

法律周报



第十四期

2007.10.15—10.22

本周聚焦：五年审判 成果辉煌

重大安全生产案件

重大危害金融秩序案件

重大涉黑案件

重大知识产权案件

重大环境保护案件

新法速递

[基金证券] 证监会颁布基金销售指导意见 监管框架初形成(全文)

热点追踪

[环球看点] 微软在欧盟的反垄断中究竟输掉了什么

[媒体聚焦] “打假英雄”王海告“飞毛腿” 焦点：驰名商标怎么用

业务动态

[贸易配额] 我国将会在纺织品贸易配额闸门打开后主动设限

[知识产权] 最高人民法院：知识产权司法保护领域不断拓展

[国际贸易] 八千九百多双鞋被退 企业做外贸生意应未雨绸缪

[商业犯罪] 最高法副院长：修改刑法打击贿赂犯罪五项建议

[个税申报] 税务总局：明年对个税自行纳税申报工作不调整

交流互动

[德衡动态] 栾少湖率团访问美国顺利归来

[客户动态] 四大商业银行核定第二套房 将统一以户为单位

重大安全生产案件

人民法院报

■2006年12月,广东省兴宁市人民法院对造成121人死亡、1人重伤致残、经济损失4700余万元的兴宁市大兴煤矿重大责任事故案作出判决:被告人曾云高犯重大责任事故罪、非法采矿罪和单位行贿罪,数罪并罚,决定执行有期徒刑十年,并处罚金500万元;被告人曾繁金犯重大责任事故罪和非法采矿罪,数罪并罚,决定执行有期徒刑十一年,并处罚金100万元;分别以重大责任事故罪、非法采矿罪和偷税罪等罪名,分别判处曾文坤等其他16名被告人七年至一年零五个月不等的有期徒刑或并处罚金;以非法采矿罪、单位行贿罪、偷税罪等罪名,数罪并罚,判处被告单位兴宁市大径里煤炭有限公司罚金8800万元。

■2006年12月,吉林省蛟河市人民法院对造成30名矿工死亡的蛟河市吉安煤矿重大责任事故案作出宣判,以重大责任事故罪分别判处曹会杰、曹会忠、刘金成、封国宝、李云鹏、孙信元等6名被告人七年至四年不等的有期徒刑。

■2006年11月,新疆昌吉回族自治州中级人民法院对造成83名矿工死亡、4人受伤、直接经济损失3500余万元的阜康市神龙煤矿特大瓦斯爆炸案作出终审宣判:以重大劳动安全责任事故罪判处姜金鹏有期徒刑六年,判处刘君波有期徒刑五年,判处任彦禄有期徒刑三年;以重大责任事故罪判处刘广友有期徒刑五年,判处周福平有期徒刑五年,判处苏金都有期徒刑三年零六个月。

■2006年2月,广东省兴宁市人民法院、梅县人民法院、梅州市梅江区人民法院对导致123名矿工死亡、直接经济损失4700余万元的梅州市大兴煤矿特大恶性透水事故案作出宣判,分别以玩忽职守罪、受贿罪等罪名判处兴宁市安监局原副局长赖新泉、兴宁市煤炭局原副局长曾锡良等4名被告人六年至二年不等的有期徒刑,并以玩忽职守罪对其他对矿难负有一定责任的12名国家机关原工作人员分别判处相应刑罚。

■2006年2月,江苏省淮安市人民法院宣判:被告人康兆永犯危险物品肇事罪,判处有期徒刑六年零六个月。被告人王刚犯危险物品肇事罪,判处有期徒刑六年零六个月。一审宣判后,公诉机关在法定期限内未提出抗诉,被告人康兆永、王刚也未上诉,一审判决发生法律效力。法院查明,上述两名被告人酿发的“3·29”京沪高速公路重大液氯泄漏案,导致29人氯气中毒死亡,450多人中毒住院治疗,1800多人门诊留治,1万多名村民被迫疏散转移,近9000头(只)家畜、家禽死亡,2万余亩农作物绝收,累计经济损失约2000余万元。

■2006年2月,河南省郑州市中级人民法院对导致148名矿工死亡、35名矿工受伤、直接经济损失3935.7万元的郑煤集团太平煤矿重大瓦斯爆炸案作出终审宣判,以重大责任事故罪分别判处贾江华、景永振等4名被告人七年至三年不等的有期徒刑。

■2004年1月,山西省忻州市中级人民法院对造成38名矿工死亡的繁峙县义兴寨金矿特大矿难案作出宣判:被告人石新泉犯非法买卖爆炸物罪,判处死刑,剥夺政治权利终身。被告人殷山犯行贿罪,判处有期徒刑八年,犯重大劳动安全事故罪,判处有期徒刑七年,决定执行有期徒刑十四年。被告人王建勇犯行贿罪,判处有期徒刑八年。被告人舒仕兵犯危险物品肇事罪,判处有期徒刑七年。被告人杨海龙犯行贿罪,判处有期徒刑五年。被告人王全全犯危险物品肇事罪,判处有期徒刑五年。

■2005年7月,广西壮族自治区钦州市中级人民法院对造成37人死亡、53人受伤的广西浦北县“10·4”特大烟花爆炸案作出终审宣判,以危险物品肇事罪判处马德忠有期徒刑七年,判处马劲有期徒刑五年,判处黄秀娟有期徒刑三年,缓刑三年。

■2004年12月,辽宁省铁岭市中级人民法院对造成36人死亡的昌图特大爆炸案的两名被告人作出一审判决,发生爆炸企业的董事长陈继成犯非法制造爆炸物罪和贷款诈骗罪,被

判处死刑；总经理尤涛犯非法制造爆炸物罪，被判处有期徒刑七年。

■2004年9月4日，重庆市第二中级人民法院对开县“12·23”井喷事故案作出一审判决，四川石油管理局川东钻探公司钻井二公司钻井十二队原队长吴斌等6名被告人被控重大责任事故罪罪名成立，分别被判处六年至三年不等的有期徒刑，一人缓刑。2004年12月，重庆市高级人民法院对该案做出了维持原判的终审裁定。

■2003年7月，贵州省高级人民法院对贵州省水城矿务局木冲沟煤矿2000年9月27日因瓦斯爆炸造成井下工人162人死亡、37人受伤（其中重伤14人）的重大责任事故案作出终审宣判：维持一审判决，冯平（副总工程师）犯重大责任事故罪，判处有期徒刑五年；徐世松（副矿长）犯重大责任事故罪，判处有期徒刑四年；金世成（副矿长）犯重大责任事故罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年；张金泉（安全员）犯重大责任事故罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年；张家文（救护中队党支部书记兼技术员）犯重大责任事故罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年；王佳顺（救护中队长）犯重大责任事故罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年。

重大危害金融秩序案件

人民法院报

■2007年9月，陕西省高级人民法院终审宣判：以集资诈骗罪判处贺先文有期徒刑十五年，罚金30万元。法院查明，贺先文采用违法“转让股权”和虚假投资“乌鸡项目”等诈骗方法非法集资，造成了一起受骗群众多达879人、非法集资数额高达1190余万元的特大集资诈骗案。

■2007年8月，内蒙古自治区赤峰市中级人民法院对一起巨额集资诈骗案作出宣判：蔡文国因犯集资诈骗罪被判处死刑，缓期两年执行；李春平因犯集资诈骗罪被判处有期徒刑，并处罚金50万元。此外，涉案吴影、鄂淑芬等11人分别被判十年至一年不等的有期徒刑。法院查明，上述涉案人员以养蚂蚁可以获得高额回报为诱饵，非法集资9500万元，致使近千名蚂蚁养殖户被骗。

■2007年8月，吉林省吉林市中级人民法院对“纳士塔”超亿元非法集资案两名主犯刘国民、杨向明依法执行死刑。法院查明，从2003年9月起，刘国民、杨向明、侯林坤等人打着美国纳士塔技术有限公司中国总代理的旗号，在未经任何金融主管部门批准的情况下，对尚未引进的项目开始了声势浩大的虚假宣传，非法吸收社会资本。短短7个月的时间里，他们就骗取4887名投资者1.23亿元资金，造成了恶劣的社会影响。

■2007年6月，天津市和平区人民法院对一起涉案金额高达1500万元的巨额集资诈骗案作出宣判：以集资诈骗罪、职务侵占罪判处边锦国有期徒刑二十年，并处罚金20万元；以非法吸收公众存款罪判处刘新华有期徒刑一年零六个月，缓刑一年零六个月，并处罚金2万元；以非法吸收公众存款罪判处李欣有期徒刑一年，缓刑一年，并处罚金2万元。

■2007年3月，辽宁省高级人民法院终审以集资诈骗罪判处闫洪英无期徒刑。法院查明，2002年9月至2004年8月，铁岭市无业女青年闫洪英带领一帮人谎称承包啤酒生产线，私刻公章并伪造虚假合同，两年时间内竟非法集资2.1亿多元，导致200多人受骗。

■2007年2月，辽宁省营口市中级人民法院对“东华集团养殖蚂蚁集资诈骗案”作出一审判决：被告人汪振东犯集资诈骗罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；判处其余15名被告人十年至五年不等的有期徒刑，分处50万元至10万元不等的罚金。

■2007年1月，甘肃省高级人民法院终审裁定：维持兰州市中级人民法院的判决，以集资诈骗罪判处沈涛无期徒刑，剥夺政治权利终身，并没收全部财产；分别以非法经营罪和集

资诈骗罪判处其余六名人员十年到六年不等的有期徒刑和数量不等的罚金。法院查明，沈涛集资诈骗案属于“兰州证券黑市系列”案之一，诈骗金额高达千万元以上。

■2006年12月，福建省三明市中级人民法院对一起备受社会各界关注的特大非法吸收公众存款案作出终审判决：刘永萍犯非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪，决定执行有期徒刑十五年，并处罚金30万元。法院查明，2002年1月至2004年8月间，刘永萍以高额利息为诱饵，先后组织民间标会271份，实际参会人员多达500多人，涉案金额高达3.43亿元。

■2006年12月，上海市高级人民法院对一起假借销售海外上市股票之名、以诈骗手段非法集资2000万余元的案件作出终审判决：以集资诈骗罪判处潘学成无期徒刑，判处韩枫有期徒刑十五年；分别以非法经营罪判处张桃盛、宗丽群、金燕等另外三名被告人八年到三年不等的有期徒刑。法院审理查明，潘学成、韩枫在张桃盛、宗丽群、金燕等人的协助下，共骗得252人购买股票436万余股，诈骗所得金额折合人民币2000万余元。

■2006年12月，云南省高级人民法院终审裁定，维持曲靖市中级人民法院的判决，以非法吸收公众存款罪判处戴雁、梁莉有期徒刑七年和四年。法院查明，自1997年8月至2005年5月，戴雁、梁莉等人以支付高额利息为诱饵，采用民间“拢会”的方式，先后“拢会”41个，向900余名群众非法集资4000多万元，严重扰乱了当地金融秩序。

■2005年12月，河南省高级人民法院对安阳华通集资诈骗案作出终审裁定，维持安阳中院一审判决，以集资诈骗罪判处宋跃福死刑，缓期二年执行；以集资诈骗罪分别判处宋合军、师宏峰、宋力、安晓燕等四人十三年至六年不等的有期徒刑。法院查明，宋跃福等人面向社会公开非法集资累计金额2.8亿多元，给集资户造成5950万多元的巨额损失。

■2003年7月，浙江省舟山市中级人民法院遵照最高人民法院签发的执行死刑命令，依法对舟山特大集资诈骗案罪犯赵巨海执行了死刑。法院查明，1988年10月至2001年11月间，赵巨海虚构其在东北经营鹿场和做鹿茸生意需要大量资金投入的事实，以月息5%至7%的高额利息为诱饵，采用后笔入股款兑付前笔入股利息的手段，先后直接或间接向舟山及宁波镇海2000余名受害人非法集资人民币达960余万元，除370余万元用于支付被害人的高额利息或退股本金外，剩余590余万元被其使用和挥霍，导致案发后无法归还。同时，2000年11月和2002年1月，赵巨海还分别虚构拼股买船、做药材生意等事实，以借款为名，先后3次骗取宁波妇女夏某14万元。

重大涉黑案件

人民法院报

■2002年3月10日，江苏省高级人民法院依法作出终审判决，被告人姜德平犯组织领导黑社会性质组织罪、抢劫罪、敲诈勒索罪、非法拘禁罪、非法持有枪支罪等罪，数罪并罚决定判处死刑，另一主犯王家胜被判处无期徒刑。同案的其他19名被告人也依法受到刑事制裁。从1998年8月开始，被告人姜德平和王家胜，纠集10多名刑满释放人员和无业人员，以收取“保护费”、“号头费”等为由，大肆诈取采砂船主现金；对拒交“保护费”的采砂船，则持凶器以暴力驱赶或实施抢劫，先后5次抢劫船主人民币4万余元，27次敲诈船主现金79万余元。

■2003年9月11日，陕西省高级人民法院作出终审判决，驳回郑卫国等人上诉，维持原判。2003年7月18日，西安市中级人民法院作出一审判决，以组织领导黑社会性质组织罪、故意杀人罪、故意伤害罪、寻衅滋事罪、挪用资金罪、非法拘禁罪、敲诈勒索罪、强迫交易罪并判处郑卫国死刑，剥夺政治权利终身；张占平、马新超、吕长江等3人也分别被判处

死刑，剥夺政治权利终身；同案其他 28 名被告人也被分别追究刑事责任。

■2003 年 12 月 22 日，最高人民法院对刘涌案经再审后作出判决：以故意伤害罪，判处刘涌死刑，剥夺政治权利终身；与其所犯其他各罪并罚，决定执行死刑，剥夺政治权利终身。最高人民法院认为：刘涌系组织、领导黑社会性质组织的首要分子，应对该组织的全部罪行承担责任。其直接或者指使、授意他人持刀、持枪实施故意伤害犯罪，致 1 人死亡，5 人重伤并造成 4 人严重残疾，8 人轻伤，手段特别残忍，情节特别恶劣，罪行极其严重，社会危害极大，依法应当判处死刑，且不具有不必执行死刑的法定或者酌定情节，依法应当判处死刑，立即执行。

■2004 年 3 月 24 日，辽宁省沈阳市中级人民法院一审宣判一起涉黑案件，被告人刘中东因涉及组织、领导黑社会性质组织等 7 个罪名，被依法判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人财产 21 万元、罚金 1 万元。

■2005 年 12 月 30 日，黑龙江省高级人民法院对廉博伟等 17 人故意杀人、组织领导参加黑社会性质组织一案进行二审宣判，判处主犯廉博伟死刑，剥夺政治权利终身。廉博伟是黑社会性质犯罪组织的组织、领导者，应当对其领导的黑社会性质犯罪组织的所有犯罪负责，其行为分别构成组织、领导黑社会性质组织罪、故意杀人罪、非法买卖枪支罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪、寻衅滋事罪、放火罪。

■2006 年 9 月 13 日，甘肃省高级人民法院依法作出二审判决及核准裁定，以组织、领导、参加黑社会性质组织，故意杀人，故意伤害等罪名，判处并核准马冰冰、丁海晖、马国栋、甘兴涛等被告人死刑，其他各被告人分别被判处死缓、无期徒刑、有期徒刑等刑罚。甘肃省马冰冰等黑社会性质组织犯罪案被告人共 60 人，其中被认定为黑社会性质组织成员的共 26 人。经法院审理查明：1998 年至 2001 年逐步形成以马冰冰、丁海晖为首，以马国栋、林少云等人为骨干，以马亦翔、马阿丹等人为主要成员的黑社会性质组织。该案涉及 10 余项罪名，其中故意杀人、故意伤害犯罪 10 多起，致死 13 人，重伤 5 人，轻伤 5 人，轻微伤 4 人。

■2006 年 5 月 31 日，安徽省亳州市中级人民法院一审以组织、领导、参加黑社会性质组织，故意伤害等罪名，判处李伟、王前进、李亚等 3 名被告人死刑。此后，安徽省高级人民法院二审裁定维持一审判决，并依法核准了对上述 3 名被告人的死刑判决。李伟等黑社会性质组织犯罪案涉案被告人有 31 人。该组织在李伟、李亚、罗亮等人领导下共实施故意伤害犯罪 4 起，寻衅滋事犯罪 20 起，敲诈勒索犯罪 1 起，赌博犯罪 1 起，非法持有、私藏枪支弹药犯罪 1 起，致死致伤多人。

■2007 年 2 月 6 日，河南省高级人民法院作出终审判决，维持对岳崇东等 12 人的定罪量刑。2006 年 8 月 4 日，河南省三门峡市中级人民法院一审以组织、领导黑社会性质组织罪、抢劫罪、寻衅滋事罪、故意伤害罪、敲诈勒索罪、妨碍公务罪、强迫交易罪，数罪并罚，判处被告人岳崇东死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。其他 13 名被告人分别被判处二十年至四年不等的有期徒刑。

■2007 年 2 月 6 日，辽宁省高级人民法院经审理后裁定驳回董宝军等人上诉，维持原判。2006 年 8 月 15 日，辽宁省铁岭市中级人民法院一审以组织、领导黑社会性质组织罪、故意杀人罪（未遂）、故意伤害罪、敲诈勒索罪、非法拘禁罪、强迫交易罪、赌博罪、非法持有枪支罪、行贿罪，数罪并罚，判处被告人董宝军有期徒刑二十年，并处罚金人民币 100 万元；以纵容黑社会性质组织罪、受贿罪，数罪并罚，判处被告人李火有期徒刑三年。其他 25 名被告人分别被判处十四年至一年不等的有期徒刑。

重大知识产权案件

中国法院报

■2003年8月20日,四川省绵竹市人民法院以假冒注册商标罪判处被告人黄味金有期徒刑三年零六个月,并处罚金1万元;被告人常荣芳有期徒刑三年零六个月,并处罚金1万元;被告人张会建有期徒刑三年零六个月,并处罚金1万元;被告人常祝家有有期徒刑一年零六个月,并处罚金2000元;被告人文勇有期徒刑一年,并处罚金2000元;被告人邱伦富有有期徒刑一年,并处罚金2000元;被告人常春荣免于刑事处罚。一审宣判后,黄味金等七被告人没有上诉,检察机关也没有抗诉,判决生效。

■2004年8月26日,浙江省高级人民法院对浙江萧山五粮液系列酒销售有限公司、宜宾五粮液股份有限公司诉四川老作坊酒厂、宁海县昌盛食品有限公司商标侵权及不正当竞争纠纷案作出终审判决:老作坊酒厂、昌盛公司停止对“作坊”注册商标的侵权;老作坊酒厂、昌盛公司分别赔偿萧山五粮液、宜宾五粮液经济损失20万元和10万元。

■2004年9月10日,广东省深圳市中级人民法院对李明光等侵犯商业秘密案作出终审裁定,驳回上诉,维持原判。2004年5月28日,深圳市罗湖区人民法院作出一审判决,以侵犯商业秘密罪判处被告人李明光有期徒刑一年零三个月,并处罚金人民币10万元;判处被告人徐小清有期徒刑十个月,并处罚金人民币2万元;判处被告人龚岷有期徒刑十个月,并处罚金人民币1万元。

■2004年11月26日,江苏省苏州市中级人民法院对新力唱片(香港)有限公司诉苏州市西部餐饮娱乐有限公司侵犯著作权纠纷案依法作出一审判决:西部娱乐公司停止侵权,赔偿新力公司经济损失人民币9000元及为本案诉讼支出的合理费用人民币25441元,驳回新力公司的其他诉讼请求。判决后,双方当事人均未提出上诉,判决生效。

■2004年12月27日,北京市高级人民法院对(美国)教育考试服务中心诉北京市海淀区私立新东方学校侵犯著作权及注册商标专用权纠纷案作出终审判决,维持一审判决有关著作权的判项,撤销一审判决有关注册商标专用权的判项。一审法院经审理认为,新东方学校未经ETS许可,以商业经营为目的,擅自复制并公开销售TOEFL试题,侵犯了ETS的著作权,应承担相应的法律责任。新东方学校在其发行的TOEFL考试题出版物的封面上以醒目字体标明“TOEFL”字样,且商品类别与ETS注册的商品类别相同,新东方学校的行为侵犯了ETS的注册商标专用权。遂判决新东方学校停止侵犯著作权和注册商标专用权的行为、赔偿损失、消除影响和赔礼道歉。新东方学校不服,向北京市高级人民法院提起上诉。

■2005年7月7日,江苏省常州市天宁区人民法院一审宣判了一起侵犯知识产权案件,以假冒注册商标罪分别判处时德军、周清华有期徒刑三年,并处罚金3万元。法院经审理查明,被告人时德军、周清华自2003年11月至2004年5月,在未领取药品生产、经营企业许可证的情况下,生产销售假冒美国礼来艾高斯有限公司原产的注册商标为“CIALIS”的药品,非法经营数额为人民币19.35万元;生产销售假冒美国辉瑞公司原产的“VIAGRA”(伟哥)的散装成品和半成品9310粒。

■2006年2月24日,广东省高级人民法院对广州中宜电子有限公司与索尼株式会社专利侵权纠纷案作出终审判决,驳回中宜公司的上诉,维持原判。原审法院审理认为,中宜公司未经索尼公司许可,制造、销售了侵犯索尼公司专利权的产品,遂判决中宜公司立即停止制造、销售侵犯专利权的行为,销毁库存侵权产品和专用生产模具;赔偿索尼公司经济损失人民币10万元。

■2006年3月10日,宁夏中卫市中级人民法院判决中国唱片深圳公司、华韵公司共同赔偿崔健经济损失19200元,为制止侵权行为所支出的合理费用28300元,合计47500元。中国唱片深圳公司委托华韵影视光盘有限责任公司复制“崔健-1985回顾”CD光盘,并出版

发行，上海客都连锁超市中卫分店销售了该光盘。该光盘收录了12首曲目，12首曲目的演唱者均为崔健。之后，崔健将中国唱片深圳公司、华韵公司、中卫分店诉至法院。

■2006年4月20日，上海市第二中级人民法院对路易威登马利蒂公司诉上海联家超市有限公司商标侵权纠纷案作出一审判决，判决被告停止侵权，赔偿原告经济损失共计人民币30万元。判决后，双方均未上诉。原告路易威登马利蒂公司诉称：其为法国公司，在中国注册了“LV”等五个商标。2006年上半年，原告发现被告“家乐福”武宁店以特价促销的方式销售的三款女式包使用了与原告5个注册商标相同或近似标识。

■2006年6月15日，北京市高级人民法院对朱志强与（美国）耐克公司、耐克（苏州）体育用品有限公司、北京元太世纪广告有限公司、北京新浪信息技术有限公司侵犯著作权纠纷案作出终审判决，驳回朱志强的诉讼请求。朱志强是计算机网络动画《独孤求败》、《小小特警》等作品的作者，上述作品的人物形象均为“火柴棍小人”形象。2003年10月，（美国）耐克公司、耐克（苏州）体育用品有限公司为宣传推广其新产品“NIKESHOXSTATUSTB”，分别在其网站、新浪网首页、北京王府井大街、北京地铁（天安门西）站台、北京电视台体育频道发布“黑棍小人”形象的广告。北京元太世纪广告有限公司系活动的广告经营者。朱志强为此诉至法院，请求判令四被告：连带赔偿朱志强损失200万元人民币；停止侵害朱志强的著作权。

重大环境保护案件

人民法院报

■2007年7月，山东省东营市中级人民法院对一起海底盗油案作出宣判，一审以破坏易燃易爆设备罪判处王玉江、刘林彬两名被告人死刑；判处被告人刘晓克死刑，缓期二年执行；判处时国勇、刘明中两名被告人无期徒刑；判处张庆民、时丙德、杨振杰、韩先民、李秀河等五名被告人十一年至三年不等的有期徒刑。法院审理查明，上述被告人的犯罪行为造成了非常严重的污染后果，严重影响了胜利油田及沿海渔业生产、生活秩序。有关部门、单位为了组织抢修和清污，花费了大量资金。

■2007年1月，曾告赢国家环保总局的74位浙江省温州市养殖户再次胜诉浙江省公安厅。杭州市上城区人民法院判决认定：浙江省公安厅作出的不予受理决定，缺乏事实和法律依据，应撤销浙江省公安厅行政复议不予受理决定；公安机关受理报案后，认为属于违反治安管理行为的，应当立即进行调查，认为不属于违反治安管理行为的，应当告知报案人，并说明理由。

■2006年11月，上海市嘉定区人民法院以重大环境污染事故罪判处被告人肖苍旺有期徒刑一年零六个月，罚金10万元。法院查明，被告人肖苍旺为牟取非法利益，假冒上海巨浪工贸有限公司业务员的身份，持伪造的处理危险废料的各类证照，与上海富诺林精细化工有限公司签订电解残渣处理协议，非法处理近40吨电解残渣，造成了重大环境污染事故。

■2006年8月，广东省广州市海北化工购销部经理何某被荔湾区人民法院判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金10万元。法院查明，2005年5月至9月，何某在海北化工购销部担任经理期间，为牟取非法经济利益，在购销部未具备“含酸废水”处理资质和能力的情况下，从佛山市顺德区一家企业运回24车共230余吨“含酸废水”，通过事先偷埋在地下的暗槽直接排入珠江，造成河道严重污染。

■2006年2月，继广西壮族自治区高级人民法院终审判决合浦西场永鑫糖业有限公司赔偿郑基玲等42人经济损失共计248万余元后，合浦西场永鑫糖业有限公司的担保人——建

设银行北海市分行主动履行了判决。法院查明，由于合浦西场永鑫糖业有限公司的非法排污行为，导致郑基玲等人共计 3600 余亩的养殖场水域遭到损害。

■2006 年 1 月，经内蒙古自治区高级人民法院调解，中国首起黄河水污染索赔案调解成功：水源污染责任企业——内蒙古塞外星华章纸业股份有限公司、内蒙古美丽北辰浆纸股份有限公司、内蒙古河套灌区总排干沟管理局自愿赔偿包头市供水总公司污染损失 230 万元。法院查明，2004 年 6 月，内蒙古河套灌区总排干沟管理局因水位超过警戒线，将积存于乌梁素海下游总排干沟内约 100 万立方米的造纸水等污水随乌梁素海退水集中下泄排入黄河，对黄河 400 多公里的河段造成 14 天的严重污染，导致水体完全丧失使用功能。

■2005 年 12 月，四川省成都市中级人民法院终审裁定：维持锦江区人民法院一审判决，以重大环境污染事故罪判处李俭（四川化工股份有限公司原总经理）有期徒刑三年，缓刑三年，判处吴贵鑫（原副总经理）有期徒刑四年，判处何立光（环保安全技术处原处长）有期徒刑五年；以环境监管失职罪判处宋世英（成都市青白江区环保局原副局长）有期徒刑二年零六个月，判处张明（区环保局环境监测站原站长）有期徒刑二年零六个月，判处张山（环境监测所原所长）有期徒刑一年零六个月，缓刑二年。

■2005 年 12 月，福建省高级人民法院终审判决：榕屏联营化工厂赔偿屏南县溪坪村、后龙林、古厦村等地 1700 余名民众 24 万余元，并在 1 年内清除厂内工业废渣和后山工业废渣。法院查明，1992 年，榕屏联营化工厂建成。两年后，工厂周边的农作物、植物逐渐枯死，鱼虾绝迹，当地村民癌症死亡率逐年提高。2002 年 11 月 7 日，溪坪村张长建等村民向宁德市中级人民法院递交诉状，要求赔偿 1000 余万元损失。

■2004 年 12 月，天津海事法院对备受国内外关注的“塔斯曼海”号油轮溢油索赔案作出一审判决，判令被告“塔斯曼海”船东及伦敦汽船船东互保协会连带赔偿原告天津市海洋局 1000 余万元海洋生态损失；赔偿天津市渔政渔港监督管理处 1500 余万元渔业资源损失。加上先期判令二被告赔偿渔民及养殖户遭受的 1700 余万元损失，此次索赔案的最终数额确定为 4200 余万元。目前，该案仍在上诉审理中。

■2003 年 8 月，浙江省高级人民法院终审判决：因水体污染造成的嘉兴市 47 位渔民总计 789 万元的损失，由江苏省吴江市盛泽镇 21 家单位共同连带赔付。法院查明，自 20 世纪 90 年代初，地处盛泽镇河道下游的浙江嘉兴市所处渔区多次遭受上游的江苏吴江市盛泽镇工业污水的侵袭，渔业生产连连遭受重创。1996 年 1 月，经环保总局协调，盛泽镇相关企业赔偿秀洲区及嘉善县渔民 200 万元。事后，盛泽镇相关企业仍然通过暗管向河道直接排污。截至 2001 年 10 月 31 日，吴鸿祥等 30 名原告遭受直接经济损失达 639 万余元，吉祥元等 17 名原告遭受直接经济损失 150 万余元。

[基金证券] 证监会颁布基金销售指导意见 监管框架初形成(全文)

法制网

中国证监会今日（10 月 18 日）正式颁布了《证券投资基金销售机构内部控制指导意见》和《证券投资基金销售适用性指导意见》，这是继 2007 年 3 月监管层颁布《证券投资基金销售业务信息管理平台管理规定》之后在基金销售监管方面的又一重要举措，至此，基金销售监管框架已初步形成。一年内针对一个问题出台三份文件，反映出监管层加强基金销售监管的决心。（夏丽华）

附全文：

关于发布《证券投资基金销售机构内部控制指导意见》的通知
证监基金字[2007]277号
各基金管理公司、基金代销机构:

为加强证券投资基金销售机构内部控制,促进基金销售机构诚信、合法、有效开展基金销售业务,保障基金投资人权益,根据《证券投资基金法》及《证券投资基金销售管理办法》(证监会令第20号)的有关规定,我会制定了《证券投资基金销售机构内部控制指导意见》,现予以发布,请遵照执行。

二〇〇七年十月十二日

第一章 总则

第一条 为了加强证券投资基金销售机构(以下简称“基金销售机构”)内部控制,促进基金销售机构诚信、合法、有效开展基金销售业务,维护基金投资人权益,依据《中华人民共和国证券投资基金法》、《证券投资基金销售管理办法》(证监会令第20号)等法律法规制定本指导意见。

第二条 基金销售机构内部控制是指基金销售机构在办理基金销售相关业务时为有效防范和化解风险,在充分考虑内外部环境的基础上,通过建立组织机制、运用管理方法、实施操作程序与监控措施而形成的系统。

本指导意见所称的基金销售机构,是指依法办理基金份额的发售、申购、赎回和转换等基金销售业务的基金管理人以及取得基金代销业务资格的其他机构。

为基金销售机构提供与基金销售业务相关服务的服务提供商就其参与基金销售业务的环节参照执行。

第三条 基金销售机构内部控制的目标:

- (一) 保证基金销售机构经营运作严格遵守国家有关法律法规和行业监管规则。
- (二) 防范和化解经营风险,提高经营管理效益,确保经营业务的稳健运行和投资人资金的安全。
- (三) 利于查错防弊,堵塞漏洞,消除隐患,保证业务稳健运行。

第四条 基金销售机构内部控制应履行健全、有效、独立、审慎的原则:

(一) 健全性原则。内部控制应包括基金销售机构的基金销售部门、涉及基金销售的分支机构及网点、人员,并涵盖到基金销售的决策、执行、监督、反馈等各个环节,避免管理漏洞的存在。

(二) 有效性原则。通过科学的内部控制制度与方法,建立合理的内部控制程序,确保内部控制制度的有效执行。

(三) 独立性原则。基金销售机构内各分支机构、部门和岗位职责应保持相对独立,权责分明,相互制衡。

(四) 审慎性原则。制定内部控制应以审慎经营、防范和化解风险为目标。

第五条 基金销售机构应建立有效的内部控制制度,内容至少应包括内部环境控制、业务流程控制、会计系统内部控制、信息技术内部控制和监察稽核控制等。

第二章 内部环境控制

第六条 基金销售机构应根据各自特点和业务需要建立科学、透明的决策程序和管理议事规则,高效、严谨的业务执行系统,以及健全、有效的内部监督和反馈系统。

第七条 基金销售机构应建立包括基金产品、投资人风险承受能力、运营操作等在内的科学严密的风险评估体系,对机构内外部风险进行识别、评估和分析,及时防范和化解风险,保证销售适用性原则的有效贯彻和投资人资金的安全。

第八条 基金销售机构应根据各自特点建立健全相应的授权控制体系。

(一) 健全内部逐级授权制度, 确保各项规章制度的贯彻执行。

(二) 基金销售机构各业务部门、各级分支机构在其规定的业务、财务、人事等授权范围内行使相应的职能。

(三) 销售业务和管理程序必须遵从管理层制定的操作规程, 经办人员的每一项工作必须在其业务授权范围内进行。

(四) 对已获授权的部门和人员应建立有效的评价和反馈机制, 对已不适用的授权应及时修改或取消授权。

(五) 销售业务前台的宣传推介和柜面操作岗位应相互分离, 销售业务后台的信息处理和资金处理岗位应当相互分离、相互制约, 各主要环节应分别由不同的部门(或岗位)负责, 负责风险监控和业务稽核的部门(或岗位)应独立于其他部门(或岗位)。

第九条 基金销售机构应加强对分支机构的管理, 有效控制分支机构的业务风险。

(一) 明确分支机构的业务范围和业务授权。

(二) 制定统一的分支机构标准化服务规程, 提高分支机构的服务质量, 避免差错事故的发生。

(三) 制定统一的交易账户和资金账户管理制度, 确保客户信息的有效管理和客户资金的安全。

(四) 统一分支机构的信息技术系统和平台, 确保信息管理的安全有效。

(五) 建立清晰的报告系统, 维护信息沟通渠道的畅通。

(六) 加强对分支机构的监督和管理, 采取业务留痕、定期核对、现场检查、风险评估等方式有效控制分支机构的风险。

第十条 基金销售机构应建立科学的聘用、培训、考评、晋升、淘汰等人力资源管理制度, 确保基金销售人员具备与岗位要求相适应的职业操守和专业胜任能力。

(一) 基金销售机构应完善销售人员招聘程序, 明确资格条件, 审慎考察应聘人员。

(二) 基金销售机构应建立员工培训制度, 通过培训、考试等方式, 确保员工理解和掌握相关法律法规和规章制度。员工培训应符合基金行业自律机构的相关要求, 培训情况应记录并存档。

(三) 基金销售机构应加强对销售人员的日常管理, 建立管理档案, 对销售人员行为、诚信、奖惩等方面进行记录。

(四) 基金销售机构应建立科学合理的销售绩效评价体系, 健全激励约束机制。

第十一条 基金销售机构应建立有效的内部控制, 防止商业贿赂和不正当交易行为的发生。

第十二条 基金销售机构应切实履行反洗钱义务, 建立和完善反洗钱内部控制制度, 确保基金销售业务各环节符合反洗钱法律法规的要求。

第十三条 基金销售机构应制订切实有效的应急应变措施, 建立危机处理机制和程序, 制定应急计划, 保障意外事件发生时公司业务的迅速恢复。

第十四条 公司应定期评价内部控制的有效性, 根据市场环境、新的技术应用和新的法律法规等情况, 适时改进。

第三章 业务流程控制

第一节 销售决策流程控制

第十五条 基金销售机构应自觉遵守国家有关法律法规和相关监管规则, 建立科学的销售决策机制。

基金销售机构总部应在科学、客观研究评价基础上对本机构的总体销售策略、网点设置、基金产品、激励政策、合作的服务提供商做出决策, 分支机构及销售人员应严格执行机构总部作出的销售决策。

第十六条 基金销售机构应对其销售分支机构的整体布局、规模发展和技术更新等进行统一规划，对分支机构的选址、投入与产出进行严密的可行性论证。

第十七条 基金代销机构应建立科学的基金产品评价体系，审慎选择所销售的基金产品，对基金产品的基本情况持续的跟踪和关注，并定期形成基金产品评价报告备查。

第十八条 基金销售机构选择的合作服务提供商应符合监管部门的资质要求，并建立完善的服务提供商选择标准和业务流程，充分评估相关风险，明确双方权利义务。

合作的服务提供商主要包括基金销售支付结算机构和基金销售资金账户开立银行等。

第十九条 基金销售机构的重大决策过程应留有书面记录，供监察稽核部门及监管机关等单位核查。

第二节 销售业务执行流程控制

第二十条 基金销售机构应按照国家有关法律法规及销售业务的性质和自身特点严格制定管理规章、操作流程和岗位手册，明确揭示不同业务环节可能存在的风险点并采取控制措施。

第二十一条 基金销售机构应制定完善的基金销售业务基本规程，对开户、销户、资料变更等账户类业务，认购、申购、赎回、转换等交易类业务及继承、捐赠、司法强制措施等被动接受类业务做出规定。

(一) 业务基本规程应对重要业务环节实施有效复核，确保重要环节业务操作的准确性。

(二) 按照法律法规和招募说明书规定的时间办理基金销售业务，对于投资人交易时间外的申请均做为下一交易日交易处理。

(三) 基金销售机构在办理基金业务时应确保申购资金银行账户、基金份额持有人和指定赎回资金银行账户为同一身份。

(四) 建立完善的交易记录制度，保持申请资料原始记录和系统记录一致，保证客户信息准确性、完整性，每日交易情况应当及时核对并存档保管。

(五) 开通自助式前台服务的基金销售机构应建立完善的营销管理和风险控制制度，确保投资人获得必要服务并保证销售资金的安全。

(六) 基金销售机构应在交易被拒绝或确认失败时主动通知投资人。

第二十二条 基金销售机构应制定完善的基金销售业务账户管理制度，确保各类账户的开立和使用符合法律法规和相关监管规则，保证基金销售资金的安全和账户的有序管理。

第二十三条 基金销售机构应制定完善的资金清算流程，确保基金销售资金的清算与交收的安全性、及时性和高效性，保证销售资金的清算与交收工作进行顺利。

(一) 严格管理资金的划付，将赎回、分红及认申购不成功的相应款项直接划入投资人开户时指定的同名银行账户。投资人申请赎回时要求变更指定银行账户的，销售机构应对申请变更人的有效身份进行核实，并记录申请变更人的基本信息及申请变更的时间、地点、账户信息，同时作为异常交易处理。

(二) 明确基金销售机构总部与各分支机构、基金注册登记机构、托管银行以及相关合作服务提供商的资金清算流程。

(三) 严格按照约定的时间进行资金划付，超过约定时间的资金应当作为异常交易处理。

(四) 销售机构的分支机构应当将当日的全部基金销售资金于同日划往总部统一的基金销售专户，实现日清日结。

第二十四条 基金销售机构应制定客户服务标准，对服务对象、服务内容、服务程序等业务进行规范。

(一) 宣传推介活动应当遵循诚实信用原则，不得有欺诈、误导投资人的行为。

(二) 遵循销售适用性原则，关注投资人的风险承受能力和基金产品风险收益特征的匹配性。

(三) 及时准确地为投资人办理各类基金销售业务手续，识别客户有效身份，严格管理投

资人账户。

(四) 在投资人开立基金交易账户时, 向投资人提供《投资人权益须知》, 保证投资人了解相关权益。

(五) 为基金份额持有人提供良好的持续服务, 保障基金份额持有人有效了解所投资基金的相关信息。

(六) 基金代销机构同时销售多只基金时, 不得有歧视性宣传推介活动和销售政策。

(七) 明确投资人投诉的受理、调查、处理程序。

第二十五条 基金销售机构应加强对宣传推介材料制作和发放的控制, 宣传推介材料应事先经基金管理人的督察长检查, 出具合规意见书, 并报中国证监会备案。宣传推介材料及《投资人权益须知》由总部统一制作, 分支机构、合作的服务提供商不得自行制作宣传推介材料及《投资人权益须知》, 未经授权不得发放宣传推介材料及《投资人权益须知》。

第二十六条 基金销售机构关于基金销售业务的信息揭示应由总部统一组织、审核和发布。基金销售机构分支机构、合作的服务提供商未经基金销售机构总部书面授权不得擅自进行信息披露。

第二十七条 基金销售机构制定《投资人权益须知》, 内容至少应当包括:

- (一) 《证券投资基金法》规定的基金份额持有人的权利。
- (二) 基金销售机构提供的服务内容和收费方式。
- (三) 投资人办理基金业务流程。
- (四) 基金分类、评级等的基本知识以及投资风险提示。
- (五) 向基金销售机构、自律组织以及监管机构的投诉方式和程序。
- (六) 基金销售机构联络方式及其他需要向投资人说明的内容。

第二十八条 基金代销机构与基金管理人应在代销协议中对向基金持有人提供持续服务事宜作出明确约定, 持有投资人联系方式等资料信息的一方应承担持续服务责任。但基金销售机构至少应向基金注册登记机构提供基金份额持有人姓名、身份证号码、基金账号等资料。

第二十九条 基金销售机构应建立完备的客户投诉处理体系。

- (一) 设立独立的客户投诉受理和处理协调部门或者岗位。
- (二) 向社会公布受理客户投诉的电话、信箱地址及投诉处理规则。
- (三) 准确记录客户投诉的内容, 所有客户投诉应当留痕并存档, 投诉电话应当录音。
- (四) 评估客户投诉风险, 采取适当措施, 及时妥善处理客户投诉。
- (五) 根据客户投诉总结相关问题, 及时发现业务风险, 完善内控制度。

第三十条 基金销售机构应建立严格的基金份额持有人信息管理制度和保密制度, 及时维护更新基金份额持有人的信息, 基金份额持有人的信息应严格保密, 防范投资人资料被不当运用。

对基金份额持有人信息的维护和使用应当明确权限并留存相关记录。

第三十一条 基金销售机构应建立异常交易的监控、记录和报告制度, 重点关注基金销售业务中的异常交易行为。

- (一) 反洗钱相关法律法规规定的异常交易;
- (二) 投资人频繁开立、撤销账户的行为;
- (三) 投资人短期交易行为;
- (四) 基金份额持有人变更指定赎回银行账户的行为;
- (五) 违反销售适用性原则的交易;
- (六) 超过约定时间进行资金划付的行为;
- (七) 其他应当关注的异常交易行为。

第三十二条 基金销售机构应建立完善的档案管理制度, 妥善保管相关业务资料。客户身

份资料，自业务关系结束当年计起至少保存 15 年，交易记录自交易记账当年记起至少保存 15 年。

第四章 会计系统内部控制

第三十三条 基金销售机构应依据国家有关法律、法规制定相关财务制度和会计工作操作流程，并针对各个风险控制点建立严密的会计系统控制。

第三十四条 基金销售机构应将自有资产与投资入资产分别设账管理，建立完善的自有资产与投资入资产的管理办法，明确规定其各自的用途和资金划拨的严格控制程序。

第三十五条 基金销售机构应建立严格的制度，规范财务收支行为，确保各项费用报酬的收取符合法律法规的规定及销售合同、代销协议或合作协议的约定，并对收取的各项费用报酬开具相应的发票或支付确认。

第三十六条 基金销售机构应当采取适当的会计控制措施，规范资金清算交收工作，在授权范围内，及时准确的完成资金清算，确保投资人资产的安全。

第三十七条 基金销售机构应在内部每日完成各销售网点与基金销售总部的信息与资金的对账；在外定期完成与客户和基金注册登记机构的信息与资金的对账。

第五章 信息技术内部控制

第三十八条 基金销售机构应严格按照中国证监会《证券投资基金销售业务信息管理平台管理规定》（证监基金字[2007]76 号）的要求建立信息技术内部控制制度，确保信息管理平台的的安全高效运行。

第三十九条 基金销售机构应在内部建立完整的信息管理体系，设置必要的信息管理岗位，信息技术负责人和信息安全负责人不能由同一人兼任，对重要业务环节应当实行双人双岗。

第四十条 基金销售机构应通过严格的授权制度、岗位责任制度、门禁制度、内外网分离制度等管理措施，确保系统安全运行。

第四十一条 信息技术开发、运营维护、业务操作等人员必须相互分离，信息技术开发、运营维护等技术人员不得介入实际的业务操作。

第四十二条 基金销售机构应对信息数据实行严格的管理，保证信息数据的安全、真实和完整，并能及时、准确地传递；严格计算机交易数据的授权修改程序，并坚持电子信息数据的定期查验制度。

第四十三条 系统数据应逐日备份并异地妥善存放，系统运行数据中涉及基金投资人信息和交易记录的备份应当在不可修改的介质上保存 15 年。

第四十四条 基金销售机构应制定业务连续性计划和灾难恢复计划并定期组织演练。

第六章 监察稽核控制

第四十五条 基金销售机构应设立专门的监察稽核部门或岗位，就基金销售业务内部控制制度的执行情况独立地履行监察、评价、报告、建议职能。监察稽核人员应忠于职守，廉洁自律，客观公正，依法稽核。

第四十六条 监察稽核人员对于发现违法违规行为、异常交易情况或者重大风险隐患应当向基金销售机构管理层报告。

第四十七条 遇有如下重大问题，基金销售机构的监察稽核负责人应及时向中国证监会或其派出机构报告：

- （一）基金销售机构违规使用基金销售专户；
- （二）基金销售机构挪用投资人资金或基金资产；
- （三）基金销售中出现的其他重大违法违规行为。

第四十八条 基金销售机构应当将客户投诉及处理情况按照监管部门的要求进行报告。

第七章 附 则

第四十九条 中国证监会及授权机构有权对基金销售机构 内部控制情况进行监督并依据

相关法律法规进行处罚，基金销售机构应将内部控制制度报中国证监会备案。

第五十条 中国证监会在对基金销售机构内部控制情况进行监督时，会充分考虑各基金销售机构内外环境的因素及其自身特点，对基金销售机构内部控制做出实事求是的评价。

第五十一条 本指导意见由中国证监会负责解释。

第五十二条 本指导意见自 2008 年 1 月 1 日起施行。

关于发布《证券投资基金销售适用性指导意见》的通知

证监基金字[2007]278 号

各基金管理公司，各基金代销机构，各基金托管银行：

为规范基金销售机构的销售行为，确保基金和相关产品销售的适用性，提示投资风险，促进证券投资基金市场健康发展，根据《证券投资基金法》及《证券投资基金销售管理办法》（证监会令第 20 号）的有关规定，我会制定了《证券投资基金销售适用性指导意见》，现予发布，请遵照执行。

二〇〇七年十月十二日

第一章 总则

第一条 为了规范基金销售机构的销售行为，确保基金和相关产品销售的适用性，提示投资风险，促进证券投资基金市场健康发展，依据《证券投资基金法》、《证券投资基金销售管理办法》及其他法律法规制定本指导意见。

第二条 本指导意见所称基金销售机构，是指依法办理基金份额的发售、申购和赎回的基金管理人以及取得基金代销业务资格的其他机构。

第三条 基金销售适用性是指基金销售机构在销售基金和相关产品的过程中，注重根据基金投资人的风险承受能力销售不同风险等级的产品，把合适的产品卖给合适的基金投资人。

第四条 基金销售机构应当参照本指导意见，建立健全基金销售适用性管理制度，做好销售人员的业务培训工作，加强对基金销售行为的管理，加大对基金投资人的风险提示，降低因销售过程中产品错配而导致的基金投资人投诉风险。

第五条 基金销售机构使用的基金销售业务信息管理平台应当支持基金销售适用性在基金销售中的运用。

第二章 基金销售适用性的指导原则和管理制度

第六条 基金销售机构在实施基金销售适用性的过程中应当遵循以下指导原则：

（一）投资人利益优先原则。当基金销售机构或基金销售人员的利益与基金投资人的利益发生冲突时，应当优先保障基金投资人的合法利益。

（二）全面性原则。基金销售机构应当将基金销售适用性作为内部控制的组成部分，将基金销售适用性贯穿于基金销售的各个业务环节，对基金管理人（或产品发起人，下同）、基金产品（或基金相关产品，下同）和基金投资人都要了解并做出评价。

（三）客观性原则。基金销售机构应当建立科学合理的方法，设置必要的标准和流程，保证基金销售适用性的实施。对基金管理人、基金产品和基金投资人的调查和评价，应当尽力做到客观准确，并作为基金销售人员向基金投资人推介合适基金产品的重要依据。

（四）及时性原则。基金产品的风险评价和基金投资人的风险承受能力评价应当根据实际情况及时更新。

第七条 基金销售机构建立基金销售适用性管理制度，应当至少包括以下内容：

- （一）对基金管理人进行审慎调查的方式和方法；
- （二）对基金产品的风险等级进行设置、对基金产品进行风险评价的方式或方法；
- （三）对基金投资人风险承受能力进行调查和评价的方式和方法；
- （四）对基金产品和基金投资人进行匹配的方法。

第三章 审慎调查

第八条 基金代销机构选择代销基金产品，应当对基金管理人进行审慎调查并做出评价；基金管理人在选择基金代销机构时，为确保基金销售适用性的贯彻实施，应当对基金代销机构进行审慎调查。

第九条 基金代销机构通过对基金管理人进行审慎调查，了解基金管理人的诚信状况、经营管理能力、投资管理能力和内部控制情况，并可将调查结果作为是否代销该基金管理人的基金产品或是否向基金投资人优先推介该基金管理人的重要依据。

第十条 基金管理人通过对基金代销机构进行审慎调查，了解基金代销机构的内部控制情况、信息管理平台建设、账户管理制度、销售人员能力和持续营销能力，并可将调查结果作为选择基金代销机构的重要依据。

第十一条 开展审慎调查应当优先根据被调查方公开披露的信息进行；接受被调查方提供的非公开信息使用的，必须对信息的适当性实施尽职甄别。

第四章 基金产品风险评价

第十二条 对基金产品的风险评价，可以由基金销售机构的特定部门完成，也可以由第三方的基金评级与评价机构提供。

由基金评级与评价机构提供基金产品风险评价服务的，基金销售机构应当要求服务方提供基金产品风险评价方法及其说明。

第十三条 基金产品风险评价结果应当作为基金销售机构向基金投资人推介基金产品的重要依据。

第十四条 基金产品风险评价以基金产品的风险等级来具体反映，基金产品风险应当至少包括以下三个等级：

- (一) 低风险等级；
- (二) 中风险等级；
- (三) 高风险等级。

基金销售机构可以根据实际情况在前款所列等级的基础上进一步进行风险细分。

第十五条 基金产品风险评价应当至少依据以下四个因素：

- (一) 基金招募说明书所明示的投资方向、投资范围和投资比例；
- (二) 基金的历史规模和持仓比例；
- (三) 基金的过往业绩及基金净值的历史波动程度；
- (四) 基金成立以来有无违规行为发生。

第十六条 基金销售机构所使用的基金产品风险评价方法及其说明应当通过适当途径向基金投资人公开。

第十七条 基金产品风险评价的结果应当定期更新，过往的评价结果应当作为历史记录保存。

第五章 基金投资人风险承受能力调查和评价

第十八条 基金销售机构应当建立基金投资人调查制度，制定科学合理的调查方法和清晰有效的作业流程，对基金投资人的风险承受能力进行调查和评价。

第十九条 在对基金投资人的风险承受能力进行调查和评价前，基金销售机构应当执行基金投资人身份认证程序，核查基金投资人的投资资格，切实履行反洗钱等法律义务。

第二十条 基金投资人评价应以基金投资人的风险承受能力类型来具体反映，应当至少包括以下三个类型：

- (一) 保守型；
- (二) 稳健型；
- (三) 积极型。

基金销售机构可以根据实际情况在前款所列类型的基础上进一步进行风险承受能力细分。

第二十一条 基金销售机构应当在基金投资人首次开立基金交易账户时或首次购买基金产品前对基金投资人的风险承受能力进行调查和评价；对已经购买了基金产品的基金投资人，基金销售机构也应当追溯调查、评价该基金投资人的风险承受能力。

基金投资人放弃接受调查的，基金销售机构应当通过其他合理的规则或方法评价该基金投资人的风险承受能力。

第二十二条 基金销售机构可以采用当面、信函、网络或对已有的客户信息进行分析等方式对基金投资人的风险承受能力进行调查，并向基金投资人及时反馈评价的结果。

第二十三条 对基金投资人进行风险承受能力调查，应当从调查结果中至少了解到基金投资人的以下情况：

- (一) 投资目的；
- (二) 投资期限；
- (三) 投资经验；
- (四) 财务状况；
- (五) 短期风险承受水平；
- (六) 长期风险承受水平。

第二十四条 采用问卷等进行调查的，基金销售机构应当制定统一的问卷格式，同时应当在问卷的显著位置提示基金投资人在基金购买过程中注意核对自己的风险承受能力和基金产品风险的匹配情况。

第二十五条 基金销售机构调查和评价基金投资人的风险承受能力的方法及其说明应当通过适当途径向基金投资人公开。

第二十六条 基金销售机构应当定期或不定期地提示基金投资人重新接受风险承受能力调查，也可以通过对已有客户信息进行分析的方式更新对基金投资人的评价；过往的评价结果应当作为历史记录保存。

第六章 基金销售适用性的实施保障

第二十七条 基金销售机构应当通过内部控制保障基金销售适用性在基金销售各个环节的实施。

第二十八条 基金销售机构总部应当负责制定与基金销售适用性相关的制度和程序，建立销售的基金产品池，在销售业务信息管理平台中建设并维护与基金销售适用性相关的功能模块。

基金销售机构分支机构应当在总部的指导和管理下实施与基金销售适用性相关的制度和程序。

第二十九条 基金销售机构应当就基金销售适用性的理论和实践对基金销售人员实行专题培训。

第三十条 基金销售机构应当制定基金产品和基金投资人匹配的方法，在销售过程中由销售业务信息管理平台完成基金产品风险和基金投资人风险承受能力的匹配检验。

匹配方法至少应当在基金产品的风险等级和基金投资人的风险承受能力类型之间建立合理的对应关系，同时在建立对应关系的基础上将基金产品风险超越基金投资人风险承受能力的情况定义为风险不匹配。

第三十一条 基金销售机构应当在基金认购或申购申请中加入基金投资人意愿声明内容，对于基金投资人主动认购或申购的基金产品风险超越基金投资人风险承受能力的情况，要求基金投资人在认购或申购基金的同时进行确认，并在销售业务信息平台上记录基金投资人的确认信息。

第三十二条 禁止基金销售机构违背基金投资人意愿向基金投资人销售与基金投资人风险承受能力不匹配的产品。

第七章 附则

第三十三条 中国证监会及其派出机构在对基金销售活动进行现场检查时，有权对与基金销售适用性相关的制度建设、推广实施、信息处理和历史记录等进行询问或检查，发现存在问题的，可以对基金销售机构进行必要的指导。

中国证券业协会有权对基金销售适用性的执行情况进行自律管理。

第三十四条 基金管理人、已取得基金代销业务资格的机构及拟申请基金代销业务资格的机构，均应当按照本指导意见的要求制定基金销售适用性的长期推行计划，在本指导意见实施后逐步达到各项要求。

第三十五条 本指导意见自发布之日起实施。

[环球看点] 微软在欧盟的反垄断中究竟输掉了什么

法制网

核心提示

欧盟与微软之间持续近 9 年的反垄断较量，随着欧洲初审法院 9 月中旬的判决而再掀高潮，欧洲初审法院维持了欧盟委员会 2004 年对美国微软公司作出的反垄断处罚决定。但是距离最后的期限尚有月余，微软是否会向欧洲法院提起上诉至今仍是悬念。

有评论认为，这是欧盟近年来严厉打击反垄断行为的一个缩影，此案的判决对微软公司来说可谓釜底抽薪，其背后的法律基础将对包括微软公司在内的众多跨国高新技术企业产生深刻影响。欧盟有可能正在成为全球反垄断主战场。中国的首部《反垄断法》业已公布，并将于明

年的 8 月 1 日正式施行，欧美国家的反垄断实践对于中国刚刚起步的反垄断司法实践而言，无疑有着重要借鉴意义。

反垄断诉讼微软在欧盟遇到了强手

这并不是微软第一次卷入反垄断的诉讼，与在上个世纪 90 年代，微软在美国遭遇的反垄断诉讼相比，此次微软并没有顺利地跨过欧盟这道坎儿。欧洲初审法院在 9 月 17 日的判决中，驳回了微软提交的针对欧盟反垄断裁决的大部分上诉请求，判决要求微软必须支付 6.13 亿美元的罚款，并帮助竞争对手的产品与 Windows 系统兼容。不过微软要求撤销建立监督委托人制度以确保遵守裁决并支付费用的请求，获得了法院的批准。

1998 年 12 月，美国太阳微电子公司率先向欧盟反垄断执法机构欧盟委员会投诉微软公司，开启了欧盟对微软公司的反垄断调查。对于微软来说，这已经不是第一次被扯进反垄断调查中。与在美国遭遇的情况不同，微软在欧盟遇到的打击是强硬的。

欧盟委员会 2004 年认定，微软公司凭借其在个人电脑操作系统领域的优势地位，在市场上打压竞争对手。欧盟除要求微软公司限期提供不带自身媒体播放器的“视窗”操作系统版本和向服务器软件行业的竞争对手开放兼容技术信息外，还对其开出了 4.97 亿欧元的巨额罚单。对此微软公司 2004 年 6 月向欧洲初审法院提出诉讼，寻求推翻欧盟委员会的决定。

然而在长达 3 年的诉讼中，微软不仅暂缓执行欧盟委员会决定的目的未能达到，乖乖支付了罚款，还正式推出了不带自身媒体播放器的“视窗”操作系统，但市场反应冷淡。最终这一系列的举动都未能改变其被认定构成垄断的命运。

欧洲初审法院判决认为，微软公司滥用其在个人电脑操作系统市场上的优势地位，欧盟委员会认定微软公司犯下的两项违法垄断行为均成立。

欧洲初审法院在长达 248 页的判决书中称，欧盟委员会在评估微软滥用垄断地位导致的

严重后果及持续时间上没有犯错，在设定罚款数额上也未犯错。判决书中认为的理由为，一方面，微软公司拒绝向服务器行业的竞争对手提供相关技术信息，导致后者开发的软件无法与微软“视窗”操作系统充分兼容，危及了市场竞争。另一方面，微软公司将自身媒体播放器嵌入“视窗”操作系统的“捆绑”行为，剥夺了消费者的选择权，同时存在削弱竞争的重大威胁。

对于欧盟初审法院的判决，一时间引起了众多评论与肯定，欧盟委员会主席巴罗佐在发表声明中说：“这份判决证明了欧盟竞争政策的客观性和可信度。欧盟竞争政策保护了欧洲消费者利益，确保了内部市场上企业之间的公平竞争。”同时，有评论认为，判决中的制裁性措施可谓是釜底抽薪之举，对微软的打击堪称重创。那么欧盟又是依据什么来认定微软构成垄断呢？为什么微软的处境会在美国和欧盟面临诸多的不同？对此，本报记者专访了英国史密夫律师所北京代表处法律顾问史翠君。

史翠君概括介绍了欧盟反垄断法的基本情况，她说，欧盟在判断企业是否涉嫌“垄断”时，通常采用两个标准：一是企业间的合并会不会影响行业的自由竞争格局，这一点是为了保证行业内的充分竞争格局，同时维护处于弱势的竞争者的参赛权利；二是企业间的价格同盟关系，是否涉嫌操纵市场，这一点目的是要保障消费者利益。同时规定了具体判断涉嫌“垄断”的营业额数字标准。

对于微软案的判决，实际上两项处罚措施都基于同一个理由，那就是微软公司滥用了其在个人电脑操作系统领域的绝对优势，凭借着 Windows 系统“一统天下”的局面不正当地抢占其他市场，打压竞争对手，阻滞技术进步，从而构成了违法垄断行为。

巨额罚款背后的法律依据

欧盟委员会分别于 2004 年和 2006 年两次对微软进行了 4.97 亿欧元和 2.8 亿欧元的罚款，而欧盟初审法院又在判决中作出了 6.13 亿美元的罚款，在这些巨额罚款的背后依据是什么？这些数字对于微软又意味着什么呢？

史翠君解释说，根据欧盟反垄断法的相关规定，欧盟委员会有权对违反反垄断法的企业或企业集团处以上一营业年度销售总额 10% 以下的罚款。在确定罚款数量的时候，既要考虑违法行为的严重程度，又要考虑违法行为的延续时间。2004 年的 4.97 亿欧元罚金是根据微软上一年度的全球销售额，基于若干其他因素诸如过失的严重性、相关公司的营业额，以及过失行为所持续的时间（就微软而言是 5 年零 5 个月）作出的。2006 年 7 月的 2.8 亿欧元罚款是基于微软公司拒不执行 2004 年裁定开出的第二笔罚单。初审法院作出的 6.13 亿美元（约合 4.97 亿欧元）罚款，维持了欧盟委员会 2004 年对微软作出的反垄断处罚决定。

在普通读者看来，这一判决最吸引眼球的莫过于丝毫没有减少当年对微软处以的 4.97 亿欧元的罚款。尽管媒体用“天价”来形容这笔罚款，但对于财大气粗的微软来说，数亿欧元不过是其每年利润的九牛一毛。在截至今年 6 月 30 日的财年里，微软实现利润 100 多亿欧元。换言之，4.97 亿欧元只需两周就可赚回。事实上，微软被罚已不是第一次，在美国经过数年漫长的法律诉讼过程中，微软虽逃脱解体命运，但也被迫支付了 7.5 亿美元的巨额赔偿。然而似乎“天价”罚款并未能有效制止垄断，这难免会让人质疑罚款的力度。

史翠君分析指出，欧盟法授权欧盟理事会制定条例或指令以制止公司的违法垄断行为，理事会由此颁布了《第 17 号条例》。该条例明确指出，委员会作出的罚款决定“不带有刑法的性质”。所以，在欧盟的反垄断法制裁体系中，对于违法垄断行为没有规定刑事制裁措施，只依赖行政罚款来制裁。制裁的目的是产生威慑力，然而罚款可能并不能产生足够的威慑力。若想产生有效的威慑力，有些人认为需要对公司内部做出决策的个人处以刑事制裁（包括罚款和监禁），因为公司违反反垄断法的行为来自于公司内部的一些个人根据他们的利益和动机作出的决定。

反垄断美欧态度为何大不同

对于欧洲初审法院的判决，双方均有权在判决送达后的两个月内决定是否向欧洲法院提

起上诉。此次微软公司方面并没有在判决后坚决地表示要上诉，有评论认为，判决对微软来说是一次重大挫折，而美国一役则是微软的胜利。

美国联邦政府司法部 1998 年 5 月，协同包括美国最大的州加利福尼亚和首都华盛顿在内的 18 州 1 市，以微软违反反托拉斯法为由，将世界上最有权势的公司推上了法庭，之后，微软几经风险，甚至曾面临被一劈为二的分割命运。但最终与美国司法部达成和解协议而告终。

对微软持有尖锐批评意见的人士曾认为，微软和美国司法部达成的和解协议不能够解决欧洲存在的问题。法院批准和解的做法是对微软和司法部之间妥协的赞同，而对维护正常的市场竞争起不到多大作用。

对此，史翠君也认为，在美国的和解协议可以看作是微软的胜利，首先，协议的条款对于微软而言并不苛刻。协议要求微软缩小其同其它公司签订合同方面的限制，并在强迫其它公司报价方面条件略放宽，但最重要的是，和解协议并没有禁止微软在 Windows 系统中捆绑 WindowsMediaPlayer 等应用软件。其次，微软公司同意接受司法部对其商业活动实行某些限制的同时，避免了遭到更严厉的处罚。协议没有像 1999 年美国地方法院判定的那样要求分割微软，而是仅对其做出了些温和的限制而已。

此次欧盟的判决对微软的确是个沉重打击。罚款数额虽然惊人，但对于微软来说构不成威胁。相比而言，微软公司更不情愿的是向服务器行业的竞争对手提供与 Windows 兼容的技术信息。虽然判决仅对微软公司在欧盟的业务有效，但该信息一旦公开，就极有可能散播给其他市场上的同一个竞争对手。史翠君补充认为，判决依据的理由是法院认定微软滥用了自己在电脑操作系统领域的绝对优势。这势必会对微软形成一个危险的判例，使得任何公司都可以单独对微软发起诉讼。比如微软年初面世的新一代操作系统 WindowsVista，眼下就在欧盟面临着类似的反垄断投诉。

现在舆论普遍认为，即便上诉，微软面临败诉的可能性仍然很大。据报道，微软的首席法律顾问布拉德·史密斯在宣判后作出了声明，表示微软要对判决仔细研究后才能决定下一步行动。这与 2004 年遭遇欧盟委员会重罚后当即宣布要起诉的态度相比，微软这次的态度显得谨小慎微。史翠君认为，一方面这显然有他们说的对于判决书的理解需要一段时间的原因，另一方面他们也在权衡上诉后胜诉的可能性及成本的消耗。虽然上诉可以将案件再拖上两三年时间，但这期间得到初审法院支持的欧盟委员会决定依然要执行，所以微软如果上诉，可能消耗更多的财力和人力成本。

其次，微软即使上诉，回旋的余地也是有限的。欧洲初审法院是欧洲第二高等法院，其裁决相当于最终裁决。尽管在判决做出后的两个月零十天的期限内，微软还可以就适用法律向欧盟最高司法机构欧洲法院提起上诉，然而，在上诉审中，欧洲法院只受理法律问题，即初审是否存在程序错误或适用法律不当，而不再过问事实以及判决的实体部分。

之所以会导致有如此的不同，是不是美欧两地在反垄断的执法标准上存在分歧所致？

史翠君介绍说，美国反垄断的执法机构是司法部和美国联邦贸易委员会。在反垄断法的立法原则、垄断的评判标准、执法标准方面，美国的竞争政策以三大核心法规——即《1890 年谢尔曼反托拉斯法》、《1914 年克莱顿法》和《1914 年联邦贸易委员会法》为基础，以各项修正案和单项法规、判例为补充，形成了一套较完备的反垄断和竞争政策体系。美国反垄断政策的基本出发点是，尽可能消除美国经济生活中的垄断成分，实现市场的充分竞争。

而欧盟的反垄断规定散见于《罗马条约》以及欧盟部长理事会和欧盟委员会通过的一系列条例、指令和决定中。根据这些规定，欧盟委员会是欧盟竞争规则的主要执法机构，具体包括禁止限制竞争协议、禁止滥用市场支配地位和对企业并购实施反垄断审查。

欧盟竞争政策体系的目标是通过一体化的竞争政策来推动欧洲共同市场的发展，进而实现欧洲联盟内部一体化经济的协调和平衡发展。因此，欧盟竞争政策是其一系列共同政策的

一部分，并和其他政策一起共同致力于推动欧盟一体化经济的协调发展。

在判断企业是否涉嫌垄断时，欧盟通常采用两个标准，一是企业间的合并会不会影响行业的自由竞争格局；二是企业间的价格同盟关系是否涉嫌操纵市场。在判断企业是否涉嫌垄断时，美国《1890年谢尔曼反托拉斯法》的立意仅仅是消费者利益导向。

欧洲：全球反垄断主战场

据报道，美国司法部反垄断局1997年、1998年反垄断案件中，有一半被告是外国公司，2000年大约三分之一涉及国际卡特尔；但反垄断局所征收的反垄断罚金的90%以上以及1999年征收的全部罚金都是来自国际卡特尔案件，且最大罚金是针对外国企业。欧盟委员会在2001年对参与国际卡特尔的56家公司共计征收了18.36亿欧元的罚款，其中18家公司是非欧盟企业。

有一种质疑指出，在反垄断的问题上，美欧是否存在对于本国企业和外国企业并非一视同仁的问题？对此，史翠君理性地作出了分析，她认为总体而言，美国和欧盟委员会的反垄断的指控都还是针对本国（本地区）企业的占多数。但他们对外国（非本地区）企业的处罚力度却远远大于对本国（本地区）企业。

作为欧盟反垄断执法机构，欧盟委员会近年来逐步加大了对企业市场垄断行为的打击力度，可谓频出重拳。从2001年对8家参与非法卡特尔的维生素生产企业开出总额8.85亿欧元的罚单，到2004年对微软一家处以4.97亿欧元罚款，再到今年2月对5家结成非法卡特尔的大型电梯公司处以9.92亿欧元罚款，欧盟委员会对企业处以的反垄断处罚金额纪录也一再被刷新。欧洲初审法院在微软案的判决中也提到，将支持反垄断专员妮丽·克罗丝的其他反垄断调查，如对英特尔、高通垄断案的调查。有评论认为，微软反垄断案可能会在欧盟掀起一波反垄断调查浪潮，使得欧盟成为全球反垄断主战场。

对此，史翠君认为，欧洲初审法院的判决，再一次确立了欧盟委员会在打击企业市场垄断行为方面的权威和重要作用，在此基础上欧盟委员会今后有可能更加严厉地打击企业的市场垄断行为。此外，此判决为高科技行业的垄断企业引入竞争的义务开创了重要先例，对未来高科技行业及其他行业的反垄断执法影响深远。

史翠君分析指出，基于对违法垄断行为的制止，达到对消费者以及对其他竞争者保护的目，欧盟正不断加大对企业垄断的打击力度。但有关分析人士认为，“严打”仍有从欧盟自身利益出发作出的更深层次的原因和考虑。就微软案来说，从信息安全角度出发，防止电脑操作系统信息都掌握在一个外国垄断企业手中，会给欧盟带来某种（政治和经济方面）无形的潜在威胁。如果微软为了抢占欧洲市场份额，以其优势地位对相关产品进行捆绑销售的话，那么几年之后，所有欧盟相关的软件公司都要面对竞争破产的危机。同时，一些欧盟官员还担心，随着微软对安全软件市场强势地位的形成，配套、使用和更新的价格将是市场和其它公司难以左右的。由欧盟对于微软造成威胁的担心可以想见，欧盟对其他美国公司也同样存在这种担心。

那么，欧美国家的反垄断实践对中国反垄断法的实施会带来怎样的借鉴意义？

史翠君认为，中国作为发展中国家，才刚刚开始制定和实施反垄断法律，欧美国家的反垄断实践对中国的反垄断法的实施无疑是有重要借鉴意义的。欧盟的模式告诉我们，中国亦可通过反垄断法的实施，运用法律来使政府更多地规范干预市场，来维护市场竞争性。此次微软案也提示了一些问题，在明年8月1日中国反垄断法施行前，还有许多问题需要不断地进行细化和明确，例如关于中国国务院反垄断执法机构的具体执法权限和内容需要进一步明确以及人民法院在反垄断案件中的地位、职能和作用等等。

相关链接

欧盟具体判断涉嫌“垄断”的数字标准

所有企业合并后的全球营业额大于 50 亿欧元(约合 56.55 亿美元); 且至少两个企业中每一个的欧盟营业额均大于 2 亿 5 千万欧元。

或者以下三个条件同时满足:

1) 所有企业合并后的全球总营业额大于 25 亿欧元(约合 28.27 亿美元);

2) 至少三个成员国中的每一个成员国的企业, 合并后的营业额都大于 1 亿欧元(约合 1.13 亿美元);

3) 至少三个成员国中的每一个成员国的至少两个企业的每一个总营业额都大于 2500 万欧元(约合 2830 万美元); 且至少两个企业的欧盟总营业额大于 1 亿欧元。

小资料

欧盟涉微软反垄断案大事记

●1998 年 12 月, 美国太阳微电子公司率先向欧盟反垄断执法机构欧盟委员会投诉微软公司, 开启了欧盟对微软公司的反垄断调查。微软公司被指控意图利用自己在个人电脑操作系统市场上的绝对优势挤占服务器软件市场, 其表现是微软公司拒绝向服务器行业的竞争对手提供相关技术信息, 导致竞争对手开发的软件无法与微软“视窗”(Windows) 操作系统充分兼容。

●2004 年 3 月 24 日, 欧盟委员会认定微软公司滥用了自己在个人电脑操作系统市场上的优势地位, 要求微软公司在 90 天内提供不带自身媒体播放器的“视窗”操作系统版本, 并在 120 天内向服务器软件行业的竞争对手公开相关技术信息。此外, 欧盟委员会还对微软公司开出了 4.97 亿欧元的巨额罚单。

●2004 年 6 月 7 日, 微软公司向欧洲初审法院提出申诉, 要求推翻欧盟委员会的决定。同月, 微软公司还请求欧洲初审法院下令, 在法院判决作出前暂缓执行欧盟委员会的决定。

●2004 年 7 月, 微软公司支付了罚款。

●2004 年 12 月, 欧洲初审法院驳回了微软公司要求推翻欧盟委员会决定的请求。

●2005 年 6 月 15 日, 微软公司正式推出不带自身媒体播放器的“视窗”操作系统, 但市场反应冷淡。

●2006 年 7 月 12 日, 欧盟委员会决定对微软公司再次处以总额 2.8 亿欧元的罚款。

●2006 年 10 月 2 日, 微软公司就欧盟委员会新的处罚决定上诉至欧洲初审法院。

●2007 年 3 月 1 日, 欧盟委员会威胁对微软公司再次处以每天 300 万欧元的罚款, 并要求微软公司做出答复。目前, 处罚决定尚未作出。

●2007 年 9 月 17 日, 欧洲初审法院对微软公司要求推翻欧盟委员会反垄断处罚决定的上诉作出初审判决。在判决作出后的两个月零 10 天时间里, 双方均有权上诉至欧洲法院。

美国涉微软反垄断案大事记

●1975 年, 微软公司创立。

●1990 年, 美国联邦贸易委员会就微软与 IBM 在 PC 软件市场可能产生的冲突进行调查。

●1993 年, 美司法部对微软公司的市场垄断问题进行调查。

●1994 年, 微软同意修改与个人电脑生产商的软件使用合约, 允许其他软件生产商与其进行正当竞争, 从而结束了长达一年多的调查。

●1997 年, 美司法部再次起诉微软公司, 称其违反了 1994 年签署的协议, 美国地区法官杰克逊签发禁止令, 迫使微软公司暂时停止捆绑销售计划。

●1998 年, 美国司法部和 18 个州的总检察官起诉微软公司。

●2000 年, 比尔·盖茨宣布辞去微软公司总裁兼首席执行官的职务。杰克逊法官作出将微软一分为二的判决, 微软随后提出上诉。

●2001 年 6 月, 法庭确认了微软为维持 Windows 操作系统在个人电脑操作系统领域的垄

断地位采取了非法手段这一判决，但同时却拒绝将微软一分为二。同年 11 月，微软与司法部和 9 个州达成和解协议，但其它 9 个州却表示不接受上述协议，并且要求法官对微软进行更严厉制裁。

●2002 年，美国联邦法院批准了微软与美国司法部最终达成的和解协议。根据和解协议，微软将面对至少为期 5 年的惩罚性措施。

（刘爱君）

[媒体聚焦] “打假英雄”王海告“飞毛腿” 焦点：驰名商标怎么用

法制网

10 月 16 日，河北省石家庄市桥西区人民法院审理了“打假英雄”王海状告一企业商品虚假说明案。庭审中，“驰名商标”应该如何使用成为双方争议的焦点。

今年 6 月，王海委托朋友在河北某电器商店购买了由飞毛腿(福建)电子有限公司生产的手机智能存储卡一张和手机数据传输线一条，共花了 170 元。之后王海发现，虽然这两样商品的外包装上均印有“中国驰名商标”等字样，但通过中国驰名商标官方网站查询，该公司获得驰名商标认定的并非该商品。王海认为该行为属于欺诈，严重侵害了自己的合法权益，遂将该商店及飞毛腿公司诉至法庭，要求判令二被告退还购物款 170 元，增加一倍赔偿 170 元，并承担交通费、查档费等 281.5 元。

王海认为，飞毛腿公司所获“中国驰名商标”认定的商品是电池，并不是手机智能存储卡和数据传输线，飞毛腿公司明知这两种产品并未被认定为“中国驰名商标”，仍将“中国驰名商标”的标识印在商品上，有明显欺诈消费者的故意。按照我国商标法的规定，驰名商标应是对某一商品实施个案认定，一案一认，不允许跨类别使用，而电池与数据线、手机智能存储卡并不属同一类。

被告飞毛腿公司则辩称，该公司生产的数据线和手机智能存储卡确实未获得“中国驰名商标”认定，但在其产品外包装上的“飞毛腿”字样下面印有“中国驰名商标”6 个字并不为过。国家工商行政管理部门认定“飞毛腿”电池为“中国驰名商标”，也是对“飞毛腿”商标本身的认定，该公司的其他商品在使用这一商标时，标注为“中国驰名商标”，只是为了宣传“飞毛腿”这一品牌。

法庭辩论持续了两个小时，法官提出对当事双方进行调解，王海当庭表示拒绝。法庭宣布休庭，择日宣判。

（记者马竞 曹天健）

[贸易配额] 我国将会在纺织品贸易配额闸门打开后主动设限

法制网

在今年年底欧盟对中国纺织品的年度配额限制到期后，中国纺织品是否还会继续受限？这一备受广大生产商和出口商关心的争议目前尘埃落定。商务部称，中欧双方通过对话已于近日就合作建立纺织品双边监控体系达成共识，监控制将取代配额制。

据了解，中欧双方将对 8 个类别纺织服装产品实施双边监控，不设数量限制，监控时间从 2008 年 1 月 1 日到 2008 年年末为止。中方对这些类别的输欧产品实施出口许可，欧方则

实行自动进口许可制度。这 8 个类别的纺织服装产品包括 T 恤衫、套头衫、裤子、女式衬衫、床单、连衣裙、胸衣和亚麻纱。

早在 2005 年全球纺织品贸易配额取消后，由于中国输欧纺织品在短期内激增，欧盟启动特殊保障措施，双方由此爆发了一场影响全球的纺织品贸易战。当年 6 月 10 日，商务部部长薄熙来与欧盟贸易委员曼德尔森签署协议，结束了这场大战。中方在 2007 年底之前保证出口到欧洲的纺织品增长平稳过渡，欧盟则承诺 2007 年年底之前只对 10 个类别的中国输欧纺织品设立年度配额。

这一经过艰难谈判而达成并被广泛称好的协议将于今年底到期，随着期限的临近，欧盟内部围绕 2008 年是否继续对中国纺织品设限的问题也展开了激烈的争论。在是否向质优价廉的中国纺织品敞开大门问题上，欧盟进口商和生产商向来是利益对立的两个团体，而中国广大的纺织品生产商与出口商更是焦急等待中欧双方最后达成协议的结果。

按照新的“监控制”安排，原先 10 类受年度配额限制的输欧纺织品中仍有 8 类被列入双重监控名单。从 2008 年 1 月起，欧盟各成员国的进出口许可机构将负责欧方的监控。曼德尔森在欧盟委员会的声明中表示，在欧盟向着全球纺织品贸易自由化迈出最后一步的过程中，实行双重监控制度将使欧盟企业可以预见进口变化，并清楚地看到可能的发展动向。

据了解，商务部也已于近日召集主要纺织出口省市的外经贸主管部门和主要的纺织服装出口企业，共同讨论 2008 年后如何进行输欧纺织品的出口管理，征求企业对明年输欧市场如何监管的建议和意见。

尽管目前商务部尚未公布明年输欧纺织品出口的具体管理方案，但一些业内人士接受采访时表示，一旦明年配额闸门打开，无序的低价竞争可能加重，2005 年的贸易战情景仍可能重现。如果要避免 2005 年的这种情况重演，最好的解决办法之一就是在欧盟结束设限后，我国采取主动设限的方式。如何实现纺织品出口适度增长并不是容易解决的问题，企业能否依靠自我约束来维护行业的有序出口仍有待时间考验。

不过也有不少中小企业对明年我国主动设限的观点持反对意见。他们认为，采取出口主动设限的方式等于是主动“配额制”，这样一来增加企业成本，二来有可能出现政策向大型企业倾斜的现象从而损害公平竞争。

此外，一些业内人士还提醒说，新的“双重监控制”主要依靠双方海关的数据进行对应监管，但中国与欧盟在海关数据的计算方法上一直存在一定的差异，并导致两个海关对于中国纺织品进出口的统计数据不能达成一致，今后按照哪一方的海关数据进行监管也还是有待商榷的问题。

(陈晶晶)

[知识产权] 最高人民法院：知识产权司法保护领域不断拓展

法制网

记者今天从最高人民法院获悉，2002 年至 2006 年的五年间，全国地方法院共受理和审结知识产权民事一审案件 54321 件和 52437 件，同比 1997 年至 2001 年的前五年增长了 145.92% 和 141.99%，年均增长 17.06% 和 19.29%。

我国知识产权审判领域明显拓宽，不仅涉及诉前临时措施、网络著作权和网络域名、驰名商标认定、植物新品种等案件，而且涉及集成电路布图设计、民间文学艺术、地理标志、确认不侵权、特许经营合同、反垄断等纠纷。知识产权案件的持续大幅增长和审判领域的不断拓展，不仅体现了我国知识产权保护事业的快速发展，而且反映出全社会对知识产权司法

保护的强烈需求和充分信赖。

根据知识产权保护的新形势和知识产权审判工作发展的要求,各级法院适时扩大管辖法院范围,改进审判工作机制。截至2007年7月,全国具有专利、植物新品种和集成电路布图设计案件管辖权的中级法院分别为67个、38个和43个,同时根据工作需要批准了26个基层法院审理部分知识产权民事案件,布局比较合理,审判力量明显壮大。

各级法院依法积极慎重采取临时措施,及时制止侵权行为,保障权利人合法权益的实现。从2002年至2006年10月,全国法院共受理诉前临时禁令申请案件430件,审结425件,实际裁定支持率达到83.17%;受理诉前证据保全申请案件642件,审结607件,实际裁定支持率达到92.67%;受理诉前财产保全申请案件218件,审结208件,实际裁定支持率达到96.07%。多数诉前临时措施申请案件能够在48小时内作出裁定,保证了采取措施的时效性。

各地贯彻知识产权侵权损害的全面赔偿原则,依法加大判赔力度,裁判确定的赔偿数额不断提高,并在一些案件中依法适用了最高法定赔偿额。对于情节严重的侵权行为,依法给予民事制裁。通过对驰名商标的司法认定和对知名商品的保护,推动名牌推进战略的实施。从2002年至2006年10月,全国地方法院累计认定驰名商标187件。

人民法院合理配置司法资源,专业审判组织不断健全,审判力量得到充实。据2006年年初的初步统计,全国法院单设知识产权庭172个,专设知识产权合议庭140个,共有知识产权法官1667人。

(记者王斗斗)

相关链接:

完善知识产权诉讼制度 增强司法公信力

蒋志培

各级法院正确运用程序法和实体法,不断提高知识产权案件的审判质量和效率。知识产权民事案件一审结案率从2002年的72.82%上升到2006年的78.36%,上诉率从2002年的49.42%下降到2006年的40.67%,二审改判发回率从2002年的23.90%下降到2006年的14.52%,再审率从2002年的1%下降到2006年的0.27%。

注重诉讼调解,努力做到判调结合、案结事了。2002年至2006年全国知识产权民事一审案件平均调解撤诉率相对较高,达到52.57%,取得了良好的社会效果。

人民法院还高度重视审判的公开性和透明度,增强司法的公信力。2006年3月10日正式开通的“中国知识产权裁判文书网”,为全国法院公开生效知识产权裁判文书提供了统一平台,也成为国内外了解我国知识产权司法保护状况的重要窗口。

截至2007年6月底,共上网知识产权裁判文书23434份。裁判文书制作质量整体上有较大提高,说理性明显增强。

为适应入世和审判工作的需要,从2001年以来最高人民法院共制定和修订了涉及专利、商标、著作权、植物新品种、集成电路布图设计、技术合同、不正当竞争、计算机网络域名、知识产权犯罪、诉前临时措施、知识产权财产保全、案件管辖和审理分工等方面的知识产权司法解释19件,还通过各类批复等指导性文件明确了确认不侵权诉讼和特许经营合同纠纷的受理、管辖争议解决、专利侵权案件中中止诉讼与侵权判定中的多余指定、商标近似和正当使用、驰名商标备案等问题,依法明确了知识产权保护的具体司法原则和标准,及时解决了一些较为突出的法律适用问题,完善了知识产权诉讼制度。

(作者系最高人民法院知识产权庭庭长)

[国际贸易] 八千九百多双鞋被退 企业做外贸生意应未雨绸缪

法制网

根据客户要求打上了欧洲某著名品牌商标的八千九百多双鞋,经过二十多天海上颠簸运至比利时港口后,却因知识产权有问题不能入境。不得已,这批鞋又被退回了始发港浙江省宁波。

“外贸企业由于事先没有了解相关知识产权规则,盲目接单生产,遭受了四十多万元的经济损失。”宁波海关关员殷浩今天向记者讲述此事时,显得十分遗憾。

“当前,知识产权正成为继反倾销、反补贴、技术壁垒之后,外贸企业面临的新考验。”国内知识产权研究专家蔡建敏对此发出如是警示。

三类企业谨防知识产权侵权

据商务部的一项调查显示,我国每年约有70%左右的外贸出口企业遭遇到国外技术型贸易壁垒的限制,在这些技术壁垒中,大多与知识产权有关。

“知识产权已经与出口顺差、人民币币值等问题共同成为中美贸易的三大焦点,而知识产权更是其中的头号议题。”蔡建敏说。

此外,近年来国外一些大型跨国公司也动不动就对中国企业发起知识产权诉讼。蔡建敏向记者进行了具体的分析:国际大型跨国公司针对中国企业发起的知识产权诉讼,主要偏好以下三个条件的企业,即企业产品在国内外市场有一定的份额、企业本身缺乏核心技术和专利技术、企业有进军国际市场的大动作。

外贸企业不可盲目接单生产

“除了部分企业目光短浅、急功近利的原因之外,很多企业都是在无意识,或者是在被动的情况下被控侵权的。”宁波海关法规处负责知识产权工作的俞则刚告诉记者。如宁波海关最近查扣的一批贴牌 PHILIPS 的摄像包,价值达九万余美元,但海关在检查中发现,其产品授权书的有效期限截止时间为 2006 年 12 月 30 日,已过期大半年,而该企业并未与权利所有人续签授权合同。考虑涉及知识产权保护问题,该批货物最终被宁波海关退关。而很多侵权企业多是因为没有审查下单的买家是不是有资格使用这些“品牌、商标”或专利,就在不知情的情况下盲目接单,糊里糊涂地成为了侵权者。

前面所提及的被退运回宁波的八千九百多双鞋,正是由于生产企业在接单时对客户所下订单未进行细查,结果生产了这批鞋。

对此,海关提醒,企业在接受外贸订单时,一定要对相关的商标注册证、授权书等的合法性进行有效审核,避免侵犯其他人的知识产权,以免造成不必要的损失,给企业的声誉带来负面影响。

展览会上企业要多留个心眼

据了解,近年来,外贸企业往往都是通过参加各类展会赢得海外订单,将商品出口到国际市场。值得注意的是,海内外各类知名展会正逐渐成为欧美公司维护知识产权的重要场所。宁波海关发现,有一些“侵权”订单就是外贸企业在展会上订立的。因此,外贸企业在展销会上接单时,要多留个心眼。

此外,当参展企业发现自己产品的专利、商标、版权等知识产权遭到别人侵权时,要在第一时间向展会组委会投诉,同时做好进一步调查工作,包括现场拍照、通过各种方式购买侵权产品等途径,保留和取得有关证据;组委会接到投诉后,经过调查得到证实的,将暂扣其产品。但双方有关的争议,知识产权权利所有人还需通过行政或司法途径进行解决。

当参展企业的产品遭到别人指责、投诉或被诬陷侵权时,参展企业要冷静处理,积极应

对。企业自己应提供证据、相关文件等，以证明自己产品不存在侵权。各类文件、报关单，甚至发票，都有可能成为证明文件。而一旦在诉讼中失败，企业也可以通过向专利权所有人申请专利转让方式继续取得相关产品的生产经营资格。

企业需制定长期知识产权战略

“中国企业要避免国外对我国发起知识产权诉讼，最佳的途径是建立和健全全球知识产权战略。”俞则刚说。

首先，外贸企业要大力发展和拥有自主知识产权，不仅要在中国国内发展自主知识产权，而且还要在全球范围内注册及保护自己的知识产权，如在美国、日本、欧盟等一些主要市场注册，从而使竞争对手无机可乘；其次，以贴牌等方式出口的外贸企业，应要求委托方提供知识产权证明文件，并在合同中明确规定，如订立知识产权的免责条款，如果因知识产权侵权而遭受索赔、处罚等损失的，由委托方承担全部责任；再次，中国企业在进行出口业务时，可以委托有关机构进行必要的知识产权调查，以防止无意中侵犯他人的知识产权。如果经调查存在侵权的可能，则可及时对产品和工艺进行修改，以避免侵权指控。

（记者 蔡岩红）

[商业犯罪] 最高法副院长：修改刑法打击贿赂犯罪五项建议

法制网

2007年10月1日，新刑法颁布实施10周年；10月27日，将迎来我国加入《联合国反腐败公约》2周年。关于如何修改刑法，以更好地与公约衔接、打击贿赂犯罪的讨论，由来已久。

其中，以“贿赂的范围”、“影响力交易罪的成立”、“定罪量刑的数额”等问题，学界争论最为激烈。是照搬公约、移植国外经验？还是依据现实，中国特色？

为此，本报记者专访最高人民法院副院长熊选国，从实务部门的角度，就贿赂犯罪相关立法调整问题作探讨和思考，并提出初步立法修改建议。

1. 当前理论界有一种意见认为，应将贿赂扩大至一切不正当利益，但综合考虑我国的国情、社情和民情等因素，将贿赂的范围由财物扩大至财产性利益更为妥当

记者：我国刑法对贿赂限于财物，其范围小于世界上绝大多数国家的相关规定，且与公约不符；目前有一些专家也提出，应将贿赂从财物扩大至一切不正当利益，您如何认为？

熊选国：将贿赂规定为财物，源于1988年《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》。1993年《反不正当竞争法》将贿赂扩大到“财物或者其他手段”，但是1997年修订刑法未对贿赂范围作出相应调整，因而就立法而言，贿赂仍仅限于财物。

从司法层面看，在原则上坚持贿赂为财物的同时，当前对于贿赂范围的理解和掌握上有一定程度的突破，部分可以直接物化的财产性利益如免费旅游、无偿劳务、债务免除、消费权证等有时也会视具体情况被认定为贿赂。至于非财产性利益如招工提干、调换工作、迁移户口、晋升职务等则一般不被视为贿赂。

按照公约规定，贿赂可以是任何不正当好处，其字面涵义明显要宽于刑法规定中的财物。据此，当前理论界较为一致的意见认为，应将贿赂扩大至一切不正当利益，凡是能够满足受贿人需要或欲望的有形或者无形利益均可以成为贿赂。主要理由是：第一，将贿赂范围限定为财物，放纵了大量实质上的受贿犯罪。随着经济社会的不断发展变化，贿赂犯罪的手段也呈现出不断翻新的趋势，特别是近年来随着贿赂犯罪由权钱交易发展到权利交易、权色交易，用设立债权、无偿劳务、免费旅游等财物以外的物质利益以及晋职招工、迁移户口、提供女

色等非物质性利益进行贿赂的案件频繁发生。这种利益虽然难以计价，但同样可以使受贿人获得以钱财买不到或难以买到的实际利益，同样具有相当严重的社会危害性和思想腐蚀性。第二，从贿赂犯罪的本质看，其侵犯的是国家工作人员职务行为的廉洁性和不可收买性。受贿行为的对象无论是财物、财产性利益，还是非财产性利益，侵犯的客体始终是一样的。第三，将非财产性利益作为贿赂，是世界上很多国家的通行做法。

对此，我持不同看法。将贿赂限定为财物，的确已经不能适应当前打击各类贿赂犯罪的现实需要，因而有必要扩大其范围。但是，是否应当将贿赂扩大至任何“不正当好处”，却不无商榷之处：首先，国际公约的国内法转化，需要综合考虑一个国家的国情、社情和民情等因素。注重人情世故和礼尚往来，是我国传统文化的一个重要内容，长期以来一直在人们的日常社会交往活动中扮演着重要角色。在这种背景下，将非财产性利益一并作为贿赂处理，非但无助于贿赂犯罪与不正之风之间界限的应有区分，而且其现实有效性也值得怀疑，失去本土文化的支撑，再严密的法网也将是一纸空文。其次，将贿赂扩大到非财产性利益，将使行、受贿双方关系变得模糊不清，权钱交易的本质特征无从体现。诚如有学者所指出的，相互利用权力进行非财产性利益的交易中，究竟谁受贿、谁行贿势必无法区分。再次，将贿赂扩大到非财产性利益，还将因为无法计量而面临一个具体司法操作问题。

我认为将贿赂的范围由财物扩大至财产性利益更为妥当。与公约的衔接，不仅要注重形式上的契合，更要强调实质精神的一致。贿赂范围由财物扩大至财产性利益，既有利于区分刑事犯罪与一般不正之风之间的界限，确保当前反腐败体系、架构、机制的基本稳定，突出刑事打击重点，又有利于确保贿赂范围的立法修改最终能够在司法中落到实处。这样修改，尽管形式上，范围是比公约要求窄了些，但是可以较好地避免司法上的一系列问题，实际效果反而可能要好于直接规定非财产性利益或者不正当好处。

2. 刑法中“为他人谋取利益”与公约中“以作为其执行公务时作为或者不作为的条件”作为受贿罪构成要件，两者本质是相同的，不应当取消前者

记者：现行刑法中，受贿罪以“为他人谋取利益”为构成要件，这一规定是否缩小了对腐败的打击面，甚至会培养出一批拿人钱财却不为人“办事”的“流氓官员”？

熊选国：鉴于公约没有明确规定“为他人谋取利益”要件，理论界多数意见主张取消受贿罪构成中的“为他人谋取利益”要件，主要理由是：第一，受贿罪的本质是侵犯了职务行为的不可收买性，因此，只要公职人员实施了利用职务上的便利非法收受他人财物的行为就已经构成收买职务行为的事实，是否为他人谋取了利益等均不需要在受贿罪的构成中考虑。第二，“为他人谋取利益”不易理解和掌握。“为他人谋取利益”无论作为主观要件还是客观要件，都会放纵部分受贿犯罪。如果将其作为客观要件，则行为人收受了贿赂尚未为他人谋取利益，或者正在为他人谋取利益但尚未成功，就难以追究其刑事责任；如果将其作为主观要件，则行为人收受了贿赂但根本不打算为他人谋取利益，又被排除在刑法的否定性评价之外。第三，为他人谋取利益作为定罪要件的缺陷，正在成为权力寻租的突破口。有些人对握有实权的公职人员刻意采取放长线钓大鱼的长线投资策略，常常把过节、祝寿、婚丧嫁娶、探视病情等作为正常的礼尚往来机会，不惜将重金分期投入，但在行贿时又并无明确的请托事项，其目的在于建立感情，为将来请求受贿人为其谋取利益创造条件和打下基础，公职人员收受贿赂后既不立即为行贿人谋取利益，也不作出将来要为其谋取利益的明确承诺，但双方都心知肚明，只要时机成熟时即可兑现，依照现行规定对此也难以惩罚。第四，这种立法给人们传递的信息并不是刑法要禁止利用职务上的便利收受贿赂的行为即受贿行为本身，而只是禁止收受了贿赂以后为他人谋利益的行为。这就有意无意地培养了一批拿人钱财不为人办事的“流氓官员”。因为，拿了别人的钱财，为别人办了事，就构成犯罪；不为别人办事，则不构成犯罪。

这些意见和理由，虽然不无道理，但我认为仍存在偏颇之处。首先，公约关于受贿罪的

规定在字面上确实没有出现“为他人谋取利益”的措辞，但是明确规定了“以作为其执行公务时作为或者不作为的条件”，两者并无实质上的不同，不过是一个事物的两个方面，都是利用职务便利或者执行公务的具体体现，所以，关于取消为他人谋取利益仅保留利用职务上的便利要件，在逻辑上便难以成立。其次，为他人谋取利益，是司法实践中查证、认定权钱交易关系存在的重要环节。是否利用了职务便利，最终还是需要通过为他人谋取利益这一外化事实来反映。至于“培养感情，为将来请求受贿人为其谋取利益创造条件”的问题，本身即具有利用职务便利实施的受贿与正常人情往来两种可能性，这从另外一个侧面进一步佐证了为他人谋取利益要件对于区分罪与非罪的必要性。再次，关于“为他人谋取利益”可能导致的放纵罪犯问题，司法实践中已经不复存在。《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》）规定，“为他人谋取利益包括承诺、实施和实现三个阶段的行为。只要具有其中一个阶段的行为，如国家工作人员收受他人财物时，根据他人提出的具体请托事项，承诺为他人谋取利益的，就具备了为他人谋取利益的要件。明知他人有具体请托事项而收受其财物的，视为承诺为他人谋取利益”。因此，不论有无实际的谋取利益行为，所谋取的利益是否实现，有无为他人谋利的真实意思，只要国家工作人员明知他人所送财物是希望自己利用职务上的便利为他人谋取利益而予以收受的，就构成刑法意义上的受贿。

我认为，保留“为他人谋取利益”要件，不仅有利于突出受贿罪的权钱交易特征，更好地区分现阶段受贿犯罪与违反纪律收受礼金等行为的界限，也与公约规定的“以作为其执行公务时作为或者不作为的条件”实质一致。同时，为从立法上根本解决为他人谋取利益的理解问题，建议在刑法第三百八十五条中增设一款规定，“明知他人有具体请托事项而收受其财物、财产性利益的，视为为他人谋取利益”，以此惩治实践中国家工作人员承诺为请托人谋取利益还没有付诸实施，或者收受财物后不为请托人谋取利益的受贿犯罪。

3. “影响力”包括公职人员的影响力和非公职人员影响力。我国刑法对公职人员影响力交易犯罪已有严谨的规定，对于非公职人员影响力交易犯罪，刑法有必要作专门规定

记者：郑筱萸、吴振汉、李嘉廷等人的落马有一个共性：亲属通过特殊身份的影响力收受财物，对此我国刑法如何规定？公约中规定了影响力交易犯罪，结合我国刑法，如何理解？

熊选国：从公约第十八条规定的影响力交易犯罪与刑法相关规定比较看，问题集中在两个方面，一是影响力交易与刑法第三百八十八条规定的关系；二是影响力交易犯罪主体的国内立法转化。

首先有必要澄清影响力交易罪中“影响力”的理解问题。对此，理论界一般认为，“影响力”包括两大类：一类是公职人员的影响力，即公职人员因一定的职务关系所具有的影响能力，如上级对下级的影响力、某一职能部门的公职人员对与其有业务往来的另一职能部门公职人员的横向影响力；另一类是其他人员的影响力，即公职人员以外的其他人因其与公职人员具有亲属关系、朋友关系、师生关系、老同事关系而具有的影响力。该理解紧密结合公约第十八条规定，并充分注意到了“影响力”与公约关于贿赂犯罪中所规定的“公务”之间的区分，因而是一种较为全面而中肯的理解。

基于此理解，结合《纪要》关于“利用职务上的便利”、“利用职权或地位形成的便利条件”的认定意见，并考虑到刑法规定的是为请托人“谋取不正当利益”，与公约规定仅限于“从缔约国的行政部门或者公共机关获得任何不正当好处”基本一致，公约第十八条第二款就公职人员影响力交易部分，已完全为刑法第三百八十五、三百八十八条规定所涵括。而且，考虑到刑法三百八十五条和三百八十八条关于谋利条件规定上的差别，一定程度上可以说，在影响力交易定罪问题上刑法规定得更为宽松。所以，就此部分而言，无需对现行刑法规定再从内容上进行调整。至于文字上，较之于“影响力”，第三百八十八条关于“利用国家工作人员职权或者地位形成的便利条件”显得更为具体、明确，因而也无需修改。

对于非公职人员影响力交易部分，刑法中没有直接的对应规定。司法实践中对于非公职

人员影响力交易而接受不正当好处的，如果国家工作人员受贿得以认定，可以根据共同犯罪的有关规定按照受贿或行贿的共犯，或依介绍贿赂进行处理。我们认为，刑法有必要对此专门予以规定。首先，从查处的案件情况和反腐败工作的实际需要看，领导干部“身边人”参与作案，已经成为当前腐败犯罪的一个突出特点。在已经查处的李嘉廷、刘方仁、石兆彬、慕绥新、麦崇楷、田凤歧、吴振汉、郑筱萸等人收受贿赂都有其配偶、儿子、儿媳以至情人参与实施的情形。这些领导干部的“身边人”利用其特殊的身份，通过为他人走后门、批条子、揽项目、提官职等等，从中大肆收受钱财，败露以后往往还转移赃款，隐瞒真相，为腐败分子推卸责任。一些领导干部的配偶、子女甚至情人往往成为权钱交易的中介，对腐败犯罪起着推波助澜的作用。其次，受贿犯罪共犯的认定，因其行为的隐蔽性、收受与谋利的复合性，在实践认定中更具难度。所以，尽管公约在影响力交易刑罚化问题上采用的是弹性条款规定，但是，实现其国内立法转化具有重要的现实意义。

至于非公职人员影响力交易犯罪的法律文本表述，可以考虑直接作为第三百八十八条的第二款规定，而无需新设一条。即建议将刑法第三百八十八条修改为：“国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取或者收受请托人财物、财产性利益的，以受贿论处。前款规定以外的人员，利用国家工作人员职权或者地位形成的便利条件，为请托人从国家机关或者其他国有单位谋取不正当利益，索取或者收受请托人财物、财产性利益的，依照前款的规定处罚。”

4. 根据实际需要，刑法应增设向外国公职人员和国际公共组织官员行贿罪，但暂不规定外国公职人员或者国际公共组织官员受贿罪

记者：随着全球经济合作的日益加深，贿赂的当事人不可避免的会涉及到国外公职人员，相比公约，我国刑法中没有任何相关规定，您怎么看待这一问题？

熊选国：公约规定了向外国公职人员和国际公共组织官员行贿和外国公职人员或者国际公共组织官员受贿两个犯罪。我国刑法中受贿罪的主体是国家工作人员，作为对合犯的行贿罪的指向对象也应当是国家工作人员。所以，这两个犯罪在我国刑法中并没有规定。当前理论上的多数意见是全盘移植公约规定，我认为有必要区分行、受贿两种情形，分别处理：

第一，增设向外国公职人员和国际公共组织官员行贿罪。首先，公约要求各缔约国采取必要的立法和其他措施将向外国公职人员和国际公共组织官员行贿规定为犯罪，属于强制性条款。其次，从维护我国公司在世界市场上的形象、申明中国政府同国际贿赂犯罪作斗争的严明立场和坚定、顺利进行国际刑事司法协助与合作、我国有必要根据国际刑法的发展，把向外国公职人员和国际公共组织官员行贿行为刑罚化。第三，随着经济全球化急速发展和我国在国际商业舞台中的地位和作用日益突出，规定商业领域的向外国公职人员和国际公共组织官员行贿犯罪，有利于维护我国的整体商业声誉，规范我国公民、法人和其他组织在国际商业活动中的行为。

第二，外国公职人员或者国际公共组织官员受贿罪暂不作规定。增设外国公职人员、国际公共组织官员受贿罪，固然可以立法上解决对外国公职人员、国际公共组织官员在中国境内收受贿赂行为的定罪问题，但是，在实践中却困难重重，其中涉及到管辖权尤其是有关人员享有的外交特权与豁免等复杂的法律问题，同时，公约规定各缔约国均“应当考虑”采取必要的立法和其他措施将外国公职人员或者国际公共组织官员受贿行为规定为犯罪，属于弹性条款。

我建议，在刑法第三百八十九条后增加一条，作为刑法第三百八十九条之一：“为谋取不正当商业利益，给予外国公职人员或者国际公共组织官员以财物、财产性利益的，依照本法第三百八十九条、第三百九十条的规定定罪处罚。单位犯前款罪的，依照本法第三百九十三条的规定定罪处罚。”

5. 刑法对于受贿罪的定罪量刑作了独一无二的数额规定，其弊端正日益凸显，实践证

明并不科学，应当取消

记者：刑法主要以数额作为定罪量刑的依据，而公约中并没有类似规定；现实中，受贿同样的数额，其社会危害性可能迥然不同，该如何解决这一问题？

熊选国：刑法对于受贿罪的定罪量刑（与贪污罪同）作了独一无二的数额规定，其初衷在于力求立法的严密性与确定性，防止司法擅断，但是这一特殊立法例并没有能够准确反映受贿罪的性质，其弊端正日益凸显，实践证明并不科学。

第一，受贿罪主要是渎职犯罪而非财产犯罪，以受贿数额作为定罪量刑的基础并不妥当。视受贿为渎职犯罪，是多数国家刑事立法的通例，在德国、日本等国刑法典中，受贿罪莫不是归入渎职罪或者妨害公共管理罪中，因为其妨碍的主要是国家机关的正常活动、廉洁制度及其在公众中的威望和声誉。主要以数额为基本依据对受贿行为定罪量刑，与渎职罪这一基本特征及其社会危害性不相一致。

第二，计赃论罚容易导致量刑失衡。实践中，一些案件的数额虽然相差不大，但由于其他犯罪情节轻重不同，导致其社会危害性差别很大。由于现行刑法主要以受贿数额确定定罪量刑幅度，容易造成数额相同但其他犯罪情节不同导致社会危害性差别较大的犯罪，只能在一个量刑幅度内判刑，不能做到不同案件不同处理。同时，一些案件受贿数额虽然不同，但因情节不同社会危害性相当的犯罪，不能在一个量刑幅度内量刑，导致类似案件不能得到类似处理。此外，受贿一、二十万元的案件和受贿一、二百万元甚至更多的案件，在量刑上不能得到有效反映，通常都判处10年以上有期徒刑。

第三，忽视其他情节之于受贿罪定罪量刑的意义，容易出现打击不力问题。现行刑法关于受贿罪按照贪污罪法定处罚的规定，虽然体现了党和国家打击贪污贿赂犯罪并重的立法精神，但从实际情况看，贪污罪与受贿罪社会危害性的表现形式有较大差别：贪污罪的社会危害性主要是通过数额大小体现的，而受贿罪的社会危害性，除了受贿数额大小以外，更多地是通过国家工作人员滥用权力的情况或者给国家利益造成重大损失等情节表现出来，在有些案件中，其他情节的危害性甚至比受贿数额的危害性更大。从前些年判处的綦江垮桥案主犯林世元受贿案，到最近新判的郑筱萸受贿案，就很好地说明了该问题。前者受贿11万元，后者受贿600多万元，两案犯均被判处死刑，主要原因即在于其造成的重大损失和恶劣的社会影响。

第四，规定具体犯罪数额，不利于维护刑法的稳定性。刑法修订以来，随着我国经济、社会快速发展，现实情况已经发生了巨大变化。同样的数额在经济发展的不同时期对社会的危害存在差别，而现行刑法的数额规定难以反映这种差别。加之我国经济发展的地区不平衡，不同地域的司法机关在同一时期所处理的案件很难做到相互平衡，也很难体现刑法平等原则，这严重妨碍到了刑事司法的统一性和严肃性，一些地区甚至在立法规定之外，另行制定受贿罪的追诉标准。

因此，我主张取消受贿罪（包括贪污罪）中的数额规定，一方面，在受贿罪的定罪量刑问题上，确立受贿数额与其他情节并重的观念；另一方面，由“两高”通过司法解释对受贿罪的定罪量刑数额作出规定，并随着经济、社会的发展及时进行调整。

具体修改为：“受贿数额较大或者有其他较重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；受贿数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上有期徒刑，并处罚金；受贿数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。受贿数额较小或者情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关给与行政处分。”

（刘为波 周斌）

【个税申报】税务总局：明年对个税自行纳税申报工作不调整

新华网

国家税务总局所得税管理司司长孙瑞标12日在税务总局前三季度税收情况新闻发布会上表示,明年对2007年年所得12万元以上个人自行纳税申报工作不会调整。

孙瑞标表示,2007年个人所得税自行纳税法定申报期为2008年1月1日至3月31日,如遇到节假日,则顺延。

为了进一步做好个人自行纳税申报工作,国家税务总局和各级地税机关将加强全员全额扣缴申报工作和个人所得税信息管理系统的推广应用,完善个人收入档案;锁定当地高收入人群集中的重点地区、高收入行业和单位,作为明年自行纳税申报的工作重点;锁定已经掌握的2006年年所得12万元以上但没有自行纳税申报的个人,严格按照税收征管法的有关规定进行查处;进一步修订完善自行纳税申报保密制度及相关工作规程。

据介绍,截止到2007年4月2日,全国共有163万人按照规定进行自行纳税申报,补报税额达19亿元。

(记者刘琳、王宇)

[德衡动态] 栾少湖率团访问美国顺利归来

德衡商法网

2007年10月3日至17日,本所合伙人会议主席栾少湖律师带领所高级合伙人、合伙人监事会主任李旭修与合伙人虞海升以及劳动法部主任王晓玲三位律师,受美国密歇根大学中美劳动法研究中心的邀请赴美访问,取得圆满成功。

10月4日,“中国新颁劳动合同法对企业的影响”座谈会在密歇根大学社会学院举行,来自密西根大学社会工作学学院、法学院、劳工与工业关系研究所、中国文化研究所、底特律档案馆、著名跨国公司HONEYWELL等单位的三十余人参会,会议由中美劳动法研究中心主任刘金云博士主持,栾少湖律师在会上发表了题为“对劳动者合法权益的保护”的精彩演讲,受到与会者的高度赞扬。同时,德衡律师回答了美国专家、教授的提问。

10月5日,访问团一行在芝加哥拜访国际上最大的法律服务机构贝克·麦肯思(贝克·麦坚时)律师事务所总部(Baker & McKenzie LLP)。该所北美主席Joseph Plack和劳动法团队负责人John N. Raudabangh律师热情接见访问团,双方就今后合作交换意见。

10月8日,访问团赴印第安那波利斯拜访印第安那法学院Jeffrey W. Grove教授,并就德衡律师赴美轮训等双方感兴趣问题作交流。

10月9日,访问团赴华盛顿特区拜访美国联邦调解调停局,Eileen B. Hoffman专员向访问团介绍美国联邦调解调停局的职能与工作流程并提供了调解技能方面的培训;同时就企业设立“劳动关系委员会”进行了深入的学习和交流,美国全国公共电台的首席执行官Ken Stern、劳动关系总监Paula M. Olson、人力资源部副主任Kathleen D. Jackson和工会领导人等就企业设立“劳动关系委员会”向访问团作成功经验介绍。

10月12日,访问团赴贝克·麦肯思纽约办公室访问,受到该所公司上市主管合伙人姜浩(Howard. Jiang)及娄兰(Lan Lou)律师的接待,双方就中国企业海外上市及如何吸引海外风险投资基金等问题作深入探讨。

在工作访问考察之余,访问团还先后赴底特律、费城、旧金山等地游览观光,并参观联合国总部、美国国会、国会图书馆、联邦最高法院和白宫、纽约证券交易所等机构。

[客户动态] 四大商业银行核定第二套房 将统一以户为单位

法制网

“第二套房”贷款界定出现分化——工中建行以“家庭”为单位农行及其他商业银行目前仍以“个人”为单位

本报济南10月18日讯 最近有消息传出，央行正联合四大商业银行讨论房贷“第二套房”的核定标准，预计四大商业银行将统一“以户为单位”来核定第二套房。18日，记者从我省各大银行了解到，目前工行、建行和中行均已确定，“以家庭为单位”作为标准进行核定。在四大商业银行中，只有农行仍“以个人为单位”进行认定，尚未作出调整。

今年9月27日，央行联合银监会发布通知，明确贷款购买第二套住房，首付款比例不得低于40%，但通知没有明确究竟以何种方式认定“第二套”住房。随后，记者从各家银行了解到，各家银行普遍倾向于“以个人为单位”来界定第二套房。也就是说，在夫妻双方中，如果有一方已经贷款买房，而且贷款还没还清，那么仍然可以以另一方的名义按照第一套房的政策，再购置一套房。

18日，记者从工农中建四大商业银行了解到，工行、中行、建行，均已确定“以家庭为单位”来核定第二套住房。其中，“家庭单位”仅指夫妻双方，不包括双方的父母和子女。工行规定，第二套房不包括公积金贷款，不包括已经结清的房贷，夫妻双方如果配偶一方不作为共同贷款人，那么仍按第一套房的规定进行办理。

农行山东省分行的有关负责人告诉记者，目前尚未接到总行通知，暂按此前规定的“以个人为单位”来界定“第二套房”。如果监管部门出台了强制措施，总行下发了通知，那么我省农行也会积极执行新规定。

除三大商业银行外，其他各家银行仍普遍执行“以个人为单位”来界定“第二套房”。

(中国工商银行山东分行、中国建设银行山东分行、中国农业银行山东分行是德衡律师集团法律服务单位)