

# 社会与法 / 东方大律师

## 市井法案

**违约金之争**

小李以优异的成绩从大学毕业后,顺利进入某公司的销售部担任销售经理助理,双方签订了为期3年的劳动合同。合同还特别约定,合同期内任何一方如要提出解除劳动关系,均要向对方支付违约金3万元。2012年8月初,小李的劳动合同期满,公司又与其续签了3年,违约金条款依旧。

可新一轮的合同还没履行2个月,小李就被一家跨国集团公司看中。于是,小李向公司递交了辞职报告,语气诚恳,公司也表示同意。可当小李办理退工手续时,公司却提出:“合同有明确约定,且双方自愿,合同期内任何一方如要提出解除劳动关系,均要向对方支付违约金,现小李提出离职,要依约定支付违约金3万元,否则公司不予办理退工”。

对此,小李认为自己已按照合同约定在公司工作了3年,不应该再支付这笔钱,况且该笔违约金数额也太大了!双方协商了很久都不成,小李心急如焚。小李这笔违约金到底要支付吗?

**【点评单位】**

**上海市浦东新区总工会**

《劳动合同法》对违约金的设定作了明确的规范。根据《劳动合同法》第二十二、二十三条规定:“劳动合同对劳动者的违约行为设定违约金,仅限于下列情形:一、违反服务期约定的;二、违反保守商业秘密的。”也就是说,如果劳动合同双方并无服务期约定,也不存在保守商业秘密约定或竞业限制协议,就不能对劳动者设

定违约金。而对于服务期和保守商业秘密的约定,第二十二条也有明确规定:“用人单位为劳动者提供专项培训费用,对其进行专业技术培训的,可以与该劳动者订立协议、约定服务期。另外,对于负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者,劳动合同当事人可以约定保密条款或单独签订保密协议,甚至约定竞业限制条款,在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。”

具体在本案中,用人单位在录用小李时双方不曾签订保密条款,双方也没有就服务期约定;而身为销售经理助理的小李也不涉及单位商业秘密,不存在保守商业秘密的问题。因此,小李不符合《劳动合同法》中可以设定违约金的规定情况。用人单位与小李在劳动合同中约定的违约金根本是无效的条款。

总而言之,违约金不是可以随意设定的,也并非双方约定就有效的。违约金的设定只有依法约定才有效。 **润浦**

## 生活中的法

**复活的权利**

伍老伯年轻的时候酷爱运动,退休以后买了一个单反相机,每年利用半年左右的时间到全国各地去旅游,当起了背包客。妻子和孩子对他百般劝阻,他总以趁着身体好到处走走为由坚持出游。

1999年夏季,伍老伯准备好后再次告别家人沿着古代的丝绸之路旅游。一开始每周他都会跟妻子通电话,但是后来一去快两个月了,一个电话都没有。家里人打他电话一直忙音,伍老伯从此没有了消息。家里人焦急万分,他们一边报警求救,一边派人沿着伍老伯说过的路线找下去,结果毫无收获。伍老伯下落不明,全家人伤心不已,伍老伯的妻子更是每天以泪洗面。

一晃过去了4年,家人虽多方打听但伍老伯始终毫无音信。于是,伍老伯的妻子向人民法院申请宣告他失踪,两年后又申请宣告他死亡,法院依照法定程序在发布公告1年后,正式宣告伍老伯死亡。妻子把家中的房屋等家产卖掉,跟着儿子移民去了国外,离开这个伤心地。在异国他乡,伍老伯的妻子他乡遇知己,重组家庭。世事难料,2006年6月的一天,伍老伯衣衫褴褛胡子拉碴地突然出现,把曾经的老邻居吓了一跳,仔细询问才知道原来他在旅游的路上不幸遭遇泥石流,虽然幸运地躲过一劫但是头部受到撞击失去了部分记忆。他身无分文,只好在全国各地流浪度日。后来,他乞讨走过了很多座城市,而这个伍老伯曾经居住了半生的城市终于唤醒了他的记忆,让他依稀想起了往事和家庭。依靠这些零碎的记忆,他找到了曾经居住的小区,结果发现已经物是人非了,自己的房屋变成了他人的财产,妻子和儿子已经远在异国他乡。

## 律师与案例

**高温津贴怎么发**

天气炎热,高温津贴该怎么发,一起来看这起刚刚结束的案例。

2011年初,小刘入职某房地产公司担任销售员,合同期为2年,工资为每月2000元,并根据业绩领取绩效奖金。后因各种原因,小刘在合同快到期前辞职离开了公司。想到自己在工作期间,顶着酷暑带客户看房,非常辛苦。于是,小刘提请劳动仲裁要求公司支付自己工作2年期间的高温津贴。

仲裁中,房产公司指出公司已为小刘发放了绿豆、冷饮和矿泉水等消暑物品,这些消暑物品并未从小刘的薪资中扣除,等同于向小刘支付了相应的员工福利。对此,劳动仲裁员依据《关于调整本市企业高温季节津贴标准的通知》,“企业每年6月至9月安排劳动者在高温

**高温津贴怎么发**

天气下露天工作以及不能采取有效措施将工作场所温度降低到33℃以下的(不含33℃),应当向劳动者支付高温季节津贴,标准为每月200元。”“企业在发放劳动保护性质的高温季节津贴的同时,应继续做好夏季工作现场清凉饮料的供应。”认为该房产公司用消暑清凉饮料替代高温季节津贴的方式不符合法规要求,因而裁决该公司应当向小刘支付8个月的高温津贴共计人民币1600元。

仲裁结果出来后该房地产公司表示不服,向法院起诉,并改变说法,称小刘并不符合高温季节津贴的领取要求,理由是小刘业务水平不佳,经常坐在办公室中,并未在高温下长期露天进行房产销售工作,并提供了相应的人证和业务记录。这让小刘始料未及,又气又急。

一筹莫展的小刘在一次由华东政法大学劳动法律服务中心举办的免费咨询活动中讲出了自己的烦恼,中心工作人员在了解到相关情况后就免费为小刘代理了案件。通过对小刘原所在房产公司工作地点的走访,了解到房产公司的办公地点非常简陋,并未配备相应的制冷装置,同时还了解到与房地产公司所处同一办公楼共有三家单位,均未配备相应夏季制冷设备,而其他单位均因无法降低工作场所高温而选择向员工支付高温季节津贴。从这个角度出发,小刘均符合高温季节津贴的发放要求。

房产公司听了这些质证意见,又随即辩称自己已经在小刘每个月的绩效奖金中发放了该笔高温津贴费用,但因无法提供相应证据。最终法院支持了仲裁的裁决,判令公司应当向小刘支付八个月的高温津贴共计人民币1600元。虽然事情一波三折,但小刘最终还是通过法律途径拿到了迟来的高温费。 **赵海帆**

## 法官说法

**定金损失向谁要?**

阿黄想买一套100万元左右的房子。通过房产中介介绍,他看中了木木准备卖掉的那套。不过木木有言在先,房子是与他人的共有财产,属于他的份额仅占五分之一,现在另几位产权人委托他出售,这一切有公证书为证。三方经过洽谈,一致同意由这家中介居间介绍,签订了《房地产买卖居间协议》和《房地产买卖合同》。另外还约定阿黄要交付定金20万元,由中介代为收取保管,然后按照定金法则处理。协议签订后,阿黄按约付清了全部定金,但他没有把定金交由中介保管,而是将钱款直接汇入了木木的账户里。可是房子买卖还没进入下一步,木木就被公安机关抓了起来,以多项诈骗罪被判了刑。眼看20万元定金要打水漂,阿黄就把房产中介告到了法院。

阿黄的理由是因为在木木的刑事案件中已经查实,他提供的那份所谓公证书是伪造的。也就是说,房子的其他共有产权人并没有委托木木卖房子,而中介在服务中没有尽到审核和调查等项义务,由此造成阿黄的损失,请求法院判令中介赔偿损失。而中介却认为,买卖合同上写得明明白白,定金应当交付给中介保管,阿黄却自作主张把定金汇给了木木,所以

定金损失向谁要?

中介不应承担任何法律责任。案件经过一、二审审理后,市二中院终审判决中介在10万元范围内就阿黄经济损失承担补充赔偿责任。

该院彭辰法官认为,从此案的事实来看中介商与阿黄都有过错,所以法院作出如此判决。第一,作为专业的房屋中介机构,在进行居间服务时应当尽到必要的、审慎的审查、核实义务。现在对木木提供的这份伪造的公证书真假不辨,由此导致阿黄的损失有不可推卸的责任。第二,阿黄自己也有过错。他没有依照约定将定金交由中介保管,而是直接交付给了木木,他也没有对所谓的公证书的真实性尽到注意义务,才使得现在定金无法追回。第三,法院在木木的刑事案件中,判决木木将定金退赔给阿黄。如果追缴的赃款不能如数赔给阿黄,而木木在服刑期间不具有继续赔偿的能力,因此不足部分由中介按照自己应当承担的责任在10万元范围内进行补充赔偿。第四,根据相关的法律,中介对阿黄进行赔偿后即取得了对木木的追偿权。即如果以后木木具有赔偿能力了,中介可以就自己已经对阿黄作出的赔偿数额要求木木返还。 **潘巳申**



**致读者**

本版联合东方都市广播“东方大律师”、纪实频道“我要找律师”、上海欧瑞腾律师事务所举办免费咨询,时间:8月10日9:30-17:30。地点:花园路66弄嘉和国际大厦1楼会议室。

东方法治文化研究中心与纪实频道推出“我要找律师”节目(每周六、日20:00),参与节目报名电话:50135895。

**上海市申房律师事务所**  
“东方大律师”节目总法律顾问  
**孙洪林主任**  
以案说法

19941102861  
09085711025

问:我五年前跟老公离婚,当时儿子刚3岁,法院将孩子的抚养权判给了我,并且让老公每个月支付400元的抚养费,但是现在生活的成本越来越高,400元的抚养费根本不够,我想让老公提高抚养费的数额,他不肯,我可以代儿子起诉告他吗?

孙主任:根据我国《婚姻法》的相关规定,离婚后,父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。关于子女生活费和教育费的协议或判决,不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。

**法律热线: 021-63546661**  
天目西路218号嘉里不夜城2座3101室

**上海欧瑞腾律师事务所**  
婚姻房产专业律师团队  
**马骏 合伙人 律师**

13101290514068206 23101291010286676

律师格言:我将为你打开这扇智慧之门

房产问答:问:我准备买套二手房,但房子里有户口,我在买的时候该怎么办?  
答:在签署房屋买卖合同时和出售方约定该户口迁出的具体时间期限,在合同中也要约定具体的违约责任。

婚姻问答:问:我和前妻离婚2年,儿子判给我前妻。这两年里每次我去探望儿子,前妻都一直阻挠我,请问这样能否变更抚养权?  
答:探望子女受阻不是变更子女抚养权的法定理由。只有抚养方行为可能影响子女的健康成长时才有权利要求变更。

**马律师预约咨询热线**  
**021-56380187、13764322410**  
地址:花园路16号嘉和国际大厦2514室(近虹口足球场)

**★优秀律师、律师事务所信息快报★**

<p><b>房地产专业律师团</b> <b>郑健主任·资深律师</b></p> <p>13101199810763080 090407108832</p> <p>上海市第九届律师代表大会代表·律师事务所负责人 ★专长:各类房地产·确权·继承·析产·买卖·租赁·征收</p> <p>公益咨询: <b>021-51712901</b> 主任热线: <b>13918935558</b></p> <p>上海敏诚善律师事务所 (斜土路1223号8楼,地铁4号线近大桥路口)</p>	<p><b>资深专业律师团</b> <b>蔡建·首席律师</b></p> <p>1310120051031234 0920051103352</p> <p>★专长:各类房产·建筑工程·公司·婚姻继承·重大案件诉讼·疑难执行</p> <p>咨询: <b>021-32070807</b> (工作时间) 手机: <b>13818527711</b> 网址: <a href="http://www.caijian999.com">www.caijian999.com</a> 地址: 长宁路855号亨通国际大厦19楼B/C座(中山公园对面)</p>
<p><b>东方大律师</b> <b>24小时法律服务热线</b> <b>16841764</b></p> <p>1# 综合法律咨询; 2# 婚姻家庭咨询 3# 房产咨询; 4# 人身损害咨询 5# 刑事咨询; 6# 劳动法咨询</p>	
<p>本版面 优秀律师/律所 宣传报名电话 <b>021-34010983</b></p>	