

山东信雅律师事务所律师风采



张栋律师

张栋, 山东信雅律师事务所律师。自2002年起, 张栋律师从事法律服务工作至今已十余年。张栋律师具有丰富的办案经验和扎实的理论功底, 尤其擅长处理公司法律事务, 刑事辩护、婚姻家庭、交通事故、劳动争议等各类案件。
电话: 18763208279



项军律师

项军, 山东信雅律师事务所律师。项军律师毕业于山东大学法学院, 先后以优异的成绩考取全国企业法律顾问执业资格、国家司法考试法律职业资格。尤为擅长处理特殊侵权损害赔偿纠纷、保险合同纠纷、刑事辩护、农村土地纠纷及婚姻家庭继承案件的争议解决。
电话: 18663269366



刘德生律师

刘德生, 山东信雅律师事务所律师。刘德生律师多年来一直致力于处理交通事故、婚姻家庭、保险纠纷等民商案件的研究和办理。刘德生律师在上述领域有着丰富的办案经验, 已经成功办结数百起。刘德生律师愿以真诚的法律服务为您排忧解难。
电话: 18763208279



陈印成律师

陈印成, 山东信雅律师事务所律师。2010年, 陈印成律师取得律师资格证书。擅长业务: 刑事辩护、交通事故代理等, 在该领域有较强的法理基础和实践经验。
电话: 13963206857
18963261036

民间借贷债权人与部分保证人达成还款协议对其他保证人是否有效?

张先生咨询:

2012年3月20日, 张先生借给刘某40万元, 借期一年, 由孙某、吴某承担保证责任, 但未约定保证期间。上述借款未到期, 刘某因病去世。2014年1月10日, 张先生与孙某签订还款协议一份, 约定一年内偿还, 吴某未在还款协议上签字。后孙某、吴某均未还款。其中, 吴某称张先生未在保证期间内向其主张权利, 他作为保证人应当免除保证责任。张先生咨询, 孙某、吴某是否应当承担还款责任。

律师解答意见:

吴某抗辩的主要依据是《中华人民共和国担保法》第二十六条: 连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的, 债权人有权自主债务履行期限届满之日起6个月内要求保证人承担保证责任。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间, 债权人未要求保证人承担保证责任的, 保证人免除保证责任。

在本案中, 当事人对保证方式没有约定, 保证人吴某、孙某应当按照连带责任保证承担保证责任。

依据《最高人民法院关于已承担保证责任的保证人向其他保证人行使追偿权问题的批复》规定: 根据《中华人民共和国担保法》第十二条的规定, 承担连带责任保证的保证人一人或者数人承担保证责任后, 有权要求其他保证人清偿应当承担的份额, 不受债权人是否在保证期间内未向承担保证责任的保证人主张过保证责任的影响。

同时, 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第17条第2款也规定: 对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由, 应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。

因此, 在连带共同保证中, 即使债权人未在保证期间内向部分保证人主张权利, 但这些保证人基于保证合同约定或者法律规定而产生的责任并未免除。由于任一保证人都有义务承担全部保证责任, 债权人在保证期间内向连带共同保证人中的任何一人主张权利, 都是债权人要求保证人承担保证责任的行为, 意味着向其他承担连带保证责任的共同保证人主张了权利, 其效力自然及于其他连带保证人。

具体到本案, 张先生只要证明在保证期间内曾经向孙某、吴某其中的一人主张过权利即可。一但债权人向连带责任保证人提出承担保证义务的要求, 债权人的请求权就得以实现, 保证期间即告终结, 随之而来的是保证债务诉讼时效的开始。因此, 孙某、吴某均应承担连带还款责任。

(山东信雅律师事务所律师 项军)

交通事故致宠物死亡, 肇事人是否应当赔偿精神抚慰金?

李先生咨询:

2015年6月, 张某驾驶机动车行驶市中区某小区门口时, 将李先生喂养多年的贵宾犬碾压致死。李先生咨询能否要求张某赔偿精神抚慰金。

律师解答意见:

在实际生活中, 有不少居民饲养宠物。有些居民甚至将宠物看成自己的家庭一员。当宠物出现损害, 有些居民往往要求精神损害赔偿。宠物的非正常死亡, 一定程度上会对饲养人造成精神上的伤害。由于宠物不属于《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》司法解释规定的具有人格象征意义的特定纪念物品。李先生主张精神抚慰金, 不符合我国法律及司法解释关于精神损害赔偿的规定以及相关法律法规规定的精神损害赔偿范围, 不构成侵权人赔偿精神损害抚慰金的条件。
(山东信雅律师事务所律师 刘德生)

合同诈骗? 合同纠纷! 一起合同诈骗案的法理分析

案情简介:

2012年, 张某携带9万余元前往潍坊收购土豆。按照惯例, 张某在开始收购时, 现金收购款欠少部分。但是, 在后期由于市场行情变化, 张某的生意出现亏损, 以至于拖欠客户土豆货款越来越多, 到案发时, 累计欠款达二十三万余元。由于涉及土豆种植户数众多, 加之张某隐瞒部分实情、拒不交代货款去向, 当地公安机关以涉嫌合同诈骗罪立案侦查。在一年后, 该案由公安机关移送检察院审查起诉。

律师评析:

依据《刑法》第二百二十四条合同诈骗罪的规定合同诈骗构成要件首先要求犯罪嫌疑人主观方面只能是故意, 并且要具有以非法占有为目的。对于非法占有为目的理解为长期永久的占有、使用和处置该财物, 没有归还的意图和心理状态。对于非法占有为目的的认定需要根据具体的案件具体的行为, 并综合考虑事前、事中、事后的各种主客观因素进行整体判断, 作出司法推定。

关于合同诈骗罪与一般合同纠纷的界限部分认为: 行为人主观上有非法占有他人财物为目的, 是区别合同纠纷与合同诈骗罪的关键。行为人的主观目的可以从以下几个方面考察:

1、考察行为人在签订合同时有无履行合同的能力

认定行为人是否具有履行合同的实际能力, 应当以签订合同时的行为人的资信或资源情况作依据。还要区分根本无履行能力和部分无履行能力, 对于根本无履行能力的符合诈骗的情形, 对于部分无履行能力的需要根据具

体的情况, 不能履行的原因等具体分析来定性。

结合本案, 张某在2012年到潍坊来收购土豆时, 其已经从事土豆生意十余年, 有着丰富的经商经验以及广泛的客户资源, 本次收购方式是现金收购, 采用一车一结账, 每一车大约4万余元。这次, 张某带9万5千余元的现金过来的, 足够支付一车的货款。因此说, 张某无论是在信息资源还是资金上都具有履行合同的能力。

2、看行为人在签订和履行合同过程中有无欺骗行为

从司法实践看, 行为人在签订和履行合同过程中没有欺骗行为, 即使合同未能全面履行, 也只能作合同纠纷处理, 不能定诈骗罪。没有欺骗肯定不构成诈骗罪, 有欺骗也不一定构成诈骗罪。这需要对于欺骗作具体分析。一般来说, 在签订和履行合同的过程中, 行为人即使在事实上虚构了某些虚假成分, 但是并非掩盖其根本无法履行合同的事实, 而且实际上也并未影响对合同的履行, 或者虽然合同未能完全履行, 但是本人愿意承担违约责任, 说明行为人并非非法占有他人财物的目的, 故不能以诈骗罪处理。

结合本案, 由于市场行情变化, 张某及时予以调整, 这也属于正常经营, 且合同也没有约定需要将市场情况及时汇报给他人, 他没有作任何虚假承诺, 至于别人的感觉, 那是他自我主观意识。再者, 亏损后, 张某均与代收户详细核对账务, 并如实打了欠条, 愿意承担相应的违约责任, 并且在积极还款。因此说, 张某在签订和履行合同过程中均

无欺骗行为。

3、看行为人在签订合同后有无履行合同的实际行动

司法实践表明, 行为人履行合同的诚意, 在签订合同后, 必然设法创造条件使合同得以履行, 如果不能履行或不能完全履行, 也会愿意承担违约责任, 赔偿对方损失, 无疑这属于合同纠纷。如果, 行为人在签订合同后, 根本不去履行合同, 往往是货款一到手, 便大肆挥霍, 造成无力偿还, 这种行为足以证明他根本无意履行合同, 完全是出于骗取财物的目的, 这种行为应当以诈骗罪论处。

结合本案, 张某在商定收购土豆后, 初期, 张某付的货款和收购的土豆基本持平, 这时支付的部分不足30%, 张某对以上的亏损均详细地给受害人出具了欠条, 并愿意承担相应的违约责任, 也明确了在积极筹钱还上, 后期又陆续还了数万元。这说明, 其是积极履行合同, 有履行合同的实际行动。

4、看行为人在违约以后是否愿意承担违约责任

司法实践告诉我们, 在一般情况下, 行为人若有履行合同的诚意, 尽管从自身的利益出发可能提出种种辩解, 但会承担违约责任。如果在明知自己违约, 不可能履行合同时, 往往采取潜逃等方式进行逃避, 使对方无法追回自己的经济损失, 这说明其主观上具有骗取财物的故意, 对于这种行为一般就以合同诈骗罪论

处。但是, 应当指出, 对于那些迫不得已外出躲债, 或者在双方谈判中百般狡辩, 否认自己违约的, 一般不能认定为合同诈骗罪, 而应当按照合同纠纷处理。

结合本案, 张某在履行合同的后期, 承认亏损, 现在无力还受害人的部分货款, 亏损后, 他没有潜逃, 而是依约同受害人核实清账, 并出具了欠条, 他还继续留在当地积极组织货源, 联系市场, 想法赚钱, 把欠的钱还上。因此说, 张某愿意承担违约责任。

5、考察行为人未履行合同的原因

影响合同未履行的原因不外乎主客观两种情况。查明合同未履行的原因, 对于行为人主观上是否具有骗取财物的目的有很大的作用。如果合同当事人享受了权利后, 尽最大的努力去承担义务, 然而, 由于发生了行为人无法预料的事实, 致使合同无法履行, 而不是由于其不愿意、不主动去承担义务造成的, 因为这种情况行为人不具有骗取财物的目的, 应当以合同纠纷处理。

结合本案, 张某收购土豆后, 是由于市场行情变化较快, 前期基本上是保本, 张某也在及时调整收购价以及发货地, 但后期仍然亏损, 尽管他尽最大努力争取还是造成了部分亏损, 损失主要是由市场行情造成的。因此说, 本次合同的部分未履行是客观原因造成的。

律师基于上述分析, 认为张某的行为是一般合同纠纷对此及时向检察机关提出律师意见。最终, 检察机关对该案作出不起诉决定。

(山东信雅律师事务所律师 陈印成)

父母一方放弃子女探望权的书面承诺有效吗?

马先生咨询:

2009年9月, 马先生与赵女士经人介绍结婚, 婚后生育一女。2011年12月, 马先生以夫妻感情不和为由起诉至法院要求离婚。后经法院判决准予离婚, 孩子判归母亲赵女士抚养, 马先生每月支付1000元抚养费到孩子年满18岁止。判决生效后, 马先生因自身经济条件恶化一直没有支付女儿抚养费。在此种情况下, 赵女士要求以马先生放弃对女儿探望权, 否则其申请法院强制执行抚

育费。经协商, 赵女士放弃要求马先生支付孩子抚养费的权利, 马先生书面承诺放弃探望女儿的权利。三年后, 马先生要求探望女儿, 赵女士以马先生已放弃探望权为由拒绝。马先生咨询, 这种放弃探望权的承诺是否有效?

律师解答意见:

探望权, 是指夫妻离婚后不直接抚养子女的一方享有与未成年子女进行探望、会面、短暂共同生活的权利。依据《中华人民共和国婚姻法》第三十六条第一款规

定: 父母与子女间的关系, 不因父母离婚而消除。离婚后, 子女无论由父或母直接抚养, 仍是父母双方的子女。

同时, 《婚姻法》第三十八条第一款规定: 离婚后, 不直接抚养子女的父或母, 有探望子女的权利, 另一方有协助的义务。

由上述规定可知, 父母与子女间的身份关系是不会因为父母的离婚而消除的。父母离婚后均对子女负有抚养和教育的权利与义务, 子女随一方生活时, 另一方

享有探望子女的法定权利。探望权作为亲权中派生权利, 是非直接抚养一方享有的专有权。

马先生与赵女士离婚后, 马先生虽然可以就子女抚养等问题与赵女士再次协商处理。但探望权属于身份关系的法定权利, 任何人都不得剥夺, 双方的约定不得对抗法律规定。因此, 该承诺内容应为无效民事行为。马先生要求探视女儿符合法律的规定。

(山东信雅律师事务所律师 张栋)