

5/ 2008
MAY

FAZHI CANKAO

法制参考

《法制参考》编辑部 编

法制人物风采录

法制动态

新法月报

立法前瞻

法制观察

热点事件剖析

经济瞭望

法学前沿

案例指导

法制日记

名家著作赏析





李步云：二十年改一字 从刀“制”到水“治”



李步云 1933年生,1949年11月参加解放军,后参加抗美援朝负伤回国。1957年考入北京大学法律系学习,1962年本科毕业,1965年北大法律系研究生毕业。1967年2月到中国社会科学院法学所工作至今。现为中国社会科学院荣誉学部委员,2004年起,任广州大学法学院名誉院长、博士生导师,广州大学人权研究中心主任。

●他写的《公民在法律上一律平等》是法学界思想解放开始的标志之一

●他促成了党委审批案件这一制度的取消

●他与人合写的《论以法治国》首次明确提出并系统论述了要在我国实行依法治国

李步云进入法学的世界已经整整50年。在反右运动在全国泛滥开来的1957年,他考入北京大学法律系,师从著名法学家张友渔先生。抗美援朝的负伤,促使他完成了从军人到学者的转变。

从自己的专业角度出发,李步云将改革开放三十年的发展概括为一条宪政的道路。“按我的理解,宪政包括法治、人权和民主三个要素。十一届三中全会以来,这三个方面都取得了很大的成就,是一个齐头并进的过程。其中首先发生突出转变的是法治,法治带动了人权,法治促进了民主。”在李步云看来,是十一届三中全会,而不是十五大,标志着中国进入了依法治国的新时代。

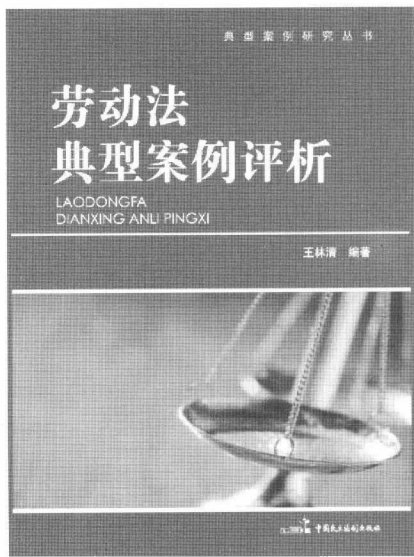
三十年来,李步云念兹在兹的始终是宪政。从呼唤法治到倡导人权,其个人关注点的转移中,亦可看出时代主题的变换。而民主,可能将是中国宪政道路接下来最重要的话语。

(摘自《南方都市报》

2008年4月1日)

评《劳动法典型案例评析》

王林清



《中华人民共和国劳动合同法》于2007年6月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过，自2008年1月1日起施行。本书根据《中华人民共和国劳动法》、《中华人民

共和国劳动合同法》及相关法律法规，同时结合《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》等司法解释及部门规章，对一些劳动法典型案例进行评析。本书共分8章，由70多个案例组成。

本书具有以下特点：一、案例典型、真实。本书所选案例大多数是真实的案例，案例具有真实性和典型性。二、案例评析具有理论性与实践性。既可以为实务界人士在实务工作中提供借鉴，又可以为理论界人士进行教学科研提供参考。三、全面性。本书几乎涉及了劳动法的所有内容。

（摘自《劳动法典型

案例评析》，

中国民主法制出版社出版，

2008年4月第1版）

《法制参考》读者调查表

尊敬的读者朋友：

为了更好地为您提供及时、准确的法律资讯，给您的工作带来便利和帮助，希望您能在百忙之中将您阅读《法制参考》后的意见填入“调查表”，及时反馈给我们，以利我们改进工作，对我们的支持我们深表谢意。

姓名： 性别： 年龄：
职业： ☐法官 ☐检察官 ☐律师 ☐公务员 ☐教师 ☐学生 ☐企业管理人员 ☐其他
学历： ☐高中 ☐大专 ☐本科 ☐本科以上
地址： 邮编：
联系电话： E-MAIL：

1. 您认为本读物风格是您所喜欢的吗？

☐是 ☐一般 ☐不是

2. 您是否会向朋友或同事推荐本读物？

☐会 ☐也许会 ☐不会

3. 您认为本读物能对您的工作和学习有帮助吗？

☐有 ☐无所谓 ☐没有

4. 您最喜欢的内容是：_____

5. 您最不喜欢的内容是：_____

6. 本读物中您最喜欢的文章是：_____

7. 本读物中您最不喜欢的文章是：_____

8. 您最喜欢的栏目有哪些？请打“√”；不喜欢的栏目有哪些？请打“×”。您认为还应当增加什么栏目？

☐法制人物风采录 ☐法制动态 ☐新法月报 ☐立法前瞻 ☐法制观察 ☐热点事件剖析

☐经济瞭望 ☐法学前沿 ☐案例指导 ☐法制日记 ☐名家著作赏析

9. 您认为本读物在以下各方面的表现如何？

封面及内文设计： ☐非常好 ☐好 ☐一般 ☐差

栏目设置： ☐非常好 ☐好 ☐一般 ☐差

文摘内容： ☐非常好 ☐好 ☐一般 ☐差

信息量： ☐非常好 ☐好 ☐一般 ☐差

10. 您对本读物有何改进的意见和建议：_____

中国民主法制出版社

《法制参考》编辑部 谨启

地址：北京市丰台区右安门外玉林里七号

邮编：100069

电话：(010) 63055022

13911918380

联系人：逯卫光

5/ 2008
MAY

FAZHI CANKAO

[法制参考]

《法制参考》编辑部 编

法制人物风采录

法制动态

新法月报

立法前瞻

法制观察

热点事件剖析

经济瞭望

法学前沿

案例指导

法制日记

名家著作赏析

 中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

法制参考. 2008/《法制参考》编辑部编. —北京:
中国民主法制出版社, 2008
ISBN 978-7-80219-368-0

I. 法… II. 法… III. 法律—中国—参考资料
IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 191029 号

书名/法制参考(2008 年第 5 辑)

FA ZHI CAN KAO

作者/《法制参考》编辑部 编

出版发行/中国民主法制出版社

地 址/北京市丰台区右安门外玉林里 7 号(100069)

电 话/(010)63055022(编辑部) (010)63056983(邮购部)

传 真/(010)63056975 (010)63056983

网 址/www.npc.gov.cn

邮 箱/fazhikanhao@126.com

经 销/新华书店

开 本/16 开 787 毫米×1092 毫米

印 张/10 字数/237 千字

版 本/2008 年 5 月第 1 版 2008 年 5 月第 1 次印刷

印 刷/唐山新苑印务有限公司

邮发代号/52-47

书 号/ISBN 978-7-80219-368-0/D·1222

定 价/15.00 元(全 12 辑 180.00 元)

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)



本期视点

BENQISHIDIAN

P₂₄

未来五年立法取向

2008年国务院立法工作计划安排了62件立法项目,其中有21件是坚持以人为本,着力改善民生、需要提请全国人大常委会审议的法律草案、法律修订草案,或需要制定、修订的行政法规。此外,需要抓紧研究、待条件成熟时提出的立法项目也突出了民生问题,如社会救助法、慈善法、基本卫生保健法、住房保障条例等。

P₃₉

从国务院常务会议看政府转型

根据党的十七大的要求,未来我国将继续完善国务院常务会议制度,全面推进服务型政府建设:

抓紧完善省级政府常务会议制度,使之与国务院常务会议制度相衔接,从而形成落实国务院常务会议重大政策与决策的良性循环机制,提高政府的整体执行力。

在国务院常务会议已确定的政府自身建设与行政管理体制改革措施的基础上,进一步转变政府管理方式。

P₁₁₇

宽严相济背景下的徐歧彪案

宽严相济是新形势下的一项重要刑事政策,是我国在惩治犯罪、维护社会稳定的长期实践中积累经验的总结,是惩办与宽大相结合政策在新时期的新发展。“保留死刑,严格控制死刑”则是党和国家一贯的刑事政策。这是我国刑事审判工作适应经济社会发展的必然要求,是符合司法规律和特点的必然要求。

目 录

Contents

● 法制人物风采录 FAZHI RENWUFENGCAILU

封二 李步云:二十年改一字 从刀“制”到水“治”

● 法制动态 FAZHIDONGTAI

- 8 最高法:法院要更自觉接受人大监督/最高法院调整国家赔偿标准/最高法院新调整一审民商事案件管辖标准/事业单位将被分成三类/行业协会“官退民进”步伐逐步加快/陈良宇一审被判 18 年

● 新法月报 XINFAYUEBAO

新法览要

- 12 直击破产法实施四大问题/蒋安杰 赵 丽 韩玉婷
- 14 落实民诉法新规定 强化法院内部监督
——就民商事案件新立案标准访最高法院立案庭负责人/刘 岚 沈 荣
- 17 完善检察委员会制度的重大举措
——最高人民检察院法律政策研究室有关负责人就修订《人民检察院检察委员会组织条例》答记者问

新法存目

19

新法速递

- 19 证券公司监督管理条例(节录)

立法动态

- 24 未来五年立法取向/汤耀国
- 27 二审《国资法》国资委只做出资人/周丽敏
- 29 “住宅法”出台还要过几关/欧阳旭东 魏振豪
- 31 国家首部住房保障条例制定前景猜想/杜晓 陈晶晶

立法建议

- 34 《证券投资基金法》修改势在必行/黄 韬 周雅菲
- 36 知识产权立法应当恪守四大规则/曾献文

- 39 从国务院常务会议看政府转型/李军鹏
- 41 两高新面孔:低调的政法官员与儒雅的政法学者/赵 蕾
- 43 刑事错案中的证据问题/何家弘 何 然
- 45 法律援助“优先原则”之浅见/桑 宁
- 47 专家称单纯放开户籍没有意义/王俊秀 王梦婕
- 49 使用行政手段禁止吸毒是理性选择/肖 怡 刘正强
- 53 版权“一女多嫁”引发法律思考/杜丽霞 才雪冬
- 57 计生政策调整争议尘埃落定/谢良兵
- 59 叩问企业家长期羁押/吕冰心
- 61 回拨吸费算不算诈骗?
——对新的骗术缺少具体处罚规定/李忠峰
- 64 追问垃圾短信利益链未解悬疑/张 磊
- 67 深圳房产索赔事件敲响“土地财政”警钟/彭 勇 洛 涛

- 69 许霆改判刑随谁变/赵 蕾

- 74 | 北京海淀区原区长周良洛案迷雾将揭/朝格图
 76 | 行贿事实曝光“乌纱帽”照戴/李润文
 82 | 返航事件中各方缘何没有赢家/李 勇
 86 | 《江塘集中营》热播后官司缠身/李 亮

经济瞭望 JINGJILIAOWANG

- 89 | 坚持从紧货币政策 谨防通胀压力加大/应果断停止人民币的快速升值/次级
 债危机:中美对话新议题/抑制通胀:汇率改革的主要意义/物价上涨势头趋缓,
 全年将前高后低/提高粮食最低收购价不会推动物价水平上涨/铁矿石涨价阴
 霾不散 原材料产品低速增长/国务院 2008 年工作要点首提“防经济下滑”/
 发改委“再定位”:与三部委拆分“交叉”职能/京深楼市出现退房连锁反应/美
 “统一证券和期货监管”方案遭质疑

法学前沿 FAXUEQIANYAN

- 107 | 中国法律发展的理论反思/朱景文 韩 旭
 109 | 中国法学的困境与出路/邓正来
 112 | 从“强制取得”到对债的依归
 ——关于民事责任的思考/柳经纬
 113 | 当代国际法视角下的和谐世界/曾令良
 114 | 国家刑事赔偿制度改革若干问题探讨/陈光中 赵琳琳
 115 | 经验法则及其实务应用/毕玉谦
 116 | 论刑事诉讼的刑事政策化/周长军

案例指导 ANLIZHIDAO

案情传真

- 117 | 宽严相济背景下的徐歧彪案/郭春雨
 119 | “临时工”上法庭争要同工同酬权/朱丽亚

- 123 北京高院公布 2007 年度 10 大知识产权案件
- 126 胁迫手段强迫职工辞职的行为无效
——河南 81 名农民工打赢被迫辞职官司/郭丛生
- 129 跌破买楼价深圳业主索赔开发商/刘 芳
- 130 云南版权局首开卡拉 OK 侵权罚单/陈 娟
- 132 “中国证券民事赔偿第一案”审理始末/张晓晶
- 133 不付七千二 罚你七万二/李一然 沈静
- 135 手机定位引出侵权之诉/小 非
- 137 小保姆获赠巨额遗产的背后/安明 洪克非
- 140 “北京首告强行供暖案”原告程宏遭起诉,要求支付拖欠供暖费/王梦婕 王俊秀
- 案情评析**
- 142 如何理解挪用公款罪中谋取个人利益的含义/廖 梅 袁剑湘 贾济东
- 144 平账后又重复报账的行为如何定性/肖景炎 吴成国
- 146 君子爱财应自爱 不可如此傍名牌/朱军华
- 148 车险:“软骗”比“硬骗”更难防/张胜利 金明军 马伟利
- 151 QQ“圆环形刹车灯”确认不侵权
——评奇瑞汽车诉赵申苓专利不侵权案/齐东海
- 153 网络游戏的知识产权保护
——“韩国 NEXON 诉腾讯 QQ 堂”案引发的思考/杨 晖 马 宁

● 法制日记 FAZHIRIJI

155 |

● 名家著作赏析 MINGJIAZHUZUOSHANGXI

封三 | 评《劳动法典型案例评析》/王林清

最高法:法院要更自觉接受人大监督

最高人民法院院长王胜俊强调,人民法院要坚持更加主动自觉地接受人大的工作监督,确保审判权和执行权的正确行使。

王胜俊在最高人民法院召开的学习贯彻十一届全国人大一次会议精神电视电话会上指出,加强对权力的监督制约是党的十七大的重要内容,加强对人民法院的监督是人大代表、政协委员的强烈呼声。

“审判权、执行权和其他权力一样,失去制约监督就会出现滥用甚至产生腐败。”王胜俊指出,随着我国依法治国进程的不断加快,审判权、执行权在社会生活各方面的影响越来越大。充分发挥审判职能,确保司法公正,就不能不依法对审判权、执行权进行有力的监督。

王胜俊强调,各级人民法院必须切实增强自觉接受监督的意识,要重点提高各级人民法院领导班子成员和广大法官接受监督的意识,摆正加强监督与促进工作的关系,整合审判工作监督力量,努力建立相互制约、运转高效的审判管理体系,从体制、机制上采取各种有效措施,逐步建立起有权必有责、用权受监督、违法要追究的监督机制,确保司法公正。

王胜俊指出,要安排好向人大常委会专项报告的选题,在专项报告、执法检查、跟踪监督、人事任免、质询、询问等具体监督活动中,为人大常委会提供全面、准确的材料。要积极主动地开展人大代表联络工作,建立主动邀请和认真接待人大代表视察、旁听案件审理制度,虚心接受人大代表提出的批评、意见和建议。继续完善办理人大代表议案、建议的流程管理制度,不断提高办理议案、建议的质量与效率。还要依法积极配合检察机关的法律监督,自觉听取人民政协和社会各界、新闻舆论的意见和建议。继续改革和完善审判公开制度,不断拓展审判公开的范围,切实保障人民群众特别是当事人对审判活动的知情权。

相关链接

把涉诉上访逐步引导到申请再审

最高人民法院要求,全国各级人民法院要加强重信重访的治理,严格落实化解矛盾和稳控责任,坚持审判方式与综合施策、多种手段相结合,努力化解矛盾。

最高人民法院院长王胜俊强调,要着力加强信访接待工作,有效地控制和减少重信重访,预防群体性事件的发生。切实做好解疑释惑、疏导情绪、化解矛盾等群众工作,引导人民群众依法、理性地行使权利,把信访突出问题妥善化解在基层、解决在萌芽状态。

王胜俊表示,要做好修改后的民事诉讼法实施的各项工作,尽快完善再审案件办理程序,完善依法纠错的申诉审查和再审监督机制。他指出,申诉审查和再审是审判工作监督的重要内容,也是发现问题并依法改正确有错误判决的重要渠道。要明确申诉、申请再审案件的审查程序,严格落实法律规定的申请再审期限和再审审理期限,进一步规范再审立案和再审改判的条件,逐步把涉诉上访引导到依法申请再审的轨道上来。对于当事人的投诉,做到及时审查,依法立案,依法再审改判。对经再审认定原判正确需要维持的,注意做好当事人服判息诉工作。

(摘自《新华每日电讯》

2008年4月2日 田雨)

最高法院调整国家赔偿标准

最高人民法院赔偿委员会办公室日前向全国各高级人民法院发出通知,要求各级法院在审理国家赔偿案件时,将侵犯公民人身自由权的赔偿标准提高至每日99.31元。

根据国家统计局公布的新的工资数额,今年赔偿义务机关作出赔偿决定时,对侵犯公民人身自由权每日的赔偿金有所增加。国家统计局2008年第1号公告显示,2007年全国在岗职

工年平均工资为 24932 元,比上年增加 3931 元,日平均工资为 99.31 元,比上年增加 15.65 元。

国家赔偿法第二十六条规定:“侵犯公民人身自由的,每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算。”据此,今年赔偿义务机关作出赔偿决定时,对侵犯公民人身自由权每日的赔偿金应为 99.31。

(摘自《光明日报》)

2008 年 4 月 3 日 袁 祥)

最高法院新调整一审民商事案件管辖标准

最高人民法院正式公布了全国各省、自治区、直辖市高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准,今后绝大部分民商事案件将由基层法院和中级法院审理。自 4 月 1 日起执行的该新标准,不包括知识产权案件。

据悉,这次调整主要是为了应对民事诉讼法修改后申请再审案件大量增加给高级法院和最高法院带来的压力。与 1999 年最高法院首次统一调整相比,这次调整幅度较大。根据我国地区发展不平衡的状况,依次将高级法院的级别管辖标准分为 4 个档次,北京、上海、江苏等发达省市高院一般管辖诉讼标的额在 2 亿元以上的第一审民商事案件,广东高院此项标准则为诉讼标的额 3 亿元以上的案件;天津、重庆以及中部地区的高院管辖诉讼标的额在 1 亿元以上的第一审民商事案件;甘肃、贵州等高院管辖诉讼标的额在 5000 万元以上的第一审民商事案件;对于青海、宁夏、西藏这样的落后地区,高院则管辖诉讼标的额在 2000 万元以上的第一审民商事案件等。对各高级法院辖区内的中级法院立案标准,原则上划分了发达地区、一般地区和经济落后地区 3 个档次。

最高法院有关负责人特别指出,此次调整的范围主要是普通民商事案件,不包括实行专门管辖的海事海商案件、集中管辖的涉外民商

事案件和知识产权案件。

(摘自《中国知识产权报》)

2008 年 4 月 2 日 魏小毛)

事业单位将被分成三类

《国务院机构改革方案》进一步明确了中国事业单位的改革方向。新一轮国务院机构改革并不是单兵突进,还统筹考虑了事业单位的分类改革。在专家看来,根据改革方案,事业单位将被分成三类。

第一类是主要承担行政职能的事业单位,属于“政事不分”,改革目标是逐步转为行政机构或将行政职能划归行政机构。目前一些实行“参照公务员管理”的事业单位,其中一部分都具有行政执法权,履行行政管理职能。此类事业单位是否应该回到政府体系或将行政职能划归出去,需要明确。

国家行政管理学院宋世明教授指出,事业单位作为行政执法的主体,会导致行政机构的“体外循环”,不利于规范执法,应当加快改革。对那些承担行政职能且需要回归政府机构事业单位,也应考虑与人事制度改革有机结合起来。

第二类是主要从事生产经营活动的,属于“事企不分”,改革目标是逐步转为企业,走向市场。

第三类是主要从事公益服务的事业单位,改革目标是整合资源,强化公益属性,加强政府监管。据统计,目前中国有 126 万个事业单位,在 3 千万正式职工中,教育、卫生和农技服务从业人员三项相加,占总人数的 3/4,其中教育系统人员即达到一半左右。可见,科教文卫是中国事业单位的主体。全国政协委员、中国人事科学研究院院长吴江指出,通过分类改革,事业单位将回归公益性质,以后的事业单位将主要以公益性事业单位为主。

从事公益服务的事业单位也有很多类型,其资金投入结构上也应有所区别。国家行政学院教授竹立家说,比如公立医院、教育机构等属

于基本服务均等化范畴的事业单位,是全民都需要的公共服务,政府应该加大投入,以政府支持为主,以纠正公益性服务的事业单位过度“市场化”,“放权过度、约束不足”等问题。而以各类基金会为代表的事业单位,服务面相对窄一些,在政府支持之外,主要依靠自筹资金,实现自身功能和发展。

而同属于基本公共服务均等化范畴的事业单位,政府的投入力度也应根据其涉及公共利益程度而有所不同。吴江表示,一些政府和国家控制力度较强的事业单位,如涉及国家安全的研究机构、直接为国家制定政策服务的研究机构等,它们直接为国家提供服务,属于政府购买公共产品,政府的支持力度就大些。另如同样在卫生领域,与公立医院相比,卫生防疫工作的“市场信号”要低很多,但却是全民需要的基本公共服务,政府的投入力度自然就要大一些。而公立医院的发展则要通过政府投入和社会保险等多渠道共同担负。

(摘自《西宁晚报》)

2008年4月13日 杨琳 董瑞丰)

行业协会“官退民进”步伐逐步加快

中国行业协会商会网专家委员会主任张经今天接受记者采访时介绍说,目前,我国行业协会“官退民进”的步伐正在逐步加快,民间组织与政府“各就各位”的职能转移正在有序进行,巩固了行业协会、商会等社团组织的独立法人地位,有效遏制了社团行政化倾向,在经济体制转轨的特殊背景下发展起来的行业协会的积弊有望彻底改变。

人财物“三脱钩”

割断行会与政府的依附关系

据张经介绍,政府与行业协会职能的归位正在各地有序地进行。尽管各地各有各的套路,改革进展情况不一,也难以进行量化统计,但就目前了解到的不够完全的情况看,行业协会、商会

“官退民进”的改革,除了重庆市、浙江省已全面完成“脱钩”外,已有20多个地市级以上城市正在实施“脱钩”,有的地市已实施完全的脱钩。

据介绍,行业协会“挂市场名字、戴政府帽子、坐行业轿子、供官员兼职”的现象在重庆、浙江已成为历史。

如重庆已全面完成党政机关与社团分离改革,1543名县处级以上领导干部退出在社团中担任的领导职务;清理出社团占用的国有资产847.33万元,清理出被党政机关占用并已收回社团自有资产16.5万元;对涉及的142个社团实行了办公场所与党政机关分离;对涉及的231个社团实行了分离;对2655个社团中清理出的17个社团的行政管理职能实行了分离。

浙江省已有1229家行业协会摘掉了“红帽子”,实现与行政机关机构、人员、财务“三脱钩”,有公务员兼职情况的1213家协会实现公务员全面退出。

立规建制以授权委托方式 实施职能和权力转移

“脱钩是形式,是为了切断行业协会与政府及政府部门的传统依附关系。职能、权力归位才是目的。一个良好的社会结构,应该是行政部门与社会组织各司其职、各尽其责,相互配合又不越位。”张经谈到,在“官退民进”的改革进程中,一些地方的做法非常引人注目。

如浙江官方在“脱钩”的同时实施了“还权”、“放权”,把应由行业协会履行的职能还给行业协会,将适宜行业协会行使的行业管理、组织协调、社会服务等职能,通过授权委托方式,交给行业协会行使。

又如大连市9成行业协会实现了民间化转变,同时加大了政府扶持力度。以政府规章形式出台《大连市行业协会管理办法》,赋予行业协会行业准入、行业调查、行业监督等10大职能。市经委、物价局、科技局、劳动和社会保障局、统计局、质监局、工商局等七部门联合下发

了《关于授予有关行业协会统计等职能并委托有关工作的通知》，将原来由政府行使的行业统计与规划、技术进步与监督、人员培训等9项职能以委托的方式转移到市机械行业协会等8个行业协会。

同时，以政府规章的形式明确了行业协会为行业的管理者和代言人，为行业企业发展提供自律和维权服务，严格制定行业规范和各项技术标准，规范市场秩序，防止企业间竞相压价造成恶性竞争。

脱钩只是第一步

更需立法确立行业协会地位

“脱钩只是第一步”，张经坦言，行业协会依附于政府，身份尴尬，有名无实；行政权力直接渗透到行业协会的内部，越俎代庖，机构臃肿。要改变在经济体制转轨特殊背景下形成的这种模式，应该通过立法赋予行业协会从职能、机构、工作人员、财务等方面独立自主的制度性权力，使他们从制度的根基上割断与行政的关联和对行政权力的依赖。

张经举例说，2005年美国 and 欧盟通过法案，规定从2007年1月1日以后，所有出口到美国 and 欧盟市场的中国商品，必须加贴一个RFID无线射频识别技术。由于中国没有该技术的知识产权，这将增加供货成本，800家中国IT企业于是想成立协会寻求联合应对。但相关法律规定，成立协会要有主管部门，而很多部委都想自己当主管机关，以至800家中国IT企业想成立协会寻求联合应对的希望成为泡影。

(摘自《法制日报》)

2008年4月9日 姚 芃)

陈良宇一审被判18年

天津市第二中级人民法院对中共中央政治局原委员、中共上海市委书记陈良宇案宣告

一审判决，认定陈良宇犯受贿罪，判处其有期徒刑14年，没收个人财产人民币30万元；犯滥用职权罪，判处其有期徒刑7年，两罪并罚，决定执行有期徒刑18年，没收个人财产人民币30万元。

一审判决认定陈良宇的犯罪事实为：1988年至2006年，陈良宇利用担任上海市黄浦区人民政府区长、上海市人民政府副市长、市长、中共上海市委副书记、书记的职务便利，为上海新黄浦(集团)公司、上海申花足球俱乐部等单位在拆迁补偿、获得财政补贴款、解决楼盘闲置问题等方面谋取利益，索取或收受有关单位和个人的财物共计折合人民币239万余元。案发后，陈良宇动员其亲属退缴全部赃款。

2002年，陈良宇在担任上海市人民政府代理市长、市长期间，违反有关程序规定，擅自决定上海市城市建设投资开发总公司持有的上海路桥发展股份有限公司的股权限期转让给福禧投资控股有限公司，导致该股权价值未按规定进行评估而被低价转让，给国家造成直接经济损失人民币3.2亿余元。

2002年至2003年，陈良宇在担任上海市人民政府市长、中共上海市委书记期间，明知其弟陈良军不具备土地开发的资质和条件，为徇私情同意有关部门违规为陈良军征用土地，导致537亩土地被征用，其中183亩系由耕地转为建设用地。陈良军最终违规获得354亩土地使用权，给国家造成直接经济损失人民币3441万余元。后陈良军将其获得的土地使用权变相倒卖，非法获利人民币1.18亿元。

2004年，陈良宇在担任中共上海市委书记期间，违反规定，帮助某公司从上海市劳动和社会保障局融资，致使10亿元社会保险基金被违规动用而置于巨大的风险之中。

(摘自《法制日报》)

2008年4月12日 田 雨)

直击破产法实施四大问题

蒋安杰 赵 丽 韩玉婷

历经12年修改,被誉为“市场经济宪法”的企业破产法颁布已整整一年。然而,由于综合配套司法解释尚未出台,新法实施以来遭遇到一些操作性难题和制度性尴尬。

三大因素造成破产案件“数量瓶颈”

1998年到2007年,全国各级法院受理破产案件六万三千余件,审结五万七千余件,十年间共受理六万余件。从世界范围内来看,尤其与发达市场经济国家相比较,这一案件数量是非常少的。从1998年到2002年,人民法院受理破产案件数量一度呈现增长趋势,2002年曾达到最高的9110件,之后逐年下降,2007年各级法院全年仅受理破产案件三千余件。2007年6月1号新的企业破产法施行之后,破产案件数量也未出现突然增加的趋势。

王欣新教授指出,三个方面的因素是造成这种现状的主要原因:

第一,法院审判力量不足,是阻碍破产案件受理的主要因素。企业破产案件审理周期长、花费精力、人力大,然而审理破产案件的法官却相对较少,导致法院的审判力量不足。同时,法院内部的奖励机制也存在一定问题,导致法院在受理破产案件时有情绪。

第二,社会保障体系不完善,职工安置问题成为法院面临的最大困难。破产案件中的企业相当一部分已经没有资产,很多企业清偿率为零,有清偿率的也低于10%以下,相应的社会保障体系能否跟上,能否保障失业下岗职工的生活等问题都摆在法官面前。维护社会稳定这样一个重大的责任,对于目前仍然很孱弱的破产

法来说,是不堪承受的。

第三,征信系统尚未建立。社会上有大量企业没有人员、没有账册、找不到财产,这种情况下债权人来申请破产,法院也无法受理。产生这种现象是由于开办企业人员的诚信度不高、不负责任,法院缺乏可依据的系统来追踪财产以及相关个人的情况。

对此,王教授提出,破产法真正要贯彻实行,相关配套措施必须跟上,这需要社会整体的系统性工作。地方政府应当积极主动履行职责,必须主动承担起安置职工、完善社会保障制度的任务。这是政府的职责,而不是法院的职责,过去的思维定式使法院在审理破产案件时要解决很多本来不应当由其解决的问题,造成了人力方面的浪费。此外,应当尽快而建立征信系统,这对于防止破产欺诈、有效保护债权人具有非常重要的作用。

破产程序规定仍需进一步完善

王欣新教授进一步指出了目前破产法在程序规定方面存在的不足:

首先,缺乏司法权与行政权衔接方面的规定。诸如金融机构破产前行政处置期间的司法权保护、债务人持有的金融机构股权的处置、重整计划的批准等等程序,都涉及行政权和司法权的衔接问题。如何将两者有效衔接,规范行政权与司法权各自行使的界限,需要法律作出更加细致的规定。

其次,对关联公司的破产问题规定不详。涉及到关联公司破产的问题,破产法理论上有一个实体合并(实质性合并)原则,其法理基础

是法人人格否认,但现有破产法并未给予这样的引导。而公司法对法人人格的否认又局限于具体交易当中的法人,并未给出从根本上否定法人人格的法律依据。因此,如果破产程序中涉及到对关联公司否定法人人格核定破产的时候,应当如何适用法律,如何设定程序,都是将要面临的突出问题。除了关联公司的集团性破产之外,这类企业的跨境破产问题也非常值得关注,司法解释应当对相应的内容作出规定。

第三,金融机构破产的立法模式尚不明确。《企业破产法》第134条授权国务院就金融机构的破产事项进行规定,但金融机构破产究竟应该采取怎样的模式?是制定统一的金融机构破产条例,还是针对银行、证券、保险三类金融机构不同的形式,结合不同的投资人、存款人、保险人利益保障的机制,是当前亟需确定的问题。此外,破产程序作为司法程序,授权国务院制定的规定应当限于何种范围?是仅规定如金融破产程序前的行政处置方面的内容,还是系统地规定法院应当如何操作,这有待于研究,并应当在全国人大指导下尽快确定立法模式。

破产案件审理呼唤专业化

王欣新教授特别谈到,建设一支高素质的管理人队伍是保障破产程序顺利进行的关键。虽然最高法院已根据法律授权制定了指定破产管理人规定,并确定了破产管理人报酬规定,但目前一切刚刚起步,很多问题都在摸索当中,比如是否需要设置管理人资格考试,应当赋予管理人多大的自主性和裁量权,如何处理管理人与法院间的关系等等。对此,首先要规范管理人队伍,时机适当时可以进行培训,组织交流、研究一些实务上的问题。社会中介机构应当成为这支队伍的生力军,管理人由相对独立的社会中介机构来担任,提高其专业能力,可以更好地做好破产管理人。国有企业破产管理人在选择上是否应该有所不同的问题,也有待于研究。另外,管理人队伍在适当的时候也要扩大,还要适当扩大比较优秀的、比较好的具有管理人队

伍能力的中介机构。

此外,王教授还认为,在法院设立专门的破产庭,将有可能推动破产案件的审理。目前还很少有法院设立专门的破产审理机构,不过广东省已有几个法院进行了此项改革,北京市一、二中院也正在积极酝酿筹建破产审判庭,现在也正在调研,这将有利于推动破产案件的审理趋于专业化。

推动破产法实施的新思路

针对目前破产法实施中遇到的各方面难题,朱少平先生也提出了自己的看法,他认为:

第一,要采取措施,大力推动破产法的实施。要不断进行立法完善工作,最高法院已经出台三个司法解释,有关部门也正在制定与破产法配套的规章制度,如中国证监会即将出台的《证券公司风险处理条例》、中国人民银行的《存款保险条例》等,有关银行类金融机构的破产条例也在起草过程中,这些工作将为破产法的顺利实施提供更加坚实的基础。

第二,要宣传研究,使广大企业经营者了解破产制度的核心。破产法的核心应当是合法负债:不同于过去运用行政手段和行政权力,破产法的程序核心,就是当资产小于负债的情况下,通过法律程序集中所有债权人,以企业现有财产来清偿,解决企业长期的债务负担,同时也解决和债权人之间的关系。

第三,要推动重整,发挥其制度价值。新破产法增加了企业重整制度,这一制度对于陷入困境中的企业非常有利,体现了立法机关、法院、国家对于这些企业进行拯救的精神和原则。

第四,要增加对个人破产的规定,使现有破产制度趋于完整。个人破产涉及合伙企业、个人独资企业和公司、个体工商户和个人住房贷款等方面的内容。破产法应当加入个人破产制度,也可以考虑先出台个人破产法,实施一段时间后再进行合并。

(摘自《法制日报》

2008年4月6日)