



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159期

2016.12

(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

2016年我所要闻回顾

- 1月23日,我所向温州市红十字会捐款5万元设立“先正大博爱基金”,并与该会联合举办为环卫工人冬日送温暖活动。
- 3月5日,我所连续荣获2013、2014、2015年度“温州市十强律师事务所”称号。
- 3月,陈兴良副主任获任省律协房地产业专业委员会副主任。
- 3月30日,在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。
- 5月13日,在北京召开的民进全国参政议政工作会议上,我所副主任张永谦律师荣获民进全国参政议政工作先进个人称号。

- 6月16日,叶林枫执行主任赴杭参加全省律师工作会议,并获省委夏宝龙书记接见。
- 7月,今年是我所与温州市园林管理处联合举办的在市区四大公园开展义务法律咨询活动的第11个年头,我所累计派出1100余人次律师,共约接待了约12000市民。
- 8月2日,我所成功竞得福建省泉州市两家企业破产重组管理人,标志我所破产管理义务走向全国。
- 8月13日,周光主任、陈炯然律师赴京参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。

- 10月14日,副主任严恒系、林福庚赴宁夏参加中国德和精品律所联盟第十次合伙人会议,严恒系并代表我所签约加盟“中国德和精品律所联盟”。
- 11月21日,我所被评为“2016年度温州市中小企业优秀服务机构”。
- 12月1日,周光主任参加中国民营企业欧洲考察团赴意大利、德国考察访问。
- 12月18日,“浙江先正大律师事务所建所二十周年庆典”在王朝大酒店隆重举行。三百余位领导、嘉宾及企业家莅临庆典,共襄盛举。

我所成功举办模拟法庭活动

律师生涯注定要与法庭结下不解之缘,法庭是律师的“战场”,也是律师的课堂。为了提升青年律师的业务素养和法庭的实战能力,我所最近成功组织了一次贩卖毒品罪案件的模拟法庭庭审活动。由我所的资深律师及青年律师、实习律师分别担任法官、书记员、公诉人、辩护人、被告人等角色,比较真实再现了一起贩毒案件的庭审过程,是一次成功的法律实践活动。

在该案件中,被告人被指控有三起贩卖毒品的行为,且在原讯问笔录中均作有罪供述。在开庭前,被告人针对第一起贩卖毒品的事实提出异议。根据对现有证据的分析,被告人的辩解有其合理性,起诉书指控第一起犯罪事实的证据是否达到刑事证明标准存疑。不同于传统模拟法庭选用的案件一般对犯罪行为定性及是否构罪有争议,此次选用

案件的争议集中在对事实的认定及量刑。为了更接近于实务操作,此次模拟法庭增设对被告人的提审和会见,也尽可能地达到还原案情的目的。在法庭调查、法庭辩论过程中,控辩双方你来我往、唇枪舌战,庭审长达两个多小时,其中不乏精彩亮点。在合议庭评议阶段,合议庭组成人员针对此次参加人员的表现一一作了点评,既指出了庭审表现的不足,也给予了肯定。

通过这次模拟法庭,参与本次活动的青年律师一致认为这种鲜活生动、互动性强的学习模式给了他们很好的锻炼和启发,不仅仅是加深了对法庭审理程序的了解,更是考验和锻炼了律师庭审中的应变能力 and 心理素质等。今后,我所将定期举行模拟法庭、辩论赛等活动,形成有效的青年律师培养机制。

(程杰)



汪丽敏律师受聘担任温州机场边防站警外监督员

近日,温州机场边防检查站行文聘请我所行政部副主任汪丽敏律师为该站警外监督员。警外监督员可以通过对机场边防检查站民警文明执法、勤政廉政等方面进行监督,对发现的问题及时反映并监督改进。此举有利于进一步畅通警民沟通渠道,不断完善服务措施,打造温州口岸安全、稳定、舒适、和谐的通关环境。

范丰盛、余辛律师出席厦门破产法研讨会

2016年12月17日,“厦门市破产管理人协会成立大会暨第一届厦门破产法研讨会”在厦门召开,本次论坛云集了各地高校、法院系统、政府部门、中介机构等多个行业的百余名专家学者。我所范丰盛律师,上海分所余辛律师应邀参加了会议。

会上,我所律师积极与同行交流经验,探讨破产案例实务,为我市破产产业务“走出浙江,面向全国”积极宣传。

(范丰盛)

浅议滥用管辖权异议的原因及对策

范建鑫

管辖权异议是指人民法院受理案件后,当事人依法提出该法院对本案无管辖权的主张和意见。管辖权异议制度作为管辖制度的程序性救济措施,对保障当事人诉权、保证管辖规则的正常运行和构建程序正义具有重要意义。然而,在司法实践中常有被告方滥用管辖权异议的现象,这不仅浪费了有限的诉讼资源,也不利于原告方权利的保护。在笔者近期处理的案件中,就有三起案件中的被告涉嫌有滥用管辖权异议的行为,虽然他们所提管辖权异议最终被驳回,但管辖权异议审查却历经数月,客观上造成了案件的审理时间拖延,损害了原告的合法权益。

《民事诉讼法》第一百二十七条第一款规定“人民法院受理案件后,当事人对管辖权有异议的,应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议,应当审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的人民法院;异议不成立的,裁定驳回。”当事人在一审法院审理期间,只要在提交答辩状期间提出管辖权异议,一审法院就应当审查异议并作出移送管辖或驳回异议的裁定。且,对一审法院作出的管辖权异议裁定,当事人可以在法定期限内提起上诉。因此,一个案件中一旦提出管辖权异议,针对管辖权异议程序就需要历经数月审查,客观上造成了案件的审理时间延长。

管辖权是法院对案件进行审理和裁判的权力或权限。管辖作为民事诉讼制度的初始环节,不仅是迈

向实体正义的第一步,也是实现程序正义的第一步。然而,随着人们法律知识的增强和律师诉讼参与率的提高,民事诉讼案件中,当事人对于管辖权异议的运用也日渐增多。在审判实践中,常有当事人滥用管辖权异议,这不仅浪费了有限的诉讼资源,也严重干扰了诉讼活动的正常进行,背离了司法的公正与效率价值,损害了对方当事人的合法权益。

从笔者接触及办理的案件情况看,滥用管辖权异议的目的有以下几种:一是其主观上并无恶意,确系举证期较紧、证据较多且取证难度大、案情复杂等情形,因申请延长举证期不易得到批准而提起管辖权异议申请;二是利用管辖权异议程序拖延裁判,并借此拖延履行期限;三是利用管辖权异议程序,拖长审理期限,给对方当事人制造麻烦,以便在调解或和解中让对方当事人让步;四是企图将案件移送自己熟悉的法院,便于沟通。当然,以上列举的四种情况除了第一种外,其余三种其主观上都有恶意滥用之嫌。

笔者认为,造成管辖权异议被滥用的原因是:1、提管辖权异议的成本极低。当事人提出管辖权异议,异议不成立的,每件交纳50元至100元。对驳回管辖权异议裁定不服提起上诉的案件,不需要缴纳上诉案件受理费。提出管辖权异议几乎无金钱成本顾虑。2、没有适当限定提出管辖权异议及上诉的条件。《民事诉讼法》只规定当事人对管辖权有异议的即可提出管辖权异

议,而对于当事人基于什么原因对管辖权有异议则在所不问,当事人可以“随心所欲”的提管辖权异议。3、缺乏对滥用管辖权异议的有效制裁机制。当事人提出的管辖权异议即使不成立,也只承担被法院裁定驳回的后果。如因该异议的提出引起延缓诉讼的后果,管辖权异议申请人也无须承担责任。当事人提管辖权异议无任何“后顾之忧”。由于程序设计上的不完善,相关规定也不具体,是造成管辖权异议被滥用的根本原因。

因此,为有效的防止管辖权异议被滥用,避免诉讼程序被人为的延长,也避免有限的司法资源被浪费,笔者认为有必要对管辖权异议相关规定进行适当的修改与完善。

1、增加对当事人提出管辖权异议的案件类型、申请要件及理由等作出排除性的规定。现行的《民事诉讼法》规定当事人只要对管辖权有异议的即可提出管辖权异议,且不论案件类型,也不管基于何种理由,只要当事人提出管辖权异议,受理法院就必须审查。事实上,根据《民事诉讼法》第一百九十九条第(四)项规定,受诉法院在原告起诉时针对受诉法院有无管辖权问题已经进行过审查,绝大多数的管辖权异议案件是以驳回告终,因此有必要对提管辖权异议案件类型、申请要件及理由等作出排除性的规定,大范围的削减提管辖权异议的案件类型,提高提管辖权异议的门槛。第一,增加不得提管辖权异议的案件类型

规定。比如:对追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的案件,对追索劳动报酬的案件,对机动车交通事故责任纠纷案件,对不服指定监护或变更监护关系的案件,对适用特别程序审理的案件等对审理时间要求较高且管辖规定较为明确的案件,当事人不得提管辖权异议。第二,增加提管辖权异议案件的申请要件及理由由规定。当事人提管辖权异议需有具体的事由及相应的法律依据,同时应提供必要的证据证明。对于无具体事由、无相应法律依据的案件,或不能提供必要证据的案件,受理法院以书面方式告知管辖权异议申请人不予受理管辖权异议审查。管辖权异议申请人可依法向上一级人民法院申请复议,但不影响受理法院对案件的审理。因为受理法院并非是以裁定方式驳回管辖权异议,管辖权异议申请人对此也就无上诉权。

2、加重当事人提管辖权异议的成本。一方面,提高管辖权异议案件的收费标准,可按案件标的额的一定比例暂收费用。管辖权异议成立的,退还费用;管辖权异议被驳回的,按规定收取费用。(下转第2版)

主编:陈兴良 编辑:家园
本报电话:56891986



在中国人的传统观念里，“执子之手，与子偕老”是最美好的愿望。然而，随着时代的发展，婚恋观的不断变迁，如今不少年轻夫妻打破了从一而终的传统婚恋观，因各种原因，便草率地走出了婚姻的围城。在他们看来，离婚变成了一件“洒脱的事”。

今年上半年，本人曾代理一起离婚案件。双方当事人于2007年9月登记结婚，婚后育有一女，后双方经常因生活琐事发生争执。2014年11月，双方于民政部门协议离婚，2015年3月复婚。之后，双方又因家庭琐事争吵，因无法达成一致协议，故女方向法院起诉离婚，庭审过程中，女方一直情绪不稳，抽泣不已，后在法官组织下调解和好。

当今社会，像这种“吵架后离婚，离了又后悔，然后再复婚，下次吵架又嚷着离婚……”的“昏”离情形并非个例。由于生活节奏的加快以及社会观念的变化，夫妻之间的理解和包容逐渐减弱，双方对婚姻的看法也不如从前那般神圣。特别是年轻一代的夫妻，他们绝大部分是独生子女，自我意识较强，在婚姻生活中，只要稍感不如意，便会提出离婚。

根据《婚姻登记条例》第11条的规定，只要男女双方达成离婚协议，携带相关的证件和证明材料，就可到民政部门办理离婚登记。如果双方能够自行书写离婚协议且协议符合规范，而双方证照都齐全的话，说不定半小时之内就能搞定。在如此短的时间内结束一段婚姻，不免让人产生不够慎重的感觉，而事实上确有一部分人在离婚之后产生悔意的情况。

近年来，许多国家为了避免冲动离婚以控制离婚率，通过在离婚手续中规定一定的冷静期，给想离婚的夫妻以一定的时间慎重考虑，相应推出了如“离婚熟虑期”、“健康婚姻计划”

等措施。例如：

1、加拿大法律规定，婚姻破裂而且分居达一年者，才准许办理离婚手续，除非已有通奸或虐待的证据；

2、美国的普通离婚程序中，需要经过6个月的等候期之后，离婚手续才会办理完成，夫妻关系才可以终止；

3、英国法律规定，婚姻当事人一方或双方作出离婚声明后，须经过9个月的反省与考虑期后，如果离婚申

2003年10月之前，在我国办理离婚手续，需要有一个月的审批期，很多夫妻就是在这一个月中后悔的，这也相当于双方当事人各有一个月的冷静期，此举也确实挽救了不少婚姻。但是随后施行的《婚姻登记条例》取消了离婚审批期的规定，为此，使我国变成了世界上离婚手续最简便、离婚最快捷的国家之一。

这种速效离婚规定存在着一定缺陷，主要表现在三个方面：

规定：无民事行为能力人或者限制民事行为能力人办理离婚登记的，婚姻登记机关不予受理。但对当事人行为能力尤其是限制民事行为能力人的鉴定，婚姻登记机关的工作人员很难识别判断。当场受理的规定，使得登记机关工作人员无法做更多的调查了解，从而在不知情的情况下，为双方办理了离婚登记，这就会因为当事人的隐瞒欺骗形成“无效婚姻”而导致诉讼纷争。

为了缓解夫妻之间因为一时冲

动，特别是离异家庭的未成年人，往往会存在这样那样的心理问题，引入专业的心理咨询师以及婚姻咨询师对他们的心理进行测试和干预，对他们的情感修复、再婚后如何处理好婚姻家庭关系，对未成年人健康成长，都有特别重要的意义。

3、在离婚案件中，经双方当事人同意可以设置一定期限的冷静期。比如：有子女的夫妻为6个月，无子女的则为3个月。在冷静期内，对于有和好愿望的当事人，由心理咨询师、婚姻家庭咨询师指导其填写“修复感情、挽救婚姻计划书”，由法官批准，通过对对方做事或改变自己来完成婚姻的自我救赎。

事实上，夫妻之间发生矛盾在所难免，只要有一方稍稍退让一步就有可能挽救一段婚姻。俗话说“冲动是魔鬼”，而离婚也不乏一怒之下的冲动，尤其是80后、90后这些年轻人，稍有矛盾就把离婚挂在嘴边的更是不在少数。完全让离婚成为一种自由，势必影响社会的和谐稳定，更会带来诸多社会问题，诸如社会不稳定因素的增加、民众婚姻家庭观念的淡薄等。

最高人民法院于2016年4月召开的“家事审判方式和工作机制改革”专题会议中明确提出，要给家事案件审判增加一项新的职能，就是修复婚姻家庭关系，要把维护婚姻家庭关系稳定作为基本目标。而“离婚冷静期”制度的设置，就是给那些因冲动、失去理性的夫妻一个缓冲的机会，让冲动的情绪得到冷却，让思维回归正常，这必将在一定程度上会对维护婚姻家庭关系的稳定，降低离婚率发挥积极的作用。

(作者系本所民事一部律师)



莫让离婚成“昏”离

——浅议设立“离婚冷静期”制度

吴和平

请人和当事人都认为婚姻无法维持，则准许离婚；

4、韩国为遏制不断上升的离婚率，在2005年推出了“熟虑期”和义务调解制度。规定申请离婚的夫妇如有子女，必须经过3个月的“熟虑期”，如无子女，则“熟虑期”为1个月；

5、印度法律规定，在向法院提供已分居1年的证明后，申请书才将被接受，或者是能证明配偶之间已经7年没有接触，法院将会判决离婚。法院在接受夫妻联名递交的离婚申请书后，给夫妻6个月的时间重新考虑离婚的决定，如果在重新考虑期内没有撤回申请书，法院才判决离婚；

6、德国相关法规规定，夫妻双方以没有任何继续共同生活的意愿为前提，分居1年便可申请离婚，有分歧的话，还得等到分居3年之后。该法甚至限定在一些特殊情况下，如男方未承担未成年子女的抚养义务，即使婚姻破裂也不能离婚。

1、提升冲动式离婚发生概率。目前这种过于方便、快捷的办事制度容易造成轻率离婚，许多夫妻双方感情并未真正破裂，只因一时斗气情绪失控就提出离婚。由于手续便捷，很容易使一桩婚姻大事变成快餐式的过眼云烟。而冲动式离婚当事人当中，办完离婚后心生悔恨，很快又来登记处办理复婚登记的并不少见。

2、难以查明离婚的真实意愿。当事人双方“自愿”离婚，必须出自于婚姻双方的内心真实的意思表示。当场即时办理的方式，使登记机关很难对当事人是否“自愿”作出确切无误的认定。从而导致“假离婚”、“骗离婚”现象时有发生。“假离婚”和“骗离婚”目的很多，但其办理登记的过程是符合法律规定的，这一点婚姻登记机关本身没有足够的鉴定能力和手段进行细致审查并加以防范。

3、当事人有无民事行为能力难认定。尽管《婚姻登记条例》第十二条

规定草率离婚的状况，各地民政部门及基层法院相继出台了相应的如“预约离婚登记”、“离婚冷静期”的新举措，给当事双方提供冷静期，以缓解情绪。因此针对离婚案件，给予当事双方相应的冷静期显得尤为必要。

1、给夫妻双方一个缓冲期。有了这个缓冲期，夫妻双方可以做一个深入而平静的沟通，增进彼此的了解，冷静思考，只要对婚姻抱有希望，就有可能挽救这个家庭。即便最后仍旧选择离婚，当事双方不能从这个缓冲期中获得经营婚姻和家庭的智慧吗？每一段婚姻的背后，都有不为人知的爱与痛，作为当事人的双方选择离不离婚是他们应有的权利，但是如果我们能够给他们留下一个缓冲期，他们就会更理性、客观地思考婚姻和家庭。可见，预约是离婚的一个降压阀，离婚预约登记制度值得提倡和推广。

2、引入心理疏导机制。离婚当

网络侵权 终受惩罚

——我所青年律师担纲代理的一起网络侵权案后续

高进

本报2016年8月第155期刊载了《互联网不是法外之地》一文，介绍了由我所青年律师程杰、高进、陈金卫担纲代理的一起网络侵权案件：2013年2月28日，知名电子竞技视频解说小漠（真名吴思豪）在淘宝网开设网络店铺销售零食，因其发布的视频解说受到广大电子竞技爱好者的欢迎，而吸引大量粉丝前往其店铺购买零食。被告何某发现“小漠”“小漠零食”为淘宝热搜词，认为有利可图，遂在淘宝网开设了一家淘宝网店，并未经原告小漠授权许可，擅自以“小漠”作为店铺名和会员名，并设置了和小漠开设的淘宝网店近似的域名。2015年7月16日，我所律师接受小漠的委托向法院提起诉讼。2016年8月26日，本案由杭州市余杭区人民法院

审理并依法判决：一、被告何某立即停止不正当竞争行为；二、被告何某于判决生效后十日内赔偿经济损失10万元。

案件判决生效后，被告何某并未依照判决确定的内容履行。于是小漠再次聘请我所青年律师高进担任其执行阶段的代理人。在接受本案执行代理后，代理人立即向法院提出了执行申请。法院受理执行案件后，即向被执行人何某送达了

执行案件材料，但被执行人何某仅履行了部分执行款，并未停止不正当竞争行为，且拖延履行剩余执行款。法院在执行过程中查询并冻结了何某的支付宝账户，但该账户内仅有款项1062.8元。至此，执行陷入僵局。

为打破僵局，代理人通过查询和关注被执行人何某开设的淘宝店铺，发现该店铺的月销量仍在持续增长，但何某名下的支付宝账户的

收益却没有随销量增长，其中必定另有蹊跷，代理律师决心查明究竟。通过在与阿里巴巴知识产权保护团队沟通中了解到，原来商家开设的淘宝店铺认证的支付宝和收款的支付宝可以是两个账户。在得悉该信息后，代理人立即向执行案件经办人提出查封、冻结何某开设的淘宝网店的支付宝收款账号。几经周折，何某拖延履行的剩余执行款终于到位。

至此，执行案件并未终结，只有有效地制止何某仍在持续进行的不正当竞争，才能体现出其实施的网络侵权行为，真正受到了法律的惩罚。然而对网络店铺的查封，法院无法直接予以操作，需要淘宝公司的配合。为确保执行工作的落实，代理人向阿里巴巴知识产权保护团队发送了律师函，要求其关闭除小漠注册外的其他以“小漠”命名的淘宝网。在阿里巴巴知识产权保护团队的协助下，被执行人何某的网络店铺进行了全面地整改，所有涉及不正当竞争的内容全部被删除和修改。同时，淘宝网中以“小漠”命名的侵害小漠的淘宝店铺也全部在本次执行中进行了整改。互联网不是法外之地，何某罔顾法纪的网络侵权行为终于受到了法律的惩处。

(上接第1版)另一方面，对于因管辖权异议被驳回拖延诉讼造成损害后果的，还需承担一定的民事责任，对方当事人有权请求赔偿损失。还可借鉴诉讼财产保全保证金制度，加重当事人提管辖权异议的成本及设定滥用诉权的法律后果，督促当事人正当行使诉权。

3、加快管辖权异议案件的审查

浅议滥用管辖权异议的原因及对策

进程。在现行的法律中，对于管辖权异议案件的审查期限没有明确规定。从笔者办理的案件情况来看，一个管辖权异议案件如有上诉，一般要历经

三个月左右时间审查。管辖权异议案件一般是以书面审查为主，只有极个别案件才组织听证或开庭，因此受理法院可以加快案件审查进程，提高办

事效率，消除当事人以提管辖权异议方式拖延审理时间的弊病。笔者建议在相关规定中增加管辖权异议审查期限的规定。审查期限一旦缩短，当

事人以提管辖权异议方式拖延审理时间便无实质意义。

管辖权异议是诉讼当事人的一项重要权利，也是纠正人民法院错误适用管辖规则的有效措施，但只有正当行使该权利，有效的防止权利被滥用，才能真正发挥应有的作用。

(作者系本所副主任、律师)

刑法增“终身监禁” 堵死贪官“越狱”路

蔡莎莎

2015年8月29日下午,全国人大常委会会议表决通过了《刑法修正案(九)》,对于重特大贪污受贿犯罪,增加了终身监禁的刑罚执行方式,不得减刑和假释。修正案自2015年11月1日起施行。

终身监禁是一种刑罚执行措施,不是新设立的刑种。是指对贪污、受贿行为,罪行极其严重,判处死刑缓期执行二年期满后,依法减为无期徒刑后,不得减刑、假释的一种刑罚执行措施。

2016年10月9日,河南省安阳市中级人民法院公开宣判全国人大环境与资源保护委员会原副主任委员白恩培(曾任云南省委书记)受贿、巨额财产来源不明案;以受贿罪和巨额财产来源不明罪,数罪并罚,决定对白恩培执行死刑,缓期二年执行,

剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产,在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后,终身监禁,不得减刑、假释。

白恩培成为了中国终身监禁第一人,第一个被判处终身监禁的官员。紧随其后的还有黑龙江龙煤矿业集团物资供应分公司原副总经理于铁义和“亿元司长”魏鹏远。这是刑法修正案(九)施行以来,我国最先因重特大贪污受贿犯罪被处以终身监禁的3名巨贪。

目前,中国对于最严重的贪污受

贿犯罪依然保留了死刑,老百姓们“贪官该杀”的意见也很有市场,增加终身监禁似乎并不起眼。但是,如果和其他国家的终身监禁做下对比,就会发现针对贪污贿赂犯罪实施这一刑罚已经极其严厉,可谓举世无双。

和《刑法》中原有的无期徒刑相比,终身监禁作为一种新的执行方式,重点在于不得减刑和假释。那么,执行终身监禁,不得减刑、假释,严酷在哪儿?

今年4月最高法最高检又联合

发布司法解释,明确了对判处死刑立即执行过重,判处一般死缓又偏轻的重大贪污受贿罪犯,可以决定终身监禁;终身监禁一旦作出,就不受执行期间服刑表现的影响。这意味着,除了保外就医这一特殊情况以外,终身监禁将变得和字面意思一样严酷。一旦处以终身监禁,就意味着永远失去人身自由。也昭示着:以权谋私、贪污腐化,数额巨大、情节恶劣的贪腐官员最终将彻底丧失人身自由,监狱将是人生的终点站。

以往曾有被判处重刑的贪官利用其在位时织就的关系网,“花钱减刑”“以权赎人”,提前出狱。这种情况严重侵害司法公正,削弱了反腐败斗争的实效。将终身监禁列入刑罚,可以说是封死了重特大贪污犯的减刑假释“越狱”路,誓让贪官将牢底坐穿,彻底堵住这些贪腐官员的后路。这些年来,死刑的威胁没能震慑住各大贪官们前赴后继,屡屡刷新贪污受贿数额的新纪录,增加终身监禁后,让贪官为腐败罪行付出更高成本、更大代价,从而倒逼一些人悬崖勒马、不敢再贪,希望对于预防和惩治腐败能起到更大的威慑作用。

(作者系本所非诉部律师)

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 琨	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	13800646889
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	13906669059
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	1595880558
胡敬雄	律师	56891991	15868516057
魏东慈	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 璇	律师	56891996	13868808864
方国园	律师	56891920	13676589953
谢尚雷	律师	56891971	13587671148
郑 拓	律师	56891985	13736367908
吴星领	律师	56891936	18767157321
陈宇坤	主任 律师	56891951	13588911007
杨海宝	副主任 律师	56891976	13456070094
黄 璞	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 兰	律师	56891931	15088551001
张 蓝	律师		13806882776
万里	律师	56891932	13967765202
程胜清	律师		18606677119
朱 琨	律师	56891932	15825631718
黄炳雯	律师		13676558153
周莉丹	律师		13732075880
陈彦洋	实习律师		
许林松	主任 律师	56891915	13075755569
吴和平	律师	56891973	13968851126
陈利清	律师	56891975	15958717202
陈金卫	律师	56891959	1387634920
高 进	律师	56891908	13695748850
潘淑丽	实习律师	56891935	13676547913
杨 婧	实习律师	56891993	18757085925
陈小雁	副主任 律师	56891968	13967795060
朱飞宇	律师	56891965	13567766306
吴成清	律师	56891937	15888463925
张瑞琴	律师	56891936	18312906736
崔 波	律师	56891918	13738778655
彭晓华	律师	56891989	13738778655
李 晓	律师	56891933	13456070881
程 杰	律师	56891933	15057582869
李鸿涛	实习律师	56891938	18657780382
林金莲	实习律师	56891985	18858871778
陈定童	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
毛殿星	主任 律师	56891952	13957711267
汪丽敏	副主任 律师	56891937	13757893113
苏 琛	律师	56891932	18367703678
毛林辉	律师		18868815980
范丰盛	实习律师	56891938	15397339268
金柏豪	实习律师		13588911007
林千多	主任 律师	56891950	13968723786
姜晓静	律师	56891919	13758729253
廖仁凌	律师	56891957	15958717857
刘小鸥	律师	56891969	13857780617
周梦燕	律师	56891985	15968763808
刘理勤	律师	02161671601	13905777835
黄华盛	律师	02161671601	13002691888
项天鹏	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

案情简述:

2013年8月30日,2013年11月8日,吴某因资金周转需要向方某借款,方某分别在上述日期当日通过银行转账给吴某97000元、192000元(双方商定借款金额为10万元、20万元,但方某转账时预扣了初期利息)。后因吴某无法偿还债务,于2015年1月23日重新就30万债务向方某出具欠条,载明吴某向方某借款30万元,未约定利息及还款日期。2015年2月,案外人倪某出具欠条一张,自愿为该笔借款担保,并承诺在2015年古历二月还一半、三月还清。后因吴某一直拖延不予还款,方某遂依法向某区人民法院提起诉讼,请求:一、判令吴某偿还欠款本金30万元及利息(其中10万元从2013年8月30日算至实际履行之日止,月利率2%,扣除已付利息8000元;其余20万元从2013年11月8日起算至实际履行之日止,月利率2%,扣除已付利息6000元);二、判令倪某对上述欠款及利息承担连带责任。

倪某为了维护自身合法权益,委托笔者为代理人出庭应诉。

争议焦点: 本案的争议焦点为:(1)方某的主张的利息是否应该支持;(2)倪某是否需要承担连带责任。

双方观点: 原告方某称:其与被告吴某实际上口头约定了月利率为3%,被告吴某也按约支付了前部分利息,至于欠条上未载明利息,是其不懂法律常识,认为双方已有口头约定即可。关于被告倪某的连带保证责任,原告认为,倪某承诺了要承担连带保证责任,就该该信守承诺。

被告吴某称:他与原告确实口头约定了月利率为3%,他也按约支付了部分利息,但双方并无书面约定,现在原告依据借条起诉自己,他认为前期支付的所有款项应均为归还借款本金,而非

利息。至于保证人倪某并非自愿作保,是原告在大年三十晚上扣住吴某不让他走,吴某无奈之下让倪某过来签字,承诺作保,并承诺还款期限,原告才放吴某离开。债务由吴某一力承担,与倪某无关。

律师代理: 笔者作为被告倪某的代理人发表如下代理意见:

一、本案实际借款金额及利息与原告诉求不符,超出被告的担保范围。

本案原告提供的证据显示实际转账金额为289000元,故实际发生的借款本金金额应为289000元,与原告诉求不符。原告提供的借条上未载明利息,虽然被告吴某在庭上也承认口头约定月息三分,但被告倪某作为担

请法院驳回原告第二点诉讼请求。

法院判决: 法院经过审理后认定:原告被告双方借贷事实清楚,原告向被告吴某分别转账97000元、192000元,此后,被告吴某按双方口头约定的月利率3%支付了前部分利息(双方当庭确认上述利息完全冲抵2014年6月底之前的所有利息)。2015年2月农历春节前后,被告倪某承诺为上述借款提供连带责任保证,承诺于2015年古历3月还清借款,当时被告吴某在场并当场确认该还款期限,但各方未约定保证期间。上述期限届满,两被告未按承诺还清借款,原告未能举证证明其在还款期限届满时起6个月内要求被告倪某承担保证责任,也

债权人未约定保证期间的,保证期间为主债务履行期限之日起6个月。在合同规定的保证期间和上述规定的保证期间,债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的,保证人免除保证责任;连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的,债权人有权自主债务履行期限之日起6个月内,要求保证人承担保证责任。在合同约定的保证期间和上述规定的保证期间,债权人未要求保证人承担保证责任的,保证人免除保证责任。保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的,视为没有约定,保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的,视为约定不明,保证期间为主债务履行期限届满之日起二年。

主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的,保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。也就是说,在主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明确时,债权人可以随时要求债务人履行;在债务人仍然不履行时,债权人应当给债务人留出一一定的宽限期,在宽限期届满时开始计算保证期间。

从以上规定可以看出,若当事人没有约定保证期间的,保证期间一般为主债务履行期限届满之日起六个月,约定不明的,保证期间为主债务履行期限届满之日起二年。对于连带责任保证而言,在此期间内,债权人有权要求保证人承担保证责任;如果债权人在保证责任期间届满后才提出该要求,则保证人无须再承担保证责任。

实践中很多债权人觉得有担保人就可以高枕无忧,本案的判例证明事实并非如此。在约定或法定的期间,若债权人主动向担保人主张承担担保责任的话,那么债权人的借款就有可能存在风险。本案原告未能举证其在还款期限届满时起6个月内曾要求倪某承担保证责任,也未举证上述六个月内期间内报告倪某向其履行过保证义务,故原告要求倪某连带偿还责任没有事实与法律依据,因此他的诉请没有得到法院的支持。

(作者系本所房地产部律师)

担保期限过 保证人免责

李鸿涛

保人对他人二人之间的口头约定并不知情,欠条上也未载明利息,因此担保人的担保范围仅包括本金,不包括未载明的利息。原告诉求超出被告的担保范围。

二、被告倪某作为连带责任保证人的保证期间已届满,被告倪某的保证责任已经免除。

被告倪某作为担保人,于2015年2月出具欠条一份,与债权人方某约定了债务履行期限:2015年古历2月(公历2015年4月18日前)还一半,3月(公历2015年5月18日前)还清全部借款,而未约定保证期间。根据我国《担保法》第26条规定:“连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的,债权人有权自主债务履行期限届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间,债权人未要求保证人承担保证责任的,保证人免除保证责任。”据此,原告方某应在债务履行期限届满之日起6个月内要求答辨人承担保证责任,即2015年11月18日前主张,但原告并未在此期间向被告主张承担保证责任。现原告起诉时间为2016年9月20日,已经远远超出被告倪某的保证期间,本案保证期间已届满。因此,被告倪某的保证责任依法已经免除。

综上所述,被告倪某代理人

未能举证证明上述6个月期间内被告倪某想起主动履行过保证义务。遂判决:一、被告吴某应在本判决生效后10日内偿还原告方某借款本金289000元及利息(从2014年7月1日起至实际清偿之日止,按月利率2%计算);二、驳回原告的其他诉讼请求。

一审判决后,在法定期限内双方均未提出上诉,判决已生效,倪某的保证责任得以免除。

笔者评析: 本案事实清楚,案情简单,然而原告因疏忽未能在法定保证期限内要求保证人履行保证责任而使保证落空的教训令人警醒。

个人担保是民间借贷中最常见的担保方式,保证的方式包括一般保证和连带责任保证。一般保证是指保证人与债权人约定,当债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任的行为。连带责任保证是指保证人与债权人约定,保证人与债务人对债务承担连带责任的行为。《担保法》第19条明确规定:“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任”。民间借贷中当事人通常没有约定保证方式,故而保证方式多为连带责任保证。

为促使债权人及时地行使对保证人的权利,《担保法》规定了保证期间,一般保证的保证人与



美国的律师制度传承于英国,但它并未继承英国律师制度中的分级制度、业务垄断等传统做法,而在英国律师制度的基础上进行了改良,并独具特色。

17世纪末,英国的律师在北美开业,他们运用英国的法律遵循英国的诉讼模式。1776年独立战争胜利后,为保证资产阶级的平等和天赋人权,在建立资产阶级法制化进程中,律师制度逐步得到确立。1791年美国宪法修正案第6条规定:“在一切刑事诉讼中,被告有权在发生罪案之外或者经法庭确定之区域中,由公正陪审团予以迅速及公开之审判,并被告之受控案情之性质与原因,与原告证人质证;将取得有利于他的证人列为必要程序,并取得辩护律师的协助。”在美国,没有统一的律师法,有关律师的规定散见于宪法、其它法律

文件和判例之中。美国的律师大致在三种机构中就业:政府机构、企业和律师事务所。前两种律师仅处理本机构和企业的法律事务,后一种律师则专门接受他人委托,委托范围:代理诉讼和辩护、参与各种非诉讼业务。自19世纪下半叶,由于美国工业的迅速发展,成文法增多,犯罪案件大量增加等原因,美国的律师队伍得到很大的发展,律师在社会生活中的作用日益突出。

在美国,律师执业资格申请者必须具备的一般条件有:(1)申请者必须是美国公民(少数州规定必须在本州居住2个月或6个月以上)或者是

有永久居住权的外国人。(2)美国对律师执业申请者学历的规定相当严格,在大学受到至少3年到4年的高等教育,所修课程被圆满完成,成绩合格,在正规学院或大学获得学士学位。然后,再通过专门的考试(LSAT)进入美国律师协会核定的一所大学的法学院,经过三年的专业学习获得法学学士学位(JD)才达到取得律师资格的学历要求。根据美国律师协会的规定,在律师事务所受训练、自学或函授学习年龄、经历等情况都不能作为在法学院接受教育的学历。(3)对律师执业资格申请者年龄方面的规定,美国各个州的要求不一,但

大多数州对于年龄的规定为年满18到21周岁。(4)对律师执业资格申请者道德品质要求的规定,要由考试机构进行调查,证明其没有劣迹,方能被授予律师执业资格。

对于考试的要求:美国律师执业资格考试由两个部分组成,第一部是法律专业知识考试,考试的科目包含刑法、合同法、侵权行为法、证据法、不动产法、宪法,由律师协会考试机构的组成成员、工作人员和其他有资格的成员包括外州的教师来出试题,全国考官大会也可以出题。由律师协会考试机构负责考试的评定工作和确定录取分数线。未通过考试的还有

下次参加考试的机会,但有的州对参加考试总体次数有所限制,一般最多不超过五次。第二部分是律师职业道德规范。通过律师职业道德规范考试并非是参加法律专业知识考试的前提条件,但却是取得律师资格必不可少的条件。这一规定的目的就是为了确保不诚实的人或者心理缺陷者不被错误的授予从事法律服务的资格。

(载自BJGY.CHINACOURT.ORG)



美国律师资格取得制度

一路从公交、地铁到动车,终于看完了《七月与安生》,一路上都沉浸在剧情中。其实剧情本身并没有跌宕起伏,也没有激情澎湃,甚至觉得几乎都是平铺直叙,如果非要找出高潮部分,在我看来,大概只有七月与安生在卫生间那场互撕吧。此前经很多朋友强力推荐,所以我对这部影片寄予了很高的期望,看完,竟然没有失望,这也是难得的。也许,是因为题材刚好契合了我的一些想法,引发了一些共鸣吧。前一天晚上,刚好和朋友说起“共鸣”这个话题,我觉得,只有经历过,积累过一些人生经验,才会产生“共鸣”。也就是说,并不是每个人都会懂你,但是,懂你的人,是因为先懂了自己,才懂你。作为一个85后,说这样的话,是不是有些轻狂?然而,我又觉得,正因为年轻,有什么不可以说的?

看完影片的当即,我在朋友圈写下了一段话:“七月与安生,真的是两个人吗?我们的生活中,是否也有这样的“影子”,每个人都有不一样的人生,我们是否会“分裂”,不一样的感觉、不一样的态度、不一样的思考模式——安稳与流浪,你的内心,又是怎样的?”有一位客户回复“这部片子

从电影到生活,你渴望理解吗?

——电影《七月与安生》观后感

徐巧月

其实都是每个人的对照,内心部分和生活部分”,我想,她也许就是懂我的那类人,我们以后的沟通,可能会更顺畅。也有人说,很多年前看原著的时候,觉得这样的“坏书”怎么可能上电视。故事,本身没有好坏,所谓的“好”“坏”都只是人们赋予的社会评价罢了。

我没有特意去网上看这部片子或是原著的读者评价,为的是原汁原味地自己感受,不想受到大众的影响。当然,在下载电影的时候,不小心瞄到一眼某人的评价,大意说这部片子讲的是“一个渣男和两个女人爱恨情仇的故事”。乍一看,这评论符合一般的逻辑,甚至可以说符合吃瓜群众的一般逻辑,很多人大概也是这样认为的。但,这真的是故事的主线吗?我没有办法和作者沟通,当然也未必要去沟通,因为”一千个读者有一千个哈姆雷特”,我想

我可以更大胆些,去猜测作品更深层次的一些东西。而我想的,正是从我的有限的人生经历或者说有限的认知中,有些共鸣的东西。我总是说,我喜欢阅读,我喜欢跟人交流,因为我感觉,我很享受这个过程,从别人的故事中,感受不一样的东西,



丰富自己有限的人生经历。我们没有那么多的时间和经历,去经历所有内心所想或者不想的事情,但是,从别人的经历中,我们便可以去感受,这无疑是个经济又安全的办法。

有一种说法,世界上根本没有真正的感同身受的存在,这是一个特殊的角度,我的理解是,当事人的感知,永远无法真正体会,我们所能感受到的,只是自己的感受,不可能一样,这也是为什么有着相同相似经历的人,会更容易走得近些。“理解”这个词,真好,它很中性,但却总是可以给人安心。如果不知道怎么安慰一个人,那么,请诚恳地说一句“我理解”。

安生说,“七月,家明不知道,我还不知道你吗”,我不知道很多人听到这句话是什么感受,也许有人会感受到家长教训孩子的威严,孩子的不服气;也许有人会突然泪如雨

下,因为说话的人是个难得可以“懂你”的人;也许有人会觉得不屑,因为觉得,说的人过于自大了,自以为是……那么,你呢?你是怎样的感觉?

七月说“安生,这个世界上,除了我,没有人爱你!”,这句话,是不是特别熟悉?会不会让你突然心痛?你听了会觉得心痛吗?现实中,有没有人跟你说过这句话?你有没有这样的感觉?“这个世界上,除了我自己,没有人真的爱我”,我们是否在夜深人静的时候发出过这样的思考,你的内心是否有过这样的嘶吼?

电影可以有各种结局设定,导演和编剧主宰了剧中人物的命运,现实中的我们,能当好自己的导演和编剧吗?如果可以,你想要什么样的结局?我们总是渴望理解,渴望有个懂你的人,在你需要的时候及时出现,在你不需要的时候立马消失;在你想要放纵的时候陪你一起疯,在你疯完了想好好过日子的时候毫无保留地接纳你的一切……你有没有这样的想法,你从电影中有没有找到一些共鸣?无需告诉我答案,因为答案,不容易说出口。

(作者系本所上海分所律师)

春节假期前后企业劳动用工注意事项

刘小欧

一年一度的春节,是中国人最隆重、最热闹的一个传统节日。各行各业循例都会放假几天。对于企业来说,许多家在外地的员工会利用假期回家与亲人团聚,其中也有人会选择留在家乡就业不再返回;有的员工会决定在新的一年到来时另谋新职而跳槽离去。从企业的角度来说,有的企业在新的一年因扩大生产而需要招聘新的人手;有的企业因经营艰难,来年需压缩生产规模而决定在年底前解聘部分员工。这些人事变动都会涉及到企业的劳动用工制度。本文拟结合依据《劳动合同法》、《劳动法》等相关国家法律法规的规定,谈谈企业在春节假期前在劳动用工方面的法律风险和防范措施。

一、检查员工的劳动合同、员工手册或规章制度签收表,未缴纳社保的员工放弃社保承诺书是否都已签字,如未签收的,企业用人单位须要求该员工在放假前补签。如员工未签劳动合同将产生双倍工资的风险,如未签收员工手册或规章,企业将失去与员工解除劳动合同的依据。未缴纳社保的员工签订放弃社保承诺书,虽不能免除企业补缴社保的义务,但可因此避免员工以企业未缴纳社保为由提出解除劳动合同而须支付的经

济补偿金。

法律依据:

《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条【不订立书面劳动合同的法律责任】用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资。用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

第三十九条【用人单位单方解除劳动合同(过失性辞退)】劳动者有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同:(二)严重违反用人单位的规章制度的;

第三十八条【劳动者单方解除劳动合同】用人单位有下列情形之一的,劳动者可以解除劳动合同:(三)未依法为劳动者缴纳社会保险费的;

二、工资条关于加班费部分(计时或按月的员工)是否有签字,如果

没有,要在年底做好工资包含加班费的依据,以及签好最后一个月的工资条,工资条必须注明加班费项目,加班费的计算参考《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条的规定。

法律依据:

《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条 有下列情形之一的,用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬:

(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;

(二)休息日安排劳动者工作又不能安排补休的,支付不低于工资的百分之二百的工资报酬;

(三)法定休假日安排劳动者工作的,支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

三、企业在节前的放假通知中要写明开工时间,以及如果未能按时到岗的处理意见如“连续旷工3天,视

为严重违反公司规章制度,视为自动离职”等。放假通知需要在公司显眼处公告张贴、拍照,证据留底,最好是有开会签到表(早会)以证明通知已送达该员工。

法律依据:

《中华人民共和国劳动法》第三十九条【用人单位单方解除劳动合同(过失性辞退)】劳动者有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同:(二)严重违反用人单位的规章制度的;

四、有员工离职的,要填好离职申请书,并一并补齐所有手续(如两年内的员工,未签劳动合同的、加班费问题等)。离职申请书必须注明因个人原因离职,并由离职员工签字。

五、节后,若有员工在开工后三天尚未到岗,企业应向其发出短信通知并写明:1、“你已连续旷工3天,已严重违反了公司规章制度的相关规定,公司有权无条件即时解除劳动合同。请你务必在收到本通知之日起X

日内到公司报到,否则将视为自动离职。”等内容;经上述催告后仍不上班亦不办理请假手续的才可发送解除劳动合同通知书,并妥善保管相关通知证据,及做好工会备案工作。现在温州法院、温州市劳动仲裁委对连续旷工视为自动离职有争议,所以建议企业应审慎做好节后员工或自动离职员工的处理流程及证据保存工作,否则一旦发生劳动争议有败诉的风险。

总之,随着我国劳动法律法规的不断完善及劳动者维权意识的日益增强,劳资之间的劳动纠纷案件数量也呈现不断上升的趋势。劳动纠纷如果进入仲裁或诉讼程序,既要经过严格的法律程序,还需花费大量的人力、财力和时间。因此,如何做到既保护好劳动者合法权益,又保障劳动关系和谐稳定发展,从而避免发生劳资纠纷,是企业用工及生产经营过程中必须切实加以解决的中心议题。企业应当本着“事前预防为主,事中控制为要,事后补救为辅”的原则,建立一套有效的劳动争议内部防范机制,一旦发生劳动纠纷,企业既可以从容应对,也可以最大限度地维护自身利益。

(作者系本所法律顾问部律师)