

成功辩护词评析

主编 / 靳万森 徐景和

2

法律出版社



成功辩护词评析

(二)

主 编 万 森 徐景和

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

成功辩护词评析 (2)/靳万森主编. -北京:法律出版社,
1997. 6

ISBN 7-5036-2178-8

I. 成… II. 靳… III. ①辩护-案例分析-中国 ②代理
(法律)-案例分析-中国 IV. D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 11598 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/9.125 字数/240 千

版本/1997 年 6 月第 1 版 1997 年 6 月第 1 次印刷

印数/0,001---8,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2178-8/D·1808

定价:13.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

目 录

一、经济法案例

1. 智利鱼粉质量纠纷索赔案的二审代理…………… (3)
福建经济贸易律师事务所 郭国汀
2. 长沙远大空调实业公司诉宜昌市钢管厂无缝钢管购销合同纠纷案…………… (25)
宜昌市经济律师事务所 赵进
3. 无效经济合同不受法律保护…………… (31)
深圳国际商务律师事务所 李舒
4. 一起工程合同纠纷案的诉讼代理…………… (39)
陕西律师事务所 李力勉 郑昌德
5. 中新建筑总公司零陵公司诉永泰公司建筑承包一案的诉讼代理…………… (45)
湖南省永州零陵地区第二律师事务所 余国华
6. 一起长达近 18 年的房屋确权纠纷案件的诉讼代理…………… (51)
福建省大田县律师事务所 王新平
7. 杭州香料厂诉南昌市东湖区滕王阁劳动就业站购销合同货款纠纷案…………… (59)
南昌市华兴律师事务所 李炎钦
8. 一起技术开发合同研制经费纠纷案的诉讼代理…………… (75)
江油市律师事务所 杨胜贤
9. 公房管理机构诉赖××侵权二审案…………… (85)
阳山县律师事务所律师 罗秋燕
10. 黄×汽车维修质量纠纷案…………… (92)

- 四川省鑫浦律师事务所 任祚雨
11. “苏三山”股票误导索赔案二审代理…………… (97)
长沙市经贸律师事务所 林学君等
12. 仙潭酒厂诉就业局货款纠纷一案的诉讼代理…………… (112)
泸州市长江律师事务所 胡从舜
13. ×县保险公司诉方××买卖房屋合同纠纷案…………… (120)
泸州市长江律师事务所 胡从舜
14. 吉林省九台市营城办事处诉吉林冶金设计院联合合
同纠纷案…………… (132)
吉林省通化市律师事务所 殷广耀
15. 海南荆海联营公司与湖北省保险公司劳动服务公司
经济纠纷案…………… (143)
湖北省荆门市第三律师事务所 彭先广
16. 一起工程合同纠纷案的诉讼代理…………… (148)
辽宁省阜新市第二律师事务所 王志林
17. 鞍山市修建工程总公司二公司货款纠纷案…………… (155)
鞍山市第二律师事务所 毕利倩
18. 一起保险纠纷的诉讼代理…………… (159)
长沙市第一律师事务所 符方照
19. 一起购销黄豆货款纠纷案的诉讼代理…………… (166)
广西柳州市孺子牛律师事务所 周明
20. 深圳信中出口食品工贸公司与江西省南昌粮油食品
进出口公司购销合同赔偿纠纷案…………… (174)
江西省南昌华兴律师事务所 李炎钦
21. 拼命岂止在战场——一起连环购销合同纠纷案的诉
讼代理…………… (204)
洛阳华夏律师事务所 苏俊乐 李惠环
22. 附条件的借款纠纷案…………… (212)
河南安阳市律师事务所 杨成安

23. 全国首例证券公司侵权抛售股票案 (218)
金陵律师事务所 黄文俊
24. 一起公有房屋租赁纠纷案的诉讼代理 (228)
上海第四律师事务所 李庆
25. 山东寿光市木材公司诉寿光市寿光镇建筑材料厂及
贾茂林购销钢材拖欠货款纠纷案 (238)
山东省寿光市律师事务所 孙义
26. 一起碎石加工合同纠纷的代理 (244)
广州市对外经济律师事务所 陈荣备
27. 某新闻出版局诉某房屋建设开发公司经济纠纷案件
二审诉讼代理词 (251)
陕西对外经济律师事务所 郑昌德

二、行政诉讼案例

1. 从一起涉外行政诉讼案看外资企业合法权益的法律保
护 (261)
石狮市大众法律顾问事务所 杨智勇
2. 王冬亮诉公安局治安拘留案 (264)
南昌市华兴律师事务所 李炎钦
3. 一起扣车案的行政诉讼 (272)
山东枣庄光明律师事务所 单明才
4. 枝城市中医院不服工商行政处罚案 (277)
湖北省枝城市长青律师事务所 高顺
5. 山市镇大洼村民委员会诉海林市政府关于林地权属行
政处理决定上诉案 (281)
龙江律师事务所 庄铁言

一、经济法案例

1. 智利鱼粉质量纠纷索赔案的 二审代理

福建经济贸易律师事务所 郭国汀承办

案情简介

1989年3月16日,厦门国贸(买方)与被告香港联中公司以每吨5065美元,C&FFO 厦门的贸易条件订立了一份进口5000吨智利鱼粉的合同,总价款2532500美元。合同规定,卖方所交鱼粉在装船港不得含有任何活昆虫、沙门氏菌和志贺氏菌(4月6日,原告将合同中的“在装船港”4字划去)。此外,合同还规定,由买方按伦敦保险协会条款投保一切险加战争、自燃、结块险。由国际公认的权威检验机构SGS出具全套装船单证作为议付凭证,买方保留目的港复检权。

合同签订后,卖方于5月31日将3150吨鱼粉装“挑战”轮,6月30日在香港提交了全套议付单证。7月10日,船抵上海港,在卸下7000吨混装鱼粉后,船于7月20日开抵厦门港卸货。7月20日和7月22日,经厦门动植物检疫所检验合格放行。7月31日,买方电告卖方:“鱼粉发现大量拟白腹皮蠹活虫”。8月2日,鱼粉卸毕安全进港。8月3日,买方传真要求卖方提供假保险单,遭婉拒后,以鱼粉生虫为由扣付20%货款。由于买方拒开2000吨鱼粉之信用证及扣付20%货款造成卖方76万美元经济损失。但买方反于1990年10月8日向厦门中院起诉,向卖方索赔105万美元巨额经济损失。卖方亦于1990年10月投诉厦门中院,向买方索赔76万美元。这样,一起争议标的的总额高达181万美元的旷日持久的国际货物买卖合

同品质纠纷诉讼案由此拉开了序幕。

1994年7月，厦门中院作出（1990）厦门法经民字第39号判决认为：“本案是以C&F贸易条件订立的合同，合同中关于“鱼粉不得含有任何活昆虫”，“买方保留卸货港复检权”的约定并未改变C&F贸易条件，故原告应承担货物越过船舷时起的一切风险责任。被告已充分举证证明鱼粉在智利装船时不含有拟白腹皮蠹虫，原告未能充分举证证明在智利港装船前或装船时已生虫或有虫卵，故本案鱼粉生虫属风险责任，原告关于鱼粉生虫系品质责任的证据不足，不予采纳。原告未按合同约定投保《伦敦保险协会货物保险条款》之一切险，故在厦门保险公司拒赔后其应自行承担一切经济损失。……判决如下：驳回原告的全部诉讼请求，原告负担全部案件受理费。

原告不服，福建省高院于1995年1月开庭审理，迄今仍未下判。以下是被告代理人之二审代理词。

代理词

尊敬的审判长、审判员：

引人注目的厦门国贸诉香港联中进口鱼粉生虫百万美元索赔上诉案，今天在此公开审理。

由于国贸未提出任何新证据，也未提出任何新论点，因而双方争议的主要问题仍然是：

1. 鱼粉到底有没有生虫？若真的生虫属品质责任还是风险责任？
 2. 本案是否存在任何足以改变C&F贸易条件性质的特殊约定？
 3. 合同中的复检权的规定是否可视为卖方的品质担保期限？
 4. 买方必须负的法定举证责任：
 - （1）证明鱼粉在智利装船时已生虫或已有虫卵；
 - （2）实际进行了合理的熏蒸；
 - （3）延误销售是由于鱼粉生虫、熏蒸所致；
 - （4）买方的经济损失与鱼粉的生虫熏蒸之间有必然的因果关系。
- 经认真分析研究，我们得出如下确信无疑的结论：

一、本案鱼粉是否真的生虫，依现有证据根本不能认定，更无法推论出在智利装船时鱼粉便已生虫或已有虫卵的排它性结论。

二、本案不存在任何足以改变 C&F 贸易条件性质的特殊约定，复检权的规定与卖方的品质担保期限无关。

三、国贸未完成任何一项法定的举证责任。

1. 国贸提交的所谓 1989 年 7 月 27 日登轮检疫发现拟虫的有关证据有严重的伪证嫌疑。

2. 鱼粉熏蒸两个月的闹剧完全是为配合巨额索赔而人为制造的。

3. 国贸与银隆公司之间的 1989 年 6 月 2 日销售鱼粉合同；9 月 1 日和 9 月 15 日之赔偿协议，均为事后专为索赔而炮制的伪证。

4. 国贸在保险问题上的欺诈行为，使其丧失了向保险人索赔的权利。

兹根据经法庭反复核实、质证的证据，论证如下：

一、依现有证据根本不能认定鱼粉是否真的生虫，当然更谈不上能推论出在智利装船时鱼粉已生虫或已有虫卵的排它性结论。

1. 国贸的诉讼主张是索赔鱼粉生虫、熏蒸，延误销售季节所致之 106.7 万美元经济损失，因此，其首要的举证责任便是：证明鱼粉装船时已生虫或能推论出装船时鱼粉已生虫或已有虫卵的排它性结论。

2. 国贸迄今未向法庭提交任何可以证明在智利装船时鱼粉已生虫或已有虫卵的原始证据。

3. 若要以推理的方式得出鱼粉装船时便已生虫或已有虫卵的排它性结论，国贸就必须提供充分的、真实的间接证据。

4. 国贸向法庭提交了下述间接证据：

(1) 厦门动植物检疫所于 1989 年 7 月 27 日出具的检疫通知单：“发现拟白腹皮蠹活虫，建议熏蒸”。（证据 1）

(2) 检疫记载表 7 月 28 日记录：“本批鱼粉卸货过程中，于 7 月 27 日再次检验，发现活虫拟白腹皮蠹”。（证据 2）

(3) 第 895114 号检疫证书：“1989 年 7 月 24 日检验发现拟白腹皮蠹活虫”。(证据 3)

但是，国贸提交的上述三份证据在鱼粉检验的时间、地点等问题上出现了严重的，无法解释的矛盾，且有确凿的旁证可以证明其虚假性，因此，上述证据缺乏真实性，依法不能认定。

第一，检疫证书写明是 7 月 24 日发现虫的，一审时刘温实当庭作证说是 7 月 24 日发现虫，而检疫所是 7 月 24 日口头通知他的。证人李德平于 91 年 6 月 11 日当庭解释该所习惯上不以实际发现虫之日，而是以开卸日作为发现日期的（证据 4）。但我们当庭举证东渡港调度原始记录证实开卸日是 7 月 22 日而非 7 月 24 日（证据 5）。

第二，7 月 27 日检疫通知单已正式签发，但记载表证实，经办人是 7 月 28 日才口头向所领导汇报，而在汇报之前出具正式检疫通知单是不可能的。对此证人李增华证实：“把发现问题向领导汇报，然后领导依我们发现的情况再对外出证，我想 27 日出证可能是工作上的失误，正常情况下不应有这样的”（证据 6）。证人颜金村亦证实：“7 月 27 日出证按我的话讲是固有瑕疵，智者千虑也有一失，是一时失误”（证据 7）。

第三，值得提请合议庭注意的是：上述证据均未载明在何处发现虫，证人李增华、颜金村庭上作证说：“7 月 27 日在船上发现虫。但颜金村于 1990 年 10 月 10 日答律师调查时强调 7 月 27 日是在仓库发现虫的并多次亲笔修改以示负责”（证据 8）。而颜之所以庭上改供则是因为“当时思想上没有准备”（证据 9）。

第四，更值一提的是：边检外轮监护原始记录白纸黑字，无可辩驳地证实：自 1989 年 7 月 23 日起至 8 月 2 日轮离境，没有任何动植检人员登轮（证据 10）。这一强有力的原始证据与证人颜金村 1990 年 10 月 10 日的证言相吻合，足以认定。登外轮犹如出境，因此登外轮制度十分严格，当班战士入伍仅四个月，受过严格的外事纪律训练，迄今不认识动植检人员，外轮在厦门整个卸货期间，边检对上下船的所有人员进行了昼夜 24 小时的严格监控，任何人上船

下船均有准确到几点几分的记录，因此完全可以排除偏偏7月27日漏记之可能性，进而证实了有关7月27日登轮检验问题上，有关证人作了虚假的陈述。

第五，检疫记载表7月28日之记载严重违反习惯，在“实验室检验”一栏未作任何原始记录，而在“检验结果及评定”一栏直接记载。但对何时何地以何种方法发现多少虫及比例均无任何记载（证据2）。证人颜金村于1990年10月10日证实：对发现虫的比例，在何时何地发现多少虫均没有原始记录，断定有拟虫是根据口头汇报（证据8）。查《中国农林部对外植物检疫操作规程》第12条规定：应及时登记检疫日期、检疫地点、检疫情况和结果。检疫所植检科7月22日关于无虫的检疫记录。7月31日仓库检疫记录，动检科7月22日、7月31日、8月12日之检疫记录完全符合法律规定，而偏偏7月27日发现虫之原始记录根本不符合法律规定。

5. 联中公司向法庭提交了下述五方面的证据，形成了一个完整的证据链条，相互印证证实鱼粉不仅在装船港，而且在中途港、目的港船上均没有任何活虫。

(1) SGS于1989年5月31日出具的全套8份检验证书（证据13）；

(2) 智利渔业部授权专门机构于1989年5月31日出具的卫生检疫出口合格证（证据14），及“货物加工之技术检查及细菌检验证书”（证据15）；

(3) 上海动植物检疫所于1989年8月5日出具之检疫证书（证据16）；

(4) 厦门动植物检疫所于1989年7月22日出具之检疫合格通知单（证据17），及7月22日检疫记载表的原始记录（证据18）。

6. 必须强调指出的是：智利根本不存在拟白腹皮蠹虫！有关的专著、专论认为南美无此虫（证据19）。至于国贸一审庭后提交的补充证据充其量仅能说明中国学术界对南美是否有拟白腹皮蠹虫尚存在争论（证据20）。然而，智利是否存在拟虫是一个事实问题，对此

最权威的只能是智利的专家，而非国外的学者。1991年5月10日，智利总领事馆经智利渔业部授权出具的正式官方证明证实：“智利迄今没有任何证据可以证明智利存在拟白腹皮蠹虫”。（证据21）

7. 既然合同约定了C&F的贸易条件，卖方只需在装船时交付符合合同约定的鱼粉，便完成交货义务；既然联中已举出充分的证据证实鱼粉在装船港、中途港及目的港船上均无虫；既然国贸未举出任何可以证明装船时已生虫的原始证据，其所举之间接证据又严重相互矛盾，存在着众多无法解释的瑕疵，且与边检登轮原始记录不符；既然事实上迄今智利并不存在所谓拟白腹皮蠹虫；既然依现有证据连鱼粉到底是否真的生虫都无法认定，那么可以得出一个确信无疑的结论：7月27日不可能登外轮检疫，所谓7月27日检疫发现拟虫是虚假的，鱼粉是否真的生虫无法认定，不能依现有的不真实的自相矛盾的证据推论出鱼粉装船时已生虫或已有虫卵的排它性结论。

二、本案不存在任何足以改变C&F贸易条件性质的特殊约定，因此双方的权利义务只能按约定的C&F条件划分。

1. 国贸反复主张：合同质量要求不含活虫，划去了“在装船港”四字且保留复检权，这些约定改变了C&F的条件。上诉庭审中，国贸将此种主张稍作改变，即3月28日国贸表示了要求到岸无虫，4月6日划去了“在装船港”四字，依《联合国销售合同公约》第8条，应解释为特约改变了C&F条件。

2. 特约的效力可高于贸易惯例自属公论。然而并非任何约定均可改变双方风险责任的划分，只有那些明确改变双方风险责任划分的约定方有此效。例如：若本案合同中约定，“在目的港鱼粉不得有活虫”或“卖方负责到岸风险”或“卖方保证到岸品质”或“卖方保证到货两个月内鱼粉不含活虫”或规定了类似用语，只有在上述情况下，方有可能改变双方风险责任的划分。

3. 本案鱼粉不含有活虫，仅是指交货时无虫，并不保证到岸后无虫。而交货时间、地点依C&F合同只能是在装运港装船时。至于

国贸企图以划去“在装船港”四字及复检权的规定来证明风险转移规则的改变是徒劳无益的。

第一，原合同是由国贸起草定稿的，可是在双方于1989年3月6日签约后，国贸却于3月16日开始要求删除“在装船港”四字，并改为“在目的港”。联中反复强调：“鱼粉是既腥又臭易变质的商品，鱼粉生产时需高温、消毒处理，保证不会有活虫，如有其他媒介不到一周就会生虫，我们仅保证装运时符合要求”；“问题是长途运输及抵厦后，有可能受潮、苍蝇等下卵而长虫，就不是我们的责任了。”“只卖离岸规格，所有的价格谈判均以离岸装船时的规格为基础……”（证据22）。而国贸于3月28日函称：“我司不打算在离岸规格和到岸规格问题上和贵司纠缠不休，但合同上应说明到岸时规格须符合合同要求，不得含有活昆虫”（证据23）。说明双方均明知C&F合同的含义，也明知风险责任的划分。

第二，4月6日，国贸单方强行划去“在装船港”四字，联中则拒绝了加上“在目的港”四字的无理要求。因此，双方达成的是通用的C&F合同。

第三，如果国贸真的与联中达成了到岸品质的合同，那么就应当将保险责任转归联中承担。而本案中双方合同约定十分清楚，C&F厦门，且特别约定是由国贸按伦敦协会一切险条款投保，因而双方达成的意思表示明确具体，根本无公约第8条适用的余地。

第四，双方谈判均以离岸规格为价格基础，其实国贸若要买到岸规格也并非不可以，只需提高每吨单价，特别加保品质责任险即可。

4. 既然双方明确选定C&F条件，合同中无任何到岸品质、到岸风险或到岸保证期的规定，因而应当依照C&F条件解释适用双方的权利义务。卖方只要在智利装船时提交符合合同约定的鱼粉便已完成交货义务。

三、复检权的规定与品质担保期限无关。

国贸反复主张：“无论如何供货必须符合合同要求，是卖方的品

质担保，在买方未行使复检权以前，不论风险是否转移，都不能免除卖方交货的品质担保责任。”“即品质保证期延伸到目的港复检之后”。

1. 国贸对此主张的谬误在于：有意抛开贸易条件谈交货品质，故意抛开交货时间、地点谈卖方的交货义务。

2. 本案的检验条款是以装运港检验证书作为议付凭证，买方保留目的港的复检权。在此种情况下，装运港检验机构出具的合格检验证书是卖方已按合同交货的表面证据，买方若能证明交货时货物即不符合合同规定，则可以推翻其表面证据效力。反之，若买方提不出反证证明品质不符发生于装船前，则上述表面证据即可获终结性证据效力。

3. 国际货物买卖双方因货物品质、数量不符产生争议屡见不鲜，但并非所有的品质不符或数量短少都是由于卖方责任造成的。由于在国际贸易的整个交易过程中环节众多，致使品质变化与数量不符的原因也是多方面的，它可能是由于卖方交货时存在的不符，或因货物固有瑕疵所致，或因船不适航、舱不适货、承运人保管配载不当所致，或由于意外事故、海上危险所致。只有证明是在卖方交货时品质不符的情况下，即在本案中表现为在智利装船时已生虫或已有虫卵，买方才有权向卖方索赔，否则便只能向承运人或保险人或其他有关责任人索赔。

4. 复检权是买方的一项基本权利，也是一项义务。作为权利，在有合理机会检验货物之前，买方即使已实际收到货物，也并不等于他接受货物。只要在合理期限内经检验发现货物不符合，且能证明此种不符在交货时便已存在，则买方有权拒收或索赔。作为义务，买方若不按约定进行检验或复检，或不及时复检，将可能丧失宣告货物不符合合同的权利。

5. 一般而言，凡涉及国际海运的买卖，买方均可保留目的港甚至内陆目的地的复检权，尤以象征性交货为然。例如《华沙牛津规则》第19条、英国《货物买卖法》第34条、美国《统一商法典》§2

513 (1) (2), 《中国进出口商品检验条例》第7条, 及1980年《联合国国际货物买卖合同公约》第38条, 均明确规定了目的港的复检权。若将复检权视同卖方对货物品质担保期限, 势必使国际贸易条件变得毫无意义, 势必使得风险转移的法律规则变得形同虚设。因此, 国贸的主张是十分荒谬的。

6. 复检目的在于验明货物是否与合同相符, 取得索赔依据。一般而言, 复检结论可判明货物到岸品质、数量, 对于货物内在质量, 诸如货物的成份、含量、机器之性能等, 及货物的外观质量, 诸如货物之规格、花色、外包装材料、式样等, 当然亦可能推定装船时货物之状态, 因为此种不符一般均是由于交货时不符造成, 而不太可能由于外因所致。但是, 对于可因外因及货物固有瑕疵等影响货物品质的, 除非有充分旁证印证, 仅复检结果并不足以证明货物装船时的品质。本案鱼粉若真的生虫, 其可能性至少有: (1) 卖方交货时已生虫或已有虫卵(以智利有此种虫为前提); (2) 船上有虫源; (3) 中途港受污染; (4) 因鱼粉易生虫的固有瑕疵所致; (5) 目的港码头受污; (6) 目的港仓库受污。因此, 除非国贸能证明在智利装船时鱼粉已生虫或已有虫卵, 联中没有任何责任。

四、国贸迄今不仅未完成任何一项法定的举证责任, 而且国贸所举的鱼粉生虫、熏蒸、转售等证据有相当一批是刻意制造的伪证。

国贸的诉讼主张是: 索赔由于鱼粉生虫、熏蒸, 致使延误销售所致的百万美元的经济损失。因此, 其必须举证证明: (1) 鱼粉装船时已生虫或已有虫卵, 或能推论出装船时已生虫或已有虫卵的排它性结论; (2) 鱼粉实际进行了合理的熏蒸; (3) 延误销售是因为生虫熏蒸所致; (4) 其所受损失与鱼粉生虫、熏蒸之间有必然的因果关系。上述四项举证责任缺一不可。然而遗憾的是, 国贸在一审长达四年期间, 未完成任何一项举证责任, 在上诉审理期间, 同样令人吃惊的是, 国贸仍旧对举证责任只字未提。依谁主张, 谁举证之原则, 理应驳回国贸的全部诉讼主张。

(一) 联中已证明鱼粉装船时, 上海港卸货时, 及厦门港船上均