



咨询热线:4001-148-400

Http://www.gzdls.com

E-mail:gzdls@gzdls.com

温州本所:温州市府路592号新益大厦A幢四楼

上海分所:上海市普陀区中江路388弄1号207室

# 先正大律师

第 145 期

2015.10

(内部资料 交流赠阅)

先正大律师事务所  
先正大(上海)律师事务所

GUANG ZHENG DA LAWYER

17位我市各行业高层次人才齐聚温州科技馆

## 陈兴良高级律师参加专家服务社会活动

温州市高层次人才联谊会于11月15日上午在温州市科技馆举行社会服务日活动,本次活动共邀请我市法律、医疗卫生、教育、食品安全等五个行业的17名专家和学科带头人参加。服务项目包括法律咨询服

务、健康咨询和医疗义诊服务、学校和家庭教育、食品安全咨询服务等。

我所副主任陈兴良高级律师作为法律专家参加了此次便民法律咨询活动。在近3个小时的活动中,接受了30余位市民关于民间借贷、劳动纠纷、婚姻、交通事故赔偿、房产纠纷等

方面的咨询,并均给予了热情、详细的解答,活动反响良好,取得了较为满意的效果。据悉,陈律师已连续三年参加该项活动。

我市高层次人才联谊会成立以来,为发挥高层次人才服务基层、服务社会的作用,提升

联谊会的影响力和吸引力,积极搭建活动平台,已举行了6次此类活动,为市民和基层群众提供高层次高水平的法律、教育及医疗义诊等服务,受惠群众已逾6000人次,取得了良好的社会效果。



服务社会活动日

主办单位:温州市高层次人才联谊会  
协办单位:温州市

## 陈雪芽律师情系弱势群体 热情敬业办理法律援助案

我所陈雪芽律师在温州市法律援助中心依法指派的法律援助案件“黄某某交通事故案”中,以满腔的热情和敬业精神,尽心尽力地为当事人争取权益,赢得了当事人好评,送来了锦旗和感谢信,并受到温州市法律援助中心发函表彰。

## 陈兴良高级律师等五人赴杭参加中青年骨干律师高级培训班

为加强我市中青年骨干律师人才培养工作,提高律师业务水平,打造高级应用型法律人才,市律协委托浙江大学光华法学院于10月30日至11月2日举办中青年骨干律师高级培训班(民事专题)。我所副主任陈兴良高级律师、陈琨律师、范建鑫律师以及潘晓珍、陈小雁律师赴杭参加了该培训班的学习,认真修读完成了全部课程,并取得结业证书。

## 谢尚誓律师 10月两次为企业举办专题法律讲座

10月份以来,我所谢尚誓律师为温州市医疗器械行业协会及温州市玉苍商会、温州文成商会所属企业负责人分别作了《医疗器械企业主要法律风险防范策略》、《中小企业重点法律风险防范策略》两场法律讲座。谢律师根据医疗器械企业的特点,从行业监管、商业贿赂,等层面为企业较全面地

梳理营运中存在的法律风险以及防范措施;在《中小企业重点法律风险防范策略》讲座中,谢律师以“人”和“钱”两方面为切入点,对人力资源法律风险防范、应收账款法律风险防范作出了深入分析。听课的企业家们都表示,讲座对企业依法维权、规避风险,持续发展具有实际指导意义。



邹永迪律师

企业破产,员工失业,如果作为家庭收入的主要依靠,一家老小的生计顿时陷入困境。“民以食为天”,从这个角度讲,职工是企业破产后利益受到最直接、最切身损害的群体。因此,破产企业职工合法权益的保障应该得到充分重视。破产企业职工遇到的问题,实际上多数也是正常企业在经营过程中常见的问题。正常企业在职工权益受到侵害而发生争议时,更多的是通过调解的方式去解决,但在企业破产清算程序中则无法通过调解方式解决,而只能通过现有的制度合法但不合理的予以处理。

**现实案例:**某建筑公司原为集体企业,后改制为有限公司,因企业经营困难,于2007年停止经营,2010年自行清算并通过有关职工安置方案。2012年7月,某法院裁定受理了某建筑公司破产清算一案,并依法指定了管理人。2012年12月,某法院宣告建筑公司破产。

**衍生案件1:**2013年10月,职工A向管理人申报在退休时补缴的医疗保险费用。2013年12月,因管理人未确认其申报的债权,职工A遂诉至某法院。经查,职工A在建筑公司工作超过20年,但于2010年3月进入C企业工作。2013年9月,职工A在C企业退休。2014年2月26日,某法院以职工A离职进入C企

业工作,根据当地医疗保险办法,职工退休由所在用人单位补足20年的医疗保险,而C企业为其退休时的用人单位,故判决驳回其诉讼请求。职工A不服提起上诉,二审法院维持原判。

**衍生案件2:**2014年12月,职工B向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,该委决定不予受理,遂诉至某法院,要求建筑公司支付经济补偿金、补足医疗保险损失以及支付由其垫付的社会保险费用。该职工在建筑公司工作近20余年,现离退休年龄不足

对破产程序中多个环节,对破产企业职工权益予以保护,如职工的劳动债权无需申报,参加债权人会议对有关事项发表意见等。

《企业破产法》第48条第二款规定,职工的有关债权(主要针对保障基本生活的债权)豁免申报,由管理人调查后列出清单并予以公示。职工对清单记载有异议的,可以要求管理人更正;管理人不予更正的,职工可以向人民法院提起诉讼。

在我国,目前对职工债权的保障主要体现在破产法中的清偿顺序上,

债权的保障制度。

### 二、实务中破产企业职工合法权益保障遇到的问题

(一)“优先受偿”的局限性  
根据《企业破产法》第113条规定,破产企业所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用作为劳动债权位列第一顺位进行清偿,给予了职工利益一定的保护,但同时也存在局限性。根据《企业破产法》的规定,职工劳动债权不能优先于担保物权而清

法公布之后形成的职工债权实践中由于破产企业财产难以变现,特别是未设置物权担保的财产太少,仍会出现职工债权得不到及时、足额清偿,甚至得不到清偿的现象。同时,第一顺位的保险费仅指应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用,企业欠缴的部分一般由地方税务局作为主体进行申报,如果企业没有社会保险登记,则就目前的立法体系下职工的权益在破产程序中是很难得到保障的。

(二)社会保险待遇不能全面得到保障

#### 1. 限定了社会保险的范围

《企业破产法》第一百一十三条对欠缴的社会保险费用只规定为:“破产企业所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用优先于普通债权清偿。”该条规定明确同时也是缩小了优先于普通债权清偿的社会保险费用的范围。比如失业保险金,按照《企业破产法》的规定,是不能优先于其他普通债权清偿。

#### 2. 社会保险费用补缴存在时效争议

补缴的社会保险是否适用劳动仲裁时效或普通民事诉讼时效规定,学界一直存在争议,而司法实践中,人民法院一般只支持请求补缴未超过时效部分的社会保险费用,即起诉时未超过两年时间的社会保险费用。即便法院支持补缴两年,若职工没有登记在企业社保部门登记的《在职人员花名册》中,在破产清算程序中亦无法实际补缴的。(下转2版)

## 浅议破产企业职工合法权益的保障

邹永迪

5年。职工B于2010年3月将社会保险关系挂靠到D企业,D企业出具社会保险挂靠证明,证明双方不存在劳动关系。2015年2月,某法院作出判决,判决建筑公司于判决生效之日支付该职工经济补偿、垫付的社会保险费以及补足20年的医疗保险费。

上述两个案件的共同点是,争议职工都是临近退休人员,在破产企业停止经营后,无奈为续保而将社会保险迁至其他企业。虽然因各自在进入其他企业的方式上不一样,法院作出截然不同的判决,但这暴露出我国社会保险制度的不完善以及对企业破产职工保障的缺失。

### 一、现行破产法对破产企业职工合法权益的保障

《企业破产法》第6条规定,人民法院审理破产案件,应当依法保障企业职工的合法权益,依法追究破产企业经营管理人员的法律责任。从原则上规定要保障破产企业职工的合法权益。除了原则性规定,破产法还针

即《企业破产法》第113、132条规定。《企业破产法》第113条规定:“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后,依照下列顺序清偿:(一)破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金;依照本法第113条的规定清偿后不足以清偿的部分,以本法第109条规定的特定财产优先于对该特定财产享有担保权的权利人受偿。”此外,在劳动法与社会保险法中,也存在一些对职工

偿。职工的基本养老保险、基本医疗保险费用等劳动债权只能从无担保财产和足额清偿担保物权后剩余的担保财产中在支付破产管理费用和共益费用后得到清偿,而不是提前清偿或是随时清偿。虽然其第132条又规定对职工债权就担保物的优先清偿采取新老划断的做法,破产法公布前形成的职工债权优先于担保债权,公布之后新形成的职工债权则不具有优先性。但随着《企业破产法》实施的时间越久,破产人在该法公布之前就欠付职工债权并拖延至现在仍未清偿的情况会越来越少,职工债权能够就担保物变价款优先于担保债权人受偿的情况不再具有普遍性意义,甚至不复存在。而《企业破产

主编:陈兴良 编辑:家园

本报电话:56891986



先正大律师事务所  
http://www.gzdls.com

## 浅议破产企业合法职工权益的保障

(上接1版)

3、退休补足有关社会保险缴费年限的问题

职工办理退休时,要求其养老保险累计缴费年限满15年,医疗保险(包括基本医疗保险住院统筹和职工门诊统筹)累计缴费年限满20年。《温州市城镇医疗保险办法》及《门诊医疗统筹办法》规定,2000年10月1日后(含)陆续达到法定退休年龄的在职人员,在办理退休手续时医疗保险缴费年限不足20年的,由用人单位一次性为其补足20年。但是,其中“用人单位”一词没有明确是哪一家用人单位。正如衍生案件1中的职工A,在建筑企业工作了20多年,企业没有正常为其缴纳社会保险,企业停

止经营清算期间,将社保迁出至其他单位,在退休时让C企业为职工A补足20年,缺乏合理性;让建筑企业补足,又不符合有关政策规定的字面解释,这导致职工A的请求无法得到法院支持。而司法实践中,各级法院对此规定看法也各不相同。

(三)破产过程中职工的劳动债权得不到及时支付

目前的破产制度中虽然规定了破产企业对职工的工资福利等欠款作为第一顺位的债权,欠缴的除《企业破产法》第113条规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款共同作为第二顺位的债权,但是,破产程序一旦开始,一切支出都要经过破产管理人及债权人会议或授权的债权人

委员会。依赖企业生存的职工只能等待破产财产分配时才能得到上述劳动债权的清偿。而此间职工常处于失业状态,破产企业往往欠付失业保险费或缴纳的失业保险费不足,或破产清算期间过长,则职工生活将没有着落,给职工的家庭生活和社会带来不稳定因素。

总之,破产企业职工的社会保险不能很好的得到保障,造成的原因也多方面的,有立法问题、地方政策问题,有企业问题,也有劳动者自身问题等。

三、对完善破产企业职工权益保障制度的建议

(一)通过司法解释明确,并适当扩大职工债权的范围,一方面要明确

《企业破产法》第113条规定中“法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金”的具体范围,另一方面,对于欠付职工的住房公积金、失业保险金等立法规定性质不够清晰的债权也纳入职工的劳动债权范围。

(二)适当调整劳动债权与其有财产担保的债权之间的清偿顺序。在我国大多数民事立法中,职工工资和劳动保险费用均优先于普通债权得到清偿。这一规定当然合理,但是,它在清偿顺序上仍然要落后于担保物权。对此,建议在立法上是否可以考虑将工资权的清偿顺序提前,使其在担保物权前得到清偿。

(三)完善破产企业职工权益保障机制,加快建立适合中国国情的社

会保障体制。比如可参照香港特别行政区《破产欠薪保障条例》构建破产欠薪保障制度,拓宽偿付职工劳动债权的资金渠道。企业在正常经营时期,缴纳一定费用,一旦企业破产,破产欠薪基金便会启动,预先支付职工债权,不用等到财产分配的时候清偿,以便妥善安置失业职工,从而维护社会大局的稳定。职工债权清偿完以后,这些基金作为债权人代位参加破产程序,再得到相应清偿。从而根本上保护职工劳动者权益,将破产法与劳动合同法、社会保险法规相配合,相衔接,避免因企业破产给劳动者权益的保护带来影响,避免影响和危及社会的稳定。

(作者系本所非诉部律师)

## 夫妻一方欠债能否直接执行配偶财产

姜娅静



姜娅静 律师

最高人民法院通报了对网民意见建议的答复情况,其中关于网民建议追加原配偶为被执行人问题时,最高院曾答复称:我国《民事诉讼法》及相关司法解释对此问题没有作出具体规定,实践中的做法也不一致。该问题的解决需要制定司法解释进一步明确。即使允许追加原配偶为被执行人,也不能一概而论。追加债务人的原配偶为被执行人应当注意的问题首先是审查确定执行依据确定的债务是否是夫妻共同债务,只有夫妻共同债务,才能在执行程序中追加其原配偶为被执行人。

从最高院答复所表述的意思分析,追加被执行人的配偶为被执行人并非不可操作,关键在于能够确认生效法律文书确定债务属于夫妻共同债务的,执行程序中法院可以追加被执行人的配偶为共同被执行人并在诉讼标的范围内依法强制执行其名下财产。

2014年2月浙江省高级人民法院曾印发《关于执行生效法律文书确定夫妻一方为债务人案件的相关问题解答》(以下简称解答),对上述问题提供了一些操作指引。该解答规定,执行机构可以判断执行依据确定的债务是否属于夫妻共同债务,但无需书面裁定追加配偶为被执行人,可以直接作出裁定查封、扣押、冻结、变价夫妻共同财产或者配偶一方名下财产。

依照该解答规定,笔者曾就一起执行案件与法院执行机构沟通并成功使被执行人的配偶列为被执行对象,增加了可供执行的财产,提升了债务的清偿率。

但是该解答也存在一些问题:首先,从文件性质上看,它仅是浙江省法院系统内部文件,对

省外其他法院没有强制力,即便是省内地方各级法院在实际操作中也非常照搬执行,造成执行结果不一。其次,也是最主要的问题是部分条文有“创法”之嫌。例如该解答第二条就“执行程序中如何把握债务性质的判断标准”问题是这样规定的:“执行依据对债务性质未予明确的,执行程序中可根据《中华人民共和国民事诉讼法》及其司法解释的规定进行判断和审查,即以债务是否发生在夫妻关系存续期间作为判断标准。”言外之意,只要有证据证明债务系发生在被执行人或其配偶婚姻关系存续期间的,即优先推定该债务属于夫妻共同债务,对此有异议的一方应举证反驳。解答第三条规定,债务性质经判断为夫妻共同债务的,执行机构可直接作出裁定查封、扣押、冻结、变价夫妻共同财产或者非被执行人的夫妻另一方名下的财产,而无需裁定追加夫妻另一方为被执行人。

就可以追加或变更被执行主体的情形,我国《民事诉讼法》、《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》、《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》、《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》(试行)》总共规定了13种情形,但追加被执行人配偶不属于这13种法定情形之一。执行与审判是不同的司法程序,执行法官必须依据生效法律文书确定的内容来执行,不能擅自超越法律文书明确的范围执行。若执行机构“直接作出裁定查封、扣押、冻结、变价夫妻共同财产或者非被执行人的夫妻另一方名下的财产”,没有法定授权依据,是违背了“法无授权皆禁止”的公权行使一般原则,也不符合“无请求无判决,无判决无执行”的诉讼法理念。

同时,可能存在对被执行人的夫妻另一方的诉讼权利保护不足。“直接作出裁定查封、扣押、冻结、变价夫妻共同财产或者非被执行人的夫妻另一方名下的财产”,实际上是要认定执行依据确定的债务为夫妻共同债务,涉及实体问题。虽然《婚姻法》第十九条第三款有“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”之规定。但该款规定的例外情形是否存在,需要通过当事人双方的当庭陈述与抗辩、法庭审理、举证质证等诉讼程序,最终由法院作出裁判进行认定,显然在执行程序中是不能径行认定该例外情形是否存在。

虽然,该解答第五条也指引和给予被执行人的配偶权利救济的方式,但是实务中对于夫妻共同债务的认定本身情况复杂、争议很大,通过执行异议、复议这种程序显然难以查明债务性质,最终容易导致其实体权利受到侵害。

在目前我国对追加被执行人配偶为被执行人立法及操作均不完善的情况下,笔者建议,一、法院在立案、审判阶段,向原告释明若属夫妻共同债务可将夫妻共同列为被告,如果原告不同意追加,审判法官应明确告知不追加可能产生的执行后果;二、修改现行民事诉讼法法律规定和执行规定,立法明确“人民法院执行机构依法定程序,可以追加被执行人配偶为被执行人”;同时,对追加被执行人配偶为被执行人的适用条件、范围、程序作严格限制,以减少执行过程中的争议,提高执行效率,维护当事人的合法权益。

(作者系本所知识产权部律师)

## 光正大律师通讯录

姓名	职务	办公电话	手机
周光	主任 一级律师	56891999	13906643378
王正善	首席合伙人 律师	56891988	13806683785
叶林帆	执行主任 律师	56891978	13355776118
陈兴良	副主任 高级律师	88353507	18057785159
张永谦	副主任 律师	56891966	13705887218
陈瑞	副主任 律师	56891958	13968824418
林福康	副主任 律师	56891981	13858710996
范建鑫	副主任 律师	56891967	13600646589
严恒系	副主任 律师	56891979	13957719883
王春美	副主任 律师	56891960	13356169925
谢方权	上海所主任 律师	02161671619	13906669059
吴敬雄	上海所副主任 律师	02161671617	13806622233
方剑文	上海所副主任 律师	02161671629	1325774899
陈明贤	副主任 律师	56891963	13616661669
陈益民	律师	56891922	15858880558
胡敏捷	律师	56891991	15868516057
陈瑞	律师	56891933	15988720710
郑东惠	律师	56891972	13185888861
夏建章	律师	56891917	13616827313
朱琼	实习律师	56891932	15825631718
罗进辉	副主任 律师	88359927	13968893236
陈琼	律师	56891996	13868808864
方国园	律师	56891920	13676558953
谢尚望	律师	56891971	13527677148
郑拓	实习律师	56891985	13736367908
毛晨曦	文员	56891903	1366500020
陈李坤	副主任 律师	56891951	13588911007
杨邦定	律师	56891976	13456070084
黄瑛	律师	56891956	13625772889
朱溪	律师	56891953	18758713825
陈施	律师助理	56891971	13888322006
陈炯然	律师	56891932	1589625309
邹永迪	律师	56891932	18958355556
陈柳兰	律师	56891931	15088551001
张望	律师		13806882776
万里	律师	56891932	13967765202
黄仁利	出纳	56891903	13634291315
吴和平	律师	56891973	13958851126
许林松	律师	56891915	13075755569
高进	实习律师	56891908	13695748850
陈利清	律师	56891975	15986717202
陈金卫	律师	56891959	13578764920
杨婧	实习律师	56891993	1875085925
潘晓珍	律师	56891962	13676488007
朱飞宇	律师	56891965	13567766366
汪雨敏	律师	56891937	13757893113
吴成情	律师	56891937	15888463925
张颖琴	律师	56891936	18312906736
崔波	律师	56891918	13911376680
彭晓华	律师	56891989	13868317698
陈小愿	律师	56891968	13957795060
李晚	律师	56891933	13456070881
程杰	律师	56891933	15057582869
李鸿鸿	实习律师	56891938	18657780382
林金建	律师助理	56891985	18858871778
陈定星	主任 律师	56891977	13857785632
张爱民	律师	56891961	13758486216
吴之欣	律师	56891983	13738304006
胡剑波	律师	56891983	
陈雷牙	律师	56891933	15657791016
毛麟盛	主任 律师	56891952	13957711267
苏萍	律师	56891932	18367703678
范丰盛	实习律师		01868815980
毛林辉	律师	56891938	15397339268
林千多	主任 律师	56891950	13968723786
姜娅静	律师	56891919	13758729253
廖仁凌	律师	56891957	15958717857
刘小鹏	律师	56891969	13857780617
周梦燕	实习律师	56891985	15968763808
林达	律师	02161671601	15825420577
刘理勤	律师	02161671601	13905777835
黄华望	律师	02161671601	13002691888
项天鹏	律师	02161671601	14781913338
徐巧月	律师	02161671602	15001794195
张金钟	律师	02161671602	15258025761
周晓斐	律师	02161671602	15317682281
陈晓	行政主管	56891980	
陈莉玲	内勤	56891955	
蔡研秋	内勤	56891955	
李佳融	内勤	56891983	
杨坚	内勤	56891983	13676772748



## 婚姻家庭面面观



林福庚律师

### 婚礼摄影资料丢失,能否要求赔偿精神损失

郑春飞问:上个月,我为了举办婚礼,与一家婚庆公司签订了《婚礼服务合同》,约定由该公司为我的婚礼提供主持、摄影、摄像等服务。在婚礼当天,婚庆公司派人进行了全程摄影和摄像。两天后,当我向婚庆公司索要摄像资料时,工作人员却面露难色地告诉我摄像机出了故障,那天录的所有资料都丢失了,并表示他们愿意按合同赔偿。我不同意,除了违约金以外,他们还赔偿我精神损失,对此,婚庆公司不同意,我该怎么索赔?

林福庚律师答:你与婚庆公司之间签订了《婚礼服务合同》,该合同合法有效,对双方具有法律约束力。婚庆公司将婚礼摄像资料丢失,未能交付,构成违约,应当按约定承担赔偿责任。现在你索赔的重点是精神赔偿。婚礼的摄像资料,是具有人格象征意义的特定纪念品,丢失后,无疑对你造成精神损害。根据相关司法解释规定,具有人格象征意义的特定纪念品,因侵权行为造成永久性灭失或者毁损,物品所有人向法院起诉请求赔偿精神损害的法院应当依法予以受理。消费者权益保护法也规定,经营者有侵犯人身自由等侵害消费者或者其他受害人人身权益的行为,造成严重精神损害的,受害人可以要求精神损害赔偿。作为被侵害者,你可以据此索赔精神损害抚慰金。

### 婚前双方合资买房登记于一方名下,离婚房产归谁?

葛佩琦问:我与女朋友孟君于2009年开始同居生活。2011年7月,双方为结婚共同出资(其中我出资20万)购买了温州市区的一套80平方的房屋,该房屋登记于孟君名下。2013年9月28日,我与孟某登记结婚。婚后我们双方感情不和,现在准备离婚。婚前我们双方合资买房登记于孟君一方名下,我对涉房房屋进行了出资,因此我认为房屋应为夫妻共同财产,但孟某对此不予认可。离婚房产应该归谁所有?

林福庚律师答:本案争议的焦点在于婚前双方出资所购买的房产登记在一方名下,该房产属于夫妻共同财产还是婚前个人财产?如果是婚前个人财产,是哪一方的婚前个人财产?

我国《婚姻法》对夫妻共同财产的认定是以婚姻登记为界线。司法实务中,一般以取得房屋所有权是在结婚登记前还是结婚登记后来界定是否为夫妻共同财产。本案所涉房屋所有权的取得是发生在婚前,因此,该财产不属于夫妻共同财产,而是婚前个人财产。

在司法实务中,婚前合资买房登记于一方名下,大多数非登记方当事人由于不能提供充分的证据证明其实际出资的事实,或者能够证明出资但是不能证明双方合伙购买、共同持有房屋的意愿,所以法院一般都判决涉案房屋归登记方,判其以不当得利返还是或双方存在借贷事实返还款项来弥补非登记方的损失。

## 劳动合同终止之后……

陈琼



陈琼律师

90后的打工一族张凯在市区某鞋厂上班,与厂里签订为期三年的劳动合同。合同期限届满后,厂里没有与他续签劳动合同,还让他早一点与一个新来的人交接工作。小张觉得自己难道就这样不明不白走人?他感到很困惑……

张凯的困惑涉及到劳动合同终止后,劳动者与用人单位各自都还应履行哪些义务这个问题,这个问题在现实中很多人并不清楚。

劳动合同终止是指在劳动合同期满或终止合同的条件出现时,用人单位与劳动者双方当事人结束劳动关系的一种法律行为。劳动合同终止规定在《劳动合同法》第四十四条,“有下列情形之一的,劳动合同终止:(一)劳动合同期满的;(二)劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的;(三)劳动者死亡,或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的;(四)用人单位被依法宣告破产的;(五)用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的;(六)法律、行政法规规定的其他情形。”

劳动合同终止后用人单位与劳动者都还应履行哪些义务呢?

**一、劳动合同期满前,用人单位应书面通知劳动者是否续订劳动合同。**

根据《劳动法》及《劳动合同法》等相关规定,我国对劳动合同终止是否履行相应的法定程序,以及未履行法定程序的法律后果,均没有做出明确规定。进而导致实务中对于劳动合同期满终止时用人单位是否需要履行提前通知义务操作不一致。但是,依据劳动合同法的立法精神,在实践中用人单位首先应明确对劳动合同期满的劳动者是否要续聘。劳动合同期限届满前,用人单位应当提前将终止或者续订劳动合同意向以书面形式通知劳动者,经协商办理终止或者续订劳动合同手续。由于劳动合同的终止是基于某种事实的出现而自然发生的。因此,用人单位未履行法定程序,并不必要导致劳动合同终止法律效果的消灭,比如:在劳动合同期满时,用人单位未履行提前通知义务,但如果用人单位与劳动者在劳动期限届满后,未形成事实劳动关系,此时,尽管终止劳动合同的程序存在瑕疵,但双方的劳动关系即已终止,只能追究用人单位的赔偿责任,但不能主张劳动合同尚未终止。

**二、劳动者有诚信办理工作交接、恪守竞业限制期限等义务。**

在劳动合同期满终止时,劳动者应按双方约定即按照双方约定,遵循诚实信用的原则办理工作交接的义务。这主要是考虑到用人单位的实际情况,为了保持用人单位相关工作的有序、顺利进行,不至于因为劳动者换人后有关工作前后衔接不上,影响正常的生产经营。工作交接主要包括公司财产物品的返还、资料的交接等。

劳动合同法规定,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。

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,但不得违反法律、法规的规定。

在解除或者终止劳动合同后,这些人员不能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2年。

**三、用人单位应向劳动者一次性付清工资、支付相关的经济补偿金。**

用人单位与劳动者双方依法终止、解除劳动合同,用人单位应当一次性付清劳动者工资。

同时,根据《劳动合同法》第四十六条第(五)规定,“有下列情形之一的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿:……(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……”。该条规定的就是劳动合同期满终止时应向劳动者支付经济补偿金的情形。即劳动合同期满的,用人单位不续订劳动合同,或者降低劳动合同约定条件续订劳动合同的,均应向劳动者支付

经济补偿金。除非用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同,而劳动者不同意续订的,则用人单位可不用向其支付经济补偿金。结合上述用人单位劳动合同期满履行通知劳动者续订劳动合同的义务可知,履行通知程序在涉纠纷时在巩固证据方面的必要性。由此可见,劳动合同期满终止不用支付经济补偿金的观点是不正确的。

另外,用人单位向提出终止劳动关系的因工受伤的劳动者支付一次性伤残就业补助。依据《工伤保险条例》第三十六条第三项可知,如果劳动者在职期间因工受伤,伤残等级被鉴定为五级、六级伤残的,经工伤职工本人提出,该职工可以与用人单位终止劳动关系,由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金,由用人单位支付一次性伤残就业补助金。

**四、用人单位向劳动者出具终止劳动合同的证明,并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。**

根据《劳动合同法》第五十条第一、二款规定,“用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明,并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续……”《劳动合同法实施条例》第二十四条规定,“用人单位出具的解除、终止劳动合同的证明,应当写明劳动合同期限、解除或者终止劳动合同的日期、工作岗位、在本单位的工作年限。”《劳动合同法》第八十四条第三款规定,“……劳动者依法解除或者终止劳动合同,用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的,依照前款规定处罚。”为了便于劳动者继续再就业或办理失业登记需要,劳动合同期满终止的,用人单位不再续订劳动合同的,应向劳动者出具书面终止劳动合同的证明,并且在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。同时,向劳动者返还档案及寄存财产,否则用人单位因扣押劳动者档案或其他物品的,应面临劳动行政部门的处罚。

劳动者符合退休条件终止劳动合同的,用人单位应当为其办理退休手续。

另外,根据《劳动合同法》第五十条第三款规定可知,用人单位对已经终止的劳动合同的文本,至少保存二年备查。实践中,为保证在劳动纠纷中有据可查,便于仲裁机构或法院查明案件事实需要,在劳动合同法中规定了用人单位有保留相关档案的义务。

## 劳动争议咨询站



罗进辉律师

### 企业规定事假一天扣两天的工资于法无据

张建国问:我是湖北来温务工人员,2015年4月1日进入瓯海某电子厂工作,双方订立了书面劳动合同。4月16日,因老家有事,请事假4天并得到批准。4月20日,我回单位继续工作,在领取4月工资时,发现少了8天的工资。经询问得知,单位规章制度中写明,事假1天扣2天工资。我觉得规定不合理,单位应该发还给我多扣的4天工资,我的想法有理由吗?

罗进辉律师答:我国劳动法律、法规虽然明确赋予用人单位有权依法制定规章制度,以加强对劳动者管理,保护单位正当利益,但用人单位制定的规章制度要产生法律效力,需满足“三要素”,即内容合法、制定程序合法且需告知劳动者,只有满足以上条件,在劳动争议案件处理过程中,规章制度才能获得仲裁委员会或人民法院的支持。本案中,电子厂扣工资的规章制度内容与《劳动法》相抵触。《劳动法》明确规定,工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人,不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。我国其他相关劳动法规、政策只规定,劳动者请事假期间,单位有权利不支付工资。换言之,你4天事假期间电子厂可以不发工资,但事假1天扣2天工资的规定,明显缺乏法律依据。电子厂应及时向你补发了扣减的工资。

### 无故缺勤超三天连续旷工可解聘

刘良年问:2011年6月,我的朋友罗大纲应聘到市区某酒店上班。2015年8月初,酒店改派老罗到宿舍区当保安主管,工资福利不变。8月9日至11日,老罗没到宿舍区上班。当月中旬,酒店通知酒店工会并经工会同意,以老罗无故旷工3天以上,严重违反酒店规章制度为由,解除了与老罗的劳动关系并给他发出解聘通知。老罗不服酒店的单方解聘,让我问问律师,能要求酒店支付赔偿金吗?

罗进辉律师答:劳动合同法规定,对于严重违反用人单位的规章制度的情形,用人单位可以解除劳动合同。本案中,你的朋友老罗未按程序申诉旷工理由,未经批准连续缺勤3天,已违反用人单位的规章制度,单位据此解除劳动关系,并且经过工会同意,其行为未违反法律规定。同时,根据劳动合同法的相关规定,酒店无需向老罗支付赔偿金。

当前,很多企业都将旷工现象认定为严重违纪的行为之一,在企业规章制度都予以明确,并且可作为解聘的合法依据。但是,企业在具体施行时一定要注意,成为法律意义上的旷工应当具备没有按照用人单位规定提供劳动、没有正当理由、没有经过用人单位同意这三个条件。

美国的律师制度渊源于英国,但它并未继承英国律师制度中的分级制度、业务垄断等传统做法,而是伴随美国政治、经济和社会的发展,开辟了一条独特的发展模式。

在殖民地时期,美国的诉讼制度因袭英国的普通法。17世纪末,英国的律师开始在北美开业,他们运用英国的法律,遵循英国的诉讼程序和方式。当时的律师参加了政治运动,尤其是在美国独立战争中,有不少律师积极反对英国殖民统治,支持美国独立。1776年,美国独立战争胜利,为保障资产阶级“人人生而平等”和不可侵犯的“天赋人权”,在建立资产阶级法治化进程中,律师制度逐步得到确立。19世纪下半叶,由于美国工业的迅速发展,成文法的增多,犯罪率的增加等因素,美国的律师队伍得到很大的发展,律师在社会生活中所发挥的作用日益突出。

美国的法律制度是“双轨制”,即联邦法和州法共存,加上美国是判例法国家,所以,美国无统一的律师法。有关律师制度的法规,散见于宪法,判例法以及律师协会制订的《律师守则》中。

“LAWYER”是律师的统称。根据律师的任职情况,有人将美国的律师分为三种,政府机关雇佣的律师,企业公司雇佣的律师和开办律师事务所的律师。前两种是政府或企业公司的雇员,他们仅处理本政府机关、本公司企业的法律事务,并不接受社

会上当事人的委托。后者是在社会上执行律师职务,为社会上不特定多数人服务,领取营业执照,所以又称“挂牌律师”。

美国律师的活动范围和业务是很广泛的。在社会的各个领域,如总统竞选、租赁房屋、买卖住房、订立遗嘱、处理财产、设立公司、都有律师活动。律师的业务从最早期的刑事辩护发展到兼任法律顾问、提供咨询、代写诉讼、办理非诉讼法律事务等。由于法律专业越分越细,近几十年来,美国律师分工的倾向越来越明显,出现了一些专门研究某门法律、专门办

元,高者可达数万美金。因此,律师是美国社会中的富裕者。

(3)第三,律师资格是向上晋升的阶梯。迄今为止,美国有23位总统出身于律师,国会中有60%以上的议员曾执行过律师职务,法官、检察官一般都由具有律师资格的人担任。

在美国,实行律师资格与执行律师职务分离的制度。由于律师的社会地位较高,取得律师资格的条件是很严格的,虽然各州的具体规定不同,但大致应具备以下几个条件:(1)必须是成年人;(2)经过品行调查证明没有劣迹者;(3)必须通过州的律师

门工作,还有的到法学院当教授。如要开业当“挂牌律师”,则需要州最高法院批准,在联邦法院办案,还需向联邦法院申请,经批准后方可。

美国律师开业执照的核准与颁发,是由各州掌握的。一个律师只许在一个州开业,只有极少数律师被允许在一个以上的州开业。各州法律关于申请开业律师资格条件的规定有所不同,但一般都要求申请人必须具有良好的道德品质,至少受过两年专业法律教育,或者是法律院校的毕业生,并必须通过州的律师考试且成绩合格。

有国际性质。

美国的律师组织是律师协会,联邦有联邦的律师协会(成立于1878年),州有州的律师协会,具有县的律师协会。联邦和州的律师协会没有隶属关系。在大多数州,参加律师协会是自愿的,律师有选择加入或不加入的自由,而在个别州,加入律师协会是强制性的,如加利福尼亚规定:在本州加入律师协会是律师所必须的。律师协会的任务有三:一是制定《律师守则》,对律师进行道德和纪律教育;二是组织律师进修和研究法律;三是对社会进行法律宣传教育。此外,律师协会还监督律师执行《律师守则》,受理公民对律师的控告。州律师协会如认为律师所犯错误严重,可向州法院提起纪律制裁的诉讼,律师协会没有权力对律师直接作出惩戒、停止执业或开除律师资格的处分,这些权力由州法院行使,这一点和英国是不同的。

## 美国的律师制度

理某类案件的律师,如专利律师、合同律师、税法律师、移民事务律师等。在美国,律师的社会地位很高,是人们所向往的崇敬的职业。这种崇高的社会地位取决于以下几点原因:

(1)由于美国是遵守判例法的国家,法律非常复杂,人们处理政治生活、经济生活和社会生活中的各种问题,都要得到律师的帮助。除个人外,一些政府机关、企业、社会团体做出重大决策,往往也要慎重考虑律师的意见后做出。

(2)律师的经济收入较高。律师的收费,一般是每小时30至100美

元,高者可达数万美金。因此,律师是美国社会中的富裕者。

在美国,律师资格考试是由各州最高法院任命的主考人组成的考试委员会负责主持,主考人一般是本州具有权威的法官或律师,应考者必须是美国法学院毕业,具有法学学士学位。考试内容包括联邦法律和州法律。考试通过后,由考试委员会发给律师资格证书。在一个州取得律师资格,并不等于可以在其它州法律。如果在另一州从事律师工作,还需要通过另一州的律师资格考试。取得律师资格的人并不都从事律师职业,如有的人到政府部门工作,有的到司法部

资格考试。在美国,律师资格考试是由各州最高法院任命的主考人组成的考试委员会负责主持,主考人一般是本州具有权威的法官或律师,应考者必须是美国法学院毕业,具有法学学士学位。考试内容包括联邦法律和州法律。考试通过后,由考试委员会发给律师资格证书。在一个州取得律师资格,并不等于可以在其它州法律。如果在另一州从事律师工作,还需要通过另一州的律师资格考试。取得律师资格的人并不都从事律师职业,如有的人到政府部门工作,有的到司法部



程杰律师

夏洛克·福尔摩斯,几乎成了私人侦探的代名词,缜密的逻辑、敏锐的洞察力、惊人的推理能力,这些形容词都不足以表达对一名私人侦探的赞美。然而,中国的私人侦探并没有福尔摩斯那般风光,而是处境尴尬,甚至没有合法地位。1993年,公安部出台《关于禁止开设“私人侦探所”性质的民间机构的通知》(下称《通知》),严禁任何单位和个人开办各种形式的“民事调查所”“安全事务调查所”等私人侦探性质的民间机构。2002年底,为了和国际接轨,国家商标局调整了商标分类注册的范围,将原来的42类商品和服务商标注册扩大为45类,其中新增的允许注册类别包括提供私人保镖、侦探公司和寻人调查等“安全服务”。

但商标注册不等于工商登记,私人侦探作为一种职业,我国至今仍未开放,不能进行工商登记。然而,在处理民事纠纷时,有些事情公安机关和律师都办不了,当事人又苦于无法自行收集证据。因此社会确实存在对私人侦探的需求,其中私人侦探所接的最多的业务是引起离婚纠纷的婚外情调查。

“不求天长地久,只要曾经拥

有”。社会风气的嬗变、人们观念的开放,使离婚率飙升已是不可争的事实。根据本地媒体报道,从2011年至2014年,温州市办理离婚的人数逐年增加。2015年上半年(从1月1日至6月30日),温州市平均每天就有47.2对夫妻离婚。因此,办理离婚诉讼是温州律师重要的案源。

我国《民事诉讼法》第64条第一款规定:“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。”在具体的案件中,证据就显得尤为重要。笔者在接触离婚案件中,当事人举证难是普遍的事实。而打官司就是打证据,能够成为判决根据的是被证据所支持的法律

## 私人侦探调查的证据靠谱吗?

——以婚姻家庭纠纷为例

程杰

事实而非客观事实。因此,离婚诉讼中,当事人为证明夫妻感情是否破裂、证明对方存在过错、存在婚外情、调查己方不知悉的婚内财产,需要积极举证,以维护自己的合法权益,而举证能力弱的一方就可能面临败诉的结果。迫于现实的无奈,为了举证证明另一方违背了互相忠实的关系准则、存在过错等事实,部分当事人自行委托私人侦探进行调查,也获取了相关的证据材料。那么,人民法院是否会采信这些证据?笔者认为,私人侦探调取的证据并非均不能采信,仍应当根据《民事诉讼法》的相关规定予以认定。

一、私人侦探调取证据的法律基础

在婚姻家庭关系中,当事人双方

有互相忠实的义务,双方均有权知道对方是否忠诚于自己,享有相应的知情权。因此,私人侦探调取证据来源于当事人的委托及授权,属于私权利的范畴。从法理角度而言,“法无禁止即可为”,虽然法律规定侦查权是国家行为,私人侦探没有侦查权,但法律也并未禁止公民行使一定范围的调查权,而且我国法律鼓励公民和违法犯罪行为作斗争。因此,私人侦探并不一定要有侦查权,接受公民的委托有合法调查权而没有侦查权一样可以从事调查取证行为。即使是某些调查行为构成违法,那也仅仅是私人侦探个体行为的违法,并

私。但正如上文提及,私人侦探调取证据是基于夫妻双方一方的授权,授权基础是对夫妻一方是否忠实的知情权。夫妻一方是否违背忠实义务,对其他社会大众而言构成隐私,但是对夫妻的另一方而言并非隐私,其有权知道该事实。此外,根据“婚姻案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理”的规定,该证据并未公之于众。同时,法律还明确规定,公民为了维护和保障个人权利利益,在法律所不禁止的必要范围内了解他人隐私,不构成侵犯隐私权。受侵权或伤害的一方,对侵权或伤害自己的另一方的隐私应当有

## 私人侦探调查的证据靠谱吗?

——以婚姻家庭纠纷为例

程杰

知情权,乃至调查取证和提起诉讼。法律保护的是合法的而不对任何人形成侵权或伤害的正当“隐私权”。

所谓证据的合法性,是指诉讼

证据必须是依照法律的要求和法定的程序所取得的事实材料。它除了要求证据的形式应当合法外,更重要的是要求证据的收集、提供甚至审查等环节也必须符合法定程序的要求。不可否认,私人侦探在进行调查时,为了获取有证明力的证

据,除了经常使用汽车、摄像机、高倍聚焦照相机等普通设备外,还可能购置和使用国家禁止公开销售的跟踪仪、针孔摄像头、远红外线探测仪等高科技设备,也可能采取跟踪、化妆侦查、陷阱取证等手段,而这些手段的合法性一直受到质疑。然而,我们并不能因为取证手段和取证程序上的瑕疵而一概排除其所获取证据的证据效力。在国产电视剧《离婚律师》中,涉及收集被调查者出轨的证据时,律所的工作人员也是采用私人侦探偷拍的方式取证,但是偷拍内容均系被调查者与第三者在公共场所的照片,包括二人承租房屋的门口等。根据数天的偷拍视频,证明被调查者出轨,甚至与他人同居的事实。这种取证方式则较为合法合理。

将私人侦探调查的证据材料纳入法定证据的范围是必要的,它能有效弥补国家侦查机关和律师在收集证据过程中存在的不足或遗漏,甚至可以纠正其它证据缺陷可能导致的错误,使证据材料更加接近事实真相,便于法庭或仲裁机构作出正确公正的判决或裁决。

(作者系本所房地产部律师)

