



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 152 期

2016.5

(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

要闻简编

中办国办印发《意见》 全面部署深化律师制度改革

中共中央办公厅、国务院
办公厅 6 月 14 日印发了《关于
深化律师制度改革的意见》,分
6 部分 29 条,对深化律师制
度改革作出全面部署。

《意见》指出,充分发挥律
师在立法、执法、司法、守法
中的重要作用,建立健全律师
参与法律法规的起草、修改等
工作的制度化渠道,吸纳律师
担任各级党政机关、人民团体
、企事业单位法律顾问,充分
发挥律师在维护社会和谐稳定
中的重要作用;充分发挥律师
在依法管理经济社会事务中的
重要作用,把律师专业意见作
为特定市场经济活动的必备法
律文书;充分发挥律师在服务和

保障民生中的重要作用,推进
覆盖城乡居民的公共法律服务
体系建设,发展公益法律服务
机构和公益律师队伍,推动法
律服务志愿者队伍建设,加强
律师参与法律援助工作;加强
涉外法律服务工作,支持律师
事务所设立境外分支机构,支
持律师事务所承接跨境跨境业
务,鼓励、支持我国律师参与
国际商事法律组织、仲裁机构
活动并担任职务。

《意见》要求,完善进一步
规范律师执业行为的规章和行
业规范,严格执行执业惩戒制
度,实行律师不良执业信息记
录披露和查询制度;加强律师
事务所管理。

中共中央办公厅: 全面推行从律师中选法官

2016 年 6 月 2 日,中共
中央办公厅印发了《从律师和
法学专家中公开选拔立法工作
者、法官、检察官办法》的
通知。通知要求具有立法权
的人大常委会的法制工作机
构、政府法制部门、人民法
院、人民检察院应当把从律
师、法学专家中选拔法官、
检察官工作常态化、制度化。
人民法院、人民检察院在招
录、遴选法官、检察官时,应
当根据工作实际预留适当数
量的岗位用于从律师、法学
专家中公开选拔法官、检察
官。

会的法制工作机构、政府法
制部门可以根据工作需要招
录一定数量的律师、法学
专家从事法律法规起草工
作。人民法院、人民检察院
应当把从律师、法学专家中
选拔法官、检察官工作常态
化、制度化。

人民法院、人民检察院在招
录、遴选法官、检察官时,应
当根据工作实际预留适当数
量的岗位用于从律师、法学
专家中公开选拔法官、检察
官。

努力打造“学习型”品牌律师事务所 我所律师“充电”忙

在今年 4 月举行的第九次全国
律师代表大会上,中华全国律
师协会授予我所“全国优秀
律师事务所”称号。我所成
立二十年来,以品牌、人才、
业绩为核心竞争力,以精深
的专业知识,良好的职业道
德,丰富的执业经验,务实
的工作作风,为客户提供专
业、权威、实用、便捷、优
质高效的法律服务,赢得了
客户的信任和社会各界的
赞誉。

“全国优秀律师事务所”荣
誉的取得,源于先正大全体
同仁多年的不懈努力和无私
奉献。在荣誉和赞扬声中,
先正大律师清醒地认识到,
要创建和打造一个长盛不衰
的优秀品牌律师事务所,除
了要有正确的自身发展战略
外,未来唯一可持续的竞争
优势,就是要有出色的学习
能力。学习既是一种储备,
更是一种投资。学习精神、
学习能力才是一个律师事
务所的核心竞争力。

随着信息时代和知识经济的
发展,我们周围的世界每天
都在发生变化,知识以前所
未有的速度在更新。对于律
师来说,更要面对源源不断
颁布的法律、新修订的法律
、新出台的司法解释。在
法律的天空下,不断涌现分
门别类的、需要律师提供服
务的新的客体。不断学习和
完善自己,以应对市场化、
国际化、法治化的挑战,是
律师职业永恒不变的课题。
这个课题对于资深律师来
说同样不可或缺。我所周
主任、陈主任、张主任、
王主任等管理层的资深或
中坚律师与时俱进,求知
若渴。每逢在本市或者杭
州、上海等地举办的律师
进修课程、前沿法律专题

都能看到他们的身影。同时
,在他们任职的律协各专
业委员会里,积极组织聘
请专家学者举办业务专题
培训,为青年律师成长搭
建平台。在他们身体力行
的带领下,我所年轻律师
学习、进修已蔚成风气,
参加“互联网时代下的创
新”、“互联网金融与法律
”、“法律援助律师义务
培训”、“刑事诉讼专题
讲座”、“房地产纠纷若
干热点问题探讨”……等
各种法律课程的学习,成
了他们节假日的主要节目
。青年律师潘晓珍,是一
个刚刚蹒跚学步孩子的妈
妈,为了不耽误同济大学
的研究生课程,最近她连
续 6、7 个周末顾不上孩
子、放弃休息,奔波在温
州、上海之间;青年律师
谢尚誓,在律师实务中,
尤其是在为法律顾问单位
提供咨询和法律讲座时,
深切感受到提高自身法律
理论功底的必要性和重要
性,于是他奋发学习,近
二年来,他从自己菲薄的
收入中花了近 3 万元用于
购买各种法律书籍,潜心
苦读。一分耕耘,一分收
获,近几个月来,他针对
企业营销资金及时催收和
正常运转等企业急待解
决的问题,相继为我市十
多家企业讲授了《温州中
小企业应收账款法律风险
点》等系列课程。由于课
程符合我市企业的现实需
求,受到相关政府部门、
培训机构的重视。

近几年来,我所年轻的破
产管理人律师团队在周
主任的带领下,先后成功
地承办了本市及外地多
家企业的破产重整工作。
破产案件是一项十分复
杂、实践性很强的综合
性业务,涉及法律、财
务、社会、经济等诸多
领域。因此,

不断提高破产管理人律
师团队的破产专业知识水
平无疑是至关重要的。为
此,我所经常组织律师参
加破产业务培训,并建立
破产案件集体讨论制度,
鼓励青年律师对破产相
关知识进行学习研究,参
加学术活动,撰写专业文
章。作为管理人团队的领
军人周主任,更是曾经在
一天内上午、下午、晚上
连轴转,接连参加三个
企业的破产事务研讨会。
今年 4 月 9 日,在瑞安
召开的全国性的专题研
讨会“中国破产法论坛
——僵尸企业处置与破
产清算工作专题研讨会”
上,我所周主任、陈主任
撰写的论文《“僵尸企业
”司法重整可行性条件分
析》、范丰盛律师撰写的
论文《“僵尸企业”的界
定与处置》以及黄璋律
师撰写的论文《针对“
僵尸企业”破产重整事
务问题的一些意见》均
入选了本次会议的《论
文集》;由我所担任管理
人的瑞安市东沿食品有
限公司破产清算案成功
入选了本次研讨会的《
瑞安经验介绍手册》,体
现了先正大破产管理人
团队对破产法律制度的深
入理解和把握,以及在
企业破产实务方面的丰
富经验。

当前,律师业的竞争,已
不仅仅是人才的竞争,也
不仅仅是管理的竞争,而
是“学习力”的竞争。要
做一个称职的律师,除
了踏踏实实的学习,认
真实践之外,是没有捷
径可走的。可以说,谁
具备了“学习力”,谁
就能在竞争中获胜。我
所律师“充电”忙的现象
表明,当学习成为习惯,
当学习成为默契,当学
习成为饥渴,那么“学
习型”品牌律师事务所
的创建就已经指日可
待了。

多个部门联合强拆 法院判决行为违法

姜雅静

一、案情简介

2014 年 11 月 10 日,我
市某区国土资源局、城市
管理与行政执法局、环境
保护局共同向陈某某发
出《催告拆除违法建筑的
通知》(以下简称“通知”),
该通知称“陈某某未经土
地、规划、环保等主管部
门许可,擅自违法占地、
建设、生产活动,违反了
《中华人民共和国土地管
理法》、《中华人民共和国
城乡规划法》和《中华
人民共和国环境保护法》
等法律法规规定,构成
违法建筑,依法予以拆
除。相关部门多次通知
你户自行拆除违法建筑。
你户未在规定催告拆
除期限内履行上述义务,
现限你户在 2014 年 11
月 20 日前(腾空)并
自行拆除上述违法建筑;
逾期不拆除的,相关部门
将联合依法实施强制拆
除。”陈某

某收到该通知后,于同
年 11 月 20 日向法院提
起行政诉讼。然而在诉
讼期间,相关执法部门
联合强制拆除了涉案建
筑物。

由于陈某某不服该强
拆行为,遂伙同与其有
相同“遭遇”的其他五
家被强拆户,找到笔者
及我所毛毅坚律师寻求
法律帮助。在详细听取
他们的陈述后,我们认
为相关执法部门的强拆
行为存在认定事实不清
、程序违法等情况,故
接受陈某某等被强拆
户的委托,作为其诉讼
代理人分别依法向法院
提起确认行政强制违法
的诉讼。另,在收集证
据材料过程中我们发现
当地街道办事处也参
与了上述强拆行为,遂
依法追加其为共同被
告参与诉讼。

二、被告方主要观点

针对我方的起诉,本
案各被告分别提出了
各自的答辩意见,



要点如下:

1. 涉案建筑物属违法建
筑,且原告陈某某的紧
固件加工厂没有任何
环保审批手续,依法
应当拆除;被告强制
拆除违法建筑的联合
执法行为是依法行
事,该行为不属于
行政诉讼的受案范
围;

2. 相关执法部门先后
向原告陈某某等人二
次送达要求其限期
拆除的通知,明确告
知原告可在

规定的期限内提出申
诉,但原告既没有申
辩,也没有履行停止
生产、腾空违章建筑
的义务。因此,相关
部门对涉案建筑物予
以拆除程序合法。

3. 我国《行政强制法》
规定,当事人逾期不
履行,经催告仍不履
行行政机关依法作出
的决定,其后果已经
或者将危害交通安
全、造成环境污染或
者破坏自然资源的,
行政机关可以代履
行。浙江省及温州市
相关地方规范性文件
规定,被告街道办事处
行使拆除本辖区内
违法建筑的强制执
行权,是履行职务
的合法行为。

三、我方观点

我方针对本案各被告
的答辩发表以下代理
意见:

1. 关于本案是否属于
人民法院受案范围
(下转第 2 版)

我所叶林枫执行主任 参加全省律师工作会议

6 月 16 日,全省律师
工作会议在杭州召开。
我所执行主任叶林枫
律师参加了会议,并获
颁“全国优秀律师事
务所”奖牌。

本次会议由省司法委
统筹协调,省高院、
省检察院、省公安厅
、省司法厅联合召开,
这在我省律师事业发
展史上尚属首次。会
前,省委书记、省人
大常委会主任夏宝龙
看望了出席会议的代
表。夏宝龙代表省委
、省政府向全省广大
律师致以问候。他说
,律师队伍是依法治
国的重要力量,经济
发展、社会发展、事
业发展需要你们,人
民群众生活安定需
要你们。律师在浙
江有地位、有尊严,
也可以大有作为。

陈兴良、陈小雁律师参加 物业管理条例专家论证会

5 月 20 日,我所副
主任陈兴良高级律
师、陈小雁律师作为
评估专家参加了由温
州市建委召开的《温
州市物业管理服务条
例(草案)》法律论
证会。会上,陈兴良
律师就加强物业项目
规范化、长效化管理
,进一步提升服务水平
;引导规范业主自治
组织建设,充分发挥
社区自治组织在物
业管理和社区建设
上的功能作用,改善
市民群众居住环境
等问题提出了论证
意见。

(上接第1版)

我国《中华人民共和国行政诉讼法》第二条第一款规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”《中华人民共和国行政强制法》第四十四条规定：“对违法的建筑物、构筑物、设施等需要强制拆除的，应当由行政机关予以公告，限期当事人自行拆除。当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼，又不拆除的，行政机关可以依法强制拆除。”本案中，原告已依法在《催告通知》限期内提起行政诉讼，各被告却在诉讼未果时即实施强拆行为，显然违反《行政强制法》的上述规定，侵害了原告的合法权益，原告有权为此提起行政诉讼，故本案属于人民法院的受案范围。

2. 关于涉案建筑是否属于违章建筑物

我方认为，由于历史的原因，我市城郊存在大量未经办理合法审批手续的建筑物，对此不宜采取“一刀切”的做法，应当结合具体情况再行认定。本案中，涉案厂房被强拆前，原告陈某某每年均需为该厂房向税务部门缴纳“城镇土地使用税”、“房产税”等费用。如果该厂房属于违章建筑，税务部门向其收取税费依据何在？本案各被告在末对原告涉案建筑的建造时间、是否对城市规划、环境造成严重影响等履行调查认定程序，并给予原告陈述申辩的权利的情况下，仅凭1994年航拍图和2014年宗地图对比情况，就简单、武断地认定原告生产厂房属于违法建筑和违法用地，明显属于认定事实不清，证据

多个部门联合强拆 法院判决行为违法

不足。此外，本案案由系拆迁行政强制纠纷，审查的内容是强制拆迁程序及手段是否合法，涉案建筑是否属于违章建筑并非本案的审查范围，即便原告存在非法占地、违法建设问题，被告亦不能籍此为由主张强拆行为合法。

3. 关于被诉强制拆除行为是否违法

首先，《中华人民共和国城乡规划法》第六十八条规定：“城乡规划主管部门作出责令停止建设或者限期拆除的决定后，当事人不停止建设或者逾期不拆除的，建设工程所在地县级以上地方人民政府可以责成有关部门采取查封施工现场、强制拆除等措施。”《浙江省城乡规划条例》第六十六条第二款规定：“城乡规划主管部门作出责令限期拆除的决定后，当事人逾期不拆除又在法定期限内不申请复议、不起诉的，城乡规划主管部门应当自法定期限届满之日起十五日内向本级城市、县人民政府报告。城市、县人民政府应当自收到报告之日起六十日内书面责成有关部门强制拆除。”根据上述法律、法规的规定，责令限期拆除而当事人逾期不拆除以及县级以上地方人民政府责成有关部门拆除是强制拆除城镇违法建筑的两个前提条件。各被告在缺乏上述条件的状况下直接强制拆除涉案建筑物，应属事实不清，程序违法。

其次，依据《土地管理法》第八十三条“……建设单位或者个人对责令限期拆除的行政处罚决定不服的，可

以在接到责令限期拆除决定之日起十五日内，向人民法院起诉；期满不起诉又不自行拆除的，由作出处罚决定的机关依法申请人民法院强制执行”，以及《行政强制法》第十三条“行政强制执行由法律设定。法律没有规定行政机关强制执行的，作出行政决定的行政机关应当申请人民法院强制执行”之规定，即使存在违反土地管理法的情形，且当事人拒不履行责令限期拆除决定的，执法部门也应当申请人民法院强制执行。《温州市区整治和查处违法建筑暂行办法》性质属于地方规范性文件，无权设定行政强制执行权。故本案各被告没有申请法院强制执行即自行实施拆除行为，构成严重的程序违法。

再次，《中华人民共和国行政强制法》第三十六条规定：“当事人收到催告书后有权进行陈述和申辩。行政机关应当充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行记录、复核。当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政机关应当采纳。”《浙江省违法建筑处置规定》第十四条规定：“城乡规划主管部门和乡（镇）人民政府作出违法建筑处置决定前，应当充分听取当事人的意见。”同时，其第十九条又规定：“城乡规划主管部门或者乡（镇）人民政府对违法建筑实施强制拆除的，应当书面告知当事人到场；当事人不到场的，应当在公证机构公证或者无利害关系第三方见证下，实施强制拆除。”就本案而言，各被告不但没有给

予原告陈述和申辩的权利，而且未告知原告强拆的具体时间即实施强制拆除，同样属于认定事实不清，程序违法。

最后，本案不符合代履行的适用条件。依照《中华人民共和国行政强制法》第五十条之规定，代履行是一种无须催告的强制执行方式，但是其适用规则针对的是如不及时处理，可能会严重影响正常的行政管理秩序的紧急事项，比如清除道路、河道、航道或者公共场所的遗撒物、障碍物或者污染物等。本案被诉的强拆行为，无论从时间紧迫性还是已经或将产生的危害后果而言，均不符合代履行的适用条件，被告蒲州街道辩称本案属于代履行不能成立。

综上所述，本案被诉强拆行为事实不清，程序严重违法，应当依法予以撤销。

四、法院判决

本案历经多次开庭审理，最后法院采纳了我方大部分代理意见，认定本案属于人民法院的受案范围，被告国土局、城管与执法局、蒲州街道参与了被诉强拆行为，以及被诉强拆行为事实不清、程序违法，遂判决确认被告国土局、城管与执法局和蒲州街道强制拆除原告建筑物的行政行为违法。

五、作者评析

行政强制通俗地说，就是政府在行使权力的时候“来硬的”。在这里，合法性是行政强制的首要原则，它要求政府部门“来硬的”时候，必须依照

法定的权限、范围、条件和程序，不能乱来，违反其中任一环节即可能构成违法行政。就本案而言，被告行政机关在诸多环节存在执法瑕疵，如事实方面：未经尽职调查及充分听取当事人的意见，即草率认定涉案厂房为违章建筑等；如程序方面：自行组织实施强拆而未申请法院强制执行，未对涉案建筑物内财物登记造册并运送他处存放，即实施野蛮强拆等。据此，本案原告已对因违法强拆行为，造成其建筑物的建造成本、机器设备和原材料等被理的价值损失等，依据《国家赔偿法》的规定向执法部门申请行政赔偿。

行政强拆是当前基层社会矛盾的焦点之一，强拆动的是老百姓最根本的“奶酪”——房屋，一旦处置失当，即可能造成老百姓与政府的对立情绪。如本案原告已依法提起行政诉讼的情况下，执法部门仍公然无视老百姓的申诉权利、藐视法院的权威，悍然实施了野蛮强拆。其结果不仅侵害行政相对人的合法权益，更极大损害了政府的社会公信力与公信力。践行、深化依法治国理念不仅要求公民守法，更需要行政机关严格执法。作为执法部门应始终秉持执法为民、违法必究的原则，避免运动式执法以“快”为先的作风，充分保障行政相对人法律救济的权利，让行政执法经得起司法审查，方能彰显社会主义法治国家的治国理念。

(作者系本所知识产权部律师)



现代企业间的核心竞争力之一是企业的核心技术或商业秘密。在劳动关系中，用人单位的核心技术或商业秘密，往往是由用人单位某一层面的劳动者掌握。用人单位如何管理知识产权或商业秘密，其中一点则是需要对接触到此类核心技术或商业秘密的劳动者设定相应的义务，进而需要建立相应的制度来保障。因此，劳动者对用人单位的忠诚义务演化出劳动合同的保密义务，进而扩展为竞业限制。

竞业限制是用人单位对负有保密义务的劳动者，在劳动合同、知识产权权利归属协议或技术保密协议中约定的竞业限制条款。目前，劳动关系中竞业限制的法律条款则主要集中在劳动合同法里，但并未规定具体操作细则。因而，实践中往往会出现用人单位对竞业限制条款的设置五花八门，甚至出现约定无效的情形。本文现就竞业限制在实务操作中应注意的事项，作如下阐述：

一、竞业限制的范围、期限

竞业限制设置目的是保护用人单位的商业秘密或核心技术。因而，只有知悉用人单位商业秘密和核心技术的劳动者，才有必要予以限制。根据《劳动合同法》第二十四条规定可知，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。这类劳动者往往是用人单位的核心部门主管、技术研发以及能接触到商业秘密或技术研发、生产等人员，并非是用人单位的每一位劳动者。因此，竞业限制条款在双方约定时应注意主体适格的问题。

竞业限制期限不得超过二年。即在解除或者终止劳动合同后，上述负有保密义务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。另根据《浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动争议仲裁委员会关于印发〈关于审理劳动争议案件若干问题的解答（三）〉的通知》可知，竞业限制期间包括但不限于劳动合同解除或者终止后，用人单位与劳动者就劳动者在职期间的竞业限制义务作出约定的，应属有效。用人单位要求劳动者就其在职期间违反竞业限制约定的行为承担责任，可予支持。劳动者要求用人单位就其在职期间履行竞业限制义务支付经济补偿，或者以用人单位未支付经济补偿为由主张在职期间竞业限

制约定无效的，不予支持。

另外，竞业限制在保护用人单位财产权的同时，对劳动者的就业实际上是一种限制。因此，当用人单位与劳动者在约定竞业限制时，法律对此予以一定的限制。即竞业限制的范围、地域、期限可由用人单位与劳动者约定，但该约定不得违反法律、法规的规定。比如，竞业限制的期限可由双方约定为一年或二年。但是，如果双方约定为三年的，则超过二年部分无效，即劳动者在第三年从事禁止事项，用人单位主张其违约的不可不予以支持。同理，用人单位与那些并不负有保密义务的普通员工约定竞业限制条款的，则因主体不适格而约定无效。

二、竞业限制期限内的竞业限制补偿金

第一，竞业限制补偿金，是由用

人单位对劳动者履行竞业限制义务而支出的经济补偿金。即用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与负有保密义务的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。

第二，竞业限制补偿金一般只能在劳动关系结束后，在竞业限制期限内给付劳动者。鉴于劳动关系终止或解除后，在竞业限制期限内，劳动者因不能再到相同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，故用人单位应向其支付补偿金，

付。该标准低于劳动合同履行地最低工资标准的，按照劳动合同履行地最低工资标准支付。此外，竞业限制条款或协议的效力并不因用人单位与劳动者未约定经济补偿或约定的经济补偿过低的而无效。

第四，竞业补偿金法律仅规定了在竞业限制期限内按月给付。但是，用人单位如果在解除或终止劳动合同时，一次性向劳动者支付了竞业限制补偿金的，劳动者违反竞业限制义务时，用人单位可以向劳动者主张违约金。

三、竞业限制的解除

解除或终止劳动关系时，在办交接手续中用人单位应明确告知劳动

者是否履行竞业限制义务。若不再需要劳动者履行的，应明确告知并保留相关证据。在竞业限制期限内，用人单位可提出解除竞业限制协议。但是，在解除竞业限制协议时，劳动者可向用人单位主张额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿。同时，在竞业限制期限内，若因用人单位原因未向劳动者按约定支付经济补偿金达三个月，劳动者可提出解除竞业限制约定。

四、劳动者违反竞业限制约定，用人单位的维权措施。首先，劳动者违反竞业限制应向用人单位支付违约金。用人单位依据双方竞业限制约定向劳动者支付经济补偿金，而劳动者违反约定的，劳动者应当向用人单位支付违约金，且应返还违反竞业限制约定期间用人单位向其支付的经济补偿金，并应继

续履行竞业限制义务。另外，若用人单位向劳动者一次性支付经济补偿的，应当将经济补偿数额进行折算，对劳动者违反竞业限制约定期间相对应的经济补偿予以返还。此外，违约金法律上没有具体规定一个金额，但双方可在劳动合同或保密协议中明确约定一个具体的违约金数额或计算标准。进而避免赔偿损失等因概括性的约定，而导致增加用人单位具体损失的举证责任。

其次，若劳动者在违反竞业限制的的同时并泄露了用人单位的商业秘密，则用人单位可依据《反不正当竞争法》要求劳动者承担商业秘密侵权责任，并根据竞业限制条款或协议要求劳动者就其违反竞业限制约定的行为承担违约责任。为此，从另一方面也可说明用人单位应完善其商业秘密制度的必要性。

最后，实务中，对一般负有保密义务的劳动者在竞业限制期限内若违反双方竞业限制约定的，用人单位对此往往很难取证。除非该劳动者是高管或专家技术人员等。但是，用人单位对劳动者履行竞业限制义务的检查措施仍可通过以下方式：劳动者的社会保险缴费记录、完税证明（可申请仲裁委或法院调取）、劳动者新用人单位的经营范围、股东信息及与劳动者的电话录音等。从上述证据的可获悉劳动中是否违反竞业限制约定。

(作者系本所法律顾问部律师)



漫谈竞业限制

陈琼

进而保障劳动者的生活。如果用人单位将该笔补偿金包含在工资内发放，则除不符合法律规定外，也无法衡量劳动者履行竞业限制义务的价值所在。同时，此举在仲裁或诉讼中也存在极大的败诉风险，将竞业限制补偿金包含在工资内的约定一般无效。因此，用人单位若执意要竞业限制补偿金含在已发工资中一并发放形式的，则应在工资单上单独列出“竞业限制补偿金”。进而将工资与竞业补偿金的款项性质作区分，避免仲裁或诉讼中用人单位无法举证证明已支付竞业补偿金的事实。

第三，竞业限制补偿金的标准和金额法律上没有具体规定，但是，用人单位可以合理确定竞业限制补偿金的标准和金额。建议用人单位可按劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的30%按月支

案件缘起:

朱某与叶某系朋友关系。2011年2月24日,朱某和甲公司因收购乙公司缺少资金而向叶某借款,三方签订了《借款协议书》,约定由叶某向朱某、甲公司出借人民币3000万元,月利率为1.7%,利息每月付清;同日,叶某预先扣除了利息50万元,通过银行转账方式向二借款人交付了2950万元。

成功筹集资金后,朱某和甲公司顺利收购了乙公司成为股东,并由朱某担任乙公司的法定代表人。2011年7月22日,朱某代表乙公司向叶某出具了《担保确认函》,承诺并保证乙公司自愿为朱某、甲公司在上述《借款协议书》项下的债务提供连带责任保证;保证范围为借款本金、利息、违约金、损害赔偿金及实现债权的费用,实现债权的费用包括但不限于诉讼费、律师代理费及其他合理费用;并完全同意《借款协议书》约定的权利义务。朱某作为乙公司的法定代表人在《担保确认函》上签字,并加盖了乙公司的公章。同日,甲公司的法定代表人朱丁也代表甲公司向叶某出具了《确认函》,确认甲公司和朱某向叶某借款3000万元及乙公司向叶某出具上述《担保确认函》的事实。此后,朱某、甲公司既未支付利息也未偿还本金,乙公司亦未承担保证责任。叶某经多次催讨还款未果,遂决定委托笔者循法律途径维护自身合法权益,以朱某、甲公司、乙公司为被告,向约定的管辖法院(即温州市鹿城区人民法院)提起了诉讼。

在审理过程中,被告朱某、甲公司未参加庭审活动,被告乙公司的代理律师到庭应诉。

被告方观点:

一、乙公司的印章样式在广州市

工商行政管理局进行了备案,《借款协议书》上的公章并非乙公司备案的公章,系其法定代表人朱某私自刻制,不代表乙公司的真实意思表示,即担保行为应属无效。

二、乙公司已于2014年9月3日向广州市公安机关报案称其公司印章被伪造。广州市公安机关于2014年9月10日对乙公司印章被伪造一案进行立案侦查。朱某私刻公章涉及刑事犯罪,应驳回原告起诉,并将案卷材料移送公安机关处理。

三、朱某在未经股东会或者股东大会决议为其本人或控制公司的借款提供担保违反了《公司法》第十六条的规定,属于越权代表,对乙公司不产生约束力。

查,但结合案件事实足以认定乙公司的保证责任,该刑事案件如何处理不影响本案民间借贷纠纷的审理。乙公司以涉案《担保确认函》加盖的印章并非备案印章且系伪造无效为由,辩称其不需要承担连带保证责任,无事实与法律依据。

二、朱某私刻公章涉嫌刑事犯罪与本案被告乙公司承担保证责任分属不同法律关系,被告请求法庭驳回原告起诉没有法律依据。

被告乙公司以本案涉嫌刑事犯罪为由,请求法院驳回原告的起诉并移送公安机关处理。我方认为,朱某私刻公章涉嫌刑事犯罪与本案乙公司承担保证责任分属不同法律关系,被告请求法庭驳回原告起诉没有法

律依据。根据《民事诉讼法》第一百五十一条第一款第五项之规定,需要中止诉讼的前提是“本案必须以另一案的审理结果为依据,而另一案尚未审结的”。本案中,乙公司须承担保证责任的事实清楚,证据充分,无需以刑事案件审理结果为依据。本案原告的起诉完全符合法律规定,并不存在须驳回起诉的情形。

三、《公司法》第十六条关于公司对外担保的规定,仅为规范公司管理,属于内部决议程序。如法定代表人越权对外担保,不应否认公司担保对善意第三人的效力。

《公司法》第十六条第二款关于“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议”的规定,属于管理性强制性规定,其约束的是公司行为,防范的是公司管理层以及实际控股股东利用公司担保进行不当的利益输送进而损害公司资产的独立和完整,属于公司内部治理结构的调整范畴,并非效力性强制性规定,不具有对外效力,特别是对善意第三人。在涉及违反该条款规定的公

必然挫伤市场交易的活跃性,在实践中不具有可操作性合理性。我国《合同法》第五十条规定“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效”,以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第十一条规定“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效”。因此,如公司法定代表人以公司名义对外签订了担保合同,其他股东在未有证据证明债权人知道或者应当知道法定代表人超越了权限的,公司及其他股东不能仅仅以该担保未经“董事会或者股东会决议”主张担保合同无效,更何况《公司法》十六条本身并未明确规定未经“董事会或者股东会决议”的公司担保无效。朱某作为乙公司的法定代表人,其超越代表权签订《担保确认函》一事,叶某并不知晓其已经超越代表权限,乙公司亦为能提出证据证明叶某知道或应当

知道朱某超越权限,因此朱某的代表行为有效,对乙公司产生法律约束力。

法院判决:

一审法院经审理后,依法支持了原告叶某的诉讼请求,判决被告朱某、甲公司共同偿还原告叶某借款本金2950万元(因借款的利息不得预先在本金中扣除,本案原告叶某的实际出借款项为2950万元),被告乙公司对上述债务承担连带清偿责任。

被告乙公司不服一审判决向温州市中级人民法院提起上诉,温州市中级人民法院依法受理后,经书面审理,认为原审认定的事实清楚,程序正当,适用法律正确,遂判决驳回上诉,维持了一审判决。

作者评析:

在温州高发的民间借贷纠纷案件中,关于公司法定代表人对外提供担保效力问题的争议案件不在少数。本案的特殊性在于被告乙公司提出《担保确认函》上的公章并非乙公司备案的公章,系其前法定代表人朱某私自刻制,不代表乙公司的真实意思表示,即担保行为应属无效。

公司作为有别于自然人的民事主体,需要公章或其他符号、形式对外宣示其意思。但公章只是经过相关机关批准、备案后刊刻的一种代表公司的符号,没有把公章绝对化的必要。本案被告朱某是乙公司出具《担保确认函》时的法定代表人,朱某的行为能代表公司,此乃法律规定。《担保确认函》虽然存在公章系朱某私自刻制的瑕疵,但这是需要通过专门的鉴定机构才可以识别的,《担保确认函》由朱某亲笔签名,使原告有理由相信当时乙公司的法定代表人朱某代表行为的真实性。朱某在《担保确认函》签名、盖章的行为属于职务行为,代表公司的意志,其法律后果应由公司承担。进言之,即使朱某的行为未获得公司有效授权或者批准,其使用的公章并非公司的备案公章,公司可以事后追究朱某的法律后果,但不能因此否定其代表公司作出的意思表示,否则将有违《合同法》、《担保法》保护交易安全的立法目的。

(作者系本所执行主任、律师)

法定代表人私刻公章对外担保由公司担责

叶林枫

我方观点:

一、朱某作为乙公司的法定代表人在《担保确认函》签名及盖章,对乙公司产生法律约束力。

本案借款事实清楚,证据充分,借款人应承担清偿责任。而作为保证人的乙公司,尽管涉案《担保确认函》中加盖的乙公司印章不是备案印章,但《担保确认函》仍然合法有效,对乙公司产生法律约束力。根据我国《民法通则》第四十三条的规定:“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为,承担民事责任。”本案中,朱某既是借款人,在签订《担保确认函》时又是乙公司的法定代表人,有权代表乙公司对外从事民事法律行为。朱某以乙公司的法定代表人身份在涉案《担保确认函》中签名,叶某有理由相信朱某做出的行为是代表乙公司的职务行为。公司法定代表人签字的合同代表了公司的意思表示,可产生使合同成立的法律效果,所以,涉案《担保确认函》依法成立生效,并对乙公司产生法律约束力。在本案审理过程中,广州市公安机关虽已对乙公司被伪造印章一案立案侦

查,但结合案件事实足以认定乙公司的保证责任,该刑事案件如何处理不影响本案民间借贷纠纷的审理。乙公司以涉案《担保确认函》加盖的印章并非备案印章且系伪造无效为由,辩称其不需要承担连带保证责任,无事实与法律依据。

二、朱某私刻公章涉嫌刑事犯罪与本案被告乙公司承担保证责任分属不同法律关系,被告请求法庭驳回原告起诉没有法律依据。

被告乙公司以本案涉嫌刑事犯罪为由,请求法院驳回原告的起诉并移送公安机关处理。我方认为,朱某私刻公章涉嫌刑事犯罪与本案乙公司承担保证责任分属不同法律关系,被告请求法庭驳回原告起诉没有法

律依据。根据《民事诉讼法》第一百五十一条第一款第五项之规定,需要中止诉讼的前提是“本案必须以另一案的审理结果为依据,而另一案尚未审结的”。本案中,乙公司须承担保证责任的事实清楚,证据充分,无需以刑事案件审理结果为依据。本案原告的起诉完全符合法律规定,并不存在须驳回起诉的情形。

三、《公司法》第十六条关于公司对外担保的规定,仅为规范公司管理,属于内部决议程序。如法定代表人越权对外担保,不应否认公司担保对善意第三人的效力。

《公司法》第十六条第二款关于“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议”的规定,属于管理性强制性规定,其约束的是公司行为,防范的是公司管理层以及实际控股股东利用公司担保进行不当的利益输送进而损害公司资产的独立和完整,属于公司内部治理结构的调整范畴,并非效力性强制性规定,不具有对外效力,特别是对善意第三人。在涉及违反该条款规定的公



主合同仲裁条款不能约束从合同

林金建

(2013)民四他字第9号)中明确提出:“案涉担保合同没有约定仲裁条款,仲裁庭关于主合同有仲裁条款,担保合同作为从合同受到主合同中仲裁条款约束的意见缺乏法律依据”。此外,根据《仲裁法》第四条规定:“当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当双方自愿,达成仲裁协议。没有仲裁协议,一方申请仲裁的,仲裁委员会不予受理。”根据前述规定,当事人双方自愿达成仲裁协议是确定纠纷以仲裁方式解决的前提。担保合同的双方当事人没有达成仲裁协议或约定通过诉讼解决争议的,则仲裁委员会没有仲裁管辖之依据。对于仲裁协议,在《仲裁法》第十六条规定:“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容:(一)请求仲裁的意思表示;(二)仲裁事项;(三)选定

的仲裁委员会。”根据前述规定,仲裁协议需以书面形式达成,且仲裁意思表示的内容需要符合法律规定的要件。也就是说提交仲裁解决纠纷的意思表示不能推定,只能明示。因此在主合同中有仲裁条款,而担保合同中并没有仲裁条款的情况下,依据仲裁协议必须明确且采用书面形式的要求,无法推定从合同项下的当事人默示接受主合同中的仲裁条款。所以担保合同没有仲裁条款且当事人未订立其他书面仲裁协议的,不能推定主合同的仲裁条款对担保合同有约束力。最后,仲裁委采纳了对方提出的管辖异议,案中个人担保人部分不适用仲裁程序。

本案中,由于自然人担保人乙某住所地在其他城市,此部分须在其住所地基层法院审理,这无疑将会增加原告的诉讼成本,延长纠纷解决的时间。对此,最高院也曾出于对效率的考量,于2004年7月23日在《关于

适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(征求意见稿)的第七条第二款中规定:“人民法院或者仲裁委员会受理合同纠纷,当事人同时向连带责任保证人主张权利的,人民法院或者仲裁委员会可以一并审理。”在第十五条第二款、第三款中规定:“与仲裁事项不可分的应予仲裁时一并审查处理的事项,视为仲裁事项。与仲裁事项有密切联系,且另行诉讼会给法院管辖与审理以及当事人诉讼造成严重不方便的,仲裁机关可以一并仲裁。”然而经过征求意见,2006年8月23日最高人民法院在正式公布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》中,上述条款未被采纳,即未对主合同仲裁条款对担保合同的法律效力问题作出明确的规定。

据此可见,最高院在这个问题的公正和效率的评价和选择上,选择了前者,这也符合最高院提出的“公正

优先,兼顾效率”的司法原则,这无疑是正确的选择。本案中主合同与担保合同,所指向的是两个不同的法律关系——借贷关系与保证关系。法律没有限制当事人对主合同、担保合同争议解决方式进行分别约定,而根据仲裁意思自治的原则,当事人完全有权自主决定是否选择以仲裁方式解决争议,若以主合同(借贷关系)的仲裁选择强加于从合同(保证关系)无疑有损法律赋予的自由选择之权;公正之余,虽增加了原告的诉讼费用及案件解决的时间效率,但通过此次裁判,会让当事人在订立合同时,对主合同、担保合同争议解决条款的一致性问题予以关注,亦能促成社会法律适用的良性循环。

(作者系本所房地产部实习律师)



近日,笔者曾协助办理过这样一件借款合同纠纷案:某银行向某企业发放一笔贷款,并由甲公司与自然人乙某作为连带责任保证人为某企业贷款提供担保。贷款到期后因某企业未能如期偿还,某银行遂委托我所律师按照原借款合同与企业担保保证合同中的约定向温州仲裁委员会提起仲裁。在接手案件、研究案情时我们发现原借款合同与企业担保保证合同中均约定有仲裁条款,但在自然人乙某的个人担保函中对管辖问题并无约定,按照对最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释第一百二十九条:“主合同和担保合同发生纠纷提起诉讼的,应当根据主合同确定案件管辖”的通常理解,以及对于效率、费用的考量,便一并申请仲裁。

在答辩期内,担保人自然人乙某提出管辖异议,最初笔者认为应是对方意图借此拖延时间的伎俩,但在准备反驳时却发现并不是如此。最高人民法院曾在《关于成都优邦文具有限公司、王国建申请撤销深圳仲裁委员会(2011)深仲裁字第601号仲裁裁决一案的请示的复函》(

现代汉语中,如果要形容一个人罪大恶极、恶贯满盈,常常用“十恶不赦”这个成语。这里的“十恶”并非实指,但是在古代,“十恶不赦”却是一个法律术语,正式形成于隋唐时期。“十恶”之罪直接危害了封建统治阶级的根本利益,即“君权、父权、神权和夫权”,所以隋唐以后



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 |
| 陈理 | 副主任 律师 | 56891958 | 13968824418 |
| 林福庚 | 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 |
| 王善美 | 副主任 律师 | 56891960 | 13356169925 |
| 谢力权 | 上海所主任 律师 | 02161671619 | 13906690959 |
| 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 | 13325774899 |
| 陈明贤 | 主任 律师 | 56891963 | 13616661669 |
| 陈益民 | 律师 | 56891922 | 15858809558 |
| 胡敬雄 | 律师 | 56891991 | 15868516057 |
| 郑东慈 | 律师 | 56891972 | 13185888661 |
| 朱婷 | 律师 | | 13616632963 |
| 周海鹏 | 实习律师 | 56891985 | 18968858755 |
| 罗进辉 | 副主任 律师 | 88359927 | 13968893236 |
| 陈琼 | 律师 | 56891996 | 13868808864 |
| 方国园 | 律师 | 56891920 | 13676588953 |
| 谢尚哲 | 律师 | 56891971 | 13587677148 |
| 郑拓 | 律师 | 56891985 | 13736367908 |
| 吴昌强 | 律师 | 56891936 | 18767157321 |
| 陈李焯 | 主任 律师 | 56891951 | 13588911007 |
| 陈邦宝 | 副主任 律师 | 56891976 | 13456070084 |
| 黄瑛 | 律师 | 56891956 | 13625772889 |
| 朱滨 | 律师 | 56891953 | 18758713825 |
| 陈炳然 | 律师 | 56891932 | 15869625309 |
| 邹永迪 | 律师 | 56891932 | 18658355556 |
| 陈柳兰 | 律师 | 56891931 | 15088551001 |
| 张莹 | 律师 | | 13806882776 |
| 万里 | 律师 | 56891932 | 13967765202 |
| 程胜清 | 律师 | | 18606667719 |
| 朱琼 | 律师 | 56891932 | 15825631718 |
| 陈嘉洋 | 实习律师 | | |
| 黄婷雯 | 律师 | | 13676558153 |
| 许林松 | 主任 律师 | 56891915 | 13075755569 |
| 吴和平 | 律师 | 56891973 | 13958851126 |
| 陈利清 | 律师 | 56891975 | 15958717202 |
| 陈金卫 | 律师 | 56891959 | 13587634920 |
| 高进 | 律师 | 56891908 | 13695748850 |
| 潘淑丽 | 实习律师 | 56891935 | 13676547913 |
| 杨婧 | 实习律师 | 56891993 | 18757065925 |
| 陈小雁 | 副主任 律师 | 56891968 | 13957795060 |
| 朱飞宇 | 律师 | 56891965 | 13567768366 |
| 吴成情 | 律师 | 56891937 | 15888463925 |
| 张琰琴 | 律师 | 56891936 | 18312906736 |
| 崔波 | 律师 | 56891918 | 13738778655 |
| 彭晓华 | 律师 | 56891989 | 13738778655 |
| 李瑛 | 律师 | 56891933 | 13456070881 |
| 程杰 | 律师 | 56891933 | 15057582869 |
| 李鸿鸿 | 实习律师 | 56891938 | 18657780382 |
| 林金建 | 实习律师 | 56891985 | 18858871778 |
| 陈定量 | 主任 律师 | 56891977 | 13857785632 |
| 潘晓珍 | 副主任 律师 | 56891962 | 13676488007 |
| 张爱民 | 律师 | 56891961 | 13758486216 |
| 胡剑波 | 律师 | 56891983 | |
| 陈雪琴 | 律师 | 56891917 | 18968892522 |
| 林明锐 | 实习律师 | 56891933 | 15657791016 |
| 毛敏坚 | 主任 律师 | 56891952 | 13957711267 |
| 汪丽敏 | 副主任 律师 | 56891937 | 13757893113 |
| 苏泽 | 律师 | 56891932 | 18367703678 |
| 毛林辉 | 律师 | | 18868815980 |
| 范丰盛 | 实习律师 | 56891938 | 15397339268 |
| 金柏康 | 实习律师 | | 13588911007 |
| 林千多 | 主任 律师 | 56891950 | 13968723786 |
| 姜淑静 | 律师 | 56891919 | 13758729253 |
| 廖仁俊 | 律师 | 56891957 | 15958717857 |
| 刘小鸥 | 律师 | 56891969 | 13857780617 |
| 周梦燕 | 律师 | 56891985 | 15968763808 |
| 刘曜勤 | 律师 | 02161671601 | 13905777835 |
| 黄华望 | 律师 | 02161671601 | 13002691888 |
| 项天福 | 律师 | 02161671601 | 14781913338 |
| 徐巧月 | 律师 | 02161671602 | 15001794195 |
| 张金钟 | 律师 | 02161671602 | 15258025761 |
| 周晓雯 | 律师 | 02161671602 | 15317682281 |

“十恶不赦”的来历

的历代封建法典皆将之作为不赦之重罪,这也是我国封建法律的一项重要重要制度。“十恶”,最初佛教中的一个用语,指十种当招致地狱、饿鬼和畜生这“三恶道”苦报的恶业,故又称“十恶业道”。“十恶”作为古代刑法中的罪名,最早出现在南北朝时期的《齐律》中,当时称为“重罪十条”,包括“一曰反逆,二曰大逆,三曰叛,四曰降,五曰恶逆,六曰不道,七曰不敬,八曰不孝,九曰不义,十曰内乱”。到了隋唐,特别是经过唐代《唐

律疏议》进一步的修订,正式形成了“十恶不赦”的罪名,它的主要内容有: 谋反:企图推翻朝廷,危害皇帝、危害社稷的行为。这历来都被视为十恶之首。 谋大逆:图谋破坏皇室宗庙,皇帝陵寝以及宫殿。 谋叛:背叛朝廷,投奔敌国。 恶逆:殴打或者谋杀祖父母、父母、伯叔等尊亲属。 不道:违反人道的行为,如杀死未死罪的一家三人,以及肢解人等

行为。 大不敬:冒犯皇室尊严,如盗窃皇帝祭祀物品或御用物,伪造盗窃皇帝印玺,伪造御用药品,误犯食禁,以及指斥皇帝无人臣之礼等行为。 不孝:控告祖父母、父母,未经祖父母、父母同意私立门户或分异财产,对祖父母、父母供养有缺,或在守孝期间结婚作乐。 不睦:谋杀或变卖五服以内的亲属,女子殴打控告丈夫。 不义:官吏之间互相杀害,士卒杀长官,学生杀老师,女子闻丈夫死

而不举哀或立即改嫁。 内乱:亲属等乱伦。 从上述十恶的内容可以看出,“十恶”大致可以分为两类,一为侵犯皇权与特权的犯罪,一为违反伦理纲常的犯罪。 历朝封建统治者,对犯了“十恶”之罪的人,规定的刑罚都十分严酷。唐律规定,犯十恶者均处以死刑和流放等重刑;明律,对十恶规定的刑罚又大大加重,一律采取重罪加重的原则处理;清律对十恶的规定也基本沿袭了明律。处罚犯“十恶”之罪的人,还要遵循一个原则,叫“常赦所不原”,即使国家公布大赦天下的敕令,犯“十恶”大罪者也在不能原谅的范围之内,也不允许得到赦免。

遭受家庭暴力,该如何维权?

黄小珍问:我与丈夫都是外地在温州务工人员。我们2011年7月结婚,婚后育有一女。女儿出生以后夫妻感情渐变淡薄,丈夫经常因琐事发脾气,为了女儿我一直默默忍受。但从2012年下半年开始,丈夫脾气越来越暴躁,经常对我拳打脚踢。最近的一次殴打,致使我右手手中指与无名指骨折。我无法再忍受这样的痛苦生活,我要离婚。可每当我提出离婚,他便对我进行威胁、恐吓。我该怎么办?

朱婷律师答:非常同情你的遭遇。但你不要怕!有法律为你做主。根据我国《反家庭暴力法》的规定,国家禁止任何形式的家庭暴力。家庭暴力受害人可以向加害人或者受害人所在单位、居民委员会、村民委员会、妇女联合会等单位投诉、反映或者求助。当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险,可以向人民法院申请人身安全保护令。因此,若你丈夫再次对你实施家

庭暴力,你要及时报警求助。一定要敢于用法律武器维护自己的合法权益,不要逆来顺受、委屈求全。如果你丈夫实施家庭暴力,构成违反治安管理行为的,公安机关会对你丈夫依法给予治安管理处罚;构成犯罪的,将对你丈夫依法追究刑事责任。

你想离婚,可以选择协议离婚,协商不成时可以向法院起诉离婚。家暴是法院判决夫妻离婚的法定情形之一。

实践中家庭暴力的现象并不少见,不少遭受家暴的妇女往往会不知所措和选择忍受。律师提醒遭遇家暴后需要注意的是:第一,要第一时间拨打“110”报警。不能报警的,要大声呼救,事后要及时向公安机关报警;第二,进行投诉、反映、求助。可以向双方单位、居委会、村委会、妇联等单位投诉、反映、求助;第三,向法院起诉或申请人身安全保护令。起诉前要收集好“出警记录”、“告诫书”、“伤情鉴定意见”等证据,这些是证明一方存在家庭暴力行为的最直接、最有力证据。

抢孩子能抢走抚养权吗?

黄燕问:我和丈夫通过相亲结婚,并有了孩子。由于感情基础薄弱,我们婚后经常为家庭琐事争吵。现在我们双方都认为无法共同生活,同意离婚,但是对于孩子抚养权,一直争执不下。孩子目前还在哺乳期,出生到现在一直都是由我和母亲照顾孩子。上个月丈夫未征得我同意就强行将孩子带回老家由他的父母照顾,目的就是让我见不到孩子。请问丈夫强行将孩子抱走了是不是我就失去了抚养权?

朱婷律师答:在夫妻离婚案件中,很多夫妻为了争夺孩子的抚养权,往往一方会在诉前或诉讼中就将孩子抢走控制不让另一方接触或者看望。从而造成法律规定的“子女随其生活时间较长,改变生活环境对子女健康成长明显不利”的既成事实,以此来达到争取抚养权的目的。“抢孩子”有利于获得法院对孩子抚养权的判决,其实是对法院司法实践的误读。实际上,法院考虑子女抚养权的归属,会遵循子女利益

最大化原则,同时结合夫妻双方具体情况综合判断,并非单纯的考虑抚养时间长短或离婚前孩子由谁抚养。根据《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意见》的规定,两周岁以下子女,一般随母方生活。此种需要不应仅是生活上的满足,还应包括感情上的陪伴和慰藉。如果离婚诉讼前,有争抢孩子等不利于子女身心健康的行为,还应当作为不利于抚养子女的因素加以考虑。因此,父母之间对子女抚养问题发生争议,应尽快从维护子女利益角度出发,协商出有利于子女成长的教养方式,尽量避免当孩子面发生争执,更不应当做出争抢孩子的行为。



录用通知书引发的纠纷

郑小丹问:我系某外企于今年3月15日通过邮件向我发出录用通知书,表示有意聘请我担任该公司的销售部经理,并对该职位的薪资标准、工作地点等事宜都予以明确。该录用通知书中特别要求我须于3月30日之前决定是否接受该聘任,如接受需将签名的录用通知书扫描件发送至该公司的录用邮箱,并于4月3日之前携带退工单及身份证明、学历证明、工作经历证明等资料赴该公司签订劳动合同。我在收到邮件的当日即将签名的录用通知书扫描件发去。然而4月3日当我携带原单位的退工单及其他要求文件赴该公司打算签订劳动合同时,却被告知由于公司总部已安排相关人员担任该职务,因此拒绝录用我。我为了接受该聘任已经向原单位主动辞职,现在我能够要求该公司赔偿我的实际损失吗?

苏泽律师答:订立合同,应遵守诚实信用原则,劳动关系的正式建立应当以双方签订劳动合同为标志。该外企公司

向你发出的电子录用通知书,从性质上来说并不属于劳动合同,而是合同在订立过程中要约人向受要约人发出的民事要约,由于该外企公司已按要约中明确的时间要求进行承诺,因此该公司应当承担先合同义务,如违背该义务,则应承担赔偿责任。本案中,你基于对该公司的合理信赖向原单位主动辞职,并按录用通知书中的时间要求赴该公司单位打算签订劳动合同,但该公司却以涉案职位已有人员安排为由拒绝录用你,该公司的行为明显有违诚实信用原则,应当承担缔约过失责任。对此,你可以要求该公司赔偿你相应的损失。如果遭到拒绝,你可以循法律途径维护自己的合法权益。

单位作息制度违法可以依法维权

王桂兰问:我在某公司上班,公司规定每天必需提早半小时到单位,否则视为迟到,依据相关规定处罚,并且连续三次以上迟到则升级为旷工处罚。所以众员工对此制度颇有

微词,但因为人在屋檐下,不得不低头,大家都采取忍让的态度。现在我不愿意忍让了,提出要求单位支付加班工资,并改变这种制度。单位很强势,立刻要求我主动辞职。我不愿意,请问我该如何维权?

苏泽律师解答:《劳动法》第四十六条规定“国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时,平均每周工作时间不超过四十小时的工作制度。”你每天工作8.5小时,工作5天,就是42.5小时。你单位实际上实行的是每天8.5小时工作制,无论是从一天计算,还是一周计算,均违反了劳动法的有关规定,侵害了劳动者的合法权益。你要求单位取消这个提早半小时上班的制度,是合法诉求。

你公司实施的每天8.5小时工作制,实际上是延长了工作时间,形成加班。《劳动法》第四十一条规定“用人单位由于生产经营需要,经与工会和劳动者协商后,可以延长工作时间,一般每日不得超过一小时;……”就是说,用人单位延长工作时间,应当与工会和劳动者

协商,未经协商不可以这样做,尤其在员工反对情况下,更不能恣意而为。而劳动法第四十四条规定“有下列情形之一,用人单位应当按照下列标准高于劳动者正常工作时间的工资报酬:(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;”所以,你要求支付加班工资法律会支持的。

公司要求你自动辞职,是公司在规避非法终止与职工劳动关系时应承担的法律风险,你需谨慎处理。如果你不愿意以“主动辞职”方式离职,公司采取强行方法解终止劳动合同,你可以申请劳动仲裁要求继续履行劳动合同或赔偿经济损失。

