

杭州 律师



杭州市律师协会

HANGZHOU
LAWYERS ASSOCIATION

2013 March.1期

Hangzhou lawyer 《杭州律师》

IP 38
在英国过中国式春节

IP 22
土地征收时农村外嫁女
在土地补偿费分配中的
权益保护问题

IP 11
劳动争议案件审判实务
专题讲座综述

IP 09
新刑事诉讼法背景下刑辩实
务五大「陷阱」和五项
新的辩护技能

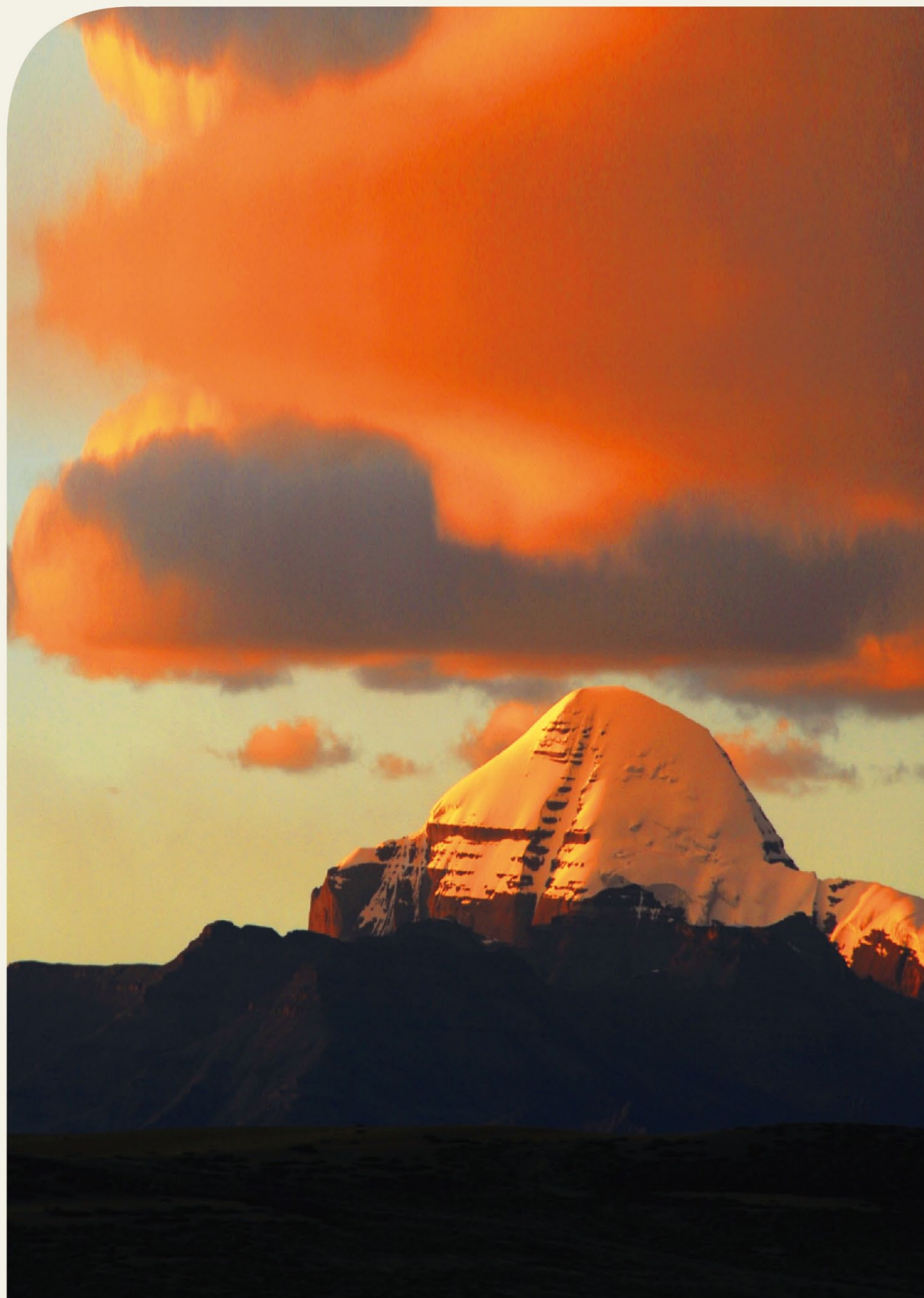
IP 01
自强不息 把握机遇 开
创律师业发展新局面
——杭州市律师协会
2012年度工作报告



封面照《苏堤》

www.hzlawyer.net

二〇一三年三月 总第三十八期



《冈仁波齐的日照金山》

摄 浙江天册律师事务所 丁兴

序

The journal of hangzhou Lawyers association

徐前 | 市司法局副局长、市律协党委书记

The
Preface

律师梦 中国梦

这是一个呼唤法治的时代，也是一个呼唤律师的时代。

律师是时代的幸运儿，始终与时代共生，与时代共舞，与时代共荣。

这是时代的足迹。1978年，改革开放开启新的历史征程。1979年，律师制度恢复，“杭州市法律顾问处”成立。1982年，《律师暂行条例》施行，律师事业起锚远航。1991年，杭州市律师协会成立。2000年，国资所完成脱钩改制。2008年，修订后的《律师法》实施，律师事务所的组织形式更加多样，律师队伍迅速壮大，律师作用日益彰显。回眸三十余年，杭州律师兴于时代，幸于时代，成长于时代。“却顾所来径，苍苍横翠微”，这是杭州律师在时代年轮上共同的足迹，痕迹宛然，映照前路。

这是时代的梦想。2012年11月，党的十八大提出“全面推进依法治国”，“加快建设社会主义法治国家”，到2020年全面建成小康社会，落实依法治国方略。中共中央总书记、国家主席习近平指出，实现中华民族伟大复兴是中华民族近代以来最伟大梦想，一定能够实现。律师是法治大厦的一根柱石，建设社会主义法治国家，实现伟大的“中国梦”，须臾离不开律师。律师兴则法治兴，法治兴则中国兴。高扬法治，践行法治，崇尚法治，“法治梦”、“中国梦”才能美梦成真。

这是时代的起点。中央、浙江省委、杭州市委先后下发关于进一步加强和改进律师工作的文件，为律师事业发展描绘了新的蓝图。2013年1月1日，新修订的《刑事诉讼法》正式施行，“尊重和保障人权”成为刑事司法活动两大任务之一，律师的执业权利进一步保障，执业环境进一步改善。桃红柳绿又一春，律师事业又一次站在新的起跑线上。

这是时代的要求。新的年里，司法行政系统和广大律师要认真贯彻中央和省市律师工作的文件精神，落实律师行业发展扶持政策和保障措施。要完善“两结合”管理体制，加强律师行业的监督管理和服务。要健全律师诚信执业评价、监督和失信惩戒机制，探索律师事务所分级管理标准体系。落实这些工作，需要广大律所和律师群策群力，尤其需要加强行业自律，深入推进律师业专业化、规范化，真正树立杭州律师政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信的社会形象。通过司法行政系统和广大律师共同努力，谱写出无愧于时代的律师华章。

律师梦，法治梦，中国梦。点燃法治信仰，崇尚法治生活，让公平、正义、法治的阳光照亮每一个角落。这是律师的梦想、时代的梦想，也是实现中国梦的应有之义。中国梦、法治梦、律师梦，这并不仅是一个梦更是一个值得期许的美好未来。

我们相信，梦想照进现实，风景这边独好。



《杭州律师》

编委会

主办单位: 中共杭州市律协党委
杭州市律师协会
主任: 徐前
副主任: 胡祥甫 程银云 戴梦华
委员: 何向阳 钟晓航
马宏利 沈海鸥
主编: 戴梦华
执行主编: 何向阳
责任编辑: 沈海鸥 陈晓菁

01 杭城律政

- 01. 自强不息 把握机遇 开创律师业发展新局面
——杭州市律师协会2012年度工作报告
- 06. 牢记职责 为行业科学发展提供优质服务
——市律协秘书处2012年度工作报告

02 新法速递

- 09. 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

03 专委视窗

- 11. 劳动争议案件审判实务专题讲座综述

04 人物专访

- 20. 宁静致远, 法之君子 ——专访浙江法君律师事务所主任凌为建
杭州律师记者团记者 浙江法君律师事务所 王宁晓

05 实务研究

- 22. 土地征收时农村外嫁女在土地补偿费分配中的权益保护问题
浙江诺力亚律师事务所 项坚民 杨慧丽 唐泽文
- 28. 代驾的法律关系及其展开

06 执业感悟

- 31. 牛仔很忙, 助理很闲
浙江星韵律师事务所 叶舒

07 他山之石

- 33. 香港之行有感
浙江钱江潮律师事务所 凌国泉
- 35. 如何学习借鉴香港律师制度
浙江浙杭律师事务所 郑舒木

08 朝花夕拾

- 36. 那些年, 那些难忘的事和人(二) ——我和曹星会长的那些年, 那些事
市律协顾问 方绍清
- 38. 在英国过中国式春节
浙江楷立律师事务所 周黎明

09 业内动态

- 40. 业内动态六则

封底:《冈仁波齐的日照金山》

摄/浙江天册律师事务所 丁兴



www.hzlawyer.net

地址: 杭州市解放路89号大华·星河商务大厦5楼
邮编: 310009
电话: 87555128 87555129
传真: 87555120
电子杂志: <http://www.hzlawyer.net>
电子信箱: hzlsf@hzlawyer.net

自强奋进 把握机遇 开创律师业发展新局面

——杭州市律师协会2012年度工作报告

2012年主要工作

过去的一年是第七届理事会任期的第二年,也是全面实现第七届理事会任期目标的重要一年,是杭州律师业发展较快的一年。全市律师事务所从2011年的245家增加到263家,增长了7.3%;注册执业律师从2721名增长到3103名,增长率达14.0%;全年共办理各类案件37452件,其中,刑事辩护代理4196件、民商事诉讼案件代理28217件、行政案件诉讼代理540件,办理非诉讼法律事务4499件。业务收入达10.5亿,比2011年上升了24.5%。

市律协被全国社科联系统评为“全国大中城市标兵学会”,市律协党委、满江红所党支部被中共浙江省委授予“创先争优先进基层党组织”,满江红、五联、智仁3家律所党支部被司法部评为“全国律师行业创先争优先进集体”,章靖忠等7名律师被司法部授予“全国律师行业创先争优先进活动先进个人”,黄廉熙被中共浙江省委、省政府评为“第四届浙江省优秀中国特色社会主义事业建设者”,章碧珍被评为第三届全省司法行政系统“十大最具影响力人物”。杭州律师正在用自己的辛勤劳动创造着杭州律师业的辉煌。

2012年,第七届理事会在市司法局的指导监督下,在上级律协的关心支持下,在广大律师的配合参与下,深入学习贯彻中央、省、市“关于进一步加强和改进律师工作的实施意见”,积极履行章程赋予的职能,求真务实,卓有成效地开展了一系列工作。

一、根据区域性发展特点,发挥律师在社会经济建设中的突出作用

(一)服务重点工程、重大项目 律师先后为杭州萧山



市律协会长胡祥甫在七届六次理事会上作工作报告

国际机场中期票据发行、浙广两地西气东输项目、杭州至临安富阳公交一体化改造方案、华数集团借壳上市项目、浙江龙盛收购德司达控股暨重大资产重组项目、绍兴市城市建设投资集团有限公司债券发行、中国银行浙江分行“2012不良资产批量处置”等提供专业法律服务。据统计,2012年律师办理近80余个IPO项目、56家企业股票发行上市、162家企业并购重组、45家中国企业到境外投资案件。全市25家律师事务所获得省人民法院破产案件社会中介机构管理资格。

(二)帮扶房地产企业度过难关 针对2012年房地产行业陷入危机的状况,律师积极参与房地产企业重大项目转让、项目合作、引进合作方等工作,帮助企业降低经营风险、降低资产负债。如,我省大型房地产企业绿城集团引进战略合作伙伴、引进资金总计超过150亿,我市律师积极为其提供法律服务,帮助绿城集团成功渡过了房产调控政策而产生的经营危机,并在2012年实现了销售超过500亿元的佳绩。律师还根据市场不断出现的新事物、新

问题,例如外资准入房地产、房地产金融等,认真分析论证,提出法律解决方案,逐步积累和形成具有我市律师特色的房地产法律服务经验和优势。

(三)搭建“助企”服务平台 市律协成立杭州市温州、诸暨商会律师顾问团、大学生创业“律师服务团”,富阳、余杭、临安等积极开展“百名律师进百企”、“送法帮企”等律师服务中小企业专项活动,为企业健康发展保驾护航。各律所除担任小微企业法律顾问定期体检外,还专门为小微企业设立服务网站、创新服务产品、拓展融资渠道、开展义务法律咨询、参加省商务厅“法律服务团驻外贸预警点服务月活动”等,帮助企业规避风险,防患于未然。我市37名律师成为“浙商律师服务团”成员,为浙商回归、民企发展和维权保障提供法律服务。8家律所、20名律师荣获浙江省服务中小企业优秀事务所和个人。中格所胡波律师作为企业法律顾问,受到王岐山副总理亲切接见。

二、以党和政府工作大局为中心,积极引导律师参与社会管理创新

(一)法律参政平台扩大 本届党委、政府换届之前,市律协在市、区(县、市)两级司法行政的大力支持下,与有关部门协调、沟通,积极推荐律师担任党代表、人大代表、政协委员。目前,律师担任党代表6名,各级人大代表17名,政协委员39名,党代表、人大代表和政协委员数量比上一届增长80%。两会期间,他们提交了70余件具有建设性的议案和提案,表达了杭州律师的呼声,引起有关部门的关注与重视,部分已得到落实。编辑出版《杭州律师参政议政成果汇编》一书,收录优秀提案、议案以供参阅。此外,律师担任各级政府法律顾问404家。

(二)法律服务覆盖农村 坚持城乡统筹,推进“律师进社区”活动向农村延伸,召开市直所结对中心村工作动员会议,组织72名律师结对建德、淳安、富阳92家中心村工作。召开五县(市)“律师进农村”工作会议,富阳、桐庐、临安、建德、淳安先后举行启动仪式,为153家中心村配备律师。其中,富阳、余杭、萧山、临安律师进农村覆盖率达100%。网络律师团全年共计解答各类法律咨询45014次。市委副书记王金财、市委秘书长许勤华、副秘书长万光政专题调研我市“律师进社区(村)”工作,并做出重要批示。

(三)法律援助深入基层 市律协联合市看守所成立

“杭州市看守所法律援助工作站”,江干、拱墅响应号召设立区工作站。工作站举办“法律援助进监区”活动,组织专业律师为在押人员及其亲属提供义务法律咨询,实现墙内与墙外无缝对接。市律协还组织律师开展执业为民、三八节、3·15消费日、“12·4”法制宣传日、“2012年杭州社科普及周”等咨询活动。活动期间共计开展法制讲座32场,义务法律咨询425次。两名律师赴青海、甘肃参加“1+1”中国法援志愿服务。萧山区创建“无欠薪萧山”,成立法律服务为民工讨薪志愿团,免费为民工讨薪。另外,市律协还组织210余名律师参与市政府信访值班。

三、以提升服务质量为目标,规范行业自律管理,进一步增强协会的凝聚力和影响力

(一)探索专业所发展之道 举办首届“专业律师事务所发展论坛”,邀请北京、山西、杭州20余名专业律师事务所主任,就专业律所“发展契机”、“发展困难”、“发展之术”等专题进行深入研究和探讨。此次“发展论坛”是杭州首届,也是全国首次以“专业律所发展”为主题的论坛。这也是杭州律师勇于开拓,敢于探索的一项新创举。

(二)做好会员考核体检工作 圆满完成全市2728名律师执业年度考核工作;组织439名申请律师执业人员面试考核,其中12人考核不合格,予以延长实习期三到六个月;办理申请律师执业人员实习证396本。做好2831名在册执业律师年度执业责任保险费收缴工作。组织全市2051名律师、实习律师、律师助理及行政人员健康体检,适时提醒律师注意身体健康,并对患重病的律师给予困难基金补助。

(三)编撰手册制订制度促管理 编撰出版《杭州律师事务所律师管理手册》,为我市律师事务所提供尽可能完善的建设性指引和示范,也为广大律师在开展执业活动和参与管理方面提供基本参考。颁布《杭州市律师协会会员奖励办法(试行)》,规范奖励工作,并根据办法成立奖励评审委员会,组织推荐6名“浙江省优秀青年律师”、8名“浙江省优秀女律师”,组织评选12名“杭州市优秀律师”、12名“杭州市第二届优秀女律师”、8名“2012年杭州律师新星奖”,确保我市律师行业奖励工作的科学性、公正性和权威性。制订20多项秘书处规章制度,使秘书处日常工作有章可循、有制度可依,有利于提高工作效率和工作积极性。



(三) 开展各种活动提升专业水平 2012年,民委会、行委会、知产委、公司委、国际贸易、金融委、房地产等专业委员会基本实现了年初既定计划,共组织活动24次,其中,婚家委“三八”妇女维权周案例入选《全国三八妇女维权周基层优秀案例选》一书;劳动委坚持每月发布“和谐劳动关系”法律预警信息不间断,已发布50多期;刑委会协办的“新修订的《刑事诉讼法》专题培训”,吸引了500余名律师参加。各专业委员会正研究适应全市3千余名律师共同参与的专业研讨活动、培训方式,引领、带动全市律师行业整体业务水平不断提升。

四、以推动行业和谐可持续发展为总揽,全面加强律师教育培训工作,尤其是加大青年律师培养力度

(一) 加强律师教育培训 积极组织新修订的《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》专题培训工作,邀请参与法律修订的知名专家授课,全市千余名律师参加培训,掀起行业学习新法热潮。组织50余名律师参加“促进国际合作 全球管理典范”专项研讨会,推荐第三批15名青年律师赴香港培训,加强杭港两地对接与合作。组织150名律师参与《律师营销》专题讲座,引导律师先营后销,提升业务拓展能力。推荐3名律师赴国(境)外参加知识产权业务培训。组织14名律师参加小语种培训。据统计,全年有2783名律师参加网络在线培训学习,共计学习81356课时。

(二) 举办实务理论研讨 6月27日,市律协举办2012年度律师实务理论研讨会,共征集论文178篇,经初评委员会初选58篇,复评委员会评选30篇入围。经过一天的研讨,最后评选出一等奖1名、二等奖3名、三等奖6名、优秀奖20名、组织奖3名。获得奖项的论文被推荐参加“第二届浙江律师论坛”。其中,1篇获得一等奖,6篇二等奖,5篇三

等奖,市律协获得“优秀组织奖”。4篇论文推荐参加“华东律师论坛”,其中1篇获得一等奖,1篇二等奖,2篇三等奖,本届华东律师论坛,是我市律师参加历届论坛取得成绩最好的一次,也对杭州律师实务理论研讨水平提出了更高要求。

(三) 储备行业发展人才 市律协分三期轮训方式,对全市900余名执业三年以下青年律师进行技能培训。业务指导与教育委员会委员具体策划安排,邀请业内资深律师授课,就“律师诉讼技巧”、“刑事辩护律师实务和技巧”、“人力资源和劳动法律实务”、“婚姻家庭和继承律师实务”、“建筑和贷款合同律师实务”、“律师担任法律顾问基本技能”等课程进行了集中授课,基本达到轮训目的。协会分管副会长专程到会作“律师执业风险警示教育”专题报告,就律师职业道德、执业纪律方面的相关做法和案例与青年律师进行了交流,获得青年律师的欢迎。西湖、上城、下城负责人亲自到会组织督导律师培训。

(四) 提供青年律师发展平台 市律协青工委联合团委组织、安排了20名优秀青年律师参加7场次“导师带徒”对接交流活动,为青年律师发展提供平台。市律协还举办了“杭城青年律师文艺派对”、“第二届杭州市青年律师演讲比赛”,组建杭州律师论辩队伍,展示青年律师风采。组织20多名青年律师参加“浙江省青年律师论坛”,其中6名律师获“浙江省优秀青年律师”称号。

五、以树立行业整体形象为主线,加强和改善行业宣传工作,全方位推进律师执业环境的改善

(一) 加强自主平台宣传工作 改版《杭州律师》杂志,选派律师记者采访行业工作,召开年度优秀通讯员、记者团会议,表彰年度优秀记者、通讯员。截止12月,律师记者共采访行业重大活动6次,杭州律师杂志刊登记者稿件7篇。每日更新杭州律师网,截止2012年12月底,杭州律师网共编发各类文章2132篇,点击量累积达475万余次。组织开展优秀网站评选工作,引导各律所做好网站宣传工作。

(二) 积极改善律师执业环境 市律协与市司法局领导积极与各级地税部门沟通协调,并邀请市地税局有关领导在七届四次理事会上就律师行业所得税政策的实施作出解释,为我市律师创造了一个相对宽松的税收环境。全年共有个案维权3件,主要是律师被公安机关刑事拘留、移送检察机关审查起诉和律师在执业活动中与司法机关产生误会等。市律协在了解情况后,当即启动维权程序,开

展维权活动,经前后9个多月的努力,律师涉嫌刑事案件均以无罪结案,律师执业活动与审判机关发生的误会被澄清,律协的工作获得了审判机关领导的高度肯定。全年共收到各类投诉20件,其中,给予行业处分的1件。

(三) 互访互学增进友谊 2012年,协会接待新加坡、香港、深圳、广州、珠海、青岛、成都等地律协来访交流,组团赴上海、南京两地考察学习。接待人民日报、法制日报、中国律师杂志、杭州日报、浙江在线等中央、省、市媒体采访团来我市采访报道工作。组织律师篮球队、足球队、羽毛球队等各球队、书画摄影社、合唱团等开展各类文体活动,加强联系,增进友谊。

六、深入开展创先争优,律师党建团建工作取得新成效

(一) 组织学习党的十八大精神 市律协党委于12月13日举办了十八大精神辅导讲座,区、县(市)律协党委联络组负责人和联络员、全市律师事务所党支部书记共200余名人员参加。邀请全国党建研究会特邀研究员、省委党校党建研究所所长、党史党建教研部副主任郭亚丁教授辅导。郭教授对十八大报告作了较全面深入的解读,受到与会人员的好评,对我市律师行业深入学习、全面准确把握和理解十八大精神具有极大的促进作用。

(二) 深入开展创先争优活动 市律协党委继续深入开展创先争优活动和“万名党员律师服务为民百日活动”,组织开展“忠诚、为民、公正、廉洁”为内容的核心价值观教育实践活动,提炼律师的核心价值,自觉践行核心价值。开展党支部和党员的分分类评级、党建工作模范所和模范党员律师评选表彰。2012年五联所等13家所的党支部分别被省司法厅授予全省律师行业“党建工作模范所”称号,何丽青等30名党员律师分别被省司法厅授予全省律师行业“模范党员律师”称号。

(三) 进一步加强党团的组织建设 市律协还组织开展以“强组织、增活力创先争优迎十八大”为主题的基层组织建设年活动,进一步加强党的基层组织建设,充分发挥党员、党务工作者的先锋模范作用和党支部的政治核心作用。2012年,市直所新建党支部2个,建立支委会1个,预备党员按期转正1名,发展预备党员4名。举办了2次党支部书记培训班等工作。党建带团建,顺利完成市律协团委第三届换届选举工作,产生新一届团委领导班子。

当然,在总结成绩的同时,我们也清醒地看到存在的问题:1.市律协会风要进一步改善,会议效率需进一步提高;2.律所的规范管理需进一步加强,尤其是近年来新设立的事务所较多、较快,给行业管理提出了新课题、新要求;3.律师对政府重点工程、重大项目参与度不是很高,非诉业务也有待进一步拓展;4.律师的执业环境需进一步改善,尤其是新的税收政策以及新刑法、民法出台后,需与有关部门沟通,进一步改善律师执业环境;5.律师执业风险意识有待加强,个别律师的职业道德、素养有待提高;6.律师协会的办公环境需进一步改善,随着近年来律师队伍的迅猛发展,行业管理责任越来越重,律协目前的办公条件已不是很能适应行业发展的需求。

2013年工作思路

2013年总体工作思路:以邓小平理论和“三个代表”重要思想、科学发展观为指导,认真贯彻落实党的十八大和市委办【2012】11号文件精神,团结和凝聚全市律师,围绕党和政府的中心工作,提高业务拓展能力和服务能力,增强我市律师的社会责任感和公共影响力,锤炼律师的职业精神和职业操守,继续努力改善律师执业环境,维护执业权益,引导律师努力为建设“法治杭州”,共建共享全面小康社会、“东方品质之城”和“幸福和谐杭州”作出更大贡献。

一、深入学习党的十八大精神,落实市委办【2012】11号文件,进一步加强和改进律师工作

党的十八大精神对我国改革开放和社会主义现代化建设作出了新的全面部署。市律协要继续把学习贯彻十八大精神作为当前和今后一个时期的头等大事抓紧抓好,专题研讨十八大报告中的新思想、新观点、新论断,进一步提高认识,统一思想,把我市律师的思想和行动统一到十八大精神上来。

市委办【2012】11号文件对我市律师工作既有宏观的指导性意见,又有实务的操作性措施,是科学指导一个时期杭州律师工作的纲领性文件。2013年也是贯彻落实文件的黄金时期,市律协要高度重视,认真学习,深刻领会,把全面贯彻落实市委办【2012】11号文件精神作为当前和今

后一个时期开展律师工作的主线,根据文件提出的目标要求和工作任务,认真履行职责,明确责任分工,加强与相关部门的协调配合,以高度负责的态度,把文件提出的各项工作任务落到实处。

二、全力构建和完善律师服务平台,引导律师在服务经济社会发展中发挥更大的作用

在社会矛盾的凸显期、多发期,律师的第三方身份有利于加强党委政府和政法机关与群众之间的沟通,有助于及时化解社会矛盾、消除纠纷。律师的专业法律知识,有助于公民、法人和其他组织依法有序解决争议。近年来,我市律师队伍不断壮大,服务领域不断拓展,行业形象不断提升,职能作用不断凸显。实践证明,我市律师队伍是一支党和人民群众可以信赖的队伍。市律协要全力构建和完善律师“咨政”、“助企”、“惠民”三个平台,深入开展律师服务企业的有效途径和方式、推进律师进社区(村)工作,引导律师为杭州市实施“六大战略”、建设法治杭州、“三城三区”和创新型城市提供优质高效的法律服务。

三、以新修订的刑诉法、民诉法实施为契机,进一步发展律师业务,改善律师执业环境

近年来,我市律师业有了长足发展,律师的执业活动与我市社会治理、经济主体的各种民事交往以及人民群众日常生活的联系日趋紧密,但律师“执业难”的现象仍然存在。市律协在继续做好律师个案维权的同时,以新修订的刑诉法、民诉法实施为契机,重点为律师业务的拓展和执业环境的改善创造有益的外部环境,维护律师行业的整体权益。同时,配合市局加快“杭州市律师执业保障机构”的设立进程,争取进一步改变律师执业环境。引导律师围绕中心工作开展服务,让律师不断地走近并走入政治,以取得党和政府的支持。市律协要加强与公检法、财税等部门的沟通和联系,切实解决律师执业过程中存在的问题。

四、进一步提高律师事务所管理水平,引导律师事务所走上规范化、专业化发展道路

我市律师行业发展至今,律师队伍和律师事务所数量不断发展壮大,人员结构不断优化,规范化建设不断加强,但是,两极分化严重,规模所和中小所业务收入比例不均。律师协会要加强律师行业规范化建设,建立健全律

师事务所各项管理制度,强化律师事务所自律性管理,不断提高行业自律管理能力。要倡导律师事务所健全各项内部规范管理制度,如决策、经营、人员、组织、分配、信息化管理等等,不断调整和优化律师事务所内部各种关系,形成团队化、专业化操作,引导律师事务所朝着规模化、专业化、精品化、品牌化、国际化等方向多元化发展。要大力加强律师业务教育培训工作,完善培训体系,健全培训机制,稳步推进个人所、中小所科学发展。

五、加大律师行业文化建设力度,提升我市律师的正面形象

律师服务文化建设是市委办【2012】11号文件新增加的内容。当前,杭州的文化创意产业、动漫产业、会展业、网络购物以及与之相关的新闻出版、报刊杂志、广播电视、网络新媒体等都得到了快速发展,文化体制改革不断推进,文化基础设施陆续实施。服务文化建设,既是律师必须积极开拓的业务领域,也是杭州市律师业务新的增长点。作为一个行业,律师本身也有加强自身文化建设的内在需求。市律协要进一步加强律师职业道德和执业纪律建设,建设依法守纪、诚信敬业、勇于担当、热心公益的律师行业文化,引导律师在推动形成良好社会风尚中有新作为。

六、进一步加强律师行业党建工作

我市律师行业党建工作虽然已经走在了全国“两新”组织党建工作的前列,已经成为协会的一张金名片,但还是有一些律师事务所重经济效益,轻社会效益,重业务建设,轻思想和组织建设等不可忽视的问题。要继续通过思想建设、组织建设、制度建设和工作机制建设,不断提高党支部在律师事务所的政治核心作用和党员的先锋模范作用。一是要根据党委最近下发的《关于认真贯彻落实党的十八大精神的通知》的要求,按专题组织好学习讨论。二是要加强党员发展工作;三要举办好“深入贯彻十八大精神推进律师事业发展暨协会党委成立十周年党建论坛”;四要继续探索和完善律师纳入两新组织党建工作的机制和领导方式;五要加强对区、县(市)律师党建工作的指导;六要巩固“诚信服务先锋”创先争优活动的成果,切实发挥律师事务所党组织的政治核心和律师党员的先锋模范作用。

牢记职责 为行业科学发展提供优质服务

——市律协秘书处2012年度工作报告

2012年,秘书处全体工作人员在秘书长的带领下,牢记服务律师的工作职责,全心全意当好参谋助手,切实发挥桥梁纽带作用,认真履行执行、组织、协调、服务职能,有力保障协会各项工作的开展,为2012年度杭州律师事业迈上新台阶做出了积极贡献,现将主要工作总结如下:

一、以人为本,建设团结高效的执行服务团队

1. 以思想凝聚人,培育优良的组织文化。一年来,秘书处以党支部为核心,发挥党员模范带头作用,坚持每月政治学习,交流时事政治、行业要闻、工作重点,确保工作心中有数,落实有序。开展不定期的谈心活动,及时发现和解决工作中遇到的问题。采用生日送祝福、互助联谊等多种形式温暖人,关心工作人员生活,提高团队凝聚力。倡导开展批评与自我批评,通过部门每月书面总结,肯定工作,表扬先进,弘扬正气,示范带领。一年来,秘书处坚持以思想政治工作带动团队文化建设,全体工作人员的敬业精神赢得了领导和业内律师的赞誉。

2. 以制度规范人,优化秘书处的内部管理。一年来,秘书处集思广益、多方借鉴,根据自身发展实际,有规划、有重点地先后组织对《考勤、假期管理制度》等11项内部管理制度进行了修订和完善,新制订了《秘书处人事管理办法》等5个制度。秘书处规章制度人手一册,以自觉学习和遵守。不定期检查制度的落实情况,分析原因,研究对策。在执行规章制度中不断地加以完善,使其更加切实可行。

3. 以工作锻炼人,在实践中提高人员素质。2012年,秘书处新聘人员一名、聘任部门负责人2名,同时相应调整了工作人员的职责分工。针对协会工作繁杂琐碎、头绪众多的特点,秘书处坚持分工不分家,倡导团结互助,设置岗位AB角,提高工作效率,保证工作质量。秘书处坚持每月召开工作例会,通报和布置工作,发挥集体智慧群策群力,不断总结经验教训,提出改进措施。

二、勤勉务实,优质保障日常工作顺利开展

1. 勤俭持家规范会费收缴开支。2012年,秘书处规范完成了会费、保险费收缴,联络处经费划拨,青年律师培养基金、困难律师补助金、见习训练补贴发放等日常财务工作。根据会费使用情况登录日记帐、编制财务报表,申报相关税费,整理、装订了2011年度会计档案。相应办理各类财务审批备案工作,配合会计师事务所完成2011年度的财务审计工作,完成市民政局2011年度社会团体年度检查工作。

2. 完成批量文字材料撰写工作。2012年,秘书处起草印发协会正式文件95个,各类活动、会议通知公告165份,会议纪要、活动简报、工作通报等83份,编辑网发各类信息987条、照片2000余张,各类贺信等常规文字材料120余份。2012年,秘书处完成了理事会扩大会议系列材料,律协20周年纪录片文字稿,各单位领导检查书面汇报材料,中央媒体采访党员律师服务为民事迹材料,社科联系统“全国大中城市标兵学会”事迹材料,杭州律师履行社会责任报告,杭州青年律师工作情况报告,律协团委换届报告,杭州个人律师事务所调研报告等共计53份综合性文字材料,约25万字。

3. 优质服务来访考察和对外交流。2012年,秘书处先后完成了新加坡、韩国、广州、珠海、深圳、青岛、成都兄弟律协,市旅游协会、香港大学等19批次单位的来访接待工作,邀请安排衢州律协30多名律师参加我市培训、研讨活动;随市律协考察团先后赴上海、南京两地律协考察交流并做好服务工作。邀请、安排外地10余名知名教授、讲师来杭授课。

4. 加班加点提供优质后勤保障。2012年,秘书处组织各类大中型会议、集中教育培训28场,各专门、专业委员会会议、活动80余次,其他各类会议、活动、比赛120余次,各

级各单位领导视察指导工作15批次,组织2051名律师及从业人员健康体检。秘书处全年加班60天。在时间紧、任务重的情况下,一方面规范会务工作流程,制订了相应的操作指引,避免忙中出错;另一方面合理安排有限工作人员,尽量减少因周末频繁加班而影响工作人员家庭生活情况,有力地保障了协会各类会议、活动的正常开展。

三、规范自律,认真行使行业自律管理职能

1. 服务业务指导与教育工作。围绕年内省、市实务理论研讨会,浙江律师论坛、浙江青年律师论坛,市首届专业所发展论坛、日语专题培训班等活动,秘书处根据工作部署,相应做好文稿征集、编辑汇总、会务后勤、审核上报、宣传总结等工作,确保了各项活动圆满成功。2012年,秘书处先后参与了新修订刑法、民法,律师营销、青年律师技能培训等6场集中教育培训的会务组织工作,完成了律师网络继续教育培训课时登录、统计,新律师发卡、转所等律师信息变更和培训系统的日常维护工作。在专业委员会活动方面,秘书处配合各业务委员会做好24场次的研讨会、讲座、座谈会的会前通知、经费申报、会议服务及会后报备工作。

2. 做好维权与纪律惩戒工作。维权方面,年内先后接到维权案例5个。秘书处先期做好情况收集,及时汇报分管领导,并协助联系相关部门沟通协调,确保维权及时,工作到位。纪律惩戒方面,秘书处接待受理各类投诉20件,经初步处理调解结案18件,交协会讨论决定3件,落实开展调查案1件,接收汇报重大敏感案件12件,组织召开投诉案件工作会议3次,起草相关答复9个,汇报文件2个,并相应做好了投诉案件的案卷整理归档工作。

3. 做好律师年度与实习律师考核。2012年,秘书处组织开展执业律师年度考核工作,认真做好考核材料的收集、统计、审查,考核等次的评定等工作。申请律师执业人员实习管理和面试考核工作。秘书处全年审查、发放《申请律师执业人员实习证》、《浙江省律师助理证》420本,组织安排19批次29个考核小组,对439名申请律师执业人员进行考核。同时,还相应做好人员公示和证明出具等日常管理工作。

四、辅助参谋,确保信息畅通助力科学决策

1. 确保信息上下畅通。对应会长、副会长的工作分工,秘书处制定部门职责及人员分工,确保基础工作责任到人,服务到位。作为协会各类信息、资讯的汇集地和服务前台,秘书处除了每月常规编发工作通报,保障信息畅通之外,还

要求做到重大活动请示领导确定方案,主要工作落实情况及时反馈会长,紧急事件第一时间整理汇报信息,等等。对于协会的各项决策意见,秘书处及时组织通知落实,确保上情下达。

2. 辅助领导做好决策。作为行业自律管理的执行机构,秘书处不仅承担着上情下达、下情上传的沟通任务,还肩负着分析处理信息、资讯,辅助领导决策的重要职责。为更好地发挥参谋辅助作用,秘书处首先就相关信息进行整理,结合协会阶段性的工作重点,为协会领导的决策提出参考意见和建议,并提交具体方案,在执行过程中出现的一些偏差、疏漏和情况变化后的应对,秘书处会及时反馈,听取领导意见后组织落实。

3. 协调处理各方关系。协会工作联系面广,对应单位领导众多,广泛涉及各级司法行政、公检法相关单位、社科联、民政局、兄弟协会等。一年来,秘书处一方面确保与各单位的信息沟通,及时将协会工作通报相关单位,组织落实各相关单位的工作需求;另一方面,在具体工作中坚持“两结合”管理,及时征求采纳司法行政机关的意见和建议,在日常工作中融洽合作。2012年,秘书处先后组织落实市社科普及周普法、科普丛书法律篇编辑、社科优秀成果汇编等工作,得到了市社科联的好评。2012年5月,市律协被全国大中城市社科联评选为“全国大中城市标兵学会”。

4. 完成领导交办任务。2012年,秘书处优质完成中华全国律协、浙江省律协部署的“执业为民送温暖法律服务献爱心”活动,涉外律师情况问卷调查统计,“浙江省优秀青年律师”评选,杭州市个人律师事务所情况调研,浙江省第四届青年律师论坛、第二届浙江律师论坛文章征集上报等工作。2012年上半年,秘书处先后10余次组织对协会20周年专题纪录片《别有天地春风来》文字稿进行修改,增补走访拍摄律师事务所、律师画面20余个,收集、统计各类图片、数据70余张(个)。

五、做好宣传,促进行业交流示范提高

1. 做一本有思想的杂志。年初,秘书处就《杭州律师》杂志编辑工作提出方案,经宣传与对外联络委员会审定后由秘书处负责组织落实。新版杂志在三套设计风格中选用了人物系列封面并相应调整了设计风格。在内容上,新版《杭州律师》将更多版面留给律师,选派律师记者对行业重大活动进行采访,从而更加合理地体现了《杭州律师》杂志服务于杭州律师的办刊宗旨。此外,新版杂志在原有基础上进一步扩大了赠阅范围,改进了杂志的投递方式以便律师尽快分

享阅读。

2. 建一个互动性强的网站。信息是网站的生命,杭州律师网的信息更新是秘书处的重要工作内容之一。2012年,杭州律师网共计编发各类信息、通知、公告等2132篇,图片1345张,每工作日平均上网信息8.49个,网站整体点击率高达474万余次。网站提供的海量信息不仅仅增进了业内的交流,也推动了行业无纸化办公,提高了秘书处的工作效率。7月,秘书处协助宣传与对外联络委员会组织对杭州各律师事务所网站进行了评选,整合网络资源、交流办网经验,促进了行业整体宣传工作的提升。

3. 拉一支传媒化的队伍。本着推动律师参与行业自律的工作思路,2012年,秘书处进一步优化了杭州律师记者团、通讯员这两支队伍的管理。信息收集方面,秘书处在杭州律师网、《杭州律师》杂志公布投稿邮箱,工作人员则利用行政人员、青年律师、各联络处、各专业委员会等QQ群广泛联系各所通讯员,及时收集各所信息。规范管理方面,秘书处相应起草了《杭州律师记者团管理规则(试行)》、《杭州律协通讯员聘任管理办法》、《杭州律师杂志稿酬标准》等,建立健全管理制度。队伍建设方面,每年组织对优秀记者团、通讯员进行培训和集中表彰,相互交流工作经验。2012年,全市通讯员共计上报各类信息1600余条,采纳1545条;律师记者采访行业重大活动7次,《杭州律师》刊登记者稿件8篇。

六、加强指导,管理好各专业律师团队

1. 管理驻社区(村)律师队伍。根据我市工作部署,协会秘书处同时担任杭州市“律师进社区(村)”工作指导协调小组办公室的职能,秘书长兼任办公室副主任,秘书处配备两名工作人员对应开展工作。一年来,秘书处优质完成了264名社区律师新增、更替,27次各类会议的组织参加,7次全市数据统计,先进评选表彰、网络律师团的值班等日常管理工作。编发文件、信息、简报48份,所有文件均按时进行整理归档。配合五县市的进村结对,秘书处参与了前期组织调研、活动方案撰写,律师结对安排,管理制度起草,结对启动事宜等大量策划组织协调工作,较好履行了办公室职能。

2. 搭律师助企坐诊新平台。2012年初成立的杭州市“大学生创业律师服务团”被市委、市政府评为“2010-2011杭州市优秀志愿服务项目”。秘书处全程参与了活动方案策划、律师导师征选、活动组织联系、信息资料管理等工作,工作成绩得到了相关领导的充分肯定。截止12月,秘书处先后组织安排律师参与“导师结对”、“导师坐诊”活动11场,直

接参加各类工作会议、活动15次,起草通知、总结等文字材料23个,提出相关意见建议12条,有力保障了该项工作的顺利开展。

3. 引青年联谊交流在一线。8月,律协团委召开换届代表大会,秘书处相应做好代表、委员推荐,换届报告等会议材料起草,会议会务和新闻宣传等工作。6至7月举办的杭州市第二届青年律师演讲比赛,秘书处全程参与了活动策划、通知场地安排及现场组织、宣传报道等工作,比赛圆满成功。9至11月,秘书处组织安排杭州市法律志愿服务队开展“送法进工地”活动,先后为15个工地500余名外来务工人员提供义务法律服务,赠阅普法知识手册1000余册。此外,秘书处牵头组织青年团工作会议11次,青年律师沙龙活动3场,青年团干部培训班2期,联谊交友活动1次,推荐各级、各类优秀集体7个、个人15名,撰写经验、总结材料5个。2012年,律协团委获得团市委、市局团委等单位表彰。

4. 倡导律师文化建设新风尚。根据全年工作计划,协会将举行“2013杭州律师新春联欢会”,秘书处在提前组织安排“杭州律师艺术团”合唱团、舞蹈队加班加点进行排练的同时,及时下发推荐上报新春联欢会节目的通知,征集各联络处、各律师事务所的优秀节目,全力办好新春联欢会。2012年,秘书处先后参与了杭州市第二届篮球赛、市司法局“蒙正杯”篮球赛的竞赛组织工作。尤其是我市的第二届篮球比赛在6月高温的室内赛场举办,秘书处全体工作人员轮流加班,做好饮水、中餐供应和比赛服务工作,赢得参赛律师好评。此外,秘书处相应做好协会书画摄影社、足球队、乒乓球队等文体组织开展的后勤保障工作。

2012年,秘书处在律协党委和理事会、常务理事会的领导下,对内加强管理深挖潜力,对外热情服务高效执行,各项工作取得了一定的成绩,但是也存在一些不足,主要表现在以下几个方面:一是工作规范性仍然有待提高。常规工作要继续创新工作模式和做法,不断完善工作制度和工作流程,进一步提高工作效率和质量。二是执行力需要进一步加强。秘书处整体的工作能力、工作水平还有很大提升空间,工作人员的活动组织策划能力、公文材料撰写能力和语言表达能力等都有待进一步提高。三是服务工作有待再上层。在服务到位的同时应该更进一步提升服务的层次,进一步推进标准化的服务操作流程,尽可能更加全面地考虑各种因素,做到提前安排,考虑周全。四是参谋建议职能有待再提升。秘书处工作人员需进一步提高自身综合素质,以提升信息收集、分析、处理的质量和水平,为行业发展出谋划策,为杭州律师业的健康稳步发展做出更大贡献。

新刑诉法背景下 刑辩实务五大“陷阱”和五项新的辩护技能

文 / 浙江星韵律师事务所 周建伟

新刑诉法已经实施,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闭门确认,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”

新刑诉法规定,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”

新刑诉法实施后,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”

新刑诉法规定,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,已经有不少律师在实践,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

新刑诉法在制度构建上,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。根据刑诉法相关规定,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

刑诉法第三十六条规定,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。

《最高人民检察院刑事诉讼规则》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,今后轻罪案件取保候审会大幅度增加。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。这次刑诉法修改,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上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,明确在立法中规定还是第一次。因此,从立法角度看,可以算是名正言顺的新技能。

劳动争议案件审判 实务专题讲座综述

2012年8月25日,杭州市律师协会劳动与社会保障委员会在西溪海外海宾馆三楼海上明月厅举行劳动争议案件审判实务专题讲座,特别邀请杭州市中级人民法院刘焯辉法官为众位律师讲授,现将讲座内容综述如下。

一、当前劳动争议纠纷案件中的热点实务问题。

(一)关于未签订书面劳动合同双倍工资的仲裁时效起算点的问题。

首先需要明确未签订书面劳动合同的双倍工资的性质是什么,如果性质界定为劳动报酬,那么根据劳动争议调解仲裁法,在劳动关系存续期间就不应该受到仲裁时效的限制,在劳动关系解除或者终止后的一年内劳动者必须提出请求。在双倍工资是否是劳动报酬的问题上,法院是有共识的,双倍工资应该倾向于法定赔偿金,它是一种对用人单位的责罚,并不是普通意义上的工资和劳动报酬,其中的一倍工资是付出劳动应得的,另外一倍是法律对用人单位违法不签订劳动合同的行为进行制裁,通过这种制裁手段来提高劳动合同的签约率,这种法定赔偿金应该受到劳动争议案件普通仲裁时效的限制,即“自劳动争议发生之日起一年内提起”这一规则。

在中院《关于未签订书面劳动合同双倍工资的仲裁时效起算点问题的通知》中,主要通过两个举例来说明这个问题。第一,我国劳动法给用人单位一个月的签约免责期,超过这个月还不签的就从第二个月起支付双倍工资。例如,一个劳动者进了单位已经四、五个月了都没签劳动合同,最后从第五个月开始签订的,那么第二个月到第五个月应该支付双倍工资。这个双倍工资的仲裁时效起算点应该是从双方签订劳动合同之日起开始计算。那么,二月份到五月份的双倍工资,是否需要按月计算呢?从严格理解上说,按“知道或应当知道”的规则,二月份的双倍工资应该在次年的二月份前来主张,否则就超过时效,但考虑到未签订劳动合同是连续性的侵权行为,所以目前中院对于此前形成的双倍工资按“整体打包”处理,也就是说将从二月份到五月份当做一个整体来看,从五月份

补签之日起一年内提出的会全部支持,没有从五月份补签后的一年内提出就全部不支持。但这一问题在与省高院于今年5月份开展的讨论稿中并没有明确。第二,按照劳动合同法规定,如果建立劳动合同关系一年以上的,那么从一年届满之日起,视为双方签订无固定期限劳动合同,中院对这11个月的双倍工资是从一年届满之日起开始起算的,没有在一年的届满之日起一年内提出的就全部不支持。目前杭州地区都是按照这种方式起算的。

(二)未休年休假的补偿,仲裁时效怎么计算?劳动者在2012年主张2010年的未休假的补偿,人民法院是否支持?

首先也还是涉及到它的性质的界定,应休未休年休假的补偿究竟算什么性质的补偿?如果当做劳动报酬的话,显然还适用劳动争议调解仲裁法规定,存续期间不受限制,解除或终止之日起一年内提起,如果视为加班工资,那就要适用省高院的两年的仲裁时效。目前中院就这个问题还没有统一,因此,现在普遍认为,省高院规定的两年仲裁时效,只适用于明确的加班工资,除此之外的还是适用普通的诉讼时效。

另外,根据1995年实施劳动法若干问题的意见中对工资的概念规定,认为工资是以货币形式支付给单位劳动者的报酬,包括计时、计件、奖金、津补贴,延长工时的工资以及特殊情况下支付的工资,刘法官觉得可以把它视为特殊情况下支付的工资,那么这样它就更适用于劳动争议调解仲裁法的一般规定,也就是劳动关系存续期间,应休未休年休假的工资是不受仲裁时效限制的,那么从它解除或终止之日开始在一年内去主张所有的应休未休年休假的工资。刘法官强调这只是其个人的理解,司法实践中,仍有人理解为加班工资,有人理解为劳动报酬,有人甚至理解为适用当年应休未休年休假工资应当在当年应结清年休假工资一年内提出,现在审判实践中都很常见。

(三)病假期间,未签劳动合同要不要付双倍工资?

关于签订书面劳动合同的问题,法院认为只要客观上没有签订书面劳动合同,不论是劳动者原因还是用人单位原因,

一律归结于用人单位原因,这是法院希望通过司法裁判的强势来推动劳动签约率的做法。原因如下:

第一,用人单位提出是劳动者不肯签,但用人单位完全有救济途径,至少可以不录用,如果用人单位冒着将来支付双倍工资的风险轻易录用他,用人单位就要承担事后被主张法定赔偿金双倍工资的风险。本身法律就给了用人单位一个月的签约期作为救济途径,用人单位也可以通过试用期去考察他,再者还可以干脆不签劳动合同就不录用,然后给劳动者发个通知就算作证据保全。

第二,一旦法院规定了在某些情况下用人单位可以不签的话,比如用人单位有证据证明是劳动者同意不签订的可以不支付双倍工资此类规则的,用人单位和顾问律师都会绞尽脑汁出谋划策来进行规避。最后就变成由人民法院来推算是否是劳动者自愿的,但人民法院根本没办法去判断当事人的主观意愿。

第三,就是为了提高劳动合同的签约率,为了极大地降低劳动争议案件的发生。如果大家都签订劳动合同的话就不会有确认劳动关系之诉一说了。另外,双方争议劳动者究竟是何时入职的,薪酬标准是多少,如果有劳动合同也就没有这类争议了。所以说提高劳动合同的签约率,不仅是立法的导向,从人民法院功利角度考虑也需要提高这类签约率。当然,刚性的规定在实施中也带来了一些不好的效果,比如说有些主管劳动人事的经理或者主管领导,自己说公司没和他签劳动合同,但事实很可能是他利用自己的职务便利将自己的劳动合同隐匿掉了,这时用人单位根本无法证明。在这些人薪水都很高,这个问题就是说他本身具备劳动法律法规的知识,同时又拥有主管人事的权利,这时候不签劳动合同究竟是用人单位不作为还是劳动者在规避法律就很难判断,这些案子的办结中社会效果不是太好。

另外,如员工上午报到,下午发生工伤事故后马上送进医院,然后双方都在关注工伤理赔、伤残等级的认定上,待过了一两年等级评定好了,却反过来告当时没和用人单位签订书面劳动合同,要求用人单位支付双倍工资。法院通常认为,工伤不是用人单位不签订劳动合同的理由,如果工伤已经导致影响劳动者的智力和判断了,比如说变成植物人,那没有人帮劳动者代签劳动合同了,但如果劳动者只是腿部受伤,用人单位完全可以补签,在医院可以签,如果回家治疗了,用人单位就应该给他发一个通知,并把空白的合同书寄过去,完全可以做到证据的保全。当然有一些原因是不可抗力,比如说台风或者地震。目前来讲,法院可能要在刚性的制度之外采用

某些采取列举式的方式来做一定的调和,尤其是对于已经掌握劳动法律规则的一些劳动者,他们现在试图用自身的这些优势利用用人单位对劳动签约意识不强的在四处“告状”。因此,一般情况下用人单位必须要支付双倍工资,特殊情况下,省高院可能会有列举式的方式做一些例外的规定。

关于双倍工资,还有补签劳动合同的效力问题。例如劳动者在一月份入职,二月份应该签约但没签,到了五月份双方签订劳动合同时,面对可能会出现三四个月的双倍工资的问题,用人单位经律师指点就把事实上五月份签订的劳动合同将落款时间提前到了一月一日。这种情况应该怎么处理,现在法院争议也非常大,也没有定论。法院一般认定这个补签是可以的,只要是双方同意把落款时间回到前面即可。尽管双方二月份到五月份没有签订劳动合同,但双方毕竟没有发生争议,待五月份双方把一月份到五月份期间双方之间的标准明确下来了,人民法院无须干涉双方追认之前的行为,双方也并没有因为这个标准在此期间发生任何争议,将来以后发生纠纷也不影响人民法院的处理。有些人提出这属于用人单位规避法律,但出于法院应该鼓励用人单位尽量去弥补他的错误。劳动者的签字应视为对下面落款时间的认可,即使他有证据证明确实在五月份签的,人民法院也应当给用人单位这么一个修正的机会。

(四)现阶段如果员工要求社会保险按照实际工资来补缴缴纳,人民法院是否支持?

很多用人单位他跟劳动者签劳动合同中约定的报酬和薪水就是最低工资,然后去社保缴纳也是按照最低工资为基础进行缴纳,目的是为了降低缴费数额,对于劳动者到人民法院要求用人单位按照实发月薪补缴社会保险,人民法院形成共识的是杭州地区关于社会保险的补缴问题只受理两类案件,一类是用人单位没有给劳动者办理社保手续所产生的补缴社保问题;第二类是事实上该劳动者已经无法补缴某类保险而产生的待遇赔偿问题。对于欠缴少缴或者缴费年限缴费基数发生争议的,按照最高人民法院的观点,用人单位已经给劳动者办理社保手续,但因欠缴拒交或因缴费年限缴费基数发生争议的,由社保经办机构处理更为合适。其实这反映了行政权 and 司法权谁更应该管的问题。用人单位上报缴费基数是多少,社保机构就按多少缴,原本应该是劳动行政部门的行政权的救济途径,现在都归入司法途径,这也是法院诉讼膨胀的深层次方面原因。

(五)劳动关系解除之后,员工提出仲裁,要求支付一次性的医疗补助金,仲裁委认为该项目应该是社保基金来支

付,便驳回请求,此做法是否合理,法院应该如何处理?

基于2011年国务院修改了工伤保险条例,为了鼓励用人单位去缴纳社会保险,大幅度提高社保基金的支出项目,减少用人单位的支出项目,就把职工跟用人单位解除劳动关系之后的一次性的工伤医疗补助金,由原来用人单位支付改为由社保基金来支付。目前来讲,职工工伤之后,只要缴纳了工伤保险,其实用人单位支付的费用就只涉及到停工留薪期的工资、职工住院期间的护理费、一次性就业补助金以及五至六级工伤职工的伤残津贴。不言自明,既然法律都规定了社保基金来支付的话,用人单位又缴纳了社会保险,这一块就应该到社保基金去理赔。至于是否需要用人单位去帮忙把钱领出来就要看各地的社保机构怎么规定的,有些是把钱汇给了用人单位,而用人单位不给劳动者的,那劳动者可以到法院起诉,如果这些钱需要到社保基金去领取,而用人单位也配合办理理赔手续,就可以从社保基金直接领取,此时直接通过法院打官司,要求用人单位来赔是缺乏法律依据的。

(六) 人民法院对于计件工资的加班工资如何认定和计算?

计件工资的基础还是计时工资,它是计时工资表现形式的一种转化,它通过劳动定额和单件报酬的方式来实现工资的认定和加班工资的计算。简单来讲,比如一个宾馆的服务员,按照行业惯例,几星级的宾馆什么样的房间,如果一个员工负责打扫卫生的,一天打扫八个房间是合理的劳动定额。也就是说,普通职工在正常的劳动环境、工作条件下,收拾八个房间才等同于标准工时制的工作满八小时。这个就是定额,它存在合理和不合理的说法。关于这个定额怎么来确定,原则上是双方在劳动合同中约定,但劳动者如果能举证证明行业惯例上这个定额是明显不合理的,这样人民法院可以进行适当的调整。所以人民法院调整依据也缺乏事实的判断,很有可能到某些行业协会做一些调查走访,以了解是不是合理的定额。如果用人单位想设置一个劳动定额,这个定额必须通过规章制度方式来规定,而这个规章制度需经过民主程度制定,否则用人单位必须和每一个劳动者在劳动合同中约定这个定额。如果想统一做法,就必须通过民主程序,公示告知这些程序把它作为一种严谨的规章制度,通过这些合法程序把它确定下来。因为涉及到计件工资的加班工资还比较少,最主要的是要证明定额的合理性问题。

(七) 一个公司有内网,每个员工凭着自己的身份信息和密码都能上内网,公司把规章制度全部放在内网上,是否完成了公示和告知的义务?

按照省高院的指导意见第三十四条,规章制度的制定要通过民主程序。这个强制性规定是在劳动合同法之后才作为一种强制性规定出来的。如果劳动合同法一出台,以前未经过严谨的民主程序制定的规定全部宣布作废,会导致社会生活的动荡。省高院从务实的角度规定,劳动合同法实施前单位制定的规章制度,虽然没有经过民主程序制定,但只要它是合理合法的,对劳动者进行过公示告知的,可以作为人民法院裁判案件的依据。但是劳动合同法实施之后,新制定的规章制度没有经过民主程序的,就算有合理合法公示告知,对劳动者都不具有拘束力。所以劳动合同法是考虑溯及力问题的,但是不管是劳动合同法实施前还是实施后,对于劳动者的公示告知义务都是必须的。明确的是必须有证据证明劳动者是知晓这个规章制度的,这是规章制度中公示告知的重要意义。公示告知一般有以下方法,比如公示网页的宣布、网页的滚动播出、电子邮件通知、在公告栏张贴、作为员工手册发放,甚至有些规范的跨国企业对于规章制度是要培训、考试、组织传阅的,最主要的是要注意证据的保留。刘法官建议,最简单的办法就是把规章制度列一张单子,制作一个员工传阅的签字表,把名称、条文附在下面并列一张表格,让员工签收。此种做法是具有证据效力的。对于劳动者入职前已经出台的规章制度,在劳动合同中带上这么一笔——对于本公司目前正在执行的规章制度劳动者已经仔细阅读,并同意作为劳动合同的附件予以遵守。网页公布证据上可能欠妥,此无法证明用人单位是何时发布的,系统内部是可以技术操作进行修改的,劳动者如果质疑了就不一定经得起推敲。公告栏张贴也一样,针对落款时间拍一张照片的人民法院也往往不采信的,最好是采用本人直接签收。

规章制度除了民主程序制定外,还有符合一些实体要件。第一,要合法。合法很容易理解,比如你通过规章制度规定员工入职要押金、工伤概不负责、女职工入职两年内不得生育,这些都是违反国家强制性法规的。第二,规章制度除了合法外,还有合理。比如有的规章制度规定,员工只要私拿公司财务的,不记数额一律开除。比如一个粉笔厂,员工拿了两支粉笔被抓,如果这样抓到就开除,就是合法、不合理,因为它情节显著轻微;但如果规定三次以上发现小偷小摸行为可以解除,就属合理。

另外,规章制度要有确定性,如果规章制度有两张或者两种以上解释的话,人民法院将会推定对劳动者有利的解释,因为规章制度毕竟是用人单位制定的。法院经常在规章制度中看到“多次”、“数次”,这些概念都是虚数,不是确

数,所以最后会采取有利于劳动者的意见。

还有一个规章制度溯及力的问题,就是规章制度只对公示告知后的人和事发生拘束力。若规章制度与集体合同或者是劳动合同发生冲突的,以集体合同或者劳动合同为优先,不管规章制度在劳动合同签订前还是签订后,也就是说不能通过规章制度去改变劳动合同的明确规定。比如合同中规定月薪为每月五千、固定工资,事后通过规章制度改变考核方式变成月薪三千,剩下两千作为绩效考核的,就算经过职工代表大会讨论,只要没修改劳动合同,对劳动者都是不发生法律效力拘束力的。集体合同大于规章制度,个人合同大于集体合同。个人签订的合同是最有效力的。所以用人单位不要试图通过规章的方式去改变与某一个特定职工所约定的更优惠的条件。

(八) 劳资双方签订一个竞业限制协议,约定劳动合同解除后每月支付补偿金2000元,但公司实务中三月支付一次,该竞业限制协议的效力如何?

因为合同中已经约定了每月支付,到了第三个月才支付三个月的,首先就缺乏了合同依据。其次,竞业限制补偿金是弥补劳动者承诺放弃利用自己特定的技能到特定的有竞争关系的单位去工作的工作机会而获得临时的生活上补助,既然在竞业限制协议中已经明确表明了是按月支付的,如果是三个月之后才发三个月的,员工在第二个月去就去有竞争关系的单位去而不属于违约。关键要尊重协议的约定。协议如果只约定了补偿的金额、没有约定支付时间的,最好是当月补偿当月发放,最长也不要超过次月。

(九) 关于防暑降温措施管理办法中的津贴,人民法院是否支持?

国家安监总局、卫生部、人力资源部、总工会出台的通知中规定劳动者从事高温作业的,依法享受岗位津贴,用人单位安排劳动者在三十五摄氏度以上的高温天气从事户外作业,或者是不能采用有效措施将工作场所的温度降低到三十三度以下的,应当发放高温津贴并纳入工资总额,具体的补贴标准由省级人社保行政部门会同有关部门制定。省里若有具体的高温津贴标准细则的就肯定要支付的,只要能找到我们省相关的政策法规依据或者省授权市出台的相关规定,肯定会被法院支持的。其中除了证明津贴标准还要证明三十五度以上的高温天气从事户外露天作业,这是一个实质性标准。所以当天的天气预报和从事的工种可能也是举证的范围。

(十) 一个退休的员工被公司返聘,返聘一年内发现退休前还有加班工资没拿,是按照劳动关系还是劳务关系来处

理?

应该按照劳动关系。因为主张的权利的基础是基于此前存续的劳动关系。比如,车子借用后买过来了,借用期间发生的争议肯定是按照借用关系打官司,不会因为买卖的产生导致在追索前一个阶段法律关系时就要适用后一个阶段法律关系标准。所以虽然后面变成了劳务关系、雇佣关系,只要追索的是劳动关系存续期间的报酬,就肯定是按照劳动关系的诉讼基础来进行的,先经过仲裁再能诉讼。

二、目前劳动疑难案件争议要点与难点

浙江省高级人民法院将于近期出台关于劳动争议纠纷案件的新指导性意见,大致内容如下,具体以出台文件为准。

(一) 用人单位没有及时、足额支付劳动报酬或缴纳社会保险的,能否成为劳动者单方解除劳动合同的充足理由?

有些劳动者因用人单位少付了他五十块钱或者少付了他一天的工资而诉至法院,但因此要支付经济补偿金可能要付几千甚至上万。劳动者认为“一块钱也是我的血汗钱,劳动法没有规定一块钱拖欠我就不能合法解除”。所以,目前的办案规则没有预见到这些,在司法实践中就可能要弹性处理。对此,法院做了一个例外的规定,如果用人单位却有充分有效的证据能够证明是合理客观的原因导致没有及时足额支付的,劳动者不能以此为由提出解除。比如劳动者离职的当月双方在争议是劳动者擅自离职还是用人单位非法解除,双方各有各的想法,用人单位认为劳动者不辞而别,此时用人单位往往把最后一个月工资或未足月的工资暂扣下来了。到了诉讼期间用人单位明确表示没有恶意拖欠,这半个月的工资愿意马上支付,只是双方的理解和认识不同。就离职的当月的工资的最后结算问题,会因为劳动者不辞而别,也没有回单位交接工作、清理没报销的费用,而产生理解认识上的差异,用人单位主观上的恶意不明显。还有就是金额上,比如该员工月收入十几万,若其为了两百块钱认为这是其可以合法解除的理由,法院就会认为不是充分理由。

还有就是劳动者本人不愿意缴纳社保或写一个承诺申明不缴社保的,后来以用人单位不缴社保为由提出解除的是否需要支付解除劳动合同的补偿金的问题。首先,劳动者这种承诺是无效,用人单位为职工缴纳社保是法定的义务;但不应该支持劳动者主张解除劳动合同补偿金,因为这个劳动者有明显不诚信的行为在先。

(二) 劳动合同法实施后,原来劳动部有一个违反和解除劳动合同的经济补偿办法百分之二十五的经济补偿金是否

还继续适用?

在劳动合同法实施后,原来劳动部有一个违反和解除劳动合同的经济补偿办法中有个克扣或者无故拖欠工资的百分之二十五的经济补偿金的规定是否再继续适用的问题。人民法院重点放在克扣或者无故拖欠上,不仅是欠付,而且劳动者要证明用人单位主观的状态是克扣或者无故拖欠。劳动合同法实施后,在劳动合同法第八十五条中规定,以下情况由劳动行政部门责令用人单位限期支付,用人单位还不付的,支付百分之五十到百分之一百的加付的赔偿金。在劳动合同法第八十五条出台后,原来劳动部的补偿办法中的百分之二十五的补偿金究竟还适不适用?法院的观点认为是不适用的。因为根据上位法优于下位法,后法优于前法,那么前者只是原劳动部的一个办法,后面是人大常委会制定的法律。

所以,劳动者要想来主张欠付工资的赔偿金或者补偿金,首先要到劳动行政部门劳动监察大队去投诉,如果投诉了查明了指定用人单位应该缴纳,用人单位如果事后还没缴的话,就按照百分之五十到百分之一百加判。这样就将原来人民法院去审查扣和无故拖欠变成审查劳动者有没有先走行政救济这个前置程序,法院在开庭时只需问劳动者有没有到劳动部门投诉过,劳动部门有没有责令用人单位限期支付即可。

(三)关于加班工资的仲裁时效问题。

加班工资仲裁时效主要是依据省高院出台的“两年仲裁时效”的规定,首先如果是在劳动关系存续期间,没有解除或终止的加班工资是以劳动者知道或者应当知道权利被侵害之日作为劳动争议发生之日,这个时效期间是两年。当月工资的发放日就是“知道或应当知道”的日子,最迟的话按照惯例当月工资次月发放的就应该在次月知道上月的加班工资没有支付,须在两年内提出。如果劳动关系发生解除或者终止的就应当在一年内提出。所有的劳动争议问题如果没有在解除或者终止之日起一年内提出的话,所有的请求都将得不到支持。如果发生了解除或终止,劳动者也在一年内提出了,就从提出之日往前倒推两年进行保护。比如说,劳动者主张在2009年6月份到2011年3月份期间的加班工资,双方的劳动关系是在2011年4月1号解除的,首先应该在2011年4月1号开始一年内去主张前述期间的加班工资。如果就是在2011年4月1号提出的,那么就4月1号往前倒推两年确定支持加班工资的起始时间点,然后根据解除或者终止之日来最终确认保护期间。

(四)关于对劳动者书面承诺放弃社会保险缴纳,之后

反悔要求补缴这种情况下的仲裁时效适用问题。

关于对劳动者书面承诺放弃社会保险缴纳,之后反悔要求补缴情况下仲裁时效的适用问题。比如建立劳动关系的时间是2009年1月1日,做出承诺的时间是2009年4月30日的,可能承诺的是自始至终都不用缴,若后来的某一天对书面承诺作出前的期间反悔了,要求补缴的就必须从承诺做出之日(2009年4月30日)起一年内起诉,承诺以前的期间法院作打包处理,以后的期间作逐月区分处理。其实社会保险不应该受仲裁时效的限制一直是值得困惑的一个问题。刘法官表示原来认为社会保险的缴纳不应该受仲裁时效的限制,因为这个涉及到我们国家的利益应不应该因为劳动者的不作为而受损的问题。大家知道社会保险是全社会统筹的,任何一个用人单位不缴社会保险,那么最终会导致社保基金的资金流失,会损害社会公共利益,但如果用人单位应该缴纳的社会保险因为劳动者怠于行使自己的权利而导致国家利益受损,就不合适。在实践中,几年前在舟山的一个案子,一个老牌的国有企业,历史欠账比较多。若十几年的社会保险没缴的都按现在的缴纳标准进行补缴,结果该企业被劳动者“投石问路型”打了场官司,当时承办法官也没有意识到,判决补缴后几千个员工就都到法院要求补缴,后来单位直接向政府申请破产了。法院之所以去找一些社会保险的仲裁时效也是不期望这些历史的欠账在同一天爆发。所以劳动争议案件难办在于法律规定非常明确,但事实中无法操作,很多用人单位历史欠账太多,一下子全部翻过来相当于杀鸡取卵,把企业弄得倒了,没有提供更多的工作岗位,最后造成大量的失业,法院是在短期内维护了劳动者的利益但是长期的又损害了他们的就业的权利,所以是放水养鱼还是杀鸡取卵有时候是法院必须考虑的问题

(五)关于劳动合同的变更问题。

按照劳动合同法的规定,劳动合同变更必须要双方协商一致,而且要以书面的形式来完成。在劳资关系的实践中,有些用人单位可能会因为一些客观的原因需要对劳动者的工作岗位进行调整,劳动者却不答应。刘法官认为首先可能要区分变化的重大程度,一个叫重大的变更,一个叫轻微的调整。如果是重大的变更,比如他原来的工作地点在上海,后来我上海的分公司撤消了全部都到北京去,它会使得订立劳动合同目的不能实现。因为工作地点也是签订劳动合同的一个重要要素,它属于劳动合同的必备条款之一。这种情况用人单位有合理的客观的原因的首先应该协商一致,协商一致的情况下用人单位可以比照劳动合同法第四十条第三款的规定,提

前三十天或额外支付一个月的工资之后可以解除劳动合同,但它需要向劳动者支付解除劳动合同的经济补偿金。那么这个劳动合同法第四十条第三项它主要指的是劳动合同订立的客观情况发生重大变化致使无法履行,但此时仍应该提前三十天告知或者支付一个月的代通知金,同时要向劳动者支付解除的经济补偿金,这是第一种情况。第二种情况,用人单位基于生产管理之需要,对于劳动者的工作地点在较小的范围内变更。用人单位把劳动者从江干区调到上城区,而且提供班车或者提供车贴,上下班的时间凡是上城区以外其他地区调过来的都给你上下班放宽半个小时,下班可以提前半小时走,上班可以晚半个小时来。对此,用人单位的用工自主权跟劳动者的要求履行合同的义务仍发生冲突,需要法官综合判断。首先是用人单位客观需要,绝对不是对劳动者的故意刁难,它要证明这种调整的合理性。第二,用人单位有没有对因此给劳动者造成的不便采取合理的措施予以弥补,比如坐班车、上下班时间、车贴补贴,用人单位要尽量使得变更对劳动者的不利因素降到最低。第三,要看这种变更对劳动者这个特定的个体而言会不会产生重大影响。用人单位有权基于合理的需要对劳动者的工作地点做出变更,劳动者不能够证明这种对他产生实质性影响,在劳动者得到一定的弥补之后,应该服从用人单位的工作安排。如果仍然拒绝,用人单位对他解除是无需支付经济补偿金的。只有在客观因素适用情势变更原则的时候用人单位才有可能支付单倍的经济补偿金。

(六)关于值班跟加班的区别。

有些用人单位会在双休日节假日轮流安排中层干部到单位值班,不管是做技术的还是研发的,双休日过来,一天一人,坐在那儿接电话,看是否有人来信来访,有无消防安全隐患。有个劳动者就来主张加班工资,用人单位说这不叫加班叫值班。劳动者主张按照自己的工资基数来计算加班工资,双休日加班计算百分之两百。这种情况怎么办,这种对于用人单位因为安全、消防和节假日的需要,安排职工轮流从事与本职工作无关的值班任务,法院原则上不支持劳动者加班的主张。另外要遵循劳动合同法中一个重要的原则叫同工同酬。如果你把它作为加班工资的话就要根据值班人本人的工资基数来计算,就可能出现在同一单位付出同等劳动工资却天壤之别的问题,这就违反了劳动法最基本的原则。如果现在有一个值班费标准的,比如五十和一百,那么是否低于最低工资标准。如果现有这个值班费合法的现行标准的,就要看是不是通过规章制度确定的,是不是在集体合同和劳动合同中有约定的,或者是有约定俗成的做法的,再或者某个企业十几年

甚至几十年都是这么做的,从来没有员工提出意见。如果没有上述这些合理来源,就是用人单位任意调整的,这时人民法院可以参照当事人提起仲裁之日公布的上一年度全省全社会在岗职工平均工资水平来确定。但又因为每个企业都是不一样的,无法让阿里巴巴和另外一家小公司同样都采用全省全社会在岗职工平均工资,所以按照全社会平均工资比照加班费的标准测算是在值班费的标准没有合法来源的情况下才适用。

再有就是一些对于门卫,仓库保管员,比如一些超市的仓库保管员。二十四小时吃住都在仓库,这些主张加班工资的法院会基于岗位的特殊性一般是从严掌握的。首先要看用人单位就这个岗位有没有进行过综合工时制或者是不定时工时制的审批。因为这些岗位往往是经过审批的,那么审批过了就按照综合工时制和不定时工时制来计算加班工资。第二个看用人单位在工作场所有没有为劳动者提供必要的休息设施,如床铺、固定的休息点,安装空调或电扇保证其正常休息。第三就是工作制度和规章制度中对于工作内容和强度有没有特殊的规定。若规章制度中对工作内容和强度是怎么要求的,如果按照规章制度确实是这样工作的话,事实上将没办法休息的,那就只能算作加班。所以说规章制度需要对劳动强度、保障休息上要有有一定的保障。再有就是看安排值班的人数,比如两个人就有轮换休息的可能性。另外还有一个底线的标准,就是如果完全支持劳动者加班工资的请求是否会使他所获得的报酬远高于该职业所获得的社会平均的薪酬。所以说,规则是为结果服务的,结果就是要符合大家心中至少差不多的公平和正义。如果按照某种规则最终得出的结果是匪夷所思的,那最终肯定要调整规则,或者在规则的解读或适用上做出某种提高或限制。

(七)劳动者是否可以建立两重或两重以上的劳动关系?

劳动合同法明确劳动者可以建立两重或两重以上的劳动关系。关于劳动待遇和福利待遇一视同仁,有区别的就是社会保险这一块。有些社会保险不允许劳动者在两个以上用人单位同时缴纳,比如养老保险。但是据了解,现在工伤保险可以双重缴纳,劳动者可以在甲单位缴纳也可以在乙单位缴纳,具体按照政策为准。政策规定可以在两个单位同时的,就要同等保护,政策规定只能在一家单位缴纳的,若选择了甲单位就不能主张乙单位缴纳了。这是社会保险比较特殊的。

(八)如何把握劳动争议案件中举证责任分配的问题。

司法解释一第十三条规定,因用人单位作出开除、除名、

辞退、解除合同、减少报酬、计算工作年限发生争议的,由用人单位负举证责任。现在应该适用调解仲裁法的第六条,发生劳动争议,当事人对于自己提出的主张有责任提供证据,与争议事项有关的证据属用人单位掌握的,用人单位提供,用人单位不提供的,承担不利后果。这是一个谁主张是举证的概念,而且后半段所谓有争议的证据属用人单位掌握拒不提供的,推定承担不利后果,这不是举证责任倒置的规定。对劳动者也一样,用人单位如果有证据证明劳动者有隐瞒重要证据拒不提供的,同样推定对劳动者不利的后果,并不是一个举证责任倒置的概念。比如用人单位主张劳动者不打招呼擅自离职,劳动者说是车间主任告知其不要干了,自己不得已离开的。此时用人单位无法提供离职申请书举证劳动者不辞而别如何,劳动者会表示用人单位是口头告知其的,没有发给其辞退通知书,无法举证。就是根据双方的陈述没办法要求举出书面证据证明其主张的内容。此时法院就要让当事人就其主张的法律关系和法律事实从间接证据方面进行举证,最终由法官根据当事人搜集证据能力的强弱,以高度盖然性为标准,综合运用逻辑推理和日常的经验法则做出判断,而不能在这种直接证据不存在,真伪不明的情况下直接根据举证责任的分配推定对用人单位不利的后果。间接证据就是根据生活常理来判断,一方在对方有这么一种行为的情况下应该有的正常的反应是什么,比如用人单位说劳动者不辞而别,应该去找他、联系他、给他写信,若单位不负责任,没有任何间接证据保留下来,没有做出任何反应,那法院就认为可能就是单位把劳动者撵走的。再看劳动者,劳动者说用人单位口头上将其撵走,为什么当时就跟发生冲突或者向劳动监察部门举报或者立刻去仲裁,若过了半年之后诉到法院说“当时是口头上撵走的”就不会被采信,会被认定不辞而别。如果用人单位有用缓兵之计那它钻了法律的空子,那没有办法。案件不可能还原每个事件的真相,这种情况下法院可能会让当事人提供间接证据,在举证的时候要围绕自身的主张,对方的合理反应,对方没有这方面的证据来代理案件,这样很有可能左右法官的心证。就是没有直接证据的情况下,有哪些间接证据可以表明自己的观点是正确的,所以说这不是一个简单的证据推定的问题。

(九) 因为用人单位没有跟建立职工花名册或者没有签订劳动合同,导致劳动者何时入职、薪酬标准如何等真伪不明的情况下应该怎么处理?

按到劳动合同法的实施条例,职工花名册里应当记录职工入职的时间。劳动者与用人单位对于入职时间争执不下,都

没有直接证据,因为没签合同,用人单位也没有建立职工花名册。此时只要劳动者主张的入职时间没有明显不合理的地方或者他主张的薪酬标准不明显偏离同行业的一般标准,法院就推定对劳动者有利的主张,按劳动者的主张来。此时推定对用人单位不利是因为用人单位违反了法定的义务。签订劳动合同是用人单位的法定义务,同样是因为用人单位不签订,导致各说其辞,那就推定对用人单位不利的后果。劳动者主张的入职时间、薪酬标准也要合理,比如主张是7月1日入职,这时用人单位能证明7月1日还没来到这个城市,如火车票凭证。若举不出反证,双方对7月1日到9月1日谁有无法举出在或者不在单位的令人信服的证据,这时候才可以提供推定。还有一个薪酬标准,既没有劳动合同,又是现金发放,又不让员工写签收记录,导致真伪不明,只要劳动者主张的薪酬不超过同行业,不明显偏离同行业标准就可以。

(十) 关于专业技术培训的问题。

用人单位为了让劳动者签服务期条款,是要对其进行一定的培训的,这也是现阶段用人单位能够对劳动者的随意离职行为进行限制的唯一法宝。通过培训约定服务期,通过服务期的约定劳动者离职提供违约金的方式,保证在可预见的某段时间劳动者在本单位工作。因为按照劳动合同法的规定,如果没有服务期条款,劳动者可以在试用期提前三天或正式合同期间提前一个月,没有任何合法理由而离开,而不需要承担任何的赔偿责任。这时候很多用人单位在入职的时候让劳动者写“如果你不到合同期限擅自离职就赔钱”,这个都是无效的。唯一有效的是,通过培训支付培训费,约定服务期条款,在劳动者服务期没满而要求离职时,以自己培训费用为上限去主张赔偿。这个重要的法宝用人单位有没有做扎实?如果约定的服务期条款是无效的怎么办?这个涉及到对专业技术培训的理解。首先不是所有培训都可以约定服务期,只是职业发展中的专业技术培训才能约定服务期。什么是职业发展培训?在入职入岗之初进行的上岗培训或者岗前培训,不可以约定服务期条款,因为这是用人单位法定义务。按照我国劳动法的规定,用人单位应当建立职工培训制度,按照国家规定及其培训经费,按照本单位的实际有计划地进行职工培训,法定义务的履行不能额外签订服务期。比如让老师傅带新来的员工,让其熟悉工作岗位,对如何这个机器如何操作进行培训,这个属于岗前培训、上岗培训,不能约定服务期。只有在员工适应了岗位需要后,为了进一步提高其素质,或者是一种高层次投资行为,提高竞争力留住人才的行为才能约定服务期。所以,首先要区分上岗培训与约定服务期

的培训,上岗培训专业的称呼是职业技能培训。约定服务期的必须使职业发展培训,也就是高层次,满足上岗需求后进一步拔高员工素质的行为,是一种高层次的智力投资行为,而不是你履行法定义务所进行的职业技能培训。第二,不是所有的职业发展培训都能够约定服务期的。职业发展培训中有些是与专业技术有关的,有些是与非专业技术有关的。比如说组织员工双休日、节假日到野外进行拓展训练,这能提高员工素质,如团队协作作战的能力、向心力、凝聚力,甚至繁荣企业文化,但这种培训哪怕支付了再多的费用都不能约定服务期,必须与专业技术有关,或者他所在的岗位的职业技能有关。

(十一) 如果用人单位非法解除劳动合同,劳动者主张撤销、继续履行并支付工资怎么办?

劳动合同在一审宣判前已经届满,这时劳动者主张继续履行,认为诉讼期间的经过属于劳动关系的暂停状态。这个问题的提出源于我们国家没有一个劳动关系的中止制度。哪些情况的发生会导致劳动关系的暂停,除了像劳动教养之类的,其他的没有规定。这就带来了法律适用上的空白,法院认为在用人单位非法解除劳动合同,经过法院审理确认,这个决定应该被撤销的情况下,如果在法院作出裁判前劳动关系已经届满,要求继续履行的,法院不予支持。只要在诉讼期间劳动关系已经届满,不支持劳动者继续履行,不认可暂停的观点,而认为诉讼期间的经过也是一种变相劳动合同履行的方式。此时法院会支持劳动者主张工资的要求。也就是说诉讼期间合同届满,对于诉讼期间、包括前面的停发工作日开始到期间届满的期间,要比照劳动合同的工资支付。有些劳动者主张诉讼期间也有损失,当时并不知道跟用人单位的关系究竟是否解除,将来是否还需继续来单位工作,因为诉请中还有继续履行的要求,这段时间事实上处于失业状态。对此第一种意见是酌情予以支持,第二种意见是不予支持。这两种意见都上报高院了,刘法官个人的意见是酌情予以支持。因为劳动者提的诉讼请求中有继续履行,除非用人单位能够举出证据证明事实上劳动者在打官司的过程中已经另外找工作了,这时候只能支持到劳动关系合同期届满。

(十二) 一审宣判的时候,劳动合同期还没有届满,那么对劳动者主张继续履行的请求是否应予支持?

应予支持,要判令劳动者按照合同约定期间履行到期间届满。如果当时没有届满,主张继续履行,继续履行需履行到届满这一天,标准是按照合同约定的工资来支付,因为这一切都是用人单位的非法解除行为造成的。我们知道劳动合同法

中规定了用人单位的代通知金制度,也就是说在某些法定的情况下用人单位可以选择提前一个月通知走人或者支付一个月的工资后立马走人,这两种方式如果前面符合法定情形的话都是合法解除。有些劳动者说劳动合同法也规定了提前通知解除权,比如说试用期期间三天,正式合同期间提前一个月,但现在马上就要走了,可不可以这个月工资不要了,不跟用人单位打招呼直接走人?不可以,这个代通知金是用人单位的专利。为什么用人单位可以劳动者不可以?是因为如果用人单位让劳动者马上离职的话给劳动者带来的最多的是一个月的工资损失,但劳动者不辞而别而不给用人单位一个月的缓冲期的话,如果找不到合适的人替代的收入损失远不是一个工资所能弥补的。所以劳动者如果在没有任何合法理由的情况下,如果劳动者想在正式的合同期间内不辞而别,又想免除提前一个月的提前告知义务而以不主张一个月的工资为条件,这个是不可以的。在用人单位没有找到替代性人员接手你的岗位之前,这一个月的提前通知义务是必须的。用人单位可以放弃,但如果用人单位不同意而劳动者走人,属于非法解除,因此给单位工作不能合理交接所受到的损失要全部赔偿。再有就是在劳动合同法中有违约金的设置,需区分为违约金是约束用人单位行为还是约束劳动者的行为。如果是约束劳动者,只有两种情况可以约定违约金。一个是基于培训所约定的服务期的条款,第二个是保密和竞业限制条款,其他的一般都是无效的。但是,在劳动合同中双方约定的制约用人单位的违约金的情形不限于上述两种。所以,对劳动者的限制从严掌握,对用人单位的限制从宽掌握。

还有一个问题,就是劳动者和用人单位一方不服非一裁终局事项中的某些事项。按照相关司法解释规定,不服仲裁裁决中的某一事项而向法院诉讼的,整个仲裁裁决都不发生法律效力。所以人民法院的仲裁范围应当包括仲裁中的所有仲裁请求。也就是说,法院的审理不限于原告诉状中不服的那几项,而是应该把所有的仲裁的项目都逐一征询双方的意见,双方有意见或者对方不到庭的,法院需要审理。这个不限于起诉一方对仲裁裁决不服的部分,原因在于一方对其中某一项提起异议,将导致整个仲裁裁决不发生法律效力。人民法院在诉讼中必须对所有的仲裁事项在判决主文中一一给以回应。

(十三) 加班工资的举证责任应该如何分配?

第一是考勤纪录和电子打卡纪录的证据效率。我们认为没有劳动者签字确认的考勤表一律不予采信,除非有其他的间接证据加以佐证。第二是关于加班工资举证责任的分配。

按照司法解释三的规定,劳动者主张加班费的,应当就加班事实承担举证责任,但如果其有证据表明用人单位掌握这些证据而拒不提供的,由用人单位掌握不利后果。这一条款是劳资双方博弈的结果,是被学者、法院所反对的。法院认为,要查清加班工资的问题,必须建立规范的、强制考勤制度。每天考勤必须经过工会的人在场或者劳动者签字确认。若用人单位无法提供或者建立这种规范的考勤制度,劳动者主张的加班工资我们一律支持。因为用人单位有能力去做而劳动者很难举证,很多加班都是口头的,也很难要求工友为其作证。没跟老板闹翻的为了继续在单位工作不愿意出庭作证,而跟着一起诉讼的工友因为与老板有利害关系,证言不足以采信。在用人单位不认可的情况下,劳动者能够提供充分有效的证据证明加班时间几乎是有的。法院和法律提议的是建立规范的强制性的考勤,这对用人单位而言是不难的,只需要劳动者签字即可。现在要证明用人单位掌握了加班的证据拒不提供,有些会说单位没有考勤,或者从单位电脑里打印出来,上面没有劳动者签字,劳动者也不认可,这时能否否定对用人单位完全不利的后果呢?所以说加班工资的问题,既然劳资双方的博弈中用人单位胜利了,劳动者在这类诉讼中基本上以败诉为主。目前所见到的胜诉案件中基本是因为有录音。

(十四) 如何理解劳动合同法中规定,同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期? 试用期劳动者解除劳动合同不用赔偿用人单位的招录费用?

根据1996年原国家劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》规定,用人单位对工作岗位要求发生变化的同一劳动者只能适用一次。这条现在仍可以适用,但存在一些衍生问题:第一,同一劳动关系存续期间,这时候如果工作岗位发生变化,此时是否可以再次适用。这个问题现在争议比较大,因为劳动合同法中没有针对岗位做出相应的规定。因此,大多数观点认为,同一劳动关系存续期间,是不管工作岗位是否调整的(工作岗位的调整可能还要征得劳动者的同意),如果同意这个试用期可不可以再来约定,这个争议比较大。第二个是无争议的,即劳动关系中断之后同一岗位再次录用。比如做销售,今天离职了,过半年再回来做销售,这是不可以再重新约定试用期。第三就是劳动关系中断后,过了半年之后,原先做销售的现在做人力资源管理,这个可以重新约定试用期。所以对于同一用人单位和同一劳动者只能约定一次试用期,有几个要素左右这个结果。第一个是工作岗位有没有变化,第二个是同一劳动关系存续期间还是已经中断之后再另外建立劳动关系,中间有没有时间间隔,但现在没

有同一的标准。尤其是同一劳动关系存续期间,刘法官个人认为,劳动合同法当时的背景是想大幅度提高我国劳动保护的力度,按照当时立法者的本意,同一关系存续期间肯定是不能约定两次试用期的。但现在经济形势又变了,很多人对劳动合同法的解读开始向有利于用人单位的方向进行解读。

另外,关于试用期劳动者解除劳动合同不用赔偿用人单位的招录费用的问题。试用期提前三天通知用人单位,用人单位不同意,认为在招录过程中支付了展位费,消耗了其他人力物力资源才将其招录,对于其试用期表现也满意,现在已经把展位撤掉已不可能招录他人。对此,在劳动合同法之前,应该是可以要求赔偿的,因为当时按照违反劳动法的赔偿办法,如果试用期劳动者解除劳动合同是需要赔偿招录费用的。但劳动合同法之后,对于劳动者的赔偿责任就非常严了,此时只要劳动者履行了提前三天的告知义务,他可以全身而退,不需要支付任何费用,尤其不需要支付招录费用。但是如果劳动者不辞而别,那就必须要赔偿招录费用和其他损失。所以说劳动合同法对于劳动者的任意通知解除权在试用期规定了三天,只要满足这个条件劳动者就可以全身而退。还有一个问题是,试用期届满后还可不可以以劳动者不符合录用条件为由提出解除。比如有一个房产公司招一个营销副总,要求其必须在国内知名房企有过五年以上销售经验,结果有一骗子虚构经历,在跟老总交流后,未经审查即被招录,约定试用期为三个月。但一年后还是无法胜任工作,此时公司开始去调查其先前供职的公司,发现查无此人,于是就以不符合录用条件为由将其辞退。劳动者告公司非法辞退,因为对其是否符合录用条件的审查应在试用期内完成,超过这个期间就过期了,再提出来时对劳动者没有拘束力。此时可以通过其他的救济途径,按照劳动合同法规定,可以欺诈为由主张合同无效,要求损害赔偿,而不能以不符合录用条件为由提出解除。法律是很严谨的,必须按照正确的路走。



宁静致远, 法之君子

——专访浙江法君律师事务所主任凌为建

文/杭州律师记者团记者 浙江法君律师事务所 王宁晓

凌为建律师,中国农工民主党党员,杭州市律师协会民事业务委员会委员,浙江法君律师事务所主任律师,合伙人。

凌律师自1993年开始执业,至今已近20年,善于办理各类民/商案件的诉讼及非诉讼法律事务。

主要擅长法律事务:

- 建筑及房地产合同纠纷诉讼。
- 各类合同诉讼。
- 合资、合作、企业并购、资产重组以及各种大型项目的合同谈判等。
- 与企业事业单位的经营、管理及相关的各类专业培训。

“何谓法君,法之君子是也!”

“作为一名律师,非宁静无以致远!”

“要做好律师,必须先做好人。”

“演奏音乐与律师的执业有着其异曲同工之妙。”

“夯实基本功,从点滴做起,才能从必然王国走向自由王国!”

阳春三月,桃杏舒红,万物萌生,欣欣向荣,最是一年好时节!笔者应杭州市律师协会宣传与对外联络委员会及秘书处业务部之邀,对浙江法君律师事务所主任、合伙人凌为建律师进行专访。初闻此讯,颇感兴奋,能有如此良机向凌律师讨教,实属吾辈年轻律师的幸福。但细一思索,却未免有些惶恐,凌律师事务众多,惜时如金,是否能在百忙之中接受吾等晚辈的专访?怀着忐忑的心情,笔者向凌律师提出了专访的请求,没想到凌律师爽快地答应了下来,并与笔者约定了专访的时间。

于是,在一个阳光和煦的午间,我怀着一颗讨教的心,依约来到凌律师的办公室。

叩门而入,凌律师的一声“小王,请坐!”让笔者倍感

亲切。趁着凌律师转身沏茶之时,笔者环顾四周,凌律师的办公室依然是如此之干净整洁。书柜里各类书籍排放整齐,法学、哲学、人文、经济按类区分,唯独不见凌律师获得过的众多奖牌,只置一只四足青铜鼎和一架小提琴,还有一尊思想者的青铜雕塑。

办公桌上,一尘不染,除一茶壶之外,并无他物。边桌之上文件、文具、办公设备井然有序地排列着。这不禁让我想起凌律师的教诲:“保持文件整洁、有序摆放,是提高工作效率、减少失误的有效方法。”

移目往上,办公桌后面的墙上悬挂着四幅铁画,分别为“梅”、“兰”、“竹”、“菊”。笔者心中暗想,这不正是花中的“四君子”吗!这“四君子”分别代表着中国传统文化中的高洁、清逸、气节和淡泊的四种品格。正所谓:梅花雪中来,箭兰幽谷藏;竹林风吹过,紫菊飘淡香。而“四君子”图不落窠臼,以“铁”作画,不正是表征着律师“铁肩担道义”的职业使命吗?凌律师作为浙江法君律师事务所的创始人,合伙人,主任律师,在建所伊始就提出“何谓法君,愿做法之君子是也!”这不正是法君所名称的由来吗?这不正代表着法君所、凌律师及法君所各位同仁办所之理念,执业之信念吗?由此想来,这“四君子”并非凌律师随意的装饰,而是用心良苦的启示!

“小王,请喝茶!真不好意思,请你中午过来,下午我还有案件要开庭,只有一个小时接受你的专访,请你不要介意啊!”凌律师一边看表,一边说道。

接过凌律师递过来的茶杯,我的思绪也回到了这次专访中来。原本,笔者准备了专访提纲,想提纲挈领,依纲设问。此时却转念一想,一是时间来不及;二是吾等晚辈,

与其说是来专访，其实是来蒙受教诲，依纲设问，不免落入窠臼，陷于机械，徒生涩，难以尽兴，倒不如信马由缰，海阔天空地漫谈，这样不是能更生动，更完整，更立体地领略大律师的风采吗？

“凌律师，您好！您曾说过，法君，是法中君子之意。那么，创所之时，您将事务所取名为法君，对于律师这个职业有着怎样的指导意义呢？”我问道。

“小王，作为一名执业律师，更需要明白非淡泊无以明志，非宁静无以致远的道理！”凌律师接着说道：“要做好律师，必须先做好人。要成为一名律师中的君子，做一名君子律师。”

“凌律师，我想，每一个行业都应该以君子的人格来要求自己。为什么您尤其强调要成为一名‘君子律师’呢？”我不解地问道。

“小王，律师是一个特殊的行业。从律师的职业的特性上看，他承担着运送正义，维护正义的职责。但是，律师在运送正义，维护正义的同时，却是要收取物质作为代价的。然而，律师不是商人，律师应当有自身的职业品性、职业操守和职业道德。”凌律师沉重地看着我说。“小王，律师在为当事人提供法律服务的过程中，难免会遇到很多诱惑。尤其是一些刚入行的年轻律师，急于成功，急于获得名利，有时便会弃职业规范，职业道德于不顾。虽然，也有一时侥幸获利的，但是，最后难逃身败名裂。轻则受到纪律处分，重则锒铛入狱啊！这样的例子难道还少吗？”

“是啊，据我所知，有的年轻律师刚刚执业不满一年，就被吊销了律师执业证，真的非常可惜！”

“小王，律师的职业充满了挑战，充满了机遇，但是，也充满着‘危险’。而要成为一名成功的律师，必须斩断这种‘危险’，而斩断‘危险’最重要的一点，就是要做一名‘君子律师’！”

“那何为‘君子律师’呢？”我急切地问道。

凌律师意味深长地说道：“择其重点而言，‘君子律师’应有其正直的气节和操守，要恪守职业道德，依照法律，依照职业纪律办案，尽心为当事人服务。同时，‘君子律师’在‘铁肩担道义’之时，也应当合理地规避自己的执

业风险，保护好自己的职业生命。”

“凌律师，‘君子律师’的提法很好。只是，我觉得，‘君子律师’侧重于律师的道德内核方面。对于律师实务技能的提高，您对我们年轻律师能否给予一些建议呢？”我意犹未尽地问道。

“夯实基本功，从点滴做起，认真、负责，对于律师来说，永远应当放在第一位”。凌律师认真地说道。

“小王，你看到我的书柜里的那把小提琴拉了吧。”

“是啊，听说凌律师的小提琴演奏得很好的啊！”

“没有，只不过是自娱自乐罢了。其实，演奏乐器与律师的执业有着其异曲同工之妙。”凌律师爽朗地笑着说。

“演奏音乐是操作乐器，让音符组成美妙的旋律；律师执业是运用法律，让法理、条文组成公正的篇章。但是，想把乐器演奏好，必须从最基本，最枯燥的基本功、练习曲开始。同样，要提高职业技能，也必须从最基本的法律条文，文书写作开始。只有这样，才能从必然王国走向自由王国！”

只有这样，才能从必然王国走向自由王国！正当我沉浸在对这句话深深的思索之中时，凌律师已起身准备去开庭了。虽然，我还有很多疑惑想请凌律师解答，但也只能心存遗憾。只能希望今后能有更多的机会向凌律师讨教，实乃吾辈年轻律师之幸事！

此次专访，笔者自问乃是一个向资深律师讨教，学习的过程。原本该专访拙文笔者本无颜面示人，但深感同为年轻律师在执业道路上的一些困惑，只愿这些文字对大家有所启迪。

土地征收时农村外嫁女在土地补偿费分配中的权益保护问题

文 / 浙江诺力亚律师事务所 项坚民 杨慧丽

内容提要：本文的题目涉及三个概念，一个是农村外嫁女，一个是征收土地，还有一个是土地补偿费。在城市化、工业化进程中，农村外嫁女受“男娶女嫁”、“从夫居”等传统观念和习俗的影响，经常被所在村集体组织排除在集体成员之外，其获得土地征收补偿费、拆迁安置等权益往往被漠视、被侵犯，而尤以无法获得平等的土地征收补偿费的为多数。本文仅讨论土地征收时农村外嫁女在土地补偿费分配中的权益保护问题，从对杭州市余杭区现状的调研出发，分析原因，并着力于结合实际提出切实可行的解决方法。解决方法的重中之重，就是要统一集体经济组织成员资格的认定标准。同时，笔者结合杭州市已经实施的“一村一顾问”制度，提出切实可行的保护方法。

关键词：土地征收、农村外嫁女、土地补偿费分配、集体经济组织成员资格

2010年11月，张某等七名与城镇居民结婚的妇女向余杭区人民法院提起诉讼，要求其所在的余杭区某街道的社区居民委员会和居民小组支付2008年至2010年的土地补偿费。张某等人认为，其系该社区常住人口户籍，应属该小组集体经济组织成员。但是居委会、居民小组在分配土地补偿费的时候却因出嫁将她们排除在外，认为她们不具备集体经济组织成员资格，故无权主张土地补偿费的分配。法院经过审理认为，张某等人虽然与城镇居民结婚，但是户籍未曾迁移，以及结合其他因素，认为其作为集体经济组织成员资格并未丧失，故其要求所在居民小组支付土地补偿费的诉讼请求法院予以支持。而居委会作为土地出让方，对其下属的小组负有监督、指导和管理职责，应与小组共同承担付款责任，并据此判决居民委员会和居民小组共

同支付张某等人土地补偿费。

在上述七个案件中，外嫁女获得土地征收补偿费的权利被其所在的集体经济组织剥夺，最后虽然获得了法院的支持，但是却也经历了几多艰辛的维权道路。农村妇女土地权益受侵害问题是一个有着多种原因的复杂问题，而随着社会的发展不断出现新情况和新问题。下文将讨论土地征收时农村外嫁女在土地补偿费分配中的权益保护问题，并着力于结合实际提出切实可行的解决方法。

一、相关概念的厘清

（一）农村外嫁女

社会上对于农村外嫁女有不同的称呼，如出嫁女、农嫁女、农嫁居妇女等，其内涵应该说是基本一致的，笔者在此采用外延相对较广的外嫁女这一称呼。农村外嫁女并不是一个法律概念，确切地说，“外嫁女”应当是一种社会现象。所谓“外嫁女”，从字面上理解，就是与本村以外的男性结婚的女性，而不论其户口是否迁出、结婚对方是否为城镇居民。在外延上，本文讨论的，也是合法权益受到侵害最为严重的外嫁女，主要有以下几类：

1、嫁外村或城镇且户口已经迁出的妇女，这类妇女在原村集体的土地承包权必然被收回，但是在其迁入地却很难重新获得土地承包权，从而不影响其土地补偿费的分配；

2、嫁外村或城镇但不迁出户口的妇女，这类妇女因户口还在原村集体，根本不可能在夫家获得土地承包权，但是原村集体在分配土地补偿费时却往往因其出嫁将其排除在外；

3、迁回原籍的离婚、丧偶妇女，因其户籍曾经迁出，

回迁后很难再次获得娘家所在村集体的土地,也就更难在土地征收时获得土地补偿费;

4、未迁回原籍的离婚、丧偶妇女,脱离了夫家的依靠,很容易受到村集体的忽视,成为村里被边缘化的群体,更不用谈享受什么权利了。

(二) 土地征收

土地征收是农民集体所有土地向国有土地的转移,是指国家为了社会公共利益的需要,按照法律规定的权限和程序批准,并给农民集体和个人补偿后,将农民集体所有土地转变为国家所有。

(三) 土地补偿费

《中华人民共和国土地管理法》第四十七条规定,征收土地的,按照被征收土地的原用途给予补偿。征收耕地的补偿费用包括土地补偿费、安置补助费以及地上附着物和青苗的补偿费。

根据该法规定,征地补偿款包括如下四种:

1、土地补偿费,指用地单位依法对被征地的农村集体经济组织因其土地被征用造成经济损失而支付的一种经济补偿。

2、安置补助费,指用地单位对被征地单位安置因征地所造成的富余劳动力而支付的补偿费用。

3、青苗补偿费,指用地单位对被征用土地上的青苗因征地受到毁损,向种植该青苗的单位和个人支付的一种补偿费用。

4、附着物补偿费,指用地单位对被征用土地上的附着物,如房屋、其他设施,因征地被毁损而向该所有人支付的一种补偿费用。

二、土地征收时农村外嫁女的土地补偿费分配权现状

(一) 全国概况

近年来,农村妇女的土地权益遭受侵害的现象很普遍,农村外嫁女土地权益保护问题日益引起学者的关注,学者也从各个角度去探讨农村妇女失地的原因和对策。农村妇女尤其是外嫁女作为农村中的弱势群体,其土地权益往往得不到有效的保障。王欢在《农村外嫁女土地权益纠纷分析》中指出外嫁女在很大程度上受到歧视并不是个别的现象,而是在全国范围内亟待解决的突出问题。的确,几千年以来中国的男尊女卑思想根深蒂固,妇女受歧视并不是个案,而是一个全国农村普遍存在的问题。笔者查阅了很多文献,包括广东省、安徽省、山东省等在内的全国各大省市,只要涉及城镇化、工业化的农村,普遍存在外

嫁女土地补偿费分配权不能得到保障的情况。

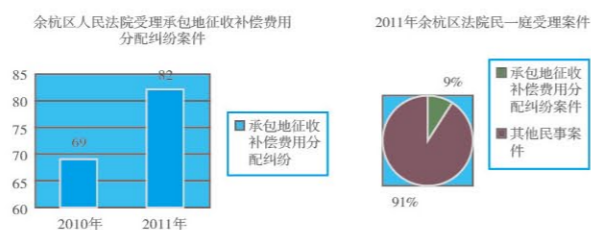
海南省三亚市人大曾作过一份调研,三亚市所有区镇现有集体土地补偿款分配的村委会共56个。在接受询问的村民中,同意“外嫁女”参加集体土地补偿款分配的有463人,不同意“外嫁女”参与集体土地补偿分配的高达2370人。法院受理涉及“外嫁女”权益纠纷的案件也逐年增多,2008年三亚两级法院受理“外嫁女”案件46件,2010年达到412件。

据浙江省妇联介绍,浙江省各级妇联2008-2011年来接待了6000多起涉及土地承包权、征用补偿、集体经济收益分配等受到侵害的“农嫁女”投诉。

(二) 我区概况

根据笔者调研所得的资料,杭州市余杭区2011年共有六个街道涉及到土地征收,其中良渚街道33个村社区中共有21个村涉及土地征收,共发生23起纠纷。其中村民小组层面调解3起、村社区层面调解4起、街道层面调解1起,另有15起提起诉讼。

据统计,2010年仅余杭区法院受理的承包地征收补偿费用分配纠纷共69件,2011年受理82件,比2010年上升18.84%。而2011年余杭区法院民一庭(民事审判庭,不包括交通事故人身损害赔偿案件、未成年人案件和商事案件)共受理案件890件,承包地征收补偿费用分配纠纷案件占民事案件总数的9.2%。



三、目前这种现状产生的原因

(一) 缺乏统一的土地补偿费分配标准和集体经济组织成员资格认定标准

农村外嫁女在土地征收时合法的土地补偿费分配权屡受侵犯,最根本的原因是全国缺乏统一的土地补偿费分配标准,或者说缺乏统一的集体经济组织成员资格认定标准。外嫁女的土地补偿费分配权是与其集体经济组织成员资格息息相关的。

《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二十六条规定,土地补偿费归农村集体经济组织所有。《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条明确规定,征地补偿安置方案确定时已经具有本集体经济组织成员资格的人,请求支付相应份额的,应予支持。也就是说,外嫁女土地补偿费分配权问题的实质是农村集体成员权的权利主体问题。根据这一规定,有的地方规定以地为标准分配征地补偿款,即有承包地就享有分配权,无承包地则不享有分配权,是没有任何法律依据的。“外嫁女”极力要争取的是一份“农村集体经济组织成员资格”,或者说,自己的“村民资格”。只要具有农村集体经济组织的成员资格,就享有平等取得土地补偿费的权利,当然根据相关法律规定适当多分的除外。

但是对于什么样的人才具有集体经济组织成员资格,《中华人民共和国土地管理法实施条例》没有规定,其他的法律法规也没有规定。《中华人民共和国村民委员会组织法》只规定土地补偿费分配的权利在村民会议,也就是说,国家法律把全部的权利交给了村民自治,而由于本文以下将论述的思想基础、经济基础等方面的原因,村民自治必然存在某些缺陷和差异性。目前各地在实践中的通常做法主要有三种:一是单一标准,即以是否具有本集体经济组织所在地常住农业户籍为依据。二是复合标准,即以户籍为基础,辅之以在本集体经济组织所在地长期生产、生活,并履行本村集体的村民义务等条件来判断;三是根据权利义务关系形成的事实作为依据,必须与本集体组织形成事实上的权利义务关系及管理关系。

正是由于集体经济组织成员资格认定标准的复杂性,在外嫁女出嫁后户口未迁出的情况下,如果其夫家所在集体经济组织实行第一种单一标准,外嫁女因户籍不在夫家而不具有该集体经济组织成员资格,但其原籍所在集体经济组织又实行第二种复合标准,该外嫁女因不在原籍生产、生活导致不具有该集体经济组织成员资格,这样便造成外嫁女征地补偿款分配权两边落空的现象。

(二) 传统观念根深蒂固,重男轻女思想依旧

在我国封建社会宗法制持续了两千多年,男尊女卑的思想根深蒂固,至今对社会各个方面起着潜移默化的影响。中国自古以来很重视宗族,宗法社会在进行身份界定时奉行这样一条规则:妇女出嫁后依附男家,与其原来宗族不发生关系,该妇女所生子女不登入该妇女的族谱,依靠这样来保护宗族的纯洁性,乃至保护宗族存续性。即使在21世纪的中国,许多农村村民由于文化素质不高、法治

观念不强,依然笃信重男轻女的传统。“嫁出去的女,泼出去的水”的封建腐朽观念在农村根深蒂固,甚至被认为是天经地义。这种男尊女卑的封建腐朽观念是村民大会(村民代表会议)以及村规民约剥夺“外嫁女”合法权益的思想基础。

(三) 资源稀缺,利益驱动导致矛盾加剧

现阶段,尽管农村集体经济组织得到较大较快的发展,农民的收入得到了较大的提高。但是在蛋糕数量是确定的前提下,多一个人分,其他人就少分一点,少一个人分,其他人就多分一点。在农村资源本身非常有限的状况下,人口急剧增长导致的矛盾越来越大,人地关系、利益分配的压力逐年加大。在这种状况下村民们认为自身的集团利益被抢走了,所以纷纷排斥外嫁女。

此外,由于对多米诺骨牌效应的忧虑,村民会担心如果给一个“外嫁女”分蛋糕,那么其他类似情况的“外嫁女”也肯定要求分一份,这是村民无法接受的。

(四) 部分村规民约违法,但监管存在盲点

根据《中华人民共和国村民委员会组织法》第二十四条的规定,征地补偿费的使用、分配方案经村民会议讨论决定方可办理。第二十五条规定,人数较多或者居住分散的村,可以设立村民代表会议,讨论决定村民会议授权的事项。村民代表会议由村民委员会成员和村民代表组成,妇女村民代表应当占村民代表会议组成人员的三分之一以上。也就是说,外嫁女能否获得土地补偿费分配的权利在村民会议或村民代表会议。而在村民会议上,外嫁女所占比例是相当少的,即使村民代表会议规定妇女代表应占三分之一以上,该比例也不足以决定会议决议。由于土地补偿费的总额是确定的,而分配人数和比例是不确定的,在自身利益的驱动下,就很容易做出侵犯少数外嫁女利益的决议。这是典型的“多数人暴政”,多数人决定侵犯了少数人的利益,这也是违反法律公平原则的,违反宪法精神的。

虽然根据《中华人民共和国村民委员会组织法》第二十七条的规定,村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触,不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。如有违反,由乡、民族乡、镇的人民政府责令改正,但是《中华人民共和国村民委员会组织法》却没有设置乡、民族乡、镇的人民政府对于村规民约或者村民会议决议的主动审查义务,很多时候,只有在村民委员会主动备案或者有纠纷、信访发生的时候,政府才会对其进行审查。这样就导致了外嫁女的权益不断受到侵犯,而政府只

有在发生大规模信访案件时才发现问题所在。

(五) 救济手段缺乏, 保障措施不力

救济手段的缺乏是外嫁女土地补偿费分配权纠纷始终难以得到解决的最主要的原因之一。

1、侵权发生后调解难。

许多土地权益受侵害的外嫁女找村干部, 村干部因为村规民约的规定和村民代表的反对而无能为力; 找镇街道, 镇街道认为土地是村里的, 村民思想做不通, 如强制执行, 则势必会引起其他矛盾; 找到区妇联, 区妇联缺乏相应的执法权限, 心有余而力不足, 也只能结合受害妇女所在的镇街道妇联做一些宣传教育工作, 或是协调有关部门解决, 但解决起来难度很大, 收效甚微。

2、诉讼难。

很多被侵权的外嫁女只能走上诉讼的途径。但是外嫁女争取土地补偿费分配权的法律依据仅仅是《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》, 该解释的适用虽然具有普遍性, 但是毕竟不是我国正式的法律渊源。很多地方法院在受理、判决此类案件时弹性很大。据笔者了解, 除余杭区法院外, 杭州地区大部分的法院对于类似案件是能推则推。

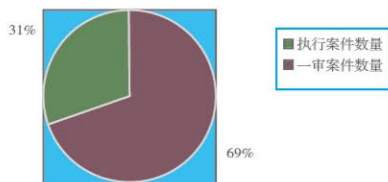
《中华人民共和国物权法》第六十二条虽然规定, “集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的, 受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。”但是由于没有程序法的保证, 类似的案件法院几乎不予受理。据笔者调研, 《中华人民共和国物权法》实施至今, 杭州市余杭区人民法院以该条案由受理的案件数量为零。

3、执行难。

即使诉讼时外嫁女胜诉, 土地补偿费总额固定且已根据方案分配完毕, 如要分配给外嫁女, 势必要减少其他成员已经收到的土地补偿费, 这是其他成员所不愿意的, 因此根本不可能自觉履行。

据统计, 余杭区法院2011年办理的82件承包地征收补偿费用分配纠纷案件中, 除部分败诉外, 有36件进入执行阶段, 占受理案件数的43.9%。

2011年余杭区人民法院承包地征收补偿费用分配纠纷案件受理及执行数量



进入执行阶段以后, 原则上说要去每一个集体经济组织成员执行, 但实践中, 法院很难再从村民的口袋里将钱掏出来进行重新分配。某执行法官告诉笔者, 这类案件一定要把村民委员会(社区居委会)列为被告, 这样在执行的过程中就可以通过查封村委会账户上的其他财产来兑现补偿户的权益。但这势必依赖于村集体是否富裕, 如果村集体没有其他财产可供查封, 判决的执行就很容易落空。而且严格从法理上来讲, 这样的操作是侵犯集体经济组织其他成员的利益的。

以上种种, 使土地权益受到侵害的妇女们往往争得自己的合法权益很不容易。

四、解决方案

(一) 从立法上统一集体经济组织成员资格的认定标准

如前所述, 正是由于集体经济组织成员资格的认定标准的复杂性, 导致很多外嫁女获得土地补偿费的权益受到侵犯, 所以当务之急是确定统一的集体经济组织成员资格的认定标准。而确定统一标准, 最理想的状态是在全国范围内以法律的形式予以确定, 使其具有全国适用的效力, 从而解决地区之间甚至是跨省的外嫁女权益问题。当然全国性法律的制定具有一定的过程, 在这个过程中, 就需要各省市自行探索, 寻找合适的认定标准, 也可以为法律的制定提供实践依据。

2010年11月23日, 海南省高级人民法院出台《关于规范审理农村集体经济组织征地补偿费分配纠纷案件的指导意见》(以下简称指导意见), 该指导意见提出农村组织成员资格判断的一般原则是: 以形成较为固定的生产、生活关系, 并依法登记所在地常住户口作为判断取得农村集体经济组织农村土地为基本生活保障的实质要件, 综合考虑农村富余劳动力向城市转移的大趋势等各种因素综合分析判断。指导意见下发以后, 三亚两级法院审结了积压和久拖不决的139件此类案件。

在我省, 根据2007年9月29日浙江省第十届人民代表大会常务委员会第三十四次会议修订的《浙江省村经济合作社组织条例》的规定, 界定村经济合作社社员的标准是户籍在本村, 且遵守村经济合作社章程的农村居民, 同时需要符合六个条件之一: 开始实行农村双层经营体制时原生产大队成员; 父母双方或者一方为本村经济合作社社员的; 与本社社员有合法婚姻关系落户的; 因社员依法收养

落户的; 政策性移民落户的; 符合法律、法规、规章、章程和国家、省有关规定的其他人员。可见, 该规定对于村经济合作社社员的标准的界定, 是以户籍所在地和户籍性质为基础的单一标准。该标准排除了在集体经济组织内履行义务的要求, 但操作简单。

笔者认为, 附加了本集体经济组织所在地长期生产生活要求的复杂标准虽然看似合理, 但是在“长期生产生活”的认定上又产生了随意性和地区差异性, 长期以及生产生活的定义较之集体经济组织成员资格更为复杂, 稍不确定就不利于外嫁女权益的保护。而单一标准简单易行, 认定简单, 只要外嫁女户籍在某一集体经济组织且户籍性质为农业户, 不论在娘家还是夫家, 其合法权益都能够得到保障。

(二) 解决集体经济组织成员资格的认定程序问题

1、集体经济组织内部确认

最高人民法院《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条虽然已经涉及到农村集体经济组织成员的资格问题, 但对谁有权认定成员资格问题未作出明确规定。对于谁有权认定农村集体经济组织成员资格, 实践中存在很大的争议。根据《浙江省村经济合作社组织条例》第二十七条的规定, 社员大会可以讨论决定章程未明确的社员资格条件及保留、丧失社员资格的有关事项。

因此笔者建议, 在立法的层面, 明确集体经济组织成员(代表)大会, 包括以村为单位的集体经济组织和以小组为单位的集体经济组织等, 有权对集体经济组织成员资格进行认定。

2、司法认定程序

在村集体经济组织内部调处不成时, 可以通过什么途径来解决呢? 目前各地的操作各不相同, 有些地方由县(市、区)人民政府农业行政主管部门予以确认。但是上述做法无论从法律规定的农业行政主管部门的职权来看, 还是从农业行政主管部门的机构职能来看, 均未赋予农业行政主管部门确认农村集体经济组织成员资格的行政职权, 故由县(市、区)人民政府农业行政主管部门确认该事项缺乏法律依据。

理论上, 最优的选择是由人民法院通过司法程序确认农村集体经济组织成员资格。人民法院作为司法审判机关具有极高的权威性, 其审理案件从实体和程序上都有严格的规定, 有利于查明事实, 公正判决, 由其通过司法确认农村集体经济组织成员资格不仅容易让人信服, 有效地定纷止争; 而且利于有效地保障农村集体经济组织成员的

合法权益。但是在我国目前的法律框架下, 人民法院确认农村集体经济组织成员资格依据不足, 实践中的操作主要有以下两种。

(1) 不单独受理农村集体经济组织成员资格确定案件, 但在侵害集体经济组织成员权益、土地承包经营权纠纷等案件中对农村集体经济组织成员资格予以确定。

如本文文首的案例, 人民法院在审理七名外嫁女请求分配土地补偿费的案件中, 首先结合证据, 认定原告作为集体经济组织成员资格并未丧失, 从而支持原告要求所在居民小组支付土地补偿费的诉请。在该案中, 人民法院就是在办理侵害集体经济组织成员权益、土地承包经营权纠纷等案件中对农村集体经济组织成员资格予以确定。

(2) 单独受理农村集体经济组织成员资格确定案件。

重庆市永川区人民法院曾就农村集体经济组织成员资格的认定问题进行过专项调研, 并得出人民法院有必要介入农村集体经济组织成员资格的认定纠纷的结论。据笔者了解, 在杭州市八城区中, 仅有一至二个区单独受理农村集体经济组织成员资格确定案件。法院单独受理农村集体经济组织成员资格确定案件, 并没有明确的法律规定, 其法律依据在于《中华人民共和国村民委员会组织法》第二十条第二款规定: “村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表讨论决定的事项不得与宪法、法律、法规和国家政策相抵触, 不能有侵犯公民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。”而农村集体经济组织成员资格的确定事关该组织成员能否享受集体收益分配, 涉及该组织成员的财产权利, 应当由人民法院依法进行认定。正是由于这种法律的非明确规定性, 很多法院不愿意单独受理农村集体经济组织成员资格确定案件。

第一点固然能解决外嫁女权益受到侵害后的保护问题, 但是第二点更能从根源上维护外嫁女的权益。如果赋予了人民法院单独确认农村集体经济组织成员资格的权利, 那么在集体经济组织作出可能侵害外嫁女的土地补偿费分配方案, 但未实际分配前, 农嫁女就可以通过诉讼的途径确认自己的集体经济组织成员资格, 从而在土地补偿费的首次分配时就得到满足。这样, 就避免了因土地补偿费首次分配后, 农嫁女的合法权益的执行难问题。

因此, 笔者建议, 在立法的层面, 明确人民法院单独确认农村集体经济组织成员资格的程序。

(三) 预留土地补偿费份额, 保障权益维护

前文已经论述, 由于法院很难再从村民的口袋里将钱掏出来进行重新分配, 执行村(社区)委员会的集体财产

又存在侵犯其他集体经济组织成员利益的隐患,因此最合适的方法是预留部分土地补偿费的份额,用于支付将来可能发生的合法诉求。

1、预留份额量的确定

如果预留土地补偿费份额过高,必然引起享有分配权的集体经济组织成员的不满,而预留过低,又丧失预留的意义。因此,建议在土地补偿费的总额中预留20%。针对预留部分土地补偿费,还有两个问题要注意。

(1) 土地补偿费预留部分的用途

要保证专款专用。土地补偿费首次分配后,由于分配形式的违法导致外嫁女或其他权利主体权益的侵犯,经政府机关或者人民法院以合法的形式明确该主体的分配权,方能动用该笔资金。

(2) 土地补偿费预留部分的收益归属

因该笔资金的所有权人为某特定的集体经济组织全体成员,一般体现为村(社区)小组成员,故该笔资金的孳息或者其他收益,均应属于某特定的集体经济组织全体成员。为保证预留份额的数量,对于该笔资金仅能进行的是保本性的投资或营运,且投资或营运的收益应属于某特定的集体经济组织的全体成员,按土地补偿费分配的比例在集体经济组织内部进行分配。

2、预留时间

对于预留的这部分土地补偿费在多久以后可以再次分配给集体经济组织成员,笔者建议不少于两年。原因在于根据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定,一般民事案件的诉讼时效为两年,法律对于外嫁女包括其他被侵权人请求承包地征收补偿费用分配的诉讼时效没有特殊规定,就应当适用两年的诉讼时效。除有确切的证据证明外嫁女一直不知道所在集体经济组织存在土地征收情况,一般情况下,自土地补偿费首次分配满两年之后,受侵权的外嫁女其要求参与分配的请求无法再得到法院的支持(当然这里就要求在土地征收的过程中必须严格按照法律规定的程序处理)。所以,建议自土地补偿费首次分配满两年之后,再依原分配方案或经法律程序确认的新分配方案分配预留的土地补偿费。

(四) 建立违法追究制度,加强对村规民约的监管

建议政府在尊重村民自治的同时出台具体文件,加强对村规民约的宏观指导,规范县、乡(镇)政府监督、管理村规民约的具体权限和程序,完善对村规民约的审查和监督,确保村民在法律许可的范围内行使自治权。针对余杭区目前的实际情况,拟提以下建议。

1、充分利用已经开展的“一村一顾问”资源。

一方面要求律师主动介入村规民约的制定,另一方面引导村(社区)委员会将每一份村规民约的草案交由律师进行法律审核,对草案内容把关,对违反法律法规、国家政策的内容由律师建议修改后方允许提交村民大会或村民代表大会表决。如村(社区)委员会拒绝接受律师修改建议的,律师应当及时告知相关政府部门,由人民政府根据《中华人民共和国村民委员会组织法》第二十七条的规定责令其改正。

2、建立违法追究制度。

对于通过表决的违法侵权的村规民约或者被法院因侵犯成员权益撤销的村规民约,如果系未经社区律师法律审核的,由该村(社区)负责人和主要责任人员承担责任,记入村(社区)干部考核体系。

(五) 结合“一村一顾问”工作,从村干部和村民两个层面加强宣传教育。

1、对村干部进行法律培训

配合“一村一顾问”工作,由村(社区)律师对村干部、村民小组长进行法律培训,增强其学习法律知识的自觉性,让其深入了解《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》等法律尤其是相关条文,在村规民约的起草层面减少对外嫁女权益的侵犯。

2、对全体村民进行宣传教育

通过政府发放宣传资料、公益广告以及法律讲座等丰富多彩的形式,提高村民的思想认识,摒弃其传统的小农思想、重男轻女观念。一方面让村民了解相关的法律规定,防止因自身利益导致的在村民会议上“多数人的暴政”;另一方面也可以让外嫁女接受更多的信息,知法懂法,知道借助法律手段维护自己的权益。

本文系笔者结合工作实际和杭州市余杭区土地征收中的现实状况,从土地征收时农村外嫁女在土地补偿费分配中的权益这一极小的视角,对外嫁女被侵权的情况进行了深入分析并提出自己的看法。同时也希望笔者的这点看法,能够给外嫁女、入赘女婿以及其他农村特殊人群的权益现状带来些微的改变。如有不当之处,敬请指正。

代驾的法律关系及其展开

文 / 浙江五联律师事务所 唐泽文

写作缘由:前不久,一位好友因酒后驾驶被判刑入狱,而立之年的他,今年刚刚升职副处长,本来前程一片大好,不料阴沟翻船。更让人惋惜的是,他在事发之前还叫过代驾,两人在路上因为路线选择发生争执,代驾司机摔门而去,而他赌气酒驾,终至翻车。这位朋友在承担刑责之外,还要丢掉公职。朋友在取保候审期间,咨询我如何追究代驾公司的法律责任,引发了我的思考。

法律如何改变社会习俗?

饭局喝酒,向来是国人的传统饮食文化之一,不论逢年过节、公关交际还是平时小聚,总要喝上几杯方显主客之谊,在这一点上,真正是地无分南北,人无分老幼。许多人对此深恶痛绝又颇感无奈,有的行业还专门出台各种规定但又屡禁不止……不过,随着2011年5月1日刑法修正案(八)“醉驾入刑”条款的正式实施,这种推杯换盏、觥筹交错的场面骤减。据公安部统计,“醉驾入刑”实施一年以来,酒驾查处数量较上年下降80%以上,更有媒体报道,“醉驾入刑”令餐饮业、酒吧业和酒类生产等相关企业的销售额大幅滑坡。

“醉驾入刑”是指刑法第133条关于“危险驾驶罪”的修改,这个刑期不长、刑责相对较轻的条款,在引来一片叫好声的同时,也在很大程度上改变了千百年来中国人的饮食文化。随之而起的则是一项新兴行业:代驾。

代驾送客和代客泊车原本是少数高档酒店为客人提供的一项延伸服务,其实在“醉驾入刑”以前就已出现。“醉驾入刑”后,市场需求急剧扩张,代驾已由少数酒店的延伸服务,演变成一个庞大的产业。据《青年时报》2012年4月的调查显示,杭州以“代驾”命名的公司有60余家,而实际提供代驾服务的公司和个人已达300多家。

作为一个刚刚兴起的行业,代驾服务目前处于“三无”状态:无监管部门、无准入门槛、无行业标准,因代驾引发的纠纷或事故屡见不鲜,也没有相应的纠纷解决机制。尤其在代驾过程中,一旦发生交通事故该如何承担责任,代驾存在着不少法律盲区。针对代驾的现状,杭州市有不少人大代表、政协委员在2012年两会期间提交过各种建议和提案,希望能够从地方性法规或行政规章上有所突破,探索和规范代驾行为。

代驾纠纷频频见诸报端,各路媒体在采访律师时,同仁们却对代驾的看法大相径庭。有的说代驾是运输合同关系,有的说是委托合同关系、有的说是承揽合同关系,也有人说是提供

劳务的雇佣关系……

笔者认为,代驾属于何种法律关系,应当结合具体个案才能作出准确的分析,先来看三种较为常见的代驾情形及法律关系。

案例一:饭店员工代驾违章发生事故,饭店负连带责任

2011年11月9日,广西南宁的马先生驾车到一家饭店用餐。饭后,马先生花了150元代驾费,由代驾者小王驾驶马先生的宝马车送他回家。途中,由于小王操作失误,追尾撞了两辆轿车,三辆车均不同程度受损。

交警认定,此次事故由代驾者小王负全责。事故发生后,小王支付了被撞的两辆轿车维修费后,不愿支付马先生宝马车的维修费。马先生认为,小王是饭店工作人员,饭店应对小王的行为承担民事责任。但饭店方面称,代驾是小王的个人行为,代驾过程中发生交通事故与饭店无关。协商未果,马先生一纸诉状把饭店和小王一起告上法庭,要求承担连带责任,索赔经济损失5.3万余元。法院审理后认为,代驾人的行为属于职务行为,判决由饭店赔偿马先生5.1万元维修费。

饭店等娱乐场所为客人提供酒后代驾服务,无论有偿还是无偿,都属于餐饮消费服务的延伸,是消费行为的延续,是消费者与酒店之间的消费服务合同的组成部分。若发生交通事故,说明酒店没有尽到自己将消费者安全送达目的地的义务,违反了服务合同的约定,在肇事车辆没有上保险的情况下,应当由酒店承担责任。如果确实是因为代驾司机的过错导致交通事故的发生,酒店在向消费者承担违约责任之后,可以再向代驾司机追偿。

这一案例也提醒所有的代驾公司,当公司派出的代驾司机违章发生交通事故时,公司将会面临赔偿。因为代驾司机是受代驾公司指派的,其代驾行为是职务行为。消费者酒后找代驾公司的目的就是防止发生交通事故,找了代驾公司发生事故,合同目的没有实现。如果是因为代驾司机的责任造成的,则存在违约问题。

相关法条:《侵权责任法》第三十四条 用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,由用人单位承担侵权责任。

《民法通则》第四十三条规定:企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为,承担民事责任。

案例二：同事代驾违章发生事故，被判赔偿经济损失

张鸣与赵俊是同事，2012年春节前夕，老板请员工吃饭，张鸣喝了很多酒，而赵俊则滴酒未沾。饭后，赵俊主动帮张鸣代驾。回家途中，由于赵俊违章行驶，与李海宏驾驶的车辆相撞，事后，张鸣赔偿李海宏1万元经济损失。但张鸣认为，这1万元是赵俊违章造成的，应由赵俊承担，故诉至法院。庭审中赵俊觉得很冤，自己当时是出于好意帮忙代驾，为什么还要赔偿损失？

法院审理后认为，赵俊的代驾行为与张鸣形成了无偿的委托合同关系，因为受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。由于赵俊违章驾车发生交通事故属于重大过失，故赵俊应当承担1万元的经济损失。

在民法理论中，赵俊帮助别人代驾，实际上是一种好意施惠行为，一般不成立合同关系，正如答应了别人请客却又爽约，但不能因此追究爽约者的违约责任。再从司法解释的规定本身来看，代驾者赵俊确实有点冤，司法解释的本意是给被侵权人多一条权利救济的渠道，但对于被帮工人赔偿后再向帮工人的追偿，并不明确。从情理上来说，这样的判决结果值得商榷。

相关法条：《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十三条：为他人无偿提供劳务的帮工人，在从事帮工活动中致人损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任。帮工人存在故意或者重大过失，赔偿权利人请求帮工人和被帮工人承担连带责任的，人民法院应予支持。

案例三：非代驾公司司机有偿代驾违章发生事故，由谁负责？

2012年8月14日晚，杭州的潘先生喝完酒准备回家，一时找不到代驾，顺手拦了一辆出租车，和司机商量是否可以代驾送自己回家。两人商量妥当，的哥开着潘先生的车上路了，途经良山东路时不慎将一名骑车人撞倒，潘先生和的哥随后将伤者送往医院。

事发后，潘先生和的哥就治疗费用、赔偿等问题产生了纠纷。潘先生的车子虽然有保险，但他担心的是超出保额部分怎么办，双方对责任承担未能达成协议。出租车公司则表示，车祸不是在开出租车时发生的，这是的哥的个人行为，公司不会对此事负责。

由于此案尚未进入诉讼程序，新闻媒体报道后，围绕此事的法律关系，则是见仁见智。笔者收集了当时的报道，媒体记者在采访律师时，大致出现了三种意见：

第一种意见认为，代驾是运输合同的一种，按照《合同法》第二百八十八条规定，运输合同是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。运输合同属于提供劳务的合同类型，与委托合同、雇佣合同、承揽合同等其他提供劳务的合同有相似之

处，但也有区别。

按照《合同法》第二百九十三条规定，“客运合同自承运人向旅客交付客票时成立，但当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。”代驾行为与乘坐出租车相类似，通常都是乘客到达目的地后再支付票价，但现实的问题是，代驾公司尚未纳入交通运输企业的营运管理，因此也就无法购买车票。有的代驾公司会让车主先签代驾协议，双方之间形成书面运输合同，以便发生纠纷时有据可查，但绝大多数情况下，代驾都是口头形成合意，一旦发生纠纷，投诉无门，甚至连“代驾公司”的门都找不到。

车票是旅客运输合同的凭证，由于注册时工商法律法规确定的经营范围项目中并没有代驾服务这一项，因此很难将代驾公司归类，如以汽车租赁公司、汽车服务公司等形式存在。在没有一家代驾公司纳入正规运输企业管理、出具正规有效的车票之前，代驾行为能否用运输合同来规范，存在疑问。此外，客运合同是由承运人提供车辆，而代驾是用别人的车辆把客人送达目的地，也不符合传统的认知。

新兴事物的出现往往会考验法律的严密性。一方面，由于没有正规的公司形式，行业自身发展受到影响；另一方面，接受酒后代驾服务的消费者担心的是发生交通事故、财物丢失及其他纠纷。

第二种意见认为，代驾行为属于委托合同。根据《合同法》第三百九十六条规定，“委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。”

委托合同与运输合同确有相似之处，但有明显不同。委托合同成立以后，受托人根据合同为委托人办理委托事务，必然要和第三人发生联系，受托人往往是以委托人的名义从事活动，实际后果也归属委托人，实际上，代驾并不需要受托人以委托人的名义从事活动。如果代驾是委托合同的说法成立，委托人与受托人同乘一辆车，那么第三人在哪里？

委托合同与运输合同的最大区别在于：委托合同可以有偿合同也可以是无偿合同，但运输合同必须是有偿的。另外在实践中，运输合同往往以实践合同的面目出现（亦可成立诺成合同），但委托合同则是不折不扣的诺成合同。

有学者认为，委托合同是一种古老的合同形式，后来随着社会的发展，一些特定的合同形式从中分化出来，如保管合同、承揽合同、劳务合同都源于此。围绕此案的报道中，也有律师认为代驾属于承揽合同关系，由于承揽合同需要通过定作、加工、修理某种产品才能实现，代驾显然不符合这一特征。

第三种意见认为，车主委托的代驾司机不是专业代驾公司的司机，他和的哥之间的关系应该是雇佣关系，因此一旦出现交通事故，应该由雇主（车主）来承担责任。不过，如果代驾司机有主观故意或者重大过失导致事故发生，则要承担连带责任。一旦成立雇佣关系，那么对于雇佣关系下雇员造成的损害赔偿就要适用无过错原则。可以这样理解，如果发生了交通事

故，车主无论有无过错，都要承担赔偿责任。——这一看法见诸报端时报道篇幅比较大，似乎也是媒体报道的主流意见，意在呼吁公众要找正规的代驾公司，不要找“黄鱼车”、“黑代驾”，以免承担不必要的责任。

这种观点的主要依据是《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第九条：“雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。”

笔者当时也接受了媒体的采访，由于时间仓促，直接援引了浙江省高级人民法院审理道路交通事故损害赔偿纠纷案件的指导意见，只谈了这起事故责任的分担，未对其中的法律关系做具体分析：“为机动车使用人提供泊车、代驾等服务过程中发生道路交通事故致人损害的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由提供服务方承担赔偿责任；接受服务方确有过错的，承担相应的赔偿责任。”

现在回过头再来分析这一指导意见，省高院实际上是将代驾作为一种变相的运输合同，让代驾者来承担补充责任。

私人有偿代驾应当是一种劳务关系

综上所述，代驾合同（一般为口头合同）的双方当事人应为车主和代驾公司，公司代驾人员与车主不直接发生关系，双方可以比照运输合同的相关规定履行。但是面对以代驾公司为名，实际上是私人揽客的“黄鱼车”司机与车主之间的代驾行为性质，笔者认为应当是一种劳务关系。

2008年4月1日起施行的最高人民法院《民事案件案由规定》第110条曾列出“劳务（雇佣）合同纠纷”。案由是指法院依据争议的民事法律关系所确定受理案件的类别，同一民事法律关系归入同一类别，属于同一案由。从这个意义上看，法院将劳务合同和雇佣合同视为同一民事法律关系，当作同一案由来受理。但是2011年最高人民法院修改了《民事案件案由规定》，只保留了“劳务合同纠纷”，从这些细微变化来看，最高人民法院似有将雇佣关系归列到劳务关系名下之意。

劳务关系与雇佣关系，在法律条文中一直没有明确的界定，实务中经常混为一谈，理论界对此也有不同的看法。史尚宽先生认为，雇佣关系中受雇人与雇佣人间存在“特殊的从属关系”，受雇人的劳动须“在于高度服从雇方之情形下行之”。而劳务关系，很多时候作“劳动关系”的一个对应称呼，出现劳动类的法律法规中。

按照通说观点，劳务关系既可存在于自然人之间、法人与自然人之间，也可存在于法人与法人之间；而雇佣关系，一般只存在于自然人与自然人之间，不包括法人或其他组织。雇工在提供劳务的过程中，雇工应由雇佣人所选任，雇工必须接受雇佣人的指示和监督，有较强的稳定性和人身属性（如保姆、保镖、私人司机），这是雇佣法律关系的区别于其他法律关系的

显著特征。诸如临时性质的家政服务、代驾服务，应属劳务关系。

劳务关系与雇佣关系看似只有细微的差别，但在法律适用上会有不同的后果。《侵权责任法》第三十五条规定，“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任”。这与前文提及的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第九条的表述不同：“……前款所称‘从事雇佣活动’，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。”

这两个条款都提到了“劳务”，但未作区分。有人认为，无论从新法优于旧法还是上位法效力高于下位法，都应当适用《侵权责任法》。但是，受雇人从事雇主指派而为的劳务，是为雇主利益而为的劳务。在这种劳务中自身受到伤害，赔偿责任的确定，如果适用《侵权责任法》第三十五条，雇主按过错的有无、大小来确定责任，显然不合理。因此，有必要明晰各自法律关系的性质，以正确适用法律。

如果将代驾认定为委托关系或者雇佣关系，将他们之间的关系认定为委托关系或雇佣关系，这时就意味着车主要对事故承担责任。车主之所以找人代驾，是因为醉酒怕出事故才选择代驾。最终还是要让车主承担事故责任的话，明显违背了他的初衷，也有悖于民法的公平原则。从这一点来看，省高院指导意见对代驾者不作区分、将代驾作为准运输合同处理，是有其合理性的。

代驾协议的效力问题

由于代驾服务多为醉酒者提供，有时被代驾人处于意识不清、防范能力弱的状态，人身财产安全存在很大的隐患。代驾协议往往会声明消费者有责任保管好自己的随身及车内财物，发生丢失不负责任。这样的格式条款对消费者来说是不公平的。

代驾公司派人代驾为消费者提供服务，不管与消费者是否签有书面合同，合同关系事实上已经成立，所以应当保证消费者行车途中的人身和财产安全。一旦发生交通事故，产生赔偿事宜，事故车有保险的，保险公司先履行赔偿责任。如果事故确定是由代驾公司的过错造成的，保险公司可向其追偿。

多数情况下，车主都是酒后临时找代驾公司，代驾协议可以在饮酒前签订，也可以在饮酒后签订。虽然人在醉酒以后可能存在意识障碍，但是法律并没有规定醉酒的人为限制民事行为能力或无民事行为能力人，因此醉酒以后签订的合同也是有效合同。所以，委托人最好在饮酒前和代驾公司签订合同，以免发生纠纷时难以解决。至于在醉酒状态下由他人签订的代驾协议是否有效，则完全取决于醉酒人清醒后是否愿意追认。

牛仔很忙，助理很闲

——谈年轻律师助理如何利用空闲时间自我培养

文 / 浙江星韵律师事务所 叶舒

刚来的实习生小妹看到我在填快递单，便弱弱地问了一句：“师姐，要不我来寄吧？”我骤然回忆起两年前自己刚来律师事务所时的样子。同样是怀着忐忑不安的心情，迷茫着我能做些什么工作呢？偶尔壮着胆子向老律师“讨活儿干”，心想要是我能和周杰伦歌里唱的牛仔那样忙起来就肯定能学到东西了！

部分年轻的律师助理往往觉得没事儿做，每天早上上班就是趴在办公桌前发呆、上网。空闲状态持续久了，焦虑、恐慌的情绪便油然而生。这种现象是由很多原因造成的。可能是由于律师助理初入门，社会阅历浅、工作经验少，很多工作做不了；也可能是由于指导老师无心教导，或者由于业务繁忙心有余而力不足。最近听了浙江星韵律师事务所为期十二天的律师助理培训课后，我不禁再次思考，律师助理该如何利用空闲时间自我培养呢？

一、懂行、立志：心有多大，舞台就有多大

用星韵所吴清旺主任的话说，懂行情很重要，一问三不知会让客户觉得你没有经验、不专业。徐霄燕律师也强调，没事的时候可以查查杭州地区每个法院、检察院的地址，搜集法院、检察院等的通讯录，一来方便将来办案，二来若能对各个司法机构的基本情况了如指掌也容易获得当事人的信任。

闲时不妨思考律师在公众心中的形象。是褒义的专业、严谨、规范、值得信赖……还是贬义的巧舌如簧、颠倒黑白、市侩嘴脸……？作为律师，自己是否符合这个职业在

公众心中的正面形象？有哪些地方需要改进？自己有哪些长处和短处？如何扬长避短？将来想成为怎样的律师？……

心有多大，舞台就有多大。你能成为怎样的律师起源于你想成为怎样的律师。

二、模仿、内化：它山之石可以攻玉

记得刚入行时，师父对我说过，当律师就得终身学习，律师的专业功底都是平时内化下去的，用的就是晚上和周末的时间。连业余时间都应该用来提升自我，上班期间工作任务不多时为什么不能争分夺秒地学习专业知识呢？在学校里学习的法律知识总是有限、偏理论性的。工作以后接触实务的机会多了，应把已有的知识运用于实践，用实践检验这些理论的正误，进而继续扩充和深化理论知识，使自己的法律知识体系更加饱满完善和具有实际操作价值。学习是一个长期积累的过程，厚积薄发、积跬步以至千里。

正如婴儿学步，律师助理，尤其是一出校门立马跨进律所的年轻律师助理，就像一张白纸，最初的工作方法、工作态度、为人处世乃至对社会的认知都源于对指导老师、前辈同行的模仿。人才往往埋没于不良环境中，有一种理论叫作“毕业前三年决定人的一生”，正体现了和谐的工作环境、优秀的导师前辈对于年轻人初期成长的巨大影响作用。我很幸运，一到事务所时师父就嘱咐师兄郝雪涛律师手把手地教导我，而郝师兄敬业严谨的工作作风，谦

虚有礼的处事风格也给我留下了深刻的印象：完成当日工作再下班，法律文书制作要规范、美观，接待当事人时礼貌握手，当事人离开时送到电梯口并帮忙按下电梯按钮，谈完事情离开对方办公室时带走自己喝过的一次性水杯……太多的细节不胜枚举。若平时能留心观察周围律师身上的长处和优点，慢慢模仿并最终内化成自己的东西，它山之石必可攻玉。

三、珍惜、主动：参与即是机会

珍惜每一次办事机会，哪怕只是一件微不足道的小事。若能每次都做到吴清旺主任经常强调的“事前询问、办事认真、事后反馈”，指导老师觉得你办事妥帖，自然会放心地把事情交给你办。

平时大家各自忙碌，也许会遗忘坐在角落闷声不响的律师助理，这时不妨厚着脸皮“讨”点活儿干。看到老律师有需要打下手的事，主动伸手帮忙，不要嫌事情小、事情杂，没有人一上来就能办大案要案，将每一件平凡的小事做好就是最大的不平凡；看到师父或者其他律师在接待当事人，可以主动去添点茶水，要求留下旁听，相信只要不涉及什么隐私机密，一般不会遭到拒绝；主动向周围律师讨几个案卷来看，逮着机会和他们聊聊案情，既能了解办案，又能听到老律师的办案体会，而这些都是别人不会主动传授给你的精华所在。

四、善言、勤记：嘴皮子源自笔杆子

能说会写是律师的基本功。我的师父告诉我，早年的律师也许有张厉害的嘴皮子就够用了，如今的律师不仅要

有嘴皮子，更离不开好笔杆子。因此从助理期开始就要耍好嘴皮子、练好笔杆子。

平时没事可以多和同事讨论案件，开集体会议时多发言，训练自己的口才，习惯在大庭广众下说话，这样不论是对将来的庭辩还是与当事人沟通都大有助益。

也可以注册一个工作微博，闲时多与同行交流互动，既扩大了自己的交际圈，又便于时刻关注行业动态。试着写写微博，将自己每日所学所想浓缩在限定字数内的过程就是在锻炼精炼表达的能力，同时也在宣传自己。也可向其他律师讨几个案卷看，不是指走马观花地看，要动笔写成法律分析报告。我个人一直都有记工作日志的习惯，工作以来已记了好几本。我也很提倡年轻助理这么做，一来提醒自己不要虚度光阴，二来可供日后有需要时查阅。俗话说，好记性不如烂笔头。每天学到哪些东西、有什么工作感受、灵光一闪的想法都可以记录下来，待几年之后回过头来翻翻自己助理期的工作日志，会不禁感叹，我当初是这样一步一个脚印走过来的呀！

五、一句话，让自己忙起来才是硬道理

律师是一个精英行业，律师助理也大多是同龄人当中的佼佼者。我们怀着美好理想、远大抱负，踌躇满志地踏入这个行业，却有很多人在困惑和迷茫面前没有坚持走下去。成长是一个漫长而艰难的过程，一夜暴富、一举成名大多只存在于影视剧作品中，踏踏实实重视日常工作的基本功、让自己“忙碌”起来才是通往成功不可或缺的奠基石。

香港之行有感

文 / 浙江钱江潮律师事务所 凌国泉

对香港，一直非常的向往。因为这是一个特殊的地方，曾经沦为殖民地，深受英式文化、习俗影响，人民的信仰和价值体系是中西文化结合的产物，社会结构和社会体系亦是中西文化结合的产物。但如果说仅仅是因为对西方文化的原因，我大可不必一定要去香港，直接去欧洲、北美得了。对香港一直非常的向往，是因为她是我们伟大祖国的一部分，而这一部分是那么的辉煌而不同于内地。

因此，这一次能加入杭州市第三批青年律师赴港培训交流团，我感到非常荣幸、高兴和期待，同时非常感谢杭州市司法局给我们这样一个机会和平台，非常感谢年代学校，当然也特别感谢同行的全体团友，因为你们，我的香港之行必将是以后最美好的回忆之一，当然也要感谢接待我们的香港高等法院、律政司、律师会和各律师行等组织。

而事实也证明这一次的香港之行，确实是值得期待的。从7月8日傍晚到达香港，从映入眼帘的繁体字开始，到车辆全都靠左行驶，吃着叉烧，听着粤语，望着香港特有的横伸到马路中央的霓虹灯广告……从机场到酒店、到公开大学、到香港律师会、到律政司、到高等法院、到各律师行和律师事务所、到太平山顶、到维多利亚港、到星光大道、到会展中心，到各个商场……一边领略以前在香港影视作品中听到过看到过的铜锣湾、旺角、尖沙咀、油麻地等熟悉地名的地方，一边感受香港的人文气息，一边观摩学习交流香港的法律文化和律师行业，一边和每个团友从不熟悉到熟悉并结下深厚的情谊……繁华的城市、美丽的夜景、便捷的交通、可口的美食、琳琅满目的商品、精彩的讲课、差异的法律文化、不同的律师行业形态、律师收入分配体制、律师行管理体制、庄重的法官、尊严的法庭、严谨的审理、还有各位挚友的谈笑风生……

六天五夜的香港之行，就是不断地接受新的事务，不断地开拓新的眼界，不断地结交新的朋友，不断地认知新的文化价值体系，不断地了解新的社会规范体系……等等这个过程。这是一个美妙、充实、新颖、快乐……的过程。

因此，今天与其说我在这里写香港培训交流的报告，不如说我就这次香港之行，有一些事情、有一些体会，记载下来，并告诉自己——我有过这样一次非凡的旅行。

第一部分：香港初印象

六天五夜的香港之行，时间不长也不短，对香港的印象有很多，但从法律职业的角度出发，看香港的初印象，一句话：这是一个规则的社会。

到了香港，我第一个感叹，不是繁体字，不是车辆靠左行驶，不是高楼大厦……而是香港的红绿灯十字路口，汽车遇绿灯通过的速度真快。我想提倡机动车让行人，无论内地还是香港都是一样的。但香港的红灯停绿灯行的规则意识可能更加强烈，红灯不是你的路，你就得等，绿灯，轮到你走了，赶快通过。这种规则意识，让香港的节奏非常的快，这种规则，让香港的效率更加高。

此后，无论是我到银行兑换港币，还是排队买餐，还是到消费场所买单等等，人们总是自觉地排队，而无论有没有一米线，当一个人在办业务时，后面的人总在一米之外等候。

因此，我觉得这是一个规则的社会，这些无形中存在的规则保障了香港社会的快节奏和高效率。因此同样作为规则之一，这个规则的社会更让我对香港的法律制度产生了极大兴趣。

第二部分：同行交流

此次香港之行，重中之重，当然是有关我们自己专业的交流和沟通。我们旁听了高等法院庭审，访问了香港律政司、香港律师会，分别和香港韦页显律师行、香港何耀棣律师事务所作了座谈交流。我认为这样的交流非常的好，可以开拓思维，启迪非常的多，非常的大，限于篇幅，我只能列举几点，比如：

香港律师界已经形成了大中华区域法律业务概念，他们把内地业务作为异常重要的业务在做，有的整个律师行就做内地业务。但我们内地，是不是也可以考虑一个律师事务所或团队可以专门提供香港——内地法律服务，或台湾——内地法律服务等等。

香港律师的责任和风险非常的严格。香港的律师要决定加入一个律师行做合伙人是非常难的一件事，因为加入一个律师行之后，律师要对被加入的律师行合伙人过往的业务瑕疵责任承担连带责任的。这也导致了香港的律师行很难壮大。但我其实想表达的是，这可以看出香港律师的职业责任和职业风险是非常严格的，因此做律师业务要非常的审慎入微。做律师必须要有风险意识，做业务必须如履薄冰。

关于香港律师行的发展。内地律师事务所，特别是区县所在地律师事务所，现在都在谋求团队发展，比如一个律师事务所下设几个律师团队，每个团队负责一个专业方向发展。但这样的发展方式，会产生一个很大的问题，团队稳定之后，事务所很难再引进人才壮大，除非引进一个新的团队；而且还有一个问题，团队稳定之后，新业务的拓展没有人去实施；这两个方面都会制约一个律师事务所的进一步壮大。怎么去解决这个问题，在和何耀棣律师事务所沟通的时候，大家都认为关键还是要从事务所的分配机制上来解决，获益匪浅。

当然还有合伙人的退出机制，香港律师的细分工化等等。通过交流，我认为一定程度上而言：香港律师和律师行曾经走过的路，可能即将是内地律师和律师事务所要走的路。

以上只是我们此次培训交流的部分内容。我认为这一次的培训交流，一方面让我们学习和领略了香港律师和律师行的文化氛围和先进的管理机制，更重要的是为我们打开了一扇窗子，让我们看到了外面的律师和律师行是什么样的，开拓了视野和思维，找到了我们学习他们先进文化和管理机制的大致方向，唤醒了我们学习他们先进文化和管理机制的念头和欲望，为以后我们自己去学习和交流打开了一扇门。

最后，我还想提一下，香港的律师宣传可以向内地学习。高等法院的庭审是何等的威严和严谨，让我倍感律师职业的神圣。但香港报纸上满篇幅的律师业务广告，让我倍感叹息，特别是看到有出租车上印着“×××律师，人民律师，法律超人”的广告，让人忍俊不已。因此对香港的律师和律师行的交流和学习，我认为也要一分为二。

第三部分：我的团友

7月13日晚10点，我们登上了返回杭州的飞机，7月14日凌晨我们抵达杭州萧山国际机场。我老婆来接我，问我第一句话：怎么样，这次去香港的感受如何？我回答：我最大的感受是，我以后不是很想再去香港了。她问为什么？我说：以后去香港再也没有这么一帮人了，再也没有这样的乐趣了，以后去香港，有的只有感叹和唏嘘，有的只是不断的回忆起曾经和我这些团友在香港的一点一滴。

确实如此，六天五夜的时间，大家一起出发，一起听课，一起和香港的同行交流，一起逛街，一起用餐，一起泡酒吧……相同的行业，相近的年龄、相似的工作经历、相同的工作环境、相同的生活环境……我们很容易找到共同的话题，尤其难能可贵的是我们每个人的价值观都有一定的趋同性，都有同样的上进心，都想认认真真地去做一些事情……我们的感情是最纯粹的，我们的交往是最真诚的，我们的心扉是相互敞开的，我们可以抵膝而谈，有谈不完的话题，我们相互帮助，相互提醒，相互照顾……

我认为这六天五夜，我最大的收获就是认识了这群可爱的团友。哪怕以后再也没有这样的机会大家可以再如此这般地聚到一起来，我们认为我们没有遗憾。我愿意和大家宿醉到天明，然后离别，但我们的感情将永远地持续下去……

以上是我这次香港之行些许体会，其实可以回忆和感叹的东西太多了，远不止此。我希望藉此次香港之行，我们的各位团友在以后多联系，多沟通，多走动，大家共同努力，共同成长，不辜负杭州市司法局对我们的期望。

如何学习借鉴香港律师制度

——杭州青年律师赴港学习有感

文 / 浙江浙杭律师事务所 郑舒木

2012年7月8日下午3点35分,由杭州市司法局组织的第三批杭州市青年律师赴港培训团共计15人准时从杭州萧山国际机场出发,下午5点50分,飞机准点降落在香港国际机场,很荣幸,我成为了15名年轻律师中的一份子,开始了为期五天的学习交流。

本次学习交流主要包括三个部分:学习培训、访问交流和旁听高等法院的审理。在五天的学习交流过程中,带给我印象最深的还是与我们香港同仁们面对面的沟通交流,此行我们分别与香港律师会、韦业显律师行和何耀捷律师行的律师同仁进行了沟通交流。香港良好的律师执业环境、香港律师事务所规范的运作、广泛深入的服务以及香港律师的专业性和敬业精神均给我留下了深刻的印象,也引发了许多思考。

一、香港完善的法治环境促成了律师良好的执业环境。

香港是个法治社会,上到特首,下到普通公民,都视法律为最大的权威,在我们参访高等法院那天上午,香港新任特首梁振英就因为选举问题遭到高等法院的司法调查,充分说明了法律在香港的地位。而香港律师作为法律界的精英群体,自然也受到了社会的广泛尊重,分析其中原因,除了律师良好的专业素质和职业操守外,还缘于他们较好地维护了法治的社会责任。香港律师有坚定的法治理念,对香港完善的法律体系感到自豪,有很强的社会责任感,这也是律师自觉自律的重要因素。律师职业虽然是自由职业,具有一定的营利性,但它却是法治社会制度设计中不可缺少的一环,没有律师制度,公民的权利保障、司法公正、社会公平根本无法真正实现。相比在内地,社会上对律师的地位和作用的认识普遍是不全面的,许多人,包括部分律师,只是片面地认识律师营利的一面,忽略了律师对维护法治的作用。长此以往,不仅律师的社会地位难以提高,更将会造就一批没有社会责任感,没有法治理念,只会埋头办案,只会追逐利益的律师商人。所以,我们大陆律师也应当加强自律、提高执业理念、培养社会责任意识,真正成为能够推动社会法治进程的精英群体。

二、香港律师制度的设计值得内地学习。

香港律师的准入制度与内地有很大的不同,据香港律师会的林新强副会长介绍,拟取得律师资格的人,在香港大学、香港城市大学或香港中文大学取得法学学士学位及法学专业证书后,只须完成两年的实习律师实习期,表现良好,就可获许在香港以律师身份执业(事务律师),而不需要像内地一样需通过统一的国家司法考试。所以,从律师职业准入制度方面,香港注重的是法学本科教育的学历,而不是某一次考试。这种制度设计的优点在于整个律师队伍都受过系统的法学教育,具有较为扎实的理论基础、教育背景、道德观念、职业理念都较为接近,容易形成统一的行业风气。对比内地的律师制度,只要拥有大学本科学习,不论专业方向,通过国家司法考试就有资格成为一名执业律师,这种制度设计的优点是较为公平、客观,但缺点也很明显,一次考试的局限性很大,实际上很难检验一个人的法律素养、整体素质。虽然,中华全国律师协会也出台了《申请律师执业人员实习

管理规则》,要求对每一位拟执业的律师,在实习期满后接受律师协会的考核,但这种考核的设置也还是无法解决内地律师准入制度的局限性。其次,在律师职业发展方面,香港律师在从事律师职业后可以投身政界,成为议员,还可以成为检控官、大法官,即可以从事更高社会地位的职业,当然,这要求律师在业务能力和职业操守方面具有良好的表现,所以职业发展目标也成为律师自律的动力之一。而在内地,在职业发展方面,由于律师制度与法官、检察官制度、公务员制度没有直接的衔接制度,律师很难成为这些公职人员,一位资深的律师即使通过公务员考试能够成为法官、检察官或政府公务员,也只能从最低层做起,并不是理想的职业发展方向。由于发展道路单一,缺少更高追求目标的激励,许多律师把赚钱当成唯一的职业追求目标,把赚钱的多少作为衡量自身价值实现的标准。当然,内地恢复律师制度的时间较短,由于法律人才缺乏等种种原因,现有的制度设计具有一定的合理性,但存在的问题目前已经渐渐暴露出来,如何在现有制度基础上,吸收香港的成功经验,改革律师制度,是不容忽视的课题。所以,我个人认为,在法律专业毕业生已经大规模扩张的基础上,我们内地也应当提高律师准入制度的门槛,限制非法专业的学生申请律师资格,同时,也应尽快出台律师制度与检察官、法官等制度的衔接机制,让优秀的、德高望重的律师可以成为检察官或者法官,这样才能真正提高律师这个行业整体的法律素养和执业理念。

三、香港律师的专业化分工和团队合作精神也同样值得我们学习。

香港律师事务所都有专业分工或专门从事某领域业务,律师也只是精通某一类业务。比如,何耀捷律师行主要分诉讼部、房地产业务部和商业部三个部门,每个部门由两到三名出资合伙人带领一个团队负责,而韦业显律师行主要从事商业和企业交易及纠纷解决。同时,由于专业分工程度较高,大宗的律师业务往往需要许多律师共同研究、分工合作。因此,香港的律师事务所注重内部的团队精神,律师之间相互协作配合是基本的要求。而在内地,虽然已经出现了一些专业性的律师事务所和律师,但大部分律师事务所、律师都没有具体分工,什么样的案子都接,什么样的业务都接,塑造了大量的“万金油”律师,这不仅影响了律师队伍自身的专业形象,也不可避免地降低了律师服务的整体水平。所以,内地律师包括我们杭州律师也应当不断提高自己的专业性、不断深挖专业领域、做强律师服务机构,这样才能在竞争中立于不败,赢得发展。

短短的五天培训交流,却对我们杭州律师的思想观念造成了强烈的冲击,我们深刻感觉到了杭州律师业与香港的差距。最后要特别感谢杭州市司法局给我们年轻律师这样好的学习机会,让我们认识到自身存在的差距,找到努力的方向,最终实现自己的辉煌。

那些年,那些难忘的事和人(二)(连载)

——我与曹星会长的那些年,那些事

文 / 市律协顾问 方绍清

杭州市律师协会成立以后,陈炼局长仍亲自过问一些重大事项,亲自参加一些重要会议;朱处长作为主持工作的副会长,也支持曹星会长的工作,律管处也义务地承担起协会秘书处的日常工作;市司法局的财务室也承担了协会会费的收支。正因为司法行政当时无偿地全力支持,才确保了律师协会的正常运转。这对现在年轻的律师来讲,也许是无法理解的,但在当时,在律协仍处于“四无”(无编制、无专职人员、无办公场所、无经费保障)的状态下,这也是无法选择的唯一办法。我们的律师朋友们,不能忘记这段特殊的历史。

1992年下半年,我接任处长后,经过两次增选(常务理事以上人选须经市局党委研究同意)先任常务理事,后任常务副会长,并兼任秘书长。从此,开始了与曹星会长长达6年的合作。可以说我们的合作非常愉快,形成了一种同事、朋友加兄弟的紧密关系。同时,我也与魏建新,封云生、王秋潮三位副会长建立了良好的工作关系。

曹星律师,曾是50年代新中国律师,律师制度取消后,又转行从事音乐工作。他会指挥、能作曲,曾担任过杭州市音乐家协会的主席。律师制度恢复后,又主动重归律师队伍。我1984年调入杭州市法律顾问处,与之有过一段短暂的同事时间。我任秘书科副科长,他是民事诉讼代理科科长。1985年后他组建了第二律师事务所(星韵所的前身),从1990年至1999年一直是全市、全省律师业的领头羊,并使其成为第一批部级文明律师所(全省第一家)。由



选举方绍清同志担任协会会长,与老会长曹星律师握手交接

于他不仅是一个法律人,而且还是一名社会活动家和音乐家,使其形成了独具一格的执业风格,在全国业内和社会上都享有很高的知名度。

曹星是个个性极强的律师和主任,他一般不参加司法局机关召开的会议(因为当时的律所也是市局直管的处室),他认为是浪费时间。记得我第一次去拜访他,到了他的办公室我向他提了两点建议:“我希望做你的一面铜镜,向你提供一些对你有用的信息;也希望你从台阶上走下一步(因为他当时业务和社会活动很多,与本所外的律师同行接触不多),与杭州广大律师多多接触。”他当时欣然接受。从此,我们时常保持热线联系:市二所的重大活动,他必定最先向我告知,反之,律协的活动,我先草拟计划,然后最先向他报告;律协的会议,必定由他主持,我作为秘书长和副会长具体操作。我和他的紧密合

作，促成了司法行政与律师协会行业的有机结合，成为律师界的佳话，也使曹星会长与杭州律师的关系更为密切。

我们两人的想法往往惊人地相似，所以工作非常协调。记得1986年有一本叫《新星》的电视剧轰动全国，是周里京主演的，一直深深地印在我的脑海中。1995年的一次常务理事会上，我提出搞个基金，每年评两个优秀青年律师，像诺贝尔奖一样。曹会长当即拍板，并带头捐款壹万元，封云生、王志建等人也积极捐款。1996年第一届“新星”律师是章靖忠和孙建平(女)，至今已有16届50余名青年律师获奖。“新星”奖成了杭州律师行业领导的摇篮，绝大多数的会长、副会长都是“新星”的获奖者。

1995年1月15日，曹会长率西子女声合唱团(由曹星律师组建、资助并担任指挥，团员多为司法及律师女青年)赴京演出，我作为地方的司法行政代表陪同赴京。当时司法部和中华全国律协非常重视，肖扬部长(后任最高法院院长)和政法界的不少领导到会观看，并亲切会见演员，肖部长还单独接见我并留下了合影。张耕副部长(后任最高检察院副检察长)更是亲自任慰问演出的筹备小组组长。汇报演出成功，轰动北京，为杭州律师乃至杭州市赢得荣誉，当时的市委副书记沈者寿同志还专门批示表扬。看到那种宏大而热烈的场面，不由得我热血沸腾诗兴小发。当夜即写了一首诗《一片枫叶，献给一代永无止境的开拓者》，真心地赞美曹星律师是“一只雄鹰，法律和音乐是搏击的双翅……”，并回击那些对他不满的“九斤老太”。

九十年代中期，曹星担任省律协三届的常务理事(后任四届、五届副会长)，我任理事。那一届的会长是绍兴律师秦国光，分管副厅长是李洪生(任副会长)。三省律协有一个特点，民主空气很浓，大小事情都要认真讨论。记得在一次理事会上，议题是讨论推荐参加全国律师代表大会的代表和全国律协理事候选人。当时我在会上发言，借西子女声合唱团北京演出成功，为杭州、浙江律师争得

荣誉为例，积极推荐曹星这种在全国有知名度，热心社会公益事业，且完全可能进入全国律协领导班子的律师为理事候选人。我的话还未讲完，就有一位副会长非常激动地站起来，打断我的发言，并明确表示反对。他反对的理由很多，大概意思是律师就应该实实在在，不要搞什么虚假的东西，抬高自己……。结果曹星没有被选为全国律协理事候选人，那一届浙江律师也没有一位能进入全国律协常务理事班子，现在回想起来，还甚感惋惜。我始终认为，一个律师只要他的所作所为，对一个地方乃至律师行业有好处，就是一种贡献。你何必用放大镜去看这个律师有什么缺点？有什么目的？作为领导，你有义务去宣传、去赞扬这种律师，这种行为，并尽力把他推上去。直到现在我不明白，我们的同行为什么就不能大度一点呢？我们有的领导为什么就不能开明一点呢？

一届、二届市律协是在非常困难的条件下运作的。按照当时的历史环境，市律协的建立和运行完全是由司法行政控制并直接操作的。律协既没有实施行业管理的硬件条件(前面所说的“四无”)，也没有相应的软件(行业管理的职能)。但是，就是在这种条件下，曹星会长在司法行政的支持下，以自己的人格力量，并用有限的资源做了几件大事：1992年市律协主动协办了“中日青年律师走向21世纪法律讨论会”；1993年全国律协与国际律协在杭举办“杭州国际商务法律讨论会”，曹会长在杭州剧院举办了两场“星韵之夜”音乐会，受到外国同行的赞誉；1993年全体律师以投票的方式评选出了杭州市首届“十佳中青年律师”；1994年在桐庐举行全体律师的继续教育和疗养活动，让全市律师有机会面对面交流；1994年创办了《杭州律师》期刊；1995年6月24日《中国律师报》刊登“杭州市律协成立五个中心，为行业管理做好准备……”。

杭州律师没有忘记曹星律师对律师行业的历史贡献，在中国律师制度恢复三十年的纪念大会上，曹星律师被司法局和市律协授予“杭州市功勋律师”最高荣誉。

在英国过中国式春节

文 / 浙江楷立律师事务所 周黎明

女儿问我，今年的春节怎么过呢？是啊，国内的春节不用自己张罗，一到腊月，浓浓的春节气氛就扑面而来，可英伦小镇的春节气氛必须自己造。英国和大多数西方国家一样，过的是圣诞节，女儿的学校为此放假两周以示庆祝，是为“寒假”。中国人的传统节日“春节”，在这里则没有一天假期，该上班的上班，该上学的上学，商店何时开门何时打烊，均和平日没什么两样。不过，今年我们特别幸运，除夕和春节，恰好碰上双休日，这让我们有机会把这个年过得更中国一点。

事实上，我和妻早就约好，今年除夕我们自己包饺子。在国内，过年包饺子其实是北方人的传统，南方人口音没有北方人划一，文化习俗亦是一地一景，这年自然也过得五彩缤纷。我生长于浙西，求学于武汉，工作于杭州，来英国之前的每个春节，都与父母一起度过。父母对这个千年国粹的节日兴致高昂，每次总能将其张罗得繁琐而丰盛。谁能想象，父亲将其幽默、聪慧和非同一般的音乐天赋倾注于春节食品的制作之上，照样精彩。父亲做的传统节日食品远近闻名，四角长粽、龙游发糕、夹馅馒头，每一样都可摆出来作艺术品。年三十母亲烧一桌好菜，一大家子无论大小，人人一个红包，觥筹交错，熠熠生辉，这般过年，夫复何求！

可今年远离老家的春节，怎么过呢？

英国与国内有八个小时的时差，2月9日早上一醒来，大半个中国已经吃完了年夜饭。我们一家三口齐动手，和面、炒馅、擀面皮，国内从没干过的一套工序，在这里居然也无师自通。中午十二点钟，打开网络电视海外入口，春晚的开门锣鼓瞬间让整间屋子充满了年味。包饺子，看春晚，最原味的中国式过年。此时此刻，在英国的各大高校，无数的海外学子们在各个城市中国学联的组织下，齐聚电视机前看春晚。在国内没觉得春晚有多好，但到了国外，不得不承认这个全世界独一无二的举国同庆式娱乐节目，确实让国人倍感亲切。哄笑也好，吐槽也罢，几十年下来，春晚已经不知不觉随同年夜饭一起贴上了中国式过年的标签。

随着中国这些年经济的飞速发展，中国人腰包渐鼓，

走出国门的中国人也越来越多。在英国的大小城市，乃至乡村小镇，中国面孔随处可见。英国的city council、民间机构、教会等都越来越重视Chinese Lunar New Year(中国农历新年)。我们一家在春节前一周也接到了邀请，参加由当地教会等慈善机构组织的中国农历新年大聚餐。聚餐安排在大年初一中午。12点钟，我们开车抵达当地最大、设施最先进的Cornerstone Church，那里已经人山人海。大量的中国人，以及数目更多的对中国文化感兴趣的外国人齐聚一堂。春联、福字、红包、中国结、中国菜，样样都不缺，期间还穿插关于中国春节知识的介绍和小测验。一个有意思的插曲是红包，小家伙们拿到红包后迫不及待地打开——事实上我们也充满好奇心，发现这些大书“大展鸿图”字样的红包里包着的是：一块巧克力和一张祝福卡。



与globe café的朋友合影

聚餐结束后我们去看民间机构组织的联欢会。来自国内外五湖四海的不同肤色的朋友纷纷登台献艺。当然，所有的献艺都围绕中国的传统艺术而展开。舞蹈、民乐、武术、舞狮子、舞龙灯，这些最具中国特色的节目，吸引了大量对中国文化感兴趣的英国当地民众。他们不顾寒冷，冒着风雨聚集在台下，为义务演出者们的每一次展示大声鼓掌和喝彩。同事告诉我，伦敦唐人街庆祝春节的场面，甚至比我们国内还更像过年。有意思的是，我们发现，许多最



对联、福字、红包、中国结、大圆桌，中国传统春节的元素，样样都不少



每人都有红包，不过红包里装的不是英镑，是巧克力和祝福卡



吃的是典型的Chinese Food，红烧排骨、红烧鸡翅、油炸春卷、青菜、西兰花、豆腐，当然还有大米饭和黏黏的蛋炒饭



中外小朋友齐跳中国民族舞



女儿在英国Albert Hall 2013春节联欢晚会上表演钢琴独奏《牧童短笛》

传统的中国节目，包括舞狮，参与者大量的都是外国人，他们对中国文化的热爱和迷恋，甚至比我们很多国人更甚。

联欢会的高潮是晚上六点开始的中国式烟花大会。当五彩缤纷的烟花在空中绽放之时，我们忘记了此时身处异国他乡，女儿说，明年她还要来看，和她班上的小朋友一起来看。女儿说的班上的小朋友，是国内小学同班的小朋友，我知道女儿此时也和我一样恍惚之中回到了想念中的杭州。

正月十五元宵节，英国的孔子学院及华人社团在诺丁汉Albert Hall举办了2013年春节联欢晚会，晚会吸引了众多的中国文化爱好者购票观看。女儿作为晚会唯一的小朋友代表，登台表演了钢琴独奏《牧童短笛》，在传统农历年的最后一天，为2013年这个独特的海外春节画上了富有意义的句号。

11月27日

11月27日下午，杭州大学生创业“律师服务团”工作座谈会在凤起路438号大创联盟“创业会客厅”召开。团市委副书记李忠誉、市律协副会长何黎明、大学生创业联盟秘书长武长虹、市司法局律管处副处长赵琳洁、市律协业务部主任沈海鸣，大创“律师服务团”导师、大学生创业企业负责人及媒体代表参加座谈会。



12月7日

“杭州市律师协会2012年度记者团、通讯员工作会议”于12月7日在海外海·西溪宾馆隆重举行。市律协副会长、宣传与对外联络委员会主任戴梦华，常务理事、宣传与对外联络委员会副主任何向阳、陈生有以及委员会委员、杭州律师记者团成员、通讯员队伍等近60名人员参加。



12月18日

12月18日，市律协在西溪·海外海宾馆召开各联络处工作会议。市司法局副局长徐前，律管处处长卢群、副处长杜红心，市律协会长胡祥甫、副会长刘国健、王立新，秘书长倪荣根、副秘书长李美华以及各联络处负责人30余人参加会议。





1月11日

1月11日下午，杭州市律师协会组织学习十八大精神学习班在杭州市委党校举行。市律协副会长、人大代表与政协委员工作委员会主任何黎明参加学习班并讲话。各市直律师事务所主任，律师界人大代表、政协委员约70人参加了学习培训。



1月15日

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，省直律协秘书长张晟杰以及市律协理事、党委委员、各联络处负责人、律师代表共计400余人参加会议。



2月16日

2月16日是2013年春节后的第一个工作日，市司法局领导班子一行在局党委书记、局长吴声华的带领下到市律协慰问并送上祝福。吴声华局长一行一走进市律协，就与工作人员一一握手问候，表示亲切的慰问，同时要求大家重新调整状态，以饱满的精神做好工作。



浙江省首家 专门从事刑事业务的律师事务所

浙江靖霖律师事务所

浙江靖霖律师事务所由浙江省律师协会刑事专业委员会主任、杭州市律师协会常务理事、浙江省优秀青年律师、杭州市优秀青年律师徐宗新发起设立，与浙江工业大学法学院深度合作，聘请专家教授担任咨询顾问，专门致力于刑事法律服务。现有专职、兼职律师近二十名，其中教授、副教授8名（其中博士7名）、硕士6名。内设“职务犯罪防范与辩护部”、“新型犯罪研究与辩护部”、“综合法律部”、“刑事法研究中心”等六个部门。全方位地向社会提供刑事法律服务，包括：为已经涉嫌犯罪的当事人提供专业的辩护；研究各类传统和新型刑事犯罪的预防和治理方案；帮助公司、企业建立刑事风险防范体系；帮助国家机关、国有企事业单位建立防腐倡廉机制；还充分发挥专家学者的作用，对刑事立法、刑法适用、刑罚原则、刑事诉讼法落实中的具体问题进行实证研究，供律师办案、相关领导机关决策参考。

浙江靖霖律师事务所秉承“攻刑以专，相靖以霖”的所训，努力践行刑事辩护专业化道路，潜心打造刑事辩护专业人才，为客户提供明白、充分且优质的法律服务，积极为国家的人权保障、法治完善奉献力量。