

法律出版社
LAW PRESS·CHINA

律师 LVSHI BAIANDAILI SHILU

百案代理实录

律师思维养成与执业技能提升



李建全 ◇ 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

律师百案代理实录:律师思维养成与执业技能提升 /
李建全著. —北京:法律出版社, 2012. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3876 - 6

I. ①律… II. ①李… III. ①律师—代理(法律)—
案例—汇编—中国 IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 194155 号

律师百案代理实录:律师思维养成与执业
技能提升
李建全 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 何海刚
责任编辑 何海刚
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印刷厂
责任印制 陶 松

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 18.75
字数 273 千
版本 2012 年 10 月第 1 版
印次 2012 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3876 - 6

定价:39.80 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

日月如梭,光阴荏苒。不知不觉中,笔者从事律师工作已经十多年了。十多年来代理了不少案件,既有成功的艰辛和喜悦,也有失败的彷徨和坦然。

中国社会主义民主与法治建设任重而道远。选择了律师职业,就意味着走上了一条披荆斩棘的道路。笔者坚持认为,律师缺乏激情是可怕的。越是在困难的时候,越要保持忠实于法律的激情,追求客观真实的激情,刻苦工作的激情,挑战艰难的激情,锲而不舍的激情,保持强烈的正义感,充满对胜利的渴望。遇到困难绝不能悲观失望,战胜困难首先要战胜自己,毅然决然地走自强自立之路,依靠知识、勇气和牺牲精神去取得成功。

笔者认为,在喧嚣的人世间,律师应当心静如水,要耐得住寂寞,经得起误解,抵得住诱惑,具有安贫乐道的精神境界,绝不能心浮气躁,幻想一夜成名,一心梦想发财,终将误人害己。

笔者当初在代理每个案件的时候,并没有出书的打算。然而十多年的律师之路走下来,却积累了众多的文字材料,当笔者意识到可以把它们编撰整理成书的时候,不禁被生活的恩赐所深深地感动。笔者在办理过的诸多案件中,筛选出这一百个案例,其中民事案件的代理思路和刑事案件的辩护思路,基本都是在案件庭审时发表的代理词、答辩状或辩护词。写成本书,十年风雨兼程的执业生涯又得到了一份额外的收获。“风又飘飘,雨又萧萧,红了樱桃,绿了芭蕉”。

本书不注重从法理上对案例进行分析,而是侧重于从法律规范和相关规定适用方面对案件进行讨论,从律师业务上表述对案件的思考。这样做的目的,是想和律师界的同仁商讨办案思路以求抛砖引玉,让法律界人士了解律师对案件的分析方式以求增进相互了解,让初涉律师工作的青年同志受到某些启发以求为其提供工作参考,为法律爱好者提供些许素材以

求进行法治宣传。这是笔者的愿望。

为了尊重案件当事人的隐私,本书对涉及的当事人都使用“某甲”、“某乙”等称谓,全部案例均不注明案例索引,这一点敬请读者谅解。

由于笔者水平所限,本书各章写作较为粗糙,可能多有不当之处,甚至出现错误,欢迎律师同仁和法律界朋友予以指正。

李建全

目 录

第一章 民、商事案件

第一节 名誉权纠纷

名誉权侵权责任认定	(1)
-----------------	-------

第二节 婚姻家庭纠纷

1. 现役军人离婚财产权应平等保护	(4)
2. 离婚财产分割协议可否变更	(7)

第三节 继承纠纷

1. 继父母子女之间的权利义务	(10)
2. 死亡赔偿金分割不同于遗产继承	(14)

第四节 不动产登记纠纷

1. 违法取得的权属证书应认定无效	(16)
2. 对重复办理的权属证书应予撤销	(20)

第五节 财产损害赔偿纠纷

民事诉讼的一事不再理原则	(23)
--------------------	--------

第六节 所有权纠纷

1. 业主对建筑物共有部分的共有权	(27)
2. 产权式商铺物业管理的特殊性	(30)

- 3. 个体私权不应对抗集体私权 (33)
- 4. 违章搭建受害方的法律救济途径 (35)
- 5. 擅自处分共有财产行为应认定无效 (38)

第七节 合同纠纷

- 一、买卖合同纠纷 (42)
 - 1. 从双方的民事行为判定合同成立 (42)
 - 2. 根据交易习惯认定合同条款 (44)
 - 3. 合同债务人法律关系分析 (47)
 - 4. 第三方债务加入的责任承担 (53)
 - 5. 因欠货款订立的付款合同单独成立 (55)
 - 6. 约定的交货地点为合同履行地 (58)
 - 7. 有效证据决定民事诉讼的胜负 (59)
 - 8. 公章被盗用造成损失的责任承担 (62)
- 二、房屋买卖合同纠纷 (65)
 - 1. 逾期办理房屋权属证书的违约责任 (65)
 - 2. 对解除合同有异议提起诉讼的期间 (67)
 - 3. 增加或降低违约金应经当事人请求 (71)
 - 4. 集体建设用地上的房屋可否转让 (73)
- 三、供用电合同纠纷 (76)
 - 司法鉴定的证明力大于证人证言 (76)
- 四、借款合同纠纷 (80)
 - 1. 以新贷偿旧贷应免除保证人责任 (80)
 - 2. 主要义务履行完毕合同依法成立 (82)
 - 3. 当事人的陈述应当有证据支撑 (86)
- 五、保证合同纠纷 (88)
 - 1. 担保债权的转移条件 (88)
 - 2. 保证人履行保证责任后的追偿权 (90)
 - 3. 连带共同保证人的责任承担 (92)
- 六、租赁合同纠纷 (93)

1. 租赁合同的合法权利应予保护	(93)
2. 转租合同的主体资格认定	(97)
3. 承租人违约无权主张装潢损失	(99)
4. 村办企业承包合同纠纷的管辖权	(101)
七、承揽合同纠纷	(103)
1. 对强制交易行为可以拒绝付款	(103)
2. 先合同义务应当首先履行	(106)
八、建设工程施工合同纠纷	(109)
1. 建设工程质量安全责任承担	(109)
2. 无权代理的民事责任	(113)
3. 生效判决认定事实的法律效力	(116)
4. 建筑市场违法挂靠行为急需规范	(119)
九、装修合同纠纷	(122)
1. 对逾期给付工程款有权顺延工期	(122)
2. 定作人应依照约定支付报酬	(125)
3. 不能拆除的添附物应折价补偿	(127)
十、居间合同纠纷	(128)
未促成合同成立无权主张居间报酬	(128)

第八节 合伙协议纠纷

1. 认定为个人合伙关系的条件	(131)
2. 合伙人退伙后出现亏损的责任承担	(135)

第九节 机动车交通事故责任纠纷

1. 正确区分人身损害侵权责任	(137)
2. 机动车登记不是所有权的证明	(140)
3. 生效民事调解书申请再审的条件	(142)

第十节 不当得利纠纷

不当得利纠纷的原告主体资格	(145)
---------------------	---------

第十一节 劳动争议

1. 事实劳动关系的认定 (147)
2. 单位不缴社会保险费的法律责任 (149)
3. 工资结算协议的效力认定 (151)
4. 劳动争议诉请理由应当合法 (154)
5. 对证据效力的综合审查判断 (156)
6. 民事诉讼测谎结论的证据效力 (158)

第十二节 损害公司利益责任纠纷

- 董事长损害公司利益的法律责任 (160)

第十三节 与破产有关的纠纷

1. 破产解除合同的损失应纳入破产债权 (164)
2. 破产企业管理人履行职责应当合法 (168)

第十四节 保险合同纠纷

- 保险公司应当遵守法定理赔期限 (172)

第十五节 教育机构责任纠纷

- 无过错当事人的适当补偿义务 (175)

第十六节 申请撤销仲裁裁决

1. 隐瞒重要证据导致撤销仲裁裁决 (177)
2. 仲裁裁决主要证据不足依法不予执行 (179)

第十七节 执行异议之诉

1. 被执行财产的权属确认 (181)
2. 未办理物权登记不影响合同效力 (184)
3. 法院作出执行罚款决定的条件 (187)

4. 对案外人的财产应当中止执行	(189)
5. 申请执行人另案起诉的条件	(192)
6. 上级法院对民事执行案件的职权	(195)
7. 生效裁判中债务人的合法权益保护	(197)
8. 生效调解书确定的义务应当履行	(199)
9. 案件关联性决定是否适用“先刑后民”	(201)
10. 执法不应屈从于无理上访的压力	(204)

第二章 行政案件

1. 滥用行政处罚权的行为依法应予撤销	(208)
2. 行政不作为是对群众合法权益的侵害	(213)
3. 合法取得的施工许可证不应撤销	(215)
4. 占用村民集体的土地应依法返还	(218)
5. 合法的房产权属依法应予保护	(223)

第三章 刑事案件

第一节 偷 税 罪

构成偷税罪应具有主观故意	(226)
--------------------	-------

第二节 强迫交易罪

强迫交易罪的犯罪构成	(229)
------------------	-------

第三节 故意杀人罪

聚众斗殴犯罪行为的转化定罪	(232)
---------------------	-------

第四节 故意伤害罪

1. 故意伤害罪可否附加剥夺政治权利	(235)
--------------------------	-------

- 2. 防卫过当依法应减轻处罚 (238)
- 3. 应坚持疑罪从无的司法原则 (240)

第五节 非法拘禁罪

- 本案非法拘禁犯罪的具体量刑 (245)

第六节 侮辱罪

- 对侮辱他人情节严重的认定 (247)

第七节 诈骗罪

- 1. 诈骗犯罪的构成要件 (250)
- 2. 没有犯罪事实应依法撤销案件 (253)

第八节 职务侵占罪

- 村委会干部构成职务侵占罪的关键问题 (256)

第九节 聚众斗殴罪

- 1. 聚众斗殴罪的加重处罚情节 (259)
- 2. 投案自首情节的认定 (262)
- 3. 对从犯应当减轻处罚 (264)

第十节 寻衅滋事罪

- 寻衅滋事犯罪的客观表现 (267)

第十一节 组织、领导、参加黑社会性质组织罪

- 黑社会性质组织的特征 (270)

第十二节 滥伐林木罪

- 发布通缉令须具备的法定条件 (276)

第十三节 贩卖毒品罪

贩卖毒品纯度在量刑时应予考虑	(278)
----------------------	-------

第十四节 贪污罪

共同贪污犯罪的构成条件	(281)
-------------------	-------

第十五节 受贿罪

受贿罪从轻处罚的条件	(283)
------------------	-------

后记	(286)
----------	-------

第一章 民、商事案件

第一节 名誉权纠纷

名誉权侵权责任认定

要点提示:是否构成侵害名誉权的法律责任,应当从受害人的名誉被损害、行为人行为违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错等方面来认定。

案情简介:甲单位(某学校)与乙单位(某法律服务所)签订《法律服务合同》,某丙根据该合同约定,代表乙单位为甲单位提供法律服务。某丙利用为甲单位提供法律服务之便,不当取得甲单位空白转账支票一份,利用该支票套取甲单位46万元。此后某丙按照合同约定的仲裁条款,以乙单位的名义向某仲裁委员会提出仲裁申请,要求解除《法律服务合同》,并确认乙单位获取46万元“法律服务费”行为合法。甲单位如实向某仲裁委员会陈述:46万元并非甲单位同意交付,而是某丙利用法律服务工作之便不当取得。

某丙认为甲单位向某仲裁委员会的陈述侵害其名誉权,并以甲单位教师的口吻撰写“小字报”,安排人员自行张贴、拍照作为“证据”,对甲单位及其3位负责人提起侵害名誉权诉讼。同时,某丙又和某丁串通,故意以某丁为共同被告,让某丁当庭陈述甲单位及其负责人侵害某丙名誉权的“事实”。

处理结果:某丙自行撤回诉讼请求。

代理思路:

一、甲单位在仲裁委员会发表的陈述意见,不构成对某丙的名誉侵权

甲单位在仲裁委员会发表的陈述意见,是正当地反映案件真实情况。对于某丙以乙单位名义提出的仲裁请求,甲单位有必要向仲裁委员会讲清楚整个事件的过程,以利于仲裁委员会作出正确判断。甲单位所陈述的情况完全是真实的,这也是甲单位的合法权利,该行为是正当合法的,不构成对某丙的名誉侵权。

某丙说甲单位在仲裁委员会发表的陈述意见,对某丙的“工作、生活、学习等造成损害,影响了社会评价”,这完全是虚构事实。甲单位在仲裁委员会发表的意见,客观上不可能对某丙的所谓名誉造成任何影响。听取甲单位发表陈述意见的人员,仅限于独任仲裁员、书记员、甲单位代理人、乙单位代理人4人。某仲裁委员会的住所地距离某丙工作居住的城市一千多公里,千里之外的几人听取的陈述意见,不可能对某丙的工作、生活、学习等造成任何影响。

最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解释》(法释[1998]26号)规定:“公民依法向有关部门检举、控告他人的违法违纪行为,他人以检举、控告侵害其名誉权向人民法院提起诉讼的,人民法院不予受理”。依照这一规定的基本精神,某丙认为甲单位向仲裁机关披露事实真相的行为侵犯其名誉权,这一观点不能成立。

二、某丙与某丁恶意串通,制造伪证

某丁书写的《情况说明》陈述:自己亲耳听到甲单位的女教师说“听我们校长说,某丙骗走了学校46万元”,然后某丁自己又传播了这些话,最后传到某丙耳朵里,某丙就找某丁理论,进而对某丁起诉。

某丁的陈述没有证据支持。某丁故意编造所谓甲单位女教师的话,而又说不认识该女教师,不能举证是哪位女教师说的,故意使证据链断裂,其目的就是对自己虚构事实的行为逃避法律责任,可谓煞费苦心。某丁编造谎言,某丙借此作为所谓“证据”,其本质就是对甲单位负责人进行栽赃。某丁不能举证是哪位女教师说的话,应当承担举证不能的责任,其虚假陈述依法不应支持。

某丙把与本案毫不相干的某丁强拉进来作为本案“被告”,目的就是让某丁从“被告”的角度上来配合某丙的诉讼。某丁故意承认自己的“侵

权行为”,以此来证实甲单位侵害某丙名誉权的“真实性”,其用心是阴险的。

三、某丙出示的照片“证据”,是其自行制造的伪证

某丙举证照片显示的“小字报”是某丙方面自行张贴、自行拍照的,他们冒充甲单位教师的口吻,制作了这张“小字报”,然后张贴到甲单位的门口,并且自行进行拍照,制造所谓“证据”。这组照片伪证的制作过程,与某丙让某丁作为被告来“衬托”某丙诉讼的行为相比,可谓异曲同工。

然而,当某丙委托的一个男士把这份“小字报”自行张贴到学校门口、自行进行近距离和远距离拍照的时候,恰巧被多名目击证人看到,有甲单位的人员看到了“小字报”的内容,就及时向甲单位负责人报告。甲单位的负责人认为这是别有用心的人故意制造混乱,破坏学校的正常秩序,是一种严重违法行为,就及时向公安机关报警。公安机关对此案作了详细的笔录,正在追查那个自行张贴该份“小字报”又自行拍照的男士。现在某丙既然拿出了这组照片,公安机关就可以破案了。某丙必须说清楚这组照片的来历,莫非又像某丁说“不认识”的女教师一样,这组照片又是“不认识”的人提供的吗!

某丙出示的这组照片,与甲单位报案的自贴、自拍的“小字报”照片完全一致,某丙故意制造伪证的意图昭然若揭。通过这一照片“证据”的出笼,我们可以通过事情的表象看到其背后可怕的面孔。

四、甲单位的三位负责人与本案没有关联性

甲单位在仲裁委员会的陈述意见,完全是法人单位的行为,与自然人无关。甲单位所陈述的事实完全是真实的,行为正当合法。到现在为止,甲单位依然坚持在仲裁委员会所陈述意见的全部观点,没有丝毫改变。

某丙的照片“证据”以及某丁的陈述,完全是某丙制造的伪证,不具有任何证据效力。而且,即使凭借这些所谓“证据”,也不能证明某丙针对甲单位三位负责人的诉讼请求合法。

最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》(法发[1993]15号)规定:“是否构成侵害名誉权的责任,应当根据受害人确有名誉被损害的事实、行为人行为违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错来认定。”而本案中,某丙举证“名誉被损害的事实”的证据全部是伪造的,甲单位在仲裁委员会如实陈述案件的行为具有无可争辩的

合法性。因此,某丙的诉求没有任何事实依据和法律依据,依法应当予以驳回。

第二节 婚姻家庭纠纷

1. 现役军人离婚财产权应平等保护

要点提示:军人的工作性质是否稳定,不能一概而论,而应当对具体情况进行分析。某男作为军事院校教官不存在工作性质不稳定的问题,不当从文字概念上玩弄逻辑游戏,先肯定某男是军人,引申出军人的工作性质不稳定,进而为剥夺某男的合法权利寻找借口。

案情简介:某男与某女是夫妻关系。某男是高级军事学府教师,现役军官。某女是专科学校教师。二人婚后育有一女,尚不满周岁。某男的父母为了照顾孙女,来随某男和某女一起生活,引起了某女的不满,经常发生一些家庭矛盾,直至发展到某女找来自己的亲戚殴打某男,致其轻伤,致某男的父亲轻微伤。为此某男起诉到法院要求离婚,主张女儿随男方生活,并主张分割婚后财产。

某女同意离婚,主张女儿随女方生活,要求男方每月给付女儿抚养费800元,主张房屋产权归女方所有,女方按照房屋折价款的二分之一给付男方共计14.89万元人民币,但主张在给付男方房屋折价款中一次性抵扣女儿至18岁的抚养费,抵扣结果是全部房产归女方,男方还要倒贴女方1.1万元。

一审法院判决准予离婚,并以“由女方抚养对孩子更为有利”、“女方抚养婚生女需要安定的生活环境,现有住房由女方享有并居住使用”、“男方是军人,军人的工作性质不稳定,为使子女能够健康成长,要求男方应给予的抚养费与女方应给予男方现有房屋价格的一半的房款相互折抵的要求符合情理”等理由,支持了某女的全部主张。某男不服提起上诉。

审判结果:二审判决纠正了一审判决的数字计算错误,其他部分维持原判。

代理思路:

一、判决抚育费与房款相互折抵,是违法剥夺某男的合法权利

最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》(以下简称《具体意见》)第8条规定:“抚育费应定期给付,有条件的可一次性给付。”本案中某男并没有条件一次性给付抚育费,一审法院把涉案房屋判给了某女,某男就面临无处安身的境地。军事院校在某男结婚时出租给某男的房子,在某男离婚以后按照学校规定交回,某男离婚后只能居住教师单身宿舍。某男的父母年事已高,需要由某男照料,某男必须有一部分钱购买房屋供父母居住。当一审判决书把某男的一切财产权利都剥夺殆尽的时候,是否想过某男今后怎么生活?年老多病的父母怎么奉养?因此,某男没有条件一次性给付抚育费,应当按月定期给付抚育费。

一审法院判决某男应付的抚育费与某女应付的现有房屋价格的一半的房款相互折抵,没有法律依据。《具体意见》第9条规定:“对一方无经济收入或者下落不明的,可用其财物折抵子女抚育费。”而某男既不是无收入者,也不是下落不明者,如此判决是违法裁判。

公正的做法应当是:享有房屋的一方如果不能以现金方式向对方补偿分割的财产,对于涉案房屋就应当依法拍卖变现,进行财产分割。因为涉案房产属于婚后的共同财产,不同于一般的债权债务关系,完全可以也完全应当依法拍卖。对当前的居住需要,双方都可以暂时先租房子住。男女双方持有分割变现房屋的部分资金,今后经过一段时间的积蓄,都可以再购买房子。

二、判决书“军人的工作性质不稳定”的观点不适用某男

判决书认为“原告是军人,军人的工作性质不稳定”,所以判令某男抚养费与应当获得的房屋价格相互折抵,显然不顾起码的事实。某男虽然是现役军人,但具体职业是军校教师。该军事院校自从建校六十多年来,就没有迁离现在的校址,这是众所周知的事实。判决书所谓“工作性质不稳定”,这恐怕连判决书的撰写人自己都不会相信。判决书仅仅从文字概念