**湖南省律师业务操作指引**

**湖南省律师协会**

**二○二一年十一月**目 录

1.律师办理认罪认罚从宽案件业务操作指引 1

2.民事合同纠纷案件诉讼业务操作指引 13

3.行政诉讼办案指南 27

4.企业劳动用工法律顾问业务操作指引 155

5.法律尽职调查业务操作指引 221

6.律师审查涉外贸易合同业务操作指引 249

7.发行公司债券项目法律尽职调查业务操作指引 267

8.律师办理建设工程施工合同纠纷案件诉讼业务操作指引 317

9.律师办理专利侵权案件诉讼业务操作指引 343

10.律师办理商标侵权案件诉讼业务操作指引 377

11.律师办理工伤劳动争议案件业务操作指引 407

12.律师代理患方医疗损害责任纠纷案件业务操作指引 465

13.律师代理环境民事公益诉讼业务操作指引 485

14.律师调解工作操作指引 499

15.法律援助值班律师工作业务操作指引 525

16.企业数据合规律师业务操作指引 539

17.律师涉农法律业务操作指引 565

18.[破产案件管理人团队建设及管理操作指引](https://alphalawyer.cn/ilawregu-search/api/v1/lawregu/redict/84ca8810a19405aa8688c49eebfeb635) 673

19.律师参与公司自行清算业务操作指引 685

20.破产管理人债权审核业务操作指引 705

律师办理认罪认罚从宽案件

业务操作指引

目 录

第一章 总则

第二章 认罪认罚程序的启动

第三章 见证签署认罪认罚具结书

第四章 认罪认罚案件的庭审辩护

律师办理认罪认罚从宽案件操作指引

第一章 总则

**第一条** 为指导律师（辩护律师、值班律师）在参与办理认罪认罚案件中依法履行职责，规范律师执业行为，依法维护刑事案件犯罪嫌疑人、被告人（下称当事人）合法权益，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）《中华人民共和国律师法》（以下简称《律师法》）和最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》及相关法律、司法解释、部门规章，结合律师办理刑事案件的实践经验，制定本操作指引。

**第二条** 律师办理认罪认罚案件必须坚持当事人自愿原则，确保当事人充分了解认罪认罚性质和法律后果，自愿认罪认罚。

律师不得引诱、欺骗、误导当事人认罪认罚。

**第三条** 律师应当认真履行职责，全面审查案件证据，依法参与认罪认罚程序，维护当事人合法权益。

**第四条** 律师应当充分熟悉案情，全面掌握量刑情节，根据最高人民法院、最高人民检察院的量刑指导标准，依法主动进行辩诉协商，促使人民检察院出具有利于当事人的量刑建议，促使人民法院采纳人民检察院提出的有利于当事人的量刑建议。如果认为人民检察院的量刑建议偏重，律师在法庭上可以提出适用更轻的量刑建议。

第二章 认罪认罚程序的启动

**第五条** 律师在办理刑事案件过程中，应告知当事人自愿认罪认罚可以获得从宽处理的机会，了解其是否有认罪认罚的真实意愿。

**第六条** 当事人自愿认罪认罚的，律师应及时与人民检察院沟通，对符合适用认罪认罚从宽制度条件的，应配合人民检察院依法办理认罪认罚具结手续；人民检察院经审查认为不符合认罪认罚从宽制度条件的，应当及时告知当事人，并听取当事人的意见。

第三章 见证签署认罪认罚具结书

**第七条** 律师在参与见证签署认罪认罚具结书前，应当全面查阅案卷，详细了解案情，认真分析罪与非罪，充分把握对当事人有利和不利的量刑情节。

**第八条** 律师应当会见当事人，告知当事人认罪认罚的相关事项，并做好记录：

（一）告知认罪认罚的性质和法律后果；

（二）告知可以反悔权利和反悔可能产生的不利后果；

（三）告知可以选择适用审理程序的权利，包括可以适用速裁程序、简易程序和普通程序的权利；

（四）告知有对行为性质提出辩解的权利。

（五）其他依法可以告知的事项。

**第九条** 律师应当听取当事人对指控犯罪事实的辩解，了解当事人是否存在自首、立功、犯罪未遂、犯罪中止等影响定罪量刑的情节。对办案单位没有确认的有利当事人的情节，应及时提请办案机关核实，并建议办案机关暂缓签署认罪认罚具结书。

**第十条** 当事人认罪认罚的，律师可以对下列事项提出意见：

（一）涉嫌的犯罪事实、罪名及适用的法律规定；

（二）从轻、减轻或免除处罚等从宽处罚的建议；

（三）认罪认罚后案件审理适用的程序；

（四）其他需要听取意见的事项。

**第十一条** 当事人在侦查阶段已供述自愿认罪并自愿接受处罚的，应按当事人在侦查阶段认罪认罚来提示检察官给出更宽缓的量刑建议。

**第十二条** 当事人对指控的主要犯罪事实提出异议，应告知当事人不符合认罪认罚的条件。当事人承认指控的主要犯罪事实，仅对个别事实情节提出异议，或者只对行为性质提出辩解的，律师可以引导当事人自愿接受司法机关的认定意见。

**第十三条** 当事人自愿认罪认罚，并有赔偿意愿的，律师应当向当事人家属反映，听取当事人家属意见。当事人家属无代为退赔能力的，应及时告知当事人和办案机关。

**第十四条** 认罪认罚的当事人系未成年人的，应听取其法定代理人的意见，如其法定代理人有异议的，应告知办案机关及当事人；其法定代理人没有异议的，应通知其到场参与见证签署认罪认罚具结书。

**第十五条** 参与见证签署认罪认罚具结书，既是律师的义务，同时也是律师的权利。办案检察官用值班律师替代辩护律师参与见证签署认罪认罚具结书的，辩护律师应及时向办案检察官提出重新签署认罪认罚具结书的要求。

第四章 认罪认罚案件的庭审辩护

**第十六条** 案件事实清楚，证据确实、充分，当事人已认罪认罚的，辩护律师可以建议办案机关适用速裁程序或简易程序审判。对法律适用存在争议的案件，辩护律师应告知当事人有选择普通程序的权利，并向办案机关建议适用普通程序。

**第十七条** 当事人自愿认罪认罚的，辩护律师应尊重当事人意愿，可对罪名定性、具体量刑、罚金数额、财产处理（收缴、没收等）提出辩护意见，对符合适用缓刑条件的可以提出适用缓刑的辩护意见。

**第十八条** 辩护律师认为当事人供述的犯罪事实无其他证据佐证，或者当事人的供述与其他在案证据存在矛盾冲突，影响定罪量刑的，辩护律师可向办案机关独立提出辩护意见。

**第十九条** 辩护律师认为指控的主要犯罪事实清楚、证据充分，但对法律适用存在异议的，应充分研究司法机关对同类案件的处理情况，必要时可制作类案检索报告，及时提供给办案机关，供办案机关处理该案时参考。

**第二十条** 当事人自愿认罪认罚，辩护律师认为当事人无罪的，可以在法庭上发表当事人无罪的辩护观点，但应就无罪辩护观点充分听取当事人意见。辩护律师与当事人或者委托人就辩护方案产生严重分歧，不能达成一致的，可以代表律师事务所与委托人协商解除委托关系。

**第二十一条** 辩护律师在审判阶段发现有利于当事人的新情节时，应申请人民检察院依法调整量刑建议，并向人民法院提供材料和意见。

**第二十二条** 对于被羁押的当事人，辩护律师应重视变更强制措施的辩护，根据案件情况及时向办案机关申请变更强制措施。

**第二十三条** 辩护律师应重视财产处理的辩护，包括罚金数额，涉案财产没收，财产冻结、查封、扣押措施的解除等方面的研究和辩护。

**第二十四条** 当事人对判决不服要求上诉的，辩护律师应当及时会见当事人，听取上诉理由，提示上诉可能产生的风险，包括可能被视为反悔和被人民检察院提请抗诉加刑的风险。

第五章 值班律师办理认罪认罚案件

**第二十五条** 值班律师应当会见当事人，确认同意值班律师为其提供法律帮助的意愿，为其提供法律咨询，包括解释犯罪构成和法定量刑幅度、解释影响量刑的情节、告知诉讼权利和义务、告知诉讼程序规定等。

**第二十六条** 值班律师应向当事人告知无偿服务的性质，告知其不提供出庭服务，当事人要求聘请律师出庭辩护的，值班律师应将当事人请求告知办案机关。当事人有申请法律援助意愿的，应当引导和帮助当事人及其近亲属申请法律援助。

**第二十七条** 值班律师应当听取当事人提出的无罪、罪轻的辩解意见，并告知办案机关。办案机关对当事人提出的影响定罪量刑的辩解不予采纳的，值班律师应及时告知当事人。

**第二十八条** 值班律师在见证签署认罪认罚具结书过程中，对见证案件的罪名认定及证据证明内容有疑问的，可以向办案检察官提出查阅卷宗材料的要求。

**第二十九条** 值班律师在查阅卷宗及听取犯罪嫌疑人意见后，认为案件不符合认罪认罚从宽制度适用条件或者认罪认罚具结书中载明的犯罪事实、认定罪名或量刑建议与案件实际不符的，可以提出不同意案件适用认罪认罚从宽制度的意见，并拒绝在具结文书中签名。

当事人要求聘请辩护律师或指定辩护律师的，值班律师可以拒绝继续参与见证签署认罪认罚具结书。

**第三十条** 值班律师应注意冲突规范，原则上不在后续工作中为同案的其他当事人提供法律服务。法律援助机构的指派存在冲突的，应及时向法律援助机构反映。

**第三十一条**  值班律师可以根据案件的实际情况向办案机关提出辩护意见，或者申请调查取证、申请变更强制措施或者对量刑提出建议，供办案机关办案时参考。

第六章 附则

**第三十二条** 律师应保存当事人真实自愿认罪认罚的工作记录，并随案卷保存。

**第三十三条**  本指引的理解与适用由湖南省律师协会负责解释。

民事合同纠纷案件诉讼

业务操作指引

民事合同纠纷案件诉讼业务操作指引

为指导律师在合同纠纷类诉讼案件法律实务中依法履行职责，提高律师实务能力，依据《中华人民共和国民法典》的规定，制定本指引，供律师参考适用。

**第一条** 律师接待涉及合同纠纷案件当事人，应听取当事人对案件事实的陈述，并就以下问题进行询问：

（一）签订合同的时间、地点以及当事人的基本情况；

（二）合同的背景、内容及目的；

（三）合同的履行状况；

（四）发生争议的主要内容；

（五）当事人的主张。

**第二条**  律师在了解基本案情的基础上，应根据不同的案件，围绕产生争议的主要问题，要求当事人提供与其陈述相对应的以下证据材料：

（一）签订、履行合同主体的身份信息；

（二）证明合同成立、生效、变更、解除、可撤销或者无效的证据；

（三）证明合同履行状况的证据；

（四）支持当事人诉讼请求或抗辩事由的证据；

（五）证明合同纠纷发生的起因、经过、结果的证据；

（六）争议发生的解决方式及管辖；

（七）其他与案件有关的证据。

**第三条** 律师根据当事人对合同纠纷的过程的事实陈述及诉求，从以下几方面对当事人提交的证据材料进行初步审查和处理：

（一）对解决争议的方式及管辖作出判断；

（二）案件事实清楚、证据充分的，作好起诉或应诉工作；

（三）证据不充分的，制作补充证据清单，要求当事人提供；

（四）当事人无法自行取得的，应在当事人的协助下，由律师自行调取；

（五）律师无法调取的，申请人民法院调取，或者申请人民法院出具调查令调取。

**第四条** 律师应审查证据的真实性、合法性、关联性以及证明目的。

**第五条** 审查合同是否成立，主要审查双方有无就合同的主要条款达成意思表示的一致、是否满足法律、行政法规规定或当事人约定合同成立的形式要件。

**第六条** 审查合同是否已经生效。除法律、行政法规另有规定的外，应审查当事人对生效是否约定生效条件或者期限。

**第七条** 审查合同及合同条款是否无效，主要审查合同是否符合民法典等法律、行政法规关于无效合同及无效条款的规定，如主体是否为无民事行为能力人以及是否经其法定代理人同意或追认，合同内容是否违反法律、行政法规的效力性强制性规定，是否违反公序良俗，当事人双方的意思表示是否虚假，当事人间是否恶意串通损害他人利益等。

**第八条** 审查是否构成欺诈行为，应从以下方面寻找证据证明：

（一）行为人是否故意隐瞒真相，或者虚构事实；

（二）相对方是否基于欺诈行为作出了错误的意思表示。

**第九条**  审查是否构成胁迫，应从以下方面证明：

（一）行为人是否存在以对方及对方亲友的生命健康、名誉、荣誉、财产等造成损害，或者以给法人、非法人组织的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟的行为；

（二）相对方是否因此作出了违背真实意愿的意思表示。

**第十条** 审查是否构成乘人之危，导致显失公平，应从以下方面进行：

（一）一方是否有利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形；

（二）相对方是否因此作出了不真实的意思表示；

（三）合同成立时是否对相对人显失公平。

**第十一条**  审查是否构成重大误解，应从以下方面进行：

（一）合同相对人是否对合同的性质、标的物的种类、数量、质量、后果等产生了重大误解；

（二）误解是否由误解方自己造成的，而不是因为受到对方的欺诈或不正当影响造成的；

1. 合同相对人是否因重大误解作出了错误的意思表示；
2. 误解是否直接影响到了误解人所应享受的权利和承担的义务。

**第十二条** 当事人主张撤销合同的，律师应审查是否存在以下撤销权消灭的情形：

1. 当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内没有行使撤销权；
2. 当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权；
3. 当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。

当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

**第十三条** 在当事人发生争议的合同中，格式条款与非格式条款对同一权利义务约定不一致的，应当采用非格式条款。

**第十四条**  审查理解有争议的格式条款，应先按照常理解释，再按照不利于格式条款提供方的理解解释，确定格式条款的解释方式。

**第十五条**  审查格式合同中的免责条款和限制责任条款，可按照以下顺序确定格式条款是否有效：

1. 是否具有民法典第一编第六章第三节和民法典第五百零六条规定的无效情形；
2. 提供格式条款一方是否不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；
3. 提供格式条款一方排除对方主要权利。

**第十六条**  审查提供格式条款一方是否尽到提示与说明义务，应从格式条款的文字、符号、字体等是否采用了足以区别普通条款的特别标识，并按接受格式条款一方的要求对格式条款作出了不易发生歧义的说明。

**第十七条** 当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。审查证据时发现，对方没有履行合同义务或履行不符合约定时，有权拒绝其履行请求或相应的履行请求。

**第十八条** 当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。

**第十九条** 应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

1. 经营状况严重恶化；
2. 转移财产、抽逃资金，以逃避债务；
3. 丧失商业信誉；
4. 有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

**第二十条** 当事人依据前条规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。

**第二十一条** 对以情势变更为由提起诉讼，主张解除或者变更合同的，应审查以下证据内容：

1. 是否属于在订立合同时所不可预见；
2. 是否属于不可抗力；
3. 是否属于商业风险；
4. 是否因情势变更而使继续履行合同产生对一方显失公平的结果。

**第二十二条** 合同争议存在违约行为与侵权行为竞合的情形时，应建议当事人选择违约之诉或者侵权之诉。

**第二十三条**  当事人要求对方承担违约责任的主要方式有：

1. 支付违约金；
2. 赔偿损失；
3. 继续履行；
4. 采取补救措施。

**第二十四条**  审查违约责任，应该审查以下内容：

1. 合同中是否有明确约定违约责任的承担方式；
2. 约定是否合法有效；
3. 违约金是否过分高于实际损失；
4. 违约金是否低于实际损失；
5. 实际损失与违约行为之间是否存在因果关系；
6. 守约方是否存在过错；
7. 其他影响违约责任承担的情形。

**第二十五条**  合同相对人可以向违约方主张合同履行后可能获得的可预见性利益损失。但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。

**第二十六条**  审查约定的违约金是否过分高于造成的损失，可以造成实际损失的30%为上限，并结合合同履行情况、当事人过错程度等因素进行综合判断。

**第二十七条**  合同同时约定违约金和定金罚则的，可以选择适用定金或者违约金作为诉讼请求。

**第二十八条** 合同仅约定定金罚则或一方选择适用定金罚则，但定金不足以弥补一方违约造成的损失的，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。

**第二十九条** 律师应根据当事人提交的证据材料，确定合同纠纷案件的相对人作为被告。

**第三十条** 合同中约定由第三人履行合同义务的，第三人未履行，应以合同相对人为被告，但第三人承诺履行的，可以将第三人与合同相对人列为共同被告。

**第三十一条** 原告主张合同或者合同条款无效的，被告可以合同主体具有民事行为能力，合同系合同主体的真实意思表示、合同未违反法律、行政法规效力性强制性规定，不违反公序良俗等进行抗辩。

**第三十二条**  被告可以采取下列方式对原告的主张进行抗辩：

1. 对方未按约定支付价款或履行（如标的物存在质量瑕疵或权利瑕疵）；
2. 被告方义务已经依约履行完毕、或合同履行的时间未届满、条件尚不具备；
3. 应当同时履行的情况下，原告没有履行或不适当履行；
4. 原告应当先履行而未履行或不适当履行；
5. 存在行使不安抗辩权的情形；
6. 属于不可抗力；
7. 存在情势变更的情形；
8. 存在法律上或者事实上不能履行的情形；
9. 互负到期债务，且该债务的标的物种类、品质相同的，应予以抵销；
10. 原告对损失的造成或扩大有过失；
11. 行使其他抗辩权。

**第三十三条** 原告提出赔偿损失的诉讼请求，被告可以自身不存在违约行为、原告不存在损失、原告主张的经济损失金额过大、或者损失与违约行为间没有因果关系等方面进行抗辩。

**第三十四条** 原告要求双倍返还定金，被告可以没有违约行为或者定金超过了合同总金额的20%等进行抗辩。

**第三十五条** 原告主张的违约金过分高于实际损失，被告可以以违约金过分高于实际损失为由请求降低。

**第三十六条** 原告主张解除合同的，被告可以采取以下方式抗辩：

1. 不符合约定解除条件；
2. 不符合法定解除条件。

**第三十七条** 原告主张撤销合同的，被告可以撤销权的行使超过除斥期间、不符合法定撤销条件、当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权等为由抗辩。

**第三十八条**  原告主张可得利益损失的，被告可以以下方式抗辩：

1. 签订合同时对违约造成的损失不具备可预见性；
2. 原告未尽减损义务，扩大的损失应当自行承担；
3. 原告没有可得利益损失；
4. 原告对违约有过错，应减轻被告的责任；
5. 被告没有违约行为；
6. 原告主张的可得利益损失与被告行为间不存在因果关系。

**第三十九条** 被告可以采取下列方式抗辩原告以情势变更为由解除或者变更合同：

1. 双方签订合同时对原告主张的情况已经能够预见；
2. 出现的情况属于商业风险；
3. 继续履行合同后，不会显失公平；
4. 合同目的可以实现。

# 

# 行政诉讼办案指南

# 

# 凡 例

1. 凡属于国家法律的，均简称为《某某法》。例如《中华人民共和国行政诉讼法》简称为《行政诉讼法》《中华人民共和国行政复议法》简称为《行政复议法》
2. 凡属于法规及法规以下规范性文件的均简称为《某某法规》。例如，《中华民共和国政府信息公开条例》简称为《政府信息公开条例》
3. 最高人民法院《关于适用中华人民共和国<行政诉讼法>的解释》简称《行诉法解释》
4. 最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》简称为《行政诉讼证据规定》
5. 最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》简称为《座谈会纪要》
6. 最高人民法院《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》简称为《撤诉规定》
7. 最高人民法院《关于行政案件管辖若干问题的规定》简称为《管辖规定》
8. 最高人民法院《关于行政案件案由的暂行规定》简称《行政案由规定》
9. 最高人民法院《关于民事诉讼证据若干问题的规定》简称为《民事诉讼证据规定》

# 目 录

[前 言](#_Toc18860)

[第一章 行政诉讼的原则](#_Toc18860)

[第二章 提高获得实体处理的机率](#_Toc13045)

[第三章 行政诉讼程序的启动与推进](#_Toc17071)

[第四章 证据的收集、提供与审查](#_Toc14593)

[第五章 法律的适用](#_Toc22434)

[第六章 被诉行政行为法律依据的审查](#_Toc2696)

# 前 言

代理行政诉讼，维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，维护社会公平正义，达到代理的目的，履行《律师法》赋予律师“三个维护”的神圣职责，归根结底要解决口大关键问题。一是如何让代理的行政案件获得实体处理；二是如何启动和推进程序；三是如何收集提供和审查证据；四是如何适用法律。

要解决上述四大关键问题，既要借鉴法院检索类案的做法，又要遵循行政诉讼的特殊规律。

一、检索类案。代理律师在了解基本案情后，要把握此类案件的主要法律依据、审判机关对相关法条的理解、对此类案件通常的处理办法，要考虑好诉讼请求的设计，建议检索类案。检索类案一般的顺序是最高人民法院指导案例、《最高人民法院公报》案例、《人民法院案例选》案例以及《中国法院裁判文书网》案例。

二、遵循规律。相对于民事诉讼和刑事诉讼，行政诉讼表现出其独有的然而在其领域中又具有普遍规律性的东西。例如，行政诉讼的原则、提高获得实体处理的概率、启动推进行政诉讼程序、收集提供审查证据、法律的适用以及被诉行政行为法律依据的审查等等。

# 第一章 行政诉讼的原则

行政诉讼的原则包括合法性审查原则、诉权保障原则以及诚实信用等其他原则。

## 第一节 合法性审查原则

合法性审查原则是《行政诉讼法》最具特色的基本原则。行政诉讼的所有程序和基本制度就是围绕这个核心原则建立起来的。几乎所有的法治国家都确立了类似对行政行为进行合法性审查的原则。

人民法院在行政诉讼中的直接审查对象是被诉行政行为。人民法院着重审查被诉行为的合法性。法院对合理性问题原则上不予审查，在例外的情况下可以进行审查，而不是以合法性审查为唯一目的。

我国越来越多的法律，除了规定合法原则。还将比例原则或者合理性原则作为行政行为的法定标准。一些法律责任确立了比例原则和合理性原则，例如《行政强制法》第5条规定，行政强制的设定和实施应当适当。采用非强制手段可以达到行政管理的目的的，不得设定和实施行政强制。该法第16条规定了行政机关依法实施行政强制措施的轻处原则及行政机关履行行政管理职责，依照法律法规的规定实施行政强制措施。违法行为情节显著轻微或者没有明显社会危害的，可以不采取行政强制措施。行政机关不能为了达到执法目的而不择手段，这是现代行政的内在要求，也是我国法治政府建设的重要要求。例如，《国务院全面推进依法行政实施纲要的通知》除了规定合法行政的要求之外，还规定了合理行政的要求。

对合法性审查不仅包括审理阶段，更主要的是贯穿于行政诉讼的全过程。

## 第二节 诉权保障原则

### 一、人民法院独立审判原则

法院系统外部独立是审判独立的第一要义。独立审判的主体是人民法院，即审判独立是指人民法院独立行使审判权，而不是法官或者法院内部审判组织的独立。法院系统内部独立是审判独立的第二要义。按照《宪法》和《人民法院组织法》的职权划分，上下级法院之间的关系是监督关系而非领导关系。各级法院对于最高人民法院的司法解释、决定以及上级法院决定应当执行，但是就具体案件的审判而言，各人民法院行政审判权又是独立的，各自对自己所做的审判结论负责。

### 二、起诉权保障原则

（一）人民法院应当保障公民、法人和其他组织的起诉权利

1.延长了一般情况下的起诉期限

2.明确规定，特殊情况下可以扣除起诉期限

3.可以口头起诉，以方便当事人行使诉权

4.法院应当履行指导和释明义务

5.当事人有投诉权

（二）应当受理的行政案件依法受理

1.强化受理程序约束

2.裁定不予立案说明理由

3.飞跃起诉

4.适度扩大行政诉讼受案范围

5.明确对规范性文件可以附带进行审查

### 三、禁止干预、阻碍受理原则

行政机关及其工作人员不得干预、阻碍人民法院受理行政案件。

### 四、行政机关负责人出庭应诉原则

（一）原则规定

国务院《关于加强和改进行政应诉工作的意见》以及《最高人民法院关于行政诉讼应诉若干问题的通知》明确，对外及重大公共利益、社会高度关注或者可能引发群体性的案件以及人民法院书面建议行政机关负责人出庭的案件，被诉行政机关负责人应当出庭。

（二）具体范围

1.涉及人民群众生产生活和社会稳定的群体性行政诉讼、共同诉讼、集团诉讼案件

2.社会影响重大、复杂的行政诉讼案件

3.年内反复发生的同类案件

4.涉案标的金额巨大的行政诉讼案件

5.涉及致使公民死亡或者全部丧失劳动能力而引发的行政赔偿案件

6.因撤销行政许可、责令停产停业或者致使公民丧失主要生活来源而引发的案件

7.农村集体土地或者国有土地上房屋征收补偿案件

8.对本单位行政执法活动将产生影响的行政诉讼案件

9.一审行政机关败诉，二审开庭审理的案件

10.上级机关要求行政机关负责人出庭的案件

11.行政机关负责人认为需要出庭的诉讼案件

此外，还有法律平等原则、直接言词原则、辩论原则以及原告可以处分权利原则。

## 第三节 诚实信用等其它原则

### 一、诚实信用原则

2018年，中共中央印发《社会主义核心价值观融入法治建设立法修法规划》。2021年中央宣传部、中央政法委、全国人大常委会办公厅、司法部印发《关于建立社会主义核心价值观入法入规协调机制的意见（试行）》。同年，最高人民法院印发《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》，大力弘扬社会主义核心价值观，诚实信用原则是公民个人层面的价值准则。

**二、禁止不利变更原则**

禁止不利变更原则是指第二审法院不得变更第一审判决而导致对当事人更加不利。

### 三、吸收原则

吸收原则虽为《刑法》中的原则，在行政诉讼中予以明确十分必要。行政诉讼中的吸收原则有两层含义：首先，存在多机关多部门实施一系列过程行为的征地拆迁等行政行为中，结果行为吸收过程行为；其次，刑事责任内容与行政责任具有相同的法律效果时，先行承担的刑事责任吸收行政责任。

### 四、禁止重复起诉原则

在司法实践中，重复提起行政诉讼的案例很多。在理论上，公民对行政机关的每一个行政行为都有诉权。根据《行政诉讼法》第101条规定，民事诉讼中的禁止重复起诉原则应当在行政诉讼中予以明确。行政相对人因违法行政行为造成的损失，已经获得国家赔偿，对该行政行为可能不再具有诉的利益。

# 第二章 提高获得实体处理的概率

## 第一节 判断是否是行政行为

### 一、行政行为

行政机关作出的行为，有的是行政行为，有的不属于行政行为。不属于行政行为的事实行为，不纳入行政诉讼受案范围。

行政行为是行政主体为了处理行政事务依法采取的对外发生法律效果的处分行为。行政行为包含主体要素、公法要素、处分要素、效果要素等4个要素。

1. 主体要素。主体要素即行政行为的主体，必须是行政机关、法律法规授权组织。主体要素是从功能意义上讲的。如果不是功能意义上的行政机关作出的行为，例如，各级党委、人大、政协作出的行为，则不属于行政行为。如果是非行政机关作出的行为，只要其属于功能意义上的行政机关应当认定为行政行为。例如，基层群众性自治组织、行业协会、行政性公司、行政公产管理机关以及事业单位等在法律法规授权的情况下可以作出行政行为，具有可诉性。
2. 公法要素。公法要素即行政行为必须依据行政法等公法来实施，行政行为主要是行政机关适用行政法律规范的行为。因此，公法要素排除了民事行为、国家行为（也就是统治行为）以及国际法行为。
3. 处分要素。处分要素是指行政机关就特定的行政事项单方面作出的确认或者创设权利义务的行为。因此，处分要素排除了观念通知行为，即行政机关的单纯答复行为；单纯执行行为，即根据行政处理决定的实施行为；重复处理行为，如对已经生效行政行为的重述等；准备性行为，即作出行政行为之前收集证据、报送材料等行为。
4. 效果要素。效果要素是指行政行为必须适应发生特定公法意义上的法律效果为目的的行为。效果要素排除了事实行为。

### 二、事实行为

事实行为是指行政机关实施的没有处分内容和法律约束力的行为。行政机关在作出此类行为时，并无发生法律效果的意图。在某种意义上，事实行为主要功能是作为行政行为的准备过程、执行过程而存在。

事实行为主要包括四类。

1. 行政事务性行为。例如，行政机关工作人员驾驶公务车辆、案卷管理、请示、汇报、清除道路路障、道路规划等。
2. 执行性行为。例如，根据行政处罚决定采取的强制措施、税务机关关于催收税款的通知、行政机关根据法院的协作执行通知书采取的执行行为。形式上属于执行性的事实行为，但实质上属于行政行为的情形，《行诉法解释》第1条实际上将行政诉讼受案范围从行政行为扩大到事实行为。
3. 观念通知。例如，没有法律约束力的答复和通知。
4. 磋商行为。例如，行政机关与行政相对人之间签订行政合同过程中的磋商活动。

### 三、内部行为

行政机关对属于自己的组织、人员的人事或者财务管理的行为不属于行政行为。根据《行诉法解释》的规定，《行政诉讼法》规定的行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定，是指行政机关作出的涉及到该行政机关公务员权利义务的决定。并非所有的内部行为都不属于人民法院的受案范围。如果行政机关的内部行为影响到了公民在《宪法》上的基本权利，该行为具有可诉性。

## 第二节 判断行政行为是否可诉

行政机关的行为是否可诉与行政案件的受案范围是一个问题的两个方面。行政行为是否可诉的提法是从行政相对人的角度来说的，从裁判者的角度来讲则是法院受案范围的问题。

总的来说，可诉的行政行为有两种。

一是违法的行政行为。并不是所有的违法行政行为都具有可诉性。行政行为给当事人的利益产生一定的影响，才可以提起诉讼。《行政诉讼法》第2条确立了合法权益的标准，即公民、法人或者其他组织认为行政机关和其工作人员的行政行为侵犯其合法权益，有权依照法律提起行政诉讼。这种权利和利益并非抽象的，而是必须符合法律规定。符合法律规定并不意味着必须有法律的明确规定。这里的合法权益应当理解为适宜或者值得司法保护的利益。如果利益不适用于司法保护或者不值得司法保护，则不属于上述合法权益。

二是明显不适当的行政行为，即滥用职权与行政处罚显失公正。除这两种情况的不适当的行政行为外，其他不适当的行政行为不具有可诉性。

行政行为是否可诉，判断的依据分为法律依据的和政策依据两种。法律依据是指《行政诉讼法》第42条、《行政诉讼法》第13条以及《行诉法解释》第1条。政策依据是指以最高法有关案例的裁判观点为核心的司法政策。《行政诉讼法》第12条第2款规定，“除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。”这说明，《行政诉讼法》授权人民法院受理法律、法律规定可以提起诉讼的其他非人身权、财产权的行政案件。

### 一、法律依据

《行政诉讼法》第42条规定，“人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：

（一）对行政拘留、暂扣或者吊销许可证和执照、责令停产停业、没收违法所得、没收非法财物、罚款、警告等行政处罚不服的；

（二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施和行政强制执行不服的；

（三）申请行政许可，行政机关拒绝或者在法定期限内不予答复，或者对行政机关作出的有关行政许可的其他决定不服的；

（四）对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的；

（五）对征收、征用决定及其补偿决定不服的；

（六）申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；

（七）认为行政机关侵犯其经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权的；

（八）认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争的；

（九）认为行政机关违法集资、摊派费用或者违法要求履行其他义务的；

（十）认为行政机关没有依法支付抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇的；

（十一）认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的；

（十二）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权等合法权益的。除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。”

第13条规定，“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：

（一）国防、外交等国家行为；

（二）行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；

（三）行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；

（四）法律规定由行政机关最终裁决的行政行为。”

《行诉法解释》第1条规定，“公民、法人或者其他组织对行政机关及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的，属于人民法院行政诉讼的受案范围。”

“下列行为不属于人民法院行政诉讼的受案范围：

（一）公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为；

（二）调解行为以及法律规定的仲裁行为；

（三）行政指导行为；

（四）驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为；

（五）行政机关作出的不产生外部法律效力的行为；

（六）行政机关为作出行政行为而实施的准备、论证、研究、层报、咨询等过程性行为；

（七）行政机关根据人民法院的生效裁判、协助执行通知书作出的执行行为，但行政机关扩大执行范围或者采取违法方式实施的除外；

（八）上级行政机关基于内部层级监督关系对下级行政机关作出的听取报告、执法检查、督促履责等行为；

（九）行政机关针对信访事项作出的登记、受理、交办、转送、复查、复核意见等行为；

（十）对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为。”

第2条规定，《行政诉讼法》第13条第1项规定的“国家行为”，是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权，以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为，以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态等行为。《行政诉讼法》第13条第2项规定的“具有普遍约束力的决定、命令”，是指行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的规范性文件。《行政诉讼法》第13条第3项规定的“对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定”，是指行政机关作出的涉及行政机关工作人员公务员权利义务的决定。

《行政诉讼法》第13条第4项规定的“法律规定由行政机关最终裁决的行政行为”中的“法律”，是指全国人民代表大会及其常务委员会制定、通过的规范性文件。

### 二、政策依据

1. 监督行为原则上不可诉。根据最高人民法院第三巡回法庭的意见：
2. 上级行政机关对下级行政机关、本级人民政府对所属工作部门的内部监督行为，一般不属于行政诉讼受案范围。
3. 人民政府不履行层级监督职责的行为，一般不属于行政诉讼受案范围。行政机关基于上下级监督关系而形成的内部监督管理行为，一般不属于行政诉讼受案范围。
4. 行政机关内部监督行为依职权外化，对相对人权利义务造成影响的，属于行政复议受理和行政诉讼受案范围。
5. 行政机关根据法院执行裁定作出的、未设定相对人新的权利义务的告知行为，不属于行政诉讼受案范围。
6. 行政机关作出的会议纪要不直接设定当事人权利义务、不直接对外发生法律效力的，通常不属于行政诉讼受案范围。
7. 上下级行政机关之间作出的请示、批复等内部行政行为，通常不产生外部法律效力，不属于行政诉讼受案范围。
8. 不属于人民法院行政诉讼主管工作的范围  
    1.行政机构撤并、内部人员分流、人事档案交接等事项；  
    2.历史遗留的落实政策性质的房地产纠纷。
9. 信访处理活动  
    1.行政相对人针对信访答复意见提起的不履行职责等诉讼请求，不属于行政诉讼受案范围；  
    2.行政机关针对信访事项作出的复查、复核意见等行为，不属于行政诉讼受案范围。
10. 行政机关自主或者依其他机关请求，就其职权范围内特定事项作出的具有独立意思表示的行政确认行为，属于可诉的行政行为；但是行政机关的行为仅系对已存在文件的摘录或事实行为的客观描述，未设定行政相对人新的权利义务的除外。
11. 行政协议  
     1.行政机关签订的招商引资协议，可以认为属于行政协议；  
     2.行政协议诉讼的受案范围，不限于《行政诉讼法》第12条第1款第11项规定的四种情形。
12. 公安消防机构作出的火灾原因重新认定决定，属于行政诉讼受案范围。
13. 在行政复议前置的情况下，人民法院对公民、法人或者其他组织起诉复议机关不予受理决定的，人民法院应当予以受理。不予受理决定属于可诉的行政行为。
14. 土地行政主管部门通过拍卖出让国有建设用地使用权与竞得人签署成交确认书的行为，当事人不服提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理。
15. 行政允诺行为属于可诉行政行为。
16. 行政相对人不服行政机关的裁决行为（包含对民事争议所作的裁决）属于可诉行政行为。
17. 证明行为。公证行为不可诉。出具介绍信的行为如果是对现实法律关系的证明，并未设定新的行政法律关系，不具有可诉性。但如果对行政相对人的权利义务产生实际影响的，属于可诉的行政行为。
18. 受理行为。一般情况下，受理行为是不可诉的，如果受理行为在下列情形下可以成为可诉的：  
     1.否定性的受理行为成为阻碍行政相对人权益实现的主要因素；  
     2.否定性的受理行为直接导致今后行政行为无法作出；  
     3.行政受理行为可能导致行政相对人无法在法定的或者合理期限享有权利或减少免除义务；  
     4.行政相对人对于行政机关的管辖权提出异议；  
     5.行政相对人认为行政机关的受理行为可能导致其权益受到实际影响的其他行为。
19. 登记行为。行政机关在经过审查之后，针对行政相对人的权利义务关系作出设立、变更、终止特定权利义务的意思表示属于可诉的行政行为，例如婚姻登记行为。如果行政机关不履行登记职责可能导致行政相对人无法从事特定的民事活动，或者无法获得应得的公示效力。也就是说，如果行政机关作出了否定性的登记行为，即不予登记、拖延登记、变更、撤销、废止登记等属于可诉的行政行为。
20. 答复或者通知行为  
     1.如果行政机关具有作出答复或者通知的义务，且该答复或者通知行为对行政法律关系的产生变更或者消灭产生影响的，应当属于可诉的准行政决定；  
     2.如果行政机关没有作出答复或通知的法定义务，且该答复或者通知，对行政法律关系的产生、变更或者消灭未产生影响的，这属于以观念表示作出的事实行为，不属于可诉的行为；

3.如果答复或通知行为构成行政行为的中间性程序，一般不属于可诉的行为；

4.答复或者通知行为构成行政行为的要件时不具有独立性，不具有可诉性。

1. 确认行为
2. 公安机关作出的交通事故责任认定具有可诉性；
3. 医疗事故技术鉴定不具有可诉性；卫生行政机关作出的医疗事故处理决定具有可诉性；对于当事人之间的医疗事故发生争议，要求行政机关处理，行政机关不作相应行为的，属于可诉的行政行为；
4. 技术监督机关定期将抽检产品的鉴定结论、消防管理部门就火灾原因和火灾事故责任认定，具有可诉性；
5. 刑事案件中，地质矿产主管部门作出的鉴定结论，不具有可诉性。

### 三、行政诉讼受案范围与行政复议的区别

从列举事项来看，《行政复议法》的受案范围要广于行政诉讼。例如，《行政复议法》明确规定对于涉及受教育权、行政机关变更或者废止农业承包合同等应当受理。这些规定在《行政诉讼法》中没有相应的体现。

《行政诉讼法》修改之后，两者受案范围出现趋同倾向。行政复议绝大多数的受案范围也进入了行政诉讼受案范围，但在特定领域行政诉讼列举的范围要广于行政复议。例如，《行政诉讼法》规定的行政协议、行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争等。

## 第三节 判断行政行为的数量

确定案由。《案由规定》已于2020年12月7日由最高人民法院审判委员会第1820次会议讨论通过，自2021年1月1日起施行，《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》同时废止。《案由规定》指出，“行政案件案由是行政案件名称的核心组成部分，起到明确被诉对象、区分案件性质、提示法律适用、引导当事人正确行使诉讼权利等作用。”因此，案由能正确反映被诉行政行为的种类和该行政行为的特性，能具体反映被诉行政行为基本内容和行政管理的范围。在起诉之前，应当检索行政案由规定，寻找与行政相对人的诉求的性质，最相类似的行政案件的案由。

确定“一案一诉”还是“一案多诉”。“一案一诉”是人民法院受理行政案件的基本原则，对于当事人的诉讼请求，涉及多个不同行政被诉主体和行政行为，人民法院进行充分释明及指导，如经过充分说明，当事人仍拒绝明确其诉讼请求的，则裁定不予受理或者驳回起诉。

当事人可以就数个相互关联的行政行为同时提起诉讼，人民法院可以合并为一个案件进行受理和裁判，但对于没有关联性的不同诉讼，即便当事人相同，亦应分开审理。例如，公安机关因当事人非法上访和非法驾驶机动车作出两份行政处罚决定书，是两个互不关联的行政行为，当事人一并提起诉讼，法院可以认定不符合起诉的条件。

《行诉法解释》第57条规定：“法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序，公民、法人或者其他组织既提起诉讼又申请行政复议的，由先立案的机关管辖；同时立案的，由公民、法人或者其他组织选择。公民、法人或者其他组织已经申请行政复议，在法定复议期间内又向人民法院提起诉讼的，人民法院裁定不予立案。”因此，当事人对公安机关作出的行政处罚决定已经申请行政复议，在法定复议期间内，又向人民法院起诉要求撤销该处罚决定，不符合司法解释的规定。

## 第四节 原告、被告与第三人的确定

### 一、原告的确定

### （一）是否有法律上的利害关系

原告资格的本质特征是“法律上的利害关系”。“法律上的利害关系”不仅包括法定权利，也包括合法权益，不仅包括了既得利益，也包括了必定到来的期待利益。与行政行为具有法律上利害关系，是指对行政相对人权利义务产生实际影响，这种实际影响包括积极也影响和消极地影响两种情况。如果行政机关的行为无论是行政行为还是事实行为，如果对行政相对人的合法权益造成了不利影响，原告资格就已经具备。

要注意适用关于原告资格的总体规定，也就是对于行政行为有法律利害关系人的当事人的诉权的概括规定。《行政诉讼法》第25条规定，“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。”

《行诉法解释》第12条规定，有下列情形之一的，属于《行政诉讼法》第二十五条第一款规定的“与行政行为有利害关系”：

1. 被诉的行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的；
2. 在行政复议等行政程序中被追加为第三人的；
3. 要求行政机关依法追究加害人法律责任的；
4. 撤销或者变更行政行为涉及其合法权益的；
5. 为维护自身合法权益向行政机关投诉，具有处理投诉职责的行政机关作出或者未做出处理的；
6. 其他与行政行为有利害关系的情形。

第13条规定，“债权人以行政机关对债务人所作的行政行为损害债权实现为由提起行政诉讼的，人民法院应当告知其就民事争议提起民事诉讼，但行政机关作出行政行为时依法应予保护或者应予考虑的除外。”

#### （二）具体诉讼类型下的原告资格的确定

1.形成诉讼中原告资格的确定

（1）审查可诉性行政行为是否存在；

（2）审查是否属于行政行为针对的行政相对人；

（3）审查权利是否属于自己的受保护的权利；

（4）审查权利是否可能受到损害。

2.课以义务诉讼中原告资格的确定

（1）审查起诉人的主张不能明显而明确的排除；

（2）审查起诉人的主张是否是在法律上或者值得司法保护的权利；

（3）审查权利侵害是否具有可能性。

3.给付诉讼中原告资格的确定

（1）起诉人针对的主要是事实行为；

（2）起诉人专属于原告的利益可能受到侵害。

4.确认诉讼中原告资格的确定

（1）起诉人针对的行政行为是否违法、行政行为是否需要确认、法律关系是否存在；

（2）是否是专属于原告的确认利益。

### 二、被告的确定

作出行政行为的行政机关为被告是一个综合性的基本性的确定原则。

确定适格的被告需要考虑的基本问题是：以谁为被告更有利于行政争议的解决；更有利于监督行政机关依法行使行政职权；更有利于体现对原告的权益保护；更有利于法院公正合理的审理行政案件。

确定行政诉讼被告应当考虑以下三个方面的条件。第一，行政诉讼被告原则上应当是行政主体，除非有合法有效的规范的授权。第二，行政诉讼被告原则上应当是实施被诉行政行为或者不作为的，或者与原告发生行政法律关系的具有一定行政职权的机关、机构或者组织，除非有合法有效的法律规范另有规定。第三，行政诉讼被告原则上应当是能够独立承担法律责任和诉讼后果的机关、机构或者组织，除非合法有效的法律规范另有规定。

#### （一）作出行政行为的行政机关、被法律法规授权的组织是被告

1.作出行政行为的行政机关为被告，作出的含义不仅包括作为行为，还包括不作为行为。

（1）行政机关包括原行政机关，还包括行政复议机关。

（2）行政行为的真正行为者为被告。

2.被法律、法规、规章授权的组织为被告。

（1）组织不仅包括企业、事业单位，还包括行政机关、行政机构（派出机构、内设机构），但不包括个人。

（2）规章包括部委规章和地方规章。

（3）要审查规章的授权是否合法，该组织是否具有合法的执法主体资格，只有在规章的授权和更高层级的法律法规没有抵触，而且该授权是必要的情况下，才应当承认受权组织的执法主体资格。审查是否超过法定授权范围，对是否超越法律、法规或者规章的授权进行审查。

#### （二）经过复议的行政诉讼被告的确定

1.一般情况

根据《行政诉讼法》第26条规定，归纳如下。

（1）经复议的案件，复议机关决定维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告。

（2）复议机关改变原行政行为的，复议机关是被告。

（3）复议机关在法定期限内未作出复议决定，公民、法人或者其他组织起诉原行政行为的，作出原行政行为的行政机关是被告；起诉复议机关不作为的，复议机关是被告。

2.特殊情况

（1）维持原行政行为时被告的确定。复议机关驳回复议申请或者复议请求（实体性驳回）时，行政机关和复议机关是被告。以复议申请不符合受理条件为由驳回复议申请或者复议请求（程序性驳回）时，复议机关是被告。

（2）行政复议机关逾期不作出复议决定时被告的确定。如果当事人通过起诉行政复议机关不作为意在通过行政复议的救济程序解决行政争议，应当以行政复议机关为被告；如果当事人意在解决行政纠纷本身，应当以原行政机关为被告；如果难以选择的话，从实质解决纠纷角度考虑，应当以原行政机关为被告。

（3）改变原行政行为时被告的确定。改变原行政行为所适用的规范依据，对定性不产生影响的，复议机关不是被告；对定性产生影响的，复议机关是被告。

（4）复议机关在行政诉讼过程中改变复议决定时被告的确定。行政复议机关在对行政案件宣告判决或者裁定前，改变其作出的行政复议决定时，即把维持原行政机关的复议决定改变为变更或者撤销时，复议机关是被告。

#### （三）共同被告的确定

1.一般情况

《行政诉讼法》规定，两个以上行政机关作出同一行政行为的，共同作出行政行为的行政机关是共同被告。

2.特殊情况

（1）共同不作为的共同被告的确定。两个以上行政机关的推诿，不属于受理、不予答复等不作为，不作为共同被告处理，应当按照当事人的不同的诉讼请求分别起诉。

（2）上下级行政机关被告的确定。第一，两个行政机关是上下级关系。遵循对外标准和盖章标准，对外发生法律效力的文书上盖章的行政机关为被告，共同盖章的行政机关是共同被告。第二，下级行政机关事先请示上级行政机关。如果下级行政机关的请示属于法定的强制的必经程序，且上级行政机关署名，则应当为共同被告；如果下级行政机关的请示属于任意性的行政程序，上级行政机关既未下达正式文书，也没有在行政法律文书上署名，则只能以下级行政机关作为被告。没有上下级关系之间的行政机关的批准行为成立合作行政关系，也应当以对外发生法律效力的文书上署名的机关为被告。第三，按照上级行政机关要求作出行政行为。在审查判断时应当考查下级行政机关是否被动地接受上级行政机关的委办命令、交办指令。下级行政机关被动接受上级行政机关的指令而作出行政行为应当遵循实际约束力标准，即如果上级行政机关的指令也构成一个有约束力的行政行为，下级行政机关据此作出行政行为，则上下级行政机关是共同被告；如果上级行政机关的指令仅仅是一个行政指导行为，对下级行政机关没有实际的约束力，则被诉行政行为仍然是下级行政机关的行为，应当列下级行政机关为被告。第四，上级行政机关交下级行政机关转办的行政行为，以下级行政机关为被告。强拆行为以作出强制拆除决定的行政机关为被告；没有强制拆除决定书的，以具体实施强制拆除行为的职能部门为被告。即政府及其相关职能部门、街道办事处等组织实施强制拆除的行政主体都是适格被告。在强制拆除类行政案件中，司法实践还存在有条件的以自认强拆主体为适格被告的情形。

（3）非行政机关的组织作为共同被告的情形。第一，单一被告的情形。《行诉法解释》第20条规定，行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构，以自己的名义作出行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以组建该机构的行政机关为被告。法律、法规或者规章授权行使行政职权的行政机关内设机构、派出机构或者其他组织，超出法定授权范围实施行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以实施该行为的机构或者组织为被告。没有法律、法规或者规章规定，行政机关授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的，属于《行政诉讼法》第26条规定的委托。当事人不服提起诉讼的，应当以该行政机关为被告。第二，行政机关组建临时机构的情形。应当考察临时机构能否独立承担法律责任。如果临时机构属于若干行政机关临时派员组织的，应当以这些行政机关作为共同被告；如果临时机构属于能独立承担法律责任的组织，应当以该临时机构作为被告；如果临时机构没有取得法定的行政主体资格，无论该临时机构盖何种章，一概以组建该临时机构的行政机关为被告。第三，行政机关和企业等非行政机关联合执法的情形。应当以作出决定的行政机关作为被告，不能以非行政机关的社会团体为被告。如果侵犯公民、法人和其他组织的合法权益，有可能需要承担赔偿责任的，非行政机关可作为第三人参加诉讼。第四，行政机关和党委联合执法的情形。行政机关和党委共同作出行政行为的，应当以行政机关作为被告。

（4）复议机关作共同被告。经复议的案件，复议机关决定维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告。经复议的案件，既可以由基层人民法院管辖，也可以由中级人民法院管辖。行政复议机关改变原行政行为的行政复议决定，应当以行政复议机关为被告。认为没有履行相应法定职责申请行政复议，行政复议机关受理后发现该行政机关没有相应法定职责，或者在受理前已经履行法定职责，行政复议机关驳回行政复议申请，应当以作出原行政行为的行政机关和复议机关为共同被告。

#### （四）行政委托情形下被告的确定

1.行政授权和行政委托

区分行政委托与行政授权最为关键的区别是是否有法律法规授权。如果有法律法规规章授权，属于行政授权，作出行政行为者是被告。否则属于行政委托，委托人为被告。被委托组织超出委托事项的范围，由委托的行政机关作为被告，被委托的组织作为第三人参加诉讼。

如果法律明确规定，只有法律法规授权才可以作为被授权组织，那么，只有法律法规授权的组织才能作为行政诉讼被告，规章授权的组织不能作为被告，应当视为行政委托，由委托的行政机关作为被告。

《行政诉讼法》第26条第5款规定，由行政机关委托的组织所做的行政行为，委托的行政机关是被告。判断行政委托是否成立。第一，管理公共事务职能要素。委托人必须是有管理公共事务职能的组织。第二，物资技能要素。受委托人必须具备相应的技术鉴定、技术检验的能力。第三，人员要素。委托人必须具有熟悉有关法律法规规章和行政事务的工作人员。

2.公务协作关系（事项委托、执行委托）中的行政诉讼被告

当事人如果对于请求方的行政行为不服，应当以请求方行政机关为被告。被请求方的执行行为的性质取决于其是否超越请求方行政机关的公务协作范围。如果被请求方完全按照请求方行政机关的要求作出执行行为，则此执行行为属于实质意义上的事实行为，行政诉讼被告为请求方行政机关。如果被请求方行政机关的执行行为超出请求方行政机关要求协助执行的范围，则在超出范围内，以被请求行政机关作为被告。即请求方行政机关就其请求另一行政机关为公务协作行为以合法性承担责任。被请求方行政机关就其公务协作的执行行为负法律责任。

#### （五）行政诉讼被告资格的承继

1.行政机关合并时的被告

两个以上的行政机关合并，并且成立新的行政机关，属于新设合并。两个以上的行政机关合并，并未成立新的行政机关，而是保留一个或数个行政机关，属于吸收合并。

不管是新设合并还是吸收合并，如果新的行政机关继续行使原行政机关的行政职权，新成立的行政机关作为行政诉讼被告。如果新的行政机关没有继续行使原行政机关的行政职权，新成立的行政机关不作为行政诉讼被告。如果行使原行政机关职权的是其他行政机关，则由其他行政机关作为行政诉讼被告。如果没有行政机关行使原行政机关的职权，则不存在着继续行使行政职权的行政机关，应当以原行政机关所属人民政府或者上一级行政机关为被告。

如果被撤销或者合并的机关是复议机关，则被告根据以下办法确定：如果复议决定维持原行政行为的，则应当由原行政机关作为被告。如果复议决定撤销或变更原行政为行为的，应由继续行使职权的行政机关作为被告。没有继续行使职权的行政机关，由决定撤销或者上级行政机关指定的行政机关作为被告。

2.行政机关分立时的被告

原行政机关分立为两个以上的行政机关，分立后的行政机关仍然保留原行政机关的名称，是为吸收分立。原行政机关分立为两个以上的行政机关，原行政机关不再保留，是为新设分立。

在吸收式分立的情况下，保留原行政机关名称的行政机关，属于继续行使职权的行政机关，应当为行政诉讼被告。在新设分立的情况下，原行政机关的职权被分解，如果原行政机关的权力包括分解后的若干行政机关的职权，则若干行政机关应当为共同被告。如果原行政机关的权力只是由其中一个行政机关继承着，则此行政机关为行政诉讼被告。

#### （六）几种特殊情况被告的确定

1.临时机构作为被告

能独立承担法律责任的临时机构可以作为被告。经济开发区管理机构是适格的被告。

2.军事机关作为被告

军事机关如果是行政机关，属于法律法规授权的组织，可以作为行政诉讼被告。

3.公路路政管理机构不能作为被告

公路养护总段（分段）根据委托授权只能是以委托单位名义行为，不具备行政主体资格。只要法条规定某行政机关可以授权另一行政机关或行政机构的，通常认定为委托。《行政诉讼法》上的授权主体，是立法机关而非行使行政职权的行政机关。

4.代征代缴人不能成为行政诉讼的适格被告，应以税务机关作为被告

代征代缴是一种义务而非行政权力。实质意义上的行政行为，必须通过税务机关才能进行。根据《税收征收管理法》第30条，税务机关必须给代征代缴人支付相应的报酬。代征代缴义务人履行义务并非基于税务机关的委托，而是基于法律规定的法律义务，所以，代征代缴不是典型的委托，也不是直接委托。

5. 村委会能否成为行政诉讼被告

根据《村民委员会组织法》第19条规定，村委会下列行政管理行为侵犯村民合法权利可以成为行政诉讼的被告：乡统筹、村提留等有关费用的收缴；村集体经济项目的立项、承包、产业结构调整；村公益事业的经费筹集和建设承包；村集体经济收益的管理和使用；村民的土地承包经营；宅基地的使用；优抚、救灾救济、扶贫、助残等款物的发放；计划生育工作；水电费及其他有偿服务费的收缴；村民户籍关系的变更；由村委会作出的侵害村民合法权益的其他行政管理行为。

6.地方国有资产监督管理委员会具备行政诉讼被告资格

国有资产管理监督机构是依照行政法规授权代表国家行使企业国有资产所有权界定职责的行政机关。2009年，最高人民法院行政审判庭作出的《关于地方国有资产监督管理委员会是否可以作为行政诉讼被告问题的答复》（[2009]行他字第14号）明确，地方国有资产监督管理委员会作出产权界定行为的，可为行政诉讼被告。

7.因司法政策确定不可诉的其他情形

比如市、县政府组织开展集体土地首次登记的行为不可诉等。

### 三、第三人的确定

#### （一）判断是否具有法律上的利害关系

1.观察被诉行政行为是否已经侵犯了公民、法人或者其他组织的合法权益；

2.观察被诉行政行为是否对其合法权益造成了不利影响。

#### （二）第三人的两种情形

1.同被诉行政行为有利害关系（权利丧失、减少或义务科与、增加），但没有提起诉讼的公民、法人或者其他组织；

2.同案件处理结果有利害关系。通知同案件处理结果有利害关系的第三人参与诉讼，实际上是将一个已经开始的诉讼和一个今后可能发生的潜在的诉讼合并审理，从而达到防患于未然、简化诉讼、方便当事人诉讼、化解纠纷的目的。

（1）被诉行政行为，虽然没有使特定公民、法人或者其他组织丧失权利，也没有给其增加义务，但由于其是行政程序中的当事人，是行政机关所处理的事项的利害关系人。如果被诉行政行为的效力或者内容发生变化，或者特定机关对该事项进行重新处理，这可能与公民、法人或者其他组织的权利义务有利害关系。这种利害关系可能是享受一定的权利，也可能是丧失一定的权利；可能是减少一定的义务，也可能是增加一定的义务；可能是承担一定的法律责任，也可能是减免一定的法律责任。

（2）被诉行政行为对现存权利义务关系制造了冲突和矛盾。被诉行政行为虽然没有直接涉及有关公民、法人或者其他组织的权利或者义务，但是在事实上与该公民、法人或者其他组织现存的权利义务关系或者职权职责关系发生内在的冲突或者矛盾。被诉行政行为是否有效，将关系到该公民、法人或者其他组织现成的权利义务关系或者职权职务关系是否发生变化。

（3）被诉行政行为认定的事实造成不利后果。被诉行政行为虽然没有直接涉及有关公民、法人或者其他组织的权利义务，但是行政行为所认定的事实或者人民法院在审查被诉行政行为所认定的事实，作为一种法律事实，在正常的法治状态下，势必引起对该公民、法人或者其他组织不利的法律后果，则该公民、法人或者其他组织也应被视为与被诉行政行为有法律上利害关系的人。

## 第五节 判断是否超过法定的起诉期限

### 一、判断起诉是否已超过法定起诉期限

1. 一般起诉期限6个月。《行政诉讼法》第46条第1款规定：公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当自知道或者应当知道作出行政行为之日起六个月内提出。
2. 不履行法定职责的起诉期限亦为6个月，不是2个月。《行政诉讼法》第47条规定，“公民、法人或者其他组织申请行政机关履行保护其人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关在接到申请之日起两个月内不履行的，公民、法人或者其他组织可以向人民法院提起诉讼。法律、法规对行政机关履行职责的期限另有规定的，从其规定。公民、法人或者其他组织在紧急情况下请求行政机关履行保护其人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关不履行的，提起诉讼不受前款规定期限的限制。”

《行诉法解释》第66条规定，公民、法人或者其他组织依照《行政诉讼法》第四十七条第一款的规定，对行政机关不履行法定职责提起诉讼的，应当在行政机关履行法定职责期限届满之日起六个月内提出。

1. 特殊起诉期限。《行政诉讼法》第46条第1款规定：公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当自知道或者应当知道作出行政行为之日起六个月内提出。法律另有规定的除外。例如，《邮政法》《统计法》《环境保护法》中规定的起诉期限为15日。
2. 最长起诉期限5年和20年。《行政诉讼法》第46条第2款规定：因不动产提起诉讼的案件自行政行为作出之日起超过二十年，其他案件自行政行为作出之日起超过五年提起诉讼的，人民法院不予受理。5年和20年最长起诉期限，其适用前提是公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的行政行为内容。
3. 法定扣除和酌定延长起诉期限。《行政诉讼法》第48条规定，“公民、法人或者其他组织因不可抗力或者其他不属于其自身的原因耽误起诉期限的，被耽误的时间不计算在起诉期限内。公民、法人或者其他组织因前款规定以外的其他特殊情况耽误起诉期限的，在障碍消除后十日内，可以申请延长期限，是否准许由人民法院决定。”
4. 一并提出行政赔偿请求的期限。根据《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第23条第1款，公民、法人或者其他组织在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求的，其起诉期限按照行政诉讼起诉期限的规定执行。

### 二、判断起算点

1. 知道或应当知道行政行为的内容和起诉期限的起算点是知道或者应当知道作出行政行为之日

《行政诉讼法》第46条第1款规定：公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当自知道或者应当知道作出行政行为之日起六个月内提出。

1. 不履行法定职责的起算点是行政机关履行法定职责期限届满之日

《行诉法解释》第66条规定，公民、法人或者其他组织依照《行政诉讼法》第四十七条第一款的规定，对行政机关不履行法定职责提起诉讼的，应当在行政机关履行法定职责期限届满之日起六个月内提出。

1. 知道或应当知道行政行为的内容但未告知起诉期限时起算点是知道或者应当知道起诉期限之日

《行诉法解释》第64条第1款规定：“行政机关作出行政行为时，未告知公民、法人或者其他组织起诉期限的，起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道起诉期限之日起计算，但从知道或者应当知道行政行为内容之日起最长不得超过一年。”

1. 不知道且不应当知道行政行为起算点是自行政行为作出之日起5年或20年

《行政诉讼法》第46条第2款规定：因不动产提起诉讼的案件自行政行为作出之日起超过二十年，其他案件自行政行为作出之日起超过五年提起诉讼的，人民法院不予受理。

## 第六节 管辖

到哪个法院起诉。经湖南高院党组研究并报最高法院批复同意，决定在全省全面开展一审行政案件集中管辖改革，并制定下发了《关于开展全省基层人民法院一审行政案件集中管辖工作的实施方案》。根据该实施方案，长沙市、衡阳市、怀化市基层人民法院一审行政案件分别由长沙、衡阳、怀化3个铁路运输法院集中管辖，其他市州根据地理位置、交通条件、案件数量、审判力量等因素，分别确定两个基层人民法院进行集中管辖。集中管辖时间自2019年5月1日起全面实施，长沙分河东、河西两大片区，采取5月1日和10月1日两批次开展集中管辖的方式。集中管辖实施后，非集中管辖法院对辖区一审行政案件不再行使管辖权，在集中管辖实施前已经开始审查或审理但未处理完毕的一审行政案件，继续处理完毕。

## 第七节 诉讼请求的设计

诉讼请求的设计可以参照《行诉法解释》明确行政诉讼的诉讼请求。

《行诉法解释》第68条规定，《行政诉讼法》第49条第3项规定的“有具体的诉讼请求”是指：

（一）请求判决撤销或者变更行政行为；

（二）请求判决行政机关履行特定法定职责或者给付义务；

（三）请求判决确认行政行为违法；

（四）请求判决确认行政行为无效；

（五）请求判决行政机关予以赔偿或者补偿；

（六）请求解决行政协议争议；

（七）请求一并审查规章以下规范性文件；

（八）请求一并解决相关民事争议；

（九）其他诉讼请求。

当事人单独或者一并提起行政赔偿、补偿诉讼的，应当有具体的赔偿、补偿事项以及数额；请求一并审查规章以下规范性文件的，应当提供明确的文件名称或者审查对象；请求一并解决相关民事争议的，应当有具体的民事诉讼请求。

代理相对人提起行政诉讼，确定诉讼请求是一项细致、复杂的工作，需要根据个案的具体情况具体研判。前述列举仅是倡导和概括性列举，在具体案件中，需要根据被诉行政行为的种类、性质以及转化情况审慎确定具体诉讼请求。

### 一、行政处罚、行政强制等行政执法行为

相对人不服行政机关送达的行政处罚、责令限期改正违法行为、行政强制等行政执法行为起诉的，诉讼请求可以结合执法文书的具体内容和结果在（一）（三）（四）（七）等项中确定。

### 二、行政协议

相对人对行政协议的签订、履行等有争议的，应当按照《行政诉讼法》第101条规定，参照《民事诉讼法》的相关规定确定请求继续履行、解除、撤销协议或者确认协议无效以及主张违约金、赔偿损失等诉讼请求。因国家政策变化导致行政协议变更或者解除时的诉讼请求确定，要根据个案情况审慎判断。不影响协议效力的，选择解除协议。

### 三、没有收到行政机关的相关侵益性文书

相对人对没有收到行政机关的相关侵益性文书，即发生物权等合法权益受损的，可以根据物权受损的程度以及有无恢复的可能等具体情况提出恢复原状或者赔偿损失的诉讼请求。涉权性会议纪要未经告知直接进入执行程序的，参照前述确定诉讼请求。

### 四、不主动履行其职责

相对人对行政机关不主动履行其职责的，可以直接起诉行政机关履行特定法定职责。政府研究处理相关特定事项的会议纪要议定的行政机关职责，经过送达或者告知的，会议纪要议定的职责转化为该行政机关的法定职责，可以提出请求履行会议纪要议定事项职责的请求。

### 五、征地拆迁、城中村改造

相对人对征地拆迁、城中村改造等一系列行政行为不服的，要按照过程性行政行为被结果性行政行为吸收的原则确定诉讼请求。

### 六、确认行政行为违法

《行政诉讼法》第70条的规定，行政行为程序轻微违法，但对于原告权利不产生实际影响的，人民法院判决确认违法，但不撤销行政行为。因此，确认行政行为违法的诉讼请求时，代理人要向相对人充分释明：

1. 人民法院判决确认行政行为违法，并不必然产生行政赔偿；
2. 人民法院判决确认行政行为违法，但不撤销被诉行政行为，被诉行政行为的效力仍予以保留。

# 第三章 行政诉讼程序的启动与推进

## 第一节 立案与管辖权异议

### 一、立案

#### （一）证据材料

在立案阶段，公民、法人或者其他组织应当提供如下三方面的证据材料：

1. 公民、法人或者其他组织身份或登记的证明；
2. 提供有关行政行为存在的证据材料以证明被诉行政行为客观存在；
3. 提供具备法律上的利害关系等证据材料以证明被诉行政行为和自己存在着关联性。

#### （二）不予登记立案

1. 所诉事项属于人民法院主管，但违法起诉或者不符合法律规定；
2. 所诉事项不属于人民法院主管；
3. 涉及危害国家主权和领土完整、危害国家安全、破坏国家统一和民族团结、破坏国家宗教政策，如对国家宗教、民族政策等基本制度的起诉；
4. 政治敏感类的案件，如针对国家领导人等政治人物的起诉、具有特殊政治目的的起诉；
5. 涉及国防、外交、意识形态等领域的起诉；
6. 涉及突发敏感类的案件，如涉及国家网络监管的行为；
7. 涉及国家政策调整或者历史遗留问题，如企业改制、军人安置、民办教师等由党委、政府统筹解决的事项。

### 二、管辖权及异议

#### （一）级别管辖

1.基层人民法院的管辖

除了《行政诉讼法》规定的特殊情况外，一般行政案件都由基层人民法院管辖。

2.中级人民法院的管辖

（1）被告为县级以上人民政府的案件，主要集中在土地、林地、矿产等所有权和使用权争议案件、征用土地以及安置补偿案件、城镇拆迁及安置补偿案件。

（2）法院不再判断基层人民法院是否适宜审理，也不再将以县级人民政府名义办理不动产物权登记的案件排除在中院管辖之外。

（3）县级以上人民政府经行政复议作出的维持决定，原则上视为县级以上人民政府所作的行政行为，一般应当以原行政行为机关所在地法院管辖为宜。

（4）海事法院审理第一审海事行政案件，海事法院所在地的高级人民法院审理海事行政上诉案件，由行政审判庭负责审理。

（5）下列第一审行政案件由北京知识产权法院管辖：国务院部门作出的有关专利、商标、植物新品种、集成电路布图设计等知识产权的授权确权裁定或者决定的；不服国务院部门作出的有关专利、植物新品种、集成电路布图设计的强制许可决定以及强制许可使用费或者报酬的裁决的；不服国务院部门作出的涉及知识产权授权确权的其他行政行为的。

#### （二）地域管辖

1.一般地域管辖

行政案件由最初作出行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。

2.特殊地域管辖

（1）专属管辖。第一，不动产所有权、使用权而提起的诉讼，如因土地权属引起的诉讼。第二，因违章建筑的房屋和其他建筑物的拆除提起的诉讼。第三，因污染不动产，如污染鱼塘、水流等提起的诉讼。

（2）共同管辖。第一，经过复议的案件，由最初作出行政行为的行政机关所在地，或者由复议机关所在地人民法院管辖。第二，对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。第三，因不动产提起的诉讼由不动产所在地人民法院管辖，如果不动产所在地跨连两个以上人民法院，这些人民法院对案件都有管辖权。

#### （三）管辖权异议的处理

1.人民法院对管辖权异议进行审查以后，如果异议成立的，应当按照《行政诉讼法》第21条的规定裁定将案件移送有管辖权的人民法院管辖。如果认为管辖异议不成立的，裁定驳回当事人的管辖异议申请。申请管辖异议的当事人对驳回管辖异议的裁定不服，可以在法定期限内提出上诉。当事人在接到该最终裁定后，必须按上述裁定书指定的管辖人民法院参加诉讼，否则即视为自动撤诉或不应诉。逾期不提出上诉和二审人民法院裁定驳回上诉维持原裁定的，原审人民法院应当继续本案的审理。当事人就原审人民法院有无管辖权问题提出再审的，不影响原审人民法院对案件的继续审理。

2.对指定管辖裁定有异议的，不适用管辖异议的规定。

## 第二节 一审、二审、审判监督与执行

### 一、一审

（一）调解

1.行政诉讼原则上不适用调解。《行政诉讼法》第60条规定，“人民法院审理行政案件不适用调解，但是行政赔偿、补偿以及行政机关行使法律法规规定的自由裁量权的案件可以调解。调解应当遵循自愿、合法原则，不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。”

2.调解结案和调解工作有区别。《行政诉讼法》虽然明确规定了行政案件不适用调解，但是对人民法院做调解工作还是允许的。不适用调解的原则指的是人民法院审理行政案件时不着重调解，也不能以调解为结案方式，并不排斥人民法院可以在裁判之前对双方当事人就客观事实与行政机关的执法情况做思想工作，这种工作的结果是使原有错误的一方认识错误。如果是相对人认识错误就要有相对人主动撤诉，如果是被告认识错误，就可由被告主动撤销行政处理决定。

3.有自由裁量权案件的调解。对于自由裁量权的监督，主要通过《行政诉讼法》规定的“滥用职权”“明显不当”等事由进行。在这种情况下，如果行政相对人对行政机关滥用职权或者明显不当等为由提起诉讼，且行政机关具有在一定幅度内作出行政行为的行政酌处权，即行政机关享有“裁量余地”或者享有“自由裁量权”的情形下，存在一定的调解余地。

（二）撤诉

1.人民法院裁定不准许原告撤诉，如果原告仍拒不到庭的，可以比照《行政诉讼法》第48条的规定缺席判决。

2.人民法院裁定准许原告撤诉，原告以同一事实和理由再起诉的，人民法院不予受理。

3.被告行政机关在第一审程序中改变其所做的行政行为，如果原告申请撤诉未获准许，或者原告不申请撤诉的，人民法院应继续审理被诉的原行政行为。

4.被告在一审判决前同原告达成赔偿协议，原告申请撤诉的，人民法院应当依法予以审查并裁定是否准许。

5.上诉人经合法传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理。

6.上诉人申请撤诉，人民法院裁定不予准许的，原告或上诉人经合法传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可而中途退庭的，人民法院可以缺席判决。

### 二、二审

### **（一）上诉和上诉的受理**

1.一审人民法院作出判决和裁定后，当事人均提起上诉的，上诉各方均为上诉人。

2.普通共同诉讼无论是共同原告还是共同被告，任何一人的上诉对其他当事人没有约束力。

3.必要共同诉讼必须合并审理。如果上诉后当事人的诉讼请求或者请求目的呈现同一性（例如甲乙共同殴打丙，甲乙均提起撤销之诉或均提起变更诉讼），即所谓不可分请求，其中一个人上诉的亦视为其他共同诉讼人上诉；反之，如果当事人的诉讼请求未呈现同一性的（例如甲乙共同殴打丙，甲提起撤销诉讼，乙却提起变更诉讼），即所谓可分请求，适用普通共同诉讼的规则。

4.在第二审程序中，作为当事人的法人或者其他组织分立的，人民法院可以直接将分立后的法人或者其他组织列为共同诉讼人；合并的，将合并后的法人或者其他组织列为当事人。不必将案件发回原审人民法院重审。

5.在上诉期间当事人因不可抗力事由或者其他正当事由耽误上诉期限的，在障碍消除的10日内可以申请顺延期限，是否准许由人民法院决定。对于必要共同诉讼的上诉期限，应当自最后收到判决书、裁定书的当事人收到判决书、裁定书之日起计算。

（二）上诉的审理

1.二审法院应当对案件进行全面审查，不受上诉人提起上诉范围的限制。

2.行政机关在二审程序中可以通过改变行政行为换得行政相对人谅解从而结案，法院越来越注重从解决行政纠纷的角度，保障上诉程序中当事人的诉讼权利。对于某些属于当事人可以处分的事项，在二审程序中应当尊重上诉人的意愿。但当事人即使处分了其他权利，也不能以危害行政行为合法性的方式实现。

3.二审案件以开庭审理为原则，以书面审理为例外。书面审理应当满足两个条件：

（1）经过阅卷、调查和询问当事人；

（2）当事人没有提出新的事实、证据或者理由。例如，对于一审裁定不服的案件、上诉请求明显不能成立的案件、事实清楚但是法律适用错误以及违反法定程序可能影响案件正确判决，需要发回重审的案件等。

4.无论是第一审、第二审还是再审期间，如果被告改变被诉行政行为，原告同意并申请撤诉，只要符合条件，人民法院均应准许。在行政机关改变行政行为后，上诉人撤诉的情形下，允许撤回上诉的裁定中载明的行政机关改变行政行为的主要内容和履行情况，上诉人基于此撤回上诉，实际上是一种变通的和解协议。

5.如果出现被告在一审程序中不依法提供相关证据材料，原审法院判决撤销，该被告在上诉时提交了全部的证据材料，二审法院应当维持原审的判决。

6.《行政诉讼法》对发回重审的情形作了限制，只有原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，第二审法院才能裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。其他严重违反法定程序的情形，包括对于审理本案的审判人员、书记员应当回避而未回避的、依法应当开庭审理而未经开庭即作出判决的、对于本案有关的诉讼请求未予裁判等，第二审法院亦可以裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

### 三、审判监督

1.审判监督程序与再审程序是一个问题的两个方面。前者主要是从监督人民法院生效裁判或者其他法律文书的角度而言，再审程序则是从包括人民法院在内的诉讼主体参与诉讼的角度而言。

2.一般来说，只有涉及社会公共利益以及他人重大的合法权益的行政案件，人民检察院才有发起再审程序的权力。

3.再审程序的诉讼标的只有一个，即当事人之间的权利义务关系。

4.不予受理的抗诉案件：

（1）同一检察院提出过抗诉的案件和最高人民法院司法解释中明确不使用抗诉程序处理的案件；

（2）人民检察院对人民法院就诉讼费负担的裁定提出抗诉；

（3）对于人民法院已经裁定再审的案件，人民检察院提出抗诉；

（4）人民检察院对于涉及解除婚姻关系或者其他人身关系的判决提出抗诉；

（5）对于未决案件中的先予执行裁定提出抗诉；

（6）人民检察院对执行程序中的裁定提出抗诉；

（7）人民检察院对人民法院再审裁定终结诉讼的案件；

（8）人民检察院对于中止诉讼的裁定提出抗诉；

（9）人民检察院对于诉前保全裁定提出抗诉；

（10）上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的民事、经济、刑事案件提出抗诉的，无论是同级人民法院再审，还是指令下级人民法院再审，作出维持原裁判的判决裁定后，原提出抗诉的人民检察院再次提出抗诉的。但原提出抗诉的人民检察院的上级人民检察院提出抗诉的，人民法院应当受理。

5.申诉与申请再审有区别。申诉是一种反映意见提供线索的权利，当事人提出的申诉并不直接引起再审程序。只是要求原审或者上级人民法院对生效裁判进行复查，实际上它只给法院对已经生效的裁判进行审查提供线索。一是两者的定位不同。当事人申请再审是一项诉讼权利，必须依照法定的程序进行。申诉是当事人依照《宪法》享有的民主权利在行政诉讼中的体现。二是当事人申请再审的时间有一定的限制，当事人申诉则没有时间的限制。三是当事人申请再审有严格的法定条件和次数，申诉者申诉则无任何条件和次数等。《行政诉讼法》规定的申诉制度的存在，实际上形成了申诉制度和申请再审制度并存的局面。

6.对于权利义务的继受人，是否具有提起再审申请的资格。参照刑事诉讼和民事诉讼的司法解释对继受人申请再审资格的规定，近亲属不服再审的第一审判决，可以向原审法院或其上一级法院提出申诉。原审法院收到近亲属的申诉后，可以直接处理，也可以商请上一级法院审查处理。上一级法院收到近亲属的申诉后，如果发现原判决确有错误，可以按审判监督程序提审，或者指令原审法院再审。如果已死亡当事人的近亲属对指令原审法院再审的判决仍不服，又提出申诉的，应由上一级法院直接处理。

7.申请再审的对象必须是生效的行政判决（终极裁判有时表现为两个判决，例如，维持原判的判决和原判决、二审判决和未上诉部分的一审判决）、裁定（除了不予受理、驳回起诉、撤回上诉外，还应当包括管辖权异议）以及行政赔偿调解书。

8.对于不符合再审条件的驳回法律文书，应当采用驳回再审申请的裁定，而不能用通知书驳回申请。

9.“一次再审、一次抗诉”的原则。人民法院基于抗诉或者检察建议作出再审判决裁定后，当事人申请再审的，人民法院不予立案。检察建议不同于抗诉，抗诉必然引起再审，检察建议不能直接引起再审。抗诉是“上抗下”，检察检议是“同级抗”。《行政诉讼法》有关抗诉和检察建议的内容与《民事诉讼法》的内容完全一致。

### 四、执行

（一）行政诉讼执行与行政诉讼生效裁判的执行

1.执行依据不仅包括《行政诉讼法》等法律及其司法解释，而且还包括《民事诉讼法》及其司法解释。对于债务人为达成公共任务不可缺少的物或者让与可能导致违反公共利益的物，不得强制执行。对于行政机关的强制执行，必须符合民事关于执行的一般原理，同时也要考虑行政机关执行公务需要。

2.行政机关在两种情形下，可以作为《行政诉讼法》意义上的执行机关。

（1）对于行政诉讼裁判的执行权。《行政诉讼法》第95条规定，公民、法人或者其他组织拒绝履行判决裁定的，行政机关可以依法强制执行。

（2）对于非诉行政行为的执行权。如果法律没有赋予行政机关强制执行权，必须由法院作为执行机关。如果法律赋予行政机关强制执行权，行政机关能否作为执行机关区别四种情况。

第一，法律规定由行政机关作最终裁决的行政行为，由于此种行为是一种不受司法监督的行政行为，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院不予执行。行政机关有强制执行权的，应当依照法律规定予以执行。

第二，公民、法人或者其他组织对行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行，法律法规规定应当由行政机关依法强制执行的，行政机关申请人民法院强制执行，行政机关为执行机关，人民法院不予执行。

第三，公民、法人或者其他组织对行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行，法律法规规定可以由行政机关依法强制执行，也可以申请人民法院强制执行的，行政机关申请人民法院强制执行，人民法院是执行机关。

第四，公民、法人或者其他组织对行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行，行政机关依法没有强制执行权，申请人民法院强制执行的，人民法院是执行机关。

3.根据《行政诉讼法》的规定，针对行政机关拒不履行法院裁判的强制措施，主要包括以下五项。

（1）对应当归还的罚款或者应当给付的款额，通知银行从该行政机关的账户内划拨。

（2）在规定期限内不履行的，从期满之日起，对被该行政机关负责人按日处50元至100元的罚款。

（3）将行政机关拒绝履行的情况予以公告。

（4）向监察机关或者该行政机关的上一级行政机关提出司法建议。接受司法建议的机关根据有关规定进行处理，并将处理情况告知人民法院。

（5）拒不履行判决、裁定、调解书，社会影响恶劣的，可以对该行政机关直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以拘留；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（6）在执行过程中也要注意对行政机关的必须的办公用品等不得强制执行。

4.对于某些专属于行政机关的强制执行权限（例如人身的强制执行），人民法院不能采取强制措施，只有相应的行政机关才拥有该项职权。对于非诉行政执行案件的强制措施，可以参照准用《民事诉讼法》规定的执行方式。

5.行政机关选择自身依法强制执行后，出现执行不通的情况，可以再次申请人民法院强制执行。例如，《征收排污费暂行办法》第7条规定，排污单位不论其隶属关系和所有制关系，都应当根据当地环境保护部门的缴费通知单向指定银行缴付排污费，逾期不缴的，每天增收滞纳金1‰。如果排污单位仍然拒不缴纳的，不允许行政机关再次申请人民法院强制执行，则难以保障判决、裁定或者行政行为的执行。

6.在行政诉讼中允许执行和解的范围：

（1）行政赔偿调解书；

（2）自愿放弃行政赔偿权利；

（3）行政补偿案件；

（4）行政协议案件；

（5）行政机关具有较大行政裁量权的案件；

（6）行政裁决案件。

（二）非诉行政执行

1.“在法定期限内不提起诉讼又不履行”的含义

（1）行政复议前置情形。由于提起行政诉讼必须以经过行政复议为前提，此时的法定起诉期限既包括了行政复议期限，也包括了法定起诉期限。对于行政复议机关决定不予受理或者受理后超过行政复议期限不作答复的，行政机关可以在行政相对人收到不予受理决定书之日起或者行政复议期满之日起，经过15天才能向人民法院申请强制执行。行政复议决定未告知行政相对人法定起诉期限的，适用《行诉法解释》第64条规定。

（2）行政复议和行政诉讼可选择情形

第一，一般来说，行政诉讼起诉期限要长于行政复议期限。除非法律另有规定，行政起诉期限是知道行政行为作出之后6个月，行政复议期限则是知道该行政行为之后60天。

第二，但是特殊的行政起诉期限有时短于行政复议期限，例如，《邮政法》《统计法》《环境保护法》中规定的起诉期限为15日。此时行政复议期限长于行政起诉期限，如果行政相对人在起诉期限内没有提起行政诉讼又不履行的，但仍然处在行政复议期限内的，人民法院不能受理行政机关强制执行其行政行为的申请。法定起诉期限既包括行政起诉期限，又包括行政复议期限。全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会《关于环保部门就环境行政处罚决定申请人民法院强制执行的期限有关问题的答复》明确规定，“如果当事人自接到环保部门的行政处罚通知之日起超过15天未起诉，超过60日未申请复议又不履行处罚决定的，做出处罚决定的环保部门即可申请人民法院强制执行。”最高人民法院《关于劳动行政部门作出责令用人单位支付劳动者工资报酬、经济补偿和赔偿金的劳动监察指令书是否属于可申请法院强制执行的行政行为》规定，“劳动行政部门作出责令用人单位支付劳动者工资报酬、经济补偿和赔偿金的行政处理决定书，当事人既不履行又不申请复议或者起诉的，劳动行政部门可以依法申请人民法院强制执行。”

2.行政机关对非诉行政行为的依法执行

（1）行政机关具有强制执行职权。

（2）行政相对人具有作出一定行为的义务。

（3）在紧急情况下，为维护国家利益和公共利益的强制执行。

（4）在没有法律规定和没有紧急情况下存在的情况下，强制执行作为最后的执行方法。

（5）行政相对人表示明确拒绝或者存在明显恶意。

3.人民法院对于非诉行政执行的管辖

（1）由申请人所在地基层人民法院受理执行。执行对象为不动产的，由不动产所在地的基层人民法院受理。

（2）中级人民法院管辖的案件范围：确认发明专利权的案件、海关处理的；行政行为是由国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府作出的；涉外或者涉及香港、澳门特别行政区、台湾地区的；有重大社会影响的；其他不宜由基层人民法院执行的。

4.申请执行的条件：申请执行的非诉行政行为符合法律规定，依法可以由人民法院执行，行政行为已经生效并具有可执行内容；申请人符合法律的规定；被申请人符合法律的规定；符合法定的申请期限；属于受理申请执行的人民法院管辖。

5.非诉行政执行的合法性审查

（1）事实根据

第一，审查非诉行政行为的证据是否充分可靠。既要审查非诉行政行为是否已经作出相应的行政行为是否有确凿充分的证据、是否存在证据来源不可靠、证据之间缺乏相应的关联和印证、主要证据不足、取证程序严重违法等情况。

第二，审查被执行人是否存在不申请行政复议、不提起行政诉讼又不履行的情况，即人民法院应当审查被执行人是否被告知行政行为的内容，以及是否交代行政诉讼权利或者行政复议权利、被执行人是否存在没有履行行政行为确定的义务等情况。

第三，审查行政相对人在法定期间内不起诉或者不提起行政复议的原因，行政相对人在法定期限不起诉或者不提起行政复议的原因是多方面的：有的是对于行政行为没有异议；有的是行政相对人对于行政行为存有异议，但是不知道起诉；行政相对人对行政行为存有异议，但是不敢告行政机关；行政相对人对行政行为存有异议，但具有客观情况或者其他意外事件不能如期向法院起诉。

（2）法律依据

第一，行政机关是否具有行政主体的资格。如果申请执行人不属于行政主体，例如行政机关内部的分支机构、派出机构等非适格的申请执行人，对于行政机关的委托人应当提供相应的委托授权等证明文件。

第二，行政机关是否具有法律法规授权的强制执行权。主要审查行政机关是否具有法律法规授予的专有的强制执行权。审查行政机关的强制执行权，是否为法律法规所授予。如果属于法律法规以下的规范性文件所授予的，应当审查是否具有上位法的依据。

第三，行政机关适用法律法规是否正确。在适用法律法规方面可以按照《座谈会纪要》所确定的原则和规则进行审查。

第四，审查是否存在超越职权或者滥用职权的情形，即审查行政机关的行政行为是否在法律法规授予的职权范围之内、行政机关是否存在着反复无常、同样情况不同对待、不同情况同等对待等情况。

第五，审查申请强制执行的行政行为，是否属于本院管辖。

（3）其他涉及被执行人合法权益的事项。

第一，审查被申请执行的行政行为，是否已经对行政相对人发生效力。

第二，审查被申请执行人是否为行政行为所确定的行政相对人。

第三，审查被申请执行人的合法权益是否受到了行政行为的影响。

第四，审查被申请执行人是否对于行政行为提出过质疑。

第五，审查被申请执行人在行政程序中是否受到公平对待。

第六，审查行政相对人不履行政行为确定的行政义务的理由。如果行政相对人有理由，行政机关又未作出必要的答复，或者行政相对人所提理由正当，但是行政机关完全无视行政相对人所提正当理由的，人民法院可以考虑不予执行，但是行政相对人毫无理由，或者虽然有理由，但是不正当，行政机关已经给予明确答复，行政相对人不执行也不起诉，人民法院可以采取强制执行措施。

6.对于非诉行政执行行为的司法救济

对于裁定准予执行或者不予执行的具有救济途径。根据最高人民法院有关批复精神，公民、法人或者其他组织认为人民法院强制执行生效的行政行为违法，侵犯其合法权益，向人民法院提出申诉，人民法院可以作出申诉进行审查。

（1）如果被执行人的申诉是针对行政行为内容的，人民法院不应当受理，应当告知其向行政机关提出申诉。

（2）如果被执行人的申诉是针对人民法院的执行行为的，例如控告执行人员滥用职权、扩大执行范围、执行对象错误等，人民法院应当受理。

（3）如果发现执行行为确有错误的，应当通过执行回转等方式予以纠正。

（4）如果行政相对人对行政机关的强制执行行为本身不服，相对人可以对依据有效的行政行为作出的强制执行提起诉讼，对执行程序是否违法提出异议。

（5）对于执行错误的国家赔偿问题。执行错误的原因有的是由于行政机关非诉行政行为本身造成的，有的是由于人民法院执行行为造成的。对于执行错误的国家赔偿问题应当根据执行错误的基础原因来确定。《最高人民法院对当事人对人民法院强制执行生效行政行为的案件提出申诉，人民法院应如何受理和处理的请示的答复》规定，公民、法人和其他组织认为人民法院强制执行生效的行政行为违法，侵犯其合法权益，向人民法院提出申诉，人民法院可以作为申诉进行审查。人民法院的全部执行活动合法而生效行政行为违法的，应转送作出行政行为的行政机关依法处理并通知申诉人同该行政机关直接联系。人民法院采取的强制措施等违法造成损害的，应依照《国家赔偿法》的有关规定办理。

## 第三节 中止审理程序与规范性文件附带审查程序

### 一、中止审理程序中中止审理的法定情形

1. 原告死亡需等待其近亲属表明是否参加诉讼。
2. 原告丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人。
3. 作为一方当事人的行政机关、法人或者其他组织终止尚未确定权利义务承受人。
4. 一方当事人因不可抗力的事由不能参加诉讼。
5. 案件涉及法律适用问题需要送请有权机关作出解释或者确认。
6. 案件的审判需以相关民事、刑事或者其他行政案件的审理结果为依据且相关案件尚未审结。
7. 其他应当中止诉讼的情形。例如，如果发现裁判文书或者裁决文书认定的事实有重大问题的，应当中止诉讼，通过法定程序予以纠正后，恢复诉讼。

### 二、规范性文件附带审查程序

#### （一）其他规范性文件的范围和涵义

《行政诉讼法》第53条规定，公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法，在对行政行为提起诉讼时，可以一并请求对该规范性文件进行审查。“规范性文件”是指规章以下的其他规范性文件。

《座谈会纪要》明确规定，“其他规范性文件”是指有关部门为指导法律执行或者实施行政措施而作出的具体应用解释和制定的规范性文件。

其他规范性文件的范围有三类：

1.具有普遍约束力的决定、决议、命令和指示。

（1）国务院各部门根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限内，发布的具有普遍约束力的命令和指示。

（2）县级以上地方各级人民政府依照法律的规定的权限规定的行政措施、发布的具有普遍约束力的决议和命令。

（3）县级以上地方各级人民政府工作部门发布的具有普遍约束力的决定和命令。

（4）乡镇人民政府发布的具有普遍约束力的决定和命令。

2.行政解释。国务院部门以及省市自治区和较大的市的人民政府或者主管部门，对于具体应用法律法规或规章作出的解释。

3.其他规范性文件。县级以上人民政府及其主管部门发布的具有普遍约束力的其他规范性文件。

#### （二）其他规范性文件的附带审查

《行政诉讼法》第64条规定，“人民法院在审理行政案件中，经审查认为本法第五十三条规定的规范性文件不合法的，不作为认定行政行为合法的依据，并向制定机关提出处理建议。”

1.人民法院应当对规范性文件的合法性进行审查并在裁判理由中予以阐明。人民法院经审查认为被诉行政行为依据的规范性文件合法有效合理适当，在认定行政行为合法时，应当承认其效力，并且在裁判文书中引用，同时人民法院在裁判理由中对规范性文件是否合法、有效、合理、适当等进行评述。评述是指是否存在违法、无效、失效、不合理、不适当的情形。

2.裁定驳回起诉的裁定书不需要对规范性文件的合法性表态。人民法院对行政诉讼案件裁定驳回起诉的，由于该案并未进一步实体审查，而且对规范性文件的审查为附带性审查。因此，裁定驳回起诉的裁定书不需要对规范性文件的合法性表态。

3.规范性文件审查意见错误的处理。行政诉讼案件进入第二审程序的，上级法院发现下级法院对规范性文件的审查意见错误，可以进行纠正。上级法院应在裁判文书中予以说明，但下级法院对行政行为的处理结果正确，规范性文件审查存在错误的，因其属于附带审查，对行政诉讼案件无需改判。

4.规范性文件不合法确认的效力。不作为认定被诉行政行为合法的依据。相关条款的合法性、有效性、合理性等得到了确认，在今后类似的案件中具有一定的预决效力。

5.规范性文件不合法的处理。应当向制定机关提出处理建议，并将处理情况告知人民法院。

6.一并审查的提出时间。应当在一审程序中提出规范性文件一并审查请求，公民，法人或者其他组织在第二审程序、审判监督程序提出，人民法院不予准许。

# 第四章 证据的收集、提供与审查

司法实践中由于法律法规与司法解释没有对提供证据提出具体要求，当事人提供的证据往往存在提交证据形式不符、材料不全等问题。实际上，对不同证据种类的基本要求可以概括以下几个方面：对证据形式的要求、对某些特殊证据的特殊要求、提出证据的时间要求和证据的交接要求。

## 第一节 证据的收集与提供

### 一、对证据形式的要求

#### （一）书证

1.一般来说，当事人应当提供书证的原件（原本、正本和副本）；

2.特殊情况下，当事人提供书证的原件有正当理由（书证原件唯一、原件由第三方持有、原件珍贵可能造成损害），可以提供经核对无误或者经核对无异的复制件、复印件、扫描件、照片、节录本、抄录本；

3.对报表、图纸、会计帐册、专业技术资料、科技文献等涉及专业技术的书证的，当事人应当对该书证进行必要的说明，以排除与案件无关的专业信息，使法官能够更加准确的掌握案件事实；

4.被告提供的被诉行政行为所依据的询问、陈述、谈话类笔录，应当由行政执法人员、被询问人、陈述人、谈话人签名或者盖章；

5.如果法律、法规、司法解释和规章，对书证的制作形式另有规定，有明确要求，优先适用该规定。

#### （二）物证

1.原则上应当向法院提供原物；

2.如果物证物品数量较多，体积较大，保存条件要求特殊的，可以提供原物的复制品或原物的一部分；

（1）提供大型的运输工具、高度危险的化学物品、固定于特定位置的不动产、动植物等原物存在较大困难，提供原物的照片、录像、仿制品等复制件；

（2）违法运输的煤炭、违法制造的假化肥假农药等数量较多的种类物，只提供其中的一部分。

#### （三）视听资料

1.一般来讲，对于视听资料应当提供有关资料的原始载体（录音、录像、计算机存储的资料等信息载体的正本）；

2.存在原始载体已经灭失或者不能通过正常程序取得的客观困难，可以提供复制件；

3.提供的视听资料必须注明制作方法、制作时间、制作人和证明对象；

4.仅有声音的视听资料应当作文字说明。如果该声音无须进行文字表述或者无法用文字表述的如哭声、喊叫声等，无需作文字说明。

#### （四）证人证言

1.写明证人的姓名、年龄、性别、职业、住址等基本情况；

2.证人的签名；

3.注明出具日期；

4.附有居民身份证复印件。

#### （五）鉴定意见

1.载明委托人和委托鉴定的事项；

2.向鉴定部门提交的相关材料；

3.鉴定的依据和使用的科学技术手段；

4.鉴定部门和鉴定人鉴定资格的说明，并应有鉴定人的签名和鉴定部门的盖章；

5.通过分析获得的鉴定意见，应当说明分析过程。

#### （六）现场笔录

1.被告向人民法院提供的现场笔录应当载明时间、地点和事件等内容；

2.注意现场笔录的程序性。现场笔录必须由执法人员和当事人签名。当事人拒绝签名或者不能签名的应当注明原因。有其他人在现场的，可由其他人签名；

3.法律法规和规章对现场笔录的制作形式另有规定的，从其规定。

#### （七）电子数据

1.根据《公安机关办理行政案件程序规定》第32条规定，电子数据的收集规则如下：

（1）扣押原始存储介质。收集电子数据，能够扣押电子数据原始存储介质的，应当扣押。

（2）提取电子数据。无法扣押原始存储介质的，可以提取电子数据。提取电子数据，应当制作笔录，并附电子数据清单，由办案人民警察、电子数据持有人签名。持有人无法或者拒绝签名的，应当在笔录中注明。

（3）打印、拍照或者录像等方式固定相关证据。由于客观原因无法或者不宜依照前两款规定收集电子数据的，可以采取打印、拍照或者录像等方式固定相关证据，并附有关原因、过程等情况的文字说明，由办案人民警察、电子数据持有人签名。持有人无法或者拒绝签名的，应当注明情况。

2.《关于审理证券行政处罚案件证据若干问题的座谈会纪要》

（1）提取电子数据原始载体或者提取确有困难的，可以提供电子数据复制件，但必须附有不能或者难以提取载体的原因、复制过程以及原始载体存放地点或者电子数据网络地址的说明，并由复制件制作人和原始电子数据持有人签名或者盖章，或者以公证等其他有效形式证明电子数据与原始载体的一致性和完整性。

（2）收集电子数据应当依法制作笔录，详细记载取证的参与人员、技术方法、步骤和过程，记录收集对象的事项名称、内容、规格、类别以及时间、地点等，或者将收集电子数据的过程拍照或录相。

（3）收集的电子数据应当使用光盘或者其他数字存储介质备份，监管机构为取证人时，应当妥善保存至少一份封存状态的电子数据备份件，并随案移送，以被法庭质证和认证使用。

（4）提供通过技术手段恢复或破解的与案件有关的光盘或者其他数字存储介质、电子设备中被删除的数据、隐藏或者加密的电子数据，必须附有恢复或破解对象、过程、方法和结果的专业说明。对方当事人对该专业说明持异议，并且有证据表明上述方式获取的电子数据存在篡改、剪裁、删除和添加等不真实的情况的，可以向人民法院申请鉴定，而人民法院应予准许。

3.《民事诉讼证据规定》

（1）电子数据的分类

内容数据，指与案件有关的文档、图片、图像等电子数据；衍生数据，指对内容数据进行操作时，计算机自动生成的有关操作行为的数据；环境数据，指数据的生成、增加、删除、修改、传输所依赖的软硬件环境；通信数据，是指在利用网络传输数据时生成的关于通信的数据。

（2）电子数据的范围

网络平台发布的信息；网络应用服务的通信信息；注册信息、交易记录等痕迹信息；文档、音频、视频等电子文件；其他以数字化形式存储、处理、传输的能够证明案件事实的信息。

（3）电子数据审查判断规则

电子数据的完整性、可靠性需要遵循无损性原则、专业性原则和完整性原则；电子数据的生成、存储、传输所依赖的计算机系统的硬件、软件环境是否完整、可靠；是否处于正常运行状态；如处于非正常状态下的影响程度，是否具备有效的防止出错的监测、核查手段；是否被完整地保存、传输、提取；相关搜集的方法是否可靠，相关搜集的主体是否适当等；在有必要时，可以通过鉴定、勘验的方法，辅助法官形成心证；明确了电子数据推定真实的规则。结合电子数据形成、保存、传输、提取的一般方式，以下电子数据，除有足以反驳的相反证据外，人民法院可以推定其为真实：由当事人提交和保管的于己不利的电子数据；由记录和保存电子数据的中立第三方平台提供或者确认的电子数据；在正常业务活动中形成的电子数据；以档案管理方式保管的电子数据；以当事人约定的方式保存、传输、提取的电子数据。

### 二、对某些特殊证据的特殊要求

#### （一）域外证据

1.对于中华人民共和国领域外的证据应当满足的要求

（1）当事人向人民法院提供的在中华人民共和国领域外形成的证据，应当说明来源。即要说明证据来源地、证据是否受到影响、证据形成、收集和提供的基本情况。

（2）经所在国公证机关证明并经中华人民共和国驻该国使领馆认证或者履行中华人民共和国与证据所在国订立的有关条约中规定的证明手续。对于域外证据，不能认为只要原告一方是外国人或者外国组织就要履行上述认证手续。只有证据是在域外形成的，才履行上述认证手续。

（3）与我国尚未建立外交关系的国家形成的证据如何提供。参照《民事诉讼法》第59条第3款的规定，由当地爱国华侨团体予以证明。

2.对于在港澳台地区形成的证据的要求

（1）对于在香港、澳门地区形成的证据，需要办理的证明手续。驻港澳的机构（包括新华社香港分社、澳门分社等单位）的工作人员，由他们所在机构出具证明；香港港九工会联合会、澳门工会联合会等社会团体的成员，由他们所在团体出具证明；内地驻港澳机构为其工作人员出具的婚姻证明、港澳有关社会团体为其会员出具的婚姻证明，在内地使用时，自该证明签发之日起三个月内有效；我内地驻澳机构的职工由其机构出具证明；澳门工会联合总会、中华教育会、中华总商会街坊会联合总会等四个团体可为本社团工作人员出具有关证明；婚姻状况证明可由澳门司法事务室下属民事登记局出具《结婚登记证明书》；中国法律服务（澳门）有限公司成立后，对于发生在澳门地区的有法律意义的事实和文书的证明，经中国法律（澳门）有限公司和澳门司法事务室下属的四个民事登记局出具公证证明，即具有证明力；香港居民可由我国司法部门委托的香港律师办理证明。

（2）对于在台湾地区形成的证据需要办理的手续。根据两岸签署的《两岸公证书使用查证协议》和司法部《两岸公证书使用查证协议实施办法》，大陆与台湾公证机构作出的公证书应当同时将副本递送对方，并可就有关事项相互协作查证；联系的主体双方分别是中国公证员协会或有关省、自治区、直辖市公证员协会与台湾海峡交流基金会；应寄送的公证书副本包括涉及继承、收养、婚姻、出生、死亡、委托、学历、定居、抚养亲属及财产权利证明等10项公证书副本。目前《两岸公证书使用查证协议》是两岸关于查证的唯一的协议，通过公证方式查证仍然是唯一的证明途径。

#### （二）外文书证和外国语视频资料

1.对于外文书证和外国语视听资料应当附有翻译资质的机构翻译的或者其他翻译准确的中文译本。由翻译机构盖章或者翻译人员签名。

2.参照《关于驻外使、领馆中国公民申请人民法院承认外国法院离婚判决时进行公证认证的有关规定》，经证明无误的中文译本可经如下途径证明：

（1）外国公证机构公证、外交部或外交部授权机构认证及我驻外使领馆认证；

（2）驻外使领馆直接认证；

（3）国内公证机关公证。

#### （三）涉密证据

1.涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据，提供人应当作出明确标注并向法庭说明。

2.行政机关对于属于国家秘密的事项，必须提供合理的理由，法院才能认可。

### 三、提交证据的要求和证据的交接要求

#### （一）提交证据的要求

1.分类编号

当事人应当就其诉讼请求对准备提交的证据材料进行分类，凡属于证明一个诉讼主张的应当归为一类，并且就每一证据材料按照时间顺序或者主次关系进行编号。

2.简要说明

当事人应当对证据材料的来源、证明对象和内容作简要说明。证据材料的来源是指证据材料的所在、出处，证据材料属于第一手还是第二手等；证明对象一般是行政行为的合法性、原告受损的事实以及程序性事实等；证据材料的内容应当按照不同证据种类的情况做说明，如书证应当说明书证包含的内容，物证应当说明其外观特征等。

3.签名盖章

当事人应当在每一份证据材料上签名或者盖章。行政机关应当在证据材料上加盖单位印章。

4.注明年月日

#### （二）证据的交接要求

为了避免产生是否收到证据材料、是否完整等争议，要求法院收到提交的证据材料后出具收据，注明证据的名称、份数、页数、件数、种类等以及收到的时间，由经办人员签名或者盖章。

### 四、举证责任的范围与分配

#### （一）规范性文件

被告的举证范围不包括规范性文件，但是提供规范性文件是行政机关证明其行政行为合法性的必要手段和诉讼义务。

#### （二）行政不作为

1.拒绝类不作为案件

对于拒绝的不作为案件实行和作为类案件同样的标准。也就是说对于拒绝行为的合法性应当由行政机关来承担，原告不承担。

2.不予答复类不作为案件

（1）依职权

被告对其不作为的合法性应当由行政机关来承担。

（2）依申请

第一，对于提出申请的事项应当由原告承担举证责任。

第二，由于行政机关受理申请的登记制度不完备等正当事由不能提供相关证据材料，并能够做出合理说明的，由被告承担举证责任。

第三，对于依申请的不作为行为的合法性，一般应当由行政机关的证明。

第四，如果行政机关对与已申请的事项未予答复，视为拒绝，行政机关应当承担举证责任，证明其不作为的合法性。此时无论如何行政机关也不能证明其不作为是合法的，因为不予答复本身违反了答复义务或者履行法定职责的义务合法性，举证责任必然不能完成。

第五，以不同阶段的形成程序而言，如果行政机关在接受申请的过程中，已经经历了若干的作为阶段，则对于申请是否符合法定标准，不作为行为的合法性等均负举证责任。

## 第二节 证据的审查

庭审中应当从五个角度进行质证来判断证据材料的证明能力和证明力。一是围绕证据的三性，即关联性、合法性、客观性；二是根据证据学理分类；三是根据《行政诉讼法》证据的法定分类；四是根据证明效力的大小；五是根据行政诉讼的证明标准。

任何事物都有质、量、度，行政诉讼证据也不例外。证据的“三性”属于行政诉讼证据的质。证明效力的大小属于行政诉讼证据的量。行政诉讼的证明标准则是行政诉讼证据的度。在行政诉讼办案过程中，我们要注意把握行政诉讼证据的质、量、度。

审查关联性、合法性、客观性的顺序。如果不具有关联性，对合法性和客观性不再考虑；合法性是对证据正当性的判断，即使证据是真实的，也应当予以排除；如果具有合法性，再进一步审查是否具有客观性。

### 一、从证据的关联性、合法性、客观性的角度来判断

#### （一）区分一般诉讼证据和可定案证据

证据是指通过法定的诉讼程序，由司法机关基于特定的证明目的使用的，并能够反映案件事实的材料或者手段。就材料而言，是指书证、物证和视听资料等证据形式，手段则是与物证相对应的人证或者言词证据的表现形式。证据的外在表现通常是证据材料，内在表现则是证据事实。证据是形式和内容的统一。证据区分为一般诉讼证据和可定案证据，一般诉讼证据就是指《行政诉讼法》规定的与案件事实有一定联系的各种材料和事实。可定案诉讼证据，这是指能够证明诉讼案件情况的一切事实。证据不一定具有客观真实的属性，那么运用证据的主体，也不必限定为审查判断证据三性，审判主体可以扩展到所有的诉讼主体，甚至是行政程序中的所有主体。

#### （二）明确成为可定案证据条件

证据的真实性、关联性、合法性，三者之间存在着内在的逻辑性和统一性，三者相互区别、相互依存、相互渗透，缺一不可。

证据的客观性是指证据事实本身是客观真实的，不是主观臆断的。证据的关联性，是指证据事实与待证事实之间具有客观关联性，并且具有证明力。证据的合法性，是指对于该证据的来源、形式、审查判断等是合法的。客观性反映的是证据的实质内容，证据的关联性反映的是证据的本质属性，合法性反映的是法律对于证据的允许度和可得性。一个证据材料，只有三性具备，才能作为定案证据。

1.客观性

作为行政诉讼证据，必须是在争议的行政法律关系发生变更终止过程中形成的，必须客观真实的反映记载案件的事实。这些事实必须客观存在，而非主观臆断或凭空想象。对于行政诉讼证据的客观性，最为关键的是保证证据材料来源于案件发生之时，对于案件发生之后的证据材料并不能证实案件发生当时的情况，也就不具有客观性。行政诉讼被告在诉讼中收集的证据已经不能反映案件发生当时的客观事实，因此不具有客观性。

2.关联性

不管是何种联系，只要证据反映了一定的事实情节，能够证明行政案件中待证事实的一部分或全部，该证据便有了关联性。证据的关联性，是证明力的基础和根据。

（1）关联性的内容。关联性必须对案件事实具有实质意义，具有证明性。对于是否存在实质意义，一般从四个方面来判断：第一，证据能够证明何种事实；第二，此事实对于解决案件争议问题有何作用；第三，法律是否存在对关联性的具体要求等；第四，科学技术的发展使证据材料对案件的真实性可能产生关联性。

（2）关联性的具体形式。第一，体现因果关系、条件上的联系、时间上的联系、程序上的联系、空间上的联系、必然性的联系、偶然性的联系；第二，体现为肯定事实方面的联系、否定事实方面的联系；第三，直接证明的联系、间接证明的联系等各方面的联系。

3.合法性

证据的合法性要求通常包括三个方面的内容。

（1）证据的收集、调查必须符合法律规定的程序，不依法定程序取得的证据，不得作为定案的证据。《行政诉讼法》对法院、当事人、代理人收集或提供证据的权利和义务方法途径等做了明确的规定。在诉讼过程中被告及其代理人不得自行向原告、第三人和证人收集证据。人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。根据上述规定，人民法院可以以当事人的申请或依职权勘验现场。勘验现场时，勘验人必须出示人民法院的证件，并邀请当地基层组织或者当事人所在单位派人参加。当事人或其成年家属应当到场，拒不到场的不影响勘验的进行，但应当在勘验笔录中说明情况。

（2）某些事实必须具有法律所要求的特定形式，不具有此种特定形式，不能作为可定案证据。当事人向人民法院提供证人证言的，应当符合下列要求：写明证人的姓名、年龄、性别、职业、住址的基本情况，有证人的签名，不能签名的，应当以盖章等方式证明。注明出具日期。附有居民身份证复印件等证明证人身份的文件。

（3）证据必须经法定程序查证属实，才能作为定案证据。以下证据均不能作为认定被诉行政行为合法的依据：被告及其诉讼代理人在作出行政行为后或者在诉讼程序中自行收集的证据；被告在行政程序中非法剥夺公民、法人或者其他组织依法享有的陈述、申辩或者听证权利所采用的证据；原告或第三人在诉讼程序中提供的，被告在行政程序中未作为行政行为依据的证据。

### 二、根据证据的学理分类来判断

#### （一）区别原始证据与传来证据

区别的标准在于是否经过信息传播的中间环节，没有经过信息传播的中间环节就是原始证据，否则的话是传来证据。原始证据由于没有经过中间环节，直接来自证据信息来源，与案件事实所在的信息来源距离最近，证据的可靠性最强。反之，传来证据由于距离证据信息来源较远，其证明力较小，可靠性较弱。一般来说，原始证据的证明价值大于传来证据。在行政诉讼中应当尽量地提供和运用原始证据，对于传来证据，应当注明来源和出处。

#### （二）区别直接证据与间接证据

所谓直接证据是指能够直接、单独证明案件中主要待证事实的证据。所谓间接证据是指不能直接、单独证明案件中的待证事实，必须与其他证据结合起来进行推论，才能证明的证据。直接证据的优点是证明方法简单，无须经过复杂的推理过程，其缺点是由于大多数的直接证据是言词证据，在真实性方面较弱，同时直接证据数量较少，收集比较困难。因此，对直接证据应当把审查的重点放在真实性方面。

常见的直接证据有：

1.当事人陈述。由于当事人一般是事件的参与者、参与者、经历者，其陈述大多能够证明案件的主要待证事实，是最常见的直接证据。当事人的陈述必须能够证明主要的待证事实，才能作为直接证据。例如，行政机关只是陈述了被扣押物品的数量和种类，没有说明其行政行为的合法性，不能作为直接证据。

2.能够证明案件主要待证事实的证人证言。

3.能够证明案件主要事实的书证。

4.能够证明案件主要事实的视听资料。

常见的间接证据一般包括物证、勘验笔录、鉴定结论等。实践证明，间接证据在诉讼中具有重要的作用。间接证据数量大、范围广；能够证明待证事实的各个环节或者事实要素；间接证据可以鉴别直接证据的真伪；间接证据是发现直接证据的重要途径；若干间接证据的证明力，有时超过直接证据的证明力；间接证据的优点在于证据的真实性较强如物证。缺点在于只能证明主要待证事实的情节或者片段，并且推理过程相对复杂和困难。即使掌握了直接证据，在具体的案件中既离不开直接证据，也离不开间接证据，即使掌握了直接证据，对于间接证据也要尽可能多，尽可能充分的收集。只有充分发挥各自的优势，克服各自的弱势，优势互补，相互印证，才能构成严密的、确实的、充分的证明体系。

#### （三）区别主要证据和补强证据

主要证据是指证明案件主要争议事实存在与否的证据。《行政诉讼法》规定，对于主要证据不足的，法院可以判决撤销。主要证据有两个主要特点。一是主要证据是证明主要待证事实的存在的。在行政诉讼中主要待证事实是行政行为的合法性、行政主体资格、行政职权的管辖和权限等等待证事实，均属于主要的待证事实。如果证据不能就主要的待证事实提供证明，就不是主要证据。二是主要证据需要补强证据予以补充和印证。主要证据大多属于受主观意志影响较大的言词证据，真实性存在不确定，需要其他证据的证明力予以补强。也就是说，主要证据未经补强不能作为认定案件事实的根据。补强证据是指证明案件主要争议事实以外的其他事实的证据。补强证据不能证明案件事实的主要事实，但是可以用来考证主要证据的可靠性，增强或者担保主要证据的证明力。根据补强证据规则进行质证。《行政诉讼证据规定》第71条规定，下列证据不能单独作为定案依据：未成年人所做的与其年龄和智力状况不相适应的证言；与一方当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的对该当事人有利的证言，或者与一方当事人有不利关系的证人所作的对该当事人不利的证言；应当出庭作证而无正当理由不出庭作证的证人证言；难以识别是否经过修改的视听资料；无法与原件、原物核对的复制件或者复制品；经一方当事人或者他人改动，对方当事人不予认可的证据材料；其他不能单独作为定案依据的证据材料。

#### （四）区分本证与反证

本证是指一方当事人主张某种事实，并提出该事实存在的证据。在司法实践中，凡是支持一方当事人的事实主张能够成立，证明该主张之事实存在的证据就是本证。在行政诉讼中，被告对于被诉行政行为合法性承担举证责任，被告提出的证明行政行为合法主张的证据就属于本证。原告为证明被告行政行为不合法的事实的主张所提供的证据，则属于反证。对于本证的事实，当事人一方提出的本证必须明显大于另一方的反证，才能完成举证责任。

反证是指当事人一方否定对方当事人所主张的事实而提出的证据。

通过对本证和反证的识别，有利于使案件事实在对抗中得到澄清，有利于法官全面了解诉讼当事人的事实主张和证据情况，防止偏听偏信。本证的证明力必须明显大于反证的证明力，才能完成举证责任，否则，应当承担举证不能的后果。在司法实践中，对于本证和反证，都应当引起重视并认真地进行审查核实。

此外，还应当区分实体证据与程序证据、区分无效证据与可定案证据。

### 三、根据《行政诉讼法》证据的法定分类来判断

#### （一）书证

行政诉讼中的书证具有案卷性。此处的案卷是指行政案卷。根据行政法的案卷排他性原则，行政机关应当提供其在行政程序中的案卷材料。行政机关在行政程序之外或者在诉讼中取得的书证，一般不能作为行政诉讼中的书证使用，同样行政相对人在诉讼中提出在行政程序中没有提出的书证，亦不得作为书证使用。

1.区分公文书证和私文书证

公文书证是指国家机关或者公共职能部门在其职权范围内制作的文书。私文书证是指公民、法人或者其他组织在司法领域内制作的各种文书。此外国家机关或者公共职能部门制作的非属于其职权范围的文书应属于私文书证。根据我国有关的司法解释，国家机关以及其他职能部门依职权制作的公文文书优于其他书证，如果公文书证构成了被诉行政行为的一部分，则此公文书证的证明力应当由法院通过合法性审查予以确定，不能一概认为公文书证的证明力一概大于私文书证。

2.区分一般书证和特殊书证

特殊书证是指法律法规对相关书证的形式、规格、格式、程序等方面作了专门规定的书证，反之，法律法规没有做专门规定的书证作为一般书证。特殊书证必须具备特定形式或者履行特定的法律程序。因此，一般书证的审查要点在于其意思表示是否真实。特殊诉讼的审查要点在于是否具备法律法规规定的形式要件。

3.处分性书证和事实性书证

处分性书证是指根据书证所记载或者表述的内容，具有处分法律关系，并可以导致一定的法律后果或者制作目的在于产生、变更、消灭一定的法律关系的书证。处分性书证由于对于涉及的行政法律关系具有直接性，一般来说可以作为确定特定法律行为，证据具有较强的证明力。事实性书证是指根据其所记载或者表述的内容，以记录或者描述已经发生的或者认知的具有法律意义的事实的书证。事实性书证由于对行政法律关系的证明具有间接性和不确定性，其内容是否可信，尚需经过审查判断，在证明力上也弱于处分性书证。一般来说，处分性书证属于直接证据的范畴，事实性书证则属于间接证据的范畴。

4.区分原本、正本、副本、节录本、影印本、译本

原本与其他文本相比较，原本的证明力效力最高。正本在内容上与原本完全相同，并且与原本的法律效力等同。副本是依照原本抄录印制，但是不具有正本效力的书证。副本通常应当加盖与正本核对无异的印鉴。副本和正本的证明效力之间没有直接的联系，因为两者制作的目的、收存对象和发与对象均不相同，不能得出正本优于副本的结论。节录本一般是书证制作人根据自己的主观偏好加以摘要形成的，因此，难以全面客观地反映原本的真实内容。如果在诉讼中对其内容提出质疑，节录本提供人应当提供原本书证，否则将影响其证明效力。

#### （二）物证

大多数的物证需要同其他证据相结合，才能证明主要的待证事实。物证一般需要经过科学的判断和推理，并和其他证据结合起来，才能正确认定。

1.区分实体物证、痕迹物证和微量物证。实体物证一般可以通过辨认来确定其与案件事实之间的联系。痕迹物证则一般需要采用相应的技术和材料设备鉴定后才能确定。微量物物证一般需要经过检验技术的确认，类似于痕迹物证。

2.区分外表特征物证、内部成分物证、习性特征物证和味觉特征物证。

#### （三）视听资料

要注意视听资料是否已经被复制、篡改、伪造，是否已经遗失重要相关信息等，在对视听资料的真实性进行判断时，必须注意其可能存在的缺陷。在行政诉讼过程中，如果对视听资料提出异议并有合理理由的，应当进行鉴定。

#### （四）电子数据

电子数据具有易删改性，在储存、传输、复制过程中容易遭到删改破坏，从而损害电子数据的完整性和可靠性，而删改、损坏电子数据的行为具有隐蔽性和技术性，不易被察觉，需要补强证据，对其证明力予以补强。

下列电子证据可以视为具有可采性：通过质证双方当事人均认可的电子证据；有证据证明计算机系统在关键时刻处于正常状态时产生的证据；附有电子签名的电子书证或者有其他安全保障的电子数据；有适格证人通过具结证明等方式证明电子数据难以篡改或者具有真实性；适格鉴定机构经鉴定认为未遭篡改的电子证据等。

经过公证机关公证的电子数据的证明力，具有较高的证明力；有专家出具的鉴定意见的电子数据具有较高的证明力；有官方的核证认证程序产生的电子数据，具有较高的证明力；使用适格的认证机构证书进行电子签名的电子证据，具有较高的证明力；不利方保存的电子数据的证明力大于中立第三方保存的电子数据。

#### （五）区分证人证言、当事人陈述、鉴定意见、勘验笔录、现场笔录

辨认笔录、审判笔录、计算机或者通过其他高科技方式产生的证据、专家证人证言，均属于证据形式。在行政诉讼中规范性文件不予视为证据。规范性文件是否有效，不能以证据规则加以判断，也不能因为行政机关不提供有关规范性文件而无视其存在。

### 四、从证明效力大小的角度来判断

判断证明效力的大小的主要依据是《行政诉讼证据规定》第63条和71条。

《行政诉讼证据规定》第63条规定：证明同一事实的数个证据，其证明效力一般可以按照下列情形分别认定：（一）国家机关以及其他职能部门依职权制作的公文文书优于其他书证；（二）鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料以及经过公证或者登记的书证优于其他书证、视听资料和证人证言；（三）原件、原物优于复制件、复制品；（四）法定鉴定部门的鉴定结论优于其他鉴定部门的鉴定结论；（五）法庭主持勘验所制作的勘验笔录优于其他部门主持勘验所制作的勘验笔录；（六）原始证据优于传来证据；（七）其他证人证言优于与当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人提供的对该当事人有利的证言；（八）出庭作证的证人证言优于未出庭作证的证人证言；（九）数个种类不同、内容一致的证据优于一个孤立的证据。

第71条规定，下列证据不能单独作为定案依据：（一）未成年人所作的与其年龄和智力状况不相适应的证言；（二）与一方当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的对该当事人有利的证言，或者与一方当事人有不利关系的证人所作的对该当事人不利的证言；（三）应当出庭作证而无正当理由不出庭作证的证人证言；（四）难以识别是否经过修改的视听资料；（五）无法与原件、原物核对的复制件或者复制品；（六）经一方当事人或者他人改动，对方当事人不予认可的证据材料；（七）其他不能单独作为定案依据的证据材料。

### 五、从是否达到行政诉讼证明标准来判断

#### （一）优势证明标准

对简易程序案件、轻微的行政处罚、行政裁决、告知等行政行为应采用优势证明标准。

#### （二）排除合理怀疑的证明标准

被限制人身自由的行政处罚或者强制措施、责令停产停业和吊销执照证件等重大影响的行政案件，应采用排除合理怀疑证明标准。

#### （三）清楚而有说服力的证明标准

对其他一般行政行为都应采取采用清楚而有说服力的证明标准。

# 第五章 法律的适用

如何适用法律的问题，基本上是被诉行政行为的法律依据审查的问题。

根据《行政诉讼法》，只有行政行为证据确凿，适用法律法规正确，符合法定程序，无超越职权、滥用职权等情形全部齐备时，才可以认为合法。行政行为在作出之时依据的规范性文件是否正确，关系到被诉行政行为的合法性。这是行政诉讼中的核心和关键问题。

要审查行政机关在行政行为中适用的行政实体法律和行政程序法律的合法性状况。要审查证据等实体问题。要审查被告在作出行政行为时应当作为依据而没有作为依据的规范性文件。要审查行政诉讼程序问题。

## 第一节 行政诉讼的法律渊源

《行政诉讼法》第52条规定，人民法院审理行政案件以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件，人民法院审理民族自治地方的行政案件，并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。人民法院审理行政案件参照规章。

行政诉讼的法律渊源包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章以及国际条约、协定与司法解释。

### 一、宪法

一般说来，《宪法》的规定都应当通过法律法规等规范形式予以具体化，只有法律和法规才是直接适用的依据，但是这并不排除《宪法》对行政审判工作的指导作用和在没有法律法规规定的情况下，可以直接适用《宪法》的具体内容，特别是在对保护公民合法权益时，对于人身权、财产权以外的其他宪法权利，可以根据案件实际情况引用。

### 二、法律

根据《立法法》规定，全国人民代表大会常务委员会的法律解释，同法律具有同等效力。法律在位阶上仅次于宪法，法律根据《宪法》的规定就行政机关的法律地位、权限、行政程序、行政义务以及法律责任等作出规定。法律在效力上高于其他规范性文件，是其他规范性文件的基础和依据。并非全国人大通过的文件都是法律，根据《宪法》的规定，全国人大还行使一些审查权和决议权，上述通常以决议的形式作出的文件不属于法律的范畴。

### 三、行政法规

行政法规在位阶上低于宪法和法律，但高于地方性法规和规章。属于国务院行政管理职权范围的事项，无需先有法律。行政法规有如下三种类型：

1.国务院制定并公布的行政法规；

2.《立法法》实行以前，按照当时有效的行政法规制定程序，经国务院批准，由国务院部门公布的行政法规，但在《立法法》施行以后，经国务院批准，由国务院部门公布的规范性文件不再属于行政法规；

3.在清理行政法规时，由国务院确认的其他行政法规。

### 四、地方性法规、自治条例和单行条例

1.审查是否违背法律或者行政法规的基本原则。

2.审查是否对《宪法》和《民族区域自治法》的规定以及其他有关法律行政法规专门就民族自治地方所作的规定做出了变通规定。

3.审查涉国际贸易行政行为是否适用地方性法规。

### 五、规章

规章是行政规章的简称，是指国务院各部门以及省、自治区、直辖市人民政府和较大的市人民政府，根据法律法规制定的有关行政管理的规定、办法、规则等规范性文件的总称。规章包括国务院部门制定的规章和地方政府制定的规章，简称部门规章和地方规章。

#### （一）部门规章

1.《立法法》规定具有行政管理职能的直属机构（如国家工商行政管理总局、国家质量技术监督局、国家知识产权局、国家新闻出版署、国家税务总局、海关总署等）享有规章制定权。

2.《立法法》第80条第2项规定，部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务，不得增加本部门的权利或者减少本部门的法定职责。部门规章规定的事项必须局限于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。国务院部门如果没有法律和行政法规的授权，不能自行制定部门规章。规章不能创制规则，只能将法律和行政法规具体化。

#### （二）地方政府规章

1.法律依据

根据《地方各级人民代表大会》和《地方各级人民政府组织法》第82条第1款的规定，省、自治区、直辖市的人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规制定规章，报国务院和本级人民代表大会常务委员会备案。省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府，可以根据法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规制定规章，报国务院和省、自治区的人民代表大会常务委员会、人民政府以及本级人民代表大会常务委员会备案。1992年后，全国人大及其常委会通过特别授权的方式授予深圳、厦门、汕头、珠海4个经济特区市的规章制定权。《立法法》将地方规章的制定主体扩大了，经济特区纳入到了较大的市的范围，享有规章制定权。

2.制定地方规章的权限限制

（1）必须是为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项。制定规章必须由法律，行政法规地方性法规的明确规定，这类规章具有执行性。对于没有法律、行政法规、地方性法规的明确规定的，可以根据本地方的实际情况制定相应的配套措施和具体规定。应当制定地方性法规，但条件尚不成熟的，因行政管理迫切需要可以先制定地方政府规章，规章实施满两年需要继续实施规章所规定的行政措施的，应当提请本级人民代表大会或者常务委员会制定地方性法规。没有法律、行政法规、地方性法规的依据，地方政府不得制定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。

（2）必须属于本行政区域的具体行政管理事项。“属于本行政区域的具体行政管理事项”的依据主要是来源于《宪法》和《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》的规定。《宪法》第107条规定，县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作。《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第59条第5项规定，执行国民经济和社会发展计划、预算，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、环境和资源保护、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作。为履行上述行政管理职能，《立法法》对此进行了明确，只有在满足上述条件的情况下，才能制定地方规章。同时规定，设区的市、自治州的人民政府根据本条第1款第2款制定地方政府规章，限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项。已经制定的地方政府规章，涉及上述事项范围以外的继续有效。除省、自治区的人民政府所在地的市，经济特区所在地的市和国务院已经批准的较大的市以外，其他设区的市、自治州的人民政府开始制定规章的时间，与本省、自治区人民代表大会常务委员会确定的本市、自治州开始制定地方性法规的时间同步。

## 第二节 法律规范冲突时的选择适用

### 一、下位法与上位法相抵触情形下的选择适用

1.下位法的规定不符合上位法的，原则上应当适用上位法。当前许多行政行为是依据下位法作出的，并未援引和适用上位法。在这种情况下，为维护法制统一，审查行政行为的合法性时，应当对下位法是否符合上位法一并进行判断。经判断下位法与上位法相抵触的，应当依据上位法认定被诉行政行为的合法性。

2.从司法实践看，下位法不符合上位法的常见情形有：

（1）下位法缩小上位法规定的权利主体范围，或者违反上位法立法目的扩大上位法规定的权利主体范围；

（2）下位法限制或者剥夺上位法规定的权利，或者违反上位法立法目的扩大上位法规定的权利范围；

（3）下位法扩大行政主体或其职权范围；下位法延长上位法规定的履行法定职责期限；

（4）下位法以参照、准用等方式扩大或者限缩上位法规定的义务或者义务主体的范围、性质或者条件；

（5）下位法增设或者限缩违反上位法规定的适用条件；

（6）下位法扩大或者限缩上位法规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围；

（7）下位法改变上位法已规定的违法行为的性质；

（8）下位法超出上位法规定的强制措施的适用范围、种类和方式，以及增设或者限缩其适用条件；

（9）法规、规章或者其他规范文件设定不符合行政许可法规定的行政许可，或者增设违反上位法的行政许可条件；

（10）其他相抵触的情形。

3.法律、行政法规或者地方性法规修改后，其实施性规定未被明文废止的，人民法院在适用时应当区分下列情形：

（1）实施性规定与修改后的法律、行政法规或者地方性法规相抵触的，不予适用；

（2）因法律、行政法规或者地方性法规的修改，相应的实施性规定丧失依据而不能单独施行的，不予适用；

（3）实施性规定与修改后的法律、行政法规或者地方性法规不相抵触的，可以适用。

### 二、特别规定与一般规定的选择适用

#### （一）一般情况

特别法优于一般法。一般来说，特别法和一般法的适用主要针对的是同一个位阶的法律规范。除非上位法的一般法授权下位法以特别法修改其确立的法律规范，人民法院不承认任何与上位法相冲突的下位法为特别法，一般视为下位法与上位法相冲突或者为无法律效力的越权规定。全国人大常委会和全国人大制定的法律规范之间发生冲突，属于特别法和一般法的冲突，不是上位法和下位法的冲突。

#### （二）特殊情况

1.一般规定和特别规定存在于不同法律规范之中。根据法定程序，辨明特别规定和一般规定，并根据特别法优于一般法的规则加以适用。

2.同一机关制定的新的一般规定和旧的特别规定不一致。（1）新的一般规定允许旧的特别规定继续适用的，适用旧的特别规定。（2）新的一般规定废止旧的特别规定的，适用新的一般规定。（3）如果不能确定新的一般规定是否允许旧的特别规定继续适用的，应当按照《立法法》的规定由制定机关裁决。

**三、新旧法律规范的选择适用**

#### （一）实体从旧，程序从新

就行政诉讼而言，所谓的“实体从旧，程序从新”原则，主要是指判断行政行为合法性的标准应当“从旧”，须按照行政行为作出时的法律规范来判断；对于行政行为合法性的评判程序和裁判方式的选择，一般说来并不直接影响合法性评价标准问题，可以“从新”适用审理和裁判的规则。

#### （二）实体从旧，程序从新的例外

1.特定的法律规范另有明确规定。如果法律法规和规章明确规定实体问题从新，程序问题从旧的，依其规定。例如《矿产资源法》。2.同一规范有变化，应当适用“从新从优”原则。3.根据行政行为性质应当适用新法。

#### （三）行政法规规范的溯及力

1.对于限制或者剥夺利害关系人权利的行政行为，应当采取从旧兼有利于利害关系人的原则。

行政机关在行政活动中只能依据现行有效的法律，即原则上只能适用旧法，但是，如果新法不认为行政相对人或者相关人的行为违反法律规定，认为应当免除、减轻或者取消该项违法事项的规定，行政机关应当按照新法予以处理。

2.对于赋予行政相对人或者行政相关人权利的行政行为（赋权类行政行为），应当适用从新原则。

3.对于为行政相对人或者行政相关人的科以义务的行政行为，应当按照行政相对人或者行政相关人履行该项行政义务的时间界域来确定。

4.对于涉及行政相对人或者行政相关人救济程序上的权利的事项，应当适用从新兼有利于利害关系人原则。

#### （四）司法解释的溯及力

1.一般情况

绝大多数司法解释一般都明确适用于该解释生效后发生的案件或者正在审理的案件。

2.特殊情况

最高人民法院有的请示答复明确了，对于旧法未规定公民、组织诉权的，为保护公民、组织诉权，人民法院应当予以受理。

### 四、地方性法规与部门规章、规章之间冲突的选择适用

#### （一）地方性法规与部门规章冲突的选择适用

1.法律或者行政法规授权部门规章作出实施性规定的，其规定优先适用。《污《水污染防治法》规定，国务院环境保护部门根据本法制定实施细则。《航道管理条例》规定，交通部可以根据本条例制定实施细则。《计量法实施细则》规定，本细则有关的管理办法、管理范围和各种印、证标志，由国务院计量行政部门制定。《商标法实施细则》规定，商标注册用商品和服务分类表由国务院工商行政管理部门制定并公布。

2.尚未制定法律、行政法规的部门规章，对于国务院决定、命令授权的事项，或者对于中央宏观调控的事项，需要全国统一的市场活动规则及对外贸易和外商投资等需要全国统一规定的事项作出的规定，应当优先使用。按照《国家行政机关公文处理办法》的规定，国务院发布的决定和命令，通常是指国务院对重大事项或重大行动作出安排而形成的文件。《反倾销条例》《反补贴条例》《保障措施条例》等均规定，商务部根据条例制定具体实施办法。《外商外资企业法》规定，国务院对外经济贸易主管部门根据本法制定实施细则，报国务院批准后实行。

3.地方性法规根据法律或者行政法规的授权，根据本行政区域的实际情况作出的具体规定，应当优先适用。根据《水土保持法》的规定，省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会可以根据本法和本地区的实际情况制定实施办法。《农村土地承包法》规定，各省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会可以根据本法，结合本行政区域的实际情况，制定实施办法。《城市供水条例》规定，对于违反本条例的事项的罚款数额，由省、自治区、直辖市人民政府规定。

4.地方性法规对属于地方性事务的事项如本行政区域内的名胜古迹作出保护等作出的规定，应当优先适用。

5.尚未制定法律、行政法规的，地方性法规根据本行政区域的具体情况，对需要全国统一规定以外的事情作出的规定，应当优先适用。《最高人民法院关于道路运输市场管理的地方性法规与部门规章规定不一致的法律适用问题的答复》指出，在国家制定道路运输管理的法律或者行政法规之前，人民法院在审理有关道路运输市场管理的行政案件时，可以优先选择适用本省根据本地具体情况和实际需要制定的有关道路运输市场管理的地方性法规。《最高人民法院行政审判庭对<关于个体诊所是否应向工商行政部门办理营业执照的请示>的答复》指出，法律行政法规未作明确规定，人民法院在审理这类案件时，如地方性法规有明确规定，可参照地方性法规的具体规定办理。

6.如果根据上述适用规则仍然不能确定如何适用的，法院应当中止行政案件的审理，逐级上报最高人民法院，按照《立法法》第86条第1款第（2）项的规定送请有权机关处理。

#### （二）规章冲突若干情形下的选择适用

1.部门规章和地方政府规章冲突时的选择适用

（1）对于授权国务院部门制定规章的主要涉及国家集中统一管理和监督，以及中央进行宏观调控方面的内容，部门规章的效力应当高于地方政府规章。

（2）法律和法规只授权地方政府制定的事项，多数是涉及多个部门的综合性的行政事项，或者结合地方实际情况作出具体化规定的情形，地方政府的规章优先于部门规章适用。如果地方政府规章是根据地方性法规授权制定的，则不具有优先于部门规章的效力。

（3）根据《宪法》和地方组织法规定行使地方对本行政区域行政事项管理权的，地方政府规章优先使用。此种规章一般就国家行政管理体制的操作和运转方面的具体措施办法和补充规定、实施本地经济发展目标的具体规定、本行政区域内经济管理的具体措施和办法、本行政区域内行政机关内部的工作制度和工作程序方面的事项等等作出规定。由于涉及区域性较强或规定的事项属于地方政府职权范围的规章，地方政府规章的效力应当高于部门规章。

（4）对于根据法律或者行政法规授权作出实施性规定的部门规章，部门规章优先于地方政府规章适用。

2.国务院部门之间规章发生冲突时的选择适用

（1）适用与上位法不相抵触的部门规章规定。《最高人民法院行政审判庭关于对苹果苗木的检疫职权应由何部门行使的答复》指出，苹果苗木的检疫应当由农业部行使，应当适用农业部的规章。因为林业部规章规定的苹果苗木的检疫职权与上位法相抵触，农业部规章规定的检疫职权并未与上位法相抵触。

（2）与上位法均不抵触的，优先适用根据专属职权制定的规章规定。《最高人民法院关于对审理农用运输车行政管理纠纷案件应当如何适用法律问题的答复》指出，公安机关对于农用运输的管理属于专属职权，人民法院审理农用运输车行政管理纠纷，涉及相关行政管理职权的，应当适用《道路交通管理条例》和《国务院关于改革道路交通管理体制的通知》的有关规定。对于产品质量监督管理领域，涉及国家质量监督检验检疫总局和国家工商行政管理总局的职权交叉问题，最高人民法院认为国办发[2001 ]56号文和57号文根据《产品质量法》第70条授权明确规定，国家质量监督检验检疫总局负责生产领域的产品质量监督管理，国家工商行政管理总局负责流通领域产品质量监督管理。

（3）两个以上的国务院部门就涉及其职权范围的事项联合制定的规章规定，优先于其中一个部门单独作出的决定。1983年农牧渔业部、林业部等6部联合下发的《关于国内邮寄、托运植物和植物产品实施检疫的联合通知》的附件规定了农业植物类和森林植物类，苹果苗木被划归到农业植物类。上述联合通知在法律性质上属于联合规章，联合规章亦具有优先于其中一个部门单独作出规定的效力。

（4）如果不能确定如何使用的，应当终止行政案件的审理，逐级上报最高人民法院送请国务院裁决。

3.地方政府规章之间发生冲突时的选择适用

（1）不同省份之间政府制定的规章之间发生的冲突。应当按照行政行为发生地来确定，即适用行政行为发生的所在省份政府制定的规章。

（2）本省份内部省、自治区政府制定的规章和较大的市政府制定的规章之间发生的冲突。省级政府制定的规章效力高于较大的市政府制定的规章。理由是省级政府管辖的范围、行政级别都大于或者高于较大的市政府制定的规章。

## 第三节 行政诉讼中的法律解释

《立法法》重申了法的解释权限属于全国人大常委会，至于具体应用的解释，《立法法》没有规定。1981年全国人大常委会通过了《关于加强法律解释工作的决议》，关于具体应用法律、法令的司法解释权仍然有效。《立法法》生效后，全国人大常委会的立法解释和司法机关的具体应用解释，没有发生任何变化。最高人民法院作出的司法解释，尤其是对于请示案件的答复，亦为审理案件时的具体解释。

### 一、文义解释

#### （一）专业术语的优先性

在文义解释中，一般情况下应当按照通常的语义进行解释，如果有专业的特殊语义的，应当按照专业术语的语义进行解释。对于专业术语，通常不能按照一般人的理解进行解释，应当符合专业术语在特定语境下的特定含义。例如，关于工业氧的性质问题就是一个专业术语的问题。工业氧既是工业产品，又是药品。工业氧如果用作药品，就必须符合药品的标准。《最高人民法院关于工商行政管理部门对医疗机构购买工业氧代替医用氧用于临床的行为是否具有处罚权问题的答复》认为，医疗机构购买工业氧代替医用氧用于临床的行为违反了《药品管理法》的有关规定，应当依照《药品管理法》的规定，由药品监督管理部门予以处罚。

专业术语的解释一般来源于行政机关的解释。如果行政解释没有进入司法程序，行政解释通常会被认同为有效解释；如果行政解释进入司法程序，行政解释应当服从于法院的法律解释。一般来说，行政机关是专业知识上的专家，如果行政解释涉及较高的行政技术性和专业性问题，一般尊重行政机关的解释。

#### （二）同一术语的解释

一般情况下，在法律规范体系之内，对于统一术语的法律解释，应当做同样的理解，但是有时会遇到同一术语在一部法律或者多部法律中的内涵并不相同。在行政诉讼中比较常见的同一术语含义不同的典型例子包括授权、裁决、仲裁、审批、复核等。

1.授权

（1）一般含义。根据《行政诉讼法》的规定，授权是指非行政机关的组织通过法律法规的特别授权获得行政主体的资格。例如，《铁路法》第3条第2款规定，国家铁路运输企业行使法律行政法规授予的行政管理职能。再比如，全国人大常委会1983年通过的《关于授权国务院对退休退职办法进行部分修改和补充的决定》，1984年通过的《关于授权国务院改革工商税制和发布试行有关税收条例（草案）的决定》，1985年通过的《关于授权国务院对有关经济体制和对外开放方面的问题制定暂行规定或条例的决定》等三个决定即是授予国务院在《宪法》第89条列举权力之外的授权性职权。

（2）特殊含义。授权还有非《行政诉讼法》规定的含义即行政委托。例如《公民出境入境管理法》第40条规定，因公务出境的中国公民所使用的护照，由外交部或者外交部授权的地方外事部门颁发，海关证由港务监督局或者港务监督局授权的港务监督颁发，因私事出境的中国公民所使用的护照，由公安部和公安部授权的地方公安机关颁发。《公路管理条例实施细则》第9条规定，各级公路主管部门可根据实际情况设置公路管理机构，公路管理机构依据公路主管部门的授权负责公路管理工作。

2.裁决

（1）一般含义。一般是指行政机关解决民事行政争议的活动。行政裁决与行政立法、行政执法构成了行政行为。

（2）特殊含义。《立法法》中裁决指决定。《行政诉讼法》以及司法解释中裁决指最终裁决、行政复议决定、行政处理决定、行政处罚等。例如，《立法法》第95条、《土地管理法实施条例》第25条第3款、《城市房屋拆迁管理条例》第14条。

3.仲裁

（1）一般含义。《立法法》规定的仲裁制度，是指专门的仲裁机构对平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的经济纠纷以及其他有关利益纠纷进行公正裁决的行为。

（2）特殊含义。《仲裁法》规定的仲裁、《农村土地承包法》规定的仲裁、劳动仲裁、人事仲裁。

#### （三）通常语义的解释

如果法律规范中的措辞没有特殊含义，就应当按照通常的语义来进行解释。

### 二、体系解释

体系解释通常是从部分与整体、个别与全部的角度来进行解释。

#### （一）同一法律规范内部的体系解释

1.总则和分则

《行政诉讼法》总则规定人民法院审理行政案件对行政行为是否合法进行审查，确定了合法性审查原则。《行政诉讼法》第54条第1款第4项规定，行政处罚显示公正的，可以判决变更。总则和分则似乎存在着矛盾，但根据体系解释，显失公正也是违法的情形，是对违法情形的补充性列举规定，法院进行的审查，仍然属于合法性审查。

2.条文与条文

《行政复议法》第30条第1款应当结合该法第6条第4项和第30条第2款的规定进行体系解释。根据《行政复议法》第30条第1款的规定，公民、法人或者其他组织认为行政机关确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的行政行为，侵犯其已经依法取得的自然资源所有权或者使用权的，经行政复议后才可以向人民法院提起行政诉讼，但法律另有规定的除外。对涉及自然资源所有权或使用权的行政处罚、行政强制措施等其他行政行为提起行政诉讼的，不适用《行政复议法》第30条第1款的规定。

#### （二）不同位阶的法律规范外部的体系解释（合宪性解释）

《土地管理法实施条例》第3条、国家土地管理局《确定土地所有权和使用权的若干规定》第18条与《宪法》第10条第2款和《土地管理法》第6条第2款相冲突。运用宪性解释的方法，按照《宪法》和《土地管理法》的规定，应当理解为农村和城市郊区的土地，如果属于国家所有的，应当由法律作出明确的规定，如果法律没有规定的，则属集体所有的土地。

### 三、历史解释、目的解释、例示解释

#### （一）历史解释

历史解释又称为沿革解释，是指通过研究法律规范制定时的历史背景，当时立法机关对于该文件的审议情况、草案说明以及将该文件和已经废止的同类法律规范进行比较，来阐述法律规范的内容和含义。（1）立法机关法律规范起草说明稿。依据和参照的含义不能明确时，考察王汉斌《关于<中华人民共和国行政诉讼法（草案）>的说明》。（2）立法机关有关人员撰写的释义。

#### （二）目的解释

通过考察立法过程、法律制度的发展状况、立法机关的意图、不断发展的社会政策的立法动因，明确法律对于利益的权衡，是目的解释的基本方法。如果条文中可能存在漏洞和不足，必须通过目的解释来使相应的法条得到修正或者弥补，使法律的意义更加清晰，更加符合法律规定的目的。如果语义已经有所扩大，并且有害于立法目的的解释，法院一般倾向于限缩解释。（1）扩张解释。《拍卖法》第22条规定的拍卖人及其工作人员不得以竞买人的身份参与自己组织的拍卖活动，包括拍卖人及其工作人员，不得在自己组织的拍卖活动中接受他人委托，以自己的行为代为竞买的情形。（2）限缩解释。

#### （三）例示解释

例示解释是指对于法律规范不完全列举的例示性规定的解释。法律规范的不完全列举，一般通过法律规范条文中的“等”、“其他”等术语方式表现出来。

1.等内

等内是指法律规范条文中列举的事项已经全尽，列举事项等于法律规范条文表达的文字本身。等内基本上可以视为没有等，等仅仅具有语义停顿的含义。例如《立法法》第9条。

2.等外

等外是指法律规范条文中列举的事项尚未全尽，列举事项只是法律规范条文中的部分内容。等外一般与法律规范条文中的其他的规定大致相同。对于等外的解释，一般遵循的是有利于相对人的原则。一般来说，对于保护行政相对人有利的解释，通常应作等外的解释。例如，《行政处罚法》第42条。

《座谈会纪要》明确法律规范在列举其适用的典型事项后，又以“等”、“其他”等词语进行表述的，属于不完全列举的历史性规定，以“等”、“其他”等概括性用语表示的事项均为明文列举的事项以外的事项，且其所概括的情形应为与列举事项类似的事项。

# 第六章 被诉行政行为法律依据的审查

## 第一节 法律法规依据的审查

### 一、法律作为依据

#### （一）法律之间存在冲突

中止案件的审理请示最高人民法院作出答复。最高人民法院在《最高人民法院关于对地下热水的属性及适用法律问题的答复》认为，对于法律之间的冲突应当按照各自的规范范围来执行，地下热水属于地热资源，具有矿产资源和水资源的双重属性，应当分别按照水资源法律和矿产资源法律的有关规定执行。

#### （二）法律与法规存在的冲突

根据《立法法》的有关规定，应当适用上位法及法律的规定。全国人大法工委1989年11月17日在答复最高人民法院关于地方性法规与国家法律相抵触应如何执行中指出，人民法院在审理行政案件的过程中，如果发现地方性法规与国家最高权力机关制定的法律相抵触，应当执行国家最高权力机关的法律。这个答复实际上明确了人民法院在地方性法规和法律相抵触情况下，直接适用法律的权力。

#### （三）行政审判中可以适用民事法律规范的条件

1.与本案行政行为的合法性相关；

2.与本案的利害关系人的财产利益、人身利益、劳动权益等相关；

3.涉及行政民事交叉的案件；

4.涉及经济法的法律。

### 二、法规作为依据

#### （一）行政法规作为依据

法律、行政法规和地方性法规之间存在冲突，应当按照上位法优于下位法的原则适用。行政法规和法律之间发生冲突的，应当执行法律。地方性法规和行政法规发生冲突，应当执行行政法规。不能确定如何适用的情形，根据《立法法》规定的程序逐级送请有权机关裁决。

地方性法规如果与行政法规抵触的，属于无效情形，人民法院可以选择适用。

#### （二）地方性法规作为依据

地方性法规与法律、行政法规之间存在不一致，甚至冲突时，直接适用上位法，即应当执行法律和行政法规的规定。

## 第二节 规章依据的审查

### 一、规章合法有效的条件

1.规章涉及的内容在法律法规规定的权限范围之内。

2.规章的内容符合社会主义法治国家原则，是否与宪法、法律和法规相抵触。

3.规章制定的程序符合法定程序。

4.规章不存在重大且明显的瑕疵。

### 二、如何判断规章是否合法有效

1.行政机关制定的规章是否超出权限范围。包括是否存在超越其他法律规范或者无权制定规章的情况，主要审查规章制定机关的职权范围，看规章制定机关是否行使了应当由立法机关、司法机关，或者其他有权机关应当行使的权利。主要包括两种情形：一是超越权限制定规章；二是无权限制定规章。

2.行政规章是否与所依据的法律、行政法规和决定、命令相抵触或者不一致。部门规章除了不得与法律和行政法规相抵触或者不一致，还不得与国务院的决定命令相抵触或者不一致。对于地方政府规章，仅仅审查是否与法律、行政法规和地方性法规相抵触。

3.规章是否违背了制定规章的基本原则和精神。根据《规章制定程序条例》第4条的规定，制定规章应当切实保障公民、法人和其他组织的合法权益，在规定其应当履行的义务的同时，应当规定其相应的权利和保障权利实现的途径。制定规章应当体现行政机关的职权与责任相统一的原则，在赋予有关行政机关必要的职权的同时，应当规定其行使职权的条件、程序和应承担的责任。如果制定规则的目的不在于规范相应的行政管理事项，而主要在为相应的行政机关创设行政处罚权，保护部门利益等，即可判断为违背了制定规章的基本原则和精神。

4.规章是否遵循《规章制定程序条例》的规定。《规章制定程序条例》就行政规章的立项、起草、审查、决定和公布、解释与备案进行了规定。一般而言，对于公民权益影响较大的程序，主要包括：通知利害关系人程序、听取利害关系人意见程序、依法获得听证程序、规章公布程序、对规章制定有异议的救济途径等。违反这些重要程序，可判断为无效。

5.规章是否生效或者已经失效。规章失效或者终止效力有4种情况。一是颁布新规章，原有同等行政事项的规章的效力自行废止；二是新规章中明确规定旧规章部分有效而不予废止；三是规章与法律、行政法规、国务院决定、命令抵触被上级行政机关撤销，或者被规章制定机关废止；四是规章超过了规章实施期限，因期限届满而自行终止。规章实施之后无论行为发生在何时，在程序上均适用新规章，在实体上应当适用从旧兼从轻（从优）原则，除非规章明确规定对于实体问题适用新规章。

## 第三节 规范性文件依据的审查

### 一、总的原则

规章的合法性审查标准是“合法有效”标准，而其他规范性文件的标准则是“合法有效合理适当”标准。

《行政诉讼法》第64条规定，人民法院在审理行政案件中经审查规范性文件不合法的，不作为认定行政行为合法的依据，并向制定机关提出处理建议。

对于经过合法性审查认为行政行为的违法是由于所依据的规范性文件违法造成的，并且造成了行政相对人损失的，目前行政赔偿义务机关一般是作出行政行为的行政机关，不包括规范性文件的制定机关。

对于法院在进行合法性审查之后不予适用的规范性文件，应当在裁判文书中对其合法性、合理性进行评述，明确阐明理由。在案件结束后，法院应当就该规范性文件中存在的问题，提出具有详细内容的司法建议。上级行政机关或者其他有权机关，在接到司法建议之后，在一定期限内需就是否进行修改或者废止该规范性文件作出书面答复。如果相关机关不予答复的，法院应当就相关情况，请求人民代表大会启动质询等法律监督程序。

### 二、行政法规解释

行政法规解释可以分为“行政法规条文本身需要进一步明确界限或者作补充规定”的创制性解释和“具体应用行政法规问题，贯彻实施法律、行政法规的规范性文件的解释问题”的实施性解释。

两种行政法规解释在法律效力上等同于行政法规，人民法院在审理案件上应当作为直接依据，但是行政法规解释对法院没有绝对的约束力。如果行政法规的规定涉及对上位法规定的理解，无论是行政法规制定机关，还是执行机关的解释，都不应约束法院。只有上位法制定机关的解释和最高人民法院司法解释才对法院具有约束力，也就是说法院对于行政法规的解释，应当根据法律适用规则进行法律判断，只有在不违反上位法规定等情况下才具有法律依据的地位。

### 三、规章解释

规章解释与行政法规解释不同之点是《规章制定程序条例》没有对规章的实施性解释作出明确的规定。不论是规章制定机关的解释，还是规章执行机关的解释，法院也可以进行审查，如果认为该解释不合法，同样可以不予适用。对个案进行解释的行政解释，对于此种解释不具有行政解释的法律地位。但是行政机关可以将此作为其作出行政行为合法性的证明。对于个案进行的解释或者答复，对于法院而言，只是作为辅助资料或者参考资料，如果认为该解释与被解释的法律规范的宗旨精神相符，可以参考并进而认定行政行为的合法性。

### 四、其他规范性文件的解释

其他规范性文件的解释的法律地位与其他规范性文件相同。对于行政解释，《行政诉讼法》及有关司法解释未作明确规定，因而不能作为法院审理的依据或为法院参照使用，只能作为一种法律事实和证据加以援引。

### 五、行政规则

#### （一）内涵与外延

行政规则是指行政机关制定的内部的行政规范。行政规则的主要特征：一是行政规则制定依据是根据行政隶属关系。只有上级行政机关才能制定针对下级行政机关的内部抽象性规定。二是行政规则是一个抽象性的规定，并非针对具体行政事项的处分，不具有处分的法律效果。三是行政规则是一个内部性的规定，并非对外发生法律效力。

行政规则可以分为4种：

（1）内部职能分工的行政规则。这类行政规则主要是调整内部行政组织的规范，大多涉及行政机关、行政机构的设置、职能分配、人员组织情况等一般性的规定。

（2）行政行为行政规则。这类行政规则主要涉及行政行为的职权划分、法定程序、裁量幅度等一般性规定。

（3）解释性行政规则。这类行政规则主要涉及上级行政机关对于下级行政机关请示的疑难问题或者不确定的法律概念作出一般性解释。

（4）补缺性行政规则。这类行政规章主要是就法律规范没有作出细化规定的事项进行补缺性的规定。

#### （二）行政规则外部化的处理

一般而言，行政规则只具有内部效果，不能直接对外发生对外效果。但是由于行政机关尤其是下级行政机关对于上级行政机关的抽象指令不能拒绝，必然要通过具体的行政行为反映出来，这样就可能产生行政规则实际上发生外部效果的情况。

1.行政规则有的外化体现为行政承诺，经常悬挂于行政机关的对外办公场所，行政相对人可能依据行政规则所承诺的事项要求履行行政义务，此时行政机关负担的行政义务不是来源于法律规范，而是来源于自身的承诺，该行政规则对外发生法律效力。

2.在内部职能分工的行政规则中，主要体现在关于行政机关是否负有相关的行政义务行政职能上，如果行政机关应当履行公法上的义务，而不履行将产生效力外部化的效果。

3.在行政行为行政规章中，主要体现在行政机关是否遵循了相关的行政程序和行政裁量标准，是否对申请事项进行了认定，是否根据行政承诺的内容履行等产生外部化的效果。

4.在解释性行政规则中，主要体现为行政相对人对于行政机关的解释，如解释对案件事实产生间接的认定，对于不确定法律概念的解释等也产生对外的法律效果。

5.在补缺性行政规则中，因其补充事项大多为法律规范所没有规定，因此，易经常发生对外的法律效果。

6.行政规则不属于规范性文件。对于行政规则不适用法律适用规则，而是对其进行类似于对行政行为的合法性审查。如果行政规则在形式上是抽象的规范，其实质属于行政行为，法院可以根据《行政诉讼法》第54条和《行政诉讼法》解释中的规定作出判决。

#### （三）裁量基准的审查

在行政法实践中，近年来我国各地各级行政机关纷纷推出各种裁量基准。目的在于通过设定一种规则细化的裁量权行使标准，以加强对裁量权的规范和控制。裁量基准与个案中的利益衡量并无实质区别，其实质就是将个案中的利益衡量加以规则化和制度化，从而更加有效地建构裁量权的行使。裁量基准既是审查依据，又是审查对象。

1.裁量基准的制定权限

制定权限确定在省部级行政机关以下县级行政机关以上区间内的行政机关均有裁量基准的制定权限。

2.裁量基准的公众参与

裁量基准的正当性需求可以从采取不同强弱程度的公众参与中取得。

3.裁量基准的公开

裁量基准具有“自律”的属性，在公开性的问题上，应当坚持裁量基准“相对公开”原则。《湖南省行政程序规定》第91条第2款规定，“裁量权基准应当向社会公开。”

4.裁量基准对行政相对人的效力

裁量基准对相对人的适用效力需要借助法院的司法审查才能最终得以确定，实际上是一种事实上的、可能的约束力，而并非类似法律那样具有当然的、必然的约束力。

一般而言，裁量基准要获得对行政相对人实质的适用效力，需要具备如下条件。首先，裁量基准不得越出法律规范本身的范围，不能规定法律规范本身没有规范的事项，不能设立法律规范本身没有的权利与义务。其次，行政机关享有一定的执法权限，具有事务管辖权。最后，裁量基准应遵守法定程序，如经过一定的会议讨论、审议或经过一定机关批准、备案等。只有经过正当的法律程序，符合程序正义，才具有实质意义上的法律效力。

5.裁量基准的司法审查

（1）裁量基准是论证的依据，而不是《行政诉讼法》所说的法定依据。

（2）裁量基准应一并援引而不能单独援引。

（3）法院对违反裁量基准的行为不应全盘否定，当其存在合理的理由时，允许行政机关不适用某项基准。

（4）裁量基准作为审查对象时，只做形式审查。

（5）对“不确定概念”奉行“严格审查”的立场，对“行政裁量”实行“宽松审查”立场。当裁量基准以格次划分形式涉足法律效果时，法院对基准的司法审查应当是消极的、间接的。

具体来说，裁量基准涉及不确定法律概念解释时的审查标准：

（1）一般来说，解释对事物和事实进行描述的法律概念（如《治安管理处罚法》中的“家庭成员”）的裁量基准要进行全面审查；

（2）解释充满价值的概念（如《行政强制法》中的“公共利益”）的裁量基准仅需有限审查。

## 第四节 会议纪要作为行政行为与作为依据的审查

一、会议纪要的特征

1.会议纪要是公务活动的产物，其内容与公务有关并体现行政效用；

2.会议纪要的制作者具有法定性；

3.会议纪要的体式具有规范性；

4.会议纪要的制作具有程序性。

### 二、会议纪要作为行政行为的可诉性

判断会议纪要行为是否可诉的标准是该行为是否侵犯相对人的合法权益，即对相对人权利义务产生实际影响的行为属于行政诉讼的受案范围，具有可诉性。涉及相对人利益的行政机关会议纪要应当根据《政府信息公开法》公开。

会议纪要已经议定的事项，具有法定效力，非依法定程序不得否定其效力，无论是行政机关还是相对人均应遵照执行。会议纪要议定的行政机关职责，亦因此而转化为该行政机关的法定职责。

会议纪要确定的相关部门未能继续按照已经议定的内容履行职责，行政机关存在未兑现先前作出承诺的行为，均构成不履行法定职责。在此情况下，当事人有权通过行政诉讼寻求救济，提起履责之诉。

### 三、会议纪要作为依据的审查

1.会议纪要不是具有普遍约束力的规范性文件，亦不是针对不特定人或事作出，不属于行政诉讼中规范性文件附带审查的范畴，对其法律效力不作附带性审查。

2.会议纪要作为行政机关用于记载和传达有关会议情况和议定事项的内部公文，其内容在未经法定程序外化为法律法规或规章、规范性文件前，不对外发生法律效力，不宜作为行政执法的依据。

企业劳动用工法律顾问

业务操作指引

目 录

[一、企业劳动用工法律顾问](#_Toc75811698)[概述](#_Toc75811698)

[（一）服务简介](#_Toc75811699)

[（二）服务内容及工作流程](#_Toc75811700)

[（三）业务指引使用说明](#_Toc75811703)

[二、企业劳动用工法律顾问服务操作指引](#_Toc75811704)

[（一）劳动人事法治体检](#_Toc75811705)

[1.访谈及调查](#_Toc75811706)

[2.资料收集](#_Toc75811707)

[3.体检报告出具](#_Toc75811708)

[（二）入职环节合规服务](#_Toc75811709)

[1.入职审查及信息登记合规](#_Toc75811710)

[2.劳动合同管理](#_Toc75811711)

[3.试用期管理](#_Toc75811712)

[（三）用工环节合规服务](#_Toc75811713)

[1.工作时间与休息休假](#_Toc75811714)

[2.薪酬福利](#_Toc75811715)

[3.五险一金](#_Toc75811716)

[4.培训与服务期](#_Toc75811717)

[（四）离职环节合规服务](#_Toc75811718)

[1.劳动合同的解除与终止](#_Toc75811719)

[2.经济补偿和赔偿金](#_Toc75811720)

[3.离职谈判](#_Toc75811721)

[三、服务参考范本](#_Toc75811722)

[员工入职信息登记表（范本）](#_Toc75811723)

[劳动合同书](#_Toc75811724)

[试用及转正管理制度](#_Toc75811725)

[考勤管理制度](#_Toc75811726)

[加班申请单](#_Toc75811727)

[薪酬管理制度](#_Toc75811728)

[工资表](#_Toc75811729)

企业劳动用工法律顾问业务操作指引

一、企业劳动用工法律顾问概述

## （一）服务简介

人力成本在企业经营中占据着非常高的比重，劳动用工风险也是企业最常见的法律问题之一。企业劳动用工法律顾问服务，是常年法律顾问的专项产品，涵盖企业内员工入职到离职的全流程，为企业提供全方位的顾问式服务，帮助企业梳理用工过程中的常见问题，对于规范企业经营、防范用工风险、降低管理成本等有着重要的意义。

## （二）服务内容及工作流程

企业劳动用工法律顾问服务，通过劳动人事法治体检、用工文件和制度的审查、法律意见书的出具以及法律培训等，能有效帮助企业规范用工关系、搭建完善的劳动人事制度。

**服务阶段 服务内容 服务形式**

了解公司需求

访谈调查

资料收集

报告出具

劳动人事法治体检

法治体检

制度审查协议及文本审查法律意见书谈判调解

法律培训

用工合规

入职环节合规

用工环节合规

离职环节合规

劳动争议解决

实施与完善

## （三）业务指引使用说明

本业务操作指引以企业用工合规为切入点，从企业用工的基本流程出发，梳理了律师提供劳动人事法律服务时应当注意的要点、可以借鉴的模板范本等，为律师提供用工合规法律服务的业务操作框架与指南。

本业务指引中的业务流程和范本仅为参考文本，律师在提供法律服务过程中，应当根据企业所处发展阶段、行业及劳动用工情况参照使用。

二、企业劳动用工法律顾问服务操作指引

## （一）劳动人事法治体检

为企业提供用工管理全程法律顾问服务，首先需要充分了解企业用工的现状，结合企业的管理目标与需求，才能帮助企业制定更具针对性、操作性的劳动人事制度。

律师开展劳动人事法治体检的基本流程：

——制定法治体检计划并通知企业，与相关人员提前预约时间；

——至企业调查劳动用工的管理现状，通过访谈、问卷等形式深入了解企业及各部门用工的全面情况以及具体需求；

——根据调查结果，制定或完善《劳动人事资料收集清单》，并要求企业整理与发送相关资料；

——依据调查结果，并结合企业所在行业、发展阶段、各部门的管理模式等，出具法治体检报告并提出相关建议。

### 1. 访谈及调查

|  |  |
| --- | --- |
| 《劳动人事法治体检访谈问题清单》 | |
| 访谈对象：企业负责人、劳动人事负责人、各部门负责人等 | |
| 招聘入职管理 | |
| 1 | 贵司的人员招聘、入职离职工作是否由人力资源部门统一进行？ |
| 2 | 贵司决定录用员工后，是否给员工发放书面录用通知书？ |
| 3 | 贵司是否对拟录用重点员工（涉密、高管、高级技术人员等）进行背景调查？ |
| 4 | 贵司是否要求入职员工提供担保或向其收取保证金？ |
| 5 | 贵司对哪些员工进行了入职体检？ |
| 6 | 贵司是否要求入职员工在身份证、学位证等证件的复印件资料上签字确认？ |
| 7 | 贵司在招用劳动者时，向员工告知了哪些内容？ |
| 8 | 员工入职时，贵司要求其提交下列哪些资料？ |
| 9 | 贵司目前使用的《员工入职登记表》中包含下列哪些内容？ |
| 劳动合同管理 | |
| 1 | 贵司是否建立了劳动合同台账并及时更新？ |
| 2 | 贵司与员工如何约定试用期期限？ |
| 3 | 贵司如何处理拒签劳动合同的员工？ |
| 4 | 贵司何时与劳动者签订书面劳动合同？ |
| 5 | 贵司是否与劳动者当面签订或续订劳动合同？ |
| 6 | 劳动合同期满，贵司何时通知员工劳动合同终止？ |
| 7 | 劳动合同期满，贵司何时与员工续签劳动合同？ |
| 8 | 贵司劳动合同中是否对员工的文书送达地址予以确认？ |
| 薪酬福利 | |
| 1 | 贵司采取何种形式的薪酬制度？ |
| 2 | 贵司如何为员工计算加班费? |
| 3 | 贵司是否设定了薪随岗变的薪酬模式? |
| 4 | 贵司在劳动合同中如何约定发放工资的时间? |
| 5 | 贵司是否要求员工对工资结构及金额予以书面确认? |
| 6 | 贵司对计件工资是否设定工作定额和计件报酬？ |
| 7 | 员工因个人原因造成公司重大损失的，贵司如何处理？ |
| 8 | 贵司是否保存了两年内的全部工资台账？ |
| 9 | 贵司还有哪些福利制度？ |
| 工作时间与休息休假 | |
| 1 | 贵司实行不定时工作制或综合计算工时制是否经过劳动行政批准？ |
| 2 | 实行综合计算工时制的员工，在非节假日加班的，贵司如何为其计算加班费用？ |
| 3 | 贵司对实行标准工时制的员工的工作时间有无明确规定，是否建立了加班审批制度？ |
| 4 | 贵司考勤管理规定中是否针对出勤（迟到、早退、事假、旷工等）设计了量化的惩罚标准？ |
| 5 | 员工在享受了探亲假、婚丧假、产假的情况下，贵司是否还允许其享受带薪年休假？ |
| 6 | 员工离职时，贵司是否将其应休未休带薪年休假折算成工资报酬发放？ |
| 7 | 在职员工年终存在应休未休带薪年休假的，贵司通常如何处置？ |
| 8 | 员工请病假时，贵司要求员工提供哪些材料？ |
| 9 | 贵司是否有值班制度的规定? |
| 10 | 怀孕女职工在劳动时间内进行产前检查的，贵司是否按正常出勤向其支付工资? |
| 保密、竞业限制与培训服务期 | |
| 1 | 贵司与涉密员工签订的《保密协议》包含哪些内容? |
| 2 | 贵司与哪些人员约定了竞业限制义务？ |
| 3 | 贵司与涉密员工签订的《竞业限制协议》包含哪些内容? |
| 4 | 贵司与员工就哪些培训，约定了服务期? |
| 5 | 贵司与员工约定的违反服务期的违约金数额包括哪些项目？ |
| 6 | 贵司与员工签订的《专项培训服务期协议》中包含哪些内容？ |
| 7 | 员工参加公司安排的培训的，贵司是否要求其将取得的证书交由公司保存？ |
| 离职管理 | |
| 1 | 贵司针对不辞而别的员工一般如何处理？ |
| 2 | 贵司是否存在以末位淘汰为由直接辞退员工的情形？ |
| 3 | 贵司针对员工主动提出离职的一般如何处理？ |
| 4 | 贵司何时为离职员工结算工资 ？ |
| 5 | 贵司规章制度中是否详细规定了辞退员工的具体量化标准？ |
| 6 | 贵司解除试用期员工劳动关系的决定，是否在试用期内做出并通知该员工？ |
| 7 | 贵司为离职员工办理退工退档及保险关系转移手续的时间为？ |
| 8 | 贵司一般在何时向离职员工支付经济补偿金? |
| 9 | 贵司在何时为离职员工出具解除或终止劳动关系证明? |

### 2. 资料收集

|  |  |
| --- | --- |
| 《劳动人事资料收集清单》 | |
| 1 | 《员工录用通知书》 |
| 2 | 《入职信息登记表》 |
| 3 | 《劳动合同书》 |
| 4 | 《员工转正通知书》 |
| 5 | 《岗位调整通知书》 |
| 6 | 《加班审批单》 |
| 7 | 《请假条》 |
| 8 | 《工资表》 |
| 9 | 《员工手册》及相关规章制度文本 |
| 10 | 《员工保密协议》 |
| 11 | 《员工培训期协议》 |
| 12 | 《竞业限制协议》及相关通知书 |
| 13 | 《解除劳动合同协议》及相关通知书 |
| 14 | 公司其他劳动人事相关文件 |

### 3. 体检报告出具

### 出具《劳动人事法治体检报告》时，应当全面、真实地反馈企业用工的现状和风险，但在制定劳动人事制度时则应该结合企业的实际特点提出针对性建议。

### 入职环节合规服务

### 员工入职是企业用工管理的第一个环节，其重要性往往被企业忽视，入职管理不完善，将为企业后续的用工管理和日常运营埋下很多隐患。

### 1.入职审查及信息登记合规

### 员工入职的审查是防范企业用工风险的第一步，帮助企业搭建起完善的入职审查制度至关重要，员工入职审查的清单应当包括如下内容：

|  |  |
| --- | --- |
| 《员工入职审查清单》 | |
| 1 | 身份证明审查 |
| 2 | 学历证明和各种资格证明审查 |
| 3 | 离职证明及过往任职信息 |
| 4 | 保密协议、竞业限制审查 |
| 5 | 身体状况及体检报告审查 |
| 6 | 通讯地址确认及审查 |

### 《员工入职信息登记表》范本（见附件）

### 2.劳动合同管理

### 劳动合同审查

|  |
| --- |
| **《劳动合同审查要点》** |
| **审查主体** |
| 审查年龄：是否达到了法定年龄，即年满16岁  审查资质：与应聘职位相关的学历证明和各种资格证明  审查劳动关系状态：离职证明  审查身体状况：体检报告  审查劳动行为能力，即具备能以自己的行为行使劳动权利和履行劳动义务的资格  审查是否为特殊人员，如外国人、在校实习生、兼职和退休返聘人员等 |
| **审查劳动合同期限和试用期** |
| 审查是否对合同期限进行了约定，劳动合同期限的起止时间是否有约定  审查是否对试用期做了约定  （注意：三个月以上不满一年的劳动合同最多只能约定1个月的试用期；一年以上不满三年的劳动合同最多只能约定2个月的试用期；三年及以上的劳动合同最多只能约定6个月的试用期；同一用人单位和一个劳动者只能约定一次试用期；三个月以下及以完成一定工作任务为期限的劳动合同，不得约定试用期；外国人劳动合同期限不得超过5年；以完成一定工作任务为期限的劳动合同，要注意明确工作任务的起止时间节点）  审查是否对试用期的“不符合录用条件”情形进行了约定 |
| **审查工作性质、时间、地点、内容条款** |
| 审查是否对工作地点进行了约定  审查是否约定用人单位可以对工作地点进行调整，可以工作需要或者生产经营需要等理由作约定  审查是否约定工作岗位  审查是否约定对岗位职责  审查是否约定了用人单位有权根据生产经营或业务经营需要对劳动者的岗位进行调整  审查是否约定工时制度，标准工时制、综合计算工时制和不定时工时制是否作了明确，若无，应提示用人单位明确劳动者采用何种工时制度工作  审查是否约定加班制度，是否明确必须要有书面的加班申请及书面审批  审查是否对休假进行了约定，是否有除法定年休假外的企业福利年假，如果有，是否进行了关于如何休假（包括休假天数、休假条件、未休法定年休假、未休福利年假的处理是作废还是按一定标准给予补偿）的约定，该部分内容可提示企业在员工手册或休假制度中进一步明确。 |
| **审查劳动报酬和保险福利待遇条款** |
| 审查是否约定试用期劳动报酬  审查约定的试用期劳动报酬是否为转正后劳动报酬的 80% 及以上，且不低于当地最低工资标准  审查是否约定转正后的劳动报酬  审查是否约定劳动报酬的支付方式和支付时间  审查是否约定奖金，若有，如何计算发放  审查是否约定劳动者可享受的保险福利待遇 |
| **审查劳动纪律、劳动保护、劳动条件和职业危害防护** |
| 审查是否明确约定劳动纪律  审查是否明确约定对违反劳动纪律的处罚  审查若行业存在可能患职业病的风险，是否有对职业危害防护的规定 |
| **审查权利义务条款** |
| 审查是否约定保密义务  审查是否约定全面具体的保密信息，不同的企业根据其所处行业特点进而约定保密信息类型，一般包括：经营信息、技术信息和管理信息  审查是否对保密期限进行了约定  审查是否约定劳动者应采取的保密措施  审查是否约定劳动者违反保密义务需承担的赔偿责任  审查是否约定职务成果的范围  审查是否约定劳动者对职务成果知识产权申报的协助义务  审查是否约定劳动者非职务成果的用人单位优先受让权  审查是否约定另行签订《竞业限制协议》  审查是否约定竞业限制范围  审查是否约定竞业限制期  审查是否约定竞业限制补偿金 |
| **审查劳动合同的变更、续订、解除与终止** |
| 审查是否明确劳动合同变更的情形、用人单位是否有单方变更劳动合同的权利  审查是否明确劳动合同续订的情形  审查是否明确劳动合同解除的情形  审查是否明确劳动合同终止的情形  审查是否明确劳动合同解除或终止后劳动者应尽的义务，如服务期未满如何承担违约责任的规定 |
| **审查经济补偿与赔偿** |
| 审查是否约定劳动者给单位造成的损失需赔偿的情形  审查是否约定用人单位支付经济补偿金的情形  审查是否约定经济补偿金的计算标准 |
| **审查劳动争议处理及其他** |
| 审查是否明确了劳动争议条款，用人单位可选择发生争议时是否先进行调解  （注意：劳动争议须先进行劳动仲裁，未仲裁不得诉讼，应约定发生争议时向有管辖权的劳动争议仲裁委员会申请仲裁）  审查是否约定劳动合同的生效时间  审查是否约定补充协议的效力  审查是否明确劳动者的通知地址的事项，具体包括：  （1）通讯地址  （2）电子邮箱  （3）联系电话  审查是否明确劳动者变更联系地址时告知用人单位的方式  审查是否有签章位置 |

### 3.试用期管理

|  |
| --- |
| **试用期管理需要注意的问题** |
| **试用期内对劳动者的考核** |
| 审查试用期考核的时间是否超过试用期限  审查试用期考核的内容是否具备：内容可以为劳动者所从事岗位上必备的条件；能否满足岗位职责的一定身体条件、一定技术能力；用人单位要求的工作态度和表现；相关法律法规及用人单位的规章制度的遵守情况  审查试用期考核结果的评定标准、流程是否明确：明确试用期考核不通过的情形、考核的具体流程  审查试用期作出考核结果的依据是否完备：在考核过程中，劳动者做出影响考核结果的行为时，用人单位应及时固定相关证据，并作为考核评定劳动者是否通过试用期的依据。  审查试用期考核的程序条件是否完备：是否将考核内容、评定标准、评定结果、做出评定结果的依据通过书面形式告知劳动者，并与劳动者进行确认。 |
| **试用期内以劳动者不符合录用条件解除劳动合同** |
| 审查解除的时间是否超过试用期  审查以不符合录用条件为由解除劳动合同理由是否充分  审查是否有明确的录用条件  审查劳动者是否不符合约定的录用条件  审查用人单位是否能够证明劳动者不符合约定的录用条件  审查用人单位是否将具体解除理由向劳动者进行说明 |

## （三）用工环节合规服务

### 工作时间与休息休假

|  |
| --- |
| **工作时间与休息休假的审查** |
| **工时制度** |
| 审查工时制度的种类，标准工时制、综合计算工时工作制、不定时工作制、计件工时制  标准工时制，劳动者每日工作8小时，每周工作40小时  综合计算工时工作制，用人单位因工作性质特殊，需要连续作业或受季节及自然条件限制，无法实行标准工时制，因而采取以周、月、季、年等为周期综合计算工作时间。但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同  不定时工作制，用人单位因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，无法按照标准工作时间安排工作或因工作时间不固定，需要安排劳动者机动作业所采用的弹性工时制度  计件工时制，以劳动者在法定标准工作时间内能够完成的计件数量为标准来确定合理的劳动定额和劳动报酬的一种工时制度  审查用人单位是否可以实行综合计算工时工作制：综合计算工时制主要适用于：  （1）交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊，需连续作业的职工；  （2）地质及资源勘探、建筑、制盐、制糖、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工；  （3）其他适合实行综合计算工时工作制的职工  审查用人单位是否可以实行不定时工作制，不定时工作制主要适用于：  （1）企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工；  （2）企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊，需机动作业的职工；  （3）企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊，需机动作业的职工  审查用人实行综合计算工时工作制和不定时工作制是否经过劳动行政部门审批 |
| **公休日和法定节假日** |
| 审查标准工时制下用人单位是否安排劳动者实行周休2天  审查用人单位在灵活安排劳动者每周休息日时是否保证劳动者每周至少休1天  审查用人单位是否安排劳动者在属于全体公民的休假日（法定节假日）休息，我国法定节假日包括：  （1）新年，放假1天（1月1日）；  （2）春节，放假3天（农历正月初一、初二、初三）；  （3）清明节，放假1天（农历清明当日）；  （4）劳动节，放假1天（5月1日）；  （5）端午节，放假1天（农历端午当日）；  （6）中秋节，放假1天（农历中秋当日）；  （7）国庆节，放假3天（10月1日、2日、3日）。  审查用人单位是否安排劳动者在属于部分公民的休假日休息，具体包括：  （1）妇女节（3月8日），妇女放假半天；  （2）青年节（5月4日），14周岁以上的青年放假半天；  （3）儿童节（6月1日），不满14周岁的少年儿童放假1天；  （4）中国人民解放军建军纪念日（8月1日），现役军人放假半天。  审查法定节假日和部分公民放假的假日是否需要补休：全体公民放假的假日，如果适逢星期六、星期日，应当在工作日补假。部分公民放假的假日，如果适逢星期六、星期日，则不补假。 |
| **加班** |
| 审查劳动者是否存在加班情况  审查劳动者在法定节假日加班，用人单位是否支付加班工资  审查劳动者在周末休息日加班，用人单位是否支付加班工资或安排调休 |
| **休假** |
| 查是否安排劳动者年休假，法定的年休假根据累计工作年限计算：累计工作年限满1年不满10年的，年休假5天；累计工作年限满10年不满20年的，年休假10天；累计工作年限满20年的，年休假15天  审查是否依法安排劳动者婚（丧）假、探亲假：劳动者结婚（包括再婚）时所享受的带薪休假为3天  审查规章制度是否对劳动者事假进行了规定  审查是否根据《女职工劳动保护特别规定》、《湖南省人口与计划生育条例》安排职工产假、哺乳假  审查用人单位是否制定规章制度规定劳动者病假的请假程序等 |

### 薪酬福利

|  |
| --- |
| **薪酬和福利的管理** |
| **薪酬** |
| 审查是否具备薪酬制度  审查薪酬制度的制定是否通过合法程序制定、是否向劳动者进行公示  审查工资构成是否合理、是否能够满足工作岗位对工资分配的要求、对工资调整的方式是否与劳动者进行明确、对各工资的核算方式与劳动者是否有明确约定  审查工资支付的时间是否符合法律的规定：实行全日制用工的，工资至少每个月支付一次，实行非全日制用工的，劳动报酬的支付周期最长不得超过15日  审查工资标准是否低于当地最低工资标准  审查是否与劳动者约定了加班工资的核算方式，标准工时制下，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：  （1）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；  （2）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；  （3）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。  审查是否与劳动者约定了年休假工资的核算方式以及支付时间：单位确因工作需要不能安排职工休年休假的，经职工本人同意，可以不安排职工休年休假。对职工应休未休的年休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的300%支付年休假工资报酬  审查是否依法支付了劳动者法定节假日期间的工资  审查是否按照原工资福利待遇的标准支付了职工因工伤停工留薪期间的工资  审查是否按照不能低于当地最低工资80%的标准向劳动者支付了病假工资  审查是否依法约定了停工停产期间劳动者工资支付的标准  审查是否按照法定的标准向劳动者支付了产假工资或生育津贴  审查是否需要向劳动者单独核发高温津贴  审查是否按照劳动者正常劳动的标准向其支付了职工探亲假、婚丧假以及依法参加社会活动期间的工资\ |
| **福利** |
| 审查是否存在工资之外的福利待遇，如低温津贴、企业年金  审查福利待遇的发放条件是否明确 |

### 五险一金

|  |
| --- |
| **审查五险一金执行情况** |
| **社会保险** |
| 审查是否在劳动者入职当月为其缴纳了社会保险  审查是否足额依法为劳动者缴纳了五险：养老保险和医疗保险、失业保：用人单位职工工资总额为缴费基数，劳动者以其上一年月平均工资为缴费基数；工伤保险和生育保险：以用人单位职工工资总额作为缴费基数  审查是否为非全日制用工劳动者依法缴纳了工伤保险  审查是否依法向劳动者支付了社会保险待遇 |
| **公积金** |
| 审查是否在劳动者入职当月为其办理了公积金缴存登记并缴存了公积金  审查是否足额为劳动者缴存了公积金 |

### 培训与服务期

|  |
| --- |
| **培训与服务期的管理** |
| **培训** |
| 审查培训的种类：如岗前培训、不能胜任工作的培训、专业技术培训  审查是否具备培训制度  审查培训制度的制定是否通过合法程序制定、是否向劳动者进行公示  审查岗前培训期间是否与劳动者建立了劳动关系、是否向劳动者支付劳动报酬、劳动者是否需要提供劳动、是否就有关事项与劳动者进行了书面约定  审查岗前培训是否向劳动者收取了费用  审查是否约定了劳动者不能胜任工作的培训流程、培训时间、培训方式  审查对专业技术培训是否有明确界定，如培训的内容是否为劳动者事先不掌握的专业性、针对性较强的知识和技能；培训目的是否劳动者为了适应更高层次或更加专业的工作；培训的对象是否为经过严格挑选的特定对象；培训的形式是否为脱产或半脱产的形式；培训的费用； |
| **服务期** |
| 审查签订服务期协议的主体是否适格，即劳动者必须享受了用人单位提供的专业技术培训  审查服务期协议中是依法约定了劳动者的服务期限、违约责任等  审查违约责任的约定是否适当  审查用人单位是否保存了其向劳动者提供专业技术培训的证据：如与第三方签订的专业技术培训合同、产生相关费用的票据 |

## （四）离职环节合规服务

### 1.劳动合同的解除与终止

|  |
| --- |
| **劳动合同的解除** |
| **协商一致解除** |
| 审查是否签订协商一致解除的协议  审查对于工资（包括年休假工资、加班工资）、经济补偿、社保的支付和缴纳是否有明确约定  审查协议签订时是否存在欺诈、胁迫或乘人之危的情形 |
| **劳动者辞职** |
| 审查劳动者是否依据法律规定的时间提出辞职申请  审查劳动者没有依据法律规定的时间提出离职申请是否给用人单位造成了损失、对于该损失是否保留了相关证据  审查劳动者提出离职的原因是否是基于《劳动合同法》第三十八条，用人单位是否因此需要支付经济补偿 |
| **过失性解除** |
| 审查劳动者是否存在《劳动合同法》第三十九条列明的行为  审查是否保留了劳动者存在《劳动合同法》第三十九条列明行为的证据  以劳动者不符合录用条件为由解除劳动合同的，还需审查用人单位是否向劳动者明确了不符合录用条件的情形  以劳动者严重违反用人单位的规章制度为由解除劳动合同的，还需审查用人单位是否有具备合法有效、且向劳动者进行公示了的规章制度  审查是否及时向劳动者送达了解除劳动关系的通知  若有工会，审查是否事先将解除事由通知了工会 |
| **无过失性解除** |
| 审查是否存在《劳动合同法》第四十条列明的情形  审查是否保留了存在《劳动合同法》第四十条列明情形的证据  以《劳动合同法》第四十条列明的第一种情形解除劳动关系的，须审查是否有证据证明：劳动者不能从事原工作、已经安排劳动者从事其他工作、劳动者不能从事另行安排的其他工作  以《劳动合同法》第四十条列明的第二种情形解除劳动关系的，须审查是否有证据证明：劳动者不能胜任工作、已经对劳动者进行了培训、未经培训已经调整过工作岗位且劳动者仍然不能胜任工作  以《劳动合同法》第四十条列明的第三种情形解除劳动关系的，须审查是否有证据证明：客观情况发生了“重大变化“、劳动合同因该等“重大变化”导致无法履行、已与劳动者协商变更劳动合同，但未达成合意  审查是否及时向劳动者送达了解除劳动关系的通知  审查劳动者是否存在《劳动合同法》第四十二条规定的情形，以确定能否解除劳动合同  若有工会，审查是否事先将解除事由通知了工会 |
| **经济性裁员** |
| 审查是否存在《劳动合同法》第四十一条列明的情形  审查是否履行了裁员的程序：如向全体职工说明情况、是否听取了工会或职工的意见、裁减人员方案是否向劳动行政部门报告  审查劳动者是否存在《劳动合同法》第四十二条规定的情形，以确定能否终止劳动合同  若有工会，审查是否事先将解除的事由通知了工会 |
| **劳动合同的终止** |
| **期限届满终止** |
| 审查期限届满双方未续签劳动合同的原因，以确定是否需要向劳动者支付经济补偿  审查是否需要与劳动者签订无固定期限劳动合同  虽然劳动合同到期，审查劳动者是否存在《劳动合同法》第四十二条规定的情形，以确定能否终止劳动合同 |
| **其他法定终止** |
| 审查是符合《劳动合同法》第四十四条规定的其他情形，以确定能否终止劳动合同 |

### 2.经济补偿和赔偿金

|  |
| --- |
| **经济补偿** |
| **劳动者解除劳动合同** |
| 审查劳动者解除劳动合同的理由是否符合《劳动合同法》第三十八条规定的情形  审查劳动者的工作年限  审查劳动者解除劳动关系前十二个月的平均工资  审查劳动者的月平均工资标准：劳动者的月平均工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年 |
| **用人单位解除或终止劳动合同** |
| 审查用人单位解除或终止劳动合同是否存在如下法律规定的情形：《劳动合同法》第三十六条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的；第四十条规定解除劳动合同的；第四十一条第一款规定解除劳动合同的；除用人单位维持或提高劳动合同约定条件续订劳动合同，依据第四十四条第一款规定终止固定期限劳动合同的；第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的；法律、行政法规规定的其他情形  审查劳动者的工作年限  审查劳动合同终止或解除前十二个月的平均工资  审查劳动者的月平均工资标准：劳动者的月平均工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年 |
| **赔偿金** |
| 审查是否存在法律明确规定不得解除劳动合同但用人单位强行解除的情况：劳动者存在《劳动合同法》第四十二条规定的特殊情形，用人单位不得依据该法第四十、四十一条的规定解除劳动合同  审查是否存在法律规定的条件未满足时用人单位解除或终止劳动合同的情况：如未满足《劳动合同法》第三十六条的协商解除，第三十九条规定的用人单位即时解除劳动合同，第四十条、四十一条的用人单位单方预告解除劳动合同的条件  审查是否存在解除劳动合同的程序不符合法律规定的情况，如有工会的用人单位未能将解除事由事先告知工会 |

### 3.离职谈判

|  |
| --- |
| **离职谈判管理** |
| **谈判前的准备** |
| 熟悉劳动合同解除或终止的相关法律法规以及公司规章制度  熟悉了解离职员工的背景信息  明确谈判的目的，拟定与劳动者进行谈话的提纲  拟定解约方案  组织谈话人员，建议不少于两人 |
| **谈判完成后的注意事项** |
| 做好对离职人员谈话的文字记录及录音工作，由谈话参与人签字确认，并整理好归档  对离职人员的谈话内容进行分析、判断，做出结论  双方确定解约的，签订书面解除协议书 |

# 三、服务参考范本

## 员工入职信息登记表（范本）

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 姓名 |  | | | 性别 | | |  | | | | 年龄 | | |  | | | 生日 | | |  | | | | | 照片 | | | |
| 政治  面貌 |  | | | 籍贯 | | |  | | | | 民族 | | |  | | | 血型 | | |  | | | | |
| 现住  地址 |  | | | | | | | | | | | | | | | | 户口地 | | |  | | | | | | | | |
| 通信地址  户口所在地 | | |  | | | | | | | | | | | | | | 移动  电话 | | |  | | | | | | | | |
| 身份证号码 | | |  | | | | | | | | | | | | | | E-mail | | |  | | | | | | | | |
| 技能证书 | | |  | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| **主要教育经历** | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 时间 | | | | | 院校名称 | | | | | | | | | | | | | | 学历 | | | 专业 | | | | | 证书 | |
| 年 月～  年 月 | | | | |  | | | | | | | | | | | | | |  | | |  | | | | |  | |
| 年 月～  年 月 | | | | |  | | | | | | | | | | | | | |  | | |  | | | | |  | |
| **主要工作经历** | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 工作时间 | | | | | 工作单位 | | | | | | | | | | | | 职位 | | | | | 证明人姓名、电话 | | | | | 离职  原因 | |
| 年 月～  年 月 | | | | |  | | | | | | | | | | | |  | | | | |  | | | | |  | |
| 年 月～  年 月 | | | | |  | | | | | | | | | | | |  | | | | |  | | | | |  | |
| **家庭情况** | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 婚姻状况 | | | □未婚 □已婚  □已婚已育 □离异 □丧偶 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 关系 | | | 姓名 | | | | 年龄 | | | | | 工作单位（就读学校） | | | | | | | | | | | | 所任岗位  及职务 | | | | |
|  | | |  | | | |  | | | | |  | | | | | | | | | | | |  | | | | |
|  | | |  | | | |  | | | | |  | | | | | | | | | | | |  | | | | |
| **紧急联络人** | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 关系  （必填） | | | 姓名 | | | | 联系地址及邮编 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | 电话 | |
|  | | |  | | | |  | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |  | |
|  | | |  | | | |  | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |  | |
| 健  康  状  况 | 身高 |  | | | | 体重 | | | |  | | | 视力 | | | □良好  □辅助 | | | | | | | 听力 | | | □良好  □辅助 | |
| 是否曾被认定为工伤或职业病或持有残疾人证明：□是 □否 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 是否被劳动能力鉴定委员会鉴定为具有伤残等级以及何级伤残：  □是 □否 伤残等级 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 是否从事过井下、高空、高温、特别繁重体力劳动以及有毒有害工种： □是 □否 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 是否有传染性疾病以及何种疾病：□是 □否 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 是否有精神疾病或家族精神病遗传病史：□是 □否 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 前用人  单位信息 | | 离职时间 | | | | | |  | | | | | | | 离职原因 | | | | | |  | | | | | | |
| 是否与前用人单位约定了保密协议与竞业限制条款：  □是 □否 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 是否与前用人单位有未尽的法律事宜：□是 □否 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 是否正在参加相关专业知识学习：  □是 □否 | | | | | | | | | | | | | | | 是否曾经或正在追究与承担过刑事责任：☑是 □否 | | | | | | | | | | | | |
| 应聘信  息来源 | | □人才网络  □内部介绍 □其他 | | | | | | | | | | | | | 是否服从集团公司岗位调整和再分配：□是 □否 | | | | | | | | | | | | |
| 员工确认 | | 1. 本人对入职登记表上面登记的全部内容皆已知晓，本人保证所提供以及填写的资料均属实。 2. 本人认真熟读并知晓《员工手则》，理解该规章制度的所有条款，保证严格遵守与执行，如因本人在工作期间的行为违反了该规章制度，本人自愿接受公司作出的任何处理决定。本人确认本人在表格中的陈述及提供的资料属实，并尊重：如有虚报、不实或隐瞒情况的，虽经录用，亦会被立即解雇而不能得到任何补偿或预先通知。 3. 本人授权公司保存、使用本人上述信息，本人认可公司对本人进行背景调查，且允许公司通过背景调查获取本人信息。   员工签名： 日期： | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| **公司填写** | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 入职部门 | |  | | | | | | | 入职岗位 | | | | | |  | | | | | | 入职  时间 | | | | |  | |
| 试用期限 | |  | | | | | | | 试用工资 | | | | | |  | | | | | | 转正  工资 | | | | |  | |
| 相关证  件材料 | | 入职表附件情况登记：   1. 身份证复印件 （ ）份，   是否核对原件 □是 □否   1. 学历证书复印件 （ ）份，   是否核对原件 □是 □否   1. 银行卡复印件 （ ）份 2. 各种资格证书复印件 （ ）份，   是否核对原件 □是 □否   1. 一寸照片 （ ）份 2. 其他资料： | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 其他补充 | | 双方特殊约定： | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 审核栏 | | 部门负责人 | | | | | | | | | | | | | | | | 行政人事部意见 | | | | | | | | | |
|  | | | | | | | | | | | | | | | |  | | | | | | | | | |

## 劳 动 合 同 书

**合同编号：**

**用人单位（甲方）**：

地 址：

法人代表：

**员工（乙方）：**

身份证号码： 电子邮箱：

联系地址：

联系电话： 紧急联系人电话：

甲乙双方根据《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》等法律、法规、规章的规定，经协商一致，自愿订立本劳动合同。

一、合同期限

1.本合同类型为：有固定期限合同。本合同自 年 月 日至 年 月 日止。（其中试用期自 年 月 日至 年 月 日止，期限为 个月）。

2.试用期内，甲方有权对乙方的工作表现和能力进行考核，如经考核乙方被认定为“不符合录用条件”的，甲方有权随时解除本合同。“不符合录用条件”包括但不限于下述情形：

（1）乙方不能按时、按质、按量完成工作任务，或者未能通过甲方的试用期考核和表现评估，或被认定为不能满足劳动合同约定的岗位要求或岗位说明中规定的岗位职责的；

（2）乙方违反诚实信用原则对影响劳动合同履行的自身基本情况有隐瞒或虚构的，或在应聘时提供的个人资料是虚假的，包括提供虚假学历证书、虚假职业资格证明、假身份证、假护照、假户籍证明等个人重要证件以及伪造的离职证明、体检证明等；对工作履历、知识、技能、业绩、健康等个人情况说明与事实明显不符或有重大出入的；或个人简历等填写内容不真实的，或没有如实说明与应聘岗位相关的情况的；

（3）乙方与其他公司存在未尽法律义务，或与其他公司存在法律纠纷尚未处理完毕并且影响工作的；

（4）在甲方指定的机构所进行的体检结果不符合本行业所规定的卫生标准和体检要求的，或患有精神病或不适合从事劳动合同约定岗位工作的疾病或缺陷的；

（5）乙方曾受到其他公司书面警告或辞退等严重处分而在应聘时未声明的，曾被行政拘留或者依法追究刑事责任而在应聘时未声明的，或曾有、仍有吸毒等行为而在应聘时未声明的；

（6）隐瞒与其他公司存在劳动关系或竞业限制约定的；

（7）乙方在试用期内有任何违法违纪行为或受到公司任何类型的纪律处分的；

（8）乙方在试用期内存在重大工作失误的；

（9）乙方未能在甲方规定的期限内提供用于办理法定劳动用工手续的全部材料的；

（10）其他不符合甲方录用条件的情形的。

二、工作内容和工作地点

1.乙方在公司 部门任职 岗位。

2.乙方工作地点为:甲方的注册地或其他经营场所内。鉴于甲方所处行业的特殊性，乙方同意：因工作需要，甲方可委派乙方至客户公司、关联公司等处或者其他业务开展地从事相关工作。

3.乙方应履行甲方制定的规章制度及所在岗位的关键业绩指标要求和内容，恪守职业道德，按时、按质、按量全面完成各项工作任务。未经甲方书面同意，乙方不得兼职其他公司或岗位。

4.甲方可以根据业务经营的需要，参照乙方的专业、经验、能力和考核表现，与乙方协商调整乙方的工作岗位、工作内容、工作地点，乙方的薪酬根据情况进行调整。乙方也可根据自身能力和专业，向甲方提出调整工作岗位的申请，但在甲方给予回复意见前不得擅自离岗。

三、乙方的具体职责

乙方的具体工作职责根据乙方所在部门及岗位确定，甲方可安排乙方从事与岗位有关的相关工作。

四、工作时间和休息休假

1.本合同实行标准工时制。

2.乙方享有国家规定的相关节假日。

3.乙方实行工作责任制，加班按照甲方规章制度执行，实行审批制加班，即未经审批与公司安排不视为加班。如有加班，乙方同意优先调休。

五、劳动保护和劳动条件

1.乙方享有在符合法定安全和卫生标准的条件和场所工作的权利。

2.乙方有责任和义务正常使用必要的劳动保护用品，并爱护工具和设备，关爱自己及其他同事的健康和安全。

六、劳动报酬

1.聘用期间乙方的报酬为基本工资、绩效工资和年度奖金三部分组成：

（1）基本工资：乙方基本工资为： 元/月（含税），试用期工资为： 元/月（含税）。甲方于每月 10 日前，以货币形式支付工资，如遇节假日或休息日，甲方可以顺延至工作日支付；若乙方对领取当月全部收入项目有异议的，必须在甲方发放工资后五日内，向甲方书面提出，否则视为甲方全额发放。

（2）绩效奖金：乙方绩效考核合格有权获得绩效奖金，绩效奖金的计算和领取依照甲方的考核制度执行。

考核范围包括但不限于：年度经营计划的实现、风险控制率、决策执行率、企业价值观契合程度等指标。

（3）年度奖金：甲方根据公司当年经营状况自主决定。

绩效奖金与年度奖金分两次发放：履行本合同期满一年之日起10日内支付70%，剩余30%在期满一年之日起60日内支付，以后每年的绩效奖金与年度奖金发放时间依此类推。年度奖金以年度为单位进行发放，未满一年不享有当年绩效奖金与年度奖金。

2.乙方知悉并认可，在职期间如有甲方额外发放的保密费等不属于甲方支付给乙方的标准工资范畴。

3.甲方支付乙方劳动报酬，乙方应尽公民义务，依法缴纳个人所得税，费用由乙方承担，甲方代为缴纳。

七、保密费（如有）

自本合同订立生效之日起，乙方需依约履行保密义务（具体保密内容见本合同第十二条），甲方向乙方支付保密费： 元/月，在工资发放时一并支付至乙方。

八、社会保险和福利待遇

1.甲方依照国家规定为乙方缴纳社会保险费等，社会保险费个人缴纳部分，甲方从乙方工资中代扣代缴。

2.乙方患病或非因工负伤的医疗待遇按国家有关规定执行。

九、劳动合同的续订

本合同期满前，双方均有义务提前告知对方是否有续签意愿，经双方协商一致续订合同的，应在原合同期满前完成续订。

十、劳动合同的履行

1.乙方承诺有能力履行合同，能胜任工作岗位与要求，并自觉遵守国家的法律、法规和社会公德，接受甲方的培训和考核，自觉遵守甲方的工作程序、劳动纪律。珍惜甲方的声誉，维护甲方利益，爱护甲方财产，保守甲方的商业秘密。

2.乙方签订此合同时，已经知悉公司已有的规章制度，并愿意遵守甲方的规章制度。甲方有权根据经营需要和国家法律法规的规定，制定或修改适用于乙方的包括员工手册在内的各项规章制度，乙方应当阅读、理解并予以严格遵守。如果乙方违反或拒绝接受甲方的规章制度，甲方有权依照规定对乙方进行处罚，直至解除劳动合同。

3.乙方因违反有关法律、劳动纪律和甲方内部规章制度而给甲方造成经济损失的，甲方有权要求乙方赔偿其损失，并有权依法对乙方工资进行损失的扣减。

4.承担专业技术工作的受聘人员，如提前解除或终止聘用合同，可能给公司代理技术项目终止、引发知识产权纠纷、技术泄密造成较大经济损失的，在聘用合同解除或终止的条件未具备时，不得提前解除或终止聘用合同。

十一、知识产权归属

1.本合同所称的知识产权包括：著作权、专利、注册商标权专用权和专有技术等。

2.乙方为完成甲方的工作任务或者主要利用甲方的物质条件所创作的作品、发明创造、专有技术，是履行职务的行为，其知识产权归属甲方，乙方无权主张相关权利。

3.对乙方的职务发明创造，甲方可视该发明创造对甲方的贡献大小，给乙方予以奖励。

4.乙方在完成本职工作的情况下，欲就与甲方有一定竞争关系的课题自行研究开发的，应事先与甲方就利用甲方物质技术的范围及补偿办法以及所完成的技术成果的使用权、转让权、申请权和申请的权利归属达成书面协议。否则，均视作乙方的职务行为，相关权利均归属甲方。

十二、保密义务

1.本合同存续期内，乙方对在工作过程中接触到的或知悉的商业秘密承担保密义务，不得复制、不当使用、直接或间接向他人（包括根据保密要求不得接触该项秘密信息的甲方的其他职员）泄露或使他人获得上述商业秘密。无论本合同基于何种原因终止，乙方必须继续履行前款约定的保密义务，严格保守乙方在甲方任职期间所知悉的甲方的全部商业秘密。本款所述“商业秘密”包括但不限于：

（1）甲方的经营信息，包括但不限于经营方针、管理思路、公司发展计划、资本运作情况、新产品及服务项目开发情况、投资决策意向、市场分析、广告策略、现有客户及可能客户的名单与需求、营销计划、采购资料、产品服务定价及定价政策、进货渠道、产销策略、投标中的标底与标书内容等；

（2）甲方的技术信息，包括但不限于调查研究、模式、计划、汇编物、发明与创造、产品、配方、公式、设计、模型、方法、过程、程序、计算机程序及软件（源代码、目标代码等）、数据库、开发计划、研究开发记录、科研项目进度、技术方案、技术指标、技术报告、检测报告、实验数据、试验结果、操作手册、技术文档、技术、硬件配置信息、产量、设备变更、服务、工程设计、电路设计、制造方法、工艺流程、图纸、样品、样机、模型、模具等，以及技术合作中第三方要求甲方保密的内容；

（3）甲方的管理信息，包括但不限于未公开的财务信息、人事信息、公司内部规章制度、工资薪酬信息、内部业务流程、物流资料、会议纪要等所有内部资料，以及其他列入甲方保密制度文件的秘密事项；

（4）甲方依照法律规定或者协议约定对第三方负有保密义务的信息；

（5）甲乙双方附件或者补充协议另行约定的其他相关保密信息。

3.乙方同意，本合同终止或解除时，无论其记录或存储在任何媒介上，乙方应立即向甲方交还其获得的有关甲方经营、技术和管理等保密信息的全部文件，包括但不限于报表、信件、图纸、工作证件、电子存储数据和任何其他材料。

4.乙方离职之后五年内仍对其在甲方任职期间接触、知悉的保密信息，承担如同任职期间一样的保密义务和不擅自使用有关保密信息的义务。

5.若乙方违反上述保密条款，甲方有权要求乙方退回甲方已支付的保密费并赔偿由此给甲方造成的所有损失，损失无法计算的按 元计算。

十三、劳动合同的解除与终止

1.经双方协商一致，本合同可以解除。

2.乙方原因提出解除或终止劳动合同，应当提前45日以书面形式通知甲方行政人事部门，在得到甲方批准并办理完离职手续后方可离职。如乙方不经离职流程连续旷工达3个工作日，视为擅自离职，若乙方因擅自离职给甲方造成严重损失的，甲方还有权要求赔偿。

3.乙方有下列情形之一或违反国家法律法规的，甲方可以即行解除劳动合同，双方依法办理解约手续：

（1）试用期内，乙方被证明不符合录用条件或岗位要求的；

（2）乙方虚假提供个人资料或相关证明，或者隐瞒重大疾病史及其他重要情况的；

（3）未经甲方批准，乙方连续旷工达3个工作日以上（含本数）的；

（4）乙方严重违反规章制度的；

（5）乙方因严重失职、徇私舞弊给甲方利益造成重大损害，给公司造成可计算经济损失达三万元以上（含本数）的；

（6）没有按规定如期交接工作，对部门工作造成重大影响；

（7）乙方被依法追究刑事责任的；

（8）乙方具有法律、法规或者甲方规章制度规定的可以解除劳动合同的其他相应情形的。

4.有下列情形之一，甲方提前三十日以书面形式通知乙方或者额外支付乙方一个月工资的，可以解除劳动合同：

（1）乙方患病或非因工负伤，医疗期满后不能从事原工作，也不能从事甲方另行安排的其他工作的；

（2）乙方不能胜任本职工作，经过培训或者调整岗位后，仍不能胜任工作的；

（3）因劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使本合同无法继续履行，经甲乙双方协商，不能就变更本合同达成协议的。

5.在试用期内的，乙方可以解除本合同，但应至少提前三天通知甲方，以便甲方为其办理相关手续：

6.经甲方批准辞职并办理完所有离职手续的员工，可在提出辞职申请一个月后，获取最后一个月内按实际工作天数计算的薪资。

7.有下列情形之一的，劳动合同终止：

（1）《劳动合同》期满的；

（2）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；

（3）用人单位破产、解散或者被撤销的；

（4）劳动者退休、退职的。

8.为避免工作交接不畅所造成损失，乙方同意自提出解约日起，其所有薪资及福利费发放，一并在离职手续办理完毕后的工资结算时付清。

9.甲乙双方解除、终止劳动关系前，乙方须交回原由甲方提供的工作用品、客户资料、记录、证件等。

十四、经济补偿与赔偿

1.乙方解除《劳动合同》时有下列情形之一的，应协助甲方妥善处理相关事宜，造成甲方经济损失的，应给予相应的经济补偿：

（1）乙方给甲方造成经济损失未处理完毕的；

（2）乙方被有关国家机关依法审查未结案的；

（3）乙方与甲方就股份赠与、出资培训、购房补贴等特殊约定的服务期限尚未期满的；

（4）国家或甲方所在地有特别规定的。

（5）乙方违反本合同约定的保密义务，给甲方造成损失的，应当承担赔偿责任。

十五、劳动争议处理

本合同未尽事宜，双方本着有利于维护和谐劳动关系原则协商确定。协商不成的，按国家法律、法规、规章和政策办理。

十六、其他

1.乙方必须在到达甲方工作当日向甲方递交以下相关人事关系资料并保证资料的真实性：

（1）人事档案存放证明；（2）身份证（验原件、留复印件）；（3）居住证（验原件、留复印件）；（4）学历证书（验原件、留复印件）；（5）退工单/离职证明；（6）体检证明。

2.本合同如因法律、法规、规章或政策变更而不一致的，以新的法律、法规、规章和政策为准。

3.如乙方与甲方有其他特殊约定，如培训协议等，将另立《合同补充条款》，乙方应严格遵守（特殊约定及相关违约金责任在《合同补充条款》中规定）。

4.本合同自双方签订之日起生效，一式两份，甲乙双方各持一份，具有同等法律效力。

甲方（盖章）： 乙方（签字）：

年 月 日 年 月 日

试用及转正管理制度

第一条 目的

为规范员工在试用期内达到转正的要求及办理程序,明确相关部门的工作职责,特制订本制度。

第二条 适用范围

适用于公司所有试用期员工。

第三条 权责

**（一）试用期员工的权责**

1. 主动了解自己的工作职责与工作内容、工作目标、公司的规章制度等;
2. 接受行政人事部的入职培训及相关考核。

**（二）试用期直属领导的权责**

1. 工作中引导新员工领悟公司的文化、督促并指导其执行公司各项管理制度以及日常办公、工作须知等;
2. 培训新员工工作职责、内容与目标及岗位必须的知识与技能。

**（三）行政人事部的权责**

1.培训新员工有关公司的文化、公司各项管理制度以及日常办公、工作须知等;

2.负责试用期员工的最终考核;

3.负责面谈试用期转正的员工并审核其申请;

4.负责与试用期员工签订劳动[合同](http://www.fdcew.com/gw/List_211.html);

5.新进员工入职的三天内须持有并由其签名的《岗位说明书》。该“岗位说明书”是其工作的要求与标准。

**转正申请的批准**

总经理负责审批公司所有试用期人员的转正申请。

第四条 内容

**（一）试用期管理规定**

1. 员工入职当天,填写《入职登记表》，同时填写《新员工试用期工作规划表》
2. 试用期内离职

（1）辞职:试用期员工由于个人原因提出辞职,须提前3天填写《离职申请表》，通知所属部门的负责人,并督促所属部门在2个工作日之内加注意见后递交至行政人事部,经批准,员工可办理离职手续；

（2）辞退:因违反公司规章制度、违反国家法律或试用不合格而辞退员工。所属部门负责人必须有明确的不合格证据说明,并将员工不合格的事例填写在相关考核报告中。

1. 试用期内请假

试用期员工非旷工缺勤时间（因事、病或其他请假）累计达到5天视为不符合录用条件。

1. 试用期考核

（1）新员工入职,行政人事部须在其入职的三个工作日内将《员工转正考核表》交给其直接领导,所属部门负责人在其试用期满前的三个工作日内将提交到行政人事部;

（2）试用人员在试用阶段品行不良或工作能力欠佳、考勤未达标,部门负责人须如实记录在《员工转正考核表》中,以作为其解聘的依据。如给公司造成经济损失者要给予赔偿或追究其法律责任。

1. 发现试用期员工在应聘过程中有隐瞒、欺骗现象,视为不符合录用条件，公司有权立即解除劳动合同，并无任何赔偿责任。

**（二）转正管理规定**

1. 各用人部门须在约定的试用期届满前或试用者满足转正条件时提交《员工转正考核表》至行政人事部，如实记录员工在试用期的表现情况并签署意见，经总经理批示后生效。员工试用期转正须同时满足如下条件：

（1）无劳动合同中关于不符合录用条件之情形；

（2）完成《新员工试用期工作规划表》中的工作内容；

（3）《员工转正考核表》中考核结果达到一般及以上水平的。

1. 试用期考核合格的员工，按规定办理转正手续；试用期考核不合格员工，公司不予录用。
2. 试用期考核不合格的员工，确定解除劳动关系的，由行政人事部在试用期满前一天内(最迟不得超过期满的当天)为其核算工资办理离职手续。
3. 免试用期程序

所有免试用期者必须满足以下条件之一:

（1）曾在我司工作，没有被考评不合格或没有受行政处罚，再次应聘原岗位的;

（2）特殊人才有免试用期的特殊要求者;

（3）满足上述2个条件,本人在入职时申请,由行政人事部向报总经理同意,可免试用期。

第五条 附则

本制度自 年 月 日正式施行，原有制度自行终止。如另有与本制度相抵触的规定，一律以本制度为准。

第六条 附件

1、《新员工试用期工作规划表》

2、《员工转正考核表》

附件一:《新员工试用期工作规划表》

新员工试用期工作规划表

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 办公室填写 | 部门： | 新员工姓名： | | 入职日期： |
| 职位： | 直接上司： | | |
| 入职  时直  接上  司填  写 | 试用期间  需达到的  工作目标 |  | | |
|
|
|
|
| 试用期间  工作规划 | 第 个月 |  | |
|
| 第 个月 |  | |
|
| 第 个月 |  | |
|
| 转正  时直  接上  司填  写 | 试用期间  工作完成  情况  （具体量化） | 工作质量 |  | |
|
|
| 工作量 |  | |
|
|
| 工作效率 |  | |
|
|
| 确认 | 新员工签名 | 直接上司签名 | |
|
| 该表格中工作内容的完成情况（按时、按质、按量），为是否符合录用条件的依据，请试用期员工认真完成表格中的工作目标。 | | | | |

附件二：《员工转正考核表》

员工转正考核表

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 姓名 |  | 部门 |  | 职位 | |  | | |
| 入职日期 |  | 考核期 | 从 年 月 日  到 年 月 日 | | | | | |
| 评 价  考核内容 | | | | | 用人部门 | | | |
| 10 | 8 | 6 | 4 |
| 1、工作质量：是否能够按时、按质、按量完成工作任务。是否经常出错，是否需要督导才能达到平均水准，或保持标准要求，超出预期目标。 | | | | |  |  |  |  |
| 2、工作表现：工作是否积极主动，对下达工作不用监督就能完成，并能主动接受任务，充分发挥优势。 | | | | |  |  |  |  |
| 3、工作技能：操作是否符合规定标准，能运用技能知识，发挥更好作用。 | | | | |  |  |  |  |
| 4、工作态度：能否处理好人际关系，乐意完成每项任务，对工作有高度兴趣，与人配合良好。 | | | | |  |  |  |  |
| 5、出 勤：出勤是否不规律，偶尔离开岗位，是否遵守考勤制度，坚守工作岗位并专心工作。 | | | | |  |  |  |  |
| 6、才 能：能否胜任本职工作，具有一定组织能力、判断力、接受力、或独立处理相关事宜能力。 | | | | |  |  |  |  |
| 7、创造性：在工作过程中，能否提出更好的适用方法，或对职责以外的问题有独特见解及创意。 | | | | |  |  |  |  |
| 8、责任感：工作是否认真负责，对所安排的工作任务是否有较强的责任感，并能勇于承担责任。 | | | | |  |  |  |  |
| 9、进取精神：是否有清晰的工作目标和规划，面对问题和困境能否努力调整和适应，不断突破和进取。 | | | | |  |  |  |  |
| 10、总体评价：综合素质，工作能力是否符合本公司要求。 | | | | |  |  |  |  |
| 合 计 | | | | | 分 | | | |
| 结 论：□优秀(90-100分) □良好(89-75分)  □一般(60-74分) □差(60分以下) | | | | | | | | |
| **是否有劳动合同中关于不符合录用条件之情形：**□无 □有，具体为 | | | | | | | | |
| **是否按要求完成《新员工试用期工作规划表》中的工作内容：**  ☑是 □否，具体为 | | | | | | | | |

员工转正考核表

|  |  |
| --- | --- |
| **上司意见：** | |
| 建议（期望、发展方向、培养方向） | **部门负责人结论**   * 通过试用期/见习期 * 不适合本工作，解除合同 |
| 上司签名/日期： | 部门经理签名/日期： |
| **行政人事部意见：** | **行政人事部结论**  □通过试用期/见习期  □不适合本工作，解除合同 |
| 行政人事部签名/日期： | |
| **总经理意见：**  签名/日期： | |
| **评定结果** | □不符合录用条件，解除合同  □通过试用期转正 |

## 考勤管理制度

一、目的

为了规范公司考勤管理，严肃工作纪律，有效提升员工的敬业精神，并使员工的工资核算做到有法可依，结合我公司实际情况，特制定本规定。

二、适用范围

本制度适用于全体员工。

三、工作时间

1. 上班时间:9:00-12:00，13:00-18:00，周一到周五
2. 各部门根据工作情况合理安排人员休假，并填报休假申请表，部门负责人同意签字后报人事部备案。
3. 全勤奖励:全勤奖奖励200元。凡出现迟到、请假、早退、缺卡、旷工则无全勤奖。

四、考勤制度

1. 公司实行每日打卡制度，全体员工都必须自觉遵守工作时间。工作期间要佩戴工牌，严禁说脏话，严禁在办公区域吸烟。
2. 员工每天上班、下班打卡(共计每日两次)。
3. 未打卡者，次日向部门负责人汇报原因，未在规定时间内进行说明，则视为未正常出勤，按迟到、早退、旷工计算；之后到人事部领取未打卡申请表，交由部门负责人签字，再由部门负责人递交给总负责人签字，最后提交人事部进行审核，未及时汇报者当日无餐补，本月无全勤。每月补卡次数为3次。

五、请假与休假制度

1. **请假流程**
2. 员工请假，均应填写书面《请假申请单》。
3. 员工请假必须提前一天申请，由部门负责人签字，再由部门负责人提交总负责人签字批准。请假必须由本人亲自办理有关手续，电话请假或委托他人代理手续的视为无效，将按旷工或自动离职处理。
4. 如因紧急情况或突发急病而无法提前请假时，应在休假当天上班前通过电话或微信请假，并在上班后第一天完成请假审批手续，否则按旷工处理。
5. **病假**
6. 员工非因工负伤或因病不能出勤，可请病假。
7. 员工休病假的期限遇节假日不顺延，并以病假条上的时间为准。
8. 病假在一个工作日之内的，需开病情证明。
9. 病假三个工作日以上的，员工在销假时应递交真实的医院病历、诊断证明、建休证明、诊疗发票，医院病历、诊断证明、建休证明、诊疗发票不真实或存在欺骗行为，公司将请假的时间按旷工论处。
10. 医院病历、诊断证明、建休证明、诊疗发票，应在上班后当日提交,特殊情况不得超过三天。
11. 员工因为治疗疾病需要持续请假的，公司将根据实际情况给予医疗期，具体参照《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》执行。员工薪资发放标准为当地最低工资标准的80%。
12. **事假**
13. 事假不得影响工作，否则公司不予批准。
14. 1天以上3天以内的事假，由部门负责人、总负责人审批后递交人事部批准。
15. 3天以上的事假，须报总经理审批同意后方可休假，否则公司将按旷工处理，并单方面与其解除劳动关系。
16. 事假为无薪假期，按照日全部工资及补贴100%扣除。
17. 事假一年不超过15天，每月不超过5天。超过时间视为旷工，公司按本制度进行处理。
18. **年休假**
19. 连续工作年限介于1-10年的员工，可享受5天年休假；介于10-20年的员工，可享受10天年休假；满20年的，可享受15天年休假。
20. 员工休年假前必须合理安排好休假期间的工作，如年假需连续休的，必须提前三天申请。
21. 年假的有效期为一个自然年，不得累计，公司主动安排员工休年假，员工主动选择上班未休完的年假的，期间按正常薪资标准发放工资。
22. 公司可根据自身实际生产经营情况，自主安排员工年休假。
23. **婚假**

符合国家法定年龄员工结婚，可享受带薪婚假3天（包含法定节假日及公休假），一次休完。

1. **产假**

女职工生育符合条件，办妥生育假期手续的，公司准予休假；

1. 产假涉及的假期，遇节假日不顺延；
2. 员工怀孕期间的月检，可享受每月半天的产检假，产检假按事假论处，但不影响全勤奖；
3. 员工分娩，符合法律生育条件的，可享受158天产假；
4. 符合法定生育条件的男员工在妻子分娩后，可享受带薪陪产假20天，该期限包括公休假和法定假；
5. 女员工怀孕未满2个月终止妊娠的，享受15天产假，怀孕满2个月未满4个月终止妊娠的，享受30天产假；怀孕满4个月未满7个月终止妊娠的，享受42天产假；怀孕满7个月终止妊娠的，享受75天产假。
6. 员工产假期间按国家规定领取生育津贴。
7. **丧假**

员工直系亲属（父母含公婆及岳父母、配偶、子女及其配偶、祖父母、外祖父母）死亡的，可享受带薪丧假3天；

1. **调休**
2. 休息日加班的员工，在经其所属部门经理批准后，可享受因休息日加班而产生的调休假。
3. 员工调休时，须考虑部门工作的安排，并提前一天进行申请，经所属部门负责人同意后，才可以休假。

六、迟到、旷工管理制度

1. 在规定上班时间未到岗视为迟到，迟到一次警告，一月迟达到五次的，视为严重违规，一小时以上四小时以下未到岗的视为旷工半天，四小时以上未到岗的视为旷工一天。
2. 未完成请假手续或休假期满未续假而擅自不上班者、伪造考勤记录者，按旷工处理。
3. 旷工0.5工作日扣除半日工资；旷工1个工作日扣除当天工资。
4. 连续旷工3个工作日以上包括3个工作日，视为严重违规。
5. 所有请假、调休都必须事先申请，经有效批准并安排好本职工作后方可休假。员工休假不能按时返回公司者，必须有正当理由办理续假手续，否则均以旷工论处。

七、加班管理

1. 公司实行加班审批制度，原则上不提倡加班，鼓励高效率地工作，鼓励员工在规定的工作时间内完成工作任务。由公司需要的加班，可安排相应调休。
2. 加班需要提前进行申请，部门负责人/主管和领导需要对加班时间进行监控和评估。特殊情况需要临时计划加班者,相关部门主管或经理要加以额外的说明，加班起止均需要进行考勤打卡。
3. 工作日下班后加班的，加班时间从下班后开始算起，加班时间以30分钟为最小单位。内勤人员下班后加班时间超过2小时及以上的，可以进行点餐，费用不超过12元餐补标准，超过标准部分自行补贴。
4. 加班调休方式：
5. 加班3天/月（含三天）以内者，按制度安排调休；
6. 加班超过3天/月的，公司将调查岗位工作的饱和程度及时间安排的合理性，确属需要加班的，超过3天的部分延至下月调休；
7. 员工应根据公司人力资源配备情况合理安排加班调休，当年加班未调休完的，可以申请加班工资，加班工资按基本工资核算。
8. 加班申请审批流程
9. 员工加班

申请人 → 加班申请 → 部门负责人/主管审批 → 抄送行政人事部

1. 部门负责人/主管加班

申请人→加班申请→ 总经理审批→抄送行政人事部

1. 罚则
2. 因工作需要而被指派加班时，无特殊理由推诿者，按旷工情节论处。
3. 加班期间消极怠工，在指定加班时间内未完成交付工作的员工，取消加班调休资格，并视情节轻重惩处。
4. 为获取加班调休，采用不正当手段（如“正常工作时间故意降低工作效率”、“虚增工作任务”等）取得加班机会进行加班者，一经发现并核实，取消调休，不予支付加班费，给予记大过处分，情节特别严重的解除劳动合同。

八、严重违规者

严重违规者，公司有权予以辞退。

九、离职

1. 试用期员工离职提前三天提出申请，正式员工离职请提前一个月提出申请。
2. 离职需要来人事部领取离职申请书，然后跟部门负责人说明情况，最后由部门负责人跟总负责人说明，离职需有部门负责人、总负责人的签字方可生效。
3. 部门负责人要做好交接工作，如：工牌（20元）、账号，交接完成之后，部门负责人要与人事部门进行交接。

十、其他

1. 各级主管对所属员工的考勤，应严格执行各项规定，若有不照规定或其他隐瞒事项，一经查明，应连带处分。
2. 员工下班前应跟负责人通知一声，以防出现开会不能参加的情况，如有情况按早退处理。
3. 上述情况考勤由各部门负责人协助人事部进行管理。

加班申请单

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **部门** | **姓名** | **预定加班时间** | | **加班**  **原因** | **倒休日** |
| **日期** | **加班小时** |
|  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |
| **其他**  **说明** | 1.调休需由部门经理在当月考勤周期内安排休完；  2.如遇特殊情况，不得超过下一考勤周期；  3.考勤周期从当月1日到当月最后一日。 | | | | |

**申请人： 申请时间： 年 月 日**

**部门经理： 主管副总： 行政审核：**

**年 月 日 年 月 日 年 月 日**

## 薪酬管理制度

**第一条 目的**

为适应企业发展要求，充分发挥薪酬的激励作用，进一步拓展员工职业上升通道，建立一套相对密闭、循环、科学、合理的薪酬体系，根据公司现状，特制定本规定。

**第二条 制定原则**

本着公平、竞争、激励、经济、合法的原则制定。

1. 公平：是指相同岗位的不同员工享受同等级的薪酬待遇；同时根据员工绩效、服务年限、工作态度等方面的表现不同，对职级薪级进行动态调整，可上可下同时享受或承担不同的工资差异。
2. 竞争：使公司的薪酬体系在同行业和同区域有一定的竞争优势。
3. 激励：是指制定具有上升和下降的动态管理，对相同职级的薪酬实行区域管理，充分调动员工的积极性和责任心。
4. 经济：在考虑公司承受能力大小、利润和合理积累的情况下，合理制定薪酬，使员工与企业能够利益共享。
5. 合法：方案建立在遵守国家相关政策、法律法规和公司管理制度基础上。

**第三条 制定依据**

本制度制定的依据是根据内、外部劳动力市场状况、地区及行业差异、员工岗位价值（对企业的影响、解决问题、责任范围、监督、知识经验、沟通、环境风险等要素）及员工职业发展生涯等因素。

**第四条 岗位职级划分**

详见《职层薪级表》

**第五条 薪酬组成**

薪资结构：基本工资+岗位工资+工龄工资+绩效工资+各类补贴+业务提成+奖金-个人相关扣款

1. 基本工资：是薪酬的基本组成部分，全公司所有员工统一标准。
2. 岗位工资：根据各岗位相应的职级予以核定。
3. 工龄工资：工龄工资是为尊重员工为企业发展创造的价值和作出的贡献,同时,激励员工与企业同发展共命运的主人翁精神。员工在15日之前入职满一年，当月开始发放工龄工资；在15日之后入职的，工龄工资从下月开始发放；标准为100元/月，工龄每增加一年，工龄工资增加100元/月，工龄工资增加到15年为止。
4. 绩效工资：绩效工资是指员工完成岗位责任及工作，公司对该岗位所达成的业绩以及个人表现而予以支付的薪酬部分。绩效工资的结算及支付方式详见《绩效考核管理制度》。
5. 各类补贴：

1.特殊津贴：是指公司对高级管理岗位人员基于他的特长或特殊贡献而协议确定的薪酬部分；

2.其他补贴：其他补贴包括住房补贴、出差补贴、车贴等，详见《福利管理制度》。

1. 奖金：奖金是公司为了员工完成专项工作或对做出突出贡献等的一种奖励，按公司《奖罚细则》执行。
2. 个人相关扣款

1.扣款包括各种福利个人必须承担的部分、代扣代缴、赔偿；

2.员工违反公司相关规章制度而被处的罚款，该部分罚款在绩效工资中予以扣除。

**第六条 试用期薪资**

1. 试用期基本工资和岗位工资按80%发放，参与绩效考核的，绩效工资按考核结果发放；补贴正常发放；
2. 其他关于试用及转正的规定详见《试用及转正管理制度》。

**第七条 薪酬调整**

薪酬调整分为整体调整和个别调整。

1. 整体调整：指公司根据国家政策和物价水平等宏观因素的变化、行业及地区竞争状况、公司发展战略变化以及公司整体效益情况而进行的调整，包括薪酬水平调整和薪酬结构调整，调整幅度由股东会根据经营状况决定。
2. 个别调整：主要指薪酬级别的调整，分为定期调整与不定期调整。

薪酬级别定期调整：指公司在年底根据《绩效考核管理制度》等管理制度对员工工资的调整。

薪酬级别不定期调整：指公司在年中由于职务或岗位变动等原因对员工薪酬进行的调整。

1. 各岗位员工薪酬调整由总经理审批，审批通过的调整方案和各项薪酬发放方案由行政人事部部执行。

**第八条 薪酬的支付**

1. 薪酬支付时间计算
2. 执行月薪制的员工，日工资标准统一按国家规定的当年月平均上班天数计算；
3. 薪酬支付时间：每月15日发放上月工资。遇到双休日及假期，提前至休息日的前一个工作日发放；
4. 到公司参与录用前培训，但考核未通过未正式入职的人员，培训期间按照当地最低工资标准的80%核算生活补贴，并于培训完的第二天进行结算。
5. 下列各款项须直接从薪酬中扣除：
6. 员工工资个人所得税；
7. 应由员工个人缴纳的社会保险费用；
8. 与公司订有协议应从个人工资中扣除的款项；
9. 法律、法规规定的以及公司规章制度规定的应从工资中扣除的款项（如罚款）；
10. 司法、仲裁机构判决、裁定中要求代扣的款项。
11. 工资计算期间中途聘用或解除劳动关系人员，当月工资的计算公式如下：

实发工资=（基本工资+岗位工资+工龄工资+绩效工资+各类补贴）×实际工作日数/21.75

工资计算期间未全勤的在职人员工资计算如下：

应发工资 =（基本工资+岗位工资+工龄工资+绩效工资+各类补贴）—（基本工资+岗位工资+绩效工资+各类补贴）×缺勤天数/21.75

1. 公司因各种原因停工、停产，以基本工资为基数，结合法律规定核算停工、停产期间的停工津贴。
2. 各类假期薪酬支付标准，详见《考勤管理制度》。

**第九条 薪酬保密**

行政人事部、财务部等所有经手工资信息的员工及管理人员必须保守薪酬秘密。非因工作需要，不得将员工的薪酬信息透漏给任何第三方或公司以外的任何人员。薪酬信息的传递必须通过正式渠道。有关薪酬的书面材料（包括各种有关财务凭证）必须加锁管理。工作人员在离开办公区域时，不得将相关保密材料堆放在桌面或容易泄露的地方。有关薪酬方面的电子文档必须加密存储，密码不得转交给他人。员工需查核本人工资情况时，必须由行政人事部会同财务部门出纳进行核查。违反薪酬保密相关规定的一律视为严重违反公司劳动纪律，按实际情况及公司相关规章制度进行处理。

1. **本制度自 年 月 日起执行。**

工 资 表

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 月份 | 编号 | 部门 | 职务 | 姓名 | 底薪 | 工薪 | 早退次数 | 出勤天数 | 请假天数 | 加班天数 |
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| 加班费 | 事假 | 补贴报销 | 罚款 | 食宿扣款 | 绩效考核 | 社保补贴 | 工资 | 保密费 | 总计 | 备注 |
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |

## 法律尽职调查业务操作指引

目 录

第一章  总则

第二章  法律尽职调查业务的基本要求

第三章  法律尽职调查业务的基本流程

第四章 附则

## 法律尽职调查业务操作指引

第一章 总则

**第一条** 制订目的

为规范律师承办法律尽职调查业务的执业行为，保障服务质量，明确执业责任，根据中华人民共和国有关法律法规和律师行业公认的道德标准及执业规范，特制定本指引。

**第二条** 适用范围

本省执业的律师事务所及律师在证券发行、收购兼并、重大资产转让等经济活动中，接受委托人的委托，开展法律尽职调查业务时，适用本指引。

法律尽职调查业务因被调查的企业所属行业、领域不同而各有其特点，本指引仅涉及具有普遍共性的企业法律尽职调查事项。

第二章 法律尽职调查业务的基本要求

**第三条** 法律尽职调查业务

律师针对委托人拟进行的交易、证券发行等商业、经济活动中，依据相关法律、法规、规范性文件和政策性文件的要求，通过向委托人收集文件、与委托人的决策层及相关业务人员的面谈、向有关单位的书面函证、实地勘察、与相关方核对事实等方式，对目标企业的主体合法性存续、资产情况、债权债务、对外担保、业务开展、重大合同、税务、环保、劳动关系、关联关系、诉讼仲裁及可能涉及的行政处罚等一系列法律问题进行的调查核实，这种调查核实的过程通常称为尽职调查。

**第四条** 法律尽职调查目的

法律尽职调查的目的是为了解目标企业、目标资产是否有现存的或潜在的法律障碍，并对目标企业相关情况的合法、合规性作出客观评价，进而向委托人提出相应的风险提示和必要的法律建议和意见。

**第五条** 《专项法律服务协议》

办理法律尽职调查专项律师业务，应当由承办律所事先与委托人订立《专项法律服务协议》。该《专项法律服务协议》通常包括但不限于委托范围及要求、工作期限、工作成果的形式、工作报酬、费用及其支付方式和期限、违约责任、风险提示等相关内容。

**第六条** 基本要求

办理法律尽职调查业务的，承办律师应符合以下基本要求:

1. 律师应当要求委托人如实陈述与所受理的非诉讼法律业务相关的一切事实，并提供相应的书面证据，律师调查的结果是律师出具法律意见书最直接的事实依据。
2. 律师应当合法、客观、全面、及时进行尽职调查，并就业务事项是否与法律相关、是否应当履行法律专业人士特别注意义务做出分析、判断。
3. 律师不得伪造、变造证据文件，不得协助或诱导委托人伪造证据文件。
4. 律师收集文件应当收集原件，收集原件有困难的，可以复制或者收集副本、节录本，但对复制件、副本、节录本应由委托人加盖公章证明与原件相一致，委托人提供复印件的，应要求委托人加盖单位公章证明其来源。
5. 律师认为需要进行公证、鉴证的文件，应当及时告知委托人进行办理。
6. 律师不能及时进行尽职调查、收集文件的，应当向委托人说明原因，涉及向非诉讼法律业务的相关监管部门出具法律意见书的，应当在法律意见书中作出相应说明。
7. 承办律师事务所应当留存尽职调查的工作底稿和至少一份尽职调查报告最终稿,保存期限应符合业务领域所属监管部门要求。

**第七条** 基本内容

一般性法律尽职调查工作应包括但不限于:

1. 目标企业基本情况:着重于对目标企业的主体资格、设立与历史沿革、公司的独立性、股权(投资)结构与控股股东及实际控制人、公司(企业)治理、对外投资、董事、监事及高级管理人员简历等方面进行尽职调查。
2. 目标企业业务情况:目标企业的业务及客户范围，主营业务、在建项目情况。
3. 本次交易行为的合法性:是否已经履行了特定的程序，如主管机关的审批、公司决策机构的批准等，进行本次交易行为是否有法律上的限制。
4. 目标企业资产概况:重大资产权属是否清晰，是否存在权利瑕疵或法律障碍，相关协议与安排是否合法合规。
5. 目标企业债权、债务概况和对外担保情况:目标企业债权的实现有无法律上的障碍以及实现的难易程度，债务承担的风险以及承担的大小，目标企业是否存在保证、抵押、质押等权利负担。
6. 目标企业重大合同:通常包括长期购买或供应合同、技术许可合同、大额贷款合同、公司担保合同、代理合同、特许使用合同、关联交易合同等。
7. 目标企业劳动关系及人力资源:目标企业各类劳动合同模板、保密协议、竞业禁止协议、高级管理人员任职情况、社会保险和公积金缴纳以及相关劳动争议的处理等。
8. 目标企业知识产权：目标企业知识产权的权利状况，是否存在侵权诉讼等。
9. 环境保护问题:目标企业是否取得建设项目环境影响评价报告及其他许可证件，是否存在环境保护方面违法违规情形。
10. 财务概况：目标企业是否具有健全的财务制度，财务制度是否能够得到执行和贯彻是否根据企业财务要求制备账簿，银行账户的开立是否合规等。
11. 税务概况:目标企业税务登记、税赋缴纳情况及是否存在相关行政处罚等情形。
12. 诉讼与仲裁等情形:目标企业是否在境内外有未决的任何重大诉讼、仲裁以及尚在进行中的司法程序、可能面临行政机关的行政处罚等情形。

除上述常规尽职调查中通常包括的内容之外，不同交易活动具有不同的特点，律师需要根据交易活动的特点调整和把握调查重点。

第三章 法律尽职调查业务的基本流程

**第八条** 需准备的相关事项

在接受委托时，承办律师团队应先确认尽职调查的原因、拟进行的交易模式、交易基准日、目标企业的范围、尽职调查的具体事项、过程、工作方法和工作期限、服务成本等事项与委托人达成共识。

**第九条**  制作法律依据文件夹

承办律师团队应当根据法律尽职调查所涉及的领域、目标企业的内、外资性质、经营范围以及本次商业交易等特性进行专项法律调研，并制作法律、法规依据的文件夹。

**第十条** 制作尽职调查清单

承办律师应当根据尽职调查工作范围，并结合目标企业和被调查项目的实际情况，制作尽职调查清单。尽职调查清单的制作过程中，需要注意以下事项:

1. 尽职调查清单是法律尽职调查最经常使用的工具，项目投资、收购兼并、公司股票发行和上市使用的清单可能有所区别。尽管存在调查内容的共性，但是不同业务领域的法律尽职调查清单，仍然要围绕尽职调查的重点目标起草。
2. 在尽职调查开始之前，承办律师应当按照业务的具体情况编制尽职调查初步文件清单。
3. 在向委托人提供尽职初步调查文件清单时，承办律师应当明确告知委托人，在律师审查了按照该初步文件清单提供的文件后，律师还将根据文件收集过程中的具体情况发出进一步文件清单。
4. 承办律师审查了按照初步文件清单提供的证据后，应该按照相关法律、法规的规定和承办律师的判断，制作审慎调查进一步文件清单，要求委托人提供进一步的文件，直到符合法律规定的和承办律师认为必要的要求。

**第十一条** 文档的整理

1. 律师应当将委托人提供和律师调查、收集的文件进行归类整理。
2. 对委托人提供的文件，律师可能留存复印件，原件交由委托人自己保管，律师保存原件的应当妥为保管。
3. 律师就收集的文件向委托人或非诉讼法律业务的监管部门提交法律意见，应当编制文件目录作为法律意见的附录备查。
4. 律师向委托人或非诉讼法律业务的监管部门提交的文件，应当按照该非诉讼监管部门的要求一次性提交，需要分批分期提交的，应当向委托人和非诉讼法律业务的监管部门说明原因、分批分期提交的时间表和文件清单，并征得非诉讼法律业务监管部门的同意和委托人的认可。

**第十二条** 必要的访谈及记录

在法律尽职调查中，通常在以下情况下进行访谈:

1. 通过访谈向委托人了解与非诉讼法律业务相关的事实。
2. 通过访谈讨论确定业务过程中的未定事宜。
3. 通过访谈与其他中介机构讨论和分析委托事项的具体内容。
4. 承办律师认为应该通过访谈方能确认的相关事项。

在调查访谈开始前，承办律师团队应根据实际需要制作访谈提纲。调查访谈一般可采用书面问卷方式，或指派调查人员当面访谈并做出书面问卷记录的方式，但调查人员应当确保访谈对象在问卷上签字确认。

**第十三条** 独立调查

律师独立调查是一种重要的尽职调查手段，通常情况下是指承办律师通过在目标企业所在地的政府部门或主管机关进行工商、税务、土地、房产等公开查询来核实相关法律事实或文件的行为。承办律师进行独立性调查，应当要求其走访和调查的政府部门或主管机关出具相关被调查资料的复印件，并加盖印章证明与原件核对一致。

**第十四条** 对文件的审查

律师对尽职调查中收集的文件应当从以下几个方面进行审查：

1. 文件的出处或来源；
2. 文件颁发的时间；
3. 文件的内容和形式；
4. 文件要证明的事实及其与该非诉讼法律业务的关联性；
5. 各文件之间的关系；
6. 文件的合法性、合规性和时效期间；
7. 文件的证明力。

**第十五条** 必要的现场勘验

律师应根据实际情况判断对非诉讼法律业务涉及的实物资产进行必要实地勘验，这种勘验应与相关权利证书结合起来认定该等有形资产的真实性和合法性，这种勘验仅是出于确认该实物资产是否实际存在，而与确认该实物资产的价值无直接联系，这些实物资产的实际数量、价值、成新度等应当由其他专业机构和人士进行确认。

**第十六条** 定期汇报

在进行尽职调查过程中，承办律师应当定期向委托人汇报尽职调查进展。如出现突发事件或需要其他领域专业人士出具意见的部分等情形，承办律师应当根据自身的执业经验立即提出意见。承办律师应当尽量避免向委托人汇报尽职调查结果中所附带的任何非律师分析或判断。

**第十七条** 与第三方中介机构的合作

保持与券商、会计师事务所、资产评估、造价咨询机构等第三方中介机构的有效合作，就业务、财务、税务等相关问题进行机构间的相互提示与信息补充。

**第十八条**  报告初稿

报告初稿应交委托人审阅，并在根据委托人提出的意见进行调整后，最终形成尽职调查报告的终稿。

**第十九条**  尽职调查报告的目录

一般法律尽职调查的《尽职调查报告》采取以下体例和目录:

1. 前言（接受委托情况、法律尽职调查的过程、出具《尽职调查报告》的材料和依据、《尽职调查报告》的基准日、承办律所及承办律师责任限制）
2. 目标企业的概况
3. 目标企业组织机构
4. 本次交易的合法性
5. 目标企业对外投资及主要资产
6. 负债及担保
7. 劳动关系及人力资源
8. 知识产权
9. 环境保护
10. 财务
11. 税务
12. 诉讼、仲裁及行政处罚
13. 总结

**第二十条** 问题和建议

在尽职调查过程中，承办律师应当将发现的问题和法律风险，在尽职调查报告中进行提示。在提示法律风险的同时，承办律师还应提出对应的解决措施。

**第二十一条** 需要说明的情形

对于事实不清楚，材料不充分，不能全面反映目标企业情况、核查和验证范围受到客观条件的限制，无法取得应有证据以及承办律师认为应当予以说明的其他情形的，承办律师应当在尽职调查报告中予以说明，并充分揭示其对相关事项的影响程度及其风险。

**第二十二条** 报告提交

最终尽职调查报告应在签字律师签名并加盖律所公章后向委托人提供。提交方式可按照委托人的要求以电子邮件及/或邮递方式送达尽职调查报告正本及附件。

**第二十三条** 工作底稿

制作、保存完整的各种记录是律师事务所及项目承办律师的基本职业操守之一。工作底稿应包括（但不限于）以下内容：

1. 律师承担项目的基本情况，包括委托单位名称、项目名称、制作项目的时间或期间、工作量统计。
2. 为出具尽职调查报告而制定的工作计划及其操作程序的记录。
3. 与委托人设立及历史沿革有关的资料，如设立批准证书、营业执照、合同、章程等文件或变更文件的复印件。
4. 重大合同、协议及其他重要文件和会议记录的摘要或副本。
5. 与委托人及相关人员相互沟通情况的记录，对委托人提供资料的检查、调查访问记录、往来函件、现场勘察记录、查阅文件清单等相关的资料及详细说明。
6. 委托人及相关人员的书面保证或声明书的复印件。
7. 对保留意见及疑难问题所作的说明。
8. 其他与出具法律意见书或改制总体方案相关的重要资料。

上述资料应注明来源。凡涉及律师向有关委托人调查所作的记录，应由委托人和律师本人签名。承办律师应及时、准确、真实、完整地制作工作底稿，工作底稿的质量好坏是判断律师是否勤勉尽责的重要依据。

第四章 附则

**第二十四条** 指引效力

本指引仅供律师承办法律尽职调查相关业务时作为参考，不具有强制性，亦不能作为评价律师工作成果及质量的依据。

律师审查涉外贸易合同

业务操作指引

目 录

一、定义

二、审查的一般原则

三、常见专业术语（英文为例）

四、合同审查注意事项

五、审查意见制作及提交

律师审查涉外贸易合同业务操作指引

为指导本省律师从事涉外贸易（实体货物类，不包括技术及服务）合同审查业务，保证工作质量，规避执业风险，特制订本指引供律师从事涉外法律服务过程中参考。

一、定义

**（一）涉外贸易合同定义**

涉外贸易合同是指为中国企业与国外或中国港澳台地区买卖货物的合同，有口头和书面两种形式，律师应建议委托人签订正式书面合同。涉外贸易合同没有固定的文本格式，国际商会发布的《国际商会国际销售示范合同》具有较强的示范性。

**（二）合同内容**

1. 买方和卖方：包括各方的完整名称、注册地址、营业执照号码、法人代表或有权代表的姓名、电话、传真、电子邮箱等信息；
2. 货物：货物品名、质量、规格、数量、包装和产地等信息；
3. 价格：币种、单价和总价等；
4. 价格术语：术语种类和该术语所适用的规则名称；
5. 交货安排：交货日期和地点；
6. 货物检验安排；
7. 付款条件；
8. 单证要求；
9. 所有权移转；
10. 合同解释和争议适用法律和管辖条款；
11. 其他约定，如外包禁止。

**（三）涉外法律关系认定**

1.如果合同不具有涉外因素，当事人不得约定选择境外法院管辖，或将该合同或者财产权益纠纷提请外国仲裁机构仲裁或者在外国进行临时仲裁；当事人亦不得选择处理合同争议所适用的法律。

2.认定涉外的法律标准

（1）当事人一方或者双方是外国人、港澳台籍人、无国籍人、外国企业或者组织的；当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；

（2）标的物在中华人民共和国领域外的；

（3）产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的；

（4）可以认定为涉外民事案件的其他情形。

3.实务中对自然人国籍或其经常居所地的认定争议较少。对外国企业或组织的国籍认定，中国采准据法主义，以依据哪国法律、在哪国登记为准确定其国籍。依据中国法成立、在中国境内登记的企业或者组织，即使其股东包含外国公司或自然人，该外资企业被认为是中国法人，该主体不具有涉外性。

4.标的物是合同权利义务指向的对象。实务中对标的物是否存在、如有标的物则是否位于中国领域外争议不大。**但如合同履行地在保税区，合同标的物未清关，合同具有涉外因素；境内企业之间的争议，与双方在境外投资的股权相关，部分标的物在境外，该争议具有涉外因素；标的物为软件程序，其运行平台在境外，不能视为标的物在境外。**

**5.关联合同“涉外”，基于合同的相对性原则，其涉外因素通常不会影响诉争本合同涉外属性的认定。连环转让债权，一个转让合同具有涉外因素不影响其余转让合同涉外属性的认定；主合同附件所附之担保及保修合同具有涉外因素，不影响主合同涉外属性的认定。**

6.可以认定为涉外民事案件的其他情形包括**在我国自贸试验区内所设外商投资企业之间签署的合同，中国企业的海外分公司签署的合同。**

二、审查的一般原则

（一）律师在审查前应当确认待审查合同的文本语种，以其意思为准的为原本，其他语种为译本。律师需确认委托人对合同原本和/或译本进行审查的要求，如需对译本进行审查，需确认译本来源以判断风险。

（二）律师在审查合同时应当注意合同所涉国别的法律、法规、判例（司法解释）、地方性（州、郡）法规等的相关规定。

（三）律师必须充分注意，合同的内容及实际履行等如与前述规范存在冲突，虽然未必导致合同无效但有可能导致合同当事人承担不利的后果。

（四）律师在合同审查过程中应勤勉尽责，努力发现并提示委托人合同中所存在的各类风险及不利条款，特别是有可能加重委托人责任、可能导致合同无效或部分无效、因约定不明有可能产生重大争议的条款。

（五）律师审查合同的工作范围包括但并不仅限于合同条款本身，除既有条款外，还应充分注意根据合同性质或交易目的应予约定而未予约定的内容，或足以影响双方重大权益的其他条款约定不明、冲突等情况。

（六）除标的、价格、质量标准、数量、履行期限等商务条款应提醒委托人其中影响民事责任后果的约定外，还需注意汇率波动、政局稳定、监管倾向、流行性传染病防控等足以影响合同签订及履行的风险。

（七）合同审查前需要了解相关交易，除非系向委托人提供专项合同审查服务或委托人另有要求，一般情况下律师仅对合同来稿进行审查，不负责审查交易本身的真实性或进行专项调查，但可以提醒当事人注意相关问题。

三、常见专业术语（英文为例）

**（一）基本用语**

1.首部：买方 buyer、卖方 seller、项目名称 Project name、地址 address、电话 phone、传真 fax、联系人 contact person、本合同由买卖双方签订，根据本合同条款，买方同意购买，卖方同意出售以下产品。This contract is made by and between the buyers and sellers, whereby the buyers agree to buy and the sellers agree to sell the under-mentioned. Commodities according to the terms and conditions stipulated below.

2.中部：详细货物清单 Detail supply list、合同价格 Contract value、序号 item、型号 model、尺寸 size, dimension、数量 amount, unit、单价 unit price、总价 total price、备注 remark、货物 goods、运费 freight, transportation、合同总额（含安装费与税金） Contract amount incl. VAT、付款条件 payment conditions, payment terms、交货地点 deliveryplace、发货期 deliverytime、安装条款 installation clause、验收条款 inspection clause、保证条款guarantee clause、不可抗拒条款 force majeure clause、违约条款 breach clause、其他条款 miscellaneous clause、买卖双方信息 buyer and seller information.

**（二）合同格式**

涉外合同按繁简不同，尽管可以采取不同书面形式，如正式合同 Contract、协议书 Agreement、确认书 Confirmation、备忘录 Memorandum、订单 Order等等，但是一般都包含如下几个部分：

1.合同名称 Title

2.前文 Preamble

1. 订约日期和地点 Date and place of signing
2. 合同当事人及其国籍、主营业所或住所 Signing parties and their nationalities, principal place of business or residence addresses
3. 当事人合法依据 Each party's authority，比如，该公司是“按当地法律正式组织而存在的” a corporation duly organized and existing under the laws of XXX
4. 订约缘由/说明条款 Recitals or Whereas clause

3.本文 Body

1. 定义条款 Definition clause
2. 基本条款 Basic conditions
3. 一般条款 General terms and conditions
4. 合同有效期 Duration
5. 合同的终止 Termination
6. 不可抗力 Force Majeure
7. 合同的让与 Assignment
8. 仲裁 Arbitration
9. 适用的法律 Governing law
10. 诉讼管辖 Jurisdiction
11. 通知手续 Notice
12. 合同修改 Amendment
13. 其它 Others

4.结尾条款 Witness clause

1. 结尾语，包括份数、使用的文字和效力等（Concluding sentence）
2. 签名（Signature）
3. 盖印（Seal）
4. 以上的格式和内容并非一成不变，当事人可以根据各自交易情况做出调整或增删。

**（三）合同类别及效力名称**

1.Bilateral Contract 双务合同，是指基于一个行为和承诺而成立的合同；Unilateral Contract 单务合同，是指基于一个行为而成立的合同。

2.Void Contract 无效合同，Voidable Contract 可撤销合同，Unenforceable Contract 不可履行合同。

3.Offer and Promise 要约与承诺, Consideration 对价，Nonconforming Goods 不符合约定的货物或者瑕疵给付, Unconscionability 显失公平。

（四）国际公约及惯例术语

1.INCOTERMS 2020国际贸易术语是贸易惯例，只有通过国内立法或约定等方式，才能产生法律约束力，故合同中应列明术语适用依据。INCOTERMS 2020仅调整货物交付、手续办理、风险转移、费用风险等事项，无法穷尽合同的全部事项。为避免INCOTERMS 2020规定与合同条款发生冲突，应事先在合同中明确何种依据优先适用，建议以合同条款为优先。

2. CISG《联合国国际货物销售合同公约》，由联合国国际贸易法委员会主持制定，并于1988年1月1日正式生效。

3.Commercial Invoice商业发票是卖方向买方开具的销售清单，内容一般包括出具人名称、收票人名称、发票号码、合同号码、开票日期、装运地点、唛头、货物名称、规格、价格、数量、总价等。

4.Bill of Landing，缩写B/L，海运提单是承运人或者多式运输人出具的，用以证明海上货物运输合同货物已经由承运人接收或装船，以及承运人保证向指定收货人交付货物的凭证。

5.Documents against payment，缩写D/P，付款交单是指卖方交付单据以买方付款为条件，即买方付款后才能向代收银行领取单据。

6.Documents against Acceptance，缩写D/A，承兑交单是指买方向银行保证在多少天内会付款，银行依据该承诺给买方单据。

四、合同审查注意事项

**（一）合同目的审查**

合同目的一般约定在合同正文之前，明确合同目的最重要的作用在于一方当事人违约时，相对方可以依据合同目的请求赔偿预期利益，便于预期利益的主张和举证。合同目的应当具体明确。

**（二）合同内容的审查**

1.合同主体：签约双方的姓名、名称、住址一定要准确、清楚。企业或单位应与营业执照上的名称一致。同时审查签约对方的主体资格，通过相关信息公示系统了解签约对方的民事权利及行为能力、经济信用状况等，为避免履行风险提供有力保障。如未能通过公示渠道获取主体信息，应当要求委托人/合同相对方提供。

2.合同签署：涉外合同常见的签署方式为传真或以电子邮件互相发送盖印章的扫描件等。这种情况下，主张合同成立的一方，对合同成立负有举证责任。律师应建议有条件的当事人，利用电子签名成立合同；没有条件的当事人，应该妥善保管双方的往来邮件，并在邮件主文中对于接收人、需要经办或确认的事项作出文字描述，而非将附件发送对方了事。

3.边际审查：律师应当注意待审合同系单独文件或是多份关联文件中的某个部分，要求委托人确认是否可能对/受其他关联文件的影响。

4.对价及履行

1. 合同履行的环节为：订立合同--准备货物--货物装运--结汇--收汇及核销。很多涉外贸易合同纠纷，都是双方约定不明所致。履行过程中，双方若对合同作出变更，应以书面形式确定，主张合同条款已变更的一方负有举证责任。
2. 货物审查：双方一定要明确约定货物的名称、品牌、规格、型号、数量、质量等详细内容。同时，要求卖方对货物的所有权及处分权作出保证或承诺，防止货物上存在权利瑕疵，如是否涉嫌侵犯他人的知识产权。货物的质量标准应在合同中明确列出，或至少约定以买方的验收合格的样品为标准，而非简单依据行业标准；以买方主观要求为标准的约定可以在发生质量纠纷时买方能够拥有主动权。
3. 货物交付：卖方须按照合同和公约的规定，交付货物，移交一切与货物有关的单据并转移货物所有权。CISG所指的交货包含了“交付货物+移交单据”两个环节，当卖方未交付运输单据等物权凭证前，卖方的交货义务并没有完成。买卖双方可明确规定交货日，也可限于某段期间内交货或规定在收到信用证或收到预付货款后若干天内装运，后两者便于卖方自由酌定交货日期。
4. 交货地点：卖方按照约定将货物交给买方或承运人的地点，通常包括装运港、装运地和目的港或目的地。交货地点与贸易术语互相关联，比如，在FCA术语项下，交货地点为买方指定承运人（所在处）。选择交货地点时，应考虑到该交货地点是否系我国政府不允许进行贸易往来的地区、目的地是否有重名、目的港是否可直达、是否必须经转运等情形，并对货物从出口地到进口地的运输方式等信息进行一定了解。
5. 支付方式

汇付：电汇、信汇、票汇 。

托收：光票托收、跟单托收、信用证。

5.合同解除

1. 合同解除是双方当事人或者一方当事人依照合同约定或法律规定，解除合同效力的行为。合同解除导致未履行部分的合同不再履行，而就已经履行的部分，当事人可以请求恢复原状、采取其他补救措施并请求损害赔偿或支付违约金。
2. 类型

约定解除：当出现合同约定的解除情形时，一方当事人可以主张解除合同。

合意解除：合同生效后，双方当事人可以协商一致解除合同。

法定解除：法定的解除权条件成就时，享有解除权的一方可以主张解除合同。

6.争议解决

1. 当事人可以协议选择合同履行适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。仲裁条款应包括：仲裁机构、仲裁地、仲裁规则、适用的法律、仲裁语言、仲裁庭的组成等一些基本内容。对于比较复杂的涉外贸易合同，可以专门签订仲裁协议，进一步约定开庭程序、证据规则等内容。
2. 境外的仲裁费用较高，所以在选定仲裁机构时，应事先了解收费方式等细节，否则仲裁费用可能远远超过预期。从有利于卖方的角度而言，选定中国国内的仲裁机构为妥。
3. 除非仲裁地国家的法律另有相反规定，仲裁裁决一经作出，即发生法律效力。当事人可以向财产所在地法院申请执行。若向仲裁地国之外的外国法院申请执行，可适用《纽约公约》。

7.管辖争议法律适用

（一）当事人没有选择仲裁机构适用法律的，适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。

（二）当事人没有选择涉外仲裁适用的法律，也没有约定仲裁机构或者仲裁地，或者约定不明的，律师可帮助当事人向中国法院申请适用中国法律认定该仲裁协议的效力。适用我国法律时，《仲裁法》要求有效的仲裁协议应当具备三个基本要素，即有仲裁的意思表示、有仲裁事项以及有选定的仲裁机构。三者缺一，均属无效仲裁条款，则有可能争取我国法院对相关争议的管辖权。

**（三）有选择管辖适用法律的，**贸易双方各自必须确保其所选择适用的法律与适用于合同一方或多方的默示法律（包括国际公约）没有冲突。譬如，如果双方明示选择适用美国法，而合同默示适用CISG，则该公约的适用会被合同条款明确排除以避免两者项下对于买卖双方的权利义务及风险划分的不同规定而造成的冲突。此外，详细了解管辖法律中有关贸易双方权利义务的默示规定，对更好地履行义务和行使权利及避免相应的违约风险也很重要。

8.实体争议法律适用：当事人可以协议选择合同争议解决适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。

五、审查意见制作及提交

合同经过形式与内容审查后，律师需与合同经办人、起草人甚至对方进行沟通，就合同谈判、协商及合同目的等内容进行交流，如若存在含糊表示的条款，需要对方作出明确的解释和说明。

1.律师可借鉴与所审合同相关的合同示范文本或行业推荐的示范合同文本，对照条款和内容的差别，进行分析与订正。

2.律师需对照准据法的规定来判断送审的合同内容是否合法、合理、可行，以及是否需要修改及修改的依据。审查有名合同，要看《民法典》合同编对该合同的专门规定；审查无名合同，更需审慎行事。

3.经多轮沟通，依据相关法律分析后，律师可将更改的合同及意见书提交客户。

发行公司债券项目法律尽职调查

业务操作指引

目 录

[第一章 总则](#_Toc17491)

[第二章 调查材料与调查方法](#_Toc8733)

[第三章 尽职调查的基本分类和工作程序](#_Toc26527)

[第四章 尽职调查的内容和基本要求](#_Toc13288)

[第五章 尽职调查报告](#_Toc13288)

[附表](#_Toc20575)

# 发行公司债券项目法律尽职调查业务

# 操作指引

# 第一章 总则

**第一条** 为指导律师正确参与公司债券类项目法律业务，切实做好法律尽职调查工作，制定本指引。

**第二条** 本指引依据和参考的文件主要包括《证券法》、《公司债券发行与交易管理办法》、《律师事务所从事证券法律业务管理办法》等法律、法规、自律性规则。

**第三条** 本指引所称法律尽职调查，是指公司拟发行私募债（非公开发行公司债券）、小公募（面向专业投资者公开发行）、大公募（面向普通投资者公开发行）及交易所以前述三种方式发行的各类专项公司债券（包括：住房租赁、扶贫债、项目收益债、绿色债创新创业债、纾困债）等产品（以下简称“项目”），律师对发行人或有关方（以下简称“被调查方”）的有关资料、文件、信息等从法律角度进行分析和判断，并做出尽职调查结论，出具尽职调查报告。

**第四条** 项目参与人员在进行法律尽职调查工作时，应当具有尽职、尽责的态度，全面细致地完成尽职调查工作，且应当在调查过程中注意保密。

# 第二章 调查材料与调查方法

**第五条** 调查材料是指与调查相关的，反映被调查方情况的文件、资料、信息、数据和档案等，在尽职调查中，调查材料包括但不限于以下几类：

1. 由被调查方提供的书面材料；
2. 从第三方调取的书面材料；
3. 被调查方做出的书面陈述；
4. 从其他中介机构获得的书面材料；
5. 调查人员对于各类口头陈述的记录或者录音；
6. 调查人员对于现场调查的记录。

**第六条** 独立调查是指调查人员从被调查方之外的第三方获取相关调查材料的调查方式。独立调查应当尽量从第三方处获取书面调查材料，若无法获得书面材料的，应当对第三方的调查答复进行详细记录。一般采取独立调查的内容包括如下：

1. 自市场监督管理部门调取被调查方的工商档案；
2. 自不动产登记中心或房屋、土地管理机关调取被调查方的房地产登记档案；
3. 自银行调取被调查方的贷款担保情况；
4. 自人民银行调取信用报告；
5. 自劳动管理机关调取被调查方的社保缴纳情况；
6. 从企业信用信息查询公示系统、信用中国、裁判文书网、中国执行信息公开网等公示的内容；
7. 通过政府网站、主管部门的网站搜集行政处罚、监管措施等资料；
8. 搜索引擎搜索相关舆情信息。

**第七条** 书面调查是指调查人员从被调查方处获取书面调查材料的调查方式。调查人员获得书面材料复印件的，应当与原件核对，并要求被调查方签字、盖章确认。

**第八条** 询问调查是指调查人员就相关事项询问被调查方，并由被调查方做出回复的调查方式。

1. 询问调查应当尽量采用书面形式，并要求被调查方盖章或签字确认。
2. 询问调查亦可采用传真、电子邮件等方式。
3. 询问调查若采用口头形式的，调查人员应当对口头交流过程进行详细记录，有条件的，应当进行录音。

**第九条** 现场调查是指调查人员对于调查涉及的不动产、动产等有形资产、运作体系进行观察以确认、核实相关事实。

1. 现场调查应当制作详细的调查记录。
2. 对于调查涉及的不动产、动产、运行体系等可采用现场调查方式。
3. 公司运作体系包括公司组织架构、公司治理结构等情况。

**第十条** 间接调查是指调查人员从发行人聘请的其他参与调查的中介机构（证券公司、银行、会计师事务所、评级机构、评估事务所等）获取调查材料的调查方式。

只有在获取书面调查材料时可以采用间接调查的方式。调查人员必须确认该等书面调查材料的来源以及是否与原件核对一致。

**第十一条** 调查人员可根据实际情况运用不同的调查方式，但是在可能的情况下应当首先选用独立调查方式进行调查，其次应当以书面调查和现场调查为主，间接调查为辅，尽量减少采用询问调查。

# 第三章 尽职调查的基本分类和工作程序

**第十二条** 以尽职调查的主要内容为标准，尽职调查可分为基本情况调查、资产状况调查、业务情况调查、特殊事项调查四种基本类型。

**第十三条** 开展调查工作前，调查人员应当向发行人和主承销商的负责人了解项目的基本内容以及发行人的基本情况，依此确定调查范围。调查人员应当遵循谨慎的原则确定调查范围，确保调查范围能够满足项目的需要。

**第十四条** 调查人员应当根据调查范围制订调查方案，调查方案至少包括以下内容：

1. 所需要的调查材料的初步范围；
2. 各类调查材料的来源；
3. 现场工作的预计时间与工作安排；
4. 现场工作的人员安排。

**第十五条** 调查人员应当根据调查方案，制作书面调查函及书面调查材料要求清单，以适当的方式提交被调查方，便于被调查方进行前期准备。

**第十六条** 调查人员根据调查方案，进行独立调查、现场调查，收集书面调查材料，并根据需要开展间接调查与询问调查。

调查人员应当及时对调查所获得的材料进行初步的整理与分析，梳理发现的问题。

**第十七条** 调查人员对于初步调查发现的问题进行充分的分析与讨论，制订简单的补充调查方案，并及时开展补充调查。

对于较为复杂，难以梳理的问题，可以进行多次补充调查，亦可以通过适当的方式在材料整理阶段以及尽职调查报告撰写阶段再次进行补充调查。

**第十八条** 调查人员应当对获得的材料进行适当的整理，整理的方式包括但不限于：

1. 制作清单表格；
2. 制作框图图表；
3. 对于单个法律问题的研究分析等。

整理材料所制作的文件作为撰写尽职调查报告的素材，亦作为工作底稿用于存档。

**第十九条** 调查人员应当根据要求撰写尽职调查报告。

尽职调查报告应当层层递进，段落清晰，行文简洁，突出重点。尽职调查报告的基本结构是列举调查材料确定相关事实，引用适用的法律进行分析与论证，并提出结论。

# 第四章 尽职调查的内容和基本要求

**第二十条** 公司设立和存续相关材料

1. 公司设立至今历年变更及现行有效的加载统一社会信用代码的《营业执照》（营业执照、组织机构代码、税务登记）；
2. 公司设立至今历次变更以及现行有效的公司章程；
3. 公司设立至今历次变更时验资报告（如有）或实缴凭证；
4. 公司设立至今历次股权转让的资料，包括但不限于股权转让合同、资产评估报告或审计报告（若有）、关于股权转让的董事会决议和股东（大）会决议、有关外资主管部门的批准文件及批准证书（若适用）、股权转让对价的支付凭证、股东变更的工商登记文件；
5. 公司设立至今历次增资的资料（若有），包括但不限于增资协议、资产评估报告或审计报告（若有）、董事会或股东（大）会关于增资的协议、验资报告及付款凭证、有关外资主管部门的批准文件及批准证书（如适用）、注册资本变更的工商变更登记文件；
6. 公司股份登记薄、以及任何其他说明公司的股份发行和所有权的记录及股东协议（若有）；
7. 任何关于公司股权所涉表决权的协议以及任何限定或限制公司股权的协议（若有）。

**第二十一条** 公司控股股东及实际控制人

1. 控股股东或者实际控制人为自然人的，该自然人的身份证明文件、简历、诚信信息查询文件、与其他主要股东关系说明、直接或间接持有的发行人股份/股权质押或存在争议情况的查询结果文件、对其他企业的主要投资情况说明；
2. 控股股东或者实际控制人为法人的，该法人的营业执照、公司章程、工商信息查询文件、诚信信息查询文件、主要业务及资产情况的说明、最近一年合并财务报表的主要财务数据（关注是否经审计）、持有发行人股份或股权质押或存在争议情况的查询结果文件；
3. 报告期内实际控制人变化情况的说明（如有）。

**第二十二条** 公司组织架构、管理制度及下属子公司的相关文件

1. 公司内部的组织架构及部门职责；
2. 公司的主要管理制度（包括战略规划制定、财务、采购、投资管理、内部控制制度、关联交易等）；
3. 公司下属子公司的营业执照复印件、情况简介；
4. 公司下属子公司的股权结构图；
5. 公司下属子公司上一年度经审计的财务报表。

**第二十三条** 公司业务经营相关文件

1. 与发行人主营业务相关的业务资格许可证或者其他重要资质文件（如有）；
2. 发行人经营模式（采购模式、生产或者服务模式、销售模式等）及发展战略的访谈纪要等相关文件；
3. 报告期内发行人与主要客户、供应商之间业务往来的情况说明及抽取的主要合同文件,报告期内主要客户、供应商变动情况与变动原因的说明文件，以及对供应商、客户依赖情况的说明文件与供应商、客户的稳定性分析文件；
4. 报告期内业务相关情况，包括但不限于主要产品或服务的用途、规模、营业收入构成及其变动情况的说明文件；
5. 发行人所处行业的市场竞争状况及上下游产业链情况的分析文件。

**第二十四条** 公司负债、或有债务

1. 未履行完毕的，单笔金额超过人民币500万元（实际标准可依据发行人总资产、净资产大小综合确定）的债务清单，列明债权人的姓名、借款额、余额、到期日和收益的使用（无论是否有担保）；并提供相关文件和协议，包括贷款协议、信用协议、借据和其他负债证明以及所有由公司提供担保、保证人协议、信用证或其他合约以及相关的重要函件；
2. 公司可利用的有担保和无担保信贷额度的清单，包括任何重大贷款拖欠或问题融资；
3. 任何第三方对公司的负债及（或）责任做出的担保、保证人协议，信用证或其他合约以及相关的重要函件；
4. 担保余额占发行人报告期末合并口径净资产比重10%以上被担保人（合并报表范围外）的工商信息查询文件、诚信信息查询文件、最近一年的财务报告；
5. 任何为外汇贷款提供的担保以及外汇管理部门对此类担保的批准及登记证明（若有）；
6. 有关履约保证金的文件（若有）；
7. 所有证明公司重大融资安排的现行有效的文件和协议（无论在资产负债表内外），包括融资租赁、出售和回租安排、分期付款购买等；
8. 所有限制或约束公司发行债券、增加股本、支付分红或增加负债的现行有效的其他合同或协议；
9. 企业从其他渠道获得资金的情况及其合法性；
10. 企业对外担保、抵押或质押的情况；
11. 企业是否存在股东借款、职工集资等情况。

**第二十五条** 公司重要协议

1. 所有未履行完毕，单笔金额超过1000万元人民币（实际标准可依据发行人总资产、净资产大小综合确定）的框架协议以及对公司业务有重大影响的长期合作协议；
2. 所有重要的研究开发协议或安排；
3. 所有的特许权许可、营销、特许权经营、管理和开发协议；
4. 所有和独立承包商签订的关于公司业务运营的重要协议；
5. 所有与战略联盟或合作安排有关的协议或文件；
6. 公司签订的不竞争协议（若有）；
7. 其他与本债券发行相关的重要协议或文件。

**第二十六条** 公司财产

1. 土地使用权出让、转让或租赁合同；
2. 土地使用权折资入股（包括国家股和法人股）的资产评估和批准文件；
3. 证明公司用地权利的文件；
4. 公司用地和建设建筑物的建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证及其他有关批文和许可证；
5. 公司租赁房地产的合同、协议和租赁登记证明；
6. 重要的资产（包括但不限于公司总部和主要生产基地）抵押文件，包括但不限于抵押协议、抵押登记文件等；
7. 除房屋和土地外，公司承租或出租的所有重要财产清单，包括租金、期限和续约条款，及相应协议或合同；

（八）在建工程进展情况，查询建设工程批准文件，是否存在违规用地、违规建设的情况；核实在建项目建成后是否独立产生现金流，是否为公益性项目；核实在建项目是否符合《预算法》 《政府投资条例》《国务院关于加强地方政府债务管理的意见》 （国发〔2014〕43 号）、《关于进一步规范地方政府举债融资行为的通知》（财预〔2017〕50 号）及《国务院关于进一步深化预算管理制度改革的意见》（国发〔2021〕5 号）等关于地方政府债务管理的相关规定，是否存在替政府垫资的情形，是否涉及新增地方政府隐性债务。

（九）公司其他应收账款及非经营性往来款项情况。

关于发行人非经营性往来款项的核查，参考《上海证券交易所公司债券发行上市审核规则适用指引第3号——审核重点关注事项》、《深圳证券交易所公司债券发行上市审核业务指引第 1 号——公司债券审核重点关注事项》

律师应当对发行人非因生产经营直接产生的对其他企业或机构的往来占款和资金拆借（以下简称非经营性往来占款和资金拆借）余额进行调查核实。

1. 对于超过最近一年末经审计总资产3%的，发行人应充分披露下列事项，并作风险提示或重大事项提示：
2. 非经营性往来占款和资金拆借的决策权限、决策程序和定价机制。
3. 非经营性往来占款和资金拆借的前五名债务方及其与发行人是否存在关联关系。关联方往来参照《企业会计准则》中“关联方披露”的相关要求执行。
4. 发行人与前5名债务方形成非经营性往来占款和资金拆借的原因、回款相关安排、报告期内的回款情况。
5. 明确披露债券存续期内是否新增非经营性往来占款和资金拆借事项。如有，应进一步披露相关事项应履行的决策程序和持续信息披露安排。
6. 发行人非经营性往来占款和资金拆借余额超过最近一年末经审计总资产5%的，除前述需披露的事项外，还应承诺债券存续期内原则上不新增非经营性往来占款和资金拆借余额。
7. 发行人非经营性往来占款和资金拆借余额超过最近一年末经审计总资产10%的，本次申报债券的募集资金原则上应用于偿还存量公司债券，且应进一步披露主要债务方信用资质情况、偿还安排以及资金拆借必要性和合理性，并说明对发行人偿债能力的影响。

**第二十七条** 知识产权

1. 公司当前所有的专利、专利申请、商标、服务商标、商号、著作权以及其他知识产权的清单，每项表明（视情况而定）所有权人、有关权利的到期日期、注册日期（如适用）、覆盖的区域以及公司使用的性质，并应提供相应权证的复印件；
2. 当前所有公司正在使用的或预计将要使用的任何第三方的注册商标、专利、专利申请以及其他知识产权的清单，并提供相应的权利证明的复印件；
3. 当前第三方与公司知识产权的纠纷或诉讼以及所有知悉的第三方侵犯公司知识产权的行为的清单，并应提供相应的文件；
4. 所有的公司为协议一方的有关知识产权的许可协议或其他协议，包括对该等协议的所有修订文本；
5. 公司为一方的关于知识产权使用的所有其他重要合同或协议以及相应的修订文本；
6. 公司拥有的重大专有技术的证明文件，包括但不限于注册登记证书、科研项目立项文件、鉴定证书或报告、研究开发合同，以及其他的政府批文；
7. 公司所有的技术引进合同以及其备案文件。

**第二十八条** 诉讼及其他

1. 标的额在人民币500万元（实际标准可依据发行人总资产、净资产大小综合确定）以上或对公司有重大影响的，所有威胁将要进行的或者未决的诉讼、仲裁、行政程序、政府调整或询问以及声明和未声明的与公司有关的诉求的清单，与日常的雇佣关系相关的事宜除外，清单按以下方式提供：列出所涉各方的姓名或名称及其他基本资料；诉讼或者权利主张的性质；最近进展情况的简要介绍；索赔金额或补救措施的详细情况；
2. 若上述案件存在，应提供案件的主要法律文书，包括但不限于：受理通知书、起诉书、仲裁申请书、答辩状、判决书、裁定书、裁决书、执行通知书、处罚通知书、行政复议申请以及复议机构的决定等；
3. 关于任何政府部门以前、现在或预期将会对公司进行调查或询问（包括正式或非正式）的报告或者重要通信；上述政府部门包括但不限于审计、税务、金融、工商、海关、行业和其他监管机构；
4. 公司法律顾问所出具的有关公司所涉及的诉讼或其他法律程序的重要说明；
5. 当前公司和监管机构之间的重要协议、承诺或谅解。

**第二十九条** 劳动和保险

1. 公司各类劳动合同的格式文本，并各提供一份已签署的劳动合同复印件；
2. 公司的社保登记证；
3. 公司缴纳社会保险的种类及实际缴纳情况；
4. 是否受到过社会保障部门的处罚或调查，若有，请说明并提供相关文件；
5. 劳动保障部门出具的关于公司是否存在被劳动保障行政管理部门处罚的证明；
6. 公司所购买的重要保险单的清单目录；
7. 公司签署的所有重大商业保险合同。

**第三十条** 公司治理结构:

1. 发行人的组织结构图；
2. 发行人股东（大）会（或者法律法规规定的有权决策机构）、董事会、监事会的设置及运行情况说明；
3. 现任董事、监事、高级管理人员的任职文件及简历（至少包括姓名、现任职务及任期、从业简历、兼职情况等）、持有发行人股份或股权和债券情况的说明、任职是否符合《公司法》及《公司章程》的说明文件、重大违纪违法情况的说明及查询文件：
4. 公司董事清单，包括：姓名及任期、董事的委任文件；
5. 公司高级管理人员清单：包括（正副总经理、财务主管、董事会秘书）姓名及任期；
6. 公司监事清单，包括：监事姓名及任期、监事的选举文件；
7. 对各地方纪委网站对董事、监事、高级管理人员的情况进行核查，确定是否存在违法、违纪的情形；在裁判文书网、执行信息网董事、监事、高级管理人员进行核查，确认是否存在重大诉讼、列入失信被执行人的情形。
8. 发行人会计核算、财务管理、风险控制等方面的内部管理制度及运行情况说明；
9. 对发行人董事、监事、高级管理人员访谈情况的记录文件；
10. 发行人与控股股东、实际控制人业务、资产、人员、财务、机构等方面的独立性情况的相关材料；
11. 发行人关于关联方、关联关系和关联交易决策权限、决策程序、定价机制的说明文件；报告期内发生重大关联交易涉及的决策权限及决策程序文件、合同协议、关于定价机制的说明文件（如有必要）；关联方、关联关系和关联交易对发行人偿债能力影响的分析文件（如有必要）；
12. 报告期内资金被控股股东、实际控制人及其关联方占用的情况说明，以及对发行人偿债能力影响的分析文件；
13. 报告期内为控股股东、实际控制人及其关联方提供担保的情况说明，以及对发行人偿债能力影响的分析文件。

**第三十一条** 财务资料

公司最近三年经审计的的合并财务报告及最近一期的财务报表。

**第三十二条** 相关的税务资料（含公司及下属子公司）：

1. 公司适用的税种和税率的清单；公司所享受的任何税收优惠待遇清单；
2. 公司现行有效的统一社会信用代码的营业执照记载的税务登记情况；
3. 公司有关税收优惠、财政补贴的申请、批复、政策法规以及及其他文件；
4. 税务机关出具的关于公司是否存在被税务主管部门处罚的税务证明。

**第三十三条** 关联交易及同业竞争

1. 公司各关联方（包括存在控制关系和不存在控制关系）的营业执照（或身份证明）章程及相关批准文件（直接或间接股东除外）。
2. 公司最近三年的关联交易情况，包括但不限于:关联交易的协议文本、内容、数量、定价原则以及依据、交易金额、公司对关联交易的决策文件；
3. 公司与控股股东的关联交易按照公平合理原则定价，不存在损害公司及股东利益的情况的相关文件资料（包括但不限于独立董事报告、独立财务顾问报告、评估报告及确认书等）；
4. 公司与关联方同业竞争状况、性质的说明文件；
5. 公司、股东对有关关联交易和解决同业竞争的承诺、采取的措施（如承诺书、协议等）；

**第三十四条** 公司环保及质量监督相关文件（含公司及下属子公司）

1. 公司环保情况介绍；
2. 公司生产过程中取得的排污许可证或环境保护方面的批文；
3. 公司服务或产品质量奖项；
4. 由环保部门出具的关于公司是否存在违反国家环境保护方面的法律、法规和规范性文件而被处罚的证明文件；
5. 由质监部门出具的关于公司是否存在因违反国家质量监督管理方面的法律、法规和规范性文件而被处罚的证明文件。

**第三十五条** 项目的相关文件

1. 募集资金投向项目工程可行性研究报告批复文件复印件或备案通知书复印件；（需核实募集资金拟投资项目建成后是否独立产生现金流，是否为公益性项目；投资项目是否符合《预算法》 《政府投资条例》《国务院关于加强地方政府债务管理的意见》 （国发〔2014〕43 号）、《关于进一步规范地方政府举债融资行为的通知》（财预〔2017〕50 号）及《国务院关于进一步深化预算管理制度改革的意见》（国发〔2021〕5 号）等关于地方政府债务管理的相关规定，是否存在替政府垫资的情形，是否涉及新增地方政府隐性债务。）
2. 土地批文（建设用地许可证或用地预审批准书复印件、土地产权证复印件）；
3. 项目环境影响评估报告的批复文件复印件；
4. 公司与募投项目的项目主体之间的股权关系；
5. 授权和审批，包括公司董事会决议、国资委、财政局、政府、人大、发改委等相关文件（若有）；
6. 债券发行的信用评级报告（如有）；
7. 《募集说明书》、《债券持有人会议规则》、《债券受托管理协议》、《承销协议》；
8. 本次发行涉及的中介机构的主体资格证明：主承销商的《营业执照》、《中华人民共和国经营证券业务许可证》；律师事务所《律师事务所执业许可证》及向律师事务所在证监会、司法部备案情况；审计机构《营业执照》、《会计师事务所执业证书》及会计师事务所在证监会、财政部备案情况；信用评级机构《营业执照》及向证监会的备案情况；上述机构从事债券类项目的批复文件（如有）等。

# 第五章 尽职调查报告

**第三十六条** 尽职调查报告的主要内容：

1. 发行人的主体资格。尽职调查报告中说明发行人是否为依照法律程序设立的股份有限公司或者经批准拟成立的股份有限公司；说明发行人是否依法有效存续,即根据法律、法规及其公司章程说明发行人是否有需要终止的情形出现；说明发行人目前正在从事或者拟从事的业务活动是否与其经营范围一致。
2. 当期债券发行的批准或者授权。在尽职调查报告中说明董事会、股东（大）会决议的内容、形式是否合法有效，并且就股东（大）会的授权是否合法作出说明；说明发行申请人已经取得和尚待取得有权部门同意发行、上市方能发行、上市的事项。
3. 当期债券发行的实质条件。在尽职调查报告中核查发行人是否符合如下实质条件(依据不同的公司债券品种核查不同的实质条件）：

1.公开发行公司债券（面向专业投资者发行）

1. 说明发行人具备健全且运行良好的组织机构；
2. 说明发行人最近三年平均可分配利润足以支付公司债券一年的利息；
3. 说明发行人符合国务院规定的其他条件。
4. 说明发行人不存在已公开发行的公司债券或者其他债务有违约或者延迟支付本息的事实，仍处于继续状态；
5. 说明发行人不存在违反《证券法》的规定及改变公开发行公司债券所募资金的用途的情形。

2.公开发行公司债券（面向普通投资者）

除满足公开发行公司债券（面向专业投资者发行）条件外，尽职调查报告中还需说明发行人满足如下条件：

1. 说明发行人最近三年无债务违约或者延迟支付本息的事实；
2. 说明发行人最近三年平均可分配利润不少于债券一年利息的1.5倍；
3. 说明发行人最近一期末净资产规模不少于250亿元；
4. 说明发行人最近36个月内累计公开发行债券不少于3期，发行规模不少于100亿元；
5. 说明发行人符合中国证监会根据投资者保护的需要规定的其他条件。

3.私募债（非公开发行公司债券）

《证券法》、《债券发行与交易管理办法》未针对非公开发行公司债券规定实质条件，但是需要依据证券业协会发布的《非公开发行公司债券项目承接负面清单》核查发债企业是否存在负面清单的情形：

1. 最近24个月内公司财务会计文件存在虚假记载，或公司存在其他重大违法行为;
2. 对已发行的公司债券或者其他债务有违约或迟延支付本息的事实，仍处于继续状态;
3. 存在违规对外担保或者资金被关联方或第三方以借款、代偿债务、代垫款项等方式违规占用的情形，仍处于继续状态;
4. 最近12个月内因违反公司债券相关规定被中国证监会采取行政监管措施，或最近6个月内因违反公司债券相关规定被证券交易所等自律组织采取纪律处分，尚未完成整改的;
5. 最近两年内财务报表曾被注册会计师出具保留意见且保留意见所涉及事项的重大影响尚未消除，或被注册会计师出具否定意见或者无法表示意见的审计报告;
6. 因严重违法失信行为，被有权部门认定为失信被执行人、失信生产经营单位或者其他失信单位，并被暂停或限制发行公司债券;
7. 擅自改变前次发行公司债券募集资金的用途而未做纠正;
8. 本次发行募集资金用途违反相关法律法规或募集资金投向不符合国家产业政策;
9. 除金融类企业外，本次发行债券募集资金用途为持有以交易为目的的金融资产、委托理财等财务性投资，或本次发行债券募集资金用途为直接或间接投资于以买卖有价证券为主要业务的公司;
10. 本次发行文件存在虚假记载、误导性陈述或重大遗漏;
11. 存在严重损害投资者合法权益和社会公共利益情形;
12. 地方融资平台公司。

本条所指的地方融资平台公司是指根据国务院相关文件规定，由地方政府及其部门和机构等通过财政拨款或注入土地、股权等资产设立，承担政府投资项目融资功能，并拥有独立法人资格的经济实体;（新《债券发行与交易管理办法》取消了地方政府融资平台的限制，但是负面清单暂未进行修订，在未修订前暂按照现行负面清单进行核查）

1. 主管部门认定的存在“闲置土地”、“炒地”、“捂盘惜售”、“哄抬房价”等违法违规行为的房地产公司；
2. 典当行；
3. 未能同时满足以下条件的担保公司：
4. 经营融资担保业务满3年；
5. 注册资本不低于人民币6亿元；
6. 主体信用评级AA级（含）以上；
7. 近三年无重大违法违规行为。

（16）未能同时满足以下条件的小贷公司：

1. 经省级主管机关批准设立或备案，且成立时间满2年；
2. 省级监管评级或考核评级最近两年连续达到最高等级；
3. 主体信用评级达到AA级（含）以上。

（17）对于最近一年经审计的总资产、净资产或营业收入任一项指标占合并报表相关指标比例超过30%的子公司存在负面清单第（1）条至第（7）条及第（11）条规定情形的，视同发行人属于负面清单范畴。

4.各类专项公司债券

1. 住房租赁专项公司债券

证监会尚未出台关于住房租赁专项公司债的规则体系，因此在尽职调查事项方面，还是遵从现行公司债的规定。

1. 扶贫专项公司债

上交所公司债监管问答则明确符合以下两个条件之一的公司债券，可以界定为扶贫专项公司债券：

1. 注册地在国家扶贫开发工作重点县、集中连片特殊困难地区或“深度贫困地区”（前述三类地区以下简称贫困地区）的企业发行的公司债券；在扶贫攻坚期内，注册地在已实现脱贫摘帽但不满三年贫困地区的企业发行的公司债券也可界定为扶贫债券。
2. 发行人注册地不在贫困地区，但募集资金主要用于精准扶贫项目建设、运营、收购或者偿还精准扶贫项目贷款的公司债券。

符合上述要求的普通公司债券在发行前可申请使用“扶贫专项公司债券”标识，并履行相应的发行前备案手续。

其中，申报发行扶贫债券募集说明书确定用于精准扶贫项目的金额应不低于债券募集资金总额的 50%，其余部分可以用于补充公司流动资金或偿还借款等。

扶贫专项公司债尽职调查报告中，除遵照一般公司债券进行核查之外还应核查发行人是否符合上述条件。

1. 项目收益专项公司债券
2. 主体要求：项目收益专项公司债券的债项评级应达到AA或以上。通过设置集团担保符合上一款要求的，担保人应当参照公司债券有关发行主体的信息披露要求，在募集说明书中进行信息披露。成立不满一个完整会计年度的项目公司发行项目收益专项公司债券的，应当设置集团担保。
3. 项目要求：项目收益专项公司债券募集资金投资的项目必须符合国家产业政策和固定资产投资管理有关规定，用于项目投资、建设、运营或收购，能够产生持续稳定的现金流。在保障项目建设和运营的前提下，允许使用不超过30%的债券募集资金用于企业偿还银行贷款和补充营运资金。

申报项目原则上应当是已开工项目，未开工项目应符合开工条件（原则上至少应取得募投项目的审批、核准或备案文件等），并在发行时披露预计开工时间。除专项债券募集资金以外，项目建设资金来源原则上应全部落实。项目收益专项公司债券的存续期不得超过项目运营周期，还本付息资金安排应与项目收益相匹配。项目建设、运营所形成的资产、收益权不得附带抵押、质押等权利限制，但通过相关安排，在本次募集资金到位后10日内能够解除权利限制或为本次债券发行提供其他有效增信措施的除外。

项目收益专项公司债券尽职调查报告中，除遵照一般公司债券进行核查之外还应核查发行人是否符合上述条件。

1. 绿色公司债券
2. **申请文件要求：**申请发行绿色公司债券时，募集说明书应当披露拟投资的绿色产业项目类别、项目认定依据或标准、环境效益目标、募集资金使用计划和管理制度等内容。同时，发行人还应当提供募集资金投向绿色产业项目的承诺函。（募集资金投向：发行绿色公司债券所募集的资金可以用于绿色产业项目的建设、运营、收购，或偿还绿色产业项目的银行贷款等债务；严禁名实不符，冒用、滥用绿色项目名义套用、挪用资金。）
3. 绿色公司债券存续期内，应当披露募集资金使用情况、绿色产业项目进展情况和环境效益等内容。
4. **绿色公司债评估认证：**绿色公司债券申报前及存续期内，鼓励发行人提交由独立专业评估或认证机构就募集资金拟投资项目属于绿色产业项目所出具的评估意见或认证报告。鼓励评估认证机构之间加强沟通协调和行业自律，建立完善统一的评估认证标准和流程。

绿色公司债券尽职调查报告中，除遵照一般公司债券进行核查之外还应核查发行人是否符合上述条件。

1. 创新创业公司债

创新创业公司发行创新创业公司债，应当就本公司创新创业特征作专项披露；律师应当依据以下规范性文件进行审慎筛查，在尽职调查报告中就发行人是否具有创新创业特征发表明确意见：

1. 国家战略性新兴产业相关发展规划；
2. 《国务院关于印发<中国制造2025>的通知》（国发〔2015〕28号）及相关政策文件；
3. 国务院及相关部委出台的大众创业万众创新政策文件；
4. 国家及地方高新技术企业认定标准；
5. 其他创新创业相关政策文件。

发行创新创业公司债募集的资金应专项投资于种子期、初创期、成长期的创新创业公司的股权。

1. 纾困专项债
2. **主体资质：**纾困专项公司债券发行人在符合公司债券一般发行条件基础上，还应当符合以下条件：

发行人应当为具备良好的盈利能力及偿债能力的国有资产管理公司、金融控股公司、开展投资或资产管理业务的其他企业等，主体评级为AA+以上。

发行人不得为有关规定明确的地方政府融资平台公司。

发行人应当是所属地方政府设立纾困计划的参与方，且以适当方式获得所属政府相关部门或机构的认可，认可方式包括但不限于所属政府部门或机构对本次纾困专项公司债券发行出具批复文件、相关会议纪要或其他认可方式等。

1. **募集资金用途：**

纾困专项公司债券的募集资金用途应满足以下要求：

——募集资金应当主要用于支持上市公司及其股东融资、缓解上市公司及其股东流动性压力。募集资金用于投资纾困基金的，相关纾困基金原则上应当由政府或其指定的国有资本运营主体出资，不得向社会资本方募集。

——是募集资金运用不得违反《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（银发[2018]106号）及地方政府债务管理的相关规定。

纾困专项公司债券尽职调查报告中，除遵照一般公司债券进行核查之外还应核查发行人是否符合上述条件。

1. 发行人的业务及经营。在尽职调查报告中说明发行人目前的业务与经营是否已经依法取得法律规定应当具备的批准、许可、核准、登记或备案等文件。
2. 发行人所有或者授权使用、经营的主要财产(如机器设备、房产、土地使用权、知识产权等)。说明发行人对其主要财产的所有权或者使用、经营权的行使有无限制，如是否存在担保或者其他债务关系。说明发行人的不动产权证（或房产证、土地使用权证）、商标证书、专利证书及其他产权证书取得的法律手续是否完备、合法；如应予变更登记而发行人尚未办理变更登记手续，还应说明完成有关变更登记手续是否存在法律障碍。
3. 发行人的重大债权、债务关系。应当审查发行人将要履行、正在履行的重大合同，以及虽已履行完毕，但是经审查发现内容有瑕疵，并且对发行人经营活动可能产生重大影响的合同，并说明前述合同内容和形式是否合法有效。说明发行人在上述合同项下的任何义务与其依据其他合同或者法律文件承担的义务是否有冲突，该等冲突所造成的法律障碍是否已经排除。说明上述合同的主体是否已因发行人的重组而变更，并构成合同履行障碍。如果上述合同主体拟变更，说明是否获得合同对方的同意。完成变更手续后，对合同履行是否构成法律障碍。说明发行人是否有因环境保护、知识产权、产品质量、劳动安全、人身权等原因产生侵权之债。
4. 发行人涉及的诉讼、仲裁或行政处罚。说明发行人是否有尚未了结的或者可预见的诉讼、仲裁案件或者被行政处罚的案件。如上述案件存在，还应说明其所涉金额及对本次发行或上市的影响程度。
5. 发行人的税务问题。说明发行人执行的税种税率、税收优惠及财政补助是否符合国家法律、法规及地方性法规的要求。说明发行人近三年是否依法纳税，是否存在因违反税务方面的法律、行政法规而受到税务部门重大处罚的情形。
6. 发行人的公司治理与规范运作。发行人是否根据《公司法》及公司章程的规定，建立了健全的组织机构。发行人是否建立了健全的股东大会、董事会、监事会议事规则，该等议事规则是否符合现行法律、行政法规和规范性文件的规定。发行人近三年股东（大）会、董事会、监事会召开及运作是否合法、合规、真实、有效。
7. 发行人募集资金的运用。说明发行人本次募集资金的使用是否符合国家产业政策和相关法律法规的规定；说明募集资金拟投资项目建成后是否独立产生现金流，是否为公益性项目;说明发行人本次募集资金的使用是否已经公司股东（大）会审议批准，是否需要得到有权部门的批准或授权，如需要，是否已经得到该等批准或授权。

说明拟投资项目是否符合《预算法》 《政府投资条例》《国务院关于加强地方政府债务管理的意见》 （国发〔2014〕43 号）、《关于进一步规范地方政府举债融资行为的通知》（财预〔2017〕50 号）及《国务院关于进一步深化预算管理制度改革的意见》（国发〔2021〕5 号）等关于地方政府债务管理的相关规定，是否存在替政府垫资的情形，是否涉及新增地方政府隐性债务。

1. 关于发行人的债券的主承销商。说明发行人债券发行的主承销商是否具备作为主承销商的资质（主要核查是否持有有效的《营业执照》、《经营证券业务许可证》等资质文件），其作为本期债券的主承销商是否符合相关法律法规的规定。主承销商是否受到监管部门的行政处罚，如果该等处罚不影响主承销商从事本次发行的资质条件，应核查并说明处罚事项不影响本次发行。
2. 关于债券的《债券持有人会议规则》。说明发行人和（或）债券受托管理人所制定的《债券持有人会议规则》是否符合相关法律法规的规定，并合法有效。
3. 关于债券的《债券受托管理协议》。说明发行人和债券受托管理人所签署的《债券受托管理协议》是否已对本期债券发行各方的权利义务进行了详细约定，其内容是否合法有效。
4. 债券发行的担保。债券如有担保情形，需说明保证人是否具备为债券发行提供担保的主体资格或拟设担保的财产是否合乎相关法律的规定条件，发行人为债券发行所取得的担保是否符合相关法律法规的规定，担保是否合法有效。需说明担保人是否已依据《公司法》、《公司章程》履行必要的内部决议、授权程序。同时，如果担保机构为担保公司的，需核查担保公司是否为融资性担保机构，是否取得《营业执照》及由所在地监管部门发放的《融资担保业务经营许可证》，担保人融资性担保责任余额和担保集中度等业务指标是否符合《融资担保公司监督管理条例》（中华人民共和国国务院令第683号）、《融资担保公司监督管理条例》四项配套制度（银保监发（2018）1号）及《融资担保公司监督管理补充规定》（银保监发（2019）37号）等监管文件的要求。

（十五）本期债券的信用评级。评级非强制要求，但如果有评级情况，需说明评级机构的有关资质是否符合法律法规的规定。评级机构对债券的评级安排是否符合法律法规的要求。

（十六）发行所涉及的其他中介机构。说明参与债券发行的中介机构是否具备经证监会及国务院有关主管部门进行备案，受聘担任发行人的公司债券发行有关中介机构是否合乎相关法律的规定。

（十七）结论意见。概括说明律师对本次债券发行的意见。即对本次发行的合法性给予总括确认。如果不能作总括确认，可以逐项确认，或者对保留意见事项作出限定后再给予确认。

# 附 表

**附表1：对企业主体调查所需调查材料以及材料来源表**

|  |  |
| --- | --- |
| **材料** | **来源** |
| 统一社会信用代码营业执照（营业执照、组织机构代码、税务登记）、国有产权登记证、药品经营许可证、药品生产许可证等企业主体证照 | 被调查人提供但需核实 |
| 企业设立登记申请书、验资报告、股东（大）会决议、名称预核准通知书等企业设立文件 | 工商调档 |
| 企业自设立至今，名称、性质、隶属关系、注册资本、股本结构历次变动情况的说明，及相关文件资料（批文、协议、决议、章程、验资报告等） | 工商调档 |
| 企业三年连审年检报告 | 被调查人提供 |
| 公司现行有效的章程及章程修正案 | 工商调档 |
| 各子公司及分支机构清单 | 被调查人提供 |
| 各子公司营业执照等主体证照以及现行有效章程以及章程修正案 | 工商调档、被调查人提供 |

说明：本部分调查资料在特殊情况下无法从市场监督管理部门调取的，可要求由被调查人提供，但此时调查需要特别注意各项资料之间的衔接与互相印证。

**附表2：对股东与股权的调查所需调查材料以及材料来源表**

|  |  |
| --- | --- |
| **材料** | **来源** |
| 企业目前的股权结构 | 工商调档 |
| 企业股权质押、冻结、查封等权利限制登记 | 工商调档 |
| 股权质押协议、冻结查封裁定及其他权利限制法律文件 | 被调查人提供、  工商查询 |
| 各股东（发起人）或者实际控制人的营业执照（身份证明）、股东的企业章程 | 工商调档、  被调查人提供 |
| 企业各股东间关系说明、企业实际控制人说明 | 被调查人陈述 |
| 企业各股东、实际控制人之间与企业有关的协议 | 被调查人提供 |
| 企业股权的代持股、信托持股、委托持股等涉及实际股东权利的协议 | 被调查人提供 |
| 各股东、实际控制人所投资或者参与的其他企业或所从事的其他事业的说明 | 被调查人陈述 |
| 企业与股东、实际控制人之间的债权债务清单，债权债务形成的合同 | 被调查人提供 |
| 过去三年中企业与股东、实际控制人之间的交易往来记录以及相关合同 | 被调查人提供、  被调查人陈述 |
| 企业与股东、实际控制人之间担保与被担保关系说明，担保与被担保合同 | 被调查人提供 |

说明1：本部分调查材料在特殊情况下无法从工商行政管理部门调取的，可要求由被调查人提供，但此时调查需要特别注意各项资料之间的衔接与互相印证。

说明2：本部分调查材料需特别注意被调查人陈述的来源，注意被调查人陈述内容与其他客观证据的互相印证，特别注意被调查人身份，尽量选择股东（实际控制人）本人了解情况。

**附表3：对公司治理调查所需调查材料以及材料来源表**

|  |  |
| --- | --- |
| **材料** | **来源** |
| 董事会、监事会、总经理办公会、企业高管人员名单、简历 | 被调查人提供 |
| 公司股东（大）会、董事会、监事会、总经理办公会议事规则 | 被调查人提供、  工商查询章程 |
| 公司内部组织架构图 | 被调查人提供 |
| 公司主要内部规章制度 | 被调查人提供 |
| 公司近三年来重大事项的董事会、总经理办公会决议或会议纪要、记录 | 被调查人提供 |
| 企业董事会、监事会、高管人员所投资或者参与的其他企业或所从事的其他事业的说明 | 被调查人陈述 |
| 企业与董事会、监事会及高管人员之间的债权债务清单，债权债务形成的合同 | 被调查人提供 |
| 过去三年中企业与董事会、监事会及高管人员之间的交易往来记录以及相关合同 | 被调查人提供、  被调查人陈述 |

说明：本部分调查材料需特别注意被调查人陈述的来源，注意被调查人陈述内容与其他客观证据的互相印证，特别注意被调查人身份，尽量选择股东（实际控制人）本人了解情况。

**附表4：诉讼、仲裁、行政处罚调查所需调查材料以及材料来源表**

|  |  |
| --- | --- |
| **材料** | **来源** |
| 企业所有未决诉讼、仲裁的相关法律文件以及目前进展情况说明 | 被调查人提供、核实 |
| 主要股东、董事、监事、高管所有未决诉讼、仲裁的相关法律文件以及目前进展情况说明 | 被调查人提供、核实 |
| 过去三年行政处罚决定书以及执行情况说明 | 被调查人提供、陈述 |
| 企业过去三年侵权行为情况说明以及相关法律文件 | 被调查人提供、陈述 |
| 企业潜在纠纷事项说明 | 被调查人陈述 |
| 企业潜在行政处罚事项说明 | 被调查人陈述 |

**附表5：对主要资产调查所需调查材料以及材料来源表**

|  |  |
| --- | --- |
| **材料** | **来源** |
| 企业不动产权证；或土地使用权证、房屋所有权证 | 被调查人提供、管理机关查询核实 |
| 土地使用权出让合同、房屋买卖合同、房屋预售合同等 | 被调查人提供 |
| 房产土地抵押合同、他项权利证书 | 被调查人提供 |
| 房产土地权利以及权利限制登记 | 房产局调档 |
| 企业账目的固定资产、无形资产清单 | 被调查人提供 |
| 房屋代持有协议、房屋预转让协议 | 被调查人提供 |
| 房屋土地使用情况说明 | 现场调查、被调查人陈述 |
| 房屋土地产证瑕疵情况说明 | 被调查人陈述 |
| 房屋土地账实不符情况说明 | 被调查人陈述 |
| 房屋出租合同、租赁合同 | 被调查人提供 |
| 房屋出租登记、租赁登记 | 房产局调档 |
| 租赁房屋房地产权证及房地产登记 | 被调查人提供、房产局调档 |
| 出租、租赁房屋实际使用情况说明 | 现场调查、被调查人陈述 |
| 车辆购置合同及发票 | 被调查人提供 |
| 车辆清单及车辆行驶证 | 被调查人提供 |
| 车辆登记情况 | 车管所调档 |
| 车辆使用情况说明 | 被调查人陈述 |
| 车辆抵押、预转让等事项的法律文件 | 被调查人提供 |
| 车辆账实不符、私车公用、公车私用等情况说明 | 被调查人陈述 |

**附表6：对知识产权和无形资产的调查所需调查材料**

**以及材料来源表**

|  |  |
| --- | --- |
| **材料** | **来源** |
| 商标权、版权、专利权证书以及申请文件等 | 被调查人提供、  管理部门调档 |
| 商标权、版权、专利权的质押、查封等法律文件 | 被调查人提供、  管理部门调档 |
| 商标权、版权、专利权等授权使用合同 | 被调查人提供 |
| 非专利技术、特许经营权、行政许可权等其他无形资产的情况说明以及权属文件 | 被调查人提供、  被调查人呢陈述 |
| 企业商业秘密保护制度以及运行情况 | 被调查人提供、  现场调查 |

**附表7：对债务与担保的调查所需调查材料以及材料来源表**

|  |  |
| --- | --- |
| **材料** | **来源** |
| 贷款合同、担保合同 | 被调查人提供 |
| 企业基本信用信息报告 | 银行调查 |
| 银行对账单 | 银行调查、会计师提供 |
| 股东借款情况与借款合同 | 被调查人提供、陈述 |
| 职工集资清单、决议、合同以及执行情况说明 | 被调查人提供、陈述 |
| 企业其他借款与对外担保合同 | 被调查人提供 |
| 企业其他应收、应付明细表 | 被调查人提供 |

**附表8：对在建工程调查所需调查材料以及材料来源表**

|  |  |
| --- | --- |
| **材料** | **来源** |
| 入园协议及类似与园区签订的开发协议 | 被调查人提供 |
| 土地使用权出让合同及土地使用权证 | 被调查人提供 |
| 建设规划要点批复及建设用地规划许可证 | 被调查人提供 |
| 项目立项批复、项目环评批复 | 被调查人提供 |
| 建筑工程规划许可证 | 被调查人提供 |
| 勘察、设计、审价咨询、施工等招投标文件、合同及备案文件 | 被调查人提供 |
| 招标代理合同 | 被调查人提供 |
| 施工许可证 | 被调查人提供 |
| 各专项验收报告及备案文件 | 被调查人提供 |
| 建设项目融资文件 | 被调查人提供 |
| 联合建设、联合开发合同及相关法律文件 | 被调查人提供 |

说明：本部分调查资料在可能的情况下尽量从建设管理部门（包括建委、规划局、房地管理局等）调取，无法调取的可要求由被调查人提供，但应将被调查人提供的文件在政务公开的网站上查询并进行相互印证。

**附表9：对业务情况调查所需调查材料以及材料来源表**

|  |  |
| --- | --- |
| **材料** | **来源** |
| 企业销售主要品种清单（包括供应商、业务员、年采购量） | 被调查人提供 |
| 企业各种不同类型主要供应商清单 | 被调查人提供 |
| 企业主要供应商年度协议与单笔合同范本 | 被调查人提供 |
| 企业与主要供应商之间单次采购各类单据一套 | 被调查人提供 |
| 企业与供应商之间的返利、推广等其他重要协议 | 被调查人提供 |
| 企业主要应付账款清单 | 被调查人提供 |
| 企业各种不同类型主要客户清单 | 被调查人提供 |
| 企业主要客户年度协议与单笔合同范本 | 被调查人提供 |
| 企业与主要客户之间单次销售各类单据一套 | 被调查人提供 |
| 企业与客户之间的返利、推广等其他重要协议 | 被调查人提供 |
| 企业主要应收账款清单 | 被调查人提供 |
| 企业参与药品招标中标相关文件 | 被调查人提供 |
| 物流服务合同 | 被调查人提供 |

说明：以上“主要”一词的范围，应当根据被调查人的实际情况确定，一般为前10位。

**附表10：对劳动用工情况调查所需调查材料以及材料来源表**

|  |  |
| --- | --- |
| **材料** | **来源** |
| 员工花名册（包括在职员工花名册和离退休人员花名册） | 被调查人提供 |
| 使用中的各类《劳动合同》以及与此相关的与劳动者签订的其他法律文件 | 被调查人提供 |
| 随机抽取已签订的《劳动合同》 | 被调查人提供 |
| 已经全部签订劳动合同的情况说明 | 被调查人陈述 |
| 使用派遣员工的情况说明 | 被调查人陈述 |
| 劳务派遣合同、各劳务派遣人员的上岗合同，并提供劳务派遣人员的花名册 | 被调查人提供 |
| 缴纳社会保险费用的缴费清单 | 社保局调档 |
| 社保费用缴纳的种类和基数 | 社保局现场调查 |
| 目前缴纳社会保险费用的情况说明 | 被调查人陈述 |
| 各类劳动用工管理制度 | 被调查人提供 |
| 抽取2-3例解除劳动合同事项，获取解除劳动合同过程中形成的所有书面资料文件 | 被调查人提供 |
| 与改制被安置人员签订的安置协议或其它法律文件 | 被调查人提供 |
| 按照改制文件安置员工的情况说明 | 被调查人陈述 |

律师办理建设工程施工合同纠纷

案件诉讼业务操作指引

目 录

第一章 总则

第二章 律师办理建设工程施工合同纠纷案件诉讼业务流程指引

第一节 律师办理建设工程施工合同纠纷案件诉讼业务一般性流程指引

第二节 律师代理建设工程施工合同纠纷案件诉讼案件原告的业务流程指引

第三节 律师代理建设工程施工合同纠纷案件诉讼被告的业务流程指引

第三章 律师办理建设工程施工合同纠纷案件诉讼业务实务指引

第四章 附则

律师办理建设工程施工合同纠纷案件

诉讼业务操作指引

第一章 总则

**第一条** 宗旨

为指导律师承接、办理建设工程施工合同纠纷案件诉讼业务，规范律师执业行为，保障律师依法履行职责，维护当事人合法权益，依据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）、《中华人民共和国建筑法》（以下简称《建筑法》）、《中华人民共和国[招标投标法](http://www.66law.cn/tiaoli/43.aspx" \t "_blank" \o "招标投标法)》（以下简称《招投标法》）、《中华人民共和国律师法》（以下简称《律师法》）、《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）等法律、法规、规章和最高人民法院相关司法解释的规定，结合律师办理建设工程施工合同纠纷诉讼业务的实务，制定本指引。

**第二条** 概念界定

1. 本指引所称的“建设工程施工合同纠纷诉讼”是指，建设单位（发包人）将建设工程发包给施工单位（承包人），发包人与承包人就合同订立、合同效力、合同履行等发生纠纷，而依据《民法典》等相关法律法规通过民事诉讼程序解决争议的活动。
2. 本指引所称的“建设工程施工合同纠纷诉讼”亦包含实际施工人与承包方、发包方所发生的诉讼。

**第三条** 业务范围

律师办理建设工程施工合同纠纷诉讼业务的范围，包括但不限于：根据当事人的委托，提供相关法律咨询意见、在法律许可的范围内调查取证、起草诉讼文书和相关法律事务的其他文书、参加调解活动、代理参与纠纷涉及的一审、二审、再审及执行程序。

**第四条** 注意事项

1. 本指引内容为律师在办理建设工程施工合同纠纷诉讼业务时应关注的流程及相关事项，仅供律师承办具体法律事务时参考。
2. 律师在办理建设工程施工合同纠纷诉讼业务时，应当遵守宪法和法律，恪守律师职业道德和执业纪律，在委托人的授权范围内，积极维护委托人的合法权益。
3. 律师事务所在接受委托人委托前，应当就委托事项进行利益冲突检索。在确认不存在利益冲突的前提下，律师事务所才能正式接受委托人的委托，签订委托代理合同。
4. 律师承接建设工程施工合同纠纷诉讼业务时，应当以律师事务所的名义与委托人订立书面的法律服务合同，明确约定委托范围、承办律师、律师费标准和收取方式、违约责任等双方的权利和义务。
5. 律师承接建设工程施工合同纠纷诉讼业务时，建议以律师事务所的名义向委托人出具诉讼风险告知书。
6. 律师办理建设工程施工合同纠纷诉讼完毕后，应当及时将案件资料归档。

第二章 律师办理建设工程施工合同纠纷案件诉讼业务流程指引

**第一节 律师办理建设工程施工合同纠纷案件诉讼业务**

**一般性流程指引**

**第五条** 基本要求

1. 律师应当全面调查、了解案件事实，向当事人收集提起诉讼所需的相关证据，包括但不限于：当事人及相关人员对案件事实的陈述、建设工程施工合同、补充协议、招投标文件、会议纪要、付款凭证、发票、验收记录、签证文件、发包人与承包人、监理单位的往来函件、施工日志等。
2. 律师应根据法律规定，向第三方收集证据，确因客观原因无法收集证据的，在规定的时间内及时向人民法院申请调查取证或申请律师调查令。
3. 律师对于当事人提供的证据，需核对原件，但建议由当事人自己保管原件。
4. 如果相关证据可能灭失或以后难以取得，律师应建议当事人在开庭审理前按照民事诉讼法以及证据规则的规定向人民法院申请证据保全。
5. 律师应当了解可能争议的问题包括但不限于：工程价款是否足额支付、工程质量是否合格、工期是否延误、索赔、反索赔等，并根据争议问题，合理组织证据。

**第六条** 法律检索

1. 律师在了解争议问题和相关事实后，应当围绕争议的法律问题，进行法律检索，确定处理争议可能适用的法律。律师办理建设工程施工合同纠纷诉讼业务主要依据的法律包括但不限于：《民法典》、《建筑法》、《招投标法》、《民事诉讼法》、《最高人民法院**关于审理**[建设工程](http://www.66law.cn/gongchengjianzhu/" \t "_blank" \o "建设工程)[施工合同](http://www.66law.cn/special/sght/" \t "_blank" \o "施工合同)**纠纷案件适用法律问题的解释（一）**》（以下简称《施工合同纠纷司法解释》）、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《民诉法司法解释》）等。
2. 律师进行法律检索，检索范围包括但不限于法律、行政法规、行政规章、规范性文件、地方性法规、司法解释、最高人民法院公报、最高人民法院个案批复、最高人民法院会议纪要、最高人民法院及各地法院案例和地方法院的业务指导意见。律师应当了解上述检索结果的适用范围，提炼裁判规则。
3. 如果对争议问题的法律适用存在较大争议，或法律依据不明确时，律师应注意搜集、整理相关理论文章的相关观点，从法理上寻找依据。

**第七条** 制订诉讼方案

1. 律师在了解争议问题和案件相关事实后，应当根据法律检索结果，围绕争议焦点进行法律分析、提出法律分析意见，供当事人考虑。
2. 律师应当围绕委托人的诉讼期望值，在法律范围内合理预测，以实现当事人合理的诉讼期望值为目的，协助当事人制订总体诉讼策略和具体诉讼方案。

**第二节 律师代理建设工程施工合同纠纷案件诉讼原告的**

**业务流程指引**

**第八条** 诉讼主体

1. 确定适格的原告

由于建设工程施工合同的复杂性，利益主体不仅包括发包人、承包人、还包括分包人、实际施工人，律师应当确认委托人在争议的建设工程合同中的主体地位，合理确定适格的原告。

1. 确定适格的被告
2. 一般情形，合同纠纷只能确定合同相对方作为案件被告。但《施工合同纠纷司法解释》**第十五条规定，“**因建设工程质量发生争议的，发包人可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼**”**；第四十三条规定，“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任”；**第四十四条**规定，“实际施工人依据民法典第五百三十五条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持”。律师应当依据案件的具体情况，合理确定适格的被告。
3. 被告应当具备《民事诉讼法》及《民诉法司法解释》规定情形的诉讼主体资格。
4. 被告的名称、住址、法定代表人或负责人等信息应准确无误，不应依赖当事人提供的信息，应在全国企业信用信息公示系统或民政部门、机关事业单位登记部门进行查询，核实被告的基础信息。

**第九条** 管辖

1. 地域管辖

根据《民诉法司法解释》第二十八条之规定，建设工程施工合同纠纷按照不动产纠纷确定管辖，根据《民事诉讼法》第三十三条之规定，因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院专属管辖，故除约定仲裁有效的情形外，地域管辖只能是在建设工程所在地人民法院专属管辖。

1. 级别管辖

2021年9月17日，最高人民法院下发了《关于调整中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知》（法发[2021]27号），进一步调整了一审民事案件的级别管辖标准，自2021年10月1日起施行。按照新的《通知》规定，普通一审民商事案件，双方当事人均在或均不在本省的，当地中级法院管辖诉讼标的额在5亿以上；普通一审民商事案件，其中一方不在本省的，当地中院管辖诉讼标的额为1亿以上；知产、海商、涉外涉港澳台案件不适用该《通知》规定，仍应适用各地具体规定。

**第十条**  诉讼请求

律师应当根据当事人确定的诉讼方案，依据事实与法律，合理提出诉讼请求，供当事人决策。建设工程施工合同纠纷诉讼请求通常包括但不限于：请求人民法院确认合同无效；请求人民法院判令解除合同；请求人民法院判令发包人支付工程款及利息；请求人民法院判令发包人返还垫资款及利息；请求人民法院判令承包人承担修复费用；请求人民法院判令发包人（承包人）承担违约赔偿责任（违约金）等。

**第十一条** 诉讼保全

1. 为防止被告转移财产，避免法院裁判后无法执行，有必要采取财产保全措施的，律师应提示当事人采取诉前保全或诉讼保全措施。
2. 申请法院采取保全措施要及时，防止被告恶意转移财产，申请采取保全措施前，律师应根据法院要求，提示当事人准备适当的担保。
3. 律师在建议当事人申请财产保全时，应本着审慎原则，避免因保全错误给被当事人造成损失，并充分向当事人提示风险。

**第十二条** 及时提起诉讼

律师应当注意当事人权利保护期限的特别规定，如建设工程承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。如承包人需主张优先受偿权的，应当在法定期限内及时提起诉讼。

**第三节 律师代理建设工程施工合同纠纷案件诉讼被告的**

**业务流程指引**

**第十三条** 应诉前工作

律师代理建设工程施工合同纠纷诉讼被告，应当在接受委托后，在全面调查、了解案件事实，进行法律检索以及法律分析后，向当事人出具应诉方案，并就案件可能的不利结果向当事人进行适当风险提示，征询当事人案件和解、调解的意向。

**第十四条** 程序性抗辩

律师接受委托，代理建设工程施工合同纠纷诉讼被告，应当就案件的程序性问题进行分析，为当事人提供抗辩理由，供当事人决策参考，具体抗辩理由包括但不限于：原告的诉讼主体资格是否适格、被告是否适格、是否约定仲裁、是否符合专属管辖及级别管辖、是否遗漏当事人等。

**第十五条** 为当事人答辩提供意见

案件进入实体审理后，律师应当着重从以下方面为当事人的答辩提供意见，并书写答辩状。

1. 就原告主张的案件事实和提供的相关证据，就事实是否全面、真实或者遗漏、虚假征询当事人意见，核实原告阐述的事实是否自相矛盾或者明显不合常理，核实证据的真实性合法性关联性以及对待证事实的证明力。
2. 就被告主张的事实，组织证据经当事人认可后，在规定的举证期限内提交法院。
3. 就原告的诉讼请求，找准基础法律关系，分析其诉讼请求是否具有法律依据、合同依据，其引用的法律规定是否具有“法律冲突”情形，是否存在适用限制情形。引用的合同依据，其约定是否合法有效，是否存在可撤销或变更的情形。

**第十六条** 反诉

1. 提起反诉是本诉被告所享有的重要权利，律师应根据对案件的法律分析，对是否提起反诉、何时提起反诉，向当事人提出意见和建议，并根据当事人的意见予以处理。
2. 反诉在建设工程施工合同纠纷案件中非常常见，如：承包人请求支付工程价款，发包人以工程质量不合格和工期延误为由进行抗辩并反诉。律师代理被告应当对反诉具有较高的敏感性，但不应建议当事人滥用，以避免不必要的讼累和诉讼成本。

**第十七条** 保全措施异议

1. 如果当事人的财产被法院采取保全措施，律师应对保全措施是否违反法律法规规定、对方是否已提供适当担保、是否存在超标超范围的保全等问题进行审查。对保全措施中存在的问题和错误，律师可建议当事人向人民法院提出异议。
2. 如果当事人需要解除保全措施，律师告知当事人可根据民事诉讼法第一百零四条“财产纠纷案件，被申请人提供担保的，人民法院应当裁定解除保全”之规定，向法院申请并提供担保。

第三章 律师办理建设工程施工合同纠纷案件诉讼业务实务指引

**第十八条** 建设工程施工合同效力

1. 建设工程施工合同无效情形：

《施工合同纠纷司法解释》第一条规定，“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：

1. 承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；
2. 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；
3. 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效”。

《施工合同纠纷司法解释》第二条第二款规定，“招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持”。

《施工合同纠纷司法解释》第三条规定，“当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持”。

1. 不被认定为无效的情形：

1.承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得相应资质等级，当事人请求按照无效合同处理的，人民法院不予支持。

2.具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，当事人请求确认无效的，人民法院依法不予支持。

1. 当事人主张其他情形导致合同无效，应当结合纠纷所确定的事实，根据《民法典》相关规定判定。

**第十九条** 建设工程施工合同的解除

1. 建设工程施工合同约定的解除合同事由发生时，解除权人可以请求解除合同。
2. 符合《民法典》第五百六十三条的规定的情形时，当事人可以解除合同。
3. 行使合同解除权的期限：根据第五百六十四条规定，“法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭”。

**第二十条** 建设工程施工合同的撤销

符合民法典第一百四十七条、第一百四十八条、第一百四十九条、第一百五十条、第一百五十一条规定的情形，当事人有权请求人民法院或仲裁机构撤销，撤销权消灭情形按照民法典第一百五十二条的规定适用。

**第二十一条** 工程价款结算

1. 无效合同工程款结算：根据《民法典》第七百九十三条之规定，“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人”；根据《施工合同纠纷司法解释》规定，“当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持”。
2. 有效合同工程款结算：根据《施工合同纠纷司法解释》，“当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款”。律师应当注意建设工程竣工验收不合格和建设工程质量不符合约定的差异，前者在承包人修复至合格前，发包人可拒付工程款，后者承包人拒绝修理、返工或者改建的，发包人可请求减少支付工程价款，但完全拒付工程款可能得不到支持。
3. 工程价款结算争议

1.工程价款结算

1. 结算依据的采纳

经过招标的建设工程，一般以中标合同为结算依据，中标合同之外的变相降低工程价款的合同，应认定为无效；合同与招标文件、投标文件、中标通知书不一致的，以招标文件、投标文件、中标通知书为结算依据。

1. 合同中约定了工程造价及决算的计价方法的，应当从其约定。
2. 因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。
3. 根据合同约定的工程造价及决算的计价方法，由于专业性太强，双方当事人无法就结算达成一致意见的，或者合同约定不明导致争议的，应就双方争议部分进行司法鉴定，由负有举证责任的一方申请鉴定并支付鉴定费用提交相关材料。但当事人在诉讼前已经对建设工程价款结算达成协议，诉讼中一方当事人申请对工程造价进行鉴定的，人民法院不予准许；诉讼前共同委托有关机构、人员对工程造价出具咨询意见，诉讼中一方当事人不认可该咨询意见申请鉴定的，人民法院应予准许，但双方当事人明确表示受该咨询意见约束的除外。
4. 当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，人民法院不予支持。

2.工程款利息的支付

（1）当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率计息。

（2）利息从应付工程价款之日计付。合同有约定按约定，未约定或约定不明，分别按工程实际交付之日、未交付的按提交竣工结算文件之日、未交付也未结算的按起诉之日。

3. 工程垫资和垫资利息

1. 当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，应予支持，但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率的部分除外。
2. 当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。
3. 当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，人民法院不予支持。

**第二十二条** 工程价款优先受偿权

1. 承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定。承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持。
2. 装饰装修工程的发包人不是建筑物的所有权人的，承包人不享有优先受偿权。
3. 工程价款的优先受偿权优于抵押权和其他债权，但不得对抗交付购买商品房的全部或者大部分款项后的消费者。
4. 承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。
5. 发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

**第二十三条** 工程质量

1. 工程质量的责任主体是承包人，由于承包人的原因造成工程质量不符合合同规定的,承包人应负责无偿修理或返工、改建,由此造成工程逾期交付的,承包人应当承担违约责任。
2. 工程质量承包方免责事由

1.发包人具有下列情形之一，造成建设工程质量缺陷，应当承担过错责任：（1）提供的设计有缺陷;（2）提供或者指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准;（3）直接指定分包人分包专业工程。承包人有过错的，也应当承担相应的过错责任。

2.建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，人民法院不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。

1. 工程质量损失的其他赔偿主体：分包人和实际施工人。

**第二十四条** 施工工期

1. 工程实际工期超过施工合同约定工期的，若系承包人原因造成延期，则应按合同约定承担违约责任。若是发包人原因造成延期，应按合同约定赔偿承包人损失。若是双方原因造成工期延误的，则应按实际情况确定责任。
2. 开工日期的确定关系到工期是否延误，实践中开工日期在开工通知、施工合同约定、《施工许可证》都可能体现，如出现不一致，按照《施工合同纠纷司法解释》规定进行确定：
3. 开工日期为发包人或者监理人发出的开工通知载明的开工日期；开工通知发出后，尚不具备开工条件的，以开工条件具备的时间为开工日期；因承包人原因导致开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期。
4. 承包人经发包人同意已经实际进场施工的，以实际进场施工时间为开工日期。
5. 发包人或者监理人未发出开工通知，亦无相关证据证明实际开工日期的，应当综合考虑开工报告、合同、施工许可证、竣工验收报告或者竣工验收备案表等载明的时间，并结合是否具备开工条件的事实，认定开工日期。
6. 竣工日期的确定，按照《施工合同纠纷司法解释》，当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：
7. 建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；
8. 承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期；
9. 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。
10. 工期可以顺延的情形一般包括：工程量增加、发包人设计变更、未按约定提供设计施工图等、发包人未按约定支付工程款、发包人提供的材料或指定的分包项目出现迟延、工程质量鉴定合格的鉴定期间、合同约定的其他情形、不可抗力等。工期顺延一般应取得发包人或监理人的签证等方式确认，或者虽未取得确认，但能够证明在合同约定的期限内向发包人或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定。

**第二十五条** 工程价款的司法鉴定

1. 司法鉴定程序启动：司法鉴定一般由负有举证责任的一方当事人申请，法院也可依职权进行司法鉴定。
2. 鉴定机构的选取：目前一般由法院在鉴定中介机构库中抽签选取，但应注意鉴定机构的鉴定事项是否超出其资质范围。
3. 司法鉴定范围：除双方当事人同意或者约定不明、争议事实范围不清外，应当仅就有争议的事实部分进行鉴定。律师办理业务过程中，特别应注意防止出现擅自扩大鉴定范围、甚至改变合同明确约定的计价方式进行鉴定等“以鉴代审”的情况。
4. 鉴定材料质证、鉴定初稿的异议和鉴定结论的质证：律师应当协助当事人对鉴定材料进行质证，提出是否能成为鉴定依据的质证意见。律师应当协助当事人对鉴定初稿进行审查，对不当之处及时提出异议，重点审查鉴定机构的资质和鉴定人员的资格、材料机械人工费用的定价和调差、工程量的计算方法等是否符合合同约定或其他确定的依据。司法鉴定报告形成后，律师应当和当事人、当事人聘请的造价工程师对鉴定报告涉及的事项逐项审核，对于可能存在的违反鉴定程序、超出鉴定范围、错误选取鉴定依据和方法等，拟定书面质证意见，必要时在庭审中应当请专家证人出庭质证。如涉及需要且可能重新鉴定，应当按照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释[2019]19号），向法院及时提出。

**第二十六条** 工程质量鉴定

1. 对于工程质量可能不合格或者不符合合同约定的，发包方可以申请司法鉴定，确定应当承担质量责任的主体以及责任承担的范围。工程质量鉴定不合格的，可以要求对修复费用、修复工期进行鉴定，以确定发包人的损失金额。
2. 关于工程质量鉴定的鉴定机构选取、鉴定所需证据材料的质证、鉴定初稿异议、鉴定报告的异议和质证等程序，参考本指引第25条的相关意见。

第四章 附则

**第二十七条** 如建设工程施工合同纠纷约定仲裁，本指引应按照约定的仲裁委员会的仲裁规则，在仲裁中参考使用。如与约定的仲裁规则不一致的，以仲裁规则为准。

**第二十八条** 本指引根据印发前实施的法律、行政法规、规章、规范性文件、司法解释及其他相关文件的规定，结合律师业务实践操作制定。若国家的法律、法规、规章、规范性文件及司法解释发生变化，应以新的规定为依据。

**第二十九条** 处理建设工程施工合同纠纷实践中上存在争议的观点，本指引不做结论，建议承办律师通过本指引确定的程序，自行通过案例检索、学术观点整理后，形成代理方案。

**第三十条** 免责申明：鉴于各地司法实践的差异性，律师参考本指引办理业务，本指引编撰单位不承担指引不当的责任。

**第三十一条** 本指引解释权归湖南省律师协会。

律师办理专利侵权案件诉讼

业务操作指引

# 目 录

第一章 专利权及专利权稳定性判断

# 一、专利权的概念

二、专利分类

# 三、专利侵权的概念

四、专利权稳定性判断

第二章 专利侵权的类型及侵权判断

一、专利侵权的类型

# 二、专利侵权的判定

第三章 专利侵权案件常用取证方式及取证内容

# 一、专利侵权案件常用取证方式

# 二、取证内容

第四章 专利侵权的诉讼请求

一、停止侵害

二、赔偿损失

第五章 专利侵权被诉抗辩

# 一、诉讼主体不适格抗辩

# 二、专利权效力抗辩

三、滥用专利权抗辩

# 四、未落入专利权技术方案抗辩

# 五、不视为侵权的抗辩

# 六、现有技术抗辩及现有设计抗辩

# 七、合法来源抗辩

第六章 注意事项

律师代理专利侵权案件诉讼

业务操作指引

# 第一章 专利权及专利权稳定性判断

# 一、专利权的概念

专利权是指一项发明创造向国家审批机关提出专利申请，经[依法](https://baike.baidu.com/item/%E4%BE%9D%E6%B3%95)审查合格后向专利申请人授予的在规定的时间内对该项发明创造享有的专有权，是独占使用、收益、处分其发明创造，并排除他人干涉的权利。

二、**专利分类**

1. 发明专利：是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。
2. 实用新型专利：是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。
3. 外观设计专利：是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。

# 三、专利侵权的概念

专利侵权是指未经专利权人许可，以生产经营为目的，实施了依法受保护的有效专利的违法行为。专利权被侵权的[自然人](https://baike.baidu.com/item/%E8%87%AA%E7%84%B6%E4%BA%BA)或者[法人](https://baike.baidu.com/item/%E6%B3%95%E4%BA%BA)享有要求侵权人[停止侵害](https://baike.baidu.com/item/%E5%81%9C%E6%AD%A2%E4%BE%B5%E5%AE%B3)、消除影响、赔偿损失等民事权利。

**四、专利权稳定性判断**

1. 对涉案的专利进行检索，审查其是否缴纳了专利年费，是否为有效的专利。
2. 审查专利是否在专利无效程序中，对专利权的稳定性进行初步的判断。
3. 实用新型专利及外观设计专利侵权案件中，要注意审查权利人是否向国家知识产权局申请出具专利权评价报告。

# 第二章 专利侵权的类型及侵权判定

**一、专利侵权的类型**

根据《中华人民共和国专利法》第十一条之规定，发明和实用新型专利权被授予后，除本法另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。

外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。

专利侵权的行为类型如下：

1. 未经发明专利权人许可，以生产经营为目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品；
2. 未经实用新型专利权人许可，以生产经营为目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品；
3. 未经外观专利权人许可，实施其专利，即为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。

# 二、专利侵权的判定

根据专利法第六十四条，发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容。

外观设计专利权的保护范围以表示在图片或者照片中的该产品的外观设计为准，简要说明可以用于解释图片或者照片所表示的该产品的外观设计。

# （一）发明、实用新型专利权的侵权判定

1.技术特征的比对原则及方法

全面覆盖原则。全面覆盖原则是判断一项技术方案是否侵犯发明或者实用新型专利权的基本原则。具体含义是指，在判定被诉侵权技术方案是否落入专利权的保护范围，应当审查权利人主张的权利要求所记载的全部技术特征，并以权利要求中记载的全部技术特征与被诉侵权技术方案所对应的全部技术特征逐一进行比较。被诉侵权技术方案包含与权利要求记载的全部技术特征相同或者等同的技术特征的， 应当认定其落入专利权的保护范围。

# 2.相同侵权

1. 被诉侵权技术方案包含了与权利要求限定的一项完整技术方案记载的全部技术特征相同的对应技术特征，属于相同侵权。
2. 被诉侵权技术方案在包含了权利要求中的全部技术特征的基础上，又增加了新的技术特征的，仍然落入专利权的保护范围，但专利文件明确排除该技术特征的除外。
3. 被诉侵权技术方案在包含一项封闭式权利要求全部技术特征的基础上，增加其他技术特征的，应当认定被诉侵权技术方案未落入该权利要求的保护范围。但对于医药、化学领域中涉及组分的封闭式权利要求，该增加的技术特征属于不可避免的常规数量杂质的除外。
4. 对于包含功能性特征的权利要求，与权利要求书限定的结构、步骤特征相比，被诉侵权技术方案的相应结构、步骤特征是以相同的手段，实现了相同的功能，产生了相同的效果，或者虽有区别，但是以基本相同的手段，实现了相同的功能，达到相同的效果，而且本领域普通技术人员在专利申请日时无需经过创造性劳动就能够联想到 的，应当认定该相应结构、步骤特征与上述功能性特征相同。
5. 在判断上述结构、步骤特征是否构成相同特征时，应当将其作为一个技术特征，而不应将其区分为两个以上的技术特征。
6. 在后获得专利权的发明或实用新型是对在先发明或实用新型专利的改进，在后专利的某项权利要求记载了在先专利某项权利要求中记载的全部技术特征，又增加了另外的技术特征的，在后专利属于从属专利。实施从属专利落入在先专利的保护范围。

下列情形属于从属专利:

①在包含了在先产品专利权利要求的全部技术特征的基础上，增加了新的技术特征；

②在原有产品专利权利要求的基础上，发现了原来未曾发现的新的用途；

③在原有方法专利权利要求的基础上，增加了新的技术特征。

# 3.等同侵权

在专利侵权判定中，在相同侵权不成立的情况下，应当判断是否构成等同侵权。被诉侵权技术方案构成等同侵权应当有充分的证据支持，权利人应当举证或进行充分说明。被诉侵权技术方案有一个或者一个以上技术特征与权利要求中的相应技术特征从字面上看不相同，但是属于等同特征，在此基础上，被诉侵权技术方案被认定落入专利权保护范围的，属于等同侵权。

1. 等同特征，是指与权利要求所记载的技术特征以基本相同的 手段，实现基本相同的功能，达到基本相同的效果，并且本领域普通 技术人员无需经过创造性劳动就能够想到的技术特征。在是否构成等同特征的判断中，手段是技术特征本身的技术内容，功能和效果是技术特征的外部特性，技术特征的功能和效果取决于该技术特征的手段。
2. 基本相同的手段，是指被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征在技术内容上并无实质性差异。
3. 基本相同的功能，是指被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征在各自技术方案中所起的作用基本相同。被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征相比还有其他作用的，不予考虑。
4. 基本相同的效果，是指被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征在各自技术方案中所达到的技术效果基本相当。被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征相比还有 其他技术效果的，不予考虑。
5. 无需经过创造性劳动就能够想到，是指对于本领域普通技术人员而言，被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征相互替换是容易想到的。在具体判断时可考虑以下因素：两技术特征是否属于同一或相近的技术类别；两技术特征所利用的工作原理是否相同；两技术特征之间是否存在简单的直接替换关系，即两技术特征之间的替换是否需对其他部分作出重新设计，但简单的尺寸和接口位置的调整不属于重新设计。在判定是否构成等同侵权时，对手段、功能、效果以及是否需要创造性劳动应当依次进行判断，但手段、功能、效果的判断起主要作用。
6. 等同特征的替换应当是具体的、对应的技术特征之间的替换， 而不是完整技术方案之间的替换。等同特征，可以是权利要求中的若干技术特征对应于被诉侵权技术方案中的一个技术特征，也可以是权利要求中的一个技术特征对应于被诉侵权技术方案中的若干技术特 征的组合。
7. 等同特征替换，既包括对权利要求中区别技术特征的替换， 也包括对权利要求前序部分中的技术特征的替换。
8. 权利要求采用数值范围特征的，权利人主张与其不同的数值特征属于等同特征的，一般不予支持。但该不同的数值特征属于申请日后出现的技术内容的除外。
9. 对于发明权利要求中的非发明点技术特征、修改形成的技术特征或者实用新型权利要求中的技术特征，如果专利权人在专利申请或修改时明知或足以预见到存在替代性技术特征而未将其纳入专利权的保护范围，在侵权判定中，权利人以构成等同特征为由主张将该替代性技术方案纳入专利权的保护范围的，不予支持。
10. 被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求中的技术特征是否等同进行判断时，被诉侵权人可以以专利权人对该等同特征已经放弃、应当禁止其反悔为由进行抗辩。
11. 禁止反悔，是指在专利授权或者无效程序中，专利申请人或专利权人通过对权利要求、说明书的限缩性修改或者意见陈述的方式放弃的保护范围，在侵犯专利权诉讼中确定是否构成等同侵权时，禁止权利人将已放弃的内容重新纳入专利权的保护范围。
12. 专利申请人或专利权人限制或者部分放弃的保护范围，应当是基于克服缺乏新颖性或创造性、缺少必要技术特征和权利要求得不到说明书的支持以及说明书未充分公开等不能获得授权的实质性缺陷的需要。
13. 权利人不能说明专利申请人或专利权人修改专利文件原因的，可以推定其修改是为克服不能获得授权的实质性缺陷。
14. 专利申请人或专利权人对权利要求保护范围所作的限缩性修改或者陈述必须是明示的，而且已经被记录在书面陈述、专利审查档案、生效的法律文书中。
15. 权利人能够证明专利申请人、专利权人在专利授权确权程序中对权利要求书、说明书及附图的限缩性修改或者陈述被明确否定的，应当认定该修改或者陈述未导致技术方案的放弃。

# （二）外观设计专利的侵权判定

在与外观设计产品相同或者相近种类产品上，采用与授权外观设计相同或者相近似外观设计的，应当认定被诉侵权外观设计落入外观设计专利的保护范围。

1. 进行外观设计侵权判定，应当以授权公告中表示该外观设计的图片或者照片为依据进行比较，而不应以权利人提交的外观设计专利产品实物为依据。但是，该专利产品实物与表示在专利公告文件的图片或照片中的外观设计产品完全一致，并且各方当事人均无异议的除外。
2. 进行外观设计侵权判定，应当通过一般消费者的视觉进行直接观察对比，不应通过放大镜、显微镜等其他工具进行比较。但是， 如果表示在图片或者照片中的产品外观设计在申请专利时是经过放大的，则在侵权比对时也应将被诉侵权产品进行相应放大进行比对。
3. 进行外观设计侵权判定，应当首先审查被诉侵权产品与外观设计产品是否属于相同或者相近种类产品。
4. 图形用户界面外观设计产品种类的确定应以使用该图形用户界面的产品为准。
5. 认定产品种类是否相同或者相近，应当以外观设计产品的功能、用途、使用环境为依据。
6. 确定产品的用途时，可以按照下列顺序参考相关因素综合确定：外观设计的简要说明、国际外观设计分类表、产品的功能以及产品销售、实际使用情况等因素。
7. 如果外观设计产品与被诉侵权外观设计产品的功能、用途、使用环境没有重叠，则外观设计产品与被诉侵权产品不属于相同或者相近类别产品。
8. 判定是否侵犯外观设计专利，应当以是否相同或者相近似为标准，而不以是否构成商标法意义上的混淆、误认为标准。
9. 判断外观设计是否相同或相近似时以全面观察设计特征、综合判断整体视觉效果为原则，即应当对授权外观设计、被诉侵权设计可视部分的全部设计特征进行逐个分析比对后，对能够影响产品外观设计整体视觉效果的所有因素进行综合考虑后作出判断。

下列情形通常对外观设计的整体视觉效果更具有影响：

（1）产品正常使用时容易被直接观察到的部位相对于其他部位；

（2）外观设计的设计要点相对于其他设计特征。

在比对时，可对外观设计和被诉侵权产品设计特征的异同点进行客观、全面的总结，逐一判断各异同点对整体视觉效果造成影响的显著程度，最终通过整体观察、综合判断进行认定。

1. 判断外观设计是否相同或者相近似，应当以具有一般消费者知识水平和认知能力的判断主体的整体视觉效果为标准，而不应以该外观设计产品的一般设计人员，或产品实际购买者的观察能力为标准。
2. 一般消费者，是一种假设的“人”，对其应当从知识水平和认知能力两方面进行界定，界定时应当考虑外观设计专利申请日时授权外观设计所属相同或者相近种类产品的设计空间。
3. 一般消费者的知识水平和认知能力取决于现有设计的状况。当事人应当依据现有设计的状况主张一般消费者的知识水平和认知能力。
4. 判断外观设计是否相同或者相近似时，可以要求当事人提交证据证明相关设计特征的设计空间及现有设计状况。设计空间是指设计者在创作特定产品外观设计时的自由度。设计空间受如下条件的限制：

（1）产品或其中零部件的技术功能；

（2）采用该类产品常见特征的必要性；

（3）现有设计的拥挤程度；

（4）其他可能对设计空间产生影响的因素，如经济因素（降低成本）等。

14.某一设计特征对应的现有设计越多，对该特征设计空间挤占越显著，其设计空间越小，替代性设计方案越少，细微差异会对整体视觉效果产生较大的影响；反之，现有设计越少，对该特征设计空间挤占越轻微，其设计空间越大，替代性设计方案越多，细微差异不会对整体视觉效果产生明显的影响。

15.现有设计状况是指在外观设计专利申请日之前在国内外为公众所知的相同或相近种类产品的外观设计的整体状况以及各设计特征的具体状况。有证据证明现有设计具有与设计特征相同或基本相同的设计的，则该设计特征对产品整体视觉效果影响较小。

16.被诉侵权设计与授权外观设计在整体视觉效果上无差异的， 应当认定两者相同；在整体视觉效果上无实质性差异的，应当认定两者构成相近似。具体而言:

（1）如果两者的形状、图案、色彩等整体上的视觉效果无差异， 则应当认为两者构成相同;

（2）如果两者的形状、图案、色彩等整体上的视觉效果不完全相同，但是没有明显区别的，则应当认为两者相近似；

（3）如果两者的形状、图案、色彩等整体上的视觉效果不同，且有明显区别的，则应当认为两者不相同且不相近似。

17.在判断相同或相近似时，由产品功能决定的设计特征不予考虑。由产品功能决定的设计特征，是指由功能有限或唯一决定、不考虑美学因素而形成的设计特征。技术标准规定的或者为了实现机械上的配合关系必须采用的不可选择的设计特征属于功能性设计特征。

18.对于静态图形用户界面外观设计，应当主要考虑产品的图形用户界面部分，兼顾其与产品其余部分的关系，如位置、比例、分布关系，与被诉侵权设计中对应的内容进行综合判断。被诉侵权产品的图形用户界面外观设计与专利设计相同或相近似，且与产品其余部分的关系对整体视觉效果不产生显著影响的，应认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围。被诉侵权设计完整包含了静态图形用户界面外观设计，应认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围。

19.对于动态的图形用户界面外观设计，被诉侵权设计与动态的图形用户界面外观设计各视图均相同或者相近似的，应当认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围。具体判断时也要考虑到图形用户界面部分与产品其余部分位置、大小、分布的关系。

20.被诉侵权设计缺少部分状态的视图，导致无法体现出与专利设计一致的变化过程的，应当认定被诉侵权设计未落入专利权的保护范围，但仍能唯一确定与专利设计一致的变化过程的除外。

21.被诉侵权设计使用了部分动态的图形用户界面外观设计或其关键帧，如果该部分或该关键帧属于图形用户界面外观设计的设计要点，则被诉侵权设计落入专利权的保护范围。但被诉侵权设计整体视觉效果与动态的图形用户界面外观设计不相同且不相近似的除外。

22.对于立体产品的外观设计，通常形状对整体视觉效果更具有影响，在进行相同相近似判断时，应以形状为重点；但如果其形状属于惯常设计，则图案、色彩对整体视觉效果更具有影响。当非图形用户界面的设计特征为惯常设计时，则图形用户界面对整体视觉效果更具有显著影响。惯常设计，是指现有设计中一般消费者所熟知的、只要提到产品名称就能想到的相应设计。在外观设计产品领域，各个相互独立的产品制造商均采用的设计特征一般属于惯常设计。惯常设计对外观设计专利的整体视觉效果一般不具有显著影响，但惯常设计的组合能够带来独特视觉效果的除外。

23.对于平面产品的外观设计，通常图案、色彩对整体视觉效果更具有影响，在进行相同相近似判断时，应以图案、色彩为重点。

24.对要求保护色彩的外观设计,应当先确定该外观设计是否属于惯常设计,如果是惯常设计,则应当仅对其图案、色彩作出判定；如果形状、图案、色彩均为新设计，则应当对形状、图案、色彩三者的结合作出判定。

25.将不透明材料替换为透明材料,或者将透明材料替换为不透明材料,且仅属于材料特征的变换,未导致产品外观设计发生明显变化的,在判断外观设计的相同相近似时,应不予考虑。但是，如果透明材料使得该产品外观设计的美感发生了变化,导致一般消费者对该产品的整体视觉效果发生变化的,则应当予以考虑。被诉侵权产品系将不透明材料替换为透明材料，通过透明材料可以观察到的产品内部的形状、图案和色彩，应当视为该产品的外观设计的一部分。

26.对于变化状态产品的外观设计专利，其各种变化状态图均应纳入保护范围，被诉侵权设计与变化状态图所示的各种使用状态的外观设计均相同或者相近似的，应当认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围。被诉侵权设计缺少部分使用状态的外观设计或者与其不相同也不相近似的，应当认定被诉侵权设计未落入专利权的保护范围。参考图通常用于表明使用外观设计的产品的用途、使用方法或者使用场所等，不能用于确定变化状态产品外观设计专利的保护范围。

27.涉案专利为相似外观设计或成套产品外观设计等包含多项独立的外观设计时，权利人应当明确其主张的外观设计。主张多项外观设计作为权利基础时，应当将被诉侵权产品的相关设计内容与其主张的各项外观设计分别单独进行对比。被诉侵权设计与相似外观设计或成套产品中一项外观设计相同或者相近似的，应当认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围。

28.对于组装关系唯一的组件产品的外观设计专利，被诉侵权设计与该组件产品在组合状态下的整体外观设计相同或者近似的，应当认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围。对于各构件之间无组装关系或者组装关系不唯一的组件产品的外观设计专利，被诉侵权设计与其全部单个构件的外观设计均相同或者近似的，应当认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围；被诉侵权设计缺少部分单个构件的外观设计或者与其不相同也不相近似的，应当认定被诉侵权设计未落入专利权的保护范围，但该部分单个构件的外观设计对于全部单个构件的外观设计整体视觉效果未产生显著影响的除外。

29.专利权人、被诉侵权人的外观设计专利申请均已被授权，且专利权人的外观设计专利的申请日早于被诉侵权人的外观设计专利 的申请日，如果被诉侵权人的外观设计与专利权人的外观设计构成相同或相近似的，则可以认定被诉侵权人实施其外观设计专利的行为，侵犯了在先的外观设计专利。

# 第三章 专利侵权案件常用取证方式及取证内容

# 一、专利侵权案件常用取证方式

# （一）公证取证

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十九条之规定经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。公证证据具有推定为真的效果，一般为法院直接采信，除非有相反证据足以推翻公证证明的除外。公证机关对证据进行保全，其效果与法院依职权所进行的保全，是基本相等的。因此，当发现侵犯专利权行为事实存在时，可向公证机关申请公证保全侵权事实的证据，以便诉讼之需。

# （二）可信时间戳取证

可信时间戳是由权威可信时间戳服务中心签发的一个能证明数 据电文(电子文件）在一个时间点是已经存在的、完整的、可验证的，具备法律效力的电子凭证，可信时间戳主要用于电子文件防篡改和事后抵赖，确定电子文件产生的准确时间。针对互联网上的侵权事实，如网页、电子邮箱、网络图片、音频、视频影像、微信、微博等可通过可信时间戳进行证据保全。可信时间戳取证网址为https://www.tsa.cn/；取证流程为：注册/登录可信时间戳网站——登录取证系统取证——证据确认——下载可信时间戳证据包。

# （三）行政投诉取证

我国的《专利行政执法办法》第五章对调查取证有专章规定。管理专利工作的部门在查处案件的过程中，可以根据需要依职权调查收集有关证据。可以查阅、复制与案件有关的合同、帐册等有关文件;询问当事人和证人;采用测量、拍照、摄像等方式进行现场勘验。涉嫌侵犯制造方法专利权的，管理专利工作的部门可以要求被调查人进行现场演示。涉及产品专利的，可以从涉嫌侵权的产品中抽取样品。

# 二、取证内容

# 侵害专利权纠纷案件，在进行取证时需要注意取得侵权产品实物或清楚体现被控侵权产品技术结构或外观的照片、图片，以便在案件中进行有效的侵权比对，在取证过程中也要注意收集体现侵权规模、时间等相关证据材料，同时向侵权商产品的提供者索要发票或收据等可以证明侵权产品提供者及反映权利人损失或侵权人获利情况的证据。

# 第四章 专利侵权的诉讼请求

**一、停止侵害**

对于行为人实施的侵害权利人专利权的行为，依据《中华人民共和国民法典》第1167条规定，权利人有权主张其停止侵权行为。

**二、赔偿损失**

对于行为人实施的侵害权利人专利权的行为，根据《中华人民共和国民法典》1167、1184条的规定，权利人可主张行为人赔偿财产损失。同时依据《中华人民共和国专利法》第7条规定，侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。对故意侵犯专利权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。

权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予三万元以上五百万元以下的赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。

# 第五章 专利侵权的被诉抗辩

# 一、诉讼主体不适格抗辩

未经专利权人许可，实施其专利，即侵犯其专利权，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，专利权人或者利害关系人可以向人民法院起诉。《最高人民法院关于审理商标[民事纠纷](https://www.66law.cn/special/msjf/" \t "https://www.66law.cn/laws/_blank" \o "民事纠纷)案件适用法律若干问题的解释》第四条确立了独占许可人的独立诉权、排他许可人在一定条件下的独立诉权和经原权利人授权的普通许可人的诉权。虽然专利权的相关规定中没有具体类似条款对继受权利人诉权作出具体规定，但由于专利权许可实施合同的种类和许可的权限与商标许可中的含义基本一致，可以类推认为专利权侵权案件中被许可使用人诉权也可依此认定。因此，原告的主体应当符合上述规定，如果原告不符合上述规定，被告可以提出原告诉讼主体不适格的抗辩。

# 二、专利权效力抗辩

被诉侵权人提供证据证明涉案专利权未生效、失效、已被依法宣告无效的，可以裁定驳回原告的起诉。在侵犯专利权诉讼中，被诉侵权人以专利权不符合专利授权条件、应当被宣告无效进行抗辩的，其无效宣告请求应当向专利复审委员会提出。

**三、滥用专利权抗辩**

1. 被诉侵权人提供证据证明涉案专利为专利权人恶意取得的， 可以判决驳回原告的诉讼请求。在侵犯专利权诉讼中，专利权被宣告无效的，不宜轻易认定为滥用专利权。
2. 恶意取得专利权，是指将明知不应当获得专利保护的发明创造申请专利并获得了专利权的行为，包括下述情形：
3. 将申请日前专利权人明确知悉的国家标准、行业标准等技术标准中的技术方案申请专利并取得专利权的；
4. 国家标准、行业标准等技术标准的制定参与人，将在上述标准的起草、制定等过程中明确知悉的他人技术方案申请专利并取得专利权的；
5. 将明知为某一地区广为制造或使用的产品申请专利并取得专利权的；
6. 采用编造实验数据、虚构技术效果等手段使涉案专利满足专利法的授权条件并取得专利权的；
7. 将域外公开的专利申请文件所披露的技术方案在中国申请并获得专利权的。

# 四、未落入专利权技术方案抗辩

1. 被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求记载的全部技术特征相比，缺少权利要求中记载的一项或一项以上技术特征的，不构成侵犯专利权。
2. 被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求中对应技术特征相比，有一项或者一项以上的技术特征既不相同也不等同的，不构成侵犯专利权。下列情况可以认定为不相同也不等同：
3. 该技术特征使被诉侵权技术方案构成了一项新的技术方案；
4. 该技术特征在功能、效果上明显优于权利要求中对应的技术特征，并且所属技术领域的普通技术人员认为这种变化具有实质性的改进。
5. 被诉侵权技术方案省略权利要求中个别技术特征或者以简单或低级的技术特征替换权利要求中相应技术特征，舍弃或显著降低权利要求中与该技术特征对应的性能和效果从而形成变劣技术方案的。
6. 为私人利用等非生产经营目的实施他人专利的，不构成侵犯专利权。

# 五、不视为侵权的抗辩

1. 专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，由专利权人或者经其许可的单位、个人售出后，使用、许诺销售、销售、进口该产品的，不视为侵犯专利权，包括：
2. 专利权人或者其被许可人在中国境内售出其专利产品或者依照专利方法直接获得的产品后，购买者在中国境内使用、许诺销售、销售该产品；
3. 专利权人或者其被许可人在中国境外售出其专利产品或者依照专利方法直接获得的产品后，购买者将该产品进口到中国境内以及随后在中国境内使用、许诺销售、销售该产品；
4. 专利权人或者其被许可人售出其专利产品的专用部件后， 使用、许诺销售、销售该部件或将其组装制造专利产品；
5. 方法专利的专利权人或者其被许可人售出专门用于实施其专利方法的设备后，使用该设备实施该方法专利。
6. 在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经做好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的， 不视为侵犯专利权。使用、许诺销售、销售上述情形下制造的专利产品或者依照专利方法直接获得的产品的，也不视为侵犯专利权。

享有先用权的条件是：

1. 做好了制造、使用的必要准备。即已经完成实施发明创造所必需的主要技术图纸或者工艺文件，或者已经制造或者购买实施发明创造所必需的主要设备或者原材料。
2. 仅在原有范围内继续制造、使用。“原有范围”包括：专利申请日前已有的生产规模以及利用已有的生产设备或者根据已有的生产准备可以达到的生产规模。
3. 在先制造产品或者在先使用的方法或设计，应是先用权人自己独立研究完成或者以合法手段从专利权人或其他独立研究完成者处取得的，而不是在专利申请日前抄袭、窃取或者以其他不正当手段获取的。被诉侵权人以非法获得的技术或者设计主张先用权抗辩的， 不应予以支持。
4. 先用权人对于自己在先实施的技术不能转让，除非连同所属企业一并转让。即先用权人在专利申请日后将其已经实施或作好实施必要准备的技术或设计转让或者许可他人实施，被诉侵权人主张该实施行为属于在原有范围内继续实施的，不应予以支持，但该技术或设计与原有企业一并转让或者承继的除外。
5. 临时通过中国领土、领水、领空的外国运输工具，依照其所属国同中国签订的协议，或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的，不视为侵犯专利权。但是临时过境不包括用交通运输工具对专利产品的“转运”，即从一个交通运输工具转到另一个交通运输工具的行为。
6. 专为科学研究和实验而使用有关专利，不视为侵犯专利权。

专为科学研究和实验,是指专门针对专利技术方案本身进行的科学研究和实验，其目的是研究、验证、改进他人专利技术，在已有专利技术的基础上产生新的技术成果。

1. 为提供行政审批所需要的信息，而制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的，以及专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械，不视为侵犯专利权。

行政审批所需要的信息，是指《中华人民共和国药品管理法》、《中华人民共和国药品管理法实施条例》以及《药品注册管理办法》等相关药品管理法律法规、部门规章等规定的实验资料、研究报告、科技文献等相关材料。

# 六、现有技术抗辩及现有设计抗辩

1. 现有技术抗辩，是指被诉落入专利权保护范围的全部技术特征，与一项现有技术方案中的相应技术特征相同或者等同，或者所属技术领域的普通技术人员认为被诉侵权技术方案是一项现有技术与所属领域公知常识的简单组合的，应当认定被诉侵权人实施的技术属于现有技术，被诉侵权人的行为不构成侵犯专利权。
2. 现有技术，是指专利申请日以前在国内外为公众所知的技术， 既包括进入公有领域、公众可以自由使用的技术，也包括尚处于他人专利权保护范围内的非公有技术，还包括专利权人拥有的其他在先专利技术；但是，根据专利法第二十四条的规定享受新颖性宽限期的技术不得作为现有技术援引用于抗辩。
3. 现有设计抗辩，是指被诉侵权外观与一项现有设计相同或者相近似，或者被诉侵权产品的外观设计是一项现有外观设计与该产品的惯常设计的简单组合，则被诉侵权外观构成现有设计，被诉侵权人的行为不构成侵犯外观设计专利。
4. 现有设计是指申请日以前在国内外为公众所知的设计，包括在国内外以出版物形式公开和以使用等方式公开的设计。
5. 对于依据 2008 年修订的专利法实施之前专利法规定申请并获得授权的专利权，其现有技术或现有设计应当依据修改前专利法的规定确定。
6. 抵触申请不属于现有技术或现有设计，不能作为现有技术抗辩或现有设计抗辩的理由，但可以作为专利无效的理由。
7. 审查现有技术抗辩是否成立，应当判断被诉落入专利权保护范围的技术特征与现有技术方案中的相应技术特征是否相同或等同， 而不应将涉案专利与现有技术进行比对。
8. 审查现有设计抗辩是否成立，应当判断被诉侵权设计是否与现有设计相同或相近似，而不应将专利外观设计与现有设计比对。但是，当被诉侵权设计与专利外观设计相同或相近似，且被诉侵权设计与现有设计视觉差异较小的情况下，如果被诉侵权设计使用了专利外观设计的设计要点，则应当认定现有设计抗辩不能成立；否则，现有设计抗辩成立。

# 七、合法来源抗辩

1. 为生产经营目的，使用、许诺销售或者销售不知道且不应知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品、且举证证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任，对于权利人请求停止上述使用、许诺销售、销售行为的主张，应予支持。
2. 合法来源是指通过合法的销售渠道、通常的买卖合同等正常商业方式取得被诉侵权产品。
3. 对于合法来源的证明事项，被诉侵权产品的使用者、许诺销售者或销售者应当提供符合交易习惯的票据等作为证据，但权利人明确认可被诉侵权产品具有合法来源的除外。

# 第六章 注意事项

**一、侵权比对过程中适用全面覆盖原则的注意事项**

1. 进行侵权判定，不应以当事人提供的专利产品与被诉侵权技术方案直接进行比对，但专利产品可以帮助理解有关技术特征与技术方案。
2. 权利人、被诉侵权人均有专利权时，一般不能将双方专利产品或者双方专利的权利要求进行比对。

# 二、判定被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求的技术特征是 否等同的时间点界限。

判定被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求的技术特征是否 等同的时间点，应当以被诉侵权行为发生时为界限。权利要求与被诉侵权技术方案存在多个等同特征，如果该多个等同特征的叠加导致被诉侵权技术方案形成了与权利要求技术构思不同的技术方案，或者被诉侵权技术方案取得了预料不到的技术效果的，则一般不宜认定构成等同侵权。对于包含功能性特征的权利要求，被诉侵权技术方案的相应结构、步骤特征是以基本相同的手段，实现相同的功能，达到相同的效果，且本领域普通技术人员在涉案专利申请日后至被诉侵权行为发生时无需经过创造性劳动就能够联想到的，应当认定该相应结构、步骤特征与功能性特征等同。在判断上述结构、步骤特征是否构成等同特征时，应当将其作为一个技术特征，而不应将其区分为两个以上的技术特征。

# 三、禁止反悔原则适用的注意事项

禁止反悔的适用以被诉侵权人提出请求为前提，并由被诉侵权人提供专利申请人或专利权人反悔的相应证据。在已经取得记载有专利申请人或专利权人反悔的证据的情况下，可以根据业已查明的事实，通过适用禁止反悔对权利要求的保护范围予以必要的限制，合理确定专利权的保护范围。

**四、专利侵权案件管辖**

专利侵权纠纷第一审案件，由各省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院和最高人民法院指定的人民法院管辖。侵犯专利权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

1. 依被告住所地确定管辖法院。

被告住所地的人民法院具有专利案件管辖权的，由被告住所地的人民法院管辖。如果被告住所地的人民法院没有管辖权的，由被告住所地的省、自治区、[直辖市](https://www.66law.cn/hlzzq/" \t "https://www.66law.cn/laws/_blank" \o "直辖市)人民政府所在地的中级人民法院管辖。

1. 依侵权行为地确定管辖法院。[侵权](https://www.66law.cn/qinquan/" \t "https://www.66law.cn/laws/_blank" \o "侵权)行为地包括侵权行为的实施地，也包括侵权结果的发生地。
2. 原告仅起诉制造者的，侵权产品的制造地与销售地不一致的，制造地的人民法院有管辖权。
3. 原告同时起诉制造者和销售者的，制造地和销售地的人民法院都有管辖权。此时，当事人可以选择向其中一个法院起诉。
4. 销售者是制造者的分支机构的，原告向销售地的人民法院起诉制造者的制造、销售行为的，销售地人民法院有管辖权。

律师办理商标侵权案件诉讼

业务操作指引

目 录

1. 商标权及商标权稳定性判断

# 一、商标权

二、商标权稳定性判断

1. 商标侵权的类型及侵权判定

一、侵权行为类型

二、法律依据

三、商标侵权的判定

1. 商标侵权案件的常用取证方式及取证内容

一、商标侵权案件的常用取证方式

二、商标侵权案件的取证内容

1. 商标侵权案件的诉讼请求

一、停止侵害

二、赔礼道歉、消除影响

三、赔偿损失

1. 商标侵权的被诉抗辩

# 一、诉讼主体不适格抗辩

# 二、被控侵权商标与注册商标不构成相同或类似的抗辩

# 三、在先使用抗辩

# 四、合法来源抗辩

# 五、权利商标瑕疵抗辩

# 六、正当使用抗辩

1. 注意事项

律师代理商标侵权案件诉讼

业务操作指引

# 商标权及商标权稳定性判断

# 一、商标权

商标权，是指商标所有人对其商标所享有的独占的、排他的权利。在我国由于商标权的取得实行注册原则，因此，商标权实际上是因商标所有人申请、经国家知识产局核准注册的而对商标享有的专有权利，即因商标注册而产生的专有权。

**（一）商标的概念**

商标是用以区别商品和服务不同来源的商业性标志，由[文字](https://baike.baidu.com/item/%E6%96%87%E5%AD%97/612910" \t "https://baike.baidu.com/item/%E5%95%86%E6%A0%87%E6%9D%83/_blank)、[图形](https://baike.baidu.com/item/%E5%9B%BE%E5%BD%A2/773307" \t "https://baike.baidu.com/item/%E5%95%86%E6%A0%87%E6%9D%83/_blank)、[字母](https://baike.baidu.com/item/%E5%AD%97%E6%AF%8D/1710184" \t "https://baike.baidu.com/item/%E5%95%86%E6%A0%87%E6%9D%83/_blank)、[数字](https://baike.baidu.com/item/%E6%95%B0%E5%AD%97/6204" \t "https://baike.baidu.com/item/%E5%95%86%E6%A0%87%E6%9D%83/_blank)、三维标志、颜色组合、声音或者上述要素的组合构成。[商标](https://baike.baidu.com/item/%E5%95%86%E6%A0%87)是用来区别一个经营者的商品品牌或服务和其他经营者的商品或服务的标记。任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。

**（二）商标分类**

根据我国商标法的规定，商标的类型包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标。商标局将尼斯分类的商品和服务项目划分类似群，并结合实际情况增加我国常用商品和服务项目名称，制定《类似商品和服务区分表》（以下简称《区分表》），具体分类为：

1. 商品商标，是指商品生产者在自己生产或经营的商品上使用的，所属尼斯分类的第 1～34 类；
2. 服务商标，是指提供服务的经营者为将自己提供的服务与他人提供的服务相区别而使用的标志。所属尼斯分类第35～45类；
3. 集体商标，是指以团体、协会或者其他组织名义注册，供该组织成员在商事活动中使用，以表明使用者在该组织中的成员资格的标志。
4. 证明商标，是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制，而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或者服务，用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。

# （三）商标侵权的概念

行为人未经[商标权](https://baike.baidu.com/item/%E5%95%86%E6%A0%87%E6%9D%83)人许可，在相同或[类似商品](https://baike.baidu.com/item/%E7%B1%BB%E4%BC%BC%E5%95%86%E5%93%81)上使用与其注册商标相同或近似的商标，容易导致混淆的；行为人销售侵犯注册商标专用权商品的行为。或者其他干涉、妨碍商标权人使用其注册商标，损害商标权人合法权益的其他行为。

1. **商标权稳定性判断**
2. **评估权利商标是否存在无效的法律风险**

根据《中华人民共和国商标法》四十四条、四十五条规定，获准注册的权利商标如果存在《中华人民共和国商标法》四十四条、四十五条规定的商标无效的情形，该注册商标专用权自始无效。因此，商标权利人提起侵害商标权之诉时需要审查、评估权利商标是否存在被认定无效的法律风险。

**（二）评估权利商标是否存在被撤销的法律风险**

# 根据《中华人民共和国商标法》第四十九条规定注册的权利商标如果存在《中华人民共和国商标法》第四十九条规定的商标撤销的情形，权利商标在诉讼过程中面临被撤销的法律风险，因此，商标权利人提起侵害商标权之诉时需要审查、评估权利商标是否存在被撤销的法律风险。

**（三）审查商标是否处于有效状态**

# 根据《中华人民共和国商标法》第三十九条、第四十条规定，商标的有效期限为十年，期限届满后需要向国家知识产权局办理商标续展手续，因此，商标权利人提起侵害商标权之诉时需要审查、权利商标是否处于有效期限内，是否需要办理商标续展手续。

# 商标侵权的类型及侵权判定

# 一、侵权行为类型

（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；

（二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；

（三）销售侵犯注册商标专用权的商品的；

（四）伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；

（五）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；

（六）故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的；

（七）将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的；

（八）复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不相类似商品上作为商标使用，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的；

（九）将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的。

**二、法律依据**

《中华人民共和国商标法》第五十七条规定，有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：

（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；

（二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；

（三）销售侵犯注册商标专用权的商品的；

1. 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；

（五）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；

（六）故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的；

（七）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条规定，下列行为属于[商标法](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486))第[五十七条](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,57))第[（七）项](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,57,1,7))规定的给他人注册商标专用权造成其他损害的行为：

（一）将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的；

（二）复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不相类似商品上作为商标使用，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的；

（三）将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的。

**三、商标侵权的判定**

根据商标法的规定，认定侵犯商标权行为主要涉及对相关公众、商标近似、类似商品等基本概念或者事实的界定，以及人民法院对商标侵权行为认定原则问题。《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条至第十二条针对前述情况，对实践中长期使用但是一直没有明确规定的一些基本概念作出了解释。

# （一）商标相同或近似

根据商标法的规定，对侵犯商标权行为的认定与判断商标的相同与近似密切相关。因此，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条[商标法](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486))第[五十七条](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,57))第（[一](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,57,1,1))）[（二）项](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,57,1,2))规定的商标相同，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，二者在视觉上基本无差别。其含义是指，从一般消费者的角度凭视觉，判断所对比的商标大体上不存在差别，就构成商标相同。《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条第二款规定，[商标法](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486))第[五十七条](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,57))第[（二）项](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,57,1,2))规定的商标近似，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。实践中，因商标近似而构成侵权的情形更为普遍。所谓商标近似，是指构成注册商标的各个要素相近似。但哪些属于法官应当注意的商标比对的要素，过去实践中对其理解和适用并不统一。该款规定界定了这些要素：文字的字形、读音、含义；图形的构图、颜色；各要素组合后的整体结构。对立体商标，则存在：立体形状、颜色组合等。商标相近似的效果，应当达到容易使相关公众对所标识商品的来源产生误认，或者与此种来源于注册商标所标识的商品等有某种特定的联系。

# （二）关于类似商品、服务以及商品与服务的类似

侵犯商标权案件中，对所涉及的商品或者服务是否为同种或者类似，是认定是否为侵权行为的又一重要事实。《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十一条界定了类似商品、类似服务和商品与服务的类似，便于法官适用法律中运用。该条第一款规定：“[商标法](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486))第[五十七条](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,57))第[（二）项](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,57,1,2))规定的类似商品，是指在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同，或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。”该条第二款规定：“类似服务，是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同，或者相关公众一般认为存在特定联系、容易造成混淆的服务。”该条第三款规定：“商品与服务类似，是指商品和服务之间存在特定联系，容易使相关公众混淆。”根据上述规定，判断类似商品的要素包括商品的功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等；判断类似服务的要素包括服务的目的、内容、方式、对象等。同时，相关公众一般认为这两者与相关对象存在特定联系、容易造成混淆的，也构成类似商品或者类似服务。

# （三）关于相关公众

根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条对商标法中规定的“相关公众”作了规定，商标法所称相关公众，是指与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者和与前述商品或者服务的营销有密切关系的其他经营者。这就是说， 商标法规定的相关公众包括两部分：一是与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者，也就是最终消费者；二是与商标所标识的某类商品或者服务的营销有密切关系的其他经营者。这两部分公众中，涉及任何一部分人都是法律规定的相关公众。不是两部分人都涉及才构成商标法所称的相关公众。

# （四）判定原则和比对方法

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十条规定：“人民法院依据[商标法](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486))第[五十七条](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,57))第（[一](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,57,1,1))）[（二）项](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,57,1,2))的规定，认定商标相同或者近似按照以下原则进行：

1. 以相关公众的一般注意力为标准；
2. 既要进行对商标的整体比对，又要进行对商标主要部分的比对，比对应当在比对对象隔离的状态下分别进行；
3. 判断商标是否近似，应当考虑请求保护注册商标的显著性和知名度。”根据上述原则依法判断商标相同或者近似，要注意把握以下几个要点：

# （1）要以包括相关消费者和经营者的公众的一般注意力为标准判断。

商标的基本功能就在于使消费者在购买商品、服务时便于识别这些商品和服务，以及他们的来源。商品相同或者近似也一般发生在市场中，受影响的主要是相关的消费者和特定经营者。所以事后法官审判案件在认定、甄别商标相同、近似时，判断注意力也要回归到此种情景，也要以相关消费者和特定经营者的注意力为标准。这种注意力不是该领域相关专家所具有的注意力，专家的注意力过于专业可能出现判断标准过严的情况。但也不是一个与一般消费者有别的粗心大意的消费者的注意力，以他们的注意力判断又可能施之过宽，可能出现漏掉已经构成商标相同或者近似的情形。要以前面所提两者中间选择大多数相关公众通常的、普通的、一般的注意力为标准。这就涉及到行为主体的一种行为能力的判断，审判实践中也称为认定商标相同或近似的主观标准。法官在分析、判断和采纳有关证据作为定案依据和产生心证过程中，都要坚持以相关公众的一般注意力为标准。

# （2）准确地掌握对商标相同或者近似的整体、要部和隔离的比对方法。按照消费者在市场中对商标的感知规律，审判和行政执法实 践中常常运用商标整体、要部比对和将商标隔离开比对的方法，来判断商标的相同，特别是商标的近似。

1. 整体比对

又称为商标整体观察比较，是指将商标作为一个整体来进行观察，而不是仅仅将商标的各个构成要素抽出来分别进行比对。这是因为商标作为商品或者服务的识别标志，是由整个商标构成的，在消费者的记忆中留下的是该商标的整体印象，而不是构成该商标的某些单个要素。因此，当两个商标在各自具体的构成要素上存在区别，但只要将它们集合起来作为一个整体，因此而产生的整体视觉，仍有可能使消费者产生误认，就应当认定为近似商标。反之，如果两个商标的部分组成要素可能相同，但是它们作为一个整体并不会使消费者产生误认，即整体视觉不同，就不能认定为近似商标。

1. 要部比对

又称为商标主要部分观察比较，是指将商标中发挥主要识别作用的部分抽出来进行重点比较和对照，是对整体比对的补充。此种比对方法也是根据消费者在市场中对商标与商品的具体感受和记忆而采用的一种方法。一般地说，消费者对商标的感受和留下最深的记忆，是商标的主要部分或者称要部，即商标中起主要识别作用的部分。当两个商标的主要部分相同或者近似，就容易造成消费者的误认，就可以判断为商标近似。

1. 隔离比对

又称为对商标的隔离观察比较，是指将注册商标与被控侵权的商标放置于不同的地点在不同的时间进行观察比对，不是把要比对的两个商标摆放在一起进行对比观察。这是一种基本的商标比对方法，无论在进行整体比对还是要部比对时，都应当采用隔离比对的方式。一般地说，消费者寻找自己所要的商品，总是凭着以往头脑中对某种商品或者服务的广告宣传所遗留的商标印象，在市场中寻找所感知的某种品牌的商品或者服务。在市场中，不同商标的商品一般也不是同时摆放在同一个柜台中。在消费者的思维中，多数情况下不是两种要比对的商标同时存在，而是存在以前见到过在头脑中记忆的商标，与当前见到的商标的比较。

# （3）判断商标近似中的注册商标显著性和知名度要素

1. 商标显著性要素：根据商标法第九条的规定，注册商标应当具有显著特征，便于识别。显著性，又称为识别性，是指将商标使用于商品或其包装以及服务上时，能够引起一般消费者的注意，并凭此与其他商品或者服务相区别。商标的显著性，是注册商标的构成要件， 是对申请商标进行实质审查的重要方面。对于注册商标来说，应当都具有显著性，当实践中，其显著性仍旧存在大小程度不同之分。有的商标设计独创性很强，如用文字、拼音字母等，可以组合成并未实际存在的文字字义，属于生造的文字，被控商标的“搭车”近似，很容易认定。对于显著性弱的商标，指控他人商标与自己商标近似就相对难以判断。
2. 商标知名度要素：商标知名度对商标近似的认定与商标的知名度也密切相关。依据商标对社会影响的大小强弱，可以将商标分为驰名商标和非驰名商标。在驰名商标或者非驰名商标中，对商标的知名度也有不同的等级和程度。一些违法行为人为自己的私利往往设计与他人知名度高的商标，甚至驰名商标近似的商标，此种行为会造成淡化他人驰名商标损害他人合法权益的后果。所以，对显著性强、知名度高的商标，容易被当成目标受到不法侵害，应当提供更加充分的保护。在判断认定商标近似时，应当考虑商标的显著性与知名度要素。

第三章 商标侵权案件的常用取证方式及取证内容

**一、商标侵权案件的常用取证方式**

**（一）公证取证**

根据《民事诉讼法》第六十九条之规定经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。公证证据具有推定为真的效果，一般为法院直接采信，除非有相反证据足以推翻公证证明的除外。公证机关对证据进行保全，其效果与法院依职权所进行的证据保全，是基本相等的。因此，当发现商标侵权行为事实存在时，可向公证机关申请公证保全侵权事实的证据，以便诉讼之需。

# （二）可信时间戳取证

可信时间戳是由权威可信时间戳服务中心签发的一个能证明数据电文(电子文件）在一个时间点是已经存在的、完整的、可验证的、具备法律效力的电子凭证，可信时间戳主要用于电子文件防篡改和事后抵赖，确定电子文件产生的准确时间。针对互联网上的侵权事实，如网页、电子邮箱、网络图片、音频、视频影像、微信、微博等可通过可信时间戳进行证据保全。可信时间戳取证网址为https://www.tsa.cn/；取证流程为：注册/登录可信时间戳网站——登录取证系统取证——证据确认——下载可信时间戳证据包。

# （三）行政投诉取证

商标权利人可以向侵权所在地行政职能部门进行侵权举报，在举报时商标权利人需要提交相应的主体资格证明文件、商标权属证明文件，举报申请书等材料。行政机关可以查阅、复制与案件有关的合同、帐册等有关文件，询问当事人和证人，采用拍照、摄像等方式进行现场执法检查。涉嫌侵犯商标专用权的，上述行政执法部门可以对涉嫌侵权的产品清点数量、规格后查封并从中抽取样品，进行行政查处。

**二、商标侵权案件的取证内容**

# 侵害商标权纠纷案件，在进行取证时需要注意取得侵权商品或服务内容的的呈现样式证据、比如侵权商品实物、宣传单、物料单等能够体现侵权商品或服务所使用的被控侵权商标标识的材料，在取证过程中也要注意收集体现侵权规模、时间等相关证据材料，同时向侵权商品或服务的提供者索要发票或收据等可以证明侵权商品或服务提供者体现获利或损失大小的证据。

# 第四章 商标侵权案件的诉讼请求

**一、停止侵害**

对于行为人实施的侵害权利人商标的行为，依据《中华人民共和国民法典》第1167条 规定，权利人有权主张其停止侵权行为，如果在案件审理过程中行为人已经停止被控侵权行为，权利人可以当庭放弃停止侵害的主张。

**二、赔礼道歉、消除影响**

对于行为人实施的侵害权利人商标的行为，如果导致权利人人格、信誉、商誉受损，依据《中华人民共和国民法典》第1167条 规定，权利人可以根据案件具体类型主张行为人在一定范围内赔礼道歉、消除影响。

**三、赔偿损失**

对于行为人实施的侵害权利人商标的行为，根据《中华人民共和国民法典》1167、1184、1185条的规定，权利人可主张行为人赔偿财产损失，对于故意侵害他人知识产权的，情节严重的，权利人有权主张相应的惩罚性赔偿，即商标侵权赔偿可主张惩罚性赔偿。但商标侵权损害赔偿以弥补权利人因侵权所遭受的损失为目的，同时考虑商标的使用，除了权利人自己使用，还可以通过与他人签订商标许可使用合同并由对方支付一定的许可使用费后，由他人使用及侵权人恶意侵权的情形。因此根据《中华人民共和国商标法》第六十三条之规定侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五百万元以下的赔偿。

# 第五章 商标侵权的被诉抗辩

# 诉讼主体不适格抗辩

# 根据《最高人民法院关于审理商标[民事纠纷](https://www.66law.cn/special/msjf/" \t "_blank" \o "民事纠纷)案件适用法律若干问题的解释》的规定，[商标侵权](https://www.66law.cn/special/sbqq/" \t "_blank" \o "商标侵权)诉讼的原告应当是注册商标的所有权人或者利害关系人，利害关系人包括注册商标使用许可合同的被许可人、注册商标财产权利的合法继承人等。在发生注册商标专用权被侵害时，独占使用许可合同的被许可人可以向人民法院提起诉讼;排他使用许可合同的被许可人可以和[商标注册](https://www.66law.cn/special/shangbiaozhuce/" \t "_blank" \o "商标注册)人共同起诉，也可以在商标注册人不起诉的情况下，自行提起诉讼;普通使用许可合同的被许可人经商标注册人明确授权，可以提起诉讼。因此，商标侵权案件原告的主体应当符合上述规定，如果原告不符合上述规定，被告可以提出原告诉讼主体不适格的抗辩。

# 二、被控侵权商标与注册商标不构成相同或类似的抗辩。

根据商标法的规定，未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的。首先，确定注册商标专用权的权利范围，应当以核准注册的商标和核定使用的商品为限。而不能以注册商标所有人实际使用的商标和该商标实际使用的商品为准。其次，确定被控侵权的具体对象，被控侵权的商标，接下来将被控侵权对象与注册商标和该注册商标所核定使用的商品进行比较，认定被控侵权的商标与注册商标是否相同或者近似，以及被控侵权商标所使用的商品与该注册商标所核定使用的商品是否属于同一种类或者相类似。判断近似商标时所称的近似需要达到了易造成混淆的程度，即将该商标使用在与注册商标核定使用的商品相同或者类似的商品上，普通消费者可能会对商品的来源产生错误的认识。比较时应当采用隔离观察、整体观察和要部观察的具体比较方法。第三，是被控侵权的商标所使用的商品。根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十一条 商标法第五十七条第（二）项规定的类似商品，是指在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同，或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。类似服务，是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同，或者相关公众一般认为存在特定联系容易造成混淆的服务。商品与服务类似， 是指商品和服务之间存在特定联系，容易使相关公众混淆。如果经过上述比较得出商标不相同或者不相近似或者产品不属于同一种商品或者类似商品，就可认定不构成侵权。

# 三、在先使用抗辩

《中华人民共和国商标法》第五十九条商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标识。

为了平衡在先商标使用人与商标注册人之间的利益，《中华人民共和国商标法》对在先使用的驰名商标、在先使用并有一定影响的商标给予了保护。在符合下列条件的前提下，被告可以在先使用未注册商标进行有效抗辩：

1. 被控侵权商标在原告注册商标申请日前使用。
2. 被控侵权商标与注册商标相同或近似。
3. 在先使用的商标已具有一定知名度形成一定的影响力，对知名度的要求无需过高，并不要求在全国范围内知名，只要为一定区域的消费者认可，被告也可以此进行抗辩。

# 四、合法来源抗辩

《中华人民共和国商标法》第六十四条销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，不承担赔偿责任。该条规定了商标侵权被告（销售商）的赔偿损失法律责任承担的免责抗辩理由，即在未知的情况下销售了侵犯注册商标专用权的商品，若能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，那么即使构成侵权也不承担赔偿责任。但是，并非所有销售“合法取得”的侵权商品都可以免除侵权责任。还应当结合销售方是否尽到必要的审查注意义务，进而合理确定侵权责任的承担。

# 权利商标瑕疵抗辩

# （一）权利商标非规范性使用抗辩

1.《中华人民共和国商标法》第四十九条 商标注册人在使用注册商标的过程中，自行改变注册商标、注册人名义、地址或者其他注册事项的，由地方工商行政管理部门责令限期改正；期满不改正的，由商标局撤销其注册商标。

2.第五十六条 注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。

根据以上规定，如果原告使用注册商标的过程中自行改变了注册商标，对注册商标进行非规范性的使用，被告可以以权利商标并非对注册商标的使用为由进行抗辩。

注意：权利商标非规范性使用抗辩可以影响赔偿损失中数额的认定，但对侵权行为是否成立不产生实质性影响。

# （二）商标连续三年不使用撤销抗辩

1.《中华人民共和国商标法》第四十九条 注册商标成为其核定使用的商品的通用名称或者没有正当理由连续三年不使用的，任何单位或者个人可以向商 标局申请撤销该注册商标。

2.第六十四条 注册商标专用权人请求赔偿，被控侵权人以注册商标专用权人未使用注册商标提出抗辩的，人民法院可以要求注册商标专用权人提供此前三年内实际使用该注册商标的证据。注册商标专用权人不能证明此前三年内实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为受到其他损失的，被控侵权人不承担赔偿责任。

因此，如果经调查注册商标权利人已连续三年没有使用注册商标，被告可以向商标局对原告注册商标提出连续三年未使用的撤销申请，并可以向法院提出中止审查。是否中止由人民法院依据职权予以审查。

注意：商标连续三年不使用撤销抗辩可以影响赔偿损失中数额的认定，但对侵权行为是否成立不产生实质性影响。

# 六、正当使用抗辩

《中华人民共和国商标法》第五十九条 注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号， 或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。

三维标志注册商标中含有的商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。主要包括以下几种使用方式：

# 1、通用名称的正当使用

相对于特有名称而言，通用名称是指在一定范围内被普遍使用的某一商品种类的名称。根据形成过程和原因，通用名称可分为二类：一是规范的商品名称，如在国家标准、行业标准以及专业工具书、辞典中载明的商品名称；二是约定俗成的商品名称、普遍使用的表示某类商品的通用名称或商品名称的简称。

# 2、地名的正当使用

地名是指具有特定空间位置和地域范围的地理实体的专有名称，包括行政区划的地理名称、自然地理区域的名称等。由于地名是标示特定地理实体的词汇，属于公共资源，为社会公众所共享，故《中华人民共和国商标法》规定，县级以上行政区划的地名以及为公众知晓的外国地名，不得作为商标注册，但地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分的除外。但对于已注册为商标的具有第二含义的地名、县级以下行政区划地名以及自然地理名称等，由于其兼具商标法律属性和地名自然属性，两者相互交叉，因此在涉及地名商标的商标侵权诉讼中，可就涉及地名商标正当使用抗辩。

# 第六章 注意事项

**一、两个注册商标之间产生的冲突争议，人民法院不予受理，应先向有关行政主管机关申请解决。**

根据《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》第一条第二款：原告以他人使用在核定商品上的注册商标与其在先的注册商标相同或者近似为由提起诉讼的，人民法院应当根据[民事诉讼法](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(297379))第[一百二十四条](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(297379,124))第[（三）项](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(297379,124,1,3))的规定，告知原告向有关行政主管机关申请解决。因此，两个注册商标之间产生的冲突争议，应先向有关行政主管机关申请解决。

# 二、被控侵权人拥有注册商标但系对注册商标进行非规范性使用的，原告提起诉讼的，人民法院应当予以受理。

根据《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲 突的民事纠纷案件若干问题的规定》第一条第二款规定：原告以他人超出核定商品的范围或者以改变显著特征、拆分、组合等方式使用的注册商标，与其注册商标相同或者近似为由提起诉讼的，人民法院应当受理。这是对于超出注册商标专用权范围使用的注册商标直接的冲突，人民法院可以作为民事案件予以受理。根据商标法 第五十六条注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。被告超出商标专用权的范围不再是对注册商标专用权的行使，不能阻却侵权行为的构成。因此，《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》第一条第二款但书部分规定了由此引发的纠纷，人民法院应当受理，对注册商标非规范性使用是否构成侵犯他人注册商标专用权进行认定，但是如果被告未 改变注册商标的显著特征，原告对被告注册商标的使用提出侵权诉请，不属于人民法院的受案范围。

# 三、被控侵权人即使有注册商标，并且规范使用，如果违反商标法第十三条的规定，人民法院依法可以判决禁止被告使用该注册商标。

根据《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第十一条 被告使用的注册商标违反[商标法](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486))第[十三条](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,13))的规定，复制、摹仿或者翻译原告驰名商标，构成侵犯商标权的，人民法院应当根据原告的请求，依法判决禁止被告使用该商标，但被告的注册商标有下列情形之一的，人民法院对原告的请求不予支持：

（一）已经超过[商标法](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486))第[四十五条](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,45))第[一款](https://www.pkulaw.com/chl/javascript:SLC(331486,45,1))规定的请求宣告无效期限的；

（二）被告提出注册申请时，原告的商标并不驰名的。

# 四、将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的，构成对他人注册商标的侵权。

任何民事主体在市场经营交易中都要使用自己的名称或者姓名，特别是自然人以外的民事主体，如企事业单位法人，他们的名称都要经过工商行政主管部门办理登记手续。个体工商户等在经营中也可以起字号。民事主体在市场经营中的名称字号，也成为重要的标识，起着区分民事主体和他们商品或者服务来源的重要作用。由于名称字号有地域性的特点，又由各地方工商行政管理部门注册登记，因此，在不同地区可能存在相同或者相近似的名称字号。注册商标是由文字、图形或者它们的组合等经过国家市场监督管理总局商标局注册而授予的。不少商标注册人以自己企业的名称字号注册为商标。国家市场监督管理总局对名称字号的登记与商标注册分别由两个不同的部门办理。在实践中常出现企业名称字号与注册商标文字相同或者近似的情形，如果他人故意在相同或者近似商品上突出使用他人注册商标的企业字号，造成相关公众产生误认，构成商标侵权。

认定此种侵犯注册商标权的行为，要注意构成的条件：

1. 使用了与他人注册商标相同或者相近似的文字；
2. 行为人将所使用的文字作为其企业的名称字号；
3. 将名称字号在与商标权人注册商标所标识的相同或者类似商品上突出醒目地使用；
4. 造成了容易使相关公众产生混淆、误认。

**五、商标侵权案件管辖**

根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第六条因侵犯注册商标专用权行为提起的民事诉讼，由[商标法](https://www.66law.cn/tiaoli/13.aspx" \t "https://www.66law.cn/laws/_blank" \o "商标法)第十三条、第五十二条所规定侵权行为的实施地、侵权商品的储藏地或者查封扣押地、被告住所地人民法院管辖。

前款规定的侵权商品的储藏地，是指大量或者经常性储存、隐匿侵权商品所在地；查封扣押地，是指海关、市场监督等行政机关依法查封、扣押侵权商品所在地。

第七条 对涉及不同侵权行为实施地的多个被告提起的共同诉讼，原告可以选择其中一个被告的侵权行为实施地人民法院管辖；仅对其中某一被告提起的诉讼，该被告侵权行为实施地的人民法院有管辖权。

侵权商品的储藏地，是指大量或者经常性储存、隐匿侵权商品所在地；查封扣押地，是指海关、市场监督等行政机关依法查封、扣押侵权商品所在地，不包括法院采取临时措施进行扣押查封侵权商品所在地。在侵权商品储藏地或者扣押地，当事人可以起诉实施储存、保管、运输等行为的行为人，也可以起诉该部分商品的经销商、制造商，或者同时起诉各行为人。

律师办理工伤劳动争议案件

业务操作指引

目 录

[第一章 总则](#_Toc75114609)

[第二章 提供法律咨询](#_Toc75114610)

[第三章 案件受理](#_Toc75114611)

[第一节 律师接受委托](#_Toc75114612)

[第二节 律师收费](#_Toc75114613)

[第四章 劳动关系的确认或用工主体责任的确定](#_Toc75114614)

[第五章 工伤认定](#_Toc75114615)

[第六章 工伤行政复议或诉讼](#_Toc75114616)

[第七章 劳动能力鉴定](#_Toc75114617)

[第一节 初次劳动能力鉴定](#_Toc75114618)

[第二节 再次鉴定和复查鉴定](#_Toc75114619)

[第八章 工伤赔偿项目](#_Toc75114620)

[第九章 仲裁前的工作](#_Toc75114621)

[第一节 调查取证](#_Toc75114622)

[第二节 其他诉前工作](#_Toc75114623)

[第十章 仲裁阶段](#_Toc75114624)

[第一节 立案](#_Toc75114625)

[第二节 举证及答辩](#_Toc75114626)

[第二节 开庭](#_Toc75114627)

[第十一章 诉讼阶段](#_Toc75114628)

[第十二章 调解](#_Toc75114629)

[第十三章 执行阶段](#_Toc75114630)

[第十四章 工伤法律援助案件的办理](#_Toc75114631)

[第十五章 案件归档](#_Toc75114632)

[第十六章 附则](#_Toc75114633)

[1.工伤认定赔付流程图](#_Toc75114634)

[2.工伤案件咨询登记表](#_Toc75114635)

[3.工伤待遇赔付清单](#_Toc75114636)

[4.风险告知书](#_Toc75114637)

[5.和解协议](#_Toc75114638)

律师办理工伤劳动争议案件业务操作指引

1. 总则
2. 为了规范律师办理工伤劳动争议纠纷案件，依法履行职责，防范执业风险，提高律师办理工伤纠纷案件的办案质量和效率，维护委托人的合法权益，特制定本指引。
3. 本指引所指的律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为委托人提供法律服务的执业人员。未取得律师执业证书的实习律师不得单独办理劳动争议案件，但可协助执业律师工作。
4. 律师在引用本指引办理工伤纠纷案件时，应充分认识到工伤纠纷案件的复杂性和特殊性，注意到不同法律层级的规定与新旧法律之间的衔接，注意到司法实务中存在的争议，并结合个案的事实，作出正确的判断。
5. 提供法律咨询
6. 律师接待工伤纠纷案件咨询时，应当了解案情概况，并要求提供相关书面材料。需要收取咨询费用的，应提前告知相关收费的规定及收费标准。
7. 如法律咨询主体为用人单位，应告知依照《社会保险法》、《工伤保险条例》、《社会保险费申报缴纳管理规定》等规定，用人单位应当自用工之日起三十日内为其职工向社会保险经办机构申请办理社会保险登记并申报缴纳社会保险费。用人单位应当参加工伤保险而未参加的，社会保险行政部门会责令限期参加，补缴应当缴纳的工伤保险费，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，处欠缴数额1倍以上3倍以下的罚款。应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照《工伤保险条例》规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用，用人单位不支付的，从工伤保险基金中先行支付。从工伤保险基金中先行支付的工伤保险待遇应当由用人单位偿还。用人单位不偿还的，社会保险经办机构可以追偿。用人单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位依照《工伤保险条例》的规定支付新发生的费用。
8. 律师提供工伤纠纷案件咨询，可结合委托人的诉求，从以下各方面了解相关案件情况，并填写《工伤案件咨询登记表》：
9. 委托人的概况（包括但不限于工伤职工的身份信息以及用人单位的性质、所处地域、规模、员工人数、所属行业等）；
10. 用工性质；
11. 劳动合同签订情况；
12. 社会保险缴纳情况；
13. 劳动保护的有关情况；
14. 劳动合同解除、终止及经济补偿、赔偿金的支付情况；
15. 职工受伤前十二个月的月平均工资、离职前十二个月的月平均工资情况；
16. 伤害发生、工伤认定、劳动能力鉴定、工伤赔偿等情况；
17. 伤情及医院诊断结果；
18. 医疗费、护理费等前期垫付费用的支付情况；
19. 职工与用人单位的有关调解和谈判情况；
20. 工伤职工及家属向有关部门反映、投诉、申诉及起诉等情况。
21. 告知工伤认定与赔付的四大阶段十四项流程，根据《劳动能力鉴定 职工工伤与职业病致残等级(GB/T 16180－2014)》的规定，结合病历资料，测算制作《工伤待遇赔付清单》，并解答相关的法律咨询。
22. 案件受理

**第一节 律师接受委托**

1. 律师接受委托人委托是指律师事务所经过初步审查，同意接受用人单位、用工单位、受伤害职工或者其近亲属的委托，并办理签署委托合同书和授权委托书以及指定经办律师等有关委托手续的过程。
2. 律师事务所在接受工伤纠纷案件委托时，应当依法审查以下事项：
3. 审查委托人是否符合《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》所规定的主体资格；
4. 初步审查受伤害职工的受伤情形是否符合《工伤保险条例》规定的工伤情形；

（二）审查委托事项是否属于工伤纠纷案件受理的范围；

（三）审查委托人的各项仲裁请求是否超过《劳动争议调解仲裁法》所规定的仲裁时效；

（四）审查委托人是否能够提供其仲裁请求以及陈述事实的证据；

（五）审查委托人工伤纠纷案件受理的管辖级别和管辖范围。

1. 律师决定接受委托人委托时，应当向委托人详细告知以下情况：
2. 工伤劳动争议的受理、认定、劳动能力鉴定和审理程序、审理期限及仲裁诉讼过程中可能发生收费的情况；
3. 律师事务所的收费标准和方式；
4. 工伤纠纷案件审理过程中可能存在的风险，并可要求其签署风险告知书；
5. 工伤纠纷案件每一阶段的办理时限及仲裁、诉讼阶段审限；
6. 委托人和被委托人双方的权利和义务。
7. 律师事务所决定接受委托办理工伤纠纷案件后，应当立即与委托人办理委托手续。委托手续应特别注意以下内容的约定：

（一）有特别代理权限的，委托代理合同及授权委托书中应当明确具体的约定权限范围；

（二）在与委托人签署的委托代理合同中，对办案过程中可能发生的交通费、住宿费、鉴定费、翻译费和其他必要办案费用的承担予以明确。

1. 律师事务所接受委托时，应当要求委托人如实告知案件的全部事实，并提供相应的证据或证据线索。律师事务所在接受委托后，律师无正当理由不得拒绝代理；但有下列情况之一的，律师事务所可以单方解除委托代理合同：

（一）委托人隐瞒案件重要事实;

（二）委托人提供伪证、假证或要求律师提供伪证、假证；

（三）委托人利用律师提供的服务从事违法活动；

（四）委托事项违法；

（五）委托人有严重违反委托代理合同约定的情形符合解除条件的。

1. 律师事务所接受工伤纠纷案件的委托时，应遵守《湖南省律师和律师事务所避免利益冲突规定》的要求，如发现委托人或委托事项与本所或承办律师有利益冲突，应立即终止委托并向委托人说明理由。
2. 律师在委托手续办妥后，应当要求委托人提供证据及身份证明材料复印件，同时提供原件核对，核对原件后当即将原件交还委托人妥善保管；若向委托人收取原件，应当制作证据或证物清单，由承办律师向委托人签收，并在质证完毕后及时将原件交还给委托人，并将委托人签收的证据原件清单回收并附卷。
3. 律师在委托手续办妥后，一般应及时组建案件项目法律服务团队，并及时告知委托人。

**第二节 律师收费**

1. 律师办理工伤纠纷案件，实行政府指导价。律师服务收费可以根据不同的服务内容，按律所制定的收费标准与委托人协商收取费用。
2. 律师收费应由律师事务所统一收取，律师个人不得向委托人收取任何费用。律师事务所收取费用后，应向委托人开具发票。
3. 劳动关系的确认或用工主体责任的确定
4. 工伤认定申请受理前或受理后，社会保险行政部门设定的工伤保险经办机构发现劳动关系存在争议且无法确认的，会要求委托人向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁予以确定。
5. 用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：

（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；

（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；

（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

1. 用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：

（一）工资支付凭证或记录(职工工资发放花名册)、缴纳各项社会保险费的记录；

（二）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；

（三）劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；

（四）考勤记录；

（五）其他劳动者的证言等。

其中，（一）、（三）、（四）项的有关凭证由用人单位负举证责任。

1. 根据《工伤保险条例》和《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》的相关规定，社会保险行政部门可以认定下列单位承担工伤保险责任的特殊情形：
2. 职工与两个或两个以上单位建立劳动关系，工伤事故发生时，职工为之工作的单位为承担工伤保险责任的单位；
3. 劳务派遣单位派遣的职工在用工单位工作期间因工伤亡的，派遣单位为承担工伤保险责任的单位；
4. 单位指派到其他单位工作的职工因工伤亡的，指派单位为承担工伤保险责任的单位；
5. 用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单位；
6. 个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位。
7. 用人单位实行承包经营的，工伤保险责任由职工劳动关系所在单位承担。
8. 用人单位分立、合并、转让的，承继单位应当承担原用人单位的工伤保险责任；原用人单位已经参加工伤保险的，承继单位应当到当地经办机构办理工伤保险变更登记。
9. 职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法。
10. 原用人单位被依法注销的，工伤保险责任由清算组织或者清算报告中确定的权利义务承受人承担。

前款第（四）、（五）项明确的承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，有权向相关组织、单位和个人追偿。

1. 达到或超过法定退休年龄，但未办理退休手续或者未依法享受城镇职工基本养老保险待遇，继续在原用人单位工作期间受到事故伤害或患职业病的，用人单位依法承担工伤保险责任。用人单位招用已经达到、超过法定退休年龄或已经领取城镇职工基本养老保险待遇的人员，在用工期间因工作原因受到事故伤害或患职业病的，如招用单位已按项目参保等方式为其缴纳工伤保险费的，应适用《工伤保险条例》。
2. 工伤认定
3. 职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：

（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；

（二）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；

（三）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；

（四）患职业病的；

（五）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；

（六）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；

（七）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

1. 职工有下列情形之一的，视同工伤：

（一）在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；

（二）在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；

（三）职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

职工有前款第（一）项、第（二）项情形的，按照《工伤保险条例》的有关规定享受工伤保险待遇；职工有前款第（三）项情形的，按照《工伤保险条例》的有关规定享受除一次性伤残补助金以外的工伤保险待遇。

1. 职工符合《工伤保险条例》第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：

（一）故意犯罪的；

（二）醉酒或者吸毒的；

（三）自残或者自杀的。

1. 职工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起30日内，向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况，经报社会保险行政部门同意，申请期限可以延长60日。按照规定应当向省级社会保险行政部门提出工伤认定申请的，根据属地原则应当向用人单位所在地设区的市级社会保险行政部门提出。
2. 用人单位原则上应在职工发生事故伤害后或者接到职业病诊断书3个工作日之内向社会保险行政部门报案窗口报案备案，填写《工伤事故报告表》。因不可抗力原因无法在上述时间内报告的，应当于障碍消除后3日内报告。上下班途中的交通事故，或者其他原因造成的重伤事故、死亡事故，用人单位应当于事故发生后24小时内报告。报案方式包括网络或书面报告。
3. 用人单位未在规定的时限内提出工伤认定申请的，受伤害职工或者其近亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起1年内，可以直接向用人单位所在地统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。
4. 提出工伤认定申请应当填写《工伤认定申请表》，并提交下列材料：
5. 受伤害职工的身份证明；
6. 与用人单位存在劳动关系（包括人事关系）的证明材料；
7. 医疗诊断证明，或者职业病诊断证明书或者职业病诊断鉴定书；
8. 在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的，提交人民法院裁判文书或者公安部门的证明或者其他证明；
9. 在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的，提交公安交通管理部门或者其他相关部门的证明；
10. 因工外出期间，由于工作原因受到伤害的，提交公安部门的证明或者其他证明；因发生事故下落不明，提出因工死亡认定申请的，提交人民法院宣告死亡的文书；
11. 在工作时间、工作岗位突发疾病死亡，或者在工作时间、工作岗位突发疾病经抢救无效48小时内死亡的，提交医疗机构的抢救和死亡证明；
12. 在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的，提交民政部门或者其他相关部门的证明；
13. 因战、因公负伤致残的转业、复员、退伍军人，到用人单位后旧伤复发的，提交革命伤残军人证及县级以上医疗机构的旧伤复发诊断证明。
14. 用人单位未参加工伤保险的，还应当提交用人单位的设立登记或者设立批准证明。
15. 社会保险行政部门收到工伤认定申请后，依法应当在15日内对申请人提交的材料进行审核，材料完整的，作出受理或者不予受理的决定；申请人提交的材料不完整的，社会保险行政部门应当当场或者于5日内一次性书面告知申请人需要补正的全部材料。社会保险行政部门收到申请人提交的全部补正材料后，应当在15日内作出受理或者不予受理的决定。社会保险行政部门决定受理的，应当出具《工伤认定申请受理决定书》；决定不予受理的，应当出具《工伤认定申请不予受理决定书》。
16. 社会保险行政部门受理工伤认定申请后，可以根据需要对申请人提供的证据进行调查核实。社会保险行政部门进行调查核实，应当由两名以上工作人员共同进行，并出示执行公务的证件。对于需要用人单位提交有关举证材料的，会下达《工伤认定协助调查通知书》并送交有关用人单位，由该用人单位承担举证责任并协助调查。
17. 社会保险行政部门对下列情形的事故必须调查取证：
18. 死亡事故；
19. 因工外出期间，因受到意外伤害或发生下落不明的事故；
20. 在上下班途中，受到非本人主要责任有疑问的交通事故或城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的事故；
21. 非实名制参保人员发生的事故；
22. 工伤职工或者其近亲属申请工伤认定而用人单位不认可的事故；
23. 其它需要调查取证的事故。
24. 社会保险行政部门工作人员在工伤认定中，可以进行以下调查核实工作：
25. 根据工作需要，进入有关单位和事故现场；
26. 依法查阅与工伤认定有关的资料，询问有关人员并作出调查笔录；
27. 记录、录音、录像和复制与工伤认定有关的资料。调查核实工作的证据收集参照行政诉讼证据收集的有关规定执行。
28. 下列证据材料不得作为社会保险行政部门作出工伤认定的依据：
29. 严重违反法定程序收集的；
30. 以非法偷拍、非法偷录、非法窃听等手段侵害他人合法权益取得的；
31. 以利诱、欺诈、胁迫、暴力等不正当手段取得的；
32. 没有其他证据印证、且相关人员不予认可的证据的复制件或者复制品；
33. 被技术处理而无法辨认真伪的；
34. 不能正确表达意志的证人提供的证言；
35. 在中华人民共和国领域以外形成的未办理法定证明手续的；
36. 不具备合法性和真实性的其他证据材料。
37. 社会保险行政部门工作人员进行调查核实时，有关单位和个人应当予以协助。用人单位、工会组织、医疗机构以及有关部门应当负责安排相关人员配合工作，据实提供情况和证明材料。用人单位拒不协助社会保险行政部门对事故伤害进行调查核实的，由社会保险行政部门责令改正，处2000元以上2万元以下的罚款。
38. 社会保险行政部门应当自受理工伤认定申请之日起60日内作出工伤认定决定，出具《认定工伤决定书》或者《不予认定工伤决定书》。社会保险行政部门对于事实清楚、权利义务明确的工伤认定申请，应当自受理工伤认定申请之日起15日内作出工伤认定决定。
39. 社会保险行政部门应当自工伤认定决定作出之日起20日内，将《认定工伤决定书》或者《不予认定工伤决定书》送达受伤害职工（或者其近亲属）和用人单位，并抄送社会保险经办机构。《认定工伤决定书》和《不予认定工伤决定书》的送达参照民事法律有关送达的规定执行。
40. 工伤行政复议或诉讼
41. 用人单位、受伤害职工或者其近亲属对社会保险行政部门作出的不予受理决定不服或者对工伤认定决定不服的，可以自知道该具体行政行为之日起六十日内提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过六十日的除外。因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的，申请期限自障碍消除之日起继续计算。
42. 依法申请行政复议的用人单位、受伤害职工或者其近亲属是申请人。有权申请行政复议的职工死亡的，其近亲属可以申请行政复议。有权申请行政复议的职工为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，其法定代理人可以代为申请行政复议。
43. 用人单位、受伤害职工或者其近亲属对社会保险行政部门作出的不予受理决定不服或者对工伤认定决定不服申请行政复议的，作出具体行政行为的社会保险行政部门是被申请人。
44. 律师代理工伤行政复议案件一般以受伤害职工或受伤害职工所在的用人单位作为第三人。
45. 湖南省自2021年6月1日起，根据《湖南省人民政府关于行政复议体制改革的实施意见》（湘政发〔2021〕9号）的规定，工伤行政复议案件的行政复议机关，为作出工伤认定决定的社会保险行政部门的本级人民政府。各级司法行政部门为本级人民政府的行政复议机构，依法办理本级人民政府行政复议事项，以本级人民政府的名义作出行政复议决定。
46. 行政复议机关收到行政复议申请后，应当在五日内进行审查，对不符合本法规定的行政复议申请，决定不予受理，并书面告知申请人；对符合本法规定，但是不属于本机关受理的行政复议申请，应当告知申请人向有关行政复议机关提出。除前款规定外，行政复议申请自行政复议机关负责法制工作的机构收到之日起即为受理。
47. 行政复议机关应当自受理申请之日起六十日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于六十日的除外。情况复杂，不能在规定期限内作出行政复议决定的，经行政复议机关的负责人批准，可以适当延长，并告知申请人和被申请人；但是延长期限最多不超过三十日。行政复议决定书一经送达，即发生法律效力。
48. 用人单位、受伤害职工或者其近亲属直接向人民法院提起诉讼的，作出行政行为的行政机关是被告。经复议的案件，复议机关决定维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告；复议机关改变原行政行为的，复议机关是被告。复议机关在法定期限内未作出复议决定，用人单位、受伤害职工或者其近亲属起诉原行政行为的，作出原行政行为的行政机关是被告；起诉复议机关不作为的，复议机关是被告。
49. 根据《湖南省高级人民法院关于开展全省基层人民法院一审行政案件集中管辖工作的实施方案》（湘高法发[2019]3号）的规定，湖南省自2019年5月1日起，一审行政诉讼案件实行集中管辖。其中长沙市、衡阳市、怀化市基层人民法院一审行政案件分别由长沙、衡阳、怀化三个铁路运输法院集中管辖。
50. 用人单位、受伤害职工或者其近亲属不服人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。委托人不服人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。逾期不提起上诉的，人民法院的第一审判决或者裁定发生法律效力。
51. 劳动能力鉴定
    1. **初次劳动能力鉴定**
52. 职工发生工伤，经治疗伤情相对稳定后存在残疾、影响劳动能力的，或者停工留薪期满（含劳动能力鉴定委员会确认的延长期限），应当及时进行劳动能力鉴定。
53. 劳动能力鉴定由用人单位、工伤职工或者其直系亲属向设区的市级劳动能力鉴定委员会提出申请，填写劳动能力鉴定申请表并提供下列资料：
54. 工伤职工的居民身份证或者社会保障卡等其他有效身份证明的材料；
55. 工伤认定决定书；
56. 有效的诊断证明、按照医疗机构病历管理有关规定复印或者复制的检查、检验报告等完整病历材料；
57. 其他和鉴定有关的资料。
58. 劳动能力鉴定委员会鉴定或确认的项目：
    1. 工伤职工劳动功能障碍程度的等级鉴定；
    2. 工伤职工生活自理障碍程度的等级鉴定；
    3. 工伤职工停工留薪期延长的确认；
    4. 工伤职工疾病与工伤的因果关系鉴定；
    5. 工伤职工配置辅助器具的确认；
    6. 供养亲属丧失劳动能力程度的确认；
    7. 法律、法规规定的其他事项。
59. 用人单位有权要求陪同被鉴定人进行医疗技术鉴定，用人单位应当在《湖南省职工劳动能力鉴定表》上规定的栏目明确填写是否要求陪同鉴定的意见。用人单位要求陪同鉴定的，应提供相关人员身份证明及单位介绍信。被鉴定人拒绝工伤保险经办机构和用人单位陪同鉴定的，医疗技术鉴定意见不予承认。
60. 各级劳动能力鉴定委员会受理劳动能力鉴定申请后，应当从其建立的医疗卫生专家库中随机抽取3名或者5名相关专家组成专家组，由专家组提出医疗鉴定意见。根据医疗鉴定的需要，专家组可以要求被鉴定人提供相应的检查资料。被指定的医疗专家在接到的医疗鉴定任务后，应当依据职工的伤残情况，及时、科学、公正地对被鉴定人进行医疗技术鉴定。

劳动能力鉴定委员会根据专家组的医疗技术鉴定意见，作出工伤职工劳动能力鉴定结论。劳动能力鉴定委员会应当自收到劳动能力鉴定申请之日起60日内作出劳动能力鉴定结论，必要时，作出劳动能力鉴定结论的期限可以延长30日。

劳动能力鉴定委员会应当自作出鉴定结论之日起20日内将劳动能力鉴定结论及时送达工伤职工及其用人单位，并抄送社会保险经办机构。

* 1. **再次鉴定和复查鉴定**

1. 申请鉴定的单位或者个人对劳动能力鉴定结论不服的，可以在收到该鉴定结论之日起15日内向湖南省劳动能力鉴定委员会提出再次鉴定申请。
2. 申请劳动能力再次鉴定的申请人，应在做出前次劳动能力鉴定结论的劳动能力鉴定委员会领取劳动能力再次鉴定申请表，按规定填写，同时提供初次劳动能力鉴定结论及初次鉴定的申请材料。
3. 做出前次鉴定结论的劳动能力鉴定委员会应当指导申请人填写劳动能力再次鉴定申请表，并在劳动能力再次鉴定表上填写前次鉴定结论。
4. 湖南省劳动鉴定委员会做出的再次鉴定结论为最终结论。
5. 自劳动能力鉴定结论作出之日起1年后，工伤职工或者其直系亲属、所在单位或者经办机构认为伤残情况发生变化的，可以向设区的市级劳动能力鉴定委员会申请劳动能力复查鉴定。
6. 申请劳动能力复查鉴定的申请人应填写劳动能力复查鉴定申请表，同时提供生效劳动能力鉴定结论及其申请材料。
7. 劳动能力的再次鉴定和复查鉴定按照相关法律规定的程序进行。
8. 劳动能力再次鉴定结论和复查鉴定结论应当及时送达工伤职工、用人单位，以及相应经办机构。
9. 工伤赔偿项目
10. 用人单位应当自收到劳动能力鉴定结论书之日起30日内，持工伤认定决定书和劳动能力鉴定结论书，到统筹地区经办机构为职工办理工伤保险待遇申报手续。
11. 依照《工伤保险条例》规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用，用人单位不支付的，从工伤保险基金中先行支付。从工伤保险基金中先行支付的工伤保险待遇应当由用人单位偿还。用人单位不偿还的，社会保险经办机构可以追偿。用人单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位依照本条例的规定支付新发生的费用。
12. 职工因工作遭受事故伤害或者患职业病进行治疗，享受工伤医疗待遇。职工治疗工伤应当在签订服务协议的医疗机构就医，情况紧急时可以先到就近的医疗机构急救。治疗工伤所需费用符合工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准的，从工伤保险基金支付。工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准，由国务院社会保险行政部门会同国务院卫生行政部门、食品药品监督管理部门等部门规定。
13. 工伤职工到签订服务协议的医疗机构进行工伤康复的费用，符合规定的，从工伤保险基金支付。
14. 工伤职工治疗非工伤引发的疾病，不享受工伤医疗待遇，按照基本医疗保险办法处理。
15. 职工住院治疗工伤的伙食补助费，从工伤保险基金支付，基金支付的具体标准由统筹地区人民政府规定。
16. 经医疗机构出具证明，报经办机构同意，工伤职工到统筹地区以外就医所需的交通、食宿费用从工伤保险基金支付，基金支付的具体标准由统筹地区人民政府规定。
17. 工伤职工因日常生活或者就业需要，经劳动能力鉴定委员会确认，可以安装假肢、矫形器、假眼、假牙和配置轮椅等辅助器具，所需费用按照国家规定的标准从工伤保险基金支付。
18. 职工因工作遭受事故伤害或者患职业病需要暂停工作接受工伤医疗的，在停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由所在单位按月支付。停工留薪期一般不超过12个月。伤情严重或者情况特殊，经设区的市级劳动能力鉴定委员会确认，可以适当延长，但延长不得超过12个月。工伤职工评定伤残等级后，停发原待遇，按照本章的有关规定享受伤残待遇。工伤职工在停工留薪期满后仍需治疗的，继续享受工伤医疗待遇。
19. 生活不能自理的工伤职工在停工留薪期需要护理的，由所在单位负责。
20. 工伤职工已经评定伤残等级并经劳动能力鉴定委员会确认需要生活护理的，从工伤保险基金按月支付生活护理费。生活护理费按照生活完全不能自理、生活大部分不能自理或者生活部分不能自理3个不同等级支付，其标准分别为统筹地区上年度职工月平均工资的50%、40%或者30%。
21. 职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，保留劳动关系，退出工作岗位，享受以下待遇：

（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：一级伤残为27个月的本人工资，二级伤残为25个月的本人工资，三级伤残为23个月的本人工资，四级伤残为21个月的本人工资；

（二）从工伤保险基金按月支付伤残津贴，标准为：一级伤残为本人工资的90%，二级伤残为本人工资的85%，三级伤残为本人工资的80%，四级伤残为本人工资的75%。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由工伤保险基金补足差额；

（三）工伤职工达到退休年龄并办理退休手续后，停发伤残津贴，按照国家有关规定享受基本养老保险待遇。基本养老保险待遇低于伤残津贴的，由工伤保险基金补足差额。

职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，由用人单位和职工个人以伤残津贴为基数，缴纳基本医疗保险费。

1. 职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，享受以下待遇：

（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：五级伤残为18个月的本人工资，六级伤残为16个月的本人工资；

（二）保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用人单位按月发给伤残津贴，标准为：五级伤残为本人工资的70%，六级伤残为本人工资的60%，并由用人单位按照规定为其缴纳应缴纳的各项社会保险费。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由用人单位补足差额。

经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金。一次性工伤医疗补助金的具体标准是：五级伤残为24个月的本人工资，六级伤残为18个月的本人工资；一次性伤残就业补助金的具体标准是：五级伤残为36个月的本人工资，六级伤残为30个月的本人工资。

1. 职工因工致残被鉴定为七级至十级伤残的，享受以下待遇：

（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：七级伤残为13个月的本人工资，八级伤残为11个月的本人工资，九级伤残为9个月的本人工资，十级伤残为7个月的本人工资；

（二）劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。一次性工伤医疗补助金的具体标准是：七级伤残为15个月的本人工资，八级伤残为10个月的本人工资，九级伤残为8个月的本人工资，十级伤残为6个月的本人工资；一次性伤残就业补助金具体标准是：七级伤残为15个月的本人工资，八级伤残为10个月的本人工资，九级伤残为8个月的本人工资，十级伤残为6个月的本人工资。

1. 五级至十级伤残工伤职工自愿与用人单位解除或者终止劳动关系，距法定退休年龄5年以上（含5年）的，应当按照本办法第二十五条、第二十六条的规定享受一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金；不足5年的，每少一年减除20％，但最高减除额不得超过全额的90％。
2. 工伤职工达到退休年龄并办理退休手续的，不享受一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金。
3. 职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金：

（一）丧葬补助金为6个月的统筹地区上年度职工月平均工资；

（二）供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准为：配偶每月40%，其他亲属每人每月30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围由国务院社会保险行政部门规定；

（三）一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍。

伤残职工在停工留薪期内因工伤导致死亡的，其近亲属享受本条第一款规定的待遇。

一级至四级伤残职工在停工留薪期满后死亡的，其近亲属可以享受本条第一款第（一）项、第（二）项规定的待遇。

1. 职工作为被侵权人有权获得工伤保险待遇或者其他社会保险待遇的，侵权人的侵权责任不因受害人获得社会保险而减轻或者免除。根据社会保险法第三十条和四十二条的规定，被侵权职工有权请求工伤保险基金或者其他社会保险支付工伤保险待遇或者其他保险待遇。用人单位未依法缴纳工伤保险费，职工因第三人侵权造成人身损害并构成工伤，侵权人已经赔偿的，职工有权请求用人单位支付除医疗费之外的工伤保险待遇。用人单位先行支付工伤保险待遇的，可以就医疗费用在第三人应承担的赔偿责任范围内向其追偿。
2. 《工伤保险条例》所称本人工资，是指工伤职工因工作遭受事故伤害或者患职业病前12个月平均月缴费工资。如果在用人单位工作不满１年的，按照实际工作月份的平均工资为本人工资。本人工资高于统筹地区职工平均工资300%的，按照统筹地区职工平均工资的300%计算；本人工资低于统筹地区职工平均工资60%的，按照统筹地区职工平均工资的60%计算。双方没有签订劳动合同或者劳动合同中没有约定工资标准或者工作不满１月的，月工资标准参照适用其统筹地区上年度职工平均工资。
3. 工伤职工有下列情形之一的，停止享受工伤保险待遇：

（一）丧失享受待遇条件的；

（二）拒不接受劳动能力鉴定的；

（三）拒绝治疗的。

1. 用人单位、工伤职工或者其近亲属骗取工伤保险待遇，医疗机构、辅助器具配置机构骗取工伤保险基金支出的，由社会保险行政部门责令退还，处骗取金额2倍以上5倍以下的罚款；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。
2. 仲裁前的工作

**第一节 调查取证**

1. 办理工伤纠纷案件，一般情况下通常需要对以下证据进行举证：

（一）劳动合同或聘（录）用协议；

（二）争议发生前十二个月经劳动者签收的工资单或银行进账凭证；

（三）解除或终止劳动合同通知书；

（四）辞职申请或辞职信；

（五）医院诊断证明；

（六）工伤认定书及劳动能力鉴定材料；

（七）员工手册或劳动纪律、规章制度以及相应的制定过程材料、单位公示及员工签收的证明；

（八）考勤记录资料；

（九）受伤害职工月平均工资资料；

（十）涉及仲裁时效或诉讼时效中止、中断等事实的资料；

（十一）出现多个用工主体时，反映不同用工主体间法律关系及相关背景的资料；

（十二）其他与案件相关的资料。

1. 根据《工伤保险条例》，职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。。
2. 律师在调查取证时不得伪造、变造证据，不得威胁、利诱或欺骗他人提供虚假证据，不得无理妨碍对方委托人合法取证，不得诱导或帮助委托人伪造、变造证据。
3. 律师调查取证时，须持律师事务所专用介绍信，并出示律师执业证。调查以两名以上律师共同进行为宜。如被调查人是未成年人的，必须有其监护人在场。
4. 律师在代理用人单位办理工伤纠纷案件时，对于将用人单位所属员工所陈述的对用人单位有利的证言作为主要证据使用的，应客观看待其效力，并提示用人单位注意该类证人证言有可能不被劳动人事争议仲裁委员会或法院采纳，且可能因此导致其主张得不到劳动人事争议仲裁委员会或法院支持的风险。

**第二节 其他诉前工作**

1. 律师代理委托人提出仲裁申请前，可以应委托人的要求参与和解。
2. 律师代理案件时，应当告知委托人该案根据法律规定是否属于一裁终局案件。
3. 在工伤纠纷案件中，举证责任的分配往往对案件结果存在较大影响，用人单位建立的用工管理台账应当至少保存两年，职工名册、录用登记应当至少保存至劳动者离职后两年，实习、见习人员管理台账应当至少保存至实习、见习结束后两年。由于用工管理台账由用人单位掌握，如用人单位在仲裁或诉讼中无法对此进行举证，可能将承担举证不能的法律后果。
4. 仲裁阶段
   1. **立案**
5. 律师代理受伤职工或其近亲属一方，应当根据委托人提供的证据材料及调查取证阶段取得的材料，撰写劳动仲裁申请书及准备证据目录及证据材料，并按照参与人数提交相应份数的材料。
6. 工伤纠纷案件一般根据劳动争议案件确定管辖的原则确定劳动人事争议仲裁委员会。律师在不明确实际管辖的劳动人事争议仲裁委员会的，一般应提前致电相应劳动人事争议仲裁委员会的立案庭确定管辖范围。
   1. **举证及答辩**
7. 律师代理用人单位一方处理工伤纠纷案件的，应全面搜集与该案有关、对委托人有利的证据材料，并列好证据清单，注明证据要证明的内容，及时向劳动人事争议仲裁委员会提交。
8. 律师代理用人单位一方处理工伤纠纷案件的，应在劳动人事争议仲裁委员会规定的期限内提交证据，确有客观原因不能在规定期限内提交的，应当提前向劳动人事争议仲裁委员会说明并申请延期。
9. 律师代理用人单位一方处理工伤纠纷案件的，应当在收到劳动人事争议仲裁委员会发出的举证通知书的十五日内提交劳动仲裁答辩状，并根据申请人提交的证据准备书面质证意见。

**第三节 开庭**

1. 律师代理工伤纠纷案件，应在开庭前做好充分准备，起草答辩状，列出质证意见，研究庭审可能的辩论焦点，查找本案涉及的法律法规。
2. 律师在收到仲裁员名单后，发现仲裁员有法定回避情形的，应当代理委托人以书面方式提出回避申请：
3. 律师接到劳动人事争议仲裁委员会的开庭通知、举证通知等材料后，应当及时通知委托人并征询其是否出庭参加仲裁的意见，依时参加仲裁。案件开庭日期如与其他案件已经安排在先的开庭日期冲突的，律师应当向劳动人事争议仲裁委员会申请延期，如延期不成的，应与委托人协商更换代理人或解除合同。
4. 律师可以根据具体情况，建议委托人参加或不参加庭审，如委托人参加庭审的，律师应在开庭前提醒委托人携带身份证明手续并准时到庭。
5. 在劳动人事争议仲裁委员会开庭审理前，律师应与委托人充分交换意见，分析案情，核对证据，说明举证责任，明确请求事项，以便双方在庭审时相互配合。
6. 律师在开庭前应征求委托人是否调解的意见，如同意调解应商讨可以接受的调解方案。
7. 如需要申请证人出庭作证，律师应在开庭前根据举证通知书等将证人的姓名、身份、工作单位或住所、联系电话以及与本案的关系等情况形成书面申请告知劳动人事争议仲裁委员会，并联系好证人，明确要作证的内容，告知开庭时间和场所，提醒携带身份证件。
8. 律师在庭审质证时，应当结合证据是否超过举证期限及证据的真实性、合法性、关联性发表意见。律师应注意：即使认为对方所举证据超过举证期限，律师仍应对证据发表看法并声明不视为同意质证。
9. 律师在庭审时，如涉及案件对委托人有利的事实而庭审没有查明的，可以通过向对方发问或补充陈述的方式向仲裁庭进行阐明。
10. 律师对庭审笔录应当仔细核对，对记录错误或少记、漏记的，应立即提出补正并在旁边签名，同时在笔录后面签署日期和留下联系电话。
11. 律师收到劳动人事争议仲裁委员会的裁决文书后，应当及时当面或按约定的地址及方式向委托人送达。对于委托人享有起诉权的仲裁裁决，应征询委托人是否起诉并提醒起诉的期限，送达回证应妥善保管并在结案后归档。
12. 诉讼阶段
13. 如果委托人对仲裁裁决书不服，可以向有管辖权的法院提起诉讼。如果是一裁终局的案件，可以向当地中级人民法院申请撤销仲裁裁决。
14. 律师接到一审法院的开庭通知、举证通知等材料后，应当及时通知委托人并征询其是否出庭参加诉讼的意见，依时参加诉讼。
15. 律师办理劳动争议一审案件，应当重新编制证据清单，在规定的举证期限内提交证据。在仲裁阶段无正当理由未提交或拒不提交的证据，在一审阶段首次提交且不能说明正当理由的，法院可能不予采纳。
16. 律师应于一审判决后认真研究、分析原审判决，并公正、客观地向委托人做好解释或说明工作，仔细了解委托人上诉的目的等，同时要告知一审判决书签收的具体时间及上诉的最后期限，在将一审判决书转交委托人时应让委托人签收。
17. 若律师认为原审法院的事实认定清楚、法律适用正确且程序合法等，但委托人仍坚持提起二审诉讼的，律师应当慎重考虑是否接受委托人的委托承办二审诉讼业务。
18. 律师接受二审委托后应将上诉状交由委托人签章确认，告知其二审诉讼风险及证据规则等，并制作谈话笔录以附卷备查。
19. 律师办理完毕上诉手续后应当告知委托人受托事务的进展情况。
20. 律师接到二审法院的开庭通知后应当及时通知委托人并征询其是否出庭参加诉讼的意见，依时参加诉讼。
21. 律师于二审判决前应经常与委托人沟通并通报二审案件的进展情况。二审判决后，律师应将判决书及时送达给委托人并就判决书所确定的义务的履行方法等向委托人进行说明，同时注重与委托人的沟通、解释工作，努力做好委托人的服判工作，以维护法律的尊严等。
22. 若二审判决确有不妥之处，律师应当告知委托人依法申请再审或向人民检察院提出申诉，同时要告知二审判决书签收的具体时间及提起再审的最后期限，在将二审判决书转交委托人时应让委托人签收。在委托人签收后，律师应将签收回执附卷留存。
23. 本章未规定的其他事项，可参照仲裁阶段的相关规定。
24. 调解
25. 发生工伤争议，律师需了解参与各方的调解意向、用人单位的性质和经营状况，初步评估调解事项的合法性、合理性，并得出关于调解的基础与可行性的初步结论。
26. 了解案件基本情况后，如具备调解基础，律师可以于受托后建议委托人向下列调解组织申请调解：

（一）用人单位的劳动争议调解委员会；

（二）依法设立的基层人民调解组织；

（三）用人单位所在地或劳动合同履行地的乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。

1. 律师代理委托人参与调解的，应当要求委托人签署特别授权书，注明委托事项、受托权限等，对最终达成的调解方案，律师在代为签署前仍应要求委托人书面确认。
2. 律师接受委托后申请劳动争议调解的，应当以书面形式申请，并于调解申请书中说明申请人基本情况、申请调解的争议事项、理由和时间。
3. 律师代理受伤害职工一方的，应当告知工伤赔偿项目及赔偿依据，为委托人争取最大的合法权益；律师代理用人单位一方的，应当告知所制定的调解方案需符合相关法律法规的规定，不得侵害劳动者的合法权益。
4. 律师代为委托人拟定调解方案的，需从法、理、情三个层面充分论证，应就调解相关事宜充分与委托人沟通，并审核调解方案的计算依据及合法性。
5. 经调解达成协议的，调解组织应当制作调解协议书。调解协议书由双方委托人签名或者盖章，经调解员签名并加盖调解组织印章后生效，对双方委托人均具有约束力，委托人应当履行。
6. 签订调解协议需平等、自愿，并就调解协议的重要条款进行释明，否则调解协议会因存在重大误解或者显示公平情形，被人民法院撤销。
7. 执行阶段
8. 委托人委托律师申请执行仲裁裁决书或调解书的，律师应依《民事诉讼法》的有关规定配合法院工作。
9. 律师接受委托后，应当依照法律规定确定管辖法院。律师在完成撰写执行申请书，准备生效判决书复印件等材料等准备工作后，应当启动执行立案程序。
10. 工伤法律援助案件的办理
11. 根据《中华人民共和国律师法》、《法律援助条例》、《律师和基层法律服务工作者开展法律援助工作暂行管理办法》、《工会法律援助办法》等有关规定，律师每年应当接受法律援助机构的指派，办理一定数量的法律援助案件，以履行法律援助义务，为受援人提供符合标准的法律援助，维护受援人的合法权益。
12. 律师办理劳动争议案件的法律援助业务时应当注意如下事项：

（一）充分考虑工伤劳动争议案件于我国现阶段的特殊性、复杂性、紧迫性和重要性；

（二）律师应及时、迅速、有效地为受援人提供法律服务；

（三）律师应积极地与事务所、法律援助机构以及相关部门沟通、汇报案件处理的时展等情况；

（四）律师应积极向劳动争议双方宣传法律、法规等，要求各方遵循法律途径维权；

（五）律师在办案过程中应始终坚持并注重调解的原则。

1. 律师在日常处理工伤劳动争议法律业务中发现当事人符合法律援助条件时，可以将当事人的有关案件材料转交其所在地的法律援助机构进行审查，或者告知当事人可向当地法律援助机构申请法律援助。特别需要注意的是，根据《工会法律援助办法》第十条的规定，农民工因请求支付劳动报酬或者工伤赔偿申请法律援助的，不受该办法规定的经济困难条件的限制，可以向工会法律援助机构申请委托代理法律援助。
2. 律师在承办劳动争议之法律援助案件过程中发现受援人有《法律援助条例》第二十三条规定列举的情形时，应当及时向法律援助机构报告，由法律援助机构负责审查核实，决定是否终止该项法律援助。
3. 若律师在办案过程中发现受援人可能采取上访、游行、集体停工或罢工等行为的，应当予以归劝、阻止，并及时通报所在的律师事务所和法律援助机构；劝阻无效的，律师可以根据法律规定及双方签订委托代理合同的约定解除委托。
4. 若律师在办案过程中发现其所承办的工伤劳动争议在用人单位内部普遍存在且可能引发其他较大规模的纠纷或威胁社会稳定的，应当及时将此情形反馈到法律援助机构。
5. 律师应当于法律援助案件办结后及时办理归档手续。
6. 案件归档
7. 律师在完成代理工作后，需对案件进行复盘，形成书面总结意见，并向客户发送意见书，及时进行客户回访。
8. 律师在案件完结后，需按《归档指引》完成案件归档工作。
9. 附则
10. 本指引由湖南省律师协会起草和解释，用于律师办理工伤劳动争议纠纷案件时参考适用。
11. 本指引实施后，与新的法律、法规、规章、司法解释有冲突的，以新的法律、法规、规章、司法解释的规定为准。
12. 本指引由湖南省律师协会负责解释。

附：

一、工伤认定赔付流程图

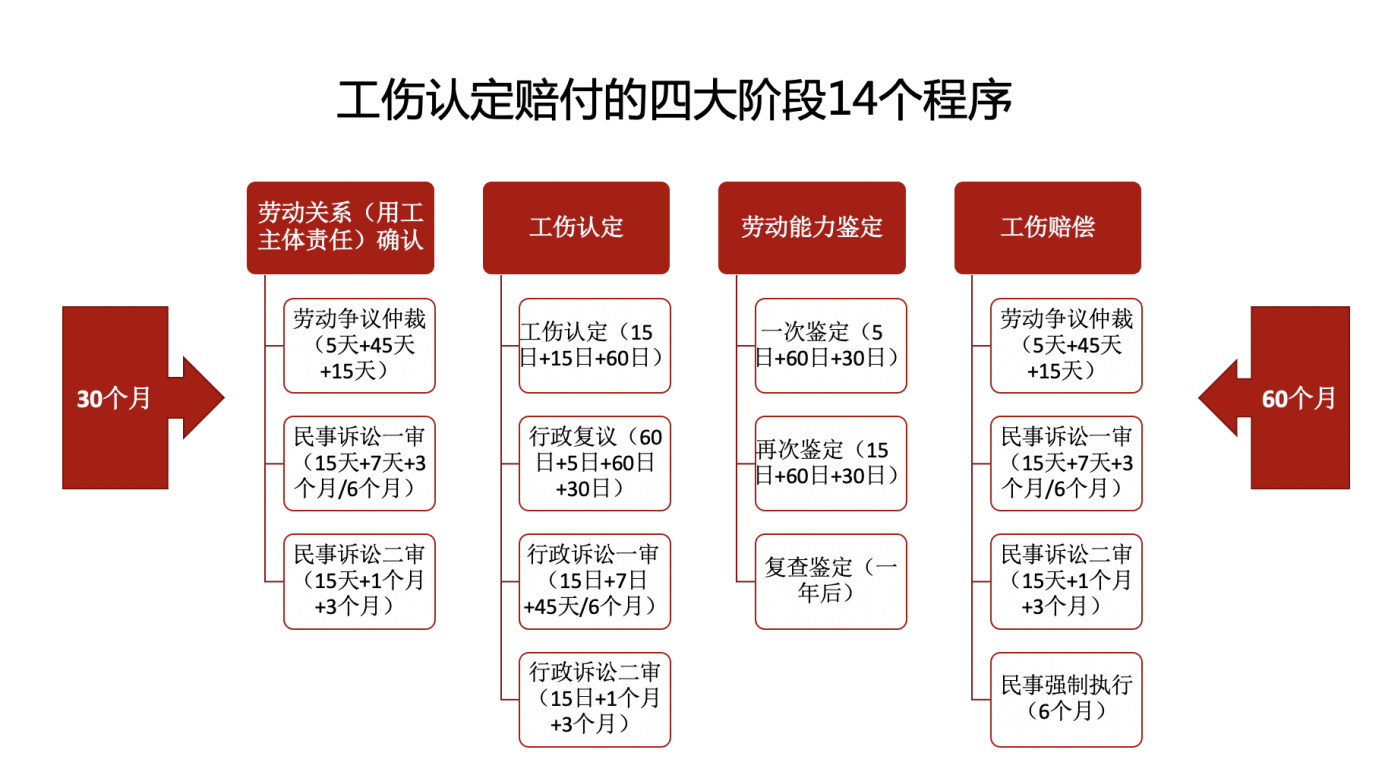
二、工伤案件咨询登记表

三、工伤待遇赔付清单

四、风险告知书

五、和解协议

**一、工伤认定赔付流程图**

**二、工伤案件咨询登记表**

工伤案件咨询登记表

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **一、基本信息** | | | | | | | | | |
| 劳动者 |  | | | | 身份证号 | |  | | |
| 常住地址 |  | | | | 联系电话 | |  | | |
| 用人单位 |  | | | | 地址 | |  | | |
| 负责人 |  | | | | 联系电话 | |  | | |
| 入职时间 |  | | | | 工作岗位 | |  | | |
| 月平均工资 |  | | | | 是否签订书面劳动合同 | | | |  |
| 是否缴纳社保 | | | | |  | | | | |
| **二、案件情况** | | | | | | | | | |
| 事故发生时间、地点、经过： | | | | | | | | | |
| 住院医院 |  | | | 住院天数 | | | |  | |
| 护理天数 |  | | | 护理人工资 | | | |  | |
| 医疗费用金额及支付 | | | |  | | | |  | |
| 其他 |  | | |  | | | |  | |
| **三、工伤认定情况** | | | | | | | | | |
| 是否已进行工伤认定 | | | | |  | | | | |
| 工伤认定意见 | | | | |  | | | | |
| **四、劳动能力等级鉴定** | | | | | | | | | |
| 是否已进行劳动能力鉴定 | | | | |  | | | | |
| 劳动能力伤残等级 | | | | |  | | | | |
| 误工时间 | |  | | | 护理依赖 | | |  | |
| 是否缴纳鉴定费用 | | | | |  | | |  | |
| **五、案件证据材料** | | | | | | | | | |
| 已有证据材料 | | | | | | | | | |
| 序号 | | | 材料名称 | | | 证明事实 | | | |
|  | | |  | | |  | | | |
|  | | |  | | |  | | | |
|  | | |  | | |  | | | |
|  | | |  | | |  | | | |
| 需补充证据材料 | | | | | | | | | |
|  | | |  | | |  | | | |
|  | | |  | | |  | | | |
|  | | |  | | |  | | | |
|  | | |  | | |  | | | |
|  | | |  | | |  | | | |

三、工伤待遇赔付清单

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **序号** | **赔付项目** | **计算公式** | **赔偿金额** |
| 1 | 医药费 |  |  |
| 2 | 住院期间伙食补助费 |  |  |
| 3 | 交通费 |  |  |
| 4 | 食宿费 |  |  |
| 5 | 康复性治疗费 |  |  |
| 6 | 假肢、矫形器、假眼、假牙、轮椅费用 |  |  |
| 7 | 停工留薪工资 |  |  |
| 8 | 护理费 |  |  |
| 9 | 一次性伤残补助金 |  |  |
| 10 | 一次性伤残医疗补助金 |  |  |
| 11 | 一次性就业补助金 |  |  |
| 12 | 伤残津贴 |  |  |
| 13 | 一次性工亡补助金 |  |  |
| 14 | 丧葬补助金 |  |  |
| 15 | 供养亲属抚恤金 |  |  |

四、风险告知书

某某律所为帮助委托人避免常见的诉讼风险，根据《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国律师法》、《工伤保险条例》以及相关法律规定，现将常见的工伤纠纷案件诉讼风险提示如下：

1. 工伤认定
2. 工伤认定必须在规定时间内进行，超过法定申请时限，社会保险行政部门将不会受理工伤认定申请。
3. 必须根据社会保险行政部门的要求提供工伤认定的申请材料，否则社会保险行政部门可能会以证据不足为由作出不予认定工伤决定。
4. 仲裁申请、起诉、请求与时效
5. 仲裁申请、起诉不符合法律规定条件的，劳动人事争议仲裁委员会或人民法院不会受理，即使受理也会驳回起诉。委托人起诉不符合管辖规定的，案件将会被移送到有权管辖的人民法院审理。
6. 增加、变更诉讼请求或者提出反诉，超过仲裁时效或人民法院许可或者指定期限的，可能不被审理。
7. 请求人民法院保护民事权利的起诉已超过诉讼时效的，如果原告没有对导致超过诉讼时效的事实提供证据证明，其诉讼请求不会得到人民法院的支持。
8. 起诉或者上诉，不按时预交诉讼费用，或者提出缓交、减交、免交诉讼费用申请未获批准仍不交纳诉讼费用的，人民法院将会按自动撤回起诉、上诉处理。
9. 申请财产保全，应当按规定交纳保全费用而没有交纳的，人民法院不会对申请保全的财产采取保全措施。委托人提出财产保全申请，未按人民法院要求提供相应财产担保的，人民法院将依法驳回其申请。申请人申请财产保全有错误的，将要赔偿被申请人因财产保全所受到的损失。
10. 人民法院按照委托人自己提供的送达地址送达诉讼文书时，因委托人提供的己方送达地址不准确，或者送达地址变更未及时告知人民法院，致使人民法院无法送达，造成诉讼文书被退回的，诉讼文书也视为送达。
11. 证据材料
12. 诉讼请求或者反驳对方的诉讼请求，应提供证据证明。律师不具有强制取证的权利，根据委托人的线索仍无法取得充分的证据，则可能面临不利的裁判后果。
13. 向人民法院提交的证据，应当在法院指定的期限内完成。否则人民法院可能视其放弃了举证的权利。
14. 证据应当提供原件或者原物，或经人民法院核对无异的复制件或者复制品。否则可能不被采信。
15. 证人证言需证人出庭作证并接受质询，否则可能会不被采信。
16. 审理与执行
17. 原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退出法庭的，人民法院将按自动撤回起诉处理；被告反诉的，人民法院将对反诉的内容缺席审判。被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退出法庭的，人民法院将缺席判决。
18. 超过期限向人民法院申请强制执行的，人民法院不予受理。
19. 被执行人没有财产或者没有足够财产履行生效法律文书确定义务的，人民法院可能对未履行的部分裁定中止执行，申请执行人的财产权益将可能暂时无法实现或者不能完全实现。
20. 律师代理
21. 委托人向律师作虚假陈述、提供虚假证据，将会导致律师作出错误分析和判断，对此律师所及律师不承担责任。
22. 因众多不确定因素的存在，律师对委托事项的分析是基于委托人陈述和证据，在维护委托人权益的立场上根据自己的专业知识所作的法律判断，并不代表结果的必然性，**律师对代理结果不作承诺和保证（即律师不包赢）。**
23. 诉讼中各种法律文书均具有一定的法律效力，委托人在签署任何法律文书时应当全面阅读和理解后签署，法律文书经委托人签署则视为委托人对其中内容的认可。
24. 委托律师代理业务应当与律师事务所而非个人签订委托合同，委托合同必须有律师事务所的盖章，所有律师费必须在合同中明确约定并缴纳给律师事务所或打入律师事务所账户，否则，因此造成的不利后果由委托人自行承担，律师事务所对此不承担责任。

如您已经阅读和完全理解上述风险告知内容，请您签字确认，并留下您的联系方式。欢迎向我所提出宝贵意见和建议，并进行监督，电话：

委托人签字确认：

签署时间：

联系方式：

五、和解协议

甲方： 公司

法定代表人： ，

地址：

乙方： ，公民身份号码： ，住 ，联系电话：

就乙方于 年 月 日在 受伤一事，甲、乙双方秉承着平等协商、互谅互让的原则，自愿达成如下协议：

1. 甲方向乙方支付一次性补偿费用为 元（包括但不限于医疗费、后续治疗费、住院伙食补助费、停工留薪费、护理费、交通费、鉴定费、一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金）。

上述款项 元由甲方通过甲方的公账（户名： ，开户银行： ；账号： ）在 年 月 日前转到乙方指定账户（户名： ，开户银行： ；账号： ）。

1. 在甲方依本协议约定支付上述款项 元后，甲、乙双方再无争议，乙方不得再以任何事由和任何方式向甲方或甲方关联方主张权利，或向有关部门进行投诉、申诉、起诉等。
2. 乙方如违反上述约定，应无条件退还甲方已支付的全部款项 万元，并向甲方支付违约金 元。
3. 本协议在履行过程中，如有纠纷，双方应友好协商解决，协商不成，则提交本协议签订地 人民法院进行司法处理。双方在协议首部约定的联系方式为合法有效的送达方式，适用于本协议相关事宜处理的全部阶段，如有变更，应书面通知对方方为有效。
4. 本协议由甲乙双方签字或盖章后生效，本协议一式四份，甲方持三份，乙方持一份，具有同等法律效力。

甲方： 乙方：

授权代表：

年 月 日 年 月 日

律师代理患方医疗损害责任纠纷案件

业务操作指引

目 录

第一章 总则

第二章 案件委托

第三章 代理协商、调解和诉讼

第四章 其他

律师代理患方医疗损害责任纠纷案件业务

操作指引

第一章 总 则

**第一条** 为指导律师规范办理医疗损害责任纠纷案件，确保办案质量，根据《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国民法典》、《医疗纠纷预防和处理条例》、《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》、《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》、《湖南省高级人民法院关于诉前委托鉴定工作的实施办法》（试行）及相关医疗卫生管理法律、法规等，制订本操作指引。

**第二条** 本操作指引所指的医疗纠纷是指医患双方因诊疗活动引发的争议。

本指引所指的医疗损害责任纠纷案件，是指患者以在诊疗活动中受到人身损害或者财产损失为由请求医疗机构，医疗产品的生产者、销售者、药品上市许可持有人或者血液提供机构承担侵权责任的案件。包括医疗美容侵权案件。

不包括当事人提起的医疗服务合同纠纷案件。

第二章 案件委托

**第三条** 律师接受当事人委托前，应审查该案是否具备受理条件，具体审核要点如下：

（一）是否存在医疗服务合同关系；

（二）是否有明确、可量化的人身损害或财产损失结果；

（三）在医疗活动中是否存在违法、违规行为；

（四）医疗产品是否存在缺陷可能；

（五）违法、违规行为以及产品缺陷和患者损害后果之间是否具备初步因果关系。

（六）是否已经过了诉讼时效、有无诉讼时效中断中止情形；

（七）委托人是否具备委托资格。

**第四条**  审核是否具备医疗服务合同关系通常根据患者就诊的挂号凭证、病历、医疗费发票，医疗费清单、或者与就诊相关的其他资料。

**第五条** 指导当事人收集及提交医疗损害责任纠纷案件证据，证据范围包括但不限于当事人对就诊经过陈述、就诊资料（包括门急诊病历、住院病历、各种检验检查申请单及报告单、医药费清单、输液单、处方、各种影像学检查胶片、病理切片玻片及腊块、视频监控资料、行政处罚决定书等）、纠纷有关的现场实物（药品、医疗器械、消毒药剂、血液及血制品等）、损失依据（医疗费用发票、护工支出费用凭证等）、身份及亲属关系证明等。

**第六条** 指导或代理当事人及时复印、封存相关病历资料（患方可以复印、封存全部病历资料），及时调取或封存与诊疗行为相关的视频资料等。

如案件疑似输液、输血、医疗器械、消毒药剂等引起不良后果的，可以指导或代理当事人对现场实物进行封存。必要时，及时要求送检。

对于患者死亡案件，医患双方当事人不能确定死因或者对死因有异议的，应建议尸检（尸检应在患者死亡后４8小时内进行尸检；具备尸体冻存条件的，可以延长至７日），尸检应当经死者近亲属同意并签字。律师应分析尸检的必要性以及告知当事人尸检的程序及法律价值。

**第七条** 签订聘请律师合同时应当包括以下内容：

（一）风险告知：

包括：

（1）对案件结果不做百分之百胜诉的承诺；

（2）案件败诉可能承担的费用损失（律师费、鉴定费、诉讼费）；

（3）时间周期长，短时间内难以结案；

（4）案件高度依赖医疗鉴定，鉴定结论具有不确定性，重新鉴定启动难度大的风险；

（5）根据案件实际情况，告知其他可能存在的法律风险。

（二）律师费收取方式

律师提供法律咨询或案件代理服务，可以参照 2017年 1月19日施行的《湖南省律师服务收费行业指导标准》收取律师费。

（三）根据法律规定，医疗机构属于公共场所，律师在发现以下行为时，应当告知当事人可能会触犯相关法律，有被追究相应的法律责任的风险：

（1） 在医疗机构焚烧纸钱、摆设灵堂、摆放花圈、私拉横幅、违规停尸、聚众滋事、围堵大门或者重要出入口影响人员正常进出；

（2）在医疗机构内寻衅滋事；

（3）冲击或者占据医疗机构办公、诊疗场所；

（4）非法携带易燃、易爆危险物品或者管制器具进入医疗机构；

（5）侮辱、威胁、恐吓、故意伤害医务人员或者限制医务人员人身自由，或者威胁其他人员人身安全的行为；

（6）在医疗机构内故意损毁或者盗窃、抢夺公私财物；

（7）阻挠将尸体移放太平间或者殡仪馆；

（8）其他扰乱医疗机构正常秩序的行为。

**第八条** 律师在接受当事人委托后，可以从确定案由、审核病历资料、审核医疗机构医务人员资质、审核诊疗行为、是否侵犯患者知情权、隐私权等方面着手进行案件审查，具体见附件《律师审核医疗纠纷案件要点提示》。

**第九条** 律师经以上全面审核，并征询当事人意见后，依据过错程度、损害后果及之间的因果关系，分析案件主要矛盾，确立代理重点。

第三章 代理协商、调解和诉讼

**第十条** 律师在接受案件委托后，可以建议当事人通过人民调解的方式解决纠纷。长沙市内医疗机构可以通过长沙市医疗纠纷调解委员会进行调解。

**第十一条** 《湖南省高级人民法院关于诉前委托鉴定工作的实施办法》（试行）实施后，基层法院设置了诉前调解程序，并将鉴定纳入诉前调解环节，律师应当对当事人说明。

但对于病历真实性有争议、已和解或调解结案又再诉等案件，一般不宜做诉前鉴定，应正式立案解决争议问题后再鉴定。

**第十二条** 起诉及应诉

（一）案由选择：医疗纠纷案件，患方律师应当根据案件具体情况来确定案由的选择。代理律师应熟悉不同医疗纠纷案件的案由的特点及举证责任要求。

（二）诉讼请求及相关材料准备同一般人身损害赔偿案件。

（三）递交诉状时应一并递交需要进行医疗过错及因果关系、损害程度等相关事项的鉴定申请。

**第十三条** 举证

代理律师应当就存在医疗法律关系、存在人身损害及损害结果涉及赔偿范围、数额等进行举证，在是否存在医疗过错及医疗过错与损害后果之间是否存在因果关系及医疗过错参与度方面，根据案件的实际决定是否申请医疗损害鉴定。 对于医疗产品损害责任，代理律师应当就产品存在缺陷、缺陷产品与损害结果存在因果关系进行举证，必要时申请司法鉴定。

能够证明医疗机构有《中华人民共和国民法典》第1222条规定的下列情形之一的，可推定医疗机构有过错：

（一）违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；

（二）隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；

（三）遗失、伪造、篡改或者违法销毁病历资料。

对于因果关系的举证责任，我国《民法典》并没有明确规定由医方还是患方来承担举证责任，一般均通过申请医疗技术鉴定来解决。

但对于医方存在推定过错的法定情形之一的，鉴定申请原则上应由医方提出。

**第十四条** 证据交换

（一）如果病历已经封存，应当核对封存袋封面是否系原始封存状态；

（二）拆封病历后，核对已经复印的病史资料与原件是否一致，包括页数以及病历内容等；

（三）基于病历资料由医方形成并保管，故在双方发生争议后，患方代理律师应当重视病历资料审查和质证，尽量提交书面质证意见。

第十五条 病历是医疗纠纷案件中的主要证据，但不是唯一证据，律师应当指导或代理当事人在必要时收集其他证据并在证据交换时提供。

**第十六条** 对于需要证人出庭作证的案件，律师应当指导或代理当事人提出申请、并掌握质证程序和技巧。

**第十七条** 司法鉴定（见第四章）。

**第十八条** 法院委托鉴定前，律师需根据案情提请法院重点审查和明确认定相关事项，例如：

（一）应当确定合法、真实、有效的材料作为鉴定的检材范围；

（二）是否存在重要证据缺失或系伪造，影响案件事实查明，或影响鉴定客观、公正进行的；

（三）案件事实具有特殊性，需要法院在委托事项中专门注明的。

**第十九条** 不能进行医疗损害鉴定的常见情形：

（一）不能提供病历资料的；

（二）病历资料不全，鉴定机构认为无法鉴定的；

（三）主要病历资料不真实，鉴定机构无法进行鉴定的；

（四）无尸检报告，无法通过病历进行临床分析得出死亡原因；无尸检报告，患方不认可病历记录所记录的死亡原因的；

（五）法院或司法鉴定机构认为无法鉴定的。

**第二十条** 质证司法鉴定意见，包括但不限于：

（一）鉴定书依据的检材（主要是病史资料）是否真实、合法；

（二）鉴定程序是否合法（如违反回避规定、鉴定专家组成与鉴定所需不符）；

（三）鉴定认定的诊疗事实是否与病史资料及客观过程相矛盾；

（四）鉴定分析意见是否违反法律法规，诊疗规范、常规，护理规范、常规等，是否存在自行矛盾，是否违背客观常识等；

（五）必要时，可以依照民事诉讼法的规定申请鉴定人出庭接受质询；

（六）必要时，及时向人民法院提出补充鉴定、重新鉴定、再次鉴定的申请。

**第二十一条** 代理律师在法庭辩论中，应当综合案件的客观证据，结合医学科学理论和诊疗规范等，对鉴定报告发表针对性质证意见。

**第二十二条** 与一般人身损害赔偿案件相同。赔偿项目确定的法律依据为《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第六条至二十条。

律师应根据具体赔偿项目不同，提供每一项赔偿的计算依据以及相关证明材料。

第四章 司法鉴定

**第二十三条** 医疗纠纷案件可能会涉及到的鉴定种类很多，如文书鉴定、医疗损害鉴定、伤残等级鉴定、后期治疗费鉴定、三期（营养、护理、休息期限）鉴定、护理依赖、医疗依赖等。

**第二十四条** 鉴定机构以及鉴定人员的选择

律师应主动了解当地中级人民法院确定入选的司法鉴定机构，对于有证据可能会影响公正鉴定的机构，要及时提出回避；

对于行动不便的患者如患者为植物人的案件，尽量将损害后果的鉴定在当地司法鉴定机构完成。

**第二十五条** 鉴定受理后的程序（以法医司法鉴定机构组织的医疗损害鉴定为例，医学会组织的医疗事故技术鉴定和医疗损害技术鉴定有其统一规范流程，依其专门规定执行）

（一）书写鉴定陈述材料

1、根据现有的病史资料和客观事实对诊疗过程进行描述；

2、根据现有的法律、法规、规章、诊疗常规等规范，结合诊疗事实，对医疗机构存在的过错、过错医疗行为与损害后果之间的因果关系及医院应承担的责任比例进行分析和陈述；

3、利用裁判文书网，检索类似案例，提供类似案件其他鉴定机构的鉴定意见；

4、根据陈述意见，整理一份内容简单、概括性强、逻辑清晰的争议要点。

（二）鉴定人员（鉴定专家）的组成

1、鉴定专家一般由鉴定机构确定；

2、对于复杂案件， 律师可向鉴定机构提出要求临床专家参与听证，并对临床专家专业类别提出建议；

3、可能影响公正鉴定的鉴定人员，律师可以提出回避申请。

（三）鉴定听证会的召开

1、代理律师依据事实和医疗规范陈述诊疗过程及存在的过错；

2、鉴定人员与当事人进行提问与回答；

3、陈述及回答问题时，律师应当依照事实和医学规范，尊重鉴定人，有理有节，并避免发生冲突；

4、鉴定人对患者进行查体、摄像；

5、对于损害后果评估需要新的功能或者影像学检查的，开具检查单，到指定医疗机构进行检查。

**第二十六条** 病史资料或其他证据有伪造、涂改、添加或其它违反《病历书写基本规范》的，律师可以代理或指导当事人向法院提起司法文检鉴定申请。文检鉴定项目一般包括：签名笔迹鉴定、是否连续书写笔迹鉴定、文书形成时间鉴定等。

符合电子病历管理要求的医疗机构，也可以提起电子病历的相关鉴定。

第五章 其他

**第二十七条** 实物封存与检验程序

疑似输液、输血、注射、药物等引起不良后果的，医患双方应当及时共同对“现场实物”进行封存，封存应当粘贴封条，并在骑缝处签名盖章，注明日期；封存的“现场实物”由医疗机构保管，医疗机构应当向患方出具保管证明；需要检验的，应当由双方共同指定具备资质的检验机构进行检验；双方无法共同指定时，由卫生行政部门或法院指定。

**第二十八条** 医疗事故行政处理程序

当事人拟要求卫生行政部门按医疗事故对医疗机构及医务人员进行行政处理的，按《医疗事故处理条例》有关规定执行。

制定本操作指引的目的是为律师办理医疗纠纷案件提供借鉴和经验，并非强制性或规范性规定，仅供律师在实际办案过程中参考。

附件：《律师审核医疗纠纷案件要点提示》

**（一）确定案由**

根据案件特点或者相关法律文书材料，确定案件案由。常规医疗纠纷案件一般可分为医疗服务合同纠纷、医疗损害责任纠纷两个三级案由；医疗损害责任纠纷又分医疗产品责任纠纷、侵害患者知情同意责任纠纷两个四级案由。具体选择哪级案由，选择何种案由根据案件具体案情确定。

**（二）病历资料审核要点**

1、病历不完整，存在隐匿或违法销毁可能的；

2、病历存在伪造、篡改可能的；

3、重要病历记载与事实不符的，或记载内容相互矛盾的；

4、告知内容没有书面记录的；

5、术前讨论记录、手术记录、麻醉记录等记录的术者、手术名称等不一致的；

6、影像资料记载的姓名、摄像时间与患者实际情况不一致的；

7、病理送检申请单、检验报告互相矛盾的。

**（三）医疗机构、医务人员资质审核要点**

1、 医疗机构不具备《医疗机构执业许可证》或超范围执业的；

2、 医务人员不具备相关资质或超注册范围执业的；

3、未办理多点执业备案，在同一执业地点多个执业机构执业，的；

4、医院或医生越级开展手术的；

5、实习生、虽已通过医师资格考试但尚未注册人员、试用但未变更执业地点或执业机构人员等在无带教老师带教指导情况下，单独开具处方、医嘱、单独值班处置的；

6、规培生、进修生不具备相应资质单独值班的。

**（四）诊疗行为审核要点**

1、未详细询问病史及必要检查即做出诊断的；

2、未对检验提示的异常情况作病因鉴别检查即做出诊断的；

3、患者病情需要留院观察未予留院观察的；

4、对病情复杂或危重患者未按规定请示上级医生或未及时安排院内院外会诊的，或会诊未及时，或者未执行会诊意见的；

5、 护理人员没有按照护理规范、常规要求进行护理观察或巡视的；

6、 用药不当：如违反《中华人民共和国药典》，药品使用说明书或临床用药原则；滥用抗生素；违规使用麻醉药品、精神药品等；

7、麻醉不当：如麻醉前对病情评估不足影响手术效果的；麻醉前、麻醉期间用药不当的；麻醉方式选择不当的；麻醉复苏期病情观察、处置、护理不当的；

8、 手术不当：如手术指征、禁忌症、手术方式、手术时机掌握不当，手术违反相应手术操作规程，并发症的防范与处置不当、围术期风险评估不足、风险预案和处置措施不到位等；

9、术后病情观察、治疗、护理不当；

10、使用实验性药物或诊疗方法，没有依法充分说明风险、履行告知义务的；

11、病危患者的急救不符合急救原则的。

**（五）审查是否有侵犯患者隐私权、名誉权、知情同意权并导致患者损害的行为；**

**（六）审查是否存在医疗管理上的缺陷**：例如各科室协调障碍导致延误诊治等；

**（七）审查医疗机构使用的药品、医疗器械、血液及血制品等是否具备合法来源，是否可能存在产品缺陷；**

**（八）审查是否存在过度检查或过度医疗。**

**（九）审查是否存在可以免除或减轻医疗机构责任的事由：** 1、紧急情况下为抢救垂危患者生命而采取紧急医学措施造成不良后果的；  
 2、因患者病情异常或者体质异常而发生医疗意外的；  
 3、现有医学科学技术水平，无法预料或不能防范的；  
 4、无过错输血导致感染的；  
 5、因不可抗力造成不良后果的；  
 6、患者病情复杂，少见，罕见，目前临床实践中难以及时判断和诊疗的。

**（十）审查是否存在因患者及其亲属不配合诊断、治疗、护理等行为，可免除或减轻医疗机构责任的事由：** 1、拒绝使用适当治疗或抢救药物的；  
 2、拒绝进行有关常规及特殊项目检查的；  
 3、拒绝在手术同意书或其他必须书面同意文书上签字的；  
 4、拒绝留院观察建议的；  
 5、拒绝转院检查或治疗建议的；  
 6、非紧急情况下拒绝支付医疗有关费用的；  
 7、拒绝提供或不如实提供既往病史、家族史、药物过敏情况的。

律师代理环境民事公益诉讼

业务操作指引

目 录

1. 总则
2. 环境侵权责任纠纷案件

第三章 环境民事公益诉讼案件

第四章 其他

律师代理环境民事公益诉讼业务操作指引

第一章 总 则

**第一条** 为了保障律师依法履行职责，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国环境保护法》《中华人民共和国水污染防治法》《中华人民共和国大气污染防治法》《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》《中华人民共和国环境噪声污染防治法》《中华人民共和国环境影响评价法》《中华人民共和国律师法》《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》等法律法规、司法解释及相关规定，制定本操作指引。

**第二条** 随着国家对环境保护的力度加大以及公众环境保护意识的增强，环境民事诉讼案件数量呈现持续上升趋势。制定本操作指引，目的在于规范律师在承办环境民事诉讼案件过程中的执业行为，为律师承办环境民事诉讼案件提供参考和借鉴。

**第三条** 在承办环境民事诉讼案件过程中，律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义；必须遵守宪法和法律，恪守律师职业道德和执业纪律；必须以事实为根据，以法律为准绳；应当接受国家、社会和当事人的监督。

**第四条**  律师应当保守在承办环境民事诉讼案件中知悉的国家秘密、商业秘密，不得泄露当事人的隐私。律师对在诉讼活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的有关情况和信息，应当予以保密。但是，委托人或者其他人准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪事实和信息除外。

**第五条** 本操作指引所称环境，是指影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然因素的总体，包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、湿地、野生生物、自然遗迹、人文遗迹、自然保护区、风景名胜区、城市和乡村等。

第二章 环境侵权责任纠纷案件

**第六条** 本操作指引所称的环境侵权责任纠纷案件是指因加害人污染环境、破坏生态给受害人造成损害引发纠纷所致民事诉讼案件。

**第七条** 在归责方式上，因环境污染和生态破坏导致的环境侵权责任为无过错责任，不以行为人主观上具有过错为要件。其构成要件有三：

（一）行为人实施了污染环境或者破坏生态环境的加害行为；

（二）造成环境污染致人人身、财产损害或者造成破坏生态环境的损害后果；

（三）加害行为与损害后果之间有因果关系。根据受害人证明的基础事实，推定污染环境或破坏生态的加害行为与损害后果间有因果关系。

排污行为“符合国家、地方污染物排放标准”并非环境侵权的免责事由。排污行为是否符合国家、地方污染物排放标准，是认定应否承担行政责任、刑事责任的依据之一。

**第八条** 律师在承办环境侵权责任纠纷案件中，侵权人及其代理律师应注意，侵权人对行为与损害后果之间不存在因果关系承担证明责任，以下情形应当认定侵权人污染环境、破坏生态行为与损害后果之间不存在因果关系：

（一）排放污染物、破坏生态的行为没有造成该损害可能的；

（二）排放的可造成该损害的污染物未到达该损害发生地的；

（三）该损害于排放污染物、破坏生态行为实施之前已发生的；

（四）其他可以认定污染环境、破坏生态行为与损害之间不存在因果关系的情形。

**第九条** 被侵权人虽不对因果关系承担证明责任，但仍对基础事实承担证明责任。律师在承办环境侵权责任纠纷案件中，被侵权人及其代理律师应当提供证明以下事实的证据材料：

（一）侵权人排放了污染物或者破坏了生态；

（二）被侵权人的损害；

（三）侵权人排放的污染物或者其次生污染物、破坏生态行为与损害之间具有关联性。

侵权人及其代理律师能够提供反证证明污染环境、破坏生态行为与损害后果之间无因果关系的，不承担环境侵权责任。

**第十条** 符合环境侵权构成要件的，原告及其代理律师可以根据具体案情，提出以下诉讼请求：

（一）请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔礼道歉等民事责任；

（二）国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人承担生态环境修复责任。 国家规定的机关或者法律规定的组织请求侵权人修复生态环境的，人民法院可以依法裁判侵权人承担环境修复责任，并同时确定其不履行环境修复义务时应当承担的环境修复费用。侵权人在生效裁判确定的期限内未履行环境修复义务的，人民法院可以委托其他人进行环境修复，所需费用由侵权人承担；

（三）要求侵权人承担侵权损害赔偿责任。1.构成环境污染和生态破坏侵权，导致被侵权人人格权、财产权遭受损害的，侵权人应当承担侵权损害赔偿责任。2.国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人赔偿下列损失和费用：（1）生态环境受到损害至修复完成期间服务功能丧失导致的损失；（2）生态环境功能永久性损害造成的损失；（3）生态环境损害调查、鉴定评估等费用；（4）清除污染、修复生态环境费用；（5）防止损害的发生和扩大所支出的合理费用。3.侵权人故意违反国家规定污染环境、破坏生态造成严重后果的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

以上诉讼请求的提出，原告及其代理律师应当结合具体案情综合判断。

**第十一条** 两个以上侵权人共同实施污染环境、破坏生态行为造成损害，被侵权人及其代理律师可以根据[民法典](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMzcyODc%3D&language=中文)[第一千一百六十八条](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMzcyODc%3D&language=中文" \l "No3438_B7Z1T1168)规定请求侵权人承担连带责任。

两个以上侵权人分别实施污染环境、破坏生态行为造成同一损害，每一个侵权人的污染环境、破坏生态行为都足以造成全部损害，被侵权人及其代理律师可以根据[民法典](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMzcyODc%3D&language=中文)[第一千一百七十一条](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMzcyODc%3D&language=中文" \l "No3445_B7Z1T1171)规定请求侵权人承担连带责任。

两个以上侵权人分别实施污染环境、破坏生态行为造成同一损害，每一个侵权人的污染环境、破坏生态行为都不足以造成全部损害，被侵权人及其代理律师可以根据[民法典](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMzcyODc%3D&language=中文)[第一千一百七十二条](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMzcyODc%3D&language=中文" \l "No3447_B7Z1T1172)规定请求侵权人承担责任。

两个以上侵权人分别实施污染环境、破坏生态行为造成同一损害，部分侵权人的污染环境、破坏生态行为足以造成全部损害，部分侵权人的污染环境、破坏生态行为只造成部分损害，被侵权人及其代理律师可以根据[民法典](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMzcyODc%3D&language=中文)[第一千一百七十一条](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMzcyODc%3D&language=中文" \l "No3445_B7Z1T1171)规定请求足以造成全部损害的侵权人与其他侵权人就共同造成的损害部分承担连带责任，并对全部损害承担责任。

两个以上侵权人污染环境、破坏生态，对侵权人承担责任的大小，人民法院应当根据污染物的种类、浓度、排放量、危害性，有无排污许可证、是否超过污染物排放标准、是否超过重点污染物排放总量控制指标，破坏生态的方式、范围、程度，以及行为对损害后果所起的作用等因素确定。

**第十二条** 因情况紧急，不申请财产保全将会使被侵权人合法权益受到难以弥补的损害的，被侵权人及其代理律师可在环境侵权责任纠纷案件起诉前向人民法院申请采取财产保全措施。

**第十三条** 因环境侵权导致被侵权人的生产或生活极度困难，不先予执行将严重影响被侵权人的生活或生产经营的，环境侵权责任纠纷案件的被侵权人及其代理律师可申请人民法院裁定先予执行。

第三章 环境民事公益诉讼案件

**第十四条** 公民、法人和其他组织为了自身利益提起的有关污染、损害环境资源的普通民事诉讼以及由检察机关提起的环境公益诉讼不适用本操作指引中有关环境民事公益诉讼案件的内容。

**第十五条** 提起环境民事公益诉讼，原告及其代理律师应当提交下列材料：

（一）符合[民事诉讼法](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMjQyNjg%3D&language=中文)[第一百二十一条](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMjQyNjg%3D&language=中文" \l "No446_B2Z12J1T121)规定的起诉状，并按照被告人数提出副本；

（二）被告的行为已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险的初步证明材料；

（三）社会组织提起诉讼的，应当提交社会组织登记证书、章程、起诉前连续五年的年度工作报告书或者年检报告书，以及由其法定代表人或者负责人签字并加盖公章的无违法记录的声明。

**第十六条**  第一审环境民事公益诉讼案件由污染环境、破坏生态行为发生地、损害结果地或者被告住所地的中级以上人民法院管辖。

中级人民法院认为确有必要的，可以在报请高级人民法院批准后，裁定将本院管辖的第一审环境民事公益诉讼案件交由基层人民法院审理。

同一原告或者不同原告对同一污染环境、破坏生态行为分别向两个以上有管辖权的人民法院提起环境民事公益诉讼的，由最先立案的人民法院管辖，必要时由共同上级人民法院指定管辖。

经最高人民法院批准，高级人民法院可以根据本辖区环境和生态保护的实际情况，在辖区内确定部分中级人民法院受理第一审环境民事公益诉讼案件。

中级人民法院管辖环境民事公益诉讼案件的区域由高级人民法院确定。

**第十七条** 依照法律、法规的规定，在设区的市级以上人民政府民政部门登记的专门从事环境保护公益活动连续五年以上且无违法记录社会团体、基金会以及社会服务机构等，可以向人民法院提起环境民事公益诉讼。

设区的市，自治州、盟、地区，不设区的地级市，直辖市的区以上人民政府民政部门，可以认定为“设区的市级以上人民政府民政部门”。

社会组织章程确定的宗旨和主要业务范围是维护社会公共利益，且从事环境保护公益活动的，可以认定为“专门从事环境保护公益活动”。社会组织提起的诉讼所涉及的社会公共利益，应与其宗旨和业务范围具有关联性。

社会组织在提起诉讼前五年内未因从事业务活动违反法律、法规的规定受过行政、刑事处罚的，可以认定为“无违法记录”。

**第十八条** 检察机关、负有环境资源保护监督管理职责的部门及其他机关、社会组织、企业事业单位依据[民事诉讼法](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMjQyNjg%3D&language=中文)[第十五条](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMjQyNjg%3D&language=中文" \l "No91_B1Z1T15)的规定，可以通过提供法律咨询、提交书面意见、协助调查取证等方式支持社会组织依法提起环境民事公益诉讼。

**第十九条** 环境民事公益诉讼案件审理过程中，被告及其代理律师不得以反诉方式提出诉讼请求。

**第二十条** 人民法院认为原告提出的诉讼请求不足以保护社会公共利益的，原告及其代理律师可以变更或者增加停止侵害、排除妨碍、消除危险、修复生态环境、赔偿生态环境服务功能损失等诉讼请求，或者增加修复生态环境、赔偿服务功能损失的金额。

**第二十一条** 在确定生态环境修复方案前，可以咨询负有环境保护监督管理职责的部门、技术专家的意见。生态环境修复方案一般应包含以下内容：生态环境修复目标、技术方案、时限和步骤、投入预算、验收目标和监督方案。

**第二十二条** 被告支付的生态环境修复费用以及生态环境服务功能损失赔偿金等款项，可以由环境公益诉讼专项基金或者专项资金账户等受领。

**第二十三条** 环境民事公益诉讼当事人达成调解协议或者自行达成和解协议后，人民法院应当将协议内容公告，公告期间不少于三十日。

公告期间届满前，自然人、法人和社会组织认为调解协议或者和解协议不足以保护社会公共利益的，可以向人民法院提出书面异议。经人民法院审查，异议成立的，不予出具调解书；当事人不能重新达成调解协议的，人民法院应对案件继续审理并依法作出裁判。公告期满后，人民法院审查认为调解协议或者和解协议的内容不损害社会公共利益的，应当出具调解书。当事人不得以达成和解协议为由申请撤诉。

调解书应当写明诉讼请求、案件的基本事实和协议内容。

**第二十四条** 法庭辩论终结后，原告不得申请撤诉，但负有环境资源保护监督管理职责的部门依法履行监管职责而使原告诉讼请求全部实现，原告申请撤诉的除外。

第四章 其他

**第二十五条** 当事人可以向人民法院申请通知一至两名具有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者污染物认定、因果关系、损害结果、修复措施等专门性问题提出专家意见。专家意见经质证，可以作为认定案件事实的根据。

**第二十六条** 对查明环境污染、生态破坏案件事实的专门性问题，可以委托具备相关资格的司法鉴定机构出具鉴定意见或者由负有环境资源保护监督管理职责的部门推荐的机构出具检验报告、检测报告、评估报告或者监测数据。上述报告或数据经质证，可以作为认定案件事实的根据。

**第二十七条** 对于突发性或者持续时间较短的环境污染、生态破坏行为，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，原告及其代理律师可以根据[民事诉讼法](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMjQyNjg%3D&language=中文)[第八十一条](https://law.wkinfo.com.cn/document/show?collection=legislation&aid=MTAxMDAxMjQyNjg%3D&language=中文" \l "No302_B1Z6T81)规定申请证据保全。

律师调解工作操作指引

目 录

1. 总则
2. 第二章 律师调解机构

第三章 律师调解员

第四章 调解程序

第五章 附则

律师调解工作操作指引

第一章 总则

**第一条** 为贯彻落实最高人民法院、司法部《关于开展律师调解试点工作的意见》以及湖南省高级人民法院、湖南省司法厅《关于开展律师调解试点工作的实施意见》，充分发挥律师在预防和化解矛盾纠纷中的专业优势、职业优势和实践优势，推动形成多元化纠纷解决体系，特制定本指引。

**第二条** 律师调解是由律师、依法成立的律师调解工作室或者律师调解中心作为中立第三方主持调解各类民商事纠纷，协助纠纷各方当事人通过自愿协商达成协议解决争议的活动。

**第三条** 存在下列情形的纠纷，律师不得进行调解：

（一）婚姻关系、身份关系确认纠纷及其他所涉法律关系依法规定不能调解的；

（二）当事人下落不明，需要公告送达的；

（三）当事人在国外或者境外，且无法通过视频等其他方式有效进行调解的；

（四）属于《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十四条规定情形的；

（五）其他无法调解的情形。

**第四条** 律师调解应当坚持以下原则：

**坚持依法调解。**律师调解工作应当依法进行,不得违反法律法规的禁止性规定,不得损害国家利益、社会公共利益和当事人及其他利害关系人的合法权益。

**坚持平等自愿。**律师开展调解工作,应当充分尊重各方当事人的意愿,尊重当事人对解决纠纷程序的选择权,保障其诉讼权利。

**坚持调解中立。**律师调解应当保持中立,不得有偏向任何一方当事人的言行,维护调解结果的客观性、公正性和可接受性。

**坚持调解保密。**除当事人一致同意或法律另有规定的外,调解事项、调解过程、调解协议内容等一律不公开,不得泄露当事人的个人隐私或商业秘密。

**坚持便捷高效。**律师运用专业知识开展调解工作,应当注重工作效率,根据纠纷的实际情况,灵活确定调解方式方法和程序,建立便捷高效的工作机制。

**坚持有效对接。**加强律师调解与人民调解、行政调解、行业调解、商事调解、诉讼调解等有机衔接,充分发挥各自特点和优势,形成程序衔接、优势互补、协作配合的纠纷解决机制。

第二章 律师调解机构

**第五条** 人民法院在诉讼服务中心设立律师调解工作室，律师协会、法律援助机构、律师事务所根据人民法院工作需要，统一向律师调解工作室派驻律师。

**第六条** 公共法律服务中心设立专门的律师调解工作室，由公共法律服务中心指派律师调解员提供公益性调解服务。

**第七条** 律师协会设立律师调解中心，律师调解中心在律师协会的指导下，组织律师作为调解员，受理当事人申请或人民法院移送的案件，进行调解，及时化解矛盾纠纷。

**第八条** 律师事务所设立律师调解工作室，组建律师调解队伍，将接受当事人申请调解作为一项律师业务开展，同时承接人民法院、行政机关委托的调解案件。

第三章 律师调解员

**第九条** 律师调解员应当具备以下条件：

（一）拥护中国共产党的领导，拥护社会主义法治，坚持正确的政治方向；

（二）执业3年以上，且每年一般应独立承办案件5件以上；

（三）近3年来未受过司法行政机关行政处罚和律师协会行业处分，无其他不良记录；

（四）有较高的专业素养和较丰富的调解工作经验，自愿接受调解机构委派或当事人委托开展调解工作。

**第十条** 律师在中止会员权利、停止执业期间内，不得担任律师调解员。

**第十一条** 律师申请在人民法院诉讼服务中心、公共法律服务中心、律师协会、律师事务所设立的律师调解工作室担任调解员，参照湘司发〔2017〕24号文件执行。

**第十二条** 律师调解员应根据调解机构要求每年度完成业务培训，并接受调解机构的工作监督与指导。

**第十三条** 律师可以接受调解机构的指派或当事人的委托，担任民商事纠纷的调解员。

**第十四条** 有下列情形之一的，律师调解员应主动提出回避，但各方当事人同意由该律师调解员继续调解的除外：

（一）是本纠纷当事人或者当事人、代理人的近亲属；

（二）与本纠纷有利害关系；

（三）与本纠纷当事人、代理人有其他关系，可能影响该纠纷调解的。

**第十五条** 律师收到调解机构的指派，担任民商事纠纷调解员的，应在收到调解机构的指派通知之日起3个工作日内，向律师事务所进行披露，主动查证、确认本人与纠纷各方当事人是否存在利益冲突。经查证、确认，不存在利益冲突的，律师可以接受该指派，并向律师事务所备案；如存在利益冲突的，不得接受该指派。

**第十六条** 律师接受当事人的委托，担任民商事纠纷调解员的，应在收到各方当事人的委托意向之日起3个工作日内，向律师事务所进行披露，主动查证、确认本人与纠纷各方当事人是否存在利益冲突。经查证、确认，不存在利益冲突的，由律师事务所与各方当事人签署书面委托调解协议后，律师可以接受该委托。

**第十七条** 律师在调解活动中取得的利益冲突的豁免文件，应以有效书面形式作出，并经律师事务所同意。

**第十八条**  律师或律师事务所，若发现存在虚假事项申请调解的情形，应告知调解机构，并拒绝调解机构的指派和当事人的委托。

**第十九条** 有下列情形之一，可能影响纠纷调解的，律师可以拒绝接受指派或委托：

（一） 对纠纷涉及的法律或专业知识不熟悉的；

（二） 因工作或健康原因，不能参加纠纷调解的；

（三） 存在利益冲突，不能自行调整、消除或不适合参加纠纷调解的；

（四） 其他可能影响调解效果的情形。

第四章 调解程序

**第二十条** 律师调解员在收到调解机构的指派或当事人的委托后，应当在规定的期限内向各方当事人及时送达相关文书，告知调解规则。

**第二十一条**  各方当事人未事前向调解机构申请调解，调解机构直接受理后指派律师调解员的，律师调解员应在向其送达或告知相关调解规则时，一并告知其有权拒绝接受调解。当事人明确拒绝接受调解，调解程序应当终结。当事人同意律师调解员进行调解的，律师调解员应要求当事人向律师调解员或调解机构提交同意接受调解的书面声明或在相关笔录上签字确认。

**第二十二条** 律师调解员在开展调解工作前，可以要求各方当事人提供符合法律规定形式的证据材料与委托材料。当事人未提供证据材料、委托材料的，律师调解员有权决定是否继续进行调解。

**第二十三条** 律师调解员可以在开展调解工作前，就调解时间、调解地点征求各方当事人的意见。

调解地点一般在调解机构所在地或接受委托调解协议的律师事务所所在地进行。经纠纷各方当事人同意，也可以在其它地点进行或互联网远程进行。

**第二十四条** 律师调解员在开展调解工作前，应当研究全部案卷材料，归纳争议焦点问题，拟定具体调解方案。

**第二十五条** 调解原则上不公开进行。未经各方当事人同意，任何第三方不得参与调解活动。

**第二十六条** 律师调解员可以组织当事人相互之间展示证据，并围绕证据的真实性、关联性、合法性，进行质证。

**第二十七条** 律师调解员可以建议当事人通知与调解活动有利害关系的第三人参加调解，但应取得另一方当事人同意。

**第二十八条** 律师调解时，应当制作调解笔录，通过书面形式记录争议事项和调解情况,并经各方当事人签字确认。鼓励和支持律师调解员在各方当事人签署调解笔录时，进行拍照或摄像留存。

**第二十九条** 律师调解员应当充分尊重当事人的意思自治，独立、公正地调解纠纷。各方当事人达成一致的，律师调解员一般应当制作书面调解协议，由各方当事人签字确认。鼓励和支持律师调解员在各方当事人签署调解协议时，进行拍照或摄像留存。但调解协议的内容不得损害国家利益、公共利益及第三人合法权益。

**第三十条** 律师调解员出具书面调解协议的，律师调解员应告知各方当事人可就调解协议向有管辖权的人民法院申请司法确认。

**第三十一条** 调解成功的，律师调解员应当提示各方当事人即时履行或及时履行谅解、和解、调解协议内容。

**第三十二条** 调解一方当事人经通知后，无正当理由不出席调解活动的，视为其拒绝调解。律师调解员应及时告知调解机构、各方当事人，并决定、建议终结调解程序。

**第三十三条** 律师调解员开展调解工作时，认为存在不适宜进行调解的情形或调解无成功可能性的，应及时将情况告知调解机构、各方当事人，并决定、建议调解机构终结调解程序。

**第三十四条** 律师调解员在开展调解活动中，发现各方当事人存在虚假事项申请调解情形的，应当中止调解，并根据情况向委托调解机构或律师事务所报告，并决定、建议终结调解程序。

**第三十五条** 调解一方当事人提供证据的，可以对证明对象和证明内容作简要说明。律师调解员要求当事人提供证据原件，当事人不能提供证据原件，且证据不充分导致有关事实认定有瑕疵的，律师调解员可以决定、建议终结调解程序。

**第三十六条** 调解程序终结时，当事人未达成调解协议的，律师调解员经各方当事人书面申请，并向各方当事人提示法律后果后，可以就调解过程中各方无争议的事实出具《无争议事实确认书》，并由当事人签字确认。但《无争议事实确认书》不得损害国家利益、社会公共利益和第三人的合法权益。

**第三十七条** 律师调解员开展调解活动，可以对收案时间、调解材料的送达情况、调解时间及次数、结案时间等内容制作调解工作记录。

**第三十八条** 律师调解过程中，出现以下情形之一的，律师调解员可以决定、建议终结调解程序：

（一）各方当事人之间达成谅解的；

（二）各方当事人之间达成和解、调解协议的；

（三）各方或任何一方当事人终止调解程序的；

（四）调解期限届满，各方当事人未一致同意延期的；

（五）律师调解员认为调解存在虚假事项申请调解等不适宜情形或继续调解已无成功可能的；

（六）根据调解机构调解规则或委托调解协议，应终结调解程序的；

（七）当事人不能提供证据原件，且案件证据不充分导致有关事实认定有瑕疵的；

（八）调解一方当事人经通知后，无正当理由不出席调解活动的。

**第三十九条** 各方当事人之间达成谅解、和解、调解协议的，律师调解员一般应出具调解协议。除各方当事人书面要求律师调解员无需出具调解协议的，律师调解员可以在将相关事实记入调解笔录，经各方当事人签字确认后，决定终结调解程序。

**第四十条** 调解期限届满的，律师调解员应决定终结调解程序。除调解机构调解规则、委托调解协议另有规定、约定外，调解期限的延期决定应由各方当事人一致作出。律师调解员不得以任何形式明示或暗示纠纷任何一方当事人作出延期决定。

**第四十一条** 律师调解员认为继续调解已无成功可能的，可以根据调解规则或委托调解协议，决定终结调解程序。但律师调解员应提前将该终结决定与基本事由告知纠纷各方当事人与调解机构，并可以向各方当事人释明其他合法、合理的纠纷解决方式。

**第四十二条** 调解程序终结后，律师调解员接受调解机构指派担任调解员的，应向调解机构移交全部调解纠纷的案卷材料。未经调解机构同意，律师调解员不得保留任何调解纠纷案卷材料的原件。

**第四十三条** 律师调解员接受当事人委托，担任调解员的，应在结案后30日内将案卷整理归档。除调解相关文书外，律师不得保留调解纠纷案卷材料的原件。

**第四十四条**  任何一方当事人因调解目的而披露、制作或提交的资料，均为保密资料。调解程序终结后，律师调解员不得对外公开纠纷的保密资料，也不得将纠纷的非保密资料用于律师其他业务的推广、宣传、广告等活动。

**第四十五条**  律师调解员调解纠纷，涉及利益冲突相关主体书面豁免的，律师调解员应在调解程序终结后，将程序终结的事实及时告知利益冲突相关主体。

**第四十六条**  调解程序终结后，除纠纷各方当事人一致同意外，律师调解员不得作为纠纷任何一方当事人在同一纠纷的后续任何程序中的仲裁员、代理人、顾问、证人。

第五章 附则

**第四十七条** 本操作指引由湖南省律师协会调解与仲裁事务专业委员会起草，并非强制性规定，仅供律师在主持或参与调解过程中参考。

附件：1.《委托调解协议》文书样式

2.《调解笔录》文书样式

3.《调解协议》文书样式

附件1

委托调解协议

（各方当事人委托调解用）

（××××）××民代字第××号

委托方1（甲方1）：……

身份证号码/法定代表人：……

地址：……

联系方式：……

委托方2（甲方2）：……

身份证号码/法定代表人：……

地址：……

联系方式：……

受托方（乙方）：……

地址：……

联系方式：……

根据《中华人民共和国律师法》的规定，就甲方1与甲方2之间因××××纠纷委托××××律师事务所（以下简称乙方）的律师作为其调解机构的相关事宜。经双方协商一致，达成以下合意，以资双方共同遵守。

一、委托事项

甲方1与甲方2之间因 ×××× 纠纷一案，特委托乙方作为其调解机构主持、参与调解，乙方接受甲方委托，指派 ××× 律师为甲方1与甲方2纠纷一案甲方的律师调解员，主持、参与双方的民商事纠纷。

二、委托期限

经各方协商一致，委托期限自本合同签订之日起至之××××××止。

三、委托调解费用

（一）根据《湖南省律师服务收费标准》的规定，经各方协商一致，甲方1和甲方2在本协议签订当日分别向乙方支付全部委托调解费用，本案的委托调解费用按照以下标准收取：

………………

（二）乙方指定收款账户：

开户名： ……

账 户： ……

开户行： ……

四、解除委托、终止情形

（一）纠纷各方当事人之间达成谅解的；

（二）纠纷各方当事人之间达成和解、调解协议的；

（三）纠纷各方或任何一方当事人终止调解程序的；

（四）律师调解员认为调解存在不适宜情形或继续调解已无成功可能的；

（五）捏造事实，弄虚作假，存在虚假诉讼可能的；

（六）根据调解机构调解规则或委托调解协议，应终结调解程序的。

五、其他

（一）本合同自甲乙双方签字盖章之日起生效。

（二）本合同一式两份，甲乙双方各持一份，具有同等的法律效力。

（三）本合同在履行中发生争议时，双方应协商解决。协商不成时，双方一致同意交由 ×××××× 裁决。

甲方1：

代表：

年 月 日

甲方2：

代表：

年 月 日

乙方：

代表：

年 月 日

附件2

调解笔录

（第×次）

（××××）××第××号

时间： 年 月 日 时 分至 时 分

地点： ……

调解员：……

记录员：……

当事人（甲方）：……

当事人（乙方）：……

事由：……

调解过程记录如下：

调解员：我是×××（告知调解员身份），依据（调解机构的指派/各方当事人共同委托）现组织各方进行调解。

首先核对参加调解各方的基本信息。(请当事人提交身份证明原件供调解员核对，并请提交上述身份证明的复印件供调解机构归档备查)

甲方：××× ，……（当事人为自然人的，应载明姓名、出生年月、公民身份号码、住址、联系方式、委托代理人信息等。当事人为法人的，应载明法人名称、法定代表人姓名及职务、社会统一信用代码、注册地址、联系方式、委托代理人信息等。）

委托代理人：……，××律师事务所律师，代理权限：（一般代理/特别代理）, 联系电话: ××××。

乙方：××× ，……（当事人为自然人的，应载明姓名、出生年月、公民身份号码、住址、联系方式、委托代理人信息等。当事人为法人的，应载明法人名称、法定代表人姓名及职务、社会统一信用代码、注册地址、联系方式、委托代理人信息等。）

委托代理人：……，××律师事务所律师，代理权限：（一般代理/特别代理），联系电话: ××××。

调解员：（告知各方当事人权利义务）各方是否愿意在合法自愿平等的基础上参与调解，并及时履行调解协议确定的义务？

甲方：同意。

乙方：同意。

调解员：对××××担任调解员，××××担任调解记录员是否有异议？是否申请回避？

甲方：无异议，不申请回避。

乙方：无异议，不申请回避。

调解员：各方对对方参加本次调解的人员身份是否有异议？

甲方：无异议。

乙方：无异议。

调解员：根据××××××法院的指派或双方的委托，由律师×××作为调解员，记录员×××担任本次调解的记录。本调解员已对各方当事人及代理人进行了核对，上述人员符合法律规定，可以参加本案调解活动。

调解员：首先由甲方陈述自己的诉求、事实和理由。

甲方：甲方提出如下诉求：1、——————————；2、————————————3、——————————。

调解员：甲方对诉求、事实和理由还有补充吗？

甲方：

调解员：现在由乙方陈述自己的诉求、事实和理由。

乙方：

调解员：甲方对诉求、事实和理由还有补充吗？

甲方：

调解员：下面进行举证、质证，告知举证、质证义务（略）。请甲方举证。

甲方：甲方有如下证据：1、——————————；2、————————————3、——————————。

调解员：请甲方提供证据原件进行核对，并请乙方予以质证。

乙方：

调解员：请乙方进行举证。

乙方：乙方有如下证据：1、——————————；2、————————————3、——————————。

调解员：请乙方提供证据原件进行核对，并请甲方予以质证。

甲方：

…………根据具体纠纷，如实记录调解情况和调解过程，对涉及个人隐私、商业秘密等信息或应各方当事人要求不记录的，可以在调解笔录中省略。

调解员：双方当事人自愿达成如下协议：

一、……

二、……

三、……

双方无其他争议。

调解员：双方当事人对上述协议还有无异议？

甲方：无异议。

乙方：无异议。

调解员：双方当事人是否同意本调解协议自双方当事人在笔录上签名或者盖章？

甲方：同意。

乙方：同意。

调解员：双方当事人自愿达成的调解协议不违反法律规定，双方可向××××××法院进行司法确认，请求××××××法院确认本调解协议的效力。

现在调解完毕。

甲方： 乙方:

调解员： 记录员：

年 月 日

附件3

调解协议

（××××）××第××号

甲方×××，……(写明姓名或名称、住所等基本信息)。

法定代表人（或代表人）×××，……(写明姓名、职务)。

法定代理人（或指定代理人）×××，……(写明姓名或名称、住所等基本信息)

委托代理人×××，……(写明姓名等基本信息)。

乙方×××，……(写明姓名或名称、住所等基本信息)。

法定代表人（代表人）×××，……(写明姓名、职务)。

法定代理人（或指定代理人）×××，……(写明姓名或名称、住所等基本信息)

委托代理人×××，……(写明姓名等基本信息)。

第三人×××，……(写明姓名或名称、住所等基本信息)。

法定代表人×××，……(写明姓名、职务)。

法定代理人（或指定代理人）×××，……(写明姓名或名称、住所等基本信息)

委托代理人×××，……(写明姓名等基本信息)。

……（写明纠纷的主要事实、争议事项）。

双方（各方）当事人自愿达成如下调解协议：

……（写明协议内容、履行方式、期限）。

……（写明调解费用的负担）。

……（调解协议即时履行完毕的，应予以注明）。

调解协议自各方当事人签字或盖章或按捺手印之日起生效。

甲方：

年 月 日

乙方：

年 月 日

第三方：

年 月 日

法律援助值班律师工作

业务操作指引

目 录

一、值班律师定义

二、值班律师条件

三、值班律师安排

四、值班律师“值班”形式

五、值班律师提供法律帮助条件

六、值班律师工作职责

七、值班律师提供法律帮助

八、值班律师注意事项

九、值班律师权利

十、值班律师义务

十一、附则

法律援助值班律师工作业务操作指引

为明确值班律师的权利和责任，规范值班律师工作，保障犯罪嫌疑人、被告人依法享有的诉讼权利，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》、《中华人民共和国律师法》、《中华人民共和国法律援助法》、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《法律援助值班律师工作办法》等规定，制定本业务指引。

**一**、值班律师定义

值班律师，是指法律援助机构在看守所、人民检察院、人民法院等场所设立法律援助工作站，通过派驻或安排的方式，为没有辩护人的犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助的律师。

二、值班律师条件

1. 有效注册的执业律师；
2. 从事律师执业二年以上，且具有办理刑事案件的经历；
3. 已被法律援助机构编入值班律师名册或值班律师库。

三、值班律师安排

1. 派驻或安排值班的主体是法律援助机构；
2. 派驻或安排值班的地点是看守所、人民检察院、人民法院等场所的法律援助工作站。

四、值班律师“值班”形式

1. 现场值班（可以采取固定专人或轮流值班，也可以采取预约值班）；
2. 电话值班；
3. 网络值班；
4. 上述三种值班方式的结合。

五、值班律师提供法律帮助条件

1. 犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人；
2. 法律援助机构没有指派律师为犯罪嫌疑人、被告人提供辩护的。

六、值班律师工作职责

1. 为犯罪嫌疑人、被告人提供法律咨询、程序选择建议、申请变更强制措施、案件处理提出意见、帮助申请法律援助等法律帮助；
2. 在认罪认罚案件中为犯罪嫌疑人、被告人提供与认罪认罚相关的法律帮助。

七、值班律师提供法律帮助

1. **提供法律咨询**
2. 解答犯罪嫌疑人、被告人咨询的法律问题。
3. 向犯罪嫌疑人、被告人介绍有关法律帮助的相关规定。
4. 结合案件所在的诉讼阶段解释相关诉讼权利和程序规定。
5. 值班律师提供法律咨询时，应当记录犯罪嫌疑人、被告人涉嫌的罪名、咨询的法律问题、提供的法律解答。
6. **提供程序选择建议**
7. 向犯罪嫌疑人、被告人说明审判程序的法律规定和法律后果。
8. 对符合《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百一十四条第一款规定条件的，可建议犯罪嫌疑人、被告人选择适用简易程序。
9. 在人民法院、人民检察院提出适用速裁程序审理时，可以建议犯罪嫌疑人、被告人同意适用速裁程序。
10. **帮助犯罪嫌疑人、被告人申请变更强制措施**
11. 犯罪嫌疑人、被告人被采取强制措施的，可以为其向有关司法机关申请予以变更，如申请将拘留、逮捕变更为取保候审、监视居住，将监视居住变更为取保候审等。
12. 帮助犯罪嫌疑人、被告人选定申请变更的强制措施，并向其释明变更的理由。
13. 犯罪嫌疑人、被告人提出申请羁押必要性审查的，值班律师应当告知其取保候审、监视居住、逮捕等强制措施的适用条件和相关法律规定、人民检察院进行羁押必要性审查的程序；犯罪嫌疑人、被告人已经被逮捕的，值班律师可以帮助其向人民检察院提出羁押必要性审查申请，并协助提供相关材料。
14. 值班律师为帮助犯罪嫌疑人、被告人申请变更强制措施、提出羁押必要性审查申请应以书面形式提交给相应的办案机关，并附卷存档。
15. **对案件处理提出意见**
16. 对犯罪嫌疑人、被告人涉嫌的犯罪事实、指控罪名及法律适用的意见；
17. 对犯罪嫌疑人、被告人是否有立功、自首、坦白等从轻、减轻、免予刑事处罚等从宽处罚的建议；
18. 对人民检察院的量刑建议中的主刑、附加刑以及是否适用缓刑等问题的意见；
19. 认罪认罚后案件审理适用程序的意见；
20. 其他有关案件处理方面的意见。
21. **帮助犯罪嫌疑人、被告人及其近亲属申请法律援助**
22. 告知申请法律援助的条件；
23. 告知申请法律援助的程序；
24. 告知申请法律援助应提交的材料；
25. 值班律师向法律援助机构转交法律援助申请。
26. **在认罪认罚案件中还应提供下列法律帮助：**
27. **向犯罪嫌疑人、被告人释明认罪认罚的性质和法律规定**
28. 向犯罪嫌疑人、被告人释明认罪认罚的自愿性、真实性、合法性；
29. 向犯罪嫌疑人、被告人释明认罪认罚从宽的法律规定。
30. **对人民检察院指控罪名、量刑建议、诉讼程序适用等事项提出意见**
31. 了解犯罪嫌疑人、被告人对被指控的犯罪事实和罪名是否有异议；
32. 告知被指控罪名的法定量刑幅度，释明从宽从重处罚的情节以及认罪认罚的从宽幅度；
33. 结合案件情况提供程序选择建议。
34. **犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书时在场**
35. 值班律师对犯罪嫌疑人认罪认罚自愿性、人民检察院量刑建议、程序适用等均无异议的，应当在具结书上签名，同时留存一份复印件归档；
36. 值班律师对人民检察院量刑建议、程序适用有异议的，在确认犯罪嫌疑人系自愿认罪认罚后，应当在具结书上签字，同时可以向人民检察院提出法律意见；
37. 犯罪嫌疑人拒绝值班律师帮助的，值班律师无需在具结书上签字，应当将犯罪嫌疑人签字拒绝法律帮助的书面材料留存一份归档；
38. **犯罪嫌疑人认罪认罚，具有下列情形的，不需要签署认罪认罚具结书：**
39. 犯罪嫌疑人是盲、聋、哑人，或者是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人的；
40. 未成年犯罪嫌疑人的法定代理人对未成年人认罪认罚有异议的；
41. 其他不需要签署认罪认罚具结书的情形。

八、值班律师注意事项

1. 值班律师在提供法律帮助过程中，犯罪嫌疑人、被告人向值班律师表示愿意认罪认罚的，值班律师应当及时告知相关的公安机关、人民检察院、人民法院。
2. 值班律师在提供法律帮助过程中，应当询问犯罪嫌疑人、被告人是否已经委托了辩护人。若发现犯罪嫌疑人、被告人已委托辩护人或者法律援助机构已指派律师为其提供辩护的，应及时向送达法律帮助通知书或转交法律帮助申请的机构报告，终止提供法律帮助。
3. 公安机关、人民检察院、人民法院对同一犯罪嫌疑人、被告人多次签署认罪认罚具结书，并要求值班律师在场的，值班律师应特别告知犯罪嫌疑人、被告人每次认罪认罚的具体内容及其差别之处，应重新征求其是否自愿认罪认罚。
4. 对公安机关、人民检察院、人民法院在同一天安排值班律师多场见证签署认罪认罚具结书的，为保证值班律师工作质量，值班律师应与相关机构进行协调，保证同一天见证签署认罪认罚具结书不超过四件。
5. 犯罪嫌疑人、被告人签署认罪认罚具结书时，值班律师在场见证应制作一份《谈话笔录》，确保认罪认罚的自愿性、真实性、合法性，要求犯罪嫌疑人、被告人在笔录上签名。
6. 公安机关、人民检察院、人民法院办理关押在异地看守所的犯罪嫌疑人、被告人案件，需要值班律师在场时，原则上由关押地看守所值班律师在场见证。
7. 犯罪嫌疑人、被告人签署认罪认罚具结书时，公安机关、人民检察院、人民法院未通知值班律师在场见证，事后要求值班律师在犯罪嫌疑人、被告人签署认罪认罚具结书上补签名字时，值班律师应当予以拒绝，并将情况予以记录台账。
8. 人民法院、人民检察院办理未成年人认罪认罚案件，应当听取未成年犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人的意见，法定代理人无法到场的，应当听取合适成年人的意见，但受案时犯罪嫌疑人已经成年的除外。
9. 未成年犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书时，由其法定代理人应当到场并签字确认，法定代理人无法到场的，合适成年人应当到场签字确认。

九、值班律师权利

1. 有权提前获得提供法律帮助的通知或申请。
2. 法律援助机构向值班律师送达法律帮助通知书至少应在确定的法律帮助日期前一个工作日；
3. 公安机关、人民检察院、人民法院直接向现场值班律师送达法律帮助通知书至少应在确定的法律帮助日期前三个工作日；
4. 犯罪嫌疑人、被告人提出书面法律帮助申请，看守所转交给现场值班律师的，值班律师提供法律帮助前应有必要的准备时间。
5. 有权在获得法律帮助通知书或书面法律帮助申请的同时，获得附送的相关法律文书。
6. 侦查阶段，值班律师可以向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名及案件有关情况。
7. 案件进入审查起诉阶段后，可以查阅案卷材料，了解案情，人民检察院、人民法院应当及时安排，并提供便利。已经实现卷宗电子化的地方，人民检察院、人民法院可以安排在线阅卷。
8. 办理案件时可以会见犯罪嫌疑人、被告人。
9. 可以应犯罪嫌疑人、被告人的约见进行会见，也可以经办案机关允许主动会见。
10. 持律师执业证或者律师工作证、法律帮助申请表或者法律帮助通知书到看守所办理法律帮助会见手续，看守所应当及时安排会见。
11. 危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件，侦查期间会见在押犯罪嫌疑人的，应当经侦查机关许可。
12. 会见犯罪嫌疑人、被告人时不被监听。
13. 有权获得提供法律帮助的补贴。
14. 补贴标准应考虑提供法律帮助的直接费用、基本劳务费等因素合理制定。
15. 提供法律咨询、转交法律援助申请等法律帮助的补贴标准按工作日计算；为认罪认罚案件的犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助的补贴标准按件或按工作日计算。
16. 法律援助机构应当根据值班律师履行工作职责情况，按照规定及时发放法律帮助补贴。
17. 有权要求为驻点值班提供必要的办公便利。
18. 看守所、人民检察院、人民法院应当为法律援助工作站提供必要办公场所和设施。
19. 有条件的人民检察院、人民法院，可以设置认罪认罚等案件专门办公区域，为值班律师设立专门会见室。
20. 法律援助工作站应当公示法律援助条件及申请程序、值班律师工作职责、当日值班律师基本信息等，放置法律援助格式文书及宣传资料。

十、值班律师义务

1. 应当坚持依法、公平、公正、效率的原则，提供符合标准的法律服务。
2. 接到法律帮助的通知或申请后，应当及时提供法律帮助。
3. 在人民检察院、人民法院现场值班的，应当按照法律援助机构的安排，或者人民检察院、人民法院送达的通知，及时为犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助。
4. 犯罪嫌疑人、被告人提出法律帮助申请，看守所转交给现场值班律师的，应当根据看守所的安排及时提供法律帮助。
5. 通过电话、网络值班的，应当及时提供法律帮助，疑难案件可以另行预约咨询时间。
6. 值班律师提供法律帮助时，应当出示律师执业证或者律师工作证或者相关法律文书，表明值班律师身份。
7. 值班律师提供法律帮助时，应当遵守相关法律法规、执业纪律和职业道德，依法保守国家秘密、商业秘密和个人隐私，不得向他人泄露工作中掌握的案件情况，不得向受援人收取财物或者谋取不正当利益。
8. 值班律师应按规定移送、移交相关材料。
9. 值班律师提供法律咨询、查阅案卷材料、会见犯罪嫌疑人或者被告人、提出书面意见等法律帮助活动的相关情况应当记录在案，并随案移送。
10. 值班律师应当将提供法律帮助的情况记入工作台账或者形成工作卷宗，按照规定时限移交法律援助机构。
11. 应自觉接受有关单位监督、考核、指导、培训。
12. 接受司法行政部门的监督管理；
13. 接受法律援助机构的值班安排和业务培训；
14. 接受律师协会的考核和奖惩；
15. 遵守驻点的看守所、人民检察院、人民法院的考勤和办公纪律要求。

十一、附则

本业务指引由湖南省律师协会负责解释。

企业数据合规律师

业务操作指引

目 录

第一章 [总则](#_Toc76134365)

[第一条 本指引宗旨](#_Toc76134366)

[第二条 企业数据合规的主要内涵](#_Toc76134367)

[第三条 企业数据合规业务的定义及内容](#_Toc76134368)

[第二章 企业数据合规体系的建立](#_Toc76134369)

[第四条 企业数据合规体系的建立](#_Toc76134370)

[第三章 数据全生命周期合规要求](#_Toc76134371)

[第五条 数据全生命周期](#_Toc76134372)

[第六条 数据收集合规要求](#_Toc76134373)

[第七条 数据传输合规要求](#_Toc76134374)

[第八条 数据存储合规要求](#_Toc76134375)

[第九条 数据使用合规要求](#_Toc76134376)

[第十条 数据共享合规要求](#_Toc76134377)

[第十一条 数据删除和销毁合规要求](#_Toc76134378)

[附录：企业数据合规相关法律法规、政策文件](#_Toc76134379)

企业数据合规律师业务指引

# 

# 第一章 总 则

## 第一条 本指引宗旨

为指导律师承办企业数据合规业务，规范律师执业行为，保障律师依法履行职责，提高律师的法律服务质量和水平，防范职业风险，充分发挥律师在企业数据合规中的作用，依据《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国网络安全法》等法律及相关行政法规、司法解释、部门规章、部门规范性文件，制定本指引。

## 第二条 企业数据合规的主要内涵

1. 数据是指任何以电子或者其他方式对信息的记录。

数据合规的主要内涵包括三个方面，数据处理、数据安全、个人信息保护。

1. 数据处理，包括数据的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。
2. 数据安全，是指通过采取必要措施，确保数据处于有效保护和合法利用的状态，以及具备保障持续安全状态的能力。
3. 个人信息保护是指对以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等进行保护，达到保密要求和安全使用。
4. 企业数据合规指企业对于数据的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除与数据所在地区的法律、行业规则相符合，既包括形式上使用数据合规，也包括数据内容本身的实质合规。
5. 企业开展数据处理活动，应当遵守法律、法规，尊重社会公德和伦理，遵守商业道德和职业道德，诚实守信，履行数据安全保护义务，承担社会责任，不得危害国家安全、公共利益，不得损害个人、组织的合法权益。
6. 企业应当按照我国网络安全等级保护制度的要求，履行安全保障义务，保障网络免受干扰、破坏或者未经授权的访问，使网络处于稳定可靠运行的状态，以及保障企业数据的完整性、保密性、可用性，并防止数据泄露或者被窃取、篡改。

## 第三条 律师企业数据合规业务的定义及内容

1. **律师企业数据合规业务定义**

律师承办企业数据合规业务是指律师接受客户委托，为目标企业数据合规体系的建立和完善提供法律服务的执业行为。

1. **企业数据合规业务的内容**

律师的企业数据合规业务主要包括有效数据合规体系的打造、合规调查、行政监管和刑事调查的应对业务等板块。

1. 有效企业数据合规体系的打造。相关业务形式可以包括两种：一是从无到有帮助企业制定数据合规计划，二是协助企业补充完善已有的数据合规计划。
2. 企业数据合规调查是指企业数据合规尽职调查、合规内部调查、反舞弊调查，其最终所形成的合规尽职调查报告、合规内部调查报告、反舞弊调查报告就成为律师提供数据合规服务的产品终端。
3. 行政监管和刑事调查的应对业务。该项业务集中于两个环节，一是企业因数据合规问题而导致的行政监管以及处罚时的代理业务，二是公安机关介入后的刑事案件辩护业务。

# 第二章 企业数据合规体系的建立

## 第四条 企业数据合规体系的建立

1. **一个有效的企业数据合规体系一般包含合规组织体系、合规政策、数据分级管理与保护制度。**
2. **合规组织体系**

企业应根据自身数据收集、存储、使用等数据处理状况，考量数据安全问题、数据不合规使用等情形给数据主体造成的损害，设置企业内部的合规组织系统，采取必要的保障措施，以便符合数据安全、个人信息保护相关法律法规的要求以保障数据主体的权利。

1. 建立企业数据合规组织体系，通常指企业按照规模、层级设置的合规委员会、首席合规官、合规部门、合规人员，以及明确部门与相关岗位的职责和总体要求。
2. 企业合规负责人应由具有相关管理工作经历和个人信息保护专业知识的人员担任，参与有关个人信息处理活动的重要决策直接向企业法定代表人或主要负责人报告企业数据合规工作。
3. 企业内部应当对从事企业数据合规岗位相关人员进行下列特殊规定：
4. 应与从事企业数据处理特别是个人信息处理岗位上的相关人员签署保密协议，对大量接触个人敏感信息的人员事先进行背景审查，以了解其犯罪记录、诚信状况等，同时在其调离岗位或终止劳动合同时，也应要求事后继续履行保密义务；
5. 应明确内部涉及企业数据处理不同岗位的安全职责，建立发生安全事件的处罚机制；
6. 应建立相应的内部制度和政策对员工提出企业数据合规的指引和要求；
7. 应定期或在数据合规政策发生重大变化时，对企业数据处理岗位上的相关人员开展企业数据安全专业化培训和考核，确保相关人员能熟练掌握随时变化的数据合规政策。
8. **合规政策设计**

企业应根据法律、行政法规、司法解释、部门规章、部门规范性文件的规定，制定数据处理、个人信息保护、网络安全的合规政策，制定员工行为准则，清晰地界定企业经营行为的法律边界，表明企业对违法违规数据处理行为的禁止态度。

企业数据合规政策的制定主要以合规管理指引和员工手册的形式，针对不同的合规风险点和合规风险领域建立不同的行为准则，以及依据特定行业中企业经常发生的违规行为而确定企业数据合规的高风险爆发点以及重点风险领域。

对于企业数据合规重点风险领域则需要根据企业的重点岗位、重点人员、重点业务加以确定，且对每个风险领域和风险点都需要设置相应的管理规范和行为准则，为企业和员工划定行为的规范和边界。

1. **数据分级管理与保护制度**

企业应当建立数据分类分级保护制度，根据数据的重要程度，以及一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，对国家安全、社会公共利益或者企业自身、个人、其他组织合法权益造成的危害程度，对数据实行分类分级保护。

1. 确立数据分级的目标和原则；
2. 明确数据分级工作涉及的角色、部门及相关职责；
3. 明确数据分级的方法和具体要求；
4. 确立数据分级的日常管理流程和操作规程，以及分级结果的确定、评审、批准、发布和变更机制；
5. 制定数据分级管理相关绩效考核和评价机制；

# 第三章 数据全生命周期合规要求

## 第五条 数据全生命周期

数据全生命周期，是指数据从产生，经过数据收集、数据传输、数据存储、数据使用（包括计算、分析、可视化等）、数据交换，直至数据销毁等各种生存形态的演变过程。

## 第六条 数据收集合规要求

1. 数据收集是收集者获得数据控制权的行为，包括由数据主体主动提供、通过与数据主体交互或记录数据主体的行为等自动收集行为，以及通过共享、购买、收集公开信息等间接方式收集数据等行为。
2. 数据收集的主要方式
3. 收集者通过与数据主体交互或记录数据主体行为而直接、主动地收集数据，此种方式常见于企业通过App采集和web端采集收集个人用户的数据，包括个人身份信息、交易信息、财产信息、地理位置信息、健康信息、行踪信息等。
4. 数据收集者从公开或半公开的互联网平台收集数据，使用该种方式收集数据主要是通过爬虫技术或API等方式从公开或半公开的互联网平台收集数据。
5. 数据收集者通过与第三方共享、购买的方式收集数据。应当审查第三方对数据是否具有所有权，以及审查第三方收集数据的方式是否合法、合规。
6. 数据收集的基本原则
7. 合法、知情同意、必要、安全、禁止泄漏原则。
8. 企业收集数据，应当采取合法、正当的方式，不得窃取或者以其他非法方式获取数据。
9. 企业应当向数据主体公开收集数据的规则，明示收集数据的目的、用途、方式、范围、采集源、采集渠道等内容，且应获得数据主体的同意和授权，。
10. 企业不应收集与提供产品、服务无关的数据，不应当超范围收集数据。
11. 企业应保障所收集数据的安全，并落实相应数据安全等级保护要求。
12. 数据收集者应对所收集的数据严格保密，不得泄露、篡改、损毁，不得擅自出售或者非法向他人提供。

## 第七条 数据传输合规要求

1. **加密传输**

做好传输接口管控和监测，并对涉敏数据进行加密传输。

1. **制度流程**

建立数据传输安全管理规范，明确数据传输安全要求，确定需要对数据传输加密的场景。由于加密技术的实现都依赖密钥，所以需要建立密钥管理安全规范，明确密钥生成、分发、存取、更新、备份和销毁的流程和要求。

## 第八条 数据存储合规要求

1. **重要数据境内存储**

关键信息基础设施的企业在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估。

1. **存储期限**
2. 根据《网络安全法》、《互联网安全保护技术措施规定》、《互联网信息服务管理办法》、《互联网电子邮件服务管理办法》、《网络出版服务管理规定》等规定，企业应当保留网络日志至少6个月。
3. 企业对于从用户、第三方、公开渠道获得的与用户相关的个人信息、数据进行处理的，应当在事前进行风险评估，并对处理情况进行记录，风险评估报告和处理情况记录应当至少保存三年。
4. **存储合规要求**
5. 建立数据存储的安全策略；
6. 建立企业内部数据存储安全管理制度；
7. 建立加密系统；
8. 数据丢失预防，建立备份和恢复制度；
9. 关注企业网络安全性。

## 第九条 数据使用合规要求

1. **数据访问控制措施**
2. 对被授权访问数据的人员，严格遵循数据处理最小化、必要原则，明确数据的处理和使用规范。对数据进行操作时，应做好去标识化处理，明确数据脱敏的业务场景和统一使用适合的脱敏技术。
3. 对数据的重要操作设置内部审批流程，特别是进行批量修改、拷贝、下载等重要操作。
4. **个人信息展示**

涉及通过界面展示个人信息的（如显示屏幕、纸面），个人信息控制者宜对需展示的个人信息采取去标识化处理等措施，降低个人信息在展示环节的泄露风险。例如，在个人信息展示时，防止内部非授权人员及个人信息主体之外的其他人员未经授权获取个人信息。

1. **用户画像**
2. 对个人信息主体的特征描述不应：
3. 包含淫秽、色情、赌博、迷信、恐怖、暴力的内容；
4. 表达对民族、种族、宗教、残疾、疾病歧视的内容。
5. 在业务运营或对外业务合作中使用不应：
6. 侵害公民、法人和其他组织的合法权益；
7. 危害国家安全、荣誉和利益，煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度，煽动分裂国家、破坏国家统一，宣扬恐怖主义、极端主义，宣扬民族仇恨、民族歧视，传播暴力、淫秽色情信息，编造、传播虚假信息扰乱经济秩序和社会秩序。
8. 除为实现个人信息主体授权同意的使用目的所必需外，使用个人信息时应消除明确身份指向性，避免精确定位到特定个人。

## 第十条 数据共享合规要求

1. 建立数据共享规范，共享前应进行严格的审批并存档，同时开展个人信息安全影响评估。
2. 共享前开展风险评估（记录留存3年），与共享的接口调用方签订合作协议。
3. 开展共享监测和审计，数据导入导出应进行严格的审批和监控，建立数据交换、共享审核流程和监管平台，以确保数据对于数据共享的所有操作和行为进行日志记录，并对高危行为进行风险识别和管控。

## 第十一条 数据删除和销毁合规要求

1. **数据删除和销毁**

“个人信息删除”是指：在实现日常业务功能所涉及的系统中去除个人信息的行为，使其保持不可被检索、访问的状态。

“数据销毁”的定义：数据销毁标准用于规范数据销毁和介质销毁的安全机制和技术要求，确保存储数据永久删除、不可恢复，主要包括数据销毁、介质销毁等标准。

1. **数据删除合规要求**
2. 企业应当删除存在如下两种情形的个人信息：
3. 企业违反法律、行政法规的规定处理个人信息的；
4. 企业违反与自然人之间的约定处理个人信息的。
5. 符合以下情形，个人信息主体要求删除的，企业也应及时删除个人信息：
6. 企业违反法律法规规定，收集、使用个人信息的；
7. 企业违反与个人信息主体的约定，收集、使用个人信息的。
8. 企业违反法律法规规定或违反与个人信息主体的约定向第三方共享、转让个人信息，且个人信息主体要求删除的，企业应立即停止共享、转让的行为，并通知第三方及时删除。
9. 企业违反法律法规规定或违反与个人信息主体的约定，公开披露个人信息，且个人信息主体要求删除的，企业应立即停止公开披露的行为，并发布通知要求相关接收方删除相应的信息。
10. **数据或介质销毁合规要求**

应建立数据销毁机制，明确存储介质删除方法，数据销毁需由企业领导审批，同时采用可靠的技术手段，确保被删除和销毁的用户个人数据不能被再次还原。针对不同的存储介质和设备有其不可逆的销毁技术及流程，建立销毁监察机制，严防数据销毁阶段可能出现的数据泄露问题。

数据销毁包含物理层面和逻辑层面的销毁，按照处理成本、复杂性和安全性由低到高的顺序，将数据销毁方式分为以下三个级别：

1. 数据覆盖

数据残留可以通过数据覆盖来进行消除，由于数据覆盖可以由软件完成，企业可以有选择地部分或全部数据残留。

1. 消磁

消磁是指删除或减少存储磁盘或驱动器的磁场。

1. 物理破坏数据及其存储介质

存在多种方式对数据进行物理销毁，例如磁盘粉碎、熔化或任何其他导致物理存储介质不可用和不可读的方法。

附录1：企业数据合规相关法律法规、政策文件

| **效力级别** | **序号** | **文件名称** |
| --- | --- | --- |
| **法律** | 1 | 中华人民共和国宪法 |
| 2 | 中华人民共和国民法典 |
| 3 | 中华人民共和国刑法 |
| 4 | 中华人民共和国民事诉讼法 |
| 5 | 中华人民共和国消费者权益保护法 |
| 6 | 中华人民共和国网络安全法 |
| 7 | 中华人民共和国数据安全法 |
| 8 | 中华人民共和国证券法 |
| 9 | 中华人民共和国证券投资基金法 |
| 10 | 中华人民共和国电子商务法 |
| 11 | 中华人民共和国广告法 |
| 12 | 中华人民共和国居民身份证法 |
| 13 | 中华人民共和国密码法 |
| 14 | 中华人民共和国电子签名法 |
| 15 | 中华人民共和国社会保险法 |
| 16 | 中华人民共和国未成年人保护法 |
| 17 | 中华人民共和国国家情报法 |
| 18 | 中华人民共和国反恐怖主义法 |
| 19 | 中华人民共和国测绘法 |
| 20 | 中华人民共和国统计法 |
| 21 | 中华人民共和国旅游法 |
| 22 | 中华人民共和国护照法 |
| 23 | 中华人民共和国治安管理处罚法 |
| 24 | 中华人民共和国传染病防治法 |
| 25 | 全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定 |
| **行政法规** | 1 | 互联网信息服务管理办法 |
| 2 | 征信业管理条例 |
| 3 | 计算机信息网络国际联网安全保护管理办法 |
| 4 | 国务院关于在线政务服务的若干规定 |
| 5 | 科学数据管理办法 |
| 6 | 中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例 |
| 7 | 人力资源市场暂行条例 |
| 8 | 娱乐场所管理条例 |
| 9 | 地图管理条例 |
| 10 | 中华人民共和国档案法实施办法 |
| 11 | 中华人民共和国电信条例 |
| 12 | 中华人民共和国人类遗传资源管理条例 |
| **司法解释** | 1 | 关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释 |
| 2 | 最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定 |
| 3 | 最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法惩处侵害公民个人信息犯罪活动的通知 |
| 4 | 关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见 |
| 5 | 检察机关办理侵犯公民个人信息案件指引 |
| 6 | 最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见 |
| 7 | 最高人民法院 最高人民检察院 公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见（二） |
| 8 | 最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定 |
| 9 | 关于办理利用信息网络实施黑恶势力犯罪刑事案件若干问题的意见 |
| 10 | 最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释 |
| 11 | 最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释 |
| **部门规章** | 1 | 电信和互联网用户个人信息保护规定 |
| 2 | 公安机关互联网安全监督检查规定 |
| 3 | 通信网络安全防护管理办法 |
| 4 | 网络交易监督管理办法 |
| 5 | 互联网信息内容管理行政执法程序规定 |
| 6 | 区块链信息服务管理规定 |
| 7 | 儿童个人信息网络保护规定 |
| 8 | 电信和互联网用户个人信息保护规定 |
| 9 | App违法违规收集使用个人信息行为认定方法 |
| 10 | 网络音视频信息服务管理规定 |
| 11 | 网络出版服务管理规定 |
| 12 | 会计档案管理办法 |
| 13 | 公安机关互联网安全监督检查规定 |
| 14 | 网络零售第三方平台交易规则制定程序规定（试行） |
| 15 | 机关档案管理规定 |
| 16 | 关于引导规范教育移动互联网应用有序健康发展的意见 |
| 17 | 规范互联网信息服务市场秩序若干规定 |
| 18 | 通信网络安全防护管理办法 |
| 19 | 互联网域名管理办法 |
| 20 | 网络安全审查办法 |
| 21 | 互联网信息服务管理办法 |
| 22 | 中国人民银行关于银行业金融机构做好个人金融信息保护工作的通知 |
| 23 | 网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法 |
| 24 | 网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法 |
| 25 | 寄递服务用户个人信息安全管理规定 |
| 26 | 人口健康信息管理办法(试行) |
| 27 | 关于开展App 违法违规收集使用个人信息专项治理的公告 |
| 28 | 《市场监管总局、中央网信办关于开展App安全认证工作的公告》及《移动互联网应用程序（App）安全认证实施规则》 |
| 29 | 关于加强网络直播服务管理工作的通知 |
| **国务院规范性文件** | 1 | 国务院办公厅关于促进“互联网+医疗健康”发展的意见 |
| 2 | 国务院关于深化“互联网+先进制造业”发展工业互联网的指导意见 |
| 3 | 国务院办公厅关于印发《政府网站发展指引》的通知 |
| 4 | 国务院关于印发《“十三五”国家信息化规划》的通知 |
| 5 | 国务院办公厅关于运用大数据加强对市场主体服务和监管的若干意见 |
| 6 | 国务院关于促进信息消费扩大内需的若干意见 |
| **部门规范性文件** | 1 | 移动互联网应用程序信息服务管理规定 |
| 2 | 云计算服务安全评估办法 |
| 3 | 互联网个人信息安全保护指南 |
| 4 | 最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法惩处侵害公民个人信息犯罪活动的通知 |
| 5 | 互联网论坛社区服务管理规定 |
| 6 | 互联网跟帖评论服务管理规定 |
| 7 | 互联网群组信息服务管理规定 |
| 8 | 互联网新闻信息服务新技术新应用安全评估管理规定 |
| 9 | 互联网新闻信息服务单位内容管理从业人员管理办法 |
| 10 | 公共互联网网络安全突发事件应急预案 |
| 11 | 微博客信息服务管理规定 |
| 12 | 具有舆论属性或社会动员能力的互联网信息服务安全评估规定 |
| 13 | 金融信息服务管理规定 |
| 14 | App违法违规收集使用个人信息自评估指南 |
| 15 | 工业数据分类分级指南（试行） |
| 16 | 工业和信息化部关于工业大数据发展的指导意见 |
| 17 | 中小企业数字化赋能专项行动方案 |
| 18 | 互联网诊疗管理办法（试行） |
| 19 | 互联网医院管理办法（试行） |
| 20 | 人类遗传资源管理暂行办法 |
| **部门工作文件** | 1 | 电信和互联网行业提升网络数据安全保护能力专项行动方案 |
| 2 | 国家网络安全事件应急预案 |
| **征求**  **意见稿** | 1 | 个人信息保护法（征求意见稿） |
| 2 | 关键信息基础设施安全保护条例（征求意见稿） |
| 3 | 个人信息出境安全评估办法（征求意见稿） |
| 4 | 个人信息和重要数据出境安全评估办法（征求意见稿） |
| 5 | 数据安全管理办法（征求意见稿） |
| 6 | 网络安全等级保护条例（征求意见稿） |
| 7 | 信息安全技术 数据出境安全评估指南（征求意见稿） |
| 8 | 信息安全技术 个人信息安全影响评估指南（征求意见稿） |
| 9 | 信息安全技术 个人信息去标识化指南（征求意见稿） |
| 10 | 信息安全技术 健康医疗信息安全指南（征求意见稿） |
| 11 | 信息安全技术 网络安全等级保护实施指南（征求意见稿） |
| 12 | 信息安全技术 数据交易服务安全要求（征求意见稿） |
| 13 | 信息安全技术 网络产品和服务安全通用要求（征求意见稿） |
| 14 | 信息安全技术 网络安全事件应急演练通用指南（征求意见稿） |
| 15 | 信息安全技术 信息安全风险评估规范（征求意见稿） |
| 16 | 信息安全技术 恶意软件事件预防和处理指南（征求意见稿） |
| 17 | 信息安全技术 关键信息基础设施安全检查评估指南》（征求意见稿） |
| 18 | 网络安全漏洞管理规定（征求意见稿） |
| **标准指南** | 1 | 信息安全技术 移动智能终端个人信息保护技术要求 |
| 2 | 信息安全技术 个人信息去标识化指南 |
| 3 | 信息安全技术 移动终端安全保护技术要求 |
| 4 | 信息安全技术 信息安全风险处理实施指南 |
| 5 | 信息安全技术 网络安全等级保护安全设计技术要求 |
| 6 | 信息安全技术 网络安全等级保护基本要求 |
| 7 | 信息安全技术 个人信息安全规范 |
| 8 | 信息安全技术 网络安全等级保护定级指南 |
| 9 | 个人金融信息保护技术规范 |
| 10 | 网络安全标准实践指南-移动互联网应用程序 |

律师涉农法律业务操作指引

## 目 录

[第一章 总则](#_bookmark0)

[第一节 制定本指引的背景及目的](#_bookmark1)

[第二节 本指引的适用范围](#_bookmark2)

[第三节 律师参与涉农法律事务业务的方式与途径](#_bookmark3)

[第四节 律师提供“三农”服务的要求](#_bookmark4)

[第五节 特别说明](#_bookmark5)

[第二章 律师服务“三农”需重点关注的业务范围](#_bookmark6)

[第三章 律师服务“三农”需重点关注的业务操作指引](#_bookmark7)

[第一节 农村土地承包经营及农村土地承包经营权](#_bookmark8)[流转业务操作](#_bookmark9)指引

[第二节 农业金融信贷业务操作指引](#_bookmark13)

[第三节 农民专业合作社业务操作指引](#_bookmark16)

[第四节 农业知识产权保护业务操作指引](#_bookmark20)

[第五节 农村宅基地业务操作指引](#_bookmark24)

[第六节 农产品质量安全业务操作指引](#_bookmark28)

[第七节 国有渔业水域占用补偿业务操作指引](#_bookmark32)

[第八节 村（居）基层组织法律服务业务操作指引](#_bookmark36)

[第九节 农业行政处罚业务操作指引](#_bookmark39)

[第十节 农业投资管理业务操作指引](#_bookmark42)

[第十一节 农村集体资产管理业务操作指引](#_bookmark46)

[第十二节 律师办理集体产权制度改革业务操作指引](#_bookmark46)

[第四章 附则](#_bookmark50)

律师涉农法律业务操作指引

## 第一章 总则

# 第一节 制定本指引的背景及目的

#### 第一条 制定本指引的背景

党的十九届五中全面审议通过了《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五远景目标的建议》，对新发展阶段优先发展农业农村、全面推进乡村振兴作出总体部署，为做好当前和今后一个时期“三农”工作指明了方向。“十三五”时期，现代农业建设取得了重大进展，乡村振兴实现良好开局。粮食年产量连续保持在 1.3 万亿斤以上，农民人均收入较 2010 年翻一番多。新时代脱贫攻坚目标任务如期完成，现行标准下农村贫困人口全部脱贫、贫困县全部摘帽、易地扶贫搬迁任务全面完成，消除了绝对贫困和区域性整体贫困，创造了人类减贫史上的奇迹。农村人居环境明显改善， 农村改革向纵深推进，农村社会保持和谐稳定，农村即将同步实现全面建成小康社会目标。农业农村发展取得新的历史性成就，为党和国家战胜各种艰难险阻、稳定经济社会发展大局，发挥了“压舱石”作用。

“十四五”时期，是乘势而上开启全面建设社会主义现代化国家新征程、向第二个百年奋斗目标进军的第一个五年。民族要复兴，乡村必振兴。党中央认为，新发展阶段“三农”工作依然极端重要，须臾不可放松，务必抓紧抓实。要坚持把解决好“三农”问题作为全党工作重中之重，把全面推进乡村振兴作为实现中华民族伟大复兴的一项重大任务，举全党全社会之力加快农业农村现代化，让广大农民过上更加美好的生活。农村的发展改革和制度创新，是农村经济发展市场化和法治化的过程，律师是农村法治建设和法律服务的重要力量，在社会主义新农村建设中，律师应该积极作为，有所贡献。

#### 第二条 制定本指引的目的

为规范律师依法办理与“三农”相关的诉讼和非诉讼业务、提高律师承办“三农”法律业务的服务质量，依据《中华人民共和国农业法》等法律、法规、规章和最高人民法院相关司法解释，结合“三农”法律实务，特制定本指引供律师及相关人士借鉴参考。

# 第二节 本指引的适用范围

#### 第三条 本指引的适用范围

1. 处理农村土地承包经营及农村土地承包经营权流转业务；
2. 农村金融信贷业务；
3. 农民专业合作社业务；
4. 农业知识产权保护业务；
5. 农村宅基地业务；
6. 农产品质量安全业务；
7. 村（居）基层组织法律服务业务、国有渔业水域占用补偿业务；
8. 农业执法业务、农业投资管理业务；
9. 农村集体资产管理业务；
10. 其他涉及“三农”法律实务的诉讼、非诉讼法律服务。

# 第三节 律师参与涉农法律事务的方式与途径

#### 第四条 律师参与涉农法律事务的方式与途径

**（一）成为基层政府或涉农相关部门的法律顾问**

基层人民政府以及涉农相关部门与“三农”问题紧密联系，息息相关，律师可以通过成为上述单位的法律顾问，参与“三农”问题的处理。如：参与政府信访活动和维稳工作、开展法治宣讲解说、就涉农法律法规政策咨询提供意见、为政府依法行政、农业投资等问题及时提出意见和建议，避免政府在决策“三农”问题上出现失误。

#### （二）为农村各金融机构、经济组织提供法律服务

随着经济的发展，经济组织形态多变。国家支持各种金融机构对农村经济组织进行扶持，因此，农村经济组织借贷问题突出，同时农村的改革和发展使农村不同经济组织之间的联系日益密切，法律问题越来越复杂。律师可通过担任农村各种金融机构或经济组织的法律顾问，来提供法律意见、参与争议的调解、仲裁、诉讼等。同时，律师还可以配合土地承包经营权流转服务组织，为流转双方提供法规咨询、合同制作和签订、纠纷调处等服务。

#### （三）办理涉及“三农”的诉讼、非诉讼法律事务，参与司法调解、行政调解，或主持民间调解活动。

“十四五”时期，是开启全面建设社会主义现代化国家新征程、向第二个百年奋斗目标进军的第一个五年。新发展阶段“三农”工作依然极端重要，在我国农村处于经济社会的快速变革时期，各种矛盾纠纷会日益显现。如农村征地、环境污染、移民搬迁、退圩还湖、土地承包、宅基地取得、集体资产处置等容易激化矛盾的群体性纠纷。律师应从预防和化解纠纷入手，及时向政府及相关部门反映农民诉求，配合政府及相关部门参与农村群体性事件的疏导，为避免和解决群体性事件发挥作用，促进社会和谐。

#### （四）参与农村普法教育和法治宣传活动

农民对法律知识的需求是现实和迫切的，律师可以以多种方式开展农村普法宣传和法制教育活动。如送法下乡、开设律师农村法制课堂等，增强广大农民的法律意识，为农村经济和社会发展营造良好的法制氛围。

#### （五）提供法律援助服务，维护农民合法权益

律师可以通过与法律援助机构相互配合，参与对农村中的五保户和低保户的社会保障、残疾人救助、灾害救助纠纷，赡养、抚养类家庭纠纷、交通、医疗事故等人身伤害案件及环境污染等关系到农民群众利益的纠纷和案件，从促进公平正义、促进社会和谐出发，积极参与法律援助活动，认真履行法律援助义务，依法维护农民的合法权益。

# 第四节 律师提供“三农”法律服务的要求

#### 第五条 律师提供“三农”法律服务的要求

**（一）熟练掌握“三农”工作政策及法律法规。**

“三农”问题是党中央一直关注的问题。十三五时期，农业农村发展取得新的历史性成就，为党和国家战胜各种艰难险阻、稳定经济社会发展大局，发挥了“压舱石”作用。同时，“三农”问题不仅涉及许多涉农法律法规，还涉及政策文件。因此，提供“三农”服务的律师不仅要研究涉农法律法规，还要时刻关注“三农”相关制度的发展进程，了解相关政策，研究和预测农村经济发展中出现的法律服务需求。

#### （二）按程序依法办理“三农”问题

1.咨询

（1）倾听当事人陈述案件，重点关注案件的背景、历史渊源及争议的焦点；

（2）针对当事人陈述的事实的疑惑之处进行提问，并询问相关证据情况；

（3）要根据不同的咨询对象，从不同的角度提供客观全面的咨询建议，尽最大可能维护当事人的利益。

2.收案

（1）向当事人提交委托须知、办案质量监督卡交委托人过目后签字或盖章；

（2）签订委托代理合同一式两份并提交律所收案审批；

（3）委托人授权并让委托人签字或盖章，委托人是个人的，让其提交身份证复印件，委托人是单位的让其交法人证书复印件及法定代表人或负责人的身份证明书；

（4）收费。收取委托人费用后，律所向委托人开具发票；

（5）做好首谈笔录，记录当事人陈述的事实及接收的证据情况，并要求当事人签字；

（6）对于必要的证据要列清单交给当事人，并根据案件进展情况要求当事人在合理的时间内提交证据。对于当事人无法提供的证据，要提醒当事人尽可能列明清单，看是否可以调取。根据证据的情况综合评判案件的风险及胜诉率。

3.办案

（1）根据委托人的委托事项，依法提供法律意见书、咨询报告、起诉状、答辩状等；

（2）根据委托人的委托事项及提交的证据情况，依法收集证据、分析证据，如当事人无法提供且律师可以调取的要调查取证。

（3）诉讼案件：

①代理原告的，要按照当事人的要求在法律允许的期限内依法向有管辖权的法院提交律所公函、授权委托书、证据目录及相关证据、起诉状、进行立案。并按照法院的出庭通知书、举证通知书等要求依法出庭、举证，庭审结束后，必要时提交代理词， 方便法院依法裁判；

②代理被告的要根据原告的起诉状及证据依据，按照受理法院提交的应诉通知书、出庭通知书及举证通知书要求依法出庭并提交律所公函、授权委托书、证据目录及相关证据、答辩状。庭审结束后，必要时提交代理词，方便法院依法裁判。

（4）非诉案件：要根据当事人的要求及委托事项的具体情况，做好调查取证、专家论证、分险评估、征求意见、听取公众意见等必要程序，同时要全面检索相关法律法规规章及政策的变化及背景，依法客观地出具法律意见、咨询报告等相关法律文书。

# 第五节 特别说明

#### 第六条 特别说明

## 本律师业务指引仅仅是对律师执业活动的参考和提示，不能以此作为判定律师执业是否尽职合规的依据，更不能作为追究律师责任的依据。

## 第二章 律师服务“三农”需重点关注的业务范围

#### 第七条 律师服务“三农”需重点关注的业务范围

（一）律师服务“三农”需重点关注的业务范围主要有：

（二）农村土地承包经营及农村土地承包经营权流转业务；

（三）农村金融信贷业务；

（四）农民专业合作社业务；

（五）农业知识产权保护业务；

（六）农村宅基地业务；

（七）农产品质量安全业务；

（八）国有渔业水域占用补偿业务；

（九）农业执法业务；

（十）农业投资管理业务；

（十一）农村集体资产管理业务。

## 第三章 律师服务“三农”需重点关注的业务操作指引

# 第一节 农村土地承包经营及农村土地承包经营权流转业务操作指引

#### 第八条 主要概念

**（一）农村土地**

是指农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地。

**（二）农村土地承包**

是指采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。

农村土地承包经营权是指公民、法人依法对集体所有的或国家所有而由集体使用的土地按照法律规定和法定期限，通过与发包人签订承包合同的方式所取得的占有、使用、收益的权利。

**（三）农村土地承包经营权证**

是指农村土地承包合同生效后，国家依法确认承包方享有土地承包经营权的法律凭证。农村土地承包经营权证只限承包方使用。

#### 第九条 农村土地承包的“三权”分置

集体所有权、农户承包经营权、土地经营权为农村土地三权分置的三种权利。农村土地的所有权归农民集体所有或国家所有。农村集体经济组织成员享有农村土地承包资格。农村土地承包经营权是指获得农村土地承包经营权证的承包方。

#### 第十条 农村土地承包经营纠纷的范围

1. 因订立、履行、变更、解除和终止农村土地承包合同发生的纠纷；
2. 因农村土地承包经营权转包、出租、互换、转让、入股等流转发生的纠纷；
3. 因收回、调整承包地发生的纠纷；
4. 因确认农村土地承包经营权发生的纠纷；
5. 因侵害农村土地承包经营权发生的纠纷；
6. 法律、法规规定的其他农村土地承包经营纠纷。

#### 第十一条 农村土地承包纠纷解决方式

1. 当事人自行和解；
2. 和解不成的，请求村民委员会、乡（镇）人民政府调解；
3. 当事人和解、调解不成或不愿和解、调解的，可以向农村土地承包仲裁委员会申请仲裁；
4. 可以直接向人民法院起诉。

#### 第十二条 农村土地承包经营权纠纷仲裁与诉讼的衔接

1. 当事人自愿达成书面仲裁协议的，受诉人民法院应当参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百一十五条、第二百一十六条的规定处理。即当事人在书面合同中订有仲裁条款，或者在发生纠纷后达成书面仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院应当告知原告向仲裁机构申请仲裁，其坚持起诉的，裁定不予受理，但仲裁条款或仲裁协议不成立、无效、失效、内容不明确无法执行的除外。
2. 在人民法院首次开庭前，被告以有书面仲裁协议为由对受理民事案件提出异议的，人民法院应当进行审查。经审查符合下列情形之一的，人民法院应当裁定驳回起诉：

1.仲裁机构或者人民法院已经确定仲裁协议有效的；

2.当事人没有在仲裁庭首次开庭前对仲裁协议的效力提出异议的；

3.仲裁协议符合仲裁法第十六条规定且不具有仲裁法第十七条规定的情形的。即仲裁协议符合仲裁法第十六条规定的内容且不存在仲裁法第十七条规定的协议无效的情形。

1. 农村土地承包仲裁委员会根据农村土地承包经营纠纷调解仲裁法第十八条规定，以超过申请仲裁的时效期间为由驳回申请后， 当事人就同一纠纷提起诉讼的，人民法院应予受理。
2. 当事人未达成书面仲裁协议，一方当事人向农村土地承包仲裁机构申请仲裁，另一方当事人提起诉讼的，人民法院应予受理，并书面通知仲裁机构。但另一方当事人接受仲裁管辖后又起诉的，人民法院不予受理。
3. 当事人对仲裁裁决不服并在收到裁决书之日起三十日内提起诉讼的，人民法院应予受理。
4. 当事人在收到农村土地承包仲裁委员会作出的裁决书之日起三十日后或者签收农村土地承包仲裁委员会作出的调解书后，就同一纠纷向人民法院提起诉讼的，裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。

#### 第十三条 农村土地承包民事纠纷的范围

1. 承包合同纠纷；
2. 承包经营权侵权纠纷；
3. 土地经营权侵权纠纷；
4. 承包经营权互换、转让纠纷；
5. 土地经营权流转纠纷；
6. 承包地征收补偿费用分配纠纷；
7. 承包经营权继承纠纷；
8. 土地经营权继承纠纷。

#### 第十四条 发包方收回承包地的情形

1. 承包期内，发包方与承包方协商收回；
2. 承包期满，发包方依法收回；
3. 土地经营权人擅自改变土地的农业用途、弃耕抛荒连续两年以上、给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境，承包方在合理期限内不解除土地经营权流转合同的，发包方有权要求终止土地经营权流转合同；
4. 承包期内，承包方死亡且无人继承的；
5. 承包期内，承包方进城落户，自愿交还承包地的；
6. 承包期内，妇女结婚，在新居住地取得承包地的或妇女离婚或者丧偶，在新居住地取得承包地的。

#### 第十五条 土地征收补偿费用分配

1. 承包地被依法征收，承包方有权获得发包方已经收到的地上附着物和青苗的补偿费；
2. 承包方已将土地经营权以出租、入股或者其他方式流转给第三人的，除当事人另有约定外，青苗补偿费归实际投入人所有，地上附着物补偿费归附着物所有人所有；
3. 承包地被依法征收，放弃统一安置的家庭承包方，有权获得发包方给付已经收到的安置补助费；
4. 农村集体经济组织或者村民委员会、村民小组，可以依照法律规定的民主议定程序，决定在本集体经济组织内部分配已经收到的土地补偿费。征地补偿安置方案确定时已经具有本集体经济组织成员资格的人，有权请求支付相应份额但已报全国人大常委会、国务院备案的地方性法规、自治条例和单行条例、地方政府规章对土地补偿费在农村集体经济组织内部的分配办法另有规定的除外。

#### 第十六条 土地承包经营权继承

1. 林地家庭承包中，承包方的继承人有权在承包期内继续承包。
2. 其他方式承包（指农村土地家庭承包之外的）中，承包方的继承人或者权利义务承受者有权在承包期内继续承包。

#### 第十七条 土地承包法律业务操作提示

1. 律师代理因征收集体所有的土地及其补偿发生的纠纷，应告知当事人该纠纷不属于农村土地承包仲裁委员会的受理范围，可通过行政复议或者诉讼等方式解决。
2. 律师代理农村集体经济组织成员因未实际取得土地承包经营权提起民事诉讼的，应当告知当事人其向有关行政主管部门申请解决，而非提起民事诉讼。律师代理农村集体经济组织成员就用于分配的土地补偿费数额提起民事诉讼的，应告知当事人该情形不是人民法院民事案件受理情形，可以通过行政复议、行政诉讼解决。
3. 律师代理承包合同纠纷案件时应注意承包合同中有关收回、调整承包地的约定，违反农村土地承包法第二十七条、第二十八条、第三十一条规定的，该约定无效。
4. 律师接到当事人在收到农村土地承包仲裁委员会作出的裁决书后向人民法院提起请求撤销仲裁裁决的诉讼案件，首先要审查是否在收到农村土地承包仲裁委员会作出的裁决书 30 日内，其次在起诉时要就原纠纷提起诉讼。
5. 承包方未经发包方同意，转让其土地承包经营权的， 转让合同无效。发包方无法定理由不同意或者拖延表态的除外。
6. 承包方依法采取出租、入股或者其他方式流转土地经营权，发包方仅以该土地经营权流转合同未报其备案为由，请求确认合同无效的，不予支持。

#### 第十八条 土地承包经营权取得的方式和途径

**（一）原始取得**

原始取得主要指集体经济组织的成员或本集体经济组织以外的单位或个人，通过依法订立承包合同所取得的土地承包经营权。

#### （二）流转取得

**1.一般方式为：转包、转让、出租、入股、互换。**

（1）转包，是指承包方将承包的土地转承包给新承包方，原承包方为转包人，新承包方为受让人。土地转包后由受让人继续享受和履行承包合同规定的权利和义务，并向转包人提供一定数量的转包费。转包需经发包方备案，但不必经发包方同意。转包只适用于家庭承包的情形。

（2）出租，是指承包方将土地租赁给其他公民、法人或者其他组织使用，由承包方向出租方交纳租金，只需发包方备案即可进行。承包方在一定期限内将部分或者全部土地承包经营权转包或者出租给他人后，转包人或者出租人并不退出土地承包合同，承包方与发包方的关系不变，由承包方直接向发包方承担义务。

（3）互换，承包方之间为方便耕种或者各自需要，可以对属于同一集体经济组织的土地承包经营权进行互换。互换是一种互易合同。互易后，互换的双方取得对方的土地承包经营权，丧失自己的原土地承包经营权。双方农户达成互换合同后，还应与发包人变更原土地承包合同。双方互换的，不必经发包人同意，但互换合同应经发包人备案。互换未经登记，不得对抗善意第三人。入股，是指将农地量化股份，把土地承包经营权转化为股权，实行股份合作制经营的一种流转方式。

（4）转让，是指土地承包经营权人将其拥有的未到期的土地承包经营权以一定的方式和条件有偿转移给其他公民、法人或者其他组织的一种农村土地流转方式。土地承包经营权的受让对象可以是本集体经济组织的成员，也可以是本集体经济组织之外的个人和单位，本集体经济组织成员有优先受让权。转让后，土地承包经营权发生转移，由受让人向发包方履行义务，原承包方完全退出承包经营关系。通过家庭承包获取的土地承包经营权转让的，必须经发包方同意。转让未经登记的，不得对抗善意第三人。

（5）土地承包经营权抵押，是指承包方为了确保自己或者他人债务的履行，将土地不转移占有而提供相应担保。

（6）继承，是指“四荒”土地承包经营权以及林地家庭承包经营权， 承包方死亡的，由其继承人依法在承包期内继承土地承包经营权。

（7）代耕，是指承包方在承包期内依法将承包地委托给第三人(即代耕方)暂时代为经营的行为。

**（三）其他方式的承包**

荒山、荒沟、荒丘、荒滩等可以直接通过招标、拍卖、公开协商等方式实行承包经营。通过招标、拍卖、公开协商的方式承包农村土地，经依法登记取得权属证书的，可以依法采取出租、入股、抵押的方式流转土地经营权。将整片土地承包经营权作价折股，分配给本集体经济组织成员后，再实行承包经营或者股份合作经营。

#### 第十九条 土地承包经营权的期限

土地承包分为耕地、草地、林地承包。耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年。

#### 第二十条 土地承包经营权律师业务操作提示

**（一）律师代理土地承包经营权纠纷时的注意事项**

1.土地承包经营权互换、转让不以登记为生效要件，未经登记，不得对抗善意第三人。

2.无论采取何种方式取得农村土地承包经营权，均要签订承包合同且土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。

3.承包方的继承人请求在承包期内继续承包的仅限于林地承包和“四荒地”承包。

4.当事人对出租地流转期限没有约定或者约定不明的，根据《民法典》第五百一十条（即合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照相关条款或者交易习惯确定。）仍不能确定的，视为不定期租赁，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。除当事人另有约定或者属于林地承包经营外，承包地交回的时间应当在农作物收获期结束后或者下一耕种期开始前。

5.流转期限为五年以上的土地经营权，自流转合同生效时设立。且土地经营权登记不是合同生效要件，而是对抗善意第三人的条件。

**（二）**《民法典》增加规定了除“四荒地”之外土地承包经营权可以采取入股的方式流转，同时删除了“耕地”不能抵押的情形，体现了土地“三权”分置中经营权的作用。

**（三）**本集体经济组织成员在承包费、承包期限等主要内容相同的条件下，一般情况下具有优先承包权。

但在发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的组织或者个人，已经法律规定的民主议定程序通过，并由乡（镇）人民政府批准后主张优先承包的除外。

**（四）**发包方就同一土地签订两个以上承包合同，承包方均主张取得土地经营权的，按照下列情形，分别处理：

1.已经依法登记的承包方，取得土地经营权；

2.均未依法登记的，生效在先合同的承包方取得土地经营权；

3.依前两项规定无法确定的，已经根据承包合同合法占有使用承包地的人取得土地经营权，但争议发生后一方强行先占承包地的行为和事实，不得作为确定土地经营权的依据。

**（五）**对提高土地生产能力的投入，对方当事人有权请求承包方给予相应补偿的。

**（六）**审查土地经营权流流转合同时应注意审查以下事项：

1. 是否改变土地所有权性质和土地的农业用途；
2. 是否会破坏农业综合生产能力和农业生态环境；
3. 流转的期限是否超过承包期的剩余期限；
4. 受让方是否具有农业经营能力或者资质。

# 第二节 农业金融信贷律师业务操作指引

#### 第二十一条 农业金融信贷的主要模式

1. “政银担”模式；
2. “银行贷款+风险补偿金”模式；
3. “政银保”模式；
4. “两权抵押贷款”模式；
5. “农村信用社小额信贷”模式；
6. “农产品价格指数保险”模式；
7. “农机融资租赁”模式；
8. “双基联动合作贷款”模式；
9. “互联网+农村金融”模式；
10. “农业领域PPP”模式。

#### 第二十二条 农业金融信贷主要模式的概念及特点

**（一）“政银担”模式**

政府、银行、担保机构充分发挥各自优势，密切分工协作，政府扶持或直接出资设立担保公司，对符合条件的农业信贷项目予以担保，银行再发放贷款。

该模式的主要特点：

1. 促进金融资本落地。将量大面广、额度小的农业信贷需求汇集起来，将银行与农户“一对多”的关系变成与担保公司的“一对一”，拉近了供求双方的距离，降低交易成本。
2. 充分发挥财政资金的杠杆作用。政府通过对担保公司的资本金注入，担保公司能够放大实现其净资产最高 15 倍的杠杆效应。
3. 农业信贷风险可控。将信贷风险从银行部分转移到了担保公司，分散了农业信贷风险，调动了金融机构的积极性。同时政府对政策性农业担保公司给“政银担”模式给予持续的担保费用补助和风险代偿补助，确保了可持续运营。

#### （二）“银行贷款+风险补偿金”模式

由财政资金建立风险补偿金，合作银行向新型农业经营主体提供无担保、无抵押、低成本、简便快捷的贷款，当出现不良贷款时，按约定程序和比例从财政风险补偿金中予以补偿。

该模式的主要特点：

1. 弱化了对农民财产抵押物的要求，调动了银行积极性，有效提升了贷款可得性；
2. 发挥了财政资金“小钱撬大钱”的作用，可按照政府风险补偿金最高 10 倍的杠杆撬动银行贷款。

#### （三）“政银保”模式

保险公司为贷款主体提供保证保险，银行提供贷款，政府提供保费补贴、贴息补贴和风险补偿支持，通过财政、信贷、保险三轮驱动，共同扶持新型农业经营主体发展。

该模式的主要特点：

1. 发挥了保证保险的增信作用；
2. 弱化了对抵质押物的要求，农民可以获得快捷优惠的贷款；
3. 实现了政府、银行、保险机构风险共担。

#### （四）“两权抵押贷款”模式

农村承包土地的经营权抵押贷款和农民住房财产权抵押贷款。其中，农村承包土地的经营权抵押贷款，是以承包土地的经营权作抵押、由银行向农户或农业经营主体发放贷款。农民住房财产权抵押贷款，是在不改变宅基地所有权性质的前提下，以农民住房所有权及所占宅基地使用权作为抵押、由银行向住房所有人发放贷款。

该模式的主要特点：

1. 赋予了“两权”抵押融资功能，创新了“两权”抵押贷款产品和服务，有利于盘活农村存量资产、提高农村土地资源利用效率、促进农村经济和农村金融发展；
2. 试点地区政府承担主体责任，有效推进农村承包土地经营权的确权登记颁证、农村产权流转交易平台搭建、集体建设用地基准地价制定、抵押物价值评估、抵押物处置等工作；
3. 注重保障农民合法权益，坚持不改变公有制性质、不突破耕地红线、不层层下达规模指标，用于抵押的承包土地没有权属争议，且不能超过农民承包土地的剩余年限。

#### （五）“农村信用社小额信贷”模式

农村信用社以农户的信誉为基础，在核定的额度和期限内向农户发放的无需抵押、担保的贷款。

该模式的主要特点：

1. 贷款受益者多为量大面广、贷款金额较小的普通农户；
2. 贷款主要靠信用，不需要抵押物；
3. 实行一次核定、余额控制、随用随贷、周转使用，期限灵活，手续简便。

#### （六）“农产品价格指数保险”模式

农业生产经营者因市场价格大幅波动、农产品价格低于目标价格造成的损失给予经济赔偿的一种产品模式创新。

该模式的主要特点：

1. 将农产品生产的市场风险纳入农业保险保障范畴，拓宽了保险服务领域，促进了农业生产和农产品市场价格基本稳定，保障了农民利益，对当前农业生产自然风险保障形成了有益补充；
2. 通过探索推广农产品价格指数保险，可以逐步向收入保险过渡，有助于实现农业保险从保成本向保收入的转变。

#### （七）“农机融资租赁”模式

融资(金融)租赁公司以租赁综合服务商的角色将承租人、银行、经销商以及政府的各种资源实施链接和整合，承租人(农机大户、农机合作社)交纳一定的首付金就可独立使用机械设备，剩余租金与利息分期偿付，全款付清后农机具所有权再转移到承租人。

该模式的主要特点：让农民由“直接购买”变为“先租后买”，大幅度减轻一次性投入压力，缓解大型农机具购机难问题。

#### （八）“双基联动合作贷款”模式

基层银行业机构与农牧社区基层党组织发挥各自优势，加强合作，共同完成对农牧户和城镇居民的信用评级、贷款发放及贷款管理。

该模式的主要特点：

1. 搭建了一个平台，即通过依托基层党组织，搭建为农牧户提供基础金融服务的新平台；
2. 发挥了双重优势，即发挥基层党组织的信息、组织、行政资源优势与基层银行乡镇机构的资金、技术和风险管理优势，促进优势对接和整合；
3. 实现了多方共赢，即通过“双基联动”，使基层党组织服务农牧民有了新抓手，银行开展基层金融服务有了新平台，农村基础金融服务有了新突破，实现了加强基层党组织建设、发展普惠金融、振兴农村经济、增加农民收入多方共赢。

#### （九）“互联网+农村金融”模式

金融机构、产业资本等以互联网为载体，利用大数据、云计算、物联网等新技术，打破传统金融模式的时间、空间与成本约束，提升农户信贷可得性。

该模式的主要特点：

1. 覆盖面广。互联网金融克服了传统金融机构展业成本高昂的弊端，投入成本少；
2. 门槛较低。互联网金融不需要农民的抵押物，农民省去了繁琐的贷款程序。
3. 快捷灵活。互联网金融可以使农民足不出户，只需要智能手机就可以选择办理相关金融业务，节省了大量时间。

#### （十）“农业领域PPP”模式

通过政府与社会资本合作，发挥财政杠杆作用，引导社会资本积极参与农业农村公共服务项目的投资、建设、运营。

该模式的主要特点：

1. 开辟了农业投融资新渠道，政府通过投入小部分资金起到方向性、指导性作用，并提供制度、法律等配套政策保障，提升了社会资本投资农业的积极性和主动性；
2. 提升了政府投资效率，既发挥了财政资金“四两拨千斤”的作用，也发挥了市场机制的决定性作用，探索了农业领域投资项目长效利用的机制；
3. 实现了引资和引智相结合，将先进的管理理念、高效的市场机制引入农业领域，打破了农业传统思维限制，为我国农业产业发展注入新活力。

### 第二十三条 农业金融信贷操作提示

**（一）代理农业金融借贷案件的注意事项**

1. 审查合同内容及性质，包括借款金额、担保的类型、担保物的状态、合同内容是否存在格式条款的情形，评判所代理的农业金融借贷具体的模式类型；
2. 审查合同的履行情况、背景及相关证据材料的保存情况；
3. 结合合同履行的相关证据材料及合同的内容、农业金融信贷的模式综合评判案件情况，尽最大可能减免当事人的损失，不可以以一般借款的思路代理案件。

#### （二）审核农业金融信贷合同

要注意审核是农业金融信贷合同的签订背景，根据各类农业金融信贷模式的特点把握合同的风险点。如“银行贷款+风险补偿金”模式，要注意审查：

1. 合作银行的资质及放贷能力；
2. 明确合作双方承担风险的比例及赔偿的范围；
3. 明确合作银行申报不良债权的时间、条件以及赔偿的范围；
4. 明确合作银行不得擅自将不良债权向第三方转让条款。

#### （三）要求当事人提交材料情况

要向当事人充分了解签订农业金融借贷的背景，询问是否有相关政策或文件。根据了解的情况，向当事人出具证据清单，要求当事人按照清单准备材料，切忌当事人给什么证据用什么证据。对于当事人无法提供的证据，如可以依法调取，则可以通过依法调阅获取证据。

# 第三节 农民专业合作社律师业务操作指引

#### 第二十四条 农民专业合作社

农民专业合作社是指在农村家庭承包经营基础上，农产品的生产经营者或者农业生产经营服务的提供者、利用者，自愿联合、民主管理的互助性经济组织。

#### 第二十五条 农民专业合作社的服务范围

农民专业合作社以其成员为主要服务对象，开展以下一种或者多种业务：

1. 农业生产资料的购买、使用；
2. 农产品的生产、销售、加工、运输、贮藏及其他相关服务；
3. 农村民间工艺及制品、休闲农业和乡村旅游资源的开发经营等；
4. 与农业生产经营有关的技术、信息、设施建设运营等服务。

**第二十六条 农民专业合作社的设立、合并、分立、解散和清算**

#### （一）农民专业合作社的设立

#### 1.设立农民专业合作社的条件：

（1）有五名以上《农民专业合作社法》规定的成员；

1. 有合法的章程；
2. 有合法的组织机构；
3. 有合法的名称和章程、确定的住所；
4. 有符合章程规定的成员出资。

#### 2.设立农民专业合作社应向登记机关提交的材料：

1. 登记申请书；
2. 全体设立人签名、盖章的设立大会纪要；
3. 全体设立人签名、盖章的章程；
4. 法定代表人、理事的任职文件及身份证明；
5. 出资成员签名、盖章的出资清单；
6. 住所使用证明；
7. 法律、行政法规规定的其他文件。

#### （二）农民专业合作社的合并业务注意事项

1. 农民专业合作社合并，应当自合并决议作出之日起十日内通知债权人。
2. 合并各方应签订协议约定合并各方的债权、债务应当由合并后存续或者新设的组织承继，并且列明债权债务清单备查。
3. 合作社的合并只能依照法律规定和法定程序进行。
4. 合作社合并以后，除了退社的成员之外，原合作社的成员资格，自动转为合并后存续或者新设的合作社的成员。

#### （三）农民专业合作社的分立注意事项

1. 农民专业合作社分立，应当对其财产作相应的分割、列明清单，并应当自分立决议作出之日起十日内通知债权人。
2. 分立前的债务由分立后的组织承担连带责任。但是，在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。
3. 分立方应当签订协议对相关权利义务、责任承担及财产分割情况予以明确，并列明清单备查。

#### （四）农民专业合作社的解散

农民专业合作社解散的情形：

1. 章程规定的解散事由出现；
2. 成员大会决议解散；
3. 因合并或者分立需要解散；
4. 依法被吊销营业执照或者被撤销。

#### （五）农民专业合作社的清算

**1.清算组的成立时间**

1. 章程规定的解散事由出现，成员大会决议解散、依法被吊销营业执照或被撤销原因解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内由成员大会推举成员组成清算组，开始解散清算；
2. 逾期不能组成清算组的，成员、债权人可以向人民法院申请指定成员组成清算组进行清算。

#### 2.清算组的职责

1. 自成立之日起接管农民专业合作社，负责处理与清算有关未了结业务，清理财产和债权、债务，分配清偿债务后的剩余财产， 代表农民专业合作社参与诉讼、仲裁或者其他法律程序，并在清算结束时办理注销登记。
2. 自成立之日起十日内通知农民专业合作社成员和债权人， 并于六十日内在报纸上公告。
3. 对债权人申报债权的相关材料进行审查、登记。
4. 负责制定包括清偿农民专业合作社员工的工资及社会保险费用，清偿所欠税款和其他各项债务，以及分配剩余财产在内的清算方案。
5. 应当忠于职守，依法履行清算义务。

#### 第二十七条 设立农民专业合作社的出资形式及农民专业合作社及成员责任承担

**（一）设立农民专业合作社的出资形式**

1. 货币出资；
2. 实物出资；
3. 知识产权、土地经营权、林权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财；
4. 章程规定非法律、行政法规规定的不得作为出资的财产的出资方式。

#### （二）农民专业合作社及成员的责任承担

1. 农民专业合作社对由成员出资、公积金、国家财政直接补助、他人捐赠以及合法取得的其他资产所形成的财产，享有占有、使用和处分的权利，并以上述财产对债务承担责任。
2. 农民专业合作社成员以其账户内记载的出资额和公积金份额为限对农民专业合作社承担责任。

#### 第二十八条 农民专业合作社章程内容

农民专业合作社章程应载明的事项

1. 名称和住所；
2. 业务范围；
3. 成员资格及入社、退社和除名；
4. 成员的权利和义务；
5. 组织机构及其产生办法、职权、任期、议事规则；
6. 成员的出资方式、出资额，成员出资的转让、继承、担保；
7. 财务管理和盈余分配、亏损处理；
8. 章程修改程序；
9. 解散事由和清算办法；
10. 公告事项及发布方式；
11. 附加表决权的设立、行使方式和行使范围；
12. 需要载明的其他事项。

#### 第二十九条 成为农民专业合作社成员的条件

1. 具有民事行为能力的公民；
2. 从事与农民专业合作社业务直接有关的生产经营活动的企业、事业单位或者社会组织，能够利用农民专业合作社提供的服务，承认并遵守农民专业合作社章程，履行章程规定的入社手续的。

#### 第三十条 农民专业合作社的组织机构

1. 农民专业合作社可以设立成员大会、成员代表大会、理事会、监事会。
2. 成员大会由全体成员组成，是本社的权利机构行使下列职权：
3. 修改章程；
4. 选举和罢免理事长、理事、执行监事或者监事会成员；
5. 决定重大财产处置、对外投资、对外担保和生产经营活动中的其他重大事项；
6. 批准年度业务报告、盈余分配方案、亏损处理方案；
7. 对合并、分立、解散、清算，以及设立、加入联合社等作出决议；
8. 决定聘用经营管理人员和专业技术人员的数量、资格和任期；
9. 听取理事长或者理事会关于成员变动情况的报告，对成员的入社、除名等作出决议；
10. 公积金的提取及使用；
11. 章程规定的其他职权。

**（三）成员代表大会设立的条件：**

农民专业合作社成员超过一百五十人的，可以按照章程规定设立。成员代表大会按照章程规定可以行使成员大会的部分或者全部职权。

**（四）农民专业合作社理事会、监事会**

农民专业合作社设理事长一名，可以设理事会。理事长为本社的法定代表人。农民专业合作社可以设执行监事或者监事会。理事长、理事、经理和财务会计人员不得兼任监事。理事长、理事、执行监事或者监事会成员，由成员大会从本社成员中选举产生，依照本法和章程的规定行使职权，对成员大会负责。

### 第三十一条 农民专业合作社业务操作提示

**（一）律师在受委托办理农民专业合作社设立时注意事项**

1. 审核设立人的有关情况，应保证设立人数符合法律关于最低人数的限制，即至少要有 5 名以上设立人。
2. 审核资格：合作社的成员为农民的，成员身份证明为农业人口户口簿；无农业人口户口簿的，成员身份证明为居民身份证和土地承包经营权证或者村民委员会（居民委员会）出具的身份证明。合作社的成员不属于农民的，成员身份证明为居民身份证。合作社成员为企业、事业单位、社会团体成员的，应要求这些设立人提交企业法人营业执照或者其他登记证书、有权决定对外出资的部门的决议等证明文件，如需有关主管部门审批的还需提交审批文件。根据法律规定，具有管理公共事务职能的单位（如村民委员会）不得加入合作社。
3. 按照法律的规定，控制不同身份、性质成员的比例。合作社的成员中，农民至少应当占成员总数的80%；成员总数 20 人以下的，可以有一个企业、事业单位或者社会团体成员；成员总数超过20 人的，企业、事业单位和社会团体成员不得超过成员总数的 5%。
4. 上述审核工作中，律师应当根据合作社的特点和实际情况，要求设立人填写书面表格，提供与原件核实一致的真实、完整、齐备的证明材料等。
5. 确定出资事项：经设立人协商，应确定合作社出资总额的基本数额，明确成员可以出资的方式，一般而言成员出资的方式有现金、实物、知识产权或非专利技术等。明确成员出资是否需要转移占有。办理出资的评估、认价、资产转移等事项。注意农民专业合作社成员不得以对该社或者其他成员的债权，充抵出资；不得以缴纳的出资，抵销对该社或者其他成员的债务。

#### （二）律师受委托起草农民专业合作社章程注意事项

首先应当区分强制性规范和任意性规范、绝对必要记载事项和相对必要记载事项；章程中必须记载的事项为《中华人民共和国农民专业合作社法》第十五条列明的的事项，其中：

1. 名称和住所：一般应采取以下格式确定合作社的名称，区域+字号+行业类别+“专业合作社”；住所应为合作社主要办事机构所在地并且应当在其登记机关辖区内，经登记机关登记的合作社住所只能有一个。
2. 章程修改程序：根据法律规定，修改章程的权力应属于成员（代表）大会，而且应当由本社成员表决权总数的三分之二以上通过。章程对表决权数有较高规定的，从其规定。

#### （三）律师办理农民专业合作社解散、清算案件注意事项

1. 需要公告的事项主要有成员（代表）大会、理事会、监事会的召开时间、地点、议题和决议，合作社的各项规章制度，盈余分配、亏损承担的方案，成员变动情况等。
2. 公告的方式：应该根据当地的实际情况，按照快捷、简便、易于为广大成员了解的原则，决定公告的方式，可选取的方式有张榜公布、社区广播、定期通信、网络传播等。
3. 在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。
4. 农民专业合作社因章程规定的解散事由出现而解散，或者人民法院受理破产申请时，不能办理成员退社手续。
5. 农民专业合作社接受国家财政直接补助形成的财产，在解散、破产清算时，不得作为可分配剩余资产分配给成员，具体按照国务院财政部门有关规定执行。

# 第四节 农业知识产权保护业务操作指引

#### 第三十二条 主要概念

1. **农业知识产权**

特指农业领域的知识产权保护。包括涉农专利、商标、版权，以及植物新品种、地理标志、农业生物遗传资源与传统知识、农业商业秘密等。

#### 涉农专利

特指产生于种植业、林业、畜牧业和渔业等产业，包括与其直接相关的产前、产中、产后服务的专利。

#### 植物新品种权

特指依法授予经过人工培育的或者对发现的野生植物加以开发， 具有新颖性、特异性、一致性和稳定性并有适当命名的植物新品种的所有人以生产、销售和使用授权品种繁殖材料的专有权，“任何单位或者个人未经品种权人许可，不得为商业目的生产或者销售该授权品种的繁殖材料，不得为商业目的将该授权品种的繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料；但是条例另有规定的除外”。

植物新品种权属于知识产权的一种特殊形态，也具有知识产权所存在的相关特征，如客体的无形性和公开性（商业秘密和部分作品除外）、易于传播性、权利的地域性、期限性（商业秘密例外）等。

#### 地理标志产品

特指产自特定地域，所具有的质量、声誉或其他特性本质上取决于该产地的自然因素和人文因素，经审核批准以地理名称进行命名的产品。

#### 农产品地理标志

特指标志农产品来源于特定地域，产品品质和相关特征主要自然环境和人文历史因素，并以地域名称冠名的特有农产品标志。

#### 遗传资源

特指具有实用或潜在使用价值的遗传材料。

#### 遗传材料

特指来自动物、植物、微生物或其他来源的任何含有遗传功能单位的材料。

#### 绿色食品

特指产自优良生态环境、按照绿色食品标准生产、实行全程质量控制并获得绿色食品标志使用权的安全、优质食用农产品及相关产品。

#### 第三十三条 农业知识产权保护的范围

我国农业领域的知识产权保护体系，是一个以植物新品种、农业技术发明创造专利权、农业新品种商标权、农产品地理标志以及农业商业秘密保护等为重点的知识产权保护体系。

#### 第三十四条 植物新品种的申请权的归属

1. 执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质条件所完成的职务育种，植物新品种的申请权属于该单位；
2. 非职务育种，植物新品种的申请权属于完成育种的个人。申请被批准后，品种权属于申请人。
3. 委托育种或者合作育种，品种权的归属由当事人在合同中约定；没有合同约定的，品种权属于受委托完成或者共同完成育种的单位或者个人。

#### 第三十五条 植物新品种权的授予规则

1. 一个植物新品种只能授予一项品种权。
2. 两个以上的申请人分别就同一个植物新品种申请品种权的，品种权授予最先申请的人；
3. 同时申请的，品种权授予最先完成该植物新品种育种的人。

**第三十六条 可以不经品种权人许可，不向其支付使用费的情形**

1. 利用授权品种进行育种及其他科研活动；
2. 农民自繁自用授权品种的繁殖材料。

#### 第三十七条 授予品种权的条件

1. 属于国家植物品种保护名录中列举的植物的属或者种。
2. 具备新颖性。新颖性，是指申请品种权的植物新品种在申请日前该品种繁殖材料未被销售，或者经育种者许可，在中国境内销售该品种繁殖材料未超过 1 年；在中国境外销售藤本植物、林木、果树和观赏树木品种繁殖材料未超过 6 年，销售其他植物品种繁殖材料未超过 4 年。
3. 具备特异性。特异性，是指申请品种权的植物新品种应当明显区别于在递交申请以前已知的植物品种。
4. 具备一致性。一致性，是指申请品种权的植物新品种经过繁殖，除可以预见的变异外，其相关的特征或者特性一致。
5. 具备稳定性。稳定性，是指申请品种权的植物新品种经过反复繁殖后或者在特定繁殖周期结束时，其相关的特征或者特性保持不变。
6. 具备适当的名称，并与相同或者相近的植物属或者种中已知品种的名称相区别。该名称经注册登记后即为该植物新品种的通用名称。

#### 第三十八条 申请人品种权的优先权

**（一）申请人可以获得优先权的条件**

1. 申请人自在外国第一次提出品种权申请之日起 12 个月内，又在中国就该植物新品种提出品种权申请的；
2. 依照该外国同中华人民共和国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者根据相互承认优先权的原则，可以享有优先权的。

#### （二）申请优先权的程序

1. 在申请时提出书面说明
2. 并在 3 个月内提交经原受理机关确认的第一次提出的品种权申请文件的副本。

#### 第三十九条 品种权的保护期限、终止和无效

**（一）品种权的保护期限**

1. 藤本植物、林木、果树和观赏树木的保护期限为，自授权之日20 年；
2. 其他植物的保护期限为，自授权之日15年。

#### （二）品种权终止的情形

1. 品种权人以书面声明放弃品种权的；
2. 品种权人未按照规定缴纳年费的；
3. 品种权人未按照审批机关的要求提供检测所需的该授权品种的繁殖材料的；
4. 经检测该授权品种不再符合被授予品种权时的特征和特性的。
5. 品种权期限届满的。

#### （三）品种权的无效

不符合《植物新品种保护条例》第十四条、第十五条、第十六条和第十七条规定的， 宣告品种权无效。

#### 第四十条 品种权侵权的解决方式

1. 县级以上人民政府农业、林业行政部门调解；
2. 向人民法院诉讼。

#### 第四十一条 申请地理标志登记的农产品的条件

1. 称谓由地理区域名称和农产品通用名称构成；
2. 产品有独特的品质特性或者特定的生产方式；
3. 产品品质和特色主要取决于独特的自然生态环境和人文历史因素；
4. 产品有限定的生产区域范围；
5. 产地环境、产品质量符合国家强制性技术规范要求。

**第四十二条 农产品地理标识登记申请人的条件**

1. 县级以上人民政府择优选的；农民专业合作经济组织、行业协会等组织；
2. 具有监督和管理农产品地理标志及其产品的能力；
3. 具有为地理标志农产品生产、加工、营销提供指导服务的能力；
4. 具有独立承担民事责任的能力农民专业合作经济组织、行业协会等组织。

#### 第四十三条 申请使用绿色食品标志的产品的条件

1. 符合《中华人民共和国食品安全法》和《中华人民共和国农产品质量安全法》等法律法规规定；
2. 在国家工商总局商标局核定的范围内；
3. 产品或产品原料产地环境符合绿色食品产地环境质量标准；
4. 农药、肥料、饲料、兽药等投入品使用符合绿色食品投入品使用准则；
5. 产品质量符合绿色食品产品质量标准；
6. 包装贮运符合绿色食品包装贮运标准。

#### 第四十四条 申请使用绿色食品标志的生产单位的条件及需提供的材料

**（一）申请使用绿色食品标志的生产单位的条件**

1. 能够独立承担民事责任；
2. 具有绿色食品生产的环境条件和生产技术；
3. 有完善的质量管理和质量保证体系；
4. 具有与生产规模相适应的生产技术人员和质量控制人员；
5. 具有稳定的生产基地；
6. 申请前三年内无质量安全事故和不良诚信记录。

#### （二）申请人应向省级工作机构提交的材料

1. 标志使用申请书；
2. 产品生产技术规程和质量控制规范；
3. 预包装产品包装标签或其设计样张；
4. 中国绿色食品发展中心规定提交的其他证明材料。

#### 第四十五条 操作提示

1. **律师在在办理品种权无效案件注意事项**

律师应注意宣告品种权无效的决定，对在宣告前人民法院作出并已执行的植物新品种侵权的判决、裁定，省级以上人民政府农业、林业行政部门作出并已执行的植物新品种侵权处理决定，以及已经履行的植物新品种实施许可合同和植物新品种权转让合同，不具有追溯力；如果，代理的一方因品种权人的恶意造成损失的，可以依法主张合理赔偿。

#### 律师在代理品种适宜种植区域较广、侵权现象较为普遍、侵权行为较为分散、单个案件侵权数量又不太多的植物新品种权侵权案件注意事项

律师应采取普遍打击的方式，并做好证据保全，集中提起诉讼，有利于起到威慑作用。

#### 律师在办理品种权侵权案件时注意事项

1. 国家审定品种或外省审定后本省引种备案的品种往往是按省分别授权、许可实施的，严格意义上都属于普通实施许可，被许可方并不当然拥有诉权，在品种权人或许可方不单独授予诉权的情况下，只能由品种权人或许可方提起侵权民事诉讼。
2. 根据《种子法》及配套法规的规定，采用 DNA 分析方法进行品种真实性鉴定的结果可以作为行政执法的依据，检测机构应当拥有检测资质。在品种权侵权民事诉讼案件中，对某一类植物进行品种真实性鉴定时，只要这类植物拥有有资质的鉴定机构对其进行鉴定，就应当选择拥有资质的鉴定机构进行品种真实性鉴定。对非主要农作物或其他植物的鉴定，没有相关有资质的机构进行鉴定的，可以选择具备有鉴定条件和鉴定能力的大专院校、科研院所、社会机构进行鉴定。
3. 植物新品种侵权案件品种真实性鉴定的对照样品只能从农业部植物新品种保护办公室保藏中心调取，而不应当以该品种审定留存的标准样作为对照样品。理由是同一品种名称审定品种留存的标准样与申请保护提交的标准样可能不一致，主要因为 2010 年对此前审定的品种有重新征集标准样的情况以及存在参试过程中更换品种的现象。法律授权保护的是自愿申请保护时申请人自己提交的标准样，而不是该品种审定留存的标准。
4. 对鉴定报告的分析上要注意“混杂”与“杂合”的区别。检测机构采取简单多数取样再测试后发现是品种“混杂”、不是染色体“杂合”，则检测样本的主体品种与对照样品没有差异，是被控侵权产品种子混杂，可能存在纯度问题，不影响对侵权事实的认定。
5. 不能以普通消费者身份购买被控侵权产品实物及对方出具的票据作为证据提交给法庭，由于实物和票据之间缺乏对应关系，往往起不到证明效果。原则上要采取证据保全公证收集证据。还可以采用就侵权产品的侵权及种子违法行为向行政机关申请查处，行政机关查处的行政案件的行政处罚决定书、卷宗材料、查扣的实物等经当事人依法调取或申请法院依法调取，均可以作为侵权诉讼证据使用，但一定要注意证据的有效性，最好有生效的行政处罚决定书，并尽早提起诉讼。
6. 未经品种权人、品种权实施人许可，擅自生产保护品种的种子、进行所谓的内部供种也是侵权行为。
7. 法院在审理知识产权侵权案件确定赔偿额时，一般首先是考虑侵权给原告造成的损失，因此，在民行交叉案件中要在行政机关调查取证时尽早介入，固定证据，确定原告的损失。

#### （四）律师在办理套用种子包装时注意事项

律师要注意《种子法》及配套法规的规定，每一商品种子最小包装（销售）单元都必须印有一个独立的二维码、对应一个单元识别码，侵权产品即使另行设置一套二维码系统，也很难进入正宗产品的二维码管理系统。

#### （五）律师在代理品种权侵权案件时注意事项

律师不仅要充分掌握种子法及相关配套文件的内容并熟练运用， 还应当对种子在市场上销售的流程、习惯做法等有所了解。同时，实践中，有证据证明经营者明知销售侵权产品的，也要承担赔偿责任，赔偿数额一般为总赔偿额的 10%-20%。

# 第五节 农村宅基地业务操作指引

#### 第四十六条 主要概念

1. **农村宅基地**

指农村村民用于建造住宅及其附属设施的集体建设用地，包括住房、附属用房和庭院等用地，不包括与宅基地相连的农业生产性用地、农户超出宅基地范围占用的空闲地等土地。

#### 农村宅基地使用权

指农村村民建造房屋时依法提出申请，经批准后取得的宅基地使用权。

#### 宅基地使用权纠纷

指民事主体之间就宅基地使用权产生的确权纠纷或侵权纠纷。

#### 第四十七条 农村宅基地的审批主体及审批程序

1. **农村宅基地审批主体**

农村村民住宅用地，由乡（镇）人民政府审核批准；其中，涉及占用农用地的，依照《中华人民共和国土地管理法》第四十四条的规定办理审批手续。第四十四条规定，建设占用土地，涉及农用地转为建设用地的，应当办理农用地转用审批手续。

#### 农村宅基地申请审批程序

按照《农业农村部 自然资源部关于规范农村宅基地审批管理的通知》（农经发〔2019〕6 号），农村宅基地分配实行农户申请、村组审核、乡镇审批三个程序。具体流程为：

1. 符合宅基地申请条件的农户，以户为单位向所在村民小组提出宅基地和建房（规划许可）书面申请；
2. 村民小组收到申请后，应提交村民小组会议讨论，并将申请理由、拟用地位置和面积、拟建房层高和面积等情况在本小组范围内公示。公示无异议或异议不成立的，村民小组将农户申请、村民小组会议记录等材料交村集体经济组织或村民委员会（以下简称村级组织）审查。村级组织重点审查提交的材料是否真实有效、拟用地建房是否符合村庄规划、是否征求了用地建房相邻权利人意见等。审查通过的，由村级组织签署意见，报送乡镇政府。没有分设村民小组或宅基地和建房申请等事项已统一由村级组织办理的，农户直接向村级组织提出申请，经村民代表会议讨论通过并在本集体经济组织范围内公示后，由村级组织签署意见，报送乡镇政府；
3. 审批工作中，农业农村部门负责审查申请人是否符合申请条件、拟用地是否符合宅基地合理布局要求和面积标准、宅基地和建房（规划许可）申请是否经过村组审核公示等，并综合各有关部门意见提出审批建议。自然资源部门负责审查用地建房是否符合国土空间规划、用途管制要求，其中涉及占用农用地的，应在办理农用地转用审批手续后，核发乡村建设规划许可证；在乡、村庄规划区内使用原有宅基地进行农村村民住宅建设的，可按照本省（区、市）有关规定办理规划许可。涉及林业、水利、电力等部门的要及时征求意见；
4. 根据各部门联审结果，由乡镇政府对农民宅基地申请进行审批，出具《农村宅基地批准书》。

#### 第四十八条 农村村民以户为单位申请宅基地的条件

1. 无宅基地的；
2. 因子女结婚等原因确需分户而现有的宅基地低于分户标准的；
3. 现住房影响乡（镇）村建设规划，需要搬迁重建的；
4. 符合政策规定迁入村集体组织落户为正式成员且在原籍没有宅基地的；
5. 因自然灾害损毁或避让地质灾害搬迁的。

**第四十九条 “一户一宅”问题**

一户一宅是指农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。人均土地少、不能保障一户拥有一处宅基地的地区，县级人民政府在充分尊重农村村民意愿的基础上，可以采取措施，按照省、自治区、直辖市规定的标准保障农村村民实现户有所居。

#### 第五十条 进城落户的农民宅基地使用权继承问题

进城落户的农民可以依法保留其原来合法取得的宅基地使用权。按照《中共中央国务院关于坚持农业农村优先发展做好“三农”工作的若干意见》（中发〔2019〕1 号）“坚持保障农民土地权益、不得以退出承包地和宅基地作为农民进城落户条件”规定精神，不能强迫进城落户农民放弃其合法取得的宅基地使用权。在此之前，《国土资源部关于进一步加快宅基地和集体建设用地确权登记发证有关问题的通知》（国土资发〔2016〕191 号）规定，“农民进城落户后，其原合法取得的宅基地使用权应予以确权记。”

#### 第五十一条 农村宅基地抵押问题

宅基地的土地使用权不能抵押，但是宅基地上的附着物可以抵押。

#### 第五十二条 查处农村宅基地违法行为的执法程序

宅基地违法用地行为行政执法中，县级以上农业农村主管部门依据《土地管理法》第六十七、六十八条，依法履职：

1. 责令停止违法行为，履行监督检查权；
2. 责令限期拆除，作出责令限期拆除的行政处罚决定。如果违法行为继续，按第八十三条处理。

#### 第五十三条 农村宅基地上的房屋流转问题

城镇居民不能购买农村宅基地上的房屋，但是可以承租，承租的期限不得超过二十年，超过二十年的无效。农村宅基地上的房屋只能在同一个农村集体经济组织或村民委员会内转让。

#### 第五十四条 律师办理宅基地确权纠纷的方式

1. 协商解决。只要当事人同意协商，既可以在诉讼之前协商解决，也可在诉讼期间或诉讼后协商解决。
2. 行政解决。即根据《土地管理法》第 14 条第 2 款的规定 请求有关政府机关予以解决。这是一个法定的前置程序。享有宅基地使用权的一方当事人，如果未经有关政府确权，不能以对方当事人侵权为由向人民法院提起民事诉讼，人民法院也不能受理。
3. 司法解决。根据《行政复议法》和《土地管理法》的规定，当事人之间就宅基地使用权确权纠纷，如果一方或者双方对政府的处理决定不服，可以申请行政复议，或者在收到政府的处理决定通知之日起 30 日内，直接向人民法院提起行政诉讼。申请行政复议的，当事人对行政复议决定不服，还可以依法向人民法院提起行政诉讼。

#### 第五十五条 农村宅基地业务操作提示

1. **处理农村宅基地确权纠纷**

律师应参考宅基地历史状况、现实使用状况、原有的地基、界石等证据来综合分析判断，并依据法定程序办理确权手续。如 1982 年《村镇建房用地管理条例》实施前，农村村民建房占用的宅基地，在《村镇建房用地管理条例》实施后至今未扩大用地面积的，可以按现有实际使用面积进行确权登记；1982 年《村镇建房用地管理条例》实施起至 1987 年《土地管理法》实施时止，农村村民建房占用的宅基地，超过当地规定的面积标准的，超过部分按当时国家和地方有关规定处理后，可以按实际使用面积进行确权登记；1987 年《土地管理法》实施后，农村村民建房占用的宅基地，超过当地规定的面积标准的，按照实际批准面积进行确权登记。其面积超过各地规定标准的，可在土地登记簿和土地权利证书记事栏内注明超过标准的面积，待以后分户建房或现有房屋拆迁、改建、翻建、政府依法实施规划重新建设时，按有关规定作出处理，并按照各地规定的面积标准重新进行确权登记。

#### 处理农村宅基地侵权纠纷

律师应以宅基地权属证明（宅基地使用证）作为侵权判断主要依据，如无权属证明的，应先解决权属问题。

#### 律师办理城镇户籍子女继承农村宅基地使用权案件

1. 城镇户籍子女继承宅基地使用权的前提是“地上有房”；
2. 农村宅基地上的房屋不适用遗赠；
3. 多子女中，部分子女仍与父母同一农户家庭，且未另行分的新宅基地，城镇户籍子女不得主张继承宅基地使用权。

# 第六节 农产品质量安全业务操作指引

#### 第五十六条 主要概念

1. **农产品**

指来源于农业的初级产品，即在农业活动中获得的植物、动物、微生物及其产品。

#### 农产品质量安全

指农产品质量符合保障人的健康、安全的要求。

#### 第五十七条 农产品产地禁止性规定

1. 禁止在有毒有害物质超过规定标准的区域生产、捕捞、采集食用农产品和建立农产品生产基地。
2. 禁止违反法律、法规的规定向农产品产地排放或者倾倒废水、废气、固体废物或者其他有毒有害物质。

#### 第五十八条 对农产品生产企业和农民专业合作经济组织在农产品生产中的的强制性要求

1. 应当建立农产品生产记录并保存两年，如实记载
2. 使用农业投入品的名称、来源、用法、用量和使用、停用的日期；
3. 动物疫病、植物病虫草害的发生和防治情况；
4. 收获、屠宰或者捕捞的日期。
5. 按照法律、行政法规和国务院农业行政主管部门的规定， 合理使用农业投入品，严格执行农业投入品使用安全间隔期或者休药期的规定，防止危及农产品质量安全。
6. 禁止在农产品生产过程中使用国家明令禁止使用的农业投入品。
7. 应当自行或者委托检测机构对农产品质量安全状况进行检测；经检测不符合农产品质量安全标准的农产品，不得销售。

#### 第五十九条 农产品包装和标识的强制性规定

农产品生产企业、农民专业合作经济组织以及从事农产品收购的单位或者个人销售的农产品，应当包装或者附加标识的，包装物或者标识上应当按照规定标明产品的品名、产地、生产者、生产日期、保质期、产品质量等级等内容；使用添加剂的，还应当按照规定标明添加剂的名称。

1. 农产品在包装、保鲜、贮存、运输中所使用的保鲜剂、防腐剂、添加剂等材料，应当符合国家有关强制性的技术规范。
2. 属于农业转基因生物的农产品，应当按照农业转基因生物安全管理的有关规定进行标识。
3. 依法需要实施检疫的动植物及其产品，应当附具检疫合格标志、检疫合格证明。
4. 销售的农产品必须符合农产品质量安全标准，生产者可以申请使用无公害农产品标志。农产品质量符合国家规定的有关优质农产品标准的，生产者可以申请使用相应的农产品质量标志。禁止冒用前款规定的农产品质量标志。

#### 第六十条 禁止销售的农产品类型

1. 含有国家禁止使用的农药、兽药或者其他化学物质的；
2. 农药、兽药等化学物质残留或者含有的重金属等有毒有害物质不符合农产品质量安全标准的；
3. 含有的致病性寄生虫、微生物或者生物毒素不符合农产品质量安全标准的；
4. 使用的保鲜剂、防腐剂、添加剂等材料不符合国家有关强制性的技术规范的；其他不符合农产品质量安全标准的。

#### 第六十一条 农产品质量安全业务操作提示

#### （一）律师办理农产品侵权案件时注意事项

1. 农产品消费者的人身权利和财产遭受重大损失，可直接向农产品经营者或生产者的要求赔偿责任。
2. 消费者举证证明因食用农产品受到损害，仅需初步证明损害与农产品存在因果关系。但农产品的生产者、销售者能证明损害不是因产品不符合质量标准造成的除外。

#### （二）律师代理的产品质量问题案件注意事项

如经营者推卸责任认为是生产者的过失，要求消费者追究生产者的责任放弃经营者的法律责任的，则要提醒委托方可以依法同时追究生产者和经营者的责任。

同时注意对于食品是否符合质量标准的举证责任的主体是食品生产者和销售者。实践中，认定农产品是否合格，应当以国家标准为依据；没有国家标准的，应当以地方标准为依据；没有国家标准、地方标准的，应当以企业标准为依据。农产品的生产者采用的标准高于国家标准、地方标准的，应当以企业标准为依据。没有前述标准的，应当以食品安全法的相关规定为依据。

# 第七节 国有渔业水域滩涂占用补偿业务操作指引

#### 第六十二条 主要概念

**（一）水域、滩涂**

指经县级以上地方人民政府依法规划或者以其他形式确定可以用于水产养殖业的水域、滩涂。

#### （二）水域滩涂养殖权

指依法取得的使用水域、滩涂从事水产养殖的权利。

#### 第六十三条 依法收回、注销养殖证的主体

依法收回、注销养殖证的主体是发证机关。使用水域、滩涂从事养殖生产，由县级以上地方人民政府核发养殖证，确认水域滩涂养殖权。县级以上地方人民政府渔业行政主管部门负责水域、滩涂养殖发证登记具体工作，并建立登记簿，记载养殖证载明的事项。因此，发证机关是县级以上人民政府，县级以上渔业主管部门只是负责水域、滩涂养殖发证的具体工作。

#### 第六十四条 收回养殖权的一般程序

1. 原发证机关发布收回养殖使用权公告；
2. 办理占用补偿登记；
3. 协商确定种苗和相关养殖设施补偿费；
4. 签订占用补偿协议；
5. 支付占用补偿的相关费用；
6. 收回养殖使用权，注销养殖证证书；
7. 拆除相关养殖设施。

#### 第六十五条 国有渔业水域滩涂占用补偿标准

一般参照各省渔业水域滩涂占用补偿标准系数和等级系数规定，根据被收回的养殖证书剩余的有效期限计算。

#### 第六十六条 律师为养殖权人代理国有渔业水域滩涂占用补偿案件审查事项

1. 养殖证的收回是否符合法定程序，如不符合法定程序，则可以先请求确认行政行为违法，再提出补偿问题。如符合法定程序，则要审查是否签订补偿协议，如果签订补偿协议，则要先审查当事人是否收取相关补偿费用，根据取得的补偿金额，再进一步确认协议的效力问题或补偿问题。
2. 确认种苗补偿费和相关养殖设施补偿费是否协商确定，如果没有协商确定且没有留存相关证据的则对该部分补偿法院的自由裁量权较大。
3. 当地是否发布相关渔业水域占用补偿标准系数和等级系数规定。如有，则要根据相关规定计算补偿金额。但是也要注意有的补偿标准系数和等级系数，仅用于计算占用补偿费的具体数额，不包括种苗补偿费和相关养殖设施补偿费，代理时要注意区别对待。同时，种苗补偿费和相关养殖设施补偿费无法协商一致，要共同委托有资质的评估机构评估确定。

#### 第六十七条 律师为行政机关提供国有渔业水域占用补偿专项服务时的程序

1. 制订国有渔业水域占用补偿方案；
2. 提醒委托方按照规定的程序处理国有渔业水域占用补偿问题；
3. 提醒委托方处理国有水域占用补偿问题相关政策规定及补偿标准不得违反上位法的规定。

# 第八节 村（居）基层组织法律服务业务操作指引

#### 第六十八条 村（居）基层组织法律服务类型

**（一）受聘成为村居基层组织的法律顾问**

村（居）法律顾问所属的执业机构通过与村（居）民委员会签署法律顾问服务协议，明确服务的期限、双方的权利义务、服务的内容、形式等。

#### （二）受聘成为村（居）基层组织的调解员

村（居）民委员会通过与执业律师签订聘用协议，成为村（居） 基层组织专职调解员，参与村（居）基层组织调解工作。

#### 第六十九条 村（居）基层组织法律顾问的服务范围

**（一）基础性法律服务**

1. 根据需要列席村（居）相关会议，为重大事项决策提供法律意见和建议；
2. 为村规民约（居民公约）等的制定修改提供法律意见或法律论证；
3. 参与处理涉及村居尚未形成诉讼的民事纠纷和其他重大纠纷；
4. 协助村（居）起草、审核或修订合同、协议以及其他相关法律文书;
5. 协助居村（社区）处理换届选举中的法律问题；
6. 为居村（社区）提供法律培训或专题法律讲座；
7. 参与一般非诉法律事务、信访突出矛盾化解，提出法律处理意见、建议；
8. 参与一般突发事件应对处置，提出法律处理意见、建议；
9. 办理居村（社区）交办或委托的其他法律事务。

#### （二）专项性法律服务

1. 代理村（居）诉讼、仲裁案件；
2. 参与村（居）重大非诉法律事务及重大信访矛盾、突出矛盾的化解工作，提出法律处理意见、建议；
3. 为村（居）社会稳定工作提供法律服务，参与重大事项社会稳定风险的法律分析，出具法律风险评估报告；
4. 参加以居村（社区）名义洽谈、签约的项目谈判，协助起草、审查重大经济合同、经济项目以及重要法律文件；应居村（社区）要求参与处置其他重要专项法律事务。

**第七十条 律师成为村（居）调解员的服务范围**

1. 参与村（居）人民调解工作；
2. 根据调解工作情况，采取有针对性性预防措施；
3. 记录调解情况。

#### 第七十一条 村（居）基层组织法律服务业务操作提示

**（一）律师在村（居）开展法治宣传**

应注意明确的主题及预定的目标，法治宣传宜通过浅显易懂、形象生动的形式开展，并注重创新宣传方式，因地制宜，组织与辖区的实际情况及村（居）民的法律需求相吻合的法治宣传。

#### （二）律师在村（居）接受群众来访

应全面了解情况在要求村（居）依法行政的同时，注重维稳。深入了解矛盾的历史背景，解决纠纷的根源。

# 第九节 农业行政处罚业务操作指引

#### 第七十二条 农业行政处罚主体

1. 县级以上农业农村主管部门是农业行政处罚机关；各级农业综合行政执法机构集中行使行政处罚以及与行政处罚有关的行政强制、行政检查职能，以农业农村主管部门名义统一执法；
2. 沿海、大江大湖、边境交界等水域相对独立设置的渔政执法机构以及农业农村部门的派出执法机构，要以所在农业农村主管部门名义实施行政处罚。

#### 第七十三条 农业执法的范围

农业行政处罚机关实施的行政处罚及其相关执法活动。包括种植业、畜牧（草原）、兽医、渔业、农垦、农药、乡镇企业、饲料工业和农业机械化、农产品质量等行政执法行为。

#### 第七十四条 农业行政处罚的管辖

1. 农业行政处罚业务原则上由违法行为发生地的农业行政处罚机关管辖。
2. “谁查获、谁处理”的原则。

具体情形为：

1. 违法行为发生在共管区、叠区；
2. 违法行为发生在管辖权不明确或者有争议的区域；
3. 违法行为发生地与查获地不一致。

（三）电子商务平台经营者和通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者及电子商务平台内经营者的管辖。

电子商务平台经营者和通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务，电子商务经营者的农业违法行为，由其住所地县级以上农业行政处罚机关管辖。

（四）平台内经营者的农业违法行为由其实际经营地县级以上农业行政处罚机关管辖。电子商务平台经营者住所地或者违法物品的生产、加工、存储、配送地的县级以上农业行政处罚机关先行发现违法线索或者收到投诉、举报的，也可以管辖。同一违法行为，两个以上农业行政处罚机关都有管辖权的， 由先立案的农业行政处罚机关管辖。

（五）两个以上农业行政处罚机关因管辖权发生争议的，应当自发生争议之日起七个工作日内协商解决；协商解决不了的，报请共同的上一级农业行政处罚机关指定管辖。

（六）移送管辖及指定管辖情形

1. 发现立案查处的案件不属于本部门管辖的，将案件移送有管辖权的农业行政处罚机关。受移送的农业行政处罚机关对管辖权有异议的，应当报请共同的上一级农业行政处罚机关指定管辖，不得再自行移送。
2. 上级农业行政处罚机关认为有必要时，可以直接管辖下级农业行政处罚机关管辖的案件，也可以将本机关管辖的案件交由下级农业行政处罚机关管辖；必要时可以将下级农业行政处罚机关管辖的案件指定其他下级农业行政处罚机关管辖。下级农业行政处罚机关认为依法应由其管辖的农业行政处罚案件重大、复杂或者本地不适宜管辖的，可以报请上一级农业行政处罚机关直接管辖或者指定管辖。上一级农业行政处罚机关应当自收到报送材料之日起七个工作日内作出书面决定。

#### 第七十五条 农业行政处罚业务操作提示

1. **律师作为农业农村主管部门法律顾问注意事项**

律师应提醒农业行政处罚机关在执法时全面推行行政执法公示制度、执法全过程记录制度、重大执法决定法制审核制度。

#### 律师对行政处罚决定进行合法性审核注意事项

1. 全面审查案卷材料，审核程序是否合法，是否具有管辖权；
2. 审查作出处罚决定的事实是否清楚，证据是否确实、充分，相关证据是否在案卷当中；
3. 审查定性是否准确；
4. 审核当事人的基本情况是否清楚；
5. 审核处理意见是否适当；
6. 行政处罚决定书内容是否符合《农业行政处罚程序规定》第五十六条规定的行使要件；
7. 作出行政处罚决定的主体是否适格；
8. 根据审查的结果，出具书面意见。

#### （三）律师代理农业行政处罚类行政复议、诉讼案件注意事项

应首先审查作出的主体是否有法定职权、程序是否合法，然后再审查事实、法律及合理性问题。

# 第十节 农业投资管理业务操作指引

#### 第七十六条 农业投资主要概念

是指包括农业农村部管理和参与管理的用于农业农村的中央财政转移支付项目、中央预算内投资项目等。

#### 第七十七条 农业投资的方式

1. 综合采取直接投资、投资补助、资本金注入、财政贴息、以奖代补、先建后补等多种方式，充分发挥财政资金的引导作用和放大效应；
2. 建立与金融机构的沟通合作机制，推动开展农村金融产品和服务创新，增加涉农信贷，有效增加乡村振兴资金供给，引导金融机构加入农业投资；
3. 通过政府购买服务、政府与社会资本合作、先建后补等方式引导社会资本加入农业投资；
4. 通过担保费补助、贷款贴息等方式引导农民通过投工投劳等方式，主动参与乡村振兴建设。

#### 第七十八条 律师提供农业投资法律顾问服务的范围

1. 专项服务农业投资项目，包括起草或参与起草农业投资项目总体方案和政策措施建议、提交材料的合法性审核、评估论证意见以及项目合同的起草、谈判、审核、跟踪等；
2. 参与农业投资相关制度的起草或提供起草农业投资相关制度的专项服务，包括制度的调研、起草、征求意见、专家论证等；
3. 代理与农业投资相关的诉讼业务。

#### 第七十九条 农业投资管理业务操作提示

**（一）律师在代理农业投资项目专项服务时注意事项**

1. 该农业投资项目的类型，并根据农业投资项目的类型查找相关规定，并提醒委托方项目类型不同，管理程序不同，要按照相关文件规定的程序提交。如《农业农村部农业投资管理工作工作规程（试行）》对中央财政转移支付项目及中央预算内投资的农业项目的管理规定了不同的流程；
2. 提醒委托方严格按照招标投标、工程监理、合同管理、竣工验收、资金管理的相关规定执行，并留存相关证据；
3. 审核合同时，要注意农业投资合同的类型，并根据合同的类型及双方的需求起草合同；
4. 提醒委托方在项目实施过程中注意留存相关证据，包括工程的进度、变更等情况，并做好备忘录或相关记录。

#### （二）律师代理农业投资诉讼案件要点

1. 学习或了解国家及地方的农业投资政策；
2. 区分涉诉农业投资的模式，不同的农业投资模式可能适用的法律和相关政策不同；
3. 了解案件的背景及争议点，根据案件的背景及争议点，列明证据清单要求当事人提供资料，避免当事人提供的资料存在问题。

# **第十一节 农村集体经济组织及其集体资产管理业务操作指引**

#### 第八十条 主要概念

1. **农村集体资产**

指村农民集体所有的资产，包括资源性资产、经营性资产和非经营性资产。

#### 农村集体经济组织

指村集体成员以生产资料集体所有制为基础建立的社区性合作经济组织。

#### 第八十一条 农村集体资产的管理主体

一般由农村集体经济组织代表集体对依法属于本集体所有的资产行使占有、使用、收益和处分的权利，管理集体资产，开发集体资源，发展集体经济，服务集体成员。未设立农村集体经济组织的，由村民委员会代行农村集体资产管理职能。

#### 第八十二条 农村集体经济组织章程内容

农村集体经济组织章程应当载明的事项

1. 名称和住所；
2. 职责范围；
3. 资产情况；
4. 成员身份取得、保留、丧失的条件和程序；
5. 成员权利与义务；
6. 组织机构及其议事规则；
7. 成员大会的组成以及成员代表大会代表的产生、更换的方式；
8. 财务管理制度；
9. 收益分配制度；
10. 合并、分立、解散事宜；
11. 章程修改程序；
12. 公开制度；
13. 其他有关事项。

**第八十三条 农村集体经济组织成员资格的确认条件：**

1. 农村土地二轮承包时取得土地承包经营权，且户口一直在本集体经济组织所在村（社区）的人员；
2. 父母双方或者一方为本集体经济组织成员，且户口一直在本集体经济组织所在村（社区）的人员；
3. 因合法的婚姻、收养关系，户口迁入本集体经济组织所在村（社区）的人员；
4. 根据国家移民政策，户口迁入本集体经济组织所在村（社区）的人员；原户口在本集体经济组织所在村（社区）的现役义务兵、符合国家有关规定的士官以及高等院校、中等职业技术学校的在校学生；
5. 原户口在本集体经济组织所在村（社区）的服刑人员；法律、法规、规章和章程规定的应当确认为集体经济组织成员的其他人员；
6. 符合章程规定的条件，经本集体经济组织成员（代表）大会表决通过。

#### 第八十四条 农村集体经济组织的组织机构

1. 农村集体经济组织的组织机构由成员大会或者成员代表大会、理事会、监事会组成。
2. 成员（代表）大会是农村集体经济组织的决策机构，决策的事项有：
3. 修改章程；
4. 农村集体经济组织的合并、分立、解散；
5. 农村集体经济组织股份合作制改革方案、土地承包方案、农村集体经济组织成员确认方案；
6. 集体土地征收或者征用补偿费等资金的分配方案、留用地使用方案；
7. 经济发展规划、生产经营计划、基本建设投资计划、年度财务预决算、收益分配方案；
8. 较大数额的资金使用、出借、举债或者担保；
9. 较大数额的债权债务核销；
10. 重大的集体资产产权变更；
11. 章程规定的其他事项。
12. 理事会是农村集体经济组织的执行机构，负责召集成员（代表） 大会，拟订提交成员（代表）大会讨论决定的重要事项方案，执行成员（代表）大会通过的决议，制定并执行内部管理制度，管理日常事务等工作。
13. 监事会是农村集体经济组织的监督机构，负责监督章程执行、成员（代表）大会决议执行、理事会的职责履行等，并组织开展民主理财，对农村集体资产经营管理和财务收支活动进行监督审查。

#### 第八十五条 农村集体经济组织的设立、解散

**（一）农村集体经济组织设立的条件**

1. 按照国家有关规定，在县级农业农村行政部门申请注册登记，获取《农村集体经济组织登证》；
2. 办理银行开户。

#### （二）农村集体经济组织解散的情形

已撤村建居且同时符合下列条件的农村集体经济组织，可以提交成员（代表）大会表决解散事宜：

1. 本集体经济组织所有的土地全部被征收；
2. 本集体经济组织成员全部纳入城镇居民社会保障体系；
3. 农村社区全部划入城镇建成区，基本公共服务实现城乡一体化和均等化；
4. 不能继续按照合作机制或者股份合作机制运行；
5. 债权债务清理完毕；
6. 有经成员（代表）大会通过的资产处置方案。

**第八十六条 农村集体资产的范围**

1. 依法属于集体所有的土地和森林、山岭、荒地、滩涂、水域等资源性资产；
2. 集体所有的用于生产经营的建筑物、构筑物、设施设备、库存物品、各种货币资产、集体投资兴办的企业及其所持有的其他经济组织的资产份额、无形资产等经营性资产；集体所有的用于公共服务的教育、科技、文化、卫生、体育等方面的非经营性资产；
3. 集体所有的其他有形和无形资产；
4. 通过接受政府拨款、减免税费和社会捐赠等途径所形成的资产。

#### 第八十七条 农村集体资产权属争议的解决方式

1. 当事人协商解决；
2. 协商不成的，可以向乡镇人民政府或者县级农村集体资产主管部门申请调解；
3. 诉讼解决。

#### 第八十八条 需要确定农村集体资产价值的，应当进行评估的情形

1. 以入股、合资、合作等方式经营农村集体资产的；
2. 转让农村集体资产的；
3. 因农村集体经济组织合并、分立需要调整农村集体资产权属的；
4. 因农村集体经济组织解散需要处置农村集体资产的；
5. 法律、法规规定需要进行农村集体资产评估的其他情形。

#### 第八十九条 农村集体资产管理业务操作提示

1. **律师受农村集体经济组织委托组建农村集体经济组织机构**

理事会成员一般应当在本集体经济组织成员中选举产生。监事会成员应当在本集体经济组织成员中选举产生，其中应当有具备财务、管理知识的人员。农村集体经济组织的理事会成员与监事会成员不得互相兼任，财务会计人员及其近亲属、理事会成员近亲属不得担任监事会成员。

#### 律师在办理农村集体资产产权交易业务注意事项

1. 本次农村产权交易的内容、权限；
2. 交易的流程包括交易登记、交易公告、交易报名、交易竞价、合同管理阶段；
3. 熟悉产权交易的相关政策；
4. 把握好交易的时间节点，新项目从双方洽谈到合同签订必须预留半个月的时间，老项目在原合同到期前一个月必须开始着手准备资料；
5. 必须准备好交易资料；
6. 执行好交易要求。

#### （三）律师作为农村集体经济组织法律顾问注意事项

1. 了解委托方的农村集体资产经营方式，根据委托方的农村集体资产的经营方式帮助委托方制定农村集体经济建立和完善农村集体资产经营管理、资产保值增值、责任考核和风险控制等制度；
2. 农村集体资产由委托方直接经营的，应提醒委托方明确经营管理责任人的责任和经营目标，确定决策机制、监管机制和收益分配制度，并向本集体经济组织成员公开；
3. 农村集体资产实行承包、租赁经营的，依法签订合同，应提醒委托方明确资产名称、数量、用途和承包、租赁的价格、期限等，并向本集体经济组织成员公开。收取的承包费和租金归集体所有，应当及时入账核算；
4. 提醒委托方对其独资、控股、参股的企业或者其他经济组织，应当通过制定、参与制定该企业或者其他经济组织章程的方式，建立权责明确的内部监督管理和风险控制制度，维护本集体经济组织及其成员的权益；
5. 提醒委托方加强债权债务管理，严格控制债务规模，定期向本集体经济组织成员公开债权债务情况；
6. 农村集体经济组织及其管理人员，不能以农村集体资产为其他单位或者个人的债务提供担保；
7. 提醒委托方按照章程规定，从当年的净收益中提取一定比例的公积金、公益金后，进行收益分配，不能直接进行收益分配；
8. 提醒委托方进行农村集体资产流转交易时应当进入农村产权流转交易市场，并按照相关规定执行；
9. 提醒委托方只能开设一个基本存款账户，用于办理日常转账结算和现金收付；除土地补偿费专门账户外，不得开设其他专用或者临时账户，国家禁止多头开户；
10. 折股量化到农村集体经济组织成员的农村集体资产股份，作为成员参与集体收益分配的依据；
11. 农村集体资产股份可以在本集体经济组织成员之间转让， 也可以由本集体经济组织赎回，但不得向本集体经济组织成员之外的人员转让；
12. 农村集体资产股份可以依法继承。本集体经济组织成员之外的人员通过继承取得股份的，不享有表决权，但章程另有规定的除外；
13. 村（社区）股份经济合作社每个农户家庭通过量化或者转让、继承等方式持有的农村集体资产股份，占本集体经济组织总股份的比例不得超过章程规定的最高比例。本条例施行前农户家庭持有股份已经超过规定比例的部分可以继续持有，但不得再增加持有的比例。法律、行政法规另有规定的，从其规定。
14. 农村集体经济组织成员享有的股份，应当以农户家庭为单位记载。
15. 农户家庭的股份总额一般不随户内人口增减而调整。

#### （四）律师办理农村集体经济组织成员身份确认案件注意事项

应当按照尊重历史、兼顾现实、程序规范、资格唯一、群众认可、公开透明的原则，从审查章程规定，统筹考虑户籍、农村土地承包关系、对集体积累的贡献、生产生活情况等因素入手进行辩论。

# 第十二节 律师办理集体产权制度改革业务操作指引

#### 第九十条 主要概念

#### 农村集体经济组织产权制度改革

指集体经济组织在坚持农民集体所有的前提下，按照股份合作制的原则，将集体资产折股量化到人，由农民共同共有的产权制度转变为农民按份共有的产权制度，农民变股民，按份享受集体资产收益的分配制度。

#### 集体经济组织成员

指在该集体经济组织生产，或生活在该组织，与该集体经济组织发生权利、义务的人。

#### 村股份经济合作社

指由乡镇（街道）原村经济合作社根据社员大会（社员代表大会）讨论决定，将集体经营性净资产折股量化改制而成，是以资产为纽带、股东为成员的综合性（社区性）农村集体经济组织。

#### 折股量化

指资产量化的一种方式，将资产的价值折成一定的股份，每股对应一定数量的资产价值，再将股份量化到成员个人，每个成员通过持有集体的股权来享有集体资产的收益，即通常所说的按股共有。

#### 第九十一条 集体经济组织成员认定条件

1. 属于上世纪五十年代创设农业合作社的入社成员及《中华人民共和国村民委员会组织法》施行前加入农业合作社的成员；
2. 父母双方或一方具有本村集体经济组织成员资格，符合国家有关计划生育政策所生的、或依法收养的、或依法负有抚养义务的子女、养子女或继子女；
3. 与本村集体经济组织男性成员依法结婚的其他村集体经济组织的女性配偶；
4. 本村集体经济组织女性与本村集体经济组织男性成员结婚后离婚，户口未迁出的本村集体经济组织女性；
5. 与本村集体经济组织独生女依法结婚的其他村集体经济组织的男性配偶（入赘女婿）；
6. 本村集体经济组织成员娶进外村的女性媳妇或招赘女婿，在丧偶后仍在本村集体经济组织生产、生活，且未享有嫁出地集体经济组织集体资产利用权及利益分配权等权益的；
7. 本条第1、2、3、4、5、6款人员违反计划生育政策所生，但在基准日前已经接受计划生育部门或有关主管部门处罚并按规定履行完毕的子女。

#### 第九十二条 非集体经济组织成员认定条件

1. 以“寄户”形式落户，未在本集体经济组织固定生产生活的（指因投靠亲友、读书、工作、购房等原因将户口迁至本村的人员）；
2. 已纳入公务员序列、事业单位、国有企业、集体企业正式编制内的在职干部职工；
3. 享有退休人员的工资及各项福利待遇，在基准日前将户籍迁入本村的回乡退养人员；
4. 基准日前，原本村村民移居海外（包括港澳台地区），并取得所移居国家或地区永久居留权或国籍，但未注销户口的；
5. 截止基准日时已连续下落不明达4年以上的本村村民；
6. 已死亡或符合法律规定的宣告死亡条件，但尚未注销户口的。

#### 第九十三条 集体经济组织成员资格丧失

1. 死亡（包括自然死亡和宣告死亡），自死亡时丧失；
2. 以书面形式向本集体经济组织递交并经公告，自愿放弃本村集体经济组织成员资格的，自公告之日起丧失；
3. 已经取得其他村集体经济组织成员资格的，自取得其它村集体经济组织成员资格时起丧失；
4. 纳入国家公务员序列、事业单位、国有企业、集体企业正式编制，自纳入正式编制之日起丧失。

#### 第九十四条 集体经济组织成员身份保留条件

1. 因参军入伍，在基准日之前户籍已迁往军队的现役人员（服役期间被提升为军官的，其成员资格身份自动丧失）；
2. 因升入大中专院校，在基准日之前户籍已迁往学校的在读大中专院校的学生；
3. 因刑事犯罪被判刑期入狱，在基准日之前尚在服刑的人员。

#### 第九十五条 集体经济组织成员身份生效

集体经济组织成员资格的确认和取得，在不违反国家现行有关法律、法规前提下，由本村村民委员会召集村民代表或户代表召开会议民主决策，决议通过并经公示后生效。

#### 第九十六条 股权设置方案

在确定的基准日前确定的成员资格及股份，实行“出生不增、死亡不减”的原则，按应当参与分配对象一次性配置股份。

本次股份登记之后该户集体经济组织成员发生死亡的，该户总股本数不变，该死亡之人的股份由该户其他集体经济组织成员自主分配。

本次股份登记之后本集体经济组织成员发生以下情况之一的，本集体经济组织可依程序对该成员分配的股份予以核销，并从本村总股本中剔除：

1. 已纳入公务员序列、事业单位、国有企业、集体企业正式编制内的在职干部职工的；
2. 以书面形式向本集体经济组织递交并经公告，自愿放弃本村集体组织成员资格或其持有股份的；
3. 已经取得其他村集体经济组织成员资格的；
4. 对于在确定基准日及确定股份改革分配资格名单后存在的一些历史遗留或者个案问题，依法按程序经本村集体经济组织成员大会或代表会议表决通过。

#### 第九十七条 股权登记及股权证书

针对股权登记事宜，在实践中主要存在两个方面的问题：

1. 股权登记机关的确定。股权证书，一般由成员所在的集体经济组织发放，农业部门作为股权证制定机关及股权备案机关、所在镇（街道）政府作为确认机关。
2. 权利主体的确权登记。在进行股权登记时，一般做法为折股量化到人，确权登记到户。

#### 第九十八条 农村集体产权制度改革的操作流程

1. 接受委托、初查村情。与意向改革村社进行对接、了解村社情况，签订专项法律服务合同。
2. 成立集体产权制度改革工作组。指导村（社区）成立集体产权制度改革的工作组，落实村（社区）改革力量，为改革做好准备。与此同时，做好改革工作组成员成立的会议记录及张贴公示工作。
3. 制定集体产权制度改革实施方案。指导村（社区）做好集体产权制度改革的工作部署，制作改革实施方案，初步确定改革的基准日，并做好基准日的公示工作。
4. 制定集体经济组织成员资格认定方案。指导村（社区）做好集体经济组织成员资格认定工作，制定资格认定方案。依据资格认定方案初步确定本村的集体经济组织成员名单并做好公示工作。
5. 制定集体资产的清产核资情况。指导村（社区）对于集体经济组织现有的资产进行清查，必要时可以聘请会计师事务所参与清产核资，对于经营性资产做好价值评估，并与资源性资产、非经营性资产、债权债务等资产一同进行汇总，做好张榜公示工作。
6. 制定集体经营性资产股份合作改革方案。以村（社区）的集体经济组织成员资格认定方案及其具体名单、村（社区）的清产核资情况为前提，制定村（社区）集体经营性资产股份合作改革方案，并进一步确定具体的持股名单和份额，做好张榜公示工作。
7. 村民户代表会议—— 对“四个方案”进行集中表决。召开村民户代表会议，对于形成的改革实施方案、资格认定方案、清产核资情况、经营性资产股份合作改革方案这四个方案进行表决，并做好表决结果的统计、公示、备案工作。
8. 村（社区）股份经济合作社章程的制定及表决通过。指导村（社区）根据本村实际情况制定《股份经济合作社章程》，并召开成员大会表决通过章程。设计成员代表推选办法，选举产生股份经济合作社的成员代表，做好表决结果的统计、公示、备案工作。
9. 股份经济合作社成立大会暨第一届成员代表第一次会议。成员代表表决通过经济合作社选举办法并选举产生第一届理事会、监事会成员，将选举结果进行统计、做好公示及备案工作。向市政府申请颁发股份经济合作社的《集体经济组织证明书》、牌匾、印章等。
10. 工作总结、材料归档。做好改革的工作情况总结及材料整理归档工作，保留完整的改革经验。

#### 第九十九条 制定集体产权制度改革实施方案

集体产权制度改革实施方案作为各改革村（社区）对于改革工作的总体部署文件，需要从集体经济组织成员界定、集体资产清产核资、经营性资产折股量化、设立股份经济合作社等核心环节出发，定下改革的总体基调。

1. **有条件的村（社区），可召开集体产权制度改革的动员推进会**

在集体产权制度改革工作组成立的基础上，改革的指导律师在与村（社区）对接改革工作时，要注意对改革工作的步骤、流程及各步骤环节的大致内容做好解释工作，有条件的可以召开大范围的改革动员推进会，向村两委、工作组成员、村民代表乃至全体村民进行集体产权制度改革工作的宣讲，介绍改革流程。

1. **初步确定集体经济组织成员资格认定的基准日**

在制定集体产权制度改革实施方案的过程中，需要与集体产权制度改革工作组共同协商本村（社区）集体经济组织成员资格的基准日，召开村民代表大会对于基准日进行表决，将表决结果进行张榜公示。（基准日的最终确定需要经过村民大会表决通过）

1. **初步确定集体经济组织的成员资格管理模式及股权管理模式**

集体产权制度改革中集体经济组织对于改革形成的股权主要存在三种模式。主要为固态管理模式、静态管理模式及动静结合管理模式，在制定集体产权制改革实施方案的过程中应当初步确定本村（社区）的股权管理模式，并召开村民代表大会对于基准日进行表决，将表决结果进行张榜公示。（成员资格管理模式及股权管理模式的最终确定需要经过村民大会表决通过）

#### 第一百条 制定集体经济组织成员资格认定方案步骤

1. **贯彻集体经济组织成员资格认定的基准日**

集体产权制度改革实施方案已经初步确定了集体经济组织成员资格认定的基准日，当前阶段需要进一步贯彻、落实成员资格认定的基准日，并在成员资格认定方案中予以写明。

1. **调取本村（社区）在公安机关的户籍人口信息**

以基准日为截止日，到属地公安机关调取户籍在本村的人口信息，以该份调查结果作为制定本村集体经济组织成员名单的基本材料。

1. **梳理本村集体经济组织成员的基本情形**

集体经济组织成员的基本身份情况包括：原农业合作社成员、入赘婿、外嫁女、嫁入女、本村村民的子女、移居海外（包括港澳台地区）、再婚妻子、大中专学生、服刑人员、服兵役人员、在职干部、外出经商、务工、丧偶和离婚妇女、寄户、空挂户、回乡退养人员、死亡等众多情形，为此需要对于本村村民的身份情况进行对照、做好甄别工作，为制定认定标准做好工作。

1. **成员资格管理模式的确定**

成员资格管理模式分为固态管理、动态管理、动静结合三种。

1. 固态管理是指改革村（社区）在此次改革中一旦确定了成员资格及名单，今后便不再变化、调整具体名单；
2. 动态管理是指本集体经济组织一旦发生成员的进出、增减变动情况，及时对于成员名单进行调整；
3. 动静结合是指在一段时间内（如十年）进行固态管理，不再变化、调整具体成员资格及名单，直至该段时间经过，重新再确认集体经济组织成员资格及名单。
4. **确定集体经济组织成员的认定标准及具体名单**

在初步确定本村村民的身份情况后，针对各个情形开始制定成员资格认定的标准，在初步确认成员的认定标准后，开始着手制定本村集体经济组织的成员名单。

#### 第一百零一条 制定集体资产清产核资情况步骤

1. **确认清产核资的基准日**

确认村（社区）进行集体资产清查的基准日，在具体清查过程中，需要以该时间为截止日，记录该时点下各类资产的状况。

1. **统计集体现金存款、债权债务及“三资”情况**

集体资产需要由点及面的做好清查工作，先总体上对于本村（社区）的集体现金存款、债权债务情况、经营性资产、资源性资产、非经营性资产（公益性资产）等各类资产进行逐一清点列举，并按资产的特点有选择的查明资产的金额、数量、价值、位置、类别等基本信息。有条件的村（社区）可以聘请专业会计师事务所进行清产核资工作。

1. **重点清查经营性资产，并做好价值评估工作**

对于集体经营性资产、未承包到户的资源性资产、债权债务、现金作为重点清查对象。集体产权制度改革应做好集体经营性资产的价值评估，并针对其他用于经营的集体资产，也需要纳入集体经营性资产的范畴中进行改革。其他资产分清类别、位置、数量等基本信息并记录在案即可。

1. **集体经营性资产的基本评估方法**

包括农民集体所有的用于经营的房屋、建筑物、机器设备、工具器具、农业基础设施（包括小型水利工程）、集体投资兴办的企业以及其所持有的其他经济组织的资产份额、无形资产等，针对集体经营性资产的评估有需要根据改革村（社区）是否聘请会计师事务所参与清查来适用不同的评估方式。

聘请会计师事务所进行集体资产清查的村（社区），在会计报告的基础上，将实际用于经营的非经营性资产（如对外出租的学校房屋）以及用于经营的资源性资产（如对外出租的集体土地）评估价值后纳入经营性资产的范畴，并最终进行经营性资产的折股量化工作。

未聘请会计师事务所进行集体资产清产的村（社区），需要自行对于经营性资产进行价值评估。由于集体经营性资产的清查目的为明确资产价值并作为折股量化的依据，并不追求对于资产的现时价值进行精确评估，因此改革律师在参与集体产权制度改革中，针对集体经营性资产的评估主要采用以下方法：

1. 根据经营性资产入账价值进行价值评估。一部分经营性资产系通过对外采购所得，为此仅需依照采购时的入账价值并做适度调整作为评估价值即可。
2. 利用市场价值法进行价值评估。一部分经营性资产无入账价值可供参考，为此需要参照市场上同等规格的产品进行价值评估。
3. 参照当地征地拆迁补偿方案进行价值评估。一部分经营性资产实质上属于征地补偿拆迁是需要补偿的项目（如对外出租经营的土地），因此参照当地征地拆迁补偿方案确定的价值进行评估即可。
4. 按照一般生活经验，由改革工作组讨论确定价值。部分经营性资产无法按照上述方式进行评估，为此可以由本村集体产权制度改革工作组，依据日常生活经验，集体讨论确定该部分资产的大致价值。
5. **改革村（社区）的债权债务问题的处理**

对于本村（社区）对外的债权债务应当予以记载，若因债权债务纠纷无法具体确定价值的，应注明情况，并明确表示该部分争议债权债务在确定后纳入改革后成立的股份经济合作社中。

#### 第一百零二条 制定集体经营性资产股份合作改革方案

1. **改革原则：**

集体产权制度改革的折股量化工作需要秉持以下几个方面的原则：

1. “村民自治、民主决策”、“社会保障”、“公开公正”、“可持续发展”等基本原则；
2. “营利共享、风险共担”的股权分配原则；
3. “确权到人、登记到户”的股权登记原则。

#### 股权管理模式

集体产权制度改革工作中，各改革村（社区）应当确定折股量化后的股权管理模式，具体的股权管理模式分为固态管理、动态管理、动静结合三种。

1. 固态管理是指改革村（社区）在此次改革中一旦确定了成员原始股权分配比例及数量，今后便不再进行原始股的变化调整（成员的自主交易、抵押担保等后续事宜引起的原始股变化需要进行登记调整）；
2. 动态管理是指本集体经济组织一旦发生成员的进出、增减变动情况，及时对于成员原始股权分配比例及数量进行分配调整；
3. 动静结合是指在一段时间内（如十年）进行固态管理，不再变化调整成员原始股权分配比例及数量，直至该段时间经过，重新确认集体经济组织成员原始股权分配比例及数量。

#### 股权设置事宜

股权设置事宜包括两个方面，即股权数量与股权类型。

1. 股权数量是指每个股东所享有的原始股权具体为多少股，在实践中要考虑股权今后存在转让、抵押等变动流转的情况。
2. 股权类型是指改革村（社区）根据自身情况并结合本村（社区）的成员情况，具体设置本村股权种类，具体包括集体股、个人基本股、劳龄股、奖励股、贡献股、福利股等，相关股权介绍如下：

（1）集体股是指集体经济组织保留一定比例的股权比例，用于发展壮大本集体经济组织，及集体股仅仅享有分红权，并不享有投票、选举、处置的权利，集体股享有的分红应专项用于转增资本、壮大集体经济实力、弥补亏损，投入集体文教、卫生等公共服务，建设公益设施及发放集体福利费用等，此外，一旦本村（社区）发生有偿退出集体经济组织、成员资格丧失等股权回赎事宜，或者集体经济组织成员因诉讼等原因而需多分配股权时，集体股的设置将保证总股数不变的前提下，有效实现个人基本股的增减变动，并对股权单位价值产生影响。

值得注意的是，农业部经济管理司建议各村（社区）如非必要建议不要设置集体股，如要设置集体股，其比例不宜超过20%。

（2）个人基本股是指在本村（社区）此次集体产权制度改革中，按照成员资格认定方案享有成员资格的村民，予以分配一定比例的股权。个人基本股可以统一设置，亦可以根据成员的具体情况进行区别配置。

（3）劳龄股是指在曾对于本村（社区）具有劳动贡献，但是在基准日前死亡的村民，本村（社区）给予其个人劳龄股，并将该股份确认到该村民所在户，有该户内的其他集体经济组织成员自主分配。

（4）奖励股是指对于本村（社区）村民遵守计划生育相关政策的独生子女办证户、两女扎户夫妻以及其他依照法律法规规定的家庭，因依法依规却导致对于集体资产股权分配偏少的家庭，通过设置奖励股来平衡上述家庭或可因此造成的不公平。奖励股仅仅享有集体资产的分红权利，不享有投票、选举等其他权利。

（5）贡献股是指对于本集体经济组织具有特殊贡献，但无法享有集体股权或享有的股权与其对于村（社区）的贡献程度不服的成员或非成员（如华侨），为了回报这部分人员的贡献，特设置为其设置贡献股。贡献股仅仅享有集体资产的分红权利，不享有投票、选举等其他权利。

（6）福利股是指原先因法律法规或村民内部决议享有集体经济组织福利待遇的人员，通过设置福利股保留其在本村社区的福利待遇。福利股仅仅享有集体资产分红的权利，不享有投票、选举等其他权利。

上述股权是否设置、设置数量、设置比例皆由各村根据自身情况进行决定。

#### 第一百零三条 村民户代表会议

在召开本村集体产权制度改革的第一次村民户代表会议前，应当做好充分的准备，各村（社区）需要通过先后召开村两委会议、集体产权制度改革工作组会议、村民代表会议对于本村（社区）的《集体产权制度改革实施方案》、《集体资产清偿核资情况》、《集体经济组织成员资格认定方案》《集体经营性资产股份合作改革方案》四个方案进行讨论，并最终讨论通过“四个方案”的草案。通过充分的讨论，为“四个方案”在全村（社区）的村民会议或户代表会议上的表决能够高票通过打好基础，避免因解释、准备工作不足的导致重复表决的情形出现。在实践中，考虑到农村（社区）人口众多等原因，建议通过召开户代表会议来表决“四份方案”从而最大限度的减少工作量。

会议准备步骤：

1. 请示开会。由村（社区）向所在镇（街道）政府呈报《关于加快推进农村集体产权制度改革工作的报告》，向镇（街道）政府报告“四个方案”的具体内容，并请示会议时间。镇（街道）政府在接到请示报告后，进行审查并做出《审核意见》同意改革工作的推进。
2. 会议通知。通过在村（社区）公示栏、告示栏等位置张贴村民代表或户代表会议的《召开公告》，有条件的村（社区）可以入户发放《户代表会议通知》并让户内成员签写《签收凭证》。
3. 会议召开形式。召开村民会议或村民户代表会议，会议具体形式可以采取集中召开或分组召开的方式，所谓集中召开是指全体村民或户代表对于“四个方案”一同表决；而所谓分组召开，可以是每个村民小组单独对于“四个方案”进行表决，还可以是“四个方案”拆开表决，每份方案单独表决。集中表决的优点在于减少工作量，而分组表决则有利于减少矛盾集中爆发的可能性。
4. 会议召开具体事项。会议内容正式开始前，需要各参会人员签写《会议签到表》、《成员认定及股份分配情况调查确认表》、《授权委托书》。

会议正式开始后，相关改革人员向全体村民或户代表解释此次改革的目的意义、并对于“四个方案”进行解释，由工作人员分发《表决票》，参会人员根据自身意愿进行投票。

会议投票结束后，由计票人、监票人进行票决结果的统计，并制成《票决情况统计表》。

1. 会议内容公示、备案。村民会议或户代表会议结束后，对《票决情况统计表》及《村民会议决议内容的公示》在全村范围内一般公示30日，待公示期满后，村（社区）呈报《集体产权制度改革方案的备案申请》向市（县、区）的农业主管部门及所在镇（街道）政府备案表决通过后的“四个方案”。

#### 第一百零四条 村（社区）股份经济合作社章程的制定及表决通过

股份经济合作社作为集体经济组织的新型组织形式，真正实现了集体经济组织从主体虚化到实体化的转变。《民法典》将股份经济合作社确定为特别法人，却又为明确规定其组织架构及运作形式，因此，《股份经济合作社章程》的设计即要区别于公司又需要借鉴公司运行架构的成熟经验。《股份经济合作社章程》作为股份经济合作社的“宪法性文件”，对于该文件的制定需要进行多方面的考虑，现就该阶段需要进行工作概述如下：

1. 时间把握。由于集体产权制度改革的“四个方案”表决通过后一般需要公示30日，为了加快集体产权制度改革工作，应当抓紧时间，在这30个工作日内完成章程草案的定稿，在“四个方案”公示期满后，进一步召开成员户代表会议，对于章程草案等相关事项进行表决。
2. 章程制定。制定本村股份经济合作社章程需要从股份经济合作社的职责、资产、股权设置、股权登记、股权流转、成员权利义务、组织机构、资产经营与管理、财务管理和收益分配等多个方面对于股份经济合作社的经营、管理运作设计。合理设立成员大会、理事会、监事会等组织机构，负责股份经济合作社的经营决策；合理设计成员及成员代表参与股份经济合作社议决事的工作运行机制，确保股份经济合作社经营、管理事项的民主表决；合理赋予成员及成员代表参与股份经济合作社日常经营的权利，保障民主表决及民主监督的有效实行。股份经济合作社章程应当经成员大会最终表决通过而生效。
3. 召开村民代表大会。召开村民代表大会审议《集体产权制度改革相关说明》、《集体产权制度改革相关工作计划》、《章程》（草案）、《成员代表推选办法》（草案）等材料，并取得村民代表大会的集体同意。
4. 章程、成员代表推选办法的请示。村党支部、村委会行文向镇政府（街道办事处）请示本村集体产权制度改革的工作计划及相关说明，并将成员代表大会审议通过的《股份经济合作社章程》及《成员代表推选办法》向镇政府（街道办事处）进行报告。
5. 镇政府（街道办事处）做好批复工作。对于村里提出《关于加快推进农村集体产权制度改革工作的报告》，镇里审核相关内容后作出批复意见。
6. 确定成员代表候选人名单，并做好请示工作。根据已经成员代表大会表决通过的《成员代表推选办法》的相关规定，由《成员代表推选》办法确定的提名机构（一般为村党支部、村两委等）对本村的成员代表候选人进行提名，亦可根据本村情况决定是否赋予本村村民自荐的权利。在成员代表候选人名单确定后，由村（社区）将成员名单向镇政府（街道办事处）进行报批请示。
7. 镇政府（街道办事处）做好成员候选人名单的批复工作批复。镇政府（街道办事处）对于村（社区）呈报的《股份经济合作社第一届成员代表候选人名单的报告》进行审核后作出批复意见。
8. 做好成员户代表会议的会议通知。村（社区）布置力量做好成员户代表会议召开的通知事宜，主要内容包括张贴会议《召开公告》、入户送达《会议通知》并由各户人员填写《签收凭证》。
9. 成员户代表会议的召开、表决。根据各村以往的会议表决情况及方式，做好参会人员的签到工作，会上应介绍《股份经济合作社章程》（草案）、《股份经济合作社第一届成员代表候选人名单》的相关内容，并让参与人员进行表决，对于表决结果进行统计。对于上述事项予以记录，并做会议记录。
10. 会议票决结果的公示及其报告备案。对于此次会议关于章程及成员代表名单的表决情况进行汇总，并做好公示工作，公示期一般为7日。公示期满后，向镇政府（街道办事处）以及农业主管部门做好备案工作。

#### 第一百零五条 股份经济合作社成立大会

股份经济合作社成立大会系集体产权制度改革成果的收获阶段，成立大会上需要对于股份经济合作社的权力机构进行选举，搭建股份经济合作社的运作机构，最终达到将集体经济组织实体化的目的。在此，需要对于股份经济合作社的成立程序进行安排介绍。

1. 理事会、监事会候选人名单的请示。依据《股份经济合作社章程》的相关规定，理事会、监事会候选人由村（社区）党支部等单位进行提名，若有条件的可以由村委会提名或村民自荐的方式确定候选人。候选人名单确定完成后，由村（社区）向镇政府（街道办事处）进行请示。
2. 镇政府（街道办事处）对理事会、监事会候选人名单的批复。镇政府（街道办事处）审核请示内容，并做出批复意见。
3. 申请对股份经济合作社授牌授印。各村（社区）向农业主管部门审核改革进度，并申请对新成立的股份经济合作社进行授牌授印，农业主管部门在收到申请后，需要出席村（社区）的成立大会，并在大会上向新成立的股份经济合作社进行授牌授印。
4. 筹备成立大会的召开事宜。告知各成员代表参加成立大会，并制作成立大会议程，让各代表熟知参会的相关事宜。
5. 正式召开成立大会，并做好表决的统计工作。成立大会上分发表决票，表决《股份经济合作社选举办法》，并由成员代表选举产生股份经济合作社的理事会、监事会成员，将表决结果进行汇总。农业主管部门及镇政府（街道办事处）相关领导为改革完成的村（社区）颁发《集体经济组织证明书》、股份经济合作社的牌匾及印章也一并在会上颁发。
6. 会议表决结果及选举结果公示、备案。将表决的汇总统计情况及会议决议结果进行公示，并将会议结果向农业主管部门、镇政府（街道办事处）进行备案。

第四章 附则

本指引根据 2021 年 6月 30日之前国家颁布实施的法律、行政法规、规章、司法解释及其他相关文件的规定，结合当前律师办理涉农实务操作方法制定。若国家的法律、法规及规范性文件发生变化，应以新的法律、法规及规范性文件为依据。

[破产案件管理人团队建设及管理](https://alphalawyer.cn/ilawregu-search/api/v1/lawregu/redict/84ca8810a19405aa8688c49eebfeb635)

[操作指引](https://alphalawyer.cn/ilawregu-search/api/v1/lawregu/redict/84ca8810a19405aa8688c49eebfeb635)

目 录

第一条 宗 旨

第二条 效 力

第三条 适用范围

第四条 管理组织

第五条 负责人

第六条 从业人员

第七条 管理人资格

第八条 团队建设

第九条 团队管理

第十条 交流与培训

第十一条 业务承办

第十二条 人员指派

第十三条 业务合作

第十四条 业务制度

第十五条 业务方案

第十六条 业务质量

第十七条 报告与归档

第十八条 业务考核与分配

第十九条 履职风险控制

第二十条 财务风险控制

[破产案件管理人团队建设及管理操作指引](https://alphalawyer.cn/ilawregu-search/api/v1/lawregu/redict/84ca8810a19405aa8688c49eebfeb635)

第一条 **宗 旨**

为规范律师事务所和律师履行破产管理人职责，提高服务质量和业务水平，防范执业风险，充分发挥律师事务所及律师在企业破产案件事务中的作用，依据《中华人民共和国企业破产法》《[中华全国律师协会律师担任破产管理人业务操作指引](https://alphalawyer.cn/ilawregu-search/api/v1/lawregu/redict/84ca8810a19405aa8688c49eebfeb635)》及其他相关法律、行政法规和司法解释的规定，制定本指引。

**第二条 效 力**

本指引为指导性意见，与相关法律、行政法规及司法解释有抵触的，以相关法律、行政法规及司法解释的规定为准。

**第三条 适用范围**

拟从事或正在从事破产企业管理人业务的律师事务所、律师及律师事务所相关人员，适用本指引。

**第四条 管理组织**

律师事务所应积极整合本所相关专业人员及管理人业务，组建律所管理人团队或业务部门，实现对从业人员及业务的统一管理。

**第五条 负责人**

律师事务所应当指定负责人负责管理人团队、从业人员及业务的管理工作，主要履行以下职责：

1. 主持团队相关工作；
2. 拟定团队的管理计划和方案；
3. 拟定团队内部管理机构设置方案；
4. 拟定团队规章制度；
5. 拟定团队人员名单及分工；
6. 履行律师事务所授权的其他职责。

**第六条 从业人员**

律师事务所管理人业务从业人员由负责人拟定，经律师事务所审核后确定。律师事务所可任命相关专业人员，协助负责人开展相关工作。

管理人业务从业人员应当具有相应的职业技能和履职能力，不宜有下列情形：

1. 因故意犯罪受过刑事处罚；
2. 曾被取消、吊销相关专业资格或执业证书；
3. 因执业、经营中故意或者重大过失行为，受到行政机关、监管机构或者行业自律组织行政处罚或者纪律处分之日起未逾3年；
4. 因涉嫌违法行为正被相关部门调查；
5. 执业许可证已被强制或自行申请注销；
6. 因不适当履行职务或者拒绝接受人民法院指定等原因，被人民法院从管理人名册除名；
7. 缺乏担任管理人所应具备的专业能力；
8. 缺乏承担民事责任能力；
9. 丧失民事行为能力；
10. 因健康原因无法履行职务；
11. 有重大债务纠纷；
12. 履行职务时，因故意或者重大过失导致债权人利益受到损害；
13. 不服从律协及律师事务所管理；
14. 存在其他不宜从事管理人业务的情形。

**第七条 管理人资格**

律师事务所应积极申请编入法院管理人名册，参加入册法院的评级、考核活动，依法获取破产案件管理人的指定。

因暂未编入法院管理人名册或其他原因，不能直接参与破产案件管理人业务竞争活动的，可依法积极与其他管理人合作，参与破产案件的办理。

已编入法院管理人名册的律师事务所，名册成员应与律师事务所管理人团队成员名册保持一致，若成员异动，应及时更新名册。

**第八条 团队建设**

律师事务所应当加强破产案件管理人团队建设，不断加强团队专业人员、业务能力的培养及管理，积极培育和践行社会主义核心价值观，建立良好的团队文化氛围和正确的价值导向。

**第九条 团队管理**

律师事务所应结合本所实际情况，建立长期、稳定的团队管理机制，对管理人团队、从业人员及业务等方面进行常态化、制度化、专业化管理，为建立职业化的管理人团队打下良好基础。

律师事务所应结合本所实际情况，对从业人员的业务能力、思想品格、团队合作能力等情况进行分析，对从业人员进行分级或精细化，建立评价体系和科学的管理模式。

从业人员加入或异动出团队或律师事务所的，应予认真审核。如有未办结破产事务、相关工作及责任未能完成清晰交割情形的，从业人员原则上不得异动。

**第十条 交流与培训**

律师事务所应积极培养或引进其他专业人员，促使管理人团队从业人员结构更加科学、合理，以符合办理破产案件的需求。

律师事务所应鼓励从业人员积极参加业务相关的社会组织、团体及相关研究、交流、宣传活动；组织从业人员积极参加法院、律师协会等行业协会、律师事务所组织的管理人业务培训、研究活动。

律师事务所应对从业人员的学习、交流、培训、研究等情况予以记录并建档，作为对其专业能力评价及内部分配参考。

**第十一条 业务承办**

律师事务所承接破产案件管理人业务，由负责人统一审查，并统一指派专业人员办理。

未加入业务团队的律师及专业人员，未经负责人审核、同意，原则上不得参与本所管理人业务的承接和办理。

**第十二条 人员指派**

律师事务所应根据案件情况指派案件负责人及其他办案人员。被指派的人员应根据律师事务所拟定的相关计划及方案分工合作，接受律师事务所的管理。

如发现被指派人员存在不宜从事相关业务情形或不接受律师事务所管理的，律师事务所应及时调整，并将调整结果书面报告人民法院。

**第十三条 业务合作**

律师事务所、律师与其他单位合作办理破产案件管理人业务的，应当经负责人同意，明确合作相关事项，并指派专业人员参与案件的办理。合作方均应分别指定一名人员为本单位案件负责人，应共同确定其中一人为该案件总负责人，明确合作双方的责、权、利，建立良好的合作机制。

合作相关事项包括但不限于各自分工、议事决策机制、经费承担、报酬分配、责任划分等。不得出现名为合作实为挂靠、借名等违规情形。

**第十四条 业务制度**

律师事务所应当规范本所管理人团队、从业人员及业务等方面的管理，结合行业指导性文件及本所实际情况，制定本律师事务所管理人团队相关制度。

相关制度由负责人主持起草，报律所批准执行。包括但不限于：

1. 日常管理制度；
2. 业务学习培训制度；
3. 会议制度；
4. 管理人消极资格审查和报告制度；
5. 管理人业务承办制度；
6. 人员指派、分工负责制度；
7. 案件讨论、汇报制度；
8. 管理人业务操作流程制度；
9. 管理人工作底稿和档案管理制度；
10. 管理人业务质量控制及考核制度；
11. 管理人报酬分配与风险承担制度；
12. 其他相关管理制度。

**第十五条 业务方案**

承办管理人业务后，律师事务所应当结合行业指导性文件及案件实际情况建立相应的工作机制，完成案件相关方案、制度的制定，并督促接受指派的人员执行，保障管理人业务的办理质量。相关制度及方案包括但不限于：

1. 工作方案及计划；
2. 工作机构及议事规则；
3. 处理突发事件的应急预案；
4. 接管财产、资料工作方案；
5. 印章管理制度；
6. 财务管理制度；
7. 文件收发、报送、归档管理制度；
8. 执行职务费用认定及实施办法；
9. 债权审核方案；
10. 债权人会议组织方案；
11. 保密制度；
12. 管理人报酬方案；
13. 其他相关制度及方案。

**第十六条 业务质量**

律师事务所应对业务办理过程及环节进行管控，使各项环节及指标达到标准的要求，避免和排除破坏业务质量的因素，使服务质量得到保证。

管理人业务相关工作应做到有形化，相应工作均应有对应的记录和资料。

业务办理过程中，律师事务所应及时组织对疑难、重点或重大问题的讨论、分析，不断总结业务经验，完善相关制度，巩固成果。

**第十七条 报告与归档**

业务承办人员应当及时向律师事务所报告业务办理情况，留存工作底稿、资料，及时建立相关档案，报律师事务所审核、存档。

**第十八条 业务考核与分配**

律师事务所应当对相关制度及方案的执行情况及案件的办理情况予以跟踪、记录、考核，结合本所实际情况建立与考核结果关联的分配体系。

**第十九条 履职风险控制**

律师事务所在加强从业人员履职能力的同时，应当积极防范管理人履职风险，完善履职风险清单，加强风险管理，并结合本所及承办案件情况参与相关职业保险。

**第二十条 财务风险控制**

律师事务所可根据本所实际情况对管理人团队或部门的“成本及利润”进行独立核算，建立并完善相对独立财务风险控制体系。

律师参与公司自行清算

业务操作指引

目 录

第一章 一般规定

第二章 公司自行清算业务启动阶段律师的主要职责

第三章 协助处理具体清算事务

第四章 其他事务

律师参与公司自行清算业务操作指引

第一章 一般规定

**第一条 宗旨和效力**

1. 为指导律师参与公司自行清算业务。（以下可简称“清算业务”）规范律师执业行为，提高律师服务质量和水平，防范执业风险，充分发挥律师在公司自行清算业务中的作用，依据《中华人民共和国公司法》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（法释〔2008〕6号）、《中华人民共和国公司登记管理条例》及其他相关法律、行政法规和司法解释的规定，制定本指引。
2. 本指引为律师参与公司自行清算业务的指导性意见。本指引与相关法律、行政法规及司法解释有抵触的，以相关法律、行政法规及司法解释的规定为准。

**第二条 适用范围**

在公司自行清算过程中，律师作为公司股东或清算组的法律顾问，指导、协助清算组处理或者作为清算组工作人员直接参与处理相关清算事务，适用本指引。

**第三条 律师参与清算业务的条件**

1. 独自参与公司自行清算业务的律师，组成律师团队参与清算业务的团队负责人，应当从事专职律师3年以上。
2. 律师具有以下情形的，不能独自参与公司清算业务，不能在参与公司自行清算业务的律师团队担任负责人：
3. 缺乏处理公司清算业务所应具备的专业能力；
4. 缺乏承担民事责任的能力；
5. 因健康原因无法履行职务；
6. 有重大债务纠纷可能影响其履行职责；
7. 因涉嫌违法行为正被相关部门调查；
8. 律师事务所认为可能影响其履行职责的其他情形。

**第四条 律师参与清算业务的工作原则**

1. 律师参与清算业务，应当勤勉尽责、忠实执行职务，始终贯彻审慎原则，依法办理相关事务，切实防范法律风险。
2. 律师参与清算业务，应当注重工作效率，节约清算费用。
3. 律师参与清算业务，应当依法向清算组报告工作，依法接受公司股东的监督。
4. 律师参与清算业务，应当严格履行保密义务。对于在执业中知悉的有关股东、债务人、债权人和其他利害关系人的商业秘密、个人隐私以及其他不能对外披露的事项，应当予以保密。

第二章 公司自行清算业务启动阶段律师的主要职责

**第五条 确认公司清算事由[[1]](#footnote-0)**

公司应当在下列情形发生后依法组成清算组，开始清算：

1. 至公司章程规定的营业期限届满，股东（大）会未就公司延长营业期限形成有效决议并修改章程；
2. 出现公司章程规定的其他解散事由，股东（大）会未就公司继续营业形成有效决议并修改章程；
3. 股东（大）会决定解散公司；
4. 公司被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；
5. 人民法院判决解散公司且该判决已生效。

**第六条 协助筹备成立清算组**

1. 公司应当在清算事由出现后15日内成立清算组[[2]](#footnote-1)。
2. 有限责任公司的清算组由股东组成；股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成，成员人数为五至十九人中的单数。[[3]](#footnote-2)
3. 股份有限公司的清算组成员优先从公司股东、董事、监事、高级管理人员能够而且愿意参加清算的人员中选任，也可以选聘律师、会计师等中介机构及其工作人员参与。[[4]](#footnote-3)
4. 清算组负责人由股东（大）会决定。
5. 清算组可以设专门的办事机构，聘请有关工作人员处理相关具体事务。
6. 应制定清算组议事规则等基本制度，并报股东（大）会批准生效。
7. 法律法规对公司清算机构另有规定的，按相关规定执行。

**第七条 协助召开股东（大）会**

1. **协助有限责任公司召开股东会，就公司进入清算程序作出相关决议。**
2. 代表十分之一以上表决权的股东，三分之一以上的董事，监事会或者不设监事会的公司的监事，或者董事会提议召开股东会。（《公司法》39条）
3. 除章程另有规定外，应于股东会召开前15日将会议召开的时间、地点、审议的事项等通知全体股东。[[5]](#footnote-4)
4. 经股东会多数表决权同意，就公司进行清算、清算组的组成、清算组负责人等事项作出决议。
5. 经股东会多数表决权同意，就公司清算组议事规则等基本制度作出决议。
6. 股东会制作会议记录和股东会决议，并由出席会议的股东签名。[[6]](#footnote-5)
7. **协助股份有限公司召开股东大会，就公司进行入清算程序作出相关决议。**
8. 由董事会、监事会（当董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责时）、连续90日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东（当董事会、监事会不召集股东会时）召集股东大会。[[7]](#footnote-6)
9. 依法将股东大会召开的时间、地点、审议的事项等通知全体股东。定期会议应在会议召开20日前、临时会议应在会议召开15日前，发行无记名股票的应在会议召开30日前通知股东。（《公司法》102条）
10. 必要时，股东大会经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上表决权的股东同意，就解散公司作出决议。[[8]](#footnote-7)
11. 经股东大会多数表决权同意，就公司进行清算、清算组的组成、清算组负责人等事项作出决议。
12. 经股东大会多数表决权同意，就公司清算组议事规则（或工作规程）等基本制度作出决议。
13. 股东大会制作会议记录和股东会决议，并由主持人、出席会议的董事签名。[[9]](#footnote-8)

**第八条 协助一人有限责任公司组成清算组**

协助一人有限责任公司股东签署组成清算组、指定清算组负责人等相关书面文件。[[10]](#footnote-9)

**第九条 协助明确清算组的职责**

1. **清算组应当履行以下法定职责：[[11]](#footnote-10)**
2. 清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；
3. 通知或者公告债权人；
4. 处理与清算有关的公司未了结的业务；
5. 清缴所欠税款；
6. 清理债权、债务；
7. 处理公司清偿债务后的剩余财产；
8. 代表公司参与民事诉讼活动。
9. **清算组还应当根据股东（大）会的决议履行其他相关职责。**

**第十条 协助清算组成员明确其职责**

清算组负责人代行清算中公司诉讼代表人职权。[[12]](#footnote-11)清算组成员应认真、勤勉地开展清算工作，如清算组成员因故意或重大过失而给公司或债权人造成损失，应承担赔偿责任。[[13]](#footnote-12)。

**第十一条 协助制定清算组议事规则或者工作规程**

1. 清算组作出决定，应当经全体清算组成员过半数决议通过。[[14]](#footnote-13)
2. 与争议事项有直接利害关系的清算组成员可以发表意见，但不得参与投票。
3. 因利害关系人回避表决无法形成多数意见的，清算组可以请求股东（大）会作出决定。
4. 与争议事项有直接利害关系的清算组成员未回避表决形成决定的，清算组其他成员或者股东可以请求股东（大）会予以撤销。
5. 清算组会议的召开程序等其他议事规则，可以参照公司董事会议事规则制定。
6. 根据清算工作需要规定清算组其他工作规程的内容。

**第十二条 协助制定清算组其他重要制度**

1. 应当制定清算组财务管理制度。
2. 应当制定清算组印章管理制度。
3. 应当制定清算组保密制度。
4. 应当制定清算组文书档案保管制度。
5. 可根据需要制定其他制度。

**第十三条 协助清算组办理备案**

1. 清算组成立之日起10日内，通过国家企业信用信息公示系统，将清算组成员、清算组负责人名单向公司登记机关备案。备案完成后应下载或截图保存备案通知书。[[15]](#footnote-14)
2. 备案需提交的资料：[[16]](#footnote-15)
3. 《公司登记（备案）申请书》（在工商部门领取）；
4. 《指定代表或者共同委托代理人授权委托书》及指定代表或委托代理人的身份证复印件；
5. 公司营业执照复印件；
6. 股东（大）会关于成立清算组的决议（有限责任公司由代表三分之二以上表决权的股东签署、股份有限责任公司由股东大会会议主持及出席会议的董事签字确认、一人有限责任公司由股东签署）。

**第十四条 协助刻制印章、开立银行账户**

1. 清算组依法组成并备案后，应协助刻制清算组印章。
2. 应协助清算组设立清算组的专门银行账户。

第三章 协助处理具体清算事务

**第十五条 通知及公告**

1. 清算组应自成立之日起10日内通知已知债权人，告知其自接到通知书之日起30日内向清算组报申债权。
2. 清算组应自成立之日起60内在报纸上公告，告知未接到通知书的债权人自公告之日起45日内向清算组申报其债权。（《公司法》185条）
3. 通知应当以可以查询送达情况的方式进行，并及时保存好送达凭证。
4. 除已经接到通知的外，通知和公告应分别进行不少于两次。

**第十六条 清理、核实公司财产，编制资产负债表和财产清单**

1. 清点公司财产。
2. 根据财产的性质、现状等编制财产清单
3. 核对财产的账实吻合情况。
4. 聘请财务人员（公司经营情况复杂的，可外聘专业审计人员）清理公司的财务账册等资料，并编制资产负债表等。
5. 根据需要聘请评估机构，对公司财产价值进行评估。

**第十七条 清理公司债务**

1. 接收债权人的债权申报，并及时登记造册，制作债权申报表。清算组应按有担保债权和无担保债权分别、逐项登记。
2. 对债权人申报的债权，及时进行审核，并将审核结果及时通知各债权人。
3. 及时参加债权人提出的诉讼。
4. 及时将债权确认情况通报清算组财务人员。

**第十八条 制作公司债务清单**

1. 根据申报债权审核结果（包括法院的裁判结果）制作公司债务清单。
2. 债务清单经清算组审核通过后，应报股东（大）会确认。

**第十九条 清收公司债权**

1. 根据财务资料制作公司债权清单。
2. 收集、整理公司债权凭证。
3. 通知（公告）公司债务人履行债务。
4. 催收债权。

**第二十条 代理公司诉讼**

1. 根据清算组和清算组负责人的委托，代理公司提起相关诉讼（包括诉讼、仲裁、听证、复议、劳动争议仲裁等，以下统称为诉讼）。
2. 根据清算组和清算组负责人的委托，代理公司应对相关诉讼。
3. 代理诉讼，应当由律师事务所与清算组另行签订诉讼代理合同，并约定报酬等事项。

**第二十一条 调整公司债权债务清单**

应当根据诉讼等结果情况，及时调整公司债权债务清单。

**第二十二条 制订公司财产处置（变现）方案**

1. 根据公司清算财产情况，制订相应的财产处置（变现）方案。
2. 财产处置（变现）方案应提交公司股东（大）会审议批准。

**第二十三条 处置公司财产**

1. 根据需要，聘请拍卖机构对公司财产进行拍卖。
2. 根据具体情况和经股东（大）会批准的财产变现方案，对公司财产进行变卖。
3. 起草和协助签订处置公司财产的协议、合同等文件。
4. 协助交付被处置的公司财产。
5. 协助办理被处置的公司不动产等转让过户登记手续等。

**第二十四条 协助确定工作人员报酬方案[[17]](#footnote-16)**

1. 根据具体情况，向清算组提出聘请工作人员的建议。
2. 协助制订清算组成员和其他工作人员报酬的方案。
3. 原则上，公司股东、实际控制人或者股份有限公司的董事担任清算组成员的，不计付报酬。前述人员以外的有限责任公司的董事、监事、高级管理人员，股份有限公司的监事、高级管理人员担任清算组成员的，可以按照其上一年度的平均工资标准计付报酬。
4. 中介机构或者个人担任清算组成员的，其报酬由中介机构或者个人与公司协商确定。必要时，可以参照《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》确定。

**第二十五条 协助制定公司职工安置方案**

1. 就公司进入清算程序和解除职工劳动合同或另行安排职工工作等职工安置情况，提前向工会或者全体职工说明情况，并听取意见。
2. 根据具体情况，协助清算组制订解除公司职工劳动合同及安置方案。
3. 将职工安置方案提交股东（大）会审议批准。
4. 将经股东（大）会批准的职工安置方案报告当地劳动行政主管部门。

**第二十六条 协助实施职工安置方案**

1. 起草、制作职工安置相关法律文书。
2. 协助核算职工经济补偿金、赔偿金等。
3. 协助公司解除与公司职工的劳动关系，并签署相关法律文书。
4. 协助公司办理职工社会保险、住房公积金转移接续等手续。
5. 协助职工办理领取失业保险金等手续。

**第二十七 协助处理公司未了结的业务**

1. 协助公司继续履行相关业务合同。
2. 协助公司解除相关业务合同。

**第二十八条 制定清算方案**

1. 协助清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，制定清算方案，并报股东（大）会确认。
2. 公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

**第二十九条 协助公司清偿债务**

1. 根据股东（大）会批准的债务清单和清算方案，协助清算组向债权人清偿公司债务。
2. 协助清算组制作、签署清偿债务相关法律文书。

**第三十条 向股东分配剩余财产**

1. 根据股东（大）会批准的清算方案，协助清算组向股东分配公司剩余财产。
2. 协助清算组制作和签署向股东分配剩余财产相关法律文书。

**第三十一条 协助清算组向法院申请对公司进行破产清算**

1. 经清算，发现公司资不抵债的，可协助清算组及时与有关债权人、股东等就债务清偿方案进行协商并制作清偿方案，以消除公司资不抵债状况。
2. 经清算，发现公司资不抵债，且该状况无法及时消除的，应及时协助清算组向有管辖权的人民法院申请宣告破产。
3. 受理破产案件的法院另行指定管理人接管公司清算事务的，协助清算组及时将清算事务移交人民法院指定的管理人。

**第三十二条 协助制作清算报告**

1. 清算结束后，协助清算组制作清算报告。
2. 协助将清算报告提交股东（大）会确认。（《公司法》188条）

**第三十三条 协助公司办理相关行政批准、备案手续**

法律规定公司清算需要报有关行政主管部门批准的，协助公司及时办理相关报批、报备手续。

**第三十四条 协助办理公司注销登记手续**

1. 协助办理注销税务登记。
2. 协助办理海关报关单位注册登记等其他登记。
3. 协助办理注销公司开立的银行账户。
4. 协助清算组在公司清算结束之日起30日内向公司原登记机关申请注销公司登记。
5. 申请注销公司登记应提交以下资料：
6. 公司清算组负责人签署的《公司注销登记申请书》。
7. 《指定代表或者共同委托代理人授权委托书》及指定代表或委托代理人的身份证复印件。
8. 人民法院的关于本公司的解散裁判文书，公司依照《公司法》作出的决议或者决定，行政机关吊销营业执照、责令关闭或者公司被撤销的文件。
9. 股东会、股东大会、一人有限责任公司的股东、外商投资的公司董事会或者公司批准机关备案、确认清算报告的确认文件；有限责任公司由代表三分之二以上表决权的股东签署、股份有限责任公司由股东大会会议主持及出席会议的董事签字确认、一人有限责任公司由股东签署、国有独资公司由国务院或地方人民政府或其授权的本级人民政府国有资产监督管理机构签署确认文件。
10. 经确认的清算报告。
11. 清算组成员《备案通知书》。
12. 税务机关出具的清税证明。
13. 依法刊登公告的报纸样张。
14. 公司营业执照正、副本。
15. 法律、行政法规规定应当提交的其他文件。

**第三十五条 公告公司终止**

协助起草、发布公司终止的公告。

**第三十六条 注销清算组银行账户和销毁清算组印章**

1. 协助清算组依法注销清算组银行账户。
2. 协助清算组依法销毁清算组印章。

第四章 其他事务

**第三十七条 归集、整理、保存参与清算业务的档案资料**

参与清算业务的律师和律师团队，应当将负责起草、审查、制作的相关文书和其他重要业务资料进行归集、整理，形成案卷并交律师事务所档案室保存。

破产管理人债权审核

业务操作指引

目 录

[第一章 总则](#_Toc73461831)

[第二章 债权审核流程](#_Toc73461832)

[第一节 债权通知和公告](#_Toc73461833)

[第二节 债权申报接收](#_Toc73461834)

[第三节 债权审核流程](#_Toc73461835)

[第四节 债权人会议核查](#_Toc73461836)

[第三章 债权审核标准](#_Toc73461837)

[第一节 债权利息审核标准](#_Toc73461838)

[第二节 债权审核一般标准](#_Toc73461839)

[第三节 其他债权审核标准](#_Toc73461840)

[第四章 债权审核特别规定](#_Toc73461841)

[第五章 附则](#_Toc73461842)

关于破产管理人债权审核业务操作指引

第一章 总 则

1. 为指导律师事务所担任破产案件管理人业务，规范和统一破产案件债权审核流程和标准，根据《[中华人民共和国企业破产法](https://www.waizi.org.cn/law/4471.html" \t "_blank" \o "《中华人民共和国企业破产法》国家主席令第五十四号（全文）)》（以下简称“企业破产法”）及其他相关法律、法规和司法解释的规定，制定本操作指引。
2. 操作指引适用范围：

（一）进入人民法院公布的机构管理人名册的律师事务所，接受人民法院指定担任破产案件管理人并依法履行管理人职责的，适用本操作指引。

（二）人民法院指定清算组为破产案件管理人，作为清算组成员的律师事务所依法履行管理人职责的，适用本操作指引。

（三）人民法院指定为破产案件管理人的律师事务所聘请的管理人团队非律师成员，在履行管理人职责时，应参照本操作指引执行。

1. 本操作指引所称的破产案件债权审核，是指对破产案件中债权人申报债权的真实性、合法性、关联性以及债权性质、数额等进行核查并出具意见。
2. 破产案件债权审核包括债权通知和公告、债权申报的接收、债权的审查、债权复核及债权表编制等内容。
3. 破产案件债权审核应当遵循标准统一、实体与程序并重、保障实质公平的原则，管理人应严格依照法律规定,公平、公正、客观对债权人所申报债权主体、债权凭证及债权真实性、合法性、关联性等进行形式审查和实质审查。
4. 审核债权应当在债权人申报的范围之内，不得超出债权人申报的数额和范围。
5. 审核债权适用法律法规，应当查明效力和适用范围，遵守上位法优于下位法、特别法优于一般法的原则，优先适用[企业破产法](https://www.waizi.org.cn/law/4471.html" \t "_blank" \o "《中华人民共和国企业破产法》国家主席令第五十四号（全文）)和相关司法解释。

部门规章、地方政府规章、行业监督管理机构或者具备行业监督管理职能的机构制定的规则及其他规范性文件，不违反上位法规定的，可以参照适用。

# 第二章 债权审核流程

## 第一节 债权通知和公告

1. 自人民法院裁定受理破产申请之日起二十五日内，接受人民法院指定担任破产案件的管理人应当协助法院通知已知债权人申报债权，协助法院公布包括债权申报内容的破产案件受理公告或者单独的债权申报公告。
2. 管理人协助法院通知已知债权人申报债权，应当按照民事诉讼法的规定采取直接送达、邮寄送达或者债权人确认的其他方式送达债权申报通知。
3. 通知已知债权人时，应当提供债权申报登记表、授权委托书、法定代表人（负责人）身份证明书、债权申报材料清单，以及其他便于债权人申报债权的说明性文件。
4. 本操作指引所称已知债权人是指根据债务人提供的资料，以及通过受案法院案件卷宗或者其他途径获得的有效信息，初步判断对债务人享有债权并且能够查明联系方式的债权人。
5. 管理人根据债务人提供的资料初步判断债务人欠缴税款的，应当通知相应税收征管机关申报债权。

## 第二节 债权申报接收

1. 管理人应当在人民法院确定的债权申报期限内指派专门工作人员在通知和公告的债权申报地点接收债权申报资料。
2. 债权申报期限由人民法院依法确定，管理人可以根据破产案件实际情况向法院提出关于债权申报期限的建议。
3. 债权申报地点可以是管理人处理事务的地址、债务人住所地，或者是管理人报法院备案后专门设立的债权申报地点。
4. 破产案件债权范围包括：
5. 破产申请受理前发生的无财产担保的债权;
6. 破产申请受理前发生的虽有财产担保但是债权人放弃优先受偿的债权;
7. 破产申请受理前发生的虽有财产担保但是债权数额超过担保物价值部分的债权;
8. 管理人解除的合同或依法应当解除、撤销、确认无效的合同及双方协商解除的合同，对方当事人依法或者依照合同约定产生的对债务人可以用货币计算的债权;
9. 债务人的保证人代替债务人清偿债务后依法可以向债务人追偿的债权,债务人的保证人按照法律规定预先行使追偿权而申报的债权;
10. 债务人在破产申请受理前因侵权、违约给他人造成财产损失而产生的赔偿责任;
11. 财政、扶贫、科技管理等行政部门通过签订合同,按有偿使用定期归还原则发放的款项;
12. 人民法院认可的其他债权。
13. 管理人在接收债权申报材料时应当进行形式审查。

形式审查包括审查债权人的身份证明文件、申报的债权是否为前款所述的破产债权范围、是否属于破产案件债务人所负债务、申报的权利种类和性质。

1. 管理人经形式审查合格的，应当接收债权申报并进行登记，出具债权申报回执，接收的申报材料应采用一人一号的形式进行单独建档编号。

管理人经形式审查不合格的，应当要求申报人限期补充材料。申报人逾期不补充或者补充后仍不合格的，管理人可以根据申报人的要求出具不予接收的回执。

1. 管理人应当向债权人释明其在破产程序中的权利和义务。管理人可以要求债权人填写债权申报表和送达地址、送达方式确认书。
2. 管理人接收债权申报后应当编制债权申报统计表。

债权申报统计表应当包括以下内容：

（一）债权人的姓名或者名称。债权人委托代理人申报债权的，应当包括代理人的姓名和代理权限；

（二）债权人或者代理人的地址和电话等联系方式；

（三）债权申报的时间；

（四）申报的债权性质和债权数额；

（五）债权有无担保和担保形式；

（六）债权是否经过生效法律文书确认，是否经过人民法院强制执行或者采取了保全措施；

（七）管理人认为应当统计的其他内容。

1. 管理人在调查职工债权情况时，可以要求债务人自破产案件受理之日起十五日内向管理人提供职工名册、工资发放记录、社会保险费用和住房公积金缴纳记录；要求债务人向管理人说明是否欠付职工工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规、地方性法规规定应当支付给职工的补偿金及相关职工的安置情况等。

管理人根据职工债权调查的需要，可以要求债务人提供劳动合同、考勤记录、解除或者终止劳动合同的通知、劳动仲裁裁决书等涉及职工权益的生效法律文书、死亡证明书、工伤认定书、伤残登记鉴定报告等资料。

债务人下落不明、债务人不提供或者无法提供上述资料的，管理人可以通过债务人住所地的劳动监察机构和社会保险机构进行调查。

1. 职工主动申报债权的，管理人予以登记。

债务人下落不明或债务人无法提供职工债权情况，管理人通过债务人住所地的劳动监察机构和社会保险机构仍无法查明职工债权情况的，按照已知债权通知相关职工进行申报，并根据申报情况予以登记制作职工债权清单。

1. 劳动监察机构、社会保险机构、欠薪保障基金管理机构、工会、债务人经营场所的房屋出租方以及其他为债务人垫付了工资和医疗、伤残补助、抚恤费用、基本养老保险、基本医疗保险费用、住房公积金、补偿金等债权的主体向管理人申报债权的，管理人应当接收。

## 第三节 债权审核流程

1. 债权审核流程包括管理人审查、债务人核查反馈、债权人异议、管理人复核、债权表编制。
2. 管理人应当结合债权人的申报材料和债务人提供的材料对债权是否成立、债权性质、债权数额、担保情况等进行实质审查。

管理人可以根据审查需要通知债权人补充材料或者说明情况。

1. 管理人可以将债权申报统计表和债权人的申报材料送交债务人核查，并要求债务人在管理人规定的期限内反馈意见。管理人可以根据审查需要，通知债务人的相关人员到场配合并说明情况。

债务人反馈意见应当包括债权是否成立、债权性质、债权数额、担保情况和管理人要求说明的其他情况。

债务人下落不明或者不发表意见的，管理人可以依据债权人的申报材料迳行审查。

1. 管理人应当将审核意见通知债权人。

审核意见为债权不成立、债权性质和担保与申报不一致、债权数额与申报存在差异，应当在通知中说明债权不成立或者产生相关差异的原因。

1. 管理人通知债权人审核意见，应当给予债权人不少于七日的异议期。

债权人提出异议的，管理人可以将异议送交债务人核查。

1. 管理人应当书面通知债权人复核意见，并告知债权人有权自收到审核意见之日起十五日内向法院提起诉讼。
2. 管理人应当根据债权审核意见编制债权表。债权表应当列明债权人的姓名或者名称、申报的债权性质和债权数额、审核的债权性质和债权数额。
3. 暂缓核定的债权和不予核定的债权应另行列表并提交债权人会议。

暂缓核定的债权包括管理人尚未作出审核意见或者复核意见的债权、管理人作出审核意见或者复核意见后债权人提起诉讼的债权、附条件但条件在尚未成就的债权、诉讼和仲裁未决的债权、债务人的保证人或者其他连带债务人对债务人将来求偿权的债权等。

管理人可以告知债权人暂缓核定的原因。暂缓核定的原因消除后，管理人应当及时完成审查并将审核意见通知债权人。

1. 管理人应当在第一次债权人会议召开之前完成债权审查和债权表的编制，因特殊情况未完成债权审查和债权表编制的，应当向债权人会议作出书面说明。
2. 管理人应当编制并公示职工债权清单。职工债权清单应当包括职工债权人的姓名或者名称、职工债权的类别、职工债权的数额。职工对职工债权清单记载有异议并要求更正的，管理人应当进行复核并将复核结论书面通知职工。管理人复核后不予更正的，应当告知职工可以在接到书面通知之日起十五日内依法提起诉讼。
3. 管理人应当在第一次债权人会议召开之前完成职工债权清单的编制并在债权申报地点、债务人住所地或者相关场地、网络平台进行公示，因特殊情况未完成职工债权清单编制并公示的，应当向债权人会议作出书面说明。
4. 管理人应当保存债权表和债权申报材料，供利害关系人查阅。

## 第四节 债权人会议核查

1. 管理人应当将债权表提交第一次债权人会议核查。第一次债权人会议未能核查的债权，管理人应当提交之后的债权人会议核查。

管理人将债权表提交债权人会议核查时，应当同时送交债务人核查。

1. 债权人和债务人对债权表记载的内容有异议的，应当在债权人会议核查结束后十五日内向人民法院提起债权确认诉讼。

职工对职工债权清单记载的内容有异议的，应当自清单公示之日起十五日内向有管辖权的法院提起债权确认诉讼。

# 

# 第三章 债权审核标准

## 第一节 债权利息审核标准

1. 本操作指引所称的债权利息，包括依照法律法规、生效法律文书、合同以及根据交易习惯应当计算的利息、逾期利息、罚息、复利、逾期还款或付款的违约金或滞纳金、资金占用费等。
2. 借贷合同的债权人向债务人收取的咨询费、顾问费、管理费、手续费、综合费等费用按利息处理。
3. 债权申报的利息按照合同约定审核，合同成立于2020年8月20日之前，利息约定的年利率不得超过24%。合同约定逾期利息、罚息、复利、违约金、滞纳金，或资金占用费、管理费、手续费、咨询费、综合费等费用的，从其约定，但总额折算不得超过年利率24%。

合同成立于2020年8月20日之后，利息约定的利率及相关费用总额不得超过合同成立时一年期贷款市场报价利率的四倍。

法院受理破产申请前一年内，债务人已支付利息超过的前两款规定的部分应在申报的债权数额中核减。

1. 债权申报有生效法律文书的，管理人应当按照生效法律文书确定的方法计算利息。债务人未履行生效法律文书确定的义务，应加倍支付迟延履行期间的债务利息，包括迟延履行期间的一般债务利息和加倍部分债务利息。

迟延履行期间的一般债务利息，根据生效法律文书确定的方法计算；生效法律文书未确定给付该利息的，不予计算。

加倍部分债务利息的计算方法为：加倍部分债务利息=债务人尚未清偿的生效法律文书确定的除一般债务利息之外的金钱债务×日万分之一点七五×迟延履行期间。

1. 加倍部分债务利息自生效法律文书确定的履行期间届满之日起计算；生效法律文书确定分期履行的，自每次履行期间届满之日起计算；生效法律文书未确定履行期间的，自法律文书生效之日起计算。
2. 债权申报依据的合同未约定利息或者生效法律文书未确定给付利息的，不计算债权利息，但履行期限届满后或者法律规定催告后的利息除外。

债权申报依据的合同约定利息不明，但根据交易习惯应当计算利息或者资金占用费的，管理人根据债务人实际情况，可以按照中国人民银行公布的同期银行一年期贷款利率计算利息。

## 第二节 债权本金审核标准

1. 债权人申报的债权已经人民法院生效判决书、裁定书、调解书，仲裁机构、劳动仲裁机关生效裁决书，或者公证机关公证债权文书确定的，管理人按照生效法律文书确定的数额或者生效法律文书确定的计算方法予以审核。
2. 生效法律文书确有错误，符合申请再审条件或者符合第三人撤销之诉要件的，管理人可以在取得相应证据后申请再审或者提起第三人撤销之诉。
3. 管理人申请再审或者提起第三人撤销之诉的，应当书面报告人民法院，相应债权暂缓审核。
4. 诉讼、仲裁未决的债权暂缓审核。管理人可以根据案件实际情况决定是否上诉。
5. 债务人下落不明、不反馈意见、不提交证据材料，或者财务记录不明的债权，管理人可以根据债权人申报材料和管理人依法取得的其他材料予以审核。
6. 管理人应当依照民事诉讼证据的相关规定对债权人的申报材料、债务人的反馈材料和财务账册以及管理人取得的其他证据材料进行审核，必要时可以申请人民法院调查取证，也可以申请聘请相关审计、鉴定机构进行专项审计、鉴定。
7. 债权人申报合同之债的，管理人应当查明合同成立、生效、履行、变更、中止和发生争议的情况。
8. 债权人申报债权为民间借贷类债权，严格审查债务人企业财务入账情况，防止债务人企业法定代表人、股东或其他实际控制人利用破产程序转移财产或承认不真实债务，债权人未提交银行转账凭证或其他付款证据佐证且债务人企业财务无入账记录，导致债权无法查实的，对其申报债权管理人不予确认。
9. 债权人申报债权为股东个人借款所产生的债权，原则上不予确，但有证据证明股东借款系债权人转入债务人企业公账或用于债务人企业日常经营的除外。
10. 所申报债权为债务人企业为股东和利害关系人提供担保而形成的债权，管理人应对担保债权的程序合法性和担保时效性进行审查，除有证据证明债权人在担保合同订立时系善意相对人，且担保行为符合《公司法》及相关法律法规规定的担保程序的外，相关债权不予确认。
11. 债权人申报侵权之债的，管理人应当查明债务人行为的违法性、债权人受损害事实和损害后果、因果关系和债务人过错的情况。
12. 债权人申报不当得利之债的，管理人应当查明债权人受损与债务人获益之间的因果关系、债务人获益有无法律或者合同依据的情况。
13. 债权人申报无因管理之债的，管理人应当查明债权人管理债务人的事务、债权人确无法定或者约定义务的情况。
14. 未到期的债权在破产案件受理时视为到期。附条件的债权，管理人应当审查所附条件是否成就；条件尚未成就的，暂缓审核。
15. 连带债权人可以由其中一人代表全体连带债权人申报债权，也可以共同申报债权。连带债权人由其中一人代表全体连带债权人申报债权或者共同申报债权的，应当认定为一笔债权。
16. 债权人未向管理人申报全部债权时，债务人的保证人或者其他连带债务人尚未代替债务人清偿债务，但以其对债务人的将来求偿权申报债权的，管理人应当接收并暂缓审核。
17. 债权人申报的下列债权不予认定：

（一）行政、司法机关对债务人的罚款、罚金及其他有关费用；

（二）债务人未履行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金的滞纳金；

（三）债务人逾期不履行行政决定的金钱给付义务，行政机构加处的超过金钱给付义务数额一倍的滞纳金；

（四）破产案件受理日以后的债务利息；

（五）债权人参加破产程序所支出的费用；

（六）债务人的股权、股票持有人在股权、股票上的权利；

（七）超过诉讼时效的债权，超过法律规定的期限未申请强制执行的债权；

（八）债务人开办单位对债务人未收取的管理费、承包费；

（九）管理人或债务人在破产程序内解除合同，合同相对方申报的超出实际损失的赔偿请求或者要求返还定金的加倍部分；

（十）政府无偿拨付给债务人的资金，但财政扶贫、科技管理等行政部门通过签订合同，按有偿使用、定期归还原则发放的款项除外；

（十一）超过债权人申报范围的债权；

（十二）其他依据相关法律法规不予认定的债权。

## 第三节 特殊债权审核标准

1. 其他债权是指所申报债权具有特殊性，如所申报为涉及刑事犯罪债权、建设工程价款优先受偿权、有财产担保债权、管理人解除合同产生债权、职工债权或职工集资债权、税款债权和抵销权等，或因债务人为房地产企业，债权人履行合同义务后，相关房地产未达到不动产办证条件所产生的购房类债权等。

除本节另有规定外，其他债权按照普通债权审核标准执行。

1. 债权人申报的债权涉及犯罪嫌疑，已经进入侦查、起诉或者审判程序的，且刑事案件与债权基于同一法律关系、其结果对债权审核有影响的，在人民法院作出生效的刑事判决或者裁定前，管理人应暂缓审核。

债权人申报的债权涉及非法集资刑事案件，经刑事生效判决确认属于非法集资刑事案件中所产生的债权，债权人本金尚未归还的，债权人申报的利息不予支持，债务人已支付的利息、分红等回报予以折抵债权本金。

债权人申报的债权涉及非法集资刑事案件，在刑事生效判决之前已有生效民事判决书确认，且未经刑事生效判决确认为非法集资刑事案件所产生的债权，管理人按照民事生效判决确认的金额进行审核。

1. 所申报债权为建设工程价款债权的，应当在法律规定的期限内申报或者提交在法律规定的期限内主张权利的证据，债权人未在法律规定的期限内申报或者不能提交在法律规定的期限内主张权利证据的，作为普通债权审核。

工程款债权符合《民法典》第八百零七条和《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第三十五条至第四十二条规定的关于工程价款优先受偿条件，债权人就相关工程折价或者拍卖的价款享有优先受偿，管理人予以支持。

消费者已支付商品房的全部或者大部分购买款项的，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。

1. 有财产担保债权是指债务人以不动产、动产、权利提供担保所对应的债权。破产案件的债务人仅是抵押人、出质人、留置物的所有权人，不是主债务人，担保权人要求在破产程序内实现担保物权的，参照法律和本规则关于有财产担保债权的规定审核。
2. 依法应当办理登记的担保物权，未办理登记的，作为普通债权审核。

以动产设定抵押的，未登记或者登记不符合法律法规规定的，不得对抗已经对动产取得相应权利的善意第三人。

1. 抵押登记时土地上已有建筑物的，债权人仅办理了土地使用权抵押登记或者建筑物抵押登记，抵押权的范围包括地上建筑物和土地使用权，但土地和房产已分别办理了抵押登记的除外。

建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地适用权一并处分，但是新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。

1. 同一财产向两个以上债权人抵押的，依照《[中华人民共和国民法典](https://www.waizi.org.cn/law/5222.html" \t "_blank" \o "《中华人民共和国物权法》国家主席令第六十二号（全文）)》物权编之规定确定优先受偿权。

债权人对担保财产的优先受偿权，及于担保财产的保险赔偿金、损害赔偿金、征收款、拆迁补偿金，以及担保财产变价所得的价款。

上述资金在破产案件受理前取得的，债权人主张优先受偿需符合独立存放且未被挪用的条件。

1. 所申报债权为解除合同产生的债权，原则上按普通债权处理，但符合消费者购房条件的，管理人基于保障消费者生存权原则考虑，可以确认其购房款为优先债权。
2. 管理人审核职工债权，应当调查债务人财务账册、劳动合同、工资发放记录、社会保险和住房公积金缴纳记录、考勤记录、人事档案等证据材料，查明债务人企业职工的在职岗位、工作年限、劳动合同签订情况、社会保险和住房公积金缴纳情况、工资发放情况，结合审计报告与债务人企业相关负责人进行核对，列明职工债权清单予以公示。

对于债务人企业董事、监事和高级管理人工资按照企业职工平均工资计算（平均工资计算时应剔除董、监、高的工资），超过职工平均工资的部分按普通债权处理。

1. 因债务人陷入经营危机，向债务人企业内部职工集资所产生的债权，按照集资款用途确定，集资款用于垫付工资和医疗、伤残补助、抚恤费用、基本养老保险、基本医疗保险费用、住房公积金、补偿金等费用的，参照职工债权处理。

集资款用于企业日常经营，管理人根据债务人实际情况，可以参照职工债权处理。

1. 劳动监察机构、社会保险机构、欠薪保障基金管理机构、工会、债务人经营场所的房屋出租方以及其他主体为债务人垫付工资和医疗、伤残补助、抚恤费用、基本养老保险、基本医疗保险费用、住房公积金、补偿金等费用的，视为职工债权。
2. 管理人审核税款债权，应当核查债务人财务账册和税收征管机关的申报材料。债务人欠缴税款以及欠缴税款对应的各类附加属于税款债权。债务人在破产案件受理前因欠缴税款产生的滞纳金属于普通债权。债务人因欠缴税款产生的罚款，以及破产案件受理后因欠缴税款产生的滞纳金，不认定为破产债权。
3. 管理人不应主动通知债权人进行抵销，但抵销使债务人财产受益或者享有抵销权的债权人亦已被人民法院受理破产的除外。
4. 互负债权债务的双方当事人均已破产的，以破产案件受理前的双方债权债务进行抵销，不得以一方的全部债权额与另一方的破产债权分配额进行抵销。
5. 管理人审核正常购房产生的债权，应当根据债务人企业移交的商品房销售清单、网签清单、财务资料和购房人提交的《商品房买卖合同》、银行流水、收款收据等证据材料，结合审计机构提供的数据，审查债权人是否履行完全部付款义务。

对于付清全部购房款且符合正常购房条件，确认债权人与债务人企业签订的《商品房买卖合同》继续履行。

对于尚未履行完全部付款义务的债权人，管理人应向债权人送达书面《通知书》，催收其欠付的购房款，对于暂时缺乏支付能力但愿意继续履行付款义务的债权人，管理人可与债权人约定欠付的购房款采用分期（不超过三期）方式进行支付；催收后付清购房款，管理人可确定购房合同继续履行。

经管理人催收后，债权人拒绝履行付款义务的，管理人可基于《破产法》第十八条的规定，解除《商品房买卖合同》，已付购房款作为普通债权处理，但符合消费者购房条件的除外，资金占用费列为普通债权。

1. 管理人审核名为购房实为借贷的购房债权，应当根据债务人企业财务资料等相关证据，结合审计报告确认双方真实意思表示。现有证据足以证明债务人企业与债权人之间是名为购房实为借贷的，管理人对于其申报的购房债权不予支持，同时通知债权人按基础法律关系向管理人申报普通金钱债权，所购房屋系为借款提供担保的，按让与担保法律关系处理，即实际借款本息在拍卖、变卖所购房的价款中或折价优先受偿。

债务人企业的财务资料显示为借贷，但现有证据不足以证明债务人企业与债权人之间借贷法律关系成立，相反能证明为购房法律关系的，管理人拟确认债务人企业与债权人之间基础法律关系为房屋买卖关系，继续履行《商品房买卖合同》，但房屋单价明显低于合同签订时市场价格的，管理人可参照当前市场价格与相关购房人协商谈判，在原购房合同约定的价款基础上增加价款，促使破产财产增值。

1. 管理人审核以房抵债而产生的购房债权，对于债权履行期届满后，债务人企业与债权人以签订《商品房买卖合同》达成的以房抵债，由管理人通知债权人，按照原债权债务关系申报债权，所申报债权为普通债权；债权人已通过诉讼、仲裁方式，获取改变原有物权关系的生效判决书、裁定书，或人民法院在执行程序中作出拍卖成交裁定书、以物抵债裁定书，管理人审核为房屋所有权。

对于债权履行期届满前，债务人企业与债权人以签订《商品房买卖合同》达成的以房抵债，但尚未完成权属变更登记的，由当事人按照原债权债务关系申报债权；不动产已经完成登记的，按照让与担保的规定处理。

1. 经生效文书确认合同有效但实为债权债务关系的购房债权，即法院判决或仲裁的生效法律文书确认购房合同的效力，判决债务人企业交付房产但双方基础法律关系为债权债务关系，且生效文书并未判决或裁定改变原有物权关系的，由管理人通知债权人按照原债权债务关系向管理人申报债权，所申报债权拟确认为普通债权；人民法院在执行程序中已依法作出拍卖成交裁定书或以物抵债裁定书的，管理人审核为房屋所有权。
2. 所申报债权为债务人企业挪用维修资金、契税等办证费用所产生的债权，在所购房产达到办证条件时，可以参照共益债务优先处理，原则上购房人无需申报债权，由管理人将已代收的费用（按照多退少补原则，即多收取部分按共益债退还购房人，少收取部分由购房人自行补足）统一缴纳至相关部门。

购房债权人为办理不动产权证，重新向相关部门缴纳的，债权人凭重复缴纳的证据材料向管理人申报债权，该部分债权可以参照共益债权处理。

1. 债务人企业未按《商品房买卖合同》约定按时交付房屋或办理房屋权属登记而产生的违约金、滞纳金、利息等，符合正常购房的条件，且债权人企业与购房债权人签订的《商品房买卖合同》对于违约金、滞纳金、利息等有约定的，原则上从其约定，所申报债权按照普通债权处理。

属于非正常购房（包括名为购房实为借贷、以房抵债等）或者购房债权人未按《商品房买卖合同》约定履行完其全部合同义务的（视为双方违约），对购房债权人所申报的违约金、滞纳金或利息均不予认可。

# 第四章 债权审核特别规定

1. 债务人自行管理财产和营业事务的重整案件、和解案件、破产清算案件均由管理人负责接收债权申报、审核债权、编制债权表。
2. 重整程序中，债权人未在债权申报期限内申报债权，但其在重整计划草案提交债权人会议表决前补充申报债权的，管理人应当接收并进行审查。债权在重整计划草案表决前未经法院裁定确认的，债权人不享有重整计划草案的表决权，但在法院裁定批准重整计划后，该债权人被确认的债权可依照重整计划确定的债权受偿方案获得清偿。

债权人未在债权申报期限内申报债权，在法院裁定批准重整计划后重整计划执行完毕前补充申报债权的，管理人可以接收申报并进行审查，但债权人在重整计划执行期间不得行使权利；在重整计划执行完毕后，可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利。

债权人未在债权申报期限内申报债权，在重整计划执行完毕后补充申报债权的，管理人不再接收申报，告知债权人向债务人主张权利

管理人可以根据重整案件的实际情况制定符合法律和司法解释规定的供个案适用的债权审核标准，经债权人会议通过并报法院备案后施行。

1. 和解程序中，债权人未在债权申报期限内申报债权，但其在和解协议草案提交债权人会议表决前补充申报债权的，管理人应当接收并进行审查。债权在和解协议草案表决前未经法院裁定确认的，债权人不享有和解协议草案的表决权，在法院裁定认可和解协议后，该债权人被确认的债权可依照和解协议确定的债权受偿方案获得清偿。

债权人未在债权申报期限内申报债权，在法院裁定认可和解协议后和解协议执行完毕前补充申报债权的，管理人可以接收申报并进行审查，但债权人在和解协议执行期间不得行使权利；在和解协议执行完毕后，可以按照和解协议规定的同类债权的清偿条件行使权利。

债权人未在债权申报期限内申报债权，在和解协议执行完毕后补充申报债权的，管理人不再接收申报，告知债权人向债务人主张权利。

管理人可以根据和解案件的实际情况制定符合法律和司法解释规定的供个案适用的债权审核标准，经债权人会议通过并报法院备案后施行。

1. 破产清算程序中，债权人未在债权申报期限内申报债权的，可以在法院裁定认可最后分配方案之前补充申报，对于其申报债权之前已经进行的分配，不再对其补充分配。

前款规定的已经进行的分配，是指债权人补充申报时法院已经裁定认可破产财产分配方案。

为审核补充申报债权产生的核查债权额外支出的费用，包括重新召开债权人会议费用和差旅费用等，由补充申报人承担。

1. 法院受理破产申请前，债务人已经自行清算的，管理人可以参考债务人清算组自行清算期间的工作成果审核债权和编制债权表。

法院受理破产申请前，债务人已经人民法院指定清算组进行强制清算的，破产程序可以不再指定新的债权申报期间。

强制清算期间的债权申报视为破产债权申报。

# 第五章 附则

1. 本操作指引为律师事务所担任破产案件管理人业务的操作指导性意见，本操作指引与相关法律、行政法规及司法解释有抵触的，以相关法律、行政法规及司法解释的规定为准。
2. 本操作指引中管理人对债权核查的意见为“审核意见”，债权审核最终意见以法院裁定书确认为准。
3. 本操作指引由湖南省律师协会发布并负责解释。

1. 法律依据：《公司法》第180、182条。 [↑](#footnote-ref-0)
2. 法律依据：《公司法》183条。 [↑](#footnote-ref-1)
3. 法律依据：《公司法》183条；《最高人民法院关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》第23条。 [↑](#footnote-ref-2)
4. 法律依据：《最高人民法院关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》第22条。 [↑](#footnote-ref-3)
5. 法律依据：《公司法》41条。 [↑](#footnote-ref-4)
6. 法律依据：《公司法》41条。 [↑](#footnote-ref-5)
7. 法律依据：《公司法》101条。 [↑](#footnote-ref-6)
8. 法律依据：《公司法》103条。 [↑](#footnote-ref-7)
9. 法律依据：《公司法》107条。 [↑](#footnote-ref-8)
10. 法律依据：《公司法》61条。 [↑](#footnote-ref-9)
11. 法律依据：《公司法》184条。 [↑](#footnote-ref-10)
12. 《最高人民法院关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》第23条。 [↑](#footnote-ref-11)
13. 法律依据：《公司法》189条。 [↑](#footnote-ref-12)
14. 《最高人民法院关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》第26条。 [↑](#footnote-ref-13)
15. 法律依据：《公司登记管理条例》第41条。《市场监管总局办公厅关于进一步做好企业注销清算组备案有关工作的通知》第1条。 [↑](#footnote-ref-14)
16. 湖南省市场监督管理局办事指南：“企业备案”的相关指引。 [↑](#footnote-ref-15)
17. 法律依据：《最高人民法院关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》第24、25条。 [↑](#footnote-ref-16)