



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

# 光正大律师

第146期

2015.11

(内部资料 交流赠阅)

光正大律师事务所  
光正大(上海)律师事务所

GUANG ZHENG DA LAWYER

## 关于完善法院限制被执行人高消费制度的建议

张永谦

现实生活中人们把欠账不还、想赖账的人称为“老赖”。为了惩治“老赖”，推动解决“执行难”，进一步加强对恶意逃债者的惩治力度，最终迫使其主动履行义务，最大限度保护申请执行人的合法权益，2015年7月6日，最高人民法院审判委员会第1657次会议通过了《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定〉的决定》，其中第一条规定：“被执行人未按执行通知书指定的期间履行生效法律文书确定的给付义务的，人民法院可以采取限制消费措施，限制其高消费及非生活或者经营必需的有关消费。纳入失信被执行人名单的被执行人，人民法院应当对其采取限制消费措施。”

规定被执行人为自然人的，被采取限制消费措施后，不得乘坐飞机、列车软卧；不得在星级以上宾馆、酒店高消费；不得乘坐G字头动车组列车全部座位、

其他动车组列车一等以上座位等其他非生活和工作必需的消费行为。法律对欠债不还的老赖又加多了一道“紧箍咒”。

限制老赖高消费措施的启动有两种方式：一是申请执行人提出书面申请；二是人民法院依职权决定。一般情况下，限制消费措施由申请执行人提出书面申请，经人民法院审查决定；必要时人民法院可以依职权决定，如被执行人想出逃国外时，法院可以依职权及时发出限制消费令进行制止。

人民法院需要对被执行人采取限制消费措施的，一般通过协助执行通知书的方式，将被执行人姓名及居民身份证号通报有关单位，若有关单位在收到协助执行通知书后仍允许被执行人进行高消费及非生活或者经营必需的有关消费的，人民法院可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十四条的规定，责令其履行协助义务外，并可以对其主要负责人或

者直接责任人员予以罚款；对仍不履行协助义务的，可以予以拘留；并可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议。

我国法院对被执行人采取限制消费措施已经逐步实施并且初步发挥出制度威慑力。然而，笔者在从事律师实务中发现，上述限制消费措施存在一个重大漏洞，即我国居民身份证号与公民护照号不一致。而目前开展的信用惩戒均以失信被执行人身份证号码作为唯一的身份识别标识而实施，由于现在公民因私护照申请即可办理，致使失信被执行人仍可以使用护照进行高消费。一些老赖利用该漏洞，在国内使用护照照样可以乘坐飞机、高铁动车，在星级宾馆潇洒出入、挥金如土。为此，笔者建议：

一、落实《最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定》第十一条规定：“被执行人违反限制消费令进行消费的

行为属于拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的行为，经查属实的，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条的规定，予以拘留、罚款；情节严重，构成犯罪的，追究其刑事责任。”法院应积极向公安机关采集失信被执行人身份证以外的身份证件信息，并对被执行人使用护照进行违反限制消费令进行消费的行为进行查证，若属实的，依法予以制裁。

二、建议统一我国居民身份证号与护照号，或在护照上标注居民身份证号，解决居民身份证与护照不能互认问题。

三、人民法院可向被执行人所在的公安局出入境机构发出协助执行通知书，限制被执行人办理公民因私护照，或对已经办理了护照的失信被执行人护照采取扣押、限制使用等措施。从而有效制止老赖利用护照等其他身份证件进行高消费。

(作者系本所副主任、律师)

## ★青年律师之星★



为了宣传全市执业律师中勤于学习，甘于奉献，业绩突出的青年律师典型，展示杰出青年律师的精神风貌，更好发挥青年律师人才的优势和作用，温州市律协在全市开展了2015年度“青年律师之星”评选活动。经过推荐、公示和考核评定，我所副主任、合伙人严恒系律师脱颖而出，获此殊荣，被评为“温州市青年律师之星”，并受到表彰。

严恒系，1980年11月出生，厦门大学硕士学位、三级律师。现任温州市律师协会第六届理事会商(协)会法律事务(法律顾问)专业委员会和行政专业委员会委员、民进温州市委会市直联合(一)支部副主委、民进温州市委员会青工委委员、温州市政协特邀信息员、龙湾区政府法律咨询专家库成员、温州市政府采购评审专家。

2005年开始从事法律工作，擅长办理金融借款、银行不良资产处置、公司与投资、建筑与房地产、经济合同、法律顾问等诉讼与非诉讼法律业务。

## 我所徐巧月律师上海辩论赛夺冠

近日，在由上海市普陀区司法局、万里街道办事处共同举办的“自治·共治·法治·新家园——万里街道青年辩论邀请

赛”中，我所上海分所徐巧月律师参加的普陀区青年律师代表队，经过四场激烈的角逐，在参赛的12支代表队中脱颖而出，

夺得本次比赛冠军。徐巧月律师作为该队的第一辩手全程参与了此次比赛，并以温婉理性的辩风，引经据典，妙语连珠，尽展睿

智。充分展示了我所律师的法律素养和执业水平。同时，通过参与此类活动，向社会展示了我所上海分所律师良好的职业形象。

## 热情·快乐·时尚 我所律师踊跃跑温马



本报讯 2015年12月6日上午8时，经过一夜的秋雨，清晨天色放晴，空气清新，微风吹拂，奥康国际2015温州马拉松在世纪广场鸣枪开跑。对于这场我市历史上参与运动员最多的赛事，我所律师热情高涨，踊跃报名，当天共有16名律师参加比赛。他们都带着饱满的激情和活力，坚持跑完了预定的里程。参赛路程中，也不时出现温馨的场面，大家相互鼓励，传递友谊，感染快乐。

市政协委员、我所副主任张永谦律师对自己最初提议在温州举办这项运动的事至今记忆犹新。在温州市政府今年1月召开的2015年政府工作报告征求意见座谈会上，张律师曾当面向市领导提出，希望温州能够举办马拉松运动赛事，以进一步推动我市的群众性体育活动。他的建议受到重视，被写入政

府工作报告。今天，他的这项建议得以实现。所以，他是带着特别的激动的心情来参加这场赛事。此外，2015年10月份，我所副主任严恒系律师受温州市财政局邀请，作为专家在参与“2015温州马拉松赛事运营项目”评审时，对这项时尚而健康的活动也给予了极力推动和热情支持。

律师职业所承担的繁重工作量、不规律的作息时间、独有的人际压力，使律师的健康状况显得尤为突出。马拉松运动，既利于培养健康生活理念，也利于增强体质。(下转2版)

主编:陈兴良 编辑:家园

本报电话:56891986



光正大律师官方网址  
http://www.gzdls.com



范建鑫 律师

案情简介:

2013 年 9 月 23 日,陈某与王某签订一份《房屋租赁合同》,约定陈某将坐落于温州市鹿城区信河街一间店面出租给王某使用。租期五年,从 2013 年 10 月 1 日起至 2018 年 9 月 30 日止。租金按年计算,一年一付,每年递增 5%。第一年租金 10 万元,第二年租金 10.5 万元,第三年租金 11.025 万元,第四年租金 11.576 万元,第五年租金 12.155 万元。从第二年起,每年租金提前 60 日支付。《房屋租赁合同》还就履约保证金、违约责任、税费承担等内容作了约定。合同订立后,陈某将房屋交付王某使用,王某也按期支付第一年与第二年租金。2015 年 8 月初,王某因经营不善,停止营业,并自行搬离承租店面。同年 8 月 18 日,王某发函给陈某,表示因经营困难,自己不再承租温州市鹿城区信河街店面,要求与陈某解除租赁合同,并愿意承担相应的违约责任。

2015 年 9 月初,陈某向法院提起诉讼,要求王某继续履行双方签订的《房屋租赁合同》,并要求王某支付第三年租金 11.025 万元。在诉讼中,王某表示其已从承租的店面搬离,不愿再继续履行合同,请求以承担违约责任为代价提前解除《房屋租赁合同》。但,陈某并不同意解除合同,坚持要求继续履行合同。

律师观点:

王某要求解除合同没有依据,不能以承担违约金的方式解除合同。我国《合同法》规定,解除合同的方式有三种:一是当事人协商一致解除;二是当事人约定的解除合同的条件成就时解除;三是法定解除,也就是依照《合同法》第九十四条的规定解除。本案中,王某与陈某对解除合同未达成一致意见,双方签订的《房

屋租赁合同》中也未约定可解除合同的情形,故不符合《合同法》规定的协商解除与约定解除的情形。那么,王某能否依据《合同法》第九十四条的规定解除呢?

《合同法》第九十四条规定: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。

本案中,王某已从承租的店面搬离,并明确表示不愿再继续履行合同,请求以承担违约责任为代价解除《房屋租赁合同》,似乎符合《合同法》第九十四条第(二)项“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”的规定情形。但依据合同法原理,只有合同守约方才享有法定解除权,违约方不享有提前解除权,将解除权赋予守约方是合同解除制度的意旨。因此,违约方王某不得依据《合同法》第九十四条第(二)项规定解除合同。

允诺不得反悔,合同必须信守是合同法确立的重要原则。合同一经有效成立,在当事人之间便具有法律效力,双方都必须严格恪守。非经当事人同意或法律规定,不得擅自变更或解除。如果允许合同一方当事人随意解约,这将严重损害守约方的合法利益。如果任由这种违约行为发展下去,将会破坏整个社会的正常秩序,签订的合同成为一纸空文,合同无人信守,这将从根本上危害交易安全。

本案中王某明确表示不履行合同,也未按合同约定支付第三年租金,已经构成违约。根据《合同法》的规定,陈某获得解除合同的权利或者选择要求王某继续履行合同的权力。继续履行在性质上是一种救济制度,

又称为特定履行、实际履行,是指在违约方不履行合同时,相对方请求违约方继续履行合同债务的责任方式。继续履行的真谛在于它要求合同债务人应当实际地履行合同而不得任意地以赔偿损失或支付违约金的方式来代替履行合同债务。当合同一方当事人不履行合同,且无正当理由时,守约方有权要求法院强制违约方按合同规定的标的继续履行义务。也就是说,在一方违约时,不论违约方是否愿意,只要守约方有继续履行的

要求,违约方有继续履行的可能,就必须履行合同债务。守约方可借助国家法律即通过公力救济,迫使违约方继续履行合同,并且是按合同约定的内容全面履行。本案承租人王某的主要义务是支付租金,为金钱债务,可以强制实际履行。

法院判决应当以当事人的请求权为前提,要求解除合同还是要求继续履行合同,取决于解除权人的意思。如果出租人陈某认为继续履行合同对自己更有利,则可以向法院请求继续履行合同;如出租人王某认为继续履行合同在经济上不合理,或确实不利于维护自己的利益,则可以要求解除合同,并要求违约方赔偿损失或采取其他补救措施。因此,解除合同与否,乃是解除权人意自治的范畴。

综上,根据法律规定,在本案中承租人王某不享有法定的合同解除权,法院对承租人王某提前解除合同的请求不应支持。本案出租人陈某的诉讼请求是要求继续履行合同并支付租金。基于此,只能依据陈某的诉讼请求判决王某继续履行租赁合同,并支付租金。

律师建议: 一、经营有风险,确定租赁期限需慎重。任何经营活动均有风险,没有稳赚不亏的生意。在租赁合同中确定较长的租赁期限,固然有利于承租人对经营活动作出较长久的安排以及投入装修等经营成本,同时也可以防止在合同期届满后,出租人随意提高租金或转租他人,影响承租人经营。但

另一方面承租人也需考虑因经营不善,无法继续经营,又不能提前解除合同的的风险。近年来温州经济持续疲软,生意难做,如承租人在租期未到的情况下不想继续经营下去,转租他人亦并非易事。因此,承租人需根据自身产业的经营特点及对市场经济环境好坏的预判,理性地确定合适的租赁期限。

二、在租赁合同中明确约定提前解除合同的条件及所需承担的违约责任

的作用,在租赁合同条款中,明确约定将承租人无法经营等内容作为解除合同的条件,如约定“承租人无法继续经营,可提前 x x 日通知出租人解除合同,但需额外支付出租人 x 个租金”等内容,可避免出现承租人无法继续经营又不能提前解除合同的纠纷。

近几年,我市经营性房产的租赁纠纷频发,在经济状况不佳的情况下加重了当事人的诉累和经济负担。此类纠纷案件居高不下,很大一部分原因是由于人们缺乏合同意识、双方签订的房屋租赁合同对各方权利义务约定不规范、不明确引起的。人们在经商活动中树立合同意识,可以说是应该的也是必然的,因为你要考虑到自己的切身利益。做到这一点其实并不难,你可以学习一些法律知识,提高自己的法律素养;在经商活动中如果需要签订一些重要的合同时,你最好还是把它交给律师去处理,可以有效地预防和减少经商活动中发生的各种纠纷,降低诉讼成本。

(作者系本所副主任、律师)

经商开店有风险 确定租期须谨慎

范建鑫

光正大律师通讯录

Table with 4 columns: 姓名 (Name), 职务 (Position), 办公电话 (Office Phone), 手机 (Mobile Phone). Lists lawyers and their contact information across various departments like 金融部, 法律部, 非诉讼部, etc.

谢尚誓律师为企业法律风险防范支招

11 月份以来,我所谢尚誓律师受平阳县经贸局、平阳县人禾职业培训学校、洞头区工商联等部门和机构邀请,为平阳县、洞头区部分企业负责人分别作了《中小企业重点法律风险防范策略》、《企业应收账款安全及催收策略》两场法律讲座。谢律师结合对我所的企业诉讼案例统计分析,从劳动用工、合同管理及应收账款等实际情况进行点评,并提供相应的法律风险防范工具,指导企业主如何开展系统法律风险防范工作。与会企业学员普遍认为,目前自己企业都存在谢律师课程中列举出的一些法律风险,纷纷表示应该回去系统的排查一般,做好法律风险防范工作。

张永谦律师被聘为三垟强制隔离戒毒所执法监督员

今年 12 月,我所副主任张永谦律师被聘为温州市三垟强制隔离戒毒所执法监督员。据悉,三垟强制隔离戒毒所成立于 1995 年,2000 年被联合国禁毒署确定为中国可对外交流的十四个强制戒毒所之一。张永谦律师

在行政法等方面办案经验丰富,作为执法监督员不仅可以更好的开展法制教育,帮助戒毒人员强化对吸毒是违法行为的认识,进一步推进戒毒人员康复教育社会化,也可以加强对戒毒所执法人员执法行为的监督。(缪仁凌)

张永谦律师被聘为我市市场监督管理局第一届政风行风监督员

为进一步加强政风行风建设,促进市场监管系统政风行风,效能全面提升,温州市市场监督管理局向我市社会各界聘请了该局第一届政风行风监督员。我所副主任张

永谦律师受聘担任监督员。在今年 11 月 4 日举行的聘任仪式上,该局的鲍小瓯局长向监督员颁发了聘书。(缪仁凌)

(上接 1 版) 马拉松运动所蕴含的坚毅顽强的精神,对律师工作大有裨益。参加当天赛跑的年轻实习律师高进说,在马拉松运动中,感受到了体育的魅力与活力。马拉松运动坚持到底的挑战精神,也与律师工作相

似,今后愿意多参与体育锻炼,提高身体素质。副主任王春美女律师表示,马拉松运动非常好,当跑完里程后,会有一种成就感。强度高、压力大的律师工作,需要毅力,需要坚持,这与马拉松运动精神相符。通过参

与马拉松,发扬我所律师积极进取、团结奋进的精神风貌,为落实依法治国、维护社会公平正义、促进社会和谐稳定、服务经济社会发展作出积极贡献。(原供稿:杨婧)

## 婚姻家庭面面观



陈金卫律师

### 离婚后才得知女儿非亲生，是否可以变更抚养权？

**黄大壮问：**我2007年与崔颖登记结婚。2008年3月女儿黄蓉出生。后来我们两人相继下海经商，事业顺利，感情却严重失和。2013年8月，我们协议离婚。双方协议：女儿归我抚养，崔颖每月支付抚养费1000元，至女儿独立生活为止；协议还对其他家庭财产作出了处置。

离婚后，一次我带女儿黄蓉一起参加朋友聚会，一位朋友开玩笑说：你女儿长得一点都不像你！回家后趁着女儿熟睡，我仔细观察女儿，觉得女儿长得确实一点也不像自己，由此产生怀疑。第二天便携女儿做亲子鉴定，结果证明女儿确实非己所生，与自己没有血缘关系，自己并非黄蓉的亲生父亲。我能否向法院提出诉讼，以黄蓉非己所生为由，要求变更黄蓉的抚养权。

**陈金卫律师答：**亲生父母与子女间的抚养、赡养义务依自然血缘而形成，继父母与继子女间的抚养、赡养义务依双方是否形成抚养教育关系而产生；养父母与养子女间的抚养、赡养义务依收养关系的成立而形成。你与黄蓉之间既没有自然的血缘关系，也没有法定的拟制血缘关系，你也就没有义务再抚养黄蓉。换一个角度讲，你没有义务为他人的女儿承担抚养义务，尽抚养义务的应该是黄蓉真正意义上的父亲和母亲。法院应该支持你的诉讼请求，判决变更黄蓉的抚养权，由你的前妻崔颖独自抚养，符合法律规定。

### 黄昏恋老人“非婚同居”，男方去世后女方索家产

**刘小洁问：**十年前，我母亲因病去世，六十多岁的父亲一直一个人生活。因为自己上班，婚后又有了孩子，虽然心里想多陪陪父亲，但有心无力非常愧疚，于是产生了给父亲再找一个伴的想法。通过居委会的撮合，父亲和瑞安乡下的刘大妈走在了一起。比父亲小两岁的刘大妈有一儿两女都生活在农村，对于母亲再嫁，三个子女都没有说什么，算是默生了。刘大妈搬到父亲家中，与父亲在一起生活了大约有三年，两人一直没有领证。去年五月份，父亲因为突发心脏病去世。处理完父亲的后事，我给了刘大妈两万元钱，刘大妈就收拾了自己的行李回到老家。可是回到老家后，她的三个子女不干了，认为母亲已经再婚属于嫁出去的人了，不应该再回来，要求我赡养刘大妈，并且继承我父亲前的遗产。我有这样的义务吗？

**陈金卫律师答：**本案中，刘大妈虽然与你父一起生活，但是两个人没有办理结婚登记手续，领取结婚证，不是法律意义上的夫妻，所以根据我国《继承法》规定，刘大妈是不能继承你父的遗产的。

此外，我国《婚姻法》规定：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。继父母与继子女间，不得虐待或歧视。继父或继母和受其抚养教育的继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。也就是说，只有继父母与继子女形成了抚养教育关系，继子女才有义务对继父母尽赡养义务；如果两者只有名分，而没有形成抚养教育关系，那么继子女是不需要赡养继父母的。在本案中，你成年有家室以后，刘大妈才与你父亲在一起，刘大妈没有抚养教育过你，因此你也就没有法律义务赡养刘大妈。

## 企业破产 职工集资怎么处理

杨邦宝



杨邦宝律师

笔者作为本所破产管理人团队成员，在参与处理企业破产清算案件时，时常会碰到这些企业存在职工集资的情形，涉及的金额少者几百万，多的达近千万元甚至更多。在债权审核过程中，职工们由于担心集资款的本息能否如数得到偿还，往往情绪比较波动，甚至会有不理性的方式表达自己的利益诉求。因此如何在不影响社会稳定的前提下按照法律的规定正确、妥善处理好涉及人数众多的职工集资款，成了破产管理人面临的难题之一。

很多企业在资金遇到困难时便会通过本企业员工进行集资，从而形成企业对职工的负债。企业破产时，职工当然对企业享有破产债权。集资增加了不稳定性因素，在企业破产时，这种不稳定性因素尤其突出。

企业破产后，职工集资款债权的法律性质怎么认定？2002年7月18日最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》（以下简称《规定》）第58条第1款规定“债务人所欠企业职工集资款，参照企业破产法第37条第2款第1项规定的顺序清偿，但对违反法律规定的高额利息部分不予保护”，该司法解释对旧《破产法》第37条第2款第1项进行了扩大解释，即将企业职工欠职工的集资款解释为与企业欠职工工资具有相同地位的破产债权，职工享有按照第一顺序清偿的优先受偿权。当然，这里的职工集资仅指借款本金，不违反法律规定的利息部分可以确认为破产债权，但仅属于普通债权，不能获得优先受偿。另外，职工集资不包括企业许诺给职工的高额利息，更不包括社会集资，社会集资按照普通债权处理。

新《破产法》于2006年8月27日颁布，2007年6月1日开始实施后，职工集资款债权的法律性质到底是作为新《破产法》第

113条规定的劳动债权中的“工资”而认定其具有优先权，还是作为与社会上的民间借贷一样作为普通债权对待，理论界和实务界对此具有很大的争议。

笔者认为，由于新的破产法对职工集资款如何处理没有作出特别的规定，这就意味着将得不到特殊的保护。职工集资将等同于民间借贷，原则上按普通破产债权处理。而新《破产法》第48条第2款、第82条第1款第2项、第113条提到的“职工工资”，一般情况下仅指破产人所欠职工的劳动报酬，由于新《破产法》兼具实体法与程序法两种性质，部分条款具有溯及既往的效力，因此，对破产法律适用，还应视破产案件受理于新《破产法》施行前或施行后及破产债权性质的不同而有所区别。

新《破产法》第一百三十二条规定，“本法施行后，破产人在本法公布之日前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，依照本法第一百一十三条的规定清偿后不足以清偿的部分，以本法第一百零九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。”笔者认为，该条规定作为一项过渡性措施，主要考虑到《中华人民共和国企业破产法（试行）》和《企业破产法》关于劳动债权与有特定财产担保债权清偿顺序不一样，采用“新问题新办法、老问题老

办法”的处理原则解决历史遗留问题。根据上述最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第58条的规定，当时的职工集资款债权可以参照工资处理，所以此处“在本法公布之日前所欠职工的工资”可以包括职工集资款。因而，《企业破产法》施行后，债务人在《企业破产法》公布之前所欠的职工集资款债权，可以依照上述规定作为工资处理，优先于有特定财产担保债权人受偿。这样理解符合构建和谐社会的需要，亦不违反当时的法律规定。但在新的破产法实施之后，破产企业的职工集资则不能作为工资债权而享有按照第一顺序清偿的优先受偿权，原则上应视为普通债权处理。

综上所述，新破产法颁布之后，职工集资款债权的处理办法，应按下列二种情况区别对待：

1、职工集资款发生在新《破产法》颁布之前，参照工资处理，优先于有特定财产担保债权清偿。但对于参照“工资”处理的职工集资款债权，还应严格区分职工是以自有资金出借给企业或是通过向社会人员融资后出借给企业形成的债权；如果有充分依据，对于后者，仍依照普通债权处理。

2、职工集资款发生在新《破产法》颁布之后，原则上作为无担保物的民间借贷，依普通债权处理。

破产企业职工的权益保障问题，不仅是破产立法应予充分考虑的问题，更是社会保障立法必须完成的重任，也是各级政府、人民法院及破产管理人应当履行的职责。如何正确地认识职工集资款的法律性质，在保护破产企业职工利益的同时，我们还必须公平清理债权债务，保护债权人和债务人的合法权益，维护社会主义市场经济秩序，而这正是新《破产法》的基本原则。

（作者系本所非诉部律师）

## 劳动争议咨询站



陈李焯律师

### 试用期工资不能少于最低工资标准

**张之洋问：**今年11月5日，我被龙湾一家合资企业招聘。双方签订了3年的劳动合同。在合同中，双方约定了试用期3个月。试用期工资1500元。后来，我得知法律有试用期工资不能低于最低工资标准的规定，而温州市最低工资标准自2015年11月1日起调整为1860元。于是，我找到单位的人事部门提出这个问题，但他们回称最低工资标准不适用于试用期的职工，是这样的吗？

**陈李焯律师答：**试用期内职工的工资标准虽然可以由用人单位自行确定，但是却不能低于法律规定的最低工资标准。最低工资是指劳动者在法定时间内提供了正常劳动的前提下，其所在的企业应支付的最低劳动报酬。根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十条之规定，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。对此，《关于贯彻执行劳动法若干问题的意见》第57条亦有规定：劳动者与用人单位形成或建立劳动关系后，试用、熟练、见习期间，在法定工作时间内提供了正常劳动，所在单位应当支付其不低于最低工资标准的工资。因此，公司人事部门关于最低工资不适用试用期员工的说法是不合法的。

### 对加班事实举证责任应由劳动者承担

**池云飞问：**2015年10月，我到某水泥公司从事保安工作，每天上班12小时，公司没有安排补休，每月只有4天休息，累计工作小时数远远超过了国家法定工作时间，但水泥公司从我参加工作到2015年7月一直未支付加班工资，严重损害了我的合法权益。我想要水泥公司支付我的班工资29148元，我该怎么做？

**陈李焯律师答：**所谓加班费，是指劳动者按照用人单位生产和工作的需要在法定工作时间之外继续生产劳动所应获得的劳动报酬。劳动者加班，延长了工作时间，增加了额外的劳动量，应当得到合理的报酬。劳动合同法第三十一条规定，用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。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）》第九条规定，劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。这也就是说，如果水泥公司拒绝向你支付加班工资，你向劳动仲裁委员会申请仲裁，或者之后向法院提起诉讼，你作为劳动者需要就自己加班事实的存在承担举证责任。

根据前述规定可知，只有在劳动者举证证明其存在加班事实的情况下，用人单位才承担支付加班工资的义务。你作为水泥公司员工，如果从事了加班工作，应当注意留存加班的相关依据。用以证明存在加班事实的证据形式多样，如公司盖章确认的加班排班表、休息休假期间从事加班工作签订的合同、发送的工作邮件、电话记录、微信记录等。这些资料将成为帮助你维权的有利证据。



## 驳回起诉与驳回诉讼请求的联系与区别

驳回起诉与驳回诉讼请求都是人民法院作出的否定当事人诉权的司法裁决行为，当事人没有起诉权，则其绝对无胜诉权。两者的区别亦是明显的：1、二者的目的不同，驳回起诉是防止原告滥用程序意义上的诉权，驳回诉讼请求是防止原告滥用实体意义上的诉权；2、二者采用的形式不同，驳回起诉采用裁定书的形式（口

头裁定应记入笔录），驳回诉讼请求采用判决书的形式；3、二者的法律依据不同，驳回起诉依据的是程序法的规定，驳回诉讼请求一般依据实体法的规定；4 驳回起诉的案件应按非财产案件收费标准收取案件受理费，由原告负担；驳回诉讼请求的案件，依照人民法院诉讼收费办法的有关规定计收诉讼费，由被告方负担。

美国白宫法律顾问是总统在国会授权下建立的。该制度始于罗斯福时期，并在在20世纪下半叶美国政府管理模式的变化中发展起来，并在总统决策中发挥了越来越重要的作用。

白宫法律顾问又被称为“总统的律师”，这说明一方面，他们和普通律师一样向当事人提供专业法律意见；另一方面，当事人是总统，因此涉及的法律问题比较特殊，大部分都集中在宪法领域。白宫法律顾问的职责也集中在对宪法的实施与解读。具体职责有六个方面。

#### 一、为总统行使权力寻求宪法依据

美国宪法条文简洁，是一部具有高度稳定性的法典。其条文的弹性给宪法解释留下了非常大的空间，但也产生了各种分歧。白宫法律顾问的首要职责就是站在总统的立场上解释宪法和法律，为总统的行为提供理论上的支持和宪法依据。

首先，白宫法律顾问要承担宪法的解释任务。根据美国宪法第二条，总统是美国陆军、海军和民兵的总司令，有权使用武装力量对抗他国或其他政府的军队。9.11事件彻底暴露了美国政府在针对“非国家或无国籍战斗人员”进行的恐怖袭击的漏洞。为应对新的恐怖主义威胁，国家必须寻

清措辞简单而又模糊的宪法条款的真实含义。总统、法院、国会、学界和媒体都投入进了这场历史大争论中。作为总统的首席法律顾问，白宫法律顾问是这场争论的主要参与者和主导者。

其次，白宫法律顾问还负责解释国会立法、总统行政命令以及国际公约。9.11事件发生后，总统与国会合作，很快通过了《公法法案》，该法给了总统“使用美国军事力量的授权”。白宫法律顾问协助总统扩充了该法的适用范围，以支持美国针对伊拉克的战争。此外，白宫法律顾问提

但必须经过参议院表决通过才能生效。

白宫主要从候选人的个人品格、政治能力以及私人财政状况等方面考虑提名人选。白宫法律顾问团队设有专门的律师，负责审查候选人的个人行为与财政情况。他们要负责收集信息以评估潜在的利益冲突。如果发现问题，将向白宫法律顾问和总统办公厅主任汇报。调查的具体内容包括：家庭婚姻忠诚度，是否酗酒，为家政人员所缴纳的社保费等。在进入国会批准程序之前，白宫法律顾问要确保候选人没有任何污点，以免令总统

麦克杜加尔等。尤其是对于富豪里奇的赦免，被认为有政治献金的嫌疑。社会组织“司法观察”因此向法院起诉，要求政府公开相关文件。联邦地区法院支持司法部的立场，引用“总统通讯保密权”对抗公开申请。“司法观察”继续上诉，2004年5月，哥伦比亚上诉法院赞同地区法院援引“总统通讯保密权”对白宫文件的保护，但是否决了这一保护延伸到司法部内部文件的主张。上诉法院指示地区法院对司法部文件做出区分。

#### 四、白宫雇员的职业道德督导

对于新当选的总统和他的幕僚团队，与白宫雇员联系紧密的职业道德问题是一个陌生的领域。因此，法律顾问成为白宫“官方指定的特别道德机构”，负责协助总统和白宫各个部门处理相关事宜，同时也肩负着白宫雇员的道德监督与教育事项。从尼克松政府开始，法律顾问还参与编写了白宫内部员工手册。该手册列出相应的工作规则，便于新雇员快速熟悉工作。

#### 五、联邦法律简报的审查

自20世纪70年代开始，总统注意到越来越多的政治问题被提交到联邦最高法院。在这些案件中，最高法院会要求司法部就相关问题提供相应的政府法律简报。总统希望能够更多地获得相关法律问题的信息，因此要求司法部长与司法部常务副部

长将该简报也呈送白宫。最初这项要求很少被提起，司法部也不愿意将这些文件完全交给白宫。在总统与内阁各个部门的权力争夺中，白宫法律顾问与司法部之间关于法律与政治的争论是最激烈的。“毫无疑问，如果总统的幕僚们占了上风，所有司法部面临的议题都应当遵循政治性高于法律性的原则。那么作为全国政策决定中心的白宫自然将有权主宰一切。”

这场争论持续了30年后，双方终于达成了协议：白宫将审查所有简报。在2008年“哥伦比亚特区禁枪违宪案”中，司法部常务副部长提交给法院的政府法律简报事先经过了白宫法律顾问的审查。

#### 六、总统应急手册的编订与执行

白宫法律顾问应当负责所有与总统有关的法律事务，其中也包括危机时刻的法律应对措施。所谓“应急手册”是指当总统的健康状况可能会危及权力行使时白宫的应对策略。该手册源于1981年里根遇刺事件。白宫的混乱状况使得法律顾问菲尔丁认识到有必要编写一本手册，对相关法律规定和流程进行说明。

综上所述，除却某些专属于白宫的特权之外，大部分白宫法律顾问有关法律方面的职权都源于司法部。这一方面体现了总统要求一个高效的法律机构以迅速面对各种挑战，毕竟，离总统更近忠诚度更高是白宫法律顾问所具备的特殊优势；另一方面，总统权力的扩张和政府行政部门官僚化的矛盾迫使总统选择避开内阁部门，转而建立自己的直属行政机构，而白宫法律顾问则填补了总统对于法律问题的空白。

## 美国白宫法律顾问制度

供的法律解释还涉及到军事法庭的建立以及对于“敌对战斗人员”的身份认定。

最后，针对具体法律的实施问题，白宫法律顾问就“法案签署声明”的效力与司法部进行了长期的争论。1994年，副司法部长Walter Dellinger向白宫法律顾问Abner Mikva建议：“如果总统向国会和公众声明他将拒绝执行正在签署的法案，那么这个行为是违宪的。如果总统反对国会制定的法案，应当直接行使否决权。”2006年8月，美国律师协会也就该问题提交了一份报告，与司法部长持有相似的观点。

#### 二、协助总统任命官员

在美国，总统作为国家元首拥有行政官员的任命权。包括政府内阁成员在内的各级官员都应由总统任命，

陷入尴尬的境地。

当任命涉及到检察官、联邦法官或者政府其他机构的法律顾问，白宫法律顾问是候选人背景审查的首要机构。

#### 三、对总统赦免案的审议

宪法第2条赋予总统发布“缓刑和赦免的权利……”白宫法律顾问负责审核所有提交到白宫的赦免申请。正常的赦免流程是首先申请人将赦免的“正式申请”提交给司法部负责赦免事务的律师，后者撰写一份500字的报告，由司法部长呈交白宫。在白宫内部，法律顾问与内部工作人员讨论后向总统提交一份说明。

在克林顿任期的最后一天，总统对140多人给予特赦，涉及36个判决。其中包括克林顿的兄弟罗杰、中情局前局长多伊奇、白水案重要人物



## 感受雄辩之美

### ——我所今年第二次青年律师沙龙活动纪实



光正大律师事务所一直致力于帮助青年律师尽快成长，今年以来已经开展了二次青年律师沙龙活动。

2015年12月16日上午，今年第二次“光正大青年律师沙龙”在新凯越酒店举行。本次沙龙由我所副主任严恒系律师主持，采用专题讲座与互动交流相结合的形式进行。

我所执行主任叶林枫律师参加了本次活动。

我所首席合伙人王正善律师作了《律师法庭演讲误区和技巧》的主题讲座，使大家感受到了律师在法庭上演讲的雄辩之美。王律师在讲座中谈到，提高律师法庭演讲水平，首先应当研究案件材料吃透案情。律师要研究的案件材料，即包括法

庭现有的卷宗材料，也包括律师直接调查或间接得来的材料。吃准案件的性质，才能确立法庭演讲的观点和立场；其次，写好一篇论题明确的演讲词。写明正确的论题，以充分的证据，有力的逻辑，去清楚地表达自己的观点。书写演讲词的过程，就是再次熟悉案情的过程。但是，在开庭时，不需要照本宣读，而要随机应

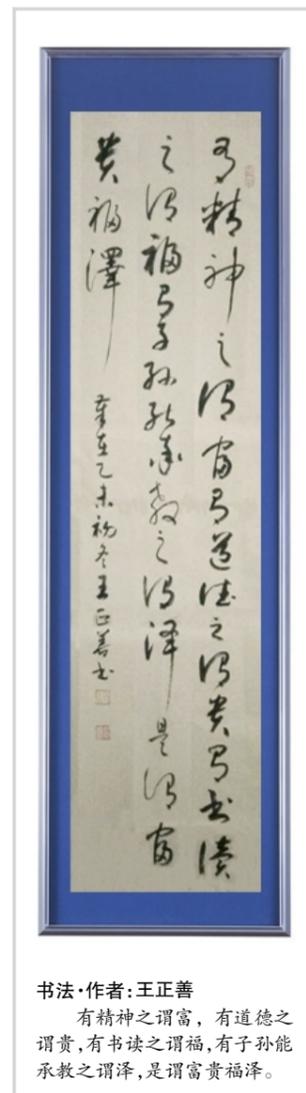
变。发表演讲中需把握节奏，要自信，保持心态平衡，切勿紧张不安，张皇失措。在演讲时，要有互动，与审判人员和听众保持目光接触，姿态大方自如。同时，语气语调注入情感，使讲话充满力量，但要把握分寸，切勿华而不实，引用法律条款时更要准确无误。

最后，王律师指出，律师可以在庄严肃穆的法庭上从容不迫、义正词严地捍卫公民的合法权益，制约公权力的滥用，是法律赋予律师的权利，是法治精神赋予律师无畏的气概。从这个意义上来说，努力培养、提高法庭演讲的能力，应当成为青年律师职业生涯的不懈追求。他激励青年律师要热爱律师事业，在执业过程中不断锤炼自己，并享受执业带来的快乐，为中国的法治建设贡献自己的力量。

随后，青年律师陈明贤、陈炯然等人踊跃提问，就自身执业感悟和司法实务中遇到的问题进行了交流沟通。与会的资深律师对青年律师的困惑一一解答回应，活动氛围轻松而融洽。

今后，青年律师沙龙将作为我所的长期活动继续下去，并在此基础上，不定期组织青年律师感兴趣的实务技巧等专题内容进行讲座、培训、讨论等多形式交流。旨在调查、发现青年律师的切实想法、需求和愿望，寻求解决青年律师成长难题的有效方法，激励青年律师更好更快成长和发展。

(原供稿：杨婧)



书法·作者：王正善

有精神之谓富，有道德之谓贵，有书读之谓福，有子孙能承教之谓泽，是谓富贵福泽。