

# 目录

## 法制要闻

最高法出台劳动争议案司法解释

最高人民法院关于审理海事赔偿责任限制相关纠纷案件的若干规定

死刑被告人上诉后二审中不得撤诉

三部委司法解释明确网络赌博案适法标准

关于适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》和《中华人民共和国劳动合同法》若干问题的意见

## 万桥快讯

青岛人力资源法律网正式试运行

段超律师入选山东半岛蓝色经济区律师服务团

万桥所成功举办“法律专题沙龙”活动

我所律师承办法律援助案件被评为优秀

## 律师风采

张斌 律师

李永波 律师

## 以案说法

保险公司未明确告知,保险责任不能免除

## 理论研讨

我国海上人命救助立法的缺陷与完善

## 律师随笔

过去●现在●未来——写在万桥成立八周年之际

## 法制要闻

### 最高法出台劳动争议案司法解释

今年1月至8月,全国法院共新收劳动争议案件20.74万件。

大量劳动争议纠纷涌入法院的背后是,一些用人单位出于追求自身利益最大化、用工成本最低化的目的,忽视对劳动者利益的保护,执行国家法律政策随意性较强,有意甚至恶意规避法律,违法用工、侵害劳动者合法权益的情形时有发生。

"劳动争议案件直接表现为劳动权利义务内容的日益丰富和诉讼请求的日益复杂,社会敏感度较高、法律依据不明确的新类型劳动争议案件日渐增多,案件处理难度越来越大,亟需通过及时制定司法解释加以规范和指引。"最高人民法院新闻发言人、办公厅副主任孙军工今天告诉《法制日报》记者,在这种背景下,最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》应运而生。

#### 加付赔偿金案应受理

据介绍,社会保险引发的争议,在审判实践中争议较大。针对此,司法解释规定,对于因用人单位没有为劳动者办理社会保险手续,且社会保险经办机构不能补办导致劳动者不能享受社会保险待遇,要求用人单位赔偿损失的,人民法院应依法受理。

随着我国经济体制改革的逐步深入,不论是国有企业还是民营企业,其改制已越来越呈现出多元化特征,而不局限于政府或相关部门主导。因此,司法解释规定,因企业自主进行改制引发的争议,人民法院应予受理。

劳动合同法第八十五条规定,用人单位未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者报酬、低于当地最低工资标准支付劳动者工资、安排加班不支付加班费、解除或者终止劳动合同未依照规定向劳动者支付经济补偿的,应当向劳动者加付赔偿金。

但由于立法技术的原因,对法院是否受理加付赔偿金案件却未规定。"为切实维护劳动者合法权益,规范用工秩序,稳定劳动关系,司法解释规定,加付赔偿金案件人民法院应当受理。"孙军工说。

#### 避免程序复杂增加讼累

当前市场经济条件下的用工单位类型复杂、形式多样,甚至鱼龙混杂、主体不明,劳动者在纠纷发生后,往往由于用工单位相互推诿或逃之夭夭而陷入维权困境。

为加大对劳动者的保护力度,司法解释规定,劳动者与未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位发生争议的,应当将用人单位和其出资人列为当事人。不具备合法经营资格的用人单位借用他人营业执照经营的,还应当将出借营业执照的一方列为当事人。劳动者与挂靠在其他单位名下的用人单位或个人发生争议的,应当将用人单位或个人、被挂靠的单位列为当事人。

此外,司法解释还规定,劳动人事争议仲裁委员会作出仲裁裁决当事人不服向人民法院起诉,发现仲裁裁决遗漏了必须共同参加诉讼的当事人的,人民法院应当依法追加当事人;被追加的当事人应当承担责任的,人民法院直接调解或者判决其承担责任。这些规定为劳动者依法维权提供了便利,避免了因程序纷繁复杂而增加劳动者的讼累。

#### 合理分配加班举证责任

自劳动争议调解仲裁法颁布实施以来,劳动者起诉向用人单位追索加班费的案件大幅上升。为督促用人单位规范管理,引导劳动者正确行使权利,司法解释规定,劳动者主张加班费的,应当就加班事实的存在承担举证责任,但劳动者有证据证明用人单位掌握管理加班事实存在的证据,用人单位不提供的,由用人单位承担不利后果。

我国劳动争议处理机制采取的是"一调一裁两审"制。为严格规范这一制度的运用,防止

大量劳动争议案件未经仲裁便迳行进入审判程序，司法解释规定，劳动人事争议仲裁委员会作出的调解书已经发生法律效力，一方当事人反悔提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。劳动人事争议仲裁委员会逾期未作出受理决定或仲裁裁决，当事人直接提起诉讼的，人民法院应予受理。当事人以劳动争议仲裁委员会逾期未作出仲裁裁决为由提起诉讼的，应当提交劳动争议仲裁委员会出具的受理通知书或者其他已接受仲裁申请的凭证或证明。

## 最高人民法院关于审理海事赔偿责任限制相关纠纷案件的若干规定

最高人民法院关于审理海事赔偿责任限制相关纠纷案件的若干规定

（2010年3月22日最高人民法院审判委员会第1484次会议通过）

法释〔2010〕11号

中华人民共和国最高人民法院公告

《最高人民法院关于审理海事赔偿责任限制相关纠纷案件的若干规定》已于2010年3月22日由最高人民法院审判委员会第1484次会议通过，现予公布，自2010年9月15日起施行。二〇一〇年八月二十七日

为正确审理海事赔偿责任限制相关纠纷案件，依照《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》、《中华人民共和国海商法》的规定，结合审判实际，制定本规定。

第一条 审理海事赔偿责任限制相关纠纷案件，适用海事诉讼特别程序法、海商法的规定；海事诉讼特别程序法、海商法没有规定的，适用其他相关法律、行政法规的规定。

第二条 同一海事事故中，不同的责任人在起诉前依据海事诉讼特别程序法第一百零二条的规定向不同的海事法院申请设立海事赔偿责任限制基金的，后立案的海事法院应当依照民事诉讼法的规定，将案件移送先立案的海事法院管辖。

第三条 责任人在诉讼中申请设立海事赔偿责任限制基金的，应当向受理相关海事纠纷案件的海事法院提出。

相关海事纠纷由不同海事法院受理，责任人申请设立海事赔偿责任限制基金的，应当依据诉讼管辖协议向最先立案的海事法院提出；当事人之间未订立诉讼管辖协议的，向最先立案的海事法院提出。

第四条 海事赔偿责任限制基金设立后，设立基金的海事法院对海事请求人就与海事事故相关纠纷向责任人提起的诉讼具有管辖权。

海事请求人向其他海事法院提起诉讼的，受理案件的海事法院应当依照民事诉讼法的规定，将案件移送设立海事赔偿责任限制基金的海事法院，但当事人之间订有诉讼管辖协议的除外。

第五条 海事诉讼特别程序法第一百零六条第二款规定的海事法院在十五日内作出裁定的期间，自海事法院受理设立海事赔偿责任限制基金申请的最后一次公告发布之次日起第三十日开始计算。

第六条 海事诉讼特别程序法第一百一十二条规定的申请债权登记期间的届满之日，为海事法院受理设立海事赔偿责任限制基金申请的最后一次公告发布之次日起第六十日。

第七条 债权人申请登记债权，符合有关规定的，海事法院应当在海事赔偿责任限制基金设立后，依照海事诉讼特别程序法第一百一十四条的规定作出裁定；海事赔偿责任限制基金未依法设立的，海事法院应当裁定终结债权登记程序。债权人已经交纳的申请费由申请设立海事赔偿责任限制基金的人负担。

第八条 海事赔偿责任限制基金设立后，海事请求人基于责任人依法不能援引海事赔偿责任

限制抗辩的海事赔偿请求，可以对责任人的财产申请保全。

第九条 海事赔偿责任限制基金设立后，海事请求人就同一海事事故产生的属于海商法第二百零七条规定的可以限制赔偿责任的海事赔偿请求，以行使船舶优先权为由申请扣押船舶的，人民法院不予支持。

第十条 债权人提起确权诉讼时，依据海商法第二百零九条的规定主张责任人无权限制赔偿责任的，应当以书面形式提出。案件的审理不适用海事诉讼特别程序法规定的确权诉讼程序，当事人对海事法院作出的判决、裁定可以依法提起上诉。

两个以上债权人主张责任人无权限制赔偿责任的，海事法院可以将相关案件合并审理。

第十一条 债权人依据海事诉讼特别程序法第一百一十六条第一款的规定提起确权诉讼后，需要判定碰撞船舶过失程度比例的，案件的审理不适用海事诉讼特别程序法规定的确权诉讼程序，当事人对海事法院作出的判决、裁定可以依法提起上诉。

第十二条 海商法第二百零四条规定的船舶经营人是指登记的船舶经营人，或者接受船舶所有人委托实际使用和控制船舶并应当承担船舶责任的人，但不包括无船承运业务经营者。

第十三条 责任人未申请设立海事赔偿责任限制基金，不影响其在诉讼中对海商法第二百零七条规定的海事请求提出海事赔偿责任限制抗辩。

第十四条 责任人未提出海事赔偿责任限制抗辩的，海事法院不应主动适用海商法关于海事赔偿责任限制的规定进行裁判。

第十五条 责任人在一审判决作出前未提出海事赔偿责任限制抗辩，在二审、再审期间提出的，人民法院不予支持。

第十六条 责任人对海商法第二百零七条规定的海事赔偿请求未提出海事赔偿责任限制抗辩，债权人依据有关生效裁判文书或者仲裁裁决书，申请执行责任人海事赔偿责任限制基金以外的财产的，人民法院应予支持，但债权人以上述文书作为债权证据申请登记债权并经海事法院裁定准予的除外。

第十七条 海商法第二百零七条规定的可以限制赔偿责任的海事赔偿请求不包括因沉没、遇难、搁浅或者被弃船舶的起浮、清除、拆毁或者使之无害提起的索赔，或者因船上货物的清除、拆毁或者使之无害提起的索赔。

由于船舶碰撞致使责任人遭受前款规定的索赔，责任人就因此产生的损失向对方船舶追偿时，被请求人主张依据海商法第二百零七条的规定限制赔偿责任的，人民法院应予支持。

第十八条 海商法第二百零九条规定的“责任人”是指海事事故的责任人本人。

第十九条 海事请求人以发生海事事故的船舶不适航为由主张责任人无权限制赔偿责任，但不能证明引起赔偿请求的损失是由于责任人本人的故意或者明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为造成的，人民法院不予支持。

第二十条 海事赔偿责任限制基金应当以人民币设立，其数额按法院准予设立基金的裁定生效之日的特别提款权对人民币的换算办法计算。

第二十一条 海商法第二百一十三条规定的利息，自海事事故发生之日起至基金设立之日止，按中国人民银行确定的金融机构同期一年期贷款基准利率计算。

以担保方式设立海事赔偿责任限制基金的，基金设立期间的利息按中国人民银行确定的金融机构同期一年期贷款基准利率计算。

第二十二条 本规定施行前已经终审的案件，人民法院进行再审时，不适用本规定。

第二十三条 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。

## 死刑被告人上诉后二审中不得撤诉

自 2007 年死刑核准权收归最高人民法院统一行使以来，最高人民法院在复核高级人民法院报送的死刑案件中发现，有的准许被告人撤诉，有的不准许，有的不准许撤诉但未按照二审

程序审理，而是按照死刑复核程序复核后将案件报送最高人民法院。

"各地做法不统一，争议也比较大。"最高人民法院刑事审判第四庭负责人坦言。

为规范此类案件的审理程序，最高人民法院今天对外公布了《最高人民法院、最高人民检察院关于对死刑判决提出上诉的被告人在上诉期满后宣判前提出撤回上诉人民法院是否准许的批复》。

矛盾之处以批复为准

"应当说在批复出台前，现行司法解释对批复中涉及问题所做的规定是有冲突的。"这位负责人直言。

最高人民法院于1992年4月8日发布的《关于被判处死刑的被告人在上诉期满后又提出撤回上诉的应当如何处理问题的批复》规定，"被中级人民法院判处死刑的被告人在上诉期限内提出上诉，上诉期满后又提出撤回上诉的，应当由高级人民法院决定不准撤回上诉，并按照第二审程序继续审理"。这一司法解释自2010年9月1日起施行。

该批复是在1996年刑事诉讼法修改之前出台的，刑事诉讼法修改后，这一批复在司法实践中仍然被视为有效。

2006年，最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定（试行）》，其第四条明确，"对死刑判决提出上诉的被告人，在上诉期满后第二审开庭前要求撤回上诉的，第二审人民法院应当进行审查。合议庭经过阅卷、讯问被告人、听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见后，认为原判事实清楚，适用法律正确，量刑适当的，不再开庭审理，裁定准许被告人撤回上诉；认为原判事实不清，证据不足或者无罪判为有罪，轻罪重判的，应当不准许撤回上诉，按照第二审程序开庭审理"。

根据该条规定，上诉期满后二审开庭以前，被判死刑的被告人提出撤回上诉的也可以准许撤诉，但对二审开庭以后宣判以前是否准许撤诉的问题未明确。

而今天发布的批复规定，从二审开庭以后到宣判以前申请撤回上诉的，一律不准许撤诉，而在二审开庭以前申请撤回上诉的还根据规定第四条处理，因此批复与规定第四条的内容是相衔接的。

批复同时规定，"最高人民法院、最高人民检察院以前发布的司法解释、规范性文件与本批复不一致的，以本批复为准"。因此，今后在司法实践中，对此类案件一律依据批复和规定第四条处理即可。"这位负责人说。

体现司法权尊严和权威

"死刑案件应当比其他普通刑事案件适用更严格的审理程序。"谈到批复的指导思想，这位负责人称，一方面最大限度地保障被判处死刑的被告人的诉讼权利和合法权益，另一方面确保死刑案件的审判质量。

批复规定不准许被告人撤诉，要求对此类案件继续开庭审理的主要考虑是什么？对此，这位负责人解释称，作出这样规定主要出于以下四方面的考虑：

被告人对死刑判决提出上诉时，都有其理由和考虑，而申请撤回上诉的原因却比较复杂。既然被告人在上诉期限内及上诉期限届满后开庭审理前均未要求撤回上诉，就表明其对一审裁判确实存在或可能存在一定异议。为更好地维护被告人的合法权益，应当不准许其撤回上诉。

相对于不上诉的死刑案件进行书面复核审理的方式，二审开庭审理时，被告人、辩护人、公诉机关以及其他诉讼参与人都能够直接参与法庭审理，法官能够充分听取控辩各方意见，更有利于查明事实、确定罪责，使裁判建立在事实清楚、证据确实充分的基础之上，确保死刑案件公平公正。

二审程序虽然是由被告人上诉或检察机关抗诉而启动，但法院开庭审理刑事案件是代表国家行使审判权，体现了司法权力的尊严和权威。如果准许被告人在二审开庭审理中或者庭

审结束以后至宣判前这段时间内撤诉，将导致整个二审程序可能因被告人的撤诉而随时终止，增加了刑事二审程序的随意性，也会影响刑事司法的权威和尊严。

在开庭前法院及控辩双方均已投入大量司法资源，开庭后再准许被告人撤回上诉对节约司法资源的意义已经不大

## 三部委司法解释明确网络赌博案适法标准

日前，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合出台了《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的解释》，针对利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据，组织网络赌博等犯罪行为，进一步明确了法律适用标准。

意见的内容包括：一是规定了利用互联网、移动通讯终端组织网络赌博活动，构成开设赌场罪的定罪量刑标准；二是规定了明知是赌博网站，而为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、投放广告、发展会员、软件开发、技术支持、资金支付结算等服务或者帮助，以开设赌场罪的共同犯罪处罚的定罪量刑标准；三是明确了应当认定行为人主观上属于“明知”的四种情形；四是规定了网络赌博犯罪的参赌人数、赌资数额和网站代理的认定方式；五是规定了网络赌博犯罪案件的管辖、电子证据的收集与保全等相关问题。

据介绍，最高人民法院、最高人民检察院、公安部出台该意见，是为了进一步打击网络赌博犯罪，切断相关利益链条，解决办理该类刑事案件所面临的法律适用疑难问题。该意见是根据刑法、刑事诉讼法和 2005 年“两高”《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等有关规定，结合司法实践，针对办理网络赌博犯罪案件面临的新形势、新问题而制定的。

代理赌博网站或构成开设赌场罪

法制日报北京 9 月 15 日讯 记者李娜 最高人民法院、最高人民检察院、公安部今天联合出台的《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的解释》规定，为赌博网站担任代理并接受投注的也属于开设赌场的行为。

意见规定，利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据，组织赌博活动，具有下列四种情形之一的，属于刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”行为：建立赌博网站并接受投注的；建立赌博网站并提供给他人组织赌博的；为赌博网站担任代理并接受投注的；参与赌博网站利润分成的。

意见同时明确了实施前款规定的行为，具有下列八种情形之一的，应当认定为刑法第三百零三条第二款规定的“情节严重”：抽头渔利数额累计达到 3 万元以上的；赌资数额累计达到 30 万元以上的；参赌人数累计达到 120 人以上的；建立赌博网站后通过提供给他人组织赌博，违法所得数额在 3 万元以上的；参与赌博网站利润分成，违法所得数额在 3 万元以上的；为赌博网站招募下级代理，由下级代理接受投注的；招揽未成年人参与网络赌博的；其他情节严重的情形。

为赌网提供服务 ISP 须担责

法制日报北京 9 月 15 日讯 记者李娜 为赌博网站提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、投放广告、发展会员、软件开发、技术支持等服务，收取服务费数额在 2 万元以上的，应当认定为开设赌场罪的共犯。最高人民法院、最高人民检察院、公安部今天联合出台的《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的解释》明确了网上开设赌场共同犯罪的认定和处罚。

该司法解释规定：明知是赌博网站，而为其提供下列三种服务或者帮助的，属于开设赌场罪的共同犯罪，依照刑法第三百零三条第二款的规定处罚：为赌博网站提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、投放广告、发展会员、软件开发、技术支持等服务，收取服务费数额在 2 万元以上的；为赌博网站提供资金支付结算服务，收取服务费数额在 1

万元以上或者帮助收取赌资 20 万元以上的；为 10 个以上赌博网站投放与网址、赔率等信息有关的广告或者为赌博网站投放广告累计 100 条以上的。

按照意见的规定，实施前款规定的行为，数量或者数额达到前款规定标准 5 倍以上的，应当认定为刑法第三百零三条第二款规定的“情节严重”。

虚拟物按等价货币认定赌资

法制日报北京 9 月 15 日讯 记者李娜 是不是把资金兑换为虚拟货币参赌，就可以逃避法律的惩罚？答案是否定的。最高人民法院、最高人民检察院、公安部今天联合出台的《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》规定，将资金直接或间接兑换为虚拟货币、游戏道具等虚拟物品，并用其作为筹码投注的，赌资数额按照购买该虚拟物品所需资金数额或者实际支付资金数额认定。

意见指出，赌博网站的会员账号数可以认定为参赌人数，如果查实一个账号多人使用或者多个账号一人使用的，应当按照实际使用的人数计算参赌人数。

赌资数额可以按照在网络上投注或者赢取的点数乘以每一点实际代表的金额认定。

对于开设赌场犯罪中用于接收、流转赌资的银行账户内的资金，犯罪嫌疑人、被告人不能说明合法来源的，可以认定为赌资。向该银行账户转入、转出资金的银行账户数量可以认定为参赌人数。如果查实一个账户多人使用或多个账户一人使用的，应当按照实际使用的人数计算参赌人数。

意见还明确了，有证据证明犯罪嫌疑人在赌博网站上的账号设置下级账号的，应当认定其为赌博网站的代理。

参赌人赌博行为地有管辖权

法制日报北京 9 月 15 日讯 记者李娜 依据最高人民法院、最高人民检察院、公安部今天联合出台《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》。意见明确了网络赌博犯罪案件的地域管辖，应当坚持以犯罪地管辖为主、被告人居住地管辖为辅的原则。

按照该司法解释，“犯罪地”包括赌博网站服务器所在地、网络接入地，赌博网站建立者、管理者所在地，以及赌博网站代理人、参赌人实施网络赌博行为地等。

公安机关对侦办跨区域网络赌博犯罪案件的管辖权有争议的，应本着有利于查清犯罪事实、有利于诉讼的原则，认真协商解决。经协商无法达成一致的，报共同的上级公安机关指定管辖。对即将侦查终结的跨省（自治区、直辖市）重大网络赌博案件，必要时可由公安部商最高人民法院和最高人民检察院指定管辖。

相关链接：

关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见

公通字[2010]40 号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅、局，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

为依法惩治网络赌博犯罪活动，根据《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等有关规定，结合司法实践，现就办理网络赌博犯罪案件适用法律的若干问题，提出如下意见：

一、关于网上开设赌场犯罪的定罪量刑标准

利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据，组织赌博活动，具有下列情形之一的，属于刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”行为：

- （一）建立赌博网站并接受投注的；
- （二）建立赌博网站并提供给他人组织赌博的；
- （三）为赌博网站担任代理并接受投注的；

（四）参与赌博网站利润分成的。

实施前款规定的行为，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百零三条第二款规定的“情节严重”：

- （一）抽头渔利数额累计达到 3 万元以上的；
- （二）赌资数额累计达到 30 万元以上的；
- （三）参赌人数累计达到 120 人以上的；
- （四）建立赌博网站后通过提供给他人组织赌博，违法所得数额在 3 万元以上的；
- （五）参与赌博网站利润分成，违法所得数额在 3 万元以上的；
- （六）为赌博网站招募下级代理，由下级代理接受投注的；
- （七）招揽未成年人参与网络赌博的；
- （八）其他情节严重的情形。

## 二、关于网上开设赌场共同犯罪的认定和处罚

明知是赌博网站，而为其提供下列服务或者帮助的，属于开设赌场罪的共同犯罪，依照刑法第三百零三条第二款的规定处罚：

（一）为赌博网站提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、投放广告、发展会员、软件开发、技术支持等服务，收取服务费数额在 2 万元以上的；

（二）为赌博网站提供资金支付结算服务，收取服务费数额在 1 万元以上或者帮助收取赌资 20 万元以上的；

（三）为 10 个以上赌博网站投放与网址、赔率等信息有关的广告或者为赌博网站投放广告累计 100 条以上的。

实施前款规定的行为，数量或者数额达到前款规定标准 5 倍以上的，应当认定为刑法第三百零三条第二款规定的“情节严重”。

实施本条第一款规定的行为，具有下列情形之一的，应当认定行为人“明知”，但是有证据证明确实不知道的除外：

（一）收到行政主管部门书面等方式的告知后，仍然实施上述行为的；

（二）为赌博网站提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、投放广告、软件开发、技术支持、资金支付结算等服务，收取服务费明显异常的；

（三）在执法人员调查时，通过销毁、修改数据、账本等方式故意规避调查或者向犯罪嫌疑人通风报信的；

（四）其他有证据证明行为人明知的。

如果有开设赌场的犯罪嫌疑人尚未到案，但是不影响对已到案共同犯罪嫌疑人、被告人的犯罪事实认定的，可以依法对已到案者定罪处罚。

## 三、关于网络赌博犯罪的参赌人数、赌资数额和网站代理的认定

赌博网站的会员账号数可以认定为参赌人数，如果查实一个账号多人使用或者多个账号一人使用的，应当按照实际使用的人数计算参赌人数。

赌资数额可以按照在网络上投注或者赢取的点数乘以每一点实际代表的金额认定。

对于将资金直接或间接兑换为虚拟货币、游戏道具等虚拟物品，并用其作为筹码投注的，赌资数额按照购买该虚拟物品所需资金数额或者实际支付资金数额认定。

对于开设赌场犯罪中用于接收、流转赌资的银行账户内的资金，犯罪嫌疑人、被告人不能说明合法来源的，可以认定为赌资。向该银行账户转入、转出资金的银行账户数量可以认定为参赌人数。如果查实一个账户多人使用或多个账户一人使用的，应当按照实际使用的人数计算参赌人数。

有证据证明犯罪嫌疑人在赌博网站上的账号设置有下列级账号的，应当认定其为赌博网站的代理。



#### 四、关于网络赌博犯罪案件的管辖

网络赌博犯罪案件的地域管辖，应当坚持以犯罪地管辖为主、被告人居住地管辖为辅的原则。

“犯罪地”包括赌博网站服务器所在地、网络接入地，赌博网站建立者、管理者所在地，以及赌博网站代理人、参赌人实施网络赌博行为地等。

公安机关对侦办跨区域网络赌博犯罪案件的管辖权有争议的，应本着有利于查清犯罪事实、有利于诉讼的原则，认真协商解决。经协商无法达成一致的，报共同的上级公安机关指定管辖。对即将侦查终结的跨省（自治区、直辖市）重大网络赌博案件，必要时可由公安部商最高人民法院和最高人民检察院指定管辖。

为保证及时结案，避免超期羁押，人民检察院对于公安机关提请审查逮捕、移送审查起诉的案件，人民法院对于已进入审判程序的案件，犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人提出管辖异议或者办案单位发现没有管辖权的，受案人民检察院、人民法院经审查可以依法报请上级人民检察院、人民法院指定管辖，不再自行移送有管辖权的人民检察院、人民法院。

#### 五、关于电子证据的收集与保全

侦查机关对于能够证明赌博犯罪案件真实情况的网页、上网记录、电子邮件、电子合同、电子交易记录、电子账册等电子数据，应当作为刑事证据予以提取、复制、固定。

侦查人员应当对提取、复制、固定电子数据的过程制作相关文字说明，记录案由、对象、内容以及提取、复制、固定的时间、地点、方法，电子数据的规格、类别、文件格式等，并由提取、复制、固定电子数据的制作人、电子数据的持有人签名或者盖章，附所提取、复制、固定的电子数据一并随案移送。

对于电子数据存储在境外的计算机上的，或者侦查机关从赌博网站提取电子数据时犯罪嫌疑人未到案的，或者电子数据的持有人无法签字或者拒绝签字的，应当由能够证明提取、复制、固定过程的见证人签名或者盖章，记明有关情况。必要时，可对提取、复制、固定有关电子数据的过程拍照或者录像。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部

二〇一〇年八月三十一日

法制日报评论

打击网络赌博要保持常态化

今年1月至8月，由公安部等8部门联合开展的集中整治网络赌博违法犯罪活动专项行动取得了显著成效，共侦破网络赌博刑事案件1364起，刑拘、批捕7360余人，查处治安案件2900余起，治安处罚5700余人，查扣冻结赌资近10亿元，沉重打击了网络赌博违法犯罪活动，有效遏制了蔓延态势。

专项行动的成效来自于各部门协同、齐抓共管、综合治理的工作方针。在专项行动开始之初，公安部就提出了“齐抓共管，综合治理”的工作方针，要求建立健全多部门协同整治网络赌博违法犯罪活动的联动机制、防控机制。事实证明，这一方针在实践中具有重要的意义。与现实生活中的赌博相比，作为一种新兴的赌博方式，网络赌博更加隐蔽，其侦破的难度也更大，只有各部门积极配合，广大网民参与支持，专项行动才能收到实效。在行动中，公安机关会同宣传、综治、法院、检察院、工信、银行、银监会等部门各司其职、各负其责，形成了整体联动、协同作战的工作态势，有力地推进了专项行动向纵深开展。

专项行动取得成效还在于整治工作坚持了标本兼治的原则。这次专项行动一方面侦破了一批大案要案，其中，年投注额在300亿元以上的就有5起，还打掉了130余个境外赌博品牌网站在我国境内的最上层团伙；另一方面，各地公安机关还打掉了57个为赌博活动提供程序开发、技术支持、广告推广、支付结算等帮助的犯罪团伙，从技术上、源头上断绝了网络赌博的平台，达到了铲除网络赌博活动赖以生存的土壤和基础的目的。

专项行动取得成效关键在于建立和完善了一套长效机制。最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合出台的《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》，解决了网络赌博定罪量刑标准等法律适用问题；人民银行、银监会、公安部联合建立了涉赌资金的快速查询、冻结机制；人民银行出台了《非金融机构支付服务管理办法》，对网络赌博等违法犯罪活动办理支付业务的第三方支付平台规定了相应的罚则。这些机制和制度都为从根本上遏制网络赌博犯罪起到了关键性的作用。

应该说，此次专项行动是历年来整治网络赌博工作力度最大、成效最好的一次。但是，由于网络赌博借助了互联网这种特殊的技术手段，因此具有隐蔽性、复杂性、多变性等特点，而且不排除随着技术的进步，犯罪手段、犯罪工具不断升级的可能性，加之境外有源头、境内有土壤，整治网络赌博违法犯罪活动不可能毕其功于一役。公安部副部长黄明在全国集中整治网络赌博违法犯罪活动专项行动成员单位联席会议上特别指出，要“始终保持对网络赌博违法犯罪活动的严打高压态势”。由此我们可以看到，在整治网络赌博违法犯罪活动专项行动取得成效后，作为我国互联网依法管理工作的重要组成部分，打击网络赌博将在健全完善的制度设计和工作机制的基础上走上常态化、持久化的道路。

## 关于适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》和《中华人民共和国劳动合同法》若干问题的意见

山东省高级人民法院

山东省劳动争议仲裁委员会

山东省劳动人事争议仲裁委员会

鲁高法[2010]84号

关于适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》和《中华人民共和国劳动合同法》若干问题的意见

为了及时公正处理劳动争议案件，依据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（以下简称劳动争议调解仲裁法）、《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称劳动合同法）、《中华人民共和国劳动合同法实施条例》和人力资源和社会保障部《劳动人事争议仲裁办案规则》等有关规定，结合我省实际，制定如下意见，供全省各级人民法院、劳动争议仲裁委员会、人事争议仲裁委员会参照执行。

### 一、劳动争议处理原则

1、人民法院、劳动争议仲裁委员会（以下简称仲裁委员会）处理劳动争议案件应当遵循合法、公正、及时、着重调解等原则，依法保护劳动者和用人单位合法权益。

### 二、关于劳动争议主体的有关问题

2、起字号的个人合伙或个体工商户，应当以营业执照上登记的字号为当事人，并同时注明该字号业主的基本情况。

3、不具备合法经营资格的用人单位借用他人营业执照经营的，应当将不具备合法经营资格的用人单位和出借营业执照的用人单位列为共同当事人。

### 三、关于适用劳动争议调解仲裁法的有关问题

（一）关于劳动争议调解仲裁法第二条第（四）、（五）项相关用语含义的界定

4、“工作时间”争议，指因用人单位执行的工作时间是否符合法律、法规、规章及依法订立的集体合同、依法制定和修订的劳动规章制度的规定而发生的争议。

5、“休息休假”争议，指因用人单位是否执行法律、法规、规章及依法订立的集体合同、依法制定和修订的劳动规章制度中有关法定休假日、法定休息日、带薪年假、探亲假、婚丧假、产假、哺乳假、计划生育假等政策性假日及用人单位自定的其他假日的规定而发生的

争议。

6、“社会保险”争议，具体包括以下内容：

(1) 因用人单位没有为劳动者依法缴纳基本医疗、工伤和生育保险费，劳动者要求直接支付基本医疗、工伤和生育保险待遇和赔偿金而发生的争议。

(2) 用人单位依法为劳动者缴纳工伤保险费，因用人单位是否应当依法承担的部分工伤保险待遇而发生的争议。

7、“福利”争议，指因用人单位是否执行或者履行法律、法规、规章及依法订立的集体合同、劳动合同和依法制定修订的劳动规章制度中有关福利待遇等规定、约定而发生的争议。

8、“培训”争议，指因用人单位是否执行或者履行法律、法规、规章及依法订立的集体合同、劳动合同、培训协议、服务期协议和依法制定修订的劳动规章制度中有关培训事项等规定、约定而发生的争议。

9、“劳动保护”争议，指因用人单位是否为劳动者提供符合有关法律、法规、规章及依法订立的集体合同、劳动合同和依法制定和修订的劳动规章制度规定的劳动安全卫生条件等标准而发生的争议。

10、“劳动报酬”争议，指因用人单位是否依据国家有关规定或者劳动合同约定，以货币形式按照足额支付给劳动者劳动报酬而发生的争议。劳动报酬，包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、加班加点工资以及特殊情况下支付的劳动报酬，但不包括用人单位以货币形式直接支付给劳动者的保险福利待遇。

11、“工伤医疗费”争议，指用人单位是否应依法直接承担劳动者治疗工伤或者职业病所发生的医疗费用而发生的争议。工伤医疗费，主要包括挂号费、检查费、治疗费、药费、住院费、住院伙食补助费、统筹地区以外就医交通食宿费、护理费等与工伤或者职业病治疗有关的费用。

12、“经济补偿”争议，指因用人单位是否执行法律规定或者劳动合同约定关于在解除或终止劳动合同时支付经济补偿及额外补偿、竞业限制补偿等方面而发生的争议。

13、“赔偿金”争议，指因用人单位是否存在违法行为应向劳动者支付赔偿金而发生的争议。

(二) 关于受理范围的有关问题

14、下列争议，可以作为劳动争议案件受理：

(1) 依法办理《外国人就业证》的外国人与用人单位因用工发生的争议。

(2) 依法办理《台港澳人员就业证》的台湾居民、香港和澳门居民中的中国公民与用人单位因用工发生的争议。

15、下列争议，不属于劳动争议：

(1) 在校学生因履行与用工单位、学校三方签订的实习协议、就业协议而发生的争议；

(2) 用工单位招用已超过法定退休年龄或者已享受退休待遇的人员而发生的争议；

(3) 其他依法不属于劳动争议的。

对于不属于劳动争议的纠纷，可以通过其他途径依法解决。

16、劳动争议当事人在调解组织受理后的法定调解期间内申请仲裁的，仲裁委员会应予受理。

17、对于经调解组织主持调解，双方当事人达成的调解协议书，一方或双方当事人依法向仲裁机构或人民法院申请确认调解协议效力的，应予受理。

18、劳动者依据劳动合同法第三十条第二款和劳动争议调解仲裁法第十六条的规定，向人民法院申请支付令的，应符合民事诉讼法第十七章的规定。

劳动者依据劳动合同法第三十条第二款的规定申请支付令被人民法院裁定终结督促程序后，劳动者可以就争议事项向仲裁委员会申请仲裁；劳动者依据劳动争议调解仲裁法第十

六条的规定申请支付令被人民法院裁定终结督促程序后，劳动者可以直接向人民法院起诉。

第一百九十一条 债权人请求债务人给付金钱、有价证券，符合下列条件的，可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令：

（一）债权人与债务人没有其他债务纠纷的；

（二）支付令能够送达债务人的。

申请书应当写明请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实、证据。

第一百九十二条 债权人提出申请后，人民法院应当在五日内通知债权人是否受理。

第一百九十三条 人民法院受理申请后，经审查债权人提供的事实、证据，对债权债务关系明确、合法的，应当在受理之日起十五日内向债务人发出支付令；申请不成立的，裁定予以驳回。

债务人应当自收到支付令之日起十五日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。

债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。

第一百九十四条 人民法院收到债务人提出的书面异议后，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效，债权人可以起诉。）

（三）关于仲裁时效的适用问题

19、劳动者到相关部门上访、投诉，且不属于该部门管辖范围的或者向依法设立的劳动争议调解组织申请调解，相关部门出具证明查证属实的，均属“向有关部门请求权利救济”，视为劳动争议仲裁时效中断。

（四）关于劳动争议案件审理中仲裁与诉讼的衔接性程序问题

20、（1）劳动者追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或赔偿金额是指劳动者申请仲裁的请求金额，仲裁请求涉及数项内容，各项合计计算总额不超过当地月最低工资标准十二个月金额的，仲裁裁决为终局裁决；

（2）劳动者要求按国家规定的标准执行工作时间、享受休息休假权利而发生争议，以及劳动者与用人单位发生本意见第6条规定的社会保险争议，仲裁裁决为终局裁决；

（3）劳动者因要求按国家的劳动标准执行工作时间、享受休息休假权利和社会保险而发生的劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或赔偿金争议，按本条第一款第（1）项规定执行。

21、当事人根据劳动争议调解仲裁法第二十九条规定，以仲裁委员会逾期未作出受理决定而直接向人民法院提起诉讼的，当事人应当向人民法院提交仲裁委员会出具的已接受其申请材料的凭证及尚未受理的证明，仲裁委员会出具相应凭证和证据后终止有关案件的审理。

当事人根据劳动争议调解仲裁法第四十三条第一款规定，以仲裁委员会逾期未作出仲裁裁决而直接向人民法院提起诉讼的，人民法院经审查确实不存在请示待批、工伤认定、伤残鉴定、当事人因故不能参加仲裁活动及其他妨碍仲裁办案进行的客观情况等中止事由的，应当予以受理。人民法院在审查时可以要求当事人提供仲裁委员会出具的《受理通知书》及尚未裁决的证明。

22、仲裁委员会依据劳动争议调解仲裁法第四十四条的规定作出先予执行裁决的，劳动者向人民法院申请先予执行的，应当向人民法院提供以下材料：

（1）先予执行裁决书；

（2）裁决书送达证明。

23、仲裁终局的劳动争议裁决，劳动者已申请人民法院执行，而用人单位依法申请撤销该裁决的，人民法院应当对被执行财产中止执行。如该裁决被裁定撤销的，应当裁定终结执行。撤销裁决的申请被驳回的，人民法院应当恢复执行。

24、根据审理撤销仲裁裁决、执行仲裁裁决案件的实际需要，人民法院可以向作出原裁决的仲裁委员会调阅案卷。在收到人民法院调阅函件后，仲裁委员会应当及时提供案卷。

人民法院在办理上述案件过程中作出的裁定，应当送作出原裁决的仲裁委员会。

#### 四、关于适用劳动合同法的有关问题

25、劳动合同期满，因劳动者有下列情形之一而续延，因此达到劳动者在同一用人单位连续工作满 10 年，劳动者提出订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同：

（1）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；

（2）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

（3）女职工在孕期、产期、哺乳期的。

26、劳动合同期满，劳动者仍在用人单位提供劳动，用人单位未表示异议的，应当依照劳动合同法第十条第二款、第十四条第三款的规定，在原劳动合同期满后的一个月内与劳动者订立固定期限、无固定期限劳动合同。

27、用人单位具有恶意规避劳动合同法第十四条的下列行为，劳动者的工作年限和订立固定期限劳动合同的次数应当连续计算：

（1）有证据证明劳动者因用人单位的原因被迫辞职的，再重新与其订立劳动合同的；

（2）通过设立关联企业，在与劳动者订立劳动合同时交替交换用人单位名称的；

（3）通过非法劳务派遣的；

（4）通过非法非全日制用工的；

（5）其他明显违反诚信和公平原则的规避行为。

28、劳动合同法施行之日存续的劳动合同，在劳动合同法施行后解除或终止，依照劳动合同法第四十六条规定应当支付经济补偿的，2007 年 12 月 31 日前的经济补偿依照劳动法及有关政策规定计算；2008 年 1 月 1 日后的经济补偿依照劳动合同法的规定计算。

经济补偿金的基数，即为劳动者在劳动合同解除或者终止前 12 个月的平均工资。

29、劳动合同法实施后，用人单位违法解除或终止劳动合同，劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当按照劳动合同法的规定向劳动者支付赔偿金，不再另行支付经济补偿金。赔偿金的计算年限自用工之日起计算。

30、用人单位自用工之日起超过一个月但不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资，其中加付的一倍工资不纳入经济补偿金或赔偿金的计算基数。

31、用人单位与劳动者约定竞业限制，用人单位未按照约定支付经济补偿的，劳动者可以要求用人单位履行竞业限制协议，支付经济补偿。自工作交接完成后满一个月，用人单位尚未给予劳动者经济补偿的，劳动者可以不受竞业限制协议的约束。

用人单位在竞业限制条款中约定的违约金过分高于劳动者违约造成的损失，人民法院、仲裁委员会可以根据劳动者的请求对违约金数额予以适当调整。

32、劳动合同法实施前订立、实施后继续履行的劳动合同条款与劳动合同法第二十五条抵触的，自 2008 年 1 月 1 日起，按劳动合同法第二十五条的规定执行。

33、用人单位违法解除劳动合同的决定被撤销后，劳动者要求支付违法解除劳动合同期间的工资，劳动者在仲裁、诉讼期间的劳动报酬应当按用人单位违法解除劳动合同前劳动者提供正常劳动应得工资计算。

34、用人单位与劳动者未书面约定实际支付的工资是否包含加班费，用人单位有证据证明已支付的工资包含加班费的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班费。但经折算后，法定工作时间劳动者提供正常劳动后所得工资等于或者低于当地最低工资标准的除外。

35、劳动者加班费计算基数，应当按照法定工作时间内劳动者上一月份提供正常劳动所得实际工资扣除该月加班费后的数额确定。劳动者上一月份没有提供正常劳动的，按照向前

顺推至其提供正常劳动月份所得实际工资扣除该月加班费后的数额确定。法定工作时间劳动者所得实际工资扣除该月加班费后的数额低于当地最低工资标准的，按照最低工资标准执行。

36、劳动者主张加班费，应当提供加班事实的相关证据。用人单位否认劳动者加班的，用人单位应当对劳动者未加班的事实负举证责任。用人单位以已经劳动者确认的考勤记录证明劳动者未加班的，对用人单位的考勤记录应予采信。

劳动者追索两年前的加班费，举证确实充分的，应予支持，但法律法规等另有规定的除外。

37、下列情形不属于用人单位应当支付加班费的范围：

（1）用人单位因安全、消防、节假日等特殊需要，经劳动者同意安排劳动者从事与本职工作无关的值班任务；

（2）用人单位安排劳动者从事与本职工作有关的值班任务，但值班期间可以休息的。

上述情形，劳动者可以要求用人单位按照劳动合同、规章制度、集体合同或惯例等支付相应待遇。

## 五、附 则

38、事业单位与其实行聘用制的工作人员之间发生的争议，除法律、法规或者国务院另有规定的，可以参照本意见执行。

39、本意见自 2010 年 6 月 1 日起施行。本意见施行前下发的有关意见与本意见规定不一致的，以本意见规定为准

## 万桥快讯

### 青岛人力资源法律网正式试运行

2010年10月9日,由万桥律师发起青岛人力资源法律网正式试运行了!欢迎大家光临该网站 [www.qdhrlaw.com](http://www.qdhrlaw.com)! 该网站主要内容包括:简介、服务理念、服务项目、我们的客户、最前沿人力资源法律资讯、各种人力资源相关法律案例等。

青岛人力资源法律网是由山东万桥律师事务所劳动法律服务律师团队发起的致力于大中型企业人力资源管理法律风险防范和人力资源管理法律事务处理的专业性网络平台。

青岛人力资源法律网法律服务律师团队由万桥所多位常年、专门致力于大中型企业人力资源法律服务的专业律师组成。团队部分律师执业前曾经在劳动仲裁委员会任专职或兼职仲裁员,团队所有律师均为青岛市律师协会劳动保障专业委员会委员,其中韩涛律师为该专业委员会副主任。

青岛人力资源法律网法律服务律师团队以向大中型企业客户提供优质、高效和专业的法律服务为己任,追求卓越。多年来,团队律师为众多知名跨国公司和各类大中型企事业单位提供了涉及劳动法的诉讼及非诉讼服务,该服务均以务实、优质为特点,在企业界和同行中赢得了很高的声誉和评价。团队律师将通过青岛人力资源法律网继续致力于为客户提供卓越的人力资源法律服务。服务项目主要包括:企业、事业单位 HR 常年专项法律顾问服务; HR 管理非诉讼专项法律事务处理服务劳动争议案件仲裁;诉讼代理服务。

欢迎企业 HR 管理人员与 HR 法律专业律师以青岛人力资源法律网为平台,为构建和谐、稳定的企业劳动关系而共同发挥才智。通过青岛人力资源法律网,企业 HR 管理人员能了解到最前沿的 HR 法律资讯、可以与专业律师共同商讨进行 HR 管理法律风险防范,也可以与专业律师共同设计解决 HR 争议最佳方案。

网站英文版正在筹备之中,将于近期开通,敬请期待!

### 段超律师入选山东半岛蓝色经济区律师服务团

第八届华东律师论坛暨山东律师服务“蓝、黄”战略论坛将于2010年9月下旬举办。我所段超律师入选山东半岛蓝色经济区律师服务团。

该论坛以“信息共享、战略共商、业务合作、共同发展”为主题,研究探讨“蓝”“黄”建设中法律服务的新渠道和新途径,进一步加强省内律师事务所以及省律师在新业务领域的对话和合作,为推动省内律师在“黄”、“蓝”区域经济发展中获得新的机遇搭建了广阔的平台。

### 万桥所成功举办“法律专题沙龙”活动

8月27日,万桥律师事务所举办的第一期“法律专题沙龙”在中国气象局青岛度假村会议中心举行。

讲座中,我所韩涛律师和胡建业律师分别就“劳动关系中存在的疑难问题及最新司法审判精神”和“企业商标、专利及实用新型的法律保护”等专题进行了详细阐述与讲解,受到与会企业家的欢迎。

本次专题讲座吸引了岛城60余家企业的100余位企业相关负责人和公司高管参加。讲座结束后,部分企业负责人结合自身发展状况就相关问题与各主讲人进行深入探讨和交流。参会人员纷纷表示,本次讲座注重理论和实践的结合,针对性和操作性强,解决了许多困扰企业很久的问题,对加强企业劳动合同和知识产权管理非常有帮助。

本次讲座是我所为庆祝建所八周年举办的主题活动之一，今后，万桥所还将不定期的举办“法律专题沙龙”系列公益活动，以回馈客户和社会。

## 我所律师承办法律援助案件被评为优秀

2010年6月30日，全市法律援助案件质量评议会在市援助中心接待室召开，法律援助案件质量评议委员会的7位评委参加了评议会，经过对本季度结案的43个案件认真评议，12个案件被评委优秀，其他案件被评为合格。

其中，我所李滨、张需聪律师承办的刘起贵放火案，周海滨、张需聪律师承办的岳新波破坏电力设备案被评委优秀案件！

## 律师风采



张斌 律师

律师热线：13708997046

在线交流：[zbyht@163.com](mailto:zbyht@163.com)

### 教育背景：

1996年毕业于大连海事大学航政管理专业，工科学士。

### 主要工作经历：

1996年7月-1998年7月 山东海事局从事船舶及港口的安全监督管理工作。

1998年8月-2002年3月 山东亚和太律师事务所 专职律师

2002年7月至今 山东万桥律师事务所 执业律师 合伙人 海事海商部主任。

### 主要业绩及业务领域：

擅长海事海商、国际贸易、信用证等国际结算及涉外法律事务。执业至今，代理了各类案件共500余起，其中多起在国内有一定影响的案件。

如：中信银行青岛分行诉青岛成昌鞋业信用证诈骗案，胜诉，为银行成功追讨回所有损失；省畜产东方贸易公司诉新方程公司代开信用证纠纷案，胜诉并为原告成功追讨回全部损失；



交通银行青岛分行的中国自动化控制公司出口押汇纠纷案，胜诉并为银行追讨回全部损失；  
"科学 1 号"考察船保险合同纠纷案，为中科院海洋研究所胜诉并取得全部赔偿；  
"LUCKY REEFER"轮燃油查封案，通过燃油查封的形式达到扣船的目的，为当事人追讨回了全部欠款及利息；  
"SU ZU"轮海产养殖损害纠纷案，为外轮代理胜诉；  
"ADIMON"轮租船合同纠纷案，为外方代理胜诉；  
省包装公司诉香港均辉货运公司提单纠纷案，胜诉；  
"中苑"号游轮改装修理合同纠纷案，胜诉；  
日本振兴船舶株式会社诉山东海丰船务有限公司货损纠纷案，代理被告胜诉；  
威海长信旅游开发公司诉山东西港船舶修造厂、威海中复西港船艇有限公司船舶建造纠纷，  
本诉反诉均胜诉；等等  
曾为欧美、东亚和澳洲众多的船东、保险公司、船东保赔协会代理了大量诉讼案件和非诉讼法律事务，赢得了客户的信赖和称赞。

**主要荣誉：**

曾有三篇论文获省市律师业务理论研讨会优秀论文一、二等奖  
连续多年被评为市司法行政系统优秀律师、先进个人  
2008 年度青岛市优秀律师

**社会职务：**

青岛市律师协会海事海商专业委员会委员。



**李永波 律师**

律师热线：13964887817

在线交流：leeyongbo@sina.com

**教育背景：**

2004 年 7 月毕业于山东大学法学院，获法学学士学位。

**主要工作经历：**

2004 年 7 月—2006 年 3 月，青岛变压器集团有限公司总经理助理；

2006 年 4 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：**

深悉中小型企业的经营管理及风险控制，对公司法、金融法有深入研究。从业以来，为多家资产管理公司、银行及集团型企业提供过法律服务，目前致力于中小企业的法律业务架构。民事诉讼经验丰富，善于通过协商手段解决问题。曾为中国建设银行股份有限公司青岛分行、中国民生银行股份有限公司、中国东方资产管理公司青岛办事处、中国长城资产管理

公司济南办事处、兖矿集团有限公司、Whitesand Investments Limited、DAC China Distressed(Barbados),SRL、青岛市市北区人民政府等客户提供过法律服务。

主要执业领域为不良金融资产处理，包括开展尽职调查、参与谈判、起草项目文件、提供法律分析和意见、办理相关法律手续、司法执行等；中小企业法律顾问，包括企业设立、股权结构、经营风险控制、商务谈判等。

#### 论文著作：

《新公司法关于公司治理的规定的探讨》

《论诚实信用原则在无权代理案件中的运用》

《会展经济中的法律服务市场》

#### 服务理念：

诚恳坦率，高效务实。

## 以案说法

### 农民工在工地被物件击伤眼睛，总包单位连带赔偿 15 万元

委托人：徐某某

代理律师：范志强 孙心琳

案由：一般人身损害赔偿纠纷

#### 【案情介绍】

2008 年 7 月，在青岛技术开发区×××工程项目施工中，徐某某被磨光机碎刀片击伤其右眼。经在青岛经济技术开发区第一人民医院、青医附院住院治疗，最终确认右眼完全失明且无法治愈。上述工程项目总承包单位为青岛某建筑有限公司（下称“建筑公司”），劳务分包单位为青岛某建筑安装劳务有限公司（下称“劳务公司”），实际施工人为刘某某。

#### 【律师办案过程及代理意见】

徐某某委托律师时，×××工程项目已进入验收阶段，参与该项目施工的工人随时都可能撤走。同时，徐某某在工地上被物件击伤方面的证据也不够充分。为此，律师一方面在与刘某某协商赔偿方案时搜集相关证据，一方面在三个工作日的时间内完成立案、协助法院送达等工作。诉讼中，徐某某将总承包单位、劳务分包单位、实际施工人列为共同被告，要求三被告连带赔偿原告 175468 元，其中残疾赔偿金 142848 元，误工费 10000 元，被抚养人生活费 4760 元，住院伙食补助费 360 元、交通费 1000 元，护理费 1500 元，精神抚慰金 15000 元。

在市南区人民法院开庭审理过程中，双方争议的焦点为：是否按城镇户口的标准计算残疾赔偿金？建筑公司作为总承包单位是否承担连带责任？

根据庭审查明的事实，律师对上述焦点问题代理意见分述如下：

#### 一、关于残疾赔偿金计算标准的问题

原告徐某某提交上海市临时居住证签发时间为 2007 年 12 月 15 日，其于 2008 年 2 月到青岛技术开发区×××工程项目参加施工。同时，按照青岛大学医学院附属医院病历记载，原告出院应复诊治疗至 2008 年 10 月 21 日，刘某某在其门诊病历的最后一次签字时间为 2008 年 11 月 28 日。综合上述证据，可以证明原告徐某某最近一年经常居住地是城市，收入主要来源地也为城市。根据最高人民法院民一庭《关于经常居住地在城镇的农村居民因交通事故伤亡如何计算赔偿费用的复函》相关规定，虽然本案原告徐某某系农村户口，但考虑其实际情况应按城镇居民的标准计算残疾赔偿金。

## 二、建筑公司是否承担连带责任

《建筑法》第 44、45、46、47 条之规定，施工总承包单位有对施工现场的安全生产进行管理的义务，有执行安全生产责任制度，采取有效措施防止伤亡和其他安全生产事故发生的义务，有对职工安全生产的教育培训义务。《建设工程安全生产管理条例》第 24 条规定，施工总承包单位和分包单位对分包工程的安全生产承担连带责任。

本案中，被告刘某某系实际施工人，无相应资质，对此总包单位建筑公司、分包单位劳务公司应是明知的，而建筑公司未依法对施工现场进行有效的管理和监督，应根据上述法律规定承担连带赔偿责任。

综上，律师认为，原告徐某某的残疾赔偿金应按城镇户口的标准计算，建筑公司对原告徐某某的伤害承担连带赔偿责任。

### 【法院审判】

市南法院经审理，完全采纳了律师的代理意见。

市南法院审理认为，原告徐某某受被告刘某某雇佣，在操作磨光机时受伤，被告刘某某应对原告徐某某所受的损害承担赔偿责任。被告刘某某无相应资质及安全许可，被告劳务公司应知晓，应承担连带责任。被告建筑公司作为施工总承包单位，有对施工现场的安全生产进行管理、培训等义务，有执行安全生产责任制度，采取措施防止安全事故发生的义务。被告建筑公司对现场缺乏有效的管理和监督，应承担连带赔偿的责任。综合原告徐某某所提交的证据，可以判断原告某某最近一年一直在上海、青岛打工，后因受伤一直在青岛治疗，原告徐某某主按照青岛市城镇居民人均可支配收入标准要求被告赔偿金，本院予以支持。判决如下：

三被告连带赔偿原告徐某某残疾赔偿金 142848 元、误工费 10000 元、被抚养人生活费 1894.4 元、住院伙食补助费 360 元、护理费 1500 元、交通费 800 元、精神抚慰金 15000 元。

### 【办案小结】

考虑到刘某某系个人，而劳务公司也系"皮包公司"，两者均无实际赔付能力，总包单位建筑公司是否承担连带赔偿责任对于委托人徐某某利益实现具有非常重要的意义。本案另外一个关键点是计算残疾赔偿金的标准问题。根据 2008 年国民收入统计数据，城镇居民的为 20464 元，农村居民的为 8509 元，两者的计算标准相差悬殊。律师通过诉前调查与准备，最终为委托人实现诉讼目的，使委托人利益得到充分的保障。

### 【办案律师】

范志强 中南财经政法大学法学学士。青岛市司法系统先进个人，青岛市法律援助律师团成员。主要业务领域交通事故、房地产、劳动争议等多个领域。

联系电话：13780606735 Email: fanzhiq520@126.com

孙心琳 南开大学理学学士；青岛大学法学硕士。拥有丰富的外贸、证券、企业管理和法律教学经历，现兼职大学法学教师。擅长处理交通事故、离婚、继承、房地产纠纷、证券业务、经济合同纠纷等民商事法律事务。

联系电话：15315326969 Email: lawssun@163.com

## 理论研究

### 商业秘密侵权诉讼案件中“不为公众所知悉”的举证及认定

内容摘要：“不为公众所知悉”是商业秘密的构成要件之一，最高人民法院的相关司法解释中将其定义为“有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得”。本文通过分析“不为公众所知悉”所具有的法律特征、法律实务中原被告举证责任的分配，论述了如何判断某一信息是否被公众所知悉。

关键词：不为公众所知悉 特征 举证责任分配 法律判断

随着社会经济的发展，商业秘密因为可能带来巨大的财富，越来越受到关注。实践中，侵犯商业秘密的案件也呈逐年上升趋势。如何认识商业秘密构成要件中的“不为公众所知悉”？它具有怎样的法律特征？举证责任如何分配？应如何判断某一信息是否被公众所知悉？本文作者试图通过本文作一论述。

#### 一、“不为公众所知悉”的含义及特征

“不为公众所知悉”作为商业秘密的构成要件，又被称为商业秘密的“秘密性”或“未公开性”，系指作为商业秘密的技术信息或经营信息不为公众所知悉。2006年12月30日由最高人民法院审判委员会第1412次会议通过，自2007年2月1日起施行的《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第九条规定：有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的“不为公众所知悉”。世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS 协议）第39条第2项中对“未披露过的信息”（商业秘密）的秘密性做了如下规定：“在一定意义上，其属于秘密，就是说，该信息作为整体或作为其中内容的确切组合，并非通常从事有关该信息工作之领域的人们所普遍了解或容易获得的。”由此可以看出，最高法院关于“秘密性”的规定与 TRIPS 协议规定的大致相同，国内大多学者对此也持有同样的观点。

依照上述规定，笔者认为，作为商业秘密的“秘密性”或“不为公众所知悉”应当包括以下两个特征：

- 1.不为特定范围内的公众知悉。公众是“通常处理所涉信息范围内”的公众，既不包括处理所涉信息范围以外的公众，也不包括特定的接触商业秘密的人，后者范围包括商业秘密所有人企业内部的人员、商业伙伴以及被许可使用商业秘密的人。
- 2.不是被普遍了解或容易获得。普遍了解或容易获得是指，如果有关的竞争者通过观察上市的产品、通过公开发行的出版物和公开的记载，可以很容易地获得有关的信息，则没有商业秘密的存在。《解释》中列举了一些在判断是否为公众所知悉时应当考虑的因素，包括（1）该信息是否在国内外公开出版物中或其他媒体中披露；（2）该信息是否通过在国内的使用而公开；（3）该信息是否通过公开的报告会、交谈、展览等方式而公开。（4）该信息是否为所涉信息范围内的人的一般常识或者行业惯例；（5）获得该信息的难易程度，包括信息持有人获得或者产生该信息所付出的努力和代价，以及他人获悉该信息所付出的努力和代价；（6）该信息是否可从其他公开渠道获得。

从上述观点可以看出，这里的“普遍了解和容易获得”指的是竞争对手运用正当的手段、通过对自由公共信息产品的正当利用而获取的信息。

#### 二、“不为公众所知悉”的举证责任承担

在对“不为公众所知悉”的含义及特征分析后，我们再将视线转向司法实务。在司法实践中，一个商业秘密侵权诉讼中如何分配“不为公众所知悉”的举证责任？有的学者认为，我国司法实务中的操作是“由被告证明已为公众知悉，否则是不为公众知悉的”，实践中，大多数

法院也采取了这样的做法。《解释》中对于商业秘密的举证责任在第十四条作了如下规定：“当事人指称他人侵犯其商业秘密的，应当对其拥有的商业秘密符合法定条件、对方当事人的信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实负举证责任。其中，商业秘密符合法定条件的证据，包括商业秘密的载体、具体内容、商业价值和对该项商业秘密所采取的具体保密措施等。”

该规定所体现的观点是：第一，原告应当证明自己商业秘密的存在；第二，原告应当就四个证明事项承担举证责任。笔者认为，这四个证明事项分属于商业秘密构成的不同要素。其中，“商业秘密的载体”属于商业秘密的表现形式，“商业秘密具体内容”是原告要求保护的权利要求范围，“商业价值”是商业秘密的实用性要求，“所采取的保密措施”是商业秘密的保密性要求；第三，原告应当证明被告的信息与其商业秘密相同或者实质相同以及被告采取了不正当手段。据此笔者认为，最高法院也是倾向由被控侵权人承担证明商业秘密为公众知悉的证明责任。

应该说法院的这种做法具有相当的合理性，对主张商业秘密存在的原告来讲，商业秘密“不为公众所知悉”是一种消极的事实，在民事诉讼中，通常由主张消极事实不存在的当事人承担相应的举证责任，证明某一积极事实的存在。例如，某甲诉某乙归还欠款，而某乙称并无欠款事实，在这种情况下，应当由某甲来证明欠款事实存在。如同让没有欠款的某乙提交证据证明自己没有欠款一样，让原告对“不为公众所知悉”这一消极事实来承担举证责任似乎有些过于苛刻。

同时，从举证所带来的利益来说，对于主张商业秘密存在的当事人，他即便知道所主张的信息已经被公众所知悉，他也不愿意提交类似的证据来证明自己不享有商业秘密（例如要求他提供类似专利审判中的检索报告）；而被控侵犯商业秘密的被告如果能够证明原告所主张的信息已经被公众所知悉，则他就可以不必承担侵权的责任，因此他将会积极地寻找有关证据来否定原告信息的秘密性，从这个角度来说，将“不为公众所知悉”的举证责任赋予被告来承担也比较合理。

### 三、“不为公众所知悉”的判断

根据上述的分析，对于原告所主张的“商业秘密”信息，被告应当承担证明该信息已经为公众所知悉的责任，被控侵权人关于信息已被公众知悉的抗辩主要包括：1.国内外公开出版物的记载或媒体的披露，2.国内的公开使用，3.相关范围内的人的一般常识或者行业惯例。结合最高法院《解释》以及司法实践，笔者认为，在具体判断某一信息是否为公众所知悉时，根据被控侵权人的抗辩，可以从以下角度进行判断。

1.国内外公开出版物的记载。如果被控侵权人提供证据证明该信息作为一个整体或者其各部分的具体排列组合已经在有关公开出版物上登载（或者通过公开的报告会、交谈、展览等方式而公开），则该信息即为公众所知悉。这种判断方式类似专利法中“单一来源”的判断方法，即应当将该信息与一项已有公开信息进行比较，而不是多个不同出版物所记载信息的组合。但是实践中，被控侵权人往往难以提供上述完整记载争议信息的公开出版物，而是提供了多个出版物对信息组成部分的分别介绍，如果在专利侵权诉讼中被控侵权人以此用来作为公知技术抗辩，其理由显然难以成立，但是在商业秘密侵权诉讼中，应当允许被控侵权人提出这种抗辩。原因在于，专利权人通过向社会公开其技术方案而获得了国家所赋予的特定时间内的垄断使用权，即便是专利权人的该技术方案是多项已有技术特征的简单组合，因其技术方案整体具有新颖性，因而依然获得垄断的权利，而商业秘密则是权利人通过采取保密措施而获益的一种信息，其本身并不具备垄断性，无权制止他人从事相同信息的开发研究，因此，如果一项信息的各组成部分已经在有关的公开出版物上有记载，把这些各组成部分进行具体排列和组合无需付出太多努力即可以获得的，应当认为这种信息已经得到公开；反之，如果这种信息要付出相当的努力和代价，他人要获得该信息也须付出相当的努力和代价，这

样的信息符合不为公众所知悉的要件。

2.该信息是否通过在国内的使用而公开。如果某一信息仅表现为产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等，所涉信息范围的人通过观察产品本身就可以直接获得该信息的，该产品进入市场后，其所涉及的信息可以认为通过使用而公开（反向工程）；如果某一信息表现为一种产品的配方、制造方法等，该产品进入市场后，不通过复杂的检测或者试验分析等就难以从产品本身直接获得该信息的，不认为该信息通过使用而公开。

3. 相关范围内的人的一般常识或者行业惯例。这种常识或者管理如果没有公开出版物记载的，应当以行业内普通技术人员、涉及信息的普通人员的通常认识作为判断标准。

律师热线：13608986026

电子邮箱：zhouliqd@yahoo.com.cn

## 律师文苑

### 过去●现在●未来--写在万桥成立八周年之际

因为八年前的那次集结，7月24日注定成为一个被纪念了七次、以后还会被持续纪念的日子。

有一首歌唱到：生活就像爬大山，生活就像趟大河。

那时，几位年轻的职业法律人，心蕴神圣和责任，胸怀激情和梦想，开始了筑路架桥的创业征程。

"万"为众，广纳贤才、广交朋友；"桥"寓通，通连你我、通达共赢。历经2920个日日夜夜的磨砺和锤炼，万桥已成为岛城律师界的一道风景。

也许，记不得个人生活中的那些波折，但是万桥不会忘记那些不懈的奔波、耐心的解说、夜灯浸润的身影、攻坚求真的激辩、团队合作的力量、爱心捐助的真诚、成功时的乐、挫折时的痛。于是，我们努力着、丰富着、成长着、坚信着，共同呵护并不断实现着心中那粒种子对茂盛的渴望。

也许，记不得我们为您们--我们的各界朋友--服务过的每一件事务，但是万桥不会忘记那些无私的帮助、真诚的信任、宽宏的理解、诚挚的建议、热切的希望。为此，我们感恩着、完善着、昂扬着、升华着，时刻鞭策自己不游离您们阳光般关注的目光。

日月交替，人事更迭；业界有别，大爱无疆；人生苦短，事业无限；不舍昼夜，涓流成海。

让过去告诉现在，曾经的奉献才会酝酿出今天。

让现在告诉未来，持续的付出才会灿烂出明天。

而现在，心怀感恩，我们正在加倍努力……

[作者简介] 段超，山东万桥律师事务所合伙人、副主任。