

SHENZHEN LAWYERS



深圳律師

非常视线 专业见解

专项法律服务与诉讼业务中的工作报告
破解劳动法律服务产品创新难

P2P借贷的资金池问题分析及解决思路

敢为天下先 时代弄潮儿



法人
FAREN MAGAZINE

NO. 60

2015年第5期 深圳市律师协会主办
法人杂志社协办

纪念《深圳律师》杂志出版60期

十二載 携手走過 感恩有你



▶▶ 特别鸣谢《深圳律师》杂志编委会历任主编及编委成员

行成于思

文 广东省律师协会劳动法律专业委员会主任 刘继承

自1995年1月1日起,《中华人民共和国劳动法》施行距今已整整二十周年,其在为实现我国劳动力资源配置市场化、劳动关系契约化等方面发挥了基础性的作用。

二十年过去了,劳动关系的发展已经进入了一个新的阶段,劳动关系的主体及利益诉求越来越多元化,劳资矛盾进入凸显期和多发期。尤其是近年来我国经济发展势头明显放缓,制造业衰退难以抑制,劳动争议案件居高不下,以“加薪”等为主要诉求的集体性权益之纠纷层出不穷,作为改革开放前沿阵地和用工大省的广东地区更是首当其冲。在这样的背景下,中共中央、国务院于2015年3月21日首次出台《关于构建和谐劳动关系的意见》,将构建和谐劳动关系的重要性提高到前所未有的新高度。

劳动关系领域的新形势对劳动律师而言,既是机遇也是挑战。依然延续原有传统和被动的法律服务方式已经不合时宜,劳动律师有必要共同探讨新形势下劳动法律服务的机会、创新和发展。

人们常说:“没有小案件,只有小律师”,在劳动法律服务领域更加如此。劳动立法繁杂,地域性和政策性非常强,法律规定与司法实践差异较大,加上劳动争议案件往往标的额不大,很多律师视同鸡肋。然而,受国家经济战略调整的影响,企业普遍需要调整和转型升级,而劳动法律法规的日益完善、劳动者维权意识的普遍增强,以及“互联网+”和自媒体时代的来临,都对企业的人力资源管理带来更大的挑战,也给劳动律师带来更多的机会。熟悉劳动法律法规和政策、了解企业管理现状和需求、深谙HR管理的操作技巧、善于解决企业HR管理痛点的劳动律师将越来越受到企业的欢迎和认可,也越来越能体现专业价值。

近年来,在劳动法领域,包括竞业限制、集体协商、员工激励、社保审计等新类型的法律业务不断涌现。同时,在兼并收购、破产清算、股权激励等企业法律服务业务中都存在大量与劳动法交叉的法律事务,无论是传统劳动法律服务、新类型案件还是交叉法律事务,都给劳动律师带来巨大的机会。在这些庞大的市场需求面前,专业和创新的重要作用将越来越突出,专业突出且富有创新精神的劳动律师在日益残酷的法律服务市场竞争中将立于不败之地,而在深圳劳动律师中,也不乏这类具有较高专业水准和勇于创新精神的专业律师。

业精于勤而荒于嬉,行成于思而毁于随。新形势下顺势而为,勇于创新,不断进取,劳动律师将大有可为。



法人

主办：深圳市律师协会
协办：法人杂志

粤内登字B11277号



本刊随《法人》杂志赠阅发行

编委会主任	高树
编委会成员	张斌 黄思周 韩俊 胡宁可 张鹏 张弢 张斌
主编	张斌
执行主编	王红 张鹏
栏目编辑	周争锋 俞飞 陈伟 杨新发 舒笑
本期责任编辑	贺鹏
编辑	刘峰 王颖
美编	刘晓莹 赵佳
电话	0755-83025789 83025728
传真	0755-83025177
地址	深圳市福田区深南大道4001号 时代金融中心20楼
邮政编码	518048
电子信箱	shenzhenlawyers@163.com

视线 VIEW

P4-P5

- ◎ 朋友圈发广告，是否需担责？
- ◎ 网络安全的“达摩克利斯之剑”
- ◎ 国内首例微信传销犯罪案件的警示
- ◎ 整训环保队伍是落实新法的当务之急

热点 HOTSPOT



专题：纪念劳动法实施二十周年

P6 深圳经济特区劳动争议审判实践分析

P8 专项法律服务与诉讼业务中的工作报告破解劳动法律服务产品创新难

P11 劳动合同解除纠纷案例的分析与思考

P14 基于SWOT分析的退休返聘
法律风险管理分析

P17 浅析劳动争议案件中的举证责任分配

P19 劳动合同
订立要求与效力判断案例评析

P23 劳动用工的单位
败诉风险提示与应对措施（一）

论道 DISCOVERY

P26 海外投资并购法律风险的
定性与定量分析

P29 谈反家暴法草案的缺陷与完善

实务 PRACTICE

P31 P2P借贷的资金池问题分析及解决思路

P33 证据来源要素之实战运用例析

拍案 CASE AND EXAMPLES

P35 城市更新合作开发合同的
解除案例解析

P37 骗取公证盗卖他人房产之规范分析

人物 PROFILE

P40 敢为天下先 时代弄潮儿



生活 LIFE

P43 我的梦想 从未离开

律协动态 INFORMATION

VIEW | 视线

朋友圈发广告，是否需担责？

十二届全国人大常委会第十四次会议表决通过了新修订的广告法。新广告法明确，广告不得含有虚假或者引人误解的内容，不得欺骗、误导消费者。

(人民网)

近几年，伴随移动互联网的兴起，微信朋友圈的广告也越来越火。在微信群里发红包，请微友帮忙转发信息已成为一种推广手段。一日，小明抢到红包后帮微友A转发了一则代购机票的信息，小明的同事B看到了这则信息，经与小明确认该信息是其所发，后购买机票被骗。小明在朋友圈发布的信息是否属于广告？B找不到A，能否向小明追究责任？

首先，依新广告法第二条之规定，广告发布者的范围由旧广告法规定的“法人或其他经济组织”的范围扩展延伸到了自然人，换言之，新法规定自然人也属于广告的发布者。此外，新旧广告法规定“通过一定媒介和形式，直接或间接的介绍自己所推销的商品或服务”是一种广告的行为。

其次，假设小明没有收取红包或其他费用，帮他人发布的信息是否属于广告呢？新法第二条已删除了旧法中关于涉及“费用”前提，因此小明无论是否收取费用，都不影响该信息属于广告的性质。

最后，按照新广告法第五十六条规定：“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。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。”

综上，小明确为广告发布者，也发布了广告；若其无法提供A的基本信息，B可以要求其先行赔偿。

(北京市东元(深圳)律师事务所 赵波律师)



网络安全的“达摩克利斯之剑”

网络安全法草案于7月6日在中国人大网上全文公布，并向社会公开征求意见，可见网络安全已经上升立法层面之重要程度，并成为可能影响国计民生之大事。

(综合媒体报道)

网络和信息技术地迅猛发展兴起使得各项与互联网相关的行业发展得如火如荼，已经深度融入我国经济社会的各个方面，极大地改变和影响人们的社会活动和生活方式。人们对网络安全问题非常关注，并强烈要求依法加强网络空间治理，规范网络信息传播秩序。鉴于此，国家启动了网络安全立法工作。在网络安全法草案说明中，列举了网络安全的“三大诟病”：

第一，网络入侵、网络攻击等非法活动，严重威胁着电信、能源、交通、金融以及国防军事、行政管理等重要领域的信息基础设施的安全，云计算、大数据、互联网等新技术、新应用面临着更为复杂的网络安全环境。

第二，非法获取、泄露甚至倒卖公民个人信息，侮辱诽谤他人、侵犯知识产权等违法活动在网络上时有发生，严重损害公民、法人和其他组织的合法权益。

第三，宣扬恐怖主义、极端主义，煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度，以及淫秽色情等违法信息，借助网络传播、扩散，严重危害国家和社会公共利益。网络安全已成为关系国家安全和发展的，关系人民群众切身利益的重大问题。

我们生活在一个大数据时代，个人隐私信息和商业秘密如何保护，计算机病毒和网络攻击、网络入侵等危害网络安全行为如何管束、如何处罚，网络产品、服务应当符合什么样的国家标准或行业标准等，都是网络安全法需要重点解决的问题。网络时代，我们需要共同维持网络环境，我们更需要一把“达摩克利斯之剑”悬挂在网络空间的上空！这把宝剑寒光闪闪、斩断危机，它就是网络安全法。我们期待这样一部伟大的法律问世。

(北京市炜衡(深圳)律师事务所 陈伟律师)

国内首例微信传销犯罪案件的警示

“亚洲催眠大师”陈志华，以微信为平台，陆续在上海、广州、北京等十余个城市组织非法传销，最终落入法网。这是国内发现的首例微信传销案。

(综合媒体报道)

该案引发的微信朋友圈产品营销创新模式、微营销与传统营销的区别、微营销涉嫌传销活动的风险等问题引起了广泛讨论。

首先，微营销是随着移动互联网发展起来的一种新的营销手段，部分微营销模式因采取分级代理、依靠发展下线的多层次金字塔型盈利模式在实践中容易被认定为非法传销活动。

其次，从现行生效法律规范对非法传销活动的规制来看，除了《禁止传销条例》等行政法规之外，主要在《刑法修正案（七）》增加了组织、领导传销活动罪，并通过《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》进一步对组织内部参与传销活动人员人数、层级及累计金额等情形进一步规定，明确了形式上采取“团队计酬”方式，但实质上属于“以发展人员的数量作为计酬或者返利依据”的传销活动，以组织、领导传销活动罪定罪处罚。

最后，微营销作为移动互联网时代的一种新的商业模式应该得到更多的鼓励和保护，但采用分级代理制度等模式的，应该严守法律红线，避免陷入非法传销活动的风险。

笔者认为，一方面，通过加盟费、购买相应数量的货物等方式成为一层代理商，或者按照区域、行业、金额等不同的划分标准进行层级代理的形式并不必然导致传销，层级代理模式的关键在于不得以发展下线人数作为计酬依据；另一方面，在非法传销活动之外，一些微营销在宣传过程中涉嫌虚假宣传、产品质量不合格的侵权责任、侵占挪用销售款导致的经济问题等各种不同类型的违法活动也在逐步暴露，这需要新广告法进一步规范与管理。

(广东卓建律师事务所 俞菁华律师)

整训环保队伍是落实新法的当务之急

新修订的环境保护法已生效。该法曾被调侃为“面条法”，如今虽被誉为“长着牙齿”的法律，但在基层执法过程中，环保部门仍然面临执法能力不足、地方保护主义制约等重重考验。

(综合媒体报道)

当前，我国环保形势异常严峻。“北京咳”、“阅兵蓝”等具有讽刺意味的流行语，正是民众对环保问题高度敏感的反应。各种污染如昔日的鸦片一样，危害甚巨。

“史上最严”的新环保法赋予了环保部门前所未有之强大权力。但徒法不足以自行，整治和培训环保执法队伍已成为落实新法的当务之急。

首先，要严格考核，将那些怠于履行法定职责的人员清除出环保执法队伍，对“执法不作为”者要严厉问责。

“两高”环境犯罪司法解释出台至今，仍有多个省区没有查处一起环境犯罪案件。这些地方并非一片青山绿水，而是新法仍被某些人习惯性的当成了“稻草人”。不少污染企业就是地方税费大户，所以得到一些地方政府的暗中袒护和纵容。法律的生命在于实施，唯有勇于向污染者“亮剑”，敢于动真碰硬，才能有效遏制环境污染的势头。

其次，应加强业务培训，切实提升基层环保人员的执法水平。有决心还需要有能力。客观而言，环保执法对专业知识有一定的要求，例如要去查处污水排放，执法者应当知道各种污染物是什么，熟悉污水处理的工艺流程、排放标准，懂得如何取证。如果执法者对这些都一无所知，如何指望他们有效执法？

此外，环保部门还可以同环保组织、环保律师等加强协作，学习经验、收集信息。对于执法中遇到的专业难题，应通过向专业人士进行咨询、向其他机构求助等方法加以解决，不应让能力问题制约有效执法。

只有打造出一支合格的环保执法队伍，被寄予厚望的新法才能真正发挥作用，才可能在未来还民众一个碧水蓝天。

(广东联建律师事务所 王劲松律师)

深圳经济特区劳动争议审判实践分析

文 深圳市中级人民法院 邢蓓华法官
(根据口述整理)

“

在转型升级过程中，经济补偿、工龄计算、跨区域搬迁引发的纠纷尤为突出，如三来一补企业转型升级时，劳资纠纷就开始频繁发生。在社会经济形势较好时，劳资纠纷数量相应减少；经济形势恶化时，劳资纠纷数量增加。因此，在处理这些劳动争议案件时，无论是律师、还是法官，都应当以促进劳资双赢为主导思想。

”

在《中华人民共和国劳动法》实施二十周年之际，法官、仲裁员、律师等法律共同体的从业人员，在我国改革开放的前沿阵地——深圳，欢聚一堂，一起来共同探讨和研究劳动争议纠纷的司法实践等问题，具有重要的意义。

过去，《劳动法》是一部关注度不高的法律，劳动法学也是一门冷门学科，但在2008年以后，无论是法学界还是司法界，都开始聚焦《劳动法》，尤其是《劳动合同法》。以《劳动法》、《劳动合同法》为代表的相关法律法规，开始成为社会公众讨论的热门话题，律师的关注程度也大大提高。

作为深圳市中级人民法院的法官，我长期从事在劳动争议审判案件的第一线，积累了一些审判工作的经验。在劳动法实施二十周年之际，我结合深圳中院的劳动争议审判实践，对深圳劳资纠纷的特点等做了简要的归纳和总结，以引导、帮助同仁对《劳动法》有一个正确

和清楚的理解和认识。

劳资纠纷总体平稳，数量仍处高位。

从2005年到2014年深圳一审劳动争议案件的受理数量的变化趋势如下：2005年的受理数为9459件，2008年上涨到35979件，2014年是13367件。2005年到2014年深圳二审劳动争议案件的受理数量为：2005年的受理5131件，2009年上涨到17074件，2014年受理6714件。数据是枯燥的，但是通过数据可以说明的是：一审案件和二审案件分别在2008年、2009年达到了历史最高峰，这几年虽然案件数量有所减少，但案件受理数量仍居高位。

劳资纠纷案件受经济形势影响，与经济发展呈反比。

2008年经济形势下滑，群体性纠纷上升。在转型升级过程中，经济补偿、工龄计算、跨区域搬迁引发的纠纷尤为突出，如三来一补企

业转型升级时，劳资纠纷就开始频繁发生。在社会经济形势较好时，劳资纠纷数量相应减少；经济形势恶化时，劳资纠纷数量增加。因此，在处理这些劳动争议案件时，无论是律师、还是法官，都应当以促进劳资双赢为主导思想。

基本权利保护到位，附加权利争议较大。

基本权利主要涉及劳动者的劳动报酬和社会保险两大方面。在劳动报酬方面，劳动争议集中于加班时间计算、加班工资计算基数、提成计付标准等；无故克扣或拖欠基本工资或完全不支付加班工资的情况比较少见；年休假、高温津贴等方面有待改善。在这些方面的诉讼案件中，劳动者的胜诉率较高，这说明用人单位对年休假、高温津贴发放的方面还存在明显不足。

作为劳动者基本权利之一的社会保险，也存在大量争议，主要表现是：缴纳比例不断提高，工伤职

工基本权利得到保障；工伤保险覆盖面较广；其他险种缴纳情况不尽如人意；未按劳动者实际工资缴纳社保，引发社保待遇损失争议。用人单位如果没有依法为员工缴纳工伤保险，一旦发生工伤事故，由此产生的工伤待遇损失，均全部由用人单位承担。

主要诉求大体一致，行业纠纷特点明显。

一般而言，加班工资、二倍工资、经济补偿或赔偿金、未休年假工资仍然是劳动者的普遍诉求，同时也是我们审判案件工作中遇到最多的类型。但劳资纠纷的行为特点体现得非常明显，可以说，不同的行业在劳动争议方面也体现出明显特质。比如：制造业的主要劳动争议事项是工资支付制度、加班时间统计；销售业的劳动争议主要涉及提成工资计发条件和标准；建筑业的主要争议焦点是包工头雇佣人员的劳动关系认定；高科技产业的劳动纠纷主要内容是服务期、股权激励、竞业限制。

这些具有明显行业烙印的劳资纠纷特点，对劳资双方和政府部门都起到很好的警示作用。我们建议，不同的行业应当结合其特点加强对相关法律法规的学习和执行，依法保护劳动者的合法权益。

权利争议仍占主导，利益争议开始出现。

目前，绝大多数劳动争议仍为权利争议，用人单位存在劳动违法行

为的现象仍普遍存在，但是，现在利益争议开始出现。这种利益争议，主要表现在用人单位不存在违法行为，但劳动者为了追求更好的工作条件、更高的福利待遇而启动了法律程序，如有的劳动争议诉求就是加强劳动保护，还有的劳动者诉求是要求在工作环境安装空调等。

事实认定争议突出，法律适用涉及较少。

很多劳动争议集中于是否存在某一事实：比如劳动者有没有提供过劳动、双方有无签订过劳动合同、劳动者有没有加班、劳动者工资标准如何确定、劳动关系是谁解除、劳动者有无违纪行为等，这需要在查明案件事实的基础上，充分运用证据规则，根据现行劳动法律法规进行处理。

同时，由于诚信制度不健全，导致虚假陈述情况屡见不鲜。比如在劳动争议过程中，用人单位提供伪造员工签名的《劳动合同》、《工资发放登记表》、《请假单》等证据材料，真假难分，只有通过司法鉴定才能还原事实。针对这些虚假诉讼，无论是员工一方，还是用人单位一方，我们都秉持严厉打击的态度。为此，我们加强了对不诚信

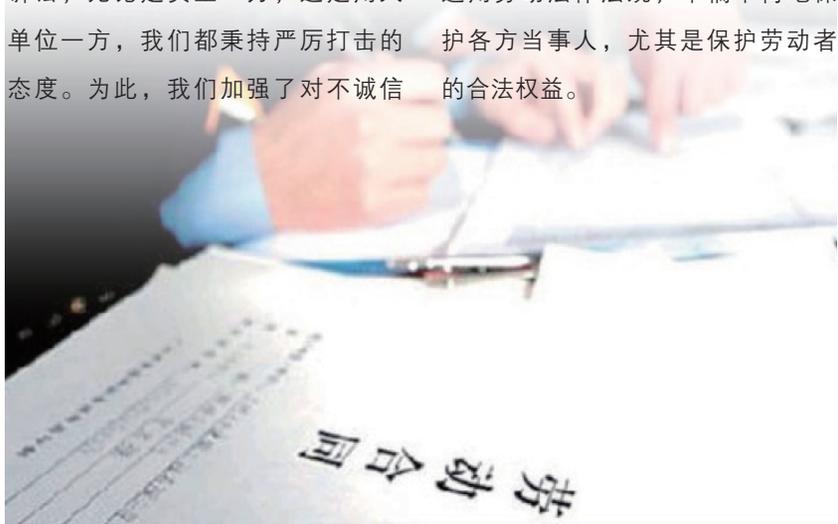
诉讼行为的惩处力度，如我们曾对提供虚假证据的当事人作出司法拘留十五天的处罚。

劳动者观念变化，维权意识提高。

这一特点，主要表现在劳动者解除劳动关系比例提高、请求项数量有所增加、诉讼标的金额不断提高等。只要用人单位存在违法情形，劳动者就开始依法提出解除劳动合同，并主张经济补偿等权利。由于劳动者掌握了较多的劳动维权知识，劳动者在主张诉求时其请求项也明显增加。同时，开始出现大额诉讼。

为了正确处理劳动争议纠纷，化解社会矛盾，保护各方当事人的合法权益，深圳法院出台了很新举措，包括设立专门庭室，加强专业审判；改革法律文书，实行繁简分流；明确裁判规则，确立行为规范；加强沟通交流，促进工作进步。

总之，正确处理劳动争议，需要着眼实际，正确理解劳动立法精神和宗旨，同时还要熟练掌握并灵活运用劳动法律法规，不偏不倚地保护各方当事人，尤其是保护劳动者的合法权益。



专项法律服务与诉讼业务中的工作报告 破解劳动法律服务产品创新难

文 深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会

随着一系列着重维护劳动者合法权益的法律法规实施，企业的用工成本和应当承担的社会责任随之增加。在新形势下，如何帮助企业在保障劳动者合法权益和维护企业活力、增强员工归属感和凝聚力与增加企业竞争优势中保持平衡，从而实现企业与员工双赢的局面，是深圳劳动律师可以大力施展的着力点。

在总结深圳劳动法专业律师经验的基础上，深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会（下称劳专委）经过专题研讨，形成了以下两个方向的劳动法律服务创新产品：一是“轻顾问、重专项”思路指导下的八项专项法律服务；二是诉讼业务中的工作报告。

八项专项法律服务

长期以来，律师行业存在“诉讼利润高、顾问不赚钱”的普遍现象，对此，我们提出了“轻顾问、重专项”的创新思路，将《法律顾问聘请合同》中提供法律服务的范围分为“日常顾问服务”和“专项法律服务”两部分。“日常顾问服务”主要指咨询服务和文书审查，此项服务一般按年度收取法律顾问费用。“专

项法律服务”主要包括：签订劳动合同、规章制度优化、员工离职谈判、企业裁员、员工遣散、股权激励、社保审计、法律培训等。此项服务则根据客户的明确需求（是否要求精细服务、是否要求全程紧密参与），评估工作量之后向客户报价，协商收取专项服务费用。

专项法律服务之签订劳动合同

这一专项服务主要针对有特殊用工需求的企业客户，主要内容包括特殊岗位、特殊人员的劳动合同定制、根据客户特殊需求涉及劳动合同条款、协助客户进行劳动合同的订立、续订、变更工作。

劳动合同的定制，主要针对企业高管、薪酬高或核算复杂的员工、涉及股权激励及分红的员工以及部分业务人员的劳动合同。在特殊劳动合同定制过程中，应充分结合客户的长期切实需求，不仅应使企业避免未签订劳动合同的短期风险，还应当通过特殊定制的劳动合同作为企业长期用工管理的有效“武器”，为企业特殊群体的员工提供长期保障。

劳动合同条款设计主要包括劳动合同必备条款和劳动合同特殊条款（岗位薪酬调整权条款、知识产权归

属条款、担保责任条款、违纪处罚或经济损失赔偿条款、经济补偿、赔偿金或违约金的特别约定、脱密期条款、辞职提前通知特别条款、异地用工权益法律适用条款、通知送达条款等）。律师通过设计劳动合同条款，使劳动合同范本更具有针对性，更符合企业特点，并提供合理的法律意见，协助企业妥善处理劳动合同订立、续订、变更中的法律风险。

专项法律服务之规章制度优化

规章制度优化，旨在协助企业在入职管理、劳动合同、考勤休假、工资绩效、规章制度、培训保密、离职管理七大板块进行全方位的用工梳理。对于新客户而言，这项服务比常年法律顾问服务方式具有更加灵活、收费可控的优点，即暂时不愿意或者不适合聘请常年法律顾问的客户，只需规章制度优化这一专项法律服务，就可以将其用工管理进行全方位梳理，因此，这一专项法律服务对新客户而言具有很强的吸引力。另一方面，如果律师在规章制度优化专项服务中表现优良，也为企业聘请常年法律顾问奠定了良好的基础。

规章制度优化一般分为委托、现场调查访谈、文件汇总并制定相对

应的操作手册、落地实施、跟进和咨询解答五个流程。针对每一用工流程的特点，规章制度优化的交付成果分为文件汇总和操作指引两部分。例如，在入职管理中，规章制度优化交付的文件主要包括《录用通知书》、《员工信息登记表》、《电子邮箱登记表》等规范文书，同时，与这些规范文书相对应的还有详细的《操作指引》。《操作指引》针对规范文件分为录用、入职、职前调查三部分，充当“说明书”的角色。

专项法律服务之员工离职谈判

此项服务主要是帮助企业解决劳动合同期满员工的离职风险管控和过失员工解雇两个方面的内容，以协助企业规避可能产生的一系列用工风险。

当企业对某员工的表现不满，想要解除劳动合同时，律师协助企业了解该员工的第一手资料，并判断该员工的行为是否构成严重违反规章制度。如构成，则律师应指导企业取证，条件成熟时可发出《单方解除劳动合同关系通知书》，以员工严重违反规章制度为由单方辞退。如不构成，则律师可以代理企业与员工展开谈判，争取协商解除劳动合同，规避违法解除的用工风险。

专项法律服务之员工遣散

这一专项法律服务发生在企业整体搬迁、提前解散、吸收合并等变更情形下。以企业搬迁为例，这一服务主要涉及协助企业办理对外事宜（批文、报备等）和员工谈判等对内事宜，其中涉及员工补偿的对内事宜是工作的重点和难点。

在进行此项服务时，应当首先确定思路。基本思路为经济补偿金的标准定为N+1，再征询员工的随迁意愿：对于愿意随迁的员工，应及时进行劳动合同重新签订、劳动合同变更等工作；对于不愿随迁的员工，应代理企业与员工进行谈判，协商解除劳动合同；对于无法协商解除劳动合同的，在保存证据的基础上发出《单方解除劳动合同通知书》单方解除劳动关系。

根据上述基本思路的指导，按照如下十个步骤开展工作：成立项目组、办理搬迁批文、报备遣散方案、准备全套法律文书、讲解搬迁补偿方案、进行物品交接、签订解除协议、发放经济补偿金、异议员工单独处理、进行项目总结。在项目结束后，应当向客户出具内容完备的《项目总结报告》，除总结项目过程之外，还应当对搬迁后的若干风险点向客户尽到提示义务。例如：妥善保管各类法律文书、配合员工办理居住证、失业保险、妥善处理已随迁的员工等。

专项法律服务之企业裁员

企业裁员的服务流程主要包括涉

及裁员方案、前期培训辅导和劳资谈判三个方面。在服务内容上，企业裁员专项法律服务主要包括代理企业进行经济性裁员、企业解散等一般情况和代理企业与怀孕女职工、工会正副主席、委员、工伤、职业病职工、医疗期内职工、工作已满十五年，距离退休不满五年的职工谈判等特殊情况。

专项法律服务之社保审计

以2015年企业职工基本养老保险为例，剔除财政补贴后，当期保险费收入与支出相减，“亏空”3024.87亿元，比2014年的收支差1563亿元显著扩大。为填补养老金缺口、缓解财政补贴压力、保障社会保障基金，社保审计将比以往更为严格。在这一形势下，劳动法专业律师关于社保审计的专项法律服务产品应势而生。

这一服务的基本工作思路是重新设计企业的工资结构及重新设计“异地缴纳”的参保方式，在法律法规的框架内，合理的减少社保部门的处罚数额。根据《关于工资组成总额的规定》第十一条的规定，有关劳动保险和职工福利方面的各项费用不列入工



资总额；根据《深圳经济特区社会养老保险条例实施细则》第四条的规定，参保人在两个以上统筹地区重复参加社会养老保险的，应按国家有关规定办理清退手续；参保人在本市重复参加职工基本养老保险的，由其本人选择保留一个养老保险关系，其他重复缴费部分予以清退。

专项法律服务之股权激励

股权激励不仅涉及劳动法的内容，还涉及企业法等其他相关法律法规的内容。其基本操作步骤主要包括：了解需求；明确目标；确认委托；尽职调查；设计方案；确认实施；拟定文件；辅导实施；商事登记；跟进完善。

这里以深圳市富安娜家居用品股份有限公司股权激励案为例。该公司制订了《深圳市富安娜家居用品股份有限公司限制性股票激励计划（草案）》，面向公司高级管理人员及主要业务骨干发行限制性普通股，由其自愿认购，转让受到一定限制。该计划第十一条“限制性股票的回购、再授予与注销”规定：在本限制性股票禁售期和限售期内，激励对象因辞职而终止与公司劳动关系时，公司有权根据公司上一年度经审计的每股净资产作价回购其所持限制性股票。高级管理人员及主要业务骨干在认购的同时出具《承诺函》，其主要内容为：在禁售期、限售期内，员工不得以书面形式提出辞职、不连续旷工超过七日等，如有违反，则按上述激励计划第十一条的规定返还限制性股份收益。

通过上述回购条款的设置，在约

定条件发生时（即当激励对象在禁售期和限售期内辞职时），该公司有权从激励对象回购限制性股份，回购价格按照公司上一年度经审计的每股净资产计算。这样，激励对象就只能获得约定的利益（即上一年度经审计的每股净资产价值）。该回购条款的设置体现了激励与约束相结合的原则，公平合理，当激励对象在约定期内辞职这一条件成就时，该公司有权按照激励方案回购股份或者限制激励对象获得收益，激励对象应当将受限制部分的股份收益返还给富安娜公司。

专项法律服务之法律培训

定期或不定期举办法律研讨会，对于老客户来说可以巩固客户对律师的信心，并增加客户与律师之间的互动，也有可能挖掘客户的新需求；对于新客户来说，通过法律研讨会的法律培训将增强其签约的决心；同时，法律研讨会也是提高专业影响力，塑造行业内品牌的重要途径。

在组织法律研讨会时，形式上可以采用内训、公开课等方式；内容上应当紧跟新政策、不断创新；参会人员上应当邀请客户的高管，直接针对企业HR人群；在费用上，可以适当收取培训费用。在准备研讨会内容时，应当遵循“做自己所讲，讲自己所做”的原则，运用目标、问题、解决的思路，让客户听得懂、学得会、用得上，并用工具、图标、清单等方式为客户清晰指明下一步行动。

诉讼业务中的工作报告

劳动法领域内，很多律师认为写“工作报告”是非诉的业务，不愿在

诉讼业务中写工作报告。但事实情况并非如此，深圳律协劳专委主任周旻律师在《律师业客户的七个需求》中曾着重阐述：客户希望了解他的律师如何进行工作。经研讨，我们认为“诉讼业务工作报告”分为三个部分：“法律服务报告、工作进展报告、庭审小结报告”。

法律服务报告（签约前）

首先，按照诉讼请求事项逐一进行法律分析。分析客户案件中所涉及的法律关系，进行详尽的法律检索和案例检索，结合法律规定和通过案例检索总结出的裁判规则，将客户的诉讼请求逐一进行法律分析。不仅说明法院的裁判态度，而且向客户阐明法院裁判规则背后的原因、法条规定。

其次，经律师团队讨论确定初步办案思路（结合判例）。在总结同类案件裁判规则的基础上，形成初步办案思路，包括证据种类、证明力大小、证据收集、诉讼策略设计等内容。

再次，介绍参与该案件办理的团队律师的情况。介绍参与该项目的团队律师、实习律师、律师助理情况，在尊重事实的基础上给予客户信心。

最后，给出诉讼代理的服务报价。

工作进展报告（举证前）

此项报告中要对事实的陈述或证据举证带来的不同影响予以说明；清晰地表达办案律师的倾向性意见；请委托人给出明确指示。

庭审小结报告（庭审后）

进一步明确双方在庭审中确认的事实；对方对我方证据的质证意见；归纳争议焦点；法庭调解的情况。

劳动合同解除纠纷案例的



分析与思考

文 北京市炜衡（深圳）律师事务所 陈伟律师

在形形色色的各类劳动争议纠纷中，劳动合同解除所引起的纠纷在任何时候都绝对占据了半壁江山。从劳动合同解除的种类来看，可依据不同的标准分为不同的类型。从劳动合同法的体系设计来看，主流的分类方式为：协商一致解除劳动合同、单方面解除劳动合同、过失性解除劳动合同等。由于劳动合同解除合法与否，直接关系到经济补偿金或者赔偿的计算与赔付。因此，劳动合同解除中的法律适用显得尤为重要。本人选取部分具有代表意义的案例，结合劳动法律法规的规定，予以法律层面的剖析，请各位指正。

协议解除的劳动合同可否撤销？

案情简介 朱某系某公司员工，根据劳动合同的约定，朱某的工资标准为每月3000元。2013年4月15日，朱某在生产车间被机器砸伤。同年6月28日，朱某与公司达成赔偿协议，约定双方解除劳动关系，公司于当日按十级伤残标准向朱某支付一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金、一次性伤残补助金等各项费用共计5万元，双方不得就此再向对方主张任何权利。后朱某的工伤被鉴定为伤残十级。同年11月，朱某向劳动争议仲裁委员会申请：撤销其与公司达成的赔偿协议，并要求公司支付工伤保险待遇7万余元。

处理意见 第一种意见认为，该解除劳动合同协议应认定为有效，不能撤销。主要理由如下：一是在签订工伤赔偿协议的过程中，双方不存在欺诈、胁迫或者乘人之危的情形，签订协议是双方当事人的真实意

思表示；二是依据赔偿协议金额及法定赔偿标准，双方协商的费用与法定赔偿标准之间的差距并不大，因此并不存在重大误解或显失公平的情况；三是在签订上述协议时，劳动者应当预见可能与法定赔偿标准之间存在一定差异，因此劳动者签订协议的行为，可视为对自己权利的自行处分和放弃，该处分、放弃行为并不违反法律规定。

第二种意见认为，该协商解除劳动合同协议可以撤销。因为在工伤认定和劳动能力鉴定之前，劳动者对自己受到损害的大小并不能确定，用人单位可能欺骗或误导劳动者，或从经济上胁迫劳动者，导致劳动者与用人单位的权利义务严重失衡。工伤赔偿待遇标准属于法定强制性标准，故工伤赔偿协议约定的金额只要低于法定标准，就应具有可撤销性。现劳动者在一年撤销期内请求撤销，应予支持。

笔者同意第一种意见。根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第十条规定：“劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金达成的协议，不违反法律、行政法規的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。”据此，朱某与用人单位签订协议，约定5万元赔偿协议的行为，应当视为双方真实意思表示，从维持稳定社会关系和正确适用法律出发，不应当予以撤销，应当予以维持。

竞岗降薪员工可否主张补偿？

案情简介 贺某在某保险公司任主管，其工作岗位为管理岗。2012年10月，保险公司开展主管岗位人员公开竞聘工作，要求部门主管岗位人员必须参加此次竞聘，而竞聘的岗位只有文秘岗主管和行政岗主管。贺某报名参加并在《竞聘报名表》中选择服从调剂。同年11月，保险公司下发通知免去贺某综合管理部单证管理岗主管职务，后又将其工作岗位调整为客户服务中心保单服务岗，该岗位属于操作岗，不属于管理岗，且薪酬比之前管理岗位有所降低。贺某未到新岗位报到上班，要求保险公司支付解除劳动合同的经济补偿金17万多元。

处理意见 第一种意见认为，保险公司应当支付贺某经济补偿金17万多元。理由如下：一、用人单位如通过竞岗方式对劳动者岗位进行调整导致劳动者薪酬减少的，应事先对此进行充分明确说明；二、贺某虽在《竞聘报名表》上确认接受岗位调剂，但保险公司并未提供证据证明将竞岗后有可能降低薪酬的后果告知贺某，故保险公司的调岗行为缺乏合法依据；三、变更工作岗位，减少劳动报酬属于对劳动合同主要条款的变更，双方应当协商一致，贺某仅同意接受岗位调剂，但未对减少劳动报酬予以同意。因此保险公司支付贺某解除劳动合同的经济补偿金17万多元。笔者

赞同此意见。

第二种意见认为，保险公司不应当支付贺某经济补偿金17万多元。理由如下：一、保险公司作为劳动用工的管理一方，有权对贺某的工作岗位进行调整和安排，不同的工作岗位适用不同的劳动报酬标准；二、贺某在《竞聘报名表》上确认接受岗位调剂签名的行为，视为其接受合同变更的行为。贺某既然接受了工作岗位的调整，应视为服从劳动报酬的调整。

笔者认为，劳动合同签订之后就具有一定的稳定性，非因协商一致，不能随意单方面变更或解除。所谓竞争上岗，实际上是用人单位变相调整劳动者的工作岗位，根据《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》第22条的规定，调整工作岗位，应当符合下列条件：1、调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要；2、调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位大致相当；3、不具有侮辱性和惩罚性；4、无其他违反法律法规的情形。保险公司安排给贺某的岗位属于操作岗，不属于管理岗，且劳动报酬也有所降低，贺某依法有权以保险公司擅自调整其工作岗位为由解除劳动合同并要求支付经济补偿金。

员工被刑拘单位能否停薪解雇？

案情简介 王某系一物业公司保安人员，因涉嫌盗窃，被深圳市公安局某派出所刑事拘留。单位得知并证实上述事情后，认为该员工已经被依法追究刑事责任，决定停发该员工的工资，并依据《劳动合同法》第三十九条的规定，直接解除了该员工的劳动合同。员工在被刑拘三十七天以后，因证据不足，被取保候审，得知公司上述决定后，王某申请仲裁，要求补发上述期间的工资，并要求支付违法解除劳动合同的赔偿金。

处理意见 第一种意见，用人单位可停发该员工的工资，但不应当解除该员工的劳动合同。首先，劳动部关于印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的通知第29点规定：“‘被依法追究刑事责任’是指：被人民检察院免于起诉的、被人民法

院判处刑罚的、被人民法院依据刑法第三十二条免于刑事处罚的。” 王某并未被人民法院判处刑罚，不属于被依法追究刑事责任的情形。其次，劳动部关于印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的通知第28点的规定：“劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或逮捕的，用人单位在劳动者被限制人身自由期间，可与其暂时停止劳动合同的履行。暂时停止履行劳动合同期间，用人单位不承担劳动合同规定的相应义务。劳动者经证明被错误限制人身自由的，暂时停止履行劳动合同期间劳动者的损失，可由其依据《国家赔偿法》要求有关部门赔偿。”上述期间，劳动者王某没有为公司提供劳动，公司当然没有义务支付工资等劳动报酬。

第二种意见，用人单位可停发该员工的工资，并可以解除该员工的劳动合同。主要理由是，《劳动合同法》第三十九条必然规定了劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位可以解除劳动合同。王某已被公安机关采取了限制人身自由的刑事拘留措施，说明其已进入了被依法追究刑事责任的法律程序。

笔者同意第一种意见。“被依法追究刑事责任”不能由用人单位进行随意进行扩大化解释，劳动者被公安机关采取刑事拘留措施，只是《刑事诉讼法》上的一种强制手段，并不得出劳动者就一定有罪的必然结论。王某因客观原因，其人身自由被公安机关依法限制，单位可以停发其工资，但应当暂时保留劳动关系，在最终结果出来之后（包括被人民法院判处刑罚或者被人民法院依据刑法第三十二条免于刑事处罚等），用人单位才可依法解除劳动合同。”在刑拘期间，用人单位不能依据《劳动法》第二十五条、《劳动合同法》第三十九条之规定，解除劳动合同，否则应当承担违法解除劳动合同的法律责任。

调岗后员工不到岗单位可否解雇？

案情简介 2004年4月1日，张某入职某科技公司并签订无固定期限《劳动合同书》。2008年11月，该公司曾以张某严重违纪为由做出了辞退决定，后经二审法

院判决确认撤销辞退决定，恢复劳动关系。该公司收到二审法院判决后即向张某邮寄了《岗位安排及报到通知书》，写明因物流经理岗位已满编，故将张某岗位调整为人力资源经理，但从事的主要工作是物流培训工作，薪资标准及办公地点不变，并要求张某在三日之内到公司报到上班。张某收到上述通知后，对于两岗位属同一序列等级不持异议，但坚持要求担任物流经理岗位，故未按公司要求报到上班。此后，该公司又多次向张某发出了内容相同的上岗通知书，并向张某告知如不按时到岗上班。随后，公司以张某不服从公司管理、拒不上班、已严重违反了公司纪律和管理制度为由，解除双方劳动关系。事后张某起诉，要求科技公司支付其违法解除劳动合同的赔偿金。

处理意见 第一种意见认为，调岗后劳动者拒绝到岗，单位有权解除劳动关系。理由如下：一、公司调整工作岗位符合客观合理性，不具有侮辱和惩罚性质，同时劳动报酬及办公地点均未变更，因此，科技公司调整岗位的行为合理合法；二、科技公司作为用人单位，有权制定与其生产经营相关的劳动人事管理制度，并依据合法有效的规章制度进行用工管理，张某违反科技公司管理规定，拒不上班，属于严重违反公司纪律和管理制度的行为。因此，在张某拒绝到岗的情况下，科技公司有权解除劳动关系。

第二种意见认为，调岗后劳动者拒绝到岗单位无权解除劳动关系。一是依法订立的劳动合同受国家法律保护，公司未与张某协商一致，单方面调整张某的工作岗位，属于单方面变更劳动合同，张某有权不予接受。二是由于科技公司的上述调整岗位行为不具有合法性，因此张某当然有权拒绝。

笔者认为，合理合法的调整劳动者的工作岗位，是用人单位合法行使用人自主权的表现形式之一。因物流经理一职已满，用人单位安排张某担任人力资源经理并主要负责物流培训，且原有的薪资待遇不变，该项职务也属于张某可以胜任的工作，张某应当到岗上班，其不到岗并坚持到原岗位上上班的行为，不具有合理性，科技公司以此为由解除合同符合法律规定。

基于SWOT分析的退休返聘法律风险管理分析

文 广东方典律师事务所 段海宇律师

退休返聘是指达到法定退休年龄，办理退休手续的人员，经用人单位返聘后，回到工作岗位继续工作的用工模式。

在用工荒的时代，劳动关系下的劳资法律风险逐渐加大，现在很多企业逐步采用返聘退休人员的方式，这里笔者使用SWOT这一企业管理常用工具对退休返聘法律风险管理进行简要分析。

SWOT分析

S (strengths) 是优势、W (weaknesses) 是劣势，O (opportunities) 是机会、T (threats) 是威胁。所谓SWOT分析，即基于内外部竞争环境和竞争条件下的态势分析，将与研究对象密切相关的各种主要内部优势、劣势和外部的机会和威胁等，通过调查列举出来，并依照矩阵形式排列，然后用系统分析的思想，把各种因素相互匹配起来加以分析，从中得出系列相应的结论，而结论通常带有一定的决策性。运用这种方法，可以对研究对象所处的情景进行全面、系统、准确的研究，从而根据研究结果制定相应的发展战略、计划以及对策等。

按照企业竞争战略的完整概念，战略应是一个企业“能够做的”（即组织的强项和弱项）和“可能做的”（即环境的机会和威胁）之间的有机组合。

【S分析】

优势1：退休返聘人员的工作能力较强，工作经验较丰富。很多退休人员一般工作经验丰富，都是原工作单位的技术骨干，或是管理干部，特长往往比较突出。

优势2：退休返聘人员对于所工作的单位来说，其用工成本要大大低于普通员工。因为退休返聘人员一般享有比较健全的医疗保险、住房公积金、养老保险金等，因此无须再为其支付这些社会福利。此外，退休返聘人员由于在原单位享有一份退休金，因此经济压力不大，对薪金收入也没有过分要求，心理期望值不高，工资也偏低。

优势3：退休返聘人员的工作态度比较认真，多年的磨练使他们养成了认真的工作态度。

【W分析】

劣势1：稳定性较差。由于退休人员的工作特殊性，因此他们对于工作收入的依赖较低，企业一有风吹草



动、形势不妙，就会人心浮动，退回家里颐养天年。缺少与企业同甘共苦的奋斗精神。合同上也很难对其进行有效的约束。

劣势2：不适用高强度工作。退休返聘人员大多由于年龄、精力上的原因，难以从事高强度、高压力的工作，工作时间也相对较短，很难根据企业的要求或临时性的工作要求，作经常性的加班、出差等工作。

劣势3：创新能力较弱。退休返聘人员一般创新能力比较差，几十年的工作经验会固化他们的思维，限制了他们的思维，因此，退休返聘人员一般不宜做创新性工作。

劣势4：心理承受力较差。退休返聘人员在需求上与一般的人相比有一个明显的不同之处：他们强烈地需求获得尊重。中国是一个敬老的社会，这种社会文化使得退休返聘人员认为他们应该获得尊重，他们已习惯

于别人尊重的眼光和礼敬的态度，一旦周围的环境发现了变化，他们感到没有被尊重，就会产生强烈的失落感，进而影响工作情绪。

【O分析】

机会：退休人员数量越来越多。我国从2000年开始已进入老龄化社会，已有1.67亿老年人，优越现代医疗进步，他们很大一部分还具备良好的劳动能力，因此，对用人单位而言，选择面很大。

【T分析】

威胁1：国家对退休返聘人员的社会保障还不完善。

威胁2：有时可能被认定为劳动关系，用工成本不确定。由于历史的原因，我国还有一部分老年人尽管已经达到退休年龄，但是没有享受养老保险待遇或者领取退休金，加之我国这方面的商业保险还不完善，适合退休人员的保险产品品种较少，入保门槛上也比较高。因此，聘用退休返聘人员的社会保障、商业保障方面的威胁都比较大。

另外，法律对达到法定退休年龄人员，其与用人单位之间到底是劳动关系还是劳务关系，还没有全国统一的规定，例如《劳动合同法》第四十四条规定，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，双方之间的劳动合同终止。这里强调劳动合同终止有二：一是达到法定退休年龄，二是开始享受基本养老保险待遇。根据该条规定，尽管已经达到法定退休年龄，但是没有开始享受基本养老保险待遇，双方之间仍然是劳动关系。故，用人单位仍然须按照劳动法律法

规支付相应的用工成本。但是《劳动合同法实施条例》第二十一条规定，劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。根据这个规定，只要达到法定退休年龄，双方之间就不是劳动关系了，继续用工的，就应当认定为劳务关系。因此，用人单位自然也不用承担劳动法律法规规定的用工成本。

如此，《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》对此存在冲突。按照《立法法》的规定，实施条例是下位法，与作为其上位法的《劳动合同法》发生冲突时应当适用《劳动合同法》，但是因为我国司法的地方化，全国各地对此在执行上还没有统一，因此，对用人单位的用工成本造成了不确定性。

典型案例分析

【案情简介】曹礼祥，男，63周岁，黄山市环境卫生管理处（下称环卫处）聘用环卫工人。2004年8月19日，曹礼祥在工作时的被肇事车辆碰撞，经抢救无效于同年8月24日死亡。曹礼祥之子曹百利于同年12月27日向黄山市劳动保障局（下称劳动局）提出工伤认定申请，而环卫处认为曹礼祥已过法定退休年龄，与用人单位存在劳务关系而非劳动关系。劳动局要求环卫处提交与曹礼祥无劳动关系的法律有效证明材料。

【认定决议】环卫处向劳动局仲裁部门提出《关于要求对曹礼祥认定为劳务关系的请示》。2005年2月21日，劳动局仲裁部门答复环卫处：“曹礼祥于1941年2月14日出生，现已超过法定退休年龄，已不具备签订

劳动合同的主体资格，因此，曹礼祥与黄山市环境卫生管理处不存在劳动关系。”

劳动局根据调查取证核实情况，认定如下事实：1、曹礼祥与环卫处不存在劳动关系；2、曹礼祥在工作时间和工作场所，因工作原因受到事故伤害。因此，劳动局认为其受伤虽在工作时间、工作场所，因工作原因受到事故伤害，但因认定工伤的主体不合法，根据我国《工伤保险条例》之规定，曹礼祥不符合认定工伤的条件。2005年3月2日，劳动局下达工伤认定决定书，不予认定工伤。

【行政复议决定】曹礼祥之子曹百利不服认定结论，向黄山市人民政府提出行政复议。经审查认为：曹礼祥生前为市环卫处聘用的农民工，虽年满60岁以上，未与单位签订劳动合同，但其与单位存在事实劳动关系。且曹礼祥在工作时间和工作场所，因工作原因受到事故伤害致死，符合《工伤保险条例》第十四条第（一）项之规定。行政复议决定：撤销黄山市劳动和社会保障局作出的黄劳社医险[2005]9号批复，认定曹礼祥为因工死亡。

【争议焦点】本案例的争议焦点是曹礼祥已超过法定退休年龄，作为工伤认定的主体是否合法？我国《工伤保险条例》虽然没有明确将退休人员排除在外，但在工伤认定环节，该条例第十八条明确规定申请工伤认定时必须提交“与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料”。因此，认定工伤的前提必须是双方存在劳动关系。故，本案实质的争议焦点是退休人员与用工单位之间

是否存在劳动关系？

一种意见认为，双方不存在劳动关系。

《劳动合同法》第四十条第（二）项规定，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止。《劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知》规定，已享受养老保险待遇的离退休人员被再次聘用时，用人单位应与其签订书面协议，明确聘用期内的工作内容、报酬、医疗、劳保待遇等权利和义务。离退休人员与用人单位应当按照聘用协议的约定履行义务，聘用协议约定提前解除书面协议的，应当按照双方约定办理，未约定的，应当协商解决。离退休人员聘用协议的解除不能依据《劳动法》第二十八条执行。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第七条规定：用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（试行）》规定，用人单位招用已达法定退休年龄但未享受基本养老保险待遇的人员，双方之间形成的用工关系可按劳动关系处理。用人单位招用已享受基本养老保险待遇或退休金的人员，双方之间形成的用工关系应按雇佣关系处理。

根据上述规定，已享受养老保险待遇的离退休人员被再次聘用的，与用人单位建立的不是劳动关系，双方不订立劳动合同，而是订立聘用协

议，双方关系为劳务合同关系。上述规定都强调离退休人员须已经享受养老保险待遇。

但是，2008年9月18日实施的《劳动合同法实施条例》第二十一条规定，劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。这条规定中没有“依法享受基本养老保险待遇”字样。如此，劳动者只要达到法定退休年龄，即使没有享受养老保险待遇，与用人单位之间的劳动关系也自然终止，用人单位继续用工的，双方只能按照劳务关系处理。有些地方也有类似规定，如《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》规定，用人单位招用已达到法定退休年龄但尚未享受基本养老保险待遇或领取退休金的劳动者，双方形成的用工关系按劳务关系处理。

另一种意见认为：双方可以成立劳动关系。

我国《劳动法》并未对老年人从事劳动作出禁止性规定，法律法规只有规定了劳动者年龄的下限而无上限规定，国家规定法定离退休年龄的意义在于为劳动者在年老时获得帮助和补偿以满足其基本生活需求方面设定条件，而非禁止劳动者再次就业，如《老年人权益保护法》相关条款规定，鼓励老年人在自愿和量力的情况下依法从事经营和生产活动。因此，将劳动者已达到离退休年龄作为劳动者与用人单位只能形成劳务关系的理由不能成立。本案例中曹礼祥死亡时虽已63岁，但他并不是单位退休、退职工人，而是一位由单位聘用的农民

工，因此其不适用《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》、《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》、《国务院关于严格执行工人退休、退职暂行办法的通知》。其不存在办理退休手续，曹礼祥虽然未与单位签订劳动合同，但其与单位存在事实劳动关系。因此认定工伤的主体条件是成立的。

从上述分析可见，退休返聘人员在工作中受伤是否构成工伤，司法实务中是存在争议的，为避免因为司法机关适用法律带来的法律风险，用人单位使用退休返聘人员的，应当未雨绸缪，做好预防。

退休返聘的风险管理

经上述分析，笔者建议用人单位按照SWOT分析框架，做好如下几个方面的风险管理：

◎对返聘人员的条件和技能须进行全面审核，严把审核关，以保证招聘人员都可以胜任工作。

◎分类管理。应与一般员工进行分类管理，避免发生纠纷的时候被劳动仲裁部门或法院认定为是劳动关系。

◎购买商业保险。退休返聘的用工风险较大，为避免公司承担相应的法律责任，应购买必要的商业保险。需要提醒的是，这时应当购买雇主责任险，而不是人身意外险，后者不能起到转嫁法律风险的作用。

◎掌握当地政策。各地法规对“退休返聘”有不同的规定。用人单位应注意了解当地政策，对于将“退休返聘”认定为特殊劳动关系的地区，应注意避免返聘退休人员。



浅析劳动争议案件中的 举证责任分配

文 广东科讯律师事务所 王东律师

从广义上看，劳动争议案件属于法院审理案件中的民事案件，因此劳动争议案件的举证责任规则应当属于民事证据规则总范畴。然而，劳动争议与民事诉讼又有不同的特点，如用人单位在管理过程中掌握绝大多数的证据，举证责任应当倾向于用人单位。对此，深圳市律师协会劳动法律专业委员会在总结深圳劳动法专业律师经验的基础上，对劳动争议案件中的举证责任这一课题进行了研讨，并形成研究成果，在此与同行分享。

举证责任分配原则

在劳动争议案件中，总的举证责任分配仍坚持“谁主张谁举证”的基本原则，即一方当事人有责任举证证明自己主张的事实，另一方当事人反驳对方观点时，应当对反驳所依据的事实进行举证。不能证明自己主张的观点或事实的，应当承担不利的后果。对于用人单位做出的对劳动者不利的决定引发的争议，应适用举证责任倒置的规则，由用人单位举证。例如用人单位解雇员工，员工要求用人单位给付赔偿金的，用人单位应当就其解雇的正当性负举证责任，否则承担不利的法律后果。而在劳动争议案件的审理过程中，仲裁员或者法官应当综合当事人举证能力等因素确定举

证责任的承担：对于一方当事人自认的事实，应当予以认定；对于当事人未予以否认的事实，可以视为自认或根据案件情况决定。

但是，我国劳动争议案件的举证责任分配又有一定的特殊性。目前，我国的劳动集体协商机制尚未形成，政府介入劳资关系的特征十分明显，对劳动争议案件举证责任分配的特殊性质有明显的影 响。例如劳动法的实施明显的倾向于保护劳动者，而很多地方政府、法院、劳动仲裁机构分别有不同的裁判规则和做法，使劳动法的实施在各地市产生不同的结果。

我们认为，虽然我国企业数量众多，但大多数企业未能真正享受到专业劳动法律服务。在律师服务的模式上，可以有量身定做、定期体检和提供操作指引等做法，律师在这一领域的法律服务市场前景广阔。

个案中的举证责任认定

目前我国劳动争议案件中出现的虚假陈述越来越严重，严格意义上讲虚假陈述也是伪证罪的一个种类。在过去的司法实践中出现过律师因虚假陈述被训诫或罚款的案例，因此，代理人应当慎重处理此类事项，首先应当杜绝当事人的虚假陈述。法律人的基本原则是尊重事实尊重法律，故绝

对不应当做任何虚假陈述。

到底谁负举证责任？某员工申请劳动仲裁，认为单位拒绝安排工作，要求用人单位支付工资。双方确认员工在一定期间内未到岗工作的事实，只是未到岗的原因各执一词，由此引发劳动争议。本案争议的焦点问题实际上是停工原因。首先，员工提出主张，要求用人单位支付工资，就理应承担证明“单位拒绝安排工作”这一事实的举证责任。其次，员工出勤上班是劳动者的基本职业道德和操守，即使单位未安排工作，员工也应当到岗上班。故由于员工未能举证，应当承担举证不能的法律后果。

工资标准如何认定？员工张三状告公司，主张公司因三个月未与其签订劳动合同而给付二倍工资差额。对其工资标准认定，张三主张为每月5900元，公司主张为每月1900-2000元，双方均没有充分有效的证据证明自己的主张。庭审中，双方均确认是以现金形式发放工资。

根据《广东省工资支付条例》第八条之规定，未约定的或者约定不明确的，以用人单位所在地县级人民政府公布的上年度职工月平均工资作为正常工作时间工资。该《条例》第四十四条规定，用人单位和劳动者都不能对工资数额举证的，由劳动争议

仲裁委员会或者人民法院参照本单位同岗位的平均工资或者当地在岗职工平均工资水平，按照有利于劳动者的原则计算确定。

加班工资的举证责任如何分配？根据最高人民法院的司法解释，劳动者主张加班工资且用人单位否认加班事实存在的，劳动者应当首先就加班事实进行举证。如劳动者能够初步证明加班事实存在的，用人单位负责举证劳动者的加班时间，否则应当支持劳动者的主张。

劳动关系如何认定？认定我国劳动关系的核心原则是判断劳动者对用人单位的从属性。判断条件有三：1、用人单位和劳动者是否具备法律、法规规定的主体资格；2、用人单位依法制定的各项劳动规章制度是否适用于劳动者，劳动者是否受用人单位的劳动管理、从事用人单位安排的有报酬的劳动；3、劳动者提供的劳动是否为用人单位业务的组成部分。证明劳动关系的初步证据包括：工卡、社保证明、工作资料、证人证言、工资银行转账记录、劳动部门调处的记录等。

根据深圳市司法系统的实践，用人单位未出庭，劳动者负举证责任证明劳动关系是否存在，其举证程度应当达到“排他性和完整性”的程度。

交替举证

交替举证的规则依据。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条第一款“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者

反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明”之规定，以及浙江省高级人民法院《关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的指导意见》第八条之规定，民事诉讼中的举证是对立双方为支持己方主张的事实而进行的交替举证的辩证的矛盾运动过程，一方对自己的事实主张举证证明，如对方反驳或提出新的主张，也应举证证明。交替举证，就是裁判人员为查明事实，对于出现的新事实或新理由给予双方举证或举反证的机会。

交替举证出现的原因及后果。交替举证出现的原因主要有以下几个方面：一是从民事诉讼角度出发，当事人、代理人、法官对围绕诉求相关事实认知的不足和不易预测；二是劳动争议案件双方当事人及律师的举证能力较弱，为查明事实有必要交替举证；三是依据代理人的执业经验，认为既然对方是举证义务人却没有举证，我方也无需举证增添不要的麻烦。

交替举证在程序上产生的后果是仲裁员或法官需要重新指定举证期。目前劳动仲裁对举证期的实务性比较宽松，结合近年来民事诉讼对举证期放松、重在查明事实的倾向，我们认为未来的劳动争议实务领域会有更多交替举证。

交替举证实务中的裁判人员或律师的应对措施。从审理角度而言，裁判人员同时要求双方庭后补充证据并释明，是交替举证和提高效率的并行措施。而律师在庭审中要突破举证期的固定思维，敢于在出现新事实时主

动要求举证，以交替举证的理论实践据理力争，或者在有把握的情况下主动举证。

优势证据规则

优势证据规则的法条来源是《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十三条。该法条的大意是：双方举证都不足以证明某事实时，证据证明力大的一方主张的事实予以认定。这也就是所谓的“高度盖然性”规则。

目前，我国司法解释或司法实践中并未有明确的系统分析表示在何种情况下适用优势证据规则、何种情况下适用“举证不能不予支持”的规则，由此对实务工作带来很多困扰。

我们认为，案件审理中需要认定某事实，应当先审查双方的证据。如双方有一方证据的证明力足够强，则适用优势证据规则（民事证据若干规定第73条第一款）认定该事实。如果双方证据的证明力不够强，则分两种情况：第一种情况是非此即彼的事实（即该事实只有两种可能性，双方各持一种），则根据举证分配的规则来认定；第二种情况是有三种以上的可能性，则可以根据公平原则认定第三种或者根据举证责任分配规则来认定。

交替举证和优势证据二者之间，前者好比是链条，后者是链条上的每个环节。在审判案件或者代理案件过程中，裁判人员和律师最终都需要通过交替举证和证据判断（优势证据、举证责任分配）来认定案件事实，从而实现定纷止争的法律效果。



劳动合同

订立要求与效力判断案例评析

文 北京市大成（深圳）律师事务所 曾凡新律师

《中华人民共和国劳动合同法》施行后，新型劳动争议案件频发，重大疑难问题也陆续出现，其中还有一些问题在司法实践中存在着较大认知分歧，各地法院裁判标准可能不一。因此，在法律实务中，一定要注重对当前司法判例的学习与研究。

《劳动合同法》第十七条规定了劳动合同应当具备的条款，那么如果必备条款不齐全，是否能够认定未签订书面劳动合同？《聘用合同书》或《入职登记表》能否认定视同劳动合同？与劳动者签订书面劳动合同是用人单位的法定义务，作为从事人事管理工作的劳动者

如未签订劳动合同，用人单位是否也要承担二倍工资差额问题？劳动者入职时提供虚假从业资格证，没有如实告知自己的信息，用人单位与其签订书面劳动合同，能否认定此行为构成欺诈，双方签订的劳动合同是否有效？

对于上述问题，常有典型案例见诸各类媒体，但是，本文涉及三宗案件，深圳市中级人民法院判决说理透彻、分析精准，充分考虑用人单位管理实际，是人力资源事务管理的鲜活教材，值得从业者学习与思考，并积极改进合规管理工作。

聘用合同可否被视为劳动合同？

（一）裁判要旨 《聘用合同书》的内容不具备《中华人民共和国劳动合同法》第十七条规定的劳动合同应当具备的条款，且不具备劳动合同的形式要件的，不能认定用人单位已与劳动者签订书面劳动合同。

（二）案情简介 曾某入职深圳市某印刷有限公司（下称“某印刷公司”），双方签订有书面《聘用合同书》。曾某主张某印刷公司未签订书面劳动合同，遂申请仲裁，诉求某印刷公司支付未签订劳动合同期间的二倍工资差额。某印刷公司主张其与曾某签订有明确的书面劳动合同

即《聘用合同书》，故无需支付曾某未签劳动合同的二倍工资差额。

（三）法院判决 案件经深圳市中级人民法院裁判认定，某印刷公司与曾某之间存在劳动关系，双方的权利义务应受法律保护。虽然双方签订有《聘用合同书》，但该《聘用合同书》的内容不具备《中华人民共和国劳动合同法》第十七条规定的劳动合同应当具备的条款，且不具备劳动合同的形式要件，其实质为入职登记表。根据我国《劳动合同法》的有关规定，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。某印刷公司应当支付曾某未签劳动合同二倍工资差额。

（四）律师评析 本案的争议焦点为劳动者与用人单位已签订《聘用合同书》，是否能认定为双方已签订书面劳动合同？

《劳动合同法》第十七条规定，劳动合同应当具备以下条款：（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（三）劳动合同期限；（四）工作内容和工作地点；（五）工作时间和休息休假；（六）劳动报酬；（七）社会保险；（八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

如果用人单位与劳动者签订的劳动合同不具备前述必备条款，劳动合同是否成立，《劳动合同法》对此并未做出明确规定。《劳动合同法》第八十一条规定，“用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款”，“由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”从这一条款可以看出，如果双方签订了劳动合同，但未载明全部必备条款的，其法律后果和责任是劳动行政部门责令改正，如给劳动者造成损失用人单位要承担赔偿责任，并未直接列明二倍罚则的问题。

在本案中，某印刷公司与曾某签订有《聘用合同书》，法院在审判处理中适用了较为苛刻的裁判认定原则，主要有两点：1. 该《聘用合同书》的内容不具备《劳动合同法》第十七条规定的劳动合同应当具备的条款；2.

该《聘用合同书》不具备劳动合同的形式要件。进而认定该《聘用合同书》实质为入职登记表，最终支持了曾某关于未签订书面劳动合同二倍工资差额的诉求。

（五）启示与思考 1. 用人单位在办理员工入职手续时就应当与其签订书面劳动合同。《劳动合同法》第八十二条规定，“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”。这里虽然有一个月的宽限期，但实践中还是慎用这一个月的宽限期，宽限期是一个柔和的陷阱，在员工入职时立即签订书面劳动合同为宜。

2. 书面劳动合同应当具备《劳动合同法》要求的全部必备条款。《劳动合同法》第十七条对于劳动合同应当具备的八项条款有明确规定，用人单位可参照对本单位通用劳动合同文本进行合规审查。

3. 忌用入职登记表、入职审批表、录用通知书、聘用合同等替代劳动合同。用人单位与劳动者签订了具备劳动合同部分必备条款的书面文件，但是有可能因形式或者内容存在问题，而被员工主张未签订书面劳动合同进而主张二倍工资差额。

人事主管可否主张二倍工资差额？

（一）裁判要旨 与劳动者签订书面劳动合同是用人单位的法定义务，法律法规并未对在用人单位从事人事管理工作的劳动者签订劳动合同做出不同规定。对于从事人事管理工作的劳动者，依据相关法律法规，其不得代表用人单位与其自身签订合同，用人单位依法应当委派他人代表用人单位与该劳动者签订书面劳动合同，如果没有订立，用人单位也应依法向该劳动者支付二倍工资差额。

（二）案情简介 周某系深圳某材料科技有限公司（下称“某材料公司”）人力资源经理，某材料公司以周某试用期不符合录用条件而提出解除劳动关系。后，周某申请仲裁，主张某材料公司支付解除劳动关系赔偿金，以及未签书面劳动合同的二倍工资差额。

某材料公司主张周某为人力资源经理，负责保管劳动合同，周某的劳动合同系其本人利用职务之便带走；且即使双方未签订书面劳动合同，也是周某本人失职所致，某材料公司无需支付二倍工资差额。

“

与劳动者签订书面劳动合同是用人单位的法定义务，法律法规并未对在用人单位从事人事管理工作的劳动者签订劳动合同做出不同规定。用人单位对于已签订的所有书面劳动合同，均应履行谨慎保管的义务。从用人单位规范管理的角度，对于在用人单位从事人事管理的劳动者的书面劳动合同，理应安排他人另行保管。

”

（三）法院判决 深圳市中级人民法院裁判认为，根据《中华人民共和国劳动合同法》的规定，自劳动者入职之日起的一个月内，用人单位应当与劳动者订立书面劳动合同。因此，与劳动者签订书面劳动合同是用人单位的法定义务，法律法规并未对在用人单位从事人事管理工作的劳动者签订劳动合同做出不同规定。用人单位对于已签订的所有书面劳动合同，均应履行谨慎保管的义务。从用人单位规范管理的角度，对于在用人单位从事人事管理的劳动者的书面劳动合同，理应安排他人另行保管。

当用人单位与劳动者就是否签订了劳动合同发生争议时，应由用人单位承担举证义务。本案中，某材料公司提交的报警回执并不足以说明周某存在利用职务之便取走其本人书面劳动合同的事实，其提交的其他员工的劳动合同及相关电子邮件亦无法证明其已与周某签订书面劳动合同的事实。

周某虽在某材料公司从事人事管理工作，但依据相关法律法规，其不得代表某材料公司与其自身签订合同，某材料公司依法应当委派他人代表某材料公司与周某签订书面劳动合同，某材料公司并未提供证据证明其已委派他人与周某签订书面劳动合同。故某材料公司主张双方未签订书面劳动合同系因周某本人过错造成，其不存在过错的上诉理由不成立，不予支持。

同时，某材料公司亦未提交其他具有劳动合同性质的书面文件。因此，原审判决某材料公司支付周某2012年12月6日至2013年4月24日期间未签订书面劳动合同的二倍工资差额无误，予以维持。

（四）律师评析 本案的争议焦点为人力资源经理与用人单位未签订书面劳动合同，用人单位是否要承担未签订劳动合同期间的二倍工资差额？

《劳动合同法》第十条规定，“建立劳动关系，应当

订立书面劳动合同”。“已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同”。

《劳动合同法》第八十二条规定，“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”。

上述两条中的劳动者，应当包括与用人单位建议劳动关系的所有劳动者，并不排除人力资源经理或其他从事人事管理工作的人员。对于用人单位从事人事管理工作的劳动者，用人单位应当委派他人代表单位与劳动者签订书面劳动合同，且对于已经签订的书面劳动合同应当安排他人另行保管。

不论是对于用人单位从事人事管理工作的劳动者，还是对更高级别的劳动者甚至作为聘用总经理的法定代表人，只要用人单位未依法与其签订书面劳动合同，用人单位都会面临被主张及裁判支付二倍工资差额的风险。

（五）启示与思考 1. 用人单位在办理员工入职手续时就应当与其签订书面劳动合同。不论是普通的基层员工，还是主管劳动人事工作的劳动者，甚至公司的经理、总监、总经理，用人单位都应当及时、依法与其订立书面劳动合同。2. 用人单位应当妥善保管人力资源部、档案室员工的书面劳动合同。如果用人单位发生了员工劳动合同的遗失或被盗，在报案后仍不能查清的情形下，相关员工若主张二倍工资差额，用人单位有败诉的风险。对于人力资源部、档案室员工的人事档案，建议另由其他部门（如总经办、办公室等部门）办理订立及保管事宜。3. 切忌以其他书面文件替代公司高管的劳动合同。对于特别聘请的高级管理人员，公司也应当依法及时与其签订书面劳动合同，而不能以已有其他书面文件而忽视劳动合同的订立问题。

员工提供虚假资格证签订是否有效？

（一）裁判要旨 劳动者入职时提供虚假从业资格证，使用用人单位在违背真实意思的情况下与其签订了劳动合同，其行为构成欺诈，违反了《劳动合同法》第二十六条第一款第（一）项的规定，双方签订的劳动合同无效。合同无效由用人单位参照合同约定支付劳动报酬，用人单位并不需要支付没有签订劳动合同的另一倍工资及解除劳动合同的赔偿金。

（二）案情简介 杨某系深圳市某运输有限公司（下称“某运输公司”）驾驶员，与公司产生劳动争议，仲裁诉请公司支付2012年5月17日至2013年3月11日期间未签劳动合同二倍工资差额、解除劳动合同的赔偿金。

该案经深圳市中级人民法院二审调查，杨某入职某运输公司时向该公司提交的入职人员信息表中身份证姓名为杨洪某，身份证号为41272719*****5075，资格证件号为4120001****6。2014年4月2日，深圳市交通运输行政执法支队龙岗大队致函周口市道路运输管理处“关于核实杨洪某从业资格证的情况”。该处于2014年4月24日复函称：经我省运输网核实，无该运输驾驶员信息。杨某与杨洪某为同一人。

（三）法院判决 深圳市中级人民法院裁判认为，杨某入职某运输公司时，提供虚假从业资格证，使某运输公司在违背真实意思的情况下与其签订了劳动合同，其行为构成欺诈，违反了《劳动合同法》第二十六条第一款第（一）项的规定，因此，杨某与某运输公司签订的劳动合同无效。合同无效由用人单位参照合同约定支付劳动报酬。杨某在某运输公司工作已付出的劳动，某运输公司只需按有关杨某的工资认定标准支付劳动报酬给杨某，并不需要支付没有签订劳动合同的另一倍工资及解除劳动合同的赔偿金。某运输公司上诉认为不应向杨某支付未签合同双倍工资与赔偿金的上诉理由成立，予以支持，二审改判某运输公司无需支付杨某未签劳动合同双倍工资与解除合同经济补偿金。

（四）律师评析 本案的争议焦点为员工提供虚假从业资格证签订的劳动合同是否合法有效？公司是否还要支付员工未签订书面劳动合同的二倍工资差额及解除劳动合同经济补偿？

《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条规定，以欺

诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的，劳动合同无效或者部分无效。

第三十九条规定，因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的，用人单位可以解除劳动合同。

根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第68条，一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。

在本案中，杨某入职应聘的是驾驶员岗位，其提供虚假从业资格证，没有如实告知自己的信息，使某运输公司在违背真实意思的情况下与其签订了劳动合同，其行为构成欺诈，双方签订的劳动合同自始无效。

《劳动合同法》第二十八条规定，劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。本案中，系杨某提供虚假信息、采取欺诈手段签订劳动合同，故杨某主张未签订书面劳动合同的二倍工资差额及解除劳动合同经济补偿，没有法律依据，不应支持。

（五）启示与思考 用人单位在招聘录用劳动者时，时常遇到应聘者隐瞒真实身份、年龄、伪造学历、工作经历、资格证书、无犯罪记录证明等情形，如发生这些情形而签订的劳动合同都可能被认定为无效。对于招聘单位来说，应当审慎把握如下两点：1. 对应聘者的信息特别是重要的身份、资质、背景信息进行核证；2. 要求应聘者对其提供的信息资料签名确认并保证真实、有效。



劳动用工的单位败诉风险提示与应对措施（一）

文 北京市盈科（深圳）律师事务所 李迎春律师

本文从用人单位法律适用实务操作角度出发，结合笔者在司法实践中的多年经验，探寻劳动合同法框架下用人单位最容易败诉的风险，就用人单位在适用劳动合同法时给予风险提示并提供解决方案，期望有一定的参考价值。

未遵循劳动合同订立的基本原则之败诉风险

【法律条文】劳动合同法第三条规定：订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。

【风险提示】用人单位在订立劳动合同时，如果合同内容不合法或显失公平，或者采用欺诈、胁迫等手段订立劳动合同的，合同可能会被确认为无效劳动合同，造成劳动者损失的，还将面临赔偿损失的风险。

【律师建议】合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用是订立、变更和履行劳动合同的基本原则，实践中用人单位应当按照法律的规定行事，以避免败诉风险。

规章制度制定或公示瑕疵的败诉风险

【法律条文】劳动合同法第四条规定：用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。

用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。

用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度

和重大事项决定公示，或者告知劳动者。

【风险提示】风险一：用人单位在制定、修改或者决定直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，未经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，未与工会或者职工代表平等协商确定。风险二：直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项未公示、未告知劳动者。或者即使有公示或告知劳动者，但由于公示或告知方法使用不当而导致无法向仲裁庭或法庭举证。风险三：用人单位履行了民主程序和公示程序，但未能保留书面证据，发生争议时无法举证。

【律师建议】一、实践中用人单位应当严格履行“民主程序”，并保留已经履行民主程序的相关书面证据；二、严格履行“公示程序”，在规章制度公示或告知时选择易于举证的公示或告知方式，并保留已公示或告知的书面证据。

用人单位未履行入职告知义务的败诉风险

【法律条文】劳动合同法第八条规定：用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

【风险提示】用人单位如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬是主动义务，即使劳动者不提出要求也得主动告知。实践中用人单位往往会忽视这个主动告知义务，导致发生“欺诈”的败诉风险。

【律师建议】用人单位的主动告知义务很重要，劳资双方均有知情权。隐瞒真实情况将可能影响到合同的效力。操作实务中，从举证角度考虑，用人单位应当以书面形式告知劳动者，并保留相关证据，告知条款可在入职告知书、入职登记表等书面文件中进行设计。

强令劳动者提供担保或收取财物的败诉风险

【法律条文】劳动合同法第九条规定：用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

【风险提示】风险一：用人单位在订立劳动合同时扣押劳动者的居民身份证和其他证件；风险二：订立劳动合同时要求劳动者提供担保，实践中一般表现为要求劳动者提供担保人进行担保；风险三：订立劳动合同时向劳动者收取风险抵押金，一般以保证金、抵押金、培训费、服装费、纪律违约金等形式收取。

【律师建议】严格执行法律的强制性规定，避免在劳动合同订立阶段有以上违法行为。

不订立或迟延订立劳动合同的败诉风险提示

【法律条文】劳动合同法第十条规定：建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

【风险提示】风险一：用人单位在与劳动者建立劳动关系一个月后仍未订立劳动合同，需支付二倍工资；风险二：用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

【律师建议】劳动合同书面化是劳动合同法的基本要求。不及时订立书面劳动合同的后果是每月支付二倍的工资，甚至于直接视为双方已订立无固定期限劳动合同。实践中用人单位应当改变观念，将上岗后再签合同转变为先签合同后上岗。订立劳动合同最迟不得超过一个月。

劳动报酬约定不明的败诉风险

【法律条文】劳动合同法第十一条规定：用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同，与劳动者约定的劳动报

酬不明确的，新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行；没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬。

第十八条规定：劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。

【风险提示】风险一：招用劳动者未订立劳动合同，也未约定或未明确约定劳动报酬；败诉风险二：虽已订立劳动合同，但劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确。

【律师建议】一、先订合同再上岗，或者虽暂未订立合同，但也应以书面形式约定劳动报酬。二、已订立劳动合同的，劳动合同中对劳动报酬和劳动条件等标准进行明确约定，或发生争议时，尽量协商确定。

无固定期限劳动合同的败诉风险

【法律条文】劳动合同法第十四条规定：无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

【风险提示】风险一：劳动者符合订立无固定期限劳动合同的法定条件，用人单位拒绝订立；风险二：超过一年不与劳动者订立书面劳动合同，劳动者主张订立无固定

期限劳动合同。

【律师建议】一、劳动者符合订立无固定期限劳动合同条件且劳动者提出订立无固定期限劳动合同，用人单位不得拒绝，否则需每月支付二倍工资至签订之日止（当然，最多支付多少个月，实务中还需考虑仲裁时效）；二、未及时与劳动者订立劳动合同的，应当及时做出补救措施，杜绝让无书面合同状态持续超过一年。

劳动合同订立程序瑕疵的败诉风险

【法律条文】劳动合同法第十六条规定：劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。

劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

【风险提示】用人单位单边持有劳动合同，或者虽给劳动者持有一份，但未保留送达证据。用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

【律师建议】劳动合同必须给劳动者持有一份，并且应当有劳动者的签收证据。

劳动合同必备条款缺失的败诉风险

【法律条文】劳动合同法第十七条规定：劳动合同应当具备以下条款：（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（三）劳动合同期限；（四）工作内容和工作地点；（五）工作时间和休息休假；（六）劳动报酬；（七）社会保险；（八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。

【风险提示】用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

【律师建议】制作劳动合同应当具备必备条款，或者

直接采用劳动行政部门制定的劳动合同范本，用人单位可在范本中进行相应的补充。

劳动合同试用期相关问题败诉风险

【法律条文】劳动合同法第十九条规定：劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。

同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。

试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

第二十条规定：劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

第二十一条规定：在试用期中，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

【风险提示】风险一：试用期约定超过法定标准；风险二：重复约定试用期；风险三：签订单独试用合同；风险四：试用期工资约定不合法；风险五：试用期随意解雇。

【律师建议】一、试用期期限严格按照法律的规定约定，不得超期；二、与同一劳动者只能约定一次试用期，不得重复约定，注意、约定的试用期届满后再协商延长试用期在司法实践中可能被认定属二次试用，同样违反同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期的规定；三、切忌签订单独的试用合同，单独试用合同视为劳动合同期限，不仅达不到约定试用期的目的，反而浪费了一次固定期限劳动合同；四、试用期工资必须不得低于本单位相同岗位最低档工资的百分之八十或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。五、试用期解雇员工必须有充分证据证明员工不符合录用条件，且要严格按照法定程序办理。

海外投资并购法律风险的

定性 与 定量分析



文 中国综合开发研究院研究员 黄清华

在海外投资法律风险尽职调查的过程中，采用一定的方法对法律风险及其相关风险因素进行定性和定量分析，有利于准确把握风险得性质和程度。这对于良好的法律风险管理是极为必要的。

法律风险定性分析

海外投资中，法律风险定性分析可重点调查和检讨投资并购活动的法律风险与相关风险因素的关系，“描述它们的含义、特征、标志和性状，用于探讨和理解法律关系当事人之间有关法律风险的信念、经验、态度和行为等，也可用于揭示特定法律风险和相关风险因素的合理性和可控性。”正是所有这些方面，构成法律风险管理的基本内容，决定法律风险管理的实际运作。

法律风险定性分析运用探讨性和描述性的设计，即针对可能的法律风险及其相关因素种类和性质的设计，就下列三种方式收集的资料和数据进行分析：（1）相关文献的系统回顾；（2）直接观察和对环境的参与；（3）对重点人群个人的深度访谈。

在海外并购投资中，“系统的文献回顾”，是指对以往同类或相似投资案例文献的系统回顾，特别强调重要资料、文献的全面性、完整性。“直接观察和对环境的参与”，是指对本次投资过程的参与和观察，以此获得第一手资料。“对重点人群个人的深度访谈”，是指对投资并购决策和决策执行（主要）负责人的深度访谈，了解这些重点人群对可能的法律风险和相关法律因素的认识，意识到正是他们有关法律风险的信念、经验和态度和行为，决定投资的进程、效果和成败。

法律风险定性分析可广泛用于法律尽职调查，既可用于对“涉及反不正当竞争问题，如目标公司市场开发、长期投资、合营合作等战略措施，评估目标公司战略的强弱和目标公司与收购方战略配合的情况”，这些战略层面的法律风险进行评估；也可用于对预防性的法律事务（proactive legal affairs），如环境保护监督、合同签订与履行监督、公司规章制度执行监督、知识产权管理监督、劳动人事监督和授权委托制度监督等，这一类特定法

律风险和相关法律因素进行评估。例如，通过对并购合同相关重点人群和人的深度访谈，就并购合同签订与履行风险、知识产权风险和劳动人事争议风险，可获得重点人群有关这些法律风险的性质和风险因素上的理解和认识，然后，运用FMEA等分析工具（见后文），建立相应的故障模型，并预测这种故障模型可能的后果，为下一步制定法律风险控制策略提供依据。

此外，法律风险定性分析还广泛用于对目标公司财产所有权和其他财产权利的评估，以及目标公司当前和可能发生的债务的评估。然而，要弄清特定法律风险和相关法律因素的合理性、可控性和可防性，仅仅提供定性分析结论，在某些场合，如涉及高风险的重大投资，显然不够。这就需要采用定量分析（quantitative analysis）方法，获得有关法律风险与相关风险因素程度上更为准确的认识。对此，下文以义务-成本-效益分析法和FMEA分析工具为例展开说明。

义务-成本-效益分析法

在尽职调查过程中，法律风险

(因素)评估常常需要把法律标准与经济-技术标准结合起来,形成“义务-成本-效益分析法”,其实质是从成本和效益的角度分析法律责任风险的合理性、可控性和可防性,从而考察、评估企业(风险源或致害人)的权利、义务和责任履行或落实情况,是否尽到合理注意义务,是否采取合理措施防范某种法律风险。

这种分析方法,最常用于(目标企业)安全生产责任、环境责任和产品责任的风险评估、预测,形成法律风险是否合理、是否可控、是否可防,以及如何防控的经济-技术评估意见,可为制定并购项目法律风险控制策略提供客观依据。

义务-成本-效益分析法的基本原理是:当考察、评估企业(风险源、致害人)是否尽到合理注意义务,或者是否尽到法定义务,是否采取合理措施防范某种法律责任风险,把“义务”、“成本”和“效益”作为三个参数一并考量,以此判定致害人对某种损害是否应负法律责任。采用这种方法,必须首先明确相关的法律标准和经济-技术标准,以便分析法律风险(因素)的合理性、可控性和可防性。

法律上的标准,即判断海外投资并购过程中法律上的权利、义务和责任的标准,通常要求以特定并购项目法定或约定适用的法律为判断依据。这意味着,在并购谈判初始,就要明确整个并购交易适用的法律问题。通常的原则是,一定要遵守双方国家相关法律中的强制性

规定;在此前提下,按照私法自治原则,就可能涉及到的法律问题明确适用条款,约定适用的法律。

法律适用条款的谈判,应当注意:在适用的法律不明确或法律没有明确规定的情况下,以并购双方所属国家都参加的国际条约或者签订的双边条约作为判断依据;没有相应的国际法依据的,可以商业或行业惯例为判断依据;没有商业或行业惯例的,可以同一行业一般理性之人有权期待的那样一种情况,作为判断依据。对并购合同及其相关附件适用法律的谈判,特别是并购合同条款解释和合同争议解决适用法律的谈判,必须按照上述原则由合同双方明确约定适用的法律,并且记载于双方认可的备忘录和并购合同之中。

经济-技术上的标准意味着,除了法律上的考量外,还应当从经济-技术的角度评估法律风险(因素)是否合理、可控和可防。经济-技术的标准,在评估知识产权风险、环境责任风险、安全生产风险和产品质量风险等方面,是必不可少的。例如,“目标工业企业所在地国污染物排放标准 and 环境污染标准,事关并购前的目标企业环境影响评估和并购后的环境保护责任,直接涉及到投资的环境法风险”及其合理性、可控性和可防性。再如,在专利技术收购中,对于正在申请专利的技术的收购,必须明确申请地国同类技术的可专利性(patentability)标准,以确保该项技术日后能够获得专利保护。因此,投资方必须根据并购战略目标和(或)经济-技术目标,确定可接受

的经济-技术标准,并且同样应当在并购合同中固定下来。

在法律标准和经济-技术标准(政策)明确的前提下,根据以往经验,例如历史资料,“尽管存在防范某种危险(法律责任)的义务,但是,如果这种风险危害(hazards)发生的机率(rate)很低,这种风险一旦实际发生,产生的可预见的损害(damage)也不严重,而采取措施干预这种风险(危害)发生却耗资(cost)巨费,按照常识良知判断,三者明显不成比例,那么,法律上通常并不认为企业对这种损害负有责任。”反之,风险防范义务人应当对此承担法律责任。

例如,尘肺病是粉尘作业企业常见的高发型安全生产风险,在现有的经济-技术条件下,企业保持作业环境良好的通风、有效的除尘和避免粉尘吸入,例如发放吸尘口罩、培训工人防尘除尘知识,以合理的经济投入和可行的技术措施即可控制高发的职业安全风险。如果风险防范义务人没有采取这些必要的经济-技术措施,那么,应当认定这样的企业存在职业安全责任高发风险。投资人收购这样的企业的股权,就必须对收购后企业劳动安全卫生方面的“欠债”保持高度警惕。

海外并购中,善用这种义务-成本-效益分析法,可对法律责任进行定量分析、评估,对目标企业中的“或有事项”,如环境保护、知识产权、产品质量、劳动安全和人身权方面的侵权之债,形成是否合理、是否可控、是否可防,以及如

何防控的评估意见，从而为制定并购项目法律风险控制策略提供客观依据。目标企业也可运用“义务-成本-效益分析法”，证明自己在损害发生前，已对这三个参数进行了分析，从经济-技术的角度对法律风险的合理性、可控性和可防性作了预测，以此证明自己对于损害的发生尽到了合理的注意，或者履行了法定的义务。

FMEA分析

FMEA是指故障模型和效果分析(Failure mode and effects analysis)。作为风险管理通用分析工具，FMEA运用系统的方法，按照故障类型、相应的效果或严重程度及其对系统的影响，进行分类，用以分析和处理一个系统内潜在的故障模式及其相关原因。

在这款工具中，故障(失败)的原因可能是(技术、工艺或制度)设计、物件或项目过程中任何错误或缺陷，特别是那些潜在的或实际的影响客户或者经营目的的错误(缺陷)。这款工具最初被广泛应用于制造业产品的生命周期各个阶段的分析，现在被越来越多地用于(咨询)服务行业。作为一个系统的、积极的方法，FMEA可用于评估一项业务进程或程序，以确定它在何处以及如何可能会失败，评估失败的相关影响，并确定这一进程或程序中最需要改变的那部分问题。

使用该工具时，“故障原因”是指在设计、工艺、质量或(部分)

应用程序上的缺陷，这是故障或发起一个程序从而导致失败的根本原因。效果(影响)的分析，是指研究那些故障(失败)的后果。“严重性”是指一个故障模式的后果。“严重性”问题要考虑失败的最严重的潜在后果，确定财产损失或系统损坏最终可能发生的损伤程度和范围。

FMEA分析的一般步骤是：首先，理清程序中的每个步骤(The steps in the process)；其次，建立故障模型(Failure modes)，弄清什么环节或事情可能变糟；再次，分析故障原因(Failure causes)，查明某个故障为什么会发生；最后预测故障后果(Failure effects)。

具体到(海外投资)并购的法律风险分析，建议采取八个步骤：

- 1、仔细地检查一个并购过程(程序)，并且概括出其中的每一个步骤；
- 2、识别并购过程中每一阶段可能出错的环节，建立相应的故障模型；
- 3、确立每一个故障模型的后果，预测后果可能性、严重性的频度；
- 4、认定可能的基础原因或归因因素；
- 5、根据后果发生的可能性、严重性的频度，评估故障模型及其每一个归因因素(之间)的联系程度，判断它们之间联系的等级、级别；
- 6、识别任何现存的阻止、监督、预防和减轻这些风险的控制因素；
- 7、使用这种等级级别区别法律风险(因素)的优先次序，决定哪些因素是要重点考虑的、哪些是可接受的、哪些是要去处理的；
- 8、设计一个行动

计划，即制定明晰的风险控制策略和方案。

以上说明，这款工具可从定性和(或)定量分析的角度，建立不同类型的故障与相应效果的关系，从而应用于风险与相关风险因素的预测和评估，制定风险控制策略和方案。

FMEA用于法律风险定性分析，主要用来建立法律风险类别的故障模型。需要注意的是，法律风险类别划分越细，故障模型的评估和预测功能就发挥得越好。因此，必须重视同类投资(失败)案例文献的系统回顾。

FMEA用于法律风险定量分析时，应根据不同的目的，运用统计学中常用的现状分析、前瞻性分析和回顾性分析等方法，进行法律风险和相关法律因素的单变量或多变量分析(sole/multi variable analysis)，这样才能预测“后果发生的可能性、严重性的频度，评估故障模型及其每一个归因因素(之间)的等级、级别”，从而获得有关法律风险与相关风险因素相关性的准确认识与把握，以便深刻地揭示规律，准确地完成法律风险评估的任务。

总之，评估法律风险及其相关因素的合理性、可控性和可防性，需要综合考量并购的战略目标、法律标准、经济-技术标准和管理目标，以尽职调查为基础，对法律风险(因素)进行定性或(和)定量分析，然后形成可接受风险、可避免风险、可减低风险和可转移风险的意见。

2014年11月25日，国务院公布了《中华人民共和国反家庭暴力法（意见征求意见稿）》（下称“意见征求意见稿”），向全社会广泛征求意见，召开专家论证会赴地方进行调研，并于2015年8月24日送全国人大常委会审议《中华人民共和国反家庭暴力法草案》（下称“草案”）。该草案向社会公布后，笔者特意对比草案和意见征求意见稿，认为虽然草案有不少进步之处，但也存在一些明显缺陷。这些缺陷不利于该法在实施过程中防治家庭暴力。为此，笔者提出对这些缺陷的看法及完善的建议。

谈反家暴法草案的缺陷与完善

文 广东广强律师事务所 吴杰臻律师

家庭暴力未包含精神暴力

草案所列举的是身体暴力行为，尽管采用“等”字结尾，但语义上存在歧义，既可以理解为仅限于所列举行为，也可以理解为除此之外还有其它行为。因此，在实施过程中有可能堵死精神暴力的认定。《婚姻法司法解释一》关于家庭暴力的规定，对精神暴力保留一定空间。最高人民法院在2014公布的《十起司法干预家庭暴力典型案例》中就有精神暴力的案例，如在郝某某诉郝某华赡养纠纷案中，法院认为郝某华对郝某某经常进行言语威胁、谩骂等行为，导致郝某某终日生活在恐惧之中，符合申请人人身安全保护令的条件。《反家庭暴力法》作为具有时代使命的立法，对家庭暴力界定的态度不能比十四年前的立法更保守。

当然，如果将精神暴力写入反家暴法，那么在实施过程中可能会极大

加重公安机关的工作负担。因为是否属于精神暴力，确实不容易判断，也超出了公安机关原有的职权范围。如果家庭成员之间因吵架、辱骂、冷落等原因向公安机关报案，公安机关根据现有的《治安管理处罚法》、《公安机关办理行政案件程序规定》等规定，难以有效认定是否属于精神暴力并作出相应处理。

为此，笔者建议草案将精神暴力纳入家庭暴力范畴的同时，也应该将由公安机关处理的家庭暴力限制在身体暴力或违反治安管理和刑法的范围。对于精神暴力，宜由具有最终司法裁判权的人民法院来处理。

对报案主体的规定不合理

草案第三条规定，反家庭暴力是全社会和每个家庭的共同责任。但是，第十三条又将有权报案的主体限定为家庭暴力受害人及其法定代理

人、近亲属。

首先，这样的规定不符合反家庭暴力本身的立法理念。既然反家庭暴力是全社会和每一个家庭的共同责任，那么报案主体就不应仅仅限定为受害人、法定代理人和近亲属。对于犯罪行为，我国《刑法》规定每一个发现犯罪的公民都有权利和义务向公安机关、人民检察院、人民法院报案或举报。反家庭暴力法作为保护弱者的社会法，以预防家庭暴力为主，应尽量减少家庭暴力所带来的伤害，规定每一个发现家庭暴力的公民有报案和举报的权利。

其次，如果反家庭暴力法对报案主体作了这样的限制，或多或少给了人民“只有特定主体才能向公安机关报案或举报”的不当引导，不利于家庭暴力的及早发现和防治。

最后，报案主体的限制会对公安机关的受案及受案后的处理有较大的

影响。毫无疑问，如果家庭暴力演变成人命伤亡等刑事犯罪，任何一位公民根据《刑法》的规定可以向公安机关报案或举报，公安机关应当依法立案处理。但是，如果家庭暴力尚未演变成刑事犯罪呢？此时，有权报案主体与无权报案主体向公安机关报案，确实会产生不一样的效果。有权报案主体报案，那么公安机关应根据《反家庭暴力法》的规定及时出警，制止家庭暴力，按照有关规定调查取证、协助就医、鉴定伤情。而无权报案主体，只能根据《公安机关办理行政案件程序规定》进行举报，公安机关根据该规定的程序，并非必须马上出警，而是先受案，然后根据实际情况决定是否出警。

因此，笔者建议第十三条增加：“对家庭暴力行为，任何组织和公民有权劝阻、制止，或者向公安机关报案。”

出具告诫书随意性较强

根据草案第十六条规定，对于依法不予行政处罚的加害人，公安机关可以选择批评教育，也可以选择出具告诫书。在执法过程中，不排除有些公安机关工作人员贪图工作便利，以批评教育代替告诫书，导致受害人可能要再次受到家暴时才能取到具有认定家暴证据效力的告诫书，不利于对受害人的保护。此外，此规定的“批评教育”也没有明确是书面还是口头，也导致执法过程中可能以口头批评为准，不利于受害人日后诉讼维权的举证。

因此，笔者建议第十六条第一款

修改为：“家庭暴力情节较轻，依法不予治安管理处罚的，由公安机关对加害人出具告诫书。”

人身安全保护令违法成本低

意见征求稿规定人身安全保护令的形式为“裁定”，草案却没有明确人身安全保护令的形式。《刑法》上的“拒不履行裁判文书罪”仅包括生效的判决和裁定，未包括其它形式的司法文书。草案将人身保护令独立于民事诉讼，导致该保护令的作出程序和形式与我国《民事诉讼法》的保全规定无法衔接。司法实务中，法院可能会采取决定的方式做出，那么加害人违反人身安全保护令，且未对受害人造成轻伤以上的损害后果，那么他只是面临这1000元以下罚款和15天以下拘留的惩罚，违法成本过低，无法有效震慑加害人。相反，如果人身安全保护令以裁定方式作出，加害人违反人身保护令时，就有可能构成拒不履行裁判文书罪。

因此，笔者建议二十七条修改为：“人民法院受理申请后，应当在48小时内作出人身安全保护令或者驳回申请的裁定。”

不利保护受害人的共有财产

意见征求稿规定，人身安全保护令包括禁止加害人对受害人住所及其他共同所有的不动产进行处分。笔者认为，对配偶实施家庭暴力的一方，往往是家庭经济的主要来源，掌握主要的夫妻共同财产。遭受家庭暴力的一方，无论是经济条件还是心理都处于弱势，对是

否离婚尚未考虑清楚。受害人或其近亲属申请人身保护令后，加害人有可能会着手财产的转移。等到受害人真正决定离婚时，夫妻共同财产已经被转移，遭受的损失无法挽回。因此，人身安全保护令有必要包括夫妻共同财产的保护。

因此，笔者建议第二十八条第一款增加“禁止加害人对受害人住所及其他共同所有的不动产进行处分。”作为第（四）项。

报案方式不够灵活

根据草案第十四条规定，中小学、幼儿园、医疗机构的工作人员在工作中发现无民事行为能力人、限制民事行为能力人遭受或者疑似遭受家庭暴力的，应当及时向公安机关报案，否则有可能面临草案第三十三条的法律责任。

然而，实务中有些工作人员害怕加害人报复而不敢向公安机关报案，但他们愿意向所在单位反映，由所在单位出面报案。因此建议第十四条增加这些工作人员可以选择向单位反映情况或直接向公安机关报案。如果不做修改，则这些工作人员宁愿选择对家暴或者疑似家暴视而不见，当作没发现，以规避第三十三条的法律责任，这样反而不利于对受害人的保护。

以上是笔者根据实务中可能出现的问题，对反家庭暴力法草案提出的一些看法和建议，以作抛砖引玉之用。笔者更期待更多法律实务工作者对反家庭暴力法草案提出更多建设性看法，推动我国反家暴立法的进程。

P2P借贷的资金池问题分析及解决思路

文 广东诚公律师事务所 罗振辉律师

P2P借贷是民间融资的新兴力量，起源于国外，在中国境内得以野蛮生长，并不断地适应中国的国情，演化成多种模式，游走在法律的灰色地带。中国P2P借贷有哪些特点？主要风险为何？为何非法集资总与资金池联系在一起？应如何解决资金池问题？笔者通过分析P2P借贷的特点及属性，以期寻找解决问题的可行路径。

P2P借贷的产生及发展

P2P借贷的前身是一种传统的民间借贷关系，借款人参照市场行情向出借人支付一定利息，快速地进行资金融通。此种方式交易速度快，成本低，但多发生在熟人之间，市场规模有限且需求匹配难。随着互联网技术的发展，众多的借款人与投资人可以突破地域和人脉关系的限制，绕开银行、小额贷款公司等第三方金融机构直

接进行点对点的借贷匹配，P2P借贷由此产生。

P2P借贷起源于英国，在美国得以发展。2007年8月，拍拍贷的成立意味着我国第一家P2P网贷平台诞生。

P2P借贷的特点及主要问题

从2011年开始，P2P市场开始爆发，呈现粗线条野蛮式生长。主要表现为：成立P2P公司无注册资本金额限制，无特许经营资质要求，无监管部门特别调控，门槛低容易入手；纯线上P2P借贷平台较少，投资人及借款人的开发多依赖线下渠道；除点对点直接借贷外，还存在债权转让等多种交易模式；现有征信体系不够健全，数字化、自动化审贷技术缺失，信用资料获取成本较高；P2P平台安全度存疑，频现因非法集资、资金链断裂所致的平台倒闭、老板跑路事件。

非法集资与资金池问题

2014年4月21日，处置非法集资部际联席会议办公室主任刘张君向公众明确P2P网贷平台与非法集资之间的四条边界：一是要明确P2P平台的中介性质；二是要明确平台本身不得提供担保；三是不得将归集资金建立资金池；四是不得非法吸收公众资金。其中一个重点就是不能建立资金池。

什么是资金池？把资金汇集到一起，形成一个像蓄水池一样的储存资金的空间，这就是资金池。保险公司有一个庞大的资金池，赔付的资金流出和新保单的资金收入使之保持平衡。银行也有一个庞大的资金池，贷款的流出和存款的流入，使这个资金池保持稳定。

P2P行业的资金池按业内的说法就是资金先于信息的流动，是指投资人借款后、借款人收款前，或借款人还款后、投资人收款前，该笔资金需先流入P2P平台公司的账户并有一段时间的汇聚期。在此期间，P2P平台实际占有该笔资金。以借款人向投资人借款人民币100万、P2P平台居间促成为例，如果P2P平台在未知有借款需求前，先行以某种名目归集了人民币100万，这就形成了资金池。此状态因涉嫌非法吸收公众存款，一直遭遇非法集资的质疑。

P2P的本质在于促成及撮合，达到出借与借款两端的一致。为达到这



一目的，必须解决两个问题：一个是数额的错配，一个是期限的错配。以某甲欲借人民币100万元、期限1年为例，该需求放在P2P平台上，要促成借款协议的达成，要一个或N个出借人筹足人民币100万，这是解决数额的错配；同时要达成这一个或N个出借人的出借时间也为1年，这是解决期限的错配。如数额和期限两个错配有其中一个无法解决，均易引发资金池的问题。此外，一旦平台的投入资金少于流出资金，就会导致资金链的断裂，如平台无法及时补仓，则会发生P2P平台关闭、老板跑路现象。

分析一下跑路的P2P平台，我们可以发现，它们大多存在资金池的问题，在平台上虚构投资人角色，以自有资金放款，但出借款项无法按期收回；或将投资人资金挪作他用而无法按时归还。由于无法完成数额或期限的错配，不能继续拆东墙补西墙导致平台负责人不得已跑路。跑路平台所存在的资金池问题，在其他平台上也大多存在。区别在于，尚未跑路的平台可能只是因为能够处理好两个错配问题，能按时支付款项及利息，可以继续击鼓传花下去。

P2P平台的资金池解决方式

无法解决数额与期限的两个错配问题将导致P2P平台经营异常甚至倒闭风险，形成资金池能有效解决错配问题，但资金池一旦形成就有可能涉及非法集资，触犯《刑法》第一百七十六条关于非法吸收公众存款的规定。为解决这一矛盾，P2P公司亦一直在寻找避免资金池的解决思路，主要方式如下：

将资金归集于平台实际控制人的

个人名下，以控制人名义投资并放款，可能存在金额与期限的拆分、组合。此种方式确实解决了平台资金池的问题，但将全部资金归集于一人账户且没有第三方监管，除易造成个人资金与用户资金混同外，投资人及借款人均无从得知资金流向，此方式资金安全无法得到保障，风险较高。

通过投资人排队轮候的方式进行网贷操作，投资人、借款人基于平台的信息服务直接进行点对点借贷，于双方需求得以匹配时进行转款操作。此种方式亦解决了资金池问题，但由于投资人在未达标之前只能持币等候，平台向投资人支付等候期间的利息，需增加平台经济成本且要求平台与投资人间有高度信任，它也会存在一定的道德风险，例如投资人或借款人在最后一刻反悔。

将资金归集至第三方支付公司名下，采用第三方支付公司的通道型服务，此种模式下，第三方支付公司虽可查询资金去向，但仅流于表面，平台实际上仍拥有资金的支配权。

将资金归集至第三方支付公司名下，采用第三方支付公司的托管型服务，将平台自有资金与用户资金进行隔离。此种方式在极大程度上防止了平台挪用客户资金，大幅提高了平台造价成本，但平台仍可通过虚构交易的形式转移资金至平台自有账户。

将资金归集至银行名下，采用银行的资金托管服务。此模式效果同第三方支付机构的托管服务，因银行监管能力及公信力更甚，是现金较为热门的资金处理模式。

解决资金池问题的思路

提高P2P公司的注册资本要求。

由于形成资金池即可能触犯刑法，平台资金流太少又无法正常运营，P2P公司的自有资金比例及财务实力便显得至关重要。适当提高P2P公司的注册资本要求能将大部分资质不够的公司剔除出P2P市场，有效减少资金池问题。

合理设置P2P公司组织架构。

由于资金池需要解决好数额和期限两个错配问题，对平台运营管理者的资质要求较高。对平台主要运营管理人员的专业背景和工作经历进行优化组合，提高资金调配能力。

将P2P平台资金进行托管。出于保护投资者利益及P2P公司自身目的，削弱或剥夺P2P平台控制操纵资金的能力，限定P2P公司必须将平台资金托管于第三方支付机构或银行，从而避免平台挪用交易资金而给交易双方带来风险或导致平台及其负责人承担法律责任。

减少网贷平台的身份属性，尽量做到纯信息中介的定位。投资人、借款人的开发，资金的支付及托管，逾期借款的催收均由第三方合作机构进行。

严格遵守法律规定及行业规范，特别是关于非法集资的规定，树立风险防范意识，不踩红线，合法经营。

P2P行业自律及团结合作，制定平台资金管理制度，规范资金操作流程及风险应急程序。因P2P市场受国家宏观经济环境及货币政策影响，存在市场整体不良，集体出现资金池的可能性，制定行业标准及互助氛围有助于促进P2P市场的良性、永续发展。

证据来源要素之实战运用例析



文 北京市中银（深圳）律师事务所 杨文华律师

在民事诉讼之质证实践中，基于《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（下称《民事诉讼证据规则》）第五十条^[1]之规定，通常将质证之要点归纳表述为真实性、关联性、合法性三个方面。

然而，鉴于民事诉讼“谁主张谁举证”之基本原则，在上述三个方面之中，除非像调查取证、鉴定结论、专家证人等其它类型的证据之外，针对当事人自主举证之证据，存在较为明显的相对轻视“合法性”质证要素之现象，即质证的重心往往集中在“真实性”与“关联性”两大方面，对“合法性”则较少涉及。

从规范实证的角度来看，《民事诉讼证据规则》^[2]乃至2015年修订后的《民事诉讼法司法解释》^[3]就证据“合法性”问题均主要着眼于“取得证据的方法”是否“侵害他人合法权益”或者“违反法律禁止性规定”两个方面，即实践中通常争议的“窃听”、“偷拍”取证能否作为证据采信的为题。但是，除了“窃听”、“偷拍”取证之合法性这一经典争议问题之外，证据“合法性”是否还存在其它内

涵，譬如证据的“来源”问题。本文将结合笔者在实务中的案例来介绍“证据来源”要素在实战质证中的运用技巧。

规范渊源

《民事诉讼证据规则》第十四条规定：“当事人应当对其提交的证据材料逐一分类编号，对证据材料的来源、证明对象和内容作简要说明，签名盖章，注明提交日期，并依照对方当事人人数提出副本。”第六十五条规定：“审判人员对单一证据可以从下列方面进行审核认定：（三）证据的形式、来源是否符合法律规定”。上述立法规范表明，所谓“举证义务”之内涵，除了通常所理解的“提供”证据之外，还应包含“说明”证据材料的“来源”。下文所述案例恰恰表明，而在某些极端情况下，当事人能否合理“说明”证据来源，甚至足以影响法庭是否采信有关证据材料。

案例简介

【案例一】G某诉F商场劳动争议案

G某原任F商场保安一职，日常倒班做商场夜间看守保安，后因失窃事故处理及工资待遇等问题产生矛

盾，G某以寻求发展为由主动辞职。但G某辞职后不久，F商场却收到劳动仲裁传票，G某诉称被F商场无故辞退，要求支付赔偿金及在职期间加班费等款项若干。G某起诉之关键证据为一份手写在商场通用购物收据上的辞退书，内容大意为G某工作认真负责因商场自身原因予以辞退，且收据上加盖有F商场简称的收款印章。

我们作为F商场的法律顾问，初步调查核实后分析认为，G某所持有之该收据系利用其保安职务之便从商场开票柜台窃取形成，遂结合G某辞职时所书写之离职申请等证据组织应诉。由于初步判断G某所持收据确系来源于商场真实使用之收据簿，且不存在明显的时间间隔，故F商场方未就该收据申请司法鉴定痕迹鉴定，而是重点陈述其来源非法、不足以代表F商场真实意思之理由，并利用事实调查阶段的当事人相互发问环节明确要求G某说明该收据之来源，从而引起仲裁庭和法庭对该问题的关注。

仲裁裁决虽未明确认定该收据之真伪，却以收据落款印章名称与F商场全名不符为由驳回G某之仲裁请求。

G某不服提起诉讼，一审法庭询

[1] 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十条：“质证时，当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性，针对证据证明力有无以及证明力大小，进行质疑、说明与辩驳。”

[2] 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条：“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。”

[3] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零六条：“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据。”

问原告该收据系由何人交付，答复是不清楚，再问交付者是男是女，答复还是不清楚。一审判决遂驳回其诉讼请求。G某再次上诉及申请再审，均获维持原判。

【案例二】Z某诉L公司劳动争议案

L公司原系外资企业，Z某系L公司副经理，长期外派负责L公司外地子公司的经营管理，并于2008年《劳动合同法》实施后与L公司转签无固定期限劳动合同。后因市场原因，L公司股权整体转让给Z集团，Z某所在子公司被解散，Z某基于从业资历被Z集团商请调回L公司总部临时负责部分项目收尾工作，等待出现职务空缺时再予正式安排。

此后，Z某于当年底安排年假与次年元旦假期连休，却于假期结束后的1月4日忽然拿出一份约为一年期限的劳动合同，声称其与L公司劳动合同于当日到期，并提出离职请求，要求公司依合约给予补偿。L公司总经理质疑Z某早已与公司订立无固定期限劳动合同，不存在另订固定期限劳动合同之必要性，且该合同所约定补偿标准过于离谱，遂安排Z某先行交接工作，补偿问题留待公司核查后再行处理。

L公司进一步核查发现，公司人事档案里并没有Z某所出示一年期合同之副本，且该合同文本系采用当地劳动行政主管部门改版编印的新版劳动合同，而L公司购买该新版合同文本之时间晚于该合同落款之签署时间数月，以及该合同落款除有公司盖章之外，并无惯常应有总经理之签名。L公司遂质疑该合同系伪造或变造形

成，拒绝按该合同约定之畸高标准向Z某补偿，双方通过电子邮件等方式往复协商数次未果，Z某终于申请仲裁。

Z某之证据则除了上述一年期劳动合同之外，还包括一份所谓“考核工资”的通知文件，以及落款在Z某休假前的一份辞退通知。L公司原有人员已基本遣散完毕，故对于Z某所出示的该等证据，均难以进行有效核查及质证，既无法判断其真伪，也难以推断其来源。

我们接受L公司委托担任其代理人，重点揭露Z某证据内容之间的相互矛盾，譬如虽有辞退通知但Z某实际离职时间为其合同载明之到期日，以及就有关文件之来源提出质疑。

仲裁庭最终未认定辞退通知之效力而驳回Z某关于索求赔偿金之诉求，却又转而基于Z某于合同到期日离职之证据事实裁决L公司支付补偿金，以及依据“考核工资”之通知文件裁决L公司补发“考核工资”，但对于Z某依据一年期合同所畸高约定之其它款项，则予以全部驳回。

双方均不服仲裁裁决提起诉讼。

经过仲裁程序的质证，我们发现Z某所举示之所谓“考核工资”通知之原件中的落款印章之色彩与同期其它文件中的印章色彩存在明显差异，进一步调查询问推测其可能系利用原任职外地子公司负责人期间为方便开展工作而领取过加盖L公司印章之空白纸件，遂于一审诉讼期间申请印章形成时间的司法鉴定，最终认定该文件之印章形成时间应为其落款时间之前一个年度。

此后，一审法院应L公司之申请

责令Z某说明其所持有一年期合同、考核工资通知、辞退通知等文件之来源，Z某书面答复均系由公司总经理于各文件落款日期在办公室交付。

一审判决结合鉴定结论及Z某证据之间的相互矛盾，最终并未采信Z某之书面答复意见，而是全面否定Z某的事实主张，进一步判令L公司无需向Z某支付“考核工资”及经济补偿。后经Z某上诉，二审维持原判。

结语

在通常情况下，民事诉讼的质证主要针对证据材料本身的真实性和关联性，但是在上述案例这样的极端情况下，有关证据材料及其印章本身确实是真实的，单纯针对证据材料的真实性、关联性进行质证显然无法说服法庭排除该等证据材料，而结合《民事诉讼证据规则》就“证据来源”问题所规定的举证义务，要求证据持有人履行说明其证据来源之举证义务，则往往可以起到事半功倍的效果，间接实现攻击其证据真实性、合法性之目的。

需要附带说明的是，本文所述之有关诉讼技巧之意义仅在于风险发生之后进行补救。而上述案例均表明，企业良性人力资源管理目标的实现并非仅仅取决于其劳动用工及人事管理制度本身，企业行政管理尤其是印章管理制度的缺陷对于企业其它方面可能造成的巨大风险，对于企业管理而言不啻为一项重大教训，在为企业提供法律顾问及风险控制服务时应当引以为反面教训，而不宜完全倚赖于风险产生后运用上述技巧来化解。

2009年12月1日《深圳市城市更新办法》实施后，不少房地产开发企业及投资商纷纷投身到这场走马圈地的抢夺战之中，尤其是持有大量土地资源的集体经济组织（股份合作公司）成了各方争相合作的对象。集体经济组织作为提供土地资源的合作一方，与提供资金负责开发建设的投资人作为合作另一方，纷纷签订城市更新合作开发合同。但时至今日，除部分项目顺利开展并建成交付之外，相当一部分项目由于各种原因进展缓慢而引起争议以致诉讼。在这类案件中，集体经济组织往往以合作的投资人违约为由要求解除合作开发合同，而投资人一方则要求继续履行合同。因此，城市更新合作开发合同能否解除往往是此类案件双方争议的主要焦点。深圳市布吉投资股份有限公司与深圳市宝源置地有限公司房屋拆迁安置补偿合同纠纷案就是典型代表案例。

城市更新合作开发合同的解除案例解析

文 广东雅尔德律师事务所 樊永强律师

基本案情

原告：深圳市布吉股份有限公司
被告：深圳宝源置地有限公司

2007年1月1日，深圳市龙岗区城中村旧改办确定深圳宝源置地有限公司（下称“宝源置地公司”）为布吉街道金稻田片区首期10万 m^2 改造项目旧改单位。2009年7月20日，宝源置地公司与深圳市布吉股份有限公司（下称“布吉股份公司”）签订《拆迁补偿安置协议书》，约定布吉股份公司将其位于金稻田片区的罗岗工业区59937 m^2 土地交由宝源置地公司进行改造，移交期限应不迟于2013年1月31日；宝源置地公司同意向布吉股份公司缴付人民币500万元作履约保证金；如因宝源置地公司原因造成补偿房屋交付超过半年的，每延迟一个月，宝源置地公司应向布吉股份公司支付700万元，逾期2年的布吉股份公司有权解除本协议；因不可抗力导致本协议履行中断或无法履行，或因

政府部门原因导致开发延迟或改造项目终止互不追究。协议签订后，宝源置地公司按约向布吉股份公司支付了500万元保证金，并与另一业主签署了《拆迁安置补偿协议书》，占地面积5872.4 m^2 ，合计已完成收购6.1万 m^2 。

2011年9月25日，布吉股份公司召开股东大会决定撤销与宝源置地公司的合同，宝源置地于2011年11月23日提出异议，要求继续履行该协议。2011年12月7日，首期改造项目10万 m^2 内的另一业主深圳市布吉一村股份合作公司将其名下13600 m^2 土地与布吉股份公司控股股东深圳市百合股份集团有限公司签署拆迁补偿合同，并部分履行。

2012年，布吉股份公司起诉至龙岗区人民法院，请求判令：一、解除布吉股份公司与宝源置地公司之间的《拆迁补偿安置协议书》，二、宝源置地公司赔偿其违约保证金500万元；三、本案诉讼费由宝源置地公司承担。

龙岗区人民法院经审理认为，双方签署的《拆迁补偿安置协议书》合法有效，宝源置地公司已按约定履行了合同义务，布吉股份公司要求解除合同不符合约定及法定解除条件，遂判决驳回布吉股份公司的全部诉讼请求。

布吉股份公司不服一审判决向深圳市中级人民法院提起上诉，深圳市中级人民法院经审理认为，双方签署的合同合法有效，布吉股份公司以行使不安抗辩权为由解除合同不符合法律规定，因此布吉股份公司无权单方解除合同也无权要求宝源置地公司赔偿违约金。但因本案项目内另一业主深圳市布吉一村股份合作公司已经明确拒绝与宝源置地公司签订改造协议，宝源置地公司已不可能获得该项目改造资格，双方合同已经不具备继续履行的条件，因此判决终止双方签署的《拆迁安置赔偿协议书》，驳回其他诉讼请求。

裁判
评析

本案一审法院针对布吉股份公司要求解除双方签署的《拆迁安置补偿协议书》的诉求，认定缺乏约定及法定的解除条件，二审法院同样认定布吉股份公司无权单方解除合同，在这一点上两审法院的观点基本是一致的，但两审法院的判决结果却是截然相反。

一审判决着眼于布吉股份公司的诉求，既然布吉股份公司主张解除合同，则应有充分的事实和法律依据，但根据调查的事实，宝源置地公司尚不存在违约事实，虽然合同履行存在一定的障碍，但因合同履行期限尚未到期，宝源置地公司存在克服障碍继续履约的可能，布吉股份公司主张解除合同的依据不充分，并据此作出判决驳回布吉股份公司的诉求。该判决结果基本尊重了法律事实和法律规定，就案件本身而言并不能说存在明显的错误。

二审判决虽然同样认定布吉股份公司不具有单方解除合同的权利，但二审法院却绕过合同解除的问题，直接给予合同履行存在障碍直接判决终止合同。根据《合同法》第九十一条规定，合同解除只是合同终止的情形之一，也就是说合同终止的范畴大于合同解除。本案当事人请求解除合同，二审判决终止合同，在一定程度上属于超越当事人的诉求进行审理及判决。根据最高人民法院关于适用《民事诉讼法》的解释第三百二十三条规定：第二审人民法院应当围绕当事人的上诉请求进行审理。本案中，二审法院超越当事人的诉讼请求范围进行裁判在法律依据上似乎存在一定的瑕疵。

但二审法院更着眼于争端的有效

解决，比一审判决更体现出裁判者的法律智慧。首先，二审法院通过法庭争议焦点的归纳，将本案争议的焦点放在了双方合同能否继续履行上，而不再局限于布吉股份公司是否有权解除合同，并且取得当事人双方对该争议焦点的认可，在一定程度上获得当事人对诉求变更的事实依据。其次，针对双方已由最初的友好合作走到了彻底对抗，且因案外人的介入已使本已僵化的关系更加难以调合，客观上确已无法继续履行的现实情况，灵活运用《合同法》第九十一条合同终止的其他情形，对本案合同做出了终止履行的终审判决，更充分尊重了客观事实，并体现了定纷止争的司法精神。第三，该判决虽在法理阐述上有所不足，但有效解决了一旦维持原判，在一定程度上判决可能无法实际执行、双方争议仍旧存在的问题。

律师
提示

合同签订时应当详细约定合同解除的条件以及解除程序。

不少发生争议的合同往往欠缺合同解除条件的约定，或是虽有约定但过于简单操作性不强，一旦发生争议往往无从适用，本案争议合同就是如此。虽然没有约定解除条件也可以按照法定解除主张，但对法定解除条件是否具备往往存在争议。因此在起草合同时，尤其是法律关系复杂或履行周期较长的合同，应聘请专业律师，详细列明单方可能解除合同的各种情形及相关操作程序时间安排等。

如单方解除合同应当满足合同约定的解除条件或者具备《合同法》第

九十四条规定的解除情形。

如果没有约定解除合同的条件下，单方解除合同应当具备《合同法》第九十四条规定的五种情形，并取得相关证据，否则合同可能无法解除，反而要承担单方违约的法律责任。本案中，布吉股份公司起诉要求解除合同，但因不具备合同约定的解除条件，也没有证据证明本案具备法定解除条件，虽然其主张不安抗辩权，但造成不安事由的案外人与其具有关联关系，该主张难以获得支持。因此一审、二审法院对其申请解除合同的诉求均不予支持。

解除合同还应当符合法定程序，并可充分利用合同解除的程序规则。

合同一方依法解除合同，应当书面通知对方，自对方收到通知之日合同即可解除。如双方有异议应在收到通知之日三个月内请求人民法院或仲裁机构要求确认解除合同通知不具有法律效力，逾期则无权就合同解除提出异议。

本案中，布吉股份公司认为其有合同解除权，并已经向宝源置地公司通知解除合同，宝源置地公司虽有异议但未向法院或仲裁机构提起程序，而且已经超过法定期限，则应视为其无权就合同解除提出异议，布吉股份公司本可以直接起诉确认合同解除效力即可，简单可行无需再费力申请解除合同。布吉股份公司在本案中的诉求是请求解除合同，实际上视为布吉股份公司否认了其之前已发出的解除合同通知的法律效力，在诉讼策略上实际走了弯路。

骗取公证盗卖他人房产之规范分析

文 广东华商律师事务所 赖佳文律师

案情简介

张某新与冯甲原为夫妻，张某新名下有一处深圳的房产（并非夫妻共同财产）。2010年9月1日，冯甲擅自与购房者A签订了《房地产买卖合同》，约定成交价为人民币68万元。2010年9月7日，冯甲携带本人身份证复印件、张某新的身份证原件和房产证复印件和委托书，与冒充张某新的李乙（同伙）一同前往深圳市公证处办理委托公证，由李乙冒充张某新完成公证环节，并在委托书上冒充张某新签名。冯甲成功获得委托公证书后，2010年10月11日，冯甲凭骗领的公证书及相关资料前往房管局办理房产过户手续，把房产过户至A名下。冯甲将巨额卖房款非法据为己有后，并于卖房7个月后即2011年5月与张某新离婚。张某新对于房产被卖一事毫不知情，直至2011年7、8月份，张某新交水电费时才得知此事。张某新与A就该房产所有权的民事诉讼已经终结，法院判决A善意取得该房产。判决生效后，经A的申请，法院予以强制执行，张某新于2015年4月20日暴力抗法，被以危害公共安全犯罪刑拘。

笔者认为，冯甲、李乙的行为非法侵犯他人财产，数额特别巨大，已经构成盗窃罪，依法应启动刑事司法程序，追究其刑事责任。

规范分析

冯甲等人的行为符合盗窃罪的犯罪构成。

刑法分则第五章“侵犯财产罪”规定的盗窃罪、诈骗罪、抢劫罪、侵占罪等13个罪名对私有财产提供了完整保护，对财产权的具体侵害形式不同，也相应地构成不同形式的罪名，这是罪刑法定原则的当然要求。本案中，冯甲等人采用欺骗性手段骗领深圳市公证处的委托公证后，将张某新合法所有的房产擅自出卖，在张某新事前、事后都不知情的情况下将卖房款据为己有，这种行为与普通的盗卖他人动产行为在类型上没有本质区别，同属于在所有权人不知情的情况下破坏现有的财产所有状态、建立新的财产所有权或占有状态，符合《刑法》第264条规定的“窃取”行为，应评价为盗窃罪。

本案的定性存在三个疑难问题：

一是房屋作为不动产能否成为盗窃罪的对象；二是窃取他人财物过程中采用了欺骗行为能否妨碍盗窃罪的成立；三是直接处分他人房产是否符合非法占有他人财物的特征。现就这三点问题予以重点阐述。

首先，作为不动产的房屋纳入



盗窃罪的犯罪对象范围具有妥当性。张某新被侵害的财产形式为房屋，根据物权法及当今公认的法学原理，房屋是典型的不动产。在此情况下，冯甲等人盗卖不动产行为能否认定符合盗窃罪的构成要件，在司法实践与刑法理论上存在不同意见，但是，无论从一般法律规范还是具体个案因素考察，把不动产作为盗窃罪对象有正当性与现实合理性。

原因在于：其一，《刑法》第264条法文表述的“盗窃公私财物”，仅是一般性地把财物作为盗窃罪对象，“财物”与“财产”并没有本质区别，其核心内涵与外延既包括动产，也包括不动产。再者，现行刑法及相关司法解释并未把盗窃对象限制为动产，不动产作为“财物”的表现形式合乎社会一般观念，没有突破条文规范语义的射程范围，更没有违

反罪刑法定原则。其二，一般而言，不动产的价值远远大于动产，窃取不动产的社会危害性相对更大，对被害人的财产损害更深，在窃取价值普遍较低的动产都构成犯罪的情况下，若窃取价值相对较大的不动产反而不构成犯罪，有悖于“入罪时举轻以明重”的基本法理。其三，盗窃罪与诈骗罪、侵占罪等同为同一章的财产犯罪，从周全保护财产的角度考量，在诈骗、侵占不动产都能够构成犯罪的情况下，却认定窃取不动产不构成犯罪，缺乏基本法理支持。诈骗也好，盗窃也罢，所不同的只是侵犯财产的具体方式，法益侵害性方面并无不同，所以，没有理由认可诈骗、侵占不动产构成犯罪的情况下，否定盗窃不动产的成立。其四，片面的生活经验并非法理，经验不可以作为评价犯罪与否的依据。虽然绝大多数盗窃行为都是针对可以移动的动产实施，但是常识不等于真理，采用盗窃方式侵犯他人不动产在现实中客观存在，完成这种行为也没有任何障碍。况且刑法适用应该跟随社会情况适时而动，就如电力、暖气、电信码号等无形物在司法实践中被认可成为盗窃对象一样，司法部门也应该顺应变动中的社会情境，改变不当认知，把不动产列入盗窃罪的对象范围。其五，秘密窃取动产常常伴随着场所的移动，但并不以动产发生移动为绝对必要条件，无论是窃占不动产还是窃取动产，都是行为人以秘密方式非法控制支配他人财物而使他人无法实现自己的财产权利。其六，不动产与动产一样都具有经济价值性、人力可支配性和可控制性，给予同等刑法保护符合法益保

护的刑法机能要求。

其次，盗窃行为过程中存在欺骗行为并不妨碍盗窃罪的成立。有人认为本案符合诈骗罪的犯罪构成，主张以诈骗罪追究冯甲等人的刑事责任。笔者认为，这种观点混淆了诈骗罪与盗窃罪之间本质区别，认为只要非法取得他人财物过程中夹杂了欺骗性手段就构成诈骗罪过于片面。诚然，冯甲等入之所以能够出卖张某新的房产，离不开通过欺骗性方式取得公证处出具的公证书这一基本步骤、环节。但是，在盗窃行为实施过程中，对受害人或者与财产存在物理接近、有法律上关联的第三人进行欺诈，以分散注意力、降低警觉或使财产更容易失去控制，从而排除障碍窃取他人财物的做法，由于非法取得他人财物的主要原因是在对方不知情时的秘密窃取行为，所介入的欺骗手段只是为了使窃取行为更容易实施完成，欺骗行为只是作为窃取行为的辅助行为而存在。因此，仍应界定为盗窃罪。

当然，倘若在非法取得他人财物过程中，第三人处于法律上或事实上能够处分他人财物的地位，拥有处分权限，进而又由于犯罪行为人的欺诈而陷入认识错误、处分财物，无疑应定为诈骗罪。一言以蔽之，盗窃罪与诈骗罪的本质区别在于取得财物的原因是对方受骗交付，还是以自己行为主动取得。本案中，公证处遭受欺骗出具了公证书，这是进一步实施盗卖房屋的预备行为，房管局在其提供形式完整的资料申请下为其办理的房屋过户手续，是其最终将张某新所有的房屋处分给善意第三人A的核心行为，也即盗窃的实行行为。尤其值得

注意的是，房管局作为行政管理部 门，在形式要件齐备的情况下为申请人办理房屋过户手续只是一种程序性辅助行为，既缺乏处分房屋的权限，也缺乏处分的意识，所从属的也是冯甲等入的行为。即言之，冯甲等入才是房屋的处分者，其既有处分房屋的主导权，也有处分房屋的明确意思。所以，虽然冯甲等入在盗卖房屋过程中实施了一定的欺骗行为，并且本案行为的既遂也离不开是这种必要的欺骗，但这些这些都只是盗窃行为的一部分，整体而言应评价为盗窃行为。

最后，冯甲等直接处分张某新房屋的行为符合非法占有他人财物的要求。盗窃是行为人通过非暴力的平和手段破坏他人对财物的所有或占有，从而建立其新的所有或占有的过程，其行为样态上包括两种类型：一是行为人非法将他人财物转为自己占有，这是通常状态；二是行为人直接把他人财物变为第三人占有，如偷偷把甲的口袋中的钱包取出放入乙的行李袋中即是适例。刑法理论上通常把盗窃罪解释为目的犯，即成立该罪行为入必须主观上存在非法占有他人之目的，同时，将此要件解释为包括将他人财物非法据为己有或第三人占有也是理论上的通说。本案中，冯甲等入直接把张某新合法所有的房屋通过房管局登记转让给A，A进而取得房屋的所有权，这也依旧属于对张某新的房屋所有权的侵害。盗窃行为的本质是破坏原权利人对财物的所有权或占有权，无论是行为入自己占有还是第三人占有财物，都不影响盗窃行为类型的符合性判断。

盗卖他人不动产的行为实施时，

不动产所有权人毫不知情，这完全符合现行司法解释及传统刑法学理论把盗窃界定为“秘密窃取他人财物”的传统定义，即便盗窃行为并不限于秘密窃取早已成为刑法理论上的有力主张。对于张某新而言，其是在毫无发

觉的情况下自己合法所有的房屋被非法出卖，由此失去对该房屋的占有、使用、收益、处分等权能，也失去了承载在房屋之上的财产性价值，显而易见地，这是对公民财产所有权的侵害，也是对盗窃罪客体的侵害。无论

如何，冯甲等人的行为都能满足“秘密窃取手段——他人财物所有权或占有权失去——财物为行为人或第三人所占有——他人遭受财产损失”的盗窃罪构造，在作入罪评价时不存在规范适用上的障碍。

刑民之辩



冯甲等人的行为既是民事侵权，也是刑事犯罪，两者互不排斥。

首先应予肯定的是，冯甲等人在张某新毫不知情的情况下盗卖其所有的房产，属于无权处分行为。根据《合同法》第51条之规定，“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。”即便该无权处分未得到张某新的事后追认，由于现法院生效判决已经认定购房者A对该房屋成立善意取得，所以张某新已无法通过民事途径恢复所有权，这已是确定无疑之事实。根据《物权法》第106条第2款之规定，“受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人

请求赔偿损失。”这是张某新当前能够弥补房屋所有权灭失的唯一有效途径。张某新的财产权利遭受损害，其在法律上当然可以获得向冯甲等侵权行为人的赔偿请求权。而问题是，是否冯甲等人的行为构成无权处分、被认定为民事侵权即不能被评价为构成犯罪？

对此，笔者特别指出，民事侵权与刑事犯罪之间并非互斥关系，两者存在违法性之量的差别，并非质的不同，民事侵权行为的程度较高、造成严重危害后果时，完全可以构成相应刑事犯罪。例如，构成犯罪的故意伤害行为，固然成立刑法上之犯罪，与此同时，受害人的身体权受到侵害的赔偿请求权同样存在，这也是设置刑

事附带民事诉讼制度的法理基础。又如，故意毁坏财物行为是对他人财产权的侵犯，财产所有权人除了要求侵权行为人赔偿财产损失外，当财产损失价值达到数额较大标准时，构成故意毁坏财物罪，在逻辑上不存在任何疑义。同理，冯甲等人的盗卖房产行为，在形式上表现为无权处分，实质上为侵犯他人不动产所有权，其评价为民事侵权行为的同时，进一步评价为刑事犯罪行为，在事理逻辑上是通畅的，在权利保障层面是应然的、正当的。

为了圆满保护公私财产权利，同时提供民法与刑法双重路径，对于财产权秩序的维持是必要的。刑法与民法的性质相异，但绝不排斥，如果以行为为民事侵权为由拒绝刑法规范的适用，将不可思议，刑法作为后盾法提供兜底性保护的功能也将消散。虽然司法实践中存在一定量的刑民交叉、界限难定的案件类型，但本案绝非这类案件，冯甲等人的盗卖房产行为，由于具有严重的社会危害性，并且符合盗窃罪的犯罪构成，因此无论其犯罪手段表现为何种形式，所表现的形式符合何种民事法上之类型，都应依法认定为盗窃罪，这是罪刑法定原则的当然之义。

敢为天下先 时代弄潮儿

文 特约记者 郑健阳

“

“我们走到律师行业中来，就是要为中国法治建设作贡献，要为律师行业奋斗一生，这就是我的初心。”郭星亚步入古稀，初心依旧。

”

为律师行业奋斗一生的初心

1993年，深圳共有300多名体制内的律师，20多年过去，深圳目前共有执业律师9353名，如果当年律师制度改革无法顺利进行，试想今日深圳“上哪儿解决律师的编制”，而在这一场制度改革中，郭星亚注定是会被铭记的。

郭星亚，广东星辰律师事务所创始人、首席合伙人，作为中国律师制度改革的倡导者和先行者，她曾主动扔去乌纱帽，带领一群体制内的律师大胆下海，在中国律师制度改革上做出辉煌的成绩，曾在非诉讼法律业务领域上作出了大胆的探索，开拓出律师为市场经济建设服务的新路子。

如今，作为敢为天下先的时代弄潮儿，郭星亚看到了前海和一带一路为深圳律师业乃至中国律师业发展带来的新机遇，发起成立了前海法律研究院，着手整理总结四大法系、65个国家的法律，以期解决一带一路的可能遇到的法律问题和法律适用冲突问题，由此开始了新的尝试。

“我们走到律师行业中来，就是要为中国法治建设作贡献，要为律师行业奋斗一生，这就是我的初心。”郭星亚步入古稀，初心依旧。

敢为天下先 带领律师下海创业

从江苏镇江市一工厂的普通工人到中学化学老师，到



镇江市人民检察院检察员，西南政法大学经济法学系讲师，再到深圳市司法局行政官员，郭星亚原本可以像其他司法界的官员一样正常退休领着退休工资，但她却为自己、也为深圳律师闯出了一条不一样的道路。

1992年到1993年的深圳司法界炸开了锅，多少人用质疑、恐惧、顾虑的眼光，看着郭星亚将深圳律师制度改革一步步地往前艰难推动。“改革之前，律师是公务员（国家法律工作者），不是社会法律工作者，这种模式在律师的管理上存在很大的弊端，从人事到业务，都影响律师的正常执业。这样既不利于律师队伍的发展，也无法和国际接轨。”郭星亚说。因为要面对1997年香港回归、两地法律服务对接的历史性课题，1992年，时任深圳市司法局局长助理的郭星亚受命主持深圳市律师体制改革，拉开了中国律师制度改革的序幕。

“律师需要的是行会管理，把律师变成社会法律工作者。”经过充分调研，1992年年底，郭星亚以及工作团队就形成改革方案，主要有六个方面：一、总的改革方案是国办所进行全面改组，改为各种类型的律师事务所；二、进行律师分配方案的改革；三、建立健全律师事务所和律师注册年审制度；四、制定现有律师和司法行政机关干部开办律师事务所的管理规定；五、欢迎外地律师事务所来深圳开办分所；六、制定深圳市有条件的社团、法学研究

“

“既高兴又激动，在这么多反对的声音中，到底还是走出来，要感谢那些支持改革的领导，如果没有他们，可能中国的律师制度就往后推几年。”郭星亚评价说。

”

机构和在本市取得律师资格的人员开办律师事务所的管理办法。

但改革之路并不好走。郭星亚回想当年，阻力不少。

一方面是来自于司法部门的不理解，司法部门一直认为律师是赚钱的队伍，不想让“摇钱树”划分出去，有些原则性强的领导甚至认为，律师队伍“不管就会出乱子”。1993年春节，郭星亚一行拿着新鲜出炉的改革方案到国家司法部汇报，却碰了一鼻子灰，“一是说邓小平同志没有说过律师制度要改革，二是说这是一个自由化的方案。”对于司法部领导的质疑，郭星亚并未气馁，她始终认为律师制度改革的方向是对的，顺应世界潮流，律师就是社会法律工作者，“全世界的律师都没有乱，为什么我们就会乱呢？”郭星亚直言无法接受领导的意见。三个月后，她再次接到司法部的电话，让她再次递交改革方案。这一次，关于律师体制改革的方案被接纳，并在全国司法工作会议上被提为“重中之重的改革方案”。

另一方面的阻力来自于律师本身，“不是国家公务员，铁饭碗被打破了，原来（律师从）司法局退休后可以领退休金，（改革后律师的）办公用房、住房是不是要全部还给司法局呢？所以当时有很多人反对。”但她坚信改革的方向并未影响到律师的根本利益。当时召开的律师动员会议，郭星亚记忆犹新，有律师质问郭星亚：“你和我们一起走吗？你下不下海？”郭星亚当场给出肯定答案，众律师无话可说。但交接的过程没有那么“和气”。司法局有领导要求律师们交回办公大楼、车辆、住宅楼，还有BP机。郭星亚交了自己的房子、电话和一部蓝鸟轿车。经过多次讨论，司法局最终允许律师们在住宅楼中延续居住半年。郭星亚当时说：“三个月后，我会开宝马住别墅。”就这样，郭星亚下海了。放弃了工龄、福利性住房、医疗保险、退休工资等被人艳羡的一切，50岁的郭星亚扔掉了头顶上的乌纱帽，1993年，她与其他3名律

师一道，集资100万，创设了中国首批合伙制律师事务所之一——深圳星辰律师事务所（现为广东星辰律师事务所），开始接受市场经济的考验。

“既高兴又激动，在这么多反对的声音中，到底还是走出来，要感谢那些支持改革的领导，如果没有他们，可能中国的律师制度就往后推几年。”郭星亚评价说。

时代弄潮儿 开拓新的业务领域

采访郭星亚时，总能惊叹于她在法律业务市场中的敏锐和快速反映，她永远站在市场经济时代的潮头浪尖。

上世纪90年代，深圳市场经济高速发展，郭星亚从中敏锐地察觉到律师业务应当紧跟着市场经济的发展节奏向前迈步，拓展业务势不可挡。首先是国有企业的改革要求律师为其提供法律上的认证，比如股权设置、原始资本等，都需以法律顾问的身份提供法律意见，上市公司同样需要一份公平公正的法律意见，比如经营合法性、土地来源合法性、债权债务等方面的法律意见。“市场需要这种服务，那我们律师事务所就要顺应市场需求增加这一项服务。”

其实，早在1988年，郭星亚就提出，深圳律师要为企业提供更全方位服务，但她希望能够进行更深层次服务：一是进入领导层，帮助决策，比如说进入董事局，成为董事局成员；二是参与具体的经营，比如公司和外商谈判等业务，律师要为他们把关。

在开拓证券市场的法律业务时，郭星亚就曾亲自前往体改委。当时，体改委负责审查上市公司的文件，当看到体改委主任案前小山堆一般待审查的材料时，郭星亚就建议，体改委人手太少，应付不了这么多的上市公司材料，无法“走出去调查”，“又怎么能知道这些报告的真实性呢？”郭星亚反问体改委主任。她建议，这种审查工作应该交给公平公正的法律中介，可信度较高，也可以分摊体改委的责任，律师出具审查报告，会计师出具审计报告，各司其责。郭星亚说，她站着和体改委主任讨论了一个多小时，建议终被采纳。很快，体改委和司法局共同发文：公司要上市，必须要有律师出具的专业法律文书。这是中国第一份允许律师进入证券市场的联合通知，深圳律师参与该业务后，国家司法部也很快发文，开展律师进入股票市场的资格考试。这块业务的开拓，是中国律师开展非诉



讼业务的里程碑。

郭星亚犹记得她出具的第一份法律意见书，“有公司要上市，让我们提供法律意见，我也不懂，只能自己翻阅美国的商法典获得知识，又到香港走访，向香港证交所和法律人士学习，并根据中国特色和体改委的要求，一下子写了8个方面的法律意见。其中最后一个方面，我还提到，这个公司在诉讼过程中，律师预计会胜诉还是败诉，如果胜诉，财产不会损失，如果败诉，公司（将会面临的）财产损失情况，对股民的影响，以及赔偿金额等。”此份法律意见书成为了中国第一份上市公司法律意见书，也成为了当时全国竞相学习模板。

从此，深圳律师的非诉讼业务方面的拓展不断深入。在建筑工程招投标法律业务领域，深圳律师也逐渐开始大显身手。此前，政府招投标一直被归于建设局的行政行为，但在郭星亚看来，这个业务应该有律师的参与把关。当时她和建设局的领导还有过辩论，她问道：“如果招投标发生纠纷，去哪里处理？”建设局领导说：“到法院的经济庭处理。”郭星亚当场就解释：

“去经济庭处理，那这是民事行为，不是行政行为，是民事行为就有律师代理的权利。”郭星亚随后在专业刊物上发表相关文章，讨论“律师能在建设工程招投标中做什么事”。不久，司法部就以她的文章为蓝本到建设部去讨论，建设部和司法部开展相关学习班和资格考试，建设工程招投标的法律业务领域从此打开，“这也是深圳律师开创出来的。”郭星亚说。

在房地产按揭方面，郭星亚看到香港律师在该领域有很大的业务量，于是她和中国银行法规处讨论，由此又开始了房地产按揭的法律业务。

在开拓破产业务时，郭星亚在获悉法院设立破产庭的计划后马上意识到，既然有破产庭就应该有相关律师来对接这一部分业务。她和法院的院长、庭长共同策划相应法律文书。郭星亚记得，这在当时是全国首创，而第一桩代理的案件就是一家中外合资企业的破产案。律师由此开始进入破产法律业务领域，国家制定破产法也到深圳来征求意见。

续写传奇 勿忘初心

放眼全国，目前有很多法律业务是从深圳开始的，郭星亚说，那时真的是激情燃烧的年代，深圳律师就像打仗一样的占领一个又一个的山头。深圳律师行业历经了辉煌的历史和蓬勃发展，但也面临传统业务难有增量的发展瓶颈，深圳律师行业将走向何处？本可含饴弄孙、颐享天年的郭星亚再一次站在时代的潮头，思考和开拓律师业的未来。

在业务拓展方面，郭星亚想到：“我们的企业壮大了，要走向国门，深圳律师应该把它们引出国门。”一带一路的国家发展战略和前海深港现代服务业合作示范区的建立让敏锐的郭星亚开始了新的探索，星辰律师事务所所在前海设立分所，采取深港联营的模式，开展新的律师业务，集会计、评估、融资等业务为一体，通过一站式服务，解决客户的所有问题。面对国际交流合作中可能出现的区际法律冲突、国际法律冲突问题，郭星亚发起成立前海法律研究院，并准备把法律研究院发展为高端法律智库，在该智库中，她将带领团队整理总结65个国家的法律法系，研究一带一路涉及到的法律问题和65个国家之间法律冲突问题。“这其中大量的法律事务，深圳律师怎么会没有业务呢？律师要为企业保驾护航，送企业出去，如果这盘棋走活了，深圳律师业将迎来再一次的辉煌。”郭星亚说。

2015年的高考作文题中，其中一个题目是——不忘初心，郭星亚印象深刻。“你们走到律师行业中来，就应该为中国法治建设作出贡献，我们不应该忘记当年的激情和梦想，那是我们的初心，如果没有做出里程碑的事情，那是忘了初心。”郭星亚如是说。

我的梦想 从未离开

文 北京大成（沈阳）律师事务所 赵庆杨律师

骄阳似火的7月，是北方最为炎热的夏天，“最年轻法官辞职”的消息传遍了整个县城，放佛像高温一时间成为了热点新闻。我的选择，辞去法官做律师，有人支持、也有人反对，有人说既然辞职就该离法庭越远越好，但我不会，纵使法庭上纷乱复杂，但这些属于我的青春记忆是那么精彩，是我作为法律人追求法律梦想所迈出的第一步，怎能忘却。

大学时代谈及梦想一定会充满斗志、激情昂扬，而法律人的梦想就是让社会变得更加公正，让法律制度不断进步。听起来很天真，但谁又能知道，未来会怎样呢？世界的确是不完美的，但你要看到，正是因为我们的不懈努力让它变得更美，这就是我们努力奋斗的意义。不可忘却最初的梦想，不可丧失昂扬的斗志，我们怀抱激情与梦想，用青春和汗水向梦想前行。

法官是神圣的职业，我很热爱，但我还想拥有另外一种不同的人生体验。这世界有太多精彩，我不想错过，在最美好的年华里，我要做出另一种选择。人生永远在奔跑，没有人从来不摔倒，不怕头破血流，不怕满身伤痕，不怕青春易逝，不怕山高路遥，年轻就有可能，充满勇气和坚毅，踏向未来，我们永远年轻！

法官手握法槌、头顶国徽，坐在

审判席上为当事人主持正义。从理论到实践，从开庭审判到带法警队强制执行，所学所感让我迅速提升，也使我的人生体验获益匪浅。法官的职业生涯，是我作为法律人为追求法律梦想所迈出的第一步，从当年的青涩懵懂，如今成长已然沉着稳健。

感恩短暂却也忙碌的法官经历，这是人生的宝贵财富。律师不可能在一年里办理上百个民事案件，法官却



一年审理一、二百个民事案件；律师大都从助理做起，而法官会让年轻人迅速成长。律师这个职业本身要求不断变换方法、灵活运用法律武器，大律师也无法把所有的技能倾囊相授，更多的是需要自己去参悟；而法官是有老庭长带着入门，他会把所有的送达、调查、开庭、判决的工作方法教给年轻人，期望年轻法官独当一面，

去分担不断增长的案件压力。

法官与律师，单纯从法律视角谈法律也略有区别。不同角色出发对公正的理解是不一样的标准，公正没有绝对的标准，在不同的时期、从不同角度看问题就会得出不一样的结论，在每个人心中对于正义、自由、秩序的理解和平衡程度都可能不尽相同，所以对于同一个法律问题，从检察官的角度看是一个样，从律师角度看是另一个样子，从法官角度又是不同的。而且在案件审理中，特别是一些新型案件或者法律模糊之处的案件，法院的内部争议往往也很大，因一个案件开会讨论研究一上午、甚至一天的情况不是没有的，法院需要在不同价值之间做出衡量。其实这是非常艰难的抉择，不是简单的黑与白，而是左手与右手如何选择的难题，法官不得拒绝裁判，究竟“砍掉右手还是左手”，你能理解其中的困难了吧！做律师就请理解其中的艰辛，法官也希望法律规定能尽量明确和全面，但无奈社会生活发展速度的突飞猛进，法律永远滞后于生活。所以，我以为，这其实应该是律师的一个舞台。

律师不适合毫无阅历的应届毕业生，说的理论些，法律是一门实践学科，现实中的遇到的奇葩事在书本上根本没有。也可以说的直白些，就是



因为你的阅历还比不上你的当事人，怎么能当事人信服？让他把面临的困难交给一个初出茅庐的人来练手，他不愿意，原因就这么简单。但当然，每个人的成长方式不一样，适合自己的才是最好的道路。

但这确实是一个非常适合年轻人的职业。美国人通常这样评价：“律师俏、法官老”。年轻人有勇气、有闯劲、有激情、有理想。作为律师要求要有饱满的精神、冷静的头脑、健康的身体和带有感染力的语言表达能力，这些无不是一个年轻人所拥有的全部，何不趁着自己血脉舒张、敢闯敢拼的时候来一个转身，到新领域去寻找崭新的人生。

从法官到律师，这是我个人对人生突破的一种尝试。在机关里面太安逸的生活，很可能成为“温水里的青蛙”，我怕失去了再跳出来的能力。所以，在充满激情的年轻岁月里，在年华未老、阳光静好的时光里，珍惜当下，挥洒青春，去奋斗拼搏出精彩的人生。律师职业不受机关体制束缚，言论和行为自由度更高，在自由竞争的市场中不仅实践磨练提高法律

专业素养和能力，而且变换身份，更加能感受法律人在不同角色上的不同职业体验。

从法官到律师，并不是相隔千山万里的遥远，而是近在咫尺的比肩。律师与法官、检察官是同宗同源的法律人，有着共同的教育背景和类似的工作范围，只是在不同的职业分工上扮演不同的角色。个人认为，法庭审判的三角形结构是为追求正义所设计出的当前世界上最先进的司法制度。通过对案件事实不同角度的揭示，不同角度观点的碰撞，真理才能越辩越明。

从法官到律师，让我对法律制度的设计有了更深层次的理解，让我的法律思维方式有了全新的变化。只有充分运用好法律设计的制度，最大限度维护合法权益，在利益碰撞中，去引导、推动矛盾纠纷以法律途径解决，才能实现高度发达的法治社会。

纵观世界各发达国家，无一不是高度法治化的国家。而那些积贫积弱的国家人民，无不是承受着独裁者的蹂躏、欺凌，国家也是羸弱不堪。因为若不把权力关进制度的笼子里，那么私人财产随时可以被当权者拿走，

社会自然也就丧失了创造财富的积极性。江平老先生说：律师兴，则国家兴！北京大成律师事务所的吕良彪律师说：律师应当是政治人、法律人、商业人、文化人。我十分赞同！法治国家不能仅仅靠一两个人对法律的向往，需要的是以法治政府为前提，全民践行法治的一步步历程。律师本就是公民权利的代表，融合商业、法律、政治于一身的知识分子，所以在美国的总统、英国的首相多数出身于律师。我们国家的法治才刚刚起步，依稀记得是邓小平同志当年提出的有法可依、有法必依、执法必严、违法必究，建设深圳经济特区，整个国家在随后三十多年的改革开放中便尝到了法治带来的巨大红利。

历史是由人民创造的，历史也是不容逆流的，走向法治是历史必然的选择，但并非一蹴而就简单做到，法治需要我们每一个法律人去努力付出做好每一个案件，去捍卫法律的尊严和权威。法治的国家，律师是最大的受益者。因为一个积极参与政治、守法用法、为社会创造财富、又有知识文化、充满理性能够独立思考国家前程命运的人就是现代社会所最需要的模范公民。作为律师，我们深感骄傲！

我没有离开法庭，只是从台上走到台下，从此以后，会以代理人身份出现在庭审上。辞职只是过程，做个优秀律师才是目的。离开不是因为机关内的竞争、也不是因为害怕面临的越来越大的压力而怯懦离去，离开是为了走进另一个世界，去开始不同的生活。离开体制，却从未离开梦想……

【数字】

3.9万

我国律师担任政府法律顾问3.9万多家,促进了政府依法行政。安徽在全国率先建立省委法律顾问制度,内蒙古、江西等省(区、市)普遍设立政府法律顾问制度;吉林、浙江、湖北、湖南、海南已经建立覆盖省、市、县三级政府律师顾问团工作机制,广东10个市实现了律师服务村居工作全覆盖。

7亿元

2014年、2015年,中央财政每年下拨7亿元,地方各级财政分别安排救助资金17.7亿元、22.4亿元用于国家司法救助资金。其中,仅2014年就救助了80042名当事人。

230万件

据悉,截至目前,我国律师事务所已达两万多家,律师27万余名,年均办理诉讼案件280多万件,办理非诉讼法律事务近100万件,承办法律援助36万余件,提供公益法律服务超230万件次,担任各类法律顾问50多万家。截至去年年底,全国共有公职律师6800多人,公司律师2300余人。

【关键词】

好人法

好人法指用以鼓励具备医疗急救专业技能的个人在院前医疗急救人员到达前,对急、危、重患者实施紧急现场救护;其紧急现场救护行为受法律保护。患者及其家属不得捏造事实向提供帮助的人恶意索赔,因恶意索赔侵害帮助人合法权益的,应承担法律责任。北京、上海、杭州已经开始征求意见。

E司法

深圳南山法院建立远程办案系统,包括采取E立案、键通易诉讼、E送达、E公开等,打造互联网时代的诚信模式,提升办案效率,实现快速便捷、低成本解决纠纷。

互联网+诉讼服务

广东省高级人民法院开通12368诉讼服务热线,当事人和律师可通过电话、短信、网站联系法官,并及时得到反馈,这是虚拟诉讼服务中心计划的一部分。该计划还包括以广东法院网为基础建设的“网上法院”、以移动智能手机服务平台建设的“掌上法院”。

【声音】

律师参与化解和代理涉法涉诉信访案件,是一项全新的制度、全新的工作,尚无成熟的经验做法可循,需要从机制建设、力量组织、工作方法等方面统筹考虑,系统设计,精心谋划。要建一支过硬的专门律师队伍,精挑细选,严格把关,让业务精通、善于做群众工作、有强烈社会责任感和良好职业道德的优秀律师参与进来。要有力保障律师执业权利,政法机关要开通与律师沟通协调的“直通车”,依法保障律师知情权、阅卷权、申请调取证据权、发表意见权、人身安全权等“五项权利”。

——中央政法委副秘书长王其江

人格权法应该是一个独立成编的体例。其理由主要有:首先,人格权是民事权利的一种类型,从权利的地位、价值以及积累的经验来看,要使其在民法典当中得到更好的体现,应将其放到分则当中。其次,目前人格权在法律中的地位以及社会的认知程度等方面都有了很大发展。再次,从立法技术上说,总则是一般性的规定,分则是特别性的规定。人格权如果放在总则,不太符合逻辑。

——中国人民大学民商事法律科学研究中心主任杨立新

在实践中,存在着普法教育方式与群众实际生活脱离的问题,使普法的实效从中打了折扣。在推进一村(社区)一法律顾问工作中,要把律师的专业优势与普法教育紧密结合在一起,采取以案说法等形式,以群众容易接受、容易消化的方式开展法制宣传教育,进一步提升普法的实效。

——司法部副部长、政治部主任张彦珍

【业界前沿】

最高院：建立律师信息库

为向律师提供便捷、高效的诉讼服务，方便其履行职责，最高人民法院决定建立律师服务平台，开发了全国律师信息库系统。该系统已经录入了各地提供的律师事务所及其负责人信息，现需各律师事务所登录该系统，补充录入完整的律师信息。在信息完整录入并经验证后，各地律师可享受最高人民法院律师服务平台提供的相关服务功能。

两院三部：规范司法人员的接触交往行为

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部近日联合印发《关于进一步规范司法人员与当事人、律师、特殊关系人、中介组织接触交往行为的若干规定》，要求司法人员在案件办理过程中，应当在工作场所、工作时间接待上述人员或组织。因办案需要，确需与上述人员或组织在非工作场所、非工作间接触的，应依照相关规定办理审批手续并获批准；因不明情况或者其他原因在非工作时间或非工作场所接触上述人员或组织的，应当在三日内向本单位纪检监察部门报告有关情况。

四川：通过宪法宣誓实施办法

四川省十二届人大常委会第十九次会议表决通过了《四川省宪法宣誓制度实施办法》，并于2016年1月1日起施行。《办法》规定，本省地方各级人民代表大会及县级以上地方各级人民代表大会常务委员会选举、任命、决定任命或者表决通过的国家工作人员，以及地方各级人民政府、人民法院、人民检察院任命的国家工作人员，在按照法定程序产生后，就职时应当公开进行宪法宣誓。办法按照“层级”和“组织活动的主体”两条主线，分四类情况对宪法宣誓仪式的具体组织工作进行了规定。

安徽：将建立湿地生态效益补偿机制

《安徽省湿地保护条例》获得通过，这是安徽省在湿地保护方面的第一部法规，标志着湿地保护管理工作正式迈入法治化、规范化轨道。条例规定，县级以上人民政府应将湿地保护工作纳入国民经济和社会发展规划，建立湿地生态效益补偿机制。建立湿地分级保护制度，实行湿地名录管理，县级以上人民政府林业行政主管部门提出划定或者调整湿地保护名录方案时，应当与相关权利人协商、征求所在地村委会、居委会意见。

深圳：宝安分局引入律师和心理咨询师接访

深圳市公安局宝安分局以夯实信访软硬件建设为着力点，以创新信访机制为动力源，在全市率先将律师和心理咨询师等专业辅助力量引进接访大厅，以常态跟班作业的方式，免费为群众提供服务。律师无偿为上访群众提供法律咨询，协助上访群众通过正当合法渠道解决问题；心理咨询师适时适度安抚上访群众情绪，使其平和表达诉求。

广东：检察机关聘任100名首批监督员

由广东省律师协会推荐，经过严格的选任条件和程序考察，广东省检察机关聘任首批规范司法行为监督员。相关负责人表示，聘任律师担任规范司法行为监督员，有利于纠正自身司法不规范的突出问题，倒逼规范司法长效机制形成。实施规范司法行为监督员制度是推进法治广东建设、提升司法公信力的有力举措，全省检察机关要高度重视监督意见，进一步拓宽监督的渠道和途径，为规范司法行为监督员发挥作用创造良好的条件；做好监督工作与检察工作的有机结合，有效提升检察机关的司法公信力。

广西：律师积极“走出去”试水东盟

广西律师紧握中国—东盟自由贸易区和“一带一路”建设的契机，积极向东盟国家和企业推介法律服务。5年来，广西律师办理涉东盟诉讼案件263件，平均增幅25%，其中2014年办理86件，比上一年度的53件增长60%。担任涉东盟各国企业、单位法律顾问40家，平均增幅50%以上，其中2014年增加到22家，超过前4年的总和。在263件涉东盟诉讼案件中，刑事案件最多，达114件，主要涉及走私、毒品犯罪、诈骗、杀人及人身伤害等。其他案件主要涉及合同纠纷、知识产权、海商海事等。

武汉：见义勇为英雄将享市级劳模待遇

湖北省新修订的《武汉市见义勇为人员奖励和保护条例》，进一步扩大见义勇为适用范围，明确了见义勇为为英雄享受市级劳动模范待遇，并设专章对见义勇为者的奖励待遇、医疗救治等方面作出具体规定。这部被网友称为“史上最全”的见义勇为保护条例指出见义勇为人员或因见义勇为牺牲人员的直系亲属凭有效证件可以免费乘坐武汉市公共交通工具，免费游览该市以公共资源建设的景区。因见义勇为造成生活困难的家庭，将纳入低保范围。

NO.1 深圳市人大常委会主任丘海一行调研深圳律师工作

11月5日上午，市人大常委会主任丘海率队就深圳律师业发展及律师参与深圳立法工作来我会调研，市司法局局长蒋溪林、局纪委书记林开榕，市律协会会长、党委、监事会领导班子及部分律师代表参加座谈。

高树会长、张丽杰书记分别汇报了深圳律师业发展及律师参与市人大常委会立法调研基地运作情况、深圳律师党建工作。与会律师代表就推动律师参与立法、人才培养、保障律师执业权利等方面提出建议。

蒋溪林局长汇报了市司法局服务和管理的思路和举措：一是抓行业发展规划，二是抓律师执业权利保障，三是抓行业自律管理规范，四是抓律师专业素质提升，强化律师社会主义法律工作者的信念，提升我市律师的专业化水平及竞争力。



丘海主任指出，能否发挥律师在经济社会中的重要作用是衡量一个地方法治建设成效的重要标准之一。多年来，深圳市律协和广大律师为深圳经济社会发展和法治城市建设作出了贡献。希望深圳律协引领广大律师按照“法治化、国际化、市场化”全面推动各项工作的发展，在全面落实依法治国和深圳建设一流法治城市发挥更大的作用。

NO.2 深圳律师参与立法调研工作任重道远

9月17日，深圳市人大常委会立法调研基地法律专家任职仪式暨工作培训会议在我会召开。人大法制工作委员会主任刘曙光、市律协会会长高树、副会长张斌等出席会议。刘曙光主任指出，律师是维护社会公平正义的强有力保障，是法律共同体的组成部分，希望立法调研基地法律专家能及时了解广大群众的意见和诉求，通过这一平台贡献智慧和力量，并结合深圳实际，在研究制度合理性、公平性上下功夫，协助市人大立好法、立善法、立管用的法。

高树会长表示，过去的一年，深圳律师提出关于在深圳率先制定《深圳经济特区个人破产条例》和《深圳经济

特区遗嘱执行人条例》的立法建议函、推动修订《深圳经济特区律师条例》等工作充分展现了律师参与法治建设的价值，法律专家要以一以贯之的敬业态度和丰富的法律经验有序参与到深圳立法调研工作当中，为深圳立法工作贡献力量。

张斌副会长简要介绍立法调研基地成立后，深圳律师开展两批共六个立法调研项目的调研工作情况。法制工作委员会办公室主任王晓东、副主任张凌分别就深圳市人大常委会立法技术规范和深圳市人大常委会审议法规的主要内容等进行了专业的介绍和解读。

NO.3 深圳市律师协会人民调解委员会正式揭牌

10月28日，深圳市律师协会人民调解委员会正式揭牌成立，福田区区长肖亚非、市司法局局长蒋溪林、市律协会会长高树等出席揭牌仪式。

深圳市律师协会人民调解委员会是我会联合福田区司法局成立的常设机构，设主任1名，副主任1名，委员4名（含专职调解员2名），办公地点设在深圳市律师协会秘书处，主要职能是通过说服、疏导等方法，协调化解我市律师之间、律师事务所之间、律师与律师事务所之间以及

律师与其他社会主体之间的民事纠纷。

深圳市律师协会人民调解委员会的设立是我会贯彻落实十八届四中全会“健全社会矛盾纠纷预防化解机制，加强行业性、专业性人民调解组织建设”精神的务实之举，将让更多的纠纷解决在基层，化解在萌芽状态，构筑起维护社会稳定的第一道防线，节约行政成本和司法资源，为全国律师业参与社会管理创新提供示范性样本。

NO.4 在青年律师中弘扬匠人精神

9月22日，市律协青年律师工作委员会举办的“传道·传业·传承”沙龙第二期暨“青年律师专业化之路”活动在律协多功能厅举行，特邀崔军、周旻、贺倩明三位律师任传道导师，向青年律师传道、授业、解惑。此次沙龙旨在进一步引领青年律师专业化发展，搭建青年律师与优秀律师前辈沟通交流的平台，为青年律师职业生涯目标的制定指明方向。

张斌副会长表示，希望此次活动能够引导青年律师秉承匠人精神，把自己的专业做实、做精、做强，进一步提

升青年律师的执业能力和执业水准，提高深圳律师的核心竞争力。

三位导师通过专业化与所学专业的关系、专业化的必要要素、专业化的品牌推广和营销、专业化与团队化的必然联系等话题，向青年律师传授做好知识产权诉讼业务、房地产非诉业务和企业法律顾问业务的技巧，并分享执业体会：一是要专注、勤奋、坚持不懈；二是要有理想、懂分享、求进步；三是坚持要事第一、加强自我管理，平衡工作与生活、兼顾家庭与健康。

NO.5 市律协第六期青年律师研修班开班

8月31日，市律协第六期青年律师研修班（民商事诉讼技能方向）（下称“六期青年班”）开班仪式在律协多功能厅举行。张斌副会长、职业培训委员会主任李军强、青年律师工作委员会主任杨道及六期青年班辅导员、学员参加仪式。张斌副会长介绍了本次培训班的培训计划：此次青年律师研修班的学习方向是民商事诉讼技巧，计划开设13门课，将从诉讼可视化、法庭辩论技巧、法规案例检索、诉讼策略制定与实施等方面全面提升学员的民商事诉讼技能。他勉励青年律师应珍惜此次学习的机会，借助研

修班的平台提高自己，互相学习，共同发展；应戒骄戒躁，学习工匠精神，努力钻研专业技能，追求专业极致；应注重细节，注意流程管控，为客户提供精益求精的法律服务。

李军强主任介绍了律协的培训体系，强调了本次培训班的纪律。杨道主任作为六期青年班的班主任，鼓励学员们延续青年研修班互帮互助、团结奋进的优良传统，热情、积极地投入到班级组建和团队活动中去，增强班级凝聚力、向心力，在班集体中奉献自己，也收获友谊。

NO.6 借助信息传递律师行业正能量

为全面提高我市律师行业信息工作水平，深度挖掘并宣传律师事务所、律师在参与社会管理、促进业务交流、开展法制宣传、推动政府购买法律服务等方面的情况，9月18日，2014年度深圳律师行业优秀信息、先进单位表彰暨信息员培训举行，市律协副会长张斌、宣传委主任张鹏、全市律师事务所信息员等近200人参加。

张斌副会长指出，各律师事务所信息员是律师行业宣传战线的尖兵，要不断挖掘、捕捉、宣传律师战线优秀分子、感人事件，利用市律协已搭建好的宣传平台传递律师行业正能量。

会议宣读了《关于表彰2014年度深圳律师业优秀信息、信息先进单位的决定》，并为获奖单位颁发了奖牌和证书。



我会特邀市委政法委机关党委专职副书记尹志学、市监狱办公室警官邓盾从信息写作技巧、杂志编辑、微信公众管理等方面进行了授课，授课内容精彩全面，为全市律所信息员提高写作水平、助推行业发展具有现实意义。

秋水

文 深圳市律师协会会长 高树

当草木飞长，万花齐放
你我可曾记起，有多少寒夜
有多少人，曾经披风戴雨
且歌且舞，纵然踏着艰辛的步伐

好在不是一个人
好在都以勇者的姿态
在一起，如云雀翻飞
从凡尘中奋起，为掬灵露于霜辰
履及如银的满天
彩霞在长空飞扬
我们在大地歌唱

那就翻开这飞扬的每一页吧
看看春天开放着怎样的芬芳
夏日之绚烂，秋火萦绕的十年
如何因为一群人的劳作
从微笑和暗弱中得以蓬勃
得以皎皎站立，得以正直昂然

谨以此纪念《深圳律师》出刊十二周年并第60期发刊。





劫案加之晨

摄影 / 广西万益律师事务所 王莹文律师