



## 本周聚焦

[劳动合同] 全国人大法工委副主任信春鹰解读劳动合同法

## 法制动态

[律师说法] 关于停车场丢车的民事责任问题

[法学专家] 公共服务领域滥设VIP 折射法律监管真空

[新法实施] 节约能源法明年4月1日实施:节能定下“硬杠杠”

[犯罪领域] 全国检察机关抓住商业贿赂犯罪易发多发部位

[犯罪特点] 最高检披露城镇建设领域商业贿赂犯罪六大特点

## 案件聚焦

[知产犯罪] 离职后私售游戏源代码 征途网络“内贼”被判刑

[刑事犯罪] 哈密两退休女工编谎狂骗千万元

[航空索赔] 北京判决飞机报废索赔案 案值6500万美元创纪录

## 业务动态

[上市公司] 上市公司监管系列:规制关联交易应引入司法救济

[知识产权] 知识产权强制许可的国际规则将面临重大的突破

## 交流互动

[德衡动态] “和谐劳动关系与企业制度创新法制论坛”成功举办

[客户动态] 海尔电脑本部的“倍速进京”

## [劳动合同] 全国人大法工委副主任信春鹰解读劳动合同法 企业不能视劳动合同法为猛兽

法制网

12月7日至8日,由山东省青岛市人大法制委员会、法制日报周末、中世律所联盟(SGLA)主办,德衡律师集团承办的“和谐劳动关系与企业制度创新法制论坛”在青岛举行。本次论坛邀请到全程主持劳动合同法起草工作的全国人大常委会法制工作委员会副主任信春鹰,以及相关专家对劳动合同法作权威讲解。

在7日的论坛上,信春鹰从多角度对劳动合同法作了深入讲解。信春鹰表示,离劳动合同法实施还有二十多天的时间,目前,大家都在热切讨论这部法律。通过媒体对华为事件的报道,企业和劳动者在面对这部法律时,都有不同程度的焦虑。而企业应当如何正确认识这部法律,成为当前非常关键的一个问题。

信春鹰说,对于企业而言,不能将这部法律当成洪水猛兽。这部法律是为了平衡劳动关系而制定的。企业只要依法履行了自己的权利和义务,就不会有额外的负担。

谈及这部法律对企业的挑战,信春鹰表示,目前许多企业与劳动者之间的关系较为随意,而这部法律出台后,企业应当认真对待这部法律,也要认真对待与劳动者之间的劳动关系。企业用工不应是一个短期行为,要想有长远发展,应当通过用工制度,建立自己稳定的团队。而新法实施恰恰是一个机会,可以检验出企业是否具有长远的发展目标,是否能够适应新制度。

对于多数企业心存忧虑的无固定期限合同的问题,信春鹰表示无固定期限合同并非铁饭碗,对于企业和劳动者而言,劳动合同法的大门都是敞开的,想要进出都不存在障碍。如果满足一定的条件,在无固定期限合同下,企业一样可以解除劳动合同。

关于论坛的详细信息,本报将于近期在法制日报周末做全面报道。  
(记者王婧)

## [律师说法] 关于停车场丢车的民事责任问题

法制网

当今社会,车辆已成为人们生活的必需品,与车辆相关(车险、交通事故、车辆看管、买卖、租赁等)的法律关系已成为主要的社会关系。

当前停车场丢车的民事责任问题关乎停车场的经营者和车主(车辆所有人或驾驶人)利益均衡,成为社会关注的焦点,虽然部分地区如北京、广州、深圳、重庆、青岛等地相继出台地方规章对此作出规定,但由于缺乏法律法规层面的审判依据,司法审判出现裁判各异的现象。

车辆与房屋一样,应该作为一个产业来探究和立法。法律法规当应时而立,对停车场的责任作出明确的规定,以稳定相关的法律秩序和责任。建议在修改《合同法》时,在保管合同一章第三百八十一条后增加一条“车辆存放停车场,除非当事人另有约定,应视为保管合同,适用保管合同的有关规定”。

### 一、停车场的收费性质

目前停车场收费主要有三种名目:场地占用费、管理服务费、看管费,其中场地占用费,是车辆占用场地的使用费用,停车场经营者与车主建立场地租赁合同关系,不负车辆看管义

务；管理服务费多是小区停车场为车主提供疏导车辆、提供停车场水、电、通风等服务而收取，不负车辆的看管义务；看管(车)费是车辆管理者以车辆看管为义务，换取车主支付的报酬，按照保管合同关系依法对车辆丢失承担赔偿责任。

## 二、法律作出明确规定的必要性

目前地方立法如：《广州市机动车停放保管服务收费管理办法》、《北京市机动车公共停车场管理办法》、《青岛市停车场管理条例》、《重庆市主城区城市公共停车场管理办法》等，相关的条款为“停车场经营者违反本办法规定，造成停放车辆或人员人身、财产损失的，应当依法承担民事赔偿责任”。但笔者认为，该规定存在以下的缺陷：

1、地方法规“超越”法律，于法相悖。上述法规立法宗旨是“为了加强停车场的规划、建设和使用管理，规范车辆停放，维护交通秩序”而制定，是调整停车场规划建设、使用、运营的行政“管理”法。对停车场与车主之间的民事关系作出调整，对该类问题的解决是一个有意的尝试和探索，对消费者(车主)权益是一个有利保护，但与《合同法》相违背。根据《合同法》，当事人有权选择适用的法律关系，也就是说，停车场的经营者和车主之间契约自由，双方有权自主选择适用场地租赁和车辆保管两种法律关系。地方法规无权剥夺当事人的选择权利，更不能将两种法律关系限制为一种关系，据此要求当事人承担责任。

2、地方法规关于丢车责任的规定，在合同当事人之间不具有法律约束力。当一方当事人不遵守上述规定，另一方当事人不能依据该条款起诉对方，法院不能依据地方法规作出判决，市政行政主管部门、公安交通管理部门、工商部门也不能以此条款追究停车场经营单位的民事赔偿责任，故该地方法规不具有国家强制性，不能解决丢车赔偿问题。

目前，理论界及司法审判意见各异，使人们的行为无所适从，地方法规又不能起到普遍的法律层面的强制力，不利于该法律关系的调整和指引。

所以，法律应该应时而为，对停车场经营者与车主的法律关系作出明确的规定，充分发挥法律的指引、预测、强制、评价、教育作用，只有这样，人们可以根据法律规范的规定可事先估计到当事人双方将如何行为及行为的法律后果。为保障自己得以充分实现，运用国家强制力制裁、惩罚违法行为。特别是对人们今后的行为发生直接或间接的诱导影响。

## 三、停车场产业的发展

1、停车场收费性质和责任由当事人根据市场决定。市场需求最终会使经营者和车主对停车性质(租赁、保管)达成一致，风险和收益自然趋向平衡。笔者认为，经营者可选择不同的收费方式(采用红、蓝票制，适用不同价格，不同的法律关系)，供车主选择，既尊重了双方的意愿，又平衡双方的损益。丢车毕竟是一种射幸事件，概率极小，停车场通过适当提高费用，可以均衡赔偿与收益关系，不损伤停车场的经营积极性。

2、自助停车场慢慢取代人工看守停车场。从国外停车场的情况及社会发展趋势来看，立体停车场、无人职守停车场越来越多，车主自主存放车辆可能成为趋势，停车场的租赁关系也会慢慢取代保管关系，加之车辆盗抢险的进一步完善，停车场最终归于场地使用性质，与丢车责赔偿无缘。

(作者付希业)

## 【法学专家】公共服务领域滥设VIP 折射法律监管真空

法制网

### 新闻快读

普通诊室是病人排队等候医生，“全球通VIP健康快通道”诊室却是医生等病人。在南昌

大学第一附属医院看病的陈先生对此提出了质疑：“这不是浪费医疗资源吗？”医院也认为：“医院虽然背靠政府，但也要面向市场，说白了，就是移动公司租用医院的医疗资源为他们的高端客户提供特别服务。”

记者调查发现，近来移动、联通、金融机构等推出的VIP服务纷纷进入医院、银行、火车站、飞机场等公共场所“圈地”。这些机构表示VIP服务是“针对不同客户群体的差异化服务，也是一种国际惯例”。

这种做法引起了广泛争议。法学专家指出，市场经济的竞争主体为营销需要推出自身的VIP服务，这并不为过，但如果他们与公共服务机构联手，性质就有所不同了。

- VIP 侵占公共资源势必影响普通群众的利益
- 满足差异化需求不能引起公共资源分配不公
- 公共领域设置VIP 处于法律真空需立法规范

12月6日上午，家住江西省南昌市东湖区的陈先生因感冒前往附近一家医院看病。在普通门诊室排队等候时，陈先生发现他前面还有十几位病友，而不远处的“全球通VIP健康快通道”诊室却无一人看病，坐诊的女医生正闲得无聊地看报纸。

“一边是病人等医生，另一边却是医生等病人，这不是在浪费医疗资源吗？”当得知VIP诊室不仅免收挂号费，而且还有全程的陪诊服务时，陈先生更有一种被羞辱的感觉，“凭什么VIP就可以享受特权？医院不是明摆着歧视普通病人吗？”

VIP遍地开花

公共服务场所分出“三六九等”

陈先生的遭遇并非个案。记者了解到，不仅在南昌，全国许多城市的医院都开设了VIP病房。不久前，中国联通黑龙江分公司及其合作伙伴黑龙江普科通讯科技有限公司就在哈尔滨医科大学附属第四医院设立了一个近200平方米的联通健康站VIP贵宾厅。而早在几年前，中国光大银行推出“阳光理财VIP卡”时，也喊出了一句响亮的宣传口号：“到医院看病不用排队挂号，只要医生看完手头的病人，下一个叫的就是你。”

“您有VIP卡吗？”这是在很多场合都能听到的询问。近年来，VIP在社会上尤其是公共服务领域遍地开花，医院、银行、火车站、飞机场……记者注意到，只要是人流密集的公共场所，就会有各式各样的VIP贵宾厅出现，而“贵宾专享”、“绿色通道”、“健康快通道”等也几乎成了VIP的标准广告语。很多提供服务的地方，都能分出个“三六九等”。

浙江广厦集团江西市场部的经理张卫华告诉记者，他钱包里就有好几张不同颜色的VIP卡。张卫华说，因为他是全球通VIP俱乐部会员，所以乘飞机坐火车都可以在专门的“移动VIP贵宾室”等候，坐在VIP宽敞的沙发上，看着大屏幕电视，一点也没有在大厅候车的嘈杂，候车变成了一种享受。同时，由于他也是银行的VIP客户，所以在办理业务时经常会被礼貌地请进一间“闲人免入”的“VIP房间”，在享用香茶的片刻，一切手续都有人帮忙办妥。

业内人士自揭本质

实为租用公共资源服务高端客户

“尊贵是一种身份，是无所不在、无微不至的关怀，VIP服务是全球通VIP俱乐部特别奉献给白金卡会员的礼物。”记者在一份移动公司的宣传小册上，看到了这么一句“温馨”告示。

中国联通公司的服务人员也告诉记者，凡持有“钻石卡”、“翡翠卡”等贵宾卡的联通用户，均可以在不同场合享受公司提供的VIP服务，这是针对不同客户群体的差异化服务，也是一种国际惯例。“在医院建贵宾厅是一个创意，医院享有客户资源，我们也有客户资源，把这几项资源整合到一起，可以实现共赢。”

“不同层次的市场存在，就要满足不同层次人的需求，需要分别对待。”南昌某医院一位负责人说。

南昌大学一附院一位不愿透露姓名的医务工作者告诉记者，公立医院虽然背靠政府，但也要面向市场，这是市场经济的要求。“说白了，全球通VIP通道就是移动公司租用医院的医疗资源为他们的高端客户提供特别服务。”

市民看法

不持卡人和持卡人观点截然相反

那么，什么样的人才能成为VIP的持有者呢？

记者决定以通讯业服务为例，于是拨通了江西移动公司的客服热线，7808号服务员介绍说，只有钻卡、金卡和银卡用户才能享受VIP服务，公司每年都会成立专门的评定小组，对上一年度的客户进行等级评定。她解释说，1元消费计1分，积分3500至6000分可评银卡，6000至12000分可评金卡，20000分以上可评钻卡。

记者对身边的朋友随机作了一个调查，发现持有VIP卡和不持有VIP卡的人数约各占一半。对于VIP卡，有截然相反的两种观点，反对的人全部都是不持卡的人，而支持的人当中，几乎都为VIP俱乐部会员。

支持者的理由是，随着生活水平的提高，人们对公共服务环境也有了更高的要求，在公共场所设置VIP贵宾室，就是为了满足人们不同的需求，飞机上的头等舱、火车站的VIP通道、银行的VIP专柜、医院的VIP病房，这些都是向有特定需求的人群提供高价优质的服务，这也是市场经济的必然产物。而反对者的观点则认为，VIP们非富即贵，VIP就是以金钱换特权，公共服务机构为VIP服务，就是看中了他们腰间的钱袋，以产生更多的经济效益，这是在人为制造两极分化和社会的不公平。

学者观点

VIP监管出现真空亟需立法规范

“移动、联通、金融机构等市场经济的竞争主体为营销需要推出自身的VIP服务，这并不为过，但如果他们与医院、铁路、民航等部门联合，让这些公共服务机构也为他们的VIP客户提供特殊的服务，性质就有所不同了。”南昌大学法学院院长利子平认为，机场、车站以及国有银行、公立医院等，是依靠公共资源建立起来的公共服务机构，其提供的服务理应为全体公民平等共享，即使将富余的服务资源用于营利，也应以不妨碍、不挤占基本的公共服务为前提。

江西财经大学公共管理学院副院长丁美东也持有相同观点，他认为，人们对于公共服务的差异化需求是客观存在的，关键是满足这种差异化的需求是要以不引起公共资源分配不公为前提的。

江西师范大学教授黄育潜在接受记者采访时说，公共服务机构更重要的是树立平民意识，而不是大客户意识，现在各种VIP渗透力很强，附加值也很高，如果让这些VIP都进入医院、银行、火车站、飞机场等公共场所“圈地”，就会分散公共服务资源，也势必影响普通群众的利益。“即使要设立贵宾室，也应该将其从公众服务机构中分割出来，不能一方面享受公众机构的各种优惠资源和政策，一方面去获取高额利润。”

“我国目前对VIP的设置领域、范围、权利等方面都没有硬性的法律规定，对VIP的法律监管也处于真空状态，对在公共服务领域设置VIP的合法性及合理性至今没有一个评判标准。”江西省社会科学院法学所教授李云龙认为，为保护公共资源不受侵犯，应尽早立法加以规范，填补VIP监管的法律真空。

（记者李青）

**[新法实施] 节约能源法明年4月1日实施:节能定下“硬杠杠”**

法制网

节约能源法修订案在法律层面明确提出：“国家实行节约资源的基本国策，实施节约与开发并举、把节约放在首位的能源发展战略。”全国人大财经委主任委员、节能法修订起草组组长傅志寰说，此次修订完善了节能的基本制度，注重发挥市场机制的作用，同时强化政府监管。

确保有法必依违法必究

节能目标纳入地方政府考核

“政绩考核是指挥棒，节能工作也不例外。”新修订的节能法明确规定：国家实行节能目标责任制和节能考核评价制度，将节能目标完成情况作为对地方人民政府及其负责人考核评价的内容，省、自治区、直辖市人民政府每年向国务院报告节能目标责任的履行情况。

全国人大财政经济委员会经济法室副主任李命志说，新修订的节约能源法理顺了相关政府部门的监管职责。国务院和县级以上地方各级人民政府管理节能工作的部门分别负责全国和地方行政区域内的节能监督管理工作，政府其他有关部门在各自的职责范围内负责节能监督管理工作，并接受同级管理节能工作部门的指导。这样可以确保节能制度和措施有人抓，违法用能行为有人查。

增加重点耗能领域节能规范

政府要成为全社会节能表率

现行节能法主要对工业节能作了规定，而据测算，目前我国建筑能耗、交通运输能耗分别约占全社会终端能源总消费量的27.5%和16.3%。傅志寰说，此次节能法的修改重点补充、完善了对重点耗能领域、行业以及重点用能单位节能管理的规定，新节能法对建筑节能、交通运输节能都分列专门的部分进行了规范。

以前，对公共机构的节能还没有相关法律规定，而新节能法明确规定“公共机构应当厉行节约，杜绝浪费，带头使用节能产品、设备，提高能源利用效率”。公共机构应当制定年度节能目标和实施方案，加强能源消费计量和监测管理。国务院和县级以上地方各级人民政府管理机关事务工作的机构会同同级有关部门按照管理权限，制定本级公共机构的能源消耗定额，财政部门根据该定额制定能源消耗支出标准。这就意味着，法律不仅要求各级政府承担整个社会的节能管理，还要求政府在自身节能方面成为全社会的表率。

加强审查提高能源利用效率

耗能大户每年提交用能报告

统计显示，2006年，钢铁、有色、煤炭、电力、化工等行业的922家重点耗能企业的能源消耗占全国一次能源消费总量的31.5%。这些耗能大户是我国的重点用能单位。新节能法对“重点用能单位”的界定是：年综合能源消费总量1万吨标准煤以上的用能单位，国务院有关部门或者省、自治区、直辖市人民政府管理节能工作的部门指定的年综合能源消费总量5000吨以上不满1万吨标准煤的用能单位均为重点用能单位。

重点用能单位应当每年向管理节能工作的部门报送上年度的能源利用状况报告。而管理节能工作的部门应当对报告进行审查，对节能管理制度不健全、节能措施不落实、能源利用效率低的重点用能单位，应当开展现场调查，组织实施用能设备能源效率检测，责令实施能源审计，并提出书面整改要求，限期整改。

税收信贷等措施多管齐下

促进节能有激励政策

新节能法明确了我国将在节能方面采取的激励政策，规定国家对生产、使用法律规定推广目录的需要支持的节能技术、节能产品，实行税收优惠等扶持政策。比如通过财政补贴支持节能照明器具等节能产品的推广和使用，在政府采购中优先列入取得节能产品认证证书的产品、设备。

在金融支持方面，法律规定国家引导金融机构增加对节能项目的信贷支持，为符合条件的节能技术研究开发、节能产品生产以及节能技术改造等项目提供优惠贷款。同时，国家推动和引导社会有关方面加大对节能的资金投入，加快节能技术改造。

实行有利于节能的价格政策，引导用能单位和个人节能。实行峰谷分时电价、季节性电价、可中断负荷电价制度，鼓励电力用户合理调整用电负荷。对钢铁、有色金属、建材、化工和其他主要耗能行业的企业，分淘汰、限制、允许和鼓励类实行差别电价政策。

我国前9月单位GDP能耗同比降3%（链接）

国家发展和改革委员会副主任、国务院节能减排工作领导小组办公室副主任解振华 11月29日说，中国今年1—9月单位国内生产总值（GDP）能耗数据较上年同期下降3%。中国政府在“十一五”规划中制定了单位GDP能耗2006年至2010年降低20%、主要污染物排放总量减少10%的目标，这个目标是具有法律效力的约束性指标。这两个指标，是强化政府责任的指标，是政府对人民的庄严承诺，政府要综合运用经济、法律和必要的行政手段，通过合理配置公共资源确保实现。

（记者刘晓鹏 毛磊）

## [犯罪领域]全国检察机关抓住商业贿赂犯罪易发多发部位

法制网

针对商业贿赂犯罪出现的新情况、新动向、新特点，特别是城镇建设领域官商勾结、权钱交易行为比较突出的问题，今年以来，最高人民检察院部署开展查办城镇建设领域商业贿赂犯罪案件工作，推动了治理商业贿赂专项工作深入开展。

各级检察机关结合本地实际，抓住商业贿赂犯罪易发多发部位，突出了四方面的办案重点：一是在城镇基础设施建设方面，重点查办城市交通、园林绿化、照明、通信、供水、供电、供气、供暖等市政建设项目中的案件。二是在土地出让方面，重点查办城镇建设用地审批、拆迁改造和土地征用、土地评估、土地招拍挂或协议转让、土地出让金征收和减免、土地整理开发等环节的案件。三是在工程建设方面，重点查办立项审批、规划设计、工程招投标、设备材料采购、工程监理和质量验收、预算追加和资金结算等环节的案件。四是在房地产开发方面，除涉及土地出让、工程建设的重点环节外，还重点查办房地产开发用地性质变更、项目规划审批和变更、水电气配套、有关税费征收减免、银行信贷、商品房预售许可与产权办理、物业管理等环节的案件。

各级检察机关充分运用侦查一体化工作机制，加强上级检察院对下级院办案工作的组织指挥，采取“系统抓、抓系统”的方法，加大办案力度，查办了一批社会影响大、涉案金额高的窝案串案。

（记者彭于艳）

相关连接

记者今天从最高人民检察院获悉，今年1至10月，全国检察机关共立案侦查城镇建设领域商业贿赂犯罪案件4240件，占查办商业贿赂犯罪案件的45.1%，涉案金额达6.57亿余元。其中，5万元以上大案3039件，占同期立案查办商业贿赂犯罪大案的48.4%；查处县处级以上要案597人，其中厅级30人，占同期立案查办商业贿赂犯罪要案的47.6%。

据最高检反贪污贿赂总局负责人介绍，查办的城镇建设领域商业贿赂犯罪案件主要涉嫌受贿罪和行贿罪两大罪名，涉嫌受贿3290件，占立案数的77.6%；行贿839件，占19.8%；另外还有涉嫌单位受贿27件、对单位行贿12件、单位行贿39件和介绍贿赂33件。

最高检明确要求，各地检察机关在查办城镇建设领域商业贿赂犯罪案件中，要重点查办涉案金额大、涉案范围广、涉案人员职务高、涉案人员多的商业贿赂犯罪大案要案和窝案串案；党政领导干部及土地、建设、规划、市政等国家机关工作人员利用职权索取收受贿赂，官商勾结、权钱交易的案件；严重损害国家利益、公共利益和人民群众切身利益，社会反映强烈的案件；为谋取不正当利益，拉拢腐蚀国家工作人员的严重行贿案件。

据悉，全国检察机关立案查办的4240件城镇建设领域商业贿赂犯罪案件主要涉及四大领域，其中，城镇基础设施建设领域1420件，占立案数的33.5%；单位所属工程建设领域1323件，占31.2%；土地出让领域506件，占11.9%；房地产开发领域446件，占10.5%；其他领域545件，占12.9%。

（记者彭于艳）

## [犯罪特点] 最高检披露城镇建设领域商业贿赂犯罪六大特点

法制网

城镇建设领域日益成为商业贿赂犯罪“高发区”。最高人民检察院反贪污贿赂总局负责人今天透露，从全国检察机关查处的城镇建设领域商业贿赂案件来看，当前城镇建设领域商业贿赂犯罪存在六大突出特点。

### 国家公务员和县处级以上要案多

城镇建设领域商业贿赂犯罪主体，往往涉及主管城镇建设项目的党政领导干部，国土资源、城市规划、市政建设等部门领导，以及房管、村镇建设、房地产开发、建筑施工等单位的国家工作人员。

据统计，今年1至10月，全国检察机关查办城镇建设领域商业贿赂犯罪案件中涉及国家公务员1613人，占立案人数的35.5%。其中，党政领导340人，建设部门286人，土地管理部门209人，其他部门778人。查办县处级以上要案597人，占立案人数的13.1%。

### 涉案范围广 发案环节多

城镇建设领域商业贿赂犯罪，主要涉及基础设施建设、房地产开发、单位所属工程建设、土地出让等领域和土地管理、城镇规划、市政建设和建筑企业等行业、部门。主要发生在项目规划审批、市场准入、土地出让、工程招标投标、验收和监管等环节，以及征地拆迁、工程建设、材料设备采购、资金管理、资产评估等环节，并且以城镇基础设施建设和单位所属工程建设领域居多。

据统计，上述方面的案件占查办城镇建设领域商业贿赂犯罪案件的64.7%。

### 作案手段多样 隐蔽性强

主要表现为：有的在帮助企业审批项目变更、提高工程造价过程中收取好处；有的在招投标业务中帮助建筑企业搞串标陪标、违法转包分包，或向中标单位介绍劳务施工队等，从中收受贿赂；有的则利用掌管质量监督、预算、决算等职权，进行权钱交易。

同时，贿赂名目和方式也多种多样，主要表现为借逢年过节或者婚丧嫁娶之机收受“红包”、“礼卡”等，接受邀请进行旅游考察，在建筑承包方报销发票，接受承包方提供的免费装潢、购买建筑材料，以提供专家服务名义收取所谓的“信息费”、“好处费”，以干股分红形式收受贿赂等，隐蔽性很强。山东省青岛市规划局原局长张志光为掩盖受贿事实，授意其表弟与行贿人伪造工程承包合同，以“工程款”、“转包费”等名义收受贿赂300万元。

### 多头行贿受贿突出 窝案串案多

城镇建设领域商业贿赂犯罪呈现群体性趋势，多头行贿和受贿现象突出，并集中在工程



发包环节、承包方增加工程造价和结算工程款等环节，办案中经常遇到“抓一个，带一串”、“挖一案，带一窝”的情形。

如浙江省杭州市检察机关从一行贿人入手，挖出某公司行政处原处长等7人在承揽通信工程建设中收受贿赂犯罪窝案，涉案金额160余万元。广东省增城市检察院从一起涉嫌骗取1.3亿元巨额国家土地补偿款案件中查处了涉及6件6人的商业贿赂犯罪窝案串案。湖南省长沙市检察机关依法查处了涉及13件13人的城镇供电工程建设领域窝案串案等。

### 作案时间长 涉案金额大

城镇建设领域项目往往资金密集，投资巨大，建设周期长，涉及环节多，相对于其他领域的商业贿赂犯罪，其持续时间长，作案次数多，涉案金额大。

据统计，今年1至10月，全国检察机关立案侦查5万元以上城镇建设领域商业贿赂犯罪大案3039件，占城镇建设领域案件总数的71.7%，平均个案金额达15.5万余元。

### 犯罪后果严重 危害性大

据分析，主要危害：一是导致土地出让、城市规划、建筑等领域管理混乱，严重破坏了市场公平竞争秩序，造成房价居高不下，群众反响强烈。二是造成土地资源、规划设计、项目审批等管理失控，一些国家工作人员收受贿赂后，非法低价批租土地、违规审批建设项目和规划设计，一些建筑企业通过行贿等非法手段获得工程项目，造成工程建设质量隐患。三是直接影响了投资环境，严重破坏城镇建设市场公平竞争秩序，甚至形成“不送礼，就没有工程”的潜规则，严重损害党和政府的形象，败坏党风和社会风气。

最高人民检察院反贪污贿赂总局负责人表示，2007年，最高人民检察院治理商业贿赂领导小组办公室对上海市房屋土地资源管理局副局长殷某涉嫌受贿案等20件重大典型商业贿赂犯罪案件挂牌督办，促进和带动了整体办案工作开展。

## 相关链接

### 查办城镇建设领域商业贿赂犯罪典型案例

**云南省交通厅原副厅长胡星受贿案** 1995年至2004年，胡星在担任云南省昆明市政府规划管理办公室主任、昆明市城乡建设委员会主任、昆明市城建投资开发有限责任公司总经理、昆明市政府市长助理、昆明市规划局局长、昆明市副市长、云南省交通厅副厅长期间，利用职务之便，在工程项目承建等方面为云南大潮房地产开发经营有限公司等企业及个人谋取利益，多次收受贿赂计人民币2905万元、港币1100万元以及价值人民币24万余元的住房一套。2007年7月，云南省昆明市中级人民法院判处胡星无期徒刑，剥夺政治权利终身。

**浙江省交通厅原厅长赵詹奇受贿案** 1994年至2005年，赵詹奇在担任浙江省杭州市交通管理局局长、浙江省计划经济委员会副主任、杭州萧山机场工程招标领导小组副组长、浙江航空投资公司总经理、浙江省发展计划委员会副主任、浙江省交通厅厅长期间，利用职务之便，在工程招投标等方面为有关企业谋取利益，多次收受贿赂计人民币560万余元、美元7.6万元、新加坡币1万元。2007年7月，浙江省湖州市中级人民法院判处赵詹奇无期徒刑，剥夺政治权利终身。

**中国医学科学院皮肤病研究所原党委书记冯斌受贿案** 2000年至2003年期间，犯罪嫌疑人冯斌利用担任中国医学科学院皮肤病研究所党委书记并主管基建工作的职务便利，为有关单位在承揽工程方面谋取利益，多次索取、收受贿赂共计人民币48万余元，美元1500元。2007年9月，江苏省南京市中级人民法院判处冯斌有期徒刑六年。

（记者 彭于艳）

**[知产犯罪] 离职后私售游戏源代码 征途网络“内贼”被判刑**

法制网

离职不忘捞一票，拷走程序网上卖。“脑白金”当家史玉柱一手创办的征途网络公司惊现“内贼”，一名程序员离职时私自复制程序代码后，通过网络以13万元的价格贩卖，买家转手又以20万元的价格再次出售牟利。

12月7日，上海市徐汇区人民法院对此案作出一审判决，被告人王予川犯侵犯著作权罪，被判处有期徒刑1年零6个月，并处罚金5万元；被告人王岩、汤帅犯销售侵权复制品罪，分别被判处有期徒刑1年、10个月，并处罚金4万元、3万元。

2006年3月，拥有大学文凭的王予川进入上海征途网络公司，担任研发中心开发部程序员一职，负责征途网络游戏部分源代码的研发工作。3个月后，王予川离开征途公司，临走时，他私自复制并带走了服务端源代码、客户端源代码及辅助文档，这是征途公司具有独立著作权的征途游戏的程序。

失业后的王予川经济拮据，于是他想到了手中的“宝贝”，也就是征途游戏的源代码。今年3月，他通过互联网发布相关信息，并很快找到了江苏和东北的两名买家。同月15日、30日，王予川在上海浦东某酒店内，将上述服务端源代码等分别以7万元和6万元的价格卖给了王岩等人。不日，王岩和汤帅前往南京，又以20万元的价格将这些源代码转手卖给了另一名下家。与此同时，征途公司发现了征途游戏源代码被秘密复制外泄的情况，并立即报警。4月4日，王岩和汤帅在江苏和下家交易时被公安人员人赃俱获。同月8日，王予川被公安人员抓获。

法院经审理查明，被告人王予川利用职务便利，未经著作权人许可，复制计算机软件并予以发行，违法所得数额较大，其行为已构成侵犯著作权罪，应予处罚。被告人王岩明知是侵权复制品仍予以购买，并伙同被告人汤帅进行非法销售，其行为已构成销售侵权复制品罪，且系共同犯罪，也应予以处罚。被告人王予川到案后主动交代了以6万元将源代码等销售给他人的事实，属于坦白，并退出了全部违法所得。

据此，为严肃国家法制，维护社会主义市场经济秩序，保障著作权人的合法权益不受侵害，徐汇区法院一审依法作出上述判决。

（记者潘文婕 刘建）

**法律链接**

**《中华人民共和国刑法》**

第二百一十七条以营利为目的，有下列侵犯著作权情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；

第二百一十八条以营利为目的，销售明知是本法第二百一十七条规定的侵权复制品，违法所得数额巨大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

**相关链接**

《征途》网络游戏是征途网络（现已更名为巨人网络）耗资2亿元自主研发的首款网络游戏，被誉为中国网游大百科全书，是中国第一款按照免费模式设计的网络游戏，独创“4万人单区”技术，远超一般网游的千人单区，真正实现了单地图恢弘的万人国战。2007年5月，《征途》成为全球第三款同时在线人数突破100万的网络游戏，凭借突出的游戏特色、优秀的游戏品质、卓越的运营能力成为中国网游发展史上具有里程碑意义的一款游戏。《征途》在第三届中国游戏年会上，被评为“2006年最受欢迎的网络游戏”，在2007年“金翎奖”中被

评为“玩家最喜爱的网络游戏”。

## [刑事犯罪] 哈密两退休女工编谎狂骗千万元

法制网

新疆哈密铁路系统两名退休女工伙同他人，打着为哈密市金融机构揽储的幌子，短短几年时间，非法吸收公众存款达 1060 万元，殃及当地 136 人。近日，新疆哈密地区公安局经侦支队经过缜密侦查，成功破案，彻底粉碎了她们的“金钱梦”。

坐在家中收“银子”

2004 年初，哈密铁路系统退休职工赵艾彩，在交往中认识了哈密市某农村信用社外勤人员温丽。一来二去，两人成了好朋友。

“你要能帮我们拉到存款，帮我完成任务，我们都有好处的。”一次饭后，温丽对赵艾彩讲了如何拉存款的“高招”。

在温丽的指点下，赵艾彩伙同无业人员谢玲开始在熟人中高息揽储。温丽还将所在信用社的空白存单交给赵艾彩。

在赵艾彩和谢玲的游说下，陆续有储户到赵艾彩的家里存钱。赵艾彩就用手填写存单的方式给储户办理存款业务。赵艾彩还专门买了一个保险柜放在家中，其家俨然成了储蓄所。

为了揽到更多储户存款，温丽还和赵艾彩商量，储户每存入 1 万元且存期 3 个月就能领到 200 元的好处费。在好处费的诱惑下，去赵艾彩家存钱的储户越来越多。

“挂起羊头卖狗肉”

令储户们没料到的是，他们存在赵艾彩家的钱其实并没进入信用社！为谋取暴利，赵艾彩和温丽将一部分存款“借”给了哈密市一位个体户，剩余存款用于高息揽储。

储户存款陆续到期后，该个体老板“借”的钱一直无法归还，导致一些储户取款无法兑付。赵艾彩和温丽害怕储户告到信用联社，就把给储户的好处费提高到每存入 1 万元且存期 1 个月就能得到 100 元。

在赵艾彩那里存钱的储户都是哈密铁路系统退休职工。案发后，大多数储户说，每次将钱存入赵艾彩那里，拿到的都是信用社的正规存单，而且还可以马上得到好处费，到正规银行存款就没那么高的利息。

正因为此，不少储户还动员亲戚朋友去存钱。

“当时谁都没想到赵艾彩的胆子这么大，敢把存款给私人用。她这么做，简直是挂起羊头卖狗肉嘛！”案发后，一位受害者气愤地说。

“兔子专吃窝边草”

“存钱时，她们说话就像嘴里抹了蜜；可到了取钱时，我们就成了‘孙子’。”一位储户对记者说。

不少储户的存款到期后，赵艾彩就极力劝说他们转存。有些储户要取款，赵艾彩就以信用社在查账等种种理由搪塞。

为稳住储户，赵艾彩和温丽还劝说储户将存单转成支票。而实际上，她们给储户开具的是空头支票。

与此同时，赵艾彩威胁一些急于取钱的储户说：如果告发，那就一分钱也别想拿到。

由于这些储户几年来的存款业务都是赵艾彩一手经办的，他们怕存款真的打了水漂，故此虽然取不到钱仍不敢声张。

案发前，温丽、赵艾彩还让“借”钱的那位个体户给储户写借款字据，换回储户手中的存

单或支票，试图以此逃避法律的严惩。

“捞”到钱的赵艾彩，一副百万富姐派头，大肆挥霍，仅做脸部除皱术就花去3万元。

“连兔子都不吃窝边草呀，谁能想到赵艾彩会坑我们这些老熟人呢？”一位受害者哭着说。

拔出“萝卜”带出“泥”

赵艾彩、温丽、谢玲三人非法吸收公众存款“东窗事发”后，发生在哈密市的另一起非法吸收公众存款案也浮出水面……

今年8月，哈密铁路系统的不少退休职工相继走进哈密地区公安局经侦支队报案，称一个叫鹿红的人劝他们存款，可存款到期后只收到月息。鹿红总是找种种借口不给本金。

随后，鹿红因涉嫌非法吸收公众存款，被“请”到哈密地区公安局。

在初步审查中，鹿红不断地狡辩说：“我不是非法吸收公众存款，只是借了他们的钱。他们也心甘情愿地把钱借给我。”

那么，嫌犯鹿红到底有何能耐，让别人“心甘情愿”地把钱借给她呢？

据了解，鹿红是哈密铁路系统退休职工，曾推销过保险，认识不少人。当她看到赵艾彩转眼间发了财后，也不甘“落伍”，从2005年开始非法吸收公众存款。

她先从身边熟人开始拉存款，游说他们在那里存款可拿到非常高的利息——存入1万元、存期1个月就有100元的利息。

有位储户为试真假，先存入1万元，鹿红当场就付给他100元利息。这名储户就此打消了疑虑，又存入4万元。

此后，在鹿红的大肆游说下，有不少储户抵挡不住诱惑，陆续跳入鹿红的高息揽储圈套。

设套“钓”得360万元

据警方调查，犯罪嫌疑人鹿红至案发前，先后非法吸收哈密铁路系统26名退休女工的360多万元。

鹿红动用什么“高招”，让如此多的人上当受骗呢？

据警方介绍，在高息揽储中，鹿红采用打借条的方式骗取储户的信任，之后再伙同当地个体老板董山、孔萍给储户开具空头支票；钱到手后，“借”给董山、孔萍牟利。

据嫌犯鹿红交待，为让储户放心，每当储户要存钱时，她就带着储户一起去银行。到了银行门口，鹿红就让储户在门外等着，她进去迅速填好董山提供的空头支票，出来后交给储户。

就这样，26名储户的360万元进了鹿红的口袋，后又到了董山、孔萍的手里。鹿红从董山、孔萍处拿好处费的比例是每1万元得1200元，而鹿红从中只拿出100元付给储户作为月息。

“以前我们这片的人看到赵艾彩、鹿红大把大把地花钱，一副百万富姐的派头，还以为她们做大生意发了财呢。真没想到，她们是在拿着别人的钱充大款！”提起赵艾彩、鹿红这两名嫌犯，当地一位居民对记者如是说。

赵艾彩、鹿红等犯罪嫌疑人因涉嫌非法吸收公众存款罪被当地警方刑事拘留，目前这两起案件已依法移送至检察机关审查起诉。

## 新闻链接

**警方提示：广大储户切莫捡了“芝麻”丢了“西瓜”**

记者在采访中获悉，今年以来，新疆哈密地区公安局经侦支队开展了打击非法吸收公众存款、打击非法传销、打击非法集资等行动。截至目前，已立案侦查非法吸收公众存款案4起、非法传销涉众型案1起，涉案金额共计1296余万元，抓获犯罪嫌疑人7名。

在赵艾彩、鹿红非法吸收公众存款案中，一些储户经不住好处费的诱惑，落入嫌犯赵艾彩、鹿红的圈套。到头来，捡了芝麻，却丢了西瓜。

在此，办案警官提醒广大储户：从目前掌握的情况看，这两起案件的犯罪嫌疑人均是以高额回报为诱饵，非法吸收广大储户的存款。涉众型案件潜伏期长，有较强的隐蔽性，广大储户应提高防范意识，不要因贪图小利而造成个人财产损失。

（记者 吴亚东）

## [航空索赔] 北京判决飞机报废索赔案 案值 6500 万美元创纪录

法制网

北京判决飞机报废索赔案 案值 6500 万美元创纪录

实为腐蚀性危险品却谎报货名欲蒙混过关，谁知运输时泄漏导致飞机报废，马来西亚航空公司和 5 家境外保险公司联合向中国化工建设大连公司及货物代理人等 6 家单位索赔 8000 多万美元。

记者今天从北京市高级人民法院了解到，这起我国最大的国际航空运输事故损害赔偿纠纷，历经五年审理，终于作出了一审判决，驳回马航全部诉讼请求，判决大连化建赔偿原告中的 4 家保险公司 6506 万美元。

2000 年 3 月，中国化工建设大连公司委托马航承运两个集装箱货物到印度，大连大通国际运输有限公司为出口货运代理人。承运过程中，飞机抵达马来西亚吉隆坡机场中转，机场工作人员意外发现货舱已经被强刺激性的白色烟雾所笼罩，戴上呼吸装置都难以靠近货舱，装卸机械也被腐蚀，飞机随即被隔离。直到第二天早晨 8 点半机场消防救援队才将盛有 80 桶货物的集装箱卸下，机场发现箱中的铁桶没有经过固定直接分两层码放，只占了集装箱的三分之一的体积。经过颠簸运输，上层铁桶塌陷下来跟下层铁桶发生严重碰撞，造成两个铁桶泄漏，导致飞机严重受损。经调查，货物不是大连化建申报的 8-羟基喹啉，而是一种叫做草酰氯的强酸性腐蚀化学药品，属于危险货物。

2001 年 2 月，法国空中客车飞机制造公司对飞机状况进行了评估，认为修理成本将可能超过 8900 万美元，大大超过飞机全额保险金 9500 万美元的 75%，而且即使勉强修理好，也得不到飞行安全保障，据此推定飞机全损，已无修理价值。随后，5 家保险公司对马航进行了全额 9500 万美元的赔偿。

负责此案的审判长刘兰芳表示，这起涉外案件的审理共用了 5 年时间，其中上诉管辖 1 年，交换证据 3 年；由于原被告及证人众多，且多在国外，仅质证就用了 3 天时间；案件法律关系涉及运输、买卖、委托、保险等多个方面，适用的法律、国际条约繁多，整个案件的审理过程非常复杂。如何认定危险品在境外的损害后果是案件审理的最大难点。

此案的判决书表明，马航没有实质性核查义务，不可能事先知晓所运送货物为航空危险品，其合法权益应当受到保护。大连化建作为出口货物的托运人，有义务告知马航货物的真实属性，然而其违反规定，以非危险品之名托运危险品，对事故及相关损害发生存在过错，即使大连化建对所运货物确不知情，也属于其过失行为，且其行为与事故及相关损害的发生有直接因果关系，对各原告已构成侵权，应当承担相应的事故损害赔偿赔偿责任。

（记者李松 黄洁）

## [上市公司] 上市公司监管系列：规制关联交易应引入司法救济

法制网

【核心观点】《上市公司监管条例(草案)》虽然对程序审议和披露作出了规定,但对实质公平只提出了原则性要求,而没有具体可供操作的制度性安排。

《条例草案》要求关联交易须同时经过董事会和股东大会批准。这不仅不符合通行的“公平标准”或者“公平交易义务”,而且徒增交易成本,甚至与基本法冲突。

当公司可能遭受因关联交易而造成的损失时,异议股东有权为了公司利益以自己的名义提起诉讼。法院也应当受理该种案件。遗憾的是,《条例草案》对此却保持了沉默。

主持人:刘俊海 中国人民大学法学院教授

对话人:施天涛 清华大学法学院教授

关联交易是公司实践中无法回避的市场现象。关联交易行为自身无所谓善,也无所谓恶。在公司起步初期,在局外人并不了解该公司资信状况的情况下,公司股东和高管等关联方与公司实施的关联交易有时发挥着雪中送炭的积极作用。问题在于,公司股东和高管等关联方有可能滥用关联交易制度,掠夺公司财富,损害公司小股东和债权人的合法权益。

规范关联交易行为,切实维护上市公司和股东的合法权益是《上市公司监管条例草案》(以下简称“条例草案”)的一个重要内容。

#### “公平”是关联交易的本质要求

刘俊海:在我国证券市场上,关联交易是控股股东与上市公司进行业务往来、利益输送的管道。一些控股股东利用关联交易操控上市公司业绩,侵占上市公司利益,违规担保也是上市公司存在的痼疾。

《条例草案》第5章和其他相关部分专门规定了上市公司进行关联交易的基本原则,审议权限和程序,要求上市公司保证关联交易公平、公允合理,强化及时披露涉及关联交易相关事项的义务。

施天涛:是的。《条例草案》第48条开宗明义地要求上市公司进行关联交易应当遵循透明、平等、自愿、等价、有偿的原则,保证交易公平、公允,维护公司的合法权益。

但遗憾的是,《条例草案》未能准确反映出规范关联交易的本质性特征。对关联交易进行监管的根本目的是关联交易须满足公平性要求。如果关联交易是公平的,自然也就达到了法律监督的预期。然而,《条例草案》不是直接针对上市公司关联交易提出这样的要求,反而采用的是“平等、自愿、等价、有偿”以及“公平、公允”这样的可适用于任何交易的一般性要求,明显针对性不足。现代法律对关联交易的规范采取的是“公平标准”,也就是说,任何从事关联交易的人均负有“公平交易的义务”。有鉴于此,《条例草案》不如去芜取菁,直接要求关联交易当事人承担“公平交易义务”。

#### “信息披露”是规范关联交易的牛鼻子

刘俊海:合法的关联交易应当同时满足信息透明、对价公允、程序严谨的三大监管要求。

阳光是最好的防腐剂,灯泡是最有效的警察。信息透明是遏制不当关联交易的关键措施。

《条例草案》第48条要求关联交易根据法律、行政法规、中国证监会的规定和公司章程,履行相应的审议程序并及时予以披露;交易各方不得通过隐瞒关联关系或者采取其他手段,规避关联交易的审议程序和信息披露规定。《条例草案》第50条还要求上市公司及时披露关联交易的内容、交易各方的关联关系和关联人的基本情况、交易的定价原则和定价依据、审议程序和独立董事所发表的意见等事项。《条例草案》第7章规定的信息披露制度也适用于关联交易事项的披露。可以说,抓住了信息披露,就等于抓住了关联交易监管的牛鼻子。

但是,对价是否公允、交易是否公平,《条例草案》并没有直接给出答案。你如何看待这个问题?

施天涛：正如你所言，《条例草案》虽然对程序审议和披露作出了规定，但对实质公平只提出了原则性要求，而没有具体可供操作的制度性安排。

现代“公平标准”或者“公平交易义务”的完整表述应该是“程序公平+实质公平+信息披露”。根据这样的公平要求，一项关联交易须履行相应的审议程序，如果没有履行这种义务，交易当事人须承担相应的责任。但这种要求仅仅是就事前监管而言。如果关联交易当事人没有满足这种程序性要求，就只能通过实质公平标准来解决问题。也就是说，如果一项关联交易没有履行审议程序，因此而发生的纠纷，被告需要自己证明自己的清白，即自己证明交易的公平性。至于披露，则是一项独立的要求。无论在何种情况下，只要发生了关联交易，均应予以披露。换句话说，即使履行了审议程序，即使该项交易在实质上是公平的，如果没有履行披露义务，负有披露义务的人同样需要承担违反披露义务的责任。

刘俊海：程序严谨是个很核心的概念。对此，《条例草案》第49条要求上市公司在公司章程中规定董事会、股东大会对关联交易的审议权限；重大关联交易应由二分之一以上独立董事同意后，提交董事会讨论。独立董事可以聘请中介机构对关联交易出具专业意见，作为其判断的依据；股东大会审议关联交易时，与该交易事项有关联关系的股东应当回避表决，并不得代理其他股东行使表决权；除法律、行政法规、中国证监会的规定另有要求外，股东大会做出相关决议须经出席会议的非关联股东所持表决权的过半数通过。这些制度安排对于驯服关联交易、弘扬程序正义的理念都具有重要作用。当然，这些制度仔细推敲起来也还有一些值得商榷的地方。

#### 对关联交易的规制不能徒增交易成本

施天涛：对关联交易进行必要的规范和干预是基本的共识，但如果走得过远，其效果可能适得其反。譬如，《条例草案》要求关联交易须同时经过董事会和股东大会批准。这不仅不符合通行的“公平标准”或者“公平交易义务”，而且徒增交易成本，甚至与基本法冲突。按照通行的“公平标准”或者“公平交易义务”，从事关联交易的人在履行程序性义务时是可以选择的：或者经过董事会非利害关系董事同意，或者经过股东会同意。这是因为，一者对关联交易的审查主要是董事会的职责，二者对于像关联交易这样的经营事务过多地打搅股东也是不经济的，三者也不能过重加大当事人负担。因此，一般情况下，只有在获取董事会同意而不可得的情况下（如非利害关系董事不足法定人数），才会求助于股东大会。我国公司法第125条虽然仅是针对董事关联交易做出的规定，却反映了这一精神。

刘俊海：这涉及到股东是否信任董事会包括独立董事的独立判断能力问题，也涉及到立法者对于“或者股东会决策，或者董事会决策”

的选择式制度设计所需要的救济成本的考量问题。在一定意义上，将股东大会设置为关联交易的最终决策者，有助于充分尊重广大非关联股东的知情权、话语权和决策权，也有助于降低董事会成员的道德风险和决策难度。但这种决策模式最大的问题就是决策成本的控制问题。你的看法很有道理，值得进一步研究。

不过，谈及利害关系股东的回避表决制度也曾是2005年《公司法》修改过程中一个颇有争议的问题。我本人也主张，对于股东大会决议事项有利害关系的股东应当回避表决，以还其清白。德国《股份有限公司法》曾经有过利害关系股东回避表决制度，但由于其公司集团制度的发达以及公司治理制度的相对成熟，德国后来就删除了这一制度。但是，我国当前国情与德国情况有较大差距：一是缺乏系统的公司集团制度，二是关联交易数量较多，三是公司治理的失序现象较具代表性。因此，何去何从值得深入研究。

施天涛：我的看法是，股东会决议的性质一方面不同于董事会的决议性质，从终极意义上讲，公司毕竟是股东的公司，有什么理由排除股东的表决权呢？保障关联交易的公平性旨在维护公司利益，实质上无非在于维护股东利益。另一方面，多数股东的同意实际上往往又是有关联关系的控股股东或者实际控制人的同意，少数股东即使反对也可能无法阻止股东决

议的通过。如何取舍，需要权衡。在缺乏基本法依据的情况下，《条例草案》强行干预，是否失于草率？何况如有股东反对该项决议，他还可以代表公司提起诉讼。司法救济可以起到最后屏障的作用，法院在审理该种案件时，如果该项决议涉及到有关联关系股东参与表决，则可能产生不利于被告的效果。

然而，在真正需要排除有关表决权时，《条例草案》却没有规定。根据《条例草案》规定，在董事会审议关联交易时，没有排除利害关系董事的表决权。这是有问题的。按照通行做法，法律可以将利害关系董事直接排除在外，因为董事不是所有者，排除其表决权既可以保证董事会决议的公正性，又不会产生像排除股东表决权那样的负面后果。我国公司法第125条采用的正是这一做法。

刘俊海：《条例草案》第49条要求“重大关联交易”首先经由独立董事同意后，再提交董事会讨论。于是乎，董事会审议程序包括了两个阶段：一是独立董事发表意见程序，二是董事会审议程序。问题在于，《公司法》第125条也规定了利害关系董事回避表决制度：上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。如何理解独立董事发表意见程序与董事会审议程序之间的关系，也颇费思量。

施天涛：将董事会审议程序人为地划分为两道程序似乎与我国公司法第125条不协调。我国公司法第125条规定董事关联交易须由无利害关系董事表决通过，并没有要求独立董事单独表决程序。鉴于我国上市公司已经建立了独立董事制度，独立董事就是当然的非利害关系董事。如果需要独立董事发挥更大的作用，在计算表决票数时，可以单独计算，并规定其满足法定要求，但无需在程序上分开处理。按照《条例草案》规定，所有的关联交易均须经由董事会审议。这样一来，实际上也就没有必要再单独规定“重大关联交易”。所有的关联交易均须董事会审议，董事会在审议关联交易时须经非利害关系董事表决通过，利害关系董事不能参与表决。另外，既然要求“重大关联交易”须经独立董事单独表决，就需要对“重大关联交易”予以界定。否则，上市公司根据《条例草案》要求在其章程中规定董事会、股东大会的审议权限时就会举措失度。这实际上也是处理强制性规范与授权性规范的关系问题。

刘俊海：立法总是遗憾的艺术。围绕关联交易的《条例草案》条款还有一些细节需要完善。例如，《条例草案》第49条要求独立董事同意时应由“二分之一以上”通过。但依通说，“以上”包括本数在内，一旦出现百分之五十对百分之五十的僵局，以哪个决议为准，就说不清了。建议将“二分之一以上”改为“半数以上”。

#### 司法介入应引入对关联交易的制约

施天涛：我再挑一个《条例草案》中的缺点，那就是对关联交易未能导引司法介入途径。如果说对关联交易的程序和披露要求是一种事先预防措施的话，那么，司法介入则是一种事后救济手段。这里的问题是，如果一项关联交易已经履行了审议程序并进行了披露，对该项交易持反对意见的异议股东是否有权提起诉讼？《条例草案》对此却保持了沉默。当公司可能遭受因关联交易而造成的损失时，异议股东有权为了公司利益以自己的名义提起诉讼。法院也应当受理该种案件。至于法院如何审理此类案件，其审理标准如何，举证责任如何分配，民事责任如何承担，则无需规定。作为《条例草案》自身的作用而言，只需要导引出司法介入即可。

刘俊海：对于关联交易监管和司法救济而言，无论是违反信息透明、对价公允、程序严谨中的哪一监管要求都会产生相应的民事责任。信息披露义务人违反信息披露义务的，遭受损害的投资者有权向虚假陈述行为人提起民事损害赔偿之诉；对价明显不公允或者显失公平的，公司有权依据《合同法》行使撤销权，小股东也有权挺身而出，为捍卫公司利益而提起股东代表诉讼；程序不严谨的，股东还可依据新《公司法》第22条关于瑕疵公司决议的救济之道请求法院予以撤销。如果股东会或董事会审议某一关联交易的程序包括召集程序、表



决程序存有瑕疵，小股东当然寻求司法救济，股东的举证责任就轻一些。如果小股东从表决程序上、召集程序上找不到程序瑕疵，小股东就麻烦一点。他只有证明公司决议违反了强制性规定，某一关联交易构成了侵权行为或者显失公平条款的合同条款，才能请求法院确认公司决议无效或者撤销关联交易合同。

## [知识产权] 知识产权强制许可的国际规则将面临重大的突破

法制网

【编者按】2007年，是中国加入WTO五年过渡期结束后的第一年。这一年里：中国频繁遭遇反补贴调查、中国出口产品质量引发危机、中国批准WTO修改知识产权协定的议定书……

此外，中国将正式开始加入WTO政府采购协定的谈判，中国还将在前景仍不明朗的多哈回合谈判中积极作为，这都是摆在中国面前的重大课题。

在纪念中国加入WTO六周年的特殊日子里，本报特策划了一组WTO权威专家的访谈与专栏文章，就这些热点问题思考和分析，以飨读者。

知识产权强制许可国际规则面临重大突破

——就WTO成立以来首次修改协定访郭寿康教授 中国加入世界贸易组织签字仪式

议定书有利于中国解决可能出现的突发公共健康问题。批准了议定书之后，我国可在必要时授予国内企业生产特定专利药品的强制许可，或在向TRIPS理事会通报后成为“有资格进口的成员”之后，进口其他出口成员授予强制许可并出口的特定专利药品，这都有利于保障我国在紧急情况下解决突发的公共健康问题时的药品供应，及时应对公共健康问题。

更值得关注的是，我国的知识产权法律制度也将实现与议定书的衔接。

中国加入WTO议定书签字仪式2001年11月11日晚举行，时任外经贸部部长石广生代表中国政府签字，中国正式成为WTO成员走完第二道程序。

今年11月28日，中国正式通知WTO，称中国已批准《修改〈与贸易有关的知识产权协定〉议定书》(以下简称议定书)。中国常驻WTO代表孙振宇向WTO总干事拉米发去信函，并把经国家主席胡锦涛和外交部长杨洁篪签字的批准书附在信函中交给拉米保存。

同一天，中国常驻WTO代表团在声明中表示，对《与贸易有关的知识产权协定》(简称TRIPS协定)的修改有助于解决许多发展中成员、尤其最不发达成员，面临的公共卫生问题。对议定书的批准表明，中国一贯支持WTO促进发展的目标，一贯支持发展中成员保障公共卫生和获得必要药品的合法权利。

“议定书是在2005年12月6日由WTO总理事会通过的。”中国人民大学法学院郭寿康教授近日接受采访时表示，“这次修改不仅是TRIPS协定生效以来的首次修改，也是WTO成立12年来几十个生效协议的第一次修改。其意义非常深远。”

同时担任联合国教科文组织版权与邻接权教席主持人的郭教授今年已81岁高龄，早在上世纪80年代初就参加过TRIPS的重要基础——巴黎公约的修订工作。而此次TRIPS协定修订的主要内容与当时巴黎公约修订的主要难点也一脉相承，即知识产权的强制许可问题。

能否去掉“non”的三十年争论

“承认知识产权为私权”的表述出现在TRIPS协定的序言中，这已是WTO各成员方的共识之一。专利是知识产权的一个重要组成部分，也属于私权的范畴。

但所谓专利实施的强制许可，则是指国家专利主管机关可以不经专利权人的许可，通过行政程序而直接允许第三人实施，通常包括生产、制造专利权人取得专利权的产品或技术发明，并向其颁布实施该项专利的强制许可证的法律制度。

郭寿康教授介绍说,专利实施的强制许可是专利许可的一种特殊形式,它是采用行政措施来限制专利权人滥用技术独占权的措施。同时,被许可人也应当向专利权人支付合理的报酬。专利实施强制许可是法律对专利权人权利实行限制的制度,以体现“知识产权与公共利益平衡”的宗旨。

“但是,从巴黎公约到TRIPS协定,都规定了强制许可的‘不是排他性’原则,即英文中的non-exclusive。”郭寿康教授表示,“三十多年来发展中国家与发达国家之间争论的一个重要焦点,就是能不能把这个non去掉,即承认强制许可的‘排他性’。”

他回忆说,1980年和1981年他作为中国代表团正式代表参加了分别在日内瓦和内罗毕召开的两次巴黎公约修订外交会议。当时巴黎公约第5条A款第四项是讨论的焦点之一,正是这一项规定了“这种强制许可不是排他性的”。发展中国家代表强烈要求去掉non,希望能够通过巴黎公约确定强制许可的排他性,而不是“不是排他性”。

原来,在“不是排他性”的规定之下,如果A发展中国家需要B发达国家的某种专利,而B不愿授权给A时,A可以启动强制许可,克服人力物力财力等各方面的困难、根据专利说明书生产出产品来。但B仍可以生产此产品,或者授权CDE等任何国家也生产此产品,这样B卷土重来,其强大的实力很容易就把A好不容易辛苦生产出来的产品“挤垮了”。

“所以从上世纪70年代末80年代初至今,发展中国家一直希望把强制许可规定成‘排他性’的,以避免上述情况的发生。”郭寿康教授说,“但不同国家出发点不同,巴黎公约为此开过四次修订外交会议,但最终仍不了了之。”

1995年1月1日WTO成立,其TRIPS协定继续沿用了巴黎公约关于强制许可的规定。于是,这个争论了30年的问题也随之延续到了WTO框架之下。

#### 公共健康危机促使强制许可的突破

郭寿康教授介绍说,TRIPS协定不仅延续了non-exclusive的原则,并且在其31条F款中规定,任何强制许可授权都应主要为供应授权此种使用成员的国内市场(predominantly for the supply of the domestic market),也就是说,A国强制许可自己的公司生产B国专利产品时,生产出的产品只能绝大部分供应给A国本国市场,几乎不允许出口。

“这又产生了问题,因为即使有强制许可,也并不是所有发展中成员都有能力根据专利说明书就制造出产品,尤其那些最不发达成员。如果他们能够从有能力的发展中成员进口这些产品的话,价格一定比直接从发达成员进口便宜得多。但31条F款却限制了这种可能性,因为F款不允许有能力的发展中成员出口。”郭寿康表示。

但是,修订WTO的协定需要经过复杂的程序,难度也非常大。成立WTO的协定第10条规定,如果要修改WTO的某个协定,需要所有WTO成员“协商一致”。2005年12月WTO总理事会能够最终通过议定书,与全世界范围内的公共健康问题密切相关。

自人类进入新世纪以来,世界各国尤其发展中国家的公共健康问题,特别是艾滋病、肺结核、疟疾等流行病对人类健康造成了严重的威胁,并受到国际社会越来越深切的关注。在非洲和拉丁美洲,疟疾、结核病和艾滋病等致命性传染病正在蔓延,成为当地人们健康和经济发展的灾难性杀手。而造成这种现象的一个关键因素,就是当地患病的居民无法获得有效的廉价治疗药品,患病者无法逾越由于药品专利而形成的治疗药品的高价壁垒。

围绕TRIPS协定如何适用解决公共健康的问题,2001年11月,WTO通过了《关于与贸易有关的知识产权协定与公共健康的宣言》,指出TRIPS应该关注解决发展中成员所面临的公共健康问题,特别是自身医药部门不具备生产能力或生产能力不足的成员,无法适用现在专利强制许可的问题;2003年8月,WTO总理事会通过了《关于执行多哈〈关于〈知识产权协定〉与公共健康的宣言〉第6段的决定》,规定在符合有关条件的情况下WTO成员可以授予其国内企业生产并出口特定专利药品的强制许可,不受TRIPS关于强制许可的使用应主要为供应国内市场的规定的限制;2005年12月,WTO总理事会最终通过了议定书,将上述宣言和决定

的相关内容纳入了TRIPS。

议定书在TRIPS中增加了两部分内容，一是增加了“31条之二”，二是增加了说明“31条之二”的两个附件。按照增加后的内容，TRIPS将规定“在符合有关条件的前提下，WTO成员可以授予其国内企业生产并出口特定专利药品的强制许可，不再局限于供应国内市场”；以及“在出口成员和进口成员对同一产品授予强制许可的情况下，专利许可费应由出口成员支付，进口成员无需再行支付”。

“也就是说，议定书主要允许了WTO成员可为向‘有资格进口的成员’出口药品的目的而授予专利强制许可，从而突破了TRIPS关于强制许可只能为供应本国市场的规定。”郭寿康表示。

我国专利法修改将与议定书衔接

郭寿康教授认为，议定书有利于中国解决可能出现的突发公共健康问题。批准了议定书之后，我国可在必要时授予国内企业生产特定专利药品的强制许可，或在向TRIPS理事会通报后成为“有资格进口的成员”之后，进口其他出口成员授予强制许可并出口的特定专利药品，这都有利于保障我国在紧急情况下解决突发的公共健康问题时的药品供应，及时应对公共健康问题。

更值得关注的是，我国的知识产权法律制度也将实现与议定书的衔接。我国专利法中已规定了强制许可制度；2003年，国家知识产权局发布了《专利强制许可实施办法》，对强制许可的授予程序作了详细规定；2005年，国家知识产权局又发布了《涉及公共健康问题的专利实施强制许可办法》，根据WTO有关宣言和决议，对涉及公共健康问题的专利强制许可作出了特别规定。

“现在专利法的第三次修订正在进行，其中也将进一步衔接议定书的有关规定，可能明年正式出台。”郭寿康透露，“我们在最近一次修订草稿的第50条增加了‘治疗流行病的药品在中国被赋予专利权，不具有制造该药品的能力或能力不足的发展中国家或最不发达国家希望从中进口该药品的，国务院专利行政主管部门可以给与具备实施条件的单位制造该药品并将其出口到前述国家的强制许可的权利’。”

据介绍，我国入世后，TRIPS已对我国产生法律约束力。我国政府在加入WTO的法律文件中承诺，“中国将在完全遵守WTO协定的基础上，通过修改其现行的国内法和制定新的法律，以有效和统一的方式实施WTO协定”。因此，TRIPS在我国国内法中并不具有直接适用效力，我国法院与执法机关也不直接适用该协定。这也是我国为何集中修订和完善了专利法、商标法和著作权法等知识产权法律以及相关法规，在此基础上不断完善我国的知识产权法律体系。

修订后的TRIPS生效仍需时日

按照WTO有关条约的规定，2005年12月WTO总理事会通过了议定书后，开放供各成员在2007年12月1日或部长级会议可能决定的更晚日期之前接受。议定书不允许提出保留，并将在三分之二的成员接受后生效。截至11月28日中国正式通知WTO，称中国已批准议定书为止，151个WTO成员中仅有美国、瑞士、萨尔瓦多、韩国等13个成员(包括中国)批准了该议定书。

“12月1日已经过了，我了解到的是又继续推迟到了明年年底。”郭寿康说，“151个成员的三分之二是101个成员，显然13距离101还差很远。因此议定书何时生效、修改后的TRIPS何时生效还是个未知数。”

郭寿康教授还提醒说，实际上强制许可制度建立这么多年来，真正启动过的国家并不多见。因为专利本身的复杂性，不是所有国家按照专利说明书、投入人力财力就一定能成功生产出产品的。更何况专利说明书的要求只是能够生产出某产品，而未必是生产此产品的最佳方案，最佳方案往往还和一些技术秘密或专家指导等因素相关。

既然不怎么实际应用，为什么还要费劲争取呢？郭寿康教授强调说，对这个问题一定要

有清醒的认识，强制许可是一项非常重要的权利，也是非常重要的国际谈判筹码。

他举例说，巴西近日从瑞士引进某专利药品，瑞士公司投资很大开发出这种专利药品，因此要价也很高，以致巴西无法接受。在讨价还价的谈判过程中，正是因为巴西提出，如果瑞士公司不能降价巴西将按法定条件启动强制许可，瑞士公司最终同意降低原价的40%授权给了巴西。

“原先大家认为修订WTO的协议非常困难，要达到所有成员‘协调一致’的要求几乎没有可能，但议定书的通过证明了这是可能实现的。”郭寿康教授说，“无论是强制许可本身的意义，还是对TRIPS相关规定做出重大突破，议定书的通过和批准，都在WTO历史上具有深远的意义，中国也应从中学会很多。”

#### ■郭寿康教授简介

男，1926年生于天津市。早年毕业于北京大学法律系(1948)和法学研究所(1952)。曾赴美国哥伦比亚大学、乔治城大学、加州大学法学院及德国马普研究院工业产权、版权和竞争法研究所研究进修。现为中国人民大学法学院教授，博士生导师。联合国教科文组织版权与邻接权教席主持人。在国内外发表了多部中外文的教材、论文和专著。

(记者陈晶晶)

## [德衡动态] “和谐劳动关系与企业制度创新法制论坛”成功举办

德衡商法网

倍受社会各界广泛关注的《劳动合同法》将于明年1月1日起实施。为使社会各界正确理解领会和贯彻实施《劳动合同法》，由青岛市人大法制委员会、法制日报周末报社、中世律所联盟(SGLA)主办，《青岛财经日报》协办，德衡律师集团、山东律师(德衡)联盟承办的“和谐劳动关系与企业制度创新法制论坛”于12月7日、8日在青岛市级机关会议中心隆重举办。

7日下午，由十届全国人大常委会委员、全国人大法律委员会委员、全国人大常委会法制工作委员会副主任信春鹰女士作《劳动合同法》专题讲座，她全面介绍了我国制定劳动合同法的背景及重要意义，对劳动合同法的立法原则、形成过程、主要内容和贯彻实施等问题进行深入细致地讲解和阐释。近八百余名企业高层管理人士参加了本次讲座。

8日上午，在论坛的第二阶段，特邀嘉宾全国总工会民主管理部部长、中国劳动法学会副会长郭军，中世律所联盟(SGLA)主席、路伟国际律师事务所合伙人、北京代表处主任吕立山律师，青岛市劳动和社会保障局劳动争议仲裁院院长刘林瑞以及青岛市人大常委会法制工作室主任万振东分别以“《劳动合同法》使命神圣任重道远”、“中世律所联盟为企业制度合规建设提供新价值”、“对当前和今后一段时期劳动争议纠纷案件的动态分析和思考”和“构建稳定劳动关系助推和谐社会发展”为题作了主题演讲，分别从不同的角度对劳动合同法进行了更深入的探讨和阐述，给出了切实有效的具体建议。

与此同时，在主论坛之外的“贯彻执行《劳动合同法》实务分论坛”中，德衡律师集团事务所王隽、王晓玲、郑惠、王中四位律师就劳动合同的具体签订问题与参会企业代表进行了面对面的交流和沟通。四位律师起草的德衡版劳动合同文本引起论坛嘉宾和各大新闻媒体的普遍关注。

本次论坛的成功举办对构建和发展和谐稳定的劳动关系，促进社会主义和谐社会建设将会起到积极的促进作用。



**[客户动态] 海尔电脑本部的“倍速进京”**

海尔电脑本部的“倍速进京”是海尔集团实施“海尔再造”战略的重大举措。近日，根据海尔集团与德衡律师集团之间的新合作计划，德衡律师集团又指派德衡（北京）事务所多位律师协助海尔集团电脑本部以北京为中心开展其战略工作。