

浙江律师

ZHE JIANG

2013

LAWYER



2013年 第二期

浙江省律师协会主办【内部刊物 免费交流】

蒙着眼睛 掂量公平

文 邓伟峰

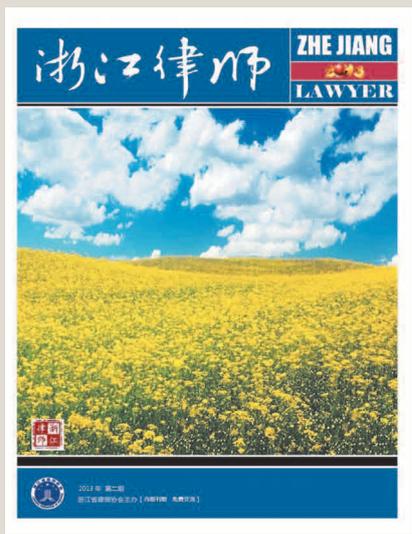
公平正义是人类社会和谐发展的共同理想，而“法治”的精髓正是坚持、实现和维护“社会公平正义”。当前，如何实现更公平、释放更多的正能量，也成为社会的热点。对于大多数人来说，我们总希望使周围的环境是和平、安宁和美好的，希望在一个充满爱和正义感的社会里生活。法律是维护这种“美好”的基础。

在古希腊神话中，有关于正义女神的传说。按照《神统纪》，正义女神忒弥斯有很高的地位，她是大神乌拉诺斯（天）和盖亚（地）的女儿，后来成为奥林匹斯主神宙斯的第二位妻子，协助宙斯主持正义和秩序。她的名字的原意为“大地”，转义为“创造”、“稳定”、“坚定”，从而和法律发生了联系，成为法律和正义的象征。随后到古罗马和文艺复兴时期，正义女神的形象逐渐演化为一手持天平、一手持宝剑，并紧闭双眼或者是在眼睛上蒙着布条。在正义女神雕像的背后，还刻有一句著名的罗马谚语“为了正义，哪怕它天崩地裂”。

从神话中，我们可以看出法律所维护的公平正义，根本上蕴含着生命创造、维护世间和谐稳定的意义。正义女神形象最大的特点莫过于脸上的蒙眼布了。她蒙上了眼睛，就看不见纷争者的面貌身份，也就自然不会受到利诱，不必畏忌权势。在判断是非时，更有助于公正无私、不徇私情，不管面前是什么人都会一视同仁。换个角度，我们肉眼所见，很可能只是表象，眼睛往往容易被各种表象所蒙蔽，要真正了解真相，必须用心去关照，从而洞察事情真相。不管是作为法官，还是作为律师，最高的价值都是去实现公平正义，这块蒙眼布，让我们更好地理解实现正义的根本所在。

在实际诉讼中，法官用天平衡量诉讼双方提出的证据，哪一方的证据充分就胜诉，哪一方的证据不足就败诉，并用宝剑加以处罚，他不应该被表面的真相所迷惑，更应当用心灵去观察，用人间大爱来作出判断；律师最大限度地去发掘真相，不单单靠死的法律条文、强词夺理或斤斤计较，在利益分配之外，更需要用心去体量，抓住有限的事实根据，合理地为当事人提供足以安定心灵的辩护。我们不能仅仅把眼光放在眼前混杂的事情上，不能仅仅为了利益而忽视事实的价值。

从“法治”理念上看，当提起法律这一名词时，我们是否有一种归属感或亲近感，在潜移默化中，我们自觉地向其靠近，认同其对于公平正义的贯穿，并心安理得地体验整个过程，可以成为衡量“法治化”程度的重要标准。同样的，这样的法治理念应在我们的日常生活中表现为一种条件反射，法律在惩治罪恶、伸张正义的同时，更有大爱，法律人把这“爱”展现给当事人，甚至所有遇到的人。或许，恰恰是这种感觉，使得正义女神形象成为我们不断前行的指路明灯。就像我们平时总会见到这样一些人，大家可以自然地彼此吸引、惺惺相惜，共同为某种观念、某种理想，不畏艰难、勇敢前行。所谓“义之所在，不倾于权，不顾其利，举国而与之，不为改视，重死持义而不挠”，真正让法治理念深入人心，作为法律人，我们需要这样的冲动，需要这样的无畏。



2013年 第二期

《浙江律师》编委会

顾 问 俞世裕
主 任 章靖忠
副 主 任 郑金都 陈三联
编 委 陈 臻 金 疆 俞柏盛 曹 悦 潘伯文
主 编 陈三联
副 主 编 曹 悦
执 行 主 编 潘伯文
责 任 编 辑 姚志强 邓伟峰 陈罗兰
主 办 单 位 浙江省律师协会
地 址 杭州市天目山路238号华鸿大厦A座12楼
邮 编 310013
电 话 0571—87755607 87755609 87755606
传 真 0571—87755608
网 址 www.zjbar.com
邮 箱 zjbar@163.com
准 印 证 浙内准字○054号



征稿栏目 ZHENGGAOLANMU

2013年《浙江律师》现面向全省律师同仁征稿。欢迎大家踊跃来稿。

热点聚焦 / 对当下热门话题的评论性文章。要求文章立意新颖，分析深刻，围绕热点讲述不一般的观点。稿件以中短篇为主，字数在 2000~3000 字，要求随文附上作者清晰近照。

律师风采 / 律师自传、日记和人物访谈。字数在 5000 字左右，要求人物个性鲜明，主题明确。来稿需要附上人物清晰近照。

办案纪实 / 律师承办或代理的精彩案件，来稿以长篇为主，字数不限，要求案情生动曲折，表述力强，故事性强，需要有深刻的案件点评。

理论探索 / 结合典型案例撰写的专业论文，字数在 3000~4000 字，要求文章精悍，剖析深刻，观点新颖。

品茗闲语 / 征集随笔、散文、小品文和微型小说，以短篇为主，字数在 2000 字以内。

文化沙龙 / 体现律师精神、展现律师文化的短文，字数在 2000~3000 字。

每期一品 / 分享好书，征集书评、读后感。来稿以短篇为主，字数在 2000 字以内。



投稿方式

地址：浙江省杭州市天目山路 238 号华鸿大厦 A 座 12 楼
浙江省律师协会《浙江律师》编辑部

邮编：310013

联系电话：0571-87755609 0571-87755606

信箱：zjbar@163.com

来稿请标明应征栏目，并在邮件中注明作者姓名、联系方式，以便邮汇稿酬。

目录

Contents

行业聚焦

承前启后 继往开来

- 省律协召开八届常务理事会第八次会议、八届理事会第六次会议 ----- 4

主动服务经济社会建设 推进浙江律师事业新发展

- 俞世裕副厅长在省律协八届理事会第六次会议上的讲话（摘选） ----- 5

- 省律协以“四个推进”扎实贯彻国家知识产权战略显成效 ----- 7

两会风采

- 我省“两会”律师代表委员积极发挥专业优势 为“两富”现代化浙江贡献才华 ----- 8

近日，人民日报、浙江日报、浙江法制报、钱江晚报等报道我省“两会”律师代表委员履职情况。本期《浙江律师》摘选部分媒体报道的文章，展现我省“两会”律师代表委员积极履职的良好风貌。

- 陈三联：建设服务型、法治、廉洁政府 共筑平安、幸福、美丽浙江 ----- 18

本刊特稿

- 吴克汀：“营改增”对律师行业的影响 ----- 20

营改增试行后，我省律师事务所如何进行纳税筹划，实现合法、合理纳税，值得各级司法行政管理部门和广大律师事务所管理者思考。

办案纪实

- 李 颂：病历记录“笔误”难以承受的生命之重 ----- 24

理论探索

- 周建伟：新刑法背景下刑辩实务五大“陷阱”和五项新的辩护技能 ----- 27

- 吴逢刚：值班劳动报酬争议的处理和防范 ----- 29

- 朱加宁 徐 鹏：法律文书要“精” ----- 32

- 项坚民：县域律师事务所的突围之路 ----- 34

律师摄影

《春回杭城》 《天光·雾·草地》 《展翅高飞》 《蒲公英》	36
-------------------------------------	----

品茗闲语

任旭荣 李晶：与乔纳森·贝拉米大律师聊英国法律	37
-------------------------------	----

袁杭：“丰满”的理想，转向“骨感”的现实	40
----------------------------	----

“内练功夫，外塑形象”，才能真正做好丰满与骨干间的相互转化，那么你就不会再抱怨“仅有丰满的理想，剩下的是骨干的现实”。

俞思贵：茶饮闲谈	42
----------------	----

根据我的切身体会，茶的确是个好东西。所以，我也建议广大朋友们应该经常喝茶，多多喝茶，把喝茶作为一种健康投资来对待，只要你能够意识到这一点，并且坚持去做，就一定能够喝出健康来！

每期一品

当传统宗教和现代法庭相遇——评电影《偶滴神啊》	44
-------------------------------	----

对法律人来讲，我们内心应该是安定的，更有归属感，而不是浮躁的；在与社会的关系上来讲，我们应更具人格价值，更具调和性。否则，法律、律师这类名词真的如寺庙中的神像一样，所谓“借法律之名”，便只能成为被用来获取利益的工具，失却了法律味，也会丧失体现公平正义、满足人们归属感的根本意义。

书海拾遗

《房地产开发中的利益冲突与衡平：以民事权利保障为视角》 《质权·留置权》 《时代精英必读的50本书》 《定罪量刑指南》	46
--	----

新闻速写

律协动态	48
------------	----

各市动态	49
------------	----



承前启后 继往开来

——省律协召开八届常务理事会第八次会议、八届理事会第六次会议

文 本刊记者 邓仁

1月18日至19日，省律协在杭州召开八届常务理事会第八次会议和八届理事会第六次会议。省司法厅副厅长、省律协党委书记俞世裕出席会议并讲话。会议由省律协会长章靖忠主持。会议审议通过了《省律协2012年度工作报告》、《省律协2012年度会费执行情况报告》、《省律协2013年度会费收支预算》等，听取了会长、副会长年度工作述职。

俞世裕副厅长对省律协2012年的工作予以了充分肯定。他指出，一年来省律协认真履行行业管理职责，不断加强自身建设，引领我省律师围绕中心、服务大局，自觉践行中国特色社会主义法律工作者职责使命，深入推进服务经济建设、化解社会矛盾、创新社会管理等重点工作，为服务经济发展、保障人民群众合法权益、维护社会公平正义、促进社会和谐稳定作出了重要贡献。

在肯定成绩的同时，俞世裕副厅长对省律协2013年的工作提出了要求和希望。一是认真贯彻落实党的十八大和全国政法工作会议精神，推进“平安浙江”、“法治浙江”建设。要坚持以人民群众对社会平安的需求为导向，配合涉法涉诉信访工作改革，做好基层群众的法制宣传和法律服务工作；要真正成为学法之师、用法之师、尊法之师、护法之师，自觉增强法治信心，带头弘扬法治精神，努力塑造法治文化；要认真履行中国特色社会主义法律工作者职责，通过履行代理、辩护职责，帮助当事人合理享受诉讼权利、正确履行诉讼义务，促进司法公正。二是以积极有为的状态，进一步推

动律师服务经济发展工作。要围绕我省经济发展的战略举措，进一步提供优质高效法律服务；围绕促进实体经济发展的部署，进一步做好律师服务中小企业工作；围绕推进生态文明建设的目标任务，进一步发挥法律服务的规范引导功能；围绕实施创新驱动发展战略，进一步做好知识产权领域的法律服务工作；围绕增强企业风险的防范能力，进一步提高企业法律顾问覆盖面；围绕创建和谐劳动关系，进一步推进创建无欠薪浙江行动。三是主动承担社会责任，积极服务保障和改善民生。要做好党委、政府的法律参谋，进一步发挥“两会”代表、委员律师的参政议政作用；要成为基层群众身边的法律顾问，不断满足人民群众的法律服务需求。四是始终坚持正确的政治方向，秉持良好的职业操守。要以党建工作为抓手，巩固和扩大党的组织和工作有形覆盖成果，促进有形覆盖向有效覆盖转化，确保律师队伍始终坚持正确的政治方向；要以职业道德建设为重点，引导广大律师始终秉持良好的职业操守，践行和发扬“忠于法律、勇于担当、诚信务实、勤勉尽责”的浙江律师精神。五是加强律师协会自身建设，不断提高科学管理与服务水平。要充分调动律师参与行业自律管理的积极性，增强凝聚力；完善“两结合”管理体制，推进律师行业基层组织建设；进一步加强秘书处自身建设，提升战斗力。

省律协理事、常务理事参加会议，各地律协秘书长列席会议。

主动服务经济社会建设 推进浙江律师事业新发展

——俞世裕副厅长在省律协八届理事会第六次会议上的讲话（摘选）



过去的一年，省律协认真贯彻厅党委决策部署，不断加强自身建设，有效履行行业管理职责，引领我省律师围绕中心、服务大局，自觉践行中国特色社会主义法律工作者职责使命，为服务经济发展、保障人民群众合法权益、维护社会公平正义、促进社会和谐稳定作出了重要贡献。**搭建律师服务经济发展工作平台有新作为。**举办第二届浙江律师论坛，引领全省律师为中小企业和义乌国际商贸综合改革提供优质高效法律服务。与省工商联签订框架协议，组建“浙商律师服务团”，为“浙商兴浙”提供强有力的法律保障；还出台了服务中小企业的操作指引，体现了省律协很强的大局意识和很高的专业指导水平。**提升律师队伍专业素养有新作为。**去年省律协举办了多项具有很强实践价值的专业研讨活动，得到了全省律师的好评。特别是针对修改后的《刑事诉讼法》举办了示范培训班，开展了全省范围内的轮训工作，取得了良好效果。律师培训工作已逐步形成了继续教育、高端专题研讨、新律师上岗培训、新法新规示范培训、网络在线教育等多方位、多层次的培训体系。**引导律师服务和谐社会建设有新作为。**深入推进律师进农村、进社区、进监所、进学校以及对口援藏、援疆工作，律师行业社会美誉度不断提高，得到了《人民日报》、《法制日报》、人民网、新华网等主流媒体的关注和报道。此外，律师参与调解、信访等工作也稳步推进，为社会和谐稳定作出了贡献。**提升秘书处工作效能有新作为。**一年来，省律协秘书处不断增强大局意识、责任意识，创新工作载体、提高工作质量，对理事会、常务理事会议各项决策的执行力进一步提升，对大型会议、重大活动

的协调组织能力进一步增强，管理效能、服务质量明显提高，为全省律师行业各项工作的顺利开展提供了强有力的服务保障。去年，我省律师界也涌现了许多优秀人物，获省部级以上荣誉的有 245 人，有多名律师分别获得浙江省“五一”劳动奖章、浙江青年“五四”奖章、浙江省优秀中国特色社会主义事业建设者等荣誉称号。

今年是全面贯彻落实党的十八大精神的开局之年，是实施“十二五”规划承前启后的关键一年，也是我省律师业充满希望、大有作为的一年。借此机会，我讲几点意见，与大家交流。

一、认真贯彻落实党的十八大和全国政法工作会议精神，积极推进“平安浙江”、“法治浙江”建设

十八大报告吹响了在新的历史起点上全面推进依法治国的进军号，昭示着我国法治建设新的春天的到来。最近召开的全国政法工作会议提出要把打造“平安中国、法治中国”作为当前和今后一个时期的奋斗目标。律师是中国特色社会主义法律工作者，是推动平安建设、法治建设的重要力量。各级律师协会要充分发挥律师贴近群众的优势，积极服务“平安浙江”建设。坚持以人民群众对社会平安的需求为导向，发挥律师在群众工作中的职业优势，配合涉法涉诉信访工作改革，做好矛盾纠纷化解工作，进一步完善律师随同领导接访制度和信访值班制度，引导上访群众依法反映诉求、依法维权，努力使涉法涉诉信访问题在法治轨道上得到妥善解决。鼓励律师采取诉前调解、庭内调解、庭外和解和其他非诉讼手段，引导当事人通过调解方式化解矛盾积怨。通过担任农村（社区）法律顾问，做好基层群众的法制宣传和法律服务工作，力求使矛盾化解在基层。充分发挥律师精通法律的优势，积极服务“法治浙江”建设。律师队伍要真正成为最善于运用法治思维和法治方式化解社会矛盾、解决社会问题的职业队伍。律师要真正成为学法之师、用法之师、尊法之师、护法之师，自学增强法治信心、带头弘扬法治精神、努力塑造法治文化，为全社会形成尊重法律、崇尚法治的良好氛围，为“法治中国”、“法治浙江”建设作好表率、作出贡献。认真履行中国特色社会主义法律工作者职责，推动司法公正。维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平和

正义，是《律师法》赋予律师的神圣职责。广大律师要通过履行代理、辩护职责，帮助当事人合理享受诉讼权利、正确履行诉讼义务，促进司法公正；要通过具体办案实践，积极参与加强和创新社会管理，真正成为社会公平正义的守护者。

二、以积极有为的精神状态进一步推进律师服务经济发展工作

律师业是以法律服务为主要特征的高端服务业，是调节经济关系、规范经济运行、促进经济转型升级的重要力量。各级律师协会和广大律师要继续坚持围绕中心、服务大局，更加自觉地履行法律服务职能，更加有为地推进律师服务经济发展工作。要围绕我省经济发展战略举措，进一步提供优质高效的法律服务和法律保障；围绕促进实体经济发展的部署，进一步做好律师服务中小企业工作；围绕推进生态文明建设的目标任务，进一步发挥法律服务的规范、引导功能；围绕实施创新驱动发展战略，进一步做好知识产权领域的法律服务工作；围绕增强企业风险防范能力，进一步提高企业法律顾问的覆盖面；围绕构建和谐劳动关系，进一步参与创建“无欠薪浙江”行动。要不断提升法律服务经济发展的能力，及时充实、不断更新法律知识储备，加强对公司、证券、会计、税收、金融、投资等领域业务知识的学习和钻研，努力成为具有市场竞争力的复合型法律服务人才。各级律师协会要组织引导律师进一步加强对服务经济发展各项业务的研究、探索，不断开发适应形势发展和市场规律的法律服务新产品，满足经济发展的新需求。

三、主动承担社会责任，积极服务保障和改善民生

律师是社会的良心，是社会管理和社会建设中的正能量。要充分发挥自身职能优势，主动承担社会责任，切实维护社会管理秩序，积极服务保障改善民生。要做好党委、政府的法律参谋。进一步发挥“两代表、一委员”律师的参政议政作用，大力推进政府法律顾问工作，积极组建法律顾问专家团队，灵活运用法治思维和法治方式政府依法行政提出建设性意见，在政府区域发展战略举措制定、行政措施创新、历史遗留问题处理、群体性事件处置等方面做好合法性审查和法律论证。要成为基层群众身边的法律顾问。深入推进法律服务进乡村、进社区、进企业、进学校、进监所等活动，认真做好涉及民生问题的法律服务工作，不断满足人民群众的法律服务需求。积极开展公益法律服务活动，丰富服务内容、完善服务措施、创新服务方式，切实维护困难群众

的基本权益，推动法律服务均等化。主动参与企业劳动关系协调和劳动争议调解，引导劳动者理性反映利益诉求，运用法律手段维护合法权益。

四、坚持正确的政治方向，秉持良好的职业操守

要以党建工作为抓手，确保律师队伍始终坚持正确的政治方向。政治方向是律师工作的一个根本性问题，关系律师事业的兴衰成败；职业操守是律师必须遵从的道德底线和行为规范，决定律师行业的诚信水平。各级律师协会要引导律师进一步强化大局意识、使命意识和责任意识，坚定不移地做中国特色社会主义的法律工作者，做社会公平正义的守护者。要不断加强基层党组织建设，充分发挥党组织的政治核心作用，促进党的组织和党的工作从有形覆盖向有效覆盖转化，着力提升律师行业党建工作的科学化水平。要以职业道德建设为重点，坚持教育为本、惩戒和教育相结合，将律师职业道德建设作为基础工作常抓不懈，引领律师践行和发扬“忠于法律、勇于担当、诚信务实、勤勉尽责”的浙江律师精神，始终秉持良好的职业操守。

五、着力加强律师协会自身建设，不断提高科学管理与服务水平

律师协会是律师行业自律性管理组织，也是党和政府联系广大律师的桥梁和纽带。要充分调律师参与行业自律管理的积极性，增强凝聚力。“能用众力，则无敌于天下；能用众智，则无畏于圣人。”各级律师协会要深入、广泛聆听广大律师的呼声，为律师执业创造更好的条件。要不断加强对律师协会工作的宣传力度，让更多的律师在了解协会职能、作用的基础上，积极参与协会活动、关心行业发展、热心行业建设。要充分发挥理事会、常务理事会议协商决策作用，大力加强各专门委员会与专业委员会建设，不断完善行业自律机制和律师协会工作机制，集中广大律师的智慧和力量，推动律师工作不断发展。要进一步规范和完善律师协会办事机构与司法行政律师管理部门之间的工作决策会商机制、工作情况交流机制、工作信息共享机制，提高工作效率，增强工作合力，共享工作成果。要进一步加强秘书处自身建设，提升战斗力。不断增强学习意识，提高工作执行和服务行业能力；不断增强责任意识，提高工作积极性和主动性；不断增强创新意识，提高把握行业管理内涵、创新工作方式方法能力；不断增强团结意识，提高团队凝聚力和向心力，为律师协会履行职责提供有力保障和有效服务。

省律协以“四个推进” 扎实贯彻国家知识产权战略显成效

本刊记者 罗兰

自2008年《国家知识产权战略纲要》发布以来，省律协积极响应国家号召，深入落实《浙江省贯彻国家知识产权战略纲要实施意见》，引导全省律师投身知识产权事业，取得了突出成绩。仅2012年，我省律师参与知识产权诉讼案件2048件，知识产权非诉讼案件746件，担任企业法律顾问38093家，对3.2万家企业开展了以知识产权为重要内容的“法律体检”，挽回经济损失近40亿元。省知识产权局专门发来感谢信，《人民日报》、《法制日报》、人民网、浙江卫视等中央及地方各类媒体共145篇（次）报道我省相关经验做法。

一、贴近基层基础，扎实推进知识产权意识普及

连续三年知识产权巡回宣讲受众万余人。2010年，省律协组建浙江省知识产权律师讲师团，三年来在我省各地宣讲89场，受众万余人。讲师团通过事先公布宣讲“菜单”、受众按单点菜的“菜单”式宣讲，普及知识产权保护知识、深化知识产权战略构建理念。讲师团被省委授予“浙江省形势政策宣传教育工作先进集体”荣誉称号。多元方式提升知识产权意识。将知识产权法律法规纳入“六五”普法，每年组织开展“12·4”全国法制宣传活动、“3·15”消费者维权活动，与浙江卫视教育科技频道合作组建“新苗律师志愿团”，在杭州、温州、衢州等地开展大型法律服务咨询会，并在新浪、腾讯开通微博律师团；以“法律六进”为载体，深化知识产权法律法规的宣传教育工作；联合江苏、上海律协建立长三角知识产权律师联席会议制度，筹备成立长三角知识产权律师讲师团。

二、围绕中心工作，加快推进浙江经济创新驱动发展

以“法律体检”为抓手为中小微企业知识产权保护保驾护航。积极搭建中小微企业知识产权法律服务平台，组织全省律师开展以知识产权保护为重要内容的“法律体检”。2012年，全省律师走访企业9.4万家，帮助解决各类问题3万个。《人民日报》以《浙江为中小企业提供全方位法律服务 律师到企业笑》为题，《法制日报》以《法律体检让企业强身健体——浙江律师法律服务走进中小微企业》为题，报道我省经验做法。以知识产权为着力点服务我省“四大国家战略举措”。在首届浙江律师论坛中设置“海洋经济知识产权”分论坛，研讨涉海知识产权理论与实务；在第二届浙

江律师论坛中对知识产权质押融资、专利权出资股东退出机制等知识产权方面的问题进行研讨；深入贯彻落实《浙江省司法厅关于法律服务金融改革发展的若干意见》文件精神，积极鼓励、引导、支持律师参与知识产权质押融资试点；到舟山调研听取当地中小微企业代表对律师服务舟山群岛新区建设及企业知识产权保护的意见和建议。

三、抓好载体搭建，深入推进知识产权法治建设

对知识产权立法司法提出意见建议，全省律师人大代表、政协委员提交了许多知识产权方面的提案、议案，如“关于制定浙江‘中华老字号’知识产权战略的建议”得到政府重视，专门出资设立投资控股有限公司，对老字号企业进行扶持；深入推进政府法律顾问工作，组建法律顾问团，目前我省律师担任各级政府法律顾问2429家，其中市、县（市、区）政府全部聘请了法律顾问，为政府处理相关知识产权事务和制定政策决策当好参谋助手；组织律师参加省知识产权局专利条例修订研讨会、省高级人民法院知识产权司法保护座谈会、全国律师协会关于《商标法》修订意见的起草、《浙江专利实施条例》的修订等。参加了一系列卓有成效的“双打”工作，组织律师陪同、参与政府部门联合执法、执法大检查、政策宣传、政策调研等政府职能活动；与知识产权学术团体、行业协会形成“双打”有效联动，组织律师参加知识产权保护协会、知识产权举报投诉中心和知识产权法律维权中心相关工作。

四、加强队伍建设，全面推进知识产权律师人才战略

将知识产权人才培养纳入我省律师行业队伍建设体系，选派知识产权律师前往美国、香港等地培训交流；将知识产权课程纳入与北京大学法学院合作的在线网络继续教育课程；推荐18名律师担任全国律协知识产权专业委员会委员，15名律师担任全国律协知识产权研讨员，并组建浙江省知识产权专业委员会；编写《浙江省律师服务中小企业操作指引》、《浙江律师商标法律业务操作指引》、《浙江律师专利法律服务业务操作指引》等多项操作指引，出版《企业知识产权战略指引》、《思辨与谋略：知识产权律师办案实录》等书籍；承办第二届中国律师版权实务论坛，并与浙江大学、宁波大学、中国计量学院知识产权学院等高校联合开展各类实践教学活



从左至右依次为：冯蒋华、瞿韶军、李旺荣、李根美、冯秀勤、陈三联、金克明、柳正晔、陈显明



我省“两会”律师代表委员积极发挥专业优势 为“两富”现代化浙江贡献才华

编者按：近日，人民日报、浙江日报、浙江法制报、钱江晚报等以《建立稳定的农民工文化保障机制》、《金融改革需要法律护航》、《律师同行相聚在两会，聊些啥？》、《律师参政议政具有天然优势》、《官员要运用法治思维处理政务》、《如何靠环境公益诉讼控制PM2.5？》等为题，报道我省“两会”律师代表委员履职情况。本期《浙江律师》摘选部分媒体报道的文章，展现我省“两会”律师代表委员积极履职的良好风貌。

律师同行相聚在两会，聊些啥？

文 / 浙江法制报 见习记者 郁燕莉

在省两会上，共有7位律师代表和2位律师委员。同行相聚在两会，大家聊起了律师行业发展这个话题。浙江浙经律师事务所的李根美律师已经是“老代表”了，她说：“这次两会，‘法治’被提到了一个更高的高度，这让我们律师都很兴奋。”



省人大代表 李根美

期待更多“阳光雨露”

“这几年，我们律师队伍壮大很快，大量青年律师加入进来。”李根美已经当了27年律师，“但是和从前比起来，现在青年律师的成长环境要严峻得多。”

她说，现在的律师事务所大多是合伙制，对青年律师没有特别保障。青年律师的成长基本上靠自身努力，前期打基础的阶段非常艰难。她建议政府给予扶植，“这支队伍是社会精英，通过各种学习积累，5到10年后就是法律服务的生力军。所以，政府多提供一些‘阳光雨露’，会更有利于这支队伍建立起自己是中国特色社会主义法律工作者的认同感，对社会有更多的感恩之心，社会责任心也会更强，今后可以发挥更多的正能量”。

来自温岭的浙江台温律师事务所律师柳正晞代表是第一次参加两会，他也希望政府给予律师行业更多“阳光雨露”。他说，基层律师的业务最贴近老百姓，比方说离婚、交通医疗纠纷、买卖合同案件等，案子小数量多收费不高，“受精力财力限制，基层律师往往缺少学习进修的机会，但他们其实很需要拓展业务面、更新业务知识”。

来自义乌的浙江现代阳光律师事务所律师冯秀勤代表带来了好经验。她说，现在，金华市委组织部每年都会给律师一定补贴，专门用于培训学习。职业律师自己承担一部分，政府承担一部分，律师可以根据自身的发展需要，参加各种培训。

改变传统服务模式

“律师应在服务经济大局中扩展业务，这样思路会更



省人大代表 瞿韶军

开阔，业务覆盖面也会不断扩大。”瞿韶军代表是温州市律协名誉会长、温州市法学会副会长，这次向省人大递交的《关于对小微企业加强引导，帮扶建立公司治理结构，诚信规范经营的建议》，也是他在日常法律业务中的积累。

瞿韶军认为，小微企业的发展，需要建立制度规范，这个过程中，律师可以主动出击。“做律师，已经不是单纯接案子、打官司，我们必须要从传统思维中跳出来。”他说。

政协委员金克明律师非常赞同这种观点，他说：“这

几年，我们的非诉业务还是上不去。以温州为例，非诉业务占了40%左右，我们觉得这个比例至少应该达到60%，甚至更高。”

他认为，一个社会法治程度越高，非诉业务比重就越高。律师要更多地参与到企业项目投资、重组、上市等非诉讼业务中去，提供更加专业化和团队化的服务。“我们要改变传统服务模式，主动出击。”

让更多律师参政议政

“律师应当参与到社会事务管理中，发出更多的声音。”李旺荣是省律师协会副会长、绍兴市律协会会长，是新一届的省人大代表。

他说，这次当选省人大代表的律师有6位，比上一届有所增加，“但我们还是要认识到，律师的政治地位仍然不高，律师参与政府社会事务管理的途径仍然很少”。

“俗话说，有作为才能有地位。每一位律师从业者，都要勇于承担社会责任，发挥律师职能作用，积极参与社会管理，为推进‘法治浙江’、‘平安浙江’建设作出应有的贡献，这样才会赢得更高的政治地位。”李旺荣说。

如何让更多的律师加入到参政议政的队伍中来？做了两届省人大代表的陈显明律师说，律师接触的各种业务，是观察社会的最好窗口。这些观察所得，通过参政议政的方式表达出来，可以增加律师自身的附加值。

他建议：“我们可以建立一个律师参政议政的畅通机制。比方说，事务所建立律师信息收集反馈的一级平台，各地市的律师协会成为汇集这些信息的二级平台，最终，情况汇总至省律师协会这个一级平台。信息网络畅通，律师参政议政的积极性会更高。”

人民日报

省人大代表李旺荣： 建立稳定的农民工文化保障机制

文 / 浙江省律师协会副会长 李旺荣



省人大代 李旺荣

关注农民工的群体文化，保障他们的文化权益，十分重要。因此，建立稳定的农民工文化保障机制，把农民工文化纳入公共文化服务体系，不仅可以满足农民工日益增长的精神文化需要，而且有利于他们尽快融入城市，成为城市和谐文明的一员。

目前，我国大部分农民工没有文化消费的时间和条件。文化素质不高，紧张而高强度的劳动，相对陌生的城市生活，使得大部分农民工基本没有什么文化娱乐生活。目前有限的娱乐设施更多的是迎合高收入城市人的精神生活需要，由于农民工工资收入普遍不高，没有承受参与这些文化生活的经济能力，因此城市归属感低。

由于缺乏人性关怀，造成一些农民工有话无处说，有苦无处诉，有喜无处分享，有乐无处表达，这样长年的生活

方式，容易造成他们心理的孤独和精神的空虚。笔者在调研中发现，逾八成农民工主要靠睡觉、闲聊打发闲余时光；近六成农民工对文化生活现状表示“不满意”、或“很不满意”。

目前，各级政府虽对进城务工人员的生活给予了一定关注，但总体上看，包括政府和社会各界对农民工的文化需要尚未给予足够的重视。笔者建议：

1. 建立新型的农民工文化服务体系，“小政府，大社会，强管理，优服务”是政府在农民工文化建设中应该遵守的规则。政府应向农民工群体转化政府的社会服务职能，同时把丰富农民工文化生活纳入公共服务范畴，不断增强公共服务的职能。

2. 政府应经常性地办一些免费或低收费的娱乐活动，设立一些面向农民工的娱乐服务场所，降低门槛，或采取供应低价服务券等办法，丰富农民工的生活。同时制定鼓励服务农民工文化建设的优惠政策，对为农民工提供专场演出的文艺团体和影剧院给予补助。

3. 建立以政府投入为主，社会力量共同投入的经费投入保障机制，逐步打造“步行15分钟文化设施服务圈”，鼓励和引导农民工融入社区，使社区公共文化设施建设与服务不断增加对农民工的可持续吸引力和凝聚力。

4. 加强对农民工的人文关怀，在用工企业建立心理咨询室，帮助他们缓解工作压力。同时，利用传媒，消除城市人对农民工的误解和歧视，构建平等的社会平台，减轻城市人对农民工的排斥心理。

5. 鼓励和引导农民工加入各级工会组织，充分发挥工会组织在农民工文化建设中的引导和推动作用，使工会成为农民工融入城市生活的“助推器”。各级工会要充分利用职工学校、工人文化宫等重要场所，努力为农民工提供适合他们多层次、多方面文化需求的文化设施、文化产品以及文化服务，让他们在丰富多彩的文化生活中感受文明、享受文化、接受教育。

省政协委员陈三联： 律师参政议政具有天然优势

文 / 浙江法制报 见习记者 郁燕莉



省政协委员 陈三联

“两会”召开的前夕，作为第十一届浙江省政协委员，浙江省律师协会秘书长陈三联就算工作再忙，每天都要留出一点时间，为自己的提案做准备。

其实，他还有另外一个身份：我省律师行业唯一一名省政府参事，主要职责是参政议政、建言献策、民主监督，成为我省律师界参政议政中的典型人物。

他说：“律师队伍是法治建设、经济发展不可或缺的力量。今年，我会把关注的重点放在关注律师成长环境和职业环境上。”

建议将律师队伍纳入政府人才培养体系

截止 2012 年 12 月底，全省共有律师 11600 多名，律所 1021 家。五年来，律师人数增长了 67%，律师队伍迅速壮大。

“随着经济社会发展，大家对法律服务的需求在增加，如何加强律师的自身建设，使这支队伍保持可持续发展？”这是陈三联一直思考的问题。

为了让青年律师更快进入角色服务经济社会发展，省律师协会在职业培训上承担了主要工作，仅 2012 年就举办了 5 期培训，总数在 1500 人左右。随着新律师人数的增加，培训的规模也会逐年扩大，若仅靠律师协会会费来支撑，基

础培训经费短缺，显然力度不够。

因此，他建议，律师队伍应该列入各级政府人才培养的体系，有相应财政、制度上的支持和保障，这是律师业可持续发展的保证。

推进律师会见、阅卷真正“无障碍”

新刑事诉讼法实施后，怎样充分发挥律师在刑事诉讼案件中的作用？

“新刑事诉讼法规定‘律师 48 小时内能会见嫌疑人’、‘律师可以查阅、摘抄、复制案卷材料’，这对律师职业环境的改善、律师职业权利的保障有很大促进作用。”陈三联说。

“要实现律师执业权利，关键还是刑事诉讼中的各级办案单位要严格依法办事，充分发挥律师在刑事诉讼中的作用，有效平衡惩治犯罪与保障人权的权利。”当然，这项工作的推进也需要广大律师不断提高刑事辩护能力。去年 5 月以来，省律协开展了新刑事诉讼法的大型示范培训，并组织刑辩律师讲师团到全省各地开展巡回轮训；同时，正在着手制定律师刑事辩护执业规范和操作指引，加强与公检法部门的沟通协作，探索建立良性互动的协调机制。

律师参政议政具有天然优势

律师参政议政，已经成为一道亮丽的风景线。据悉，今年参加省“两会”的律师共有 9 名，其中人大代表 7 名，政协委员 2 名。同时，今年在我省各级政府中担任人大代表、政协委员的律师共 333 人，比上一届增长了 45%。

“律师参政议政，有着天然的优势。他们精通法律，在办案过程中能充分接触社会，了解民生问题，并且可以从职业视角，发现和探讨一些问题。”陈三联表示。

从上一届的统计情况来看，律师代表委员的提案和议案，有 60% 成为了重点提案议案。近年来，省律协专门成立“两会”代表委员的工作委员会，在“两会”前夕征集提案议案、对优秀提案议案进行汇编学习、定期举行律师参政议政经验交流会，旨在提高律师参政议政能力。

陈三联说，律师作为法律界人士，可以在一个超脱的位置上，就公共事件公共问题发表法律见解，因此更有公信力。

浙江日报

省政协委员金克明： 金融改革需要法律护航

文 / 浙江日报 记者 朱海兵



省政协委员 金克明

【委员名片】

金克明，省政协委员、浙江金克明律师事务所主任

【真情故事】

在驻地宾馆采访金克明委员，他的手机不时响起。

“都是企业主打来的，事情都很急，不接，会误事。”

金克明一脸歉意地对记者说，但焦急的心情，依然写在他的脸上。

金克明去年接的60多个案子中，大多涉及民间借贷、企业破产重组。

民间借贷的风险，人人皆知，但在可有效规避风险的温州民间借贷登记中心，显得很冷清，借贷成交率很不如人意。

“这些企业家不是不想去，而是利率限制过严，还增加了一笔交易费用，无法吸引更多民间资金自觉在登记中心登记、交易。”金克明很理解那些企业家的心思，“从某种程度上说，他们还是更倾向于有特定人缘关系的借贷往来。”

小额贷款公司、村镇银行、融资担保公司、产权(股权)

交易中心、民间资本管理公司……前些年，金克明看到，由于缺乏有效的法律规范指引，温州新型的涉金融性机构虽然发展迅猛，但良莠不齐，鱼目混珠，甚至随处可见“寄售行”之类的机构。

金克明认为，作为金融改革试验区，新型涉金融性机构，特别是那些由地方政府审批准入的小贷公司、融资担保公司、民间资本公司和借贷登记公司等，迫切需要制定行之有效的管理规范和法律规范，设定准入、管理、扶持、惩戒、退出等机制，以扶持先进、打击非法行为。

拿出厚厚一份名为“温州金改面临的法律问题及建议”的调研报告后，金克明说，温州金融改革，说到底制度的改革与创新，最根本的是靠法律制度的支持。如果没有法律制度上的改革和创新，温州金改就难以有所成就。

“应尽快立法，取消放贷人主体资格的限定，除对国家机关和公务员放贷资格进行限制外，赋予一般企业法人、自然人、其他机构或组织享有合法的放贷人资格。应该鼓励民间资金投资或参与设立各种非金融投资机构，如设立产业基金管理公司，使民间资金顺利转变成民间资本，以及设立温州本土的证券基金管理公司等。”

金克明希望，能加强保护债权人的制度建设，促进民间资本阳光化，将民间借贷登记中心、小额贷款公司等完全纳入银监会监管体系，限制或禁止失信行为融资、投资、出境、经营、置产、注册新公司等方面的行为，进一步推进信用联防机制的形成，优化金融综合改革的生态环境。

【履职感言】

作为政协委员，就要抱着一份忧国忧民的责任感，才能在建言献策中有建树，才能在推进和谐社会和民主政治中有作为。

省人大代表柳正晞： 资深律师“菜鸟”代表

文 / 浙江法制报 见习记者 李 洁



省人大代表 柳正晞

“不好意思，最近确实太忙抽不出时间，抱歉。”自从当选省人大代表以来，这句话似乎成了柳正晞的口头禅。而随着“两会”的临近，柳正晞越发忙碌了。

柳正晞，浙江台温律师事务所主任，今年新当选为省人大代表。“能当选人大代表，这是我的荣幸。作为广大律师群体中的一员，我也感受到了律师社会地位的提高及我们肩上越来越重的责任。”柳正晞说。

柳正晞曾获浙江省“十佳”律师、浙江省优秀律师、浙江省律师事业突出贡献奖等荣誉。从业20多年，面对律师工作，他“驾轻就熟”，不过作为人大代表，他笑称自己还是“菜鸟”。

12月中下旬，得知自己当选为省人大代表，他就开始为写议案四处奔波。“这一个多月来，我想了很多点子。为了写好议案，我找过很多部门去要资料。不过由于时间紧、精力有限，最终我只形成了一个议案、一个建议案。”

记者看到，这份议案标题为《关于出台我省餐厨废弃物管理办法的议案》。面对屡禁不止的地沟油问题，柳正晞看到了我省在餐厨废弃物管理方面的立法空白和司法盲区。“地沟油是一个涉及民生安全的问题，而我省在这一块还存在空白，没有相应的处罚措施，执行力度也不够，所以我觉得提这个议案很有必要。”

柳正晞表示，今后不管他的工作再忙，也要优先保证代表履职工作。而对于如何履职，他胸有成竹，还跟记者“晒”起了计划——首先要确保时间，工作再忙，也要抽出时间去参加各级人大组织安排的会议；其次要继续加强学习，“恶补”法律之外的知识，同时进行一些针对性的研究。

“现在不能只关注法律了，要多了解包括民生、经济等在内的社会百态，如果老百姓有一些意见需要我们在会议上呼吁的，我会竭尽全力，这应该是做一名人大代表最基本的要求。”

柳正晞希望，他可以像当律师一样，把人大代表这份工作也做得风生水起。

浙江法制报

省人大代表冯蒋华： 官员要运用法治思维处理政务

文 / 浙江法制报 首席记者 沈洁琼



省人大代表 冯蒋华

两次见到省人大代表冯蒋华，他总是形色匆匆。

第一次是1月23日，他刚到温州代表团驻地报到。我们摄影记者捕捉下了那个画面（详见1月24日1版）。第二次是昨天上午，温州代表团全体会议一结束，他就匆匆地要回房间。“到我房间聊吧，我还要修改要提交的议案、建议。”他招呼记者。

因为赶时间，我们的采访也是直奔主题。冯蒋华是浙江玉海律师事务所主任，他的另一个身份是温州市人民政府法律顾问、温州市律师协会副会长。这样的身份，也让他

多了些与政府机构打交道的机会。他这次带来议案和建议就是关于进一步用法治思维和手段处理政务和改变政务作风方面。

冯蒋华说，党的十八大提出，要更加注重法治在国家治理和社会管理中的重要作用，要提高各级领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定的能力。“目前，我们一些部门官员还是习惯用‘管治’思维和‘人治’手段处理政务，出现一做事情处理一事情，仅仅就事论事，先‘摆平’再说。”在冯蒋华看来，运用法治思维处理政务，就是要运用国家公权力保证法律法规公平公正、不折不扣地执行，让社会规则运用其固有的刚性来调整社会关系。任何人不能从自己的违法或违约中得到利益，这是法治社会的基本原则之一。

“法律是最理性的游戏规则。所有的办事规则，都应在依法前提下，尽可能从方便民众的角度去制定和考量。”冯蒋华跟记者分析，对现有的与公民权益相关的重点办事环节或制度，如许可、授予、批准、处罚、权利确认等，有必要站在如何方便公民、尊重公民私权和时间的角度，梳理一遍，然后进行必要的修正。其中，要剔除办事过程中一些不必要、不合理、不理性的条件、手续或过程。

“政府应该考虑为民众、为企业做些什么和做到了没有。”冯蒋华觉得应该对所有公务人员进行常态性的“纳税人意识”教育，尤其是基层公务人员，使公务人员打心底里尊重纳税人，知道自己的公务花费和待遇来自于纳税人的工作和创业，真正确立公仆意识、服务意识。

对于今年的会风改革，冯蒋华也有些话想说。“会风改了，是好事，本应如此。希望形式上改了，内容上也能更加务实，议大事、决大策，真实全面反映社情民意才是根本。”

省人大代表冯秀勤： 非得等到专项整治时 才能干出成绩吗

文 / 钱江晚报 记者 吴朝香



省人大代表 冯秀勤

餐饮具消毒专项整治、药品安全专项整治、餐厨垃圾专项整治……类似的“专项整治”几乎每年都会出现在政府部门的工作计划中，取得的成果也常被职能部门当作成绩来说。

今年两会上，省人大代表冯秀勤却对这些屡见不鲜的“专项整治”提出了意见：“为什么平时就风平浪静，但一开展专项整治，就能发现一大堆问题？这说明某些职能部门平时的工作不到位，流于形式。”

涉嫌卖假伟哥，专项整治一口气“逮出”200多人

冯秀勤：很多人根本不知道这是犯罪，为什么职能部门平时不先做好宣传教育？

冯秀勤是浙江现代阳光律师事务所主任，她之所以关注到“专项整治”，是缘于金华当地的一场行动。

2012年5月，金华职能部门对全市范围的524家性保健品店进行清查，结果其中100多家性保健品店涉嫌销售假药，涉案人员达200多人。

这场整治影响比较大，当时冯秀勤身边不少人都在讨论。

“其实，很多人只以为伟哥是性保健品，没想到它还是药类，更不要说销售假伟哥还会被以卖假药来定罪。我曾看到一个女老板因为店里卖了几盒这样的伟哥，要被抓，蹲在路边嚎啕大哭，说一直觉得坐牢是犯了很严重的事，没想

到卖这种保健品也是犯法，从来没有人告诉过他们。”冯秀勤为此走访了检察院、法院。

让她意外的是，一些办案法官、检察官也认为这次行动的范围太广了，有一部分人根本没有必要追究，因为很多人不知道这是犯罪，而职能部门也一直没有去监管，让他们以为这是可以做的。

这让冯秀勤对类似的专项整治产生了质疑。

“民众长期以来并不知道某些法律界定，而职能部门了解这其中的厉害关系，他们应该先做好宣传教育整改，如果还没有成效，再开始专项整治，这样会好得多，也不会让人觉得冤枉。”冯秀勤说。

毒豆芽专项整治，一下子查获500多公斤

冯秀勤：为什么平时没发现？这是不是说明日常工作太放松，不到位？

2012年下半年，兰溪和永康开始了一场针对毒豆芽的专项整治。

当年8月，兰溪查获了500多公斤用盐水浸泡生长的毒豆芽。

冯秀勤对整治结果大吃一惊。“豆芽我们一直在吃，包括我自己，已经吃了很多年，从来不知道它也会有毒，直到专项整治了，才发现，噢，这个是不能吃的。”

“用药物泡出来的豆芽不能吃，我想有关部门不会是在专项整治时才知道的，为什么不能在平日介入，而一定要等这个活动时才打击呢？”冯秀勤越琢磨越觉得不对劲，“如果说平时没发现，这是不是说明日常工作太放松，不到位，所以日积月累，到最后一查就是大问题？”

冯秀勤发现，很多时候，这些专项整治的成果反倒成了有关部门的成绩。

“其实，说得不客气一点，这应该是行政单位在放任，然后让很多人来买单，还有不作为的嫌疑呢。”

冯秀勤说，自己并不是全盘否定专项整治，毕竟，它在处理某些突出问题时还是有一定效果，也是有必要的，关键还是希望职能部门能把诸如食品安全问题这些工作尽量化解到日常治理中去。

“如果有一天，再突然搞一次专项检查，真真实实不再是一堆问题，那才真的说明我们吃的用的都是放心产品了。”冯秀勤说。

省人大代表陈显明： 如何靠环境公益诉讼控制 PM2.5 ？

文 / 都市快报 记者 黄 君



省人大代表 陈显明

浙江省两会进入倒计时，新一届 635 位省人大代表在关心什么，又会带着什么内容的议案和建议去参加两会。快报提前采访了几位省人大代表。

最近最热门的下载软件之一，就是空气污染指数报告软件。

2 月 17 日下午 4 点，杭州，首要污染物 PM2.5 指数从前一天的 200 微克 / 立方米左右下降到 140，属于轻度污染。

“PM2.5 的问题，是一个有很多综合因素引起的问题，里面包括大家热议的汽车尾气排放，但其实工业污染，是不可忽视的。”陈显明说，在去年修改后的民事诉讼法建立了公益诉讼制度，就对工业污染是一道紧箍咒，实在是法律诉

讼制度上的一大进步。

陈显明做了一个比喻，一条河，如果是源头污染，下游无论进行怎样的治理，终究不起根本效果，所以对生产企业的技术进行科技改革，做到节能环保，才是从源头治理的根本。

2012 年 11 月 15 日，广州市番禺区法院作出一审判决，勒令被告广州市番禺新造食品有限公司立即停止污染大气行为，同时需赔偿此前造成的环境经济损失 14 万余元。

这是自国内 PM2.5 检测推行以来的首宗大气污染环境公益诉讼。此案更大的意义在于，这起环境公益诉讼案的原告为广州市番禺区检察院。

之前，国内污染企业很少承担民事赔偿责任，追究污染者刑事责任更稀有，污染者只需缴纳不多的行政罚款就能过关。

2012 年 8 月 31 日，《民事诉讼法》修正案在十一届全国人大常委会第 28 次会议上获得通过。修正案增加了关于环境公益诉讼的规定。对污染环境等损害公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。

在浙江嘉兴，有一起官司引起了各方关注，也让公益诉讼几个字进入大众视野。

嘉兴鑫程再生资源有限公司在南湖区大桥镇东方码头非法堆放含有危险化学品的 800 余吨工业污泥，造成严重的环境污染，南湖检察院对此提起环境保护公益诉讼。去年 9 月 5 日，南湖法院对此案进行公开调解，双方达成调解协议。

这是民诉法修正案通过后，嘉兴市本级审结的首起环境保护公益诉讼案。

“我也和一些代表谈论过，法律规定的机关和有关组织可以提起诉讼，民间环保公益社团是环境公益诉讼最为理想的原告。我会在两会上建议应扩大民间力量对环境司法的有序参与。”

编者按

浙江省律师协会秘书长陈三联在参加省“两会”期间，应浙江日报之邀，就李强省长《政府工作报告》第四部分“加强政府自身建设”作了解读，并就加强服务型政府、法治政府和廉洁政府建设提出了意见和建议。

建设服务型、法治、廉洁政府 共筑平安、幸福、美丽浙江

文 浙江省律师协会秘书长 陈三联



服务，让百姓在发展中受益

建设服务型政府，首先要转变观念，坚持“以人为本、执政为民”，从政府“管治”的职能向政府“服务”的职能转变。“管治”着重体现在让人民群众“服从”，而“服务”则着重是为了让人民群众“满意”。服务型政府应当是“为

人民服务”，让人民满意的政府。把人民群众的利益作为政府一切工作的根本点和落脚点。这就要求政府加强政风、作风建设，坚持群众路线，提升行政效能，增强责任意识，着力解决好当前政府角色定位中“越位”、“错位”、“缺位”的问题，正确处理好政府与市场的关系，提高公共服务和社会管理能力。服务型政府核心工作是做好“公共”的文章，

要做好公共权力的运行、公共责任的承担、公共产品的提供以及公共秩序的维持等，通过深化行政审批制度改革、优化和规范审批流程，推动政府管理中心下移，推行行政问责、限时办结等制度，加强政府效能建设。加大在义务教育、公共医疗、社会福利和社会保障上的公共服务投入，让人民群众“学有所教、劳有所得、病有所医、老有所养、住有所居”，活得幸福、活得有尊严，让百姓在改革发展中受益。

法治，让政府在规则内履职

法治政府是将政府从决策到执行的整个过程都纳入法制化的轨道，权利与责任紧密相联，遵循“良法”，走向“善治”的政府。法治政府首先要求政府依法行政，更多地运用法律手段来调节经济、实施监督，依法履行政府“经济调节、市场监管、社会管理、公共服务”职能，维护正常的市场经济秩序，保障人民群众的合法权益。法治政府建设是“法治浙江”、“平安浙江”建设的重要内容。其次，法治政府是一个运用法治思维和法治方式解决各类问题的政府。中共十八大明确提出，要更加注重法治在国家治理和社会管理中的重要作用，要求各级领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定。这就要求各级政府在制定政策、推行举措、处理事务、服务社会过程中首先要有法律这根弦，注重“合法性”审查，一切要依法依规办事，用法治的思维来做决策，用法治的方式来执行。更加注重程序正义，不断完善行政问责制，规范行政自由裁量权，对不依法办事的政府部门和政府官员严肃追究责任。全面推进政府法律顾问体系建设，通过聘请律师担任政府法律顾问，为依法行政提供更多法律支撑。法治政府是一个受到各界监督的政府。行政权力受到监督和制约是建设法治政府的必然要求。只有习惯于这种监督和制约，才能做到以人为本、执政为民、依法行政、公平正义；才能做到行政权力公开运行，各种办

事制度公开明白；才能做到政府工作阳光透明，具有公信力。这个监督包括接受人大的依法监督，各民主党派、人民团体的民主监督，司法机关的司法监督以及社会各界、新闻媒体的社会监督。同时还要认真负责办理人大代表、政协委员的议案提案；完善重大决策、重大事项的民主听证程序，把老百姓的事交给老百姓自己决定；完善政府立法机制，规范立法程序，避免“部门立法”，保证政府规章的合法性、合理性、科学性和长远性。

廉洁，让权力在阳光下运行

廉洁是政府工作的生命线，关乎党和国家事业的百年大计。一个廉洁的政府才是让人民满意、人民信任、人民更有信心的政府，因此要以“踏石留印、抓铁有痕”的劲头抓廉洁政府建设，善始善终、善做善成，防止“雷声大、雨点小”，防止“虎头蛇尾”。要抓突出问题，实打实、接地气。“绝对的权力导致绝对的腐败”，不受制约的权力就是一只肆虐人间、危害社会的猛兽，要“把权力关进笼子里”，让习惯于在“黑暗”中行走的权力置于阳光下。通过建立健全廉政风险防控机制，坚持“老虎”、“苍蝇”一起打，不断推进纪律建设、作风建设，预防和惩治腐败；强化对行政审批、招投标、土地出让等腐败高危环节的严肃查处，坚持对腐败的“零容忍”，坚决防止和纠正损害群众利益的不正之风；要牢固树立正确的政绩观，不搞劳民伤财的形象工程和政绩工程，追求绿色GDP，勤勉尽责、求真务实，扎实推进经济社会发展，让人民群众得实惠；坚持勤俭节约、艰苦朴素的优良传统，不能以“工作需要”为借口，挥霍浪费、整日觥筹交错迎来送往，搞“舌尖上的腐败”；要通过推进预算决算公开，严格控制一般性支出，积极推进“三公”消费零增长，甚至负增长，切实降低行政成本，把有限的资金更多地用在改善民生上，让人民群众过上更加幸福的生活。

“营改增”对律师行业的影响



内容提要: 2012年7月25日,国务院常务会议决定扩大营业税改征增值税试点范围,自2012年8月1日起至年底,将交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点范围,由上海市分批扩大至北京、天津、江苏、浙江、安徽、福建、湖北、广东和厦门、深圳10个省(直辖市、计划单列市)。自2012年12月1日起,浙江省交通运输业和研发技术服务、文化创意、物流辅助及鉴证咨询等现代服务业开展营业税改征增值税试点。法律服务业属于现代服务业的一种,属于本次营业税改征增值税的试点行业。营改增试行后,我省律师事务所如何进行纳税筹划,实现合法、合理纳税,值得各级司法行政管理部门和广大律师事务所管理者思考。本文就此进行了分析。

关键词: 营改增 律师 影响

文 浙江吴克汀律师事务所 吴克汀

一、试点前律师行业涉及的主要税目

(一) 律师事务所负担的主要税目

1、营业税 1994年工商税制改革中,国务院颁布了《中华人民共和国营业税暂行条例》,根据条例第一条及实施细则第九条规定,律师事务所仍是营业税的纳税义务人。虽然律师事务所的体制发生了变化,出现国资、合伙、合作以及后来新出现的个人四种体制律师事务所,但不管何种性质的律师事务所都是营业税的纳税主体,都应缴纳营业税。营业税应纳税额的计算公式为:应纳税额=营业额×税率。按照《营业税税目税率表》的规定,试点前律师事务所缴纳的税率为5%。

2、城市维护建设税 1985年起国家为加强城市维护建设,颁布了《城市维护建设税暂行条例》,根据条例第二条规定,凡缴纳产品税、增值税、营业税的单位和个人,都是城市维护建设税的纳税义务人,以营业税税额为计税依据,由于律师事务所需要缴纳营业税,因此应承担缴纳城市维护建设税的义务。

3、教育费附加 为加快发展地方教育事业,国务院颁布了《征收教育附加的暂行规定》。根据该规定,凡缴纳产品税、增值税、营业税的单位和个人,都应当依照本规定缴纳教育费附加,律师事务所作为缴纳营业税的义务人,应缴纳教育费附加,以营业税税额为计征依据。

4、企业所得税 1994年1月1日起《企业所得税暂行条例》实施,根据该条例第二条及其细则第三条规定,律师事务所是依法登记注册的事业单位,属于有生产、经营所得和其他所得的其他组织,应缴纳企业所得税。在这种税收制度下,从合伙律师事务所的资产性质来看,投资形式属于个人合伙,律师事务所应缴纳的企业所得税,实际上就是合伙人缴纳的所得税,同时出资律师个人又要缴纳个人所得税,律师事务所存在了双重征税。为解决这一问题,国家税务局于2000年下发了《关于律师事务所从业人员取得收入征收个人所得税有关业务问题的通知》(国税发[2000]149号),规定律师个人出资兴办的独资和合伙性质的律师事务所的年度经营所得从2000年1月1日起,停止征收企业所得税,作为出资律师的个人经营所得,按照有关规定,比照“个体

工商户的生产、经营所得”应税项目征收个人所得税，解决了律师业普遍抱怨的问题。至此，我国对合伙制律师事务所取消了双重征收所得税，但对尚未完成脱钩改制的国资所及合作所仍要缴纳企业所得税。企业所得税的应纳税额计算公式为：应纳税额 = (收入总额 - 准予扣除项目金额) × 税率，目前企业所得税税率为 33%。

(二) 律师个人负担的主要税目：个人所得税

按照《关于律师事务所从业人员取得收入征收个人所得税有关业务问题的通知》(国税发[2000]149号)的规定，合伙性质的律师事务所从 2000 年 1 月 1 日起，以年度经营所得(利润)全额作为基数，按出资比例或者事先约定的比例计算各合伙人应分配的所得征收个人所得税。合伙所在计算年度经营所得时，聘用的律师的工资、薪金可以计入成本，出资律师的工资、薪金不得计入成本，而应与分成的收入合并征收个人所得税。目前，律师个人纳税的形式根据在律师事务所中身份差异按不同项目征税，作为投资人的律师其个人经营所得，比照“个体工商户的生产、经营所得”缴纳个人所得税，律师事务所雇请的人员(包括聘用律师及行政辅助人员)，则按“工资、薪金所得”应税项目征收个人所得税。聘用律师个人所得税一般是以月为单位计算应纳税所得额；合伙律师一般是以年为单位计算。国税发[2000]149号《通知》规定，律师从其分成收入中扣除办理案件支出费用的标准，由省级地方税务局根据当地律师办理案件费用支出的一般情况、律师与律师事务所之间的收入分成比例及其他相关参考因素，在律师当月分成收入的 30% 比例内确定。2012 年 12 月 7 日，国家税务总局印发《关于律师事务所从业人员有关个人所得税问题的公告》(国家税务总局公告 2012 年第 53 号)，提高了按收入分成的提成律师办案费用的税前扣除标准，律师事务所雇员律师从其分成收入中扣除办理案件支出费用的标准，由当月分成收入的 30% 比例内确定调整为 35% 比例内确定。故聘用律师的应纳税额 = (65% 个人所得 - 准予扣除的税金) × 税率，另外根据应纳税所得额的不同而有档次不同的税率。

二、营改增后律师行业税收政策的主要变化

(一) 适用税种税目的变化

以往的律师营业性活动均属于营业税的应税范围，按

照“服务业”税目征税。按照目前“营改增”政策中《应税服务范围注释》的规定，应纳入上述增值税应税范围的律师服务包括：知识产权服务、鉴证服务、咨询服务。

(二) 计税方法的变化

试点前，按照营业税法的相关规定，营业税统一为 5%。“营改增”后不仅税种、税率发生了变化，而且计税方式也发生了变化，其计税方式按照纳税人的不同身份而有所区别。纳税人分为一般纳税人和小规模纳税人。一般纳税人应税服务的年应征增值税销售额(以下称应税服务年销售额)超过财政部和国家税务总局规定标准的纳税人为一般纳税人，其中应税销售额标准为 500 万元。应税服务年销售额未超过规定标准的纳税人为小规模纳税人。一般纳税人增值税计算公式：应纳税额 = 当期销项税额 - 当期进项税额，当期销项税额小于当期进项税额不足抵扣时，其不足部分可以结转下期继续抵扣。一般计税方法的销售额不包括销项税额，纳税人采用销售额和销项税额合并定价方法的，按照下列公式计算销售额：销售额 = 含税销售额 ÷ (1 + 税率)，一般纳税人适用的税率为 6%。小规模纳税人采用简易计税方法，纳税人采用销售额和应纳税额合并定价方法的，按照下列公式计算销售额：销售额 = 含税销售额 ÷ (1 + 征收率)，其中征收率为 3%。

(三) 纳税义务发生时间的变化

根据规定，试点后律师服务收入的增值税纳税义务发生时间为，纳税人提供应税服务并收讫销售款项或者取得索取销售款项凭据的当天；先开具发票的，为开具发票的当天。收讫销售款项，是指纳税人提供应税服务过程中或者完成后收到款项。取得索取销售款项凭据的当天，是指书面合同确定的付款日期；未签订书面合同或者书面合同未确定付款日期的，为应税服务完成的当天。与营业税暂行条例原来的规定比较而言，不同之处是新规定增加了先开具发票应税行为纳税义务时间为开具发票当天的规定。

(四) 发票开具方式的变化

按照规定，试点地区被认定为增值税一般纳税人律师事务所从事增值税应税行为统一使用增值税专用发票和增值税普通发票，增值税专用发票不能开具给自然人，只能开具普通发票给委托人。对于小规模纳税人的律师事务所则只能开具增值税普通发票，如果需要开具增值税专用发票的，只能向税务机关申请代开发票。纳税人提供应税

服务,开具增值税专用发票后,提供应税服务中止、折让、开票有误等情形,应当按照国家税务总局的规定开具红字增值税专用发票。

(五) 会计核算规则的变化

律师事务所一般纳税人提供应税服务,试点期间按照营业税改征增值税有关规定允许从营业额中扣除其支付给非试点纳税人价款的,应在“应交税费——应交增值税”科目下增设“营改增抵减的销项税额”专栏,用于记录该企业因按规定扣减营业额而减少的销项税额;同时,“主营业务收入”、“主营业务成本”等相关科目应按经营业务的种类进行明细核算。对于律师事务所初次购买增值税税控系统专用设备支付的费用,可凭购买增值税税控系统专用设备取得的增值税专用发票,在增值税应纳税额中全额抵减,不足抵减的可结转下期继续抵减。按规定抵减的增值税应纳税额,借记“应交税费——应交增值税(减免税款)”科目,贷记“递延收益”科目。按期计提折旧,借记“管理费用”等科目,贷记“累计折旧”科目;同时,借记“递延收益”科目,贷记“管理费用”等科目。

小规模纳税人提供应税服务,试点期间按照营业税改征增值税的有关规定允许从销售额中扣除其支付给非试点纳税人价款的,按规定扣减销售额而减少的应交增值税应直接冲减“应交税费——应交增值税”科目。对于律师事务所小规模纳税人初次购买增值税税控系统专用设备支付的费用以及缴纳的技术维护费允许在增值税应纳税额中全额抵减的,按规定抵减的增值税应纳税额应直接冲减“应交税费——应交增值税”科目。

《增值税暂行条例实施细则》第7条规定,纳税人兼营非增值税应税项目的,应分别核算货物或者应税劳务的销售额和非增值税应税项目的营业额;未分别核算的,由主管税务机关核定货物或者应税劳务的销售额。第26条规定,一般纳税人兼营免税项目或者非增值税应税劳务而无法划分不得抵扣的进项税额的,按下列公式计算不得抵扣的进项税额:不得抵扣的进项税额=当月无法划分的全部进项税额×当月免税项目销售额、非增值税应税劳务营业额合计÷当月全部销售额、营业额合计。因为目前律师业只有部分服务内容纳入本次营改增业务范围,因此在会计核算上应作到分开核算。

三、营改增对律师事务所的影响

(一) 营改增对律师事务所营业创收(包括提成律师创收)核算的影响

1、对律师事务所整体创收考核的影响。营改增后,律师事务所实际缴纳的增值税税款不构成其营业额(创收总额)的构成部分。在营改增之前,律师事务所每月编制的《利润表》中,原“主营业务税金及附加”一栏,填列内容包括律师事务所实际缴纳的营业税税款。而其“主营业务收入”一栏,填列的内容并不剔除前述实际缴纳的营业税税款。而在营改增之后,律师事务所每月编制的《利润表》中,其“主营业务税金及附加”一栏中,不再填列律师事务所实际缴纳的增值税税款;其“主营业务收入”一栏,填列的内容则应当剔除前述实际缴纳的增值税税款。

2、对提成律师考核的影响。当前,律师事务所除合伙人律师、授薪律师外,提成律师普遍存在。而提成律师通常按照其创收额的固定比例提取工资、奖金。营改增之前和营改增之后,律师事务所关于创收总额的核算具有较大差异。与此相对应,提成律师所的创收,就会计制度、税法的核算规定而言,也将构成营业收入和相应的增值税税款两部分,其中仅营业收入部分构成律师事务所创收总额的一部分,相应增值税税款部分并不属于律师事务所的创收总额。

(二) 营改增对律师事务所税负的影响

根据试点办法的规定,自2012年12月1日起,浙江的律师事务所将由现行缴纳5%的营业税改为缴纳6%的增值税,名义税负上升1个百分点。假定改革前后服务的价格不变,将营业税的含税价换算为增值税的不含税价,则名义税负上升的比例实际低于1%(约上升0.66%)。虽然律师事务所由缴纳营业税改为缴纳增值税后,部分固定资产、办公用品或服务的采购如能获得增值税专用发票,可以进行增值税进项抵扣。但对于已经成立且规模较大的律师事务所而言,可能由于无法获得足够的进项税额冲抵名义税务上升的影响,而导致实施营改增后实际税负可能略有上升。对于未达到一般纳税人认定标准的小规模纳税人而言,由于其由缴纳5%的营业税改为缴纳3%的增值税,税负下降幅度超过40%。

(三) 营改增对律师事务所财务制度和会计核算的影响

营改增对律师事务所在财务方面的影响,与现行增值税制度的纳税人分类管理体系一致,试点办法也将纳税人

分为一般纳税人和小规模纳税人进行分类管理。应税服务的年销售额（营业额）超过 500 万元的纳税人应申请认定为一般纳税人；应税服务的年营业额虽未超过 500 万元的纳税人，但会计健全、有固定经营场所的纳税人可以主动申请认定为一般纳税人。一般纳税人实行一般计税方法，即允许用销项税额（不含税营业额 × 适用税率）扣减进项税额的方式来计算缴纳增值税。而小规模纳税人则通常采用简易计税方式，即应纳税额等于不含税营业额直接乘以 3% 的征收率，没有进项税额可以抵扣。由于一般纳税人可以开具增值税专用发票，其客户取得该发票后可用于抵扣进项税额，同等情况下，一般纳税人比小规模纳税人更具有项目收费环节的优势。与此相应，税法要求一般纳税人必须有健全的会计核算制度，能够准确提供税务资料。因此，律师事务所营改增意味着对于年营业额未超过 500 万元的小型律师事务所，如果经测算待抵扣进项税额较多，申请成为一般纳税人其税负更轻或者税负相差不大的，可考虑申请认定为一般纳税人。需要提醒的是，律师事务所考虑是否申请一般纳税人时，不应仅仅考虑税负的增减，还应该考虑是否会对律师事务所的业务量的增减带来影响。比如，即使认定为一般纳税人后税负上升，但如果能同时带来业务量的增加，则律师事务所也应考虑申请增值税一般纳税人。具备一般纳税人资格是律师事务所能否自行开具增值税专用发票的关键。而且根据要求，申请一般纳税人，须连续不超过 12 个月的经营期内的应税服务销售额超过 500 万元，这对于大量的小型所或个人来说是不小的挑战。

（四）营改增对律师事务所合伙人个人所得税征管方式的影响

《国家税务总局关于强化律师事务所等中介机构投资者个人所得税查账征收的通知》（国税发[2002]123号）规定，要积极推行律师行业建账建制，加强和规范账务核算，不搞全行业的核定征收，强化查账征收，明确实行查账征收是税收征管的方向，采取切实措施逐步缩小核定面。2010 年 5 月 31 日，国家税务总局在《关于进一步加强高收入者个人所得税征收管理的通知》（国税发[2010]54号）中，再次要求主管税务机关应加强对规模较大的合伙企业等经营所得的征收管理，督促纳税人依照法律、行政法规的规定设置账簿，对律师等鉴证类中介机构不得实行核定征收个人所得税。营业税改征增值税后，被认定为一般纳税人

的律师事务所要求建立健全的会计核算体系，准确核算销项税额、进项税额以及应纳税额。否则，税务机关将按 6% 的适用税率计算应纳税额，并不允许抵扣进项税额。因此可以说，随着营改增的推行，律师事务所实行“查账征收”的个人所得税征收方式将不会遥远。

四、律师行业如何应对营改增

（一）完善律师事务所财税核算制度

由于律师行业对财务管理重视程度普遍不够，大多数律师事务所多年来没有进行严格的成本核算和账务管理，部分律师事务所甚至没有专职会计。然而内部会计控制有利于保护资产的安全、完整，防止、发现、纠正错误与舞弊行为，保证会计资料的真实、完整而制定和实施的政策与程序。因此，一方面要健全会计体系，规范会计基础工作。针对律师所的实际制定具体的会计内部控制制度，用制度来规范管理者行为，使相关的岗位、人员、环节都有明确的责任。另一方面要加强会计核算控制和财务收支控制，即加强会计核算业务流程控制和会计核算具体业务的控制，同时将财务收支权限的作为收支的重要控制点。另外，律师事务所所有必要评估营改增以及“查账征收”对律师事务所及合伙人税负的潜在影响，并相应规范其财务管理制度，严格发票管理。

（二）积极开展行业培训

营改增不但对企业的会计核算和纳税申报提出了更高的要求，还直接影响律师事务所营业额的计算，乃至合伙人最终的利益分成。因此作为律师行业的主管机关司法局，以及律师行业协会和律师所都应尽快对其财务、税务以及合伙人进行营改增试点改革的培训。

（三）关注过渡政策

因营改增初期处于新旧政策的衔接和过渡期，诸如“如何判断营业税纳税义务改为增值税纳税义务的试点（是在合同签订之时，服务提供之时，还是发票开具之时抑或收到款项之时）”等问题并不很明确。因此，律师事务所应密切关注营改增的相关过渡政策和安排，并与税务机关或税务顾问及时沟通试点中出现的税务问题，防范和化解风险。

病历记录“笔误”难以承受的生命之重

文 浙江颂阳律师事务所 李 颂

【裁判摘要】

病历资料，是医务人员在医疗活动过程中以书面形式或电子数据形式对患者的症状、医学检查、诊断结论和治疗过程及效果等情况所作的记录，也是对医疗机构的医疗活动是否存在过错进行综合评价的最重要依据。医疗机构及其医务人员应当按照规定填写并妥善保管病历资料，必须保证病历资料内容的客观、真实、完整。医院在病历记录上存在多处矛盾及不合理之处，使患者对病历的真实性以至抢救措施的及时性、规范性产生合理怀疑，医院对此仅仅解释为“笔误”，显然难以让人信服。因病历记录中存在的问题导致医院对患者实施的抢救措施是否适当等事实难以查清，因此产生的不利后果应由医院承担。

【案情简介】

2010年9月8日上午5时许，患者李某因“胸闷1小时”到当地人民医院（以下称为“医院”）就诊，按医院要求进行心电监护、胸片、心电图、血常规、心肌酶+肌钙蛋白、D-二聚体检测等，被当值医生诊断为“胸闷待查”，给予药物点滴治疗。6时，李某胸痛加剧，突发面色青紫，心跳骤停，医院组织抢救无效，于同日上午7时35分被宣告死亡。

经浙江省病理、尸体解剖中心检验，李某“因重度冠状动脉粥样硬化伴斑块内出血及血栓形成，出现泵衰竭，导致心源性休克死亡”，“主要病变为心脏的冠状动脉粥样硬化，其中以左旋支主干的病变最严重，阻塞血管腔85%以上”。据此，医院拒绝了李某亲属提出的赔偿申请。

2010年12月14日，李某亲属向当地人民法院提起诉讼，以李某在接受医疗服务过程中死亡为由要求赔偿经济损失67.5万元。人民法院受理后，根据医院提出的申请，委托了宁波市医学会进行医疗损害技术鉴定。2011年6月22日，宁波市医学会作出的《医疗损害鉴定书》分析意见认为：如

果根据病历记载、辅助检查、尸体解剖结论以及医方陈述，该医疗过程符合诊疗常规，急诊处理过程中医方已给予患者包括吸氧、除颤、呼吸机辅助通气等措施，不构成对患者的人身医疗损害责任。但患方对病历上记载的关键治疗措施，包括除颤、呼吸机辅助通气等均予以否认，故无法得出鉴定结论。

2011年11月，当地人民法院作出一审判决，法院认为：医务人员在诊疗活动中未尽到当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。病历是记载医院治疗过程的最主要证据，应当推定病历记载反映了抢救治疗的全过程。同时考虑到，病历是由医院单方面形成的并允许补记，为了实现医患之间的利益平衡，对于病历记载的内容法院对医院方面应该从严审核。病历中未记载或者记载不全的，应对医院作出不利解释。根据现有病历记载，医院无法证明自己在用呼吸机前使用过其他辅助呼吸手段，也无法证明自己适时除颤，应认定医院在诊疗过程中存在一定过错。本案中医院的过错行为和病人自身病情共同作用导致了最终的损害结果，法院应当根据医院过错行为对死亡结果的原因力来确定赔偿范围，认定其承担50%的赔偿责任。据此，判决医院赔偿给李某亲属死亡赔偿金、丧葬费、精神损害抚慰金共计335083.75元。

一审宣判后，双方均不服判决，向中级人民法院提起上诉。李某亲属上诉称，医院病历明显存在伪造，应当依法推定医院承担全部赔偿责任，且一审判决未能认定医院的明显过错，要求改判医院赔偿全部经济损失。医院上诉称，病历记录有瑕疵，是抢救过程中情况紧急“笔误”所致，医学会鉴定结论已肯定医院抢救过程符合医疗常规，一审不予采信是错误的，要求改判医院不承担赔偿责任。

2012年4月6日，中级人民法院作出终审判决：驳回上诉，维持原判。

[双方观点]

患方（李某亲属）认为，医院伪造病历，应当按照《侵权责任法》第五十八条的规定推定医疗机构有过错，而且根据病历记载医院存在重大过错。主要表现在：

1. 未进行持续心肺复苏。病历记载中除了“6:00”采用了“CPR”，后面的“6:10—6:30”均采用“CRP”。“CPR”也叫心肺复苏，是抢救病人最常用的措施；但是“CRP”在百度百科里的定义是“机体受到微生物入侵或组织损伤等炎症性刺激时肝细胞合成的急性相蛋白”。显然，根据病历记录，医院只有在“6:00”对患者进行了心肺复苏，之后没有进行过心肺复苏的抢救，那么患者怎么可能不死亡？

2. 没有肺复苏治疗的记录。病历记载中不论是“CPR”，还是“CRP”，其后面仅仅记载“电击除颤”，而“电击除颤”只是心复苏措施，“电击除颤”不可能让肺复苏。医院既然在病历中记录了心肺复苏的抢救措施同时写明了心复苏的具体措施，那么不可能不记录肺复苏的具体措施；既然病历中没有记录肺复苏的具体措施，只能认为没有采取肺复苏的具体措施，心肺复苏名不符实。在医学鉴定过程中，医院认为采取了呼吸机辅助呼吸等肺复苏措施，但患者亲属予以否认。况且，使用呼吸机需要麻醉医师进行操作，但是病历中只有通知麻醉医师会诊的记录，没有麻醉医师会诊结果的记录，可见麻醉医师自始至终没有参加抢救，怎么可能对患者使用呼吸机。

3. 连续“电击除颤”依据不足。医学上对心跳骤停的患者允许进行首次盲目除颤，以后应该根据除颤后的心电监护，判断是“室颤”还是“停搏”，只有是“室颤”的情况下，才能再次进行除颤；如果是“停搏”，进行再次“电击除颤”反而造成心脏损害。医院在“6:10”进行首次盲目电击除颤后，并无记载除颤后的心电监护数据用以断定是“室颤”还是“停搏”，此后连续进行多次“电击除颤”明显依据不足，可能造成患者死亡结果发生。

4. 病历记录中“HR 0次/分 SPO2 100%”自相矛盾。“HR”也就是心跳次数，“SPO2”是血氧饱和度。在心脏骤停，心跳 0 次/分的情况下，患者血液内的血氧饱和度是不可能达到 100% 的。这是医学常识，医院在诉讼过程中也自认这一点。但是，病历中从“6:00”—“6:15”出现三次“HR 0 次/分 SPO2 100%”的记录，令人难以置信。病历本身还记载了患者“面色青紫”，这明显是缺氧、血氧饱和度不足的表现，医院却还是记录“SPO2 100%”，完全是自相矛盾的。而且，病历中并没有给患者进行吸氧的记录。

5. 大剂量药物静脉推注，可能促使患者死亡。病历记录显示“6:30 NS 250ml 肾上腺素针 10mg iv st”中“iv st”

是静脉推注的代号，而 250 ml 的 NS 加上 10mg 的肾上腺素针，如此大剂量的药物采用静脉推注的方法，就是连正常人也是难以承受的，更何况是心脏骤停的患者。因此大剂量药物静脉推注，可能促使患者死亡。医院认为，宁波市医学会的鉴定意见，足以证明医院“不构成对患者的人身医疗损害责任”，虽然病历记录中存在如“CRP”、“HR 0 次/分 SPO2 100%”、“iv st”等矛盾，以及除颤后的心电监护数据、呼吸机辅助通气、麻醉医师会诊记录等遗漏，都是抢救过程中在所难免的“笔误”。

[争议焦点]

一、病历记录中的差错，到底是不是医院的“笔误”，由此引起的不利后果应该由谁承担责任？

二、医学会的分析意见是否准确？医院对于患者死亡是否有过错？

[法院评判]

一审法院认为：医院在对患者抢救过程中应当同时实施心复苏和肺复苏两种手段。病历上在“6:20—6:30”这个时间段里记载了请麻醉科医师会诊，表明急诊医生没有能力独立完成呼吸机插管。即便事后补记的呼吸机辅助呼吸属实，病历上对于使用呼吸机之前是否还使用过其他人工辅助呼吸手段未作记载。在电击除颤过程中，病历中只记录了心跳、血氧饱和度等指标，没有记载血压，也未附有心电监测图。心跳为 0，只能表明病人失去自主心跳，不能反映在实施心脏按压之后，在心电监测图是否出现颤波。如果在无颤波的情况下进行多次电击除颤，反而对患者不利。根据现有病历记载，医院无法证明自己在使用呼吸机前使用过其他辅助呼吸手段，更无法证明自己适时除颤，应认定医院在诊疗过程中存在一定过错。但急性心肌梗塞是患者死亡的直接原因，所以医院应承担 50% 的赔偿责任。

二审法院认为：医院在病历记录上存在多处矛盾及不合理之处，使患方对病历的真实性以致抢救措施的及时性、规范性产生合理怀疑，医院对此仅仅解释为笔误，显然理由不充分。因病历记录中存在的问题导致医院对患者实施电击除颤是否适当、在使用呼吸机之前是否使用过其他人工辅助呼吸手段、对患者采用何种方式输入 250ml 药物以及心电监护的具体数据等事实难以查清，因此产生的不利后果显然应当由医院承担。鉴定报告认为如果病历记载、辅助检查、尸体解剖结论以及医方陈述，医院在急诊处理过程中不存在过错，但该意见的客观依据显然不足，且难以排除医院的过

错与患者死亡之间的因果关系。另一方面，根据患者的尸检报告及就诊时的情况，患者自身病情较严重进展较快，患者自身病情也系其死亡的重要原因。综合考虑医院医疗过失行为对于患者死亡的原因力大小、患者自身疾病情况、医疗科学发展水平、医疗条件等因素，原审法院酌情判令医院承担50% 赔偿责任基本合理。

【法理分析】

一、医疗损害责任的举证责任

在《侵权责任法》出台之前，按照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第四条第（八）项“因医疗行为引起的侵权诉讼，有医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任”的规定，医疗损害责任适用举证责任倒置。在医疗损害赔偿纠纷中，患者毫无疑问处于弱势地位，通过举证责任倒置，缓解了患方的举证难度，对维护患方的合法权益起到了较为积极地促进作用。

但是，《侵权责任法》出台以后，根据该法第五十四条“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”、第五十七条“医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任”的规定，医疗损害责任适用的是过错责任原则。从举证角度而言，原则上应由患方举证证明医疗机构及其医务人员有过错，方可由医疗机构承担赔偿责任。这和上述最高院的证据规定有着重要区别，实质上是加重了弱势群体的法律责任。

同时，《侵权责任法》第五十八条第（二）、（三）项列举了“隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料”“伪造、篡改或者销毁病历资料”适用过错推定原则的二种情形（该条第一项规定“违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定”一般为适用过错责任原则）。

归结到本案，一、二审法院对患方提出的医院伪造病历，适用《侵权责任法》第五十八条第（三）项过错推定原则的主张，未予明确采信，其判决适用的法律依据是《侵权责任法》第五十四条、第五十七条的规定。

二、医院为自己在病历资料中的错误买单

连医院自己都认为，病历资料中内容有错误、有遗漏、有矛盾，但就是不认为自己有过错。法院的判决思路是，病历资料是医院写的，其中的错误也是你自己造成的，既然医院对自己在病历资料中的错误解释不清，就判决为自己在病历资料中的错误买单。这在一审判决理由中体现得尤为明显：

病历是记载医院治疗过程的最主要证据，应当推定病历记载反映了抢救治疗的全过程。同时考虑到，病历是由医院单方面形成的并允许补记，为了实现医患之间的利益平衡，对于病历记载的内容法院对医院方面应该从严审核。病历中未记载或者记载不全的，应对医院作出不利解释。

法院的上述判决思路，还是按过错责任原则来分担举证责任的，只不过是医院自己的病历资料这份证据，来证明医院本身的过错罢了。病历记录中存在的问题导致关键事实难以查清，因此产生的不利后果显然应当由医院承担，就好像《合同法》中格式合同内容存在歧义要由合同提供方承担不利后果一样的道理。

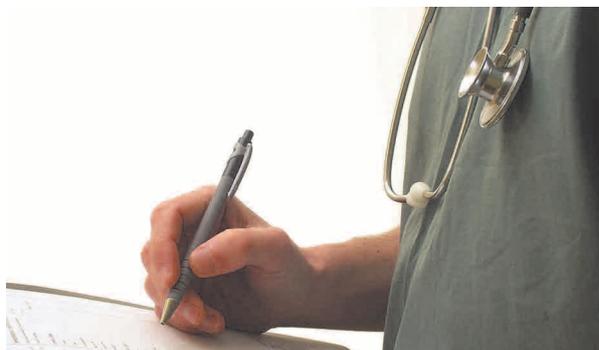
如果把如实书写病历资料、把应该书写的诊疗措施不加遗漏地记录在病历资料理解为医务人员的诊疗义务之一，那么对法院判决适用《侵权责任法》第五十七条“医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”的规定，判定医院承担责任，似乎更能让人理解。

三、病历记录“笔误”难以承受的生命之重

所谓“笔误”，是指因疏忽而写了错字，也指因疏忽而写错的字。针对病历记录中的种种矛盾和错误、遗漏，医院就是以“笔误”进行解释的。

但是，“笔误”显然难以掩盖事实真相：患方当庭要求医院解释，病历中的“HR 0次/分 SPO2 100%”如果是笔误，那么到底是“0次/分”笔误了，还是“100%”笔误了？面对患方的诘问，医院显然不能回答。患方也正是基于这个事实，主张医院伪造病历。所谓伪造，就是假造以欺瞒别人，就是无中生有。由于医院根本没有准确数据，在病历上的数据根本不可能真实，完全是医院欺瞒患方的不真实的记录。

按照患方的主张，医院伪造病历资料应该适用《侵权责任法》第五十八条第（三）项的规定，推定医院有过错。一、二审法院对此显然讳言莫深，轻易不敢触碰；但是，一面是鲜活的生命，一面是冰冷的“笔误”，在审判者内心或许早已有了“笔误”难以承受的生命之重。



新刑法背景下刑辩实务 五大“陷阱”和五项新的辩护技能



浙江星韵律师事务所 周建伟

新刑法已经实施，从刑辩实务观察，有正面消息，也有负面消息。普通案件侦查阶段律师会见，侦查人员已经不再陪同。但是，会见安排程序，各地做法很不一致，甚至出现各种各样新的会见不畅现象。比如：要求授权委托书由嫌疑人本人签名确认，要求会见前律师先向办案机关告知等。

新法总体而言，律师辩护权一定程度扩大了。结合自己办案体会，我认为存在五大可能的“陷阱”值得注意，同时在一审开庭前也有五项新的辩护技能值得重视。

一、五大可能“陷阱”

1. 委托人身份“陷阱”

新刑法规定，委托辩护律师限于嫌疑人、被告人本人或者由其近亲属代为委托。其他亲友不再具备代为委托的资格。从近期实施看，许多地方发生近亲属身份核实困难，从而导致无法会见的情形。在此，本身规定的合理性暂不讨论。立法本意是避免同案人委托影响侦查。因此，为避免各种各样的麻烦，律师在接受委托时，可以要求委托人除提供身份证外，提供户口簿、派出所证明等近亲属证明材料以备用。

2. 传话“陷阱”

新刑法实施后，其中一个亮点是侦查阶段律师工作的变化。侦查阶段律师会见，除法律规定的三类案件外，侦查人员不再陪同。可以讲已经实现无障碍会见。但是，在这种情况下，家属要求传话、嫌疑人要求传话的次数和内容

必然增多。涉及案情的传话务必小心，应避免导致串供、隐匿证据、毁灭证据。

3. 言词证据取证“陷阱”

新刑法规定，律师有调查取证权，特别是犯罪嫌疑人不在现场、未达刑事责任年龄、系不负刑事责任的精神病人三类证据。但是，言词证据具有易变性，证人有可能面对的对象不同有不同的表述。为避免被指控引诱证人改变证言，言词证据的取证务必录音录像，如果有条件，建议前往公证机构制作律师谈话笔录公证，以保证律师不存在引诱改变证言的情形。这在司法实践中，已经有不少律师在做了，对于推动证人出庭作证，起到过良好的效果。

4. 介绍案情“陷阱”

当事人家属委托了律师，家属必然要了解案情。律师作为受托人，应家属要求，向家属介绍案情是十分自然的事情。但介绍案情必然与侦查秘密、国家秘密相冲突。如何介绍案情，案件所处阶段不同，介绍案情的程度应有所不同。如果是在公开审判前，案情的介绍应有所保留，可以概要介绍案情。具体案情往往涉及证人证言，由于尚未开庭，不应具体介绍。特别是不宜复印案卷给家属。尽管案卷材料的性质很有争议，但是，在开庭前，如果复印案卷，无法约束家属不找证人，一则给证人带来安全问题，二则可能出现虚假作证，影响庭审进行。

5. 核实证据“陷阱”

辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人、被告人，自案件移送审查起诉之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核实有关证

据。书证、笔录、鉴定意见、勘查记录等，理所当然要全面展示一一核实。最具争议的是言词证据的核实，特别是证人证言和同案人供述。我不反对核实证人证言，在共同犯罪案件中，也不反对向嫌疑人核实同案人供述。但是，言词证据的核实，要避免串供。因此，如何核实技巧性强。是不是可以直接把证人证言或者同案人供述的具体表述内容向嫌疑人展示？我个人的看法是证人证言可以具体核实。但是，同案人供述的核实如果是在一审开庭前，建议是在会见前仔细研究同案人供述，整理出不一致的地方，以提问的方式对同案人供述进行核实。

二、五项新的辩护技能

新刑法在制度构建上，十分重视辩护律师的参与，几乎在每个阶段都要求办案机关听取律师意见。可以说，刑事辩护面临新的机遇，使得案件有更多的机会阻截在开庭前、起诉前、甚至逮捕前。律师可以发挥作用的地方增多了，律师肩负的责任也更重了。个人一直认为刑事辩护可以充分利用检察监督职能和检察环节客观公正义务，积极行使辩护权。这次刑事诉讼法修改为辩护律师明确提供了这样的诉讼权利。根据刑法相关规定，在一审开庭前，律师新增五项辩护技能。

1. 侦查阶段律师意见

刑法第三十六条规定，辩护律师在侦查期间可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助；代理申诉、控告；申请变更强制

措施；向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况，提出意见。

在侦查阶段，通过向办案机关了解案情，通过会见向当事人本人了解案情，结合家属提供的证据材料，或者依法主动收集到的证据，律师可以向办案机关提出《侦查阶段律师意见》。办案机关有义务听取律师意见，不构成犯罪的案件有可能在这个阶段消化，构成犯罪的，也能起到影响《起诉意见书》内容的起草，并且办案机关会随案卷移送《侦查阶段律师意见》。

2. 审查逮捕律师意见

第八十六条第二款规定，人民检察院审查批准逮捕，可以询问证人等诉讼参与人，听取辩护律师的意见；辩护律师提出要求的，应当听取辩护律师的意见。

侦查阶段的审查逮捕环节，承办部门是检察院侦监部门。根据侦监部门审查逮捕的工作程序，有两个可能的审查结果即批准逮捕和不批准逮捕。不批准逮捕有三种情况：一是不构成犯罪，不批准逮捕；二是证据不足，事实不清，不批准逮捕；三是虽构成犯罪，但依法不必要羁押，不批准逮捕。

针对上述情况，律师可以根据已经掌握的材料，提出律师意见，包括是否构成犯罪、是否证据不足、是否有必要羁押等。通过律师《审查逮捕律师意见》，可以将不构成犯罪、证据不足事实不清的刑事案件，阻截或者暂时阻截在审查逮捕环节，也可以将没有必要羁押的当事人实现强制措施变更。

3. 羁押必要性审查律师启动和羁押必要性审查律师意见

第九十三条规定，犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后，人民检察院仍应当对羁押的必要性进行审查。对不需要继续羁押的，应当建议予以释放或者变更强制措施。有关机关应当在十日以内将处理情况通知人民检察院。

第九十五条规定，犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者辩护

人有权申请变更强制措施。人民法院、人民检察院和公安机关收到申请后，应当在三日以内作出决定；不同意变更强制措施的，应当告知申请人，并说明不同意的理由。

《最高人民法院刑事诉讼规则》第六百一十六条规定，犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后，人民检察院仍应当对羁押的必要性进行审查。

人民检察院发现或者根据犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者辩护人的申请，经审查认为不需要继续羁押的，应当建议有关机关予以释放或者变更强制措施。

上述规定是羁押必要性审查的法律依据。羁押必要性审查贯穿逮捕后的各个诉讼环节，可以检察院依职权审查，也可以由辩护律师申请审查。审查逮捕程序改革的方向是强化司法审查色彩。检察机关进行羁押必要性审查时通常会听取辩护律师意见。因此，律师在羁押必要性审查制度中可以有所作为，既可以启动羁押必要性审查程序，也可以提出《羁押必要性审查律师意见》。

羁押必要性审查，一定意义上具有里程碑意义，它体现了羁押司法化方向，今后轻罪案件取保应会大幅度增加。根据《检察刑诉规则》，侦查阶段由检察院侦查监督部门负责审查，审判阶段由检察院公诉部门负责审查。但是，这项制度有待律师个案实践来推动。因此，建议律师同仁办案时积极启动。

4. 审查起诉律师意见

第一百七十条规定，人民检察院审查案件，应当讯问犯罪嫌疑人，听取辩护人、被害人及其诉讼代理人的意见，并记录在案。辩护人、被害人及其诉讼代理人提出书面意见的，应当附卷。

审查起诉阶段是刑辩关键环节，某种程度上关乎定罪。在这个阶段，以往律师重视不足，甚至消极辩护等庭审再辩。但是，实践中，侦、检在这个阶段关系微妙。检察理论认为这个阶段侦、辩、检关系呈现“小三角”结构，侦、

辩是控辩两造，检居中审查。这次刑事诉讼法修改，明确规定审查起诉应听取律师意见，正是这一理论的立法实践。

律师在这个阶段基于会见当事人，全案阅卷，以及所收集的其他证据，已经对案件有了相当全面的把握，在这个阶段提出的意见针对性极强。此时，负责审查起诉的检察官应是十分重视律师意见。因此，这个阶段提出律师意见是合适的，效果也会比较好。通过《审查起诉阶段律师意见》的提出，可以在检察院审查起诉中发挥对抗作用，不符合起诉标准的决定不起诉；符合起诉标准的，也可以起到在起诉书就体现律师辩护意见的作用。

5. 庭前会议律师辩护

第一百八十二条第二款规定，在开庭以前，审判人员可以召集公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人，对回避、出庭证人名单、非法证据排除等与审判相关的问题，了解情况，听取意见。

上述规定是刑诉法第一次确立庭前会议制度。庭前会议是庭审的准备程序，任务在于解决程序问题，确保开庭时集中审理，提高庭审质量及效率。除法律列举的回避、出庭证人名单、非法证据排除事项外，实践中管辖权异议、申请重新鉴定、调取证据、变更强制措施、证人保护等问题也可能在这个程序中解决。另外，在庭前会议中是否进行证据交换、归纳争议焦点，有不同的认识。

辩护律师在这个准备程序中，应当就上述问题事先做好准备，特别是证人出庭作证，非法证据排除问题，也包括证据质证意见、争议焦点等实体问题，准备好一份完整的辩护思路和辩护提纲，有备无患。

上述五项新的辩护技能，真正新的只有两项即羁押必要性审查律师启动、庭前会议律师辩护。其他三项刑诉法修改前也是有实践的。但是，在立法中明确规定还是第一次。因此，从立法角度看，可以算是名正言顺的新技能。

值班劳动报酬争议的处理和防范

文 上海建纬（杭州）律师事务所 吴逢刚

引言

陈某某系杭州XX房地产开发有限公司的职工，自1981年1月起即在该公司工作，双方签订劳动合同，最后一期劳动合同期限自2008年3月18日起至法定的解除或终止合同的条件出现时止，合同约定陈某某从事“值班工作”，工作地点在“本公司”，工作时间实行标准工时制，每日工作时间不超过8小时，每周工作时间不超过40小时，每周至少休息一天，陈某某相对应的岗位工资情况：2009年9月至2011年3月为1150元，2011年4月至2011年8月为1310元。

实际上，陈某某自2005年7月起开始负责在公司所属的某商厦六楼从事值班工作，正常工作每周一至周五，值班时间跨度从当天17时至次日8时，此外休息日及法定节假日公司安排员工轮流值班，陈某某在2009年9月至2011年8月期间休息日轮值夜班23天，白班3天，夜班值班时间跨度同上，白班值班时间为8小时，另外陈某某确在2010年1月1日及2011年5月1日法定节假日轮值2天。公司分别按照白班每班55元、夜班每班65元和法定节假日每班100元的标准向陈某某支付了值班津贴，合计发放1860元（含夜班23点以后的值班津贴747.50元）。后陈某某向公司主张加班费未果，诉至劳动争议仲裁委员会，要求公司支付赔偿金、年休假工资、加班工资和车贴补偿等费用共计283083元。陈某某在仲裁申请书中主张其工作日劳动超过8小时部分及休息日和法定节假日工作均应视为加班，而该公司认为，公司在陈某某值班工作场所提供了床铺被褥等寝具供其休息睡觉，陈某某实际工作内容为办公场所的巡查，公司要求其巡查的时间是当天17时至23时，之后允许其休息睡觉，公司提供的陈某某工作期间的当班情况记录表反映其在23时后确无工作巡查的记录。

本案涉及到一个比较常见的劳动争议问题，就是值班

劳动报酬的法律认定问题，即值班劳动报酬应该认定为工资总额中的津贴，还是加班工资？该问题关系到值班和加班的分野，关系到劳动者究竟应享有获得劳动报酬的权利，还是加班工资的权利，大而言之，这个问题也同样关系到劳资利益的平衡与和谐劳资关系的维护。

一、值班劳动报酬的争议处理

（一）区分值班和加班的实务意义

准确区分值班与加班，不仅可以保障劳动者的合法权益，同时也可以保护用人单位的合法权益。但是，在实务界，对于是否承认值班独立于加班而存在，尚有争议。如有种观点认为，既然法律中没有对值班的具体界定，那么就不存在值班一说，只要是延长劳动时间，就应一律认定为加班，用人单位以值班名义安排劳动者延长工作时间，并且支付远低于加班工资的值班津贴，是玩弄概念，严重侵犯劳动者的合法权益。

在浙江省内，省劳动和社会保障厅在2005年的批复中认为，值班时间应当作为工作时间计算，但是是否应当按照加班工资的标准发放劳动报酬，批复中并无确论。从前引案例的裁决书中，可以推断出杭州市劳动争议仲裁委员会是主张对值班与加班区别对待的。

北京市高级人民法院和北京市劳动争议仲裁委员会于2009年联合发布的有关文件中则明确主张对值班与加班区别对待，还对值班劳动报酬的发放标准进行了原则性规定。根据北京市法院与仲裁委的观点，笔者尝试对浙江省的政策法规做出研判后，认为在值班与加班区别明显的情况下，省内有权部门确有必要，并且也很有可能出台相关的规范性文件，区别对待值班与加班，并且对值班劳动报酬做出合理的规定，以平衡劳资权益，维护社会的和谐稳定。

(二) 值班与加班的区别

1. 工作性质不同

值班与加班,虽然两者都是对法定的标准工作时间的延长,但值班是指用人单位为临时负责接听电话、看门、防火、防盗或为处理突发事件、紧急公务处理等原因,安排本单位人员在夜间、公休日、法定休假日等标准工作时间外轮流承担的非生产性和非经营性责任,它不是为直接完成生产任务安排的加班。而加班是指劳动者在原来的工作岗位上,在正常的工作时间外从事原来的工作。认定加班还是值班,主要看劳动者是否继续在原来的岗位上工作,或者是否有具体的生产和经营任务。

2. 可替代程度不同

劳动者在值班时所从事的工作,一般是临时安排或者根据制度安排的与劳动者本职无关联的工作,或者即使与本职工作有关联,承担的也是非生产性和非经营性责任的工作。因而对于劳动者而言,值班没有特别的专业技术要求,工作内容简单轻松,因此,值班岗位上的劳动者有较高的可替代程度,替班、代班或换班,对完成工作任务不会有任何明显的影响。而加班是劳动者在标准工作时间外,继续在原工作岗位上从事本职工作,对于每个不同的劳动者来说,所付出的劳动中所包含的技术要素和劳动强度、工作压力各不相同,所负的工作责任各有差别,因而不易替代。

3. 待遇不同

值班劳动者与加班劳动者所享受的待遇不同,加班工资的发放标准由劳动法律规范明文规定,用人单位安排劳动者加班的,必须按照法定标准向劳动者支付加班工资,或者安排劳动者补休(补休仅适用于公休日加班);关于值班的劳动报酬,法律法规没有明确规定,实务中争议较大。一般而言,值班待遇会比加班待遇低很多。

4. 调整的规范不同

关于值班问题,目前尚无专门法律对其进行规范。值班如何启动,值班最长不能超过多久等细节问题,通常放任单位内部制定的规章制度予以调整。而加班作为延长工作时间的法定形式,其启动和限制均受劳动法律规范的约束和调整。

5. 启动的程序不同

用人单位安排劳动者加班,应当严格遵守劳动法的相关程序规定,即安排劳动者加班的,用人单位需经与工会和劳动者的双重协商程序。如果工会和劳动者不同意,则用人单位没有权力安排劳动者加班。安排劳动者值班则不同,不必经过上述的双重协商程序。安排值班,一般情况下被认为属于用人单位的用工管理权限。劳动者要受用人单位的用工

管理,服从用人单位的指挥和安排。

(三) 值班劳动报酬的发放标准

关于值班劳动报酬的发放标准,北京市的有关文件中也只是做出了原则性规定,笔者参考其观点的基础上,尝试从应然性角度探讨值班劳动报酬的合理标准。值班劳动报酬,在法律法规没有明文规定的情况下,劳资双方有约定的,依照约定;没有约定的,则可比照劳动强度相似或者工作性质相同的岗位工资标准进行发放;无从比照的,笔者建议将加班工资发放标准减去正常工资发放标准的差额,作为值班劳动报酬发放的参照标准。

1. 劳资双方有约定的,依照约定的标准发放

值班劳动报酬在没有法定标准的情况下,应当首先尊重劳资双方的意思自治,允许劳动者和用人单位进行自由地协商,并以明确的书面形式确定下来,以充分保护劳动者的合法权益,平衡劳资关系。譬如,劳资双方可在劳动合同签订过程之中对值班劳动报酬的发放标准予以约定;亦可在合法制定的企业劳动规章制度中予以明确,在劳动者入职时予以告知,并要求其签字确认。

2. 没有约定的,比照劳动强度相近或工作性质相同的岗位工资之标准发放

在劳动合同和企业规章制度均未明确约定值班报酬的具体发放标准的情况下,值班作为一种劳动付出,笔者认为其报酬标准应当比照本单位的劳动强度相近或者工作性质相同的岗位工资(包括加班工资)的标准进行发放,以示对劳动者的劳动和奉献的尊重与认可。

3. 无约定,也无从比照的,参照加班工资发放标准减去正常工资发放标准的差额发放。

关于加班工资的发放标准,法律有明文规定,即安排劳动者延长工作时间的,支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬;休息日安排劳动者工作又不能安排补休的,支付不低于工资的百分之二百的工资报酬;法定休假日安排劳动者工作的,支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

国家为何立法规定加班工资的发放标准要高出正常工资的发放标准呢?如此规定,能否抑制住用人单位为追逐经济利益而产生的随意安排劳动者加班的冲动呢?深究其理,法律如此规定,并不是因为劳动者在延时工作的状态下,单位时间创造的价值较正常工作状态时大,而以此作为其付出的劳动的对价。加班工资制度的设置,笔者推断应当有两种意图:其一,是国家为了保护劳动者的休息权,将其作为一种限制用人单位随意剥夺劳动者休息时间的经济手段;其二,是用人单位向劳动者支付的其劳动的对价与劳动者放弃休息

权利的经济补偿。笔者认为，其中的第二种意图是设置加班工资制度的主要意图，原因如下：国家在立法规定加班应当支付高出正常工资标准的加班工资的同时，还规定了用人单位安排劳动者加班，应当履行与工会和劳动者协商的双重协商程序（《劳动法》第四十一条）。仅加班须经双重协商程序这一点，即可有效抑制用人单位随意安排加班的冲动。从这个角度来说，前述的第二种意图应当就是法律设置加班工资制度的主要意图。

由前可知，加班工资应当由两部分构成：第一部分是支付给劳动者付出劳动的对价；第二部分就是对劳动者放弃一定时间段内的全部休息权利的经济补偿。因此，加班工资标准减去正常工资标准的差额，即为用人单位支付给劳动者在单位时间内放弃全部休息权利的经济补偿。

而本文讨论的值班，劳动强度虽无加班的大，但劳动者付出的劳动是客观存在的，而放弃的休息权利在程度上也与加班有别。换言之，值班的劳动强度小于加班，放弃休息权利的程度也小于加班，因此，按照加班工资的发放标准支付值班劳动报酬，对用人单位来说显然是不公平。

根据“举重以明轻”的类推原则，将加班工资标准减去正常工资标准的差额，作为值班劳动报酬的发放的参照标准，对劳资双方来说则是较为公允合理的。理由如下：值班放弃的休息权利程度小于加班，其对应的经济补偿也理应小于加班；值班劳动强度较弱，但劳动者毕竟付出了劳动，也应获得与其相称的合理报酬，笔者认为该报酬虽应小于正常工资，但肯定大于零，理应在报酬体系中有所体现。值班劳动强度的高低，与放弃休息权利程度的大小恰好是成正比的。也就是说，值班的劳动强度越高，其相应放弃的休息权利的程度就越大。当值班工作强度接近于正常工作时的劳动强度时，其放弃的休息权利程度的大小则接近于加班，即接近于全部放弃休息权利；反之，亦然。因此，综合考虑劳动强度与放弃休息权这两项因素，以及劳动强度与放弃休息权程度的关系，笔者认为，将加班工资标准减去正常工资标准的差额，作为发放值班劳动报酬的参照标准，是公允合理的。

二、值班劳动报酬争议的法律防范

企业不作为，守时待命，并非上策，笔者认为应主动采取适当的方式和方法，将法律风险降到最小，达到既能尊重劳动者权益，又能节制用工成本的目的。

1. 在工资支付项目中添加值班津贴项目

企业在发放工资时，一般会设置多种工资支付项目，根据国务院《关于工资总额组成的规定》第四条和第八条的规定，值班劳动报酬的性质应当界定为用人单位补偿劳动者

额外的劳动消耗而支付的津贴。因此，笔者建议在工资支付项目中依照该规定的要求，添加值班津贴项目，并且在确有值班事实的情况下，保证值班津贴在工资总额中有所体现。

2. 值班津贴的发放标准可在劳动合同和企业规章制度中明确约定

根据北京市有关文件的精神，值班劳动报酬可以按照劳动合同、规章制度、集体合同或惯例的标准支付。在法无明定的情况下，劳资双方的约定标准应当作为值班津贴优先适用的发放标准。因此，笔者建议在企业规章制度和劳动合同中对值班津贴的标准予以明确，并以合理的形式告知劳动者，以资双方信守。当然，约定的标准不宜太低，可参照本文第二部分的相关内容确定，要能体现对劳动者的劳动和奉献的充分尊重，并且得到劳动者认可。

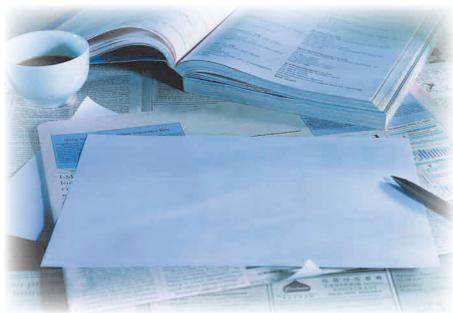
3. 申请不定时工作制

根据《浙江省劳动和社会保障厅关于值班时间可否作为工作时间计算的批复》的意见，对于确需值班的岗位，用人单位可以向劳动行政部门申请不定时工作制。实行不定时工作制的，值班时间可以不作为加班加点的时间。

值得注意的是，不定时工作制作为法定的一种特殊工时制度，不仅需要向劳动行政部门申请，而且还需要根据劳动行政部门批复确定的周期定期续延。否则，审批文件到期后，关于不定时工作制的审批文件失效，如因工时发生劳动争议，则要按照标准工时制度处理。

综上所述，值班作为一种具有独立存在价值的工作形式，如何处理其劳动报酬的争议，帮助企业规范地应对值班劳动报酬争议的法律风险，以维护企业的合法权益与平衡劳资关系，对于企业控制用工成本，构建和谐稳定的劳资关系，具有重要的指导作用和现实意义。





法律文书要“精”

文 北京国纲华辰（杭州）律师事务所 朱加宁 徐 鹏

撰写法律文书要精益求精，不要粗枝大叶。法律文书是律师的“脸面”，既是律师的外部形象，又是律师内在实力的体现。更重要的是，法律文书的内容确定了诉讼方向和诉讼请求，法律文书的文字内容构成了对本案事实的自认，法律文书写作的好坏，在一定程度上关系到诉讼的成败。因此一定要充分重视法律文书的制作。

一、法律文书要做到精益求精

撰写法律文书是律师的主要工作之一。这里所涉及到的律师法律文书，包括诉讼文书和非诉讼法律事务文书。实践中较常用的是律师在代理案件过程中向法院提交的起诉状、反诉状、上诉状、行政复议申请书、再审申请书以及其他的法律文书。这些文书写作的质量，不仅体现了律师自身的执业态度和执业水平，更会实实在在的影响到律师代理案件的效果。因此，我们一定要注重法律文书的写作，尽可能地做到精益求精。

（一）“精”是法律文书自身的特点要求

法律文书具有直观性、固定性以及规范性等特征。法律文书的直观性，表现为法律文书的文字内容在表达上直观显见，比起口头言语或行为语言，更加直接明了。律师在代理案件中需要表达何种观点，建议适用何种法律，提出何种诉讼请求，在法律文书中都可以全方面的表达出来。因此，律师应当认真对待法律文书，并利用法律文书这一载体表达律师对案件的意见。法律文书的固定性，是指法律文书一旦提交法院，一般情况下其内容即已经为固定，轻易不能进行修改，这与法庭陈述需要遵守“禁反言”的规则是一样的。例如，起诉状中对案件事实的陈述，可以作为一方对案件事实的自认，即使这种自认有时候不利于自己一方，也不能随意否认，自己打自己巴掌；又例如，申请法院调查取证时，要注意申请调查的证据是否是对自己一方有利，否则一旦法院调取的证据反而是对我方不利的，将会导致诉讼的被动甚至败诉；再例如，法律文书中涉及到的事实是否会导致侵犯他人权益的问题，否则文书本身可能就会成为将来某方起诉自己的证据。法律文书规范性，是指按照法律规定，某些法

律文书要遵守固定的书写规范和格式，否则将不能产生相应的法律效果。例如，起诉状、上诉状要遵循法定的格式和要求，起诉状要有符合法律规定的当事人信息、明确的诉讼请求以及事实和理由，上诉状也要有符合规范的上诉请求。特别是民事的再审申请书，更要注意相应的格式要求，否则再审请求将不能被法院立案受理。

（二）“精”是我国现有诉讼模式的要求

我国现有的诉讼模式，是法官主导庭审的审判模式。结合我国现有的司法实践，律师在法院审理中往往无法和法官进行充分的面对面接触和沟通，在法庭庭审中，也是在法官主导指引下进行法庭审理，法官往往更注重对其需要的案件事实进行查证，却缺少对律师法律意见表述进行详细听取的耐心，法官审理案件适用法律，很多情况下会认为只是法官的事情。在这种情况下，律师的口头表达机会被严重限制，且口头发表意见由于口头语言自身的特点，其效果一般也不理想。法官往往在查明事实后，就要求双方当事人各自发表辩论意见，这些庭审中的辩论意见是否能充分被法官听取，往往要打一个折扣。因此，法律文书作为可以全面表达律师意见，并且今后也有据可查的载体，其重要性不言而喻。因此，律师应当注意法律文书写作的质量，重视法庭之外的书面意见表达。特别是对于案件事实复杂，适用法律争议比较大的案件，律师更应当对提交法庭的法律文书精推细敲，使自己的观点有依据，有逻辑，从而增强观点的说服力。

（三）法律文书是检验律师执业水平的主要标准

能言善变，通常被人们理解为一位优秀律师的特点。固然，口头表达是律师的一项基本技能，能反映律师作为法律公平正义实践者的风采。但另一方面，案件审理的过程是一个摆事实讲道理的过程，更多的是注重律师在审理过程中提出意见的逻辑性、严谨性和规范性。因此，律师应当把法律文书写作水平，当作衡量自己专业水平的主要指标。对自己提交法院或提交给对方和自己当事人的文书，要前思后想，精益求精，以免在文书中出现不应有的错误，导致“一言既出、驷马难追”的不利结果。对于法律文书，代理律师应当从各个方面去推敲和检查。要避免低级的错误，如出现错别

字或明显错用标点符号的情况发生；要避免出现明显的语句不通或乱用词汇，以影响到文书的逻辑性和可读性；要注意把握用词用句的得当性，避免出现对司法机关或对方当事人攻击性言语。除此之外，还有更高层次的要求，例如论理的深度、文笔的优雅等等要求，这就需要律师自己在平时的文书训练中不断摸索和提高。

二、民事案件的法律文书写作

（一）民事起诉状

民事起诉状，是指民事案件中原告一方向法律提交的诉请文书。当事人向人民法院提起诉讼，必须提交民事起诉状。民事诉讼法第一百二十条规定：起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本，第一百二十一条起诉状应当记明下列事项：（一）原告的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位、住所、联系方式，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务、联系方式；（二）被告的姓名、性别、工作单位、住所等信息，法人或者其他组织的名称、住所等信息；（三）诉讼请求和所根据的事实与理由；（四）证据和证据来源，证人姓名和住所。这些规定是我们起草民事起诉状的基本依据。民事起诉状的起草需要注意以下几点：

（1）名称。文书名称一般为“民事起诉状”或者“民事起诉状”。“诉状”、“起诉状”、“起诉书”等写法都是不规范的，无法与行政或刑事自诉案件等其他案件相区别。在此需要注意。

（2）当事人。当事人部分需要注意写正确当事人的全称。特别是法人或者其他组织的，要按照营业执照或登记机构登记的名称来书写，切勿写错。否则不仅不规范，还可能影响到在财产保全时能否准确及时地对对方的银行账户或其他财产进行保全，错误的单位名称将导致银行不予以冻结帐号，从而使对方当事人有了财产转移的机会，导致今后判决无法得到有效执行。另外需要注意的是，自然人的住址一般用“住……”，法人或其他组织一般用“住所地……”，两者不可混用。如果有多名被告，还应当用“被告（一）、被告（二）……”等形式依次列明。

（3）诉讼请求。民事起诉状中应当有诉讼请求。诉讼请求应当明确规范，民事案件遵循不诉不理原则，因此当事人诉请的内容就是法院裁判的范围。因此诉讼请求应当明确，注意不同的诉讼请求内容，不能一股脑儿写在一起，不同的诉请应当分别单独立项。

（4）事实和理由。事实和理由部分是民事起诉状的重要

组成部分。对于原告而言，民事起诉状中的事实部分不仅是我们对事实的归纳和陈述，也是法官审理案件第一次了解到案件事实的时候。因此，要特别注意引导法官的第一印象。事实部分可简可繁，这需视不同案件具体案情的需要。一般而言，事实部分尽可能的要简明易懂，条理清晰，表述准确。特别是对我方“事实版本”的描述，不能出现对我们不利的自认。如果案件的事实证据还有待收集提供，那么应当对相关事实的陈述留出一定空间，以免与以后取得的证据相左。起诉理由方面，应当列出主要的法律法规规范，但不必全部列举。

（5）附件部分。正文最后应当有写明：“附：本诉状一式×份；证据清单及证据一式×份”。

（6）其他。如对于案件的案由，不同法院可能有不同的要求。有些法院要求当事人在起诉状中写明案件的案由，否则不予立案。对此，我们应当按照最高人民法院对民事案件案由的规定要求，选出案件案由，列在诉讼请求一栏之前。

总之，民事起诉状应当在保证格式的规范的前提下，对诉讼请求和事实理由进行反复推敲，以保证我们递交给法院的民事起诉状的质量。

（二）民事反诉状

民事反诉状，是指在民事案件中，本诉的被告以本诉的原告为被告，提出的与本诉有牵连的独立反请求。民事案件中本诉被告提起反诉的情况较多，特别是在买卖合同案件、建设工程施工合同纠纷案件等民事案件中经常出现。提起反诉，必须提交反诉状。如何将反诉状写的规范准确，也是我们需要研究的。

（1）标题。反诉状的标题一般为“民事反诉状”、“反诉状”等。“反诉意见书”、“反诉申请书”等写法都是不符合法律规定的。

（2）当事人。反诉状的当事人部分，应当按照对方起诉状的内容相对而写。一般用“反诉原告（本诉被告）”、“反诉被告（本诉原告）”等形式来表明当事人的法律地位。在此应注意不要将反诉的原、被告混淆。

（3）反诉请求部分。反诉请求部分是反诉原告提出的，可以吞并本诉诉讼请求的诉请。反诉的诉讼请求必须是独立的诉请，如本诉原告请求法院判令本诉被告支付货款，反诉原告则请求法院判令反诉被告支付违约金。而不能是请求法院驳回本诉原告的货款请求。

（4）事实和理由。事实和理由部分应当阐述反诉原告对案件事实的看法和适用法律的意见。一般而言是与本诉原告的事实陈述和法律适用针锋相对，或有较大的不同意见。

县域律师事务所的突围之路

文 浙江诺力亚律师事务所 项坚民

2012年11月底，我参加了全国律师协会举办的县域律师事务所主任培训班。在这次培训班上，全国律协秘书长周院生专门就本次培训班的意义致辞；司法部律公司杜春司长给我们深入分析了我国律师行业的现状和存在的问题，全面解读了中办发[2010]30号文件的重大意义，重点阐述了加大律师行业发展改革扶持和保障力度的有关问题；国家发改委规划司周南副司长讲解了十八大以后我国经济社会所面临的新阶段新挑战和新格局。这次关于县域律师事务所的专题培训，是贯彻十八大精神的好方法。短短几天的学习让我感触颇深，使我对律师行业的现状和未来发展有了更加深刻的认识，也更加清晰地认识到了律师行业尤其是县域律师事务所发展所面临的挑战。

律师行业是一个新兴的行业。党的十八大报告提出了到二〇二〇年实现全面建成小康社会的宏伟目标，将“全面推进依法治国”确立为推进政治建设和政治体制改革的重要任务，对“加快建设社会主义法治国家”作出了重要部署，并且强调要走中国特色的新型工业化、信息化、城镇化、农业现代化的道路。我国已经进入了全面建成小康社会的新的时代。党的十八大报告描绘的宏伟蓝图，作出的重要部署，确立的重要任务和道路，给我国律师行业未来发展带来了前所未有的机遇、

提供了巨大的空间和广阔的前景。新的时代赋予了律师行业新的使命。大力发展法律服务业，既是全面建成小康社会的必然要求，也是全面建成小康社会的重要内容。律师行业在新的时代的历史使命是，要更加广泛而深入地介入到社会生活的各个领域，为推进中国特色的新型工业化、信息化、城镇化建设提供强大支撑，为全面建成小康社会提供优质高效的法律服务，在推进中国特色社会主义建设，实现全面建成小康社会宏伟目标的进程中扮演越来越重要的角色。

但是，由于我国法制水平的低下和传统文化的制约等原因，当前律师行业所处的一般环境并非我们想像的那么美好，律师队伍素质参差不齐，少数律师职业道德水准不高，律师事务所管理普遍存在“散、乱、差”的现象。

就县域律师事务所而言，问题更加严重。由于县域空间的范围狭小导致县域律师事务所服务辐射范围的有限，由于县域群众法律意识的淡薄有效法律需求的低下导致县域律师事务所服务总量的有限，由于县域经济的总量有限导致县域律师事务所规模的有限，县域律师事务所的发展受到先天性因素的制约。县域律师事务所业务少，律师收入低，人才竞争力弱。县域律师事务所规模小，小所林立，行业整合度低。县域律师事务

所之间内斗严重，竞争无序且日趋激烈。

就我们诺力亚律师事务所所在的余杭而言，狼其实早就来了。在余杭这样一个地处杭州近郊毗邻上海的县域的律师事务所，既面临着“黑律师”低价服务乱服务恶性竞争的空间挤压，又面临杭州上海甚至北京律师高档业务的垄断和中档业务的蚕食，大企业大案件早就轮不到县域律师服务了，就连乡镇一级的业务也早就被瓜分了，不要说吃西瓜肉，基本上只能啃点西瓜皮了。县域律师的地盘正在一点点被侵蚀，只是我们常常自以为是没有警惕罢了。

这就需要县域的律师事务所，在十八大以后，在进一步新型工业化、信息化、城镇化、农业现代化的大潮中，抢抓机遇，主动作为，大显身手、大有作为。如果我们再固守传统的单打独斗的办案方式不进行创新变革不寻求团队合作，如果我们再不进行专业化品牌化的建设以万金油的方式应付应付当事人了事，如果我们再糊里糊涂地得过且过自得其乐地过过小日子，如果我们再不奋起直追迎头赶上，那我们的命运只能是被北上广甚至外国所挤出市场直至边缘化直至被抛弃。其结果是，县域的老百姓得不到家门口的便捷的法律服务，县域的法治建设就不会得到长足的进步。法治国家就不能得到全面建设，法治建设就不能得到加快推进。

县域律师事务所如何正确定位，如何守住地盘强行突围甚至做大做强，是本次培训班的目的和议题，是县域律师事务所主任必须经常思考的问题。

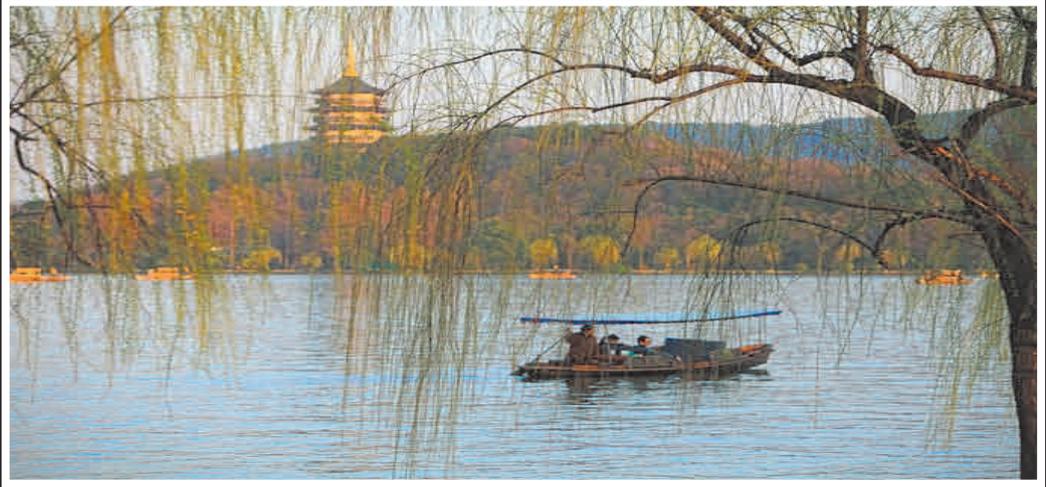
我回去以后，要很好地向全体合伙人介绍这次头脑风暴的情况，在充分认识我们诺力亚律师事务所的优势和机遇的前提下，认真地重新研究律师事务所的定位和下一步的措施及出路。

诺力亚律师事务所所在的余杭，处于沿海发达地区，是全省十强县全国百强县，经济十分活跃法律需求非常旺盛，存在法律服务亟需提升的

机遇，诺力亚律师事务所具有先行一步的天然优势。诺力亚律师事务所自身已经过八年的发展，律师业务不断增长，服务领域不断拓展，律师事务所的规模、产值和社会影响力均处于前列，做大律师事务所的努力稍有成就，专业化品牌化的发展已有一定基础；在征地拆迁等法律服务方面小有名气，初尝专业化发展的甜头，已经成为全省党建工作模范律师事务所和杭州市优秀律师事务所，在律师行业发展中负有引领和示范的责任，存在着敢为人先的必然要求。在优势与机遇、困难与困惑、目标与责任并存的局面下，诺力亚律师事务所必须增强忧患意识、风险意识和责任意识，进一步健全以统一收案统一分配为基础的规章制度建设；下决心整合资源做实做强各主要的专业部门，完善组织建设；注重团队合作，强化专业分工，强化业务协作，不断加强专业化建设；加强律师事务所品牌建设、文化建设、基础设施建设和信息平台建设。努力提高律师事务所自律管理的能力和水平，不断提升律师事务所竞争和服务水平，是我目前所认识到的县域律师事务所的突围之路。



律师摄影



春回杭城

吴清旺 浙江星韵律师事务所



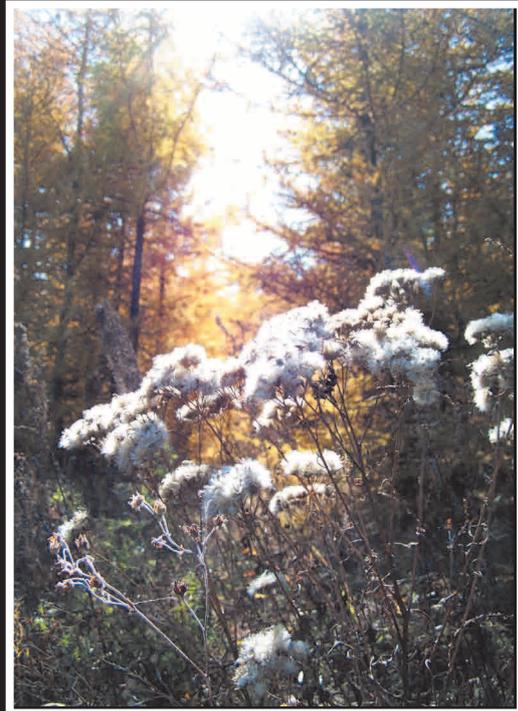
天光·雾·草地

吴清旺 浙江星韵律师事务所



展翅高飞

丁兴 浙江天册律师事务所



蒲公英

丁兴 浙江天册律师事务所

与乔纳森·贝拉米大律师聊英国法律

文 浙江楷立律师事务所 任旭荣 李 晶

记得2010年秋天，由当时英格兰及威尔士大律师公会主席尼古拉斯·格林带领的出庭律师代表团来杭州访问，我们与伦敦的大律师有幸进行了一次简短的交流。这次交流使我们对英国悠久的律师制度和独特的诉讼传统有了进行更深探究的愿望，也因此在这一年中每每遇见对于英美法律的讨论，都满怀好奇。终于在2011年底得一趟伦敦考察的机会，我们实地探访了原汁原味的英国大律师事务所。

在得悉我们的出访意向之后，来自于伦敦39·埃塞克斯大律师事务所的乔纳森·贝拉米大律师立即发出了盛情邀请。出发前，我们从网站上浏览了39·埃塞克斯大律师事务所的介绍：该所位于伦敦埃塞克斯39号大街，是一家拥有98名大律师的国际化律所，其中包括30名御用大律师，在曼彻斯特设有分所。毕业于牛津大学耶稣学院的贝拉米大律师在国际仲裁、国际商事、工程、保险等方面有超过25年以上的执业经验，权威的“法律业500强”评价他是一个“你可以信赖的大律师”。

经济不景气下的大律师

伦敦的冬天时而阳光洒地，时而萧瑟无常，但无论哪种天气搭配这古典的城市，都别具风味。按照约定时间，我们从西敏寺出发，不多久就到达了埃塞克斯39号。律所位于伦敦一区，泰晤士河畔，遥望可直视大本钟和伦敦眼，周遭事务所云集，地理位置彰显其档次。然而所名使用地名，让我们很是好奇。我们不解其用意，不妨做此猜测：在这样古老的街区里，用街名来定所名，也许是为了显示该所的历史悠久，从未迁移？

我们踏入事务所的大门，环顾四周，律所门面并不宽敞，小小一扇门上写着“39”，典型英国风格。一走进去才发现瓶口虽小，瓶肚甚大。虽为老式建筑，内部房屋较不规整，却尽可能地利用了每一寸空间，装修布置精良。前台正襟危坐着三位女秘书，微笑地打听我们与律师的预约。稍作片刻，便看到了一年多未见的贝拉米大律师，虽为周五下午，出庭归来，仍神采奕奕，举止洒脱。他领我们到会议室坐下，为我们沏上咖啡，摆上一些精美的甜点。一番寒暄之中，

贝拉米大律师不住地对我们感叹起中国的发展速度，连连用“神奇”来表达。他还关切地问我们发生在温州的动车事故的处理情况。我们也借机向他问起一周前刚刚发生的英国200万名公务员罢工的情况，他不无忧虑地说道由于受政府财政缩减的影响，原有社会福利待遇下降，对英国民众生活的影响是深远的。

为珍惜这次难得的访问，我们精心准备了一些问题，希望能在贝拉米大律师这里得到解答。交谈中，我们隐约感受到在金融危机冲击下英国经济不景气也影响到了他们的法律服务行业。原本高高在上的大律师，甚至御用律师，似乎也淡定不起来。历史上，英国的大律师只需要等待事务律师把案件送上门即可。但是现在，他们也忙于奔波开拓国内国外案源，建立国际合作关系。贝拉米大律师直言不讳地和我们说道：“我们没有选择在国外开分所是考虑到成本控制，而我们可以通过与外国律所建立合作关系来达到同样的效果。”此时，我们也就不难理解近几年为何英国的大律师也组团出国交流，“推销”自己的缘由了。

检控律师：律师中的公务员

我们兴致勃勃地对英国迥异的诉讼程序开始提问。众所周知，英美法系是不存在检察院的，那么究竟是谁在扮演“控方”——公诉人的角色呢？贝拉米大律师的解疑使我们多多少少了解了英国的检控制度。或许你随便问一个英格兰或威尔士律师，他们都会告诉你，在英格兰类似检察院的机构被称作英格兰皇家检控署，由总检察长领导。但有趣的是，向来给人复杂印象的英格兰法律制度，历史上并没有独立的检察机关，在19世纪初，受害人甚至需要自己出资雇佣私人律师来进行检控，而之后检控的任务则交给了警察，出现了检警合一模式。但是，警察传统的犯罪侦查中的主观性与刑事检控所要求的客观性之间天生存在着客观矛盾，这决定了皇家检控署的诞生。同属英国，身为大陆法系的苏格兰却与之不同，早早地设立了皇家检察官办公室，时间比英格兰的皇家检控署早上几百年。英国国内出现这样的对比，不是正好显示了英美法系和大陆

法系发生的相互借鉴、融合吗？

在皇家检控署工作的公務律師都属于公務人員，領受國家薪金。他們可大致分為兩種：第一種是內部公務律師，他們長期受聘於檢控署，通常解決專業性不強的案件；第二種則為獨立公務律師，他們通常是專家型律師，在發生疑難案件時臨危受命。但是，由於公務員的身份，公務律師的收入並不算高。一位資深內部公務律師每年的收入大約為 8 萬英鎊左右，雖然英國人的平均年薪只在 3 萬英鎊左右，但是在普遍出產高薪的律師行業，這樣的薪金水平只能算作普通。管中窺豹，英國的公務人員並不好混：薪金福利並不高一頭，更在金融危機之後失業風險大增，但這樣做則使得英國政府的行政管理開支始終維持在一個較合理的水平。

大小律師：競爭 OR 合作

作為英美法系的發源地，英格蘭的法律的確是別具一格的：其中首當其衝的便是它的“二元制”律師制度。我們通常知道，大律師是負責出庭訴訟的，而小律師或稱事務律師是負責非訴訟業務的。貝拉米大律師向我們解釋說，在英國法律中，大律師和小律師是規定不可以一起工作的，小律師工作的地方通常叫做律師事務所或者律師行，而大律師工作的地方則被稱之為大律師事務所。事實上，大律師所工作的事務所——錢伯斯也並非是我們通常理解下的合夥制律師事務所，大律師在英國都被看做是獨立執業者，法律禁止他們形成合夥制度的律師事務所。因此，大律師們為了共享行政資源，節省運營成本，便創造了錢伯斯這樣帶有公司性質的律師事務所。現如今，隨着英國經濟的萎靡，許多大律師也希望能够直接面對當事人而非通過小律師的委託，因此大小律師事務所可能會發生一定程度的融合。

精英行業：待遇不俗，機會多多

要成為一名合格的大律師，是要付出很大的努力的。撇去法學院艱辛的學習，更重要的是在極端激烈的招聘程序中勝出。在英國，無論是大小律師，都是要經過實習生的階段的，而要成為一個實習生，首先需要去應聘。以 39·埃塞克斯大律師事務所為例，每年他們都會收到超過 400 份的申請簡歷，而最後只有 2 到 3 個人能夠脫穎而出。這樣的高門檻看似拒人於千里之外，實則在於保護新手律師，維護這個行業的精英地位：首先，實習生可以從第一年开始獲得每年大約 4 萬英鎊的薪金來保證他們在倫敦的正常生活；其次，律所會根據他們的實習表現給予獎勵，這些獎勵不但包括收入方面的，更多的是一些深造、培訓的機會。在這樣的保障

體制下，年輕律師的成長非常迅速。

成為法官也是很多律師所想往的目標之一。英國的法官都是從律師中挑選的，但是卻有不同長短的任期可供律師挑選。一些資深律師會申請短期的法官工作，如三個月，以便檢視自己是否對這個工作感興趣。短期工作結束之後，不再感興趣的律師可以重新做回律師，而感興趣的則可以繼續申請長期的法官工作，但缺點是他們放棄律師執業後，收入可能遠遠不如從前，但社會地位和受尊重度卻得到提高。

和解的秘密：輸不起的官司

很早就知道，英國是個多訴訟的國家，大到巨額侵權賠償，小到雞毛蒜皮的小糾紛，你總能聽到“告你”，還有就是隨處可見的“罰你”。訪問期間，我們在去劍橋的火車上就看到一則警示“擅闖頭等車廂者罰款 20 鎊，或者將被法院起訴”。很多在英國生活多年的華人朋友常會告誡你：千萬別去违法违规，這個國家法院是動真格的。那麼多的官司，法院忙得過來嗎？審限會很長嗎？

貝拉米大律師告訴我們，英國的審級為三審終審，但是當涉及到關於類似人權之類調查難度較大，牽涉面較廣的案件時，由於可能上訴至歐盟刑事法院，最多可能出現五審的情況。然而中國是二審終審，也存在不少拖延審理的情況。我不禁問貝拉米大律師：“你們這麼長的審級，案子會不會久拖不決呢？”然而他告訴我的情況是，他們法院 90% 的案件都能在一審終結，審限也大都控制在一年以內，上訴二審和三審的並不多。這引起了我們的一絲不解。一番究問後，我們似乎解開了一些原因。原來，這與英國的敗訴代價很高有關係。

貝拉米大律師告訴我們，英國法院的受理費不高，人人打得起官司，法院的受理費通常只有 1000 英鎊，因此案子很多。那麼，審判效率為何這麼高呢？原因大體有二：一是進入二審程序需要經過法庭的實質審查同意，不是所有案子你提出上訴就能進入二審的；二是由於英國的費用轉移規則會讓敗訴人承擔高昂的經濟代價。按照這個規則，敗訴方不但要失去對於標的的追索權利，而且還要承擔對方的律師費用以及其他因訴訟支出的合理費用。前者可以保證篩除當事人濫用上訴權的可能性，避免重複訴訟；後者則對於敗訴方帶有懲罰性質，要求當事人仔細權衡利弊，慎用訴權。貝拉米大律師給我們舉了一個很簡單的例子：在一個標的額為 20 萬英鎊的合同纠纷案件中，各方的律師費用就可能高達 10 萬英鎊，敗訴方不但要失去 20 萬標的額的追索權，還要承擔兩方共計 20 萬英鎊的律師費，这样就形成了至少 40 萬英鎊的損失。鑒於此，英國訴訟的和解率非常高，法庭允許

双方在诉讼进行的任何阶段提出和解，且不加干涉，其根本原因还是在于双方都输不起官司。因此，当事人一旦涉讼，常会自愿进行和解就不难理解了。英国这一制度的优越性是显而易见的。一方面，法院受理费低廉，保障了人人能够实现获得司法救济的权利；另一方面又让各方当事人慎重对待诉讼，避免因败诉而付出高昂的代价。这一制度很值得中国借鉴。目前，中国法院的受理费高是不争的事实，老百姓打不起官司现象还存在。法院受理民商纠纷，以“标的额”收费，也是非常不合理的，法院不应当在当事人身上获取经济利益。

多样化的替代争议解决途径

作为发达的市场经济国家，英国的替代争议解决方案非常多样，我们在 39·埃塞克斯大律师事务所的宣传资料上看到了包括调解、简易裁定、专家裁决、争议解决委员会，以及早期中立评价，仲裁等制度介绍。这些争议解决方法在执行力、约束力、中间人指定方式、解决问题领域都有很大不同，但是本质上都是为了避免诉讼，加快争议解决速度，保护隐私而创立的。以仲裁为例：英国是现代商事仲裁的发源地，早在 1889 年，就颁布了世界上第一部仲裁法，3 年以后，世界上第一个常设仲裁机构——伦敦国际仲裁院也是在英国成立的。

英格兰仲裁制度大致可以分为机构仲裁和临时仲裁。机构仲裁是指由常设仲裁机构进行的仲裁，与中国的仲裁委员会相近；而临时仲裁则比较有趣：是指双方当事人根据仲裁协议，在争议发生后由双方推荐的仲裁员临时组成，负责审理当事人之间的有关争议，并在审理终结时做出裁决后即行解散的仲裁模式。这种仲裁组织没有固定的组织机构、名称和地点，没有常设机构那样方便、稳定，但是，在这种仲裁形式中，当事人可以指定各种职业的专业人员为仲裁员，他们可以是工程师，鉴定师或者会计师，这样可以更方便地解决各类疑难的专业性纠纷；此外，临时仲裁不象机构仲裁那样有“死板”的程序规则，可以约定免除各种机构的内部程序时限，且英国司法对其提供强有力的支持，因此临时仲裁在英国被广泛使用。在中国日渐增多的商事纠纷以及法院不堪重负的情况下，临时仲裁制度也是值得借鉴的。

说到国际仲裁，除了英国本土最著名的伦敦国际仲裁院，另一个广受欢迎的国际仲裁机构是国际商会。这些国际权威机构制定了完善的仲裁规则以受理跨境仲裁。贝拉米大律师即为国际商会的仲裁员。他向我们解释到，由于跨境诉讼受到各国对法院判决承认问题以及执行力较低的影响，仲裁几乎成为了国际商事争议首选的解决方式。可以预见的是，

在中国广泛参与世界经济的今天，参与国际仲裁的中国律师将会越来越多。

新兴业务：私人融资计划（PFI）

近 10 几年来，大家对于国外引进的“建设—经营—转让”的 BOT 模式已经相关谙熟。作为特许权的一种，政府部门允许私营企业参与国家基础设施的建设，并向社会提供服务。可是在此次的伦敦之行中，我们闻知了一个比较新兴的概念：私人融资计划。这种模式是在 1992 年由英国保守党政府首推的，旨在废除之前严格限制私人投资公共领域的法规，加强公私合作。在实施 10 年之后，在英国大约有 500 个 PFI 合同签署生效，效果显著：89% 的项目按时完成，没有任何一个项目超过政府建设成本预算；而在 PFI 模式前，在英国 70% 的项目不能按时完成，且 73% 超出预算。

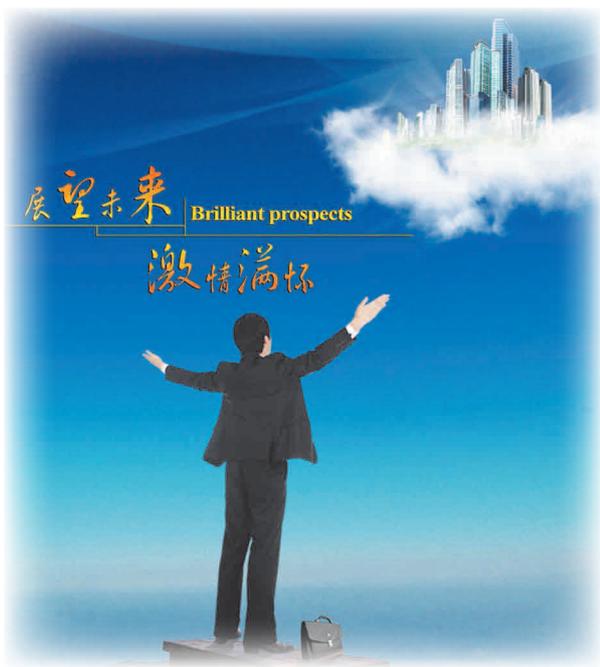
与 BOT 模式相同，PFI 同属于公私合作的一种，是继 BOT 模式之后又一种更为新型的公共项目融资模式。PFI 与 BOT 最大的不同在于：当政府公共部门采取 PFI 模式进行融资的时候，其并不一定购买建筑工程、获得所有权，而是购买服务，公共设施最后的所有权是由合同约定的，有可能被私有化。

尽管存在着公共设施私有化的风险，PFI 模式在中国还仍然是可以考虑借鉴的。首先，中国大规模的基本建设中，地方政府负债屡屡被刷新，包括发达省份如广东、浙江、江苏等，根据《关于广东省地方政府性债务审计结果的报告》，截止 2010 年底，广东政府负债 7502.96 亿元，债冠全国。事实上，在这几年政府本身已经开始放缓大规模的基建投资，之前的“土地供养基建”模式已经慢慢走向边缘。其次，政府部门并不是一个经济主体，且传统复杂的基建开发也并非其强项，所以应该尽量减少参与市场经济；而由于投资风险和压力，因此，在一些领域，如果政府部门对于获得工程本身的所有权并不重要，且并不影响重大国计民生的，PFI 模式可以成为其选项之一。



“丰满”的理想，转向“骨感”的现实

文 浙江星韵律师事务所 袁 杭



很多人都会有这样的想法：成大事者不拘小节。每当冒出这样的想法时，周围也总会蹦出经典的毛主席语录：一屋不扫何以扫天下。对后者的观点其实很是赞同，很多人只是想做大事，不愿意或者不屑于做小事，那么当然对一些细节的事更是不会关注。而往往细节决定着成败：看不到细节、不把细节当回事的人，对工作缺乏认真的态度，对事情也只能使敷衍了事。而关注细节、注重细节的人，不仅能够认真对待工作，且注重在做事的细节中找到机会，从而使自己走上成功之路。怪不得人常言道：机会是给有准备的人！

颠簸在实习之路上，“品尝”着“酸、甜、苦、辣、麻”的个中滋味，有时候也会数着过日子，尽快结束实习之路，

但那只是因为我跟所有学法的人一样怀揣着丰满的理想，却又不得不面对骨干的现实。每当去回顾自己刚进所时的心境：“知道 or 不知道”，各种知道或者不知道，各种顺序的编排，总感慨万千。但转眼一想，其实人都需要经历一个又一个阶段，在什么阶段做好什么事，这才是当有之事。实习律师，该想的应该是自己是否很庆幸——遇到了好的指导老师，为自己能否学到本领而高兴，而不是因为自己又受了什么挫而失落，有时候信心是需要经过一个转化或者换种思路想，也许会豁然开朗很多。

做实习律师已有 8 个月之久，但是经过这次培训，感觉自己真的还有很多细节没有留意，生活中的种种习惯在律师这行看来显得那么不入流，也完全颠覆了之前自认为律师属于自由派的印象。其实在跟着指导老师学习过程中，指导老师早已指出我这样那样的行为习惯的错误性，每当那一刻我试图说服自己那是自小养成的习惯，已经无法改变。但从意识上说，我已经了然自己的错误，只是一直在给自己找借口不想地去改变。对于此次培训，各位老师的授课，感觉都很对，尤其是指导老师徐律师的授课中所引发的反向思考“公众心目中的律师形象”，对照集体讨论的结果，发现自己有些自惭形秽。每一个认识跟改变，其实中间很多人习惯性地会缺少一个环节，而我之前恰恰就是遗漏了一个接一个的实践环节，导致习惯一直在延续，庆幸自己经历了这次培训，庆幸自己这次在慢慢地努力着去改变自己的习惯，进而适应这个行业。

也许以前一直用带有贬义之意的“江山易改，本性难移”在给自己打退堂鼓。其实这句话有两层含义：人的本性是很难改变的；人的本性虽然很难改变，但并非改变不了，只是难了一点而已。行为心理学研究表明：21 天以上的重复会形成习惯；90 天的重复会形成稳定的习惯。即同一个动作，重复 21 天就会变成习惯性的动作；同样道理，任何一个想法，

重复 21 天，或者重复验证 21 次，就会变成习惯性想法。所以我相信我接下去的有意识的改变会养成自己良好的习惯。

改变自己的举止形态，做到有精、有神、有气

之前从未怀疑过自己的姿态，但也许正是这样自认为不错的姿态，让人觉得流里流气，感觉起来显得轻浮不稳重，不能委以重任的感觉。律师，解当事人燃眉之急，一个轻浮而不稳重的形象何以取得当事人的信任？很多时候律师强调要包装，要营销。诚然，我们早已在前辈们的言传身教中学着去包装自己，但其实只是学会了外在，没有学到内在。

现在突然想想为何不把自己自身硕壮的身体条件利用起来。现在为了改变自己走路姿势不好的习惯，每天做俯卧撑，尽量让身躯保持笔直。

改变自己的说话方式，学会抑扬顿挫

曾国藩老先生在《冰鉴》相人篇中言道：“若要看条理，全在语言中”。他说有无条理，通过语言能够看出来。我个人觉得此语境中更多的强调的是口头语言。他经常讲，古人说的听言非常适用，即两个人谈话，能不能切中要害，条理清晰，把对方抓住，就能显示出有没有条理。律师，经常与当事人在沟通中，需要的就是用最简短的语句让当事人明白意思。还有想让当事人跟着你的思路走，很多时候也表现在你语言的魅力之上，这时候你的语音语调也变得着实重要。如此两者结合，我想可以在最短时间之内打动顾客。当然这是门艺术，如前所说，什么阶段做好什么事。在实习阶段尽量改掉自己的坏习惯。对于自己的现有说话方式，每天都会选择晨读，跟着镜子练习自己的说话。

改变自己的休闲方式，学会舍得放弃

很多年轻人的激情之处莫过于玩耍，而这个大部队中也包括我。之前的想法是趁年轻多玩，尤其在律师这行，会吃会玩多交朋友，以后会给你带来案源。然后还是那句“想法是丰满的，现实是骨干的”，到处玩，累了自己，业务不长进，在律师圈，当年的能说会道在当下已经不经济实用，更何况自己还不是很擅长说，当下最需要的还是要会写，肚子有货。机遇永远给有准备的人，也许有舍才有得，现阶段的少玩会有回报的，只是时间会久点，现在每天会尽量给自己多安排些事情，也会多参加一些考虑以给自己更多的动力去学习努力，充实自己。

改变自己的思维方式，学会“少百度多思考”

“少百度多思考”的理解当然只是限定在做实务研究

与写法律分析等范围内，而不是把它扩大到整个生活圈，毕竟百度给我们也提供了很好便捷的素材，总而言之的意思就是要做案子时尽可能地自己思考，而不是急于需求答案，这样的依赖性会让你一直处在被动的境地。正如王泽鉴先生在《民法思维：请求权基础》中提到：善用法律请求权抗辩的方法分析案件。对于每一个案子，都应该有一个“博弈论”的存在，时刻不忘对方如何想，对方会如何抗辩，这样的一轮一轮地将案件进行抽丝剥茧。从第一天进所将近半年时间，习惯性地用着之前自认为方便快捷的方法，“万事有百度”，毕竟那是多年养成的习惯，曾经引以自豪的被朋友成为“网络达人”，能够迅速的搜到答案，其实现在想想那是多么的后知后觉。

改变自己的假日安排，学会参加行业活动

之前看到吴主任的一条微博，原话已经忘记，但是大致内容就是：年轻律师，没活动可以多参加专业委员会的研讨会，到慢慢形成专业化后，或者说是活动多了之后有选择地参加活动。即没活动多参加活动，有活动就有选择的参加活动。这点我觉得我属于间歇性的在进行，每当听到主任跑到大办公室来说省律协、市律协公告上又有什么研讨会活动了，周末没空可以多去参加参加，对于年轻律师的我们，用吴主任的话说，应该了解行情，了解我们吃饭的家伙，这才是生存之道。

所以如老前辈们所言，我们做实习律师永远不应该觉得没事做，当没事做的时候该想想可以做什么。经过这一次培训，也不敢奢望自己能够大彻大悟，也不敢奢求自己能够有多突飞猛进的改变，只希望能够通过自己的点滴努力可以让自己的坏习惯有改变。

用一句话来总结，“内练功夫，外塑形象”。才能真正做好丰满与骨干间的相互转化，那么你就不会再抱怨“仅有丰满的理想，剩下的是骨干的现实”。



茶饮闲谈

文 浙江五联律师事务所 俞思贵

君问：世上最好的茶楼在哪里？我曰：要数杭州西湖的湖畔居。在《律师与法制》杂志 20 周年开庆祝会期间，我曾经在湖畔居二楼那间最大的包厢里招待过来自全国各地的律师朋友，他们都为杭州有这么好的茶楼而赞叹不已：面对西湖，一边喝着清香扑鼻的龙井茶，一边欣赏着西湖山水的美景，不远处还传来悠扬的音乐声，这真是：此曲只应天上有，人间能有几回闻？

当然了，这要感谢湖畔居茶楼的朱老总家骥兄，是他给我提供了极大的方便，还承蒙他的关照，聘请我当湖畔居茶楼的法律顾问。所以，我才有很多机会可以邀请方方面面的朋友到那里去喝茶、赏景。

知道喝茶对健康有利，还是前几年的事情，那是从媒体上看到的，说是中国的绿茶被联合国科教文组织列为世界六大健康饮料之首。于是，从那时起，我每天喝茶，无论是在办公室还是出差在外，从不间断。

其实，茶之有益于健康，并有解毒之功效，是中国的古人最早发现的。

上古时代有典故云：“神农尝百草，日遇七十二毒，得茶而解之。”这是在《本草纲目》中的记载。据此，可以推定，最早发现茶和利用茶的人是中国的神农氏。因此，神农氏是一位对中国的中草药发展有着开天辟地功劳的上古奇人。为了了解各种植物对人的功效，神农氏尝尽百草，然后记录下每一种植物食用之后的感觉。神农氏经常因此而中毒，而每次中毒后就用茶叶来解毒。传世的《神农食经》里就有“茶茗久服，令人有力，悦志”的记载。而“神农尝百草，日遇七十二毒，得茶而解之”更是一则流传千古的民间传说了。由此可见，在上古时代，茶还不是饮料，而是作为一种药草被人们认知的，距今已有五千多年的历史了。比前些年的杭州龙井山园打出的广告词“唐宋元明清，从古喝到今”，还要早三千多年。

秦汉时期，茶已经被人们列为生活的一部分。根据《僮约》的记载，我们还可以了解到秦汉时期巴蜀之地是茶文化

的摇篮。这使我想起前几年被炒得火热的普洱茶，因为出产普洱茶的云南西部与四川很接近，所以“巴蜀”被称为是茶文化的发源地。那时候，由于人工栽培茶树的兴起，人们发现了茶有生津醒神的功能，于是制茶和饮茶渐渐形成风气。尤其是在汉代，著名的文学家司马相如对饮茶就情有独钟，并撰文从药理、文学等方面阐述过对茶的理解。

唐代五哥的黄金茶具：1987 年 4 月，西安法门寺出土了一系列唐代宫廷茶器，包括唐僖宗御用的茶槽子、碾子、茶罗、匙子等一套 7 件，加上其他用具共计 13 件。“五哥”为僖宗在宫中的小名，这些茶器为他日常饮茶所用无疑。这也说明茶道在我国唐代的宫廷中已经颇有些讲究了。

《茶经》的问世：唐代初期，从洛阳到长安，随处可见卖茶水的店铺，茶叶贸易也十分发达。到了唐朝中期，煮茶、饮茶已成为一种时尚，受到不少文人雅士的推崇。研究饮茶的专家也开始出现，这些专家多是佛教中人，从中出现了茶圣——陆羽，其所著的《茶经》是世界上第一部关于茶叶的专著，从茶的起源、特性、种植环境、栽培方法到茶具以及制茶、煮茶方法、喝茶的分类等等作了系统的论述。

宋代的著名女词人李清照与金石学家赵明诚，这对文人夫妇，他们志趣相投，闲时总爱一起喝茶看书。经常在晚饭后猜书斗茶。先煮上一壶茶，然后轮流由一人说出一句或一段古人的诗文，让对方猜出自哪本书，第几卷、第几页，以猜中与否分胜负。

宋代的茶叶生产和茶文化的研究都很发达，在茶的品种上也发生了很大变化，由唐代以前的紧压茶变为末茶、散茶，但数量上仍以团茶、饼茶为主，同时出现了用香花熏制的调和茶，相当于现在的花茶。

那时，无论是贵族还是平民，都喜欢参与泡茶比赛“斗茶”，他们把茶放进茶盏后，用开水冲泡，充分搅拌与水溶和，待细密的白色泡沫（所谓的“汤花”）出现后，看谁家的泡沫散得慢，谁就是赢家。

爱国词人陆游很喜欢观赏斗茶，曾经写下“晴窗细乳

细分茶”的名句，描写斗茶时汤花呈现的美景。

到了明代，就有了朱元璋的“芽茶”。现在我们日常生活中饮用的多数是散茶。在中国茶叶的发展史上，茶叶的形态是经过漫长的演化过程的。最初的茶，就是将鲜叶采回来直接煮汤饮用；到了汉末，开始将茶叶压制成茶饼，饮用时再碾碎煮汤饮用；到了宋代，由于君王好茶，又讲究奢华，于是出现了加工精致的“龙凤团茶”。元朝人讲究实用，所以饮用散茶开始成为民间的习惯。明朝的开国皇帝朱元璋来自民间，他登基后颁布诏书，下令“罢造龙团，惟采茶芽以进”。从此，贡茶也以散茶的形式出现，最终成为茶叶的主要形式。

清代乾隆的御封茶树：我们知道，乾隆皇帝曾经六次下江南，三次来到杭州龙井，对狮峰山下的茶叶情有独钟。他看农家女采茶，以体察民情。有一次，正以此为乐时，忽然太监来报：“太后玉体欠安，请皇上急速回京。”乾隆随手将一把新鲜茶叶往袋内一放，日夜兼程回到京城。其实太后只是积食，并无大碍。此时见皇儿来到，只觉得一股清香传来，便问带来什么好东西。乾隆也觉得奇怪，哪来的清香呢？他随手一摸，原来是那把茶叶，几天过后已经干了，浓郁的清香就是来自茶叶。太后便想尝尝茶叶的味道，宫女将茶泡好送到太后面前，果然清香扑鼻，待她老人家喝了茶后，忽然觉得身体轻快起来。乾隆立即传旨下去，将杭州龙井狮峰山下那十八棵茶树封为御茶，每年采摘新茶，专门进贡太后。

所以，现在我们都知，有十八棵御茶，想必有不少人都去那里品尝过。但是，真正的十八棵御茶并不是集中在一起的，当初是分散在山上的。因为有了乾隆题的“十八棵”，后人为了流传这一历史，才挖了18棵茶树种在一起，并围起了石栏。当然，这是我听龙井村的朋友戚帮友说的，在龙井御茶园改造前，那里是一座庙，庙里的老和尚是他的师傅，他是关门弟子。老和尚过世后，他仍一直料理庙里的事情。“文革”期间，庙宇被毁，断了香火，但每逢清明、冬至，老戚仍然上山烧香叩头。

御茶园往上不远的地方，还有一座坟，叫做胡公坟，胡公是浙江永康人，北宋时任兵部侍郎，为政清廉，晚年

闲居龙井，直至去世。毛泽东生前对胡公有过很高的评价，说胡公是“为官一任，造福一方”的人。可是很多人并不知道胡公真正的坟在杭州，以为是在永康的方岩，因为那里香火很旺，终年不断。

所有被冠名为“龙井”的茶我都喝过，相比之下，狮、龙、云、虎、梅，各有千秋，但唯独那“狮峰龙井”才称得上是茶中极品，其清香、醇浓的味道非其它“龙井”可及。正因为如此，我最欣赏龙井村的朋友——冬根家里的茶，而且还邀请过很多本地和外的朋友到他家去喝茶，级别最高的是中国法学会会长王仲方，浙江省军区副司令员李金国。凡是懂得一点点茶道的人，都会认为冬根家的“狮峰龙井”的确是地道、正宗的。我自己也有过体会，遇到轻微的感冒或不舒服，自然会想到去冬根家里喝上一杯他家的狮峰龙井茶，过一阵子就感觉轻松起来，感冒的症状便无影无踪了。所以，也知道茶真的是多少有些治病效果的。

近几年来，杭州的茶楼如雨后春笋般地遍地开花。梅灵隧道开通后，自从梅家坞115号的阿龙在我的提倡下，首先开门对外接待，并打出“阿龙茶庄”的招牌。阿龙是喝到了“头口水”的，他采纳了我的意见，自从那年5月2日我在他家吃饭之后，我就开始陆陆续续带着朋友隔三差五地去为他捧场。很快，他家就开始门庭若市，生意火红，经常来不及接待客人。后来，梅家坞整治了，他的茶庄也扩大了规模，生意做得越来越象样。在阿龙的带动下，梅家坞上上下下、家家户户都开起了茶楼，正如雨后春笋般地遍地都是，成了杭州人休闲的好去处。随着茅家埠、杨公堤、龙井、满陇桂雨等休闲场所的整治和开放，加上“茶为国饮，杭为茶都”品牌的渲染以及“东方休闲之都”的打造，不但提升了杭州人的品质生活，更增添了杭州人休闲品味的魅力！

根据我的切身体会，茶的确是个好东西。所以，也建议广大的同仁们、朋友们应该经常喝茶，多多喝茶，把喝茶作为一种健康投资来对待，只要你能意识到这一点，并且坚持去做，就一定能够喝出健康来！



当传统宗教和现代法庭相遇

——评电影《偶滴神啊》

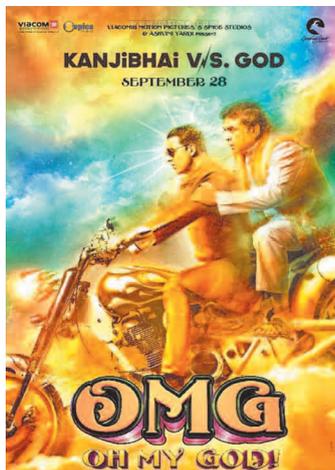
文 邓伟峰

今年春节期间，在电视上看到大年初一北京 8 万人赴雍和宫烧“头炷香”，门口排起 500 米的长队。蛇年来临，各地寺庙香火旺盛，民众自除夕夜开始就排队，争上大年初一“头炷香”，以求神佛保佑，赐福保平安。本人也计划到寺庙去看下，结果在寺庙门口，看到长长的队伍，而且门票比平时多了一倍，也就作罢。

如今过年，年味淡了，而上香、赶庙会的味道似乎越发重了。在网上看到网友集体“吐槽”当今的庙会只能算得上集市，商业味过重、文化味太少。这让我想起来前不久看的一部印度电影《偶滴神啊》，电影的英文名字是《Oh My God!》，是关于一个古玩店店主坎吉的故事，加之个人对宗教和信仰的理解，由此去解读现代社会普通人生活中的信仰。

影片中，坎吉是一个无神论者，他经营着一家古董店，低价购进看起来年代久远的宗教神像，再以原价格的 10 倍卖出去。他的妻子和他截然不同，她是个虔诚的信徒，她尽自己最大的努力希望能弥补丈夫对神灵的亵渎。在坎吉大闹祭典的那一天，一场意外的小地震毁了他的古董店，索赔保险却遭遇“神力毁坏不赔”（即不可抗力）的条款，因此无法得到任何保险赔偿，随之面临破产、负债和失去房产的危险。于是他走上了控诉神明，向神明求偿，并为自己进行辩护的道路，将神告上法庭，开始了他的控告神及其世间的代表寺庙祭司的诉讼之路。

这样的官司，没有律师愿意接，法庭也很难受理，在世人看来绝对是大不敬的。坎吉也成为城里所有祭司的公



偶滴神啊

中文名称：偶滴神啊

别名：噢我的神啊 噢，我的神啊 OMG Oh My God!

导演：Umesh Shukla

主演：帕莱什·拉瓦尔 阿克谢·库马尔 米特胡恩·查克拉博蒂 妮希·苏拜亚 穆利·夏尔玛 帕布·德瓦 索娜什·辛哈 萨尔曼·汗

类型：剧情 喜剧

制片国家/地区：印度

语言：印地语

上映日期：2012-09-28

片长：125 分钟

敌，并被信徒们所唾弃，甚至被追杀，连家人也离开他了。当传统宗教和现代法庭相遇，可想而知将面临怎样的焦灼，在这个过程中，我们也许正好可以检视自己内心的信仰，但普通人的信仰并没有在内心经过深层次的省思，或者是有条件的，因此往往演化成一种狂热行为。在宗教或者民俗面前，法庭显得是多么的苍白无力，当利益的锁链断了之后，法律究竟能在多大程度上去宣扬正义、公平，也许很难讲清楚。最终接坎吉诉讼的是一个资深退休的老律师，律师在其中起到的作用也只是帮一大批因天灾家破人亡却又得不到合理赔偿的人们写诉状。这样看来，在公众信仰面前，法律的作用的确有限。律师的作用更在于现实具体事例上的较量，法律则是实现或者维护全体公民利益的一种工具，更多的是彼消我长、相对平衡的演绎。

对群体来说，利益是绝对的。因为在从事宗教信仰活动时，大部分人难免会有一种算计，在寺庙烧了香，捐了多少功德钱，期望能得到什么“利益”，或者是捐10元、还是100元甚至更多。我们希望付出了多少，就要佛菩萨给我们多少好处，这是一般信众常有的心理。心诚则灵，这话不错，也许有时候我们不是期望能得到多少回报，而是求个心安理得。按此逻辑，现在那么多“富贵人”纷纷投以宗教的怀抱也就不足为奇了。神之所以会在人们的心里扎根，很可能因为人性自私的一面。因为自私，所以有某种利益。在信仰面前，人可以彻底敞开自己的胸怀，寻求宽恕和庇护的同时，感受一种不一样的大爱，并把自己感受到的爱展示给需要爱的人。

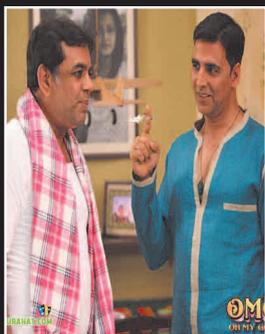
在影片中，克里希那神化身凡人出其不意地来到坎吉家中，帮助坎吉打赢了这场官司。当坎吉在克里希那的指引下阅读了薄伽梵歌、圣经、古兰经之后，开始用神的话来辩护。从控诉神，到在神的指引下完成诉讼，坎吉体验了死亡到重生后的种种变化。这里与其说控诉的是神，不如说是控诉那些神在人间的代表滥用神权、敛财劳民。坎吉一直以来所讨厌和反感的，并不是神本身，反倒是这些曲解神意和盲目信从的信徒，以及那些由神职人员把控并伺机借此敛财的宗教体系。从另一侧面，电影中的那位大祭祀是理解人们信仰心理的，“宗教是会上瘾的”，人们因为恐惧而信仰、因为害怕失去而信仰，只是应当采取什么方式来表达诉求罢了。影片最后明确告诉我们：神无处不在，真心有信仰，不用执著于任何物相，包括神像和神用过的物品等。

真正的信仰可能不在于祈祷、供奉，更不是利益

诉求，而是把“神”放置心间，去感受，去寻找，去体会，去了解。他无处不在，可以是风是水是沙是万物是空气，更存在于每一个人中的心里。只要你能爱，你自然就能感知。相反的，那些嘴上挂着信仰的信徒，只是拿自己的贡品去交换自己的愿望，更有甚者，如影片中坎吉那样高价倒卖佛像、或者那些所谓神的使者只是拿人们的信仰来赚钱。这样的人自然是可悲的，但如果真能身体力行地做些有益的事情，懂得以善培福，也值得敬佩。

事实上，在现代社会能够真正安乐于内在、并量力地有所作为，时不时的做点“好事”，这样的人已经是非常了得。不过，真正谈到信仰、谈到世俗生活，必然是向内求，在自己内心得信仰。那么真正的症结在于，即使有这么多的神，有不断健全的法律，有对正义和善的憧憬，普通人的内心并没有因此而获得更多的安全感和归属感。我们总是感到不满足、不自由，总是感到孤独，总是希望得到各种各样的庇护，这些东西在现代社会没有减少反倒更多了。

换个角度来看，作为对世俗生活进行调节的法律，在理想的状态下，人们可以坚定地以此为信仰，不过前提是其能够发挥维护公平、正义的作用。然而，我们的诉讼更侧重于相对地平衡人与人之间的利益关系，若真正打动人心，则需要更进一个层次。尤其对法律人来讲，我们内心应当是安定的，更有归属感，而不是浮躁的；在与社会的关系上来讲，我们应更具人格价值，更具调和性。否则，法律、律师这类名词真的如寺庙中的神像一样，所谓“借法律之名”，便只能成为被用来获取利益的工具，失却了法律味，也会丧失体现公平正义、满足人们归属感的根本意义。





《房地产开发中的利益冲突与衡平：
以民事权利保障为视角》

主编：吴清旺 出版社：法律出版社
出版年：2005 定价：18.00 元
作者单位：浙江星韵律师事务所

简介：

本书的研究对象包括以下三个方面的含义：

第一，本书研究的是地产开发中的民法问题，主要涉及土地使用权、土地空间权、商品房预售、预告登记、银行债权担保以及建筑商价款优先权等方面，而不是开发中的所有法律问题。

第二，本书所指的房地产开发既非广义亦非狭义，而是介于二者之间。

第三，从民事法律关系上看，本书虽围绕民法理论与具体制度展开，但并不以房地产开发中的全部民事法律关系为对象，而是将研究重点落脚在相互冲突的开发主体，分析其利益冲突的现状、原因及其衡平的法理，并探讨保障相对弱势主体的权利救济的民法制度，以期达致冲突各方权益衡平之理想状态。

在体系结构上，本书围绕“房地产开发中的利益冲突与衡平”这个主题展开，全文共六章。



《质权·留置权》

主编：项先权 陈龙业 出版社：中国法制出版社
出版年：2007 定价：28.00 元
作者单位：浙江新台州律师事务所

简介：

本书从学理、法条、立法争议和典型案例等视角，深入精到地剖析了与我们的生活密切相关的物权法制度。全书以物权各主要制度为主题，在内容上力图最大限度总结和反映近年来我国物权法研究的新进展和新成果。它又突出重点，在每个“点”的整理中力争容纳最大限度的信息量，力图准确地反映和论述立法、立法解释的内容。书中还精选出现实生活中真实的案例，通过新法梳理旧案，展现物权法对现实生活的影响。具体包括质权概述、动产质权、权利质权、留置权四章内容。

本书理论与实践相结合，立法论与解释论相结合，以学理评注法条，以新法阐释旧案，值得一读。希望物权法能惠及百姓，广大民众以此为武器，为权利而斗争。



《时代精英必读的 50 本书》

作者：杨吉 出版社：南京大学出版社
 出版年：2009 定价：32.00 元
 作者单位：浙江六和律师事务所

简介：

《时代精英必读的 50 本书》是一套专为商业人士打造的财经阅读指南“商业与书”系列丛书之一。该系列丛书致力于填补一项空白：在种类繁多、鱼目混珠的财经图书市场，为追求经典阅读的你提供最及时、最全面、最优质的信息资讯服务，帮你提炼出对今天的商业世界实用、前沿的观点和见解。

成功的秘诀是在读书中不断丰富自己，放弃阅读就会使视野变窄、思维闭塞。

作为现代商业人士，虽然他们懂得在知识经济时代，读书是一种必备的技能，是成为专业主义、提升核心竞争力、追求卓越人生的必由之路。但对于阅读，他们往往无所适从——不知道如何选择图书、如何开展阅读、如何知行合一。于是，他们必然需要有人为他们“有效管理”阅读时间，“合理分配”阅读精力，以最经济的方法读到最优质、最经典的好书，从阅读中获取最大的回报。



《定罪量刑指南》

作者：陈有西 出版社：人民法院出版社
 出版年：2009 定价：98.00 元
 作者单位：京衡律师集团律师事务所

本书系对我国现有刑法典和刑事法律规范进行汇编的刑事办案实用工具书。

本书以我国现行《刑法》为主干，收入了全部现行有效的刑事法律和司法解释性文件，包括全国人大常委会颁布的七部《刑法修正案》、《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》及最高人民法院、最高人民检察院截至 2009 年 11 月底所有刑事方面的最新司法解释。公安部与定罪量刑相关的文件也适当收入。对原版中已经废止的刑法条文和司法解释进行了比对去除。另外，收入本书中的相关法律条文等内容均已依据 2009 年 8 月 27 日全国人大常委会通过的《关于修改部分法律的决定》作出了修改。

“书是人类进步的阶梯”，高尔基的一句话道明了书的真谛。与书为伴、以书为友，生活才会五彩斑斓。书海拾遗栏目向读者们推荐和浙江律师相关书籍，内容涉猎广泛，有律师实务、办案心得、文书写作，亦有散文随笔、人物传记等。欢迎各位读者、作者推荐、自荐。



1月5日下午，省律协秘书处召开全体工作人员会议，专题学习中央关于改进工作作风的“八项规定”以及我省出台的“六个严禁”等有关文件精神，并结合具体工作进行部署落实。

1月7日下午，省律协会会长章靖忠、秘书长陈三联接待杭州市司法局副局长徐前一行的来访，并进行工作交流。副秘书长俞柏盛、曹悦及杭州市司法局律管处处长卢群、市律协秘书长倪荣根等参加座谈。

1月12日，省律协民商事专业委员会举办2012年总结暨“新民诉法实施后的律师服务”研讨会，有关律师40余人参加会议。

1月13日下午，省律协资产管理与财务委员会召开工作会议，审议省律协2012年度会费执行情况报告（草案）及2013年度会费收支预算（草案）。省律协副会长、资产管理与财务委员会主任陈雄武主持会议，秘书长陈三联对两个报告作了说明。

1月14日下午，省律协召开八届理事会第十四次会长办公会议，审议2012年度工作报告（草案）、会费执行情况报告（草案）及2013年会费收支预算（草案）等事宜。

1月18日至19日，省律协在杭州召开八届常务理事会第八次会议和八届理事会第六次会议。省司法厅副厅长、省律协党委书记俞世裕出席会议并讲话。会议由省律协会会长章靖忠主持。会议审议通过了《省律协2012年度工作报告》、《省律协2012年度会费执行情况报告》、《省律协2013年度会费收支预算》、首届“浙江省优秀女律师”拟表彰人员名单等，听取了会长、副会长年度工作述职。省律协理事、常务理事参加会议，各地律协秘书长列席会议。

1月19日，省律协举办“公司法司法解释与公司诉讼审判实务”培训班，邀请最高人民法院民二庭审判长、法学博士刘敏授课，130多名律师参加培训。

1月21日下午，省律协召开老领导、老律师迎新座谈会。省律协原会长秦国光、王秋潮等协会老领导、老律师代表20余人参加会议。省律协会会长章靖忠，副会长李根美、沈田丰，秘书长陈三联，副秘书长俞柏盛、曹悦等向老同志们汇报了我省律师行业2012年取得的成绩，并听取了他们的意见和建议。

1月22日上午，在省工商联召开的十届二次执委会上，省司法厅副厅长李会光与省工商联副主席李任治共同为“浙商律师服务团”成立揭牌，省工商联主席南存辉等为“浙商律师服务团”的律师代表颁发聘书。省律协副会长郑金都、秘书长陈三联、常务理事黄康熙等参加会议。

1月22日下午，省律协秘书长陈三联参加全省政法工作会议。

1月23日至24日，省律协会会长章靖忠、秘书长陈三联参加全省司法行政工作会议。

1月24日至1月31日，省十二届人大一次会议、省政协十一届一次会议在杭召开。我省律师李根美、瞿韶军、冯蒋华、李旺荣、陈显明、柳正晞、冯秀勤等7位省人大代表，陈三联、金克明等2位省政协委员分别参加会议，并提出建议和提案。今年在我省各级政府中担任人大代表、政协委员的律师共333人，比上一届增长了45%。

各市动态

杭州

1月15日，2013年杭州律师新春联欢会在浙江世贸君澜大饭店拉开帷幕。省律协会会长章靖忠、副会长沈田丰、李根美、副秘书长曹悦及律师代表共计400余人参加会议。杭州律协会会长胡祥甫致新年贺词，会上还表彰了“杭州市优秀律师”、“杭州市第二届优秀女律师”等24名律师。

宁波

1月30日，宁波市律协被市委宣传部与市社科联授予“2012年度宁波市社会科学普及工作先进集体”荣誉称号，同时获得“宁波市首届社科工作创新奖提名奖”。本次评选经综合衡量各单位在年度内社科普及月、社科普及基地建设、理论研究等工作中的表现，最终评选出27家先进集体和33位先进个人。

温州

2月21日，温州市律协召开行风监督员座谈会，来自人大、政协、妇联、政法系统等单位的行风监督员参加了会议。与会的行风监督员结合各自平时对律师工作的了解畅所欲言，纷纷提出了宝贵的意见和建议。温州市司法局党委书记、局长颜华跃，副局长朱进龙，温州市律协会会长周光出席了会议。

嘉兴

1月7日和8日，嘉兴南湖区律师慰问团到结对的村、社区走访14户困难家庭，为他们送上慰问品和慰问金，并解答了有关法律问题。嘉兴南湖区自2010年开展“一村一社区一法律顾问”工作以来，全区律师通过走村入户、坐堂问诊、授法讲课等方式为群众提供法律援助，协助基层调解矛盾纠纷，累计提供法律咨询1183人次，开展法制宣传教育活动351场次，办理法律援助199件，协助调解矛盾纠纷1161件。

绍兴

2月18日，绍兴市律协副会长朱顺德律师陪同市委副书记、市长钱建民，中圣所胡伟国律师陪同市委常委、纪委书记傅祖民，中圣所丁慧兰律师陪同绍兴市副市长冯建荣在市信访局接待群众来访。当天共接待群众来访20余人，三位律师就分流经济补偿金、强制拆除、违章建筑、拆迁补偿、开立许可等所涉及的法律问题作了详细的解答。

台州

1月18日，台州市召开律师行业发展研讨会，就如何提高台州市律师万人比、推动律师行业发展进行了研讨和座谈。市委副书记、市委政策研究室主任颜帮林、市委政策研究室副主任周霖、市司法局副局长王跃军以及律师代表等参加了会议。

丽水

1月20日，丽水市律协召开第四届理事会第四次（扩大）会议。会议审议通过了《丽水市律师协会2012年工作总结》、《丽水市律师协会2013年工作要点及分工》和《丽水市律师协会2012年会费预算执行情况和2013年会费使用预算》。同时对获得“2012年度先进委员会”、“2012年度律协工作敬业奖”、“2012年度律师信息工作先进集体和优秀通讯员”荣誉的单位和个人进行了颁奖。

省直

2012年12月29日，为了丰富女律师们的业余生活，增进女律师们间的工作与生活交流，表彰省直第二届优秀女律师和省直女律师优秀摄影作品获奖者，省直律协女律师工作委员会在杭举行“省直女律师迎新年茶话会”。

省律协副会长、女律师工作委主任李根美，省律协副会长、省直律协会会长郑金都等领导应邀参加了茶话会。省直律协女律师工作委全体成员，受表彰的优秀律师等近40人参加了活动。



驶向春天

浙江海浩律师事务所 刘国健 / 摄