

# 目录

## 法制要闻

劳动合同法实施 3 年 滥用劳务派遣成最严重漏洞

最高法将出台法官任职回避实施细则

立法机关调研反家暴立法 或确立人身保护令制度

《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》的司法解释

最高人民法院关于人民法院赔偿委员会审理国家赔偿案件程序的规定

## 万桥快讯

万桥所参加老年维权月活动

万桥所开展“缅怀革命先烈，坚定理想信念”教育活动

李勇主任被聘为法院执行工作监督委员会委员

台湾律师公会大陆委员会主委参观万桥所

## 律师风采

李勇 律师

孙广平 律师

## 以案说法

从“五年有期徒刑”改判为“缓刑”的受贿案件

## 理论研讨

关于合作建房法律问题的思考

## 律师随笔

从著名法学家江平教授的名言想到的

## 法制要闻

### 劳动合同法实施3年 滥用劳务派遣成最严重漏洞

人大常委会对《中华人民共和国劳动合同法》实施情况进行执法检查。实施3年来,这部法律发挥了什么好的作用,还存在什么问题?检查组当天上午先听取了省政府及相关部门的意见和建议。

#### 规范用工稳定就业成主流

江苏省人社厅副厅长周英说,劳动合同法促进了规范用工,劳动者职业稳定性明显加强。三年来,全省劳动合同备案人数新增加了168.92万人。2010年末,全省劳动合同签订率为98.68%,比2007年末提高了近7个百分点。同时,劳动合同到期终止后,用人单位与劳动者续签率一直稳定在90%以上,大大增强了劳动者的职业稳定感,也减少了企业终止劳动合同后所需承担的经济补偿成本。

劳动合同期限总体延长,中长期劳动合同比例过半,1-3年期限劳动合同占42.48%,3年及以上期限劳动合同占35.45%,无固定期限劳动合同占17.13%。订立1年以下期限的劳动合同占4.84%,此前“一年一签劳动合同”的现象大大减少。就业岗位的稳定性有所提高,3年以上本单位工作年限的职工占企业职工的一半以上。

劳动者各项合法权益得到较好保障。企业管理方式从随意到依法,从被动到主动,从粗放到精细,发生了明显变化。2010年末,一次性裁员20人企业户数和涉及职工人数分别比2008年同比减少了97.03%和96.44%。近三年来,职工工资水平呈逐年增长势头,仅最低工资标准增幅就在12%以上。2010年末,困难企业拖欠职工工资金额和涉及人数分别比2008年同比减少了94.73%和95.85%。

#### 劳动争议案件呈井喷式上升

然而,劳动合同法的实施,给劳动争议调解仲裁带来重大挑战。近三年来,我省劳动争议案件总体保持高位运行态势。各级仲裁机构共处理各类劳动争议案件35.45万件,涉及劳动者43.31万人,年结案率达到90%以上。

法院方面,全省各级法院一审劳动争议案件呈现井喷式上升的态势。省高院副院长李玉生提供的数据显示,2008年,全省法院共受理一审劳动争议案件29862件,比2007年的12480件增长了140%。2009年和2010年,一审劳动争议案件增长幅度虽然放缓,但案件数量仍呈现高位运行态势,两年分别受理33362件和34111件,增长幅度为11%和2.25%。2008年至2010年,全省法院共审结一审劳动争议案件97115件,结受案比为99.77%。秉持“调解优先”原则,2008年以来,全省法院一审劳动争议案件调解撤诉率始终保持在60%以上,2010年达到了76.21%。

#### 滥用劳务派遣成最严重漏洞

省总工会副主席胡同军说,企业规避法律的行为时有发生。目前,最大的问题就是滥用劳务派遣。

《劳动合同法》规定,“劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施”,但何为临时性、辅助性、替代性,没有明确的界定,这给一些企业大量使用劳务派遣工提供了空间。近几年,劳务派遣用工数量明显增多,涉及此类的信访案件也明显上升。多数涉访企业,在不符合“三性”特点的岗位上,仍然在继续使用劳务派遣工。有的甚至将原来与企业签有劳动合同的职工,转与劳务派遣公司订立劳动合同,再逆向派到本企业工作。这种情况在国有大中型企业中尤为明显。近年来,劳务派遣用工又出现了新的情况,一些企业将与劳务公司签订的劳务派遣用工协议,改成发包合同、承包合同等形式。这种用工形式,对于劳动者来讲,工作性质、工作岗位虽然没有变,但待遇变了。

第二种规避行为,就是变相裁员。一些用人单位为了避免与那些工龄长的职工签订无固定期限劳动合同,采取突击裁员的办法,在合同到期后与这些职工解除劳动合同。对合同没有到期的,往往以生产经营需要为名,将他们调整到“干不了”的岗位上去,然后再以不能胜任为由,与劳动者解除劳动合同。有的企业将本单位注册成两个或多个用人单位,轮流与劳动者签订劳动合同,以此来规避签订无固定期限劳动合同的规定。这些行为严重侵害了职工的合法权益,已成为当前劳动关系矛盾的主要表现。

群体性和非理性诉讼在增多

省高院从审判实例中发现,因企业转产、倒闭导致劳动关系变更和解除的争议案件,由于涉及到一个企业的全部或绝大多数劳动者,极易引发群体性纠纷。由于涉及人数众多,审理和调节的难度都非常大。省人社厅也提到,集体劳动争议案件立案受理数虽有下降,但平均每案涉及人数,已从实施劳动合同法之前的数人迅速增加到目前的30人左右。

此外,劳动争议中非理性诉讼的比例逐渐增多。这主要表现在,劳动者会提出十几项甚至几十项的诉讼请求,个别劳动者甚至会提出超出法律规定的诉讼请求。非理性诉讼增多导致劳动者主要诉求得到支持的案件比例呈现大幅下降趋势,2006年至2007年为43.6%,而2008年至2010年下降到了28.5%。个别劳动者还选取用工不够规范的中小企业频繁跳槽,再反复提起追索经济补偿金的诉讼,谋取不正当利益。如扬州市维扬区法院近三年,就先后受理了某职工一人与15家单位的追索经济补偿金案件。

## 最高法将出台法官任职回避实施细则

为让各级法院更好地贯彻落实法官回避制,最高人民法院将于近期出台回避制实施细则。这是记者采访新疆、浙江、北京等多地高级人民法院后印证的信息。

据了解,今年2月中旬由最高法出台的《关于对配偶子女从事律师职业的法院领导干部和审判执行岗位法官实行任职回避的规定》,对法官回避制进行了较为详尽的阐述。规定要求,凡人民法院领导干部和在人民法院审判、执行、立案、审判监督、国家赔偿等业务岗位工作的法官,其配偶子女在其任职法院辖区内开办律师事务所、以律师身份为案件当事人提供诉讼代理或者其他有偿法律服务的,应当实行任职回避。

但各地法院在贯彻落实该规定时发现,还有不少问题亟待解决和明确。如法院“辖区”怎样界定,是否意味着省高院审判法官的配偶子女就不得在全省从事律师职业?法官子女的配偶是否属于规定中的“子女”范畴?既然“配偶子女”要回避,父母兄弟姐妹是否同样应当回避?法律工作者、从事非诉讼的律师,以及在法院挂职的领导干部是否都属于回避范畴?律师流动性较强,符合条件的律师“挂职”外地后仍在本地代理业务如何处理等。

记者了解到,最高法在下发各地高院的相关文件中已明确,将出台回避制实施细则,以确保回避制落实到位。

## 立法机关调研反家暴立法 或确立人身保护令制度

今后打孩子、打老婆等家庭暴力行为,都将可能因为触犯法律而受到惩戒与制裁。

近日,全国人大常委会反家暴立法调研组一行来到湖南省长沙市,先后到长沙市岳麓区人民法院、长沙市家庭暴力庇护救助中心、长沙市芙蓉区东屯渡派出所进行实地考察。据了解,此次立法调研工作旨在了解反家暴地方法规的实施状况、工作机制建立情况、各相关部门开展反家暴工作的情况以及对国家立法的建议,进一步推动反家庭暴力立法工作。

反家暴制度化网络化基层化

长沙市开展预防和制止家庭暴力专项工作已经走过了17年。17年来,长沙市妇联依托市

维护妇女儿童权益工作领导小组,围绕关系妇女儿童切身利益的热点难点问题,充分发挥妇女组织作用,建立维护妇女儿童权益的五大维权网络,构筑“党政领导、妇联协调、部门联动、社会参与”的社会化反家暴工作格局,有效维护了妇女儿童的合法权益。

据长沙市妇联党组书记、主席谭慧慧介绍,长沙市高度注重从源头推动,促进反家暴工作的制度化。长沙市妇联从信访数据统计分析中发现家庭暴力投诉问题后,开展了专项调查研究,先后出台了《长沙市预防和制止家庭暴力的若干规定》、《贯彻市委办公厅、市政府办公厅〈关于预防和制止家庭暴力的若干规定〉的意见》、《关于深入推进预防和制止家庭暴力司法执法工作的若干意见》等文件,并把“预防和制止家庭暴力工作”纳入了全市社会治安综合治理目标考核范围,同时还积极促成市人大、市政协多次检查和视察预防和制止家庭暴力工作。

同时,强调部门联动,促进反家暴工作的网络化。目前长沙市已建立健全了“五大维权网络”和维权领导小组的工作机制,加强了公安、检察、法院、司法、妇联等部门的密切协作,逐步构建了较为完整的预防和制止家庭暴力工作网络。自1999年起,由长沙市妇联牵头在全市建立起了“五大维权网络”:与公安部门配合,形成预防和制止家庭暴力网络;与法院配合,建立聘请妇联干部担任人民陪审员制度,形成司法维权网络;以妇女儿童法律援助中心为龙头,依托县(市)、区司法局、律师事务所的优势,建立法律援助网络;发挥妇女儿童工作委员会作用,形成各级政府职能部门的服务网络;发挥妇联组织作用,强化市、区(县)、乡(街)、村(居)四级信访网络。尤其是2010年“长沙市家庭暴力庇护救助中心”和“长沙市家庭暴力伤情鉴定中心”的机构设立,更是极大促进了职能部门齐抓共管、综合防治家庭暴力的发展步伐。

此外,长沙市还注重社区创建,促进反家暴工作的基层化;注重个案维权,促进反家暴工作的司法化,即通过加大对个案维权的力度,通过司法途径实现对家庭暴力受害人的救济和对家庭暴力行为的惩处,切实维护家庭暴力案件、民事案件中妇女儿童的合法权益;注重研讨培训,促进反家暴工作的专业化;注重男性参与,促进反家暴工作的性别化。

#### 确立以受害人为中心的原则

在立法调研过程中,长沙市妇联等有关部门指出,由于家庭暴力本身具有隐蔽性,公众对“家庭纠纷”和“家庭暴力”的认知与态度存在盲区、误区,防治家暴的宣传和教育工作尚未规范,职能部门间的协调和联动机制还要进一步探索。为此,目前国家应当尽早出台统一、规范、长效的反家暴立法。

针对反家暴工作中普遍存在和容易出现的问题,长沙市妇联建议,要确立“以受害人为中心”的立法原则,即结合我国家庭暴力状况,兼顾实际,在防治宣传、行政措施、司法干预和社会救助等方面,便捷受害人依法维权;要建立专门的家庭暴力防治工作领导小组。由该机构具体行使组织、协调、指导该地区的反家暴职能,同时承担家庭暴力的信息监控和通报、重要案件跟踪和建议等工作,加强对家庭暴力状况及趋势的掌握和对家庭暴力案件处理的法律监督;要明确公安机关特别是派出所的干预职责——不仅要具体规定派出所处理家庭暴力的职责和权限,明确采取的具体方法、步骤和程序措施,也要具体规定公安机关与基层社区(村)、妇联、调解组织、司法行政机关、检察院、法院、监狱等的反家暴工作衔接制度。

#### 将人身保护令制度写入法律

在调研中,有关部门提出,要确立家庭暴力“人身保护令”的法律制度,将“人身保护令”写入立法,如此才能既符合反家暴的立法精神,又能大大增强司法干预反家暴的力度;要建立家庭暴力案件的举证责任规则,即从家庭暴力案件的特点出发,在立法中确定以举证责任倒置为一般原则,其他举证责任为例外;还要强调法官对证据调查介入的主动性;明确家暴刑事案件当事人应当有律师辩护或代理,必要时指定援助。要区分家庭暴力受害人犯罪和加害人犯罪两种情况。针对家庭暴力的特点,对“正当防卫”、“防卫过当”、“紧急避险”、“避险过

当”等作出特别规定,对因长期不堪忍受家庭暴力而采取以暴制暴案件受害人,坚持从轻、减轻的处罚原则。

长沙市妇联建议,要明确对家庭暴力加害人的教育、矫治和惩处。即应根据家庭暴力案件的不同情况,可以对家庭暴力加害人采取教育手段、民事处罚、司法矫治、刑罚等,达到停止暴力行为,赔偿暴力伤害损失,消除暴力危险环境等目标。必要时,可以责令加害人自费接受心理治疗,接受认知和行为的矫正。

此外,要尽可能明确反家暴司法执法人员的法律责任。不仅要规定加害人、作伪证者、虚假申请保护令者的民事、行政和刑事责任;也要规定警察、法官、检察官等负有法定职责却不履行职责的执法、司法工作人员和社会救助工作人员的失职、渎职的法律责任。

## 《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》的司法解释

最高人民法院发布《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》的司法解释

《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》已于2011年3月21日由最高人民法院审判委员会第1515次会议通过,现予公布,自2011年3月30日起施行。

二〇一一年三月二十三日

法释〔2011〕5号

最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定

(2011年3月21日最高人民法院审判委员会第1515次会议通过)

为了规范经人民调解委员会调解达成的民事调解协议的司法确认程序,进一步建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制,依照《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国人民调解法》的规定,结合审判实际,制定本规定。

第一条 当事人根据《中华人民共和国人民调解法》第三十三条的规定共同向人民法院申请确认调解协议的,人民法院应当依法受理。

第二条 当事人申请确认调解协议的,由主持调解的人民调解委员会所在地基层人民法院或者它派出的法庭管辖。

人民法院在立案前委派人民调解委员会调解并达成调解协议,当事人申请司法确认的,由委派的人民法院管辖。

第三条 当事人申请确认调解协议,应当向人民法院提交司法确认申请书、调解协议和身份证明、资格证明,以及与调解协议相关的财产权利证明等证明材料,并提供双方当事人的送达地址、电话号码等联系方式。委托他人代为申请的,必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。

第四条 人民法院收到当事人司法确认申请,应当在三日内决定是否受理。人民法院决定受理的,应当编立“调确字”案号,并及时向当事人送达受理通知书。双方当事人同时到法院申请司法确认的,人民法院可以当即受理并作出是否确认的决定。

有下列情形之一的,人民法院不予受理:

- (一) 不属于人民法院受理民事案件的范围或者不属于接受申请的人民法院管辖的;
- (二) 确认身份关系的;
- (三) 确认收养关系的;
- (四) 确认婚姻关系的。

第五条 人民法院应当自受理司法确认申请之日起十五日内作出是否确认的决定。因特殊情况需要延长的,经本院院长批准,可以延长十日。

在人民法院作出是否确认的决定前，一方或者双方当事人撤回司法确认申请的，人民法院应当准许。

第六条 人民法院受理司法确认申请后，应当指定一名审判人员对调解协议进行审查。人民法院在必要时可以通知双方当事人同时到场，当面询问当事人。当事人应当向人民法院如实陈述申请确认的调解协议的有关情况，保证提交的证明材料真实、合法。人民法院在审查中，认为当事人的陈述或者提供的证明材料不充分、不完备或者有疑义的，可以要求当事人补充陈述或者补充证明材料。当事人无正当理由未按时补充或者拒不接受询问的，可以按撤回司法确认申请处理。

第七条 具有下列情形之一的，人民法院不予确认调解协议效力：

- （一）违反法律、行政法规强制性规定的；
- （二）侵害国家利益、社会公共利益的；
- （三）侵害案外人合法权益的；
- （四）损害社会公序良俗的；
- （五）内容不明确，无法确认的；
- （六）其他不能进行司法确认的情形。

第八条 人民法院经审查认为调解协议符合确认条件的，应当作出确认决定书；决定不予确认调解协议效力的，应当作出不予确认决定书。

第九条 人民法院依法作出确认决定后，一方当事人拒绝履行或者未全部履行的，对方当事人可以向作出确认决定的人民法院申请强制执行。

第十条 案外人认为经人民法院确认的调解协议侵害其合法权益的，可以自知道或者应当知道权益被侵害之日起一年内，向作出确认决定的人民法院申请撤销确认决定。

第十一条 人民法院办理人民调解协议司法确认案件，不收取费用。

第十二条 人民法院可以将调解协议不予确认的情况定期或者不定期通报同级司法行政机关和相关人民调解委员会。

第十三条 经人民法院建立的调解员名册中的调解员调解达成协议后，当事人申请司法确认的，参照本规定办理。人民法院立案后委托他人调解达成的协议的司法确认，按照《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》（法释〔2004〕12号）的有关规定办理。

## 最高人民法院关于人民法院赔偿委员会审理国家赔偿案件程序的规定

最高人民法院关于人民法院赔偿委员会审理国家赔偿案件程序的规定

（2011年2月28日最高人民法院审判委员会第1513次会议通过）

法释〔2011〕6号

中华人民共和国最高人民法院公告

《最高人民法院关于人民法院赔偿委员会审理国家赔偿案件程序的规定》已于2011年2月28日由最高人民法院审判委员会第1513次会议通过，现予公布，自2011年3月22日起施行。

二〇一一年三月十七日

根据2010年4月29日修正的《中华人民共和国国家赔偿法》（以下简称国家赔偿法），结合国家赔偿工作实际，对人民法院赔偿委员会（以下简称赔偿委员会）审理国家赔偿案件的程序作如下规定：

第一条

赔偿请求人向赔偿委员会申请作出赔偿决定，应当递交赔偿申请书一式四份。赔偿请求人书写申请书确有困难的，可以口头申请。口头提出申请的，人民法院应当填写《申请赔偿登记表》，由赔偿请求人签名或者盖章。

## 第二条

赔偿请求人向赔偿委员会申请作出赔偿决定，应当提供以下法律文书和证明材料：

- (一) 赔偿义务机关作出的决定书；
- (二) 复议机关作出的复议决定书，但赔偿义务机关是人民法院的除外；
- (三) 赔偿义务机关或者复议机关逾期未作出决定的，应当提供赔偿义务机关对赔偿申请的收讫凭证等相关证明材料；
- (四) 行使侦查、检察、审判职权的机关在赔偿申请所涉案件的刑事诉讼程序、民事诉讼程序、行政诉讼程序、执行程序中作出的法律文书；
- (五) 赔偿义务机关职权行为侵犯赔偿请求人合法权益造成损害的证明材料；
- (六) 证明赔偿申请符合申请条件的其他材料。

## 第三条

赔偿委员会收到赔偿申请，经审查认为符合申请条件的，应当在七日内立案，并通知赔偿请求人、赔偿义务机关和复议机关；认为不符合申请条件的，应当在七日内决定不予受理；立案后发现不符合申请条件的，决定驳回申请。

前款规定的期限，自赔偿委员会收到赔偿申请之日起计算。申请材料不齐全的，赔偿委员会应当在五日内一次性告知赔偿请求人需要补正的全部内容，收到赔偿申请的时间应当自赔偿委员会收到补正材料之日起计算。

## 第四条

赔偿委员会应当在立案之日起五日内将赔偿申请书副本或者《申请赔偿登记表》副本送达赔偿义务机关和复议机关。

## 第五条

赔偿请求人可以委托一至二人作为代理人。律师、提出申请的公民的近亲属、有关的社会团体或者所在单位推荐的人、经赔偿委员会许可的其他公民，都可以被委托为代理人。

赔偿义务机关、复议机关可以委托本机关工作人员一至二人作为代理人。

## 第六条

赔偿请求人、赔偿义务机关、复议机关委托他人代理，应当向赔偿委员会提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。

授权委托书应当载明委托事项和权限。代理人代为承认、放弃、变更赔偿请求，应当有委托人的特别授权。

## 第七条

赔偿委员会审理赔偿案件，应当指定一名审判员负责具体承办。

负责具体承办赔偿案件的审判员应当查清事实并写出审理报告，提请赔偿委员会讨论决定。

赔偿委员会作赔偿决定，必须有三名以上审判员参加，按照少数服从多数的原则作出决定。

## 第八条

审判人员有下列情形之一的，应当回避，赔偿请求人和赔偿义务机关有权以书面或者口头方式申请其回避：

- (一) 是本案赔偿请求人的近亲属；
- (二) 是本案代理人的近亲属；
- (三) 与本案有利害关系；

(四)与本案有其他关系,可能影响对案件公正审理的。

前款规定,适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

#### 第九条

赔偿委员会审理赔偿案件,可以组织赔偿义务机关与赔偿请求人就赔偿方式、赔偿项目和赔偿数额依照国家赔偿法第四章的规定进行协商。

#### 第十条

组织协商应当遵循自愿和合法的原则。赔偿请求人、赔偿义务机关一方或者双方不愿协商,或者协商不成的,赔偿委员会应当及时作出决定。

#### 第十一条

赔偿请求人和赔偿义务机关经协商达成协议的,赔偿委员会审查确认后应当制作国家赔偿决定书。

#### 第十二条

赔偿请求人、赔偿义务机关对自己提出的主张或者反驳对方主张所依据的事实有责任提供证据加以证明。有国家赔偿法第二十六条第二款规定情形的,应当由赔偿义务机关提供证据。

没有证据或者证据不足以证明其事实主张的,由负有举证责任的一方承担不利后果。

#### 第十三条

赔偿义务机关对其职权行为的合法性负有举证责任。

赔偿请求人可以提供证明职权行为违法的证据,但不因此免除赔偿义务机关对其职权行为合法性的举证责任。

#### 第十四条

有下列情形之一的,赔偿委员会可以组织赔偿请求人和赔偿义务机关进行质证:

- (一)对侵权事实、损害后果及因果关系争议较大的;
- (二)对是否属于国家赔偿法第十九条规定的国家不承担赔偿责任的情形争议较大的;
- (三)对赔偿方式、赔偿项目或者赔偿数额争议较大的;
- (四)赔偿委员会认为应当质证的其他情形。

#### 第十五条

赔偿委员会认为重大、疑难的案件,应报请院长提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定,赔偿委员会应当执行。

#### 第十六条

赔偿委员会作出决定前,赔偿请求人撤回赔偿申请的,赔偿委员会应当依法审查并作出是否准许的决定。

#### 第十七条

有下列情形之一的,赔偿委员会应当决定中止审理:

(一)赔偿请求人死亡,需要等待其继承人和其他有扶养关系的亲属表明是否参加赔偿案件处理的;

(二)赔偿请求人丧失行为能力,尚未确定法定代理人的;

(三)作为赔偿请求人的法人或者其他组织终止,尚未确定权利义务承受人的;

(四)赔偿请求人因不可抗拒的事由,在法定审限内不能参加赔偿案件处理的;

(五)宣告无罪的案件,人民法院决定再审或者人民检察院按照审判监督程序提出抗诉的;

(六)应当中止审理的其他情形。

中止审理的原因消除后,赔偿委员会应当及时恢复审理,并通知赔偿请求人、赔偿义务机关和复议机关。

## 第十八条

有下列情形之一的，赔偿委员会应当决定终结审理：

（一）赔偿请求人死亡，没有继承人和其他有扶养关系的亲属或者赔偿请求人的继承人和其他有扶养关系的亲属放弃要求赔偿权利的；

（二）作为赔偿请求人的法人或者其他组织终止后，其权利义务承受人放弃要求赔偿权利的；

（三）赔偿请求人据以申请赔偿的撤销案件决定、不起诉决定或者无罪判决被撤销的；

（四）应当终结审理的其他情形。

## 第十九条

赔偿委员会审理赔偿案件应当按照下列情形，分别作出决定：

（一）赔偿义务机关的决定或者复议机关的复议决定认定事实清楚，适用法律正确的，依法予以维持；

（二）赔偿义务机关的决定、复议机关的复议决定认定事实清楚，但适用法律错误的，依法重新决定；

（三）赔偿义务机关的决定、复议机关的复议决定认定事实不清、证据不足的，查清事实后依法重新决定；

（四）赔偿义务机关、复议机关逾期未作决定的，查清事实后依法作出决定。

## 第二十条

赔偿委员会审理赔偿案件作出决定，应当制作国家赔偿决定书，加盖人民法院印章。

## 第二十一条

国家赔偿决定书应当载明以下事项：

（一）赔偿请求人的基本情况，赔偿义务机关、复议机关的名称及其法定代表人；

（二）赔偿请求人申请事项及理由，赔偿义务机关的决定、复议机关的复议决定情况；

（三）赔偿委员会认定的事实及依据；

（四）决定的理由及法律依据；

（五）决定内容。

## 第二十二条

赔偿委员会作出的决定应当分别送达赔偿请求人、赔偿义务机关和复议机关。

## 第二十三条

人民法院办理本院为赔偿义务机关的国家赔偿案件参照本规定。

## 第二十四条

自本规定公布之日起，《人民法院赔偿委员会审理赔偿案件程序的暂行规定》即行废止；本规定施行前本院发布的司法解释与本规定不一致的，以本规定为准。

# 万桥快讯

## 万桥所参加老年维权月活动

2011年4月2日，万桥所积极组织律师队伍参与老年维权月活动启动仪式暨老年维权咨询大集。在五四广场的活动现场，万桥律师围绕老年人关心的婚姻、财产、赡养等几类法律问题，接受了数十位老人的咨询。此次活动由青岛市老龄办、市公安局、市中级人民法院、市司法局和市工商行政管理局联合主办。

目前，青岛市老年人已达131.8万人，占总人口的17.29%。侵犯年人合法权益的问题时有发生，特别是财产、赡养、虐待、婚姻、生活消费、政策、涉法涉诉8类问题比较集中。

万桥律师事务所将积极参与老年维权月的其他活动,让更多的老年人了解自己都有那些合法权益,学会拿起法律武器保护自己的合法权益,让老年人生活的更美好。

## 万桥所开展“缅怀革命先烈，坚定理想信念”教育活动

2011年4月1日,万桥律师事务所党支部、工会组织事务所律师及工作人员前往青岛市革命烈士纪念馆,开展“缅怀革命先烈,坚定理想信念”教育活动。活动中,万桥律师向烈士纪念碑敬献花圈、参观烈士纪念馆,共同重温革命历史,聆听烈士事迹,感怀烈士遗志。通过这一活动,增强了律师们的爱国主义情感,坚定了社会主义信念,树立了正确的荣辱观。

## 李勇主任被聘为法院执行工作监督委员会委员

2011年4月1日,青岛市中级人民法院执行工作监督委员会成立大会,万桥律师事务所主任李勇被聘为执行工作监督委员会委员并参加会议。

青岛市中级人民法院执行工作监督委员会旨在加强对全市法院执行工作的监督,建立健全执行工作监督制约机制,规范执行工作程序和执行行为,增强执行工作的透明度,最大限度地实现执行工作的公开、公正、廉洁、高效,使当事人的合法权益得以尽快实现。

青岛市中级人民法院执行工作监督委员会主任由中级法院党组成员、纪检组组长担任;委员由市人大代表、市政协委员、市人大有关部门领导、市委政法委有关部门领导、市检察院有关部门领导、市中级法院审委会委员和有关部门领导组成。委员会将以“三个至上”为指导,对执行工作中宪法、法律和法规的遵守,重大方针政策的贯彻执行、有关执行工作法律程序、规章制度的落实,通过提出意见、建议、批评、督促、评议等方式进行监督。

## 台湾律师公会大陆委员会主委参观万桥所

2011年3月30日上午,台湾律师公会大陆委员会主委姜志俊律师莅临万桥所进行参观交流。双方就海峡两岸律师合作与发展问题以及台湾和中国大陆刑事诉讼法理论及实务方面,诸如刑事诉讼证据、量刑、刑事附带民事诉讼等问题,进行了深入交流与探讨。

万桥所主任李勇律师、房地产部主任吕波律师、刑辩部主任周海滨律师等参加了会谈。

(姜志俊律师简介:台湾知名律师,中国政法大学博士,台湾翰笙法律事务所主持律师,台湾律师公会大陆委员会主委,海基会法律顾问,主要为台商在大陆投资提供法律服务。)

## 律师风采



## 于昊 律师

于昊 律师

律师热线：13708997048

在线交流：yuhao0909@163.com

教育背景：

1993年7月毕业于中国政法大学经济法系经济法专业，获法学学士学位。

主要工作经历：

1993年7月至1998年8月，在青岛金属集团有限公司从事法律顾问、期货交易工作；

1998年9月至2002年3月，山东亚太律师事务所专职律师、商贸法律事务部副主任；

2002年7月，发起成立山东源合律师事务所，担任副主任职务；

2006年3月至今，山东万桥律师事务所 合伙人。

主要业绩及业务领域：

房地产、期货证券

执业以来，为多家房地产、建设工程、设计、监理企业提供法律服务，在土地出让与转让，合作开发房地产，招投标，建筑施工，商品房销售，物业管理等方面，办理了多起诉讼及非诉讼法律事务，并参与房地产全过程法律服务。曾担任青岛市城市建设投资中心、青岛海悦集团有限公司、青岛宏凯置地产业集团有限公司、青岛恒泰房地产开发有限公司、青岛大信泰置业有限公司、青岛中金渝能置业有限公司、青岛福海花园置业有限公司、青岛新凯达市政过程有限公司等单位的法律顾问。

于昊律师曾从事期货交易工作，对期货交易和证券法律事务较为精通，办理了大量期货、证券交易纠纷案件，并为多家金融机构如中国银行、建设银行、交通银行、中信银行以及期货公司提供法律服务，业绩优良。

主要荣誉：

2001年度青岛市司法行政系统先进个人

2006年度青岛市优秀律师

2008年度青岛市优秀律师

社会职务：

青岛市律师协会金融专业委员会委员

论文著作：

于昊律师非常注意不断充实自己的业务知识和提高理论水平，撰写的论文《强行平仓的法律属性》获山东省律师业务理论研讨优秀论文二等奖，《公司法人格否认论》获青岛市律师业务研讨会优秀论文一等奖。



## 李太军 律师

李太军 律师

律师热线：0532-85906083     13645420361

在线交流：muziyultj@hotmail.com

教育背景：

2000年7月毕业于大连海事大学，获工学学士学位；2006年考取律师资格证书；2007年考取航海专业大管轮证书；2007年考取保险公估人资格证书。

主要工作经历：

2000年7月至2007年2月，青岛远洋运输有限责任公司；

2007年3月至今，山东万桥律师事务所专职律师。

主要业绩及业务领域

具有丰富的航运及相关专业的从业经验，精通船舶及海上运输专业知识，熟知海运业务流程，拥有保险公估人资格。在处理海事海商、国际贸易、保险等领域的法律事务时能熟练运用自身在航运、保险公估方面的专业特长为客户提供更全面、更优质的服务。

法律业务涉及海上货物运输、海上保险、船舶买卖与租赁、船舶碰撞、共同海损、海上人身伤亡、船员外派、养殖损害及海洋开发和利用等。长期担任十数家公司的法律顾问，曾为山东天宇国际货运代理公司、青岛远洋运输公司、青岛昊明昇船务公司、阳光保险、青岛双丰国际物流有限公司、香港润通工业集团等数十家企事业单位处理法律事务近百件。

服务理念：

诚信、勤勉、务实、专业。

## 以案说法

### 从“五年有期徒刑”改判为“缓刑”的受贿案件

委托人：王某某

代理律师：辛大伟 周海滨

案由：受贿案件刑事辩护

#### 【案情介绍】

犯罪嫌疑人王某，系国家海洋局北海分局下属某单位人员，经他人举报（举报他受贿3

万元),反贪局对他进行调查,王某除交代该3万元外,还交代了其他受贿近3万元的犯罪事实。一审判决,王某作为国家工作人员,犯受贿罪,判处有期徒刑五年。

当事人家属找到我们时,一审已经开完庭,我们及时了解了案情,并跟办案法官及公诉人员做了初步沟通,但由于我们没有参加庭审,办案人员并没有把律师的意见当回事。

一审判决送达后,我们马上会见了被告人王某,通过详细的与其沟通,我们发现了一个重要线索:王某称上述北海分局下属某单位实际上承包给了李某个人,李某个人自己聘用王某为其工作。这个线索相当重要,我们马上辗转联系到了李某,李某一开始有顾虑,经过我们的耐心劝说,他终于答应帮王某澄清事实,他拿出了当时与北海分局下属某单位的承包协议,也拿出了他给王某发放工资的工资单。我们马上联系法官、检察官,将上述材料提交他们审查。

事实胜于雄辩!

在二审诉讼中,检察官主动承认基层公诉人员调查不到位,认为被告人王某不构成国家工作人员。于是二审改判,王某构成非国家工作人员受贿罪,判处缓刑。

#### 【办案小结】

- 1、律师应该深入调查案件,在会见犯罪嫌疑之前,就要仔细反复阅卷,发现疑点难点;
- 2、在会见犯罪嫌疑人,要充分获取信息,尤其是无罪或最轻的线索;
- 3、对于这些线索,要引起高度重视,并积极落实,本案中如果李某找不到或不配合,案件结果很难预料;
- 4、并不是所有的办案人员都是认真负责的,律师的介入也是对他们的监督。

#### 【办案律师】

辛大伟 北京大学法学学士。青岛市司法行政系统先进个人、青岛市优秀律师。主要业务领域为公司、金融等 民商事法律事务的律师工作。

联系电话: 13808955267 Email: xindawei126@126.com

周海滨 华东政法大学法律学院和烟台师范学院中文系,获法学学士、文学学士学位。青岛市司法行政系统先进个人、青岛市优秀党务工作者。主要业务涉及刑事、金融、公司、房地产、国际贸易等领域。

联系电话: 13605328891 Email: zhouhaibin1975@163.com

## 理论研讨

### 关于合作建房法律问题的思考

山东万桥律师事务所 宋雷

内容摘要:合作建房在我国房地产开发建设中是较常用的一种模式,近年来,个人合作建房的呼声也很高。合作建房在实际操作中因所涉主体的多元性、利益关系的复杂性、合同性质的不确定性,所需手续繁多、履约周期长等特点,加之长时间以来,法律、法规对合作建房的相关问题规定的很不具体明了,且操作性不强,造成合作建房当事人在权利义务关系上模糊不清,由此产生的合作建房纠纷也比较多。笔者拟根据现有法律规范,对有关合作建房的基本法律问题作一些探讨,希望对合作建房的合作者厘清思路,避免纠纷的产生有一定帮助。

关键词:合作建房,房地产开发

#### 一、何谓合作建房

我国《城市房地产管理法》第27条规定,依法取得的土地使用权可以作价入股,合资、

合作开发房地产，这为合作建房提供了法律依据。但合作建房作为法律术语最早见于最高人民法院于一九九五年十二月二十七日公布的《关于审理房地产管理法施行前房地产经营案件若干问题的解答》（法发〔1996〕2号）第五条的规定：“享有土地使用权的一方以土地使用权作为投资与他人合作建房，签订的合建合同是土地使用权有偿转让的一种特殊形式，除办理合建审批手续外，还应依法办理土地使用权变更登记手续。未办理土地使用权变更登记手续的，一般应当认定合建合同无效，但双方已实际履行了合同，或房屋已基本建成，又无其他违法行为的，可认定合建合同有效，并责令当事人补办土地使用权变更登记手续。”从这一规定来看合作建房在法律效力方面着重强调应履行土地使用权变更登记手续，但何谓合作建房，合作建房作为特殊的法律行为有何法律内涵却没有明确。

最高人民法院于二〇〇五年六月十八日公布《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2005〕5号），笔者认为该解释对合作开发房地产合同纠纷的有关规定，第一次明确了合作建房的法律内涵。该解释第十四条规定：“本解释所称的合作开发房地产合同，是指当事人订立的以提供出让土地使用权、资金等作为共同投资，共享利润、共担风险合作开发房地产为基本内容的协议。”

因此，根据最高人民法院的司法解释，所谓合作建房，就是合作开发房地产，是当事人以提供出让土地使用权、资金等作为共同投资，共享利润、共担风险合作开发房地产的行为。

## 二、合作建房的法律特征

按照最高人民法院司法解释的内容，笔者认为合作建房具有以下法律特征：

### （一）合作建房是一种房地产开发行为

根据我国《城市房地产管理法》规定从事房地产开发和经营的主体必须是依法成立的房地产企业，凡是不具备房地产开发资质证书的，均不得从事房地产开发活动。合作建房行为是否合法，首先要求合作开发房地产的主体资格具合法性。最高人民法院的司法解释将合作开发房地产活动区分为依法成立房地产开发企业并取得资质证书的行为，和合作开发房地产合同当事人一方具备房地产开发经营资质的行为。如果在合作开发房地产合同中当事人一方具备了房地产开发资质，那么合作开发房地产合同就是有效合同。如果双方当事人约定成立房地产开发企业，并且已经取得了资质证书，那么，合作开发房地产合同也是有效合同。如果当事人在起诉前取得房地产开发资质证书，或者已经依法合作成立具有房地产开发经营资质的房地产开发企业的，应当认定合同有效。所以，合作建房中提供土地使用权、或资金作为出资的主体可以是自然人，也可以是企业法人或其他经济组织，但具体实施开发和经营房地产任务的必须是房地产开发企业。其次，合作建房项目必须依法履行立项审批、土地使用权变更登记、规划与建设许可等手续。根据最高人民法院《关于审理房地产管理法施行前房地产经营案件若干问题的解答》第十九条规定：“在下列情形下，合作开发房地产合同的当事人请求分配房地产项目利益的，不予受理；已经受理的，驳回起诉：（一）依法需经批准的房地产建设项目未经有批准权的人民政府主管部门批准；（二）房地产建设项目未取得建设工程规划许可证；（三）擅自变更建设工程规划。”

（二）合作建房是一种合同行为，合作建房合同具有法人型联营、或合伙型联营的特征合作建房最主要的特征是共同投资，共享利润、共担风险，所以，在合作开发房地产合同中，无论是以提供土地使用权作为投资的一方，还是以提供资金等为投资一方或多方，对合作开发项目产生的利润均有权享有，对产生的债务也同样要承担民事责任。由于合作开发房地产活动区分为依法成立房地产开发企业并取得资质证书的行为，和合作开发房地产合同当事人一方具备房地产开发经营资质的行为，故合作建房合同符合《民法通则》规定的法人型联营、或合伙型联营的特征。如果合同约定中存在保底条款，合同的性质就发生了变化，为此，最高人民法院的司法解释根据不同情况作了明确规定：“合作开发房地产合同约定提供土地使

用权的当事人不承担经营风险，只收取固定利益的，应当认定为土地使用权转让合同。”（第二十四条），“合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险，只分配固定数量房屋的，应当认定为房屋买卖合同。”（第二十五条），“合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险，只收取固定数额货币的，应当认定为借款合同。”（第二十六条），“合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险，只以租赁或者其他形式使用房屋的，应当认定为房屋租赁合同。”（第二十七条）。由于合同性质的不同，必然产生合建合同当事人的权利义务关系将被重新确定的法律后果。比如，如果合建合同被认定为土地使用权转让合同，该合同的合法性及其效力问题，以及当事人之间的权利义务关系都要按照土地使用权转让的有关法律规范来衡量和确定，此时合作者之间就不再是合作建房关系，而是名为合作建房，实为土地使用权转让关系。

### （三）合作建房或者合作开发房地产是一种投资行为

这是由合作建房合同要求当事人各方对债务需承担民事责任的特征决定的。投资行为意味着以营利为目的，同时既是投资就会有风险，而且房地产开发和经营不同与一般的投资行为，它不仅需要巨额资金作支撑，还需要开发经营者具备相应资质、经验和管理能力，高利润伴随的是高风险。笔者认为，清楚地认识到合作建房是一种有风险的投资行为，对于合作建房的合作各方很有必要，这有助于合作者对自己的利益得失作理性的评估和判断，从而确定其在合作中的策略，使合同条款的设定最大限度合乎自己的利益。同时，合作者明确的预期，可以避免在合作中产生纠纷。总之，在合作建房合同中，在以提供土地使用权作出资的一方当事人和以提供资金出资的一方或多方当事人之间体现的是一种利益共享，风险共担的平等互利关系，法律不允许其中任何一方只享受利益，不承担风险。

### 三、合建房屋产权原始取得的确定和利益纠纷的处理

合作建房的当事人无论是以提供出让土地使用权，还是以资金等作为出资，指向的目标是建成房屋，房屋建成后，产权的归属和利益分配问题毫无疑问是合作者最关心的问题。如何确定合建房屋产权的原始取得者，笔者认为，同样区分合作建房是以依法成立房地产开发企业并取得资质证书的形式，还是以合作开发房地产合同当事人一方所具备的房地产开发经营资质的形式，合建房屋产权的原始取得人在前者应是新成立的企业法人，在后者则是合作合同的各方当事人，只是房屋产权的分配比例应事先约定明确。后一种模式为只想以土地使用权作投资换取房屋自用，而无意从房屋销售中赚取利润的合作者提供了可能。

针对几种特殊情况下合作建房当事人产生利益纠纷如何处理，最高人民法院《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》作了明确规定，第十七条：“投资数额超出合作开发房地产合同的约定，对增加的投资数额的承担比例，当事人协商不成的，按照当事人的过错确定；因不可归责于当事人的事由或者当事人的过错无法确定的，按照约定的投资比例确定；没有约定投资比例的，按照约定的利润分配比例确定。”，第十八条：“房屋实际建筑面积少于合作开发房地产合同的约定，对房屋实际建筑面积的分配比例，当事人协商不成的，按照当事人的过错确定；因不可归责于当事人的事由或者当事人过错无法确定的，按照约定的利润分配比例确定。”，第二十条：“房屋实际建筑面积超出规划建筑面积，经有批准权的人民政府主管部门批准后，当事人对超出部分的房屋分配比例协商不成的，按照约定的利润分配比例确定。对增加的投资数额的承担比例，当事人协商不成的，按照约定的投资比例确定；没有约定投资比例的，按照约定的利润分配比例确定。”第二十一条：“当事人违反规划开发建设的房屋，被有批准权的人民政府主管部门认定为违法建筑责令拆除，当事人对损失承担协商不成的，按照当事人过错确定责任；过错无法确定的，按照约定的投资比例确定责任；没有约定投资比例的，按照约定的利润分配比例确定责任。”，第二十二条：“合作开发房地产合同约定仅以投资数额确定利润分配比例，当事人未足额交纳出资的，

按照当事人的实际投资比例分配利润。”，第二十三条：“合作开发房地产合同的当事人要求将房屋预售款充抵投资参与利润分配的，不予支持。”

#### 四、对个人合作建房的几点认识

近年来，随着房屋价格的不断攀升，个人合作建房在一些城市相继出现，发起者旨在解决工薪阶层和中、低收入者的住房问题，希望通过购房人“自住自建”的模式来降低成本，用比购买商品房的少的资金付出取得便宜实惠的房屋，实现“居者有其屋”的理想。理想无可厚非，这也与我国全面建设小康社会的发展目标一致，但是，个人合作建房毕竟是一种法律行为，它必须受现有法律规范的约束。

个人合作建房说到底是因为成本问题，“花很少的钱，建自己想要的房子”的确是美好的愿望，大家理想地认为因为省去了广告、营销等费用，又剔除了开发商的高利润，参与合作建房者就可以买到便宜实惠的房子，但笔者认为，以下几方面的成本是个人合作建房者不能不考虑的因素：

##### （一）法律成本

个人合作建房的法律成本可以分成以下类型：第一，取得房地产开发资质所发生的成本；第二，委托房地产开发商代建所发生的成本，它包括委托费用和代理成本（代理成本指代理人的偷懒，不负责任和攫取委托资金的行为），如果说委托费用可以计算，而代理成本却是不确定的；第三，取得合作建房项目立项审批和规划、建设许可手续所发生的成本；第四，因履行合作建房合同、委托代建合同、房屋产权分配等而发生纠纷所发生的诉讼成本。

##### （二）资金成本

从现行法规看，土地实行“招、拍、挂”方式进入公开的市场以后，个人合作建房“拿地”必须与其他房地产开发进行公开、公平的竞争，仅土地使用权出让金动辄就要以亿元计，加上房屋设计、建设所需资金，一个房地产项目需要的是巨额资金的投入，且不说在一定时间要找到成百上千的合作者是很困难的事，就是找到合作者，合作建房者多是中低收入者，他们也不可能把建房资金一步交到到位，而从银行获得融资不会比房地产商容易，一旦资金链条发生断裂，就可能成为“难尾工程”。所以，资金问题对于个人合作建房而言仍然是一个最大的成本因素。

##### （三）经营成本

合作建房是一种房地产开发的投资行为，个人合作建房只是合作建房的一种特殊形式，个人合作建房的合作者之间同样存在盈利分配和风险承担的问题。房地产开发建设是一个专业性很强的领域，个人合作者原本就是一些普通的中低收入者，根本就不具有这样的专业知识和经营管理能力，他们的身份一下由购房者变成房地产项目的投资者，如果项目一旦发生经营亏损产生债务，对个人合作者来讲，如果项目是成立公司的形式运作的，将血本无归；如果是合伙型联营形式运作的，还会背负债务。

鉴于个人合作建房上述潜在成本因素的考虑，笔者认为，就中低收入人的购房者而言，对选择以个人合作建房方式来实现购房目的，应持谨慎态度。

律师热线：13708992234

电子邮箱：authorsuog@sina.com

## 律师文苑

### 从著名法学家江平教授的名言想到的

作者：王德民

我国著名的法学家江平有一句名言：“律师兴则国家兴”。名言就是名言，已经被事实所证明。现在我国律师业兴矣，所以我们国家已被全世界所瞩目，所公认兴旺发达，蒸蒸日上。回顾我国几千年的漫漫长路，可谓是风风雨雨，跌宕起伏，风云变换。然而，在中国数千年的人治传统面前，中国的律师业那就不过是漫漫历史长河中一个微不足道的光点。所以，我国的律师业能取得今天的成就，能有今天的地位，每一个有理性的国人都清楚的知道，得来的是何等的不容易。

对于经过了太多的风风雨雨的中国人来讲，无法也就无天的日子，实在是不堪回首。所幸的是，中国人在经过半个多世纪的折腾之后，终于明白了这一点。早在七十年代末期，已故改革开放的总设计师邓小平就高瞻远瞩地指出：为了实现四个现代化，必须发扬社会主义民主和加强社会主义法制。又说：民主和法制，这两个方面都应该加强，过去我们都不足。要加强民主就要加强法制。没有广泛的民主是不行的，没有健全的法制也是不行的。最近几年，最高决策当局更是明确提出“依法治国、建设社会主义法治国家”的战略方针。现在，人们显然已经普遍意识到法治的意义并力图使它在社会生活中占有一席之地。全民普法运动、两手抓的思想、依法治国的战略方针??法治理念始终与经济体制改革联系在一起，紧锣密鼓的立法活动意味着法律将在这个传统的人治社会发挥日益重要的现实功能。

象任何事情一样，我们千万不能盲目的乐观。有人甚至断言，中国律师业目前取得的“辉煌成就”未尝不是一种偶然，这种偶然成就的辉煌在遭遇更为强大的必然性时，也许会在顷刻之间粉碎。所以，当我们为中国律师业的兴起而雀跃，为中国律师的风采而倾倒的同时，绝对不能忽视横在律师面前的种种难题。

作为每一名律师，我们应当万分珍惜我们目前的所得。

作为每一名律师，我们都应当认真的踏踏实实地作到从我做起，从小事做起，从一点一滴做起，只有这样，我们的事业才能不断的发展，不断的坚实，才能走向辉煌。律师应当是正义的化身，真理的卫士。在我们国家，律师在人们心目中的形象是很好的、是高大的。但这只能说是一个很好的开端，我们应当加倍的珍惜才能使之永久的保持下去。记得江平教授曾经讲过这样一个美国笑话：一位医生、一位教师、一位律师死后到了天堂，等待分配住处。医生分给了一套充满阳光的房间，教师分给了一套别墅，而律师分给了一栋大厦，而且有许多舞女为之轻歌慢舞，浅唱低吟。医生和教师都不服气，就找到圣彼得说，为什么给律师这么好的待遇？圣彼得说，物以稀为贵嘛，他是第一个升到天堂来的律师，当然住得应当好一点了。在美国人看来，升入天堂的律师，是寥寥无几的。这虽然是一个笑话，但却也发人深思。胡乔木同志曾经有一首歌颂律师的诗，其中一句是“你戴着荆棘的王冠而来。”这可以说，律师的王冠是由荆棘编成的，这句诗的含义之深是不言而喻的，既说明了律师的任重道远，路途崎岖坎坷，也说明律师的具有特殊的重大使命。同时胡乔木的诗里还写道：“你握着正义的宝剑而来。”所以说，作为我们国家的律师既是有着荆棘的王冠，而又握着正义的宝剑。所以，律师应当是正义的化身，真理的卫士，这既是律师职业的需要，也是律师人格的需要。有一件事给我的印象非常深刻。那是一个简单的医疗纠纷案件。我所代理的当事人的老父亲因病进某医院。后来因为该医院的错误诊断、错误治疗和错误用药，加之个别医护人员极无责任心，最后老人不但没有治好，而且病情越治越重。临终前，老人已不能说话，他拿着儿子手里的笔对儿子写道：“医院??”只写了两个字老人就与世长辞了。儿子悲痛欲绝，非得要讨个说法。他收集了大量的证据，经过我的研究分析，认为，就掌握

的证据，医院方错误的诊断、错误的用药、错误的治疗损害事实存在，过错明显，要求其人身损害赔偿，于理于法有据。庭审中却出现了意想不到的情况。其实，我和此案的主审法官是非常熟悉的，可没想到，不知出于什么原因，法官要求我方变更诉讼请求。我的当事人开始不明白真相，还挺高兴。但我很清楚，如若变更，此案必输无疑。看我和法官唇枪舌剑，争论的面红耳赤的样子，我的当事人一头雾水。事后，他听完我的讲解，激动的热泪盈眶。第二天，他来到墓地，跪在他父亲的陵墓前，说：“我遇到了一位好律师，我一定要为您讨回公道。”我们应当时时刻刻的认识到，在我们看来也许是最小的事，但在当事人看来，却是最大的事。我还熟悉一位前辈老律师，虽然年愈花甲，但仍是棱角分明，刚直不阿，虽屡遭磨难，但痴心不改，他总是天真的说：“我只尊重事实，服从法律。其它我考虑不了那么多。”

我觉得，我们律师的形象，是由整个律师群体的一言一行所形成的。一个人在社会中的地位，首先离不开他的职业，如果一个职业形象已经被社会否认，那么每个人也不会有光荣感，只有我们从事的职业的整体形象光荣，我们每一个人才会有光荣的感觉，而这样的一个人形象，要靠每一个律师自身的作为和表率来给社会答案，而这样一个答案，是靠我们每一个人的一言一行来表现出来的。正象人们常说的，真正的律师如通体透明的光泽水晶，是真正的人，表里如一，道德崇高、纯正善良、扶弱济危、决不勾串赃官，奔走豪门，决不颜奴颜婢膝，见利忘义，应当事事处处体现着人格的完善与优美。

律师还应具有——哲人的智慧；诗人的激情；法学家的素养；政治家的立场。以上的“四合一”被认为是优秀律师的标准。诚然，金无足赤，人无完人，要达到这样一个“四合一”的境地是相当的不易，但是既然是使命所在，社会需要和职业能力的要求，我们就应当努力的攀上这一高度。江平教授曾在一篇短文里倡言，“律师应当多一点哲人的气质……哲人者，以真智慧给人以启迪、帮助、指点迷津，而不是法律贩子，借当事人不懂法律的空子赚黑心钱。哲人者忧国忧民，以天下为己任，而不蝇营狗苟，鼠目寸光。哲人者，具有很高的文化教育修养，言谈吐语，待人接物有相当的品位，而不是市侩习气，拉帮作风，整日忙于应酬，饭局，流连忘返于市井之中”前辈法学家的话，我想正是对我们前面所提到的优秀“四合一”律师的最好的诠释，应当成为每一个律师的座右铭和行为指南。在我们今天的律师队伍中，也确实存在极大的差异，有些律师唯利是图，庸俗不堪，甚至有些律师成为邪恶势力的支持者，最终走上犯罪的道路。具体而言，律师具备哲人气质，就要具有抽象和概括能力。律师只有这样的能力和掌握这个方法，才能使自己的辩护和代理意见具有理论力量，才能说服法官，从而保护当事人的合法权益。如果不懂得抽象，归纳不出焦点和要点，抓不住案件的要害和实质，只在感性认识上打转转，往往不会被法官所重视。律师具备哲人气质，还要有深厚的法学功底和有高超的技能，要不断的学习，不断的探索，不断的完善，不断的积累，这是一个艰苦、繁索的工作，没有任何捷径。有句俗话说的好：“世界上最远的距离就是从心到手。”每个人都知道一分耕耘一分收获这句名言，但并不是每个人都能作的很好。只有那些不惧权势，不为名利，刻苦勤奋，兢兢业业的人，才能到达光辉的顶点。

经常听人说，律师是一些“变白为黑，变黑为白”的人。其实只有律师自己知道这一职业的艰辛。在律师的世界里，不只是有黑白，而是维护真理，维护正义，充满风险，充满危机，同时也充满快乐，丰富多彩的世界，值得为其奋斗终生。这是时代的需要，历史的需要，人民的需要。