



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

全国优秀律师事务所

GUANG ZHENG DA LAWYER

第 154 期

2016.7

(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

## 我所破产管理业务走向全国

8月2日上午,在福建省泉州市中级人民法院举行的竞争破产管理人评审听证会上,参与竞争的福建省内外中介机构分别就机构规模、从业经验、管理方案、管理报酬等多个方面接受了评审委员会的综合考评。我所作为泉州市政府企业重整领导小组办公室专家顾问团成员,以及泉州中院特邀的十四家省外破产管理人之一,最终以16位评委15票通过的压倒性优势,脱颖而出成功竞得泉州XX王公司和翔X集团公司及其关联企业破产重整管理人。

我所是第一批《浙江省人民法院破产案件管理人名册》入册机构之一。从2012年开始,我所受温州

各级人民法院指定,成功担任近30家温州地区企业破产重整、清算管理人。其中,由我所担任管理人的温州市海鹤药业、兴瓯药业破产重整案入选省高级人民法院十大典型破产案例、2013年温州法院破产审判十大典型案例,并入选最高人民法院2013年第四辑《人民法院案例选》。为“僵尸”企业破茧重生、维护社会稳定、推进我市经济的良性发展作出了贡献。同时,我所也在实践中培养了一支日渐成熟的管理人律师团队,积累了从事破产管理业务的丰富经验。

2014年我所破产管理业务向外地辐射。当年5月,在全省第一

次采取竞争方式选任管理人的评审中,我所联合温州中原立德会计师事务所力拔头筹,获任绍兴的浙江贝力生物科技有限公司及浙江明辉控股有限公司破产管理人;2014年10月,我所通过竞争再次获任舟山市中恒置业有限公司破产重整管理人。在我所管理人团队接手该破产案件后,在浙江省高级人民法院、舟山市中级人民法院的支持和引导下,以市场化、法治化的思维解决实体经济中的资源配置、项目融资等难题,经过了近一年的努力,终使该破产企业走出困境,开创了破产企业重获新生的新模式。

以竞争方式择优选定破产管

理人,是破产管理业务市场化、专业化的必然趋势。这次我所首次走出省外竞逐破产管理人即连中两元,体现出我所破产管理人团队的素质、经验、业绩已经得到各地法院和业界的肯定,为我所的破产管理业务揭开新篇章,标志着我所的破产管理业务已走向全国,并向着专业化方向发展。

日前,由周光主任带领的我所破产管理人律师团队已经开始履行职责,接管福建省泉州XX王公司和翔X集团公司及其关联企业,受理、登记、认定债权,开展资产核查、资产处置等工作,维护债权人、债务人等相关主体的利益。

### 周光主任参加第七届中国破产法论坛 我所律师三篇论文入选本次论坛文集

“第七届中国破产法论坛”于8月13—14日在北京举行,温州市律师协会会长、市破产管理人协会名誉会长、我所周光主任以及陈炯然律师应邀参加是次会议。本次论坛由中国人民大学法学院、中国人民大学破产法研究中心、北京市破产法学会主办,论坛分为开幕式、大会主题发言、分论坛研讨、开放式交流、闭幕式等环节。来自法院系统、政府部门、高校和研究机构、金融机构和律师事务所、传媒界等750余名嘉宾参与本次论坛。与会代表围绕破产法中的僵尸企业处置与破产法实施、企业挽救制度及破产法中的其他问题展开深入讨论,为我国破产立法和司法提供更科学、完善的智力支持。

在本次论坛上,我所周光、陈炯然律师撰写的《“僵尸企业”司法重整可行性条件分析》、陈炯然律师撰写的《论破产法上债权人委员会的地位——以温州海鹤药业公司重整案为例》、万里律师撰写的《骗取出口退税罪追缴赃款是否属于破产企业优先债权》等三篇论文入选《第七届中国破产法论坛论文集》。该论文集作为论坛的研究成果之一,将由法律出版社出版,并在会后作为调研材料提交给中央有关部门,对促进破产立法和司法工作的进步将起到积极的影响。

### 王正善律师书法作品入展 省第四届“温泉杯”书法大赛

近日,我所首席合伙人、党支部书记王正善律师的书法作品,入展浙江省第四届“温泉杯”书法大赛。

王律师在繁忙的律师工作之余颇好翰墨,其书法作品曾获海军航空兵书画展三等奖、浙江省政法系统书画展二等奖,并入选浙江省60周年书法展以及多次入选温州市、鹿城区书法家协会举办的书法作品展。

### 全国首家互联网发展促进会成立 陈兴良高级律师获聘任法律顾问

全国首家网信领域社会组织——温州市互联网发展促进会于8月18日成立,温州市委宣传部副部长、市网信办主任王丹当选首届会长,我所副主任陈兴良高级律师被聘为该会法律顾问。

中央网信办副局长范小伟,温州市委常委、宣传部长胡剑谨及市相关部门领导出席了成立大会。

### 高进 陈金卫律师应邀访问 支付宝(中国)网络技术有限公司

8月17日,我所高进律师、陈金卫律师应邀到杭州参观支付宝大楼感受企业文化,并与该公司客户部总监朱健、孟获、法务部陈晨、市场部总监黄燕东等就互联网企业在前行中的法律问题进行了探讨。

### 李超律师应邀为乘凉社区举办 暑期法制讲座

我所长期以来重视社区法律服务,我所律师多次赴社区开设各类法律教育讲座。7月27日上午,我所律师李超博士应邀为鹿城区五马街道乘凉社区举办暑期法制教育讲座。李律师向社区的中小学生和家长们介绍了暑假生活安全法律常识,并结合现实案例重点讲述了当前热点的少年儿童和网络欺诈犯罪、反家庭暴力法等问题,获得家长和孩子们的好评。

## 周光主任做客《政情民意中间站》



8月8日,温州市律师协会会长、温州市破产管理人协会名誉会长、我所周光主任,以及市中院、市金融办、嘉瑞成律所、人行温州中心支行、海鹤集团等相关负责人做客温州电视台《政情民意中间站》栏目,就“让僵尸企业破茧重生”这个专题与现场来宾进行互动交流。

作为温州破产重整第一案——百年老字号制药企业海鹤药业破产管理人团队的领军人,周光主任在现场介绍了海鹤药业破产重整过程的审查核实债权债务、债权人债转股、寻找战略投资人注资收购股权这三个阶段的工作,通过最大限度地利用企业优质资产,盘活企业。在法院以及政府相关部门的支持指导下,克服、解决了税务、企业信用资质等系列问题,终使一度濒临倒闭的“僵尸企业”得以破茧重生,重新走上发展正轨。

## 厂长离职 索赔百万

谢尚誓

### 一、案情缘起

何某2009年9月入职温州某眼镜有限公司任厂长,因2015年间公司出现批量质量事故等管理问题,损失达20来万,故公司董事长对其的工作表现不满,当年的奖金就少给了。公司于2016年2月23日春节后正式开工,但何某未接到董事长邀请其上班的通知。他遂于当月26日向当地劳动部门投诉,后调解无效。3月17日,何某向温州市劳动人事争议仲裁委员会提出劳动仲裁申请,理由是董事长打电话通知让他等上班通知,而后未通知其上班,应视为公司提出解除劳动合同。故要求公司支付经济补偿金、补缴2009年9月至2014年社会保险、未签订劳动合同的双倍工资、加班费、通讯补贴等共计1060968.4元。

### 二、争议焦点

(1)是何某自动离职,抑或是单位提出解除劳动合同?

何某主张是单位不让他上班,应该认定为单位提出解除劳动合同,因此单位应向其支付经济补偿金,有劳动部门的投诉记录为证。

公司主张何某系自动离职,无需支付经济补偿金。公司的规章制度规定,连续旷工3天视为自动离职。开工通知明确规定:“明年开工时间定于2月23日开工,管理人员必须到位”。何某向劳动部门投诉的记录为2月26日,刚好为

第4天。规章制度有何某的签收记录,证明何某对公司规章制度的规定是明知的。

(2)加班费问题

何某离职前,将公司全体员工几年的打卡记录、公司订单、生产计划等材料都复印过去了,利用这些证据证明其入职时间及加班情况。

单位认为何某工资中已包含加班费,单位无需再支付加班费。何某作为公司高管,其月薪为11000元,该薪金为包含加班费的工资,且该工资水平已远高于浙江省全社会就业人员的年平均工资水平。因此无论从高管的职责、合同约定及实际工资额来看,都可以确定申请人明知并接受工资中已包含加班费的事实。

(3)未签订劳动合同的二倍工资是否应该被支持。

何某认为2009年9月到2012年12月未签订劳动合同,应该支付二倍工资308000元。

单位认为其已过了1年的仲裁时效。

### 三、裁判结果

2016年5月,温州市劳动人事争议仲裁委员会做出裁决,驳回申请人的仲裁请求。

### 四、律师点评

笔者对于上述裁决结果中除关于春节加班费没有得到支持保留意见外,总体上认为裁决合法合理。结合本案,笔者就企业用工中几个关键的风险防控点提几点建议:

(一)企业要高度重视规章制度制订的合法性以及民主程序、公示程序及原始文件的证据保存。

(下转第2版)

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

案情缘起

A(承租人)向B承租店面用于网咖经营,双方签订一份《房屋租赁合同》,合同约定A向B支付20万元作为租赁押金...

巧用债权转让维护自身利益

张坚

知,内容为:A对B享有的20万元债权已转让给D,要求B直接向D履行债务。

对簿公堂

D因催讨无果,诉至法院,要求B清偿20万元租赁押金。后被告B提出追加A作为本案第三人,但A拒不出庭。

在庭审中,原告方提出:

1.被告B与C之间的债权转让事宜虽经快递、短信等方式通知未送达A,表明债权转让未通知到A,因此不对A发生法律效力;

2.在未经法院裁判前不能证明C对A享有相应的债权,故B亦不能通过受让该债权而对原告方对其主张的债权。

3.B、C之间名为债权转让,实则为债务转让,根据法律规定债务转让需经债权人同意,B、C之间未经债权人A同意,因此不发生法律效力;

4.B未提交已经支付债权转让对价的凭证,应当认定双方签订《债权转让协议》系恶意串通,损害其他人的利益,为无效的合同。

受被告B的委托,我所张坚、万里律师参与了庭审。我方提出答辩的主要观点为:

1.本案中,C持有对A的20万元债权的借据凭证,证明C对A享有20万元的债权。根据我国合同法的相关规定,债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人。

2.根据《合同法》的规定,依法成立的合同,自成立时生效。被告B与C签订《债权转让协议》已经确定了双方的权利义务关系。《债权转让协议》系双方的真实意思表示,合法有效。被告B受让C的20万元债权后,又通过快递、短信等方式通知了A,对其具有拘束力。

3.从债权转让法律关系的角度分析,本案中C对第三人A的债权为合法到期债权,具备法律允许的可转让性;而B持有的由A向C出具的借据表明,B与C之间达成了债权转让合意,借据移交的事实表明债权转让已经通过履行而生效;A对B所负的债务为20万元的到期金钱债务;B对A所负的债务亦为20万元的到期金钱债务,双方互负到期金钱债务,根据《中华人民共和国合同法》的相关规定,符合法定抵销的构成要件。因此,D无权再向B主张清偿20万元债权。

本案经法庭主持调解,但因双方始终无法达成一致意见,最后法院作出判决,认为:债权人可以将合同的权利全部或部分转让给他人。本案中,第三人A将其对被告B的20万元到期债权转让给原告D,并通知了被告,故原告D对被告B享有20万元的到期债权。但是,在第三人A将其对被告的债权转让给原告之前,被告B已从C处获得C对A的20万元的到期债权,且被告已主张抵消。原告D辩称在未经法院裁判前不能证明C对A享有相应的债权,故B亦不能通过受让该债权而对原告方对其主张的债权。法院认为,本案庭审中已通过追加A为第三人的方式,保障A对C主张对其的债权行使相应的抗辩权,但第三人A经法院合法传唤,无正当理由拒不到庭,故应视为其未对C的债权人资格提出抗辩,且根据相关法律及司法解释的规定,持有借据等债权凭证没有载明债权人,持有借据的人推定为债权人,现C持有对A的20万元债权借据凭证,故应视为C对A享有20万元的债权。且该债权已届清偿期,系到期债权,被告B通过受让C对第三人A的该笔债权,其可以对A主

张抵销。因此,法院支持了被告方的答辩意见,判决驳回原告D的诉讼请求。

作者评析

现实生活中,债权债务纠纷随处可见,虽然很多纠纷债权债务关系非常明确,但是却因债务人无力偿还而导致债权人的债权不能实现。那么,债权人可以通过什么方法来保护自己债权的实现呢?除了担保、和解、调解、诉讼这些途径外,在债务人负债较多且资产不足以清偿全部债务的情况下,债权人应当多方位考虑债权受偿的可能性及受偿率,若一味通过诉讼也许并不能取得较好的效果,在诉前先尽可能了解债务人的债权情况,有利于保护债权人的自身利益。例如本案,若C仅以民间借贷为由向法院提起诉讼向A主张债权,虽能胜诉但对实现自身债权作用有限。因为A对外负债金额较大,债权人众多。在多数生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人,分别对被执行人A申请执行的情况下,C作为普通债权人之一,如按照各债权人债权额的比例平等分配,C的债权清偿率将不会高于2%。本案中C在诉前通过债权转让方式避免了经济损失,使自身的利益得到了有效的维护。当然,此举的关键是需要债务人的对外债权债务关系中,筛选出合适的债权人,并成功与其达成债权转让交易。

(作者系本所非诉部律师)



张坚律师

光正大律师通讯录

Table with columns: 姓名, 职务, 办公电话, 手机. Lists names and contact info for various departments like 主任, 副主任, 律师, etc.

(上接第1版)

建议:1.企业系统策划规章制度设计,在符合合法性的前提下,制定的规章制度要将员工的不当行为进行详细列明,明确合理的处罚措施,给企业处理问题员工留下切实可行的依据,以便预防高工资的管理人员、工龄长的老员工涉及的较大金额的劳动纠纷;2.企业规章制度要经过职工代表大会和工会协商的民主程序,并保留好规章制度文本及相关证据,以备诉讼用;3.让所有员工对规章制度予以签收;将规章制度公示于公司内部网络和公告版中;有条件的企业应开展对员工进行规章制度培训及组织规章制度考试作为员工绩效评估的依据;4.企业在实施或完善规章制度合法性、民主程序和公示程序时,任何一个步骤和文档都必须要有明确的记录和留存,尤其要保留好员工违反规章制度的行为及处罚的证据。

(二)制订好加班时间及加班工资的相关规定

企业长期加班是温州眼镜行业的现实,如何避免纠纷要有相应措施。

建议1.在公司规章制度中的薪酬制度中规定要关于加班工资的基数,及工资组成结构;2.做好入职时关于工资中包含加班费及公司上班时间的说明,由员工签字认可;3.劳动合同中列明

厂长离职 索赔百万



谢尚誓律师

工的处理流程及证据保存。

“连续旷工3天视为自动离职”,的企业内部规定是否合法有效?司法实践中存有争议。因此,企业要知道“自动离职”不是百分之百有效的管理措施,一旦进入诉讼程序,还是存在着经济补偿金和失业保险待遇的赔偿风险。

建议:1.为谨慎起见,企业可将“无故旷工3天视为自动离职”修改为“无故旷工3天视为严重违反公司规章制度,公司有权无条件即时解除劳动合同”;2.操作层面上,对于无故旷工的员工应先催告其上班,并注明回复期限。催告后仍不上班亦不办理请假手续的才可(且应该)发送解除劳动合同通知书。3.妥善保管相关通知证据;4.做好工会备案工作。

(四)针对高管或高薪的技术人员等,要做好岗位目标责任的约定。

企业高薪引进高层管理人员后,通过合作一段时间觉得其能力不值得支付如此高的工资,因此要求降低其薪酬或解除劳动合同,这样就容易引发劳动纠纷。但是企业又没有充分的证据和理由来证明降薪或解除劳动合同的依据,也无法提供其不能胜任的证

据,败诉风险极高,而赔偿额度往往也较高。

律师建议:高管入职时需签订岗位目标责任书和岗位职务聘任协议,约定关键几个考核指标,约定如果达不到指标的对应措施,减少不必要的纠纷。

(五)规范入职、在职、离职手续,保存好相关书面证据。

很多企业没有做好入职、在职、离职相关表单、文件的设计,只是上网下个模板下来,这样不能做到最大化地保护好企业的合法权益。企业还需做好证据档案的管理,一份劳动合同、社保承诺书、工资条或规章制度签收单等在纠纷争议中就中就可能影响胜诉或未知的赔偿金额。

建议:1.重新修订劳动合同、入职登记表、入职说明、录用条件签收表、员工手册签收表、放弃承诺书、工资条、规章制度(员工手册)、调岗确认表、离职申请书等等,围绕着如何规避法律风险角度进行系统修订。2.严格规范人力资源管理流程,做好入职、在职、离职的风险防控工作。3.做好证据档案管理,至少保存两年。

总之,企业家要重视人力资源的法律风险防范工作,而不应该认为这只是人力资源部门的事情,因为一个劳动纠纷案件有可能会影响企业整体管理水平。

(作者系本所法律顾问部律师)

## 借用“员工”上班受伤，谁赔偿？

谢廷炳问：我是瓯海某眼镜配件加工厂负责人。2014年12月期间，因我厂接到一笔订单，急需人手，便与瓯海鑫某眼镜配件加工厂老板周某商定，从该厂借用员工姜某到我厂帮忙操作冲床。不料姜某在操作冲床时手指被压伤，事后一直协商赔偿事宜，最终未能达成一致意见。现姜某以提供劳务者受害责任起诉，要求我厂和瓯海鑫某眼镜配件加工厂共同承担其人身损害赔偿，依据人身损害赔偿作出了伤残鉴定要求赔偿数额达十六万多，因为没有法律意识，也未签订借用协议。如今我不知道该如何处理？

朱婷律师解答：根据你的陈述和提供材料显示，姜某是从你朋友工厂里借用过来的员工，该员工并没有解除与原工厂的劳动关系，他在你工厂受伤，但是劳动关系仍然在出借单位。依据《工伤保险条例》规定，职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但是原用人单位与借调单位可以约定补偿办法。《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》也明确规定，单位指派到其他单位工作的职工因工伤亡的，指派单位为承担工伤保险责任的单位。这些规定都说明原用人单位仍是劳动关系法律关系的主体。你可以据此与瓯海鑫某眼镜配件加工厂协商如何承担姜某工伤赔偿的事宜。而姜某则应当去申请工伤认定，而后向仲裁委提出仲裁申请，请求工伤赔偿。

## 怀孕期间，准妈妈的“护身符”并非万能

王静问：我大学毕业后进入一家

## 劳动争议咨询站

医药公司担任医药代表工作，并与医药公司签订了两年期的劳动合同，合同约定双方于今年11月30日解除劳动合同。今年6月中旬，另一家医药公司有意聘请我，开出的条件比原来的高，我便和自己的公司协商于今年7月5日解除了劳动合同。还未与新公司签订劳动合同，我便被检测出怀孕了，因为怀孕，我不能去新公司，我能够以自己签订《解除劳动合同协议书》之时对自己怀孕的事情不知情、孕期公司不能与孕妇解除劳动合同为由要求与原来的用人单位恢复劳动关系吗？

朱婷律师解答：离职员工能否以怀孕为由要求恢复与用人单位已解除的劳动关系的关键在于双方在协商解除劳动合同时员工是否告知用人单位自己怀孕。结合本案，你与单位协商解除劳动合同时，并未告知单位自己已怀孕，因为当时你本人也不知晓。但是与医药公司签订的《解除劳动合同协议书》中明确记载了“经双方协商，王静同意于2016年7月5日与医药公司解除劳动关系”，协议上有你的签名；并且你与医药公司签订的《解除劳动合同经济补偿协议》也明确记载了双方协商一致解除劳动合同，你也领取了解除劳动合同经济补偿金等相关费用。所以在这种情况下双方协商解除合同的程序应该是公正、平等、合理的。你与用人单位协商解除了劳动关系之后才发现自己怀孕了，这时候再提出一些要求为时已晚。根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十六条规定，用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。现在你以自己签订《解除劳动合同协议书》之时对自己怀孕的事情不知情为由，要求恢复与医药公司的劳动关系没有法律依据，即使你诉诸法律，法院也不会支持。



朱婷律师



项天赐律师

## 夫妻婚前财产约定的效力问题

潘自问：我在2010年经人介绍与王某认识并相恋。此后我为了表示诚意与王某作了一份《婚前财产协议》，约定：我将一套住房送与女方王某；对其他的财产并无作出约定。我们双方还到公证处对这份《婚前财产协议》作了公证。但没想到此后王某始终不肯同意与我结婚。这种状态持续了5年。2016年6月份，王某还将我告上法庭，要求我履行曾在约定中承诺的那套住房。我该怎么办？

项天赐律师解答：婚前财产协议公证，是指未婚夫妇在结婚登记前通过签订婚前财产协议来对各自的婚前财产作出约定，并办理公证的行为，目的是避免双方因财产纠纷而导致婚姻关系紧张等情况发生。

本案中，虽然你和王某签订了《婚前财产协议》并作了公证，但是从协议的内容来看，该份协议实质上是赠与协议，并非对婚前财产的约定。根据合同法的相关规定以及《婚姻法司法解释三》第六条的规定，在赠与标的权利转移之前，赠与人有权单方面撤销赠与行为，而不动产的权利是否转移以产权过户登记为准，因此，你有权单方面撤销赠与行为，可以不继续履行上述协议。

再则，该份《婚前财产协议》并非单纯的赠与，而是以双方缔结婚姻关系作为实质附加条件的赠与行为。由于王某与你至今未履行登记结婚手续，致使该协议的生效条件无法成立，因此该份《婚前财产协议》在你未与王某结婚登记前是没有生效的。除非现在王某同意和你去办理结婚登记，否则该份《婚前财产协议》因生效条件没有达到而无效。法院最终只能驳回王某的诉讼请求。

## 断绝血亲关系及赡养祖母问题

李小强问：我父亲是我祖父祖母的

独子，我父母1978年结婚后因都在外地工作，所以我自出生后便随祖父母生活。1998年，我祖母死亡，我祖父不顾我父亲的反对，娶了一个年轻女子为妻。因此，我父亲一气之下与我祖父签订了《断绝父子关系协议》，两人不再往来。今年4、5月，我祖父病重，继祖母离他而去。现在我祖父要求我父亲承担赡养责任，但我父亲以已断绝父子关系为由，不同意赡养，并认为我是由祖父养大的，应该由我来承担赡养责任，我有承担赡养我祖父的责任吗？

项天赐律师解答：依据《婚姻法》的规定，自然血亲是基于天然血缘关系所形成的亲属关系，不能人为的解除这种血亲关系，因此你父亲与你祖父签订的《断绝父子关系协议》无效。

《婚姻法》第二十一条规定子女对父母有赡养扶助的义务。子女不履行赡养义务时，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女给付赡养费的权利。第三十条规定子女应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母再婚以及婚后的生活。子女对父母的赡养义务，不因父母的婚姻关系变化而消除。因此，你父亲因你祖父的婚姻关系发生变化为由，不履行赡养义务是错误的，依法应承担对你祖父的赡养义务。

至于你是否对你祖父有赡养义务的问题，《婚姻法》第二十八条规定有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。因此，除非你的父亲已经去世或者确无赡养能力，否则，你即是由你祖父抚养的，也没有法定的赡养义务，该义务仍由你父亲承担。但尽孝，还是好事情，让祖父安度晚年。

## 婚姻家庭面面观

# 女生住店深夜被袭 酒店未尽安保义务

汪丽敏

不久前，北京曾发生一起女生入住酒店遭陌生男子拖拽、险遭不测的事件。2016年4月3日晚，一名女生在北京望京798和颐酒店遇袭，嫌疑人的作案手段是我们闻过的“假扮熟人强行拖走，当众掐脖拖拽女生”。整个过程持续了5、6分钟，在一个全是监控的地方，没有任何酒店管理人员、安保人员出现搭救，值班经理也是在事情结束后才姗姗来迟。这个事件当时引起了媒体的热议，在大众心里引起了不小的恐慌。据说涉案嫌疑人李某后来已在河南许昌抓获，涉案酒店事后也通过微博向受害人“弯弯”发出道歉声明。

女生惊魂夜，受害人“弯弯”应如何维权？涉案酒店应承担什么样的责任？这是本文所要分析探讨的。

近年来，酒店里频繁出现犯罪分子以假扮熟人方式强行拖走妇女。这些事件的发生折射出酒店经营者在安全保障上存在的问题，正是这些单位未尽安全保障义务给了犯罪分子以可乘之机。

根据《中华人民共和国侵权责任法》第三十七条规定，宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。

所谓经营者和组织者安全保障义务，是指宾馆、商场、银行、车站、公园、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者所负有的，在合理限度范围内照顾、保护顾客或参与活动者的人身与财产安全的义务。对于酒店业来说，笔者认为安全保障义务主要体现在应有适当的人员、设施为入住酒店的顾客以及参与酒店所组织的相关活动的人员提供与其活动相适应的预防外来侵害的保障。对酒店内可能出现的各种危险情况要有相应的有效的预警，包括警告、指示说明、通知和保护义务等。其义务主体为酒店的经营者、管理者、承包经营者等。设定安全保障义务的目的是为了平衡利益和分配社会正义，安全保障义务人承担责任的基础在于疏于履行安全保障义务的过错，上述酒店绑架事件中，受害人入住酒店，酒店作为住宿服务合同的一方，既有为顾客提供住宿服务的义务，也有保障其在住宿期间人身财产安全的附随义务。该次酒店绑架事件属于第三人介入的侵权事件。整个事件发生的经过足以证明该酒店存在管理混乱、安全防范措施不到位等问题，对入住旅客没有尽到安全保障义务，造成该名女生受到人身伤害，应当对受害人承担相应的赔偿责任。

具体来说，酒店经营者所承担的安保义务责任分为直接责任和补充责任。

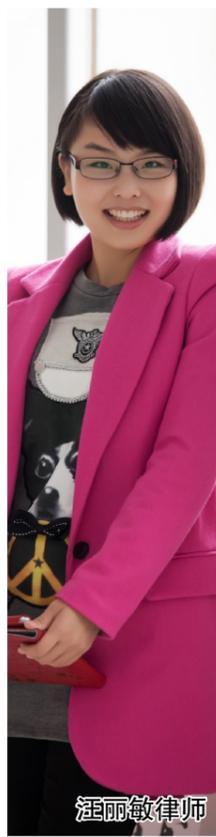
直接责任是，酒店的经营者需要承担防范危险的义务，比如在营业时应做好地面防滑、维护电梯安全、照明通道等，如果未尽到，就应承担相应责任。而补充责任的承担需要满足三个条件：第三人侵权是损害结果发生的直接原因；酒店经营者对第三人的侵权未尽到必要的防范和合理控制义务；第三人侵权与经营者未尽安保义务发生原因竞和，即如果经营者尽到了安保义务，通常能防止或制止损害结果的发生或扩大。

酒店经营者负有安全保障义务是毫无疑问的，但这种义务应当到什么程度，是不是一定要做到万无一失、毫发无损？安全保障不是安全保证，也不是安全保险。安全保障义务人的过错应根据其提供保障的必要性和可能性，在合理的范围内承担责任。补充责任应与管理人或组织者的过错程度相适应，《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6条第2款规定，因第三人侵权导致损害结果发生的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的，应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。安全保障义务人承担责任后，可以向第三人追偿。赔偿权利人起诉安全保障义务人的，应当将第三人作为共同被告，但第三人不能确定的除外。

社会生活十分复杂、个案千差万别，并不是所有发生在宾馆、商场等公共场所的损害案件，管理者或组织者，都要承担相应责任。安全保障义务人承担补充赔偿责任的范围应当遵循以下几方面的原则：1、经营性社会活动中的安全保障义务人防止或者制止损害的范围要大于非经营性的社会活动。2、获利多的社会活动安全保障义务人对防止或者制止损害的范围要大于获利少的。3、具有专业知识的安全保障义务人防止或者制止损害的范围要大于不具有专业知识的安全保障义务人。4、向社会开放程度高的安全保障义务人防止或者制止损害的范围要大于开放程度低的安全保障义务人。5、安全保障义务人的实际经济能力往往也是判断标准之一。当然，这些原则不是绝对的，在解决具体案件时，往往综合考虑。

此外，安全保障义务人承担补充赔偿责任有三种情形可免除或减轻。第一种，完全由于受害人故意造成的，即是一种自我加害的情形，则由受害人对其自己的行为承担责任，可以免除管理人的责任。第二种，完全由第三人造成的，受害人的损失由第三人来承担责任，管理者不承担；但如果管理者未尽安全保障义务，则承担补充赔偿责任。第三种，受害人有明显过错的，可以减轻管理者的责任。

(作者系本所行政部副主任、律师)



汪丽敏律师



陈华鬘

陈华鬘,字莲芬,1907年出生于温州市区永宁巷大户人家“金树德堂”。少时聪明伶俐,就读于温州女子

## 温州首位执业女律师陈华鬘

林鸿麟

初级师范学校,毕业后在温十中(今温州中学)附小任教。清朝末年,随着西方思潮的涌入,男女平等的观念逐渐在中国萌发,传统中国妇女的地位也进入了一个重要的转折时期。很多接受新思想的女性开始为自己的权利而抗争。1927年夏天,上海律师公会公开主张取消律师的性别限制。虽然在此之前,法国巴黎大学的法学博士郑毓秀1926年就已任上海租界执行律师职务。1927年底,国民党南京政府颁布新的《律师章程》及《律师登录章程》,其中最显著的变动就是取

消对律师性别的限制,意味着女性也可以成为律师。

陈华鬘1928年考入上海法学院,毕业后向政府注册,在“金树德堂”家里挂牌,开办“温州市陈华鬘律师事务所”。据其子女介绍,当时是温州首位执业的女律师,曾任永嘉律师公会副会长,又兼任永嘉妇女会理事。

从此,她积极投身于保护妇女儿童权益及助贫的工作,经常让受虐的乡下童养媳来家居住,并提供免费的法律援助,买粮食赠送穷人,出资给民间殡葬机构,后者是为穷人安葬后

事提供免费服务而设立的,以及支援其父亲陈炳文的慈善事业等等。1937年冬,与温州知名诗人、中医王敬身共结连理。王敬身(1905-1992),字景逸,号逸庵。温州市人,幼承家学,湛心辞章。弱冠从同邑儒医、陈虬的门弟子刘玉如学医,得其枕秘。后从职于闽南漳州,复游宦洛阳,曾任国民政府考试院叙述部专员。抗战间入四川嘉州乌龙山复性书院,受业于马一浮大师门下,精研哲学与文学。战后东归,不久返温行医,并设席讲学,阐扬诗教。著有《中国文学源流概

论》《诗学从谈》《诗法指要》《逸庵诗集》《逸庵医案》等多种。

抗战胜利后,司法行政部派陈华鬘去台湾法院任职,她因热爱家乡,不愿离开温州而婉辞。新中国成立后,她在家相夫教子,勤俭持家,养育四女一子,晚年跟丈夫王敬身一起研读儒学禅学,修身养性。1977年6月在温州去世,终年70岁。



尽管在这数字化的时代,我却依然喜爱手捧书本的感觉。

在一个失眠的夜晚,我习惯性地打开酷我音乐搜索自己喜欢的电台,不经意间听到小说连播《女心理师》,据称这本书是“心灵处方作品”,写的是一个青年女子学习担当心理咨询师的故事,听了一段绪论,我便被深深吸引了。于是,立即下单,到手后迫不及待地捧书品读。

这是一本与心理学和人的心理有关的小说,作者毕淑敏不仅是一位著名的现代作家,而且她还有着20多年的内科、心理医生的从业经历,这让我对作品满怀期待。因为,我对心理学也有着浓厚的兴趣,半路出家自学通过了国家心理咨询师的考试,当然这种兴趣和专业的相比,用书中的描述来说,只是“对人,充满好奇”。我喜欢聆听别人的故事,从别人的故事里可以看到不一样的人生,也可以看到自己的影子。这大概也是我的“私心”。

书本的封面是一位托着下巴的束发女性剪影,整个画面显得严肃凝重。封底赫然印着一句话“世上每一颗受伤的心,都或许潜藏高贵。每一具铭刻鞭痕的躯体,都包裹着改变的决定和铁骨”。也许是因为有一点心理学的基础和悟性,又或许是对于生活和人生有一些思考,初看这句话,我便有一些心灵的共鸣,对于小说可

能讲述的故事也有一些隐隐约约的猜测。小说从女主(贺顿)发烧仍坚持要去接待来访者讲起,第一个故事便是带着强烈敌意和冲突的来访者,然后开始陆续穿插着叙述了6个来访者的故事,6个故事中间参杂着贺顿自己的人生。我并不想透露小说的具体情节,因为我感觉一来我没有能力

童年,有着严重的心理和生理创伤,而后靠着自己的坚强和努力,当然也伴随着一些运气,最终实现了成为一名心理咨询师梦想,并且最终过上了相对安稳和幸福的生活。近30年的人生,无法通过一句话概述,经历过的磨难和纠结,更是只能体会而难以描述。

以为什么不同的时候看待同样的事情会有不一样的反应。其实,这本小说给我的震撼在于,它将人性的诸多丑恶和美好同时呈现在我面前,反反复复,让人分不清。如女主的困惑,到底真相是什么?越往下读,才越明白,作者并不想区分人性究竟是善是恶,也不想用现时的道德去评判这些



徐巧月律师

每天都有1-2篇图文的更新,虽然有时候看似言语粗暴(不文雅),但细想还是在理。生活中的心理学并不像学术研究界的那么深奥和高大上,凡事“用心”体会,都可以发现心理学的影子,毫不夸张地说,我们每个人的举手投足、开心与烦恼,都与心理相关。说这些话,并不是矫情,我只是希望每个人都可以关心自己的心理健康,更了解自己的心理以后,会更理解自己甚至他人的情绪和行为。

真是一本难得的心灵读物。书中的故事和女主的人生经历混合在一起,终让人明白,人生没有定势,没有一颗灵魂是完美无缺的,再高贵的灵魂,都会有不可告人的阴暗;即使是被世人认为卑贱的灵魂,也有值得尊敬的那些好。这与道德无关。而个人的命运,大多数时候,掌舵的是自己。

(作者系本所上海分所律师)

## 看别人的故事,遇见最真的自己

——读《女心理师》有感

徐巧月

很好地概括,二来我所概括的情节,可能给其他想要原汁原味感受作品的人造成一些主观的个人印象。心理学的作品,需要的正是自我感受,因为那会反应一些自己的心理问题(本处所述为中性词)。

小说讲述的几个故事,虽然在正常逻辑中看来比较奇葩,但对于故事本身,我倒毫无惊奇的感觉,我只感受故事中人物的性格和心理,以及小说女主在处理个案中的方法以及咨询师自身人格缺陷在个案中的移情和投射。“接受不完美的自己”,这句话在心理咨询中经常被使用,但是,要真的做到,实在有些难度。表面来看,这部小说讲了女主有着不幸的

这不是一本励志成功的故事书,也不是一本专业的心理咨询个案的教材,作者只是在讲述他人的故事,而这些人的故事中,读者会对人性的复杂产生各种疑惑,包括对于女主个人的评价,我觉得不同的人感受差异会很大。而我看来,对小说中人物的所作所为,应该去道德化,“中立”是一名心理咨询师的基本业务素养,在生活中,其实也要“中立”。我并不是指要去个性化和人云亦云,只是想说明一种“理性”,一种更淡然的心态去看待生活的方方面面。实际上,我们很难不戴“有色眼镜”地看待世上的事物,我们的过往经历和情绪情感都会影响我们看待事物的现时感受,所

人和行为,更不是旨在说明“真相”。最真实的是感受,而不是事情本身。读完,不得不佩服作者缜密的逻辑思维和绝好的文字功底,如果不看到最后,是感受不到整部作品精神的。

尽管小说富有想象和创意,与现实有差异,然而,从另一种角度来说,生活远比小说更精彩且富有戏剧性。心理学,在中国真正是一门年轻的学科,大家都在探索中前进。我没有专业的数据统计,但是就自己所接触到的人和事给我的直观感受来说,心理学和心理健康咨询实在是太需要了。最近关注了一个微信公众号,叫“我们心理都有病”,是一个自称为“长腿文艺女青年”的心理咨询师注册的,

## 破产清算终结,失踪的股东及财务账册重现

邹永迪

人民法院受理债权人的破产清算申请后,由于债务人(即破产企业)“人去楼空”,股东“跑路”,公司财务账册下落不明,人民法院以无法清算为由裁定终结破产清算程序,根据法律规定,债权人即可依据法院作出的终结裁定另行提起“股东损害公司债权人利益责任纠纷”之诉,要求股东对公司债务承担连带清偿责任。

然而,笔者近日遇到这样一起“股东损害债权人利益纠纷”案件,案件审理过程中原告“失踪”的被告——破产企业股东却意外现身,并愿意向人民法院和破产管理人提供有关公司财务账册等资料,以此抗辩不承担对公司债务的连带清偿责任。对破产企业股东的这种行为应怎样认定?司法实践中有二种观点:

1、在股东愿意支付相关费用的前提下,将账册移交管理人并由管理人委托专业机构对财务账册的可审计性进行评估,若账册完整能真实反映破产企业财务状况的,则应驳回原

告债权人的诉请,后续事项按照原破产程序继续进行办理。

2、破产清算程序终结后,股东在“股东损害债权人利益纠纷”案件审理过程中出庭并提交有关账册、说明公司财务状况,无论账册是否能真实反映破产企业财务状况,都不能免除其对债权人需承担的连带清偿责任。

笔者同意第二种观点,理由是:

首先,鉴于破产清算程序已依法由人民法院以无法清算为由裁定终结,原先“失踪”的股东在程序终结后衍生的“股东损害债权人利益纠纷”诉讼中作为被告现身出庭,此时向法院提交有关账册、说明公司财务状况的行为,不能当然撤销原破产终结裁定或重启破产清算程序,甚至免除其急于履行法定清算义务应承担的法律后果。在这种情况下如果驳回原告债权人的诉请,后续事项按照原破产程序继续进行的话,即视人民法院先前依法作出的清算程序终结裁定形

同儿戏,将严重影响司法裁判的严肃性和权威性。

其次,为了防止股东借公司解散乘机金蝉脱壳,公司法规定公司解散时必须严格按照法定程序进行清算。设定严格的公司清算程序一定程度上为了防止股东有限责任原则的滥用,平衡公司债权人利益、公司股东利益和保护社会经济秩序。股东的清算义务是股东有限责任制度中必须履行的义务,是股东享受有限责任所须支付的对价。根据我国《企业破产法》第二条第一款规定,企业不能清偿到期债务,并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的,可以依照破产法规定清理债务,即进行破产清算。

《企业破产法》第十一条第二款、最高人民法院《关于债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算案件如何处理的批复》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规

定(二)》第十八条第二款规定,破产企业应当自人民法院受理破产申请的裁定送达之日起十五日内,向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况。企业有关人员不履行法定义务,人民法院可依据有关法律规定追究其相应法律责任;其行为导致无法清算或者造成损失,有关权利人起诉请求其承担相应民事责任的,人民法院应依法予以支持。

第三,股东未及时履行法定清算义务,对公司债权人的利益造成损害,应承担相应的民事责任。在本案所涉的情形中,股东无论是以股东身份,还是以公司清算义务人身份,及时对公司进行清算其身份所决定的法定义务,其不履行该项义务而“玩失踪”,致使公司清算不能,公司的财产因此可能遭受流失、贬值,其行为已损害了公司债权人的利益,应当承担相应的民事责任。因此,《公司



法》第二十条规定,要求恶意逃避清算义务,滥用有限责任的股东对公司的债务承担连带责任。

基于以上分析,笔者认为:破产清算程序终结后,股东在“股东损害债权人利益纠纷”案件审理过程中出庭并提交有关账册、说明公司财务状况,无论账册是否能真实反映破产企业财务状况,都不能免除其对债权人需承担的连带清偿责任。但是,若其提供的账册能真实反映公司财务状况,则在股东或债权人愿意支付相关费用的前提下,委托专业机构进行审计,发现有依法应当追回的财产或者有应当供分配的其他财产的,则应由法院按照企业破产法有关规定进行追加分配。

(作者系本所非诉部律师)