1. 审判长宣布：现在休庭。（同时敲击法槌）
2. 合议庭退庭评议。

注意事项：

1. 审判长在宣布休庭后应告知当事人复庭的时间。如果决定不当庭宣判的，应当告知宣判的时间或者交代：宣判时间另行通知。
2. 决定当庭宣判的，应当于休庭后立即进行评议；择期宣判的，应当在庭审结束后5个工作日内进行评议。
3. 合议庭评议案件时，先由承办法官对案件事实认定、证据采纳情况以及法律适用等发表意见。审判长作为承办法官的，由审判长最后发表意见。对案件的裁判结果进行评议时，由审判长最后发表意见。评议后，合议庭应当依照规定的权限，及时对已经评议形成一致或者多数意见的案件直接作出判决或者裁定。

4. 合议庭评议时，按照以下规则审核认定证据：

（1）下列证据材料不能作为定案依据：违反法定程序收集的证据材料；以偷拍、偷录、窃听等侵害他人合法权益的手段获取的证据材料；以利诱、欺诈、胁迫、暴力等不正当手段获取的证据材料；当事人无正当理由超出举证期限提供的证据材料；当事人无正当理由拒不提供原件、原物，又无其他证据印

证，且对方当事人不予认可的证据的复制件或者复制品；被当事人或者他人进行技术处理而无法查明真伪的证据材料；不能正确表达意志的证人提供的证言；不具备合法性和真实性的其他证据材料；以违反法律禁止性规定或者侵犯他人合法权益的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

(2) 下列证据不能作为认定被诉具体行政行为为合法的依据：被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后或者在诉讼程序中自行收集的证据；被告在行政程序中非法剥夺公民、法人或者其他组织依法享有的陈述、申辩或者听证权利所采用的证据；原告或者第三人在诉讼程序中提供的、被告在行政程序中未作为具体行政行为依据的证据；复议机关在复议程序中收集和补充的证据，或者作出原具体行政行为的行政机关在复议程序中未向复议机关提交的证据。

(3) 对被告在行政程序中采纳的鉴定结论，原告或者第三人提出证据证明有下列情形之一的，人民法院不予采纳：鉴定人不具备鉴定资格；鉴定程序严重违法；鉴定结论错误、不明确或者内容不完整。

(4) 证明同一事实的数个证据，其证明效力一般按照下列情形认定：国家机关以及其他职能部门依职权制作的公文文书优于其他书证；鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料以及经过公证或者登记的书证优于其他书证、视听资料和证人证言；原件、原物优于复制件、复制品；法定鉴定部门的鉴定结论优于其他鉴定部门的鉴定结论；法庭主持勘验所制作的勘验笔录优于其他部门主持勘验所制作的勘验笔录；原始证据优于传来证据；其他证人证言优于与当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人提供的对该当事人有利的证言；出庭作证的证人证言优于未出庭作证的证人证言；数个种类不同、内容一致的证据优于一个孤立的证据。

(5) 在庭审中一方当事人或者其代理人在代理权限范围内对另一方当事人陈述的案件事实明确表示认可的，人民法院可以对该事实予以认定。但有相反证据足以推翻的除外。

(6) 在行政赔偿诉讼中，人民法院主持调解时当事人为达成调解协议而对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。

(7) 在不受外力影响的情况下，一方当事人提供的证据，对方当事人明确表示认可的，可以认定该证据的证明效力；对方当事人否认，但不能提供充分的证据进行反驳的，可以综合全案情况审查认定该证据的证明效力。

(8) 原告确有证据证明被告持有的证据对原告有利，被告无正当理由拒不提供的，可以推定原告的主张成立。

(9) 下列证据不能单独作为定案的依据：未成年人所作的与其年龄和智力状况不相适应的证言；与一方当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人所

作的对该当事人有利的证言，或者与一方当事人有利害关系的证人所作的对该当事人不利的证言；应当出庭作证而无正当理由不出庭作证的证人证言；难以识别是否经过修改的视听资料；无法与原件、原物核对的复制件或者复制品；经一方当事人或者他人改动，对方当事人不予认可的证据材料；其他不能单独作为定案依据的证据材料。

（六）宣判

1. 书记员宣布：全体起立，请审判长、审判员入庭。
2. 待合议庭成员坐定后，书记员宣布：请坐下。
3. 审判长宣布：现在继续开庭。
4. 审判长宣布判决内容，包括认证结论、裁判理由、裁判结果及诉讼费用的负担。
5. 在审判长宣告最终的裁判结果前，由书记员宣布：全体起立。
6. 然后审判长宣布最终的判决结果。判决结果宣判完毕，审判长敲击法槌。
7. 书记员宣布：请坐下。（全体坐下）
8. 审判长接着告知当事人上诉权并征询当事人意见，即：如不服本案判决，可在判决书送达之日起15日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人人数提出副本，上诉至×××法院。上述判决，你们双方当事人及代理人是否听清楚了。
9. 当事人及代理人一一表态。
10. 审判长宣布：现在闭庭！（敲击法槌）

注意事项：

1. 在宣判进行中起立的时间点是审判长宣告判决结果前，这一时间点书记员要把握好。而且，此时包括合议庭在内的所有法庭内人员都必须起立。
2. 审判长在征询当事人对判决结果的意见时，无论当事人对判决结果有何意见，审判长不必与当事人纠缠，只需指示书记员：请将当事人是否上诉的意见记录在案。
3. 根据我国《行政诉讼法》的规定，宣告判决的方式有两种：一种是当庭宣判，即在合议庭评议结束后立即宣告判决。当庭宣判的，应当在10日内发送判决书。另一种是定期宣判，即在开庭审理日之后的某个日期公开宣告判决，定期宣判的，宣判后立即发给判决书。

（七）宣布闭庭

1. 审判长宣布：庭审结束。现在宣布闭庭！（然后敲击法槌）
2. 书记员宣布：全体起立。（目送合议庭成员退庭）
3. 待合议庭成员退庭后，书记员宣布：现在散庭，诉讼参加人和旁听人员退庭。

（八）当事人审阅笔录并签名

1. 散庭后，书记员向诉讼参加人交代阅读笔录的时间和地点。能够当庭阅读庭审笔录的，请诉讼参加人阅读并签名。
2. 诉讼参加人阅读笔录并签名。

注意事项：

当事人和其他诉讼参与人认为笔录中记载本人或他人的陈述有遗漏或差错时，有权申请书记员补充或者更正。书记员不同意更改的，诉讼参与人可以在签名时予以注明或者提交书面说明附卷。

七、庭后诉讼文书的整理及归档

开庭审理完毕之后，参与实验的诉讼各方应完成相关诉讼文书的写作和归档，具体内容如下：

1. 扮演代理人的学生将修改后的代理词提交给法官组。代理词的制作方法参见本章第二节。
2. 法官组的学生制作一审判决书。判决书的制作方法参见本章第二节。
3. 扮演书记员的学生，按照以下次序将本案的主要材料装订成册，归档备查：（1）卷宗封面；（2）卷内目录；（3）起诉状；（4）被告方答辩状；（5）第三人答辩状；（6）审判笔录；（7）原告方代理词；（8）被告方代理词；（9）第三人方代理词；（10）判决书、裁定书；（11）卷底。
4. 经审判长签字确认后，书记员将整理好的卷宗提交指导教师存档。

八、实验总结与评价

1. 自评。参与实验的学生对自己在实验中的表现、优点及不足进行总结。
2. 互评。其他学生对该实验及实验人员的表现作出评价。
3. 点评。指导教师对本次实验作总结性点评。

第四节 行政诉讼一审普通程序庭审操作示例

海州市龙岗区人民法院

行政审判笔录

案 由：吴老二不服龙岗区公安局治安管理处罚案

开庭时间：2011年9月6日08时40分至11时55分

开庭地点：本院行政诉讼庭，第一次开庭

合议庭人员：审判长：房超；审判员：陆婧渊，刘汉青

书记员：程婧琦

开庭前准备阶段

（书记员就位，检查、核对当事人身份证、律师执照以及授权委托书、出庭函等）

书记员程婧琦：请肃静。下面宣读法庭规则：1. 诉讼参与人应当遵守法庭规则，维护法庭秩序，不得喧哗、吵闹。2. 诉讼参与人在开庭审判期间的发言、陈述和辩论，需经审判长许可。3. 未经许可，不得录音、摄像和摄影。4. 法庭内不得吸烟，不得随意走动和进入审判区。5. 法庭内禁止使用移动电话、传呼机。6. 法庭审理过程中，旁听群众不得发言、提问，不得鼓掌、喧哗、吵闹和进行其他妨碍审判活动的行为。7. 未经许可，未成年人不得进入法庭。

对于违反法庭纪律的旁听人员，审判长可以口头警告、训诫、责令退出法庭或者经院长批准予以罚款、拘留，对严重扰乱法庭秩序的人，依法追究刑事责任。

书记员：请全体起立（全场起立完毕）。请审判长、审判员入庭。（审判长、审判员入庭坐定）请坐下。

书记员：（转身面向审判长房超）报告审判长，本案的当事人及代理人已到庭，开庭工作已经准备就绪，可以开庭。

宣布开庭阶段

审判长房超：现在，本院依照《中华人民共和国行政诉讼法》相关规定，首先核对当事人及诉讼代理人基本情况。首先请原告说明你的姓名、性别、出生年月日、职业和住址。

原告吴老二：我叫吴老二，男，1971年4月1日生，职业是农民，住海洲市龙岗区西坡镇西山村河东组。

审判长房超：原告代理人请说明基本情况和代理权限。

原告代理人：海龙律师事务所律师王佳琪，代理权限是一般代理。

审判长房超：被告请说明法人名称和所在地址、法定代表人姓名和职务。

被告龙岗分局：海洲市公安局龙岗分局，法定代表人殷奥运，职务局长。

审判长房超：被告代理人请说明基本情况和代理权限。

被告龙岗分局代理人吴梦颖：恒梦律师事务所律师吴梦颖，代理权限为一般代理。

审判长房超：原告对被告方出庭人员有无异议？

原告及其代理人：没有异议。

审判长房超：被告对原告方出庭人员有无异议？

被告及其代理人：没有异议。

审判长房超：经核对上述代理人的身份与代理权限均与庭前在本院办理的手续一致，双方当事人及代理人对对方代理人的身份及代理权限均无异议，上述诉讼代理人的出庭资格有效，可以参加本案诉讼。

审判长房超：海洲市龙岗区人民法院受理的原告吴老二因不服被告海洲市公安局龙岗分局治安管理处罚一案，现在开庭（敲法槌）！

审判长房超：根据《中华人民共和国行政诉讼法》第6条、第45条、第46条之规定，本案由审判长房超、审判员陆婧渊和刘汉青组成合议庭，由程婧琦担任法庭记录，今天在行政诉讼庭公开审理。

审判长房超：根据《中华人民共和国行政诉讼法》第29条、第30条、第32条、第47条、第58条规定，当事人在诉讼中享有以下诉讼权利：使用本民族语言文字的权利；申请回避的权利；进行辩论和最后发表综合意见的权利；委托律师或他人代为诉讼的权利；经审判长许可，向证人和鉴定人发问的权利；判决宣告前原告有变更诉讼请求和申请撤诉的权利；当事人有申请补正庭审记录的权利等。

当事人在享有诉讼权利的同时，还应承担如下诉讼义务：依法行使诉讼权利；遵守法庭纪律、服从法庭指挥，尊重对方当事人和其他诉讼参加人的诉讼权利；被告对被诉具体的行政行为有举证责任，应当提供作出具体行政行为的事实证据和依据的规范性法律文件，在诉讼过程中不得自行向原告和证人收集证据；当事人必须如实陈述案件事实。

审判长房超：上述诉讼权利和义务原告方是否听清楚了？

原告及其代理人：听清楚了。

审判长房超：上述诉讼权利和义务被告方是否听清楚了？

被告及其代理人：听清楚了。

审判长房超：根据《中华人民共和国行政诉讼法》第四十七条的规定，双方当事人可以申请承办本案的审判员、书记员、鉴定人员或其他人员回避。

原告，是否申请回避？

原告吴老二：不申请。

审判长房超：被告，是否申请回避？

被告龙岗分局：不申请回避。

法庭调查阶段

审判长房超：现在进行法庭调查。首先请原告陈述诉讼请求及所依据的事实与理由。

原告吴老二：（宣读起诉状）（详情参见起诉状）

审判长房超：原告代理人有无补充？

原告代理人王佳琪：没有。

审判长房超：现在由被告方答辩。

被告代理人吴梦颖：（宣读答辩状）（详情参见答辩状）

审判长房超：被告还有什么要补充的吗？

被告龙岗分局：没有。

审判长房超：现在对本案进行归纳总结。合议庭认为，本案的争议焦点包括：原告放置于车内的31 000元现金是否属于非法所得？原告存放在汽车中的存折上的现金是否属于赌资，数额是多少？被告对原告作出的治安管理处罚决定程序是否合法？

审判长房超：原告方是否同意本庭对争议焦点的总结？

原告及代理人王佳琪：同意。

审判长房超：被告方是否同意本庭对争议焦点的总结？

被告及代理人吴梦颖：同意。

审判长房超：下面进行举证、质证。行政诉讼原则上由被告举证。首先由被告就其对原告进行治安管理处罚行为的合法性围绕争议焦点向法庭举证。

被告代理人吴梦颖：我方拟向法庭提交的第一份证据是2011年5月26日15时40分至17时0分龙岗分局对吴老二的讯问笔录，我方请求当庭宣读这份笔录

审判长房超：可以宣读。

被告代理人吴梦颖：这份笔录上有如下内容：“问：你知道我们为什么找

你问话吗？答：因为我赌博的事情。问：我们刚才从你赌桌上收缴的2 720元现金是你的吗？答：是的。问：我们从你的小汽车上查扣的31 000元现金和存折、储蓄卡都是你的吗？答：是的。问：你从什么时候开始赌博的？答：这个月5月20日开始。问：你认识到自己违法了吗？答：知道。”上述内容证明吴老二对赌博行为供认不讳。

审判长房超：原告方对此份证据是否有异议？

原告方及其代理人王佳琪：有。证据调查应该围绕争议焦点，是否承认参与赌博不是本案争议焦点，也与诉讼请求无关。

审判长房超：请被告方继续举证。

被告代理人吴梦颖：我们向法庭提交的第二份证据是2011年5月27日8时20分至9时龙岗分局讯问吴老二的笔录，我方请求当庭宣读此份笔录。

审判长房超：可以宣读。

被告代理人吴梦颖：这份笔录有如下内容：“问：那31 000元是怎么来的？是你赌博赢的吧？答：（长时间沉默后）是的，可能是我赢的。问：是可能赢的还是一定赢的？答：你们说是赢的就是赢的。问：另，据我们调查，你存折上的钱也是用来赌博的，是吗？答：因为我昨天赌博还没输，所以根本没考虑会动用存折上的钱来赌博。问：那你要是输了呢？答：这个不知道，我也说不好，也许会吧。”此笔录表明吴老二自己承认31 000元是通过赌博获取的非法所得。

审判长房超：原告方对此证据有什么意见？

原告代理人王佳琪：有异议。这份证据证明力不足。吴老二在讯问过程中并没有明确回答是或不是，都采取了模糊回答，并且是在对方诱导性讯问下才回答31 000元是赌博赢的，因此该证据不能直接证明31 000元是赌资。

审判长房超：请被告方继续向法庭提交证据。

被告代理人吴梦颖：我们申请提交吴成发的讯问笔录，以进一步证明吴老二存折里的钱属于赌资。该笔录记载如下内容：“问：你知道吴老二今天带了多少钱来赌博吗？答：具体的我不知道。问：你觉得吴老二放在车上的钱是用来赌博的吗？答：我觉得有可能。问：你凭什么说有可能呢？答：因为我有回看见吴老二在赌桌上输光了，但他出去后不到一刻钟就又拿着一把钞票进来了。问：这是什么时候的事？答：大概几天前吧，具体哪一天我也记不清。”

审判长房超：原告方对此证据是否有异议？

原告代理人王佳琪：有异议。吴成发的证言说觉得吴老二可能会用车里的钱赌博，属于意见证据，是主观推断，缺乏事实根据，不能作为证据，恳请合议庭不予采纳。

审判长房超：请被告方继续举证。

被告代理人吴梦颖：我们提请证人游钦钟出庭作证。

审判长房超：传证人游钦钟到庭。（证人游钦钟在法警的带领下来到法庭坐下）证人请讲一下你的姓名、工作单位、住址等基本情况。

证人游钦钟：我叫游钦钟，农民，住海州市龙岗区西坡镇东山村陈家湾。

审判长房超：证人出庭作证应当实事求是，对所知事实如实陈述，如作伪证，要承担法律责任，你听清楚了吗？

证人游钦钟：听清楚了。

审判长房超：请证人在保证书上签字。（证人游钦钟在法警的示意下签字，并由法警交给书记员）现在由被告方对证人发问。

被告代理人吴梦颖：游钦钟，你好，现在问你几个问题，吴老二是什么时候开始赌博的？

证人游钦钟：从这个月20号开始吧。

被告代理人吴梦颖：他赌博技术怎样？

证人游钦钟：技术很高，十次有九次赢。

被告代理人吴梦颖：他一般是赢还是输？赢的次数多还是输的次数多？

证人游钦钟：他赢的次数很多。

被告代理人吴梦颖：你知道他赢了多少钱吗？

证人游钦钟：具体不清楚，好几万吧。

被告代理人吴梦颖：你是怎么知道的？

证人游钦钟：是在跟他喝酒的时候告诉我的。

被告代理人吴梦颖：当时他喝醉了吗？

证人游钦钟：没有。

被告代理人吴梦颖：你喝醉了吗？

证人游钦钟：没有。

被告代理人吴梦颖：报告审判长，被告方对证人发问完毕。

审判长房超：原告方有问题要询问证人吗？

原告代理人王佳琪：有问题。游钦钟，你是什么时候听到他说赢了好几万的？

证人游钦钟：我们一起喝酒的时候说的。

原告代理人王佳琪：有没有说具体几万？

证人游钦钟：没说。

原告代理人王佳琪：吴老二有没有说赢的钱是存在卡里或带在身上？

证人游钦钟：没有说。

原告代理人王佳琪：报告审判长，没有问题了。

审判长房超：证人休庭后到书记员处查看笔录，有错误可以补正，无错误签字盖章，予以确认。证人可以退庭了，请法警将证人游钦钟带出法庭。（在法警的带领下，证人走出法庭）

审判长房超：请被告方继续举证。

被告代理人吴梦颖：下面被告方拟向法庭出示的证据是龙岗分局扣押物品清单，以证明我们的扣押程序是合法的。（法警传给原告方查阅）

审判长房超：原告方对此有何意见？

原告及其代理人王佳琪：没有意见。

审判长房超：请被告方继续举证。

被告代理人吴梦颖：下面我们拟向法庭出示的证据是海州市公安局龙岗分局治安处罚审批表，证明公安局经审批后作出治安处罚决定书，符合法定程序。

审判长房超：请法警将此审批表传给原告方查阅。（法警传给原告方查阅）

审判长房超：原告方对此证据有什么意见？

原告代理人王佳琪：有异议。治安处罚审批表只能证明这一个步骤合法，不能证明所有程序合法。

审判长房超：被告方有无证据需要向法庭出示？

被告代理人吴梦颖：没有了，我方证据出示完毕。

审判长房超：原告方有无证据需要向法庭出示？

原告代理人王佳琪：有。我们拟向法庭出示的证据是：海州市公安局龙岗分局扣押物品清单、海州市公安局龙岗分局治安管理处罚决定书、户名为吴老二的“中国邮政活期一本通”存折，以及吴老二的邮政储蓄交易凭单——“中国邮政储蓄取款单”，证明被告作出了没收现金31 000元和存款22 500元的决定。

审判长房超：请法警将证据向被告方展示。（法警向被告展示证据）

审判长房超：被告可以发表质证意见。

被告代理人吴梦颖：我们认为原告方提交的扣押物品清单和处罚决定书，符合《治安管理处罚法》的相关程序规定，正好说明了扣押物品程序合法正当。

审判长房超：原告方对此是否有意见？

原告代理人王佳琪：有意见。我们认为现金和存折是存放于赌场附近的车内的，并没有放在赌场中，不属于非法所得，不应该被没收。

审判长房超：好的，你的意见合议庭已经了解，原告方是否还要继续

举证？

原告代理人王佳琪：我们申请提交的第二份证据是海州市公安局行政复议决定书，以证明我方及时提出了行政复议的申请，海州市公安局复议维持了该处罚决定，吴老二对复议结果不服，因此提起诉讼。

审判长房超：请法警将证据向被告方展示。（法警向被告方展示证据）

审判长房超：被告方对此份证据有无异议？

被告代理人吴梦颖：无异议。

审判长房超：原告方是否还有新的证据？

原告代理人王佳琪：报告审判长，原告方举证完毕。

审判长房超：鉴于原、被告双方证据提交完毕，相关质证意见也已充分发表，法庭调查结束。

法庭辩论阶段

审判长房超：现在进行法庭辩论。双方当事人及代理人应围绕本案的主要事实、证据以及做出具体行政行为的依据展开辩论，辩论发言应当经法庭许可，注意用语文明，不得使用嘲讽、侮辱的语言，发言内容应当避免重复，不要在与本案无关的问题上纠缠。首先由原告发表意见。

原告吴老二：我没什么可说的，只是觉得他们警察太过分，具体理由让我的律师说。

原告代理人王佳琪：（宣读代理词）（详情参见提交给法院的书面代理词）

审判长房超：下面由被告方发表意见。

被告代理人吴梦颖：（宣读代理词）（详情参见提交给法院的书面代理词）

审判长房超：原告是否有新的意见要补充？

原告吴老二：审判长，我有以下几点意见：1. 游钦钟说我在酒桌上是清醒的，但是他怎么知道呢？喝酒的时候应该是醉的人才会说自己清醒。我当时实在记不清说了什么。2. 郑成发和游钦钟证言互相矛盾，郑成发说我输过之后立刻拿到钱又进来，他如何记得如此细致？3. 我的代理人说我前后两次证言出入很大，不是质疑是否刑讯逼供违法，是想证明刑讯逼供对证据证明力的动摇。我想说，当时的确发生了刑讯逼供。4. 不能说车离赌场近，车里的钱就是赌资，那钱确实是我哥哥还我的做生意的钱。

审判长房超：原告代理人是否有新的意见要补充？

原告代理人王佳琪：我补充几点意见。第一，原告赌博在现场被发现，赌博事实清楚。但现场只发现2720元现金，车内现金和存款均不能证明是赌资或非法所得。第二，证人证言只能证明赌博事实，不能证明赌资范围；被告方

说因车离赌场近而推断出车上现金和存款用于赌博，那么为什么不说车也是用来赌博的呢？第三，对方称把钱款放在车里不安全，有违常理。但车有封闭安全的储物空间，更何况安全与否与本案焦点无关。第四，诱导性讯问本身是不合法的。为什么被告人前后两次讯问突然转变态度？我们严重怀疑公安机关刑讯逼供，是当事人精神肉体饱受折磨才有了上述供词。第五，原告对赌博供认不讳，但是没有承认现金是赢来的，也没有承认准备拿它赌博。否则为什么不将现金一起拿到赌场？因此证明现金不是赌资，也不是非法所得。而原告将钱放在车上，说有急事没有及时处理哥哥的还款，是完全有可能的。第六，2 720 元现金是赌资我方不否认，也不否认对其应该没收，我方反对认定 22 500 元被认定为赌资，同时被告也没有提供得出 22 500 元结果的计算方式和标准。我们也反对赌博，不反对赌博惩罚、没收赌资的必要性，但是原告参与赌博不代表被告可以没收原告的所有财产。

审判长房超：被告方有无新的意见补充？

被告代理人吴梦颖：针对原告方的意见，我作如下回应：第一，原告的职业是农民，放那么多钱在车内不合常理；第二，刑讯逼供没有证据，也不是争议焦点；第三，原告方没有寻找吴老二的哥哥作证，无法确认 31 000 元的来源，且原告也在第二次讯问中承认就是赌博赢的，因此 31 000 元是非法所得；第四，公安局已经给了吴老二申辩的机会，告知治安处罚决定后吴老二可以进行辩解，但他并未自行辩解；第五，22 500 元与 31 000 元分别是赌资与非法所得有充分证据证明，没有错误；第六，对方刚才质疑 22 500 元是怎么算出来的。实际上吴老二在拘留所内的必须生活用品需要自行购买，所以没收了 22 500 元，将剩下的留给原告购买生活用品。

审判长房超：原告方还有无新的意见发表？

原告代理人王佳琪：有新的意见。第一，现在经济发展了，农民也可以做生意，随身带点现金符合常理；第二，原告刚才自己供述，被告对原告确实进行了刑讯逼供，所以第二次证言说 31 000 元是赌博赢来的，没有证明力，不足以采信；第三，对方没有确凿的证据证明 31 000 元是赌博赢来的，只是因为它出现在赌博现场就认定是非法所得，予以收缴，这种决定是错误的，应当撤销。

审判长房超：被告方有无新的观点？

被告代理人吴梦颖：我方再补充和强调两点意见：一是吴老二将 31 000 元的大额现金放在赌博场所附近的车里，并且这时候他正在赌博，那么将 31 000 元认定为非法所得就符合常理。二是我方是将当事人供述和证人的证言等证据相结合，得出了正确的结论；而原告将证据一一拆解，说公安局处罚决定证据

不足，这种极端的思维是错误的。结合原告自己的供述，加之证人证言的印证、常理的推测，都可以认定没收违法所得 31 000 元及赌资 25 220 元是合法且适当的。

审判长房超：鉴于诉讼双方的意见已经发表完毕，法庭辩论结束。

当事人最后陈述阶段

审判长房超：现在由各方当事人及其委托代理人陈述最后意见。首先由原告陈述意见。

原告吴老二：我还是那句话，那 31 000 元现金真的是我哥哥还我的做生意的钱。被告代理人的直接证据是刑讯逼供，间接证据是酒后戏言，不能证明这些钱和赌博有关。把现金和存折放在车里完全有可能，也符合常理，农民也可以很富有啊。所以公安机关没收这部分现金的决定是错误的。我恳请合议庭撤销这两条处罚决定，还我清白。

审判长房超：原告代理人最后有什么意见？

原告代理人王佳琪：请法庭支持原告的诉讼请求。

审判长房超：请被告作最后陈述。

被告龙岗分局：我想说的是，首先，公安机关致力于打击赌博，积累了丰富的经验，赌徒不会把钱全放在桌上，恰巧吴老二的车在赌博现场，并且车上放有现金和存折，输了再去取完全符合常理。吴老二赌博技术高超，且该阶段经常赢钱，认定车里的现金是他赌博赢来的是完全合理的。第二，我们公安局执法威信很高，讯问的时候，不可能出现刑讯逼供。第三，公安机关治安管理处罚的程序完全是合法的，告知了吴老二他的权利，也给了他申辩的机会。

审判长房超：被告代理人有什么意见？

被告代理人吴梦颖：请法庭驳回原告的起诉。

休庭、评议和宣判

审判长房超：经过法庭调查和法庭辩论，听取了当事人的陈述，合议庭已经了解双方的意见和请求，合议庭接下来将进行评议，现在休庭 30 分钟，待合议庭评议后继续开庭。（审判长、审判员退庭）（合议庭休庭后对本案的事实、证据及适用法律进行了评议，随后继续开庭）

（书记员就位）

书记员程婧琦：请肃静。全体起立，请审判长、审判员入庭。（审判长、审判员入庭就座）请坐下。

审判长房超：现在继续开庭。原告吴老二诉海州市公安局龙岗分局一案，

经合议庭评议，本院认为，赌博中的非法所得是指通过赌博赢取的款物。赌博非法所得应当依法予以没收。原告在讯问中承认 31 000 元系赌博的违法所得，虽然多次的供述并不一致，但在无法证明公安机关存在刑讯逼供的情况下，应认为原告作出的违法所得的供述可以作为定案依据。而且，根据证人游钦钟证言“吴老二赌博水平很高，十次有九次赢，且吴老二曾亲口说最近赢了好几万元”，可以作为间接证据证明在汽车中发现的现金系赌博违法所得。而且原告辩称 31 000 元系他人归还的合法收入，但是在进行违法活动时将 31 000 元现金随意放在汽车上确实有违常理，故不采纳原告的辩解。被告龙岗分局根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第 11 条规定决定没收吴老二非法所得 31 000 元的决定适用法律正确、处罚适当。

赌博活动中用作赌注的款物、换取筹码的款物和通过赌博赢取的款物属于赌资。原告并没有承认存折上的资金为赌资，反而辩称存折上的钱是他做生意赚的，并且他的存折一般都放在车上，以便于遇事能够随时取，而被告仅依据证人吴成发“猜原告汽车上存折的钱是用来赌博的”这一主观臆测就认定存折为赌资，证据的证明力明显不足以证明存折为赌资。据此，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项之规定，判决如下：

书记员程婧琦：请全体起立（全场起立）。

审判长房超：一、维持海州市公安局龙岗区分局 2011 年 5 月 27 日作出的龙公（治）决字第 0009368 号治安管理处罚决定书中没收非法所得 31 000 元的决定。二、撤销龙公（治）决字第 0009368 号治安管理处罚决定书中没收赌资 22 500 元的决定。三、诉讼费用由被告承担。

书记员程婧琦：全体坐下（全场坐下）。

审判长房超：今天是口头判决，本判决书在十日内送至双方当事人。如不服本案判决，可在判决书送达之日起 15 日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人人数制作副本，上诉至海州市中级人民法院。双方当事人是否已经听清？

原告吴老二：听清楚了。

被告龙岗分局：听清楚了。

审判长房超：现在闭庭（敲法槌）。

书记员程婧琦：全体起立！请审判长、审判员退庭。

书记员程婧琦：散庭。请各当事人阅读笔录并签字。如对笔录有意见可以补正。

第五节 实验案例

一、实验案例 1：张宁诉东海大学拒绝颁发毕业证案

（一）基本案情

2011 年 6 月 21 日上午，东海大学进行全国大学英语四级统一考试。在该校第 38 考场，两名监考教师在正式考试（上午 8 点 45 分考生开始入场，9 点正式开始考试）前 10 分钟发现坐在张宁位上的考生与张宁本人照片不符，遂要求该考生到考务办公室说明情况。在带其去考务办公室的路上，该“考生”从楼梯口逃跑消失。正式考试开始后 10 分钟张宁本人持准考证要求进入考场，被监考老师拒绝。事后，东海大学根据相关规定，以张宁请人代考为由作出开除学籍的处分。在随后 6 月底进行的有关毕业资格的审查中，东海大学拒绝给张宁颁发毕业证书。

（二）证据材料

证据 1：张宁陈述

全国大学英语四级统一考试那天，我在路上堵车了，来到学校时考试已经开始 10 分钟。当我带着准考证到考场门口时，被监考老师拒绝，并将我带到考务办公室，我才知道刚才有人以我的名义来考试。那人是谁，又是怎么来的，我根本不知道。因此，学校认定我找人替考不符合客观事实。而且，学校对我作出的开除学籍处分决定程序不合法。此外，学校把颁发毕业证与全国大学英语四级统一考试挂钩没有法律根据，严重侵犯了我的合法权益。我已经按照培养方案修满了规定的学分，请求法院判令学校给我颁发毕业证书。

证据 2：东海大学陈述

2011 年 6 月 21 日在我校全国大学英语四级统一考试第 38 考场，有人持张宁的准考证在张宁的位置上欲参加考试，被两名监考老师发现后当场逃跑，这足以认定张宁有请人替考的违纪事实，我校据此作出的开除学籍处分事实清楚，证据充分，程序合法。将全国大学英语四级统一考试与毕业证挂钩，符合我校和省教委的相关规定，且没有违反教育部的规定。

证据 3：监考老师陈兵、王博证言

2011 年 6 月 21 日，我们在第 38 考场监考。考试前，我们按照考试要求检

查考试证件时，发现坐在张宁位置上的考生与准考证上的照片不符，便要求该考生到考务办公室说明情况。在我们带该考生去考务办公室的路上，该考生突然逃跑，我们立即通知保安，但后来该考生还是跑走了。开始考试10分钟后，一学生带着准考证欲参加考试，我们核对其证件后发现此考生是张宁，便通知了考务办，随后考务办将该学生带走，并通知我们禁止该考生进入考场。

证据4：普通高等学校学生管理规定

普通高等学校学生管理规定（节选）

（中华人民共和国教育部令第21号）

第五条 学生在校期间依法享有下列权利：

（一）参加学校教育教学计划安排的各项活动，使用学校提供的教育教学资源；

（二）参加社会服务、勤工助学，在校内组织、参加学生团体及文娱体育等活动；

（三）申请奖学金、助学金及助学贷款；

（四）在思想品德、学业成绩等方面获得公正评价，完成学校规定学业后获得相应的学历证书、学位证书；

（五）对学校给予的处分或者处理有异议，向学校、教育行政部门提出申诉；对学校、教职员工侵犯其人身权、财产权等合法权益，提出申诉或者依法提起诉讼；

（六）法律、法规规定的其他权利。

……

第三十一条 学生在学校规定年限内，修完教育教学计划规定内容，德、智、体达到毕业要求，准予毕业，由学校发给毕业证书。

第三十二条 学生在学校规定年限内，修完教育教学计划规定内容，未达到毕业要求，准予结业，由学校发给结业证书。结业后是否可以补考、重修或者补作毕业设计、论文、答辩以及是否颁发毕业证书，由学校规定。对合格后颁发的毕业证书，毕业时间按发证日期填写。

……

第五十二条 对有违法、违规、违纪行为的学生，学校应当给予批评教育或者纪律处分。

学校给予学生的纪律处分，应当与学生违法、违规、违纪行为的性质和过错的严重程度相适应。

.....

第五十四条 学生有下列情形之一，学校可以给予开除学籍处分：

- (一) 违反宪法，反对四项基本原则、破坏安定团结、扰乱社会秩序的；
- (二) 触犯国家法律，构成刑事犯罪的；
- (三) 违反治安管理规定受到处罚，性质恶劣的；
- (四) 由他人代替考试、替他人参加考试、组织作弊、使用通讯设备作弊及其他作弊行为严重的；
- (五) 剽窃、抄袭他人研究成果，情节严重的；
- (六) 违反学校规定，严重影响学校教育教学秩序、生活秩序以及公共场所管理秩序，侵害其他个人、组织合法权益，造成严重后果的；
- (七) 屡次违反学校规定受到纪律处分，经教育不改的。

第五十五条 学校对学生的处分，应当做到程序正当、证据充分、依据明确、定性准确、处分适当。

第五十六条 学校在对学生作出处分决定之前，应当听取学生或者其代理人的陈述和申辩。

第五十七条 学校对学生作出开除学籍处分决定，应当由校长会议研究决定。

第五十八条 学校对学生作出处分，应当出具处分决定书，送交本人。开除学籍的处分决定书报学校所在地省级教育行政部门备案。

第五十九条 学校对学生作出的处分决定书应当包括处分内容和处分事实、理由及依据，并告知学生可以提出申诉及申诉的期限。

第六十条 学校应当成立学生申诉处理委员会，受理学生对取消入学资格、退学处理或者违规、违纪处分的申诉。

学生申诉处理委员会应当由学校负责人、职能部门负责人、教师代表、学生代表组成。

第六十一条 学生对处分决定有异议的，在接到学校处分决定书之日起5个工作日内，可以向学校学生申诉处理委员会提出书面申诉。

第六十二条 学生申诉处理委员会对学生提出的申诉进行复查，并在接到书面申诉之日起15个工作日内，作出复查结论并告知申诉人。需要改变原处分决定的，由学生申诉处理委员会提交学校重新研究决定。

第六十三条 学生对复查决定有异议的，在接到学校复查决定书之日起15个工作日内，可以向学校所在地省级教育行政部门提出书面申诉。

省级教育行政部门在接到学生书面申诉之日起30个工作日内，应当对申诉人的问题给予处理并答复。

第六十四条 从处分决定或者复查决定送交之日起，学生在申诉期内未提

出申诉的, 学校或者省级教育行政部门不再受理其提出的申诉。

.....

第六十九条 本规定自 2005 年 9 月 1 日起施行。原国家教育委员会发布的《普通高等学校学生管理规定》(国家教育委员会令第 7 号)、《研究生学籍管理规定》(教学〔1995〕4 号)同时废止。其他有关文件规定与本规定不一致的, 以本规定为准。

证据 5: 东海省教育委员会《关于加强我省高等学校公共外语教学的意见》

关于加强我省高等学校公共外语教学的意见 (节选)

东教普高〔2004〕第 3 号

东海省各普通高等院校:

为了进一步加强我省高等学校外语教学, 提高教学质量, 针对我省教育实际, 制定切实可行的公共外语教学目标和要求, 特制定《关于加强我院公共外语教学的意见》, 请我省各普通高等院校遵照执行。

一、公共外语教学目标和要求

我省普通本科外语教学目标统一为大学英语四级, 在规定的学时内, 要求完成大学英语四级的教学任务, 并通过国家大学英语四级统一考试。

自 2005 级学生起, 在毕业前凡未通过国家大学英语四级统一考试者, 不予颁发毕业证书。

二、加强公共外语教学的具体措施

1. 加强课堂教学与管理, 改革传统的教学方法, 增加课外辅导, 提高学生的综合实用能力。

.....

证据 6: 东海大学本科外语教学管理规定

东海大学本科外语教学管理规定 (节选)

东大教字〔2005〕第 4 号

为了加强外语教学, 提高学生综合素质, 现根据东海省《关于加强我省高等学校公共外语教学的意见》等相关规定, 结合我校实际, 制定如下规定:

一、教学组织

.....

二、教学要求

.....

三、成绩考核与管理

1. 非英语类专业

(1) “大学英语”教学班1—3级级别考试由学院组织进行,其成绩分别作为第一、二、三学期学生的期末考试成绩,并连同平时成绩计算“大学英语”课程学期考核成绩;第四学期学生必须参加国家组织的CET-4,其第四学期“大学英语”课程学期考核成绩以最终的CET-4成绩为标准。

.....

证据7:东海大学本科生学籍管理规定

东海大学本科生学籍管理规定(节选)

东大学字〔2010〕第8号

第一条 根据《中华人民共和国教育法》、《中华人民共和国高等教育法》、教育部《普通高等学校学生管理规定》等有关规定,为维护学校正常的教育教学秩序和生活秩序,保障学生身心健康,促进学生德、智、体、美全面发展,形成良好的校风学风,制定本规定。

.....

第十八条 课程考核评分可采用百分制、五级制(优、良、中、及格、不及格)或两级制(通过、未通过)。成绩低于60分、“不及格”或“未通过”的课程视为没有获得该门课程学分。参加考核的学生名单,以教务处网上发布的“考核成绩登记表”为准。凡擅自缺考或考试违纪者,该课程成绩按零分计。

.....

第四十五条 学生德、智、体合格,在规定学制内修完教学计划规定的全部课程(包括实践环节、毕业设计或毕业论文)并取得规定的各类有效学分,按规定缴纳并结清学费,准予毕业。学生按规定办完离校手续后,符合毕业条件的学生到所在院(系)领取毕业证书。

第四十六条 毕业证书的书写内容按照国家规定的格式填写,发证日期为毕业资格审核合格之日。

第四十七条 学生在规定学制内未修完教学培养计划规定的内容、但所获得的学分数大于或等于教学培养计划规定总学分数的85%,可获得结业证书。申请结业的学生,在期末考试结束后,到教务网站上下载结业申请表,填写后交院(系)教务,经学生所在院(系)教学负责人审核,由院(系)教务汇总后交教务处。学生按规定办完离校手续后,符合结业条件的学生到教务处领

取结业证书。

取得结业证书者，可在离校后两年内，向学校申请修读不合格课程或申请参加期末考试，考试合格并取得毕业资格者可换发毕业证书，毕业时间按发证日期填写。

.....

第五十三条 学生对退学等学籍处理若有异议，可向东海大学学生申诉处理委员会提起申诉。

证据8：东海大学学生学习违纪处分条例

东海大学学生学习违纪处分条例（节选）

东大学〔2011〕第1号

第一条 为加强学生的学习管理，维护学校正常的教学秩序，建立良好的校风、学风，保证教育工作的顺利进行，进而保证人才培养质量，根据教育部《高等学校学生管理规定》，结合我校的实际情况，特制定本条例。

.....

第十四条 考生有下列行为者属于替考，给予开除学籍处分，该门课程记为零分：

- （一）持不属于自己的考试证、学生证等考试证件进入考场参加考试者；
- （二）请他人代替自己参加考试者；
- （三）非本课程考生在发卷后仍在本考场答卷者；
- （四）所持、所交试卷写有其他考生姓名者；
- （五）无论何种原因试卷落入他人之手，不主动向监考人员声明者；
- （六）其他经监考、巡考人员认定的考试替考行为。

证据9：关于给予张宁同学开除学籍处理的决定

关于给予张宁同学开除学籍处理的决定

〔2011〕东大教开字002号

文法学院法学专业2007级学生张宁（学号：200740004），因在2011年6月21日的国家大学英语四级统一考试中，请人替考。根据《东海大学学生学习违纪处分条例》第十四条第二项之规定，现决定给予张宁同学开除学籍之处分。

东海大学（章）

2011年6月30日

证据 10: 东海大学法学本科培养方案

东海大学法学本科培养方案 (节选)

一、培养目标

本专业旨在培养坚持党的路线,能够适应国际和国内两个市场需要,适应涉外经贸法律行业需要,熟练运用外语、懂得国际经贸业务并精通法律专业知识的“三会人才”;培养具有创新精神和实践能力的高素质专门人才。

.....

三、学分要求

本专业总课时为 2 718 课时,总课程学分为 144 学分,专业实习和毕业论文各 4 学分,总学分为 152 学分。

A: 公共基础课 76 学分,其中:

- | | |
|------------------|-------|
| A1. 政治理论与思想品德类课程 | 15 学分 |
| A2. 英语类课程 | 26 学分 |
| A3. 体育与健康类课程 | 3 学分 |
| A4. 中文写作类课程 | 2 学分 |
| A5. 文学与艺术类课程 | 2 学分 |
| A6. 人文基础类课程 | 6 学分 |
| A7. 信息技术基础类课程 | 4 学分 |
| A8. 经济管理基础类课程 | 18 学分 |

B: 学科基础课 48 学分,其中:

- | | |
|---------|-------|
| B1. 必修课 | 28 学分 |
| B2. 选修课 | 20 学分 |

C: 专业方向课 20 学分

D: 专业实习 4 学分

E: 毕业论文 4 学分

证据 11: 东海大学张宁学习成绩记录表

姓名: 张宁

学号: 200740004

专业: 法学

课程名称	课程性质	课程学分	课程成绩	课程名称	课程性质	课程学分	课程成绩
中国革命史	A1	3	68	形势与政策	A1	2	80
邓小平理论	A1	3	70	道德修养	A1	3	79
马克思哲学	A1	4	73	英语精读一	A2	2	61

续表

课程名称	课程性质	课程学分	课程成绩	课程名称	课程性质	课程学分	课程成绩
英语精读二	A2	2	73	刑事诉讼法学	B1	3	85
英语精读三	A2	2	68	民法学	B1	4	62
英语精读四	A2	2	70	知识产权法	B1	2	74
英语听说一	A2	2	81	经济法	B1	2	78
英语听说二	A2	2	73	行政法学	B1	2	68
英语听说三	A2	2	70	国际公法	B1	2	73
英语听说四	A2	2	69	国际经济法	B1	2	75
英语写作一	A2	2	70	民事诉讼法	B1	3	78
英语写作二	A2	2	72	国际私法	B2	2	79
商务英语	A2	2	70	证据法学	B2	2	80
法律英语	A2	4	72	行政诉讼法学	B2	2	85
篮球	A3	1	80	公司法	B2	2	79
游泳	A3	1	86	模拟法庭	B2	2	85
太极拳	A3	1	90	物证技术	B2	2	86
应用文写作	A4	2	70	证据调查学	B2	2	79
音乐欣赏	A5	2	90	海商法	B2	2	71
西方哲学	A6	2	64	中国律师学	B2	2	80
唐诗欣赏	A6	2	78	税法	B2	2	82
演讲与口才	A6	2	79	国际货物买卖法	C	2	83
计算机基础	A7	2	80	中国对外贸易法	C	2	67
FoxBASE	A7	2	67	商事仲裁法	C	2	65
经济学原理	A8	3	69	国际投资法	C	2	76
国际贸易概论	A8	3	70	银行法	C	2	77
管理学原理	A8	3	81	国际金融法	C	2	79
人力资源管理	A8	2	73	世界贸易组织法	C	2	87
金融管理	A8	2	65	国际税法	C	2	77
投资学原理	A8	3	69	环境法	C	2	67
国际金融	A8	2	74	房地产法	C	2	78
法理学	B1	3	68	专业实习	D	4	86
中国法制史	B1	2	79	毕业论文	E	4	79
刑法学	B1	3	81				

证据 12：全国大学英语四、六级考试考生守则

全国大学英语四、六级考试考生守则

一、如实提供本人的报名信息并按要求签署《全国大学英语四、六级考试考生诚信考试承诺书》。

二、必须按规定的时间（上午 8：45 开始，下午 2：45 开始）入场，入场开始 30 分钟（即上午 9：15，下午 3：15）后，禁止入场。入场时必须主动出示准考证以及报名时交验的有效身份证件（考生要出示的有效身份证件为学生证和下列证件之一：居民身份证、军人及武警人员证件、户口本、公安户籍部门开具的贴有近期免冠照片的身份证号码证明、护照等），接受考试工作人员核验，并按要求在考场座位表上签名。

.....

（三）争议焦点

1. 普通高等学校能否成为行政诉讼的被告？
2. 学校作出的开除学籍之处分决定是否具有可诉性？本案中学校作出的开除学籍之处分决定是否符合规定？
3. 规范性文件规定大学英语四级考试与颁发毕业证挂钩是否能够纳入行政诉讼的审查范围？
4. 高校不予颁发毕业证的行为是否属于具体的行政行为？是否具有可诉性？
5. 综合本案情况，若当事人提起行政诉讼，法院应当如何处理？

二、实验案例 2：冀正义不服不准报考公务员行政决定案

（一）基本案情

冀正义于 2011 年 7 月底，在南洋省人事厅指定的网站报名系统上报名参加省人事厅组织的 2011 年下半年南洋省国家公务员录用考试，填报了南洋省司法厅机关处室岗位。本次招考简章公布的年龄条件为 35 周岁以下，因冀正义的年龄已超过 35 周岁，南洋省人事厅因此于 2011 年 8 月 2 日在其设定的网站报名系统上对报考人冀正义作出了“对不起，此次招考录用，要求年龄在 35 周岁以下，你已经超龄！”的信息反馈意见，并据此不同意冀正义参加本次国家公务员的录用考试。冀正义对此不服，拟提起行政诉讼。

（二）证据材料

证据1：冀正义陈述

我于2011年7月底，报名参加南洋省人事厅组织的国家公务员录用考试，在省人事厅指定的网站报名系统上填报了南洋省司法厅机关处室岗位，被网上报名系统以未通过招考单位的审核、超过年龄为由不同意报名参加考试。我对此不服，于2011年10月8日以南洋省人事厅为被申请人向南洋省人民政府申请行政复议。在复议过程中，省人民政府追加省司法厅为第三人参加复议，并于2012年1月19日作出书面的复议决定，认定省人事厅设定35周岁以下强制性限制条件的规定为合法有效，并决定维持省人事厅不同意报考的具体行政行为。后诉至法院，请求法院判决确认被告的具体行政行为违法。

证据2：省人事厅和省司法厅陈述

对冀正义陈述的上述事实表示认可，但认为其报考简章中设定35岁以下的年龄限制没有违反法律规定，故请求法院驳回其诉讼请求。

证据3：南洋省人事厅2011年下半年公务员招考简章

南洋省人事厅2011年下半年公务员招考简章（节选）

为适应全省各级党政机关补充公务员的需要，根据《中华人民共和国公务员法》和人事部《公务员录用暂行规定》等规定，省党委组织部、省人事厅定于2011年10月20日进行全省各级党政群机关录用公务员考试。省直属机关31个部门和全省14个市计划考试录用担任主任科员以下及其他相当职务层次的非领导职务人员共3309人（详见招考计划表）。为确保这次考试录用工作顺利完成，特制定本简章。

一、报考条件

- （一）具有中华人民共和国国籍；
- （二）18周岁以上、35周岁以下（即1993年8月1日以前出生，1976年8月1日以后出生）；
- （三）拥护中华人民共和国宪法；
- （四）具有良好的品行；
- （五）具有正常履行职责的身体条件。

二、报名与资格审查

- （一）省直属机关报名办法

省直属机关（含自治区垂直管理单位，下同）全部实行网上报名、网上资格审查、网上查询、网上交费、网上打印准考证，不再进行现场报名。

1. 报名方式及时间

凡符合本简章报考条件要求的报考者，在省人事考试网报名。报考者只能报考一个部门或单位的一个职位。不能用新、旧两个身份证号同时报名，报名和考试时使用的身份证要一致。报考者在规定的时间内登录南洋人事考试网填写《南洋省考试录用公务员报名登记表》，同时上传本人近期免冠电子照片，在同一网上提交并自行下载《报名登记表》一式三份保存。

网上报名填表时间：2011年8月1日—9月20日。

2. 资格审查方式及时间

各招录机关按照南洋人事考试中心提供的方式进入网上考试资格审查系统，依据本简章规定的职位资格条件在网上对报考者进行资格审查，在两个工作日内提出是否同意报考的意见，对符合报考条件的，不得拒绝报考，不同意报考的要简要说明理由，并在网上按时反馈给南洋人事考试中心和报考者。报考者届时即可上网查询资格审查结果。通过资格审查的报考者，不得再进行资料修改。未通过资格审查的报考者，在报名期内，可以再改报符合职位资格条件的其他职位。

资格审查时间：2011年8月1日—9月25日。

.....

证据4：冀正义在网上报名系统中填写的考生信息表

考试报名登记表

姓名	冀正义	性别	男	民族	壮族	照片
政治面目	党员		身份证号	420111197503164067		
出生年月	1975 年 3 月		身体状况	良好		
婚姻状况	已婚	身高	178	单眼裸视视力	1.3	
毕业时间	1998 年 7 月		学历	本科	学位	学士
毕业院校	南洋大学				毕业证类别	A
所学专业	法学		外语水平	四级	计算机水平	二级
工作单位	南洋钢铁公司				参加工作时间	1991 年 7 月
工作单位地址	南洋省东海市长城路 10 号				职务或职称	部门经理
家庭住址	南洋省东海市黄河路 13 号				户别	1-2-3
联系电话 1	8888888	联系电话 2	6666666	是否为应届生		否

续表

报考单位	司法厅			报考职位	机关处室		
报考单位 部门代码	123	报考职位 代码	456	考试 科目数	3	考试 外语语种	英语
考试科目	1. 行政职业能力测验			2. 申论			
	3. 英语						
学习经历	1994 年—1998 年，南洋大学学习						
工作简历	1998 年 9 月至今，在南洋钢铁公司工作						

证据 5: 网上报名系统作出的反馈意见

说明: 冀正义于 2011 年 7 月底在网上向南洋省人事厅 2011 年下半年公务员招考报名系统提交考生报名登记表后, 于同年 8 月 2 日查询报考资格审查结果时, 该电子系统弹出以下图表:

南洋人事考试网 Windows Internet Explore 对不起, 此次招考录用, 要求年龄在 35 周岁以下, 你已经超龄!

证据 6: 南洋省人民政府行政复议决定书

南洋省人民政府行政复议决定书

南政复决字〔2011〕1 号

申请人: 冀正义, 男, 1975 年 3 月 16 日生, 壮族。

住所地: 南洋省东海市黄河路 13 号。

被申请人: 南洋省人事厅。

法定代表人: 李仁仕。

住所地: 南洋省东海市黄河路 21 号。

第三人: 南洋省司法厅。

法定代表人: 张公平。

住所地: 南洋省东海市长江路 10 号。

委托代理人: 李求正, 东海市公正律师事务所律师。

申请人冀正义不服被申请人南洋省人事厅于2011年8月2日作出的“对不起，此次招考录用，要求年龄在35周岁以下，你已经超龄！”而拒绝其参加公务员考试行政争议一案，于2011年10月8日依法向本机关提起行政复议，本案现已审理终结。

申请人向本机关提起行政复议称：申请人于2011年7月底，在南洋省人事厅指定的网站报名系统上报名参加省人事厅组织的2011年下半年南洋省国家公务员录用考试，填报了南洋省司法厅机关处室岗位。但是，南洋省人事厅于2011年8月2日在其设定的网站报名系统上对报考人冀正义作出了“对不起，此次招考录用，要求年龄在35周岁以下，你已经超龄！”的信息反馈意见，并据此不同意冀正义参加本次国家公务员录用考试。为此，申请人要求南洋省人事厅撤销此决定，允许其参加公务员考试。

申请人同时向本机关提供了下列证据：（1）考试报名登记表；（2）网上报名系统作出的反馈意见。

被申请人于2011年10月25日向本机关递交了行政答辩书称：被申请人作为国家公务员录用的省级主管部门具有负责本行政辖区国家公务员录用的管理工作的职权。根据法律、法规授权，被申请人有权根据用人部门申报的录用计划，确定录用的报考资格条件……

第三人南洋省司法厅声称……

本机关认为，被申请人作出的拒绝冀正义报考公务员的具体行政行为事实清楚，证据确凿，符合法律规定。因此，根据《中华人民共和国行政复议法》第28条第1款第（1）项之规定，本机关决定：维持南洋省人事厅作出的“对不起，此次招考录用，要求年龄在35周岁以下，你已经超龄！”的具体行政行为。

申请人如不服本行政复议决定，可以在收到本行政复议决定书之日起15日内向人民法院提起行政诉讼。

（南洋省人民政府行政复议专用章）

2012年1月19日

证据7：行政复议决定书送达回证

送达回证

送达时间	2012年1月21日
送达地点	南洋省东海市黄河路13号
送达人	张红军

续表

送达文书名称及文号	南洋省人民政府行政复议决定书南政复决字〔2011〕1号
受送达人	冀正义
送达方式	直接送达
受送达人或代收人签名或盖章	冀正义（签名） 2012年1月21日
代收人与受送达人的关系	
备 注	

证据8：《公务员录用规定（试行）》

公务员录用规定（试行）（节选）

人事部2007年第7号令

第一条 为了规范公务员录用工作，保证新录用公务员的基本素质，根据公务员法，制定本规定。

第二条 本规定适用于各级机关录用担任主任科员以下及其他相当职务层次的非领导职务公务员。

.....

第五条 录用公务员，应当按照下列程序进行：

- （一）发布招考公告；
- （二）报名与资格审查；
- （三）考试；
- （四）考察与体检；
- （五）公示、审批或备案。

必要时，省级以上公务员主管部门可以对上述程序进行调整。

录用特殊职位的公务员，经省级以上公务员主管部门批准，可以简化程序。

.....

第九条 省级公务员主管部门负责本辖区公务员录用的综合管理工作。具体包括：

- （一）贯彻国家有关公务员录用的法律、法规、规章和政策；
- （二）根据公务员法和本规定，制定本辖区内公务员录用实施办法；
- （三）负责组织本辖区内各级机关公务员的录用；
- （四）指导和监督设区的市级以下各级机关公务员录用工作；

(五) 承办中央公务员主管部门委托的公务员录用有关工作。

必要时, 省级公务员主管部门可以授权设区的市级公务员主管部门组织本辖区内公务员的录用。

.....

第十三条 中央机关及其直属机构的录用计划, 由中央公务员主管部门审定。

省级机关及其直属机构的录用计划, 由省级公务员主管部门审定。设区的市级以下机关录用计划的申报程序和审批权限, 由省级公务员主管部门规定。

第十四条 省级以上公务员主管部门依据有关法律、法规、规章和政策, 制定招考工作方案。

设区的市级公务员主管部门经授权组织本辖区公务员录用时, 其招考工作方案应当报经省级公务员主管部门审核同意。

第十五条 公务员主管部门依据招考工作方案, 制定招考公告, 面向社会发布。招考公告应当载明以下内容:

- (一) 招录机关、招考职位、名额和报考条件;
- (二) 报名方式方法、时间和地点;
- (三) 报考需要提交的申请材料;
- (四) 考试科目、时间和地点;

第十六条 报考公务员, 应当具备下列资格条件:

- (一) 具有中华人民共和国国籍;
- (二) 年龄为十八周岁以上, 三十五周岁以下;
- (三) 拥护中华人民共和国宪法;
- (四) 具有良好的品行;
- (五) 具有正常履行职责的身体条件;
- (六) 具有符合职位要求的工作能力;
- (七) 具有大专以上文化程度;
- (八) 省级以上公务员主管部门规定的拟任职位所要求的资格条件;
- (九) 法律、法规规定的其他条件。

前款第(二)、(七)项所列条件, 经省级以上公务员主管部门批准, 可以适当调整。

公务员主管部门和招录机关不得设置与职位要求无关的报考条件。

第十七条 下列人员不得报考公务员:

- (一) 曾因犯罪受过刑事处罚的;
- (二) 曾被开除公职的;
- (三) 有法律规定不得录用为公务员的其他情形的。

.....

第十九条 报考者应当向招录机关提交报考申请材料，报考者提交的申请材料应当真实、准确。

招录机关根据报考资格条件对报考申请进行审查，在规定时间内确认报考者是否具有报考资格。

.....

第三十九条 本规定自发布之日起施行。1994年6月7日发布的《国家公务员录用暂行规定》（人录发〔1994〕1号）和1996年9月10日发布的《公安机关人民警察录用办法》（人发〔1996〕84号）同时废止。

证据9：南洋省国家公务员录用实施办法

南洋省国家公务员录用实施办法（节选）

第一条 为了规范我省国家公务员录用工作，保证录用国家公务员的基本素质，根据《国家公务员暂行条例》和《公务员录用规定（试行）》，结合我省实际情况，制定本办法。

第二条 本办法适用于全省各级国家行政机关和其他实行国家公务员制度的单位，录用担任主任科员及以下非领导职务的国家公务员。

第三条 录用国家公务员，贯彻公开、平等、竞争、择优的原则，按照德才兼备的标准，采取考试考核相结合的方法进行。

第四条 各级政府民族事务部门和民族自治地方人民政府录用国家公务员时，对少数民族报考者应予以照顾。各级国家行政机关录用国家公务员时，对退役军人也应予以照顾。具体办法，另行制定。

.....

第七条 省人事厅的主要职责：

（一）按照《国家公务员暂行条例》和《国家公务员录用暂行规定》，制定全省国家公务员录用的规定、办法等；

（二）指导和监督全省各级国家行政机关国家公务员录用工作；

（三）审批全省各级国家行政机关特殊职位录用国家公务员的实施方案；

（四）负责组织省级国家行政机关录用国家公务员的考试和录用审批工作；

（五）组织国务院人事部门委托的中央国家机关驻我省工作部门录用国家公务员的考试工作。

.....

第九条 录用国家公务员应在编制定员内，按照拟补充职位的要求进行。

第十条 省级国家行政机关国家公务员的录用计划，由各部门编制，报省人事厅审批；市（地）以下国家行政机关国家公务员的录用计划，由市（地）政府人事部门制定，报省人事厅备案。

第十一条 国家公务员录用计划的内容包括：用人部门的编制数、空编数和拟录用人数；拟录用职位名称、专业、人数及所需资格条件等。

第十二条 省或市（地）政府人事部门确定的录用国家公务员计划，是制定录用国家公务员考试方案的基本依据，一经确定，未经审批机关批准，不得擅自变更。

第十三条 录用计划确定之后，要面向社会发布招考公告。省级国家行政机关的招考公告，由省人事厅发布；市（地）以下国家行政机关的，由市（地）政府人事部门发布。

第十四条 报考国家公务员，必须具备下列基本条件：

- （一）具有中华人民共和国国籍，享有公民的政治权利；
- （二）拥护中国共产党的领导，热爱社会主义；
- （三）遵纪守法，品行端正，具有为人民服务的精神；
- （四）具有大专毕业以上文化程度；
- （五）报考省级国家行政机关的应具有两年以上基层工作经历，国家有特殊规定或经省人事厅批准，录用特殊专业，特殊职位的国家公务员除外；
- （六）身体健康，年龄不超过35周岁；
- （七）录用审批机关批准的其他条件。

本条第（四）、（六）项所列条件，经省人事厅批准，可适当放宽。

第十五条 考试前要对报考者进行资格审查。资格审查工作由用人单位和同级政府人事部门共同负责。报考人员应填写《录用国家公务员报名登记表》，经初审符合资格条件的，由政府人事部门发给准考证。

.....

第三十四条 本办法由省人事厅负责解释。

第三十五条 本办法自发布之日起施行。

（三）争议焦点

1. 南洋省人事厅作出的不准冀正义报考公务员的资格审查决定是否属于具体的行政行为？

2. 人事部《公务员录用规定（试行）》和南洋省《国家公务员录用实施办法》关于公务员报考年龄限制的规定有无法律依据？这两个文件对人民法院有无约束力？

3. 南洋省人事厅以网络对话形式作出的不准原告报考公务员的行为在程序和实体上是否合法？

4. 本案有关行政机关作出的不准冀正义报考公务员的行为能否得到法院的支持？

三、实验案例3：杨军不服房管局房屋登记案

（一）基本案情

2009年5月10日杨军与中原市金宏房地产开发有限公司就1705号房屋签订房屋买卖合同。2010年12月18日，应杨军与中原市金宏房地产开发有限公司申请，中原市国土资源和房屋管理局颁发了中房权证北私字第16221号房屋所有权证。买卖双方及中原市国土资源和房屋管理局随后就该房屋所有权证上登记的房屋面积发生争议。为此，杨军拟提起行政诉讼。

（二）证据材料

证据1：杨军陈述

1705号房屋是我向中原市金宏房地产开发有限公司购买的房屋。中原市国土资源和房屋管理局在办理该房屋权属登记过程中未尽到审查责任，仅依据中原市金宏房地产开发有限公司提供的错误的房屋测绘报告对房屋建筑面积作了不实登记，侵犯了我的合法权益，特请求法院撤销中原市国土资源和房屋管理局中房权证北私字第16221号房屋所有权证，判定其重新核定房屋面积，并重新颁发房屋所有权证。

证据2：中原市国土资源和房屋管理局陈述

我局颁发的房产证是根据中原市金宏房地产开发有限公司委托房屋测绘机构测绘后提供的房屋登记表填写的房屋面积；而且买卖双方签字后提交我局的“房地产转移登记申请书”上记载的面积与我局颁发的房产证面积一致，因此我局在办理房屋权属登记过程中严格履行了审查职责，请求法院依法判决，驳回起诉。

证据3：中原市金宏房地产开发有限公司陈述

中原市国土资源和房屋管理局登记的房屋建筑面积准确无误，符合法律规定，法院应驳回杨军的诉讼请求。

证据4：商品房买卖合同

中原市商品房预售合同（节选）

出卖人：中原市金宏房地产开发有限公司。

法定代表人：张金宏，身份证号420111196304064038。

买受人：杨军，身份证号420111197303064053。

根据《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》、《中原市城市房地产转让管理办法》及其他有关法律、法规，出卖人和买受人在平等、自愿、公平、协商一致的基础上就商品房预售事宜达成如下协议：

第一条 项目建设依据

第二条 预售依据

第三条 基本情况

该商品房位于中原市北海区南洋路世纪花园。

该商品房所在楼栋的主体建筑结构为：钢混，建筑层数为：19层，其中地上17层，地下2层。

该商品房为第一条规定项目中的13（幢）××（座）第17层1705号。该房屋建筑面积为75.86平方米；其中，套内建筑面积60.95平方米，公共部位与公用房屋分摊建筑面积14.91平方米。

房屋交付后，约定面积与产权面积发生差异时以产权登记面积为准。

房屋阳台为封闭式阳台。

列入分摊的公共部位与公用房屋包括地下一层兀接箱，配电室及首层值班室，公共门厅、走廊、过道、电梯井、电（楼）梯前厅，楼梯，电梯机房、管道井、层顶水箱间[其中电梯井、电（楼）梯前厅、楼梯、电梯包括地下一、二层]，套与公用建筑空间之间的分隔墙及外墙（包括山墙）墙体面积水平投影面积的一半（阳台为全封闭）。

.....

第五条 计价方式与价款

该商品房价款按照建筑面积计算，该商品房单价为每平方米人民币10 000元，总价款人民币柒拾伍万捌仟陆百元。

本条所称建筑面积，是指房屋外墙（柱）勒脚以上各层的外围水平投影面积，包括阳台、挑廊、地下室、室外楼梯等，且具备上盖，结构牢固，层高2.20米以上（含2.20米）的永久性建筑。

所称套内建筑面积，是指成套商品房（单元房）的套内使用面积、套内

墙体面积和阳台建筑面积之和。

.....

第九条 设计变更的约定

(一) 经规划行政主管部门委托的设计审查单位批准, 建筑工程施工图设计文件的下列设计变更影响到买受人所购商品房质量或使用功能的, 出卖人应当在设计审查单位批准变更之日起 10 日内, 书面通知买受人。

1. 该商品房结构形式、户型、空间尺寸、朝向;
2. 供热、采暖方式;

出卖人未在规定时间内通知买受人的, 买受人有权退房。

(二) 买受人应当在通知送达之日起 15 日内做出是否退房的书面答复。买受人逾期未予以书面答复的, 视同接受变更。

.....

第十四条 面积差异处理

该商品房交付时, 出卖人应当向买受人公示其委托的有资质的房产测绘机构出具的商品房面积实测技术报告书, 并向买受人提供该商品房的面积实测数据(以下简称实测面积)。实测面积与第三条载明的预测面积发生误差的, 根据第五条按照建筑面积计价的约定, 双方同意按照下列原则处理:

(1) 建筑面积、套内建筑面积误差比绝对值均在 3% 以内(含 3%) 的, 根据实测建筑面积结算房价款;

(2) 建筑面积、套内建筑面积误差比绝对值其中有一项超出 3% 时, 买受人有权退房。

买受人退房的, 出卖人应当自退房通知送达之日起 30 日内退还买受人已付房款, 并按照当时银行利率付给利息。

买受人不退房的, 实测建筑面积大于预测建筑面积时, 建筑面积误差比在 3% 以内(含 3%) 部分的房价款由买受人补足; 超出 3% 部分的房价款由出卖人承担, 产权归买受人所有。实测建筑面积小于合同约定建筑面积时, 建筑面积误差比绝对值在 3% 以内(含 3%) 部分的房价款由出卖人返还买受人; 绝对值超出 3% 部分的房价款由出卖人双倍返还买受人。

建筑面积误差比 = (实测建筑面积 - 预测建筑面积) / 预测建筑面积

.....

第二十一条 共有权益的约定

1. 该商品房所在楼栋的屋面使用权归全体产权人共有;
2. 该商品房所在楼栋的外墙面使用权归全体产权人共有;

.....

证据 5：中原市商品房销售面积计算及公用建筑面积分摊暂行规定

中原市商品房销售面积计算及公用建筑面积 分摊暂行规定

一、根据建设部《商品房销售面积计算及公用建筑面积分摊规则（试行）》，结合本市实际情况，制定本暂行规定。

二、商品房建筑面积应按国家现行的《建筑面积计算规则》进行计算。

三、商品房按“套”或“单元”出售，商品房的销售面积为套内或单元内建筑面积（以下简称套内建筑面积），与应分摊的公用建筑面积之和。

商品房销售面积=套内建筑面积+分摊的公用建筑面积

四、套内建筑面积=套内使用面积+套内墙体面积+阳台建筑面积

（一）套内的使用面积

住宅套内的使用面积，按《住宅建设设计规范》（GBJ96—86）第 2.5.2 条的规定计算。其他建筑可参照上述规范或按专用建筑设计规范计算。

（二）套内墙体面积

商品房各套内使用空间周围的维护或承重墙体，分为共用墙及非共用墙两种。

共用墙指商品房各套之间分隔墙、套与公用建筑空间之间的分隔墙以及外墙（包括山墙）。共用墙墙体水平投影面积的一半计入套内墙体面积。

非公用墙墙体水平投影面积全部计入套内墙体面积。

（三）阳台建筑面积，按国家现行《建筑面积计算规则》进行计算。

1. 封闭式的阳台，按其外围水平投影面积计算建筑面积；
2. 挑阳台（底阳台）按其底板水平投影面积的一半计算建筑面积；
3. 凹阳台按其净面积（含挡板墙墙体面积）的一半计算建筑面积；
4. 半挑半凹阳台，挑出部分按其底板水平投影面积的一半计算建筑面积，凹进部分按其净面积的一半计算建筑面积。

五、公用建筑面积分摊原则

（一）商品房公用建筑面积的分摊以幢为单位。分摊的公用建筑面积为本幢内的公用建筑面积，与本幢不相连的公用建筑面积不得分摊到本幢房屋内。

（二）为整幢商品房服务的公用建筑面积，由该幢楼各套商品房分摊；为局部范围服务的公用建筑面积，由受益的各套商品房分摊。

多次分摊公用建筑面积的，分别计算分摊系数。各套商品房应分摊的公用建筑面积，为各次分摊的公用建筑面积之和。

（三）公用建筑面积分摊后，不划分各套商品房摊得建筑面积的具体部

位，但任何人不得侵占或改变原设计的使用功能。

六、可分摊的公用建筑面积

(一) 大堂、公共门厅、走廊、过道、公用厕所、电(楼)梯前厅、楼梯间、电梯井、电梯机房、垃圾道、管道井、消防控制室、水泵房、水箱间、冷冻机房、消防通道、变(配)电室、煤气调压室、卫星电视接收机房、空调机房、热水锅炉房、电梯工休息室、值班警卫室、物业管理用房等以及其他功能上为该建筑服务的专用设备用房。

(二) 套与公用建筑空间之间的分隔墙及外墙(包括山墙)墙体面积水平投影面积的一半。

七、不应计入的公用建筑面积

(一) 仓库、机动车库、非机动车库、车道、供暖锅炉房、作为人防工程的地下室、单独具备使用功能的独立使用空间；

(二) 售房单位自营、自用的房屋；

(三) 为多幢房屋服务的警卫室、管理(包括物业管理)用房。

八、其他购房人受益的其他非经营性用房，需要进行分摊的，应在销(预)售合同中写明房屋名称、需分摊的总建筑面积。

九、分摊公用建筑面积的计算方法

分摊的公用建筑面积=套内建筑面积×公用建筑面积分摊系数

公用建筑分摊系数=公用建筑面积/套内建筑面积之和

公用建筑面积=整幢建筑的建筑面积-套内建筑面积之和-不应分摊的建筑面积

十、售房单位在预售商品房前，应向商品房预售管理部门提交预售商品房的面积测量报告。预售商品房设计方案变更涉及预售房屋面积的，应重新提交面积测量报告。

十一、售房单位在销(预)售商品房时，在销(预)售合同(含补充协议)中应明确商品房销售面积、分摊的公用建筑面积及公用建筑部位。

十二、建设项目部分竣工，售房单位申请对已竣工商品房销售面积进行计算，因分摊的部分公用建筑或参加分摊的其他商品房尚未竣工，需要以规划批准的建筑面积为依据的，要经国土房管部门同意，并需书面承诺：先按预售合同的约定，用先行计算的商品房销售面积与购房人结算房价。在建设项目全部竣工后，与测绘部门最终实测的结果相比，面积增加的，应维持已结算的房价不变；面积减少的，售房单位应按实际售价退款。

.....

证据 6：中原市北海区南洋路世纪花园 1705 号《商品房销售面积明细表》

商品房销售面积明细表（节选）

测绘单位：中原市房屋经营管理服务中心。

测绘时间：2009 年 8 月。

测绘依据：《中原市商品房销售面积计算及公用建筑面积分摊暂行规定》及国家相关规定。

测绘房屋：中原市北海区南洋路世纪花园 1705 房屋。

测绘结果：

1. 1705 号房屋建筑面积为 75.88 平方米，其中套内面积 60.94 平方米，公用分摊面积 14.94 平方米。

2. 上述房屋套内面积 60.94 平方米，包含其中的阳台面积 7.07 平方米。

测绘说明：

(1) 中原市金宏房地产开发有限公司向我单位提供的建设部门房屋建设规划许可证上明确阳台为非封闭式阳台；但鉴于现有房屋实际上是封闭式阳台以及该房屋买卖合同约定为“封闭式阳台”，因此，本测绘结果根据封闭式阳台标准计算。

(2) 共用分摊面积范围包括：①地下一层兀接箱，配电室及首层值班室，公共门厅、走廊、过道、电梯井、电（楼）梯前厅，楼梯，电梯机房、管道井、层顶水箱间 [其中电梯井、电（楼）梯前厅、楼梯、电梯包括地下一、二层]，套与公用建筑空间之间的分隔墙及外墙（包括山墙）墙体面积水平投影面积的一半（阳台为全封闭）。②地下二层人防工程的水箱间、简易洗消室、公用厕所、滤毒室、水泵房，污水泵房、风机房、物业仓库等。

证据 7：1705 号房屋产权转移登记申请书

房地产转移登记申请书

出售方	出售人	中原市金宏房地产开发有限公司		身份证号				
	工作单位			性 质			产别	
	法定代表人	张金宏	职务	总经理		身份证号	420111196304064038	
	共有人 等 人		共有权证号自 至					

续表

购买方	购买人		杨军		身份证号		420111197303164053			
	工作单位		中原大学		性 质		事业单位	产别	教育	
	法定代表人			职务		身份证号				
	共有人 等 人					联系电话	099-8888666			
房屋坐落		中原市北海区南洋路世纪花园					转移性质		买卖	
房权证号		房权证 中私 字第 16000 号					丘 (地) 号		1-2-36	
房屋状况	幢号	方向	房号	结构	房屋总层数	所在层数	建筑面积 (平方米)	其中公用面积	用途	建成年代
	13		1705	钢混	18	17	75.88	14.94	住宅	2010
土地情况	土地证号		中城土字第 328 号		使用面积 (m ²)		300 平方米			
	权属性质		转让		使用年限		2007 年 10 月 1 日至 2077 年 10 月 1 日			
附记										
出售人 (签章): 中原市金宏房地产开发有限公司 (章) 法定代表人 (签章): 张金宏 (章) 2011 年 1 月 10 日						购买人 (签章): 杨军 (章) 法定代表人 (签章): 2011 年 1 月 10 日				

证据 8: 中房权证北私字第 16221 号房屋所有权证

中华人民共和国房屋所有权证

中房权证北私字第 16221 号

根据《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》，为保护房屋所有权人的合法权益，对所有权人申请登记的本证所列房产，经审查属实，特发此证。

发证机关 (盖章) 中原市国土资源和房屋管理局

房屋 所有权人		杨军				产别		私有产		
房权坐落		中原市北海区南洋路世纪花园 1705 号					丘（地）号		1-2-36	
房屋 状况	幢号	方向	房号	结构	房屋 总层数	所在 层数	建筑面积 (平方米)	其中	用 途	建成 年代
								公用面积		
	13	东南	1705	钢混	18	17	75.88	14.94	住宅	2010

证据 9：中原市北海区南洋路世纪花园业主委员会证明

世纪花园业主委员会证明

北海区南洋路世纪花园 13 号楼的公摊部位与公用面积的计算，该楼多数业主对中原市金宏房地产开发有限公司已经提出异议，业主与该开发公司之间就如何计算该楼公摊面积尚存争议。

特此证明。

北海区南洋路世纪花园业主委员会（章）
2011 年 8 月 16 日

（三）争议焦点

1. 房屋管理部门根据房屋买卖双方提交的申请材料上记载的面积颁发房产证有无过错？
2. 如果该房产证上记载的面积确实与客观面积不符，法院应当如何对待房屋管理部门已经颁发的房产证？

四、实验案例 4：五洲四海大饭店不服劳动与社会保障局工伤认定案

（一）基本案情

长安五洲四海大饭店有限公司，住址：长安市东方区胜利大街 12 号，法定代表人：张大军，该公司董事长。

长安市东方区劳动与社会保障局，住址：长安市东方区胜利大街 10 号，法定代表人：陈华军，该局局长。

王秀丽，女，汉族，1968 年 5 月 3 日生，住长安市东方区平安大街 3 号院 4-2-502 室。

张浩原系长安御林餐饮有限责任公司员工，下岗后到五洲四海大饭店有限

公司任临时工,从事停车场管理员工作,但其劳资、社保关系仍由御林公司继续管理并负责缴纳相关费用。2010年9月20日早晨,张浩在东方区解放西路与幸福北路东口因交通事故受伤,经抢救无效死亡。张浩之妻即第三人王秀丽认为,丈夫张浩是在去五洲四海大饭店上班的途中发生交通事故,五洲四海大饭店应当按照工伤承担相关责任,便向东方区劳动与社会保障局提出工伤认定申请。东方区劳动与社会保障局作出了《工伤认定结论通知书》[长东工伤认(2010)第126号],认定张浩于2010年9月20日死亡属于工伤。

长安五洲四海大饭店有限公司认为,该工伤认定书认定事实不清,证据不足,适用法律不准确,于是向长安市劳动与社会保障局申请行政复议。长安市劳动与社会保障局于2011年4月26日作出长劳复决字[2011]12号《行政复议决定书》,维持了原工伤认定。长安五洲四海大饭店有限公司不服,拟向法院提起行政诉讼。

(二) 证据材料

证据1: 工伤认定通知书

长安市东方区劳动与社会保障局工伤认定通知书

长东劳工伤认(2010)第126号

申请人:王秀丽,女,38岁,汉族,工人,住长安市东方区平安大街3号院4-2-502室,系张浩之妻。

用人单位:长安五洲四海大饭店有限公司,住址:长安市东方区胜利大街12号,法定代表人:张大军,该公司董事长。

王秀丽以其丈夫张浩2010年9月20日早晨6点20分左右到长安五洲四海大饭店有限公司上班途中发生交通事故死亡为由,于2010年11月24日向我局提出工伤认定申请。2010年11月26日我局受理该申请。

2010年11月28日我局向长安五洲四海大饭店有限公司下达了《工伤认定调查通知书》[(2010)长劳工伤调查031号)。2010年12月15日该公司以张浩劳资社保关系在御林餐饮有限责任公司,而且事故当天张浩休息、不去上班,事故发生地点不是在上班途中等为由,认为张浩的死亡不能认定为工伤,并提供了相应的证据。

经调查核实,张浩与长安五洲四海大饭店有限公司存在劳动合同关系,家住长安市东方区平安大街3号院4-2-502室;其中上班时,通常在早晨6时45左右到达该饭店,7时正式上班。2010年9月20日6时5分,张浩骑一辆三轮车上上班,当6时20分张浩行至东方区解放西路与幸福北路路口时,发生

机动车交通事故受伤，经抢救无效死亡。公交东方支队对此次交通事故作出责任认定，结论为张浩与对方负同等责任。

我局认为：该公司提供的证据不能证实事故当天张浩休息、不去上班之事实。上班路线并不必然是最短路线，合理的、适当的绕行不影响对上班途中的认定。2010年9月20日6时20分，张浩在东方区解放西路与幸福北路路口因交通事故死亡，应在其上班的合理时间、合理路线上，依据《工伤保险条例》第十四条第六项之规定，认定张浩此次交通事故所受伤害为工伤。

如对本认定结论不服，可在接到工伤认定结论通知书之日起60日内向长安市劳动与社会保障局提出行政复议；对行政复议不服的，依法向人民法院提起行政诉讼。

本通知一式三份，具有同等法律效力。由长安市东方区局存档一份，发申请人一份，发长安五洲四海大饭店有限公司一份。

长安市东方区劳动与社会保障局
(工伤认定专用章)

2011年1月16日

证据2：长安市劳动与社会保障局行政复议决定书

长安市劳动与社会保障局行政复议决定书

长劳复决字〔2011〕12号

申请人：长安五洲四海大饭店有限公司，住址：长安市东方区胜利大街12号，法定代表人：张大军，该公司董事长。

被申请人：长安市东方区劳动与社会保障局，住址：长安市东方区胜利大街10号，法定代表人：陈华军，该局局长。

第三人：王秀丽，女，汉族，1968年5月3日生，住长安市东方区平安大街3号院4-2-502室。

申请人对长安市东方区劳动与社会保障局工伤认定结论通知书〔长东劳工伤认（2006）第126号〕不服，向本机关申请行政复议。

申请人申请行政复议的理由是……

被申请人答辩的理由是……

经本机关查明……

根据《中华人民共和国行政复议法》第二十八条第一款第（一）项之规定，作出如下复议决定：维持长安市东方区劳动与社会保障局工伤认定结论通

知书 [长东劳工伤认 (2010) 第 126 号]。

申请人如不服本复议决定, 可以在收到本复议决定书之日起 15 日内向人民法院起诉。逾期不起诉又不履行复议决定的, 被申请人可以申请人民法院强制执行。

复议机关 长安市劳动与社会保障局 (盖章)

2011 年 4 月 26 日

证据 3: 《工伤认定申请表》

工伤认定申请表

申请人: 王秀丽 受伤害职工: 张浩 申请人与受伤害职工关系: 夫妻

申请人地址: 长安市东方区平安大街 3 号院 4-2-502 室。

联系电话: 010-6666888 填表日期: 2010 年 11 月 24 日

职工姓名	张浩	性别	男	出生年月	1965 年 3 月 1 日
身份证号码	420111196503014055				
工作单位	长安五洲四海大饭店有限公司				
联系电话	010-66664444				
工作岗位	停车管理员	参加工作时间	1985.3	申请、视同工伤	申请
事故时间	2010.9.20	诊断时间	2010.9.20	伤害部位	死亡
受伤害经过简述: 张浩于 2010 年 9 月 20 日早晨 6 点 20 分左右到长安五洲四海大饭店有限公司上班途中发生交通事故死亡。					
受伤害职工或亲属意见: 是工伤, 申请认定。 签字: 王秀丽 2010 年 11 月 24 日					
用人单位意见: 法定代表人签字 印章 年 月 日					
劳动保障行政部门审查资料情况和受理意见: 符合受理条件, 同意立案。 长安市东方区劳动与社会保障局 (公章) 2010 年 12 月 6 日					

证据 4：死亡证明

死亡证明

张浩，男，1965 年 3 月 1 日出生，身份证号：420111196503014055，于 2010 年 9 月 20 日因交通事故死亡。

特此证明。

长安市公安局公安交通管理局交通事故鉴定中心
2010 年 9 月 21 日

证据 5：交通事故认定书

长安市公安局公安交通管理局交通事故认定书

长交事故认〔2010〕第 204 号

2010 年 9 月 20 日 6 时 5 分，张浩骑一辆三轮车行至东方区解放西路与幸福北路交叉的路口时，被李刚驾驶的牌照号为长 A768900 的宝马汽车撞倒。

经现场勘查，事故发生原因为……

根据《道路交通事故处理办法》……本次交通事故责任认定如下：

张浩与李刚负同等责任。

……

长安市公安局公安交通管理局东方交通支队
2010 年 9 月 25 日

证据 6：结婚证

该结婚证由长安市东方区民政局于 1988 年 6 月 1 日颁发，上面记载内容为：张浩，男，1965 年 3 月 1 日出生，身份证号：420111196503014055；王秀丽，女，1968 年 5 月 3 日生，身份证号：430111196805034068；两人符合结婚登记条件，准予结婚。

证据 7：证明

证 明

兹证明张浩，男，1965 年 3 月 1 日出生，身份证号：420111196503014055，

系我单位正式职工。因我公司发展改革需要，张浩同志自2009年1月1日起在我单位待岗，其养老保险、工伤保险金由本公司负责缴纳至其到法定退休年龄。

长安御林餐饮有限责任公司人力资源部（公章）
2011年6月1日

证据8：劳动协议书

劳动协议书

甲方：长安五洲四海大饭店有限公司，住址：长安市东方区胜利大街12号，法定代表人：张大军，该公司董事长。

乙方：张浩，男，1965年3月1日出生，身份证号：420111196503014055
根据《中华人民共和国劳动法》和有关规定，甲乙双方经平等协商一致，自愿签订本合同，共同遵守本合同所列条款。

一、合同期限

甲方聘用乙方在甲方（部门）担任临时岗位工作。合同期限为三年，自2009年3月1日至2012年3月1日。

二、乙方工作内容：停车管理员

三、双方的权利与义务

1. 乙方按照甲方的安排和公司相关规定，每月工作26日，每日工作9小时。

2. 甲方每月支付乙方工资3500元。鉴于乙方在原单位享受社会保险，本公司不再为其办理社会保险。

合同经双方签字后生效，本合同一式二份，甲、乙双方各执一份。

甲方：长安五洲四海大饭店有限公司（盖章）
2009年2月20日

乙方（签名）：张浩
2009年2月20日

证据9：长安五洲四海大饭店有限公司公共区域2010年9月份排班表

此表由长安五洲四海大饭店有限公司在长安市东方区劳动与社会保障局于2010年12月调查此案时提交。根据此表，张浩在2010年9月份休假时间为9月6日、13日、20日、27日，均为周一，这四天没有排班。此表为打印好的EXCEL形式。

证据 10：医院门诊病历及收费票据（4 张）

医院门诊病历及收费票据显示：2010 年 6 月 25 日、7 月 23 日、8 月 20 日、9 月 17 日，即每个月靠近月尾的一周周五，患者张浩均到长安市人民医院内科看病开药。

证据 11：调查笔录 1

该调查笔录由东方区劳动与社会保障局对相关人员进行调查形成，形式、来源合法。记载内容为：陈平，五洲四海大饭店公司职工，系张浩生前同事，此人证言内容为：张浩早晨上班时间为 8 时 30 分，工休时间为每周周一，发生涉案交通事故当日系张浩休息日。说明：调查期间仍在该公司工作。

证据 12：调查笔录 2

该调查笔录由东方区劳动与社会保障局对相关人员进行调查形成，形式、来源合法。记载内容为：王彬，五洲四海大饭店公司职工，系张浩生前同事，此人证言内容为：张浩早晨上班时间为 7 时 30 分，工休时间为每周周一，发生涉案交通事故当日系张浩休息日。说明：调查期间仍在该公司工作。

证据 13：调查笔录 3

该调查笔录由东方区劳动与社会保障局对相关人员进行调查形成，形式、来源合法。记载内容为：苗红林，五洲四海大饭店公司职工，系张浩生前同事，此人证言内容为张浩早上 7 时上班，周五休息。说明：调查前一个月已经离开该公司。

证据 14：调查笔录 4

该调查笔录由东方区劳动与社会保障局对相关人员进行调查形成，形式、来源合法。记载内容为：王秀丽，五洲四海大饭店公司职工，系张浩妻子，此人证言内容为张浩早上 7 时上班，6 时左右从家里出发，周五休息。

证据 15：现场勘察及实验笔录

该调查笔录由东方区劳动与社会保障局对相关现场调查形成，形式、来源合法。记录内容为：经现场勘察及实验，从张浩家所在地平安大街 3 号院骑三轮车，经由解放西路与幸福北路交叉路口按照正常速度行使至长安五洲四海大饭店有限公司，大约需 50 分钟。

证据 16：五洲四海大饭店公司自行制作的路线图

该路线图表明：从张浩家所在地平安大街 3 号到长安五洲四海大饭店有限公司，正常行走不需经过解放西路与幸福北路交叉的路口。如果非要走此路口，将多走 2 公里。此路线图系五洲四海大饭店向劳动与社会保障局提交，但劳动与社会保障局在工伤认定中没有采纳此证据。

证据 17：行政法规和工伤认定相关文书

此组证据包括被告东方区劳动与社会保障局作出涉案工伤认定书所依据的法规《工伤保险条例》和涉案《工伤认定申请受理通知书》及送达回证、《工伤认定调查通知书》及送达回证、《工伤认定结论通知书》及送达回证等。

（三）争议焦点

1. 张浩发生交通事故当日是否属于工作时间？
2. 张浩发生事故的地点是否属于“上班途中”？
3. 在上班途中发生交通事故负同等责任，能否视为工伤？
4. 张浩原单位为其交纳社会保险，其在另单位工作能否成为工伤认定的对象？

第八章 ■ ■ ■

模拟法庭实验 6：行政诉讼二审程序

第一节 实验目的、案例及内容

一、实验目的

1. 掌握行政诉讼上诉状、二审答辩状、代理词、行政诉讼二审判决书、裁定书等司法文书的撰写。
2. 掌握行政诉讼二审程序开庭审理的基本环节和流程。
3. 提高法庭口头表达和应变能力。
4. 培养证据意识和证据运用能力。
5. 培养根据行政法和行政诉讼法分析和解决案件的能力。
6. 培育法律职业伦理道德。

二、实验案例

本实验与实验 5 所采用的案例相同，并要求在实验 5 的基础上选择部分案例上诉。

三、实验内容

根据我国行政法和行政诉讼法的规定，对本教程模拟实验 5 的相关案件材料进行分析和讨论，并根据自己扮演的角色写作相关司法文书，组织和参与行政诉讼二审开庭审判。

第二节 与本实验相关法律文书的写作

在行政诉讼二审程序模拟实验中，与之相关的法律文书有行政诉讼上诉状、行政答辩状、行政诉讼代理词和第二审行政判决书、裁定书 5 种。其中二审答辩状、代理词的写法同行政诉讼一审程序中答辩状和代理词的写法相同。因此，本节仅介绍行政诉讼上诉状和第二审行政判决书、裁定书的写作方法。

一、行政诉讼上诉状

(一) 概念和法律依据

行政诉讼上诉状是诉讼当事人认为人民法院一审裁判有错误，在法定的期限内向上一级人民法院提出上诉，请求撤销或者变更原裁判的文书。

我国《行政诉讼法》第58条规定，当事人不服人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起15日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。

(二) 写作格式

行政诉讼上诉状

上诉人（写明姓名、性别、年龄、民族、籍贯、职业或者工作单位和职务、住址；如果是法人或者其他组织，应写明名称、法定代表人、住所、联系地址和邮政编码等）

被上诉人（同上）

上诉人因×××一案（写明一审判决或者裁定书所指的案件名称），不服×××人民法院××××年××月××日〔××××〕字第××号判决（或者裁定），现提出上诉。

上 诉 请 求

（写明要求上诉法院解决的事由，如撤销原判、重新判决等）

上 诉 理 由

（写明一审判决或者裁定不正确的事实根据和法律依据）

此致

×××人民法院

上诉人×××（签字或者盖章）

××××年××月××日

附：本上诉状副本×份

(三) 注意事项

行政上诉状的写作与民事上诉状的写作基本相同，因此有关民事上诉状写作的注意事项也适用于行政上诉状的写作。

二、第二审行政判决书

（一）概念和法律依据

第二审行政判决书，是第二审人民法院对于当事人不服一审判决提出上诉的行政案件，依照我国行政诉讼法规定的第二审程序审理终结，就案件的实体问题依法作出维持原判或改判的书面处理决定。

我国《行政诉讼法》第61条规定，人民法院审理上诉案件，按照下列情形，分别处理：（1）原判决认定事实清楚，适用法律、法规正确的，判决驳回上诉，维持原判；（2）原判决认定事实清楚，但适用法律、法规错误的，依法改判；（3）原判决认定事实不清，证据不足，或者由于违反法定程序可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判，发回原审人民法院重审，也可以查清事实后改判。当事人对重审案件的判决、裁定，可以上诉。

（二）写作格式

×××人民法院行政判决书

〔××××〕×行终字第××号

上诉人（原审×××）（写明姓名或名称等基本情况）

被上诉人（原审×××）（写明姓名或名称等基本情况）

（当事人及其他诉讼参加人的列项和基本情况的写法，除当事人的称谓有变化外，与一审行政判决书样式相同。）

上诉人×××因×××（写明案件名称）一案，不服×××人民法院〔××××〕×行初字第××号行政判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，公开〔或不公开〕开庭审理了本案。（写明到庭的当事人、诉讼代理人等）到庭参加诉讼。本案现已审理终结。（未开庭的，写“本院依法组成合议庭，对本案进行了审理，现已审理终结。”）

（概括写明原审认定的事实和判决结果，简述上诉人的上诉请求及其主要理由和被上诉人的主要答辩内容）。

经审理查明，（写明二审认定的事实和证据）。

本院认为，（针对上诉请求和理由，就原审判决认定的事实是否清楚，适用法律、法规是否正确，有无违反法定程序，上诉理由是否成立，上诉请求是否应予支持以及被上诉人的答辩是否有理等，进行分析论证，阐明维持原判或者撤销原判予以改判的理由）。依照（写明判决所依据的法律条款项）的规定，判决如下：

[写明判决结果。分四种情况:]

第一,维持原审判决的,写:

“驳回上诉,维持原判。”

第二,对原审判决部分维持、部分撤销的,写:

“一、维持×××人民法院〔××××〕×行初字第××号行政判决第×项,即(写明维持的具体内容);

二、撤销×××人民法院〔××××〕×行初字第××号行政判决第×项,即(写明撤销的具体内容);

三、(写明对撤销部分作出的改判内容。如无需作出改判的,此项不写)。”

第三,撤销原审判决,维持行政机关的具体行为的,写:

“一、撤销×××人民法院〔××××〕×行初字第××号行政判决;

二、维持×××(行政机关名称)××××年××月××日〔××××〕×字第××号处罚决定(复议决定或其他具体行政行为)。”

第四,撤销原审判决,同时撤销或变更行政机关的具体行政行为的,写:

“一、撤销×××人民法院〔××××〕×行初字第××号行政判决;

二、撤销(或变更)×××(行政机关名称)××××年××月××日〔××××〕×字第××号处罚决定(复议决定或其他具体行政行为);

三、(写明二审法院改判结果的内容。如无需作出改判的,此项不写。)”

(写明诉讼费用的负担)。

本判决为终审判决。

审判长×××

审判员×××

审判员×××

××××年××月××日

(院印)

本件与原本核对无异

书记员×××

(三) 注意事项

1. 第二审行政判决书的写作,应当体现上诉审的特点。尤其是对上诉请求应当给予正面回答,并得出合乎逻辑的公正结论。

2. 对于第二审诉讼费用的负担,要区别情况作出决定。对驳回上诉,维持原判的案件,二审诉讼费用由上诉人承担;双方当事人都上诉的,由双方分担。对撤销原审判决,依法改判的案件,应当同时对一、二审的各项诉讼费用由谁承担,或者共同分担的问题作出决定,相应的变更一审人民法院对诉讼费

用负担的决定。

三、第二审行政裁定书

(一) 概念和法律依据

第二审行政裁定书，是二审人民法院在审理当事人不服一审判决或裁定提起上诉的行政案件中，就案件的程序问题作出的书面决定。

除了与第一审行政裁定类似的适用范围外，专门适用第二审程序的行政裁定书可分为三类：驳回上诉或者撤销一审裁定；发回重审；准许或者不准许撤回上诉。本模拟实验涉及二审裁定主要限于发回重审的裁定，因此下文仅介绍此裁定的写作方法。

我国《行政诉讼法》第61条第3项规定，人民法院审理上诉案件，原判决认定事实不清，证据不足，或者由于违反法定程序可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判，发回原审人民法院重审，也可以查清事实后改判。最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第68条规定，第二审人民法院经审理认为原审人民法院不予受理或者驳回起诉的裁定确有错误，且起诉符合法定条件的，应当裁定撤销原审人民法院的裁定，指令原审人民法院依法立案受理或者继续审理。第71条第1款规定，原审判决遗漏了必须参加诉讼的当事人或者诉讼请求的，第二审人民法院应当裁定撤销原审判决，发回重审。

(二) 写作格式

××××人民法院行政裁定书

(××××) ×行终字第××号

上诉人(原审×××)(写明姓名或名称等基本情况)

被上诉人(原审×××)(写明姓名或名称等基本情况)

(当事人及其他诉讼参加人的列项和基本情况的写法，除当事人的称谓外，与一审行政判决书样式相同。)

上诉人×××因×××(写明案件名称)一案，不服×××人民法院〔××××〕×行初字第××号行政判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，公开〔或不公开〕开庭审理了本案。(写明到庭的当事人、诉讼代理人等)到庭参加诉讼。本案现已审理终结。(未开庭的，写“本院依法组成合议庭，对本案进行了审理，现已审理终结。”)

本院认为，(写明发回重审的理由)。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第三项的规定，裁定如下：

撤销×××人民法院〔××××〕×行初字第××号行政判决；
发回×××人民法院重审。

审判长×××
审判员×××
审判员×××
××××年××月××日
(院印)
书记员×××

本件与原本核对无异

(三) 注意事项

1. 裁定书的事实和理由部分只需要简要叙述，不要求详细论证，而且不要求明确区分事实和理由。
2. 发回重审的二审行政裁定在末尾不得写“本裁定为终审裁定”。

第三节 实验操作步骤及注意事项

行政诉讼第二审程序，是上一级人民法院根据当事人的上诉，就下级人民法院的一审行政判决和裁定，在其发生法律效力前，对案件进行重新审理的程序。本实验需在行政案件一审程序模拟审判实验（本教程模拟实验5）的基础上进行。具体操作步骤如下：

一、确定参与实验的人员及角色

本实验与实验5的参与人数相同，只是部分人员的称呼由原先的原告、被告、第三人变成了上诉人或被上诉人。在实践中一审和二审的法官、书记员等不同，当事人相同，代理人则有可能相同，也有可能不同。在本模拟实验中，可以根据实验人数和实验5的结果之需要，除法官必须不同以外，当事人、代理人等也可以完全不同。

注意事项：

1. 角色的分配要体现机会均等原则。
2. 如果诉讼各方对证人在一审时提供的证言没有异议，则二审时证人没有必要出庭。

二、分析、讨论案情

1. 参与本实验的学生阅卷，熟悉案情和与本案相关的法律、法规。

2. 参与本实验的学生分为法官组（法官、书记员等）、原告组（原告及代理人）、被告组（被告及代理人）以及第三人组（第三人及代理人）讨论案情，以决定诉讼对策。

注意事项：

1. 此阶段的阅卷建议以一审判决书为切入点。在通读一审判决书的基础上，然后再阅读上诉状、一审双方代理词，以掌握诉讼各方以及一审法官的基本观点和思路，并明确案件的关键分歧之所在，最后再详细研读本案证据材料。

2. 此实验的焦点集中在一审判决是否正确的问题上，因此诉讼各方以及二审法官组应重点围绕此问题展开讨论。

三、当事人提起上诉

1. 原告、被告、第三人组的学生针对模拟实验5的判决结果，决定是否提起上诉。基于模拟实验之需要，原则上在模拟实验5中败诉的一方必须提起上诉。特殊情况下，由模拟法庭指导教师决定。

2. 决定上诉的当事人及代理人，共同研究起草上诉状。上诉状的制作方法参见本章第二节。

3. 向二审法官组递交书面上上诉状。

注意事项：

1. 当事人的上诉，只有符合法定条件，才能启动行政诉讼第二审程序。该条件是：（1）上诉必须针对未发生法律效力的一审程序的判决、裁定，其中裁定只限于不予受理、驳回起诉和管辖异议的裁定。（2）上诉人和被上诉人必须是行政诉讼第一审程序中的当事人，即原审中的原告、被告和第三人。（3）上诉必须在法定的上诉期间内提出，即自裁判文书送达之日起，如不服判决的上诉期限为15天，不服裁定的上诉期限为10天。（4）上诉方式必须合法，即当事人必须以书面的形式上诉。

2. 按照最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第65条的规定，第一审人民法院作出判决和裁定后，当事人均提起上诉的，上诉各方均为上诉人；诉讼当事人中的一部分人提出上诉，没有提出上诉的对方当事人为被上诉人，其他当事人依原审诉讼地位列明。

3. 根据我国《行政诉讼法》的规定，当事人提起上诉，应当按照其他当事人或者诉讼代表人的人数提出上诉状副本。直接向第二审人民法院提出上诉

的，第二审人民法院应当在5日内将上诉状送交原审人民法院。原审人民法院收到上诉状，应当在5日内将上诉状副本送达其他当事人，对方当事人应当在收到上诉状副本之日起10日内提出答辩状。原审人民法院应当在收到答辩状之日起5日内将副本送达当事人。原审人民法院在收到上诉状和答辩状后，应当在5日内连同全部案卷证据，报送第二审人民法院，已经预收的诉讼费用一并报送。在本模拟实验中，基于实验周期之考虑，在实验5完毕后，书记员应当将整个案卷直接送二审法官，上诉人的上诉状也应直接交二审法官，且二审法官在收到上诉状后，应当直接将上诉状副本送被上诉人。

四、法官组对上诉进行审查

法官组收到上诉状后，应当对当事人的上诉进行审查，审查的标准是判断上诉是否符合前述四个上诉条件。审查的结果是：

1. 对于符合法定条件的，应当决定受理。法院应当及时向第二审程序的各方当事人发出受理通知书，并告知相关权利和义务。
2. 对于符合法定条件，但上诉状内容有欠缺的上诉，应当告知上诉人在指定的期限内补充、更正，逾期不补充、更正的，裁定不予受理。
3. 对于不符合法定条件的上诉，应当裁定不予受理。

五、法官组庭前准备和被上诉人答辩

法官组一旦决定受理案件后，应立即进入庭前准备阶段，即：

1. 二审法官组向诉讼各方当事人发出受理通知书，告知诉讼权利和义务。
2. 二审合议庭成员审阅案卷，决定案件是否开庭审理。
3. 二审合议庭成员拟订庭审提纲。
4. 其他准备工作。如决定本案正式开庭审理时间及地点，送达开庭通知。还应当根据诉讼当事人的申请，裁定是否停止具体行政行为的执行、是否财产保全和先予执行等。

被上诉人在接到法官组送达的上诉状后，应当：

1. 制作答辩状。答辩状的制作参见前章第二节。
2. 向法官组递交答辩状和证据材料。

注意事项：

1. 人民法院审理行政上诉案件，与行政诉讼第一审程序有所不同的是，只能由审判人员组成合议庭，合议庭成员中不得有陪审员。
2. 我国《行政诉讼法》第59条规定，人民法院对上诉案件，认为事实清

楚的，可以实行书面审理。但是，最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第67条第2款规定，当事人对原审人民法院认定的事实有争议的，或者第二审人民法院认为原审人民法院认定事实不清楚的，第二审人民法院应当开庭审理。在本模拟实验中，基于实验效果之考虑，原则上要求所有二审案件都公开审理。

3. 二审合议庭成员在拟订庭审提纲时应注意：第二审人民法院审理上诉案件，应当对原审人民法院的裁判和被诉具体行政行为是否合法进行全面审查。

六、开庭审理

开庭审理是本模拟实验的集中环节，本阶段具体操作步骤如下：

（一）书记员在开庭前应依次进行下列工作

1. 查明当事人及诉讼参与人是否到庭、核对其身份、代理权限等基本情况（到庭后，检查、核对传票、授权委托书、法定代表人身份证明等）。

2. 宣布法庭纪律。

3. 宣布当事人的诉讼权利与义务。（此内容与模拟实验5中此环节内容相同）

4. 书记员：全体起立，请审判长、审判员入庭。（待审判人员就座后示意诉讼各方当事人和旁听人员落座）

5. 书记员：报告审判长，本案当事人及诉讼代理人均已到庭，法庭准备工作就绪，可以开庭。

注意事项：

在当事人及代理人未按时到庭的情况下，书记员应如实向审判长汇报，由合议庭根据相关规定决定是否开庭。我国《行政诉讼法》第48条规定，经人民法院两次合法传唤，原告无正当理由拒不到庭的，视为申请撤诉；被告无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第49条规定，原告或者上诉人经合法传唤，无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理；原告或者上诉人申请撤诉，人民法院裁定不予准许的，原告或者上诉人经合法传唤无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的，人民法院可以缺席判决。第三人经合法传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，不影响案件的审理。

（二）宣布开庭

1. 审判长宣布：现在开庭。（敲击法槌）

2. 审判长宣布：xxx人民法院今天在这里依法公开审理xxx不服xxx法院作出的〔xxxx〕x行初字第xx号行政判决一案，本案由审判员xxx、xxx、xx组成合议庭进行审理。xxx担任审判长，书记员xxx担任法庭记录。

3. 审判长宣布：现在核对当事人、代理人身份及代理权限。然后依次核对。

4. 审判长宣布：有关当事人的诉讼权利与义务，庭前书记员已向双方当事人进行了宣读，双方当事人是否听懂？然后分别询问诉讼各方当事人。

5. 审判长宣布：本案各方当事人及诉讼代理人的身份及代理权限核对无误，符合法律规定，可以参加本案诉讼。

6. 审判长宣布：根据法律规定，审判人员、书记员有下列情形之一的，当事人可以申请回避。就是你们认为法庭审判人员、书记员与本案有直接利害关系或者有其他关系，可能影响公正审判的，以书面形式提出事实理由申请回避。然后分别询问各方当事人是否申请回避。

注意事项：

1. 有关诉讼权利、义务的告知一般是在宣布开庭后由审判长告知，有时则在宣布开庭前由书记员告知。对此问题，行政诉讼法及相关司法解释并没有明确规定。本书模拟实验5采取的是由审判长告知，实验6则是在开庭前由书记员告知，然后开庭后再由审判长核实。

2. 我国《行政诉讼法》第45条规定，人民法院公开审理行政案件，但涉及国家秘密、个人隐私和法律另有规定的除外。本课程模拟实验所有案件均不涉及国家秘密，因此一律要求公开开庭审理。

3. 行政诉讼中有关申请回避的处理程序，参见本书模拟实验3和模拟实验4部分。

（三）法庭调查

1. 审判长宣布：法庭准备阶段结束，现在开始法庭调查。首先由上诉人宣读上诉状或口头陈述上诉理由。

2. 上诉人宣读上诉状或口头陈述上诉理由。

3. 审判长宣布：下面由被上诉人针对上诉状进行答辩。

4. 被上诉人针对上诉状答辩。

5. 审判长宣布：根据上诉人上诉理由和被上诉人的答辩，本庭总结本案争议焦点如下……当事人对上述总结的争议焦点有无异议？（然后分别询问上诉人、被上诉人；在诉讼双方当事人均无异议的情况下，进入以下环节，如有

异议，则在当事人说明后，重新确定本案争议焦点)

6. 审判长：下面由上诉人（仅限原审原告）向法庭提交新证据。

7. 上诉人向法庭提交新证据。

8. 被上诉人进行质证。

9. 审判长：下面由诉讼当事人对一审认定的有争议的证据进行质证。首先请上诉人对一审中认定的××证据发表质证意见。

10. 上诉人发表质证意见；对方当事人发表质证意见。

11. 审判长：针对本案争议的事实，经审判长许可，当事人可以相互发问。

12. 在审判长的主持下，当事人相互发问。

13. 在必要的情况下，审判人员可以向当事人发问。

14. 审判长宣布：法庭调查结束。

注意事项：

1. 根据最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 50 条的规定，在第二审程序中，法庭证据调查的范围是：对当事人提供的新的证据，法庭应当进行质证；当事人对第一审认定的证据仍有争议的，法庭也应当进行质证。

2. 根据最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 52 条规定，当事人可以在二审程序中提交的新证据是指以下证据：（1）在一审程序中应当准予延期提供而未获准许的证据；（2）当事人在一审程序中依法申请调取而未获准许或者未取得，人民法院在第二审程序中调取的证据；（3）原告或者第三人提供的在举证期限届满后发现的证据。

3. 需要特别指出的是，基于行政行为及行政诉讼特殊性之考虑，行政机关在行政诉讼中负有举证责任，应当在收到起诉状副本之日起 10 日内，提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据；原告或者第三人提出其在行政程序中没有提出反驳理由或者证据的，经人民法院准许，被告可以在第一审程序中补充相应的证据。在诉讼过程中，被告及其诉讼代理人不得自行向原告和证人收集证据。根据这些规定和立法精神，作出具体行政行为的行政主体在二审中无权提出新的证据。

4. 在本轮证据调查中，如有证人出庭作证，其操作程序及注意事项参见本教程模拟实验 5 的相关部分。

（四）法庭辩论

1. 审判长宣布：法庭调查结束，下面开始法庭辩论，双方应围绕争议焦点进行。（在审判长的主持下，按照上诉人、被上诉人的次序发表第一轮辩论意见）

2. 上诉人发表辩论意见。

3. 被上诉人发表辩论意见。

4. 审判长：双方还有无新的辩论意见。（按照上诉人、被上诉人的次序征求各方意见。如有，在审判长的主持下，按照上诉人、被上诉人的程序发表新一轮辩护意见，直至双方都无新的意见为止。）

5. 审判长宣布：法庭辩论结束。依据法律规定，当事人有最后陈述的权利（分别询问双方当事人）。

6. 按照上诉人、被上诉人的次序，当事人作最后陈述。

（五）法庭调解

1. 审判长宣布：依据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十七条第三款之规定，现在进行法庭调解。

2. 审判长征询双方当事人的调解意愿。双方当事人均表示愿意调解的，合议庭可组织调解；有一方当事人不同意调解的，审判长宣布：终结调解。视实际情况决定是否宣布休庭。

3. 合议庭组织调解。经确认各方当事人均有调解意愿的，审判长宣布：现由法庭组织调解。调解的具体程序是：

（1）先由原告方提出调解方案，然后审判长征询被告意见。

（2）如被告同意原告的调解方案，法庭予以审查确认；被告拒绝的，则由被告提出新的调解方案，并征询原告的意见。

（3）原告同意被告提出新的调解方案的，法庭予以审查确认；原告拒绝的，法庭可以再进行调解或者终止调解程序。

（4）当事人各方提出的调解方案均被对方拒绝的，法庭可以提出调解方案，并征询当事人的意见。

（5）若当事人双方达成调解协议，合议庭经审查确认协议内容的合法性和当事人意思表示的真实性后，制作调解书。

（6）调解书送达诉讼双方当事人，当事人签收调解书。

（7）调解成功，审判长宣布闭庭。（敲击法槌）

（8）若调解不成功，则审判长宣布：法庭调解结束，现在休庭。

注意事项：

我国《行政诉讼法》第 67 条第 3 款规定，赔偿诉讼可以调解。与此同

时,我国《行政诉讼法》第50条还规定,人民法院审理行政案件,不适用调解。据此,人民法院审理行政案件,原则上不适用调解,只有在行政赔偿诉讼中可以进行调解。

(六) 合议庭评议

1. 审判长宣布:现在休庭。(同时敲击法槌)
2. 合议庭退庭评议。

注意事项:

1. 我国《行政诉讼法》第61条规定,人民法院审理上诉案件,按照下列情形,分别处理:(1) 原判决认定事实清楚,适用法律、法规正确的,判决驳回上诉,维持原判;(2) 原判决认定事实清楚,但适用法律、法规错误的,依法改判;(3) 原判决认定事实不清,证据不足,或者由于违反法定程序可能影响案件正确判决的,裁定撤销原判,发回原审人民法院重审,也可以查清事实后改判。

2. 最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第70条规定,人民法院审理上诉案件,需要改变原审判决的,应当同时对被诉具体行政行为作出判决。第71条规定,原审判决遗漏了必须参加诉讼的当事人或者诉讼请求的,第二审人民法院应当裁定撤销原判,发回重审;原审判决遗漏行政赔偿请求,第二审人民法院经审理认为依法不应予以赔偿的,应当判决驳回行政赔偿请求;原审判决遗漏行政赔偿请求,第二审人民法院经审理认为依法应当予以赔偿的,在确认被诉具体行政行为违法的同时,可以就行政赔偿问题进行调解;调解不成的,应当就行政赔偿部分发回重审;当事人在第二审期间提出行政赔偿请求的,第二审人民法院可以进行调解;调解不成的,应当告知当事人另行起诉。

(七) 合议庭宣判

1. 书记员宣布:全体起立,请审判长、审判员入庭。
2. 待合议庭成员坐定后,书记员宣布:请坐下。
3. 审判长宣布:现在继续开庭。
4. 审判长宣布判决内容,包括认证结论、裁判理由、裁判结果及诉讼费用的负担。
5. 在审判长宣告最终的裁判结果前,由书记员宣布:全体起立。
6. 然后审判长宣布最终的判决结果。判决结果宣判完毕,审判长敲击

法槌。

7. 书记员宣布：请坐下。（全体坐下）
8. 审判长宣布：现在闭庭！（敲击法槌）

注意事项：

行政诉讼二审宣判程序与一审宣判程序基本相同。

不同之处在于：在一审宣判后，合议庭应当告知当事人享有上诉权及上诉权行使的方式；二审宣判程序无此要求。

（八）当事人审阅笔录并签名

1. 散庭后，书记员向诉讼参加人交代阅读笔录的时间和地点。能够当庭阅读庭审笔录的，请诉讼参加人阅读并签名。
2. 诉讼参加人阅读笔录并签名。

七、庭后诉讼文书的整理及归档

在开庭审理完毕后，参与实验的诉讼各方应完成相关诉讼文书的写作和归档，具体是：

1. 扮演代理人的学生将修改好的代理词提交给法官组。
2. 法官组的学生应当制作二审判决书。判决书的制作方法参见本章第二节。
3. 扮演书记员的学生，按照以下次序将本案的主要材料装订成册，归档备查：（1）卷宗封面；（2）卷内目录；（3）一审判决、裁定书；（4）上诉状；（5）答辩状；（6）二审审判笔录；（7）上诉方代理词；（8）被上诉方代理词；（9）二审判决书、裁定书；（10）卷底。
4. 经审判长签字确认后，书记员将整理好的卷宗提交指导教师存档。

八、实验总结与评价

1. 自评。参与实验的学生对自己在实验中的表现、优点及不足进行总结。
2. 互评。其他学生对该实验及实验人员的表现作出评价。
3. 点评。指导教师对本次实验作总结性点评。

附录一^①



法官行为规范（节选）^②

（最高人民法院 2005 年 11 月 4 日发布试行，2010 年 12 月 6 日修订后发布正式施行）

为大力弘扬“公正、廉洁、为民”的司法核心价值观，规范法官基本行为，树立良好的司法职业形象，根据《中华人民共和国法官法》和《中华人民共和国公务员法》等法律，制定本规范。

一、一般规定

第一条 忠诚坚定。坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上，在思想上和行动上与党中央保持一致，不得有违背党和国家基本政策以及社会主义司法制度的言行。

第二条 公正司法。坚持以事实为根据、以法律为准绳，平等对待各方当事人，确保实体公正、程序公正和形象公正，努力实现办案法律效果和社会效果的有机统一，不得滥用职权、枉法裁判。

第三条 高效办案。树立效率意识，科学合理安排工作，在法定期限内及时履行职责，努力提高办案效率，不得无故拖延、贻误工作、浪费司法资源。

第四条 清正廉洁。遵守各项廉政规定，不得利用法官职务和身份谋取不正当利益，不得为当事人介绍代理人、辩护人以及中介机构，不得为律师、其他人员介绍案源或者给予其他不当协助。

第五条 一心为民。落实司法为民的各项规定和要求，做到听民声、察民情、知民意，坚持能动司法，树立服务意识，做好诉讼指导、风险提示、法律释明等便民服务，避免“冷硬横推”等不良作风。

^① 与模拟法庭相关的法律、法规及司法解释很多，限于篇幅，本教程着重从法庭言行规范的角度列举了相关规定。

^② 最高人民法院法发〔2010〕54号。

第六条 严守纪律。遵守各项纪律规定，不得泄露在审判工作中获取的国家秘密、商业秘密、个人隐私等，不得过问、干预和影响他人正在审理的案件，不得随意发表有损生效裁判严肃性和权威性的言论。

第七条 敬业奉献。热爱人民司法事业，增强职业使命感和荣誉感，加强业务学习，提高司法能力，恪尽职守，任劳任怨，无私奉献，不得麻痹懈怠、玩忽职守。

第八条 加强修养。坚持学习，不断提高自身素质；遵守司法礼仪，执行着装规定，言语文明，举止得体，不得浓妆艳抹，不得佩带与法官身份不相称的饰物，不得参加有损司法职业形象的活动。

三、庭审

第二十六条 基本要求

- (一) 规范庭审言行，树立良好形象；
- (二) 增强庭审驾驭能力，确保审判质量；
- (三) 严格遵循庭审程序，平等保护当事人诉讼权利；
- (四) 维护庭审秩序，保障审判活动顺利进行。

第二十七条 开庭前的准备

- (一) 在法定期限内及时通知诉讼各方开庭时间和地点；
- (二) 公开审理的，应当在法定期限内及时公告；
- (三) 当事人申请不公开审理的，应当及时审查，符合法定条件的，应当准许；不符合法定条件的，应当公开审理并解释理由；
- (四) 需要进行庭前证据交换的，应当及时提醒，并主动告知举证时限；
- (五) 当事人申请法院调取证据的，如确属当事人无法收集的证据，应当及时调查收集，不得拖延；证据调取不到的，应当主动告知原因；如属于当事人可以自行收集的证据，应当告知其自行收集；
- (六) 自觉遵守关于回避的法律规定和相关制度，对当事人提出的申请回避请求不予同意的，应当向当事人说明理由；
- (七) 审理当事人情绪激烈、矛盾容易激化的案件，应当在庭前做好工作预案，防止发生恶性事件。

第二十八条 原定开庭时间需要更改

- (一) 不得无故更改开庭时间；
- (二) 因特殊情况确需延期的，应当立即通知当事人及其他诉讼参加人；
- (三) 无法通知的，应当安排人员在原定庭审时间和地点向当事人及其他诉讼参加人解释。

第二十九条 出庭时注意事项

- (一) 准时出庭，不迟到，不早退，不缺席；
- (二) 在进入法庭前必须更换好法官服或者法袍，并保持整洁和庄重，严禁着便装出庭；合议庭成员出庭的着装应当保持统一；
- (三) 设立法官通道的，应当走法官通道；
- (四) 一般在当事人、代理人、辩护人、公诉人等人庭后进入法庭，但前述人员迟到、拒不到庭的除外；
- (五) 不得与诉讼各方随意打招呼，不得与一方有特别亲密的言行；
- (六) 严禁酒后出庭。

第三十条 庭审中的言行

- (一) 坐姿端正，杜绝各种不雅动作；
- (二) 集中精力，专注庭审，不做与庭审活动无关的事；
- (三) 不得在审判席上吸烟、闲聊或者打瞌睡，不得接打电话，不得随意离开审判席；
- (四) 平等对待与庭审活动有关的人员，不与诉讼中的任何一方有亲近的表示；
- (五) 礼貌示意当事人及其他诉讼参加人发言；
- (六) 不得用带有倾向性的语言进行提问，不得与当事人及其他诉讼参加人争吵；
- (七) 严格按照规定使用法槌，敲击法槌的轻重应当以旁听区能够听见为宜。

第三十一条 对诉讼各方陈述、辩论时间的分配与控制

- (一) 根据案情和审理需要，公平、合理地分配诉讼各方在庭审中的陈述及辩论时间；
- (二) 不得随意打断当事人、代理人、辩护人等的陈述；
- (三) 当事人、代理人、辩护人发表意见重复或与案件无关的，要适当提醒制止，不得以生硬言辞进行指责。

第三十二条 当事人使用方言或者少数民族语言

- (一) 诉讼一方只能讲方言的，应当准许；他方表示不通晓的，可以由懂方言的人用普通话进行复述，复述应当准确无误；
- (二) 使用少数民族语言陈述，他方表示不通晓的，应当为其配备翻译。

第三十三条 当事人情绪激动，在法庭上喊冤或者鸣不平

- (一) 重申当事人必须遵守法庭纪律，法庭将会依法给其陈述时间；
- (二) 当事人不听劝阻的，应当及时制止；

(三) 制止无效的, 依照有关规定作出适当处置。

第三十四条 诉讼各方发生争执或者进行人身攻击

(一) 及时制止, 并对各方进行批评教育, 不得偏袒一方;

(二) 告诫各方必须围绕案件依序陈述;

(三) 对不听劝阻的, 依照有关规定作出适当处置。

第三十五条 当事人在庭审笔录上签字

(一) 应当告知当事人庭审笔录的法律效力, 将庭审笔录交其阅读; 无阅读能力的, 应当向其宣读, 确认无误后再签字、捺印;

(二) 当事人指出记录有遗漏或者差错的, 经核实后要当场补正并要求当事人在补正处签字、捺印; 无遗漏或者差错不应当补正的, 应当将其申请记录在案;

(三) 未经当事人阅读核对, 不得要求其签字、捺印;

(四) 当事人放弃阅读核对的, 应当要求其签字、捺印; 当事人不阅读又不签字、捺印的, 应当将情况记录在案。

第三十六条 宣判时注意事项

(一) 宣告判决, 一律公开进行;

(二) 宣判时, 合议庭成员或者独任法官应当起立, 宣读裁判文书声音要洪亮、清晰、准确无误;

(三) 当庭宣判的, 应当宣告裁判事项, 简要说明裁判理由并告知裁判文书送达的法定期限;

(四) 定期宣判的, 应当在宣判后立即送达裁判文书;

(五) 宣判后, 对诉讼各方不能赞赏或者指责, 对诉讼各方提出的质疑, 应当耐心做好解释工作。

四、诉讼调解

第三十九条 基本要求

(一) 树立调解理念, 增强调解意识, 坚持“调解优先、调判结合”, 充分发挥调解在解决纠纷中的作用;

(二) 切实遵循合法、自愿原则, 防止不当调解、片面追求调解率;

(三) 讲究方式方法, 提高调解能力, 努力实现案结事了。

第四十条 在调解过程中与当事人接触

(一) 应当征询各方当事人的调解意愿;

(二) 根据案件的具体情况, 可以分别与各方当事人做调解工作;

(三) 在与一方当事人接触时, 应当保持公平, 避免他方当事人对法官的

中立性产生合理怀疑。

第四十一条 只有当事人的代理人参加调解

(一) 认真审查代理人是否有特别授权, 有特别授权的, 可以由其直接参加调解;

(二) 未经特别授权的, 可以参与调解, 达成调解协议的, 应当由当事人签字或者盖章, 也可以由当事人补办特别授权追认手续, 必要时, 可以要求当事人亲自参加调解。

第四十二条 一方当事人表示不愿意调解

(一) 有调解可能的, 应当采用多种方式, 积极引导调解;

(二) 当事人坚持不愿调解的, 不得强迫调解。

第四十三条 调解协议损害他人利益

(一) 告知参与调解的当事人应当对涉及他人权利、义务的约定进行修正;

(二) 发现调解协议有损他人利益的, 不得确认该调解协议内容的效力。

第四十四条 调解过程中当事人要求对责任问题表态

应当根据案件事实、法律规定以及调解的实际需要进行表态, 注意方式方法, 努力促成当事人达成调解协议。

第四十五条 当事人对调解方案有分歧

(一) 继续做好协调工作, 尽量缩小当事人之间的分歧, 以便当事人重新选择, 争取调解结案;

(二) 分歧较大且确实难以调解的, 应当及时依法裁判。

五、文书制作

第四十六条 基本要求

(一) 严格遵守格式和规范, 提高裁判文书制作能力, 确保裁判文书质量, 维护裁判文书的严肃性和权威性;

(二) 普通程序案件的裁判文书应当内容全面、说理透彻、逻辑严密、用语规范、文字精练;

(三) 简易程序案件的裁判文书应当简练、准确、规范;

(四) 组成合议庭审理的案件的裁判文书要反映多数人的意见。

第四十七条 裁判文书质量责任的承担

(一) 案件承办法官或者独任法官对裁判文书质量负主要责任, 其他合议庭成员对裁判文书负有次要责任;

(二) 对裁判文书负责审核、签发的法官, 应当做到严格审查、认真

把关。

第四十八条 对审判程序及审判全过程的叙述

(一) 准确叙述当事人的名称、案由、立案时间、开庭审理时间、诉讼参加人到庭等情况；

(二) 简易程序转为普通程序的，应当写明转换程序的时间和理由；

(三) 追加、变更当事人的，应当写明追加、变更的时间、理由等情况；

(四) 应当如实叙述审理管辖异议、委托司法鉴定、评估、审计、延期审理等环节的流程等一些重要事项。

第四十九条 对诉讼各方诉状、答辩状的归纳

(一) 简要、准确归纳诉讼各方的诉、辩主张；

(二) 应当公平、合理分配篇幅。

第五十条 对当事人质证过程和争议焦点的叙述

(一) 简述开庭前证据交换和庭审质证阶段各方当事人质证过程；

(二) 准确概括各方当事人争议的焦点；

(三) 案件事实、法律关系较复杂的，应当在准确归纳争议焦点的基础上分段、分节叙述。

第五十一条 普通程序案件的裁判文书对事实认定部分的叙述

(一) 表述客观，逻辑严密，用词准确，避免使用明显的褒贬词汇；

(二) 准确分析说明各方当事人提交证据采信与否的理由以及被采信的证据能够证明的事实；

(三) 对证明责任、证据的证明力以及证明标准等问题应当进行合理解释。

第五十二条 对普通程序案件定性及审理结果的分析论证

(一) 应当进行准确、客观、简练的说理，对答辩意见、辩护意见、代理意见等是否采纳要阐述理由；

(二) 审理刑事案件，应当根据法律、司法解释的有关规定并结合案件具体事实做出有罪或者无罪的判决，确定有罪的，对法定、酌定的从重、从轻、减轻、免除处罚情节等进行分析认定；

(三) 审理民事案件，应当根据法律、法规、司法解释的有关规定，结合个案具体情况，理清案件法律关系，对当事人之间的权利义务关系、责任承担及责任大小等进行详细的归纳评判；

(四) 审理行政案件，应当根据法律、法规、司法解释的有关规定，结合案件事实，就行政机关及其工作人员所作的具体行政行为是否合法，原告的合法权益是否被侵害，与涉诉具体行政行为之间是否存在因果关系等进行分析

论证。

第五十三条 法律条文的引用

(一) 在裁判理由部分应当引用法律条款原文，必须引用到法律的条、款、项；

(二) 说理中涉及多个争议问题的，应当一论一引；

(三) 在判决主文理由部分最终援引法律依据时，只引用法律条款序号。

第五十四条 裁判文书宣告或者送达后发现文字差错

(一) 对一般文字差错或者病句，应当及时向当事人说明情况并收回裁判文书，以校对章补正或者重新制作裁判文书；

(二) 对重要文字差错或者病句，能立即收回的，当场及时收回并重新制作；无法立即收回的，应当制作裁定予以补正。

第九十六条 本规范自发布之日起施行，最高人民法院2005年11月4日发布的《法官行为规范（试行）》同时废止。

人民法院法庭规则^①

第一条 为维护法庭秩序，保障审判活动的正常进行，根据《中华人民共和国民事诉讼法》和其他有关法律的规定，制定本规则。

第二条 人民法院开庭审理案件时，合议庭的审判长或者独任审判的审判员主持法庭的审判活动，指挥司法警察维持法庭秩序。

第三条 法庭正面应当悬挂国徽。

第四条 出庭的审判人员、书记员、公诉人或者抗诉人、司法警察应当按照规定着装；出庭的辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人、勘验人、翻译人员和其他诉讼参与人应当衣着整洁。

第五条 审判人员进入法庭和审判长或者独任审判员宣告法院判决时，全体人员应当起立。

第六条 审判人员应当严格按照法律规定的诉讼程序进行审判活动，保障诉讼参与人的诉讼权利。

第七条 诉讼参与人应当遵守法庭规则，维护法庭秩序，不得喧哗、吵闹；发言、陈述和辩论，须经审判长或者独任审判员许可。

第八条 公开审理的案件，公民可以旁听；根据法庭场所和参加旁听人数

^① 最高人民法院法发〔1993〕40号。

等情况，需要时，持人民法院发出的旁听证进入法庭。

下列人员不得旁听：（1）未成年人（经法院批准的除外）；（2）精神病人和醉酒的人；（3）其他不宜旁听的人。

第九条 旁听人员必须遵守下列纪律：（1）不得录音、录像和摄影；（2）不得随意走动和进入审判区；（3）不得发言、提问；（4）不得鼓掌、喧哗、哄闹和实施其他妨害审判活动的行为。

第十条 新闻记者旁听应遵守本规则。未经审判长或者独任审判员许可，不得在庭审过程中录音、录像、摄影。

第十一条 对于违反法庭规则的人，审判长或者独任审判员可以口头警告、训诫，也可以没收录音、录像和摄影器材，责令退出法庭或者经院长批准予以罚款、拘留。

第十二条 对哄闹、冲击法庭，侮辱、诽谤、威胁、殴打审判人员等严重扰乱法庭秩序的人，依法追究刑事责任；情节较轻的，予以罚款、拘留。

第十三条 对违反法庭规则的人采取强制措施，由司法警察执行。

第十四条 外国人或者外国记者旁听，应当遵守本规则。

第十五条 本规则自1994年1月1日起施行，《中华人民共和国人民法院法庭规则（试行）》同时废止。

人民法院司法警察值庭规则^①

第一条 为保证人民法院审判工作的顺利进行，规范人民法院司法警察的值庭活动，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国行政诉讼法》、《中华人民共和国人民法院法庭规则》和《人民法院司法警察暂行条例》的有关规定，制定本规则。

第二条 值庭是人民法院司法警察在法庭审判活动中，为维护法庭秩序，保证参与审判活动人员的安全，保证审判活动顺利进行所实施的职务行为。

第三条 值庭的司法警察在法庭审判活动中，根据审判长、独任审判员的指令，依法履行职责。

第四条 值庭前的准备工作由司法警察部门组织落实：

（1）根据庭审活动的时间、规模、类型、诉讼参与人的数量、场地条件等情况，选派司法警察值庭；

^① 最高人民法院法发〔2003〕13号。

- (2) 制订实施方案和处置突发事件的应急措施；
- (3) 与相关部门联系，交换意见，明确任务。

第五条 司法警察值庭的职责：

- (1) 警卫法庭，维护法庭秩序；
- (2) 保障参与审判活动人员的安全；
- (3) 传唤证人、鉴定人；
- (4) 传递、展示证据；
- (5) 制止妨害审判活动的行为。

第六条 司法警察值庭时，应当按照规定着警服、佩戴警衔专用标志，警容严整。女司法警察不得浓妆、披发、戴饰物。

第七条 值庭的司法警察，应当依照《人民警察使用警械和武器条例》的规定，配备、使用警械和武器。

第八条 对旁听人员，值庭的司法警察应当进行安全检查。发现未成年人、精神病人、醉酒的人和其他不宜旁听的人员，应当阻止或者劝其退出审判法庭。

第九条 司法警察值庭时，应当站立于审判台侧面，背向审判台，面向旁听席。根据需要采取立正、跨立姿势或坐姿。法庭宣判时采取立正姿势；法庭调查开始后采取坐姿。值庭时间超过一小时可替换。出入法庭时应以齐步动作行进。

第十条 值庭的司法警察接取、传递、展示证据时，应注意安全。

第十一条 值庭的司法警察传唤证人时，应当打开通道门，引导证人到达指定位置。

第十二条 对旁听人员违反下列法庭纪律的，值庭的司法警察应当予以劝阻、制止：

- (1) 未经允许录音、摄影和录像；
- (2) 随意走动或擅自进入审判区；
- (3) 鼓掌、喧哗、哄闹；
- (4) 擅自发言、提问；
- (5) 吸烟或随地吐痰；
- (6) 使用通讯工具；
- (7) 其他违反法庭纪律的行为。

第十三条 对下列行为，值庭的司法警察可以依法采取强制措施：

- (1) 未经许可进入审判区，经劝阻、制止无效或者有违法犯罪嫌疑的；
- (2) 严重违法法庭纪律，经劝阻、制止无效的；

(3) 哄闹、冲击法庭，侮辱、威胁、殴打参与审判活动人员等严重扰乱法庭秩序的。

第十四条 司法警察值庭时可以采取的强制措施包括：责令退出、强制带离、强行扣押、收缴、检查等。

第十五条 司法警察值庭时应提高警惕，防止当事人自伤、自杀、行凶、脱逃等行为的发生。遇有突发事件，应全力以赴，沉着应对，果断处置。

第十六条 司法警察值庭时，应当遵守法庭纪律，精神集中，举止端庄，行为文明，态度严肃。不得擅自离岗，不得让无关人员接触当事人，不得侮辱或变相体罚当事人以及实施其他妨害审判活动的行为。

第十七条 司法警察值庭时违反本规则的，依据《中华人民共和国人民警察法》处理。

第十八条 本规则自发布之日起实行。

人民法院法官袍穿着规定^①

为增强法官的职业责任感，进一步树立法官公正审判形象，现就法官袍穿着问题规定如下：

第一条 人民法院的法官配备法官袍。

第二条 法官在下列场合应当穿着法官袍：

- (1) 审判法庭开庭审判案件；
- (2) 出席法官任命或者授予法官等级仪式。

第三条 法官在下列场合可以穿着法官袍：

- (1) 出席重大外事活动；
- (2) 出席重大法律纪念、庆典活动。

第四条 法官在本规定第2条、第3条之外的其他场合，不得穿着法官袍，其他人员在任何场合不得穿着法官袍。

第五条 暂不具备条件的基层人民法院，开庭审判案件时可以不穿着法官袍，具体办法由各高级人民法院根据当地的具体情况制定。

第六条 法官袍应当妥善保管，保持整洁。

第七条 有关法官袍穿着规定与本规定不一致的，以本规定为准。

^① 最高人民法院法发〔2002〕3号。

人民法院法槌使用规定^①

为维护法庭秩序，保障审判活动的正常进行，现就人民法院法槌使用问题规定如下：

第一条 人民法院审判人员在审判法庭开庭审理案件时使用法槌。

适用普通程序审理案件时，由审判长使用法槌；适用简易程序审理案件时，由独任审判员使用法槌。

第二条 有下列情形之一的，应当使用法槌：

- (1) 宣布开庭、继续开庭；
- (2) 宣布休庭、闭庭；
- (3) 宣布判决、裁定。

第三条 有下列情形之一的，可以使用法槌：

(1) 诉讼参与人、旁听人员违反《中华人民共和国民事诉讼法法庭规则》，妨害审判活动，扰乱法庭秩序的；

- (2) 诉讼参与人的陈述与本案无关或者重复陈述的；
- (3) 审判长或者独任审判员认为有必要使用法槌的其他情形。

第四条 法槌应当放置在审判长或者独任审判员的法台前方。

第五条 审判长、独任审判员使用法槌的程序如下：

- (1) 宣布开庭、继续开庭时，先敲击法槌，后宣布开庭、继续开庭；
- (2) 宣布休庭、闭庭时，先宣布休庭、闭庭，后敲击法槌；
- (3) 宣布判决、裁定时，先宣布判决、裁定，后敲击法槌；
- (4) 其他情形使用法槌时，应当先敲击法槌，后对庭审进程作出指令。

审判长、独任审判员在使用法槌时，一般敲击一次。

第六条 诉讼参与人、旁听人员在听到槌声后，应当立即停止发言和违反法庭规则的行为；仍继续其行为的，审判长、独任审判员可以分别情形，依照《中华人民共和国民事诉讼法法庭规则》的有关规定予以处理。

第七条 法槌由最高人民法院监制。

第八条 本规定（试行）自2002年6月1日起施行。

^① 最高人民法院法发〔2002〕1号。

公诉人出庭行为规范^①

语言规范

一、称谓

1. 公诉人可以自称为“公诉人”或者“本公诉人”。
2. 对合议庭组成人员应当分别称“审判长、审判员（人民陪审员）”或统称“合议庭”。向法庭提出要求时应当称“审判长”；当某阶段活动完毕或发表公诉意见时应当称“审判长、审判员（人民陪审员）”。
3. 多名被告人聘请辩护人的，应当称“被告人×××的辩护人”，一名被告人聘请两名辩护人的，应当称“被告人×××的第一辩护人”、“被告人×××的第二辩护人”。
4. 在讯问中，对被告人应当称“被告人”，也可以根据具体情况称“你”。

二、每个阶段的规范用语

（一）法庭调查

1. 宣读起诉书应从“×××人民检察院起诉书”开始至“检察员×××”结束。宣读完毕后，应面向审判长告知：“审判长，起诉书宣读完毕。”
2. 公诉人提请审判长制止的方式可以是：“反对。审判长，刚才……（例：辩护人向被告人提问是诱导性的。）”或：“审判长，……（例：被告人当庭使用污言秽语，有损法庭庄严的形象，应予制止。）”
3. 讯问暂时告一段落时，公诉人应向审判长说明：“审判长，对被告人×××的讯问暂时到此。”
4. 如果需要继续对被告人讯问的，应当向审判长申请：“审判长，公诉人需要补充讯问被告人×××。”得到准许后再讯问。前述申请不得打断辩护人、诉讼代理人正在进行的提问。
5. 每出示、宣读或播放一份（组）证据后，应说明“×××证据出示、宣读或播放完毕。”也可以根据案情在证据全部出示完毕后再向法庭说明。
6. 所有证据出示完毕后，公诉人应向审判长说明：“审判长，本案的有关

^① 最高人民法院〔2004〕高检诉发第107号。

证据现已全部出示完毕，以上证据确实、充分，足以证明起诉书指控的犯罪事实和情节，请合议庭依法采信。”

（二）法庭辩论

1. 公诉意见发表完毕，公诉人应告知审判长：“审判长，公诉意见发表完毕。”

2. 公诉意见已经阐明，但被告人（或其辩护人）仍重复公诉人已经答辩过的意见时，公诉人应向法庭说明：“审判长，被告人（或其辩护人）所提意见，公诉人已在上一轮的辩论中作出答辩，鉴于被告人（或其辩护人）没有提出新的意见，公诉人不作重复答辩”。

3. 法庭辩论阶段，公诉人还有新的答辩意见，而审判长未征求公诉人意见即结束法庭辩论时，公诉人应向审判长提出：“审判长，公诉人的答辩意见还没有发表完毕，请恢复法庭辩论或者允许公诉人补充进行答辩。”

（三）延期审理及宣判

1. 在法庭审理过程中，遇有《中华人民共和国刑事诉讼法》第165条、《人民检察院刑事诉讼规则》第348条规定的情况，公诉人应当要求法庭延期审理：“审判长，鉴于……情况，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第165条的规定，特提请法庭延期审理。”

2. 宣告判决后，公诉人一般不发表意见，如果审判长征求公诉人的意见，公诉人可以回答：“审判长，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第183条规定，本院将依法对本案的判决进行审查，如有意见，将由本院在法定期限内正式提出。”

行为规范

一、着装

按照最高人民法院《关于人民检察院服装管理规定（试行）》中的规定要求着装，佩戴胸徽和制式领带。做到仪表整洁，举止得体，并遵守下列规定：

- （1）不得挽袖子、卷裤腿、穿拖鞋。
- （2）不得染发、化浓妆、涂彩色指甲。
- （3）不得戴耳环、佩项链及其他饰物，男同志不得留长发、剃光头、蓄胡须。
- （4）不得佩戴除检察胸徽以外的徽章。
- （5）不得有其他与公诉人形象不符的服饰、发型和举止。

二、出席法庭的一般规定

1. 公诉人出席法庭应携带按照最高人民检察院规定统一制发的出庭文件夹。步入法庭后向旁听席露出文件夹上的检察徽章。多名公诉人出庭的，应按照规定顺序进入法庭，第一公诉人坐在靠近审判席的一侧。如案件材料较多，可将有关材料先行放到公诉席上。

2. 尊重审判人员，尊重审判长依法进行的诉讼指挥，遵守法庭纪律，维护诉讼参加人的合法权益。不得随意离开法庭。确实需要离开法庭的，应当经审判长同意或提请法庭休庭。

3. 公诉人出席支持公诉发现法庭审理案件严重违反法律规定的诉讼程序或严重侵犯诉讼参与人合法权益，影响案件公正审理的，应当在庭后及时向本院检察长报告，并根据需要提出意见。但是如不当庭指出可能严重影响公正审判或者可能造成难以弥补的损失，公诉人可以当庭指出并于庭后及时向本院检察长报告。

三、每个阶段的行为规范

（一）庭前准备

备齐出庭所需的案件卷宗、出庭预案及相关法律法规文件和示证所需的设备。

（二）法庭调查

1. 讯问被告人，应首先告知其应当如实回答讯问。

询问被害人应当告知其应当如实陈述和有意作虚假陈述要承担的法律责任。

讯问共同犯罪案件的被告人，询问证人、鉴定人，应当分别进行。必要时可以建议法庭传唤有关被告人、证人同时到庭对质。

2. 公诉人当庭讯问被告人应遵守下列要求：

- （1）应在起诉书指控的范围内，围绕对被告人的定罪量刑进行讯问。
- （2）应具有针对性，目的明确，有利于公正审判。
- （3）同一事实，一般不应重复讯问，但确需强调的除外。
- （4）不得使用有损人格或带有人身攻击性的语言进行讯问。
- （5）不得采取威胁、诱导等不正当方式进行讯问。

3. 被告人在庭审中的供述与其在侦查、审查起诉阶段供述不一致，足以影响对被告人定罪量刑的，公诉人应结合被告人庭审前的供述，对不一致的内容有针对性地进行讯问，也可以在示证阶段宣读或出示被告人在庭审前的供述

或提出其他证据予以证明。

4. 在法庭调查阶段,遇有下列情况,公诉人应根据情况自己或提请审判长制止,或建议休庭:

- (1) 被告人的发言与案件无关或答非所问的。
- (2) 被告人使用污言秽语,或者攻击国家机关、社会团体或其他公民的。
- (3) 辩护人或者诉讼代理人采取威胁、诱导等不正当方式进行提问的。
- (4) 辩护人或者诉讼代理人的提问与案件无关的。
- (5) 被告人或者辩护人、诉讼代理人的发言可能泄露与案件无关的国家机密的。

(6) 辩护人越权为同案其他被告人辩护的,但该辩护有利于从轻、减轻或免除自己当事人刑罚的除外。

5. 公诉人应当根据庭审情况合理安排举证顺序,遵循一事一证、证明同一事项的证据同组出示的原则,做到条理清楚,层次分明。一般应先出示定罪证据,后出示量刑证据,先出示主要证据,后出示次要证据。特殊情况下,公诉人可以按照有利于指控犯罪的原则排列举证顺序。

6. 公诉人要求证人、鉴定人出庭作证或要求搜查、勘验、检查等活动的见证人或负责侦查的人员出庭说明有关情况的,应说明将要证明的内容,提请合议庭传唤或通知。

7. 公诉人当庭询问被害人、证人、鉴定人及搜查、勘验、检查等活动的见证人或负责侦查的人员,适用本规范第十五条关于讯问被告人的规定。

8. 被害人、证人、鉴定人当庭做虚假陈述,足以影响对被告人定罪量刑的,公诉人可以宣读其在侦查、审查起诉阶段所作的陈述或证言笔录,并结合具体案情有针对性地进行询问,或在举证、质证时出示其他证据予以证明。

9. 公诉人举证,应遵循下列要求:

(1) 出示、宣读、播放每一份(组)证据前,公诉人应先就该证据的来源、特征及所要证明的内容向法庭作概括说明,书证、物证宣读或出示完毕后,应提请法庭交由法警让当事人、证人辨认。

(2) 未到庭被害人、证人的证言笔录、陈述笔录,公诉人可以直接宣读。鉴定结论、勘验笔录、检查笔录由鉴定人、勘验人、检查人自己宣读;未到庭鉴定人、勘验人、检查人的鉴定结论、勘验笔录、检查笔录,公诉人可以直接宣读。

(3) 出示、宣读、播放每一份(组)证据时,可以全部出示,也可以摘要出示,但不得做扭曲原意的删减、概括。

(4) 出示的证据一般应当为证据的原件或原物，原物不易搬运、不易保存或已返还被害人时可以出示反映原物外形或内容的照片、录像。获取书证原件有困难时可以出示书证副本或复印件。

(5) 使用多媒体示证的，公诉人应向法庭简要说明该示证方式。

10. 公诉人可以根据庭审需要，出示开庭前交送人民法院的证据目录以外的证据，但应说明理由及证明事项。

11. 对于被告人、辩护人向合议庭提交的证据，公诉人应认真审查。认为该证据不具备证据的合法性、客观性或关联性的，应当及时向法庭提出。

前述证据如果对被告人的定罪、量刑有重大影响，当庭难以准确判断，符合延期审理条件的，公诉人应当提请法庭延期审理。

(三) 法庭辩论

1. 公诉人发表公诉意见，应参考出庭预案，结合庭审情况及时予以调整和完善。

(1) 根据法庭调查的情况，概述法庭质证情况、各证据的证明作用，并运用各证据之间的逻辑关系说明被告人的犯罪事实已经得到充分证明。

(2) 根据被告人的犯罪事实，论证应适用的法律条款并提出定罪及从重、从轻、减轻处罚等意见。

(3) 根据法庭情况，在揭露被告人犯罪行为社会危害性的基础上，作必要的法律宣传教育工作。

2. 公诉人发表公诉意见，可以根据情况提出量刑建议。

3. 对控辩双方争议的焦点问题，公诉人必须答辩。答辩前应先向审判长表明坚持公诉意见的态度，同时表明针对被告人或辩护人的辩护观点，做出答辩。

4. 对于控辩双方认识基本一致，或被告人及其辩护人提出的意见不影响对被告人定罪量刑或者与案件无关时，公诉人可以不辩论或者只做简单说明。

5. 被害人及其代理人的意见与公诉意见不一致的，公诉人应参照前述规范进行答辩。

6. 法庭辩论阶段，公诉人认为需要恢复法庭调查的，应当向法庭提出申请。

(四) 宣判

宣告判决时，公诉人和书记员应当按照法庭要求起立。

律师出庭服装使用管理办法^①

第一条 为了加强律师队伍的管理,规范律师出庭服装着装行为,增强律师执业责任感,根据《中华人民共和国律师法》相关规定,制定本办法。

第二条 律师担任辩护人、代理人参加法庭审理,必须穿着律师出庭服装。

第三条 律师出庭服装由律师袍和领巾组成。

第四条 律师出庭着装时,应遵守以下规定:

(1) 律师出庭服装仅使用于法庭审理过程中,不得在其他任何时间、场合穿着;

(2) 律师出庭统一着装时,应按照规定配套穿着:内着浅色衬衣,佩带领巾,外着律师袍,律师袍上佩带律师徽章。下着深色西装裤、深色皮鞋,女律师可着深色西装套裙;

(3) 保持律师出庭服装的洁净、平整,服装不整洁或有破损的不得使用;

(4) 律师穿着律师出庭服装时,应表现出严肃、庄重的精神风貌。律师出庭服装外不得穿着或佩带其他衣物或饰品。

第五条 律师出庭服装的式样、面料、颜色等由中华全国律师协会常务理事会审定。

第六条 中华全国律师协会负责统一制作律师出庭服装。未经中华全国律师协会授权而制作律师出庭服装的行为均侵犯律师出庭服装的知识产权。

第七条 中华全国律师协会负责将律师出庭服装式样报最高人民法院、最高人民检察院备案。

第八条 各级律师协会对律师出庭服装的使用实行监督检查。

第九条 律师事务所负责本所律师出庭服装的管理。律师出庭服装的购置、更新或因遗失、严重损坏而需要重新购置的,由律师事务所向所在地地市级律师协会提出申请,省、自治区、直辖市律师协会汇总各地申请,统一向中华全国律师协会申请购置律师出庭服装。

第十条 中华全国律师协会每年6月1日至20日、12月1日至20日受理购置律师出庭服装的申请。

第十一条 律师出庭服装的费用由律师事务所承担。律师调离律师事务所

^① 中华全国律师协会2002年3月20日第四届第十二次常务理事会通过。

时，需将律师出庭服装交还律师事务所。

第十二条 律师出庭服装不得转送、转借给非律师人员。如有遗失、损坏，要及时向所在地律师协会报告。

第十三条 对违反本办法的，参照中华全国律师协会《律师协会会员处分规则》，由律师协会予以训诫处分，情节严重者，予以通报批评。

第十四条 本办法自 2003 年 1 月 1 日起施行。

第十五条 本办法由全国律协常务理事会负责解释。

附录二 ■ ■ ■

模拟法庭实验课程学生总结节选

我爱死了那种庭上的感觉

姓名：路思骥 学号：200820003

结束了，心里一阵轻松的瞬间划过一丝不舍……其实再多上几节课也不错！庆幸自己当初没有因为考研、司考等因素与这门课擦肩而过，虽然这门课确实耗费了我相当多的时间，但实在“物超所值”啊！在这样一个学生主导的舞台上，我似乎找到了前所未有的自信。当初虽然怀着纯粹的兴趣选择了法律专业，但从未参加过司法实践的我仍然免不了从心里怀疑：自己真的适合这个行业吗？我的性格，我的能力，我的知识水平，真的可以在这个领域创造出属于自己的神话吗？在大三下半学期这个敏感的阶段，我也在动摇……还好，经历了近一个学期的模拟庭审，虽然不敢说自己真的有多么出类拔萃，但我心里踏实了，踏实的是自己没有选错路，也许我现在不是最好的，可是似乎也没有克服不了的障碍挡在我面前，最要命的是我爱死了那种庭上的感觉，我想我真的要一辈子做个法律人了。我想这是这门课带给我的最大的收获吧，让我不再彷徨和犹豫，让我更加了解自己，了解这个职业，让我确定未来的职业规划。

我一直觉得自己其实胆子挺小的，所以一度怀疑自己是否真的能像美剧里那些律师一样在众目睽睽下口若悬河，滔滔不绝。还好，事实证明，人的潜力是无穷的，面子是可以丢掉的，当我那异乎常人的好胜心一旦爆发，在法庭上说话似乎也就没有那么难了。这门课教会了我如何在庭上说话，说什么话，什么时候说话，说话的顺序和逻辑，还有语气、腔调、措辞等很多很多东西。这些东西不是用教科书几句话、几个理论就能解释清楚的，需要学生亲身的实践，需要有经验的老师的辅导。犯错，改正，进步，我相信这门课的每个学生都在用这种方式完善着自己。这门课就像是神奇的魔术师，赋予我勇气，赐予我灵气，让我在穿上律师袍的一刹那，就变成了一个自信、勇敢、智慧的自己。

除了增强自信心、学习庭辩技巧、熟悉理论知识的运用，这门课还在司法

文书写作、庭审礼仪等其他方面让我受益匪浅。拿作书记员来说,整理庭审笔录,装订案卷材料,细微的后续工作让我对于一份案件的受理、进行和结束有了更清楚的认识,对庭审整个程序的进行印象深刻,这可是我背几遍书本都求不到的效果呢!

难得的人生经历和体验

姓名:罗 珊 学号:200820073

2011年,14周,31个人,宁远221模拟法庭。对于我来说,模拟法庭不仅是一门课程,更是一段难得的人生经历和体验。

大学四年已经走完了四分之三,也上过形形色色、各种风格的课程,模拟法庭是个例外,能够让我每次都怀着期待而来,心甘情愿地一直上到十点半,伴着夜色和宁远楼的闭楼歌,带着满足而归。每一次课程都是一次机会,一次历练,一次比拼,有收获也有遗憾。

最初对于这门课程总是紧张不安、忐忑纠结,面对案例和法条不知从何入手,庭审发言不知如何表述,自己在惶惑中也同时羡慕着能够在庭审中从容淡定的同学。一种想要提升自我的愿望强烈地催促着自己去努力。

在一次次与同学的课后讨论和课上庭审中,我深刻地体会到团队合作的重要性。资料查找的配合与分工,观点碰撞所迸发的灵感,队友间的相互鼓励与支持,控辩双方间针锋相对的辩论……这些,都不是最后结果的胜与败所能给予的。这种思维的过程充满了乐趣,思辨式的学习,确实是一件很享受的事。

通过在一次次模拟庭审中的锻炼,我觉得个人的庭审技能、临场应对能力、心理素质和法律文书的写作能力都有所提高。逻辑严密、思维清晰敏捷一直都是我所向往的,个人对自己的口头表达与临场应变能力不是很自信,曾经也一度怀疑自己是否适合在法律这条路上继续走下去。模拟法庭给我们提供了一个舞台,让我们能够多一些机会去尝试,去提高,尤其是对于一些跟我一样平时不太善于在公开场合发言的同学,更是难能可贵。此外,在分析案例、搜集资料和写作法律文书的过程中,比起仅仅只有课堂上的灌输,知识驱动下的自我学习对相关知识所留下的印象要深刻得多也生动得多。

之所以能够有上述的提高,与老师的悉心指导密切相关。每一次都能在庭审之后的老师点评和总结中学到很多——宏观至整个案件的思路与关键问题的把握、实体法律关系的判断与分析、证据的运用,微观至庭审过程中的程序操作细节、参加者的语言表述和举止恰当与否,这些都让我受益匪浅,也努力在

之后的模拟实验中不断改进和提高。

书到用时方恨少

姓名：王 恒 学号：200820078

四次刑事审判，三次行政审判，两次民事审判，一次刑事二审，大半个学期的模拟法庭课程就这样结束了。在这大半个多学期中，我学到的东西比大学三年来学到的所有法律知识都更丰富。

有人说，书到用时方恨少，模拟法庭上的感觉就恰恰印证了这句话。原来在课堂上学的法条看起来都是清清楚楚的，可是任何一个法条用起来都没有看起来那么顺畅。很多时候，打的不是适用法律的正确，而是解释法条的技巧。每一次的模拟法庭，都会使自己对一个法律名词有新的认识。还记得最后一次是我和吴梦颖作公安局的代理律师来打吴老二聚赌没收赌资的案子。可是在行政法中，几乎就只有治安管理处罚法的第11条与第70条可以适用，而且两个法条中通通对赌资如何认定避而不谈。在这个案子中我们充分感受到了在法条面前的无助，而且也对“赌资”这个词有了新的认识。

模拟法庭这节课让我们从很多个角度看法律，当你是观众、是法官、是律师、是检察官甚至是原告、被告时，法律在你眼中一定和在其他入眼中是完全不一样的。还记得在打吴老二案子的时候看到的都是对方在这个案子上的有利的方面，不断总结一旦对方说这个观点我方说什么。在唯一一次的法官经历中就碰到了最难判的案例，还记得当时课前我们合议庭商量了很多种对策，但是在法庭调查和辩论之后依然感觉十分难办，那一次充分体验了法官的为难。最后，在老师的带领下，把案子给调解了，否则不知道在判决的时候该多痛苦。模拟法庭的角色也许以后我们都不会从事，也许以后会从事其中的一个，而参加模拟法庭给了我们机会去体验那些也许永远都不会从事的职业，并且让我们可以在将来从事其中一个角色时，从一个新的角度看问题。

在上模拟法庭之前，我非常害怕在很多人面前讲话，一旦在认识的人面前演讲，我尽管思路很清晰，但是说起话来却语无伦次，结结巴巴。而在模拟法庭课上，在法庭辩论环节，需要在对方说完就立即做答辩，需要及时的反应和清晰的回答，这对我来说难上加难。在每次答辩之前，我努力把我想说的每一个点都列出提纲，但是每次说出来，依然是结结巴巴，不能完全把我想表达的说清楚。但是，我觉得，口才不好不意味着以后不能当律师，任何人的好口才都是后天练习出来的，我第二次当被告代理人时就比第一次反应快，说的时

头脑也更清晰了，虽然嘴上还是不能完全表述心里想的。但是我坚信，只要肯练就一定可以克服这个问题。

自从开始上模拟法庭课后，我不论是知识上还是法律素养上都有了很大提高，我在上课的时候并没有完全的体会，直到现在静下心来想这学期所学到的知识，才觉得模拟法庭真的对我有潜移默化的影响。13周前，我并没有认为我离处理具体法律实务这么近，我觉得我只是一个法律学生；而在短短的13周后，我觉得我成了一个真正的法律人，一个可以解决法律问题的人。

法律的真谛是实践

姓名：吴梦颖 学号：200820002

转眼，模拟法庭实验课程已接近尾声，依旧记得在宁远219上第一节课的时候，我怀着好奇、兴奋还有一丝担忧的心情听老师讲课程安排、要求以及抽签等事宜。好奇是因为这门课上课形式新颖独特且很实用；兴奋是觉得自己终于有机会将这三年来学的理论知识运用到实践中了；担忧则是因为害怕自己相关法律知识功底不够加上以前没有参加过模拟庭审之类的比赛，觉得自己完全没有经验，怕期末“死”的很惨。

经过一个学期的学习，我很庆幸自己明智地选了这门课，因为我觉得自己在这门课上学到了许多实践方面的知识，从各个角色的不同职能分工到整个庭审程序、从写各种司法文书到如何在法庭中答辩、质证及辩论等。通过观看模拟庭审，我对不同类型案件的法庭审判程序及规则已经十分熟悉。另外，陈老师在每节课最后详细具体的点评像醍醐灌顶一样地点醒我们。一方面我们可以发现自己或别人的问题或不足；另一方面我们还学到了许多庭审技巧。例如：在法庭调查阶段适当运用“反对”不但可以给对方造成心理压力还可以打乱对方思路；公诉人与辩护人在询问被告或证人时，语气应该有所区别；找到对方漏洞要穷追猛打，必要时动之以情、晓之以理等。

通过亲身参与模拟庭审，我发现许多以前相信的东西都被颠覆了。首先，我以为学习了民诉、刑诉，庭审程序方面就应该没有问题了，但事实上理论上不会很细致地给你讲具体每个环节应该怎样操作，要注意些什么。例如我在扮演“一房二卖案”审判长时是知道法庭民事调解的基本程序的，但是真到让我调解的时候发现很不给力，我不知道怎么才能说服当事人妥协。陈老师给我们完整地演示了法庭调解后，我发现调解原来是个技术活儿，它需要综合运用法律、谈判、心理等战术，晓之以理、动之以情，再加上适当的“威逼利

诱”来说服各方当事人。

其次，在分析案例时，会发现以前所学的理论与现实常常是脱节的。案件事实往往很复杂，不像我们平时考试的案例分析题那样，先找法律依据、然后理顺法律事实、最后像套公式那样得出结论就完了。在扮演行政一审实验中被告方代理人时，关于赌资的认定，法律只是做了模糊的概念，理论界也没有达成一致看法。于是纠结了，我们需要自己去作出有利于被告方且合法合理的解释。这不仅要求代理人有一定的法律水平，还需要具备丰富的经验，能够自圆其说。再次，庭审时事情是千变万化的。它需要我们有良好的心理素质、高度集中的注意力以及快速的应变能力。比如说，我在当公诉人时，我们申请传有利于自己的证人作证，但质证时证人却说了许多不利于我们的证言。在这种情况下，如果之前准备不充分或是临场反应慢就很容易自乱阵脚。

感悟诉讼之魅力

姓名：李 也 学号：200720051

也许写到最后这篇东西不会是所谓的总结，因为在一开始的时候我就觉得要说的东西实在太多。先说说各种角色吧。

首先是书记员。说起书记员，又想起了那个打字打到手指头都快肿了的晚上。最先开始肯定是没有掌握技巧，再加上第一次弄又紧张，怕漏了什么，所以就是不要命的狂记，就算是听录音再整理，也基本上是朝着一字不漏的方向上发展的。真是个体力活。总结了之后，才知道记住要点是最重要的，不是什么东西都要记。不仅是个体力活，更是个技术活。这么多次庭审下来，这么多次角色转换，深刻地觉得最累的就是书记员。让我感慨一句，书记员真不容易啊。

重头戏是公诉人。首先必须要说，当公诉人的感觉还是很美好的，和审判长平起平坐，可以理直气壮地讯问被告，一想起“国家公诉人”的称呼就不自觉的觉得很爽。从公诉人那一场庭审里，我觉得学到最多的就是庭审技巧，如何去运用相关规则，构建自己的体系，如何让法官信服。在自己庭前准备、参加庭审以及老师点评的过程中，不管是做得好的还是做得不好的，感觉收获都非常大。如果要给公诉人这个角色做个总结，那我想说，代表国家，表现庄重，不怯场，努力锻炼出强大的诉讼能力！

后来还做了一次法官，食物中毒的那个案子。总的来说对自己当法官的表现还算满意。可能是因为案子确实很复杂，证人太多，所以之前做了不少功

课，比如列了个表看看证人说的情况之类，这样庭审听起来就会稍微轻松一些。虽然没有机会做审判长去亲自控制一下庭审，但是感觉做法官的收获也很大，要自己理清思路，要善于抓住两方所要表达的意思，要善于自己抓漏洞，最后还要自己判决。

接下来谈谈心理上的收获。第一次上课的时候非常紧张，虽然只是一个小小的证人角色，一上场想的就是大家都不要问了、不要问了。经过多次硬着头皮上，经过多次锻炼，最后终于可以在场上自如地扮演自己的角色，不再怯场，算是一个很大的突破吧。

印象最深的还是公诉人的那一次。为了准备那个案子，自己一个人跑到图书馆看巨厚无比的法医书，和搭档们一次又一次地讨论，自己跟自己过不去使劲挑漏洞。完全没有任何把握的案子，居然赢了，真是特别开心特别有成就感。这个案子庭后发生的故事让我明白，每个人在法庭上都有自己的无奈，都有自己必须要去面对的立场。所以有时候跳出来，单纯地进行学术上的讨论，心平气和地从中学到知识，而不是争输赢，就显得更为重要了。看到老师在教学电子辅助平台上给我们的回复，真的觉得有一种更深层次的感悟。就像老师说的那样，案件输赢无所谓，但诉讼技能的训练很重要；职业技能的高低很重要，但法律人的职业操守更重要。从这个事情里面去体会法律人的生活，思考法律人的价值，比起学到的任何的文书写作或者诉讼技巧，都更为有意义。

很感谢这门课，很感谢老师。最后一次在模拟法庭上课，听着老师讲着诉讼的魅力所在，看着周围的各位法官、检察官、原告和被告的律师们，是真的开始思考为什么选这门课，开始思考自己的法律人生，开始思考未来。我想，这些触动是比那些知识或者技巧更为重要的收获吧。

法律到底是个什么东西

姓名：赵娇娇 学号：200720040

好像不久前还在老师的危言耸听下纠结要不要选这课，现在课就要上完了。时光啊，飞逝。现在想想很高兴自己选了这门课，收获很多。我觉得最大的收获就是我对分析案例不胆怯了。从前有一个人把一个案子拿到我面前，我就先很心虚地跟人讲，哎呀，我学的一般，不知道能不能解决啊。现在我会说，来，让我瞅瞅。即使我脑子里的知识不够用，我也可以查各种资料来分析案情，最后得出自己的结论。这让我很有成就感。

我做过公诉人、代理人、书记员、审判长和证人等，每个角色都受益匪浅。我想说说我做审判长的时候，因为这个角色让我思考法律到底是什么。

做公诉人和代理人的时候，我的立场简单而坚定，就是要想方设法地把道理都往我们这边说。后来做陈红刚强奸案二审的审判长，我以为做审判长会比做代理人简单，不用做太多前期工作，只要主持一下庭审程序，听双方律师怎么说，然后有问题就问，没问题就不问，最后跟几个审判员商量一下出个结果就好了。

可是做审判长这次却是我最为难的一次：如果我心里觉得他有罪，可是庭上证据不足以证明他有罪，我该怎么办。我问同学，他们说如果证据不足以证明他有罪，你凭什么觉得他有罪，如果你觉得证据还不足，那你就还没有达到“内心确信”。我起先觉得这句话很有道理，后来仔细想想，觉得说了跟没说一样。我翘了周二下午的课把一审的卷宗又看了一遍，可还是没有头绪，越想越心慌。我知道这只是模拟法庭而已，但我真的很恐慌，我觉得我的手里掌握着一个人的命运，我的一句话就要决定他的有罪无罪，还有没有自由。我怎么样可以这样稀里糊涂？！

所以庭审时看到证人作证时都含糊其辞模棱两可、连一审说过的话也打哈哈地说自己记不清了的时候，我有点着急有点生气，我希望公诉方能提出一些更有力的论点或证据，可是他们还是说服不了我。休庭评议的时候我们三个人没有一个敢说他无罪，可是判有罪又都觉得不对，最后决定发回重审。这个结果有点逃避的意味，但对我来说是一个“大赦”，如果真的判了他有罪或者无罪，我都会很难过。

我以前很倾向程序正义，因为结果是谁都不能保证的，所以我们只能尽可能地让过程公平。可是现在越来越怀疑这一点，有时候程序正义显得很白痴和无力。这让我很困惑，是不是所有的事情都不能走“极端”，都要采取课本上最擅长的“折中说”来敷衍一下。我希望以后可以想明白这个问题，也能想明白法律到底是个什么东西。

在实践中成长

姓名：倪春晖 学号：200720102

从第一次担当法警的惴惴不安到最后一次担任刑事二审案件辩护人的从容不迫，不得不说，实践是课本说教无可取代的。第一个刑事案件就给我带来了真实的法庭审判的感受，虽然没有真正地参与案件的审理过程，但我却觉得学

到了很多,从程序到法庭询问的技巧,都有着深奥的学问。而这些正是吸引我们的地方,这让我庆幸自己选择了这门课程。

老师分配角色也是用心良苦。就我个人而言,担任过法官,担任过刑事案件的辩护人,也担任过民事案件的代理人,体验很全面,也逐渐了解了不同的角色在案件审理过程中的职责。简单地谈一下自己对各个角色的感受:

一、法官在整个案件的审理过程中应该是很中立的,但是,看完整个案件材料后,法官难免会有自己的一些看法,可能不利于被告、也可能不利于原告。在这个时候,担任法官的同学应该对自己的心证过程进行质疑,并及时总结案件中的疑点。事实并不是简单的猜测或臆想,要注重法庭调查过程中对证据的质证。审判长控制着案件审理的节奏,维持法庭审理的正常进行,把握案件调查的方向,是整个案件审理过程中的重要角色,一个好的审判长能让我们更快地接近事实的真相,理清案件事实。

二、刑事案件的控辩双方最重要的职责是帮助法官理清案件事实,而不是去进行辩论,这是我最深的感触。在教材中我也看到了这样的说法,认为很有道理,但是却没有真正体验过那种气氛,在模拟法庭实验中,我切身体会到了这点。控辩双方的气势固然重要,但是不要忽略了参加诉讼的本质,理清事实。当控辩双方就一个问题唇枪舌剑多个回合后,最后事实不清楚反而更加模糊,这不得不说不是一种失败。老师也提醒我们,气势固然重要,但关键是让法官相信你。

三、对民事案件的代理人角色,我还是有自己的疑惑。在什么情况下应该调解,没有很好地体会到,我想在以后的实践中再去体会吧。我担任民事实验案例原告的代理人,个人认为这一次的准备是很不充分的,对证据法的不熟识,让自己陷入了被动,没有作出有力的辩驳。而审判过程中审判长带来的压力,让我分外紧张。在失败中吸取教训,也是一个不错的经历。在开庭前漫长的准备过程中,我们要做到真正地熟悉案件,找出疑点,一个在我看来必胜的案件,其背后却隐藏了许多不为我知的关键点。认真地对待,充分的准备,是在庭审过程中自信的本钱。

四、书记员在庭审过程中是一个很安静的职业,我没有机会去体验,不过在老师的话中,以及自己在刑事二审时翻看一审卷宗时有一些体会。书记员的职责不是简单地记录,书记员也是一个很需要专业知识角色,不仅要熟悉审理案件的流程,还要明白哪些是真正需要记录的,要懂得抓住重点。从我个人看卷宗的体会来看,一份好的卷宗其实就能帮我们理清很多案件事实了,也能让我们从中发现很多疑点。

经历后方知司法制度背后的无奈

姓名：杨月英 学号：200720067

未经反省的人生不会深刻。反思庭审中的利弊得失，感触颇多。

模拟庭审中，我有幸参与了几乎所有的角色，法官、代理人、辩护人、证人、书记员，等等。无论以何种身份出庭，心中始终对严肃的司法怀有某种敬意，谨记：虽为模拟审判，但却不是一出司法闹剧；虽为模拟法庭，但却不是飙戏的舞台。法之国家公器的威严不可儿戏。曾经对法官的公正深信不疑，对检察官的诚信、辩护律师的献身精神心驰神往；虽为模拟审判，但亲身经历后，方知司法制度背后的无奈，但愿这份无奈是由模拟审判的求胜心理所致，希望真实的审判能以公平公正为诉求，以司法正义为最终目标，真正发挥法之重器的定纷止争之作用。

中立公正、坦率正直且富有同情心是作为一个法官应该具有的基本的品质。作为法官，应该以真挚坦诚之心对待法律，以敏感同情之心对待权利，不负公民对法袍的敬意和期望，不辱司法正义化身的使命，而非道貌岸然地身着黑色的法袍，口吐白色的谎言。作为检察官，追诉犯罪是其最终的目的，但不能认为只要胜诉就实现了司法正义，更不能利用国家强大的追诉犯罪的机器而不择手段地极力认定有罪。使犯罪得到应有的惩罚固然是正义的实现，而使无辜受到牵连则是侵犯人权。或许这只是我本人一厢情愿的幻想，真实的利益瓜葛要远远比我这天真的幻想要复杂得多。

我一直认为律师在庭审中所处的地位很尴尬。尤其是在刑事案件中，既要面对强大的公诉机关的对抗，又要面对法官的威严，既要面对当事人及其家属的不信任，又要面对证人不配合的态度，同时还要处理好诉讼当中错综复杂的利益关系，这不仅需要机智和灵敏，更需要心平气和的心态，不因公诉机关的强大而心生畏惧，也不因法官的冷漠而卑微胆怯，更不因当事人的抵触情绪而焦躁。

回顾庭审，我认为自己最大的失误在于沟通的技巧，面对当事人和某些证人的无理取闹、胡搅蛮缠，情绪过于激动，言辞过于犀利，对某些无理的言论无法做到心平气和。庭审中逐渐领悟到，沟通的关键是要做到合情合理合法，拿捏好以不同身份询问、回应各种诉讼参与人的语气和心理。作为律师，一定要切记有“理”还要有“礼”。良好的礼仪举止不仅是个人素养的表现，同时还能化解当事人的抵触情绪，赢得法官的信任和对手的尊重。当事人情绪激愤

时，要以换位思考的态度体谅其过激的言论，即便有些当事人真的是无理取闹、胡搅蛮缠，尽管任其做跳梁小丑，哗众取宠，自有法官会出面制止，不必因此而嗔怒，以免破坏自己的涵养；面对对手，首先要自重，其次要以自己的专业水准和从容的风度来赢得对手的尊重。要铭记询问的目的是理清事实真相，切忌个人的意气之争，不逞一时的口舌之快，永远只对事不对人，要知道胜之不武会招致所有人的鄙夷。作为法官，言辞一定要庄重，尤其是作为掌控庭审全程的审判长，更要明辨是非曲直，对于当事人的无理取闹要当机立断地予以制止，方能维护法庭之威严，控辩双方地位之平等。

郑重声明

高等教育出版社依法对本书享有专有出版权。任何未经许可的复制、销售行为均违反《中华人民共和国著作权法》，其行为人将承担相应的民事责任和行政责任；构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。为了维护市场秩序，保护读者的合法权益，避免读者误用盗版书造成不良后果，我社将配合行政执法部门和司法机关对违法犯罪的单位和个人进行严厉打击。社会各界人士如发现上述侵权行为，希望及时举报，本社将奖励举报有功人员。

反盗版举报电话 (010) 58581897 58582371 58581879

反盗版举报传真 (010) 82086060

反盗版举报邮箱 dd@hep.com.cn

通信地址 北京市西城区德外大街4号 高等教育出版社法务部

邮政编码 100120

全国高等学校法学专业必修课、选修课系列教材

合同法学(第二版)(赠教学课件)

婚姻家庭法(配盘、赠教学课件)

物权法

侵权责任法

公司法学(第二版)(赠教学课件)

房地产法学(第三版)(赠教学课件)

保险法

保险法学——理论与实务(第二版)

金融法通论(赠教学课件)

金融法概论

中国证券法学(第二版)(赠教学课件)

竞争法学

票据法(第二版)(赠教学课件)

海商法学(第二版)(配教学课件)

财税法学(配盘、学习卡)

税法

比较宪法学

比较法：原理与应用

模拟法庭实验教程(第二版)

法律逻辑学教程(第二版)(赠教学课件)

人权法学

民事证据法学

商事仲裁法学

律师与公证(第二版)

警察法学概论

新犯罪学(第二版)(赠教学课件)

网络法学(配盘)

法律职业道德概论

法律英语教程(第二版)(配教学课件)

中国法律思想简史(第三版)

西方宪法思想史

国际贸易法

国际金融法

国际投资法

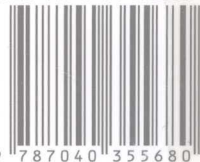
国际知识产权贸易法

国际税法

策划编辑 宋 军

封面设计 杨立新

ISBN 978-7-04-035568-0



9 787040 355680 >

定价 36.00元