

SHENZHEN LAWYERS



深圳律師

非常视线 专业见解

市政法委书记蒋尊玉：

律师在法治城市建设中要有大作为

市政法委高度重视律师行业发展，将优化资源配置，整合各方力量，切实为我市律师业发展寻找新的突破口；推动律师深入参与前海开发，助力前海国际律师学院落地…

法官和律师共促司法公正

公益法律服务在龙岗



法人
FAREN MAGAZINE

NO. 48

2013年第5期 深圳市律师协会主办
法人杂志社协办

深圳市政法委书记蒋尊玉：

律师在法治城市建设中要有大作为



文 本刊编辑部

“深圳律师队伍是建设法治城市的一支重要力量，要在法治社会建设中有大作为，市政法委高度重视、全力支持律师工作”，2013年9月12日，市委常委、市政法委书记蒋尊玉莅临我会指导工作，对我市律师工作给予高度肯定并寄予殷切期望。市司法局局长陈志刚、副局长邹从兵陪同调研。

市律师协会会长张勇、党委书记张丽杰、副会长蔺晓青、梁建东、郑德刚、理事马学平、监事何志军、党代表周新锋、江定航等参加座谈。会议由市政法委副书记梁增昌主持。

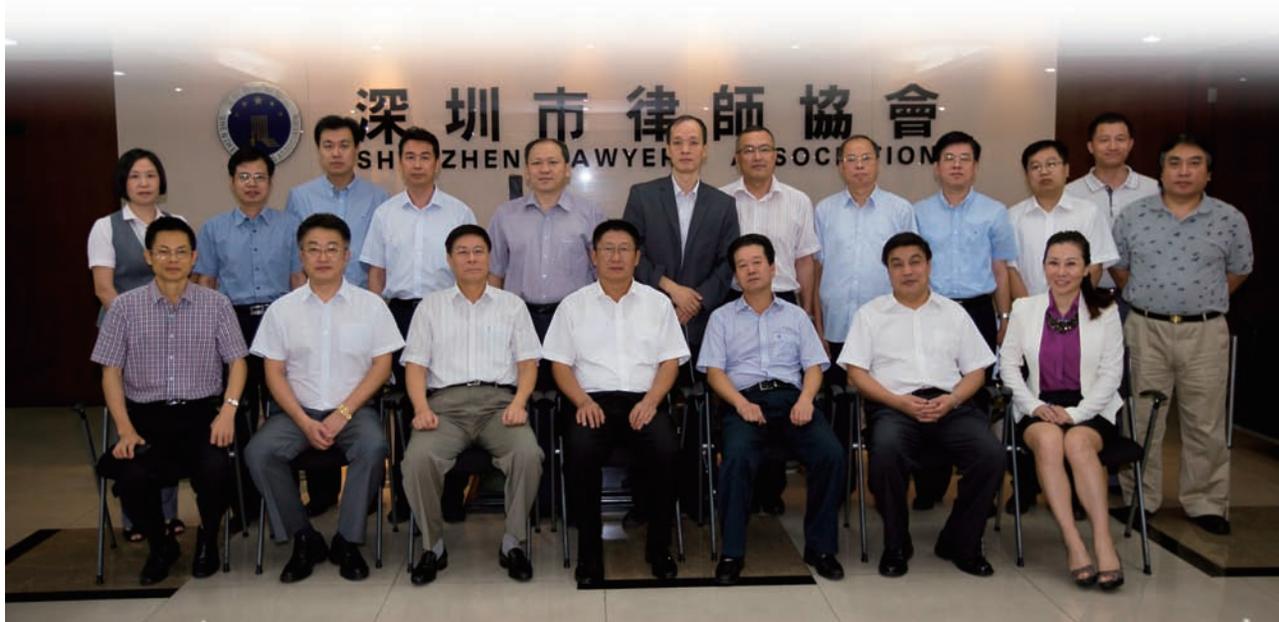
尊玉书记认真听取了深圳律师行业发展现状、行业自我管理、律师服务党委和政府中心工作等工作汇报，高度肯定了八届律协开展的卓有成效的工作，并详细询问了律师执业及行业发展存在的困难，就与会人员提出的落实上级文件精神、完善政府购买法律服务制度、拓宽律师参政议政渠道、改善律师执业环境、培养高端法律人才、助推《深圳经济特区律师条例》修改和推动前海国际律师学院建设等律师业诉求进行了深入了解。

尊玉书记强调，市委、市政府将大力推动法治城市建设工作，希望充分调动律师参与积极性，建言献策，为市委、市政府提供角度参考，找准切入点，把深圳建成具有

地域特色的一流法治城市。

律师协会行业定位及职能作用在此次会议上进一步明确。尊玉书记指出，律师协会在管理、规范律师队伍中发挥着重要的作用，既要带好队伍，又要服务、关心律师的诉求。市律协要进一步提升行业管理水平，加强行业规范化自律管理；要解决律师事务所分布不均的问题，统筹全市律师业均衡、健康发展；要切实为广大会员服务，树立行业归属感、增强行业凝聚力，搭建好律师与党委、政府沟通的桥梁。

尊玉书记表示，市政法委高度重视律师行业发展，将优化资源配置，整合各方力量，切实为我市律师业发展寻找新的突破口；推动律师深入参与前海开发，助力前海国际律师学院落地；努力拓宽律师参政议政渠道，通过各方呼吁增加律师人大代表、党代表、政协委员的名额，提升市委、市政府科学决策水平；大力支持构建法律职业共同体，创新干部选拔制度，推动政府多层次、多渠道选拔人才；统筹公、检、法各部门树立共同职业理念，改善律师执业环境，提升律师社会地位；大力支持律师队伍建设，在推动政府购买法律服务、拓展律师业务领域、平衡全市律师业共同发展等方面做出努力。



摄影 / 杨涌

从新刑诉法下检律关系 谈法律职业共同体建设

文 深圳市律师协会副会长 林昌炽

2013年11月12日，深圳市检察学会、深圳市律师协会《关于建立检察官与律师工作良性互动机制的备忘录》签署仪式在深圳市检察院举行。这是自去年市律协与市法官协会签订《法官与律师良性互动机制的备忘录》后的又一举措，标志法律职业共同体建设工作机制形成较为完整的框架。

长期以来，律师与检察官，被视为是一对“老冤家”，那是因为，从体制设计来看，控辩双方是对手。新刑诉法实施前，律师界反映的阅卷难，也是难在公诉机关未能提交完整的证据供律师查阅，而律师界闻之色变的伪证罪，其司法程序启动者的又往往与检察机关有关。

斗转星移，随着新刑诉法的实施，刑辩老“三难”（会见难、阅卷难、调查取证难）逐步解决，在全国范围内，律师界把目光投向庭审中律师发问、质证、辩论时的权利。这些矛盾都集中在法院，于是，才有了“辩审冲突”一说。死磕、闹庭、罢辩、行为艺术，刑辩律师流派纷呈，看得人眼花缭乱，而检察院这个“老对手”，却在一旁“坐山观虎斗”。

随着新刑诉法的实施，格局发生了变化，律师如何面对？是因循守旧，还是与时俱进？控辩关系与辩审关系同等重要，律师与检、法共同组成法律职业共同体，对保障律师执业权利，促进司法公正，具有重要意义。

新刑诉法实施后，律师对刑事诉讼活动的介入，在时间上提前，在范围上扩大，在程度上加深。特别难能可贵的是，新刑诉法赋予了检察机关依法保障律师行使诉讼权利的职责，这样，“老冤家”摇身一变成为律师的“保护伞”了。例如：新的刑诉法第四章“辩护与代理”详细规定了辩护人对公、检、法阻碍其依法行使诉讼权利的救济途径，《人民检察院刑事诉讼规则》第十四章“刑事诉讼法律监督”将人民检察院监督的触角几乎涉及到辩护律师关注的所有领域。由此观之，新的刑诉法构筑检察机关与律师在刑事诉讼活动中的新型检律关系，保障律师执业权利是构建检律关系的核心。

新刑诉法对检察官有何启示呢？首先是执法观念的转变。检察官在刑事诉讼活动中的利益不是赢取案件，而是保证司法公正。《人民检察院刑事诉讼规则》第435条：“在法庭审理中，公诉人应当客观、全面、公正地向法庭出示与定罪、量刑有关的证明被告人有罪、罪重或者罪轻的证据。”检察官负有保护被害人合法权益和被告人正当利益的义务。检察官作为法律监督者，需要秉持中立和超然的立场，理性看待律师职业属性和对社会法治进程的作用。其次是全面准确落实新刑诉法及司法解释确定的检察机关的义务，当务之急是具体制度及工作机制的建立。通过制度设计尽可能地让律师多发挥作用。

新刑诉法对律师有何启示呢？首先在于破除思维误区。长期以来，律师与检察官要么鸡犬之声相闻，老死不相往来，要么以激烈的方式沟通，敌对情绪严重。律师应意识到，检察官监督权的充分履行，能有效保障辩护权的实现。律师应与检察官建立良性互动关系与机制，摒弃对抗性思维，充分认识检察工作中立性属性，认识到双方殊途同归的终极目标一致性，对检察官给予充分的尊重，建立互信，尤其是庭审中不搞“证据突袭”。其次，在承办案件中要及时表达意见，排除妨碍，实现辩护效果。检律关系应该是：制度设计是对手，沟通交流是朋友，权益保障是帮手，维护法治是战友。

长期以来，公检法三机关配合有余而制约不足，重实体而轻程序，重打击而轻保护，十八大三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》关于“推进法治中国建设的论述”强调，“加快建设公正高效权威的社会主义司法制度”、“完善律师执业权利保障机制”，公、检、法、律师应各司其职。而构筑新型的检律关系、辩审关系，加强法律职业共同体建设，深圳律协、深圳律师将为此不懈努力！



Contents



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	张 勇
编委会 成员	蔺晓青 梁建东 郑德刚 林昌炽 杜艳芝 尹成刚
主编	林昌炽
副主编	杜艳芝 王 红 高中明
栏目编辑	周争锋 俞 飞 陈 伟 杨新发 舒 笑 兰 天
编辑/记者	陈 夏 贺 鹏 谭古丽
美编	刘晓莹 赵 佳 周洪磊
电话	0755-83025728
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-P7

- ⊙ 加大交通肇事逃逸处罚力度填补法律空缺
- ⊙ 顶班受伤依法属于工伤
- ⊙ 独立客观是新闻媒体的生命
- ⊙ 治理违停重在违法必究
- ⊙ 剑拔弩张“医患关系”怎和谐
- ⊙ 企业末位淘汰不合法
- ⊙ 信息泄露卡被盗刷谁应担责
- ⊙ 应对“骗购经济适用房”需有新思路

热点HOTSPOT

专题：法官和律师共促司法公正



P9 法律职业共同体的构建

P11 法律职业共同体：光荣和梦想

P13 如何设计法官和律师良好的沟通机制

拍案 CASE AND EXAMPLES

P15 界限与沟通

P35 关于竞业限制问题的几点思考

P16 个案公正铸就司法权威

P38 错误财产保全、错误执行案件中
案外第三人权益保护探析

P18 法院审判如何实现
每一个案件的公平正义

人物 PROFILE

P20 法官心中的好律师形象

P40 公益法律服务在龙岗

P22 法官是帝国的王侯

生活 LIFE

论道 DISCOVERY

P24 浅析建筑工程项目若干法律问题

P43 越剧《唐婉》观后感

P27 《继承法》法定继承人顺序的
立法修改建议

P44 雪花是春天的信使

实务 PRACTICE

P30 混合性投资业务与实质课税原则

P31 绿色建筑的法治思维

P33 混凝土供应纠纷案由之争



资讯 INFORMATION

加大交通肇事逃逸处罚力度填补法律空缺

2013年11月5日，失去联系3天的龙港运管所副所长虞明卡投案自首，承认1日晚撞伤行人后，弃车逃逸，但否认自己涉嫌酒驾。龙港运管所副所长虞明卡自称：发生事故后，之所以擅自离开现场，是出于“怕被殴打”的自我保护心理。投案当日下午，公安部门对虞明卡作出行政拘留7天的处罚决定。

(温州网)



依据司法解释规定，交通肇事致一人重伤，即使负全部或主要责任的，也不必然构成交通肇事罪。但肇事者有逃避法律追究逃离事故现场、无证驾驶、酒驾毒驾等情形的，依法构成交通肇事罪。逃逸行为在类似案件中仅作为是否构成犯罪的判断依据，而不能作为法定刑升格（由原本的3年以下有期徒刑升到3—7年）的依据，故本案中若受害人构成重伤的，肇事者应承担3年以下有期徒刑的刑事责任。

关于自首。依据最高院发布《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》规定，交通肇事逃逸后自动投案，如实供述自己罪行的，应认定为自首，但应在从重处罚的基础上考虑自首的量刑问题。对于危险驾驶罪的认定最直观的证据是酒精测试或血液检测，因案发后多日归案，在取证上存在极大困难，故在本事件中追究肇事者危险驾驶罪刑事责任的可能性较小。立法上，只有肇事者涉嫌交通肇事罪时，逃逸行为才有可能成为构罪或法定刑升格条件。如本案中被害人的伤势鉴定最终未构成重伤，刑法即无法追究刑事责任。这也是诸多醉驾司机选择逃逸的原因之一，是立法的缺陷。

立法本来具有滞后性，相当多危害性极大的违法行为无法惩处，需要其他法律法规及社会管理范畴予以配合处理。如公务员存在醉酒驾驶逃逸可能的，而其危害性极大的违法行为无法在法律运行过程中予以惩治时，主管部门或纪律部门应当加大处罚力度，甚至将其开除公务员队伍。

(浙江蓝汇律师事务所 吴建胜律师)

顶班受伤依法属于工伤

胡某与曲某同是某公司的保安，2013年6月5日，正在当班的曲某家有急事便请胡某为其顶班。胡某在顶班时，因职责与一辆要求进入公司的小车司机发生冲突，左腿被小车司机撞伤致左腿胫腓骨骨折。事发后，某公司为胡某垫付了一万余元的医疗费。由于该公司未为胡某购买工伤保险，且该公司称胡某私下为曲某顶班未经公司认可，故认为胡某之事故不属于工伤，该公司不应承担赔偿责任。

(综合媒体报道)

笔者认为，该公司的理由不能成立，胡某代曲某顶班因工受伤依法属于工伤，某公司也应当对胡某之工伤承担相应的赔偿责任。

胡某在特殊情况下为曲某顶班依法而论属于工作期间。依《工伤保险条例》第14条第3项规定：“职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的”，胡某的情形满足工伤认定的三个要件，可以认定为工伤。理由有三：一是“在工作时间内”受伤，工作时间包括员工为用人单位的经营或生产付出劳务的所有工作时间；二是在“工作场所内”受伤，其受伤地点在保安值班岗位的闸杆地；三是“因履行工作职责”受到意外伤害的。

依《工伤保险条例》第16条规定，胡某不属于“不得认定为工伤或视同工伤”的行为，其受伤情形满足了法定的“在工作时间、工作场所、因履行工作职责而受到意外伤害”三个要件，当然应认定为工伤。再者，《工伤保险条例》并没有将“员工未经用人单位同意私自委托代班的情形”纳入“不得认定为工伤或者视同工伤”规定中。

胡某是该公司的员工，与其存在劳动关系，虽然胡某私自代替曲某值班，但不能否认胡某是为保护该公司的财产与人身安全而受伤的实质，最终的受益方是该公司。且事故的发生并非源于胡某的故意，而是因小车司机不同意登记强行闯闸造成。因此，某公司理当赔偿胡某受到伤害的损失。根据《工伤保险条例》第62条之规定，因某公司没有依法为胡某办理工伤保险，某公司必须按照《工伤保险条例》规定的工伤保险待遇、项目和标准向胡某支付因工受伤的医药费等所有赔偿费用。

(广东深兴律师事务所 王腊清律师)

独立客观是新闻媒体的生命

2012年9月26日到2013年6月1日,《新快报》财经记者陈永洲曾发表10篇有关中联重科利润虚增、利益输送、畸形营销及涉嫌造假等一系列批评性报道。2013年10月30日,长沙市岳麓区人民检察院对其以涉嫌损害商业信誉罪批准逮捕。

(综合媒体报道)

目前该案尚处于侦查阶段,对个案具体问题不予置评,但该案引发的报社维权、长沙警方的管辖权、侦查阶段的电视采访、个人犯罪还是单位犯罪等问题,尤其是如何保障媒体监督、公众知情权的边界等更深层次问题引起了广泛讨论,从政治的、法律的、商业的等各种路径的解读已经超过了案件本身。

首先,损害商业信誉罪系根据我国《刑法》第二百二十一条、第二百三十一条等规定之扰乱市场秩序类犯罪,对犯罪主体、实施的行为、侵害客体有了详细的规定。同时,我国《反不正当竞争法》第十四条等规定了损害商业信誉亦应承担相应的民事赔偿责任并可能面临工商等行政机关的行政处罚。可见,对损害公司商业信誉的行为,我国已建立了一套较为完整的民事、行政、刑事责任体系。

其次,保护公司商誉免受不法侵害与保障媒体监督权、公众知情权等存在不可避免的矛盾。从欧美国家的资本市场发展来看,媒体监督对揭露内幕交易等违法行为、保障中小投资者利益至关重要,但不实报道的杀伤力也可以在一夜之间让公司走向破产边缘。就像近些年诸多社会影响性案件中反映出来的舆论监督与舆论干预司法的矛盾一样,在司法中立和司法权威未稳固确立之时,媒体的喧嚣必然会伤害司法程序中被动谦抑、充分对抗等内在要求。

最后,这一新闻丑闻虽尚未结案,但关键问题还是新闻界的自省和制度完善。我国尚未制定《新闻法》,新闻媒体的职业道德更多依赖于行业自治和主管部门监管,当下面临着公权力压迫、市场竞争等诸多压力,媒体监督坚守良知、最大限度逼近客观真相的确不易。毫无疑问的是,媒体监督不具备道义优势,而必须让位于事实、必须保持独立客观的观察者、记录者、追问者身份,必须谨守新闻的自重操守和专业立场,必须对新闻寻租、媒体腐败保持零容忍。

(广东卓建律师事务所 俞菁华律师)

治理违停重在违法必究

近日,深圳交警借深圳机场T3航站楼启用之机,按照新修订的《深圳经济特区道路交通安全违法行为处罚条例》,对离港平台停车超过2分钟的车辆执行500元/次、最高2000元/天的罚款标准。该政策一出台,立刻引发全城热议。

(综合媒体报道)

违章停车不仅加剧交通拥堵,增加事故风险,长时间违章占道也会造成道旁商家利益受损,直接侵犯公众利益,从而引发诸多社会问题。然而,新政却招致了不少反对的声音,虽然目前的影响范围并不大,可社会反响却极为强烈。对于这个直接涉及市民切身利益的政政策,是否已经具备了成熟的实施条件?

首先,违停罚款大幅上涨是通过增大违章停车的机会成本以达到减少违停的目的。不少驾驶员抱有侥幸心理,认为停车场费用高或距离远,短时违停不易被发现,万一“不幸中招”,也不过罚200元。而新政的出台就是增大“意外中招”的成本,加强威慑。相对于上述做法,更多驾驶员虽然心理上更倾向于遵纪守法,但深圳的停车场早已饱和,现有停车位的数量甚至小于汽车保有量,部分机关停车场更是常年空置也不允许社会车辆入内,造成很多车辆“被迫”停在路边,特别在一些交通繁忙路段,这种选择的无奈更为凸显。可见,仅从提高罚款金额上治理违停体现的是一种“以罚代管”的执法风格。

所谓“以罚代管”,实为执法部门能力不足的表现。香港与深圳一水之隔,路面更窄,车辆密集,可路面上却鲜少有人违停。香港违停的单车成本只有320港币,但真正制约香港市民的是警察的执法力度,一旦违停,马上会被监控记录,基本杜绝漏网可能。在深圳,严管路段一样很少有司机违停,可见违法必究才是违停治理的关键。因此,只要制度存在漏洞、弹性,就会衍生出这种“治标不治本”的现象。

总之,解决违停决不能指望天价罚单,否则只会透支政府公信力。面对全面深化改革的契机,还请我们的执法部门从自身出发,加强执法队伍建设,不拘泥于罚款金额,同时采取控制机动车保有量上涨速度、扩改建停车场、适当开放机关事业单位停车场、推行绿色出行等措施,多管齐下,才是依法治国的题中之义。

(广东圳扬律师事务所 窦艳蕾律师)

剑拔弩张“医患关系”怎和谐

2012年3月，哈医大附属第一医院发生恶性杀医案，一名患者将一名医护人员刺死，同时造成三名医护人员重伤。2013年10月，浙江温岭第一人民医院再次发生惨案，一名患者将一名医护人员捅死，并捅伤两名医护人员。2013年11月，北大深圳医院发生患者“挥刀索药”事件，深圳市中医院发生护士因劝阻患者插队，被患者拳打脚踢事件。

(综合媒体报道)

上述事件一出，均引起社会各界的广泛讨论。暴力袭击、故意伤害医务人员的事件近年来频发，且有上升趋势。违法行为如何得到杜绝及遏制，是医患双方都应该深深思考的问题。患者将健康乃至生命都托付给了医生，应心存感恩之念，医生为患者治病疗伤，减轻病痛，甚至挽回生命，理应受到信任与尊重。然而剑拔弩张的医患关系，将本应相互和谐相处的二者，拖入冰窟，形成对立。笔者认为，改善紧张的医患关系，不但要从短期的严惩做起，还要从长期的疏导入手，解决突出的医患关系，应从几方面考虑：

一是明确医患关系的责任主体。《侵权责任法》第五十四条规定：“患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任”。当出现医患纠纷时，医疗机构应先于医务人员介入协调，避免个体冲突的发生。

二是规范医方的诊疗行为。由于市场经济对医疗机构以及医疗行为的影响，医方往往会从自身利益角度考虑，采取一些不利于患者的医疗行为，如过度医疗等问题。医疗人员应严格遵守《医师法》第二十一条“医师在执业活动中选择合理的医疗方案”，第二十二条“医师应树立敬业精神，尽职尽责的为患者服务”，提供合理优质的服务。

三是及时向医患双方输送法律服务。医疗机构可聘请法律顾问，定期组织医务人员学习《医师法》等，让每位医务人员明确在行医过程中的法律地位、权利义务。当出现医患纠纷，及时由法律人员利用法律手段来解决医患关系存在的问题，从法律角度协调双方矛盾。总之，一系列法律的出台从形式上保护了医患双方，但是，重新建立信任与尊重的和谐医患关系，更是重中之重。

(北京市东元(深圳)律师事务所 赵波律师)

企业末位淘汰不合法

李某2009年8月入职某传媒公司，双方约定李某的月工资标准为基本工资加绩效工资。2011年2月9日，传媒公司向李某送达《解除劳动合同通知书》，其中载明：“由于你2010年度5个月绩效考核等级为E，不能胜任岗位要求，现公司正式通知你解除劳动合同。”

(网易网)

企业末位淘汰制是从外国引进的现代企业管理的一项制度，在我国并没有立法根据。该制度最早由美国通用电气公司前CEO杰克·韦尔奇提出，于上个世纪90年代传入中国。这项制度之所以被引入中国，是越来越多的企业为了适应竞争激烈的市场环境、不断提升企业竞争力的结果。但是，企业末位淘汰制度在我国并没有立法层面上的认可。

根据我国现有的《劳动合同法》的规定，企业单方面解除员工须在法定情形下进行。我国2013年新修订的《劳动合同法》第三十九条、四十条、四十一条对企业单方面解除劳动合同作了详细的规定。其中“劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的”这一情形往往被企业冒用作“企业末位淘汰员工”的事由。笔者认为：排名靠后不等于不能胜任工作，如果企业以该理由单方面与员工解除劳动合同则需提供其不能胜任工作的相关证据，否则将承担举证不能的不利后果。上述法定事由，不允许企业与劳动者进行约定，更不允许企业单方面进行创设。即使用用人单位与员工约定末位淘汰也是违法的，依法对双方均不具有法律约束力。

当遭到企业的末位淘汰时，员工该如何合法维护自身的合法权益？目前，我国法律或司法解释未明确规定“用人单位在劳动合同期限内通过‘末位淘汰’或者‘竞争上岗’等形式单方解除劳动合同，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位继续履行劳动合同或者支付赔偿金的，应予支持”，所以劳动者在遭到企业的末位淘汰时，仍然不能以“遭受末位淘汰”为由直接主张继续履行合同或主张经济补偿金，而只能通过向劳动行政部门、劳动监察部门检举、投诉，或用人单位违法解除劳动合同为由直接申请劳动仲裁、向人民法院提起诉讼的方法来维护自己的合法权益。

(广东鑫涌律师事务所 周宁律师、唐坚毅律师)

信息泄露卡被盗刷谁应担责

吕女士参加了一次“一分钱购物体验”，结果被人套出信用卡信息，将其银行预留手机号更改，盗刷了12000元。因吕女士拒绝还款，交通银行将她告上法院，追索欠款。近日，此案在西城法院开庭审理。盗刷的钱该由谁承担、银行有无过错，成为庭审焦点。

(北京晚报)

许多持卡人认为：“只要钱不是我花的，就不该由我来还。”因此，在出现盗刷事件后，持卡人大多起诉银行赔偿或干脆不还钱。笔者认为，银行卡被盗刷案件，判定由谁承担还款责任的关键是谁有过错，而并非谁花了钱。

法院在审理过程中，会审查储户、银行是否过错，认定一方或双方都有过错，根据过错和损害结果之间的关联程度来判定责任。若持卡人泄露了信用卡信息和密码，存在过错，就要承担还款责任。在被盗刷的问题上，持卡人负有举证义务。“我的卡是被盗刷的”是很多持卡人的抗辩理由，但在法庭上，就需拿出充分的证据证明。如信用卡在国内被划，而当时持卡人出国，有机票和出入境记录为证，或者刷卡消费是他人冒充的签名，可以做笔迹鉴定，这样法院采信的可能性就比较大。此外，还要注意事发后持卡人是否采取积极有效的措施，及时通知银行挂失、报警等，避免损失扩大。

在审查银行过错方面，主要是看银行是否严格遵守相关操作流程；是否存在管理或技术漏洞让犯罪分子有机可乘，是否严格按照规定办理相关业务。

对于保护用卡安全，积极维权的方法，笔者提出三条建议：一是持卡人对个人身份信息和办卡信息应注意保密，不对任何人透露。发生盗刷盗取后，及时挂失、报警。二是要及时收集钱款非持卡人取款或消费的证据，比如持卡人不在交易地点或刷卡地点的证据，这是解决问题的关键。曾经有持卡人发现被人盗刷信用卡后，立即在附近的银行持卡打印消费明细，时间、地点、持卡情况都得以证明，正因此，银行最终将这笔钱款垫付，持卡人无责。三是如果需要走诉讼程序，就要尽可能给银行“挑毛病”，找到银行具体操作流程规定，看银行实际是如何办理业务的，证明银行过错。

(北京市中同律师事务所 欧阳继华律师)

应对“骗购经济适用房”需有新思路

据报道，广州售出的近2万套经济适用房多年来仍是毛坯，无人居住，中介爆料买主多是投资客。

(凤凰网)

面对骗购经济适用房，我们需要改变思路。从法律适用层面，处罚力度应当加大。现有的处罚大多还停留在罚款或取消申请资格这等民事或行政处罚层面。其实，经济适用房是政府通过牺牲土地的售价而达到降低房屋价格目的，相对于正常出售的商品房，经济适用房的价格有所降低。而骗购经济适用房的行为，就是典型的以非法占有为目的，以获得经济适用房和正常商品房的这一部分的差价，是典型的诈骗国家财物的行为。所以，笔者认为，对于骗购经济适用房的行为完全可以适用我国《刑法》关于诈骗罪的相关规定予以刑事处罚。

从立法完善层面，应完善经济适用房购买后的资格认定监督机制。我国现有的关于经济适用房购买资格的认定机制主要还停留在申请阶段。对于申请完毕，购买到经济适用房之后的制度化监督机制并不完善。在我国，申请经济适用房时申请资料造假是比较容易的，而购买经济适用房后是否真的使用及如何使用是比较难以造假的。事实上很多骗购行为也都是在购买经济适用房后的使用过程中才发现的。

此外，购买经济适用房后制度化的监督机关只有政府主管机构，由于监管人手及激励机制的问题，相关政府主管部门履行好监督职能是不现实的。若建立一个完善的举报奖励机制，发动利益相关方的积极性，则可以最大限度地发现和惩治骗购行为。

(广东德而赛律师事务所 舒新颖律师)



HOTSPOTS | 热点——法官和律师共促司法公正

[编者按]

2013年9月29日，深圳市法官协会、深圳市律师协会联合举办“法官和律师共促司法公正”讲座，8位主讲嘉宾从“法律职业共同体的构建、法官和律师良好沟通机制的设计、法院审判如何在每个案件中体现公平正义、一个律师（法官）心中的良好法官（律师）的形象”等方面畅谈对法律职业共同体以及推进司法公正的深刻思考和独到见解，为我们奉献了一场法律人的思想盛宴，为法律职业共同体的建设奠定了理论的基石。激情的火花在这里碰撞，智慧的光芒在这里闪烁，本期杂志收录8位演讲嘉宾的发言，希望引起更多法律人关于构建法律职业共同体的探讨与思考。



市中院党组成员、副院长郭毅敏：

“党的十八大明确提出全面推进依法治国，习近平总书记多次发表重要讲话，强调要建设法治中国，坚持司法为民，公正司法，努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。法官和律师同属法律职业共同体，在追求公正司法、维护和实现公平正义方面，应该说有共同的目标，理应携手并进，建立阳光、和谐的法官和律师之间的关系。

如何理性构建法官和律师的关系，建立有效顺畅的沟通机制，实现二者的良性互动，共同维护司法公正，是非常具有现实意义的话题。法官与律师虽然身份、角色不同，职能、地位各异，但是同为法律人，同用法律语言，同参诉讼活动，在法治社会中，共同维护着法律的尊严和权威，共同承担着实现社会公平、和谐的重任。法官和律师之间不是互不认同的对手，不存在你高我低的支配与服从，二者之间的关系不是隔阂，而是理解；不是对抗，而是包容；不是防范，而是交流。法官与律师需要相互尊重，这是自信、品行的展现，双方不仅仅代表着一个职业或行业，更是代表着对法律的敬畏，代表着伸张正义的力量。法官与律师虽属法律职业共同体，但也需要相互监督，需要严守各自职业规范，保持内修自省，正大立心，光明行事，致力于在平等的基础上建立和规范双方关系，共同以优秀的司法品质服人，以良好司法形象立身，以此来赢得社会对法律职业共同体的信赖。”



广东省律师协会副会长、市律协党委委员董新：

“法官与律师是天然的法律共同体。法官与律师具有相同的法律知识背景和法治思维方式，具有职业认同感和职业尊重感，具有对秩序和正义等价值的共同追求以及对法律的崇高信仰，这是彼此间不可忽视的精神纽带。今天，作为法律职业共同体重要成员的我们，正是因为肩负着维护法律正确实施、维护社会公平正义的共同职业目标而聚集在一起，深刻感受着国家在民主法治进程和民主政治上取得的巨大成就，探讨法律职业共同体的未来发展方向。

法官和律师应该在促进司法公正中积极作为。冤假错案的出现，法官难辞其咎，律师也不能独善其身。法官与律师彼此间应高度认同与尊重，协同有关部门在司法制度上对律师执业权利给予充分保障；在司法实践中对律师所提供的证据、法律及法理依据给予充分考虑与合理吸收，完善诚信诉讼体系建设，维护公民的合法权利。法官与律师的形象塑造源于实践中对每一起案件客观公正的办理，源于对每一条法律的坚守和信仰。”



法律职业共同体的构建

文 北京市尚权（深圳）律师事务所 林昌炽律师

我认为，建立职业流动机制的总体思路是：推进法官职业化建设，科学设计法官遴选、准入、任免、弹劾机制，大幅提高法官待遇，吸纳专家、律师投入司法事业。

九月份是个“法律月”，我们迎来了深圳市法官协会与深圳市律师协会共同举办的“法官和律师共促司法公正”讲座；一批引起社会广泛关注的薄熙来、丁书苗、李某某、夏俊峰、王书金、“表哥”、“房姐”等案件开庭或宣判。有些人联想起中国法制史上秋后问斩的传统，我则想到，在法庭上，法官、检察官、律师各司其职；在法庭外，法学家不时发表精辟评论。现代法治如同一台运行的机器，法官掌握方向盘，检察官不断加油，律师踩住刹车，法学家指挥方向。正是这些法律人，构成了法律职业共同体。连薄熙来也当庭认可法官、检察官、律师这种“互相制约”的制度，只可惜他领悟的有点儿晚。

2004年6月，时任最高人民法院院长肖扬指出，法官、与律师同受法律教育，同操法律语言，同循法律思维、同在法庭活动。最近，周强院长说：“要紧紧紧依靠学术界和律师界携手建设司法。”沈德咏副院长说：“充分认识律师是法律职业共同体的一要员。”最高法院领导的讲话如一股暖流温暖了律师的心。

然而，由于历史的原因，我们长期以来没有构成特定的法律职业阶层。法官与律师的关系，不时遭受寒流的袭击。过去，我们进到法院，明明是老朋友，却不敢打招呼，装不认识。“法院相见不相识，笑问客从何处来”，这是因为有“隔离墙”的规定。此外，“闹庭”、“死磕”、“辩审冲突”、“谁把谁拉下水”这种“鸡生蛋还是蛋生鸡”式的争论，充斥于耳，彼此间互不信任、乃至猜忌。隔阂，抵触，令人痛心疾首。

十多年前，关于法律职业共同体，曾经引起法律人的热烈讨论，北大法学院强世功教授那篇广为传颂的《法律共同体宣言》，读后令人热血沸腾、心潮澎湃、拍案叫绝。他称赞法律共同体为“我们这个时代最伟大的共同体”，忧虑“法官、律师和法学家究竟是成长为一个统一的法律共同体，还是彼此走向敌对或分裂？”如何构建法

律职业共同体，我有三点思考：

建立互信、相互尊重、精诚团结

司法改革二十年，法官和律师的紧张关系，没有在本上有所改变。法官与律师，一个居“庙堂之高”，一个处“江湖之远”。法官手握审判权、执行权，是社会公平正义的最后一道守护者。而律师是一种民间的力量，是公权力的制衡者，是支撑法治社会和司法公正大厦的支柱。但是在中国这样一个官本位的国家里，律师的地位始终难以提高。律师与法官的对抗，本质就是不对等的博弈。法律共同体的共信及其社会信誉乃是树立司法公信力的必要前提。当法官集团和律师集团内部开战，法院和学界、律师界处于紧张关系，司法有何希望？想提升司法公信力，有何希望？最终一定是两败俱伤。因此，一个训练有素而又精诚团结的法律职业群体构成了建设法治社会至为重要的力量。

美国前律师协会主席认为，司法公信力取决于两个因素：一是当事人对司法制度的信任和信心；二是律师坚定地承诺与法官携手确保并要求公民服从裁决。

律师是当事人的受托人、代理人及利益维护者，如果法院都不能说服、信任律师，又如何让当事人服判息诉呢？反观之，当法官自己不能为自己说话时，却可以通过律师代言，向公众解答诉讼程序和法官断案的理由，以增强公众对司法制度的信心。

因此，法院要充分理解并尊重律师的执业行为，取消诸如对律师进行安检、开包检查甚至搜身检查等行为；同时，要保证律师在法庭上有充分的发言和辩护权，充分重视律师提出的合理意见，以及增加裁判文书的说理性和对代理、辩护意见的回应。解决法官和律师的非良性关系，防止人情案、关系案滋生，应由“如何防止法官腐败”的思路转向如何保障律师执业权益的思维当中。

增加互动 互相促进 互相监督

我认为，法律职业共同体中律师与法官存在的三层关系：

信任关系。律师与法官建立互信的基础在于共同的知识体系、法律逻辑思维、共同的言语和意识，相互理解从而彼此认同。如果律师对法官的职业思维、判案运作机制一无所知，法官对律师的执业特点和方式也不甚了了，那么，这种执业角色理解的冲突将导致我们不能向社会有效提供合格的司法产品。

合作关系。律师是法官与当事人交流的媒介和桥梁，法官裁判工作的有效完成有赖于律师的帮助，双方的互动行为可以看成是旨在生产一件共同产品的联合行为，这个产品就是法治。

监督关系。法官与律师理应构成互相监督的关系。防止职业共同体变成利益共同体。记得市中级人民法院走群众路线到访我会听取律师对法院工作的意见，在进一步明确了习总书记“照镜子、正衣冠、洗洗澡、治治病”的总要求时，该院表示可以考虑建立法律职业“互照镜子”的机制。

我认为，法官应当推动有关部门建立与律师的对话平台，充分听取律师的意见和建议。律师作为法律职业共同体的重要力量，是接触法官最多的职业群体，也是法院工作最有力的伙伴、诤友及监督者，对法院的工作最了解，最有发言权。

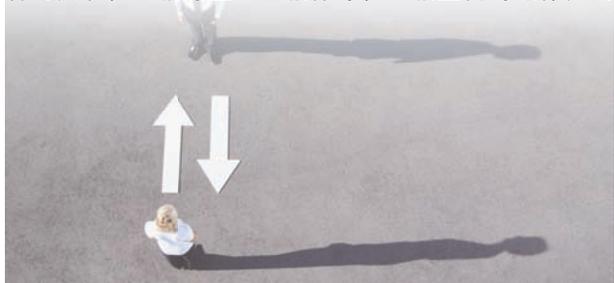
在美国，法官与律师之间存在相互监督的关系，在律师与法官的关系上表现为：法官有权监督律师，对律师进行管理；反之，律师通过律师协会制定规范法官执业行为的规则。在德国，对律师违反法定义务或违反律师协会章程的行为，将由律师和法官组成的律师名誉法院予以惩戒。法官参与律师行业惩戒，实质对律师发挥着重要的管理监督作用。

建立职业流动机制

我认为，建立职业流动机制的总体思路是：推进法官职业化建设，科学设计法官遴选、准入、任免、弹劾机制，大幅提高法官待遇，吸纳专家、律师投入司法事业。

建立职业流动机制，有两层含义。

一是构建律师与法官双向的、对等的流动互岗机制，从律师中择优录用不同层级的法官，促成法官与律师成为各司其职，互相尊重、互相体谅，互相监督的法律共同



体。这种流动机制的建立可以使法官、检察官、律师充分体验各自的立场，并产生强烈的职业认同感，达到群体共生效果，为法律职业互动打下良好的基础。

二是建立法律职业者的业务交流制度。举办各种多样的理论与实务研讨会。法官、检察官和律师在这种经常性的思想交流和问题切磋中。有利于构成法律言语和法律职业一体化的意识，促进他们在专业上的判断趋于一致，从而加速我国的法治建设。

有人说：“法律共同体，可能只是理想主义者们勾画的一个蓝图而已。”正因为我们心中还有梦，支撑着我们排除一切艰难险阻，实现梦想。

“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”，从法律职业共同体的构建做起，从拆除“隔离墙”做起，从废除“安检门”做起，从破除“法官下海易，律师上岸难”的体制做起。

借用强世功的话：“所有的法律人，团结起来！”



法律职业共同体概念的产生源于美国科学史和科学哲学家托马斯·S·库恩关于“科学共同体”定义的提出。德国著名学者马克斯·韦伯将法律职业认为是一个“法律职业共同体”。根据他的这一学说，法律职业共同体是基于职业的特定内涵和特定要求而逐步形成的。法律职业共同体的特征具有同质性，职业道德的传承是其重要特征；法律职业共同体虽然附带地以法律职业谋生，但仍不失其公共服务的精神。

在我国，学者们对法律职业共同体有着不同释义，法律职业共同体可以描述为：法律职业共同体是指以法官、检察官、律师、法学家为核心的法律职业人员所组成的特殊的社会群体。它必须经过专门法律教育和职业训练，是具有统一的法律知识背景、模式化思维方式、共同法律语言的知识共同体；它以从事法律事务为本，是有着共同的职业利益和范围，并努力维护职业共同利益的利益共同体；其成员间通过长期对法治事业的参与和投入，达成了职业伦理共识，是精神上高度统一的信仰共同体。在西方，法学家和社会学家都极为重视对法律职业及其共同体现象的研究。国内对法律职业共同体的研究开始于二十世纪九十年代，现在学界基本达成了共识：法律职业共同体的形成与发展是一个法治国家赖以存在的基础。正如强世功所说，法律只有成为一门稳定的专业化的知识体系，才能独立于大众感知的道德和变动不居的政治意识形态获得自主性，只有具备与众不同的思维逻辑和法律技艺，才能掌握在法律共同体的手中。

法律职业共同体：光荣和梦想

文 深圳市中级人民法院 王惠奕法官



伯尔曼曾经说过：“法律必须被信仰，否则形同虚设”。对每一位法律职业者来说，在选择这份职业时，心中一定都有着对法律、法治的信仰和追求。这是职业共同体的精神灵魂所在。

谈起法律职业共同体，脑海中浮现的第一画面是我在香港大学攻读普通法硕士时曾有幸获邀参加的香港法律年度开启礼。典雅的香港会堂中，婉转轻柔的音乐声中，没有人组织和号令，没有人大声喧哗，所有来宾都自觉起立，安静地等候香港所有现任法官和资深大律师依次走进会堂。在众人的目光中，法官们身披或红或黑法袍，大多头戴假发；资深大律师身穿净色黑袍，戴上长假发，宁静庄严地走入会堂。仪式简朴而庄严，在这里，法官、律师没有地位高下之分，同样是法治的象征，同样彰显着司法与法律的尊严。

的确，法律职业具有悠久的历史，但法律职业共同体的兴起却是现代社会、现代法治社会的特有现象。一般而言，法律职业共同体指的是由法官、检察官、律师、法学家等法律职业人员组成的一个有着共同知识、共同职业利益、共同职业信仰的群体。毫无疑问，法官、律师是法律职业共同体的重要支柱。我国已经形成了法律职业共同体吗？坦白说，这个问题也依然是有争议的，但，我愿意做一个乐观主义者，我认为法律职业共同体已经初步形成。

我们有着共同的知识。我想我们在座的全部年青法官、年青律师都有过挑灯苦读、背水一战的司法考试备考经历。从2002年起实施的统一司法考试制度保证了法官、检察官、律师作为法律职业人员必须具备统一的知识结构背景。我们有着共同的信仰。我想我们在座应该都有着法律专业背景，都曾寒窗苦读，为了一句“法律必须被信仰，否则形同虚设”而澎湃激动。我们有着共同的底线，从踏出校门选择法律职业的那一天起，我们便知道，法律如同那镌刻在石柱上的汉谟拉比法典一样，早在我们身上打下了深深的烙印，成为我们自己不可割舍的一部分。也正是这样，我们今天才济济一堂，坦诚而热切地交流探讨职业共同体。

但是，就像狄更斯所言，“这是一个光明的时代，这也是一个黑暗的时代”。我们也客观地看到，我们的法律职业共同体仍属青涩。在这个共同体内部，近年来法官、律师间对立对抗的情形却不为少见，让人感叹“本是同根生，相煎

何太急”。死磕派律师成为一个专有名词，往往将居中裁判的法官成为死磕的对象。走行为艺术，给法官送红薯；走舆论路线，庭审时直接发微博；走揭露路线，将揭露法官的审判违规行为成为辩护的主要内容。法官也对律师采取了一些高压手段，将律师驱逐出法庭，对扰乱法庭秩序的律师进行拘留，甚至内地个别法官将律师铐在篮球架上暴晒。当然，极端冲突对抗只是个别现象，但法官、律师这两个群体，这两个共同体的重要支柱，之间确实存在着不信任、不理解。制度设计上，也似乎越来越强调如何在两者间驻扎起藩篱，如何隔绝两者的交往避免不正当影响，而不是架立起沟通的桥梁。

的确，仅有着司法考试制度保障的法律知识技艺的同质化，对于构建成熟的法律职业共同体远远不够。共同的知识，当然是共同体的基础，但绝对不是共同体的全部，甚至不是共同体最重要的内容。像我前面说的那样，成熟的法律职业共同体，至少包含着以三个共同：共同信仰、共同底线、共同知识。今天交流的主题是如何构建法律职业共同体，我认为也仍然是应从三个方面入手，塑造共同信仰、捍卫共同底线、促进共同知识，而这需要我们的共同努力。

共信，也就是塑造共同信仰。伯尔曼曾经说过“法律必须被信仰，否则形同虚设”。对每一位法律职业者来说，在选择这份职业时，心中一定都有着对法律、法治的信仰和追求。这是职业共同体的精神灵魂所在。

对法律、法治有着信仰和追求，意味着法律绝非仅是手中谋生的工具，而有着对实现社会公平正义的向往，更有着对实现公平正义的担当。对法官而言，在每一个案件中实现公平正义是孜孜不倦的目标；对律师而言，除了是委托人合法利益的服务者外，也是公共利益的维系者，是维护正义的代言人。《律师职业道德和执业纪律》在第四条就开宗明义，律师应当忠于职守，坚持原则，维护国家法律与社会正义。实际上在《联合国律师作用的基本原则》中，也将律师定位为“维护正义的根本代言人。”对法律、法治有着信仰

和追求，意味着对法律、法治有着基本的敬畏。法律是法官和律师的共同语言，法庭不是玩弄诉讼技巧的舞台，而是以事实与法律为依据，展现法律智慧的天地。

但在审判实践中，我有时感觉，律师更多地扮演了当事人利益维护者的角色，而淡化了公平正义维护者的责任。有的律师在法庭上过于注重诉讼技巧的玩弄，而背离了事实，甚至作出了不实陈述。有的律师基于各种原因过分迁就甚至屈从于当事人的意志，不能客观全面地为当事人分析证据得失法律风险，甚至对法律作出了有悖于基本共识的解释，促使了当事人对法官的极度不信任。有的律师在收到法院判决后，不是客观评析法律得失，而是将责任一味推卸到司法不公上。因此，加强法治信仰建设，将法律、法治深植于心，对于构建法律职业共同体极为重要。

共守，也就是坚守共同底线。共同的底线，也就是双方有着共同的职业伦理。对于各自的职业道德，法官法也好，律师法也好，都有明确的陈述，我就不再重复。但就我认识，法官、律师职业道德最基本最重要的共同底线在于对司法的尊重。

司法过程中，法官与律师的角色、定位确实不同。法官主持庭审、维持正常的诉讼秩序，有意识地引导当事人或控辩双方进行诉讼活动；律师则依据法律，运用巧妙的言辞说服法官采纳自己的观点。但双方都是司法体制的有机组成部分，双方之间绝不应当成为对抗，而应是惺惺相惜、相互尊重、相互合作、相互监督，共同推进司法的公平正义。

对于法官来说，尊重律师，充分保障律师的执业权利，是司法的应有义务，因为律师并不是法官的对抗者，而是协助者，通过控辩的方式，协助法官查明事实、解释法律，做出正确的判决。对于律师来说，尊重法官、尊重司法也就是尊重自己。因为司法恰恰是诉讼律师发挥作用的舞台，皮之不存，毛将焉附！确实，司法的现状有着这样或那样的不完美，但这更需要我们法律职业人像珍宝一样去呵护它，促使它完善，而不是视若敝履地踩倒在地上。对司法的尊重，意味着在宏观规则上，律师认可司法的程序、司法的规则，自觉遵守用司法的进路来解决问題，而不是其他。审判实践中，有的律师会明示或者暗示当事人通过信访甚至闹访、集体访等方式表达诉求，给法院施加压力；有的律师会通过媒体互联网等方式，发表些未尽客观全面的观点，引起社会舆论，从而给司法造成影响；有的律师还会通过送红薯等行为艺术方式，表达对司法的不满，引起社会关注。我想，这些应该都不是一个法律职业人的应有选择。对司法的尊重，意味着具体规则上，尊重法庭规则，尊重法官，服从法官对庭审秩序的引导和控制，对不涉及程序合法性问题的具体秩序，如有意见可以保留，事后再以适当方式进行沟通反映，而不应在庭审中以置若罔闻或直接对抗的方式予以表达。

我个人认为，深圳可以尝试以法官协会和律师协会为代表，签订总体的行动纲领备忘录，付诸实践，为法官和律师提供更细致的职业道德指引。例如，共同坚持法律至上的基本原则；尊重各自的具体角色和分工，充分保障对方表达不同意见的权利；对于群众不理解的公正判决，共同做好解释工作，消除社会民众对司法的负面评价，树立裁判公信

共识，也就是促进共同知识。共同的知识是法律职业共同体的基础。正是由于社会生活的复杂化导致法律的复杂化，从而法律成为专门知识，需要经过专门训练，才产生了法律知识共同体，进而产生了法律职业共同体。共同的知识，意味着法官、律师有着共同的语言环境、共同的思维模式，对彼此的论点、思辩能够予以客观评价。

促进双方达成共识，有必要建立良性沟通合作机制。仅仅强调在法官、律师间树立隔离带、防火墙，忽略正常交往的必要性，实际上使双方的认同感降低，不利于共同体的构建。沟通机制，李凤麟法官会详细论述，这里我不多说。主要谈一下合作机制。应该说，通过司法考试，法官、律师之间已经具备了其本的法律共识，但在法律前沿、敏感领域上，两个群体间的知识共享程度不高，探究钻研仍然是各自为阵。其实两个群体完全可以在法律理论、法律实务领域应予更广泛的合作，共同发挥智慧。例如，今年上半年，我院在进行民事裁判文书简化改革时，就专程前往律师协会征求意见，这就是一个很好的开端。毕竟，如火如荼的司法改革，离不开律师的参与和支持。以后在司法改革、司法调研的各项工作中，其实都可以凝聚法官与律师共同的力量。

共建，也就是共同建设法律职业共同体。建设法律职业共同体，需要法官和律师的共同努力。除了前面说的促进共信、共守、共识外，我认为在具体措施上，法官、法院应该承担起主动责任，充分保障律师的执业权利，在法律范围内，赋予律师更多的权利，给予律师更多的礼遇，毕竟，律师和法官一样，都是法律职业共同体的一员，都是司法事业的中坚力量。首先，可以给予律师更多的礼遇。如考虑设置专门通道，免检或者抽检；设置专门阅卷区域，简化阅卷手续。其次，可以利用技术力量，给予律师更多的方便。比如建设互联网络，实行电子阅卷、电子送达等。现在两级法院正在建设的极光系统就是一个很好的尝试。第三，充分保障律师执业权利。可以考虑借鉴北京、安徽等地经验，实施律师调查令制度。对于某些律师无法调查收集的证据，经法院审查认为没有不适宜由律师调查的情形后，由法院签发调查令给律师，由律师按调查令载明事项进行调查。这样实际上有两个好处，一是充分保障了律师的执业权利，二是实际上也减轻了法院的工作负担。

最后，我想用一句话来结束我今天的讲演：让法律职业人联合起来，让法官与律师联合起来，为建设法律职业共同体而奋斗！那是法律人的无限荣光！



如何设计法官和律师良好的沟通机制

文 深圳市中级人民法院 李凤麟法官

当法官只服从于法律，有权依法、独立、公正地就案件本身行使裁判权；当律师只凭着职业良知，依据当事人的主张和案件的事实充分表达自己的观点；当所有人都不把审判庭当作功利搏击的竞技场，那么，法官和律师的关系，因为对法律的绝对服从和信仰，因为相互的信任而显得简单明了无困惑。

记得几年前，业内流行过一本小说《原谅我红尘颠倒》，可能很多人都看过，虽然“艺术源于生活，但高于生活”，而且这部小说也的确是严重的高于了生活，存在诸多夸张、不实之处，但是其中的很多内容却反映出了法官、律师群体当前沟通的困境以及不当交往所带来的恶果。而且，小说的作者慕容雪村，听说还是我的高中校友，当过律师，在深圳工作过，但我们从来就没有机会就小说中所反映的问题进行过任何形式的沟通，这也进一步印证了法官、律师群体的确缺乏一个正当的、有效的沟通机制。

处于法律共同体内的法官和律师，本应互相尊重、互相协作、互相监督，现在却在很大程度上互不信任、互相提防，有法官把律师轰出法庭、锁在法院篮球架下暴晒的，有律师唆使当事人恶意缠访、诬告陷害法官的，有在微博等自媒体上互相攻击拆台的。长此以往，最终损害的是司法的权威、司法的公信力，到头来砸的也是我们自己的饭碗。

所以，现在我们要解决的已经不是要不要建立法律共同体、要不要建立沟通机制的问题了，我们应该群策群力、集思广益，尽快的解决如何建立法官、律师之间正当的良性的沟通机制，为法官和律师进行正当的交流提供依据和准则。

首先，让我们憧憬一下应然状态下法官与律师之间的关系。同处一个职业共同体，理想状态下的法官和律师应该是不需要为如何沟通交流去绞尽脑汁的。要达到这种应然状态，我认为需要做好一个字，信，这个信包含两层意思，一是信仰，对法律的信仰，二是信任，法官和律师之间的相互信任。

伯尔曼说过：“在法治社会中，法律必须被信仰，否则它形同虚设”。这里指的是社会公众对法律的信仰，作为法律职业者的法官和律师更应当坚定地信仰法律，否则任何要求公众信仰法律的想法都是荒谬的。托马斯·潘恩就曾经说过，“一个人如果极力宣扬自己都不信的东西，那他就做好了干一切坏事的准备”。我们都是好人，都不准备干坏事，我们唯有信仰法律，才有可能通过我们的工作使法律得到遵从和捍卫。当我们内心对法律的信仰达到了默契，我们的所作所为才有可能真正体现民众对法律价值，也就是公平正义的追求。

法官和律师之间应当是相互信任的，这种相互信任是建立在对法律的共同信仰、彼此的善意和互相准确定位的前提下的。有人曾说：不是因为法官的判决正确才具有终局性，恰恰相反，是因为法官的判决具有终局性所以才正确。这就是对法律的信仰，这也是对法官的信任。当法官只服从于法律，有权依法、独立、公正的就案件本身行使裁判权；当律师只凭着职业良知，依据当事人的主张和案件的事实充分表达自己的观点；当所有人都不把审判庭当作功利搏击的竞技场，那么，法官和律师的关系，因为对法律的绝对服从和信仰，因为相互的信任而显得简单明了无困惑。

当然，这种应然状态下的美好景象离我们的确还有距离，让我们还是回到现实中来，一起探讨一下在当前的司法环境下，如何建立良性的、正当的沟通机制。

► 统一认识

我们在这里探讨要建立的沟通机制应当是指法官协会与律师协会之间，经常性的、正当的、公开的、组织层面

的沟通机制，而不是法官和律师个体之间的交往。

除了工作层面的接触之外，法官和律师个体之间的其他交往也在所难免。人的本质属性是社会属性，必然要与他人发生联系，谁都有亲朋好友、校友、战友，何为正当交往虽不好界定，也不宜去规范，但何为不正当交往已经有明确规定和严格规范限制了。最高法院、司法部在2004年就联合制定了《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》，就是为了预防法官与律师不正当接触及相互勾结。法官和律师个体所应做的就是彼此尊重，互相理解，严格遵守已有的规范。法官在审判工作中应当严格遵守司法礼仪，尊重律师职业和律师人格，重视律师作用，切实保障律师依法执业的权利，认真听取律师的代理意见、辩护意见。律师应当尊重法官在诉讼中的主导地位，遵守法庭纪律和诉讼规则，恰当表达代理意见、辩护意见。律师不得向当事人、新闻媒体在公众场合发表可能激化矛盾、干扰正常审判执行秩序、损害法官声誉、影响司法权威等不适当言论。

► 坚持合法、公开、有效的原则

合法的原则很好理解，任何形式的沟通都不能逾越法官法、律师法等规定，要确保审判独立和律师依法执业的权利。

公开的原则很重要，现在很多人遇事首先想到的是找人找关系。为什么？为的是破坏规则，这是因为他们认定表面规则之外必另有一套潜规则。所以为了消除误解、引导规则，法官和律师之间的沟通必须是公开的，沟通的机制必须是公开的。

制定一套机制的价值在于其是否有效，无论何种形式的沟通机制都应该切实可行，行之有效，不能流于形式，不能为了建立机制而建立机制。

► 法官建议

建立组织机制。法官协会和律师协会要建立法官与律师正当沟通的组织机制，确定具体联系部门，例如中院的公共关系处和律师协会的秘书处可以确定为日常工作沟通的具体联系部门，没有具体的联系部门，很多沟通工作无人负责，沟通不畅，相关的机制就会难免流于形式。

建立联系机制。法官协会和律师协会要定期召开联席会议，相互听取和交流对司法审判工作和律师工作的意见与建议，对存在的问题和困难研讨解决办法和措施。根据实际工作需要，可以不定期召开专题讨论会、座谈会，及

时通报反映新情况、新问题。

建立业务研讨和学术交流平台。法官和律师的信息不对称，缺乏统一的法律培训，法官协会和律师协会可以就有关法律适用的具体意见、双方共同关心的课题，组织会议培训、专题讲座，邀请有关人员授课。法院在统一具体法律适用等过程中，根据需要可以通过律师协会征询意见，律师协会在制定相关执业规则或业务规范时，根据需要可以听取法院意见。但法官个人应当谢绝律师事务所或律师个人组织的研讨、座谈等活动。

建立资源和信息共享机制。双方的业务资料、刊物、信息除依规定需要保密或不必交流外，都可以通过网络等平台交换、共享。法院的有关刊物资料及律师协会的有关资料相互间实行一期一送。建立重大事项相互通报制度，面对一些突发事件和媒体焦点事件时，法院应及时与律师协会沟通，以便律师协会及时知悉法院的想法和态度。

建立监督机制。建立健全法官与律师之间特定关系、违规交往以及应当回避情况的报告备案制度，试行案件廉政监督卡、律师办案质量监督卡制度。对法官、律师违法、违纪行为的反映和举报，法官协会、律师协会应当及时告知被反映或举报对象的单位、主管部门，由有关部门依照相关规定查处；处理情况相互函告或在联席会议上通报。法官好不好，律师有发言权；律师好不好，法官也有发言权。双方在各自的考核工作中，相互征询意见，并将其作为法官、律师评先评优活动的依据之一。

除上述五项机制之外，今后还可以考虑拓宽律师晋升法官的渠道，欢迎更多有职业操守、经验丰富的律师进入法官队伍。以上是我个人的一些不成熟的看法，欢迎各位同仁批评指正。

我国目前处于深刻的社会转型变革的历史时期，社会矛盾凸显，民众的利益诉求日益多元，人民群众对司法公正寄予了更高的期待，人民群众的司法需求与司法能力相对滞后之间已经产生了矛盾。有些老百姓成了“老不信”，律师一张嘴他就觉得你要说谎，你唯利是图；法官怎么苦口婆心，他都觉得你在作秀，你徇私枉法。这是司法的权威难树，司法的公信力不彰，我们作为法律职业者面临的挑战和机遇、压力和风险都空前巨大。塞林格曾说：一个不成熟男人的标志是他愿意为某种事业英勇的去死，一个成熟男人的标志是他愿意为某种事业卑贱的活着。我与很多志趣相投的同事愿意为我们法治事业美好的明天暂时、哪怕是卑贱的活着。那么，作为法律共同体内，虽然不同呼吸，但终将共命运的律师界同仁们，你们愿意么？！

界限与沟通

(根据发言录音整理)

文 万商天勤(深圳)律师事务所 张志律师



法官和律师作为法律职业共同体的参与者,如果能各守本分,各司其职,严守界限,互相尊重,我相信,法律职业共同体在中国必有大兴之日,中国的法治必有光明的前景。

我在深圳做律师将近20年,与法官交流较多,但以共同举办讲座的形式交流还是第一次。此次讲座,让我们从另外一个角度目睹了中院法官的风采;也印证了此前多年的判断,一是深圳中院法官素质在中国法院系统里是顶尖的,二是法院依然是中国的优秀法律人才的首选之处。在目前的司法体制、工作环境及待遇下,更需要有一批优秀法律人才坚守法官职业。因此请你们坚持,这是广大律师的迫切愿望。法官和律师都怀揣着共同的理想和信念,这是法律职业共同体的核心意义所在。

法官和律师的沟通,必须是界限下的沟通和交流,界限下的共处和共荣。所谓的界限,首先是各自的自持力。法官和律师的关系不是建立在相互需要之上的关系,而是共同知识背景之下特殊法律含义的机制共存,这种关系最后应体现为两个职业群体成员的自持力。自持力包含两个方面,一是认清自我,严守界限;二是有能力控制对方,不越界。总结成四句话就是:“自持其位,各安本分,比若我邻,比若我身”。

所谓“自持其位”,是指明确各自的职责所在,各自的价值核心所在,各自的规则和道德底线所在。“各安本分”,在目前待遇不佳、环境恶劣和压力无度的情况下,更要宠辱不惊,守住个人的独立人格。“比若我邻”,既然同属一个共同体,就应以邻自居、唇亡齿寒,要明白一荣俱荣、一损俱损的道理,不要幸灾乐祸,更不要以邻为壑。有的律师输了官司,不从判决的证据运用、事实认定和法律分析上评价结果,却轻易将责任推到判决不公上;承揽案件往往不从自身经验和能力出发,而从关系出发。当然也存在个别法官不从自身能力、是否公正、是否能够游刃有余地把握庭审节奏和技巧出发反省自己的工作,反而喜欢作势弄权,甚至不能正确理解律师的工作。“比若我身”,相互间换位思考,要常念共同之处,常怀感恩之心。总之,要在界限的基础上构建良性关系,在良性关系基础上去探讨如何沟通。

2008年,我曾带队出访美国,在拉斯维加斯的联邦法院,一位80多岁的老法官接待我们并全程陪同参观。两三个小时的过程中,老人家如数家珍,从审判庭、工作空间到临时的监狱,没有歇一下。到了他的办公室,他邀请了当地的检察官和我们交流,检察官体现出一种极度的尊重,不肯进门,倚在门框上站了整整40分钟,讲述美国的公诉制度,而这位老法官也一直陪同站着。这样一位长者,我设想他坐在法庭上,其所透露的威仪、包容、不可置疑,就是公正的化身,这是法官的威仪。在该法院的大厅里有一面石壁,镌刻着美国联邦法院大法官威廉姆的一段话“The cornerstone of the American judicial system is the trial courts in which witnesses testify,juries deliberate, and justice is done.”我将其翻译为:“法庭审判是美国司法的基石,在这里证据得到询证和检验,基于深思熟虑和谨慎的审理,正义必会彰显”,这就美国法官的座右铭。我颇为感动,作为一名中国律师,希望能在这样的法庭当一次律师,开一次庭。

最近我们司法改革有重启的趋势。我认为,中国的司法变革、司法进步,如果要突破,如果要能前行,必须从法官制度开始。我早在2004就提出促进法官的职业化改革的提案,时隔多年,现状依然如此,但我们还应当一点点的去推动。

关于沟通问题,在刚才界限的基础上,我认为要做到两点:一是律师和法官的工作沟通必须止于堂上;二是情感交流应盛于业界。

关于工作沟通止于堂上。一是庭审过程的仪式化。仪式化的过程是增强肃穆感、庄严感、程序感和公平感的重要方式。出庭律师穿律师袍或正装既是对自己的尊重,更是对法官的尊重。法官和律师还应互相行注目礼。二是法官的专注和儒雅,尊重律师的表达自由。希望法官重视和掌握在审判中与律师及当事人交流的技巧。最具知识涵养的人都最具包容性,能反省自己的不足。所谓“知常

>>下转第16页



法院审判如何实现在每个案件中体现公平正义



个案公正铸就司法权威

文 深圳市中级人民法院 蒋筱熙法官

任何一个案件不只是关系到当事人的切身利益，更重要的是具有标杆、示范、扩展的作用。每一次裁决，既有可能成为司法进步的台阶，也可能更加远离公平正义。

个案的公平正义的重要性，在于个案不仅关涉到案件当事人的利益，也承载着不同社会群体对公正的期待。个案的处理，对于承办法官而言可能只是一次例行公事，但对于案件当事人来说却是一辈子的大事。个案处理好，民众会心悦诚服地信任司法、信服法官。若处理不公，不仅给当事人带来巨大伤害，还将引起社会的极大关注，招致民众的极大反感与敌意，更为重要的是还有可能产生多米诺骨牌效应，摧毁人们对司法的信心，贬损司法的权威。任何一个案件不只是关系到当事人的切身利益，更重要的是具有标杆、示范、扩展的作用。每一次裁决，既有可能成为司法进步的台阶，也可能更加远离公平正义。

司法公正原本就没有绝对性标准，它是主观评价的结果。作出裁判的法官个体、案件的当事人以及社会公众都是评价主体。但这个主观评价只能以实证的法律和客观的司法行为为基础。确保个案公正，在制度设计上，不得不强调要确保严格按照法律的规定，以法律为准绳，确保人民法院依法独立公正办案。使法官能够依法独立审判的同时，让每个个案的判决承担起应有的责任。而要确保法官依法独立办案，必须解决好集体行使审判权与审判行为个别化的矛盾，科学、合理地构建好人民法院内部审判运行机制。

>>上接第15页

容、容乃公、公乃王，王乃天，天乃道，道乃久，没身不殆”。三是律师要提高专业素养，做到专业、尽职。四是结果可预判性。执业多年，我最想得到的判决结果不是赢官司，而是判决结果与我的预期相去不远。公德公理自在人心，我们要仰望星空。而实现结果可预判性的途径是审判独立性、增加当庭宣判，排除干扰。

关于情感交流盛于业界。在情感交流上，要毫无樊篱，毫无界限。一是积极参与和推动法官职业化改革，提升法官的职业尊荣感；二是选拔优秀律师进入法官队伍，

法官的裁决和论证所体现的公平、正义不能有悖于基本的道德情理和社会经验。法官的判决不能仅仅追求裁判结果的正确性，而是要通过裁判体现法律、事理与民情的统一，区别是非惩恶扬善维护正义。论证中要关注参与者情感和行为中所包含的重要的伦理和道德因素。民众由此体会到司法为民宗旨的真实可信，法律的公正与权威，从而就会增强法律意识，愿意通过司法途径解决利益诉求，并且服从司法裁断，无形中增强了司法权威。民众法律意识的增强和服从支持司法的态度，又可以促进司法公正，形成司法与民众的良性互动。

彭宇案是一个典型的例子。彭宇案只不过是因为在特定的历史背景下，当社会信仰和道德底线严重滑坡到岌岌可危的时候，当这个社会最痛的那根神经——人与人之间互相信任、相互救助的社会本能逐渐下滑的时候，又在这只负荷沉重的病骆驼身上添加了“最后一根稻草”。整篇判决最为人所诟病的承办法官依据其个人对社会生活经验认知的“常理”而非中华传统文化所推行认定的“公理”下判，激起了很多时评家的道德责任感。彭宇案的法官适用经验法则完全是事实层面上的判断，而绝非一种价值判断。这是基于其对中国大众通常在此情形下可能产生行为反应的概率进行的一种个体“经验”判断。根据南京市政

实现法律人才有序流动，构建法律职业共同体；三是业务交流应成为常态；四是法官和律师间的评价和管理机制应建立健全。

法官和律师作为法律职业共同体的参与者，如果能各守本分，各司其职，严守界限，互相尊重，我相信，法律职业共同体在中国必有大兴之日，中国的法治必有光明的前景。

最后，写两句话与法官诸君共勉：“吾若铭，循理立信，溯法及源，则斯世之幸；君若衡，执器释义，秉直如是，乃法治之福”。

法委书记刘志伟接受《瞭望》新闻周刊专访时的介绍，南京中院经过二审调查，在南京市公安局指挥中心查找到事发当日双方当事人分别报警时的两份接警登记表，确认了彭宇与徐老太确实相撞的事实，印证了一审法官的推断结论。在二审法院的调解之下，彭宇和徐老太达成了和解协议，由彭宇一次性补偿徐老太1万元。这份一审判决书却遭到极大的诟病。一审法官在裁判文书中所论证的“从常理分析，彭宇与老太太相撞的可能性比较大。如果不是彭宇撞的老太太，他完全不用送她去医院”，实际上挑战了当下为人们所美誉的助人为乐道德观念，这种论证在没有直接证据的情形下，就很难达成群众对司法公正的共识。司法的公正，应该是统筹或整合不同的公正观，让裁判具有可接受性。如果法官的审判行为或裁判结果，既与法律规定或案件事实不符，也有悖于基本的道德情理，有违基本的社会经验和生活常识，最终背离社会公众对公正的感受与认知，这样的行为与结果必然不能满足对个案审判公平、正义的要求。

法官在裁判论证之外的言行是体现公平正义的辅助剂。我所在法院曾有过一次很特殊的信访，当事人是一对老夫妻，诉讼争议的标的也不过是银行是否多收了几百元的利息。但这对老夫妻多次投诉，投诉的内容包括开庭时主审法官看对方当事人的次数比看自己的多等等。这种偏激的投诉现在看来是很可笑，但也反映出当事人对法官个人行为的评价也影响其对案件结果是否裁判公正的认识。一个案件从立案到宣判，法官、书记员、法警与双方当事人及其亲朋好友会接触不少，直接或间接受到群众的监督更广泛，法官的言行举止，务须谨慎小心，光明磊落，堂堂正正，不偏不倚，处处显示“公道、公正”，正所谓“一言也公、一行也正”。

一般而言，程序方面有四个因素是人们判断何谓公正的核心要素，分别是参与机会（发言权）、论证场域中的中立性、权威的可信度以及人们尊严受到尊重的程度。所谓获得尊严的对待和受到尊重，与人们所希望获得的结果并无实质性关联，但人们地位得到认可的重要性，却与冲突的解决和结果的认知存有特殊的关联。作为事实性陈述的司法公正，关涉的是联系。在这个意义上，当事人及代理人、司法者，构成了一个论证共同体。在这一共同体中，所有的论证都应该是允许的，其目标是通过合意建立对公正结果的共识和承认。因此，在审判过程中对当事人的尊重，是帮助法官判决获得认可的助力。

在法律允许的情况下，以适当的审判公开方式让民众感受公平、正义。从传播学角度来看，社会公众一般不会对案件的来龙去脉，特别是司法判断的技术与事实之间的关系进行全面了解、深入研究和专业分析。更多受众只能是根据从媒体获知的零星信息形成感性认知。这就要求媒

体对案件的报道必须客观、理性，而不应带有倾向性，一边倒地支持一方当事人。社会公众甚至选择性地接受案件信息，也是各种社会常见的情形。美国前段时间的齐默尔曼案件的判决也非常典型。美国联邦法官曾说过：我们只负责作出判决而不负责解释判决。但在一个司法权威尚待形成的社会，法院仅仅作出判决是不够的，还可以发挥更大的积极主导作用。大家也注意到了，司法公开目前已经成为法院研究的工作重点之一。通过在法律允许下的公开让社会公众消除对法院审判的神秘性认识，在准确接纳案件信息的同时认同法院裁决的公正性，同时也让审判活动沐浴在“阳光下”。

为了“正人心以靖浮言”，济南中院在依法审理薄熙来案件的同时，也在司法公开方面推出了极具创新性的举措，即利用官方微博全程直播庭审，打出了一套兼具文字、图片、多媒体音视频的审判信息发布组合套路。

我们看到，济南中院在庭审公开方面的这种首试先行，让网友和舆论连声惊呼“出乎意料”。其出乎意料之处首先在于公开的信息量丰富、细节披露到位，充分满足了公众对重大案件审理过程和细节的知情权。信息发布与新闻事件同步，也极大地压缩了不实信息、歪曲信息的传播空间，可以说成功地占据了对相关舆论的绝对主导地位。更具标志性意义的是，此系人民法院首次未借助外力独自完成的信息发布，法院官方微博首次成为重大案件审理信息全面、权威、可靠且颇具现场感的第一信息源，公众实现在第一时间跨越媒体获取资讯。从一个侧面强化了人民法院依法独立公正审理案件的形象，因而颇具符号学意义。此后，又公开对薄案进行了宣判。整个过程有始有终，相对于其他敏感案件，民众的认可度极高。

审判连接着整个社会的神经，裁判案件不仅仅针对某一个具体的个案，而是超越了这个个案，向广大公民宣示法律所认可的行为模式，向社会传达法律公开、公正、公平和公信的信息，通过审判，实现教育人、感染人、引导人，让更多的群众知法、守法、学法、用法，为社会提供一个公正、信服的未来指引。

但我们始终应当意识到，虽然法院是司法活动的主要参与者，但司法公正的实现不是仅靠法院或法官就能完成的，法官绝不是司法过程中孤独的舞者，更不是无所不知无所不能的超人。司法活动本质上属于社会公共活动的一种形式，任何司法活动都是法官、诉讼参与人等依照法律规定的程序协同进行的集体活动。现实表明，实现司法公正的社会使命，不可能仅仅仰仗于法官。所有参与司法活动的人乃至社会公众，在实现司法公正方面都具有不可替代的重要作用。“不畏浮云遮望眼”是我们共同对公平、正义的期待。

法院审判如何实现 每一个案件的公平正义



文 广东瑞霆律师事务所 王丽娜律师

没有个案公正，就没有司法公正，守住个案公正底线，是执法办案的根市，是法官的职业生命，也是对人民群众关切和期待的真诚回应。人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义，法律就能成为全民自觉遵守的规则，法治也就必然成为全民的信仰。

“法官和律师共促司法公正”讲座，为法官及同仁们一起就案件审判工作进行交流提供了一次难得的机会。习近平主席在中央政治局第四次集体学习时强调，要努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义，所有司法机关都要紧紧围绕这个目标来改进工作，重点解决影响司法公正和制约司法能力的深层次问题。所以，法官协会和律师协会共同举办这次讲座，律师和法官一起来探讨如何在审判案件中充分体现公平正义，很及时、很有意义，也很有政治眼光。

我认为，律师代理案件的工作和法官审判案件工作，有一个最大的共同点，就是让案件最大化地还原事实真相，让法律真实尽可能地符合事实真实。法院的审判工作，是当事人最后的法律保障。在这个过程中，体现公平正义尤为重要。公平正义是法院审判工作的重要原则，只有在审判案件中体现出公平正义，才能使法院裁判具有权威性、公信力，才能真正让当事人信服。

我根据自己的认识和体会，就“法院在审判案件中如何体现公平正义”，谈几点想法和建议。不当之处，敬请指教。

要解决“法不可知”与“事实真实”的问题。目前，不少法院在判决案件时，在法律适用上存在着一个问题，就是除了适用法律和司法解释外，还依据地方法院的“审判指导意见”和“会议纪要”。这些“审判指导意见”和“会议纪要”，虽然不见援引，但却在很大程度上影响着案件的审判。这还可以理解和接受，问题的根本在于这些“审判指导意见”和“会议纪要”，既然属于“法律”，那么就应当被天下人所知。可事实是，这些“审判指导意见”和“会议纪要”，别

说老百姓不知道，就是经常出庭的律师都不知道。这岂不是“法不可知”？既然“法不可知”，又何谈公平正义。同时，我国审判工作的基本原则是“以事实为依据，以法律为准绳”。这里的事实，即是事实真实。法律真实，需要用证据来证明，然而，有时候证据证明的却并不是事实真实，而是“证伪”。或许法官们会说，我们审理案件，总要用证据来证明“事实”啊，我们认证据有错吗？用证据说话固然不错，但问题在于，现实生活并不那么简单。有些事实无法用证据来证明，有些证据证明的并不是真实的。我认为，对法院来说，案件的审判工作就是要让法律真实尽量符合事实真实。从根本上来说，我们还是应当坚持以“事实”为依据，而不是简单地以证据为依据，不能“唯证据论”。当然，这是一件十分困难的事情，没有较高的能力和素养难以做到，但这也正是法官的价值和责任。因此法院在审判案件过程中，应当十分认真仔细严密审慎地对案件事实和证据进行梳理和审理，以得出最合理合法的审判结论。

要切实解决错案纠正难，责任追究难的“两难”现象。现在司法系统，普遍存在“两难”现象。错案纠正难的原因主要有三个方面。一是漠视人民群众的利益。纠与不纠，于己无关，多一事不如少一事，不愿对发现的过错案件进行纠正；二是怕影响单位形象和领导政绩。认为错案已成事实，再来纠正，会损害单位名誉和形象，影响领导政绩，对错案纠正存在抵触情形，大多采取变通的方式如对当事人进行经济补偿来解决（这种现象在刑事错案较多）；三是由于涉及到地方利益或领导意志，纠错难度较大（这种情况在民商事、行政错案中较为突出）。

责任人员追责难的原因很多。从总体上看，我国对执法过错责任追究的大环境不够理想（譬如其他许多行政执法部门发生责任事件后也都没有得到应有的责任追究）。从政法部门而言，客观上，有些过错案件发生的原因较为复杂，过错责任确实难以区分、落实，使得追责困难。但同时，一些政法部门的领导在追究执法过错责任时怕得罪人，既担心追究过错责任会影响干部的工作积极性，又因为要追责的一些人是自己的同事、部下，想给予照顾，不想追究。一些政法部门的领导，怕追究执法过错，会对本单位、本部门造成不良影响。还有的政法部门领导，则出于从众心理，敷衍了事，导致执法过错责任追究流于形式。

“有错必纠”是依法治国基本国策的必然要求，政法部门必须以事实为依据，以法律为准绳，严格纠正过错案件。特别是对那些涉及当事人切身利益，又不断上访的案件，必须及时依法严格纠正。对一些涉及地方利益、地方保护主义问题突出的案件，可以由上级政法部门直接依程序进行纠正和追责，打破地方利益的杯葛。对一些历史遗留问题或因历史原因导致的过错案件，纠正或改判确无实际意义的，在取得当事人谅解和同意的情况下，应真诚地向当事人承认过错，通过经济赔偿等方法，取得法律效果、社会效果、政治效果的统一。对一些案件中存在的一般性瑕疵和差错，要尽可能予以弥补，维护法制的严肃性。

司法机关对发现的过错责任，必须实事求是，依法依规，严肃追究过错案件责任人员的责任。对负有责任的政法部门领导，也要按照规定严肃处理，做到不诿过、不宽宥。通过严格追责，对执法过错者必要的惩戒，扭转执法过错责任追究不力的不良局面，促进执法人员的执法能力与水平，从根本上减少执法过错的产生。

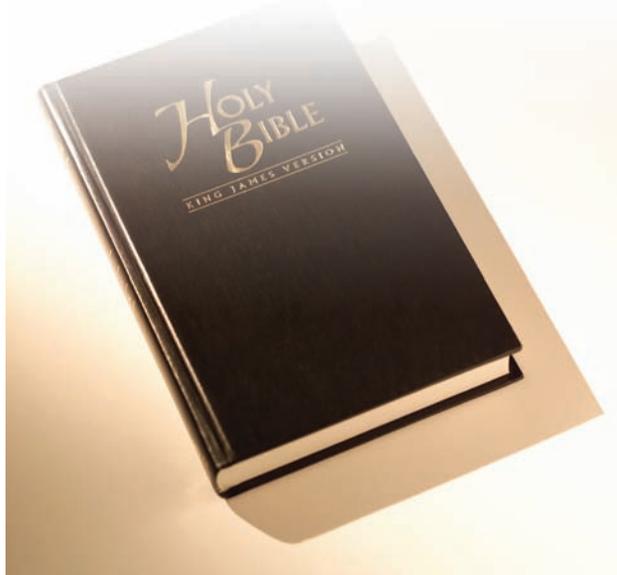
要提高律师的法律地位和作用。律师是社会主义法治建设的重要参与者，是社会主义法律制度中的重要成员。律师的地位和作用，体现了一个国家民主法治文明的程度。改革开放以来，我国律师的地位与作用有了很大的提升与体现，也是我国不断推出民主法治建设的重要表现，为我国经济、社会的发展做出了很大的贡献。但实事求是地来看，到目前为止，我国律师的地位还不是很高的，作用的发挥也不是太好。主要表现在律师法规定的律师的权利没有得到充分的保障和体现、在办理刑事案件的过程中，控辩双方的地位不平等、律师提供的有利于辩护当事人的证据和言辞不被法官重视，甚至弃之不顾、社会在一定程度上存在对律师的偏见等等。这些情况的存在，使得律师不能很好的履行法律赋予的权利，发挥律师在司法活动中应有的作用，极有可能导致

司法不公现象的产生。从我国目前的情况来看，要让律师真正履行好职责；发挥好作用，首要的就要切实落实好律师法的有关规定，保证律师在司法活动中的履行各项权利，提高律师在司法活动中的地位，真正起到律师在保护当事人应有利益方面的作用，促进司法公正。

要切实保障法官的身份和工资待遇。到目前为止，我们的国家和社会对法官还不够尊重、不够信任，国家对司法机关、司法人员实行一般的行政管理体制，等同于一般的公务员序列，系统本身对法官的教育、培养一般化，甚至庸俗化，使得整个司法系统缺少一种崇高、正气、敬业、为民的氛围。我国现行的法官制度还相当不完善，尽管有一部法官组织法，但不少问题尚未解决。要借鉴先进国家对法官工资、身份等的保障制度，给法官以优厚的待遇、终身的职位保障、崇高的社会地位。

要解决法官的职业自豪感问题。法官是令人尊敬的职业。要培养法官的职业自豪感，使之内心有一种对职业的敬重与敬畏，从而用极致的心态来做好本职工作。职业自豪感不是傲慢、偏见和自以为是，相反，要靠谦逊、敬业和善纳良言来支撑，还要以经年累月所坚持的公平正义来培育，使得法官在审理案件过程中，秉持公正，用好法律，弘扬正义。只有法官的价值得到社会的高度认可，全社会都崇尚法律，崇尚法治，国家的民主法治建设才能迈上更高的台阶。

总之，没有个案公正，就没有司法公正，守住个案公正底线，是执法办案的根本，是法官的职业生命，也是对人民群众关切和期待的真诚回应。人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义，法律就能成为全民自觉遵守的规则，法治也就必然成为全民的信仰。





一个律师（法官）心中良好的法官（律师）的形象



法官心中的好律师形象

文 深圳市中级人民法院 翟墨法官

法律纠纷在本质上是人之间的矛盾冲突，而人与人之间矛盾冲突的化解，除了要靠法律作为准绳之外，还要靠相互之间的理解、尊重，甚至不时的换位思考。以我在庭审中的观察而言，好的律师在阐述自己法律观点的时候，除了尽力说服法官之外，也会适当照顾对方当事人心理接受能力。而一些经验欠缺的律师，有时只顾阐述自己的观点，完全不考虑对方当事人的感受，其结果有时不但激化了双方当事人之间的矛盾，甚至使双方当事人之间的矛盾转变为当事人对律师的仇恨。我认为，我们法律人的使命之一还是要帮助陷入法律纷争的当事人化解矛盾、解决纷争，而不是激化矛盾，甚至制造新的矛盾和仇恨。

对于这个题目，我的第一反应是对照一下什么是好法官？我认为，对于一个法官而言，如果能够完全做到法官法的各项要求，就是一个基本称职的法官；如果能够完全做到法官职业道德基本准则的各项要求，就基本上可以称为一个好法官。我也阅读过律师法和全国律师协会起草的律师职业道德和执业纪律规范，我同样认为，一个能够完全做到律师法规定的各项要求的律师就是一个称职的律师；而一个能够完全做到律师职业道德和执业纪律规范的律师就是一个好律师。

我认为，我们今天关注的不是“什么是好律师”的问题，而是“什么是法官心中的好律师”？这是两个不完全相同的问题，因为处于不同位置的人的关注点必然有所差异。法官心中的好律师标准不可避免的有法官的利益关切，但律师实际上不可能也没有必要完全满足法官的全部利益关切。因为律师不但要考虑法官的关注点，更要考虑委托人的利益关切、合作伙伴的利益关切、甚至自身形象塑造的利益关切。因此，法官心中的好律师标准，对律师而言可以是一个参考标准，但并不是一个绝对标准。

一个好律师首先是一个具有法治信仰，同时又能够客观看待法治发展进程的律师。我认为，具有法治信仰最重要的一个体现就是尊重规则、遵守规则。我们知道，法律是一套规则系统，律师维护客户利益，主

要是依靠其对这套规则系统的专业熟悉度，帮助客户争取最大限度的合法利益。如果律师为了给客户争取更大利益，采取突破法律规则的办法或者建议委托人采取突破法律规则的办法，可能很难赢得多数法官的认同。例如，在民事诉讼中，有个别律师存在鼓励或者暗示其客户通过信访、闹访的方式向法院施压，以期获得超出法定权利的利益。我认为，作为一个法律人，最大的比较优势就是对法律专业知识的掌握，若一个案件的胜负要由当事人闹访的激烈程度决定，那么我们法律人的存在价值就会大打折扣。长此以往，当事人对律师的需求也会大幅降低。因此，希望律师在和委托人的交流中能够更多的向当事人传递规则意识、灌输法治信仰。实际上，公民法治信仰的养成不但是我们国家、社会进步发展的必要要求，也是我们每个法律人得以一展所长的根基所在。

法治发展需要一个过程，不可能一步到位。许多律师界的朋友很多都有着自己的法治抱负和法治理想，这对促进我们国家的法治建设非常重要。但我们也注意到，个别律师还是会有一些急躁心理，经常在某些场合抱怨现实的法治状况、法治环境。这其实是爱之越深、责之越切的表现。良好的司法环境的一个重要标志，就是司法具有应有的地位和权威，而司法环境的改善不但需要法官的自身努力，也需要律师

的理解、支持。我们希望，律师在日常工作中可以向委托人和公众传递更多有利于司法权威和司法公信确立的正能量。而不要在遭遇败诉或者遇到和自己观点相左的司法判决时，一味归咎于法院。司法的一个重要特征就是有其自身的纠错机制，一审败诉，可以上诉；二审败诉，可以申请再审；再审败诉还可以申请检察监督。实际上，对于很多法律问题的判断也是见仁见智，我们每个人都无法保证自己的法律见解就是绝对正确的。因此，一个好律师，应该也是一个可以客观看待法律观点分歧的律师，一个能够理解司法规律、客观看待法治发展进程的律师。

一个好律师应当具有较强的责任心和较为精湛的专业技艺。以我从事的二审民事案件审判工作来看，律师的职业态度差异还是比较明显的。例如，在二审审理时，我们都会要求被上诉人就上诉人提出的上诉主张和上诉理由发表答辩意见，有些被上诉人的代理律师的答辩意见往往就是一句：“一审法院认定事实清楚、适用法律正确，请求二审法院驳回上诉，维持原判。”我认为，这种答辩意见显然不是一个专业技艺问题，而是一个职业态度问题。我相信一个对客户负责，有责任心，好律师一定不会作出这样的答辩，其一定会针对上诉人的上诉主张和上诉理由逐一加以反驳。再如，在二审审理时，我们通常会要求诉辩双方明确对原审查明事实部分是否存在异议，有一些律师直到法官问到这个问题时才开始阅读原审判决的事实认定部分，其在仓促之间发表的意见显然很难做到专业、到位。

就律师的诉讼业务而言，我觉得，一个律师要想帮助委托人获胜，最重要的一个能力就是说服能力，说服法官接受其法律意见的能力。一个好的律师必然具有强大的说服法官的能力。而这个能力可能也是律师需要重点掌握的一项司法技艺。那么，好律师的司法技艺体现在哪里？我认为主要体现在对法官庭审思路和裁判思路的理解程度上。我们仍以二审应诉答辩为例，一个好的律师，在拿到一份一审判决和对方当事人的上诉状后，一定会对法官在二审审理过程中的审理思路和关注重点有所预判和准备。如：二审法官的询问逻辑是什么样的？哪些问题是二审法官必然问到的？对方当事人在上诉状中对原审判决发动的攻击，哪些是无足轻重的？哪些则可能构成致命打击？原审判决认定的要件事实在证据链上哪些存在薄弱环节？对法律关系的定性是否准确？适用的法律、司法解释有无更新，是否正确？一个好的律师，在参加二审庭审前，一定会对这些问题做好充分准备。而之所以会做这些准备，除了敬业态度之外，一定是对法官的思维方式、关注重点、甚至阅读偏好有所研究。中国有句老话，叫做知己知彼，百战不

殆。上文提到，一个好的律师往往会关注法官的阅读偏好。我们知道，目前中国的立法有一个特点就是宜粗不宜细，因此在具体的法律理解适用时经常出现这样那样的分歧，这就需要最高法院通过司法解释加以明确。目前最高法院为了加深法官对新出台的法律、司法解释的理解，往往会组织业务骨干对这些新的法律、司法解释撰写一些法律释义书籍。这些法律释义书籍显然是目前我国法官的重要知识来源之一。而一个好的律师通常会与法官具有更为接近的知识背景和专业技艺，这也会在一定程度上提高律师对法院裁判预测的精准度。

好律师应当懂得换位思考、善于化解纷争。一般来说，对于法官而言，开展司法工作的目的主要有两个：一是维护法律秩序；二是化解矛盾纠纷。而对于律师而言，其工作最主要的目的可能就是帮助委托人实现合法权益最大化。虽然看上去法官的工作目标和律师的工作目标并不相同，但二者在多数情况下并不矛盾。

法律纠纷在本质上是人与人之间的矛盾冲突，而人与人之间矛盾冲突的化解，除了要靠法律作为准绳之外，还要靠相互之间的理解、尊重，甚至不时的换位思考。以我在庭审中的观察而言，好的律师在阐述自己法律观点的时候，除了尽力说服法官之外，也会适当照顾对方当事人的心理接受能力。而一些经验欠缺的律师，有时只顾阐述自己的观点，完全不考虑对方当事人的感受，其结果有时不但激化了双方当事人之间的矛盾，甚至使双方当事人之间的矛盾转变为当事人对律师的仇恨。我认为，我们法律人的使命之一还是要帮助陷入法律纷争的当事人化解矛盾、解决纷争，而不是激化矛盾，甚至制造新的矛盾和仇恨。

实际上，如果设身处地为委托人考虑，只要不是原则问题，有时确实是冤家宜解不宜结。当事人在矛盾冲突时往往不是特别理性，经常是双方当事人的权利期待都会超出其法定权利范围，如夫妻总计拥有100万的共同财产，丈夫和妻子常常同样觉得自己对家庭的付出更多，双方都想分得70万元以上的财产。这时就需要我们法律人帮助他们恢复理智、恢复判断能力，特别是民事案件，有时当事人由于之前的冲突较为激烈，往往习惯将注意力过于集中到眼前案件的分毫得失，缺乏长远的眼光，甚至完全忽略了诉讼对抗本身对自己工作生活甚至心情的影响。这时，若律师可以帮助委托人仔细考量哪些是已经发生、不可挽回的沉没成本，哪些是执着于眼前纷争可能牺牲的时间、精力成本，或许会帮助当事人赢得退一步之后的海阔天空，这也就意味着其诉讼的基本目的实现了，我认为，这也是律师为客户提供法律服务的一个重要价值体现。

法官是帝国的王侯

文 广东经天律师事务所 杜艳芝律师



我心目中的理想法官就是有法治的理想，有职业的自豪。有了这两点，就必须耐得住寂寞，受得了清贫，将来我们的法官也一样会被人们永远记住：“除了法律，他们别无所崇；除了良知，他们别无指引；除了正义，他们别无所求”。

我想过当记者，当老师，当律师，但是没有想过当法官。我没有胆量当法官。

当我在《美国宪政历程》中读到“马伯里诉麦迪逊”案中马歇尔法官作出的巧妙裁决，看到阿姆斯特丹电影中法官解放黑奴的判决所表现的勇气，我自认奋斗一生也无法达到这样的境界、具有这样的智慧，也无法写出这样逻辑严密、振聋发聩的华美判决。

托克维尔在《论美国的民主》中写道：“联邦的安定、繁荣和生存全身系于七位联邦法官之手，没有他们，宪法只是一纸空文。”美国今天的强大被很多人公认为其中一个主要原因就是由法官们创造了一个优秀的制度，也因此法官在美国历史的发展过程中扮演着不可替代的十分重要的角色，他们的判决可以决定美国的历史走向，可以决定上至总统、下至贫民的命运。法律是法律帝国的首都，法官是帝国的王侯。

而我们的法官面对的却是怎样的现实情况呢？

网上随手可以打开的一份“法官犯罪的报告”，报道了当年武汉法院系统法官涉案的数据。从2002年至2003年6月一年半时间里，湖北检察机关共立案查办涉嫌职务犯罪的法官91人，报告的结论是“法官犯法现象态势严峻”。在2013年5月出版的《财经》中刊登了一份“法官腐败报告”，汇集了200个法官腐败案例，当中既有昔日位高权重的最高法院原副院长，也有籍籍无名的普通法官助理，该报告称法官违法违纪率约为2%至5%之间。

在深圳市中级人民法院走群众路线到深圳市律师协会听取律师意见时，我发表了关于法院安检问题的拙见。我认为，法院既然是人民的法院，就不应该防民像防贼，老百姓一进门，已被推到了被提防的那方。但看看湖南永州发生的冲锋枪扫射法官导致在场法官三死三伤事件；广西梧州6名法官被泼硫酸，造成包括该院长在内的2名法官重

伤；云梦一个房地产商对执行法官的拘禁殴打，也许，法院戒备森严完全是出于基本的安全需要。除了人身风险，基层法官超负荷的工作量更让他们苦不堪言，而与其完全不对等的超低待遇，由此引起近年流失的法官人数可曰巨大，以至于有不少法院要强制留人，而法官冯缤穿法袍拦车喊冤的闹剧恐怕是前无古人、后无来者。因此要得出法官是弱势群体的结论似乎也算有据可依。

当今社会现实给了我们这样一个概念，在中国，当一名法官真的很难，真的很累，高风险、高负荷、高附属，别说权威，连尊严有时都无法保证。法官的尊严代表一个国家法律的尊严，从某种意义上来说也就是这个国家的尊严，而当整个法官群体都在面临尊严危机的时候，我们还剩下什么？

同样为法官，美国、欧洲与我们这种天壤之别的际遇一直纠缠我去寻找答案。我们的现实真的这么悲观吗？研究显示人类的智商和智慧大同小异，中西方法律传统却为何大相径庭。许慎在《说文》中解释法字的原意是“平之如水”，“去除不公”，西方古代正义之神是一手持天平，象征着依法裁断的公平；一手持宝剑，表示对恶行决不姑息。中国的“平之如水”与西方女神手中的“天平”完全同样地反应了中西文明中法律理念在缘起时期的相同，即法律对公平正义的维护和追求。

循着这样的思路，我去寻找别国司法权威树立的路径，发现即使被认定为具有全世界最先进法律机器的美国在某种程度上也经历过我们的今天。

在美国最著名、最受人尊敬的马歇尔担任美国联邦最高法院法官之前，美国最高法院可说籍籍无名，无权无势。六个第一任首席大法官只到任了四个，一个不屑一顾直接拒绝，一个叫约翰·杰伊的人给当时的总统亚当斯写信说，在最高法院缺陷的制度下，大法官缺乏活力、分量和尊严。当时的美国最高法院屈居在国会大厦的一个小房

间里，有人说：“一个陌生人在国会大厦黑暗的通道上转上一个星期，恐怕也无法找到这个管理着美利坚合众国司法机构的偏僻角落”。实际上美国的官员和人民，也不是一开始就“听法院的话”。在上世纪五十年代种族隔离的时候，美国最高法院判令取消校园种族隔离措施，但在南方各州都受到抵制，以至于在极端的阿肯色州小石城，是由美国总统发号施令让军队强制护送九名黑人学生入学。但是到2000年的“布什诉戈尔案”时，美国因总统选票争议发生危机，结果是最高法院大法官“选”总统。尽管民主党总统候选人戈尔心里一百个不服气，背后还有赢得多数普选票的民意撑腰，但最后不得不宣布竞选失败。他们没有在白宫门前舞刀弄枪，而是在法庭上唇枪舌剑，由最高法院解决选票纷争，决定总统归属，这是多少司法界人士梦寐以求的。

而读过美国法制史的人都知道，全世界都少有的美国这种绝对的司法权威也不是一蹴而就、一日练成，甚或一步登天的，而是由一个个的大法官，判出的一个个经典案例所累积起来的。不用说尽人皆知的马伯里诉麦迪逊案件由马歇尔法官确立了最高法院的最高权利；1824年吉本斯诉奥格登案件确立和扩大了联邦贸易的自由和流动，引领着美国各行业健康发展；阿姆斯达号由美国法官，当然还有律师的参与，将黑人宣告为人，从美国的烧国旗案件，到今年六月宣示联邦同性恋婚姻的合法，美国的大法官所判决的一系列影响巨大的案件赢得了民众的尊重和服从，因此确立了最高法院绝对权威的地位。无论对错，美国人民有一句名言就是“一旦陪审团作出裁决”，即便全美国人民都知道辛普森杀妻，但美国法院为了维护程序正义所作的所谓错误判决却可以让其三亿民众不得不心服口服。在美国历次民意测验中，法官的可信度和受尊敬的程度总是高居榜首，远在总统和国会议员之上，相比我们最高法院的报告经常在人大会议上颤颤悠悠侥幸过关实在令人深省。

是我们所处的时代出问题了吗？现实有时让人懊恼，但心永远憧憬着未来。对于所有的法官来说，其实我们已经处在了历史的最好关头，历史上再也不会有今天的机

遇。我们今天比美国需要用宪兵执行判决时已经好了很多，我们历史上也有过铁面无私的包拯和断案如神的狄仁杰，在全球化带来的白热化竞争的现实下，人类直觉般的智慧一定会引领我们最终走向依法治国的选择，而最近薄熙来案件的审判法官已经受到如明星般的追捧。无与伦比的历史机遇让我们心中对法官充满期望。今年美国一位大法官在回答最高法院法官何帆的问题寄语中国法官时说：“实现公正是人类的理想，所以，任何社会都需要法官。我们这个职业很神圣，也很艰难。有时必须忍受孤独，甘于寂寞。我们都致力于建立一个法治国家。建立法治也非易事，得靠广大人民的理解和接受，才能把法治延续下去。所以，我们的工作永无穷期，有时还得‘走两步，退一步’。但是，我们必须坚持下去。不屈不挠，永不妥协。”学者张志铭说过一句话，“如果说法治就是法律的统治，那么所谓的法律统治，又可以恰当地被归结为作为法律家的法律职业者的统治”。

中国梦，法治是保障；而法治梦，法官是承载。作为法律工作重要、甚至是最重要的参与者，法官对于推动法治发展承担了重要的责任。而法官们如何来承担历史赋予他们的重任，他们自己是这样说的。淡名利，一槌谨匡正义；安清贫，两袖笑揽清风。公以至仁、正以尽义、廉以树威、明以立信。名利如水，必须耐得住清贫寂寞；判重如山，须经得起历史检验。这就是我们法官的追求。确实，我心目中的理想法官就是有法治的理想，有职业自豪。有了这两点，就必耐得住寂寞，受得了清贫，将来我们的法官也一样会被人们永远记住：“除了法律，他们别无所崇；除了良知，他们别无指引；除了正义，他们别无所求”。

在这个依靠法治可以推动历史前行的时代，在这个可以依靠法官创造历史、建立和谐、增强包容和大爱的时代，我真的有些遗憾，没能成为一名法官；但也是幸运的，因为我成了与法官有共同追求的律师，在法官所作出的每一宗伟大的判决中，都必定有一个不凡律师的身影。我遗憾没有成为一名法官，但我骄傲，与法官成为一个共同体，同为法律人。



浅析建筑工程项目若干法律问题

文 北京市君泰（深圳）律师事务所 江祚穆

本文以帮助建筑施工单位全面防控建筑工程项目合同风险、提供融资法律服务、促进提高建筑总包单位投资收益为原则，提出综合法律服务工作方案纲要，希望供广大施工企业参考使用，抛砖引玉，不当之处请指正。

合同风险防控、投融资、不良债权处理、项目综合风险管理问题

合同风险防控。建筑市场是业主占优势的买方市场，因而在建筑工程招标投标阶段，业主往往在招标文件中采取压缩工期、降低价款的方式，迫使建筑企业低价投标；在合同签订签署阶段，业主通过工程专项合同，在工期、造价、质量、安全、付款期限、签证索赔、分包等方面约定严苛条款，并尽力减轻业主违约责任，加重建筑企业的违约责任。从合同签订阶段遭受业主的不公平压价，造成建筑企业竞相压价投标、中标单位微利甚至亏损经营，这是建筑企业的先天弱势。

合同履行管理粗放。建筑施工合同是一个大型合同，其履行涉及工作面广（信贷投资方、分包单位及专业分包单位、业主、行政审批机关等）、工程量大（建筑面积数万或者数十万平方米）、工程造价高（工程款数以亿计）、工期长（总工期一年或以上）的特点，影响工程进程的不确定因素多。目前，多数建筑企业不注重合同履行过程管理，未能充分利用合同约定的有利条件，比如工料机涨价调差、工程款支付严重延迟从而停工、经营严重亏损压力等，选择适当时机，开展有利有理有节的沟通谈判，争取施工单位合法权益最大化。

除此之外，合同履行管理的粗放，导致实时收集证据工作没有认真落实，即完成了约定工程但没有证据证明，从而影响了建筑施工单位合法权益实现；合同履行粗放所造成的另外一个问题是潜在隐患多，即在合同履行中建筑企业多处违约而不知且业主隐而不发，待竣工验收后工程款结算时，业主主张建筑企业违约，要求赔偿损失，实行秋后算账。这些现象在建筑行业屡见不鲜。

合同外签证索赔难。工程签证一般是由于合同签订时无法约定、无法预见的设计变更、工程变更等因素导致的合同约定范围外施工所引起的，实际上是一个小型的补

充协议。大多数建筑企业缺乏依法办事的观念，往往在实际发生工程变更时候，没有征得业主授权代表的签章同意文件，就开始施工，事后也没有及时补充完善有关手续，导致证据不全；由于法律意识淡薄，没有依据合同约定，按照约定程序、在约定期限内提出索赔，导致索赔权的丧失。签证索赔是建筑工程中一个重点难点问题，没有良好的法律管理意识和技巧，很难保证建筑企业的合法利益完全实现。

投融资风险。垫资施工导致资金缺口大。垫资施工在建筑行业是惯例，这对建筑企业意味着长期承担大宗建材成本和人工的费用；工程竣工验收后，业主往往以各种理由推迟结算，这也会造成施工单位的资金紧张。在目前的行业环境下，建筑企业的投资—产出的时间跨度较长，耗费的投入资金数量多，资金缺口大。

专业施工设备昂贵，融资需求大。大型的建筑企业，专业施工机器设备动辄上百上千万，占了其成本的很大一部分。专业分包中的专项设备，也比较昂贵。大型建筑企业需要花费大量的资金购买搅拌机、塔吊、起重机、打桩机等专业设备，这些投资需要通过长期的折旧才能收回，所以造成了财务上的高负债率，也减少了建筑企业流动资金。

不良债权处理。由于楼盘烂尾、房屋全部预售完毕、胜诉无可执行财产等原因，业主无力偿还工程款，往往会导致建筑企业形成不良债权，导致资金回流困难。由于建筑企业往往不具备专业的不良资产清收的人员和技能，导致其合法权益难以实现。

项目综合风险。项目综合风险是指由于施工现场和项目管理中心之间欠缺分级处理合同管理、投融资、不良资产处理等法律问题机制而导致管理中心对全局性法律风险无法实行有效掌控的风险。每一个建筑项目的涉及面都较广，如果施工现场工作人员缺乏法律观念或者法律意识，将不能建立识别风险、初步处理、反馈、决策解决等综合风险处理机制，管理中心无法实时掌控整个项目的法律风险，也就无法利用有利时机计时收集证据、开展谈判、争取权利，与业主博弈时就会处于劣势。

建筑工程项目综合法律工作方案

全面防控合同风险。全面防控合同风险，是指法律服务覆盖每个工程项目的时问纵线和业务横线，不留死角。工程项目的时问纵线是指从设计到监理、招投标、合同签订、合同履行（施工、审计等）前后相续之业务流程。工程的业务横线是指工程量（工作量）、工期、造价（费用）、质量等贯穿任何一项业务的四大关键因素。通过控制工程项目纵横两线上的法律风险点，可以确保合同风险控制工作覆盖每一项业务的关键工作，没有遗漏。

整合资源，购买专业的融资法律服务和不良债权处置服务。由于施工企业存在较大的融资需求，建筑企业需要高效便捷安全的投融资法律服务，这需要法律工作的深度介入；同时，施工企业应及时处理建筑不良资产（债权），做好诉讼清收工作，确保合法利益最大化。施工企业一般在这两个领域均无专业优势和特长，因而必须聘请专业的法律服务团队提供服务。

设计、监理、施工招投标法律服务。根据《招标投标法》及有关法律法规规定，大型工程项目的设计、监理、施工均需进行公开招投标。施工单位法律工作应紧扣2013版《建筑工程工程量清单计价规范》，编制高质量投标文件，严格审核各项工作的招标范围、计价方式、投标方式、审核招标答疑等保证文件、评标标准等法律文件。

落实施工合同管理工作。根据中标通知书，施工企业应聘请专业律师团队参与起草、修改施工合同并参与合同谈判。或者根据业主提供的合同文本，聘请律师深入分析对施工企业不利不公平条款，提出解决方案，参与合同谈判并提出修改意见，最大限度维护建筑企业的合法权益。

律师介入合同修改、谈判工作尤其必要。建筑企业普遍反映与业主谈判中处于劣势，不得不接受不平等条款。但实际情况并非如此。业主一般都会聘请专业的律师审核合同，业主会视自身情况设置对己有利条款。与之相反，

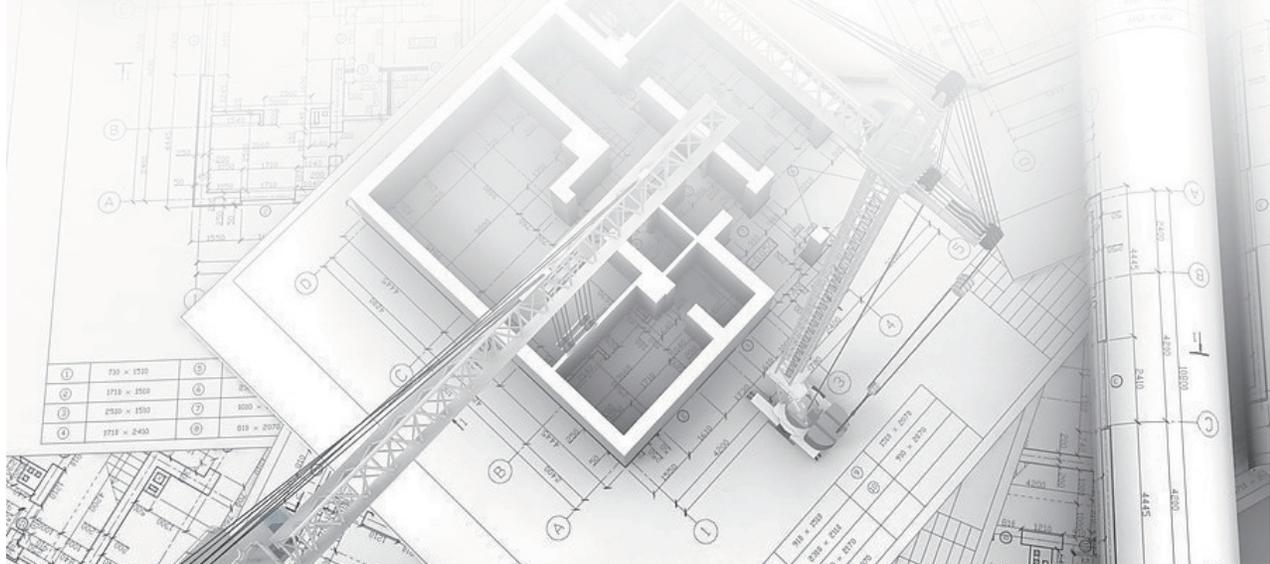
建筑企业往往不重视合同签订前的法律工作，很多项目经理甚至在签订合同前都没有看过合同文本，没有认真分析合同的结构，没有明确各自的权利和义务的情况，没有识别和防范合同内设陷阱，中标的胜利情绪主宰大脑，导致其不能冷静及时处理重要的细节，匆忙签订合同，为日后履行和协调埋下隐患。对于非常不合理的条款，如果经签订前进行法律审查，是完全可以经协调解决的，业主并不存在压迫的权力。可见，在一定程度上是建筑企业自己放弃了合同签订前的协商的机会，而不是开发商强迫建筑企业签订不平等合同，建筑企业后知后觉便大呼不平等，是由于忽视法律风险管理工作而造成的。

在合同签订阶段，施工企业可针对施工合同出具专门法律意见书，分析双方权利义务的整体结构，重点提示施工企业不同阶段可行使的重要权利、应承担的重大义务以及合同相对方在不同阶段享有的重要权利，应承担的重大义务，在合适的时机提出工料机调差方案，令施工企业在签订合同之前做到知己知彼，不授权柄于人。

合同签订以后，施工企业可对合同中不同阶段的法律风险点，制定详细的法律风险控制方案，组织建筑企业相关工作人员进行集中培训，增强建筑企业相关工作人员识别、排除法律风险的能力，确保合同履行中最大限度的组织各种力量维护建筑企业的合法权益。

除了组织建筑企业相关工作人员培训外，仍应聘请专业的法律服务团队落实法律风险防控职责，由法律服务团队密切跟进工程进展，预先提示重要工作环节的法律风险，并指导建筑企业相关工作人员采取有效措施，以合法手段维护建筑企业利益，及时收集保存有利证据，重点做好工料机调差方案和签证索赔工作，扎扎实实做好风险防控工作。

防控行政审批风险。大型的建筑工程涉及的行政审批业务繁多，规划国土、住建、消防公安、水电公司等部



门，鉴于施工单位系专业的建筑企业，业主惯于将行政审批事务委托施工单位协调办理，所以需要专业的法律服务协助办理行政审批业务，促进工程顺利推进。

由于大型的建筑企业一般作为建筑工程总承包投标工程，但是业主有时也会根据项目的特点，指定专业分包单位。总包单位也会视项目情况，将非主体工程部分分包出去。作为总承包方，由于专业分包及分包单位违约造成整个工程质量、工期、造价等方面违约或损失，一般仍由总承包方向业主承担责任。所以，一定要利用完善的合同约定，加强对分包单位的管理，免得总包单位受分包单位牵连，对业主承担不必要的违约责任。通过加重分包方违约责任及其赔偿范围，可以有效防范分包单位违约连累总包单位的风险。

协调有关金融机构提供建设工程信贷、协调金融租赁公司提供融资租赁设备。基于建设工程融资金量大，资金周转的需要，施工单位可以根据不同业务需要，聘请专业律师提供法律服务，协调银行、信托公司、资产管理公司提供建设工程项目所必需的融资额度，确保优先安排项目投资，保证项目施工顺利推进。

建设工程项目中许多重要的机器设备价格昂贵，一次性付款将会造成严重的现金流压力和高负债比。对于建筑行业，专业分包涉及许多重要的安装设备，其造价也非常昂贵，一次性支付价款也会造成资金压力。施工企业可利用法律服务方客户资源优势，协调融资租赁公司或专业租赁公司为建筑企业提供高效便捷的融资服务，促进多方共赢。

不良债权（资产）处置服务、债权（资产）转让。解决此问题可以充分发挥律师事务所在不良资产诉讼和执行领域的特长及经验，为施工单位制定严密的诉讼策略、执行策略，为建筑企业不良债权的清收做工作。如果建筑企业为了变现，需要转让不良债权（资产），聘请律师事务所发挥建筑和资产管理方面的服务优势，提供渠道，达成建筑企业与资产管理公司合作，帮助建筑企业获得较高的转让价格。

建筑企业存量的债权，包括因商品、劳务或资产交易形成的债权；因企业集团内部往来、投资形成的债权；因企业借款形成的债权；企业其他应收款及其他权益类资产等债权，可根据建筑企业的债权类型，结合资产管理公司或其他保理公司的业务类型，聘请专业法律服务机构提供中间服务，为建筑企业提前实现债权，盘活资金。

施工单位项目法律工作方式应从点到线再到面，因而应全面排查建筑工程项目合同管理、投融资、不良资产处置中的法律风险点，制定落实体系化的工作方案。不但如此，施工企业应熟悉业主和金融机构的业务模式和行为方式，能正确预见相对方制造法律风险的手法及措施，采取有针对性的预防措施，帮助建筑企业知己知彼，百战不

殆。如果施工企业在某方面不具有专业优势，应及时聘请法律服务团队，为其提供专业服务。

建立法律工作协同机制。为了克服项目综合风险，首先要在施工现场和项目管理中心之间建立起完善的信息反馈工作机制；其次是要对施工现场的初级管理人员进行分类培训，使其熟悉与自身施工业务有关的法律知识，能够准确识别、及时处理、反馈有关法律问题，熟练掌握处理简单法律问题技能，减少管理中心法律工作压力；再次是要加强对项目管理层的法律培训，让其熟悉项目管理中法律权利义务博弈的方式方法，树立法律风险防控意识，将风险防控工作与具体业务有机结合；然后是聘请优秀的法律服务团队，利用法律专家的经验 and 知识培训职工、增强项目风险管理能力；最后是建立良好的信息沟通渠道，积极采用微信、电子邮件、协同信息管理系统等工具，减少信息不对称，提高沟通效率。

选聘法律服务团队的参考标准

施工企业的法律服务是综合性的系统工程，法律服务提供方的团队协作、沟通协调能力、管理效率也是决定工作效果的重大因素。建议施工企业选聘法律服务团队参考以下标准：

法律服务团队应知识结构合理，成员专业特长各有优势，兼具沉稳与活力，才能胜任建筑工程与金融的法律服务工作。大体说来应在金融服务领域、房地产领域具有丰富的的工作经验；有企业从事大型建筑工程的进度管理、绩效管理，又有在城市规划、国土资源与房屋管理等行政部门工作的经验，还在专业的房地产和建设工程律师事务所工作过，房地产与建设工程方面法律风险防控经验丰富；具有丰富的诉讼经验，谈判能力强等等。

法律服务团队的管理效率应较高。法律服务团队最好是遵循公司化团队化运作阶段，对于大型复杂的法律服务项目的管理具有丰富的经验，在大型法律服务项目的制定方案、落实措施、组织团队、沟通协调方面非常高效，才能为建筑企业提供高质量的法律服务。

法律服务团队的沟通协调能力应较强。法律服务团队应熟悉建设主管部门的办事流程及业务板块，在国土规划、住建领域建立了良好的业务关系，协调能力强，能预防业主利用不正当手段压制建筑企业，帮助建筑企业有效应对来自业主的压力，平衡博弈局势。

综上所述，建筑施工企业针对建筑工程项目重点难点法律问题，制定综合法律工作方案，建立完善风险识别、计量、控制体系，聘请适合的法律服务团队提供专业法律服务解决重点难点法律问题，既完善了建筑企业的风险管理短板，也为建筑企业争取更高的经济效益，是具有重大意义的，值得建筑施工企业积极采用。



《继承法》法定继承人顺序的立法修改建议

文 广东广和律师事务所 郭璇玲律师

在关于对现行《继承法》中法定继承人范围相关规定修改的讨论中，法定继承人的继承顺序是与之不可分割的一部分。学者在讨论是否需要扩大法定继承人范围的同时，亦要同时解决如何扩大、扩大后应按何种顺序继承的问题。而在法定继承人继承顺序的讨论中，最受关注的则是法定继承人中的父母是否应作为第一顺序继承人继承遗产。

父母应否作为第一顺序继承人

针对我国现行《继承法》中关于第一顺序继承人为配偶、子女与父母的规定应如何修改，主要存在两种观点：

观点一：赞同将父母列为第一顺序继承人。一些学者认为，必须将父母作为第一顺序继承人，以保证作为父母的继承人能够老有所养。一方面是由于我国计划生育实施多年，独生子女现象普遍，作为父母如不能继承子女遗产，将造成严重的养老问题；另一方面是我国社会保障制度尚不完善，且其中农村人口占总数的80%以上，被继承人的父母需要通过继承遗产来维持生活。父母作为第一顺序继承人继承子女遗产，符合中华民族恪尽孝道的传统理念，这一做法在国际上也并非孤例，如《俄罗斯联邦民法典》亦是将其父母纳入第一顺序继承人。

观点二：反对将父母列为第一顺序继承人。与第一种观点相反，一些学者则认为，若将父母作为第一顺序继承人，会使被继承人的财产向旁系分散，既没有使死者的真实意思得到尊重，也没有更好地保护其私有财产，同时亦与传统及国际立法习惯相悖。

笔者认为，现行《继承法》中关于法定继承人继承顺序的规定确实需要作出适当调整，且可通过多种制度的设计兼顾父母赡养问题及被继承人意愿的实现。在对我国现行的《继承法》中第一顺序继承人的范围作出适当调整，不再将父母作为第一顺序继承人时，被继承人父母的赡养问题可以通过采取“遗产酌给制度”或“继承人继承赡养义务”的方式来解决；如果继续将父母作为第一顺序继承人时，则可以采取“继承回转”的方式来解决。如此一来，既避免了被继承人的财产通过其父母的遗产继承而落入旁支，尊重被继承人的真实意愿，亦能够顺应国际立法趋势、更好地与国际继承法接轨。

《继承法》修订之具体理由

尊重继承传统及继承习惯的需要。纵观我国几千年继承法之演变，无不是将被继承人的遗产传给其直系卑血亲，民间继承习惯亦如是，鲜见将其遗产自下而上留给长辈的情形。自先秦始，便有财产传嫡长子之规定；商为嫡子死则传其弟；周为嫡子死传其孙；战国开始出现诸子均可继承遗产；唐则为诸子均分；宋时甚至子、女均可继承。可见，数千年来早已形成了财产只往下传而不向上传的集成习惯。在传统观念中，因被继承人不希望自己的财产流向旁系亲属，故而在有直系卑血亲的情况下，必然先将财产留给直系卑血亲，而防止由其直系尊亲属继承后又分散向旁支的情形发生。因此，如将父母列入第一顺序继承人，将与我国几千年来形成的继承传统及习惯相背离。

尊重被继承人真实意志及充分保护其私有财产的需要。受长期传统继承观念影响，我国大部分人仍不希望自己的财产分散至旁系亲属，因此，子、女仍是传承其财产的首选。在一般情况下，被继承人总是希望将自己的财产首先留给自己的子女、孙子女，而非父母。如果父母能够作为第一顺序继承人继承遗产，那么当父母去世后，这部分财产将会通过继承的方式分散至兄弟姐妹甚至其他旁系血亲手中，这势必令被继承人之直系卑血亲最终继承取得的财产少于被继承人希望的数额。被继承人无疑并不乐见此种情形。改革开放三十几年来，我国经济飞速发展，国人所拥有的私人财产价值远远高于过去，当作为遗产的财产不再仅仅是可维持基本生活的少量用品用具，而是巨额财富，甚至是庞大的商业王国、企业集团时，被继承人希望由自己的后代继承财产而不致落入旁系亲属手中的愿望就更为强烈。继承制度最根本宗旨是尊重被继承人的意志，即应根据被继承人的意志处理其私有财产，保证被继

承人之私有财产在其直系后代中传承。因此，如将父母列入第一顺序继承人，则无法使被继承人的真实意志得以实现，也无法充分保护其私有财产在其直系后代中传承。

第一顺序的继承人如果过多，还会造成难以充分保护私有财产的现象。以公司股权举例来说，如果继承人过多将造成股权分散，决策权难以集中，容易形成公司僵局，对于公司企业的正常经营都将产生极其不利的严重后果。

与国际继承法接轨的需要。在国际继承法立法中，鲜有国家将父母列入第一顺序继承人，第一继承人往往是被继承人的子、女。被继承人希望自己的财产在其直系后代中传承的观念并非仅存在于我国传统继承观念中，港、澳、台地区乃至诸多西方国家中，均将直系卑血亲作为第一顺序继承人，而直系尊血亲不作为第一顺序继承人。如，香港《无遗嘱者遗产条例》第4条规定，第一顺序继承人为后嗣，第二顺序继承人为父母或全血亲兄弟姊妹或其后嗣，配偶顺序为不固定；澳门《民法典》第一千九百七十三条规定，第一顺序继承人为配偶及直系血亲卑亲属，第二顺序继承人为配偶及直系血亲尊亲属；台湾《民法典》第1138条规定，除配偶外，第一顺序继承人为直系血亲卑亲属，第二顺序继承人为父母，第三顺序继承人为兄弟姊妹，第四继承人为祖父母；《日本民法典》中规定第一顺序继承人为子女或其直系血亲卑亲属，第二顺序继承人为直系血亲尊亲属；《德国民法典》规定，第一顺序法定继承人是晚辈直系卑血亲，亲等近者优先；第二顺序法定继承人是父母和父母的晚辈直系卑血亲；第三顺序法定继承人是祖父母、外祖父母及其晚辈直系血亲；美国《统一继承法》中规定的第一顺序继承人为配偶，第二顺序继承人为直系血亲卑亲属，第三顺序继承人为直系尊亲属。从上述各国继承法立法例看，将父母排除在第一顺序继承人位置是国际立法趋势，我国现行继承法也应当适应这种国际继承法的立法趋势。

具体解决方案

方案1：遗产酌给制度。当父母不再作为第一顺序继承人而无法取得被继承人财产维持生活时，可以借鉴国外及港澳台地区相关立法，采用遗产酌给制度或预留份制度。遗产酌给制度是指，由法院根据实际情况、结合多种因素考量，通过从被继承人遗产中扣除一部分作为赡养或扶养法定继承人的经济给养的继承制度。在遗产中保留一部分财产给被继承人生前所扶养之人（包括存在血缘的尊卑亲属、共同生活的非血缘亲属或非血亲的共同生活之人），也已是现代继承法的立法趋势，香港及台湾，均在相关法律、条例中对酌给被继承人生前所扶养之人遗产作出了规定：如香港《财产继承（供养遗属及受养人）条例》中有关于被继承人去世前完全或主要靠其赡养的人可申请“合

理经济给养”的规定；台湾《民法典》中亦作出了“被继承人生前继续扶养之人，应由亲属会议依其所受扶养之程度及其他关系，酌给遗产”的规定；而在《澳门民法典》中则是以“特留份”的形式予以规定，特留份即是“依法须留给特留份继承人”的部分遗产。

因此，我国继承法在将父母从第一顺序继承人中排除时，可另外规定法官有权根据实际情况适当地从遗产中扣除一部分作为维持父母生活的经济支持。

立法中可表述为：

“【遗产酌给】被继承人之直系血亲尊亲属，应依其实际情况，如年龄、所受赡养程度、生活来源等，酌给遗产。被继承人生前继续扶养之人，应依其所受扶养程度及其他关系，酌给遗产。”

方案2：遗产继承人继续履行被继承人的赡养义务。为避免被继承人父母或主要依靠其生前扶养之人在被继承人去世后导致无人赡养、扶养的情形发生，可在继承法中规定继承人在继承遗产的同时须一并继承被继承人生前的赡养及扶养义务。即如继承人继承了被继承人的遗产，则其应该依照被继承人生前愿望，继续替被继承人赡养父母或扶养其生前所扶养之人。这体现了权利义务的一致性，继承人在享有继承财产权利的同时，也负有继续为被继承人尽赡养义务或扶养责任的义务。同时可增加将在被继承人生前对其尽了一定的赡养或抚养义务之继承人的继承顺序提前的规定，以激励法定继承人主动对被继承人予以照顾或扶助。

立法中可表述为：

“【法定继承顺序】遗产按照下列顺序继承：

- （一）第一顺序：配偶、子女、
- （二）第二顺序：父母；
- （三）第三顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；
- （四）第四顺序：除上述所列继承人外的四等亲内亲属（包括曾父母、外曾父母、曾孙子女、外曾孙子女、叔伯姑舅姨、侄子女、及外甥子女、曾祖父母、外曾祖父



母、堂表兄弟姊妹、侄孙子女及外甥孙子女)。”

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二、三、四顺序继承人继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承，第三、四顺序继承人继承。没有第一、二、三顺序继承人的，由第三顺序继承人继承，第四顺序继承人继承。没有第一、二、三顺序继承人的，由第四顺序继承人继承。

本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。”

“【赡养与扶养义务的延续】任何继承被继承人遗产之人，须对被继承人之父母尽赡养义务，对被继承人生前继续扶养之人尽扶养义务。如继承人未履行相应的赡养及扶养义务，应返还所继承之遗产。”

“【对被继承人付出较大之人应优先继承遗产】被继承人生前完全或主要靠本法第十条所列第二或第三或第四顺序继承人抚养或赡养的，该继承人可作为第一顺序继承人分得遗产。本法所列第三、第四顺序继承人在被继承人生前对其尽过抚养或赡养义务的，视其抚养或赡养的程度，可与第二顺序继承人同序继承遗产。”

方案3：继承回转制度。继承回转制度是指，在不改变父母作为第一顺序继承人继承遗产的立法前提下，父母所继承取得的那部分财产，应在父母去世后由被继承人的直系后代继承，而不作为父母之遗产再由他人继承。这样被继承人便无需担心自己的财产将由旁系亲属取得，既履行了赡养义务，也保证了自己的直系后代能够最大程度地实现财产权利。这种继承制度能够确保被继承人的财产不致分散向旁系，被继承人的财产最终仍由其直系后代所继承，同时也兼顾了父母的赡养问题，既尊重了被继承人的真实意志也保护了被继承人的私有财产。

立法中可表述为：

“第十条【法定继承顺序】遗产按照下列顺序继承：

(一) 第一顺序：配偶、子女、父母；

(二) 第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；

(三) 第三顺序：除上述所列继承人外的四等亲内亲属(包括叔伯姑舅姨、侄子女、及外甥子女、曾祖父母、外曾祖父母、堂表兄弟姊妹、侄孙子女及外甥孙子女)。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二、三顺序继承人继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承，第三顺序继承人继承。没有第一、二顺序

继承人的，由第三顺序继承人继承。

本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。”

“【继承回转】父母依据本法第十条之规定继承遗产的，其所继承的该部分财产，不得因其去世而由其继承人继承。父母继承所得之遗产，在其去世后，应由被继承人法定继承人依据本法第十条之顺序重新继承取得该遗产。”



国外对法定继承顺序的相关立法

法国法。《法国民法典》第731条规定：遗产，按下列规定的顺序及规则，归属于死者的子女及其直系卑血亲、直系尊血亲，旁系血亲及其尚生存的配偶。该法典规定其血亲的继承顺序完全按亲系和等系划分。第一顺序的继承人为子女及其直系卑血亲；第二顺序的继承人为父母、兄弟姐妹及兄弟姐妹的直系卑血亲；第三顺序的继承人为除父母以外的直系尊亲属，亲等近者为先。无上述继承人时，由父母两系中亲等最近的亲属各得遗产的半数。直系血亲继承遗产没有代位的限制，旁系血亲继承则基本上以十二亲等为限。而关于配偶，仅在死者无子女、父母、兄弟姐妹及其直系卑亲属时，才能够继承遗产全部，其他时候则仅享有一定份额用益权。

德国法。《德国民法典》规定，第一顺序的法定继承人是直系卑血亲，亲等近者优先；第二顺序的法定继承人是父母及其直系卑血亲；第三顺序的法定继承人是祖父母(包括父系祖父母和母系祖父母)及其直系卑血亲；第四顺序的法定继承人是曾祖父母及其直系卑血亲；第五顺序的法定继承人是被继承人的近亲祖辈及其晚辈直系血亲。配偶无固定的继承顺序，她可以与第一顺序和第二顺序的法定继承人以及祖父母共同继承遗产。无上述血亲继承人时，配偶取得全部遗产。

日本法。《日本民法典》规定：第一顺序的法定继承人是子女，子女先于被继承人死亡或丧失继承权时，由其子女代位继承；第二顺序法定继承人是直系尊亲属，以亲等近者优先。第三顺序的法定继承人是兄弟姐妹，如兄弟姐妹中有人先于被继承人死亡或丧失继承权，由其子女代位继承。配偶恒为继承人，可以和任何顺序的血亲继承人一起继承遗产。(来源：中顾法律网)

混合性投资业务与实质课税原则

文 北京市康达（深圳）律师事务所 吕志合律师

2013年7月15日，国家税务总局发布《关于企业混合性投资业务企业所得税处理问题的公告》（国家税务总局公告2013年第41号）（下称41号文），对“混合性投资业务”进行了界定，并对该类业务的税务处理作了规定。41号文界定的混合性投资业务是指兼具权益和债权双重特性的投资业务，并规定对符合一定条件的混合性投资业务按债权投资业务进行企业所得税处理。

41号文第1条规定，按债权投资业务进行企业所得税处理的混合性投资业务应同时符合以下5个条件：“（一）被投资企业接受投资后，需要按投资合同或协议约定的利率定期支付利息（或定期支付保底利息、固定利润、固定股息，下同）；（二）有明确的投资期限或特定的投资条件，并在投资期满或者满足特定投资条件后，被投资企业需要赎回投资或偿还本金；（三）投资企业对被投资企业净资产不拥有所有权；（四）投资企业不具有选举权和被选举权；（五）投资企业不参与被投资企业日常生产经营活动。”

混合性投资业务属民法规定的企业间借贷，为无效民事行为。从《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第4条第2款来看，“明为联营，实为借贷”的实质在于：不参加共同经营；不承担联营的风险责任；按期收回本息，或者按期收取固定利润。41号文第1条规定的条件（一）、（二）属于“按期收回本息，或者按期收取固定利润”，（三）、（四）属于“不承担联营的风险责任”，（五）属于“不参加共同经营”。因此，笔者认为，41号文规定的混合性投资业务属于《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第4条第2款所规定的“名为联营，实为借贷”。

由于我国法律禁止企业借贷，投资双方应当注意混合性投资业务存在民事法律方面的法律风险。若一项混合性投资业务被人民法院认定属于“明为联营，实为借贷”，产生的民事法律后果是合同无效，除本金可以返还外，收缴投资企业取得的利息，对被投资企业处以相当于银行利息的罚款。

混合性投资业务的税务处理体现实质课税原则。按照我国现行法律规范和司法实践，民事法律并不支持企业间的借贷。除法律另有规定外，企业借贷合同因违反有关金融法规，属无效合同。那么，国家能否对无效法律行为进行课税？

从41号文的规定来看，答案是肯定的。41号文对符合一定条件的混合性投资业务规定按债权投资业务进行企业所得税处

理，即投资企业取得的回报为利息收入，按照规定应当缴纳企业所得税，而被投资企业支付的利息也准许在税前扣除；投资企业赎回投资时，投资双方应于赎回时将赎价与投资成本之间的差额确认为债务重组损益，分别计入当期应纳税所得额。41号文的规定体现了实质课税原则。该原则表明，课税应以经济活动中产生的经济效果为标准，即使该经济效果与法律规定不一致时，也可对产生经济效果的行为进行课税。

我国现行税收法律并没有实质课税原则的一般性规定，实质课税原则通过税收法律的具体性规定予以适用。混合性投资业务的税务处理是实质课税原则应用之体现。41号文对符合一定条件的混合性投资业务按债权投资业务进行企业所得税处理，反映了国家课税并不受私法上无效法律行为的影响，不因法律行为的无效而免除主体的纳税义务。换言之，只要行为的经济成果发生了或成立了，即使法律行为无效或法律行为失去效力，也并不妨碍课税。

税法与民法对混合性投资业务的规定不一致产生的法律风险。一项混合性投资业务对投资企业而言，依据税法，投资企业应根据41号文的规定对取得的利息收入缴纳企业所得税；依据民法，若该项混合性投资业务被人民法院判定无效，投资企业已收取的利息收入将面临被收缴的风险。一旦被投资企业的利息收入被收缴，那么源于该利息收入所缴纳的企业所得税是否丧失了缴纳基础？根据实质课税原则，纳税主体不因法律行为无效而免于课税，征税行为不因无效法律行为而无效。因此，源于利息收入所缴纳的企业所得税并未丧失缴纳基础。然而，利息收入被收缴后，对于此部分的利息收入能否作为损失进行税前扣除，现行税法并没有明确规定。但是，从公平的角度来看，既然利息收入已经缴纳企业所得税，在被判决收缴后，允许该部分损失在税前扣除应为适当。

一项混合性投资业务对被投资企业而言，依据税法，被投资企业支出的利息部分，可以根据《企业所得税法实施条例》第38条、《国家税务总局关于企业所得税若干问题的公告》（2011年34号）第1条规定的限定利率，在当期进行扣除。依据民法，若该项投资业务被人民法院认定为无效，被投资企业将面临被处以相当于银行利息的罚款。一旦被投资企业被罚款，那么对于此部分的罚款能否作为损失在税前进行扣除？根据《企业所得税法》第十条的规定，答案是否定的，即被投资企业在计算应纳税所得额时罚款的损失不得扣除。



绿色建筑的法律思维

文 广东绿建律师事务所 李军强律师

绿色建筑是建筑领域实现节能环保目标的最有效的综合性方式，有利于促进生态文明建设目标的实现。我国绿色建筑的发展已经取得了巨大的成绩，但也存在一些问题。解决这些问题的根本途径是落实党的“十八大”提出的法治建设要求，即依法建设、依法管理。而要全面实现法治建设目标，推进绿色建筑的健康、快速、顺利发展，需要法律服务的支撑。

绿色建筑发展概况

绿色建筑是在建筑全生命周期内全面的一揽子解决建筑舒适度，实现建筑领域节能、节水、节材、节地和环境保护目标的最优的综合性解决方案，是实现生态文明建设目标的最有效方法之一，是实现建筑领域低碳、减污、宜居目标和科学发展目标的有效方法。在政府的大力推动下，我国绿色建筑发展形势喜人。

从全国范围看，截止2012年12月26日，有超过28个省市区有绿色建筑评价标识项目，共有绿色建筑1565个。近两年，国家相关部门相继出台了《关于加快推动我国绿色建筑发展的实施意见》、《绿色建筑行动方案》、《关于加强绿色建筑评价标识管理和备案工作的通知》，各地也陆续出台绿色建筑发展的规定，全面推进绿色建筑的健康顺利发展。深圳一直处于全国绿色建筑发展领跑者的地位，并为发展绿色建筑制定了大量的法规、政策和标准。在今年的政府工作报告中，深圳更是强调今后全部新建建筑全部按照绿色建筑标准设计、建设和管理。经过努力，截止2013年2月6日，全市共有110个项目按照绿色建筑标准建设，总建筑面积超过1265万平方米，72个项目通过国家星级或深圳等级绿色建筑设计阶段评价标识或运营阶段评价标识。

绿色建筑蓬勃发展的同时，也有一些问题制约绿色建筑的健康快速发展。一是还没有一部专门的绿色建筑法律或法规，绿色建筑法规体系还不完善，缺乏上位法的支持；二是已有的绿色建筑政策规定落实不理想；三是绿色建筑激励政策和标准体系还不完善；四是绿色建筑的教育宣传力度不够，公众的绿色建筑意识还没有形成；五是对绿色建筑建设和认证过程程序合法性的重视不够等。

绿色建筑的健康发展需要专业的法律服务

法治建设的实践迫切需要引入专业法律服务。党的十八大报告强调法治在治国理政中的重要作用，对法治建设进行了全面的阐述并提出具体的要求。绿色建筑作为一项社会活动，必须遵循法治的要求。不仅其评价标准要符合法律规定，而且其评价过程也同样要符合法律规定。专业的法律服务人员，既有专业的法律知识，又有丰富的法律实务操作实践和预防风险的能力，既能进行制度的设计和制定，也可以预测和防范实体及程序方面的风险，解决法治过程中出现的各种问题，从而我国绿色建筑快速、健康、顺利发展的一支保障力量。引入专业法律服务，也有利于减轻了审查机构的负担，增加审查的专业性，推动绿色建筑领域法治要求的落实。我国公司上市审查中引入专业法律服务的成功实践就是一个证明。

绿色建筑的规范发展迫切需要引入专业法律服务。我国的绿色建筑发展总体上还处于初级阶段，规范化发展有待于进一步提高，这就需要制定和完善大量的制度，并保证这些制度制定和完善的过程既符合绿色建筑技术要求，也符合相关的法律规定和要求，从而使其符合现实发展的需要。引入专业的技术人员和法律服务人员，特别是既了解绿色建筑，又有丰富实践经验的专业法律服务人员参与，是实现上述目标的需要，也是实现将技术与法律的要求完美结合，并将法律和技术的要求内化到绿色建筑的相关制度中，真正规范和推动绿色建筑全面发展的需要。

绿色建筑的规范认证迫切需要引入专业的法律服务。绿色建筑认证具有程序和实体双方面的需求。在当今法治社会，任何一个实体或程序上的瑕疵，都有可能影响绿色建筑认证结果的公正性和客观性，甚至影响评价结果的权威性。为此，要求认证机构对绿色建筑认证的实体和程序方面的要求进行全面准确的审查。专业法律服务人员凭借丰富的经验，对实体及程序要求的理解和把握比较准确，能够帮助认证机构保证认证的实体和程序合法，最终实现公正和客观目标。

防范和控制绿色建筑发展中的风险迫切需要引入专业的法律服务。绿色建筑是一个系统工程，涉及的主体

多、建设和认证周期长、法律关系复杂。涉及的主体不仅有政府管理机构，也有开发建设、咨询销售和物业等相关企业，各主体之间以不同的方式联系，有着不同的利益诉求，极易产生矛盾和纠纷。减少绿色建筑发展中的矛盾和纠纷，是保证绿色建筑顺利健康发展的需要。而解决如此纷繁复杂的矛盾和纠纷的最好选择是引入专业的法律服务。

专业法律服务人员因为长期从事纠纷的预防和解决工作，是目前社会上最了解纠纷的易发点，最擅长预防、减少风险和解决纠纷的人，他们可以通过对相关主体之间权利和义务进行明确、对相关法律文书进行规范、对防范纠纷进行预先安排等方式，来实现降低风险、避免纠纷、减少绿色建筑发展中的内耗、保障绿色建筑顺利发展、保障相关主体合法权益的目的。

专业法律服务人员为绿色建筑提供 专业法律服务的优势

我国绿色建筑的发展实践，为专业法律服务提供了实践经验。我国绿色建筑发展的实践，使专业的法律服务人员能够了解绿色建筑发展过程和规律，可以根据绿色建筑发展的现实需要来进行有针对性的制度设计和安排，制定相关的操作规范，实现减少纠纷，规范行为，促进发展的目标。

我国法治建设实践为专业法律服务人员向绿色建筑提供法律服务创造了条件。首先，我国有中国特色社会主义法律体系的建立，大量的环境保护、资源和能源、行政管理方面的法律、法规、规章和标准等，为专业法律服务人员提供专业法律服务奠定了基础。其次，我国全面推进法治政府建设的实践，使相关机构和单位对专业的法律服务需求大幅增加，推动专业法律服务的全面发展。

环保专业律师的出现为向绿色建筑提供专业法律服务提供了可能。环保专业律师是专门致力于环保（包括资源和能源）的律师群体。他们不仅了解环保方面的法律规定、政策走向和技术等，也了解绿色建筑相关的标准、技术、法规、政策等，并对绿色建筑行业进行调研，全面了解绿色建筑发展的现状。他们通过认真思考，制定为绿色建筑提供专业法律服务的操作指引，收集整理绿色建筑相关的法律、法规、政策、标准等，提出绿色建筑管理方面的制度设计和建议，联合绿色建筑相关主体组成服务共同体等，探索为绿色建筑发展提供专业服务的方式和方法。他们不仅能帮助相关主体解决常规的法律问题，更能帮助解决与绿色建筑相关的专业法律问题，是促进绿色建筑健康发展的推动力量。

专业法律服务人员可提供的法律服务

参与绿色建筑相关制度的制定。专业法律服务人员既了解法律法规规定的内容和实质，也对法律语言有着特殊的敏

感，有着解决问题特殊的能力。所以，专业法律服务人参与制度的制定，可以解决制度与法律法规的衔接、制度语言的规范、制度内容的可行性等问题，保证制度的合法性，避免产生歧义，从而提高制度的质量，增强制度的可执行性。目前与绿色建筑有关的制度主要包括管理制度、认证制度、实施办法等。

进行绿色建筑认证的法律审查，出具法律意见书。专业法律服务人员可以通过对绿色建筑相关主体的行为进行合法性的审查，依据有关规定提出改进意见和建议，确保其实体和程序符合相关规定，能够减轻审查机关的工作量，提高审查机构的效率。

规范相关主体的行为，防范风险。专业法律服务人员可以通过对绿色建筑相关主体各种文件进行审查，优化文件内容的设计，规范相关主体的行为，实现预防和减少风险的目的，也可以通过对纠纷和矛盾的调解与处理，减轻纠纷和矛盾对绿色建筑发展的负面影响。目前绿色建筑发展中的风险，除了传统建筑所具有的工期、质量、结算等主要风险外，还包括：环保政策等变化带来的政策风险、污染风险、技术风险、认证风险、公众抵制风险等。

绿色建筑项目环境状况调查。绿色建筑项目涉及到土壤状况、周围环境状况等，都可能产生纠纷影响绿色建筑顺利推进，甚至影响绿色建筑目标的实现，有必要进行相关的调查。专业法律服务人员因为其法律赋予的特殊调查能力，是进行这种调查的最佳选择之一。

帮助相关主体增加收益。绿色建筑发展中，除了传统建筑经常采用的的签证、索赔等增加收益的方法外，还有绿色建筑特有的各项优惠政策的落实所带来的收益。当然，减少风险支出也是另一种增加收益的方法。专业法律服务人员不仅了解绿色建筑相关优惠的种类，也了解绿色建筑优惠申请的条件和程序，是相关主体委托申请优惠的最优选择。同时，专业法律服务人员还可以用对风险的预防和管理优势，帮助相关主体减少风险以减少风险支出。

整合力量，综合策划。专业法律服务人员具有交际广、对专业技术和服务机构了解多的优势，可以通过将有关优秀的机构通过战略合作等方式进行整合，实现优势互补，统筹安排，为相关主体提供最专业、最优质、最高效的全方位服务，实现相关主体和服务机构的共赢和利益最大化。

代办行政审批。专业法律服务人员不仅了解有关的审批制度和规定，还了解其条件、程序、要求等，并能够利用法律专业知识与有关行政机构进行有效沟通，可以实现经济、有效的审批效果。

其它服务。除了以上服务内容外，专业法律服务人员还可以为绿色建筑相关主体提供公司治理、纠纷代理、谈判、尽职调查等常规的法律服务，根据绿色建筑的发展开拓出新的法律服务，为相关主体保驾护航。



案由的选择有时应根据案情及诉讼目的来确定。笔者认为，根据相关法律规定和混凝土供应合同履行的完整过程来看，将混凝土供应合同定性为建设工程合同更切实际。尤其是当混凝土供应出现质量问题时，涉及的问题较为复杂。作为混凝土需求方的总承包或建设单位，一般更愿意选择建设工程分包合同的案由来处理后续问题。

混凝土供应纠纷案由之争

文 北京市东元（深圳）律师事务所 张赛律师

2013年初，闹得沸沸扬扬的深圳东大洋海砂混凝土事件搅乱了整个深圳建筑市场，这是预拌混凝土施工企业在预拌商品混凝土过程中出现重大质量事故。深圳建设行政部门对相关混凝土生产企业进行一次大规模的核查，吊销了深圳市东大洋混凝土有限公司（下称东大洋）的预拌混凝土专业资质，责令14家企业停业整顿，撤回16家企业专业资质。

东大洋等混凝土企业在建筑工程领域主要从事商品混凝土供应。近年来笔者代理了几起建筑工程中有关混凝土（商品砼）供应合同纠纷案件，每次均为案由在法庭上与对方当事人、法官辩论一番。现结合东大洋海砂事件，就混凝土供应合同纠纷所涉案由发表个人浅见，以抛砖引玉，与同行交流。

最常见案由是买卖合同纠纷，少数人认为是承揽合同纠纷。混凝土供应单位在起诉需求方（建设单位或总承包单位）时一般选择的案由是买卖合同纠纷，这也是最常见的观点。笔者认为，持此观点主要基于以下方面：一是合同本身一般包含“买卖”、“供应”、“购销”字样，和买卖合同较为接近，双方形成的是一种商品买卖的法律关系；二是合同履行的形式上表现为供方提供混凝土（有的标注为商品砼），需求方支付货款，符合买卖合同的典型特征；三是选择买卖合同纠纷案由可强化“银货两讫”的交易习惯，需求方应及时给付货款，从而弱化商品瑕疵及售后义务。司法实践中，多数情况是预拌混凝土单位提起诉讼或仲裁，要求支付货款，而按买卖合同纠纷起诉是最常用的选择。作为预拌混凝土单位和法院为了将案件简单化，一般都倾向于按买卖合同纠纷处理。

在司法实践中，也有少数人认为案由是承揽合同纠

纷。《合同法》的规定，承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。混凝土供应合同涉及的标的物——混凝土，是由混凝土生产企业加工而成，并将其作为工作成果交付给需求方。因此，有些混凝土供应合同纠纷案件的案由被定为承揽合同纠纷。

笔者认为，最切实际的案由是建设工程分包合同纠纷。在与同仁探讨此类案件时，大多数都会认为此类纠纷属于买卖合同纠纷，但当笔者提出属于建设工程分包合同纠纷时，多数同仁认为，供应方只是供应混凝土给需求方，如果供应方进行了下一步施工，有浇筑基础、梁板、框架柱等建筑实体才属于施工行为，此时定性为建设工程合同纠纷较为合理。但笔者认为这是对混凝土预拌及加工、商品混凝土供应等行为的误解，理由如下：

首先，预拌混凝土企业需要建设资质许可，并接受建设部门资质核查与监督。根据《建筑业企业资质管理规定》（建设部2007第159号）、建设部关于印发《施工总承包企业特级资质标准》的通知（建市[2007]72号）之规定，预拌商品混凝土需要取得预拌商品混凝土专业资质，预拌混凝土施工被纳入专业承包序列并进行资质管理。混凝土生产（预拌）企业必须取得建设部门对上述资质的核准方能从事商品混凝土的生产，并非任何企业和个人都可从事混凝土的预拌及对外销售商品混凝土，而取得建设工程资质后也是作为建筑企业归属建设部门管理。由于预拌混凝土本身涉及强度等级、水灰比、骨料级配、搅拌方法、运输养护等非常专业性工作，需要具备专业资质及专业人员预拌和加工，没有资质的单位和个人从事预拌并销售混凝土系违法行为，故不管预拌



混凝土企业是否参与后续建筑实体的浇筑，其生产（预拌）商品混凝土行为本身就是一种建筑施工行为，受到国家建设部门的定期资质核查与监管及建筑行政法律法规的约束。东大洋海砂事件就是建设行政部门对工程企业进行的资质监管、核查的例证，因其施工过程中存在重大质量事故，一批违规企业被吊销或撤回了预拌混凝土专业承包资质。这些受处理的企业在未重新取得上述资质前，无法再从事商品混凝土的预拌和供应。

其次，混凝土供应企业需要参与建筑实体的施工，并接受质监站、监理、总承包等各方监督。混凝土供应企业按设计要求预拌好商品混凝土、运输到施工现场后，一般需要将商品混凝土泵送至施工部位进行浇筑，并且合同一般会约定供应混凝土单位派员在施工现场控制施工质量，施工现场需要在各方见证下制作混凝土标准试块，进行标准养护及同条件养护实验，以确定混凝土强度、含水量等是否符合设计要求。对一些梁板、基础等重要结构部位，还要接受监理方、建设部门下属质检站、总包方等的监督、取样检测，由此观之，此类商品交易的难度系数远超于一般商品买卖。

再次，预拌混凝土从生产到后续施工过程中，都必须参照相关施工及验收规范进行，并适用建设工程的相关法律法规。实践中，所有预拌混凝土企业都必须按照国家制定的《混凝土结构工程施工质量验收规范》进行施工及验收，混凝土浇筑前后各项指标的检测及实验必须符合设计要求，必须有书面验收记录。而对于混凝土浇筑前后出现的质量问题，包括后续可能产生的工程质量问题、保修期限、质保金、司法鉴定等一系列问题都需要参照《建筑法》、《建设工程质量管理条例》、《建设工程施工质量验收统一标准》等建设工程相关的法律法规来处理，只有这样才能更好地确定各方权利和义务。东大洋海砂事件就是在施工过程中，采用了不符合要求的海砂替代河沙作为原材料，加入混凝土的预拌，最终导致建筑结构后期出现钢筋生锈、梁板开裂等严重质量问题。

最后，混凝土供应合同中大多数属于建设工程施工合同的条款。施工合同的内容包括工程范围、建设工期、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期等条款。上述大多数是建设工程施工合同约定的特定条款，明显区别于一般买卖合同条款。预拌好的混凝土系用于建筑施工的材料，属半成品性质，具备一般商品的特性，但由于其自身特点决定其从加工到融入建筑结构实体的过程较为复杂，实践中一般不宜简单参照一般买卖合同的条款来理解，而应严格按照合同中的条款处理。

为何混凝土需求方更愿意选择建设工程合同纠纷？前述三种案由选择各有道理，在司法实践中也均有涉及，但案由的选择有时应根据案情及诉讼目的来确定。笔者认为，根据相关法律规定和混凝土供应合同履行的完整过程来看，将混凝土供应合同定性为建设工程合同更切实际。尤其是当混凝土供应出现质量问题时，涉及的问题较为复杂。作为混凝土需求方的总承包或建设单位，一般更愿意选择建设工程分包合同的案由来处理后续问题。例如出现混凝土强度不达标如何处理，混凝土强度不达标如何归责，如何进行混凝土结构质量鉴定，因混凝土强度不达标导致工程返工、加固、工程停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用如何主张，混凝土供应量双方无法达成一致是按送货单统计还是按图纸进行司法鉴定等问题时，如果遵循建设工程合同纠纷的思路及相关建设工程法律法规更易解决，可操作性更强，也更有利于保护合同双方的利益。但若按照买卖合同纠纷思路、参照《合同法》相关条款或交易习惯处理就有很大的争议，在很多细节上可操作性不强，也不利于争议的解决。

关于竞业限制问题的几点思考

文 广东宝城律师事务所 曾常青律师

企业商业秘密的保护和劳动者自主择业权的维护成为法律和劳动政策面临的重要现实问题。在这一背景下，竞业限制成为解决这一问题、平衡劳资双方利益的重要手段。订立竞业限制协议虽然已经较为普遍，但因缺乏必要的法律规范，在实践中引发的争议较多。如何平衡用人单位和劳动者之间的利益冲突，是竞业限制制度的关键所在。

近年来，在审判实践中出现大量劳动者离职后带走用人单位商业秘密，给用人单位带来经济损失及名誉损害的案件。企业商业秘密的保护和劳动者自主择业权的维护成为法律和劳动政策面临的重要现实问题。在这一背景下，竞业限制成为解决这一问题、平衡劳资双方利益的重要手段。订立竞业限制协议虽然已经较为普遍，但因缺乏必要的法律规范，在实践中引发的争议较多。如何平衡用人单位和劳动者之间的利益冲突，是竞业限制制度的关键所在。笔者以竞业限制的法律适用为基础，对有关问题做浅显剖析。

【基本案情】

郑某于2009年8月24日入职甲公司，担任甲公司研发部门经理兼研发管理办公室主任，负责甲公司车载导航软件产品的研发工作，劳动合同期限为三年。入职时，甲公司与郑某签订了《竞业限制协议》，约定郑某在甲公司工作期间及劳动合同解除或终止之日起两年内，不得在与甲公司有竞争关系的单位内任职或者以任何其他方式为其提供服务，也不得自主生产、经营与甲公司有竞争关系的同类产品或业务。劳动合同中约定郑某的月薪为8500元，其中3500元为竞业限制补偿金，按月与工资同时发放；《竞业限制协议》约定：若郑某违反竞业限制义务，需向甲公司支付10万元违约金。2012年5月31日，郑某辞职。同年11月，郑某入职与甲公司有竞争关系的乙公司，甲公司遂提起劳动仲裁要求郑某支付违约金。郑某在仲裁中辩称：《竞业限制协议》中关于郑某在职期间也负有竞业限制义务的约定违反法律规定，且甲公司对其在职期间及劳动关系解除后的竞业限制均未支付相应的经济补偿金。甲公司则认为，郑某的竞业限制经济补偿金已按月同工资一起发放，约定竞业限制适用于劳动者在职期间并未违反法律的禁止性规定，而且对劳动者在职期间的竞业限制不需要支付经济补偿金。

间并未违反法律的禁止性规定，而且对劳动者在职期间的竞业限制不需要支付经济补偿金。

【争议要点】

根据本案资料，争议要点可归纳为如下三点：

一是竞业限制是否可以适用于劳动者在职期间？甲公司约定郑某的竞业限制期限包括其在职期间以及劳动合同解除或者终止后两年内是否合法？

二是若确认竞业限制适用于劳动者在职期间，那么对劳动者在职期间的竞业限制是否需要支付经济补偿金？

三是双方关于月薪中包含竞业限制经济补偿金的约定是否有效？郑某对月薪中包含竞业限制经济补偿金的做法一概否决是否合理？

【律师分析】

竞业限制是否适用于在职期间？实践中，用人单位与劳动者就竞业限制期限的约定一般为劳动者自用人单位离职之日起两年以内。但笔者在办理劳动争议纠纷案件时，看到不少劳资双方在签订竞业限制协议时，其中关于竞业限制期限的约定与上述案例的做法类似，即将在职期间一并纳入到竞业限制期限内。那么，竞业限制是否适用于在职期间？

《劳动合同法》第二十四条第二款规定：在解除或者终止劳动合同后，负有竞业限制义务的人员竞业限制的期限不得超过两年；《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》第二十三条规定：“竞业限制的期限最长不得超过解除或者终止劳动合同后二年，超过二年的，超过部分无效。”《劳动合同法》及相关法律法规都只对劳动合同解除或终止之后的

期限做了规定，并无在职期间竞业限制禁止的强制性规定。由此可看出，在职期间竞业限制这一问题，可以解读为立法将这一事项规定为双方可以约定的内容。

有种观点认为，竞业限制的实质在于法律为了保护用人单位的商业秘密而赋予其在一定程度上限制劳动者自主择业权的一项权利。那么劳动者在职期间，不存在自主择业这一问题，竞业限制也就没有了存在的基础，也无限制的必要。这一观点的错误之处在于两点：一，忽视了劳动者在职期间同时与其他用人单位建立劳动关系这一情况。虽然《劳动合同法》第三十九条第一款第(四)项规定：“劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的”，用人单位可以解除劳动合同。但是，解除劳动合同和追究劳动者因违反竞业限制约定而应负的违约责任是两个不同的概念。根据《劳动合同法》第三十九条，对劳动者的“兼职”行为，即使对完成本单位的工作任务没有造成任何影响，只要经用人单位提出而不作改正，单位即有权与员工解除劳动合同并无需支付经济补偿。如果劳动者在职期间利用从用人单位了解到、接触到的商业秘密和技术，同时与其他有竞争关系的用人单位建立劳动关系或者用其他方式提供服务，此种行为与员工单纯的“兼职”行为相比，对单位的影响更大，其危害后果也更加明显。用人单位仅仅靠和劳动者解除劳动关系是无法弥补其损失的，根据“举重以明轻”的法律解释规则，应该确认竞业限制可以适用于劳动者在职期间；二，竞业限制禁止的不仅是劳动者和与用人单位有竞争关系的企业建立劳动关系或者用其他方式提供服务这一情况，还包括要求劳动者不得自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的情形。如果不确认竞业限制可以适用于劳动者在职期间，那么劳动者完全可以利用在用人单位了解到、接触到的商业秘密和技术，自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务，从而对单位生产经营造成不良影响甚至严重损失。此时，用人单位无法适用《劳动合同法》第三十九条第一款第(四)项与劳动者解除劳动关系，也难以追究劳动者的责任，无这样竞业限制的立法目的就大打折扣了。因此确认竞业限制可以适用于劳动者在职期间很有必要。

对劳动者在职期间的竞业限制是否需要支付竞业限制经济补偿金？关于竞业限制经济补偿金的支付的规定，《劳动合同法》第二十三条第二款规定：对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿；《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（四）》（以下简称《解释四》）第八条规定：当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿金，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动

者要求解除竞业限制约定的，人民法院应予以支持；《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》对此的规定为：竞业限制补偿费应当在员工离开企业后按月支付。用人单位未按月支付的，劳动者自用人单位违反约定之日起三十日内，可以要求用人单位一次性支付尚未支付的经济补偿，并继续履行协议；劳动者未在三十日内要求一次性支付的，可以通知用人单位解除竞业限制协议。这些规定都是明确了劳动合同解除或者终止后竞业限制期限内要按月支付竞业限制经济补偿金，但因立法未提到竞业限制是否适用于劳动者在职期间这一问题，对劳动者在职期间的竞业限制是否需要支付竞业限制经济补偿金自然也缺乏相应的规定。

要解决劳动者在职期间的竞业限制是否需要支付竞业限制补偿金这一问题，笔者认为首先要确定竞业限制经济补偿金的实质。其实从上述规定中不难看出，竞业限制经济补偿金的实质就是对劳动合同解除或者终止后，因限制劳动者自主择业权和生存权的一种经济上的补偿。既然是对劳动合同解除或终止后一种补偿，那么对于劳动者在职期间的竞业限制自然不需支付竞业限制经济补偿金。有人认为，如果确认竞业限制适用于劳动者在职期间，但对其在职期间的竞业限制却不需支付经济补偿是不公平的，违背权利与义务对等的原则。这种观点看似有理，却错在没有分清用人单位对劳动者在职期间的竞业限制和劳动合同解除或者终止后的竞业限制存在着本质上的区别，劳动者所负竞业限制的义务来源实质上是有所区别的。就劳动者在职期间的竞业限制来说，第一，不存在影响、限制劳动者生存权的情况，因为劳动者因工作已获得了相应对价——工资；第二，此种情形下，限制劳动者的自主择业权的实质上并不是用人单位，而是劳动者因择业结果的一种自我主动限制。劳动者在择业前完全可以自由选择与避免而不需承担任何责任。这与劳动者离职后因竞业限制带来的自主择业权的被动限制是不同的。就劳动者在职期间的竞业限制义务，从法学理论上讲，更多的是被认为基于诚实信用原则而产生的忠实义务的一部分，很大程度上就是来源于劳资双方因签订劳动合同而产生的。劳动者因工作职责或便利了解、掌握了用人单位的商业秘密和技术，在获得了工作对价的同时，又利用这些技术或者秘密去从事有损用人单位利益的事情，这本身就有违诚信原则。

上文中提到的关于在职期间的竞业限制可以解读为立法将这一事项规定为双方可以约定的内容，实质是将因法理要求劳动者在职期间应承担的一种隐性义务利用约定明确化，并不能因此要求用人单位给予额外的对价。因此，即便在确认竞业限制适用于在职期间、劳资双方也约定劳动者在职期间也要遵守竞业限制的情况下，也不应要求用人单位支付竞业限制经济补偿金。当然，矫枉不能过正，在承认竞业限制可以适用于劳动者在职期间，且该期间其竞业限制义务的来源主要是基于诚实信用原则而产生的忠实义务的前提下，也

不能把这种隐性义务认为是劳动者的法定义务。如果这种隐性义务没有通过双方的约定变成一种约定义务，那么即使劳动者在职期间违反了竞业限制，用人单位也不能基于竞业限制而要求劳动者承担相应责任。惟其如此，也才更符合实质上的公平。

约定收入中包括竞业限制经济补偿金的做法是否有效？实践中，笔者遇到诸多关于劳动者向用人单位主张竞业限制经济补偿金的案子，而用人单位大都以每月薪酬中已包含竞业限制经济补偿金为由抗辩，但这一主张基本上得不到劳动争议仲裁庭或者法院的支持。

《劳动合同法》第二十三条第二款规定：对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。按此规定，竞业限制经济补偿金的支付应该是在劳动合同解除或者终止后，而不能包含在月薪中。案例中，郑某也是以此为由进行抗辩的。郑某认为：甲公司将工资拆分出竞业限制补偿费提前发放，实际是违反了劳动合同法的规定，应视为未支付补偿，因此其可以无需承担竞业限制义务。根据《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》规定：竞业限制补偿费应当在员工离开企业后按月支付；2012年6月21日，广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会在佛山召开的关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会形成的会议纪要（以下简称《纪要》）中，更直截了当的指出：劳动合同解除或者终止后，劳动者请求用人单位支付竞业限制经济补偿或者以用人单位未按约定支付竞业限制经济补偿为由要求不履行竞业限制义务，用人单位以其在劳动关系存续期间向劳动者支付的劳动报酬已包含竞业限制经济补偿进行抗辩的，不予支持。按此上述规定的理解，郑某的抗辩理应得到支持，司法实践中劳动争议仲裁庭和法院也是如此操作的。

然而，甲公司则认为：对于薪酬结构中包含竞业限制补偿费是双方入职时约定的，提前发放并不损害郑某的利益，郑某违反竞业限制义务应承担法律责任。对此，笔者持赞同观点。无论是《劳动合同法》还是《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》，或者是《纪要》虽然都规定竞业限制

经济补偿款是在劳动合同解除或者终止后支付，但我们在适用时要看到立法的目的及意见出台的背景。上述法条或指导意见如此规定，一方面是因为劳动者即使签订了竞业限制协议，但离职后是否还需要承担竞业限制义务不能确定，那么是否需要支付竞业限制经济补偿金也处于不确定状态。规定离职后支付竞业限制经济补偿金也有利于保护用人单位的权益；另一方面也是为了防止在纠纷发生后，用人单位恶意“利用拆分工资结构的办法来替代经济补偿金的支付”的做法。防止用人单位在履行合同的过程中，将原本都属于劳动报酬的一部分工资拆分为竞业限制补偿费，或者补签协议概括约定工资中已包含了竞业限制补偿费，并要求劳动者承担竞业限制义务。因此，在判断“约定收入中包括竞业限制经济补偿金”这一做法是否合法有效时，应当以是否损害劳动者的合法权益或加重劳动者法律责任为判断标准。

案例中的情况不同之处在于：月薪中的3500元为竞业限制经济补偿金的约定是在郑某入职时双方就明确约定的，是双方真实意思的表示。而且，约定既然明确了此3500元为竞业限制经济补偿金，也就明确排除了其是劳动报酬的性质，这并不违背立法的目的与《纪要》的指导意见。甲公司的行为并非在纠纷发生后恶意、强行将原属于劳动报酬的一部分工资拆分为竞业限制补偿费，不应认定无效。甲公司“原本应离职后发放”的竞业限制经济补偿金在郑某每月的收入中提前发放就表明：郑某离职后是否需要承担竞业限制义务并非处于不确定状态，而是必须承担。此种做法非但没有损害劳动者的任何权益，还有利于防止劳动者离职后因不愿履行竞业限制义务而恶意拒收竞业限制经济补偿金，并反以用人单位未按时支付竞业限制经济补偿金为由进行抗辩的做法。因此，对于月薪中包含竞业限制经济补偿金的做法不能一概简单的不予认可和支持，而是要分情况从保护劳资双方实质权益的角度去加以区别和认定。

随着市场经济的进一步发展、企业对商业秘密和技术的重视及劳动者权利意识的觉醒，可以预见关于竞业限制的纠纷会越来越多。如何平衡用人单位的商业秘密和竞争优势与保护劳动者合法权益之间的关系，将是劳动法领域长期面临的问题。





经典案例

错误财产保全、错误执行案件中 案外第三人权益保护探析

文 北京市大成（深圳）律师事务所 张勇律师

【基本案情】

A公司系濒临破产的电子产品生产商。B公司承包A公司厂房、办公桌椅、生产线等，向A公司的员工发放工资，购买生产设备继续生产与A公司相同电子产品并以B公司名义对外销售。现A公司债权人C公司起诉A公司借款100万，双方以80万调解结案。C公司在诉前申请财产保全，保全了价值60万的成品。B公司在财产被查封后立即提出财产保全异议。此后，A公司伙同自然人D以A公司欠款60万为由进行虚假民事诉讼，后双方迅速以60万调解结案。同时A公司又伙同以E为代表的20个自然人提起虚假劳动仲裁，各方在劳动仲裁阶段调解结案，A公司合计支付20个自然人高达110万赔偿金。随后C、D、E均向法院申请执行，法院查封了已进行财产保全的价值60万的成品、未进行财产保全的价值40余万的物料、半成品、机器设备以及价值5万元的办公桌椅、生产线。A公司在保全及执行阶段坚持认为该工厂内所有的机器设备、物料、半成品、成品、办公桌椅、生产线均为其所有。后考虑到占用工业园正规厂房生产车间成本较高，法院指定将所有查封的机器设备、物料、半成品、成品、成品、办公桌椅、生产线等存放在工业园其他仓库。B公司对查封的机器设备、物料、半成品、成品提出执行异议，历时12个月后法院判定B公司胜诉。C公司不服，继续在一审提出确权诉讼，6个月后，法院判决B公司胜诉。法院裁定解封后，工业园以另行指定仓库的租金已达20多万元没有相关方来承担而拒绝放货。B公司认为此项费用应当由A、C、D、E来承担，不应由其承担故不同意支付。此时，查封的所有资产贬值已不足20万元。整个过程中，B公司向各级法院申请撤销虚假的诉讼、劳动仲裁，也向公安机关举报要求启动刑事案件。

●财产保全及执行异议阶段，B公司有那些救济途径

财产保全阶段，B公司的救济途径及相关法律建议。对于错误财产保全，除《最高人民法院关于当事人申请财产保全错误造成案外人损失应否承担赔偿问题若干问题的解释》（2005年8月24日起施行）规定当事人申请财产保全错误造成案外人损

失应当依法承担赔偿责任外，我国尚无明确规定的、操作性强的法律规定。而最高人民法院的司法解释只是一种事后赔偿责任，并不是一个快速、便捷的救济途径。一般情况下，确定错误保全人的赔偿责任，要等到本诉案件结案，而本诉案件至少一年左右才能结案；随后案外第三人启动执行异议及之后的确权诉讼也需一至两年才能结案。对于一个无辜的案外第三人，需要两至三年才能确定被查封的财产属于其所有，确实费时费力。而对于被查封资产的贬损部分的赔偿又需启动新的诉讼程序，这同样需要一年左右的时间才能结案。因此，笔者认为，简化案外第三人的确权以及赔偿程序相当有必要。

本案中，由于缺乏及时有效、操作性强的有关救济途径的法律规定，对于法院的拒绝或不作为，B公司的救济途径只能在探索之中。笔者作为B公司的代理人，曾多次向主审法官表达诉求，并提供完整的证据材料，主审法官以当事人提供担保为由拒绝办理解封手续。当然，笔者认为此案B公司还可即时直接提起以A和C为共同被告的确权诉讼，但因为本诉的当事人很快就以调解结案，故B公司未来得及提起确权诉讼。由于缺乏法律的明确规定，即便以A和C为共同被告的确权诉讼能够立案成功，恐怕也需要多次向法院立案庭沟通才行。为了维护案外第三人的合法权益，故本人建议，在财产保全阶段，在案外人第三人提出异议的情形下，增加法院必须在合理期限内做出裁定以及相应的确权诉讼的完整救济途径或者省略裁定阶段，直接规定相应的确权诉讼的途径，而不必等到本诉结案以后，在执行的过程中才能启动。

执行阶段，B公司的救济途径及应改进的司法程序。根据《民事诉讼法》第二百二十七条规定，“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”本条完整的规定了作为案外第三

人的救济途径，笔者代理B公司执行异议的过程中，也是依此条款操作，但由于案件较为复杂，经过多次调查、听证，原本15天的审查期，历时近12个月才出裁定。C公司对裁定不服，接着提起确权诉讼，耗时6个月，一审判决B公司胜诉。C公司继续上诉，后因寄出上诉状时已超出上诉期，本案才得以告一段落。由于电子产品的时效性，一批原本价值100多万的财产，此时价值已不足20万元。鉴于此，对于时效性强的工业产品，法院司法审判的过程中，或加快审判进度，或精简司法程序，以最大限度确保保全财产的价值。笔者认为，异议程序所做的审查和确权诉讼所做的审理并没有本质性的区别，故本案的异议程序可以取消。

●B公司的损失应如何追偿

B公司所遭受损失毫无疑问会向A公司索赔，但A公司已经倒闭，此举并无实际意义。若寻求C公司索赔，C公司的赔偿范围又不易确定，是全赔、部分赔还是分阶段赔。笔者认为，对于查封的60万元成品，从查封之日起至A公司与C公司的调解书生效之日期间的降价损失，C公司应当与A公司承担连带赔偿责任。对于调解书生效之日起至整个确权诉讼结案及所有被查封的属于B公司的资产处理完毕之日，B公司所遭受的全部损失，应由C公司与A公司、D、E承担连带赔偿责任。

●撤销虚假民事诉讼、虚假劳动仲裁、虚假民事仲裁的途径

对B公司而言，似乎只需打赢执行异议及确权的官司就可全身而退，不必就撤销虚假诉讼耗时耗力。实则不然，虚假案件的撤销与B公司的利益息息相关。由于电子产品贬值很快，待执行异议及确权案件结案之后，B公司被查封的资产价值所剩无几，A公司也已经倒闭，不具有偿付能力。而虚假案件的当事人，应当对错误执行承担连带赔偿责任，故B公司希望撤销虚假案件，有一定的现实意义。

根据现有法律撤销虚假民事诉讼有五种途径：一是依《民事诉讼法》第一百九十八条规定由法院自我监督，包括各级法院自我监督，上级法院对下级法院监督，以及最高院对各级法院监督；二是根据《民事诉讼法》第一百九十九条，由当事人申请再审；三是依据《民事诉讼法》第五十六条第二款、第三款之规定，由第三人提起诉讼；四是根据《民事诉讼法》第二百零八条第一款、第二款规定，人民检察院进行监督；五是依《民事诉讼法》第二百零九条之规定，由当事人向检察院申请抗诉。

本案中，案外第三人要促使法院启动自我监督程序或检察院启动抗诉程序，因其程序复杂、历时较久而不易实现；同时，B公司显然不是有独立请求权的第三人，能否作为对审判结果有法律上的利害关系的第三人也有一定争议，B公司又不是当事人，自然就没有相应的向检察院申请抗诉的权利。综上，唯有B公司以普通民事主体的身份提起诉讼，笔者也多次

与立案庭沟通，最终立案成功。

对于本案中的劳动仲裁调解书撤销事宜，笔者多次与法院、仲裁委沟通，但因法律的不完整，未取得良好效果。根据《劳动争议调解仲裁法》第二十三条的规定，案件进行中第三人可以参与到案件中，但对于第三人的事后保护则没有相关规定。目前也没有相关法律规定法院可以撤销劳动仲裁调解书。法院是否可以裁定不予执行呢？笔者曾见过一个类似判例，厂方联合社会人员虚假劳动仲裁，损害债权人利益，债权人提出异议后，法院以违背社会公共利益为由裁定虚假劳动调解书不予执行，依据为《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一》第二十一条的规定。但该条的规定为被申请人对调解书有异议情形下，法院可以裁定。笔者认为本条应做扩大解释，利益相关方或案外第三人均有权利提异议，法院应当裁定。

●虚假民事诉讼、虚假劳动仲裁、虚假民事仲裁当事人应当承担的责任

根据《最高人民法院关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》、《刑法》第三百零七条关于伪造证据及相关行为的规定，本案的虚假诉讼当事人并不能以诈骗罪进行立案；同时，虚假诉讼当事人没有指使他人作伪证的情节，也没有伪造公章，故也不能以伪造印章罪立案。因此，本案启动刑事案件是有一定法律障碍。

那是不是这些虚假诉讼的当事人可以逍遥法外，不用承担任何责任呢？也不一定。根据《民事诉讼法》第一百一十一条、第一百一十二条、第一百一十三条、第一百一十五条关于伪造证据和虚假诉讼的相关规定可见，本案的虚假诉讼当事人应当承担司法责任，可以被司法拘留及给予罚款处罚。

由于虚假诉讼当事人对于虚假诉讼实施具有主观故意，长时间的诉讼，造成B公司的资产已严重缩水以及相关停产的损失，故对于B公司资产贬值的部分及停产的损失，笔者认为虚假诉讼各方当事人应当一起承担连带赔偿责任。

●工业园的场租责任承担

法院为减轻占用工业园正规厂房造成工业园巨大损失，故指定工业园仓库储存所有被查封的资产。但债权人的固执、虚假诉讼方的狡猾及漫长的审理程序等诸多因素，造成了巨额场租。作为工业园为实现其利益最大化，对其要求支付场租后方可提货的做法可以理解。但从法律上讲，是债权人、债务人以及虚假诉讼的其他当事人造成这些巨额场租，应当由这些人来承担，而不是由案外第三人来承担。

总之，由于部分法律缺位，部分人员不作为、以及冗长的司法程序，造成了原本可以快速处理的案件，到最后造假人依然逍遥，案外第三人需要通过漫长救济程序来弥补部分损失，法律权威变得弱化，这些都需要法律人思考、探索并努力推动其改变。



龙岗律师为龙岗区的法治建设做了很多的贡献，维护社会和谐稳定，促进社会经济发展，但这些并不是服务团的“口号”，更不是服务团的句号。如何最大化的发挥服务团的作用，在龙岗经济高速发展的时代背景下为律师业发展创造更多的平台，使龙岗律师成为龙岗“依法治区”的一张靓丽名片，一切才刚刚开始。

公益法律服务在龙岗

文 本刊记者 古丽

中华全国律协近期发布了《中国律师行业社会责任报告》，报告显示：在过去3年中，中国律师共参与矛盾化解58万余次；律师参与接待信访6万余次，直接接待信访次数超过11.5万余次，律师提出工作建议数达4.3万余份；开展普法培训3.5万余次，受益人群达到267万余人次。全国各地律师协会为公司管理者、企业员工、学校教职员工、政府执法人员开展专业培训3.5万余次，培训人次超过63万……

庞大的数据背后，是数以万计的律师工作在一线，日复一日、不辞劳苦地践行着社会主义法律工作者的职责。在全市乃至全国，从事公益法律服务事业的律师有很多，律师公益服务团也不止一个，但在深圳龙岗，却有这样一支不能忽视的队伍——龙岗区律师公益服务团，他们活跃在政府部门，活跃在律师行业，活跃在基层，活跃在法治建设的每个角落。在整个社会遵循市场价值导向的背景下，他们却勇敢地担起社会责任，为龙岗区的法治建设贡献出律师的光和热。如今，就让我们走进这个充满正能量的团队，了解他们在法治龙岗建设中不为人知的点点滴滴。



政府决策的参谋

长期以来，龙岗区司法局与深圳市律师协会龙岗区工作委员会保持着良好的工作关系。行政主管部门在积极为本区律师业发展出谋划策的同时，辖区律师也积极为政府部门、街道、社区提供法律顾问、法律援助、信访调解等法律服务。为充分发挥律师的专业优势和职能作用，更好地服务于区委

区政府的中心工作，2012年12月3日，区司法局、深圳市律师协会龙岗区工作委员会联合成立了龙岗区律师公益服务团。这个由龙岗区政府副区长亲自挂帅，区司法局局长、副局长、律师公证管理科科长、区律师工作委员会主任及20余家律师事务所106名优秀律师组成的公益服务组织，在短短的一年里，汇聚百名精英的智慧，为小小社区发挥了大大的作用。自2012年12月底成立以来，该律师公益服务团经过近一年的长足发展已初具雏形。

“从大的方面来讲，一来它能够作为行政决策提供法律服务；二来也为社区居民、企事业单位提供很多免费的法律咨询。”龙岗区律师工作委员会主任、服务团副团长蔡春雷这样介绍道。蔡主任指出，律师公益服务团既为街道各部门、各社区在涉及招商引资、征地拆迁、环境保护等重大、敏感事项提供法律咨询及法律论证；开展法制宣传和法律咨询活动，举办法制讲座，积极提供法律援助，还为基层各组织机构提供优质、便利的法律服务。

龙岗区大力加强城市化建设，城市更新的步伐走在全市前列。记者了解到，近期龙岗区集中开工一批城市更新项目，包括横岗138工业区、坪地长美岭工业区改造、坂田大光勘、杨梅岗格水村改造、上市古和龟地禾虾岭在内的22个项目总投资119.12亿元，涉及8个领域。近年来，所涉及征地补偿、房屋拆迁、企业投融资、政府采购等众多法律问题的上百亿更新项目在龙岗的经济发展中实属常见。

在多方强烈的法律需求面前，律师公益服务团发挥了应有的作用。服务团成员之一的广东鹏翔律师事务所朱志华律师为龙红阁社区居民讲授城市商品房等不动产买卖应注意的法律事项及“农民房”、“自建房”拆迁及其法律保障等相关法律法规，该社区百余名居民参加此次讲座，主讲律师针对

居民提出的常见法律问题作了详细解答，讲座反响热烈并收到良好效果。



基层法治建设推动者

律师公益服务团积极推进法律服务进社区、进企业，定期与街道司法所、法律援助工作站联合开展法制宣传和法律咨询活动，尤其重视法制宣传教育“下基层”，提高公民的法律意识。服务团通过举办法律图片展，发放法律书刊和宣传材料、开展法制讲座、定点进行法律咨询、开通咨询热线等多种形式，有针对性地宣传与人民群众密切相关的法律法规。其中，服务团的律师们还提供其亲自代理的民商事案件作为点评案例，通过介绍案情、争议焦点、判决结果等，从法律实务的角度介绍案件的代理要点，并对此加以点评、解析。长期坚持下来，讲座活动甚至成为了服务团工作的一大亮点，并受到相关单位的热烈欢迎。

有了这样明显的效果，龙城街道法制学校应运而生。龙城街道法制学校的成立标志着龙城的普法教育工作步入新阶段，并为律师公益服务团提供了新的服务平台。一年多来，法制学校邀请了长期从事法律工作、具有良好法律素养，且热心法制宣传工作的律师、法学专家、学者作为法制学校讲师，按照“六五”普法规划和依法治区工作要点的要求，确定宣讲内容和宣讲课题，结合辖区的热点、难点问题，有针对性、有目的地对辖区居民、企事业单位定期开展授课，讲解相关法律法规。同时，律师公益服务团以法制学校为平台，参与送法进社区、进企业、进学校等巡回宣讲工作，为创建具有龙城特色的法制培训体系提供智力支持。服务团的律师们应邀对街道、社区干部、辖区企业经营管理人员开展法制教育培训，并对外来务工人员、青少年学生、社区矫正与安置帮教人员等重点对象开展法制教育；同时，律师还针对社会敏感性法律事务、热点问题进行法律分析，讲授新的



由律师参与的天成学校法制宣传阵地揭牌仪式现场

法律条文及司法解释，帮助特殊群体深入了解法律、避免发生歪曲理解。

为切实满足辖区居民、企事业单位和社会组织的法律服务需求，解决他们遇到的实际问题，律师公益服务团联合区司法局、街道司法所每月确定一个普法主题，围绕当月普法主题开展法制培训工作，不断提高辖区居民、企事业单位和社会组织的法律意识。特别值得提出的是，为确保律师的授课质量和法制培训的效果，律师公益服务团相关负责人每期就普法主题向全团律师征集报名，并就其提交的PPT进行审查。“有时候审查PPT都要两三遍。”龙岗区司法局律师公证管理科王琛科长这样说道。她笑着跟记者表示，为了使培训工作落到实处，区司法局在从征集报名到讲课的整个过程中都要审核，服务团的律师也会旁听试讲，对不恰当的内容还要总结改进，为了一场讲座，听课、审查PPT达两三次也是有的。



社会矛盾纠纷化解员

“作为律师公益服务团的一员，我们首先得当好法律‘宣传员’，其次是要当好法律的‘指导员’，最后则要当好纠纷‘调解员’”。蔡主任这样说道。他表示，公益律师服务团的律师经常为龙城街道各部门、各社区提供法律指导意见，避免发生不必要的法律纠纷，力争为解决社会矛盾纠纷提出最佳途径。当发生重大疑难纠纷时，驻点律师及时调处，避免事件扩大。特别是城市化转型、旧城旧村改造、拆迁安置、房地产历史遗留问题等新时期常见的矛盾纠纷，都涉及到较多的法律问题，但社区调解员因缺乏法律专业知识而难于调处，驻点律师协助社区及时调处，避免了矛盾扩大，维护了社会稳定。

其中，为了给居民提供及时免费的服务，律师公益服务团联合龙城司法所法援处组织安排律师每周两次到法律援助处值班，负责接听来电、接待来访，解答法律咨询，承办法律援助案件。目前，律师公益服务团的律师到法援处值班近百次，参与信访调解28次。

对律师而言，值班不是件轻松的事。他们要遵守严格的规章制度，信访办的值班律师需从早上9点一直到下午6点坐班，缺勤需要请假并由服务团其他律师代班；大多数情况下，值班一天的工作量也不少，接受咨询后还要填写详细的工作日志，且律师在值班期间也不能接案。

2013年5月20日，位于回龙埔社区上角环新村6巷3号发生一起抽水机漏电引发的触电死亡事件，该事件造成两人死亡，两死者为婆孙关系。事发后第二天，司法所就有关部门会同公安机关积极展开调查，希望帮助家属快速的解决

纠纷及办理后事。相关部门前后连续十多次召集当事人进行调解，但因死者家属与可能的责任方无法在赔偿金额上达成一致，使得调解工作无法进行下去。死者家属一方当事人在调解陷入僵局的情况下，不愿通过法律途径解决，并经常采用激进的信访手段影响政府、当事人的正常工作、生活秩序，加大了案件的处理的难度。对此，龙城司法所邀请了律师公益服务团的律师为受害者家属解释法律规定并愿意帮助其通过诉讼程序来维护受害者的合法权利。经过两个月的时间，律师连同有关部门通过各方做了大量的思想工作，最后各方达成一致意见，由6巷3号的房东与物业公司共同承担90万的赔偿数额，该事件得到圆满解决。

在回龙埔5.20案件成功调处的整个过程中，人民调解员与律师公益服务团的律师联合调解，发挥了重要的作用——他们通过多方合作、合理分工、止讼息争，得到了领导和群众一致好评。类似事件的调解效果是明显的，但对于律师公益服务团来说，这些看似并没有激烈冲突的案件，却是整个服务团工作的关键。

律师公益法律服务团的未来走向

龙岗区律师公益服务团的出现，形成了一个政府、主管部门、律师共同推动公益法律服务的机制，这是服务团的一大亮点。

律师公益法律服务团的很多事情非常琐屑，但律师们认为，这些看似不必要的细节却不容懈怠。比如是否需要看守所旁边另设一个侧门，以便外来人员到咨询室进行咨询，类似的小事会时常在服务团中引发讨论。

服务团的各种事务琐屑而繁杂，如今蔡主任甚至早已没有精力再接案子了。龙岗区依法治区办专职副主任邓晓雄跟记者说，服务团律师为法治龙岗投入了大量的精力和时间，虽然我们也向律师支付一定的报酬，但这与律师自己的业务收入是无法比较的，更多的律师是以公益的心态为政府和市民服务。

在有关部门的支持和律师们的努力下，律师公益服务团在龙岗的社会影响力越来越大。龙城法制学校揭牌时，服务团的律师也参与其中；龙城街道在龙城社区的法制建设、规章制度、人员筛选方面，都咨询了服务团的意见；龙岗区政府遇到敏感案件或作出重大决策时，也会请律师出具相关法律意见。随着龙岗区律师公益服务团的影响力逐步扩大，司法行政机关与区律师工作委员会“两结合”的管理体制也不断深入，律师平等、独立的地位也渐渐显现。

在这个服务团里，龙岗区区长成了团长，区工作委员会的几个律师当了副团长，律师公益服务团的律师们都在主动



律师为社区股份公司经营管理者授课

思考如何推进龙岗律师业发展、律师公益服务团还可以提供哪些服务。只要他们认为是可行性的建议，律师们就会主动找司法局讨论，充分发挥了服务团的能动性。律师的主动参与，使很多社会管理问题纳入法治轨道，而且往往事半功倍，水到渠成。那么，律师的主动性从哪里来？

“我认为，在龙岗，律师能够积极主动参与法制建设、参与社会管理，这与龙岗社会经济快速发展密不可分。”邓主任这样提到。他表示，龙岗在发展模式上与罗湖、福田有一定区别，快速发展过程中社会矛盾、社会管理相对复杂，这对区委区政府的民主、科学决策，建设法治龙城提出了更高的要求，在行政手段和其他手段越来越被动的情形下，只有通过法治手段才能从根本上解决问题。

从1995年以来，龙岗区就开始实施“依法治区”的方针，成立“依法治区”领导小组和办公室，并做了大量工作。2009年龙岗区开始创建法治城区，并成为广东省法治城区创建的试行点和示范点，这表明龙岗区的法治建设是有基础，也是有成效的。律师是社会主义法律工作者，是法治建设中不可或缺的重要力量，对维护社会稳定、经济社会的发展和法制建设发挥着重要作用。

对于龙岗律师公益服务团的未来走向，邓主任提出三大定位是：充分发挥法律工作者的作用，成为经济社会建设发挥重要作用的平台，履行社会责任的平台，展示律师形象的平台。邓主任认为，律师在遵循市场价值导向的同时，也要为社会的弱势群体提供公益法律服务，开办法制讲座宣传法治理念和法律法规知识，参与社会主义法制建设并逐渐发挥重要作用，这是社会主义法律工作者的社会职责，也是我们的终极理想。在龙岗，这些正从龙岗律师公益服务团开始。

龙岗律师为龙岗区的法治建设做了很多的贡献，维护社会和谐稳定，促进社会经济发展，但这些并不是服务团的“口号”，更不是服务团的句号。如何最大化的发挥服务团的作用，在龙岗经济高速发展的时代背景下为律师业发展创造更多的平台，使龙岗律师成为龙岗依法治区的一张靓丽名片，一切才刚刚开始。

越剧《唐婉》观后感

文 广东蛇口律师事务所 弋仙荣律师



看越剧《唐婉》，盘腿坐在沙发上，一杯红酒，一滴一滴的抵，直至看完。越剧很婉约，像风吹柳枝婀娜摇曳，像小溪泉水曲径清幽，无论生旦净丑、喜怒哀乐，都那么柔曼。

陆游的《钗头凤》记得很熟，很多人也知道这个伤感的爱情故事，只是戏剧里第一次看到是越剧《唐婉》：

红酥手，黄滕酒，满城春色宫墙柳。东风恶，欢情薄，一杯愁绪，几年离索，错，错，错！

春如旧，人空瘦，泪痕红浥蛟绡透。桃花落，闲池阁，山盟虽在，锦书难托，莫，莫，莫！

有点不明唐婉被陆游母亲强行休弃的原因，看记载都是说陆游婚后甜蜜似的沉浸在二人世界里，不思亲人和进取，惹恼了老太太。但戏剧里唐婉是很支持陆游科考报国的，并非林黛玉那样反感前程之类的事情。最说不清的就是两人的感情问题，何况已进入历史。

陆游再娶王氏，似乎是平淡夫妻。而唐婉则又嫁入豪门，赵士程比不上陆游的才华，但却是个痴情人，大君子，不亚于梁思成。不计唐婉弃妇的境地，同情谅解她，深情爱护她，唐婉受伤的心灵得到了抚慰，美满幸福的生活了十年。

十年后陆游却回来了，没有引起什么家庭矛盾，这归功于赵士程的君子风度，却把唐婉平静的内心搅翻了。偏偏陆游又写了一首钗头凤，一字一句，如针如剑，扎在唐婉曾经的伤疤上，防护多年的情感恍惚间决堤。笔者想，唐婉不会像林徽因那样把思念和感伤向丈夫倾诉，或把那首钗头凤悬贴在卧室里。面对如此深情大度的赵士程，她只是独自默默的经受感情的煎熬：

世情薄，人情恶，雨送黄昏花易落。晓风乾，泪痕残，欲笺心事，独语斜栏。难，难，难！

人成各，今非昨，病魂常似秋千索。角声寒，夜阑珊，怕人寻问，咽泪装欢。瞒，瞒，瞒！

追忆和叹息可能成为唐婉后来生活的主题，陆游十年后的出现，对她的感情是一种致命的诱惑，连同那首钗头凤，唐婉陷入无法摆脱的流沙之中。据说此后不久抑郁成疾，香消玉损。而陆游却辗转活了近九十岁，还在八十五岁那年写了一首：沈家园里花如锦，半是当年识放翁，也信美人终作土，不堪幽梦太匆匆。

唐婉十年的幸福美满一半归功于赵士程能大度纳舍，并

恩爱备至；另一半归因于她对陆游的误解，以为陆游违背了山盟海誓而由爱生恨，自然也就没有了留恋。

但当十年后陆游再次出现，唐婉才知道不是她痴心他负心，而是“我痴心他也痴心”。而此时有情人注定无法再成眷属，赵士程其实在唐婉心里只是退而求其次的选择，无法与陆游在唐婉心中的分量相比。何等的悲哀和无奈！哎，千年伤情事！倘若唐婉别再嫁，等着陆游母亲死后和陆游复婚，或许会与陆游白头偕老。

看完越剧，再转台看豫剧，像猛然间进了辽阔草原，骏马奔驰，皮鞭和呼啸声在凌空回响。气势豪放的让笔者紧张。这么快就被同化？

以前戏剧里的拥抱只是甩开长袖，搭在肩上，或两人将袖子缠在一起，然后左转一圈，右转一圈。越剧《唐婉》里好像都伸出胳膊手，真的抱了。不过这部戏剧的动作很诗意很唯美，戏剧是集歌、词、舞的综合艺术，古代戏更能表现这种文学上的深度和形式上的唯美，古时人的礼节和言行着装，是功效极高的艺术工具。而看现代戏剧让人痛苦的一点就是好像一群木偶，表现形式上相比古代戏如同裸体，让人别扭不堪。这不由让人担忧戏剧的传承，昆曲何其幸也，在现今这个社会遇到了白先勇，而还会有第二个、第三个白先勇吗？每个地方戏都能发展出一部如《牡丹亭》般的剧作吗？

然而，当现代人忙着为生活奔波时，也自然无心发展艺术欣赏力了，快节奏生活带来的紧张疲惫的情绪需要在打击乐的疯狂中发泄，或在情调丰富的酒吧中浸泡释化，需要在流行歌曲中寻求共鸣和安慰。少有人愿意耐下心来慢慢挪来挪去的步子和甩来甩去的袖子。笔者不禁感叹，解放后彻底打破旧世界，同时把文艺传承的一个链条也给切断，再加上现在的应试教育，就成了今日之衰败局面。虽然各地也有少儿戏剧班，但都是业余玩一玩，当高考的巨轮滚滚而来时，全都放弃。更难有人将其视为专业，因为此行经济效益太差。

看着一个个艺术极品即将残破成碎片，但稍感欣慰的是，这部新剧《唐婉》让笔者在伤情的故事之外，看到了戏剧之花那坚韧的茎叶，在一个艰难的生存环境里依然倔强执着的萌发。或许戏剧在现代社会注定只能获得极其偏僻的一个小角落，但只要能遇到欣赏她的少数人，应也知足。如同人生，相遇很多，相知甚少。



斋墨心语

雪花是春天的信使

文 自由撰稿人 王晓宇

天说冷就冷了。细想想，冬天是从哪一天开始的呢？确切的时间真的不曾留心，是从白露凝霜？是从雪花的贸然造访？还是从汨汨流淌的河流停止了喧哗？反正有那么一天，杂乱无章的景物逐渐被白雪掩埋，呈现出画意；呼呼的北风怒号着，毫无文人笔下的诗意；行人瑟缩着臂膀从街上走过，我们知道冬天真的来了，冬天迫不及待地拉开了大幕，急急地登上了季节轮回的舞台。

如果是在城市里，下雪天，三两知己会聚在一家咖啡馆里，屋外寒流回旋，屋内暖意融融，一只银匙轻轻地搅动着杯里的咖啡，刹时浓香四溢，一口还没有喝，人便被这香味熏染的熏熏欲醉，偶尔说一两句话，低低的声音，仿佛怕惊醒谁的梦，悠长的午后时光里，像一个没有时间概念的老人，慢慢体味着仿佛静止的时光，岁月静好，时光无痕。

如果是生活在古代，下雪天则是读书天，喝酒读书品茶聊天，陆放翁的一句诗：莫笑农家腊酒浑，丰年留客足鸡豚。这句诗最能表达古人的心情。下雪天，留客天，绿蚁新醅酒，红泥小火炉。窗外，白雪映窗，肃杀寂静清冷。屋内，主客盘腿相对而坐，滚烫的火炕上，一张小方桌，热酒一杯，暖茶一壶，热气袅袅，畅谈甚欢。

如果是生活在乡村，落了一夜的大雪之后，乡村的早晨是寂静的，村庄，房舍，草垛，茅屋，街道，树木，那些平常熟悉的风景，都被覆盖在皑皑的白雪之下，于是村庄变成我们眼中美轮美奂的童话世界，是雪给村庄披上了一件美丽的外衣，变得既熟悉又陌生起来。

太阳出来之后，天地之间反射出一片耀眼的白光，刺目惊心，挂在树杈上的雪花，还没有来得及落下就化成了亮晶晶毛茸茸的冰渣。小河里，听得见水声，看不见水，厚厚的冰面之下，有鱼在游，有水在流。

时光变得像一个多情的少女，似乎分外留恋雪后的村庄，脚步迟缓凝重，懒洋洋地游移，给人一种错觉，仿佛静止不动。偶尔能听到一两声鸡鸣犬吠，偶尔能闻到谁家的女人扯着嗓子唤孩子的小名，偶尔能看见谁家的烟囱冒出缕缕白烟，让人想起岁月静好，现世安稳一类的词汇。



空旷的乡路上，积了一层厚厚的白雪，踩在上面，耳边响起“咯吱、咯吱”的声音，带着韵律和节奏，在乡路上留下一串串的脚印，抑或车辙。有心急的村人会赶早去城里置办年货，添置家里短缺的东西，比如衣服鞋帽，比如瓜子红枣之类的小零食，当然，主要是买一些村子里比较稀罕的东西，带着知足和恬淡的神情，笑容仿佛被冻结在脸上，久久不散。

乡村的年总是和雪结伴而来，没有雪的年总会觉得少了年味，像过年没有贴大红的福字，没有贴火红的对联一样。雪地上的红灯笼，红对联，红得分外妖娆。小孩子们穿着新衣服，喜欢在雪地里撒丫，小手小脸冻得透红，在雪地上堆雪人，打雪仗，放鞭炮，听着一声声清脆的炸响，把欢声笑语撒得院子里到处都是。

大人们则有条不紊地忙着年俗，买米买面，储备过年期间的食物，因为多数地方过年时都不开张。忙着蒸年糕，贴年画，贴对联，剪窗花。福字倒着贴，取谐音“福到了！”年画则多数是年年有余五谷丰登之类的祝愿。大家在雪地上忙进忙出，很累，但累得开心快乐。

曾经有一个小小的愿望，等将来，不工作了，没有了牵挂，回乡村生活，不为别的，只为这雪。

落了雪的乡村是恬淡的，是迷人，静谧的，它让浮躁的心变得踏实下来，它让粗糙的生活变得浪漫起来。

雪花是春天的信使，一年又一年，从春天出发。

【声音】

当前，在法治建设的诸多环节中存在一些需要破解的难题和挑战，而这些难题和挑战的共同根源，则是法治如何被相信、被信赖和被信仰的问题。现在存在一个令人困惑的现象：一方面，全社会都要求建设法治中国的呼声越来越强烈，立法机关制定的法律越来越多，司法机关处理的案件也越来越多，这充分说明我国的法治建设是快速向前走的。而另一方面，社会上似乎弥漫着一层不相信法律的风气，像雾霾一样地污染着法治建设的正能量。

——最高人民法院研究室主任、审判委员会委员胡云腾

宪法学界的辩论和不同观点的时有交锋，当然，这些学术交锋是在平和正常的氛围内展开的。在双百方针指引下，这种学术交锋贯彻百家争鸣的精神，往往都能充分说理，以理服人。宪法学研究应遵循自身规律，脚踏实地，符合中国实际，关注重大现实问题。在当前环境下，宪法学研究应当怎样找到突破口，进行真正学术上的建树，以繁荣宪法学这块园地？这是值得深思的。中国精神应是当代中国宪法学的基本特色。

——中国土地学会副理事长黄小虎

【数字】

85.2%

今年以来，南通司法行政机关大力开展党委政府领导干部“一对一”法律服务，推进律师参与领导接访，努力化解基层疑难矛盾纠纷，使一批长期困扰基层政府的“老访”“群访”息访止争。截止10月上旬，该市共有93人次律师“一对一”协助三级党委政府、部门领导接访案件128件，签订《息访协议》82件、《息访代理诉讼协议》27件，息访率达85.2%，为上访人免除代理费10余万元。

450多个

随着国家经济社会的快速发展和民主法治建设的不断深入，法律服务业的分工也越来越细化。由于《律师法》对律师业务范围没有具体的细目，不利于律师业务的专业化、规范化发展。对此，全国律协组织各专业委员会分别起草各领域律师法律服务的业务目录，并按照基本部门法体系，结合司法审判实践和律师业务特点进行整合、优化，共梳理出业务目录450多个。

3.86亿余元

全国律协近日发布的《中国律师行业社会责任报告（2013年）》显示，目前全国各地已成立了30多家以律师事务所为依托成立的公益法律服务机构，专职从事公益法律服务的律师达到150余人，在解决农民工维权困境，及时、高效化解矛盾方面发挥了独特的优势，得到各级党委政府的高度认可。到2012年底，各地农民工法律援助工作站共为农民工讨回欠薪、工伤赔偿款3.86亿余元。

【关键词】

家暴告诫实施办法

近日，宁夏回族自治区高级人民法院与自治区公安厅、自治区检察院、自治区妇联联合出台了《宁夏回族自治区家庭暴力告诫制度实施办法（试行）》，这是继宁夏高院出台的《关于加强家庭暴力受害妇女的司法保护指导意见》后，又一防止家庭暴力、维护社会和谐稳定的重要举措。《办法》从告诫的适用范围以及公、检、法、妇四机关的职责等方面规定。

“尚法修身”

为进一步推动中山律师参与公共法律服务体系建设，共青团中山市委向中山市律师协会订购，由21名律师组团提供“尚法修身”服务。该项目以中山律师学堂为依托，以教授法律知识为主、兼容道德修养，由律师专门为团市委及其下属机构、市青联及其团体会员提供指定课程的法律知识培训服务。据悉，把“尚法修身”作为一个律师服务项目的提出，这在全国属首创。

“约见检察官谈话”

为进一步完善监所检察工作，上海市普陀区检察院驻监所检察室积极推行“约见检察官谈话”制度，在收押大厅、会见区以及各监室门口均设置检察信箱，向每位在押人员发放“约见卡”。检察人员每日巡视时如发现“约见卡”，便安排在两个工作日内约见。约见活动独立进行，不受监管场所干预，如遇到反映羁押期限、执法侵权等重大紧急情况的，会立刻安排约见。

【业界前沿】

汕头：构建律师参与纪检监察信访举报工作机制

10月16日，汕头市纪委监委和市司法局聘请15名律师担任该市首批纪检监察机关信访举报工作法律顾问。有关负责人介绍，目前受理的信访举报案件中，涉法涉诉等超过受理范围的案件不断增多，迫切需要具有专业优势的法律职业群体的介入和参与，积极有效地引导群众通过司法、仲裁、调解等渠道解决问题。律师作为客观中立的第三方，凭借专业优势和执业经验，对信访举报疑难问题提出的专业分析建议，易于被群众接受和信服。

常州：建立律师化解涉诉案件工作机制

日前，常州市司法局、市中级人民法院联合将10件涉诉疑难信访案件委托10名律师帮助化解。2011年，由常州市委政法委牵头，委托市律师协会选派优秀律师化解10件涉诉信访积案，目前这10个案件已经成功化解，较好地维护当事人的合法权益，取得了很好的社会效果。今年8月份，市司法局和市中级人民法院联合出台了《关于共同促进涉诉矛盾化解工作的若干意见（试行）》，正式建立律师参与法院涉诉矛盾化解工作机制。

安徽：出台律师事务所综合实力评价办法

安徽省近日出台《律师事务所综合实力评价办法》，建立和完善律师行业综合评价机制，推进律师事务所规范化、品牌化建设。据了解，该评价机制采取记分考核办法，将评选标准分为基础设施、内部管理、人力资源、业务绩效、社会形象五个大部分，对律师事务所的人员规模、办公场所、日常管理制度等制定了详细的评分标准。同时，对信息化建设、制定并实施律师所发展规划、建立执业风险、社会保障等基金的律师所将给予相应奖励。

广州：律师查文书可上网下载

近日，广州中院诉讼电子文书网络服务平台正式投入使用。案件当事人及律师，凭立案时获取的“查阅密码”，登陆“诉讼电子文书网络服务平台”预约，两天后便可检阅、下载、打印相关文书。据介绍，该平台可查询上诉状、答辩状、庭审笔录、原审及二审判决书和裁定书。市中院档案管理部门收到预约信息后，会在2个工作日内完成电子诉讼文书的审查、节选，提供网络查阅服务，并以电话、手机短信、电邮等方式回复当事人。

海南：律师进高墙为服刑人员解惑

日前，海南大华园律师事务所10位律师冒雨走进三江监狱，为39名服刑人员开展法律咨询与援助活动。本次接受咨询活动的39名服刑人员均为重刑犯，多数因故意杀人、故意伤害致死、强奸、贩毒而被判处死缓、无期徒刑及10年以上有期徒刑。在提供法律咨询过程中，“爱与希望”也是律师传达给服刑人员的重要思想。律师们在提供援助的过程中，积极帮助服刑人员树立正确的人生观、价值观，争取让其尽早重返社会，重新生活。

佛山：国内首个《法律职业共同体一致行动纲领》签署

10月29日，法官、检察官、律师、法学专家代表平等就座，在广东省佛山市中级人民法院第五审判庭当着媒体和申诉人公开剖析信访个案。此项首开先河的大胆尝试源于国内首个《法律职业共同体一致行动纲领》的签署。日前，佛山法官协会、检察官协会、律师协会及部分法学专家共同签署了上述纲领，呼吁不同法律职业人员相互尊重各自角色和分工，严格遵守职业操守和廉洁底线，最大限度保障司法过程的公开透明和司法结果的公平公正。

温州：推行律师分级评定强化律师执业信用管理

近年来，温州市律师队伍不断发展壮大，律师人数已突破1300人。为加强温州市律师诚信建设，进一步健全“准入、评估、公示、选择”的律师管理机制，解决群众选律师难问题，近日，温州市律师协会制定出台了《温州市律师执业信用管理办法》，明确评定机构和管理内容，设立评定等级，细化评定标准，健全评定程序，运用评定结果，打造诚信体系，通过推行“五星级”信用等级评定，全力打造律师执业信用管理体系。

茂名：275条行政村“村村有律师”

近期，电白275条行政村实现了“村村有律师”，即每一条行政村配备一名律师作为驻村法律顾问。驻村律师随时接受村居组织和群众通过电话、信函或电子邮件进行免费法律咨询，并开展法制宣传教育、法律援助、人民调解、刑释解教、社区矫正及综合服务等多项工作。截至目前，驻村律师共帮助群众解决涉法问题1000多个，参与化解各类纠纷600宗，调处重复上访案件6宗，提供法律援助137宗，全县基本实现了“小事不出村，大事不出镇”。

1

省司法厅副厅长梁震要求“两手抓”推进我市律师工作



“律师工作要实现‘两手抓’，一手抓队伍建设，一手抓队伍作用发挥。”近期，省司法厅副厅长梁震率队到深调研律师工作，就新时期律师工作提出期望和要求。

省律协、省司法厅律师管理处相关负责人参加调研，市

司法局、八届律协会长团队、律协党委书记等参加座谈。

梁震副厅长听取了我市律师业发展情况、律师管理和服务工作情况汇报，对市司法局、市律协推动开辟律师“绿色通道”、《深圳市律师协会章程》修改、参与前海开发、“1+1”法律援助等工作予以肯定。针对新时期全省律师工作，梁震副厅长指出：律师工作要实现“两手抓”，一手抓队伍建设，一手抓队伍的作用发挥：争取市委、市政府的政策支持，扶持律师业发展，推进律师管理工作见新成效；紧抓前海开发机遇，加快律师学院建设，抢占法律服务高地；深入思考并推动在深圳试点构建公共法律服务体系，进一步凸显律师在法治社会建设中的作用；理顺律协党委工作关系，始终贯彻律师党建工作与业务发展结合、党建工作服务于行业发展的理念。

欧永良会长感谢深圳律师积极参与省律协各项工作及为我省律师持续、健康发展所作出的贡献，并表示省律协将多层面、多渠道支持深圳市律师协会开展工作。希望省、市律协在粤港法律业合作、参与前海开发、青年律师培养等方面加强沟通和合作，推广成熟的律师业管理经验，探寻律师业发展新空间。

2

律师“绿色通道”完成系统调试

律师刷卡验证身份信息通过法院安检取得新进展，我市律师“绿色通道”系统在福田法院完成技术测试。市律协会长张勇、律师纪律与惩戒委员会主任郑马、律师权益保障委员会主任马学平现场指导验收工作。

自今年5月以来，张勇会长率队多次与各区法院就加强法律职业共同体建设、建立常态工作联系机制、规范律师诚信执业、提高法院和律师工作效率等问题进行磋商，并就设立律师进入法院的“绿色通道”达成初步共识。经过与银行、网络公司等合作单位技术论证、网络后台开发和向全市律师征集会员信息，10月下旬，首批深圳市律师协会会员卡（测试卡）制作完成。10月29日，张勇会长当场测试相关设备，广东德纳律师事务所廖华勇律师在福田



法院办理业务时体验了“绿色通道”为律师带来的便利。

市律协将积极协商，争取在全市公、检、法机关推广设立“绿色通道”系统。此系统将极大提高律师的办案效率，进一步提升司法礼仪，改善我市律师执业环境，推进诚信诉讼体系建设。

3

第二看守所律师会见室将增至20间

10月17日，市律协副会长林昌炽一行应邀参加第二看守所开放日活动，受到热情接待。预审监管支队副支队长张伟锋、该所所长李笑杰对我会一行表示欢迎，并介绍了该所的基本情况。

近年来，第二看守所秉承“忠诚正义、为民奉

献”的核心价值理念，坚持“惩治犯罪与保护人权相结合”的工作方针，在看守所管理方面进行了有益探索，并在保障律师会见权方面做了许多建设性的工作。针对看守所会见室紧张、律师会见等候过长的情况，该所拟将改建律师会见室，将现有的七间会见室一分为二，同时将部分提审室改为会见室，再增设三间会见室，届时该所律师会见室将达到20间。此举将进一步缓解律师会见等候时间过长的的问题。

4

参政议政工作研讨会关注
《深圳经济特区律师条例》修改

近期，市律协党代表、人大代表与政协委员工作委员会（下称“两代一委”）召开律师参政议政工作研讨会。市律协会长张勇，市司法局律师公证管理处处长李玉

祥，副会长蔺晓青、林昌炽，理事马学平，监事高立明及两代一委委员共25人出席会议。会议由两代一委副主任江定航主持。

会上，两代一委主任童新介绍了2013年律师参政议政的工作情况。蔺晓青、林昌炽副会长分别就律师在服务法治政府建设中的作用与《深圳经济特区律师条例》（简称《条例》）修改作专题发言。与会委员就《条例》修改建言献策：一、《条例》修改应符合《立法法》规定，并与新修订的《刑法》等上位法相衔接；二、《条例》条款表述力求规范、精练，充分体现深圳律师的专业水平和职业素养；三、《条例》修改应体现深圳特色，有行业前瞻性，能为全国律师业发展探路。

张勇会长表示，八届律协将全力推进《条例》修法进程，希望两代一委委员充分利用自身优势不断加强律师与党委、政府的联系，不断提高自身参政议政能力，提出高水平的建议、议案与提案，切实履行职责，在推进《条例》修改工作中发挥积极作用，为律师业的可持续发展贡献聪明才智。

5

我市全面启动律师事务所实习人员
管理工作专项检查

市律协探索规范行业自律管理再出新举措，首次启动律师事务所实习人员管理工作专项检查活动。此次专项检查工作旨在规范律师事务所及指导律师对实习人员的业务技能培训指导工作，推动各律师事务所进一步建立健全实习人员指导和管理制度，切实维护实习人员的各项权利。

此次检查工作设立了督导组 and 检查组。督导组由市律协会长团队、理事、监事、党委委员、纪委委员组成，主要对各检查组的工作进行监督、指导和协调。检查组由实习考管委、会员代表会、宣传委、维权委、纪律委、执业调处委等80人组成，共分成20个检查小组，于10月24至11月11日对140家执业律师超过20人的大、中、小型所和个人所进行检查。检查内容将围绕律师事务所是否为实习人员提供固定办公场所、是否有规范健全的实习人员管理制度、是否与实习人员签订劳动合同、是否给实习人员发放工资报酬等十项内容展开，重点就是否存在挂靠实习、虚假实习、损害实习人员权益进行检查。

6

我市律师行业
税收改革工作培训举行

为应对我市律师行业税收制度改革，确保律师行业持续健康发展，9月11日、16日、17日，我市在福田区、宝安区、龙岗区举办律师行业税收改革工作培训，全市律师事务所主任及财务人员参加培训。

在首场培训会上，张勇会长感谢市、区地税局对我市律师业的大力支持和市律协税务法律业务委员会的辛勤付出，表示八届律协始终将确保律师税收新政平稳过渡作为重点工作，多次赴市、区地税局走访交流，组织到律师事务所调研财务、税收情况，并编写四册税收工作指引，指导全市律师事务所实现律师税收政策改革顺利过渡，并希

望各律师事务所高度重视律师税收政策改革工作，认真学习税收制度的相关规定，建立完善的会计制度、财务管理制度，进一步增强税收法律风险防范能力。

培训围绕《深圳市税收工作指引》第二册及第三册、《律师事务所营业税改增值税实务操作指引》、常用税务实操技能展开，就所得税查账征收相关应对措施、营业税改增值税相关应对措施等提出建议：一、要保持合理税负，须事先进行税负测算、税务统筹；二、律师事务所应注意增值税专用发票的使用和风险管理，确保委托代理合同、委托事项、服务内容和服务金额的统一；三、委托代理合同的代收代付费用必须与律师费有所区分，并保留相应的合同、代收代付相关凭证和票据，代付的相关票据的交款人必须注明是委托人，代收代付费用须进入代收代付的监管账户，以避免风险。



守望天空·不一样的月亮

文 广东闻天律师事务所 徐静

坐在北驰的列车上，
南方的一草一市的景象，
像农人秋收时割倒的庄稼一样，
随着列车的北上而倒向身后的南方。

我，工作的城市在南方，
我，生活的城市在南方，
我的老家——在北方，一望无际的草原上。

我爱我工作的城市，
我爱生我养我的家乡，
我的爱都在同一个国度里，
我的爱都在同一片天空下，
我的爱，抬头看到的是同一轮月亮。

惜是，心里，眼里，
一样爱着的天空，却感觉着不一样的情怀。

躺在草原上，头顶的天空是宁静的，
头顶的云是自由、飘逸的，
望着随风而变的云，心里享受着寂静和安祥。
草原上的那轮月亮，

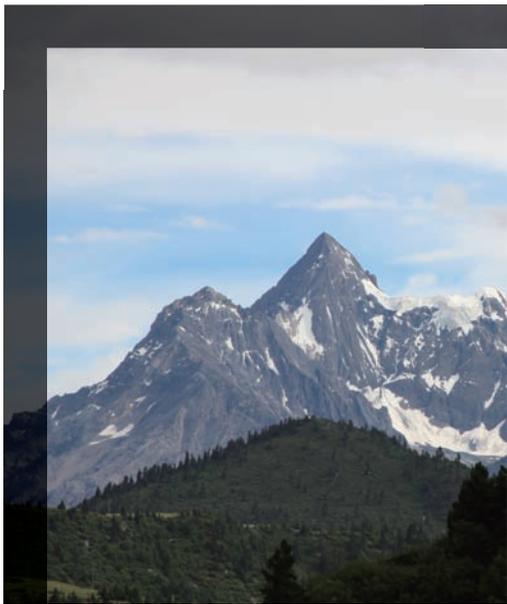
也似羞涩的少女样，
在寂静的夜空上，悄悄的扯着一朵轻纱样的白云，
掩着那纯洁的光，漫步着在天空中徜徉。

所以，匆匆步履走在南方生活城市的广场上，
偶然的抬头，望见了——
不见星星陪伴，躲在塔吊声响和在建高楼后的月亮，
心，忽然升起了丝丝缕缕的凄凉和哀伤。
仰头望着，那么遥远的方向，
心里禁不住默问着：天上的你，是不是，我家乡的月亮？

天上的云，为何在这里我看不见你是远是近，
是何形状，看不见你到底飘向了何方，
心底同样守望着的天空，
却又为何享受的只是同样的阳光，
那天空的蓝，那该是同样的月亮，
为何，却有一个带给我的是凄凉和哀伤。

这样的守望，莫名心升彷徨，
却依然坚持守望着，市是一样的天空，
市是一样的月亮。





2013年6月，突然想要出去走走，于是就开着车开始了这段人生最重要的旅行。318国道被《中国国家地理》誉为“中国大地上一条美丽的项链”，而成都——拉萨段是这条美丽的项链上的钻石。12天，2000多公里，我们翻越了海拔4000米以上的山近20座，一路走过闻名于世的怒江72拐、通边天险、连绵的雪山、宁静的湖泊、原始的村庄，还有神圣的布达拉宫！这是一条让人心驰神往的道路！是一段涤荡心灵的人生必经旅途！是一路刻骨铭心的风景和心境！