

*THE **ART***
OF
THINKING AND REASONING

思辨的艺术
王新平律师执业实录

| 王新平◇著 |

中国检察出版社



*THE ART
OF
THINKING AND REASONING*

思辨的艺术
王新平律师执业实录

| 王新平◇著 |

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

思辩的艺术: 王新平律师执业实录/王新平著. —北京:
中国检察出版社, 2007. 8
ISBN 978 - 7 - 80185 - 810 - 8

I. 思… II. 王… III. 律师业务 - 中国 - 文集
IV. D926. 5 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 119894 号

思辩的艺术

王新平律师执业实录

王新平 著

出 版 人: 袁其国
出版发行: 中国检察出版社
社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)
网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)
电子邮箱: zgjccbs@ vip. sina. com
电 话: (010)68630385 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)
经 销: 新华书店
印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司
开 本: A5
印 张: 9. 125 印张
字 数: 253 千字
版 次: 2007 年 9 月第一版 2007 年 9 月第一次印刷
书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 810 - 8/D · 1786
定 价: 23. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

作者简介

王新平，1972年1月生于浙江温岭。华东政法大学法律硕士，中国法学会会员，台州仲裁委员会仲裁员，现为浙江新平律师事务所主任。从业以来，致力于民商事、行政等案件的代理，所承办的案件曾被中央电视台“焦点访谈”栏目专题报道，发表的代理词入选《著名律师精彩辩词》并受到司法部法制宣传司的阅评称赞。在《当代法学》、《法学杂志》、《律师与法制》、《人民法院报》等核心期刊和专业报刊上发表论文、案析、札记等各类体裁的文章20余万字，有多篇论文获奖，曾为《中国律师》特约撰稿人。

详细情况见：<http://www.tzlszw.cn>（网络实名：台州律师网）

NO. 1 代理思路

一、锦上添花“花”

——义务帮工损害赔偿纠纷案/ ____003

二、婴儿死亡谁之过

——医疗损害赔偿纠纷案/ ____008

三、有多少爱可以重来

——医疗损害赔偿纠纷案/ ____014

四、来自鸡山的哭泣

——海上交通事故索赔案/ ____026

五、一步之祸

——触电人身损害赔偿纠纷案/ ____034

六、电力公司：告你没商量

——触电人身损害赔偿纠纷案/ ____043

七、技术改造改出的官司

——技术服务合同纠纷再审案/ ____049

八、血染富商

——广东首例警察绑架杀人案/ ____055

九、无罪之辩

——故意伤害案/ ____061

NO.2 法庭论辩

一、银行贷款合法性之辩

——浙江首例贷款纠纷抗诉再审案/ ____071

二、油库：终于完璧归赵

——买卖合同纠纷案/ ____080

三、电费之争

——供用电合同纠纷案/ ____087

四、轿车被窃之后

——消费者损害赔偿纠纷案/ ____095

NO.3 实务辨析

一、驾车逃逸引发的追偿纠纷如何处理/ ____103

二、如何判断是否构成表见代理/ ____106

三、借用他人之受雇人执行职务致人损害由谁担责/ ____109

- 四、雇佣关系还是劳务关系/ ____113
- 五、怎样区分雇佣、承揽和建设工程承包关系/ ____116
- 六、案解建筑工程承包合同纠纷/ ____121
- 七、运输途中液氨泄漏致损该由谁担责/ ____127
- 八、谁为“存款失踪”埋单/ ____131
- 九、本案谁为被告/ ____137
- 十、民事赔偿还是行政赔偿/ ____140
- 十一、本案原告为何败诉/ ____143
- 十二、是盗窃预备还是盗窃未遂/ ____147

NO 4 法理思辨

- 一、缔约过错责任初探/ ____151
- 二、不真正连带债务案例与法理研究/ ____158
- 三、情势变更原则探微/ ____174
- 四、如何区分劳动关系与雇佣关系/ ____180

五、保证责任之免除/ ____184

六、个人合伙民事诉讼主体资格的确定/ ____196

七、关于一起行政案件的法理思考/ ____201

八、单位犯罪的构成及其诉讼程序/ ____207

九、谈挪用公款罪/ ____225

NO 5 办案随笔

一、律师须五勤/ ____239

二、痛并快乐着/ ____242

三、律师地位，缘何不高/ ____246

四、侦查阶段，律师你知多少/ ____252

NO 6 疑难解答

一、无房产证的房屋买卖是否有效? / ____263

二、承租房屋被卖掉我还有优先购买权吗? / ____265

三、商场门前丢车，责任如何承担? / ____266

- 四、我与公司间是否存在劳动关系? / ____267
- 五、离婚时可否约定一方放弃探望权? / ____268
- 六、高压线下钓鱼触电死亡电力公司应否担责? / ____269
- 七、房屋开发公司有权解除合同吗? / ____271
- 八、对欠条的落款日期应由谁承担举证责任? / ____273
- 九、临时雇工受伤可否提起赔偿? / ____275
- 十、婚前财产婚后收益的性质认定? / ____276
- 十一、村委会不分给我土地补偿费可否向法院
起诉? / ____277
- 十二、错标价格可否要求补足货款或退款退货? / ____278
- 十三、房屋发生倾斜可否要求赔偿? / ____279
- 十四、商场不同意退货我该如何维权? / ____280
- 十五、我可否提起附带民事诉讼? / ____282
- 后记/ ____283

NO. 1

代理思路

一、锦上添“花”

——义务帮工损害赔偿纠纷案

婚礼起风波

2002年元月22日，浙江省台州市路桥区螺洋街道永远村的章家张灯结彩，喜溢门庭，不时有亲朋好友前来道喜，新郎章晓明更是喜笑颜开。

中午12时30分许，在噼里啪啦的鞭炮声中，章家的迎亲车队从邻村的新娘家徐徐驶出，由新郎朋友吴辉智驾驶的一辆小货车装载着新郎的表兄弟林学斌等3人及若干箱鞭炮则尾随其后。

天有不测风云，人有旦夕祸福。车辆刚启动驶出不到30米，林学斌因站立不稳，一下子被甩出车厢，随即头部着地，不省人事。

大伙七手八脚地将林学斌送往附近医院，经抢救，林学斌总算脱离生命危险，但医生诊断为：两侧额叶脑挫伤、右侧颞叶颅内血肿、右侧颞骨骨折。

突如其来的车祸顿时席卷了婚礼的喜庆，大家面面相觑，索然无味。

不久，经路桥区交巡警大队现场勘查认定，驾驶员吴辉智违反了货运机动车不准人货混载之规定，对本起交通事故负全部责任。

吴不服，依法申请重新认定。

根据国务院《道路交通管理条例》，乘坐货运机动车，不准站立。据此，台州市公安局交巡警支队变更责任认定为吴辉智负事故主要责任，林学斌负事故次要责任。8月15日，林学斌的伤情被路

桥区交巡警大队评定为4级伤残。林学斌住院期间，章晓明一家隔三差五地去看望他，并陆续支付了医疗费34000元。

在随后公安交巡警部门组织的两次调解中，事故当事人终因分歧较大，无法达成协议。

亲友反目成仇

索赔无果的林学斌一纸诉状将吴辉智和原车主黄群立告上法庭，要求两人共同赔偿其医疗费、误工费、残疾者生活补助费等共计28万余元。

接着，法院根据被告吴辉智的申请，追加新郎章晓明为共同被告参加诉讼。

2002年9月23日，这起人身损害赔偿纠纷案在路桥区人民法院公开开庭审理。笔者作为被告吴辉智的诉讼代理人出庭参与诉讼。

庭审中，原告林学斌将诉讼请求变更为要求三被告共同担责，这下正中下怀——因为将新郎拖入诉讼，本是我方的初衷。

法庭辩论时，笔者主要发表了以下两点代理意见：

1. 被告吴辉智虽系道路交通事故的责任主体，但并非是道路交通事故损害赔偿法律关系的责任主体，因为他是在替被告章晓明义务运送婚娶物资的活动中即从事义务帮工的活动致原告受伤的，理应由被帮工人章晓明承担转承赔偿责任。

2. 即使被告章晓明不应承担民事责任，但其向原告先行支付的34000元，依据损益相抵规则，应在赔偿数额中予以扣除。

被告黄群立的代理人认为：肇事车辆已于2001年4月3日转让给了江云军并当日交付，行驶证虽登记在黄群立名下，但被告黄群立并非真正的车主，要求法院驳回对该被告的诉讼请求。

被告章晓明则显得满腹委屈，他说：原告林学斌和被告吴辉智是到我家喝喜酒的，被告吴辉智驾驶的车辆虽运载本人用的鞭炮，

但发生事故的情况我不清楚，我没有什么责任，且已支付原告医疗费 34000 元，要求依法处理。

法庭还查明：肇事车辆系被告吴辉智向其叔叔江云军借用来的，该车车况正常，无瑕疵。

法院审理后认为，原告林学斌、被告吴辉智与被告章晓明之间形成帮工与被帮工关系，被告吴辉智在义务帮工活动中致原告受到损害，对此，被告章晓明作为被帮工人和受益人，应对原告林学斌造成的损失承担相应的民事责任，其额度酌情以承担 50% 为宜。原告林学斌的其余损失，鉴于此次损害因交通事故产生，被告吴辉智承担事故的主要责任，原告承担次要责任，故原告与被告吴辉智对原告该部分损失应承担相应责任。原告诉请要求被告黄群立亦共同赔偿原告损失，从本案实际情况看，无论是车辆所有人，均依法不应承担责任，故对原告该诉称部分不予支持。

据上，法院判决原告林学斌的损失医疗费等合计 198658.76 元，由被告吴辉智负担 69530.57 元，被告章晓明负担 99329.38 元（含被告章晓明已支付的 34000 元）。

二审的回音

由于判决结果在预料之中，所以被告吴辉智没有提起上诉。可被告章晓明想不通，觉得其对事故的发生没有任何过错，反要负主要责任，于是上诉至台州市中级人民法院。

二审开庭时，笔者继续担任吴辉智的诉讼代理人。富有戏剧性的是，被上诉人林学斌竟完全支持我方意见，矛头指向上诉人。

出于谨慎，合议庭对此案并未当庭宣判。

2003 年 3 月份，二审判决终于下达，判决书的说理部分占据了较大的篇幅。

法院认为，义务帮工人在从事帮工活动中自身受到损害的，应由被帮工人承担赔偿责任。由于本案被上诉人林学斌的受伤直接因

素系道路交通事故的发生，故于被上诉人林学斌而言，其既可以基于道路交通事故损害赔偿请求权请求交通肇事人即被上诉人吴辉智承担民事责任，也可以基于义务帮工关系请求被帮工人即上诉人章晓明承担民事责任。因被上诉人吴辉智也系上诉人的帮工，其在从事帮工过程中致人损害的，也应当由被帮工人即上诉人承担赔偿责任。但根据道路交通事故责任认定，对事故的发生被上诉人吴辉智负主要责任，即其有重大过错，故吴辉智应适当承担赔偿责任。这样对被上诉人林学斌所造成的损失，应当由上诉人章晓明负主要赔偿责任，被上诉人吴辉智负适当的赔偿责任。原审判决上诉人承担50%的赔偿责任并不为过。

法院还认为，道路交通事故责任认定书没有明确上诉人的责任是因为上诉人并非道路交通事故的当事人，原审判决其承担责任也不是基于道路交通事故的法律关系而是基于义务帮工关系。上诉人认为其对交通事故的发生没有过错故其不应当承担赔偿责任的理由不能成立。虽然我国现行法律、法规对义务帮工关系没有明确规定，但不意味着法院不能依据有关法理进行判决。^①

基于上述理由，二审法院最终驳回了章晓明的上诉，维持原判。

掩卷沉思

尽管本案终审已有定论，但有几个问题在我的脑海中总挥之不去，不吐不快。

一是机动车辆的登记过户问题。

本案中，从运行支配和利益的基准分析，被告黄群立依法不应

^① 2003年12月4日通过的最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第13条规定证明了法院该项判决的正确性。第13条规定，“为他人无偿提供劳务的帮工人，在从事帮工活动中致人损害的，被帮工人应当承担赔偿责任”。

承担民事责任，但黄群立是否系肇事车辆的所有人？对此，两级法院的判决书均予以回避。一种观点认为，机动车辆属于特殊的动产，其所有权的变动适用不动产的规定，即必须进行登记，本案中黄群立虽早将车辆转让给了江云军，但未办理登记过户手续，故黄群立仍是该车辆的所有人。另有观点认为，登记过户的主要作用在于加强公安交通管理部门对车辆的行政管理，它并非是机动车所有权的转移标志，车辆一经交付即产生所有权转移的效果，除非当事人另有约定，因而认为本案中的江云军系肇事车辆的所有人，笔者也持该种观点。^①

二是车辆所有人出借机动车辆是否要承担事故的责任问题。

本案中，如果原告林学斌申请追加江云军为共同被告，江云军应否承担民事责任？有种观点认为，在出借车辆发生交通事故的情形下，出借人、借用人都是运行支配者，同时又是运行利益的归属者，因此，出借人和借用人应负连带赔偿责任。另有观点认为，判断出借人是否承担民事责任应取决于出借人是否尽到必要的注意义务，比如，是否将车辆出借给无照者驾驶或者将有瑕疵的车辆出借给他人驾驶。此外，在出借车辆存在瑕疵的场合，还应考虑该瑕疵与损害后果的发生是否具有法律上的因果关系，本案没有证据表明出借人江云军存在主观上的过错，故出借人不应负民事责任。孰是孰非，有待进一步论证和检讨。

^① 我国新出台的《物权法》明确规定，机动车等特殊动产的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。因此，车辆交付即转移所有权。这一法律规定与作者的观点完全一致。

二、婴儿死亡谁之过

——医疗损害赔偿纠纷案

十月怀胎，一朝分娩。1999年10月11日，浙江省台州市路桥区女青年夏情在该区爱心医院行剖宫产术，术后取出一女婴，婴儿随后死亡，其父母状告医院，要求赔偿各种损失147900元，拉开了该区首例医疗损害赔偿纠纷的帷幕——

今年27岁的夏情从怀孕19周开始在爱心医院建卡产检，自诉末次月经为1999年1月5日，怀孕50天后出现恶心呕吐等。产检医生估计预产期为1999年10月12日，并从孕妇的腹围、宫高及B超的结果推算，胎儿明显小于同胎龄者，考虑系胎儿宫内发育不良。

10月9日，夏情已有腹胀、尿频、大便次数多等临产征兆，10月11日上午8时，她在丈夫张斌等人的陪护下入住爱心医院产科房。眼看一个新的生命即将诞生，全家人既紧张又兴奋。

产科医生照例对夏情进行体检，诊断结果为：（1）G2POLSA孕41-1周；（2）胎儿宫内发育迟缓。因产妇本人及家属要求，医院同意施剖宫产术。

手术进展顺利。10时15分取出一女婴，多胎脂、头皮皱褶、耳垂稍折、指甲未长到指尖，体重1900克，Apgar（阿氏）评分8分，清理呼吸道后评为9分。医生诊断：（1）G2P1孕41-1周LSA剖宫产；（2）胎儿宫内发育迟缓；（3）足月小样儿。

婴儿被送到病房后，皮肤轻度青紫，医生遂给予吸氧并热水袋保温，后婴儿面色红润，反应正常。