

1、小编希望和所有热爱生活，追求卓越的人成为朋友，小编：QQ 和微信 491256034 备注书友！小编有 300 多万册电子书。您也可以在微信上呼唤我 放心，绝对不是微商，看我以前发的朋友圈，你就能看得出来的。

2、扫面下方二维码，关注我的公众号，回复电子书，既可以看到我这里的书单，回复对应的数字，我就能发给你，小编每天都往里更新 10 本左右，如果没有你想要的书籍，你给我留言，我在单独的发给你。

3、为了方便书友朋友找书和看书，小编自己做了一个电子书下载网站，网址：<http://www.ireadweek.com>

4、小编自己组建的 QQ 群：550338315



扫此二维码加我微信好友



扫此二维码，添加我的微信公众号，
查看我的书单

作者简介

刘辉律师

刘辉，北京市两高律师事务所合伙人、婚姻家庭部首席律师，北京律协婚姻家庭委员会委员，婚姻家庭咨询师，多年从事律师工作并长期致力于婚姻家庭领域的研究和探索。

刘律师尤其擅长婚姻家庭、继承及房地产业务，成功代理过数百件各类案件，赢得了良好的信誉和口碑。

刘律师多次参加央视、北京电台及地方电台、电视台的普法类节目，相关案例被多家媒体报道。

唐琨律师

唐琨，实习律师，北京大学法学学士。自 2006 年之后，一直就职于律师事务所，积累了丰富的法律工作经验。

版权专有 侵权必究

* * *

本书由“行行”整理，如果你不知道读什么书或者想获得更多免费电子书请加小编微信或 QQ：491256034 小编也和结交一些喜欢读书的朋友 或者关注小编个人微信公众号 id：d716-716 为了方便书友朋友找书和看书，小编自己做了一个电子书下载网站，网址：www.ireadweek.com QQ 群：550338315

前 言

不懂法，害处大；

如盲人，骑瞎马。

学法规，长知识；

心明亮，走天下。

这是普法三字经的内容。

执业以来，接触过很多不懂法、不守法的人，这其中当然也包括刚刚成年或者未成年的人，这个年龄正是心理成长、变化最大，也是逆反心理最重的阶段，用一颗平衡、宽阔的心态沿正确的人生方向走下去，才是“条条大路通罗马”，每一个人都会在不同的事业中取得辉煌。

相反，“一失足便成千古恨”，走错了路也许会贻误终身。比如，那些因不懂法而不守法，甚至犯罪的案例比比皆是：捡了钻戒又弄丢了，还要赔偿失主，他们不懂；有理不告，过期作废，他们不懂；打自己老婆也要坐牢，他们不懂；业主有权辞退物业，他们也不懂；子女不赡养老人，还能不能继承遗产，他们不懂；因见义勇为而受伤，应该要求谁来补偿，他们也不懂……

太多的“不懂”，让我们无心犯法却犯法，这不能不说是件太过遗憾的事，法律面前人人平等，没有你懂或者不懂就能原谅你的说法。所以，学习法制是现实社会形势的需要，学习法律是人人的需要。学好法律才能做到知法守法；学好法律，才能增强法制意识和法律观念，知道什么是合法的，什么是违法的，什么是犯罪的，自觉地履行法律规定的义务，用法律约束自己的行为，正确地适用法制对待和处理自己周围的纠纷，从而保护自己合法权益，防止违法犯罪，真正做到懂法、知法、守法、护法，这也是对我们人生最重要的。

本书汇总了与我们的生活息息相关的法律常识，通过典型案例、律师说法、法律依据 3 个版块，对我们在日常生活中经常遇到的、较为棘手的法律问题进行解答，内容涉及婚姻、家庭、教育、医疗、就业、娱乐、继承、合同、交通、物权、房产、车产、刑事、诉讼、行政、创业、经商等各个方面，旨在帮助读者轻松掌握日常必知必备的法律常识，以法律的思维判断世间的是非曲直，从而规范行为、明白生活、理智处世、合法维权，是个人、企业、家庭必备的法律手册，是百姓身边必不可少的法律顾问。

最后，希望大家都珍惜自己拥有的美好生活，切记“勿以善小而不为，勿以恶小而为之”。

目录

CONTENTS

前 言

第一篇 婚姻家庭常识篇

1. 男友有些“不正常”，我能与他结婚吗？
2. 举办了“结婚庆典”并一起生活，是不是“事实婚姻”？
3. “受骗”领了结婚证，怎么撤销呢？
4. “元配”可以惩罚“小三”吗？
5. 遭遇家庭“冷暴力”，怎么申请离婚？

6. “家庭暴力”为什么被判故意伤害罪？
7. 一方“躲猫猫”，另一方怎么离婚？
8. 离婚时，一方认为为家庭付出多，多要“补偿”可有法律依据？
9. “婚前财产”，永远归一方吗？
10. 结婚不久就离婚，怎么处理“彩礼”？
11. 民政部门登记离婚，还可以诉讼要求“赔偿”吗？
12. 离婚时，一方转移财产，怎么办？
13. 离婚时，股权怎么分割？
14. 婚内债务，离婚后谁来还？
15. 收入“太低”，就可以不承担抚养费吗？
16. 离婚时，“收养”的孩子判给谁呢？
17. 父母去世，未成年“弟弟”谁来养？
18. 怎么收养地震灾区的“孤儿”？
19. 可以收养16周岁以上的未成年人吗？
20. 亲生父母告亲生女儿支付赡养费遭遇“败诉”，为什么？
21. “抚恤金”属于“遗产”吗？怎么分配？
22. “保险金”能作为遗产被继承吗？
23. “过继”的子女怎么继承亲生父母的遗产？
24. “服刑”人员还有继承权吗？
25. 未出生的“胎儿”也有继承权吗？
26. “同居关系”怎样继承对方遗产？
27. 多份“最后遗嘱”，哪一个才有效？

28. 使用“QQ”留言的遗嘱有效吗？
29. 九岁孩子立的“遗嘱”有效吗？
30. 不履行赡养义务，就没有继承权吗？
31. 继承“继父母”的遗产，还可以继承“生父母”的遗产吗？
32. 立下遗嘱后，“遗赠抚养协议”还有效吗？
33. 怎么继承个人的“股票”？
34. 俗话说的“人死账烂”对不对？
35. 自己的遗产，能不能“想给谁就给谁”？

第二篇 刑事常识篇

1. 13岁女孩“网恋”自愿与“网友”发生关系，“网友”要承担什么法律责任？
2. 因“分手”想不开而自杀，对方应负刑事责任吗？
3. 法律如何给不满16周岁的人量刑？
4. 未满18周岁的人致人死亡怎么判刑？
5. 犯罪后“一逃了之”会加重罪责吗？
6. “教唆”未成年人去抢劫，是否构成犯罪？
7. 如何判定婚内“强奸”？怎么追究刑责？
8. 与他人合伙诈称“绑架”自己向父母骗钱，构成了什么犯罪？怎么量刑？
9. “伪造”身份证、毕业证等证件触犯了什么法律？
10. 盗用他人身份证复印件应当承担什么责任？
11. 剥夺“政治权利”是什么意思？
12. 购买“假发票”触犯了什么法律？
13. 私刻国家机关印章的行为要受到什么处罚？

14. 怎么界定“传销”？
15. 恶意“透支信用卡”是否构成诈骗罪？
16. 可以安装摄像头和窃听器“监视”女友吗？
17. 丈夫“扣押”自己的妻子，应该承担什么法律责任？
18. 辱骂、侮辱他人造成对方自杀，要承担什么责任？
19. 藏獒咬人成重伤，主人如何赔偿？要承担什么责任？
20. “故意”传播艾滋病，要承担什么刑事责任？
21. 因取款机故障而打坏取款机，构成什么犯罪？
22. 通过互联网传播“淫秽影片”，是否构成传播淫秽物品罪？
23. 破坏“前女友”与他人结婚，构成什么犯罪？
24. 造谣谎称超市有“炸弹”，会被判刑吗？
25. 与现役军人的配偶“同居”，是否属于犯罪行为？
26. 容留朋友在自己家“吸毒”，构成了什么犯罪？
27. 引诱、教唆朋友“吸毒”，要受到什么刑事处罚？
28. 持有多少毒品就属犯罪了？
29. 帮朋友保管“赃物”，要承担什么刑事责任？
30. “醉驾”如何量刑？
31. 酒后发生“一夜情”，为何判强奸？
32. 虽有自首情节，为何仍难逃法律最严厉的惩罚？

第三篇 民法常识篇

1. 成年了，我的房子我可以“做主”吗？
2. 未满 18 岁，打架伤人“赔不赔”？

3. 被宣布“死亡”的人活了，财产处理了怎么要回？
4. 合伙开餐馆，顾客“中毒”谁来赔？
5. 代理买“古董”，鉴定不值钱，代理行为有效吗？
6. 恶意“代理”行为，造成损失怎么办？
7. “尚未成年”能独立购买“大件”吗？
8. 捡到贵重物品或现金据为己有要负法律责任吗？
9. 郊外游玩，意外“挖宝”，应归谁？
10. “无因管理”要付款吗？
11. 好心“帮忙”受伤，谁出医疗费？
12. 欠外债，“赠与”他人财产该不该？
13. “赖账”不还，能被“拘留”吗？
14. 上访写“黑信”，构成侵害名誉权吗？
15. 乘公交“被打”受伤，谁负责？
16. 一个花盆砸伤人，判 50 家赔，合法吗？
17. 被邻居的“小狗咬伤”，法院判“不赔”，为什么？
18. “劝酒”喝死人谁负责？
19. 打篮球，非故意“撞伤”同学，赔不赔？
20. 被广告牌“砸伤”，找谁赔？
21. “出言不慎”也担责吗？
22. 侵权人是年过 18 岁的大学生，受害人找谁赔偿？
23. 合伙打人造成伤害，“谁有钱谁就赔”吗？
24. 员工伤人，老板要不要担责？

25. 打伤“坏人”，要不要负责？

第四篇 物权常识篇

1. “善意取得”的高档手表，要返还吗？

2. 返还遗失物，能要报酬吗？

3. 业主可以不交物业费吗？

4. 可以在自家阳台做防盗栏吗？

5. 物业擅自停水停电怎么办？

6. 部分业主将公共绿地变菜园，其他业主怎么维权？

7. “要装修，先砸墙！”自己家的房子也不能随便砸？

8. 小区的停车位归谁所有？

9. 自家聚会又唱歌，骚扰邻居不应该！

10. 业主委员会可以代理业主维权吗？

11. 自己家的庄稼地，就不让你过，你能怎么办？

12. 自己家院里建房，建几层都可以吗？

13. 承包地转租后预拆迁，赔偿归谁？

14. 城镇居民可以承包土地吗？

15. 城镇居民可以购买农民的住房吗？

16. 宅基地可以继承、转让吗？

17. 拿自己的物品给别人做担保，法律后果是什么？

18. 好心帮朋友做担保人，承担什么责任？

19. 恶意占有他人财物承担什么责任？

20. 失主能否私下向小偷夺回被窃物品？

21. 捡贵重物品以为是“假”货而抛弃，要承担责任吗？

第五篇 合同常识篇

1. 怎么区分合同和协议？

2. 未成年可以签订合同吗？能签订什么样的合同？

3. 口头买卖合同有效吗？

4. 收定金一方违约，要返还双倍定金吗？

5. 合同违约怎么赔偿？

6. 定金和违约金如何适用法律？

7. 怎么约定合同中违约金的数额？

8. 怀疑婚介公司提供的是“婚托”，是否可以请求赔偿？

9. 商场延迟交付电器，价格调整怎么办？

10. 签完经济合同反悔，想解除怎么办？

11. 答应赠与别人东西，想反悔怎么办？

12. 公证过的赠与合同能撤销吗？

13. 不满 18 周岁可以申请贷款吗？

14. 没有借条，仅有证人证明，怎么讨要借款？

15. 借钱给朋友，没约定利息，起诉时还能要吗？

16. 借条应该怎么写？应该注意什么？

17. 承租别人的房子，能不能再转租？

18. 动产承租人有优先购买权吗？

19. 租来的房子有安全隐患，怎么办？

20. “群租”“合租”合法吗？

21. 承揽方能随便把加工任务给别人吗？
22. 帮忙保管的财物丢失怎么办？
23. 寄存贵重物品没有声明，丢失怎么办？
24. 飞机晚点，怎么办？
25. 航空托运的货物受损怎么办？
26. 遭遇出租车“拒载”怎么办？
27. 乘公交车受伤，责任在第三人，怎么索赔？
28. 妈妈代替女儿签订的买卖合同有效吗？
29. 买卖不成，还用支付中介费吗？
30. 代替别人写欠条，要注意哪些事项？
31. 替别人买东西，卖高价部分归谁？
32. 网上购物的合同有法律效力吗？
33. 不满 18 岁的未成年人，可以代理民事行为吗？
34. 遭遇“玫瑰陷阱”怎么办？
35. 给人建房、搞装修，工钱拿不到怎么办？

第六篇 经济常识篇

1. 公民自己能创办“一人公司”吗？
2. 买的股票退市了，股民怎么办？
3. 能否回收股东的股权？
4. 股东是否以出资额为限对公司承担责任？
5. 券商工作失误造成股民未能成交，能否索赔？
6. 持有的公司股份可以随意转让吗？

7. 股权如何转让？
8. 可以不按出资比例分配“红利”吗？
9. 有限公司的股东能否以“劳务出资”进行投资？
10. 投资有限责任公司，货币出资应占注册资本多少比例？
11. 公司法认可“隐名”股东吗？
12. 已抵押的财产能作为对公司的出资吗？
13. 可以用贷款作为对公司的出资吗？
14. 合伙企业的负责人，能否转让合伙企业？
15. 创业合伙人怎样才能退出公司？
16. 公司破产，公司债务该如何处理？
17. 什么是法人、法人代表与法定代表人？
18. 公司没办股东登记，可以抽回投资资金吗？
19. 合伙人退伙了还对合伙期间的债务承担责任吗？

第七篇 消费常识篇

1. 超市出售“变质”食品，吃坏住院找谁赔？
2. 在商场出租柜台买的衣服有质量问题，找谁退赔？
3. 饭店禁止自带酒水合理吗？
4. “店规”告示有效吗？
5. 影楼丢失结婚照，能否要求精神赔偿？
6. 什么是“三包”？没了包装箱“三包”还要收费吗？
7. 商家承诺的“假一赔十”有法律效力吗？
8. 超市工作人员对顾客搜身触犯了什么法律？

9. 试用化妆品没检查包装，后发现质量问题还要赔吗？
10. 买到不合格食品，消费者如何维权？
11. 未经旅客同意，旅行社擅自“转团”可以吗？
12. 境外旅游需要办理什么手续？旅行社代办有过错，费用能退吗？
13. 赠品有质量问题可以索赔吗？
14. 全体游客集体就餐时遭遇食物中毒，旅行社负责吗？
15. 旅客住宾馆被盗，能索要赔偿吗？
16. 未满 18 岁到娱乐场所消费，商家会受到什么处罚？
17. KTV 包房设定“最低消费”是否合法？
18. 旅途中发生交通事故，旅行社承担什么责任？
19. “火腿肠瘦身了，瘦肉精无处不在”，消费者怎么办？
20. “要想打电话，就得消费套餐”，消费者很受伤，很无奈！

第八篇 房产车辆常识篇

1. 一房二卖怎么办？怎么预防？
2. 遭遇开发商“一房多卖”怎么办？
3. 共有的房子被另外一方私自卖掉，怎么办？
4. 共有房屋怎么分割？
5. 房子使用 70 年以后怎么办？
6. 买房子交“定金”和“订金”一样吗？
7. 买房后后悔，能退吗？
8. 商品房有质量问题怎么办？
9. 能按照购房合同索要违约金吗？

10. 签约、付款、交房后，卖方不过户怎么办？
11. 有贷款的房子还能抵押吗？
12. 买卖双方反悔，中介还能收费吗？
13. “入住”要注意哪些问题？业主如何保障自己的权益呢？
14. 买二手车，保险一起转让吗？
15. 什么是交强险？
16. 车辆必须上交强险，那么其他保险是自愿的吗？
17. 发生交通事故怎么办？
18. 公路上“飙车”构成危害公共安全罪吗？
19. 签了买卖协议，车辆未过户，发生交通事故谁担责？
20. 小区里丢车怎么办？
21. 车主钥匙管理不善，车辆肇事共同担责？

第九篇 诉讼常识篇

1. 被告户籍不在本地，应到哪个法院去起诉？
2. 合同纠纷应该到哪个法院起诉？
3. 常年在外的夫妻，想要离婚应到哪个法院起诉？
4. 民事侵权纠纷，受害人要向哪个法院提起诉讼？
5. 在向法院提起诉讼后，还可以撤诉吗？
6. 小孩儿也能当原告吗？
7. “全权代理”都代为行使哪些权利？
8. 离婚时，妻子可以查询丈夫的存款吗？
9. 在民事诉讼中，什么是“谁主张，谁举证”？

10. 什么是举证责任倒置？
11. 被“胁迫”写下的欠条，有效吗？
12. 哪些案件可以请求法院“先予执行”？
13. 法院“拘传”应符合哪些条件？
14. 被判不准离婚的案件，6个月后可重新起诉吗？
15. 什么是简易程序？什么样的案件适用于简易程序？
16. 民事上诉状能否直接交到二审法院？
17. 哪些法院对赡养案件有管辖权？
18. “录音资料”能否作为证据使用？
19. 检察院可以要求法院对已经生效的判决进行重审吗？
20. 什么是支付令？当事人收到支付令应该怎么办？
21. 经过法院调解达成的协议具有法律效力吗？
22. 什么样的原告可以缓交诉讼费用？
23. “小的”刑事案件，双方可以“私了”吗？
24. 少数民族当事人不会普通话，如何参加刑事诉讼？
25. 公安机关在无证据的情况下，可以认定嫌疑人有罪吗？
26. 未成年人在接受审讯时，可要求监护人在场吗？
27. 犯罪嫌疑人有权自行辩护吗？
28. 没钱请律师，怎么办？
29. 被告人一次最多可以委托多少辩护人？
30. 律师可以不按被告人的意思辩护吗？
31. 刑讯逼供取得的证据合法吗？

32. 拒不认罪但“证据确凿”，能否定罪判刑？
33. 什么条件下可以取保候审？
34. 取保候审的“保证人”要满足什么条件？
35. 什么是监视居住？监视居住有时间限制吗？
36. 什么是拘留？什么情况下采用拘留的措施？
37. 侦查人员下令逮捕合法吗？
38. 刑事拘留一般不超过多长时间？
39. 律师何时可以会见被关押的犯罪嫌疑人？
40. 对于未成年人犯罪的案件，可以不公开审理吗？
41. 妇女在怀孕期间犯罪的，可以申请监外执行吗？
42. 侦查人员为取证，强行“搜身”合法吗？
43. 公务员对上级不满，能向法院起诉吗？
44. 儿子偷偷变更了房产证，父母该怎么办？
45. 因医疗纠纷，可以起诉卫生行政主管部门吗？
46. 执照迟迟不批，公民可以到法院起诉吗？
47. 公民可以起诉 110 报警中心不作为吗？
48. 公证书有错可以提起行政诉讼吗？

第十篇 行政常识篇

1. 对于治安管理处罚，当事人有权要求听证吗？
2. 不服治安管理处罚决定的，当事人怎么办？
3. 警察可以当场收缴罚款吗？
4. 公安机关办理治安案件时，能否扣押物品？

5. 公民个人能申请暂缓执行行政拘留的处罚吗？
6. 违反治安管理处罚法的案件，能否进行调解？
7. 派出所接到报案后有受理期限吗？
8. 对于公安机关作出的处罚觉得“不公平”，该怎么办？
9. 公安人员可以当场做出行政处罚吗？
10. 公安局有权直接吊销营业执照吗？
11. 工商局有权实施行政拘留吗？
12. 可以要求办案警察回避吗？
13. 酒后驾车怎么量刑？
14. 对于“治安”案件，警察可以进行调解吗？
15. 派出所民警可以做出行政拘留的处罚吗？
16. 违反治安管理处罚法的，有哪些法定的减轻或从重情节？
17. 私自买卖外汇触犯了什么法律？
18. 听证的权利是什么样的权利？
19. 税务机关的二次处罚是否违反有关行政处罚的法律规定？
20. 怎样申请国家赔偿？
21. 警察在什么情况下可以对乘客搜身？
22. 下班后，警察还应当履行职责吗？
23. 警察在什么情形下可以抓捕精神病人？
24. 警察因执行公务造成公民财物损坏，怎么赔偿？
25. 追捕罪犯时，警察开枪误伤人质怎么办？
26. 遭逮捕后被判无罪，可否向检察机关请求国家赔偿？

27. 公民享有哪些信访权利？

28. 应该如何提出信访事项？

29. 依法信访遭遇陷害，该如何维权？

第十一篇 劳动常识篇

1. 16 岁以后找工作，还需要父母同意吗？用工中需注意什么呢？

2. “打工”不签订合同，不上保险怎么办？

3. 经济补偿金需要缴纳个人所得税吗？

4. 录用 16 岁以下的人，触犯了什么法律？

5. 用人单位收押金及培训费、扣证件合法吗？

6. 被解除劳动合同能要赔偿吗？

7. 试用期间劳动者的权利义务是什么？

8. 工作中患病，企业能将他辞退吗？

9. 加班及法定节假日工作怎么给付报酬？

10. 病假工资怎么发？

11. 婚假工资怎么发？

12. 产假期间的工资怎么发？

13. 因出庭作证而耽误工作，公司可以扣发工资吗？

14. 大学生兼职打工，有哪些法律保障？

15. 女性在怀孕、流产、生理期间有哪些保护性规定？

16. 从面点师傅跳槽，看违反竞业限制约定担责。

第一篇 婚姻家庭常识篇

1. 男友有些“不正常”，我能与他结婚吗？

典型案例

小吴和女友小李是一起工作认识的，两个人感情非常好。但事情似乎没有那么完美，小吴有癫痫病，靠药物控制，平时基本正常，偶尔会发作，一旦发作很吓人，为此，小李很心疼，极力保护、照顾，不让男友受到任何刺激。可是，小李的父亲坚决反对女儿和有“病”的人结婚，一是怕拖累女儿，二是怕影响后代。小李向父母解释：小吴的病属于轻微，而且是后天一个意外事故留下的后遗症，可以治愈。他们也咨询了医生，对生育和孩子不会有影响。但是，小李的父母始终不同意，认为有这种病的人不应该结婚。那么，小吴和小李可以结婚吗？

律师说法

他们可以结婚。癫痫病不属于精神病，也不是婚姻法禁止结婚的疾病。这种病有一部分可以通过治疗获得痊愈，并且男同志得了这个病，不会影响下一代。即使是间歇性的精神病人，在其正常的情况下，也是可以结婚的。

法律依据

《婚姻法》第七条 有下列情形之一的，禁止结婚：

- （一）直系血亲和二代以内的旁系血亲；
- （二）患有医学上认为不应当结婚的疾病。

《最高人民法院关于贯彻〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 67 条 间歇性精神病人的民事行为，确能证明是在发病期间实施的，应当认定无效。

行为人在神志不清的状态下所实施的民事行为，应当认定无效。

2. 举办了“结婚庆典”并一起生活，是不是“事实婚姻”？

典型案例

小赵和女友小马都 21 周岁了，谈了两年的恋爱，两家的老人按照当地的风俗隆重地举办了“婚礼”，并宴请了所有的亲友及乡邻。“婚礼”后，两个人生活在一起，并生了一个女儿，乡邻亲友都将他们以夫妻相称。一次，小赵外发生车祸，造成七级伤残。在处理事故纠纷时，小马以“妻子”的名义聘请律师和到相关部门交涉遭到拒绝，小马不是小赵法律上的“妻子”，不能以妻子的名义进行民事活动。为此，小马很不解，在咨询了律师后才恍然大悟。那么，小马和小赵构成事实婚姻吗？

律师说法

结婚的法定婚龄是男 22 周岁，女 20 周岁。即使小马和小赵举办了婚礼，生了孩子，后来也许已经到了法定的婚龄，可是，如果双方没有履行结婚登记手续，婚姻就不受法律保护。在他们到了法定年龄后，可以补办登记手续。在 1994 年 2 月新的婚姻登记办法出台前，双方符合结婚的实质要件并在一起生活的，可以认为是事实婚姻关系；在该《办法》出台后，双方符合结婚的实质要件并在一起生活的，不认为是事实婚姻关系。因此，小马和小赵属于同居关系，应该及时补办婚姻登记手续。

法律依据

《婚姻法》第六条 结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。晚婚晚育应予鼓励。

第八条 要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第四条 男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。

3. “受骗”领了结婚证，怎么撤销呢？

典型案例

重点大学毕业的小黄，青春靓丽，美丽脱俗。在一个朋友聚会场合，小黄结识了“富家子”肖某，肖某帅气的外表、满身的名牌、风趣的谈吐深深打动了小黄。肖某出手阔绰，经常给小黄送一些高档的礼物，带小黄出入高级餐厅和影剧院，并声称自己很有办事能力，以后可以帮助小黄找更好的工作。小黄憧憬着美好的未来，毫不犹豫地肖某办理了结婚登记。可是不久，小黄发现肖某家境一般，本人是个大专学历，在一家小公司做普通的销售员；更令小黄生气的是，肖某隐瞒了其有“乙肝”的情况。小黄很恼火，不能原谅肖某，认为自己受骗了，要求撤销婚姻。那么，小黄应该怎么做？

律师说法

小黄和肖某的婚姻不属于可撤销婚姻的范围。法院在处理撤销案件上，对可撤销的婚姻，要求符合一定的条件，比如隐瞒了法律禁止结婚的情形或婚姻无效的情形，会判定婚姻无效；如果仅仅是夸大家庭经济情况和吹嘘个人能力的，不能按照撤销或无效处理。至于肖某隐瞒了“乙肝”的病史，也不属于法律上禁止结婚的疾病，乙肝病毒携带者可以结婚生育，也可以工作。如果小黄无法容忍肖某的“欺骗”，只能通过诉讼离婚来解除婚姻。

法律依据

《婚姻法》第十条 有下列情形之一的，婚姻无效：

- （一）重婚的；
- （二）有禁止结婚的亲属关系的；
- （三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；
- （四）未到法定婚龄的。

第十一条 因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。

第十二条 无效或被撤销的婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法有关父母子女的规定。

4. “元配”可以惩罚“小三”吗？

典型案例

某高校教授和妻子结婚快十年了，儿子读小学，夫妻关系非常和睦。可是，妻子发现丈夫经常借着调研、讲课等各种名义不回家，甚至时常留宿在外。凭借着女人特有的敏感和直觉，她觉得丈夫有“情况”了，于是开始找调查公司暗查，还真查出了“小三”。原来，丈夫和他的一个学生好上了，在外面悄悄地租房同居起来，他经常回家，只是偶尔光顾那里，自以为神不知鬼不觉。妻子在一次蹲守成功后，愤而报警，希望法律惩处这对“奸夫淫妇”，那么，这个“养小三”的教授能受到法律的制裁吗？

律师说法

“小三”“二奶”都不是法律上的名词概念，而是生活中的社会词语，法律上对此没有明文规定。“包二奶”和“养小三”泛指有配偶的男性通过金钱和物质利益，供养女性并在一起同居的行为。他们一般比较隐秘，与“重婚”还是有本质的区别。重婚的构成要件是两次婚姻关系都存在，并且，重婚已经触犯了刑法，要受到刑罚的。“包二奶”和“养小三”在实践中认定模糊，如果是在离婚案件中能够认定，那么，算是违反夫妻的忠实义务，在分割财产上要受到惩罚或者无过错方可以要求过错方赔偿精神损失。更多的情况是，“包二奶”和“养小三”往往在道德的范围内受到谴责，无法在法律上受到制裁。

法律依据

《婚姻法》第二条第一款 实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。

第三条第二款 禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。

第四条 夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

《刑法》第二百五十八条 有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二年以下有期徒刑或者拘役。

5. 遭遇家庭“冷暴力”，怎么申请离婚？

典型案例

这是北京的一起很著名的十年无性婚姻离婚案，一度引来媒体各方面的关注和热议。这个案件里，女方是一个孤儿，期望通过婚姻获得丈夫的爱，来弥补儿时的遗憾。但自从结婚后，男方就以各种理由或借口拒绝过夫妻生活。不仅如此，男方还从未带她见过自己的父母和朋友，甚至共同在外行走时，故意和她拉开距离，装作不认识。男方的所作所为，完全漠视女方作为妻子的权利和尊严。结婚十年，一直如此。后来，女方实在不堪忍受，起诉离婚。起

诉状中，女方不仅要求解除双方的婚姻关系，而且以遭受“冷暴力”、其生育权及性的权利被侵犯为由，要求男方承担相应的赔偿责任。最后，法院判定解除了双方的婚姻关系，但对女方主张遭遇“冷暴力”的赔偿请求未予支持。

律师说法

“冷暴力”作为一种消极的暴力，能否被追究相应的责任，成为学术界及实务界热烈探讨的一个问题。不过，从目前的司法实践中来看，支持“冷暴力”赔偿请求的判例尚无一例。但是，从北京市海淀区人民法院 2009 年 12 月出台的离婚审判指导中，我们看到了关于“冷暴力”的相关规定。对此，该法院民二庭的法官解释道，在以前的离婚诉讼中，一般以“感情破裂”作为判决离婚的标准，很多妇女以遭遇“冷暴力”为由向法院起诉离婚，称丈夫对自己感情冷漠、没有夫妻生活，但由于难以举证证明“感情确已破裂”，男方又不同意离婚而难以得到法院的支持。该指导意见在诉讼中确定了维护妇女权益的判案原则，认为妇女应享有和丈夫和谐沟通感情的权利及拥有健康性生活的权利。因此当男方以“冷暴力”形式任意损害女方权益，女方提出离婚时，法院会将这一点作为依法判决离婚的重要依据。律师建议遭遇家庭“冷暴力”的一方应注意诉前的收集证据环节。

名词解释

虽然目前根据相关法律，只能对长期的、造成较严重后果的身体暴力追究其相应的责任，但事实上，家庭暴力远远不止身体暴力这一种。学理上，将家庭暴力的方式分为四种类型：身体暴力、精神暴力、经济控制、性暴力。家庭暴力存在的核心实质是控制，即一方通过这四种方式的暴力手段，达到使另一方屈服并服从自己意志的目的。其中性暴力中，又分为性强迫和性冷淡。

“冷暴力”是相对于积极暴力而言的一种暴力的形式，是指不是通过殴打等行为解决问题，而是表现为冷淡、轻视、放任、疏远和漠不关心，致使他人精神上和心理上受到侵犯和伤害。

我们这里想强调的“冷暴力”，主要是指性暴力中的性冷淡。夫妻之间的性生活原本是夫妻生活中非常重要的一部分。一方总以各种借口或是理由，推辞或逃避与另一方发生性关系，拒绝履行夫妻间应尽的义务。对于被拒一方的性权利而言，拒绝方其实已经在对其施行一种暴力。

6. “家庭暴力”为什么被判故意伤害罪？

典型案例

28 岁的毛某是平阳县晓坑乡人。毛某因不准妻子雷某去外地开按摩店，双方产生矛盾。妻子雷某则认为毛某好吃懒做，双方争执不断。2010 年 8 月 25 日晚，毛某在家里大量饮酒后，携带水果刀去雷某工作的地方，与下班回家的雷某在乡卫生院前相遇。之后，两人争吵起来，毛某拿出随身携带的水果刀，朝雷某挥去，雷某躲闪不及，摔倒在地，失去理智的毛某持刀在雷某身上乱砍，将其头部、面部、四肢等多处割伤。等毛某醒悟过来时，雷某已倒在血泊之中。毛某抱起雷某送往卫生院抢救后逃离。经法医鉴定，雷某为重伤。

法院审理认为，毛某因琐事故意伤害他人身体致人重伤，其行为已触犯刑法，构成故意伤害罪。鉴于毛某具有自首情节，依法予以从轻处罚。一审以故意伤害罪判处毛某有期徒刑 4 年。

律师说法

所谓“家庭暴力”就是指发生在家庭成员之间的，以殴打、捆绑、禁闭、残害或者其他手段对家庭成员从身体、精神、性等方面进行伤害和摧残的行为。受传统思想影响，很多人认为“打老婆”是“家务事”，别人无权干涉，这是一个误区。我国法律明确禁止“家庭暴力”，并且逐渐会有相应的法规及条例出台。本案中，浙江省就是基于《条例》的规定，才对毛某进行了刑罚。这是《浙江省预防和制止家庭暴力条例》2011 年 1 月 1 日实施以来，该省判决的首例家庭暴力案件。相关人士认为，该条例的最大意义在于对施暴者的威慑，“以前，因家暴属于‘家务事’公安部门会觉得不方便出警，现在有了条例的支持，明确相关部门可介入和取证，施暴者将受法律制裁。”

法律依据

《婚姻法》第三条第二款 禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭

成员间的虐待和遗弃。

《妇女权益保护法》第二条 ……禁止歧视、虐待、残害妇女。

第三十五条 妇女的生命健康权不受侵犯。禁止溺、弃、残害女婴；禁止歧视、虐待生育女婴的妇女和不育妇女；禁止用迷信、暴力手段残害妇女；禁止虐待、遗弃老年妇女。

《刑法》第二百三十四条 故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。

犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍的手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。

7. 一方“躲猫猫”，另一方怎么离婚？

典型案例

某男和某女自由恋爱结婚，婚后有一段时间感情不错。男方为了多挣点钱就到外地打工，开始还经常打电话并能经常回来，后来逐渐很少回来。女方听到风言风语，就去找男方，可是男方频繁换电话号，经常变更住处，使女方找不到他，这样的不正常生活持续了近两年。女方经过打听知道，男方有了外遇，可是又不想离婚，所以他偶尔单方与妻子保持一下联系，然后再声东击西，玩失踪，“躲猫猫”。妻子忍无可忍，想找男方离婚，可是到离婚登记处咨询，得知需要双方亲自到场办理。那么，某女怎样才能离婚呢？

律师说法

夫妻一方离家无音讯满两年，另一方想离婚，可以按照宣告失踪程序宣告其失踪，再向人民法院起诉离婚；也可以直接起诉，由法院用公告的方式送达，再开庭缺席审理；如果乙方失踪满四年，可以通过宣告死亡程序来宣告失踪人死亡，两个人的婚姻关系就自然消灭。

法律依据

《民法通则》第二十条 公民下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他为失踪人。战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。

《婚姻法》第三十二条 男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。

人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。

一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。

8. 离婚时，一方认为为家庭付出多，多要“补偿”可有法律依据？

典型案例

陈某和妻子沈某于 1990 年结婚，先后育有一子一女。陈某父母就他一个儿子，父母身体不好，常年需要人照顾。结婚十几年，陈某为了生计经常外出打工或做点生意，妻子沈某留在家照顾一家老小，更是辛苦。渐渐的，孩子都长大了，两位老人也都相继去世。沈某的身体经过多年的操持家务，也开始积劳成疾，出现一些常见病，不能出去工作；而丈夫此时开始嫌弃沈某，冷言冷语，经常不回家，不久，竟然提出离婚。沈某不同意离婚，可是过了六个月，陈某再次提出离婚，沈某感到离婚已经是不可避免的，便提出要求陈某对她进行补偿。那么，沈某的要求能获得法律的支持吗？

律师说法

根据法律规定，一方因为抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权要求向另一方请求补偿，另一方应予以补偿。本案中，沈某十几年操持家务，照顾两个子女和两个多年患病的老人，确实对家庭作出了重大贡献和付出，所以，男方应该给女方一定的补偿。

法律依据

《婚姻法》第四十条 夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。

9. “婚前财产”，永远归一方吗？

典型案例

刘某婚前按揭六成买了房子，婚后继续还贷款；婚前还收藏了几件名人字画。经朋友介绍，刘某和一个女孩确定恋爱关系，并很快谈婚论嫁。女孩子倒是没有提出什么财产要求，但是，刘某基于社会上的婚姻不稳定因素，还是担心婚后的财产问题，或者一旦过不好离婚，自己的财产会被“外人”分走一部分。带着这些疑问，刘某到律师所咨询。那么，刘某的财产在婚后会有什么变化吗？

律师说法

根据目前的法律法规及相关的司法解释，刘某的房产及字画都属于其婚前个人财产，婚后也属于个人财产，但是，婚后共同还贷部分应视为夫妻共同财产，这一部分在离婚时要分割的，除非双方对此另有约定。无论结婚多久，婚前一方的财产也不会自动转化为夫妻共同财产，这是法律对个人财产的一种保护。此外，作为一方，对配偶一方的财产享有法定继承权，但是这个可以由夫妻约定或个人遗嘱作出安排。

法律依据

《婚姻法》第十八条 有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：

- （一）一方的婚前财产；
- （二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；
- （三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；
- （四）一方专用的生活用品；
- （五）其他应当归一方的财产。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十九条、婚姻法第十八条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。

10. 结婚不久就离婚，怎么处理“彩礼”？

典型案例

徐娜和何伟是一个乡两个村的村民，经人介绍恋爱。按照当地的习惯，在见面时要送见面礼，订婚要送女方金银首饰和现金，为了这个婚事，何伟按照程序全部满足了女方的要求，到结婚前，一共送女方彩礼共计五万元。为了结婚装修房屋和办酒席，何家也花费了数万元，甚至还有一些借款。可是，婚后不到半年，夫妻双方就要离婚，女方认为与男方性格不合，坚决要求离婚。为此，男方很痛苦，也非常无奈，担心人财两空，便要求女方返还彩礼，女方拒绝。那么，何伟离婚时，能要回彩礼吗？

律师说法

通常情况下，一方父母送给对方的礼金，也是为自己的子女结婚而为，按照这个说法，礼金

应该视为夫妻婚后的共同财产。但是，根据相关司法解释，接受礼金一方是对婚姻的承诺，如果后来没结婚或结婚时间短并造成对方生活困难，应该予以返还。所以，在本案中，徐娜与何伟结婚才半年，就要离婚，并且因订婚和结婚给何伟家造成了困难，那么，应该返还礼金。

法律依据

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十条 当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：

- （一）双方未办理结婚登记手续的；
- （二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；
- （三）婚前给付并导致给付人生活困难的。

适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。

11. 民政部门登记离婚，还可以诉讼要求“赔偿”吗？

典型案例

肖某和小娟结婚三年，未生育子女，两个人的感情也是一直不冷不热。小娟最近听见风言风语，便质问丈夫，丈夫竟然承认，并希望和小娟离婚。小娟一赌气，就和肖某去婚姻登记处协议办理了离婚，财产处理分配达成协议。在他们离婚不到一个月，肖某和那个相好的就结婚了，小娟越想越气，觉得肖某背叛了自己，又这么快结婚，一定要惩罚他一下，要他付出经济代价。那么，小娟还能起诉要求赔偿吗？

律师说法

小娟可以起诉要求肖某赔偿。虽然双方已经登记离婚，并对财产进行了分割处理，但是并不妨碍一方在离婚后诉讼，要求另一方进行损害赔偿。小娟要注意保存和收集之前丈夫婚外情的证据，有了证据，在起诉后才可能使自己的要求被法院支持。我国婚姻法着重保护妇女一方和无过错一方，有过错方导致离婚的，应该对无过错方进行合理的赔偿。

法律依据

《婚姻法》第四十六条 有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

- （一）重婚的；
- （二）有配偶者与他人同居的；
- （三）实施家庭暴力的；
- （四）虐待、遗弃家庭成员的。

12. 离婚时，一方转移财产，怎么办？

典型案例

甄女士和张某结婚十几年，夫妻经常吵架，矛盾越来越无法调和，为此，甄女士干脆搬到公司宿舍居住。后经不住张某的无端骚扰，甄女士向法院起诉离婚，可是，张某不同意离婚，法院判决驳回起诉。六个月后，甄女士再次起诉要求离婚，可是，在审理财产时，发现共同的房产已经被张某低价私自卖给了他的姐夫。甄女士要求中止离婚案件的审理，起诉买卖房屋协议无效，法院在审理后判决买卖协议无效。甄女士申请恢复离婚案件的审理，并拿出法院的关于房屋买卖一案的判决，认为男方转移财产，应该不予以分配其共同财产；最后，法院判决只分配给张某房产份额的百分之三十。

律师说法

婚姻法的基本原则是平等、自由、公平、诚实，无论是婚内还是离婚过程中，双方都要秉承这样的信念。为了防止一方借助离婚损害另一方的权益，法律为此专门规定了惩罚性的条款。如果一方有隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产的或者伪造债务的，在分割共同财产时，会少分或不分。立法本意充分体现了公平和惩罚的原则，以充分保护无过错方的权益。

法律依据

《婚姻法》第四十七条 离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁。

13. 离婚时，股权怎么分割？

典型案例

冯某和小薇在婚姻存续期间，妻子小薇与同学合作成立一家有限责任公司，股东有五人，小薇占百分之二十的股份，公司注册资金 500 万。冯某与小薇的婚姻出现严重问题，一直想离婚，可是又担心分不到妻子的股份，毕竟是用夫妻的共同财产投资的，应该有属于自己的一份。在冯某多次与妻子协商未果的情况下，冯某诉至法院要求离婚并分割财产，那么，关于股权，冯某与妻子如何分割呢？

律师说法

实践中，关于离婚中股权分割比较棘手。冯某先要征求其他股东的意见，其他股东要是同意，冯某可以成为股东，分割小薇一半的股权；如果股东不同意，就应该购买股权，然后冯某再和小薇分配变现的现金；其他股东既不同意转让又不同意购买的，视为同意冯某成为公司股东。为了避免离婚后不必要的纠纷，建议冯某尽量拿到股权的变现，不要成为股东为宜。

法律依据

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十六条 人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：

（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；

（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。

用于证明前款规定的过半数股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。

14. 婚内债务，离婚后谁来还？

典型案例

杜某和妻子姜某在婚姻关系存续期间，因买房子向杜某的朋友李某借款 10 万元，欠条是杜某亲自打的并签了杜某的名字。妻子姜某平时喜欢炒股，婚前曾向自己的股友夏某借了 5 万元，婚后的赢利又全部投进股市。杜某和姜某因感情不和，协议离婚，夫妻共同财产双方做了分割，杜某名下的房子归杜某所有，给妻子姜某房屋一半的折价款 30 万元。得知他们

离婚，李某起诉杜某和姜某，而姜某也拿出 5 万元的欠条抗辩，认为各自的债务各自还，那么，法院应该如何处理呢？

律师说法

杜某用于家庭购房所欠的 10 万元债务属于共同债务，应由杜某和姜某共同偿还；而姜某的债务属于婚前个人债务，而婚后的股份赢利也没用于家庭共同生活，应该由其本人偿还。关于夫妻债务及个人债务问题，婚姻法及婚姻法解释二有明确规定，婚前债务在婚后没有用于夫妻共同生活的，属于个人债务，另一方无义务偿还；而婚内一方所欠债务，用于家庭共同生活消费，应属于夫妻共同财产，应该由夫妻共同偿还。本案中，杜某购房借款，房子在离婚时已经平均分配给姜某，所以，姜某应该承担一半的债务，而姜某自己婚前的炒股欠款，在婚后的赢利没有拿出来供家庭生活使用，所以在离婚后，姜某的债务应该由其自己偿还。

法律依据

《婚姻法》第四十一条 离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。

《婚姻法》第十九条 夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十三条 债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条 债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第

十九条第三款规定情形的除外。

15. 收入“太低”，就可以不承担抚养费吗？

典型案例

王某读研期间，与已经工作的小丽结婚生女。在孩子周岁的时候，小丽提出离婚，要求孩子归自己抚养，王某承担每月一千元抚养费。王某同意离婚，也同意孩子归小丽抚育，可是认为自己在读研，除了做家教挣些钱，还要靠自己的父母接济，不同意给付生活费，要求自己毕业后有了稳定工作再给抚养费。小丽不同意，起诉到法院。那么，面对王某的收入低的情况，小丽会拿到抚养费吗？

律师说法

王某不能以“收入低”为借口拒绝承担孩子的抚养费，这是法律规定的强制性抚养义务。关于子女抚养费的份额，可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。有固定收入的，一般按照其收入的百分之二十到三十的比例给付。如果是负担两个孩子，比例可适当提高，但一般不超过月总收入的百分之五十。如果无固定收入，抚育费的数额可依据当年总收入或同行业平均收入，参照上诉比例确定，有特殊情况，可适当提高或降低。所以，法院根据王某的情况和孩子的实际需要，会判决王某承担一定的抚养费。

法律依据

《婚姻法》第二十一条 父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。

父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母给付抚养费的权利。

《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》第七条 子女抚

育费的数额，可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。

有固定收入的，抚育费一般可按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付。负担两个以上子女抚育费的，比例可适当提高，但一般不得超过月总收入的百分之五十。

无固定收入的，抚育费的数额可依据当年总收入或同行业平均收入，参照上述比例确定。

有特殊情况的，可适当提高或降低上述比例。

16. 离婚时，“收养”的孩子判给谁呢？

典型案例

沈某和妻子李某结婚后约定不要孩子。李某在一次探望福利院儿童时，看上一个3岁男孩，回去和丈夫商量，便收养了这个男孩，并且办理了正式的收养手续。后来，丈夫沈某有了外遇，要与李某离婚，李某非常生气，出于报复，她扬言不要这个收养的孩子；而沈某的情人已经怀孕，也拒绝抚养孩子。为此，双方对簿公堂。关注这起事件的街坊们都很同情孩子的遭遇，那么，法院会如何维护孩子的权益呢？孩子会不会被送回到福利院呢？

律师说法

如果沈某和李某已经办理了正式的收养手续，那么根据法律规定，养父母与养子女之间的关系就已经成立，养父母与养子女之间的权利义务关系，适用法律关于父母子女关系的规定。不管出于什么原因，什么借口，沈某和李某都不能逃避抚养义务；沈某不能以自己即将要有孩子而拒绝抚养养子，李某也不能因为丈夫的背叛而迁怒于养子，甚至拒绝抚养，这些都是错误的行为。沈某和李某的法定抚养义务是不可以撤销的。如果有虐待、遗弃等侵害未成年子女合法权益行为的，还要承担相应的法律责任。

法律依据

《收养法》第二十三条 自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用法律关于父母子女关系的规定；养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。

养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。

第二十六条 收养人在被收养人成年以前，不得解除收养关系，但收养人、送养人双方协议解除的除外，养子女年满十周岁以上的，应当征得本人同意。

收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的，送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的，可以向人民法院起诉。

17. 父母去世，未成年的“弟弟”谁来养？

典型案例

徐某大学毕业刚刚工作两年，父母在一次车祸中双双去世，留下十岁的弟弟。在抚养弟弟的问题上，徐某的女友与徐某发生分歧，认为自己和徐某马上要结婚，要生育孩子并抚养，觉得“弟弟”是个拖累，希望“弟弟”由徐某的爷爷奶奶直接抚养，觉得自己和徐某没有法定义务。徐某的爷爷奶奶退休金不多，答应可以照顾孙子，但要求徐某支付一定的抚养费。那么，“弟弟”应该由谁来抚养呢？

律师说法

根据法律规定，父母已经死亡的，有负担能力的兄、姐和祖父母、外祖父母都有抚养义务。本案中，“弟弟”有成年的哥哥、有具有抚养能力的爷爷奶奶，所以，“弟弟”应该由哥哥和爷爷奶奶共同抚养。哥哥徐某结婚后，徐某的妻子不得以其他借口拒绝履行抚养义务。

法律依据

《婚姻法》第二十八条 有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。

第二十九条 有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹，有抚养的义务。由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有扶养的义务。

18. 怎么收养地震灾区的“孤儿”？

典型案例

张某夫妇均是高校的老师，已经四十多岁，儿子已经读大学。2008年，汶川发生特大地震灾害，张某夫妇随着救援团赶赴灾区。在一次救援行动中，发现一个幸存的小女孩，女孩才三岁，父母及所有的家人全部遇难。经过几天的照顾和相处，小女孩对张某夫妇特别依赖，张某夫妇也非常喜欢甚至疼爱这个女孩，于是决定收养女孩。

律师说法

按照通常的收养规定，收养人应该无子女。为了满足一些人的公益爱心，也为了保护孤儿、残疾儿童和弃婴，法律特别规定了收养上述儿童，可以不受收养人无子女的限制。本案中，张某夫妇是高校老师，文化程度高，收入有保障，孩子已经上了大学，有能力再抚养一个孩子。况且，他们收养的是地震遗孤，符合收养法的规定。如果张某夫妇有能力，还不受收养一名的限制。

法律依据

《收养法》第八条 收养人只能收养一名子女。

收养孤儿、残疾儿童或者社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童，可以不受收养人无子女和收养一名的限制。

19. 可以收养 16 周岁以上的未成年人吗？

典型案例

安阳今年 16 周岁，父母在一次火灾中全部死去，再无其他亲人。班主任黄老师有个女儿读初中，一直渴望自己能有一个儿子，由于计划生育的限制，无法达到再生育的愿望。安阳学习成绩优异、外表俊朗，平日里深受黄老师的偏爱。安阳父母的意外离世给安阳造成了沉痛打击，在黄老师和同学们的关爱体贴下，安阳逐渐走出痛苦，体会到家庭般的温暖，他非常感谢黄老师和同学们。当黄老师征求安阳的意见，想收养其为养子时，安阳表示同意。可是，黄老师在办理收养手续时，遇到了麻烦，民政部门告知：他不能收养安阳。那么，这究竟是因为什么？

律师说法

收养法在被收养人年龄上是有限制的，除非亲属收养可以不受年龄的限制。一般情况下，只有符合条件的不满 14 周岁的儿童才可以被收养。本案中，安阳已经 16 周岁，不符合被收养的条件，所以，黄老师不能在法律上收养安阳。

法律依据

《收养法》第四条 下列不满十四周岁的未成年人可以被收养：

- （一）丧失父母的孤儿；
- （二）查找不到生父母的弃婴和儿童；
- （三）生父母有特殊困难无力抚养的子女。

第七条 收养三代以内同辈旁系血亲的子女，可以不受本法第四条第三项、第五条第三项、第九条和被收养人不满十四周岁的限制。

华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女，还可以不受收养人无子女的限制。

20. 亲生父母告亲生女儿支付赡养费遭遇“败诉”，为什么？

典型案例

丽丽刚出生不久就被送养，多年来与亲生父母没有联系。丽丽的养父母视丽丽为己出，好生培养，使得丽丽考上不错的大学，并有了一份收入不菲的工作。丽丽对自己的养父母非常孝顺，经常给养父母买衣服，并带他们出去旅游。这事很快传到丽丽的亲生父母那里，丽丽的亲生父母和哥哥悄悄找到丽丽，诉说当初是因为家里困难，不得不送养，并要求与丽丽相认，丽丽不同意。不久，丽丽的亲生父母起诉丽丽到法院，要求撤销收养协议，并要求丽丽支付赡养费。那么，丽丽应该支付抚养费吗？

律师说法

法律规定，养子女与生父母之间的权利义务，因收养关系的成立而取消。子女在被他人收养后，生父母便没有了抚养义务，子女的抚养义务由养父母来完成。因此，养子女也就不再对自己的亲生父母有赡养的义务。本案中，丽丽刚出生就被送养，多年来，亲生父母不管不问，得知丽丽挣钱了，才想起女儿，要求认女并要求支付赡养费，于情于理都说不过去，于法更缺乏根据。所以，法院不可能支持丽丽亲生父母的诉求。

法律依据

《婚姻法》第二十六条 国家保护合法的收养关系。养父母和养子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。

养子女和生父母间的权利和义务，因收养关系的成立而消除。

21. “抚恤金”属于“遗产”吗？怎么分配？

典型案例

王某是一家大型国企的职工，工种是电工。一次，他在野外施工中遭遇事故而死亡，王某所在的单位给了一笔抚恤金十万元，单位将这一笔钱给了王某的爱人和未成年的孩子。可是，王某的哥哥、姐姐知道了这件事后，纷纷找到王某的爱人，要求分割这笔钱，声称父母去世早，哥哥姐姐抚养过弟弟，对弟弟有养育之恩，并拿出弟弟生前曾写过的遗嘱为证。遗嘱中写道：“本人如因故去世后，身后的财产分别分给我的哥哥和姐姐各十分之一……”王某的爱人也不清楚自己应不应该按照他们的要求，将抚恤金作为遗产来分配，于是，他们共同到律师事务所咨询。

律师说法

王某的哥哥和姐姐不能分配抚恤金。本案中的抚恤金是死者生前单位或有关民政部门发放给死者直系亲属或其供养亲属的费用，属于抚恤性质。根据继承法的规定，抚恤金不是遗产，不包含在遗产范围内，所以不能作为遗产来进行分割。但是，王某的哥哥姐姐可以继承弟弟的其他遗产。

法律依据

《继承法》第三条 遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：

- （一）公民的收入；
- （二）公民的房屋、储蓄和生活用品；
- （三）公民的林木、牲畜和家禽；
- （四）公民的文物、图书资料；
- （五）法律允许公民所有的生产资料；
- （六）公民的著作权、专利权中的财产权利；
- （七）公民的其他合法财产。

22. “保险金”能作为遗产被继承吗？

典型案例

小何的工作有危险性，并经常出差，为此，小何为自己投保了人身意外保险，指定受益人自己的儿子小阳阳。2009年8月9日，小何在一次意外事故中不幸死亡，保险公司赔付了一百万元的保险金给小阳阳。小阳阳尚未成年，这笔钱暂时由其母亲代为领取并保管。阳阳的爷爷和奶奶要求继承这笔保险金，遭到阳阳母亲的拒绝后，遂起诉到法院。那么，法院会如何判决呢？

律师说法

商业保险分为人身保险和财产保险，不同的保险要不同地对待。如果是财产保险，保险金是可以作为遗产被继承的，但是人身保险会有不同的情况。人身保险一般会涉及受益人问题，如果指定了受益人，就应该按照指定的受益人来继承；如果没有指定受益人，那么，保险金就可以作为遗产被继承。本案中，阳阳虽然未成年，但是可以作为受益人，况且被指定为唯一的受益人，所以，这笔保险金应该归属于阳阳，其爷爷和奶奶不能继承。

法律依据

《保险法》第四十二条 被保险人死亡后，有下列情形之一的，保险金作为被保险人的遗产，由保险人依照《中华人民共和国继承法》的规定履行给付保险金的义务：

- （一）没有指定受益人，或者受益人指定不明无法确定的；
- （二）受益人先于被保险人死亡，没有其他受益人的；
- （三）受益人依法丧失受益权或者放弃受益权，没有其他受益人的。

受益人与被保险人在同一事件中死亡，且不能确定死亡先后顺序的，推定受益人死亡在先。

23. “过继”的子女怎么继承亲生父母的遗产？

典型案例

在一次意外事故中，已到中年的徐某夫妇失去女儿，两人伤心不已，正所谓“白发人送黑发人”，夫妻两人的生活陷入黑暗之中，一方面怀念爱女，一方面也担心自己晚年没人养老送终，整日里愁眉不展。徐某的表弟有一对双胞胎儿子，正发愁抚养有些吃力，就找徐某协商过继的事，徐某夫妇见孩子长得虎头虎脑、白白胖胖的，欢喜得不得了，毫不犹豫地就同意了。孩子过继后，徐某夫妇视为己生，疼爱有加，一转眼十多年过去了，小家伙长成英俊少年。在孩子十五岁的时候，徐某病逝，身后留下两套房产和数万存款。徐某的父母要和儿媳争财产，并认为过继的孩子没有继承权。双方为此争执不下，遂对簿公堂。那么，这个过继的“小徐”能拥有继承权吗？

律师说法

本案中，“小徐”过继于徐某夫妇后，受到徐某夫妇的精心呵护和照料，健康成长，徐某夫妇对孩子更视若己出，尽到了抚养义务，形成了事实上的收养关系。根据相关法律规定，过继子女与过继父母形成抚养关系的，即为养子女，互有继承权。因此，“小徐”和徐某的父母及养母都有平等的继承权。

法律依据

《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第38条 “过继”子女与“过继”父母形成抚养关系的，即为养子女，互有继承权；如系封建性的“过继”“立嗣”，没有形成抚养关系的，不能享有继承权。

《继承法》第十条 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。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本法所生子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

24. “服刑”人员还有继承权吗？

典型案例

丁某先后因为盗窃、抢劫被判刑，出来进去，可谓“恶贯满盈”。丁某有哥哥和姐姐及父母。在他第二次入狱后，父母曾当着亲友的面发狠说：“以后什么都不给他”。在丁某服刑期间，其父母先后病逝。在处理遗产的时候，哥哥和姐姐认为丁某给父母丢脸，是“罪犯”，没有继承权，况且父母表过态，不给丁某任何财产。在办理财产过户的时候，需要丁某签字，可是丁某见到哥哥姐姐不给自己任何份额，便拒绝签字，丁某的哥哥姐姐遂起诉。

律师说法

丁某哥哥姐姐的说法不正确。虽然丁某先后两次犯罪，并正在服刑，可是他所犯的罪不是继承法规定的丧失继承权的情况，所以，丁某与哥哥姐姐具有同等的法定继承权。至于其父母所说的“以后什么都不给他”，算不上遗嘱，丁某的哥哥姐姐也不能据此而剥夺丁某的继承权。

法律依据

《继承法》第七条 继承人有下列行为之一的，丧失继承权：

- （一）故意杀害被继承人的；
- （二）为争夺遗产而杀害其他继承人的；
- （三）遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的；
- （四）伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。

25. 未出生的“胎儿”也有继承权吗？

典型案例

小杨和娜娜相恋五年，奉子结婚，并在婚后不久就搬进了装修一新的新房。房子是双方的父母一起筹集的钱加上小两口几年的积蓄，付的是全款。可是不久，不幸发生了，小杨出差发生意外死亡，可怜的娜娜正怀孕七个月。丈夫去世后，娜娜的父母为了安慰和照顾娜娜，就搬过来陪娜娜。期间，小杨的父母和娜娜的父母曾讨论协商遗产处理问题，小杨的父母认为遗产没有孩子的份额，毕竟还未出生，可娜娜的父母坚持认为有孩子的份额，于是双方一起到律所咨询。

法律依据

《继承法》第二十八条 遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。

26. “同居关系”怎样继承对方遗产？

典型案例

周某在妻子病逝几年后，认识了黄某，并于 2002 年春与离异的黄某共同生活。两人没领结婚证，就召集了两家的亲戚和街坊一起吃了一顿饭，算是确认了“夫妻关系”。周某在市场经营水产生意，收入颇丰，黄某无工作、无退休金，靠周某的收入生活。黄某每天把家里收拾得干干净净，做得一手可口的饭菜，对周某照顾得无微不至，周某备感家庭的温馨，也非常疼爱黄某，两人和谐美满，让周围的人羡慕不已。可是，天有不测风云，人有旦夕祸福，周某在一次车祸中丧生。几个月后，周某的儿子和儿媳要求黄某搬走，并扬言黄某没有继承权。黄某认为自己与周某是夫妻关系，在一起生活了七八年，应该有继承权，拒绝腾房搬出。于是，周某的儿子将黄某起诉到法院。那么，黄某有继承权吗？

律师说法

关于同居关系要区分不同的情况不同处理。如果两人的关系被认定是事实婚姻关系，则黄某应该以配偶的身份参加继承；如果认定是同居关系，并依靠周某生活，没有其他收入，没有生活来源，根据法律规定，可以互相扶助，应该分给她适当的财产。本案中，黄某和周某在2002年同居生活，根据司法解释规定，不属于事实婚姻关系，所以属于一般同居关系。

法律依据

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第五条 未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求离婚的，应当区别对待：

一、1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理；

二、1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记；未补办结婚登记的，按解除同居关系处理。

第六条 未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，一方死亡，另一方以配偶身份主张享有继承权的，按照本解释第五条的原则处理。

《继承法》第十四条 对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产。

27. 多份“最后遗嘱”，哪一个才有效？

典型案例

余某和后老伴在一起生活，房子是余某婚前自己买的。2006年3月，余某患病，一直由老

伴照顾，为了感谢老伴，就按照老伴的意思写了份“最后遗嘱”，遗嘱言明房子和存款等都由老伴继承。可是，逐渐的余某病情加重，卧床不起，老伴也变了态度，不爱侍候，还冷言冷语地挖苦、打击。余某把这事和儿子说了，儿子就把老人接回家照顾，老人觉得关键时候还是儿子有用，就决心把财产留给儿子，并做了公证遗嘱，言明是“最后遗嘱”。可是，余某在儿子家待了两个月，觉得儿媳妇态度不好，就给女儿打电话要去住到医院，表示就算是死也死到医院。女儿将余某送到医院，每天前去探望、呵护，余某在弥留之际当着两个医生的面留下“最后遗嘱”，将所有的财产给了女儿。余某去世后，后老伴和余某的儿女就遗产问题引起了纷争，那么，几份遗嘱哪一份有效呢？

律师说法

第二份公证遗嘱有效。本案中，余某分别立有自书、公证、口头遗嘱。即使三份遗嘱的形式都符合法定的形式要件，也是以公证的遗嘱为准。因为，所有的遗嘱形式中，公证遗嘱效力最高，其他遗嘱都不能推翻公证遗嘱，除非再立一份公证遗嘱才能推翻之前的公证遗嘱。最后的口头遗嘱虽然时间上在最后，但是也不能推翻公证遗嘱。

法律依据

《继承法》第二十条 遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。

28. 使用“QQ”留言的遗嘱有效吗？

典型案例

随着电子科技的不断普及，上网聊天已经不再是年轻人的专属了，一些老年人也开始上网聊天、种种菜、养个宠物什么的。老年人一旦会上网，与子女、亲友联络起来更方便，为了省钱，几乎不怎么使用别的联系方式，因为这些事网上都可以办到，可以语音、视频，等等。那么，如果老人给儿女留遗嘱，用 QQ 留言可以吗？有法律效力吗？

律师说法

这种网上的留言和电子信件的遗嘱是无效的。订立有效的遗嘱，除了要具备法定的实质要件（有立遗嘱能力，遗嘱内容要合法，遗嘱必须是遗嘱人自由、真实的意思表达等），遗嘱还必须符合法定形式要件。继承法规定了五种遗嘱形式：公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱。那么，电子形式所立的遗嘱显然不符合法定的形式，因此是无效的。

法律依据

《继承法》第十七条 公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。

自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。

代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。

以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。

遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

29. 九岁孩子立的“遗嘱”有效吗？

典型案例

小薇的父母双双在一次交通事故中去世，给小薇留下数百万的家产。小薇的外婆外公是小薇的监护人，照顾小薇的饮食起居。由于小薇的身体很弱，需要经常到医院做检查，定期打针吃药，为此，外公外婆很发愁，就时不时地和亲戚们念叨一下，算是解个闷。可是说者无意，听者有心，小薇的表舅知道这个情况后，就百般地讨好小薇，经常带着小薇去游乐场，平时也经常辅导小薇的功课，小薇觉得表舅是他的良师益友，是最值得信任的人。在表舅的授意下，小薇竟然给小舅写下遗嘱，写明自己有啥意外后，身后的财产都交给舅舅处理。那么，小薇这样的遗嘱有效吗？

律师说法

小薇的遗嘱没有法律效力。根据法律规定，无行为能力人所设立的遗嘱是没有法律效力的。本案例中，小薇年仅九岁，属于无行为能力人，所以，小薇所设立的遗嘱是没有法律效力的。

法律依据

《民法通则》第十二条 十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。

30. 不履行赡养义务，就没有继承权吗？

典型案例

徐某多年来靠着到外地拾荒给两个儿子都盖上了三间房，后来自己也积攒下一些钱，悄悄地

存在银行里，没有告诉两个儿子。徐某告老还乡后，起初与长子一家生活在一起，自己出一些生活费，还经常帮着干一些农活。但是，儿子不成器，天天赌博、喝酒、打老婆，对徐某也是冷言恶语，甚至不希望徐某住在家里。徐某难过、伤心，在一次被儿子辱骂后，徐某被驱赶到小儿子家。小儿子一家对徐某很好，非常尊重善待老人，徐某在小儿子家一住就是十年，期间，长子一家没有履行过任何赡养义务。老人病逝后，所有的财产都留给小儿子。长子得知后，要求分割遗产，认为自己也是儿子，有继承权。那么，徐某的长子有继承权吗？

律师说法

徐某的长子不再享有继承权。我国法律规定，凡是具有虐待、遗弃、不履行赡养义务情形的丧失继承权。如果由于虐待或遗弃，情节严重的，还可以追究刑事责任。在本案中，徐某的长子辱骂、遗弃老人，并不履行赡养义务，所以，其不再拥有继承权。

法律依据

《继承法》第七条 继承人有下列行为之一的，丧失继承权：

- （一）故意杀害被继承人的；
- （二）为争夺遗产而杀害其他继承人的；
- （三）遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的；
- （四）伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。

31. 继承“继父母”的遗产，还可以继承“生父母”的遗产吗？

典型案例

5岁的小牛牛跟随母亲改嫁到李某家，李某因不能生育，将小牛牛视为亲生儿子对待，疼爱有加。牛牛的父亲牛某因病一直没有再婚，与其母亲生活在一起，互相照应。牛牛逢年过节及放假经常去探望父亲和奶奶。那么，若是以后牛牛的父亲去世，牛牛还可以继承生父的遗产吗？

律师说法

牛牛可以继承继父和生父的两份遗产。与收养关系不同，继子女与继父母的关系因亲生父母一方的合法婚姻关系而建立，但因此也并不影响其与自己亲生父母的关系。就是说，牛牛跟着妈妈改嫁后，与李某形成了继父子关系，同时也不会影响与亲生父亲牛某之间的权利义务关系。

法律依据

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第21条 继子女继承了继父母遗产的，不影响其继承生父母的遗产。

继父母继承了继子女遗产的，不影响其继承生子女的遗产。

32. 立下遗嘱后，“遗赠扶养协议”还有效吗？

典型案例

叶某在很早就立下遗嘱，将自己全部的财产留给自己的女儿继承。后来由于女儿举家移居国外，叶某因不习惯国外生活就独自留在国内生活。后因健康原因，女儿出钱，叶某雇用了保姆。有了保姆的悉心照料，叶某的身体和心情也逐渐好起来。这样，过了几年后，叶某担心贴心的保姆离开自己，就与保姆签订了遗赠扶养协议：约定保姆侍候叶某到终了，其财产的

一半归保姆继承。叶某去世后，女儿回国处理善后问题时因遗产问题与保姆发生纠纷，那么，保姆的遗赠扶养协议还能有效吗？

律师说法

根据法律规定，被继承人生前与他人订有遗赠扶养协议，并同时也立有遗嘱的，那么继承开始后，如果遗赠扶养协议与遗嘱没有抵触，遗产分别按照协议和遗嘱处理；如果有抵触，按照协议处理，与协议抵触的遗嘱全部或部分无效。因此本案中的遗赠与遗嘱存在部分抵触，先按照协议处理后，再由叶某的女儿按照遗嘱继承。

法律依据

《继承法》第五条 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第5条 被继承人生前与他人订有遗赠扶养协议，同时又立有遗嘱的，继承开始后，如果遗赠扶养协议与遗嘱没有抵触，遗产分别按协议和遗嘱处理；如果有抵触，按协议处理，与协议抵触的遗嘱全部或部分无效。

33. 怎么继承个人的“股票”？

典型案例

杜某和妻子结婚十年了，有一个八岁的可爱女儿，一家人生活得幸福无忧。杜某业余时间喜欢研究股市，手里持有多家公司的股票，几乎都处于升值的状态。2009年9月7日，杜某因饮酒过度死亡，在处理遗产时，杜某的妻子与杜某的父亲发生争执：杜某的妻子认为股票是属于他们夫妻的婚后财产，老人不应该分割；而老人认为应分给自己一半，因为平时白天

都是自己替儿子盯着股票，及时向儿子汇报，所以儿子才会有准确的信息和明确的判断。那么，杜某的股票能不能作为遗产分割呢？如何办理手续？

律师说法

根据法律规定，个人的股票是可以作为遗产被继承的。一般情况下，如果继承人之间没有争议，可以申请办理股票继承公证；如果继承人之间有争议，就只能向人民法院起诉，由法院进行裁决。证券公司凭人民法院生效的判决书、裁定书或调解书办理转户手续。

法律依据

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第3条 公民可继承的其他合法财产包括有价证券和履行标的为财物的债权等。

34. 俗话说的“人死账烂”对不对？

典型案例

赵某因病去世以后，其子小赵继承了所有的遗产，价值大约50万元。不久，赵某的朋友李某找到小赵，拿出赵某的10万元欠条，要求小赵归还赵某的借款，小赵不予理睬。小赵认为，钱是父亲欠的，所谓“人死账烂”，自己没有代父还款的义务。李某无奈，遂起诉至法院，那么，法院能支持李某的请求吗？

律师说法

小赵应该承担还款的义务。根据法律规定，继承人在继承遗产时，应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴税和偿债应以遗产的实际价值为限。如果超出遗产的部分，继承人自愿归还的不在其限内。本案中，小赵继承的遗产是 50 万元，而被继承人的债务仅 10 万元，所以，小赵应该偿还这笔 10 万元的债务。

法律依据

《继承法》第三十三条 继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在其限。

继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。

35. 自己的遗产，能不能“想给谁就给谁”？

典型案例

王大爷今年七十多岁，老伴虽然去世得早，可是没有再婚，自己辛辛苦苦将两个儿子抚养长大，两个儿子已成家立业生子。平时儿子们都忙，难得见上一面，为此，王大爷备感孤独寂寞。邻居五十多岁的陈某也是寡居，平日里经常过来照顾王大爷，两位老人走得很近，关系非常亲密，外人不知情的还以为夫妻呢。王大爷认为自己已经对儿子们尽到了义务，觉得陈某与自己相好，要对得起陈某，就想立遗嘱，把自己的财产分三份，其中一份留给陈某。可是，儿子们得知这个消息后，愤怒地指责陈某，又责怪父亲不懂事、糊涂，把财产留给外人。那么，王大爷有权把遗产分给外人吗？

律师说法

对公民自己财产有独立的处置权，完全可以以赠与、遗赠、遗嘱的形式进行处分，其他人不得干涉。既可以将财产留给子女，也可以捐给国家或继承人以外的任何人。

法律依据

《继承法》第十六条 公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。

公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。

公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。

第二篇 刑事常识篇

1. 13岁女孩“网恋”自愿与“网友”发生关系，“网友”要承担什么法律责任？

典型案例

山东女孩小萌在网上认识了男网友刘某，对刘某产生了好感。2010年10月3日，小萌和朋友去济南玩。到了济南后，小萌已身无分文，她打电话向刘某求助，并表示要来大连找刘某，刘某当即让山东的朋友给小萌出钱买了车票。就这样小萌来到了大连，第一次见到刘某。刘某，17岁，老家在河南，是一名来连务工人员。刘某把小萌领到了位于甘井子区的暂住处，后二人偷食禁果。事后，刘某才知道，小萌还不满14周岁。当时，刘某并没有意识到自己触犯了法律，仍然和小萌同居，并多次发生性关系，两个人生活在一起20多天。小萌的妈妈不知小萌身在何处，向当地警方报了案。2010年10月23日，警方在刘某的住处找到了小萌。刘某因与未满14周岁的小萌同居，涉嫌犯罪，被警方刑事拘留。小萌对警察说：“他对我特别好，我是自愿和他在一起的。”2011年3月1日，甘井子区人民法院审理了此案，刘某当庭表示认罪。法院认为，鉴于刘某犯罪时未满18周岁，而且自愿认罪，本着“教育、感化、挽救”未成年人的方针，决定对其从轻处罚。法院对此案作出一审判决，刘某犯强奸罪，被判有期徒刑两年，缓刑两年。

律师说法

我国法律明确规定，与未满 14 周岁的幼女发生性关系的，不论幼女是否自愿，都构成强奸罪。虽然小萌和小刘是正常的“网恋”，双方你情我愿，自愿发生性关系，可是，刘某的行为已经触犯了法律，违反了法律的禁止性规定，所以，应该受到法律的处罚。可见，国家和社会应该高度重视青少年的普法教育，在保护未成年人利益的同时，也可以减少青少年的犯罪机率。

法律依据

《最高人民法院关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》行为人明知是不满十四周岁的幼女而与其发生性关系，不论幼女是否自愿，均应依照刑法第二百三十六条第二款的规定，以强奸罪定罪处罚；行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪。

2. 因“分手”想不开而自杀，对方应负刑事责任吗？

典型案例

姜某和女友肖某为大学同班同学，大学一年级时确立了恋爱关系。毕业前夕，肖某因为想回上海工作而提出分手，姜某不同意，并声称如果肖某与其分手就自杀。肖某态度坚决，坚持分手，毕业后回到上海家中。不久，姜某因想不开，跳楼自杀身亡。对于姜某的自杀，肖某要负责任吗？

律师说法

肖某对姜某的死不负有刑事责任。恋爱关系、同居关系等都并非法律关系，男女双方无法从法律上认定彼此的权利义务关系。所谓“恋爱自由”嘛，合则相处，不合则分，任何一方没有理由继续纠缠甚至威胁、以死相逼，这种做法只能自己承担后果。因此，尽管肖某提出分手是姜某自杀的诱因，但更主要的原因在于姜某本身。如果就此成立肖某的不作为犯罪，这是显失公平的，也违背了罪刑法定的原则。

法律依据

《刑法》第三条 法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。

3. 法律如何给不满 16 周岁的人量刑？

典型案例

陈某 15 岁，读初中二年级，为了在同学中显示威风，经常和一些社会上的无业青年混在一起，组成所谓的“哥帮会”。“哥帮会”的内部规则就是有难同担，有福同享，哥儿们中谁有事，大家伙要两肋插刀相助。一天，陈某与同年级的一位同学徐某发生了冲突，吃了点小亏，陈某纠集了“哥帮会”的几个成员，在放学后对徐某进行了围殴，致使徐某重伤身亡，公安机关将所有嫌疑人拘捕归案。那么，陈某尚未满 16 周岁，要担负刑事责任吗？

律师说法

陈某应当承担刑事责任。一般情况下，未满 16 周岁的人犯罪，不负刑事责任。但是，法律

规定，对于已满 14 周岁不满 16 周岁的人犯罪，只有在犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，才予以追究刑事责任。本案中，陈某所犯之罪是故意伤害致人死亡罪，所以，依法应当追究其刑事责任。

法律依据

《刑法》第十七条 已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。

已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。

已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。

因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养。

4. 未满 18 周岁的人致人死亡怎么判刑？

典型案例

17 周岁的周某在读高二的时候因厌学而辍学在家，因无所事事经常接触社会上的一些无业闲散青年，聚会、上网，甚至参与斗殴打架，逐渐养成一身的恶习。一次，一群人在歌厅与另一群青年因服务小姐引起冲突，两伙人互相扭打在一起。周某当时喝多了，见到自己的人被欺负，遂抄起一根铁棒猛击对方一个红衣青年的头部，该青年经抢救无效死亡，周某逃跑后被抓捕归案。那么，周某犯罪情节恶劣，会判死刑吗？

律师说法

周某不会被判处死刑。我国《刑法》规定，犯罪时不满 18 周岁的人和审判时怀孕的妇女不适用死刑。尽管周某犯了故意伤害致人死亡罪，且犯罪情节恶劣，但是因其未满 18 周岁，在量刑上要从轻或减轻处罚，故其不能被判处死刑。

法律依据

《刑法》第四十九条 犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。

《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条 本解释所称未成年人刑事案件，是指被告人实施被指控的犯罪时已满十四周岁不满十八周岁的案件。

第十三条 未成年人犯罪只有罪行极其严重的，才可以适用无期徒刑。对已满十四周岁不满十六周岁的人犯罪一般不判处无期徒刑。

5. 犯罪后“一逃了之”会加重罪责吗？

典型案例

李某与同村的丁某素有仇怨。一天，两个人因琐事发生争吵，李某抄起镐把，向丁某头部狠狠砸去，丁某应声倒地，不省人事。李某非常害怕，不知丁某是死是活，觉得还是走为上策。在逃跑的路上，李某心里想：“只要逃得远远的，只要丁某没大事，过了几年，就会不了了之。”丁某后经过抢救脱离危险，但是留下了后遗症，经过鉴定为重伤。那么，李某的行为会随着时间的流逝而“不了了之”吗？

律师说法

犯罪行为的追究是有时效限制的，称为追诉期限。简单地说，就是犯罪嫌疑人在实施犯罪之

后逃跑了，经过一段时间，就不会被追究刑事责任了。追诉期限的时间是不一定的，但是最多为 20 年。对于本案而言，犯罪嫌疑人李某所犯之罪有可能被判处 3 到 7 年有期徒刑，追诉时效为 10 年。也就是说，如无其他特殊情况，犯罪 20 年后可以不再追究刘某的刑事责任。

法律依据

《刑法》第八十七条 犯罪经过下列期限不再追诉：

（一）法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过五年；

（二）法定最高刑为五年以上不满十年有期徒刑的，经过十年；

（三）法定最高刑为十年以上有期徒刑的，经过十五年；

（四）法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过二十年。如果二十年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

6. “教唆”未成年人去抢劫，是否构成犯罪？

典型案例

于某一直从事犯罪活动。几年以来，于某的身边聚集了一群十多岁的孩子，跟随于某从事犯罪活动。一天，于某让手下的一个不满十六岁的孩子张某去持刀抢劫，张某在实施抢劫时，失手将被劫人扎死了。张某抢劫杀人，性质恶劣，必须追究刑事责任。教唆张某抢劫的于某要承担责任吗？

律师说法

于某教唆张某犯罪，应当承担刑事责任。在《刑法》中，这叫教唆犯。在教唆犯中，有一种特殊情况，就是教唆未达到刑事责任年龄或者没有刑事责任能力的人（例如未成年人和精神病人）犯罪的，属于间接正犯，实际上就是正犯。本案中，于某教唆不满十八周岁的未成年人张某犯罪，应被认定为间接正犯，从重处罚。

法律依据

《刑法》第二十九条 教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚。

如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。

7. 如何判定婚内“强奸”？怎么追究刑责？

典型案例

贺某性格暴躁又经常酗酒，婚后常常不顾妻子的身体状况和意愿，强行与其发生性行为。一次贺某从外边喝酒回来，又要与其妻发生性行为。妻子说自己身体不舒服，贺某对其一顿拳打脚踢后强行与其发生了性行为。身心健康受到极大伤害的妻子，在咨询了有关部门后，准备以强奸罪向法院起诉贺某。

律师说法

强奸罪是指以暴力、胁迫或者其他手段，违背妇女意志，强行与之性交的行为。这是强奸罪的本质特性。《刑法》上并没有强奸只针对婚外女性的限制性规定。陈某在违背妻子意愿的情况下，以暴力手段与其发生性行为，已经构成了强奸罪，应当依法追究刑事责任。可是，实践中，此类案件争议颇多，很多专家学者认为婚内的“强奸”不构成犯罪。另外，因为贺某方式十分粗暴，使其妻子的身心健康受到了极大的伤害，也可以虐待罪对其起诉。

法律依据

《刑法》第二百三十六条 以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。

奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。

强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：

- （一）强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；
- （二）强奸妇女、奸淫幼女多人的；
- （三）在公共场所当众强奸妇女的；
- （四）二人以上轮奸的；
- （五）致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。

8. 与他人合伙诈称“绑架”自己向父母骗钱，构成了什么犯罪？怎么量刑？

典型案例

王某刚刚参加工作就因赌博而负债累累。为了偿还拖欠的巨款，王某伙同赵某布置了一个骗局，准备以自己遭绑架为名向父亲骗钱。赵某假装外地人连续打电话给王某的父亲，声称王某被他们绑架，要其拿 10 万元，否则就撕票。王某的父亲信以为真，非常担心儿子的安危，紧急筹集了 10 万元的赎金到约定的交易地点，而早已在一方等候的赵某看见其旁边有人，未敢上前拿钱。不久，王某被抓获，赵某也到公安机关自首。王某伙同别人骗自己父母的钱，构成犯罪吗？

律师说法

王某及赵某构成敲诈勒索罪。本案中，王某伙同别人，骗取自己父母的钱，整个过程中，不存在限制王某人身自由的事实。因此，赵某的行为不应认定为绑架罪。但是，二人以王某的生命要挟、骗取王某父母钱财的事实存在，在主观上构成了故意。所以，王某和赵某应被认定构成敲诈勒索罪。

法律依据

《刑法》第二百七十四条 敲诈勒索公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑。

9. “伪造”身份证、毕业证等证件触犯了什么法律？

典型案例

程某是一个刚满 18 周岁的孩子。一次，程某得知一家纺织企业招收工人，便想去应聘。后来发现应聘条件是必须高中以上学历，程某为此特意花钱在黑市置办了一套假的证件，包括身份证、高中毕业证等。那么，程某的行为是违法的吗？

律师说法

程某的行为是违法的。身份证是我国公民证明身份的唯一有效证件，公民的合法身份要通过身份证来核实，其重要性不言而喻。我国《刑法》规定，对伪造、变造身份证的行为，要处以三年以下有期徒刑、拘役管制或者剥夺政治权利。毕业证、学位证等证件，是学历证明，

代表了公民的受文化教育程度。司法实践中，伪造毕业证的行为一般以伪造事业单位印章罪论处。

法律依据

《刑法》第二百八十条 伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。

伪造公司、企业、事业单位、人民团体的印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

伪造、变造居民身份证的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

10. 盗用他人身份证复印件应当承担什么责任？

典型案例

2008 年 11 月，小夏收到一张移动公司寄来的手机话费催缴单，但手机号码并不是小夏使用的。催缴单上载明 2008 年 8 月至 10 月期间，共欠缴手机话费高达 2000 元。在对机主的信息核实中，发现根本没有机主本人签名和任何资料信息，这说明小夏的身份证复印件已被人盗用。小夏是否要承担欠缴的电话费？盗用他人身份证复印件应当承担什么责任？

律师说法

小夏不用承担欠缴的电话费，因为这不属于民事或经济纠纷，有经济犯罪嫌疑，应送公安部门处理。盗用他人身份证复印件的行为从法律的角度看属于侵犯他人姓名权的违法行为。因

此，小夏只要积极配合公安机关查明案情真相，由最终的嫌疑人承担全部所拖欠的话费，而不应该让小夏承担这笔费用。

法律依据

《民法通则》第一百二十条 公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。

法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的，适用前款规定。

11. 剥夺“政治权利”是什么意思？

典型案例

某重点高校的在校大四学生乔某，平日思考问题激进暴力，总是在公共场合表现对国家及社会现状的不满，大肆宣扬反党、反政府的言论，甚至秘密地召集一些所谓的同道中人，成立了一个“政党”，将推翻中国共产党的领导作为政治目标写入了所谓的“党章”。后被学校发现。乔某以危害国家安全罪被判处有期徒刑 10 年，剥夺政治权利 3 年。什么是剥夺政治权利？

律师说法

我国《刑法》在规定了五种主刑外，还规定了三种附加刑，包括罚金、剥夺政治权利以及没收财产。附加刑可以与主刑附加使用，也可以单独使用。剥夺政治权利，顾名思义就是限制政治权利的行使。《宪法》赋予每个公民选举权、被选举权、言论、出版等政治权利，将这些权利剥夺，显然是一种惩罚性的措施。政治权利的意义是重大的，我国是人民民主专政的国家，人民群众参与政权是立国之本，而公民参与治国依据的就是政治权利。将这些权利剥夺，其国家主人的地位就无法体现了，是对罪犯的一种惩罚措施。

法律依据

《刑法》第五十四条 剥夺政治权利是剥夺下列权利：

- （一）选举权和被选举权；
- （二）言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；
- （三）担任国家机关职务的权利；
- （四）担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

12. 购买“假发票”触犯了什么法律？

典型案例

小银是一家公司的项目负责人，经常要到外地出差，公司要给报销一定的差旅餐费和活动经费。因经常凑不齐票据而影响报销，小银索性就低价从小贩那里购买假发票。从 2008 年至今，票面额累计十几万元。总公司并没有发现，可是财务人员经常告诫：“假发票一经查出要受到处理的。”为此，小银有些担心又心存侥幸，觉得这没啥，又不偷不抢的，怎么会犯罪呢。那么，购买假发票属于刑事犯罪吗？

律师说法

《刑法》第二百零八条规定，非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。因此，小银可能涉嫌购买伪造的增值税专用发票罪。

法律依据

《刑法》第二百零八条 非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。

非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票又虚开或者出售的，分别依照本法第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条的规定定罪处罚。

13. 私刻国家机关印章的行为要受到什么处罚？

典型案例

范某想在闹市开一家熟食店，在报批的时候有关部门没有通过。范某并不死心，遂找到一个专门私刻印章、办理假证件的人，要求刻制一整套假印章，包括工商行政部门等相关机关的所有印章。然后，范某自制了相关的证件，开始挂牌营业。由于是新开业又搞低价促销，一度门庭若市，但由于缺乏相应的卫生条件，遭到不少顾客的投诉。工商部门上门调查才发现所有证件都是伪造的。那么，范某的行为会受到什么处罚？

律师说法

范某的行为是违法的。国家机关的印章代表了国家机关的相应权力，而国家各机关的职能是国家授权的。伪造、变造国家机关的印章的行为会给国家造成严重的损失，对于这些违法行为当然要给予严厉的惩罚。

法律依据

《刑法》第二百八十条 伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。

伪造公司、企业、事业单位、人民团体的印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

伪造、变造居民身份证的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

14. 怎么界定“传销”？

典型案例

柳女士向同事丽娜推荐一种化妆品，并称购买产品可成为公司会员，买 1 套 998 元是一级会员，买 2 套 1988 元是二级会员，而三级会员要买 5 套 4880 元。成为会员后介绍别人购买可以拿到提成，而且不同级别的会员拿的提成也不一样。如果你介绍的人再去介绍别人购买，你也可以再提成。每个人拉的人头越多，自己的提成业绩就会越高。公司经常会组织培训，动员会员们找亲戚拉朋友来听课，往往听了这些具有煽动力的授课，很多人就会动心，甚至当场交钱入会。但是丽娜觉得这种销售方法有点问题，就悄悄地到工商部门咨询。那么，这属于非法传销吗？

律师说法

这种行为属于非法传销。通过对被发展人员以其直接或者间接发展的人员数量或者销售业绩为依据计算和给付报酬，或者要求被发展人员以交纳一定费用为条件取得加入资格等方式牟取非法利益的都属于传销行为。对于介绍、诱骗、胁迫他人参加传销的，由工商行政管理部门责令停止违法行为，没收非法财物，没收违法所得，处 10 万元以上 50 万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

法律依据

《禁止传销条例》第二条 本条例所称传销，是指组织者或者经营者发展人员，通过对被发展人员以其直接或者间接发展的人员数量或者销售业绩为依据计算和给付报酬，或者要求被发展人员以交纳一定费用为条件取得加入资格等方式牟取非法利益，扰乱经济秩序，影响社会稳定的行为。

15. 恶意“透支信用卡”是否构成诈骗罪？

典型案例

吴某多年来炒股，经常临时需要投入资金，听说信用卡可以透支，便先后在几家不同的银行办理了十张信用卡。在遭遇金融危机后，吴某的股票几乎都被套牢，所有的银行卡倒来倒去的都出现透支，累计透支已经达到 20 多万元，而且超过规定的期限仍无力偿还。无奈的吴某索性藏匿起来，不予理睬还款的事，经发卡银行一再发通知也置之不理。那么，吴某的行为是否会构成犯罪？

律师说法

恶意透支，是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。利用信用卡进行透支，数额较大，而且明知在规定的期限内可能还不了透支款，会给发卡银行造成较大损失，却对这种危害结果的发生持放任态度。如果经发卡银行催收后仍不归还，那么根据《刑法》第一百九十五条的规定，可能构成信用卡诈骗罪。

法律依据

《刑法》第一百九十五条 有下列情形之一，进行信用证诈骗活动的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产：

- （一）使用伪造、变造的信用证或者附随的单据、文件的；
- （二）使用作废的信用证的；
- （三）骗取信用证的；
- （四）以其他方法进行信用证诈骗活动的。

16. 可以安装摄像头和窃听器“监视”女友吗？

典型案例

相某曾经遭受过几次感情的创伤，遂对待感情问题有过激的偏执，要求女朋友对自己要绝对忠诚。在朋友的介绍下，相某和女孩楠楠确立了恋爱关系。不久，相某谎称要为女友家维修管道，要来女友家的钥匙，趁女友上班之际，在女友家偷偷安装了摄像头与窃听器，监视、监听女友的一举一动。那么，相某这样的行为合法吗？

律师说法

相某的行为已经触犯了刑律。我国《宪法》规定，公民的合法权利不受任何人的侵犯。本案中，相某为了证实女友对自己是否忠诚，就在女友家中安摄像头，以便监视女友的日常生活。每个人都有权保护自己的隐私，相某的行为侵犯了其女友的隐私权。从道德上讲，相某的行为是一种极不尊重人的、不道德的变态行为，侵犯了女友的人权；从法律上讲，相某的行为

已经构成了犯罪，应当追究其刑事责任。

法律依据

《刑法》第二百八十四条 非法使用窃听、窃照专用器材，造成严重后果的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。

17. 丈夫“扣押”自己的妻子，应该承担什么法律责任？

典型案例

男士陈某在网上认识了洪某，二人见面后开始交往。半年后，二人领了结婚证，但结婚后不久，陈某便发现洪某经常与其他网友保持联系，就非常生气。有一次，陈某当面质问洪某与其他男人的关系，洪某百般辩解，说只是普通朋友。陈某不甘心，始终认为洪某隐瞒自己什么，遂派人跟踪妻子，当报料人告知其妻洪某在和一个男的喝茶后，陈某气急败坏地找到咖啡厅，见只剩下妻子一人，就将妻子拖回家“审问”。妻子解释那人是个同学，在谈一个合作。可是陈某根本不听，索性将妻子关在自家的地下室，要求妻子“反省”“坦白交代”，时间达三天三夜。后经洪某的娘家人报警，才将洪某解救。

律师说法

本案中，陈某在自己的家中地下室剥夺了洪某的人身自由长达数十个小时，已经构成非法拘禁罪，二人是否存在夫妻关系不影响本罪的构成。

所谓非法拘禁，是指以拘押、禁闭或者其他强制方法，非法剥夺他人人身自由的行为。非法拘禁罪侵犯的客体是他人的身体自由权。所谓身体自由权，是指以身体的动静举止不受非法干预为内容的人格权，亦即在法律范围内按照自己的意志决定自己身体行动的自由权利。公民的身体自由，是公民正常工作、生产、生活和学习的保证，失去身体自由，就失去了从事

一切正常活动的可能。

法律依据

《刑法》第二百三十八条 非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。具有殴打、侮辱情节的，从重处罚。

犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡的，处十年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十二条、第二百三十四条的规定定罪处罚。

为索取债务非法扣押、拘禁他人的，依照前两款的规定处罚。

国家机关工作人员利用职权犯前三款罪的，依照前三款的规定从重处罚。

18. 辱骂、侮辱他人造成对方自杀，要承担什么责任？

典型案例

冯某和徐某是一个村的街坊，素来不和。冯某听闻传言，怀疑徐某和自己的丈夫有染，更加怀恨在心。一天，两人在集市上狭路相逢，因争买同一款衣服争执起来，双方均不肯退让，争执不下。于是，冯某借机破口大骂，说出各种不堪入耳的粗言俗语，甚至骂道“破鞋”“婊子”“养汉”等，并当众将徐某的头发抓乱，脸上也给抓破，引起群众的围观与哄笑，徐某败下阵去逃回家中。徐某回家后越想越窝囊，感到自己受到了羞辱，内心造成很大的创伤，遂服毒自杀。那么，冯某的行为要承担什么责任？

律师说法

冯某的行为构成侮辱罪。本案中，冯某显然没有直接杀人，因此不能认定为故意杀人罪。但

是，冯某对徐某进行恶毒的攻击和谩骂，当众恶意地羞辱并殴打徐某，构成了侮辱。一般情况，行为人先前实施了严重的违法行为，结果导致被害人自杀身亡的，可把致人自杀死亡的结果作为一个严重的情节考虑。因此，冯某对徐某的死不能以故意杀人罪论处，只在认定冯某构成侮辱罪时，作为一个量刑的情节，从重处罚。

法律依据

《刑法》第二百四十六条 以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

前款罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。

19. 藏獒咬人成重伤，主人如何赔偿？要承担什么责任？

典型案例

胡某非常喜欢大型的猛犬。不久前，胡某托人从西藏购买了一只体形庞大的藏獒，秘密地养在家中。因为担心吓到邻居，所以胡某只在夜里将藏獒带出来遛一遛。一天，胡某照例出来遛狗时，藏獒一出门便兴奋地蹿了出去，随即便传出人的惨叫声，胡某心急火燎地追了过去，发现藏獒把邻居咬伤，便迅速将邻居送到医院并报警。经司法鉴定，邻居系重伤。胡某作为饲养人，应承担刑事责任吗？

律师说法

法律早就明文规定居民禁止饲养大型犬。胡某竟然在家中饲养大型犬，还是最为凶猛的藏獒，本身就已经违反了关于养犬的相关规定。本案中，胡某明知道饲养大型猛犬，会对周围的人有不好的影响，邻居有可能被咬伤，甚至有可能被咬死，却依然贪图自己的爱好强行饲养。藏獒将邻居咬成重伤，胡某构成过失伤害罪，除要承担相应的刑事责任外，还要附带民事赔

偿。

法律依据

《刑法》第十五条 应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。

过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。

第二百三十五条 过失伤害他人致人重伤的，处三年以下有期徒刑或者拘役。本法另有规定的，依照规定。

20. “故意”传播艾滋病，要承担什么刑事责任？

典型案例

付某因为一次意外事故感染了艾滋病毒，为此，付某心灵严重变态扭曲，仇恨社会。付某为了报复社会，购买了针管，将自己的一部分血液放在针管里，只要看见自己讨厌的人，就将自己的血液注射到别人的身体内，恶意传播艾滋病毒。尽管脱离了人体的艾滋病毒再感染的几率较小，但还是引起了社会的恐慌，造成了极恶劣的影响。一时间，人们不敢一人上街，不敢夜行，惶惶不安地度日。那么，付某的行为要承担什么刑事责任？

律师说法

付某的行为构成传播传染病罪。本案中，付某恶意地传播艾滋病毒，也许没有实质的感染，但是，仅仅做出这样的行为就已经是巨大的威胁了，并已经引发恐慌，造成恶劣的社会影响。因此，付某构成传播传染病罪，要依法追究其刑事责任。

法律依据

《刑法》第三百三十二条 违反国境卫生检疫规定，引起检疫传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

21. 因取款机故障而打坏取款机，构成什么犯罪？

典型案例

赵某一次逛街看中了一款中意的皮包，准备买下，后发现现金不够，于是就到附近的取款机提取现金。但是，取款机出了点问题，吞了卡并取不出钱，气急败坏的赵某对着取款机一阵乱拍乱踢，结果把取款机弄坏了。警察赶到后，赵某说不是故意弄坏，是机器失灵，吞了自己的卡，自己没责任。经过鉴定，维修损坏的机器需要上万的费用。那么，赵某的行为违法吗？

律师说法

赵某的行为构成故意毁坏公私财物罪。故意破坏公私财物，必须达到数额较大或有其他严重情节的才构成犯罪。所谓情节严重，是指毁坏重要物品损失严重的，毁坏手段特别恶劣的，或者毁坏急需物品引起严重后果的，或者动机卑鄙企图嫁祸于人的等。本案中，赵某将取款机拍打踢坏，致使公共财物受到损害，造成恶劣的影响，应该承担刑事责任，还要承担民事赔偿责任。

法律依据

《刑法》第二百七十五条 故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑。

22. 通过互联网传播“淫秽影片”，是否构成传播淫秽物品罪？

典型案例

段某工资收入不高，便总想利用业余时间轻松地赚点“大钱”。在一个“高人”的点拨下，段某决定利用互联网实现赚钱的梦想。于是，他租用互联网虚拟空间，申请域名制作淫秽色情网站，并通过网站链接的手机注册广告赚钱。网站开通后的几个月时间，该网站上的淫秽电影的点击次数竟高达 50 万余次。段某每年的虚拟空间租用费仅为几千元，而他从广告商处获利数万元不止。段某是否构成传播淫秽物品罪？

律师说法

段某以牟利为目的，利用其制作的网站传播淫秽物品，其行为构成传播淫秽物品牟利罪。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条规定，以牟利为目的，利用互联网、移动通讯终端制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息，实际被点击数达到 1 万次以上的，依照《刑法》第三百六十三条第一款的规定，以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。

法律依据

《刑法》第三百六十三条 以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

为他人提供书号，出版淫秽书刊的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；明知他人用于出版淫秽书刊而提供书号的，依照前款的规定处罚。

23. 破坏“前女友”与他人结婚，构成什么犯罪？

典型案例

魏某与女朋友安某分手后，一直对安某难以割舍，围追堵截，纠缠不清。无奈的安某只好卖房搬家，躲开魏某的视线。后安某与王先生确立恋爱关系并打算结婚。魏某得知此事，找到王先生，声称安某是自己的未婚妻，并拿出很多昔日亲密的照片刺激王先生。王先生非常生气，便质问安某，安某百口难辩，两个人的感情因此陷入冰点。而魏某见安某和王先生还在交往，没有分手的打算，便放出话：安某若是不和王先生分手，就对两人都不客气，一定要好好教训这两个人。那么，魏某的行为构成犯罪吗？

律师说法

魏某的行为构成犯罪。我国是一个婚姻自由、恋爱自由的国家，任何人都有选择自己伴侣的权利，不容任何人干涉。本案中，魏某与安某已经分手了，魏某没有权利干涉安某的恋爱自由和婚姻自由。魏某的威胁侵犯了安某和王先生的人身权利和民主权利，破坏婚姻自由，构成犯罪，要依法追究其刑事责任。

法律依据

《刑法》第二百五十七条 以暴力干涉他人婚姻自由的，处二年以下有期徒刑或者拘役。

犯前款罪，致使被害人死亡的，处二年以上七年以下有期徒刑。

第一款罪，告诉的才处理。

24. 造谣谎称超市有“炸弹”，也会被判刑吗？

典型案例

杜某偶然在某超市的广告上看到某超市的服务台电话，决定跟超市总台服务员开个“玩笑”。他当即拨通了电话，对总台服务员说商场中有一枚定时炸弹，是他自己出于报复放进去的，两个小时后就会爆炸。服务员立即报告了领导。警方接警后，火速疏散顾客，搜寻了几个小时后，才发现这只是一个恶作剧。事后，杜某被判处有期徒刑两年。

律师说法

杜某的行为已构成编造、故意传播虚假恐怖信息罪。本案中，杜某的行为与之吻合，他谎称商场有炸弹，属编造、故意传播爆炸威胁性恐怖信息；通过传播后引起了疏散顾客、警察搜寻等后果，严重扰乱了社会秩序。尽管是开玩笑，但杜某对由此产生的后果持放任态度，而非适可而止，具有主观上的间接故意。

法律依据

《中华人民共和国刑法修正案（三）》第八条 投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果

果的，处五年以上有期徒刑。

25. 与现役军人的配偶“同居”，是否属于犯罪行为？

典型案例

贾女士的丈夫是现役军人，在部队任连长，常年不在家。不甘寂寞的她在网上结交异性，并很快与一个青年单身男子张某见面，不久便悄悄领回家开始同居，一直保持不正当的男女关系数月。一次，贾某的丈夫突然夜半回家，发现了自己的妻子和一男人正躺在自家的床上，遂报警，张某被刑拘，而贾女士与丈夫的婚姻也岌岌可危。那么，张某的行为构成犯罪吗？

律师说法

张某的行为构成破坏军婚罪。通常情况下，与有配偶的人保持不正当的男女关系，一般不会认定为犯罪，但是，与军人的配偶同居，就会认定为刑事犯罪。我国之所以立法保护军婚，是因为考虑到军婚的维系更加不易，军人是为了国家的利益而奉献，更应该稳定好军人的家庭，以减少军人的后顾之忧。军人与自己的配偶常年处于分居的状态，这是非常不利于婚姻的存续的。为了不使军人的利益遭受侵犯，一些保护条款是有必要的。本案中，张某与贾女士同居，破坏贾女士与丈夫的婚姻关系，构成了破坏军婚罪。

法律依据

《刑法》第二百五十九条 明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人的妻子的，依照本法第二百三十六条的规定定罪处罚。

26. 容留朋友在自己家“吸毒”，构成了什么犯罪？

典型案例

徐某常年吸毒，身为朋友的梁某尽管为朋友痛心，也没有办法阻止。一天，徐某刚刚购买了一批新的海洛因，没有回自己家，直接来找梁某。徐某邀请梁某一起吸毒，梁某委婉地拒绝了。梁某纵容朋友在自己家里吸毒，这样的行为构成犯罪吗？

律师说法

梁某纵容朋友在自己家吸毒的行为构成犯罪。本案中，梁某明知徐某在自己家中吸毒，有可能会造成严重危害社会的客观事实，应该阻止却没有阻止，在客观上支持了徐某吸毒的行为，构成不作为犯罪。

法律依据

《刑法》第三百五十四条 容留他人吸食、注射毒品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

27. 引诱、教唆朋友“吸毒”，要受到什么刑事处罚？

典型案例

江某带一群朋友去夜总会玩，由于是这里的老主顾了，因此总是会享受一些特殊的待遇。在一次聚会上，江某神秘地向所有人炫耀：如果有人想尝试一下吸毒，凭他的面子可以轻易地得到，并且说偶尔吸毒没啥事，特别好玩刺激。众人半信半疑，跃跃欲试。于是，江某拿出了一些海洛因，并引诱朋友们吸毒，有一些人没有经受住诱惑。服务员发现后报警，警方将参与聚会的人全部拘留。那么，江某引诱朋友吸毒，构成犯罪吗？

律师说法

江某引诱朋友吸毒，构成引诱他人吸毒罪。本案中，江某引诱众人吸毒的情节非常恶劣，造成严重的危害后果，已经触犯了刑律，应依法追究其刑事责任。

法律依据

《刑法》第三百五十三条 引诱、教唆、欺骗他人吸食、注射毒品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

强迫他人吸食、注射毒品的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

引诱、教唆、欺骗或者强迫未成年人吸食、注射毒品的，从重处罚。

28. 持有多少毒品就属犯罪了？

典型案例

善某的朋友中有一些人以吸毒取乐。一次，善某的一个朋友将 1 包 50 克左右的海洛因交给善某保管，说不久会来取走。善某的一个亲戚来家里玩，无意中发现了毒品，就报了警。警察到善某家缴获了毒品，并将善某拘捕。

律师说法

按照毒品种类的不同，标准也就不同。根据《刑法》规定，公民非法持有鸦片 200 克以上 1000 克以下，持有海洛因或者甲基苯丙胺 10 克以上 50 克以下，持有其他毒品数量较大的，就构成犯罪。

法律依据

《刑法》第三百四十八条 非法持有鸦片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品数量大的，处七年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金；非法持有鸦片二百克以上不满一千克、海洛因或者甲基苯丙胺十克以上不满五十克或者其他毒品数量较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

29. 帮朋友保管“赃物”，要承担什么刑事责任？

典型案例

李某是某大学的学生。周末，李某趁同学们都不在宿舍的机会，连撬十几个宿舍，偷走笔记本电脑 2 台，手机 3 部，现金数千元。带着这些赃物，李某直奔朋友贺某家，将这些赃物藏在贺某家，想等风声过后，再找机会销赃。后来，失窃学生报警后，警方查询走访，发现了贺某窝藏赃物，将贺某拘留调查。那么，贺某要承担什么刑事责任？

律师说法

贺某已经构成窝藏赃物罪。所谓窝藏赃物罪，是指明知是犯罪所得及其产生的收益，还以窝藏的方式隐瞒的行为。本案中，贺某为了讲义气，帮朋友忙，便为朋友窝藏盗窃来的赃物，客观上已经具备构成窝藏赃物罪的犯罪要件。应认定为窝藏赃物罪既成事实，依法追究其刑事责任。

法律依据

《刑法》第三百一十二条 明知是犯罪所得的赃物而予以窝藏、转移、收购或者代为销售的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。

30. “醉驾”如何量刑？

典型案例

2011年5月9日22时30分许，交管部门接到122报警，称东城区东直门外大街十字坡路口东50米处发生交通事故。民警赶到现场后，发现一辆北京牌照的白色英菲尼迪越野车与前方三辆车发生事故。经民警现场询问，白色越野车驾驶员自称高某，口中带有明显酒气。其余三辆车在路口等红灯时，被他所驾驶的车辆追尾。据一名出租车司机介绍，事故发生后，高某下车走到前车，依次向司机表示歉意。“他一直说：‘对不起，我的错，我全赔。’”经检测，高某每百毫升血液中酒精含量为243.04毫克，超过醉酒驾车标准3倍。次日下午4时15分，高某因涉嫌危险驾驶罪被刑事拘留。2011年5月16日上午，北京交管部门民警到东城区人民法院，向某松宣读公安行政处罚决定，给予其吊销驾驶证的处罚。同时，按照最新修订的道路交通安全法规定，因醉驾被吊销驾驶证的当事人，在5年内不得重新取得。另外，由于高某被查获时存在驾驶证超过有效期仍驾车的违法行为，对他作出了罚款1000元的行政处罚。2011年5月17日，高某以危险驾驶罪被判处拘役六个月，并处罚金4000元人民币。

律师说法

据悉，高某曾出示的国际驾照，是不被我国交管部门认可的。即使是外籍人员，也要申请中国驾照才能开车上路。所以，他可能还涉嫌无证驾驶。根据相关法律规定，除了一些有外交豁免权的人（包括大使、武官等），其他人都要依据中国法律查处。

高某的辩护律师在庭审结束后认为判决出乎他的想象，“判得过重”。此前，检察官在陈述时曾提到高某发生车祸后多次当场向受害人道歉，认为这是他的悔过表现，其到案后有一定的悔罪表现，可酌情从轻处罚。但法院的判决未提到高某的悔罪表现可以从轻。

律师认为，高某悔罪诚恳，积极赔偿受害人，应该上诉，或许会有减轻量刑的可能性，但是高某本人拒绝律师的建议，坚持不上诉。

高某律师提出，5月1日刑法修正案实施，与此相应的司法解释、操作细则没有使这个罪名在侦查起诉更规范。在高某醉驾事发第二天，最高院副院长张军讲话称“慎重量刑”。同时，新华网记者来信栏目描述说，醉驾本身是很复杂的，不应一视同仁。如果简单执法，不符合宽严相济的政策。

律师提出，高某一贯表现良好，当时也找过代驾，希望量刑考虑。他进行了积极赔偿，悔过自新，取得被害人原谅，希望从轻和缓刑处理。

法律依据

《刑法》第一百三十三条 在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车的，处拘役，并处罚金。

31. 酒后发生“一夜情”，为何判强奸？

典型案例

那某与马某都是北京市某区的马术教练，2011年3月19日晚，那某和马某与同事杨某一起

喝酒、吃烧烤到深夜，几个人都有点喝多，那某让杨某骑着自行车回宿舍，自己带着马某打车离开。那某见马某酒后失态，遂萌生与之发生“一夜情”的念头，便到某旅馆开了房间，与不清醒的马某发生了性关系。第二天凌晨，马某酒醒，发现自己和那某躺在一起，便一起回到单位。后马某向经理诉说自己的遭遇，经理联系派出所并陪同其一起到派出所报案。归案后，那某如实供述自己的行为，但否认是强奸，并称使用马某的身份证开的房间，二人是同事，期间马某并没有拒绝。法院经审理认定那某构成强奸罪，判处三年有期徒刑。那么，“一夜情”怎么触犯了刑法，被判强奸罪呢？

律师说法

所谓强奸，是指违背妇女意志，使用暴力、胁迫或者其他手段，强行与妇女发生性交的行为。本罪侵犯的是妇女性的不可侵犯的权利（又称贞操权），即妇女按照自己的意志决定正当性行为的权利。

所谓其他手段，是指采用暴力、胁迫以外的，使被害妇女不知抗拒或者不能抗拒的手段，具有与暴力、胁迫相同的强制性质。司法实践中常见的其他手段有：用酒灌醉或者药物麻醉的方法强奸妇女；或趁着妇女熟睡等机会实施强奸。

违背妇女意志是强奸罪的本质特征，但是不能把“妇女不能抗拒”作为构成强奸罪的基本特征，它只是判断是否违背妇女意志的客观条件之一。由于犯罪分子在实施强奸时所采用的手段和所造成的客观条件不同，对被害妇女的强制程度也相应地有所不同，因而被害妇女对犯罪行为的反抗形式和其他表现形式也是不一样的：有的不顾一切剧烈地反抗；有的胆战心惊地进行挣扎或者哀求，反抗不明显；有的则瞻前顾后，没有进行反抗，等等。所以，不能简单地以被害妇女当时有无反抗表示，作为认定强奸罪的必要条件。对妇女未作反抗或者反抗表示不明显的，要通观全案，具体分析，精心区别。

认定是否违背妇女意志，也不能以被害妇女作风好坏来划分。如果行为人使用暴力或者胁迫手段强行与生活作风不好的妇女发生性行为的，仍应以强奸罪论处。

本案中，马某酒醉不清醒，那某趁机而开房并强行与之发生性关系，虽然没有威胁与暴力，仍然构成了强奸罪。

法律依据

《刑法》第二百三十六条 以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。

奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。

强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：

- （一）强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；
- （二）强奸妇女、奸淫幼女多人的；
- （三）在公共场所当众强奸妇女的；
- （四）二人以上轮奸的；
- （五）致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。

32. 虽有自首情节，为何仍难逃法律最严厉的惩罚？

典型案例

2010年10月20日晚，西安某学院大三学生药某驾车去探望女友，途中将一女士撞倒，下车查看，见女士受伤，遂返回车中取出一把刀，连续刺向受害人数刀，致受害人当场死亡。药某驾车慌忙逃逸，逃跑途中又连续撞倒两人，被周围群众围堵拦截。在警方的两次侦讯中，药某没有承认杀人一事。两天后，在父母的陪同下，药某才向公安机关坦白自己的肇事杀人经过。西安市人民检察院以故意杀人罪提起公诉，西安市中级人民法院对该案进行审理后一审判决药某死刑，药某上诉后，陕西省高级人民法院维持一审判决。2011年6月7日，最高人民法院核准药某死刑立即执行，当日，药某被执行死刑。

公诉意见中，两位公诉人这样写道：“在药某扭曲的人生观和价值观中，交通事故带来的必定是无穷无尽的麻烦，而结束他人生命是解决麻烦的唯一方法。扭曲的价值判断和对生命敬畏的缺失，让他举起了尖刀……”

律师说法

争议焦点：

“药某自首情节是否应该被认定”？“即便认定有自首情节，是否足以影响量刑”？

“是否激情杀人”？

认定自首是否会影响量刑？

药某辩护人认为，公诉人已认定药某有自首情节，请求法庭依法从轻判处。公诉人认为，虽然药某应认定为有自首情节，但考虑到药某的犯罪事实、情节、危害及社会影响，其主观恶性深，且杀人为最严重犯罪，故不足以成为从轻量刑的依据。

是否属“激情杀人”？

药某辩护人提出，药某生长于普通家庭，父母对他要求严格、抱有很大期望，使得他的心理承受能力低于常人，非常脆弱。遭遇突发事件后，冲动情绪反映于行动，应急能力差，导致“激情杀人”，属初犯、偶犯，不具再犯可能。

公诉人及附带民事原告人提出，药某连捅受害人数刀，作案手段极其残忍，是对生命的亵渎，这种对不特定人群的杀戮社会危害极大，人身危险性极强，触犯的是最严重的刑法，初犯不能作为从轻理由，建议合议庭依法严惩。

药某案件引发各界的不断热议与质疑，大学生的德育问题更是争议不断。药某的犯罪行为不仅让大学生群体蒙羞，也凸显出我们高等教育中的道德教育缺失，更是体现对国家法律尊严的极端蔑视，对生命的漠视，对社会公共安全的公然挑战。本案原本可以止步于刑法之外，可以止步于受害人倒地呻吟之时，甚至可以止步于撞人后药某惊慌地逃逸之后……但因为缺乏对生命的尊重，丧失对法律的敬畏，让一起轻微交通事故瞬间演变成血腥暴力的悲剧。药某也为自己的行为付出了生命的代价，可悲可叹！

法律依据

激情杀人，即本无任何杀人故意，但在被害人的刺激、挑逗下而失去理智，失控而将他人杀死，其必须具备以下条件：其一，必须是因被害人严重过错而引起行为人的情绪强烈波动；其二，行为人在精神上受到强烈刺激，一时失去理智，丧失或减弱了自己的辨认能力和自我控制能力；其三，必须是在激愤的精神状态下当场实施。

根据我国法律，故意杀人是指故意非法剥夺他人生命的行为，属于侵犯公民人身民主权利罪

的一种，是性质最恶劣的犯罪之一。我国刑法第 232 条规定：“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。”

第三篇 民法常识篇

1. 成年了，我的房子我可以“做主”吗？

典型案例

小明在 16 岁的时候，父母因感情不和离异，小明跟爸爸生活，母亲出抚养费。离婚时，父母协商将房子给了小明。小明上大学那一年，父亲结婚，准备用小明的房子做婚房，小明的母亲不同意，认为房子有自己的份额，不能给外人住，双方为此争论不休，小明左右为难。小明咨询了律师后得知，他已经年满 18 岁，有独立处置自己财产的权利，虽然房子是父母赠与的，但是已经更名过户，房产就完全属于他。小明考虑到父母拉扯自己长大不容易，为了自己都放弃了自己的财产，自己决定将房子卖给了父亲，小明只要了一半的钱，将钱全部给了母亲。小明的母亲将其父亲起诉到法院，以恶意购买为由，要求判令买卖协议无效，法院驳回了她的起诉。

律师说法

虽然夫妻的共同财产没有孩子的份额，可是，在夫妻离婚时，如果已经协议约定将房子全部赠与孩子，那么在法律上，孩子就是房产的独立的所有人。小明已经上大学，年满十八岁，是完全的民事行为能力人，具有独立的处理自己事务的权利，不必再经过父母的同意。律师认为小明没有贪图父母的财产，自己决定卖掉房子，将财产平均分给自己的父母，这种行为值得颂扬。

法律依据

《民法通则》第十一条 十八周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。

十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

2. 未满 18 岁，打架伤人“赔不赔”？

典型案例

小刚还有半年就满 18 周岁了。由于家在农村，父母身体不太好，家境很一般。小刚初中一毕业就出来打工了，已经干了三年，每个月除去自己的花销，还能给家里寄回一些钱，改善了家里的生活，父母也有钱吃药治病了。一天下班后，几个同伴相约去喝酒，其中一个人和邻座的吵起来，小刚上去帮忙，拎起啤酒瓶子把对方打伤。受害人经过鉴定为轻微伤，花医疗费等三千元，小刚被治安拘留十天。受害人起诉小刚赔偿医疗费，小刚不理解，认为自己被拘留过，而且还未成年，不用赔钱吧？

律师说法

小刚虽然被治安拘留，进行了行政处罚，但是，民事责任不能因此而免除。尽管小刚未满 18 周岁，但是已经超过 16 周岁，并且早已经独立地工作挣钱，不仅自食其力，还能接济自己的父母，那么在法律上，小刚已经被视为完全民事行为能力人。完全民事行为能力人给他人造成损害的，应当承担民事责任。因此，小刚应当赔偿受害人的损失。

法律依据

《民法通则》第十一条第二款 十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

3. 被宣布“死亡”的人活了，财产处理了怎么要回？

典型案例

小伟和女友出外旅游，数月未归。适逢小伟旅游区域发生大地震，小伟和女友的家人到处寻找，音讯皆无。小伟的父母向法院申请宣告小伟失踪，后来，又经过法律程序，小伟被宣告死亡。经过清点小伟的遗物，小伟欠同事 5000 元，存款 1 万元，贷款的房子值 50 万，尚欠银行贷款 30 万元，还有一些个人用品，如相机、电脑、衣物等。小伟的父母将房子卖掉，并归还了银行贷款，替小伟还了同事的钱，并把相机、电脑、衣物等送给了小伟的表弟。不久，小伟竟然返回家中。原来小伟和女友闹别扭分手，就心灰意冷，不肯面对家人及朋友，索性到一家煤矿打工，一干就是几年，终于有一天，自己想家了，就回到家中。小伟得知被宣告死亡后埋怨父母，起诉要将房子要回，并向其表弟索要相机、电脑等物品。小伟的请求能获得支持吗？

律师说法

小伟被宣告死亡后，其法定继承人有权处理他的财产。他没有结婚，那么，他的父母是他的法定继承人。继承人在继承财产时，要在继承财产的范围内偿还被继承人的债务。小伟回来后，他的自然人身份自动回复。但是，关于小伟父母处理的财产、房产不能要回，第三人是通过正常途径购买并且支付了合理的对价，属于善意取得，所以不应该返还，也不属于无效合同。至于小伟的母亲送给小伟表弟的物品，可以要求归还。

法律依据

《民法通则》第二十条 公民下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他为失踪人。

第二十三条 公民有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡：

（一）下落不明满四年的；

（二）因意外事故下落不明，从事故发生之日起满二年的。

第二十四条 被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销对他的死亡宣告。

第二十五条 被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的公民或者组织，应当返还原物；原物不存在的，给予适当补偿。

4. 合伙开餐馆，顾客“中毒”谁来赔？

典型案例

甲、乙、丙三人合伙开一家快餐店，甲出资 25%，实际管理经营；乙出资 35%，兼管会计；丙出资 40%，不参与管理和经营。合作一段时间以后，利润一般，但是发展势头良好。丙书面提出退伙，三个人开了会，都表示同意，但是没有到工商局办理备案手续。不久，餐馆发生顾客中毒事件，有一桌客人吃了海鲜中毒送医，医疗费等花了三万多元，卫生局还准备进行罚款，一时间，饭店生意陷入冷淡期。为了赔偿的事，三个人互相推脱责任，互不相让。客人将三个人全部起诉到法院。

律师说法

中毒的顾客可以起诉所有的合伙人，也可以向任何一个合伙人主张赔偿。本案中，甲是餐馆的实际经营和管理者，固然要为中毒事件承担责任。乙兼管会计，也是在参与管理，也应该承担责任。丙虽然没有参与管理和经营，其间，也提出过退伙事宜，但是没有变更工商备案手续，也可以成为被告，承担经营的风险责任。根据合伙的法律规定，合伙属于风险共担、

共享利润的，合伙人对合伙企业的债务承担无限连带责任。因此，餐馆中毒事件的顾客可以向三个合伙人中的任何一人或共同主张赔偿。

法律依据

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 46 条 公民按照协议提供资金或者实物，并约定参与合伙盈余分配，但不参与合伙经营、劳动的，或者提供技术性劳务而不提供资金、实物，但约定参与盈余分配的，视为合伙人。

《民法通则》第三十五条 合伙的债务，由合伙人按照比例或者协议的约定，以各自的财产承担清偿责任。

合伙人对合伙的债务承担连带责任，法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己承担数额的合伙人，有权向其他合伙人追偿。

5. 代理买“古董”，鉴定不值钱，代理行为有效吗？

典型案例

老王经常收藏并倒卖古董及字画，在业内小有名气。老赵是老王的老街坊，老哥俩经常走动，关系不一般。老赵见老王懂古董，又挣了不少钱，非常羡慕。有一天，老赵听说家里要是放个古董貔貅什么的招财，于是就找老王，求老王帮他买个玉貔貅。按照老王的要求，老赵交了 1 万元的定金，约定货到付余款，具体多少钱由老王根据经验定夺。老王在市场很快为老赵买了一个玉貔貅，价值 3 万元。老王将买好的貔貅交给老赵，老赵付了余款 2 万元，兴高采烈地将貔貅带回家中，放在明显的位置。老赵的一些亲友来家里做客，评论老赵的貔貅不值钱，老赵有些郁闷，就悄悄找到权威部门去鉴定，鉴定结果是：玉倒是玉，只是玉的质地非常一般，顶多就值 5000 元。老赵很恼火，认为老王骗了自己，就找老王理论，老哥俩翻脸。老赵实在觉得窝囊，就到法院起诉了老王，要求确认代理无效，法律能支持吗？

律师说法

老王的行为是一种民事代理行为。老赵信任老王，托老王买玉貔貅，但是没有约定什么样的质地、什么样的价格，经过鉴定，貔貅确实是玉做的，只是质地、价格偏差大。即便老王是无意看走眼也好，抑或是故意买贱卖贵、挣了差价也罢，但是在法律上，老赵的行为都不属于重大误解。如果是前者，那就是老王的专业常识不够，但是也获得了老赵的授权；如果是后者，老赵就只能自认倒霉，吃个哑巴亏，即使起诉，也不能得到法律支持。

法律依据

《民法通则》第五十六条 民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特殊形式的，应当依照法律规定。

第五十七条 民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。

第五十九条 下列民事行为，一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销：

（一）行为人对行为内容有重大误解的；

（二）显失公平的。

被撤销的民事行为从行为开始起无效。

第六十一条第一款 民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

6. 恶意“代理”行为，造成损失怎么办？

典型案例

于某要随企业领导到香港考察项目，考察期间有一定的游玩采购时间。同事吴某听说后就央求于某，将自己收藏多年的字画卖掉，并口头约定低于 30 万不要出手，并写了委托书。到了香港，于某为了讨领导的欢心，将字画以 10 万的价格卖给合作方，合作方心领神会，明知道字画的价格，但还是欣然接受，并顺利地答应与于某方达成合作意向。回国后，于某谎称字画不好卖，找行家鉴定称不值钱，不如趁早卖了，所以就做主给卖了。经过一番打听，吴某得知内情。吴某应该怎么办呢？

律师说法

吴某可以向法院起诉维护自己的权利。我国法律规定，代理人只能在授权范围内行使权力，不能越权代理，擅自作出超越代理权的行为。此案中，代理人明显是与第三人及购买方恶意串通，以较低的价格买卖字画，严重侵犯了被代理人的利益，造成被代理人的财产收益受损，应当共同承担连带赔偿责任。

法律依据

《民法通则》第六十六条第三款 代理人和第三人串通，损害被代理人的利益的，由代理人 and 第三人负连带责任。

7. “尚未成年”能独立购买“大件”吗？

典型案例

付雨今年刚满 17 岁，但已经是演艺公司的签约艺人了。由于他拍广告、拍片子的形象特别好，所以片酬颇为丰厚，不到三年，就赚了上百万元。

付雨的父母怕他拿着钱乱花，就替他把钱保管了起来。但是，演艺公司有时候也会给付雨发一些奖金。这部分奖金，付雨并没有告诉自己的父母，而是偷偷藏了起来，以便自己花着方

便。这天，付雨心血来潮，跑到北京中关村某电脑世界买了个高级笔记本电脑，花费了3万多元。当商家把笔记本送到付雨家里的时候，付雨的父母声称付雨买电脑没有经过自己的同意，拒绝收货，而且要求电脑商退钱。但商家说，买电脑是付雨自己的事儿，只要付雨意思表示真实，愿意购买就行了，与付雨的父母无关。现在如果拒收，就是单方的违约行为，应承担违约责任。付雨的父母吓了一跳，不知道电脑商说的话是否正确。

律师说法

在本案中，关键是看合同是不是成立了，成立的合同是不是有效的。

从案件中可以看出，付雨提出了购买笔记本的要约，而且也是真实的意思表示。电脑商同意卖给付雨电脑，同样做出了有效的承诺。那么，合同成立，应该是没有问题的。但是，成立的合同，是不是就一定有效呢？

根据合同法理论，合同的成立并不等于合同的有效。合同的有效还必须要求签约的主体合法、合格，合同的标的合法（比如，买卖人体的合同就是违法的）。同时，要求意思表示真实无误。

那么，一个人具备什么样的条件，才是合格的合同主体呢？我国法律对此的要求是，合同的主体必须具有与合同的内容相适应的行为能力。而界定行为能力的标准有两个，一个是年龄，一个是智力。在智力没有障碍的情况下，10周岁以下的人是被界定为没有行为能力的人；10~18周岁的人是限制行为能力人；18周岁以上的才是完全行为能力人；但是，16周岁以上，以自己的劳动获得收入能够独立支撑自己所有生活和学习费用的，可以视为完全能力人。可见，付雨虽然未满18周岁，可是自己的收入已经远远超过父母的收入，并且已经超过16周岁，所以，付雨可以独立购买大件商品。

法律依据

《民法通则》第十一条 十八周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。

十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

第十二条 十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

《合同法》第四十七条 限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。

8. 捡到贵重物品或现金据为己有要负法律责任吗？

典型案例

小云在北京市东直门附近上班，家在回龙观附近。某日，小云上夜班，下班后往家走。快到家里时，她忽然发现前面有一团雪白的东西。她起初吓了一跳，但走近仔细一看，原来是一条可爱的小白猫崽，脖子上还拴着一条红色的链子。这时已经是深夜里，怎么这只猫还在路上？看来这只猫不是流浪猫就是找不到家了。小云这样想，觉得小猫挺可爱又挺可怜的，就把小猫装进包里带回了家。

到家之后，小云发现小白猫食欲不振、精神萎靡。小云觉得不妥，就把小猫带到宠物医院去看病。经过宠物医生诊断确认，小白猫是得了风寒病。于是，小云就自己花钱给小白猫看病，经过医生的精心治疗，小白猫终于康复了。当然，诊所的医疗费也是非常昂贵的——高达1000多元。小云虽然有些心疼，但看到小猫这么可爱，就咬了咬牙，支付了这笔医疗费。

小白猫康复以后，精神大振，每天与小云嬉戏玩耍，小云越来越对这个小宠物爱不释手了，简直就把它当成了自己密不可分的生活伴侣。

可惜，好景不长。突然有一日，一位叫小丽的姑娘找到了小云的小区。小丽说：“我看了你的博客上的照片，你家里那只猫是我的。那天夜里我带着小猫在回龙观附近玩，刚去了一下卫生间，出来后就找不到我的小白猫了。我这些天一直在找，后来终于打听到是你把我的小猫领回家了，非常感谢你这些天对它的照顾，现在我想把它带回去。”小云一听，说：“那不行啊，就算这猫是你的，但我带回家都养了这么多天了，不但花费了很多的饲料费和医疗费，还投入了很深的‘感情’。你说带走就带走，那怎么行呢？你如果真想带走小猫，就要付给我3000元钱费用。”实际上，小云只花费了1500元的饲料费和医疗费。小丽说：“你要的也太多了吧！”小云说：“你不给钱，就别想带走小白猫。”双方争执不下，闹到了法院。法院审理后，判决小云将小白猫还给小丽，并且也没有支持小云要求饲料费和抚养费的要求。

律师说法

“拾金不昧”，一直是我们中华民族大力弘扬的一个优秀品德。但道德终究是道德，遇到纠纷时，道德往往显得作用有限，这就需要有国家强制力的法律来调整了。

在我国物权法出台之前，我国民法通则只规定拾得他人的遗失物应当归还或者交公。但至于遗失物品的人是否应该向拾得人支付相应的管理费、饲养费和报酬的问题，法律并没有做出明确解释。这就给人民法院在审理案件时造成了困难。物权法在立法之时，仔细分析和总结了拾得他人之物的情况，并有针对性地做了规定。

首先，物权法对“拾金不昧”这一道德规范予以肯定，并将其上升到了法律规范的层次，规定拾得遗失物应当返还权利人。如果无法通知到权利人，则应交由公安部门寻找失主。

其次，在拾得人有无权利要求遗失物品人支付相应保管、饲养费用的问题上，我国物权法分析不同的情况，也做了不同的规定。根据生活常识，拾得人在拾得物品后，一般会有两种情况：一是将拾得物返还给失主或者交公；二是将拾得物据为己有。在第一种情况下，拾得人的行为是一种做好事的行为，这种做好事的行为，在法律上叫做“无因管理”，即没有法定或者约定的义务为他人管理失物。既然拾得人没有义务，而在实际上又对遗失的物品进行了保管，则相应费用自然应该由失主来承担。法律对此应当支持和鼓励。在第二种情况下，拾得人将遗失物占为己有，实际上是一种侵犯他人财产权的行为。占有他人遗失物的管理费等，实际上也是侵权并获得非法利益后，为维护非法利益的继续存在而支出的成本，其目的在于使自己受益，所以，相应的管理费和饲养费应当由其自行承担。

在本案中，如果小云捡到小白猫之后，积极主动地寻找失主或者交公，那么她是有权要求小丽向自己支付饲养费和医疗费。但是，情况却恰恰相反，小云在明知道小白猫的失主的情况下，还继续“收留”小白猫，这就是侵犯小丽对小猫的所有权的行为。因此，她是无权要求小丽支付饲养费和医疗费的。

法律依据

《物权法》第一百零九条 拾得遗失物，应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门。

第一百一十二条 权利人领取遗失物时，应当向拾得人或者有关部门支付保管遗失物等支出的必要费用。

权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务。

拾得人侵占遗失物的，无权请求保管遗失物等支出的费用，也无权请求权利人按照承诺履行义务。

9. 郊外游玩，意外“挖宝”，应归谁？

典型案例

小明和小雨是大一的同学。一个周末，小明约小雨到自己乡下的奶奶家郊游，顺便挖一点野菜，中午好“改善”生活，两个人带着锹铲来到废弃的大队部。几年前，村里有钱建起了办公楼，这里就荒弃了，院子里倒是长满了野菜，他们一会就挖满了一小筐。小雨见到一棵枣树死了，就想整个把树根挖出来，做个造型什么的放在自己的宿舍，他便开始挖。小雨竟然挖出一个小坛子，里面是满满的金银珠宝，还有一封宣纸写的信，落款是孙某某，大概意思是将这些财宝留给他的后人。小雨和小明将坛子带回奶奶家，奶奶说大队部是原来土改没收地主的房子，地主早就死了，他的两个儿子都去了国外，多少年都不回来。按照土改的政策，整个院子都归村委会了，这些财宝都应该交给村委会。村委会出现三种意见：一种意见认为村里卖掉，做福利用；一种意见认为应该交给地主的后代；一种意见认为应该交给国家。那么哪一种意见对呢？

律师说法

财宝应该交给国家所有，可以适当对小明和小雨给予一定的奖励。虽然财宝坛子里写明了主人的身份和意愿，但是，按照土改时的规定，地主的财产已经全部被没收充公，那么，这笔财产就不属于个人所有了，其后代也就不能继承。鉴于财物的价值比较大，又时隔这么多年，所以，这笔财宝应该视为无主财产归国家所有。

法律依据

《民法通则》第七十九条 所有人不明的埋藏物、隐藏物，归国家所有。接收单位应当对上缴的单位或者个人，给予表扬或者物质奖励。

拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物，应当归还失主，因此而支出的费用由失主偿还。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 93 条 公民、法人对于挖掘、发现的埋藏物、隐藏物，如果能够证明属其所有，而且根据现行的法律、政策又可以归其所有的，应当予以保护。

10. “无因管理”要付款吗？

典型案例

王江与李茂林毗邻而居。两家虽然是邻居，但因为先辈遗留的积怨，导致两家的关系一直都不是很好。具体是什么原因，谁也说不清楚。反正王江和李茂林两人相互之间很冷漠。王江为人心胸比较宽广，一直想找个机会拉近两家的关系，但总是找不到合适的机会。

某日，李茂林一家出远门串亲戚去了。他走后不久，一天，王江收听天气预报说要有大暴雨，看到李茂林家的院墙已经很破旧了，很有可能在暴风雨的袭击下倒地。王江心想，眼下李茂林家里没有人，我是不是应该帮他一把，这也是个和他拉近关系的好机会。于是，王江就自己在附近买了一些砖块和水泥，在大雨到来之前紧赶慢赶把李家的墙给修好了。之后，为了防止雨水把水泥冲掉，王江又买了一些油毛毡把墙给裹上了。不久，果然下起了大雨。由于王江的加固和包裹，使得李家的墙体最终没有受到损失。

李茂林回来后，听说了这件事。他不但不感谢王江，反而说王江是闲着没事儿干。王江看李茂林如此蛮不讲理，非常生气，就要求李茂林支付自己买材料的钱。李茂林却说：“我并没有叫你修我的墙，我也不会给你钱。”于是，双方发生争执，找到律所解决纠纷。

律师说法

无因管理是指当事人没有法定的或者约定的义务，为他人谋利益，没有法定约定义务地为人管理事务。在无因管理中，管理他人事务的人称管理人，被他大管理事务的人称本人。通常管理人是债权人，本人是债务人。

判断某一行为是否构成无因管理，要看其是否符合这么几个条件：一是管理人要有管理他人事务的行为；二是管理人必须要有为维护他人利益而进行管理的意思；三是，管理人必须是没有法律义务，既没有法律规定的义务，也没有合同规定的义务。

在此案例中，李茂林并没有为王江修理院墙的法定或者合同约定的义务，但是他却出于邻里关系的善意考虑，为了防止李茂林的院墙遭到风雨而倒塌，从而造成损失，主动替李家修好了院墙。根据上述无因管理的规定，王江的行为是构成无因管理的。因此，李茂林应当支付王江为购买材料而花费的费用。

法律依据

《民法通则》第九十三条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。

11. 好心“帮忙”受伤，谁出医疗费？

典型案例

大学生小桐在周末返校的途中，发现一个老汉拉着收废品的人力车，装了满满的一车废品，正吃力地上坡。小桐急忙奔过去，连想都没想，就开始帮助老汉推车。可是，由于老汉的东西堆得太高，车顶的一个大箱子要掉下来，小桐急忙用双手去接，可东西太沉，竟然把小桐砸到，小桐的腿受伤，脚指头骨折。小桐住院花了一万多，医疗保险才报了几千块钱，其余的部分都是向同学借的，自己没敢告诉父母，因为家里条件并不好。老汉也很感激小桐，买了慰问品给小桐，可是不想承担医疗费。小桐该怎么办？

律师说法

小桐可以要求老汉承担部分医疗费。民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用原则。虽然小桐和老汉没有法定和约定的义务，但是小桐是善意的帮忙而引起的伤害，老汉是受益人。根据法律规定，为了维护国家、集体或者他人的合法权益而使自己受到人身损害，因没有侵权人、不能确定侵权人或者侵权人没有赔偿能力，赔偿权利人请求受益人在受益范围内予以适当补偿的，人民法院应当支持。也就是说，在本案中因没有第三人对小桐造成损害，所以应由受益人在受益范围内给予适当补偿。

法律依据

《民法通则》第四条 民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

《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》第十五条 为维护国家、集体或者他人的合法权益而使自己受到人身损害，因没有侵权人、不能确定侵权人或者侵权人没有赔偿能力，赔偿权利人请求受益人在受益范围内予以适当补偿的，人民法院应予支持。

12. 欠外债，“赠与”他人财产该不该？

典型案例

2006年5月10日，李某称买房急用钱向朋友王某借款10万元，约定两年后归还并承诺支付利息，还写了字据。其间，李某因为婚外情，与妻子闹离婚，而婚外情人也苦苦相逼，李某无奈，为了保住仅有的一套房子，也为了满足妻子提出的“离婚条件”，不得不答应将自己名下的房产赠与刚上大学的女儿李娜，并在2008年4月办理了公证及过户手续。2008年5月中旬，王某见欠款到期，就几次催促李某还款，可李某总以各种理由拖延。无奈王某起诉了李某，在诉讼中获悉李某仅有的财产一套房子已经赠与其女儿，气愤的王某遂再次起诉要求撤销赠与。那么，法院能支持王某的诉求吗？

律师说法

根据法律规定，债务人以明显不合理的价格转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。本案中，李某尚欠着朋友大额外债，却无偿将大型财产赠给自己的女儿，办理公证并过户，使得财产所有权发生转移。李某的行为完全降低了自己的偿还能力，严重侵害了债权人的债权，所以，王某的起诉应该获得法律的支持。

法律依据

《合同法》第七十四条 因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。

第七十五条 撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

13. “赖账”不还，能被“拘留”吗？

典型案例

小范高中毕业后，离开农村到城市打工，在一个公司做销售员。由于小范没什么经验，人又死板，所以，尽管工作了大半年仍然业绩平平，每月的收入刚够吃饭和租房。小范见同事们个个拿着时尚的手机，穿戴光鲜得体，非常羡慕。他开始着急了，发现自己又寒酸又土气，女孩子们也都不愿意搭理自己，心理严重失衡。于是，他开始追求物质，买高档衣服、换手机、理新潮的发型、约朋友去喝酒、唱歌……可这些都需要钱，于是小范不断地向同事借钱，外表越来越“光鲜”，可外债也越来越多，他为了逃避，就频繁地换工作。原来的同事找不到他就纷纷起诉，他不出庭，法院缺席判决他还钱。法院执行时，打电话他不接，或者声东击西。他以为：“不就是欠点钱吗？也不违法，什么时候有什么时候还呗？”在电话及书面通知都无效的情况下，法院执行庭依法将小范拘留十五天。在拘留所，小范痛哭流涕，看到判决上写着：“逾期不履行，将加倍偿付利息……”小范的父母得知儿子的境遇，筹钱帮助

小范还清了所有欠款，提前接小范走出拘留所。小范羞愧难当，也通过拘留受到了教育，发誓要靠自己的勤劳致富，再也不贪图虚荣。

律师说法

自古以来，欠债还钱，天经地义。《民法通则》也规定，债权人有权要求债务人履行归还义务。关于执行的法律规定也赋予了法院的强制执行权力和一定的强制执行措施，对拒不履行义务的，不仅要予以利息的加倍惩罚，还有对不履行法定义务的人予以一定的强制限制人身自由的措施。小范借此应该受到教育，一个公民要脚踏实地靠自己的智慧和劳动赚钱，不能眼高手低，贪慕虚荣，提前消费，甚至借钱消费；而更恶劣的是赖账不还，变得无信无义，还逃避司法机关的司法程序，受到惩罚是必然的。

法律依据

《民法通则》第八十四条 债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系，享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。

债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。

《民事诉讼法》第二百一十七条 被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，应当报告当前以及到执行通知之日前一年的财产情况。被执行人拒绝报告或者虚假报告的，人民法院可以根据情节轻重对被执行人或者其法定代理人、有关单位的主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留。

第二百二十四条 被执行人不履行法律文书确定的义务，并隐匿财产的，人民法院有权发出搜查令，对被执行人及其住所或者财产隐匿地进行搜查。

第二百二十九条 被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

14. 上访写“黑信”，构成侵害名誉权吗？

典型案例

2007年3月12日，某村村民张某写举报信给县纪检部门，称付某作为村干部，有贪污集体财产、贩卖枪支、嫖娼的行为。后来该信的内容在村内广为传播，并被写成大字报张贴在村内大街上，致使付某的家庭生活受到干扰，付某之妻曾服毒自杀（后经抢救才脱离危险）。现付某以被告张某的行为侵犯了其名誉权为由，向法院起诉，要求被告张某立即停止侵害，公开赔礼道歉，并赔偿精神损失10000元。

法院经审理查明，2007年3月12日，被告张某曾向县纪检部门写过举报信，反映原告付某于1998年贩卖过枪支、因嫖娼被当地派出所罚过款等情况。经核实，当地公安机关曾于1998年6月就原告付某贩卖枪支的行为依法作出处理，而当地派出所出具证明称从没有受理过付某涉嫌嫖娼的案件。

至于付某是否有嫖娼行为，被告张某辩称是自己在访友时听他人讲述的，并提供录音带一盘，但不能举出其他证据证明。被告张某认为，自己只向县纪检部门写过举报信反映原告付某的生活作风情况，从没有在农村散播举报内容或写大字报散发。作为村民，自己向有关纪检部门写举报信是对村干部实施监督，该行为并无不当。

另在法庭上，原告付某向法官提交了被告张某写给县纪检部门的举报信、县纪检委调查笔录及数名村民的证言材料，但是，出具证言材料的村民经合法传唤，均未出庭。

律师说法

法院应当驳回原告付某的诉讼请求。名誉权是指公民、法人对其在社会生活中所获得的社会评价，即自己的名誉依法享有的不可侵犯的权利。构成侵犯名誉权必须具备以下几个条件：

（1）被侵权人必须是特定的公民或法人；（2）侵权人主观上有过错；（3）客观上存在损害他人名誉的事实，并为第三人知悉。名誉权是公民或法人享有的应受社会公众公正评价的权利，只有在行为人所实施的侮辱、诽谤等行为影响到社会公众对受害人的评价时，才能构成对名誉权的侵害。作为认定毁损名誉的依据，侵权人仅仅只针对被侵权人，而未传播给第三人，并不构成法律上的公开，行为只有公开进行，向第三人散布，才能表明侵权人的行为已经产生了社会影响，被侵权人的名誉受到损害。

本案中，虽然被告张某向有关纪检部门举报告发了原告付某，并且所告发的部分内容没有充分的证据，但是原告付某没有充分的证据证明被告张某向其他人散布告发的内容，不能因为

村民均知道了被告张某告发的内容就认定是被告散布的，所以，原告诉被告侵犯其名誉权不符合侵犯名誉权的构成要件，其诉讼请求本院不予支持。

法律依据

《民法通则》第一百零二条 公民、法人享有荣誉权，禁止非法剥夺公民、法人的荣誉称号。

第一百二十条 公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。

15. 乘公交“被打”受伤，谁负责？

典型案例

2009年4月8日中午12时许，北京的李女士乘坐从苹果园地铁开往门头沟区双塘涧的公交车，该车行至龙泉务村附近时，她与一男乘客发生纠纷。该男性乘客声称李女士撞了他，遂动手殴打李女士。在殴打过程中，该公交车的乘客们非常冷漠，无一人出面劝阻。更可气的是，就连该车上的司机和售票员，也是视若无睹，依然继续行驶。车辆行驶到某一站时，与李女士发生争斗的男乘客下车，李女士到达目的地后报警并到医院就诊。经医院诊断，她的伤情为鼻骨骨折，软组织损伤。

事后，李女士认为，自己被殴打发生在公交车上，公交公司应当对此负责。于是，她就一纸诉状把公交公司告上了法庭，要求公交公司承担赔偿责任。

公交公司则辩称：第一，李女士与打人者都是公交车的乘客，因车上乘客拥挤，二人发生争执，公交车司机发现后，立即将车辆停放在路边，售票员也来到李女士和打人者面前，此时双方已经停止争斗，于是售票员安抚李女士坐下，并拿出卫生纸让李女士擦拭因争斗流出的鼻血。当时李女士并未提出任何要求，说明争执已经平息，司机遂启动车辆前行。双方亦未再发生纠纷。上述能够说明司售人员已尽到安全保障义务，没有任何过错；第二，李女士的伤情是他人所致，应向侵权人主张权利；第三，李女士与他人在乘车时相互拥挤而发生争执，其自身明显存在过错。所以，公交公司不同意赔偿。

法院审理认为，承运人的主要义务是将旅客安全送达目的地，对旅客在运输过程中受到的损

害应负责任，除非法定事由，否则不能免除。李女士乘坐该客运公司的公交车，双方形成客运合同关系。在运输途中，李女士被他人打伤，说明承运人没有尽到安全运送旅客的主要义务，所以该客运公司应当承担赔偿责任，赔偿李女士的合理经济损失。承运人承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。据此，法院做出判决：公交公司赔偿李女士医疗费、住院伙食补助费、误工费、交通费共计 6000 余元。

律师说法

在本案中，李女士的伤害是由于其他乘客的“侵权行为”所致。但李女士在事发后，并没有起诉侵害她的男性乘客，而是起诉了运输她的公交公司，并且获得了法院的支持。其中的原因大概有这么几个：

一、公交公司负有保护乘客安全的法定义务。从法律关系看，李女士与公交公司之间是典型的客运合同关系，公交公司有保证乘客人身财产不受侵害，并将乘客安全送达目的地的义务。在运输过程中，旅客发生受伤事件，公交公司应担责。

二、公交公司在运输旅客的过程中，负有救助遇险旅客的义务。

本案中，公交公司在张女士受到人身侵害时，不但没有出面制止和报警，反而在事后放走了侵害人。这实际上是一种带有纵容性质的不作为。

三、公交公司和张女士之间，可以说是存在一种消费关系。而在消费关系中，经营者有义务保障消费者的人身、财产安全。

四、要求公交公司承担赔偿责任，并不意味着公交公司就替打人的男性乘客“背黑锅”了。因为，公交公司在承担了赔偿责任之后，是可以向侵害人（打人者）追偿的。

正是出于这么几种原因，所以法院做出了公交公司承担赔偿责任的判决。

法律依据

《中华人民共和国合同法》第三百零二条 承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。

16. 一个花盆砸伤人，判 50 家赔，合法吗？

典型案例

从天而降的花盆，将楼下的工人砸伤。一审法院判决楼上 50 名住户分担赔偿责任，其中 37 名住户不服，上诉至中级法院。随后，中级法院公开审理此案，在长达 3 个多小时的庭审中，上诉人齐声喊“冤”。

2001 年 9 月 27 日晨，原告蒋某路过渝中区临江门 16 号文华大厦 B 座，被从楼上坠落的塑料花盆砸中，顿时血流满面，住院近 4 个月，花费 7 万余元。后经诊断，蒋某属 7 级伤残。

事后勘察取证，无法确定肇事花盆是谁家的。蒋某遂将文华大厦 B 座的 57 名住户列为被告，起诉到法院要求赔偿。经审理，57 名住户中，除了 7 名能证明自己因安装了防护网等原因排除嫌疑外，另外 50 名住户不能排除花盆从自家坠落的可能性。一审法院根据过错推定原则，要求他们分担赔偿责任，每户承担 2700 多元。

在当天的庭审中，蒋某话语不多，仅简单地回答法官提出的问题，有时还需要律师提示。他似乎还没从两年前的重创中恢复过来。

而一审被判赔的住户纷纷喊冤。罗某称，事发时，只有妻子一人，而自家窗户离花盆坠落的地方足有 18 米远，“她就算想扔，也扔不到这么远！”李某则说，事发时他家早安装了防护网，网上栏杆的间距不到 12 厘米，花盆肯定掉不下去。但为了找到事前安装防护网的证据——写有安装日期的收据——他翻箱倒柜却始终没能找到。他又走街串巷，希望找到给他安装防护网的商贩作证，可那家小店早已易主。更多的住户表示自己从未养过花，与那个坠落的花盆没有任何关系。

住户陈某表示，花盆只有一个，要 50 个住户分担赔偿责任完全不合理。他认为，即使花盆是楼上某个住户家坠落的，但要 49 个“无辜者”为此负责，让人无法理解。

律师说法

《民法通则》规定：“建筑物上的搁置物坠落造成他人伤害的，它的所有人或者管理人应当

承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。”花盆从楼上坠落伤人，这和住户不注意安全有必然联系，是住户自身错误造成的，理应赔偿。同时，50家住户均未提出有力证据，无法证实自己与坠落的花盆没有必然联系。按过错推定原则，他们应该分担赔偿责任。

无辜者要为一个与自己毫无关系的花盆负责，这合理吗？法学界一名资深人士认为，过错推定原则是为了保护受害者的权利而产生的。这个原则使受害者的权利能够及时、足额得到主张，这是司法的一大进步。从此案看，如果判定住户均无责任，那么10多万元的医疗费、伤残补助费都全部落在了受害人身上，他的肉体、精神和经济上都受到极大伤害。如果追究这50名住户的责任，每人负担的仅是2700多元。换句话说，用小的不公平避免大的不公平，这应是过错推定原则的立法本意。

法律依据

《民法通则》第一百二十六条 建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。

17. 被邻居的“小狗咬伤”，法院判“不赔”，为什么？

典型案例

小强是大一的学生，五一放假休息回到家中。闲来无事，小强在小区里遛弯，发现院里的街坊牵着一只纯白色的京巴狗，长长的、雪白的毛梳理得很顺，黑亮的大眼睛，很是漂亮。小强非常喜欢动物，尤其是小狗，每次见到都忍不住逗一逗，玩一玩。当小强走近时，小京巴发出不友好的“汪汪汪”的声音，意思是“你不要妨碍我”，狗主人也提醒小强：“不要碰它，它很凶，会咬人的。”可是，小强怎么也忍不住，上去抚摸小狗，小狗再次冲他咆哮，主人再次提醒小强不要再动小狗，会伤人的，然而小强觉得小狗太霸道，想驯服小狗，就冲着小狗发威，并用手拍打小狗的尾巴。这一下，小狗真的被惹急了，吭哧一口咬住小强的手不松开，疼得小强直叫，在狗主人的威吓下，小狗才松口。小强的手被咬破了，狗主人陪着小强去了医院，出了第一次的药费。小强的父母下班知道后，认为以后几次的治疗费用都应该由狗主人出，遂上门交涉。而狗主人认为是小强自己逗狗弄伤，看在街坊的分上已经出了些医药费，不愿意再出钱，并拿出自己的狗证称是依法养狗，事发时，自己是牵着绳子的，责任不在自己。双方就此引发纠纷，对簿公堂。可是，令小强一家没想到的是，法院没有支持小

强的诉讼请求，那是为什么呢？

律师说法

大家一般习惯性认为，只要是动物伤了人，动物主人就要赔偿的。可是，实际法律就此是有明确规定的：饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人要承担赔偿责任。可同时，法律也规定了例外的情况，那就是：如果不是动物饲养人的原因，是受害人自己的原因，或者是第三人的原因造成损害的，那么动物饲养人不承担责任。本案中，狗主人依法持有狗证，并用绳子牵住小狗遛弯，并一再提醒小强不要靠近小狗，所以，小强自己逗狗受伤，应当自行承担 responsibility。

法律依据

《民法通则》第一百二十七条 饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担民事责任；由于受害人的过错造成损害的，动物饲养人或者管理人不承担民事责任；由于第三人的过错造成损害的，第三人应当承担民事责任。

18. “劝酒”喝死人谁负责？

典型案例

12 年的寒窗苦读没白费，李凤兰的女儿阿莲终于在 2007 年考上了一所名牌大学。李凤兰心里非常激动和喜悦，平常很节约的她，这次一定要给女儿庆祝一下。于是，在女儿开学前几天的某日中午，李凤兰在家里摆了十余桌酒席宴请亲朋好友。其间，由于王天水给了 5000 元贺礼，在来宾之中最为慷慨大方。李凤兰为了表示特别感谢，就对平时不太会喝酒的王天水劝酒格外殷勤，施展出各种手段劝王天水喝酒。王天水性格内向，不善言辞，对李凤兰盛情难却，只好一杯接一杯地往下咽。不一会，王天水喝得手脚瘫软、喘气不匀，小便失禁，趴在桌上。大家赶紧叫来了救护车，但最终还是晚了一步，王天水在被送往医院途中死亡。

经法医鉴定，王天水血液中酒精含量极高，系急性酒精中毒死亡。

事后，王天水的家属以李凤兰明知王天水酒量小却恶意劝酒为由，请求法院判令李凤兰赔偿王天水的死亡赔偿金、丧葬费、被抚养人生活费、精神损害抚慰金等共计 30 万余元。但李凤兰的代理律师认为，王天水作为完全民事行为能力人，其饮酒行为是完全自愿的，也应当预见到喝酒后可能产生的风险，必须对自己的行为负责。李凤兰没有伤害王天水的故意，不应承担赔偿责任。

法院审理认为，王天水是一名具有完全民事行为能力的成年人，具备预见自身行为后果并加以控制的能力，却放任对自身的控制，对导致的损害应负主要责任。但是，李凤兰在明知王天水酒量小，明知过量饮酒会损害王天水身体健康，以致危及生命，却置后果于不顾而一再劝酒，造成王天水饮酒过量、酒精中毒死亡，也应承担一定的民事责任，遂判决李凤兰承担 30% 的赔偿责任。

律师说法

李凤兰好意劝酒，结果却被判令承担部分赔偿责任。这种判决似乎有些不近人情。但是，人情是人情，法院毕竟是讲法律的地方。具体到本案，就是从法律上来讲，李凤兰的劝酒行为是否构成侵权行为——侵犯王天水的生命健康权。

在民法上，侵权行为的构成条件有这么四个：一是行为人的行为；二是损害后果；三是行为与后果之间的关系；四是行为人的主观上存在过错，包括故意和过失。

在本案中，李凤兰实施了劝酒的行为，造成了王天水酒精中毒进而死亡的后果，况且两者之间是存在因果关系的。可以说，李凤兰的行为已经符合了侵权的三个条件，这是无须争议的。但是，李凤兰劝酒的行为是否存在过错，是有争议的。李凤兰的代理律师认为，李凤兰主观上并非故意，所以不应承担责任。而法院认为，李凤兰虽主观上没有故意，但却存在过失，即明知道王天水不胜酒力却还频频劝酒，主观上对王天水醉酒的后果是持放任态度的。而过失也是过错的一种，因此，李凤兰应当对自己的过失行为承担相应的责任。

法律依据

《民法通则》第一百一十九条 侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用；造成死亡的，并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要

的生活费等费用。

第一百三十一条 受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。

19. 打篮球，非故意“撞伤”同学，赔不赔？

典型案例

小华和小亮是高三同班同学，两个人关系非常要好，经常一起打篮球。某一天下午没有课，两个人就约上本班的同学和外班同学到学校的操场上打篮球。在抢球过程中，小华不小心将小亮的右侧眉骨处撞破，小亮的同学们筹钱将小亮送到医院，缝了四针，加上开药等共花了四百多元。小亮向家里要钱还给了同学。小亮的父母觉得小华的父母应该出全部的医疗费，可是小华的父母认为这纯属意外，并非故意，来看都没有看望小亮。为了这件事，小亮和小华都很别扭，关系也疏远了。那么，按照法律规定，医疗费应该由谁来承担呢？

律师说法

小华的父母应该全部赔偿小亮的医疗费。两个学生本来是很好的同学关系，一起打球出现意外，并非主观的所为，应该理性地处理问题才是良策。虽然小华撞伤小亮是在比赛中，并非故意，但确实造成了小亮的伤害，按照法律规定，就应该赔偿。如果是考虑同学关系，相约打球，协商各承担一半是最好的解决办法。如果双方为此各执己见，不能协商解决，那么，小亮可以起诉，法院会支持小亮的诉求，应当判小华承担医疗费。

法律依据

《民法通则》第一百零六条 公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。

公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。

没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。

20. 被广告牌“砸伤”，找谁赔？

典型案例

小李下课后，带着外系的同学小夏一起到校外游玩。小李骑着自行车，小夏坐在后座上，两个人有说有笑地向郊外驶去。突然刮起大风，路旁的广告牌掉落下来，将坐在后座上的小夏的胳膊和腿砸伤，小李报警后并叫来 120 急救车将小夏送到医院救治。小夏住院两周，花去医疗费等一万多元。经过派出所的调查，路旁的广告是一地产公司的售楼广告，小李遂找该公司解决，而地产公司认为风大，属于不可抗力，不想赔偿，并建议找国家赔偿。小李查看事发当天的天气预报，证明当天风力为 5 级。那么，小夏的医疗费应该由谁来赔偿呢？

律师说法

小夏有权利找地产公司索要民事赔偿。根据我国《民法通则》的相关规定，建筑物以及附属设施等坠落造成他人及他人财物损害的，坠落物的所有人和管理人应该承担民事责任，但是能够证明没有过错的除外。广告牌属于地产公司，地产公司是所有人，应该妥善地进行修缮和日常维护，以“风大”为借口免责是站不住脚的，五级的风又不是龙卷风，根本谈不上不可抗力。作为地产公司不应该推卸责任，事件的发生并非小李和小夏本身的过错，是由于地产公司的广告牌坠落造成，故地产公司应该对小夏进行赔偿。

法律依据

《民法通则》第一百二十三条 从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的，应当承担民事责任；如果能够证明损害是由受害人故意造成的，不承担民事责任。

第一百二十六条 建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。

21. “出言不慎”也担责吗？

典型案例

小玲和小军要准备结婚了，为了将来的后代健康着想，两个人决定分别去医院做一次体检。在为小玲体检时，医生发现小玲的腹部有几道花纹。医生不知道小玲还没有结婚，就问小玲是否生育过孩子。小玲当然说没有。不过医生不信，说：“没有生育过孩子，怎么还有妊娠纹啊！”这个医生还叫来自己的一位同事，该同事也认为小玲腹部的花纹就是妊娠纹。同去的还有小玲的朋友小花和小雪。小雪回来后就这件事给传开了，传到了小军耳朵里，小军心里别扭极了，没办法原谅女友竟然对自己，隐瞒了这么重要的事情。

小军越想越郁闷，就给小玲留下了一封信，说自己不想找一个生过孩子的女人做妻子。然后，小军就外出打工了。小玲觉得自己被冤枉了，因为自己真的从来没有与人发生过性关系啊。于是，小玲就到一个专业医院做了检查。该医院检查后认定，小玲仍然是处女之身。她腹部的花纹，是之前减肥时留下来的。

真相大白了，但小军杳无音讯，再也无法回到小玲的身边了。小玲整日郁郁寡欢，茶饭不香。后来，小玲的亲友们知道了这件事，对小玲说：“造成现在这个悲剧的原因在第一次那个为你体检的医生，还有快嘴的小雪，你得找他们算账去，不能就这么算了。”小玲于是将第一次为她检查的医生、医院和小雪告上了法庭，要求他们赔偿自己的精神损失。法院审理后认为，该医院的医生作为专业人员，在没有经过精确检查的情况下，就妄自推断小玲的腹部花纹为妊娠纹，最终导致了小军和小玲一对鸳鸯劳燕分飞；而小雪在人群中散布这件事，起到了推波助澜的作用，侵犯了小玲的隐私权；医生的行为是存在过错的，侵犯了小玲的名誉权。医院对其工作人员的行为应当承担责任。据此，判决医院赔偿小玲精神损失费 5000 元人民币。

律师说法

本案给了我们一个很大的教训：在生活中，我们不但要“三思而后行”，而且有时候还要“三思而后言”。

在这个案件中，法院之所以判令医院承担责任，是因为本案中的医生是存在过错的。首先，医生是专业人员，他们说的话具有一定的权威性，与一般的非专业人员说的话是不一样的。因为他们的专业和权威，才使得小军对小玲曾经生育的事情深信不疑。所以，医生在发表意见时，应当尽到谨慎的注意义务。作为朋友的小雪更不应该在人群中散布这件事。其次，医生没有经过严格的检查程序，就妄做推断，这也违反了医生的职业规范和道德规范。所以，医生在主观上是存在过错的。再次，由于医生的这种过错行为，给小玲造成了极大的精神损失——幸福的婚姻化为泡影。最后，医生在医院工作，其行为是代表医院的职务行为。所以，医院应当对此承担主要责任。

法律依据

《民法通则》第一百零一条 公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第 150 条 公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权和法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害，公民或者法人要求赔偿损失的，人民法院可以根据侵权人的过错程度、侵权行为的具体情节、后果和影响确定其赔偿责任。

22. 侵权人是年过 18 岁的大学生，受害人找谁赔偿？

典型案例

小陈经过十年苦读，终于考上了梦寐以求的大学，觉得自己总算可以喘口气了。大一的上半年，他很少学习，交朋友、唱歌、打游戏，每天浑浑噩噩，虚度光阴。女朋友小红是他的同学，两个人高中毕业后就要好，又考到一个学校，便确立了恋爱关系。小陈经常不上课，总是泡在网吧里，如同着了魔一样，谁的话都听不进去，小红为此没少和他闹意见，但是总是被小陈哄骗过去。一天，小红见小陈没去上课，下了课就到小陈常去的网吧找他。小陈正热火朝天地打游戏，见小红一个劲地数落没完，非常恼火，就和小红吵了起来。同学小强来劝架，小陈竟然拿起水杯砸向小红，小红躲闪，杯子砸到小强的头上，小强受伤治疗花了五千

多元。治疗期间，小陈仅仅出了一千元，称自己没钱，不想再支付。那么，小强可以向小陈的父母主张权利吗？小陈说没有经济能力，就可以逃避赔偿吗？

律师说法

本案中，小陈年过 18 周岁，在法律上已经属于成年人，是一个完全行为能力人，应该独立地承担民事责任。虽然他是误将同学小强打伤，但是，依法也要承担民事责任，并且赔偿损失。小陈以为自己还是个学生，没有经济收入，就可以不必承担赔偿责任，这种想法是错误的。我国的相关法规及司法解释有专门的规定：行为人年满十八周岁造成别人损害的，应当由本人承担民事责任；没有经济收入的，由其抚养人垫付，垫付有困难的，也可以判决或者延期给付。因此，小陈的父母有义务代替儿子赔偿小强的治疗费用。

法律依据

《民法通则》第一百一十九条 侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用；造成死亡的，并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 161 条 侵权行为发生时行为人不满十八周岁，在诉讼时已满十八周岁，并有经济能力的，应当承担民事责任；行为人没有经济能力的，应当由原监护人承担民事责任。

行为人致人损害时年满十八周岁的，应当由本人承担民事责任；没有经济收入的，由抚养人垫付，垫付有困难的，也可以判决或者调解延期给付。

23. 合伙打人造成伤害，“谁有钱谁就赔”吗？

典型案例

小宋和小谢是一起打工的哥们。一天下班后，两个人相约去喝酒，于是他们来到一家露天的大排档吃烤、串喝啤酒。一会的工夫，几瓶啤酒下肚，两个人都有些喝高了。吃饭的人很多，已经没有空的位子，有很多人在排队等候。服务员走过来，以为他们吃完了，就安排了别的客人来到小宋他们的桌子前，问小宋他们结账了没？小宋和服务员发生争执，还骂骂咧咧，服务员质问小宋为什么骂人？小宋借着酒劲冲着服务员就给了一拳，两个人厮打在一起，小谢也不甘示弱，上去帮忙，两个人一顿拳脚将服务员打伤。饭店报警，小宋和小谢被拘留五天。服务员治疗花去医疗费等四千多元，小谢称自己没钱，又是帮小宋的忙，说小宋工作时间长，有点钱，让小宋出钱。那么，服务员应该向谁主张赔偿呢？

律师说法

饭店的服务员既可以向小宋和小谢任何一个人索赔，也可以向两个人要求共同赔偿。小宋和小谢是共同的侵权行为，对受害人应该承担连带责任。所谓连带责任，是指受害人有权选择全部或部分加害人请求其赔偿全部或部分损失；加害人中的任何一人或数人都有义务向受害人赔偿全部损失。鉴于小谢没有钱，暂时没有赔偿能力，那么，服务员可以要求小谢的抚养人垫付或延期给付，也可以向小宋主张全部损失。对于小宋来说，承担了全部损失后，可以向小谢追偿垫付的部分。

法律依据

《民法通则》第一百三十条 二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。

第一百三十一条 受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。

第一百三十二条 当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担民事责任。

24. 员工伤人，老板要不要担责？

典型案例

小王是某个家具厂的送货员，工作就是开车送货，老李是他的老板，按月支付小王的工资。有一天，小王按照老板的吩咐给一家企业送办公家具，途中汽车突然爆胎，将路人肖某撞伤。小王报警后通知老板，又叫来 120 急救车将伤者送到医院，自己垫付了一些医疗费，可医院还催促交住院押金。小王在交押金问题上和老板起了争执，老板说自己没有责任，不肯出钱，事故是小王造成的，应该由小王承担责任。而小王觉得很冤枉，自己并非为了私事，是开着公司的车为公司送货，事故又不是自己的故意所为，是一起意外，应该由老板出住院押金和以后的医疗费。那么，小王和老板之间的责任该如何分担才合理呢？

律师说法

老李应该对这起事故承担赔偿责任。相关法律明确规定：雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员由于故意或者重大过失造成他人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带责任的，可以在事后向雇员追偿。在这个案例中，小王不存在故意或重大过失，完全是由于轮胎意外突然爆胎所导致事故的发生，所以，老板李某应该赔偿给受害人造成的损害，承担全部的医疗等费用。

法律依据

《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》第九条雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。

前款所称从事雇佣活动，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为从事雇佣活动。

25. 打伤“坏人”，要不要负责？

典型案例

有一天，小祥走在路上，突然听见有人喊：“抓小偷！”这时，那个被追逐的小偷刚好跑到小祥身边，小祥拦住了他，小偷挥舞着拳头，冲着小祥叫喊：“闪开，不要管闲事。”小祥练过武术，一个扫堂腿就将小偷绊倒，三下两下就把小偷制伏。失主和路上的群众把小偷围住，大家一起声讨小偷，一起喊打，小祥平时最恨小偷，忍不住用脚狠狠地踹了小偷几脚，疼得小偷一个劲求饶。警察到场后做了笔录，将小偷带走。小祥见义勇为的事很快传开了，他自己也很得意，毕竟这是很露脸的事。可是，过了几天，警察找到他，告诉他小偷受伤住院，是内脏受伤，可能要他承担一些医疗费，小祥一下子蒙了：自己做好事，打的是坏人，自己的行为属于行侠仗义，怎么反倒要承担医疗费！带着疑问，小祥找到律师咨询，因为他觉得自己的行为属于正当防卫范围，也是见义勇为。

律师说法

小祥的行为属于防卫过当。正当防卫是指为了国家、集体、公共利益及个人或他人的人身、财产等免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的防卫行为。防卫过当是指正当防卫明显超过必要的限度，给不法侵害人造成重大损害的行为。

即使是小偷，他也有自身的合法权益。小祥路见不平，奋勇抓小偷的行为是值得称赞的，但是在已经制伏小偷以后，就不应该再使用武力对小偷进行人身伤害，即使当时小偷挥舞着拳头，在威胁小祥，但并没有做出什么实际的举动，那么，小祥只要适当的防范就可以了，不能防卫过度，超过必要的限度造成小偷伤害的，也依法应该承担一定的民事责任。

法律依据

《民法通则》第一百二十八条 因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，应当承担适当的民事责任。

第四篇 物权常识篇

1. “善意取得”的高档手表，要返还吗？

典型案例

赵某与钱某是夫妻关系，双方于 2008 年购买了一块瑞士产的豪华手表，价值 10 万元。2009 年因二人产生家庭矛盾，钱某未经赵某同意，擅自把手表拿走，并同孙某协商以 9 万元的价格卖给了孙某。后孙某在佩戴该表时被赵某发现，并就手表的归属发生了冲突，赵某要求孙某归还手表，孙某认为表是自己买的坚决不还。

律师说法

本案的焦点：手表所有权是否基于善意取得发生了转移。善意取得应该符合的条件：（1）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（2）以合理的价格转让；（3）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人；同时满足以上条件的，所有权发生转移。因此，本案中，手表的所有权已经发生转移，孙某具有所有权，无须返还赵某。

法律依据

《物权法》第一百零六条 无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；

（二）以合理的价格转让；

（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

2. 返还遗失物，能要报酬吗？

典型案例

黄某有一块很宝贝的银饰挂件，一次佩戴外出时不慎丢失，当即张贴遗失启事并承诺悬赏 2000 元奖金给拾得人。张某拾得银饰挂件，看到遗失启事找到黄某，归还银饰挂件并要求黄某支付 2000 元奖金，此时黄某犹豫了，说：“银饰本来就是我的，也不值什么钱，2000 元奖金太多了吧。” 张某可以主张 2000 元奖金吗？

律师说法

依据我国法律，拾得遗失物是应当返还权利人的，拾得人有权向遗失人主张支付保管遗失物等必要费用。权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务。因此本案例中，张某拾得银饰挂件应当返还黄某，黄某应当给付张某 2000 元奖金，否则，张某可以向黄某提起债权给付之诉。

法律依据

《物权法》第一百零九条 拾得遗失物，应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门。

第一百一十二条 权利人领取遗失物时，应当向拾得人或者有关部门支付保管遗失物等支出的必要费用。

权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务。

拾得人侵占遗失物的，无权请求保管遗失物等支出的费用，也无权请求权利人按照承诺履行义务。

3. 业主可以不交物业费吗？

典型案例

同庆小区的物业公司经常不履行其职责，对小区设施管理不当，造成断水断电、卫生状况糟糕、安保设施不到位，服务水平也很差，业主们怨声载道。老王是同庆小区的居民，多次向物业公司投诉，要求物业公司改善服务质量，达到物业服务合同标准，均不见物业公司有改善，老王见多数业主都不缴纳物业管理费，自己也犹豫了。老王该怎么办呢？

律师说法

业主与物业公司是服务合同法律关系，物业公司提供按照合同约定的物业服务，业主按照合同约定支付物业费。如果物业公司的服务存在瑕疵，履行合同不完全，业主可以要求物业公司在一定的期限内进行改善，如果物业公司承诺的服务设施和服务质量仍不能符合合同约定的，业主可以解除双方的物业服务合同，可以不予支付或者减少物业服务费。

要注意的是：单独业主不可以与物业公司解除合同，要以成立业主委员会为先决条件，经业主大会三分之二表决同意，才可以更换物业公司。因为物业公司服务对象是全体业主，服务标准也是面向所有业主的。因此，老王仅以拒绝交物业管理费的方式，是解决不了问题的，还是要全体业主达成共识，才能更好地制约物业公司。

法律依据

《物权法》第七十六条 下列事项由业主共同决定：

- （一）制定和修改业主大会议事规则；
- （二）制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约；
- （三）选举业主委员会或者更换业主委员会成员；
- （四）选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人；
- （五）筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金；
- （六）改建、重建建筑物及其附属设施；
- （七）有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

决定前款第五项和第六项规定的事项，应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二的业主同意。决定前款其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。

《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体适用法律若干问题的解释》第六条 经书面催交，业主无正当理由拒绝交纳或者在催告的合理期限内仍未交纳物业费，物业服务企业请求业主支付物业费的，人民法院应予支持。物业服务企业已经按照合同约定以及相关规

定提供服务，业主仅以未享受或者无需接受相关物业服务为抗辩理由的，人民法院不予支持。

第八条 业主大会按照物权法第七十六条规定的程序作出解聘物业服务企业的决定后，业主委员会请求解除物业服务合同的，人民法院应予支持。

物业服务企业向业主委员会提出物业费主张的，人民法院应当告知其向拖欠物业费的业主另行主张权利。

4. 可以在自家阳台做防盗栏吗？

典型案例

同庆小区频频发生入室盗窃，经公安机关立案侦查后发现，小偷均是沿着防盗栏攀爬上去，潜入未安装防盗栏的业主家进行盗窃。一时之间，同庆小区业主陷入恐慌，各家各户抓紧时间安装防盗栏。此时，同庆小区的物业管理公司认为，如果每户业主都安装防盗栏，楼墙体承受不起，会危及建筑物的安全造成严重事故。于是，同庆小区的物业管理公司张贴告示：要求广大业主遵守《物业服务协议》，为了全体业主的利益，将防盗栏拆除。同庆小区业主哗然，可以在自家阳台做防盗栏吗？

律师说法

在自家阳台装防盗栏，首先要遵守地方政府的相关规定，其次不得违反《物业服务协议》《业主公约》的约定，还有对其建筑物专有部分行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益。因此，在自家阳台安装防盗栏，不仅仅是自己家的事。但是，如果全体业主召开大会经三分之二表决同意全体业主安装防盗栏，在不违反地方政府的相关规定情况下，业主是可以安装防盗栏的。

法律依据

《物权法》第七十条 业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。

第七十一条 业主对其建筑物专部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益。

第八十二条 物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，并接受业主的监督。

《物业管理条例》第六十六条 违反本条例的规定，有下列行为之一的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正，给予警告，并按照本条第二款的规定处以罚款；所得收益，用于物业管理区域内物业共用部位、共用设施设备的维修、养护，剩余部分按照业主大会的决定使用：

（一）擅自改变物业管理区域内按照规划建设的公共建筑和共用设施用途的；

（二）擅自占用、挖掘物业管理区域内道路、场地，损害业主共同利益的；

（三）擅自利用物业共用部位、共用设施设备进行经营的。

个人有前款规定行为之一的，处 1000 元以上 1 万元以下的罚款；单位有前款规定行为之一的，处 5 万元以上 20 万元以下的罚款。

5. 物业擅自停水停电怎么办？

典型案例

由于同庆小区业主和物业公司的物业费纠纷，双方发生冲突，矛盾层层升级。物业公司多次在没有通知的情况下断水断电，小区业主很感困扰，物业擅自停水停电怎么办？

律师说法

本案是物业管理公司在履行职务过程中损害业主或房屋使用人权益而引发纠纷的典型案例。对于业主不交物业费的行为，物业公司应通过诉讼或其他合法方式维护权利，而不能擅自停水停电，除非双方的合同中明确约定以停水停电作为物业管理公司催缴物业管理费的手段。本案中，物业公司未经通知而擅自断电断水给业主造成损失，应对此承担相应的违约责任。

法律依据

《物业管理条例》第三十六条 物业服务企业应当按照物业服务合同的约定，提供相应的服务。

物业服务企业未能履行物业服务合同的约定，导致业主人身、财产安全受到损害的，应当承担相应的法律责任。

6. 部分业主将公共绿地变菜园，其他业主怎么维权？

典型案例

小明家担心菜场买的蔬菜农药含量超标，对身体不好，“自己种的菜，吃起来放心，还新鲜、方便”，就将家门口的小区绿地，改造成菜园，既可享受“田园风光”，又能吃上新鲜美味的蔬菜，感觉相当惬意。小明每天都会摆弄菜园，给蔬菜施肥、浇水，蔬菜的肥料全来自人畜的粪便。邻居们意见可不小，“小区绿地，应归小区业主共同享用，哪能变成私家菜园”“自从楼下种菜后，家里常闻到尿臭味，很恼火”，多数业主找到物业反映情况，物业多次找小明协商未果，其他业主怎么维权呢？

律师说法

依照相关规定，未经全体业主决议和依法办理有关手续，不得改变住宅小区共用设施、设备、公共场地、绿地的使用性质，不得侵犯全体业主的共同使用权。小明将家门口的小区绿地改造成菜园是不合法、且违约的行为。因此，如小明不服从物业公司管理，可以通过诉讼的方式请求法院判令小明对改造绿地负有保持原状、不予改变其使用性质、不予侵占的义务，并可判令小明将占有的绿地恢复原状。

法律依据

《物权法》第七十三条 建筑区划内的道路，属于业主共有，但属于城镇公共道路的除外。建筑区划内的绿地，属于业主共有，但属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。

《物业管理条例》第五十条 物业管理区域内按照规划建设的公共建筑和共用设施，不得改变用途。

业主依法确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当在依法办理有关手续后告知物业服务企业；物业服务企业确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当提请业主大会讨论决定同意后，由业主依法办理有关手续。

7. “要装修，先砸墙！”自己家的房子也不能随便砸？

典型案例

“要装修，先砸墙！”这已经成为装修大军的口号了。小张要结婚准备装修新房，刚请了工人来看房子，物业公司跟着装修队就来了，“装修可以，请先办手续，墙不能乱砸”，并给了小张一份装修注意事项。小张困惑了，自己家装修，还要物业管理吗？

律师说法

商品房业主虽然是房屋的所有权人，但对房屋的装修不能随心所欲，尤其不能妨碍他人或者公共利益。业主私自拆除承重墙、破坏房屋外貌都是法律所禁止的。物业公司依法有权对业主的装修进行监管，如小张擅自拆除承重墙，损坏了房屋的承重结构，给房屋带来的安全隐患已经危及相邻方的利益，有权要求其恢复原状。因此，“要装修，选砸墙，承重墙，不可砸！”

法律依据

《物权法》第八十二条 物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，并接受业主的监督。

《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十五条 业主或者其他行为人违反法律、法规、国家相关强制性标准、管理规约，或者违反业主大会、业主委员会依法作出的决定，实施下列行为的，可以认定为物权法第八十三条第二款所称的其他“损害他人合法权益的行为”：

（一）损害房屋承重结构，损害或者违章使用电力、燃气、消防设施，在建筑物内放置危险、放射性物品等危及建筑物安全或者妨碍建筑物正常使用；

（二）违反规定破坏、改变建筑物外墙面的形状、颜色等损害建筑物外观；

（三）违反规定进行房屋装饰装修；

（四）违章加建、改建，侵占、挖掘公共通道、道路、场地或者其他共有部分。

《物业管理条例》第四十六条 对物业管理区域内违反有关治安、环保、物业装饰装修和使用等方面法律、法规规定的行为，物业管理企业应当制止，并及时向有关行政管理部门报告。

有关行政管理部门在接到物业管理企业的报告后，应当依法对违法行为予以制止或者依法处理。

第五十三条 业主需要装饰装修房屋的，应当事先告知物业服务企业。

物业服务企业应当将房屋装饰装修中的禁止行为和注意事项告知业主。

8. 小区的停车位归谁所有？

典型案例

周先生在同庆小区购买了一套房子，开发商在销售住宅时承诺，小区配建地下车库供业主停车，在业主的公摊面积中清楚描述了地下车库纳入了公摊范围。但周先生入住后却发现，只有购买车位才能取得停车权。周先生想知道，这些停车位到底是归谁所有？

律师说法

停车位根据购房合同，如有约定的按约定为准，如没有约定的按照谁投入、谁享受的标准。假设停车位没有计算在房屋的公摊面积内，那么车位的所有归开发商，否则归业主共同所有。本案中，开发商在销售住宅时已经承诺，小区配建地下车库供业主停车，而且在业主的公摊面积中清楚描述了地下车库纳入了公摊范围，因此，地下车库由全体业主共有。

法律依据

《物权法》第七十四条 建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要。

建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。

占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。

9. 自家聚会又唱歌，骚扰邻居不应该！

典型案例

小明出生在一个大家庭，浩浩荡荡几十口，每当周末的时候都来小明家聚会。聚会人数多，孩子也多，吵吵闹闹的，邻居颇有微词。最近的几次聚会，小明和家人又迷恋上了卡拉 OK，从早到晚联欢十几个小时。这下邻居真的受不了了，找到物业投诉，物业公司多次与小明协商未果、邻居应该怎样维权呢？

律师说法

音乐多了也是噪声，如果超出了“合理扰民”的范围，影响他人休息、生活，就侵害了其他

业主的合法权益。因此，业主大会和业主委员会可以依据法律、法规以及管理规约，向人民法院提起诉讼，要求小明停止侵害、排除妨害、赔偿损失。邻居也可以要求环保部门监测噪声分贝，然后依法索赔，也可依据《物权法》和《民法通则》所规定的相邻权索赔。

法律依据

《物权法》第八十三条 业主应当遵守法律、法规以及管理规约。

业主大会和业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。业主对侵害自己合法权益的行为，可以依法向人民法院提起诉讼。

第八十四条 不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。

《环境噪声污染防治法》第六十一条 受到环境噪声污染危害的单位和个人，有权要求加害人排除危害；造成损失的，依法赔偿损失。

赔偿责任和赔偿金额的纠纷，可以根据当事人的请求，由环境保护行政主管部门或者其他环境噪声污染防治工作的监督管理部门、机构调解处理；调解不成的，当事人可以向人民法院起诉。当事人也可以直接向人民法院起诉。

10. 业主委员会可以代理业主维权吗？

典型案例

同庆小区隔壁的华宇写字楼在修建大门，堆放了很多建筑材料，侵占了同庆小区的一块公共绿地，部分绿地遭到破坏。小区业主很是不满，业主委员会多次让同庆小区的物业与之协商，要求华宇写字楼搬离建筑材料，并恢复绿地植被。华宇写字楼不予理睬，业主委员会有权利对华宇写字楼提起诉讼吗？

律师说法

业主委员会是业主大会的执行机构,业主委员会一般讨论的决定是属于《业主大会议事规则》规定业主委员会可以决定的事宜或者经业主大会授权业主委员会决定的事宜。并依据《物权法》第八十三条的规定,业主委员会是具有诉讼主体资格的,可以代表业主对损害他人合法权益的行为提出侵权之诉。因此,同庆小区的业主委员会可以作为原告向华宇写字楼提起诉讼。

法律依据

《物权法》第八十三条 业主应当遵守法律、法规以及管理规约。

业主大会和业主委员会,对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为,有权依照法律、法规以及管理规约,要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。业主对侵害自己合法权益的行为,可以依法向人民法院提起诉讼。

11. 自己家的庄稼地,就不让你过,你能怎么办?

典型案例

老李和老孙是同村村民,两家所承包的土地相邻。老李承包的这块地,两面是老孙家的,一面是山,一面是河,进出无路,所以,他只能跟着孙家干活,否则就要出问题。比如孙家耕完地后,老李去耕自己的地,就要开拖拉机从孙家地上轧过,孙家就得重新耕一次。庄稼长出来后,由于老李经常行走,使孙家一垄庄稼受到破坏。时间长了,两家便因此伤了和气,以致老孙不让老李再通过自己的土地,老李一气之下也不允许老孙经过自己的土地饮水灌溉,两人争执不下,诉至法院。

律师说法

此案涉及的是相邻关系中的通行权问题。相邻通行权是指一方因建筑物别无其他通道，或者土地在邻人的土地包围之中，有通过邻地的权利。其设立的目的是为调节相邻不动产所有人或使用相互间对土地的利用，而对相邻不动产权利的行使加以某种程度的限制，从而使邻地所有人或使用人充分发挥其对土地的利用效用。只要是有必要通行邻地，就应确认其享有通行权，另一方对此应当容忍。当然，造成损失的要依法赔偿损失。因此，老李要对孙家一垄庄稼进行赔偿，同时老孙限制老李的通行权侵犯了老李的合法权益，是法律所不允许的。

法律依据

《物权法》第八十七条 不动产权利人对相邻权利人因通行等必须利用其土地的，应当提供必要的便利。

第九十二条 不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产的，应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害；造成损害的，应当给予赔偿。

12. 自己家院里建房，建几层都可以吗？

典型案例

孙某周围邻居都在传，某开发商要开发这一带，建新楼盘。孙某想：“在与开发商谈妥搬迁协议之前，多给房屋建几层，搬迁补偿费就能多得一些。”于是，孙某加班加点将自己的平房加盖两层，变成了三层的小洋楼。可惜，刚建成就收到通知，这一带被政府划归为文物保护单位，争取拆迁款的事泡汤了。这下，孙某的邻居老王不干了，“你建三层楼不要紧，不能把我窗户挡上呀！”孙某和老王僵持不下，诉至法院。

律师说法

本案中，孙某虽然是在其自己的房子上增建房，但基于对相邻关系的尊重，也应当避免对老王已经建成的房屋造成通风、采光和日照的妨碍，而不能想盖多高就多高。一旦孙某所建房屋妨碍了老王房屋的日照，孙某就应该承担责任，拆除超建的部分。居民的通风、采光和日照是否受到影响，应根据建设部颁布的《城市居住区规划设计规范》和《住宅设计规范》来确定。如果经相关部门测算后，确实低于国家规定的通风、采光和日照标准的，老王可以据此要求对方采取补救措施，并且可以要求对方赔偿为此多支出的损失。

法律依据

《物权法》第八十九条 建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。

13. 承包地转租后预拆迁，赔偿归谁？

典型案例

老马承包本村的耕地 30 亩，期限 20 年。在承包的第 5 年，由于老马家劳力少，无力继续耕种，将其中的 20 亩转包给本村的李某，经发包方同意并备案后，在县土地管理部门做了土地承包经营权的变更登记。又过了 2 年，原本老马承包本村的耕地 30 亩全要被政府征用，老马一寻思补偿款不少呢，转给李某的 20 亩自己还能要补偿款吗？

律师说法

本案中，老马已将 20 亩耕地转包给李某，并依法办理了土地承包经营权的变更登记，李某的土地承包经营权受法律保护。如果双方就征用补偿金没有约定，依据我国法律的规定，青苗补偿费归实际投入人所有，地上附着物补偿费归附着物所有人所有。因此，如果老马在这 20 亩耕地上没有权属于自己的附着物，是不能主张征用补偿金的。

法律依据

《物权法》第一百二十九条 土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权的转包；未经登记，不得对抗善意第三人。

《物权法》第四十二条 为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。

征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。

征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。

任何单位和个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。

《农村土地承包法》第四十一条 承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源的，经发包方同意，可以将全部或者部分土地承包经营权转让给其他从事农业生产经营的农户，由该农户同发包方确立新的承包关系，原承包方与发包方在该土地上的承包关系即行终止。

《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十二条 承包地被依法征收，承包方请求发包方给付已经收到的地上附着物和青苗的补偿费的，应予支持。

承包方已将土地承包经营权以转包、出租等方式流转给第三人的，除当事人另有约定外，青苗补偿费归实际投入人所有，地上附着物补偿费归附着物所有人所有。

14. 城镇居民可以承包土地吗？

典型案例

老李是城镇居民，退休后闲来无事，想在农村承包一块地，可以种种地养养花，既享受田园风光，又丰富自己的退休生活。想法是挺好，唯一让老李别扭的是，城镇居民承包土地合法吗？别自己付出很多，到头来竹篮打水一场空。

律师说法

依据我国法律的相关规定，农民集体所有的土地由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营的，必须经村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。只要城镇居民承包土地的用途符合国家法律相关规定，经农民集体经济组织审核资质，并村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，就可以参照《农村土地承包法》，与农民集体经济组织签订承包合同，并报乡（镇）人民政府批准。以招标、拍卖方式承包的，承包费通过公开竞标、竞价确定；以公开协商等方式承包的，承包费由双方议定。因此，老李只要通过以上方式承包土地，其合法权益是可以保障的。

法律依据

《物权法》第一百三十三条 通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地，依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定，其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。

《农村土地承包法》第四十八条 发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包，应当事先经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。

由本集体经济组织以外的单位或者个人承包的，应当对承包方的资信情况和经营能力进行审查后，再签订承包合同。

15. 城镇居民可以购买农民的住房吗？

典型案例

孙某是某市城镇户口的居民，几年前在市郊区买了一栋农村村民的房子，有一天他接到了原卖房人电话，说他反悔了，他们之间签订的合同无效，要求退回孙某的房款，把房子要回。孙某犯了糊涂，合同明明已经签了，为什么不认可双方的买卖行为？

律师说法

为保护农民的利益，我国有关法律规定，农民的住宅不得向城市居民出售，也不得批准城市居民占用农民集体土地建住宅，有关部门不得为违法建造和购买的住宅发放土地使用证和房产证。可见，城镇居民是不能购买农民的住房，也没有申请宅基地的资格。因此，孙某虽然签订了买卖合同，但是属无效合同，只得基于合同法的相关规定来保障权益。

法律依据

《关于加强农村宅基地管理的意见》第十三条 严格日常监管制度。各地要进一步健全和完善动态巡查制度，切实加强农村村民住宅建设用地的日常监管，及时发现和制止各类土地违法行为。要重点加强城乡结合部地区农村宅基地的监督管理。严禁城镇居民在农村购置宅基地，严禁为城镇居民在农村购买和违法建造的住宅发放土地使用证。

16. 宅基地可以继承、转让吗？

典型案例

农民李某和其父各自有宅基地并建有房屋。后来李某父亲去世，遗留下三间房，李某想将房屋扒掉，准备盖新房。但是在准备动工时，却被村委会制止了。李某很疑惑，他继承了父亲的房子，为什么不能扒掉盖新房？那卖掉这三间房可以吗？

律师说法

依据我国法律的规定：农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。如果超过规定的标准，一般应归还村集体。也就是说，不存在一户拥有两个宅基地的可能，任何方式、途径都不合法。

宅基地是属于集体所有土地，所以宅基地的土地不能继承，但是宅基地上的房屋是可以继承的。因此，李某可以继承其父宅基地上自建房屋，但对宅基地没有继承权。如果村集体试图收回宅基地从而导致住宅权利无法实现，则李某与村集体可以在公平合理的原则下用财物结算。

农村宅基地使用权可以转让，但必须具备以下条件并签订农村房屋买卖合同：（1）必须在同一集体经济组织内部成员之间；（2）经本村村委会同意；（3）转让人户口已迁出本村或“一户多宅或多房”。如系一户一宅，须明确表示不再申请宅基地，且有证据表明其已有住房保障；（4）受让人无宅基地；（5）宅基地使用权不能单独转让，须与住房一并转让。符合上述条件，则可认定农村房屋买卖合同有效。因此，李某也可以将继承其父的房屋流转给本村没有宅基地的村民，价格双方自行协商。

法律依据

《物权法》第一百五十五条 已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。

《土地管理法》第八条 城市市区的土地属于国家所有。

农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于农民集体所有；宅基地和自留地、自留山，属于农民集体所有。

第六十二条 农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直

辖市规定的标准。

农村村民建住宅，应当符合乡（镇）土地利用总体规划，并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。

农村村民住宅用地，经乡（镇）人民政府审核，由县级人民政府批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续。

农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。

《关于加强农村宅基地管理的意见》第五条 严格宅基地申请条件。坚决贯彻“一户一宅”的法律规定。农村村民一户只能拥有一处宅基地，面积不得超过省（区、市）规定的标准。各地应结合本地实际，制定统一的农村宅基地面积标准和宅基地申请条件。不符合申请条件的不得批准宅基地。

17. 拿自己的物品给别人做担保，法律后果是什么？

典型案例

张老太年龄大了，不愿意和子女一起居住，子女工作忙碌也不能常来照看，于是雇用李阿姨来照顾张老太的生活。张老太很满意李阿姨的照顾，时间长了两人产生了深厚的感情。有一天，李阿姨突然跑到张老太家，说：“我儿子把人家儿子打坏了，人家急着要赔钱，不然就要我儿子坐牢。您能借我点钱吗？”一时之间，张老太也拿不出这么多现金，于是将自己祖传的首饰交给李阿姨，帮助李阿姨做债权担保。拿自己的首饰给别人做担保，法律后果是什么呢？怎么做能保证首饰不落到他人手里呢？

律师说法

担保物权是指在民事活动中，债务人或者第三人将自己所有的财产作为履行债务的担保。债务人未履行债务时，债权人依照法律规定的程序就该财产优先受偿的权利。也就是说担保物权的产生往往基于债权，在不转移物权所有权的情况下来做债权的担保，并以标的物的价值确保债权的清偿为目的，以就标的物取得一定的价值为内容。

担保物权以其主要效力为标准，可以分为留置性担保物权与优先清偿性担保物权。留置性担保物权是以留置标的物，迫使债务人清偿债务为其主要效力的担保物权，如留置权和质权；优先清偿性担保物权是支配标的物的交换价值，以确保优先清偿为其主要效力的担保物权，如抵押权。留置性担保物权，因权利人需要占有标的物，导致债务人不能使用、收益标的物。优先清偿性担保物权是以标的物的交换价值作为优先清偿债务的保障，不将标的物的占有移转给债权人，债务人占有、使用标的物，这种担保物权在现在经济生活中居于主导地位。

因此，为了确保张老太的首饰不会易主，张老太最好选择做抵押担保，一旦李阿姨不能清偿债务，张老太可以帮助李阿姨先清偿债务，随即债权人的抵押权消失。这样，既解李阿姨的燃眉之急，也保证了首饰的安全，之后张老太再向李阿姨主张债权。

法律依据

《物权法》第一百七十条 担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。

第一百七十三条 担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。

第一百九十一条 抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

18. 好心帮朋友做担保人，承担什么责任？

典型案例

丰盈县刘某与王某系朋友关系，2009年2月26日，王某以做生意急需资金周转为由向周某借款3万元，约定月利率为2分，到期日期为2010年2月26日。并约定将王某的摩托车抵押给周某，同时刘某作为担保人在借条上签了字。借款合同期满后，王某一直没有还款，

且下落不明，周某多次向刘某催款未果。2010年12月2日，周某向法院起诉，要求刘某偿还欠款3万元及利息7200元。

律师说法

当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权。在没有约定的情况下，并出现物的担保与人的保证同时存在的情况时，物的担保应优先适用。本案中，王某下落不明，周某的债权无法实现，在没有约定的情况下，应该首先处分王某的抵押物，不足还债的部分由刘某承担连带清偿责任。刘某作为保证人，未在借条上注明是一般保证责任，故刘某要承担连带清偿责任。刘某偿还周某借款本息后，可向王某追索。

法律依据

《物权法》第一百七十六条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

《担保法》第六条 本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。

第二十八条 同一债权既有保证人又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

19. 恶意占有他人财物承担什么责任？

典型案例

谢某将自己一台价值近 1 万元的智能手机忘在朋友赵某家，赵某发现后，虽知道是谢某遗忘的，但并未及时返还。随后赵某将智能手机借给崔某，结果被崔某遗失，崔某支付 2000 元给赵某作为赔偿。后来谢某想起智能手机遗忘在了赵某家，于是要求赵某返还，赵某称智能手机已被崔某遗失，只同意将崔某赔偿的 2000 元支付给谢某。谢某则认为自己花了 8000 元购买的智能手机，崔某应该赔给自己 8000 元。此案到底应该怎么解决？

律师说法

本案中，要区分一组概念“善意占有”与“恶意占有”。

所谓善意占有，是指占有人不知道或不应当知道其占有为无合法根据的占有。典型的是占有人以为是自己的财物而误为占有，即占有人误认为自己是占有物的所有人而为之占有。

而恶意占有正好相反，它是指占有人知道或者应当知道自己无权占有他人的标的物而仍然占有，主观上是有过错的。正因为占有时这种主观心态的不同，而导致了占有人承担责任的不同。这是因为，善意占有人既然相信物为自己所有，也当然不能预见到自己应该承担什么样的责任，这时让他承担全部赔偿责任，就过于苛刻了。此外根据《物权法》第 243 条的规定，如果善意占有人因维护该不动产或者动产支出了必要费用，还可以要求所有人偿还。但作为恶意占有人，就不能得到这些“优惠”了。当占有物毁损灭失时，恶意占有人要承担全部的损害赔偿责任，而不仅限于保险金、赔偿金或者补偿金，如果这些数额的金钱不足以赔偿全部损失，他还要补足差额。这是因为，恶意占有人明知自己无权占有，而却因自己的原因使占有物毁损、灭失，法律自应加重处罚。但是如果恶意占有人对造成的损害没有过错，他也不需要承担损害赔偿责任。

此外，根据《物权法》第 243 条的规定，不管是恶意占有还是善意占有，如果占有期间原物有孳息产生，都要将其一并返还给所有人。但是如果善意占有人在收取孳息的过程中付出了一定的劳力或金钱，可以请求所有人补偿。

综上所述，赵某明知智能手机是谢某遗忘在自己家的，而不及时返还，其占有智能手机属于恶意占有。因此，赵某不但要将崔某赔偿的 2000 元支付给谢某，而且还应该赔偿谢某未受弥补的 6000 元损失。

法律依据

《物权法》第二百四十二条 占有人因使用占有的不动产或者动产，致使该不动产或者动产受到损害的，恶意占有人应当承担赔偿责任。

第二百四十三条 不动产或者动产被占有人占有的，权利人可以请求返还原物及其孳息，但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。

第二百四十四条 占有的不动产或者动产毁损、灭失，该不动产或者动产的权利人请求赔偿的，占有人应当将因毁损、灭失取得的保险金、赔偿金或者补偿金等返还给权利人；权利人的损害未得到足够弥补的，恶意占有人还应当赔偿损失。

20. 失主能否私下向小偷夺回被窃物品？

典型案例

甲租了一辆双人自行车使用，结果被乙盗走。某天乙骑着偷来的自行车上街时，被甲的邻居丙发现，丙上前要求乙返还自行车，乙拒绝并威胁丙少管闲事。丙只好放弃，但一直尾随至乙的住处，并打电话将此事告诉了甲。甲随即来到乙的住处，与丙一起将乙教训了一顿，夺回了自行车。请问，失主能否私下向小偷夺回被窃的物品？

律师说法

甲和丙不能私自夺回被偷的自行车。因为，乙对自行车的占有已经确立了，虽然是恶意占有人，但这种占有事实状态也是受法律保护的。甲作为原占有人，已经错过了行使自力救济的时机。自力救济是指权利人自己采取措施保护自己权利的行为。结合本案，这种自力救济仅限于权利人当场发现权益受损而行使。因此这时只能向乙主张返还占有物，如果乙拒绝，则应该通过法律程序恢复占有，而不能借助私力强行取走。而丙作为甲的邻居，对该自行车不享有任何权利，也不是自行车的占有人，因此无权请求乙返还占有物。

法律依据

《物权法》第二百四十五条 占有的不动产或者动产被侵占的，占有人有权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人有权请求排除妨害或者消除危险；因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。

占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。

21. 捡贵重物品以为是“假”货而抛弃，要承担责任吗？

典型案例

最近，某市法院经过一审和二审程序，判定捡戒指以为是假货而抛弃的男子承担赔偿责任的判决在网上传播后引起了人们的广泛关注。从网上的资料来看：2009年7月9日上午11时许，王女士在该市某停车场内不慎将钻戒丢失。王女士很着急，因为遗失的钻戒是男朋友赠送的，价值4.6万余元，作为两人的订婚信物，有重大意义。王女士无奈之下赶紧向警方求助。民警调取事发地点的录像资料，发现是张某拾得钻戒。在警方帮助下，王女士找到了张某，对方认可捡到钻戒，但拒绝返还（张某自称，当时认为戒指是假的，就随手扔掉了，因此无法返还）。于是，王女士起诉了张某，一、二审法院判决张某赔偿王女士4.6万元。那么，法院为什么会这样判决呢？

律师说法

拾得遗失物，应当返还给权利人。拾得人应当及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门。在此之前，拾得人应当妥善保管遗失物，因故意或者重大过失致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。根据现有证据，可以认定张某拾到的戒指系王女士购买的价值4.6万余元的钻戒，张某在拾到戒指后，未将戒指送交公安等有关部门，也未妥善保管。他自称将戒指扔掉，以致戒指灭失无法返还，该行为违反了妥善保管遗失物的法定义务，且具有主观故意，应对由此给王女士造成的经济损失承担侵权的民事赔偿责任。

值得注意的是，王女士应当就戒指的价值提供证据，以证明张某抛弃的戒指为4.6万余元的

钻戒，否则赔偿数额不好认定。

法律依据

《民法通则》第七十九条第二款 拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物，应当归还失主，因此而支出的费用由失主偿还。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第九十四条 拾得物灭失、毁损，拾得人没有故意的，不承担民事责任。拾得人将拾得物据为己有，拒不返还而引起诉讼的，按照侵权之诉处理。

《物权法》第一百零九条 拾得遗失物，应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门。

第一百一十条 有关部门收到遗失物，知道权利人的，应当及时通知其领取；不知道的，应当及时发布招领公告。

第一百一十一条 拾得人在遗失物送交有关部门前，有关部门在遗失物被领取前，应当妥善保管遗失物。因故意或者重大过失致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。

第五篇 合同常识篇

1. 怎么区分合同和协议？

典型案例

王某要购买张某的一幅收藏画，谈好价格为 10 万元，两人签订买卖协议，约定王某交定金 2 万元，半个月后王某来取画，同时交尾款 8 万元。王某刚走，李某上门来买画，也看中了这幅画，表示愿意出 15 万元现金购买，于是张某将该幅画卖给李某。半个月后，王某来取

画，张某辩解：“我们只是签的私人协议又不是合同，不算数的！”合同和私人协议是两回事吗？

律师说法

买卖双方未签订正式的买卖合同，仅签订了一份“协议”，其中较为详细地约定了付款方式和交货时间。后来一方反悔，认为这只是一份私人协议，不是正式的买卖合同，无须履行或承担违约责任。那么合同和协议是两回事吗？

通常我们所说的协议是指一种合意或约定，无论其内容如何，只要当事人对某事达成一致意见，就可以称之为协议。比如说成人间请客送礼的约定，青年男女一起去看电影的约定等都可以称之为协议。然而很明显，这些都不能称之为合同，因为这些协议的内容都算不上是法律上的权利义务。故我们在这里仅凭此就可以很容易得出一个结论：合同是协议的一种，但协议不完全都是合同，即协议的外延大于合同。

我国合同法上所说的合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。由此可见，合同就是具有特定内容的协议，同样具备上述特征的协议就是合同。合同就是有法律约束力的协议。合同是一种承诺，违反承诺可以得到法律救助，某种意义上法律将履行该承诺看做是一种补偿。实践中，合同可以以不同的名称出现，如合同、合同书、协议、协议书、备忘录，名字并不重要，关键是看其内容。

案例中，双方签订的“协议”较为详细地约定了付款方式和交货时间，符合合同的基本特征，有明确的法律关系，也必须严格履行其规定，否则就要承担相应的民事责任。因此，笔者认为，这类详尽的“协议”完全可作为买卖合同履行。

法律依据

《合同法》第二条 本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。

婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

第六条 当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

第八条 依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。

依法成立的合同,受法律保护。

第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第一条 当事人对合同是否成立存在争议,人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

对合同欠缺的前款规定以外的其他内容,当事人达不成协议的,人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定。

《民法通则》第一百零六条 公民、法人违反合同或者不履行其他义务的,应当承担民事责任。

《最高人民法院关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》第一条 经人民调解委员会调解达成的、有民事权利义务内容,并由双方当事人签字或者盖章的调解协议,具有民事合同性质。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除调解协议。

2. 未成年可以签订合同吗? 能签订什么样的合同?

典型案例

16 周岁的黄某,是某中学初中三年级的学生。一天黄某路过一家网吧,看见里边正在处理游戏机,每台只卖 200 元。黄某自己家开游戏厅,想将游戏机买下来用于自家店里。他自己手头只有 400 元,便和网吧老板商量,先交 400 元定 20 台游戏机,其余货款老板和他一道回家去取,两人还签订了一份合同。将游戏机运到黄某家后,网吧老板和黄某的父母说明情况,要求黄某的父母支付剩下的货款 3600 元。黄某的父母认为自己并不想买游戏机,小孩子不懂事不能算数,要求网吧老板将游戏机拉回,并返还已交的 400 元。网吧老板认为,买游戏机属黄某自愿,且已经签了合同,如果不买就属违约。这 400 元属定金,买卖不成,定金就不能退。双方争执不下,黄某的父母起诉到了法院。

律师说法

不满 18 周岁，属于未成年人，可以自行签订如下的合同：（1）纯获益的合同。比如纯受赠合同，即没有负担义务的受赠合同。（2）与民事行为能力相符的合同，比如学生买书本、用具、下课买些零食，等等。如果不是以上两种，则合同效力待定，想要合同生效处理办法如下：（1）由法定代理人追认或撤销。（2）自己满 18 周岁，获得完全民事行为能力后，自行确认。

结合本案，黄某是未成年人，属限制民事行为能力人，其签订的合同除纯获益的合同外，必须与民事行为能力相符，否则属于效力待定合同，没有监护人的追认是不生效的。而订货合同显然超出黄某的民事行为能力，黄某的法定代理人即他的父母对于其购买游戏机一事持反对态度，即黄某父母对这一效力待定的合同是拒绝追认的，那么黄某与网吧老板所签订买卖游戏机的合同为无效合同，网吧老板不能以定金形式扣押这 400 元钱。

法律依据

《合同法》第九条 当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。

当事人依法可以委托代理人订立合同。

第四十七条 限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。

相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

第五十六条 无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

第五十八条 合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

3. 口头买卖合同有效吗？

典型案例

2005年7月李某曾口头协议把自己的手提电脑卖给朱某，朱某当时付了500元，承诺余款随交付电脑后付清，之后朱某既不付款也不来取电脑，直到2006年春节，朱某通知李某手提电脑不买了，要求李某返还其500元。2006年7月李某向法院起诉确认他们之间的买卖合同合法有效，李某能打赢这场官司吗，口头合同有效吗？

律师说法

当事人订立合同形式的生效要件，有书面形式、口头形式和其他形式，一般情况下，可由当事人自行决定。依据当事人选择合同形式或内容的不同，合同成立的时间是不尽相同的，但只要符合了合同的实质和形式生效要件即合同生效。一般而言，合同生效的实质要件包括：

（1）合同当事人订立合同时具有相应的缔约行为能力。（1）合同当事人意思表示真实。（2）合同不违反法律或社会公共利益。（3）合同的内容必须确定或可能。

本案例中，口头形式是可订立买卖合同的，假设两人均具有完全民事行为能力，双方达成买卖合意的时刻，合同已经成立生效，对彼此有法律约束力。实践中，如一方否认口头协议，另一方要有证据证明双方之间确实存在这样的口头协议，不然是不好认定的，还需要组织其他相关证据来证明。即使当事人没有书面或口头的约定，但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立的合同意愿的，人民法院可以认定是以合同法第十条第一款中的“其他形式”订立的合同，但法律另有规定的除外。对于我们老百姓来讲，留存效力强的证据，才是保护自己合法权益最有效的手段，还是尽量严谨，不要给自己找麻烦的好。

法律依据

《合同法》第十条 当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。

法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。

第三十六条 法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

第四十四条 依法成立的合同，自成立时生效。

法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二条 当事人未以书面形式或者口头形式订立合同，但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的，人民法院可以认定是以合同法第十条第一款中的“其他形式”订立的合同。但法律另有规定的除外。

4. 收定金一方违约，要返还双倍定金吗？

典型案例

2009年3月19日，李先生和张某协商，由张某将其经营的一辆客车、线路及车库共计24.6万元转让给李先生，张某收到李先生的定金1万元，并出具收条：“张某将其经营的一辆客车、线路及车库以24.6万元转让给李先生，且必须把线路转让合同转入李先生名下，变更所产生的费用由张某负责。张某收到李先生的定金1万元整。余款交付标的后即付。”

然而到了约定时间，李先生要求张某按照约定交付客车，并将车户及道路客运班线经营许可证变更在其名下，但张某以转让客车必须经运输总公司及交通运输管理部门的同意、自己无处置权为由，没有按照约定给李先生交付客车及办理有关手续。双方争执不下，从而引起诉讼，李先生主张张某双倍返还定金，法院能支持吗？

律师说法

李先生和张某虽然没有签订书面合同，但张某给李先生出具的收条中已经载明了双方的意思表示，且张某收到李先生定金1万元的收条上双方都签字认可。该收条实质上是一份转让协议，具有合同性质，应依法予以确认。

由于张某单方的违约行为，致使不能实现合同目的，属于根本违约，故双方签订的转让协议应依法予以解除。李先生主张张某双倍返还定金，依法有据，法院应当支持。张某于判决生效后 10 日内双倍返还李先生定金 2 万元。

法律依据

《合同法》第一百一十五条 当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

5. 合同违约怎么赔偿？

典型案例

2009 年 10 月 15 日，甲公司与乙公司签订了海上货物运输合同。合同规定，乙公司于同年 11 月 24 日至 30 日派货车为甲公司从上海运袋装石灰 6 万吨到北京，运费为每吨人民币 110 元；甲公司应付给乙公司定金人民币 10 万元。合同未约定违约金条款。签订合同当日，甲公司即向乙公司支付 10 万元。但是乙公司未在合同约定的期间派车到装货地受载。10 月 31 日，乙公司向甲公司提出解除合同，甲公司不同意解除合同，多次催乙公司继续履行合同。但是乙公司仍不派车运输。12 月 15 日，甲公司诉至法院，称乙公司单方解除合同系违约行为，应当依法承担违约责任，要求乙公司双倍返还定金，并赔偿货物在仓库超期堆存费等 28 万元。

律师说法

定金是在合同订立或在履行之前支付一定数额的金钱作为担保的担保方式，又称保证金。一方向另一方给付定金作为债的担保，债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付

定金的一方不履行约定的债务的,无权要求返还定金;收受定金的一方不履行约定的债务的,应当双倍返还定金。但是,定金责任的承担不能替代损害赔偿责任,两者应该区分开来。如果一方违约造成实际损失,另一方适用定金罚则的同时,可同时请求损害赔偿,但是适用定金罚则和损害赔偿的总值不能大于标的物的价值总和。

本案中,甲公司与乙公司签订的货物运输合同中有支付定金条款,且已经实际支付。但实际中乙公司单方解除合同,给甲公司造成损失明显大于乙公司双倍返还定金的数额。因此,乙公司双倍返还定金不足以支付甲公司实际损失时,甲公司还可以继续追究因乙违约造成的损害赔偿责任。故甲方可向乙方主张双倍返还定金 20 万元,以及定金不足以弥补损失的 8 万元。

法律依据

《担保法》第九十条 定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限。定金合同从实际交付定金之日起生效。

第九十一条 定金的数额由当事人约定,但不得超过主合同标的额的百分之二十。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第一百一十七条 定金交付后,交付定金的一方可以按照合同的约定以丧失定金为代价而解除主合同,收受定金的一方可以双倍返还定金为代价而解除主合同。对解除主合同后责任的处理,适用《中华人民共和国合同法》的规定。

《合同法》第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

第一百一十二条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,在履行义务或者采取补救措施后,对方还有其他损失的,应当赔偿损失。

第一百一十三条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的,依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。

第一百一十五条 当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的,无权要求返还定金;收受定金的一方不履行约定的债务的,应当双倍返还定金。

6. 定金和违约金如何适用法律？

典型案例

李某与王某订立了一份工作服购销合同，约定：李某向王某交付 500 套工作服，货款为 5.4 万元，王某向李某支付定金 2 万元。如任何一方不履行合同应支付违约金 2 万元。李某因将工作服卖与黄某而无法向王某交付 500 套工作服。此时王某可以要求李某双倍返还定金并交付违约金吗？诉至法院，法院如何适用法律？

律师说法

本案中，当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。也就是说，如果是违约方交付的定金，非违约方可以选择不归还定金或者接受违约金，按原数归还定金；如果是非违约方交付的定金，则非违约方可以选择对方双倍归还定金或者对方按原数额返还定金并支付违约金。因此，定金和违约金不能同时适用，只能择一诉求。本案中，作为非违约方的王某可以要求李某双倍返还定金 4 万元，或者要求李某按原数额返还定金 2 万元并支付违约金 2 万元。

法律依据

《合同法》第一百一十六条 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。

7. 怎么约定合同中违约金的数额？

典型案例

黄某与王某签订买卖合同，买卖标的价值 100 万元，双方约定，任何一方违约都要向对方支付 8 万元的违约金。后来黄某违约，但只给王某造成了实际经济损失 3 万元，黄某只答应赔偿给王某造成的实际经济损失，而王某则坚持要求黄某按照双方约定的违约金进行赔偿。双方多次协商未果，王某起诉到了人民法院，寻求救济。

律师说法

违约金是指按照当事人的约定或者法律直接规定，一方当事人违约的，应向另一方支付的金钱。违约金是合同救济方式的一种，也是对违约的一种经济制裁。违约金的产生有法定的，也有当事人约定的。法定的违约金我们就不阐述了，仅就平等民事主体“当事人”之间约定违约金展开论述。

我国合同法中违约金的性质主要是补偿性，有限度地体现惩罚性。一方面，违约金的支付数额是“根据违约情况”确定的，即违约金的约定应当估计到一方违约而可能给另一方造成的损失，而不得约定与原来的损失不相称的违约金数额。另一方面，如果当事人约定的违约金的数额低于或高于违约造成的损失，当事人可以请求人民法院或仲裁机构予以适当增加或减少，以使违约金与实际损失大体相当，这明显体现了违约金的补偿性。

可见，当事人约定违约金是以实际损失为坐标上下浮动的，约定过高或过低当事人在实际履行之前都可以到人民法院或者仲裁机构寻求救济。本案中，违约金比实际损失多了 5 万元，依据合同法及相关司法解释的规定，当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为《合同法》第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”。因此，黄某可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少违约金数额，以使违约金与实际损失大体相当。

法律依据

《合同法》第一百一十四条 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十七条 当事人通过反诉或者抗辩的方式，请求人民法院依照合同法第一百一十四条第二款的规定调整违约金的，人民法院应予支持。

第二十八条 当事人依照合同法第一百一十四条第二款的规定，请求人民法院增加违约金的，增加后的违约金数额以不超过实际损失额为限。增加违约金以后，当事人又请求对方赔偿损失的，人民法院不予支持。

第二十九条 当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。

当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”。

8. 怀疑婚介公司提供的是“婚托”，是否可以请求赔偿？

典型案例

刘先生希望通过婚介公司为自己寻求一位伴侣，在向婚介公司缴纳 1 万元后，便开始与婚介公司介绍的一位女士约会。几次见面后，刘先生发现这位女士条件非常好，但每次都把自己带到高档场所消费，却对刘先生的个人情况等不感兴趣，无意与自己进行深入交往。刘先生怀疑这位条件甚好的女士是婚介公司安排的“婚托”，便将婚介公司诉至法院，认为婚介公司欺诈，要求解除合同并双倍返还已交付的服务费。

律师说法

本案的刘先生作为民事案件的原告，需要承担举证责任，即刘先生如果认为婚介公司构成欺诈，那么需要提供婚介公司欺诈的证据。仅是凭感觉认为自己被骗了，无法提供切实的证据证明与自己约会的人是婚介公司的婚托，法院很难认定婚介公司欺诈。

“婚托”大部分出现于非法婚介机构，委托人在接受婚介公司的服务时发现自己有可能被骗后，应及时与当地工商管理部门联系，核实婚介公司是否具有合法经营主体资格。2009年12月1日，我国婚介服务行业引入国家标准，《全国婚介行业服务标准》中明确要求，婚姻介绍服务人员应持有相关职业（婚介师、婚姻家庭咨询师、心理咨询师）资格证书，并且婚介服务不得“介绍到成功为止”。委托人如果发现为自己提供服务的婚介机构及相关人员可疑，要注意收集并固化证据，防止人财两失。

法律依据

《合同法》第七条 当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。

第五十二条 有下列情形之一的，合同无效：

- （一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；
- （二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；
- （三）以合法形式掩盖非法目的；
- （四）损害社会公共利益；
- （五）违反法律、行政法规的强制性规定。

《消费者权益保护法》第四十九条 经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。

9. 商场延迟交付电器，价格调整怎么办？

典型案例

2010年3月，某电器连锁店开展大型促销活动，某品牌34寸液晶电视促销价5000元，王某夫妇一致认为价格实惠，随即购买两台供家庭使用。双方签订买卖合同，合同约定：商场于2009年3月20日前送货，王某夫妇先交部分定金，余款货到付清。2010年3月底，电器连锁店仍没有送货到王某家，王某致电询问情况，电器连锁店表示由于促销价格偏低，由于严重缺货表示愿意附送小玩具以表示歉意。2010年4月中旬，电器连锁店致电王某，由于促销价格过低，扰乱市场，政府要求某电器连锁店实施政府指导价，某品牌34寸液晶电视恢复促销前价格。王某夫妇认为差价不应该由消费者承担，电器连锁店坚持差价的产生是政府干预的行为，双方争执不下，诉至法院。

律师说法

政府定价或者政府指导价具有强制性，属于行政定价性质。凡由政府制定的商品和服务价格，不经价格主管部门批准，任何单位和个人都无权变动。

执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。本案中，双方约定交货日期为2010年3月20日，但是厂家严重缺货，导致实际并没有交付货物，其行为已构成违约，因此，电器连锁店不能要求买方王某按照新价格支付货款。

法律依据

《合同法》第六十三条 执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。

10. 签完经济合同反悔，想解除怎么办？

典型案例

小张和甲货运公司签订货物运输合同，由甲货运公司运输小张的行李到上海。签订合同并支付费用后，小张的单位突然派小张到天津工作，小张急忙找到甲货运公司要求解除运输合同，甲货运公司已经将小张的行李发运出去了，小张还能解除合同吗？

律师说法

经济合同签订以后，便具有法律效力，当事人的各方都必须严格遵守，认真履行，不能单方面随意变更或解除，否则，应承担相应的经济责任。但是有的经济合同在履行的过程中，客观情况发生变化，致使合同的一部分或全部不能履行，或者履行成为不必要，就产生了变更或解除经济合同的问题。

据我国《合同法》的规定，发生下列情况之一者，允许变更或解除经济合同：

1. 当事人双方经协商同意，并且不因此损害国家利益和社会公共利益。合同是当事人经协商自愿签订的，当然可以根据当事人的协议而变更或解除。这符合合同自愿签订的原则。但是国家利益和社会公共利益高于个人利益，当事人在协议变更和解除合同时不能损害国家利益和社会公共利益，否则，变更和解除无效。
2. 由于不可抗力致使经济合同的全部义务不能履行。不可抗力是指当事人在签订合同时不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。不可抗力主要指一些重大的自然灾害（如地震、洪水等）。
3. 当事人一方违约，使合同履行成为不必要。在当事人一方违约，致使实际履行对非违约方来说已经不需要的情况下，若仍要求当事人各方继续履行，则对非违约方十分不利。因此，在当事人一方违约致使履行成为不必要时，应当允许当事人变更或解除合同。“履行成为不必要”，是指履行达不到非违约方所期望的目的，即达不到合同的目的。一切合同都是当事人为达到目的而订立的，当这种目的已经不能达到时，它就失去了继续存在的必要，应当变更或解除。

当事人一方要求变更或解除经济合同时，应及时通知对方。因变更或解除经济合同使一方遭受损失的，除依法可以免除责任的外，应由责任方负责赔偿。当事人一方发生合并、分立时，由变更后的当事人承担或分别承担履行合同的义务和享受应有的权利。

变更或解除经济合同的通知或协议，应当采取书面形式。在变更解除经济合同的协议未达成一致之前，原有的合同继续有效，任何一方不得借故拒绝履行，如果一方任意变更或解除合同，应负违约责任，赔偿对方的损失。

结合到本案当中，小张和甲货运公司签订的是货物运输合同，甲货运公司已经将小张的行李发运出去，小张也是可以使用以上方式解除合同的。针对其签订的合同，要补偿甲货运公司由于中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人因此受到的损失。可见经济合同的性质不同，解除合同处理的方式也是不同的。

法律依据

《合同法》第九十三条 当事人协商一致，可以解除合同。

当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。

第九十四条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

- （一）因不可抗力致使不能实现合同目的；
- （二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
- （三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
- （四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
- （五）法律规定的其他情形。

第九十五条 法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

第九十六条 当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机

构确认解除合同的效力。

法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

第九十七条 合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

第三百零八条 在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，但应当赔偿承运人因此受到的损失。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十六条 合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际确定是否变更或者解除。

11. 答应赠与别人东西，想反悔怎么办？

典型案例

几个好友相聚吃饭，喝到尽兴时，老李夸耀自己的儿子很能干，赚了不少钱，当即要赠送好友老高一辆捷达轿车，两人相谈甚欢随即订立了赠与合同。事后一个月，老高迟迟不见老李来送捷达，几次致电也不见老李提及此事，便到律师事务所咨询赠与有法律效力吗？可以撤销吗？

律师说法

“赠与”是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受的一种行为。这种行为的实质是财产所有权的转移。赠与行为一般要通过法律程序来完成，即签订赠与合同，特殊情况下也可有口头合同和其他形式。法律术语称这种合同为诺成性合同，顾名思义就是只要“承诺”就可以“成立”。基于该合同的诺成性，赠与人做出意思表示时虽未实际取得但将来可以取得的财产，也可成为赠与合同的“标的”。赠与，是指既不需要付息也不需要还本，是“标的”单方面转移。因此，为均衡赠与人与受赠人之间的权利义务关系，在赠与合同的立

法中，立法者都尽可能采取措施优惠赠与人。

赠与人的任意撤销权，是在赠与合同成立后，赠与物交付之前，赠与人可基于自己的意思表示撤销赠与的权利。结合本案例，老李赠与老高捷达轿车是自然人之间的私自赠与，且没有转移标的物，老李享有赠与合同的任意撤销权。

法律依据

《合同法》第一百八十五条 赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

第一百八十六条 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。

第一百八十七条 赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。

12. 公证过的赠与合同能撤销吗？

典型案例

2005 年，老张为再婚妻子的儿子小李买房交了 34 万元的首付款，房产证是小李的名字。2007 年 8 月份，小李将该房屋 50% 的产权赠与老张并进行了公证。后来小李想撤销赠与。那么，老张可以要求小张履行该赠与合同吗？

律师说法

赠与具有相当的社会意义：赠与一方面可以在一定程度上对社会财富平衡分配；另一方面，赠与可以沟通赠与双方当事人的感情，进而融洽社会气氛，减少社会矛盾。立法者都尽可能采取措施优惠赠与人，但是也有例外。

如果具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。由于救灾、扶贫等具有社会公益性质的赠与使得赠与具有了重要的社会意义，若赠与人可以随意撤销这种赠与，则违背了社会公序良俗，不仅与道义不符，而且会给受赠人造成情感上的极大伤害。因此，凡是具有救灾、扶贫等具有社会公益、道德义务性质的赠与，不论当事人以何种形式订立赠与合同，赠与人均不得撤销该赠与。

如果经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。此类合同中，赠与人作出赠与的意思表示是经过法律上的慎重考虑，不存在一时冲动考虑欠周的问题，要是允许赠与人随意撤销这种赠与，既严重违背诚实信用原则，也蔑视公证的严肃性。所以，若赠与合同已经过公证，则不得撤销。

结合本案，小李将该房屋 50% 的产权赠与老张并进行了公证的赠与合同是不能撤销的。

法律依据

《合同法》第一百八十八条 具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。

13. 不满 18 周岁可以申请贷款吗？

典型案例

黄氏家族经营一家食品作坊，为了扩大经营规模，想要再上一条新流水线。由于手头资金紧张，决定向银行贷款。黄家上上下下几十口，最后决定以黄家最小的男孩，小黄的名义来贷款。小黄虽然刚满 17 岁，但有很强的经营能力，在家族企业已经工作了一年，成为家族企业的中坚力量。那么小黄具备贷款资格吗？

律师说法

贷款的方式有很多，无论申请何种贷款，在一般借贷关系中，法律对借款合同的主体资格均没有特殊的限制条件，只要符合合同主体的一般规定就行。虽然法律对贷款人年龄没有明确规定，但实际操作中，几乎所有银行都要求借款人满 18 周岁。这就排除了 16 周岁以上不满 18 周岁、能够以自己的劳动获取独立生活来源的、视为完全民事行为能力人的人，签订的商业借款合同的可能。针对本案，小黄能申请商业贷款的希望不大。值得注意的是：具有我国国籍，年满 16 周岁，持有身份证的在校学生可以申请信用助学贷款。

小黄年满 18 岁后，申请商业贷款需要什么条件呢？我国商业银行现行贷款条件，凡需要向银行申请贷款的企事业单位、个人必须都具备以下基本条件：（1）经营的合法性；（2）经营的独立性；（3）有一定数量的自有资金；（4）在银行开立基本账户；（5）有按期还本付息的能力。小黄只要符合上述条件，提供相应的资质证明以及收入证明，以证明其具有还款能力，并确保其真实性即可。

法律依据

《合同法》第九条 当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。当事人依法可以委托代理人订立合同。

《合同法》第一百九十九条 订立借款合同，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。

14. 没有借条，仅有证人证明，怎么讨要借款？

典型案例

小李借给好友小张 10 万元，说好年底归还。多年好友，出于信任，小李没有要求签订书面的借款合同，只是在交付 10 万元给小张时找了共同的朋友老吴做见证。到了年底，小李向小张提出还钱的事，小张坦言周转不灵，请小李再等等。又过了两年，小张迟迟不还，小李

多次要钱未果，现诉至法院，老吴表示愿意作证，法院会支持吗？

律师说法

民事诉讼中，当事人对自己提出的主张有责任提供证据，所谓“谁主张谁举证”。诉讼证据即定案证据，是指经过查证属实，符合证据“三性”（客观性、关联性和合法性），能够证明案件事实情况的真实材料。诉讼请求欲得到法院的支持，主要看证据的证明力，以及证据是否可以组成逻辑一致的证据链。

简单地从法理角度讲，证据的证明力是有一定区别的，证据分很多种类，不是任何证据都可以做定案依据。结合本案，小李没有和小张签订借款合同，只有老吴的证人证言，没有直接证据，就需要间接证据在环环相扣的情形下，才能证明事实之所存在。如果小张在法庭上自认借款事实，法院可直接判令小张限期还款。如果小张在法庭上不认可借款事实，只有老吴的证人证言，假设老吴具有完全行为能力，小张又没有相反证据来推翻老吴的证人证言，那么老吴的证言法院是可以采纳的。

笔者建议本案当事人，尽量留存直接、原始、一手证据，以确保自己的合法权益不受侵害。

法律依据

《民事诉讼法》第六十三条 证据有下列几种：（一）书证；（二）物证；（三）视听资料；（四）证人证言；（五）当事人的陈述；（六）鉴定结论；（七）勘验笔录。以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。

《民事诉讼法》第六十四条 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条 以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

第七十七条 人民法院就数个证据对同一事实的证明力，可以依照下列原则认定：

（一）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；

（二）物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言；

（三）原始证据的证明力一般大于传来证据；

（四）直接证据的证明力一般大于间接证据；

（五）证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言，其证明力一般小于其他证人证言。

第七十八条 人民法院认定证人证言，可以通过对证人的智力状况、品德、知识、经验、法律意识和专业技能等的综合分析作出判断。

15. 借钱给朋友，没约定利息，起诉时还能要吗？

典型案例

黄某因做生意向王某借款 10 万元，双方立下借款字据：“黄某向王某借款 10 万元，2 年之内归还王某。”双方未有其他约定。黄某按期还款时，王某要求黄某支付利息，黄某以当初没有约定利息而拒绝支付。那么，王某要求黄某支付利息的请求法院会支持吗？

律师说法

自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。案例中，黄某按照约定履行了自己的义务，按期偿还欠款，而王某要求其支付利息，由于事先并未约定，所以得不到法律的支持，黄某不需要向王某支付利息。

法律依据

《合同法》第二百一十一条 自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。

16. 借条应该怎么写？应该注意什么？

典型案例

黄某因做生意向王某借款 10 万元，双方欲立下借款字据，内容为：“黄某向王某借款 10 万元，2 年之内归还王某，利息为每月 0.6%。” 怎样书写借条？要注意什么呢？

律师说法

规范的借条应具备如下内容：（1）借款人和放款人的法定全名；（2）借款金额，包括大写和小写的金额；（3）借款时间期限，包括借款的起止年月日和明确的借款期限；（4）还款的具体年月日；（5）借款的利息，应有明确的年利率或月利率，最终应支付的借款利息总额（包括大写和小写金额）等约定；（6）借款本息偿还的时间及付款方式；（7）应有借款人亲自签章、手印或亲笔书写的签字。

规范的借条书写格式及内容举例如下：

借 条

今黄某借给王某人民币拾万元整，即¥100000.00 元，自××××年×月×日至××××年×月×日，期限 24 个月，利率为每月 0.6%，利息共计人民币壹万肆仟肆佰元整，即¥14400.00 元，全部本息于××××年×月×日一次性偿还。

借款人：黄某（签字、手印、签章）

××××年×月×日

法律依据

《合同法》第一百九十七条 借款合同采用书面形式，但自然人之间借款另有约定的除外。借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

第二百一十条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。

17. 承租别人的房子，能不能再转租？

典型案例

杨某与冯某签订了两年的租房合同。合同中约定杨某将此房用做小卖部。但是一年以后，杨某因小卖部经营不善，打算转包给别人开饭店。于是，他在没有与冯某商议的情况下，自己找到黄某，将房子转租给黄某。冯某发现以后，要求与杨某终止租赁合同，并要求杨某把房屋恢复原样，交给自己。但是，杨某认为冯某已经把房屋租给自己，就不应该干涉自己用来做什么，况且是在租赁期限内转租，因此不同意解除合同。

律师说法

杨某在租赁合同续存期间，将房屋出租给黄某，既没有得到冯某的事前授权，事后也没有获得冯某追认，属于擅自租赁的无效行为，该无效行为的后果应当由杨某承担。冯某有权要求解除与杨某之间的租赁合同，并有权要求杨某将房子恢复原状，及时交付给冯某。

合同中未规定转租，承租人经出租人同意，或事后获得出租人追认，也是可以将租赁物转租给第三人的。原则之下有例外，承租经济适用房是绝对不得转租的，承租家庭需严格遵守与政府保障房部门签署的承租协议，不转租、不装修，按时交纳房租、供暖费、水电费等费用，并承诺自觉接受住房保障中心及物业公司的动态监督。

黄某作为承租人也有其注意义务，有义务审核所租用房子的房产证与房东身份相符，如果没有尽到注意义务或明知道是违约转租还承租的，由自己承担相应的不利后果。因此，黄某应腾退房屋，并将交付房屋给冯某，然后再追究杨某的违约责任。

法律依据

《合同法》第五十一条 无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

第二百二十四条 承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失。

承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。

《民法通则》第六十一条 民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人应该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

18. 动产承租人有优先购买权吗？

典型案例

某文化公司因办公急用，租用某商贸公司的打印机三台，双方签订租赁合同，租赁期限一年，随即某商贸公司交付某文化公司三台打印机。租赁合同续存期间，某商贸公司经营不善想变卖部分固定资产，交付给某文化公司的三台打印机也在变卖财产之列。黄某看到某商贸公司的广告，对三台打印机感兴趣提出要看货，某商贸公司带黄某到某文化公司看货，某文化公司当即表示自己愿意购买，三方争执不下。某文化公司有优先购买权吗？

律师说法

优先购买权又称先买权，是指特定人依照法律规定或合同约定，在出卖人出卖标的物于第三人时，享有的在同等条件下优先于第三人购买的权利。优先购买权是民商法上较为重要的一项制度，古今中外立法对此都有相应规定。

承租人优先购买权是基于之前有效缔结的租赁合同，而形成的一种请求权、债权，请求出卖人与之缔约并在同等条件下优先买受标的物的权利。承租人优先购买权的产生有双方约定的，也有法定的。如我国不动产承租人就法律明文规定的享有优先购买权，双方无约定亦享有（不动产如房屋）。

我国合同法明文规定不动产租赁承租人享有优先购买权，并无动产租赁承租人优先购买权的规定，但根据合同法关于无名合同的规定，动产租赁承租人可以参照不动产租赁承租人的权利，有优先购买权。也就是说，双方签订的动产租赁合同，有关于承租人优先购买权的约定从其约定，无约定参照不动产租赁承租合同的法律规定，也有优先购买权。

因此，本案例中某文化公司享有优先购买权，可主张其权利。

法律依据

《合同法》第一百二十三条 其他法律对合同另有规定的，依照其规定。

第一百二十四条 本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。

第二百三十条 出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。

《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第二十一条 出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。

19. 租来的房子有安全隐患，怎么办？

典型案例

2010年6月，李某与房东黄某签订了一份房屋租赁协议，租赁期限为1年。10月份，李某发现租赁房屋天花板断裂，掉下大块墙皮，依稀可看到天花板的漏洞直接通到楼上住户。李某当即通知楼上邻居，并告知黄某房屋损坏情况。李某觉得现在租住的房屋非常不安全，向黄某要求退房并退还租房押金。可是黄某不同意，说还没有到期。那么，李某可以要求退房吗？

律师说法

租赁房屋存在安全隐患，影响房屋合理使用的，李某可以跟黄某协商根据合同条款来处理。如果没有合同约定，可以要求出租人在合理期限内维修，出租人未履行维修义务的，也可以由承租人自行维修，维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或者延长租期。租赁房屋安全隐患严重，危及承租人的安全或者健康的，致使不能实现合同目的，李某可以要求解除房屋租赁合同。

行使解除房屋租赁合同权有约定解除及法定解除两种形式：（1）房屋租赁合同的约定解除是指合同当事人认为解除本合同比继续履行合同更有利于自身利益，经协商一致而解除合同。（2）房屋租赁合同的法定解除是指当发生了法律规定的情形时，当事人一方依法行使解除权解除合同，终止合同的权利义务。

承租人享有解除合同的法定情形有：（1）合同法九十四条规定的情况；（2）因租赁物部分或者全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的的，承租人可以解除合同；（3）租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。

法律依据

《合同法》第九十三条 当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。

第九十四条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

- （一）因不可抗力致使不能实现合同目的；
- （二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
- （三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
- （四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
- （五）法律规定的其他情形。

第二百一十六条 出租人应当按照约定将租赁物交付承租人，并在租赁期间保持租赁物符合约定的用途。

第二百二十条 出租人应当履行租赁物的维修义务，但当事人另有约定的除外。

第二百二十一条 承租人在租赁物需要维修时可以要求出租人在合理期限内维修。出租人未履行维修义务的，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或者延长租期。

第二百三十一条 因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人可以要求减少租金或者不支付租金；因租赁物部分或者全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的的，承租人可以解除合同。

第二百三十三条 租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。

20. “群租”“合租”合法吗？

典型案例

来自安徽的小明大学毕业后留在北京工作，与两个同学合租一套三居室的房子，每人一个房间。一年后，小明的同学均因工作调动，相继搬离了合租房，三居室的房子只留下了小明一人，没有人跟他分担房租，小明犯愁了。此时有朋友建议他将三居室改造成八个隔间，“群

租”出去，这样小明就不用为房租着急了，还能有盈余呢。小明仔细寻思后，与房东商量，房东表示同意但改造费用由小明承担。得到房东认可，小明找来工人准备大干一场，闻讯而来的物业当即阻止小明，宣称改造房子“群租”是违法的，小明怎么办呢？“群租”“合租”合法吗？

律师说法

合租是指至少两人一起租住一间或一套住房，这种现象产生的原因在于目前房租过高，一个人或一个家庭难以负担，特别是在北京、上海等一线城市，是比较常见的居住方式。

而“群租”是 2007 年 8 月教育部公布的 171 个汉语新词之一，是指把房子分割成一个个独立的房间，再简单装饰装潢一下，然后以便宜价格将房子出租给很多人的现象。“群租”改造了经建委批准的正规格局，居住人口又过多，造成很多隐患。如生活设施报修率是小区内最高的；群租人多自然能源损耗大，一间房安装多个电表，但用电量在房屋设计时并未预计到会承担如此压力，导致跳电现象频发。电梯的使用也是问题，增加用电和电梯维护的成本。租客不交物业管理费，经常维修，增加物业管理成本，费用转嫁给全体业主承担，进而出现小区环境恶化，楼盘品质下降等问题。因此，“群租”这一新时代的产物，到底是否合法，成了法律上争议的内容。

根据 2011 年最新颁布的《商品房屋租赁管理办法》，“违反规定改变房屋使用性质的”是不得出租的。“出租住房的，应当以原设计的房间为最小出租单位，人均租住建筑面积不得低于当地人民政府规定的最低标准。厨房、卫生间、阳台和地下储藏室不得出租供人员居住。”可见，“合租”也好，“群租”也罢，都要遵循法律的调整，不能违反法律强制性规定。

“群租”既是一个法律问题，也是一个社会问题，建设法制社会的同时，对“群租”人群也需要一些人文关怀，多一些宽容。

法律依据

《商品房屋租赁管理办法》第六条 有下列情形之一的房屋不得出租：

- （一）属于违法建筑的；
- （二）不符合安全、防灾等工程建设强制性标准的；

（三）违反规定改变房屋使用性质的；

（四）法律、法规规定禁止出租的其他情形。

第八条 出租住房的，应当以原设计的房间为最小出租单位，人均租住建筑面积不得低于当地人民政府规定的最低标准。厨房、卫生间、阳台和地下储藏室不得出租供人员居住。

21. 承揽方能随便把加工任务给别人吗？

典型案例

某公司要求甲服装加工厂为其制作一批工作服，双方签订了承揽合同。合同约定由某公司提供原材料，由甲服装加工厂负责加工工作服 150 件。合同签订以后，某公司按照合同约定将原材料运至甲服装加工厂，并预付了加工费。后来，甲服装加工厂由于业务繁忙，便擅自将其中 100 件转交给乙工厂制作，其余 50 件自己加工。合同到期以后，甲服装加工厂将 150 件工作服如数交给某公司。某公司验货时明显发现乙工厂制作的质量、做工次于甲服装加工厂，不符合质量要求，于是要求甲服装加工厂承担违约责任。那么，未经某公司同意，甲服装加工厂能否自行将任务转给他人？

律师说法

加工承揽合同是指承揽方按照定作方提出的要求完成一定的工作，定作方接受承揽方完成的工作成果并给付约定报酬而订立的合同。提出加工任务的一方，称为定作方；接受并完成加工任务的一方，称为承揽方。

根据我国合同法的规定，承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责；未经定作人同意的，定作人也可以解除合同。

本案例中，某公司与甲加工厂签订的就是加工承揽合同，某公司是定作方，甲加工厂是承揽方。甲加工厂有义务利用自己的设备、技术和劳力完成所承揽的工作。但是甲加工厂由于自身业务繁忙，在未经某公司同意的情况下，擅自将其中 100 件转给乙工厂，违背了双方的约

定，且乙工厂加工制作的工作服明显不符合质量要求，因此，根据《合同法》的规定，某公司不但可以与甲服装加工厂解除承揽合同，还可以要求甲服装加工厂承担相应的损失。

法律依据

《合同法》第二百五十一条 承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。

承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。

第二百五十二条 承揽合同的内容包括承揽的标的、数量、质量、报酬、承揽方式、材料的提供、履行期限、验收标准和方法等条款。

第二百五十三条 承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外。

承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定做人负责；未经定做人同意的，定做人也可以解除合同。

22. 帮忙保管的财物丢失怎么办？

典型案例

小王与小李一起逛商场，小王急于上洗手间，便将自己的背包交给小李照看。在此期间，小李看上了一条牛仔裤，便随手将自己和小王的包放在了店内的货架上，进了试衣间试衣服。当小李从试衣间出来时发现两人的包被偷。两人四处寻找未果。于是，小王要求小李赔偿她的损失，但是小李觉得自己只是暂时帮小王照看一下，是无偿的，自己也是受害者，况且商场也有一定保障客户财务安全的义务，小王怎么能要求自己承担损失呢？

律师说法

保管合同是保管人有偿或无偿地为寄存人保管物品，并在约定期限内或应寄存人的请求，返还保管物品的合同。保管合同是实践性合同，自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外；依保管合同交付保管人保管的物品只是临时转移保管物品的占有权；保管合同的保管物只能是特定物或特定化了的种类物；保管合同一般是有偿合同，也有无偿的保管合同。

本案中，当小王将包交给小李照看时，双方已经达成了有效的保管合同，小李有义务妥善保管小王的包。在此期间，小李却将保管物放置在不安全的地方，疏于保管，导致背包被盗，其行为明显存在重大过失。过失与重大过失的区别：过失行为是行为人无法预计自己的行为将产生何种后果；重大过失是行为人能够预计自己的行为可能产生的后果，只是抱有一种侥幸心理，继续自己的行为。《合同法》第三百七十四条对无偿保管导致保管物灭失的免责情形作了规定，即保管人能证明自己没有重大过失，而小李的行为显然不属于免责范围之内，因此，小李应当承担赔偿责任。

那么商场对两个人的包有保管义务吗？经营者的安全保障义务不是无限的，只有经营者在未尽合理限度内的安全保障义务而造成他人损害，才会产生损害赔偿责任。经营者的安全保障义务一般包括维护、保管公共设施，保证产品质量和服务符合安全标准，及时发现安全隐患并采取妥善措施消除危险，对可能造成危险的设施、行为设置明显的标志并采取相应的保护措施。在顾客没有明示要求商场代为保管的情况下，要商场工作人员注意每个顾客的财物是很严苛的高度保障义务，目前法律没有明确的规定。

再者，在与小王未约定的情况下，小李不得将保管物转交第三人保管，将保管物转交第三人保管，对保管物造成损失的，保管人应当承担损害赔偿责任。因此，小李应当承担赔偿责任。

法律依据

《合同法》第三百六十五条 保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。

第三百六十六条 寄存人应当按照约定向保管人支付保管费。

当事人对保管费没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，保管是无偿的。

第三百六十七条 保管合同自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外。

第三百六十九条 保管人应当妥善保管保管物。

当事人可以约定保管场所或者方法。除紧急情况或者为了维护寄存人利益的以外，不得擅自改变保管场所或者方法。

第三百七十一条 保管人不得将保管物转交第三人保管，但当事人另有约定的除外。

保管人违反前款规定，将保管物转交第三人保管，对保管物造成损失的，应当承担赔偿责任。

第三百七十四条 保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任，但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担赔偿责任。

《侵权责任法》第三十七条 宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。

因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。

23. 寄存贵重物品没有声明，丢失怎么办？

典型案例

王某到某娱乐中心消费时，将手提包和夹克衫存放在寄存处，并交纳保管费 2 元。可是，当王某消费完去领取衣物时，发现包和衣服已经被别人取走。经该娱乐中心工作人员辨认，王某手持的取物牌确系工作人员发放，而取走衣物者交的取物牌是伪造的。王某称包内有现金 1.6 万元及身份证、票据等物品，并要求娱乐中心赔偿损失。娱乐中心则解释，寄存处上方有“贵重物品自理，丢失概不负责”的醒目字样，王某称包内有大量现金，但他既未事先声明，也没有证据证明，故只愿意承担王某因丢失包和衣服所造成的损失。双方不能就赔偿事宜达成协议。某娱乐中心要做怎样的赔偿呢？

律师说法

消费者王某寄存的物品被冒领，系由娱乐中心未尽足够注意义务所致，故娱乐中心应承担赔

偿责任。目前矛盾的纠结在于，王某寄存物中有大量货币、有价证券等其他贵重物品，这超出一般保管物的损失，娱乐中心要赔吗？根据我国《合同法》的规定，寄存人寄存货币、有价证券或者其他贵重物品的，应当向保管人声明，由保管人验收或者封存。寄存人未声明的，该物品毁损、灭失后，保管人可以按照一般物品予以赔偿。

寄存人应当事先声明。无论采取何种方式声明，只有足以使保管人知晓，才应当被认定为有效的声明。如在保管人事先未知晓寄存人之声明的情形下保管物毁损、灭失，保管人可以只按一般物品（这里赔偿标准为“一般物品”标准，即依保管物的外观、按社会一般人的认识标准所能确认的价值）予以赔偿，另一部分损失由寄存人自己承担。

从本案来看，王某在寄存时未声明寄存物中有大量货币、有价证券等其他贵重物品，也没有经保管人员验收，在没有其他有力的证据证明王某寄存物中确实有贵重物品的情况下，娱乐中心只能按照一般物品予以赔偿。

法律依据

《合同法》第三百七十四条 保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任，但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。

《合同法》第三百七十五条 寄存人寄存货币、有价证券或者其他贵重物品的，应当向保管人声明，由保管人验收或者封存。寄存人未声明的，该物品毁损、灭失后，保管人可以按照一般物品予以赔偿。

24. 飞机晚点，怎么办？

典型案例

李某购买了某航班的机票欲前往深圳。当李某按机票上载明的时间提前赶到机场办理登机手续时，机场方面通知该航班将比预定的时间晚 6 个小时起飞。此时，李某能否要求航空公司为其办理航班更换手续或退票呢？

律师说法

飞机误点，要看具体情况，是航空公司遭遇不可抗力，还是航空公司的一般违约，目前航空行业的法律规定还不是很完善，仍然参照合同法有关运输合同的规定。

李某购买机票即与航空公司签订了运输合同。航空公司一旦违约，承担的是严格责任，即违反合同就承担违约责任，不考虑有无过错。违约责任的构成要件当中没有过错要求，不以过错为责任构成要件。当事人在提起违约诉讼中向法院证明自己没有过错，要求免责，但即使无过错，也不能免责。因此，李某可向航空公司主张安排改乘其他班次或者退票。

若飞机误点是由不可抗力的原因引起的，航空公司没有过错，可根据公平责任原则，由航空公司适当进行补偿。如天气、突发事件、空中交通管制、安全检查等，这些原因是航空运输中的不可抗力，此种情况能部分免除航空公司迟延的违约责任。但是，承运人此时负有通知并尽力减少不可抗力给对方造成损失的责任，即航空公司仍然负有告知义务和补救义务。

飞机误点，航空公司的告知义务和补救义务，首先有助于旅客对于迟延的事实能全面了解，要求航空公司采取补救措施时有个很好的判断。比如，因为所迟延的时间，旅客再前往目的地已经达不到预定目的，旅客可以选择退票。或者旅客了解有其他更早的班次，可以改乘，尽可能减少损失，以达到自己订立运输合同的目的。航空公司如果不告知迟延的全面情况，旅客无法为减少损失作出安排，航空公司应承担相应责任。

法律依据

《合同法》第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

第二百九十九条 承运人应当按照客票载明的时间和班次运输旅客。承运人迟延运输的，应当根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票。

25. 航空托运的货物受损怎么办？

典型案例

李某委托某运输公司运输二十台液晶电视从上海运至北京某公司。托运时经运输公司查验并按照其要求的包装方式对电视进行包装。托运货物到达北京以后，收货人验收时发现两台电视损坏。李某找到运输公司索赔，运输公司负责人说按照行规最高赔偿标准是运费的十倍。那么，托运货物受损应该如何赔偿？

律师说法

依据我国《合同法》的规定，承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，但承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担损害赔偿责任。本案中，如果承运人即某运输公司不能证明电视的损坏是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，则应该承担货物损害的赔偿责任。

当货物的毁损归责于承运人，而双方就赔偿金额协商不成，原合同又无明确条款约定，可依据运输方式的不同，依次适用法律的相关规定、行业交易习惯、当事人双方经常使用的习惯做法。运输公司负责人宣称按照行规最高赔偿标准是运费的十倍，依法无据，显然是不严谨的结论。

法律依据

《合同法》第三百一十一条 承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，但承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担损害赔偿责任。

第三百一十二条 货物的毁损、灭失的赔偿额，当事人有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价格计算。法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的，依照其规定。

第六十一条 合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约

定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第七条 下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称“交易习惯”：

（一）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；

（二）当事人双方经常使用的习惯做法。

对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。

26. 遭遇出租车“拒载”怎么办？

典型案例

上海市民朱某在家吃晚饭时突然晕倒，他的家人急忙将其背到人行道上。此时，上海市某汽车服务公司驾驶员陈某恰好驾车路过此处。家人赶紧叫住车，请陈某将病人送往医院。陈某见到朱某昏厥且身上有大小便，就以病人会弄脏车辆为由，拒绝将朱某送往医院。朱某的家人与陈某争执了十多分钟，无奈下朱某的家人只得另行拦了一辆出租车，将朱某送到医院。朱某经抢救无效死亡。朱某的家人便将陈某和他所在的上海市某汽车服务公司告上法庭，要求赔偿 18.6 万余元。

律师说法

出租车司机有没有选择乘客的权利？朱家和陈某是否订立了运输合同？合同是否成立？上海市某汽车服务公司为何也成为被告了呢？

虽然《合同法》规定了缔约自由，但是这并不是绝对的。为了限制垄断，更好地保护消费者的利益，我国法律对社会公用事业部门都规定了强制缔约义务。所谓强制缔约义务，是指个人或法人负有应相对人之请求，与其订立合同的义务，即对相对人之要约，没有正当理由不得拒绝承诺。强制缔约制度的适用范围，主要发生在当事人议价能力不平等比较严重的行业和领域，如邮政、电信、电业、天然气、煤气、自来水、铁路、公共汽车等公用事业。

就出租车行业而言，其也是社会公用事业的一部分，出租车司机理当负有强制缔约义务，因此出租车司机不能拒绝乘客通常、合理的运输要求。换言之，只有在旅客有不合理、非通常的要求时，承运人才有权拒绝。依据出租车经营活动交易习惯，客人招手为要约，驾驶员停车表示承诺，客人与承运人之间的合同此时成立，这是将法定的强制缔约义务等同于合同依法成立的情况之一。本案陈某的拒载行为构成违约，应当承担严格责任。

出租车拒载所引起的后果是难以预测的，包括乘客生病甚至死亡。在这种情况下，拒载司机要承担赔偿责任怎么界定？本案中，法官将出租车司机的拒载行为认定为违约行为，虽然也从追究违约责任的角度使乘客的损害得到救济，但笔者认为，追究拒载司机侵权责任更为有利于保护被拒载乘客。根据我国民法中规定，侵权民事责任的构成通常包括违法行为、损害事实、因果关系以及主观过错等四个要件。拒载司机的违约是违反法定的强制缔约义务行为，即构成侵权民事责任的违法行为。如被拒载乘客有证据证明其损害事实、损害事实与拒载司机的违约行为有因果关系以及拒载司机主观过错，那么追究拒载司机的侵权责任是可以成立的。可见侵权和违约在现实生活中是经常结合在一起的，但提起民事诉求时只能择一。因此，提醒广大读者，要慎重选择。

另外朱家也存在一定的过错，在陈某拒载后，朱某的家人没有当即采取其他措施，而是与陈某争执了十多分钟，对抢救时间的延误也有一定责任。据此，法院依法减轻了被告的责任，判决拒载司机所在的上海市某汽车服务公司向死者家属赔礼道歉，并赔偿两万元。

上海市某汽车服务公司为何也成为被告了呢？出租车司机陈某是出租车运输公司的从业人员，他和该公司之间存在着雇佣劳动关系。陈某的拒载行为发生在其正常运客期间，属于出租车运输公司正常经营活动范畴，不属于越权行为。也就是说，出租车司机陈某的拒载行为应当属于出租车运输公司进行的出租车客运经营活动。因此，依照法律规定，出租车司机陈某的拒载行为引起的损害赔偿赔偿责任依法应当由出租车司机陈某和其所属的出租车运输公司连带承担。该出租车运输公司在承担了连带赔偿责任之后，有权向有过错的陈某追偿。如果出租车司机是个体工商户，其拒载行为引起的侵权损害赔偿赔偿责任只能由其自己承担。

法律依据

《合同法》第二百八十九条 从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。

《城市出租汽车管理办法》第二十四条 乘客应当遵守本办法和道路交通管理法规的有关规定，在下列情况下，乘客不得拦车：

（一）车辆在载客运营中；

（二）车辆在遇红灯停驶时；

（三）所在地点或者路段禁止停车时；

（四）所经道路无法行驶时。

《民法通则》第一百零六条第二款 公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担赔偿责任。

《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》第九条 雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。

前款所称“从事雇佣活动”，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为“从事雇佣活动”。

27. 乘公交车受伤，责任在第三人，怎么索赔？

典型案例

2009年9月，小李乘坐某客运公司的公共汽车去看望一位朋友。途中，一辆货车与该公共汽车相撞，致使多名乘客受伤，小李左臂骨折。交警认定货车司机负全责，但是货车司机家境贫困无力赔偿，小李于是要求客运公司赔偿自己的医疗费，遭到拒绝。客运公司认为自己对乘客尽到了注意义务，而且对事故的发生没有过错，责任在于货车司机，自己不应赔偿。那么，小李该找谁赔偿呢？

律师说法

本案中，小李在乘车中因车祸导致受伤，虽然直接原因是第三人货车司机的过错，但是客运公司未将乘客安全送到目的地，已经构成违约，因此，应该向乘客承担违约责任。就客运合同而言，法律又对之特别规定了适用无过错责任，即承运人违约造成乘客人身损害应当承担全部赔偿责任。基于乘客上车后就将自己的人身安全完全托付给了承运人，因此承运人对乘

客在乘车途中所受到的损害应当负加重责任。只要承运人不能证明乘客的伤亡是不可抗力或者乘客故意、重大过失造成的，承运人就应当负责赔偿，而不论其主观上是否有过错。所以，小李可以要求客运公司承担赔偿责任。

因为客运合同又是一种消费合同，实践中，让有经济能力的承运人对受到损害的乘客先承担合同责任，有利于维护作为消费者“乘客”的合法权益。承运人赔偿后，可以以第三人侵害债务关系为由，向侵权人追偿。也就是说，此时承运人承担的责任实际是垫付责任。这种垫付责任负担全部责任，即使承运人尽到了相应的义务，也不能减轻。而对于承运人的救济可通过保险机制来解决，推行强制保险，由承运人作为投保人，乘客作为被保险人和受益人。乘客一旦受损，即可由保险公司赔偿。而保险公司由于利益驱动，会经常去检查承运人的安全措施。其中的具体操作无须由乘客本人向保险公司要求赔偿，乘客直接向承运人依法请求赔付即可。

由此可见，小李可以向客运公司主张医药费，依法有据。

法律依据

《合同法》第一百二十一条 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

第二百九十条 承运人应当在约定期间或者合理期间内将旅客、货物安全运输到约定地点。

第三百零一条 承运人在运输过程中，应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。

第三百零二条第一款 承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。

《消费者权益保护法》第七条 消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。

第十一条 消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。

28. 妈妈代替女儿签订的买卖合同有效吗？

典型案例

小雪来北京工作有好多年了，积攒了一些积蓄，想在山西老家买一套房子孝顺父母。于是在春节回家时交给妈妈 20 万元，让父母自己挑选房子。父母挑选好房子，准备签订房屋买卖合同，转念一想：“购置房产还是写小雪的名字吧，房子早晚是女儿的，以后也省事了。”当下，给身在北京的女儿打电话，女儿也同意父母的安排，但没有假期回山西。楼盘销售为了能多卖房子，表示由小雪父母代签也是可以的，那妈妈代替女儿签订的买卖合同有效吗？

律师说法

本案例中，有几个法律概念我们是要理清的，即代理、法定代理及意定代理。所谓代理是指以本人名义向第三人代为或代受意思表示，而对本人直接发生效力的行为。而代理依其发生的原因又可以分为法定代理与意定代理。法定代理是指基于法律规定而发生的代理，一般常见于父母与未成年子女间、禁治产人（禁治产人指因心神丧失或精神耗损，不能治理自己的财产，经有关人员的申请，由法院依法宣告为无民事行为能力的人。）与其监护人之间或商事法上的法定代理。意定代理是指基于法律行为而产生的代理，而通常代理人和本人间会另外有一个代理权授予的行为。

代理基本上为财产法上概念，具一身专属性质的身份行为原则上不许代理。另外，侵权行为也不能代理。

结合本案，小雪已经成年并具有完全民事行为能力，不具备法定代理的情形，只能双方约定委托代理人签订买卖合同，这需要事前授权或事后追认，代理方为有效。如果没有相应的授权委托书属无权代理，代理签订的房屋买卖合同是效力待定的合同，需要小雪事后进行追认（表示愿意购买房屋），否则合同无效。

法律依据

《合同法》第四十八条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

第四十九条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

《民法通则》第十四条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。

29. 买卖不成，还用支付中介费吗？

典型案例

李某想要买一套机器设备，委托一家商务公司为其联系，商务公司为李某找到满意的机器设备，商务公司和李某签订了委托协议，同时李某依约向卖方支付了定金。之后，由于卖方提供的机器设备不符合买方的要求，双方无奈达不成买卖协议，卖方退定金给李某。此时商务公司找到李某，要求李某支付 3000 元的中介服务费。李某以机器设备没有买成，以及居间协议没有约定佣金内容为由拒绝。双方争执不下，诉至法院。

律师说法

商务公司主张中介费基于什么法律关系？其主张可以得到支持吗？

居间合同，是指居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。在民法理论上，居间合同又称为中介合同或者中介服务合同。向他方报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务的一方为居间人，接受他方所提供的订约机会并支付报酬的一方为委托人。

本案中，李某与商务公司之间的合同属于居间合同，李某是委托人，商务公司是居间人。根据合同的规定，居间人行使报酬请求权采取报酬后付，即以合同因其报告或媒介成立为限。合同未成立的，不得请求报酬；合同虽成立但无效时，居间人也不能请求报酬。但是可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用，举证责任由居间人承担，居间人不能举证的，承担不利后果。因此，商贸公司可以主张 3000 元的中介服务费，但要提供证据证明是从事

此项居间活动中支出的必要费用。

法律依据

《合同法》第四百二十四条 居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。

第四百二十六条 居间人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。对居间人的报酬没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，根据居间人的劳务合理确定。因居间人提供订立合同的媒介服务而促成合同成立的，由该合同的当事人平均负担居间人的报酬。

居间人促成合同成立的，居间活动的费用，由居间人负担。

第四百二十七条 居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬，但可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用。

30. 代替别人写欠条，要注意哪些事项？

典型案例

李家盖房子，李父请来张某帮忙，房子盖好后，发现支出超出预算，之前和张某讲好的 3 万元工钱，现金不够支付，少 1 万元。张某急于赶赴下一个工地，要求李父书写一张欠条，李父因施工伤到自己的右手不能写字，提出由小李代为书写。欠条能成立吗？要注意哪些问题呢？

律师说法

首先，欠条是可以由他人代为书写的，这个代书仅仅是劳务上的代为书写，在不构成委托、代理等这样法律关系的情况下，代书人是不承担被代书人任何的法律责任的。即本案中，小李代为书写欠条，只要书写的内容具备借款合同的必要条款，符合借款合同生效要件，又存在借款事实，借款合同是可以成立的。

需要注意的是，欠条表述中最好明确由小李代为书写，欠款人由李父亲自签名或盖章，以免发生纠纷时，欠条书写笔迹和欠款人笔迹不同，影响诉讼结果。

法律依据

《合同法》第一百九十七条 借款合同采用书面形式，但自然人之间借款另有约定的除外。

借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等。

第一百九十八条 订立借款合同，贷款人可以要求借款人提供担保。担保依照《中华人民共和国担保法》的规定。

第二百一十条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。

31. 替别人买东西，卖高价部分归谁？

典型案例

张某决定将家中的一件古董卖掉，经估价，这件古董值 50 万元。张某将这件古董委托给某古玩店寄卖。双方约定，寄售价格为 50 万元，委托费为寄售价格的 1%。古玩店经大力宣传后，最终以 87 万元将玉器卖出。张某要求古玩店将 87 万元交付给自己，但古玩店只同意交付 50 万元，并要求张某支付宣传费 10 万元。那么，多卖出的钱应当归谁？张某应支付古玩店的宣传费吗？

律师说法

本案中，张某与古玩店之间的关系为行纪合同关系，古玩店为行纪人，张某为委托人。行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。以自己名义为他人从事贸易活动的一方为行纪人，委托行纪人为自己从事贸易活动并支付报酬的一方为委托人。行纪合同是诺成合同，只需行纪人与委托人达成合意即可成立，而无须以物的交付为其成立要件。行纪合同是非要式合同，可以以书面、口头以及其他约定的方式订立，无需以特定方式订立。

根据合同法的规定，行纪人高于委托人指定的价格卖出或者低于委托人指定的价格买入的，首先依据双方约定，如无约定双方可以协商，协商不成，该利益属于委托人，但行纪人可以按照约定增加报酬。因此，古玩店多卖出的 37 万元应当归张某所有。同时，行纪人处理委托事务支出的费用，由行纪人负责，但当事人另有约定的除外。由此可知，在张某未与古玩店事先约定谁承担宣传费用的情况下，该费用应依法由古玩店自行承担。

法律依据

《合同法》第四百零七条 受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的事由受到损失的，可以向委托人要求赔偿损失。

第四百一十四条 行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。

第四百一十五条 行纪人处理委托事务支出的费用，由行纪人负担，但当事人另有约定的除外。

第四百一十八条 行纪人低于委托人指定的价格卖出或者高于委托人指定的价格买入的，应当经委托人同意。未经委托人同意，行纪人补偿其差额的，该买卖对委托人发生效力。

行纪人高于委托人指定的价格卖出或者低于委托人指定的价格买入的，可以按照约定增加报酬。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，该利益属于委托人。

委托人对价格有特别指示的，行纪人不得违背该指示卖出或者买入。

第四百二十一条 行纪人与第三人订立合同的，行纪人对该合同直接享有权利、承担义务。

32. 网上购物的合同有法律效力吗？

典型案例

小李通过某网站订购了一台电脑，网站承诺 15 日之内送货，但是一个月过去了，小李并没有收到货物。那么，小李与这家网上商店达成的网上购物协议是否具有法律效力？小李该怎么办呢？

律师说法

小李与网上商店达成的协议是有法律效力的，假设小李是完全民事行为能力人，就可以认定双方签订的是以买卖货物为内容的电子合同。

电子合同是双方或多方当事人之间通过电子信息网络以电子的形式达成的设立、变更、终止财产性民事权利义务关系的协议。可以看出电子合同是以电子的方式订立的合同，其主要是指在网络条件下当事人为了实现一定的目的，通过数据电文、电子邮件等形式签订的明确双方权利义务关系的一种电子协议。

商务网站在网上发布的交易规则，即为要约。该要约在得到网民以网上方式所表示的承诺之后，网上购物合同即依法成立。故小李与网站的买卖合同已经签订，有效成立，小李可以向网站主张继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

法律依据

《合同法》第八条 依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。

第十条 当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。

法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。

第十一条 书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。

第十三条 当事人订立合同，采取要约、承诺方式。

第十六条 要约到达受要约人时生效。

采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。

33. 不满 18 岁的未成年人，可以代理民事行为吗？

典型案例

小明满 16 岁了，家里是做某品牌电视机代理生意的，小明妈妈想让小明帮忙做一些力所能及的工作，和小明商量后，要小明帮助家里送货。一日，小明送货到某公司，见小明年龄很小，公司员工很犹豫，能将货款交给小明吗？小明代理送货、收款的民事行为有效吗？

律师说法

民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。代理是指代理人以被代理人（又称本人）的名义，在代理权限内与第三人（又称相对人）为法律行为，其法律后果直接由被代理人承受的民事法律制度。代理是一项典型的民事法律行为。民事法律行为应当具备下列条件：（1）行为人具有相应的民事行为能力；（2）意思表示真实；（3）不违反法律或者社会公共利益。

可见，不满 18 岁的未成年人在其相应民事行为能力范围内是可以成为代理人的，代理送货、收款的民事行为是合法有效的。某公司的慎重是很有必要的，可以要求小明出示授权委托书及身份证，以证明小明具有代理权。

法律依据

《民法通则》第十二条 十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。

第五十四条 民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

《民法通则》第五十五条 民事法律行为应当具备下列条件：

（一）行为人具有相应的民事行为能力；

（二）意思表示真实；

（三）不违反法律或者社会公共利益。

第六十三条 公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。

代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。

依照法律规定或者按照双方当事人约定，应当由本人实施的民事法律行为，不得代理。

第六十四条 代理包括委托代理、法定代理和指定代理。

委托代理人按照被代理人的委托行使代理权，法定代理人依照法律的规定行使代理权，指定代理人按照人民法院或者指定单位的指定行使代理权。

第六十五条 民事法律行为的委托代理，可以用书面形式，也可以用口头形式。法律规定用书面形式的，应当用书面形式。

书面委托代理的授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由委托人签名或者盖章。

委托书授权不明的，被代理人应当向第三人承担民事责任，代理人负连带责任。

第六十六条 没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为,只有经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。未经追认的行为,由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意。

代理人不履行职责而给被代理人造成损害的,应当承担民事责任。

代理人和第三人串通,损害被代理人的利益的,由代理人和第三人负连带责任。

第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止还与行为人实施民事行为给他人造成损害的,由第三人和行为人负连带责任。

第六十八条 委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的,应当事先取得被代理人的同意。事先没有取得被代理人同意的,应当在事后及时告诉被代理人,如果被代理人不同意,由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任,但在紧急情况下,为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。

34. 遭遇“玫瑰陷阱”怎么办?

典型案例

2007年7月,宋女士与北京某婚介公司签订了婚介服务合同,合同约定婚介公司接受宋女士的委托,为其提供婚姻介绍服务,服务期限自2010年7月至2011年7月。宋女士向婚介公司支付首期会员服务费8800元,该款项由5项费用组成:办理入会和建档费用;咨询及辅导费用;征婚方案和广告费用;提供信息的费用;促成双方联络、约见及交往的费用等。签订合同后,婚介公司为宋女士约见了两位男士见面后,婚介公司又增收宋女士1万元,将其升级为VIP会员。宋女士认为婚介公司为自己提供的约会对象与自己所期望的相差甚远,承诺的后续见面安排等都未实现,对婚介公司的服务很不满意,觉得自己缴纳的服务费“冤”,于是将某婚介公司诉至北京市东城区人民法院,要求解除与婚介公司签订的服务合同,并要求婚介公司退还收取的服务费及前期缴纳的各项费用总计20300元。东城法院经审理,判决原被告双方解除合同,婚介公司退还宋女士17000元。

律师说法

委托人可随时要求解除婚介服务合同吗？婚介服务合同由婚介机构向委托人提供与第三人缔结婚姻关系的机会或为其提供达成缔结婚姻关系合意的媒介服务，由委托人支付报酬的合同。婚介服务合同兼有居间合同与委托合同的性质和特征，婚介服务合同是以双方互相信任为基础而订立的合同，一旦失去信任，双方可以解除合同。我国《合同法》规定：“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。”委托人如果对婚介公司提供的服务不满意，可以随时要求解除合同。本案中，原告宋女士对被告婚介公司提供的服务不满意，无意继续委托被告提供婚介服务，起诉要求解除合同，有法律依据，法院予以支持。

解除合同后的费用怎样返还？《合同法》规定，合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。通常委托人在签订婚介服务合同时一次性交付了婚介服务费，在合同解除后婚介公司在留下自己为委托人介绍人选所花费的费用后，应把剩余的服务费退还给委托人。本案中，法官考虑到被告为原告介绍了两位男士，提供婚介服务产生了必要的费用，因此对原告要求被告全额退费的诉讼请求并未支持，而是判决解除双方的婚介服务合同，由婚介公司部分返还宋女士支付的服务费。婚介公司需要对自己为宋女士提供服务所花费的费用承担举证责任。

法律依据

《合同法》第四百一十条 委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

第九十七条 合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

35. 给人建房、搞装修，工钱拿不到怎么办？

典型案例

“马路装修工”李某，一日在马路边寻找活计。张某要修整自己的房子，再盖个小厨房，在马路边找到了李某，随即带李某看了自己的房子。两人签订协议，约定由张某出料，根据张

某的要求，李某来施工，施工期为一个月，施工完成验收结束后，张某付李某工钱 2 万元。李某很勤奋，提前保质保量地施工完毕，向张某索要施工费。张某认为李某用工时很短，花 2 万不值得，拒绝给李某 2 万，只同意按工种、工时付雇用费。双方争执不下，诉至法院。

律师说法

本案争议焦点就是张某与李某之间发生的是什么性质的法律关系。张某主张的依据是认定两者的法律关系是雇用协议，李某主张 2 万的施工费是基于承揽加工合同。

雇用合同即“雇用契约”。当事人一方（受雇者）向对方（雇主）提供劳动力以从事某种工作、由对方提供劳动条件和劳动报酬的协议（或契约）。

由于现实中加工承揽合同和雇用合同容易混淆，也造成了司法实践中存在较多的争议，笔者认为二者最主要的区别有：（1）合同的目的。雇用合同中是否达成一定结果并非合同的目的，只要提供劳务，相对方就应当给付报酬；而在加工承揽合同中以劳务的结果为目的，提供劳务不过是达到结果的手段，如果仅是提供了劳务但没有达到结果，提供劳务人不能要求报酬。

（2）二者是否独立完成工作情况也不同。在雇用关系中，雇员在受雇期间从事雇用活动，其意志和行为受雇主的约束和支配并受其监督为之服务；而承揽关系中，承揽人虽也为定作人选任并为之服务，但承揽人是独立完成工作的，不在定作人的直接监督之下。譬如雇用清洁人员打扫房间，是承揽合同；而终日雇佣人员，依约定进行清扫、洗涤、做饭菜，则为雇用合同。（3）合同履行中所发生的危险、意外事故或损失承担的法律 responsibility 不同。雇用合同一般是由接受劳务的雇主承担；承揽合同履行中所产生风险则由完成工作成果的承揽人承担，除非损失是由于定作人的指示过失原因所造成的。

就本案而言，张某与李某约定，施工完成验收结束后，张某付李某工钱 2 万元，是约定以达到施工目的和效果作为支付报酬的标准，应当认定为加工承揽法律关系，约定的施工期一个月只是施工的期限。故李某要求张某支付 2 万元的主张，应该得到法院支持。

法律依据

《合同法》第二百五十一条 承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。

承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。

第二百六十一条 承揽人完成工作的，应当向定作人交付工作成果，并提交必要的技术资料和有关质量证明。定作人应当验收该工作成果。

第二百六十三条 定作人应当按照约定的期限支付报酬。对支付报酬的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，定作人应当在承揽人交付工作成果时支付；工作成果部分交付的，定作人应当相应支付。

第六篇 经济常识篇

1. 公民自己能创办“一人公司”吗？

典型案例

王某大学毕业后先后在两家公司工作四年，积累了一定的经验，想自己创业办公司，可是找不到合适的人愿意共同投资合作，遂萌生注册办理一人公司的念头，但是又不知道可不可以的念头。那么，他可以自己出资创办“一人公司”吗？

律师说法

如果符合法定的条件，王某可以创办“一人公司”。所谓一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。2005年修订后的《公司法》允许公民创办一人有限责任公司。具体办理到当地的工商局咨询办理。

法律依据

《公司法》第五十八条 一人有限责任公司的设立和组织机构，适用本节规定；本节没有规定的，适用本章第一节、第二节的规定。

本法所称一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。

2. 买的股票退市了，股民怎么办？

典型案例

付某刚研究股票不久，在一个股友的鼓动下，于 2009 年 8 月买了某公司新上市的价值 6 万元的股票。令他郁闷的是，该公司的股票不久便终止上市了，为此，付某焦虑万分，担心自己的投资打了水漂，不知如何是好。那么，付某是否依然享有该公司的资产受益权？

律师说法

付某不必担心，其财产权益是可以依法获得保障的。上市公司股票终止上市后，仍然是合法存续、公众投资者持股的股份有限公司，应当保证公司股东依法享有的资产受益、重大决策和选择管理者等权利，保证公众投资者合法享有的知情权。终止上市的股份有限公司所发行的全部股份继续由中国证券登记结算有限责任公司登记托管，公司所发行的股份仍可以依法转让。公司终止上市前向社会公众发行的股份，由代办机构代为办理转让手续；非挂牌交易股份的转让仍以协议转让方式进行。

法律依据

《中国证券监督管理委员会关于做好股份有限公司终止上市后续工作的指导意见》

一、关于股份有限公司终止上市后保护股东权益问题

（一）根据《公司法》的规定，上市公司是公司设立及股份发行经省级人民政府依法批准，向社会公开募集和股票上市交易经中国证监会依法核准的股份有限公司。根据《证券法》规定，上市公司丧失《公司法》规定的上市条件的，其股票依法暂停上市或者终止上市。上市公司股票终止上市后，仍然是合法存续、公众投资者持股的股份有限公司，在各级人民政府的监督管理下，做好依法终止上市的经济和社会稳定工作。

（二）中国证监会各地派出机构要及时向所在地人民政府通报上市公司终止上市风险以及股份有限公司控股股东、董事和高级管理人员损害公司和公众股东利益的问题，协助所在地人民政府实施终止上市风险应急处理措施和追究失职者责任。

（三）股票终止上市的股份有限公司依法接受所在地人民政府的监督管理，保证公司股东依法享有的资产受益、重大决策和选择管理者等权利，保证公众投资者合法享有的知情权，保证其向社会公众发行的股份在中国证券业协会建立的“代办股份转让系统”进行有序转让，切实承担公众公司的社会责任。

3. 能否回收股东的股权？

典型案例

赵某是某有限责任公司的股东，在公司担任业务经理。公司自 2005 年 7 月成立 1 年后就持续赢利，可是赵某只是每月领取担任职务的薪水 8000 元，在年终时无法得到公司给股东的分红。因为每年年终公司召开股东会时，股东会总是决议不向股东分配利润。2010 年 8 月，赵某决定要退股，加盟别的公司，他能否请求公司收购自己的股权？

律师说法

《公司法》的规定，公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的，则股东可以请求公司按合理价格收购其股权。因此，赵某可以请求公司收购其股权。如果赵某与公司不能达成股权收购协议，赵某可以向公司所在地的人民法院提起诉讼来解决。

法律依据

《公司法》第七十五条 有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：

（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的；

（二）公司合并、分立、转让主要财产的；

（三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。

自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。

4. 股东是否以出资额为限对公司承担责任？

典型案例

2009年9月，某公司从万某的工厂购买了20万元的设备，当时约定自设备投产使用后1个月内该公司支付设备款。可是在设备已经投产使用后，该公司总是以种种理由推托，拒不支付设备款。现查询到该公司是2009年新成立的有限责任公司，公司的几位股东只是实缴了部分出资，没有按照注册资本缴足其认缴的出资额。公司股东是以实缴的出资额为限还是以认缴的出资额为限对公司承担责任？

律师说法

公司应以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。由于《公司法》规定公司的资本须一次发行，但可以在法定期间内分期缴纳，使得公司股东的实缴出资额与认缴出资额有时会不一致。在不一致的情况下，公司股东对公司承担责任范围应以其认缴的出资额为限，而不是以实缴的出资额为限。公司应以其全部财产对公司的债务承担责任。

法律依据

《公司法》第三条 公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

5. 券商工作失误造成股民未能成交，能否索赔？

典型案例

李某于 2009 年 8 月在某证券交易所认购配股，但由于证券交易所工作人员的过失，致使配股未能成交，给李某造成直接经济损失 2 万余元。证券交易所的负责人态度非常好，一再向李某赔礼道歉，并承诺以后不会再发生类似的情况，请李某务必体谅，可李某觉得委屈，认为证交所应该承担一定的责任。那么，李某可以向证券商索赔吗？

律师说法

上市公司股东认购配股是股东的法定权利。这项权利具有财产性质，任何组织和个人因其作为或不作为致使股东配股权利未能得以有效实现，都要承担因此造成股东财产损失后果的法律责任。所以，不论券商故意还是过失（包括交易传输系统管理或维修不善），致使股民下

达的配股委托未实施或未成交，都应赔偿股民因配股未成造成的损失。

法律依据

《民法通则》第一百零六条 公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。

公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。

没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。

6. 持有的公司股份可以随意转让吗？

典型案例

钱某是一家公司的副经理，公司准备半年后上市。在上市前，公司会给员工及中、高层管理人员配给一定的股份。公司管理层人员在取得公司股份后，在多长时间可以转让？《公司法》对股份转让有没有其他限制性规定？

律师说法

根据《公司法》的规定，公司管理人员所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。普通员工离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

法律依据

《公司法》第一百四十二条 发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。

公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

7. 股权如何转让？

典型案例

戴某是某股份有限公司的一名小股东，最近因资金紧张，想把持有的股份转让出去，戴某的一位朋友也有意向购买。该股份有限公司不是上市公司，那么戴某的股份该如何进行转让？股份转让有哪些限制性条件？

律师说法

作为非上市股份有限公司的股东可自由转让拥有的股份。非上市股份有限公司的股东一般是通过与购买者私下协商的方式进行股权转让交易。股权转让合同生效以后，对原股东、新股东和股份公司都具有约束力，股份有限公司应完成股东名册的变更，新股东替代原股东取得在股份公司的所有者权益。

法律依据

《公司法》第一百四十一条 无记名股票的转让，由股东将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。

8. 可以不按出资比例分配“红利”吗？

典型案例

杨某与朋友张某准备成立一家广告策划有限公司，约定各自出资 15 万元。因为杨某一直从事广告策划方面的工作，而且拥有许多客户和资源优势，张某在一家其他行业的公司上班，不想辞职全身心投入新公司，再说自己也没有什么资源优势，所以协商公司的运作全部由杨某负责，张某只负责出资不实际参与经营管理。这种情况可以不按出资比例分配红利吗？

律师说法

有限责任公司的红利分配问题，可以按出资比例，也可以按照约定。本案例中，如果杨某不想按照出资比例分取红利，应该与张某对此事先进行约定，而且最好将约定写入公司章程，以免日后发生纠纷。

法律依据

《公司法》第三十五条 股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。

9. 有限公司的股东能否以“劳务出资”进行投资？

典型案例

谢某是一家有限责任公司的老员工，多年来对公司忠心耿耿，任劳任怨，贡献突出，且公司开始创立时谢某就在公司上班。现在，公司高层开会决定对老员工给予股权分配，虽然分配的股权不是很多，但也是对工作多年的老员工的一种奖励。公司决定谢某等不用支付股权的对价，只是用劳务出资。那么，有限责任公司的股东能否以劳务出资？

律师说法

有限责任公司的股东不可以以劳务出资。对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十。根据此规定，有限责任公司的股东是不能把劳务作为出资的。

法律依据

《公司法》第二十七条 股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。

对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。

全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十。

10. 投资有限责任公司，货币出资应占注册资本多少比例？

典型案例

贺某和三个朋友想成立一家有限责任公司。贺某以土地使用权出资，占公司 50% 的股份，其他三个朋友分别以实物、专利技术、货币出资，各占公司 30%、20%、10% 的股份。这样的出资比例符合法律规定吗？

律师说法

以上的出资比例不符合法律规定。股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十。由于贺某等全体股东的货币出资金额低于注册资本的 50%，故出资比例不符合《公司法》的规定。

法律依据

《公司法》第二十七条 股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。

对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。

全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十。

11. 公司法认可“隐名”股东吗？

典型案例

王某与亲戚于某、李某三个人共同出资组建 A 公司，注册资本为 50 万元，其中王某出资 20 万元，于某出资 20 万元，李某出资 10 万元。手续都是由王某一手经办的。成立之后，王某担任董事长，于某担任总经理，而且李某主持、参加了公司的每一次股东会和董事会。3 年下来，公司效益非常好。此时李某得知，公司工商登记的股东名单上没有自己的名字，而是另外一个人的名字。那么，李某是不是该公司的股东？

律师说法

李某不是该公司的法律意义上认可的股东。公司发起人在一个公司成立的时候，作为股东出资的规范程序应该是股东把自己的出资打入到公司组建的临时指定账户，然后由银行出具出资证明，由他个人持有，然后把他的名字列入股东名单。股东名单上对出资的股东要有所记载，而且要发给他带有相应编号的出资证明书。本案例中，李某进行出资，股东登记等手续都是王某代办的，王某没有把李某登记为股东，应当认定为有恶意。但由于工商局的股东登记上没有李某的名字，所以李某不是该公司的股东。

法律依据

《公司法》第三十二条 有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书。

出资证明书应当载明下列事项：

- （一）公司名称；
- （二）公司成立日期；
- （三）公司注册资本；
- （四）股东的姓名或者名称、缴纳的出资额和出资日期；

（五）出资证明书的编号和核发日期。

出资证明书由公司盖章。

12. 已抵押的财产能作为对公司的出资吗？

典型案例

2009年5月，陈某与初某共同出资设立一家有限责任公司，公司注册资本60万元，陈某以货币的形式出资30万元，初某以自己的一处房产抵作30万元出资。但是在对房产进行过户登记时，工作人员发现初某因向银行贷款20万元已将该房产抵押给银行。这样的房产能作为初某的出资吗？

律师说法

该房产不能作为初某的出资。设立公司时股东若以实物出资，应当视为把个人财产转让给公司。按照《担保法》的规定，已设定抵押的财产自由转让将受到限制，如果以其作为出资，会使公司在成立之初就出现资本不确定的状态，一旦抵押权实现，将危及公司财产的完整性。因此已设定抵押的财产不得用于出资。

法律依据

《公司法》第二百条 公司的发起人、股东虚假出资，未交付或者未按期交付作为出资的货币或者非货币财产的，由公司登记机关责令改正，处以虚假出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款。

13. 可以用贷款作为对公司的出资吗？

典型案例

郭某与朋友郝某合伙设立有限责任公司，约定郭某出资 40 万元，郝某出资 20 万元。但郭某只有货币 20 万元，于是以自己的房屋作抵押，向银行贷款 20 万元，连同自己的 20 万元一起作为对公司的出资。郭某以贷款为出资的行为属于“虚假出资”吗？

律师说法

郭某的出资有效，不能认定为“虚假出资”。我国《公司法》并没有限定股东必须以自有资金出资，只要股东按公司章程足额出资，无论股东资金是自有资金还是贷款或是其他合法来源，都是符合法律规定的，贷款资金并非虚假出资。

法律依据

《公司法》第二十八条 股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。

14. 合伙企业的负责人，能否转让合伙企业？

典型案例

宁某与两位朋友共同出资合伙经营一家企业，办理了营业执照，宁某是合伙企业的负责人。但是由于经营不善，企业严重亏损。为了减少损失，宁某考虑把这家合伙企业转让给别人，但是，召开合伙人会议后，另两位合伙人不同意转让，认为只要坚持下去就会扭亏为盈的，为此宁某不知怎么办，还是执意想退出。那么，宁某有权自己把企业转让出去吗？

律师说法

在未经其他合伙人同意的情况下，宁某无权把企业转让出去。根据《合伙企业法》的规定，宁某可以把合伙企业中属于自己的财产份额转让出去。合伙企业存续期间，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人。合伙人依法转让其财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先受让的权利。

法律依据

《合伙企业法》第二十二条 除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。

合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人。

15. 创业合伙人怎样才能退出公司？

典型案例

蒋某和几个朋友共同投资合伙开了一家有限责任公司，但由于办理了加拿大移民要到国外定居，他决定撤出股份离开公司。蒋某退出公司要遵循哪些法律规定呢？

律师说法

股东在公司登记后，不得抽逃出资。股东如果要退出公司，可以向其他股东转让股权，也可以在取得半数以上其他股东同意的情况下向股东以外的其他人转让股权。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东对该股权有优先购买权。

法律依据

《公司法》第七十二条 有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

16. 公司破产，公司债务该如何处理？

典型案例

栗某和何某打算成立一个有限公司，注册资本 100 万元，但是他们只有 40 万元。后来他们请了一个在会计事务所工作的朋友帮忙，以虚假出资证明设立了一家有限公司。公司成立后经营不善，资不抵债，欠贷款 120 万元。那么，公司债务该如何处理？

律师说法

股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。因此，栗某和何某应当先补足股款，然后由公司以其全部财产对公司的债务承担责任。该会计事务所因其提供的出资证明不实，给公司债权人造成损失，应当在其证明不实的金额范围内承担连带赔偿责任。

法律依据

《公司法》第二十八条 股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。

股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

17. 什么是法人、法人代表与法定代表人？

典型案例

高中毕业的小强在等待高考录取通知，闲来无事就到爸爸的公司实习兼帮忙，小强的爸爸是一个公司的董事长。小强听见有的场合爸爸被称为孟总，但在一些书面文件上又被称为法人、法人代表或者法定代表人。小强对这些称呼有点晕头转向，这些概念有什么区别吗？

律师说法

法人是指具有民事权利能力和民事行为能力。依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。由此可见，法人是组织而非个人。而法定代表人是代表法人行使职权的主要负责人，它与法人代表是一个意思，所以有时可以混称。在公司企业法人中，公司的法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，在非公司企业法人如个人独资企业、合伙企业中，总经理或者经理是企业的法定代表人。

法律依据

《民法通则》第三十六条 法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

第三十八条 依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。

18. 公司没办股东登记，可以抽回投资资金吗？

典型案例

2009年2月，薛某和林某共同成立了一家公司，注册资金50万元，薛某出资20万，林某出资30万。同年9月，赵某出资10万元购买了该公司20%的股份，当时三方签订了一份会议纪要，确认了各方的出资情况，并追认赵某为公司的股东。但是公司至今没有办理工商变更登记，也没有变更股东名册记载。那么，这种情况下，赵某是否可以抽回资金要求公司赔偿利息损失？

律师说法

在没有办理变更登记的情况下,对于公司内部来说,可以依据股东名册的记载认定股东资格。如果股东名册记载不符合实际情况,只要能举证证明股东名册上记载的存在瑕疵,就可以否认股东名册的记载。因为在会议纪要中确认了各方的出资情况,可以证明赵某享有公司的股权,是该公司的股东,所以赵某可以依据此会议纪要和出资证明,要求公司变更股东名册记载,并到登记机关办理变更登记。由于赵某投入到公司的资金已经成为公司的财产,如果要退出公司,只能转让股权,或者依法减少公司注册资本,不能随意抽回出资。

法律依据

《公司法》第三十六条 公司成立后,股东不得抽逃出资。

《合伙企业法》第二十二条 除合伙协议另有约定外,合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时,须经其他合伙人一致同意。

合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时,应当通知其他合伙人。

19. 合伙人退伙了还对合伙期间的债务承担责任吗?

典型案例

胡某、乔某、黄某成立一家有限合伙企业,其中胡某投入 20 万元资金,并约定以 20 万元资金对外承担有限责任。企业成立后,由于经营不善一直处于亏损状态,并在外欠了一些债务。胡某见状,找到乔某与黄某商议,欲退出合伙,二人同意,并给胡某退了 12 万元钱。3 个月后,合伙企业破产资不抵债,严重亏损,欠了 40 万元外债。胡某对这份债务有偿还的责任吗?

律师说法

胡某应以 12 万元合伙企业的债务承担责任。我国《合伙企业法》规定，有限合伙人退伙后，对于其退伙前发生的合伙企业债务，应当以其退伙时从合伙企业取出的财产承担责任。本案中，合伙企业自成立以来一直处于亏损状态，胡某退伙后 3 个月即破产，很显然合伙企业债务中的绝大部分是胡某退伙前产生的，因此胡某应以他退伙时取回的财产承担责任。

法律依据

《合伙企业法》第八十一条 有限合伙人退伙后，对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。

第七篇 消费常识篇

1. 超市出售“变质”食品，吃坏住院找谁赔？

典型案例

小李的母亲从超市买了一只真空袋装猪蹄，特价 21 元，只是超过保质期 3 天了。第二天小李的父母就因食物中毒住进了医院。小李说保留好证据，等病好了找超市索赔。但小李的母亲说人家超市可能不认账，因为自己明知道过期了还买，只能怨自己贪便宜吃大亏。那么，购买明知已经过期的食品，生病住院谁来赔偿呢？

律师说法

超市应当承担赔偿责任。根据相关法则规定，销售者不得销售国家明令淘汰并停止销售的产品和失效、变质的产品。消费者购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。违反规定，生产、经营不符合卫生标准的食品，造成食物中毒事故或者其他食源性疾患的，消费者可以向销售者要求赔偿。

本案中，虽然小李的母亲明知食品过期，属自愿购买，这都不影响和不能免除商家承担赔偿责任。法律并没有规定顾客明知食品过期仍然购买，商家就可以免除责任。超市销售过期食品的行为，客观上给顾客身体健康和经济上造成了较大损害，超市应对此承担责任，对小李的父母依法给予赔偿。

法律依据

《产品质量法》第三十五条 销售者不得销售国家明令淘汰并停止销售的产品和失效、变质的产品。

《食品安全法》第八十五条 违反本法规定，有下列情形之一的，由有关主管部门按照各自职责分工，没收违法所得、违法生产经营的食品和用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品；违法生产经营的食品货值金额不足一万元的，并处二千元以上五万元以下罚款；货值金额一万元以上的，并处货值金额五倍以上十倍以下罚款；情节严重的，吊销许可证。

.....

（四）经营超过保质期的食品。

《消费者权益保护法》第四十一条 经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当支付医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用，造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2. 在商场出租柜台买的衣服有质量问题，找谁退赔？

典型案例

最近，李某在某商场购买了一件标价 600 元的套装，回家后发现该上装的领子有严重的质量问题，便回到该商场要求掉换。可李某昨天购买套装的柜台已换了别人，以前的营业员也不见了，于是李某找到商场经理，要求其更换。那么，李某的损失商场要不要负赔偿责任？

律师说法

应由商场向李某承担赔偿责任。从李某的情况可以看出，李某到商场购物，在没有标明真实名称和标记的租赁服务柜台购买了一件不合格的套装。根据《消费者权益保护法》的规定，凡是出租柜台的承租者在租赁期内损害消费者权益的，若消费者找不到承租者，无论对消费者的行为是否负有直接责任，出租者都有先行赔偿消费者全部损失的义务。

法律依据

《消费者权益保护法》第三十八条 消费者在展销会、租赁柜台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。展销会结束或者柜台租赁期满后，也可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。展销会的举办者、柜台的出租者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。

3. 饭店禁止自带酒水合理吗？

典型案例

2009 年 6 月 23 日晚上，黄某公司聚会到某饭店就餐，黄某未经经营者同意，将从超市购买的 10 瓶红酒带入店内饮用，黄某刚要拿出来喝时，酒店的服务员告诉黄某，该店禁止自带酒水。黄某很气愤，与酒店工作人员争论起来。但酒店坚持不允许黄某喝自带的红酒。黄某一气之下，还是喝了自带的酒。但结账时酒店收了他 800 元“酒水服务费”。黄某可以拒交

服务费吗？饭店禁止自带酒水合理吗？

律师说法

目前，很多地方的酒店都以店堂告示的形式禁止消费者自带酒水，这其实侵犯了消费者的自主选择权，是违反《消费者权益保护法》的规定的。酒店的做法是不合法的，黄某有权拒交“酒水服务费”。

法律依据

《消费者权益保护法》第九条 消费者享有自主选择商品或者服务的权利。

消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者，自主选择商品品种或者服务方式，自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。

消费者在自主选择商品或者服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。

第十条 消费者享有公平交易的权利。

消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。

4. “店规”告示有效吗？

典型案例

刘女士是某干洗店的会员，刘女士于 2009 年 10 月 12 日到该干洗店干洗一件价值 1800 余元的皮草大衣，并支付干洗费 30 元。等到刘女士去取衣服时，却被告知大衣丢失了。为此，

刘女士要求该店按价赔偿 1800 元。但该店负责人却表示，只按洗衣费的 5 倍赔偿，这是他们的“店规”，在会员卡上有明示，并说这也是洗衣业的“行规”，在该干洗店的大厅也有明示的。那么，店规告示有效吗？

律师说法

该“店规”是违法的，不受法律保护。宣称洗衣业的“行规”，也没有法律依据，且没有给消费者提供相应法律条文，就算该行业规定存在并受法律保护，商家也有明示告知的义务。另外，刘女士的大衣被丢失，其责任在于该干洗店保管不慎所致。所以，刘女士有权就该大衣丢失向干洗店索赔。同时，由于该店并未向刘女士提供干洗服务，因而也不能占有 30 元干洗费，干洗费应予以退还。

法律依据

《消费者权益保护法》第二十四条 经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。

格式合同、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。

第四十四条 经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当按照消费者的要求，以修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失等方式承担民事责任。消费者与经营者另有约定的，按照约定履行。

5. 影楼丢失结婚照，能否要求精神赔偿？

典型案例

2010年5月1日，李小姐和未婚夫与某婚纱影楼老板刘先生签订了摄影合同，由某婚纱影楼负责李小姐和未婚夫结婚当日的摄影。拍摄过后，刘先生由于自己的影楼被窃，无法如约向李小姐交付照片。李小姐要求某婚纱影楼返还付款，并且支付精神损害赔偿50000元。双方协商未成，李小姐遂诉至法院。

律师说法

李小姐的要求合理。结婚当日的照片对于李小姐具有至关重要的意义，是不可替代的纪念品。这类具有人格象征意义的特定纪念物品，由于其所具有的特定性以及唯一性，其精神价值已经远远高于其使用价值，对于它的损毁或者灭失具有不可挽回的损失。实际精神赔偿金视具体情况而定，如纪念价值较大是可以适当提高精神损害赔偿金的诉求。我国相关法律规定，具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，物品所有人以侵权为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。

法律依据

《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第四条 具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，物品所有人以侵权为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。

6. 什么是“三包”？没了包装箱“三包”还要收费吗？

典型案例

山西消费者盛先生前不久购买了一台42英寸平板电视，回家使用时发现效果不佳，而且有几处明显的黑点，于是要求退货，商家也同意退货，本来一切都很顺利，但是当商家工作人员上门拉走电视时，因为盛先生提供不了包装箱，而被要求支付400元的包装费。盛先生家只有一居室，房子太小，没地方放包装箱，而且当时也没有想过要退货，所以就把包装箱卖

给小贩了。现在造成退货的责任不在他，而是产品质量有问题，责任在厂家，却要他来承担包装费，让人想不通。退一步说，即便要交包装费，一个纸箱子也值不了这么多钱，这简直就是讹诈，目的就是不让别人退货。虽然同商家几经交涉，但是商家就是不让步，称是厂家统一规定。盛先生最后只好交了包装费，“交多少钱，我也要退，吃亏就吃亏，因为我对这个品牌已经失去信任了。”

律师说法

三包是零售商业企业对所售商品实行“包修、包换、包退”的简称，指商品进入消费领域后，卖方对买方所购物品负责而采取的在一定期限内的一种信用保证办法。对不是因用户使用、保管不当，而属于产品质量问题而发生的故障提供该项服务。

消费者购买的产品出现以下情况，有权要求经销者承担三包责任：（1）不具备产品应当具备的使用性能，而事先没有说明的；（2）不符合明示采用的产品标准要求；（3）不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况；（4）产品经技术监督行政部门等法定部门检验不合格；（5）产品修理两次仍不能正常使用。

三包责任时间规定：（1）“7日”规定。产品自售出之日起7日内，发生性能故障，消费者可以选择退货、换货或修理。（2）“15日”规定。产品自售出之日起15日内，发生性能故障，消费者可以选择换货或修理。（3）“三包有效期”规定。“三包”有效期自开具发票之日起计算。在国家发布的第一批实施“三包”的18种商品中，如彩电、手表等的“三包”有效期，整机分别为半年至一年，主要部件为一年至三年。在“三包”有效期内修理两次，仍不能正常使用的产品，消费者可凭修理记录和证明，调换同型号同规格的产品或按有关规定退货，“三包”有效期应扣除因修理占用和无零配件待修的时间。换货后的“三包”有效期自换货之日起重新计算。（4）“90日”规定和“30日”规定。在“三包”有效期内，因生产者未供应零配件，自送修之日起超过90日未修好的，修理者应当在修理状况中注明，销售者凭此据免费为消费者调换同型号同规格产品。因修理者自身原因使修理超过30日的，由其免费为消费者调换同型号同规格产品，费用由修理者承担。（5）“30日”和“5年”的规定。修理者应保证修理后的产品能够正常使用30日以上，生产者应保证在产品停产后5年内继续供符合技术要求的零配件。

在三包有效期内，消费者依法办理修理、换货、退货时，要以购货发票及三包凭证作为依据。因此，在购买产品时，一定要销售者出具发票，检查是否附有三包凭证；二是办理修理、换货、退货时，要带上三包凭证和有效发票；三是在日常生活中要妥善保管好上述证明。

提醒广大消费者，三包规定对包装费的收取没有明确要求，现在各厂家收取的包装费都是自定的，而且价格都不低。因为法律没有相关规定，所以厂商收取包装费的做法也不算违规，消费者一旦遇到高额包装费陷阱，想维权都难。因此，在购买家电产品后，一定要将包装箱完好地保留一个星期，以免退货时枉出高昂的包装费。

法律依据

《产品质量法》第四十条 售出的产品有下列情形之一的，销售者应当负责修理、更换、退货；给购买产品的消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失：

- （一）不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的；
- （二）不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的；
- （三）不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。

销售者依照前款规定负责修理、更换、退货、赔偿损失后，属于生产者责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者、供货者追偿。

《部分商品修理更换退货责任规定》第二条 本规定所称部分商品，系指《实施三包的部分商品目录》中所列产品。

目录由国务院产品质量监督管理部门会同商业主管部门、工业主管部门共同制定和调整，由国务院产品质量监督管理部门发布。

7. 商家承诺的“假一赔十”有法律效力吗？

典型案例

臧某在一家标着“假一赔十”的手机连锁店里购买了一部手机。事后鉴定该手机非原装，进网许可证标志也是伪造的。臧某拿着手机和鉴定书找到商家兑现承诺，却遭到拒绝。该店只同意按照购买手机费用的双倍赔偿。消费者有权要求商家兑现“假一赔十”的承诺吗？

律师说法

有权要求商家兑现承诺。“假一赔十”是商家为取信于消费者而自愿作出的承诺，应当理解为买卖合同内容之一，是约定责任。合同一旦订立，在没有法定情形下，买卖双方均应该严格遵守。《消费者权益保护法》规定，经营者和消费者有约定的按约定履行。

法律依据

《消费者权益保护法》第四十九条 经营者提供商品或服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。

8. 超市工作人员对顾客搜身触犯了什么法律？

典型案例

2008年4月20日，女同学吴某在与同学购物后离开超市时，超市门口的电子警报器响了起来。超市保安与值班经理要求对吴某的背包进行搜查，吴某坚决反对，于是经理与保安把吴某带到值班室，强制要求吴某脱衣检查。吴某非常气愤，事后向法院提起诉讼，依法追究超市及其工作人员的责任。

律师说法

超市这样做是违法的，超市不是法律规定的特定国家机关，无权限制公民的人身自由，无权搜查公民的身体。《消费者权益保护法》赋予了消费者受尊重权，即消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人格尊严、民族风俗习惯受尊重的权利。本案中超市的搜查行为明显侵犯了吴某的受尊重权，应依法承担相应的民事责任，吴某可以依法要求超市赔礼道歉并赔偿

精神损失。

法律依据

《消费者权益保护法》第二十五条 经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。

第四十三条 经营者违反本法第二十五条规定，侵害消费者人格尊严或者侵犯消费者人身自由的，应当停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并赔偿损失。

9. 试用化妆品没检查包装，后发现质量问题还要赔吗？

典型案例

2009年3月8日，桂林某商厦为答谢广大女性的厚爱，举办了特定化妆品的试用买卖活动。活动期间，所有女性可以凭证件试用特定品牌的化妆品，试用期间无须支付任何费用。同日，林女士选用了一套适合于自己皮肤的化妆品，并与该商厦签订了一份合同。合同约定，林女士所选用的化妆品价值800元，试用期届满时如若同意购买应向商厦支付价款，不同意购买则应归还商厦，无须支付任何费用。试用期为20天，自交付的次日起算。林女士领取了化妆品并未检查包装，回家后发现化妆品包装破损，已经发霉变质。试用化妆品没检查包装，后发现质量问题还用赔吗？

律师说法

试用买卖是指约定买受人先行试用标的物，然后在一定期间内再决定是否购买的买卖合同。

试用买卖与一般买卖相比，具有以下法律特征：（1）试用买卖约定由买受人享有先行试用标的物的权利，在试用买卖中，出卖人于买卖成立前有义务将标的物交付给买受人试用。试用

买卖中出卖人的这一义务不是履行行为，也不是一般买卖合同当事人的基本义务，而是与买卖相关的出卖人的一项独立的义务。出卖人不按约定让买受人试用时，买受人有权要求出卖人交付标的物并由其试用，否则试用合同不能生效。（2）试用买卖以买受人试用标的物后在一定期限内表示认可为买卖合同的生效条件。试用买卖合同经当事人双方意思表示一致即可成立，但合同并未生效。只有合同成立后出卖人将标的物交付买受人试用并经买受人认可，买卖合同才可生效。因此，试用买卖是一种附条件的买卖合同。在试用买卖合同中买受人的基本权利是买受人在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。买受人对标的物的认可，完全取决于自己的意愿，而不受其他条件限制。因此，林女士无须对变质化妆品埋单，如有意继续试用，直接要求商厦提供质量完好的化妆品即可。试用期内可以随时终止试用，明示不予购买。需要注意的是，当试用期间届满，买受人对是否购买标的物未作表示的，视为购买。

法律依据

《合同法》第一百七十条 试用买卖的当事人可以约定标的物的试用期间。对试用期间没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，由出卖人确定。

第一百七十一条 试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。试用期间届满，买受人对是否购买标的物未作表示的，视为购买。

10. 买到不合格食品，消费者如何维权？

典型案例

李先生到某商场购买食品，回家食用后，全家腹泻。经检验是在商场买回的食品大肠杆菌超标所致后，李先生要求商场赔偿自己购物的价款及全家的医疗费、误工费等共计损失 5000 余元，并与商家多次交涉，但商家总以各种理由推脱。在这种情况下，李先生应如何维护自己的权益？

律师说法

如果李先生与商家交涉无果，根据《消费者权益保护法》的规定，李先生可以向消费者协会求助，也可以向有关行政部门申诉。如果曾与经营者达成仲裁协议，可以提请仲裁，还可以向人民法院提出诉讼。

法律依据

《消费者权益保护法》第三十四条 消费者和经营者发生消费者权益争议的，可以通过下列途径解决：

- （一）与经营者协商和解；
- （二）请求消费者协会调解；
- （三）向有关行政部门申诉；
- （四）根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁；
- （五）向人民法院提起诉讼。

11. 未经旅客同意，旅行社擅自“转团”可以吗？

典型案例

刘先生一家三口参加了某国际旅行社组织的泰国游，双方签订了旅游合同，全额缴纳了三个人的旅游团费，确定了游览行程。旅游团出发当日，刘先生一家按约定的时间赶到机场集合。办完出境手续后，刘先生发现全团 16 个旅游者分别来自 3 家旅行社，且游客手中的旅游行程各不相同。旅游团回国后，刘先生找到该旅行社，要求该社给个说法。该社的负责人称，组团人数不足，将若干家旅行社的旅游者拼成一个团，是旅行社的通常做法。刘先生一家的泰国游已交由另一家国际旅行社操作，有问题去找那家旅行社。刘先生找到那家旅行社，那家旅行社说是按某国际旅行社要求操作的，出了问题，找某国际旅行社。刘先生只好向旅游

质量监督管理部门投诉，要求维护自己的权益。

律师说法

如果旅行社事前未取得旅游者的同意、事后也未取得旅游者的追认，旅行社转团则为无效的法律行为。旅游者不同意转让，可以请求解除旅游合同、追究旅游经营者违约责任。另一方面，基于旅游合同具有承揽合同的性质，类推适用合同法第二百五十三条第三款关于定作人不同意将承揽主要工作交由第三人完成时的解除权。实践中，旅游者往往是在旅游行程开始之后才知晓被转团，为避免整个假期泡汤而勉强同意时，旅游者事后能否主张撤销同意转团的意思表示，并追究组团社的违约责任？旅游合同是定期合同，特别是在国庆节、劳动节等假期则需要提前预订，如果发生意外，将导致整个假期泡汤。在此背景下，如果旅游者在旅游行程开始时或之后知晓被转团而表示拒绝，必将导致度假时间的浪费，而我国现行法并不支持对度假时间浪费的损害赔偿请求。旅游者为了避免浪费度假时间，不得不接受转团的事实，于此情况下旅游者对转团的同意，应认为属于因经济胁迫而做出的意思表示。在组团社未于合理期间提前告知转团的情况下，旅游者同意转团的意思表示可以撤销，并追究组团社的违约责任。因此，旅游者的同意，并不当然构成旅行社转团行为的合法性要件。案例中，刘先生可以将转让团和受让团均为被告，提起侵权之诉。

法律依据

《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条 因旅游经营者方面的同一原因造成旅游者人身损害、财产损失，旅游者选择要求旅游经营者承担违约责任或者侵权责任的，人民法院应当根据当事人选择的案由进行审理。

第十条 旅游经营者将旅游业务转让给其他旅游经营者，旅游者不同意转让，请求解除旅游合同、追究旅游经营者违约责任的，人民法院应予支持。

12. 境外旅游需要办理什么手续？旅行社代办有过错，费用能退吗？

典型案例

小马夫妇新婚宴尔，计划出境旅行度蜜月，经慎重考虑后，与某国际旅行社签订合同，参加该社组织的“马尔代夫7日游”，合同约定由旅行社代办出境手续。准备出发之前，旅行社突然来电，称出境手续办理有问题，不能按时出境，准备安排小马夫妇下个团次的“马尔代夫7日游”。后经过了解，原来旅行社工作人员由于文件准备有瑕疵，造成了“拒签”。小马夫妇怎么办呢？可以要求旅行社退还费用吗？

律师说法

办理护照的一般程序为：（1）携带本人身份证或者户口簿到户口所在地派出所、公安局出入境管理部门领取《中国公民因私出国（境）申请审批表》。（2）填写申请表。（3）提交申请。提交申请时必须携带下列材料：本人身份证或者户口簿原件和户口簿首页、本人资料页、变更页及身份证的复印件。符合要求的彩色照片一张。（4）领取护照。当地出入境管理处受理申请后，审批、制作和签发护照的时间是14个工作日。领取护照时，须携带本人身份证或者户口簿、领取护照《回执》和200元工本费。申请人在规定时间内没有接到审批结果通知的，有权查询，受理部门应当作出答复；申请人认为不批准出境不符合《中华人民共和国公民出境、入境管理法》的，有权向上一级公安机关提出申诉，管理机关应当作出处理和签名。如申请人遇到此类情况，可根据此规定办理。

本案中，旅行社对于办理出境手续有过错，造成小马夫妇不能按时度蜜月，小马夫妇可以主张旅行社补办或者协助补办相关手续、证件并承担相应费用，也可以主张旅行社退还尚未发生的费用以及赔偿相关损失。

法律依据

《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条 旅游经营者因过错致其代办的手续、证件存在瑕疵，或者未尽妥善保管义务而遗失、毁损，旅游者请求旅游经营者补办或者协助补办相关手续、证件并承担相应费用的，人民法院应予支持。

因上述行为影响旅游行程，旅游者请求旅游经营者退还尚未发生的费用、赔偿损失的，人民法院应予支持。

《中华人民共和国公民出境入境管理法实施细则》第五条 申请人在规定时间内没有接到审批结果通知的，有权查询，受理部门应当作出答复；申请人认为不批准出境不符合《中华人民共和国公民出境入境管理法》的，有权向上一级公安机关提出申诉，管理机关应当作出处理和签名。

13. 赠品有质量问题可以索赔吗？

典型案例

春节期间，汤某到超市购买了一台豆浆机，超市为促销随赠了一个酸奶机，并附赠了一盒食品，内装巧克力、瓜子、花生、核桃等。汤某回家后发现花生等食品有异味且部分霉变，酸奶机也有质量问题，根本不能正常使用，随即要求超市退还，或予赔偿。超市则认为酸奶机和食品礼盒是赠送品，不属赔偿范畴，拒绝退货或赔偿。赠送商品存在质量问题时，能否要求退换或赔偿呢？

律师说法

赠品有质量问题也可以要求赔偿。从《合同法》角度来说，商家所谓“赠与”与一般的“赠与”不同，消费者只有根据商家要求，在指定地点、指定商品消费总额达到一定数量时，才能获得“赠与”商品，因此商家的这一“赠与”是附条件的，而不是无偿的。超市应当对“赠与”商品的质量负责。

法律依据

《合同法》第一百九十一条 赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。

14. 全体游客集体就餐时遭遇食物中毒，旅行社负责吗？

典型案例

2009年5月，某旅行社组团“北京一坝上两日游”，该团一共召集了23名旅客，5月1日出发，当晚入住农家院。晚上由旅行社组织篝火晚会，吃烤全羊，喝马奶酒。次日凌晨，全体旅客均出现呕吐、腹泻等症状，紧急送往当地医院，医生诊断为食物中毒。经检查，原来是农家院准备的羊肉不新鲜，造成全体旅客食物中毒。那么，旅行社承担责任吗？

律师说法

旅店应当承担责任，虽然农家院是旅游辅助服务者，此次事件的责任也在农家院。根据我国相关法律，作为消费者可以选择起诉旅游辅助服务者或者旅游经营者，在选择起诉旅游辅助服务者情况下，旅游经营者对旅游辅助服务者未尽谨慎选择义务，旅游者请求旅游经营者承担相应补充责任的，人民法院应予支持。

法律依据

《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》第六条 从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害，赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。

因第三人侵权导致损害结果发生的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的，应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。安全保障义务人承担责任后，可以向第三人追偿。赔偿权利人起诉安全保障义务人的，应当将第三人作为共同被告，但第三人不能确定的除外。

《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十四条 因旅游辅助服

务者的原因造成旅游者人身损害、财产损失，旅游者选择请求旅游辅助服务者承担侵权责任的，人民法院应予支持。

旅游经营者对旅游辅助服务者未尽谨慎选择义务，旅游者请求旅游经营者承担相应补充责任的，人民法院应予支持。

15. 旅客住宾馆被盗，能索要赔偿吗？

典型案例

张先生到广州出差，住进一家四星级宾馆，支付 450 元房费。第二天一早醒来，发现自己装有一台手提电脑和 10000 元现金的公文包不翼而飞。向公安机关报警后，案子一直未能侦破，张先生向宾馆提出索赔要求。宾馆答复道：“东西不是宾馆拿的，这盗窃防不胜防，你应该找公安局、找小偷索赔。”

律师说法

张先生可以向宾馆索赔。旅客按规定向宾馆支付了房费，双方就形成了消费合同关系。旅客据此享有人身财产受安全保障的权利。旅客在宾馆这一特定场所被盗，是与宾馆本身防盗措施不力、管理不善有关，宾馆方面是有过错的，违反了其法定义务，构成了违约。

法律依据

《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》第六条 从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的单位，未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害，赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。

因第三人侵权导致损害结果发生的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务

人有过错的，应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。安全保障义务人承担责任后，可以向第三人追偿。赔偿权利人起诉安全保障义务人的，应当将第三人作为共同被告，但第三人不能确定的除外。

16. 未满 18 岁到娱乐场所消费，商家会受到什么处罚？

典型案例

玲玲 15 岁，是某艺术学校的舞蹈班学员，非常喜欢舞蹈，想周末和同学结伴去舞厅玩。玲玲的母亲知道玲玲要和同学去舞厅玩，坚决不同意，并教育玲玲未满 18 岁是不可以到娱乐场所消费的。我国法律对此是怎么样规定的？违反该规定的商家，会受什么处罚呢？

法律说法

我国未成年人保护法明确规定，营业性歌舞娱乐场所、互联网上网服务营业场所等不适宜未成年人活动的场所，不得允许未成年人进入，经营者应当在显著位置设置未成年人禁入标志；对难以判明是否已成年的，应当要求其出示身份证件。各地政府都对未成年进入娱乐场所加大监管力度，北京市甚至在 2010 年文化市场综合执法工作中，将以加大处罚力度为突破口，全力加强市场监管，对于接纳未成年人的网吧、娱乐场所，情节严重的将予以重罚。非常肯定，未满 18 岁是不能到娱乐场所消费的。

法律依据

《未成年人保护法》第三十六条 中小校园周边不得设置营业性歌舞娱乐场所、互联网上网服务营业场所等不适宜未成年人活动的场所。

营业性歌舞娱乐场所、互联网上网服务营业场所等不适宜未成年人活动的场所，不得允许未成年人进入，经营者应当在显著位置设置未成年人禁入标志；对难以判明是否已成年的，应

当要求其出示身份证件。

17. KTV 包房设定“最低消费”是否合法？

典型案例

蔡某和几个同事在某 KTV 唱歌，结账时发现费用比实际多出 80 元，于是蔡某找该 KTV 的服务人员理论。他们告诉蔡某，该 KTV 由于生意火爆，供不应求，出于对其他消费者的公平，从而划定了客人的基本消费额度，无论蔡某消费了多少都要支付其规定的最低消费金额 300 元。该 KTV 的规定是否合法？

律师说法

在我国的民事法律法规中，尚未对最低消费作出明确具体的规定。只在《消费者权益保护法》中阐明了消费者的自主选择权和公平交易权，规定了消费者在购买商品和接受服务时享有自主选择的权利，有权获得价格合理的公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。究竟设立最低消费是否侵犯了消费者的自主选择权，是否属经营者的强制交易行为，对消费者是否公平；或者说，在什么情况下设立最低消费，既可以保护消费者的权益，又能兼顾到经营者的利益？笔者认为，虽然最低消费在情理上让消费者很难接受，但目前并没有相应的法律法规明令禁止设置最低消费标准。通常情况下，只要商家在消费者消费前向消费者明示或者口头告知最低消费标准，并给予消费者是否在此消费的选择权，就不存在过错。结合本案，只要 KTV 在蔡某消费前明示或者口头告知最低消费标准，蔡某就具有了选择权，之后的消费行为就接受此约束。

法律依据

《消费者权益保护法》第十条 消费者享有公平交易的权利。

消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。

18. 旅途中发生交通事故，旅行社承担什么责任？

典型案例

2007年7月14日，赵某和父母参加了旅行社组织的海南7日游。在去往景点的途中，因司机违章造成交通事故，赵某和父母都受了伤。事后赵某向旅行社索赔，旅行社却说他们只负责提供专职导游接待，提供车辆服务的是当地某汽车租赁公司，因此，事故责任应由该汽车租赁公司承担。那么，赵某该怎么办呢？

法律说法

赵某既可以提起侵权之诉，也可以提起违约之诉。从违约的构成来看，只要合同一方违反了合法有效的合同约定，并且不具有不可抗力等责任免除的情形即构成了违约。即使该违约是由于第三方的原因造成的，旅行社也应当向赵某及其父母承担违约责任。需要提醒的是，选择侵权之诉的人身损害赔偿，受害人可以主张精神损害赔偿；而选择违约之诉，除法律有特别规定的外，不能主张精神损害赔偿。

法律依据

《合同法》第一百二十一条 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

《侵权责任法》第二条 侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。

19. “火腿肠瘦身了，瘦肉精无处不在”，消费者怎么办？

典型案例

2011 年，据央视《每周质量报告》的 3·15 特别节目《“健美猪”真相》报道，河南某地养猪场采用违禁动物药品“瘦肉精”饲养，有毒猪肉流向了生产肉类制品的某著名品牌。该品牌曾宣称“18 道检验、18 个放心”，这样的口号对消费者还有意义吗？目前，有关部门已对涉嫌生产、销售和使用“瘦肉精”的 72 名违法犯罪嫌疑人采取了强制措施，对涉嫌工作失职的 53 名公职人员进行调查取证。其中，12 名涉嫌渎职犯罪的国家机关工作人员已经由河南省检察机关立案侦查。

律师说法

“瘦肉精”被认为是肉制品业的“三聚氰胺”。“瘦肉精”通常是指盐酸克伦特罗，一种肾上腺类神经兴奋剂。类似药物还有莱克多巴胺、沙丁胺醇和特布他林等。将这一类物质添加于饲料中，可以增加动物的瘦肉量，减少饲料使用，使肉品提早上市，从而降低成本。目前全球 136 个国家和地区都规定肉品不得检出“瘦肉精”。2002 年，农业部、卫生部、国家食品药品监督管理局发布公告，明令禁止在饲料和动物饮用水中添加含盐酸克伦特罗和莱克多巴胺等 7 种成分的“瘦肉精”。本次事件中，“瘦肉精”的生产者和销售者以及使用者有可能涉嫌生产、销售有毒、有害食品罪，不排除被追究刑事责任。那么，作为我们普通消费者，遭遇“瘦肉精”的毒害，我们怎样维权呢？首先，我们一定要保存相关证据，食物中毒症状很有可能潜伏很久，这就需要我们保存相关证据，以证明侵权行为与损害结果之间的因果关系。其次，可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。最后要注意的是，诉讼中可以选择适用违约或侵权，根据实际情况的不同，选择最为有利的诉讼。笔者建议广大消费者，最好提起侵权之诉，这样可以一并诉求精神损害赔偿，还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。

法律依据

《食品安全法》第九十六条 违反本法规定，造成人身、财产或者其他损害的，依法承担赔偿责任。

生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。

20. “要想打电话，就得消费套餐”，消费者很受伤，很无奈！

典型案例

山东省枣庄市王先生与某电信经营商签订的套餐合同于 2011 年 2 月份到期，王先生要求更换套餐，被告知更换套餐只能选择价格高于签订合同的套餐，不得更换价格更低的套餐，王先生很是气愤，多次要求更换便宜套餐，但该电信经营商都以吉祥号为由，拒绝更改。于是王先生打电话到工业和信息化部咨询，但此事一直未得到解决。无奈之下，王先生于 2011 年 4 月 18 日到枣庄市消费者协会投诉，要求更换套餐。

律师说法

既然宣传册上有相关套餐项目，消费者就有选择办理哪一项的权利，规定消费者只能办理高于签订的合同套餐的业务毫无疑问是“霸王条款”。“霸王条款”中的“霸王”是谁？通常是指拥有行政权力的有关部门，或是具有自然垄断和垄断倾向的部门。我国合同法第三十九、四十和四十一条对格式合同的制定与提供做了原则性规定，其目的是防止格式合同中“霸王条款”的涉入，以加强对处于劣势地位的相对人的利益的保护，使合同双方当事人的关系处于基本平衡的状态，从而符合契约自由和公平合理的原则。本案例中，王先生有自主选择资费方案的权利，要求变更套餐是合理的要求，如果仍然协商未果，王先生可以向消费者协会投诉。

法律依据

《消费者权益保护法》第九条 消费者享有自主选择商品或服务的权利。消费者有权自主选择提供商品或者接受服务的经营者，自主选择商品品种或者服务方式、自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。

《山东省消费者权益保护条例》第十条 消费者有权对经营者提供商品和服务的质量、价格、计量等提出意见、建议，有权对经营者损害消费者合法权益的行为向有关行政管理部门或者消费者组织举报、投诉，或者向大众传播媒介反映。

第八篇 房产车辆常识篇

1. 一房二卖怎么办？怎么预防？

典型案例

2009 年 12 月，李某估计县城某地段的二手房价格会出现较大幅度的上涨。因此，李某通过中介公司，物色了一批总价值为 50 余万元的二手房，并与该房业主签订了《房屋买卖合同》，支付了首付款 13 万元。后来，业主突然反悔，拒绝履行合同，要将房屋转卖给张某。原来业主已经和另外的购房者张某也签订了《房屋买卖合同》，并办理了房屋产权过户手续。一房两卖，怎么界定房子属于谁呢？

律师说法

依据我国物权法，不动产的买卖是以产权登记为法律生效要件，以办理房屋产权过户手续来确定物所有权的转移。因此，本案中张某取得了房子的所有权，李某不能取得房子的所有权，李某只能按照合同法的相关规定主张权利，可以向业主要求承担采取补救措施、支付违约金、赔偿损失等违约责任。

现在房地产市场上一房二卖时有发生。如何防止一房二卖呢？笔者谈谈以下几点建议。

一、购房者要确保业主已经签收定金

通常情况下，在房屋中介处相中了房屋后，购房者会被要求签订一份定金合同，并收取定金，以确保业主不会将房屋转卖给他人。有些小型中介公司，为将房源迅速脱手，与多位购房者签订定金合同，导致“一房二卖”的情况发生。购房者只要选择品牌信誉好的中介公司买房，就可以避免这种情况发生。如果购房者需要通过小型中介公司买房，就要确保业主能签收到定金。一般情况下，买卖双方正式签约前不会见面，定金往往由中介公司转交。购房者很难直接了解到业主是否收取了定金。但是，购房者可以要求中介公司出示收据，确认业主已签收定金。

二、购房者要调查所购房屋产权，提存房屋产权证

业主为了能将房子售出高价，往往会委托多家中介公司出售房屋，引起“一房二卖”的情况发生。从签订合同，到正式办理产权过户手续，还有一段时间。业主往往会在这段时间，另外物色买主，然后撕毁合同，将房屋以较高价格转让给第三人。为了避免这种情况的发生，可以采取以下的办法加以防范：一是进行产权调查。交易中心通常备有房屋的原始记录，包含了房屋所有的基本信息，如房屋土地状况、产权共有人等。在签订房屋买卖合同前，购房者可以到房地产交易中心进行产权调查，将调查结果与业主的房屋产权对比，如发现房屋产权证上的记载与调查结果不相符，购房者就要小心了，业主有可能将房屋“一房二卖”。二是提存房屋产权证。签订买卖合同后，若未办理过户手续，房屋产权证仍由房屋原先的业主持有。有些购房者看到房屋产权证后，会误认为产权仍为该业主所有，为业主将房屋“一房二卖”提供了便利。购房者可要求业主将房屋产权证提存在中介公司，待办理过户时，再从中介公司取出，以避免这一现象发生。

三、购房者还需要注意，在交易中心登记后再向业主支付首付款

购房者在网上签订合同并予交易中心备案后，再向业主支付首付款，可以避免某些人将房屋“一房二卖”后，诈骗购房者的购房款。且在网签合同后，交易中心已将该房登记，买卖关系确定，从证据角度讲有很强的证明力；从安全交易角度讲，对买卖双方也存在一定的制约，起码在操作流程上制造了难度，这也是建委实施行政监督的手段。

法律依据

《物权法》第九条 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。

依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第十五条 出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持。

2. 遭遇开发商“一房多卖”怎么办？

典型案例

2010年4月23日，李某通过签订《商品房买卖合同》，从一家房地产公司购得C栋3单元4-2号房屋，并支付了部分房款，但未搬入居住及办理房屋产权手续。2011年1月3日，公司又通过签订《商品房购销合同》，将上述房屋以更高的价格卖给了刘某。刘某一次性付清房款后，与公司在房屋交易所进行了备案登记。2011年1月23日，该房地产公司又将此房卖给黄某，也是通过签订《商品房购销合同》的形式。2个月后，因“一房多卖”事发而引发了诉讼。

律师说法

首先，我们要理解，房屋登记备案不同于预告登记。预告登记指当事人约定买卖期房或者转让其他不动产物权时，为了限制债务人处分该不动产，保障债权人将来取得物权而作的登记。

《商品房预售合同》的登记属于预告登记的性质，购房者可以就尚未建成的住房进行预告登记，以制约开发商把已出售的住房再次出售或者进行抵押。这种预告登记和房屋登记备案有根本的差别，而且法律并没有规定这种备案具有什么效力。因而房屋登记备案只是行政管理范畴，法律并未赋予其与预告登记相同的法律效力，即不能产生具有登记请求权的物权效力，不得对抗第三人，不享有排他权。

对于“一房多卖”，开发商与购房人所签订的合同，只要不违反法律的禁止性规定均为有效。就其处理，应当区别对待。已经办理商品房权属变更登记手续的（即预告登记），办理者获得商品房的所有权；均未办理登记手续的，由先行合法占有商品房屋的买受人取得商品房的所有权；对既未办理有关物权登记手续，又未能合法占有商品房屋的，由先行支付房屋价款的买受人取得商品房的所有权（可以是全部支付，也可以是按照合同约定部分支付）；对于合同均未履行的，由依法成立在先的商品房买卖合同的买受人取得商品房的所有权。因此，目前李某拥有该项商品房的所有权。刘某、黄某只能按照合同法的相关规定主张权利。

法律依据

《物权法》第二十条 当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。

《城市商品房预售管理办法》第十条 商品房预售，开发企业应当与承购人签订商品房预售合同。预售人应当在签约之日起 30 日内，向房地产管理部门和市县人民政府土地管理部门办理商品房预售合同登记备案手续。

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条 具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：

- （一）商品房买卖合同订立后，出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人；
- （二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人。

3. 共有的房子被另外一方私自卖掉，怎么办？

典型案例

王小姐和李先生结婚 3 年了，婚后俩人买了一套两居室的房子，产权证上写的是李先生的名字。因为李先生做生意急需用钱，想将房子卖掉，但王小姐坚决不同意。随后，李先生在没有征得王小姐同意的情况下，私自将房屋卖给周某，并办理了产权过户。此后三个月，房价飞速上涨 20%，李先生后悔了，想将房子要回来，让王小姐主张共有人的权利撤销买卖合同，可行吗？

律师说法

依据我国法律，在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，第三人善意、有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益。也就是说虽然共有人擅自处分了不是自己份额的财产，基于对善意受让人权益的保护，只要受让人的购买符合不动产的善意取得制度，那么不动产的所有权就已经发生了转移。结合本案，周某已经取得了房子的所有权，王小姐即使是在不知情的情况下也不能主张自己对房子的所有权，只能向李先生主张自己对房子的财产份额，由李先生承担过错责任。

法律依据

《物权法》第九十七条 处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。

《物权法》第一百零六条 无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；

（二）以合理的价格转让；

（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第 89 条 共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。

4. 共有房屋怎么分割？

典型案例

王先生和赵小姐原来是恋爱关系，2009年1月18日两人约定解除恋爱关系。恋爱期间，王先生和赵小姐作为共同买受人和李先生签订了《房地产买卖合同》，约定二人共同向李先生购买一套两居室的房屋，房屋总价为89万元。后来买卖双方办理了房地产过户交易手续，并且通过王先生的银行卡转账给卖售人李先生89万元，王先生和赵小姐登记为共同共有人。赵小姐出资23万元用于支付房款和房屋装修、添置家具、电器等用途。恋爱关系解除后，王先生向法庭提起了诉讼，要求对共同共有的房产进行分割。

律师说法

本案例中，王先生和赵小姐没有约定共同共有的形式，依据我国法律规定，除家庭关系外视为按份共有；两人就共同共有财产的份额也没有约定，依据我国法律规定，按照出资额确定财产份额；不能确定出资额的，视为等额享有。王先生要求对共同共有的房产进行分割可以得到法院的支持，因为之前没有相关约定，按份共有人可以随时请求分割。即使之前约定不可以分割，共有人有重大理由需要分割的，也可以请求分割。因此，王先生和赵小姐可以依据各自投资份额来协商分割方式。如达不成协议，针对不动产难以分割或者因分割会减损价值的，应当对其折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。现实中，一般由占有份额较大的一方来买受较小一方的份额，即行使优先购买权，这样有利于财产的合理利用。

法律依据

《物权法》第九十九条 共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。

第一百条 共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割并

且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。

共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失。

第一百零三条 共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。

第一百零四条 按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。

5. 房子使用 70 年以后怎么办？

典型案例

老王终于买到了自己心仪的房子，花费了一辈子的积蓄，欢欣鼓舞地去办理房产证，发现个困惑，于是到律所咨询：“为什么我买的房子只有 70 年产权，这是什么意思？满 70 年后就不归我了吗？怎么计算年限呢？”

律师说法

国家按照所有权与使用权分离的原则，实行城镇国有土地使用权出让、转让制度。土地使用权出让最高年限按下列用途确定：居住用地 70 年；工业用地 50 年；教育、科技、文化、卫生、体育用地 50 年；商业、旅游、娱乐用地 40 年；综合或者其他用地 50 年。我国现行的居住用地使用权最高出让年限为 70 年。

所谓 70 年使用权是指土地的使用年限，也就是说当土地使用年限满了 70 年后，你就没有这块地的使用权了，如果政府不征用这块地的话，那土地上的建筑物房子你就可以继续使用下去，不过要补地价。如果政府要征用这块地，你就要无条件地归还。自 2007 年 7 月施行的《物权法》又进一步规定，住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。但这个规定是笼统而原则的，并未涉及广大群众关心的在续期时使用权人是否再需支付费用这一问题，目前也没其他法律法规作出明确规定。

怎样计算房子的使用年限呢？经济适用房和二手房的土地使用年限都是以开发商取得国有土地许可证的时间来核定其土地使用年限的。例如，房屋 2000 年竣工，如果该房屋 2006 年出售，那么，购房者所购买这套房屋的土地使用年限=70 年-（2006 年-2000 年）=64 年。该套房屋的新购买时间 2006 年+交易后核定的土地年限年 64 年=2070 年，即这套房屋的最终土地使用年限到 2070 年为止。

法律依据

《物权法》第一百四十一条 建设用地使用权人应当依照法律规定以及合同约定支付出让金等费用。

第一百四十九条 住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。

非住宅建设用地使用权期间届满后的续期，依照法律规定办理。该土地上的房屋及其他不动产的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律、行政法规的规定办理。

6. 买房子交“定金”和“订金”一样吗？

典型案例

刘小姐看中了某小区的一套房子，在交了 1 万元定金之后，回去准备首付款。之后刘小姐因故取消了购房的计划，可在其向房产商要求退回定金时遭到了拒绝。刘小姐认为自己交的是“订金”，房产商无理由不退回。那么，“定金”与“订金”到底有何区别呢？

律师说法

一般来说，“订金”是一种预付款，是可以要求退还的，除非双方签订的合同另有规定，开

发商一般应在签约后将“订金”及时退还或者抵充房款；而“定金”是一种合同的保证金，如果买方违约，是不能要回“定金”的，但如果是卖方违约，则应双倍返还。所以，买房者在订购书上签字的时候，一定要分辨清楚到底是“定金”还是“订金”，以免给自己造成损失。

法律依据

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条 出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，应当按照法律关于定金的规定处理；因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第一百一十八条 当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，但没有约定定金性质的，当事人主张定金权利的，人民法院不予支持。

7. 买房后后悔，能退吗？

典型案例

2009年6月，李某与王某签订了购房合同，李某将一居室以69万元的价格转让给王某，并约定2009年7月份交房时付清余款。但是后来王某突然反悔不买了。李某可以要求法院判令王某继续履行合同吗？买受人能无理由退房吗？

律师说法

房子是一个大宗商品，买受人心态波动性大，后悔概率高，不满意就要求退房。根据买卖关系进程中所处的阶段不同，违约一方承担的责任也不尽相同。定金交付后但未签订买卖合同

阶段，买方这时候是可以无理由退房的，只要承担定金的损失；但是如果卖方存在违约，则需要双倍返还定金。签订买卖合同并支付房款后，这个阶段一般无法定情形可以视为买卖合同成立，除一方有根本违约的情形可解除、撤销买卖合同外，任何一方违约都要承担相应的合同违约责任。当办理了房产过户手续，这个阶段物权已经转移，即房子的所有权已经转移，没有法定情形下是不可能再退房子的。

本案中，两人的买卖合同关系已经成立，李某可以要求王某继续履行。一方中途反悔属于违约行为。《合同法》规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。但有下列情形之一的除外：法律上或者事实上不能履行；债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；债权人在合理期限内未要求履行。

法律依据

《物权法》第十五条 当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

8. 商品房有质量问题怎么办？

典型案例

李某购买了某房地产公司开发的住宅楼。住进去没多久李某就发现客厅地面出现了下沉，四周墙角也出现了裂缝。经鉴定，该层主体结构不符合国家建筑结构规范，墙角的裂缝宽度超过允许范围。李某找开发商交涉，要求退房，而开发商承认房子存在质量问题，只同意维修，不肯退房。

律师说法

广义的商品房质量问题是指因开发商交付的商品房及其配套设备、设施或居住环境存在不符合法律规定或合同约定的质量标准而产生的纠纷。根据我国法律，商品房质量问题通常可分为以下三种情形：（1）商品房主体质量不合格，指房屋地基基础工程和主体结构工程不合格。

（2）房屋主体质量合格，但房屋因有其他质量问题而严重影响正常居住使用。（3）房屋存在质量问题，但尚未达到“严重影响正常居住使用”这一严重程度。

房屋建成后交付使用前，建设单位应组织勘察、设计、施工、监理等各方对工程质量进行验收，验收合格的应该签署质量合格文件；并申请规划、公安消防、环保部门对房屋进行检查，出具认可文件或者准许使用文件；最后由建设单位向工程所在地的建设行政主管部门备案，取得房屋建筑工程竣工验收备案表。因此，购房人在办理商品房交接入住手续时，应要求出卖人出示该商品房的《建筑工程竣工验收备案表》，查验该工程是否经验收合格。如果出卖人不能出示该商品房的《建筑工程竣工验收备案表》，说明该工程未经验收或者验收不合格，购房人有权拒绝收房，由此引起的延期交房责任由出卖人承担。如果出卖人超过约定的期限房屋仍然未能验收合格，购房人可以解除合同并要求赔偿损失。

对商品房住宅国家有强制性的质量标准《住宅设计规范》，很多地方也制定有相应的质量标准。国家明确规定开发商不得将工程质量不合格或配套不完善的房屋交付使用；同时还规定住宅小区需经国家相关部门综合验收合格后才能交付使用；商品房交付使用时，开发商应向购房人出示《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》，承担商品房保修及维修责任。但是，由于开发商片面追求高额利润，商品房质量问题仍然层出不穷。

出现商品房质量问题后，根据不同情况，由开发商承担相应责任。（1）商品房主体质量不合格。在此种情况下，购房人如果认为房屋主体质量不合格，首先应该向工程质量监督单位申请重新检验，经检验确属主体结构质量不合格的，购房者有权解除商品房买卖合同，即退房，并要求开发商赔偿损失。协商不成可以起诉。（2）房屋主体质量合格，但房屋因有其他质量问题而严重影响正常居住使用。“严重影响正常居住使用”是指购房者所购买的房屋出现严重质量问题，且该质量问题通过修复等亦无法保证购房者人身安全、财产安全及正常居住使用。购房者订立合同的目的是购买使用功能正常的房屋，开发商交付的房屋不能让购房人实现使用目的，构成根本违约，购房人可以请求解除合同和赔偿损失。此种情况下，在协商或诉讼过程中要对房屋质量进行鉴定，证明质量问题的客观存在、损害结果的存在以及它们之间有因果关系。（3）房屋存在其他质量问题，但尚未达到“严重影响正常居住使用”这一严重程度。在这种情况下，开发商存在部分或轻微违约，尚未达到根本违约的程度，所以购房者不能要求解除合同并退房。依据相关法律规定，如果在保修期内，开发商应当承担修复责任，如果开发商拒绝修复或者在合理期限内拖延修复的，购房者可以自行或者委托他人修复，修复费用及修复期间造成的其他损失由开发商承担。此种情况也需要作出质量鉴定。

法律依据

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十二条 因房屋主体结构质量不合格不能交付使用，或者房屋交付使用后，房屋主体结构质量经核验确属不合格，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。

《城市房地产开发经营管理条例》第十六条 房地产开发企业开发的房地产项目，应当符合有关法律、法规的规定和建筑工程质量、安全标准、建筑工程勘察、设计、施工的技术规范以及合同的约定。

房地产开发企业应当对其开发的房地产开发项目的质量承担责任。

勘察、设计、施工、监理等单位应当依照有关法律、法规的规定或者合同的约定，承担相应的责任。

第三十二条 商品房交付使用后，购买人认为主体结构质量不合格的，可以向工程质量监督单位申请重新核验。经核验，确属主体结构质量不合格的，购买人有权退房；给购买人造成损失的，房地产开发企业应当依法承担赔偿责任。

《建筑法》第六十一条 建筑工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。

《城市房地产管理法》第二十七条 房地产开发项目的设计、施工，必须符合国家的有关标准和规范。

9. 能按照购房合同索要违约金吗？

典型案例

2009年10月，陈某与某房地产开发公司签订了合同，合同约定：总房款98万，2010年1月31日交房，某房地产开发公司逾期交房超过90日，买受人有权解除合同，并按买受人累计已付款的2%支付违约金。合同签订后，陈某即支付了首付款，并办理了按揭贷款手续。半年后，陈某才收到入住通知。于是，陈某要求解除《商品房买卖合同》，并要求房地产公司支付总房款2%的违约金。房产商同意解除合同，但对违约金有不同意见：“房款大部分是按揭付款的，怎么能按全款给付违约金呢？”双方争执不下，诉至法院。

律师说法

陈某的主张法院可以支持，房产商应该按总房款的 2% 支付违约金。在违约金的计算方式上，虽然该房款大部分为银行贷款，但开发商实际上已经得到合同约定的全部房款。因此，只要不存在其他情形，房产商应该依据购房合同的约定来给付违约金。

法律依据

《合同法》第一百一十四条 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

10. 签约、付款、交房后，卖方不过户怎么办？

典型案例

2008 年 6 月，刘小姐在某社区购买了一套房子，开发商承诺在交房之日起 3 个月内为其办理房产证，逾期未办理，将向其支付购房款 1% 的违约金。2009 年 1 月，刘小姐拿到了房子钥匙，可直到 2010 年 2 月刘小姐仍未拿到房产证。刘小姐多次与开发商协商此事，均未果，而开发商也未按照承诺向其支付违约金。那么，刘小姐该怎么办呢？

律师说法

刘小姐可以要求开发商退房返款，并赔偿其损失。我国法律规定，房地产开发企业应当协助商品房购买人办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续。开发商在交房后的 1 年时间里都未为刘小姐办理房产证。我国法律规定，由于出卖人的原因，导致买受人无法办理房屋所有权登记，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予以支持。

法律依据

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十八条 由于出卖人的原因，买受人在下列期限届满未能取得房屋权属证书的，除当事人有特殊约定外，出卖人应当承担违约责任：

- （一）商品房买卖合同约定办理房屋所有权登记的期限；
- （二）商品房买卖合同的标的物为尚未建成房屋的，自房屋交付使用之日起九十日；
- （三）商品房买卖合同的标的物为已竣工房屋的，自合同订立之日起九十日。

合同没有约定违约金或者损失数额难以确定的，可以按照已付购房款总额，参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算。

《合同法》第六十条 当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

11. 有贷款的房子还能抵押吗？

典型案例

黄某有一处房产，目前价值 300 万，有房贷 90 万。因做生意急需用钱，想把这套房子再抵押借贷 100 万，可以重复抵押吗？黄某怎样抵押才有效呢？

律师说法

重复抵押，是指债务人以同一抵押物分别向数个债权人为抵押行为，致使该抵押物上有多个抵押权负担的抵押形式。抵押人为充分利用抵押物价值，充分实现抵押物融资功能的愿望，一定程度上使重复抵押的发生成为必然。依据《担保法》的规定：“财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出其余额部分。”即一个抵押物设定抵押权后，其余额价值可以再抵押，但不得超过已抵押财产的余额部分。可见，这类抵押在同一抵押物的各个抵押权人之间，如抵押设立、担保范围、抵押权次序等多方面产生与一般抵押权有不同特点。

首先，抵押权人在明知该抵押财产属重复抵押财产的情况下，仍同意该种抵押的，是民事活动意思自治原则的体现。所以国家不应加以禁止，而是应当允许当事人自由意志的实现。重复抵押只在抵押双方自愿，且在不侵害前位抵押权人债权利益和其他合法权益的条件下进行，有利于债务人充分利用该抵押物，发挥其融通资金的作用，有利于债务人搞活经营。

其次，限制重复抵押的量，即再次抵押不得超出其余额部分。因为重押次数过多超过抵押财产价值，则越是后序的重复抵押权，其担保效能越弱，不利于其所担保的债权的实现，不利于维护市场经济的信用和交易秩序。如果超出财产价值的抵押，登记机关应当不予登记。这样既可以充分发挥物的价值，又可以防止恶性的一物数押现象的出现。我国刑法将“超出抵押物价值重复担保”作为贷款诈骗罪的法定情形之一。尽管贷款诈骗罪的构成还有其他构成要件，但《刑法》把重复抵押与刑事犯罪联系起来，上升到《刑法》规范的高度加以禁止，可见我国法律对非法重复抵押禁止的严厉程度。

最后，法律规范了重复抵押之间的位序关系。由于重复抵押是在同一抵押物上并存有数个抵押权，数个抵押权对同一抵押物的支配处分力必然产生矛盾和冲突，从而数个抵押权间存在着相互影响和制约的关系。我国物权法对此有很准确的规定。

因此，黄某只要遵守上述法律规定，是可以将有贷款的房子重复抵押来贷款的。

法律依据

《担保法》第三十五条 抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出其余额部分。

《物权法》第一百九十九条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：

（一）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；

（二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；

（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。

12. 买卖双方反悔，中介还能收费吗？

典型案例

王先生和黄先生于 2010 年 7 月 15 日通过中介订立了一份三方《购房协议》，约定王先生以 320 万元购买黄先生的一套房产，中介费为房款的 1%。签《购房协议》当日支付定金 10 万元，7 月 25 日前支付首付款 30 万元（含 10 万元定金），8 月 1 日前签订房地产买卖合同，签买卖合同当日再支付房款 60 万元。在签买卖合同后 60 日内办理过户交易手续，办理过户交易手续当日交付房屋，剩余房款由王先生通过银行贷款支付。购房协议后，王先生按约支付了定金和首付款，但到签订买卖合同时，买卖双方均不愿意签订买卖合同，各自也同意解除购房协议。此时，中介坚持双方缴纳中介费，尽管双方没有签正式的买卖合同，但《购房协议》对每期房款的支付方式和金额，以及过户和交房的时间都已明确约定，可视为完成交易。三方产生争议，诉至法院。

律师说法

提醒通过中介公司买房的购房者，签订买卖合同时，一定要考虑清楚、拿好主意，以免受到不必要的损失。对中介费，国家并没有法律的明确规定，只是各地方政府、工商局、物价局、房地局有相应的文件规定了中介费的收取幅度。很多居间公司（中介公司）在与你签订居间协议时，就书面确定了佣金的标准，那么他们收取佣金的标准，在不违反相关规定的情形下就是合同依据。私下协商中介费当然也可以，毕竟是一种合同，但在签订相关协议时一定要注意。

房产经纪人可以认定其提供的是一种居间服务，关于居间的收费法律规定，居间人促成买卖成立的，委托人应当按照约定支付报酬；居间人未促成买卖的，不得要求支付报酬，中介公司虽然不可以收取中介费，却可以要求你支付他们从事中介活动支出的必要费用。

结合本案，未约定中介费的收取方案，只能以双方的买卖成立作为中介公司是否完成居间服务工作，从而以合同约定来收取中介费。案例中，虽然双方没有签订正式的买卖合同，但就其购房协议的内容，已经很详尽地约定了付款方式、金额和时间，以及如何交房、办理过户手续等，可以认定买卖双方法律关系成立。因此，中介的主张是有法律依据的。

法律依据

《合同法》第四百二十六条 居间人促成合同成立后，委托人应当按照约定支付报酬。对居间人的报酬没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，根据居间人的劳务合理确定。因居间人提供订立合同的媒介服务而促成合同成立的，由该合同的当事人平均负担居间人的报酬。

居间人促成合同成立的，居间活动的费用，由居间人负担。

第四百二十七条 居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬，但可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用。

13. “入住”要注意哪些问题？业主如何保障自己的权益呢？

典型案例

张大妈买了一套期房，经过两年艰苦的等待，终于接到入住通知单了。张大妈高兴之余，也有很多困惑，于是到律所咨询：“入住是什么意思呀？我们要怎样验收房子呢？通知单里需要交的钱，是啥钱呀？”

律师说法

张大妈所说的“入住”严格地讲应该称为房屋“交付”。究其含义，房屋交付狭义上仅指出

卖人（开发商）按照合同约定交付房屋，而广义上是指出卖人（开发商）按照合同约定交付房屋、买受人按照合同约定受领房屋，包含了合同法意义上的交付与受领。买卖合同中房屋的交付仅意味着不动产的占有、使用、收益权的转移，不动产所有权在依法办理权属登记后才发生转移。不动产所有权相对于占有权转移的滞后性，使不动产的交付更加复杂，因此张大妈的困惑是很有意义的。

依据我国合同法的规定，“对房屋的转移占有，视为房屋的交付使用，但当事人另有约定的除外。房屋毁损、灭失的风险，在交付使用前由出卖人承担，交付之后由买受人承担；买受人接到出卖人的书面交房通知，无正当理由拒绝接收的，房屋毁损、灭失的风险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”可以确定，“入住”（房屋的转移占有）就是房屋的交付，并以此作为风险转移的标志，即不以房屋所有权作为交房和风险转移的成立条件。因此作为购房人一定要切记，在确认开发商交付的房屋符合法律规定和合同约定前，不要接受开发商交付的房屋钥匙，以免产生对自己不利的后果。

而且一旦接受开发商的钥匙，与房屋有关的费用（如物业管理费）自房屋交付之日起开始计算，物业就开始为买受人提供有关的服务，而不论买受人是否实际居住、使用该房屋；房屋的保修期自房屋交付之日起也开始计算，开发商即开始按照商品房质量保证书的承诺提供保修服务，承担保修责任。

那么，业主如何验收房子呢？首先，业主接到入住通知单后，以北京市为例，业主可要求开发商在交付房屋时应出示以下文件：《北京市建设工程竣工备案表》《房屋土地测绘技术报告书》（实测面积数据）《室内环境检测报告》《住宅质量保证书》与《住宅使用说明书》。之后，在实地验收房子时，根据以上文件检查房子是否与文件相符，是否有质量问题，实际面积与合同有无出入等。如与文件不符或发现质量问题，可以拒绝“入住”，向开发商提出重新核对，由此带来的损失由开发商承担，并可据此追究开发商的违约责任。如果实地验收合格，业主接下来就是缴纳几笔费用：契税；公共维修基金；物业管理费；装修押金；取暖费；燃气开通费；大、中修费。

如业主无故延期收房，也是有相应法律责任的，依据合同法的相关规定，“买受人接到出卖的书面交房通知，无正当理由拒绝接收的房屋损毁、灭失的风险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”此外从法律上讲，购房人还要承担延期收房期间的物业管理费等各项费用，如果因为购房人无正当理由拒绝收房给开发商造成损失或产生了额外费用，还应该予以补偿。所以，张大妈只要本着严谨的态度，高度注意维权，办理入住还是尽快的好。

法律依据

《商品房销售管理办法》第三十二条 销售商品住宅时，房地产开发企业应当根据《商品住

宅实行质量保证书和住宅使用说明书制度的规定》，向买受人提供《住宅质量保证书》《住宅使用说明书》。

第三十三条 房地产开发企业应当对所售商品房承担质量保修责任。当事人应当在合同中就保修范围、保修期限、保修责任等内容做出约定。保修期从交付之日起计算。

第三十四条 房地产开发企业应当在商品房交付使用前按项目委托具有房产测绘资格的单位实施测绘，测绘成果报房地产行政主管部门审核后用于房屋权属登记。

《合同法》第一百四十三条 因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定之日起承担标的物损毁、灭失的风险。

14. 买二手车，保险一起转让吗？

典型案例

黄某将一辆上了全险的桑塔纳轿车卖给李某，两人签订了买卖合同，黄某交付给李某这辆桑塔纳轿车，并办理了过户手续。之后没有多久，李某由于驾驶不当，造成交通事故，将周某撞成重伤，交通事故认定李某负全责。李某找到保险公司要求理赔，因其没有及时按照保险合同的约定书面通知保险公司并办理变更手续，遭保险公司拒赔，理由为该车辆保险属于“真空地带”。黄某和李某认为，虽然没有变更受益人，但是合同在有效期内也没有约定变更期限呀，而且原受益人也同意，为什么不赔呢？遂新、老两位车主一起将保险公司告上法庭。

律师说法

我们国家经济迅速发展，进入了工业时代，城市中家庭用车逐步增加，新时代出现的新问题也在逐渐增多。本案中，买卖双方没有按照保险合同的约定书面通知保险公司并办理变更手续，但是基于得到原车主认同，保险合同中没有约定变更手续的期限，且我国法律目前也未对办理保险变更的期限做明确规定。又根据合同法规定，采用格式条款订立合同的，对于免除己方责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。所以，保险公司应承担保险合同约定的保险事故责任范围内的理赔义务。故本案中，被告保险公司应在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内直接赔偿受害者，超过限额范围以外的部分由李某赔偿。

法律依据

《道路交通安全法》第七十六条 机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿。超过责任限额的部分，按照下列方式承担赔偿责任：

（一）机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。

（二）机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故的，由机动车一方承担责任；但是，有证据证明非机动车驾驶人、行人违反道路交通安全法律、法规，机动车驾驶人已经采取必要处置措施的，减轻机动车一方的责任。

交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意造成的，机动车一方不承担责任。

《机动车交通事故责任强制保险条例》第二十二条 有下列情形之一的，保险公司在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内垫付抢救费用，并有权向致害人追偿：

（一）驾驶人未取得驾驶资格或者醉酒的；

（二）被保险机动车被盗抢期间肇事的；

（三）被保险人故意制造道路交通事故的。

有前款所列情形之一，发生交通事故的，造成受害人的财产损失，保险公司不承担赔偿责任。

15. 什么是交强险？

典型案例

小明攒了好几年钱，终于能买心仪的 SUV 了，付完车款，销售人员提醒小明：“尽快办理交强险，不然是不能上路的。”交强险是什么保险？必须缴纳吗？

律师说法

机动车交通事故责任强制保险（简称“交强险”）是我国首个由国家法律规定实行的强制保险制度，是由保险公司对被保险机动车发生道路交通事故造成受害人（不包括本车人员和被保险人）的人身伤亡、财产损失，在责任限额内予以赔偿的强制性责任保险。实行交强险制度就是通过国家法律强制机动车所有人或管理人购买相应的责任保险，以提高第三者责任保险的投保面，在最大程度上为交通事故受害人提供及时和基本的保障。

交强险责任限额是指被保险机动车在保险期间（通常为1年）发生交通事故，保险公司对每次保险事故所有受害人的人身伤亡和财产损失所承担的最高赔偿金额。按照2011年最新方案，交强险总的责任限额（每次事故的最高赔偿额）将由现行的6万元提高至12.2万元，其中死亡伤残赔偿限额由现行5万元上调至11万元，医疗费用赔偿限额由8000元提高到1万元，财产损失赔偿限额为2000元不变；被保险人在交通事故中无责任的情况下，死亡伤残赔偿限额为1.1万元，医疗费用赔偿限额为1000元，财产损失赔偿限额为100元。

我国法律对机动车第三者责任险采取“双轨制”立场，即在发生交通事故时交强险先赔付，商业险再根据责任认定进行赔付。根据保险专家介绍，保险公司是第一者，投保车主是第二者，被害人是第三者。和商业第三者责任保险一样，交强险也是只保第三者。例如：A、B两车相撞，双方均有责且都只发生财产损失，A车为1万元，B车为5000元。首先，双方通过交强险赔给对方2000元，之后A车还损失8000元，B车还损失3000元。这些超过责任限额的部分，按照道路交通安全法规定，双方将根据责任比例赔偿。假设双方各占50%事故责任，那么B车需通过商业三者险再赔A车4000元，A车需通过商业三者险再赔B车1500元，而A车需自负本车损失4000元，B车自负本车损失1500元。

值得注意的是，有4种情况造成的损失交强险不负责赔偿和垫付：（1）因受害人故意造成的交通事故的损失；（2）被保险人所有的财产及被保险机动车上的财产遭受的损失；（3）被保险机动车发生交通事故，致使受害人停业、停驶、停电、停水、停气、停产、通信或者网络中断、数据丢失、电压变化等造成的损失以及受害人财产因市场价格变动造成的贬值、修理后因价值降低造成的损失等其他各种间接损失；（4）因交通事故产生的仲裁或者诉讼费用以及其他相关费用。

法律依据

《机动车交通事故责任强制保险条例》第二十一条 被保险机动车发生道路交通事故造成本车人员、被保险人以外的受害人人身伤亡、财产损失的，由保险公司依法在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内予以赔偿。

道路交通事故的损失是由受害人故意造成的，保险公司不予赔偿。

《机动车交通事故责任强制保险条例》第二十二条 有下列情形之一的，保险公司在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内垫付抢救费用，并有权向致害人追偿：

（一）驾驶人未取得驾驶资格或者醉酒的；

（二）被保险机动车被盗抢期间肇事的；

（三）被保险人故意制造道路交通事故的。

有前款所列情形之一，发生道路交通事故的，造成受害人的财产损失，保险公司不承担赔偿责任。

16. 车辆必须上交强险，那么其他保险是自愿的吗？

典型案例

小明买了心仪的 SUV，付完车款，办理交强险时，保险公司强力推销其他保险，这些保险有必要吗？小明如何选择呢？

律师说法

交强险，国家规定必须购买，交强险主要是承担广覆盖的基本保障。对于更多样、更高额、更广泛的保障需求，消费者可以在购买交强险的同时自愿购买业险，其他的商业险是出于消费者自愿投保的险种，国家并没有强制性规定。

根据车主的不同意愿，可以选择如下商业险：

（1）车辆损失险。负责赔偿由于自然灾害或意外事故造成的车辆自身的损失。这是车辆保险中最主要的险种。保与不保这个险种，需权衡一下它的影响。若不保，车辆碰撞后的修理费用得全部由自己承担，故新车新手建议一定买上该险。

（2）商业第三者责任险。负责保险车辆在使用中发生意外事故造成他人（即第三者）的人身伤亡或财产的直接损毁的赔偿责任。因为交强险在对第三者的医疗费用和财产损失上赔偿较低，在购买了交强险仍可考虑购买第三者责任险作为补充。

（3）车上人员责任险。负责保险车辆发生意外事故造成车上人员的人身伤亡和车上所载货物的直接损毁的赔偿责任。其中车上人员的人身伤亡的赔偿责任就是过去的司机乘客意外伤害保险。

（4）全车盗抢险。负责赔偿保险车辆因被盗窃、被抢劫、被抢夺造成车辆的全部损失，以及其间由于车辆损坏或车上零部件、附属设备丢失所造成的损失。车辆丢失后可从保险公司得到车辆实际价值（以保单约定为准）的 80% 的赔偿。若被保险人缺少车钥匙，则只能得到 75% 的赔偿。

（5）无过失责任险。投保车辆在使用过程中，因与非机动车辆、行人发生交通事故，造成对方人员伤亡和直接财产损毁，保险车辆一方不承担赔偿责任。如被保险人拒绝赔偿未果，对被保险人已经支付给对方而无法追回的费用，保险公司按《道路交通事故处理办法》和出险当地的道路交通事故处理规定标准在保险单所载明的本保险赔偿限额内计算赔偿。每次赔偿均实行 20% 的绝对免赔率。

（6）划痕险。可以根据自己车的价格来考虑，车龄 3 年以上就不能保划痕险了。

（7）车载货物掉落责任险。承担保险车辆在使用过程中，所载货物从车上掉下来造成第三者遭受人身伤亡或财产的直接损毁而产生的经济赔偿责任。赔偿责任在保险单所载明的保险赔偿限额内计算。每次赔偿均实行 20% 的绝对免赔率。

（8）玻璃单独破碎险。车辆在停放或使用过程中，其他部分没有损坏，仅风挡玻璃单独破碎，风挡玻璃的损失由保险公司赔偿。

（9）车辆停驶损失险。保险车辆发生车辆损失险范围内的保险事故，造成车身损毁，致使车辆停驶而产生的损失，保险公司按规定进行以下赔偿：①部分损失的，保险人在双方约定的修复时间内按保险单约定的日赔偿金额乘以从送修之日起至修复竣工之日止的实际天数计算赔偿；②全车损毁的，按保险单约定的赔偿限额计算赔偿；③在保险期限内，上述赔款累计计算，最高以保险单约定的赔偿天数为限。本保险的最高约定赔偿天数为 90 天，且车辆停驶损失险最大的特点是费率很高，达 10%。自燃损失险对保险车辆在使用过程因本车电器、线路、供油系统发生故障或运载货物自身原因起火燃烧给车辆造成的损失负赔偿责任。

（10）新增加设备损失险。车辆发生车辆损失险范围内的保险事故，造成车上新增设备的直接损毁，由保险公司按实际损失计算赔偿。未投保本险种，新增加的设备的损失保险公司不负赔偿责任。

(11) 不计免赔特约险。只有在同时投保了车辆损失险和第三者责任险的基础上方可投保本保险。办理了本项特约保险的机动车辆发生保险事故造成赔偿, 对其在符合赔偿规定的金额内按基本险条款规定计算的免赔金额, 保险人负责赔偿。也就是说, 办了本保险后, 车辆发生车辆损失险及第三者责任险方面的损失, 全部由保险公司赔偿。这是 1997 年才有的一个非常好的险种。它的价值体现在, 不保这个险种, 保险公司在赔偿车损险和第三者责任险范围内的损失时是要区分责任的: 若您负全部责任, 赔偿 80%; 负主要责任赔 85%; 负同等责任赔 90%; 负次要责任赔 95%。事故损失的另外 20%、15%、10%、5% 需要您自己掏腰包。

另外投保时还要特别注意下面的情况:

- (1) 买保险要根据自己的实际情况足额投保, 但不必超额投保花冤枉钱。
- (2) 投保签合同前要阅读保险条款, 尤其对“责任免除”和“被保险人义务”认真阅读牢记在心, 避免这上面约定的事项发生, 这是保险公司拒赔的理由。
- (3) 保险条款中规定, 一年不出险的车辆来年续保时可有 10% 的投保优惠, 因此在投保第一年, 假如不慎出现小小的刮、蹭等小毛病, 自己去修理厂比找保险公司更划算。

法律依据

《机动车交通事故责任强制保险条例》第二条 在中华人民共和国境内道路上行驶的机动车的所有人或者管理人, 应当依照《中华人民共和国道路交通安全法》的规定投保机动车交通事故责任强制保险。

机动车交通事故责任强制保险的投保、赔偿和监督管理, 适用本条例。

17. 发生交通事故怎么办?

典型案例

小明刚买的 SUV 新车, 迫不及待上路, 刚开出家门不到 100 米, 遭遇后车追尾。小明慌了, 发生交通事故了, 怎么办?

律师说法

首先，出了交通事故后，车辆驾驶人有责任主动保护现场。如在道路上发生交通事故，车辆驾驶人应当立即停车，保护现场；如在高速公路上发生交通事故的，车辆驾驶人应当将车上人员迅速转移到右侧路或应急车道上，并且迅速报警，防止次生事故的发生。在民警没有到达现场前，遇移动事故受伤者送医院抢救时，要对伤者的躺卧位置和姿态设置标志。总之，凡有必要移动现场任何有关事故的物品，包括人、车、散落物品等，都应标明原始位置的标记。如遇下雨、刮风等天气，应就地取材，用塑料布、席子等物将痕迹盖起来保护好。切勿不作任何标记就擅自将事故车开动驶离事故现场，送伤者去医院。因抢救受伤人员变动现场的，应当标明位置。有乘车人、过往车辆驾驶人、过往行人可以请求其予以协助，过往车辆驾驶人员和行人也应当予以协助。发生交通事故造成道路、供电、通信等设施损毁的，驾驶人应当报警等候处理，不得驶离。

其次，依据《道路交通安全法》和《道路交通事故处理程序规定》，一般交通事故的处理会经过如下流程：事故现场勘察——事故认定（事故认定复核）——违法行为处罚——赔偿调解——诉讼赔偿（调解不成）——保险理赔（机动车方）。

根据实际情况的不同有相应的简易程序。当事人对事实及成因无争议的，可以自行协商处理损害赔偿事宜。当事人自行协商达成协议的，填写道路交通事故损害赔偿协议书，并共同签名。损害赔偿协议书内容包括事故发生的时间、地点、天气、当事人姓名、机动车驾驶证号、联系方式、机动车种类和号牌、保险凭证号、事故形态、碰撞部位、赔偿责任等内容；对仅造成人员轻微伤或者具有本规定第八条第一款第二项至第八项规定情形之一的财产损失事故，公安机关交通管理部门可以适用简易程序处理，但是有交通肇事犯罪嫌疑的除外。适用简易程序的，可以由一名交通警察处理。当事人共同请求调解的，交通警察应当当场进行调解。

因此，小明需要了解交通事故处理流程，尽到自己应尽的义务，以避免因事故造成的更大损失。

法律依据

《道路交通事故处理程序规定》第八条 道路交通事故有下列情形之一的，当事人应当保护现场并立即报警：

（一）造成人员死亡、受伤的；

（二）发生财产损失事故，当事人对事实或者成因有争议的，以及虽然对事实或者成因无争议，但协商损害赔偿未达成协议的；

（三）机动车无号牌、无检验合格标志、无保险标志的；

（四）载运爆炸物品、易燃易爆化学物品以及毒害性、放射性、腐蚀性、传染病病原体等危险物品车辆的；

（五）碰撞建筑物、公共设施或者其他设施的；

（六）驾驶人无有效机动车驾驶证的；

（七）驾驶人有饮酒、服用国家管制的精神药品或者麻醉药品嫌疑的；

（八）当事人不能自行移动车辆的。

发生财产损失事故，并具有前款第二项至第五项情形之一，车辆可以移动的，当事人可以在报警后，在确保安全的原则下对现场拍照或者标划停车位置，将车辆移至不妨碍交通的地点等候处理。

第十八条 有下列情形之一的，不适用调解，交通警察可以在道路交通事故认定书上载明有关情况后，将道路交通事故认定书交付当事人：

（一）当事人对道路交通事故认定有异议的；

（二）当事人拒绝在道路交通事故认定书上签名的；

（三）当事人不同意调解的。

第四十六条 公安机关交通管理部门应当根据当事人的行为对发生道路交通事故所起的作用以及过错的严重程度，确定当事人的责任。

（一）因一方当事人的过错导致道路交通事故的，承担全部责任；

（二）因两方或者两方以上当事人的过错发生道路交通事故的，根据其行为对事故发生的作用以及过错的严重程度，分别承担主要责任、同等责任和次要责任；

（三）各方均无导致道路交通事故的过错，属于交通意外事故的，各方均无责任。

一方当事人故意造成道路交通事故的，他方无责任。

省级公安机关可以根据有关法律、法规制定具体的道路交通事故责任确定细则或者标准。

第四十七条 公安机关交通管理部门应当自现场调查之日起十日内制作道路交通事故认定书。交通肇事逃逸案件在查获交通肇事车辆和驾驶人后十日内制作道路交通事故认定书。对需要进行检验、鉴定的，应当在检验、鉴定结论确定之日起五日内制作道路交通事故认定书。

发生死亡事故，公安机关交通管理部门应当在制作道路交通事故认定书前，召集各方当事人到场，公开调查取得证据。证人要求保密或者涉及国家秘密、商业秘密以及个人隐私的证据不得公开。当事人不到场的，公安机关交通管理部门应当予以记录。

18. 公路上“飙车”构成危害公共安全罪吗？

典型案例

据警方通报，2011年5月15日16时50分左右，吴某驾驶红色宝马M6轿车与另一辆轿车“飙车”，将沿路一侧驾驶电动车的男子撞伤，该男子经医院抢救无效死亡。目前，吴某因涉嫌以危险方法危害公共安全罪，被检察机关提请逮捕。公路上“飙车”构成哪种刑事犯罪？交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪的区别在哪里呢？

律师说法

交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪区别如下。

（1）量刑。危害公共安全是量刑很重的罪，可判处死刑。交通肇事罪的量刑起点是三年以下有期徒刑或者拘役；肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。而以危险方法危害公共安全罪，量刑起点是三年以上有期徒刑，最高可判处死刑。

（2）构成要件。“交通肇事罪”的构成要件——在交通运输活动中违反交通法，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，都可以定性为交通肇事罪。目前司法实务中的做法是，酒后驾车如果导致1人死亡的（或者非饮酒，但违反交通法规且负事故主要责任以上的），以交通肇事罪定罪量刑；如果造成多人伤亡的，根据情节，多以危害公共安全罪定性。此外，涉车的“以危险方法危害公共安全罪”，通常是指某一危险驾驶行

为对“不特定的公众”造成死伤或者使公私财产遭受重大损失。

（3）从人性的主观意识来区分。交通肇事罪是过失犯罪，且必须造成严重后果；以危险方法危害公共安全罪主观上是故意，行为对象是不特定的多数人，不要求必须造成严重后果。

可见，以危险方法危害公共安全罪是重于交通肇事罪的。公路上“飙车”的犯罪行为均符合两个犯罪的构成要件，为什么要定性以危险方法危害公共安全罪呢？因为，这一犯罪行为已经对不特定人或多数人的生命、健康或重大财产造成危害或危害可能，基于对公共安全的保护，定重罪是非常必要的。

法律依据

《刑法》第一百三十三条 违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。

在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车的，处拘役，并处罚金。有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

19. 签了买卖协议，车辆未过户，发生交通事故谁担责？

典型案例

马某将自己的捷达轿车卖给李某，双方订立买卖合同，当即马某交付轿车给李某，李某付款后将轿车开回家，约定十日内办理过户手续。还没来得及办理过户登记手续，李某由于驾驶不当撞上了黄某的奥迪轿车，交警认定李某负全责，奥迪车部分毁损、黄某轻微伤，造成黄某直接经济损失 35 万元。黄某将车辆出卖人马某和买受人李某一起告上了法庭，要求二被告承担连带赔偿责任。

法律说法

依据我国《侵权责任法》规定，机动车所有权发生转移时，机动车未办理所有权转移登记，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由受让人承担赔偿责任。可见，本案中保险公司应该在交强险的范围内承担责任，不足部分由李某承担。

法律依据

《侵权责任法》第五十条 当事人之间已经以买卖等方式转让并交付机动车，但未办理所有权转移登记，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由受让人承担赔偿责任。

20. 小区里丢车怎么办？

典型案例

张女士所在小区由某实业公司的分支机构某物业公司进行物业管理。张女士花 33.3 万余元购买了一辆轿车，与物业公司签订了一份没有约定期限的《机动车管理协议书》。张女士向停车场交付了年度停车费 1440 元，并领取了物业公司发的停车证。凭该证及停车费收据，张女士可将车辆开进小区并停放。几个月后的一天早晨，张女士发现放在小区的车辆丢失，随即向公安机关报案，并向车辆投保的保险公司提出机动车盗抢保险理赔申请。车辆丢失 5 天后，张女士从停车场补办了年度停车费发票。市公安局机动车案件处理部门立案查找车辆未果，在 3 个月后出具了丢失证明。张女士据此从保险公司获得了 22.2 万余元车辆丢失理赔款。之后，张女士起诉至一审法院称，停车场、物业公司收取停车费，提供车辆停放与保管服务，即应保证车辆完好与安全；停车场、物业公司本应依据出入证控制小区车辆安全，却放任不查验，导致放在自家楼下的车辆丢失，应承担赔偿责任，故请求判令停车场、物业公司、实业公司赔偿 11.1 万余元车辆失窃遭受到的经济损失。

律师说法

张女士是小区业主，缴纳了停车费用，获取了所在小区停放车辆的权利，领了物业公司核发的机动车证，张女士据此可以驾车进出小区并停放车辆；张女士还与物业公司达成机动车管理协议。因此，停车场及物业公司在各自职权范围内均负有对在小区内停放机动车的管理义务。停车场及物业公司对张女士的轿车在小区内丢失负有一定责任，对车辆丢失所造成的11.1万余元直接经济损失应承担一定数额的赔偿责任。但是经法院查明，张女士对损失的产生也负有责任。张女士未按规定将车辆停放在停车场，而是停放在自家楼下；物业部门也未及时提醒其应将车辆停放到指定位置，同时在管理方面也不规范、到位，因此双方对车辆丢失都存在一定过错，分别要承担相应的责任。据此，法院判决停车场、物业公司连带赔偿张女士3.2万元损失。法院认为，停车场收取的费用只是车辆停放管理费用，实际双方并未形成车辆保管合同，因此发生纠纷后停车场只负担部分责任。

法律依据

《物业管理条例》第三十六条 物业服务企业应当按照物业服务合同的约定，提供相应的服务。

物业服务企业未能履行物业服务合同的约定，导致业主人身、财产安全受到损害的，应当依法承担相应的法律责任。

《合同法》第三百六十七条 保管合同自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外。

21. 车主钥匙管理不善，车辆肇事共同担责？

典型案例

王某于去年12月购买了一辆轿车。因王某未取得机动车驾驶证，而其同事孙某有驾驶证，王某遂将该车的另一把车钥匙交给孙某，孙某也经常驾驶王某的车辆外出办事。今年8月，王某、孙某和朋友华某等人吃完饭后，一同到歌厅唱歌。华某的亲戚因事需借用王某的车辆。

王某当时正在唱歌，该亲戚便未经王某同意，从孙某的手中拿到了车钥匙，并交给华某。华某开车送亲戚回厂上班后，又私自驾车去接朋友，路上发生交通事故，造成一人死亡，王某的车辆也损坏报废。王某将孙某、华某告上法庭，要求二被告赔偿相关损失。

律师说法

王某作为车主，对车钥匙管理不善，应承担相应责任；被告孙某随意将自己持有的车钥匙交给华某，对其保管的车钥匙未尽到应有的保管义务，存在一定过错；被告华某是直接肇事者，应承担相应赔偿责任。据此，法院依法作出如下判决：车主王某、车主同事孙某因对车钥匙管理不善，判令与肇事者华某各承担总损失的三分之一。

法律依据

《侵权责任法》第四十九条 因租赁、借用等情形机动车所有人与使用人不是同一人时，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任。

第九篇 诉讼常识篇

● 民事诉讼

1. 被告户籍不在本地，应到哪个法院去起诉？

典型案例

住在 A 市的王某到 B 市旅游，巧遇到大学同学沈某，沈某称自己买房还缺两万元，向王某借钱，王某慷慨地从银行卡取出两万元借给沈某。一年后，王某见沈某没有还钱的意思，便几次电话催要，可是沈某总借故推托，无奈之下，王某决定起诉沈某。但是，两人不在同一个城市，王某不知道要向哪个法院提起诉讼？

律师说法

在民事诉讼管辖中，一般适用“原告就被告”的原则，即被告在哪个法院辖区，原告就到哪个法院起诉，案件就归被告所在地法院管辖。这里所说的当事人的所在地，不仅指户口所在地，也包括经常居住地（一般指居住一年以上）。本案中，王某应到沈某所在地基层法院去提起诉讼，这样做有利于查清案件事实，及时准确地做出裁判，也有利于双方当事人出庭应诉。

法律依据

《民事诉讼法》第二十二条 对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。

对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。

2. 合同纠纷应该到哪个法院起诉？

典型案例

苏某毕业后留在了上海工作，单位为其办理了上海户口。一年春节，苏某返回云南老家，与一家企业签订了协议，约定苏某今后三年担任该厂的技术顾问，该厂付给苏某报酬，工作方式为随时通过电话、电子邮件及传真联系来提供服务。不久，苏某回到上海，却觉得很麻烦怕影响本职工作，想解约。该云南企业决定提起诉讼，但是不知道应该向上海的法院提起诉讼，还是向本地的法院提起诉讼？

律师说法

该云南企业应该向上海的法院提起诉讼。对于合同纠纷，应该由被告住所地或合同履行地管辖。本案中，苏某与该企业的合同没有实际履行，因此不能按照合同履行地管辖，应该按照被告住所地管辖。我国法律规定公民的住所地是公民的户籍所在地，苏某的户口已经迁到上海，所以，云南企业应该在上海的法院起诉。

法律依据

《民事诉讼法》第二十四条 因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。

3. 常年在外地的夫妻，想要离婚应到哪个法院起诉？

典型案例

小伟与小霞夫妻俩居住在农村，后来两人先后离开农村老家，分别到大城市去打工。两人很少见面、回家，就长期居住在各自打工的城市（有三年之久）。长期分居使两人的感情日渐疏远，两人商议后决定离婚，但是在财产分割及孩子抚养问题上出现分歧，决定诉讼离婚。

两人都不在老家居住，要向哪个地区的法院起诉呢？

律师说法

该案件应由被告经常居住地的人民法院管辖。本案中，夫妻双方都已不在原籍居住，如果还由原籍法院管辖，则对双方当事人的应诉都不利。鉴于双方都在各自居住的城市长期定居，可以将两人的现居住地认定为两人的经常居住地。本案的原告可以到被告的经常居住地，也就是现居住地的法院提起诉讼。

法律依据

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第12条 夫妻一方离开住所地超过一年，另一方起诉离婚的案件，由原告住所地人民法院管辖。夫妻双方离开住所地超过一年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖；没有经常居住地的，由原告起诉时居住地的人民法院管辖。

4. 民事侵权纠纷，受害人要向哪个法院提起诉讼？

典型案例

十一小长假时，吴某带着家人到南方的B市旅游。在一家餐厅就餐时，由于该餐厅提供的土豆为发芽土豆，致使吴某和家人食物中毒，被送到医院抢救后脱离危险。后来，吴某与家人回家疗养。吴某决定以侵犯生命健康权为由向法院提起侵权诉讼，但是吴某该向哪个法院提起诉讼呢？

律师说法

吴某应向 B 市旅游地区法院起诉。这是地域管辖的一种特殊情况，即由于侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地，是指构成侵权行为的法律事实所在地，包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。一般情况下，侵权行为实施地和侵权结果发生地是一致的，如果不在同一地点，则两地的法院都有管辖权。

本案中，侵权行为发生地在 B 市，而吴某还没有离开 B 市就病了，也就是侵权结果发生地也在 B 市。因此，B 市当地的法院依法对此案管辖，吴某应向 B 市法院提起诉讼。

法律依据

《民事诉讼法》第二十九条 因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

5. 在向法院提起诉讼后，还可以撤诉吗？

典型案例

徐妈妈的三个儿子在徐妈妈去世之后，由于遗产问题发生纠纷，大儿子和二儿子将小儿子告上法庭，因为小儿子“霸占着”老人的房产。后来，在乡邻及亲友的劝解和调和下，三兄弟决定不再对簿公堂，经协商达成分割继承遗产协议。现在事情已经庭外调解解决，那么，两位原告可以申请撤诉吗？

律师说法

徐妈妈的两个儿子可以提出撤诉申请。民事诉讼主体在民事诉讼中享有自行和解权。民事诉讼和解，是指双方当事人在民事审判程序和民事执行程序自行协助、达成协议、较为平和地解决纠纷的权利。本案中，徐妈妈的三个儿子在乡邻和亲友的调解下达成分割遗产协议，很平和地解决了矛盾，人民法院应该准许撤诉。

法律依据

《民事诉讼法》第五十一条 双方当事人可以自行和解。

第五十二条 原告可以放弃或者变更诉讼请求。被告可以承认或者反驳诉讼请求，有权提起反诉。

6. 小孩儿也能当原告吗？

典型案例

2009年8月，在某幼儿园读大班的6岁男孩小刚吃饭时和其他小朋友争抢，幼儿园老师李某觉得小刚太不听话，就推搡着小刚要罚站，结果将孩子推倒，磕在了饭桌的桌子角上，孩子的脸当场破皮流血，放声大哭。孩子的哭声引来了其他老师，老师们将孩子送到医院，经检查，孩子受伤并不严重，但是医生要其休息半个月。孩子的父亲梁某将李某及幼儿园告上法庭。那么，小刚的父亲可以代替孩子起诉吗？小刚是原告吗？

律师说法

小刚的父亲是其法定诉讼代理人，可以代替小刚行使诉讼权利，但本案的原告应是小刚。法定的诉讼代理人，是指依照法律规定代理无诉讼行为能力人的当事人进行民事诉讼的人。无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代表人代为诉讼。本案中，小刚是未成年人，其人身权受到侵害，但是没有参与诉讼的行为能力。小刚的父亲梁某是其法定的诉讼代理人，可以

代小刚提起诉讼，但他在诉讼中的地位是法定代理人，而非原告。

法律依据

《民事诉讼法》第五十七条 无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。法定代理人之间互相推诿代理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第六十七条 在诉讼中，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。事先没有确定监护人的，可以由有监护资格的人协商确定，协商不成的，由人民法院在他们之间指定诉讼中的法定代理人。当事人没有《民法通则》第十六条第一、二款或者第十七条第一款规定的监护人的，可以指定该法第十六条第四款或者第十七条第三款规定的有关组织担任诉讼期间的法定代理人。

7. “全权代理”都代为行使哪些权利？

典型案例

汪某是个普通职员。一天，汪某骑着自行车下班回家，在十字路口被一辆闯红灯的汽车撞成重伤，被送到医院以后，经抢救脱离了生命危险。出院后，汪某要求肇事司机作出赔偿，遭到拒绝，汪某于是准备向法院提起诉讼。但是，汪某出院后还在康复期，行动不便，不能亲自参与诉讼活动，便委托律师刘某“全权代理”此案。那么，“全权代理”究竟都代为行使哪些权利？

律师说法

当事人向人民法院提交的授权委托书，应在开庭审理前送交人民法院。一般情况下，代理有“一般代理”和“特别授权代理”，后一种要求委托人授权具体事宜，要写清楚。“全权代理”

不是一种全面的授权，而是一种限制授权。本案中，汪某委托律师代理进行本案的诉讼，应该是希望代理律师可以不必事事请示自己，而较为独立地处理此案。那么，汪某应该将授权的范围确定清楚，而不是笼统地授权，否则，代理律师得不到相应的授权。

法律依据

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 69 条 当事人向人民法院提交的授权委托书，应在开庭审理前送交人民法院。授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的，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。

8. 离婚时，妻子可以查询丈夫的存款吗？

典型案例

牛某与丈夫结婚多年，近几年常为家庭琐事争吵，感情已经破裂。牛某想离婚，但是因为丈夫掌握家中财政，存款都以他的名字开户，牛某想查清丈夫名下有多少存款。那么，牛某能以妻子的身份到银行查询丈夫的存款吗？如果不能，牛某该怎么办？

律师说法

根据《储蓄管理条例》第三十二条的规定，储蓄机构及其工作人员对储户的储蓄情况负有保密责任。

储蓄机构不代任何单位和个人查询、冻结或者划拨储蓄存款，国家法律、行政法规另有规定的除外。因此，如果牛某向银行要求查询丈夫名下的存款，银行可以拒绝。但是，如果牛某向法院提起离婚诉讼，根据《民事诉讼法》的规定，当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。所以牛

某可以起诉后申请法院对丈夫的存款进行调查。

法律依据

《储蓄管理条例》第三十二条 储蓄机构及其工作人员对储户的储蓄情况负有保密责任。储蓄机构不代任何单位和个人查询、冻结或者划拨储蓄存款，国家法律、行政法规另有规定的除外。

《民事诉讼法》第六十四条 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

9. 在民事诉讼中，什么是“谁主张，谁举证”？

典型案例

孙某和几个朋友到一家餐馆吃饭，晚上回到家，大家全都出现了上吐下泻的情况。第二天，孙某与餐馆负责人交涉，没有结果。孙某等人随即到医院诊治，并到卫生防疫部门作了检测。检测结果发现所食用的食物有变质情况，故而众人食用引起中毒。得到了证据，孙某等人就向法院提起诉讼。那么，在民事诉讼中，提起诉讼一方需要承担举证责任吗？

律师说法

民事诉讼中，实施“谁主张，谁举证”的证明责任，由起诉方的当事人对其主张的事实提供证据并予以证明。如果诉讼终结时根据全案证据仍不能判明当事人主张的事实真伪，则由该

当事人承担不利的诉讼后果。本案中，孙某等人以餐馆侵犯了孙某等人的健康权为由，向法院提起诉讼。因此，应该由孙某等人承担举证责任（要保留就餐的发票或小票，就医的证据、检测的证据，以及与餐馆交涉的证据）。

法律依据

《民事诉讼法》第六十四条 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

10. 什么是举证责任倒置？

典型案例

一天晚上，初某在小区遛弯时被本小区一只大黑狗咬伤。尽管天已黑，可是凭着路灯，初某还是一眼就认出了咬伤自己的狗是隔壁邻居肖某饲养的德国黑背。初某去医院检查，伤势比较严重。初某于是到肖某家，要求赔偿医疗费及误工费 700 元。肖某辩称他那天根本没出去遛狗，除非初某拿出证据，否则无法证明初某的伤口是他的狗咬伤的。可是，狗是肖某的，狗也不会开口说话，初某根本无法拿出证据证明。这种情况下，初某应该怎么办？

律师说法

民事诉讼中“谁主张，谁举证”的证明责任是针对一般情况。有时会出现非常不利于原告举证的情况，此时，就应由被告方承担举证责任，证明待证事实的反面事实，这就是举证责任倒置。本案中，咬人的狗是肖某的，初某平时根本接触不到，取证很困难。因此，初某被狗

咬伤一事，初某是无法证明的，但是这并不意味着合法权益就不能维护了。为了体现公平，应该由被告来承担举证责任，证明自己的狗没有将初某咬伤。如果不能证明，被告人就要承担不利的诉讼结果。

法律依据

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第74条 在诉讼中，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。但在下列侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负责举证：

- （1）因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼；
- （2）高度危险作业致人损害的侵权诉讼；
- （3）因环境污染引起的损害赔偿诉讼；
- （4）建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼；
- （5）饲养动物致人损害的侵权诉讼；
- （6）有关法律规定由被告承担举证责任的。

11. 被“胁迫”写下的欠条，有效吗？

典型案例

菜某和付某因做生意产生纠纷，菜某非常生气，酒后带着哥们找付某算账，并威胁付某写下了一张2万元的欠条。事后，付某认为菜某只是一时赌气，过后就没事了，所以没有报警。不久，菜某拿着欠条到法院起诉了付某，要求付某还钱。付某该怎么办？这个证据有效吗？

律师说法

根据《民事诉讼法》第六十五条第二款的规定，人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。辨别真伪，除了对证据本身的检验外，法官的主观判断也是决定判决的重要因素，这就是司法实践中常用的自由心证。自由心证，是指证据的取舍和证明力的大小，法律预先不作规定，而由法官、陪审员根据内心确信进行自由判断，形成确认。

本案中，在没有相关法律的规定下，此欠条究竟能否作为有效证据，取决于法官的主观认定。如果本案审理即将结束，法官还没有做出判断，则要根据《民事诉讼法》关于举证责任的规定，承担举证责任的一方要证明相应的事实。付某如能够证明该欠条为自己受胁迫所写，则欠条无效，菜某的诉讼请求会被驳回；而如果不能证明，付某则要承担不利的诉讼结果。

法律依据

《民事诉讼法》第六十四条第一款 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

第六十五条 人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。

人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。

12. 哪些案件可以请求法院“先予执行”？

典型案例

2008年10月，熊某的父亲被一辆汽车撞伤。肇事车主为酒后驾车，负交通事故的全部责任。熊某的父亲受伤以后住院治疗，而肇事车主迟迟不支付医疗费用。熊某家在付了2万元的医疗费用以后，由于经济困难没有能力再负担后续的医疗费用，现已将肇事车主起诉至法院。那么，在诉讼过程中能否请求法院先予执行？

律师说法

可以申请先予执行。先予执行，是指人民法院在终局判决之前，为解决权利人生活或生产经营的急需，依法裁定义务人预先履行一定数额的金钱或者财物等措施的制度。

《民事诉讼法》第九十七条规定了人民法院根据当事人的申请，可以裁定先予以执行的几种情形，本案中，由于熊某父亲住院治疗急需医疗费用，符合法律规定的情形，可以申请先予以执行。

法律依据

《民事诉讼法》第九十七条 人民法院对下列案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行：

- （一）追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的；
- （二）追索劳动报酬的；
- （三）因情况紧急需要先予执行的。

第九十八条 人民法院裁定先予执行的，应当符合下列条件：

- （一）当事人之间权利义务关系明确，不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营的；
- （二）被申请人有履行能力。

人民法院可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，驳回申请。申请人败诉的，应当赔偿被申请人因先予执行遭受的财产损失。

13. 法院“拘传”应符合哪些条件？

典型案例

2009年9月，兰某的妻子向法院提出离婚诉讼。兰某因为不愿意离婚，就没有按照法院通知的开庭日期出庭。后来，法院先后给兰某送过两次传票通知兰某出庭，兰某都置之不理，没有去法院。后来，兰某妻子告诉兰某，如果再不出庭，法院可以拘传兰某强制其到庭参加诉讼。那么，法院拘传应符合哪些条件？

律师说法

拘传，是指人民法院在法定情况下强制被告到庭的一种强制措施。根据《民事诉讼法》第一百条的规定，人民法院对必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。这包含了三层意思：（1）适用对象是必须到庭的被告。一般来说，离婚案件的当事人须出庭参加诉讼。（2）已经两次传票传唤。（3）无正当理由拒不到庭。本案中，兰某作为离婚案件当事人必须到庭应诉，经两次传票传唤无正当理由拒不到庭，符合拘传条件。

适用拘传，由合议庭或独任审判员提出意见，报经院长批准，并且填写拘传票，直接送达被拘传人，由被拘传人签字或者盖章。在拘传之前，应该向被拘传人说明拒不到庭的后果，经过批评教育后仍然拒不到庭的方可拘传其到庭。

法律依据

《民事诉讼法》第一百条 人民法院对必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。

14. 被判不准离婚的案件，6个月后可重新起诉吗？

典型案例

彭某向法院起诉丈夫牛某要求离婚，经人民法院一审判决不准离婚。宣判以后，彭某不服，提出上诉，二审法院裁定维护原判。3个月以后，原告彭某又起诉到区人民法院，要求离婚，但是区法院经审查后不予受理。那么，经法院判决不准离婚的案件，6个月以后原告又向法院起诉，法院应不应当受理呢？

律师说法

根据《民事诉讼法》第一百一十一条第七项的规定，判决不准离婚和调解和好的离婚案件，没有新情况、新理由，原告在6个月内起诉的，不予受理。这就是说，在判决以后6个月内不得重新起诉离婚，但是有新事实、新理由，都可向人民法院再行起诉，人民法院应当受理。

彭某在法院判决不准离婚6个月以内，又到区人民法院起诉提出离婚，无论其双方感情是否破裂，如果有新事实，新理由，符合民事案件的立案条件，法院应及时立案审理。

法律依据

《民事诉讼法》第一百一十一条 人民法院对符合本法第一百零八条的起诉，必须受理；对下列起诉，分别情形，予以处理：

.....

（七）判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况，新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理。

15. 什么是简易程序？什么样的案件适用于简易程序？

典型案例

李某向张某借款 3 万元，约定半年之后归还。到期后李某多次催要欠款，张某均以没钱为由推托。后来李某将张某起诉至法院，要求其还款。此案可以适用简易程序吗？

律师说法

根据《民事诉讼法》的规定，基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件，适用简易程序。适用简易程序有利于提高案件审理的效率，对于当事人和法院，都是较为便利的。

案例中，李某与张某之间的借款纠纷，事实清楚，权利义务关系明确，而且标的额不大，不需要法院做大量的工作去查明案情事实，消除分歧。因此，该案可以适用简易程序。简易程序一般三个月内结案。

法律依据

《民事诉讼法》第一百四十二条 基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件，适用本章规定。

16. 民事上诉状能否直接交到二审法院？

典型案例

2009 年 7 月 3 日，吕某接到一审法院的民事判决，对判决不服，3 天后便向提起上诉。一审法院的立案庭受理了吕某的上诉状和材料，让吕某交了诉讼费用。1 个多月过去了，吕某还没有收到二审法院的传票，于是想直接把上诉状送到二审法院。那么，这样做具有法律效力吗？

律师说法

根据《民事诉讼法》规定，上诉状应当通过原审人民法院提出，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本。当事人直接向第二审人民法院上诉的，第二审人民法院应当在5日内将上诉状移交原审人民法院。

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。原审人民法院收到上诉状、答辩状，应当在5日内连同全部案卷和证据，报送第二审人民法院。

民事案件二审审理期限一般为3个月。因此，案例中，二审法院已经受理了吕某的上诉，吕某不必过于焦急，其直接把上诉状送到二审院，二审会在5日内将其上诉状移交一审人民法院。

法律依据

《民事诉讼法》第一百四十九条 上诉状应当通过原审人民法院提出，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本。

当事人直接向第二审人民法院上诉的，第二审人民法院应当在五日内将上诉状移交原审人民法院。

第一百五十条 原审人民法院收到上诉状，应当在五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十五日内提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起五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。

原审人民法院收到上诉状、答辩状，应当在五日内连同全部案卷和证据，报送第二审人民法院。

17. 哪些法院对赡养案件有管辖权？

典型案例

于大娘年轻时便守寡，独自一人含辛茹苦将两个儿子养大。现在两个儿子都不愿意支付赡养费用，也不愿意把老人接到家里照顾。老人通过居委会跟两个儿子就赡养费用和陪护费用协商过几次，但是两个儿子都互相推诿。无奈之下，老人想去法院起诉两个儿子，怎奈两个儿子都与她不住在一个区。那么，老人该向哪个法院提起诉讼呢？

律师说法

一般来说，对公民提起的民事诉讼，应该由被告住所地人民法院管辖。同一诉讼有多个被告的，几个被告住所地或经常居住地的人民法院都有管辖权。但鉴于赡养案件的原告多为年老群众，行动不便，让其到被告住所地起诉有些困难。根据相关当律的规定，追索赡养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地人民法院管辖，老人可以选择在自己住所地法院提起诉讼，也可以选择两个儿子住所地的其中一个法院提起诉讼。

法律依据

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第9条追索赡养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地人民法院管辖。

18. “录音资料”能否作为证据使用？

典型案例

何某和妻子李某由于感情不和一直在闹离婚。婚姻存续期间，何某做生意赚了不少钱，当时由妻子保管，现在何某要求分割，但是李某对保管的钱矢口否认。此事没有别人可以作证，但是离婚前几天何某和李某曾经谈到过此事，当时何某悄悄录了音。那么，如果何某起诉离婚，该录音能否作为证据？

律师说法

如果是以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。对于有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件；对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力。何某将谈话进行录音，并没有侵犯他人合法权益和隐私，其手段也不违反法律禁止性规定。如果李某没有证据足以反驳，法院可以将此录音资料作为认定确有共同存款的证据。

法律依据

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条 以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

19. 检察院可以要求法院对已经生效的判决进行重审吗？

典型案例

某化工厂建在远离城市的郊区，常年排出的污水污染了周围的土地和河流，严重影响了当地居民的正常生活。村民们集体向法院状告化工厂，要求损害赔偿。法院经过调查，认为化工厂远离市区，对所在地村民没有造成什么实际影响，没有不当行为，因此驳回了村民的请求。村民代表向检察院反映，检察院认为此案判决不当，依法提出抗诉。那么，面对法院已生效

的判决，检察院可以抗诉，要求法院进行重审吗？

律师说法

抗诉，是指人民检察院对人民法院已经生效的民事判决、裁定，认为确有错误，依法提请人民法院对案件重新审理的诉讼行为。检察院抗诉是在实行审判监督的职能，以便更好地维护公民的合法权益。根据《民事诉讼法》的规定，人民检察院提出抗诉的案件，人民法院应当再审。

本案中，村民状告化工厂一案，法院已经做出原告败诉的判决，而且已经生效。但是，本案判决的确存在问题，有明显失当之处。检察院就此依法提起抗诉，要求法院重审。

法律依据

《民事诉讼法》第一百八十八条 人民检察院提出抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当自收到抗诉书之日起三十日内作出再审的裁定；有本法第一百七十九条第一款第（一）项至第（五）项规定情形之一的，可以交下一级人民法院再审。

第一百八十九条 人民检察院决定对人民法院的判决、裁定提出抗诉的，应当制作抗诉书。

第一百九十条 人民检察院提出抗诉的案件，人民法院再审时，应当通知人民检察院派员出席法庭。

20. 什么是支付令？当事人收到支付令应该怎么办？

典型案例

2009年7月，徐某向戴某借款8000元，约定半年以后归还。2010年2月，戴某向徐某催

还借款，徐某给了 3000 元，但是没有留下收据。2010 年 3 月，戴某拿着欠条，向法院申请支付令，限令徐某在收到支付令之日起 15 日内清偿债务。徐某接到支付令不知其效力如何，觉得自己没欠那么多，就没有理会。15 日后，法院告知徐某支付令已发生法律效力，徐某须向戴某还款 8000 元。徐某想不明白，没有经过法院判决，怎么自己就必须还款呢？

律师说法

支付令是人民法院根据债权人的申请，督促债务人限期清偿债务的法律文书。根据《民事诉讼法》的规定，债务人应当自收到支付令之日起 15 日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议；如果债务人收到支付令之日起 15 日内既不提出异议又不按支付令履行，债权人可以申请人民法院强制执行。因此，如果当事人收到支付令又对其内容有异议的话，一定要及时向法院提出异议并且陈述理由，否则一旦支付令生效，就须依法履行债务。

法律依据

《民事诉讼法》第一百九十三条 人民法院受理申请后，经审查债权人提供的事实、证据，对债权债务关系明确、合法的，应当在受理之日起十五日内向债务人发出支付令；申请不成立的，裁定予以驳回。

债务人应当自收到支付令之日起十五日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。

债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。

第一百九十四条 人民法院收到债务人提出的书面异议后，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效，债权人可以起诉。

21. 经过法院调解达成的协议具有法律效力吗？

典型案例

廉某与季某是比邻而居的村民，两家因为相邻的通行及排水问题一直有纠纷，村委会曾多次调解过。一次，廉某家砌墙，要到季某家那边去勾缝，被季某阻拦，不准“越界”。为此，廉某起诉到法院。法院的法官以事实为根据，以法律为准绳，耐心进行开导和说服，并以案说法，令两位当事人心服口服，当即达成和解。那么，该调解协议具有法律效力吗？

律师说法

法庭调解，是指在人民法院审判人员的主持下，双方当事人就民事争议通过自愿协商，达成协议的活动和结案方式。民事诉讼中，如果调解成功，就可以结案，如果调解不成功，诉讼继续进行。协议生效以后，双方当事人应按照协议规定履行权利义务，如不履行，就强制执行。另外，协议一经生效，当事人双方都丧失了上诉权，对同一问题不得再有争议。

根据《民事诉讼法》第八十九条第三款的规定，调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。本案中，廉某与季某经法院调解，自愿达成协议，该协议经法院确认，具有契约的性质，对廉某和季某都有法律约束力。

法律依据

《民事诉讼法》第八十九条 调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。

调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。

调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。

22. 什么样的原告可以缓交诉讼费用？

典型案例

魏某在一家私营企业做短期雇工，一次，因设备故障造成眼睛和脸部受伤。工友们将其送到医院救治，企业主只交纳了 5000 的押金，就再也不肯露面。可是，魏某的手术需要 3 万多元，而且必须马上手术，亲友们东挪西借总算筹够了手术费，手术得以如期顺利进行。治疗告一段落时，魏某起诉企业老板要求赔偿，可苦于没钱交纳诉讼费，经指点申请司法救助请求缓交诉讼费。那么，魏某可以缓交诉讼费用吗？

律师说法

根据《诉讼费用交纳办法》的规定，交通事故、医疗事故、工伤事故等人身伤害事故的受害人可以申请缓交诉讼费。凡是符合法定的条件，都可以申请缓交诉讼费。

法律依据

《诉讼费用交纳办法》第四十七条 当事人申请司法救助，符合下列情形之一的，人民法院应当准予缓交诉讼费用：

- （一）追索社会保险金、经济补偿金的；
- （二）海上事故、交通事故、医疗事故、工伤事故、产品质量事故或者其他人身伤害事故的受害人请求赔偿的；
- （三）正在接受有关部门法律援助的；
- （四）确定需要缓交的其他情形。

● 刑事诉讼

23. “小的”刑事案件，双方可以“私了”吗？

典型案例

台某脾气急躁，常为一点小事就对妻子柳某破口大骂，甚至拳打脚踢。每次打骂之后台某就向妻子道歉，表示自己一定改，但是下次依然对妻子大打出手。妻子柳某性格温顺，为了孩子，一直忍气吞声，没有声张。一次台某酒后又将柳某推出门外打骂，邻居们忍无可忍，向公安机关举报了此事。接到举报的警察调查此事，向柳某取证时，柳某为了怕丈夫受刑，便否认了此事。台某的虐待罪还要追究吗？

律师说法

一般情况下，刑事诉讼都是由人民检察院提起公诉。但有些案件为自诉案件，采用“不告不理”原则，如果当事人不向法院提出告诉，法院不会主动受理。虐待案件即属于告诉才处理的自诉案件。本案例中，只要台某的妻子柳某没有向人民法院起诉追究台某的虐待罪，且台某的虐待行为尚未产生严重后果，台某的虐待罪可以不必追究刑事责任。

法律依据

《刑事诉讼法》第一百七十条 自诉案件包括下列案件：

（一）告诉才处理的案件；

（二）被害人有证据证明的轻微刑事案件；

（三）被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。

《刑法》第二百六十条 虐待家庭成员，情节恶劣的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。

犯前款罪，致使被害人重伤、死亡的，处二年以上七年以下有期徒刑。

第一款罪，告诉的才处理。

24. 少数民族当事人不会普通话，如何参加刑事诉讼？

典型案例

某化工厂职工胡某在下班回家途中，将一少数民族老人撞倒。胡某由于听不懂老人的语言，就粗暴地大声训斥老人。该少数民族老人虽听不懂汉语，但也意识到胡某的态度是恶意的，双方便起了争执。胡某首先动手，将老人推搡在地，老人用刀将胡某砍伤。路人报案后，老头被拘留。检察院依法公诉到法院，法院即将开庭审理。那么，少数民族老人不懂汉语，应如何参与诉讼呢？

律师说法

根据《刑事诉讼法》的规定，各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院、人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。本案中，少数民族老人不懂汉语，人民法院、人民检察院和公安机关等应当为其翻译。

法律依据

《刑事诉讼法》第九条 各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院、人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。

在少数民族聚居或者多民族杂居的地区，应当用当地通用的语言进行审讯，用当地通用的文字发布判决书、布告和其他文件。

25. 公安机关在无证据的情况下，可以认定嫌疑人有罪吗？

典型案例

人们发现江某被杀死在自己卧室里。据邻居讲，江某已经失踪半月了，失踪前和妻子华某因琐事大吵了一架。警方根据村民们反映的江某与华某的夫妻关系非常不好，华某有杀人动机等情况，断定华某为凶手。随后，公安机关对华某进行突击审讯，声称：“你犯了杀人罪，我们已经掌握了证据，还是老实交代为好，争取宽大处理。”那么，公安机关可以认定犯罪嫌疑人有罪吗？

律师说法

根据《刑事诉讼法》的规定，未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。除了人民法院以外，任何国家机关和个人都没有权利认定一个人的罪行。法律规定，凡是疑似触犯《刑法》，但还没有被人民法院依法定罪判刑的人，称为犯罪嫌疑人。我国《刑事诉讼法》的一项基本原则就是无罪推定原则，简单地说，就是指任何人在未经证实和判决有罪之前，应视其无罪，如果审判中不能证明有罪，应视为无罪。本案中，华某杀人案的证据全部都是警方的推测，一样实证都没有，不能就此认定华某有罪。而且，公安机关的工作只是侦查、搜集证据，定罪量刑不属于公安机关的权限。

法律依据

《刑事诉讼法》第十二条 未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。

26. 未成年人在接受审讯时，可要求监护人在场吗？

典型案例

王某与其他几个人一起合伙抢劫了一位妇女，并将她打成重伤。不久，王某等人被警方抓获。审讯时，警察发现这些犯罪嫌疑人都是十五、六岁的孩子，最大的还不满十八周岁，都是未成年人。那么，是否应该等家长们来了之后再进行审讯呢？

律师说法

根据《刑事诉讼法》的规定，对于不满十八岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。这是考虑到未成年人心智尚未成熟，情感比较脆弱，对于审讯的反应可能会比较强烈。如果此时能有家人陪伴，孩子们的悔过心情也许会比较容易表现出来，这样既有助于侦破案件，又利于教育孩子使其悔过自新。当然，是否通知应由公安机关或人民法院根据案情来具体决定。

法律依据

《刑事诉讼法》第十四条 人民法院、人民检察院和公安机关应当保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利。

对于不满十八岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。

诉讼参与人对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯公民诉讼权利和人身侮辱的行为，有权提出控告。

27. 犯罪嫌疑人有权自行辩护吗？

典型案例

2009年11月，同一个车间的工人叶某与姜某因琐事发生激烈争吵，姜某首先动手打了叶某一拳，致使叶某鼻子流血，情急之下，叶某随手抄起一个铁棒将姜某打伤。经医院检查，姜某的腰椎出现骨折。此案经公安机关审查终结之后，人民检察院批准逮捕了叶某并向人民法院提起了公诉。叶某家境都比较贫困，请不起律师，他可以自行辩护吗？

律师说法

法律赋予每个公民享有平等的辩护权，刑事犯罪案件中的犯罪嫌疑人可以自行辩护。但在司法实践中，刑事案件的审理过程较为复杂，对诉讼程序不熟悉可能会导致当事人无法正常地参与刑事诉讼，不能有利地维护自身的合法权益。辩护律师则熟悉法律并能够熟练地运用法律，委托辩护律师，可以更有力地维护自己的合法权利。

本案中，叶某将姜某打伤，构成故意伤害罪，人民检察院依法提起公诉。实际上，作为公诉方的人民检察院代受害人姜某行使诉讼的权利，而完全不了解法律程序的叶某显然处在一个不利位置上。无论案件的实际情况怎样，单就诉讼程序而言，似乎就难以公平、平等。因此，叶某应委托专业律师代理此案，尽可能地维护自己辩护的权利。

法律依据

《刑事诉讼法》第三十二条 犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辩护权以外，还可以委托一至二人作为辩护人。下列的人可以被委托为辩护人：

- （一）律师；
- （二）人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人；
- （三）犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。

正在被执行刑罚或者依法被剥夺、限制人身自由的人，不得担任辩护人。

28. 没钱请律师，怎么办？

典型案例

郝某因故意杀人罪被人民检察院依法提起公诉。案件移交到法院后，由于家境贫困，郝某的家人迟迟不聘请律师参与诉讼。而且郝某家人认为，杀人偿命，欠债还钱，是天经地义的事，花钱请律师辩护没有意义，也就不必请律师了。此时的郝某只能自己为自己辩护了吗？

律师说法

犯罪嫌疑人、被告人通常对法律了解不多，需要借助专业人士的力量来维护自己的合法权益。根据《最高人民法院关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《刑事诉讼法解释》）的规定，被告人确无经济来源，其家属经多次劝说仍不愿为其承担辩护律师费用的，人民法院可以为其指定辩护人。被告人可以选择自行辩护，法院也应该为其指定辩护律师。

本案中，犯罪嫌疑人郝某由于家境贫寒，无法聘请律师，法院会同相关部门会为郝某指定律师。这样，在刑事诉讼中被告一方的利益才能被更好地维护。

法律依据

《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第三十七条 被告人没有委托辩护人而具有下列情形之一的，人民法院可以为其指定辩护人：

- （一）符合当地政府规定的经济困难标准的；
- （二）本人确无经济来源，其家庭经济状况无法查明的；

（三）本人确无经济来源，其家属经多次劝说仍不愿为其承担辩护律师费用的；

（四）共同犯罪案件中，其他被告人已委托辩护人的；

（五）具有外国国籍的；

（六）案件有重大社会影响的；

（七）人民法院认为起诉意见和移送的案件证据材料可能影响正确定罪量刑的。

29. 被告人一次最多可以委托多少辩护人？

典型案例

孟某是一家贸易公司的总经理，由于企业偷漏税和非法集资等违法行为，被检察院调查。孟某的秘书担心自己的老板出事后对公司不利，就花重金聘请了四、五位知名律师。秘书认为，为了救老板，花多少钱都是值得的，律师多多益善，组建一个律师团，为老板辩护。那么，一名被告人最多可以委托多少辩护人？

律师说法

根据刑事诉讼相关法律的规定，一名被告人委托辩护人不得超过两人。本案中，孟某寄希望于聘请更多的律师来为自己的老板辩护，愿望是好的，但这是违反法律规定的。按照法律规定，孟某最多只能委托两名辩护律师出庭辩护，不过，孟某仍然可以委托其他律师作为顾问团成员在庭外做一些顾问事务。

法律依据

《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第三十五条 一名被告人委托辩护人不得超过两人。在共同犯罪的案件中，一名辩护人不得为两名以上的同案被告人辩护。

30. 律师可以不按被告人的意思辩护吗？

典型案例

2010年5月，李某因涉嫌敲诈勒索罪被检察院提起公诉。李某聘请了律师为自己辩护。律师经过会见、阅卷及调查后认为，李某以非法占有为目的，采用威胁的方法，向他人索取数额较大的财物已构成敲诈勒索罪，开庭时只能做从轻辩护，不能做无罪辩护，希望李某能主动认罪悔罪，这样法庭会在量刑时考虑从轻判决。但是李某认为应该做无罪辩护。此情况下，律师可以不按李某的意思辩护吗？

律师说法

根据《刑事诉讼法》的规定，辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、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、被告人的合法权益。维护被告人的合法权益，无论做无罪还是罪轻辩护，其前提是要依据事实和法律，辩护人完全可以根据自己对事实和法律的理解，发表独立自主的意见，不受被告人意志的左右。本案例中，如果被告人李某坚持自己的观点，反对辩护人的意见，可以解除与辩护人的委托关系。

法律依据

《刑事诉讼法》第三十五条 辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、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、被告人的合法权益。

31. 刑讯逼供取得的证据合法吗？

典型案例

许某是某市公安局刑警。一次，该市公安局打掉了一个盗窃团伙，抓获了犯罪嫌疑人数十人。审讯时，这些人大多不好好交代，许某失去耐心，为了迅速结案，许某和另外一名刑警采取了刑讯手段，这些人个个撑不过，便交代了全部的罪行。可是，在法庭审理时，所有的嫌疑人一口咬定遭到刑讯逼供，全部推翻证词。那么，许某及同事刑讯逼供所取得的证据，是合法的吗？

律师说法

刑讯逼供取得的证据是不合法的。证据的合法性，就是指证据必须在内容上、形式上、收集和认定的人员与程序上具有合法性，必须是由司法人员和当事人依据法定程序收集和提供的，以保证证据是具有法律效力的。而刑讯逼供不属于法定的程序，经非法程序收集的证据没有法律效力，不能用于证明案情。

本案中，许某等暴打犯罪嫌疑人而取得的证据是通过非法程序得到的，因此是无效的，没有法定的证明力。

法律依据

《刑事诉讼法》第四十三条 审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法搜集证据。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。

32. 拒不认罪但“证据确凿”，能否定罪判刑？

典型案例

相某和赵某盗窃了一家商场的金银首饰和一些工艺品，商场内的摄像头清楚地拍到了两人换装后偷窃的事实，证据确凿。面对公安机关的审讯，相某和赵某拒不承认自己的盗窃行为，认为是别人作案，长相酷似而已。不久，公安机关宣布结案，将案件移交法院。在没有犯罪嫌疑人供述的情况下，法院可以认定相某和赵某有罪吗？

律师说法

根据《刑事诉讼法》的规定，对一切案件的判处都要重证据、重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。本案中，相某和赵某拒不认罪，但是公安机关已经掌握了充分的证据足以证明两人犯罪事实成立，因此可以移交检察院审查起诉，法院可以就此认定相某和赵某的罪行。

法律依据

《刑事诉讼法》第四十六条 对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。

33. 什么条件下可以取保候审？

典型案例

郭某与药某由于借贷纠纷发生争执，药某一怒之下将郭某的腿打折，药某此时意识到自己犯罪了，于是到公安机关投案自首。公安机关认为药某认罪态度较好，决定对药某采用取保候审的强制措施。那么，什么是取保候审？什么人可以采用取保候审？

律师说法

取保候审，指人民法院、人民检察院或公安机关责令某些犯罪嫌疑人、刑事被告人提出保证人或者交纳保证金，保证随传随到的一种强制措施，由公安机关执行。也就是说，只要提供保证，被告人的人身自由就只是被限制，而不是被剥夺。

根据《刑事诉讼法》的规定，对于可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审、监视居住不致发生社会危险性的犯罪嫌疑人、被告人，人民法院、人民检察院和公安机关可以取保候审或者监视居住。本案中，犯罪嫌疑人药某能够意识到自己行为的性质，主动自首，是真心悔过，即使不对其刑事拘留，也不会发生社会危害。因此，可以对药某采用取保候审。

法律依据

《刑事诉讼法》第五十一条 人民法院、人民检察院和公安机关对于有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以取保候审或者监视居住：

- （一）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的；
- （二）可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审、监视居住不致发生社会危险性的。

取保候审、监视居住由公安机关执行。

34. 取保候审的“保证人”要满足什么条件？

典型案例

陈某过失将同事打成轻伤后，到公安机关自首，公安机关决定对其进行取保候审，责令其提出保证人或交纳保证金。陈某于是提出让自己的同学赵某作为保证人，赵某也同意了。不久，公安机关了解到赵某曾在几年前因犯罪而被判过刑，没有正式工作和固定收入。因此，赵某不符合做保证人的条件。那么，取保候审的保证人要满足什么条件？

律师说法

我国《刑事诉讼法》规定了两种取保候审的方式：一种是保证人保证的方式，一种是保证金保证的方式。保证人必须满足四个条件：（1）与本案无牵连；（2）有能力履行保证义务；（3）享有政治权利，人身自由未受到限制；（4）有固定的住处和收入。本案中，赵某曾因犯罪而被判过刑，还没有稳定的工作和收入保障，因此，赵某不符合作为保证人的条件。

法律依据

《刑事诉讼法》第五十四条 保证人必须符合下列条件：

- （一）与本案无牵连；
- （二）有能力履行保证义务；
- （三）享有政治权利，人身自由未受到限制；
- （四）有固定的住处和收入。

35. 什么是监视居住？监视居住有时间限制吗？

典型案例

薛某因涉嫌故意伤害被某区公安局决定监视居住，并交由薛某所在地的派出所执行。该派出所指定薛某在一间约为 10 平方米的房间内活动，不得离开，每日三餐由家人送来，去厕所也要由公安人员跟着。在此期间，区公安局没有过问薛某的案件，一直拖了 7 个多月，才重新侦查。那么，公安局的做法合法吗？

律师说法

监视居住，是指人民法院、人民检察院、公安机关在刑事诉讼过程中对犯罪嫌疑人、被告人采用的，命令其不得擅自离开住所或者居所并对其活动予以监视和控制的一种强制方法。根据《刑事诉讼法》的规定，监视居住期间不得超过 6 个月，在监视居住期间，不得中断对案件的侦查、起诉和审判工作。本案中，区公安局名义上对薛某实行监视居住，实际上与剥夺人身自由的羁押差不多，且在此期间中断了对薛某案件的调查，对其监视居住已经 7 个多月，超过了法律规定的 6 个月的期限，因此必须对薛某解除监视居住措施。

法律依据

《刑事诉讼法》第五十条 人民法院、人民检察院和公安机关根据案件情况，对犯罪嫌疑人、被告人可以拘传、取保候审或者监视居住。

第五十七条 被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定：

- （一）未经执行机关批准不得离开住处，无固定住处的，未经批准不得离开指定的居所；
- （二）未经执行机关批准不得会见他人；
- （三）在传讯的时候及时到案；

（四）不得以任何形式干扰证人作证；

（五）不得毁灭、伪造证据或者串供。

被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反前款规定，情节严重的，予以逮捕。

第五十八条 人民法院、人民检察院和公安机关对犯罪嫌疑人、被告人取保候审最长不得超过十二个月，监视居住最长不得超过六个月。

在取保候审、监视居住期间，不得中断对案件的侦查、起诉和审理。对于发现不应当追究刑事责任或者取保候审、监视居住期限届满的，应当及时解除取保候审、监视居住。解除取保候审、监视居住，应当及时通知被取保候审、监视居住人和有关单位。

36. 什么是拘留？什么情况下采用拘留的措施？

典型案例

谢某与邻居陈某素有积怨，一天，谢某又与陈某因小事发生争吵，气急败坏的谢某回到家拿起一根木棒冲出家门，还叫嚣道：“我今天一定要打死姓陈的，谁也不要阻拦我。”邻居们有人阻拦有人报警，警察很快赶到现场，将谢某带到派出所，并将其拘留。谢某的犯罪行为还未引发什么后果，可以采用拘留的措施吗？

律师说法

拘留是指公安机关、人民检察院在侦查过程中，在紧急情况下，对现行犯或重大嫌疑分子，暂时采取的强制措施。公安机关对于被拘留的人，应当在拘留后的二十四小时以内进行审讯，若被拘留人被批准逮捕，则依据《刑事诉讼法》审理。刑事拘留不是处罚或者制裁，是一种比较重的强制措施，若后被无罪释放，被拘留人可以申请国家赔偿。拘留是一种限制人身自由的强制方式，实行起来更要慎重，必须具备一定的条件才能施行。

根据《刑事诉讼法》的规定，公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，如果存在正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉等情形的，可以先行拘留。本案中，谢某拿着木棒冲向陈某家，这是正在实施的犯罪，而且是在犯罪预备时被发现，属于法定的紧急情况，符

合拘留条件，应该对谢某实施拘留。

法律依据

《刑事诉讼法》第六十一条 公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先行拘留：

- （一）正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；
- （二）被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；
- （三）在身边或者住处发现有犯罪证据的；
- （四）犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；
- （五）有毁灭、伪造证据或者串供可能的；
- （六）不讲真实姓名、住址，身份不明的；
- （七）有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。

37. 侦查人员下令逮捕合法吗？

典型案例

侯某将邻居肖某打成轻伤，肖某的父母向公安机关报案，要求追究侯某的刑事责任。侦查人员马某在做了笔录以后，深感气愤，对肖某父母说：“为了防止你们的儿子再次受到威胁，我们公安机关决定将侯某逮捕。”马某立即填发了逮捕证，独自一人执行了对侯某的逮捕。那么，马某的做法合法吗？

律师说法

所谓逮捕，是指公安机关、人民检察院和人民法院，为了防止犯罪嫌疑人或者被告人实施妨碍刑事诉讼的行为，逃避侦查、起诉、审判或者发生社会危险性，而依法暂时剥夺其人身自由的一种强制措施。

根据《刑事诉讼法》的规定，人民检察院对于公安机关提请批准逮捕的案件进行审查后，应当根据情况分别作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。对于批准逮捕的决定，公安机关应当立即执行，并且将执行情况及时通知人民检察院。可见，有权批准逮捕的机关是人民检察院和人民法院，逮捕的执行机关是公安机关。本案中，马某作为公安机关的侦查人员，没有做出逮捕的权力，其做法是违法的。

法律依据

《刑事诉讼法》第六十七条 人民检察院审查批准逮捕犯罪嫌疑人由检察长决定。重大案件应当提交检察委员会讨论决定。

第六十八条 人民检察院对于公安机关提请批准逮捕的案件进行审查后，应当根据情况分别作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。对于批准逮捕的决定，公安机关应当立即执行，并且将执行情况及时通知人民检察院。对于不批准逮捕的，人民检察院应当说明理由，需要补充侦查的，应当同时通知公安机关。

38. 刑事拘留一般不超过多长时间？

典型案例

冷某因涉嫌刑事犯罪被刑事拘留，由于执行拘留时过于匆忙，公安人员忘记带拘留证了。冷某被拘留以后，辖区内又发生了一起重大的故意杀人案，公安机关忙于处理此事，无暇顾及冷某的案件。冷某在拘留所里待了两个多月，公安机关不闻不问，也没有通知冷某家属。公安机关的做法合法吗？刑事拘留一般不超过多长时间？

律师说法

根据《刑事诉讼法》的规定，公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应在拘留后的三日内提出，人民检察院应在七日内作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定，特殊情况下，提请审查批准的时间可以延长一日至四日。对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至三十日。

本案中，冷某在拘留所里待了两个多月，超出了规定的最长期限，期间，公安机关对其不闻不问。这样的行为违反了《刑事诉讼法》的相关规定。

法律依据

《刑事诉讼法》第六十九条 公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留后的三日以内，提请人民检察院审查批准。在特殊情况下，提请审查批准的时间可以延长一日至四日。

对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至三十日。

人民检察院应当自接到公安机关提请批准逮捕书后的七日以内，作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。人民检察院不批准逮捕的，公安机关应当在接到通知后立即释放，并且将执行情况及时通知人民检察院。对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，依法取保候审或者监视居住。

39. 律师何时可以会见被关押的犯罪嫌疑人？

典型案例

2010年6月，律师刘某接受了涉嫌抢劫的犯罪嫌疑人江某亲属的委托，担任江某的辩护律师。而后，刘某到看守所要求会见江某。刘某出示了律师证、授权委托书、律师事务所会见专用函等所有法定手续后，看守所必须经侦查机关批准才能会见为由拒绝了刘某的会见要求。那么，律师刘某此时能否会见犯罪嫌疑人？

律师说法

根据《刑事诉讼法》的规定，受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，可以会见在押的犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。

律师会见犯罪嫌疑人，除涉及国家机密情形外，无须任何人的批准。本案中，犯罪嫌疑人江某涉嫌抢劫罪，不涉及国家机密，律师不必经侦查机关批准，就可以会见江某。看守所阻止律师会见江某的做法是错误的。

法律依据

《刑事诉讼法》第九十六条 犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其申请取保候审。涉及国家秘密的案件，犯罪嫌疑人聘请律师，应当经侦查机关批准。

受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，可以会见在押的犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。

40. 对于未成年人犯罪的案件，可以不公开审理吗？

典型案例

某市发生了一起重大恶性抢劫案，涉案的犯罪嫌疑人共 9 人，大部分是未满 18 周岁的未成年人。该案侦查结束移交人民检察院审查起诉以后，对案件是否公开审理争论不休。有人认为，虽然这些犯罪嫌疑人大都是未成年人，但是由于该案影响巨大，为了对社会起到更好的警示作用，应该公开审理。那么，涉及未成年犯罪的案件，可以公开审理吗？

律师说法

办理未成年人犯罪案件，一般贯彻教育、感化、挽救的方针，坚持以教育为主、惩罚为辅的原则，以达到挽救违法犯罪的未成年人，预防和减少犯罪的目的。根据《刑事诉讼法》的规定，十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。依法不公开审理的案件，就是说不允许群众参加旁听，不允许新闻记者进行采访和发表有关审判过程的报道，即使是被告人的近亲属要求旁听的，人民法院也不会批准。

本案中，涉案的犯罪嫌疑人大都是未满 18 周岁的未成年人，虽然此案比较重大，但是犯罪的孩子们年龄都属于未成年，如果公开审理，孩子受到的心理冲击和影响必然会很大。因此，对此案应该不公开审理。

法律依据

《刑事诉讼法》第一百五十二条 人民法院审判第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理。

十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。

对于不公开审理的案件，应当当庭宣布不公开审理的理由。

41. 妇女在怀孕期间犯罪的，可以申请监外执行吗？

典型案例

某女沈某与鲁某在生意上产生纠纷，沈某于是纠集了一群人，找鲁某滋事。鲁某也召集了一群人，双方展开械斗，造成恶劣的社会影响。公安机关经调查取证后将案件移送人民检察院，检察院依法提起公诉。法院依法判处沈某、鲁某聚众斗殴罪成立，沈某被判处有期徒刑 3 年，鲁某被判处有期徒刑 2 年。宣判之后不久，法院发现沈某怀孕。那么，怀孕妇女犯罪的，可以实行监外执行吗？

律师说法

根据《刑事诉讼法》的规定，对于被判处有期徒刑或者拘役的罪犯，有下列情形之一的，可以暂予监外执行：（一）有严重疾病需要保外就医的；（二）怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女。本案中，对于沈某的判决生效之后不久，就发现沈某怀孕了。按照规定，怀孕的女性可以适用监外执行。

法律依据

《刑事诉讼法》第二百一十四条第一款 对于被判处有期徒刑或者拘役的罪犯，有下列情形之一的，可以暂予监外执行：

（一）有严重疾病需要保外就医的；

（二）怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女。

42. 侦查人员为取证，强行“搜身”合法吗？

典型案例

某工厂女工许某在厂里加夜班，下班时打车途经偏僻处，遭到出租车司机强奸，司机为了杀人灭口，将许某“掐死”后扔到沟里，许某醒过来爬到派出所报警。公安机关立案侦查，对本地所有出租车司机进行了抽取血样检查，与许某体内提取的精液进行比对，最终将犯罪嫌疑人杨某抓获。那么，为提取证据，侦查人员可以强行进行人身检查吗？

律师说法

根据《刑事诉讼法》的规定，为了确定被害人、犯罪嫌疑人的某些特征、伤害情况或者生理状态，可以对人身进行检查。侦查人员执行勘验、检查，必须持有人民检察院或者公安机关的证明文件。本案例中，由于犯罪嫌疑人在受害人体内的精液是唯一的线索，因此，对众多的疑犯进行人身检查是能采用的最好的手段。所以，公安机关的做法是合法的。

法律依据

《刑事诉讼法》第一百零五条 为了确定被害人、犯罪嫌疑人的某些特征、伤害情况或者生理状态，可以对人身进行检查。

犯罪嫌疑人如果拒绝检查，侦查人员认为必要的时候，可以强制检查。

检查妇女的身体，应当由女工作人员或者医师进行。

● 行政诉讼

43. 公务员对上级不满，能向法院起诉吗？

典型案例

某市建设局副局长冯某接到任命，被任命为卫生局人事科科长。冯某认为，此次任命是降职任命，自己并没有犯什么错误，局领导不该对自己做降职处理。冯某拒不接受调动，不肯交接工作，声称有事请假。其实，冯某是在准备诉状，想向法院提起行政诉讼，法院会受理吗？

律师说法

行政诉讼是指行政相对人与行政主体在行政法律关系领域发生纠纷之后，依法向人民法院提起诉讼。通俗地讲，行政诉讼是一种“民告官”的诉讼。行政机关内部的职务任免等，不是行政诉讼的受案范围。本案例中，冯某作为行政机关工作人员，就人事任免的问题向法院提起行政诉讼，法院不会受理其诉讼。但是冯某可向局里申请复核，若对复核结果不服，可以向市委、市政府相关管理部门或省建委等上级部门提出申请。

法律依据

《行政诉讼法》第十二条 人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：

- （一）国防、外交等国家行为；
- （二）行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；
- （三）行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；
- （四）法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。

《公务员法》第九十条 公务员对涉及本人的下列人事处理不服的，可以自知道该人事处理之日起三十日内向原处理机关申请复核；对复核结果不服的，可以自接到复核决定之日起十五日内，按照规定向同级公务员主管部门或者作出该人事处理的机关的上级机关提出申诉；也可以不经复核，自知道该人事处理之日起三十日内直接提出申诉。

.....

（三）降职。

44. 儿子偷偷变更了房产证，父母该怎么办？

典型案例

小强趁父母亲到亲戚家串门之际，将父亲的身份证以及房产证偷走，然后伪造了一份房屋买卖合同，私下将房屋更改至自己名下。小强父亲知道此事之后，将该地区房产事业管理局和小强一同告上法庭，要求撤销产权更名登记。对于小强父亲的诉求，法院会受理吗？

律师说法

房屋所有权、使用权、买卖、租赁等权利的确认及变更有特殊规定。房屋转让程序的第一步就是房产所有权的转让必须双方当事人当面签订书面转让合同，即变更房产的双方当事人必须都在场，如在一方不在场的情况下由另一方操作，签订了合同，则视为程序违法。本案中，小强瞒着父亲办理房产过户手续，房地产管理部门没有履行好监督管理的职责，未按照规定审查是否符合转让的条件，违反了法定程序，侵犯了小强父亲的财产权。因此，小强父亲可以向法院提起行政诉讼，请求法院予以撤销。

法律依据

《行政诉讼法》第十一条 人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼：

（一）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；

（二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；

（三）认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；

（四）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；

（五）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；

（六）认为行政机关没有依法发给抚恤金的；

（七）认为行政机关违法要求履行义务的；

（八）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。

除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

45. 因医疗纠纷，可以起诉卫生行政主管部门吗？

典型案例

余某因病到某市一家医院治疗，住院治疗期间与医院发生医疗纠纷。余某同医院与卫生部门协商，都没有结果，于是余某以卫生主管部门不作为为由，向法院提起了行政诉讼。那么，住院期间发生医疗纠纷，可以起诉卫生行政主管部门吗？

律师说法

本案例中，卫生主管部门的不作为行为，放任了对原告利益损害状况的发生，而不履行保护的职责，客观上造成了原告利益损害状况的延长。根据《行政诉讼法》的规定，余某可以起诉卫生主管部门的不作为，法院应当受理余某的起诉。

法律依据

《行政诉讼法》第十一条 人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼：

.....

（五）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的。

46. 执照迟迟不批，公民可以到法院起诉吗？

典型案例

小张夫妇俩下岗后，决定开一家小商店。可是，营业执照拖了一年，还没有批下来。小张认为自己手续一应俱全，程序也没有不当之处，向有关部门询问也没有结果。无奈之下，小张向法院提起了行政诉讼。那么，小张就此事可以向法院提起行政诉讼吗？

律师说法

发放营业执照，是一种依法申请的具体的行政行为，即行政许可。行政许可，是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动的行为。本案中，小张于两年前申请营业执照，一直没有批准，小张认为并不是自己的问题，是工商行政机关的责任，对此产生的异议，符合行政诉讼的受案范围。因此，小张可以向法院提起行政诉讼，维护自己的合法权益。

法律依据

《行政诉讼法》第十一条 人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼：

（一）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；

.....

47. 公民可以起诉 110 报警中心不作为吗？

典型案例

孙某是一家歌厅老板，2010 年 5 月 10 日 11 点，歌厅里发生了一起打架斗殴案。两伙人互相打骂，还打坏歌厅的物品，服务员纷纷劝阻并报警。可是，一直到 11 点 20 分，警察也没有到场，歌厅被打砸得一塌糊涂，损失惨重，打架的人也逃之夭夭。孙某觉得如果当时打 110 后公安机关及时出警，就不会造成这么大的损失了。那么，孙某能起诉 110 报警中心吗？

律师说法

根据《行政诉讼法》的规定，申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的，公民、法人或者其他组织可以提起行政诉讼。本案例中，作为国家行政机关的 110 报警中心接警后迟迟不派警察出警，这种不作为是一种严重的失职行为，孙某可以起诉 110 报警中心所属的公安局。

法律依据

《行政诉讼法》第十一条 人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼：

- （一）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；
- （二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；
- （三）认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；
- （四）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；
- （五）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；
- （六）认为行政机关没有依法发给抚恤金的；
- （七）认为行政机关违法要求履行义务的；
- （八）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。

除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

48. 公证书有错可以提起行政诉讼吗？

典型案例

王某的父亲患病多年，一直由王某一家照顾，生前一再表示要将所有的财产都留给王某，可是没有写遗嘱。不久，重病的王父去世。而在处理后事时，王某的弟弟拿出一份公证的遗嘱，上面清楚地写着：“将所有的财产全部留给小儿子。”王某在生气的同时感到蹊跷：“遗嘱是什么时候做的？弟弟曾带父亲去过医院，难道就趁着那个机会？可是父亲一直有病，甚至不是经常保持头脑清醒的状态，公证处是如何做出的公证书呢？”王某带着诸多疑问想到法院行政庭起诉，要求撤销公证书。那么，公证书真有错，可以提起行政诉讼吗？

律师说法

当事人及其他利害关系人认为公证书有错误的，可以向出具该公证书的公证机构提出复查。公证书的内容违法或者与事实不符的，公证机构应当撤销该公证书并予以公告，该公证书自始无效；公证书有其他错误的，公证机构应当予以更正。但公证行为不是具体行政行为，不属于行政案件的受案范围，对公证书不能提起行政诉讼。

法律依据

《公证法》第二条 公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动。

第十篇 行政常识篇

1. 对于治安管理处罚，当事人有权要求听证吗？

典型案例

某地区公安局的警察在执法检查的过程中，认定王某所开办的发廊涉嫌提供卖淫的行为，遂决定吊销该发廊的经营许可证，强行关店停止营业。王某不服公安机关的上述决定，要求举行听证。那么，王某的要求合法吗？

律师说法

所谓“听证”也称听取意见，是指行政机关在作出影响相对人权利义务决定时，应该听取相对人的意见，给当事人辩解辩论的机会。公安机关作出吊销许可证以及处 2000 元以上罚款的治安管理处罚决定前，应当告知违反治安管理行为人有权要求举行听证。本案例中，公安机关对王某的发廊采取的是吊销许可证的治安管理处罚，属于当事人可以要求听证的范围，所以王某有权请求听证。

法律依据

《治安管理处罚法》第九十八条 公安机关作出吊销许可证以及处二千元以上罚款的治安管理处罚决定前，应当告知违反治安管理行为人有权要求举行听证；违反治安管理行为人要求听证的，公安机关应当及时依法举行听证。

2. 不服治安管理处罚决定的，当事人怎么办？

典型案例

张某集合数百名村民到县信访办上访。上访人中有人喊口号并攻击县政府部门的领导人，围堵大门、静坐，要求县长接待、答复，上访人滞留在院内半个工作日。公安机关认为张某是聚众扰乱正常办公秩序的首要分子，遂决定给予张某行政拘留 15 日的处罚。张某对该决定不服，向上一级公安机关申请复议。

律师说法

公民对行政机关作出的警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留等行政处罚决定不服的，公民、法人或者其他组织可以依法申请行政复议。本案例中，张某可以向作出行政处罚的机关即当地公安机关的

上一级公安部门提出复议申请，也可以向该公安机关所在地的基层法院提起行政诉讼。

法律依据

《治安管理处罚法》第一百零二条 被处罚人对治安管理处罚决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

3. 警察可以当场收缴罚款吗？

典型案例

警察丁某和雷某接到举报后突袭一家私人会所，发现魏某和几个人在玩牌，桌子上有钱包和一些钱，认定他们在聚众赌博。鉴于大家“认罪”态度好，遂决定只当场对每个人作出罚款1000元的治安管理处罚。在当事人没有异议的情况下，当场对其收缴了罚款。请问，警察可以当场收缴罚款吗？

律师说法

警察的处罚不当。根据我国法律的规定，受到罚款处罚的人应该在法定的期限内向指定的银行缴纳罚款，但是在某些情况下，也可以直接收缴罚款。具体的情况是：50元以下的罚款，可以由警察当场作出处罚决定。在警察当场作出罚款决定，被处罚人对罚款无异议的情况下，人民警察就可以在作出罚款决定后当场进行收缴。本案例中，警察不应该当场收缴超过50元以上的罚款。

法律依据

《治安管理处罚法》第一百零四条 受到罚款处罚的人应当自收到处罚决定书之日起十五日内，到指定的银行缴纳罚款。但是，有下列情形之一的，人民警察可以当场收缴罚款：

（一）被处五十元以下罚款，被处罚人对罚款无异议的；

（二）在边远、水上、交通不便地区，公安机关及其人民警察依照本法的规定作出罚款决定后，被处罚人向指定的银行缴纳罚款确有困难，经被处罚人提出的；

（三）被处罚人在当地没有固定住所，不当场收缴事后难以执行的。

4. 公安机关办理治安案件时，能否扣押物品？

典型案例

苑某用自家的轿车送一位亲属去机场。黑车司机沈某认为苑某抢小区门口的客源，由此引发争执。沈某故意将车停在大门口不让苑某的车通过，苑某无奈下车，与沈某争吵并厮打起来，围观的人中有人报警。公安机关作出行政处罚决定，对违法行为人沈某给予行政拘留十日，同时将苑某和沈某的车都扣押，认为与案件有关，需要作为证据。那么，公安机关的做法正确吗？

律师说法

公安机关不应该扣押苑某的车。苑某所有的家庭轿车与本案所认定的打架斗殴行为没有直接的利害关系，况且苑某是送自己的亲属，并非非法营运，该车与本案无关，所以不应该扣押该车。

法律依据

《治安管理处罚法》第八十九条 公安机关办理治安案件，对与案件有关的需要作为证据的物品，可以扣押；对被侵害人或者善意第三人合法占有的财产，不得扣押，应当予以登记。对与案件无关的物品，不得扣押。

对扣押的物品，应当会同在场见证人和被扣押物品持有人查点清楚，当场开列清单一式二份，由调查人员、见证人和持有人签名或者盖章，一份交给持有人，另一份附卷备查。

对扣押的物品，应当妥善保管，不得挪作他用；对不宜长期保存的物品，按照有关规定处理。经查明与案件无关的，应当及时退还；经核实属于他人合法财产的，应当登记后立即退还；满六个月无人对该财产主张权利或者无法查清权利人的，应当公开拍卖或者按照国家有关规定处理，所得款项上缴国库。

5. 公民个人能申请暂缓执行行政拘留的处罚吗？

典型案例

陈某的收入不高，为了挣点外快，就利用下班时间去夜市去兜售音像用品，其中有黄色的淫秽制品。一次，陈某给顾客介绍黄碟，双方在讨价还价时被公安机关当场查获。公安局依据上述查明的事实，作出公安行政处罚决定，给予陈某拘留 5 日，并处罚金人民币 500 元的处罚。陈某不服，遂向上一级公安机关申请复议。复议期间，陈某提出暂缓执行行政拘留的申请，他的请求是否合法？

律师说法

陈某因为涉嫌买卖淫秽物品，公安机关决定对其作出行政拘留 5 日并罚款的决定。陈某不服，有权提出行政复议。其在复议期间，依法可以申请暂缓执行行政拘留，行政机关可以要求其提供保证人或者缴纳一定数额的保证金。

法律依据

《治安管理处罚法》第一百零七条 被处罚人不服行政拘留处罚决定，申请行政复议、提起行政诉讼的，可以向公安机关提出暂缓执行行政拘留的申请。公安机关认为暂缓执行行政拘留不致发生社会危险的，由被处罚人或者其近亲属提出符合本法第一百零八条规定条件的担保人，或者按每日行政拘留二百元的标准缴纳保证金，行政拘留的处罚决定暂缓执行。

6. 违反治安管理处罚法的案件，能否进行调解？

典型案例

蔡某和宋某为东西邻居，平日有些矛盾。蔡某家宅基地翻建房屋，施工中遭到宋某的阻拦，理由是没有经过宋某的同意，噪声、灰尘已经干扰了其家人正常的生活和休息，必须做出赔偿，否则不准许施工。蔡某和施工队有合同，担心拖延要承担违约责任，就强行施工，并和宋某争吵、厮打在一起，事后两人均住院治疗，都有轻微伤。在公安机关的调解下，双方达成调解协议。

律师说法

违反治安管理处罚的案件可以进行调解。调解是我国长期以来解决纠纷的一种行之有效的方法。公安机关处理治安管理处罚的案件，也可以进行调解。公安机关可以调解处理的治安案件的范围，是因民间纠纷引起的打架斗殴、损毁他人财物等违反治安管理行为，情节较轻的案件。本案中，双方是邻居，因小事引起，伤情都不重，应该以调解为宜，以利于以后的邻里间和谐相处。

法律依据

《治安管理处罚法》第九条 对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为，情节较轻的，公安机关可以调解处理。经公安机关调解，当事人达成协议的，不予处罚。经调解未达成协议或者达成协议后不履行的，公安机关应当依照本法的规定对违反治安管理行为人给予处罚，并告知当事人可以就民事争议依法向人民法院提起民事诉讼。

7. 派出所接到报案后有受理期限吗？

典型案例

姜某早上起来发现自家的房门是开着的，经检查丢失了一些物品，于是就赶紧打电话给派出所。值班的民警说：“这才六点啊，等八点以后来人了再过去看看。”就挂断了电话。姜某很生气，只好等到八点以后警察上班后再打电话。派出所值班民警的做法符合法律规定吗？

律师说法

警察的做法是违法的。我国《治安管理处罚法》规定，公安机关对报案、控告、举报或者违法行为人的主动投案，以及其他行政部门、司法机关移送的治安管理案件，应当及时受理并进行登记。本案例中，对于失窃人姜某的报案，公安局的值班民警应当依法立即受理并及时登记、及时出警，而不能以“没到上班时间”为借口加以推托。

法律依据

《治安管理处罚法》第七十七条 公安机关对报案、控告、举报或者违反治安管理行为人主动投案，以及其他行政主管部门、司法机关移送的违反治安管理案件，应当及时受理，并进行登记。

第七十八条 公安机关受理报案、控告、举报、投案后，认为属于违反治安管理行为的，应当立即进行调查；认为不属于违反治安管理行为的，应当告知报案人、控告人、举报人、投案人，并说明理由。

8. 对于公安机关作出的处罚觉得“不公平”，该怎么办？

典型案例

叶某开车正常行驶，突遇横过马路的一个女孩，躲避不及，将其撞倒，但伤势不重。被撞的是名高中生，女孩的家长闻讯后赶来，不由分说就挥拳打叶某，叶某一边辩解一边抵挡，拉扯过程中，将女孩父亲的眼镜弄到地上毁坏。这时警察赶到，认为叶某先是撞人后是打人，要对其罚款并拘留，就对司机叶某说：“按照简易程序办理吧，你有交强险，承担全部责任吧。”还没有等到叶某反应过来，简易程序的处理单已经签发好。叶某懵懵懂懂地将被撞女生送到医院治疗并承担了所有的治疗费，女孩伤情不重，没有住院。过后，叶某越想这事越窝囊和别扭，花几个钱倒是无所谓，也有保险公司报销，可是明明自己无责，怎么被认定负全责呢？还居然被罚款 200 元。公安交警部门对叶某的处罚是否显失公平？

律师说法

警察的做法违反法定程序。首先，这是一起普通事故，是女孩违反交通规则，应该承担全部责任，不应该以所谓的交强险来强迫叶某承担全责。叶某在被打的情况下还手属于自卫，警察没有进行调查，仅凭主观臆断对叶某做出罚款的处理，显失公平。叶某可以通过行政复议和诉讼依法维护自己的权益。

法律依据

《行政诉讼法》第十一条 人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼：

- （一）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；
- （二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；
- （三）认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；
- （四）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；
- （五）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；
- （六）认为行政机关没有依法发给抚恤金的；
- （七）认为行政机关违法要求履行义务的；
- （八）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。

除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

9. 公安人员可以当场做出行政处罚吗？

典型案例

无照摊贩赵某临街烧烤叫卖，其油烟污染了周围的树木和行人。环卫工人杨某奉劝其离开，搬到烧烤一条街上去，遭到赵某的大骂，双方争吵起来。行人见到此情景，觉得商贩无理取闹，遂报警。闻讯而来的警察经过现场勘察，依照《治安管理处罚法》对赵某做出了罚款50元的处罚，赵某没有提出异议。公安人员可以当场做出行政处罚吗？

律师说法

公安人员可以当场做出行政处罚。这里涉及的是简易程序。适用简易程序是要符合一定条件

的，其必须是有法定依据的；违法事实确凿；较小数额罚款或者警告的行政处罚。此处，较小数额的罚款是指对公民处以 50 元以下，对法人或其他组织处以 1000 元以下的罚款。如果符合以上的条件，执法人员就可以适用简易程序，当场做出行政处罚。

本案中，赵某不听环卫工人的劝阻，与之争吵，并爆出口，而本身又露天违法经营，对违法事实的认定没有异议，执法人员当场做出行政处罚是正确的。

法律依据

《治安管理处罚法》第一百条 违反治安管理行为事实清楚，证据确凿，处警告或者二百元以下罚款的，可以当场作出治安管理处罚决定。

10. 公安局有权直接吊销营业执照吗？

典型案例

某区公安局接到举报，称某小超市出售假烟假酒，公安局经突击检查发现情况属实，于是对该超市老板拘留 10 日、罚款 2000 元，并做出吊销该超市营业执照的行政处罚。超市老板对拘留和罚款不持异议，但是对吊销营业执照不服，认为那不属公安局管的事，公安局无权吊销其营业执照。本案中，公安局有权吊销超市的营业执照吗？

律师说法

公安局吊销超市的营业执照是错误的。本案中，公安局对超市所做的拘留和罚款的处罚是合法的，但对于吊销营业执照的处罚是违法的。公安机关只能吊销由公安机关发放的许可证，而营业执照是由工商行政部门发放的，应该由发证的工商局执行吊销的程序，公安机关无权吊销。

法律依据

《治安管理处罚法》第十条 治安管理处罚的种类分为：

- （一）警告；
- （二）罚款；
- （三）行政拘留；
- （四）吊销公安机关发放的许可证。

11. 工商局有权实施行政拘留吗？

典型案例

郑某夫妻下岗后，在自己小区门口租了一间房子，经营些水果蔬菜。工商局的工作人员到现场执法检查，认为小店属于无照经营，所售的蔬菜没有质量检验证明，担心有质量问题，遂要求其停止经营。为此，双方发生争执并撕扯。工商局的工作人员随即强行将两人扭送到市场管理办公室，关押起来，扣留时间长达几个小时。工商局工作人员的行为违法吗？

律师说法

工商局工作人员的行为显然是违法的。根据《治安管理处罚法》的规定，只有公安机关才有剥夺或限制他人的人身自由的处罚权和强制权，除公安机关外，其他任何机关、组织和个人都无权限制和剥夺公民的人身自由。本案例中，工商局的工作人员强行限制郑某夫妻人身自由的行为是严重侵犯公民人身权利的行为，应当马上予以改正，并且要针对此行为造成的损害给予相应的赔偿。

法律依据

《治安管理处罚法》第十条 治安管理处罚的种类分为：

- （一）警告；
- （二）罚款；
- （三）行政拘留；
- （四）吊销公安机关发放的许可证。

对违反治安管理的外国人，可以附加适用限期出境或者驱逐出境。

12. 可以要求办案警察回避吗？

典型案例

钱某与许某饮酒后发生争执并互相厮打，钱某受伤，两个人均被带到派出所接受讯问并做笔录。经过鉴定，钱某被鉴定为轻伤，公安机关办案的民警决定拘留许某。后许某经担保人担保，被取保候审。钱某打听到办案民警是许某的亲戚，非常担心自己的案子被“不了了之”，想请求办案警察回避。那么，钱某的要求合理吗？

律师说法

钱某可以要求许某的亲戚回避。回避是指警察在出现一定的情况之下，应当退出案件办理的一种制度。这是为了保证治安处罚案件的公正性。本案中，由于办案警察是许某的亲戚，如

果由他办理案件，会有不公正的嫌疑，因此钱某有权要求其回避。

法律依据

《治安管理处罚法》第八十一条 人民警察在办理治安案件过程中，遇有下列情形之一的，应当回避；违反治安管理行为人、被侵害人或者其法定代理人也有权要求他们回避：

- （一）是本案当事人或者当事人的近亲属的；
- （二）本人或者其近亲属与本案有利害关系的；
- （三）与本案当事人有其他关系，可能影响案件公正处理的。

人民警察的回避，由其所属的公安机关决定；公安机关负责人的回避，由上一级公安机关决定。

13. 酒后驾车怎么量刑？

典型案例

曾某嗜酒如命，小酒天天喝，大酒周周有。一个周末，曾某下班后约上几个朋友在大排档喝酒、吃烧烤。几个人一晚上喝了一箱啤酒，都处于醉醺醺的状态。借着酒劲，曾某一会骚扰邻座的小姑娘，一会冲着街上的行人骂骂咧咧，一会又冲着服务员叫嚷，并扬言要砸毁停在他旁边的汽车，其他几个人也是丑态百出，周围的人纷纷躲开，不堪其扰。后警察到场将曾某一行人控制，并分别处以行政拘留三天的治安管理处罚。曾某不理解，认为当时自己已经喝醉，行为不受自己控制，再说没有造成什么伤害的行为。那么，醉酒的人违反治安管理的，是否应当给予处罚呢？

律师说法

醉酒，是指人因饮酒过量而不能控制行为或者说控制行为的能力大大降低的一种状态。醉酒的人虽然不能有效地控制自己的行为，但并不是完全丧失行为辨认和控制能力，并且这种状态是完全可以避免的。因为造成醉酒完全是本人在清醒状态时过量饮酒所致，完全是在正常情况下自己意志支配的结果。因此，醉酒的人不属于无责任能力或者限制责任能力的人，醉酒的人违反治安管理的，应当与有完全责任能力的人一样负完全责任。

曾某辩解说自己当时处于醉酒状态，所以可以不承担法律责任，这是没有法律依据的，其应当接受治安管理处罚。

法律依据

《治安管理处罚法》第十五条 醉酒的人违反治安管理的，应当给予处罚。

醉酒的人在醉酒状态中，对本人有危险或者对他人的人身、财产或者公共安全有威胁的，应当对其采取保护性措施约束至酒醒。

14. 对于“治安”案件，警察可以进行调解吗？

典型案例

某高中即将毕业的学生结伴到郊外野餐聚会。大家各自带着吃的、喝的，男生们还带了一点啤酒。主持这次活动的是班长吕某和团支部书记王某，两个人都是班上的优秀学生，并同时暗恋着同一个女生沈某。吃饭的时候，吕某见王某紧挨着沈某，心有不快，闷闷地喝酒，几杯酒下肚，两人便借故较起劲来，互相讽刺、挖苦、指责，甚至动手打起来，同学们纷纷劝解。在拉扯中，吕某将王某的眼镜打坏。酒醒后的吕某很懊悔自己的举动，并对王某道歉，表示愿意赔偿损失，王某念及同学关系，没有提出异议，此事就此解决。对此治安案件，警察可以进行调解吗？

律师说法

对于这种普通的治安案件，警察是可以进行调解的。调解制度是我国民事诉讼、刑事自诉和赔偿诉讼中的特有制度，是在充分尊重当事人自愿的前提下进行的调解。本案例中，吕某虽然打坏了王某的眼镜，造成了一定的财产损失，但其愿意赔偿，且情节比较轻微，公安机关在尊重双方意愿的情况下，可以进行调解，达成调解协议。但是，如果双方不愿意履行调解协议，则公安机关应依法做出行政处罚。

法律依据

《治安管理处罚法》第九条 对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为，情节较轻的，公安机关可以调解处理。经公安机关调解，当事人达成协议的，不予处罚。经调解未达成协议或者达成协议后不履行的，公安机关应当依照本法的规定对违反治安管理行为人给予处罚，并告知当事人可以就民事争议依法向人民法院提起民事诉讼。

15. 派出所民警可以做出行政拘留的处罚吗？

典型案例

董女士在自己经营的足疗店正常营业时，当地派出所民警突然闯进该店，将董女士强行带到派出所，并对其进行严格的审讯，要其承认有容留卖淫的行为。在被警察询问并在笔录上签字后，便出具了一份《治安管理处罚决定书》，以涉嫌卖淫嫖娼为由拘留董女士 15 天，并罚款 1000 元。那么，派出所民警的行为是合法的吗？

律师说法

派出所民警的行为不合法。派出所是公安机关的派出机构，派出机构不是独立的行政主体，除非有法律的授权，否则不能以自己的名义对其行为负责。根据法律规定，派出所也可以做出行政处罚，但是只能是警告或者是 500 元以下的罚款，并没有权利做出拘留的决定，其他的行政处罚应由县级以上的公安机关作出。

本案例中，拘留 15 天和罚款 1000 元的行政处罚，显然已经超出了派出所的职权范围，该处罚是越权作出的，是无效的。

法律依据

《治安管理处罚法》第九十一条 治安管理处罚由县级以上人民政府公安机关决定；其中警告、五百元以下的罚款可以由公安派出所决定。

16. 违反治安管理处罚法的，有哪些法定的减轻或从重情节？

典型案例

戴某酒后停车不当，将邻居的车刮伤，然后离开。第二天，邻居根据监控录像查出车的擦痕是戴某所为，于是找戴某质问，戴某起初不承认，待警察让其看监控录像时，才知道自己的酒后行为，后悔不已，遂当即向邻居道歉，并愿意赔偿修车的费用。公安机关在作出行政处罚决定时，认为戴某在事发之后，主动向邻居道歉并给予了赔偿，属于法定的减轻处罚或免除处罚的情节，所以决定对其免除处罚。

律师说法

我国《治安管理处罚法》规定的减轻处罚和不予处罚的情形，主要是考虑到行为人的行为特征、行为后果、社会危害等客观因素。主要情形有：一是情节特别轻微的，这里规定的“情节特别轻微”，主要是指违反治安管理的行为没有造成危害后果或者危害后果很轻微等情况；

二是主动消除或者减轻违法后果，并取得被侵害人谅解的。

法律依据

《治安管理处罚法》第十九条 违反治安管理有下列情形之一的，减轻处罚或者不予处罚：

- （一）情节特别轻微的；
- （二）主动消除或者减轻违法后果，并取得被侵害人谅解的；
- （三）出于他人胁迫或者诱骗的；
- （四）主动投案，向公安机关如实陈述自己的违法行为的；
- （五）有立功表现的。

17. 私自买卖外汇触犯了什么法律？

典型案例

陈某是某公司销售经理，由于工作关系，其经常出入国内外。陈某的老婆托付陈某在国外换些外汇带回来，于是陈某想办法带回一些美元。回国后，陈某的老婆将美元在黑市上交易，赚了一万多元。那么，陈某和老婆私自买卖外汇会受到什么处罚？

律师说法

我国实行严格的外汇管制，法律禁止在银行和指定的外汇调剂市场以外从事私下外汇交易。对于申购的外汇如果暂时不用，可以存入银行或者卖给指定银行。但是陈某夫妇擅自到黑市

上抛售，扰乱了金融管理秩序，应当予以处罚。

法律依据

《外汇管理条例》第四十五条 私自买卖外汇、变相买卖外汇、倒买倒卖外汇或者非法介绍买卖外汇数额较大的，由外汇管理机关给予警告，没收违法所得，处违法金额 30% 以下的罚款；情节严重的，处违法金额 30% 以上的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

18. 听证的权利是什么样的权利？

典型案例

某市场的一家小书店发生火灾，牵连周围的商户，造成直接财产损失达十多万元。该区公安分局消防处经过调查，发现火灾是书店员工造成的，遂令该书店对此事故负责，并罚款 5 万元。该书店以行政处罚决定做出之前未告知其听证权利、被处罚的主体不明确等理由向区人民法院提起行政诉讼，要求撤销公安消防机构作出的行政处罚决定。

律师说法

所谓听证程序，是指行政机关为了查明案件事实、公正合理地实施行政处罚，在作出行政处罚决定前通过公开举行由有关利害关系人参加的听证会广泛听取意见的程序。但并非所有的行政在行为前都要举行行政听证，而是有特定的范围。本案中，行政机关对该公司作出的 5 万元罚款，其数额较大，应当依法告知该公司听证的权利。

法律依据

《行政处罚法》第四十二条 行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。听证依照以下程序组织：

（一）当事人要求听证的，应当在行政机关告知后三日内提出；

（二）行政机关应当在听证的七日前，通知当事人举行听证的时间、地点；

（三）除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外，听证公开举行；

（四）听证由行政机关指定的非本案调查人员主持；当事人认为主持人与本案有直接利害关系的，有权申请回避；

（五）当事人可以亲自参加听证，也可以委托一至二人代理；

（六）举行听证时，调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议；当事人进行申辩和质证；

（七）听证应当制作笔录；笔录应当交当事人审核无误后签字或者盖章。

当事人对限制人身自由的行政处罚有异议的，依照治安管理处罚条例有关规定执行。

19. 税务机关的二次处罚是否违反有关行政处罚的法律规定？

典型案例

周某经营的五金建材店因开具收款收据代替正规发票，偷税 12 万元，税务机关作出处理决定：追缴所偷税款 12 万元，根据《中华人民共和国税收征收管理法》处以所偷税款一倍罚款，共计人民币 24 万元。税务机关是否违反有关行政处罚的法律规定？

律师说法

税务机关违反了对一个违法行为不得给予两次以上罚款的规定。税务机关对一个违法行为依据不同的法律规定给予两次以上罚款，违反了《行政处罚法》的规定，即对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚。周某可以拒绝缴纳第二次的罚款。

法律依据

《行政处罚法》第二十四条 对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚。

20. 怎样申请国家赔偿？

典型案例

某地发生一起抢劫案，范某被怀疑为抢劫犯，接到举报后，范某被公安机关拘留。经过几天“严厉”的审讯后，范某如实交代了“犯罪事实”，被判入狱五年，单位也将其除名。在范某服刑两年后，该地区破获一起团伙盗窃大案，该团伙中有人供认了之前的那起抢劫案，真相大白：范某是被屈打成招，是被冤枉的。不久，范某被释放回家。在律师的帮助下，范某提起国家赔偿。那么，范某的要求能获得支持吗？

律师说法

根据相关法律规定，行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时对没有犯罪事实的人错误逮捕、错误判决的，受害人有取得赔偿的权利。范某要求赔偿，应当先向赔偿义务机关提出。本案中，作出逮捕决定和判刑机关为赔偿义务机关。按照国家赔偿标准，每错关 1 天，按全国上年度职工日平均工资给予赔偿。

法律依据

《国家赔偿法》第十七条 行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关及其工作人员在行使职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

（一）违反刑事诉讼法的规定对公民采取拘留措施的，或者依照刑事诉讼法规定的条件和程序对公民采取拘留措施，但是拘留时间超过刑事诉讼法规定的时限，其后决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的；

（二）对公民采取逮捕措施后，决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的；

（三）依照审判监督程序再审改判无罪，原判刑罚已经执行的；

（四）刑讯逼供或者以殴打、虐待等行为或者唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民身体伤害或者死亡的；

（五）违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的。

21. 警察在什么情况下可以对乘客搜身？

典型案例

在行驶的火车上，一个妇女的钱包丢了，哭喊着找乘警求助。乘警来到失窃的车厢后巡查，发现一个女士可疑，遂将其带到警务室“审讯”，并强行搜查这位女士的上下及里外的衣兜，可是并没有发现钱包。随后，这名警察开始在车上走动，并逐一搜查车上乘客的随身物品，甚至搜身。警察的做法合法吗？

律师说法

警察的做法应该视具体情况而定。对于警察“搜身”的问题，法律确实规定了警察不能非法搜查他人的身体、物品、住所或者场所。一般认为，对现行犯和犯罪嫌疑人才可以搜身。但是，从程序上说，一般女性由女性警察搜身的规定是可以肯定的。本案中，如果车上有女性乘客，则男性警察不能对其搜身，否则就是非法的。

法律依据

《治安管理处罚法》第八十七条 公安机关对于违反治安管理行为有关的场所、物品、人身可以进行检查。检查时，人民警察不得少于二人，并应当出示工作证件和县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件。对确有必要立即进行检查的，人民警察经出示工作证件，可以当场检查，但检查公民住所应当出示县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件。

检查妇女的身体，应当由女性工作人员进行。

22. 下班后，警察还应当履行职责吗？

典型案例

吴某是某派出所的民警。一天，吴某下班后到街上闲逛，准备买些礼物，好送给自己的恋人。在去商场的路上，吴某看见有一个年轻男子正在抢一位孕妇的手提包，该孕妇大声地呼喊求救，而吴某没有理会，觉得自己是在下班时间，不必管这等闲事，转身离开了。那么，吴某的行为合法吗？

律师说法

吴某的行为构成行政不作为，要依法承担相应的责任。即使在非工作时间，警察遇到其职责

内的紧急情况，也应该履行职责，否则就视为行政不作为，要依法承担相应的责任。本案中，孕妇的手提包被抢，孕妇大声呼救，希望有人能将抢劫犯截住归还她的手提包，而吴某就在事发现场，漠然地看着发生的一幕却没有任何作为。此时，身为警察的吴某应该履行警察的职责，追捕犯罪嫌疑人。但是，吴某没有理会此事，这显然是警察的“不作为”行为，依照国家有关规定，要追究吴某相应的责任。

法律依据

《人民警察法》第十九条 人民警察在非工作时间，遇有其职责范围内的紧急情况，应当履行职责。

23. 警察在什么情形下可以抓捕精神病人？

典型案例

女孩小玲因为失恋的打击，精神失常了。小玲的父母都有工作，无暇看护她，便将她委托给一个邻居看管。有一天，负责看管的邻居去买菜，小玲从家里挣脱绳索，跑到了大街上。精神不正常的小玲见到年轻的男人就纠缠，口中叫着前男友的名字，甚至上去拥抱、强行亲热，吓傻了一个个路人。接到报警后，警察赶到将其控制。小玲是精神病人，警察可以抓人吗？

律师说法

尽管小玲是个精神病患者，如果扰乱治安，对他人构成妨碍或威胁，警察也可以将其拘捕。按照我国法律的规定，对于严重危害公共安全或者他人人身安全的精神病人，可以采取保护性约束措施。本案例中，小玲是一个精神病人，其家属和邻居没有看护好她，致使她在大街上“为所欲为”，具有极大的社会危害性，同时，对她自身也会带来一定危险，警察可以对其采取约束措施。但是，警察采取强制性的措施，应当报请县级以上人民政府公安机关批准，并及时通知其监护人。在拘捕后，要送往指定的单位、场所加以监护。

法律依据

《人民警察法》第十四条 公安机关的人民警察对严重危害公共安全或者他人人身安全的精神病人，可以采取保护性约束措施。需要送往指定的单位、场所加以监护的，应当报请县级以上人民政府公安机关批准，并及时通知其监护人。

24. 警察因执行公务造成公民财物损坏，怎么赔偿？

典型案例

某市公安局接到举报，称某商业广场有人从事“传销”活动。警察根据举报人的指认，将几名嫌疑人带回到公安局，并将现场所有人的物品缴获，其中有手机、照相机等贵重物品。其中，陈某因没有参与具体活动，被取保候审。不久，陈某要求公安局返还与案件无关的照相机，发现相机被人使用过，并且已经损坏，遂要求公安局和警察赔偿（相机价值2万多元）。那么，公安局对该损失应该赔偿吗？还是由警察赔偿？

律师说法

对警察的职务行为造成的损失，公安局应该作出赔偿。在实践中，为避免司法机关的工作人员在执行公务中出现侵犯公民人身权利和财产权利的行政行为，为了保障公民的合法权益，国家制定了相应的赔偿制度。

本案中，警察违反规定，擅自将被扣押的物品使用，结果造成物品损坏，给行政相关人造成了财产损失，其行为本身就是违法的，因此，该警察所在的公安局应该依照《国家赔偿法》作出行政赔偿。

法律依据

《国家赔偿法》第四条 行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

- （一）违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚的；
- （二）违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的；
- （三）违反国家规定征收、征用财产的；
- （四）造成财产损失的其他违法行为。

25. 追捕罪犯时，警察开枪误伤人质怎么办？

典型案例

在某市火车站广场上，突然出现枪响，群众惊慌地四散奔逃。混乱的人群中，一个年轻男子举着枪高喊：“请大家赶快趴下，不要走动，我是警察，在执行任务！”边说边瞄准前方不远处的一名持枪男子。该持枪男子正挟持一名女性人质向火车站候车室逃跑，为了不使犯罪嫌疑人逃到候车室，警察便果断地开枪，结果将人质打伤。那么这种情况下，警察是否要对人质承担责任？

律师说法

警察在执法过程中处置不当，造成人员伤亡的，应当赔偿。本案中，警察追缉犯罪嫌疑人原本是正常的，即使追缉地点是在火车站的广场上，也实属无可奈何，毕竟，犯罪嫌疑人究竟何时何地出现是无法预测的。但是，无论基于什么原因，警察在处理人质的问题上应该是慎之又慎的。开枪打伤人质，就是警察的失职。无论出于经验的判断、环境的迫使或是人

质处境的考虑等都不能成为抗辩的理由。为此，对受伤的人质，应当按照《国家赔偿法》的规定作出适当的赔偿。

法律依据

《国家赔偿法》第十七条 行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关及其工作人员在行使职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

.....

（五）违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的。

26. 遭逮捕后被判无罪，可否向检察机关请求国家赔偿？

典型案例

姜某所在企业因拖欠工人工资数月，遭到工人集体罢工和抗议。姜某是活动的发起人和领导者，被企业领导“深恶痛绝”。企业领导打电话报警，称有人聚众闹事，阻止正常办公和生产，十几名警察赶到现场。在警察驱赶人们的过程中，姜某与执行人员发生争执，误伤了其中一个工作人员的手臂，自己也在拉扯中受轻微伤。之后，姜某被公安机关以涉嫌妨害公务罪刑事拘留，被检察机关批准逮捕，并向法院提起公诉。但法院认为情节显著轻微不构成犯罪，判决姜某无罪。姜某是否可以向检察机关请求国家赔偿？

律师说法

姜某可以申请国家赔偿。本案中，姜某虽然实施了一定的妨害公务行为，但是不具备犯罪的构成要件，不属于犯罪行为，如果其行为触犯了《治安管理处罚法》，应当由公安机关给予治安处罚。因此，如果检察机关对没有犯罪事实的人错误地作出了逮捕决定，则应当承担国

家赔偿责任。

法律依据

《国家赔偿法》第十七条 行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关及其工作人员在行使职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

.....

（二）对公民采取逮捕措施后，决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的。

27. 公民享有哪些信访权利？

典型案例

某乡政府与外商洽谈后，决定在某村的后山上开发建设一个采石场。乡政府只是向村委会通知了这件事情，没有召开村民代表大会，也没有向村民征求意见，就与外商签订了协议。村民获悉后反应强烈，认为自己的权益被侵害，采矿不仅会破坏资源和环境，也会对村民的身体造成影响甚至危害。村民们决定向上级政府机关逐级信访，反映情况。

律师说法

根据《信访条例》的规定，信访人应当如实反映情况，不得捏造、歪曲事实，不得诬告、陷害他人。信访人主要有七种权利和五种义务。

权利主要有：一是信访事项提出权（信访权）；二是不受报复权（要求保密权）；三是请求复查权；四是了解权（要求答复权）；五是申诉权（对处理不服的可以向法院提起行政诉讼）；

六是反映重大、紧急信访事项权；七是受奖励权。

义务主要有：一是遵守提出程序的义务；二是如实反映情况的义务；三是遵守禁止性行为的义务；四是遵守上访程序的义务；五是执行行政机关处理决定的义务。

本案中，林某进行信访依据的是当事人享有的信访权利中的信访事项提出权。

法律依据

《信访条例》第十四条 信访人对下列组织、人员的职务行为反映情况，提出建议、意见，或者不服下列组织、人员的职务行为，可以向有关行政机关提出信访事项：

- （一）行政机关及其工作人员；
- （二）法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织及其工作人员；
- （三）提供公共服务的企业、事业单位及其工作人员；
- （四）社会团体或者其他企业、事业单位中由国家行政机关任命、派出的人员；
- （五）村民委员会、居民委员会及其成员。

对依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议等法定途径解决的投诉请求，信访人应当依照有关法律、行政法规规定的程序向有关机关提出。

28. 应该如何提出信访事项？

典型案例

2009年10月，某化工厂因为排污，造成附近村民的稻田污染并严重减产，更为严重的是，村民经过对稻米检测化验，获悉这批稻米也受到污染，含有毒有害成分，对人体有害。村民们拿着检测结果找企业和县政府说理，讨要赔偿。在几次交涉之后，县政府责令化工厂象征性地赔偿村民，村民极为不满，遂集合数百名村民集体上访。

律师说法

信访人的信访事项应当向依法有权作出处理决定的机关或者单位提出。信访人提出信访事项，一般应当采用书信、电子邮件、传真等书面形式；信访人提出投诉请求的，还应当载明信访人的姓名（名称）、住址和请求、事实、理由。多人采用走访形式提出共同的信访事项的，应当推选代表，代表人数不得超过 5 人。走访要到有关部门指定的接待场所，要如实反映情况。

本案例中，因为涉及多人利益，所以可以推选代表，上访的形式可以采取书信、电子邮件等形式，也可以采取走访的形式。因为是对具体的行政行为不服，所以应当向乡政府的法制部门提出，所有的乡、镇政府都有司法服务所，为村民提供法律服务。

法律依据

《信访条例》第十五条 信访人对各级人民代表大会以及县级以上各级人民代表大会常务委员会、人民法院、人民检察院职权范围内的信访事项，应当分别向有关的人民代表大会及其常务委员会、人民法院、人民检察院提出，并遵守本条例第十六条、第十七条、第十八条、第十九条、第二十条的规定。

第十七条 信访人提出信访事项，一般应当采用书信、电子邮件、传真等书面形式；信访人提出投诉请求的，还应当载明信访人的姓名（名称）、住址和请求、事实、理由。

有关机关对采用口头形式提出的投诉请求，应当记录信访人的姓名（名称）、住址和请求、事实、理由。

29. 依法信访遭遇陷害，该如何维权？

典型案例

申某是一个国企的员工，多年来一直上访，反映企业领导的腐败问题。开始是匿名反映，可是上访信投出去如石沉大海，没有回复，也没有看到领导受到任何处理，于是，从 2009 年开始，申某开始实名反映问题，后遭到领导报复，借故掉其换岗位，找碴儿扣其奖金，甚至无故怀疑申某偷盗厂里的东西，毁坏申某的名誉。这种情况下，申某应该怎么办？

律师说法

信访者应依法进行信访，维护社会公共秩序和信访秩序。《信访条例》规定，信访者遭到打击报复的，要依法追究报复者的责任，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分或者纪律处分。因此，申某可向有关上级部门申诉。

法律依据

《信访条例》第三条 各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当做好信访工作，认真处理来信、接待来访，倾听人民群众的意见、建议和要求，接受人民群众的监督，努力为人民群众服务。

各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当畅通信访渠道，为信访人采用本条例规定的形式反映情况，提出建议、意见或者投诉请求提供便利条件。

任何组织和个人不得打击报复信访人。

第四十六条 打击报复信访人，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分或者纪律处分。

第十一篇 劳动常识篇

1. 16 岁以后找工作，还需要父母同意吗？用工中需注意什么呢？

典型案例

小明满 16 周岁，初中毕业之后，不想继续升学，自己找了一家工厂，想做学徒工，面试合格后签订了劳动合同。回到家，小明将此事告知父母，父母坚决不同意小明的决定，要求小明继续升学，并找到工厂：“我的孩子是未成年人，他自己没有能力签订劳动合同，你们签订的劳动合同是无效的。”那么，16 岁以后找工作，还需要父母同意吗？

律师说法

只要年满 16 周岁且具有完全民事行为能力就可以签订劳动合同，不完全民事行为能力人即使满 16 周岁签订的劳动合同也可能被认定为无效。16 周岁到 18 周岁之间参加工作的未成年人称作未成年工，保护措施比 18 周岁以上的劳动者多。通常，我国规定缩短未成年人的工作时间，禁止安排未成年人从事夜班工作及加班加点工作，不得安排未成年工从事矿山井下、有毒有害、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。

小明需要征得父母的同意吗？答案是肯定的，不需要。因为小明被视为具备完全行为能力人，对自己所作出的民事行为，享有权利，也承担义务。但是，如果工作的种类超出了未成年工的能力范围，合同是违法的，该单位是要受到行政处罚的。

法律依据

《民法通则》第十一条 十八周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。

十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

《劳动法》第十五条 禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。

文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。

第五十八条 国家对女职工和未成年工实行特殊劳动保护。

未成年工是指年满十六周岁未满十八周岁的劳动者。

《未成年工特殊保护规定》第二条 未成年工是指年满十六周岁未满十八周岁的劳动者。

未成年工的特殊保护是针对未成年工处于生长发育期的特点，以及接受义务教育的需要，采取的特殊劳动保护措施。

第三条 用人单位不得安排未成年工从事以下范围的劳动：

- （一）《生产性粉尘作业危害程度分级》国家标准中第一级以上的粉尘作业；
- （二）《有毒作业分级》国家标准中第一级以上的有毒作业；
- （三）《高处作业分级》国家标准中第二级以上的高处作业；
- （四）《冷水作业分级》国家标准中第二级以上的冷水作业；
- （五）《高温作业分级》国家标准中第三级以上的高温作业；
- （六）《低温作业分级》国家标准中第三级以上的低温作业；
- （七）《体力劳动强度分级》国家标准中第四级体力劳动强度的作业；
- （八）矿山井下及矿山地面采石作业；
- （九）森林业中的伐木、流放及守林作业；
- （十）工作场所接触放射性物质的作业；
- （十一）有易燃易爆、化学性烧伤和热烧伤等危险性大的作业；
- （十二）地质勘探和资源勘探的野外作业；
- （十三）潜水、涵洞、涵道作业和海拔三千米以上的高原作业（不包括世居高原者）；
- （十四）连续负重每小时在六次以上并每次超过二十公斤，间断负重每次超过二十五公斤的作业；

（十五）使用凿岩机、捣固机、气镐、气铲、铆钉机、电锤的作业；

（十六）工作中需要长时间保持低头、弯腰、上举、下蹲等强迫体位和动作频率每分钟大于五十次的流水线作业；

（十七）锅炉司炉。

第六条 用人单位应按下列要求对未成年工定期进行健康检查：

（一）安排工作岗位之前；

（二）工作满一年；

（三）年满十八周岁，距前一次的体检时间已超过半年。

2. “打工”不签订合同，不上保险怎么办？

典型案例

老李 1990 年起进某工厂打工，到现在已经有 20 年了，每月工资只有 600 元，工厂既没有和老李签订劳动合同，也没有给老李缴纳社会保险，老李累死累活，身体累病了，单位就把他辞退。老李要求单位给补偿，但是单位领导说没有。老李该怎么办呢？

律师说法

根据《劳动法》的相关规定，用人单位必须跟员工签订劳动合同并购买社会保险，因此购买社保是必需的，属于强制保险。老李与工厂已经形成劳动关系，但是工厂未与老李签订劳动合同，未足额支付劳动报酬（假设老李的工资低于当地平均最低工资水平），未依法为劳动者缴纳社会保险费，未支付解除劳动关系的补偿金。老李可以要求用人单位支付报酬、补缴社会保险，不能补缴社会保险的赔偿相应损失，支付解雇的补偿金。

劳动者不能补缴社会保险的损失包括：（1）不能补办、补缴养老保险导致劳动者无法享受养

老金待遇的赔偿（如要求用人单位在劳动者达到退休年龄时，按月向劳动者支付经核算的赔偿金）；（2）不能补办医疗保险导致劳动者无法享受门诊、住院医疗保险待遇的赔偿（如要求用人单位对劳动者自费医疗的医疗费进行赔偿）；（3）不能补办失业保险、生育保险、工伤保险导致劳动者无法享受相关待遇的赔偿（如要求用人单位向劳动者支付经核算的失业保险金、工伤残疾赔偿金等）。

工厂未和老李签订书面劳动合同，依据我国法律，自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。因此，老李的双倍工资支付时间应从用工之日起超过 1 个月时起算。单位应该支付老李双倍工资赔偿金，实践中一般补偿 11 个月的工资为限。

老李可以依据法律相关规定与工厂协商，双方协商不成，可向劳动局申请仲裁，如对仲裁结果不服，可向法院起诉。

法律依据

《劳动合同法》第八十二条 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第十三条 劳动者依据调解仲裁法第四十七条第（一）项规定，追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，如果仲裁裁决涉及数项，每项确定的数额均不超过当地月最低工资标准十二个月金额的，应当按照终局裁决处理。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第一条 劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。

3. 经济补偿金需要缴纳个人所得税吗？

典型案例

2009 年，单位与老李解除了劳动关系，并发给老李一次性经济补偿金 12000 元。但是老李听说，个人因与用人单位解除劳动合同取得的一次性补偿收入要缴个人所得税。老李需要缴纳个人所得税吗？

律师说法

个人因与用人单位解除劳动合同而取得的一次性补偿收入，在当地上年职工平均工资 3 倍数额以内的部分，免征个人所得税；超过的部分才计算征收个人所得税。因此，老李首先要明确当地上年职工平均工资是多少，只有该收入超过当地上年职工平均工资 3 倍数额的部分，才征收个人所得税。

法律依据

《关于个人与用人单位解除劳动合同取得的一次性补偿收入征免个人所得税问题的通知》个人因与用人单位解除劳动合同而取得的一次性补偿收入（包括用人单位发放的经济补偿金、生活补助费和其他补助费用），其收入在当地上年职工平均工资 3 倍数额以内的部分，免征个人所得税；超过的部分按照《国家税务总局关于个人因解除劳动合同取得经济补偿金征收个人所得税问题的通知》（国税发〔1999〕178 号）的有关规定，计算征收个人所得税。

4. 录用 16 岁以下的人，触犯了什么法律？

典型案例

小李不满 16 周岁，迫于生计不得已在一家工厂打工。行政机关检查发现后，责令工厂不得录用小李，并对该工厂进行了行政处罚。那么，小李怎么办呢？还有就业的机会吗？

律师说法

依据我国法律强制性的规定，禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人，但是文艺、体育和特种工艺单位可以招用未满十六周岁的未成年人。在可以招用未满十六周岁的未成年人的特殊情况下，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。所以，小李如果有上述才能，还是可以争取合法的就业机会的。

法律依据

《劳动法》第十五条 禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。

文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。

《未成年人保护法》第六十八条 非法招用未满十六周岁的未成年人，或者招用已满十六周岁的未成年人从事过重、有毒、有害等危害未成年人身心健康的劳动或者危险作业的，由劳动保障部门责令改正，处以罚款；情节严重的，由工商行政管理部门吊销营业执照。

5. 用人单位收押金及培训费、扣证件合法吗？

典型案例

小红和朋友一起到北京一家工厂打工，公司以加强管理为由扣留了她们的身份证，并收取1000元风险抵押金，公司招聘人员同时还告诉小红和朋友，不愿意交风险抵押金就不录用。工作一段时间以后，她们听厂里懂一些法律知识的人说，工厂这样做是违法的。那么，用人单位以加强内部管理为由扣押职工的身份证的做法合法吗？这种收取风险抵押金的行为合法吗？

律师说法

用人单位扣押职工的身份证是不合法的。用人单位建立完善的内部规章制度，加强对职工的管理是必要的，但不得违反法律、法规，不得侵犯职工的合法权益。用人单位扣押职工的身份证，变相限制工人的人身自由和择业自由，侵犯了职工的合法权益，也违反了国家法规。小红她们有权向有关部门反映情况，要回自己的身份证，维护自己的合法权益。公司要求缴纳风险抵押金，否则就不录用，这实际上是对劳动者一种变相的要挟、强迫，不仅违背了订立劳动合同应当遵循的平等、自愿、协商一致的原则，而且也违反了订立劳动合同不得收取任何形式财物的规定。

法律依据

《劳动合同法》第九条 用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

第八十四条 第一款用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。

6. 被解除劳动合同能要赔偿吗？

典型案例

小明 2010 年 6 月被某文化公司录用，职务是平面设计师，并签订了 3 年的劳动合同。2011 年 2 月，公司通知小明离职或调离原职位转职做销售，原因是公司的业务范围已经不需要平面设计师。小明认为自己的性格不适合做销售。如果小明离职，能够得到什么补偿呢？

律师说法

公司与小明解除劳动合同的情形属于劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的情况。根据我国法律相关规定,小明可以要求公司提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者公司额外支付劳动者一个月工资后,双方可以解除劳动合同。除此之外,公司还要根据小明的工作年限,以每满一年支付一个月工资的标准向小明支付经济补偿。小明实际在公司的工作年限满六个月但不满一年,依据我国法律,六个月以上不满一年的,按一年计算。

法律依据

《劳动合同法》第四十条 有下列情形之一的,用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后,可以解除劳动合同:

(一)劳动者患病或者非因工负伤,在规定的医疗期满后不能从事原工作,也不能从事由用人单位另行安排的工作的;

(二)劳动者不能胜任工作,经过培训或者调整工作岗位,仍不能胜任工作的;

(三)劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的。

第四十六条 有下列情形之一的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿:

(一)劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的;

(二)用人单位依照本法第三十六条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的;

(三)用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的;

(四)用人单位依照本法第四十一条第一款规定解除劳动合同的;

(五)除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同,劳动者不同意续订的情形外,依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的;

（六）依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的；

（七）法律、行政法规规定的其他情形。

第四十七条 经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。

本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

7. 试用期期间劳动者的权利义务是什么？

典型案例

李某到一家公司应聘，双方就工作内容、工作条件等问题达成了一致，初步订立了协议，约定试用期为1个月。试用期间，李某按约定履行了义务。试用期结束后，公司以试用期间没有约定薪金为由拒绝支付李某的劳动报酬。在试用期内，劳动者不能领薪水吗？劳动者在试用期期间究竟能享受哪些权利呢？

律师说法

劳动者在试用期内有权领取薪金。劳动者在试用期应当享有的权利，概括起来主要有以下几个方面：（1）劳动者有享受保险待遇的权利。用人单位与劳动者建立了劳动关系以后，即应按月为劳动者缴纳养老、失业等社会保险费用。（2）劳动者还享受与其他职工相同的保险福利待遇。（3）用人单位一方如有违反法律、法规及合同约定的行为并对劳动者造成损害的，劳动者有权获得赔偿。（4）劳动者可以随时提出解除劳动合同终止劳动关系。因此，李某可以要求公司支付相应薪水。

法律依据

《劳动合同法》第二十条 劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

第二十一条 在试用期中，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

8. 工作中患病，企业能将他辞退吗？

典型案例

黄某是某企业职工，长期从事筛选矿粉的工作。因企业效益一直不好，企业可能要裁减一部分员工。黄某在企业工作了十几年，因工作性质缘故，黄某已经患上职业病，但是企业一直没有对他进行职业病检查。那么，企业能将他辞退吗？

律师说法

企业不能辞退黄某。我国《劳动合同法》规定，从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的，用人单位不得解除劳动合同。本案中，企业在未对黄某进行离岗前职业健康检查的情况下，不能与他解除劳动合同。如确诊黄某在该单位工作期间患有职业病，那么企业是不能与他解除劳动合同的。

法律依据

《劳动合同法》第四十二条 劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：

（一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；

（二）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；

（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

（五）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；

（六）法律、行政法规规定的其他情形。

9. 加班及法定节假日工作怎么给付报酬？

典型案例

张某是一个食品加工厂的工人，2009年国庆长假期间，工厂安排张某和工友们加班。假期过后，老板安排他们多休息了三天。之后，他们向老板提出要加班费，老板告诉他们，已经安排补休时间，公司就不再支付加班工资了。那么，老板的说法正确吗？

律师说法

老板的说法是不正确的。根据我国法律相关规定，用人单位在元旦、春节、国际劳动节和国庆节期间应当依法安排劳动者休假，这些节日为法定节假日。法定节假日加班的只能支付法律规定的加班工资报酬，不能以安排补休为由不支付高于正常工作时间工资的加班工资。因此，张某在得到补休之后仍有权要求公司支付因庆假期的加班工资。

法律依据

《劳动法》第四十四条 有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：

- （一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；
- （二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；
- （三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 70 条 休息日安排劳动者工作的，应先按同等时间安排其补休，不能安排补休的应按劳动法第四十四条第（二）项的规定支付劳动者延长工作时间的工资报酬。法定节假日（元旦、春节、劳动节、国庆节）安排劳动者工作的，应按劳动法第四十四条第（三）项支付劳动者延长工作时间的工资报酬。

《工资支付暂行规定》第十三条 用人单位在劳动者完成劳动定额或规定的工作任务后，根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的，应按以下标准支付工资：

.....

（三）用人单位依法安排劳动者在法定休假节日工作的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的 300% 支付劳动者工资。实行计件工资的劳动者，在完成计件定额任务后，由用人单位安排延长工作时间的，应根据上述规定的原则，分别按照不低于其本人法定工作时间计件单价的 150%、200%、300% 支付其工资。

10. 病假工资怎么发？

典型案例

赵某是某国家机关工作人员，因意外事故一直未能上班。出院时医生给赵某开了一个月的假条，让其三个月后再去医院复查。后来赵某没有去那家医院，在别的医院看病后又休息了一个月，但没有再开假条。因为只开了一个月的病假条，单位只给了赵某 60% 的月工资。请问，单位的这种做法合理吗？

律师说法

根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》相关规定，职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费，病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的 80%。根据《国务院国家机关工作人员病假期间生活待遇的规定》，工作人员病假在 2 个月以内的，发给原工资。因此，如果按照病假处理，单位应该给赵某全额发放工资。假设之后的 1 个月属于规定的医疗期范围，赵桌可以让医院给他出个证明。

法律依据

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 59 条 职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费，病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的百分之八十。

11. 婚假工资怎么发？

典型案例

黄某是一家 IT 公司的技术总监。2009 年 10 月，黄某与恋爱多年的女友结婚。年终结算薪金时，公司将黄某休婚假的时间算作旷工，没有按正常工作时间结算工资。请问，休婚假期间，不发工资吗？

律师说法

休婚假期间工资照发。根据我国法律规定，享受婚假是劳动者的基本权利。劳动者结婚时，用人单位一般给予一至三天的带薪假期。为了鼓励晚婚晚育，对于晚婚的青年，有的地方除了国家规定的 3 天假期外，会另给 10 天左右的带薪假。本案中，黄某结婚，依照国家法律休婚假，工资应该照常结算，该公司不能将婚假算作旷工。

法律依据

《劳动法》第五十一条 劳动者在法定休假日和婚丧假期间以及依法参加社会活动期间，用人单位应当依法支付工资。

《工资支付暂行规定》第十一条 劳动者依法享受年休假、探亲假、婚假、丧假期间，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。

12. 产假期间的工资怎么发？

典型案例

李某是北京某公司的一名会计，已经怀孕 8 个月，预产期快要到了。李某与公司签订的劳动合同中，对产假期间的工资计算标准没有进行约定。李某想知道：在产假期间，工资是按照正常上班期间的工资标准发放，还是按照一定的工资基数标准发放？

律师说法

本案中，如果有集体合同约定的，按照集体合同约定的加班工资基数以及休假期间工资标准确定；如果劳动合同、集体合同均未约定的，按照劳动者本人正常劳动应得的工资确定。如果公司给李某缴纳了生育保险，则产假期间的工资由生育保险基金支付。如果李某领到的生

育津贴低于劳动合同约定工资的，公司还要予以补足。

法律依据

《北京市工资支付规定》第四十四条 ……根据第二十三条第一款支付劳动者产假、计划生育手术假期间工资，应当按照下列原则确定：

- （一）按照劳动合同约定的劳动者本人工资标准确定；
- （二）劳动合同没有约定的；按照集体合同约定的加班工资基数以及休假期间工资标准确定；
- （三）劳动合同、集体合同均未约定的，按照劳动者本人正常劳动应得的工资确定。

依照前款确定的加班工资基数以及各种假期工资不得低于本市规定的最低工资标准。

13. 因出庭作证而耽误工作，公司可以扣发工资吗？

典型案例

冯某是某公司的工作人员，因他是一次刑事案件的目击证人而被法院传唤，要求冯某出庭作证。冯某将此事告知公司，希望公司可以批假，但公司拒不批假。冯某无奈，只得旷工去法院出庭作证。公司以冯某无故旷工为由，将冯某当天的工资扣除。请问，该公司的行为合法吗？

律师说法

该公司的行为不合法。依法参加社会活动是劳动者的政治权利，受法律保护。劳动者在法定工作时间参加社会活动，应视为提供了正常劳动，用人单位应向劳动者支付工资。本案中，

冯某依法院要求出庭作证，应视为参与社会活动，是冯某法定的政治权利和自由，用人单位不能以任何理由扣发作证期间的工资。

法律依据

《劳动法》第五十一条 劳动者在法定休假日和婚丧假期间以及依法参加社会活动期间，用人单位应当依法支付工资。

14. 大学生兼职打工，有哪些法律保障？

典型案例

小红上大学三年级了，在课余时间兼职做洋酒的促销工作，按照其和公司的约定，每月底发当月工资。可是，每到月底公司就以种种理由拖延发放工资，小红多次找公司理论，公司的理由是小红和公司之间不属于正式用工关系，只能在销售结款之后才能付小红工资。公司的理由成立吗？大学生兼职打工，有哪些法律保障呢？

律师说法

根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》中第十二条规定：“在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。”可见，大学生兼职不受劳动法的调整。2007年6月，教育部、财政部印发的《高等学校勤工助学管理办法》对大学生勤工助学做出了详细而规范的规定。根据该规定，学生未经学校统一组织，个人联系的打工活动不受此办法的规范和保护，并且该规定对大学生勤工俭学的性质、组织机构、工作时间、勤工助学酬金标准及支付等做了详尽的规定。

结合本案，小红没有通过学校学生勤工助学管理服务组织来找工作，小红与公司之间的法律关系不能受《劳动法》和《高等学校勤工助学管理办法》的调整，但是小红可以根据民法的

相关内容来主张自己的权利。公司仍然有义务对小红付出的劳动进行补偿。

法律依据

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第十二条 在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。

《高等学校勤工助学管理办法》第六条 勤工助学活动由学校统一组织和管理。任何单位或个人未经学校学生资助管理机构同意，不得聘用在校学生打工。学生私自在校外打工的行为，不在本办法规定之列。

《高等学校勤工助学管理办法》第二十二条 校外勤工助学活动必须由学校学生勤工助学管理服务组织统一管理，并注重与学生学业的有机结合。

《高等学校勤工助学管理办法》第二十三条 校外用人单位聘用学生勤工助学，须向学校学生勤工助学管理服务组织提出申请，提供法人资格证书副本和相关的证明文件。经审核同意，学校学生勤工助学管理服务组织推荐适合用人单位工作要求的学生参加勤工助学活动。

15. 女性在怀孕、流产、生理期间有哪些保护性规定？

典型案例

李某怀孕 2 个月不慎流产，医生建议在家休息，李某遂向公司请假。公司以工作繁忙为由不同意李某休假。李某考虑到身体状况，遂自行休假半个月。月底发放工资时，公司以李某无故旷工半个月为由，扣除了她全部工资。公司扣除李某工资的行为是合理的吗？女职工在怀孕期间流产的能休假吗？国家对女性特殊生理期有什么保护性的规定呢？

律师说法

公司扣除李某工资的行为是不合理的。女职工怀孕时不慎流产，依照规定，应当休假。流产同样会给女职工的身体造成严重影响，女职工流产后，用人单位应当根据医院证明，给予一定时间的产假，休产假期间，薪金照发。

女性因为生理需要，在劳动关系中用工单位要给予特殊的保护。比如：不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动；不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的活动。对怀孕七个月以上的女职工，不得安排其延长工作时间和夜班劳动；不得安排女职工在哺乳未满一周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。如果用工单位违反了法律的强制性规定，除了要受到行政部门的处罚，还要补偿女职工相应的赔偿费用。

法律依据

《女职工劳动保护规定》第八条第二款 女职工怀孕流产的，其所在单位应当根据医务部门的证明，给予一定时间的产假。

《劳动法》第六十条 不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动。

第六十一条 不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的活动。对怀孕七个月以上的女职工，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

第六十二条 女职工生育享受不少于九十天的产假。

第六十三条 不得安排女职工在哺乳未满一周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第三条 本办法第二条规定的赔偿，按下列规定执行：

（一）造成劳动者工资收入损失的，按劳动者本人应得工资收入支付给劳动者，并加付应得工资收入 25% 的赔偿费用；

（二）造成劳动者劳动保护待遇损失的，应按国家规定补足劳动者的劳动保护津贴和用品；

（三）造成劳动者工伤、医疗待遇损失的，除按国家规定为劳动者提供工伤、医疗待遇外，还应支付劳动者相当于医疗费用 25% 的赔偿费用；

（四）造成女职工和未成年工身体健康损害的，除按国家规定提供治疗期间的医疗待遇外，还应支付相当于其医疗费用 25% 的赔偿费用；

（五）劳动合同约定的其他赔偿费用。

16. 从面点师傅跳槽，看违反竞业限制约定担责。

典型案例

被告何某自 2006 年 12 月起在原告某豆浆店打工，后原告聘请面点师将该店的面点制作方法传授给何某。2008 年 8 月 13 日，原、被告双方签订了员工聘用合同，约定合同期限为一年，并约定如解除合同，何某两年内不得在该市任何相同或相似的快餐店工作，不得做相同或相似的食品，如有违约，赔偿违约金一万元。在合同履行期限内，何某离开原告豆浆店到该市另一豆浆店从事类似工作。为此，原告申请劳动仲裁，2009 年 1 月 7 日，劳动争议仲裁委员会依据《劳动争议调解仲裁法》第二条之规定，作出不予受理案件通知书。同年 4 月 21 日，原告向人民法院起诉，要求被告赔偿违约金一万元，并自合同终止之日起两年内停止侵权。

2009 年，人民法院一审判决被告何某于判决生效之日起五日内支付给原告亳州市永和豆浆店违约金一万元，被告何某在 2011 年 8 月 13 日前不得在该市任何与原告豆浆店相同或相似的快餐店工作，不得做与原告豆浆店相同或相似的食品。据悉，这是《劳动合同法》自 2008 年 1 月 1 日施行以来，该市审理的首例因违反竞业禁止规定引发的劳动合同纠纷案。

律师说法

竞业禁止，又称竞业回避、竞业避止，是指为避免用人单位的商业秘密被侵犯，员工依法定或约定，在劳动关系存续期间或劳动关系结束后的一定时期内，不得生产同类产品或经营同类业务且具有竞争关系的其他用人单位兼职或任职，也不得自己生产与原单位有竞争关系的同类产品或经营同类业务。中国的相关法律中没有对竞业禁止的对象做出明确限定，因此，雇用双方自愿签订的竞业禁止条款，作为劳动合同的一部分，具有法律效力。

本案例，法院审理后认为，原、被告签订的劳动合同是双方真实意思表示，原、被告均应按

约定履行合同。被告在原告处学会的面点制作方法，从事面点工作，应属于竞业禁止的对象。被告在合同履行期限内离开原告豆浆店与另一豆浆店建立劳动关系，从事类似于原告豆浆店的工作，违反了合同约定，应承担违约责任并履行竞业限制的约定。在合同履行期限内违反竞业限制约定，擅自“跳槽”的面点师傅被法院判令承担违约责任。

可见，依据目前的劳动合同法，竞业禁止条款是双方约定的，属意思自治，劳动者审查劳动合同需慎重。

法律依据

《劳动合同法》第二十三条 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

第二十四条 竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

1、小编希望和所有热爱生活，追求卓越的人成为朋友，小编：QQ 和微信 491256034 备注书友！小编有 300 多万册电子书。您也可以在微信上呼唤我 放心，绝对不是微商，看我以前发的朋友圈，你就能看得出来的。

2、扫面下方二维码，关注我的公众号，回复电子书，既可以看到我这里的书单，回复对应的数字，我就能发给你，小编每天都往里更新 10 本左右，如果没有你想要的书籍，你给我留言，我在单独的发给你。

3、为了方便书友朋友找书和看书，小编自己做了一个电子书下载网站，网址：<http://www.ireadweek.com>

4、小编自己组建的 QQ 群：550338315



扫此二维码加我微信好友



扫此二维码，添加我的微信公众号，
查看我的书单