



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148期

2016.1

(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

情暖城市美容师 冬日博爱送温暖

我所向市红十字会捐款5万元设立“光正大博爱基金”

“光正大博爱基金”首次开展为环卫工人送温暖活动

年终岁末,寒潮来袭。天寒地冻中,人间温情不减。1月23日下午,浙江光正大律师事务所与温州市红十字会与鹿城区红十字会联合举办了“情暖城市美容师 冬日博爱送温暖”活动。我所执行主任叶林枫光律师代表光正大律师事务所向温州市红十字会捐赠了5万元,成立“光正大博爱基金”。这次为环卫工人送温暖活动是“光

正大博爱基金”首次开展的救助活动。

这次送温暖活动为鹿城区滨江街道、蒲鞋市街道辖区509名环卫工人每人赠送价值300元左右的爱心包(内含保暖内衣、手套、袜子、米、沐浴液、洗发水等)。这些爱心衣物代表着我们的爱心,更是对环卫工人的一份尊敬,感谢他们的辛勤劳动和付出。希望这次送温暖活动能

够力所能及地帮助他们过一个温暖祥和的新年。

在活动仪式上,叶林枫主任承诺,如果环卫工人们在生活和工作中遇到法律问题,光正大律师事务所将免费为他们提供法律援助。

温州市红十字会党组书记、副会长陈晓甜,副会长姚庆国及鹿城区红十字会、当地街道主要负责人等参加了启动仪式。



(一)

2014年7月间,林某有意购买温州中瑞曼哈顿房产,遂到温州A房产中介公司了解相关房源,在该公司的业务员带领下,实地看了温州中瑞曼哈顿M单位房产。随后,双方签署了《客户服务确认书》,该确认书第一条确认该房屋售价为43500元/m²;第四条约定“自看房之日起六个月内,甲方(被告)及其关联方(关联方是指与甲方关系密切的人员,包括但不限于配偶、父母、子女、兄弟姐妹等。)不得以任何形式与乙方所介绍的房屋业主自行交易,或通过其他中介与业主交易,如违反此约定甲方应当向乙方支付预期利益损失或违约金(违约金相当于第五条约定的居间服务费)”;该确认书第五条约定“居间服务费为房屋买卖合同成交价的

房产中介合同中禁止客户与其他中介机构交易的条款无效

罗进辉

1.5%”。后林某丈夫认为原告的报价太高,便通过另一家B房屋中介机构与温州中瑞曼哈顿M单位房产业主商谈洽购,最后确认售价为42800元/m²,双方签订了房屋买卖合同并达成了交易。

温州A房产中介公司得知这一结果后,认为自己已经履行了相关居间合同义务,多次带领被告翻看涉案物业,积极向被告及其关联方提供订立合同的机会,但被告及其

关联方违反不得通过其他中介机构与房屋业主交易的双方事先约定。被告及其关联方的行为属于“跳单”行为,已经构成违约,为此,向鹿城区人民法院起诉,要求林某赔偿违约金112350元。

(二)

被告林某遂委托笔者为代理人出庭应诉。在庭审中,我方认为:

1、原、被告之间订立的《客户服务确认书》系原告为重复使用而事先拟定的,并在订立合同时未与对方协商,因此该《客户服务确认书》系格式合同,其条款属格式条款。

2、该格式合同第四条“自看房之日起六个月内,甲方(被告)及其关联方(关联方是指与甲方关系密切的人员,包括但不限于配偶、父母、子女、兄弟姐妹等)不得以任何形式与乙方所介绍的房屋业主自行交易,或通过其他中介与业主交易,如违反此约定甲方应当向乙方支付预期利益损失或违约金(违约金相当于第五条约定的居间服务费)”的约定,明显排除了被告的主要权利。根据《中华人民共和国合同法》第四十条“提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效”的规定,该《客户服务确认书》第四条应属无效。

3、涉案房屋原产权人委托多家中介公司出售房屋,原告并非独家掌握该房源信息,也非独家代理销售。被告有权在多个中介机构中选择报价低、服务好的中介机构促成交易,

因此被告丈夫通过其他中介机构与房屋业主达成房屋买卖合同,不属于“跳单”的违约行为。

4、房地产价格系影响房地产买卖合同成交与否的主要因素,原告带林某看房时确认该房屋售价为43500元/m²,但其并未就价格问题与房屋买卖双方进行过中介斡旋。但是B房屋中介机构作为居间方,最终以42800元/m²的价格促成买卖双方成交,涉案买卖合同的订立并非由原告促成。在B房屋中介机构居间成功后,林某依约向B房屋中介机构支付了全额佣金。因此,林某并未为了逃避支付佣金的目的,与房屋出卖方私下成交或者不正当利用原告的信息、机会另行委托他人成交,其行为不构成违约。

5、《中华人民共和国合同法》第四百二十七条规定:“居间人未促成合同成立的,不得要求支付报酬”,现本案中,原告未促成房屋买卖合同成立,不能要求支付报酬。

(三)

本案经鹿城区人民法院一审、温州市中级人民法院二审。一、二审人民法院均接受被告方的辩解意见,认为:1、《客户服务确认书》第四条以格式条款的形式,排除被告及其关联人员的权利,该条款应属无效。2、被告有权选择其他中介机构的中介服

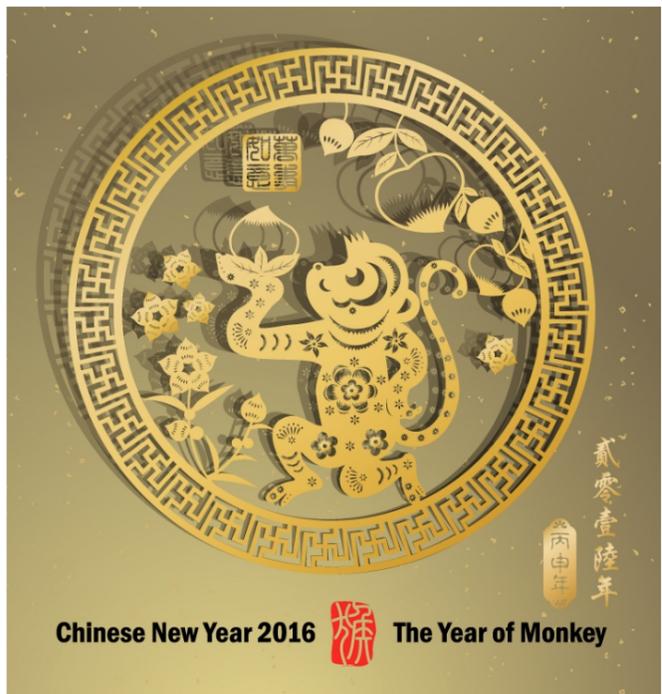
务,以更合理的价格与卖家达成交易,该行为不属于“跳单”的违约行为。3、原告要求被告承担违约责任,支付违约金112350元的请求没有事实和法律依据,不予支持。

(四)

现在,通过中介公司进行房地产交易已成为一种普遍方式,卖方找多家中介公司挂牌,买方找多家中介公司看房的情形也相当普遍。中介公司以房屋买受人与出卖人私下达成交易或另行委托他人居间(“跳单”、“跳中介”)为由,要求其承担违约责任的案件时有发生。本案即是因多家中介公司参与同一房屋居间交易而引起的违约金请求权纠纷。

多家中介参与同一房源的代理,未成交中介是否有权以“跳单”为由要求委托人支付佣金或违约金呢?笔者认为,遵循诚实信用、平等保护——既要维护房屋交易双方的合法权益,也要促进房屋中介市场有序发展的原则,“跳单”违约行为的认定应满足三个条件:(一)中介公司的委托权限,是一般代理还是独家代理;(二)中介公司是否提供了房源信息或成交机会,并且积极履行媒介服务;(三)委托人是否存在逃避支付(不付或少付)佣金的恶意。其中,如果买方并未利用该中介公司提供的房源信息、机会等条件,而是通过其他公众可以获知的正当途径获得同一房源的信息,则买方有权选择报价低的中介公司购买该房屋,而不构成“跳单”违约。

(本文作者系本所法顾部副主任、律师)



主编:陈兴良 编辑:家园
本报电话:56891986



光正大律师官方网站
http://www.gzdls.com

浅议租赁权应否受保护的审查判断标准

范建鑫

司法实践中,人民法院在拍卖被执行人的房屋时,时常会有案外人以其对该房屋享有租赁权为由主张拍卖不破除租赁的情况发生。对于这些案外人执行异议之诉中的租赁权应如何认定?其审查判断的标准是什么?是一个需要研究的问题。

案件回放

2009年12月1日,刘女士与A公司签订一份《厂房租赁合同》,约定A公司将其所有的坐落于温州市机场大道的厂房约25000平方米出租给刘女士使用,租期10年(从2009年12月1日起至2019年11月30日止),每年租金180万元。之后,刘女士按年支付租金,并一直使用厂房至今。

2010年10月份,A公司将出租的厂房为B公司向银行的借款提供抵押担保,并办理抵押登记手续。2013年,B公司因未偿还银行借款,A公司亦未履行担保义务,被银行诉至法院。法院判决银行对A公司已办理抵押登记的厂房拍卖或变卖款享有优先受偿权。之后,银行向法院申请强制执行。执行法院向刘女士发通知,责令刘女士限期迁出厂房内的财物。

刘女士认为,A公司抵押的厂房已出租给刘女士,刘女士对抵押厂房享有租赁权,法院责令限期迁出损害了其享有的合法租赁权,并咨询本律师应如何维权?

律师评析

一、案外人如何维权?

《民事诉讼法》第227条规定:“执行过程中,案外人对执行标的提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由

成立的,裁定中止对该标的的执行;理由不成立的,裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理;与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼”。

根据上述规定,刘女士可以该执行案件的案外人身份,向执行法院申请执行异议;如对执行异议裁定不服,刘女士还可向执行法院提起执行异议之诉。

二、案外人租赁权是否受保护的判断标准是什么?

法院在执行拍卖被执行人的厂房时,经常会遇到案外人以其对被拍卖厂房享有租赁权为由,主张拍卖不破除租赁。拍卖厂房时,承租人的租赁权是否应受保护?判断标准是什么?

《物权法》第190条规定:“订立抵押合同前抵押财产已出租的,原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的,该租赁关系不得对抗已登记的抵押权”。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释第65条规定:“抵押人将已出租的财产抵押的,抵押权实现后,租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效”;第66条规定:“抵押人将已抵押的财产出租的,抵押权实现后,租赁合同对受让人不具有约束力。抵押人将已抵押的财产出租时,如果抵押人未书面告知承租人该财产已抵押的,抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任;如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的,抵押权实现造成承租人的损失,由承租人自己承担”。

因此,根据上述规定,租赁权是否受保护的判断标准是租赁物在抵押前出租,还是在抵押后出租。如果是抵押权设立前已经出租的,租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效,原租赁关系应受保护;如在抵押权设立后出租的,租赁合同对抵押物的受让人不具有约束力。

具体到本案,刘女士称其于2009年12月1日与A公司签订租赁合同,之后承租的厂房便一直由刘女士使用至今,而该厂房抵押权在2010年10月份设立。如刘女士所述情况属实,租赁合同签订于抵押权设立之前,刘女士对租赁厂房享有的租赁权应受保护。

三、执行法院依据什么进行审查?

在处理具体实务过程中,执行法院也经常遇到被执行人与案外人恶意串通虚构租赁关系等情形。因此,执行法院审查判断案外人主张的租赁权是否受保护,除了围绕租赁合同的真实性、租赁合同签订的时间节点之外,还着重从案外人是否一直占有使用涉案房屋等情形进行审查。如果租赁合同真实、合同签订于涉案房屋抵押前,且案外人在抵押前已依据合同合法占有使用涉案房屋至今,执行中应当保护案外人的租赁权。

1、执行法院审查租赁合同真实性,如何把握标准?

执行法院对租赁合同的真实性一般作形式审查。经审查发现当事人自认或者有其他明确的证据证明租赁合同为虚假,或者名为租赁实为借贷担保、房屋使用权抵债等关系的,对租赁合同的真实性不予认可。租赁合同未生效或者已在另案中被撤销、确认无效的,对案外人的租赁权不予认可。

2、执行法院审查租赁合同是否签订于涉案房屋抵押前,如何把握标准?

如在抵押前,租赁合同的当事人已办理租赁登记备案手续的,执行法院应当认定租赁合同签订于抵押前。如租赁合同的当事人在抵押前已就相应租赁关系提起诉讼或仲裁的;租赁合同的当事人在抵押前已办理租赁合同公证的;租赁合同当事人已在抵押前缴纳相应租金税、在涉案房屋所在物业公司办理租赁登记、向抵押权人声明过租赁情况等,一般也可认定租赁合同签订于抵押前。

3、执行法院审查案外人是否在抵押前已经占有且至今占有涉案房屋,如何把握标准?

浙江省高级人民法院在2014年9月11日发布的《关于执行非住宅房屋时案外人主张租赁权的若干问题解答》中,将占有使用作为认定租赁权成立与否的标准。这一规定的合理性在于:一是符合租赁权特殊保护制度的立法目的。“买卖不破租赁”的主要立法目的在于保护相对弱势的群体,避免由于出租人处分租赁物的行为而导致承租人被迫搬离租赁的房屋,因此危及承租人基本的生产生活权利。而在承租人尚未占有租赁物时,承租人对于租赁物的依赖尚未建立,履行买卖合同并不危及承租人的上述权利;二是符合相关司法解释的精神。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》强调了占有对于租赁的意义。该司法解释第六条规定,就同一房屋存在数份有效租赁合同、承租人均主张履行的情况下,人民法院按照占有、登记备案、合同成立在先的顺序确定履行合同的承租

人;三是能够堵住任意虚构租赁合同漏洞,有效防止恶意规避执行行为的发生。开始占有的时间节点必须是在案涉房屋抵押、查封前,而且必须至今占有,也即必须是在法院执行时仍然占有。

在实践中,有下列情形之一的,可以认定案外人在抵押、查封前已经占有且至今占有涉案房屋:如案外人在抵押前已经在且至今仍在涉案房屋内生产经营的;案外人在抵押前已经领取以涉案房屋作为住所地的营业执照且至今未变更住所地的;案外人在抵押前已经由其且至今仍由其支付涉案房屋水电、物业管理等费用的;案外人在抵押前已经对涉案房屋根据租赁用途进行装修的;案外人提供其他确切证据证明其已在抵押前直接占有涉案房屋的,一般可以认定案外人在抵押前已经占有且至今占有涉案房屋。

因此,根据执行法院的具体审查判断标准,刘女士主张租赁合同签订于涉案厂房抵押前,且至今一直由其使用,除提供《厂房租赁合同》外,还应当提供支付租金,以及缴纳水、电费使用厂房的证据。否则,仅凭一份《厂房租赁合同》,执行法院将无法支持其对涉案厂房享有租赁权的主张。

(作者系本所副主任、律师)



前阵子一则新闻引起了全社会的关注,在网上也引发了热议——《大学生掏鸟窝,被判十年》:郑州大学生小闫发现自家大门外有个鸟窝,和朋友架了个梯子将鸟窝里的12只鸟掏了出来,养了一段时间后售卖,后又掏4只。11月30日,小闫和他的朋友小王分别犯非法收购、猎捕珍贵、濒危野生动物罪等,被判刑10年半和10年,并处罚金。原来他们掏的鸟是燕隼,是国家二级保护动物(12月1日《郑州晚报》)。

和许多夺人眼球的事件一样,本案之所以引发这么持久的关注度在于情节足够跌宕起伏。由于最初报道的媒体用了“掏鸟窝”这样的字眼,让很多人觉得这位大学生不过是在自



家门外的鸟窝掏了几只鸟儿便被判刑,看完报道才知道所谓的“鸟儿”其实是国家二级保护动物燕隼。接下来,又有网友在网络上公布了判决书,显示出大学生闫某多次捕鸟进行买卖,并非“无知”的状态。随着媒体对更多案情细节的披露,公众意识

到,案件不是最初媒体公布出来的“大学生假期闲来无事自家门口掏鸟窝”这么简单。

然而,许多民众即使知道这种鸟属于受保护动物,且在生态系统中具有独特的意义,也依然觉得10年半这个刑罚太重,毕竟十年半的牢狱之灾对于一名正处于青春年华的在校学生来说,无疑是一个沉重的灾难。朴素的正义判断让民众普遍认为,再怎么珍贵,燕隼也是鸟类,人怎么还不如鸟了呢。

这时候普通民众和法律人士之间存在认知差别就显露出来了。今天律师要告诉你对于10年判刑究竟

重不重。

根据我国《刑法》第三百四十一条明确规定,非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的,或者非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的,处五年以下有期

大学生掏鸟窝被判十年,重不重?

蔡莎莎

徒刑或者拘役,并处罚金;情节严重的,处五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,并处罚金或者没收财产。

非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物罪与非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品罪,分别是指违反国家有关野生动物保护法规,猎捕、杀害国家重点保护珍贵、濒危野生动物的行为,以及收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的行为。以上行为侵犯是国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的管理制度。两罪在主观方面均表现为故意,即要求行为人主观上要认识到或可

能认识到行为的违法性。本案中,小闫和小王已经客观实施了猎捕、出售燕隼的行为,要构成上述罪名,关键在于认定两人主观上知道这16只小鸟是燕隼,而且两人知道这些小燕隼属于国家二级重点保护的珍贵、濒危野生动物。

根据闫某的供述,以及通过公安机关从扣押手机中所恢复的一些资料来看,聊天记录、手机信息、照片等都证明他已明知这些隼属于国家保护动物,还进行出售。

根据《最高人民法院关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中附录的“情节严重”“情节特别严重”数量认定标准,非法猎捕、杀害、运输、出售“隼类(所有种)”数量达到6只,属情节严重;数量达到10只,属情节特别严重。本案涉案燕隼共16只,凤头鹰1只,已超过10只,属于“情节特别严重”,事实清楚。被判“十年半”的量刑是符合国家的相关法律规定的,不存在量刑过重之嫌。

无独有偶,类似“掏鸟窝获刑”事件在我们温州也发生过。2014年12月,在温州务工的蔡某因捕获300余只麻雀和其他鸟类,被瓯海法院判处有期徒刑1年,并处罚金1万元。蔡某供述,他专门买来渔网,自制捕鸟网。经鉴定,查获的野生鸟类中,有麻雀、丝光椋、金翅雀,均属有益的、有重要经济价值、有科学研究价值的“三有”野生动物。对于“三有动物”,法律规定私自捕捉或捕杀20只(条)以上就构成犯罪。

各地的“掏鸟窝获刑”事件受到关注,媒体舆论和网民对此事的观点各不相同,甚至针锋相对。一件野生动物相关案件引起这么多的关注,是一件好事,通过谈论、辩论,能够让大家对野生动物保护的重要性增加认识,同时也认识到法律的严肃性。”

(作者系本所非诉部律师)



我们每天都在不知不觉中接触到广告,而广告又在潜移默化之中影响着我们对商品和服务的选择。因此,虚假广告的危害是显而易见的。

新修订的《广告法》(以下简称“新广告法”)已于2015年9月1日正式实施,新广告治理核心是打击虚假广告。

什么叫虚假广告?新广告法第二十八条规定,广告以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的,构成虚假广告。具体而言,广告有下列情形之一的,为虚假广告:

- (一)使用虚构、伪造或者无法验证的科研成果、统计资料、调查结果、文摘、引用语等信息作证明材料的;
- (二)商品的性能、功能、产地、用途、质量、规格、成分、价格、生产者、有效期限、销售状况、曾获荣誉等信息,或者服务的内容、提供者、形式、质量、价格、销售状况、曾获荣誉等信息,以及与商品或者服务有关的允诺等信息与实际不符,对购买行为有实质性影响的;
- (三)使用虚构、伪造或者无法验证的科研成果、统计资料、调查结果、文摘、引用语等信息作证明材料的;
- (四)虚构使用商品或者接受服务的效果的;
- (五)以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的其他情形。

新《广告法》涉及的主体众多,包括广告主、广告经营者、广告发布者、广告代言人、互联网信息服务提供者、公共场所管理者、电信业务经营者等。本文现就广告主、广告经营

者、广告发布者在发布虚假广告后需分别承担怎样的责任作如下解读:

新广告法所称广告主,是指为推销商品或者服务,自行或者委托他人设计、制作、发布广告的自然、法人或者其他组织。新广告法所称广告经营者,是指接受委托提供广告设计、制作、代理服务的自然人、法人或者其他组织。新广告法所称广告发布者,是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的自然、法人

告审查机关撤销广告审查批准文件、一年内不受理其广告审查申请。依据该条规定,广告主若存在发布虚假广告,将付出巨大的代价,包括巨额罚款、吊销营业执照、在规定期限内禁止发布广告。

广告主发布虚假广告后,需承担民事赔偿责任如下:发布虚假广告,欺骗、误导消费者,使购买商品或者接受服务的消费者的合法权益受到损害的,由广告主依法承担民事责

任。知广告虚假仍设计、制作、代理、发布的,由工商行政管理部门没收广告费用,并处广告费用三倍以上五倍以下的罚款,广告费用无法计算或者明显偏低的,处二十万元以上一百万元以下的罚款;两年内有三次以上违法行为或者有其他严重情节的,处广告费用五倍以上十倍以下的罚款,广告费用无法计算或者明显偏低的,处一百万元以上二百万元以下的罚款,并可以由有关部门暂停广告发布业务、吊

销营业执照、吊销广告发布登记证件。

广告经营者、广告发布者应当与广告主承担连带责任。广告主、广告经营者、广告发布者利用广告对商品或者服务作虚假宣传,构成犯罪的,还需承担刑事责任。这里的“刑事责任”是指《中华人民共和国刑法》第二百二十二条规定的虚假广告罪,即“广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定,利用广告对商品或者服务作虚假宣传,情节严重的,处二年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。”虚假广告行为不仅侵犯了国家对广告的正常管理秩序,而且也会侵犯公民财产所有权及公民的生命权、健康权。因此对虚假广告行为构成犯罪的,必须依法予以严惩。

新广告法加大了对发布虚假广告的广告主、广告经营者和广告发布者的处罚力度及责任,各企业在谋取商业利益的同时,一定要把广告用语。目前,企业因新广告法受到处罚或民事赔偿最多的一个原因,是企业广告中使用“最高级”、“最佳”、“第一”、“独家”、“首家”、“极品”、“顶级”、“终极”等极限用语,这些用语在新广告法实施前是被惯用的,现应及时变更,否则很可能就会撞在新《广告法》的枪口上。所以企业对这个一定要重视起来,自查自纠,及时进行修正和更改,以免被罚。一个企业最好的广告,其实是优质的产品或服务,好产品、好服务无需虚假广告。

(作者系本所行政部副主任、律师)

新广告法施行 重拳整治虚假广告

——新广告法施行后相关主体发布虚假广告的法律责任

汪丽敏

或者其他组织。

广告主发布虚假广告后,需承担行政责任如下:违反本法规定,发布虚假广告的,由工商行政管理部门责令停止发布广告,责令广告主在相应范围内消除影响,处广告费用三倍以上五倍以下的罚款,广告费用无法计算或者明显偏低的,处二十万元以上一百万元以下的罚款;两年内有三次以上违法行为或者有其他严重情节的,处广告费用五倍以上十倍以下的罚款,广告费用无法计算或者明显偏低的,处一百万元以上二百万元以下的罚款,可以吊销营业执照,并由广

告经营者和广告发布者发布虚假广告后,需承担行政责任如下:广告经营者、广告发布者明知或者应

销营业执照、吊销广告发布登记证件。

广告经营者和广告发布者发布虚假广告后,需承担民事赔偿责任如下:一、广告经营者、广告发布者,明知或者应知广告虚假仍设计、制作、代理、发布或者作推荐、证明的,造成消费者损害的,应当与广告主承担连带责任。二、广告经营者、广告发布者不能提供广告主的真实名称、地址和有效联系方式的,消费者可以要求广告经营者、广告发布者先行赔偿。三、关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告,造成消费者损害的,

妻子明确表示不愿生育,丈夫可以提出离婚吗?

潘希年问:我在40岁时与离异单身的石慧结婚,她带来了第一次婚姻所生的女儿与我们共同生活,一家人一开始和睦。但我膝下无子,眼看年龄越来越大,很想生育自己的子女,况且父母也期望我生个孩子。有一天我向石慧提出生育孩子的要求,却被她断然拒绝了。此后为了“生孩子”的问题,我们俩经常发生争吵,现在我想以侵犯生育权为由向法院提出要求与妻子离婚,法院会支持我的诉讼请求吗?

律师答:2011年《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(三)》规定了夫妻之间关于生育权发生纠纷的解决方式,该司法解释第九条明确规定:“夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为

由请求损害赔偿的,人民法院不予支持;夫妻双方因是否生育发生纠纷,致使感情确已破裂,一方请求离婚的,人民法院经调解无效,应依照婚姻法第三十二条第三款第(五)项的规定处理。”《中华人民共和国婚姻法》第三十二条规定:“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。有下列情形之一,调解无效的,应准予离婚:(一)重婚或有配偶者与他人同居的;(二)实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的;(三)有赌博、吸毒等恶习屡教不改的;(四)因感情不和分居满二年的;(五)其他导致夫妻感情破裂的情形。”

本案中,虽然你们夫妻双方在生育的问题发生了纠纷,但是双方感情尚未破裂,因此法院不会支持你的离婚请求。

没有法定事由 离婚协议不能反悔

姜江问:我与崔敏是1984年结婚的,婚后两人共同养育了一子一女。后来我有了婚外情,并与情人一直保有联络。崔敏发现了我的出轨,但碍于两个孩子年幼,没有提出离婚。2013年,在子女都已成家立业之后,崔敏以我一直有婚外情为由提出离婚,我当时自觉愧对妻子,在同意离婚的同时,将家中绝大部分财产都留给了崔敏。后来我另组家庭,因女方没有工作,加上再组家庭开销过大,经济上感到拮据。为此,我希望崔敏能将以前两人共有的一套空置楼房腾出来让我居住,但遭到了崔敏的拒绝。我想以“离婚财产分割不公平”为由,向法院提起诉讼,要求对我与崔敏的共有财产

重新进行分割,法院会支持我的请求吗?

律师答:一旦夫妻双方办理了离婚登记手续,离婚协议生效,男女双方此时如果就财产分割的问题反悔,请求变更或者撤销财产分割协议的,起诉到法院是会得到法院受理的,但人民法院受理后,如果发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的,会依法驳回当事人的诉讼请求。也就是说,离婚协议书能反悔,但是要根据具体情况分析,如果存在欺诈或胁迫等情形,在有足够证据支持的情况下,起诉到法院是可以得到变更或撤销的支持的,但如果签订离婚协议时确系自愿,仅是事后反悔,那么虽然诉至法院会被受理,但其变更或撤销离婚协议的诉求并不会得到法院的支持。本案中,

你与崔敏离婚时,是你自愿放弃大部分共有财产的,在双方办理离婚手续之后,你对婚姻共有财产的处分已经生效,就应该受到法律的约束。现在你以自己当前生活困难为由,要求对此前与崔敏的共有财产进行重新分配,是没有法律依据的。



婚姻家庭面面观

非全日制用工被解雇后能否获得经济补偿

黄秀珍问:2013年3月,我分别与A服装公司、B服装公司签订劳动合同,作为非全日制用工,担任清洁工作。其中,A服装公司的上班时间为上午8点到12点,B服装公司的上班时间为下午2点到6点。今年年初,B服装公司因产业调整取消了后勤部门(含保洁部、餐饮部、保卫部)。为此,B服装公司与我终止了劳动关系。我在B服装公司已经工作两年了,B公司是否应该给我经济补偿?

陈李焯律师答:非全日制用工是指以小时计酬为主,劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间

不超过四小时,每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。依据《劳动合同法》第六十九条的规定,从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同;但是,后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。因此,本案中,你同时与A、B公司建立劳动关系并未违反法律规定。但依据《劳动合同法》第七十一条的规定,非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工,用人单位不向劳动者支付经济补偿。这里的“随时终止”既包括合同到期终止,也包括合同未到期终止。故本案中B公司是可随时终止与你的劳动关系的,并且不需要向你支付经

济补偿金。

退休返聘人员上班路上遇车祸是否属于工伤?

王松问:我是A单位返聘的退休技术人员,去年10月,在上班途中发生了车祸,A单位同意我在家休养两个月,并按月支付80%的工资。但我回单位销假上班时,拿着此次事故发生的医疗费用单据,要求单位按工伤报销,但单位认为我不属于工伤,不能按工伤处理。请问我此次事故能算工伤吗?单位是否应该支付我的工伤费用?

陈李焯律师答:首先,你办理退休手续后,不再具有劳动法律调整的劳动者主体资格,你与单位签订的是

劳务(聘用)协议,不是劳动合同。你与单位双方是劳务关系,而非劳动关系,不在《劳动合同法》、《工伤保险条例》等劳动法律的调整范围内。因此,你不能依照《工伤保险条例》来认定工伤。如A单位与你签订的“返聘协议”合法有效,那么你们双方所形成的民事法律关系为雇佣关系,双方发生争议应适用于民事法律。其次,根据《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》第十一条规定:“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害,雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的,赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任,也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后,可

以向第三人追偿。”故,你在上班途中发生交通事故受伤,应认定为从事雇佣工作中受到第三人人身伤害,雇佣单位即A单位对你从事雇佣活动中受到的人身伤害,应当承担民事赔偿责任,A单位承担责任后可以向第三人追偿。



劳动争议咨询站

《法国民法典》拥有许多值得骄傲的“第一”和“之最”：它是世界上第一部民法典，也是资产阶级国家的第一部民法典，是最典型的资本主义民法典，是近代欧洲法典编纂运动的集大成者，是迄今为止施行时间最长的民法典。《法国民法典》至今已经实施 200 多个年头了。在这 200 多年中，许多国家主动或者被动地接受了这部法典，加入了大陆法系国家族，《法国民法典》因此而成为大陆法系的一面旗帜。在过去的岁月里，它受到无数赞誉和无上景仰，被普遍誉为“摧毁了旧社会，开创了一个新社会”的自由资本主义民法的典范。

《法国民法典》于 1804 年 3 月 21 日通过。法典除总则外，分为 3 编，《法国民法典》第一版封面共 2281 条。第一编是人法，包含关于个人和亲属法的规定，是关于民事权利主体的规定。第二编是物法，包含关于各种财产



世界上第一部民法典——《法国民法典》

和所有权及其他物权的的规定，是关于在静态中的民事权利客体的规定。第三编为“取得所有权的各种方法”编，内容颇为庞杂：首先规定了继承、赠与、遗嘱和夫妻财产制；其次规定了债法，附以质权和抵押权法；最后还规定了取得时效和消灭时效。

这部法典原则可以概括：自由和平等原则、所有权原则、契约自治原则。

自由和平等原则，该法典包括两条基本的规定。第 11 条规定：“所有法国人都享有民事权利。”民事权利是指非政治性权利，包括关于个人的权利、亲属的权利和财产的权利。第 488 条规定：满 21 岁为成年（1974 年改为 18 岁），到达此年龄后，除结婚章规定的例外外，有能力为一切民事生活上的行为。

所有权原则，法典第 544~546 条给与动产和不动产所有人以充分广泛的权利和保障。所有权的定义是“对于物有绝对无限地使用、收益及处分的权利”。国家征收私人财产只能根据公益的理由，并以给予所有人以公正和事先的补偿为条件。不论是动产或不动产的所有人，都有权得到该财产所生产以及添附于该财产

的一切物。

契约自治，或称契约自由原则，规定在第 1134 条中：“依法成立的契约，在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力。”除非该契约违反了该法典第 6 条所说的公共秩序或善良风俗，才不具有法律效力。契约是两个或两个以上的意思表示的一致，其目的在于产生某种法律上的效果，或者将所有权从一人移转于他人，或者产生某些债务，或者解除当事人先前缔结的债务，或者只是改变已经存在的一些约定。该法典赋予两个或两个以上个人的意思表示的一致以等于法律的效力，来使他们以自己的行为产生相互间的权利义务，从而改变其原有的法律地位。所以，契约自治，也称为当事人意思自治。契约一经合法成立，当事人必须按照约定，善意履行，非经共同同意，不得修改或废除。契约当事人的财产，甚至人身（该法典原来规定了对违约债务人的民事拘留），都作为履行契约的保证。基于这些观念，立法者作出了一系列规定：契约义务的强制履行，不履行的损害赔偿、履行迟延、债务人的破产程序等等。

随着 100 多年来法国政治、经

济、社会情况的变化，该法典也经过 100 多次修改，以不断适应新的情况。其中较重要的有 1819 年的法律废止了第 726、912 两条，从而使外国人在继承法和和法国人处于完全平等的地位；1854 年的法律废止了第 22~33 条的民事死亡制和第 2059~2070 条的民事拘留制；1855 年的《登记法》改进了关于抵押权的规定。1871 年开始的第三共和国得到巩固以后，进行了范围广泛的法典改革运动。该运动主要针对婚姻法和亲属法，结果，关于结婚的形式要件和实质要件的修改，特别是放松了对于父母同意的要求，对当事人较为方便。离婚制度一度于 1816 年废除，1884 年得到恢复，但基于夫妻共同同意的离婚到 1945 年才得到恢复。关于亲权的行使，发展了加以控制的制度，并且在 1889、1910、1921 年的《受虐待或遗弃的未成年人保护法》中规定，亲权在一定条件下可予以剥夺或限制。由于战争的结

果，1923 年的法律曾对收养的规定作了重大修正，1966 年的法律再次进行了修改。关于夫妻相互继承遗产的权利，由于 1891、1917、1925 年的法律补充规定了对配偶遗产的一部分享有有益权而有所扩大。1965 年的法律根本变更了在丈夫单独控制下的夫妻共同财产制。废除了产制，并且许可妻子在不经其夫同意下开立银行帐户，并管理其个人财产。1970 年的法律废除了丈夫是一家之长的原则。最后，1972 年的法律废除了有关婚生子女和非婚生子女不平等地位的条款。

法国民法典是影响及于全世界的一部大法规。奥地利普通民法典就产生在它的旁边，却相形见绌，不为后世所重。至今我们仍不能不研究它，仍从它那里得到启示。

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
叶林枫	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
陈瑾	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	1395719883
王春美	副主任 律师	56891960	13356169925
谢力权	上海所主任 律师	02161671619	13906669059
吴晓慧	上海所副主任 律师	02161671617	13806622233
方剑文	上海所副主任 律师	02161671629	13325774899
陈明贤	副主任 律师	56891963	13616661669
陈益民	律师	56891922	15858880558
游敏捷	律师	56891991	15888516057
郑东慈	律师	56891972	13185888861
朱琳	律师		13616632963
周海鹏	实习律师	56891985	18968958755
罗进辉	副主任 律师	88358927	13968893236
陈 琦	律师	56891996	13868808864
方方圆	律师	56891920	13676558953
谢尚管	律师	56891971	13587677148
郑 拓	实习律师	56891985	13736367908
吴昌拓	实习律师	56891936	18767157321
陈李坤	副主任 律师	56891951	13588911007
杨邦平	律师	56891976	13456070084
黄 瑛	律师	56891956	1362572889
朱 滨	律师	56891953	18758713825
陈炳然	律师	56891932	1586925309
邹永迪	律师	56891932	18658355556
陈柳兰	律师	56891931	1508851001
张 坚	律师		13806882776
万里	律师	56891932	13967765202
程桂清	律师		18606667719
朱 琦	律师	56891932	15825631718
陈章洋	实习律师		
陈 旻	律师助理	56891971	13868322006
吴和平	律师	56891973	13958851126
许林松	律师	56891915	13075755569
陈利清	律师	56891975	15958717202
陈金卫	律师	56891959	13587634920
高 进	实习律师	56891908	13695748850
潘淑娟	实习律师	56891935	13676547913
杨 婧	实习律师	56891993	18757085925
潘晓珍	律师	56891962	13676488007
朱飞宇	律师	56891965	13667766366
汪丽敏	律师	56891937	13757893113
吴成情	律师	56891937	15888463925
张璇琴	律师	56891936	18312906736
崔 波	律师	56891918	13738778655
彭晓华	律师	56891989	13738778655
陈小雁	律师	56891968	13957795060
李 晓	律师	56891933	13456070881
程 杰	律师	56891933	15057582869
李鸿杰	实习律师	56891938	18657780382
林金建	实习律师	56891985	18858871778
陈定量	主任 律师	56891977	13857785632
张爱民	律师	56891961	13758486216
胡剑波	律师	56891983	
李 超	律师		15157725405
陈雪琴	律师	56891933	15657791016
毛毅坚	主任 律师	56891952	13957711267
苏 泽	律师	56891932	18367703678
范丰盛	实习律师		18868815980
毛林辉	实习律师	56891938	15397339268
金柏梁	实习律师		13588911007
林干多	主任 律师	56891950	13968723786
姜婕静	律师	56891919	13758729253
廖仁俊	律师	56891957	15958717857
刘小鹏	律师	56891969	13857780617
周梦杰	律师	56891985	15968763808
林 达	律师	02161671601	15825420577
刘曙勤	律师	02161671601	13905777835
黄华星	律师	02161671601	13002691888
项天福	律师	02161671601	14781913338
徐巧月	律师	02161671602	15001794195
张金坤	律师	02161671602	15258025761
周晓雯	律师	02161671602	15317682281

行走在消逝中

——《额尔古纳河右岸》读后感

程杰

记得早先少年时
大家诚恳恳
说一句 是一句

清早上火车站
长街黑暗无人行
卖豆浆的小店冒着热气

从前的日色变得慢
车马邮件都慢
一生只够爱一个人

从前的锁也好看
钥匙精美有样子
你锁了 人家就懂了

——《从前慢》 作者：木心

因为《群山之巅》认识了迟子建，因为《额尔古纳河右岸》，沉溺在迟子建笔下的世界里。春节假日里，躺在暖阳下，书页有微微的凉，每翻动一页，伴随着新书的“丝丝”声身临一个纯粹、赤裸的世界。

“我是雨与雪的老熟人了，我有九十岁了。雨雪看老了我，我也把它们看老了。”雨雪的寒意，却不及述说者带来的苍凉感，在顷刻间清空了读者周边的喧嚣，让人沉淀下来，静静地听一个长者对过往的低吟。在一片绿茫茫的山林中，远处的山顶覆着白雪、云雾缭绕；近处，淙淙的流水缀着点点亮光，在河的不远处立着一个个希楞柱，炊烟从希楞柱的顶部袅袅升起融在蓝天里。女人们在给驯鹿喂盐，在烤灰鼠；男人们骑着驯鹿从山林间狩猎归来，远远地甩动着手里的战利品，呼喊着、叫唤着。这个世界的人们生活得如同蓝天、河流、空气般纯净。敬畏大自然，人与人之间没有隔阂，喜怒哀乐溢于言表。生活，没有那么多烦恼，每一天都过得自然而然。他们也有他们的哀愁，爱人、孩子、兄弟、驯鹿的离世，生命的消失是唯一值得他们真正悲哀的事情。然而，时间在向前推移，鄂温克人在历史的齿轮下不得不面对“新生活”——战争、改革都在动摇着生活的根基，即使不适应，到了最后仍是别无选择。她，鄂温克族最后一个酋长的女人，在追忆。“清晨、正午、黄昏”，人

的一生如同一日，在“半个月亮”悬挂在空中时，随着她燃尽自己的生命，那段回忆如同流星划过刹那留下的尾巴，渐渐地消逝……

拿着书本的左手渐渐发酸，我干脆把书搁在了胸口，移开视线看着头顶上的暖日，眯着眼感受和煦的阳光，意识依稀模糊，朦胧间书本里鄂温克人的村庄仿佛幻化成我童年生活的小山村……我没有“她”把雨雪看老的年纪，甚至多年没有看过一场白茫茫的雪景，却在“她”的陈述中回想起自己童年的光景。有山，山上没有清晰的路，但有大致的小道，或是裸露在外的泥土，或是植物绕开长在两边，松针铺满在小道上，踩上去软软的；有河，河的两边好像长着芦苇，家的后门外有个渐变绿的水塘，小伙伴们会两手架着汽车内胎在里面划动。夕阳西下，各家都在门前用门板和竹凳支起小床，孩子们躺上面啃着西瓜。到了中秋会在月饼中间插一个小洞看月亮，因为大人说，那样的月亮会特别圆。那时，左邻右里都和自家亲戚一样，大人们都会把别家小孩当成自己的孩子看待，从不用担心孩子会走失；那时，住得更偏远的同学不小心把饭盒掉在了地上，大家都想带他回家吃饭，家里人比对自己孩子还好地照顾他；那时，每家每户都没有防盗门，有时候门也不一定会上，只要掩着，就不会有人打扰。那时只停留在了那时，如今山上立着电线的铁塔，树是黄的、灰的，树叶上积着灰黑的尘土，河底的石头上牵拉着塑料袋、碎布或果壳，马路两边的房屋新旧不一，好似某处打上了补丁，各家各户都装上了铁门、防盗门，也少见在门前一起玩耍的孩子。每次回家都匆匆忙忙，时间隔得越远，觉得记忆中的家乡越模糊。

如今，在城市生活，走的太快，一天过去仅仅是又一天的开始。怀念渐渐消逝的乡村生活，却发现我的家乡已不复过往，在他处也难寻踪影。第一次读到《从前慢》，竟然莫名地感动，如此熟悉、简单的生活，如今何以变成奢求。慢，“心”和“慢”的联合，是指心里感觉到时间的延展。生活若如猪八戒囫圇吞枣般吃人参果，确实难以品味人生的味道。人人都说自己“忙”，是否真的到了心忙的地步？越走越快，走着走着，却丢了自己的心。

在额尔古纳河右岸，鄂温克人被赶出了他们赖以生存的土壤，坚守着的是那位老妇人和一个“孩童”，她说：“我的身体是神灵给予的，我要在山里，把它还给神灵。”那么，我们来自哪里，又将去向何处？正如书中所说的“没有路的时候我们会迷路，路多的时候我们也会迷路，因为我们不知道该到哪里去。”

(作者系本所房地产部律师)

