

战胜法律



—— 中国律师笔记



时代文艺出版社



揭示司法奥秘 把握胜诉天机

解答日常生活中各种法律问题



* T184262 *

四
律
师
笔
记

战 胜 法 律

主 编 / 张 郃
副主编 / 谢景武
时代文艺出版社
杜文革



战胜法律——中国律师笔记

作 者：张郃、谢景武、杜文革

责任编辑：张四季

责任校对：文欢

装帧设计：何武

出 版：时代文艺出版社

(长春市人民大街 124 号 邮编：130021 电话：5638648)

发 行：吉林省新华书店

印 刷：长春市印刷厂

开 本：850 × 1168 毫米 32 开

字 数：290 千字

印 张：13.5

版 次：1998 年 9 月第 1 版

印 次：1998 年 9 月第 1 次印刷

印 数：10000

书 号：ISBN 7—5387—1279—8/I·1232

定 价：18.80 元

出版说明

日常生活中，无论你意识到与否，每个人都被法律保护着，同时也被法律约束着。这是民主社会的表现，也是法治国家的特征。大到生命、人身安全、贸易往来、债权债务，小至于婚姻家庭、生老病死、衣食住行都以法律做出终极的结论和是非判断。原告当然可以理直气壮地寻求保护，但不能超出法律规定的权利范围；被告亦不必无条件地接受一切处罚，承担的责任和履行的义务也必须在法定的界限内。做为当事人的双方，原告享有权利，被告也享有权利。

律师法公布以来，律师在司法活动中的作用日益重要。他们参与司法实践的目的，就是要在法律规定的范围内，利用法律最大限度地维护当事人的合法权益不受侵害。正是由于律师制度的确立，在一定意义上讲，更加有利于对司法进行监督，维护司法公正，遏止司法腐败，使每个公民和当事人，都能更自如地运用法律武器，平等地受到法律的保护。

本书正是以维护当事人权益为出发点，邀请 50 余位有丰富司法实践经验的律师，从他们亲自处理或参与诉讼的案例中，围绕财产所有权、债权、知识产权、产品质量与消费者

战胜法律

权益、婚姻、继承、收养、劳动争议、交通事故、人身伤害、经济合同、行政诉讼等民法、刑法、经济法、行政法诸方面，选择具有典型意义的、与日常生活密切相关的案例，既有胜诉的，也有败诉的，进行评点和总结，分析胜诉的理由和败诉的原因，特别对辩护的角度及目的，进行了剖析，相信会对我国的普法工作、法律教学、司法实践，以及每个当事人如何打赢一场官司都有一定的借鉴意义。

战胜法律的含义，不在于钻法律的空子，也不在于规避法律责任，小而言之，是为了运用法律的武器去战胜不法侵害，维护我们的合法权益，大而言之，是为了战胜司法中的不公正，战胜司法腐败。

本书在编写过程中，得到了吉林大学法学院部分老师，长春市司法局及长春市中级人民法院有关同志的大力支持，在此一并表示谢意。

目 录

第一章 财产所有权

以他人名义存款是否就是赠与.....	(1)
不付宿费旅店是否可以扣押物品.....	(4)
失踪人复出后能否索回被用以偿还其债务的房屋.....	(7)
已抵押的房屋是否可以转让	(10)
误卖掉的文物是否可以索回	(14)
遗弃的病马被他人拾得并治愈是否可以要求返还 ...	(18)
是行使留置权还是侵权	(21)
拾得物应归谁所有	(22)

第二章 债 权

标错价的商品售出后可否追回	(26)
存款被冒领责任由谁承担	(29)
赌债能受到法律保护吗	(32)
借款 3 年是否还可以起诉追偿	(33)
悬赏寻物反悔拾主可否拒绝给付拾物	(36)
合伙人未按协议出资是否对合伙债务承担连带责任	(38)
未经对方同意录制的谈话录音能否作为证据使用 ...	(42)

出租公有住房租金能依法收回吗	(45)
幼儿在幼儿园摔伤医药费应由谁承担	(48)
只出资不参加经营的合伙人该承担合伙债务吗	(50)
企业被撤销后民事责任由谁承担	(53)
6个月婴儿享有百万财产还是继承巨额债务	(54)
许诺资助又反悔造成他人损失是否承担责任	(56)
出具虚假验资报告该承担法律责任吗	(59)

第三章 产品质量与消费者权益

李某是否可以获双倍赔偿	(61)
啤酒瓶爆炸伤人谁承担责任	(65)
“减价商品售出不退不换”是否有效	(69)
购买商品质量不合格是否可以向出租柜台者索赔 ..	(72)
金首饰重量不足销售者如何承担责任	(75)
违法协议不得对抗善意第三人	(76)

第四章 交通事故

被盗车辆撞伤人失主是否承担赔偿责任	(79)
他是否构成交通肇事罪	(80)
他是犯交通肇事罪还是过失杀人罪	(81)

第五章 经济合同

此定金是否应双倍返还	(84)
违约赔偿的范围如何确定	(90)
技术转让纠纷责任如何确定	(94)

目 录

水泥报废责任由谁承担	(99)
租赁合同签定后是否可以转让已出租的房屋	(103)
村委会换届能否解除承包合同	(106)
技术转让中的受让方违约承担哪些责任	(109)
农副产品订购合同如何执行	(113)
这笔钱是预付款还是定金	(116)
无加工能力而与他人订立加工合同是否有效	(120)
已出租的房屋又被抵押租赁合同是否继续有效	(123)
代理人用空白合同书与他人签订合同其后果由谁承受	(127)
在租赁期限内房屋依法转让租赁合同是否继续有效	(129)
原材料价格大幅度上涨供方是否可以变更或终止合同	(132)
买方未按时提货因意外事件造成损失责任由谁承担	(136)
损害赔偿金和违约金是否可以兼得	(138)
没有法人资格的分支机构能否作为经济合同的保证人	(142)
缺乏非必要条款会影响合同的履行吗	(143)

第六章 婚姻、继承、收养

该房屋的产权怎样继承	(146)
同居者能否要求继承对方的遗产	(149)
法律服务所办理离婚登记有效吗	(150)

调解是审理离婚案的必须程序吗·····	(151)
强奸犯有权作父亲吗·····	(153)
曲某是否应负赔偿责任·····	(154)
继女的养子有权代位继承遗产吗·····	(158)
这笔补偿费应如何处理·····	(160)
离婚后哪一方可继续承租公房·····	(162)
这个孩子是计划外生育的吗·····	(164)
被继承人承担的债务能超过遗产实际价值吗·····	(165)
男方在女方分娩一年内能离婚吗·····	(168)
父亲死亡母亲能否索回抚养权·····	(170)
奖金是不是夫妻共同财产·····	(171)
离婚后擅将子女送养是否有效·····	(174)

第七章 侵害赔偿

此作品的著作权由谁享有·····	(177)
使用他人肖像做广告发生纠纷怎么办·····	(181)
小孩子造成他人损害谁承担责任·····	(183)
自治机构的规章可以超越法律吗·····	(186)
股票被盗卖损失谁负责·····	(188)
电线断落电死耕牛谁承担责任·····	(190)
饲养动物造成他人损害谁承担责任·····	(192)
惊马伤人责任由谁承担·····	(194)
财产保全能侵犯公民的通讯权吗·····	(197)
文学作品影射他人是否承担侵权责任·····	(198)

第八章 保险赔偿

伤亡乘客的保险权益应如何保护·····	(202)
投保的房屋出售后毁坏保险公司是否赔偿·····	(203)
如何走出保险索赔的误区·····	(206)
保险公司应否承担责任·····	(209)
如何处理汽车火险赔偿·····	(210)
保险公司是否应给付其保险金·····	(214)
这起人身伤害案应否赔偿·····	(216)
小儿免费随母乘车死亡是否属保险范围·····	(217)

第九章 刑事案件

应数罪并罚还是从轻判决·····	(219)
书记能犯受贿罪吗·····	(222)
杜某的行为构成犯罪吗·····	(225)
犯罪嫌疑人为什么获释·····	(227)
刑讯逼供的口供有效吗·····	(228)
佟某的行为是窝赃还是盗窃·····	(230)
他的行为构成什么罪·····	(231)
拾物不还构成犯罪吗·····	(233)
周某的行为构成重大事故罪吗·····	(235)
如此私了可以吗·····	(237)
参赌人员能强行索回自己的赌资吗·····	(239)
抓赌抢钱应定抢劫罪吗·····	(240)
强抢欠款凭据构成犯罪吗·····	(242)

激妻自杀该当何罪·····	(245)
此案如何定罪·····	(248)
他应定侵占罪还是盗窃罪·····	(251)
他是否犯包庇罪·····	(253)
他能适用缓刑吗·····	(255)
冒充气功师治病致人死亡犯什么罪·····	(256)

第十章 行政诉讼

施工单位应否承担责任·····	(259)
枯树被风吹倒砸伤人谁承担责任·····	(261)
道路塌陷造成损失谁承担责任·····	(264)
工商局为何败诉·····	(267)
公益广告改商用应该受到行政处罚吗·····	(269)
派出所能否行使治安处罚权·····	(271)
行政诉讼中行政机关应否承担举证责任·····	(272)

第十一章 劳动争议

被骗招工强迫劳动应如何讨回公道·····	(274)
职工无故旷工应受罚吗·····	(275)
调工资办法不合法怎么办·····	(277)
拖欠工钱合法吗·····	(279)
企业法人能摆脱责任吗·····	(280)
发包方该负责吗·····	(282)
克扣工资该受罚吗·····	(283)
厂方能解除劳动合同吗·····	(285)

目 录

因工负伤如何处理·····	(287)
他可以要求解除劳动合同吗·····	(288)
职工辞职应承担违约责任吗·····	(289)
职工可以擅自辞职吗·····	(291)
女工产期孕期该扣发工资吗·····	(292)
公司有权辞退她吗·····	(293)
她应该被降低工资吗·····	(295)
加班工资应如何支付·····	(296)
因资方原因造成损失扣工人工资合法吗·····	(297)
如此下岗合法吗·····	(299)
企业承包后工人的养老保险如何处理·····	(301)
她应受厂纪处分吗·····	(303)
探亲假能被取消吗·····	(304)
非因工伤病能解除劳动合同吗·····	(306)
工人有权利要求改善劳动条件吗·····	(308)
是工伤还是责任事故·····	(309)
工作时间受伤害都算工伤吗·····	(311)
单位能限制符合法定婚龄的职工结婚吗·····	(313)
女工未婚怀孕可否解除劳动合同·····	(314)
老板的要求应予支持吗·····	(316)
单位出资培训的职工调离是否可以向其追索培训费·····	(318)
这笔培训费该付吗·····	(319)
该学生的委托培养费能否归还·····	(321)

职工经单位同意考试入学能否再按违反劳动合同处理	(323)
企业效益不好可以不给工人缴纳养老保险吗	(325)
退休工人的养老金能不能停发	(326)
职工调动工作是否影响养老保险金	(328)
患病职工有没有劳动保险的权利	(330)
试用期内非因工负伤能否解除劳动合同	(331)
医疗期未过劳动合同能否自动延长	(333)
超过医疗期限劳动合同是否还予保护	(334)
无照驾车公出发生事故能否算工伤	(336)
因工致残合同期满能否终止劳动合同	(337)
公事出差遇车祸是否按工伤对待	(339)
违反劳动法的合同是否有效	(340)
因工致残的职工屡犯厂规能否辞退	(342)
农民合同工因工致残能否终止合同	(344)
农民合同工因工死亡应如何赔偿	(345)
“生死合同”是否有效	(346)
怀孕生病该被除名吗	(347)
试用期患病厂方是否可以解除劳动合同	(349)
企业合并后职工工伤待遇怎么办	(350)

第十二章 仲 裁

仲裁的案件能否上诉	(352)
合同无效能否影响仲裁协议	(353)
仲裁裁决是否可以撤销	(354)

目 录

申请仲裁应注意些什么·····	(355)
-----------------	-------

第十三章 公 证

如何能使易损的证据长期有效·····	(358)
--------------------	-------

如何保证贸易合同书有效·····	(359)
------------------	-------

附录：规范格式的上诉状、辩护词、判决书·····	(361)
--------------------------	-------

第一章 财产所有权

以他人名义存款是否就是赠与

【案情】李某是一位个体服装店的老板，李老板有一儿子李甲，李甲正在某高中读书，李甲的同学陈某与李甲十分要好，经常到李甲家里玩，李某在与陈某的接触中发现陈某是个聪明好学的好学生，十分喜欢他。1994年7月12日，参加完高考考试，陈某到李某家找李甲，李某问及陈某的考试情况，陈某回答说，自己觉得答的比较理想，准备报××大学。李某听后亦十分高兴并当即表示，如果陈某考取××大学，自己愿出两千元资助陈某上大学。当时李甲、王某、刘某亦在场。1994年8月10日，李某因心脏病发作抢救无效死亡。在清理李某的遗物时，发现一存款折，存款日期为1994年8月2日，是以陈某的名义存入银行的。陈某在知悉此事后，主张该2000元应归其所有，李甲不同意，发生纷争，虽经他人调节但最终未达成协议。陈某遂向人民法院起诉，要求法院将该2000元钱判归自己所有。

【原告主张及依据】原告认为，该2000元存款应归陈某

所有。在该赠与关系中，赠与人已经作出了赠与的意思表示，该表示是赠与人的真实意思表示；赠与人作为赠与的实际履行设定了赠与条件，即以陈某考入××大学为条件，该条件成就时，赠与人便实际履行赠与。李某将该2000元钱以陈某的名义存入银行，表明赠与人在死亡前仍愿意将该存款2000元赠与陈某，如果不是因病死亡，李某肯定要完成赠与行为。虽然民事立法没有对该类事件发生如何处理作出明确规定，但可以从保护行为人真实意思来进行推断，该2000元存款应归属于陈某。

【被告辩护】被告认为，此2000元的存款应按李某的个人遗产进行处理。按《继承法》第10条规定：“遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母；第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。……”陈某不符合继承法第10条的规定，因而陈某不能分得李某的遗产。此2000元钱当然不能归陈某所有。虽然李某与陈某之间口头约定：如果陈某考取××大学，李某便赠送2000元给陈某。但赠与行为是单方行为，即赠与人单方面的意思表示就可以使赠与民事法律关系成立。不过，本案中李某只作出了意思表示，并没有交付赠与物。在赠与关系中，赠与人的赠与表示仅是赠与关系成立的前提、必要条件，并非是充分条件，赠与关系现实成立须以交付为条件，尤其对种类物的赠与更是如此，金钱属于种类物，赠与金钱必须以交付为条件，成立现实的赠与关系。李某只不过是作出了赠与的表示，而没有实际交付该2000元钱，因而不能认定赠与关系已经成立。陈某无权对其名义存入银行的该2000元钱主张所有权。李某以陈某的名

义将 2000 元存入银行, 是否可以说该 2000 元钱就必须归陈某所有呢? 是否可以说李某已放弃该 2000 元钱的所有权而将此所有权转归陈某? 从我国的法律规定来看, 没有这样的规定, 而且在实际生活中, 存款人以化名将存款存入银行也是司空见惯的事。不能因存款人以他人名义将存款存入银行, 便主张存款人放弃了存款所有权, 他人当然也不得主张该存款的所有权。基于上述理由, 陈某主张该 2000 元存款归其所有, 不应予以支持。

·【处理】人民法院审理后, 作出了李某以陈某名字存入银行的 2000 元钱为李某的遗产, 不属于陈某财产的判决。

【律师点评】1. 法律分析: 人民法院在进行审理时, 采纳了被告的主张, 确认该 2000 元钱是李某的遗产, 不是陈某的财产。从我国的民事立法来看, 物可分为种类物和特定物。种类物的物权转移以交付为转移的时间, 也就是说仅有约定, 而没有实际交付种类物时, 物权并没有发生转移。对于特定物, 物权的转移既可以是约定为转移, 也可以是以交付为转移。由于种类物在特定的条件下可以转化为特定物, 比如, 某人在商场挑选了一批某种牌子的自行车中的一台, 经当事人指定后, 该台自行车便由种类物转为特定物。值得注意的是, 种类物经当事人指定而被特定化, 须是经双方当事人的指定, 如果仅仅是一方当事人指定尚不能成立。影响本案审判结果的因素有: 赠与物是种类物还是特定物; 如果是种类物是否经当事人指定而被特定化; 当事人之间的约定或交付实际情况。本案中赠与物是种类物, 双方并没有就赠与的种类物经指定而将其特定化, 李某只有赠与的意思表示并未实际交付, 这