



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153期

2016.6

(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

## 陈兴良高级律师参加鹿城区 特约人员座谈会并作典型发言

7月1日,鹿城区召开全区对口联系和特约人员工作座谈会。我所副主任陈兴良高级律师参加会议,并代表特约小组作典型发言,就深入落实对口联系和特约人员工作提出了建设性的意见和建议。

鹿城区统战部常务副部长施文明主持会议,鹿城区委常委、统战部长、副区长杨德昕出席并讲话。

## 陈炯然律师论文获市律协 2016年度优秀论文评选三等奖

今年4月,省律协通知举办“经济新常态下的法律服务”为主题的论文评选活动。为推荐优秀论文参加浙江律师论坛,温州市律协相应开展了2016年度优秀论文评选,全市律师事务所共报送论文65篇,经过全市律师实务论文研讨会评定,选出优秀论文20篇。我所陈炯然律师撰写的论文《论破产法上债权人委员会的地位——以温州海鹤药业有限公司重整案为视角》荣获三等奖。

在此次论文征集工作中,市律协鹿城联络组、市律协建筑与房地产专业委员会等6家单位组织得力,成绩显著,获得“优秀组织奖”。

## 谢尚誓律师应邀为我市经济类 专技人员继续教育培训班授课

6月24日上午,我所谢尚誓律师应邀为温州继续教育院举办的《2016年经济类专技人员继续教育培训班》授课,向来自全市200多位国有企业的经济类专业人员讲授《经济管理中刑事法律风险防范策略》。(刘小欧)

## 徐巧月律师被聘为上海普陀区 工商联长风生态商务区商会副秘书长

2016年6月30日,上海市普陀区工商联长风生态商务区商会举行第二次会员大会,大会选举产生了新一届会长班子,并聘请了商会秘书长、副秘书长等工作人员。我所上海分所徐巧月律师被聘为本届该商会副秘书长,任期五年。

# “红七月·服务月”我所律师在行动



为纪念中国共产党成立95周年,浙江光正大律师事务所积极组织青年律师开展“红七月·服务月”公益活动。

今年是我所在市区各大公园开展义务法律咨询活动第

11个年头。我所从2005年7月开始,与温州市园林管理处联合组织在市区四个公园开展义

务法律咨询服务。在每周五上午7点至8点半群众参加公园晨练活动人数最多的时段,由我所派出两位律师在这些公园的便民服务亭设点为群众提供免费法律咨询。11年来,我所已经累计派出1100余人次的律师在上述四个公园轮流值班向市民提供义务法律咨询解答,共计约接待了近12000人次的市民,并开展了大量的解答法律咨询、修改审核居民公约、规章制度、代写法律文书、主持纠纷调解等法律服务活动。

为了与今年的“红七月·服务月”相结合,我所除了坚持常年在中山、马鞍池、九山、绣山四大公园进行的咨询活动外,7月16日又与我所的法律顾问单位温州市园林绿化养护大队联合在杨府山公园为市民提供法律咨询服务,并向现场的群众派发我所出版报纸、杂志及案例选编等法律书刊,受到市民的欢迎和好评。

## 过了诉讼时效 输了1200万的官司

缪仁凌

(一)

2008年6月11日,湖北A公司与温州B公司在湖北省荆门市签订买卖合同,约定A公司以2010万元的总价向B公司购买5台水煤气压机。同年6月20日,A公司按合同约定向B公司支付了货款总价60%的预付款1200万元。

2014年9月29日,A公司以B公司未能按约定供货、双方之间的买卖合同已经解除;A公司于2014年9月10日函告B公司要求返还1200万元预付款,但B公司至今没有返还为由,向湖北省荆门市中级人民法院提起诉讼,将A公司告上法庭。A公司认为,根据我国《合同法》的规定,合同解除后,已经履行的,当事人可以要求恢复原状,故提起诉讼。请求:1、判令被告B公司返还原告A公司预付款1200万元;2、被告B公司承担诉讼费用。

庭审中A公司诉称:B公司收到1200万元预付款后,未能按约定供货。之后A公司通知B公司解除双方签订的买卖合同,B公司没有提出异议。合同解除后,对于预付款返

还问题,双方多次协商,B公司既不明确拒绝,也不履行返还。

(二)

被告B公司委托我所张永谦律师及笔者为代理人,在法庭审理中提出:

1、A公司违约导致合同履行不能。本案双方于2008年6月11日签订的设备购销合同是双方真实意思的表示,不违反国家法律法规的强制性规定,合法有效,双方均应信守履行。合同签订后,A公司一直没有提供合同约定的“需方施工现场”。后来,因A公司未完成合同约定项目的审批程序,致使项目提前下马,导致B公司因没有合同约定的实际“需方施工现场”而至今不能交货。

2、B公司已依约按时完成相关设备的生产。合同签订后,B公司即按双方签订的合同和技术协议书采购原材料和配套设施、设备,并按时保质保量完成了合同约定的五台水煤气压缩机的生产。B公司多次向A公司及其经办人催促要求交付,但A公司均以“等待”“再说”答复,导致B公司无法交付货物。A公司以其原合同经办人员已离开公司为由,不予认可B公司已经完成了设备生产的理由不能成立。B公司按约生产的设备闲置存放数年,给B公司造成了重大经济损失,该责任应由A公司承担。

3、本合同解除后预付款不应返

还。2010年4、5月间,A公司向B公司口头提出解除合同,B公司考虑到项目已下马的实际情况,同意了A公司解除合同的要求。合同解除系因A公司的原因造成,B公司已按时完成了合同约定的五台水煤

气压缩机生产任务,B公司为此投入了大量资金用于采购原材料和配套设施、设备。且该批设备又系A公司定作,相关参数均根据A公司要求定制专用,B公司无法将这批专用设备另寻买家。(下转第2版)

## 我所三青年律师网上开设视频节目《法说》

在当今信息和网络化经济大发展的时代,作为执业律师,利用网络技术进行法律知识传播及律师业务开拓,是一个有效和具前景的手段。近日,我所高进、程杰、陈金卫三位年轻律师开设了一档名为《法说》的网络视频节目(微信公众号:GJ法律圈),至今已播出了《以假钞换真钞》、《聊聊姓名权那些事》、《婚前婚后房产权》三期节目,引起了公众的关注。

视频节目是指利用互联网及流媒体技术进行节目传播,视频因融合了图像、文字、声音等丰富元素,方便快捷且影响很大,逐渐成为互联网的主流表达方式。律师借助视频节目这种形式,将有关律师信息或者对社会热点的专业法律见解

以较快的速度上传与网友分享,从而引导更多人知道和关注律师,扩大品牌影响力。是律师的好帮手。高进律师表示,为了办好这个节目,下一步他们将在形式上由现在的视频录播向视频直播过渡,以实现与公众的实时互动;在内容上重视节目策划,力求贴近公众生活,对社会热点法律问题通俗和准确的解读,尽可能地做到用“小故事”体现“大道理”。



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

## 一、案件缘起

原告某人力资源有限公司是经劳动行政部门许可、具有劳务派遣资质的劳务派遣单位。张三是原告在温州地区的代理人，负责开展与被告某餐饮管理有限公司之间劳务派遣及劳务外包等业务，授权范围包括业务洽谈、签署协议及有关文件等。

2015年10月2日，张三接受原告委托，代表原告与被告签订《招收临时服务员委托协议》（以下称《委托协议》）。该协议约定被告因开展业务需要，委托招收临时服务员150名，工作时间为2016年1月23日至2016年2月23日；被告向招收的临时服务员支付每人每日工资120元整。该协议第六条第7款约定：被告不得以任何借口拒绝原告招收的人员，如有明显拒接情况发生，被告赔偿原告全部损失（按每人1000元介绍费计算）。协议签订后，张三依协议开展了招聘工作。

不料，2015年11月17日，被告委托律师事务所向张三发送了一份律师函，以张三没有原告的授权、合同无效等为由，拒绝履行协议。为此，张三于2015年11月19日向被告寄送原告出具的授权委托书、营业执照及劳务派遣经营许可证复印件等证明材料。一个月之后，张三将招聘名单发送给被告。2015年12月22日，被告以相同的事由向人民法院提起诉讼。此后，虽然被告申请了撤诉，但其拒绝履行协议的意愿已十分明确。

然而，根据原告与张三之间签订的委托协议，张三已经招聘到了相关的服务人员，且原告因履行与被告之间的协议已向张三支出了报酬，因被告拒不履行协议造成了原告一系列的损失。为了维护自身合法权益，原告某人力资源有限公司委托本律师向人民法院提起诉讼。张三作为本案第三人参与了诉讼。

## 二、法庭审理：

被告方的答辩理由



被告未曾与原告签订任何合同，原告诉称的协议系第三人张三谎称有原告授权与被告签订，且该协议多处条款违反法律强制性规定，合同依法无效。原告要求被告承担大额违约金，缺乏事实与法律依据。在被告与张三签订《委托协议》后，被告发现该协议存在重大违法，经向张三多次催告后，第三人张三一直未提供合法有效的授权委托书材料。

我方的代理意见

（一）被告某餐饮管理有限公司与第三人张三签订的《委托协议》合法有效。

经原告委托，张三与被告某餐饮管理有限公司签订《委托协议》。根据被告向张三发送的律师函及《民事起诉状》可知，在签订协议前，张三已经向被告告知其经原告授权对外签订合同，被告对此予以认可并与张三某

人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。”据此，即使本案被告主张事先不知道原告与张三之间的代理关系，在被告拒不履行合同时，张三向原告披露被告，故原告依法可以行使张三对被告的权利，要求被告依合同约定承担违约责任。

2、原告与被告签订的协议系双方当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，应属有效。被告引用及理解相关法律规定不当，其主张没有事实和法律依据。

（1）本案中，原告与被告已经合作多年，被告也明知张三系原告在温州的代理人，有权代表原告签署协议。被告因开展业务需要，委托招收临时服务员150名，双方就此达成合意，双方之间依法形成委托与受托的

本违约，应当承担违约责任。

2015年10月2日，双方签订《委托协议》；2015年11月17日，被告向第三人发送律师函，以第三人不具有授权为由拒绝履行合同；2015年12月19日，张三在临时用工（即2016年1月23日）前一个月将招聘名单发送给被告，被告在微信中明确表示不需要招聘的人员；2015年12月22日，被告以与律师函相同的理由提起诉讼，请求确认合同无效。以上事实表明，被告明确表示拒不履行合同，其行为已经构成根本违约，应当承担违约责任。

《合同法》第一百一十四条规定：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。”《委托协议》第六条第7款约定，被告不得以任何

系内部约定，未违反法律的强制性规定，故该协议应属有效。在张三将授权委托书等材料寄给被告后，被告仍拒绝履行协议已经构成违约。2015年11月19日，被告收到材料后明示拒绝履行，原告应当立即停止招收服务员工作，对此后招收的人员损失应当自行承担。根据《委托协议》，被告按每人1000元介绍费计算赔偿原告损失。

## 四、律师评析

本案的案情其实非常简单，合约双方签了一份委托招工协议。后因被告方人事变动，遂以种种借口拒绝继续履约。被告此举尚能得逞，则诚信何在？市场经济如何得以运行？

合同诚信体现的是契约精神，契约精神通俗地说就是说话算数，一旦作出了承诺必须要执行，而且是不打任何折扣的执行。契约精神是一种道德精神。“契约既允诺”，签约者双方彼此互相承诺，合意的承诺就是契约。诺言必须兑现，契约必须履行，这是极为古老的道德原则。诚实守信，一诺千金，在中国历史上被认为是高尚的君子操守，而轻诺寡信，反复无常，则被认为是小人行径。信守诺言，践行约定，会得到社会道德的褒扬，而违约背信，欺诈骗良善，一直为社会道德所不齿，有此行径者将会受到社会排斥和社会惩罚。

卢梭在《社会契约论》里有句名言：“人是生而自由的，但却无往不在枷锁之中。”也就是说，我们每个人的各种活动都必须接受各种契约框架的规范，要遵守一定的游戏规则。如果我们生活在一个不讲诚信、可以肆意毁约和没有规则的社会里，人际关系充满危机、冷漠，我们都将会活得疲惫不堪。

一个人没有诚信不履约是道德问题，现在有了个人诚信记录，倘使上了“失信”黑名单，将会影响他的一生，甚至影响他全家人的就业和前程。企业违背诚信，随意践踏契约精神，它的产品就会自绝于市场，就会在经济上遭受惩罚。人们的违约行为和协议内容都受法律的保护，恶意违约行为，诈欺行为要受到法律的追究。法律是契约得以履行的强大后盾。因此，本案被告的败诉是必然的。

（作者系本所房地产部律师）

## 肆意毁约遭败诉

程杰

订涉案协议。事后，在被告对原告与张三的代理关系提出质疑时，张三再次将原告出具的授权委托书、营业执照、劳务派遣经营许可证等材料邮寄给被告，已经尽到了合同当事人一方的注意义务。

1、我国《合同法》第四百零二条规定：“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人”。根据该规定，本案中，张三接受原告委托，可以以自己的名义在授权范围内与第三人签订合同。且被告在签订协议前已经知道张三系接受原告委托，事后也收到了原告出具的授权委托书，因此被告与张三签订的协议直接约束原告与被告。

同时，《合同法》第四百零三条第一款规定：“受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三

权利义务关系，是双方真实意思表示，其内容不违反法律法规强制性规定，应属合法有效。

（2）涉案协议未违反《劳务派遣暂行规定》第十条的规定。劳务派遣暂行规定第十条第一款规定：“……劳务派遣单位承担工伤保险责任，可以与用工单位约定补偿办法。”第十九条第二款规定：“劳务派遣单位未在用工单位所在地设立分支机构的，由用工单位代劳务派遣单位为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费。”因此，原告在温州地区未设立分支机构，没有为员工在当地缴纳社保的义务，原、被告之间的约定并未违反法律规定。

（3）《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（二）》第十四条规定：“合同法第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定。”被告没有证据证明原告与被告之间签订的合同违反法律、行政法规规定的效力性强制性规定。

因此，双方当事人均应按合同约定全面履行自己的义务。

（二）被告拒不履行合同，构成根

借口拒接原告招收的人员，如有明显拒接情况发生，被告赔偿原告全部损失（按每人1000元介绍费计算）。该条款系惩罚性而非损失填平性违约责任条款，被告应当依双方约定支付违约金，不受法律调整。原告根据合同约定主张违约金15万元（即150人×1000元/人）符合双方约定及法律规定。

综上所述，被告违约的事实清楚，应当依法承担违约责任。为维护自身的合法权益，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条等之规定，原告特向贵院提起诉讼，请依法判决。

## 三、法院判决

一审法院认为，被告于2015年11月17日向张三邮寄《律师函》载明张三以原告员工身份与被告磋商招聘临时服务员事宜，并于2015年10月2日签订《委托协议》，结合双方之前有合作的事实，被告应当知晓张三系原告的授权人员。根据原告出具的授权委托书可知，张三与被告签订协议的行为系代表原告所作之行为。《委托协议》系原、被告自愿签订，有关员工工资结算、员工工伤等问题

（上接第1版）A公司解除合同已经给B公司造成了重大经济损失，故B公司在A公司口头提出解除合同时即提出预付款不予返还。对此，A公司直至本案起诉前均未提出任何异议。

4、A公司的起诉超过了诉讼时效。本案双方签订的设备购销合同在履行过程中，因A公司项目下马，故A公司于2010年4、5月份口头提出并经双方协商一致，同意解除合同。也就是说，涉合同已于2010年4、5月份解除。依据我国《民法通则》的规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。”本案中，A公司既然认为其预付的货款应该返还，根据上述法律规定，其应该在合同解除后的两年诉讼时效期间内提出，然而自合同解除至今已逾4年多之久，A公司在2014年9月10日前从未向B公司主张过权利，本案庭审中A公司亦均未出示此前曾向B公司主张权利、形成诉讼时效中断的证据。因此，其诉讼请求已超过了法律规定的诉讼时效期限。

综上所述，请求法庭依法驳回A公司的诉讼请求。

湖北省荆门市中级人民法院历经几番开庭审理后认为，原告A公司提起本案诉讼超过了法律规定的诉讼时效期限，对其提出的诉讼请求，依法不予支持。判决：驳回原告A公司的诉讼请求。

一审判决后，A公司不服，又上诉到湖北省高级人民法院。经审理：湖北省高院判决维持一审法院的判决结果。

## （三）

诉讼时效是指权利人在法定期间内不行使权利即丧失请求人民法院依法保护其民事权利的法律制度。诉讼时效争议在我国民事审判中最为常见，所以当事人打官司前一定要了解诉讼时效，因为超过了诉讼时效期限，即使当事人有充分的理由，也难以维护自身的合法权益。

本案原告败诉的关键就是诉讼时效问题，而确定本案诉讼时效的关键在于合同解除的时间。根据我国合同法的原理，当事人协商

一致解除合同，是其对合同利益的自由处分行为。合同解除之后，当事人对返还财产请求权的诉讼时效期间未作约定或未约定履行期限的，自合同解除之时（次日）起算。A公司因项目下马，经双方协商一致同意，于2010年4、5月份解除了合同，即诉讼时效自合同解除之时起算。按照当事人向人民法院要求保护其民事权利的诉讼时效期间为两年的规定，在这两年之内，A公司若认为其预付的货款应该返还，并向被告进行了主张，则可引起诉讼时效的中断，根据法律规定诉讼时效从中断时起，诉讼时效期间重新计算。或者其应该在合同解除后的两年诉讼时效期间内提起诉讼。然而A公司既没有在诉讼时效期间内向B公司主张自己的权

利，又没有依法提起仲裁或诉讼。此后超过诉讼时效所提起的诉讼不受法律保护，也就丧失了胜诉权。法庭最后依法驳回A公司的诉讼请求是正确的。

值得一提的是，本案原告在其企业所在地的法院提起诉讼后，由于A公司系当地国有企业，且本案涉及的标的额巨大，我方起初担心会有地方保护主义干扰法庭依法审理，但事实证明我方的担心是多余的。本案两级法院在审理中根据事实、证据和法律，秉公执法、不偏不倚，作出了公平、公道、又公正的判决。一审法院认为：“本案中，合同解除后，根据《中华人民共和国合同法》第九十七条的规定，对于A公司已支付的预付款是否应该返还、B公司生产的设备如何

处理，以及B公司因履行合同所遭受的损失如何赔偿等后续问题，双方应及时协商处理，或者依法提起仲裁或诉讼。A公司既然认为其预付的货款应该返还，根据上诉法律的规定，其应该在合同解除后的两年诉讼时效期间内，及时与对方协商解决，或者依法提起仲裁或诉讼。A公司于2014年9月向本法院提起本案诉讼，超过了法律规定的诉讼时效期限，对其提出的诉讼请求，本院依法不予支持。”判词句句于法有据、人情入理，表现出高度的专业精神。

人们都说法庭是社会公平正义的最后一道防线。本案两级法院的审理法官可以称得上是这道防线上的忠诚卫士，值得一赞！

（作者系本所知识产权部律师）



## 婚姻家庭面面观

### 丈夫婚后下落不明,妻子怎么办理离婚?

江素琴问:我表姐与刘某于2013年4月通过QQ聊天认识,同年5月,双方见面后相谈甚欢,便迅速建立恋爱关系。去年1月,我表姐与刘某领证结婚。领证后半月,刘某提出之前长期在新疆出差、建立了一定的人脉,决定只身前往新疆发展。后双方又开始异地分居,表姐多次要求刘某回温共同创业生活,均遭到拒绝,之后刘某更换了手机号码,给刘某QQ留言,他也不予回应,形同消失。现在我表姐要求与刘某离婚。但她只知道刘某户籍地在江西,无法提供刘某联系方式及现住址。她该怎么离婚?

林福庚律师解答:正常情况下,双方感情破裂,经协商一致,一同前往民政局办理离婚手续,这是正常的状态;但在对方下落不明的情况下,如通过诉讼的方式,解除婚姻关系。会有如下难题:一是送达难。在对方“消失”的情况下,原告又无法提供其联系方式及住址,法院只能以公告送达方式将起诉材料、开庭传票、举证通知书等送达被告,大大的延长了诉讼时间;二是对原告举证责任要求高。根据“谁主张谁举证”原则,如果原告诉讼时不能充分举证证明双方感情确已破裂,法院不会采信其主张,会判决驳回其诉讼请求。因此,对方下落不明的,配偶可申请宣告失踪或者宣告死亡。按照法律规定,公民下落不明满二年的,利害关系人可以持公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明,向人民法院申请宣告他为失踪人;公民下落不明满四年的,利害关系人可向人民法院申请宣告他死亡。一方被宣告失踪,另一方提出离婚诉讼的,应准予离婚;被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系,自死亡宣告之日起消灭。

### 夫妻分居,女方要求增加抚养费

郭辉庭问:我与王凤姣于1990年登记结婚,婚后育有一女,女儿现已成年。自2012年初,我们开始分居。2014年王凤姣曾以自己没有工作和收入来源为由起诉至法院,要求我给付抚养费,后经法院主持调解双方达成协议:我每月给付王凤姣500元抚养费。现在她再次起诉,称因物价上涨,难以维持。且称自己因总是头晕,无法外出工作,请求法院判令我给付抚养费的数额每月增加至1000元。但据我所知,其实她平日经常参加体育锻炼,每天都在跳广场舞,身体状况良好,有劳动能力,可以外出工作。法院会支持她的诉讼请求吗?

林福庚律师解答:根据《婚姻法》规定:“夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时,需要扶养的一方,有要求对方给付抚养费的权利。”所谓“夫妻间有互相扶养的义务”,是指夫妻关系存续期间,夫妻双方在生活上互相照顾,在经济上互相供养,在日常生活上互相扶助,在精神上互为支柱。但是夫妻间的扶养是有条件的,它的履行以一方需要扶养和另一方有能力扶养为限。要求给付抚养费的一方,只有在“需要扶养”时,才能行使要求对方给付抚养费的请求权。这里的“需要”是指要求扶养的一方年老、病残、丧失劳动能力又无其他经济来源,生活发生困难的情况。结合本案,根据王凤姣的年龄和身体状况,她具备劳动能力,可以通过自己的劳动收入维持生活,并不属于没有劳动能力生活困难需要扶养的情况,且自她上次提起抚养费诉讼至今时间较短,物价水平并未发生根本性变化,如果没有其他证据证明她确实丧失劳动能力,她要求每月增加抚养费的诉讼请求法院一般不会支持。

## 析一起故意杀人案的量刑

崔波

### 基本案情

被告人马某国案发前在温州市某企业务工。2015年5月5日23时许,贵州籍男青年张某五到温州市龙湾区蒲州街道某住宅敲门寻找贵州籍女青年杨某,引起正在隔壁喝酒的马某国及女青年杨某的弟弟不满,二人责骂了张某五,张某五遂离去。稍后,马某国和杨某的弟弟出门看见张某五的同伴吴某、李某、吴某某等人站在路边,就继续责骂吴某等人,并将手中的啤酒瓶砸向吴某等人,引起双方对骂。骂战中李某将烟蒂扔向马某国,马某国遂上前与吴某、李某及随后赶来的李某兵发生斗殴,女青年杨某的弟弟则与持棍的吴某某互殴,杨某的弟弟不敌逃走。互殴过程中马某国用刀捅刺李某兵、吴某、李某,致被害人李某兵心脏破裂急性大失血死亡;另致被害人吴某、李某重伤。案发后,被告人马某国逃走。2015年5月7日15时20分,被告人马某国被警方设卡拦截抓获。

在本案二审审理期间,马某国家属代为赔偿被害人亲属15万元。

### 裁判结果

浙江省温州市中级人民法院于2015年12月16日以(2015)浙温刑初字第173号刑事附带民事判决,认定被告人马某国犯故意杀人罪,判处死刑,剥夺政治权利终身。宣判后,马某国提出上诉。浙江省高级人民法院经开庭审理,于2016年5月3日作出(2016)浙刑终00022号刑事判决,以故意杀人罪改判被告人马某国死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身。

### 律师分析

这是一宗因民间矛盾引发的故意杀人案件,被告人罪行极其严重,论罪应当判处死刑,但被告人亲属积极作出赔偿,人民法院根据案件具体情况,从尽量化解社会矛盾角度考虑,依法判处被告人死刑,缓期二年执行。

在最高人民法院印发的《关于贯彻执行宽严相济刑事政策的若干意见》的通知中,对依法从“宽”政策要求的准确把握和正确适用做了界定,其中第22条明确规定:“对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的犯罪,因劳动纠纷、管理失当等原因引发,犯罪动机不属恶劣的犯罪,因被害方过错或者基于义愤引发的或者具有防卫因素的突发性犯罪,应酌情从宽处罚。”

根据我国刑法的规定,罪行极其严重是死刑适用的法律标

准,应当考虑被告人的犯罪行为和后果是否极其严重,结合被告人的主观恶性和人身危险性是否极其严重做相应的调整。笔者认为,从以下几个方面来看,不应当对马某国判处死刑立即执行。

第一,从犯罪行为来看,其手段没有达到极其残忍、情节极其恶劣的程度。在司法实践中,在没有其他情节影响的情况下,当法官决定是否对被告人判处死刑立即执行时,杀人手段是否残忍往往具有重要甚至决定性的意义。杀人手段特别残忍,指的是犯罪分子在故意杀人的过程中,不仅有非法剥夺受害人生命的故意且实施了杀人的行为导致被害人死亡或可能死亡(未遂),而且有蓄意折磨受害人,使受害人遭受特别的痛苦。与以一般的、非残忍手段杀人相比,在同样侵害了被害人的生命权之外,又多出了对于善良风俗和底线伦理的严重侵犯,以及对于人类恻隐心的极端挑战。本案被告人在作案手段上是面对三个对手时,双方互殴中持刀捅人,而非其他非常见的凶残狠毒方法;斗殴致人死亡本质上是一种突发性行为,没有经过预谋,而是临时起意,因一时冲动实施了杀人行为,其所体现的行为人的主观恶性无疑弱于经过蓄谋而杀人的情况。其手段没有达到极其残忍、情节极其恶劣的程度。二审法院认定其作案手段不属于“以特别残忍手段致人死亡”,依法不适用死刑立即执行是正确的。

第二,本案被告人主观恶性、人身危险性不大。司法实践中,主观恶性和人身危险性要从被告人犯罪动机,犯罪预谋,犯罪情节,罪前、罪后表现等方面综合考虑。如果是临时起意杀人,激情杀人,杀人行为有所节制,犯罪动机,犯罪情节一般,或者犯罪后认罪、悔罪的,可不判处死刑。从主观恶性来看,马某国并非预谋杀人,亦非性情冲动肆意杀人。同时,本案被告人与被害人之间素不相识,素无矛盾,因喝酒过量发生争执继而形成互殴而致对方死亡,这种酒后斗殴致人死亡与故意利用醉酒实施杀人,在主观方面有很大的区别。被告人喝酒前并无犯罪故意,酒后因辨认和控制能力减弱而与被害人斗殴进而斗殴并致对方死亡,犯罪的主观恶性和人身危险性相对较小,酌情从轻处罚符合法律精神,也能为社会所接受。

第三,从犯罪后的态度看,被告人坦白主要犯罪事实,对定案证据的收集和固定起到重要

作用。被告人坦白主要犯罪事实本身就是一个酌定从轻量刑情节。也可以根据案情,从轻处罚,考虑不判处死刑立即执行。上诉人实施犯罪后主动要求赔偿受害人,希望有弥补受害人家属的机会;配合公安机关侦查,认错态度良好,有明显的悔过意图;在本案二审审理期间,马某国家属代为赔偿被害人亲属15万元。民间矛盾激化引发的故意杀人案件,只要被告人真诚悔罪,积极赔偿,应尽量减少死刑判决,或可以考虑判处死刑不立即执行。

第四,从我国刑法及刑事政策的发展来看,严格控制死刑适用是一大趋势。2015年8月29日,第十二届全国人民代表大会常务委员第十六次会议通过刑法修正案(九),其中走私武器、弹药罪,走私核材料罪,走私假币罪,伪造货币罪,集资诈骗罪,组织卖淫罪,强迫卖淫罪,阻碍执行军事职务罪,战时造谣惑众罪9个死刑罪名被取消。不论是立法上逐步削减死刑条文,取消非暴力犯罪等的死刑,进一步严格死刑的适用条件,还是司法上对死刑罪犯尽量适用死缓,减少死刑的实际执行,均体现了我国刑法对于死刑适用的谨慎和严格态度。此外,根据最高人民法院在《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》指出:“对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪,适用死刑一定要十分慎重,应当与发生在社会上严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪案件有所区别。对于被害人一方有明显过错或者对矛盾激化负有直接责任,或者被告人有法定从轻处罚情节的,一般不应判处死刑立即执行。”

就本案而言,马某国先有杀人情节,后积极悔过,赔偿家属,配合侦查机关调查,因此,本律师认为,不应判处马某国死刑立即执行。

最后,浙江省高级人民法院经审理采纳了辩护律师的意见,认为马某国的行为已构成故意杀人罪,罪行极其严重,论罪应当判处死刑。但本案系因民间矛盾引发的犯罪;案发后,马某国在公安机关对其进行抓捕时,顺从归案,没有反抗行为,并在归案后始终如实供述自己的犯罪事实,认罪态度好;在本案审理期间,马某国的父母代为赔偿被害人经济损失。综合考虑上述情节,可以对马某国酌情从宽处罚,对其可不判处死刑立即执行,故依法判处被告人马某国死刑,缓期二年执行。

(作者系本所刑部律师)

## 劳动争议咨询站

### 劳动争议仲裁委员会迟迟未作出仲裁裁决怎么办?

金克迈问:我从A公司离职后,因为劳动报酬和经济补偿金问题向A公司所在地劳动争议仲裁委员会提起了劳动仲裁,仲裁委员会受理我的案子至今已经有70天了,可是到现在也没有一个结果,打电话向承办人查问,总是回复我让我再等等。请问该仲裁委员会的做法是不是已经超出审理期限了?接下来我该怎么办?

罗敬辉律师解答:根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》的规定,劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。劳动争议仲裁委员会收到仲裁申请之日起五日内,认为符合受理条件的,应当受理,并通知申请人;认为不符合受理条件的,应当书面通知申请人不予受理,并说明理由。同时,该法第四十三条规定:仲裁庭裁决劳动争议案件,应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起四十五日内结束。案情复杂需要延期的,经劳动争议仲裁委员会主任批准,可以延期并书面通知当事人,但是延长期限不得超过十五日。逾期未作出仲裁裁决的,当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。根据你的描述,确实已经超出审限了,你可以就你的争议事项向法院提起诉讼。需要注意的是,针对劳动争议仲裁委员会逾期未作出裁决为由向法院提起诉讼的,应当提交劳动争议仲裁委员会出具的受理通知书或其他已接受仲裁申请的凭证或证明。

### 公司以劳动者业绩低迷为由单方面解除劳动合同合法吗?

唐俊问:我今年应聘到瓯海区一家公司任业务员,劳动合同期为三年。前几天我接到公司人事部的通知,说我由于近二个月业绩低迷,处于业务员创收榜的末位,根据入职时与公司签订的劳动合同中对业务员绩效考核的约定,如业务员连续二个月的创收业绩居于公司业务员创收榜的末位,公司有权单方面解除劳动合同。让我三天之内办理离职手续走人,公司这么做合法吗?

罗敬辉律师解答:这家公司的做法不合法。用人单位不能在劳动合同中随意规定合同解除的条件。根据《劳动合同法》规定,只有符合该法第39条、40条、41条规定的条件才能解除劳动合同,而且第40条、41条规定的情况下,用人单位仍须向劳动者支付经济补偿金。劳动者在单位绩效考核中居于末位,不等于“不能胜任工作”,也不符合单方面解除劳动合同的法定条件,依法应先调离岗位或培训,仍不符合才能解除劳动合同。用人单位与劳动者约定不符合劳动合同法规定的解除条件由于违反法律规定而不具有法律效力,属于无效约定。你公司据此要解除劳动合同,属于违法,依法应向劳动者支付赔偿金。



# 我所知道的永嘉律师公会

陈安枢

1931年我从上海法政大学毕业，领到律师证书，次年即在温州执行律务，并加入永嘉县律师公会，至解放时止，首尾十七年。有关解放前永嘉县律师公会情况，因档案资料尽皆丧失，老一辈律师又多已亡故，无可查询，现仅凭我记忆所及，将当年永嘉律师公会情况简略陈述于下。今我已年届耄耋，错误、遗漏之处在所难免，尚祈知情者指正。

律师，最早称“辩护士”，以后改称律师。旧时律师资格的取得，按规定必须是大学或专科政法学校毕业，总平均成绩在75分以上，经政府审查合格，并缴纳二百几十元者，才能发给律师证书；或者曾任推检两年以上者，也可取得证书。律师不是政府工作人员，而是一种自由职业。律师依法可以接受当事人委托，收受业务公费以维持生活，但对处五年以上的重大刑事案件，被告人无力延请律师时，由法院指定律师为其辩护人，律师不得拒绝，否则，将受律师公会的处分。

律师公会是律师的社团组织，永嘉律师公会是在浙江高一分院管辖区域内（包括温、处十县和温岭县）执业的律师，都要申请加入，并缴纳入会费几十元。我在1932年申请加入永嘉律师公会时，会址是租用大同巷夏家祠堂，记得当时的会员有刘如南、叶飞、白文俊、张明东、余立、范任、梅祖芳、陈泉、陈卓等一百多人，其中陈卓、白文俊、张明东都曾当选过会长。公会一向采取会长制，下设评议会，有评议员十多人。我在1940年被选为会长，此为最后一任会长，

## 编者按：

据《温州律师志》记载，1916年温州地方始建有律师组织机构。是年11月，永嘉律师公会成立。今年是永嘉律师公会成立100周年，本报特转载陈安枢先生所写的《我所知道的永嘉律师公会》一文，以为纪念。

陈安枢，民国时期温州著名律师，曾任永嘉律师公会会长、温州中学英文教师。其子陈剑飞，亦系活跃于上海法学界的温州人，曾任上海大学文学院法律系副教授、涉外经济法系民法民诉法教研室主任等职，并获上海大学“杰出教师贡献奖”。

本文原载于2007年《温州市政协文史资料》第四辑。

以后章程修改，改会长制为理事制，选理事长一人及理事若干人。监督律师公会的机关，是当地检察处。

律师加入公会后，必须遵守国家法律与公会章程内有关风纪的各项规定，并按月缴纳会费一个银元。在张明东律师任会长期间，公会因历年收入积余颇多，便决意购地自建会舍。新会舍座落在县前头汤园店后面，入内道坦一个，道坦东首有洋式楼房三间一座，还筑有可容三百多人礼堂一所，院内筑有鱼池，广植花木，颇为清幽。公会迁入新会舍后，对于开会、办公及接待来宾都感方便，这不能不归功于张明东律师。

公会每月开一次评议会（后改称理事会），会后聚餐，彼此交流些法律上的意见或讨论些办案上所遇到的疑难问题，可以说是一个小型的法律研究会。每年开会员大会一次，选举会长及评议员。公会成员都是大专学校毕业，又具有法律专门知识，可谓人才济济，阵容可观，为其他社团所不及。因此，公会的一举一动，常为社会人士所注目。

律师的职责是保障人权，当时的律师公会也常以此为己任，但在旧社会要真正做到是难之又难的。

1940年10月，庄强华任永嘉县长时，老百姓因买不到米闹成罢市，包围县府请愿。庄事前既不关心民食，临事又未能劝导百姓疏散，反命令军警开枪打死打伤群众多人，风潮越闹越大。当时死难家属及被打伤的群众拥至律师公会，要求义务代为办理申诉事件。那时我任公会会长，在全体公会会员支持下，认为律师是依法保障人权的，义不容辞。于是由公会出一张布告，贴在公会门口，请死难家属及受伤群众按名登记，分别由本会指定会员为之办理申诉。我们本意使风潮能通过法律途径得到合理解决，不致酿成暴力行动，影响地方治安。不料庄强华竟报上级，诬指为“有人从中煽动”，专员张宝琛便将我公会张明东、戚兆光两律师拘押在公署，并逮捕所谓“有闹事嫌疑者”多人。事经多次交涉，张宝琛始答应平事之后可以释放张、戚两位律师。原来他们认为我会有事后推波助澜之嫌，故将张、戚两人作为“人质”拘押，风潮平息后始获得释。

在旧社会，律师遭遇尚且如此，平民百姓就更可想而知。在国民党政府统治下，特务机关滥施刑捕，侵犯

人权的常有发生。有一次特务分子徐立三逮捕了一个商人陈宝琳，舆论哗然，永嘉律师公会依据“提审法”请求永嘉地方法院将陈宝琳提交法院审理，使陈免遭特务机关的无端迫害，后经法院审问后即行释放了。永嘉律师公会还曾与各社会团负责人，尤其是新闻界人士组织了一个人民自由保障委员会，按月到监所内查察一次，调查监所人员有否虐待囚犯或克扣囚粮现象。

抗战胜利后，物价飞涨，贿赂公行，脏污狼籍，司法界亦为蔓延。解放前最后一任的永嘉地方法院长杨琦，原是上海市地方法院院长，因贪污降职到永嘉来。不料他故态复萌，里外勾结，索贿受贿，律师公会同人闻之激起公愤。我把情况向永嘉县参议会柯逢春议长报告，柯议长给我们大力支持，主张在参议会中对杨提出质询。我以事关司法威信，主张暂且从缓，先由律师公会发一宣言，暗予警告。在律师公会大会上，大家推我起草，大会通过发表一篇宣言，温州各报都有登载，宣言中写道：“温州人民对法院评价如何，当局当自知之。”公开表露了对法院的不满，这是永嘉律师公会成立以来从未有过的事情。杨

琦到底是个老官僚出身，自知众怒难犯，行止稍加收敛，其事遂寝。据闻，解放前夕，人闻杨琦官囊丰厚，车夫夜入其所，匕首相逼，杨为保性命，把藏在床头的一袋黄金交了出去，第二天温州便解放了。贪脏枉法所得不义之财，一夜之间，即易其主，可谓报应不爽。

不过，解放前司法界为官清廉的，亦有其人，每为公会同人所共钦佩，刘传曾检察官便是一例。他因儿子生病住院，医疗所需费用大，弄得他家庭生活极为困难，甚至吃豆腐渣度日。这件事是看守所所长胡鹤琴先生告诉我的。听后甚觉凄然，难得他为了保持清廉，生活过得如此困难。我立刻与张明东及另一会员各出一百元共三百元托胡鹤琴先生转交他家。后来刘客死温州，因家无余财，灵柩也无起运，还是公会同人捐助十余元帮助他们回转家乡的。然而“清官”毕竟不多。“法之不行，自上犯之”，国民党的失败，虽有其他种种原因，而当时拥有极大权势的官僚，唯知以权谋私，损公肥己，执法者自行犯法，不能不说是其重要原因之一。



## 武阳刘基故居游记

程杰

循着“迷途·武阳”的标识，车子在山间兜兜转转，进入了一个山坳，“山重水复疑无路，柳暗花明又一村”——一道旖旎别致的景色映入眼帘，让小伙伴们惊叹。途中所见嶙峋的巨石、百丈瀑返程时突遇的暴雨，终因南田武阳这世外桃源的风光而被疏忽淡忘。此地与沿途的几处风景截然不同，绝非“一瀑百丈高、二瀑百丈宽、三瀑百丈深”般雄伟，而是透着灵性的宁静。宛若从天而降的仙子们挥一挥衣袖，有了一池荷花，有了荷塘间的亭台，有了腾空而起的民宿。

下榻“隐居武阳”，探寻武阳的美。刚落过雨，石砌的路面有些斑驳，空气中散发着泥土特有的芬芳。听着蝉鸣蛙叫，漫步在荷塘边。在荷塘的东面有一小山丘，山丘上立了一个看台，台子的周边用形状各异的石头围了一圈，似凳子用于休憩，似围栏防止看客越过了边沿。站在亭台上，伸一个懒腰，望一望远近的景。远看，从未见过这般成片成片的荷叶簇拥在一起，连成了一幅无边无际碧绿的绸缎；近看，粉红的荷花有的含苞待放，有的已经盛放。花瓣层层舒展着，露水密密地织成一件薄纱披在身

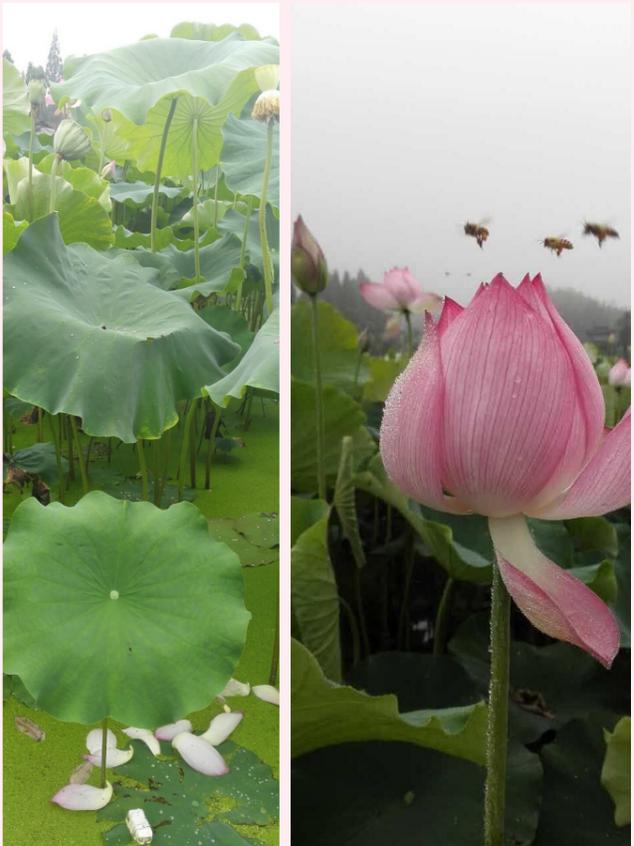
上，蜜蜂三两成群地嬉闹着，从花尖上掠过。偶有一朵从荷塘里探出身，嫩黄的小莲蓬颜色夺目，最外层的花瓣要坠下来似的。这荷叶的“碧”与荷花的“红”所形成的和谐之美，给人观感上造成强烈的冲击力，令人不禁吟诵起南宋诗人杨万里的诗句：“接天莲叶无穷碧，映日荷花别样红”。

沿着小路穿过荷塘，进入山脚边的长廊，向远处望去，可见一处院落、几处民居。那处院落便是刘基故居。武阳，可谓钟灵毓秀，地灵出人杰。刘基，字伯温，今浙江文成县南田镇岳梅乡武阳村人。民间流传“三分天下诸葛亮，一统江山刘伯温；前朝军师诸葛亮，后朝军师刘伯温。”他辅佐朱元璋完成帝业并稳固江山，因而驰名天下。但他的仕途并不顺利，早年仕元屡受奸佞陷害，又不满于元王朝的腐败和对汉民族的高压统治，刘伯温多次辞官还乡。在故居的庭院里他踽踽独行，凭栏倚石，慨叹时运不齐，壮志未酬。郁郁之中他没有沉沦，潜心撰写了《郁离子》这部书，以寓言的形式表达了他经世治国的主张。他在书中借郁离子的一段话“讲尧舜之道，论汤武之事，究伊吕，师周

召，稽考先王之典，商度救时之政，明法度、肆礼乐，以待王者之兴”申明了自己兼济天下、谋求救时之政的抱负，为后代“立言”。书成不久，刘伯温被朱元璋请至应天，委任为谋臣，辅佐朱元璋完成帝业，为明朝开国元勋，封诚意伯，死后追赠太师，谥号文成，即为现在文成之渊源。我们此行领队的所党支部书记王正善律师有联句赞曰：南田有青山环绿水绕八十亩荷花真秀色，武阳有诸葛志包拯刚七百年伯温称奇才。

走着，看着，莫名的心底就跳出了杨绛先生的《走到人生边上》中一些思考人生的话语。每个人都有追求美好事物的“灵性”，如武阳的景，如刘伯温“气刚正、才宏博”的品质。唯有随“灵性良心”做事，“知行合一”才能保有心的宁静，即使怀才不遇、命运多舛，也能有所建树。在丙申夏至的闲暇时分，有幸前往武阳游历，或许也是大自然的神明或神明的大自然的安排。在这样充满灵性的地方，少了喧闹与纷争，留下独处的时空，修炼良知良能。迷途武阳，不是妄言；隐居武阳，亦是幸事。

（作者系本所房地产部律师）



接天莲叶无穷碧 映日荷花别样红

王正善律师 摄