中华全国律师协会

律师业务操作指引

③

中华全国律师协会 编



图书在版编目(CIP)数据

中华全国律师协会律师业务操作指引.3/中华全国律师协会编.—北京:北京大学出版社，2016.2

ISBN 978-7-301-26648-9

Ⅰ. ①中…Ⅱ.①中…Ⅲ.①律师业务—中国—职业培训—教材Ⅳ. ①D926.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第305784号

书名中华全国律师协会律师业务操作指引③

Zhonghua Quanguo Lüshi Xiehui Lüshi Yewu Caozuo Zhiyin ③

著作责任者中华全国律师协会编

责任编辑陈康

标准书号ISBN 978-7-301-26648-9

出版发行北京大学出版社

地址北京市海淀区成府路205号 100871

网址http://www.pup.cn http://www.yandayuanzhao.com

电子信箱yandayuanzhao@163.com

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电话邮购部62752015 发行部62750672 编辑部62117788

印刷者

经销者新华书店

720毫米×1020毫米 16开本 50.25印张 952千字

2016年2月第1版 2016年2月第1次印刷

定价 128.00元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子信箱：fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010-62756370

# 第三卷出版说明

本书由中华全国律师协会组织各专业委员会编写，旨在为全国执业律师从事各项法律业务提供指导与借鉴，并分享优秀律师的成功执业经验。

近年来，中华全国律师协会加强业务规范体系建设，组织各专业委员会开展业务规范和业务指引的研究和制定工作。各专业委员会以法律、法规和司法解释为准绳，总结各地优秀律师的实践经验，从程序和实体的结合上开展课题研究，付出了很多艰辛。经过各专业委员会的不懈努力，迄今为止，已起草完成了五十多个律师业务操作指引，分别收录于北京大学出版社出版的《中华全国律师协会律师业务操作指引①》《中华全国律师协会律师业务操作指引②》《中华全国律师协会律师业务操作指引③》中。

《中华全国律师协会律师业务操作指引③》共收录了19个律师业务操作指引，这些指引是：

律师承办企业法律顾问业务操作指引

律师从事税法服务业务操作指引

律师从事证券法律业务尽职调查操作指引

律师代理商标注册申请业务操作指引

律师办理技术合同非诉讼法律业务操作指引

律师办理高新技术业务领域法律尽职调查业务操作指引

律师承办公司关联交易业务操作指引

律师办理新三板挂牌业务操作指引

律师办理反垄断调查业务操作指引

律师办理经营者集中申报业务操作指引

律师为政府投资项目提供法律风险管理法律服务操作指引

律师为政府投资项目立项、规划审批阶段提供法律服务操作指引

律师为政府投资项目招标投标阶段提供法律服务操作指引

律师为政府投资项目建设阶段提供法律服务操作指引

律师为政府投资项目建设工程争议评审阶段提供法律服务操作指引

律师办理买卖合同法律事务操作指引

律师办理道路交通事故损害赔偿法律事务操作指引

律师承办海商海事案件业务操作指引(修订版)

律师办理商业秘密法律业务操作指引(修订版)

其中，律师承办海商海事案件业务操作指引、律师办理商业秘密法律业务操作指引曾分别收录于《中华全国律师协会律师业务操作指引①》和《中华全国律师协会律师业务操作指引②》中，此次的修订版是在原稿的基础上，根据立法和司法实践进行了修订。

须说明的是，本书所收录的律师业务操作指引仅仅是作为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。

希望本书能对提高律师专业素质、引领律师进入新的业务领域、规范律师执业行为、防范律师执业风险、提升律师执业水平，起到积极的作用。

由于涉及业务种类较多，起草时间跨度长，疏漏之处在所难免，敬请读者批评指正。

中华全国律师协会

2015年10月

目 录

律师承办企业法律顾问业务操作指引 / 1

律师从事税法服务业务操作指引 / 17

律师从事证券法律业务尽职调查操作指引/ 75

律师代理商标注册申请业务操作指引 / 129

律师办理技术合同非诉讼法律业务操作指引 / 163

律师办理高新技术业务领域法律尽职调查业务操作指引 / 267

律师承办公司关联交易业务操作指引 / 289

律师办理新三板挂牌业务操作指引 / 325

律师办理反垄断调查业务操作指引 / 379

律师办理经营者集中申报业务操作指引 / 391

律师为政府投资项目提供法律风险管理法律服务操作指引 / 403

律师为政府投资项目立项、规划审批阶段提供法律服务操作指引 / 437

律师为政府投资项目招标投标阶段提供法律服务操作指引 / 473

律师为政府投资项目建设阶段提供法律服务操作指引 / 507

律师为政府投资项目建设工程争议评审阶段提供法律服务操作指引 / 545

律师办理买卖合同法律事务操作指引 / 571

律师办理道路交通事故损害赔偿法律事务操作指引 / 617

律师承办海商海事案件业务操作指引（修订版） / 651

律师办理商业秘密法律业务操作指引（修订版） / 687

详 目

**律师承办企业法律顾问业务操作指引**

第一章适用及定义

第二章律师服务中的职业操守

第三章客户的开拓

第四章企业法律顾问服务的实现

第五章特殊法律问题的处理

第六章工作成果的提交及后续工作

第七章其他事项

**律师从事税法服务业务操作指引**

第一章常年税法顾问服务

第一节税法解读与涉税实务培训

第二节合同涉税审查

第三节企业税务健康检查

第四节担任税务机关法律顾问

第二章律师为企业提供税收优惠申请服务

第一节一般规定

第二节律师为企业提供申请区域税收优惠法律服务

第三节律师为企业提供申请行业税收优惠法律服务

第四节律师提供相关税务风险控制法律服务

第三章企业专项税务规划服务

第一节企业投资税务规划

第二节企业并购重组税务规划

第三节企业上市税务规划

第四节企业清算注销税务规划

第四章国际税法服务

第一节外商投资中国税法服务

第二节中国企业“走出去”税法服务

第三节转让定价与反避税服务

第五章个人税法服务

第一节个人财富管理税法服务

第二节员工计划与股票期权

第六章税务争议法律服务

第一节接受委托

第二节税务行政处罚听证

第三节税务行政复议

第四节税务行政诉讼

第五节税务刑事诉讼

**律师从事证券法律业务尽职调查操作指引**

第一章总则

第二章证券法律业务尽职调查的基本方法

第三章证券法律业务尽职调查的基本内容

第一节本次发行及上市的批准和授权

第二节发行人发行股票的主体资格

第三节本次发行及上市的实质条件

第四节发行人的设立

第五节发行人的独立性

第六节发起人和股东

第七节发行人的股本及演变

第八节发行人的业务

第九节关联交易及同业竞争

第十节发行人的主要财产

第十一节发行人的重大债权债务

第十二节发行人重大资产变化及收购兼并

第十三节发行人公司章程的制定与修改

第十四节发行人股东大会、董事会、议事规则及规范运作

第十五节发行人董事、监事和高级管理人员及其变化

第十六节发行人的税务

第十七节发行人的环境保护和产品质量、技术等标准

第十八节发行人募集资金的运用

第十九节发行人业务发展目标

第二十节诉讼、仲裁或行政处罚

第二十一节发行人招股意向书法律风险的评价

**律师代理商标注册申请业务操作指引**

第一章总则

第二章商标注册需确定的事项

第一节申请主体的确定

第二节商标的确定

第三节商品的确定

第四节商标查询

第五节其他需确定的事项

第三章申请文件的准备

第一节一般商标注册申请的文件准备

第二节特殊类型商标注册申请的附加文件

第四章申请文件的递交

第五章受理后的程序

第六章商标注册后的注意事项

第七章案件管理

**律师办理技术合同非诉讼法律业务操作指引**

第一章总则

第二章技术合同的制作与审查

第一节制作和审查的准备

第二节技术合同的制作和审查

第三章技术开发合同

第一节技术开发合同概述

第二节委托开发合同

第三节合作开发合同

第四节技术转化合同

第四章技术转让合同

第一节技术转让合同概述

第二节专利权转让合同

第三节专利申请权转让合同

第四节专利实施许可合同

第五节计算机软件转让合同和许可使用合同

第六节技术秘密让与合同与技术秘密许可使用合同

第五章技术咨询合同

第六章技术服务合同

第七章技术中介合同

第八章技术培训合同

第九章技术进出口合同

第十章技术出资入股合同

第十一章技术质押合同

第一节专利质押合同

第二节计算机软件著作权质押合同

第十二章附则

**律师办理高新技术业务领域法律尽职调查业务操作指引**

第一章总则

第二章法律尽职调查的操作流程

第三章高新技术企业资质审查

第四章高新技术企业知识产权尽职调查

**律师承办公司关联交易业务操作指引**

第一章总则

第二章关联交易识别

第一节关联方识别

第二节关联交易类别识别

第三节关联交易规模识别

第三章约束关联交易的依据

第一节一般规定

第二节约束普通公司关联交易的依据

第三节约束国家出资企业关联交易的依据

第四节约束金融机构关联交易的依据

第五节约束上市公司关联交易的依据

第六节约束非上市公众公司关联交易的依据

第四章律师办理公司关联交易业务操作指引

第一节一般规则

第二节普通公司关联交易法律服务业务操作指引

第三节国家出资企业关联交易法律服务业务操作指引

第四节金融机构公司关联交易法律服务业务操作指引

第五节上市公司关联交易法律服务业务操作指引

第六节非上市公众公司关联交易法律服务业务操作指引

第五章律师协助公司规范关联交易业务操作指引

第一节协助普通公司规范关联交易法律服务业务操作指引

第二节协助国有企业及国有公司规范关联交易法律服务的业务操作指引

第三节协助金融机构公司规范关联交易法律服务业务操作指引

第四节协助上市公司规范关联交易法律服务业务操作指引

第六章附则

**律师办理新三板挂牌业务操作指引**

第一章总则

第二章初步尽职调查

第三章全面法律尽职调查

第一节概述

第二节核查和验证

第四章公司整理

第一节概述

第二节基本问题及规范

第三节其他重点问题及规范

第五章有限责任公司改制为股份有限公司

第一节概述

第二节改制流程

第三节律师的主要工作

第六章股份公司审计

第七章股份公司规范及授权与批准

第八章制作挂牌法律文件及申报

第一节出具法律意见书

第二节参与或承担公开转让说明书的撰写

第三节参与其他申报文件的起草与修改

第四节申报材料

第九章涉及的其他重要法律文件

第一节律师工作报告

第二节工作底稿

第十章附则

**律师办理反垄断调查业务操作指引**

第一章总则

第二章垄断协议申请宽大案件的律师工作

第三章提起反垄断调查案件的律师工作

第四章应对反垄断调查案件的律师工作

第五章附则

**律师办理经营者集中申报业务操作指引**

第一章总则

第二章初步调查与评估

第三章事先商谈

第四章集中协议的审阅

第五章制作并提交申报文件

第六章反垄断执法机构的审查与决定

第七章其他注意事项

**律师为政府投资项目提供法律风险管理法律服务操作指引**

第一章总则

第二章法律风险管理体系构建

第三章法律风险环境信息收集

第四章政府投资项目法律风险识别与评估

第五章政府投资项目法律风险应对

第六章法律风险的监督改进

第七章律师尽职调查

第八章重大项目规范性文件体系建设法律服务

第九章附则

**律师为政府投资项目立项、规划审批阶段提供法律服务操作指引**

第一章总则

第一节制定目的

第二节一般规定

第二章立项审批阶段的法律服务

第一节政府投资项目立项审批概述

第二节政府投资项目立项的基本要求及审批内容

第三节律师在本阶段的工作内容

第三章规划审批阶段法律服务

第一节政府投资项目规划审批概述

第二节律师在本阶段的工作内容

第四章撰写社会稳定风险评估报告

第一节社会稳定风险评估报告概述

第二节撰写社会稳定风险评估报告

第五章出具法律意见书

第一节法律意见书概述

第二节编制法律意见书

第六章附则

**律师为政府投资项目招标投标阶段提供法律服务操作指引**

第一章总则

第一节制定目的

第二节概念界定

第三节法律依据

第四节基本原则

第五节本操作指引的业务指导范围

第六节特别声明

第二章一般规定

第一节项目招投标的具体类型

第二节项目招标应具备的条件

第三章招标文件的起草与审查

第一节项目招标的一般规定

第二节招标文件的起草

第三节招标文件的审查

第四章投标文件的审查

第一节投标人主体资格合法性审查

第二节投标文件内容的合法性审查

第五章开标、评标和中标的合法性审查

第一节开标的合法性审查

第二节评标的合法性审查

第三节中标的合法性审查

第六章出具法律意见书

第一节出具法律意见书应审查的事项

第二节制作法律意见书的参考格式

第三节出具法律意见书应注意的事项

第七章争议的解决

第一节异议投诉

第二节行政复议、行政诉讼、民事诉讼

第八章附则

**律师为政府投资项目建设阶段提供法律服务操作指引**

第一章总则

第一节制定目的

第二节本操作指引的业务适用范围

第三节概念界定

第四节特别提示

第二章政府投资项目建设模式

第一节一般事项

第二节项目建设模式

第三章项目建设合同的签订

第一节合同的类型

第二节合同的主要内容

第三节合同各方主要权利义务

第四节与合同签订有关的其他事项

第四章项目建设合同的履行

第一节项目咨询合同的履行

第二节项目投资合同的履行

第三节项目代建合同的履行

第四节项目建设合同的履行

第五章争议事项解决

第一节一般事项

第二节非诉讼与诉讼方式的选择

第三节和解与调解

第四节争议评审

第五节仲裁和诉讼

第六章附则

**律师为政府投资项目建设工程争议评审阶段提供法律服务操作指引**

第一章总则

第一节制定目的

第二节概念界定

第三节制定依据

第四节律师参与建设工程争议评审的基本原则

第五节本操作指引的业务指导范围

第六节制度优势

第七节评审方式分类

第八节特别声明

第二章拟定争议评审条款

第一节争议评审条款的内容

第二节评审规则的适用

第三节争议评审条款的其他内容

第三章成立评审组

第一节选定评审组成员

第二节签订《评审专家协议》

第三节评审组的权力

第四节评审专家的义务

第四章评审组评审争议

第一节当事人提交评审申请

第二节被申请人答辩

第三节评审组召开调查会

第四节评审组出具评审意见

第五节仲裁委员会核阅评审意见草案

第六节书面更正和补充评审意见

第七节评审程序终止及其他

第五章评审意见的效力

第一节评审意见的效力概述

第二节评审意见生效

第三节评审意见不生效

第六章争议评审的报酬与费用

第一节建设工程争议评审的收费原则

第二节仲裁委员会的收费标准

第三节评审专家的报酬与其他费用

第七章附则

**律师办理买卖合同法律事务操作指引**

第一章总则

第二章非诉讼买卖合同法律事务中律师的职责

第一节买卖合同当事人的资信调查

第二节买卖合同的起草

第三节其他涉及买卖合同的非诉讼法律事务

第三章买卖合同纠纷案件中代理人的职责

第一节对基础事实的审查

第二节证据审查

第三节诉讼请求的确定

第四节起诉和应诉

第四章附则

**律师办理道路交通事故损害赔偿法律事务操作指引**

第一章总则

第二章损害赔偿权利人和责任人的确定

第三章权利人利益分配

第四章损害赔偿责任人之间的责任认定

第五章赔偿数额和证据要件

第六章事故责任重新认定和证据要件

第七章刑事附带民事的特殊规定

第八章有关保险公司的特别规定

第九章与道路交通事故损害赔偿相关的非诉讼法律事务

第十章附则

**律师承办海商海事案件业务操作指引（修订版）**

第一章总则

第二章接受委托

第三章律师代理海商海事诉讼案件的一般事项

第一节诉前准备

第二节调查取证

第三节起诉和应诉

第四节一审庭审

第五节二审庭审

第六节再审庭审

第七节和解、调解

第四章律师代理具体类型的海商海事诉讼案件

第一节海上货物运输案件

第二节沿海、内河水路货物运输案件

第三节海上保险合同案件

第四节船舶碰撞案件

第五节海上人身伤亡案件

第六节船舶油污及海上设备海洋污染案件

第七节海事赔偿责任限制基金案件

第八节其他海商海事诉讼特别程序案件

第五章律师代理海商海事仲裁案件

第六章律师代理海商海事执行案件

第七章附则

**律师办理商业秘密法律业务操作指引（修订版）**

第一章总则

第一节前述

第二节商业秘密

第三节商业秘密与公司秘密和国家秘密的关系

第四节商业秘密与其他知识产权的关系

第二章商业秘密管理

第一节目标、模式和评价

第二节采取保密措施

第三节建立规章制度

第四节人员管理

第五节合同管理

第六节公关管理

第三章商业秘密的权利归属

第一节商业秘密的属性

第二节技术秘密的权利归属

第三节经营秘密的权利归属

第四节商业秘密权属纠纷

第四章与商业秘密有关的各类合同

第一节合同的起草与修改

第二节企事业单位与员工之间的保密协议

第三节竞业限制协议

第四节企事业单位与其他企业、组织之间的保密协议

第五节技术秘密合同

第五章商业秘密纠纷的前期处理

第一节事实调查与分析

第二节律师声明与律师函

第三节谈判

第六章民事救济的共同问题

第一节基本要求

第二节管辖确定

第三节证据保全和财产保全

第四节鉴定与评估

第五节开庭准备

第六节庭审

第七章商业秘密合同纠纷法律业务

第一节合同诉讼要点

第二节作为原告的代理人

第三节作为被告的代理人

第八章商业秘密侵权诉讼法律业务

第一节侵权诉讼的要点

第二节作为原告的代理人

第三节作为被告的代理人

第四节商业秘密不侵权诉讼

第九章商业秘密行政法律业务

第一节行政救济要点

第二节作为权利人的代理人

第三节作为被申请人的代理人

第十章商业秘密刑事法律业务

第一节刑事救济综述

第二节作为被害人的代理人

第三节作为刑事自诉人的代理人

第四节作为犯罪嫌疑人、被告人的辩护人

第十一章附则

**律师承办企业法律顾问业务操作指引**

目录

第一章适用及定义 / 1

第二章律师服务中的职业操守 / 3

第三章客户的开拓 / 6

第四章企业法律顾问服务的实现 / 9

第五章特殊法律问题的处理 / 11

第六章工作成果的提交及后续工作 / 13

第七章其他事项 / 14

第一章

适用及定义

1.1 本指引的制定目标

为对律师从事企业法律顾问业务提供基本参考，提高工作的深度和广度、确保工作质量和工作效率的平衡，并在服务社会、为客户防范法律风险的同时防范自身的执业风险，特制订本指引作为工作理念、工作内容及工作要点等方面的提示。

1.2 本指引的性质

本指引系对律师从事企业法律顾问业务时的操作指导性文件，供律师从事相关业务时参考。

相关服务内容可参见《律师业务目录》。

本指引无强制性效力，尤其不作为判断律师执业过错的依据。

1.3 企业法律顾问业务相关定义

本指引所使用之下述术语，非经特别说明，其定义如下：

1.3.1 企业法律顾问业务，指律师事务所依法接受聘请，指定律师以其专业知识和技能为法人、其他组织、个体等企业，在约定的工作范围和工作期间提供多方面法律服务的专业性活动。

参见中华全国律师协会《律师法律顾问工作规则》。

1.3.2 企业法律顾问，指合法开办及依法存续，接受本指引所提及的民事主体聘请为其提供企业法律顾问服务的律师事务所。

1.3.3 顾问律师，指接受聘请后的律师事务所所指派的，为聘请方提供具体法律顾问服务的执业律师，但不包括不具律师执业资格证的助理。

1.3.4 聘请方，指与律师事务所签订企业法律顾问服务合同，聘请律师事务所指派律师为其提供法律服务的法人、其他组织等本指引述及的企业法律顾问服务对象。

1.4 企业法律顾问业务的服务对象

本指引的适用范围，系在《中华人民共和国律师法》以及相关法律规范的授权范围之内以及未禁止范围之内，以企业法律顾问形式向企业提供的各类法律服务。其中包括：

1.4.1 为组织形式属于法人或其他组织的企业提供的企业法律顾问服务，服务范围包括其从设立、经营管理期间到终止时的所有活动，包括但不限于设立、经营、变更、上市、清算、解散等过程中的所有法律事务。

1.4.2 为自然人或个体企业、合伙企业、家庭生产承包户等经营性活动及管理行为提供的法律顾问服务，以及为其他非企业民事主体，如机关事业单位、社会团体、基金会、民办非企业单位等提供的法律顾问服务，可参照本指引执行。

1.5 企业法律顾问的工作目标

律师为客户提供的企业法律顾问服务，应在法律允许的范围内，以律师的专业法律知识和业务素养、工作技能为基础，通过各种方式的执业行为为客户提供专业服务，解决法律问题、防范法律风险，以维护其合法权益。

同时，应努力传播法律风险意识，帮助客户提高法律风险预见、控制和解决的能力，以最大限度实现客户合法权益的最大化，以及风险损失或风险控制成本的最小化，并促进客户法律风险意识、法律风险管理水平的提升。

1.6 企业法律顾问的服务范围

律师在法律顾问服务中的具体工作，除法律另有规定外，包括从服务关系建立起至服务关系终止的服务期间内，所有以法律顾问形式提供的法律服务，包括：

(1) 为委托人就有关法律问题提供咨询意见及建议；

(2) 审查、修改、起草合同等法律文书、文件；

(3) 代理参加诉讼、调解或仲裁活动；

(4) 审查、修改、起草企业的规章制度；

(5) 参与重大决策，并就其中的法律问题提供建议；

(6) 为客户提供法律知识或法律事务处理技能培训；

(7) 应客户要求关注特定领域法律法规的发布和修改；

(8) 办理客户委托的其他法律事务。

1.7 法律顾问的服务模式

法律顾问的服务形式，可分为在约定期间和工作范围内对客户各类法律事务提供不再另计时间及工作量的综合性服务的常年法律顾问，以及为完成某项具体法律事务或在约定期间内只负责某类事项的临时法律顾问，以及就某一类专门法律问题提供顾问服务的专项法律顾问。

具体的法律顾问服务实现过程中，可分为提供上门服务的顾问模式以及由客户上门提交工作指示的顾问模式，以及远程服务和定期到场服务等模式，具体以当事人的需求以及事务所的律师及助理资源情况而定。

1.8 法律顾问的计费类型

法律顾问的计酬标准基于工作质量要求、总工作时间、工作的时间成本、工作的其他费用成本等进行核算，法律顾问服务的收费形式有以下几种可供选择：

1.8.1 常年法律顾问，可按固定服务期间在合同约定的工作范围内收取固定费用，对于范围以外的其他服务在合同中约定为另行收费；

1.8.2 常年专项顾问，即在固定服务期间仅对客户某一领域的法律事务提供顾问服务并收取固定费用，对于其他服务或另行收费事项按合同约定执行；

1.8.3 专项法律顾问，在固定的服务领域按约定的内容和方式完成具体项目服务，并收取固定费用。

除此之外，律师可在收取固定费用的同时约定工作时间上限，超过部分按不同费率收费。

第二章

律师服务中的职业操守

2.1 法律顾问工作的基本原则

企业法律顾问工作以维护客户合法权益为中心，按客户的工作指示及时介入，通过提供法律意见或建议、参与决策、设计解决方案、参与事务处理过程等方式，尽可能通过预先采取防范措施的方式避免客户损失及不利影响的扩大，或以合法手段尽量扩大其收益。

企业法律顾问律师在履行职责时应严格遵守法律规定，以维护客户合法权益及遵守律师职业操守为底线，拒绝为企业的违法行为或取得违法利益的行为提供服务。

2.2 对法律环境及行业状况的关注

由于法律规范体系始终处于不断变化中，因此律师应当充分注意到客户所涉行业相关法律环境的变化，以及公司治理、市场交易、税收等法律规范的变化，以确保工作成果的合法性、有效性和及时性甚至前瞻性。

同时，还应关注社会、经济等形势所发生和可能发生的变化，以便为客户提供更为实际有效的服务、提醒客户预防相关的法律风险。

2.3 对客户行业的关注

律师应充分关注或研究律师职业之外的企业法律顾问职业，关注法律规范对该行业的知识结构、工作方法等要求，以便于更好地理解客户需求、完善知识结构和服务方式、扩大服务范围和深度，促进客户法律事务处理水平的提升和自身工作技能的提升及工作经验的累积。

2.4 保密义务

律师在为客户提供法律顾问服务过程中，对于接触、了解到的各级国家秘密、客户商业秘密，以及不宜公开的信息、个人隐私等，均负有保密的义务。该等义务既属于法律规范、行业行为准则所要求的义务，也属于服务合同中的附随义务。

具体义务范围及承担方式除依前述规范规定外，还应严格按照法律顾问合同相关条款履行。

2.5 律师服务中的风险控制

律师在关注客户的法律风险及法律安全的同时，应充分关注自身服务环节中可能出现的执业风险，发现可能存在风险时应及时采取措施加以控制。

律师应严格按照律顾问合同的规定及授权权限提供法律服务，不得超越委托权限，且在提供服务时不得从事与职责无关的事务，不得以顾问律师身份从事任何盈利性活动谋取私利。

律师以书面方式提交工作成果，其文字内容应措词严谨、考虑周全，避免因文字表述不当而引起歧义或成为工作过失甚至成为追究执业过错的依据。

2.6 避免涉及客户内部冲突

律师在为客户提供法律顾问服务过程中，应当关注客户内部的部门之间、个人之间是否存在利益冲突，并在实际工作中尽最大可能避免因卷入相关冲突而影响判断的独立性和解决方案的客观性。

当面临客户内部不同意见时，应当理解并向冲突各方解释，顾问律师为企业服务，只能以依法代表企业或依授权代表企业的一方的意见为准。

2.7 服务团队的协作

受指派的顾问律师必须是已依法取得律师执业证并在律师事务所执业的执业律师，未经指派的律师个人不得以任何形式或名义担任法律顾问，律师助理人员除协助律师完成法律顾问工作外，不得独立担任法律顾问。

以团队方式为客户提供服务的，应当明确团队各成员之间的分工，以及共同的服务标准、工作质量标准、工作接口，并及时确定具体的责任人和及时通报制度，避免因工作质量控制和沟通上的缺陷而影响客户利益。

2.8 尊重同行

顾问律师在为客户提供法律顾问服务过程中，对于在工作中涉及的其他律师，均应保持应有的尊重和礼仪，相互配合、充分沟通和协商，以顺利完成各自应对客户完成的工作，不应以任何方式贬低同行的工作方案及业务能力。对于工作方案的优化及工作失误的处理，应尽量建议客户保持谅解和通融。

2.9 行业形象的维护

如因服务所必须，在遇到其他律师为同一客户提供的服务存在工作缺陷时，应当尽最大可能避免直接指责其他律师的过失、过错，更不应因借机质疑其执业能力等行为损害律师行业的整体形象，如需解释，则以客观描述加法律背景或解决方案后果分析等方式实现，或以提出优化解决建议的方式供客户选择。

2.10 疑难问题的处理

在为法律顾问客户提供服务过程中如涉及自己并不熟悉的业务领域，或遇到疑难问题，应以客户利益最大化为导向，通过虚心向本所同事或律师同行请教，或通过业务交流、问题论证等方式，为客户寻求最佳解决方案，避免因业务技能或专业法律知识的缺失而导致执业过错。

2.11 律师与律师事务所关系的处理

顾问律师应当明确，法律顾问服务系律师事务所与客户之间的服务合同关系，承办律师系事务所指派完成具体的服务工作。因此，当为客户服务过程中涉及客户与事务所的利益冲突时，或可能给事务所带来非正常风险时，应当及时通报律师事务所以便于协调和防范风险。

顾问律师在为客户提供企业法律顾问服务时，应当遵守事务所的相关规定。

第三章

客户的开拓

3.1 对目标客户的关注

律师对于潜在客户，可通过关注其企业行业特征、商业模式、产业链前后端、行业发展趋势，以及企业发展战略、发展目标、成长历史、经营业绩、产品或服务品牌、知识产权、业务范围等，以便了解目标客户可能涉及的法律问题，并制订适宜的营销策略。

3.2 法律服务需求的发现

在分析潜在客户的需求时，除分析相关行业的法律规范体系及企业涉及的公司法、合同法、劳动法、税法等共同涉及的法律规范体系外，还应关注企业曾经出现过的问题、同行业其他企业曾经出现过的问题、处理法律事务的偏好等，便于了解其具体的法律服务需求、可能需要的法律事务类型，以便于服务合同洽谈的顺利进行。

3.3 法律服务的创新

由于法律体系在不断完善过程中，而社会的法律服务需求也在不断向更高的管理和战略层面发展、向更深的操作层面延伸、向更宽的行业及领域跨度交叉，因此鼓励律师结合市场需求和自身的知识结构并参考《律师业务目录》中列举的内容，不断创新、开发新的业务领域。

同时，还可结合信息化的发展趋势和其他领域的业务创新，不断探索新的法律服务模式，以更为丰富的方式提供法律服务。

3.4 法律服务的专业化

为提高工作的质量和效率，鼓励律师法律服务向专业化发展，即在特定的专业领域和细分市场向客户提供专业、细致的服务并减少同业竞争的同质化。

3.5 避免不正当竞争

律师在开拓潜在客户和营销企业法律顾问业务过程中，应遵守相关法律及律师行为规范的相关规定以保证开拓方式的正当性，避免以不正当竞争或虚假宣传等方式争取客户。

3.6 客户业务的取舍

律师应根据客户的需求和自身的业务领域、工作经验、工作时间等，综合考虑是否有充分的能力和资源为客户提供良好的服务，必要时考虑以整所团队对外合作的方式，或在征得客户同意后与其他所律师共同提供服务的方式，避免因能力或其他方面的限制而影响服务质量并导致律师执业风险。

3.7 法律顾问服务的投标

对于以招投标方式确立法律顾问服务关系的客户，律师事务所应当认真了解相关招标文件的要求并结合自己的资源水平、业务经验等实际情况决定收费标准以及是否参与，避免因恶性竞争而导致成本过高或因工作经验等原因无法胜任相关工作而导致的执业过错。

3.8 利益冲突审查

律师在与客户签署法律顾问合同前，应根据《律师执业避免利益冲突规则》的规定，由律师事务所按利益冲突审查的要求，审查是否与律师事务所的现有客户存在利益冲突，尤其是核对现有客户的代理合同或法律顾问合同中有无利益冲突方面的特别约定条款，避免因利益冲突而产生执业过错。

对于可能产生利益冲突的潜在客户，应遵照法律规范、律师行业规则以及与客户间服务合同的规定执行，对于依据前述内容仍旧无法界定的，可采取披露、签署谅解备忘录等方式处理。

3.9 服务内容的梳理及确定

顾问律师应与客户充分沟通，展示法律服务的价值、启发其对法律服务的认识、发现其法律服务需求，并引导客户明确具体的法律服务需求，以及法律顾问服务的方式、范围、要求等，并可在服务合同中明确。

法律顾问服务的实现方式，可分为常规服务、上门服务、派出服务、巡回服务、远程服务等方式，因不同服务方式的成本不同，应在确定收费标准时加以考虑。

3.10 法律顾问服务事项的确定

法律顾问合同是律师事务所与客户建立法律服务关系并指派顾问律师完成工作所达成的一致，也是客户与律师事务所建立的权利义务体系。常规法律顾问服务事项，可参考各地律师协会的推荐文本。

法律顾问的报酬由律师事务所统一收取，顾问律师不得直接从聘请人处收取任何报酬。但可在合同中约定，顾问律师在为聘请方提供法律服务时，必要的交通费、差旅费等由聘请方承担。其他如基本费外的减免或增加条件等，也应在法律顾问合同中明确约定。

法律顾问合同应当由聘请方与律师事务所签订，并通过正规渠道支付款项、提供发票。

3.11 对聘请方单位的了解

律师事务所在与聘请方签订企业法律顾问合同前，应对聘请方资信进行调查或核实，调查核实的内容包括但不限于：

(1) 是否依法成立、合法存续；

(2) 目前的基本状况；

(3) 证照上所核准的经营范围；

(4) 实际上的主营业务范围；

(5) 聘请法律顾问的基本目的及要求；

(6) 具体的联系人、通信地址等。

如果涉及自然人，还应了解其国籍及居住地（以证、照为准）、职业及其他自然状况、聘请法律顾问的基本目的及要求。

3.12 法律顾问服务合同

法律顾问合同应当包括但不限于以下条款：

(1) 事务所的名称、当事人的名称或姓名，以及双方的住所地、通讯方式等身份事项条款；

(2) 法律顾问服务的工作范围、工作方式、工作地点、顾问律师、授权范围等，必要时还可增加工作量、服务质量等要求；

(3) 法律顾问合同履行期限及起止时间，法律顾问费用的种类、金额及支付方式，以及法律顾问合同是否续签等；

(4) 各方的违约责任，以及因任何一方违约而发生合同变更或解除时的处理以及损失承担方式；

(5) 双方为履行法律顾问合同而必须具备的硬件条件、工作接口、指定联系人，以及需要常驻现场办工时的办公条件要求等条款；

(6) 解决争议的处理原则及解决方式，合同中止及终止的条件、最终处理时的法院管辖、合同的生效等条款，尤其要明确无固定期限的法律顾问合同的解除条件。

除上述常规工作内容外，其他非常规类型的法律顾问服务，如各类专项法律顾问服务，应与聘请方明确工作范围、工作方式、收费方式等问题，以便于合同的履行。

3.13 对于法律服务的风险提示

律师应当在签订企业法律顾问合同时提醒聘请方双方的工作交接事项，以提高工作效率、确保工作质量，包括但不限于以风险提示书等形式提醒聘请方关注，包括但不限于以下领域的风险：

(1) 律师事务所及其指派的顾问律师，仅在授权委托范围内依法独立提供法律服务，有权拒绝为实施违法行为及违背事实、违背律师职业道德等行为提供服务；

(2) 聘请方应就其民事行为，所提供的法律依据、证据、文件的真实性等自行承担法律责任及不利后果，受聘方一般不作真实性方面的实质性审查；

(3) 聘请方提交处理的法律事务，应当提供明确的工作目标、质量要求、完成时间等工作需求指示，并预留足够的工作时间。

第四章

法律顾问服务的实现

4.1 对聘请方情况的了解

律师从事法律顾问业务，应通过聘请方网站、宣传册等关注聘请方的基本情况，并同时关注其所在行业的普遍情况，以及与该企业、该行业相关的法律环境状况，以便于更深入地提供适合聘请方或其行业实际情况的解决方案。

在确定法律顾问服务关系后，顾问律师应尽快熟悉聘请方的内部情况，包括但不限于企业性质、经营范围、内部组织结构及负责人、隶属关系、主要关联方等，以便了解其法律服务需求及管理习惯。

4.2 法律事务与企业管理

律师应当理解，许多客户存在的问题是系统问题而非个案问题，因此应当具备一定的企业管理知识，以便在直接处理法律事务的同时能从企业管理的角度理解企业的需求或工作成果质量标准，并尽可能使解决方案便于企业操作和实现其发展目标，从而为律师业务开拓更为广阔的空间。

4.3 对工作任务的明确

在接受聘请方的工作指示时，除具体的工作内容外，还应与聘请方明确工作目标、完成时间、质量标准、内容要素，以及相关事务的背景情况、处理中的主要风险、主要防控目标等，以便于充分满足当事人的服务要求。

4.4 工作质量的确定及控制

顾问律师应按聘请方的工作指示和需求确定完成工作的质量。通常情况下，应以实现聘请方工作目标为导向，完成相关法律事务并确定相关的工作质量标准。同时，视当事人的接受程度，以合适的方式表述及提交工作成果。

律师事务所应定期听取顾问律师的工作汇报、定期走访聘请方征求意见，不断提高服务质量。

顾问律师因故不能履行法律顾问职责时，律师事务所应当与聘方协商另行指派顾问律师，以保证工作的连续性和工作质量。

4.5 法律问题的调研

顾问律师在为聘请方提供法律意见前，应当充分了解所交办事项的预期目标及背景资料，并通过充分的法律调研以及必要时的尽职调查，以便在充分认识、理解法律环境的前提之下，为维护聘请方的合法权益找出解决之道。

顾问律师的法律调研应充分注意从国家法律、行政法规、部门规章、地方性法规、地方政府规章、强制性质量标准等不同层面的合法性要求，以确保结论的准确性。

4.6 必要的尽职调查

在为聘请方提供法律顾问服务过程中，一般对聘请方所提供的资料本身的真实性、合法性、准确性不作实质审查，但聘请方所提供的其他方的文件除聘请方申明外，应当视需要进行相关审查。

如有必要，对涉及其他方身份事项、资产状况、法定资格或资质等事项，应当通过尽职调查核实其合法性、真实性、完整性，但具体视聘请方需求而定。

4.7 专业人员及专业知识

顾问律师对于法律顾问工作中涉及的专业知识，应建议聘请方交由聘请方相关部门解决，律师的意见仅供参考且相关意见并非律师职责，以免引发执业风险。

对于法律顾问工作中涉及的与技术人员的合作，应当明确相关技术问题以技术人员的解释为准，律师不进行实质性审查。

4.8 法律顾问服务的配套工作

律师事务所为聘请方提供法律顾问服务，应注意建立健全规范化的服务体系，从商务礼仪、工作技能、文档管理、聘请方接待维护等制度建设和业务培训，以及工作流程、文书格式等方面的标准化等质量控制，以确保服务质量的标准化以及自身整体实力的提升。

4.9 工作记录及档案管理

顾问律师在提供法律顾问服务过程中，应当记录为聘请方提供服务的交办事项、工作要求、工作内容、工作时间、工作成果等相关事项，原则上做到一次一记、一事一记，便于不断积累工作经验，以及总结后提高工作质量及工作效率。

4.10 法律顾问工作的报告

顾问律师可定期或在年度法律顾问服务终了时，或单项法律顾问服务终了时，以工作成果报告的形式将工作记录整理成工作报告等方式提交给聘请方，便于说明工作情况、工作量情况等，供下一阶段合作时的调整收费参考或工作改进依据。

4.11 执业风险的防范

顾问律师在履行法律顾问合同期间，应严格依据合同规定提供法律服务，避免服务与合同要求不符或因工作过失、过错而造成顾问单位的经济损失或其他损失。

同时，律师应不断改进工作程序和工作方法，以确保工作的效率和质量。对于顾问单位的系统性问题，应建议其通过完善相关制度、流程、文本体系等管理手段加以解决。

4.12 非法要求的拒绝

律师事务所及顾问律师应就其所提供的法律意见的合法性承担法律责任，但对聘请方提出的违法要求应当拒绝，以避免聘请方及律师陷入更大的风险，并维护职业的尊严。

同时应解释相关违法行为的后果，并建议顾问单位遵守法律规定，以避免相关法律风险。

第五章

特殊法律问题的处理

5.1 对突发事件的处理

对于聘请方所遇到的突发性的法律事务，如群体性事件、突发性事故、影响巨大的媒体报道、情绪激动的投诉、肢体冲突等，顾问律师应当协助聘请方冷静处理，首先确保冲突缓和以尽最大可能避免直接消极后果的产生，再尽最大可能平息事态，以免受到更大的不利影响，尤其应避免因处理措施不当而导致不利影响的扩大。

5.2 对法律培训的处理

对于聘请方要求的法律知识培训，应尽可能按照听众的层次、需求，从生动性、实用性角度解释相关的法律规范，并解释相关案例的关键所在以及法规规定的影响、实际工作中的注意事项等，必要时以精致的图表等形象生动地展示所要宣讲的内容，避免只讲述枯燥的法学理论。

5.3 对诉讼事务的处理

顾问律师针对聘请方已经发生的争议，应当尽可能从企业利益角度考虑更为稳妥的解决方案，如果与聘请方有争议，则应尽可能通过协商、调解、出具律师函等方式解决争议、维护权益，避免简单地采用诉讼手段解决问题而损害聘请方利益。

5.4 对合同事务的处理

顾问律师参与聘请方的合同事务，在合同审查、修改、起草中均应以交易目的为导向，优化安排合同中的法律关系和商务内容，以实现质量与安全的平衡，确保当事人合法权益的最大化和法律风险的最小化。

顾问律师在处理合同事务，包括参与合同谈判过程中，应以其中的法律条款为主，并对可能产生法律风险的商务条款、技术条款加以关注，但相关内容应以相关专业人员的意见、是否交易及具体条款的确定以聘请方意见为准，律师仅提供参考意见或建议。

5.5 对咨询事务的处理

对于聘请方的其他咨询事项，顾问律师应在向其解释相关法律规定、提供参考解决方案，排忧解难以维护其合法权益的同时，应尽可能用稳妥的方式将各类矛盾化解在萌芽状态，防止激化不稳定因素，引起更大的利益冲突。

5.6 对于国有企业的服务

顾问律师在担任企业法律顾问的工作中，应当参照国家相关部门对于中央企业的法务工作要求，除常规的合同审查外，逐渐介入企业的决策审查、制度审查，并向聘请方企业规章制度对于企业发展的促进作用，以及规章制度与法律法规的相互作用、功能搭配，帮助企业完善其管理架构、规章制度体系、流程体系，同时确保其相关规章制度的合法化。

5.7 帮助企业完善规章制度

顾问律师在帮助聘请方完善规章制度时，应注意制度、流程、文本的标准化和体系化，才能使规章制度发挥最大的效能，并充分考虑管理手段与绩效考核、激励机制的关系，既提升企业防范法律风险的能力，又提升企业的管理水平，帮助企业建立合理、规范的完整管理规章制度体系，包括但不限于：

5.7.1 基本管理制度，即与公司治理结构相关的职能设置、各类会议议程、表决方式等，以规范公司决策、治理中的秩序并促进其合法化、规范化。

5.7.2 业务规范体系，即将企业在计划、采购、生产、销售以及广告、知识产权、技术开发、人力资源、财务与资产、公共关系、企业文化等方面的工作内容加以规范化、合法化和体系化。

5.7.3 行为规范体系，即协助企业按整个企业组织结构，明确各部门、各职位的工作范围、责任范围等，并形成书面规范，尤其是负责对其合法性的审查以及整个体系中存在的法律风险的防控。

5.8 企业的法律风险管理

顾问律师应推动企业以法律风险管理的视角，面对虽未发生但极有可能发生的法律风险，采取系统梳理、制定预防措施并植入现有管理制度、管理流程、各类文本的方式，以管理手段系统、全面地解决法律风险问题，并提升企业的管理水平和管理效率。

企业法律风险可分为公司治理、合同管理、采购、生产、储运、销售、知识产权、人力资源、广告宣传、售后服务等模块，企业可根据自己的实际情况选择相应的模式采取防范措施，从制度、流程、文本体系上杜绝常见的法律风险。

5.9 协助企业提升合同管理水平

合同管理对企业经营是不可或缺的，防范合同法律风险即可防范绝大多数企业风险。在该领域，顾问律师可向企业提供以下服务：

5.9.1 建立标准化的合同文本体系，在广泛收集企业常用合同文本的基础上梳理出企业的常用文本并加以分类，以形成体系；

5.9.2 根据企业实际情况和相关法律环境的要求以及企业的主观意愿，对常用合同文本进行格式的规范化、内容的精细化修改，在不影响企业的使用习惯和生产运营的前提下，提高合同文本的安全系数。

5.9.3 在前两者的基础之上，帮助企业建立合同管理制度、合同管理流程，明确各部门、各职位的工作界面和职责，以制度化、程序化、标准化的方法进一步防范合同法律风险，形成事前预防、事中控制、事后补救相结合的法律风险管理系统。

5.9.4 合同管理体系应覆盖供应商管理、合同谈判、合同文本使用、合同审批、授权委托、图章使用、合同签订、合同履行、争议处理、售后服务，以及合同登记、合同管理制度执行情况检查、合同管理统计分析等全方位的防范体系。

5.10 重大事项的汇报

顾问律师在受指派提供法律顾问服务过程中如遇重大法律问题，或因参与重大项目法律服务、参与商务合同谈判而需要事务所配合时，应及时向律师事务所汇报以调配资源确保工作质量及效率。

律师事务所及顾问律师在提供法律服务过程中如遇重大社会影响事件、突发事件，在提供法律意见前，应按相关规定向当地司法行政机关或律师协会报告。

第六章

工作成果的提交及后续工作

6.1 以书面方式提交工作成果

除现场答复外，顾问律师提交工作成果应当以邮件等可以保留内容及发送记录等便于管理的方式，避免因工作成果内容及提交环节产生执业风险。

对于涉及重大企业商业机密或聘请方提出保密要求的工作事项，其工作成果应直接交给法定代表人或其指定联系人，以免泄露相关信息。

6.2 对于工作成果的提醒

以邮件方式提交工作成果，应对工作成果的工作内容、应由其他部门处理的事项、提醒聘请方注意的事项进行简要说明，既履行应尽的告知义务，也避免聘请方产生误解。

6.3 律师的责任声明

在正式的法律意见书以及以书面方式提交的工作成果中，顾问律师应以适当的方式事先申明律师意见是根据聘请方所提供的背景信息而作出，且仅对相关问题涉及法律意见的部分负责，对法律以外的相关专业领域所提供的评价应由聘请方的技术部门、财务部门自行判断，律师意见仅供参考。

6.4 资料的保存

顾问律师在实际工作中应当充分注意资料的保存及文档管理，避免因文档管理不善而导致的重复劳动及效率低下。相关档案管理应确保一户一卷、一事一档。

同时，顾问律师应当及时总结项目工作中的经验及教训，不断探索更优的工作方法并如实记录，作为不断自我提升、持续改进的基础。

6.5 律师意见的统一

顾问律师所提交的工作成果或者答复，如在合作团队中有不同意见，应通过探讨论证加以统一，如果无法统一，则应以不同可能性的方式加以表述，以避免聘请方对工作能力产生误解，或被律师的不同观点而误导。

6.6 持续关注与循环改进

顾问律师应始终关注所提交的工作成果、解决方案在正式提交后的结果，如解决方案的运用效果、是否切合实际、是否解决了实际问题等，作为经验的积累和后续改进的基础，通过不断的经验积累和反思，循环改进工作方法及提高工作质量。

第七章

其他事项

7.1 聘任期内工作情况的述职

顾问律师应按合同要求或视需要，向聘请方定期或在聘任期满前提出书面述职报告，以描述聘任期内的工作事项、工作内容、工作时间、工作结果等内容，以体现律师工作的价值，并增强聘请方的信任。

7.2 法律顾问合同的续签

在法律顾问合同行将届满前，顾问律师应主动向聘请方述职并就工作质量、工作方法是否需要改进，以及法律顾问是否续聘征询聘请方意见。若聘请方同意续聘则应及时确定后续的工作内容、收费标准等合同条款并及时签约，否则应提醒法律顾问服务的截止时间。

法律顾问合同因期满或法律服务事项完成而终止后，顾问律师要及时写出总结报告，律师事务所应及时归卷备查。

7.3 法律顾问合同的提前终止

如法律顾问合同因某种原因提前终止，推荐以书面方式就责任的截止时间、后续风险的承担、费用的结算、相互维护名誉的要求等善后处理事项签署协议，以免因未尽事宜产生矛盾。

如遇企业法律顾问服务合同提前终止，律师事务所与顾问律师应及时进行总结、制订预案，必要时向司法行政部门、律师协会汇报。

7.4 案卷材料的归档

每一年度终结，或法律顾问服务合同关系终结，顾问律师应及时整理服务中所接收的各类资料以及完成的工作成果，并制作工作总结报告一并归档，以便于妥善保管和今后查询。

（本操作指引由中华全国律师协会企业法律顾问专业委员会负责起草。执笔人：吴江水；审稿人：蒋敏）

## 律师从事税法服务业务操作指引

目录

第一章常年税法顾问服务 / 18

第一节税法解读与涉税实务培训 / 18

第二节合同涉税审查 / 19

第三节企业税务健康检查 / 23

第四节担任税务机关法律顾问 / 24

第二章律师为企业提供税收优惠申请服务 / 25

第一节一般规定 / 25

第二节律师为企业提供申请区域税收优惠法律服务 / 27

第三节律师为企业提供申请行业税收优惠法律服务 / 28

第四节律师提供相关税务风险控制法律服务 / 29

第三章企业专项税务规划服务 / 30

第一节企业投资税务规划 / 30

第二节企业并购重组税务规划 / 32

第三节企业上市税务规划 / 34

第四节企业清算注销税务规划 / 35

第四章国际税法服务 / 37

第一节外商投资中国税法服务 / 37

第二节中国企业“走出去”税法服务 / 41

第三节转让定价与反避税服务 / 43

第五章个人税法服务 / 47

第一节个人财富管理税法服务 / 47

第二节员工计划与股票期权 / 54

第六章税务争议法律服务 / 57

第一节接受委托 / 57

第二节税务行政处罚听证 / 58

第三节税务行政复议 / 59

第四节税务行政诉讼 / 63

第五节税务刑事诉讼 / 72

第一章

常年税法顾问服务

第一节税法解读与涉税实务培训

第1条税法解读定义

税法解读是指律师接受企业或者其他组织、个人（以下统称“委托人”）的委托，对当事人交易中涉及的相关税收法律和税收政策进行解释，尤其是对最新发布的法律和税收政策进行解释，帮助企业了解交易涉税情况，以便当事人进行相关的交易安排和税收筹划。

第2条税法解读原则

律师进行税法解读服务时，应当遵循如下原则：

2.1 在税法基本原则的指导下，税法解释应遵循文义解释原则、立法目的原则、合法合理性原则、经济实质原则和诚实信用原则等原则。

2.2 基于税法规范的特殊性以及税收法定的要求，律师在对税法及其政策进行解读时应将文义解释原则作为首要原则，以其他解释原则为补充。

第3条税法解读方法

律师对税法的解读应当在税法解读原则的指导下，按照如下顺序依次适用法律的解释方法进行：

3.1 文义解释，是税法解读主要适用的法律解释方法，律师应当按照法律条文的字义和语法，并按照构成法律条文的词的通常用法来解释法律条文的含义。

3.2 体系解释，即律师可以从法律条文在法律文本中的位置出发，联系上下条款以及相关的规定，从整体上对法律条文的意思进行探究，从而获得更为准确的含义。

3.3 目的解释，即律师可以在进行法律解释时，追寻、探究立法者的意图，将立法者的价值判断及立法目的和动机探究清楚，以立法者的意图作为解释法律文本含义的根本或最终标准。

3.4 合宪性解释，即律师可以依宪法及位阶较高的法律规范解释位阶较低的法律规范。

3.5 比较法解释，即律师可以引用外国立法例及判例学说作为一项解释因素，来阐述本国法律的含义。

第4条涉税实务培训定义

涉税实务培训，是指律师接受客户的委托，对企业交易中涉及的相关税法基本知识、税收政策和实务中多发税务风险进行培训，帮助提高委托人及其工作人员的税法知识，协助客户防范税务风险并合理纳税。

第5条涉税实务培训内容

律师进行涉税实务培训的内容可以根据不同企业的需要进行个性化制定，包括但不限于以下内容：

5.1 最新的税收政策对企业的影响；

5.2 经济合同订立中的涉税处理；

5.3 企业纳税评估与风险控制；

5.4 企业纳税自查与调整；

5.5 企业所得税汇算清缴；

5.6 企业如何应对税务稽查。

第二节合同涉税审查

第6条合同涉税审查定义

合同涉税审查，是指律师按照委托人的要求对合同中的涉税条款进行审查，事先发现合同中的漏洞，防范税务风险；总结交易流程中涉及的全部涉税义务，确保税务合规性；估算交易纳税数额，进行税务筹划。

第7条对送审目的的了解

7.1 律师在接收委托人提交的文档及背景文件、参考文件时，应主动询问委托人送审合同的形成背景、交易各方背景、交易内容等信息，尤其要使委托人明确在税务上想要达到的目的，以便于判断工作内容、工作重点等问题。

7.2 如果需要，律师应针对委托人的送审合同稿及背景情况，要求委托人提供合同所需的附件、合同中所提到的文件、委托人的工商登记情况等，以便得出正确的审查意见。

对于以邮件方式送审的电子文档，可事先约定由委托人在提交的同时，随邮件提供工作目标、背景情况等信息，以便开展审查工作。

7.3 如果委托人未对送审稿提交背景说明及工作目标说明，律师可根据需要按自己的判断审查合同，也可以主动向委托人询问交易背景、工作目标等信息，以便完成工作。

第8条对纳税主体及纳税义务进行审查

律师在审查合同时，应当重点对纳税主体及纳税义务进行审查。具体来说：

8.1 首先对合同所涉及的交易进行定性，明确所涉及的税种以及相应的纳税人和扣缴义务人、征税范围、税目税率以及应纳税额。

8.2 对税种所涉及的税收政策通过法规数据库或税务局官方网站进行检索归纳，查找合同所涉及的纳税主体是否存在减税、免税优惠。

8.3 明确合同所涉及税种的申报与缴纳义务。

第9条对发票的开具与传递进行审查

律师应当对交易涉及的发票开具与传递事项进行审查。具体来说：

9.1 审查合同是否包含明确规定提供发票义务的条款；

9.2 审查合同是否包含明确发票的开具要求和类型的条款。

第10条对支付结算方式进行审查

律师应当审查合同是否对支付结算方式进行了规定，应当在合同中明确结算方式，并明确不同的结算方式下提供发票的时间。

合同当中常见的结算方式有赊销和分期付款方式、预收款方式、现款现货方式等。

第11条对增值税发票涉税风险的审查

律师在审查增值税发票涉税风险时，应当重点关注以下内容：

11.1 增值税纳税人在签订合同时应当约定供货方（包括货物或服务提供方，以下简称“供货方”）按规定向采购方开具增值税专用发票或普票；付款方应当向收款方提供其具有一般纳税人资格的文件和增值税发票需要的收款人信息，并对此等信息的合法性、真实性、准确性负责。

11.2 合同各方应当在合同中约定供货或服务价格是否包含增值税，供货方应当按照合同约定的价款（或实际付款金额）开具票据，在分次收付款过程中的任何结算时点，供货方开具的增值税专用发票的价税合计金额尽量不低于采购方已经支付的价税合计款项。

11.3 律师应当注意合同中的约定，采购方提供不实信息导致的供货方开票错误或供货方自己的原因导致的虚开增值税发票或开具不合格发票的违约责任、法律责任承担。

11.4 律师应建议当事人在合同中约定：“如果采购方提供的开票信息无误，供货方提供错票且未及时更换并提供税务机关需要文件的，采购方有权行使抗辩权，拒绝履行后续义务且不构成违约。”

第12条总结交易流程中涉及的全部涉税义务，确保税务合规性

12.1 律师应当对交易进行整体分析，总结企业应当承担的各项涉税义务，包括代扣代缴等义务，确保企业的税务合规性。

12.2 律师应当注意提示企事业单位、国家机关、社会团体，如向自然人支付对价，需要依法按照相应事项代扣代缴个人所得税。并在合同中明确约定付款方因履行代扣代缴支付的税金是收款方应收账款的一部分，以及代扣代缴履行后提供完税凭证给自然人。现行法律规定可以不代扣代缴自然人个人所得税的情形主要包括：

12.2.1 个人以非货币投资企业获得被投资企业股权。

12.2.2 个人多处取得所得的汇总纳税。

12.2.3 其他法律法规未规定代扣代缴义务的。

12.3 律师应当注意提示企事业单位、国家机关、社会团体向境外企业或自然人支付所得，应当代扣代缴所得税。律师应当建议客户与境外单位或个人签订合同时确认付款方的代扣代缴权利及义务，并明确代扣代缴税款是从收款方应收款中扣取，以及代扣代缴方提供税务机关的完税凭证。

第13条估算交易纳税数额，进行税务筹划

律师办理涉税服务应当对交易进行整体分析，估算企业纳税总额，考虑到企业的纳税义务自合同生效之日产生，但是交易却有可能在一个较长的时间内完成甚至中途发生变化的情况，评估企业是否存在多缴税的可能，协助进行税务筹划，达到节税效果。

第14条合同审查结果的提交

14.1 律师无论以何种方式向委托人提交审查工作成果，应当保留来稿及提交稿并予以归档，以备查询及资料积累。

对于以电子文档的方式提交工作成果的，也应当保留原稿与提出审查意见稿，以便工作经验的积累及日后的核对。

14.2 律师提交合同审查工作成果时，委托人提交纸质文档且对提交工作成果没有要求的，可以直接在来稿复印件上手写审查意见，并以回传的方式或复印留底后提交的方式，向委托人提交工作成果。

对于以电子文档方式提交的工作成果，可以电子邮件的方式提交，尤其是以邮件存放于服务器上的电子邮件方式提交，以便保留提交的证据。

14.3 如委托人有明确的指示或者由于关系重大，律师认为有必要的，应以正式的法律意见书的方式提交。法律意见书应描述委托人所提交的来稿及其他辅助材料、委托人对背景情况的介绍、委托人对于审查的要求，以及律师审查、分析所依据的法律，以及审查的结论。

一般情况下，在提供工作成果时应注明“以上意见仅供参考”。

14.4 提交审查工作成果，律师应履行附随的告知义务，对于审查的范围、委托人需要掌握的内容进行告知，防止委托人因误解或理解错误而造成损失。

特别是对于应由委托人自行决策或审查的内容，应当明确告知。如委托人要求的审查时间非常紧迫，应注明因委托人要求的时间较紧，只能提供目前的意见。

14.5 除非委托人因时间紧迫而放弃要求，否则律师所提交的审查意见应当是文字通顺、观点准确的正式结论，不应存在表述方面或法律方面的任何瑕疵，也不应存在任何不符合审查要求的问题。

对于无法确认的问题应当明确告知，不基于主观判断给予肯定的结论。

14.6 律师所提交的合同审查意见应当符合执业规范及职业操守，对原稿存在的问题或相对人的条款应客观评述而不应进行贬低。

除针对合同中存在的法律问题或其他缺陷，通过提醒、评述等方式提请委托人注意外，是否应当交易不属律师的工作范围，不应作为合同审查意见提出。

14.7 在提交工作成果以后，律师应主动关注委托人的反馈，以便发现工作中的问题、积累工作经验，便于工作质量的不断提高。

第三节企业税务健康检查

第15条企业税务健康检查定义

企业税务健康检查是指律师帮助企业全面、系统梳理其业务流程，明确各业务环节涉税风险点，及时发现企业在税务管理中存在的薄弱环节，纠正税务工作中的不合理、不合规现象，确保企业税务工作合规、有效地进行，达到有效控制税务风险的目的。

第16条税务健康检查资料收集

16.1 律师在接受委托人的委托时，应当收集分析所需要的各种资料，例如：试算平衡表、财务报表、各种税务报表、营业执照、付款收款流程、存货管理等。

16.2 必要时，律师应当进行实地调查并与企业的财务主管人员面谈或者讨论，了解企业的商业架构、详细的工作生产流程以及一些已经揭露但未引起管理层注意的问题等。

第17条企业税务健康检查的内容

律师在进行企业税务健康检查时主要从以下四个方面展开：

17.1 财务报表的税务健康检查。

17.2 纳税申报的整体税务健康检查。

17.3 重点税种的健康检查：包括企业所得税、增值税、营业税、个人所得税等。

17.4 发票管理的税务健康检查。

第18条编制《税务健康检查报告》

18.1 企业税务健康检查完成后，律师应当向企业发送《税务健康检查报告》，解释在检查中发现的问题以及可能的后果。

18.2 发送报告之后，律师可以与企业协调安排会议，向管理层解释发现的问题、可能的后果、可能的解决方案等。

第四节担任税务机关法律顾问

第19条税务机关聘请法律顾问的必要性

税务机关是行政执法部门，税务人员直接从事大量的一线执法工作，随着税收执法风险的增加，需要法律专业人士协助税务机关处理涉法事务，提供法律咨询，参与审查、起草、修改各种涉法文书，提供应对行政诉讼、行政复议等法律服务，提出具有前瞻性、有价值的法律建议，帮助防范和化解税收执法风险，同时定期对干部职工进行法制宣传和法律知识培训，提高执法水平。

第20条法律咨询

在日常的工作中涉及法律专业方面的问题，税务机关可以随时与律师进行沟通，确保税收行政行为的合法性。

第21条审查、起草、修改各种法律文书

21.1 对于税务机关在工作中出具的以及接受到的法律文件，可以委托律师进行审查，提前发现行政行为依据的证据缺失或法律适用不当或执法程序违法情况，提供审查意见，有需要的时候进行修改。

21.2 对于税务机关工作中需要用到的法律文件也可以委托律师起草。

第22条帮助防范和化解税收执法风险

22.1 在税务登记、申报纳税、发票管理、税务检查、纳税争议等方面，一些纳税人或扣缴义务人利用税务机关的管理漏洞，实施虚开发票、偷税、骗税等行为，增加了税务机关的执法风险。

22.2 税收法律法规具有一定的复杂性，税务机关工作人员在基层税收工作中经常遇到立法层级关系模糊、税收法律法规适用错误、税收执法依据适用不当等问题。

22.3 在税收执法中，律师可以为税务机关提供法律顾问服务，对涉及的法律法规和政策性规定进行梳理，协助税务工作人员提前规避执法风险。

第23条提供行政处罚听证、行政复议、行政诉讼的法律咨询或代理服务

23.1 律师可以在行政处罚、行政复议以及重大行政执法等环节，提供法律适用方面的专业技术支持，以确保行政执法程序合法、证据确实充分、适用法律适当。

23.2 律师可以在重大决策上参与论证，降低决策中的法律风险，确保重大决策的合法性。

第24条提供立法建议

在税务系统自上而下征集立法意见时，律师可以作为专业人士提出建议。

第25条对干部职工进行法制宣传和法律知识培训

通过举办防范税收执法风险法律知识讲座、座谈交流、以案说法等多种形式，为税务执法人员授课，提高税务行政执法人员的依法行政理念和行政执法队伍的执法水平，为全面提高税收执法满意度奠定基础。

第26条律师在提供服务时应当注意的事项

26.1 作为税务机关的法律顾问，律师应当遵守执业纪律，对获取的相关信息注意保密，同时不得利用该身份谋取不正当利益。

26.2 作为税务机关的法律顾问，在遇到利益冲突时，律师应当回避。

第二章

律师为企业提供税收优惠申请服务

第一节一般规定

第27条服务内容

律师为企业提供税收优惠申请法律服务的重点内容，主要包括：

27.1 为企业提供税务咨询，根据企业所属行业、资质，为企业提供获取税收优惠的方案；

27.2 符合地方政府出台的税收优惠政策的企业，律师为其提供区域税收优惠申请法律服务；

27.3 符合《中华人民共和国企业所得税法》等税法中行业税收优惠规定的企业，律师为其提供行业税收优惠申请法律服务；

27.4 律师在申请税收优惠的过程中以及获取税收优惠之后，为企业提供税务风险控制法律服务。

第28条服务准则

律师为企业提供税收优惠申请服务应遵循的准则主要包括如下几点：

28.1 合法性原则

合法性是要求内容合法与程序合法。内容合法，是指律师应依法为企业提供税务服务，不得在申请过程中，违法编造、捏造文件为企业骗取国家税收优惠；程序合法，是指律师在为企业提供税收优惠申请的过程中应遵循法定的程序。

28.1.1 谨慎利用合法性存疑的税收优惠政策。合法性存疑的税收优惠政策，主要是指除依据专门税收法律法规和《中华人民共和国民族区域自治法》规定的税政管理权限外，各地区自行制定的税收优惠政策，以及未经国务院批准，各部门起草的其他法律、法规、规章、发展规划和区域政策中规定的具体税收优惠政策。

28.1.2 谨慎利用不规范的非税财政收入优惠政策。不规范的非税财政收入优惠政策主要包括：享受行政事业性收费和政府性基金的违规减免或缓征、以优惠价格或零地价违规出让土地；低价获取的转让国有资产、国有企业股权以及矿产等国有资源；违反法律法规和国务院规定享受的社会保险缴费的减免或缓征，未经国务院批准低于统一规定费率缴费的待遇。

28.1.3 谨慎利用违法违规的财政支出优惠政策。违法违规的财政支出型优惠政策主要是指未经国务院批准，而各地区、各部门违法违规制定的对企业的财政优惠政策，多涉及与企业及其投资者(或管理者)缴纳税收或非税收入挂钩的财政支出优惠政策，包括先征后返、列收列支、财政奖励或补贴，以政府代缴或给予补贴等形式减免土地出让收入等。其他财政支出型优惠政策还包括：如代企业承担社会保险缴费等经营成本、给予电价水价优惠、通过财政奖励或补贴等形式吸引其他地区企业落户本地或在本地缴纳税费，对部分区域实施的地方级财政收入全留或增量返还等。

28.2 效率原则

企业向地方政府申请享受税收优惠政策的，律师应在地方相关部门规定的时间内，高效快捷地为企业提交申请资料，不无故拖延为企业递交材料的时间。

28.2.1 律师应及时提交相关申请材料。税收优惠申请资料的缴纳直接影响企业是否最终获得税收优惠，律师应在法律文件规定的到期日之前，妥当准备申请资料。

28.2.2 律师应追踪税收优惠申请结果。税收优惠政策的申请及获得，直接影响企业的利益。律师应追踪税收部门及相关机关的公告信息，并积极与相关部门沟通联系。在获取公告信息后，及时与企业取得联系，提醒企业向税务机关报备，以免给企业造成损失。

第二节律师为企业提供申请区域税收优惠法律服务

第29条沟通接洽

律师应协助企业与地方税务机关进行沟通接洽，帮助企业充分利用地方税收优惠政策减免税负。律师可以提供的法律服务包括：

29.1 律师协助企业了解地方税务机关所出台的税收优惠政策；

29.2 律师根据企业的情况，为企业制订申请优惠方案，确定企业可申请的税收优惠政策；

29.3 律师应积极与税务机关沟通，确定申请税收优惠政策所应准备的材料。

第30条法律文书撰写

律师为企业提供区域税收优惠申请所需文件，协助撰写相应的申请文书，具体包括：

30.1 律师应及时向企业提供税收优惠的申请资料清单，并告知相关注意事项；

30.2 律师应对企业准备的资料进行审查，确保资料的合法合规；

30.3 律师应按照地方政府相关部门的要求，协助企业撰写相应的申请文书。

第31条合作协议

在企业与地方政府之间需要合作协议时，为企业拟定与税收优惠申请相关的合同等法律文本，具体包括：

31.1 根据需要协助企业与地方政府签订税收优惠适用的合同，确定企业享受税收优惠的范围和年限；

31.2 对所签订合同的条款进行合法性审查，以防条款内容违背法律禁止性条款的规定。

第32条税收优惠政策清理

协助企业清理所享有的区域税收优惠政策，以防税收优惠政策失效，给企业造成损失，具体包括：

32.1 律师协助企业清理企业与政府签署的合同、协议。招商引资项目以“项目投资合同”等名义由当地政府或园区管理部门与投资方签署合作协议，该类合同或协议中，往往会就相关的“优惠政策”进行规定。律师应帮助企业审阅合同的终止条款及争议解决机制，特别是相关优惠政策的适用规则，或修改合同、协议，或达成补充协议等方式，以尽可能争取相应的补救或替代措施。

32.2 律师审查企业与政府备忘录、会谈或会议纪要。备忘录、会谈或会议纪要(备忘录性质的文件)，因其内容有别，往往具有不同的法律效力。如果备忘录具备合同成立的基本要素或要件且经双方签字确认，则该备忘录具有合同性质，产生类似合同的效力。但如果备忘录中虽记载了签署各方认可的相关事实，并就相关问题进行了讨论，但并未有约定、承诺或其他具有权利义务性质的表述，则该备忘录不能对签署各方产生法律上的约束力。律师应协助企业审查明确企业与政府签署的备忘录、会谈与会议纪要的性质。

32.3 律师审查企业获得的政府批复。律师应协助企业审查企业所获取的批复是否属于越权批复，即审查给出批复的部门是否具有相应的权力或授权进行相应事项的审批工作。

第三节律师为企业提供申请行业税收优惠法律服务

第33条行业税收优惠的申请

律师可以协助企业申请行业税收优惠。常见的税收优惠项目包括：

33.1 高新技术企业认定、复审及资质维持；

33.2 技术先进型服务企业认定；

33.3 软件企业及软件产品认定；

33.4 动漫企业及动漫产品认定；

33.5 科技企业研发费用加计扣除；

33.6 技术转让所得税减免；

33.7 “四技”收入增值税减免；

33.8 离岸服务外包增值税减免；

33.9 各种财政补贴、政府基金申请。

第34条企业资质审查

律师协助企业申请税收优惠，首先应当审查企业资质，确定其可申请的优惠项目。

第35条认定材料的准备

律师协助企业准备资质认定所需材料，具体包括：

35.1 向企业提供税收优惠的申请资料清单，协助企业按期准备申请资料；

35.2 对企业提供的资料进行合法合规性审查，确保企业提供的资料符合申请条件。

第36条认定资料的提交

律师协助企业提交资质认定资料，具体包括：

36.1 律师应在相关部门规定的期限内，提交企业的申请资料；

36.2 律师应及时与相关部门进行沟通，确保所提交资料的完整无误。

第37条税务备案

律师协助已享受税收优惠资质认定的企业向税务部门进行备案，具体包括：

37.1 追踪企业相应资质的申请情况，并及时通知企业；

37.2 协助企业准备完整无误的备案文件，及时向税务部门备案，确保企业及时享受税收优惠政策。

第38条企业资质的维持

律师对已获得资质的企业提供资质维持的服务，具体包括:

38.1 向企业提供资质维持注意事项书，设定企业资质维持的指标；

38.2 对所服务企业定期进行审查，确保企业资质合规；

38.3 根据税务部门或相关政府部门的最新政策，及时调整企业资质维持指标。

第四节律师提供相关税务风险控制法律服务

第39条风险控制

律师为企业提供税收优惠申请方案，应做好风险控制管理预案。

第40条风险审查

律师为企业提供税收优惠申请及获得的事前、事中、事后法律风险防控服务，具体包括：

40.1 评估企业申请获取税收优惠政策潜在的风险；

40.2 审查企业申请资料的合法合规性，防止因企业提供虚假文件用于税收优惠申请而承担法律风险；

40.3 企业获取相应税收优惠后，可根据双方的合意，为企业提供持续的月度、季度、年度咨询检查服务，防止企业因资质的缺失丧失税收优惠享有资格。

第41条合同纠纷的处理

律师协助企业防范地方政府的违约行为，解决企业与地方政府之间的合同纠纷，具体包括：

41.1 地方政府为招商引资需要，承诺财政返还、税收优惠项目吸引企业设立，后撤销合同的，律师可代表企业向地方政府要求赔偿；

41.2 政府违约撤销企业税收优惠的情形下，依法为企业争取权益，或提起行政诉讼；

41.3 代表企业与政府谈判，为企业降低因政府违约造成的损失。

第三章

企业专项税务规划服务

第一节企业投资税务规划

企业是以营利为目标的市场主体，在社会主义市场经济条件下，税收在经济环境中的要素地位越来越高，日渐成为影响企业投资决策的重要因素。

第42条了解企业投资目的

律师为企业提供投资税务规划法律服务，应首先充分了解企业投资的目的，是为了扩大企业规模还是取得投资收益，以确定投资税务规划服务的方向。

第43条明确企业投资需求

企业投资决策的影响因素除了税负，还有对政治形势、经济发展、资源供应等投资环境因素的考量，律师在为企业提供投资税务规划法律服务时，应该契合企业投资的整体需求。

第44条律师进行企业投资税务规划的内容

投资的组织形式、投资地点、投资方向以及投资方式都会影响企业整体税负，律师在给企业提供投资税务规划时，应对上述因素进行税负比较分析。但上述因素对税负的影响并非同向的，应权衡各因素后，选择最优方案。

44.1 组织形式

企业投资有三种组织形式：公司制企业、合伙企业或者个人独资企业。公司制企业营业利润缴纳企业所得税后，分配股息或红利时，仅对满足条件的居民企业直接投资于其他居民企业取得的投资收益免税，否则还需缴纳企业所得税。而对合伙企业以及个人独资企业，征收个人所得税。不同的组织形式，税负不同。律师在进行投资筹划时，应在符合企业投资目的和充分考虑企业投资需求的基础上，将企业组织形式作为重要的筹划因素。

44.2 企业投资地点

企业在选择投资地点时，应充分利用不同国家的税负差别或境内不同地区的区域性税收倾斜政策，以降低企业的整体税负。

选择境外投资，除了考虑投资东道国的整体税负，还应注意投资东道国与母国之间有无双边税收协定，以及税收协定关于税收抵免的相关规定，以避免双重征税。

选择境内投资，从目前我国的情况来看，由于地区发展的不平衡，存在大量区域性税收优惠政策。企业要充分利用这些税收优惠政策，在企业其他设立条件相同的情况下，尽可能选择这些地区作为投资地点，以减轻企业税负。

44.3 企业投资方向

为优化产业结构，各种行业性的税收优惠政策也应运而生。企业在选择投资行业和项目时，也应充分考虑给予相关行业的税收优惠。律师利用行业性的税收优惠政策进行税务规划，也可以达到国家和企业双赢的目的。

44.4 企业投资方式

企业投资按照投资对象不同和投资者对被投资者的生产经营是否实际参与控制和管理，分为直接投资和间接投资。直接投资是指掌握被投资企业的实际控制权的投资方式，直接投资可分为以货币投资或以非货币性资产投资；间接投资是指将资金用于股票、债券等金融性资产，以获取收益的投资方式。不同的投资方式涉及的税负存在差异，律师可利用这些差异降低企业税负。

第45条确定企业投资方案

在对投资的组织形式、投资地点、投资方向以及投资方式等因素进行税负分析及税务风险比较后，律师向企业出具具体投资方案，提示企业整体税负以及税务风险。

第46条实施企业投资方案

企业确定投资方案后，律师应从以下方面协助企业实施方案，以降低企业税负，控制企业税务风险：

46.1 履行相关税务行政机关核准或审批程序；

46.2 起草享受相关税收政策的涉税法律文书；

46.3 办理相关税务行政变更手续。

第二节企业并购重组税务规划

第47条了解并购重组目的

律师为企业提供并购重组税务规划法律服务，应首先充分了解企业并购重组目的，以确定税务规划服务的方向。

第48条明确并购重组需求

企业并购重组决策的影响因素除了税负，还有对资产价值、股权结构、治理结构等因素的考量，律师在为企业提供并购重组税务规划法律服务时，应该契合企业并购重组的整体需求。

第49条并购重组的税务尽职调查

进行税务尽职调查，以了解目标公司的税收环境和税负水平，揭示目标公司存在的税收风险和潜在问题，并在此基础上搭建交易结构和并购后的税收结构重组。

49.1 目标公司税务概况：目标公司的国家及地方税务登记证、税务账目的明细账、税务机关的税务审查报告以及税收减免或优惠的相关证明；

49.2 各项税收的具体情况：企业所得税、营业税、增值税、个人所得税、关税、印花税、房地产税、契税、城建税、教育附加税等各项税收的申报及缴纳情况；

49.3 激进的或不合理的税收安排；

49.4 与当地税务机关的口头约定，或非正式的税收减免；

49.5 企业所得税、流转税及个人所得税等各种税收的不合规处理；

49.6 没有文件支持的转移定价政策；

49.7 巨额的税务罚款、滞纳金风险。

第50条并购重组方式的选择

企业并购重组分为股权收购、资产收购、合并、分立以及债务重组等方式，各种方式的所得税及流转税等税负都有差异，并且，对于并购重组有减免征收流转税以及递延缴纳所得税的相关规定。在选择并购重组方式时，可选择满足条件的并购重组方式。

50.1 股权收购

股权收购，是指一家企业购买另一家企业的股权，以实现对被收购企业的控制的交易。收购企业支付对价的形式包括股权支付、非股权支付或两者的组合。

收购的股权对被收购企业全部股权的占比、股权支付金额对交易对价的占比分别达到一定比例，且满足其他法定条件，可适用特殊性税务处理，降低并购重组成本。

50.2 资产收购

资产收购，是指一家企业购买另一家企业实质经营性资产的交易。受让企业支付对价的形式包括股权支付、非股权支付或两者的组合。

收购的资产对被收购企业全部资产的占比、股权支付金额对交易对价的占比分别达到一定比例，且满足其他法定条件，可适用特殊性税务处理，降低并购重组成本。

50.3 企业合并

企业合并，是指一家或多家企业将其全部资产和负债转让给另一家现存或新设企业，被合并企业股东换取合并企业的股权或非股权支付，实现两个或两个以上企业的依法合并。

股权支付金额对交易对价的占比达到一定比例，或者在同一股权控制下，不需要支付对价，且满足其他法定条件，可适用特殊性税务处理，降低并购重组成本。

50.4 企业分立

企业分立，是指一家企业将部分或全部资产分离转让给现存或新设的企业，被分立企业股东换取分立企业的股权或非股权支付，实现企业的依法分立。

股权支付金额对交易对价的占比达到一定比例，且满足其他法定条件，可适用特殊性税务处理，降低并购重组成本。

50.5 债务重组

债务重组，是指在债务人发生财务困难的情况下，债权人按照其与债务人达成的书面协议或者法院裁定书，就其债务人的债务作出让步的事项。

企业债务重组确认的应纳税所得额对该企业当年应纳税所得额的占比达到一定比例，且满足其他法定条件，可适用特殊性税务处理，降低并购重组成本。

第51条出具并购重组方案

在对各并购重组方式进行税负分析及税务风险比较后，律师应向企业出具并购重组方案，提示企业整体税负以及税务风险。

第52条实施并购重组方案

企业确定并购重组方案后，律师应从以下方面协助企业实施方案，以降低企业税负，控制企业税务风险：

52.1 与目标公司或目标公司股东初步磋商；

52.2 签订企业并购重组意向书；

52.3 双方正式谈判并签订企业并购重组协议；

52.4 履行相关税务行政审批或备案程序；

52.5 办理相关税务行政变更手续。

第三节企业上市税务规划

第53条上市前的税务尽职调查

企业上市前，律师需要对企业税务进行尽职调查，主要包括以下方面：

53.1 企业税务概况：企业的税务登记证、税务账目的明细账、税务机关的税务审查报告以及税收减免或优惠的相关证明；

53.2 各项税收的具体情况：企业所得税、营业税、增值税、个人所得税、关税、印花税、房地产税、契税、城建税、教育附加税等各项税收的申报及缴纳情况；

53.3 激进的或不合理的税收安排；

53.4 与当地税务机关的口头约定，或非正式的税收减免；

53.5 企业所得税、流转税及个人所得税等各种税收的不合规处理；

53.6 没有文件支持的转移定价政策；

53.7 巨额的税务罚款、滞纳金风险。

第54条上市前企业税务规范化

上市前需要对企业税务进行规范，以达到上市要求。

54.1 规范税务操作；

54.2 针对企业与税务局的争议受托与税务机关交涉，维护企业的利益；

54.3 本着合法、合理的原则，为企业改进今后的纳税系统管理，并进行相关的税收策划；

54.4 针对专项税务操作方法，对企业办税人员进行培训。

第55条上市后目标架构的税务规划

考虑以下几个方面因素，搭建企业上市后的目标架构，以达到将来运营成本税负最优、化解潜在的税务风险、股利分配承担的税负最少、方便国外投资者进出等目的。

55.1 整个经营模式税负是否最优；

55.2 纳税身份是否有利；

55.3 是否充分利用了税收优惠。

第四节企业清算注销税务规划

第56条企业清算

公司清算可分为破产清算和非破产清算，破产清算是指在公司不能清偿到期债务的情况下，依照《中华人民共和国企业破产法》的规定所进行的清算；非破产清算是指在公司解散的情况下，依照《中华人民共和国公司法》的规定所进行的清算。

第57条清算程序中税收规划

《中华人民共和国企业破产法》第113条规定：破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：

57.1 破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；

57.2 破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；

57.3 普通破产债权。

破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算。

律师在办理破产清算案件时涉税业务中的重点之一是识别企业应付税款性质属于破产企业债务或破产清算费用，分别适用不同的清偿顺序。

《中华人民共和国公司法》规定：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。

以上第二清偿顺序中的税收，是指纳税人在清算前形成的欠缴税款。

属于破产清算费用的应付税款，是指企业破产清算过程中，为债权人共同利益在清算期间经营管理，如购、销形成的应付流转税款，在企业破产清算期间变卖资产还债形成的应付各种流转税。律师在提供清算注销税务规划服务时，对这部分税收进行合理规划，适用增值税、营业税、消费税、土地增值税、印花税等税收减免征收政策，以降低企业税负。

第58条清算企业所得税税务规划

58.1 清算所得的计算

企业的全部资产可变现价值或交易价格，减除资产的计税基础、清算费用、相关税费，加上债务清偿损益等后的余额，为清算所得。

对资产处置损失以及企业发生的坏账损失，如果需要在税前列支，均需向税务机关提出申请并获批准后，才能在税前扣除。

58.2 纳税年度的确定

企业应将整个清算期作为一个独立的纳税年度计算清算所得。在缴纳清算所得税的同时需要考虑企业以前年度是否有亏损以及实际可弥补的亏损金额。

税务律师在为企业提供清算注销税务规划服务时，可以通过规划企业清算日期，以减少企业清算应纳税所得额，以达到降低企业税负的目的。

第59条股东取得的剩余资产的税务处理

59.1 企业全部资产的可变现价值或交易价格减除清算费用，职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，结清清算所得税、以前年度欠税等税款，清偿企业债务，按规定计算可以向所有者分配的剩余资产。

59.2 被清算企业的股东分得的剩余资产的金额，其中相当于被清算企业累计未分配利润和累计盈余公积中按该股东所占股份比例计算的部分，应确认为股息所得；剩余资产减除股息所得后的余额，超过或低于股东投资成本的部分，应确认为股东的投资转让所得或损失。被清算企业的股东从被清算企业分得的资产应按可变现价值或实际交易价格确定计税基础。

第60条税务注销登记

清算完毕后，应在向工商行政管理机关或者其他机关办理注销登记前，向原税务登记机关办理注销税务登记。

第四章

国际税法服务

第一节外商投资中国税法服务

第61条税务尽职调查

61.1 律师为境外投资人提供税务尽职调查服务的主要目的，分别是识别和评估投资项目的税法风险以及为境外投资人评估境内投资项目价值提供涉税考量因素。律师可以为境外投资人提供专项的税务尽职调查服务，也可以为境外投资人提供综合性外商投资法律服务。

61.2 税务律师可以与外商投资类专业律师以业务合作的形式为境外投资人提供综合性的尽职调查服务。

61.3 开展税务尽职调查前期，律师应当与境外投资人就拟投资项目、投资方式、投资区域、产业、项目运营计划等进行充分沟通，同时了解拟投资项目的盈利模式和预期现金流量，为开展全面的税务尽职调查工作做好准备。

61.4 律师主要从以下方面开展税务尽职调查：

61.4.1 不同投资方式的税务成本，如新设企业与并购境内既存企业在股权出资与让与方面的税负区别以及涉及的不同税种；

61.4.2 拟投资项目未来面临的中国税法合规性义务，如纳税申报义务、关联申报义务、同期资料提交义务等；

61.4.3 拟投资项目所涉产业可以享受的税收优惠种类，如区域性税收优惠政策、税额减免优惠、加计扣除优惠、税率优惠等；

61.4.4 采用并购方式投资的，律师还应当对目标企业的股权结构、组织结构、所在地税收政策、历年来涉及各税种的纳税情况进行调查和核实，并审核目标企业的历年财务报表，查明潜在的税务违规风险。

61.5 律师在进行税务尽职调查过程中，应当根据需要与被收购企业方的财务负责人及当地工商、税务等政府机构、当地商会进行沟通和交流，收集证据后，要根据潜在的重大风险信息进行实地核实和调查。

61.6 律师在完成税务尽职调查后，应当结合证据资料撰写专项报告，在报告中着重说明潜在风险因素，提出规避税务风险的方法，并以电子和纸质方式提交委托人进行参考。

第62条搭建投资架构

62.1 律师可以为境外投资人提供境内投资股权架构设计方案的服务，满足委托人合理投资税负和减低法律风险的需要。

62.2 律师为委托人设计投资架构，应当着重从以下方面实施：

62.2.1 投资架构的设计应当有利于降低境内股权投资的税务成本；

62.2.2 投资架构的设计应当有利于降低境内后续融资的税务成本；

62.2.3 投资架构的设计应当有利于降低境内项目运营过程中的税务成本；

62.2.4 投资架构的设计应当有利于降低利润汇出境外的税务成本；

62.2.5 投资架构的设计应当有利于降低退出境内投资项目时的税务成本；

62.2.6 根据委托人需要，投资架构的设计应当便于安排境内项目未来在境外上市融资。

62.3 律师可以为委托人提供专项的投资架构咨询服务，也可以向委托人提供协助实施投资架构的服务。

62.4 律师在为委托人提供投资架构搭建服务时，应当向委托人说明投资架构可能涉及的税法风险、政府违约风险等相关法律风险，并提出防范和规避风险的法律建议。

62.5 律师应当为委托人提交纸质和电子的专项咨询意见。

第63条融资税法服务

63.1 律师可以为境外投资人提供在境内的融资税法服务，包括但不限于借贷融资与股权融资比例安排及资本弱化反避税税法风险的防范；私募股权基金的税务成本分析及有限合伙形式的税务成本分析。

63.2 律师提供融资税法服务的表现方式包括出具专项税法咨询意见、审查及修改投资各方的投融资协议等。

第64条申请税收优惠

64.1 律师可以代理境内项目方申请区域性及税种性的税收优惠，或者代表项目方与地方政府谈判，获取地方政府提供的地方财政支持。

64.2 律师应当代为向税务机关或者主管机关提交税收优惠申请资料，起草和审查项目方与地方政府签署的合同或协议，确保合同或者协议的合法性和有效性。

税收优惠服务的具体内容，参见本指引第二章的内容。

第65条申请税收协定优惠

65.1 律师可以代理境外投资方向中国政府申请所涉两国或地区之间的税收协定优惠。境内项目公司向境外投资方分配股息红利时，境外投资方符合受益所有人条件的，可以享受低税率的企业所得税税收优惠。

65.2 境外投资方需要享受以下税收协定条款规定的税收协定优惠待遇的，律师可以代理境外投资方向主管税务机关提出审批申请，并依照规定提交资料：

65.2.1 税收协定股息条款；

65.2.2 税收协定利息条款；

65.2.3 税收协定特许权使用费条款；

65.2.4 税收协定财产收益条款。

65.3 境外投资方需要享受以下税收协定条款规定的税收协定待遇的，律师可以代理境外投资方向主管税务机关办理备案手续，并依照有关规定提交资料：

65.3.1 税收协定常设机构条款；

65.3.2 税收协定营业利润条款。

65.4 律师可以为境外投资方审核其享受税收协定优惠的条件、评估税法风险以及提出补足建议等服务。境外投资方不符合受益所有人的，无权享受税收协定优惠待遇。律师在审核境外投资方受益所有人身份时，应当着重从以下五个方面进行：

65.4.1 境外投资方的经济实质，即是否有合理的实质性经营活动，是否有长期合理的积极所得；

65.4.2 境外投资方对来源于中国境内的所得是否拥有最终控制权，是否对该项所得承担主要风险；

65.4.3 境外投资方取得的来源于中国境内的所得是否与其资产、人员、规模等相适应；

65.4.4 境外投资方在其母国的税收负担情况；

65.4.5 境内公司是否存在重复支付劳务费、特许权使用费以及利息费用的情形。

律师可以向境外投资方出具受益所有人风险评估报告，并为委托人提供相应补足的建议。

65.5 主管税务机关在复核程序中对已享受税收协定优惠的境外投资方作出不予享受税收协定优惠决定并要求补缴税款、缴纳罚款和滞纳金的，律师可以代理境外投资方陈述理由、申辩意见，针对税务行政处罚，可以申请听证，提起行政复议或者诉讼。

第66条投资退出税务服务

66.1 律师可以为境外投资方退出中国境内的投资搭建股权退出的节税架构，代理境外投资方向中国主管税务机关申请税收协定优惠待遇以及防范中国税务机关的反避税管理和监督。

66.2 律师为境外投资方安排间接退出方案的，应当说明相应的反避税税法风险，并应当协助境外投资方履行相应的申报义务。

第67条间接财产转让合规服务

67.1 律师在服务非居民企业间接转让中国居民企业股权等财产时，应当特别注重这一安排的合理商业目的，不具有合理商业目的的间接转让行为，中国税务机关有权重新定性该间接转让交易为直接转让中国居民企业股权等财产。

67.2 律师可以为境外非居民企业提供审查合理商业目的的服务，律师在审查间接转让安排的合理商业目的时，应当着重从以下七个方面考虑：

67.2.1 境外企业股权主要价值是否直接或间接来自于中国应税财产；

67.2.2 境外企业资产是否主要由直接或间接在中国境内的投资构成，或其取得的收入是否主要直接或间接来源于中国境内；

67.2.3 境外企业及直接或间接持有中国应税财产的下属企业实际履行的功能和承担的风险是否能够证实企业架构具有经济实质；

67.2.4 境外企业股东、业务模式及相关组织架构的存续时间；

67.2.5 间接转让中国应税财产交易在境外应缴纳所得税情况；

67.2.6 股权转让方间接投资、间接转让中国应税财产交易与直接投资、直接转让中国应税财产交易的可替代性；

67.2.7 间接转让中国应税财产所得在中国可适用的税收协定或安排情况。

67.3 非居民企业间接转让中国居民企业股权等财产存在以下情形之一的，中国税务机关有权直接认定为直接转让中国财产，律师应当审查委托人的交易情形是否属于以下情形，并提出规避风险、修补交易形式的法律建议：

67.3.1 境外企业股权75%以上价值直接或间接来自中国应税财产；

67.3.2 间接转让中国应税财产交易发生前一年内任一时点，境外企业资产总额（不含现金）的90%以上直接或间接由在中国境内的投资构成，或间接转让中国应税财产交易发生前一年内，境外企业取得收入的90%以上直接或间接来源于中国境内；

67.3.3 境外企业及直接或间接持有中国应税财产的下属企业，虽在所在国家（地区）登记注册，以满足法律所要求的组织形式，但实际履行的功能及承担的风险有限，不足以证实其具有经济实质；

67.3.4 间接转让中国应税财产交易在境外应缴所得税税负低于直接转让中国应税财产交易在中国的可能税负。

67.4 律师可以代理间接转让中国居民企业股权等财产的境外非居民企业向中国税务机关履行合规申报，但这并非一项法定义务，在申报时可以提交的资料主要有：

67.4.1 股权转让合同或协议的中英文版本；

67.4.2 股权转让前后的企业股权架构图的中英文版本；

67.4.3 境外企业及直接或间接持有中国应税财产的下属企业上两个年度财务、会计报表的中英文版本。

67.5 当中国税务机关要求间接转让中国应税财产的交易双方、筹划方以及被间接转让股权的中国居民企业提供交易资料时，上述四方主体均有法定义务提交以下资料，律师可以协助各方履行资料提交的合规义务：

67.5.1 股权转让合同或协议的中英文版本；

67.5.2 股权转让前后的企业股权架构图的中英文版本；

67.5.3 境外企业及直接或间接持有中国应税财产的下属企业上两个年度财务、会计报表的中英文版本；

67.5.4 有关间接转让中国应税财产交易整体安排的决策或执行过程信息；

67.5.5 境外企业及直接或间接持有中国应税财产的下属企业在生产经营、人员、账务、财产等方面的信息，以及内外部审计情况；

67.5.6 用以确定境外股权转让价款的资产评估报告及其他作价依据；

67.5.7 间接转让中国应税财产交易在境外应缴纳所得税情况。

67.6 境外投资方因间接转让中国居民企业股权等财产与中国税务机关的反避税处理决定产生争议的，律师可以根据《一般反避税管理办法（试行）》（国家税务总局令第32号）的有关规定实施法律救济服务。

参见本指引第7条的内容。

第二节中国企业“走出去”税法服务

第68条税务尽职调查

税务尽职调查工作的开展请参见本指引第61条的规定。

第69条搭建投资架构

69.1 由于商业实体性质的不同、投资架构的不同会直接影响投资者的整体税负，因此律师可以为境内企业在境外投资提供投资架构搭建的税法服务，比较不同投资架构的税负差别，分析不同投资架构的税法风险，并提出相应的法律意见。

69.2 律师为境内企业提供投资架构咨询服务时，应当出具至少包含以下两个方面的咨询意见：

69.2.1 子公司与分公司的税务比较分析，如居民纳税人的认定、纳税申报核算义务、税收优惠政策的适用性等；

69.2.2 直接投资与间接投资的税务比较分析，如融资的税负成本及风险、投资运营过程中利润汇回的安排、投资退出环节的免税间接转让等。

第70条海外利润节税

70.1 律师可以为境内企业在境外投资的海外利润进行节税筹划并提供咨询服务，包括但不限于以下方面：

70.1.1 关于股息、利息、特许权使用费方面税收协定优惠待遇的申请；

70.1.2 离岸避税地公司账户的有效运行；

70.1.3 规避中国税法关于受控外国企业反避税管理的风险。

第71条投资退出税务

71.1 律师可以为境内企业在境外投资的退出进行节税架构和交易筹划并提供咨询服务，包括但不限于以下方面：

71.1.1 关于财产转让收益方面税收协定优惠待遇的申请；

71.1.2 间接转让海外持股公司的筹划；

71.1.3 规避投资所在国关于反避税管理的风险。

第72条境外所得抵免

72.1 律师可以为境内企业提供境外所得抵免的筹划和申请服务，可以为委托人出具法律咨询意见，也可以直接代理境内企业申请抵免优惠。

72.2 律师可以为境内企业提供如下数据的计算及审核服务：

72.2.1 分国（地区）别的境外所得的应纳税所得额；

72.2.2 分国（地区）别的可抵免境外所得税税额；

72.2.3 分国（地区）别的境外所得税的抵免限额；

72.3 境内企业的境外投资项目在投资所在国享受了经所在国与中国政府签订的税收协定承认的税收优惠时，律师可以为境内企业的境外投资所得申请享受饶让抵免优惠待遇。

第三节转让定价与反避税服务

第73条关联申报服务

73.1 中国居民企业和在中国境内设立机构、场所并据实申报缴纳企业所得税的非居民企业有义务报送《企业年度关联业务往来报告表》，律师可以为上述义务主体提供关联申报的审核和代理报送服务。

73.2 律师可以代理上述义务主体向主管税务机关申请延期进行关联申报。

第74条同期资料合规服务

74.1 企业应在关联交易发生年度的次年5月31日之前准备完毕该年度同期资料，并自税务机关要求之日起20日内提供。

74.2 属于下列情形之一的企业，可免于准备同期资料：

74.2.1 年度发生的关联购销金额（来料加工业务按年度进出口报关价格计算）在2亿元人民币以下且其他关联交易金额（关联融通资金按利息收付金额计算）在4 000万元人民币以下，上述金额不包括企业在年度内执行成本分摊协议或预约定价安排所涉及的关联交易金额；

74.2.2 关联交易属于执行预约定价安排所涉及的范围；

74.2.3 外资股份低于50%且仅与境内关联方发生关联交易。

律师可以根据以上规定审核企业的实际情况，明确企业的同期资料合规义务。

74.3 律师可以作为独立第三方为企业撰写制作关联交易同期资料的审核报告，或者为企业自己制作同期资料提供内容指导服务。

律师为企业撰写同期资料时，应当在前期与委托人的财务负责人进行沟通，获取相应资料，客观、公正、合规地在同期资料中披露企业依法应当披露的信息，并正确合理地选择可比企业和转让定价方法，论证企业的关联交易定价是否符合独立交易原则。

第75条转让定价

75.1 企业的关联交易不符合独立交易原则的，税务机关有权实施特别纳税调整，律师可以为企业提供转让定价纳税调整的风险识别、评估以及在合理定价方面的咨询服务。

75.2 律师可以集中审查企业有关年度涉及转让定价的关联交易类型、金额、合同或协议，包括：

75.2.1 有形资产购销；

75.2.2 无形资产转让及使用；

75.2.3 融通资金；

75.2.4 提供劳务。

75.3 律师可以从定价是否符合独立交易原则以及关联交易是否具有经济实质两个方面，审核企业有关年度关联交易的税法风险。

在定价是否符合独立交易原则方面，核心的税法风险点包括：

75.3.1 企业利润水平不合理，长期亏损、微利或者跳跃性盈利；

75.3.2 集团内定价政策不一致且不合理；

75.3.3 偏离定价没有合理理由。

在关联交易是否具有经济实质方面，核心的税法风险点包括：

75.3.4 关联交易是否具有合理商业目的；

75.3.5 企业承担的经济负担是否有公平合理的对价，是否能为企业带来实际利益，是否与企业在集团内承担的功能、风险及资产水平相一致；

75.3.6 企业取得的经济利益是否与成本费用相匹配，是否与企业在集团内承担的功能、风险及利润水平相一致；

75.3.7 关联方取得的经济利益是否与成本费用相匹配，是否与关联方承担的功能、风险及资产水平相一致。

75.4 律师针对企业在关联交易方面存在的税法风险，可以为企业提供合理修正关联交易定价、完善关联交易各方经济实质等方面的法律服务。

75.5 律师可以代理企业与主管税务机关就企业未来年度关联交易的定价原则和计算方法申请签署预约定价安排协议，具体包括预备会谈、正式申请、审核评估、磋商、签订安排和监控执行六个阶段。

预约定价安排一般适用于同时满足以下条件的企业：

75.5.1 年度发生的关联交易金额在4 000万元人民币以上；

75.5.2 依法履行关联申报义务；

75.5.3 按规定准备、保存和提供同期资料。

75.6 集团企业内部签署并执行关于无形资产或劳务的成本分摊协议时，律师可以代理企业向税务机关进行备案。

已经执行并形成一定资产的成本分摊协议，参与方发生变更或者协议终止执行的，律师可以协助企业履行独立交易原则的合规处理。

律师可以为企业提供成本分摊协议的同期资料撰写、制作和管理服务。

律师针对集团内部的成本分摊协议，可以采用商业目的测试和经济实质测试的方法，评估涉税风险，防范不得税前扣除的税法风险。

75.7 主管税务机关对企业转让定价交易实施特别纳税调查调整程序的，律师可以代理企业提供争议处理服务。

具体内容参见本指引第78条。

第76条受控外国企业

76.1 受境内企业或个人控制、设立在避税地的企业，并非出于合理经营的需要而对利润不作分配或减少分配的，税务机关有权实施特别纳税调整。律师可以为企业提供受控外国企业反避税风险识别、评估和合规管理的咨询服务。

76.2 律师在识别和评估企业受控外国企业反避税风险时，应当主要考察以下三个风险点：

76.2.1 受控外国企业年度利润水平；

76.2.2 受控外国企业所在地税率水平及实际税负成本；

76.2.3 受控外国企业利润的构成情况以及股息、利息、特许权使用费等消极所得和积极所得所占的比例情况。

76.3 受控外国企业并非由于合理经营需要而对利润不作分配或减少分配的，其利润中应归属于中国企业的部分，税务机关有权调整计入中国企业的当期收入，并缴纳企业所得税。律师可以代理企业就该争议提供争议解决服务。

具体内容见本指引第78条。

第77条资本弱化

77.1 境内企业从境内外关联方取得贷款并将产生的超额利息在税前扣除的，税务机关有权实施特别纳税调整，律师可以为企业提供资本弱化反避税的风险识别、评估和管理咨询服务。

77.2 律师在评估和识别企业资本弱化风险时，应当着重从以下三个方面考察：

77.2.1 企业年度的关联债资比例是否符合安全港比例，即金融企业5∶1，非金融企业2∶1；

77.2.2 企业年度债权性融资总额、权益性融资总额、利息费用支出总额的计算和审核；

77.2.3 超额利息支出的计算和审核。

77.3 企业要求扣除其年度超额利息支出的，需要向税务机关提交同期资料，证明企业的超额利息支出符合独立交易原则，律师可以代理企业制作、准备并向税务机关提交以下同期资料：

77.3.1 企业偿债能力和举债能力分析；

77.3.2 企业集团举债能力及融资结构情况分析；

77.3.3 企业注册资本等权益投资的变动情况说明；

77.3.4 关联债权投资的性质、目的及取得时的市场状况；

77.3.5 关联债权投资的货币种类、金额、利率、期限及融资条件；

77.3.6 企业提供的抵押品情况及条件；

77.3.7 担保人状况及担保条件；

77.3.8 同类同期贷款的利率情况及融资条件；

77.3.9 可转换公司债券的转换条件；

77.3.10 其他能够证明符合独立交易原则的资料。

第78条特别纳税调查调整应对

78.1 税务机关对企业实施转让定价、资本弱化或受控外国企业特别纳税调查调整立案的，律师可以协助企业向税务机关提交同期资料。

78.2 税务机关对企业实施现场调查的，律师应当审核税务机关出具的《税务事项通知书》，了解税务机关的调查情况和基本结论，核对确认《企业关联关系认定表》《企业关联交易认定表》和《企业可比性因素分析认定表》。

78.3 税务机关下达特别纳税调查初步调整方案之前，律师应当收集证明企业关联交易定价符合独立交易原则的资料并与税务机关开展沟通协商，充分论证定价符合独立交易原则和合理性。

78.4 税务机关下达特别纳税调查初步调整方案后，律师应当代理企业与税务机关进行协商谈判，并在一定期限内提交异议资料。

78.5 税务机关审核企业异议后送达《特别纳税调查初步调整通知书》，律师可以代理企业向税务机关进一步提出异议，并与税务机关进行协商审议。

78.6 税务机关二次审核企业异议后出具《特别纳税调查调整通知书》，律师可以代理企业提请行政复议及行政诉讼。

具体内容参见本指引第六章。

第79条一般反避税调查调整应对

79.1 律师可以为企业实施一般反避税的风险识别、评估和管理咨询服务，着重为企业审核以下风险交易行为：

79.1.1 滥用税收优惠；

79.1.2 滥用公司组织形式；

79.1.3 滥用税收协定优惠；

79.1.4 利用避税港避税；

79.1.5 其他不具有合理商业目的的安排。

79.2 律师可以采用商业目的测试和经济实质测试的方法从以下两个方面考察上述风险交易：

79.2.1 以获取税收利益为唯一目的或主要目的；

79.2.2 以形式符合税法规定、但与其经济实质不符的方式获取税收利益。

79.3 税务机关针对企业上述风险交易实施一般反避税调查并向企业出具《税务检查通知书》的，律师可以协助企业准备以下资料并代理企业向税务机关提交：

79.3.1 交易或安排的背景资料；

79.3.2 交易或安排的商业目的等说明文件；

79.3.3 交易或安排的内部决策和管理资料，如董事会决议、备忘录、电子邮件等；

79.3.4 交易或安排涉及的详细交易资料，如合同、补充协议、收付款凭证等；

79.3.5 与其他交易方的沟通信息；

79.3.6 可以证明交易或安排不属于避税安排的其他资料。

律师可以代理企业向税务机关申请延期提交上述资料。

79.4 税务机关向企业出具《特别纳税调查初步调整通知书》后，律师可以代理企业自收到之日起7日内提出异议。

79.5 税务机关审核企业提出异议并向企业出具《特别纳税调查调整通知书》后，律师可以代理企业提请行政复议和行政诉讼。

第五章

个人税法服务

第一节个人财富管理税法服务

第80条房地产租赁所得

80.1 个人出租房地产取得的财产租赁收入应当缴纳个人所得税、营业税、房产税等，律师可以为个人提供各税种的计算、审核、税收优惠申请、纳税申报等服务。

80.2 房地产租赁的营业税纳税义务

80.2.1 出租境内房地产的出租人是营业税的纳税义务人，取得租赁收入款项当天是营业税纳税义务的发生时间，出租人应当根据《中华人民共和国营业税暂行条例》的规定，按期申报营业税并履行缴纳义务。

80.2.2 律师在计算和审核客户的营业税纳税义务时，应当考虑以下税收优惠政策因素的影响：

（1）税额减免优惠；

（2）税率减免优惠；

（3）起征点税收优惠：纳税人月营业额未达到月起征点或者按次营业额未达到按次起征点的，营业额全额免除营业税。

80.2.3 纳税人每期申报缴纳营业税时，还要附带申报并交纳城市维护建设税及教育附加费，计税依据是营业税的税额。

80.3 房地产租赁的房产税纳税义务

出租人出租房地产的，属于房产税的纳税义务人，纳税义务发生时间是出租人交付房屋使用的次月，纳税人应当按年计算房产税税额，并分期申报缴纳，主管税务机关是房地产所在地的税务机关。

律师在计算和审核客户的营业税纳税义务时，应当考虑税率减免优惠因素的影响。

80.4 房地产租赁的个人所得税纳税义务

80.4.1 个人取得的房屋租赁收入属于财产租赁所得的征税范围，承租人是扣缴义务人，应当履行扣缴义务。

80.4.2 律师在计算和审核客户的个人所得税纳税义务时，应当考虑以下税收优惠政策因素的影响：对个人出租住房取得的所得减按10%的税率征收个人所得税。

80.4.3 房屋租赁的应纳税额=应纳税所得额×税率。

每月租金收入低于4 000元时，应纳税所得额=每月租金收入-准予扣除项目-修缮费用-800元；每月租金收入高于4 000元时，应纳税所得额=（每月租金收入-准予扣除项目-修缮费用）×（1-20%）。

准予扣除的项目包括房屋租赁过程中缴纳的营业税、城建教育附加、房产税等税费以及转租人向出租人支付的租金，修缮费用每月扣除额不得超过800元，超过部分可以在以后月份继续扣除。

80.5 个人出租、承租住房签订的租赁合同，免征印花税。

80.6 个人出租住房的，免征城镇土地使用税。

第81条房地产转让所得

81.1 个人转让房地产取得的财产转让收入应当缴纳个人所得税、营业税等，律师可以为个人提供各税种的计算、审核、税收优惠申请、纳税申报等服务。

81.2 房地产转让的营业税纳税义务

81.2.1 转让境内房地产的个人是营业税的纳税义务人，取得转让收入款项当天是营业税纳税义务的发生时间，转让个人应当根据《中华人民共和国营业税暂行条例》的规定按期申报营业税并履行缴纳义务。

81.2.2 律师在计算和审核客户的营业税纳税义务时，应当考虑以下税收优惠政策因素的影响：

（1）税前扣除优惠待遇；

（2）税额减免优惠待遇。

（3）区分普通住房与非普通住房的优惠待遇。

普通住房与非普通住房的标准及办理免税的具体程序按照国家税务总局的相关规定执行。

81.2.3 营业税的应纳税所得额=营业额×税率，税率为5%。

81.2.4 纳税人每期申报缴纳营业税时，还要附带申报并交纳城市维护建设税及教育附加费，计税依据是营业税的税额。

81.3 房屋买卖双方均需要履行印花税的缴纳义务。

81.4 房地产转让的个人所得税：

81.4.1 个人取得的房屋转让收入属于财产转让所得的征税范围，房屋受让方是扣缴义务人，应当履行转让方个人所得税的扣缴义务。

81.4.2 律师在计算和审核客户的个人所得税纳税义务时，应当考虑税额减免优惠政策因素的影响。

81.4.3 房屋转让的应纳税额=应纳税所得额×税率=（收入总额-房屋原值-合理费用）×20%。

收入总额以实际成交价格确定，申报成交价明显低于市场价格且无正当理由的，税务机关有权核定收入。

房屋原值包括购买时实际支付的房价款及缴纳的税费、土地出让金等。

合理费用包括住房装修费、支付的住房贷款利息、手续费、公证费以及转让过程中产生的税金。

81.5 在土地增值税方面，个人转让普通住宅的暂免征收土地增值税；个人转让原自用非普通住宅时，经向税务机关申报核准，凡居住满5年或5年以上的，免征土地增值税，居住满3年未满5年的，减半征收土地增值税，居住未满3年的，按规定计征土地增值税。

81.6 房屋转让过程中产生的契税的纳税义务人是房屋受让方。

第82条股权投资所得

82.1 个人投资持有非上市公司股权并取得的分红收入，属于个人所得税的股息红利所得的征税范围，被投资企业是扣缴义务人，应当履行扣缴义务。

82.1.1 应纳税额=应纳税所得额×税率，应纳税所得额=股息红利总额，不扣除任何费用，税率为20%。

82.1.2 律师需要把握的一项税收优惠是：外籍个人从境内外商投资企业取得的股息、红利免征个人所得税。

82.2 个人转让非上市公司股权取得的股权转让收入，属于个人所得税的财产转让所得的征税范围，股权受让方是扣缴义务人，应当履行扣缴义务。

82.2.1 应纳税额=应纳税所得额×税率=（收入-股权原值-合理费用）×20%。

82.2.2 个人股权转让的情形主要包括：

（1）出售股权；

（2）公司回购股权；

（3）股权被司法或行政机关强制过户；

（4）以股权对外投资或进行其他非货币性交易；

（5）以股权抵偿债务；

（6）其他股权转移行为。

82.2.3 股权转让收入包括转让方取得的各种款项、实物、有价证券及其他形式的经济利益。存在以下情形之一的，税务机关可以核定股权转让收入：

（1）申报的股权转让收入明显偏低且无正当理由的；

（2）未按照规定期限办理纳税申报，经税务机关责令限期申报，逾期仍不申报的；

（3）转让方无法提供或拒不提供股权转让收入的有关资料的。

税务机关应当依次按净资产核定法、类比法以及其他合理方法核定股权转让收入。

82.2.4 个人应当向税务机关提供完整、准确的股权原值凭证，不能提供的，税务机关可以核定股权原值。股权原值依照以下方法确认：

（1）以现金出资方式取得的股权，按照实际支付的价款与取得股权直接相关的合理税费之和确认股权原值；

（2）以非货币性资产出资方式取得的股权，按照税务机关认可或核定的投资入股时非货币性资产价格与取得股权直接相关的合理税费之和确认股权原值；

（3）被投资企业以资本公积、盈余公积、未分配利润转增股本，个人股东已依法缴纳个人所得税的，以转增额和相关税费之和确认其新转增股本的股权原值。

82.2.5 具有下列情形之一的，扣缴义务人、纳税人应当在次月15日内向被投资企业所在地地税机关申报纳税：

（1）受让方已支付或部分支付股权转让价款的；

（2）股权转让协议已签订生效的；

（3）受让方已经实际履行股东职责或者享受股东权益的；

（4）国家有关部门判决、登记或公告生效的；

（5）税务机关认定的其他有证据表明股权已发生转移的情形。

82.2.6 扣缴义务人、纳税人在办理纳税申报时，还应当向税务机关报送以下资料：

（1）股权转让合同（协议）；

（2）股权转让双方身份证明；

（3）按规定需要进行资产评估的，需提供具有法定资质的中介机构出具的净资产或土地房产等资产价值评估报告；

（4）计税依据明显偏低但有正当理由的证明材料。

第83条股票投资所得

83.1 个人投资持有上市公司股票并取得的股息红利收入，属于个人所得税的股息红利所得的征税范围，上市公司是扣缴义务人，应当履行扣缴义务。

83.1.1 个人的应纳税额=应纳税所得额×税率，应纳税所得额=股息红利收入总额，税率为20%。

83.1.2 律师在计算和审核个税时，应当考察以下税收优惠的影响：

（1）个人从公开发行和转让市场取得的上市公司股票，持股期限在1个月以内（含1个月）的，其股息红利所得全额计入应纳税所得额；

（2）持股期限在1个月以上至1年（含1年）的，暂减按50%计入应纳税所得额；

（3）持股期限超过1年的，暂减按25%计入应纳税所得额。

83.2 个人转让上市公司股票取得的股票转让收入，属于个人所得税的财产转让所得的征税范围，股票受让方是扣缴义务人。律师应当把握的一项税收优惠是，目前，对个人转让上市公司股票取得的所得持续暂免征收个人所得税，因此，股票受让方暂予免除扣缴义务。

83.3 自2010年1月1日起，对个人转让上市公司限售股取得的所得，按照财产转让所得适用20%的税率征收个人所得税。

83.3.1 上市公司限售股主要有两类，分别是:

（1）上市公司股权分置改革完成后股票复牌日之前股东所持原非流通股股份，以及股票复牌日至解禁日期间由上述股份孳生的送、转股；

（2） 2006年股权分置改革新老划断后，首次公开发行股票并上市的公司形成的限售股，以及上市首日至解禁日期间由上述股份孳生的送、转股。

83.3.2 国家税务总局以通知的形式规定了以下限售股的转让均需要缴纳个人所得税：

（1）个人从机构或其他个人受让的未解禁限售股；

（2）个人因依法继承或家庭财产依法分割取得的限售股；

（3）个人持有的从代办股份转让系统转到主板市场的限售股；

（4）上市公司吸收合并中，个人持有的原被合并方公司限售股所转换的合并方公司股份；

（5）上市公司分立中，个人持有的被分立方公司限售股所转换的分立后公司股份。

83.3.3 个人转让上市公司限售股个人所得税的应纳税额=应纳税所得额×20%，应纳税所得额=限售股转让收入-限售股原值-合理税费。

限售股转让收入是指转让限售股股票实际取得的收入。

限售股原值是指限售股买入时的买入价及按照规定缴纳的有关费用。

合理税费是指转让限售股过程中发生的印花税、佣金、过户费等与交易相关的税费。

如果纳税人未能提供完整、真实的限售股原值凭证，不能准确计算限售股原值的，税务机关有权按照限售股转让收入的15%核定限售股原值及合理税费。

83.3.4 限售股转让个人所得税，以个人股东开户的证券机构为扣缴义务人，由证券机构所在地主管税务机关负责征收管理。

83.4 营业税方面，律师应当把握一个基本的税收优惠规定，即对个人从事外汇、有价证券、非货物期货和其他金融商品买卖业务取得的收入，暂不征收营业税。

第84条债券、债权投资所得

84.1 个人投资债券取得债券利息收入的，应当缴纳个人所得税，利息支付方是扣缴义务人，应当履行扣缴义务。

84.1.1 个人取得国债利息收入、国家金融债券利息收入以及教育储蓄利息收入的，免征个人所得税。

84.1.2 个人债券利息收入的应纳税额=应纳税所得额×税率=利息收入×20%。

84.2 个人转让债券取得债券转让收入的，应当按照财产转让所得缴纳个人所得税，债券受让方是扣缴义务人，应当履行扣缴义务。债券转让暂不征收营业税。

84.3 个人处置债权取得的所得应当按照财产转让所得缴纳个人所得税，债权受让方是扣缴义务人，应当履行扣缴义务。

应纳税额=应纳税所得额×税率=（被处置债权收入-被处置债权成本费用-合理税费）×20%。

第85条基金投资所得

85.1 个人投资封闭式基金获得的差价收入，在对个人买卖股票的差价收入未恢复征收个人所得税以前，暂不征收个人所得税。

85.1.1 个人从基金分配中获得的股票的股息、红利收入以及企业债券的利息收入，由上市公司和发行债券的企业在向基金派发股息、红利、利息时代扣代缴20%的个人所得税，基金向个人投资者分配股息、红利、利息收入时，不再代扣代缴个人所得税。

85.1.2 个人从基金分配中获得的国债利息、储蓄存款利息以及买卖股票价差收入，在国债利息收入、个人储蓄存款利息收入以及个人买卖股票差价收入未恢复征收所得税以前，暂不征收所得税。

85.1.3 个人从基金分配中获得的企业债券差价收入，应对个人投资者征收个人所得税，税款由基金在分配时依法代扣代缴；对企业投资者从基金分配中获得的债券差价收入，暂不征收企业所得税。

85.2 个人投资开放式基金申购和赎回基金单位取得的差价收入，在对个人买卖股票的差价收入未恢复征收个人所得税以前，暂不征收个人所得税。

85.2.1 对基金取得的股票股息、红利收入，债券的利息收入、储蓄存款利息收入，由上市公司、发行债券的企业和银行在向基金支付上述收入时代扣代缴20%的个人所得税。

85.2.2 对个人从基金分配中取得的收入，暂不征收个人所得税。

85.2.3 个人通过开放式基金份额拆分方式获得的份额，暂不征收个人所得税。

第86条境外所得申报

86.1 个人取得境外所得存在以下情形的，应自行申报纳税：

86.1.1 境外所得来源于两处以上；

86.1.2 取得境外所得没有扣缴义务人、代征人。

律师可以为个人提供代理纳税申报服务。

86.2 纳税人在境外已缴纳的个人所得税税额，能提供境外税务机关填发的完税凭证原件的，准予按照税法及其实施条例的规定从应纳税额中抵扣。

律师可以代理纳税人申报境外所得纳税抵免。

第87条代理纳税申报

87.1 纳税人存在以下情形的，有义务进行自行申报：

87.1.1 个人年所得在12万元以上；

87.1.2 个人有境外所得；

87.1.3 个人从境内两处以上取得工资、薪金所得；

87.1.4 个人取得应税所得，但没有扣缴义务人。

律师可以代理个人办理年度自行纳税申报。

87.2 纳税申报地点根据以下方法确定：

87.2.1 个人年所得在12万元以上的：受雇单位所在地或者户籍所在地或者经常居住地。

87.2.2 个人有境外所得的：户籍所在地或经常居住地。

87.2.3 个人取得应税所得没有扣缴义务人的：实际经营所在地或个人独资企业、合伙企业所在地。

87.3 律师应当根据《中华人民共和国个人所得税法》的规定在法定期限内完成纳税人的代理申报工作。

第二节员工计划与股票期权

第88条取得全年一次性奖金

88.1 个人从单位取得全年一次性奖金所得，应当按照税法规定计算和缴纳个人所得税，由单位履行代扣代缴义务。个人取得全年一次性奖金包含以下情形：

88.1.1 个人取得年薪；

88.1.2 个人取得的年度绩效工资；

88.1.3 单位低于构建成本价对职工售房；

88.1.4 个人取得非上市公司的股票期权。

88.2 个人取得全年一次性奖金与个人取得的当月收入，分别计算个人所得税额，税额分摊到12个月中，并于取得月累积计算，具体方法如下：

88.2.1 当个人取得全年一次性奖金的月份的当月收入低于费用扣除时：

用［奖金-（费用扣除-当月收入）］÷12来确定税率和速算扣除数；

奖金的应纳税额=［奖金-（费用扣除-当月收入）］×税率-速算扣除数。

88.2.2 当个人取得全年一次性奖金的月份取得的当月收入高于费用扣除时：

用奖金÷12来确定税率和速算扣除数；

奖金的应纳税额=奖金×税率-速算扣除数。

88.3 律师应当注意，在为个人和个人所在单位提供个税服务时，需要明确个人取得全年一次性奖金的税务处理，每年只准许一次，并且不适用于半年度奖金和季度奖金。个人取得的半年度奖金、季度奖金、加班奖、先进奖、考勤奖等，一律与当月收入合并，按税法规定缴纳个人所得税。

第89条企业年金

89.1 企业年金是企业及其雇员在依法参加基本养老保险的基础上，自愿建立的补充养老保险的一种形式，主要由个人缴费、企业缴费和年金投资收益三部分组成，税法对个人缴费和企业缴费的个人所得税处理作出了规范。

89.2 企业年金个人所得税的计算原则是，个人缴费部分不允许在个人当月工资、薪金所得税前扣除，企业缴费计入个人账户部分属于个人所得，应缴纳个人所得税：

89.2.1 当个人当月收入+企业缴费部分小于或等于费用扣除的，不予征税；

89.2.2 当个人当月收入+企业缴费部分大于费用扣除的，对超额部分按照税法规定缴纳个人所得税。

第90条退休计划

90.1 法定退休

90.1.1 个人依法符合法定退休条件并在原雇用单位办理法定退休手续后每月领取的退休金、离退休生活补助金，暂不征收个人所得税。

90.1.2 个人退休后又在原雇用单位任职或者在新雇用单位任职并领取工资、薪金的，应当按照工资、薪金所得由雇用单位依法代扣代缴个人所得税。退休收入和再任职收入分开处理。

90.2 内部退养

个人办理内部退养手续后从原任职单位取得的一次性收入，应当按照以下方法计算个人所得税：

用一次性补偿÷（内退当年至法定退休的所剩年限×12）+当月收入-费用扣除确定税率和速算扣除数；

当月应纳税额=（一次性补偿+当月收入-费用扣除）×税率-速算扣除数

90.3 提前退休

机关、企事业单位对未达到法定退休年龄、正式办理提前退休手续的个人支付一次性补贴的，应当按照以下方法计算个人所得税：

用一次性补偿÷（提前退休当年至法定退休的所剩年限×12）-费用扣除确定税率和速算扣除数；

当月应纳税额={［一次性补偿÷（提前退休当年至法定退休的所剩年限×12）-费用扣除］×税率-速算扣除数}×（提前退休当年至法定退休的所剩年限×12）。

第91条裁员计划

91.1 个人因与用人单位解除劳动关系而取得的一次性补偿收入，其收入在当地上年度职工平均工资3倍数额以内的部分，免征个人所得税；超过部分按规定征收个人所得税。

91.2 个人从破产企业取得的一次性安置费收入免征个人所得税。

91.3 具体计算方法如下：

确定免征额=3×当地上年职工平均年工资；

确定月份数：以个人在单位工作的年份作为视同取得收入的月份数，如果工作年份超过12年的，以12个月计算月份数；

用（补偿-免征额）÷月份数-费用扣除确定税率和速算扣除数；

当月应纳税额={［（补偿-免征额）÷月份数-费用扣除］×税率-速算扣除数}×月份数。

第92条股权激励计划

92.1 员工接受雇主授予的股票期权指定的股票为上市公司股票的，应当按照税法规定计算和缴纳个人所得税。

92.2 员工取得不公开交易的股票期权的，在授权时不计征个人所得税，在员工行权时计征个人所得税，在员工行权前将股票期权转让取得的收入并入当月的工资、薪金所得计征个人所得税。

具体计算方法如下：

确定月份数：用员工履行工作的月份数作为计征个税的月份数，超过12个月的以12个月计算；

员工行权后：用股票期权的行权收益÷月份数确定税率和速算扣除数；

应纳税额=（股票期权的行权收益÷月份数×税率-速算扣除数）×月份数。

92.3 员工取得可以公开交易的股票期权的，在授权时计征个人所得税，在员工行权时不计征个人所得税，在员工行权前将股票期权转让取得的收入，按照财产转让所得计征个人所得税。

具体计算方法如下：

确定月份数：用员工履行工作的月份数作为计征个税的月份数，超过12个月的以12个月计算；

雇主授权时：用授权日股票期权的市场价格÷月份数确定税率和速算扣除数；

应纳税额=（授权日股票期权的市场价格÷月份数×税率-速算扣除数）×月份数。

第六章

税务争议法律服务

第一节接受委托

第93条律师事务所接受委托

律师应当与委托人就委托事项范围、内容、权限、费用、期限等进行协商，经协商达成一致后，由律师事务所与委托人签署委托协议。

第94条不得接受委托的情形

有下列情形之一的，律师及律师事务所不得与当事人建立或维持委托关系：

94.1 律师在同一案件中为双方当事人担任代理人，或代理与本人或者其近亲属有利益冲突的法律事务的；

94.2 律师办理诉讼或者非诉讼业务，其近亲属是对方当事人的法定代表人或者代理人的；

94.3 曾经亲自处理或者审理过某一事项或者案件的行政机关工作人员、审判人员、检察人员、仲裁员，成为律师后又办理该事项或者案件的；

94.4 同一律师事务所的不同律师同时担任同一刑事案件的被害人的代理人和犯罪嫌疑人、被告人的辩护人，但在该区域内只有一家律师事务所且事先征得当事人同意的除外；

94.5 同一律师事务所的不同律师同时担任争议双方当事人的代理人，或者本所或其工作人员为一方当事人，本所其他律师担任对方当事人的代理人的；

94.6 在非诉讼业务中，除各方当事人共同委托外，同一律师事务所的律师同时担任彼此有利害关系的各方当事人的代理人的；

94.7 在委托关系终止后，同一律师事务所或同一律师在同一案件后续审理或者处理中又接受对方当事人委托的；

94.8 其他与本条第一项至第七项情形相似，且依据律师执业经验和行业常识能够判断为应当主动回避且不得办理的利益冲突的情形。

第二节税务行政处罚听证

第95条税务行政处罚听证范围

税务机关对个人作出2 000元以上（含本数）罚款或者对单位作出1万元以上（含本数）罚款的行政处罚之前，应当向当事人送达《税务行政处罚事项告知书》，告知当事人已经查明的违法事实、证据、行政处罚的法律依据和拟将给予的行政处罚，并告知有要求举行听证的权利。税务机关应当在收到当事人听证要求后15日内举行听证，并在举行听证的7日前将《税务行政处罚听证通知书》送达当事人，通知当事人举行听证的时间、地点，听证主持人的姓名及有关事项。

第96条税务行政处罚听证管辖

税务行政处罚听证由拟作出税务行政处罚决定的税务机关管辖。

第97条律师代理税务行政处罚听证

在税务行政处罚听证程序中，当事人可以亲自参加听证，也可以委托1—2人代理。律师代理税务行政处罚听证的，应当取得当事人出具的代理委托书。代理委托书应当注明有关事项，并经税务机关或者听证主持人审核确认。

第98条税务行政处罚听证申请

律师代理提出税务行政处罚听证申请，应当在《税务行政处罚事项告知书》送达后3日内向税务机关书面提出听证申请，提交《税务行政处罚听证申请书》，逾期不提交的，视为放弃听证权利。

第99条《税务行政处罚听证申请书》的主要内容

一般情况下，律师撰写《税务行政处罚听证申请书》包含以下内容：

（1）持有异议的行政处罚决定；

（2）提出听证的主要事实和理由；

（3）听证申请人信息；

（4）听证委托代理人信息；

（5）其他需要在《税务行政处罚听证申请书》中写明的事项。

第100条税务行政处罚听证主持人

税务行政处罚听证，由税务机关负责人指定的非本案调查机构的人员主持。听证主持人是本案当事人的近亲属，或者与本案有直接利害关系或其他关系可能影响公正听证的，律师应当代为提出回避申请。

第101条税务行政处罚听证程序

101.1 律师代理税务行政处罚听证程序，应审查听证程序是否合法。发现程序有违法情形时，通过法律途径解决。

101.2 听证开始时听证主持人应当首先声明并出示税务机关负责人授权主持听证的决定，然后查明当事人或者其代理人、本案调查人员、证人及其他有关人员是否到场；宣布案由；宣布听证会的组成人员；告知当事人有关的权利义务；记录员宣读听证会场纪律。

101.3 听证过程中，由本案调查人员就当事人的违法行为予以指控，并出示事实证据材料，提出行政处罚建议。律师应就所指控的事实及相关问题进行申辩和质证。

101.4 辩论由案件调查人员发言，当事人或其代理人答辩，然后双方辩论。律师应尽职尽责代表当事人就争议事项进行辩论。

101.5 在辩论终结时，律师应代表当事人作出最后陈述。

第102条阅读听证笔录

102.1 律师应当仔细阅读听证笔录，认为有遗漏或者有差错的，请求补充或者改正。

102.2 听证笔录没有错误的，律师可以代理当事人在听证笔录上签字或由当事人亲自签字或盖章。

第三节税务行政复议

第103条税务行政复议范围

103.1 律师代为提出税务行政复议之前，应当审查争议事项是否属于税务行政复议范围。

103.2 可以申请行政复议的范围有：

103.2.1 具体行政行为

（1）征税行为，包括：

①确认纳税主体、征税对象、征税范围、减税、免税、退税、抵扣税款、适用税率、计税依据、纳税环节、纳税期限、纳税地点和税款征收方式等具体行政行为;

②征收税款、加收滞纳金;

③扣缴义务人、受税务机关委托的单位和个人作出的代扣代缴、代收代缴、代征行为等。

（2）行政许可、行政审批行为。

（3）发票管理行为，包括发售、收缴、代开发票等。

（4）税收保全措施、强制执行措施。

（5）行政处罚行为，包括罚款、没收财物和违法所得、停止出口退税权。

（6）不依法履行下列职责的行为，包括颁发税务登记证，开具、出具完税凭证、外出经营活动税收管理证明，行政赔偿，行政奖励，其他不依法履行职责的行为。

（7）资格认定行为。

（8）不依法确认纳税担保行为。

（9）政府信息公开工作中的具体行政行为。

（10）纳税信用等级评定行为。

（11）通知出入境管理机关阻止出境行为。

（12）其他具体行政行为。

103.2.2 可以申请“一并审查”的事项

（1）国家税务总局和国务院其他部门的规定;

（2）其他各级税务机关的规定;

（3）地方各级人民政府的规定;

（4）地方人民政府工作部门的规定。

上述所列的规定不包括规章。

第104条税务行政复议管辖

104.1 律师代为提起税务行政复议，应当准确认定税务行政复议的管辖机关。

104.2 税务行政复议案件，按照下列方式确定管辖机关：

104.2.1 对各级国税局的具体行政行为不服的，向上一级国税局申请行政复议。

104.2.2 对各级地税局的具体行政行为不服的，可以选择向上一级地税局申请或者向该税务局的本级人民政府申请行政复议。省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会、人民政府对地方税务局的行政复议管辖另有规定的，从其规定。

104.2.3 对国家税务总局的具体行政行为不服的，向国家税务总局申请行政复议。对行政复议不服，可以向人民法院起诉，也可以向国务院申请裁决，国务院的裁决为最终裁决。

104.2.4 对下列税务机关的具体行政行为不服，按照下列规定申请行政复议：

（1）对计划单列市税务局具体行政行为不服的，向省税务局申请行政复议。

（2）对税务所(分局)、各级税务局的稽查局具体行政行为不服的，向其所属税务局申请行政复议。

（3）对两个以上税务机关共同作出的具体行政行为不服的，向共同上一级税务机关申请行政复议;对税务机关与其他行政机关共同作出的具体行政行为不服的，向共同上一级行政机关申请行政复议。

（4）对被撤销的税务机关在撤销以前作出的具体行政行为不服的，向继续行使其职权的税务机关的上一级税务机关申请行政复议。

（5）对税务机关作出逾期不缴纳罚款加处罚款的决定不服，向作出行政处罚决定的税务机关申请(是本级，不是上一级)。但是对已处罚款和加处罚款都不服的，向作出行政处罚决定的税务机关的上一级税务机关申请行政复议。

对前述第（2）—（5）种情形，申请人也可以向具体行政行为发生地的县级地方人民政府提交行政复议申请，由接受申请的县级人民政府依法转送。

104.2.5 税务机关依照法律、法规和规章规定，经上级税务机关批准作出具体行政行为的，向批准机关的上一级行政机关申请行政复议。申请人对经重大税务案件审理程序作出的决定不服的，向审理委员会所在税务机关的上一级行政机关申请行政复议。

第105条税务行政复议申请

105.1 律师代为提出税务行政复议申请，应当在当事人知道税务机关作出具体行政行为之日起60日内提出。因不可抗力或者被申请人设置障碍等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。

105.2 当事人对征税行为不服的，律师代为提出税务行政复议申请前，当事人依照税务机关根据法律、行政法规确定的税额、期限，缴纳或者解缴税款及滞纳金或者提供相应担保的，在实际缴清税款和滞纳金后或者所提供的担保得到作出具体行政行为的税务机关确认之日起60日内提出行政复议申请。

105.3 律师代为提出税务行政复议申请，应当提交行政复议申请书。行政复议申请书应当载明下列事项：

（1）申请人的姓名、性别、年龄、职业、住址（法人或其他组织的名称、地址、法定代表的姓名）；

（2）代理人的姓名、单位、律师执业证号、联系方式；

（3）被申请人的名称、地址；

（4）申请复议的要求和理由；

（5）要符合税务申请复议的范围，并注明是否已经依照税务机关根据法律、行政法规确定的税额缴纳或者解缴税款及滞纳金，并附有关证明材料；

（6）提出复议申请的日期。

第106条申请人或律师陈述意见

106.1 税务机关受理税务行政复议后，律师可以指导申请人或代为向税务机关提出陈述意见的要求。

106.2 律师代为陈述意见，应当态度谦逊、有理有据，并提交书面委托代理意见，充分阐述观点。

第107条税务行政复议决定

107.1 复议机关作出复议决定的，律师应当审查其作出的复议决定程序及作出的复议决定是否合法。

107.2 复议机关应当自受理申请之日起60日内作出行政复议决定。情况复杂，不能在规定期限内作出行政复议决定的，经复议机关负责人批准，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30日。

107.3 复议机关内部有关工作机构应当对被申请人作出的具体行政行为进行合法性与适当性审查，提出意见，经复议机关负责人同意，按照下列规定作出行政复议决定：

107.3.1 具体行政行为认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，内容适当的，决定维持。

107.3.2 被申请人不履行法定职责的，决定其在一定期限内履行。

107.3.3 具体行政行为有下列情形之一的，决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法；决定撤销或者确认该具体行政行为违法的，可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为：

（1）事实不清、证据不足的；

（2）适用依据错误的；

（3）违反法定程序的；

（4）超越或者滥用职权的；

（5）具体行政行为明显不当的。

107.3.4 被申请人不按照规定提出书面答复，提交当初作出具体行政行为的证据、依据的，应决定撤销该具体行政行为。

第四节税务行政诉讼

第108条税务行政诉讼的受案范围

律师代为提起税务行政诉讼，应当首先确认争议是否属于税务行政诉讼的受案范围。税务行政诉讼的受案范围包括：

108.1 对税务机关行政处罚不服。税务机关作出的行政处罚主要有：罚款、没收违法所得、没收非法财物、取消增值税一般纳税人资格。

108.2 对税务机关税收强制执行措施不服。《中华人民共和国税收征收管理法》规定了以下税收强制执行措施：

108.2.1 税务机关书面通知税务行政相对人的开户银行，直接从其存款中扣缴税款；

108.2.2 税务机关扣押、查封、依法拍卖或者变卖其价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产，以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

108.3 认为税务机关侵犯法定经营自主权。所谓经营自主权，指税务行政相对人在法律规定的范围内，自主调配自己的人力、物力、财力进行自主经营的权利。

108.4 认为税务机关没有正当理由而对要求颁发有关证件的申请予以拒绝或者不予答复。包括明确拒绝或逾期不予答复。

108.5 认为税务机关违法要求履行义务。如乱征税款、重复征税等。

108.6 对税务机关作出的税收保全措施不服。根据《中华人民共和国税收征收管理法》的规定，税收保全措施包括：

108.6.1 书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构冻结纳税人的金额相当于应纳税款的存款；

108.6.2 扣押、查封纳税人的价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产。

108.7 对税务机关作出的责令税务行政相对人提供纳税担保行为不服。

108.8 对税务机关复议行为不服。

108.9 对税务机关通知出境管理机关阻止纳税人出境行为不服。

108.10 对税务机关的征税行为不服。包括征收税款、加征滞纳金、减税、免税、抵税、退税、代收代缴、代扣代缴等行为。

第109条税务行政诉讼管辖

109.1 律师代理税务行政诉讼，应当向有管辖权的人民法院提起诉讼。

109.2 税务行政诉讼案件由最初作出具体行政行为的税务机关所在地人民法院管辖。经复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。

109.3 第一审税务行政诉讼案件由基层人民法院管辖。

109.4 中级人民法院管辖下列第一审税务行政诉讼案件：

109.4.1 对国家税务总局所作的具体行政行为提起诉讼的案件；

109.4.2 本辖区内重大、复杂的案件。

109.5 高级人民法院管辖本辖区内重大、复杂的第一审税务行政案件。

109.6 最高人民法院管辖全国范围内重大、复杂的第一审税务行政案件。

第110条税务行政诉讼的起诉和受理

110.1 律师代理委托人提起税务行政诉讼，应当保证起诉符合条件。提起税务行政诉讼的条件有：

110.1.1 原告是认为税务行政行为侵犯其合法权益的纳税人、纳税担保人或扣缴义务人等。有权提起诉讼的公民死亡的，其近亲属可以提起诉讼。“近亲属”包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有抚养、赡养关系的亲属。有权提起诉讼的法人或其他组织终止的，承受其权利义务的法人或其他组织可以提起诉讼。

110.1.2 必须要有明确的被诉税务机关。公民、法人或其他组织直接向人民法院提起诉讼的，作出行政行为的税务机关为被告。但在税收实践中，还有很多具体的情况需要具体分析来确定被告。

（1）对税务行政机关的内设机构或者派出机构在没有法律、法规或者规章授权的情况下，以自己名义作出的具体行政行为，当事人不服提起行政诉讼的，应当以该税务行政机关为被告。

（2）法律、法规或规章授权行使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，当事人不服提起行政诉讼的，应当以被授权机构或组织为被告。

（3）经过复议的案件，复议决定维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的税务机关和复议机关为共同被告；复议决定改变原具体行政行为的，复议机关为被告；复议机关在法定期限内不作出复议决定，当事人对原具体行政行为不服提起诉讼的，应当以作出原具体行政行为的税务机关为被告；当事人对复议机关不作为不服提起诉讼的，应当以复议机关为被告。

（4）行政机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关为被告。具体有三种情况：有新设立的行政机关取代被撤销的行政机关，则新设立的行政机关为被告；被撤销的行政机关并入另一个行政机关，接受合并的行政机关为被告；行政机关被撤销后，既没有设立新的行政机关取代，也没有并入另一个行政机关，则作出撤销决定的行政机关为被告。

110.1.3 有具体的诉讼请求和事实根据。

（1）诉讼请求是原告通过人民法院针对被告提出的，希望获得法院司法保护的实体权利要求。它将决定法院审理和裁判的内容，因此必须明确、具体。主要有以下几种：

①要求撤销被诉具体行政行为；

②要求变更显失公正的行政处罚决定；

③要求被告履行法定职责；

④要求确认具体行政行为违法；

⑤要求行政机关给予国家赔偿。

（2）事实依据是指原告向人民法院起诉所依据的事实和根据，包括案件情况和证据。值得注意的是，要求原告提供事实根据是为了证明存在行政争议，而不是要求原告提供证据证明被诉具体行政行为违法，税务行政诉讼的举证责任由税务机关承担。

110.1.4 起诉的案件属于法院受案范围和受诉法院管辖。

110.1.5 法律、法规规定在起诉前必须向行政机关申请复议的，应经过行政复议或者复议机关逾期不作复议决定后才能起诉。

110.1.6 必须在法定期限内提起行政诉讼。当事人直接向法院提起行政诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起6个月内提出。经复议后起诉的案件，应当在收到复议决定书之日起15日内向人民法院提起诉讼；复议机关逾期不作决定的，申请人可以在复议期限届满（一般为60日）之日起15日内向人民法院提起诉讼，法律另有规定的除外。

110.2 依法需复议前置的案件，委托人对复议决定不服的，律师方可代为起诉。

110.3 除复议前置的案件外，委托人可以自由选择对税务行政行为进行复议或诉讼。选择复议的，对复议决定不服的，应在法定期限内提起行政诉讼。选择诉讼的，律师可以代为在知道作出具体行政行为之日起6个月内提出诉讼。

110.4 人民法院对起诉进行审查后，应作如下处理：

110.4.1 对于符合起诉条件的，受诉法院必须收到诉状之日起7日内立案，并通知原告。

110.4.2 对不符合起诉条件的，受诉法院应在受到起诉状之日起7日内作出不予受理裁定。起诉人对不予受理裁定不服的，可在收到裁定书之日起10日内向上一级法院提出上诉。

110.4.3 对起诉条件有欠缺的，受诉法院可以要求起诉人限期补正。起诉人补正后，经审查，符合法定条件的，人民法院应当受理。

110.4.4 受诉法院在收到起诉状之日起7日内，不能决定是否受理的，应当先予受理。受理后经审查不符合起诉条件的，裁定驳回起诉。

第111条税务行政诉讼的审理

税务行政诉讼中的第一审程序只有普通程序，没有简易程序和特别程序。律师代理税务行政诉讼，应当审查诉讼审理程序是否合法。律师发现审理程序违法的，通过法律途径解决。税务行政诉讼的第一审程序具体包括以下几个步骤：

111.1 审理前的准备

审理前的准备，是指人法院在受理案件后至开庭审理前，为保证庭审工作的顺利进行，由审判人员依法进行的一系列准备工作的总称。

111.1.1 组成合议庭

与民事诉讼不同，合议庭是法院审理行政案件唯一的组织形式。合议庭依照法律规定由3人以上的单数审判员或者审判员和陪审员组成。合议庭组成人员确定之后，应当在3日内告知当事人。

111.1.2 交换诉状

交换诉状主要是向被告和原告发送有关文书。一方面，人民法院应在立案之日起5日内，将起诉状副本和应诉通知书发送被告，通知被告应诉；被告应当在收到起诉状副本之日起15日内向法院提交作出具体行政行为的证据、依据，并提供答辩状。另一方面，人民法院应在受到被告答辩状之日起5日内，将答辩状副本发送原告。

111.1.3 审查诉讼文书和调取证据

合议庭应当审查诉讼文书，并根据被告提供的证据及案情决定是否需要调查取证。《中华人民共和国行政诉讼法》第39条规定，人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。第40条规定，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。但是，不得为证明行政行为的合法性调取被告作出行政行为时未收集的证据。

111.2 开庭审理

开庭审理是指在法院合议庭主持下，依法定程序对当事人之间的税务行政争议案件进行审理，查明案件事实，适用相应的法律、法规，并最终作出裁判的活动。

111.2.1 宣布开庭

由审判长宣布开庭。先由书记员查明当事人和其他诉讼参加人是否到庭；宣布法庭纪律。再由审判长核对当事人，宣布案由，宣布审判人员、书记员名单，告知当事人有关的诉讼权利义务，询问当事人是否提出回避申请等。

111.2.2 法庭调查

法庭调查是庭审的重要阶段，主要任务是通过当事人陈述和证人作证，出示书证、物证和视听资料，宣读现场笔录、鉴定结论和勘验笔录，查明案件事实，审查核实证据，为法庭辩论奠定基础。法庭调查的基本顺序是：

（1）当事人陈述。法庭调查开始，应首先听取当事人的陈述，由原告陈述自己的主张及事实和证据，由被告陈述自己的答辩主张及事实和证据，有第三人的，应由第三人陈述自己参加诉讼的理由及事实和证据。当事人陈述的顺序是先原告，后被告，再第三人。

（2）证人出庭作证。在证人出庭作证时，审判人员应告知证人的权利和义务，然后让证人作证。对不到庭的证人的书面证言，应当庭宣读。证人作证和宣读证言后，当事人和第三人可以向证人发问，要求证人作答。

（3）出示书证、物质和视听资料。当事人提供的证据和法院收集的证据，都应当在开庭时出示，并让当事人辨别真伪。书证的内容应当庭宣读，物证应当庭出示，不能当庭出示的，可以出示照片或复制品，视听资料应当庭播放，必要时，运用科学技术手段辨别真伪。

（4）宣读鉴定结论。对案件有关专门问题进行科学鉴定的，应当庭宣读鉴定结论。有鉴定人出庭作鉴定说明的，当事人、第三人经法庭许可，可以向鉴定人发问，也可以要求重新鉴定，是否允许，由法庭决定。

（5）宣读勘验笔录。法院对现场或物证进行勘验时所作的勘验笔录，应当在法庭调查时宣读，拍摄的照片或绘图，都应在法庭出示。

111.2.3 法庭辩论

法庭辩论是指在合议庭主持下，各方当事人就本案事实和证据及被诉具体行政行为的法律依据，阐明自己的观点，论述自己的意见，反驳对方的主张，进行言词辩论的诉讼活动。法庭辩论的顺序是：原告及其诉讼代理人发言；被告及其诉讼代理人答辩；第三人及其诉讼代理人发言或答辩。

111.2.4 合议庭评议

法庭辩论结束后，合议庭休庭，由全体成员对案件进行评议。合议庭评议是在法庭调查和法庭辩论的基础上，正确适用法律，对案件事实和证据进行客观、全面的分析判断，力求作出正确的结论。

111.2.5 宣告判决

合议庭评议结束作出判决后，能够当庭宣判的，当庭宣判，并将判决书在10日内送达当事人，不能当庭宣判的，可以定期宣判。

第112条税务行政诉讼的判决

112.1 税务行政诉讼的审理结果可以分为判决和裁定两种。判决是法院根据事实，依据法律、法规，参照规章，对审理的行政争议作出的实体性裁判。裁定是在行政诉讼过程中针对程序性问题作出的裁决。行政裁定与行政判决具有同等的法律效力。

112.2 税务行政诉讼的一审判决，是人民法院在第一审程序中所作出的判决，是人民法院对案件初次作出的判决，当事人对其不服的，有权向上一级人民法院提出上诉。

112.3 根据行政诉讼判决的性质，一审判决分为维持判决、撤销判决、履行判决、变更判决、确认判决和驳回诉讼请求判决等。

112.3.1 维持判决

维持判决是指人民法院通过审理，认为具体行政行为合法有效，从而作出否定原告对被诉具体行政行为的指控，维持被诉具体行政行为的判决。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第69条的规定，具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持。因此，维持判决必须符合三个条件：

（1）证据确凿，即具体行政行为所依据的证据确实可靠，并足以证明具体行政行为认定的事实存在。

（2）适用法律、法规正确，即被诉具体行政行为所适用的法律、法规及相应条款正确合理，而且处理的性质、形式和程序等符合法律法规的规定。

（3）符合法定程序，即在法律法规明确规定有实施具体行政行为的程序时，作出被诉具体行政行为必须严格遵循法定程序。符合法定程序包括下述具体要求：符合法定方式、符合法定形式、符合法定手续、符合法定步骤、符合法定时限等。

112.3.2 撤销判决

撤销判决，是指人民法院经过对案件的审查，认定被诉具体行政行为部分或者全部违法，从而部分或全部撤销被诉具体行政行为，并可以责令被告重新作出具体行政行为的判决。根据行政诉讼法的规定，撤销判决可分为三种形式：一是全部撤销，适用于整个具体行政行为全部违法或具体行政行为部分违法但具体行政行为不可分；二是部分撤销，适用于具体行政行为部分违法，部分合法，且具体行政行为可分，人民法院只作出撤销违法部分的判决；三是判决撤销并责令被告重新作出具体行政行为，适用于违法具体行政行为撤销后，尚需被告对具体行政行为所涉及事项作出处理的情形。具体行政行为有下列情形之一的，人民法院可以作出撤销判决：

（1）主要证据不足，即被诉具体行政行为缺乏必要的证据，不足以证明被诉具体行政行为所认定的事实情况。

（2）适用法律、法规错误，即行政机关错误地适用了法律法规或者法律法规的条款。

（3）违反法定程序，即行政机关在实施具体行政行为时违反了法律规定的作出该行为应当遵循的步骤、顺序、方式和时限等要求。

（4）超越职权，即行政机关实施具体行政行为超越了法律、法规授予其的权力界限，实施了无权实施的具体行政行为。主要表现有：行政机关行使了宪法、法律没有授予的权力或行使了法律、法规授予其他行政机关的权力；超越了行政机关行使权力的地域范围；超过法定时间行使权力；超过了法律、法规规定的数额规定等。

（5）滥用职权，即行政机关有实施行政行为的权力，并且其行为形式上也合法，但是行政机关行使权力的目的违反法律、法规赋予其该项权力的目的。主要表现为：动机不良；明知违法却基于个人利益、单位利益，假公济私或者以权谋私；作出极不合理的具体行政行为；不考虑应当考虑的因素；考虑了不应当考虑的因素等。

112.3.3 履行判决

履行判决，是指人民法院经过审理认定被告负有法定职责无正当理由而不履行，责令被告限期履行法定职责的判决。履行判决必须同时满足三个条件：

（1）被告负有履行某项义务的法定职责；

（2）被告没有履行该法定职责，没有履行包括不履行和拖延履行两种；

（3）被告没有履行法定职责无正当理由。人民法院判决履行法定职责，应当指定履行的期限。

112.3.4 变更判决

变更判决，是指经人民法院审理，认定行政处罚行为显失公正，运用国家审判权直接改变行政处罚行为的判决。人民法院对行政处罚行为作出变更判决，原则上只能减轻不能加重。变更判决可以在下列情况下作出：

（1）变更判决只能针对行政处罚行为才能作出，对于其他具体行政行为，法院无权行使司法变更权。

（2）行政处罚行为显失公正。所谓行政处罚“显失公正”，是指行政处罚虽然在形式上不违法，但处罚结果明显不公，损害了公民、法人或其他组织的合法权益。在实践中，显失公正的典型表现形式就是畸轻畸重、同样情况不同对待、不同情况相同对待、反复无常等。

112.3.5 确认判决

确认判决，是指人民法院通过对被诉具体行政行为的审查，确认被诉具体行政行为合法或违法的一种判决形式。确认判决按照被诉具体行政行为合法与否的结果，可分为确认具体行政行为合法的判决和确认具体行政行为违法的判决。在有下列情形之一时，法院应当作出确认判决：

（1）被告不履行法定职责，但判决责令履行法定职责已无实际意义的。

（2）被诉具体行政行为违法，但不具有可撤销内容的。如行政机关作出具体行政行为时，不制作、不送达决定书，而该具体行政行为又属违法行为，即可适用此判决形式。

（3）被诉具体行政行为依法不成立或无效的。被诉具体行政行为不成立是指被诉具体行政行为的作出不符合行政行为成立的条件，不能产生法律效力的行为。被诉具体行政行为无效，是指被诉具体行政行为存在重大违法情形或依法不可能成立的行为。由于被诉具体行政行为依法不能成立或无效，法院无从撤销，因而作出确认其无效的判决。

（4）被诉具体行政行为违法，但撤销将给国家利益和公共利益带来重大损失的。不过，为了保护当事人的合法权益，法院应同时判令被告采取相应的补救措施，若造成损害的，还应判决承担赔偿责任。

112.3.6 驳回原告的诉讼请求

驳回原告的诉讼请求，是指人民法院经审理认为原告的诉讼请求依法不能成立，但又不适宜对被诉具体行政行为作出其他类型的判决。它主要适用于下列情形：

（1）原告起诉被告不作为，理由不能成立的；

（2）被诉具体行政行为合法但不合理；

（3）被诉具体行政行为合法，但因法律政策的变化需要变更或废止的；

（4）其他情形。

第113条税务行政诉讼的二审

113.1 当事人不服人民法院第一审判决的，律师可以在判决书送达之日起15日内代为向上一级法院提起上诉；当事人不服第一审裁定的，律师可以在裁定书送达之日起10日内代为向上一级法院提起上诉。逾期不提起上诉的，人民法院的第一审判决或裁定发生法律效力。

113.2 二审法院收到上诉状之后，对以下三项内容进行审查：

113.2.1 诉讼主体是否适合。凡第一审程序中的原告、被告、第三人及其法定代理人、经授权的委托代理人，都有权提起上诉。对于最高人民法院作出的一审判决、裁定，不得提起上诉。

113.2.2 未超过法定的上诉期限。

113.2.3 上诉必须递交符合法律要求的上诉状。经审查，符合以上条件的，应当予以受理。

113.3 就审理程序而言，上诉案件的审理，与第一审案件大致相同。但二审程序也有几项特殊之处：

113.3.1 审理方式。二审可以采用两种审理方式，一是书面审理，适用于事实清楚的案件；二是开庭审理，适用于当事人对原审法院认定的事实有争议，或者二审法院认为原审法院认定的事实不清楚的案件。

113.3.2 审理对象。第二审人民法院审理上诉案件，对原审法院的裁判和被诉具体行政行为是否合法进行全面审查，不受上诉范围的限制。

112.3.3 审理期限。自收到上诉状之日起两个月内作出终审判决，有特殊情况需要延长的，由高级人民法院批准。高级人民法院审理上诉案件需要延长的，由最高人民法院批准。

113.4 我国实行两审终审制，二审判决即为终审判决，当事人不能提出上诉。二审判决有以下三种类型：

113.4.1 维持判决，是指二审法院通过对上诉案件的审理，认为原判决认定事实清楚，适用法律、法规正确，判决驳回上诉，维持原判。

113.4.2 依法改判，是指对原判决认定事实清楚，但适用法律、法规错误的，依法改判。

113.4.3 裁定撤销一审判决或裁定，发回重审。对原判决认定事实不清，证据不足，或者由于违反法定程序可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判，发回原审人民法院重审。对这类案件，也可以在查清事实之后，进行改判。

第114条税务行政诉讼的审判监督程序

114.1 当事人对已发生法律效力的裁判或调解书认为确有错误的，律师可以接受委托，在裁判、调解书生效后两年内向人民法院申请再审。

114.2 再审案件的审理程序和裁判效力主要依据案件的原审来确定。发生法律效力的裁判是由一审法院作出的，按照一审程序审理，所作出的判决、裁定，当事人可以上诉；发生法律效力的裁判是由二审法院作出的，按照二审程序审理，所作的判决、裁定是终局的判决、裁定。

第115条税务行政诉讼判决执行

115.1 双方当事人必须履行人民法院发生法律效力的判决、裁定。

115.2 纳税人或者其他税务当事人拒绝履行判决、裁定的，税务机关可以向第一审人民法院申请强制执行，或者依法强制执行。委托人的财产被强制执行的，律师应当审查强制执行程序是否合法。

115.3 税务机关拒绝履行判决、裁定的，律师可以代为向第一审人民法院申请强制执行。第一审人民法院可以采取以下措施：

115.3.1 对应当归还的罚款或者应当给付的赔偿金，通知银行从该税务机关的账户内划拨。

115.3.2 在规定期限内不执行的，从期满之日起，对该税务机关按日处50元至100元的罚款。

115.3.3 向该税务机关的上一级税务机关或者监察、人事机关提出司法建议。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。

115.3.4 拒不执行判决、裁定，情节严重构成犯罪的，依法追究主管人员和直接责任人员的刑事责任。

第五节税务刑事诉讼

第116条税务刑事诉讼涉及的罪名

税务刑事诉讼涉及的罪名主要有：逃税罪，抗税罪，逃避追缴欠税罪，骗取出口退税罪，虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，徇私舞弊不征、少征税款罪，徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪以及其他发票犯罪，如虚开发票罪，伪造、出售伪造的增值税专用发票罪，非法出售增值税专用发票罪，非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪，非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，非法制造、出售非法制造的发票罪，非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，非法出售发票罪，盗窃（发票）罪，诈骗（发票）罪，持有伪造的发票罪等。

第117条律师依法代理

律师代理税务刑事诉讼，应依照刑事诉讼相关法律规定开展工作，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

第118条会见犯罪嫌疑人、被告人

律师会见犯罪嫌疑人、被告人需遵守法定程序。律师在税务刑事诉讼中会见犯罪嫌疑人、被告人，可重点询问以下问题：

118.1 犯罪嫌疑人、被告人涉嫌的罪名；

118.2 涉案交易的具体情况；

118.3 涉案交易各方的纳税义务履行情况；

118.4 犯罪嫌疑人、被告人的辩解；

118.5 其他需要了解的情况。

第119条律师从事税务刑事诉讼辩护，应注意如下要点：

119.1 准确把握罪名；

119.2 依法收集证据；

119.3 审查证据转换情况；

119.4 审查控方证据是否达到证明标准；

119.5 审查法律层级和效力，准确适用法律；

119.6 审查是否存在从轻、减轻或免予刑事责任的情节。

（本操作指引由中华全国律师协会财税法专业委员会负责起草。总执笔人：刘天永；执笔人:袁森庚、刘福元、刘云刚、童朋方、赵琳）

## 律师从事证券法律业务尽职调查操作指引

目录

第一章总则 / 76

第二章证券法律业务尽职调查的基本方法 / 77

第三章证券法律业务尽职调查的基本内容 / 78

第一节本次发行及上市的批准和授权 / 78

第二节发行人发行股票的主体资格 / 79

第三节本次发行及上市的实质条件 / 79

第四节发行人的设立 / 96

第五节发行人的独立性 / 98

第六节发起人和股东 / 99

第七节发行人的股本及演变 / 100

第八节发行人的业务 / 105

第九节关联交易及同业竞争 / 109

第十节发行人的主要财产 / 112

第十一节发行人的重大债权债务 / 114

第十二节发行人重大资产变化及收购兼并 / 116

第十三节发行人公司章程的制定与修改 / 117

第十四节发行人股东大会、董事会、议事规则及规范运作 / 118

第十五节发行人董事、监事和高级管理人员及其变化 / 119

第十六节发行人的税务 / 121

第十七节发行人的环境保护和产品质量、技术等标准 / 122

第十八节发行人募集资金的运用 / 123

第十九节发行人业务发展目标 / 126

第二十节诉讼、仲裁或行政处罚 / 126

第二十一节发行人招股意向书法律风险的评价 / 127

第一章

总则

第1条为指导律师从事证券法律业务中的尽职调查工作，规范律师事务所及其指派的律师的执业行为，保障律师依法履行职责并完善律师执业风险防范机制，依据《中华人民共和国证券法》《律师事务所从事证券法律业务管理办法》（证监会令第41号）、《律师事务所证券法律业务执业规则（试行）》（证监会、司法部公告〔2010〕33号）、《公开发行证券公司信息披露编报规则第12号——公开发行证券的法律意见书和律师工作报告》（证监发〔2001〕37号，以下简称“12号文”）的相关规定，制定本指引。

第2条本指引第三章主要依照“12号文”关于出具公开发行证券法律意见书及律师工作报告的内容及格式要求，并基于首次公开发行股票并上市法律业务类型编制。在其他类型的证券法律服务中，律师应当根据法律、法规确定应发表的法律意见，根据应发表的法律意见确定尽职调查的范围，参照本指引进行尽职调查。

第3条律师尽职调查的范围应以法律意见书发表意见的范围为准。本指引是对律师从事证券法律业务尽职调查的一般要求，不论本指引是否有明确规定，凡涉及发行条件或对投资者作出投资决策有重大影响的法律事项，律师均应当勤勉尽责地进行查验。

第4条律师在尽职调查时，应当遵守法律、行政法规及相关规定，遵循诚实、守信、独立、勤勉、尽责的原则，恪守律师职业道德和执业纪律，严格履行法定职责，以保证律师在从事证券法律业务中，在合理尽职调查基础上出具文件的真实性、准确性和完整性。

第5条基于专业分工及归位尽责的原则，律师对尽职调查过程中的法律事项应尽到证券法律专业人士的特别注意义务；就财务、会计、税务、评估、行业有关事项仅负有一般注意义务，可出于合理信赖直接援引其他证券服务专业机构的工作成果，除非明知涉及争议或纠纷，律师可不再对该等事项重复核查验证。

第6条律师在开展尽职调查前应制定查验计划，并在完成尽职调查后对查验计划的落实情况进行评估和总结。

第7条律师应在尽职调查过程中制作并保存完整的工作底稿，作为勤勉尽责的重要依据。

第二章

证券法律业务尽职调查的基本方法

第8条律师应当依据不同的查验事项及核查对象选择合理的查验方法，包括但不限于面谈、书面审查、实地调查、查询和函证、计算、复核等方法，并根据存疑则追加核查方法的原则，确保所披露文件真实、准确、完整。

第9条要求委托人及委托人控制或有关联的主体提供书面凭证，是尽职调查最基本的方法。委托人及提供书面凭证的主体，应以书面方式说明其提供的资料真实、准确、完整。但需证明的事实需其他资料作为支持或者印证的，不能以委托人及委托人控制的或有关联的主体提供的书面凭证作为认定事实的唯一依据。

第10条就委托人及相关主体经营情况是否真实而言，律师必须亲自赴委托人及委托人下属公司、企业的主要经营场地进行现场核查。有必要时，可赴委托人的重要供应商、客户的经营场地进行现场核查。

第11条就确认公司、企业的主体信息以及历史沿革资料而言，律师应向相关工商行政管理部门调取全套工商登记资料，并加盖工商登记资料查询证明章。工商登记资料与委托人自行提供的资料有冲突的，以工商登记资料为准。因特殊情况无法亲自调阅工商登记资料的，应寻求其他替代方式，但不得仅依靠委托人提供的工商登记资料作为认定事实的唯一依据。

第12条就需要其他第三方进行确认的事项，律师应通过访谈、函证的方式进行。访谈、函证可与其他中介机构的尽职调查共同进行，但必须作独立调查及判断。第三方接受访谈但不愿出具书面确认文件的，或第三方不接受访谈的，律师应制作笔录并可通过摄影等方式进行佐证。

第13条就某些无法以书面文件作出支持的事实进行访谈，尤其是对委托人、委托人的工作人员进行访谈时，访谈内容必须明确、具体，并能够反映律师得出结论的经过，而非仅仅就是否存在事实作出询问。

第14条网络检索、公开媒体的查询、政府部门、行业协会官方网站的查询是其他核查方式的有效佐证和补充，律师在对委托人整体背景资料、无独立第三方证据证明的事实以及存疑事项进行核查时，应利用该等方式进行核查。

第三章

证券法律业务尽职调查的基本内容

［以“12号文”规定的公开发行证券的法律意见书和律师工作报告的必备内容为基础］

第一节本次发行及上市的批准和授权

第15条律师须论证发行人股东大会已经依法定程序作出批准申请发行股票并上市的决议以及股东大会对董事会就发行上市事宜所作授权的合法性。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人现行有效的公司章程及发行人现行有效的股东大会、董事会议事规则及与董事会、股东大会决议相关的发行人内部规则，需核查章程及规则有无特殊性规定；

（2）关于批准本次发行及上市的董事会决议、会议通知、会议文件［包括拟提交董事会审议的相关议案、授权委托书（如有）原件、董事签到册、列席人员签到册（如有）、现场表决票及表决情况统计］、会议记录等，并关注决议、会议记录的签署情况；

（3）关于批准本次发行及上市的股东大会决议、会议通知、会议文件［包括拟提交股东大会审议的相关议案、授权委托书（如有）原件、股东签到册、列席人员签到册（如有）、现场表决票及表决情况统计］、会议记录等，并关注决议、会议记录的签署情况；

（4）股东大会授权董事会办理有关发行上市事宜，应查验上述授权范围、程序；

在条件许可的情况下，律师应见证上述股东大会。对于股东人数较多的发行人，律师应特别审慎地履行核查义务。

第16条如发行人及发行人股东对批准本次发行及上市需经有权部门审批或发行人有特殊约定的，也应查验相关审批及其他书面文件，并查验授权行使上述审批单位或个人的审批或确认权限。

第二节发行人发行股票的主体资格

第17条律师须论证发行人是依法设立且合法存续的股份有限公司。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）本章第四节“发行人的设立”及第七节“发行人的股本及演变”所涉及的文件；

（2）发行人历次年检材料或企业年度报告材料、现行有效的营业执照和公司章程；

（3）从工商行政管理机关调阅的，显示发行人企业状态为“确立”“存在”“在册”等足以反映企业存续的基本信息，或工商行政管理机关出具的发行人合法设立并有效存续的确认文件。

第三节本次发行及上市的实质条件

第18条律师须论证发行人具备符合发行条件的法定持续经营时间。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）按本章第七节“发行人的股本及演变”，查验发行人的前身有限责任公司设立所涉及的文件，查验发行人自设立之日起（包括但不限于有限责任公司阶段、国有企业、集体企业改制前阶段、合伙企业设立阶段及其他非法人主体设立阶段）的全套文件；

（2）向发行人所在地工商行政管理部门调阅，并取得加盖工商行政管理部门档案证明章的发行人设立之日起历年工商年检或年度报告资料（如发行人及前身缺失工商年检资料或年度报告资料的，可补充查询或走访包括但不限于地方政府文件、地方图书馆或档案资料馆、发展与改革委员会、国有资产监督管理部门、集体资产主管部门或单位、民政部门、税务部门及其他与发行人及其前身有关的政府主管部门）；如发行人为外商投资企业的，需按照与外商投资企业发行上市相关的规定查阅外商投资企业联合年检相关文件。

（3）发行人法定申报期间由会计师事务所或主管政府部门指定单位出具的审计报告原件，报告期内纳税申报表；

（4）发行人现时有效的公司章程；

（5）发行人自股份公司设立后虽持续经营时间未达法定一般期限，但国务院对其首次发行股票并上市的主体资格予以批准文件的原件；

（6）由具有证券从业资格的审计机构为发行人整体变更出具的审计报告；

（7）由具有证券从业资格的资产评估机构为发行人整体变更出具的资产评估报告（如有）。

第19条律师须论证发行人的注册资本已足额缴纳，发起人或者股东用做出资资产的财产权转移手续已办理完毕，发行人的主要资产不存在重大权属纠纷。（此处重点核查股份公司设立时及之后的注册资本缴纳情况，对有限责任公司整体变更为股份有限公司之前的历次增资的注册资本缴纳情况，应在第七节“发行人的股本及演变”中核查，核查要求参照本条。）

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）公司章程、出资协议等股东就出资所作的约定，以确定用以出资的资产范围；

（2）有限责任公司整体变更为股份公司的，需查验审计报告、资产评估报告（如有）、验资报告（如有）；

（3）设立时即为股份公司及股份有限公司设立后的历次出资，需核查验资报告（如有）及相关的资产评估报告（如有），并根据出资情况具体核查以下各项：

①现金出资的，应核查银行进账单并向银行确认其真实性；

②涉及登记过户的资产或无形资产（如不动产、车辆等动产以及土地使用权、专利、商标、著作权等无形资产），应查验过户后的权属证书的原件，如有必要，应赴相关登记机关核查过户登记情况；

③对于涉及股权出资的，应向股权公司注册地的工商行政管理部门调阅并取得加盖工商行政管理部门档案的证明章，证明股权公司已经办理完毕股东变更登记的工商登记材料；

④对于不涉及登记过户的资产（如机器设备、原材料、存货），需查验资产交接的书面文件，并需现场查验并制作查验笔录并就资产交接情况进行访谈；

⑤对技术秘密等无须登记过户的无形资产应持特别审慎的态度，除查验相关当事人的书面文件外，必须就资产交接情况进行访谈；

（4）应核查出具相关验资报告、评估报告、审计报告的执业机构的执业证书，如有必要，可对出具报告的执业机构进行访谈；

（5）必要时，律师应对股东用以出资的资产的取得是否合法、权属是否完备，以及股东是否有权以该资产作为出资进行核查。

对公司历史沿革中其他历次出资均比照上述要求进行查验。

第20条律师须论证发行人的生产经营符合法律、行政法规和公司章程的规定，符合国家产业政策。

律师应查询相关行业法律法规，明确相关行业对经营者的要求；应了解公司的业务模式，并结合行业监管要求以及发行人的业务模式，确定发行人在业务执行过程（包括采购、生产、销售、运输、环保、安全生产、劳动保护、进出口、外汇、税务）中所需要取得的全部业务许可及应遵循的法律法规，并对发行人是否遵守和符合上述法律法规作出判断。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人所处行业的行业法律、法规、部门规章及其他规定等；

（2）发行人行业生产经营取得的行业许可文件、政府准入文件等；

（3）发行人及其各子公司、分支机构公司的章程原件；

（4）财务会计资料及审计报告的原件，必要时走访审计机构及经办人员；

（5）重大购销合同原件，必要时走访包括但不限于主要的供应商、经销商、广告商、仓储方、运输商等并制作访谈笔录，或发出函证证实各类合同的真实履行情况及是否存在纠纷、潜在纠纷等；

（6）必要时走访发行人股东、董事、监事、高级管理人员、采购经销及管理人员、财务负责人员、出纳人员及发行人的职工，并制作访谈笔录；

（7）必要时实地走访或调查公司采购、经营、销售、仓储、货运等场所，并制作实地调查记录；

（8）必要时走访发行人行业主管部门、行业协会，并制作访谈笔录；

（9）由发行人及其子公司、分支机构行业主管部门提供发行人及其子公司、分支机构法定申报期间合法经营，且不存在重大违法违规的情况出具说明或证明性文件；

（10）律师对发行人的重要子公司、分支机构应当到当地现场走访核查，并核查客户及销售的真实性。必要时，可对发行人的高管、生产、销售、财务等不同部门、主要供应商、客户、一线员工进行访谈；

（11）对于生产经营中重要环节所涉及的政府部门进行访谈。

第21条律师须论证发行人法定申报期间内主营业务和董事、高级管理人员没有发生重大变化，实际控制人没有发生变更。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人法定申报期间的财务会计资料及审计报告原件，必要时走访审计机构及经办人员，并制作访谈笔录；

（2）发行人法定申报期间股东会、董事会、监事会、经理办公会会议资料及决议原件；

（3）发行人法定申报期间的工商登记及变更资料；

（4）控股股东（法人，并追溯至各级法人股东）的工商登记资料及法定申报期内的审计报告；

（5）发行人关于法定申报期间主营业务、董事、监事、高级管理人员变化情况的说明及实际控制人是否发生变更的说明；

（6）必要时走访发行人相关董事、监事、高级管理人员、中层核心人员及政府主管部门、行业协会，并制作访谈笔录。

第22条律师须论证发行人的股权清晰，控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东持有的发行人股份不存在重大权属纠纷。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）本章第七节“发行人的股本及演变”所列文件；

（2）发行人各股东就在发行人出资金额、出资比例、出资时间及历次增资、减资、股权转让过程中，权属清晰，不存在代为持有、委托持有，不存在纠纷的情况说明及声明性文件；

（3）发行人、控股股东和其他股东关于发行人的股权结构清晰，不存在代为持有、委托持有，不存在纠纷等相关情况进行的书面说明。

在就股权权属是否清晰，不存在代为持有、委托持有进行核查时，应重点核查股权转让的对价是否公允、是否已经充分支付、股权转让款的资金来源、相关税款是否已经缴纳。对于取得股权的对价明显偏离公允价格或者无法确认对价是否支付的情况，以及股权转让款数额较大的情况，除核查相应书面凭证外，还应对转让双方进行访谈，必要时对访谈过程进行公证，无法访谈的，应以第三方查证等方式对股权转让时文件签字的真实性、交易价格的合理性以及款项支付的真实性进行核查。

第23条律师须论证发行人应当具有完整的业务体系和直接面向市场独立经营的能力。

律师应了解发行人的业务流程、业务构成、产品用途、最终用户等相关情况，并在此基础上进行核查并作出判断。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人产品或服务的产供销流程图及发行人组织机构图；

（2）发行人各事业部、科室设置及调整、土地资产设备购买及取得的发行人内部文件、人员任命的股东会决议、董事会决议、总经理办公会议决议、会议纪要等文件；

（3）发行人法定申报期间的财务会计资料及审计报告原件，必要时走访审计机构及经办人员，并制作访谈笔录；

（4）发行人生产经营所需业务资质证书及行政许可证书原件；

（5）发行人核心研发及生产、销售所需取得的包括但不限于专利技术证书或许可使用协议、业务合作服务协议、委托生产加工协议、厂房设备权属证书或租赁协议等文件；

（6）发行人法定申报期间重大购销合同、设备租赁或买卖合同、关联交易合同原件，必要时走访供应商、客户及关联交易合同执行人，并制作访谈笔录；

（7）发行人与发行人职工签署的劳动合同、劳务派遣合同、竞业禁止协议等，发行人核心技术人员、生产销售人员的简历、学历、职称等信息；

（8）发行人董事、监事、高级管理人员及其核心技术人员、财务人员的兼职及在发行人控股股东控制的其他单位或发行人以外单位任职或领薪情况的说明，必要时访谈上述人员，并制作访谈笔录；

（9）发行人就业务体系完整及具备直接独立面向市场独立经营能力相关事项进行的书面说明，必要时访谈上述人员，并制作访谈笔录。

第24条律师须论证发行人的资产完整。生产型企业应当具备与生产经营有关的生产系统、辅助生产系统和配套设施，合法拥有与生产经营有关的土地、厂房、机器设备以及商标、专利、非专利技术的所有权或者使用权，具有独立的原料采购和产品销售系统；非生产型企业应当具备与经营有关的业务体系及相关资产。

律师须先行了解发行人正常生产运营所必需的资产，并以此为基础进行核查。律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人的重大资产清单。

（2）现场查验发行人主要生产经营设备、设施，制作查验记录。

（3）发行人主要生产经营设备、大宗存货、重要原材料的购买合同、发票、价款支付凭证、交接确认文件等；如在核查过程中发现异常情况，应对合同相对方进行访谈并制作访谈笔录，或向合同相对方发出函证并取得其回执。

（4）发行人股东用于出资的资产的原始取得文件、过户凭证、交接确认文件等，如该等资产已不存在于发行人，应核查其转让、灭失、报废手续等相关文件。

（5）土地使用权证及其相关文件，以出让方式取得国有土地使用权的，应核查申请及审批文件、履行招拍挂程序文件、土地使用权出让协议、土地出让价款缴纳凭证、划拨用地（含土地性质变更）补缴的土地出让金（如有）；以受让方式取得国有土地使用权的，应核查土地使用权转让协议、转让价款支付凭证等；以租赁方式取得国有土地使用权的，应核查土地租赁合同、土地租金支付凭证、土地使用权登记文件；涉及使用农村集体土地的，应核查土地承包经营权证、土地承包经营权流转合同；涉及使用林地、草原、海域的，应核查林权证、草原所有权证、草原使用权证、海域使用权证等权属凭证，及相应的权属流转合同、登记备案凭证等。

（6）以自建方式取得房屋所有权的（含在建工程、临时建筑等），应核查相应的《建设用地批准证书》《建设用地规划许可证》《建设工程规划许可证》《建筑工程施工许可证》《房产证》等相关文件，核查建设过程中涉及的规划、环评、安评、施工、竣工等相关手续是否完备有效；以受让方式取得房屋所有权的，应核查转让协议、价款支付凭证、房产证等相关文件，对于已经竣工投入使用且账上已经转为固定资产的房屋，应当核查竣工验收的全部文件（包括但不限于建设部门、环保部门、消防部门、劳动安全部门的验收文件）；使用非自有房屋的，应核查房屋租赁合同、房产证或其他证明租赁房产权属的文件、租金缴纳凭证、租赁登记备案文件。

（7）知识产权权属申请、取得的相关权属证书、知识产权年费缴纳凭证原件、与相关知识产权中介代理机构签署的书面委托代理协议、实际执行情况，必要时走访相关登记机关、经办人员及发行人主管人员，并制作访谈笔录。

（8）受让知识产权权属的转让协议、委托或者合作开发/创作知识产权的协议、知识产权权属变更申请书、变更通知书、权属变更相关审批文件、缴费单或支付凭证，必要时走访相关政府部门、经办人员及发行人主管人员，并制作访谈笔录。

（9）许可使用知识产权的相关协议及限制使用的相关协议及约定，必要时走访相关政府部门、经办人员及发行人主管人员，并制作访谈笔录。

（10）律师在核查土地使用权、房产、商标、专利等需备案、登记、公示的相关资产时，不应只核查书面文件，还需到相关备案、登记部门进行实地核查，并查询相关网站公告信息，制作查验记录。

（11）资产评估报告原件，必要时走访评估机构及经办人员，并制作访谈笔录。

（12）审计报告原件，必要时走访审计机构及经办人员，并制作访谈笔录。

（13）必要时实地查验，并制作现场查验记录。

（14）必要时走访发行人的相关董事、高级管理人员、经办人员，并制作访谈笔录。

（15）发行人对资产完整性相关事项进行的书面说明。

第25条律师须论证发行人的人员独立。发行人的总经理、副总经理、财务负责人和董事会秘书等高级管理人员不得在控股股东、实际控制人及其控制的其他企业中担任除董事、监事以外的其他职务，不得在控股股东、实际控制人及其控制的其他企业领薪；发行人的财务人员不得在控股股东、实际控制人及其控制的其他企业中兼职。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）律师应先要求发行人的实际控制人、高级管理人员、财务人员自行填写兼职情况表；

（2）发行人聘任高级管理人员的董事会会议资料及决议原件；

（3）与发行人的高级管理人员和财务人员签署的劳动合同原件；

（4）高级管理人员和财务人员的社保、公积金缴纳凭证原件；

（5）控股股东、实际控制人及其控制的其他企业员工名册、劳动合同、工资明细表和社保费用明细表、工资发放记录、社保缴纳记录等；

（6）控股股东、实际控制人及其控制的其他企业关于发行人的高级管理人员、财务人员兼职情况的说明；

（7）走访控股股东、实际控制人及其控制的其他企业及相关主管人员，制作访谈笔录；

（8）发行人的高级管理人员、财务人员兼职及领薪情况说明（包括发行人控股股东、实际控制人控制的其他企业或虽不属于上述企业，但与发行人存在任何业务及行业竞争关系的企业、单位等）；

（9）走访发行人的董事、监事、高级管理人员、财务人员及发行人的相关负责人员，并制作访谈笔录；

（10）通过包括但不限于网站在内的公开信息查询相关人员兼职情况；

（11）发行人对人员独立性相关事项进行的书面说明。

第26条律师须论证发行人的财务独立。发行人应当建立独立的财务核算体系，能够独立作出财务决策，具有规范的财务会计制度和对分公司、子公司的财务管理制度；发行人不得与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业共用银行账户。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人及其子公司、分支机构的财务会计制度和财务管理制度原件，必要时走访发行人的财务负责人及财务人员，并制作访谈笔录；

（2）发行人及控股股东、实际控制人及其控制的其他企业银行开户资料原件，必要时走访相关银行及企业，并制作访谈笔录；

（3）发行人控股股东、实际控制人与发行人税务登记证、重要税种的完税凭证的原件；

（4）发行人历年的工商年检资料或年度报告资料及审计报告，并参阅审计报告，核查发行人经营中的资金往来是否真正独立；

（5）走访发行人董事、监事、高级管理人员、财务人员，并制作访谈笔录；

（6）发行人控股股东、实际控制人与发行人的财务部门的设置以及独立运作情况的说明。

第27条律师须论证发行人的机构独立。发行人应当建立健全内部经营管理机构，独立行使经营管理职权，与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间不得有机构混同的情形。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人法定申报期内的股东会、董事会、总经理办公会等会议资料原件；

（2）发行人控股股东、实际控制人及其控制的其他企业与发行人各自的组织机构图，及各事业部门、科室设置及调整的发行人相关文件，以及各部门的职责说明，必要时走访发行人控股股东、实际控制人所在地，并现场制作查验记录；

（3）发行人各项规章制度及实际执行情况、相关记录文件的书面说明；

（4）发行人控股股东、实际控制人及其控制的其他企业与发行人相互占用资产、资源的情况及相关解决措施和效果的说明（如有）；

（5）律师应对发行人和发行人控股股东、实际控制人及其控制的其他企业的办公场所、机构设置、人员设置等进行现场勘查、实地走访，并制作查验记录及访谈笔录；

（6）走访发行人董事、监事、高级管理人员、财务人员，并制作访谈笔录；

（7）发行人控股股东、实际控制人及其控制的其他企业与发行人的各业务部门的设置及运行情况说明，必要时实地查验，并现场制作查验记录；

（8）发行人控股股东、实际控制人及其控制的其他企业与发行人的财务部门的设置以及独立运作情况的说明；

（9）发行人对机构独立性相关事项进行的书面说明。

第28条律师须论证发行人的业务独立。发行人的业务应当独立于控股股东、实际控制人及其控制的其他企业，与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间不得有同业竞争或者显失公平的关联交易。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人业务资质证书及与业务有关的需政府审批的证书原件；

（2）发行人及其子公司、分支机构设立以来历次变更经营范围的相关股东会决议文件、公司章程及历次变更的企业法人营业执照；

（3）发行人与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业各自拥有资产的权属证明文件，实地查验发行人的生产经营场所及设备，并现场制作查验记录；

（4）发行人与发行人控股股东、实际控制人及其控制的其他企业的企业法人营业执照、公司章程，必要时走访相关企业，并现场制作查验记录；

（5）发行人及发行人的控股股东、实际控制人关于不进行同业竞争的声明；

（6）发行人及发行人的控股股东、实际控制人及其控制的其他企业法定申报期间审计报告原件，必要时走访审计机构及经办人员，并制作访谈笔录；

（7）发行人与发行人的控股股东、实际控制人及其控制的其他企业及发行人其他关联方法定申报期间签署的重大购销合同、租赁合同、担保合同及其他合同，以及上述合同的实际执行情况等，必要时走访发行人关联方，并制作访谈笔录；

（8）发行人法定申报期间签署的关联交易合同、关联交易决策文件及定价依据原件，必要时走访发行人董事、监事、高级管理人员及相关负责人员，并制作访谈笔录；

（9）发行人股东会、董事通过的关于与发行人控股股东、实际控制人及其控制的其他企业不存在同业竞争、减少关联交易的相关内部制度文件及对实际执行情况的说明，必要时走访发行人董事、监事、高级管理人员及相关主管人员，并制作访谈笔录；

（10）发行人就与发行人控股股东、实际控制人及其控制的其他企业不存在同业竞争及避免减少关联交易的说明及承诺性说明文件；

（11）发行人独立董事就发行人法定申报期间关联交易事项发表的事前认可意见及独立意见。

第29条律师须论证发行人已经依法建立健全股东大会、董事会、监事会、独立董事、董事会秘书制度，相关机构和人员能够依法履行职责。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人公司章程、股东大会议事规则、董事会议事规则、监事会议事规则、独立董事工作制度、董事会秘书工作制度及董事会相关委员会的设立及制度文件等资料；

（2）发行人法定申报期间股东（大）会、董事会、监事会会议资料［包括但不限于会议通知、会议议案、出席股东、董事签名文件、参会委托授权书（如有）、现场表决票及表决统计表、会议决议文件、会议记录等］；

（3）发行人股东会、董事会决议选举相关董事、监事、聘任高级管理人员、独立董事的决议；

（4）发行人关于股东会、董事会决议及实际情况的说明，必要时走访发行人董事、监事、高级管理人员及相关人员，并制作访谈笔录。

第30条律师须论证发行人的董事、监事和高级管理人员已经了解与股票发行上市有关的法律、法规，知悉上市公司及其董事、监事和高级管理人员的法定义务和责任。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）由发行人保荐机构及律师向发行人提供的辅导计划及辅导资料；

（2）发行人实际控制人、控股股东、董事、监事、高级管理人员提供的就发行上市有关知识的培训记录及验收考核材料；

（3）发行人所在地地方证监局或派出部门对发行人实际控制人、控股股东、董事、监事、高级管理人员进行的就发行上市有关知识的验收考核文件；

（4）发行人辅导验收资料原件；

（5）发行人的主要股东、董事、监事、高级管理人员就已经了解与股票发行上市有关的法律、法规，知悉上市公司及其董事、监事和高级管理人员的法定义务和责任出具的声明及承诺文件。

第31条律师须论证发行人的董事、监事和高级管理人员符合法律、行政法规和规章规定的任职资格，且无法定的任职禁止的情形。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人的法定代表人、持有发行人5%及以上股份的主要股东、董事（含独立董事）、监事、高级管理人员签字确认的个人简历（应包含身份证明文件、国籍证明、主要教育及任职经历、在发行人行业领域所获奖励、取得行业专利技术或非专利成果、具备的行业技能、需要具备并取得的相关任职资质等）、劳动手册、是否存在与其他单位或个人的竞业禁止或保密协议的约定、与发行人及发行人主要股东、董事、监事、高级管理人员之间是否存在关联关系、是否存在关联交易、关联担保及占用发行人借款等情况的书面说明；

（2）发行人法定代表人、持有发行人5%及以上股份的主要股东、董事（含独立董事）、监事、高级管理人员参与出资设立的其他公司，及该公司的营业执照、公司章程及签署的主要购销合同、租赁合同、担保合同等文件；

（3）发行人董事（含独立董事）、监事、高级管理人员就其个人不存在法定禁止担任发行人董事、监事、高级管理人员的情况书面说明的文件，必要时可就上述情况走访相关工商、税务、公安等侦查、司法部门、司法鉴定部门、上述人员的债权人等部门、单位或个人，并制作访谈笔录；

（4）在中国证监会和证券交易所网站及其他公开途径查询记录。

第32条律师须论证发行人具备符合法定发行条件的内部控制制度且被有效执行。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人内部控制制度、财务管理制度、各规章制度原件；

（2）发行人ERP系统的运行情况；

（3）走访发行人董事、监事、高级管理人员或部门业务人员、财务部门人员，了解发行人各项制度的执行情况，并制作谈话记录；

（4）由具有证券从业资格的会计师事务所出具的发行人内控鉴证报告原件；

（5）由具有证券从业资格的会计师事务所出具的发行人法定申报期间的审计报告。

第33条律师须论证发行人不具有法定禁止公开发行股票的情形。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人法定申报期间的财务会计报告和审计报告原件；

（2）发行人在地方政府主管部门及公开渠道可查询的信息检索记录（具体应包含但不限于查询时间、查询方式、查询内容、查询结果及证明人）；

（3）发行人法定申报期间内不存在未经法定机关核准，擅自公开或者变相公开发行过证券；或者有关违法行为虽然发生在法定申报期间外，但目前仍处于持续状态的情况；

（4）向主管发行人的工商、税务、土地、房产、环保、质量监督、安全生产、海关等相关政府主管部门询证并书面确认：发行人及其子公司、分支机构法定申报期间内合法经营，不存在受到重大行政处罚且情节严重的证明文件原件；

（5）如存在受到上述主管政府部门行政处罚的，应取得相关主管部门出具的行政处罚决定书、罚款缴费通知单等文件及发行人接受处罚及后续整改的政府文件等，走访政府主管部门及经办人员，走访发行人相关负责人对受到上述行政处罚是否属于重大行政处罚且情节严重的情况进行确认，根据发行人整改及执行处罚的实际情况，制作访谈笔录；

（6）逐项查验发行人向中国证监会提供的全部发行申请文件原件；

（7）就发行人是否存在法定的禁止公开发行股票的情形，走访发行人董事、监事、高级管理人员及相关人员，并制作访谈笔录。

第34条律师须论证发行人的公司章程中已明确对外担保的审批权限和审议程序，不存在为控股股东、实际控制人及其控制的其他企业进行违规担保的情形。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人公司章程原件；

（2）经发行人股东会、董事会审议通过的发行人与对外担保、关联担保有关的其他内部制度及文件；

（3）就发行人股东会、董事会、总经理办公会等审议通过的外对担保、关联担保事项的决议文件，关联关系人是否回避表决等，走访发行人相关人员，并制作访谈笔录；

（4）发行人法定申报期间的财务会计报告及审计报告原件；

（5）发行人与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业、董事、监事、高级管理人员及其控制的其他企业签署的为其提供担保的协议（如有）；

（6）经发行人不动产、动产、知识产权登记机关确认上述资产的抵押/质押登记情况（如有），访谈相关登记主管部门及经办人员，并制作访谈笔录；

（7）发行人及发行人的控股股东、实际控制人就发行人是否存在为发行人控股股东、实际控制人及其控制的其他企业进行违规担保情形的书面声明，及未来规范对外担保、规范减少关联担保事项的声明与承诺文件；

（8）通过发行人的贷款卡至中国人民银行或商业银行查询发行人的对外担保情况并打印查询结果，由中国人民银行或商业银行在书面查询结果上盖章。

第35条律师须论证发行人有严格的资金管理制度，无资金被控股股东、实际控制人及其控制的其他企业以借款、代偿债务、代垫款项或者其他方式占用的情形。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）经发行人股东会、董事会审议通过的发行人资金管理制度及决议文件；

（2）发行人在法定申报期间的财务会计资料及审计报告原件；

（3）发行人在法定申报期间的股东（大）会、董事会、监事会会议资料原件；

（4）走访发行人及发行人控股股东、实际控制人及其控制的其他企业、董事、监事、高级管理人员、财务人员，了解发行人资金被占用情况，并制作访谈笔录；

（5）走访发行人开户银行的相关工作人员，了解发行人资金往来情况，并制作访谈笔录；

（6）发行人就是否存在资金被控股股东、实际控制人占用情况的书面说明文件及未来建立严格的资金管理制度，不存在资金被控股股东、实际控制人及其控制的其他企业以借款、代偿债务、代垫款项或者其他方式占用的书面声明与承诺文件。

律师应对发行人进行访谈，并与其他中介机构配合，确定是否存在关联方资金占用，但在报告期内的各基准日资金已偿还，故在各期财务报告中未显示占用的情况。如存在，则需要逐笔披露该等情况并披露资金被占用的原因和金额，并对发行人是否已解决该等资金被占用的情况及如何确保资金不再被控股股东、实际控制人及其控制的其他企业占用的具体措施和方法进行说明及披露。

第36条律师须论证发行人资产质量良好，资产负债结构合理，盈利能力较强，现金流量正常。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人制作的招股说明书（申报稿）“管理层讨论和分析”章节中涉及的相关内容；

（2）发行人法定申报期间审计报告（包括但不限于资产负债表、利润表、现金流量表原件等）；

（3）发行人不动产、动产、知识产权取得文件、权属证明文件原件及发行人对上述资产是否存在权属纠纷或权利瑕疵的情况说明，必要时走访相关政府部门及发行人相关人员，并制作访谈笔录；

（4）发行人主要生产经营设备、大宗重要原材料、库存成品购买合同和发票原件，走访相关人员，对上述合同的实际履行情况进行确认，并制作访谈笔录；

（5）发行人主要生产经营设备、大宗重要原材料、库存成品的仓储、货运合同（如有）、保险合同（如有）；

（6）发行人目前尚在履行的贷款合同及其他债务合同原件，走访相关人员，并制作访谈笔录；

（7）如有必要，可核查发行人银行对账单原件。

第37条律师须论证发行人的内部控制在所有重大方面是有效的，并由注册会计师出具无保留结论的内部控制鉴证报告。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人内部控制制度、财务管理制度、各规章制度原件；

（2）发行人法定申报期间股东（大）会、董事会、总经理办公会议文件资料原件；

（3）由有证券从业资格的会计师事务所出具的无保留意见的发行人内控鉴证报告原件；

（4）走访发行人股东、董事、监事、高级管理人员、各部门人员，并就发行人在重大方面的内部控制是否有效制作访谈笔录。

第38条律师须论证发行人会计基础工作规范，财务报表的编制符合企业会计准则和相关会计制度的规定，在所有重大方面公允地反映了发行人的财务状况、经营成果和现金流量，并由注册会计师出具无保留意见的审计报告。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）由有证券从业资格的会计师事务所出具的无保留意见的发行人法定申报期间的审计报告原件；

（2）走访发行人股东、董事、监事、高级管理人员、各部门人员，并制作访谈笔录。

第39条律师须论证发行人编制的财务报表以实际发生的交易或者事项为依据；在进行会计确认、计量和报告时保持应有的谨慎；对相同或者相似的经济业务，选用一致的会计政策，无随意变更。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人法定申报期间的财务会计资料及审计报告原件；

（2）发行人法定申报期间的重大合同及履行证明文件原件，向合同相对方发出函证，询证上述重大合同的实际履行情况、收入确认情况及是否存在纠纷及潜在的纠纷等情况，实地走访合同相对方，并制作实地查验记录和访谈笔录；

（3）走访发行人高级管理人员、相关负责人及发行人聘请的会计师事务所项目经办人员核实情况，并制作访谈笔录。

第40条律师须论证发行人已完整披露与关联方的关系并按重要性原则恰当披露关联交易；关联交易价格公允，不存在通过关联交易操纵利润的情形。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人与关联方的有效企业法人营业执照、公司章程原件；

（2）发行人法定申报期间内的关联交易合同原件；

（3）发行人法定申报期间内的关联交易决策制度及决议文件原件；

（4）发行人法定申报期间内的关联交易定价依据文件原件（包括但不限于市场定价、同行业者定价、发行人定价依据说明）；

（5）发行人的关联交易定价是否公允、关联交易占全部同类交易比例及对发行人生产经营影响的书面说明；

（6）发行人决议通过规范减少关联交易的制度性文件及实际执行情况的说明；

（7）发行人的独立董事和监事会对发行人关联交易出具的意见原件；

（8）就发行人关联交易是否恰当披露，定价是否公允走访发行人董事、监事、高级管理人员及相关负责人，并制作访谈笔录；

（9）发行人及其实际控制人、关联关系人就规范及减少关联交易所进行的书面声明及承诺；

（10）发行人是否存在关联交易非关联化的情形。

第41条律师须论证发行人利润、现金流量净额、营业收入、股本总额、无形资产比例及是否存在未弥补亏损等财务数据或信息是否符合相关法律法规规章的规定。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）由有证券从业资格的会计师事务所出具的发行人法定申报期间财务会计资料和审计报告原件；

（2）发行人在法定申报期间的资产负债表、利润表和现金流量表原件；

（3）发行人在发行前企业法人营业执照和公司章程原件；

（4）加盖工商部门印章的发行人工商登记文件；

（5）与发行人高级管理人员、财务负责人的谈话记录。

第42条律师须论证发行人依法纳税，各项税收优惠符合相关法律法规的规定，发行人的经营成果对税收优惠不存在严重依赖。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人所处行业及根据实际经营特点适用的主要税种、税率及相关法律文件；

（2）发行人法定申报期间的纳税申报资料原件；

（3）发行人税收优惠核准文件原件；

（4）发行人税务主管部门出具的确认文件；

（5）由有证券从业资格的会计师事务所出具的发行人法定申报期间的财务会计资料和审计报告。

第43条律师须论证发行人不存在重大偿债风险，不存在影响持续经营的担保、诉讼以及仲裁等重大或有事项。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人法定申报期间的审计报告；

（2）发行人法定申报期间重大借款合同、担保合同、抵押合同及实际履行情况证明文件原件（包括但不限于还款凭证、补充协议、债权人书面确认文件、设定或解除担保或抵押文件等）；

（3）发行人不动产、无形资产、生产经营设备的权属证明文件及担保权证或登记、备案文件；

（4）向发行人及其子公司、分支机构所在地的主要贷款银行等发出的函证询证文件，发行人历史上因偿债或担保发生的重大诉讼、仲裁文件（包括但不限于起诉状、答辩状、证据资料、裁定书、调解书、判决书、执行通知书等文件）；

（5）发行人就是否存在重大偿债风险、是否存在影响持续经营的担保、重大诉讼及仲裁风险出具的书面说明文件，必要时走访发行人股东、董事、监事、高级管理人员、财务负责人，并制作访谈笔录；

（6）通过发行人的贷款卡到中国人民银行或商业银行查询发行人的对外担保情况并打印查询结果，由中国人民银行或商业银行在书面查询结果上盖章。

第44条律师须论证发行人的申报文件不存在故意遗漏或虚构交易事项、其他重要信息等重大虚假披露的情形。。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）查验发行人提交的全部申报文件；

（2）发行人书面确认不存在相关法律法规规章及规范性文件中规定的故意遗漏或虚假披露重要信息情形；

（3）走访发行人董事、监事、高级管理人员、财务负责人，并制作访谈笔录。

第45条律师须论证发行人不存在法律法规规章规定的影响持续盈利能力的情形。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人制作的招股说明书（申报稿）及申报审计报告有关行业及业务披露内容；

（2）分析国家政策、现行法律法规对发行人所处行业的行业走势的影响；

（3）走访发行人重大供应商或销售方，并制作访谈笔录；

（4）如有必要，走访发行人的主要销售市场，并制作现场查验记录；

（5）是否存在发行人主要原料采购、产品（服务）销售严重依赖某一单一客户，其单一客户采购或销售额超过总采购或销售50%以上的情形，查验以上采购、销售方是否为发行人的关联方，必要时走访相关采购、销售方并制作查验笔录；

（6）发行人拥有的与生产经营有关的不动产、固定资产的权属情况；

（7）发行人拥有的知识产权年费缴纳情况及缴费凭证；

（8）发行人生产所需必要的特许经营合同原件及政府审批确认文件；

（9）查验发行人近期是否发生过重大安全生产事故、环境污染事故、人身损害赔偿诉讼、信誉严重受损等可能对发行人业务造成重大不利影响的事项及相关资料；

（10）走访发行人主要股东、董事、监事、高级管理人员，并制作访谈笔录；

（11）发行人出具的不存在相关法律法规规定的影响发行人持续盈利能力情形的书面声明；

（12）财务报告审计截止日后至法律意见书签署日期间，发行人是否发生主要经营状况的重大变化，并导致存在相关法律法规规定的影响持续盈利能力的情形。

第46条律师须论证发行人募集资金有明确的使用方向，原则上用于主营业务；除金融类企业外，募集资金使用项目不得为持有交易性金融资产和可供出售的金融资产、借予他人、委托理财等财务性投资，不得直接或者间接投资于以买卖有价证券为主要业务的公司；发行人募集资金数额和投资项目应当与发行人现有生产经营规模、财务状况、技术水平和管理能力等相适应；发行人董事会对募集资金投资项目的可行性已进行认真分析，确信投资项目具有较好的市场前景和盈利能力，有效防范投资风险，提高募集资金的使用效益；募集资金投资项目实施后，不会产生同业竞争或者对发行人的独立性产生不利影响；发行人建立募集资金专项存储制度，募集资金应当存放于董事会决定的专项账户。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人审议并通过本次发行募集资金投向的股东大会、董事会决议原件；

（2）发行人募集资金投向的可行性报告原件；

（3）发行人营业执照原件；

（4）募集资金项目备案、环境影响报告批复、募集资金项目涉及的其他许可文件（如有）及与募投项目有关的土地取得情况（如有），为实施募投项目设立的子公司或分支机构的情况及相关资料（如有）；

（5）市场行业协会或权威咨询机构对发行人所处行业的分析数据或报告；

（6）发行人董事会就募集资金的使用审议并通过的募集资金专项管理制度等；

（7）发行人为募集资金设立的专门银行账户资料；

（8）发行人就募投项目是否与发行人的控股股东、实际控制人及其控制的其他企业存在同业竞争情况的说明；

（9）实地查验发行人募投项目工程或机构所在地，并制作现场查验记录；

（10）走访发行人负责募投项目的相关董事、监事、高级管理人员或其他人员，并制作访谈笔录。

第47条律师须论证发行人募集资金投资项目符合国家产业政策、投资管理、环境保护、土地管理以及其他法律、法规和规章的规定。

律师除应当尽职查验本指引第46条所列相关文件或事项外，仍须尽职查验：

（1）发行人募投项目所涉行业的国家产业政策；

（2）发行人募集资金投资项目的立项审批文件原件；

（3）发行人募集资金投资项目的环保立项文件及备案文件原件；

（4）发行人募投项目取得土地的出让协议、土地出让金缴纳凭证、国有土地使用权权属证书原件等。

第四节发行人的设立

第48条律师须论证发行人设立的程序、资格、条件、方式符合《中华人民共和国公司法》等当时有效的法律、法规和规范性文件的规定，并已办理必要的批准、登记手续；发行人设立过程中履行了必要的资产评估、验资程序，符合当时法律、法规及规范性文件的规定；发行人创立大会的程序及所议事项符合法律、法规及规范性文件的规定

此处所指的“设立”，系指发行人设立为股份有限公司的行为，在有限责任公司整体改制项目中，有限责任公司设立阶段在本章第七节“发行人的股本及演变”中核查，核查要求参照本条。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人设立股份有限公司时发起人共同签署的发起人协议。

（2）法人发起人的企业法人营业执照、公司章程（或合伙企业的营业执照、合伙协议）。

（3）自然人发起人的身份证明材料，自然人发起人与其他发起人间是否存在关联关系的说明。

（4）设立股份公司各股东的出资名册（应包含出资额、出资方式、出资时间等）。

（5）股东大会（暨创立大会）会议文件及决议（含委托出席授权书）。

（6）第一届第一次董事会会议文件及决议（含委托出席授权书）。

（7）第一届第一次监事会会议文件及决议（含委托出席授权书）。

（8）董事、监事、高级管理人员的简历、任职资格及以上人员的任职声明文件。

（9）职工大会选举职工监事的相关文件（职工代表大会选举职工监事的，需查验职工代表大会设立的文件及章程、授权职工代表投票选举职工监事文件等）。

（10）股份有限公司设立后适用的公司章程（草案）。

（11）发行人从有限责任公司整体变更为股份有限公司的，变更前（即有限责任公司阶段）合法出资的股东的股东名册、公司工商登记资料、公司章程、企业法人营业执照、合资协议（外商投资企业适用）、合资章程（外商投资企业适用）、外商投资企业批准证书（外商投资企业适用）、委派董事通知书（外商投资企业适用）、法定申报期间的审计报告（外商投资企业根据各地要求适用）等。

（12）发行人从有限责任公司整体变更为股份有限公司的，有限责任公司关于整体变更的董事会会议文件及决议、股东大会会议文件及决议原件。

（13）国有企业（含国有成分的企业）改制，需查验改制方案申请及批复文件、可行性研究报告、资产评估立项报告、审批确认报告及评估报告原件；其他公司如存在前述文件，也应收集并查验。

（14）对于国有企业改制的、非以纯现金作为出资直接设立的股份有限公司，应查验出资资产的评估报告原件，股东股权出资承诺书（根据各地方要求查验）；其他公司如存在前述文件，应收集并查验。

（15）对于2006年前设立的，含有外商投资成分的，或因行业特需得到批准的股份有限公司，应查验政府批准文件原件。

（16）发行人从有限责任公司整体变更为股份有限公司的，改制基准日的审计报告原件、评估报告原件。

（17）发行人股份制公司设立（或整体变更）验资报告原件。

（18）发行人股份制公司设立（或整体变更）营业执照原件。

（19）如发行人发行优先股的，需查验优先股的发行与交易及公司章程中涉及优先股权利义务的条款是否符合有关法律法规的规定。

（20）其他设立（或整体变更）为股份公司需要查验的资料。

第49条律师须论证发行人《发起人协议》等相关协议符合当时有关法律、法规和规范性文件的规定，不会因此引致发行人设立行为存在潜在纠纷。

律师应对发行人的发起人协议等其他协议的原件进行尽职查验，必要时走访相关发起人，并制作访谈笔录。

第五节发行人的独立性

第50条律师须论证发行人的资产完整性，发行人是否具备与生产经营有关的生产系统、辅助生产系统和配套设施；是否合法拥有与生产经营有关的土地、厂房、机器设备以及商标、专利、非专利技术的所有权或者使用权；是否具有独立的原料采购和产品销售系统。发行人如为非生产型企业，是否具备与经营有关的业务体系及相关资产；资产是否存在法律纠纷或潜在纠纷；是否存在资产被控股股东或实际控制人及其关联方控制和占用的情况。

律师除应参考本指引第24条所列相关内容尽职查验外，仍应尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人出租或承租房屋清单；

（2）发行人房屋租赁协议及出租方房屋所有权证原件；

（3）发行人商标、专利、非专利技术、水面养殖权、探矿权、采矿权、版权、特许经营权等无形资产的权属证明原件；

（4）发行人注册域名证明文件原件；

（5）发行人商标、专利申请受理通知书原件；

（6）发行人资产租赁、抵押或其他权利限制的合同等书面的文件原件；

（7）必要时走访发行人控股股东或实际控制人及其关联方的相关主管人员，并制作访谈笔录；

（8）发行人控股股东或实际控制人及其关联方就是否存在实际占用发行人资产的书面声明文件。

第51条律师须论证发行人的人员独立性，发行人的总经理、副总经理、财务负责人和董事会秘书等高级管理人员是否在控股股东、实际控制人及其控制的其他企业中担任除董事、监事以外的其他职务；是否在控股股东、实际控制人及其控制的其他企业领薪。发行人的财务人员是否在控股股东、实际控制人及其控制的其他企业中兼职。

律师应参考本指引第25条相关内容尽职查验。

第52条律师须论证发行人的财务独立性，发行人是否建立独立的会计核算体系及独立的财务部门；是否能够独立作出财务决策；是否具有规范的财务会计制度和对分、子公司的财务管理制度；是否独立在银行开户、独立纳税。

律师应参考本指引第26条所列相关内容尽职查验。

第53条律师须论证发行人的机构独立性，发行人是否建立健全内部经营管理机构，是否独立行使经营管理职权，与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间是否有混合经营、合署办公的情形；是否完全拥有机构设置自主权。

律师应参考本指引第27条所列相关内容尽职查验。

第54条律师须论证发行人的业务独立性，发行人的业务是否独立于控股股东、实际控制人及其控制的其他企业；是否具有完整的业务流程、独立的生产经营场所以及独立的采购、销售系统；与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间是否有同业竞争或者显失公平的关联交易。

律师应参考本指引第28条所列相关内容尽职查验。

第55条律师须论证发行人在独立性方面是否存在其他严重缺陷，并根据具体项目的具体情况对其他文件进行查验。经核验第50条至第54条所列相关内容后，对发行人具有完整的业务体系和直接面向市场独立经营的能力发表法律意见。

第六节发起人和股东

第56条律师须论证发行人的发起人中法人股东（或合伙企业）依法存续，自然人股东具有完全民事行为能力，均具有法律、法规和规范性文件规定的担任发起人的资格，发行人的发起人股东人数、住所、出资比例符合《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国证券法》等相关法律、法规和规范性文件的规定。

律师应尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人的发起人为公司制法人的，查验企业法人营业执照原件（内资发起人法人股东适用）、已经过上一年度工商年检或年度报告的相关资料（需要特殊资质的查验授予相关资质的有效期）；如发起人法人股东已不属于现时股东，则仅需提供股份公司设立（整体变更）时的营业执照原件，如此时该法人股东的营业执照已依法注销（或吊销、办理歇业的），需提供工商部门、税务部门的证明及依法注销（吊销或歇业）的公告文件。

（2）发行人的发起人（含现时股东）为合伙企业的，查验合伙企业营业执照原件（内资股份公司发起人合伙企业股东适用）、工商年检或年度报告相关资料（需要特殊资质的查验授予相关资质的有效期）、验资报告或者缴资凭证。

（3）发行人的发起人为境内自然人的，查验境内自然人股东的身份证复印件及本人签名（内资股份公司发起人自然人股东适用）。

（4）发行人的发起人为外籍自然人的，查验外籍自然人股东的永久居留权证书或公民卡、护照的原件（外商投资股份公司发起人自然人股东适用），且需经公证律师公证并经中华人民共和国驻外领事馆认证或经具有中国委托公证人资格的律师公证（在香港）。

（5）发行人的发起人为外籍非自然人的，查验其商业登记证等类似的主体证明文件的原件（外商投资股份公司非自然人股东适用），且需经公证律师公证并经中华人民共和国驻外领事馆认证或经具有中国委托公证人资格的律师公证（在香港）。

（6）发行人的发起人为特殊类型的（如集体企业、股份合作制企业、社会团体法人组织等），查验其合法存续的相关证明文件，包括但不限于政府及主管部门（如集体资产管理办公室、发展与改革委员会、民政部门等）的审批确认文件等。

（7）发行人的发起人为国有企业的，查验国有股东所持《中华人民共和国国有资产产权登记证》原件，如涉及国有股转持或国有股东标识管理义务的，应核查是否履行法定程序并取得相关批准或备案文件。

（8）发行人股份公司企业法人营业执照原件。

第57条律师须论证发行人变更为股份有限公司时，变更前有限责任公司的股东作为发起人，以各自持有的有限责任公司的股权所对应的净资产认缴股份公司的股份，发起人已足额履行出资义务。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人整体变更的验资报告原件；

（2）发行人整体变更的资产评估报告原件；

（3）股东投入发行人的土地、房产、知识产权权属及权利证书名称变更文件原件及取得所有权人名称变更后的权属证书；

（4）股东投入发行人的动产已完成权利交接，资产风险转移给发行人;

（5）必要时走访权属转让或交接的相关人员，并制作访谈笔录。

第七节发行人的股本及演变

第58条律师须论证发行人设立时的股权设置、股本结构合法有效，产权界定和确认不存在纠纷或风险。

发行人发起设立的，律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人设立时的工商申请资料（包括但不限于名称预先核准通知书、发起人出资协议、公司章程、设立验资报告等）。

（2）发行人股东对其货币出资合法来源的书面说明，必要时走访发行人股东，并制作访谈笔录，取得股东货币出资合法来源的初步依据。

（3）发行人股东对其非货币出资资产享有所有权，并有权依法出资的凭证资料、非货币出资的资产评估报告、权属证书已转让至发行人名下的申请文件、审批文件及权属证书、股东出资承诺书（以股权出资的）等，必要时走访相关非货币出资股东、资产评估人员、办理资产权属转让或交接的相关人员，并制作访谈笔录或实地查验相关投入资产情况，并现场制作查验记录。

（4）股东设立发行人的内部决策机构（股东会、董事会或总经理办公会等）批准参与出资设立发行人的文件（如发行人股东为法人）。

（5）股东设立发行人时经该股东主管部门的批准文件（适用于发行人的股东为国有企业或其对外投资经有权主管部门批准的情形）。

（6）发行人设立时政府主管部门的批准文件（适用于发行人设立需经过政府主管部门批准的情形）。

（7）发行人设立后向股东发放的出资证明书、留存于公司的股东出资名册。

（8）如发行人为国有企业或集体企业经改制设立为有限责任公司的，还应查验国有企业或集体企业阶段改制为有限责任公司（或股份合作制企业）所涉及的全部文件，包括但不限于企业设立申请资料、有权部门批准设立的资料、出资证明书或设立验资报告、企业改制申请、改制方案、改制审批确认文件、审计报告、评估报告（及评估立项、备案文件）、职工大会（或职工代表大会）对改制方案的审议过程及结果（应包含最终购买价格、资产量化方案、职工工龄买断方案、职工安置方案、职工社会保险缴纳方案、与职工重新签署的劳动合同等内容）、改制所涉及政府有权部门及企业主管单位、企业内部决策文件、国有资产主管部门（或集体资产管理部门）对改制事宜的批复文件、改制过程中签署的各项协议、改制过程国有产权交易的程序性文件、涉及国有资产（或集体资产）买卖优惠（如有）的相关政府部门审批确认文件、当时有效的政策性文件依据及实际执行情况。必要时走访政府相关部门、改制时相关经办人员及企业负责人，并制作访谈笔录。

（9）如发行人发行优先股的，应查验优先股的发行及公司章程中涉及优先股权利义务的条款是否符合有关法律法规的规定。

第59条律师须论证发行人历次股权变动合法、合规、真实、有效。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人历次股权/出资变更的工商资料、股东会决议、董事会决议、总经理办公会议决议等、修改后的公司章程（或章程修正案）原件；

（2）发行人股权/出资变动后向股东/出资人签发的出资证明书；

（3）发行人股权/出资变更后制备的股东/出资人的名册；

（4）发行人就本次股权转让完成工商变更登记的原件；

（5）发行人发行优先股的，应查验优先股的交易是否符合有关法律法规的规定。

涉及股权/股份/出资转让的，律师还应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人股东如向股东以外的人转让股权，其他股东同意股权转让的书面文件原件；如其他股东（单个或全部）不以书面形式同意股权转让，需取得股权转让方已按《中华人民共和国公司法》之规定通知该股东而该股东未予答复的证据；如其他股东（单个或全部）作出明确的意思表示不同意股权转让，应取得该股东在合理期限内未按同等价格购买转让股权的证据。

（2）发行人股东如向股东以外的人转让股权，其他股东均放弃优先购买权的书面声明文件原件（适用于有限责任公司股权转让）；

（3）发行人股权转让协议原件；

（4）发行人股权转让价款支付凭证原件；

（5）发行人为股权转让所进行的审计和评估的报告原件（适用于国有股权/股份转让、外资股份转让及确认股权/股份转让公允价格的确定）；

（6）国有资产主管部门对发行人国有股权转让前进行的评估报告、评估结果的确认文件原件（适用于国有股权/股份转让）；

（7）发行人股权转让履行国有产权交易程序的相关文件原件（适用于国有股权/股份转让）；

（8）政府主管部门就股权转让的批准文件原件（适用于股权转让需要经过政府主管部门批准的情形）。

涉及增加或减少注册资本的，律师还应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人股东会同意增加/减少注册资本、股东变更、修订公司章程的决议原件。

（2）发行人审计报告和评估报告的原件（适用于性质为国有控股公司或外商投资企业的发行人增资/减资或国有股东向发行人增资/减资）；

（3）国有资产主管部门对评估结果及增资/减资价格的书面确认文件原件（适用于性质为国有控股公司的发行人增资/减资或国有股东向发行人增资/减资）；

（4）政府主管部门就发行人增资/减资及章程修改事项作出的批准文件原件（适用于增资/减资需要经过政府主管部门批准的情形，例如外商投资企业、金融企业等）；

（5）如为股东以外的人对发行人增资的，发行人现有股东放弃优先增资权利的书面声明文件原件（适用于有限责任公司增资）；

（6）发行人增资协议原件；

（7）发行人增资/减资的验资报告原件；

（8）增资方对作为出资投入发行人的资产具有合法来源和完全所有权权属的证明文件原件；

（9）增资方作为出资投入发行人的资产所有权已过户（转移）至发行人名下；

（10）发行人就减资事项所编制的资产负债表及财产清单的原件；

（11）发行人就减资事项根据《中华人民共和国公司法》的规定通知并公告债权人的证据；

（12）债权人要求清偿债务或提供相应担保的资料或书面说明；

（13）发行人与股东就减资事项所签署的协议原件；

（14）发行人因减资事项向股东支付对价的凭证。

涉及企业合并/分立的，律师还应当尽职查验以下文件或事项：

（1）合并各方就合并事项作出的股东会决议原件；

（2）合并各方签署的合并协议原件；

（3）合并各方编制的资产负债表清单及财产明细清单；

（4）合并各方就合并事项根据《中华人民共和国公司法》的规定通知并公告债权人的书面证明资料；

（5）合并各方债权人要求清偿债务或提供相应担保的资料；

（6）被合并方资产过户至合并方的证明资料；

（7）合并方本次合并后注册资本增加的验资报告原件；

（8）被合并方解散清算的全套文件原件；

（9）合并方就合并事项而修改的公司章程；

（10）政府主管部门就公司合并及章程修改事项作出的批准文件（适用于公司合并需要履行政府主管部门批准程序的公司，例如外商投资企业、金融企业等）；

（11）合并方向公司合并后的股东换发的出资证明书原件；

（12）合并方就发行人公司合并修改后的股东名册；

（13）合并方就公司合并事项履行工商变更登记程序的证明文件原件；

（14）分立方就分立事项作出的股东会决议原件；

（15）分立方编制资产负债表及财产清单；

（16）分立方就分立事项根据《中华人民共和国公司法》的规定通知并公告债权人的证据；

（17）公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议原件；

（18）为分立之目的所新设的公司，其设立的全套文件原件；

（19）分立方与分立后的存续方或新设方就财产分割、债权债务承担事项达成的分立协议原件；

（20）分立方根据分立协议将相关财产过户至分立后的存续方或新设方名下的证据；

（21）分立后的存续方或新设方的验资报告原件；

（22）分立方解散清算的全套文件原件（适用于新设分立）；

（23）政府主管部门就公司分立所涉及的公司新设、变更及解散事项作出的批准文件原件（适用于公司分立需要履行政府主管部门批准程序的公司，例如外商投资企业、金融企业等）；

（24）分立后的存续方或新设方向股东签发或换发的出资证明书原件；

（25）分立后的存续方或新设方的股东名册；

（26）分立后存续方和新设方就公司新设和变更事项履行工商登记程序的证明文件。

发行人出资或股权变更存在不规范情形的，律师应根据具体情形查验以下文件或事项：

（1）对于注册资本的缴付存在瑕疵的，应核查瑕疵产生的具体原因和情况及补救措施，以及验资复核报告、资产评估复核报告、相关政府部门出具的确认文件等；

（2）对于历史上存在集体企业、国有企业改制不规范的，应核查具体情况及补救措施，以及相关政府部门出具的确认文件；

（3）对于历史上存在国有股权转让或持股比例变动不规范的，应核查具体情况及补救措施，以及相关政府部门出具的确认文件；

（4）对于历史上存在委托持股、信托持股、违规职工持股的，应核查形成原因及变化过程、规范及清理情况，以及相关政府部门出具的确认文件。

必要时，就以上情况走访相关主管人员或经办人员，并制作访谈笔录。律师应论证发行人历次股权变动合法、合规、真实、有效。

第60条律师须论证发行人股份不存在质押，或发行人股份虽存在质押但质押合法，不会引致风险。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人及发行人各股东就其所持有的发行人股权/股份是否存在质押出具的确认说明文件原件；

（2）发行人股东名册对股权/股份质押情况的记载；

（3）发行人工商登记档案中关于股权/股份质押的登记情况原件；

如存在股权/股份质押的，律师应另外尽职查验如下文件或事项：

（4）涉及发行人股东持有的发行人股权/股份质押的相关协议及其担保主债权协议原件；

（5）查验是否存在发行人股东将持有发行人的股权/股份向发行人进行质押的情形，如存在该情形的，发行人需对上述情况是否违反《中华人民共和国公司法》相关规定及解决方案进行书面说明，必要时走访发行人相关人员，并制作访谈笔录；

（6）被质押股权/股份的股东就所涉及主债权协议履行情况的说明（应包括是否存在变更抵押标的、是否通知发行人其他股东及是否按照发行人当时或现行有效的公司章程履行了审议、决策程序等情形），必要时走访相关债权人及发行人相关股东，并制作访谈笔录；

（7）如上述主债权因未适当履行造成需要执行被质押股权/股份的，质押股权/股份股东对主债权协议履行或股权/股份转让情况的说明；

（8）质押股权的评估报告（如有）；

（9）如上述被质押股权/股份因主债权协议未适当履行，造成需要执行被质押股权/股份的转让，未质押股权/股份的其他股东对股权执行情况的说明（包括是否同意执行本次股权/股份转让、是否放弃本次股权/股份转让的优先购买权、是否存在股权/股份纠纷等）、股东会决议文件，必要时走访相关股东，并制作访谈笔录；

（10）发行人质押股权/股份股东与发行人其他股东、债权人及第三方间是否有其他质押股权/股份的约定或协议安排，如不存在，请发行人及发行人相关股东作出书面说明，如存在，请发行人、发行人股东及相关人员书面说明，必要时走访发行人股东及相关人员，并制作访谈笔录。

第八节发行人的业务

第61条律师须论证发行人的经营范围和经营方式符合有关法律、法规和规范性文件规定。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人所处行业经营的主要行政许可法律、法规、部门规章及地方性行业规定。

（2）发行人现行有效的企业法人营业执照、公司章程及批准证书（如为外商投资企业）原件。

（3）发行人现行有效的行政许可或审批（包括经营资质或许可、备案认证等）等业务批准文件（如需）原件，特殊许可的，查验相关发行人取得的许可事项及许可内容是否符合相关法律、法规及规范性文件的规定。

（4）发行人历次经营范围变更后取得的企业法人营业执照、变更经营范围经修订的全部公司章程、修订公司章程的股东会决议、政府相关部门就发行人经营范围调整的审批文件原件。

（5）对发行人业务经营方式及经营性资产的实地查验记录。

（6）发行人法定申报期间的财务审计报告及评估报告原件。

（7）就涉及发行人业务经营的主要采购、销售合同及作为其他重要协议一方的函证及访谈笔录，采用函证方式查验的，应说明函证的主要内容、发函（及回函）时间、送达方式（信件邮寄送达的应保留付款凭证及回执单、当面送达的需发件人及收件人签名确认）、接受函证方回函的主要形式及内容等及书面材料原件。

（8）查验发行人取得的法定申报期间生产经营的守法证明文件，必要时就发行人设立以来是否持续守法经营等情况，走访发行人政府主管部门及相关负责人员，并制作访谈笔录。

如发行人的经营范围和经营方式等存在违反相关法律、法规或规范性文件的情形并因此受到行政处罚的，律师还应当尽职查验以下文件或事项：

（9）通过网络、政府公告、媒体报刊等公开渠道，查验核实发行人受到的行政处罚的信息，必要时查验违法行为发生地现场、走访相关人员，并制作现场查验记录及访谈笔录。

（10）查验相关行政处罚文件（包括但不限于查验政府主管部门的政府办公会会议纪要、行政处罚决定书、行政处罚通知书、罚款缴纳通知书、没收违法所得通知书、责令改正或限期整改通知书、听证告知书等）实际执行情况（包括主管部门及发行人对行政处罚执行情况的书面说明、违法行为是否仍在持续、罚款缴纳通知单、实际缴纳罚款情况说明、发行人后续纠正、弥补或赔偿等情况）的说明，必要时走访相关政府主管部门及相关负责人员，并对发行人及发行人相关人员受到的行政处罚是否属于重大违法违规行为，进行书面说明。

（11）如发行人经营范围、经营方式等违反有关法律、法规和规范性文件的规定，并经政府有关部门认定属于重大违法违规的，查验该等违法行为是否仍处于持续状态，是否对发行人日常经营造成不利影响，发行人及相关人员受到的处罚及实施的纠正、弥补或赔偿损失情况，发行人及发行人的实际控制人就杜绝或减少经营违法制定的相关制度及实际执行情况，发行人及发行人相关人员就发行人日后经营符合相关法律、法律或规范性文件所作的承诺或说明。

（12）查验以上行政处罚过程中是否存在申辩、陈述、申请听证、行政复议、行政诉讼等情况，如存在，需查验申辩、陈述、听证、复议、诉讼的相关文件，必要时走访相关人员，并制作访谈笔录。

第62条律师须披露发行人是否在中国大陆以外经营。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）政府有权部门（包括但不限于发改委、商务部门和外汇管理部门等）就发行人为中国大陆以外经营主体的境外项目行政许可、境外投资批准证书、利润来源证明及境外投资之外汇核准件原件；

（2）发行人法定申报期间的财务报告原件；

（3）发行人境外主体之商业登记证或类似公司主体登记文件、业务经营所需资质的境外审批文件原件；

（4）经境外公证、认证程序之发行人境外主体公司良好存续证明（注册机构签发）及股东、董事情况证明书（注册代理机构签发）等类似文件原件；

（5）必要时，走访发行人的董事长、总经理、相关业务人员、财务人员，并制作访谈笔录；

（6）必要时，就发行人境外业务所涉及的境外经营性资产、境外仓储、境外运输等进行实地查验，并制作查验记录；

（7）必要时，走访发行人有关审计、行业资讯机构及相关人员，并制作访谈笔录；

（8）要求发行人境外机构设立地的律师出具法律意见书，说明该境外机构的合法性，如该境外机构对发行人的业务而言较为重要，则法律意见书应包括其经营的合法性；

（9）发行人就发行人是否存在境外经营进行的确认说明及承诺；

（10）对于发行人存在重要境外子公司或主要采取外销模式的，律师应到发行人境外子公司所在地及主要外销客户所在地实地走访调查。

第63条律师须披露发行人的主营业务是否发生过重大变更。

律师就涉及主营业务的披露口径应与券商和会计师保持一致，在界定主营业务涉及不同业务时，需综合考虑不同业务的相关性（是否上下游关系，在客户、市场、技术等方面是否存在相关性）等因素综合界定。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人法定申报期间主营业务变更所涉及的董事会、股东（大）会决议及相应的公司章程或公司章程修正案、企业法人营业执照原件；

（2）发行人主管工商部门就发行人法定申报期间经营范围变更情况的工商变更登记资料，必要时就经营范围变更是否符合当时或现行法律、法规及规范性文件的说明；

（3）发行人法定申报期间业务变更所涉及行政许可或审批（包括批准、经营资质或许可、备案等）事宜；

（4）发行人法定申报期间的财务审计报告、评估报告（如需）原件；

（5）发行人主营业务客户（一般指各个领域销售额的前五大客户）的函证相关文件，必要时走访相关业务客户，并制作访谈笔录；

（6）如发行人法定申报期间主营业务发生变更的，律师还应当就发行人主营业务变更是否属于重大变更发表意见，必要时走访发行人及业务主要负责人员，并制作访谈笔录。

第64条律师须论证发行人主营业务是否突出。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人法定申报期间的财务审计报告及评估报告（如需）原件；

（2）发行人法定申报期间工商年检情况登记备案资料原件；

（3）发行人主管税务部门就公司法定申报期间的纳税申报情况函证及相关文件；

（4）发行人董事长、总经理、财务负责人及业务相关负责人出具的书面确认文件，必要时走访相关人员，并制作访谈笔录。

第65条律师须论证发行人是否依法有效存续，并依照法律规定在其经营范围内开展经营；是否存在持续经营的法律障碍。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人现行有效的企业法人营业执照、有权部门批复及批准证书（外商投资企业），历次股东会、董事会与发行人继续存续有关的决议文件，发行人及发行人主要股东、董事、监事、高级管理人员就发行人有效、合法存续及持续性经营，并不存在经营期限届满、股东会决议解散、申请注销、申请破产清算、因股东诉讼解散等事由出具的说明或承诺，必要时对发行人相关人员进行访谈，并制作访谈笔录；

（2）发行人工商管理部门就发行人自设立之日起通过历年工商年检的资料，必要时走访发行人主管工商部门及相关负责人，就发行人法定申报期间经营业务合法、符合工商管理相关规定、不存在因重大违法违规、未参加企业年检等而可能被吊销营业执照的情形，并制作访谈笔录；

（3）向发行人其他政府有权部门就发行人法定申报期间相关业务合法合规性作出的查询书面记录或函证；

（4）发行人存在仲裁、诉讼或行政处罚等事项时相关文件的原件；

（5）发行人资产权属证书及相关附属证明文件的原件。

第九节关联交易及同业竞争

第66条律师须披露发行人的关联方、关联关系及其关联交易情况，以及发行人的披露情况。

关联方的界定为本节核查的基础。律师应基于《中华人民共和国公司法》并结合证券交易所相关股票上市规则中对关联方的规定对应予以披露的关联方作出界定。如会计师在审计报告中披露的关联方范围与上述界定不完全一致，律师应基于是否对发行造成实质性影响的标准就披露范围作出独立判断。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人提供的关联方清单；

（2）人民银行出具的发行人信用报告（其中包括发行人关联方企业的信息）；

（3）发行人股东、董事、监事、高级管理人员、核心技术人员自行填写的调查表；

（4）走访相关人员，并制作访谈笔录；

（5）与发行人共同出资设立发行人子公司的股东与发行人间是否存在关联关系、关联交易及其他协议安排的说明，走访相关单位和个人，并制作访谈笔录；

（6）发行人关联方本人填写的发行人关联方基本信息调查表；

（7）发行人主要股东、董事、监事、高级管理人员、核心技术人员及财务人员是否在发行人及发行人控股股东、实际控制人控制的其他企业、单位任职或领薪情况的说明；

（8）发行人主要关联方的工商登记资料、发行人控股股东、实际控制人控制或有重要影响的其他企业、单位或组织的工商资料原件（包括但不限于营业执照、公司章程），必要时走访关联企业、单位及相关人员，并制作访谈笔录；

（9）发行人及子公司制定并通过的关联交易决策管理制度及其他与发行人关联交易有关的制度；

（10）与发行人所涉关联交易相关的股东会、董事会会议资料原件，应包含关联方就关联交易回避表决的有关资料（如有）；

（11）发行人法定申报期间的审计报告原件及发行人招股说明书（申报稿）；

（12）发行人与关联方签署的关联交易协议原件及协议履行情况、协议价款支付凭证，发行人就关联交易实施中是否存在纠纷或潜在纠纷的书面说明（如存在纠纷的，应说明对发行人业务经营的影响及解决措施），必要时走访政府相关部门、相关人员，并制作访谈笔录；

（13）发行人就关联交易在发行人销售或采购中的占比及关联交易对发行人经营独立性、持续性、资产完整性的影响说明，必要时走访发行人相关负责人，并制作访谈笔录；

（14）发行人就关联交易发生的原因、必要性、合理性、真实性的说明、就关联交易定价依据及定价是否公允的说明，必要时走访发行人相关负责人，并制作访谈笔录；

（15）发行人关于关联交易的审议程序；

（16）发行人与关联方的关联交易价格与市场同类交易价格的对比分析及定价说明；如无市场同类产品交易价格的，应提供成本确定依据及定价说明；

（17）以发行人重要或主要交易对方（如报告期内前五大或前十大客户及供应商）为线索，核查交易对方的股东、董事、高级管理人员等相关情况，确认与发行人是否存在关联关系；

（18）发行人关联交易中实际发生的应收、应付款项占发行人应收、应付款项的比例及对发行人的影响的说明；

（19）发行人独立董事就发行人法定申报期间关联交易发表的独立意见，必要时走访发行人相关独立董事，并制作访谈笔录；

（20）发行人监事会就发行人法定申报期间关联交易的监事会工作报告及监事意见，必要时走访发行人相关监事，并制作访谈笔录；

（21）发行人及发行人控股股东、实际控制人关于减少关联交易的措施及实施效果的承诺及说明。

第67条律师须披露发行人特殊的关联关系。

除本指引第66条所列相关内容外，律师还应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人及发行上市有关中介机构及承办人员是否存在直接或间接的股权关系或其他利益安排、代持股权关系等情况的书面说明，必要时走访中介机构及有关承办人员，并制作访谈笔录；

（2）发行人主要股东、董事、监事、高级管理人员及核心技术人员与发行人的主要供应商、客户是否存在关联关系的情况说明，必要时走访发行人相关人员及其主要供应商、客户相关人员，并制作访谈笔录；

（3）发行人法定申报期间由关联方转变为非关联方的，相关单位的工商变更登记资料原件、相关关联协议及发行人就上述转变对发行人造成影响的书面说明，必要时走访与发行人有重要业务往来的关联方及非关联方相关人员，并制作访谈笔录；

（4）其他发行人存在的有特殊关联关系或特殊安排情况的书面说明。

第68条律师须披露发行人规范关联交易的制度及措施。

律师除应尽职查验本指引第66条所列相关文件或事项外，还应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人关联方减少及规范关联交易承诺函原件；

（2）发行人股东会、董事会通过的关于减少及规范关联交易的有关制度及实际执行情况的说明。

第69条律师须披露发行人同业竞争情况及发行人的披露情况。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人及发行人控股股东、实际控制人及其控制的其他企业、持有发行人5%以上股份股东及其控制的其他企业主营业务情况的说明，包括业务、产品、技术方面是否相同或相似的情形，是否存在上下游关系，供应商和客户是否存在重叠等，涉及以上相关主体调整变更主营业务（包括但不限于企业法人营业执照变更，公司章程变更，避免同业竞争的相关股东会、董事会决议等），业务渠道整体转让、业务剥离、停产转产等情况；

（2）发行人为避免同业竞争采取的措施，包括但不限于资产转让、股权转让的相关协议、价款支付情况，转让标的实际登记、交接情况，发行人控股股东、实际控制人变更及其出资结构调整等情况；

（3）发行人及发行人控股股东、实际控制人、持有发行人5%以上股份股东避免同业竞争的其他措施；

（4）发行人控股股东、实际控制人、董事、高级管理人员、持有发行人5%以上股份股东关于避免同业竞争所签署的协议、所出具的书面承诺或声明；

（5）对以上相关人员进行访谈，制作访谈笔录；

（6）发行人控股股东或实际控制人及其控制的其他企业法定申报期间的审计报告；

（7）发行人就同业竞争情况对发行人业务经营影响的书面说明；

（8）发行人法定申报期间的审计报告、招股说明书（申报稿）及其他涉及同业竞争的资料。

第70条律师须披露发行人避免同业竞争的措施或承诺。

律师应当尽职查验发行人控股股东、实际控制人关于避免同业竞争的承诺函或避免同业竞争协议原件。

第十节发行人的主要财产

第71条律师须论证发行人拥有的土地使用权和房产合法有效，不存在权属纠纷，并应参照本指引第24条要求的查验事项，对发行人取得土地、房地产产权证书的过程，权属证书原件，资产权属性质，是否存在权利限制及纠纷等情况进行尽职查验。

就土地使用权的取得，应同时核查发行人在取得及使用土地使用权过程中是否存在违法违规行为，是否受到行政处罚；如以自建方式取得房屋所有权的，应核查《建设用地批准证书》《建设用地规划许可证》《建设工程规划许可证》《建筑工程施工许可证》《房产证》等相关文件，核查建设过程中涉及的规划、施工、竣工等相关手续是否完备有效；以受让方式取得房屋所有权的，应核查转让协议、价款支付凭证、房产证等相关文件。

第72条律师须论证发行人商标的取得符合法律规定，且已取得完备的权属证书，不存在产权纠纷或潜在法律纠纷；发行人申请的商标已获有效受理。

律师除应对本指引第24条要求的查验事项尽职查验外，还应尽职查验以下内容和事项：

（1）发行人及其子公司、分支机构与商标委托代理机构签署的委托申请协议；

（2）申请商标主体的主体资格证明文件；

（3）商标注册申请书；

（4）商标受理通知书、商标注册申请补正通知书（如有）、商标审查意见书（如有）；

（5）商标公告相关文件，商标复核、复审申请书（如有）；

（6）商标登记费及年费缴纳凭证；

（7）商标局官方网站检索注册商标情况，并制作检索证据；

（8）发行人及其子公司、分支机构通过受让取得商标权的转让协议、变更申请文件及协议实际履行情况的书面说明；

（9）发行人及其子公司、分支机构取得的商标权属证书原件；

（10）发行人对所拥有的商标权属是否存在权利限制、权属纠纷等情况进行的书面说明。

第73条律师须论证发行人专利权的取得符合法律规定，且已取得完备的权属证书，不存在产权纠纷或潜在法律纠纷；发行人正在申请的专利已获受理。

律师除应对本指引第24条要求的查验事项尽职查验外，还应尽职查验以下内容和事项：

（1）发行人与专利委托代理机构签署的委托申请协议；

（2）发行人及其子公司、分支机构与专利委托代理机构签署的委托申请协议；

（3）申请专利主体的主体资格证明文件；

（4）专利注册申请书、提交的专利申请说明文件；

（5）专利申请受理通知书；

（6）专利公告相关文件，复核、复审申请书（如有）；

（7）专利登记费及年费缴纳凭证；

（8）国家知识产权局官方网站检索注册专利状态等情况，并制作检索证据；

（9）发行人及其子公司、分支机构通过受让取得专利权（含专利申请权）的转让协议、变更申请文件及协议实际履行情况的书面说明；

（10）发行人及其子公司、分支机构取得的专利权属证书原件；

（11）发行人对拥有的专利权属是否存在权利限制、权属纠纷、是否属于职务发明等情况进行的书面说明。

第74条律师须论证发行人的主要生产经营设备、大宗产品和重要原料的取得符合法律规定，且拥有完备的权利，不存在产权纠纷或潜在的法律纠纷。

律师应参照本指引第24条的要求对发行人拥有的主要生产经营设备、大宗产品和重要原材料情况进行尽职查验，必要时实地查验及走访发行人相关负责人员，并制作现场查验记录及访谈笔录。

第75条律师须论证发行人对其银行存款拥有完备的权利，不存在产权纠纷或潜在的法律纠纷，并应按要求对发行人的存款证明文件的原件进行尽职查验。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人的银行开户证明、银行贷款卡、银行资信证明文件；

（2）发行人法定申报期间的审计报告；

（3）发行人对其银行存款拥有完备的权利，不存在产权纠纷或潜在的法律纠纷的书面说明；

（4）律师应前往银行打印发行人存款情况流水单，并由银行加盖公章；

（5）走访银行相关负责人员，制作访谈笔录或查验记录。

第76条律师须论证发行人对主要财产的权利负担系其生产经营的正常所需，对其发行上市不存在实质性法律障碍，并应按要求对发行人的权利负担清单进行尽职查验。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）涉及对发行人的主要财产权利设立权利负担的文件（包括但不限于设立抵押、质押的协议及主协议，设定抵押财产的清单、权利限制类型、权利限制期限、权利限制的登记或备案情况说明，抵押资产取得的他项权利证书、登记备案文件、其他权利人对相关抵押资产权利限制的知晓情况等）；

（2）发行人对主要资产设立权利负担所进行的内部决策及授权委托文件（包括但不限于发行人股东会决议、董事会决议、总经理办公会议文件，授权委托相关人员办理签署权利设定负担协议文件及办理有关登记备案手续的授权委托书原件等）；

（3）发行人法定申报期间的审计报告；

（4）发行人对设定财产抵押的原因、发行人解除主要财产权利负担的能力及相关事项的实际履行情况，对发行人的生产经营可能造成何种影响的书面说明；

（5）发行人基于所处行业特点设定上述财产权利负担的必要性、合理性的分析意见等资料；

（6）必要时走访发行人审计机构、本次发行承销商、行业咨询机构及其相关人员，并制作访谈笔录；

（7）必要时走访发行人及发行人财产设定权利负担的权利人及其相关人员，并制作访谈笔录。

第十一节发行人的重大债权债务

第77条律师须披露发行人（包括发行人主体以及发行人控股子公司，下同）的重大合同是否合法有效，是否存在潜在风险；若存在潜在风险，是否对发行人生产经营以及本次发行上市有重大不利影响；合同主体是否变更为发行人；合同履行是否存在法律障碍。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）未来可能对发行人产生重要影响包括存在风险与纠纷的重大业务合同：

①与发行人的业务、资产相关的合同或协议：发行人及发行人的子公司签署且正在履行的主要合同，包括但不限于采购合同、销售合同、借款合同、担保合同、资产（股权）买卖、转让合同、资产租赁合同、人财物保险合同、业务技术合作（开发）协议、劳动合同及保密协议、职务发明及专利归属、使用协议等文件原件；

②与发行人参与经营投资相关的合同或协议：涉及发行人及其子公司合资、联营、挂靠、合伙、投资及参与利润共享等协议原件；

③发行人避免同业竞争、减少规范关联交易的有关协议原件（如有）；

④发行人建设施工类合同原件；

⑤发行人与本次发行承销商的承销、保荐合同原件。

（2）发行人及发行人子公司与合同管理有关的各项制度（如有）。

（3）发行人内部对重大合同签署审批流程文件原件，包括但不限于合同签署事项说明单、发行人内部各部门的审批及意见单、发行人涉及协议签署的内部各类决议及批示文件等。

（4）发行人政府主管部门对发行人签署相关合同前后需出具的登记、备案等文件原件（如需）。

（5）如发行人以上签署的合同发生合同主要条款变更、履行主体变更或名称变更的，发行人向以上协议相对方或利益相关方发出变更履行的书面通知书（含送达方式、送达单据、对方签收单）及对方是否同意合同内容变更，是否继续履行原合同，履行是否存在纠纷、诉讼的书面确认文件原件（适用于以资产新设成立股份公司，业务整合、剥离，业务模式调整等情况下发行人履行内容、履约主体发生变更等情形）。

（6）发行人对以上合同真实性、履行情况及是否存在纠纷、诉讼情况的书面说明或承诺。

（7）律师应对以上合同的真实性、有效性及实际履行情况进行核查，如发现协议的签订、履行存在异常的，应走访合同相对方并制作访谈笔录，或向合同相对方发出函证并取得其回执；对于以邮件形式发送的合同，律师可查验相关邮件发送记录，并制作查验记录。

（8）律师在核查过程中如对发行人与境外机构签署的重大合同的真实性及有效性产生疑问的，可要求发行人聘请境外当地律师出具法律意见。

第78条律师须论证发行人有无因环境保护、知识产权、产品质量、劳动安全、人身权等原因产生的侵权之债，如有相关的侵权之债，是否对发行人的生产经营造成重大不利影响，发行人是否存在严重损害社会投资者及社会公共利益的行为。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人及发行人控股股东、实际控制人关于发行人法定申报期间是否存在因环境保护、知识产权、产品质量、劳动安全、人身权等原因产生的侵权之债的说明；如存在，应提供情况说明、诉讼仲裁文件、判决裁定书、执行通知书等详细资料；

（2）走访发行人及发行人实际控制人、主要负责人员，并制作访谈笔录；

（3）通过包括但不限于网站在内的公开信息查询发行人是否存在相关侵权之债；

（4）必要时应实地走访发行人所在地环境保护局、知识产权局、质量技术监督局、消费者协会、安全生产监督管理局、公安局、法院、仲裁委等相关部门，并制作访谈笔录或查验记录；

（5）关于环境保护，可实地查验发行人的环保设备、设施，并走访周边可能受到影响的居民，并制作查验记录及访谈笔录；

（6）关于劳动安全，可实地查验发行人员工的工作环境、工作条件，并走访发行人的员工，并制作查验记录及访谈笔录。

第79条律师需论证发行人与关联方之间不存在其他重大债权债务关系及相互提供担保的情况。特殊情况下，发行人应就是否存在其他重大债权债务关系及提供担保情况出具书面说明，无需另行核查其他文件。

第80条律师须论证发行人目前金额较大的其他应收、应付款系因正常的生产经营活动发生，合法有效。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人法定申报期间的审计报告原件；

（2）发行人截至申报基准日的其他应收、应付款明细清单；律师应对清单中的款项进行核查（如数量过多，可实行抽查），包括对方当事人、合同签订、履行情况等，如发现异常，应走访发行人的财务主管人员、对方当事人，并制作访谈笔录，或向对方当事人发出函证并取得其回执。

第十二节发行人重大资产变化及收购兼并

第81条律师须论证发行人设立至今发生的合并、分立、增资扩股、减少注册资本、重大资产收购或出售符合《中华人民共和国公司法》等当时有效的法律、法规和规范性文件的规定，并已履行了必要的法律手续。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人及交易对方关于重大资产收购、出售以及其他重大资产重组作出的包括但不限于董事会决议、股东（大）会决议、总经理办公室会议文件，上级主管部门的请示及批复文件（涉及国有、集体资产的）原件；

（2）发行人的重大资产收购、出售以及其他重大资产重组协议；

（3）发行人的重大资产收购、出售以及其他重大资产重组的政府批准的原件（如需）；

（4）发行人的重大资产收购、出售以及其他重大资产重组的审计、评估报告原件；

（5）发行人的重大资产收购、出售以及其他重大资产重组债权人同意的原件（如需要）；

（6）发行人最近一年及一期内收购兼并其他企业资产（或股权），且被收购企业资产总额或营业收入或净利润超过收购前发行人相应项目20%（含）的，查验被收购企业收购前一年的利润表；

（7）发行人重大资产收购、出售以及其他重大资产重组协议实施履行的证明文件原件、资产转让对价实际支付凭证，若取得资产需要依法进行变更登记的，查验取得登记机关制作的财产权利证书原件。

第82条律师须论证发行人拟进行的资产置换、资产剥离、资产出售或收购符合《中华人民共和国公司法》等法律、法规和规范性文件的规定，并已履行了必要的法律手续，对发行人发行上市条件不产生实质性影响。

律师在按照本指引第81条所列相关内容进行查验的基础上，取得发行人关于拟进行的资产置换、资产剥离、资产出售或收购作出的说明，并要求发行人提供相关文件。

第十三节发行人公司章程的制定与修改

第83条律师须论证发行人（含发行人改制为股份有限公司之前期间）公司章程的制定和修订程序符合当时有效的法律、法规和规范性文件的规定；发行人的公司章程草案符合上市公司章程的要求，公司章程草案将于发行人本次发行及上市完成后生效，并取代发行人目前有效的公司章程。

律师应当尽职查验以下文件或事项，同时取得工商登记备案的文本，并关注股东签署情况：

（1）发行人设立之日起各阶段制定的章程及此后历次修改的章程或章程修正案；

（2）发行人设立之日起各阶段制定的章程及此后历次修改章程，包括但不限于股东会决议、董事会决议、总经理办公会议决议、上级主管部门（单位）的批复文件等；

（3）发行人设立股份公司时（包含整体变更为股份有限公司）全体发起人制定的公司章程，及此后历次修改的章程或章程修正案及股东会决议文件；

（4）发行人历次章程的制定、变更等情况，必要时走访相关政府备案登记部门或发行人相关负责人员，并制作访谈笔录。

第十四节发行人股东大会、董事会、议事规则及规范运作

第84条律师须论证发行人按照《中华人民共和国公司法》的有关规定设立了股东大会、监事会、董事会、总经理等高级管理人员及公司各部门，发行人具有健全的法人组织结构。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人提供的组织机构图；

（2）发行人股东大会、董事会、监事会、总经理办公会等会议文件资料；

（3）发行人现行有效的公司章程；

（4）发行人设置相关部门的决议文件、会议召开通知、会议参加人员签名的现场会议记录、会议决议执行情况的说明（如有）；

（5）发行人经股东大会、董事会决议、总经理办公会等会议决议，通过设立发行人各部门、制定的议事规则、内部制度，发行人相关部门有关人员的任命决议文件原件；

（6）必要时，走访相关部门人员，并制作访谈笔录。

第85条律师须论证发行人具有健全的股东大会、董事会及监事会议事规则，发行人上述议事规则符合相关法律、法规和规范性文件的规定。

律师应当尽职查验发行人的股东（大）会、董事会、监事会议事规则并由公司加盖印章。

第86条律师须论证发行人股东大会、董事会、监事会的召开程序符合相关法律、法规和规范性文件的规定，股东大会、董事会、监事会的决议内容及签署合法、合规、真实、有效，股东大会或董事会的授权或重大决策等行为合法、合规、真实、有效。

律师应当尽职查验发行人最近法定申报期间股东（大）会、董事会、监事会的会议文件，包括书面会议通知、签到名册、会议记录、投票表决事项、监票事项、会议决议、执行情况记录等，应关注以下内容：

（1）是否依据有关法律、法规和公司章程提前通知并按通知内容召开股东（大）会、董事会、监事会，通知文件应包含会议通知的时间、地点、会议议题及议案、通知回执等；

（2）会议记录是否完整，会议记录中时间、地点、出席人数等要件是否齐备，会议文件是否归档保存；

（3）会议记录是否由出席股东、董事、监事及其他列席人员签署；

（4）委派代表的授权委托书及授权事项，包含委派代表的身份证明，委托人的身份证明文件；

（5）对重大投资、融资、经营决策、对外担保、关联交易等事项的决策过程中，是否履行了公司章程和相关议事规则规定的程序；

（6）涉及关联董事、关联股东或其他利益相关者应当回避的，该等人员是否回避；

（7）监事会及董事会专门委员会是否正常发挥作用，是否具备切实的监督手段，必要时检查相关会议文件记录；

（8）股东（大）会、董事会、监事会召集的过程及程序是否合法有效，决议的内容是否合法有效；

（9）股东（大）会、董事会、监事会决议的实际执行情况，执行方式是否符合法律规定及决议的内容；

（10）股东（大）会、董事会、监事会决议如未能执行的，相关执行者是否向决议机构汇报并说明原因；

（11）对于股东（大）会、董事会、监事会在召集、召开程序方面存在瑕疵的，应核查该等瑕疵产生的背景和原因、所采取的补救措施，是否影响决议的有效性，是否存在潜在纠纷。

第十五节发行人董事、监事和高级管理人员及其变化

第87条律师须论证发行人董事、监事、高级管理人员具备法律、法规及规范性文件规定的任职资格，已经了解与股票发行上市有关的法律、法规，知悉上市公司及其董事、监事和高级管理人员的法定义务和责任。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人董事、监事、高级管理人员名单及任职文件；

（2）董事、监事、高级管理人员的简历、身份证明要求由本人签字确认，并加盖公司公章，结合相关股东大会、董事会、监事会决议文件确定提供文件及书面说明的真实性；

（3）董事、监事、高级管理人员的任职资格的说明文件，应说明是否符合《中华人民共和国公司法》规定的任职条件，说明与发行人是否存在关联关系，说明本人是否有重大诉讼、仲裁事项，是否有占用公司款项的情形，是否有其他控股或参股公司（与公司存在关联交易、同业竞争的需重点说明，并提供该公司的相关资料）；

（4）独立董事身份证明、任职资格证书，会计师至少占有1/3，其他独立董事作为各行业、各专业领域人士所需的工作履历、资格证书、学历证书等；

（5）工商管理部门、公安部门关于发行人董事、监事、高级管理人员的资料，要求向工商管理部门、公安部门调取并加盖印章，必要时走访相关部门的相关人员，制作访谈笔录；

（6）当地证监局验收合格的证明文件，要求参阅并核对原件；

（7）核查发行人董事、监事、高级管理人员是否尽到了勤勉义务，核查参加公司各项会议的参会情况、会议记录等。

第88条律师须论证发行人报告期内历次董事、监事、高级管理人员的变化均履行了相应的程序，该等变化不属于重大变化，不会对本次发行上市构成实质障碍。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人报告期内涉及发行人变更董事、监事、高级管理人员的股东大会、董事会、监事会全部会议文件（包括但不限于会议通知、会议议案、会议决议、会议记录、签到表、选票等），要求查验原件且届次连贯，确保没有遗漏；

（2）工商管理部门关于历次董事、监事、高级管理人员变更的备案文件，要求向工商管理部门调取，加盖工商管理部门印章，并应与相应的变更会议文件相对应，必要时走访相关部门及人员，并制作访谈笔录；

（3）历次工商变更对应修改公司章程董事会、监事会、高级管理人员任职资格、职能等条款的，要求查验原件且应与工商备案的章程相对应；

（4）其他可以证明发行人董事、监事、高级管理人员变化不属于重大变化，不会对本次上市构成实质障碍的书面资料，必要时走访相关人员，并制作访谈笔录。

第89条律师须论证发行人已设立了独立董事制度，且该制度符合法律、法规及规范性文件的规定，独立董事任职资格合法有效。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人关于审议通过独立董事制度的董事会、股东大会决议原件；

（2）发行人关于选举产生独立董事的股东大会文件的原件，包括但不限于通知、议案、决议、会议记录、签到表、选票等，并与工商备案文件相对应；

（3）发行人关于设立独立董事的章程或修正案原件，审议通过以上章程或修正案的董事会、股东大会会议文件，并与工商备案资料相对应；

（4）独立董事任职资格证书、简历、目前在其他企业或机构任职情况的说明及身份证明文件原件；

（5）历次变更独立董事时相应工商备案登记资料原件；

（6）独立董事关于具备任职资格的承诺；

（7）独立董事的述职报告、需独立董事发表的独立意见、独立董事出席历次董事会的会议记录及签到证明；

（8）独立董事津贴制定及通过的相关决议、独立董事津贴发放实际执行情况的凭证（如有）。

第十六节发行人的税务

第90条律师须论证发行人已在国家税务局和地方税务局办理国税和地税登记，并应当尽职查验发行人的税务登记证原件。

第91条律师须论证发行人目前执行的税种、税率真实且符合相关税收法律、法规和规范性文件的规定。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人法定申报期间的审计报告原件；

（2）发行人及其子公司提供的书面说明及纳税申报表原件。

第92条律师须披露发行人及其子公司目前享受的税收优惠情况。

律师应尽职查验以下文件及事项：

（1）与发行人董事、高级管理人员、财务负责人进行访谈，并制作访谈笔录；

（2）发行人对税收优惠情况出具的书面说明文件原件；

（3）税务部门依法出具的《减免税通知书》或其他确认该项税收优惠合法有效的证明文件原件，必要时向相关税务部门发出函证或走访相关人员，并制作访谈笔录。

第93条律师须论证发行人在法定申报期间不存在因违反税收法律法规被有关税务部门处罚的情况。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人及其全资控股子公司（非企业法人）出具的书面说明文件或承诺函原件；

（2）税务部门出具的证明发行人法定申报期间依法纳税，未发现因违反税务法律、法规被有关税务部门处罚的证明文件原件，必要时向有关税务部门进行函证或走访相关人员，并制作访谈笔录。

第94条律师须披露发行人法定申报期间是否存在政府补贴及补贴数额情况。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人出具的关于收到政府补贴的时间、名称、数额及依据的说明文件原件；

（2）发行人提供的政府补贴入账的凭证；

（3）相关政府补贴批准文件或依据原件，必要时向有关政府部门进行函证或走访，并制作访谈笔录。

第十七节发行人的环境保护和产品质量、技术等标准

第95条律师须论证发行人的生产经营活动和拟投资项目是否符合有关环境保护的要求，法定申报期间是否因违反有关环境保护方面的法律、法规和规范性文件而被处罚。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人日常经营所需的防止环境污染许可证、保障自然资源合理开发和利用许可证等，包括但不限于排污许可证，危险废物收集、储存、处置许可证，采矿许可证，水资源开采许可证等证书原件；

（2）发行人就改善环境、减少排污等的资金设备投入的支出凭证；

（3）发行人制定的环境保护相关制度、人员及支出凭证；

（4）发行人与外包排污部门签署的书面委托协议原件，相关协议执行情况的书面说明；

（5）发行人所属当地政府或环保部门公开或第三方评估的环境信息；

（6）发行人根据相关规定被环保部门要求整改的，所履行整改事项完成实施情况的书面说明，必要时走访各相关部门及人员，并制作访谈笔录。

第96条律师须论证发行人的产品是否符合有关产品质量和技术监督标准，法定申报期间是否因违反有关产品质量和技术监督方面的法律、法规而受到处罚。

律师应当尽职查验发行人法定申报期间生产的各种产品符合国家及行业的相关产品质量标准和技术监督标准，法定申报期间没有违反有关产品质量和技术监督方面的法律、法规的行为的证明原件。该证明由主管质量技术监督部门出具，如遇特殊行业，如食品、养殖、危险品等特种行业应由相应主管部门出具，必要时走访相关部门及人员，并制作访谈笔录。

第十八节发行人募集资金的运用

第97条律师须论证发行人募集资金投向的具体情况及是否已经发行人所属有权管理机构批准。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人募集资金项目可行性研究报告原件，以确认项目的可行性及项目的具体内容及是否符合国家的产业政策。

（2）发行人募集资金项目批准的董事会、股东大会决议、会议记录原件。

第98条律师须论证发行人募集资金投资项目是否已经按照有关投资管理法律、法规的规定，办理了相应的行政许可或备案手续。

律师应当尽职查验有权管理机构对项目的行政审批、许可及备案文件原件，以确认项目是否按照项目投资程序办理相应的投资监管程序。

第99条律师须论证发行人募集资金投资项目是否符合有关环境保护的要求。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）募投项目有关的环境影响评价文件及环保“三同时”批准文件原件，并在必要时向有关环保部门进行函证或取得其书面确认；

（2）必要时向有关环保部门进行函证或走访相关人员，并制作访谈笔录。

第100条律师须论证发行人募集资金投资项目是否与他人合作。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人关于募投项目是否与他人合作的书面说明；

（2）就拟投资主体及项目作出的董事会、股东大会决议文件；

（3）项目拟投资主体的营业执照、公司章程等工商登记资料、批准证书及相应的许可文件，如项目拟用于向其他企业投资，对上述被投资主体、所从事业务及投资风险情况予以查验，必要时，向有关主管部门及相关被投资主体进行函证或走访相关部门，并制作访谈笔录；

（4）必要时实地查验拟投资主体，并制作查验记录；

（5）有权部门对拟投资主体就公司经营合规性所出具的函证、书面确认书或向有关部门查询相关资料的书面记录；

（6）若前述投资涉及国有资产转让的，需查验有关国有资产管理部门对有关国有资产转让的评估文件、批准文件，相关产权交易登记、确认的相关原件，必要时向有关国资部门进行函证或走访相关部门，并制作访谈笔录；

（7）项目资金拟用于收购资产的, 项目收购资产出让方的营业执照、公司章程、批准证书及自然人身份证明文件、出售资产的权属证明文件、购买协议、支付凭证及已取得的权属文件原件等资料，必要时走访相关主体或人员，并制作访谈笔录；

（8）拟收购资产为在建工程的，工程规划、批准建设及施工各阶段应取得的相关批准文件、工程施工合同文件及工程款项支付凭证原件，必要时实地查验拟收购资产，并制作现场查验记录；

（9）拟收购资产资产评估报告原件（如有）；

（10）资产出让方就资产出让作出的董事会或股东会决议文件，并确认上述决议文件是否依据其内部程序合法作出；

（11）发行人签署的投资、资产购买等项目资金使用协议、意向文件原件，对发行人是否存在重大法律风险。

第101条律师须论证发行人募集资金投资项目是否有明确的使用方向，募集资金是否用于发行人主营业务。发行人募集资金使用项目是否属于持有交易性金融资产和可供出售的金融资产、借予他人、委托理财等财务性投资，或直接或者间接投资于以买卖有价证券为主要业务的公司。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人就项目主要投向出具的书面说明；

（2）必要时，走访发行人董事、总经理及相关业务负责人，并制作访谈笔录。

第102条律师须论证发行人募集资金投资项目是否与发行人现有生产经营规模、财务状况、技术水平和管理能力等相适应。

在本指引第97条至第101条要求综合查验的基础上，律师还应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人法定申报期间的财务审计报告及评估报告；

（2）必要时走访发行人股东、董事、总经理及相关业务、财务负责人，并制作访谈笔录。

（3）必要时，走访发行人相关行业协会、行业专业人士，并制作访谈笔录。

第103条律师须论证发行人募集资金投资项目是否符合国家产业政策、投资管理、环境保护、土地管理以及其他法律、法规和规章的规定。

在本指引第97条至第101条要求综合查验的基础上，律师还应当尽职查验以下文件或事项：

（1）与募投项目有关土地使用权取得相关手续（如有）文件原件；

（2）发行人已经取得有关行业产业政策、投资管理、环境保护、土地管理等行政许可或批准文件、证书、证明原件。

第104条律师须论证发行人董事会是否已对募集资金投资项目的可行性进行认真分析，确信投资项目具有较好的市场前景和盈利能力，有效防范投资风险，提高募集资金使用效益。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人批准募投项目董事会、股东大会决议文件原件；

（2）必要时走访发行人董事、高级管理人员及相关业务、财务负责人，并制作访谈笔录。

第105条律师须论证发行人募集资金投资项目实施后，是否会产生同业竞争或者对发行人的独立性产生不利影响。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人控股股东、实际控制人对募投项目实施后是否存在同业竞争、对发行人独立性产生影响的书面说明或承诺；

（2）发行人控股股东、实际控制人控制的其他企业的营业执照、公司章程、行业经营许可证照等文件原件。

第106条律师须论证发行人董事会是否已经建立募集资金专项存储制度，募集资金是否将存放于董事会决定的专项账户、专款专用。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人募集资金专项存储管理办法、发行人就关于建立募集资金专项存储制度的相关董事会、股东大会决议文件原件；

（2）专项账户开户协议与开户证明文件原件。

第十九节发行人业务发展目标

第107条律师须论证发行人业务发展目标是否符合国家法律、法规和规范性文件的规定，是否与其主营业务一致，是否存在潜在的法律风险。

在本章第八节“发行人的业务”有关事项查验的基础上，律师应当尽职查验如下文件：

（1）发行人就业务发展目标与主营业务是否一致所出具的书面确认文件；

（2）发行人就业务发展目标所作的相关董事会、股东大会决议文件原件；

（3）必要时，走访发行人董事、高级管理人员及发行人相关业务负责人，就业务发展目标制作访谈笔录。

第二十节诉讼、仲裁或行政处罚

第108条律师须论证目前发行人及其控股子公司、持有发行人5%以上股份的主要股东、实际控制人、发行人的董事长、总经理存在的案件对本次发行及上市不存在法律障碍。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人及其控股子公司、持有发行人5%以上股份的股东关于是否存在尚未了结的或可预见的重大诉讼、仲裁及行政处罚案件的说明；如存在，应提供全部相关文件；

（2）查询发行人及其控股子公司、持有发行人5%以上股份的股东住所地、主要经营地、主要客户所在地司法机关公告信息；

（3）通过包括但不限于网站在内的公开信息查询相关诉讼、仲裁及行政处罚案件情况；

（4）就发行人及其子公司可能涉及的重大诉讼、仲裁及行政处罚案件，对发行人及其子公司办公室主管人员、法务主管人员、邮件收发人员、常年法律顾问进行访谈，并制作访谈笔录，同时应查验发行人及其子公司的用印情况，并制作查验记录；

（5）审查发行人及其子公司主要合同条款及履行情况，如发现异常，应对合同相对方进行访谈并制作访谈笔录，或向合同相对方发出函证并取得其回执；

（6）核查过程中如发现异常情况，应向发行人及其子公司住所地、主要经营地、主要客户所在地法院、仲裁委员会、行政主管机关、消费者协会发出函证并取得其回执，或直接走访并制作访谈笔录或查验记录。

第109条律师须论证发行人及其控股子公司、发行人的主要股东、实际控制人不存在尚未了结的或可预见的重大诉讼、仲裁及行政处罚案件。

律师还应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人实际控制人、董事、监事、高级管理人员关于是否存在重大诉讼、仲裁、行政处罚的书面说明；如存在，应提供全部相关文件；

（2）查询发行人实际控制人、董事长、总经理户籍所在地或经常居住地司法机关公告信息；

（3）通过包括但不限于网站在内的公开信息查询相关诉讼、仲裁及行政处罚案件情况；

（4）就发行人实际控制人、董事长、总经理可能涉及的重大诉讼、仲裁及行政处罚案件，走访发行人办公室的主管人员、邮件收发人员，并制作访谈笔录；

（5）核查过程中如发现异常情况，可走访发行人的实际控制人、董事长、总经理户籍所在地或经常居住地法院、仲裁委员会、公安机关，并制作访谈笔录或查验记录，或向上述机构发出函证并取得其回执。

第110条律师须论证发行人的董事长及总经理不存在尚未了结的或可预见的重大诉讼、仲裁及行政处罚案件。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人董事、监事、高级管理人员出具的无重大诉讼、仲裁、行政处罚的书面承诺；

（2）董事长、总经理住所地人民法院的相关公告，必要时走访发行人相关司法主管部门，并制作访谈笔录。

第二十一节发行人招股意向书法律风险的评价

第111条律师须论述发行人的招股意向书是否存在法律风险。

律师应当尽职查验以下文件或事项：

（1）发行人招股说明书（申报稿）；

（2）如有券商律师的，应查验券商律师的验证笔录。

（本操作指引由中华全国律师协会金融证券保险专业委员会负责起草。执笔人：梁立新、赵威、孙艳、刘维、倪俊骥；审稿人：吕红兵、张宏久、朱振武、王建平、袁爱平、张诗伟、季猛、李小海）

## 律师代理商标注册申请业务操作指引

目录

第一章总则 / 129

第二章商标注册需确定的事项 / 132

第一节申请主体的确定 / 132

第二节商标的确定 / 133

第三节商品的确定 / 137

第四节商标查询 / 138

第五节其他需确定的事项 / 144

第三章申请文件的准备 / 146

第一节一般商标注册申请的文件准备 / 146

第二节特殊类型商标注册申请的附加文件 / 150

第四章申请文件的递交 / 152

第五章受理后的程序 / 155

第六章商标注册后的注意事项 / 158

第七章案件管理 / 160

第一章

总则

第1条宗旨和说明

2012年11月6日，司法部、国家工商行政管理总局联合发布《律师事务所从事商标代理业务管理办法》。根据该办法，自2013年1月1日起，凡在国家工商总局商标局办理备案的律师事务所，均可从事商标注册申请、商标注册驳回复审等商标局和商标评审委员会主管的商标代理业务。加之律师事务所之前无须备案即可继续从事的商标国际注册、商标行政复议、商标诉讼、商标纠纷调解仲裁等商标代理法律事务，意味着律师事务所可全面介入商标代理业务，律师商标法律服务进入一个新的阶段。为提高律师办理商标注册申请业务的服务质量，维护商标申请人的合法权益，促进商标申请的顺利进行，特编写本指引。

该指引仅为律师提供办理商标注册申请业务的借鉴、经验，并非强制性或规范性规定，仅供律师在实际业务中参考。

第2条缩略语

2.1 《商标法》：《中华人民共和国商标法》（2013年8月30日全国人大常委会修改，2014年5月1日起实施），也称2013年《商标法》

2.2 2001年《商标法》：《中华人民共和国商标法》（2001年修正）

2.3 《商标法实施条例》：《中华人民共和国商标法实施条例》（2014年）

2.4 《类似商品和服务区分表》：《类似商品和服务区分表——基于尼斯分类第十版（2015文本）》

2.5 尼斯分类：世界知识产权组织根据《商标注册用商品和服务国际分类尼斯协定》制定的《商标注册用商品和服务国际分类》，也称国际分类

2.6 《审查标准》：2005年商标局和商评委联合发布的《商标审查标准》

2.7 指引：律师代理商标注册申请业务操作指引

2.8 商标局：中华人民共和国工商行政管理总局商标局

2.9 商评委：中华人民共和国工商行政管理总局商标评审委员会

2.10 代理机构：在商标局备案的从事商标代理业务的律师事务所、知识产权代理公司

第3条商标及商标注册原因

3.1 商标

《商标法》第8条规定：“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。”第4条第2款规定：“本法有关商品商标的规定，适用于服务商标。”商标是指能将不同经营者的商品/服务加以区分的标志。如果一个标志不能起到这种区分作用，它就不能成为商标。

3.2 获得专用权

虽然《商标法》并没有强制要求注册商标，但为了获得商标专用权，就需要申请注册。商标注册成功后，注册人可以享有对该商标独占地位的专用权，其他人有下列行为的均构成侵权：

3.2.1 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，即商标假冒行为；

3.2.2 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；

3.2.3 销售侵犯注册商标专用权的商品的；

3.2.4 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；

3.2.5 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，即反向假冒行为；

3.2.6 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；

3.2.7 给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

对上述侵权行为，商标注册人可以要求侵权人停止侵权、赔偿损失（包括维权的合理损失）等方式承担侵权责任。

3.3 强制注册

商标注册以自愿注册为基本原则，但法律、行政法规规定必须使用注册商标的商品，必须申请商标注册，未经核准注册的，不得在市场销售（《商标法》第6条）。目前只有《中华人民共和国烟草专卖法》第20条规定卷烟、雪茄烟和有包装的烟丝必须申请商标注册。

违反必须使用注册商标规定的，由地方工商行政管理部门责令限期申请注册，违法经营额5万元以上的，可以处违法经营额20%以下的罚款，没有违法经营额或者违法经营额不足5万元的，可以处1万元以下的罚款（《商标法》第51条）

第二章

商标注册需确定的事项

第一节申请主体的确定

第4条可申请商标注册的主体

自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册（《商标法》第4条第1款）。

根据《中华人民共和国民法通则》的规定，自然人即公民，公民依法享有民事权利，中华人民共和国公民都有权利申请商标注册；《中华人民共和国民法通则》第36条规定，法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织，包括企业、机关、事业单位和社会团体法人，但机关法人在实践中不能申请商标；其他组织是指不具有法人资格的企业、事业单位和社会团体等组织，例如律师事务所。

第5条共同申请

两个以上的自然人、法人或者其他组织可以共同向商标局申请注册同一商标，共同享有和行使该商标专用权（《商标法》第5条）。

第6条关于外国人和外国企业申请的特别规定

外国人或者外国企业在中国申请商标注册和办理其他商标事宜的，应当委托依法设立的中国商标代理机构办理（《商标法》第18条）

尽管《商标法》中只提到外国人或者外国企业可以依据相关规定在我国申请商标注册，但在实践中，外国其他组织同样可以申请。

我国港澳台地区申请人参照外国人办理的规定。

第二节商标的确定

第7条可以申请商标注册的标志

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（《商标法》第8条）。

声音可以注册为商标是2013年《商标法》新增加的，但该法仍将单一颜色和气味标志排除在外。

第8条显著性要求

申请注册的商标，应当有显著特征，便于识别（《商标法》第9条）。下列标志不得作为商标注册（《商标法》第11条第1款）：

8.1 仅有本商品的通用名称、图形、型号的；

8.2 仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；

8.3 其他缺乏显著特征的。例如过于简单的图形、1—2个普通形式的字母等。

但经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册（《商标法》第11条第2款），例如“两面针”“田七”商标。

第9条三维标志显著性要求

以三维标志申请注册商标的，仅由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，不得注册（《商标法》第12条）。

9.1 由商品自身的性质产生的形状，是指为实现商品固有的功能和用途所必须采用的或者通常采用的形状。例如下列三维标志指定使用于安全扣商品。

9.2 为获得技术效果而需有的商品形状，是指为使商品具备特定的功能，或者使商品固有的功能更容易实现所必需使用的形状。例如下列三维标志指定使用于容器商品。

9.3 使商品具有实质性价值的形状，是指为使商品的外观和造型影响商品价值所使用的形状。例如下列三维标志指定使用于瓷器装饰品。

第10条不得用做商标的标志

根据《商标法》第10条的规定，下列标志不得作为商标使用。不能作为商标使用的标志，当然也不能申请注册。

10.1 同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、国歌、军旗、军徽、军歌、勋章等相同或者近似的，以及同中央国家机关的名称、标志、所在地特定地点的名称或者标志性建筑物的名称、图形相同的标志。

根据《含“中国”及首字为“国”字商标的审查审理标准》http://www.shangbiaofalv.org/article.php?id=237，申请商标和企业名称一致，且企业名称是经国务院或其授权机关批准的，商标中允许包含“中国”字样，例如中国国际航空公司。

另外，根据审查标准，下列标志也允许申请：描述客观存在事物，不会使公众误认的，例如“中华鲟”；标志中所含国名与其他具备显著特征的标志相互独立，国名仅起真实表示申请人所属国作用的，例如中国长城。

10.2 同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗等相同或者近似的，但经该国政府同意的除外。根据审查标准，下面几种情况例外：

10.2.1 提交经该国政府同意的书面证明文件的。申请人就该商标在该外国已经获得注册的，视为该外国政府同意。

10.2.2 具有明确的其他含义且不会造成公众误认的。例如TURKEY与土耳其国名相同，但英文含义为“火鸡”。

10.2.3 商标含有与外国国家名称相同或近似的文字，但其整体是企业名称且与申请人名义一致的。例如新加坡航空股份有限公司。

10.2.4 商标所含国名与其他具备显著特征的标志相互独立，国名仅起真实表示申请人所属国作用的。

10.3 同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记等相同或者近似的，但经该组织同意或者不易误导公众的除外。

10.4 与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或者近似的，但经授权的除外。例如质检总局的免检标志。

10.5 同“红十字”“红新月”的名称、标志相同或者近似的。

10.6 带有民族歧视性的。

10.7 带有欺骗性，容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认的。例如“国酒”在“白酒”商品上的申请。

10.8 有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。例如申请“毛泽东”商标。

10.9 县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标，但是下面三种情况除外：

10.9.1 地名具有其他含义，例如“黄山”“凤凰”商标。

10.9.2 地名作为集体商标、证明商标组成部分，例如“温县铁棍山药”。

10.9.3 《商标法》生效前已经注册的。

第11条相对理由

指引第8、9条中涉及缺乏显著性的条款一般称为禁注条款，指引第10条提到的不能作为商标使用的相关条款一般称为禁用条款，禁注条款和禁用条款通常称为阻碍商标注册的绝对理由；此外，根据《商标法》第30、31条的规定，商标申请时如果在相同或者类似商品上已经有在先注册或在先申请商标的存在，同样会阻碍申请商标的成功注册，这类理由通常称为相对理由。相对理由的排除需要通过商标查询，商标查询作为商标注册申请的重要环节将在本章第四节单独阐述。

第12条组合商标

根据《商标法》第8条的规定，图形和文字等要素商标可以分别申请商标，也可以组合在一起申请商标。图形和文字分别注册商标的情形下，各商标可以单独使用也可以任意组合使用，组合商标只能组合使用，不能拆分，且只能按照注册时的组合方式，同比例大小进行调整，否则就属于自行改变注册商标的行为（详见本指引第47条中“商标的改变”部分的说明），分开申请更方便商标的使用。

第三节商品的确定

第13条确定商品的依据

商标要使用于一定的商品或服务上，因此在申请商标注册时，必须指明具体的商品和服务名称。为了方便申请人选择商品和商标局的审查，商标局根据尼斯分类制定了《类似商品和服务区分表——基于尼斯分类第十版（2015文本）》。商标注册申请人应当按规定的商品分类表填报使用商标的商品类别和商品名称，提出注册申请（《商标法》第22条）。

第14条一标多类

2013年《商标法》第22条规定，申请人可以递交一份申请就多个类别的商品申请注册同一商标，即一标多类原则。根据此规定，如果申请人需要就多个类别的商品申请同一商标只需递交一份申请书，只要在申请书中增加不同类别的商品即可。而2001年《商标法》采用的是一标一类原则，即使商标相同，就不同类别的商品上须分别递交申请书。2013年《商标法》的这项新变化，可以在很大程度上减轻代理人的工作量、方便申请文件的准备。

第15条对自然人选择商品和服务范围的限制

对法人和其他组织申请商标指定商品和服务的范围，法律文件没有限制性规定，但对自然人申请有一定的限制。根据商标局2007年《自然人办理商标注册申请注意事项》，自然人提出商标注册申请的商品和服务范围，应以其在营业执照或有关登记文件核准的经营范围为限，或者以其自营的农副产品为限。

需要注意的是，商标局在实践中对外国人的申请没有上述限制。

第16条商品/服务项目的选择

16.1 《类似商品和服务区分表》将商品和服务分为45个类别，其中1—34类是商品项目，35—45类是服务项目。每个类别都有标题和注释，申请人可根据标题和注释初步判断申请商标的商品/服务属于哪个类别，然后再在这个类别中选择具体的商品/服务项目名称。

16.2 每个类别又将商品或服务项目分为不同类似群，同一个类似群内的商品/服务项目通常是类似的。提出商标注册申请时不能填写类别标题内的名称、注释部分的名称和类似群名称。

16.3 某些大众通行的商品称呼可能分散在不同的类别中，比如“家用电器”，涉及《类似商品和服务区分表》中至少五个类别的商品，如第七类的洗衣机、家用电动碾磨机；第八类的电动刮胡刀；第九类的电视机；第十类的电动按摩器；第十一类的电冰箱、电热水器等。诸如此类的情况还有“塑料制品”“皮制品”等。因此，在《类似商品和服务区分表》中选择类别和商品时应当尽量全面、准确，既要根据申请人当前的经营需要，又要兼顾未来的行业发展。

16.4 对于《类似商品和服务区分表》中没有的商品/服务项目，应当根据商品的原料、功能，服务的特点及附属物从属于主物等原则自行划分到最接近的类别中。例如“羊奶”划分在第29类。

第四节商标查询

第17条查询目的

商标、商品的类别和具体商品/服务项目确定后就可以查询申请商标是否有在先的权利阻碍。在先权利包括相同类似商品上在先注册和在先申请的相同近似商标，这两种情况都可以作为驳回的理由。查询的目的就是在递交申请前了解在先商标情况，预测申请的前景并采取相应的措施排除在先商标。

第18条查询方式

18.1 进入商标局官网 http://sbj.saic.gov.cn/，点击导航栏的“商标查询”进入查询页面。

18.2 查询分为三种：商标近似查询、商标综合查询和商标状态查询。

18.2.1 商标近似查询：按图形、文字等商标组成要素分别提供近似检索功能，用户可以自行检索在相同或类似商品上是否已有相同或近似商标。

18.2.2 商标综合查询：用户可以按商标号、商标、申请人名称等方式，查询某一商标、完全包含某组文字的商标以及某一申请人的所有商标的有关信息。

18.2.3 商标状态查询：用户可以通过商标申请号或注册号查询有关商标在业务流程中的状态。

18.3 用户可以根据网上的相应提示进行查询，也可进一步下载“商标网上查询系统操作手册” http://www.shangbiaofalv.org/article.php?id=769，根据手册的说明查询。

第19条查询结果分析

取得查询结果后，律师一般需要根据商标局网站的查询结果作进一步的分析，包括在先商标的状态、商标近似的判定、相应法律措施等，出具可注册性法律意见书，以使客户获得更准确的注册预期。

上述“商标近似的判定”分为两个步骤：首先应认定指定使用的商品/服务是否属于类似商品/服务；其次从商标本身的形、音、义和整体表现形式等方面，以相关公众的一般注意力为标准，采取整体观察与比对主要部分的方法，判断商标标志本身是否近似。

19.1 引证商标的状态

商标详细信息页面有“商标流程”项，点击后便显示商标当前的状态。如果显示商标已无效，该商标就不再是申请商标的阻碍。

19.2 商品类似的判断

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基本相同的商品。

类似服务是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同或基本相同的服务。

商标注册申请中类似商品或者服务的认定，以《类似商品和服务区分表》作为参考。如果两个商标指定商品/服务属于《类似商品和服务区分表》中的一个类似群，则原则上属于类似商品/服务。但也有一些例外，比如同一类似群内的不同段落之间可能互不类似，这需要查阅《类似商品和服务区分表》中类似群的注释来判定；不同类别之间的商品/服务有时也会判为类似，在查询的时候可以选择交叉检索或者通过查阅《类似商品和服务区分表》类似群的注释来确定。

19.3 商标本身近似的判断

商标近似是指商标文字的字形、读音、含义近似，商标图形的构图、着色、外观近似，或者文字和图形组合的整体排列组合方式和外观近似，立体商标的三维标志的形状和外观近似，颜色商标的颜色或者颜色组合近似，使用在同一种或者类似商品或者服务上易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认。下面结合商标审查标准，从文字商标、图形商标、文字图形组合商标、立体商标、颜色组合商标几个方面具体分析商标近似的判断标准：

19.3.1 文字商标近似的判断

（1）文字商标的构成相同，仅字体或设计、排列顺序不同，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如安迪和迪安。

（2）中文商标由三个或者三个以上汉字构成，仅个别汉字不同，整体无含义或者含义无明显区别，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如帕尔斯和帕洛尔斯。

（3）外文商标由四个或者四个以上字母构成，仅个别字母不同，整体无含义或者含义无明显区别，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如somi和somis。

（4）商标文字字形近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如花中王和花中玉。

（5）商标文字读音相同或者近似，且字形或者整体外观近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如惠特曼和蕙特曼。

（6）商标文字含义相同或近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如crown和皇冠。

（7）商标文字由字、词重叠而成，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如哈罗和哈罗哈罗。

（8）外文商标仅在形式上发生单复数、动名词、缩写、添加冠词、比较级或最高级、词性等变化，但表述的含义基本相同，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如sail和sailing。

（9）商标是在他人在先商标中加上本商品/服务的通用名称、型号、质量、经营场所、描述性词汇等显著性不强的词汇，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如蒙原和蒙原肥羊。

（10）商标完整地包含他人有一定知名度或者显著性较强的文字商标，易使相关公众认为属于系列商标而对商品或者服务的来源产生误认的。例如星星梦特娇和梦特娇。

19.3.2 图形商标近似的判断

（1）商标图形的构图和整体外观近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如：

（2）商标完整地包含他人有一定知名度或者显著性较强的图形商标，易使相关公众认为属于系列商标而对商品或者服务的来源产生误认的。例如：

19.3.3 文字图形组合商标近似的判断

（1）商标文字部分相同或近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如：

和

（2）商标图形部分近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如：

和

（3）商标文字、图形不同，但排列组合方式或者整体描述的事物基本相同，使商标整体外观或者含义近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如：

和

19.3.4 立体商标近似的判断

（1）两商标均由单一的三维标志构成，两商标三维标志的结构、形状和整体视觉效果相同或近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。

（2）两商标均由具有显著特征的三维标志和其他具有显著特征的标志组合而成，两商标的三维标志或者其他标志相同或近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。

（3）两商标均由具有显著特征的其他标志和不具有显著特征的三维标志组合而成，两商标的其他标志相同或近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。

（4）立体商标由具有显著特征的其他标志与不具有显著特征的三维标志组合而成，该其他标志与平面商标具有显著特征的部分相同或者近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。

（5）立体商标中的三维标志具有显著特征，但在视觉效果上与平面商标具有显著特征的部分相同或近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。

19.3.5 颜色组合商标近似的判断

（1）两商标均为颜色组合商标，当其组合的颜色和排列的方式相同或近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。例如：

（2）颜色组合商标与平面商标的图形或立体商标指定颜色相同或近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生误认的。

19.4 相应的法律措施

对于当前仍然有效的可能阻碍申请商标的引证商标，可根据不同情况提出连续3年停止使用撤销申请（以下简称“撤三”）、异议、注销、无效、删减商品等建议：如引证商标已经注册并满3年，通过初步调查没有发现引证商标所有人的信息或者该商标使用的信息，可以建议提出撤三申请；通过调取其工商注册资料，显示企业已经注销的，可以提出商标注销申请（如果仅是企业吊销状态，不能提出商标注销申请）；如引证商标还在申请审查中，可以关注其审查状态和初审公告，及时提出商标异议申请，阻止其注册；如发现引证商标的注册违反《商标法》的相关规定，可对引证商标提出无效的申请。

第20条查询免责事项

查询报告通常包括如下免责事项：

20.1 新商标申请从申请日到商标信息录入商标局数据库需要一段时间，该时间段内，这部分新申请商标信息无法查询，这段时间一般被称为查询盲期。盲期通常在3个月左右（目前盲期还是处在5个月左右的）。

20.2 查询结果受商标数据库准确性、检索方法差异、商标审查主观性等诸多原因影响，律师提供的法律意见仅只能提供尽可能高的准确性，供申请人参考，不具有法律效力，并无法保证与官方审查意见完全一致。

第五节其他需确定的事项

第21条优先权

根据《商标法》第25、26条及《商标法实施条例》第20条的规定，下面两种情况，申请人可以要求优先权：

21.1 已在国外申请商标

商标申请人自其商标在外国第一次提出商标申请之日起6个月内，又在中国就相同商品以同一商标提出商标注册申请的，依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者按照相互承认优先权的原则，可以享有优先权。

目前享有优先权的国家和地区主要是巴黎公约成员国及我国台湾地区。法律依据：

《保护工业产权巴黎公约》http://www.shangbiaofalv.org/article.php?id=131

《海峡两岸知识产权保护合作协议》http://www.shangbiaofalv.org/article.php?id=766

《台湾地区商标注册申请人要求优先权有关事项的规定》

http://www.shangbiaofalv.org/article.php?id=169

要求优先权的，应当在提出商标注册申请的时候提出书面声明，并且在3个月内提交第一次提出的商标注册申请文件的副本；未提出书面声明或者逾期未提交商标注册申请文件副本的，视为未要求优先权。

上述申请文件副本应当经受理该申请的商标主管机关证明（原件），并注明申请日期和申请号。申请优先权的申请书中的商标与优先权文件所附的商标必须一致，申请书中申报的商品/服务项目不超出首次申请中的商品/服务项目的范围

21.2 已在展会中使用商标

商标在中国政府主办的或者承认的国际展览会展出的商品上首次使用的，自该商品展出之日起6个月内，该商标的注册申请人可以享有优先权。

按照上述规定要求优先权的，应当在提出商标注册申请的时候提出书面声明，并且在3个月内提交展出其商品的展览会名称、在展出商品上使用该商标的证据、展出日期等证明文件；未提出书面声明或者逾期未提交证明文件的，视为未要求优先权。

第22条官方收费

22.1 一般商标收费

商标注册申请，无论纸质还是网上申请官方收费均为800元/件（一件申请为一件商标于一个类别的申请，指定商品不超过10项，超过10项的，每增加一项加收 80元/件）。

22.2 证明/集体商标收费

证明商标或集体商标，在一个类别上无论指定多少商品/服务项目，每件申请官方收费均为3 000元。

22.3 收费法律依据

国家发展改革委、财政部《关于降低部分行政事业性收费标准的通知》（发改价格〔2013〕1494号） http://www.shangbiaofalv.org/article.php?t=flfg&id=697

国家发展改革委、财政部《关于网上商标注册收费标准及有关问题的通知》（发改价格〔2008〕2579号）http://www.shangbiaofalv.org/article.php?id=359

2001年《商标法》采用一标一类原则，即使商标相同，在不同的类别也必须分别递交申请书。2013年《商标法》规定申请人可以递交一份申请就多个类别的商品申请注册同一商标，即一标多类原则。由于工作量的减少，期待新法实施时同一商标申请第二个及以上类别时，官方收费能够降低。

第23条代理机构的责任

2013年《商标法》新增加了一条（第19条），专门规定代理机构的责任，强化商标代理机构的诚信义务，该条主要内容如下：

23.1 对在代理过程中知悉的被代理人的商业秘密，负有保密义务。

23.2 委托人申请注册的商标可能存在《商标法》规定不得注册情形的（详见指引第7—10条），商标代理机构应当明确告知委托人。

23.3 商标代理机构知道或者应当知道委托人申请注册的商标属于《商标法》第15条和第32条规定情形的，不得接受其委托。《商标法》第15条和32条内容如下：

第15条：未经授权，代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册，被代理人或者被代表人提出异议的，不予注册并禁止使用。

就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人在先使用的未注册商标相同或者近似，申请人与该他人具有前款规定以外的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在，该他人提出异议的，不予注册。

第32条：申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。

基于上述规定，建议代理机构在委托合同中列出本指引22.2中涉及的法律条款内容请客户确认知晓；列出本指引22.3涉及的法律条款内容请客户确认知晓并保证其申请的商标没有《商标法》第15条和第32条规定的情形。

第三章

申请文件的准备

第一节一般商标注册申请的文件准备

一般情况下，商标申请需要准备申请书、商标图样、申请人主体资格证明文件和委托书四项文件。

第24条申请书

商标申请书分为两种：

第一种：书式一，（供全部申请人使用）；

第二种：书式二，（供我国台湾地区申请人申请优先权时使用）；

我国港澳台地区申请人参照外国申请人申请，但当台湾地区申请人要求基于台湾地区初次申请的优先权时应使用第二种书式。

书式下载地址：http://sbj.saic.gov.cn/sbsq/xshqshsh/。

24.1 申请人名称

23.1.1 应当和主体资格证明文件内容完全一致；

23.1.2 申请人为自然人的要在姓名后注明身份证号码。

24.2 申请人国籍/地区

应当如实填写，港澳台地区申请人国籍应当分别填写中国香港、中国澳门、中国台湾，不得直接填写香港、澳门、台湾。

24.3 申请人地址

24.3.1 应当与主体资格证明文件中的地址完全一致；

24.3.2 主体资格证明文件中的地址未冠有省、市、县等行政区划的，申请人应当注明相应行政区划名称；

24.3.3 申请人为自然人的，可填写实际通讯地址。

24.4 代理机构名称

委托商标代理机构申报的，应当填写代理机构名称，该名称必须与在商标局备案的名称完全一致。

24.5 外国申请人的国内接收人

我国港澳台地区申请人及外国申请人应当在申请书中指定国内接收人，该接收人是申请人信任的并能够长期有效负责接收商标局、商标评审委员会后续商标业务的法律文件。

国内接收人地址应当冠以省、市、县等行政区划，详细填写。

24.6 商标申请声明

24.6.1 集体商标和证明商标的介绍详见本指引第28、29条。

24.6.2 三维标志（立体商标）选择“以三维标志申请注册商标”。

24.6.3 颜色组合商标选择“颜色”。颜色组合商标是由两种或两种以上颜色构成的商标，应在商标说明中标明各种颜色的色标。

24.6.4 申请声音商标选择“以声音标志申请注册商标”。

24.6.5 共同申请注册同一商标的，应当选择“两个以上申请人共同申请注册同一商标，申请人名称/地址一栏填写指定的代表人名称/地址，其他共同申请人的名称填写在申请书附页上。未指定代表人的，以申请书首页填写的申请人为代表人。商标局在以后的程序中将只与代表人联系，代表人的行为将被视为已征得所有共同申请人的同意。

24.7 要求优先权声明

24.7.1 申请人依据《商标法》第25条的规定要求优先权的，选择“基于第一次申请的优先权”，并填写“申请/展出国家/地区”“申请/展出日期”“申请号”栏。

24.7.2 申请人依据《商标法》第26条要求优先权的，选择“基于展会的优先权”，并填写“申请/展出国家/地区”“申请/展出日期”栏。

24.7.3 申请人应当同时提交优先权证明文件（包括原件和中文译文）；优先权证明文件不能同时提交的，应当选择“优先权证明文件后补”，并自申请日起3个月内提交。未提出书面声明或者逾期未提交优先权证明文件的，视为未要求优先权。

24.8 申请人签章

24.8.1 申请人为法人或其他组织的，应当在“申请人盖章（签字）”处盖章，法定代表人可以不用签字。

24.8.2 申请人为自然人的，应当在此栏用钢笔或签字笔签字。

24.8.3 共同申请的，此栏由代表人盖章（签字），其他共同申请人在申请书附页上盖章（签字）。

24.8.4 所盖章或签字应当完整清晰。

24.9 代理机构签章

“代理机构盖章/代理人签字”栏由代理人用钢笔或签字笔签字并加盖代理机构章戳。

24.10 商标说明

商标说明填写内容可以包括：商标图样中包含的外文或少数民族文字的含义，繁体字或特殊字体的文字表述，立体/颜色商标的说明、肖像商标声明、商标是否指定颜色及其他需要说明的事项。

24.11 类别和商品/服务项目

24.11.1 按照《类似商品和服务区分表》填写类别及“商品/服务项目”，具体介绍本指引参考第一章第三节“商品的确定”。

24.11.2 目前一份申请书可以填写多个类别。

24.11.3 商品/服务项目填写不下的可以填写在申请书附页上，并标明所附页数。

24.11.4 第一项商品/服务项目前应标明序号。

24.11.5 最后一件商品后应标注“截止”。

24.12 外国及港澳台申请人填写需特别注意事项

24.12.1 申请人的外文名称和地址不是英文的，应先翻译成规范的英文后填写，不得含有其他国家的文字。

24.12.2 所有英文字母须以大写形式书写。

24.12.3 申请人为自然人的，应当同时在姓名后面填写身份证件号码。

24.12.4 我国港澳台地区申请人参照外国申请人办理。“申请人国籍/地区”应当填写为“中国香港”“中国澳门”“中国台湾”。

24.12.5 申请人有优先权要求的，应当详细填写优先权初次申请国、申请日期、申请号等项目。未填写此栏或内容填写不全的，视为未提出优先权要求。台湾地区申请人要求基于台湾地区申请的优先权时需采用书式一（台湾地区申请人专用），填写初次申请日期和初次申请号。

24.12.6 申请优先权的申请书中的商标与优先权文件所附的商标必须一致，申请书中申报的商品/服务项目不超出首次申请中的商品/服务项目的范围。

24.12.7 外国企业和其他组织（包含港澳台申请人）没有公章的可以只签字，不盖章。

24.13 其他注意事项

24.13.1 不得空项，没有内容的填“无”。

24.13.2 使用A4纸打印，不能手写。

24.13.3 不可正反面打印。

24.13.4 使用规范简体汉字填写。

第25条商标图样

制作商标图样时的注意事项：

25.1 不指定颜色的商标准备一份商标图样，贴在申请书上。

25.2 指定颜色的商标申请准备着色图样一份。贴在商申请书上，一份黑白稿随附。

25.3 商标图样应当不大于10×10 cm，不小于5×5 cm。

25.4 商标图样应当清晰，不得出现除商标图样以外的说明性文字、注册标记、色标说明、章戳、签字等内容。

25.5 商标图样不得涂改。

25.6 无法分辨方向的图形商标应在旁边用箭头标注方向。

25.7 立体商标图样中画面的数量可以根据立体标志的形状而定。可以是该立体图形的主视图，也可以包含其六视图中立体图或几个视图，但必须制作在一张纸上，并且满足本指引24.3中关于规格大小的要求。

第26条主体资格证明文件

26.1 申请人为企业的，应提交最近的企业法人营业执照或营业执照副本复印件（需加盖公章）。

26.2 申请人为社会团体、事业单位的，应提交社团法人登记证或事业单位法人证书。

26.3 申请人是其他组织的，应提交该组织依法成立的证明文件，例如律师事务所执业证书、社会团体法人登记证书

26.4 根据商标局2007年《自然人办理商标注册申请注意事项》http://www.shangbiaofalv.org/article.php?id=167，自然人递交的主体资格证明文件分为以下几种情况：

26.4.1 个体工商户可以以其《个体工商户营业执照》登记的字号作为申请人名义提出商标注册申请，也可以以执照上登记的负责人名义提出商标注册申请。以负责人名义提出申请时应提交以下材料的复印件：①负责人的身份证；②营业执照。

26.4.2 农村承包经营户可以以其承包合同签约人的名义提出商标注册申请，申请时应提交以下材料的复印件：①签约人身份证；②承包合同。

26.4.3 其他依法获准从事经营活动的自然人，可以以其在有关行政主管机关颁发的登记文件中登载的经营者名义提出商标注册申请，申请时应提交以下材料的复印件：①经营者的身份证；②有关行政主管机关颁发的登记文件。

26.5 国外自然人没有身份证的也可以提供护照、驾照等身份证件，同时提供加盖代理机构公章的中文翻译文件。

26.6 外国企业或者自然人必须提交主体资格证明文件，同时提供加盖代理机构公章的中文翻译文件。

第27条委托书

委托书是商标申请人委托商标代理机构办理商标事项时，向后者签署的载明委托人、受托人、委托事项等内容的法律文件，也是办理商标申请等业务需要向商标局提供的必要文件之一。

申请人和代理组织可以另行就委托事项再签署委托代理协议，但代理协议无需向商标局提交。

申请人向商标代理人签发委托书需注意如下事项：

27.1 委托书上所填内容应与申请书载明内容保持一致。

27.2 须由委托人签名或盖章，法人和各类组织可以只盖章，不签字。

27.3 外国企业和其他组织没有公章的可以只签字，不盖章。

27.4 委托人为自然人的，应当在姓名后面填写身份证号码；国外个人没有身份证的，也可以填写护照、驾照等身份证件号码。

27.5 “商标”一栏对商标的描述应当与所申请的商标图样一致，不可贴商标图样。

27.6 不能空项，没有可以填写内容的项目填“无”。

27.7 我国港澳台地区申请人国籍应当填写为“中国香港”“中国澳门”“中国台湾”。

27.8 无论国内还是国外申请人，委托书必须提供原件。

第二节特殊类型商标注册申请的附加文件

一般商标申请递交上述文件即可，此外还有一些特殊的商标，如：证明商标、集体商标、地理标志商标和肖像商标，需要递交一些附加文件。

第28条集体商标

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（《商标法》第3条）。例如中华全国专利代理人协会的标志（标志见协会官网 http://www.acpaa.cn/ ）。集体商标除需要提供本指引第24—27条中的文件外，还需要提交下列文件：

28.1 集体商标使用管理规则。

使用管理规则样本http://www.shangbiaofalv.org/article.php?id=256

28.2 集体成员名单。

第29条证明商标

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（《商标法》第3条）。例如中国皮革协会的真皮标志。证明商标除需要提供本指引第24—27条中的文件外，还需要提交下面文件：

29.1 详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况，以表明其具有监督该证明商标所证明的特定商品品质的能力的说明。

29.2 证明商标使用管理规则。

使用管理规则样本http://www.shangbiaofalv.org/article.php?id=256

第30条地理标志

地理标志是指标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志（《商标法》第16条）。地理标志作为集体商标、证明商标申请注册的，除提交本指引第28、29条中的文件外，还应提交以下文件：

30.1 地理标志所标示地区的人民政府或者行业主管部门授权申请人申请注册并监督管理该地理标志的文件。

30.2 地理标志所标示的商品的特定质量、信誉或者其他特征由该地理标志所标示的地区的地域环境或人文因素决定的说明。

30.3 地理标志产品客观存在及信誉情况的证明材料（包括：县志、农业志、产品志等）并加盖出具证明材料部门的公章。

30.4 地理标志所标示的地域范围划分的相关文件、材料。相关文件包括：县志、农业志、产品志中所表述的地域范围或者是省级以上主管部门出具的地域范围证明文件。

30.5 地理标志申请人具备监督检测该地理标志能力的证明材料。申请人具备检验检测能力的，提交检验设备清单及检验人员名单，并加盖申请人的公章。申请人委托他人检验检测的，应当附送申请人与具有检验检测资格的机构签署的委托检验检测合同原件，并提交该检验检测机构资格证书的复印件及检验设备清单、检验人员名单，并加盖其公章。

30.6 外国人或者外国企业申请地理标志集体商标、证明商标注册的，应当提供该地理标志以其名义在其原属国受法律保护的证明。

第31条肖像商标

肖像商标除需要提供本章第一节中的文件外，还需要提交经过公证的肖像权人同意将此肖像作为商标注册的声明文件，该文件应附肖像权人照片。下面两种情况可不附送公证书，但应在商标说明栏中予以说明：

31.1 自然人以本人肖像申请，且通过核对身份证上的照片能够确认为申请人本人。

31.2 虚构的人物形象。

第四章

申请文件的递交

第32条递交方式

商标注册申请等有关文件，代理机构可以以书面方式或者数据电文方式提出（《商标法》第22条）。目前商标局已经向代理机构开放了网上申请，将来有望直接向申请人开放网上申请。此外，目前代理机构网上递交申请后无需再递交纸质文件。

第33条受理机关

国务院工商行政管理部门商标局主管全国商标注册和管理的工作（《商标法》第2条）。商标局的通讯地址如下：

北京市西城区茶马南街1号

国家工商行政管理总局商标局收文科

邮政编码：100055

第34条申请日

商标注册的申请日期，以商标局收到申请文件的日期为准（《商标法实施条例》第18条）。此外根据商标局2009年发布的《商标网上申请试用办法》第11条规定，提交商标网上申请的，商标申请日期以商标局收到提交成功的电子申请书数据的日期为准。

第35条预付款

代理机构办理商标业务的，应首先将规费预付款项汇至商标局，商标局的账户信息如下：

账号：7111410182600018867

开户行：中信银行北京富力支行

收款单位：中华人民共和国国家工商行政管理总局商标局

预付款数额不限。商标局收到代理机构递交的申请书件以后，将所需费用从预付款项中扣除。需特别强调的是：如出现预付款少于所需费用的情况，商标局将直接对不足部分申请件作“不予受理”处理，其后果由代理机构自负，代理机构要及时关注预付款余额，提前汇款，以免造成不予受理的后果。

第36条代理机构报送纸质申请文件注意事项

36.1 报送商标注册等有关文件，应当打字或者印刷。

36.2 报送各种商标申请件时一定要用订书钉装订。

装订顺序：①申请书；②委托书；③营业执照复印件 /自然人身份证复印件（复印件要完整、字迹要清楚）；④提供其他证明材料（如：肖像商标的“公证”，集体、证明商标的材料）；⑤商标图样（新申请）。

装订位置：商标申请件的右上角。

36.3 报送各种商标申请件时一定要附清单，并在清单上加盖代理机构公章。按申请类型分别制作报送清单。清单一式两份：一份随文邮寄；一份自己保留。自己保留的清单应登记邮寄日期及条码号。直接递交商标申请件时一定要附两份清单。清单上请写代理机构电话号码。各类报送清单样本的下载地址：

http://sbj.saic.gov.cn/sbdl/ywzn/201004/t20100416\_82284.html

36.4 清单填写的内容（如：申请人名称、商标名称、类别、商标申请号/注册号）、数量要同所报的申请件的内容、数量相一致；并在相对应的栏目划“√”。

36.5 报送各种商标申请件的信封，应在信封封面上写明邮件内容及件数（如：新申请×件、变更×件等）。各类申请应当分开邮寄，有时限要求的申请文件应当单独邮寄以便确定日期（异议、续展）。

36.6 报送各种商标申请件的邮寄一定要挂号或特快专递（EMS）。

36.7 通讯地址：

北京市西城区茶马南街1号

国家工商行政管理总局商标局邮政编码：100055

第37条网上申请流程

目前，商标申请人暂时还不能直接提交商标网上申请。代理机构商标网上申请流程的概况如下：

37.1 商标代理机构应当先申请“商标数字证书”，然后才能代理商标网上申请。申请“商标数字证书”具体程序见下面的链接

http://www.shangbiaofalv.org/article.php?id=363

37.2 登录商标网上申请系统首页，下载数字证书驱动程序、安全应用控件软件，详情见下面链接中的“商标数字证书（KEY）安装指南”和“商标数字证书(key)使用注意事项”http://www.shangbiaofalv.org/article.php?id=770

37.3 登录网上申请系统，选择书式，提交商标网上申请。

37.3.1 登录：商标代理机构选择“商标代理机构登录”，插入数字证书，输入PIN码，点击“登录”进入商标网上申请系统。

37.3.2 填写申请信息：登录系统后，选择申请书式，按要求填写申请内容。详情可参考下面两个文件：

《商标注册网上申请填写要求》

http://sbsq.saic.gov.cn:9080/tmoas/tmoas/wssqsy/help/m52.html#a18、

《商标注册网上申请用户手册》

http://sbsq.saic.gov.cn:9080/tmoas/tmoas/wssqsy/help/m53.html

37.3.3 目前指定使用的商品或服务项目没有列入《类似商品和服务区分表》的商标注册申请无法通过网上提交；

37.3.4 提示：在系统当日接收时间范围内，可以通过“申请查询”功能，查看代理机构或商标申请人当日提交的申请信息，在提交申请前，可以将申请信息“页面另存”，离线校对，在系统当日接收时间的范围内，可以通过“申请查询”功能修改或删除申请信息。

37.4 缴纳商标规费。

代理机构应当在提交申请前向商标局足额预付商标规费。详情见《商标网上申请缴费须知》。链接

http://sbsq.saic.gov.cn:9080/tmoas/tmoas/wssqsy/help/m31.html

37.5 确认成功提交商标网上申请后，无需递交相关纸质申请材料。

第38条受理和不予受理

商标局受到申请件后，首先进行形式审查。形式审查主要分三个部分：申请书件的审查（文件是否齐全、填写是否规范、签字/印章是否缺少）、对商标图样的审查（规格、清晰程度、必要的商标说明）、分类审查（对填报的商品/服务项目的审查）。经过形式审查，申请手续齐备并按照规定填写申请文件的，商标局予以受理并书面通知申请人；申请手续不齐备或者未按照规定填写申请文件的，商标局不予受理，书面通知申请人并说明理由（《商标法实施条例》第18条）。不予受理的，申请日不予保留。前述申请手续不齐或者未按照规定填写申请文件主要包括以下情况：

38.1 书式用错。

38.2 商标注册申请人名义、印章及主体资格证明名义不符。

38.3 未填写申请文件的主要内容，如申请人名称、地址（包括中文及英文）、商品/ 服务项目。

38.4 未附送或未贴商标图样。

38.5 申请商标注册书件缺少主体资格证明复印件。

38.6 商标图样不清晰以至于无法辨认。

38.7 委托代理的没有委托书或委托书填写不规范。

38.8 委托代理的申请书件上没有加盖代理机构印章或者没有代理人签字。

38.9 未按规定缴纳费用。

38.10 国外申请人主体资格证明文件未提供中文翻译，或翻译文件未加盖翻译机构公章。

第五章

受理后的程序

第39条商标补正和回复补正

39.1 《商标法实施条例》第18条中关于补正的规定：申请手续基本齐备或者申请文件基本符合规定，但是需要补正的，商标局通知申请人予以补正，限其自收到通知之日起30日内，按照指定内容补正并交回商标局。在规定期限内补正并交回商标局的，保留申请日期；期满未补正或补正不符合要求，视为放弃申请。商标局应当书面通知申请人。前述申请手续基本齐备或者申请文件基本符合规定，但需要补正的主要包括以下情况：创新商品（《类似商品和服务区分表》中未列入的）；商品名称外延过大（例如：机械；化学品；日用品等）；不符合中国语言习惯的翻译用语（例如商业与业务；专业与专用等）；商品所报类别错误；商标图样不够清晰；其他需要补正的事项。

39.2 回复补正时尽可能按照《类似商品和服务区分表》上的规范商品名称申报；

补正后内容应打印在指定位置；补正后的商品或者服务项目，应限制在原补正商品或者服务的范围之内；坚持申报创新商品时应附产品说明书及图片；对于商标图样的补正，不允许进行修改，只可报清晰图样；印章或签字不得遮盖补正内容；补正通知与补正内容一并交回，否则视为未作补正。

第40条审查意见

2001年《商标法》没有关于审查意见的规定，1993年《中华人民共和国商标法实施细则》第16条曾经有过类似审查意见的规定，2013年《商标法》恢复了这个制度：在审查过程中，商标局认为商标注册申请内容需要说明或者修正的，可以要求申请人作出说明或者修正。申请人未作出说明或者修正的，不影响商标局作出审查决定（《商标法》第29条）。

第41条公告和发证

商标局对受理的商标注册申请，依照《商标法》及《商标法实施条例》的有关规定进行审查，对符合规定的或者在部分指定商品上使用商标的注册申请符合规定的，予以初步审定，并予以公告。自公告之日起3个月内公告期满无异议的，予以核准注册（《商标法》第33条）。商标局一般会在公告期满1个月左右制作并下发注册证。

此外由于各种原因，申请商标在公告或发证前可能会遇到下面的程序。

第42条驳回

《商标法》关于商标驳回的规定主要有两条：

申请注册的商标，凡不符合本法有关规定或者同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册的或者初步审定的商标相同或者近似的，由商标局驳回申请，不予公告（《商标法》第30条）

两个或者两个以上的商标注册申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，初步审定并公告申请在先的商标；同一天申请的，初步审定并公告使用在先的商标，驳回其他人的申请，不予公告（《商标法》第31条）

从这两条可以看出，驳回的理由主要分为两大类：

42.1 申请商标不符合《商标法》规定，主要涉及《商标法》第9—12条的审查，这部分审查称为绝对理由的审查，详细说明见本指引第7—10条。

42.2 和相同类似商品上在先注册或在先申请的商标相同或类似的，即相对理由，详细说明见本指引第11条。

对于商标局的驳回决定不服的可以在收到驳回通知15日内向商评委提出驳回复审申请（《商标法》第34条）。

第43条分割申请

43.1 商标局对一件商标注册申请在部分指定商品上予以驳回的，申请人可以将该申请中已初步审定的部分商品分割成为另一件申请，分割后的申请与原申请的日期相同并生成新的申请号予以初审公告。

43.2 分割申请在收到商标局《商标注册申请部分驳回通知书》之日起15日内，向商标局提出，分割无需另行缴纳注册规费。（《商标法实施条例》第19条）。

43.3 如申请人对商标部分驳回放弃复审，没有分割的必要。

第44条异议

对初步审定公告的商标，自公告之日起3个月内，在先权利人、利害关系人认为违反《商标法》第13条第2款和第3款、第15条、第16条第1款、第30条、第31条、第32条规定的，或者任何人认为违反《商标法》第10条、第11条、第12条规定的，可以向商标局提出异议（《商标法》第33条）。

对初步审定公告的商标提出异议的，商标局应当听取异议人和被异议人陈述事实和理由，经调查核实后，自公告期满之日起12个月内作出是否准予注册的决定，并书面通知异议人和被异议人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长6个月。商标局作出准予注册决定的，发给商标注册证，并予公告。商标局作出不予注册决定，被异议人不服的，可以自收到通知之日起15日内向商标评审委员会申请复审。商标评审委员会应当自收到申请之日起12个月内作出复审决定，并书面通知异议人和被异议人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长6个月（《商标法》第35条）。

第六章

商标注册后的注意事项

第45条商标使用

45.1 使用的概念

商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为（《商标法》第48条）。非用于识别商品来源不属于商标的使用行为，例如供设计人员使用的商标图集中的商标。

45.2 不使用的后果

注册商标没有正当理由连续3年不使用的，任何单位或者个人均可以向商标局申请撤销该注册商标（《商标法》第49条）。

45.3 注册标记的使用

商标注册人可以在商品、商品包装、说明书或者其他附着物上标明“注册商标”或者注册标记。注册标记包括

○注和。使用注册标记，应当标注在商标的右上角或者右下角（《商标法》第9条；《商标法实施条例》第63条）。

已申请商标但未获得商标注册证前仍是未注册商标，不能使用注册标记。根据《商标法》第52条的规定，未注册商标冒充注册商标使用的，由地方工商行政管理部门予以制止，限期改正，并可以予以通报，违法经营额5万元以上的，可以处违法经营额20%以下的罚款，没有违法经营额或者违法经营额不足5万元的，可以处1万元以下的罚款。

商标在未取得注册前标注“TM”，以表明该标志是作为未注册商标使用的，对此商标法并没有禁止性规定，可以将此作为商标的有效使用证据。

45.4 许可使用

商标不仅可以自己使用，也可以许可他人使用，两者均为商标的使用。商标注册人可以通过签订商标使用许可合同，许可他人使用其注册商标。许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量。被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量（《商标法》第43条第1款）。

经许可使用他人注册商标的，必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地（《商标法》第43条第2款）。

许可他人使用其注册商标的，许可人应当将其商标使用许可报商标局备案，由商标局公告。商标使用许可未经备案，不得对抗善意第三人（《商标法》第43条第3款）。

第46条名址发生变化

注册商标在使用过程中，如果注册人的名义、地址或者其他注册事项发生变化，应当提出变更申请，变更商标注册信息（《商标法》第41条）。根据《商标法》第49条的规定，如果未变更商标注册信息而在使用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，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。

第47条商标和指定使用商品发生变化

47.1 商标的改变

根据《商标法》第24条的规定，注册商标在使用过程中不能改变，注册商标需要改变其标志的，应当重新提出注册申请。商标注册人在使用注册商标的过程中，自行改变注册商标的，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（《商标法》第49条）。根据商标局《关于注册商标中文字使用问题的批复》的精神，文字商标字体的细微变化，不属于注册商标的改变。

47.2 指定商品的改变

根据《商标法》第23条的规定，注册商标需要在核定使用范围之外的商品上取得商标专用权的，应当另行提出注册申请。注册商标在注册商品之外使用即为未注册商标，如果仍然使用注册标记，为冒充注册商标行为，按冒充注册商标处理（《商标法》第52条）

第48条转让

转让注册商标的，转让人和受让人应当签订转让协议，并共同向商标局提出申请。受让人应当保证使用该注册商标的商品质量（《商标法》第42条第1款）。

转让注册商标的，商标注册人对其在同一种商品上注册的近似商标，或者在类似商品上注册的相同或者近似的商标，应当一并转让（《商标法》第42条第2款）。

转让注册商标经核准后，予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权（《商标法》第42条第4款）。为避免转让协议签订之后公告之前的权利真空，可在转让协议中约定在这一阶段受让人免费独占使用。

第49条续展

注册商标的有效期为10年，自核准注册之日起计算（《商标法》第39条）。

注册商标有效期满，需要继续使用的，商标注册人应当在期满前12个月内按照规定办理续展手续；在此期间未能办理的，可以给予6个月的宽展期。每次续展注册的有效期为10年，自该商标上一届有效期满次日起计算。期满未办理续展手续的，注销其注册商标（《商标法》第40条）。

第七章

案件管理

第50条档案卷宗

代理机构的卷宗通常分为两部分：一部分是和官方有关的资料（包括查询结果）；另一部分是和客户有关的资料。递交官方的文件和留档的复印文件应当完全一致，包括放置顺序。通常采用黑白复印即可，但某些情况下，比如指定颜色的商标图样，应彩色复印。和客户有关的资料一般按时间顺序放置。非书面沟通的，每次沟通后将沟通记录归档。

现在不少商标代理机构对档案资料以保存电子版为原则，原始文件是纸件的则扫描为电子版保存。此类扫描保存的纸质文件建议使用彩色扫描。电子档案的建档原则和纸质档案基本一致。

第51条客户及商标数据库的设计

为了便于查阅和案件管理，需要建立代理案件的客户和商标数据库。目前有白兔、国方、天下先等商标管理软件，代理机构可以有选择地使用。初期业务量不大时可以使用excel建立数据库。以excel建立的数据库为例，通常包含以下项目：

代理案号、申请号、商标名称、商标图样、商标类型、商标说明、类别、指定商品、申请人名称（中文）、申请人名称（英文）、注册地址（中文）、注册地址（英文）、国籍、共同申请人中英文名称、优先权初次申请国、初次申请日期、初次申请号、当前商标状态、联系人姓名、通讯地址、电话（建议固定电话和手机都留）、电邮地址、关联案号、备注、代理人信息等。

第52条建立风险控制机制

商标申请关系当事人重大利益，程序复杂、代理时间长、官方回复意见时限短，代理机构从事商标申请代理业务时，可从下面几个方面着手建立起完善的风险控制机制：

50.1 培育稳定的团队。

50.2 建立完善的流程管理制度，包括客户冲突代理检索。

50.3 设立严格的校对机制。

（本操作指引由中华全国律师协会知识产权专业委员会负责起草。执笔人：丁华、刘坤；审稿人：马翔、杨剑宇）

## 律师办理技术合同非诉讼法律业务操作指引

目录

第一章总则 / 164

第二章技术合同的制作与审查 / 170

第一节制作和审查的准备 / 170

第二节技术合同的制作和审查 / 174

第三章技术开发合同 / 182

第一节技术开发合同概述 / 182

第二节委托开发合同 / 186

第三节合作开发合同 / 194

第四节技术转化合同 / 197

第四章技术转让合同 / 199

第一节技术转让合同概述 / 199

第二节专利权转让合同 / 201

第三节专利申请权转让合同 / 207

第四节专利实施许可合同 / 211

第五节计算机软件转让合同和许可使用合同 / 215

第六节技术秘密让与合同与技术秘密许可使用合同 / 219

第五章技术咨询合同 / 223

第六章技术服务合同 / 226

第七章技术中介合同 / 229

第八章技术培训合同 / 234

第九章技术进出口合同 / 237

第十章技术出资入股合同 / 246

第十一章技术质押合同 / 252

第一节专利质押合同 / 253

第二节计算机软件著作权质押合同 / 259

第十二章附则 / 264

第一章

总则

第1条【制定目的】

为提高律师从事技术合同非诉讼法律服务的业务质量和业务水平，明确各类技术合同的制作和审查的具体操作规范，第九届北京市律师协会竞争与反垄断法律事务专业委员会与中华全国律师协会知识产权委员会竞争小组成员，在总结实务经验的基础上，特制定本操作指引。

第2条【适用范围】

本操作指引旨在指导从事技术合同非诉讼法律业务的执业律师、实习律师为国家机关、企业、事业单位、大专院校（以下根据条文内容应用为“主管部门”或“企事业单位”或“当事人”）的技术合同制作、审查等非诉讼法律业务提供操作参考。

第3条【业务特点】

3.1 技术合同是当事人从事技术市场交易活动必须掌握的重要内容之一，也是律师为当事人提供法律服务必须掌握的重要内容之一。

3.2 鉴于技术合同具有标的为无形资产和知识产权权利交易的特征，该类业务具有很强的专业性，尤其是在认定和判断标的交易时具有与其他有形资产和提供服务相比更为复杂的特性，为此：

3.2.1 律师要掌握技术合同标的为无形资产或者权利归属及转移或者知识产权载体的区别性等特点；

3.2.2 律师要掌握合同交易的目的并在合同中予以明晰准确地表述；

3.2.3 律师要掌握提供一般服务与涉及技术服务内容的区别性特征；

3.2.4 律师要掌握特定标的在转移或者许可时应当具备符合法定条件的备案要件和程序；

3.2.5 律师要持续确认合同签约前至履行过程中，技术合同标的的权利保护方式，对于以权利转移和许可为标的的技术合同要注意权利的稳定状况；

3.2.6 律师要调查和密切注意合同签约前至履行过程中技术发展现状和发展趋势。

第4条【技术合同概念】

4.1 技术合同是当事人就技术开发、技术转让、技术咨询或者技术服务所设立、变更、终止其相互之间的权利和义务关系的合同。

《中华人民共和国合同法》第322条。

4.2 凡是涉及技术权益归属、技术权益转移、以技术为标的进行指导以及以技术权益投资的合同，可以归类于开发、转让、咨询、服务的，适用《中华人民共和国合同法》中的有名合同，其他技术合同还包括技术成果转化合同、技术培训合同、技术中介合同以及技术进出口合同、技术出资入股合同、技术质押合同等。

4.3 各类技术合同的具体概念和特征。

参见本指引相应章节的内容。

第5条【技术合同特征】

5.1 技术合同当事人权利义务所指向的对象是附着于某一种或者几种形式载体上的技术成果，或者是为解决专业性技术问题所付出的智力劳动。

5.2 技术合同价款、报酬和使用费无显著的市场价值可以予以统一性、规范性衡量。

5.3 提供智力劳动的服务类合同还与劳动者个人的知识、技能和经验等人格权紧密关联。

5.4 技术合同标的的归属、转移，不以实际占有为必备要件。

5.5 技术合同标的转移后，应当进行必要的技术支持，以实现合同签约目的。

第6条【技术合同主体】

6.1 按照《中华人民共和国合同法》的一般规定，分为：自然人、法人、其他组织。

6.2 其他分类：

6.2.1 按照合同性质分为：委托人和研究开发人、让与人和受让人、许可方和被许可方、技术供方和技术受方、委托方和受托方、出质人和质押人等。

6.2.2 按照技术权益分为：发明人、技术成果完成人、权利人、持有人等。

6.3 不具有民事主体资格的主体所签订的技术合同的法律效力问题。

参见本指引第27条、第28条。

第7条【签约主体的特殊性】

7.1 具有民事主体资格的主体签订的技术合同，适用《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国合同法》的相关规定。

7.2 不具有民事主体资格的科研组织等签订的技术合同，参见本指引第27、28条。

第8条【技术合同标的】

8.1 技术合同标的可以分为技术成果、利用专业技术知识提供劳务或者服务以及技术成果权项。

8.1.1 技术成果，是指利用科学技术知识、信息和经验作出的涉及产品、工艺、材料及其改进等的技术方案，包括专利技术、技术秘密、计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种等。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第1条。

8.1.2 利用专业技术知识提供劳务或者服务。提供劳务或者服务的技术合同不涉及知识产权权利的转移或者许可。

8.1.3 技术成果权项，是指申请专利的权利的归属。

8.2 特征：

8.2.1 属于智力劳动的成果；

8.2.2 智力劳动的成果是无形的，但附着于有形的载体之上；

8.2.3 可以为多个法律主体所掌握和利用；

8.2.4 在特定条件下，一旦披露或未予维持，会造成合同签约方的损失或丧失权益。

8.3 类型：

专利、专利申请权、技术秘密、计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种、新药工艺等。

8.4 禁止性成果或者服务：

8.4.1 国家禁止流通的产品；

8.4.2 违反公序良俗、社会道德的产品及制作工艺以及服务；

8.4.3 损害公众利益、损害公众健康的产品及制作工艺以及服务等。

第9条【职务技术成果】

9.1 职务技术成果是指执行法人或者其他组织的工作任务，或者主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果。

9.2 职务技术成果的“完成人”：

9.2.1 完成职务技术成果的员工，不仅包括与单位有固定劳动关系的人员，还包括下列人员：

（1）为完成特定工作或临时性任务的临时雇员；

（2）存在合同关系的管理与被管理人员或者服务人员；

（3）离职、辞职、退休后一年内

《中华人民共和国专利法实施细则》第12条第1款规定：“专利法第六条所称执行本单位的任务所完成的职务发明创造，是指：

（一）在本职工作中作出的发明创造；

（二）履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造；

（三）退休、调离原单位后或者劳动、人事关系终止后1年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。”

继续完成原单位任务的。

9.2.2 职务技术成果的完成人可以与法人或者其他组织约定技术成果的权益归属。

9.2.3 职务技术成果的完成人享有就该项职务技术成果因使用、转让而获得奖励或者报酬的权利。

9.2.4 法人或者其他组织订立技术合同转让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。

9.3 职务技术成果的“岗位职责和工作任务”：

9.3.1 无论是履行岗位职责还是完成工作任务，其根本在于研发项目是由法人或者其他组织发起、进行，并体现法人或者其他组织研发意志的行为。

9.3.2 岗位职责不仅包括在劳动合同或者劳务合同中列明的本职岗位，也包括非本职岗位上完成的符合9.3.3所列工作任务的技术成果，属于职务技术成果。

9.3.3 工作任务不仅包括法人或者其他组织业务范围内的研发项目，也包括合同约定参与其他单位的项目研发、自行组织非业务范围内的研发项目。

9.4 职务技术成果的“物质技术条件”，要把握“主要利用”和“具有实质性影响”两个关键点。

9.4.1 “物质条件”不仅包括与研发项目相关的资金、设备、原材料、零部件等，也包括与研发项目无关的资金、设备、原材料、零部件等。

9.4.2 “技术条件”不仅包括利用法人或者其他组织尚未公开的技术资料、数据、参数和技术信息，也包括利用法人或者其他组织研发终止、失败、阶段性成果等从公开渠道不能轻易获得的专有技术资料、数据、参数和技术信息。

9.4.3 “主要利用”是指超过50%的大部分利用，或者所占比例不大，但其利用对技术成果的形成具有实质性影响。

9.4.4 “具有实质性影响”是指对技术成果的形成具有关键性作用或者必不可少的利用价值。

9.5 职务技术成果，当事人各方有约定的从约定，无约定的，使用权、转让权属于法人或者其他组织。

第10条【非职务技术成果】

10.1 非职务技术成果，一般而言能够区别排除在职务技术成果之外的技术成果属于非职务技术成果。

10.2 职务技术成果中能够区分出非职务技术成果的主要因素：

10.2.1 对利用法人或者其他组织提供的物质技术条件，约定返还资金或者交纳使用费的；

10.2.2 在技术成果完成后利用法人或者其他组织的物质技术条件对技术方案进行验证、测试的；

10.2.3 属于法人或者其他组织的行业或者研究领域内的技术成果，但技术成果完成人无岗位职责要求，并明显不属于法人或者其他组织交派的任务，且双方之间无任何约定明确归属的。但是有以下情形的除外：

（1）研发工作基本是利用工作时间进行的；

（2）技术研发范围与法人或者其他组织给其他员工、下属（内部）组织交派的工作任务或者正在进行的研发同类、类同或者近似的。

第11条【技术合同基本条款】

《中华人民共和国合同法》第324条。

11.1 主要条款

11.1.1 项目名称；

11.1.2 标的的内容、范围和要求；

11.1.3 履行的计划、进度、期限、地点、地域和方式；

11.1.4 技术情报和资料的保密；

11.1.5 风险责任的承担；

11.1.6 技术成果的归属和收益的分成办法；

11.1.7 验收标准和方法；

11.1.8 价款、报酬或者使用费及其支付方式；

11.1.9 违约金或者损失赔偿的计算方法；

11.1.10 解决争议的方法；

11.1.11 名词和术语的解释。

11.2 与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件，以及其他技术文档，按照当事人的约定可以作为合同的组成部分。

11.3 各类技术合同的特别条款。

参见本指引相关章节。

第12条【基础法律、法规、司法解释、部门规章】

《中华人民共和国民法通则》

《中华人民共和国合同法》

《中华人民共和国科学技术进步法》

《中华人民共和国促进科技成果转化法》

《中华人民共和国对外贸易法》

《中华人民共和国专利法》

《中华人民共和国著作权法》

《中华人民共和国技术进出口管理条例》

《中华人民共和国物权法》

《中华人民共和国担保法》

《中华人民共和国公司法》

《中华人民共和国中外合资经营企业法》

《中华人民共和国中外合作经营企业法》

《中华人民共和国外资企业法》

国家科学技术委员会《技术合同认定登记管理办法》

国家科学技术委员会《科学技术成果鉴定办法》

科学技术部《技术合同认定规则》

科学技术部《科技成果登记办法》

劳动部《关于企事业单位职工流动若干问题的通知》

商务部《技术进出口合同登记管理办法》

商务部《禁止进口限制进口技术管理办法》

商务部、科技部《禁止出口限制出口技术管理办法》

工业和信息化部《软件产品管理办法》

国家知识产权局《专利实施许可合同备案办法》

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》

世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》

《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于延长和修改两国政府科学技术合作协定的协议》

《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于保护知识产权的谅解备忘录》

第二章

技术合同的制作与审查

第一节制作和审查的准备

第13条【接受委托后的前期工作】

当事人寻求法律帮助，委托律师起草、修改或者审核技术合同时，律师应当先期进行以下基本工作：

13.1 审查当事人身份，包括：企业登记注册证，知识产权权利人身份，特殊标的合同签约人的经营范围、经营资格、许可证、资金准备以及签约、履约能力；

13.2 核实签约目的，包括：当事人对合同标的理解程度、市场结构的了解程度、预期目标的可行性、签约各方当事人的意愿与其身份的相符性及所能达到的预期；

13.3 确定交易性质和合同标的的权利属性，包括：分析属于或者倾向于签订的合同类型、交易标的的法律属性和特殊性、已经授权权利的稳定性；

13.4 检索相关法律规定，包括：与合同相关的法律规定、与技术相关的法律规定、与交易标的行业相关的法律规定、与标的相关行为的法律规定；

13.5 设定合同基本框架，包括：合同类型、合同性质、合同基本条款；

13.6 平衡签约利益条款，包括：签约预期与履行力之间的平衡、签约各方权利义务之间的平衡、履约风险和损失防范之间的平衡、权利保障和违约救济之间的平衡、保护知识产权和鼓励发明创造之间的平衡。

第14条【资料的收集和分析】

14.1 技术和技术市场背景查询。

14.2 知识产权权益情况查询：

14.2.1 涉及未知技术的，进行专利检索，防止重复开发。

14.2.2 涉及专利技术的，查询相关专利文件以及周边专利技术的基本情况。

参见本指引第76条。

14.2.3 涉及技术秘密的，对技术秘密的三性，进行初步判断。

参见本指引第97—99条。

14.2.4 涉及计算机软件的，查询相关著作权登记文件以及周边软件技术的基本情况。

参见本指引第91条。

14.2.5 涉及提供劳务或者服务的合同，对提供劳务或者服务人员的专业水平和资质进行查询和分析。

参见本指引第六章、第七章、第八章。

14.2.6 涉及技术成果权项的合同，对该权项实现的可能性和风险进行查询和评价。

14.3 根据合同类型、性质和标的的权利属性准备谈判材料、技术材料、立项书、鉴定材料、有关政府部门的初审意见或批文、意向书、备忘录和框架协议等。

第15条【确定技术合同基本类型】

15.1技术合同类型可以分为：

15.1.1 技术开发合同，包括：委托开发合同、合作开发合同、技术转化合同

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第18条。；

15.1.2 技术转让合同，包括：专利申请权转让合同、专利权转让合同、专利权实施许可合同、技术秘密让与合同、技术秘密许可使用合同；

15.1.3 技术服务合同；

15.1.4 技术咨询合同；

15.1.5 技术中介合同；

15.1.6 技术培训合同；

15.1.7 技术进出口合同，包括：技术进口合同、技术出口合同；

15.1.8 技术出资入股合同；

15.1.9 技术质押合同；

15.1.10 技术承包合同等。

15.2 一份技术合同并非如同法律界定的那样清晰，常常有几种类型的内容组合或者技术合同与其他类型合同相结合订立在同一份合同中的情形。因此，律师除了把握不同类型合同的特殊性和签署要点，还要灵活运用其他合同的基本条款确定合同内容，把握为履行技术合同而与第三人签署的其他合同之间的权利义务的对接和协调。

第16条【特殊类型的技术合同】

16.1 特殊类型的技术合同，通常也被称为“纵向合同”，是指以中央财政或省级财政投入为主的各类国家、省级科技计划项目所签署的合同。

16.2 特征：

16.2.1 具有很强的计划性，带有国家或者各部门的指导性研发方向和意志；

16.2.2 以财政投入为主，在约定的周期内完成的指定性研发任务；

16.2.3 实行申报、审批、合同编号、文本、经费管理和验收方式的统一性。

16.3 纵向合同一般包括以下几类：

16.3.1 基础研究项目；

16.3.2 科技创新项目；

16.3.3 科技攻关项目；

16.3.4 基础条件平台建设项目；

16.3.5 重点实验室建设项目；

16.3.6 国际科技合作项目等。

国家科技主管部门和各省市科技主管部门以及各个行业科技部门，均有不同的科研开发计划项目。

16.4 纵向合同（或称为“计划任务书”）一般由任务下达单位出具合同范本。纵向合同的基本条款：

16.4.1 项目编号、项目名称和项目密级；

16.4.2 合同甲方或计划任务下达部门；

16.4.3 合同乙方或计划任务承担单位（人）和任务责任人；

16.4.4 参与研发的主要人员、专业领域、学术职位；

16.4.5 科技计划类型、技术领域；

16.4.6 立项背景与意义；

16.4.7 主要任务、关键技术；

16.4.8 提交成果的方式；

16.4.9 验收考核指标；

16.4.10 实施方案、技术路线与年度计划进度；

16.4.11 预期效益分析；

16.4.12 经费预算、支出预算和用途；

16.4.13 承担单位的保障条件与经费配套；

16.4.14 科技成果及其知识产权的归属和管理；

16.4.15 涉密项目的科技保密义务；

16.4.16 争议解决方法。

16.5纵向合同对于项目承担者的专业资质、经济状况、专业人员配备等均有更为严格的要求。

16.6特别提示：

16.6.1 项目承担者是通过任务下达单位的授权享有技术成果的知识产权权益。

16.6.2 项目承担者在合理期限内没有实施的，国家可以无偿实施，也可以许可他人有偿实施或者无偿实施。

16.6.3 项目承担者依法取得的知识产权，国家为了国家安全、国家利益和重大社会公共利益需要的，可以无偿实施，也可以许可他人有偿实施或者无偿实施。

16.6.4 项目承担者因实施知识产权所产生的利益分配，首先要依照有关法律、行政法规的规定执行；法律、行政法规没有规定的，才可以按照约定执行。

第17条【特殊条件的技术合同】

17.1 特殊条件的技术合同是指生产产品或者提供服务，依法须经有关部门审批或者取得行政许可或其他必须具备法定经营资质的技术合同。

17.2 律师办理此类合同业务时，应当先期明确需要审批或许可的内容、办理方、办理程序、工作方法、办理进度和补救措施等。

17.3 未经审批或者许可的，不影响当事人订立的相关技术合同的效力，但是会直接影响合同的顺利履行、解除条件以及过错责任的承担等关键性因素。

17.4 一旦当事人对办理审批或者许可的义务没有约定或者约定不明确时，人民法院可以判令由实施技术的一方负责办理。

第18条【技术合同在技术认定登记中的特别规定

《技术合同认定规则》第5条、第6条。】

18.1 以技术入股方式订立的合同，可按技术转让合同认定登记。

18.2 以技术开发、转让、咨询或服务为内容的技术承包合同，可根据承包项目的性质和具体技术内容确定合同的类型，并予以认定登记。

18.3 已经上市药品的给药途径、剂型进行改变，且工艺上有质的改变为内容所订立的合同，可以认定为技术开发合同。

《关于加强“医药”类技术合同认定工作的若干意见》（京技市字〔2005〕55号）第4条。

18.4 《中华人民共和国合同法》分则部分所列的其他合同，不得按技术合同登记。但其合同标的中明显含有技术开发、转让、咨询或服务内容，其技术交易部分能独立成立并且合同当事人单独订立合同的，可以就其单独订立的合同申请认定登记。

第19条【合同材料收集、整理和编档】

19.1 从律师接受委托之日起，就要进行案卷材料的收集、整理和编档工作。

19.2 律师可以按照行业协会的要求和本所业务归档的要求对相关业务材料统一顺序编号进行收集、整理和编档。

19.3 申请认定登记。国家给予促进科技成果转化规定的税收、信贷和奖励等方面的优惠政策的技术合同应当按照合同类型，进行合同名称、合同编号审核，予以编档。

19.4 可以按照最高人民法院《民事案件案由规定》中对技术合同的分类编档。

参见相关规定，此处略。

19.5 纵向合同按照国家相关的科技计划项目合同的统一编号进行分类编档。

第二节技术合同的制作和审查

第20条【合法性要求】

20.1 合法性要求是制作和审查合同的首要要求。

20.2 合法性审查主要从以下几方面进行：

20.2.1 合同目的是否合法；

20.2.2 交易标的是否合法；

20.2.3 双方主体是否自愿交易；

20.2.4 双方主体是否具有交易资质；

20.2.5 权责约定是否合法；

20.2.6 是否存在“非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果”[[1]](#footnote-2)的情形；

20.2.7 其他约定条款是否符合法律规定等。

第21条【完整性要求】

21.1 起草或修改合同应当根据当事人的签约目的和实现途径，保证合同主要条款的全面、完整。

21.2 完整性的最低要求应当能够达到《中华人民共和国合同法》列明的主要条款。

21.3 本操作指引相关合同的各个章节中力求列明完整的条款内容，供律师参考适用。

第22条【严谨性要求】

22.1 起草或者修改合同必须恪守使用法律语言的原则，避免使用容易产生歧义、异议、疑义的用词用句。对于难以理解的技术性、专业性用词用语，可以采用“术语解释”的方式，在合同中予以确定其概念、内涵和在本合同中的特别含义。

22.2 对于合同交易的内容、权责要进行缜密的描述，综合考虑时间、地点、方式、程序、权利义务等条款，设定不可预见的条款时要综合考虑合同的预期目标、双方的履约基础、技术合同标的的特定性等因素。

第23条【关联性要求】

23.1 在《中华人民共和国合同法》中，就技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务四类技术合同的一般原则予以规定，这些规定适用于四类技术合同，是律师帮助当事人策划、起草、签署、履行合同或者解决纠纷的重要依据。技术中介合同、技术培训合同、技术进出口合同、技术出资入股合同、技术出质合同，同样需要遵循《中华人民共和国合同法》的基本原则，并参照相关规定适用这些基本原则。

23.2 《中华人民共和国合同法》的基本原则贯穿于合同签署意向、签约、履行和履行后的整个过程，体现在合同文本的每项具体条款中，而非仅仅是一个条款的约定。因此，律师在制作和审查合同时，要注意每一原则在合同文本中的体现。

23.3 律师要关注合同中各个条款之间的关联性，尤其是合同条款采用选择项时，每一条的选择内容与其他各条的选择内容应当对接，不能在履行中出现对两个选择项的再选择，更不能使两个选择项之间产生冲突。

第24条【权利义务对等性要求】

24.1 诚信、公平是合同法的基本原则，具体到合同条款中，就是要求双方的权利、义务对等。

24.2 权利、义务不对等的结果，可能导致合同某些条款无效或者因显失公平而被对方当事人申请变更或撤销。

第25条【责任与行为因果性要求】

25.1 违约金、损失赔偿与侵权赔偿在约定方式、适用法律、举证责任以及责任后果、数额确定等方面均不相同。因此，对于在合同中约定违约金、损失赔偿、侵权赔偿，应约定在同一份合同中，律师要着眼于合同双方的权利义务、履约能力、技术风险和可能出现的损害程度进行判断。

25.2 违约金、损失赔偿、侵权赔偿，在合同中的约定不能脱离具体的行为而设定，要以能够制止发生违约行为或者侵害行为为基础，并以足以弥补损失为标准。

25.3 违约金的数额和/或计算方式在合同中由双方当事人约定，并且应当是具体明确地约定。损失赔偿的数额是无法提前约定的，但是签约各方应当在合同中约定计算方式。

25.4 违约金数额的约定要与违约行为的性质以及可能造成的损害后果相适应，违约金规定过高或过低，在产生纠纷时，一方可以申请法院或仲裁机构予以调整。

第26条【签约主体】

26.1 除法律规定的民事主体外，技术合同的当事人有其特殊性，即科研院所、大专院校中的无民事主体资格的院系、研究室、课题组、工作室、创作室等均可以以自己的名义签订技术合同，但是要符合以下限制性条件：

26.1.1 法人单位事前授权或事后追认；

26.1.2 法人单位与该组织有合同约定，法人单位承认或者承诺该组织对外签署技术合同的责任由法人单位承担；

26.1.3 法人单位在章程或其他法律文件中明确规定该组织有洽谈、签署和履行技术合同的权限；

26.1.4 法人单位实际参与了合同的洽谈、签约或者履行。

第27条【无民事主体资格的组织】

27.1 以课题组为例：

课题组是指科研单位下属的为完成一定的科研项目、科研产品或者转让其完成的技术成果，而由相关科研人员和辅助人员组成的相对固定的集体。课题组是目前我国科技研发体制和科研机构、大专院校组织体系下，根据智力劳动的特点而设置的。

27.1.1 课题组完成的科研成果属于职务技术成果的，经法人或者其他组织授权或者认可的，视为法人或者其他组织订立的合同，由法人或者其他组织承担责任。

27.1.2 课题组在完成本单位计划任务的前提下，可以自行承担科研任务。未经法人或者其他组织授权或者认可的，由该科研组织成员共同承担责任，但法人或者其他组织因该合同受益的，应当在其受益范围内承担相应责任。

27.1.3 课题组完成的科研成果得到法人单位部分物质、技术支持的，与法人单位协商约定技术成果的归属及收益的分享。

第28条【无民事主体资格的组织的特别规定】

28.1 无民事主体资格的组织签署技术中介合同的，要求中介机构必须按照国家的有关规定领取营业执照。

28.2 无民事主体资格、超越经营范围和无经营资质的技术合同，依然有效，只是在合同签订、履行、解除等违约过错上予以区别责任。

28.3 除技术成果权利人外的自然人一般不得作为技术咨询合同和技术服务合同的受托人。

28.4 从事技术中介服务企业中经纪业务的人员，也必须按照国家有关规定取得资格证书等。

第29条【缔约过失】《中华人民共和国合同法》第42条。

29.1 假借订立合同，恶意进行磋商。

在技术合同谈判和签署过程中，这种行为的目的往往是为了套取对方的技术秘密，或者了解对方的开发思路、技术要点，其结果往往是最终并未达成协议。

29.2 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况。

对这种行为的确定要把握的是“重要”事实和“虚假”情况，“虚假”并不难以判断，“重要”是指该事实直接影响到对方的签约目的、履约风险、权利行使和目标利益的丧失。

第30条【保密义务】《中华人民共和国合同法》第43条、第92条。

30.1 前合同义务，即在技术合同签署前或签署时，一方知悉另一方的技术秘密，泄露或者不正当使用。涉及技术秘密的合同谈判之初首先就要以书面形式确定双方的保密义务。

30.2 后合同义务，即在技术合同终止或解除后，双方对合同内容、技术秘密仍负有保密义务。在合同约定的保密条款中，保密义务应当延及合同终止或解除后的两年。

第31条【重大误解】《中华人民共和国合同法》第54条。

31.1 重大误解与缔约过失不同，发生重大误解时可能双方均无主观恶意。

31.2 “重大误解”必须是导致合同签约目的无法实现，或者严重损害一方权益或者致使权益丧失的情形。

31.3 一旦发生重大误解可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销该合同。

第32条【合同变更】《中华人民共和国合同法》第77条、第78条。

32.1 根据技术合同对形式要求的特殊性，技术合同的变更同样应当采用书面形式。

32.2 在书面变更协议中，应当明确变更的条件、变更的协商方式、变更主要条款后违约责任条款的处理方式等。

第33条【合同解除】《中华人民共和国合同法》第93条。

33.1 合同可以因当事人协商一致，双方同意解除予以解除。

33.2 附解除条件的技术合同是解除权人一方发出解除的意思表示，指合同中已经具备了解除条件的约定。

33.3 当协商解除和约定解除都无法实现时，一旦进入诉讼程序，法院也可以根据实际情况，作出是否予以解除合同的判决。

第34条【合同无效】《中华人民共和国合同法》第329条。

34.1 技术合同中出现知识产权滥用、限制竞争或者排除竞争条款约定的，可能会直接导致合同无效或者部分条款无效。

34.2 知识产权滥用、限制竞争或者排除竞争包括以下几种类型：

34.2.1 包括排他性返授条件在内的限制或者排除竞争的行为；

34.2.2 阻止对许可效力提出质疑；

34.2.3 强制性一揽子许可；

34.2.4 限制转售价格及其他不合理限制等。

第35条【包括排他性返授条件在内的限制或者排除竞争的行为】

35.1 限制签约一方当事人在合同标的技术基础上进行新的研究开发，或者限制其使用所改进的技术。

35.2 签约各方交换改进技术的条件不对等，包括要求对方将其自行改进的技术无偿提供给对方、非互惠性转让给对方、无偿独占或者共享该改进技术的知识产权。

35.3 限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似技术或者与其竞争的技术。

第36条【阻止对许可效力提出质疑】

禁止技术接受方对合同标的技术知识产权的有效性提出异议，或者对提出异议附加条件。

第37条【强制性一揽子许可】

要求技术接受方接受并非实施技术必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备、服务以及接收非必需的人员等。

第38条【限制转售价格及其他不合理限制】

38.1 在知识产权许可协议中，对技术接受方依据该技术生产的商品向第三方转售时，固定或限定其转售商品的最低价格。

38.2 阻碍当事人一方根据市场需求，按照合理方式充分实施合同标的技术，包括明显不合理地限制技术接受方实施合同标的技术生产产品，或者提供服务的数量、品种、价格、销售渠道和出口市场。

38.3 不合理限制，包括除限制技术研发、限制实施和使用外，还包括限制技术来源、限购、限售以及对技术接受方购买原材料、零部件、产品，或者对设备等的渠道及来源予以限制等。

第39条【行政审批、行政备案和许可制度】

39.1 对于国家有特别规定的技术合同和特别管理的技术合同标的，要注意相关法律、法规的规定，办理相应的行政审批、行政备案和许可手续，需要办理秘密技术密级的，要按照规定及时办理，并按照国家、省、市或行业要求拟定合同条款，督促签约各方按照要求签署和履行合同。

39.2 需要办理行政审批、行政备案和许可证的几类合同：

39.2.1 涉及国家安全、对国家经济、科技、公众利益具有重大影响力的秘密技术所签订的开发、实施、使用合同；

39.2.2 专利申请权或者专利权转让合同；

39.2.3 植物新品种的申请权和品种权转让合同；

39.2.4 技术进出口合同。

第40条【价款、报酬和使用费】最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第14条。

40.1 签署技术合同的费用支付时，一般分为三种不同的表述方式：价款、报酬和使用费。

40.1.1 价款：以技术成果权属转移为主要特点。适用于专利申请权转让合同、专利权转让合同、技术秘密让与合同。

40.1.2 报酬：以提供技术成果或者服务为主要特点。适用于技术开发合同、技术咨询合同、技术服务合同、技术中介合同、技术培训合同。

40.1.3 使用费：不转移技术成果权属，仅以许可方式提供适时使用权利为主要特点。适用于专利实施许可合同、技术秘密实施许可合同。

第41条【违约与侵权责任】《中华人民共和国合同法》第122条。

41.1 技术合同中所涉及的技术成果作为知识产权法律制度保护的重要对象，具有知识产权的法律特征和与其他有形财产不同的法律特征，以权利为基础，以不同载体为表现，可以直接依据相关法律规定确定其权利不得为他人所侵害。因此，通常会出现违约与侵权竞合的情形。

41.2 受损害方请求侵害方的违约责任还是请求侵害方的侵权责任，是律师在签约之初就必须慎重考虑的问题。因此，技术合同的违约责任条款与侵权责任条款应当一并签署。

41.3 违约责任条款与侵权责任条款应当根据以下情况考虑，达到能够相互制约违约行为和侵权行为以及相互弥补损失的目的：

41.3.1 违约或者侵权可能性程度；

41.3.2 可能造成的损失程度；

41.3.3 合同继续履行的可能性程度等。

第42条【通知和协助义务】

42.1 在技术合同的履行中，因为技术发展和技术淘汰的速度越来越快，且可以替代技术合同标的的产品、工艺、材料及其系统处于不断产生和变化中，所以，签约各方要关注《中华人民共和国合同法》第60条规定的相应的附随义务。

42.2 对于下列情形，应当明确约定及时通知义务：

42.2.1 签约的任何一方发现技术合同标的已经为他人公开或者被他人申请专利；

42.2.2 签约的任何一方发现技术合同标的已经为新技术所替代，并可能影响到市场份额的；

42.2.3 签约的任何一方发现技术合同标的出现严重瑕疵，可能影响到实现合同目的的；

42.2.4 签约的任何一方发现为履行技术合同投资将大幅度超过预算的；

42.2.5 签约的任何一方发现技术合同的签约目的因技术或市场变化，继续履行已经不可能或者不必要的，等等。

第43条【附件材料审查】

43.1 技术合同的附件材料用以说明合同条款、详解技术内容、确定最初权利、指导履行进度和行为，因此要进行慎重审查，但是该种审查对于律师而言，没有对材料真实性的绝对性要求。

43.2 附件材料包括以下几类：

43.2.1 签约各方的签约资质和履约能力的证明材料，如：经营资质证书、许可证、专业证书等。

43.2.2 与技术或提供服务相关的材料，如：专利证书、专利权利要求书、专利说明书、培训课件、技术说明书、技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准和数据、技术规范、原始设计或工艺图纸、著作权登记证书以及目标程序及其文档、试验步骤和方法，以及内容过多不宜在主合同中列明的技术术语、技术性名词解释等。

43.2.3 签约和履约中的材料，如：技术资料、设备、原材料、产品等的交接清单，保密协议，工作分工和人员安排表，工作进度表，项目收支报表，意向书，备忘录，会议记录等材料。

第三章

技术开发合同

第一节技术开发合同概述

第44条【技术开发合同】

44.1 技术开发合同是指当事人之间就新技术、新产品、新工艺或者新材料及其系统的研究开发所订立的合同。[[2]](#footnote-3)

44.2 技术开发合同包括委托开发合同、合作开发合同和技术转化合同。

44.3 “新”是指：

44.3.1 当事人在订立技术合同时尚未掌握的产品、工艺、材料及其系统等技术方案。

44.3.2 实质要件是应当具备一定的技术先进性或者技术创新性。

第45条【未知性】

45.1 在合同签订时，作为合同标的的技术，属于双方当事人尚未掌握的新技术、新产品和新工艺或者新材料及其系统。

45.2 未知性并不受限于地域范围，也不受限于现有技术的最高水平。凡是能够提高效率、提升质量、降低成本、减低能耗的，均可以作为技术开发合同的标的。

45.3 未知性不排除已经初步掌握和了解相关的一些技术内容、信息和在公知技术基础上的初定技术方案上研究开发。

45.4 对技术上没有创新的现有产品、材料、工艺进行改型、变化、调整以及仅是对现有技术成果的调试、测试、试制、分析、检测、鉴定、评价的，符合技术服务合同的，适用技术服务合同规定，属于承揽合同的，适用承揽合同的规定。

第46条【创造性和新颖性】

技术开发合同的标的并不需要绝对的创造性和新颖性，只要是当事人之间尚未掌握的新技术、新产品和新工艺或者新材料及其系统即可。但是为了避免重复性开发和研发成本、研发人员等资源浪费，在签署合同前，双方当事人应当进行相应的技术调查、技术评估、风险预判和分析专利技术情报等工作。

第47条【风险性】

47.1 因为是未知的技术，因此开发过程中因无法解决的技术难题或者被他人申请专利等原因导致无法实现合同目的的，属于技术开发合同中特有的风险点。

47.2 风险来源。

参见本指引第49条。

47.3 各自开发的技术秘密，只要不被披露，可以各自享有其权益，但是市场价值和竞争力会相应减弱。

第48条【研发目标】

48.1 专利技术,符合《中华人民共和国专利法》

《中华人民共和国专利法》第22条、第23条。

授予专利权条件的发明创造，可以被授予专利权。

48.1.1 专利技术分为：发明、实用新型和外观设计。

48.1.2 发明和实用新型应当具备新颖性、创造性和实用性：

48.1.2.1 新颖性，是指该发明或者实用新型不属于现有技术，也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。

48.1.2.2 创造性，是指与现有技术相比，该发明具有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型具有实质性特点和进步。

48.1.2.3 实用性，是指该发明或者实用新型能够制造或者使用，并且能够产生积极效果。

48.1.3 外观设计应当不属于现有设计：

48.1.3.1 没有任何单位或者个人就同样的外观设计在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公告的专利文件中。

48.1.3.2 授予专利权的外观设计与现有设计或者现有设计特征的组合相比，应当具有明显区别。

48.1.3.3 授予专利权的外观设计不得与他人在申请日以前已经取得的合法权利相冲突。

48.2 技术秘密。

参见本指引第97、98、99条。

48.3 计算机软件。

计算机软件（以下简称软件），是指计算机程序及其有关文档。

48.3.1 计算机程序，是指为了得到某种结果，可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列，或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列。同一计算机程序的源程序和目标程序为同一作品。

48.3.2 文档，是指用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法的文字资料和图表等，如程序设计说明书、流程图、用户手册等。

48.4 集成电路和集成电路布图设计。

48.4.1 集成电路，是指半导体集成电路，即以半导体材料为基片，将至少有一个是有源元件的两个以上元件和部分或者全部互连线路集成在基片之中或者基片之上，以执行某种电子功能的中间产品或者最终产品。它是微电子技术的核心，是电子信息技术的基础，广泛应用于计算机、通讯设备、家用电器等电子产品，具备集成性，整体性及工艺严格性。

48.4.2 集成电路布图设计是指集成电路中至少有一个是有源元件的两个以上元件和部分或者全部互连线路的三维配置，或者为制造集成电路而准备的上述三维配置。

48.5 植物新品种。

植物新品种，是指经过人工培育的或者对发现的野生植物加以开发，具备新颖性、特异性、一致性和稳定性并有适当命名的植物品种。

第49条【技术开发风险】

49.1 技术开发风险由合同当事人双方共同承担。

49.1.1 合同约定开发的技术标的为他人公开，包括他人将合同拟定的研发成果申请了专利、公开发表或者付诸实施使用。

49.1.2 技术本身的研发风险：无法预知、无法避免和无法克服的技术困难，导致研究开发全部失败或者部分失败，无法实现合同预期目的的技术开发风险。

49.2 属于研究开发风险应当具备的基本条件：

49.2.1 研发项目与国际或者国内现有技术水平比较具有足够的难度；

49.2.2 相对于同行业专家来说，研发项目的风险属于合理的技术性失败；

49.2.3 研究开发方主观上并无懈怠过错。

49.3 在技术开发合同履行过程中，因技术开发风险致使研究开发失败或者部分失败，或者合同不必继续履行的：

49.3.1 当事人对该风险责任有约定的依约定；

49.3.2 没有约定或者约定不明确，依照《中华人民共和国合同法》

《中华人民共和国合同法》第61条。

的规定仍不能确定的，风险责任由当事人合理分担。

《中华人民共和国合同法》第338条第1款。

合理分担不意味着平均分担，而是要根据以下情形综合考虑分担责任，力求对当事人双方公平、合理：

（1）研发进度；

（2）各方履行情况；

（3）物质、技术投入和合同目的预期的可承受能力；

（4）风险产生的主客观因素；

（5）当事人的实际损失等。

第50条【及时告知义务与防止损失扩大责任】

50.1 技术开发合同的研发目标的不确定性，致使当事人双方所面临的未知风险系数增加，因此一旦发现可能或者即将出现技术风险时，及时告知义务是当事人双方的特定义务。

50.2 任何一方当事人在及时告知的同时，亦都负有采取适当的补救措施防止损失扩大的义务。一旦造成损失扩大，则对扩大的损失部分不能按风险责任，而应当按照过错责任的原则承担责任。

第51条【当事人均有使用和转让的权利】

51.1 当事人均有不经对方同意而自己使用或者以普通使用许可的方式许可他人使用开发的技术成果（未申请专利前可以作为技术秘密），并独占由此所获利益的权利。

51.2 当事人一方将技术秘密成果的转让权让与他人，或者以独占或者排他使用许可的方式许可他人使用开发的技术成果（未申请专利前可以作为技术秘密），必须经过对方当事人同意或者得到追认。

第52条【与承揽合同的区别点】

52.1 承揽合同，是指承揽人按照定作人的要求以自己的设备、技术条件和劳力完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。

52.2 承揽合同包括加工合同、定作合同、修理合同、复制合同、测试合同、检验合同、铁路机车和/或车辆建造合同等。

52.3 承揽合同的履行不具备智力成果的技术先进性或创新性，但是可以进行类似委托的重复性劳动。技术开发合同的履行结果具有智力成果的特点，不可以重复进行。

第53条【与技术转让合同的区别】

53.1 技术转让合同，是指当事人之间就技术成果的转让和许可所订立的合同。

53.2 技术转让合同包括专利申请权转让合同、专利权转让合同、专利实施许可合同、技术秘密让与合同、技术秘密实施许可合同。

53.3 技术转让合同的标的是已有的、特定的、完整的、具备相应权利化的技术成果，技术转让合同签署目的就是将技术成果的所有权或者使用权予以移转或者许可使用。技术开发合同的标的属于尚未确定的技术成果，是形成已有的、特定的、完整的、具备相应权利化的技术成果的研发过程。

第二节委托开发合同

第54条【委托开发合同】

54.1 委托开发合同，是指一方当事人委托另一方当事人进行研究开发所订立的合同。

54.2 当事人一方仅提供资金、设备、材料等物质条件或者承担辅助协作事项，另一方当事人以自己的技术能力、技术人员进行和完成研发工作。

第55条【研发成果的权利归属】

55.1 专利申请权

委托开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于研究开发人。研究开发人取得专利权的，委托人可以免费实施该专利。

《中华人民共和国合同法》第339条第1款。

专利申请权的归属直接影响到专利权的归属。取得专利权的一方应当允许对方免费实施该专利技术，并不得附加任何条件。

55.2 技术秘密权益

尊重当事人之间的约定，没有约定或者约定不明确的，依照《中华人民共和国合同法》

《中华人民共和国合同法》第61条。

的规定仍不能确定的，当事人均有使用和转让的权利。

第56条【转让限制】

委托开发合同的研究开发人在向委托人交付研究开发成果之前，不得将研究开发成果转让给第三人。

《中华人民共和国合同法》第341条。

第57条【合同的前置条款】

57.1 在合同主文前，应当有具体的合同签署信息，包括签约时间、签约地点以及签约各方当事人的名称（包括全名和简称）、法定代表人、住所地、授权代表、联系人和联系方式等，注册地与实际办公地址不符的，均应当列明。签约一方是个人的，还应当有身份证号、常住地址以及所在单位名称、所在单位的具体部门、技术职称或者职务。

57.2 在合同主文前，还应当具有以下基本信息：

57.2.1 签约各方的资质确认，签约、履约能力的承诺：包括研究开发方的技术水平和开发能力、委托方现有的技术条件和接受能力等；

57.2.2 对合同性质的确认；

57.2.3 合同标的（技术）名称的确认，以及基本要点阐述：包括拟研发技术与现有技术相比之下的先进性和改进的可能性、从其他渠道获得替代技术的可能性等；

57.2.4 合同条款题述、合同名词的释明等。

第58条【主要条款】

主要条款应当按照签约各方的需求，酌定适用条款和具体内容，本指引仅为提示。

58.1 合同目的

依据合同法的基本原则，合同目的是合同解除、违约责任承担以及解决纠纷的基础性条款。

合同目的的约定可以包括以下几个方面的内容：

58.1.1 合同的签订目的；

58.1.2 合同的预期目标；

58.1.3 合同的性质确认。

58.2 技术开发目标

58.2.1 技术成果实现目标；

58.2.2 技术成果保护形式。

58.3 合同标的的技术名称

要能体现合同标的技术的所属技术领域、技术性质、技术含量、基本特征和区别于现有技术的特征。

58.4 现有技术的基本状况

现有技术的基本状态，主要是指在签署合同前，签约各方所做的前期调查，包括专利授权情况、专利申请情况、现有的技术水平和与研发目标类同的技术分析等。

58.5 现有技术与目标技术的特征区别

现有技术与目标技术的特征区别，主要是指目标技术成果与现有技术的先进性和实质性的区别，是检验技术成果能否达到技术先进性和创新性的参考指标。

58.6 技术成果的功能、特性、特征、适用条件等

签约各方确定技术成果的功能、特性、特征、适用条件等，属于验收标准的一部分，并通过签署该条款可以充分考察技术成果是否符合合同签订的目标和预期目标。

58.7 研究开发方的研发基础以及研发人员的选定、退出和职责分工

58.7.1 此条可以根据具体情况决定是否签署，亦可以在签署正式合同之前签署，作为本合同附件；

58.7.2 包括物质基础、研发能力和研发人员配置等，包括履行合同的研发负责人或者课题组成员名册。

58.8 研究开发的方式、期限、条件、场地

58.8.1 研究开发方应当自行进行研究开发，但是涉及部分常规手段进行的测试、检验、监测等内容是否可以转托第三方进行，转托条件、转托方式等；

58.8.2 研究开发方按照约定的期限交付技术成果是其主要职责之一，因此约定期限既要符合委托方的要求，又要根据技术成果所属的技术领域的更新换代程度综合考虑，同时还要留出必要的购置设备、原材料、安排场地、测试、检测等可能出现的延迟时间；

58.8.3 必须在特殊条件下进行的研究开发，一旦条件不符合或者不成就，可能导致开发失败或者部分失败的，要特别注明；

58.8.4 一般由研究开发方自行解决场地问题，但是有些研究开发工作需要大型场地或者有特殊要求的场地，签约各方就场地的条件、使用方式、租赁等应当明确约定。

58.9 预期技术指标、技术参数（数据）

技术成果验收的最高标准，达不到预期技术指标、技术参数（数据）的技术成果不能验收交付。

58.10 签约各方现有的资料、数据的移交方式、时间和程序

一般情况下，签约各方都会有些资料、数据的贮备，彼此交换可以增加各个方面的信息量，不必仅局限于技术方面。

58.11 研究开发计划、工作流程、定期验收办法等的方案提出方、通过方式和提交时间这几项，是合同履行的重要依据，可以作为合同附件，并需要签约各方签字确认。对于变更或者补充方案的，要及时以书面形式作出变更协议或者补充协议。

58.12 报酬及支付方式、结算方式

58.12.1 报酬总额；

58.12.2 报酬的使用范围、使用限制和审批程序；

58.12.3 支付方式：

（1）一次性总付、分期支付；

（2）附条件支付、附期限支付等。

58.12.4 结算方式：

（1）实行包干制；

（2）实行实报实销制；

（3）实行实报实销+提成补贴。

58.12.5 财务报账或者查账方式等。

58.13 其他费用的承担方、费用支付方式和购置方式

为了避免研发报酬与实际支出的混淆，建议就以下部分费用单独约定，便于发生纠纷时对报酬、实际损失的计算：

58.13.1 研发所需的仪器、设备、原材料等的购置费用、维修费用；

58.13.2 租赁费、辅助人员劳务费、资料查询费、检索费等费用；

58.13.3 合同解除或者终止后，物品的返还约定。

58.14 后续费用不足的解决方案

一般情况下，合同报酬不会有大幅度的调整，往往只是在签约各方决定变更技术目标后会有所变化。其他费用则可能因市场供需、研发进度等各种因素会产生变化。因此，签约各方最好事先约定后续费用不足时的解决方案以及追加资金的限度。

58.15 技术成果交付形式、地点和程序

58.15.1 技术成果交付的载体形式以及配套的仪器、设备及其耗材等；

58.15.2 技术成果交付时，主要技术人员应当在场，并予以调试和演示，委托方应当指派有经验的人员参与接受，并记录交付情况和签字确认是否实际交付，是否符合验收标准、存在的问题、改进方案以及相应的配套的仪器、设备及其耗材的到位情况；

58.15.3 技术成果逾期交付的通知和后续交付约定。

58.16 验收标准、验收方式、验收人员、验收地点和验收时间

58.16.1 验收标准是研究开发方提交技术成果是否符合合同约定的重要指标，因此约定以完整、准确为目标，也可以参考约定行业标准、部颁标准、国家标准等；

58.16.2 拟定验收书面证明文件；

58.16.3 验收费用的负担方式。

58.17 不符合验收标准的补救措施

不符合验收标准的补救措施，是指不涉及实质性研发内容出现不足或者瑕疵的补救。一旦研究开发方交付的技术成果不符合验收标准时，签约各方可以约定采取以下补救措施：

58.17.1 研究开发方提供临时的替代产品；

58.17.2 给予合理期限，允许研究开发方再予以调整、测试或者更换零部件等。

另外，有些技术成果的问题和瑕疵并非在验收时能够发现，交付成果后约定相应的设备运营期限、试产期限是必要的。

58.18 技术成果接受方式、地点和时间

与第58.16款规定的内容相协调即可。

58.19 技术资料交接内容、程序、地点和时间

技术资料可以与技术成果同时交接，也可以分开进行交接。无论是同时交接还是分开交接，均要有签约各方的指定代表在场共同进行，并对交接事项、结果予以确认签字。

58.20 技术成果权益保护方式

权益保护方式是指技术成果申请专利，以专利方式保护还是以技术秘密方式自我保护。

58.20.1 权益保护方式的确定，是下列第58.22—58.26款的约定基础。

58.20.2 权益保护方式是第58.21款没有约定或者约定不明确时，法律认定的基础。

基于技术开发合同的特性，自签约谈判之始，即使签约各方意向以专利形式保护，都应当首先以技术秘密的保护方式进行全面保护。

确定以技术秘密为保护方式的，下列第58.22—58.25款可以不再约定。

58.21 技术成果权益归属和权益分享

58.21.1 权益归属包括技术成果的权利归属和技术成果转让、实施、许可或者使用的利益分配。

58.21.2 权利归属：

（1）签约各方约定专利申请权归属；

参见本指引第55条。

（2）签约各方约定技术秘密成果归属：

①共同享有；

②归属签约一方所有，另一方有免费实施使用的权利；

③签约一方转让技术秘密成果的条件。

58.21.3 利益分配：

（1）签约各方享有各自实施使用的利益；

（2）签约各方等额共享各方实施使用的利益；

（3）签约各方在对方实施使用的利益中分成；

（4）签约一方转让技术秘密成果的利益分配方式。

58.22 申请专利的条件

本条不是指依据《中华人民共和国专利法》规定的申请专利的条件，而是指合同标的开发成功或者阶段性成功是否申请专利的约定，还包括依靠技术秘密保护，转而申请专利的条件。

58.23 专利申请权归属

参见本指引第55条。

58.24 专利申请权转让的条件和优先权

参见本指引第80条。

58.25 专利申请未获得批准之前的实施

参见本指引第85条。

58.26 使用利用他人知识产权的权利状况和费用承担方式

在研发中可能涉及他人的专利技术、著作权或者其他权利，对于这些权利的费用支付以及使用和利用不当所形成的责任处理方式。

58.27 附属合同目的的知识产权归属及处理方式

研发中形成的附属或者延伸的知识产权，是否属于合同目的技术成果的部分，是一并交付，还是设立独立的权益。

58.28 技术开发的风险与风险承担

58.28.1 拟定的技术开发风险的情形、类型和发生阶段；

58.28.2 技术开发风险一旦出现，针对不同情形、类型和发生阶段的补救措施；

58.28.3 无法补救时，约定开发风险的后续措施和责任承担方式。

58.29 技术风险责任的鉴定

双方约定技术鉴定方式和技术鉴定机构，当出现技术风险争议时，可以请第三方作出评断。

58.30 及时告知义务

58.30.1 对出现研发风险或者预见到研发工作可能失败的判断标准，以及开发方通知另一方的条件、时间，避免损失扩大的基本要求；

58.30.2 风险通知对方后的处理方式；

58.30.3 对不及时通知另一方并采取补救措施，致使损失扩大的责任承担。

58.31 后续改进（成果）的归属和权益分享

参见本指引第58.21款。

58.32 保密内容、有效期限、地域和知悉人员范围

58.32.1 从研发开始，对于研发的内容设定保密范围和人员知悉范围以及资料、文件的保密措施；

58.32.2 按照研发的阶段设定保密内容、知悉人员范围和保密义务；

58.32.3 对研发成果设定保密内容、有效期限、地域和人员知悉范围；

58.32.4 保密义务条款一般不以合同的解除而解除，终止而终止，应当设定终止后2—3年。但是以技术秘密为保护方式的，保密义务应当以技术秘密被披露为终止要件。

58.33 参与合同履行的辅助人员义务

58.33.1 本条主要指辅助人员相关的义务与研发人员具有区别性，与第58.32款规定的保密义务的知悉人员具有区别性。

58.33.2 双方可以指定合同履行的联系人、紧急事务的负责人等。

58.34 成果申报

58.34.1 符合国家级、省市级、行业成果申报条件时，是否申报；

58.34.2 申报报告的出具和报告人的确定；

58.34.3 申报费用的负担等。

58.35 成果鉴定与评估

58.35.1 研发工作完成后，可以组织专家以鉴定方式验收，也可以约定双方共同验收或者单方验收；

58.35.2 约定鉴定机构或者评估机构的选择方式，以及鉴定与评估的条件、方式和程序；

58.35.3 成果鉴定与评估的材料组织、撰写和提交方的确定；

58.35.4 成果鉴定与评估的费用承担方式等。

58.36 技术指导与培训

58.36.1 是否提供技术指导或者人员培训，以及技术指导和培训的内容、时间、地点、人员数量；

58.36.2 接受技术指导或者人员培训的人员要求；

58.36.3 进行技术指导或者人员培训的人员要求；

58.36.4 技术指导或者人员培训所要达到的基本标准。

58.37 禁止性条款

58.37.1 研究开发方在向委托人交付研究开发成果之前，不得将技术成果转让给第三人；

58.37.2 研究开发方应当自行完成委托事项，不得将研发任务转委托给第三人。

58.38 协助约定

58.38.1 合同备案、申请减免税以及成果申报、鉴定、申请专利时的主办方，以及相互协助的义务约定；

58.38.2 紧急事项的处理协助；

58.38.3 技术指导与培训的相互协助等。

58.39 违约责任

58.39.1 违约责任不要笼统约定，应当就不同的义务，按照在本合同中一旦违约可能导致的损失程度予以逐条约定。

58.39.2 合同双方的主要义务不同，不宜笼统地约定违约责任，应当根据违约责任的承担方式，对不同的违约事项予以分别约定。

58.39.3 违约责任的承担包括继续履行、采取补救措施、减少报酬、支付违约金或者赔偿损失等。

58.40 合同变更与补充

58.40.1 合同的变更与补充应当以书面方式作出；

58.40.2 约定合同变更与补充的提出方式、磋商方式。

58.41 中止履行

58.41.1 中止履行的情形、条件和通知义务；

58.41.2 中止情形消除后，继续履行的情形和条件以及通知义务；

58.41.3 消除中止履行情形的协助义务等。

58.42 合同解除与终止

58.42.1 合同可以因下列事由解除：

（1）研发目标技术被披露或者被申请专利；

（2）研发目标技术出现不可解决的技术难题；

（3）主要技术人员亡故；

（4）新技术研发成功，并投入市场；

（5）更为先进的替代技术出现；

（6）研发延迟、资金不足或者提供资金方明确表示不再投入资金等严重违约情形出现的。

58.42.2 合同解除后，以下事务的处理：

（1.）已经支付的报酬和尚未支付的报酬的结算、返还或者补足；

（2）购置的原材料、设备的归还和处理；

（3）技术资料的交接、归档或者销毁；

（4）尚未完成的技术成果及其资料、信息数据载体、测试报告等的归属和交接。

58.43 补救措施

研发的技术成果出现非实质性技术难题时，是否可以提供临时性替代技术。

58.44 技术术语和合同名词的解释

技术术语和合同名词的解释必须准确，双方确认其内涵、外延和所理解的意思相同。

58.45 争议解决办法

58.45.1 双方协商解决。尽管很多合同条款中都约定了双方友好协商，但是实际上如何进行以及由谁给予一个较为公正、合理的解决方案并无约定。一旦发生纠纷，亦无处着手。因此，可以就友好协商的时间、方式予以约定，并且最好共同指定第三人或者各自指定律师接洽磋商，进行初步判断和调停工作。

58.45.2 协商不成或者不愿意协商的，可以约定申请仲裁的方式，或者约定提起诉讼的方式予以解决。

58.46 法律适用

第三节合作开发合同

第59条【合作开发合同】

合作开发合同是指各方当事人为完成一定的研究开发工作，由当事人各方共同投资、共同研发、共担风险、共享技术成果权益所订立的合同。

第60条【共同投资】

60.1 投资方式：

60.1.1 资金；

60.1.2 以设备、材料、场地、其他研发条件等有形资产作为投资；

60.1.3 以完整的技术成果（包括专利、技术秘密）或尚未完成的技术成果以及技术情报、信息资料库等作为无形资产投资。

60.2 签约各方均要进行投资，但是各方的投资比例由合同约定，并非一定是等同比例。

第61条【共同研发】

61.1 前提是各方均以自己的技术力量和人员参与研发工作，作出实质性贡献。

61.2 可以共同委派人员进行或者各自进行，也可以按照研发阶段进行。

第62条【主要条款】

62.1 合同目的。

62.2 技术开发目标。

62.3 合同标的的技术名称。

62.4 现有技术的基本状况。

62.5 现有技术与目标技术的特征区别。

62.6 技术成果的功能、特性、特征、适用条件等。

62.7 预期技术指标、技术参数（数据）。

62.8 双方的研究开发能力、技术条件和人员基础。

62.9 研究开发方的研发基础以及研发人员的选定、退出和职责分工。

62.10 双方各自的研究开发方式、期限、条件、场地。

62.11 双方研究开发的具体分工和协助方式。

62.12 双方现有的资料、数据的移交方式、时间和程序。

62.13 研究开发计划、工作流程和定期验收办法等的制定方、通过方式和提交对方的时间。

62.14 重大事项的告知和协商的方式：

62.14.1 合作开发的研究双方的分工协作可能是共同进行，也可能是分别进行或者分阶段进行，任何一方在开发过程中出现技术难题、技术风险或者技术指标、数据偏离等情形时，应当及时通知对方。

62.14.2 双方应当对重大事项的程度、范围以及通知的时间、方式予以明确。

62.14.3 重大事项出现后，双方应当进行协商并及时予以调整。

62.15 以现有专利、技术秘密投资的，专利、技术秘密的基本情况、权利归属及投资份额研发费用的总预算和研发经费的投入形式。

62.15.1 以专利、技术秘密作为投资的最大难点在于知识产权的评估所取得的价值衡量。

62.15.2 基于投资份额的专利、技术秘密所形成的新的技术成果，不同于后续改进成果的权利归属方式，适用的是合作开发成果的权利归属。

62.16 研发经费的分担比例：

62.16.1 合作开发的研发经费比例不一定必须是等额均分，可以由双方当事人自行确定具体比例。

62.16.2 合作开发的研发经费比例并非必须一次性到位，可以根据研发进度、研发阶段分次到位。

62.17 研发经费的支付时间、支付方式和结算方式。

62.18 研究开发所需的仪器、设备、材料等的购置方式及费用承担方式。

62.19 后续费用不足的解决方案。

62.20 验收标准、验收方式、验收人员、验收地点和验收时间。

62.21 不符合验收标准的补救措施。

62.22 一方未按时提交验收的补救措施。

62.23 技术资料交换的时间、地点和程序。

62.24 技术成果权益保护方式。

62.25 技术成果权益归属和权益分享。

62.26 申请专利的条件。

62.27 专利申请权归属。

62.28 专利申请未获得批准之前的实施。

62.29 使用利用他人知识产权的权利状况和费用承担方式。

62.30 附属合同目的的知识产权的权利归属及处理方式。

62.31 技术开发的风险与风险承担。

62.32 技术风险的责任鉴定。

62.33 及时告知义务。

62.34 后续改进（成果）的归属与权益分享。

62.35 保密内容、期限、地域和知悉人员范围。

62.36 参与合同履行的辅助人员义务。

62.37 成果申报。

62.38 成果鉴定与评估。

62.39 技术指导与培训。

62.40 禁止性条款。

62.41 协助约定。

62.42 违约责任。

62.43 合同变更与补充。

62.44 中止履行。

62.45 合同解除与终止。

62.46 补救措施。

62.47 技术术语和合同名词的解释。

62.48 争议解决办法。

62.49 法律适用。

其他参见本指引第58条。

第四节技术转化合同

第63条【技术转化合同】

技术转化合同，又称科技成果转化合同或者技术成果转化合同，是指当事人之间就具有产业应用价值的科技成果实施转化订立的合同。

《中华人民共和国合同法》第330条第4款。

第64条【特征】

64.1 当事人之间已经有一项具有实用价值的科技成果，但尚无法实现投产或者工业化应用。

64.2 合同目的是为了提高生产力水平而对科学研究与技术开发所产生的具有实用价值的科技成果实现投产或者工业化应用。

64.3 合同内容必须具有后续试验、开发、应用、推广直至形成新产品、新工艺、新材料、发展新产业的内容。

第65条【特别提示】

65.1 技术转化合同的实现方式与一般的委托开发合同和合作开发合同不同，科技成果持有者可以采用以下几种方式进行技术转化

《中华人民共和国促进科技成果转化法》第9条。：

65.1.1 自行投资实施转化；

65.1.2 向他人转让该科技成果；

65.1.3 许可他人使用该科技成果；

65.1.4 以该科技成果作为合作条件，与他人共同实施转化；

65.1.5 以该科技成果作价投资，折算股份或者出资比例。

65.2 技术转化合同履行中形成的权益归属，当事人有约定的依约定，无约定的，按照委托开发合同或者合作开发合同的法定权利归属确定，还可以按照《中华人民共和国促进科技成果转化法》的规定，确定权利归属：

65.2.1 在转化中无新的发明创造的，该科技成果的权益归该科技成果完成单位；

65.2.2 在转化中产生新的发明创造的，该新发明创造的权益归合作各方共有；

65.2.3 对转化中产生的科技成果，各方都有实施该项科技成果的权利，转让该科技成果应经合作各方同意。

第66条【主要条款】

以具有特殊性的条款为例：

66.1 转化目的与预期目标。

66.2 需求转化技术的基本情况、权利归属。

66.3 转化完成后技术成果的功能、特性、特征、适用条件等。

66.4 委托转化：

66.4.1 委托方提供物质条件方式、期限；

66.4.2 研发经费的支付时间和方式；

66.4.3 研究开发所需的仪器、设备、材料等的购置方式及费用、支付方式；

66.4.4 受托方的研究开发基础；

66.4.5 受托方完成研究开发的方式、期限。

66.5 合作转化：

66.5.1 双方的研究开发基础；

66.5.2 双方各自的研究开发方式、期限、条件、场地；

66.5.3 双方研究开发的具体分工和协助方式。

66.6 转化完成后，形成新的技术成果的归属和权益分享

其他参见本指引第58条。

第四章

技术转让合同

第一节技术转让合同概述

第67条【技术转让合同】

67.1 技术转让合同是指当事人之间就技术成果的转让或者许可所订立的合同。

67.2 作为技术合同标的技术成果是一种无形财产，是指利用科学技术知识、信息和经验做出的涉及产品、工艺、材料及其改进等的技术方案，包括专利、专利申请、技术秘密、计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种等。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第1条。

67.3 技术转让合同包括：专利权转让合同、专利申请权转让合同、专利实施许可合同、技术秘密让与合同、技术秘密许可使用合同、计算机软件许可使用和转让合同等。

67.4 计算机软件许可使用和转让合同适用《中华人民共和国著作权法》和其他法律法规的规定，没有规定的，适用《中华人民共和国合同法》总则的规定，并可以参照《中华人民共和国合同法》中技术合同章节和最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》的有关规定。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第46条第2款。

第68条【特征】

68.1 无形性

技术成果是特定的技术方案，是利用科学技术解决某一特定技术问题并使之产生一定效果的构思和方案。

68.2 技术方案

68.2.1 技术方案是由若干技术特征组成，产品技术方案的技术特征可以是零部件、机器设备、结构、成分、形状或其组合等，方法技术方案的技术特征可以是工艺、步骤、过程、温度、时间等。

68.2.2 技术方案不能是抽象的概念或者理论表述，不能是人类智力劳动即人类的思维、推理、分析和判断的规则和方法，也不能是科学发现。

68.2.3 技术方案的表现方式是有形的，如图纸、模型、软件等。

68.3 特定性

技术转让合同涉及的技术是现有的、特定的，不包括尚待研究开发的技术，也不包括不涉及专利、专利申请或者是技术秘密的知识、技术、经验和信息。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第22条第1款。

68.4 完整性

技术转让合同涉及的技术方案必须是一个可实施的、完整的技术方案。

68.5 权益性

技术转让合同涉及的标的均具有知识产权权益或者技术权益。

第69条【特别提示】

69.1 技术转让合同中有关许可方向被许可方提供实施技术的专用设备、原材料或者有关的技术咨询、技术服务的约定，属于技术转让合同的组成部分。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第22条第2款。

69.2 以技术入股方式订立合同成立企业的，但技术入股人不参与企业的经营管理，并且以保底条款形式约定企业或对方支付其技术价款或者使用费的，视为技术转让合同。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第22条第3款。

69.3 在转让专利权和专利申请权时，应特别关注转让行为的生效时间和应当履行的相关审批、登记、备案等的手续。

第70条【与技术出资合同的区别】

70.1 技术转让和技术出资都发生技术权益转移到不同主体的后果，但两者的性质截然不同：

70.1.1 技术出资是指技术权利人以技术作为对公司的出资以取得公司股权，技术出资方成为公司股东，技术权益转移到公司名下，股东享有的是公司利润的分红。

70.1.2 技术转让是技术权利人将技术的所有权让渡给他人，或将技术的使用权在一定时间段内让渡给他人，转让方得到的是转让费或许可费，与受让方的经营利润无关。

70.2 技术转让后，无论该技术在市场中升值或贬值，都与转让方无关，而技术出资后，作为出资的技术实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额，公司设立时的其他股东承担连带责任；在公司存续期间，因为市场行情的变化或其他原因使技术资本的价值明显下跌的，由该技术出资人承担资本填补义务。

第71条【与设备买卖合同的区别】

技术转让合同中经常涉及使用该技术的设备的相关条款，但与设备买卖合同不同：

71.1 技术转让合同的标的是技术成果，是一种技术方案，具有无形性；而设备买卖合同的标的是货物，是一种有形物。

71.2 设备买卖合同中的设备，如在使用该设备时，必然使用出卖人的技术的，如一般所提供的技术为设备买卖的附随义务，双方没有特别约定，可以认定双方签订了设备买卖合同，意味着设备出卖方许可买受人可以无偿使用该技术。

71.3 技术转让合同中，双方可以约定许可方向被许可方提供实施技术的专用设备，一般提供专用设备作为提供技术的附随义务，当然对于提供的专用设备也可以约定该设备的价款，如无约定的，可以认定许可方向被许可方无偿提供该设备。

第二节专利权转让合同

第72条【专利权转让合同】

72.1 专利权转让合同是指专利权人将其合法拥有的专利权转让给他人所订立的合同。

72.2 专利权转让合同涉及的转让标的有三类，即发明专利、实用新型专利和外观设计专利。

72.3 专利权的内容和范围应以知识产权局公布的文件为准。

第73条【特别提示】

73.1 专利权转让合同必须是书面合同。

73.2 转让标的虽是无形的，但它是明确的，即以专利局公布的发明创造名称及专利号为准，因此专利名称及专利号是转让合同的必备条款。

73.3 专利权转让经知识产权局登记生效。

73.3.1 专利权转让行为的生效日为国家知识产权局登记之日。

73.3.2 登记是专利权转让行为的生效要件，不是专利权转让合同的生效要件。专利权转让合同生效并不意味着专利权已经依合同发生了转移。

73.3.3 专利权转让是否进行了登记，应以知识产权局专利登记簿信息为准。

73.4 合同双方当事人可为专利权转让合同设定附条件生效条款，即可约定专利权转让登记完成为合同生效的条件。

第74条【向外国人转让专利权的】

74.1 中国专利权人向外国人转让专利权的，应当办理相关手续。

74.2 中国专利权人指中国的单位和个人，外国人是指外国自然人、无国籍人、外国企业和外国组织。

74.3 向外国人转让技术分为自由类、限制类与禁止类，由国务院对外经济贸易主管部门会同国务院科学技术行政部门批准。

74.3.1 若待转让的专利权涉及禁止类技术，不得转让。

74.3.2 若待转让的专利权涉及限制类技术，应当办理技术出口审批手续，获得批准的，当事人凭《技术出口许可证》到知识产权局办理转让登记手续。

74.3.3 若待转让的专利权涉及自由类技术，应当办理技术出口登记手续；经登记的，当事人凭国务院商务主管部门或者地方商务主管部门出具的《技术出口合同登记证书》到知识产权局办理转让登记手续。

国家知识产权局《办理向外国人转让专利申请权或专利权的审批和登记事宜》。

第75条【共有专利权的转让】

75.1 一个专利权有两个以上专利权人的，为共同专利权人。在转让专利权时，共同专利权人应共同转让。

75.2 无论共同专利权人之间对专利权转让费如何约定，在签订专利权转让合同时，应作为转让方共同签字。

75.3 只有共同专利权人全部签字后才能在知识产权局办理专利权转让登记。

第76条【专利证书的效力】

76.1 专利证书在证明效力上存在的问题：

76.1.1 知识产权局对专利证书只颁发一次，即授予专利权之时。因此专利证书只能证明授权之时该专利的状态。

76.1.2 无论专利权发生何种变化，如该专利权被转让、被无效及被放弃等，知识产权局均不会收回原专利证书，也不重新颁发专利证书。

76.1.3 在签订专利权转让合同之前，应在知识产权局查询最新的专利登记簿，以其届时登记的状态为准。

第77条【专利文件的作用】

77.1 对一件专利权来说，专利名称并不能反映技术本身的真实情况，受让人应仔细阅读专利文件，正确理解专利文件的含义。

77.2 专利文件是指说明书、权利要求书、附图，如果是外观设计专利权，是指简要说明、图片或照片。

77.3 专利文件以知识产权局授权公告时的文件为准，而不能以专利申请时提交的文件为准。

第78条【专利权的期限】

78.1 发明专利权的期限为20年，实用新型和外观设计专利权期限为10年，均自专利申请日起计算。

78.2 在签订专利权转让合同时，专利权应在有效期内，否则该技术转让合同无效。

78.3 剩余的专利权期限的长短决定了专利权转让价格的高低。一般来说，越临近期限届满日的，转让价格越低，反之则越高。

第79条【主要条款】

79.1 合同目的。

参见本指引第58条。

79.2 拟转让的专利权描述：

79.2.1 专利权类型：发明、实用新型或外观设计；

79.2.2 专利技术名称；

79.2.3 专利号；

79.2.4 发明人设计人；

79.2.5 专利权人（如是共有情况，应写明全体专利权人）；

79.2.6 专利技术的具体描述；

79.2.7 授权日期；

79.2.8 专利权有效期限；

79.2.9 专利年费已交至年月日。

79.3 许可方承诺：

79.3.1 合法拥有，该转让不侵犯任何第三人的合法权益。如发生第三方指控被许可方侵权的，许可方承担全部责任；

79.3.2 该专利权处于有效期内；

79.3.3 专利权未设定质押；

79.3.4 不存在尚未审结的权属纠纷、侵权纠纷及无效请求案件。

79.4 在本合同签订前许可方实施本专利的情况（如有）：

79.4.1 许可方实施的情况：

（1）时间；

（2）地点；

（3）实施方式；

（4）实施规模；

（5）产品销售情况；

（6）盈利情况。

79.4.2 许可方许可他人实施的情况：

（1）被许可方名称；

（2）许可方式；

（3）许可期限；

（4）许可地域；

（5）许可费收取情况；

（6）被许可方实施方式；

（7）实施规模；

（8）实施利润。

79.4.3 本合同签订后该许可是否终止。

79.4.4 本合同签订后，许可方有义务在日内将转让事宜通知被许可方。

79.5 被许可方在合同生效后，保证原专利实施许可合同的履行。

79.5.1 自合同生效之日起，许可方在原专利实施许可合同中的权利和义务由被许可方承继。

79.5.2 许可方应当在本合同生效后日内，协助原专利实施许可合同的被许可方办理实施许可合同变更事宜。

79.6 合同生效后，关于许可方继续实施专利的约定：

79.6.1 许可方无权继续实施；

79.6.2 许可方有权继续实施，实施许可费为：

（1）免费；

（2）支付许可使用费元/年。

79.7 许可方在本合同生效后日内，向被许可方交付以下文件资料：

79.7.1 专利证书；

79.7.2 专利文件；

79.7.3 专利缴费票据；

79.7.4 专利实施许可合同及实施情况的相关说明（如有）；

79.7.5 实施该专利涉及的其他技术，包括公知技术和技术秘密。

以上文件之第79.7.5项，如为实施该专利涉及的技术秘密，被许可方有保密义务，未经许可方书面许可不得向任何第三方披露。

79.8 交付地点。

79.9 交付方式。

79.10 专利权转让价款为人民币元，由被许可方一次性（或约定分期）支付。

79.11 支付时间。

79.12 支付方式。

79.13 许可方账户。

79.14 约定被许可方在实施专利的利润中按比例提成支付专利转让费的，账目审查及审计方式：

79.14.1 查账时间；

79.14.2 审计方式及双方指定的审计机构；

79.14.3 支付时间；

79.14.4 支付方式。

79.15 本合同签订后日内，由许可方（或被许可方）负责到知识产权局办理专利权转让登记事宜，另一方负有协助义务。登记费用由方承担。

79.16 专利权转让登记完成后，专利权被宣告无效的，许可方不承担责任，但因许可方的恶意给被许可方造成的损失，应当给予赔偿

《中华人民共和国专利法》第47条第2款。：

79.16.1 许可方恶意的确定；

79.16.2 赔偿额的计算方法。

79.17 专利权转让登记完成后，专利权被宣告无效的，许可方无恶意的，在以下情况下许可方应部分返还被许可方专利权转让价款

《中华人民共和国专利法》第47条第3款。：

79.17.1 应返还价款情形确认；

79.17.2 返还数额的计算方式。

79.18 被许可方后续改进成果的归属与权益分享。

79.19 被许可方实施专利涉及许可方商业秘密的约定：

79.19.1 保密内容；

79.19.2 保密期限；

79.19.3 地域；

79.19.4 保密人员范围。

79.20 技术指导与培训：

79.20.1 技术指导与培训应达到的目的；

79.20.2 指导与培训内容；

79.20.3 时间、地点及方式；

79.20.4 参加人员；

79.20.5 费用的承担。

79.21 过渡期的约定：

79.21.1 合同签署后至知识产权局办理登记之日，许可方应维持专利权的有效性，所需费用由许可方承担；

79.21.2 合同在知识产权局办理登记后，被许可方负责维持专利权的有效性，所需费用由被许可方承担。

79.22 违约责任：

79.22.1 许可方违反第79.3款的约定设定专利权质押的；

79.22.2 许可方违反第79.3款的约定存在尚未审结的权属纠纷、侵权纠纷及无效请求案件的；

79.22.3 许可方隐瞒本合同签订前的实施情况的；

79.22.4 许可方未依约交付文件的；

79.22.5 许可方未依约提供技术指导与培训的；

79.22.6 许可方违反过渡期的约定致使专利权丧失的；

79.22.7 被许可方违反保密约定的；

79.22.8 被许可方逾期支付转让价款的；

79.22.9 负有办理合同转让登记手续义务的一方违反约定不办理转让手续的。

79.23 合同变更与补充。

79.24 合同解除与终止：

79.24.1 协商解除；

79.24.2 在合同登记前，专利权期限届满；

79.24.3 在合同登记前，专利权被宣告无效；

79.24.4 在合同登记前，专利权被放弃。

79.25 合同解除或终止后技术资料的处理。

79.26 争议解决办法以及适用法律。

79.27 名词和术语解释。

79.28 合同签订地与签订（生效）时间。

其他参见本指引第58条。

第三节专利申请权转让合同

第80条【专利申请权转让合同】

80.1 专利申请权转让合同是指专利申请人将其合法拥有的专利申请权转让给他人所订立的合同。

80.2 专利申请权：

80.2.1 专利申请权，是指专利申请人向知识产权局提出的专利申请被受理后，对该专利申请享有的权利。

80.2.2 专利申请权，是申请人在专利申请阶段的权利，如该专利申请被授权，专利申请权转化为专利权，专利申请人转化为专利权人。

80.2.3 专利申请权在专利申请被公开前撤回的，可以转化为技术秘密；公开后撤回申请的，申请人将丧失作为商业秘密保护的可能性。

80.2.4 专利申请权分为对发明专利的申请权、对实用新型专利的申请权，以及对外观设计专利的申请权。

第81条【特别提示】

81.1 专利申请权转让合同必须是书面合同。

81.2 专利申请权是阶段性的权利，只存在于专利申请受理后到授权前期间。

81.3 专利申请权转让合同经知识产权局登记生效，与专利权转让程序类似。

参见本指引第73条。

第82条【专利申请权和申请专利的权利】

82.1 专利申请权是法律权利，是在专利申请人履行了相关手续后取得的；申请专利的权利是合同权利，是依照合同约定取得的。

82.2 专利申请权涉及的技术是已经确定的，具体体现在专利申请文件中；申请专利的权利涉及的技术可以是确定的，也可以是未确定的；未确定的，技术内容及要求保护的范围在办理专利申请时才能确定；已确定的，专利申请权与申请专利的权利重合。

82.3 专利申请权合同转让须经知识产权局登记生效；转让申请专利的权利无须登记即可生效。

第83条【向外国人转让专利申请权】

中国专利申请权人向外国人转让专利申请权的，应当办理相关手续。

参见本指引第74条。

第84条【共有专利申请权的转让】

参见本指引第75条。

第85条【风险防范】

85.1 专利申请权是专利申请被知识产权局受理后即享有的权利，专利申请最终能否被授权尚是未知数，存在被驳回的风险。实用新型和外观设计专利申请只进行形式审查，而发明专利申请要进行实质审查，因此发明专利申请被驳回的风险高于实用新型和外观设计专利申请。

85.2 在专利申请权转让合同登记之前，受让人可以以专利申请被驳回或者被视为撤回为由要求解除合同；在专利申请权转让合同登记之后，受让人不得以专利申请被驳回或者被视为撤回为由要求解除合同；但让与人与受让人另有约定的除外。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第23条第1款。

85.3 专利申请因专利申请权转让合同成立时即存在尚未公开的同样的发明创造的在先申请被驳回，受让人可以显失公平为由要求变更或撤销合同。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第23条第2款。

85.4 如果专利申请被驳回的，该专利技术并不是当然转变为技术秘密，专利申请权转让合同并不会当然转变为技术秘密转让合同。如果该专利申请已被知识产权局公开的，该专利技术已成为公知技术，不再是技术秘密。但在专利申请权转让合同中涉及的技术秘密部分，仍依照其技术秘密的约定。

85.5 受让方应在签订合同之前查询最新出版的专利公报，以便掌握专利申请中记载的著录事项、发明专利的实质审查进度、发明和实用新型的说明书、摘要以及外观设计的照片和图片及其简要说明，并根据自身需要对转让方的专利申请进行初步判断。

85.6 合同双方要关注专利技术是否有附加载体，如实施专利技术的机器设备、机器设备本身是否有价值、专利申请权转让费是否包含了机器设备的价格等。

85.7 双方订立的专利申请权转让合同，不影响在合同成立前转让方与他人就该技术订立的专利实施许可合同或技术秘密转让合同的效力。

85.8 合同双方要关注合同的附随义务，如保密、技术指导、培训等。

第86条【主要条款】

86.1 合同目的。

86.2 对本合同转让的专利申请权的描述：

86.2.1 专利申请权的类型：发明、实用新型或外观设计；

86.2.2 名称；

86.2.3 申请号；

86.2.4 申请日；

86.2.5 发明人设计人；

86.2.6 专利申请人（如是共有情况，应写明全体申请人）；

86.2.7 专利技术的具体描述；

86.2.8 如果是发明专利申请，是否已进入实质审查阶段。

86.3 许可方承诺：

86.3.1 合法拥有，该转让不侵犯任何第三人的合法权益。如发生第三方指控被许可方侵权的，转让方承担全部责任；

86.3.2 不存在尚未审结的权属纠纷、侵权纠纷。

86.4 在本合同签订前转让方实施本专利申请的情况（如有）：

86.4.1 许可方实施的情况：

（1）时间；

（2）地点；

（3）实施方式；

（4）实施规模；

（5）产品销售情况；

（6）盈利情况。

86.4.2 许可方许可他人实施的情况：

（1）被许可方名称；

（2）许可方式；

（3）许可期限；

（4）许可地域；

（5）许可费收取情况；

（6）被许可方实施方式；

（7）实施规模；

（8）实施利润。

86.4.3 本合同签订后该许可是否终止。

86.4.4 本合同签订后许可方有义务在日内将转让事宜通知被许可方。

86.5 被许可方在本合同生效后，保证原专利实施许可合同的履行。

自本合同生效之日起，许可方在原专利实施许可合同中的权利和义务，由被许可方承继。许可方应当在本合同生效后日内，协助原专利实施许可合同的被许可方办理实施许可合同变更事宜。

86.6 本合同生效后，关于许可方继续实施专利的约定：

86.6.1 许可方无权继续实施；

86.6.2 许可方有权继续实施，实施许可费为：

（1）免费；

（2）支付许可使用费元/年。

86.7 许可方在本合同生效后日内，向乙方交付以下文件资料：

86.7.1 专利文件；

86.7.2 专利缴费票据；

86.7.3 专利实施许可合同及实施情况的相关说明（如有）；

86.7.4 实施该专利涉及的其他技术，包括公知技术和技术秘密。

以上文件第86.7.4项如为实施该专利涉及的技术秘密，被许可方有保密义务，未经许可方书面许可，不得向任何第三方披露。

86.8 交付地点。

86.9 交付方式。

86.10 专利申请权转让价款为人民币元，由被许可方一次性（或约定分期）支付。

86.10.1 支付时间。

86.10.2 支付方式。

86.10.3 许可方账户。

86.11 约定被许可方在实施专利技术的利润中按比例提成支付专利转让费的，账目审查及审计方式。

参见本指引第79条。

86.12 本合同签订后日内，由许可方（或被许可方）负责到知识产权局办理专利申请权转让登记事宜，另一方负有协助义务。登记费用由方承担。

86.13 专利申请权转让登记完成后专利申请被驳回的，许可方不承担责任。双方是否继续履行合同：

86.13.1 合同解除；

86.13.2 合同继续履行。

86.14 本合同签字后至知识产权局办理转让登记前，专利申请被驳回或被视为撤回的，本转让合同解除。

86.15 被许可方后续改进成果的归属与权益分享。

86.16 过渡期约定：

86.16.1 本合同签字后至知识产权局办理登记之日，许可方应负责维持专利申请权的有效性，所需费用由许可方承担。

86.16.2 本合同在知识产权局办理登记后，被许可方负责维持专利申请权的有效性，所需费用由被许可方承担。

86.17 被许可方实施专利涉及让与人商业秘密的保密义务。

参见本指引第79条。

86.18 违约责任。

参见本指引第79条。

86.19 技术指导与培训。

参见本指引第79条。

86.20 合同变更与补充。

86.21 合同解除与终止。

86.22 合同解除或终止后技术资料的处理。

86.23 争议解决办法以及适用法律。

86.24 名词和术语解释。

86.25 合同签订地与签订（生效）时间。

其他参见本指引第58条。

第四节专利实施许可合同

第87条【专利实施许可合同】

87.1 专利实施许可合同是指专利权人或者其他权利人作为许可人，许可被许可人在约定的范围内实施专利，许可人支付约定使用费所订立的合同。

87.2 专利实施许可包括以下三种方式：

87.2.1 独占实施许可，是指许可人在约定许可实施专利的范围内，将该专利技术仅许可一个被许可人实施，许可人亦不得实施专利技术。

87.2.2 排他实施许可，是指许可人在约定许可实施专利的范围内，将该专利技术仅许可一个被许可人实施，但许可人依照约定可以自行实施该专利技术。

87.2.3 普通实施许可，是指许可人在约定许可实施专利的范围内，将该专利技术许可他人实施，并且许可人可以自行实施该专利技术。

87.3 如果合同双方对许可方式没有约定或约定不明的，视为普通实施许可。

87.4 专利实施许可合同约定被许可人可以再许可他人实施专利的，该许可应为普通实施许可，但双方另有约定的除外。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第25条第2款。

第88条【特别提示】

88.1 专利实施许可合同应当为书面合同。

88.2 专利权人与他人订立的专利实施许可合同，应当自合同生效之日起3个月内向知识产权局备案。

《中华人民共和国专利法实施细则》第15条第2款。

备案不是专利实施许可合同的生效条件，但经备案的专利实施许可合同可对抗善意第三人。

88.3 专利实施许可合同仅在专利权存续期内有效，专利权有效期届满或者专利权被宣布无效的，专利权人无权与他人订立专利实施许可合同。

《中华人民共和国合同法》第344条。

88.4 实施专利技术的目的是实施专利技术、生产出合格的专利产品，因此许可方提供的技术资料、技术指导、产品验收标准、验收方法等成为专利实施许可合同的重要条款。

88.5 如专利权人为两人以上的，实施许可合同的许可方应是全体专利权人。

88.6 在专利实施许可合同有效期内，许可人有义务维持专利权有效。应按时缴纳年费、对专利无效请求进行抗辩。

88.7 当排他实施许可的许可人不具备独立实施其专利的条件时，被许可人可以普通许可的方式许可他人实施，但双方另有约定的除外。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第25条。

88.8 专利申请人可以就已申请专利但尚未授权的技术订立专利实施许可合同。

88.9 合同双方在订立实施许可合同时，专利还在申请阶段尚未授权的，在专利申请公开前，属于技术秘密许可合同，发明专利公开后、授权前参照适用专利许可合同的规定，授权以后，原合同即为专利实施许可合同。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第29条第2款。

88.10 除专利技术外，合同中还要明确约定许可方还需提供的技术秘密的相关情况，包括技术秘密的主要内容、技术方案、资料、技术指导、培训、保密义务、涉密人员的范围等。

88.11 合同中要明确约定专利技术后续改进条款，包括后续改进成果的权属、是否申请专利、后续改进技术的使用权分配、后续改进费用的承担等。

第89条【主要条款】

89.1 合同目的。

参见本指引第58.1款。

89.2 对本合同许实施可的专利技术的描述：

89.2.1 专利技术的类型：发明、实用新型或外观设计；

89.2.2 名称；

89.2.3 专利号或申请号；

89.2.4 申请日；

89.2.5 发明人设计人；

89.2.6 专利权人或专利申请人（如是共有情况，应写明全体人员）；

89.2.7 专利技术的具体描述。

89.3 与专利相关的技术秘密：

89.3.1 技术秘密的具体内容；

89.3.2 技术秘密的效果及特征；

89.3.3 技术指标、技术参数（数据）以及实施条件。

89.4 许可使用的方式。

在排他许可情况下，合同中应明确约定是许可方自行实施还是许可他人实施。

89.5 被许可方是否有权再许可他人实施专利技术：

89.5.1 有权再许可；

89.5.2 无权再许可。

89.6 在普通许可情形下，许可方有义务告知被许可方已经签订的普通实施许可合同的情况：

89.6.1 许可使用的期限；

89.6.2 许可使用的地域；

89.6.3 合同签订后许可方的义务。

89.7 在专利实施许可合同有效期内，让与人有义务维持专利权有效。应按时缴纳年费、对专利无效请求进行抗辩。

89.8 办理备案手续。

许可方（或被许可方）有义务在本合同签订后日内，到国家知识产权局办理备案手续。

89.9 技术资料的交付：

89.9.1 技术资料的内容及形式；

89.9.2 交付地点；

89.9.3 交付程序。

89.10 验收标准与验收方式：

89.10.1 验收标准；

89.10.2 验收方法；

89.10.3 验收时间及地点；

89.10.4 参加验收人员；

89.10.5 验收不合格的处理方法。

89.11 使用费及支付方式。

89.12 提成方式的账目查阅及审计方式。

参见本指引第79条。

89.13 技术风险与风险承担。

89.14 后续改进成果的归属与权益分享：

89.14.1 权利归属；

89.14.2 是否申请专利；

89.14.3 使用权分配；

89.14.4 利润分配；

89.14.5 后续改进费用的承担。

89.15 保密内容、期限、地域和保密人员范围。

89.16 技术指导与培训。

89.17 违约责任：

89.17.1 在独占实施许可情况下，让与人自己实施或许可第三人实施的；

89.17.2 在排他实施许可情况下，让与人许可第三人实施的；

89.17.3 在排他实施许可情况下，让与人自己不能独立实施的，让与人违反约定许可他人代替自己实施的；

89.17.4 让与人违反约定未如实告知本合同签订前实施许可情况的；

89.17.5 让与人未如约办理合同备案的；

89.17.6 让与人未如约交付资料的；

89.17.7 让与人未如约提供技术指导和培训的；

89.17.8 受让人未经许可再许可他人实施专利技术的；

89.17.9 受让人违反有关实施期限约定的；

89.17.10 受让人违反有关实施地域约定的；

89.17.11 受让人违反保密义务的；

89.17.12 受让人未如约支付使用费的；

89.17.13 一方违约不进行验收的；

89.17.14 一方违反后续改进成果权益约定的等。

89.18 合同变更与补充。

89.19 合同解除与终止。

89.20 技术秘密公开后的处理方式。

89.21 合同解除或终止后技术资料、设备的归属和处理。

89.22 争议解决办法以及适用法律。

89.23 名词和术语解释。

89.24 合同签订地与签订（生效）时间。

其他参见本指引第58条。

第五节计算机软件转让合同和许可使用合同

第90条【计算机软件转让合同和许可使用合同】

90.1 计算机软件转让合同。计算机软件转让合同，是指计算机软件的合法拥有人将该软件全部权利或部分权利转让给他人所订立的合同。

90.2 计算机软件许可使用合同。计算机软件许可合同是指计算机软件的合法拥有人，及有权许可人将该软件的一项或多项权利许可他人使用所订立的合同。许可使用有以下两种类型：

90.2.1 专有许可使用。计算机软件权利人就其拥有的一项或几项权利授予他人在一定时期内、一定地域范围内以特定的方式使用，而权利人不得以同样的方式使用上述权利。

90.2.2 非专有许可使用。计算机软件权利人就其拥有的一项或几项权利授予他人在一定时期内、一定地域范围内以特定的方式使用，在合同有效期内，权利人可以再将上述权利许可第三人以同样的方式使用，而权利人自己也可以同样的方式使用上述权利。

第91条【特别提示】

91.1 计算机软件转让和专有许可合同应当为书面合同。

91.2 订立计算机软件转让合同及专有许可合同的，可以向国务院著作权管理部门认定的机构进行登记。

91.2.1 非专有许可合同不予登记。

91.2.2 登记机构发放的登记证明文件是登记事项的初步证明。

91.3 计算机软件权利人对计算机软件拥有的权利是著作权法赋予的权利，因此计算机软件的转让和许可的标的是计算机软件的复制权、发行权、出租权等权利。

91.4 计算机软件权利人可以转让其全部或部分权利，也可将一项或几项权利许可他人使用。

91.5 在计算机软件转让及许可合同中涉及的权利为财产权利，如复制权、发行权、出租权、信息网络传播权等，而人身权不能作为转让合同及许可合同的客体，如发表权、署名权、修改权。

第92条【共有权利人】

92.1 权利人为两个及两个以上的，为共有权利人。

92.1.1 如合作开发的软件不能分割使用的，其著作权属共同共有，应共同签署转让或许可合同。如不能共同签署的，任何一方不得阻止他方行使除转让权以外的其他权利，但所得收益应当合理分配给所有合作开发者。

92.1.2 对可以分割使用的软件，各开发者对各自开发的部分可单独签署转让及许可合同。但签署该合同时，不得处分该软件的整体著作权。

第93条【向外国自然人、法人或其他组织转让或许可使用计算机软件】

向外国自然人、法人或其他组织转让或许可使用计算机软件的，应当遵守我国技术进出口管理条例的相关规定。

参见本指引第74条。

第94条【许可类型】

94.1 签订软件许可使用协议的，应明确许可类型。合同中未明确约定为专有许可的，被许可行使的权利视为非专有权利。

《计算机软件保护条例》第19条第2款。

94.2 无论专有许可使用还是非专有许可使用，除合同另有约定外，被许可人均不得将被许可使用的权利另行许可他人使用。

94.3 权利人转让部分权利的，受让人不得超出范围行使未经转让的权利。

94.4 在合同中转让或许可的权利必须与登记证书记载的权利一致，并包含在证书记载的权利之内。

94.5 合同中须明确是全部还是部分转让或许可，写明转让或许可的具体权利。

94.6 在合同中明确地域范围，特别是在转让或许可复制权、发行权及翻译权的情况下。

第95条【主要条款】

95.1 合同目的。

95.2 计算机软件的具体描述：

95.2.1 名称、版本号；

95.2.2 载体形式；

95.2.3 开发人；

95.2.4 著作权人；

95.2.5 权利范围；

95.2.6 权利取得方式；

95.2.7 开发完成日期；

95.2.8 首次发表日期；

95.2.9 登记情况；

95.2.10 计算机软件特性、特征。

95.3 让与人或许可人的承诺：

95.3.1 合法拥有，软件为自主开发或者合法受让；

95.3.2 不侵犯他人知识产权和其他合法权利；

95.3.3 不存在权属纠纷；

95.3.4 未设定抵押。

95.4 本合同签订前许可使用情况。

95.5 许可使用的类型：

95.5.1 专有许可；

95.5.2 非专有许可。

95.6 转让或许可使用的权利范围。

95.7 许可使用的方式。

95.8 许可使用的期限。

95.9 许可使用的地域。

95.10 转让及许可后原权利人的权益限制：

95.10.1 在合同有效期内，许可人不得将专有许可的权利以与被许可人相同的使用方式许可第三方使用；

95.10.2 在合同有效期内，许可人自己不得将专有许可的权利以与被许可人相同的使用方式许可自行使用。

95.11 受让人和被许可人的权利限制：

95.11.1 未经许可不得将许可使用的权利再许可他人使用；

95.11.2 行使权利不得超出许可范围；

95.11.3 不得行使该软件著作权中的人身权利。

95.12 备案。

让与人（受让人）、许可人（或被许可人）有义务在本合同签订后日内办理备案手续，所需费用由方承担。

95.13 技术资料交接内容、地点和程序。

95.14 培训。

95.15 验收标准与验收方式。

参见本指引第79条。

95.16 转让价款、使用费数额及支付方式。

95.17 提成方式的账目查阅及审计方式。

参见本指引第79条。

95.18 技术风险与风险承担。

95.19 后续改进成果的归属与权益分享。

参见本指引第58条。

95.20 保密内容、期限、地域和保密人员范围。

95.21 违约责任。

参见本指引第79条。

95.22 合同变更与补充。

95.23 合同解除与终止。

95.24 合同解除或终止后技术资料、设备的归属和处理。

95.25 争议解决办法以及适用法律。

95.26 名词和术语解释。

95.27 合同签订地与签订（生效）时间。

第六节技术秘密让与合同与技术秘密许可使用合同

第96条【技术秘密让与合同与技术秘密许可使用合同】

96.1 技术秘密让与合同。

技术秘密让与合同，是指合法拥有技术秘密的权利人，包括有权对外转让技术秘密的人，将技术秘密的权益让与他人所订立的合同。

96.2 技术秘密许可使用合同。

技术秘密许可使用，合同是指合法拥有技术秘密的权利人，包括有权再许可技术秘密的人，许可他人实施、使用技术秘密所订立的合同。

96.3 技术秘密要符合法律定义和法定构成要件。

96.4 技术秘密主要包括：技术设计、程序、质量控制、应用试验、工艺流程、设计图纸（含草图）、工业配方、制作工艺、制作方法、试验方式和试验记录等。

第97条【秘密性】

97.1 技术秘密是不能从公开渠道直接获取的，需要依靠技术秘密的“创造者”利用公知的知识、经验或技巧经过创造或探索，和/或人力、财力、物力的投入方能获得。

97.2 技术秘密并非是通常从事有关该信息工作领域的人们所普遍了解或者容易获得的。

97.3 秘密性的核心是“不为公众所知悉”，以下几类情形可以认为丧失了秘密性：

97.3.1 属于该技术或者经济领域的人的一般常识或者行业惯例或者可以从其他公开渠道获得。

97.3.2 仅属于涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容，进入市场后相关公众通过观察产品即可直接获得。

97.3.3 已经公开披露。

97.3.4 无须付出一定的代价而容易获得。

97.4 其他特征：

97.4.1 技术秘密是在某地区、某阶段不可直接知悉的。因此，技术秘密的“秘密性”是“相对的”，而不是“绝对的”。

97.4.2 技术秘密的“秘密性”不同于专利技术对“新颖性”的绝对要求，对专利技术的要求是对比“现有技术”，而对技术秘密的要求是对比“暂未为他人知悉”。

97.4.3 技术秘密的秘密性，又不同于著作权对独创性的要求，著作权保护的是构思的表达形式，对思想本身不加以保护，而对商业秘密的要求是因一种构思并使其依附于某种有形的载体，形成一种技术方案、程序、工艺、产品、客户名单等，并可能使这一载体具有价值。

参见《律师办理商业秘密法律业务操作指引》相关章节。

第98条【价值性和实用性】

98.1 技术秘密必须具有商业价值或者经济价值，能给技术秘密持有人带来经济利益或者竞争优势，是技术秘密持有人追求商业秘密保护的目的和需求法律保护的目的。

98.2 价值性的体现：

98.2.1 技术秘密的价值性可能是现实的，也可能是潜在的。

98.2.2 技术秘密的价值性可能是正价值，也可能是负价值，比如失败实验的记录。对于价值性而言，应从客观上认定，而不能以商业秘密权利人主观上的“认为”来确定。

98.3 作为技术转让合同标的的技术秘密应当具有确定的可应用性：

98.3.1 具有相对的识别性，是区别于一般知识、经验、技巧的重要特征，并可用于实践中，具有实用性。

98.3.2 具有相对的完整性，可以通过自行利用或者许可/转让的方式允许他人使用、实施，通过实用性的运用和经营产生和实现价值。

第99条【保密性】

99.1 技术秘密的保密性是指技术秘密权利人或合法持有人采取的对内与对外，并与技术秘密信息相适合的合理的保密措施。

99.2 商业秘密主要依赖于权利人采取保密措施，以弥补法律强制性保护的不足。律师应当帮助权利人建立完备的管理制度、完备的合同制度、完备的人事制度、完备的预警和防范制度。

99.3 应当根据所涉信息载体的特性、权利人保密的意愿、保密措施的可识别程度、他人通过正当方式获得的难易程度等因素

最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第11条。，确定保密措施的方式、方法。

99.4 采取保密措施不要求是绝对的、无缺陷的措施，只要是合理的、适当的即可。

参见《律师办理商业秘密法律业务操作指引》相关章节。

第100条【特别提示】

100.1 作为让与或许可使用的标的的技术秘密必须是一项已经存在且完整的技术方案，并具有实用性和可靠性。但技术秘密点可以是一项完整技术方案中的一个或若干个相对独立的技术要点。

100.2 容易为他人破解的技术秘密，应当尽量采用申请专利的方式予以保护。

100.3 技术秘密可以与他人的自行研发或者合法受让的相同的技术秘密共同受到保护。

100.4 技术秘密许可使用合同签署的越多，被披露的风险越大，收益价值越低。

第101条【技术秘密固定】

技术秘密让与合同或者许可使用合同应当有以下文件、资料作为合同附件，以固定技术秘密信息和内容：

101.1 技术秘密研发资料及其附属文件；

101.2 技术秘密权利人证明文件；

101.3 技术背景资料；

101.4 可行性论证报告；

101.5 技术评估报告；

101.6 技术标准和规范；

101.7 原始设计和工艺文件；

101.8 技术秘密鉴定资料等。

第102条【保密义务的约定】

102.1 保密义务的约定是技术秘密让与合同和技术秘密许可使用合同签署和存续的必备条件。

102.2 当事人在订立合同前就技术秘密内容、交换技术情报和资料应当达成签约前的保密协议，当事人不能就订立合同达成一致的，不影响保密协议的效力。

102.3 保密义务，包括以下几项基本内容：

102.3.1 保密要点；

102.3.2 保密范围；

102.3.3 保密期限；

102.3.4 保密人员；

102.3.5 保密方式；

102.3.6 补救措施；

102.3.7 合同未订立或者解除、终止后的保密义务；

102.3.8 违约责任。

参见《律师办理商业秘密法律业务操作指引》相关章节。

第103条【合同签署的考察】

签署、审查技术秘密让与合同或技术秘密许可使用合同，应当慎重考察以下几方面的内容：

103.1 签约目的的认知度。

103.2 当事人双方的资质和履约能力。

103.3 权利状况和许可范围。

103.4 技术秘密的价值和市场竞争优势。

103.5 同类行业的信息状况、技术水平及商业秘密周边技术、信息的法律保护程度。

103.6 采取保密措施的完善程度。

103.7 技术秘密实施的适用或者必备条件。

第104条【技术秘密许可方式】

参见本指引第89条。

第105条【主要条款】

105.1 合同签约目的。

105.2 确定合同标的名称和内涵。

105.3 技术秘密的技术特性、特征和具体内容。

105.4 权利人与权利范围。

105.5 权利状况。

105.6 许可使用的方式。

105.7 许可使用的期限、地域。

105.8 让与技术秘密后原权利人的权益限制。

105.9 技术指标、技术参数（数据）以及实施条件。

105.10 技术资料交接内容、地点和程序。

105.11 附带知识产权的权利状况、归属及处理方式。

105.12 申请专利的条件。

105.13 验收标准与验收方式。

105.14 合同价款及支付方式。

105.15 提成方式的账目查阅及审计方式。

105.16 技术风险与风险承担。

105.17 后续改进成果的归属与权益分享。

105.18 保密内容、期限、地域和保密人员范围。

105.19 履行合同的人员责任。

105.20 第三人保密义务。

105.21 成果分享。

105.22 成果申报。

105.23 成果鉴定。

105.24 技术指导与培训。

105.25 禁止性条款。

105.26 协助约定。

105.27 违约责任。

105.28 合同变更与补充。

105.29 合同中止。

105.30 合同解除与终止。

105.31 技术秘密公开后的处理方式。

105.32 补救措施。

105.33 合同解除或终止后技术资料、设备的归属和处理。

105.34 争议解决办法以及适用法律。

105.35 名词和术语解释。

105.36 合同签订地与签订（生效）时间。

第五章

技术咨询合同

第106条【技术咨询合同】

106.1 技术咨询合同是指当事人一方为另一方就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告所订立的合同。

106.2 特定技术项目包括有关科学技术与经济社会协调发展的软科学研究项目，促进科技进步和管理现代化、提供经济效益和社会效益等运用科学知识和技术手段进行调查、分析、论证、评价、预测的专业性技术项目。

第107条【特征】

107.1 技术咨询合同的标的是受托方为委托方提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告等科学研究活动所指向的特定技术项目。

107.2 技术咨询合同主要是通过针对特定技术项目提出建议、意见和方案等方式履行。

107.3 特殊的风险责任承担：

107.3.1 因受托方只是为委托方提供论证方案和决策参考意见，是一种建议和方案，而不是实施设计、图纸、技术文件或工艺规程的最终决策者，因此受托方对委托方按照咨询报告和意见作出决策并付诸实施所发生的损失，不承担责任。

107.3.2 同时法律也规定，当事人作出其他约定的，尊重其约定。

第108条【标的内容】

108.1 技术咨询合同的标的可以是以下内容：

108.1.1 科技发展战略和规划的研究；

108.1.2 技术政策和技术路线选择的研究；

108.1.3 重大工程项目、研究开发项目、科技成果转化项目、重要技术改造和科技成果推广项目等的可行性分析；

108.1.4 技术成果、重大工程和特定技术系统的技术评估；

108.1.5 特定技术领域、行业、专业技术发展的技术预测；

108.1.6 就区域、产业科技开发与创新及特定技术项目进行的专项技术调查、分析与论证；

108.1.7 技术产品、服务、工艺分析和技术方案的比较与选择；

108.1.8 科技评估和技术查新项目。

108.2 技术咨询合同其标的为大、中型建设工程项目前期技术分析论证的，可以认定为技术咨询合同。但属于建设工程承包合同一部分的，不能独立成立的情况除外。

第109条【与技术服务合同的区别】

109.1 技术咨询合同和技术服务合同二者都是利用技术、知识为他人服务的合同，都是一方利用技术、知识为解决另一方的特定技术问题提供服务。

109.2 技术咨询是对科技项目进行可行性论证、分析、评价和调查，提出决策建议和方案，是从理论上、文字上提出解决技术问题的方法。技术服务是按照工艺规程进行具体的技术操作，解决实际技术问题。

第110条【特别提示】

110.1 技术咨询合同必须涉及专业技术问题。作为技术咨询合同标的，是需要运用科学知识和技术手段进行调查、分析、论证、评价、预测等的专业性技术项目。就不涉及专业技术问题的咨询而签订的合同，不属于技术咨询合同。

110.2 技术咨询合同当事人的保密义务，应当理解为即使当事人没有约定保密义务，但其知道或者应当知道属于对方的商业秘密的，仍应依法负有保密义务，包括合同法上的先合同义务和后合同义务中的保密义务以及合同履行中的保密附随义务。

110.3 在技术咨询合同履行过程中，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件所完成的新的技术成果，属于受托人。委托人利用受托人的工作成果所完成的新的技术成果，属于委托人。当事人另有约定的，按照其约定。

110.4 当事人对技术咨询合同受托人进行调查研究、分析论证、试验测定等所需费用的负担，没有约定或者约定不明确的，由受托人承担。

110.5 受托人发现委托人提供的资料、数据等有明显错误或者缺陷，应在合理期限内通知委托人，否则视为其对委托人提供的技术资料、数据等予以认可。委托人在接到受让人的补正通知后，应在合理期限内答复并予以补正，否则发生的损失由委托人承担。

110.6 技术咨询合同的委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，由委托人承担。

第111条【主要条款】

111.1 前置性条款。

参见本指引第57条。

111.2 委托的项目名称。

委托的项目名称应当是所签订的技术咨询合同所涉及的委托方交付的技术项目的全称，即通常所说的“合同标的”。

111.3 合同中应明确委托人的义务。

受托人在接受委托后，委托人应积极协助受托人，在规定范围内委托人应主动提供工作条件、背景资料、数据，并根据受托人的要求补充必要的说明、追加必要的资料、数据和背景材料等。

111.4 技术咨询的内容、形式和要求。

在合同中应明确委托人因何项目需作可行性分析、论证、技术性能预测、专题技术调查、技术分析评价；同时应明确，受托方在提交完成的合同标的时，应提出可供选择的文字形式的技术方案、利弊因素、方法措施，以及提供相关技术资料的清单和分数等指标和要求。

111.5 合同中应明确受托人提供技术服务团队的人员名单、资质要求及项目联系人，并注明不得随意调换。

111.6 新的技术成果归属问题。

在合同中双方当事人可约定，委托方利用受托方提交的技术咨询工作成果所完成的新的技术成果归哪方所有；受托方利用委托方提供的技术资料和工作条件所完成的新的技术成果归哪方所有。

111.7 约定提交咨询报告的期限、地点和方式。

111.8 技术情报和资料的保密要求。

111.9 咨询报告的验收、评价方式。验收评价的方式应科学、公正，其方式可采用专家鉴定、专家评估等方式，如果双方在合同中约定以委托人认可为验收条件的，也可以以委托人的认可作为验收依据。

111.10 报酬支付的方式。报酬支付的方式一般有一次总付、分期支付、其他方式三种支付方式，无论采用何种方式，都应在合同中明确，不可含混不清或不约定报酬支付的方式。

111.11 违约责任。技术咨询合同经双方签字后生效，任何一方违反合同约定导致合同不能按期履行或不能按期完全履行，均应承担违约责任，支付违约金或者承担损失的赔偿责任，违约金的数额、计算方式、损失赔偿的范围、数额均应在合同中明确。

111.12 争议的解决。争议解决的方式有协商、调解、仲裁和诉讼四种解决方式。双方应在合同中约定选择争议的解决方式。

其他参见本指引第58条。

第六章

技术服务合同

第112条【技术服务合同】

112.1 技术服务合同，是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同，不包括建设工程合同和承揽合同。

《中华人民共和国合同法》第356条第2款。

112.2 提供服务方运用专业技术知识、经验和信息解决特定技术问题的服务性项目。

112.3 特定技术问题应当具备以下两项基本特性：

112.3.1 专业性强，且具有明确的技术性问题；

112.3.2 具有一定的难度，无法用常规性技术手段予以解决。

第113条【特征】

113.1 特定技术问题是指包括需要运用专业技术、经验和信息解决的有关改进产品结构、改良工艺流程、提高产品质量、降低产品成本、节约资源能耗、保护资源环境、实现安全操作、提高经济效益和社会效益等专业技术问题。最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第33条。

113.2 工作成果有具体的质量和数量指标，能够实现合同目的。

113.3 不涉及知识产权权利移转和许可。

第114条【特定技术问题】

114.1 特定技术问题是此类合同的焦点，直接决定了技术服务合同的交易目的是否清晰、合同标的是否明确、服务方式是否准确等关键性问题。

114.2 特定技术问题包括以下几个部分，但是常规性技术手段可以解决的除外：

114.2.1 产品设计服务，包括关键零部件、国产化配套件、专用模具及工装设计和具有特殊技术要求的非标准设备的设计，以及其他改进产品结构的设计。

114.2.2 工艺服务，包括有特殊技术要求的工艺编制、新产品试制中的工艺技术指导，以及其他工艺流程的改进设计。

114.2.3 测试分析服务，包括有特殊技术要求的技术成果测试分析，新产品、新材料、植物新品种性能的测试分析，以及其他非标准化的测试分析。

114.2.4 计算机技术应用服务，包括计算机硬件、软件、嵌入式系统、计算机网络技术的应用服务，计算机辅助设计系统(CAD)和计算机集成制造系统(CIMS)的推广、应用和技术指导等。

114.2.5 新型或者复杂生产线的调试及技术指导。

114.2.6 特定技术项目的信息加工、分析和检索、调试、测试、试制、鉴定、评价等。

114.2.7 农业技术成果推广，以及为提高农业产量、品质、发展新品种、降低消耗、提高经济效益和社会效益的有关技术服务。

114.2.8 特定项目的技术标准制订。

114.2.9 对动植物细胞植入特定基因、进行基因重组。

114.2.10 对重大事故进行定性定量技术分析。

114.2.11 为重大科技成果进行定性定量技术鉴定或者评价。

第115条【成果留置】

115.1 技术服务合同是在成果接受方不履行接受义务时，采用的留置方式处理技术服务成果的合同。

115.2 合同约定采取成果留置方式的，应当考虑符合以下条件，并在合同中明确约定：

115.2.1 技术服务成果必须是可作为留置物的财产。

115.2.2 合同约定接受成果的期限届满，成果接收方无正当理由不接受成果或者推诿接受成果的。

115.2.3 留置物处分后的收益扣除报酬、违约金、保管费或其他约定费用后，剩余部分应当返还给对方；不足的部分，受托人依然可以向委托人请求损失赔偿。

115.2.4 留置物处分前最好正式通知对方当事人，明示留置物的处分时间、方式、价款等。

第116条【告知义务】

116.1 告知义务，尽管是合同法中的附随义务，但是在技术服务合同中有两个方面的特殊要求，决定了技术服务合同的签约内容和履行效果。

116.2 应当约定的两项告知义务：

116.2.1 基础材料瑕疵。

受托人提供技术服务的基础是委托人对专业技术需求的陈述和提供的相关的资料、数据、产品、材料、配方、技术指标、技术条件、测试环境等，在合同未约定、约定不明确或者履行中受托人发现委托人提供的上述工作条件不符合达到预期服务效果时，应当及时通知委托人补正。

116.2.2 预知损害明示：

（1）受托人在签约中认为其提供的服务可能或必须破坏委托人提供的材料、样品、配方或设备时，应当在合同中明确。

（2）受托人提供技术服务必须使用或利用委托人知识产权的，应当在合同约定中明示。

第117条【基本条款】

117.1 合同目的。

117.2 技术服务的名称及说明。

117.3 权利提示。

117.4 服务内容。

117.5 服务方式、操作方法和要求。

117.6 工作条件、服务地点、场地、设施要求。

117.7 资料、设备、样品、材料等交接与返还的时间、地点、方式和签收。

117.8 服务的履行期限。

117.9 服务成果的验收标准和验收方式。

117.10 协作事项和签约各方的权利义务。

117.11 报酬及支付方式。

117.12 服务成果的权益归属。

117.13 保密事项。

117.14 设备、样品损害约定。

117.15 服务成果的留置。

117.16 告知义务的约定。

117.17 保证期。

117.18 后续技术支持约定。

117.19 责任约定。

117.20 争议的解决办法。

第七章

技术中介合同

第118条【技术中介合同】

118.1 技术中介合同，是指当事人一方以知识、技术、经验和信息为另一方与第三人订立技术合同进行联系、介绍以及对履行合同提供专门服务所订立的合同。

118.2 技术中介合同属于《中华人民共和国合同法》调整的范畴，应遵守《中华人民共和国合同法》关于合同订立、履行的一般原则。

第119条【特征】

119.1 技术中介，是指中介方为委托方与第三方订立和履行技术合同提供服务的特定目的所进行的活动，是以科技知识为基础的媒介和组织活动。

119.2 一般而言，技术中介合同的中介人不仅要为委托方与第三方订立技术合同进行联系、介绍，而且还要根据合同的规定，为双方履行合同提供一定的技术服务，承担协作事项，保守秘密，在双方发生争议时进行调解等。

第120条【与委托代理合同的区别】

120.1 委托代理合同中，代理人以被代理人的名义办理委托事务；但技术中介合同中的中介人以自己的名义从事中介活动。

120.2 委托代理合同中，代理人在被代理人授权范围内从事活动，其活动标的是被代理人委托的具体事务；技术中介合同不存在授权，活动的标的是技术合同的订立，即为委托人与第三人订立合同提供服务。

120.3 委托代理合同中，代理人在授权范围内的代理行为产生的法律后果由被代理人承担；在技术中介合同中，委托人对中介人提供的合同订立机会有选择接受或者不接受的权利。

第121条【与居间合同的区别】

121.1 居间合同，是指居间人向委托人报告订立合同的机会或提供订立合同的媒介与信息。居间人不需要具备特定的知识与技能；技术中介合同并不仅限于联系、介绍与提供信息，合同的订立更多是依赖中介人特定的知识、技术与经验。

121.2 居间合同一般以交易成功与否决定报酬和费用，二者合二为一；技术中介合同无论交易是否成功，为中介而发生的费用一般应由委托方承担，但报酬则以是否订立合同为依据。

第122条【与技术服务合同的区别】

技术服务合同，是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同。

技术中介合同则是中介方为委托方与第三方订立和履行技术合同提供服务的活动，包括沟通交流与技术服务，即技术中介合同中可以包括技术服务合同的内容。

第123条【特别提示】

123.1 为避免不必要的纠纷，提高中介的成功率，中介人应审查技术成果的权属状况。

123.2 技术中介合同的中介方的义务是联系、介绍或依据协议进行特定的技术服务，并非合同一方当事人。

123.3 技术中介合同的经费与报酬应当分清，中介报酬与中介经费或费用不同。

123.4 技术中介合同的中介方应符合国家有关技术中介主体资格的要求，具有《技术经纪资格证书》。

123.5 技术中介合同的中介人收取从事中介活动的经费或费用、报酬，在委托人与第三人之间因履行合同产生纠纷时，不属于当事人的损失，不得向中介人要求损害赔偿。

123.6 技术中介合同可以单独订立，也可以在委托人与第三人订立的技术中介合同中一并约定中介条款。

123.7 单独订立的中介合同的中介费用一般由委托人承担，约定不明或未明确的则由中介人自己承担。

123.8 在委托人与第三人订立的技术中介合同中约定中介条款，约定不明的，中介费用由双方平均承担。

第124条【主要条款】

124.1 合同签订的宗旨与目的。

依据合同法的基本原则，合同目的是合同解除、违约责任承担以及其他条款纠纷的基础性条款，包括：

124.1.1 合同的签订目的。

124.1.2 合同的预期目标。

124.1.3 合同的性质确认。

124.2 合同各方的姓名、名称、通讯地址、联系方式等。

参见本指引第57条。

124.3 合同专用术语的定义与解释，尤其是技术名词与术语的定义。

124.4 技术中介合同的项目名称，即中介指向的具体技术。

124.4.1 技术名称、种类、领域、功能、特性、特征等。

124.4.2 技术的技术指标、技术参数（数据）。

124.4.3 如果是专利或计算机软件著作权，应列明专利或版权登记号、专利或版权登记的日期等。

124.5 委托人对技术合法性、权利完整性的承诺。

124.6 委托人具体负责人员及其联络方式，更换联系人的通知。

124.7 委托人应向中介人提供的技术资料。

124.7.1 提供技术资料的范围。

124.7.2 技术资料提供的方式与期限。

124.7.3 合同履行完毕或解除后技术资料的处理。

124.8 如果技术本身属于技术秘密，约定的保密事项。

124.9 对中介人的要求：

124.9.1 中介人的公司资质，中介人满足该资质要求的保证与承诺。

124.9.2 提供具体中介服务的人员资质要求。

124.9.3 提供服务的负责人及其联系方式等。

124.10 需要中介人提供的中介内容与要求：

124.10.1 沟通、联络。

124.10.2 是否包括技术服务。

124.10.3 是否需要提供其他服务。

124.11 委托人如需中介人提供技术服务，需约定：

124.11.1 提供技术服务的人员及其资格、条件。

124.11.2 完成技术服务的期限、地点、方式。

124.11.3 提供技术服务人员的更换及对委托人的通知义务等。

124.12 技术服务的标准。

124.13 如需提供技术服务，应规定服务成果的验收以及验收方式。

124.14 委托人应履行的协作要求，包括受托人应提供的工作条件、服务地点、场地和设施要求。

124.15 中介人提供技术服务的内容如有保密性，应约定保密条款。

124.16 受托人应提供的后续技术支持的约定。

124.17 技术服务的报酬。

技术服务报酬与技术中介报酬并非同一概念，应分别约定。

124.17.1 技术服务报酬的数额。

124.17.2 技术服务报酬的支付期限与支付方式。

124.18 技术成果的归属以及不付报酬的技术成果留置。

124.19 技术中介经费或费用的承担与支付期限、地点、方式

中介服务经费或费用与中介报酬并非同一概念，是技术中介人提供中介服务，无论合同订立与否均可能发生的实际费用，应明确规定由谁承担。

124.20 中介报酬。

中介报酬是中介人促成委托人与第三方签订合同所应获得的酬劳，不同于技术服务的报酬，也不同于中介经费或费用。

124.20.1 中介报酬支付的条件，条件成就的标准。

124.20.2 中介报酬的数额或数额的计算方式。

124.20.3 中介报酬支付的期限、地点与方式。

124.21 中介人提供的调解服务：

124.21.1 一旦委托人与技术受让人产生纠纷，可以约定由中介人提供调解服务。

124.21.2 如果规定中介人提供调解服务，委托人应在与技术受让人的协议中规定由中介人提供调解服务。

124.22 违约责任及其承担：

124.22.1 应针对合同双方不同的义务，就不同的违约事项，约定违约责任的承担方式，并按照在合同中一旦违约可能导致的损失程度予以逐条约定，不可笼统规定“一旦违约承担违约责任”。

124.22.2 违约责任的承担包括继续履行、采取补救措施、减少报酬、支付违约金或者赔偿损失等。

124.23 争议的解决办法：

124.23.1 双方协商解决，并就协商的时间、方式予以约定，可以约定共同指定的第三人或者各自指定律师接洽磋商，进行初步判断和调停工作。

124.23.2 协商不成或者不愿意协商的，可以约定申请仲裁，或者约定提起诉讼的方式予以解决，并规定具体的仲裁机构或法院。

124.23.3 约定法院管辖要注意应与合同的签订、履行或双方当事人的住所有实际联系，同时约定法院管辖不能违反法律关于级别管辖与专属管辖的规定。

124.24 合同变更与补充：

124.24.1 合同的变更与补充应当以书面方式作出。

124.24.2 约定合同变更与补充的提出方式、磋商方式。

124.25 中止履行：

124.25.1 中止履行的情形、条件和通知义务。

124.25.2 中止情形消除后，继续履行的情形和条件以及通知义务。

124.25.3 消除中止履行情形的协助义务等。

124.26 合同解除与终止：

124.26.1 合同终止或解除的事由。

124.26.2 合同解除后，有关事务的处理。

124.27 各种通知有效送达的方式，送达的地址。

124.28 其他约定事项。

124.29 合同签订日期，签名盖章。

124.30 合同附件及其效力。

第八章

技术培训合同

第125条【技术培训合同】

125.1 技术培训合同，是指当事人一方委托另一方对指定的学员进行特定项目的专业技术训练和技术指导所订立的合同，不包括职业培训、文化学习和按照行业、法人或者其他组织的计划进行的职工业余教育。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第36条。

125.2 随着技术的发展，技术服务合同侧重的是技术培训，特别是知识经济的发展和再就业工程的启动，技术培训将越来越重要。

第126条【特征】

126.1 技术培训合同是技术服务合同的一种类型，是以传授特定技术项目的专业技术知识为合同的主要标的。

126.2 培训对象为委托方指定的与特定技术项目有关的专业技术人员。

126.3 技术培训合同包括专业技术训练和技术指导。

第127条【技术培训和其他合同的区别】

127.1 技术培训合同与一般的劳务培训合同的区别是，技术培训合同培训的内容是特定项目的专业技术训练和技术指导，不是一般性的可以重复进行的劳务培训，如汽车驾驶培训、宾馆、饭店服务人员培训等。

127.2 技术培训合同与一般的教育培训合同的区别是，技术培训合同培训的项目和内容是当事人约定的特定项目的专业技术，不是学校教育、成人教育或者职业教育中传授一般文化和科学知识。

127.3 技术培训合同与一般的企业内部技术培训合同不同，是对指定的学员进行的特定项目的专业技术训练和技术指导。按照各自行业的特点，由法人或者其他组织进行的有计划地对本单位内部人员的技术培训，或者职工业余教育，不属技术培训合同。

127.4 技术培训合同与一般的企业为销售其技术产品而就有关该产品性能、功能及使用、操作进行的培训活动不同。企业为销售其技术产品而就有关该产品的性能、功能及使用、操作进行的培训活动不属于技术培训。

127.5 技术培训合同与技术转让合同不同，技术培训是技术指导和专业训练，内容不涉及有关知识产权权利的转移，技术转让合同则涉及知识产权及与技术有关的权利在当事人之间的移转。

第128条【特别提示】

128.1 技术培训合同的签订一般依附于特定的技术项目，比如对农民养殖技术的培训、对设备买方工程师的培训、对被许可方的工程师的培训。

128.2 技术培训合同的形式：

128.2.1 技术培训合同可以单独订立。

128.2.2 技术培训合同一般不以独立的合同形式出现，而是以设备买卖合同、技术转让合同、技术服务合同等合同中的服务条款形式出现。

128.2.3 技术培训合同还可以以设备买卖合同、技术转让合同、技术服务合同等合同的附件的形式出现。

128.3 技术培训合同在技术合同的家族中虽不像技术转让、技术开发合同那样占有较大的分量，但是，该类合同也是组成技术合同所必不可少的部分。

第129条【主要条款】

129.1 双方的基本情况：合同双方的姓名、名称、职务、通讯地址、联系方式。

参见本指引第57条。

129.2 合同签订的背景及其合同签订的宗旨与目的。

129.3 项目名称。

129.4 培训的具体内容和要求：是否有时间限制，是否包教包会、学会为止等。

129.5 具体的切实可行的培训计划、培训进度。

129.6 专业课程及其重点，实际训练的内容的安排。

129.7 技术培训大纲，翔实的技术培训教材和学习参考资料，实际操作指南由哪方撰写、提供。

129.8 派遣学员的人数以及学员的水平要求，包括学员应当具备的基础知识、工作经验和其他条件。

129.9 不符合约定的学员的改派。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第37条第2款。

129.10 培训的工作秩序和纪律、考勤制度。

129.11 培训的地点和方式，以及是否要求上门服务。

129.12 培训所需必要场地、设施和试验条件。

129.13 双方提供和管理有关场地、设施和试验条件的责任。

129.14 受托人(教师)的资历和水平。

129.15 因为受托人配备的教员不符合合同约定的条件影响培训质量的解决办法，包括双方应承担的责任、不符合要求的教师的更换，以及是否应减收或者免收报酬。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第37条第3款。

129.16 教员、学员的食宿、交通、医疗费用的支付和安排。

129.17 教员必要的工作条件，以及由哪方提供必要的工作条件。如果没有约定，由委托人负责提供和管理。

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第37条第1款。

129.18 签证安排（有涉外因素时要明确）。

129.19 翻译服务（有涉外因素时要明确）。

129.20 培训费用的数额、支付方式、支付时间和地点。

129.21 双方指定的培训联络人名字、联系方式。

129.22 委托人的违约责任：

129.22.1 委托人未按合同提供培训条件，影响合同履行的，约定的报酬仍应如数支付。

129.22.2 擅自将受托人要求保密的技术资料引用、发表和提供给第三方，应支付数额为%的违约金。

129.22.3 未按合同约定支持报酬的，应当补交报酬，支付违约金或者赔偿损失。

129.22.4 委托人发现教员不符合约定条件，未在合理期限内通知对方，应当承担的民事责任。

129.23 受托人的违约责任：

129.23.1 受托人未按合同制订培训计划，影响培训工作质量的，应当减收%的报酬。

129.23.2 受托人未按照约定的计划和项目进行培训，导致不能实现约定的培训目标的，应当减收或者免收报酬。

129.23.3 受托人提供的师资不符合合同要求，受托人有义务予以重新配备。

129.23.4 受托人发现学员不符合约定条件，未在合理期限内通知对方，应当承担的民事责任。

129.24 违约金或者损失赔偿额的计算方法。

129.25 保密条款。

129.26 有关技术成果归属条款：

129.26.1 对新的技术成果享有的精神权利(如获得奖金、奖章、荣誉证书的权利)、经济权利(如专利权、技术秘密、非专利技术的转让权，使用权等)和其他利益的规定。

129.26.2 除非另有约定，在履行合同过程中，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件所完成的新的技术成果，属于受托人；委托人利用受托人的工作成果所完成的新技术成果，属于委托人。

129.27 对学员的验收考核、考核标准、参加考核的人员。对没有通过考核的员工的责任分担及其解决办法。

129.28 合同变更与补充。

129.29 合同中止及补救措施。

129.30 合同解除与终止。

129.31 合同解除或终止后技术资料、数据及设备、材料的归属和处理。

129.32 争议解决办法。

129.33 法律适用(尤其是有涉外因素时要规定适用的法律，否则法院或仲裁庭还得首先确定准据法)。

129.34 名词和术语解释。

129.35 合同签订地与签订（生效）时间。

129.36 合同份数以及附件清单。

129.37 其他约定事项。

第九章

技术进出口合同

第130条【技术进出口合同】

130.1 技术进出口，是指从中华人民共和国境外向中华人民共和国境内，或者从中华人民共和国境内向中华人民共和国境外，通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为。

130.2 技术进出口合同包括专利权转让合同、专利申请权转让合同、专利实施许可合同、技术秘密许可合同、技术服务合同和含有技术进出口的其他合同。

130.3 技术进出口合同所指技术可分为禁止进出口技术、限制进出口技术和自由进出口技术。

第131条【特征】

131.1 涉外性。

技术进出口合同的主体即许可人和被许可人分处不同国家，作为技术进出口合同的客体的“技术”，需要进行跨国移动，即从一个国家转移到另一个国家。

131.2 合同管理的严格性。

对于禁止进出口的技术，不得进出口；对于限制进出口的技术实行许可证管理；对于自由进出口的技术实行合同登记管理。

第132条【标的】

技术进出口合同的标的在实务中涉及专利权、专利申请权、专利使用权、技术秘密使用权、技术服务等，上述内容可能单独或共同包含在一份技术进出口合同中。

第133条【涉及因素】

133.1 技术进出口合同涉及工业产权保护、技术限制、技术风险、报酬的确定、支付方式的选择等特殊而复杂的问题，这些问题在合作存续期间始终存在。

133.2 技术进出口合同所涉及的法律领域较多，包括专利法、合同法、所得税及营业税相关法律、中国签订的有关税收协定等。

133.3 技术进出口合同的双方当事人很多情况下是同类行业，技术被许可方使用技术后，将会提高生产经营能力，提高在行业内的竞争实力。因此，技术许可方在转让技术的同时，也担心被许可方会在技术和产品上与自己竞争，即技术进出口合同的双方当事人可能既存在合作，也存在竞争。

133.4 各国政府对技术进出口合同的干预较多。大多数国家对技术的转让都规定，重要的、尖端的、保密的技术转让项目要经过审查、批准。

133.5 技术的引进不仅关系相关企业的利益，而且与国家政治、经济密切联系，因此，各国一般都会采用立法和行政手段对技术进出口合同进行管理和干预，以维护本国的经济发展和政治稳定。

第134条【合同类型】

134.1 技术进出口合同从贸易类型上，可以分为技术进口合同和技术出口合同。

134.1.1 技术进口合同是指我国境内的公司、企业或者个人为了引进生产技术，与我国境外的公司、企业或者个人达成的协议。

实务中技术引进合同包括以下几种形式：工业产权的转让或许可合同，专有技术许可合同，技术服务合同，以及包含上述技术中任何一项的合作生产合同，合作设计合同或者成套设备、关键设备的进口合同等形式。

134.1.2 技术出口合同指我国境内的公司、企业或个人，通过技术贸易的途径向我国境外的公司、企业或者个人转让、许可或者交换有关专有技术、专利技术及提供技术服务而达成的协议。

第135条【准据法选择】

技术进出口合同的准据法应以适用中国法为原则。

135.1 当许可使用的标的属于限制进出口技术时，由于主管行政机关在对合同进行审批时，将依据中国法律对合同的内容进行实质性审查，因此，在合同中选择中国法律作为准据法比较合适。

135.2 当许可使用的标的属于自由进出口技术时，当事人可以根据实际情况就合同适用的准据法作出约定。

第136条【合同生效条款】

136.1 当许可使用的标的属于限制进出口技术时，因《中华人民共和国技术进出口管理条例》规定合同在审批后才能生效，因此，无论准据法的选择如何，该合同都将在获得批准后生效。

136.2 当许可使用的标的属于自由进出口技术时，由于不存在审批情况，因此，合同可以在签署后生效。

第137条【禁止性条款】

137.1 不得要求受让人接受并非技术进口必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备或者服务。

137.2 不得要求受让人为专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的技术支付使用费或者承担相关义务。

137.3 不得限制受让人改进让与人提供的技术或者限制受让人使用所改进的技术。

137.4 不得限制受让人从其他来源获得与让与人提供的技术类似的技术或者与其竞争的技术。

137.5 不得不合理地限制受让人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源。

137.6 不得不合理地限制受让人产品的生产数量、品种或者销售价格。

137.7 不得不合理地限制受让人利用进口的技术生产产品的出口渠道。

第138条【保密条款】

138.1 合同内应约定保密条款，特别是在许可标的属于许可人尚未以申请专利等方式公开的技术的情况下，应约定更为严格的保密条款。

138.2 对于软件进口合同，约定保密条款时，应设置例外规定，即允许被许可人以销售获得许可的软件产品为目的，向中国的软件登记备案机关进行软件登记和备案。

138.3 对于被许可人进口软件后以许可证贸易形式经营软件产品的，应设置例外规定，即允许向最终用户披露其与许可人之间签订的许可协议的内容。

第139条【自由类技术进出口合同的登记】

139.1 支付方式为固定费用的技术进出口合同，应在合同生效后60天内向商务主管部门办理合同登记手续。

139.2 支付方式为提成的合同，技术进出口经营者应在首次提成基准金额形成后60天内，向商务主管部门办理合同登记手续，并在以后每次提成基准金额形成后，办理合同变更手续。

第140条【对外收付款条款】

140.1 对于技术进口合同，因境内技术接受方在支付技术使用费前需要在中国缴纳税款，因此，应约定向境外支付的款项为税后价款。

140.2 对于自由类技术进口合同，在办理登记手续并获得《技术进口合同登记证》后，方可在该登记证记载的外汇限额内到银行办理对外付汇手续。

140.3 对于自由类技术出口合同，在获得《技术出口合同登记证》后，方可到银行办理外汇收汇的相关手续。

第141条【技术改进及其权利归属条款】

141.1 合同内应对改进技术的权利归属进行约定。

141.2 必要时可以约定一定期限内的改进技术归属技术许可方，一定期限后的改进技术归属技术接受方。

第142条【特别提示】

142.1 合同中应按照《技术进出口合同登记管理办法》的规定编制8位的企业自定义合同号。

《技术进出口合同登记管理办法》第11条。

142.2 合同名称应具体、明确，不应仅写“合同”字样，应根据合同内容具体编写合同名称，如专利许可合同、专有技术许可合同等。

142.3 合同中技术提供方、技术接受方、技术使用方应予以明确。

142.4 合同中应准确、具体地描述合同标的的具体内容，如专利名称、专利编号、专利授予部门、专利有效期、专利概况等。

142.5 合同中应明确技术许可使用的地域范围，同时对许可类型（独占许可、排他许可、普通许可）进行明确约定。

142.6 实务中，对于自由类技术进出口合同，根据目前登记主管部门的要求，合同期限一般不超过10年，且不应包含自动延期条款。

第143条【主要条款】

143.1 技术进出口合同中一般需包含如下条款：

143.1.1 前置条款。

参见本指引第57条。

143.1.2 合同目的。

参见本指引第58条。

143.1.3 名词解释和说明。

对合同中重要的或重复出现的特定名词给予具体化解释，以便简化合同中的文字表述，同时避免出现合同各方的理解歧义。

143.2 合同标的描述：

143.2.1 技术名称。

143.2.2 技术类型：如专利权、专利使用权、技术秘密、技术秘密使用权、技术服务等。

143.2.3 技术的权利状况：如专利号、专利期限、专利授予机关等。

143.2.4 技术内容：技术所包含内容的简要描述。

143.3 权利保证与承诺：

143.3.1 技术提供方作出标的技术权利无瑕疵承诺。

143.3.2 技术提供方、技术接受方作出合同签订、履行权利无瑕疵承诺。

143.4 提供方式。

描述标的技术从技术提供方交付给技术接受方的方式，如通过书面技术资料提供；通过电子数据存储设备（光盘、网络等）提供；通过技术人员面授提供等。

143.5 提供期限及地域。

标的为技术使用权的技术进出口合同中，需要就许可使用的期限及地域限制作出明确约定。

143.6 技术指导、技术培训。

参见本指引第58.36款。

143.7 其他协助性约定。

标的为专利权、专利申请权的情况下，技术提供方需要协助技术接受方办理专利权、专利申请权的转让手续等，此条款中应就此类协助性义务以及紧急事项的处理等其他双方需对方协助的事项作出约定。

143.8 对价：

143.8.1 一次性总付金额或提成费金额。

143.8.2 币种及汇率确定基准。

143.9 支付及期限：

143.9.1 涉及外汇支付，一般采用银行电汇方式。

143.9.2 直接约定支付期限，或附条件支付，附期限支付等。

143.10 税费负担：

143.10.1 涉及营业税、企业所得税的缴纳，应明确约定税款金额的最终负担方。

143.10.2 对技术进出口合同登记、银行电汇等可能产生费用的负担方进行明确约定。

143.11 提成方式的账目查阅及审计方式：

143.11.1 常规情况下的账目查阅日期、方式及审计方式。

143.11.2 发生争议情况下的账目查阅时间、方式及审计方法。

143.12 技术资料归属：

143.12.1 合同所涉技术资料的权利方。

143.12.2 技术资料的保管、使用要求。

143.13 政府手续办理：

143.13.1 约定技术进出口合同登记手续，及此后的数据变更手续的具体办理方。实务中无论作为技术提供方还是技术接受方，通常由位于中国境内的一方负责办理上述手续。

143.13.2 约定减免税等政府手续的具体办理方。

143.14 技术革新、技术改进：

143.14.1 是否允许技术接受方革新、改进技术。

143.14.2 技术提供方技术革新、技术改进后的处理。

143.15 革新、改进成果的归属与权益分享：

143.15.1 技术革新、改进成果所产生权益的归属方。

143.15.2 权益分享情况下的分享方式。

143.16 侵权和索赔：

143.16.1 技术提供方所提供技术侵权情况下的处置及索赔应对程序。

143.16.2 技术接受方技术革新、技术改进构成侵权情况下的处置及索赔应对程序。

143.16.3 第三方侵权情况下的追究、索赔主导方及处置程序。

143.17 保密内容、期限、区域和保密人员范围：

143.17.1 保密信息的定义、范围、媒介形式。

143.17.2 保密期限、保密区域限定。

143.17.3 保密人员的具体范围及责任归属，如技术提供方、技术接受方负责履行技术进出口合同的人员作为保密人员的范围，上述人员一旦违反保密义务相关责任由所属技术提供方或技术接受方承担。

143.17.4 保密条款一般不以合同终止、解除而丧失效力，应当约定合同终止、解除后保密条款仍然有效，或在一定时期内仍然有效。

143.18 第三人保密：

143.18.1 第三人的范围，包括但不限于履行合同过程中一方委托的代理人、从事辅助事务的律师事务所、会计师事务所等。

143.18.2 第三人违反保密义务一般约定由委托方承担责任。

143.19 双方联系人：

143.19.1 双方联系人的姓名、职务、联系方式。

143.19.2 联系人的变更方式。

143.20 履行合同人员的责任：

143.20.1 双方履行合同人员应严格按照合同约定履行己方的义务，行使己方的权利。

143.20.2 双方履行合同人员在履行合同过程中的产生的责任与后果由己方承担。

143.21 联络、通知：

双方的正式联络、通知的邮寄地址、邮编、联系电话、传真号码、电子邮箱地址。

143.21.1 上述内容变更前应提前通知，否则原内容仍然有效。

143.21.2 通知的生效方式：发出生效或签收生效。

143.22 合同的变更、补充。

参见本指引第58.40款。

143.23 合同中止。

参见本指引第58.41款。

143.24 合同解除、终止。

143.24.1 合同解除事由：

（1）合同未获得技术进出口合同登记机关的批准；

（2）专利权到期或技术秘密已被公开；

（3）一方根本违约导致合同目的无法实现；

（4）一方破产、清算或被吊销、注销营业许可等导致合同无法继续履行的情形；

（5）双方协商解除合同；

（6）双方根据实际情况约定的合同解除的其他情形。

143.24.2 合同终止。

合同到期终止，如需续订，双方应重新签订合同。

143.25 合同解除、终止时技术资料的处置措施：

143.25.1 合同终止、解除或权利方要求情况下的技术资料的返还、销毁。

143.25.2 承诺不留存复制品、复印件和任何存储媒介。

143.26 违约责任。

参见本指引第58.39款。

143.27 权利义务不可转让。

明确写明合同约定的权利义务专属于合同当事人，未经对方事先书面许可，不得向任何第三方转让。

143.28 可分割性。

143.29 不可抗力：

143.29.1 不可抗力的描述。

143.29.2 不可抗力发生时的处理措施，如发生不可抗力一方的及时通知义务，及时提交书面证明文件义务等。

143.29.3 不可抗力的责任免除及补救措施。

143.30 准据法：

143.30.1 属于限制进出口技术时，选择中国法律作为准据法比较合适。

143.30.2 属于自由进出口技术时，双方可以根据实际情况就合同适用的准据法作出约定。

143.31 争议解决。

参见本指引第58.45款。

143.32 完全合意：

143.32.1 合同及其附件为双方的完全合意。

143.32.2 排除合同签订前双方的口头、书面磋商、意向及框架协议等的适用。

143.33 合同有效期：

143.33.1 明确写明合同的有效期限，一般以10年以内为宜，过长可能影响技术进出口合同登记。

143.33.2 尽量避免有效期顺延性条款。

143.34 合同签订地。

明确写明合同的签订地点，一般具体写明签订城市即可。

143.35 合同附件。

143.35.1 详细列明附件名称。

143.35.2 附件经双方共同署名确认后有效。

143.35.3 附件与合同的关系，是否与合同具有同等法律效力、是否效力高于合同等。

143.36 未尽事宜。

未尽事宜由双方另行协商签订补充协议确定。

143.37 签署方式及生效：

143.37.1 双方加盖公章生效，或双方授权代表签字生效，或授权代表签字或加盖公章生效。

143.37.2 如双方在合同中明确约定生效日期，则应在本条款中表述为双方授权代表签字或加盖公章后自合同约定的生效日期起生效。

143.38 合同文本：

143.38.1 确定合同文本是否既有中文文本又有外文文本。

143.38.2 合同既有中文文本又有外文文本的情况下，应确定一旦出现歧义的基准文本，由于技术进出口合同需办理登记手续，考虑登记机关的态度，一般应以中文文本作为基准文本。

143.38.3 各种文字的文本数量，除双方持有的数量外，应留出办理技术进出口合同登记所需数量，以便登记机关要求提交原件时使用。

第十章

技术出资入股合同

第144条【技术出资入股合同】

144.1 技术出资入股合同，是指技术权利所有人，包括专利权人、专利申请权人、技术秘密、计算机软件版权

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第46条第2款规定，有关计算机软件纠纷除适用《中华人民共和国合同法》及其他法律规定外，可以参照适用该司法解释，故本部分涉及计算机软件内容。

所有人等，以技术作为对公司的出资和取得公司股权的对价，与其他公司投资人以设立公司或对存续公司增资为目的而签订的合同。

144.2 技术出资入股是以技术权利中的财产性权利，与现金、实物一样，投资到公司以取得公司的股份或股权，其实质是一种技术转让或许可行为（技术许可出资在目前工商登记过程中存在障碍），同时，与技术有关的人身权利不能作为出资、入股的标的。

第145条【合同特点】

145.1 技术权利保护的地域性。

技术的地域性，系指技术，包括专利、技术秘密等，只在特定的国家范围内受到相关知识产权法的保护。

技术的地域性对技术出资入股会产生两方面的影响：

145.1.1 对接受来自国外技术出资的企业，如果是专利要确保该项专利技术已在我国取得专利证书，而技术秘密要考虑其先进性以及保密性。

145.1.2 对于产品出口型企业，在接受专利权出资时，应确保该权利既在本国取得专利证书，同时在拟出口国取得专利证书，而技术秘密同样要考虑其先进性以及保密性。

145.2 技术客体的无形性。

技术的无形性特性决定了技术的易复制性和易传播性，尤其在当今数字化时代，技术可以通过互联网得到快捷传播，具有低成本和跨国界的特点，使其权利具有不稳定性。

145.3 技术权利的时间性。

145.3.1 技术作为知识产权，仅在权利保护期内有效，超过保护期，则权利灭失，有关技术进入公知领域并使相关企业丧失竞争优势。

145.3.2 对于保护期将至的专利、计算机软件技术等的价值将大打折扣，甚至可能被新的技术取代，从而影响到其作为出资的资本价值。

145.4 技术权利具有不确定性。

145.4.1 作为专利技术，任何一项专利都可能面临被宣告无效的风险，也可能因没有按期缴纳规费而提前终止，或因3年不使用，可能面临被宣告无效的风险。

145.4.2 对于技术秘密以及作为版权的计算机软件权利，存在因技术侵权、技术过时而导致技术无权利或无效、失效等不稳定性，且技术的价值相对而言会处于较大幅度的变动状态。

第146条【技术出资入股合同的分类】

146.1 技术出资合同根据出资标的不同，可以分为专利技术出资、技术秘密出资和计算机软件著作权出资等。

146.2 根据出资方式，技术出资可以增资方式出资，也可以新设公司方式，各方共同设立公司。

146.3 专利申请权，满足《中华人民共和国公司法》出资标的“可以用货币估价”“可以依法转让”的要求，但有关工商登记部门并不接受专利申请权出资。

146.4 技术使用权同样满足《中华人民共和国公司法》规定的出资标的“可以用货币估价”“可以依法转让”的要求，但有关工商登记部门并不接受专利申请权出资，但美国《标准公司法》确认技术使用权可以作为出资的标的。

第147条【技术出资、入股的评估】

对用于出资的专利权、技术秘密或计算机软件著作权应进行评估，评估内容包括法律价值、经济价值和市场价值。

147.1 法律价值评估，对于专利投资，主要包括可专利性、权属状态、专利期限、是否抵押、涉诉等；对计算机软件著作权投资，同样应关注其版权权属、版权期限、是否抵押、涉诉，对于技术秘密，要考察其“三性”。

147.2 对出资技术的经济价值，包括专利、技术秘密、计算机软件，评估内容包括其使用价值、独立性、成本、技术的熟程度等。

147.2.1 对用于出资技术的使用价值，实际就是其有用性，即该项技术必须是对公司生产经营活动有益的专利或软件，防止股东恶意、不实出资行为。

147.2.2 对用于出资技术的独立性，系指除该项技术是否为出资人可单独依法处分（如共有权）外，客观上该技术必须具有实际的独立性，确保该技术可以从权利人的其他财产或权利中剥离出来。

147.3 市场价值则根据市场供求状况以及市场值、重置成本与收益现值法进行评估。

第148条【特别提示】

148.1 技术使用权出资入股的法律问题：

148.1.1 “公司以其全部财产对债务承担责任”

《中华人民共和国公司法》第3条。

，技术使用权依据技术许可合同的规定，面临在一定条件下被许可方收回其许可以及使用期限的限制，与公司法的

“资本维持”

《中华人民共和国公司法》第35条。

制度相冲突。

148.1.2 技术使用权如何办理资产转移手续，验资机构如何出具评估报告存在障碍。

148.2 技术的权属审查，重点审查权利主体、权利归属、职务与非职务发明以及是否为共有权等。

参见本指引第四章的特别提示。

148.3 技术权利的稳定性审查：

148.3.1 由于实用新型专利和外观设计专利只经初审即授权，未进行实质审查，这两类专利的有效性与稳定性存在不确定性，因此应进行专利检索，可向国家专利局请求出具专利权评价报告，以确定是否可以接受专利权用于出资。

148.3.2 发明专利虽经实质审查而授权，鉴于专利文献存储量的局限或工作人员可能的疏忽，亦存在把不具备专利条件的技术授予发明专利权的可能性，对发明专利也应进行检索。

148.3.3 技术秘密与计算机软件版权同样存在因技术侵权、技术过时而导致技术无权利或无效、失效等不稳定性，且技术的价值相对而言会处于较大幅度的变动状态。

148.4 技术出资入股的权利转移：

148.4.1 由股东签订出资协议，制定公司章程，约定出资额和出资方式、技术种类及其出资价值、占公司注册资本的比例、技术的价值评估及转移等。

148.4.2 以专利权或专利申请权出资，是指专利权人向公司转让专利，应在出资协议之外另行订立书面合同，并向国务院专利行政部门登记，由国务院专利行政部门予以公告。

参见本指引第73条、第74条。

148.4.3 技术出资入股的权利转移，须履行更名手续，但技术秘密的权属通常没有明确的文件证明，无法办理更名手续。

148.4.4 鉴于技术秘密出资没有明确的交付手段，一般以双方签订的出资协议作为依据，约定出资方的同业禁止，同时以资产评估报告进行验资。

148.5 鉴于技术出资入股与实物、现金出资相比的特殊性，签约时应重点关注以下几个问题：

148.5.1 技术出资前存在的权利瑕疵。

技术出资的权利瑕疵可能导致该技术出资对应的资本被抽空，与公司资本维持制度冲突，出资人应承担补充投资责任。

权利瑕疵产生的原因如下：

（1）如出资人对技术不具有或不具有完全处分权；

（2）专利因未交费而终止；

（3）权利保护期满；

（4）共有技术出资未取得第三方同意；

（5）出资技术设置了质押；

（6）存在被查封等权利限制情形。

148.5.2 技术出资前虚增技术价值：

（1）技术出资股东串通评估机构虚增价值，对此，技术出资股东应对其他股东承担违约赔偿责任及公司法项下的资本充实责任。

（2）股东之间协商，通过虚增技术评估价值提高技术出资方的出资比例。对于此种情形，全体股东连带承担公司法项下的资本充实责任。

148.5.3 标的技术的价值变动。

技术价值具有不稳定性，出资后技术资本可能发生价值变动。

（1）公司成立或增资后，如发现作为设立公司或增资的技术实际价额显著低于公司章程所定价额，应当由交付该技术出资的股东补足其差额，公司设立或增资时的其他股东承担连带责任。

《中华人民共和国公司法》第30条。

（2）尽管有上述规定，公司存续期间，因市场行情变化或其他原因使技术资本价值波动的，不能援引上述条款。

148.5.4 技术秘密出资问题。

由于技术秘密无权属登记，鉴于技术的可复制性，应规定出资后被投资企业对该权利的独占性，技术秘密出资人应承诺不再使用该技术秘密，不与被投资企业进行同业竞争，并提供权利与技术担保。

（1）权利担保，即担保第三人不会基于共有权、独占或排他性的使用权向公司主张任何权利。

（2）技术担保，系指技术秘密出资的状态担保和功效担保，即秘密性与投资价值担保。

（3）为确保技术秘密出资真实，公司应按财务准则要求，确认减值情形并对技术秘密价值定期进行调整。

148.5.5 对于专利申请权出资，如果最终专利申请未获审批，应由技术投资人用等额的现金进行替代投资。

第149条【主要条款】

技术出资、入股合同的主要条款应包括：

149.1 合同签订的宗旨与目的。

依据合同法的基本原则，合同目的是合同解除、违约责任承担以及其他条款纠纷的基础性条款，包括：

（1）合同的签订目的；

（2）合同的预期目标；

（3）合同的性质确认。

149.2 出资各方的姓名、名称、通讯地址、联系方式等。

参见本指引第57条。

149.3 合同专用术语的定义与解释，尤其是技术名词与术语的定义

149.4 出资技术的名称、种类以及出资技术的功能、特性、特征、适用条件等

上述条款既属于出资技术验收标准的一部分，同时通过署该条款，可以充分考察技术成果是否符合合同签订的目标和预期目标。

149.5 出资技术的技术指标、技术参数（数据）。

此为出资技术验收的最高标准，但应注意，并非达不到预期技术指标、技术参数（数据）的技术成果必然不能验收交付。

149.6 如果是专利或计算机软件著作权，应列明专利或版权登记号、专利或版权登记的日期等。

149.7 计算机软件出资应说明创作完成人、完成时间，及原创性的声明和保证。

149.8 出资技术的验收标准、验收方式、验收人员、验收地点和验收时间：

149.8.1 验收标准是出资技术是否符合合同约定的重要指标，因此约定以完整、准确为目标，也可以参考约定行业标准、部颁标准、国家标准等。

149.8.2 拟定验收书面证明文件，由公司与技术出资人共同签署。

149.8.3 验收费用的负担方式，一般由公司承担。

149.8.4 出资技术交付时，技术出资人的主要技术人员应当在场，并予以调试和演示，公司应指派有经验的人员参与并记录交付情况和签字确认是否实际交付，是否符合验收标准、存在的问题、改进方案以及相应的配套的仪器、设备及其耗材的到位情况等。

149.9 不符合验收标准的补救措施：

149.9.1 一旦出资人交付的出资技术不符合验收标准时，可以约定采取补救措施，补救期间是否视为出资人违约，应在违约责任条款中予以规定。

149.9.2 有些技术成果的问题和瑕疵并非在验收时能够发现，交付成果后，应约定相应的设备运营期限、试产期限。

149.9.3 补救期限届满仍不符合验收标准的，可以约定现金出资或约定替代技术出资。

149.10 出资技术资料、数据的移交方式、时间和程序。

鉴于为出资技术的信息量，技术资料与数据不必仅局限于技术方面。

149.11 出资技术以及配套技术的实施方案。

149.12 技术出资人对出资技术的合法性、权利完整性的承诺。

149.13 技术出资人对权利瑕疵的担保。

149.14 技术出资评估：

149.14.1 评估单位的选择。

149.14.2 评估方法的选择。

149.14.3 技术评估结果的调整，包括评估值偏高、虚假评估的处理等。

149.15 出资技术转移的期限。

149.15.1 出资技术交付的载体形式以及配套的仪器、设备及其耗材等。

149.15.2 出资技术逾期交付的通知和后续交付约定。

149.15.3 出资技术的权属登记、变更程序与期限。

149.16 技术出资的出资额及其占公司注册资本的比例。

149.17 改进技术成果的归属。

149.18 技术出资人出资后的技术服务义务。

149.18.1 后续服务的期限、派出服务人员的资质。

149.18.2 后续服务人员的费用承担与公司协助义务。

149.18.3 对公司技术人员的培训。

149.19 技术出资人的竞业禁止义务。

149.20 董事会、股东会、监事会。

149.21 公司组织架构及高管的选派。

149.22 公司的劳动人事与财务安排。

149.23 公司的利润分配。

149.24 公司经营期限与期满后的资产处置。

149.25 违约责任及其承担。

149.26 争议的解决办法：

149.26.1 双方协商解决，并就协商的时间、方式予以约定，可以约定共同指定的第三人或者各自指定律师接洽磋商，进行初步判断和调停工作。

149.26.2 协商不成或者不愿意协商的，可以约定申请仲裁，或者约定提起诉讼的方式予以解决，并规定具体的仲裁机构或法院。

149.26.3 约定法院管辖要注意应与合同的签订、履行或双方当事人的住所有实际联系，同时约定法院管辖不能违反法律关于级别管辖与专属管辖的规定。

149.27 合同变更与补充：

149.27.1 合同的变更与补充应当以书面方式作出。

149.27.2 约定合同变更与补充的提出方式、磋商方式。

149.28 中止履行：

149.28.1 中止履行的情形、条件和通知义务。

149.28.2 中止情形消除后，继续履行的情形和条件以及通知义务。

149.28.3 消除中止履行情形的协助义务等。

149.29 合同解除与终止：

149.29.1 合同终止或解除的事由。

149.29.2 合同解除后，有关事务的处理。

149.30 各种通知有效送达的方式，送达的地址。

149.31 其他约定事项。

149.32 合同签订日期，签名盖章。

149.33 合同附件及其效力。

其他参见本指引第58条。

第十一章

技术质押合同

第150条【技术质押合同】

150.1 技术质押是指技术权利人为担保自己或他人债务的履行，将技术权利中的财产性权利质押给债权人，自己或第三人不履行债务时，债权人有权折价、拍卖或变卖该权利，并以所得价款优先受偿的物权担保行为。

150.2 技术质押合同作为担保合同，具有法定性，其种类、内容以及形式由法律规定，而不是完全由当事人自由约定。同时，技术质押合同作为主合同的从合同，具有相对独立性，主合同无效并不必然导致技术质押合同的无效。

第151条【特征】

151.1 技术质押合同和 其他担保合同一样，是主合同的从合同，作为借贷合同或其他合同义务人履行合同应尽义务的担保。

151.2 技术质押合同的标的是技术权利中的财产性权利，技术权利中与人身有关的权利不能质押。

151.3 技术质押合同的标的具有期限性，质押担保的期间不能超过技术权利的保护期。

第152条【与一般质押的区别】

152.1 技术质押的标的是权利，是无形资产；动产质押的标的是有形物。

152.2 在技术权利质押期间，出质人有义务维持技术权利的有效性，并承担维持其有效的一切费用，如专利年费、专利规费等；动产质押不存在缴纳年费与规费等问题。

152.3 技术质押必须签订书面合同并进行登记，合同自登记之日起生效；动产质押合同的生效要件则是转移动产的占有而不是登记生效。

第153条【合同分类】

153.1 根据相关法律的规定，不是所有与技术有关的权利都可以作为质押的标的，只有专利权与计算机软件著作权才可以作为技术质押合同的标的。

153.2 专利申请权权属具有不确定性，无法进行质押合同登记，技术秘密、集成电路布图设计、植物新品种同样无法进行质押合同登记，违反担保法相关权利质押合同登记生效的法定条件，不能作为质押合同的标的。

第一节专利质押合同

第154条【专利质押合同】

专利质押合同，是指专利权人为担保自己或他人债务的履行，将拥有的专利权中的财产性权利质押给债权人，自己或第三人不履行债务时，债权人有权把折价、拍卖或者变卖该权利所得的价款优先受偿的物权担保合同。

第155条【特征】

155.1 专利质押合同具有一般技术质押合同的共同特征，质押期间不能超过专利权的有效期，具体而言，发明专利质押期限不能超过20年，实用新型与外观设计专利质押期限不能超过10年。

155.2 专利质押是一个集合和整体概念，该权利质押具有不可分割性，必须是包括许可权、转让权、标记权等所有财产性权利。

第156条【合同分类】

156.1 专利质押合同，按质押标的的不同，可以分为发明专利权质押、实用新型专利质押以及外观设计专利质押。

156.2 发明权专利质押，其质押标的为发明专利权，发明专利又分发明方法专利与发明产品专利；实用新型权专利质押的质押标的为实用新型权专利权；外观设计专利质押的质押标的为实用新型权专利权。

第157条【专利质押合同的登记】

157.1 专利质押合同的登记，包括专利质押的设立登记、变更登记与注销登记，国家知识产权局初审和流程管理部代办业务管理处，是受理质押登记的专门部门。

157.2 专利质押的设立登记：

157.2.1 签订并提交专利权质押合同。

157.2.2 索取登记申请表，填写申请表并签名盖章。

157.2.3 提交的文件可以邮寄，也可直接面交，具体包括：

（1）质押合同登记申请表；

（2）主合同和专利权质押合同原件；

（3）质押合同双方的合法身份证明，中国企业需要提交营业执照复印件并加盖单位公章，外国企业需同提交当地注册证明及其中文译文，复印件要提交当地公证机关的公证文件；

（4）委托书原件及代理人的身份证明复印件；

（5）专利权的有效证明；

（6）专利质押前的实施及许可情况；

（7）上级主管部门或国务院有关主管部门的批准文件；

（8）其他需要提供的材料。

157.3 专利质押合同的变更登记：

157.3.1 质押期间，出现下列情形时，应申请变更登记：

（1）著录项目变更；

（2）变更质权人；

（3）主债权种类及数额变更；

（4）质押担保范围变更；

（5）延长质押期限等。

157.3.2 申请变更登记需提交文件：

（1）填写《变更申请表》；

（2）提交书面变更协议；

（3）提交原《专利权质押合同登记通知书》；

（4）其他有关文件。

157.4 专利权质押解除注销登记：

157.4.1 有下列情形的，应办理注销登记：

（1）债权提前清偿或其他原因提前解除质押合同的；

（2）因专利被宣告无效、撤销或其他原因丧失专利权的；

（3）因主合同无效致使质押合同无效的；

（4）质押期限已届满等。

157.4.2 注销登记须提交文件：

（1）《专利权质押合同登记通知书》；

（2）合同履行完毕凭证、协议；

（3）其他证明材料。

157.4.3 期限届满15日内，当事人未办理注销登记的，届时该合同登记将被自动注销。

第158条【特别提示】

158.1 用以质押的专利权应具备以下条件：

158.1.1 专利权必须有效，证明专利权有效的文件包括专利证书、年费缴纳凭证、专利登记簿等。

158.1.2 出质人必须是合法专利权人，须审查专利权证书与专利文档所记载的内容的一致性。

158.1.3 如果一项专利有两个以上的共同专利权人，则出质人应为全体权利人。

158.2 下述专利质押合同不予登记：

158.2.1 专利被宣告无效、撤销或者已经终止的。

158.2.2 假冒他人专利或冒充专利的。

158.2.3 专利权被提出撤销请求或被启动无效宣告程序的。

158.2.4 存在专利权属纠纷的以及质押期超过专利有效期的。

158.2.5 专利处于中止或保全期间，或同一专利权重复质押的。

158.2.6 合同中约定债务履行期满或未受偿专利权归质权人所有的。

158.3 在专利质押期间，专利权的权益出现减损情形的，质押权人有权依据合同的规定，要求出质人提供其他财产权利担保。

158.4 在专利权质押期间，除非取得质押权人同意，质押专利不得转让和许可，如果转让和许可，质押权人有权获得债务的提前清偿或要求将转让与许可所得进行提存。

158.5 质押合同的受理日自当事人提交齐备的申请文件且已缴纳登记申请费之日计算，需要补正的，自收到符合规定的补正材料为受理日，办理期限为15日，自受理之日起计算。

158.6 在质押期间，在质押专利基础上新开发专利属于从权利，应进行质押，其许可、转让需取得质押权人同意，否则，原质押专利将失去担保的意义。

158.7 向外国人质押专利权，须经国务院有关主管部门批准。

158.8 注意审查出质人、质权人的权利与义务。

158.8.1 质权人的权利义务：

（1）非经出质人同意，不得转让或者许可他人使用质押的专利权，也不得自行实施；

（2）在义务人违约时，质权人享有质押物的优先受偿权。

158.8.2 出质人的权利义务：

（1）经质权人同意，出质物转让、许可所得费用应向质权人提前清偿债权或提存；

（2）质物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，出质人应根据质权人的要求提供相应的担保，否则质权人可以拍卖或者变卖质物；

（3）出质人维护专利权有效的义务，包括按时缴纳专利年费，专利权人不得放弃专利权，当专利权发生权属纠纷时，出质人应当积极主动地解决纠纷，在质押合同的有效期间出质人不得转让其专利权等。

158.9 质押担保的范围应包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用等。

第160条【主要条款】

160.1 合同签订的宗旨与目的

依据合同法的基本原则，合同目的是合同解除、违约责任承担以及其他条款纠纷的基础性条款，包括：

160.1.1 合同的签订目的；

160.1.2 合同的预期目标；

160.1.3 合同的性质确认。

参见本指引第57条、第58条。

160.2 合同各方的姓名、名称、通讯地址、联系方式等。

参见本指引第57条前置条款。

160.3 合同专用术语的定义与解释，尤其是技术名词与术语的定义，如出质人、质权人的定义等。

160.4 被担保的主债权及其数额、种类。

160.5 债务人履行债务方式及其期限。

160.6 作为质押标的的专利权：

160.6.1 专利权的种类。

160.6.2 专利件数以及每项专利的名称。

160.6.3 专利号、申请日、颁证日。

160.7 出质人维持专利有效性以及缴纳相关规费的责任。

160.8 出质人的权利担保，即保证出质人为该专利权的唯一权利人。

160.9 如果质押的专利权为共有权，出质人已经取得其他权利人授权的声明。

160.10 专利权使用、许可使用的状况说明，可以附表。

160.11 专利质押的权利范围。

专利质押是一个集合和整体概念，该权利质押具有不可分割性，必须是包括许可权、转让权、标记权等所有财产性权利。

160.12 质押专利基础上新开发专利权的处置。

一般应列入担保的范围，否则，因为新的专利可能会从技术上取代在先已质押的专利，使在先质押专利失去质押价值。

160.13 质押担保的金额、范围。

一般应包括主债权、违约金、因债务人违约而发生的各项费用，包括但不限于律师费、诉讼费、拍卖费等。

160.14 质押期间进行专利权转让或实施许可的限制。

一般应取得质押权人的许可，许可费用提前偿还债务或提存。

160.15 出现专利纠纷时的处理：

160.15.1 出质人有通知质权人的义务。

160.15.2 出质人有制止侵权的责任和义务。

160.15.3 如果价值减损，可规定出质人提供额外担保。

160.16 专利权可能被撤销或被宣告无效以及权益出现重大价值减损时的处置：

160.16.1 出质人有通知质权人的义务。

160.16.2 出质人有积极应对的责任和义务。

160.16.3 如果价值减损，可规定出质人进行担保替换或提供其他担保物。

160.17 质押期满质押物的处置：

160.17.1 债务已清偿的质物处置。

160.17.2 债务未清偿的质物处置。

160.18 违约责任及其承担：

160.18.1 应针对合同双方不同的义务，就不同的违约事项，约定违约责任的承担方式，并按照在合同中一旦违约可能导致的损失程度予以逐条约定，不可笼统规定“一旦违约承担违约责任”。

160.18.2 违约责任的承担包括继续履行、采取补救措施、减少报酬。

160.18.3 支付违约金或者赔偿损失等。

160.19 争议的解决办法：

160.19.1 双方协商解决，并就协商的时间、方式予以约定，可以约定共同指定的第三人或者各自指定律师接洽磋商，进行初步判断和调停工作。

160.19.2 协商不成或者不愿意协商的，可以约定申请仲裁，或者约定以提起诉讼的方式予以解决，并规定具体的仲裁机构或法院。

160.19.3 约定法院管辖要注意应与合同的签订、履行或双方当事人的住所有实际联系，同时约定法院管辖不能违反法律关于级别管辖与专属管辖的规定。

160.20 合同变更与补充：

160.20.1 合同的变更与补充应当以书面方式作出。

160.20.2 约定合同变更与补充的提出方式、磋商方式。

160.21 中止履行：

160.21.1 中止履行的情形、条件和通知义务。

160.21.2 中止情形消除后，继续履行的情形和条件以及通知义务。

160.21.3 消除中止履行情形的协助义务等。

160.22 合同解除与终止：

160.22.1 合同终止或解除的事由。

160.22.2 合同解除后有关事务的处理。

160.23 合同无效时的法律后果：

160.23.1 一般规定质押合同不因主合同无效而无效。

160.23.2 如被法院认定无效，规定出质人的损害赔偿责任。

160.24 各种通知有效送达的方式，送达的地址。

160.25 其他约定事项。

160.26 合同签订日期，签名盖章。

160.27 合同附件及其效力。

其他参见本指引第58条。

第二节计算机软件著作权质押合同

第161条【计算机软件著作权质押合同】

161.1 计算机软件著作权质押是指债务人或者第三人依法将计算机软件著作权中的财产权质押，债务人不履行债务时，债权人有权依法以该财产权折价或者以拍卖、变卖该财产权的价款优先受偿，债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人。

161.2 计算机软件著作权质押合同属于担保合同的一种，其订立、履行及纠纷处理应遵循《中华人民共和国担保法》《中华人民共和国合同法》及最高人民法院关于审理担保合同、技术合同纠纷的司法解释的一般原则。

第162条【特征】

计算机软件著作权质押合同具有技术质押合同的一般特征，同时与专利质押合同相比，又有其特殊性：

162.1 专利质押是整体质押，包括专利财产权中全部权利的质押；计算机软件著作权权利质押除了转让权外，财产权中的出版、出租、计算机网络传播权等可以单项质押。

162.2 专利质押的对象是专利，针对的是专利中的思想、方法等；计算机软件著作权质押标的是著作权，针对的是作品的形式，即计算机软件的语言表述、排列等，而不是其思想与方法。

第163条【合同分类】

163.1 计算机软件著作权质押合同可以按标的软件的行业分类，如医药计算机软件质押合同、化工计算机软件质押合同、煤炭计算机软件质押合同等。

163.2 计算机软件著作权质押合同也可以按软件质押财产权利的类别进行分类，如计算机软件网络传播权质押合同、计算机软件复制权质押合同、计算机软件出租权质押合同等。

第164条【合同登记】

164.1 质押合同的设立登记。

164.1.1 填写申请表：

（1）申请表需在中国版权保护中心网站上填写，完成后打印；

（2）申请表中填写的软件名称应与软件著作权登记证书中的软件名称、简称、版本号保持一致。

164.1.2 向中国版权保护中心提交申请文件：

（1）出质人或质权人均可申请，一方提出申请的，须提交另一方的授权委托书；

（2）申请文件应按规定签章，提交的证明文件是外文的，应当附有中文译本；

（3）质押标计算机软件著作权权利人为两个或两个以上时，出质人为全体著作权人，申请人应提供其他著作权人的授权；

（4）提交的证明文件应使用原件或副本，无法提交原件的，应当在提交的复印件上注明“与原件一致”，并加盖申请人的签章；

（5）申请可自己办理也可委托代理机构办理，可邮寄；

（6）登记申请委托代理的，应当提交代理人的身份证明文件复印件，申请表中应当明确委托事项、委托权限范围、委托期限等内容。

164.1.3 提交的申请与证明文件包括：

（1）质押合同登记申请表；

（2）质押合同，包括主合同及其他合同；

（3）授权委托书；

（4）出质人、质权人、代理机构的身份证明文件；

（5）计算机软件著作权登记证书复印件。

164.1.4 登记机构受理申请：

（1）申请文件有缺陷的，申请人或代理人应在规定期限内补正；

（2）逾期不补正的，申请将被视为撤回；

（3）经补正仍不符合登记办法的，将不予登记并书面通知申请人或代理人。

164.1.5 计算机软件质押登记证书：

（1）登记机构在确认文件符合要求后，申请人应在受理之日起10个工作日后，持受理通知书原件领取质押合同登记证；

（2）如需邮递的，申请人应在申请表中填写正确的联系地址。

164.2 有下列情形的，登记机关可以撤销登记：

（1）出质人不是著作权人的；

（2）质押合同涉及的作品不受保护或者保护期已经届满的；

（3）软件著作权归属有争议的；

（4）质押合同因其担保之主合同被确认无效而无效的。

164.3 变更登记：

164.3.1 发生下列情形的，应办理变更登记：

（1）质押合同担保之主债权的种类、数额等发生变更。

（2）质权的种类、范围、担保期限发生变更的。

164.3.2 办理变更登记需提交的文件包括变更协议、《著作权质押合同登记证》及其他有关文件。

164.3.3 申请登记变更的期限为质押合同变更之日起10日内，逾期未办理的，变更后的质押合同无效。

164.4 注销登记的办理：

164.4.1 发生下列情形的, 应办理注销登记：

（1）提前终止著作权质押合同的；

（2）质押合同履行完毕的；

（3）质押期限届满的。

164.4.2 办理注销登记的期限为上述事实发生后10日内。

164.4.3 著作权质押合同登记被撤销、注销的，发给著作权质押合同撤销、注销通知书。

164.4.4 计算机软件著作权质押合同注销登记应交纳登记费。

第165条【特别提示】

165.1 办理计算机软件著作权抵押登记应当是已经办理计算机软件著作权登记的，未办理登记的难以证明其权利，即无法按规定提交作品权利证明。

165.2 鉴于前述理由，对于尚未办理著作权登记的计算机软件抵押标的，应规定其办理著作权登记完成责任及时限，无法完成的视为违约。

165.3 质押合同应当规定清楚质押的计算机软件著作权中的财产权的范围与种类，如出版权、网络传播权、出租权等。但从质权人角度看，质押合同应将计算机软件著作权财产权中的全部权利予以质押。

165.4 质押合同应当规定对质押的财产权利的限制，禁止其使用或授权他人使用，如果使用，可以在质押合同中规定提前清偿债权或予以提存。

165.5 鉴于计算机软件质押针对的是作品的形式而不是思想，因此，在该软件基础上开发的软件，包括语言形式及思想、方法基础上编制的新的软件，应一并纳入质押范围，进行质押登记。

165.6 下述计算机软件著作权质押合同不予登记：

（1）质押的软件存在权属争议的；

（2）已办理的软件著作权登记被撤销的；

（3）质押合同涉及的作品不受保护或者保护期已经届满的；

（4）被公、检、法机关查封的软件；

（5）已办理了质押合同登记尚未注销的；

（6）共有计算机软件著作权申请人未经其他共有人同意并授权的；

（7）质押合同中约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，出质的著作权中的财产权转移为质权人所有的；

（8）申请人拒绝交纳登记费的。

165.7 向外国人质押计算机软件著作权的，须提交国务院有关主管部门的批准文件。

165.8 按规定时限，及时办理质押合同的变更与注销登记。

165.9 计算机软件质押合同不能规定义务人违约，质押的软件著作权归质押权利人所有，只能通过对软件著作权的评估、拍卖进行违约救济，否则将导致质押合同无效。

165.10 注意审查出质人、质权人的权利与义务。

165.10.1 质权人的权利义务：

（1）非经出质人同意，不得转让或者许可他人使用质押的软件著作权，也不得自行实施；

（2）在义务人违约时，质权人享有质押物的优先受偿权。

165.10.2 出质人的权利义务：

（1）经质权人同意，出质物转让、许可所得费用应向质权人提前清偿债权或提存；

（2）质物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，出质人应根据质权人的要求提供相应的担保，否则质权人可以拍卖或者变卖质物；

（3）出质人有义务在发生权属纠纷时，积极主动地解决纠纷，在质押合同的有效期间出质人不得转让其著作权等。

165.11 质押担保的范围应包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用等。

第166条【主要条款】

166.1 合同签订的宗旨与目的。

依据合同法的基本原则，合同目的是合同解除、违约责任承担以及其他条款纠纷的基础性条款，包括：

166.1.1 合同的签订目的。

166.1.2 合同的预期目标。

166.1.3 合同的性质确认。

参见本指引第57条、第58条。

166.2 合同各方的姓名、名称、通讯地址、联系方式等。

参见本指引第57条、第58条。

166.3 合同专用术语的定义与解释，尤其是技术名词与术语的定义，如出质人、质权人的定义等。

166.4 被担保的主债权及其数额、种类。

166.5 债务人履行债务方式及其期限。

166.6 计算机软件件数及每件名称或简称。

166.7 计算机软件著作权的类别，即质押的计算机软件适用的行业。

166.8 计算机软件登记：

166.8.1 未登记的，说明创作人、创作完成日，著作权登记责任承担。

166.8.2 已登记的，注明计算机著作权登记号、登记日期。

166.9 计算机软件原创性的承诺及创作完成的时间。

166.10 著作权权利担保，即出质人为该专利权的唯一权利人。

166.11 共有著作权已经取得其他权利人授权的声明。

166.12 著作权的使用、许可使用的状况说明，可以附表。

166.13 质押的权利范围。

质押的软件著作权权利范围，如出租权，信息网络传播权等。

166.14 在原计算机软件著作权基础上，新开发软件著作权以及利用质押软件的思想、方法新开发软件的处置。

一般应列入担保的范围，否则，因为新的计算机软件著作权可能会从技术上取代在先已质押的计算机技术，使在先质押技术失去质押价值。

166.15 质押担保的金额、范围。

一般应包括主债权、违约金、因债务人违约而发生的各项费用，包括但不限于律师费、诉讼费、拍卖费等。

166.16 质押期间进行计算机软件著作权转让或实施许可的限制。

一般应取得质押权任的许可，许可费用提前偿还债务或提存。

166.17 出现著作权纠纷时的处理：

166.17.1 出质人有通知质权人的义务。

166.17.2 出质人有制止侵权的责任和义务。

166.17.3 如果价值减损，可规定出质人提供额外担保。

166.18 质押期满质押物的处置：

166.18.1 债务已清偿的质物处置。

166.18.2 债务未清偿的质物处置。

166.19 违约责任及其承担。

166.20 争议的解决办法。

166.21 合同变更与补充。

166.22 中止履行。

166.23 合同解除与终止。

166.24 合同无效时的法律后果。

166.25 各种通知有效送达的方式、送达的地址。

166.26 其他约定事项。

166.27 合同签订日期，签名盖章。

166.28 合同附件及其效力。

其他参见本指引第58条、第160条。

第十二章

附则

第167条【依据效力】

本操作指引根据2014年5月31日以前颁布实施的法律、法规及司法解释的规定，并结合司法实践和律师实务编写。律师办理具体业务还应当充分注意个案事实，按各省、市法规以及新颁布的法律、法规和司法解释的规定处理。

第168条【指引效力】

本操作指引不具有强制性，仅供律师办理技术合同非诉讼法律业务时作为参考。

（本操作指引由中华全国律师协会知识产权专业委员会与北京市律师协会竞争与反垄断法律事务专业委员会负责起草。执笔人：张黎、张耀、臧克兰、罗娟、甄庆贵、郭素平、谈亚军、魏士廪；审稿人:王韵、刘玥、李雪宇）

## 律师办理高新技术业务领域法律尽职调查业务操作指引

目录

第一章总则 / 267

第二章法律尽职调查的操作流程 / 270

第三章高新技术企业资质审查 / 276

第四章高新技术企业知识产权尽职调查 / 278

第一章

总则

1.1 制定的目的

为指导全国律师正确开展高新技术业务领域的法律尽职调查业务，切实帮助律师做好针对高新技术类企业的法律尽职调查工作，中华全国律师协会制定本指引。

1.2 指引的性质

本指引由中华全国律师协会推荐，是律师为高新技术领域客户开展相关尽职调查业务的指导文件。开展尽职调查时，律师可根据具体情况选择或参考适用。该指引不作为判断律师是否履行尽职调查委托合同或合理谨慎义务的标准。

1.3 法律尽职调查的定义

本指引所指的法律尽职调查，是指在以高新技术类企业（被调查方）及其股权（股份）或相关资产为交易标的的商业计划或交易中（包括但不限于新设投资、股权融资、债券融资、收购、兼并、重组、资产购买、股权转让等交易形式，但不包括股票公开发行及上市），律师事务所（调查方）接受拟进行商业计划或交易一方（委托方）的委托，基于专业知识与技能和被调查方的充分配合，对被调查方进行全面调查，并从法律角度进行分析和判断后形成法律尽职调查报告，为委托方作出商业计划或交易的决策提供法律咨询意见的过程。本指引中所提到的尽职调查如无特别说明，均指法律尽职调查。

在法律尽职调查过程中，也存在被调查方委托律师协助整理、提供调查文件和资料以应对委托方调查的情况。本指引仅讨论律师代表委托方主动开展调查工作的情形。律师受被调查方委托协助完成尽职调查工作的，可参照本指引。对于企业委托律师进行自查的情况，也可参考本指引相关内容。

1.4 法律尽职调查的作用

(1) 法律尽职调查能够帮助委托方了解被调查方的资产、经营、业务、信用、合规等基本情况。

(2) 法律尽职调查能够为委托方提供评价拟进行的商业计划或交易的可行性的参考，提示委托方谨慎注意该商业计划或交易在法律方面是否存在重大瑕疵，或者是否存在其他可能阻碍商业计划或交易实施之情形。

(3) 法律尽职调查能够帮助律师就发现的问题为委托方提供法律方面的解决方案、意见或建议。

(4) 法律尽职调查能够帮助委托方合理地调整商业计划或交易的结构、完善商业计划或交易完成的程序。

(5) 法律尽职调查能够帮助委托方更准确地确定商业计划，或交易完成的前提条件和交易完成后委托方和被调查方的权利与义务。

1.5 法律尽职调查的原则

1.5.1 审慎性原则

审慎性原则是指律师在法律尽职调查过程中，在可行的限度内以及委托方指示及授权的范围内对其依法调取的信息进行充分谨慎地核查、验证、鉴别，对被调查方提供的信息或在法律尽职调查过程中调取的其他信息存有疑问或异议的，律师主动与被调查方或相关当事人进行核实，要求其作出合理解释或提供相应的依据；如发现被调查方提供的信息与尽职调查过程中获得的信息存在显著区别的，律师对有关事项进行独立调查、复核，保证在合法取证的基础上对各种证据作出法律判断。

1.5.2 重要性原则

重要性原则指律师在法律尽职调查过程中，可以根据被调查方的资产状况、业务范围、单位规模、信用程度、财务状况等具体情况，与委托方共同商定尽职调查中可能会涉及的主要财产、重大合同、其他重大债权债务关系、诉讼、仲裁或行政处罚等事项的核查范围与核查标准，对该等重大法律事项可能严重影响委托方利益或对委托方作出决策或判断有重大影响的所有重大方面，应充分发挥其专业能力和水平进行深入调查，并在尽职调查报告中予以适当披露。

1.5.3 专业性原则

专业性原则是指律师在法律尽职调查过程中，应根据委托人的需要向委托人提供专业的法律意见和建议。避免遗漏对重要事实和信息的调查核对，或对事实进行隐匿或进行虚假、歪曲的表述。

专业性原则可体现在如下方面：

(1) 律师可通过官方网站、专业数据库等渠道核查被调查方的专利、商标、域名、软件等知识产权的权属情况，必要时通过注册或授权机构的途径获取最新的准确信息；

(2) 律师可通过法院官方网站或专业数据库等途径核查被调查方以往涉诉纠纷处理结果情况；

(3) 律师可通过环保部门核查被调查方的生产经营活动和已投资、拟投资项目是否符合环境保护要求的情况；

(4) 律师应调查被调查方所在行业的地方政策。

1.6 法律尽职调查的方法

1.6.1 背景调查

(1) 通过互联网、纸质媒介公开披露的有关被调查方的宣传介绍及其他资料等；

(2) 资料搜索：

①政府部门报告或公告；

②行业年鉴、期刊；

③行业协会网站；

④公司文件中对行业的分析报告；

⑤分析师对行业的分析报告；

⑥同行业其他公司招股书、招债书或定期报告中对行业和竞争的描述；

⑦新闻检索。

1.6.2 现场调查

（1）向被调查方发送法律尽职调查问卷清单，经被调查方同意后，查阅、复制、摘抄被调查方的档案资料及其他文字资料和文件材料，并尽可能要求被调查方予以书面确认其真实性；

（2）约见被调查方的管理层或业务人员配合调查有关情况，并制作谈话笔录；

（3）对被调查方的经营场所（地）进行实地考察，了解被调查方的生产、经营情况，并制作备忘录。

1.6.3 独立调查

（1）通过被调查方注册登记机关调查被调查方的成立、变更、年检、注销、吊销等情况；

（2）通过有关登记机关调查不动产的转让、抵押和权益的质押等情况以及车辆、船舶、航天航空器、机器设备等需登记动产的抵押情况及股权质押情况；

（3）通过被调查方所在地政府及所属相关职能部门调查；

（4）通过被调查方的债权人、债务人调查。

1.6.4 委托相关专业机构进行调查

如上述法律尽职调查方法存在程序性或实质性困难或障碍的，建议律师确定解决方案及时跟委托人沟通，取得委托人对确认解决方案的书面认可并在尽职调查报告中予以适当披露，以避免律师的职业风险。

1.7 法律尽职调查的基本阶段

法律尽职调查通常可以划分为以下几个阶段，但根据商业计划或交易的目的和规模的不同，并非所有法律尽职调查都需要完成以下各个阶段。

(1) 接受委托方的委托；

(2) 尽职调查前的背景调查；

(3) 现场尽职调查；

(4) 独立调查；

(5) 制作尽职调查报告；

(6) 工作底稿的归档整理。

就上述几个阶段的开展，参见本指引第二章。

第二章

法律尽职调查的操作流程

2.1 接受委托方的委托

律师承办法律尽职调查业务应以律师事务所的名义与委托方就委托尽职调查的目的、被调查方的基本情况、委托前的利益冲突调查、委托事项、服务范围、工作方式、工作成果的形式及交付、服务期间、律师费用、委托方和被调查方的配合义务、保密事项等实质性内容进行沟通确认，并签订委托合同。

2.2 法律尽职调查前的背景调查

为更好地把握尽职调查的重点，更有针对性、更加准确地开展法律尽职调查工作，律师应先进行相关背景的调查。背景调查一般分为商业信息调查及法律检索研究两部分。

2.2.1 商业信息调查

律师可通过审阅委托方与被调查方的前期接洽、交易备忘录等信息，结合互联网等独立检索等方式，对与法律尽调有关的，涉及被调查方、商业计划或交易的信息进行初步了解。建议律师向委托方明确，商业信息调查仅作为律师法律尽职调查之参考，而非律师的工作和责任范围，且不作为尽职调查的最终结论和依据。

2.2.2 法律检索研究

律师应在大致了解被调查方商业信息的基础上，就被调查方及所处行业涉及的法律问题进行初步研究、梳理。

2.3 现场尽职调查

2.3.1 制作法律尽职调查问卷

律师进场进行尽职调查前，应根据前期背景调查的情况，针对委托方的商业目的及被调查方的基本情况制作法律尽职调查问卷清单。

(1) 制作法律尽职调查问卷的目的

①对委托方及律师而言，制作法律尽职调查问卷的目的在于明确尽职调查的范围及重点；

②对被调查方而言，制作法律尽职调查问卷的目的，在于根据法律尽职调查问卷有针对性地准备相关材料。

(2) 法律尽职调查问卷的主要内容

根据商业计划或交易的具体情况，律师应对法律尽职调查问卷进行调整。一般而言，法律尽职调查问卷的内容包括但不限于以下全部项或其中几项：

①被调查方基本情况及历史沿革；

②被调查方的资质证照及行政审批、处罚事宜；

③被调查方的股权是否进行了质押、抵押等情况；

④被调查方资产及所有者权益情况；

⑤被调查方的负债及信用情况；

⑥被调查方的知识产权及重大商业秘密情况；

⑦被调查方的对外投资及担保情况；

⑧被调查方经营管理（包括人力资源及薪酬、制度架构、盈利模式、主要业务内容、未来业务规划等）情况；

⑨被调查方诉讼、仲裁或其他纠纷；

⑩与委托方共同商定的其他事项。

2.3.2 现场尽职调查

律师在完成尽职调查前的背景检索并制作尽职调查问卷后，现场尽职调查有助于委托方、律师与被调查方的管理层及相关负责人进行交流互动，对被调查方进行直观和全面了解，主要调查方式包括但不限于：

2.3.2.1 收集文件

（1）律师可以根据法律尽职调查问卷的内容进行收集文件，必要时可与被调查方各部门负责人进行当面沟通，并对相关文件要求进行解释。

（2）律师在收集文件时需注意文件的完整性及真实性。

（3）律师需注意收集文件、信息的来源，对于一些无法通过现有文件说明的情况，可请被调查方以书面方式予以总结、回答，并加盖被调查方公章，作为尽职调查文件的一部分。

（4）律师需根据具体情况制作工作底稿，在被调查方仅开放资料库不允许复印材料时，对于提供的文件，需首先分析其法律性质及其法律影响（后果），再作重点信息的摘录，并在工作底稿中对该等情况加以注明；对于可以复印材料的尽职调查，制作工作底稿有助于对被调查方各方面信息进行宏观了解，对后续管理层访谈等工作的开展提供了便利。对于通过独立调查取得的信息，包括对官方网站及专业数据库的检索，建议保留相应的记录。

（5）在被调查对象提供电子数据材料时，律师应当提醒当事人做好信息保密工作。

2.3.2.2 人员访谈

在对被调查方进行尽职调查过程中，律师可根据具体需要与被调查方负责人以及其他人员进行会谈，对被调查方经营业务的各个领域进行了解，对于无法通过书面文件证明的方面进行口头沟通和确认，对在审阅被调查方已提供文件中发现的问题与相关知情负责人进行进一步了解和核实。访谈过程和内容建议进行详细记录，并作为工作底稿的一部分。

2.3.2.3 实地调查

律师应对尽职调查中的一些特殊方面（如被调查方拥有的土地、房产、生产场所等），在审核书面证明文件的基础上进行实地调查，以验证被调查方相关文件的准确性及完整性。

2.4 独立调查

独立调查是指在尽职调查过程中，律师无须在被调查方的同意及协助下，以现有合法可行的方式，从相关机构或部门调取被调查方的信息，以验证被调查方相关信息是否完整、准确、真实，以及是否反映被调查方目前的最新实际情况。

(1) 律师可通过调取工商登记机关的企业内档核查被调查方的基本情况（包括股权、公司资产是否受到司法机关查封）。不在工商部门登记的主体，可向其登记部门调取存档核查被调查方的基本情况。

(2) 律师可通过向土地、房屋、城市建设主管部门核实确认被调查方的房产、土地及其他固定资产情况及是否存有抵押、司法查封等情况。

(3) 律师可向工商部门核查被调查方的股权质押、机器设备的抵押及司法查封情况。

(4) 律师可向有关登记部门核查被调查方汽车、船舶、航空器等需登记动产的抵押、司法查封情况。

(5) 律师可通过对相关主管部门的数据及办事系统的检索核查被调查方的各类证照的完整性、真实性；

(6) 律师可通过对国家知识产权局、国家商标局网站、中国互联网信息中心网站、中国版权保护中心网站、农业部植物新品种保护办公室网站的检索核查被调查方所持有的专利权、商标权、域名、软件著作权、植物新品种等知识产权及其他无形资产情况。必要时，应向相关政府主管部门申请查阅和核实知识产权的最新的准确状态。

(7) 律师可通过向其他相关政府主管部门核实确认被调查方其他方面的合规情况。

(8) 律师可通过法院官方网站或专业数据库查询权利人是否有涉诉情况（包括已决和未决诉讼）。

(9) 律师可以通过向股票、证券和基金等交易机构调取被调查方的股票、证券和基金的有关交易情况。

2.5 制作法律尽职调查报告

律师应根据委托方的要求及尽职调查的结果，提示委托方尽职调查过程中提出促使商业计划或交易完成的建议并制作法律尽职调查报告。

2.5.1 制作尽职调查报告的主要步骤

2.5.1.1 审阅文件的注意事项

律师在审阅相关的调查文件时需要对调查文件的完整性、真实性与合法性等问题进行谨慎的法律研究和咨询。

(1) 注意调查文件复印件与原件的一致性；

(2) 注意调查文件上的印鉴的前后一致及其变化的合理衔接；

(3) 注意调查文件上的盖章、签字是否代表有关单位和个人的真实意思表示；

(4) 注意对于调查文件中的间接证据，要调查有关单位和人员，核实有关事实的陈述和记载是否真实、准确；

(5) 注意调查文件签发时间与相关事实发生时间的合理衔接，排除被调查方变造文件的可能性。

(6) 对文件的完整性进行评估，通过对文件完整性的分析，判断是否有未取得的重要文件；

(7) 对于无客观依据，仅依据被调查方陈述与说明来确定的，且对于尽职调查有重大影响的事项，应审查有无被调查方对其陈述与说明的真实性与全面性的书面承诺；

(8) 注意当调查中出现数据不一致情况时，应以效力较高的数据来源为准。

2.5.1.2 对具体问题进行法律分析

在尽职调查中，律师不能仅停留在发现问题的层面，对于发现的问题，要进行法律分析，分析其法律后果，以及对被调查方、商业计划或交易的影响。

2.5.1.3 判断发现的问题对交易的影响

律师应对所发现的问题是否构成交易的实质性障碍作出判断，若该等问题可能对交易构成实质性障碍，建议及时提示委托方；对于发现的可以接受的问题，可建议委托方根据不同问题的性质，考虑将相应问题作为交易的先决条件、陈述与保证、披露事项等。

2.5.2 法律尽职调查报告的撰写

律师可根据商业计划或交易的具体情况及委托方的要求，适当调整法律尽职调查的报告内容；对于高新技术企业的法律尽职调查报告应侧重反映其知识产权等方面的内容。

一般而言，法律尽职调查报告的内容包括但不限于：

2.5.2.1 尽职调查信息

对于尽职调查中核查的各个方面，律师应在尽职调查报告正文部分进行详细摘录及描述，并可以通过绘制公司产权关系图、组织结构图、资产关系图等，可视化地清晰整理出公司目前的产权关系、管理构架、资产等情况，内容做到全面和完整，与尽职调查问卷相结合，包括但不限于如下主要方面：

(1) 被调查方的历史沿革；

(2) 被调查方的股东及其股权演变；

(3) 被调查方的公司结构及业务；

(4) 被调查方的关联方、关联交易及同业竞争；

(5) 被调查方的资产；

(6) 被调查方的法人治理结构及内部管理；

(7) 被调查方的重大合同及债权债务；

(8) 被调查方的对外投资、担保情况；

(9) 被调查方的知识产权及重大商业秘密情况；

(10) 被调查方的改制、重大资产变化及收购兼并；

(11) 被调查方的税收；

(12) 被调查方的环境保护和产品质量、技术等标准；

(13) 被调查方的诉讼、仲裁或行政处罚；

(14) 被调查方其他需要说明的事项。

2.5.2.2 重大风险提示

律师对于在尽职调查过程中发现的重大风险，应在尽职调查报告文首以专章分析相关法律后果，提请委托方在进行商业决策及后续程序时重点关注。

法律尽职调查报告的主要目的是揭示法律问题，进行法律风险警示，但一般不建议法律尽职调查报告中发表正式的法律意见。委托人如就特定法律问题要求律师发表法律意见的，建议另具正式文书，发表专项法律意见。

2.5.2.3 附录信息

在尽职调查报告附录中，主要包含尽职调查文件清单、重大资产、主要负债明细表、重大经营合同摘录等信息，以及委托方要求的其他信息。准备附录的目的在于对于尽职调查正文部分的内容起到补充和支持作用，以便日后就相关问题进行查阅。

2.5.2.4 责任免除声明

建议律师在尽职调查报告中设定责任免除声明，对于客观材料无法核实，或仅依据被调查方陈述与承诺作出的，或被调查方仅开放资料库不允许复印材料的情况及其他客观事实无法确认的情况作出的有关结论，应对影响该结论的因素予以适当披露并对此情况下出现的有关问题作出免责声明或条款。

2.5.3 法律尽职调查报告的复核

完成法律尽职调查报告的撰写之后，建议律师对尽职调查报告进行审慎地核查和校对，避免出现笔误或格式错误、与工作底稿不符等失误。

2.6 工作底稿的整理和归档

2.6.1 工作底稿需要真实、准确、完整地反映整个尽职调查工作。工作底稿须内容完整、格式规范、记录清晰、结论明确。工作底稿还应包括从目标公司或第三方取得并经确认的相关资料，并注明资料来源。

2.6.2 工作底稿应有索引编号。相关工作底稿之间，应保持清晰的勾稽关系。工作底稿完成后，应归档成册予以保存。

第三章

高新技术企业资质审查

3.1 高新技术企业资质审查的范围

律师需要审查的文件主要包括但不限于以下几类：

(1) 被调查方的基本信息：包括企业营业执照正副本、组织机构代码证正副本、税务登记证正副本、开户许可证、机构信用代码证、企业职工人数、职工学历资质证明、企业内部科研管理政策等制度性文件等。

(2) 被调查方的科研成果与知识产权情况：包括知识产权证书、知识产权申请情况、知识产权许可或转让合同、知识产权申请/受理文件、生产批文、新产品或新技术证明（查新）材料、产品质量检验报告、省级以上科技计划立项证明、科技成果申报文件、知识产权示点示范企业证明、知识产权优势企业证明等。

(3) 被调查方的科研费用等财务情况：注意核查目标企业在运营过程中是否维持高新技术企业应当满足的《高新技术企业认定管理办法》等相关法律规定的科研费用指标。

(4) 被调查方的相关资格（资质）情况：包括增值电信业务经营许可证、网络文化经营许可证、互联网出版许可证、信息网络传播视听节目许可证、计算机信息系统集成资质证书、涉及国家秘密的计算机信息系统集成资质证书、高新技术企业认证证书等。

3.2 高新技术企业资质审查的要点

律师在对高新技术企业的尽职调查过程中应重点关注以下几类问题：

3.2.1 被调查方是否符合各项定量指标要求：

（1）审查核实被调查方是否达到《高新技术企业认定管理办法》等相关法律法规中要求的人员结构比例要求。可以通过审查被调查方相关科研人员的劳动合同、资质证书等证明文件。同时还要注意被调查方采用的统计方法是否符合要求。

（2）其他定量指标审查还包括，需审查核实被调查方是否符合《高新技术企业认定管理办法》等相关法律法规中要求的研发费用比例要求、高新技术产品收入比例要求、被调查方自主知识产权数量、销售与总资产成长性等指标要求等。一般而言，律师应通过审查被调查方的财务报表来确认该等定量指标。

3.2.2 被调查方是否拥有核心自主知识产权：

（1）审查核心自主知识产权是否有知识产权证书、转让合同或者独占许可合同予以支持。

（2）相关知识产权及/或证书是否在有效期内，权利主体是否清楚明确。

（3）对于被调查方的知识产权，律师需注意审查相关知识产权是否符合《高新技术企业认定管理办法》等相关法律法规对高新技术企业知识产权的要求。

3.2.3 被调查方业务是否属于高新技术范围

对于《国家重点支持的高新技术领域》规定的八类高新范围（电子信息技术、生物与新医药技术、航空航天技术、新材料技术、高技术服务业、新能源及节能技术、资源与环境技术、高新技术改造传统产业），律师应审查被调查方在营业执照上的经营范围以及相关合同中对产品或服务的表述是否符合高新技术业务领域的表述。同时还要注意审查若被调查方在近年内业务范围发生变化，是否及时变更了申报领域。

3.2.4 证明各项定性要求的材料是否充分

认定高新技术企业所需满足的企业研究开发组织管理水平、科技成果转化能力等指标是定性要求，律师在审查被调查方是否满足这类定性指标时需要注意：

（1）审查被调查方是否建立起一套完善的项目组织管理制度。包括有无企业内外部立项文件或者项目可行性报告，注意审查立项报告批准时间和批准部门。

（2）审查被调查方是否建立了研发投入核算体系，可要求被调查方提供研发投入核算体系的制度文件。

（3）审查被调查方与高校、科研院所之间有无具有实质内容的产学研合作协议，或有关部门出具的合作项目立项文件。

（4）审查被调查方是否设有研发机构并具备相应的设施和设备，审查的资料可以包括有关部门的研发中心（技术中心）批准文件或建立内部研发机构的说明资料。

（5）审查被调查方是否建立了研发人员的绩效考核奖励制度，可通过被调查方内部有关研究开发奖励等文件进行审查。

（6）被调查方核心研发团队自进入被调查方公司以来所获得的成果。

3.2.5 无形资产出资是否有瑕疵：

（1）股东以无形资产出资的，无形资产的形成及权属是否清晰，权利行使是否有限制，无形资产评估是否存在瑕疵。

（2）无形资产的形成及有效性，核心技术的形成及是否有完整权利。

（3）权属情况及纠纷或潜在纠纷，自然人股东以无形资产出资的，确认是否为非职务成果。

第四章

高新技术企业知识产权尽职调查

4.1 知识产权尽职调查的目的

商业计划或交易中的知识产权尽职调查是通过收集被调查方的知识产权资料并分析其与预期进行的商业计划或交易相关的风险和收益，为委托方或预期投资者提供被调查方可能影响预期商业计划或交易定价及其他关键因素的详细知识产权信息。因具体商业计划或交易不同，委托方在知识产权尽职调查中所期望达到的目的也会不同。一般来说，知识产权尽职调查需要确认相关知识产权资产是否与交易目的就交易结构相符、知识产权资产的性质、有效性及价值；确认知识产权资产的权属及许可使用情况；确认知识产权资产上的担保权益情况；确认与知识产权资产相关的约定、协议、纠纷、诉讼情况；等等。

4.2 知识产权尽职调查的范围

根据委托方对知识产权尽职调查目的的不同，知识产权尽职调查的范围通常也不尽相同。一般来说，有效的知识产权尽职调查应包括但不限于以下内容：

4.2.1 知识产权的权属情况及被调查方对其的占有情况

对任何形式登记注册或申请的知识产权，律师应审查其现存效力情况权属登记状况，并确定其所有权与被调查方是否一致。对于无须注册但对被调查方很重要且由其使用的知识产权，应追查该等知识产权的来源是否合法，且是否有相关凭证加以证明。在很多情况下，具有重要价值的知识产权并不属于被调查方所有，而是由其附属公司或关联公司所有。若某一特定的知识产权是受让的权利，律师应审查转让方与受让方之间的转让文件是否清楚地安排了前后衔接的权利和义务。若被调查方的知识产权许可给第三方使用或者是经第三方许可使用的，律师还需要了解以下情况：

（1）该等知识产权许可或被许可的权利的类型，是独占许可、排他性许可还是普通许可；

（2）该等知识产权许可或被许可使用的地域范围及许可或被许可使用的商品或服务的范围；

（3）该等知识产权许可或被许可是否允许转许可；

（4）该等知识产权许可或被许可是否允许分许可；

（5）该等知识产权许可或被许可使用的期间及使用费；

（6）该等知识产权许可或被许可相关的许可协议中，任何可能会对预期进行的商业计划或交易的价值产生重大影响的条款等。

4.2.2 被调查方知识产权的价值和其独占使用范围

律师应审查被调查方的知识产权对于商业计划或交易对方的战略价值，及该知识产权在市场上的独占地位是否有效。律师应审查被调查方所使用的关键专利权、商标权或著作权的有效期限，并确认被调查方已缴纳为保持该等无形资产有效性的维持费用及提交了维持相关权利的必要文件。律师应审查被调查方驰名商标的认定情况，关注被调查方的商标与其他方的商号、域名之间是否存在权利冲突。另外，律师还应审查被调查方是否在海外市场保护其知识产权权利。知识产权具有地域性，其保护范围以不同法律管辖权为基础而变化，委托方应了解审查被调查方是否能在海外扩展其知识产权的保护以及该等扩展保护的范围。

4.2.3 有关被调查方知识产权的潜在责任风险

在尽职调查过程中，律师还应从被调查方的竞争者和/或第三方的角度来评估竞争者或其他方向被调查方提出侵权索赔的潜在风险。

4.3 知识产权尽职调查的方法

(1) 律师通过对经注册或申请核准的知识产权组合的审查以获得对被调查方所拥有的或使用的、已注册或申请的知识产权的全面了解。若该等信息无法从被调查方内部直接获得，则需进行相关的注册权利检索，律师应在知识产权主管国家机关的公示或者公开查询渠道进行核实，并进行分析以查明特定的知识产权所有权归属、权利存续期间及其他主要特征。

(2) 律师通过对不需要注册的知识产权权利的审查以获得对被调查方所拥有的未注册知识产权权利（如专有技术、产品或商业秘密）的全面了解。若该等信息无法从被调查方内部直接获得，则在可行情况下，可走访相关人员以获得被调查方的知识产权战略及执行程序等相关信息。律师可通过走访研发中心、工厂、仓库等场所，以现场访谈的调查方式获得更为详细的信息。

(3) 律师通过对由上述方式获得的信息的分析来评估知识产权权利的保护状况。

(4) 律师对知识产权法律权利的审查，包括但不限于所有权证书、与其员工关于知识产权权利归属的协议、内部的知识产权管理制度、委托/合作研究的研发费用支付及权利归属约定以及注册权利的维持费负担等分析目标知识产权的权属状况及实际受益人。

(5) 律师通过对上述所获得的信息的分析及走访有关人员来审查，包括但不限于许可协议、技术协助协议、联合开发协议、代理制造协议、保密协议及未被披露的协议确定目标知识产权的开发链。

(6) 律师通过对被调查方知识产权保护政策的审查得出能否获得及增加目标知识产权保护的机会。

(7) 现场调查。

4.4 知识产权尽职调查的分类

根据知识产权类型的不同，律师在尽职调查中的侧重点也会有所不同，所需审查的文件也不尽相同。知识产权一般分为专利权、商标权、著作权、植物新品种权、商业秘密、域名、集成电路布图设计，等等。

4.4.1 专利权尽职调查

4.4.1.1 专利权根据现行有效的法律又可分为三类：发明、实用新型、外观设计。律师在对专利权的尽职调查中应审查的内容包括但不限于：

（1）专利权及专利申请权的权属情况及登记情况，是否存在与任何第三方共有的情形；

（2）专利权的有效期限，相关费用是否支付；

（3）专利权是否有权利质押等权利限制的情形；

（4）专利权及专利申请权是否发生过转让；

（5）专利权有无强制许可或排他性许可、普通许可等情况，许可是否备案登记；

（6）是否存在与专利权相关的职务发明、委托发明、合作发明的情况；

（7）是否存在与专利权相关的潜在纠纷或诉讼情况等。

律师在对专利权的尽职调查中主要考察专利登记簿副本，还应关注被调查方所拥有或经许可使用的专利权的所属管辖情况，了解被调查方是否已在境外实际经营，该等经营是否涉及相关专利权的使用，相关知识产权是否已在境外经营所在地管辖权下获得知识产权权利保护，是否存在侵犯第三方知识产权或发生潜在纠纷的情况等。

4.4.1.2 律师在对专利权尽职调查中应审查的文件包括但不限于：

（1）被调查方的基本信息，包括经营范围、商业运作模式、主要产品等，以确认被调查方的主营业务可能会涉及的专利权或相关资质、技术要求等；

（2）被调查方的专利权登记清单，包括被调查方所有、与共有人共同所有或被调查方仅享有使用权的专利权情况；

（3）国家知识产权局颁发的专利权证书；

（4）正在申请专利权审批的受理文件；

（5）与专利权相关的转让协议、许可使用协议、质押协议、共同技术开发协议、委托协议等；

（6）专利实施许可合同备案通知书；

（7）专利权质押合同登记通知书；

（8）与专利权相关的诉讼、仲裁情况说明及相关判决书或行政机关处罚通知书；

（9）被调查方内部关于职务发明的规章制度；

（10）被调查方内部的专利奖励制度及执行情况；

（11）被调查方与知识产权有关的股东会、董事会决议及会议记录；

（12）聘请的律师事务所、知识产权代理机构等名单及相关委托协议等；

（13）专利缴费凭证等。

4.4.2 商标权尽职调查

4.4.2.1 律师在对商标权的尽职调查中应审查的内容包括但不限于：

（1）商标权及商标权申请的权属情况；

（2）被调查方商标的使用情况，如实际使用商标与注册商标是否相同，注册商标的类别是否包含了主营业务，对供应商必要的商标使用是否有许可和管理监控；

（3）商标权的有效期限，是否进行续展，相关费用是否支付；

（4）商标权是否有设定任何担保权益或其他任何负担；

（5）商标权是否发生过转让，有无独占许可、排他性许可、普通性许可等情况；

（6）登记注册的商标是否与实际经营生产所使用的标识一致；

（7）是否存在防御商标长时间不使用的情况；

（8）是否存在与商标权相关的潜在纠纷或诉讼情况等。

律师在对商标权的尽职调查中还应特别注意是否存在集团企业内部公司之间对于商标权共同使用的安排，重点核查该等安排相关协议条款的规定、共同使用商标权的权属情况等。

4.4.2.2 律师在对商标权的尽职调查中应审查的文件包括：

（1）被调查方商标权登记清单，包括商标权注册号、申请号、商标权注册类别等；

（2）国家工商行政管理总局商标局颁发的商标权注册登记证书；

（3）商标权申请注册登记的相关文件；

（4）商标权转让协议、许可使用协议、质押协议；

（5）商标使用许可合同备案通知书；

（6）商标专用权质押登记证；

（7）与商标权相关的诉讼、仲裁情况说明及相关判决书或行政机关处罚通知书；

（8）其他上述商标权审查文件中提及的知识产权相关文件。

4.4.3 著作权尽职调查

不同于专利权及商标权受限于须经注册登记而受法律保护，著作权自作品创作完成之日起产生，不以注册登记为要件。一般而言，大部分企业会将商业用途的著作权进行登记，而不对仅内部使用的著作权作登记。

4.4.3.1 律师在对著作权的尽职调查中应审查的内容包括但不限于：

（1）著作权的权属情况；

（2）著作权的保护期；

（3）著作权的许可使用情况，包括但不限于许可使用地域范围、许可使用权利种类（专有许可还是非专有许可）、许可期间、是否允许转许可；

（4）著作权是否发生过转让；

（5）著作权是否有设定任何权利限制；

（6）是否存在与著作权相关的潜在纠纷或诉讼情况；

（7）是否是职务作品等；

（8）委托创作、合作创作的作品，是否有合同约定，著作权属如何约定。

4.4.3.2 律师在对著作权的尽职调查中应审查的文件包括但不限于：

（1）国家或地方版权登记机构颁发的著作权登记证书、首次发表作品、创作底稿等；

（2）著作权权利归属的文件，包括但不限于著作权权利归属协议、委托协议、合作协议、任务书等；

（3）著作权许可使用的文件，包括但不限于著作权许可使用协议或授权使用证明、授权书等；

（4）著作权权利质押的文件：质权合同及国家版权局的《著作权质权登记簿》；

（5）著作权转让的文件，包括但不限于著作权转让合同；

（6）与著作权相关的诉讼、仲裁情况说明及相关判决书或行政机关处罚通知书；

（7）被调查方关于著作权使用的规章制度；

（8）是否有职务作品归属协议等。

4.4.4 软件著作权尽职调查

4.4.4.1 律师在对软件著作权的尽职调查中应审查的内容包括但不限于：

(1) 软件著作权的权属情况及登记情况；

(2) 软件著作权的许可使用情况；

(3) 软件著作权是否设定有任何担保权益或其他任何负担；

(4) 软件著作权是否发生过转让；

(5) 是否存在与软件著作权相关的潜在纠纷或诉讼情况等；

(6) 是否是职务作品；

(7) 被调查方使用的第三方软件是否得到合法授权。

4.4.4.2 律师在对软件著作权的尽职调查中应审查的文件包括但不限于：

(1) 中国版权保护中心颁发的软件著作权登记证书；

(2) 国家工业与信息化部颁发的软件产品登记证书；

(3) 与软件著作权相关的转让协议、许可使用协议、质押协议及其相关的登记注册文件；

(4) 与软件著作权相关的诉讼、仲裁情况说明及相关判决书或行政机关处罚通知书；

(5) 被调查方关于软件内部使用的规章制度；

(6) 其他上述专利权审查文件中提及的知识产权相关文件；

(7) 是否有职务作品归属协议等。

4.4.5 其他知识产权的尽职调查

4.4.5.1 商业秘密尽职调查

律师在进行商业秘密尽职调查过程中，应着重调查以下事项：

（1）被调查方拥有的商业秘密的内容、数量、范围以及重要性；

（2）被调查方采取的商业秘密保护措施；

（3）商业秘密的对外合作及使用情况；

（4）商业秘密的潜在法律风险。

4.4.5.2 域名尽职调查

律师应要求被调查方提供所有的域名注册或转让协议、缴费凭据、备案信息等，以核查域名的来源是否合法、是否已过期、域名所有者是否与电信行政管理部门网站备案系统中所备案的网站主办单位一致，核查该等域名是否同时被注册登记为被调查方的商标权；是否存在由域名注册引起的诉讼或仲裁；是否存在侵犯第三方商标权的潜在风险；该域名是否已经过期或失效等。

4.4.5.3 植物新品种权尽职调查

律师可以根据《植物新品种保护条例》等法律法规的规定，对品种权、申请权、优先权、许可权、转让权、放弃权、保护年限、年费等内容进行尽职调查。

对植物新品种的尽职调查包含植物新品种的品种权保护和品种审定两部分，在对植物新品种进行尽职调查时需要进行区分。

(1) 律师在对植物新品种的尽职调查中应审查的内容包括但不限于：

①植物新品种申请品种权的申请情况，包括品种名称、申请日、培育人、申请人、共同申请人、品种来源、申请日期。

②植物新品种取得品种权的授权审查情况，包括品种名称、授权日、培育人、品种权人、共同品种人、品种来源、申请日期、品种权证书号等。

③申请植物新品种权品种的来源亲本是否在申请品种权、申请情况；或申请植物新品种权品种的来源亲本是否已经取得品种权等，该亲本的使用是否被授权许可。

④植物新品种与亲本品种的申请品种权的共同申请人，及取得品种权的共同品种权人是否存在交叉，及共同申请人和品种权人的基本情况。

⑤取得植物新品种权品种的有效期限，是否按时交纳了年费。

⑥植物新品种获得授权后权利的许可、转让等情况，包括该品种对外的授权是独占许可、排他性许可或者是一般许可，若该品种有共同品种权人，该共同品种权人是否同意许可或转让。

⑦若该植物新品种属于农业部以及各省级人民政府农业行政主管部门确定的主要农作物品种,则需要调查植物新品种审定的基本情况，包括申请审定的品种名称、审定名称与申请或授权品种权名称是否一致、何时申请审定、在何省份申请、是否申请国家审定、审定通过的时间、审定证书、审定编号、审定单位、培育人、审定单位与申请人或品种权人名称是否一致等。

⑧已审定的品种，是否按照农业部的规定向中国农业科学院作物科学研究所国家种质库提交品种标准样（标准样品作为审定通过品种的实物档案，将由国家农作物种子质量检验中心进行统一封存保管，形成共享的DNA指纹图谱信息，作为鉴定品种真实性和纯度的对照）。

⑨是否存在与申请植物新品种权的品种、取得品种权品种的相关的潜在纠纷或诉讼情况等。

⑩植物新品种的生产方法，是否依照专利法的规定申请专利权。

(2) 律师在对植物新品种的尽职调查中应审查的文件包括但不限于：

①农业部植物新品种保护办公室关于植物新品种权的申请公告；

②农业部植物新品种保护办公室关于植物新品种权的授权公告；

③植物新品种权证书；

④植物新品种权年费缴纳票据等；

⑤植物新品种亲本的品种权证书及年费缴纳;

⑥主要农作物品种审定认定证书；

⑦植物新品种权转让协议、许可使用协议、质押协议；

⑧植物新品种自申请品种权之日起在历年生产、销售中出现的质量纠纷及索赔，农业行政执法部门是否进行处罚及相关处罚文件、处理结果；

⑨与植物新品种相关的诉讼、仲裁情况说明及相关判决书；其他上述植物新品种审查文件中提及的知识产权相关文件。

4.4.5.4 集成电路布图设计专有权尽职调查

(1) 律师在对集成电路布图设计(以下简称布图设计)专有权的尽职调查中应审查的内容包括但不限于：

①布图设计专有权的权属情况；

②是否存在与布图设计专有权相关的合作创作、委托创作的情况；

③布图设计专有权的有效期；

④布图设计专有权的许可使用情况；

⑤布图设计专有权是否存在任何权利质押或其他权利限制；

⑥布图设计专有权是否发生过转让；

⑦是否存在与布图设计专有权相关的潜在纠纷或诉讼情况等。

(2) 律师在对布图设计专有权的尽职调查中应审查的文件包括但不限于：

①国家知识产权局颁发的布图设计专有权登记证书；

②) 与布图设计专有权相关的合作协议、委托协议、许可使用协议；

③与布图设计专有权相关的转让协议、质押协议及其相关的登记文件；

④与布图设计专有权相关的诉讼、仲裁情况说明及相关判决书或行政机关处罚通知书。

4.4.6 除本指引已列举之外的其他知识产权，律师可以按照法律法规的相关规定和要求，依照与委托人签订的委托合同的约定，进行尽职调查。

4.5 知识产权尽职调查的注意事项

4.5.1 本指引提供了通常知识产权尽职调查的范围和内容参考，除非委托人明确要求对技术使用自由度、专利技术重要性、专利权利稳定性、商标权利稳定性、与在先权利冲突等进行调查和分析，否则通常法律尽职调查不包括该类内容。建议调查人提示委托人是否需要开展这些方面的调查。

4.5.2 对专利、商标等有官方网站可以查询的信息，律师应进行网上调查确认知识产权信息，应当注明查询时间，与当事人约定到相关政府部门现场查询的除外。

律师应同时通过网络核查被调查方知识产权权属、许可使用、质押担保、法律状态、相关诉讼等情况。

(1) 专利权检索网址为： http://epub.sipo.gov.cn/gjcx.jsp；

(2) 商标权检索网址为： http：//sbj.saic.gov.cn/；

(3) 域名检索网址为： http：//www.cnnic.net.cn/；

(4) 工业与信息化部域名备案信息检索网址为：http://www.miitbeian.gov.cn/;

(5) 软件著作权检索网址之一为： http：//www.ccopyright.com.cn/；

(6) 诉讼情况检索网址为：http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/（中国裁判文书网）；http://ipr.court.gov.cn/（中国知识产权裁判文书网）；

(7) 农业部主要农作物品种审定查询网址：http://www.seedchina.com.cn/；

(8) 植物新品种权查询网址：http://www.cnpvp.cn。

对通过国家知识产权局、国家商标局网站、中国互联网信息中心网站、中国版权保护中心网站的检索，应保留相应的截屏记录并注明检索时间。

值得注意的是，以上对公众开放的数据库与真实的信息可能存在一定的差异或时延，且可能因时间不同而发生变化。律师应事先向客户告知该等风险和可能性的存在，并在律师工作报告中加以说明。建议律师详细记录自己核查相关信息的具体时间，并保留相关查询的原始记录。

4.5.3 详细调查集团企业内部关于知识产权的安排

律师应关注是否存在集团企业及其子公司或子公司之间共同使用知识产权的情况，应重点核查该等知识产权的权利人情况、相关知识产权文件（包括但不限于转让协议、许可协议、保密协议等）及其中相关约定和签署方的情况，是否存在由此引起的潜在纠纷或法律瑕疵。律师应对知识产权的权属、效力等状况和潜在侵权风险进行调查，并根据实际情况建议当事人进行侵权风险的专项调查。

4.5.4 确认关于共同开发知识产权的情况

若被调查方的部分知识产权为与第三方共同开发的知识产权，律师应重点关注关于共同开发知识产权协议中知识产权权属、许可使用或其他相关权利和义务的安排。若在没有协议约定该等知识产权权属的情况下，共同开发各方均享有知识产权的权利，且各方均可自行使用或许可第三方使用该等知识产权。

4.5.5 审查职务发明的情况

律师应对被调查方核心技术研发人员进行访谈并审查被调查方与该等研发人员关于职务发明的协议，以确认有关职务发明的权利和义务的安排。律师还应审查被调查方内部关于职务发明及相关知识产权权属安排的规章制度，及发明人员工奖励费用的支付情况。

4.5.6 审查有关知识产权交易的审批及登记要求

受限于相关法律法规的要求，对于某些特定的知识产权的许可使用、权属转让须经相关部门审批登记，律师应重点关注审查该等知识产权及其交易的审批手续是否完备。

4.5.7 研发项目中的知识产权状况及评估

对于被调查方正在研发中的项目（含各类已向政府申报并获得政府立项资助之项目），截至尽职调查进行时项目当前研发进度所包含的知识产权以及项目研发完成时拟形成的知识产权进行统计、梳理及评估，重点关注其权利归属。

（本操作指引由中华全国律师协会信息网络与高新技术专业委员会负责起草。主要执笔人：俞卫锋、马勇、黄凯、毛莉；作出贡献的还有：陈际红、蔡海宁、詹朝霞、王永红、刘宇梅、田子军、饶卫华、夏巍、黄玲、黄勇、吴姗、车捷、邹毅、姜晓亮、陈顺、原浩、钱钧、刘春泉、柏立团、何放、瞿淼、俎晓彤、李庆峰、迟菲、徐家力、马克伟、寿步等）

## 律师承办公司关联交易业务操作指引

目录

第一章总则 / 290

第二章关联交易识别 / 291

第一节关联方识别 / 291

第二节关联交易类别识别 / 296

第三节关联交易规模识别 / 300

第三章约束关联交易的依据 / 303

第一节一般规定 / 303

第二节约束普通公司关联交易的依据 / 304

第三节约束国家出资企业关联交易的依据 / 304

第四节约束金融机构关联交易的依据 / 305

第五节约束上市公司关联交易的依据 / 306

第六节约束非上市公众公司关联交易的依据 / 307

第四章律师办理公司关联交易业务操作指引 / 307

第一节一般规则 / 307

第二节普通公司关联交易法律服务业务操作指引 / 308

第三节国家出资企业关联交易法律服务业务操作指引 / 308

第四节金融机构公司关联交易法律服务业务操作指引 / 311

第五节上市公司关联交易法律服务业务操作指引 / 317

第六节非上市公众公司关联交易法律服务业务操作指引 / 319

第五章律师协助公司规范关联交易业务操作指引 / 319

第一节协助普通公司规范关联交易法律服务业务操作指引 / 320

第二节协助国有企业及国有公司规范关联交易法律服务的业务操作指引 / 320

第三节协助金融机构公司规范关联交易法律服务业务操作指引 / 321

第四节协助上市公司规范关联交易法律服务业务操作指引 / 323

第六章附则 / 323

第一章

总则

第1条宗旨

为指导律师承办公司关联交易业务，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，防范执业风险，充分发挥律师在公司治理中的作用，依据《中华人民共和国公司法》和其他相关法律法规以及《律师承办公司治理业务操作指引》，制定本指引。

第2条公司关联交易业务

律师的公司关联交易业务是指律师为目标公司拟进行的与关联交易事项有关的活动提供程序正当性审查的法律服务的执业行为。公司关联交易业务包括为目标公司关联交易事项提供法律服务和规范其关联交易提供法律服务的业务。

第3条关联交易定义

公司关联交易是指公司与其关联方之间发生的转移资源或义务的行为或事项。

第4条本指引关注的关联交易主体

4.1 针对关联交易主体，本指引既关注普通公司，也关注对关联交易具有重大敏感性的主要类别公司，分列如下：

（1）普通公司；

（2）国家出资企业；

（3）公司制金融机构；

（4）上市公司；

（5）非上市公众公司。

4.2 各类型公司所包括的范围：

（1）普通公司是指根据《中华人民共和国公司法》设立的有限责任公司和股份有限公司。

（2）国家出资企业包括国家出资的国有独资企业、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。

（3）公司制金融机构包括公司制商业银行、保险公司、证券公司、证券投资基金管理公司、信托公司、金融租赁公司和融资性担保公司。

（4）上市公司包括已上市公司和拟上市公司。已上市公司，是指已经公开发行股票并在中国上海证券交易所和深圳证券交易所上市交易其股票的公司；拟上市公司，是指已经股东大会决议拟在中国境内公开发行人民币普通股股票并在上海证券交易所或深圳证券交易所上市交易的公司。

（5）非上市公众公司，是指有下列情形之一且其股票未在证券交易所上市交易的股份有限公司：

①股票向特定对象发行或者转让导致股东累计超过200人；

②股票以公开方式向社会公众公开转让。

4.3 除非本指引明确提示按照适用于普通公司的相关规定操作，律师操作第4.1款所述第（2）、（3）、（4）、（5）类企业的关联交易业务时，建议直接按照本指引关于对应类型企业的类别指引操作。

第二章

关联交易识别

第5条关联交易识别

律师从事公司关联交易业务应当进行关联交易识别，包括关联方识别、关联交易类别识别和关联交易规模识别。

第一节关联方识别

第6条关联方识别的含义

关联方识别是指律师对拟进行资源或义务转移的各方之间是否构成关联关系进行审查并作出结论。

第7条普通公司的关联方识别

7.1 就普通公司而言，识别关联方的依据是《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》（《企业会计准则》）。根据该《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》，一方控制、共同控制另一方或对另一方施加重大影响，以及两方或两方以上同受一方控制、共同控制或重大影响的，构成关联方。

7.1.1 控制，是指有权决定一个公司的财务和经营政策，并能据以从该公司的经营活动中获取利益。

7.1.2 共同控制，是指按照合同约定对某项经济活动所共有的控制，仅在与该项经济活动相关的重要财务和经营决策需要分享控制权的投资方一致同意时存在。

7.1.3 重大影响，是指对一个公司的财务和经营政策有参与决策的权力，但并不能够控制或者与其他方一起共同控制这些政策的制定。

7.2 根据《企业会计准则》，下列各方构成公司的关联方：

（1）该公司的母公司。

（2）该公司的子公司。

（3）与该公司受同一母公司控制的其他公司和企业。

（4）对该公司实施共同控制的投资方。

（5）对该公司施加重大影响的投资方。

（6）该公司的合营企业。

（7）该公司的联营企业。

（8）该公司的主要投资者个人及与其关系密切的家庭成员；主要投资者个人，是指能够控制、共同控制一个企业或者对一个企业施加重大影响的个人投资者。

（9）该公司或其母公司的关键管理人员及与其关系密切的家庭成员；关键管理人员，是指有权力并负责计划、指挥和控制公司活动的人员，通常为公司董事和经理层人员（或称高级管理人员）；与主要投资者个人或关键管理人员关系密切的家庭成员，是指在处理与公司的交易时可能影响该个人或受该个人影响的家庭成员。

（10）该公司主要投资者个人、关键管理人员或与其关系密切的家庭成员控制、共同控制或施加重大影响的其他企业。

7.3 在普通公司的各关联方当中，律师应尤其关注公司的股东、实际控制人、董事、监事、关键管理人员。

7.4 仅与公司存在下列关系的各方，不构成公司的关联方：

（1）与该公司发生日常往来的资金提供者、公用事业部门、政府部门和机构；

（2）与该公司发生大量交易而存在经济依存关系的单个客户、供应商、特许商、经销商或代理商；

（3）与该公司共同控制合营企业的合营者。

7.5 律师应当注意，仅仅同受国家或地方出资机构控制（例如同受国务院国有资产监督管理委员会控制或同受同一地方国有资产监督管理委员会控制）而不存在其他关联方关系的公司或企业，不构成关联方。

第8条国家出资企业的关联方识别

就企业国有资产监督管理而言，国家出资企业的关联方与《企业会计准则——关联方关系及交易披露》规定的关联方范围一致，其中最值得律师关注的是该企业的董事、监事、高级管理人员及其近亲属，以及这些人员所有或者实际控制的企业。

第9条公司制金融机构的关联方识别——商业银行

9.1 律师应当留意，本指引第49.1款所列外部规范性文件，已经对商业银行的关联方作出细致的特别界定：商业银行的关联方包括关联自然人、法人或其他组织。

9.1.1 商业银行的关联自然人包括：

（1）商业银行的内部人；

（2）商业银行的主要自然人股东；

（3）商业银行的内部人和主要自然人股东的近亲属；

（4）商业银行的关联法人或其他组织的控股自然人股东、董事、关键管理人员；

（5）对商业银行有重大影响的其他自然人。

9.1.1.1 商业银行的内部人包括商业银行的董事、总行和分行的高级管理人员、有权决定或者参与商业银行授信和资产转移的其他人员。

9.1.1.2 商业银行的主要自然人股东是指持有或控制商业银行5%以上股份或表决权的自然人股东。自然人股东的近亲属持有或控制的股份或表决权应当与该自然人股东持有或控制的股份或表决权合并计算。

9.1.1.3 近亲属包括父母、配偶、兄弟姐妹及其配偶、成年子女及其配偶、配偶的父母、配偶的兄弟姐妹及其配偶、父母的兄弟姐妹及其配偶、父母的兄弟姐妹的成年子女及其配偶。

9.1.2 商业银行的关联法人或其他组织包括：

（1）商业银行的主要非自然人股东（即能够直接、间接、共同持有或控制商业银行5%以上股份或表决权的非自然人股东）；

（2）与商业银行同受某一企业（国有资产管理公司除外）直接、间接控制的法人或其他组织；

（3）商业银行的内部人与主要自然人股东及其近亲属直接、间接、共同控制（通过合同约定或一致行动）或可施加重大影响（不能决定人事、财务和经营决策，但能参与决策）的法人或其他组织；

（4）其他可直接、间接、共同控制商业银行或可对商业银行施加重大影响的法人或其他组织。

9.2 与商业银行关联方签署协议、作出安排，生效后符合前述关联方条件的自然人、法人或其他组织视为商业银行的关联方。

9.3 自然人、法人或其他组织因对商业银行有影响，与商业银行发生授信、资产转移、提供服务或其他转移资源或义务的交易行为未遵守商业原则，有失公允，并可据以从交易中获取利益，给商业银行造成损失的，商业银行应当按照实质重于形式的原则，将其视为关联方。

第10条保险公司的关联方识别

本指引第49.2款所列外部规范性文件将保险公司的关联方主要分为以股权关系为基础的关联方、以经营管理权为基础的关联方和其他关联方。

10.1 以股权关系为基础的关联方包括：

（1）保险公司股东及其董事长、总经理；

（2）保险公司股东直接、间接、共同控制的法人或者其他组织及其董事长、总经理；

（3）保险公司股东的控股股东及其董事长、总经理；

（4）保险公司直接、间接、共同控制的法人或者其他组织及其董事长、总经理。

本条所称保险公司股东，特指能够直接、间接、共同持有或者控制保险公司5%以上股份或表决权的股东。

10.2 以经营管理权为基础的关联方包括：

（1）保险公司董事、监事和总公司高级管理人员及其近亲属；

（2）保险公司董事、监事和总公司高级管理人员及其近亲属直接、间接、共同控制或者可施加重大影响的法人或者其他组织。

10.3 其他关联方是指不属于上述第10.1款和第10.2款所列的关联方范围，但是能够对保险公司施加重大影响，不按市场独立第三方价格或者收费标准与保险公司进行交易的自然人、法人或者其他组织。

第11条证券公司的关联方识别

证券公司的关联方按照《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》确定，即本指引第7条所列各方。律师应当尤其关注公司的股东、实际控制人、董事、监事、经理层人员。

第12条证券投资基金管理公司的关联方识别

证券公司的关联方按照《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》确定，即本指引第7条所列各方。律师应当尤其关注公司的股东、实际控制人、董事、监事、经理层人员。

第13条信托公司的关联方识别

信托投资公司关联方的确定应遵循实质重于形式的原则。具体为：

（1）信托投资公司的控制方。包括但不仅限于：信托投资公司10％及以上名义股权的股东；通过委托他人管理、代持股、共同持股、私下转让、抵押形式达到10％及以上股权的实际股东、名义股东；通过其他方式投资信托投资公司，并能对信托投资公司的经营决策产生重大影响的机构和入股比例超过5％的自然人。

（2）信托投资公司控制的公司。包括但不仅限于：信托投资公司的控股子公司；其子公司单独或者共同持股20％以上的公司，或持股不足20％但处于最大股东地位的公司；信托投资公司以其他方式控制或者对其经营产生重大影响的公司。

（3）信托投资公司实际控股股东控制的除信托投资公司之外的关联企业；公司自然人股东、高级管理人员、关键管理人员及这些自然人的近亲属控制的公司。

第14条金融租赁公司的关联方识别

证券公司的关联方按照《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》确定，即本指引第7条所列各方。律师应当尤其关注公司的母公司、子公司、受同一母公司控制的其他所有子公司、合营企业、联营企业；关注公司的主要投资者个人、关键管理人员或与其关系密切的家庭成员以及他们控制的其他企业。

第15条融资担保公司的关联方识别

融资租赁公司的关联方识别与金融租赁公司相同。

第16条上市公司的关联方识别

16.1 上市公司关联方识别的依据是上海证券交易所和深圳证券交易所分别颁布的《上市公司关联交易实施指引》。根据该等指引，上市公司的关联人包括关联法人和关联自然人。

16.1.1 具有以下情形之一的法人或其他组织，为上市公司的关联法人：

（1）直接或者间接控制上市公司的法人或其他组织；

（2）由上述第（1）项所列主体直接或者间接控制的除上市公司及其控股子公司以外的法人或其他组织；

（3）由下述第16.2款所列上市公司的关联自然人直接或者间接控制的，或者由关联自然人担任董事、高级管理人员的除上市公司及其控股子公司以外的法人或其他组织；

（4）持有上市公司5%以上股份的法人或其他组织；

（5）根据实质重于形式原则认定的其他与上市公司有特殊关系，可能导致上市公司利益对其倾斜的法人或其他组织，包括持有对上市公司具有重要影响的控股子公司10%以上股份的法人或其他组织等。

16.1.2 上市公司与上述第16.1.1项第（2）项所列主体受同一国有资产管理机构控制的，不因此而形成关联关系，但该主体的法定代表人、总经理或者半数以上的董事兼任上市公司董事、监事或者高级管理人员的除外。

16.2 具有以下情形之一的自然人，为上市公司的关联自然人：

（1）直接或间接持有上市公司5％以上股份的自然人；

（2）上市公司的董事、监事和高级管理人员；

（3）第7.2款所列关联法人的董事、监事和高级管理人员；

（4）上列三项所述人士的关系密切的家庭成员；

（5）本所根据实质重于形式原则认定的其他与上市公司有特殊关系，可能导致上市公司利益对其倾斜的自然人，包括持有对上市公司具有重要影响的控股子公司10%以上股份的自然人等。

16.3 具有以下情形之一的法人、其他组织或者自然人，视同上市公司的关联人：

（1）根据与上市公司或者其关联人签署的协议或者作出的安排，在协议或者安排生效后，或在未来12个月内，具有本指引第7.2款或者第16.1款规定的情形之一；

（2）过去12个月内，曾经具有本指引第7.2款或者第16.1款规定的情形之一。

第17条非上市公众公司的关联方识别

外部规范性文件尚未就非上市公众公司的关联方识别作出明确规定。建议律师参照上市公司的标准和方式对非上市公众公司进行关联方识别。

第二节关联交易类别识别

第18条关联交易类别识别的含义

关联交易类别识别是指律师对关联方之间拟进行的资源或义务转移行为或其他交易行为是否属于外部规范性文件规定的关联交易行为进行审查并作出结论。

第19条普通公司的关联交易类别识别

19.1 普通公司的关联交易是指在关联方之间发生转移资源或义务的事项，而不论是否收取价款。以下是《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》列举的关联方交易类别的例子：

（1）购买或销售商品；

（2）购买或销售除商品以外的其他资产；

（3）提供或接受劳务；

（4）代理；

（5）租赁；

（6）提供资金(包括以现金或实物形式的贷款或权益性资金)；

（7）担保和抵押；

（8）管理方面的合同；

（9）研究与开发项目的转移；

（10）许可协议；

（11）关键管理人员的报酬。

第20条国家出资企业的关联交易类别识别

外部规范性文件没有对国家出资企业的关联交易类别进行类别性具体规定，建议律师按照本指引第19条关于普通公司的关联交易类别进行识别。

第21条商业银行的关联交易类别识别

商业银行的关联交易类别特指商业银行与关联方之间发生的转移资源或义务的下列事项：

（1）授信；

（2）资产转移；

（3）提供服务；

（4）中国银行业监督管理委员会规定的其他关联交易。

21.1 授信是指商业银行向客户直接提供资金支持，或者对客户在有关经济活动中可能产生的赔偿、支付责任作出保证，包括贷款、贷款承诺、承兑、贴现、证券回购、贸易融资、保理、信用证、保函、透支、拆借、担保等表内外业务。

21.2 资产转移是指商业银行的自用动产与不动产的买卖、信贷资产的买卖以及抵债资产的接收和处置等。

21.3 提供服务是指向商业银行提供信用评估、资产评估、审计、法律等服务。

第22条保险公司的关联交易类别识别

保险公司的关联交易是指保险公司与关联方之间发生的下列交易活动：

（1）保险公司资金的投资运用和委托管理；

（2）固定资产的买卖、租赁和赠与；

（3）保险业务和保险代理业务；

（4）再保险的分出或者分入业务；

（5）为保险公司提供审计、精算、法律、资产评估、广告、职场装修等服务；

（6）担保、债权债务转移、签订许可协议以及其他导致公司利益转移的交易活动。

第23条证券公司的关联交易类别识别

证券公司在进行下列交易时，交易的相对方或者与交易内容有利益关系的第三方系其关联方时，证券公司发生的交易为关联交易：

（1）证券经纪业务；

（2）证券投资咨询业务；

（3）与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问业务；

（4）证券承销与保荐业务；

（5）证券自营业务；

（6）证券资产管理业务；

（7）证券公司代销金融产品业务；

（8）证券公司借入或发行次级债券、次级证券业务；

（9）证券公司为期货公司提供中间介绍业务；

（10）经证监会批准的其他业务。

第24条证券投资基金管理公司的关联交易类别识别

证券投资基金管理公司的关联交易，包括基金财产投资于有价证券活动中的关联交易和公司自有资产对外投资活动中的关联交易。

第25条信托公司的关联交易类别识别

25.1 信托公司关联交易的范围包括：

（1）以固有财产与其关联方发生的交易；

（2）以信托财产与其关联方发生的交易；

（3）以不同信托账户下的信托财产进行的交易；

（4）以固有财产与信托财产发生的交易。

25.2 关联交易的形式包括贷款、担保、投资、租赁、买卖、提供服务等。

第26条金融租赁公司的关联交易类别识别

金融租赁公司的关联交易范围包括：

（1）与关联方进行的融资租赁业务；

（2）与关联股东发生的吸收关联股东1年期（含）以上定期存款的业务；

（3）向与其有关联关系的商业银行转让应收租赁款；

（4）在发行金融债券时，与关联方发生的相关交易；

（5）在同业拆借时，与其关联方发生的相关交易；

（6）向与其有关联关系的金融机构借款；

（7）与其关联方发生境外外汇借款；

（8）在进行租赁物品残值变卖及处理业务时，与其关联方发生相关交易；

（9）在进行经济咨询业务时，与其关联方发生相关交易；

（10）中国银行业监督管理委员会批准的其他业务。

第27条融资性担保公司的关联交易类别识别

融资担保公司的关联交易范围包括：

（1）融资担保公司与关联方进行的担保业务，包括贷款担保、票据承兑担保、贸易融资担保、项目融资担保、信用证担保以及其他融资性担保业务；

（2）融资担保公司为关联方进行的诉讼保全担保、投标担保、预付款担保、工程履约担保、尾付款如约偿付担保等履约担保业务；

（3）融资担保公司在进行与担保业务有关的融资咨询、财务顾问等中介服务时与关联方发生的交易；

（4）融资担保公司在以自有资金进行投资时与关联方发生的交易；

（5）监管部门规定的其他业务。

第28条上市公司的关联交易类别识别

上市公司的关联交易，是指上市公司或者其控股子公司与上市公司关联人之间发生的可能导致转移资源或者义务的事项，包括：

（1）购买或者出售资产；

（2）对外投资（含委托理财、委托贷款等）；

（3）提供财务资助；

（4）提供担保；

（5）租入或者租出资产；

（6）委托或者受托管理资产和业务；

（7）赠与或者受赠资产；

（8）债权、债务重组；

（9）签订许可使用协议；

（10）转让或者受让研究与开发项目；

（11）购买原材料、燃料、动力；

（12）销售产品、商品；

（13）提供或者接受劳务；

（14）委托或者受托销售；

（15）在关联人的财务公司存贷款；

（16）与关联人共同投资；

（17）证券交易所根据实质重于形式原则认定的其他通过约定可能引致资源或者义务转移的事项，包括向与关联人共同投资的公司提供大于其股权比例或投资比例的财务资助、担保以及放弃向与关联人共同投资的公司同比例增资或优先受让权等。

第29条非上市公众公司的关联交易类别识别

外部规范性文件尚未对非上市公众公司的关联交易类别作出明确规定，建议律师对非上市公众公司的关联交易类别识别范围与上市公司相同。

第三节关联交易规模识别

第30条关联交易规模识别的涵义

关联交易规模识别，是指律师根据拟进行关联交易的标的和对价的价值高低对关联交易应当履行的审查、批准和披露程序进行审查并作出结论。

第31条普通公司的关联交易规模识别

外部规范性文件没有对普通公司的关联交易规模进行明确规定，普通公司的关联交易规模通常由《公司章程》《股东会议事规则》《董事会议事规则》等公司内部控制制度文件规定。

第32条商业银行的关联交易规模识别

32.1 商业银行关联交易分为一般关联交易、重大关联交易。

32.1.1 一般关联交易是指商业银行与一个关联方之间单笔交易金额占商业银行资本净额1%以下，且该笔交易发生后商业银行与该关联方的交易余额占商业银行资本净额5%以下的交易。

32.1.2 重大关联交易是指商业银行与一个关联方之间单笔交易金额占商业银行资本净额1%以上，或商业银行与一个关联方发生交易后商业银行与该关联方的交易余额占商业银行资本净额5%以上的交易。

32.2 计算关联自然人与商业银行的交易余额时，其近亲属与该商业银行的交易应当合并计算；计算关联法人或其他组织与商业银行的交易余额时，与其构成集团客户的法人或其他组织与该商业银行的交易应当合并计算。

第33条保险公司的关联交易规模识别

33.1 保险公司关联交易分为重大关联交易和一般关联交易。

33.1.1 重大关联交易是指保险公司与一个关联方之间单笔交易额占保险公司上一年度末净资产的1%以上并超过500万元，或者一个会计年度内保险公司与一个关联方的累计交易额占保险公司上一年度末净资产10%以上并超过5 000万元的交易。

33.1.2 一般关联交易是指重大关联交易以外的其他关联交易。

33.2 计算关联交易额时，保险公司与关联方以及该关联方的关联方之间的交易应当合并计算。

第34条证券公司的关联交易规模识别

外部规范性文件没有对证券公司的关联交易规模进行明确规定。证券公司的关联交易规模通常由公司《章程》《股东会议事规则》《董事会议事规则》等公司内部控制制度文件规定。

第35条证券投资基金管理公司的关联交易规模识别

外部规范性文件同样没有对证券投资基金管理公司的关联交易规模进行明确规定，其关联交易规模通常由公司《章程》《股东会议事规则》《董事会议事规则》等公司内部控制制度文件规定。

第36条信托公司的关联交易规模识别

36.1 重大关联交易是指信托投资公司固有财产与一个关联方之间、信托投资公司信托财产与一个关联方之间、信托投资公司固有财产与信托财产之间、信托财产之间单笔交易金额占信托投资公司注册资本5%以上，或信托投资公司与一个关联方发生交易后，信托投资公司与该关联方的交易余额占信托投资公司注册资本20%以上的交易。

36.2 计算关联自然人与信托投资公司的交易余额时，其近亲属与该信托投资公司的交易应当合并计算；计算关联法人或其他组织与信托投资公司的交易余额时，与其构成集团客户的法人或其他组织与该信托投资公司的交易应当合并计算。

36.3 办理集合资金信托业务时，在任何一个会计年度与任何一个关联方交易的发生额，不得超过集合信托计划的50％。

36.4 办理固有项下业务时，对同一关系人授信及投资余额之和在任何时点上，不得超过公司资本净额的10％；对全部关系人授信及投资余额之和在任何时点上，不得超过公司资本净额的50％。

第37条金融租赁公司的关联交易规模识别

根据外部规范性文件的规定，金融租赁公司的关联交易规模分为一般关联交易和重大关联交易。重大关联交易，是指金融租赁公司与一个关联方之间单笔交易金额占金融租赁公司资本净额5%以上，或金融租赁公司与一个关联方发生交易后金融租赁公司与该关联方的交易余额占金融租赁公司资本净额10%以上的交易。

第38条融资担保公司的关联交易规模识别

外部规范性文件没有对融资担保公司的关联交易规模进行明确规定，融资担保公司的关联交易规模通常由公司《章程》《股东会议事规则》《董事会议事规则》等公司内部控制制度文件规定。

第39条上市公司的关联交易规模识别

39.1 律师进行上市公司关联交易规模识别的重点包括应当及时披露关联交易和应当提交董事会和股东大会批准的关联交易。

39.1.1 上市公司与关联自然人拟发生的交易金额在30万元以上的关联交易（上市公司提供担保除外），应当及时披露。

39.1.2 上市公司与关联法人拟发生的交易金额在300万元以上，且占公司最近一期经审计净资产绝对值0.5％以上的关联交易（上市公司提供担保除外），应当及时披露。

39.2 上市公司与关联人拟发生的关联交易达到以下标准之一的，除应当及时披露外，还应当提交董事会和股东大会审议：

（1）交易（上市公司提供担保、受赠现金资产、单纯减免上市公司义务的债务除外）金额在3 000万元以上，且占上市公司最近一期经审计净资产绝对值5％以上的重大关联交易。上市公司拟发生重大关联交易的，应当提供具有执行证券、期货相关业务资格的证券服务机构对交易标的出具的审计或者评估报告。对与日常经营相关的关联交易所涉及的交易标的，可以不进行审计或者评估。

（2）上市公司为关联人提供担保。

39.3 律师应当熟悉《上市规则》和《上市公司关联交易实施指引》规定的各类特定交易行为对应的单一交易金额和累计计算交易金额的确定办法。

第40条非上市公众公司的关联交易规模识别

外部规范性文件尚未对非上市公众公司的关联交易规模作出明确规定，建议律师对非上市公众公司的关联交易规模识别范围与上市公司相同。

第三章

约束关联交易的依据

第一节一般规定

第41条约束公司关联交易的依据的含义

约束公司关联交易的依据是指识别公司关联关系、关联交易类别和关联交易规模，规定关联交易内容的合法性和程序的正当性的所有规则、制度和文件，包括公司外部规范性文件和公司内部控制制度文件。

第42条外部规范性文件

42.1 约束公司关联交易的外部规范性文件包括法律、行政法规和部门规章以及证券交易所制定的有关公司关联关系和关联交易的规范性文件（本指引中统称“外部规范性文件”）。

42.2 律师应当注意，立法机关和各类行政执法部门根据不同种类公司和企业的业务特点，制定了针对性的关联交易规范性文件，进行相应约束。

第43条外部规范性文件的范围

本指引所列举的外部规范性文件为国家行政机关和行业监管机关颁布的规范性文件,另外也列举了可供律师参考的个别地方行政规章。

第44条内部控制制度文件

约束公司关联交易的内部控制制度文件，包括公司权力机构（例如股东会/股东大会）、决策机构（例如董事会）和经营管理机构（例如总经理）制定的有关本公司关联关系和关联交易的内部规章制度文件（本指引中统称“内部控制制度文件”）。

第二节约束普通公司关联交易的依据

第45条约束普通公司的外部规范性文件

45.1 约束普通公司关联交易的基础规范性文件为《中华人民共和国公司法》和《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》，这些规范性文件对所有公司的关联交易进行了最基本的规范和约束。

45.2 就关联关系和关联交易而言，律师应当尤其关注《中华人民共和国公司法》第16条第2款、第21条、第149条和第217条的规定。

第46条约束普通公司的内部控制制度性文件

46.1 约束普通公司关联交易的内部控制制度性文件通常为公司《章程》。

46.2 对于具备相当业务规模且关联方众多的公司，约束公司关联交易的内部控制制度文件通常还包括《股东会议事规则》和《董事会议事规则》。

46.3 对于关联方主营业务与自身相同或相近的公司，还应当包括关联交易管理制度。

第三节约束国家出资企业关联交易的依据

第47条约束国家出资企业关联交易的外部规范性文件

47.1 约束国家出资企业关联交易的外部规范性文件，主要包括《中华人民共和国企业国有资产法》《关于进一步规范国有企业改制工作的实施意见》《关于规范国有企业职工持股、投资的意见》《企业国有产权向管理层转让暂行规定》《企业国有产权转让管理暂行办法》，以及产权交易所关于企业产权交易的规则。

47.2 上述规范性文件的核心是《中华人民共和国企业国有资产法》第43条至第46条的规定。

第48条约束国家出资企业的内部控制制度性文件

约束国家出资企业关联交易的内部控制制度性文件，包括企业《章程》《股东会议事规则》《董事会议事规则》《监事和监事会工作规则》《经理办公会议规则》和《经理工作规则》。

第四节约束金融机构关联交易的依据

第49条约束金融机构关联交易的外部规范性文件

49.1 就约束公司制商业银行关联交易的规范性文件而言，律师尤其应当关注《商业银行与内部人和股东关联交易管理办法》（中国银行业监督管理委员会令2004年第3号）。

49.2 就约束保险公司关联交易的规范性文件而言，律师尤其应当关注《保险公司关联交易管理暂行办法》（保监发〔2007〕24号）、《保险公司控股股东管理办法》（中国保险监督管理委员会令２０１２年第１号）。

49.3 就约束证券公司关联交易的规范性文件而言，律师尤其应当关注《证券公司治理准则》（中国证券监督管理委员会公告〔2012〕第41号）。

49.4 就约束证券投资基金管理公司关联交易的规范性文件而言，律师尤其应当关注《证券投资基金管理公司管理办法》（中国证券监督管理委员会令第84号）和《证券投资基金管理公司治理准则（试行）》（证监基金字〔2006〕122号）。

49.5 就约束信托公司关联交易的规范性文件而言，律师尤其应当关注《信托公司治理指引》（银监会〔2007〕4号），另外，建议律师参考作为地方行政规章的《信托投资公司关联交易风险管理指引（苏银监发〔2005〕82号）。

49.6 就约束金融租赁公司关联交易的规范性文件而言，律师尤其应当关注《金融租赁公司管理办法》（中国银行业监督管理委员会令2014年第3号）。

49.7 就约束融资性担保公司关联交易的规范性文件而言，律师尤其应当关注《融资性担保公司管理暂行办法》（中国银行业监督管理委员会、中华人民共和国国家发展和改革委员会、中华人民共和国工业和信息化部、中华人民共和国财政部、中华人民共和国商务部、中国人民银行、国家工商行政管理总局令2010年第3号）。

49.8 就约束期货公司关联交易的规范性文件而言，律师尤其应当关注《期货公司监督管理办法》（中国证券监督管理委员会令第110号）。

49.9 律师应当特别关注金融机构的特例——企业集团财务公司的关联交易。根据《企业集团财务公司管理办法》第三章“业务范围”的规定，企业集团财务公司从事的主要业务应当均属关联交易业务（同业拆借业务除外）。就约束企业集团财务公司关联交易的规范性文件而言，律师应当关注《企业集团财务公司管理办法》（中国银行业监督管理委员会令2006年第8号），尤其是该管理办法第40条、第42条、第46条和第47条之规定。

49.10 除上述规范性文件外，律师还应当关注《金融违法行为处罚办法》（国务院令第260号）第16条的规定。

第50条约束金融机构关联交易的内部控制制度文件

约束金融机构关联交易的内部控制制度性文件，包括企业《章程》《股东会议事规则》《董事会议事规则》《监事和监事会工作规则》《总经理工作规则》《关联方信息报告和信息存档制度》和《关联交易管理制度》。

第五节约束上市公司关联交易的依据

第51条约束上市公司关联交易的外部规范性文件

51.1 约束上市公司关联交易的外部规范性文件，主要包括《上市公司治理准则》（证监发〔2002〕1号）、《上海证券交易所股票上市规则》（上证发〔2014〕65号）、《深圳证券交易所股票上市规则》（深证上〔2014〕378号）、《上海证券交易所上市公司关联交易实施指引》（上证公字〔2011〕5号）、《深圳证券交易所上市公司关联交易实施指引》《关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外担保若干问题的通知（证监发〔2003〕56号）》《关于推动国有股东与所控股上市公司解决同业竞争规范关联交易的指导意见》（国资发产权〔2013〕202号）。

51.2 就约束上市公司关联交易的规范性文件而言，律师应当尤其关注《上海证券交易所上市公司关联交易实施指引》（上证公字〔2011〕5号）、《深圳证券交易所上市公司关联交易实施指引》《关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外担保若干问题的通知》（证监发〔2003〕56号）。

第52条约束上市公司关联交易的内部控制制度文件

约束上市公司关联交易的内部控制制度性文件，主要包括公司《章程》《股东大会议事规则》《董事会议事规则》《独立董事工作规则》和《关联交易管理制度》。

第六节约束非上市公众公司关联交易的依据

第53条约束非上市公众公司关联交易的外部规范性文件

约束非上市公众公司关联交易的规范性文件，主要包括《非上市公众公司监督管理办法》（中国证券监督管理委员会令第96号）和《非上市公众公司监管指引第3号——章程必备条款》（中国证券监督管理委员会公告〔2013〕3号）。

第54条约束非上市公众公司关联交易的内部控制制度文件

54.1 与上市公司相似，约束非上市公众公司关联交易的内部控制制度性文件，主要包括公司《章程》《股东大会议事规则》《董事会议事规则》《独立董事工作规则》和《关联交易管理制度》。

54.2 建议律师敦促非上市公众公司参照上市公司的范围和标准制定自身约束关联交易的内部控制制度文件。

第四章

律师办理公司关联交易业务操作指引

第一节一般规则

第55条律师注意义务——关联交易识别

55.1 律师在接受委托为交易提供法律服务时应当根据行业通行标准履行注意义务，对交易各方是否存在关联关系进行核查，有证据合理怀疑委托方与交易其他当事方构成关联关系的，应当进行本指引第一章所述的关联方识别。

55.2 确认委托方与交易其他当事方存在关联关系的，律师应当继续进行本指引第一章所述关联交易类别识别和关联交易规模识别。

第56条律师注意义务——核查关联交易的正当性

56.1 确认构成关联交易的，律师应当根据约束关联交易的外部规范性文件和内部控制制度文件，核查委托方拟参与的关联交易的正当性。

56.2 如果委托方拟参与的关联交易属外部规范性文件所禁止的行为，律师应当提示委托方交易的违法风险，包括交易被认定无效或被撤销的风险、交易方承担损失赔偿责任的风险以及交易方遭受行政处罚的风险。

56.3 律师核查关联交易内容的合法性和程序的正当性所应秉持的基本原则是，公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。

56.4 如果公司同时属于本指引第4条所列多种类复合企业（例如为国有控股的商业银行上市公司）或公司的关联交易同时受约束关联交易的多项外部规范性文件管辖，律师应当依照有关外部规范性文件对关联交易事项进行核查。

56.5 如果参与交易的各关联方都制定了约束关联交易的内部控制制度，律师应当依照各关联方的全部内部控制制度文件对关联交易事项进行核查。

56.6 当公司的内部控制制度文件较外部规范性文件对关联交易规定了更为严格的约束条件，则律师应当适用公司内部控制制度文件，否则应当适用外部规范性文件。

第二节普通公司关联交易法律服务业务操作指引

第57条普通公司关联交易的关注点

57.1 就普通公司的关联交易，律师应当特别关注关联担保和内部人关联交易的程序的正当性。

57.2 关联担保的程序正当是指公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会审议并作出批准的决议，拟接受担保的股东应当回避表决；受拟接受担保的实际控制人支配的股东，应当回避表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权过半数通过。

57.3 内部人关联交易的程序正当是指公司董事和高级管理人员与本公司订立合同或者进行交易的，必须符合公司章程的规定，公司章程没有明确规定的，应当提交股东会或股东大会审议批准。

第三节国家出资企业关联交易法律服务业务操作指引

第58条国家出资企业关联交易的一般关注点

律师应当注意，国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司，不得无偿向关联方提供资金、商品、服务或者其他资产，不得以不公平的价格与关联方进行交易。

第59条国家出资企业受限制的关联交易

律师应当关注，未经履行出资人职责的机构同意，国有独资企业、国有独资公司不得有下列行为：

（1）与关联方订立财产转让、借款的协议；

（2）为关联方提供担保；

（3）与关联方共同出资设立企业，或者向董事、监事、高级管理人员或者其近亲属所有或者实际控制的企业投资。

第60条国家出资公司表决批准关联交易的基本程序

国有资本控股公司、国有资本参股公司与关联方的交易，依照《中华人民共和国公司法》和有关行政法规以及公司章程的规定，由公司股东会或者董事会决定。由公司股东会决定的，履行出资人职责的机构委派的股东代表，应当依照《中华人民共和国企业国有资产法》的规定行使股东权利。公司董事会对公司与关联方的交易作出决议时，该交易涉及的董事不得行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。

第61条国家出资企业改制中的关联交易管理

61.1 律师为非公司制国家出资企业改制提供法律服务的，尤其应当关注企业经营管理人员通过改制活动持有改制企业股权的公正性和正当性。

61.2 大中型非公司制国家出资企业改制的，经国有资产监督管理机构批准，通过公开招聘、企业内部竞争上岗等方式竞聘上岗或对企业发展作出重大贡献的经营管理人员（本节内称“管理层成员”）和职工，仅可以通过增资扩股的方式持有本企业股权，但管理层的持股总量不得达到控股或相对控股数量。

61.3 管理层成员拟通过增资扩股持有企业股权的，不得参与制订改制方案、确定国有产权折股价、选择中介机构，以及清产核资、财务审计、离任审计、资产评估中的重大事项。

61.4 管理层和职工持股必须提供资金来源合法的相关证明，不得向包括本企业在内的国有资本全资或控股企业借款或要求提供借款担保，不得以国有产权或资产作为标的物通过抵押、质押、贴现等方式筹集资金，也不得采取信托或委托等方式间接持有企业股权。

61.5 存在下列情况之一的管理层成员，不得通过增资扩股持有改制企业的股权：

（1）经审计认定对改制企业经营业绩下降负有直接责任的；

（2）故意转移、隐匿资产，或者在改制过程中通过关联交易影响企业净资产的；

（3）向中介机构提供虚假资料，导致审计、评估结果失真，或者与有关方面串通，压低资产评估值以及国有产权折股价的；

（4）违反有关规定，参与制订改制方案、确定国有产权折股价、选择中介机构，以及清产核资、财务审计、离任审计、资产评估中重大事项的；

（5）无法提供持股资金来源合法相关证明的。

61.6 涉及管理层通过增资扩股持股的改制方案，必须对管理层成员不再持有企业股权的有关事项作出具体规定。

61.7 职工可投资参与本企业改制，也可持有上一级改制企业股权，但不得直接或间接持有本企业所出资各级子企业、参股企业及本集团公司所出资其他企业的股权。科研、设计、高新技术企业科技人员确因特殊情况需要持有子企业股权的，须经同级国资监管机构批准，且不得作为该子企业的国有股东代表。国有企业中已持有上述不得持有的企业股权的中层以上管理人员，应当在法定时限内应转让所持股份，或者辞去所任职务。在股权转让完成或辞去所任职务之前，不得向其持股企业增加投资。已持有上述不得持有的企业股权的其他职工晋升为中层以上管理人员的，原则上在晋升后6个月内转让所持股份。

61.8 明确职工股份转让要求。改制为国有控股企业的，批准企业改制单位应依据有关法律、行政法规对职工所持股份的管理、流转等重要事项予以明确，并在改制企业公司章程中作出规定。

第62条企业国有产权向管理层转让

62.1 律师为企业国有产权向企业管理层转让事项提供法律服务的，应当关注本条的规定。

62.2 企业国有产权向管理层转让，应当符合以下要求：

（1）国有产权持有单位应当严格按照国家规定委托中介机构对转让标的企业进行审计，其中标的企业或者标的企业国有产权持有单位的法定代表人参与受让企业国有产权的，应当对其进行经济责任审计。

（2）国有产权转让方案的制订以及与此相关的清产核资、财务审计、资产评估、底价确定、中介机构委托等重大事项应当由有管理职权的国有产权持有单位依照国家有关规定统一组织进行，管理层不得参与。

（3）管理层应当与其他拟受让方平等竞买。企业国有产权向管理层转让必须进入经国有资产监督管理机构选定的产权交易机构公开进行，并在公开国有产权转让信息时对以下事项详尽披露：目前管理层持有标的企业的产权情况、拟参与受让国有产权的管理层名单、拟受让比例、受让国有产权的目的及相关后续计划、是否改变标的企业的主营业务、是否对标的企业进行重大重组等。产权转让公告中的受让条件不得含有为管理层设定的排他性条款，以及其他有利于管理层的安排。

（4）企业国有产权持有单位不得将职工安置费等有关费用从净资产中抵扣（国家另有规定的除外）；不得以各种名义压低国有产权转让价格。

（5）管理层受让企业国有产权时，应当提供其受让资金来源的相关证明，不得向包括标的企业在内的国有及国有控股企业融资，不得以这些企业的国有产权或资产为管理层融资提供保证、抵押、质押、贴现等。

62.3 管理层存在下列情形的，不得受让标的企业的国有产权：

（1）经审计认定对企业经营业绩下降负有直接责任的；

（2）故意转移、隐匿资产，或者在转让过程中通过关联交易影响标的企业净资产的；

（3）向中介机构提供虚假资料，导致审计、评估结果失真，或者与有关方面串通，压低资产评估结果以及国有产权转让价格的；

（4）违反有关规定，参与国有产权转让方案的制订以及与此相关的清产核资、财务审计、资产评估、底价确定、中介机构委托等重大事项的；

（5）无法提供受让资金来源相关证明的。

第63条国家出资企业与其职工所投资企业交易

63.1 律师应当留意，外部规范性文件禁止国家出资企业职工投资与本企业经营同类业务的企业；禁止职工投资为本企业提供燃料、原材料、辅料、设备及配件和提供设计、施工、维修、产品销售、中介服务或与本企业有其他业务关联的企业。

63.2 国家出资企业原则上不得定向采购或接受职工投资企业的产品或服务。确实需要发生交易的，应当价格公允。国有企业向职工投资企业提供资金、设备、技术等资产和劳务、销售渠道、客户资源等，应参考资产评估价或公允价确定有偿使用费或租赁费，不得无偿提供。

63.3 国家出资企业不得向职工投资企业提供属于本企业的商业机会。

第四节金融机构公司关联交易法律服务业务操作指引

第64条商业银行关联交易的程序和实体要求

64.1 商业银行禁止性的关联交易

律师应当留意外部规范性文件禁止商业银行从事下列关联交易：

（1）向关联方发放无担保贷款；

（2）接受本行的股权作为质押提供授信；

（3）为关联方的融资行为提供担保，但关联方以银行存单、国债提供足额反担保的除外。

64.2 商业银行向关联方提供授信发生损失的，在两年内不得再向该关联方提供授信，但为减少该授信的损失，经商业银行董事会、未设立董事会的商业银行经营决策机构批准的除外。

64.3 商业银行关联交易的程序要求

（1）律师为商业银行关联交易提供法律服务的，应当关注本条规定的内部审批程序。

（2）一般关联交易按照商业银行内部授权程序审批，并报关联交易控制委员会备案或批准。一般关联交易可以按照重大关联交易的程序审批。

（3）重大关联交易应当由商业银行的关联交易控制委员会审查后，提交董事会批准；未设立董事会的，应当由商业银行的关联交易控制委员会审查后，提交经营决策机构批准。

（4）重大关联交易应当在批准之日起10个工作日内报告监事会，同时报告中国银行业监督管理委员会。与商业银行董事、总行高级管理人员有关联关系的关联交易，应当在批准之日起10个工作日内报告监事会。

（5）商业银行董事会、未设立董事会的商业银行经营决策机构及关联交易控制委员会对关联交易进行表决或决策时，与该关联交易有关联关系的人员应当回避。

（6）商业银行的独立董事应当对重大关联交易的公允性以及内部审批程序履行情况发表书面意见。

（7）商业银行的一笔关联交易被否决后，在6个月内不得就同一内容的关联交易进行审议。

64.4 商业银行关联交易的限额

（1）商业银行对一个关联方的授信余额不得超过商业银行资本净额的10%。商业银行对一个关联法人或其他组织所在集团客户的授信余额总数不得超过商业银行资本净额的15%。

（2）商业银行对全部关联方的授信余额不得超过商业银行资本净额的50%。

第65条保险公司关联交易的程序和实体要求

65.1 保险公司禁止的关联交易

（1）保险公司控股股东不得向保险公司出售其非公开发行的债券。

（2）保险公司控股股东不得要求保险公司代其偿还债务，不得要求保险公司为其支付或者垫支工资、福利、保险、广告等费用。

（3）保险公司控股股东不得接受其控制的保险公司以及该保险公司控制的子公司的投资入股。

国务院财政部门、国务院授权投资机构以及《保险集团公司管理办法（试行）》（保监发〔2010〕29号）规定的保险集团公司是保险公司控股股东的，不适用上述三项规定。

（4）保险资金投资不动产，应当合理确定交易价格。保险公司、投资机构（即从事不动产投资管理的机构）与托管机构、专业机构（是指经国家有关部门认可，具有相应专业资质，为保险资金投资不动产提供法律服务、财务审计和资产评估等服务的机构）不得存在关联交易。保险公司与投资机构存在关联交易的，不得偏离市场独立第三方的价格或者收费标准，不得通过关联交易或者其他方式侵害保险公司的利益。

（5）除中国银监会另有规定外，商业银行不得向其入股的保险公司及保险公司关联企业提供任何形式的表内外授信。

（6）商业银行不得向其入股的保险公司及保险公司关联企业担保的客户提供授信。

（7）商业银行不得以客户购买其入股的保险公司销售的保险产品作为向客户提供银行服务的前置条件。

（8）商业银行接受其入股的保险公司保单作为质押提供授信，不得优于其与非关联第三方的同类交易。

（9）商业银行不得直接或间接向其入股的保险公司出售其发行的次级债券。

（10）商业银行及其控制关联方所发行的其他证券，其入股的保险公司直接或间接持有量不得超过该证券发行总量的10%。商业银行及其控制关联方承销证券时，向其入股的保险公司出售额不得超过其承销总额的10%。

65.2 保险公司进行关联交易的程序要求

（1）保险公司重大关联交易由董事会或股东大会批准。保险公司董事会在审议关联交易时，关联董事不得行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议由过半数的非关联董事出席即可举行，董事会会议所作决议须经非关联董事过半数通过。出席董事会会议的非关联董事人数不足3人的，保险公司应当将交易提交股东大会审议。保险公司股东大会审议关联交易时，关联股东不得参与表决。保险集团（控股）公司、保险公司与其控股子公司之间及其子公司之间关联交易的审查程序，可不适用前两款的规定，由公司依照本办法的原则要求，在关联交易内部管理制度中应予以明确。

海事担保重大关联交易可以不适用上述规定，由保险公司按照内部授权程序严格审查后执行，并按照有关规定履行报告义务。

（2）已设立独立董事的保险公司，独立董事应当对重大关联交易的公允性、内部审查程序执行情况以及对被保险人权益的影响进行审查。所审议的关联交易存在问题的，独立董事应当出具书面意见。两名以上独立董事认为有必要的，可以聘请中介机构提供意见，费用由保险公司承担。

（3）一般关联交易按照保险公司内部授权程序审查。

（4）保险公司与其关联方之间的长期、持续关联交易，可以制定统一的交易协议，按照规定审查通过后执行。协议内的单笔交易可以不再进行关联交易审查。前款规定的协议在执行过程中主要条款发生重大变化或者协议期满需要续签的，应当重新按照公司规定的管理制度进行审查。

（5）保险公司应当每年至少组织一次关联交易专项审计，并将审计结果报董事会和监事会。

（6）保险公司董事会应当每年向股东大会报告关联交易情况和关联交易管理制度执行情况。

（7）保险公司应当按照《企业会计准则》及保险公司信息披露的相关规定披露关联交易信息。

（8）保险公司不得聘用关联方控制的中介机构为其提供审计或精算服务。

（9）保险公司重大关联交易应当在发生后15个工作日内报告中国保监会，但属于统一交易协议发生的重大关联交易规定的，可以不按前述规定向中国保监会报告，但保险公司应当在年度报告中对统一交易协议的执行情况予以说明。

（10）保险公司与其控股的子公司以及子公司之间发生的企业年金投资管理业务、账户管理业务，严格按照企业年金管理的相关规定执行的，不适用上述规定。

（11）保险公司重大关联交易事先已根据相关规定报中国保监会审批核准的，交易发生后可以不再按照上述第（9）项的规定向中国保监会报告。

65.3 保险公司关联交易的限额

保险公司控股股东公开发行债券的，应当采取必要措施，确保保险公司购买的债券不得超过该次发行债券总额的10%。

第66条证券公司关联交易的程序和实体要求

66.1 证券公司禁止性的关联交易

（1）证券公司与其股东（或者股东的关联方）之间不得有下列行为：

①持有股东的股权，但法律、行政法规或者中国证监会另有规定的除外；

②通过购买股东持有的证券等方式向股东输送不当利益。

（2）证券公司董事、监事、从业人员及其配偶不得作为本公司定向资产管理业务的客户。

（3）证券公司不得为其设立的从事《证券公司证券自营投资品种清单》所列品种以外的金融产品等投资的子公司提供融资或者担保。

66.2 证券公司进行关联交易的程序要求：

（1）证券公司章程应当对重大关联交易及其披露和表决程序作出规定。

（2）证券公司应当在重大关联交易发生之日起10个工作日内，向公司注册地及主要办事机构所在地的中国证监会派出机构报告有关情况。

（3）董事会表决有关关联交易的议案时，与交易对方有关联关系的董事应当回避。该次董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行，董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。出席董事会的无关联关系董事人数不足3人的，应当将该事项提交股东会审议。

（4）公司应披露其关联方情况，以及按照日常交易、投资、债权债务等业务类别，简要披露报告期内关联交易相关金额、余额等情况。

（5）证券公司接受持有本公司5%以上股份的本公司股东，以及其他与本公司具有关联方关系的自然人、法人或者组织为定向资产管理业务客户的，证券公司应当按照公司有关制度规定，对上述客户的账户进行监控，并对客户身份、合同编号、专用证券账户、委托资产净值、委托期限、累计收益率等信息进行集中保管。

定向资产管理业务专项审计意见应当对上述客户账户的资料完整性、交易公允性作出说明。

（6）证券公司将其管理的客户资产投资于本公司及与本公司有关联方关系的公司发行的证券或承销期内承销的证券，或者从事其他重大关联交易的，应当遵循客户利益优先原则，事先取得客户的同意，事后告知资产托管机构和客户，同时向证券交易所报告，并采取切实有效措施，防范利益冲突，维护客户的合法权益。

第67条证券投资基金管理公司关联交易的程序和实体要求

67.1 证券投资基金管理公司禁止的关联交易

（1）股东不得要求证券投资基金管理公司为其提供融资、担保及进行不正当关联交易，证券投资基金管理公司不得直接或者间接为股东提供融资或者担保。

（2）基金管理的子公司不得直接或者间接持有基金管理公司、受同一基金管理公司控股的其他子公司的股权，或者以其他方式向基金管理公司、受同一基金管理公司控股的其他子公司投资。

67.2 证券基金管理公司进行关联交易的程序要求：

（1）基金管理公司及基金投资运作中的重大关联交易应当经过基金管理公司的董事会2/3以上的独立董事通过。公司董事会在审议重大关联交易事项时，可以聘请中介机构就重大关联交易的公允性和合法性出具意见。公司董事会就关联交易事项进行表决时，有利害关系的董事应当回避。

（2）公司应当定期和不定期对关联交易事项、关联人士、禁止从事的关联交易等进行检查。

（3）基金管理公司应当主动避免可能的利益冲突，对于资产管理合同、交易行为中存在的或可能存在利益冲突的关联交易应当进行说明，并向中国证监会报告。

（4）基金管理公司应当建立关联交易管理制度，规范与子公司间的关联交易行为。发生关联交易的，应当履行必要的内部程序，并在基金招募说明书、基金合同、基金年度报告、基金半年度报告、基金季度报告、基金管理公司年度报告以及监察稽核年度报告等相关文件中及时详细披露。

（5）运用基金财产买卖基金管理人、基金托管人及其控股股东、实际控制人或者与其有其他重大利害关系的公司发行的证券或承销期内承销的证券，或者从事其他重大关联交易的，应当遵循基金份额持有人利益优先的原则，防范利益冲突，符合国务院证券监督管理机构的规定，并履行信息披露义务。

第68条信托公司关联交易的程序和实体要求

68.1 信托公司开展关联交易，应以公平的市场价格进行，逐笔向中国银行业监督管理委员会事前报告，并按照有关规定进行信息披露。

68.2 重大关联交易应当逐笔披露，包括关联交易方、交易内容、定价原则、交易方式、交易金额及报告期内逾期没有偿还的有关情况等。关联交易方是信托投资公司股东的，还应披露该股东对信托投资公司的持股金额和持股比例。

第69条金融租赁公司关联交易的程序和实体要求

69.1 金融租赁公司的重大关联交易（规模识别如本指引第37条所述）应经董事会批准。

69.2 金融租赁公司董事会、未设立董事会的金融租赁公司经营决策机构及关联交易控制委员会对关联交易进行表决或决策时，与该关联交易有关联关系的人员应当回避。

第70条融资性担保公司关联交易的程序和实体要求

70.1 融资性担保公司禁止的关联交易

融资性担保公司不得为其母公司或子公司提供融资性担保。

70.2 融资性担保公司关联交易的程序要求

融资性担保公司的独立董事（如有）应当对融资性担保公司的关联交易发表独立意见。

第五节上市公司关联交易法律服务业务操作指引

第71条上市公司关联交易识别

71.1 律师承办上市公司关联交易法律业务首先应当询问委托人本项交易是否涉及关联方，并且对上市公司保存的关联方信息报告档案进行查询核对。涉及关联方的，律师应当查询、汇集和整理证券交易所《上市规则》和《上市公司关联交易实施指引》，以及公司《章程》《关联交易管理制度》及各项议事规则和工作规则等约束目标公司的和交易各方的关于关联交易的所有规范性文件。

71.2 根据约束交易各方和目标公司的规范性文件的规定，对交易各方和目标公司进行关联方及关联关系识别。

71.3 交易各方及目标公司构成关联方的，根据约束交易各方和目标公司的规范性文件的规定以及目标公司审计报告和/或交易标的的评估报告，对交易类型和交易规模进行识别，以确认是否构成规范性文件规定重大关联交易、一般关联交易、日常关联交易、可豁免决策和信息披露的关联交易或应禁止的关联交易。律师应当关注上市公司就与同一关联人进行的交易和与不同关联人进行交易标的类别相关的交易适用12个月内连续累计计算的情形。

71.4 对于关联方占用上市公司资产或上市公司为关联方提供担保等规范性文件禁止的关联交易，律师应当以强调方式提示委托人交易的违法风险。

第72条上市公司关联交易定价

72.1 律师应当审查核查交易各方是否采用一般通行的方法进行公允定价。

72.2 定价依据主要包括：国家法律、法规及地方政府相应的法规、政策规定的价格；一般通行的市场价格；如果没有市场价格，则为推定价格；如果既没有市场价格，也不适宜推定价格的，由双方按成本价公允利润的原则协议定价。

72.3 律师应当敦促上市公司以书面形式与关联人签署关联交易协议，且任何个人只能代表一方签署协议。

第73条上市公司非日常关联交易审批程序

73.1 律师应当对照规范性文件的规定，确认关联交易应当履行的审查和决策程序，并提示委托人按规定程序将交易事项提交上市公司总经理/总裁、独立董事、董事会审计委员会（关联交易审查委员会）、董事会及股东大会审议。

73.2 律师应当提示委托人，上市公司发生规定规模以上的非日常经营范围内的重大关联交易，若交易标的为股权，上市公司应当聘请具有执行证券、期货相关业务资格的会计师事务所，按照《企业会计准则》对交易标的最近一年又一期的财务会计报告进行审计并出具审计报告，审计截止日距审议该交易事项的股东大会召开日不得超过6个月；若交易标的为股权以外的其他非现金资产，上市公司应当聘请具有执行证券、期货相关业务资格的资产评估事务所进行评估并出具评估报告，评估基准日距审议该交易事项的股东大会召开日不得超过1年。

73.3 律师核查上市公司关联交易决策程序的正当性，尤其应当关注：公司董事会审议关联交易事项时，关联董事是否回避表决及是否代理其他董事行使表决权；董事会决议是否由出席会议的非关联方董事过半数通过；关联董事回避后董事人数是否不足董事会举行的法定人数。公司股东大会审议关联交易事项时，关联股东是否回避投票表决；关联方股东所代表的有表决权的股份数是否计入有表决权股份总数。在关联股东回避的情况下，决议是否由出席会议的股东所持表决权的2/3以上表决通过。

73.4 对于上市公司拟豁免规范性文件规定的关联交易审议、决策和信息披露的交易事项，律师应当审查是否符合证券交易所规定的豁免情形。

第74条上市公司日常关联交易的审批程序

74.1 首次发生的日常关联交易，根据协议涉及的总交易金额提交董事会或者股东大会审议。对于已经公司股东大会或者董事会审议通过且正在执行的日常关联交易，如果在执行过程中主要协议条款发生重大变化或者协议期满需要续签的，律师应当敦促上市公司将新修订或者续签的日常关联交易协议提交董事会或者股东大会审议。

74.2 对于每年新发生的各类日常关联交易数量较多，需要经常订立新的日常关联交易协议等，难以按照前条规定将每份协议提交董事会或者股东大会审议的，律师可以建议公司在披露上一年度报告之前，按类别对本公司当年度将发生的日常关联交易总金额进行合理预计，根据预计结果提交董事会或者股东大会审议。公司实际执行中超出预计总金额的，律师应当敦促上市公司根据超出量重新提请董事会或者股东大会审议。

第75条上市公司关联交易的信息披露

律师应当敦促上市公司按照规范性文件的规定在临时报告和定期报告中披露重大关联交易。

第76条上市公司的特殊重大关联交易

律师应当特别关注上市公司发生的拟购买关联人资产的价格超过账面值100%的重大关联交易情形，包括但不限于：

（1）上市公司是否就股东大会的表决设置网络投票及其他投票的便利形式。

（2）上市公司是否提供经具有执行证券业务资格的会计师事务所审核的拟购买资产的盈利预测报告，或是否按规定在关联交易公告中作出风险提示。

（3）以现金流量折现法、假设开发法等基于未来收益预期的估值方法对拟购买资产进行评估并作为定价依据的，是否披露运用包含上述方法在内的两种以上评估方法进行评估的相关数据，是否经过独立董事审查并发表意见，是否经过上市公司审计委员会（或关联交易控制委员会）审查并发表意见。

（4）上市公司是否与关联人就相关资产实际盈利数不足利润预测数的情况签订了明确可行的补偿协议。

第六节非上市公众公司关联交易法律服务业务操作指引

第77条非上市公众公司关联交易业务

建议律师参照本章第五节的规定开展非上市公众公司的关联交易法律服务。

第五章

律师协助公司规范关联交易业务操作指引

第78条一般规则

建议律师在为客户提供公司治理结构完善法律服务时，提供服务的内容包括协助客户建立健全约束关联交易的内部控制制度，包括关联方信息申报和备案制度、关联交易识别制度、关联交易定价准则、关联交易审批程序、关联交易报告和披露制度以及禁止性关联交易列示。

第一节协助普通公司规范关联交易法律服务业务操作指引

第79条为普通公司规范关联交易

79.1 针对普通公司规范和约束其关联交易的制度建设，建议律师从约束公司向公司股东及公司实际控制人提供借款、借款担保及其他融资支持，及约束公司与公司股东、董事、监事、高级管理人员及其直接和间接控制企业之间的关联交易入手，在公司《章程》规定公司与股东关系的章节和规定公司董事、监事和高级管理人员的忠实义务章节，列入约束关联交易的相关条款。

79.2 对于可能于关联方发生重大关联交易或持续日常关联交易的公司，律师应当建议公司在《章程》中专章规定关联交易，并且单独制定关联交易管理制度。

79.3 普通公司约束关联交易内部控制制度的建立和完善主要依赖股东的意思自治，律师提供法律服务应促使全体股东达成一致，确保公司和公司董事、监事和经理层公平地对待全体股东，公司董事、监事和经理层忠实于公司。

第二节协助国有企业及国有公司规范关联交易法律服务的业务操作指引

第80条为国家出资企业规范关联交易的依据

律师应当主要依照外部规范性文件尤其是企业国有产权管理规范性文件的规定，协助国家出资企业建立健全关联交易内部控制制度。

第81条规范国家出资企业关联交易的主要内部控制制度

81.1 律师应当协助国家出资企业就改制、国有产权转让及职工持股等重大交易事项制定决策和实施程序制度，并且尤其就上述交易中的关联方回避作出明确规定。

81.2 国家出资企业的关联方设立或控制其他企业的，律师应当协助国家出资企业应当建立关联交易管理制度。

81.3 律师应当协助国家出资企业健全国有独资企业、国有独资公司和国有资本控股公司主要负责人的任期经济责任审计制度。

第三节协助金融机构公司规范关联交易法律服务业务操作指引

第82条为金融机构规范关联交易的依据

律师应当主要依照外部规范性文件，尤其是完善金融机构内部治理的规范性文件的规定，协助金融机构建立健全关联交易内部控制制度。

第83条规范商业银行关联交易的主要内部控制制度

83.1 商业银行应当建立关联方向商业银行的关联交易控制委员会报告其下列关联方情况、关联交易控制委员会确认关联方并向董事会和监事会报告，及向商业银行相关工作人员公布其所确认的关联方的制度。

83.2 商业银行董事会应当设立关联交易控制委员会并建立该委员会的工作规则。

83.3 商业银行应当制定关联交易管理制度，包括董事会或者经营决策机构对关联交易的监督管理，关联交易控制委员会的职责和人员组成，关联方的信息收集与管理，关联方的报告与承诺、识别与确认制度，关联交易的种类和定价政策、审批程序和标准，回避制度，内部审计监督，信息披露，处罚办法等内容。

83.4 商业银行应当建立内部审计部门对关联交易进行一次专项审计的制度。

83.5 商业银行的股东会议事规则应当包括董事会向股东会就关联交易管理制度的执行情况以及关联交易情况作出专项报告的内容。

83.6 律师应当核查商业银行是否按季向中国银行业监督管理委员会报送关联交易情况报告。

83.7 商业银行应当建立信息披露制度，并按照外部规范性文件的规定披露关联方和关联交易。

第84条规范保险公司关联交易的主要内部控制制度

84.1 保险公司应当建立关联方信息报告和信息档案管理制度。

84.2 保险公司应当制定关联交易管理制度并报中国保监会备案，关联交易管理制度包括关联方的报告、识别、确认和信息管理，关联交易的范围和定价方式，关联交易的内部审查程序，关联交易的信息披露、审计监督和违规处理等内容。

84.3 已设立独立董事的保险公司，应当建立独立董事对重大关联交易的审查制度。

84.4 保险公司应当完善重大关联交易行为向中国保监会报告的制度。

84.5 保险公司应当建立年度关联交易专项审计制度。

84.6 保险公司应当建立信息披露制度，按照《企业会计准则》及保险公司信息披露的相关规定，披露关联交易信息。

第85条规范证券公司关联交易的主要内部控制制度

85.1 证券公司应当完善独立性制度，与其关联方在业务、机构、资产、财务、办公场所等方面严格分开，在人员兼职方面严格管理，各自独立经营、独立核算、独立承担责任和风险。

85.2 证券公司章程应当对重大关联交易及其披露和表决程序作出规定。

85.3 证券公司应当建立关联交易管理制度。

第86条规范证券投资基金管理公司关联交易的主要内部控制制度

86.1 证券投资基金管理公司应当建立与股东之间的业务与信息隔离制度和人员兼职管理制度，防范不正当关联交易，禁止任何形式的利益输送。

86.2 证券投资基金管理公司应当建立向中国证监会报送与股东签署的有关技术支持、服务、合作等协议的制度。

86.3 公司应当建立定期和不定期对关联交易事项、关联人士、禁止从事的关联交易等进行专项检查的制度。

86.4 公司应当建立关联交易管理制度，规定关联方的报告、识别、确认和信息管理，关联交易的范围和定价方式，关联交易的内部审查和表决程序，关联交易的信息披露、审计监督和违规处理等内容。

第87条规范金融租赁公司关联交易的主要内部控制制度

87.1 金融租赁公司应当制定关联交易管理制度，具体内容应当包括：

（1）董事会或者经营决策机构对关联交易的监督管理；

（2）关联交易控制委员会的职责和人员组成；

（3）关联方的信息收集与管理；

（4）关联方的报告与承诺、识别与确认制度；

（5）关联交易的种类和定价政策、审批程序和标准；

（6）回避制度；

（7）内部审计监督；

（8）信息披露；

（9）处罚办法；

（10）银监会要求的其他内容。

87.2 律师应当敦促金融租赁公司建立并严格执行关联交易报告制度，在每个会计年度结束后4个月内向中国银行业监督管理委员会或有关派出机构报送前一会计年度的关联交易情况报告。报告内容应当包括：关联方、交易类型、交易金额及标的、交易价格及定价方式、交易收益与损失、关联方在交易中所占权益的性质及比重等。

第四节协助上市公司规范关联交易法律服务业务操作指引

第88条规范上市公司关联交易的主要内部控制制度

88.1 律师应当主要依照外部规范性文件尤其是完善上市公司内部治理的规范性文件的规定，协助金融机构建立健全关联交易内部控制制度。

88.2 上市公司应当建立关联交易管理制度，规定关联方及关联交易定义、从事关联交易应遵循的基本原则、关联关系的报告及认定程序、关联交易价格的确定、关联交易（包括重大关联交易和日常关联交易）的决策程序、关联交易的管理、关联交易和信息披露等内容。

88.3 上市公司的章程、股东大会议事规则、董事会议事规则、董事会审计委员会（或关联交易控制委员会）工作规则和独立董事工作规则应当明确规定公司股东大会、董事会和独立董事对关联交易的审查权限、决策权限和审查决策程序。

88.4 上市公司应当建立关联方和关联关系报告制度。

第六章

附则

第89条非强制性

尽管本指引使用了“应”“应当”等词语，但对律师的执业行为并无强制性约束力，也不作为对律师执业行为是否违反职业道德和执业规范进行判断的依据。

第90条释义

除非上下文义有相反含义，本指引中“公司”包括有限责任公司和股份有限公司，“股东会”包括股东会和股东大会。

第91条外部规范性文件援引

本指引第二章所提及和援引的公司外部规范性文件，是各相关部委于2014年11月30日以前颁布且正在施行的行政规范性文件。

（本操作指引由中华全国律师协会公司法专业委员会负责起草。执笔人：龚志忠；审稿人：张庆、张晓森、孔伟平）

## 律师办理新三板挂牌业务操作指引

目录

第一章总则 / 326

第二章初步尽职调查 / 327

第三章全面法律尽职调查 / 333

第一节概述 / 333

第二节核查和验证 / 336

第四章公司整理 / 339

第一节概述 / 339

第二节基本问题及规范 / 341

第三节其他重点问题及规范 / 345

第五章有限责任公司改制为股份有限公司 / 348

第一节概述 / 348

第二节改制流程 / 349

第三节律师的主要工作 / 350

第六章股份公司审计 / 355

第七章股份公司规范及授权与批准 / 356

第八章制作挂牌法律文件及申报 / 359

第一节出具法律意见书 / 359

第二节参与或承担公开转让说明书的撰写 / 363

第三节参与其他申报文件的起草与修改 / 364

第四节申报材料 / 365

第九章涉及的其他重要法律文件 / 366

第一节律师工作报告 / 366

第二节工作底稿 / 372

第十章附则 / 374

第一章

总则

第1条【宗旨】

为指导律师经办中小微企业在全国中小企业股份转让系统（以下简称全国股份转让系统）挂牌的业务，规范律师执业行为，遵循诚实、守信、独立、勤勉、尽责的原则，恪守律师职业道德和执业纪律，严格履行法定职责，保证其所出具文件的真实性、准确性、完整性，依据《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国证券法》《中华人民共和国律师法》《律师事务所从事证券法律业务管理办法》《律师事务所证券法律业务执业规则（试行）》及其他相关法律、行政法规、规章和国家关于规范企业在全国股份转让系统挂牌的规范性政策文件的规定，制定本指引。

第2条【定义】

本指引所称律师经办全国中小微企业在全国股份转让系统挂牌业务，是指律师事务所接受拟挂牌公司（以下简称“公司”）委托，指派律师为公司提供在全国股份转让系统挂牌相关的法律服务。

第3条【业务范围】

律师经办中小微企业在全国股份转让系统挂牌业务，包括但不限于下列范围：

3.1 根据委托，开展法律尽职调查，制作《法律尽职调查报告》。

3.2 在法律调查分析与论证基础上，参与制作整体挂牌方案。

3.3 律师从法律角度指导、协助公司进行公司整理。

3.4 辅导公司规范运作,协助公司设计由有限责任公司（以下简称“有限公司”）整体变更为股份有限公司（以下简称“股份公司”）的改制方案，并制作相关法律文件，指导、协助公司进行改制。

3.5 律师制作公司各种会议的法律文件，并对公司会议进行见证，确保公司各项会议的程序合法、合规。

3.6 律师制作公司内部管理制度，指导、协助公司完善公司治理机制。

3.7 制作符合全国股份转让系统要求的《公司章程（草案）》。

3.8 律师事务所出具《法律意见书》。

3.9 律师参与或承担《公开转让说明书》的撰写。

3.10 协助主办券商向全国股份转让系统或中国证券监督管理委员会（以下简称“中国证监会”）（挂牌前股东人数已突破200人）报送申请挂牌文件，回复有关反馈意见。

第4条【特别事项】

4.1 本指引由中华全国律师协会制定，旨在向律师提供经办中小微企业在全国股份转让系统挂牌业务方面的借鉴和经验，而非强制性或规范性规定，供律师在实践中参考。

4.2 律师从事中小微企业在全国股份转让系统挂牌业务，应当坚持“以事实为根据、以法律为准绳”的原则，并依据法律、行政法规、规章和规范性政策文件，在公司的授权范围内，勤勉尽责地独立进行工作。

4.3 律师事务所与公司订立书面的《专项法律顾问合同》，明确约定委托事项、经办人员、提供服务的方式和范围、双方的权利和义务以及收费金额等事项。

4.4 律师经办中小微企业在全国股份转让系统挂牌法律业务时，可参照本指引执行。

第二章

初步尽职调查

第5条【定义及目的】

本指引所称初步尽职调查，是指新三板挂牌项目组（证券公司、律师事务所、会计师事务所）根据中国证监会及全国股份转让系统对公司新三板挂牌的要求，通过公司提供的业务、财务、公司登记档案等相关资料对公司进行初步调查，从而判断公司是否具备申请新三板挂牌的资格。

其中，律师事务所作为新三板挂牌项目组成员，通过公司提供的公司登记档案等相关资料对企业的设立、出资、股权变更、公司治理机制、经营资质/资格等法律部分进行调查，配合新三板挂牌项目组出具初步尽职调查报告，从法律角度判断公司是否具备申请新三板挂牌的资格。

在新三板挂牌项目组进场时，企业应指定具体负责人专门负责企业与中介机构沟通，协调新三板挂牌相关事宜。

第6条【初步尽职调查清单】

基于对公司的初步接触了解，根据公司的实际情况提供以下清单：

6.1 九大问题：经初步沟通了解,如果公司结构相对简单，问题较少，则向公司提供该九大问题清单，并要求公司按照清单内容以word电子版形式提供材料。

6.1.1 公司历史沿革情况，请公司提供公司登记档案资料。

6.1.2 公司下属分公司、子公司、合营及联营企业（如果有）的基本情况。

6.1.3 公司股权结构及控股股东的基本情况。

6.1.4 公司现任董事、监事、高级管理人员的基本情况。

6.1.5 公司最近两年的资产负债表、利润表、现金流量表（如经审计，包括审计报告；如未经审计，该等报表为各年提供给主管税务机关的资产负债表、利润表）。

6.1.6 公司关于主营业务及现有主要产品、服务种类的详细说明，包括各主要产品、服务的功能、技术含量及优势、应用领域等。

6.1.7 公司的商业模式和盈利模式。

6.1.8 说明公司是否有稳定的客户基础，公司的产品和服务的市场地域分布。

6.1.9 说明公司与外部机构的研发合作以及自主研发能力情况。

6.2 十四大问题：经初步沟通了解,如果公司结构相对复杂，问题较多，则向公司提供该十四大问题清单，并要求公司按照清单内容以纸质复印件（加盖公司印章）和word电子版形式提供材料。

6.2.1 公司的历史沿革情况，请公司到公司登记机关复印公司的全部档案，包括公司（及前身）成立以及历次变更的档案。

6.2.2 公司的组织结构，公司下属分公司、子公司、合营及联营企业（如果有）的基本情况。

6.2.3 公司的股权结构，控股股东的基本情况（仅需控股股东，小股东暂不需要；自然人股东请提供简历或简介，机构股东请提供名称、股权结构、主营业务等简介）。

6.2.4 公司现任董事、监事、高级管理人员的基本情况（包括姓名、年龄、性别、在公司担任董监高/其他职务的情况等）。

6.2.5 最近两年的资产负债表、利润表、现金流量表（如经审计，包括审计报告；如未经审计，该等报表为各年提供给主管税务机关的资产负债表、利润表）。

6.2.6 公司现有的所有关于生产、经营的批准、许可、执照、登记备案等行业准入文件。

6.2.7 公司关于主营业务及现有主要产品、服务种类的详细说明，包括各主要产品、服务的功能、技术含量及优势、应用领域等。

6.2.8 公司的商业模式和盈利模式，介绍公司获取收入的方式。

6.2.9 说明公司的主要客户（一般为前十名）、产品和服务的市场地域分布、市场占有率（如果有）、公司在行业排名（如果有）。

6.2.10 说明公司与外部机构的研发合作以及自主研发能力情况。

6.2.11 公司说明正在享受的税收优惠政策情况，并提供相关政府批文、税收优惠备案通知书、高新/双软证书等证明文件；

6.2.12 公司说明控股股东控制的其他公司情况，并提供相关公司营业执照、税务登记证、组织机构代码证的复印件（加盖公司印章）；

6.2.13 提供公司同行业竞争对手、同行业上市公司的名单。

6.2.14 提供联系人及联系方式信息，包括电话、传真、电子邮箱、联系人姓名等。

6.3 十七大问题：鉴于公司的实际情况，在进行初步尽职调查时，如果公司人员可能并不完全了解和掌握材料提供方法，因此律师事务所应根据公司情况，制定相对细致的初步尽职调查清单。具体内容如下：

6.3.1 公司的设立及历史沿革方面

（1）公司设立、历史沿革情况，请公司到公司登记机关打印公司的全部档案资料，包括公司（及前身）成立以及历次变更的档案。

6.3.2 公司组织机构

（1）公司下属分公司、子公司、合营及联营企业（如果有）的基本情况。

（2）公司是否设立股东会/大会、董事会、监事会和管理层组成的公司治理结构，是否制定相应的公司治理制度，请公司提供资料。

（3）提供控股股东、实际控制人的基本情况（自然人股东请提供简历或简介，法人股东请提供名称、股权结构、主营业务等简介）。

（4）现任董事、监事和高级管理人员的基本情况（现任董事、监事、高级管理人员的基本情况包括姓名、年龄、性别、在公司担任董事、监事、高级管理人员/其他职务的情况等）。

6.3.3 公司的业务方面

（1）公司关于主营业务及现有主要产品、服务种类的详细说明，包括各主要产品、服务的功能、技术含量及优势、应用领域等。

（2）公司现有的所有关于生产、经营的批准、许可、执照、登记备案等行业准入文件。

（3）说明公司的业务是否遵守法律、行政法规和规章的规定，是否符合国家产业政策,以及环保、质量、安全等要求。

（4）公司最近两年及本年度截止到最近月份的资产负债表、利润表、现金流量表（如经审计，包括审计报告；如未经审计，该等报表为各年提供给主管税务机关的资产负债表、利润表）。

（5）说明公司的商业模式和盈利模式，介绍公司获取收入的方式。

（6）说明公司的主要客户（一般为前十名）、产品和服务的市场地域分布、市场占有率（如果有）、公司在行业内的排名（如果有）。

（7）说明公司与外部机构的研发合作以及自主研发能力情况。

6.4 股权情况

公司股东特别是控股股东、实际控制人及其关联股东或实际支配的股东持有公司的股权/股份是否存在权属争议或潜在纠纷，股权是否存在委托持股、信托持股或其他协议安排。如果有，请提供相关资料。

6.5 同业竞争

说明公司控股股东、实际控制人控制的其他公司情况，并提供相关公司营业执照、税务登记证、组织机构代码证的复印件（加盖公司印章）。

6.6 合法规范经营方面

6.6.1 公司最近24个月内是否受到经济管理部门对涉及公司经营活动的违法违规行为给予的行政处罚，是否存在涉嫌犯罪被司法机关立案侦查、尚未有明确结论意见的情形。如果有，请提供相关资料。

6.6.2 控股股东、实际控制人最近24个月内是否受到刑事处罚，是否受到与公司规范经营相关的行政处罚，是否存在涉嫌犯罪被司法机关立案侦查、尚未有明确结论意见的情形。如果有，请提供相关资料。

6.7 优惠政策

6.7.1 请公司说明正在享受的税收优惠政策情况，并提供相关政府批文、税收优惠备案通知书、高新/双软证书等证明文件。

释义：

（1）控股股东，指持有股权/股份占公司股本总额50%以上的股东，或者持有股权/股份的比例虽然不足50%，但依其持有的股权/股份所享有的表决权已足以对股东会/大会的决议产生重大影响的股东。

（2）实际控制人，指通过投资关系、协议或者其他安排，能够支配、实际支配公司行为的自然人、法人或者其他组织。

（3）高级管理人员，指公司总经理、副总经理、董事会秘书（如果有）、财务负责人及公司章程规定的其他人员。

（4）控制，指有权决定一个公司的财务和经营政策，并能据以从该公司的经营活动中获取利益。有下列情形之一的，为拥有公司控制权：

①持有公司股权50%以上的控股股东；

②可以实际支配公司股权/股份表决权超过30%；

③通过实际支配公司股权/股份表决权能够决定公司董事会半数以上成员选任；

④依其可实际支配的公司股权/股份表决权足以对公司股东会/大会的决议产生重大影响。

第7条【初步尽职调查报告】

律师事务所从公司设立、股权变更、经营资质、同业竞争等方面判断公司在法律方面存在哪些问题，并判断这些问题对公司在新三板挂牌是否构成实质性障碍。

7.1 项目组初步尽职调查报告一般包括以下内容：

7.1.1 中国证监会重点关注及提请公司关注的事项。

（1）是否存在出资问题；

（2）同业竞争问题；

（3）关联交易问题。

7.1.2 公司新三板挂牌时间计划表。

（1）审计基准日；

（2）主要工作节点；

（3）具体时间计划。

7.1.3 法律方面的重点问题。

（1）公司主体资格；

（2）历史沿革；

（3）关联方情况；

（4）股权情况。

7.2 初步尽职调查报告涉及法律方面的一般包括以下内容：

7.2.1 中国证监会重点关注及提请公司关注的事项。

（1）是否存在出资问题；

（2）同业竞争问题；

（3）关联交易问题。

7.2.2 其他法律方面的重点问题。

（1）公司主体资格；

（2）历史沿革；

（3）关联方情况；

（4）股权情况。

第8条【注意事项】

8.1 保密协议

在初步尽职调查之前，律师事务所作为新三板挂牌项目组成员，要先与公司接洽达成初步合作意向并签订保密协议。在双方达成初步合作意向后，签订保密协议有利于保障双方利益，尤其是公司利益，增加互信，推进项目的进行。

保密协议，是指协议当事人之间就一方告知另一方的书面或口头信息，约定不得向任何第三方披露该等信息的协议。负有保密义务的当事人违反协议约定，将保密信息披露给第三方，可能承担民事责任甚至刑事责任。

保密协议一般包括责任主体、保密内容、保密义务、保密期限及违约责任等条款。保密协议可以分为单方保密协议和双方保密协议。单方保密协议是指律师事务所等中介机构一方对公司一方单方面负有保密义务的协议。

8.2 内部立项

在初步尽职调查之后，新三板挂牌项目组判断公司是否具备申请新三板挂牌的资格。如果公司具备或经过整理具备在新三板挂牌的资格，则律师事务所应完成内部立项工作程序，进行立项。

律师事务所内部立项的基本流程为：经办律师拟定项目立项报告，报其所属的业务部门负责人审核，业务部门负责人认为项目具备基本可行性，签字后报律师事务所业务负责人审批，即完成立项，如果业务负责人认为项目存在较大风险或复杂，应提交合伙人会议讨论，根据讨论结果，最终确定是否立项。

立项报告，是指律师事务所在初步法律尽职调查后，从宏观上论述项目设立的必要性和可能性，是对项目提出的框架性的总体设想。立项报告主要把初步设想变为概略的建议，它的呈报，可以供律师事务所作出初步决策，减少项目选择的盲目性，降低风险，为下一步工作打下基础。

8.3 与公司签署新三板挂牌专项法律顾问协议，确定项目负责人

律师事务所在进行内部立项后与公司签署新三板挂牌专项法律顾问协议，标志双方正式建立合作关系，双方确定正式的项目负责人、项目团队，并明确双方的权利和义务，以便项目顺利进行。

专项委托协议一般包括以下内容：

签约主体

鉴于……

定义……

第一条委托事项

第二条律师事务所提供的服务范围、服务内容

第三条委托方的权利与义务

第四条律师事务所的权利与义务

第五条费用及支付方式

第六条其他约定

第七条违约责任

第八条不可抗力

第九条保密条款

第十条争议解决

第十一条生效及其他

第三章

全面法律尽职调查

第一节概述

第9条【定义】

9.1 本指引所称全面法律尽职调查，是指在律师事务所与公司正式建立合作关系后，律师事务所依据公司的整理（如果有）、改制、挂牌等计划，通过对相关资料、文件、信息以及其他事实情况的收集，从法律、行政法规或规范性政策文件的角度进行核查验证、分析和判断。

9.1.1 律师事务所编制查验计划。

9.1.2 编制、审核、审定法律尽职调查清单、访谈提纲。

依据已有的范本模板，针对公司实际情况，编制法律尽职调查清单

包括法律意见书应披露的内容，可以分为七大部分。第一部分：公司设立及历史沿革；第二部分：公司治理；第三部分：关联交易与同业竞争；第四部分：公司资产；第五部分：公司财务；第六部分：公司业务；第七部分：公司人员）。、访谈提纲，再由项目团队审核、审定。

9.2 进场开展全面法律尽职调查，包括但不限于：

9.2.1 发放法律尽职调查清单，经办律师及时与公司进行沟通、澄清、指导，使公司准确了解清单要求的内容和提供的方法。

9.2.2 经办律师对公司提供的材料和清单进行核对，确认是否缺少材料，原件和复印件是否一致。

9.2.3 实地走访。

9.2.4 对相关人员进行访谈。

9.2.5 有关部门查询、函证等（核查验证具体见本章第二节）。

第10条【目的】

进场开展全面法律尽职调查，全面、真实、准确了解公司的事实情况，发现公司在新三板挂牌项目中存在哪些问题，针对这些问题确定采取的解决措施或整理方案。

第11条【遵循的基本原则】

11.1 独立性原则。律师开展法律尽职调查，应当独立于公司意志，独立于主办券商、审计、评估等其他中介机构。

11.2 勤勉尽责原则。律师在进行法律尽职调查时，应当本着对公司高度负责的精神，应根据其特点，恪尽职守，勤勉敬业，对与公司在新三板挂牌相关的一切问题进行尽可能全面、详尽、深入的调查研究，完成各项具体的法律服务，切实履行应尽的职业责任，不得出现重大遗漏与失误，从而向公司提供具有高度专业见解的意见，并及时制作工作底稿。

11.3 审慎原则。律师应当以审慎原则贯穿法律尽职调查的全过程。对通过被调查对象提供的任何资料、信息以及相关人员所作出的口头陈述而发现的任何问题，律师均应持审慎的怀疑态度，做更深入的了解和探究。坚持审慎原则，是经办律师在法律尽职调查工作中防范自身风险的重要手段之一。

11.4 专业性原则。经办律师应当在整体调查工作中充分体现法律角度的核查和判断。经办律师在调查中关注的重点始终是法律状况，判断的是法律风险，经办律师应当从法律角度作出专业的判断。

第12条【法律尽职调查清单】

经办律师开展法律尽职调查，应当根据公司的特点和实际情况，以书面形式向被调查对象出具法律尽职调查清单，要求被调查对象在合理或约定时间内依据清单、根据经办律师要求的方式提供真实、完整、齐备的资料原件或与原件审核一致的复印件（加盖公司印章）。

第13条【尽职调查涉及事项】

经办律师应当在法律尽职调查清单中要求被调查对象提供包括但不限于以下方面的内容：

13.1 公司概况；

13.2 经营情况；

13.3 资产情况；

13.4 财务独立性；

13.5 税、费、各种补贴情况；

13.6 人力资源情况；

13.7 环保情况；

13.8 诉讼、仲裁、行政复议、其他纠纷及处罚情况。

第14条【制作法律尽职调查报告】

经办律师在获得全部必备信息材料后，应当制作全面的《法律尽职调查报告》。对发现的重大问题提出具体解决措施并明确重要时间节点及本次挂牌具体工作内容，为制订挂牌工作整体方案做准备。

《法律尽职调查报告》一般包括以下内容：

14.1 目的与范围。明确开展尽职调查工作并出具尽职调查报告所要达到的目的。

14.2 经办律师的工作准则。经办律师是否根据有关法律、行政法规、规章和规范性政策文件，根据公司的授权，按照律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神，出具工作报告。

14.3 经办律师的工作程序。经办律师在开展尽职调查工作过程中的主要工作方式、工作时间以及工作流程，包括对调查对象提供材料的查验、走访、谈话记录、现场勘查记录、查阅文件的情况等。

14.4 相关依据。经办律师制作尽职调查报告所依据的文件材料以及报告反映情况的截止时间。

14.5 正文。经办律师应在进行充分核查、验证的基础上，对委托事项作出详尽明确的尽职调查报告。正文内容应当与经办律师的工作程序以及经办律师出具的调查清单所涉及的范围基本保持一致，其内容主要包括：

14.5.1 公司概况。

主要针对股权结构、出资验资、股权演变等情况作出阐述，并针对该等事项进行法律评价，对存在的不规范情形及存在的风险提出整改建议。

14.5.2 组织结构及法人治理结构。

主要针对公司章程、法人组织结构、法人治理机制（包括股东会/大会、董事会、监事会）的具体情况进行阐述，并针对该等事项是否存在法律问题及法律风险进行法律评价，对存在的不规范情形及存在的风险提出规范建议。

14.5.3 经营情况。

主要针对公司的经营范围和方式、业务变更情况、主营业务进行阐述，并对公司的持续经营是否存在法律障碍或潜在法律风险进行法律评价和提出建议。

14.5.4 资产情况。

主要针对公司所有或使用的主要资产状况进行阐述，对主要资产是否存在法律障碍进行评价，并针对存在的法律障碍提出解决建议。

14.5.5 债权债务及担保情况。

核查公司债权债务及担保情况，并对其合法性及关联性等作出相应的法律评价和法律建议。

14.5.6 关联关系。

主要针对是否存在关联交易以及关联方的情况进行阐述，对存在关联关系或其他法律风险的状况进行分析，并提出整改建议。

14.5.7 税务。

主要针对公司税种、税率以及是否存在免征或减免税项目及税费缴纳情况等进行核查，并作出法律评价。

14.5.8 诉讼、仲裁与行政处罚。

包括对公司及其高级管理人员（董事长、总经理等）或关联企业尚未了结或即将面临的诉讼、仲裁与行政处罚进行阐述，对其进行法律分析并提出建议。

14.6 结尾。

经办律师对尽职调查的结果发表结论性意见。

第二节核查和验证

第15条【履行核查和验证的义务】

律师事务所及其指派的经办律师从事新三板挂牌业务，应当运用自己的专业知识和能力，依据自己的查验行为，独立作出查验结论，出具法律意见。对于应由经办律师亲自收集证据材料的事项，经办律师应当亲自办理，不得交由委托人代为办理。经办律师使用公司提供材料的，应当对其内容、性质和效力等进行必要的查验、分析和判断。经办律师应当依法对所依据的文件资料内容的真实性、准确性、完整性进行核查和验证。

第16条【编制核查和验证的计划】

律师事务所及其指派的经办律师应当按照《律师事务所从事证券法律业务管理办法》编制查验计划。

在进行核查和验证前，应当编制查验计划，查验计划应当列明需要查验的具体事项、查验工作程序、查验方法等，并根据业务的进展情况予以适当调整。在有关查验方法不能实现验证目的时，应当对相关情况进行评判，以确定是否采取替代的查验方法。

查验工作结束后，律师事务所及其指派的经办律师应当对查验计划的落实情况进行评估和总结。查验计划未完全落实的，应当说明原因或者采取其他查验措施。

第17条【核查验证规则】

律师事务所及其指派的经办律师对受托事项进行查验时，应当独立、客观、公正，遵循审慎性及重要性原则。

第18条【核查和验证的主要方法】

18.1 待查验事项只需书面凭证便可证明的，在无法获得凭证原件加以对照查验的情况下，经办律师应当采用查询、复核等方式予以确认；待查验事项没有书面凭证或者仅有书面凭证不足以证明的，经办律师应当采用实地调查、面谈等方式进行查验。

18.1.1 经办律师进行查验，向有关国家机关、具有管理公共事务职能的组织、会计师事务所、资信评级机构、公证机构等查证、确认有关事实的，应当将查证、确认工作情况做成书面记录，并由经办律师签名。

18.1.2 经办律师采用面谈方式进行查验的，应当制作面谈笔录。谈话对象和经办律师应当在笔录上逐页签名。谈话对象拒绝签名的，应当在笔录中注明。

18.1.3 经办律师采用书面审查方式进行查验的，应当分析相关书面信息的可靠性，对文件记载的事实内容进行审查，并对其法律性质、后果进行分析判断。

18.1.4 经办律师采用实地调查方式进行查验的，应当将实地调查情况做成笔录，由调查律师、被调查事项相关的自然人或者单位负责人签名。该自然人或者单位负责人拒绝签名的，应当在笔录中注明。

18.1.5 经办律师采用查询方式进行查验的，应当核查公告、网页或者其他载体相关信息，并就查询的信息内容、时间、地点、载体等有关事项制作查询笔录。

18.1.6 经办律师采用函证方式进行查验的，应当以特快专递或者挂号信函的形式寄出，邮件回执、查询信函底稿和对方回函应当由经办律师签名。函证对方未签署回执、未予签收或者在函证规定的最后期限届满时未回复的，由经办律师对相关情况作出书面说明。

18.2 经办律师查验法人或者其分支机构有关主体资格以及业务经营资格的，应当就相关主管机关颁发的批准文件、营业执照、业务经营许可证及其他证照的原件进行查验。对上述原件的真实性、合法性存在疑问的，应当依法向该法人的设立登记机关、其他有关许可证颁发机关及相关登记机关进行查证、确认。

18.3 对自然人有关资格或者一定期限内职业经历的查验，经办律师应当向其在相关期间工作过的单位人事等部门进行查询、函证。

18.4 对不动产、交通运输工具、知识产权等依法需要登记的财产的查验，经办律师应当查验登记机关制作的财产权利证书原件，必要时应当采取适当方式，就该财产权利证书的真实性以及是否存在权利纠纷等，向该财产的登记机关进行查证、确认。

18.5 对生产经营设备、大宗产品或者重要原材料的查验，经办律师应当查验其购买合同和发票原件。购买合同和发票原件已经遗失的，应当由财产权利人或者其代表签字确认，并在工作底稿中注明；相关供应商尚存在的，应当向供应商进行查询和函证。必要时，应当进行现场查验，制作现场查验笔录，并由财产权利人或者其代表签字；财产权利人或者其代表拒绝签字的，应当在查验笔录中注明。

18.6 对依法需要评估才能确定财产价值的财产的查验，经办律师应当取得有证券、期货相关业务评估资格的资产评估机构（以下简称“有资格的评估机构”）出具的有效评估文书；未进行有效评估的，应当要求公司委托有资格的评估机构出具有效评估文书予以确认。

18.7 对银行存款的查验，经办律师应当查验银行出具的存款证明原件；不能提供银行存款证明的，应当会同公司（存款人）向公司的开户银行进行书面查询、函证。

18.8 对财产的查验，难以确定其是否存在被设定担保等权利负担的，经办律师应当以适当方式向有关财产抵押、质押登记部门进行查证、确认。

18.9 对公司是否存在对外重大担保事项的查验，经办律师应当与公司的财务负责人等相关人员及公司聘请的会计师事务所的注册会计师面谈，并根据需要向公司的开户银行、公司登记机关、证券登记机构和不动产、交通运输工具、知识产权的登记部门等进行查证、确认。

18.10 向银行进行查证、确认，采取查询、函证等方式；向财产登记部门进行查证、确认，采取查询、函证或者查阅登记机关公告、网站等方式。

18.11 对有关自然人或者法人是否存在重大违法行为、是否受到有关部门调查、是否受到行政处罚或者刑事处罚、是否存在重大诉讼或者仲裁等事实的查验，经办律师应当与有关自然人、法人的法定代表人及有关法人的合规管理等部门负责人进行面谈，并根据情况选取可能涉及的有关行政机关、司法机关、仲裁机构等公共机构进行查证、确认。

18.12 向有关公共机构查证、确认，可以采取查询、函证或者查阅其公告、网站等方式。

18.13 从不同来源获取的证据材料或者通过不同查验方式获取的证据材料，对同一事项所证明的结论不一致的，经办律师应当追加必要的程序，作进一步查证。

18.14 除本指引规定的查验方法之外，经办律师可以根据需要采用其他合理手段，以获取适当的证据材料，对被查验事项作出认定和判断。

第四章

公司整理

第一节概述

第19条【定义】

公司整理，是指公司为满足在新三板挂牌条件进行规范而采取的一系列行为，主要包括：在各中介机构尽职调查后，召开中介机构协调会，讨论研究尽职调查报告中发现的重大问题和提出具体解决措施的落实；明确重要时间节点及本次挂牌具体工作内容并制订挂牌工作整体方案。制订方案后，经办律师及其他中介机构协助公司选择合适的挂牌主体，围绕该挂牌主体符合新三板挂牌条件进行的一系列整理行为。

经办律师从法律的角度指导、协助公司进行整理（同业竞争、关联交易、并购重组、股权转让、增资扩股、公司终止清算等），使公司股权明晰，健全并规范公司治理机制，合法规范经营，解决同业竞争，减少并规范关联交易等。

第20条【目的】

通过公司整理，主要解决公司存在的对挂牌产生实质性影响的重大问题，为有限公司下一步改制奠定基础；如果公司已经是股份公司则仍需进行整理，使公司达到进入全国股份转让系统的挂牌要求，成功挂牌。

第21条【关注事项】

21.1 中介机构协调会会议纪要：

21.1.1 会议纪要应全面记载各中介机构对公司挂牌提出的重大问题以及解决措施。

21.1.2 就挂牌整体工作内容、工作进度达成共识，作出决定。

21.1.3 起草会议纪要、传阅给各中介机构和公司征求意见，根据意见修改，定稿后正式印发给各中介机构和公司，供各方遵循执行。

21.2 公司挂牌工作整体方案。

整体方案是在尽职调查基础上为实现挂牌工作部署，进行顶层设计，制作具有较强的方向性、指导性粗线条的筹划。一般包括以下内容：

21.2.1 导言或引语。导言或引语要求简明扼要地交代预案或方案制订的目的、原则、意义和依据。

21.2.2 方案的基本内容，主要包括以下几个方面：

（1）介绍基本情况。

（2）对相关活动、相关工作按阶段或进程作具体的部署安排。

包括各阶段工作的基本目标、主要任务内容、主要措施手段、步骤、做法、相应的安排和要求，包括各中介机构及公司人力、财力、物力的组织安排和部署，等等。总体而言，就是要写明在什么时间、多大范围内由哪些人做哪些工作，采取什么方式，在何时做到何种程度。

（3）对相关问题的处理与解决办法。

（4）路线图。

（5）时间表。

21.3 在公司整理阶段，经办律师应着手制作由有限责任公司整体变更为股份有限公司的相关股改的法律文件及内部管理制度初稿：

经办律师制作《发起人协议》《股份公司章程》、适应挂牌要求的《公司章程（草案）》《股份有限公司筹办工作的汇报》《设立股份有限公司的议案》《股份有限公司设立费用的报告》《发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核说明》《选举股份有限公司第一届董事会成员的议案》《选举股份有限公司第一届监事会股东代表监事的议案》《授权董事会办理变更设立股份公司工商登记的议案》等股改文件。

经办律师制作《股东大会议事规则》《董事会议事规则》《监事会议事规则》《总经理工作细则》《关联交易决策管理制度》《对外担保决策管理制度》《对外投资决策管理制度》《董事会秘书工作细则》《信息披露管理制度》等内部管理制度法律文件初稿（注：只有当公司由有限公司整体变更改制为股份公司时，需要拟定《发起人协议》和制定改制后的股份公司《公司章程》。如果公司已是股份公司，则不需要改制，只需拟定内部管理制度）。

制作股改文件及内部管理制度的目的，是为公司以整体变更方式进行股份制改造提前做准备工作，这样可以缩短公司挂牌的时间，有效推进项目进行。

21.4 随着公司整理的进行，经办律师将针对公司存在的问题，提出整改建议，指导、督促、协助公司完成整改。在上述整理过程中遇到的疑难问题，公司应及时与中介机构沟通，听取中介机构的意见，以免走弯路。

21.5 特殊情况。

公司在整理过程中，可能会出现积极的投资者，比如风险投资（VC）、私募股权投资基金（PE）等，投资公司，这就会涉及在公司进行股份制改造之前（改制基准日之前）进行增资扩股。

21.5.1 非国有内资企业。

对于非国有内资企业，吸收风险投资（VC）、私募股权投资基金（PE）等投资时需要按照《中华人民共和国公司法》等法律、法规的规定进行增资扩股。此时需要的法律文件包括：《投资协议》《增资扩股协议》《对赌协议》、董事会议案、股东会决议、章程修正案等。

21.5.2 具有国有股成分的企业。

对于具有国有股成分的企业，吸收风险投资（VC）、私募股权投资基金（PE）等投资时，除需要依据《中华人民共和国公司法》等法律法规的规定之外，还应依据《中华人民共和国企业国有资产法》等涉及规范国有成分企业的法律法规，进行资产评估，履行必要的审批程序。

21.5.3 外资企业。

对于外资企业，吸收风险投资（VC）、私募股权投资基金（PE）等投资时，除需要依据《中华人民共和国公司法》等法律法规的规定之外，还应依据《中华人民共和国外商独资企业法》《中华人民共和国中外合作经营企业法》或《中华人民共和国中外合资经营企业法》等涉及规范外资企业的法律法规，履行必要的审批程序。

21.6 公司整理完毕后，召开中介机构协调会，对公司整理进行验收，验收合格后，确定由有限公司整体变更为股份公司的改制基准日。

第二节基本问题及规范

公司整理的目的是使公司达到新三板的挂牌条件。因此，对已发现的相关问题要进行相应规范。根据全国中小企业股份转让系统有限公司（以下简称“全国股转系统公司”）制定的《全国中小企业股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引（试行）》，公司要满足如下条件：

第22条【依法设立且存续满两年】

22.1 依法设立，是指公司依据《中华人民共和国公司法》等法律、行政法规及规章的规定向公司登记机关申请登记，并取得《企业法人营业执照》。

22.1.1 公司设立的主体、程序合法、合规。

国有企业应提供相应的国有资产监督管理机构或国务院、地方政府授权的其他部门、机构关于国有股权设置的批复文件；外商投资企业应提供外商投资审批机关出具的设立批复文件；《中华人民共和国公司法》修改（2006年1月1日）前设立的股份公司，应取得国务院授权部门或者省级人民政府的批准文件。

22.1.2 公司股东的出资合法、合规，出资方式及比例应符合《中华人民共和国公司法》相关规定。

以实物、知识产权、土地使用权等非货币财产出资的，应当评估作价，核实财产，明确权属，财产权转移手续办理完毕；以国有资产出资的，应遵守有关国有资产评估的规定。

22.1.3 公司注册资本缴足，不存在出资不实情形。

22.2 存续两年是指存续两个完整的会计年度。

22.3 有限责任公司按原账面净资产值折股整体变更为股份有限公司的，存续时间可以从有限责任公司成立之日起计算。整体变更不应改变历史成本计价原则，不应根据资产评估结果进行账务调整，应以改制基准日经审计的净资产值为依据折合为股份有限公司股本。申报财务报表最近一期截止日不得早于改制基准日。

第23条【业务明确，具有持续经营能力】

23.1 业务明确，是指公司能够明确、具体地阐述其经营的业务、产品或服务、用途及其商业模式等信息。

23.2 公司可同时经营一种或多种业务，每种业务应具有相应的关键资源要素，该要素组成应具有投入、处理和产出能力，能够与商业合同、收入或成本费用等相匹配。

23.2.1 公司业务如需主管部门审批，应取得相应的资质、许可或特许经营权等。

23.2.2 公司业务应遵守法律、行政法规和规章的规定，符合国家产业政策以及环保、质量、安全等要求。

23.3 持续经营能力，是指公司基于报告期内的生产经营状况，在可预见的将来，有能力按照既定目标持续经营下去。

23.3.1 公司业务在报告期内应有持续的营运记录，不应仅存在偶发性交易或事项。营运记录包括现金流量、营业收入、交易客户、研发费用支出等。

23.3.2 公司应按照《企业会计准则》的规定编制并披露报告期内的财务报表，公司不存在《中国注册会计师审计准则第1324号——持续经营》中列举的影响其持续经营能力的相关事项，并由具有证券期货相关业务资格的会计师事务所出具标准无保留意见的审计报告。

财务报表被出具带强调事项段的无保留审计意见的，应全文披露审计报告正文以及董事会、监事会和注册会计师对强调事项的详细说明，并披露董事会和监事会对审计报告涉及事项的处理情况，说明该事项对公司的影响是否重大、影响是否已经消除、违反公允性的事项是否已予纠正。

23.4 公司不存在依据《中华人民共和国公司法》规定解散的情形，或法院依法受理破产重整、和解或者破产申请的情形。

第24条【公司治理机制健全，合法规范经营】

24.1 公司治理机制健全，是指公司按规定建立股东大会、董事会、监事会和管理层（以下简称“三会一层”）组成的公司治理结构，制定相应的公司治理制度，并能证明有效运行，保护股东权益。

24.1.1 公司依法建立“三会一层”，并按照《中华人民共和国公司法》《非上市公众公司监督管理办法》及《非上市公众公司监管指引第3号——章程必备条款》等规定建立公司治理制度。

24.1.2 公司“三会一层”应按照公司治理制度进行规范运作。在报告期内的有限公司阶段，应遵守《中华人民共和国公司法》的相关规定。

24.1.3 公司董事会应对报告期内公司治理机制执行情况进行讨论、评估。

24.2 合法合规经营，是指公司及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员应依法开展经营活动，经营行为合法、合规，不存在重大违法违规行为。

24.2.1 公司的重大违法违规行为，是指公司最近24个月内因违反国家法律、行政法规、规章的行为受到刑事处罚或受到因重大违法违规情形的行政处罚。

（1）行政处罚，是指经济管理部门对涉及公司经营活动的违法违规行为给予的行政处罚。

（2）重大违法违规情形，是指凡被行政处罚的实施机关给予没收违法所得、没收非法财物以上行政处罚的行为，属于重大违法违规情形，但处罚机关依法认定不属于重大违法违规情形的除外；被行政处罚的实施机关给予罚款的行为，除主办券商和律师能依法合理说明或处罚机关认定该行为不属于重大违法违规行为的以外，都视为重大违法违规情形。

（3）公司最近24个月内不存在涉嫌犯罪被司法机关立案侦查、尚未有明确结论意见的情形。

24.2.2 控股股东、实际控制人经营行为合法合规，最近24个月内不存在涉及以下情形的重大违法违规行为：

（1）控股股东、实际控制人受到刑事处罚；

（2）受到与公司规范经营相关的行政处罚，且情节严重。情节严重的界定参照前述规定；

（3）公司涉嫌犯罪被司法机关立案侦查，尚未有明确结论意见。

24.2.3 现任董事、监事和高级管理人员应具备和遵守《中华人民共和国公司法》规定的任职资格和义务，不应存在最近24个月内受到中国证监会行政处罚或者被采取证券市场禁入措施的情形。

24.3 公司报告期内不应存在股东包括控股股东、实际控制人及其关联方占用公司资金、资产或其他资源的情形。如果有，应在申请挂牌前予以归还或规范。

24.4 公司应设有独立财务部门进行独立的财务会计核算，相关会计政策能如实反映公司财务状况、经营成果和现金流量。

第25条【股权明晰，股票发行和转让行为合法合规】

25.1 股权明晰，是指公司的股权结构清晰，权属分明，真实确定，合法合规，股东特别是控股股东、实际控制人及其关联股东或实际支配的股东持有公司的股份不存在权属争议或潜在纠纷。

25.1.1 公司的股东不存在国家法律、行政法规、规章及规范性文件规定不适宜担任股东的情形。

25.1.2 申请挂牌前存在国有股权转让情形的，应遵守国有资产管理规定。

25.1.3 申请挂牌前外商投资企业的股权转让应遵守外商投资审批机关批准的规定。

25.2 股票发行和转让合法合规，是指公司的股票发行和转让依法履行必要内部决议、外部审批（如果有）程序，股票转让应符合限售的规定。

25.2.1 公司股票发行和转让行为合法合规，不存在下列情形：

（1）最近36个月内未经法定机关核准，擅自公开或者变相公开发行过证券；

（2）违法行为虽然发生在36个月前，目前仍处于持续状态。但《非上市公众公司监督管理办法》实施前形成的股东超200人的股份有限公司，经中国证监会确认的除外。

25.2.2 公司股票限售安排应符合《中华人民共和国公司法》和《全国中小企业股份转让系统业务规则（试行）》的有关规定。

25.3 在区域股权市场及其他交易市场进行权益转让的公司，申请股票在全国股份转让系统挂牌前的发行和转让等行为应合法合规。

25.4 公司的控股子公司或纳入合并报表的其他公司的股票发行和转让行为应符合本指引的规定。

第26条【主办券商推荐并持续督导】

26.1 公司应经主办券商推荐，双方签署了《推荐挂牌并持续督导协议》。

26.2 主办券商应完成尽职调查和内核程序，对公司是否符合挂牌条件发表独立意见，并出具推荐报告。

第三节其他重点问题及规范

如上节所述，本节阐述的其他重点问题虽然没有在全国股份转让系统公司制定的《全国中小企业股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引（试行）》中明确规定，但同样是全国股份转让系统公司或中国证监会在审核中重点关注的问题，也是公司能否挂牌的关键，因此应在公司整理阶段予以规范。

第27条【关联交易】

根据《全国中小企业股份转让系统挂牌公司信息披露细则》(试行）对关联方及关联关系的界定，挂牌公司的关联方及关联关系包括《企业会计准则第36号——关联方披露》规定的情形，以及公司、主办券商或全国股份转让系统公司根据实质重于形式原则认定的情形。

27.1 关联方的界定

一方控制、共同控制另一方或对另一方施加重大影响，以及两方或两方以上同受一方控制、共同控制或重大影响的，构成关联方。下列各方构成企业的关联方：

27.1.1 该企业的母公司。

27.1.2 该企业的子公司。

27.1.3 与该企业受同一母公司控制的其他企业。

27.1.4 对该企业实施共同控制的投资方。

27.1.5 对该企业施加重大影响的投资方。

27.1.6 该企业的合营企业。

27.1.7 该企业的联营企业。

27.1.8 该企业的主要投资者个人及与其关系密切的家庭成员。主要投资者个人，是指能够控制、共同控制一个企业或者对一个企业施加重大影响的个人投资者。

27.1.9 该企业或其母公司的关键管理人员及与其关系密切的家庭成员。关键管理人员，是指有权利并负责计划、指挥和控制企业活动的人员。与主要投资者个人或关键管理人员关系密切的家庭成员，是指在处理与企业的交易时可能影响该个人或受该个人影响的家庭成员。

27.1.10 该企业主要投资者个人、关键管理人员或与其关系密切的家庭成员控制、共同控制或施加重大影响的其他企业。

关系密切的家庭成员是指配偶、父母、年满18周岁的子女及其配偶、兄弟姐妹及其配偶、配偶的父母、配偶的兄弟姐妹、子女配偶的父母。

27.2 关联交易的界定

公司的关联交易，是指公司与关联方之间发生的转移资源或者义务的事项。

关联交易的类型通常包括下列各项：

27.2.1 购买或销售商品。

27.2.2 购买或销售商品以外的其他资产。

27.2.3 提供或接受劳务。

27.2.4 担保。

27.2.5 提供资金（贷款或股权投资）。

27.2.6 租赁。

27.2.7 代理。

27.2.8 研究与开发项目的转移。

27.2.9 许可协议。

27.2.10 代表企业或由企业代表另一方进行债务结算。

27.2.11 关键管理人员薪酬。

27.3 解决措施

27.3.1 对关联交易进行详尽披露，并规范关联交易。

公司整体变更为股份公司以前，如对于关联公司发生的交易行为未制定特别的决策程序，存在不规范现象，应进行披露，并披露解决措施。

27.3.2 制定公司章程及其他相关制度。

公司改制为股份公司后，为了规范公司与关联方之间的关联交易，维护公司股东特别是中小股东的合法权益，保证公司与关联方之间的关联交易的公允、合理，制定《股份有限公司章程》《股份有限公司股东大会议事规则》《股份有限公司董事会议事规则》《股份有限公司关联交易管理办法》《股份有限公司防范大股东及关联方占用公司资金管理办法》等制度，明确关联交易的决策机构、权限、程序，并规定关联董事、关联股东的回避制度。

27.3.3 关联方出具《关于规范关联交易的承诺书》。

第28条【同业竞争】

28.1 同业竞争定义

根据全国股份转让系统公司制定的《全国中小企业股份转让系统公开转让说明书内容与格式指引（试行）》《全国中小企业股份转让系统主办券商尽职调查工作指引（试行）》相关规定，同业竞争是指公司所从事的业务与其控股股东、实际控制人及其控制的其他企业所从事的业务相同或近似，双方构成或可能构成直接或间接的竞争关系。

28.2 同业竞争的判断

公司所从事的业务与其控股股东、实际控制人及其控制的其他企业所从事的业务是否相同或近似，应从控股股东、实际控制人及其控制的其他企业的业务性质、客户对象、可替代性、市场差别等方面来判断，从而判断是否构成同业竞争。

28.3 解决同业竞争的措施

28.3.1 公司收购竞争方拥有的竞争性业务（收购）；

28.3.2 公司对竞争方进行吸收合并（并入公司）；

28.3.3 公司将竞争性的业务转让给竞争方（转让）；

28.3.4 竞争方将竞争性业务作为出资参股投入申请挂牌公司，获得申请挂牌公司的股份（并入公司）；

28.3.5 竞争方将竞争性的业务转让给无关联的第三方（转让）；

28.3.6 竞争方放弃与拟申请挂牌公司存在同业竞争的业务（变更经营范围）；

28.3.7 关联方作出今后不再进行同业竞争的有法律约束力的书面承诺。

第29条【公司的独立性】

公司进入全国股份转让系统挂牌，应满足独立性要求，主要包括以下五个方面：

29.1 公司的资产完整

生产型企业应当具备与生产经营有关的生产系统、辅助生产系统和配套设施，合法拥有与生产经营有关的土地、厂房、机器设备，以及商标、专利、非专利技术的所有权或者使用权，具有独立的原料采购和产品销售系统；非生产型企业应当具备与经营有关的业务体系及相关资产。

29.2 公司的人员独立

公司的总经理、副总经理、财务负责人和董事会秘书等高级管理人员不得在控股股东、实际控制人及其控制的其他企业中担任除董事、监事以外的其他职务，不得在控股股东、实际控制人及其控制的其他企业领薪；公司的财务人员不得在控股股东、实际控制人及其控制的其他企业中兼职。

29.3 公司的财务独立

公司应当建立独立的财务核算体系，能够独立作出财务决策，具有规范的财务会计制度和对分公司、子公司的财务管理制度；公司不得与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业共用银行账户。

29.4 公司的机构独立

公司应当建立健全内部经营管理机构，独立行使经营管理职权，与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间不得有机构混同的情形。

29.5 公司的业务独立

公司的业务应当独立于控股股东、实际控制人及其控制的其他企业，与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间不得有同业竞争或者显失公平的关联交易。

第五章

有限责任公司改制为股份有限公司

第一节概述

第30条【股份制改造的定义】

本指引所称的股份制改造是指为符合在全国股份转让系统挂牌的公司形式所进行的变更形式工作，特指有限责任公司按照具有证券期货相关业务资格的会计师事务所审计的原账面净资产值折股整体变更为股份有限公司。尤其应注意的是，整体变更不应改变历史成本计价原则，不应根据资产评估结果进行账务调整，应以改制基准日经审计的原账面净资产值为依据折合为股份有限公司股本。申报财务报表最近一期截止日不得早于改制基准日。

第31条【股份制改造的目的】

公司股份制改造是公司挂牌过程中的关键环节，股份制改造是否规范直接决定了公司能否在新三板成功挂牌。股份制改造的主要目的是满足新三板挂牌要求的主体资格，从而实现价格发现功能，便于在全国股份转让系统进行交易。

第32条【股份制改造的重要原则】

有限责任公司按照具有证券期货相关业务资格的会计师事务所审计的原账面净资产值折股整体变更为股份有限公司，尤其应当注意的是，整体变更不应改变历史成本计价原则，应以改制基准日经审计的原账面净资产值为依据折合为股份有限公司股本，不应根据资产评估结果进行账务调整。

第二节改制流程

第33条【股份制改造的前期准备】

股份制改造前期准备需要做大量的工作，这也关系到改制的成功与否。前期准备阶段大致需要完成以下工作：

33.1 公司初步拟定股改方案，该方案主要包括设立方式、发起人数量、注册资本、股权结构和业务范围等；

33.2 制定改制工作时间表；

33.3 成立筹建委员会；

33.4 经办律师根据公司实际情况，完成各类股份制改造文件的准备工作，并保证其合法性。

第34条【股份制改造的实施阶段】

前期准备工作完成后即进入具体实施阶段，该阶段主要包括以下工作：

34.1 会计师事务所完成审计工作，出具《审计报告》。

34.2 资产评估公司完成资产评估工作，出具《资产评估报告》。

34.3 公司最终确定发起人，并签署发起人协议，明确各发起人在股份公司设立过程中的权利和义务。

34.4 发起人审阅《公司章程》并签字，律师参与审阅工作，并对发起人提出的涉及法律的相关问题进行解答。

34.5 召开创立大会。

创立大会在股份有限公司成立之前召开，组成人员是参与公司设立并认购股份的人。创立大会是设立中公司的意思决定机关，其决议涉及公司设立行为、公司能否成立，通过相关议案如《股份有限公司筹办工作的汇报》《设立股份有限公司的议案》《股份有限公司设立费用的报告》《发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核说明》《股份有限公司章程》《选举股份有限公司第一届董事会成员的议案》《选举股份有限公司第一届监事会股东代表监事的议案》《授权董事会办理变更设立股份公司登记的议案》等有关事项。律师出席创立大会，并出具法律意见。

34.6 召开股份公司第一届第一次董事会会议，选举董事长、副董事长。

34.7 召开股份公司第一届第一次监事会会议，选举监事会主席。

34.8 如果公司本身为国有企业或有国有股进入，应当经过国有资产监督管理机构的审批。

34.9 如果公司本身为外商投资企业或有外商投资者进入，外商股权投资比例变化导致性质发生变化，应当经过外商审批机关的审批。

34.10 经办律师协助董事会接受授权，办理变更设立股份公司的公司登记，换取营业执照。

34.11 经办律师协助、指导公司办理税务变更登记，到质量技术监督局换取《组织机构代码证》，到开户银行办理开户变更，到公安机关办理印章更换等。

第35条【规范公司治理机制】

制定并通过《股东大会议事规则》《董事会议事规则》《监事会议事规则》《总经理工作细则》《董事会秘书工作细则》《关联交易管理与决策制度》《对外担保管理制度》《对外投资决策管理制度》《信息披露管理制度》等公司内部的管理制度，规范公司治理机制。

第三节律师的主要工作

第36条【制作股改方案】

股改方案是公司股份制改造的起点，律师应协助公司保证股改方案的合法性、可行性。

公司进行股份制改造的主要目的是为了在全国股份转让系统挂牌，因此在制作股改方案时，应充分考虑挂牌的条件。

股改方案应该重点关注以下内容：

36.1 公司的经营范围应当明确；

36.2 应尽量减少关联交易，如果关联交易不可避免，也应当对关联交易进行规范；

36.3 消除同业竞争；

36.4 剥离权属不明或存在争议的资产等。

第37条【制作股份公司《发起人协议》】

《发起人协议》规定股份公司发起设立过程中的权利和义务，主要包括以下内容：

37.1 公司经营宗旨和机构性质；

37.2 公司名称、住所、注册资本、业务范围；

37.3 发起人认购股份数额和所占股份比例；

37.4 认购股份的资格与实缴出资；

37.5 发起人权利和义务；

37.6 发起人的声明、承诺、保证；

37.7 公司筹建委员会；

37.8 公司治理结构；

37.9 违约责任；

37.10 保密；

37.11 通知；

37.12 协议的修改、变更与终止；

37.13 不可抗力；

37.14 争议的解决；

37.15 协议的生效及其他。

第38条【草拟《公司章程》及配套文件】

38.1 《公司章程》

公司章程是指公司依法制定的，规定公司名称、住所、经营范围、经营管理制度等重大事项的基本文件，是以书面形式固定下来的股东共同一致的意思表示。《公司章程》与《中华人民共和国公司法》一样，共同肩负调整公司活动的责任。公司的发起人在制定《公司章程》时，应当考虑周全，内容尽可能明确详细，不能产生歧义。

根据《中华人民共和国公司法》规定，股份有限公司《公司章程》应当载明下列事项：

38.1.1 公司名称和住所；

38.1.2 公司经营范围；

38.1.3 公司设立方式；

38.1.4 公司股份总数、每股金额和注册资本；

38.1.5 发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式和出资时间；

38.1.6 董事会的组成、职权和议事规则；

38.1.7 公司法定代表人；

38.1.8 监事会的组成、职权和议事规则；

38.1.9 公司利润分配办法；

38.1.10 公司的解散事由与清算办法；

38.1.11 公司的通知和公告办法；

38.1.12 股东大会会议认为需要规定的其他事项。

38.2 其他相关配套文件

38.2.1 根据股份制改造的流程，公司应该召开有限公司最后一次董事会会议、最后一次股东会会议，这两次会议主要是审议并通过有限公司整体变更为股份公司的议案。鉴于此，需要制作上述两次会议的相关文件。

38.2.2 在完成股份制改造的前期准备工作后，需要召开的重要会议是股份公司创立大会。召开该会议，应当准备相关文件。

38.2.3 经过股份公司创立大会审议并通过对董事会的授权后，董事会应当按照要求向公司登记机关办理相关手续。在该阶段需要准备申请登记的相关文件。

38.2.4 在变更公司形式的公司变更登记完成后，应当规范公司的治理机制。在该阶段，应当准备的法律文件包括《股东大会议事规则》《董事会议事规则》《监事会议事规则》《总经理办公会会议制度》《董事会秘书工作制度》《关联交易管理与决策制度》等。

第39条【制作会议文件并提供律师见证服务】

39.1 经办律师制作相关法律文件：

39.1.1 有限公司最后一次董事会会议。

本次会议的主要审议内容为决定公司整体变更相关事宜，主要文件包括但不限于下列内容：

（1）议案，主要为《公司由有限责任公司整体变更为股份有限公司的议案》《关于〈提请召开临时股东会审议通过上述议案〉的议案》。

（2）会议通知。

（3）签到表。

（4）决议内容：

①××会计师事务所出具的基准日为××年××月××日的编号为××《审计报告》；

②××资产评估有限公司出具的基准日为××年××月××日的编号为××《资产评估报告》；

③审议并通过《公司由有限责任公司整体变更为股份有限公司的议案》；

④审议并通过《关于〈提请召开临时股东会审议通过上述议案〉的议案》。

（5）会议记录等。

39.1.2 有限公司最后一次股东会会议。

本次会议主要审议公司整体变更相关事宜，主要会议文件包括但不限于下列内容：

（1）议案：《公司由有限责任公司整体变更为股份有限公司的议案》。

（2）会议通知。

（3）签到表。

（4）决议内容：

①××会计师事务所出具的基准日为××年××月××日的编号为××《审计报告》；

②××资产评估有限公司出具的基准日为××年××月××日的编号为××《资产评估报告》；

③审议并通过《公司由有限责任公司整体变更为股份有限公司的议案》。

（5）会议记录。

39.1.3 股份公司创立大会相关法律文件，包括但不限于下列文件：

（1）议案：

①《股份有限公司筹办工作的汇报》；

②《设立股份有限公司的议案》；

③《股份有限公司设立费用的报告》；

④《发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核说明》；

⑤《股份有限公司章程》；

⑥《选举股份有限公司第一届董事会成员的议案》；

⑦《选举股份有限公司第一届监事会股东代表监事的议案》；

⑧《授权董事会办理变更设立股份公司登记的议案》。

（2）会议通知。

（3）签到簿。

（4）议程。

（5）主持人发言稿。

（6）表决票。

（7）表决票结果统计表。

（8）决议：

①审议并通过《股份有限公司筹办工作的汇报》；

②审议并通过《设立股份有限公司的议案》；

③审议并通过《股份有限公司设立费用的报告》；

④审议并通过《发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核说明》；

⑤审议、通过并签订《股份有限公司章程》；

⑥审议并通过《选举股份有限公司第一届董事会成员的议案》；

⑦审议并通过《选举股份有限公司第一届监事会股东代表监事的议案》；

⑧审议并通过《授权董事会办理变更设立股份公司登记的议案》。

（9）会议记录。

39.1.4 股份公司一届一次董事会会议相关法律文件，包括但不限于以下文件：

（1）议案：

①《选举股份有限公司董事长》；

②《选举股份有限公司副董事长》；

③《聘任股份有限公司总经理》；

④《聘任股份有限公司副总经理》；

⑤《聘任股份有限公司财务负责人》；

⑥《总经理工作细则》；

⑦《办理变更设立股份公司工商登记的议案》。

（2）会议通知。

（3）签到簿。

（4）议程。

（5）主持人发言稿。

（6）决议：

①选举股份有限公司董事长；

②选举股份有限公司副董事长；

③聘任股份有限公司总经理；

④聘任股份有限公司副总经理；

⑤聘任股份有限公司财务负责人；

⑥通过《总经理工作细则》；

⑦通过办理变更设立股份公司登记的议案。

（7）会议记录。

39.1.5 股份公司职工大会会议相关法律文件，包括但不限于下列文件：

（1）议案：

①选举股份公司职工监事的议案；

②如果是国有公司，还需制作选举股份公司职工董事的议案。

（2）会议通知。

（3）签到簿。

（4）会议议程。

（5）主持人发言稿。

（6）表决票。

（7）表决票结果统计表。

（8）会议决议：

①通过《选举股份公司职工监事的议案》的决议；

②如果是国有公司，还需通过《选举股份公司职工董事的议案》。

（9）会议记录。

39.1.6 股份公司一届一次监事会会议相关法律文件，包括但不限于下列文件：

（1）议案：选举监事会主席的议案。

（2）会议通知。

（3）签到簿。

（4）会议议程。

（5）主持人发言稿。

（6）会议决议：通过《选举监事会主席的议案》的决议。

（7）会议记录。

39.2 经办律师出席以上会议，按工作需要，根据公司请求进行对制作的法律文件进行解答。

39.3 经办律师提供律师见证服务：

39.3.1 会议召开前，对会议的召集程序、与会人员的资格进行审查。

39.3.2 会议召开期间，出席会议并对会议的召开、表决程序和会议审议的内容进行律师见证。

第六章

股份公司审计

第40条【定义】

本指引所称的股份有限公司审计是指公司聘请的具有证券期货相关业务资格的会计师事务所，以确定的审计基准日，对公司进入全国中小企业转让系统规定的报告期内的财务状况进行的审计。

第41条【目的】

具有证券期货相关业务资格的会计师事务所出具的审计报告，是公司向全国股份转让系统公司或中国证监会申请进入全国中小企业股份转让系统挂牌的必备文件。

第42条【范围】

在股份制改造期间，具有证券期货相关业务资格的会计师事务所必须对有限责任公司审计基准日的财务情况进行全面审计，

由公司按照审计基准日以具有证券期货相关业务资格的会计师事务所审计的原账面净资产值为依据，折合为股份有限公司的股本。

第43条【申报财务报表的截止日】

在申请挂牌阶段，具有证券期货相关业务资格的会计师事务所出具两年一期的《审计报告》，申报财务报表最近一期截止日不得早于改制基准日，并履行对全国股份转让系统公司反馈意见的回答义务。

除此之外，会计师事务所还应对公司的内部控制等方面加以辅导，协助公司建立完善、全面的财务管理体系和内部控制体系。

第44条【审计报告的有效期】

根据《全国中小企业股份转让系统公开转让说明书内容与格式指引（试行）》规定，所引用的财务报表应由具有证劵期货相关业务资格的会计师事务所审计；财务报表在最近一期截止日后6个月内有效，特殊情况下申请挂牌公司可申请延长，但延长期至多1个月，如果企业用作改制的审计报告在出具7个月后仍不能成功实现挂牌，则应重新出具审计报告。

第七章

股份公司规范及授权与批准

第45条【股份公司的规范】

根据新三板挂牌的要求，公司治理机制应当健全。因此，公司要完善公司内部管理制度。

第46条【经办律师制作公司内部管理制度的法律文件、经办律师出席会议并提供律师见证服务】

46.1 经办律师制作审议并通过内部管理制度的董事会会议、股东大会会议的相关法律文件。

46.1.1 董事会会议相关法律文件包括但不限于下列文件：

（1）议案：

①股东大会议事规则；

②董事会议事规则；

③监事会议事规则；

④关联交易决策管理制度；

⑤对外担保决策管理制度；

⑥对外投资决策管理制度；

⑦董事会秘书工作细则；

⑧信息披露管理制度。

（2）会议通知。

（3）签到簿。

（4）会议议程。

（5）主持人发言稿。

（6）会议决议。

（7）会议记录。

46.1.2 股东大会会议的相关法律文件，包括但不限于下列文件：

（1）议案：

①股东大会议事规则；

②董事会议事规则；

③监事会议事规则；

④关联交易决策管理制度；

⑤对外担保决策管理制度；

⑥对外投资决策管理制度；

⑦董事会秘书工作细则；

⑧信息披露管理制度。

（2）会议通知。

（3）签到簿。

（4）会议议程。

（5）主持人发言稿。

（6）表决票。

（7）表决票结果统计表。

（8）会议决议。

（9）会议记录。

46.2 经办律师出席以上会议，根据公司要求对制作的法律文件进行解答。

46.3 经办律师提供律师见证服务：

46.3.1 会议召开前，对会议的召集程序、与会人员的资格进行审查。

46.3.2 会议召开期间，出席会议并对会议的召开、表决程序和会议审议的内容进行律师见证。

第47条【股份公司的授权与批准】

根据《中华人民共和国公司法》及公司章程的规定，对于公司重大事项，公司应当召开临时股东大会，对该等事项作出决议，并授权董事会全权办理相关事宜。

47.1 经办律师制作上述会议的相关法律文件。

47.1.1 董事会会议的相关法律文件，包括但不限于下列文件：

（1）会议议案：

①《关于申请股票在全国中小企业股份转让系统挂牌并公开转让的议案》；

②《关于提请股东大会授权董事会办理公司股票在全国中小企业股份转让系统挂牌并公开转让相关事宜的议案》；

③适应挂牌要求的《公司章程》（草案）；

④《按照法律、行政法规和公司章程的规定建立健全公司治理机制的议案》。

（2）会议通知。

（3）签到簿。

（4）会议议程。

（5）主持人发言稿。

（6）会议决议：

①《关于申请股票在全国中小企业股份转让系统挂牌并公开转让的议案》；

②《关于提请股东大会授权董事会办理公司股票在全国中小企业股份转让系统挂牌并公开转让相关事宜的议案》；

③适应挂牌要求的《公司章程》（草案）；

④《按照法律、行政法规和公司章程的规定建立健全公司治理机制的议案》。

（7）会议记录。

47.1.2 股东大会会议的相关法律文件，包括但不限于下列文件：

（1）会议议案：

①《关于申请股票在全国中小企业股份转让系统挂牌并公开转让的议案》；

②《授权董事会办理公司股票在全国中小企业股份转让系统挂牌并公开转让相关事宜的议案》；

③适应挂牌要求的《公司章程》（草案）；

④《按照法律、行政法规和公司章程的规定建立健全公司治理机制的议案》。

（2）会议通知。

（3）签到簿。

（4）会议议程。

（5）主持人发言稿。

（6）表决票。

（7）表决票结果统计表。

（8）会议决议：

①《关于申请股票在全国中小企业股份转让系统挂牌并公开转让的议案》；

②《授权董事会办理公司股票在全国中小企业股份转让系统挂牌并公开转让相关事宜的议案》；

③适应挂牌要求的《公司章程》（草案）；

④《按照法律、行政法规和公司章程的规定建立健全公司治理机制的议案》。

股东大会决议必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

（9）会议记录。

47.2 经办律师出席以上会议，根据公司要求对制作的法律文件进行解答。

47.3 经办律师提供律师见证服务：

47.3.1 会议召开前，对会议的召集程序、与会人员的资格进行审查。

47.3.2 会议召开期间，出席会议并对会议的召开、表决程序和会议审议的内容进行律师见证。

第八章

制作挂牌法律文件及申报

第一节出具法律意见书

第48条【定义】

本指引所称法律意见书特指律师事务所及经办律师依据法律、行政法规和中国证监会、全国股份转让系统公司的相关规定，在查验相关材料和事实的基础上，以书面形式对受托事项的合法性发表明确、审慎的结论性意见。法律意见书是委托人、投资者、全国股份转让系统公司、中国证监会及其派出机构确认相关事项是否合法的重要依据。

第49条【目的】

法律意见书是公司向全国股份转让系统公司或中国证监会申请进入全国股份转让系统挂牌的必备文件。

第50条【注意事项】

50.1 律师事务所及经办律师在出具法律意见时，对与法律相关的业务事项应当履行法律专业人士特别的注意义务，对其他业务事项履行普通人一般的注意义务，其制作、出具的文件不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。

50.2 律师事务所及经办律师从国家机关、具有管理公共事务职能的组织、会计师事务所、资产评估机构、资信评级机构、公证机构（以下统称“公共机构”）直接取得的文书，可以作为出具法律意见的依据，但律师事务所及经办律师应当履行本条前款注意义务并加以说明；律师事务所及经办律师从公共机构抄录、复制的材料，经该机构确认后，可以作为出具法律意见的依据，但律师事务所及经办律师应当履行本指引所述的注意义务并加以说明；未取得公共机构确认的，对相关内容进行核查和验证后，方可作为出具法律意见的依据。

50.3 律师事务所及经办律师出具法律意见书的语词应简洁明晰，不得使用“基本符合条件”或“除×××以外，基本符合条件”之类的措辞。对不符合有关法律、行政法规和中国证监会、全国股份转让系统公司有关规定的事项，或已勤勉尽责仍不能对其法律性质或其合法性作出准确判断的事项，律师应发表保留意见，并说明相应的理由。

第51条【应当列明以下基本内容】

律师事务所及经办律师应在进行充分核查验证的基础上，对本次挂牌的（包括但不限于）下列事项明确发表结论性意见。所发表的结论性意见应包括是否合法合规、是否真实有效、是否存在纠纷或潜在风险。

51.1 本次挂牌的批准和授权；

51.2 公司本次挂牌的主体资格；

51.3 本次挂牌的实质条件；

51.4 公司的设立；

51.5 公司的独立性；

51.6 发起人或股东（实际控制人）；

51.7 公司的股本及其演变；

51.8 公司的业务；

51.9 关联交易及同业竞争；

51.10 公司的主要财产；

51.11 公司的重大债权债务；

51.12 公司的重大资产变化及收购兼并；

51.13 公司章程的制定与修改；

51.14 公司股东大会、董事会、监事会议事规则及规范运作；

51.15 公司董事、监事和高级管理人员及其变化；

51.16 公司的税务；

51.17 公司的环境保护和产品质量、技术等标准；

51.18 公司的业务发展目标；

51.19 诉讼、仲裁或行政处罚；

51.20 公开转让说明书法律风险的评价；

51.21 律师认为需要说明的其他问题。

第52条【制作法律意见书】

52.1 法律意见书开头部分

法律意见书的标题为《××律师事务所关于××的法律意见》。

法律意见书收件人为法律意见书的委托人。法律意见书应当载明收件人的全称。

律师应当根据《中华人民共和国证券法》《中华人民共和国公司法》等有关法律、行政法规和中国证监会、全国股份转让系统公司的有关规定，按照律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神，出具法律意见书。

52.2 律师应当声明的事项

52.2.1 法律意见书声明事项段应当载明以下内容：“本所及经办律师依据《中华人民共和国证券法》《中华人民共和国公司法》《律师事务所从事证券法律业务管理办法》《律师事务所证券法律业务执业规则（试行）》和中国证监会、全国股份转让系统公司的有关规定，及本法律意见书出具日以前已经发生或者存在的事实，严格履行了法定职责，遵循了勤勉尽责和诚实信用原则，进行了充分的核查验证，保证本法律意见所认定的事实真实、准确、完整，所发表的结论性意见合法、准确，不存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，并承担相应的法律责任。”

52.2.2 经办律师应当承诺同意将法律意见书作为公司申请进入全国股份转让系统公司必备的法律文件，随同其他材料一同上报，并愿意承担相应的法律责任。

52.2.3 经办律师应当承诺同意公司部分或全部在公开转让说明书中自行引用或按全国股份转让系统公司或中国证监会的审核要求引用法律意见书的内容，但作上述引用时，不得因引用而导致法律上的歧义或曲解，经办律师应对有关公开转让说明书的内容进行再次审阅并确认。

52.2.4 经办律师可作出其他适当声明，但不得作出违反律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神的免责声明。

52.3 法律意见书正文

法律意见书正文主要内容详见本指引第51条。

此外，法律意见书正文还应当载明相关事实材料、查验原则、查验方式、查验内容、查验过程、查验结果、国家有关规定、结论性意见以及所涉及的必要文件资料等。

52.4 本次挂牌的总体结论性意见

52.4.1 经办律师应对公司是否符合挂牌条件、公司行为是否存在违法违规以及公开转让说明书及其摘要引用的法律意见书的内容是否适当，明确发表总体结论性意见。

52.4.2 法律意见书发表的所有结论性意见，都应当对所查验事项是否合法合规、是否真实有效给予明确说明，并应当对结论性意见进行充分分析、论证。

52.4.3 经办律师已勤勉尽责仍不能发表肯定性意见的，应当发表保留意见，并说明相应的理由及其对本次挂牌的影响程度。

52.5 结尾

52.5.1 经办律师、律师事务所负责人签名及律师事务所盖章。

52.5.2 律师事务所地址。

52.5.3 法律意见书签署日期。

第53条【法律意见书制作过程】

53.1 【起草法律意见书初稿】

在公司确定改制基准日后，会计师事务所准备审计报告期间，经办律师根据公司实际情况，制作法律意见书初稿。

53.2 【修改法律意见书】

在审计机构出具《审计报告》后，经办律师根据《审计报告》的内容相应修改《法律意见书》。

53.3 【再次修改法律意见书】

在公司股改结束后，律师事务所及经办律师对公司进行二次法律尽职调查，律师事务所及经办律师落实核查验证计划，对法律意见书中披露的内容进行查验，核查验证法律意见书应披露的所有内容，避免出现虚假记载、误导性陈述或重大遗漏。经办律师根据查验结果对法律意见书进行修改。

53.4 【法律意见书定稿】

律师事务所进行复核，复核的基本流程为：

53.4.1 经办律师制作法律意见书后，报其所属的业务部门负责人复核。

53.4.2 业务部门负责人复核后，提出修改意见，经办律师根据复核意见修改。业务部门负责人复核通过后，报律师事务所业务负责人复核。

53.4.3 律师事务所业务负责人复核后，经办律师根据复核意见再次修改。律师事务所业务负责人复核通过后，法律意见书定稿。

律师事务所对法律意见书进行讨论复核时，相关人员应当对复核意见进行记录并签字，制作的相关记录存入工作底稿。

53.5 【法律意见书终稿】

主办券商对推荐项目履行内部核准程序，律师事务所及经办律师应配合主办券商经办该项目的项目小组成员针对内部核准会议提出的问题进行回复，并且经办律师根据主办券商内部核准意见修改《法律意见书》，本次修改的《法律意见书》经律师事务所审核通过后，形成《法律意见书》终稿，向全国股转系统公司或中国证监会报送申请文件。

第54条【法律意见书签字】

提交全国股份转让系统公司或中国证监会的法律意见书，应当是经过两名以上具有律师执业资格的经办律师和其所在律师事务所的负责人签名，并经该律师事务所加盖公章、签署日期的正式文本。

第55条【答复反馈意见、出具补充法律意见书】

在公司报送申请文件后，法律意见书一般不得进行修改。股转公司针对申请文件会出具反馈意见，经办律师应当对全国股份转让系统公司或中国证监会出具的反馈意见进行答复。在答复过程中，如果经办律师认为应当补充或更正法律意见书内容的，经办律师及其所在律师事务所应当出具补充法律意见书。

第56条【补充法律意见书的复核】

参照本指引第53条。

第二节参与或承担公开转让说明书的撰写

第57条【参与或承担公开转让说明书的撰写】

在新三板挂牌业务中，律师事务所可以参与或承担公开转让说明书的撰写工作。

律师事务所及经办律师应当在法律意见书和律师工作报告中承诺，对公司的行为以及本次申请的合法、合规进行了充分的核查验证，对公开转让说明书及其摘要进行了审慎审阅，并在公开转让说明书概要中发表声明：“本所及经办律师保证由本所同意公司在公开转让说明书及其摘要中引用的法律意见书和律师工作报告的内容已经本所审阅，确认招股说明书及其摘要不致因上述内容出现虚假记载、误导性陈述及重大遗漏引致的法律风险，并对其真实性、准确性和完整性承担相应的法律责任。”

第三节参与其他申报文件的起草与修改

第58条【《公司章程》（草案）的起草及完善公司治理机制】

58.1 根据中国证监会的相关规定，《公司章程》中不仅应当满足《中华人民共和国公司法》对股份公司章程的要求，而且还应当满足中国证监会对非上市公众公司章程必备条款作出的具体规定。因此，经办律师应当根据公司实际情况，按照中国证监会的相关规定修改《公司章程》，按照法律、行政法规和和修改后的《公司章程》的规定完善公司治理机制。

58.2 修改后的《公司章程》内容不仅应当满足《中华人民共和国公司法》对公司章程的要求外，还应当具备以下内容：

58.2.1 《公司章程》总则应当载明章程的法律效力，规定章程自生效之日起即成为规范公司的组织和行为、公司与股东、股东与股东之间权利义务关系的具有约束力的法律文件，对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有法律约束力。

58.2.2 章程应当载明公司股票采用记名方式，并明确公司股票的登记存管机构以及股东名册的管理规定。

58.2.3 章程应当载明保障股东享有知情权、参与权、质询权和表决权的具体安排。

58.2.4 章程应当载明公司为防止股东及其关联方占用或者转移公司资金、资产及其他资源的具体安排。

58.2.5 章程应当载明公司控股股东和实际控制人的诚信义务。明确规定控股股东及实际控制人不得利用任何方式损害公司和其他股东的合法权益；控股股东及实际控制人违反相关法律、行政法规及章程规定，给公司及其他股东造成损失的，应当承担赔偿责任。

58.2.6 章程应当载明须提交股东大会审议的重大事项的范围。

（1）章程应当载明须经股东大会特别决议通过的重大事项的范围。

（2）章程应当载明公司重大担保事项的范围。

58.2.7 章程应当载明，董事会须对公司治理机制是否给所有的股东提供合适的保护和平等权利，以及公司治理结构是否合理、有效等情况，进行讨论、评估。

58.2.8 章程应当载明，公司应当依法披露定期报告和临时报告。

58.2.9 章程应当载明公司信息披露负责机构及负责人。如果公司设置董事会秘书的，则应当由董事会秘书负责信息披露事务。

58.2.10 章程应当载明公司的利润分配制度。章程可以就现金分红的具体条件和比例、未分配利润的使用原则等政策作出具体规定。

58.2.11 章程应当载明公司关于投资者关系管理工作的内容和方式。

58.2.12 股票不在依法设立的证券交易场所公开转让的公司应当在章程中规定，公司股东应当以非公开方式协议转让股份，不得采取公开方式向社会公众转让股份，并明确股东协议转让股份后，应当及时告知公司，同时在登记存管机构办理登记过户。

58.2.13 公司章程应当载明，公司股东、董事、监事、高级管理人员之间涉及章程规定的纠纷，应当先行通过协商解决。协商不成的，通过仲裁或诉讼等方式解决。如果选择仲裁方式的，应当确定明确具体的仲裁机构进行仲裁。

58.2.14 公司股东大会选举董事、监事，如果实行累积投票制的，应当在章程中对相关具体安排作出明确规定。

（1）公司如果建立独立董事制度的，应当在章程中明确独立董事的权利、义务、职责及履职程序。

（2）公司如果实施关联股东、董事回避制度，应当在章程中列明需要回避的事项。

第四节申报材料

第59条【涉及的主要申报材料及对象】

59.1 涉及的主要申报材料：

59.1.1 《公开转让说明书》；

59.1.2 《法律意见书》；

59.1.3 《补充法律意见书》；

59.1.4 适应挂牌要求的《公司章程》。

59.2 向相应主管部门申报材料。

律师事务所从法律角度配合主办券商根据股份公司的股东人数是否超过200人的不同情形，向相应的主管机关进行申报。取得审查机关同意挂牌的意见或核准。

59.2.1 股东人数未超过200人的公司申请股票公开转让，由全国股份转让系统进行审查。

（1）证券公司内核通过后，在股东未超过200人时，律师事务所配合证券公司向全国股份转让系统公司报送文件。

（2）申请文件应当包括但不限于：《公开转让说明书》、律师事务所出具的《法律意见书》《补充法律意见书》（如果有）、《公司章程》、具有证券期货相关业务资格的会计师事务所出具的《审计报告》、证券公司出具的《推荐文件》。

59.2.2 股东人数超过200人的公司申请股票公开转让，应当按照中国证监会的有关规定制作公开转让的申请文件，申请文件应当包括但不限于：《公开转让说明书》、律师事务所出具的《法律意见书》《补充法律意见书》（如果有）、《公司章程》、具有证券期货相关业务资格的会计师事务所出具的《审计报告》、证券公司出具的《推荐文件》。

在公司股东超过200人时，律师事务所配合证券公司向中国证监会报送文件。

第九章

涉及的其他重要法律文件

第一节律师工作报告

第60条【定义】

律师工作报告，是指详尽、完整地阐述所履行法律尽职调查的情况、在法律意见书中所发表意见或结论的依据、进行有关核查验证的过程、所涉及的必要资料或文件而形成的记载律师工作过程及成果的报告。

第61条【目的】

律师工作报告是公司向全国股份转让系统公司或中国证监会申请进入全国股份转让系统挂牌的备查文件。

第62条【注意事项】

经办律师出具律师工作报告所使用的语词应当简洁明晰，不得使用“基本符合条件”或“除×××以外，基本符合条件”之类的措辞。对不符合相关法律、行政法规和中国证监会、全国股份转让系统公司有关规定的事项，或已勤勉尽责仍不能对其法律性质或其合法性作出准确判断的事项，经办律师应当发表保留意见，并说明相应的理由。

第63条【基本内容】

律师工作报告应当列明下列内容：

63.1 本次挂牌的批准和授权

63.1.1 股东大会是否已依法定程序作出批准挂牌的决议；

63.1.2 根据有关法律、行政法规、规范性文件以及公司章程等规定，上述决议的内容是否合法有效；

63.1.3 如股东大会授权董事会办理有关挂牌事宜，上述授权范围、程序是否合法有效。

63.2 公司本次挂牌的主体资格

63.2.1 公司是否具有挂牌的主体资格；

63.2.2 公司是否依法有效存续，即根据法律、行政法规、规范性文件及公司章程，公司是否有终止的情形出现。

63.3 本次挂牌的实质条件

63.3.1 依法设立且存续满两年；

63.3.2 业务明确，具有持续经营能力；

63.3.3 公司治理机制健全、合法规范运营；

63.3.4 股权明晰，股份发行及转让行为合法合规；

63.3.5 主办券商持续督导。

63.4 公司的设立

63.4.1 公司设立的程序、资格、条件、方式等是否符合当时法律、行政法规和规范性文件的规定，并得到有权部门的批准；

63.4.2 公司的设立过程中所签订的改制重组合同是否符合相关法律、行政法规和规范性文件的规定，是否因此引致股份公司设立行为存在潜在纠纷；

63.4.3 公司设立过程中有关资产评估、验资等是否履行了必要程序，是否符合当时的法律、行政法规和规范性文件的规定；

63.4.4 公司创立大会的程序及所议事项是否符合法律、行政法规和规范性文件的规定。

63.5 公司的独立性

63.5.1 业务是否独立于股东单位及其他关联方；

63.5.2 公司的资产是否独立完整；

63.5.3 如公司属于生产经营企业，是否具有独立完整的供应、生产、销售系统；

63.5.4 公司的人员是否独立；

63.5.5 公司的机构是否独立；

63.5.6 公司的财务是否独立；

63.5.7 概括说明公司是否具有面向市场自主经营的能力。

63.6 公司的发起人、股东（实际控制人）

63.6.1 发起人或股东是否依法存续，是否具有法律、行政法规和规范性文件规定的担任发起人或进行出资的资格；

63.6.2 公司的发起人或股东人数、住所、出资比例是否符合有关法律、行政法规和规范性文件的规定；

63.6.3 发起人已投入公司的资产的产权关系是否清晰，将上述资产投入公司是否存在法律障碍；

63.6.4 如果发起人将其全资附属企业或其他企业先注销再以其资产折价入股，应当说明发起人是否已通过履行必要的法律程序取得了上述资产的所有权，是否已征得相关债权人同意，对其原有债务的处置是否合法、合规、真实、有效；

63.6.5 如果发起人以在其他企业中的权益折价入股，是否已征得该企业其他出资人的同意，并已履行了相应的法律程序；

63.6.6 发起人投入公司的资产或权利的权属证书是否已由发起人转移给公司，是否存在法律障碍或风险。

63.7 公司的股本及其演变

63.7.1 公司设立时的股权设置、股本结构是否合法有效，产权界定和确认是否存在纠纷及风险；

63.7.2 公司历次股权变动是否合法、合规、真实、有效；

63.7.3 发起人所持股份是否存在质押情形，如存在，说明质押的合法性及可能引致的风险。

63.8 公司的业务

63.8.1 公司的经营范围和经营方式是否符合有关法律、行政法规和规范性文件的规定；

63.8.2 公司的经营资质；

63.8.3 公司是否在中国大陆以外经营，如存在，说明其经营是否合法、合规、真实、有效；

63.8.4 公司的业务是否变更过，如变更过，说明具体情况及其可能存在的法律问题；

63.8.5 公司业务是否明确；

63.8.6 公司是否存在持续经营的法律障碍。

63.9 关联交易及同业竞争：

63.9.1 公司是否存在持有公司股份５％以上的关联方，如果存在，说明公司与关联方之间存在何种关联关系；

63.9.2 公司与关联方之间是否存在重大关联交易，如果存在，说明关联交易的内容、数量、金额，以及关联交易的相对比重；

63.9.3 上述关联交易是否公允，是否存在损害公司及其他股东利益的情况；

63.9.4 如果如果上述关联交易的一方是公司股东，说明是否已采取必要措施对其他股东的利益进行保护；

63.9.5 公司是否在章程及其他内部规定中明确了关联交易公允决策的程序；

63.9.6 公司与关联方之间是否存在同业竞争，如果存在，说明同业竞争的性质；

63.9.7 有关方面是否已采取有效措施或承诺采取有效措施避免同业竞争；

63.9.8 公司是否对有关关联交易和解决同业竞争的承诺或措施进行了充分披露，以及有无重大遗漏或重大隐瞒，如果存在，说明对本次挂牌的影响。

63.10 公司的主要财产

63.10.1 拥有房产的情况。

63.10.2 拥有土地使用权、商标、专利、特许经营权等无形资产的情况。：

63.10.3 拥有主要生产经营设备的情况。

63.10.4 上述财产是否存在产权纠纷或潜在纠纷，如果有，说明对本次挂牌的影响。

63.10.5 以何种方式取得上述财产的所有权或使用权，是否已取得完备的权属证书，如果未取得，说明取得这些权属证书是否存在法律障碍。

63.10.6 对其主要财产的所有权或使用权的行使有无限制，是否存在担保或其他权利受到限制的情况。

63.10.7 公司有无租赁房屋、土地使用权等情况。如果有，说明租赁是否合法有效。

63.11 公司的重大债权债务

63.11.1 公司将要履行、正在履行以及虽已履行完毕但可能存在潜在纠纷的重大合同的合法性、有效性，是否存在潜在风险。如果有风险和纠纷，说明对本次挂牌的影响。

63.11.2 上述合同的主体是否变更为公司，合同履行是否存在法律障碍。

63.11.3 公司是否存在因环境保护、知识产权、产品质量、劳动安全、人身权等原因产生的侵权之债。如果有，说明对本次挂牌的影响。

63.11.4 公司与关联方之间是否存在重大债权债务关系及相互提供担保的情况。

63.11.5 公司金额较大的其他应收、应付款是否因正常的生产经营活动发生，是否合法有效。

63.12 公司的重大资产变化及收购兼并

63.12.1 公司设立至今有无合并、分立、增资扩股、减少注册资本、收购或出售资产等行为。如果有，说明是否符合当时的法律、行政法规和规范性文件的规定，是否已履行必要的法律手续。

63.12.2 公司是否拟进行资产置换、资产剥离、资产出售或收购等行为。如果拟进行，说明其方式和法律依据，以及是否履行了必要的法律手续，是否对股份公司及挂牌的实质条件及本规定的有关内容产生实质性影响。

63.13 公司章程的制定与修改

63.13.1 公司章程的制定及近两年的修改是否已履行法定程序。

63.13.2 公司的章程或章程草案的内容是否符合现行法律、行政法规和规范性文件的规定。

63.13.3 公司的章程或章程草案是否按有关制定非上市公众公司章程的规定起草或修订。如果无法执行有关规定的，说明理由。

63.14 公司股东大会、董事会、监事会议事规则及规范运作

63.14.1 公司是否具有健全的组织机构。

63.14.2 公司是否具有健全的股东大会、董事会、监事会议事规则，该议事规则是否符合相关法律、行政法规和规范性文件的规定。

63.14.3 公司历次股东大会、董事会、监事会的召开、决议内容及签署是否合法、合规、真实、有效。

63.14.4 股东大会或董事会历次授权或重大决策等行为是否合法、合规、真实、有效。

63.15 公司董事、监事和高级管理人员及其变化

63.15.1 公司的董事、监事和高级管理人员的任职是否符合法律、行政法规和规范性文件以及公司章程的规定。

63.15.2 上述人员在近两年是否发生过变化，如果发生过，说明这种变化是否符合有关规定，是否履行了必要的法律程序。

63.16 股份公司的税务及财政补贴

63.16.1 公司及其控股子公司执行的税种、税率是否符合现行法律、行政法规和规范性文件的要求。如果股份公司享受优惠政策、财政补贴等政策，说明该政策是否合法、合规、真实、有效。

63.16.2 公司近两年是否依法纳税；是否存在被税务部门处罚的情形。

63.17 股份公司的环境保护和产品质量、技术等标准

63.17.1 公司的生产经营活动和拟投资项目是否符合有关环境保护的要求，有权部门是否出具过意见。

63.17.2 公司近两年是否因违反环境保护方面的法律、行政法规和规范性文件而被处罚。

63.17.3 公司的产品是否符合有关产品质量和技术监督标准。公司近两年是否因违反有关产品质量和技术监督方面的法律、法规受到过处罚。

63.18 公司业务发展目标

63.18.1 公司业务发展目标与主营业务是否一致。

63.18.2 公司业务发展目标是否符合国家法律、行政法规和规范性文件的规定，是否存在潜在的法律风险。

63.19 诉讼、仲裁或行政处罚

63.19.1 公司、持有公司５％以上（含５％）的主要股东（追溯至实际控制人）、公司的控股公司是否存在尚未了结的或可预见的重大诉讼、仲裁及行政处罚案件，如果存在，说明对本次挂牌的影响。

63.19.2 公司董事长、总经理是否存在尚未了结的或可预见的重大诉讼、仲裁及行政处罚案件，如果存在，说明对公司生产经营的影响。

63.19.3 如果上述案件存在，应当对案件的简要情况作出说明（包括但不限于受理该案件的法院名称、提起诉讼的日期、诉讼的当事人和代理人、案由、诉讼请求、可能出现的处理结果或已生效法律文书的主要内容等）。

63.20 公司公开转让说明书法律风险的评价

经办律师应当对是否参与公开转让说明书的编制及讨论，是否已审阅公开转让说明书，特别对公司引用法律意见书和律师工作报告的相关内容是否已审阅，对公司公开转让说明书及其摘要是否存在虚假记载、误导性陈述或重大遗漏引致的法律风险进行评价。

63.21 律师应当说明的其他问题

第64条【制作律师工作报告】

64.1 律师工作报告开头部分

律师工作报告应当载明，经办律师是否根据《中华人民共和国证券法》《中华人民共和国公司法》等有关法律、行政法规和中国证监会、全国股份转让系统公司的有关规定，按照律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神，出具律师工作报告。

64.2 律师工作报告引言

64.2.1 律师工作报告引言部分应当简单介绍律师事务所及经办律师，包括（但不限于）注册地及时间、业务范围、证券执业律师人数、本次签名律师的证券业务执业记录及其主要经历、联系方式等。

64.2.2 律师工作报告引言部分应当说明律师制作法律意见书的工作过程，包括但不限于与公司相互沟通的情况，对公司提供材料的查验、走访、谈话记录、现场勘查记录、查阅文件的情况，以及工作时间等。

64.3 律师工作报告正文

参见本指引第63条。

64.4 对本次挂牌的总体结论性意见

64.4.1 经办律师应对公司是否符合挂牌条件、公司行为是否存在违法违规以及公开转让说明书及其摘要引用的律师工作报告的内容是否适当，明确发表总体结论性意见。

64.4.2 经办律师已勤勉尽责仍不能发表肯定性意见的，应当发表保留意见，并说明相应的理由及其对本次挂牌的影响程度。

第65条【律师工作报告签字】

提交全国股份转让系统公司或中国证监会的律师工作报告，应当是经两名以上具有执业资格的经办律师及其所在律师事务所的负责人签名，并经该律师事务所加盖公章、签署日期的正式文本。

第二节工作底稿

第66条【定义】

工作底稿是指律师事务所及经办律师在为公司制作法律意见书和律师工作报告过程中形成的工作记录及在工作中获取的所有文件、会议纪要、谈话记录等资料。

第67条【目的】

经办律师应当及时、准确、真实地制作工作底稿，工作底稿的质量是判断经办律师是否勤勉尽责的重要依据。全国股份转让系统公司或中国证监会可以根据监管工作的需要调阅、检查工作底稿。

第68条【工作底稿的内容】

68.1 经办律师接受委托事项的基本情况，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；

68.2 与委托人签订的委托协议；

68.3 为制作法律意见书和律师工作报告制定的工作计划及其操作程序的记录；

68.4 公司（包括发起人）设立及历史沿革的有关资料，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（加盖公司印章）；

68.5 重大合同、协议及其他重要文件和会议记录的摘要或复印件（加盖公司印章）；

68.6 与政府有关部门、司法机关、中介机构、委托人等单位及相关人员相互沟通情况的记录，对委托人提供资料进行调查的访问记录、往来函件、现场查验记录、查阅文件清单等相关的资料及详细说明；

68.7 委托人及相关人员的书面保证或者声明书的复印件（委托人及相关人员应当签字）；

68.8 查验计划及其操作程序的记录；

68.9 与查验相关的文件，如设立批准证书、营业执照、合同、章程等文件、变更文件或者上述文件的复印件（加盖公司印章）；

68.10 查验相关的重大合同、协议及其他重要文件和会议记录的摘要或者复印件（加盖公司印章）；

68.11 法律意见书草稿；

68.12 内部讨论、复核的记录；

68.13 对保留意见及疑难问题所作的说明；

68.14 其他与出具法律意见书和律师工作报告相关的重要资料。

上述资料应当注明来源，并进行签名、盖章，或者对未签名、盖章的情形予以注明。

第69条【签字及保存】

工作底稿的正式文本应由两名以上律师签名，其所在的律师事务所加盖公章，其内容应真实、完整、记录清晰，并标明索引编号及顺序号码。

工作底稿由制作人所在的律师事务所保存，保存期限至少７年。中国证监会根据需要可随时调阅、检查工作底稿。

第十章

附则

第70条【相关法律规范】

70.1 法律：

《中华人民共和国公司法》

《中华人民共和国中外合资经营企业法》

《中华人民共和国中外合作经营企业法》

《中华人民共和国外资企业法》

《中华人民共和国企业国有资产法》

《中华人民共和国证券法》

《中华人民共和国物权法》

《中华人民共和国担保法》

《中华人民共和国合同法》

《中华人民共和国商标法》

《中华人民共和国著作权法》

《中华人民共和国专利法》

《中华人民共和国反不正当竞争法》

《中华人民共和国劳动合同法》

《中华人民共和国社会保险法》

《中华人民共和国道路安全交通法》

《中华人民共和国行政许可法》

《中华人民共和国行政处罚法》

《中华人民共和国国籍法》

《中华人民共和国企业所得税法》

《中华人民共和国律师法》

《中华人民共和国民事诉讼法》

《中华人民共和国仲裁法》

《中华人民共和国行政诉讼法》

70.2 行政法规：

《国务院关于全国中小企业股份转让系统有关问题的决定》

《中华人民共和国公司登记管理条例》

《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》

《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》

《中华人民共和国外资企业法实施细则》

《中华人民共和国商标法实施条例》

《中华人民共和国专利法实施细则》

《中华人民共和国著作权法实施条例》

《计算机软件保护条例》

《住房公积金管理条例》

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》

70.3 司法解释：

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（一）》

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）》

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（三）》

70.4 部门规章：

《公开发行证券公司信息披露的编报规则第１２号——公开发行证券的法律意见书和律师工作报告》

《律师事务所从事证券法律业务管理办法》

《律师事务所从事证券法律业务执业规则（试行）》

《非上市公众公司监督管理办法》

《非上市公众公司监管指引第1号——信息披露》

《非上市公众公司监管指引第2号——申请文件》

《非上市公众公司监管指引第3号——章程必备条款》

《企业会计准则第36号——关联方披露》

《全国中小企业股份转让系统有限责任公司管理暂行办法》

《中国证监会关于进一步推进新股发行体制改革的意见》

《关于修改〈非上市公众公司监督管理办法〉的决定》

《非上市出众公司行政许可事项的有关事宜公告》

《非上市公众公司信息披露内容与格式准则第1号——公开转让说明书》

《非上市公众公司信息披露内容与格式准则第2号——公开转让股票申请文件》

《非上市公众公司信息披露内容与格式准则第3号——定向发行说明书和发行情况报告书》

《非上市公众公司信息披露内容与格式准则第4号——定向发行申请文件》

《非上市公众公司监管指引第4号——股东人数超过200人的未上市股份有限公司申请行政许可有关问题的审核指引》

《外商投资产业指导目录》

《机动车登记规定》

《计算机软件登记管理办法》

《全国中小企业股份转让系统挂牌公司信息披露细则(试行）》

《全国中小企业股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引（试行）》

（五）业务规则：

关于发布实施《全国中小企业股份转让系统业务规则（试行）》有关事项的通知

附件：《全国中小企业股份转让系统业务规则（试行）》

《关于发布全国中小企业股份转让系统相关业务规定和细则的通知》

附件1：《全国中小企业股份转让系统主办券商推荐业务规定（试行）》

附件2：《全国中小企业股份转让系统投资者适当性管理细则（试行）》

附件3：《全国中小企业股份转让系统挂牌公司信息披露细则（试行）》

附件4：《全国中小企业股份转让系统主办券商管理细则（试行）》

《关于发布全国中小企业股份转让系统过渡期交易结算暂行办法的通知》

附件1：《全国中小企业股份转让系统过渡期股票转让暂行办法》

附件2：《全国中小企业股份转让系统过渡期登记结算暂行办法》

《关于发布全国中小企业股份转让系统相关业务指引的通知》

附件1：《全国中小企业股份转让系统公开转让说明书内容与格式指引（试行）》

附件2：《全国中小企业股份转让系统挂牌申请文件内容与格式指引（试行）》

附件3：《全国中小企业股份转让系统主办券商尽职调查工作指引（试行）》

附件4：《全国中小企业股份转让系统挂牌公司年度报告内容与格式指引（试行）》

《关于全国中小企业股份转让系统有限责任公司有关收费事宜的通知》

附件1：《全国中小企业股份转让系统挂牌公司股票转让服务收费明细表》

附件2：《全国中小企业股份转让系统两网公司及退市公司股票转让服务收费（及代收税项）明细表》

关于发布《全国中小企业股份转让系统挂牌条件适用基本标准指引（试行）》的通知

附件：《全国中小企业股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引（试行）》

《全国中小企业股份转让系统股票挂牌业务操作指南（试行）》

《全国中小企业股份转让系统挂牌常见问题（第一期）》

《全国中小企业股份转让系统挂牌常见问题（第二期）》

《全国中小企业股份转让系统挂牌常见问题（第三期）》

《全国中小企业股份转让系统挂牌常见问题（第四期）》

（本操作指引由中华全国律师协会公司法专业委员会负责起草。执笔人：高海鹰；审稿人：龚志忠、张保生）

## 律师办理反垄断调查业务操作指引

目录

第一章总则 / 379

第二章垄断协议申请宽大案件的律师工作 / 383

第三章提起反垄断调查案件的律师工作 / 386

第四章应对反垄断调查案件的律师工作 / 388

第五章附则 / 390

第一章

总则

第1条制定目的

为指导律师承办反垄断调查业务，提高律师办理反垄断调查业务的质量与效率，为律师办理反垄断调查业务提供参考，根据中华人民共和国有关法律、法规，特制定本指引。本指引并非强制性或规范性规定，仅供律师在执业中参考与借鉴。

第2条适用范围

本指引适用于律师承办反垄断调查业务，包括就垄断协议申请宽大案件、提起反垄断调查案件、应对反垄断调查案件等事宜。本指引不适用于承办因违规经营者集中所引发的执法调查。

第3条执法机关

3.1 价格垄断行为执法

国家发展和改革委员会价格监督检查与反垄断局(以下简称“国家发改委价监局”)负责全国反价格垄断执法工作，经国家发改委价监局授权的省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门负责本行政区域内的反价格垄断执法工作，包括与价格因素有关的垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行政权力排除限制竞争的行为。对跨省、自治区、直辖市发生的价格垄断案件，由国家发改委价监局指定有关省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门进行查处，重大案件由国家发改委价监局直接组织查处。

对涉嫌价格垄断行为，国务院和省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门可以在其法定权限内委托下一级政府价格主管部门实施调查。受委托的政府价格主管部门在委托范围内，以委托机关的名义实施调查，不得再委托其他行政机关、组织或者个人实施调查。

3.2 非价格垄断行为执法

国家工商总局反垄断与反不正当竞争执法局(以下简称“国家工商总局双反局”)负责除价格垄断行为以外的其他垄断行为的反垄断执法工作，包括与价格因素无关的垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行政权力排除限制竞争的行为。国家工商总局双反局根据工作需要，可以授权有关省、自治区、直辖市工商行政管理局进行反垄断执法工作。

3.2.1 下列垄断行为应当由国家工商总局双反局负责查处：

(1) 全国范围内有重大影响的；

(2) 国家工商行政管理总局认为应当由其管辖的。

3.2.2 下列垄断行为可以授权省、自治区、直辖市工商行政管理局负责查处：

(1) 该行政区域内发生的；

(2) 跨省、自治区、直辖市发生，但主要行为地在该行政区域内的；

(3) 国家工商行政管理总局认为可以授权省级工商行政管理局管辖的。

授权以个案的形式进行。被授权的省级工商行政管理局不得再次向下级工商行政管理局授权。

3.3 同时涉及价格与非价格因素的垄断行为

对同时涉及价格与非价格因素的垄断行为，实践中存在向国家发改委价监局或者国家工商总局双反局及其授权机关分别举报的情况，而案件一般由在先受理的反垄断执法机关处理。

第4条概念界定

4.1 垄断协议，是指经营者之间达成的或者经由行业协会组织本行业经营者之间达成的排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。

根据国家发改委《反价格垄断规定》，认定其他协同行为，应当依据下列因素：经营者的价格行为具有一致性；经营者进行过意思联络；认定协同行为还应考虑市场结构和市场变化等情况。

根据国家工商总局《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》，所谓协议或者决定，包括书面形式和口头形式；所谓其他协同行为是指经营者虽未明确订立书面或者口头形式的协议或者决定，但实质上存在协调一致的行为。

4.2 横向垄断协议，是指具有竞争关系的经营者达成的排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。

4.3 纵向垄断协议，是指经营者与交易相对人达成的排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。

4.4 滥用市场支配地位，是指具有市场支配地位的经营者在经济活动中滥用市场支配地位，排除、限制竞争的行为。

4.5 相关市场，是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务(以下统称“商品”)进行竞争的商品范围和地域范围。在反垄断执法实践中，通常需要界定相关商品市场和相关地域市场。相关商品市场，是根据商品的特性、用途及价格等因素，由需求者认为具有较为紧密替代关系的一组或一类商品所构成的市场。这些商品表现出较强的竞争关系，在反垄断执法中可以作为经营者进行竞争的商品范围。相关地域市场，是指需求者获取具有较为紧密替代关系的商品的地理区域。这些地域表现出较强的竞争关系，在反垄断执法中可以作为经营者进行竞争的地域范围。

4.6 市场支配地位，是指经营者在相关市场具有的能够控制商品的价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

根据国家工商总局《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》，“其他交易条件”，是指除商品价格、数量之外能够对市场交易产生实质影响的其他因素，包括商品品质、付款条件、交付方式、售后服务等。“能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场”，是指排除其他经营者进入相关市场，或者延缓其他经营者在合理时间内进入相关市场，或者其他经营者虽能够进入该相关市场，但进入成本提高难以在市场中开展有效竞争等。

4.7 滥用行政权力行为，是指行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力的下列行为：

(1) 限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品；

(2) 妨碍商品在地区之间的自由流通；

(3) 以设定歧视性资质要求、评审标准或者不依法发布信息等方式，排斥或者限制外地经营者参加本地的招标投标活动；

(4) 采取与本地经营者不平等待遇等方式，排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构；

(5) 强制经营者从事本法规定的垄断行为；

(6) 制定含有排除、限制竞争内容的规定。

4.8 申请宽大，是指达成垄断协议的经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据，以获得对处罚的减轻或者免除。

4.9 重要证据，是指对反垄断执法机构启动调查或者认定垄断协议具有关键作用的证据。

根据国家发改委《反价格垄断规定》，重要证据，具体是指对政府价格主管部门认定价格垄断协议具有关键作用的证据。

根据国家工商总局《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》，重要证据是指能够对工商行政管理机关启动调查或者对认定垄断协议行为起到关键性作用的证据，包括参与垄断协议的经营者、涉及的产品范围、达成协议的内容和方式、协议的具体实施情况等。

第5条反垄断法适用的地域范围

中国境内经济活动中的垄断行为，以及中国境外的垄断行为对中国境内市场竞争产生排除、限制影响的，均适用中国的《中华人民共和国反垄断法》。

第6条司法与执法

反垄断执法机关的受理和调查并不一定影响人民法院对同一事项的依法受理和审理；人民法院对案件的受理和审理同样也并不一定影响反垄断执法机关对同一事项的受理和调查。

第7条保密要求

律师参与反垄断调查业务，在严格保守执业活动中所知悉的国家秘密、商业秘密以及个人隐私的同时，应根据案件的实际情况，在案件的策划阶段、提起阶段以及调查的进行阶段均应注意对案件进展过程予以保密，以避免相关信息的泄露对案件处理产生不利影响。

反垄断执法机关及其工作人员对执法过程中知悉的商业秘密负有保密义务，律师在向反垄断执法机关进行资料披露过程中，应对涉密资料进行充分提示和标示。

第8条利益冲突规则

律师在受理反垄断调查业务前，应确认当事人所委托之业务与本所承接的其他业务是否存在利益冲突，如存在利益冲突的，应及时告知当事人并不得为其提供法律服务。

同一律师事务所不得接受同一案件调查发起人和被调查人的委托。

根据目前反垄断的执法实践，在横向垄断协议案件调查中，同一律师事务所不得接受两家或两家以上的同一横向垄断协议参与方的委托。

在对同一行业开展的纵向垄断协议案件或市场支配地位滥用案件调查中，同一律师事务所如接受两家或两家以上具有竞争关系的被调查企业的委托，建议在实践中将受托情况向当事人披露，并获得当事人的分别同意。

第9条工作语言和文件形式要求

向中国反垄断执法机关提交资料及相关文件、接受询问，语言应当为中文，对于外文资料及相关文件应附中文翻译件，并注意中文翻译的准确性。

律师应向当事人强调拟向执法机关提交文件材料的真实性、完整性及准确性。对于境外当事人，一般情况下建议授权委托书办理境外公证认证手续，在执法机关提出明确要求的情况下，律师应协助当事人办理境外形成的文件及相关资料的公证认证手续，并注意各国对公证认证的具体要求的区别。

提交执法机关的文件应根据执法机关的具体要求，由当事人进行签章确认。

第10条与外国律师事务所的配合

在与外国律师事务所合作为当事人提供反垄断调查相关法律服务过程中，就适用中国法律的具体问题的意见或证明应由中国律师出具；当事人委托律师出席中国反垄断执法机关现场调查时，仅能由中国律师以代理人身份出席，国外律师不得以代理人身份代表当事人接受调查。

第二章

垄断协议申请宽大案件的律师工作

第11条垄断协议申请宽大

中国反垄断执法机关受理经营者申请宽大的范围，包括横向垄断协议行为和纵向垄断协议行为。

根据国家发改委《反价格垄断行政执法程序规定》，第一个主动报告达成价格垄断协议的有关情况并提供重要证据的，可以免除处罚；第二个主动报告达成价格垄断协议的有关情况并提供重要证据的，可以按照不低于50%的幅度减轻处罚；其他主动报告达成价格垄断协议的有关情况并提供重要证据的，可以按照不高于50%的幅度减轻处罚。

根据国家工商总局《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》，工商行政管理机关决定减轻或者免除处罚，应当根据经营者主动报告的时间顺序、提供证据的重要程度，达成、实施垄断协议的有关情况以及配合调查的情况确定。但对垄断协议的组织者，不适用前款规定。对第一个主动报告所达成垄断协议的有关情况、提供重要证据并全面主动配合调查的经营者，免除处罚。对主动向工商行政管理机关报告所达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的其他经营者，酌情减轻处罚。

第12条律师在横向垄断协议申请宽大案件中需要了解的基本信息

律师在办理横向垄断协议申请宽大案件时，应向当事人了解下述情况及相关证据：

12.1 当事人基本信息及所在行业、市场情况。

12.2 所达成的横向垄断协议的基本情况：

（1）横向垄断协议所涉及的产品或服务；

（2）横向垄断协议达成的形式和方式；

（3）横向垄断协议所涉及的竞争者及各自在达成垄断协议中的地位或作用；

（4）横向垄断协议的主要内容；

（5）横向垄断协议的实施情况和持续时间；

（6）横向垄断协议达成的背景原因；

（7）横向垄断协议对中国相关市场的影响。

12.3 当事人是否已被中国相关执法机关调查及相应进展情况。

12.4 当事人是否就同一事实向其他国家执法机关进行了申请宽大或遭到其他国家执法机关调查及进展情况。

12.5 其他需要了解的情况。

第13条律师在纵向垄断协议申请宽大案件中需要了解的基本信息

律师在办理纵向垄断协议申请宽大案件时，应向当事人了解下述情况及相关证据：

13.1 当事人基本信息及所在行业、市场和上下游行业、市场情况。

13.2 所达成的纵向垄断协议的基本情况：

（1）纵向垄断协议所涉及的产品或服务；

（2）纵向垄断协议达成的形式和方式；

（3）纵向垄断协议所涉及的经营者及各自在达成垄断协议中的地位或作用；

（4）纵向垄断协议的主要内容；

（5）纵向垄断协议的实施情况和持续时间；

（6）纵向垄断协议达成的背景原因；

（7）纵向垄断协议对中国相关市场的影响。

13.3 当事人是否已被中国相关执法机关调查及相应进展情况。

13.4 当事人是否就同一事实向其他国家执法机关申请了宽大或遭到其他国家执法机关调查及进展情况。

13.5 其他需要了解的情况。

第14条申请宽大材料的制作

律师办理垄断协议申请宽大案件应协助制作申请宽大材料，申请宽大材料应包括当事人的基本情况、涉嫌共同实施垄断协议的其他各方的基本情况、垄断协议达成及实施的相关情况以及相关证据，相关证据应标注证据来源和证明对象。申请宽大的材料应标注提交日期并经当事人签章确认。

第15条申请宽大时间的确认

律师应协助当事人及时与反垄断执法机关联系申请宽大的时间安排和方式。紧急情况下为争取向执法机关申请宽大的第一顺位，可以协助当事人进行电话或传真申请宽大并通过一定形式记录下首次汇报时间。当事人到执法机关申请宽大时，律师可通过要求在执法机关制作的笔录中清晰记载申请宽大时间等方式，以获得执法机关对申请宽大时间的确认。

第16条申请宽大时的重要证据提交

当事人到执法机关进行申请宽大时，应提交足以证明涉嫌达成和/或实施垄断协议的重要证据，律师应协助当事人在执法机关制作笔录时清晰记载证据提交情况。在当事人到执法机关申请宽大后，律师应在执法机关案件调查中跟进当事人所提交的相关证据是否达到“重要证据”的要求，并及时根据执法机关要求补充收集和提交相关证据。

第17条整改方案

律师应协助当事人在垄断协议终止后就消除或减轻垄断行为危害后果制订整改方案，并跟进整改方案落实情况，及时向执法机关进行汇报。

第18条申请宽大顺位的确定

有关申请宽大顺位的确定对当事人十分重要，因此律师应当协助当事人与执法机关积极沟通，在案件办理过程中，督促执法机关严格依据相关规定确定当事人的申请宽大顺位，并为当事人争取公平合理的减免金额。

第三章

提起反垄断调查案件的律师工作

第19条举报的主体

任何单位和个人均有权就涉嫌垄断行为向执法部门进行举报，执法部门对举报人身份承担保密义务。律师可以根据具体的举报事宜，与当事人讨论合适的举报主体。

第20条涉嫌垄断行为情况的了解

20.1 对拟就垄断协议进行举报的当事人，律师应向当事人了解下述信息并收集相关支持资料、证据：

(1) 当事人的基本信息；

(2) 当事人所了解到的垄断协议存在的原因；

(3) 当事人所了解到的与垄断协议相关的事实，包括涉嫌参与垄断协议的经营者、垄断协议所涉及的产品或服务、垄断协议达成的方式、内容、持续时间、垄断协议的实施情况等；

(4) 当事人是否就同一事实向境内外其他执法机关进行了举报或向司法机关提起了诉讼；

(5) 境内外其他执法机关、司法机关是否就同一事实已开展调查、处理或进行了审理、裁判；

(6) 其他需要了解的情况。

20.2 对滥用市场支配地位进行举报的当事人，律师应向当事人了解下述信息并收集相关支持资料、证据：

(1) 当事人基本信息；

(2) 被举报人基本信息及所在行业、市场和上下游行业、市场情况；

(3) 被举报人所在行业的竞争状况，主要竞争者情况；

(4) 被举报人所在相关市场及市场份额数据、被举报人对上下游市场的控制能力、自身财力和技术条件、相关市场的准入难度、其他经营者对被举报人的依赖程度等情况；

(5) 被举报人主要的涉嫌滥用行为表现及对市场竞争可能的影响；

(6) 当事人是否就同一事实向境内外其他执法机关进行了举报或向司法机关提起了诉讼；

(7) 境内外其他执法机关、司法机关是否就同一事实已开展调查、处理或进行了审理、裁判；

(8) 其他需要了解的情况。

第21条证据收集

证据收集的充分程度对于反垄断执法机关是否受理该垄断行为举报来说十分重要。律师应协助当事人依照相关规定及案件事实，参考借鉴先前案例的情况，努力收集证据，并力求保证证据的真实、完整与准确性。

第22条举报的形式

根据相关规定，举报人可以通过举报电话、举报函、电子邮件、传真等形式向相应执法机关提出举报。

在举报人委托律师协助举报的情况下，若无其他情形，律师应建议举报人采用书面形式举报并提供相关证据，书面举报可以通过邮寄或者当面递交的方式向执法机关提交。

第23条举报材料制作

在举报人委托律师协助举报的情况下，律师应协助举报人制作举报材料，举报材料应包括举报人的基本情况、被举报人的基本情况、涉嫌垄断协议行为达成及/或实施的相关情况以及相关证据，或者涉嫌滥用市场支配地位的相关情况以及相关证据。相关证据应标注证据来源和证明对象。

第24条举报材料的提交

律师应协助举报人根据所举报案件是否涉及价格或者非价格因素，来确定相应的受理该项举报的反垄断执法机关。

律师代举报人进行举报的，律师应向执法机关提交明确的授权文件，并及时跟进执法机关对案件的受理情况。若反垄断执法机关对案件未予受理，律师应根据执法机关的反馈意见，协助举报人分析是否再次进行举报，或者寻求其他的行政/民事救济途径。

第25条举报受理后的工作

在执法机关对所举报案件予以受理后，律师应协助举报人根据执法机关的要求，补充说明相关情况、提交相关证据。

在执法机关就所举报案件依法开展调查的情况下，律师应协助举报人根据执法机关的要求依法予以协助，并承担保密义务。

第四章

应对反垄断调查案件的律师工作

第26条案件情况了解

律师在接受委托后，应向当事人了解案件调查情况，包括所处的调查阶段、调查对象、执法机关重点关注的垄断问题、涉嫌垄断行为的事实情况等。

第27条突击检查的应对

对于执法机关对当事人采取的突击检查，律师基于当事人委托，应尽可能第一时间赶赴突击检查现场，以协助当事人应对反垄断执法机关的调查，并现场为当事人提供法律咨询和意见。律师在突击检查现场与执法人员接触时，应向执法人员出具相关授权文件。

律师应协助当事人核对执法人员的相关执法证件和调查函件，并结合执法机关的相关调查要求，协助当事人积极配合执法机关进行调查。

在执法人员对当事人进行现场调查询问时，律师应根据实际情况对当事人予以协助，但不应阻挠、干预执法人员的调查。对于执法人员所制作的询问笔录，律师应协助当事人对笔录内容进行确认，笔录如有差错、遗漏，律师应协助当事人申请更正或者补充。

对于执法人员提出的资料提取要求，律师应协助当事人进行资料收集，并在提交环节协助当事人办理交接手续，确认已提交的资料文件并核对或制作提交文件清单。

对于执法人员现场采取查封、扣押当事人财物等强制措施的，律师应协助当事人对相关财物进行清点、核对查封扣押清单，并对执法人员交付的查封、扣押财物通知书内容予以确认。

第28条约谈及调查

对于执法机关提出的约谈、调查要求，律师应对当事人收到的由执法机关发出的相关通知文件进行审阅，并协助当事人进行约谈、调查前的准备工作，包括对可能涉嫌的垄断行为的预判及答辩准备。律师可以在获得当事人授权的基础上，与执法机关进行提前沟通，以便更好地开展应对约谈、调查的准备工作。

律师可以陪同当事人参加执法机关的约谈及调查。在现场问询过程中，律师可根据实际情况代表当事人现场回答执法机关所提的问题。对于执法机关现场制作的调查笔录，律师应协助当事人对笔录内容进行确认，笔录如有差错、遗漏，律师应协助当事人申请更正或者补充。

第29条调查问题清单

对于执法机关下发的调查问题清单，律师应对调查问题清单的内容进行详细审阅，分析其中执法机关的重点关注事宜，并与当事人就可能涉及的相关事实内容进行确认，按照执法机关要求进行相关文件的准备、制作和提交。必要时可以向执法机关询问，请求其就调查问题清单中所存在的疑问予以澄清。

第30条组织抗辩理由和证据

律师应协助当事人就执法机关所调查的相关涉嫌垄断行为，进行合理抗辩并组织相应证据。抗辩意见应以书面报告形式向执法机关提交并附相关证据，相关证据应标注证据来源和证明对象。

第31条垄断协议的豁免申请

若涉嫌垄断协议行为存在符合《中华人民共和国反垄断法》第15条所规定的豁免条件，律师应协助当事人及时向执法机关提出豁免申请，说明相应理由并提交相关证据。

第32条中止调查申请

对于符合《中华人民共和国反垄断法》第45条中止调查的情形，律师可以协助当事人提出消除反竞争影响的整改措施方案，向执法机关提出中止调查申请，并就中止调查申请代表当事人与执法机关进行沟通。

如执法机关决定同意中止调查，律师应协助当事人落实履行整改措施方案，直至执法机关决定终止调查。

第33条主动拜会

在案件调查期间，如当事人发现与被调查案件相关的重大事宜，需向执法机关汇报的，律师可向执法机关提出拜会申请，并根据执法机关的安排协助当事人拜会及报告。

第34条听证及陈述、申辩

对执法机关向当事人明确告知的有关听证的权利，律师应协助当事人共同分析是否提起听证程序，并明确告知听证中相应的权利义务和可能的法律后果。

第35条复议和诉讼

若当事人对执法机关的行政处罚决定不服，律师应与当事人在提起行政复议或行政诉讼的法定期间内进行分析讨论，以决定是否提起行政复议及行政诉讼，并明确告知提起行政复议或行政诉讼可能的法律后果。

第36条处罚决定公开中的商业秘密保护

执法机关有权依法对相关处罚决定内容予以公开，如当事人认为相关处罚内容涉及自身商业秘密或个人隐私时，律师应协助当事人及时向执法机关提出对涉及商业秘密或个人隐私内容在公开信息发布中予以保密处理。

第五章

附则

第37条编制依据

本指引根据2015年6月1日以前发布的法律、行政法规、规章、司法解释等规定，并结合实务经验编写。若国家法律、行政法规、规章、司法解释等规定发生变化，应以相应新规定为依据调整。

（本操作指引由中华全国律师协会反垄断专业委员会负责起草。执笔人：朱凡、叶兵兵、李兴、姜楠、柴志锋、高思博；审稿人：黄伟、林忠、宁宣凤、彭荷月）

## 律师办理经营者集中申报业务操作指引

目录

第一章总则 / 391

第二章初步调查与评估 / 394

第三章事先商谈 / 395

第四章集中协议的审阅 / 396

第五章制作并提交申报文件 / 397

第六章反垄断执法机构的审查与决定 / 399

第七章其他注意事项 / 401

第一章

总则

第1条为对律师从事经营者集中申报业务提供基本参考依据，保证工作质量、规避执业风险，根据《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)及相关法律法规、规范性文件，遵循国家司法行政机关和中华全国律师协会制定的律师执业规则，特制定本指引。

第2条全国执业的律师事务所接受当事人的委托，律师事务所及其经办律师在提供经营者集中申报业务时，适用本指引。

第3条经营者集中申报业务因企业所属行业、领域不同而各有其特点，本指引仅涉及经营者集中申报业务中具有普遍共性的事项。

第4条定义

4.1 本指引所称经营者集中，系指下列情形之一：

(1) 经营者合并；

(2) 经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；

(3) 经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。

上款所称经营者集中有下列情形之一的，可以不向国务院反垄断执法机构申报：

(1) 参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者50%以上有表决权的股份或者资产的；

(2) 参与集中的每个经营者50%以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

4.2 本指引所称参与集中的经营者系指：

(1) 两个或者两个以上经营者通过合并组成一个新的经营者，该两个或者两个以上经营者均为参与集中的经营者；

(2) 经营者吸收合并其他经营者，该经营者和其他经营者均为参与集中的经营者；

(3) 两个或两个以上经营者设立一个新的经营者，共同取得对新的经营者的控制权，该两个或者两个以上经营者均为参与集中的经营者；

(4) 经营者通过取得股权，取得对目标经营者的控制权，拥有对目标经营者控制权的经营者和目标经营者均为参与集中的经营者；

(5) 经营者通过取得资产，取得对目标经营者的控制权，取得控制权的经营者和目标经营者均为参与集中的经营者；

(6) 经营者取得其他经营者部分资产的控制权，该经营者为参与集中的经营者，出售资产方被视为参与集中的经营者；

(7) 经营者以合同等方式取得对目标经营者控制的，取得控制的经营者和目标经营者均为参与集中的经营者。

4.3 本指引所称经营者集中申报是指针对达到国务院规定的申报标准(定义见下文)的经营者集中，负有申报义务的经营者应于相关经营者集中正式实施之前向国务院反垄断执法机构(即中华人民共和国商务部)申报，并且由国务院反垄断执法机构对相关经营者集中作出批准、不予批准或者附条件批准的决定的过程。达到国务院规定的申报标准的经营者可以实施集中，未经申报的不得实施集中。

4.4 本指引所称经营者集中申报标准是指：

(1) 参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币；

(2) 参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。

营业额的计算，应当考虑银行、保险、证券、期货等特殊行业、领域的实际情况，具体办法由国务院商务主管部门会同国务院有关部门制定。

4.5 本指引所称反垄断执法机构，是指中华人民共和国商务部反垄断局(以下简称“反垄断局”)。

4.6 本指引所称经营者集中简易案件，是指《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》第2条规定之情形，即：

(1) 在同一相关市场，所有参与集中的经营者所占的市场份额之和小于15%；

(2) 存在上下游关系的参与集中的经营者，在上下游市场所占的份额均小于25%；

(3) 不在同一相关市场，也不存在上下游关系的参与集中的经营者，在与交易有关的每个市场所占的份额均小于25%；

(4) 参与集中的经营者在中国境外设立合营企业，合营企业不在中国境内从事经济活动；

(5) 参与集中的经营者收购境外企业股权或资产的，该境外企业不在中国境内从事经济活动；

(6) 由两个以上经营者共同控制的合营企业，通过集中被其中一个或一个以上经营者控制。

4.7 本指引所称申报义务人范围为：

(1) 通过合并方式实施的经营者集中，由参与合并的各方经营者申报；

(2) 其他方式的经营者集中，由取得控制权或能够施加决定性影响的经营者申报，其他经营者予以配合。

申报义务人未进行集中申报的，其他参与集中的经营者可以提出申报。申报义务人可以自行申报，也可以依法委托他人代理申报。

第5条本指引所述经营者集中申报工作流程包括律师接受当事人委托，在代理经营者集中申报案件过程中，对整个案件事实和适用法律进行总体把握、综合判断、分析、理解和运用等各项法律事务的具体操作流程。这个流程涵盖了经营者集中申报的事前准备、申报、行政审查、事后争议处理等程序。

第6条从事经营者集中申报工作的律师，应当掌握反垄断法理论基础和实践经验，具备与企业并购相关的法律技能及实务经验，具有一定程度的经济学知识储备，了解企业登记、财务、税务、经营、营销等方面的操作常识，并了解反垄断执法机构有关经营者集中申报的立案、审查程序等。

第二章

初步调查与评估

第7条初步调查与评估系指律师接受委托人委托后，正式对相关经营者集中的具体情况进行调查，并在此基础上协助委托人评估并判断本次经营者集中是否需要依法申报。在此阶段，律师应当处理的法律事务主要包括：

7.1 事实调查

律师可以通过书面问卷、现场询问访谈等方式，并根据委托人提供的或律师自行查找的权威行业研究报告、市场分析报告以及其他相关内部研究资料，向委托人及/或其他相关方了解和确认本次经营者集中的相关情况，具体包括：

(1) 本次集中的情况，包括拟议的经营者集中交易架构、集中后相关经营者的控制权变更等。

(2) 参与本次集中的经营者情况，包括相关经营者在中国以及全球范围内开展经营的情况、业务及产品范围、上一会计年度全球以及中国营业额等。

(3) 相关市场的情况，包括相关地理市场和相关产品市场的界定、参与集中的经营者在相关市场的市场份额、相关市场的竞争情况等。如有需要，律师可以要求委托人委托第三方专业机构进行经济分析、行业分析及行业数据采集等工作，在此基础上进行信息整理和分析。

7.2 法律评估

根据以上事实调查的情况，结合相关法律、法规，对本次经营者集中的法律影响进行评估，评估的内容主要包括：本次集中是否需要申报，本次集中申报可能适用的程序(普通程序或者简易程序)以及申报所需时间，本次集中所涉及的相关市场的界定等。本次集中对相关市场的影响以及审查机关对本次集中可能持有的态度等，并在可能的范围内对申报方可能存在的法律风险进行充分揭示，例如：相关市场界定风险、附加限制性条件通过的风险、禁止集中的风险、竞争者或消费者异议的风险等。

第8条除以上事实调查外，律师可以结合本次集中的实际情况对各方经营者的合规经营(例如是否存在违反外商投资管理规定的行为，是否存在违反反垄断法或反不正当竞争法的行为)情况进行调查，并对调查结果进行评估，从而尽可能避免或排除不合规行为对集中申报进程及/或结果的不利影响。

第三章

事先商谈

第9条经初步调查与评估，律师可接受经营者委托，就相关经营者集中向反垄断局申请商谈。委托人委托律师代理商谈的，应出具授权委托书及律师事务所出具的介绍信。

第10条商谈申请应当以书面方式，通过传真、邮寄等方式提交反垄断局。商谈申请须包括如下内容：

(1) 交易概况、交易各方的基本信息等文件和资料；

(2) 拟商谈问题；

(3) 参与商谈人员的姓名、国籍、单位及职务；

(4) 建议的商谈时间；

(5) 联系人及其联系方式等。

第11条反垄断局收到商谈申请后，根据案件具体情况及拟商谈问题确定是否以及如何安排商谈。对于商谈申请内容不完整的，反垄断局可以要求经营者提交补充资料。补充材料应当在反垄断局规定的时间内补交。

第12条商谈涉及的交易应是真实和相对确定的，拟商谈的问题应与拟申报集中直接有关，主要包括：

(1) 交易是否需要申报，包括相关交易是否属于经营者集中，是否达到申报标准等。

(2) 需要提交的申报文件资料，包括申报文件资料的信息种类、形式、内容和详略程度等。如果申报人无法提交上述某项材料，或者根据具体情况认为不需要提交上述某项材料的，可以在申报前商谈阶段提出。

(3) 具体法律和事实问题，包括如何界定相关商品市场和相关地域市场、是否符合《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》等。

(4) 就申报和审查程序提供指导，包括申报的时间、申报义务人、申报和审查的时限、简易案件申报程序、非简易案件申报程序、审查程序等。

(5) 其他相关问题。

第13条律师可协助委托人完成上述商谈申请的起草与提交。在商谈前，律师应做好充分准备，经与委托人沟通对拟商谈问题应有初步意见。在商谈过程中，律师应认真接受反垄断执法机构的指导，掌握商谈技巧，力争有所收获，初步解决相关问题。

第14条根据上述初步调查评估以及与反垄断局的商谈结果，律师可与委托人共同协商确认是否需要采取相应措施，例如修改集中交易架构等，以避免触发经营者集中申报。如果交易架构无法修改，确需申报的，则律师与委托人共同确认未来的申报计划。如果本次集中需要同时在其他国家或地区进行申报，则需统一全球范围内的申报计划，确认全球范围申报的先后次序以及其他需要关注的问题。

第四章

集中协议的审阅

第15条在各方经营者达成集中意向后，律师应在委托人的委托范围内，就本次集中涉及的相关反垄断以及申报问题向委托人提供法律意见，审阅经营者集中协议等相关法律文件，并参与谈判(若需)。

第16条在经营者集中协议中，抢先实施集中与限制竞争等条款容易受到反垄断执法机构的质疑，影响经营者集中反垄断审查，律师应着重对该等条款进行提示，并向委托人说明法律后果。该类条款包括但不限于：

(1) 约定过渡期(指签署交易文件之日起至交割完成之日为止，下同)内，禁止目标公司实施超出正常经营范畴之外的行为，或者在目标公司实施特定行为之前需要收购方的事先许可；

(2) 约定过渡期内，双方互派或收购方向目标公司委派董事和高级管理人员；

(3) 约定由一方经营者承包或者托管其他方经营者的对外经营业务或重要设施；

(4) 约定限制他方经营者正常经营行为、限制对方交易的合同条款、客户名单和价格水平；

(5) 约定经营者集中各方交换有关市场竞争条件的信息；

(6) 约定经营者集中各方避免市场竞争的条款；

(7) 约定其他限制市场竞争的敏感条款。

第17条除经营者集中协议外，律师还应对经营者集中的其他交易文件及补充文件、附件进行反垄断核查。

第五章

制作并提交申报文件

第18条申报义务人应当在集中协议签署后，集中实施前向商务部进行申报。

第19条律师应当协助申报义务人根据实际情况，通过《经营者集中反垄断审查申报表》客户端申报软件(客户端申报软件可以在商务部反垄断局网站下载)，选择填写一般程序或简易程序的经营者集中反垄断审查申报表，并在委托人及/或其他专业机构的协助下准备相关申报文件材料。

第20条经营者集中申报的文件、资料应当包括：

20.1 经营者集中反垄断审查申报表。

申报表应当载明如下内容：

(1) 交易性质：属于新设合并、吸收合并、股权收购、资产收购还是通过合同等方式取得控制权或者能够施加决定性影响；

(2) 申报依据：是否达到申报标准，达到何种申报标准；

(3) 参与集中的经营者信息：名称、住所、经营范围、内部联系人及代理人信息、交易中的地位、上一会计年度营业额(中国及全球)、主要业务、股权结构、实际控制人以及关联企业等信息；

(4) 相关交易信息：交易金额、交易描述、交易前后的股权结构、交割安排、交易的背景、动机、经济合理性及市场发展计划等内容；

(5) 相关市场的供应和需求结构说明；

(6) 相关市场的行业协会信息；

(7) 预定实施集中的日期；

(8) 本次交易是否在其他国家或地区申报的情况等。

20.2 申报人身份证明或注册登记证明，境外申报人须提交当地有关机构出具的公证和认证文件。委托律师作为代理人申报的，应当提交经申报人签字的授权委托书以及律师事务所出具的介绍信。

20.3 集中对相关市场竞争状况影响的说明。包括：集中交易概况；集中的动机、目的和经济合理性分析；相关市场界定；参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力；主要竞争者及其市场份额；市场集中度；市场进入；行业发展现状；集中对市场竞争结构、行业发展、技术进步、国民经济发展、消费者以及其他经营者的影响；等等。

20.4 集中协议。包括：各种形式的集中协议文件，如协议书、合同以及相应的补充文件等。

20.5 参与集中的经营者经会计师事务所审计的上一会计年度财务会计报告、股权结构图以及经营者及其关联实体过去三年在相关市场的经营者集中情况说明。

20.6 反垄断局要求提交的其他文件资料。

第21条除以上申报文件、资料外，律师可协助申报义务人提供有助于反垄断执法机构对本次集中进行审查和作出决定的其他文件、资料，例如，地方政府、主管部门、行业协会等有关方面的意见，支持本次集中的各类研究报告，包括但不限于权威机构出具的与本次集中交易有关的可行性研究报告、尽职调查报告、行业发展研究报告、集中策划报告以及交易后前景发展预测报告等。

第22条针对申报文件中委托人或委托人指定的其他第三方提供的文件、资料或信息，律师应当进行合理查验，以确保其真实、准确，具有关联性，并可要求委托人就此向律师出具确认函。

第23条律师应在委托人的配合下对申报文件是否涉及商业秘密、敏感信息等(以下简称“保密信息”)进行审查，未来提交申报时明确对其进行标示，并采取相应的保密措施，以确保相关保密信息不被泄露。同时，律师应对提供申报法律服务过程中知悉的此等保密信息严格承担保密义务。

第24条律师协助申报人将所有需要提供的信息通过软件客户端完整地填写在《经营者集中反垄断审查申报表》或《经营者集中简易案件反垄断审查申报表》中，填写完成后生成申报文件数据压缩包。正式申报时，律师应当同时提交公开版本和保密版本至商务部行政事务服务中心，并对申报文件、资料中的商业秘密和其他需要保密的信息进行标注。

第25条上述填报的申报表中提及的材料以及申报人认为需要提供的其他证明文件材料，应作为附件提供。如在申报表中提及某附件中部分内容的，应当在申报表中注明所提及内容在该附件中的具体页码。

第26条申报文件提交至商务部行政事务服务中心，反垄断局的相关部门会对提交的申报文件进行初步审阅，并根据实际情况向律师或委托人提出反馈意见，要求补充相关文件或信息。待反垄断局相关部门认为申报文件已基本齐备后，反垄断局会正式确认立案，则相关审查期限自立案日开始起算。

第六章

反垄断执法机构的审查与决定

第27条反垄断局应在正式立案后的30日内对申报的经营者集中进行初步审查，作出是否实施进一步审查的决定，并书面通知经营者。反垄断局作出不实施进一步审查的决定或者逾期未作决定的，经营者可以实施集中。

第28条反垄断局决定实施进一步审查的，应当自决定之日起90日内审查完毕，作出是否禁止经营者集中的决定，并书面通知经营者。作出禁止经营者集中的决定，应当说明理由。

第29条有下列情形之一的，反垄断局经书面通知经营者，可以延长进一步审查期限，但不得超过60日：

(1) 经营者同意延长审查期限的；

(2) 经营者提交的文件、资料不准确，需要进一步核实的；

(3) 经营者申报后有关情况发生重大变化的。

反垄断局逾期未作出决定的，经营者可以实施集中。

第30条律师应当提示委托人，禁止在审查阶段抢先实施集中，以免受到反垄断执法机构的处罚。根据《反垄断法》的规定，违反《反垄断法》实施集中的，由反垄断执法机构责令停止集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，可处50万元以下的罚款。

第31条审查过程中，律师应与委托人配合，准备并回复反垄断执法机构提出的反馈意见，并协助委托人与反垄断执法机构进行沟通。

第32条律师应当与反垄断执法机构合理地表达快速审查要求，为委托人准备好材料，快速回答反垄断执法机构提出的问题，如相关市场界定、市场份额、市场进入、抗辩理由等问题。

第33条在反垄断执法机构认为集中具有或可能具有排除、限制竞争效果时，经与委托人沟通确认，律师可协助委托人向反垄断执法机构证明本次集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响，或者符合社会公共利益。

第34条反垄断执法机构决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件时，律师应协助委托人提出附加限制性条件的方案。

第35条必要时，经委托人同意后，律师可向反垄断执法机构提议召开听证会。律师应协助委托人准备听证会所需文件，听证会结束后，有针对性地整理、汇总所涉问题，提供解决方案。

第36条反垄断执法机构就相关经营者集中申报作出决定后，若委托人决定对前述行政决定存有异议，则经委托，律师可代理委托人申请行政复议，对行政复议决定不服的，可依法提起行政诉讼。

第七章

其他注意事项

第37条部分经营者集中交易，除了向中国商务部进行经营者集中申报之外，还需要向境外其他国家的相关部门进行申报。在此背景下，中国律师需要与其他国家的律师保持沟通。一方面需要确认该交易在不同国家的申报及审批进度，另一方面需要注意的是，向商务部提供材料不应与境外其他国家的律师提供给反垄断当局的材料产生矛盾，或者披露其他信息引发其他国家的竞争关注。

第38条在经营者集中申报和审查阶段，律师应与委托人密切关注该集中相关市场第三方竞争者态度，在必要时律师有责任与相关行业协会、行业主管机关和消费者组织等进行沟通。

第39条律师在解答经营者集中反垄断问题时，应以事实为依据，结合相关法律法规，展开对问题的阐述，因经营者集中反垄断的审查存在个案性，律师应分析利弊，提示法律风险。

第40条律师应将在经营者集中申报和审查过程中形成的工作记录及获取的相关文件、会议纪要、谈话记录等资料制作成工作底稿保存，以便备查。

（本操作指引由中华全国律师协会反垄断专业委员会负责起草。执笔人：朱凡、叶兵兵、李兴、姜楠、柴志锋、高思博；审稿人：黄伟、林忠、宁宣凤、彭荷月）

## 律师为政府投资项目提供法律风险管理 法律服务操作指引

目录

第一章总则 / 403

第二章法律风险管理体系构建 / 405

第三章法律风险环境信息收集 / 406

第四章政府投资项目法律风险识别与评估 / 408

第五章政府投资项目法律风险应对 / 410

第六章法律风险的监督改进 / 413

第七章律师尽职调查 / 415

第八章重大项目规范性文件体系建设法律服务 / 420

第九章附则 / 433

第一章

总则

1.1 制定目的

本操作指引由中华全国律师协会制定，其目的系向律师提供办理政府投资项目法律风险管理业务操作方面的操作经验。本指引并非强制性或规范性规定，仅供律师在办理政府投资项目法律风险管理服务业务时借鉴参考。

1.2 概念界定

本操作指引所称政府投资项目，是指使用各类政府投资资金，包括预算内资金、各类专项建设基金、国际金融组织和外国政府贷款的国家主权外债资金建设的项目。党政机关（包括党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、审判机关、检察机关，以及工会、共青团、妇联等人民团体）及财政拨款的事业单位自筹资金建设的项目，视同政府投资项目。

本指引所称政府投资项目法律风险，指基于法律规定、监管要求或合同约定，在政府投资项目建设过程中，由于利益相关者的作为或不作为对项目建设目标产生的影响。项目法律风险类型表现为民事违约风险行政违规风险、刑事违法风险、或权益损失。

本指引所称政府投资项目全面法律风险管理，指围绕政府投资项目总体建设目标，通过在项目管理中执行风险管理的基本流程，培育良好的项目风险管理文化，建立健全的法律风险管理体系，形成政府投资项目法律风险防范长效机制的过程和方法。

1.3 基本原则

为了有效管理政府投资项目法律风险，律师为政府投资项目建设提供法律风险管理时可遵循以下原则：

（1）合规性原则。合规经营是法律风险管理的前提，在各项经营活动中必须遵循国家法律法规及内部制度，确保经营活动的合法、合规。

（2）融入企业经营管理原则。法律风险发生于企业的经营管理活动，法律风险管理必须融入企业经营管理过程，成为其有机组成部分。

（3）纳入决策过程的原则。所有决策都应综合考虑风险，以便将风险控制在可承受的范围内。法律风险作为重要风险范畴，应纳入项目管理决策过程，作为决策考虑的重要因素。

（4）全员参与、全过程开展的原则。法律风险产生于项目建设的各个环节，因此法律风险需要项目建设参与人的全员参与并承担相关责任，各方人员分工负责，以形成法律风险管理的长效机制。

（5）实用性原则。政府投资项目法律风险管理应关注实际效用，力求实用性，以有效地解决项目范围内存在的法律风险。

1.4 基本要求

律师办理政府投资项目法律风险管理业务，应依据与委托人签订的委托协议所设定的具体服务内容和要求，在委托权限内依约履行职责；应严格执行中华全国律师协会颁发的《律师执业行为规范》中关于防止利益冲突的有关规定，不得损害委托人的合法权益；应保守国家秘密、当事人的商业秘密和个人隐私，但按有关规定须向主管司法行政机关通报案情及已失密或已解密的事项除外。

1.5 本操作指引的业务指导范围

本操作指引主要适用于律师为政府投资项目提供的非诉讼法律服务。律师向委托人提供政府投资项目全面法律风险防控体系建设、风险识别、风险评估、风险控制、重大项目规范性文件体系建设、项目法律尽职调查或政府投资项目全过程法律服务时，可参考本操作指引。

第二章

法律风险管理体系构建

2.1 政府投资项目法律风险管理体系构建内容

政府投资项目法律风险管理体系的构建，应体现企业全面风险管理的要素，具体内容应包括以下部分：

（1）收集法律风险内外部环境信息；

（2）进行法律风险识别；

（3）进行法律风险分析评估；

（4）制订法律风险应对方案；

（5）制定和实施法律风险控制措施；

（6）法律风险管理的监督与持续改进。

2.2 法律风险管理组织体系

政府投资项目应建立健全法律风险管理组织体系，主要包括规范的公司法人治理结构，风险管理职能部门和法律事务部门以及其他有关职能部门、业务单位的组织领导机构及其职责。

法律风险管理倡导全员参与，政府投资项目中的各业务部门、各管理岗位及操作人员为法律风险管理的执行者。法务部门及外部团队为法律风险管理提供支持。

2.3 风险管理文化

应注重建立具有风险意识的管理文化，促进项目风险管理水平、员工风险管理素质的提升，保障政府投资项目风险管理目标的实现。

大力培育和塑造良好的风险管理文化，树立正确的风险管理理念，增强员工风险管理意识，将风险管理意识转化为员工的共同认识和自觉行动，促进建立项目管理系统、规范、高效的风险管理机制。

应建立重要管理及业务流程、风险控制点的管理人员和业务操作人员岗前风险管理培训制度。采取多种途径和形式，加强对风险管理理念、知识、流程、管控核心内容的培训，培养风险管理人才，培育风险管理文化。

2.4 法律风险管理价值与目标

政府投资项目开展全面法律风险管理，要努力实现以下风险管理总体目标：

（1）确保将风险控制在与项目总体建设目标相适应并可承受的范围内；

（2）确保政府投资项目建设遵守有关法律法规；

（3）确保有关规章制度和为实现建设目标而采取重大措施的贯彻执行，保障经营管理的有效性，提高经营活动的效率和效果，降低实现项目建设目标的不确定性；

（4）确保建立针对各项重大风险发生后的危机处理计划，保护政府投资项目不因灾害性风险或人为失误而遭受重大损失；

（5）改善政府投资项目建设中风险多发的现状，保证项目建设目标实现。

第三章

法律风险环境信息收集

本指引所称收集法律风险环境信息，是指应用适当的方法，对政府投资项目内外部环境中与法律风险相关的信息进行收集、分析、整理、归纳的一系列过程。

收集政府投资项目法律风险环境信息是一个动态过程，律师在取得委托人授权的情况下，可协助管理者保持法律风险环境信息的持续更新。

3.1 风险环境信息收集原则

律师收集政府投资项目法律风险环境信息应遵循以下原则：

（1）全面性原则。律师应当全面收集与政府投资项目法律风险相关的内外部环境信息。

（2）专业性原则。在收集法律风险环境信息过程中，律师应从专业角度对信息素材进行筛选判断。

（3）保密性原则。律师对在收集内部法律风险环境信息时所获得的企业商业秘密，应当履行保密义务，不将相关信息透露给无关第三人。

3.2 外部法律风险环境信息收集

本指引所称外部法律风险环境信息，是指政府投资项目外部与法律风险管理相关的政治、经济、文化、社会、技术、法律等各种相关信息。

外部法律风险环境信息包括但不限于：

（1）该投资项目的政府支持、资金情况等。

（2）政府投资项目的管理模式及特点；

（3）法律及政策情况、变化及热点事件等；

（4）相关的监管体制、机构、政策以及执行等情况；

（5）利益相关者及其对法律、合同、道德操守等的遵从情况。

3.3 内部法律风险环境信息收集

本指引所称内部法律风险环境信息，是指政府投资项目内部与法律风险及其管理相关的各种信息。

律师收集内部法律风险环境信息，需相关方提供相关资料的，应要求其在合理或约定时间内向律师提供真实、完整的资料原件或与原件审核一致的复印件。

内部法律风险环境信息包括但不限于：

（1）政府投资项目的基本信息、建设目标；

（2）关于土地使用权的情况；

（3）管理模式、经营管理流程、制度、活动、部门职能分工等相关信息；

（4）政府投资项目的合约规划及合同管理制度流程；

（5）相关抵押、质押、留置权等担保权益及与担保权益有关的情况；

（6）法律事务工作现状及工作机构设置；

（7）利益相关者的法律遵从情况和激励约束方式；

（8）在法律风险管理方面的使命、愿景、价值理念；

（9）法律风险管理工作的目标、职责、相关制度和资源配置情况；

（10）主要管理者的法律风险工作开展状况。

第四章

政府投资项目法律风险识别与评估

本指引所称法律风险识别，是指发现、列举和描述风险要素的过程。具体是指律师对政府投资项目各项重要经营活动、重要节点中的法律风险进行查找，并对其描述、分类，分析归纳其原因、影响范围与潜在后果的活动。法律风险识别最终可以政府投资项目法律风险清单的方式表现。

4.1 项目法律风险识别框架

为保证法律风险识别的全面性、准确性和系统性，要构建符合项目自身管理需求的法律风险识别框架，该框架提供若干识别法律风险的角度。这些角度包括但不限于：

（1）根据主要的经营管理活动识别，即通过对项目主要的经营管理活动（如立项、招投标、发包、造价、工期、质量、运营等）的梳理，发现每一项管理活动可能存在的法律风险。

（2）根据组织机构设置识别，即通过对各业务管理职能部门/岗位的业务管理范围和工作职责的梳理，发现各机构内可能存在的法律风险。

（3）根据利益相关者识别，即通过对利益相关者的梳理，发现与每一利益相关者相关的法律风险。

（4）根据引发法律风险的原因识别，即通过对法律环境、违规、违约、侵权、怠于行使权利、行为不当等的梳理，发现企业存在的法律风险。

（5）根据法律规定的应承担的责任梳理，即通过对刑事法律风险、行政法律风险、民事法律风险的梳理，发现不同责任下存在的法律风险。

（6）根据不同法律领域的识别，即通过对不同的法律领域（如合同、知识产权、招投标、劳动用工等）的梳理，发现不同领域内存在的法律风险。

（7）根据法律法规识别，即通过对与项目相关的法律法规的梳理，发现不同法律法规中存在的法律风险。

（8）根据以往发生的案例识别，即通过对项目或行业发生的案例的梳理，发现存在的法律风险。

4.2 项目法律风险识别步骤

法律风险识别的任务就是通过系统全面地收集到的项目的法律风险信息，从中识别出各类法律风险，这一阶段的主要工作步骤如下：

（1）构建法律风险识别框架。构建科学的法律风险识别框架，是进行法律风险识别的前提与基础。法律风险识别的首要工作，是选择合理的识别维度来搭建风险识别框架。为保证法律风险识别的全面性、准确性和系统性，应构建符合自身经营管理需求的法律风险识别框架。

（2）根据内部各部门的职能分工，梳理出各部门从事的主要管理、业务活动，收集与相关的法律、法规、诉讼案例、投诉材料等。

（3）根据预先确定的风险识别模型，运用法规梳理法、案例分析法、德尔菲法、头脑风暴法等方法逐一判断上述每种业务或管理活动中是否可能存在法律风险，并确定风险名称及风险行为，形成初步的法律风险清单。

（4）根据各风险及风险行为与各部门的相关性，将初步法律风险清单拆分成各部门法律风险清单。

（5）在各部门法律风险清单基础上设计部门法律风险调查问卷及访谈提纲，向各部门进行问卷调查和访谈调研，征求各部门对本部门法律风险清单的意见，并根据相关意见对各部门法律风险清单进行调整。

（6）将调整后的各部门法律风险清单再次通过集中讨论、会议评审、征求意见等形式请各部门进行确认。确认完成后，补充各风险及风险行为涉及的相关部门、外部主体、经营管理流程、参考法规、引用案例等具体内容，并形成最终版本的法律风险清单和部门法律风险清单。

4.3 项目法律风险清单

法律风险清单是指包括法律风险点、风险类型等信息的列表。法律风险清单是法律风险识别成果的主要载体。编制《法律风险清单》的流程如下：

（1）收集整理查找出的法律风险事件，并对其按照选定的法律风险识别框架的角度进行分类整理；

（2）明确描述每一法律风险事件所对应的法律风险；

（3）对每个法律风险设置相应的类别、编号及名称，并填入《法律风险清单》的基础信息区模块；

（4）梳理每一风险点对应的法律法规，明确法律后果；

（5）将收集到的内外部环境信息中的信息分类对应至不同风险点；

（6）将法律法规、相关案例、法律后果等内容填入《法律风险清单》的法律信息区模块；

（7）将风险点会影响的企业部门、人员、业务流程等内容填入《法律风险清单》的管理信息区模块。

4.4 法律风险评估

政府投资项目法律风险识别完成后，应对识别出的风险进行风险评估。风险评估可以采用定性与定量相结合的方法，包括对法律风险发生可能性及法律风险影响程度的分析，为法律风险的应对提供支持。

律师对政府投资项目进行法律风险评估，应当考虑的内容包括但不限于：

（1）引起风险事件的原因及该原因事件发生的频率：

①律师可从外部监管、外部利益主体、内部流程及部门、人员配合等角度考察；

②律师应独立考虑不同角度的原因对风险事件的影响；

③律师应考虑不同角度原因之间的相互关系及对风险事件的影响。

④风险事件发生的可能性：

⑤律师应参考历史中该风险事件发生的频率及相关案例；

⑥律师应参考该风险事件的外部主体监管及内部控制监管程度；

⑦律师应参考该风险事件的相关主体的法律素质、法律风险偏好程度。

（2）风险事件发生的后果、后果的影响程度、影响范围：

①律师可从民事责任、刑事责任和行政责任的角度衡量；

②律师应考虑三种法律责任本身的影响程度及影响范围；

③律师应考虑三种法律责任在企业内部、利益主体及社会中的影响程度及影响力；

④律师应考虑三种法律责任可能带来的财产损失金额。

第五章

政府投资项目法律风险应对

本指引所称法律风险应对，是指针对政府投资项目法律风险或法律风险事件采取相应措施，将法律风险控制在企业可承受范围内。

律师应协助政府投资项目相关方根据风险管理策略，针对各类风险或每一项重大风险制订风险管理解决方案。方案一般应包括风险解决的具体目标，所需的组织领导，所涉及的管理及业务流程，所需的条件、手段等资源，风险事件发生前、中、后所采取的具体应对措施以及风险管理工具。

5.1 项目法律风险应对策略

（1）对待风险一般有四种不同的控制策略，分别为避免、降低、转移和接受。

①避免风险，是指积极采取控制措施，使风险尽可能不发生；

②降低风险，是指通过采取控制措施，降低风险发生的可能性或降低风险造成的损失程度；

③转移风险，是指通过采取控制措施，转移风险的发生及其带来的后果。

④接受风险，是指经过评估对发生概率很小且风险所能造成的后果较轻的风险事件采取容忍的态度。

（2）选择企业法律风险应对策略应该至少考虑以下几个方面的因素：

①企业的战略目标、核心价值观和社会责任等；

②企业对法律风险管理的目标、价值观、资源、偏好和承受度等；

③企业法律风险应对策略的实施成本与预期收益；

④利益相关者的诉求和价值观、对企业法律风险的认知和承受度以及对某些企业法律风险应对策略的偏好。

5.2 法律风险应对计划

律师在协助进行政府投资项目法律风险管理工作时，应当与委托人共同进行，由双方共同协商选择法律风险应对策略、评估法律风险应对现状，以及制定和实施法律风险应对计划。

应对计划制定的目标包括四个层次：

（1）有效性，即应对计划确实能够满足风险应对的需求、发挥风险应对的作用；

（2）操作性，即在现有资源条件下，应对计划确实是可操作、可执行的；

（3）统筹性，即从整理角度对各项应对措施进行统筹、整合，实现整体利益最大化；

（4）规划性，即从长期规划的角度设置应对措施实施的先后主次，循序渐进地实现风险应对。

法律风险应对计划的主要内容如下：

（1）实施法律风险应对措施的机构、人员安排，明确责任和奖惩；

（2）应对措施涉及的具体业务及管理活动；

（3）报告和监督、检查的要求；

（4）资源需求和配置方案；

（5）实施法律风险应对措施的优先次序和条件；

（6）实施时间表。

5.3 风险应对计划的制订步骤

律师为政府投资项目制订法律风险应对计划时，可以参考如下步骤进行操作：

（1）律师应在法律风险识别及评估的基础上，制作法律风险应对计划表，并拆分至各相关部门。

（2）各相关部门填写法律风险应对计划表，提出本部门负责的法律风险应对措施，并明确各项措施的完成标志、完成时间等内容。

（3）项目组汇总整理各部门填写完成的法律风险应对计划表，并对相关内容进行调整、完善，调整重点为风险应对措施。

（4）项目组将调整后的法律风险应对计划表再次发给各相关部门确认后，形成最终法律风险应对计划。

5.4 风险应对措施

律师制定的项目法律风险应对措施，应满足合规的要求，坚持风险控制与运营效率及效果相平衡的原则，针对重大风险所涉及的各管理及业务流程，制定涵盖各个环节的全流程控制措施；对其他风险所涉及的业务流程，要把关键环节作为控制点，采取相应的控制措施。

律师制定法律风险控制措施的类型包括以下内容：

（1）资源配置类措施。对于评估结果为机构、人员或经费配置不足的风险，设立或调整与法律风险应对相关的机构、人员、补充经费或风险准备金等。

（2）制度、流程类措施。对评估结果为应进行管控的风险，制定或完善与法律风险应对相关的流程、制度。

（3）标准、规范类措施。对评估结果为特定法律风险，编写标准、规范类等文件，供相关人员使用。

（4）技术手段类或活动类措施。对于评估结果为有明确要求但未得到严格执行的风险，应采用技术手段类或活动类措施；

（5）培训类措施。对某些关键岗位人员进行法律风险培训，提高其法律风险意识和管理技能。

第六章

法律风险的监督改进

法律风险管理应根据内外部变化，及时监督和检查法律风险管理流程的运行情况，以确保法律风险应对计划和应对措施的有效执行，并根据发现的问题进行持续改进。

应建立贯穿整个风险管理基本流程，连接各上下级、各部门和业务单位的风险管理信息沟通渠道，确保信息沟通的及时、准确、完整，为风险管理监督与改进奠定基础。

风险管理职能部门应定期对各部门和业务单位风险管理工作的实施情况和有效性进行检查和检验，根据本指引要求对风险管理进行评估，对跨部门和业务单位的风险管理解决方案进行评价，提出调整或改进建议，出具评价和建议报告，及时报送分管风险管理工作的高级管理人员。

6.1 监督与改进的内容

法律风险管理监督和检查的内容应包括但不限于以下内容：

（1）内外部法律风险环境的发展变化，如法律法规、相关政策的出台和变化，司法、执法及社会守法环境的变化，企业自身战略的调整改变等；

（2）监测法律风险事件，分析发展趋势及其变化并从中吸取教训；

（3）对照法律风险应对计划检查工作进度与计划的偏差，保证风险应对措施的设计和执行有效；

（4）报告关于法律风险变化、风险应对计划的进度和风险管理方针的遵循情况；

（5）实施法律风险管理绩效评估。

6.2 监督与改进的目标

法律风险管理制度的监督改进有以下几个方面的目标：

6.2.1 考评各部门法律风险管理情况及各措施的实际效果

监督与检查的结果可以使管理层全面、准确地掌握风险控制的具体情况，包括哪些风险的控制完成得较好，哪些风险的控制尚未完成或虽已完成但完成质量有缺陷等。对比控制前后法律风险行为实际发生数量的变化以及损失程度的变化，可以明确所采取的控制措施对相关法律风险行为是否确实发挥了控制作用，可以基本反映整个法律风险管理体系的运行情况。

6.2.2 识别新的法律风险和法律风险行为，形成法律风险防范的长效机制

法律风险管理体系运行过程中，法律部门会对法律风险管理过程对业务部门的影响情况定期进行跟踪、指导和监督，提高措施落实的效率和质量。在控制措施落实周期结束后，法律部门会集中组织对措施落实情况进行评估，全面掌握各项措施是否按时完成以及完成效果如何，结合法律风险要素的变化，识别出新的法理风险和法律风险行为，启动新一轮的风险识别、分析、评价等工作，更新法律风险管理清单，使法律风险管理体系成为一个可以循环运作的体系，并通过这种循环运作将各项法律风险管理活动组合固化成企业的一个基础管理流程，将法律风险管理工作从一次性的项目工作彻底转变为长期性的常规工作，进而真正形成法律风险防范的长效机制。

6.2.3 通过法律风险管理监督与检查，完善管理制度和流程

法律风险管理制度全面细致的梳理了与法律风险相关的一批关键制度和流程，在监督与检查环节，针对这些应对措施进行评估，发现其中存在的主要问题和缺陷，在法律风险管理体系的下一个闭环中予以重点关注，包括制定或完善相关的管理制度，规范相关业务管理活动，优化现有流程，增强部门内部或专业法律审查的环节等措施，从而使管理制度和流程得到更好的完善。

6.2.4 增强法律风险意识

法律风险管理体系的构建具有全员性的特征，体系将法律风险数据库中的每个风险和风险行为都根据实际情况分解到了具体的业务部门甚至是岗位，让业务部门对号入座，更清楚地了解自己的工作中可能涉及的法律风险，在法律风险管理体系转入评估模块后，各业务部门通过调查问卷、访谈的方式填写各风险应对措施评估表，从而对本部门的风险应对实施情况作出评价，了解法律风险应对措施的控制情况，督促各部门积极、认真地落实风险应对措施，增强企业员工的法律风险意识。

6.3 风险应对评估的操作步骤

法律风险应对实施评估由决策机构、组织实施机构和配合执行机构三类主体，定期和不定期对法律风险应对措施实施的状况、工作的开展进行综合评定，法律风险管理应对实施评估的工作流程如下：

（1）在经过法律风险应对计划落实工作以后，法律风险管理体系转入应对评估模块。由应对评估小组对法律风险应对计划和措施根据评估对象设定评估维度和评分标准，制作法律风险应对计划落实情况评分表、法律风险应对措施效果评分表等。

（2）由各部门根据法律风险应对评估内容全面提交法律风险应对计划情况的有关材料。

（3）应对评估小组对各部门的应对评估材料，根据企业部门的职责及业务活动与法律风险的关联性和法律风险应对计划的实施进展情况综合评分，对每一部门的每一项应对措施的实施情况从完成角度和质量角度进行客观的评价和分析。

（4）上述工作完成后，法律风险应对评估小组会将评分情况反馈给各业务部门，各部门就评估评分结果与评估小组进行沟通。通过沟通反馈，评估小组根据应对的评估结果提出重大法律风险应对计划的改进建议，包括应对措施具体内容和实施方式的调整建议及应对措施负责部门、配合部门、进度安排的调整建议，并对评分结果作出适当调整。

（5）法律风险应对实施评估体系将通过表格和报告输出的方式，展现法律风险应对工作的落实状况，形成法律风险应对评估指南，包括表格和报告等，这些表格和报告主要包括措施评分表、各部门评分表、企业法律风险应对评估报告。

第七章

律师尽职调查

7.1 定义

政府投资项目的律师尽职调查，是指律师在为政府投资项目提供法律服务过程中，为规避政府投资项目的法律风险，对项目实施过程中的相关事实进行调查或核实，并依据法律、法规的规定对调查或核实的结果进行法律分析和论证，为政府投资项目决策提供依据的活动。

7.2 尽职调查应遵循的原则

律师尽职调查应当遵循以下原则：

（1）律师尽职调查应当获得客户的委托，并在客户委托的范围内进行。

（2）律师尽职调查应依据法律、法规的规定开展，律师在尽职调查过程中应遵守律师执业道德和执业纪律规范。

（3）律师尽职调查应当遵循勤勉尽责、诚实守信的原则，尽职尽责地维护客户的合法权益。

（4）尽职调查应遵循客观性、独立性原则。律师在尽职调查报告中的分析与判断意见应当客观、独立，不受客户及相关部门的影响。

（5）律师尽职调查的信息来源应当真实、准确、完整，律师对调查结果应当达到有充分理由确信真实性的程度，调查结论应当在对法律和事实的全面分析和判断基础上作出。

（6）律师应对尽职调查过程中了解的客户或被调查方的情况严格保密，非经过客户的允许，不得泄露给第三方。

7.3 尽职调查工作流程

律师尽职调查的通常工作流程如下：

（1）律师应当与客户签订尽职调查委托的书面文件，文件应当明确尽职调查的目的、对象和范围等。

（2）基于客户的委托合同文件及尽职调查的主要目的，拟订尽职调查工作计划或提纲。尽职调查工作计划通常包括尽职调查的范围及具体的工作内容，尽职调查的方法，具体的日程安排及完成尽职调查工作的期限，尽职调查调查团队人员的组成及职责等。

（3）律师应当根据尽职调查委托的内容及工作计划，详细梳理编录该项目相关领域的法律、行政法规、项目所在地的地方性法规、规章和其他规范性文件，归纳尽职调查所需要调查分析的法律要点。随着调查的深入，上述过程可能需要重复和不断完善。

（4）审阅客户提交的项目资料和信息，以便对项目有一个基本的了解，为下一步调查问卷清单的编制作准备。

（5）律师应当根据归纳出的法律要点及通过客户提交的资料和信息，确定需要调查核实的相关法律事实清单，并在此基础上设计尽职调查问卷，完成问卷的发放和回收。随着调查的深入，上述过程可能需要重复，直至完成。

（6）尽职调查信息资料的收集。律师可以通过以下方式收集资料和信息：

①相关单位的介绍，介绍内容应当制作调查笔录或形成书面文件。

②相关方所提供的文件、资料。上述文件、资料应当与原件核实一致，并由提供方签字或者盖章确认文件的真实性、准确性和完整性。

③现场访谈。对客户及相关单位的人员进行访谈并制作现场访谈笔录，应让访谈的律师及被访谈人在现场访谈笔录上签字，被访谈人拒绝签字的，应当注明。

④实地考察。实地考察应当制作笔录，必要时记录影视资料。

⑤引用其他中介机构的意见。

⑥政府部门提供或公开的信息。

⑦其他来源。律师采用其他来源应注意其权威性、真实性和准确性。

（7）律师对尽职调查中收集到的资料，应当从资料的来源、内容、形式、资料之间的内在联系及资料要证明的事实等方面进行审查，最大限度地甄别、排除虚假成分，确保资料的有效性和证明力。

（8）在完成问卷调查及资料收集后，律师应及时、准确、真实地制作工作底稿。在制作工作底稿时可以分为客户的内部信息、外部信息两大部分，内部信息主要是从客户内部了解到的信息资料；外部信息包括主管部门的产业政策信息、环保政策及项目其他参建单位的信息资料等。

（9）撰写并提交尽职调查报告。

7.4 尽职调查报告的框架结构

律师出具的尽职调查报告的结构可以分为目录、前言、正文和附件四个部分。

7.4.1 目录部分

政府投资项目通常涉及公众安全或社会公共利益，且社会影响广泛，尽职调查报告的篇幅较长，为了方便使用，应当编制一份详细的目录。

7.4.2 前言部分

尽职调查报告的前言通常包括以下内容：

（1）律师从事尽职调查的权利的委托来源；

（2）尽职调查的目的和范围、调查的方法及其限制；

（3）限定、假设条件；

（4）尽职调查报告用语的释义、报告所依据事实涵盖的期限；

（5）工作情况描述，简要描述律师开展的主要工作及工作过程等；

（6）尽职调查报告的使用方法和用途；

（7）免责声明等。

7.4.3 正文部分

尽职调查报告的正文的框架结构通常如下：

（1）列举律师在尽职调查中发现的事实信息；

（2）根据相关法律、法规的规定并结合调查发现的事实信息，分析和论证可能存在的法律风险，以及对项目决策实施和社会稳定的影响；

（3）律师建议采取的应对措施或解决方案。

政府投资项目尽职调查的内容,根据调查的目标和具体的项目性质各有差异。但根据建设项目管理的周期及现行政府投资项目管理的有关规定，可能进行尽职调查的阶段包括：项目的前期决策阶段、建设准备阶段和建造阶段等三个阶段，在实际操作中律师应注意把握每个阶段的主要风险点，揭示存在潜在风险的事实，依照相关的法律、法规、地方政府规章、规范性文件，以及行业标准进行全面的法律分析，以促进项目的进程。具体的调查内容详见2.3.5。

7.4.4 附件部分

为了方便客户阅读尽职调查报告，尽量将引用的法律、法规关键条文列在附件中；为了报告的简洁和体系的完整，将有相对独立体系的、篇幅长一些的内容也作为尽职调查报告的附件；另外，出具尽职调查报告所依据的其他文件及资料清单，也有必要作为报告的附件。附件部分通常包括以下内容：

（1）引用的法律、法规关键条文；

（2）能自成一体的相对独立的板块内容；

（3）调查问卷及答卷；

（4）现场访谈提纲及记录；

（5）询证函件及现场观察记录等；

（6）通过公开渠道查到的文件（最好注明出处来源）；

（7）客户及被调查方提供的其他文件及资料。

7.5 尽职调查报告的主要调查内容

政府投资项目尽职调查的内容，根据调查的目标和具体的项目性质各有差异。但根据建设项目管理的周期，可能进行尽职调查的阶段包括：项目的前期决策阶段，建设准备阶段和建造阶段等三个阶段。每个阶段律师尽职调查的内容均包括内部信息，即客户内部信息的收集及外部环境资料的调查，具体调查内容一般如下：

7.5.1 第一阶段项目决策阶段

项目决策阶段可细分为：报送项目建议书，办理规划选址手续、用地审批、环境影响评价审批手续,以及报送可行性研究报告等阶段，律师在项目决策阶段的调查内容主要如下：

（1）项目建议书报送前的调查内容一般包括：拟建项目所在地块情况，如土地征收拆迁补偿的情况、移民情况等；拟建项目的政策、法律环境风险；拟建项目所适用的相应税制及税收优惠政策的情况等。

（2）办理规划选址、用地预审及环境影响评价等手续时的主要调查内容：项目所在地块的周边情况及对生态环境、水土保持等的影响；建设项目选址是否符合城市和农村土地利用政策和土地管理法律、法规规定的条件；国内类似项目的环评审批情况；污染防治措施、拟引进的技术和设备是否符合国家环保部门有关规定和要求；对于发生事故或者其他突发性事件可能造成的污染事故，是否有紧急处理预案；其他与拟建项目相关的环保情况等。

（3）可行性研究报告送审过程中的调查内容包括：在项目建议书、规划选址、用地预审及环境影响评价的基础上就相关内容进一步深化；同类型项目的实施情况；为进行社会稳定风险评估进行调查和分析；其他在可行性研究报告中需要核实的法律事实。社会稳定风险评估报告系政府投资项目可行性研究阶段的一项重要考察内容，为可行性研究报告的一个篇章。在进行社会稳定风险评估时，律师可参与进行尽职调查的内容包括：是否符合现行法律、法规、规章，是否符合党和国家关于社会稳定方面的方针政策；是否符合国家、省委省政府的战略部署、重大决策；是否经过充分论证和调研；同类项目对所涉及区域、行业群众利益和生产生活的影响，群众对影响的承受能力，引发矛盾纠纷、群体性事件的情况；其他有可能引发不稳定因素的问题。

7.5.2 第二阶段项目建设准备阶段

在项目建设准备阶段，内部信息的收集主要是了解该阶段报批报建手续的完成情况，发现存在的问题及风险；外部信息的调查主要是为即将开展的后续报批报建手续及项目法人的治理、项目融资模式、管理模式等提供决策依据，以防范不必要的法律风险。

项目建设准备阶段报建手续主要是完成用地方面的报建和规划报建手续两方面的工作。拟建项目位于城市规划区域的，是否符合城市规划、符合近期建设与土地利用总体规划、年度实施计划等；拟建项目位于非城市规划区域的，需要符合相应的特别规定和要求。拟建项目如属于重要建设项目，以及位于地质灾害易发区的拟建项目，应核实是否已开展地质灾害危险性评估等。拟建项目的抗震设防审批、消防审批或备案要求。作为政府投资项目，需要关注投资估算和概算的控制及超出概算的调整问题。

根据政府投资项目的相关规定，政府投资建设项目实行项目法人责任制。因此律师在开展尽职调查时，需要收集相关信息并进行分析和判断，为项目法人的治理结构、项目融资模式、项目管理模式及建造阶段的承发包模式提供决策的参考依据。项目法人是项目建设的责任主体,依法对所建设的项目负有项目的策划、资金筹措、建设实施、生产经营、债务偿还和资本的保值增值等责任,并享有相应的权利。如客户已设立项目公司，律师可对项目法人的公司章程、组织架构及法人治理结构是否有利于建设项目的推进，以及是否符合项目建设市场准入条件等情况进行调查。

7.5.3 第三阶段项目建造阶段

在项目建造阶段，律师尽职调查的目的是为客户进行招标方案的确定、工程管理和合同管理制度的构建或完善提供决策信息和建议，协助客户对项目参建单位的资信状况进行调查，以使建设、管理制度、流程符合政府投资项目的审计规范要求，并为客户防范项目建造阶段的风险提供应对建议。

招标方案包括项目分标的合理性、招标进度计划安排、招标方式、招标组织形式、投标人及人员资格要求、评标标准和方法等，国家层面及项目所在地均有关于招标方案具体内容的合规性的严格要求，律师需要进行上述法规、政策信息的收集。

项目参建单位的资信状况是关系到项目能否顺利实施的关键，因此有必要对参建单位的资信进行调查。对于经过招标确定的单位，律师主要是协助核实参建单位投标时提交资料的真实性并协助审查投标文件的合规性。对于竞争性谈判或单一来源采购的项目，对合同相对方主要调查的内容为：

（1）合同相对方及具体人员符合相应的资格要求。

（2）合同相对方的履约能力。包括财产状况的调查、生产经营能力的调查、保险及企业风险保障措施的调查等。

（3）履约信用的调查。主要包括生产经营业绩、信用等级、过往的涉诉、违约情况记录等。

7.6 尽职调查报告撰写要求

7.6.1 律师在尽职调查报告中引用相关文件时应说明文件来源。

7.6.2 尽职调查报告应对尽职调查事项作出全面说明和分析，真实、准确地反映项目的客观情况。

7.6.3 律师在尽职调查报告中引用法律法规时应当注明法律、法规的名称、文号、条款号、颁布机构及生效期间，注意法律、法规对调查对象是否适用，法律、法规引用是否全面以及该法律、法规的效力及溯及力。

7.6.4 尽职调查报告应当有明确的结论和建议，如果存在经尽职调查仍无法查清的信息，尽职调查报告应当披露尚无法查清的信息的情况，并详细分析该情况可能造成的影响，并就进一步调查提出建议。

7.6.5 尽职调查报告应由律师署名并加盖律师事务所公章。

第八章

重大项目规范性文件体系建设法律服务

8.1 一般规定

8.1.1 提供法律服务的依据

为保证重大项目规范性文件体系建设的合法合规性，保护政府投资项目各方当事人的合法权益，满足重大项目建设要求，为重大项目顺利实施提供规范性文件保障，并提高律师为重大项目规范性文件体系建设提供法律服务的水平，依据《中华人民共和国立法法》《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》《行政法规制定程序条例》《规章制定程序条例》《法规规章备案条例》及各地有关法规规章及规章以下规范性文件制定、备案、审查、实施、后评估的相关规定，制定本章。

8.1.2 指导范围

律师为重大项目规范性文件体系建设提供法律服务（包括规范性文件制定、备案、实施、实施后评估等），可参考本章内容。

8.1.3 规范性文件的定义

规范性文件的定义：规范性文件，是指除政府规章外，各级行政机关依据法定职权制定发布的，对公民、法人或者其他组织具有普遍约束力的，可以反复适用的文件。

不作为规范性文件管理的文件：

（1）对本机关或直接管理的事业单位的人事、财务、外事、保密等事项制定的文件；

（2）机关内部的执法考评、监督检查、责任追究等文件；

（3）为明确机关内部文件的流转程序、办理时限、呈批手续等事项制定的文件；

（4）交通管制通告、部分建设工程通告等临时性行政管理措施通告；

（5）为实施专项行动明确有关部门职责的实施方案。

8.1.4 重大项目规范性文件体系建设法律服务的一般要求

律师提供重大项目规范性文件体系建设法律服务时，应当注意从主体、权限、程序、依据、内容、形式等六个方面对重大项目规范性文件进行审查，并重点审查重大项目规范性文件是否存在以下不适当的情形：

（1）所规定的主体事项是否属于制定机关的权限范围；

（2）是否违法设定了行政处罚、行政许可、行政强制；

（3）是否违法限制或者剥夺了公民、法人和其他组织的合法权利；

（4）是否违法增加了公民、法人和其他组织的义务；

（5）有关公民、法人、其他组织权利义务的规定是否显失公平；

（6）其他规定是否与法律、行政法规及上位法律规范的规定相抵触或者显失公平。

8.2 规范性文件的种类

规范性文件按照不同的标准划分存在不同的分类。

8.2.1 按照主体划分

按照制定主体划分，可以分为政府规范性文件和部门规范性文件：

（1）政府规范性文件。

政府规范性文件，是指各级人民政府（含政府办公厅、办公室）以自己的名义制定的规范性文件。

（2）部门规范性文件。

部门规范性文件，是指县级以上人民政府组成部门、直属机构以及法律、法规授权的管理公共事务的组织（以下简称部门）等以自己的名义制定的规范性文件。

8.2.2 按照内容划分

按照规范内容划分，规范性文件可以分为：

（1）产业规划类规范性文件；

（2）立项审批类规范性文件；

（3）国土资源管理规范性文件；

（4）税收政策类规范性文件；

（5）工程建设类规范性文件等。

8.2.3 按照法律效果划分

按照法律效果分类，规范性文件可以分为：

（1）行政创制性文件；

（2）行政解释性文件；

（3）行政指导性文件；

（4）行政告知性文件。

8.3 规范性文件的调研、起草、论证、制定

8.3.1 规范性文件制定程序的规定

《中华人民共和国立法法》规定，地方政府规章参照行政法规的制定程序执行。《规章制定程序条例》规定了规范性文件的制定程序。各省、自治区、直辖市政府还制定了本省、自治区、直辖市规范性文件管理规定，如：《北京市人民政府规章制定办法》《广东省行政机关规范性文件管理规定》《上海市行政规范性文件制定和备案规定》等。

律师在为重大项目规范性文件体系建设提供法律服务时，应当熟悉当地制定的有关规范性文件和制度程序的规定，并按照这些规定，协助有关政府机关完成规范性文件制定工作。

8.3.2 制定规范性文件的调研

起草规范性文件之前要先开展调研工作，律师可以协助起草主体主要对以下事项进行调研，并形成调研报告：

（1）对制定规范性文件的必要性和可行性进行研究；

（2）对规范性文件涉及的社会管理领域现状，所要解决的问题，拟设定的主要政策、措施或者制度的合法性和合理性等内容进行调研论证；

（3）对可能产生的消极影响制定预防和补救措施进行调研论证；

（4）对规范性文件的制定进行成本效益分析。

8.3.3 规范性文件的起草

（1）起草主体

政府规范性文件和部门规范性文件的起草主体一般有所不同：

政府规范性文件，一般由政府指定一个部门起草。涉及两个以上部门职权的，一般由政府指定有关部门联合起草。联合起草的，应当明确一个部门主办，其他部门协办。

部门规范性文件，则由制定机关指定其有关内设机构或者下属机构起草。部门联合制定规范性文件，由主办部门指定其有关内设机构或者下属机构起草。

（2）规范性文件的起草程序

起草政府规范性文件的程序：

①根据调研结论，初步征求相关部门的意见，草拟立规必要性说明和内容提纲。

②向政府法制机构报送列入立规计划申请。

③经政府常务会议同意列入立规计划。

④草拟规范性文件草案并征求意见。起草部门应征求相关部门的意见并协调一致，还应征求行政管理对象或代表的意见，需要听证、论证的要举行听证或论证会。

⑤归纳意见，修改完善规范性文件；

公民、法人或者其他组织对规范性文件草案内容提出意见和建议的，起草部门应当予以研究处理，并在起草说明中载明。有关机关对规范性文件草案内容提出重大分歧意见的，起草部门应当进行协调；协调不成的，报请上级行政机关协调或者决定。

对重大分歧意见的协调和处理情况，应当在起草说明中载明。

（3）规范性文件的起草的注意事项

结合相关地方规范性文件的制定管理办法，归纳而言，律师在规范性文件起草过程中应当注意以下事项：

（1）行政规范性文件的名称一般称“规定”“办法”“规则”“细则”“意见”“决定”“通知”“公告”和“通告”等，涉及实体内容的一般用“规定”“办法”“细则”等，但不得称为“条例”。

（2）规范性文件的结构一般分为总则、分则、附则三部分，并以章、条、款、项、目的形式表达。规范性文件总则部分，须写明规范性文件的制定目的和依据、适用范围、基本原则。分则部分应写明权利、义务、奖惩措施等规范；附则部分，应写明施行日期。

（3）起草规范性文件，应当做到文体规范、结构严谨、条理清楚、文字简明、用词准确。必要时，应当明确某些用语的特定含义。

（4）规范性文件对法律、法规、规章和上级规范性文件已经明确规定的内容，原则上不作重复性规定。但是，作出操作性、具体性规定时，可以对法律、法规、规章和上级规范性文件的原则性规定进行引用。规范性文件引用上位法的条文时要注意完整性、准确性和必要性，不能随意拆合、拼凑。

(5) 起草规范性文件时，凡是法律、法规、规章要求就某些事项作出决定的，以及法律、法规、规章的某些条款比较原则，为便于执行而需要具体化的，均应根据法律、法规、规章的原则和当地实际情况，作出具体规定。对某些问题，法律、法规、规章未作出规定而当地有解决有此类问题的成熟经验的，可据此作出具体规定，但不得与法律、法规、规章相抵触。

(6) 规范性文件对公民、法人、其他组织的权利义务的设定:没有法律、法规和规章的规定，规范性文件不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的规定。在规定公民、法人和其他组织应当履行的义务时，应当明确规定享有的权利，做到权利与义务相统一。

（7）起草规范性文件，必须注意用现行的规范性文件相衔接和协调。新起草的规范性文件，如需代替原有的规范性文件，应予以说明。

（8）政府规范性文件的标题应当冠以本行政区域名称，部门规范性文件的标题应当冠以制定机关名称。

8.3.4 规范性文件的论证

（1）规范性文件起草部门制定、修改、废止的规范性文件与市民切身利益关系密切和对本地区、本行业建设发展有重大影响的，应当于报送市法制部门审查之前，通过适当的方式听取有关机关、组织和管理相对人或者专家的意见。

（2）起草部门听取意见，一般应当采取书面征求相关单位意见、召开座谈会等方式；并可以根据实际需要，采取召开论证会、听证会和公开征询社会公众意见等其他方式。

（3）起草部门组织召开听证会，应当提前公布听证会的时间、地点、议题，并按照公开、公平、公正的原则确定听证参加人。

（4）听证会由起草部门的法制机构或者指定的机构主持。公开征求意见时应当公布拟制定、修改、废止的规范性文件草案或其主要内容，以及征求意见的方式、截止时间。

8.3.5 规范性文件的制定

律师应提示行政机关按照法定程序和法定权限制定规范性文件，并注意以下事项：

（1）行政机关的议事协调机构、临时机构和内设机构、部门的内设机构及派出机构、不具有管理公共事务职能的组织，不得以自己的名义制定规范性文件。

（2）制定规范性文件，不得设定行政许可事项，不得设定行政收费项目（但省人民政府规范性文件除外），不得设定行政处罚和行政强制措施，不得设定其他应当由法律、法规、规章或者上级行政机关设定的事项。

（3）税收规范性文件不得设定税收开征、停征、减税、免税、退税、补税事项，以及行政许可、行政审批、行政处罚、行政强制、行政事业性收费以及其他不得由税收规范性文件设定的事项。经国务院批准的设定减税、免税等事项除外。

8.3.6 规范性文件的审查

8.3.6.1 规范性文件的审查主体

规范性文件制定完毕后须报送相关部门进行审查，律师提供法律服务时，应当注意审查主体如下：

（1）政府规范性文件应当经本级政府法制机构审核或者征求本级政府法制机构的意见。

（2）制定、修改规范性文件的起草部门应当向法制部门报送下列材料：

①报请发布的请示；

②规范性文件草案；

③规范性文件的起草说明，内容包括：制定规范性文件的必要性、制定的主要依据、主要内容说明（说明文件章节条款数、内容的基本构成，属修订文件的说明修订的地方）、文件的设计思路、需要提请政府审议解决的问题、征求意见总体情况；

④起草规范性文件所依据的法律、法规、规章和国家政策以及上级行政机关的命令、决定（以下统称制定依据）；

⑤征求意见的有关材料，提交各单位反馈意见复印件及全部意见汇总表；

⑥其他有关资料。

8.3.6.2 规范性文件的审查内容：

律师协助政府法制机构对规范性文件进行审查时，可以从以下几个方面进行审查：

（1）是否属于规范性文件；

（2）是否符合规范性文件的形式要件；

（3）是否超越制定机关的法定职权或者法律、法规、规章的授权范围；

（4）是否与法律、法规、规章以及国家和本市政策相抵触；

（5）是否违反禁止性规定；

（6）是否经过听取意见的程序；

（7）是否与相关的规范性文件存在冲突；

（8）文件的文字技术是否有重大错误或者有重大缺陷，以至妨碍对文件的准确理解；

（9）其他需要审核的内容。

政府法制机构审查部门规范性文件，原则上只审查合法性，不审查可行性和适当性，若发现存在可行性或者适当性问题时，可以向制定机关提出建议。

8.3.6.3 规范性文件的审查处理：

政府法制机构对送审的部门规范性文件草案，按照下列情形，分别作出处理：

（1）经审查符合规定的，提出审查同意的意见。

（2）经审查制定的基本条件尚不成熟的，或者法律审核中发现存在较大问题的，或未按要求提供相关材料的，或有关机关对草案的内容有重大分歧意见且理由较为充分的，提出相关审查意见后退回起草部门，或者要求起草部门修改、补充材料后再报请发布。

送审机关对政府法制机构的审查意见有异议的可向本级人民政府申请复核。

8.3.7 规范性文件的签发与发布

政府规范性文件应当经政府常务会议审议通过，并由行政首长签发。部门规范性文件应当经部门行政首长办公会议审议通过，并由行政首长签发。

规范性文件经审议通过后应当向社会公众公布才能发生法律效力，一般情况下，如果规章、规范性文件和行政措施没有规定生效日期或者规定从发布之日起施行的，则以实际公布之日为生效起始日期。律师应当提示规范性文件制定单位注意按照法定程序向社会公布：

（1）规范性文件应当由制定机关向社会公布；未向社会公布的，不得作为实施行政管理的依据。

（2）规范性文件应当在制定机关指定的政府网站上公布，还可以通过报纸、杂志、广播、电视等新闻媒体公布。

（3）县级以上各级人民政府的规范性文件应当在同级政府公报上公布；有条件的，其他制定机关的规范性文件也可以在政府公报上公布。

8.4 规范性文件的备案与实施

8.4.1 规范性文件备案的规定

《中华人民共和国立法法》第五章“适用与备案”中规定了行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的备案要求。《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》第五章规定了“规范性文件的备案审查”。各省、自治区、直辖市人大常委会也根据《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》制定了本省、自治区、直辖市规范性文件备案审查的规定。

律师在为重大项目规范性文件体系建设提供法律服务时，应当熟悉国家的相关法律以及当地所制定的有关规范性文件备案审查的规定，并按照这些规定，协助规范性文件制定机关完成规范性文件的备案工作。

8.4.2 需报送备案的规范性文件的范围

各地关于需报送备案的规范性文件的范围的规定不尽一致，以北京市为例，应当报送市人大常委会备案的规范性文件为：

（1）市人民政府制定的规章；

（2）市人民政府发布的决定、命令及其他规范性文件；

（3）区县人民代表大会及其常务委员会作出的决议、决定。

应当报送区县人大常委会备案规范性文件为：

（1）区县人民政府发布的决定、命令及其他规范性文件；

（2）乡、民族乡、镇人民代表大会作出的决议、决定。

律师应当查明当地需要备案的规范性文件的范围的相关规定，提示重大项目规范性文件制定机关将需要备案的规范性文件报送备案。

8.4.3 报送备案工作机构

关于报送备案工作机构，各地的规定不尽一致，以上海市为例：

（1）市人民政府及其相关工作部门制定的规范性文件，由市人民政府法制办公室报送备案；

（2）区、县人民代表大会及其常务委员会作出的决议、决定，由区、县人民代表大会常务委员会办公室报送备案。

而按照北京市的相关规定，规范性文件则由规范性文件制定机关各自报送备案。

律师应当查明当地对报送备案工作机构的相关规定，提示重大项目规范性文件制定机关将需要备案的规范性文件通过相应的报送备案工作机构报送备案。

8.4.4 接受备案的机关

关于接受备案的机关，需要注意有关规范性文件可能需要同时报送不同的机关备案。根据《中华人民共和国立法法》第98条的规定：

（1）行政法规报全国人民代表大会常务委员会备案；

（2）省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；

（3）设区的市、自治州的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规，由省、自治区的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；

（4）自治州、自治县的人民代表大会制定的自治条例和单行条例，由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；

（5）部门规章和地方政府规章报国务院备案；

（6）地方政府规章应当同时报本级人民代表大会常务委员会备案；

（7）设区的市、自治州的人民政府制定的规章应当同时报省、自治区的人民代表大会常务委员会和人民政府备案；

（8）根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案。

关于报送备案工作机构，各地的规定不尽一致，如上海市接受备案的机关为市人大常委会，区、县人大常委会不接受规范性文件的备案；而北京市接受备案的机关，既包括市人大常委会，也包括区、县人大常委会。

律师应当查明当地对报送备案工作机构的相关规定，提示重大项目规范性文件制定机关将需要备案的规范性文件报送相应的机关备案。

8.4.5 报送备案时间

关于规范性文件报送备案的时间通常为公布后的30日内。

8.4.6 其他报送备案要求

包括报送规范性文件备案时需要提交的材料和份数及其他相关要求，各地的规定有所差异，如北京市规定报送规范性文件备案，应当提交备案报告、规范性文件正式文本，有说明和附件的应当附说明和附件。报送规范性文件备案材料应当一式五份，并附电子文本。上海市规定规范性文件报送备案，应当提交备案报告、规范性文件正式文本及与规范性文件相关的说明等其他相关材料各一式十份，并报送电子文本。

律师应当查明当地相关规定对备案时需要提交的材料和份数及其他相关要求，提示重大项目规范性文件制定机关按照相关要求报送备案。

8.4.7 规范性文件的备案审查

由于备案审查机关在接受备案的同时或之后，会对报送备案的规范性文件进行审查，如备案审查机关经审查认为规范性文件存在不适当情形的，律师应按照相关规定，协助规范性文件制定机关修改或废止规范性文件，并在修改或废止后按相关规定将修改后的文件或废止情况报送备案，如规范性文件无需修改或者废止的，协助制定机关向备案审查机关说明理由。

8.4.8 不按规定报送规范性文件备案的法律责任

关于不按规定报送规范性文件备案的法律责任主要是：通知制定机关限期报送，逾期仍不报送的，给予通报，并责令限期改正。律师应提示规范性文件制定机关不按规定报送规范性文件备案的法律责任。

8.4.9 规范性文件的实施

在重大项目规范性文件颁布实施之后，律师应按照规范性文件制定机关/实施机关的委托，协助规范性文件制定机关/实施机关做好规范性文件的实施工作。律师在为重大项目提供法律服务过程中，除了遵守和执行有关法律法规之外，还应遵守和执行重大项目规范性文件，保证重大项目规范性文件在重大项目实施过程中得到切实的贯彻执行，确保重大项目的实施符合和满足重大项目规范性文件的规定和要求。

8.5 规范性文件后评估

8.5.1 规范性文件后评估的规定

我国现行法律和行政法规中未对规范性文件后评估作出明确规定。有的地方制定了关于地方性法规/地方政府规章（及规章以下规范性文件）后评估的规定，如：《安徽省政府立法后评估办法》《广州市人大常委会立法后评估工作》《南京市人大常委会立法后评估办法》《苏州市规章立法后评估办法》等。

律师在为重大项目规范性文件后评估工作提供法律服务时，应当熟悉当地所制定的有关规范性文件后评估的规定，并按照这些规定协助有关政府机关完成规范性文件的后评估工作。

8.5.2 规范性文件后评估的法律依据

对不同的规范性文件（如地方性法规和地方政府规章）进行立法后评估时所需遵循和适用的法律依据不同，因此，律师在协助有关政府机关对具体规范性文件进行立法后评估时，应当首先明确进行立法后评估的法律依据，再确定具体规范性文件立法后评估中的其他事项。

8.5.3 规范性文件后评估的组织实施机关

规范性文件后评估的组织实施机关（含机构，下同）通常是由制定这些规范性文件的机关作为立法后评估的主体，具体的组织实施工作则由其常设的法制/法律相关部门负责。

8.5.4 规范性文件后评估事项的委托评估

规范性文件后评估组织实施机关可以将规范性文件后评估的有关事项委托给相关单位进行，受委托评估单位需要具备相应的条件。受委托评估单位，应当按照委托完成评估事务，不得将评估事务转委托。

受委托的机构可以是评估机构、高等院校、社会团体、法律服务机构等。

各地对受委托机构应具备条件的规定有所差异，以南京和苏州为例：

《南京市人大常委会立法后评估办法》规定受委托机构应具备的条件是：

（1）依法成立；

（2）具有一定数量的熟悉立法、执法知识的人员；

（3）具有开展评估工作所必要的条件。

《苏州市规章立法后评估办法》规定受委托机构应具备的条件是：

（1）熟悉被评估规章所依据的法律、法规和所涉及的行政管理事务；

（2）具有3名以上熟练掌握规章立法后评估方法、技术的人员；

（3）相关人员参与规章立法后评估的时间能够得到保证；

（4）具备开展规章立法后评估工作的必要设备、设施。

8.5.5 规范性文件后评估对象的确定

并非所有的规范性文件都需要或都适合进行立法后评估，律师应当根据相关规定，协助后评估组织实施机关确定具体规范性文件是否需要进行立法后评估。具体规范性文件需要进行立法后评估的，律师还应当协助后评估组织实施机关完成启动该规范性文件立法后评估的相关程序性工作。

8.5.6 规范性文件后评估的目的

根据立法目的，结合经济社会的发展情况，对立法质量、实施效果等情况进行全面调查和综合评价，为修改、废止地方性法规提供参考，提出改进立法、执法等工作的意见、建议。

8.5.7 规范性文件后评估的原则

立法后评估应当遵循客观公正、公开透明、注重实效、公众参与的原则。

8.5.8 规范性文件后评估的内容

（1）规范性文件的立法质量；

（2）规范性文件的实施效果；

（3）规范性文件的实施对经济、政治、社会等方面的影响；

（4）规范性文件的社会评价；

（5）规范性文件实施中存在的问题；

（6）其他应评估的内容。

进行规范性文件后评估，可以对以上内容进行全面评估，或者对部分制度、条款进行评估。对直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益的内容应作重点评估。

8.5.9 规范性文件后评估的标准

（1）合法性标准，即地方性法规的各项规定是否与法律、法规及其他上位法保持一致；

（2）合理性标准，即地方性法规的各项规定是否符合公平、公正原则，是否必要、适当；

（3）协调性标准，即地方性法规的各项制度之间是否协调一致，同位阶法规之间是否存在冲突，相关配套制度是否完备；

（4）技术性标准，即地方性法规是否符合立法工作一般技术规范，概念界定是否明确，逻辑是否严谨，各项规定是否具有解释空间；

（5）可操作性标准，即地方性法规中规定的执法体制、机制、措施是否具体可行，是否具有针对性；

（6）实效性标准，即地方性法规是否得到普遍遵守与执行，是否已达到预期目的，是否适应社会发展的需要。

8.5.10 规范性文件后评估的方法

规范性文件后评估的方法主要有：

（1）通过新闻媒体、政府网站等公开征集社会公众意见；

（2）走访或者书面征求相关行政执法单位、监督机关、行政相对人或者其他利益相关者的意见；

（3）通过召开座谈会、听证会、专家论证会等听取意见。

评估实施机关根据评估需要，还可以采用以下评估方法：

（1）问卷调查；

（2）实地考察；

（3）专题调研；

（4）个案分析；

（5）立法比较分析；

（6）成本效益分析；

（7）文献检索；

（8）其他方法。

8.5.11 规范性文件后评估的程序（或阶段）

关于规范性文件后评估的程序，通常遵循以下程序：

（1）拟订工作方案。工作方案应当包括评估目的、评估对象、评估内容、评估方式、评估步骤、职责分工、时间安排、组织和经费保障等。

（2）开展调查研究。可以采取听取汇报、召开座谈会和论证会、实地考察、专家咨询、专题调研、问卷调查、网络征询等方法，了解和掌握法规的组织实施部门、相对人和社会公众的意见、建议等相关信息。

（3）提出评估报告。对调研中收集到的材料进行分析研究，提出评估报告。

各地可能对立法后评估办法的程序作出具体的规定，律师应提示立法后评估组织机构同时按照相关的规定程序进行。

8.5.12 规范性文件后评估的完成期限

进行规范性文件后评估，应当在法定期限内完成。规范性文件的立法后评估的完成期限因所依据规定的不同而有所差异，律师提供服务时应当注意。

8.5.13 规范性文件后评估报告及其审定（审核）

后评估组织实施机关在后评估工作完成后应当制作规范性文件立法后评估报告，并依法定程序将评估报告提交有关机关进行审定（审核）。评估报告主要包括以下内容：

（1）评估工作基本情况介绍，包括评估过程、评估方式方法、评估时间等，召开座谈会、论证会等情况；

（2）对照评估标准，对地方性法规的立法质量、实施效果等情况的分析和评价；

（3）提出评估结论；

（4）提出立法和执法建议；

（5）其他需要说明的问题。

8.5.14 规范性文件后评估报告审定后的后续相关工作

在规范性文件立法后评估报告通过有关机关审定（审核）之后，仍有后续相关工作需要完成，主要包括根据评估报告修改或废止相关规范性文件，研究办理（落实）评估报告提出的立法和执法建议等，律师应当根据相关规定协助后评估组织实施机关或其他有关机关完成立法后评估报告审定后的后续相关工作。

8.5.15 规范性文件后评估中的保密义务

在进行规范性文件后评估工作中，律师应当提示后评估组织实施机关及其他参与后评估工作的单位和人员履行保密义务，律师自身也应当履行保密义务。

8.5.16 不按规定进行规范性文件后评估的法律责任

律师应提示后评估组织实施机关或其他有关机关不按规定进行规范性文件后评估工作的法律责任。如不按照规定报送评估项目的，不按照规定的程序进行评估的，不按照规定提交评估报告的，不按照规定落实改进行政执法工作的，可能会由相关人民政府责令其限期改正，还可能视情况对直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以告诫或者依法给予行政处分。

第九章

附则

律师办理政府投资项目法律风险管理业务，是一项极其重要且复杂的执业行为。由于政府投资项目建设周期长、投资额大、涉及公共利益多等特点，律师应避免和防范在提供法律服务过程中可能出现的各类执业风险。

9.1 律师接受法律服务委托时对律师自身法律风险的防范

（1）律师为委托方提供法律服务，应当严格遵守《中华人民共和国律师法》《律师职业道德和执业纪律规范》和《律师执业行为规范》等规定，遵守忠诚守信、专业精湛和勤勉尽责的原则，切实保障项目依法操作，规范运行，对可能影响项目建设的风险进行评估，建立法律预案，保障项目建设的顺利进行。

（2）律师应与委托方签订政府投资项目专项服务协议。协议应对提供法律服务过程中律师事务所的权利与义务作出明确的界定，以明确双方的权责。同时，协议应对授权范围予以明确。

（3）律师应对政府投资项目的概况进行全方位的了解，并站在客观中立的角度对政府投资项目进行法律风险评估，并对相关法律风险提出一些前瞻性的预防措施，使政府能做出应对的准备。

（4）及时制订为政府投资项目法律风险管理提供法律服务的服务方案和工作安排，同时对项目可能涉及的法律问题及法律服务对策向委托方提出法律建议。

9.2 律师办理政府投资项目法律风险管理业务中应注意的风险控制

（1）律师在起草或修改相关合同和法律文件时，应保存每次双方合同（法律文件）内容和条款修改的往来记录，包括修改的具体内容、时间、修改原因和要求。

（2）律师最后签订版本应与委托方进行确认，并对终稿中可能存在的风险再次书面提示并保存已作告知的记录。

（3）律师在出具正式的法律意见时，一方面要借鉴以往成功的经验，同时也要结合项目的实际情况。特别需要注意的是，针对一个非常专业的项目，律师在提出法律意见时要留有余地，以保护律师及律师事务所的利益。

（4）律师对委托方提出的要求，要区分不同的情况与性质，既要把握原则，又要表现充分的灵活性。对于原则问题，坚决不能妥协；对于操作方法，可以灵活处理。同时，要与委托方就此问题留下书面的证明，以划清律师及律师事务所的责任界限。

（5）律师在处理委托方日常法律事务过程中，要保留来往文件与文字。律师应对委托方要求提供法律服务的事项建立登记制度，以确定服务范围。针对一些特定的事项，必要时律师应与委托方签署谅解备忘录，以保障律师及律师事务所的权益。此外，在重大协议签署前，相关法律文件文本的编辑、打印、装订等要遵循行之有效的程序。律师应加强对法律文件的保管。对与每一个项目相关的所有法律文件、往来信函（包括电子邮件），要按时间顺序或性质单独建立档案，并在明确的保管地点保管。同时，对于电子文档也应在服务器上设立专门的保存区域、审阅与修改权限。相关文件的原件、印章最好不要由律师事务所保管。

（6）律师在委托方的相对方出现违约时，律师应及时收集保存对方违约的证据，必要时由律师见证或对相关证据进行公证保全。同时，及时制作法律意见书，告知委托方拟采取法律行动的具体建议。

9.3 律师在为政府投资项目法律风险管理服务终止后应注意的事项

（1）律师在为政府投资项目法律风险管理服务结束后，仍然要注意跟踪项目进展，以进一步提供后续的法律服务，并提前了解项目可能遇到的法律问题，且自检本身服务是否有过失。同时，律师要注意及时整理相关档案。整个项目及法律服务工作完成后，律师要组织相关参加人员互查有关文件及关键问题，以便及时发现可能存在的漏洞或失误，并采取补救措施。

（2）基于为委托方保守商业秘密的需要，律师在工作中要注意建立屏蔽制度。每个项目要确定固定的律师与助手参与，无关人员不得接触项目文件及案卷。参与人员未经主管合伙人批准不得向其他人（包括其他合伙人）披露与项目内容相关的信息。

9.4 投保律师职业责任险的建议

政府投资项目法律风险管理业务是一项专业性强、涉及标的巨大的专项服务。参与服务的律师应当经过专业培训并具备相应的专业法律知识和行业知识。由于政府投资项目涉及标的巨大，一旦律师由于工作失误或提供了错误的法律服务，给政府造成的损失可能十分巨大，律师事务所及律师可能承担的民事责任亦相应重大。因此，建议参与政府投资项目法律服务的律师所在的单位，应当投保律师执业责任险，使律师的民事责任的承担落到实处，也使政府能放心地聘请律师为政府投资项目法律风险管理提供法律服务。

9.5 制定依据及说明

本操作指引是根据国家颁布的现行法律、行政法规、规章、地方性法规及其他相关文件的规定，结合当前律师为政府投资项目法律风险管理提供法律服务的实务操作制定，若国家法律、法规、地方性法规、规章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调整。

（本操作指引由中华全国律师协会建设工程与房地产专业委员会负责起草。执笔人：曹珊、金莉、蓝新宏、阎丽萍、贺倩明；审稿人：朱树英、曹珊、李旺荣）

## 律师为政府投资项目立项、规划审批阶段 提供法律服务操作指引

目录

第一章总则 / 438

第一节制定目的 / 438

第二节一般规定 / 438

第二章立项审批阶段的法律服务 / 439

第一节政府投资项目立项审批概述 / 439

第二节政府投资项目立项的基本要求及审批内容 / 439

第三节律师在本阶段的工作内容 / 440

第三章规划审批阶段法律服务 / 446

第一节政府投资项目规划审批概述 / 446

第二节律师在本阶段的工作内容 / 446

第四章撰写社会稳定风险评估报告 / 467

第一节社会稳定风险评估报告概述 / 467

第二节撰写社会稳定风险评估报告 / 468

第五章出具法律意见书 / 470

第一节法律意见书概述 / 470

第二节编制法律意见书 / 470

第六章附则 / 472

第一章

总则

第一节制定目的

本操作指引由中华全国律师协会制定，其目的系向律师提供办理政府投资项目法律服务业务操作方面的操作经验。本指引并非强制性或规范性规定，仅供律师在办理政府投资项目立项、规划审批阶段法律服务业务时借鉴参考。

第二节一般规定

1.2.1 概念界定

本操作指引所称政府投资项目，是指使用各类政府投资资金，包括预算内资金、各类专项建设基金、国际金融组织和外国政府贷款的国家主权外债资金建设的项目。党政机关（包括党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、审判机关、检察机关，以及工会、共青团、妇联等人民团体）及财政拨款的事业单位自筹资金建设的项目，视同政府投资项目。

1.2.2 基本依据

为保证政府投资项目立项、规划审批程序的顺利进行，提高律师办理项目立项、规划审批阶段法律服务业务的水平，依据《中华人民共和国行政许可法》《中华人民共和国城乡规划法》《国务院关于投资体制改革的决定》《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》及相关法律、法规、司法解释之规定，制定本操作指引。

1.2.3 适用范围

律师办理政府投资项目立项、规划审批阶段的法律服务业务，可参考本章内容。

第二章

立项审批阶段的法律服务

第一节政府投资项目立项审批概述

根据国务院《关于投资体制改革的决定》和国务院办公厅《关于保留部分非行政许可审批项目的通知》的规定，政府出资的投资项目采取审批制；但对于企业不使用政府投资建设的项目，一律不再实行审批制，区别不同情况实行核准制和备案制。

律师在承办政府投资项目立项环节的法律服务时，应对项目的投资方式进行审查，并据此提供有针对性的法律服务。

第二节政府投资项目立项的基本要求及审批内容

2.2.1 政府投资项目立项的基本要求

政府投资项目的立项过程是政府投资项目的决策过程，立项应符合以下基本要求：

（1）项目应当按照经济效益、社会效益、环境效益相统一的原则，实行全面规划、合理布局、综合管理、配套建设；

（2）符合国家产业政策、发展建设规划、土地供应政策和市场准入标准；

（3）符合国家法律法规的其他相关要求。

2.2.2 政府投资项目的审批内容

2.1.3.1 政府投资的方式

根据国务院《关于投资体制改革的决定》《中央预算内投资补助和贴息项目管理暂行办法》的规定，政府投资一般采取以下三种方式：

（1）直接投资。政府从财政预算中进行财政性拨款，直接用于投资建设项目。

（2）资本金注入。政府作为投资方注入资本金，并应该行使相应的股东权益。

（3）投资补助和贷款贴息。政府以对企业提供投资补助和贷款贴息作为出资。但对以投资补助和贴息方式使用中央预算内投资（包括长期建设国债投资）建设的项目要作特别的细分：

（1）国家发展和改革委员会（以下简称“国家发改委”）安排给单个投资项目的投资补助或贴息资金的最高限额原则上不超过2亿元。超过2亿元的，按直接投资或资本金注入方式管理；

（2）安排给单个投资项目的中央预算内投资资金不超过2亿元，但超过3 000万元且占项目总投资的比例超过50%的，也按直接投资或资本金注入方式管理；

（3）安排给单个地方政府投资项目的中央预算内投资资金在3 000万元及以下的，一律按投资补助或贴息方式管理。

2.1.3.2 不同投资方式的审批内容

根据《国务院关于投资体制改革的决定》的规定：

（1）采用直接投资和资本金注入方式的，从投资决策角度只审批（除特殊情况外不再审批开工报告）：

①项目建议书;

②项目可行性研究报告;

③项目概算。

（2）采用投资补助、转贷和贷款贴息方式的，只审批资金申请报告。

但以投资补助和贴息方式使用中央预算内投资（包括长期建设国债投资）建设的项目，参照本指引2.1.3.1的内容并结合本条进行确定。

（3）采用直接投资、资本金注入方式的投资项目的审批部门，可以根据项目的不同特点和实际情况，合并或者减少某些审批环节，但不得擅自增加审批环节。

第三节律师在本阶段的工作内容

2.3.1 项目建议书合法性审查

2.3.1.1 项目建议书审批概述

采用直接投资、资本金注入方式的投资项目，应当编制项目建议书。项目建议书应当对项目建设的必要性、拟建地点、拟建规模、投资估算、资金筹措以及经济效益和社会效益进行初步分析，并按照要求提供有关文件。

地方政府投资的重大项目和限制类项目，其项目建议书由国务院投资主管部门会同有关部门审批或者审核后报国务院批准。项目建议书审批通过，就是通常意义上的“立了项”。

2.3.1.2 项目建议书阶段审查事项

律师在进行本阶段法律工作时，应注意对以下内容进行审查：

（1）项目建议书的申请条件

①项目符合国家的建设方针和长期规划，以及产业结构调整的方向和范围；

②项目产品符合市场需要，论证的理由充分；

③项目建设地点合适，无重复建设与不合理布局的现象；

④项目的财务、经济效益评价合理。

（2）项目建议书的编制主体

项目建议书的编制主体是专业的咨询机构，一些大型项目的项目建议书还必须附带相应等级的咨询机构的公章。

（3）项目建议书的审批权限

项目建议书要按现行的管理体制、隶属关系，分级审批。原则上，按隶属关系，经主管部门提出意见，再由主管部门上报，或与综合部门联合上报，或分别上报。

①大中型基本建设项目、限额以上更新改造项目，委托有资格的工程咨询、设计单位初评后，经省级主管部门初审后，报国家发改委审批；其中特大型项目（总投资4亿元以上的交通、能源、原材料项目，2亿元以上的其他项目），由国家发改委报国务院审批。

②小型基本建设项目、限额以下更新改造项目由国务院主管部门或地方发展改革部门审批。

③由中央统借统还的纳入国外贷款备选项目规划的项目，按照中央政府直接投资项目进行管理，其项目建议书、可行性研究报告由国务院发展改革部门审批或审核后报国务院审批。

④对于政府投资的新开工项目，项目单位应首先向发展改革部门等项目审批部门报送项目建议书，依据项目建议书批复文件分别向城乡规划、国土资源和环境保护部门申请办理规划选址、用地预审和环境影响评价审批手续。

（4）项目建议书的主要内容

项目建议书根据所在细分行业不同，可分为工业、农业、水利水电、社会发展、市政建设、煤矿改造、房地产等。虽然不同行业有着不同的要求，但以下几点为共同部分：

①投资项目建设的必要性和依据；

②产品方案、拟建规模、建设地点的初步设想；

③资源情况、交通运输及其他建设条件和协作关系的初步分析；

④环境影响的初步评价；

⑤主要工艺技术方案的设想；

⑥投资估算、资金筹措及还贷方案的设想；

⑦项目的进度安排；

⑧经济效果和社会效益的初步估计；

⑨有关的初步结论和建议。

（5）项目建议书的审批程序

项目建议书的审批按以下程序进行：

①申请。申请人向主管部门提交各项文件、资料，提出项目建议书的申请，审批主管机关经审查符合标准的予以受理。

②审核。审批主管机关对申请文件、资料核查，派员现场核查，符合标准的根据审批程序进行复审及会签，提出会签意见；

③审定。审批主管机关相关主管领导对上报的审批申请予以审查，提出审定意见；

④项目建议书的批准。审批主管机关对审查通过的项目建议书予以批准，向申请单位发放批准文件书。

（6）项目建议书申请审批应提交的材料

项目申请单位向主管机关申请办理项目建议书的审批手续时，一般应提交以下材料：

①申请审批项目建议书的报告；

②政府主管部门意见；

③项目建议书文本；

④城市规划行政主管部门出具的项目规划意见；

⑤国土资源行政主管部门出具的项目用地意见；

⑥项目业主有效营业执照和组织机构代码证；

⑦财政主管部门征求预审意见的函；

⑧联合建设的项目需提交联合建设合同或协议；

⑨根据不同行业项目的特殊要求需提供的其他相关资料。

（7）其他注意事项：

①使用政府性资金投资建设的项目要编制项目建议书，非政府投资的建设不再进行项目建议书审批；

②需上报审批的地方政府投资项目，只需报批项目建议书。国家发改委主要从发展建设规划、产业政策以及经济安全等方面进行审查；项目建议书经国家发改委批准后，项目单位应当按照国家法律法规和地方政府的有关规定履行其他报批程序。

③地方政府投资项目申请中央政府投资补助、贴息和转贷的，按照国家发展改革委发布的有关规定报批资金申请报告，也可在向国家发改委报批项目建议书时，一并提出申请。

2.3.2 项目可行性研究报告合法性审查

2.3.2.1 项目可行性研究报告审批概述

项目可行性研究报告是确定建设项目、控制项目预算、编制设计文件的主要依据，是对项目实施可行性进行预评。应当对项目在技术和经济上的必要性、合理性、可行性以及社会效益、生态环境影响等各方面进行分析论证，落实各项建设条件，并按有关规定取得相关单位的许可、承诺或者证明。

采用直接投资、资本金注入方式的政府投资项目，建议书经批准后，应当编制项目可行性研究报告。政府投资项目的可行性报告应当委托有资质的工程咨询单位编写。

2.3.2.2 项目可行性研究报告阶段审查事项

律师在进行本阶段法律工作时，应注意对以下内容进行审查：

（1）项目可行性研究报告审批的主管部门

①一般情形。

项目可行性研究报告审批的主管部门与项目建议书审批的主管部门总体上是一致的。

②特殊情形。

根据《国际金融组织和外国政府贷款投资项目管理暂行办法》的规定：

由省级政府负责偿还或提供还款担保的纳入国外贷款备选项目规划的项目，按照省级政府直接投资项目进行管理，其项目审批权限，按国务院及国务院发展改革部门的有关规定执行。除应当报国务院及国务院发展改革部门审批的项目外，其他项目的可行性研究报告均由省级发展改革部门审批，审批权限不得下放。

（2）项目可行性研究报告审批的程序

①一般情形。

项目可行性研究报告审批的程序与项目建议书审批的程序总体上是一致的。

②特殊情形。

根据《国际金融组织和外国政府贷款投资项目管理暂行办法》的规定：

项目纳入国外贷款备选项目规划并完成审批的项目，由国务院及国务院发展改革部门审批的项目可行性研究报告，可行性研究报告中应当包括项目资金申请报告内容，不再单独审批项目资金申请报告。

（3）项目可行性研究报告编制的依据

项目可行性研究报告编制主要依据以下内容：

①国家经济发展的长远规划和行业规划、地区规划；

②经济建设的方针、技术经济政策的建设任务；

③批准的项目建议书、合同等有效法律文件；

④国家批准的城市总体规划、详细规划、交通和市政基础设施等资料；

⑤资源情况，如自然、地理、气象、水文地质等；

⑥社会发展，如经济环境、人文历史等；

⑦有关工程技术方面的标准、规范、指标、要求等资料；

⑧项目备选方案的土地利用条件、规划设计条件以及备选规划设计方案等。

（4）项目可行性研究报告招标事项的说明

①说明内容。

根据相关法律规定，依法必须进行招标的工程建设项目，在报送的项目可行性研究报告中，应列明以下各项有关招标的内容：

A. 建设项目的勘察、设计、施工、监理以及重要设备、材料等采购活动的具体招标范围（全部或者部分招标）。

B. 建设项目的勘察、设计、施工、监理以及重要设备、材料等采购活动拟采用的招标组织形式(委托招标或者自行招标)；拟自行招标的，还应按照《工程建设项目自行招标试行办法》的规定报送书面材料。

C. 建设项目的勘察、设计、施工、监理以及重要设备、材料等采购活动拟采用的招标方式（公开招标或者邀请招标）；国家发展改革委确定的国家重点项目和省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点项目，拟采用邀请招标的，应对采用邀请招标的理由作出说明。

D. 其他有关内容。

②例外事项。

属于下列情况之一的，建设项目可以不进行招标，但在报送可行性研究报告中须提出不招标申请，并说明不招标的原因：

A. 涉及国家安全或者有特殊保密要求的；

B. 建设项目的勘察、设计，采用特定专利或者专有技术的，或者其建筑艺术造型有特殊要求的；

C. 承包商、供应商或者服务提供者少于3家，不能形成有效竞争的；

D. 其他原因不适宜招标的。

（5）项目可行性研究报告审批应提交的材料

项目申请单位向主管机关申请办理项目可行性研究报告审批手续时，一般应提交以下材料：

①项目可行性研究报告申请审批请示文件；

②项目建议书批复文件；

③项目可行性研究报告文本；

④同级行业主管部门意见；

⑤当地城乡规划行政主管部门出具的城乡规划选址意见；

⑥环保行政主管部门出具的环境影响评价文件的审批意见；

⑦国土资源行政主管部门出具的项目用地预审意见；

⑧招标基本情况表；

⑨各资金来源承诺函；

⑩政府拟投资建设的有关会议纪要；

项目所在地发展改革部门初审意见；

按有关法律、法规或规章规定应提交的其他材料。

2.3.3 项目概算合法性审查

2.3.3.1 项目概算审批概述

概算一般分为单位工程概算、单项工程综合概算和项目总投资概算三个层次。在立项阶段，主要是对项目总投资概算进行审批。

采用直接投资、资本金注入方式的投资项目，应当进行项目的总投资概算审批。对于企业不使用政府投资建设的项目，一律不再进行总投资概算的审批。

2.3.3.2 项目概算阶段审查事项

律师在进行本阶段法律工作时，应注意对以下内容进行审查：

（1）项目总投资概算审批的主管部门

县级以上人民政府发展和改革主管部门是建设项目总投资概算审批的主管部门。

（2）应进行总投资概算审批项目的范围

应进行总投资概算审批的项目，主要是针对政府投资项目中采用政府直接投资和资本金注入方式的项目，各地在具体的规定中有所不同。律师在审查时可参考所在省份的标准。

（3）项目总投资概算审批的条件：

①已批复项目可行性研究报告；

②完成项目初步设计审查。

（4）项目概算的调整：

①概算一经批准，实行静态控制、动态管理，静态投资部分原则上不作调整；

②对由于国家政策变动而引起的投资的增加，可以依据实际情况进行调整，概算调整必须经原初步设计主审部门的批准；

③建设过程中擅自扩大建设规模、增加建设内容，提高建设标准而引起的概算增加，一律不予调整。初步设计概算的调整，应由建设单位委托原设计单位编制，报原初步设计主审部门审批。

④如果总投资概算超过可行性研究报告总投资结算的10%以上(含10%)，或其他主要指标需要变更时，应说明原因和计算依据，并报可行性研究报告的原审批单位同意。

（5）项目总投资概算增加的情形

①设计变更引起概算增加；

②征地拆迁费不确定引起的概算增加；

③随意扩大建设规模、增加建设内容、提高建设标准引起的概算增加；

④建筑材料涨价引起的概算增加。

（6）项目概算审批应提交的材料

项目概算审批提交的材料各个省份的规定各有不同，可参照当地实际规定提交。

（7）其他注意事项

①严格审查基本建设程序、审查手续是否齐全；

②对概算中的变更部分着重进行合法性审查，审查变更内容是否符合规定，变更是否得到相关主管部门批准，有无擅自扩大建设规模和提高建筑标准等问题；

③对概算中的合同进行严格管理，审查设计单位的收费合同是否符合国家规定。

第三章

规划审批阶段法律服务

第一节政府投资项目规划审批概述

政府投资规划审批制度，是城乡规划行政主管部门实施行政许可的重要环节，具体包括对“一书三证”审批和工程设计方案合法性审查。

“一书三证”，即《建设工程选址意见书》《建设用地规划许可证》《建设工程规划许可证》《建设工程规划验收合格证》，是城市规划区内，经城市规划行政主管部门审定，许可建设各类工程的法律凭证。

第二节律师在本阶段的工作内容

3.2.1 项目选址方案合法性审查

3.2.1.1 项目选址审批概述

建设项目选址规划是政府规划主管部门根据城市或区域规划及有关法律、法规对项目地址进行确认或选择，保证各项建设按照政府规划安排，并核发建设项目选址意见书的一项行政管理工作。

在进行项目选址定点时，还要依法对项目进行环保、地质灾害、消防、水利、国家安全等事项的审查。除此之外，各地根据具体情况，可能还需要进行其他事项的审查，如林地审查、文物保护审查、风景名胜保护审查、供水供电审查等。

3.2.1.2 项目选址阶段审查事项

律师在进行本阶段法律工作时，应注意对以下内容进行审查：

（1）建设项目选址意见书

①建设项目选址意见书的主要内容：

A. 建设项目的基本情况。主要指建设项目的名称、性质、用地与建设规模、供水与能源的要求量、采取的运输方式与运输量，以及废水、废气、废渣的排放方式和排放量等主要情况。

B. 建设项目规划选址的主要依据：

a. 须批准的项目建议书；

b. 建设项目与城市交通、通讯、能源、市政、防灾规划的衔接与协调；

c. 建设项目与城市规划布局的协调；

d. 建设项目配套的生活设施与城市生活居住及公共设施规划的衔接与协调；

e. 建设项目对城市环境可能造成的污染影响，以及与城市环境保护规划和风景名胜、文物古迹保护规划的协调。

C. 建设项目选址、用地范围和具体规划要求。

②建设项目选址意见书的申请条件

根据《中华人民共和国城乡规划法》第36条的规定，按照国家规定需要有关部门批准或者核准的建设项目，以划拨方式提供国有土地使用权的，建设单位在报送有关批准或者核准前，应当向城乡规划主管部门申请核发选址意见书。

③建设项目选址行政许可的内容：

A. 非通过招标、拍卖、挂牌取得建设用地使用权的选址许可内容是确定城乡规划范围内建设项目的选址定点、审定建设项目规划设计条件、核发的建设工程选址意见书及其附图。

B. 通过招标、拍卖、挂牌取得建设用地使用权的建设项目，其行政许可的内容是核发建设用地规划公告函及其附图、建设工程选址查证书和建设用地规划许可证。

④建设项目选址行政许可条件

建设项目选址行政许可条件大体上包括以下内容，但各地规定不完全一致，律师在审查时应参照当地的具体规定。

A. 建设项目的选址和布局符合城市总体规划、控制性详细规划等相关规划要求；

B. 符合《中华人民共和国城乡规划法》等相关法律、法规、规范、标准及省、市相关规章、政策的要求；

C. 申报材料符合要求，前置要件齐全，并符合行政许可相关程序要求。

⑤建设项目选址意见书的核发机关

A. 国家规定的建设项目选址意见书的核发机关

a. 县人民政府计划行政部门审批的建设项目，由县人民政府城市规划行政主管部门核发选址意见书；

b. 市级、县级人民政府计划行政主管部门审批的建设项目，由该市人民政府城市规划行政主管部门核发选址意见书；

c. 直辖市、计划单列市人民政府计划行政主管部门审批的建设项目，由直辖市、计划单列市人民政府规划主管部门核发选址意见书；

d. 省、自治区人民政府计划行政主管部门审批的建设项目，由项目所在地县、市人民政府城市规划主管部门提出审查意见，报省、自治区人民政府城市规划行政主管部门核发选址意见书；

e. 中央各部门、公司审批的小型和限额以下的建设项目，由项目所在地县、市人民政府城市规划行政主管部门核发选址意见书；

f. 国家审批的大中型和限额以上的建设项目，由项目所在地县、市人民政府城市规划行政主管部门提出审查意见，报省、自治区、直辖市、计划单列市人民政府城市规划行政主管部门核发选址意见书，并报国务院城市规划行政主管部门备案。

B. 各地规定的建设项目选址意见书核发的机关

各地关于核发建设项目选址意见书的机关并不完全一致，律师在审查时可参考当地省份的标准。

⑥其他注意事项：

A. 建设单位在取得了建设项目选址意见书后，可根据相关规定继续办理其他流程。

B. 通过招标、拍卖、挂牌方式取得国有建设用地使用权的建设项目，同时取得选址意见书和建设用地规划许可证后，方可进行建设项目方案设计，申请办理建设工程规划许可证。

C. 非通过招标、拍卖、挂牌方式取得国有建设用地使用权的建设项目，在取得建设工程选址意见书后，方可根据建设项目选址意见书及其附图的要求进行规划方案设计，并申请办理建设用地规划许可证。

D. 非通过招标、拍卖、挂牌方式取得国有建设用地使用权的建设项目，在取得市建设工程选址意见书后6个月内未报送规划设计方案的，其市建设工程选址意见书（含附图）自行失效（不可抗力因素除外）。

E. 通过招标、拍卖、挂牌方式取得国有建设用地使用权出让合同的项目，除国有建设用地使用权出让合同中涉及规划指标及控制性要求的内容与规划部门核发的建设用地规划公告函不一致的，需报相关业务办公会研究外，均可直接按程序核发市建设工程选址意见书，同时告知核发市建设用地规划许可证及其附图。

（2） 项目环境影响评价审批

①项目环境影响评价审批的主管部门：

A. 国家环境保护总局；

B. 各省、自治区、直辖市环境保护局。

②建设项目环境评价的分类

按照建设项目对环境造成的影响程度不同，由大至小可以分为环境影响报告书、环境影响报告表、环境影响登记表。

③环境影响报告书的内容：

A. 建设项目概况；

B. 建设项目周围环境现状；

C. 建设项目对环境可能造成影响的分析、预测和评估；

D. 建设项目对环境保护措施及其技术、经济论证；

E. 建设项目对环境影响的经济损益分析；

F. 对建设项目实施环境监测的建议；

G. 环境影响评价的结论。

④环境影响评价申请应提交的材料：

A. 建设项目环境影响评价报审表。

B. 建设项目立项批复（项目建议书及项目建议书批复文件）。

C. 具备环境影响评价资质的单位编写的符合相关要求的拟建建设项目环境影响评价报告书（或环境影响评价报告表、环境影响评价登记表）及电子文件。

D. 地形总平面图。

E. 建设单位行业主管机关对环境影响报告书或环境影响报告表提出的预审意见。涉及水土保持的建设项目，还必须提交有经相关主管部门审查同意的水土保持方案。

（3）地质灾害危险性评估备案审查

①地质灾害危险性评估备案审查的行政主管部门：

A. 国务院国土资源主管部门负责全国地质灾害防治的组织、协调、指导和监督工作。国务院其他有关部门按照各自的职责负责有关的地质灾害防治工作。

B. 县级以上地方人民政府国土资源主管部门负责本行政区域内地质灾害防治的组织、协调、指导和监督工作。县级以上地方人民政府其他有关部门按照各自的职责负责有关的地质灾害防治工作。

各地地质灾害危险性评估审查的归口主管部门有所不同，律师在审查时可参考当地省份的文件。

②地质灾害危险性评估的内容：

A. 工程建设可能诱发、加剧地质灾害的可能性；

B. 工程建设本身可能遭受地质灾害危险的危险性；

C. 工程建设适宜性结论；

D. 采取防治措施的建议。

③其他注意事项：

A. 地质灾害危险性评估需要具备相应的资质，具体规定律师可以参考国土资源部《地质灾害危险性评估单位资质管理办法》的相关规定；

B. 对于地质灾害危险评估备案审查应提供的材料，不同的地区可能存在差异，律师可以参考当地具体文件的要求；

C. 凡没有进行建设用地危险性评估或未考虑建设用地条件的，或虽经评估但未经审查主管部门审查认定的，均不得批准用地和建设。

（4）消防审查

①消防审核的主管机关：

A. 国务院、公安部门对全国的消防工程实施监督管理；

B. 县级以上地方各级人民政府公安机关对本行政区域内的消防工作实施监督管理，并由本级人民政府公安消防机构负责实施；

C. 军事设施、矿井地下部分、核电厂的消防工作，由其主管单位监督管理；

D. 森林、草原的消防工作，法律行政法规另有规定的，从其规定。

②申请消防设计审核应提交的材料：

A. 建设工程消防设计审核申请表；

B. 建设单位的工商营业执照等合法身份证明文件；

C. 新建、扩建工程的建设工程规划许可证明文件；

D. 设计单位的资质证明文件；

E. 消防设计文件。

③其他注意事项：

A. 律师在审查消防设计资料时，对于人员密集、特殊建设工程的消防审核范围，应参照《建设工程消防监督管理规定》，同时比较相关的地方性法规，予以确定；

B. 不同地区申请消防设计应提交的材料可能并不完全相同，律师可以结合当地的地方性法规予以确定。

（5）水利事项审查

①水利事项审查的范围。

水利事项的审查是开发选址定点阶段一个重要的审查环节，主要包括河道管理范围、建设项目审批和水土保持方案的审批。

②河道管理范围内建设项目审批主管机关：

A. 国务院水行政主管部门是全国河道的主管机关；

B. 各省、自治区、直辖市的水利行政部门规定的权限有所不同，律师可以结合当地的具体规定确定相关审批主管机关。

③河道主管机关审查的内容：

A. 是否符合有关规划，建设依据是否充分；

B. 是否符合防洪标准和有关技术要求；

C. 是否对河势稳定、水流形态、水质、冲淤变化有不利影响；

D. 是否妨碍行洪、降低河道的泄洪能力；

E. 是否危害提防、护岸和其他水利工程的安全；

F. 是否妨碍防汛抢险；

G. 建设项目防御洪涝的设防标准与措施是否适当；

H. 是否影响第三人合法的水事权益；

I. 是否符合其他有关规定和协议。

④水土保持方案审查的主管部门：

A. 国务院水土行政主管部门主管全国的水土保持工作；

B. 县级以上地方人民政府水土行政主管部门，主管本辖区的水土保持工作。

⑤水土方案审查的范围：

修建铁路、公路、水土工程、机场、港口、码头，城镇搬迁、开办矿山企业、电力企业及其他大中型工业企业，其开发建设项目环境影响报告书中必须有同级水土行政主管部门批准的水土保持方案，开发建设单位方可向计划行政主管部门申请审查建设项目可行性研究报告。

上述之外的房地产、城市建设、企业兴（迁）建、交通、通讯等可能造成水土流失的生产建设、资源开发项目，必须先提交水土保持方案报告书或水土保持方案报告表，并经与该项目审批权限同级的水土行政主管部门批准后，方可按照基本建设程序申请办理有关手续。

⑥其他注意事项：

A. 河道主管机关对河道范围内建设项目审批文件的有效期一般是两年，即经批准同意的建设项目两年内未开工建设的，河道主管机关的批文自行作废；

B. 水土保持方案审查一般应在选址定点阶段进行，水土保持设施必须与主体同时设计、同时施工、同时投产使用。建设工程竣工验收时，应当同时验收水土保持设施，并有水土行政主管部门参加；

C. 各地水土保持方案审查的主管部门及权限分工不完全一致，律师在进行相关审查时，可以参照当地的具体规定。

（6）国家安全事项审查

①建设项目国家安全事项审查主管机关。

国家安全机关是国家安全工作的主管机关。

②建设项目国家安全事项审查的程序：

A. 填报涉外项目国家安全事项审查表；

B. 提供申报材料；

C. 经办人员现场踏勘，签署国家安全责任书；

D. 填写审批表，提出意见，经主管部门领导签批；

E. 出具审查意见书；

F. 落实国家安全防范措施；

G. 竣工后防范设施验收。

③其他注意事项：

A. 凡属新建、改建、扩建的涉及国家安全事项的建设部门，建设单位在选址定点时，应当向国家安全机关申报，经审查批准后，方可到相关部门办理有关手续；

B. 律师在处理本阶段工作时，应当严格遵守保密义务。

3.2.2 建设用地规划合法性审查

3.2.2.1 建设用地规划审批概述

为保证城乡规划区内的土地利用符合城市规划，依据《中华人民共和国城乡规划法》第37条、第38条的规定，由城乡规划行政主管部门核发《建设用地规划许可证》，作为建设单位向土地主管部门申请征用、划拨和有偿使用土地的法律凭证。

《建设用地规划许可证》是建设单位在向土地管理部门申请征用、划拨土地前，经城市规划行政主管部门确认建设项目位置和范围符合城市规划的法定凭证，是建设单位用地的法律凭证。

3.2.2.2 建设用地阶段审查事项

律师在进行本阶段法律工作时，应注意对以下内容进行审查：

（1）建设用地规划许可证的许可条件：

①建设项目符合城乡规划；

②以划拨方式供地的建设项目，取得《建设项目选址意见书》（有效期内）和有国有主管部门对建设项目用地的预审意见或其他相关文件；

③以出让方式供地的建设项目，取得《国有土地使用权出让合同》；

③取得发展改革等项目审批部门批准、核准、备案的建设项目；

⑤建设项目涉及环保、城管、国家安全、消防、文物保护等部门的，需提供各相关行政主管部门的书面意见；

（2）申请核发或领取建设用地使用权的建设项目

申请核发或领取建设用地规划许可证应根据土地是划拨还是出让分别提交不同的材料。

①以出让方式取得建设用地使用权的建设项目。

以出让方式取得建设用地使用权，即通过招标、拍卖、挂牌方式取得建设用地使用权的建设项目，申请领取建设用地规划许可证应提交以下材料：

A. 书面申请；

B. 申请人身份证明材料；

C. 建设用地使用权出让合同；

D. 法律法规规定需要的其他材料。

②以划拨方式取得建设用地使用权的项目

以划拨方式取得建设用地使用权，即非通过招标、拍卖、挂牌方式取得建设用地使用权的建设项目，申请核发建设用地规划许可证应提交以下材料：

A. 书面申请；

B. 申请人身份证明材料；

C. 建设工程选址意见书；

D. 环境影响评价报告（限对环境有影响的工业等项目）及环保部门的审查意见；

E. 相关部门的书面申请意见（限涉及国家安全、消防、文物保护等部门的项目）；

F. 建设用地批复文件；

G. 建设项目可行性研究报告审批文件或企业投资项目核准文件（限需投资行政主管部门审批、核准的建设项目）；

H. 方案（修建性详细规划）设计图（含室内外综合管线方案设计，加盖设计资质印章）；

I. 彩色渲染图和建筑模型（限主要地段、重要节点及大型项目）；

J. 法律、法规规定需要的其他材料。

（3）核发建设用地规划许可证的时限

根据《中华人民共和国行政许可法》的相关规定，批准主管部门核发建设用地规划许可证，应当在法定时间内作出。

①时限

对建设项目的建设用地规划许可，应自同意受理之日起20个法定工作日内作出决定；不能在以上规定时限内作出决定的，经有决定权的规划主管部分负责人批准，可以延长10个法定工作日，并应当将延长期限的理由告知申请人。

②不列入审批时限的情形

在作出用地规划许可决定前，需由上级机关审批（审查），需要听证（或公开征询意见）、中介机构评估（含规划调整）提请专家评审的，所需时间不计入规划许可办理期限。

用地规划许可因上述等原因中止办理计时的，规划主管部门应在用地规划许可办理时间中止后，向申请人发出规划许可办理计时中止通知；恢复办理，应向申请人发出规划许可办理计时恢复通知。

（4）建设用地规划许可证的有效期限

建设单位在取得建设用地规划许可证后3个月内未取得建设用地批准文件，其建设用地规划许可证（含附件、附图）和建设工程选址意见书自动失效（不可抗力因素除外）。

（5）其他注意事项

①核发或领取建设用地规划许可证的程序主要包括：申请与受理、审查与决定、公布与颁发，但各地在办理具体程序上略有不同，律师应参照当地具体标准实行；

②以出让方式取得国有土地使用权的建设项目，在签订国有土地使用权出让并立项之后，直接领取建设用地规划许可证。

3.2.3 工程设计方案合法性审查

3.2.3.1 工程设计方案审查概述

工程设计方案的审查是规划行政主管部门的一项重要审查内容，建设单位或者个人必须按照城乡规划、城市规划管理技术规定和规划管理部门提出的规划设计要求，委托设计单位进行房地产建设工程设计，并向规划管理部门申报建设工程。

建设工程的设计方案是设计三环节（即方案设计、初步设计和施工图设计）的第一个环节，建设单位根据选址意见书及其附件、附图的要求，委托取得相应资质的设计单位编制建设项目的设计方案。编制设计方案文件，应当满足初步设计文件和控制概算的需要。

3.2.3.2 工程设计方案审查事项

（1）工程设计方案编制的依据

设计单位编制建设工程设计方案，应当以下规定为依据：

①项目审批文件；

②经批准的城乡规划；

③工程建设强制性标准；

④国家及地方的建设工程勘察、设计深度规定；

⑤经批准的上一阶段勘察、设计文件；

⑥国家有关法律、法规。

交通、水利工程等专业建设工程，还应当有批准的规划为依据。

(2) 工程设计方案审查的主管部门

①国务院城乡规划主管部门负责全国的城乡规划管理工作；

②省、自治区、直辖市负责本行政区域内的建设工程设计方案的审查；

③市、县人民政府负责本行政区域内的建设工程设计方案的审查。

（3）工程设计方案审查申报的条件：

①有经审定的修建性详细规划方案或总平面设计方案；

②有相应资质单位设计的建设工程设计方案（含建筑效果、面、各层平面、直面、剖面图等），重要项目需提交模型。

（4）工程设计方案审查的内容：

①规划部门审查建筑设计方案是否符合规划设计要求。

②相关管理部门，如消防、环保、卫生防疫、交通、绿化、民防等对各自管理范围内的建设方案审查的书面意见。

③居住区的建筑方案必须附有项目所在地政府部门的对公建配套的审查意见。主要内容有七项：

A. 住宅生活用水纳入城乡自来水管网（使用地下水的，经过市水务管理部门审核批准）；

B. 住宅用电根据电力部门的供电方案，纳入城市供电网络；

C. 住宅的雨、污水排放纳入永久性城乡雨、污水排放系统；

D. 住宅与外界交通干道之间有直达的道路相连；

E. 居住区及居住小区按照规划要求配套公交站点，开通公交线路；

F. 住宅所在区域必须按照规划要求配建教育、医疗保健、环卫、邮电、商业服务、社区服务、行政管理等公共建筑设施；

G. 住宅周边做到场地清洁、道路平整，与施工工地之间存在明显有效的隔离设施。

（5）工程设计方案通过后的有效期

建设工程规划设计方案批准后6个月内，未申请建设工程规划许可证又未申请延期的，已批准的建设工程规划设计方案自动失效。

城市规划行政主管部门会同有关部门进行方案设计审查，方案设计审查采用会议审查或书面征询意见的方式进行。城市规划行政主管部门在收到有关部门审查意见后，方可依法发出建设工程审查意见通知书。

（6）相关部门对设计方案的审查

①建筑节能审查

A. 主管部门。

在工程方案设计阶段，建筑节能审查的主管部门为县级以上人民政府规划行政主管部门。

B. 建筑节能审查的内容：

a. 建筑的布局；

b. 建筑的体型；

c. 建筑的采光；

d. 建筑的通风；

e. 建筑的绿化。

C. 建筑节能审查的程序：

申请。建设单位在向城市规划行政主管部门提交建设工程方案设计审查时一并提交建筑节能审查申请。

审核。城乡规划主管部门在对建设工程方案设计进行审查时，应当对方案设计是否符合建筑节能强制性标准征求同级建设主管部门的意见。建设主管部门，应当自收到征求意见材料之日起10日内提交意见。对不符合建筑节能强制性标准的，城乡规划主管部门不予通过方案设计，不得颁发建设工程规划许可。

D. 建筑节能审查申请应提交的材料。

在方案设计审查阶段，进行建筑节能审查申请应提交以下相关材料：

a. 立项阶段建筑节能的批准文件；

b. 进行招投标的建设项目，提交满足招标文件实质性要求的有关建筑节能设计；

c. 建设行政主管部门对建筑节能的征求意见。

②防空地下室设置审查

A. 防空地下室设置审查主管部门：

a. 国务院国家人民防空主管部门管理全国的人民防空工作，大军区人民防空主管部门管理本区域的人民防空工作；

b. 省、自治区辖市人民政府，各省、自治区、直辖市人民防空办公室是各自所在行政区域人防工程建设和使用管理工作的主管机关，负责人防工程建设的组织实施和监督检查；

c. 省、自治区、直辖市下辖的市（区）、县人民政府防空办公室按照各自的职责，依法管理本地区人防工程的建设和使用管理工作；

e. 市（区）、县级以上各级计划，规划、建设、公安、消防、财政、物价、工商行政和市政管理等有关部门在各自的职责范围内，依法进行人防工程的建设和使用管理工作。

B. 申请防空地下室设置审查应交的材料：

a. 申请书；

b. 立项批文；

c. 选址意见书；

d. 设计条件、要求通知书、方案设计审查意见书；

e. 红线图。

③消防审核

A. 消防审核的主管部门：

a. 国务院、公安部门对全国的消防工作实施监督管理；

b. 县级以上地方各级人民政府公安机关对本行政区域内的消防工作实施监督管理，并由本级人民政府公安消防机构负责实施；

c. 军事设施、矿井地下部分、核电厂的消防工作，由其主管单位监督管理；

d. 森林、草原的消防工作，法律、行政法规另有规定的，从其规定。

B. 消防审核申请应提交的材料

在规划方案设计阶段，消防审核申请应提交以下材料：

a. 建筑消防设计防水审核申请表；

b. 工程设计方案；

c. 建设项目立项批复；

d. 规划选址意见书；

e. 红线图；

f. 1∶500现状地形图；

g. 总平面图及建筑平面、立面、剖面图；

h. 设计说明书。

④园林绿化审查

A. 园林绿化审查的主管部门：

a. 国务院城市建设行政主管部门和国务院林业行政主管部门等，按照国务院规定的职权划分，负责全国城市的绿化工作；

b. 省、自治区、直辖市城市绿化行政主管部门（园林局）是本行政区域城市绿化工作的主管机关，负责建设项目绿化规划方案的审查工作；

c. 区、县、镇人民政府以及街道办事处的城市绿化管理部门，主管本地区与城市绿化建设和管理工作。

B. 园林绿化审查申请应提交的材料：

a. 申请书；

b. 立项批复；

c. 选址意见书；

d. 工程设计条件、要求通知书；

e. 规划红线图；

f. 用地红线图；

g. 消防审查意见；

h. 方案设计总平面图；

i. 绿化方案设计图（项目规划红线内园林绿化工程，设计方案图，含绿化配置总平面图、植物配置图）；

j. 用地范围内古树名木确准树位图及附表。

⑤建筑方案设计审查

A. 建筑方案设计审查的主管部门：

a. 国务院城市规划行政主管部门主管全国的城市规划工作；

b. 省、自治区、直辖市规划行政主管部门（规划局）负责本辖区城市规划工作；

c. 区、县（市）规划行政主管部门（规划局）负责区、县（市）人民政府城市规划工作，业务上受上级规划行政主管部门的领导；

d. 街道办事处和镇（乡）人民政府应当加强本辖区的城市规划管理工作，有关业务受上级规划主管部门的领导。

B. 建筑方案设计审查申请应提交的材料：

a. 建筑方案设计审查申请表；

b. 建设工程方案设计图；

c. 设计说明书；

d. 彩色效果图；

e. 设计图模型；

f. 选址意见书；

g. 上阶段规划审查意见书中要求本阶段提供的材料；

h. 有关职能部门的书面审查意见书。

⑥房屋夜景灯饰审查

A. 房屋夜景灯饰审查的主管部门：

a. 县级以上人民政府市政行政主管部门负责各自辖区内城市夜景灯饰管理工作。夜景灯饰主管部门下设城市亮化管理办公室，负责夜景灯饰的日常管理工作；

b. 财政、规划、建设、电力、房管、工商、园林、公安等部门按照职责分工，配合市政主管部门做好城市夜景灯饰的管理工作。

B. 房屋夜景灯饰审查申请应提交的材料：

a. 夜景灯饰设置申请表；

b. 设计方案（含工程效果图及概算）；

c. 土地许可使用证明文件；

d. 立项批复；

e. 选址意见书；

f. 用地红线图。

⑦市政公用设施安全事项审查

A. 市政公用设施安全事项审查的主管部门：

a. 国务院建设行政主管部门，主管全国城市道路管理工作。

b. 省、自治区人民政府城市建设行政主管部门主管本行政区域内的城市道路管理工作；市政工程设施的管理工作由省一级的市政行政主管部门负责。

c. 区、县（市）市政行政主管部门负责本行政区域内市政工程设施的管理工作。

d. 规划、公安、交通、工商、环保、园林等部门，应当按照各自的职责分工，配合市政行政主管部门，共同做好市政工程设施管理工作。

B. 市政公用设施安全审查申请提交的材料：

a. 立项批复；

b. 选址意见书；

c. 规划红线；

d. 用地红线图；

e. 建设工程规划设计方案；

f. 建设项目对市政设施安全影响技术报告（由申请人自行编制或由工程设计单位编制）；

g. 审查申请书。

⑧国家安全事项的审查

A. 国家安全事项审查的主管部门。

国务院国家安全行政主管部门，主管全国的安全工作。

B. 国家安全事项审查申请应提交的材料：

a. 涉及国家安全事项的建设项目申请表；

b. 规划选址意见书；

c. 方案设计总平面图；

d. 规划红线；

e. 用地红线图；

f. 1∶2 000地形图（能反映建设项目及周边500米内现状）。

⑨机场空域安全事项审查

A. 机场空域安全事项审查的主管部门：

a. 国务院民用航空主管部门对全国民用航空活动实施统一监督。根据法律和国务院的决定，在本部门的权限内，发布有关民用航空活动的规定、决定；

b. 国务院民用航空主管部门设立的地区民航航空管理机构，依照国务院民用航空主管部门的授权，监督管理该地区的民用航空活动；

c. 民用机场保护区内的县级人民政府及其规划、建设、土地、无线电、公安、气象、安全监督等有关部门和空中交通管制部门，应当按照各自的职责，依法做好机场的保护工作；

d. 涉及军用机场空域安全事项审查的，除依照相关规定执行外，一般还应征求军用机场管理部门的意见。

B. 机场安全事项审查申请应提交的材料：

a. 立项批复；

b. 选址意见书；

c. 规划红线图；

d. 用地红线图；

e. 建设工程规划设计方案（机场规划用地范围的建设项目，还需含建设项目最高点坐标及海拔高度；机场净空保护范围内危及飞行安全的建设项目，还需含建设项目室外地坪海拔高度、建筑物净高度和无线电发射设备、有线传输设备、高压供电线路及工业高频炉等电磁辐射设备的情况）；

f. 审查申请。

⑩使用港口岸线的审批

A. 使用港口岸线审批的主管部门：

a. 国务院交通主管部门主管全国的港口工作；

b. 县级以上人民政府港口管理主管部门（港口管理局）负责本辖区内港口管理工作。

B. 使用港口岸线申请应提交的材料：

a. 申请单位上级主管部门批准的项目建议书和可行性研究报告；

b. 城市规划主管部门核发的选址意见书；

c. 岸线使用的申请报告；

d. 测绘部门绘制的有关岸线地段的1/500—1/2 000的地形图；

e. 需要提供的其他有关文件。

文物保护事项审查

A. 文物保护行政主管部门：

a. 国务院文物行政主管部门负责管理全国文物保护工作；

b. 县级以上人民政府负责本行政区域内的文物保护工作，县级以上人民政府承担文物保护工作的部门对本行政区域内文物保护实施监督管理；

c. 县级以上人民政府规划建设园林，国土资源、工商、公安、发展改革、旅游、宗教等有关行政管理部门在各自的职责范围内实施文物保护工作。

B. 文物保护事项审查申请应提交的材料：

a. 立项批复；

b. 选址意见书；

c. 规划红线图；

d. 用地红线图；

e. 规划设计方案；

f. 审查申请书。

无线电管理事项审查

A. 无线电管理事项审查的主管部门：

a. 国务院无线管理机构在国务院、中央军事委员会的领导下负责全国无线电管理工作；

b. 中国人民解放军无线电管理机构负责军事系统的无线电管理工作；

c. 省、自治区、直辖市和设区的市无线电管理机构在上级无线电管理机构和同级人民政府领导下，负责辖区内除军事系统外的无线电管理工作；

d. 国务院有关部门和无线电管理机构负责本系统的无线电管理工作；

e. 区县（自治县、市）依法设立的无线电管理机构，按照有关规定和职责的分工，负责本辖区内的无线电管理工作，业务上接受市无线电管理机构的领导。

B. 无线电管理事项审查应提交的材料：

a. 无线电管理事项审查申请书；

b. 立项批复；

c. 选址意见书；

d. 规划红线图；

e. 用地红线图；

f. 建设工程规划设计方案（含经纬度、最高点海拔高度）；

g. 设置无线电台申请书；

h. 无线电台（网）设计方案。

电力设施保护事项审查

A. 电力设施保护的主管机关：

a. 国务院电力管理部门负责全国电力设施的保护，负责监督、审查、指导和协调；

b. 县级以上各级人民政府电力管理部门，负责本辖区内电力设施的保护工作。

B. 电力设施保护事项审查应提交的材料:

a. 电力设施保护事项审查申请书；

b. 立项批复；

c. 选址意见书；

d. 规划红线图；

e. 用地红线图；

f. 建设工程规划设计方案。

河道管理事项审查

A. 河道管理事项审查的主管部门:

a. 国务院水行政主管部门是全国河道的主管机关；

b. 县级以上各级人民政府水行政主管部门是本行政区域内河道的主管机关。

B. 河道管理事项审查应提交的材料:

a. 河道管理事项审查申请书；

b. 立项批复；

c. 选址意见书；

d. 规划红线图；

e. 用地红线图；

f. 建设工程规划设计方案；

g. 建设工程涉及河道部分工程设计方案；

h. 具有水利水电勘察设计或研究资质的单位编制的防洪评价报告。

防雷电灾害事项审查

A. 防雷电灾害事项审查的主管部门:

a. 国务院气象主管部门负责全国的防雷减灾工作；

b. 县级以上各级人民政府气象主管部门在上级气象主管部门和本级人民政府的指导下，负责本行政区域内的防雷减灾工作。各地气象行政主管部门的防雷中心负责组织实施具体的防雷减灾工作。

B. 防雷电灾害事项应提交的材料:

a. 防雷电灾害事项审查申请书；

b. 建设工程规划设计方案；

c. 防雷工程设计方案；

d. 防雷工程设计图纸；

e. 立项批复；

f. 规划红线图。

3.2.4 工程规划合法性审查

3.2.4.1 工程规划许可概述

建设工程规划许可证，亦称作“建设工程许可证”，是由城乡规划行政主管部门核发的，用于确认建设工程是否符合城乡规划要求的法律凭证。其作用在于确认有关建设活动的合法地位，维护建设单位的合法权益；作为建设过程中接受监督检查的法定依据；形成有关建设活动的档案资料。

3.2.4.2 工程规划阶段审查事项

律师在进行本阶段法律工作时，应注意对以下内容进行审查：

（1）申报范围

城市规划区内各类建设项目（包括住宅、工业、仓储、办公楼、学校、医院、市政交通基础设施等）的新建、改建、扩建、翻建，均需依法办理《建设工程规划许可证》。具体范围包括：

①新建、改建、扩建建筑工程；

②各类市政工程、管线工程、道路工程等；

③文物保护单位和优秀近代建筑的大修工程以及改变原有外貌、结构、平面的装修工程；

④沿城市道路或者在广场设置的城市雕塑等美化工程；

⑤户外广告设施；

⑥各类临时性建筑物、构筑物。

（2）主管部门

建设工程规划许可的主管部门主要包括两类：

①国务院城市规划行政主管部门主管全国的城市规划工作；

②县级以上地方人民政府城市规划行政主管部门（规划局或规划分局）主管本行政区域内的城市规划工作，负责建设工程规划许可证的核发。

全国各省、自治区、直辖市规划行政主管部门在具体管理权限中的分工略有不同，律师在审核时，可以参照当地具体文件的规定。

（3）具体内容

《建设工程规划许可证程规划许可证》包括下列内容：

①许可证编号；

②发证机关名称和发证日期；

③用地单位；

④用地项目名称、位置、宗地号以及子项目名称，建筑性质、栋数、层数、结构类型；

⑤计容积率面积及各分类面积；

⑥附件（包括总平面图、各层建筑平面图、各向立面图和剖面图）。

（4）核发建设工程规划许可证的一般程序

①建设单位提出申请：建设单位持建设工程规划许可证书面申请和建设用地规划许可证、国有土地使用权证等相关批准文件，向城市规划行政主管部门提出核发建设工程规划许可证申请。

②规划行政主管部门的受理：规划行政主管部门对建设单位提出的申请和相关材料，认为符合要求的予以受理，一次性告知建设单位补充完善。

③规划行政主管部门的审查：通过联审（或会审）的建设项目，规划行政主管部门核发红线图和设计条件通知书。

建设单位在取得红线图和规划设计条件通知书后，应委托有资质的设计单位根据红线图和规划设计条件完成规划方案的设计，将规划方案设计图说明再次报送规划行政主管部门并会同相关主管部门会审。

④规划行政主管部门的批准：规划行政主管部门审查按照联审通过的规划设计方案而设计的施工图及相关文件，符合要求的，发给建设工程规划许可证。

（5）申请建设工程规划许可证一般应提交的材料

建设单位向规划行政主管部门申请核发建设工程规划许可证时，一般应提交以下材料，但各省、自治区、直辖市略有不同，律师可根据地方具体规定进行审核：

①申请书；

②固定资产投资许可证及年度投资计划通知；

③初步设计审查意见要求的有关批文；

④地质勘测报告及审查意见；

⑤土地权属证书；

⑥建设用地规划许可证；

⑦专项审查意见（消防、人防、防雷、环保“三同时”、教育配套设施、拆迁许可证等）；

⑧施工设计图；

⑨综合管网审查意见。

（6）其他注意事项

建设工程规划许可证有效期在《中华人民共和国城乡规划法》中没有具体规定，但各地区均有相关法律、法规作出的具体规定，如《上海市城市规划条例》第60条第5款规定：“建设单位或者个人领取建设工程规划许可证时，应当按规定缴纳执照费，并在六个月内开工。逾期未开工又申请延期或者申请延期未批准的，建设工程规划许可证即行失效。”律师在审查该部分内容时，可以参照当地的具体规定。

3.2.5 规划验收合法性审查

3.2.5.1 规划验收审批概述

《建设工程规划验收合格证》是城市规划区内，经城市规划行政主管部门审定，许可建设各类工程的法律凭证，属于申请非行政许可审批事项，旨在保证有关规划许可证中规定的规划条件的落实，加强对建设工程的事后规划的监督，是建设工程规划管理的主要内容之一。

法律依据为《中华人民共和国城乡规划法》第45条：“县级以上地方人民政府城乡规划主管部门按照国务院规定对建设工程是否符合规划条件予以核实。未经核实或者经核实不符合规划条件的，建设单位不得组织竣工验收。

建设单位应当在竣工验收后六个月内向城乡规划主管部门报送有关竣工验收资料。”

3.2.5.2 规划验收阶段审查事项

律师在进行本阶段法律工作时，应注意对以下内容进行审查：

（1）主管部门

县级以上人民政府规划行政主管部门依职权分别负责本规划区内的建设工程规划验收工作。

（2）申请条件

①符合《建设用地规划许可证》和《建设工程规划许可证》规定的各项要求；

②通过建设工程竣工测量；

③无擅自变更建筑设计（包括变更建筑物位置、立面、层数、平面、使用功能、建筑结构、设备的容量等）和配套设施行为；

④已完成配套工程；

⑤用地范围内的临时设施已拆除。

（3）规划验收审核的主要内容

①审核建设工程竣工图有关规划管理的内容；

②验核建设工程规划许可的实施情况；

③检查应拆除建（构）筑物是否按规定拆除。

（4）应提交的申请材料

申请规划验收合格证，一般应提交以下材料，但各省、自治区、直辖市的规定会略有不同，律师在审核时应参照当地的具体规定：

①建筑工程：

A. 建设工程规划验收合格证申报表（建筑工程）；

B. 《建设工程规划竣工测量技术报告》（建筑工程）纸质文件和电子文件（包括DWG和SHP两种格式竣工总平面图）；

C. 建设工程档案预验收证明原件；

D. 《标准地名证书》及附图复印件，同时核验原件；

E. 现场实景照片；

F. 申报单位（人）委托代理的，提交授权委托书及被委托人身份证复印件,同时交验原件；

G. 法律、法规、规章规定的其他材料。

②市政工程：

A. 建设工程规划验收合格证申报表（市政工程）；

B. 《建设工程规划竣工测量技术报告》（市政工程）纸质文件和电子文件（包括DWG和SHP两种格式）；

C. 建设工程档案预验收证明原件；

D. 申报单位（人）委托代理的，提交授权委托书及被委托人身份证复印件,同时交验原件；

E. 法律、法规、规章规定的其他材料。

（5）其他注意事项

①建设工程规划验收合格证的法定审批时限各地区的规定略有不同。如：天津市为20日，珠海市为15日，律师可根据各地区的具体规定进行审核。

②工作人员根据已审批的文件和图纸到现场进行核实，经验收合格的，核发《建设工程规划合格证》；经验收不合格的，核发《建设工程规划验收意见书》，一次性告知建设单位处理意见，待建设单位按规划要求实施整改或按规定依法处理后，再进行规划验收。

③申请《建设工程规划验收合格证》是不收费的。

第四章

撰写社会稳定风险评估报告

第一节社会稳定风险评估报告概述

4.1.1 社会稳定风险评估报告的概念

社会稳定风险评估，是指与人民群众利益密切相关的重大决策、重要政策、重大改革措施、重大工程建设项目、与社会公共秩序相关的重大活动等重大事项在制定出台、组织实施或审批审核前，对可能影响社会稳定的因素开展系统的调查，科学的预测、分析和评估，制定风险应对策略和预案。旨在有效规避、预防、控制重大事项实施过程中可能产生的社会稳定风险，确保重大事项顺利实施。

鉴于政府投资项目对社会影响重大，往往涉及民生、环境、区域发展等重大事项。为避免政府行为与现行法律法规相抵触而引发社会性事件，造成不必要的高昂法律成本，律师作为政府的专业法律顾问，要帮助政府出具社会稳定风险评估报告。

4.1.2 社会稳定风险评估报告的主体

根据《国家发展改革委重大固定资产投资项目社会稳定风险评估暂行办法》的规定，社会稳定风险评估报告的评估责任主体是相关政府或其职能部门。律师在撰写社会稳定评估报告时，应注意相关责任主体的认定：

（1）重大决策拟定部门、政策起草部门、项目申报部门、改革牵头部门以及工作实施部门；

（2）一个事项涉及多个部门的、职能交叉而难以界定评估具体部门的，牵头部门为评估责任主体；

（3）特殊情况下，由同级党委、政府指定评估责任主体。

4.1.3 社会稳定风险评估报告的评估原则

（1）权责统一原则

由重大事项的承办部门具体组织实施风险评估工作，按照“谁主管、谁负责”“谁决策、谁负责”“谁审批、谁负责”的要求，对评估结论负责。

（2）合法合理原则

评估重大事项必须依照法律、法规和政策，做到公开、公正，体现公平，符合大多数人民群众的意愿。

（3）科学民主原则

依照相关法律法规和政策制定科学、规范的评估标准，深入调查研究，多渠道、多方式、多层次征求意见，定性与定量分析相结合，充分论证，确保评估工作全面、客观、准确。

（4）以人为本原则

统筹考虑发展需要与人民群众承受能力，统筹考虑人民群众长远利益与现实利益，切实维护人民群众的合法权益。

（5）公平和效益原则

正确处理改革、发展、稳定的关系，把改革的力度、发展的速度与社会可承受程度统一起来，实现政治效益、经济效益的有机统一。

第二节撰写社会稳定风险评估报告

4.2.1 社会稳定风险评估报告的内容

评估内容根据重大事项的合法性、合理性、可行性、可控性等四个要素，主要围绕以下内容进行：

（1）是否符合现行法律、法规、规章，是否符合党和国家的方针政策，是否符合国家、省委省政府的战略部署、重大决策以及暂行办法。

（2）是否符合本省、本系统近期和长远发展规划，是否符合经济社会发展规律，是否符合以人为本的科学发展观，是否兼顾了各方利益群体的不同需求，是否考虑了地区的平衡性、社会的稳定性、发展的持续性。

（3）是否经过充分论证，是否符合大多数人民群众的意愿，所需的人力、财力、物力是否在可承受的范围内并且有保障，是否能确保连续性和稳定性，时机是否成熟。

（4）对所涉及区域、行业群众利益和生产生活的影响，群众对影响的承受能力，引发矛盾纠纷、群体性事件的可能性。

（5）其他有可能引发不稳定因素的问题。

4.2.2 社会稳定风险评估报告的范围

评估范围凡与人民群众切身利益密切相关、牵涉面广、影响深远，易引发矛盾纠纷或有可能影响社会稳定的重大事项实施前，都应开展社会稳定风险评估。

包括以下具体事项：

（1）涉及档案保管、利用、征集方面的事项，主要是涉及范围广、影响面较大的征集方式的改变、调整等。

（2）涉及重大档案法规政策的事项，主要是涉及较多部门、涉及较多人员的档案政策的制定、调整和落实的事项。

（3）涉及重大档案违法案件、处罚的事项，主要是涉及重要档案的违法案件和档案行政处罚的实施等。

（4）涉及档案系统多数干部职工切身利益的事项，主要是涉及档案系统干部职工的重大政策制定和调整。

（5）其他涉及较多人民群众利益的重大事项。

4.2.3 社会稳定风险评估报告的编制

（1）信息搜集

律师除了对法律资料进行搜集外，也要注意对社会信息的搜集。可以采取公示、问卷调查、实地走访和召开座谈会、听证会等多种方式听取各方面意见。

（2）报告的基本格式

根据《国家发展改革委重大固定资产投资项目社会稳定风险评估暂行办法》，重大项目社会稳定风险等级分为高风险、中风险、低风险三级。

律师应当参照该分级方法，撰写评估报告。律师出具评估报告时，务必要保证客观性、真实性。报告必须具备以下形式要求：

①项目概况；

②项目的风险分析；

③风险防范和化解措施；

④应急处置预案；

⑤风险评估结论和对策建议。

（3）注意事项

律师在编制社会稳定风险评估报告时，要与当地法制主管部门沟通。要充分了解党和国家的大政方针，仔细审查项目是否同现行法律、法规、政策相抵触，是否有充足的法律、法规、政策依据。政府投资重大事项所涉及的政策调整、利益调节的对象和范围是否界定准确，调整、调节的依据是否合法。

4.2.4 社会稳定风险评估报告的提交

社会稳定风险分析应当作为项目可行性研究报告、项目申请报告的重要内容，并设独立篇章。

国务院有关部门、省级发展改革部门、中央管理企业在向国家发展改革委报送项目可行性研究报告、项目申请报告的申报文件中，应当包含对该项目社会稳定风险评估报告的意见，并附社会稳定风险评估报告。

第五章

出具法律意见书

第一节法律意见书概述

法律意见书是律师提供法律服务的一种综合性书面文件，其内容包括向咨询者提供法律依据、法律建议以及解决问题的方案。律师以出具法律意见书的方式解答法律问题，应当注意为咨询者提出的法律问题作出准确、肯定、有法律依据的回答，为咨询者的决策提供具体、明确、可靠的参考意见。

应中央《全面推进依法行政实施纲要》之精神，律师为政府提供立项、规划审批阶段法律服务时，应经过专门论证并书面提出法律建议和意见。

第二节编制法律意见书

5.2.1 本阶段法律意见书分类

律师为政府提供立项、规划审批阶段法律服务时，应当出具《整体法律意见书》；律师应委托人之具体需要，可以出具《分项法律意见书》。

（1）整体法律意见书

《整体法律意见书》是指律师针对立项或规划审批环节而出具的整体性书面审查报告，是律师对政府投资项目整体法律问题的综述，分为《立项审批阶段整体法律意见书》和《规划审批阶段整体法律意见书》。

《整体法律意见书》主要包括对相关法律、法规、政策的分析以及立项、规划审批环节的整体性审查，提出整体性法律意见。

（2）分项法律意见书

应委托人要求，律师可以针对《整体法律意见书》的任一具体环节进行法律分析，出具相应的《分项法律意见书》。《分项法律意见书》是律师在该分项阶段工作的详细说明，其内容更加具有针对性，叙述更为详尽。

具体包括：《项目建议书审批阶段分项法律意见书》《项目可行性研究报告审批阶段分项法律意见书》《项目概算审批阶段分项法律意见书》《项目选址方案审批阶段分项法律意见书》《建设用地规划审批阶段分项法律意见书》《工程设计方案审批阶段分项法律意见书》《工程规划审批阶段分项法律意见书》等。

律师在出具《分项法律意见书》时，基本观点应与《整体法律意见书》一致，但《分项法律意见书》要求更加深入、翔实。

5.2.2 内容和范式

撰写法律意见书时，可以参照以下格式：

（1）封面

法律意见书的封面应列明类型（整体或分项）、标题、律师事务所名称及相关联系方式。

（2）目录和索引

由于立项、规划审批环节事项较多，内容较为庞杂，律师可以编写详细的目录和页码索引，既可以避免出现工作差错，又便于当事人查阅。

(3) 正文内容

法律意见书的正文内容应包括：

①标题。

在文书顶端居中标明“××项目立项（或规划）审批环节整体（或分项）法律意见书”字样。

②致送单位称谓。

在标题的下一行顶格写明接受文书的单位名称。

③对需要分析说明事项的列举。要求用简明扼要的文字概括交代解答的是什么内容，就提出的问题予以答复，这是法律意见书的开头部分。

④基本事实陈述。

对当前的基本情况进行简要说明。

⑤相关材料清单。

列举现阶段掌握的证据资料。

⑥法律依据。

出具本法律意见书所依据的主要法律及司法解释。

⑦正文。

这部分是法律意见书的主体部分。正文通过法律、法规来详细解答询问人所提出的问题。这一部分需要进行严密的论证、科学的分析，从而给委托人一个圆满的答案。正文的内容既可单列一项，就问做答，也可以分为若干个问题，用分题标号形式一一作答，具体如何写，要根据委托人所提问题的多少来决定。

⑧结论。

对所述问题进行总结，加以概括，起到归纳全文的作用。

⑨声明。

对委托人提交的事实材料或陈述的内容的真实性进行审查的提示及必要的免责陈述，同时就法律意见书的编制目的、使用范围和法律效力作出声明。

⑩署名。最后在文末右下角写出律师的工作单位、职务及姓名，并注明制作日期。同时要有律师事务所相关负责人的签名，署名之下是送呈时间。

附件。

法律意见书如有附件或相关材料清单，应在正文之后列出附件名称，并编好顺序。

5.2.3 注意事项

（1）律师事务所出具法律意见书应办理相关的委托手续。

（2）律师事务所出具法律意见书应尊重事实，依照法律，应严守职业道德，保护知悉的国家及商业秘密和个人隐私等内容。

（3）法律意见书的制作，既要符合我国的法律，又要照顾国际上通行的习惯做法。

（4）撰写律师务必本着严谨、审慎之态度，调查工作应充分、翔实，答复应准确、全面，做到合理合法、切实可行。

（5）法律意见书行文应具有严密逻辑结构，层次分明，重点集中、突出，用词务必准确、简明，内容上应当完整地提示出可能存在的法律风险。

（6）制作法律意见书后应注意保留工作底稿以便及时归档。

第六章

附则

本操作指引是根据国家颁布的现行法律、行政法规、规章、地方性法规及其他相关文件的规定，结合当前律师为政府投资项目提供法律服务的实务操作制定，若国家法律、法规、地方性法规、规章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调整。

（本操作指引由中华全国律师协会建设工程与房地产专业委员会负责起草。执笔人：杨家学；审稿人：朱树英、曹珊、李旺荣）

## 律师为政府投资项目招标投标阶段 提供法律服务操作指引

目录

第一章总则 / 474

第一节制定目的 / 474

第二节概念界定 / 474

第三节法律依据 / 475

第四节基本原则 / 475

第五节本操作指引的业务指导范围 / 476

第六节特别声明 / 476

第二章一般规定 / 476

第一节项目招投标的具体类型 / 476

第二节项目招标应具备的条件 / 479

第三章招标文件的起草与审查 / 480

第一节项目招标的一般规定 / 480

第二节招标文件的起草 / 481

第三节招标文件的审查 / 482

第四章投标文件的审查 / 484

第一节投标人主体资格合法性审查 / 484

第二节投标文件内容的合法性审查 / 487

第五章开标、评标和中标的合法性审查 / 490

第一节开标的合法性审查 / 490

第二节评标的合法性审查 / 491

第三节中标的合法性审查 / 493

第六章出具法律意见书 / 497

第一节出具法律意见书应审查的事项 / 497

第二节制作法律意见书的参考格式 / 499

第三节出具法律意见书应注意的事项 / 500

第七章争议的解决 / 501

第一节异议投诉 / 501

第二节行政复议、行政诉讼、民事诉讼 / 505

第八章附则 / 505

第一章

总则

第一节制定目的

本操作指引由中华全国律师协会制定，其目的是向律师提供办理政府投资项目招标投标阶段法律服务业务操作方面的一般程序。本指引并非强制性或规范性规定，仅供律师在办理政府投资项目法律服务业务时作借鉴参考。

第二节概念界定

本操作指引所称政府投资项目，是指使用各类政府投资资金，包括预算内资金、各类专项建设基金、国际金融组织和外国政府贷款的国家主权外债资金建设的项目。党政机关（包括党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、审判机关、检察机关，以及工会、共青团、妇联等人民团体）及财政拨款的事业单位自筹资金建设的项目，视同政府投资项目。

政府投资项目招标，是指政府投资管理部门对拟建项目通过法定程序和方式，吸引并从中选择符合建设要求的投资、施工等各参建主体的法律行为。

政府投资项目投标，是指符合投标资格的参建单位，按照招标文件的要求，在规定时间内向招标单位提交投标书，争取中标的法律行为。

第三节法律依据

为保证政府投资项目招投标阶段的合法性，保证政府投资项目招标人、投标人的合法权益，提高律师办理项目招投标阶段法律服务的水平，依据《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）、《中华人民共和国招标投标法实施条例》（以下简称《招标投标法实施条例》）、《电子招标投标办法》《中华人民共和国政府采购法》（以下简称《政府采购法》）及相关法律、法规及司法解释，制定本指引。

第四节基本原则

由于政府投资项目法律事务不仅重大、疑难、复杂，而且涉及国家利益及社会公共利益，对律师业务能力要求较高，律师办理政府投资项目招标投标阶段法律服务业务时应遵循如下原则：

第一，合法合规原则。律师办理政府投资项目招标投标阶段法律服务业务时，应当熟悉相关的法律、法规、规章和规范性文件（包括重大项目规范性文件），并以法律、法规、规章和规范性文件作为办理政府投资项目法律服务业务的依据，确保政府投资项目的实施在各个方面均合法合规，避免因合法合规问题影响政府投资项目的实施。

第二，忠诚守信原则。律师办理政府投资项目招标投标阶段法律服务业务时，应当以维护委托人合法权益为目的。在政府投资项目招标投标法律事务各方当事人之间，信守只接受其中一方当事人委托，并且在办理委托事务过程中不受任何单位及其他组织和个人的非法干涉，依法维护委托人的合法权益和国家有关法律、法规、规章和规范性文件的正确实施。

第三，专业负责原则。律师办理政府投资项目招标投标阶段法律服务业务时，应刻苦钻研专业法律问题，熟悉专业的法律规定和行业特点，具备为政府投资项目提供法律服务的相应能力和水平，为当事人提供准确、负责的专业法律服务。

第四，勤勉尽责原则。律师办理政府投资项目招标投标阶段法律服务业务时，应根据委托人的要求，适应业务涉及法律领域多、情况复杂的特点，恪尽职守，勤勉敬业，在委托人要求、承办律师承诺的期限内完成各项具体的法律服务。

第五节本操作指引的业务指导范围

本操作指引主要适用于律师为政府投资项目招标投标阶段提供的非诉讼法律服务。律师向委托人提供政府投资项目招标投标阶段的法律服务或政府投资项目全过程法律服务时可参考本操作指引。

第六节特别声明

本操作指引仅供律师在提供政府投资项目招标投标阶段的非诉讼和诉讼法律服务过程中参考。本操作指引所述的内容不是强制性的，且主要以为招标人提供法律服务为例撰写，不保证涵盖政府投资项目招标投标阶段法律服务的全部内容。在提供政府投资项目招标投标阶段法律服务的具体操作过程中，律师应当根据我国现行法律、法规及各地的具体规章制度，结合律师的实际情况，自行判断运用本操作指引的内容。律师根据本操作指引为委托人提供政府投资项目招标投标阶段的非诉讼和诉讼法律服务，所产生的一切风险由该律师以及该律师所属的律师事务所自行承担，本操作指引对此类风险不构成任何明示或默示的担保。

第二章

一般规定

第一节项目招投标的具体类型

律师在对政府投资项目招标投标阶段进行法律服务时，应首先确定该项目招标的具体类型，以进行有针对性的风险控制。

2.1.1 根据招投标形式分类

2.1.1.1 书面招投标

书面招投标，是指采用传统纸质形式，对项目投融资、代建管理以及勘察、设计、施工、监理、材料采购等进行的招投标。目前，书面招投标仍为主要的招投标形式，律师在为政府投资项目招投标阶段进行法律服务时，应重点掌握该种招投标形式的风险控制。

2.1.1.2 电子招投标

电子招投标，是指以数据电文形式，依托电子招标投标系统完成的全部或者部分招标投标交易、公共服务和行政监督活动。本操作指引主要是针对目前通常使用的书面招投标形式，如适用电子招投标形式，律师除应审查招投标活动是否符合《招标投标法》及《招标投标法实施条例》的规定外，还应依照《电子招标投标办法》进行法律审查，并提出相应的意见和建议。

2.1.2 根据项目性质分类

2.1.2.1 必须招投标工程

律师应提示招标人，《招标投标法》第3条第1款规定：“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：

（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；

（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；

（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。”

同时，根据《招标投标法》第3条的授权，国家发展和改革委员会在《工程建设项目招标范围和规模标准规定》中对必须招标的范围进行了详细规定。必须招标项目的具体范围可详见《建设工程法律业务操作指引》第三章第3.2.1.2款的相关内容。

2.1.2.2 必须公开招投标工程

我国将招标分为公开招标和邀请招标。公开招标是指招标人以招标公告的方式邀请不特定的法人或其他组织投标；邀请招标是指招标人以投标邀请书的方式邀请特定的法人或者其他组织投标。律师应提示招标人，根据《招标投标法实施条例》第8条的规定，对于依法必须进行招标的工程，如全部使用国有资金或者国有资金投资占控股或者主导地位的，应当公开招标。

同时，《招标投标法实施条例》第8条规定，在依法应当公开招标的建设工程中，有下列情形之一的，可以邀请招标：

（1）技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制，只有少量潜在投标人可供选择；

（2）采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大。

如符合第二种情形，且属于需审批的项目，则应由项目审批单位进行认定；其他项目则由行政监督部门进行认定。

2.1.2.3 可以不进行招投标工程

律师应注意，根据《招标投标法》第66条、《招标投标法实施条例》第9条等法律规定，有下列情形之一的，可以不进行招标：

（1）涉及国家安全、国家秘密或者抢险救灾的；

（2）属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工的；

（3）施工需要采用不可替代的专利或者专有技术的；

（4）施工企业自建自用的工程，且施工企业资质等级符合工程要求；

（5）已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供；

（6）需要向原中标人采购工程、货物或者服务，否则将影响施工或者功能配套要求；

（7）国家规定的其他特殊情形。

2.1.3 根据投资建设模式分类

2.1.3.1 项目投资单位的确定

项目投资招投标，是指政府投资管理部门通过招投标方式确定项目投资人，以利用社会资本进行公共基础设施的建设。在此类招标中，律师不但应协助招标人确定具体的项目投资模式；还应提示招标人应对投标人的融资能力、施工能力（如由投资人施工建设）等进行重点审核。

2.1.3.2 项目代建单位的确定

项目代建招投标，是指政府投资管理部门通过招投标方式，选择具有先进项目管理能力的专业化机构代替政府部门负责项目的投资管理和项目建设组织实施工作。在此类招投标过程中，律师除应对投标人的管理能力、履约信誉进行审查外，还应协助招标人明确项目委托人、使用人与代建人之间的权责关系。

2.1.4 根据项目招标内容分类

2.1.4.1 造价咨询招投标

造价咨询招投标，是指发包人通过招投标方式确定建设工程的造价咨询单位以及造价咨询费用计取等实质性内容。在此类招标中，律师应根据《招标投标法》及《工程造价咨询企业管理办法》《建设工程价款结算暂行办法》等法律法规，对其招投标内容及招投标过程进行合法性审查。

2.1.4.2 勘察、设计招投标

勘察、设计招投标，是指招标人通过招投标方式确定建设工程的勘察、设计单位以及勘察、设计价款结算原则等实质性内容。在此类招投标中，律师应根据《招标投标法》及《建筑工程方案设计招标投标管理办法》《工程建设项目勘察设计招标投标办法》等法律法规，对其招投标内容及招投标过程进行合法性审查。

2.1.4.3 监理咨询招投标

监理咨询招投标，是指招标人通过招投标方式确定建设工程的监理咨询单位以及监理费用结算原则等实质性内容。在此类招标中，律师应根据《招标投标法》及《工程建设监理规定》《建设工程监理范围和规模标准规定》《工程监理企业资质管理规定》等法律法规，对其招投标内容及招投标过程进行合法性审查。

为便于进行合理的分类审查，根据各类型招投标内容的审查要点，本操作指引在第三章至第六章中将造价咨询、勘察设计及监理单位统归于咨询类招投标范围。

2.1.4.4 项目施工招投标

建设施工单位招标，是指招标人通过招投标方式确定建设工程的施工单位以及工程造价结算原则等实质性内容。在此类招标中，律师应根据《招标投标法》及《工程建设项目施工招标投标办法》《工程建设项目招标投标活动投诉处理办法》等法律法规，对其招投标内容及招投标过程进行合法性审查。

2.1.4.5 材料采购招投标

材料采购单位招标，是指招标人通过招投标方式确定建设工程的材料供应单位以及材料供应价格等实质性内容。因建设单位无权采购已确定由施工单位供应的建设材料，故在此类招标中，律师应审查建设单位对该材料是否享有采购权利。同时，基于政府投资项目材料采购的特殊性，律师还应根据《政府采购法》等法律法规，对其招投标内容及招投标过程进行合法性审查。

第二节项目招标应具备的条件

2.2.1 项目招标应具备的一般条件

在项目招投标前，律师应提示政府投资管理部门拟招标工程是否已具备下列招标条件：

（1）招标人已依法成立，已具备独立的法人资格。

（2）项目的立项手续符合法律规定。

（3）国家有关项目审批手续已完成，包括已取得用地指标，建设用地规划许可证等审批证件已获取。

（4）项目资金或资金来源已落实。

2.2.2 不同类型项目招投标应具备的条件

除上述招标条件外，律师还应根据项目的不同类型，对具体项目是否具备招投标条件进行有针对性的审查。

2.2.2.1 项目咨询类招标

根据《工程建设项目勘察设计招标投标办法》的规定，律师在审查勘察、设计是否已具备招标条件时，还应审查所需的勘察设计基础资料是否已收集完成。

2.2.2.2 项目投资招标

律师在审查项目投资是否具备招标条件时，应重点审查项目本身的合法性，即项目融资是否违反法律禁止性规定，项目是否已按有关程序立项，是否已履行其他审批程序等。同时，律师还应提示负责招标项目的主管部门，在招标前是否已取得具有法定审批权限的政府授权。

2.2.2.3 项目代建招标

律师在审查项目代建是否具备招标条件时，应重点审查拟建项目是否符合代建的适用范围。我国各地对于代建制的适用范围存在差异，但大都以项目投资额或政府投资比例划分，律师应根据各地的具体规定进行审查。

2.2.2.4 项目施工招标

根据《工程建设项目施工招标投标办法》的规定，律师在审查建设施工项目是否具备招标条件时，还应审查初步设计及概算等审批手续是否已获得批准，以及招标所需的设计图纸、技术资料、工程量清单等是否已制作完成，是否存在漏项内容。

2.2.2.5 项目采购招标

根据《政府采购法》《政府采购货物和服务招标投标管理办法》的规定，律师在审查材料采购项目是否具备招标条件时，还应审查其是否已获得采购预算批准、拟采购标的物价值是否高于预算金额。

第三章

招标文件的起草与审查

第一节项目招标的一般规定

3.1.1 招标方式

根据《招标投标法》第12条的规定，招标人可自行招标或委托招标。

如自行招标，招标人应具有编制招标文件和组织评标的能力，包括具有与招标项目规模和复杂程序相适应的技术、经济等方面的专业人员等。同时，依法必须进行招标的项目，招标人自行办理招标事宜的，应当向有关行政监督部门备案。

如委托招标代理机构，则招标人可自行选择，但所选择的招标代理机构应符合项目所需的资质要求。

3.1.2 招标代理机构审查

招标代理机构是依法设立、从事招标代理业务并提供相关服务的社会中介组织，根据《招标投标法》第13条的规定，其应具备的条件包括：

（1）有从事招标代理业务的营业场所和相应资金；

（2）有能够编制招标文件和组织评标的相应专业力量；

（3）有符合可以作为评标委员会成员人选的专家库。

同时，我国对招标代理机构采用资格审核制度，并将招标代理机构的资质分为甲级、乙级以及暂定资质。其中根据《工程建设项目招标代理机构资格认定办法》第9条的规定，乙级资质以及取得暂定资格的招标代理机构只能承担工程投资额（不含征地费、大市政配套费与拆迁补偿费）3 000万元以下的工程招标代理业务。

第二节招标文件的起草

律师应根据《招标投标法》《招标投标法实施条例》及不同类型项目招投标的具体法律规定，审查编制的招标文件是否具备下列内容：

3.2.1 招标公告或招标邀请书

招标公告或招标邀请书包括以下内容：

（1）招标人的名称和地址；

（2）招标项目的内容、规模、资金来源；

（3）招标项目的实施地点和工期；

（4）获取招标文件或者资格预审文件的地点和时间；

（5）对招标文件或者资格预审文件收取的费用；

（6）对投标人的资质等级的要求。

3.2.2 招标须知

主要包括项目概况、资金来源、招标范围、计划工期、质量要求、现场勘查、分包、投标文件编制、开标程序、评标标准和办法等。律师应提示招标人招标须知内容是否合法，是否规定有最低投标限价等。

3.2.3 拟定主要合同条款

该合同条款是双方签订施工合同的基础，施工合同内容应与该条款内容实质性一致。对于该部分条款的审查可参照《律师为政府投资项目建设阶段提供法律服务操作指引》中合同签订章节的相关内容。

3.2.4 投标文件格式

包括投标函、投标函附录（包括承诺函格式等）、法定代表人身份证明、投标保证金收执证明等。

3.2.5 采用工程量清单招标的，应当提供工程量清单

律师应提示招标人工程量清单内容与施工图是否一致，是否存在漏项内容。

3.2.6 其他投标辅助材料

第三节招标文件的审查

3.3.1 招标文件的一般审查要点

（1）招标范围是否明确。

（2）招标、投标、评价程序是否符合法律规定。

（3）投标最高限价是否合理，是否存在低于成本价的情形。

（4）评标办法及评标标准是否合理，是否存在不合理排斥投标人的条件。

3.3.2 不同类型项目招标文件的审查要点

3.3.2.1 项目咨询类的招标文件

除上述招标文件的一般审查要点外，对于项目勘察、设计招标文件，律师还应根据《工程建设项目勘察设计招标投标办法》等规定，重点审查以下内容：

（1）审查在招标文件中是否已明确勘察设计范围，包括勘察设计进度、阶段和深度要求。

（2）律师应提示招标人，应提供与招标相关的基础资料，并需对所提供资料的真实性、完整性负责。

（3）规定的投标保证金金额是否合理，是否存在保证金超过招标项目估算价2%或超过10万元人民币的情形。

3.3.2.2 项目投资的招标文件

除上述招标文件的一般审查要点外，对于项目投资招标文件，律师还应重点审查以下内容：

（1）招标文件中是否已明确具体投资模式，投资模式是否具有可行性、有无违反相关规定。

（2）招标文件中是否已明确政府回购资金保障等内容。

（3）招投文件中是否已明确要求拟投标人证明其投资能力的相关文件，包括投标人的投资意向书、与金融机构间的融资意向书等。

3.3.2.3 项目代建的招标文件

除上述招标文件的一般审查要点外，对于项目代建招标文件，律师还应重点审查以下内容：

（1）项目招标人是否明确，是政府投资管理部门还是使用单位，或者为二者共同招标。

（2）招标文件中是否已包含对于代建单位的资质要求以及项目管理要求。

（3）应建议招标人在招标文件中要求将项目代建管理方案和实施计划作为投标文件的组成部分，并作为评标依据。

3.3.2.4 项目施工的招标文件

除上述招标文件的一般审查要点外，对于项目施工招标文件，律师还应重点审查以下内容：

（1）应审查项目划分的标段或确定的工期是否合理，是否存在对工程技术上紧密联系、不可分割的单位工程不合理分割标段的情形；审查施工所需的设计图纸（包括图名、图号、出图日期、图纸形式等）是否已完成。

（2）还应审查规定的投标保证金金额是否合理，是否存在保证金超过招标项目估算价2%或超过80万元人民币的情形。

（3）是否按规定采用了标准的施工招标文件。

律师应注意：国家发展和改革委员会、财政部等九部委先后联合编制了《标准施工招标资格预审文件》《标准施工招标文件》（以下统一简称《标准文件2007版》）以及《简明标准施工招标文件》《标准设计施工总承包招标文件》（以下统一简称《标准文件2012版》）。

根据国家发展和改革委员会《关于印发简明标准施工招标文件和标准设计施工总承包招标文件的通知》的规定，依法必须进行招标的工程建设项目，如工期不超过12个月、技术相对简单、且设计和施工不是由同一承包人承担的小型项目，其施工招标文件应当根据《简明标准施工招标文件》编制；如设计施工一体化的总承包项目，其招标文件应当根据《标准设计施工总承包招标文件》编制。

同时，该通知还规定，如采用《标准文件2012版》，则其中的“投标人须知”（投标人须知前附表和其他附表除外）、“评标办法”（评标办法前附表除外）、“通用合同条款”，应当不加修改地引用；且“专用合同条款”补充和细化的内容不得与“通用合同条款”相抵触，否则抵触内容无效。

律师在审查施工招标文件时，应对该通知规定引起高度重视，避免招标文件出现与该通知规定不一致的情形。

3.3.2.5 项目采购的招标文件

除上述招标文件的一般审查要点外，对于项目采购招标文件，律师还应审查招标文件是否存在要求或者标明特定投标人、产品情形，以及是否存在含有倾向性或排斥潜在投标人的其他内容。

3.3.3 招标文件修改及投标文件提交时限的规定

3.3.3.1 招标文件修改时限

律师应根据《招标投标法》第23条的规定，提示招标人在招标文件发出之后，如招标人需进行必要的澄清或者修改的，应当在招标文件要求提交投标文件截止时间至少15日前进行澄清或修改，且应以书面形式通知所有招标文件的收受人。

3.3.3.2 投标文件提交时限

律师应根据《招标投标法》第24条的规定，提示招标人规定合理的投标文件截止时限，依法必须招标的项目，自招标文件开始发出之日起至投标人提交投标文件截止之日止的投标时间是否少于20日。

第四章

投标文件的审查

第一节投标人主体资格合法性审查

4.1.1 资格审的一般规定

4.1.1.1 资格审查形式

为确保中标人的履约资质符合工程建设需要，招投人可要求潜在投标人或者投标人提供满足其资格要求的文件，对潜在投标人或者投标人进行资格审查，当前资格审查主要分为资格预审和资格后审。

资格预审，是指在投标前对潜在投标人进行的资格审查。由招标人在发布招标公告之前或同时发布资格预审公告及资格预审文件；潜在投标人在规定期限内提交资格预审申请文件，由招标人或招标人专门组建的资格审查委员会进行评审，以确定合格投标人。

资格后审，是指在开标后对投标人进行的资格审查。由评标委员会在开标后按照招标文件规定的标准和方法对投标人的资格进行审查。

律师在招标人进行资格审查时应提示招标人，一般情形下在进行资格预审后，不再进行资格后审。如招标人要求同时进行资格预审及资格后审，应在招标文件中明确规定。

4.1.1.2 资格预审的特殊程序

政府投资项目，由于工程款支付稳定、利润率合理等优势，往往潜在投标人众多。在此情形下，招标人通常采用资格预审的方式确定潜在合格投标人。律师应根据《招标投标法实施条例》的规定，提示招标人资格预审阶段的下列特殊程序性要求。

（1）国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目，必须组建资格审查委员会审查资格预审申请文件。

（2）招标预审公告应在通过国务院发展改革部门依法指定的报刊、信息网络等媒介发布。

（3）依法必须进行招标的项目提交资格预审文件的时间，自资格预审文件停止发售之日起不得少于5日。

（4）如通过资格预审的申请人少于3个的，应当重新招标。

（5）经资格预审后，招标人应向资格申请人发出资格预审结果通知书，并告知资格预审合格的投标申请人获取招标文件的时间、地点和方法。

4.1.2 资格审查文件

律师应审查投标申请人提交的审查文件是否包含以下资料：

（1）公司管理或组织机构文件。

（2）经独立会计师审计的年度会计报告及其他财务状况资料。

（3）企业纳税凭证。

（4）企业资质文件。

（5）拟指派项目管理人员的资质证书。

（6）同类项目的成功经验，并对该承建项目作简要说明。

（7）如以联合体为投标人，还应提交联合体协议。

4.1.3 资格审查的一般审查要求

律师应根据《招标投标法实施条例》等法律规定，提示招标人对潜在的投标人或投标人提交的下列内容进行审查，以确定其是否为合格的投标人：

（1）是否具有独立订立合同的权利。

（2）投标人实际履行合同的能力，包括专业、技术资格和能力，资金、设备和其他物质设施状况，管理能力，经验、信誉和相应的从业人员。

（3）是否存在被责令停业，投标资格被取消，财产被接管、冻结、破产状态等影响履约的情形。

（4）投标人之间或投标人与招标人之间是否存在控股、管理等利害关系。

（5）法律、行政法规规定的其他资格条件。

4.1.4 不同类型项目资格审查要求

4.1.4.1 项目咨询类单位的资格审查

除上述资格审查的一般要点外，律师针对项目咨询还应重点审查投标人是否具备相应的资质条件，包括勘察设计资质、造价资质、监理资质等。特别是对于勘察设计的联合招标，应审查投标人是否同时符合勘察资质及设计资质要求。

4.1.4.2 项目投资单位的资格审查

除上述资格审查的一般要点外，律师针对项目投资还应重点审查下列内容：

（1）最近三年作为项目投资人的经历、目前承担或将要履约的政府投资项目。

（2）融资能力及银行对投标人出具的资信证明。

（3）为项目提供的管理人员的能力和未来项目公司的组织结构说明。

4.1.4.3 项目代建单位的资格审查

除上述资格审查的一般要点外，律师针对项目代建还应审查投标人是否存在骗取中标和严重违约及代建的工程发生重大质量、安全事故等不良信誉记录。

4.1.4.4 项目施工单位的资格审查

除上述资格审查的一般要点外，律师针对项目施工还应审查投标人近三年内是否存在骗取中标和严重违约及承建的工程发生重大质量、安全事故等不良信誉记录情况。

4.1.4.5 项目采购单位的资格审查

除上述资格审查的一般要点外，律师针对项目采购还应审查投标人是否已获得拟采购材料的经营权；审查其所出售材料近三年是否存在发生严重质量问题或者严重侵犯他人知识产权等不良信誉记录情况。

第二节投标文件内容的合法性审查

4.2.1 投标文件的一般内容

根据《招标投标法》第27条的规定，投标文件应对招标文件提出的实质性要求和条件作出响应。故律师应根据招标文件要求对投标文件内容是否齐全进行审查。一般投标文件由商务文件、技术文件和报价文件三部分组成，内容包括：

（1）企业法人营业执照等资质文件。

（2）投标函或投标报价。

（3）投标人承诺书。

（4）商务技术条款偏离表。

（5）其他商务技术文件和资料。

4.2.2 不同类型项目投标文件内容

4.2.2.1 项目咨询类投标文件

除上述一般投标文件应具备的内容外，律师针对咨询类投标文件还应审查以下内容是否齐全：

（1）工程预算书及工程量清单（勘察咨询应具备）。

（2）进度计划表。

（3）需招标人提供的配合条件。

4.2.2.2 项目投资投标文件

除上述一般投标文件应具备的内容外，律师针对投资投标文件还应审查以下内容是否齐全：

（1）投标人的资信。

（2）项目总投资。

（3）项目公司股权结构。

（4）资金来源。

（5）投资回收计划。

（6）项目盈利水平。

（7）收费、特许期及运营计划（如为BOT模式）。

（8）建设进度。

4.2.2.3 项目代建投标文件

除上述一般投标文件应具备的内容外，律师针对代建投标文件还应审查是否包括投标人资信文件及项目管理技术方案。

4.2.2.4 项目施工投标文件

除上述一般投标文件应具备的内容外，律师针对施工投标文件还应审查以下内容是否齐全：

（1）施工组织设计。

（2）拟派出项目负责人与主要技术人员的简历、业绩。

（3）拟用于完成招标项目的机械设备。

4.2.2.5 项目采购投标文件

除上述一般投标文件应具备的内容外，律师针对采购投标文件还应审查投标人是否具备产品生产许可证或生产企业出具的授权委托书。

4.2.3 投标文件的修改

根据《招标投标法》的规定，律师应提示招标人，投标人在招标文件要求提交投标文件的截止时间前，可以补充、修改、替代或者撤回已提交的投标文件，并书面通知招标人（以到达时间为准）。补充、修改的内容为投标文件的组成部分。

在投标文件截止时间后，投标人不得补充、修改、替代或者撤回投标文件。投标人补充、修改、替代投标文件的，投标人不予接受；投标人撤回投标文件的，其投标保证金予以没收。

4.2.4 联合体投标

联合投标是指两个以上法人或其他组织组成一个联合体，以一个投标人的身份共同投标。联合体各方签订共同投标协议后，不得再以自己的名义单独投标，也不得组成新的联合体或参加其他联合体在同一项目中投标。

律师在审查联合体投标时应注意，联合体各方均应具备国家有关规定或招标文件对投标人的资质要求。由同一专业的单位组成的联合体，应按照资质等级较低的单位确定资质等级。

联合体中标的，联合体各方应当共同与招标人签订合同，就中标项目向招标人承担连带责任。

4.2.5 投标文件的审查要点

（1）应审查投标文件形式是否符合规定，包括投标文件是否在截止期限内送至指定地点，提交的投标文件是否密封；

（2）投标文件是否合法、完整，是否存在未加盖投标人企业公章、未有法定代表人或代表人签字等情形；

（3）投标人的投标代表是否已取得合法授权；

（4）投标人相应的资质条件是否符合招标要求；

（5）投标文件是否实质性响应招标文件的内容；

（6）投标人是否未按照招标文件要求提交投标保证金；

（7）联合体投标还应审查其是否提交共同投标协议；

4.2.6 投标人违法投标

投标人的投标行为应符合国家有关规定及招标文件的相关规定，禁止投标人围标、串标及虚假招投标。律师在对招投标过程提供法律服务过程中，应根据《招标投标法实施条例》等法律规定，审查投标人是否存在下列禁止性的投标情形。

4.2.6.1 《招标投标法实施条例》第39条规定，有下列情形之一的，属于投标人相互串通投标：

（1）投标人之间协商投标报价等投标文件的实质性内容；

（2）投标人之间约定中标人；

（3）投标人之间约定部分投标人放弃投标或者中标；

（4）属于同一集团、协会、商会等组织成员的投标人按照该组织要求协同投标；

（5）投标人之间为谋取中标或者排斥特定投标人而采取的其他联合行动。

4.2.6.2 《招标投标法实施条例》第40条规定，有下列情形之一的，视为投标人相互串通投标：

（1）不同投标人的投标文件由同一单位或者个人编制；

（2）不同投标人委托同一单位或者个人办理投标事宜；

（3）不同投标人的投标文件载明的项目管理成员为同一人；

（4）不同投标人的投标文件异常一致或者投标报价呈规律性差异；

（5）不同投标人的投标文件相互混装；

（6）不同投标人的投标保证金从同一单位或者个人的账户转出。

4.2.6.3 《招标投标法实施条例》第41条规定，有下列情形之一的，属于招标人与投标人串通投标：

（1）招标人在开标前开启投标文件并将有关信息泄露给其他投标人;

（2）招标人直接或者间接向投标人泄露标底、评标委员会成员等信息；

（3）招标人明示或者暗示投标人压低或者抬高投标报价；

（4）招标人授意投标人撤换、修改投标文件；

（5）招标人明示或者暗示投标人为特定投标人中标提供方便；

（6）招标人与投标人为谋求特定投标人中标而采取的其他串通行为。

4.2.6.4 《招标投标法实施条例》第42条规定，投标人有下列情形之一的，属于投标人以其他方式弄虚作假的行为：

（1）使用伪造、变造的许可证件；

（2）提供虚假的财务状况或者业绩；

（3）提供虚假的项目负责人或者主要技术人员简历、劳动关系证明；

（4）提供虚假的信用状况；

（5）其他弄虚作假的行为。

第五章

开标、评标和中标的合法性审查

第一节开标的合法性审查

5.1.1 不得开标的情形

律师应当注意审查，投标人少于3个的，不得开标；招标人应当重新招标。

5.1.2 开标时间

律师应当注意审查，开标应当在招标文件确定的提交投标文件截止时间的同一时间公开进行。

5.1.3 开标地点

律师应当注意审查，开标地点应当为招标文件中预先确定的地点。

5.1.4 开标过程

开标应当按照下列规定进行：由投标人或者其推选的代表检查投标文件的密封情况，也可以由招标人委托的公证机构进行检查并公证。经确认无误后，由有关工作人员当众拆封，宣读投标人名称、投标价格和投标文件的其他主要内容。

招标人在招标文件要求提交投标文件的截止时间前收到的所有投标文件，开标时都应当当众拆封、宣读。

开标过程应当记录，并存档备查。

第二节评标的合法性审查

5.2.1 一般审查要点

5.2.1.1 评标委员会

（1）评标委员会的组成

评标由招标人依法组建的评标委员会负责。律师应注意依法必须进行招标的工程，其评标委员会由招标人的代表和有关技术、经济等方面的专家组成，成员人数为5人以上单数，其中技术、经济等方面专家不得少于成员总数的2/3。

（2）评标委员会的产生方式

除《招标投标法》第37条第3款规定的特殊招标项目外，依法必须进行招标的项目，其评标委员会的专家成员应当从评标专家库内相关专业的专家名单中以随机抽取方式确定。任何单位和个人不得以明示、暗示等任何方式指定或者变相指定参加评标委员会的专家成员。

依法必须进行招标的项目的招标人非因《招标投标法》和《招标投标法实施条例》规定的事由，不得更换依法确定的评标委员会成员。更换评标委员会的专家成员仍需从评标专家库内相关专业的专家名单中以随机抽取方式确定。

（3）评标委员会成员的回避规定

评标委员会成员与投标人有利害关系的，应当主动回避，不得进入相关项目的评标委员会；已经进入的应当更换。行政监督部门的工作人员不得担任本部门负责监督项目的评标委员会成员。

（4）评标委员会成员名单保密的规定

评标委员会成员的名单在中标结果确定前应当保密。

（5）不按规定组建评标委员会或者确定更换评标委员会成员违反法律法规规定的法律后果

依法必须进行招标项目的招标人不按照规定组建评标委员会，或者确定、更换评标委员会成员违反《招标投标法》和《招标投标法实施条例》规定的，由有关行政监督部门责令改正，可以处10万元以下的罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；违法确定或者更换的评标委员会成员作出的评审结论无效，依法重新进行评审。

同时，律师应提示招标人不按规定组建评标委员会或者确定更换评标委员会的，存在中标结果被认定为无效的法律风险。

5.2.1.2 招标控制价

律师应注意，国有资金投资的工程建设项目应实行工程量清单招标，招标人应编制招标控制价。招标控制价应在招标时公布，不应上调或下浮，招标人应将招标控制价及有关资料报送工程所在地工程造价管理机构备查。投标人的投标报价高于招标控制价的，其投标应予以拒绝。

5.2.1.3 询标

律师应注意，评标委员会可以用书面形式要求投标人对投标文件中含义不明确的、明显文字或计算错误的内容作必要的澄清或者说明。投标人应当采用书面形式进行澄清或者说明，其澄清或者说明不得超出投标文件的范围或者改变投标文件的实质性内容。

律师为评标委员会起草询标提纲时应注意：不得向投标人提出带有暗示性或诱导性的问题，或向其明确投标文件中的遗漏和错误；律师同时应提示评标委员会不得接受投标人主动提出的澄清、说明。

5.2.1.4 应当否决投标的情形

有下列情形之一的，评标委员会应当否决其投标：

（1）投标文件未经投标单位盖章和单位负责人签字；

（2）投标联合体没有提交共同投标协议；

（3）投标人不符合国家或者招标文件规定的资格条件；

（4）同一投标人提交两个以上不同的投标文件或者投标报价，但招标文件要求提交备选投标的除外；

（5）投标报价低于成本或者高于招标文件设定的最高投标限价；

（6）投标文件没有对招标文件的实质性要求和条件作出响应；

（7）投标人有串通投标、弄虚作假、行贿等违法行为。

5.2.1.5 评标的方法

评标委员会成员应当依照《招标投标法》和《招标投标法实施条例》的规定，按照招标文件规定的评标标准和方法，客观、公正地对投标文件提出评审意见。招标文件没有规定的评标标准和方法，不得作为评标的依据。

评标委员会完成评标后，应当向招标人提交书面评标报告和中标候选人名单。中标候选人应当不超过3个，并标明排序。

评标报告应当由评标委员会全体成员签字。对评标结果有不同意见的评标委员会成员，应当以书面形式说明其不同意见和理由，评标报告应当注明该不同意见。评标委员会成员拒绝在评标报告上签字又不书面说明其不同意见和理由的，视为同意评标结果。

5.2.2 不同类型项目的特殊审查要点

5.2.2.1 项目咨询类评标

建设工程项目咨询类的投标人涵盖勘察、设计、监理、造价咨询等单位；在建设工程相关项目的评标过程中，律师应提示评标委员会对投标人的资质、组织实施能力、商业信誉、抗衡市场风险能力等因素进行综合评审。

5.2.2.2 项目投资评标

项目投资人评标的过程中，律师应提示评标委员会除应关注投标人的资质水平、对项目的管理能力、组织实施能力外，更应注重对投标人的融资能力、抗衡市场风险能力等因素的评审。

5.2.2.3 项目代建评标

项目代建人评标过程中，律师应提示评标委员会更多地注重对投标人项目管理能力包括对资金的管理能力和项目建设实施的管理能力的评审。

5.2.2.4 项目施工评标

在对工程施工单位的评标过程中，律师应提示中标委员会注重对投标人的资质等级、以往的工程业绩、在前几年的经营活动中是否存在重大违法记录项目、经理资质水平、投标人商业信誉等内容进行评审。

5.2.2.5 项目采购评标

在对材料供应商的评标过程中，律师应提示评标委员会对投标人的商业信誉、专业技术能力、对原材料价格涨跌的抗风险能力及是否获得了生产商或相关知识产权人授权、在前三年的经营活动中是否存在重大违法记录等内容的评审。按照《政府采购法》第36条的规定，在招标采购中，出现下列情形之一的，应予废标：

（1）符合专业条件的供应商或者对招标文件作实质响应的供应商不足三家的；

（2）出现影响采购公正的违法、违规行为的；

（3）投标人的报价均超过了采购预算，采购人不能支付的；

（4）因重大变故，采购任务取消的。

第三节中标的合法性审查

5.3.1 中标候选人公示

依法必须进行招标的项目，招标人应当自收到评标报告之日起3日内公示中标候选人，公示期不得少于3日。

5.3.2 中标人的投标应符合的条件

《招标投标法》第41条规定，中标人的投标应当符合下列条件之一：

（1）能够最大限度地满足招标文件中规定的各项综合评价标准；

（2）能够满足招标文件的实质性要求，并且经评审的投标价格最低；但是投标价格低于成本的除外。

同时，律师应审查在具体的招标文件中是否规定合理价中标或最接近标底中标等方式。如存在，应审查中标人是否符合该招标文件的要求。

5.3.3 中标人的确定

国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目，招标人应当确定排名第一的中标候选人为中标人。排名第一的中标候选人放弃中标、因不可抗力不能履行合同、不按照招标文件要求提交履约保证金，或者被查实存在影响中标结果的违法行为等情形，不符合中标条件的，招标人可以按照评标委员会提出的中标候选人名单排序依次确定其他中标候选人为中标人，也可以重新招标。

5.3.4 中标通知书的发出

中标人确定后，招标人应当向中标人发出中标通知书，并同时将中标结果通知所有未中标的投标人。

中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。

5.3.5 中标合同的签署

5.3.5.1 中标合同签署的时间和要求

招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起30日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

5.3.5.2 未按法律法规规定签订中标合同的法律后果

《招标投标法实施条例》第74条规定，中标人无正当理由不与招标人订立合同，在签订合同时向招标人提出附加条件，或者不按照招标文件要求提交履约保证金的，取消其中标资格，投标保证金不予退还。对依法必须进行招标的项目的中标人，由有关行政监督部门责令改正，可以处中标项目金额10‰以下的罚款。

5.3.6 投标保证金的退还与没收

招标人最迟应当在书面合同签订后5日内向中标人和未中标的投标人退还投标保证金及银行同期存款利息。

同时，根据《工程建设项目施工招标投标办法》第40条及第81条的规定，律师应提示招标人有权没收投标保证金的情形包括：

（1）在提交投标文件截止时间后到招标文件规定的投标有效期终止之前，投标人撤回投标文件的。

（2）中标人放弃中标项目，无正当理由不与招标人签订合同，在签订合同时向招标人提出附加条件或者更改合同实质性内容的。

（3）中标人拒不提交所要求的履约保证金的。

5.3.7 履约保证金的提交

招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当按照招标文件的要求提交。履约保证金不得超过中标合同金额的10%。

5.3.8 导致中标无效的情形

律师应注意，违反《招标投标法》的规定，发生下列六种情形的中标无效：

（1）招标代理机构违反《招标投标法》第50条规定，泄露应当保密的与招标投标活动有关的情况和资料的，或者与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益，影响中标结果的；

（2）根据《招标投标法》第52条的规定，依法必须进行招标的项目的招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况，或者泄露标底，影响中标结果的；

（3）根据《招标投标法》第53条的规定，投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的；

（4）根据《招标投标法》第54条的规定，投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假、骗取中标的；

（5）依法必须进行招标的项目，招标人违反《招标投标法》第55条规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判，影响中标结果的；

（6）根据《招标投标法》第57条的规定，招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人的，依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人的。

依法必须进行招标的项目违反法律规定，中标无效的，应当依照《招标投标法》规定的中标条件，从其余投标人中重新确定中标人或者依照《招标投标法》重新进行招标。

5.3.9 可责令改正的招投标行为

律师应注意，根据《招标投标法》的规定，发生下列情形的，有关行政监督部门可以“责令改正”：

（1）违法不招标或规避招标。招标人违反法律规定，对必须招标的项目不招标的，将必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标的，《招标投标法》第49条规定，可以“责令限期改正”。

（2）限制或排斥潜在投标人。招标人以不合理的条件限制或排斥潜在投标人的，对潜在投标人实行歧视待遇的，强制要求投标人组成联合体共同投标的，或者限制投标人之间竞争的，《招标投标法》第51条规定，可以“责令改正”。

（3）不按招投标文件订立合同。招标人与中标人不按照招标文件和中标人的投标文件订立合同的，或者招标人、中标人订立背离招投标文件实质性内容的合同的，《招标投标法》第59条规定，可以“责令改正”。

（4）违法干涉招投标活动。任何单位违反法律规定，限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标的，为招标人指定招标代理机构，强制招标人委托招标代理机构办理招标事宜的，或者以其他方式干涉招标投标活动的，《招标投标法》第62条规定，可以“责令改正”。

5.3.10 应当重新招标的情形

律师要注意，发生下列情形的，应当重新招标：

（1）通过资格预审的申请人少于3个；

（2）投标人少于3个；

（3）依法必须进行招标的项目，招标人编制的资格预审文件、招标文件的内容违反法律、行政法规的强制性规定，违反公开、公平、公正和诚实信用原则，影响资格预审结果或者潜在投标人投标的，招标人应当在修改资格预审文件或者招标文件后重新招标；

（4）依法必须进行招标的项目的所有投标被否决的；

（5）依法必须进行招标的项目的招标投标活动违反《招标投标法》和《招标投标法实施条例》的规定，对中标结果造成实质性影响，且不能采取补救措施予以纠正的，招标、投标、中标无效，应当依法重新招标或者评标。

第六章

出具法律意见书

律师事务所可以接受招标人的委托，指派承办律师就招投标过程的合法性，根据已知的事实及证据，运用法律进行分析和判断，向招标人出具法律意见书。

第一节出具法律意见书应审查的事项

6.1.1 法律意见书应审查的一般事项

出具法律意见书一般应就下列事项的合法性进行审查，并发表审查意见：

6.1.1.1 项目确定的招标方式是否符合法律规定

包括项目是否为必须招标的项目、项目采用公开招投标或者邀请招投标是否合法等。

6.1.1.2 项目是否已具备招标条件

包括招标人是否已依法成立，项目审批手续是否已按规定完成，项目资金或资金来源是否已落实等。

6.1.1.3 招标代理机构是否具备相应资格

从事工程招标代理业务的机构，应当依法取得国务院建设主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府建设主管部门认定的工程招标代理机构资格，并在其资格许可的范围内从事相应的工程招标代理业务。

6.1.1.4 资格审查是否合法进行

如果采用资格预审程序的，应审查资格预审公告是否依法公开发布，资格预审程序是否合法进行，通过资格预审申请人人数是否符合可继续进行下一步招标投标的程序要求等；

若采用资格后审程序的，应审查资格后审程序是否依法进行，投标人是否符合资格后审要求，投标人人数是否符合可继续进行下一步招标投标的程序要求等。

6.1.1.5 招标文件的合法性审查

包括招标文件内容是否完备，招标文件设定的招标、投标、评标程序，评标办法和标准是否符合法律规定，招标公告是否依法公开发布，招标文件的修改是否符合法律规定等。

6.1.1.6 投标的合法性审查

包括投标文件是否按招标文件要求及相关法律规定编制，投标保证金是否按要求提交等。

6.1.1.7 开标的合法性审查

包括开标的时间、地点、程序是否符合法律规定等。

6.1.1.8 评标的合法性审查

包括评标委员会组建是否符合法定程序，评标是否依据招标文件确定的评标标准、方法进行，评标报告是否符合法定要件等。

6.1.1.9 中标的合法性审查

包括招标投标过程是否存在《招标投标法》规定的中标无效的情形、应当重新招标的情形，中标候选人公示是否依法进行等。

律师应根据招标人提供的资料和介绍的情况，就上述事项是否符合相关法律、法规和规章要求、是否存在法律风险、如何防范等出具中标法律意见书。

6.1.2 不同类型项目法律意见书应审查的事项

6.1.2.1 项目咨询类招投标

建设工程项目咨询类招投标涵盖勘察、设计、监理、造价等咨询单位的招标；国家相关部委先后出台《工程建设项目招标范围和规模标准规定》《建筑工程设计招标投标管理办法》《工程建设项目勘察设计招标投标办法》等相关规定，律师应针对具体的招标项目，对照相应规定出具相应的法律意见书。

6.1.2.2 项目投资招投标

鉴于目前尚无专门规范以项目投资人模式进行市政公用事业建设的法律和行政法规，各地根据国务院《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》的规定，在实践该模式时，纷纷出台了规范性的地方性法规和规章；律师在出具相应法律意见书时，应特别注意各地有关的地方性法规和规章的规定。

6.1.2.3 项目代建招投标

《国务院关于投资体制改革的决定》规定，对非经营性政府投资项目加快推行“代建制”，即通过招标等方式，选择专业化的项目管理单位负责建设实施，严格控制项目投资、质量和工期，竣工验收后移交给使用单位。在实践中，各地纷纷出台对政府投资项目实施代建制的暂行规定，律师在出具相应法律意见书时，应特别注意各地相关的地方性法规和规章的规定。

6.1.2.4 项目施工招投标

律师对政府投资项目进行工程施工单位招投标活动出具法律意见书时，应根据国家相关部委先后出台的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》《工程建设项目施工招标投标办法》《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》等相关规定，结合具体的招标项目实际情况，进行分析评述。

6.1.2.5 项目采购招投标

律师对政府投资项目的材料供应商的招投标活动出具法律意见书时，应同时评析相关资料文件、行为是否符合《政府采购法》及《招标投标法》等相关规定。律师应提示采购人在采购活动结束后，整理完整的采购文件，存档保存；采购文件包括采购活动记录、采购预算、招标文件、投标文件、评标标准、评估报告、定标文件、合同文本、验收证明、质疑答复、投诉处理决定及其他有关文件、资料；采购文件的保存期限为从采购结束之日起至少保存15年。

第二节制作法律意见书的参考格式

法律意见书可参考以下格式进行制作：

6.2.1 封面

封面应列明标题和律师事务所名称、标志及联系方式。标题宜居中，写明“关于【】项目的中标法律意见书”。

6.2.2 目录和索引

根据各部分内容编制目录和页码索引，方便查阅。

6.2.3 首部

首部应包括标题、案号、主送对象、引言、释义等内容。

引言宜表述律师事务所、承办律师、委托人及委托事项；以及出具法律意见书的法律、法规及规章、规范性文件依据。

释义宜对法律意见书中出现的相应专用词语界定明确含义。

6.2.4 律师声明

律师声明包括：

（1）列举委托人提交的事实材料或陈述的内容；

（2）经承办律师审查、调查的法律文件和资料；

（3）表述对委托人提交的事实材料或陈述的内容的真实性进行审查的提示及必要的免责陈述；

（4）表述法律意见书的目的、使用范围和法律效力。

6.2.5 正文

正文为法律意见书的主要部分，包括主体的概况；特定事务的基本事实；法律分析和判断；解决方案或建议；需要明确的有关事宜；结论意见等。

6.2.6 尾部

法律意见书尾部需加盖律师事务所印章，由经办律师签字；并签署出具日期。

第三节出具法律意见书应注意的事项

6.3.1 出具法律意见书的一般注意事项

6.3.1.1 出具法律意见书应办理委托手续

律师事务所接受客户委托，指派律师承办出具法律意见书业务，应当按执业规范的规定办理委托手续。

6.3.1.2 出具法律意见书应尊重事实、依照法律

律师事务所向委托人出具法律意见书，应当尊重事实、依照法律、审慎及时。应根据已知的事实及证据，正确运用法律进行分析和判断，向委托人提供书面的法律意见。

6.3.1.3 出具法律意见书应恪守秘密

律师事务所向委托人出具法律意见书，应当严格保守在执业活动中知悉的国家秘密、当事人的商业秘密及个人隐私。

6.3.1.4 出具法律意见书应对委托人提交的事实材料进行必要的审查

律师事务所对委托人提交的事实材料应进行必要的审查，对相关事实可以进行必要的尽职调查。

律师事务所对委托人提交的事实材料仅作形式审查的，在法律意见书中应当明确提示。对于委托人提供的书面资料，应要求委托人作出出具资料真实、以合法途径获得等承诺。

委托人仅作口头陈述而没有提供任何事实材料的，在法律意见书中应当明确提示。在法律意见书中如果列举委托人陈述的内容的，应当由当事人在经办律师面前制作笔录留存或以其他方式进行书面确认。

6.3.1.5 出具法律意见书应对相关事实依据和法律依据进行罗列

对作为发表法律意见的事实依据或法律依据的法律文件、资料以及经调查的证据，应当在法律意见书中罗列，不得遗漏。

6.3.1.6 制作法律意见书应同时制作工作底稿

律师在制作法律意见书的同时，应制作工作底稿。

工作底稿是指律师在制作法律意见书过程中形成的工作记录及在工作中获取的所有文件、会议纪要、谈话记录、法律法规汇总等资料。

6.3.1.7 出具法律意见书应当明确、完整地提示相关法律事务的法律风险

出具法律意见书应当明确、完整地提示相关法律事务的法律风险。提示法律风险应当包括以下内容：

(1) 法律、法规、规章及规范性文件的规定在具体适用上可能出现的法律风险；

(2) 相关法律文件、资料因不完整、不全面、不及时、不正确等方面可能出现的风险；

(3) 可能出现的诉讼风险；

(4) 因承办律师对法律规定理解不全面而出现的风险；有关专家、学者专著所作的解释可能出现的风险；

(5) 因相关税务、审计、会计、技术等方面不属于律师法律意见的范围可能出现的风险；

(6) 其他方面的风险。

6.3.1.8 出具法律意见书语词应简洁明晰

出具法律意见书所用的语词应简洁明晰，一般不得使用“基本符合条件”或“除【】以外，基本符合条件”一类的措辞。对不符合有关法律、法规、规章、规范性文件规定的事项，或已勤勉尽责仍不能对其法律性质或其合法性作出准确判断的事项，律师应发表保留意见，并说明相应的理由。

6.3.1.9 出具法律意见书后相关资料应归档管理

律师事务所出具法律意见书后，相关资料应当依照档案管理的相关规定归档。

第七章

争议的解决

第一节异议投诉

投标人和其他利害关系人认为招标投标活动不符合法律、法规规定的，有权依法向有关行政监督部门投诉。属于《招标投标法实施条例》第22条、第44条、第54条规定事项投诉的，应当先向招标人提出异议。

招标投标活动是指招标、投标、开标、评标、中标以及签订合同等各阶段。

其他利害关系人指投标人以外的，与招标项目或招标活动有直接和间接利益关系的法人、其他组织和个人，如招标人。

7.1.1 向招标人提出的异议事项及处理时限

(1) 潜在投标人或者其他利害关系人在提交资格预审申请文件截止时间两日前对资格预审文件提出的异议；招标人应当自收到异议之日起3日内作出答复；作出答复前，应当暂停招标投标活动。

(2) 潜在投标人或者其他利害关系人在投标截止时间10日前对招标文件提出的异议；招标人应当自收到异议之日起3日内作出答复；作出答复前，应当暂停招标投标活动。

(3) 投标人在开标现场对开标提出的异议；招标人应当当场作出答复，并制作记录。

(4) 投标人或者其他利害关系人在中标候选人公示期间，对依法必须进行招标的项目的评标结果提出的异议；招标人应当自收到异议之日起3日内作出答复；作出答复前，应当暂停招标投标活动。

7.1.2 处理投诉的行政监督部门

7.1.2.1 行政投诉的前置条件

涉及7.1.1中所列的异议事项，投诉人应先向招标人提出异议。招标人未予处理或投诉人对招标人的处理结果仍持异议的，投诉人可向相关行政监督部门提交投诉。

7.1.2.2 处理投诉的行政监督部门

根据《建设工程项目招标投标活动投诉处理办法》第4条的规定，各级发展改革、建设、水利、交通、铁道、民航、信息产业（通信、电子）等招标投标活动行政监督部门，依照《国务院办公厅印发国务院有关部门实施招标投标活动行政监督的职责分工的意见的通知》（国办发〔2000〕34号）和地方各级人民政府规定的职责分工，受理投诉并依法作出处理决定。各级发展改革、工业和信息化、住房城乡建设、交通运输、水利、民航、商务等招标投标活动行政监督部门，受理投诉并依法作出处理决定。对国家重大建设项目（含工业项目）招标投标活动的投诉，由国家发展改革委受理并依法作出处理决定。对国家重大建设项目招标投标活动的投诉，有关行业行政监督部门已经受理的，应当通报国家发展改革委，国家发展改革委不再受理。

《国务院办公厅印发国务院有关部门实施招标投标活动行政监督的职责分工的意见的通知》（国办发〔2000〕34号）第3条中明确，对于招投标过程(包括招标、投标、开标、评标、中标)中泄露保密资料、泄露标底、串通招标、串通投标、歧视排斥投标等违法活动的监督执法，按现行的职责分工，分别由有关行政主管部门负责并受理投标人和其他利害关系人的投诉。按照这一原则，工业(含内贸)、水利、交通、铁道、民航、信息产业等行业和产业项目的招投标活动的监督执法，分别由经贸、水利、交通、铁道、民航、信息产业等行政主管部门负责；各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装项目和市政工程项目的招投标活动的监督执法，由建设行政主管部门负责；进口机电设备采购项目的招投标活动的监督执法，由外经贸行政主管部门负责。

根据《政府采购供应商投诉处理办法》第3条的规定，县级以上各级人民政府财政部门负责依法受理和处理供应商投诉。财政部负责中央预算项目政府采购活动中的供应商投诉事宜。县级以上地方各级人民政府财政部门负责本级预算项目政府采购活动中的供应商投诉事宜。

7.1.3 投诉的时效

投标人或者其他利害关系人认为招标投标活动不符合法律、行政法规规定的，可以自知道或者应当知道之日起10日内向有关行政监督部门投诉（应当先向招标人提出异议的，异议答复期间不计算在该期限内）。超过投诉时效，行政监督部门有权不予受理。

7.1.4 投诉书的形式审查

投诉应当提交投诉书，律师应审查投诉书是否具备下列内容：

（1）投诉人的名称、地址及有效联系方式；

（2）被投诉人的名称、地址及有效联系方式；

（3）明确的请求及主张；

（4）投诉事项的基本事实；

（5）必要的证明材料和有效线索。

投诉人是法人的，投诉书必须由其法定代表人或者授权代表签字并加盖公章；其他组织或者个人投诉的，投诉书必须由其主要负责人或者投诉人本人签字，并附有效身份证明复印件。

投诉书有关材料是外文的，投诉人应当同时提供其中文译本。

7.1.5 对投诉受理的审查

《招标投标法实施案例》第61条第2款规定，行政监督部门应当自收到投诉之日起3个工作日内决定是否受理投诉。

根据《工程建设项目招标投标活动投诉处理办法》第11条的规定，行政监督部门对投诉审查后，视情况作出以下处理决定：

（1）不符合投诉处理条件的，决定不予以受理，并将不予受理的理由书面告知投诉人；

（2）对符合投诉处理条件，但不属于本部门受理的投诉，书面告知投诉人向其他行政监督部门提出投诉；

（3）对于符合投诉处理条件并决定受理的，收到投诉书之日即为正式受理。

7.1.6 投诉不予受理情形

《工程建设项目招标投标活动投诉处理办法》第12条规定，下列情形之一的投诉，行政监督部门不予受理：

（1）投诉人不是所投诉招标投标活动的参与者，或者与投诉项目无任何利害关系；

（2）投诉事项不具体，且未提供有效线索，难以查证的；

（3）投诉书未署具投诉人真实姓名、签字和有效联系方式的；以法人名义投诉的，投诉书未经法定代表人签字并加盖公章的；

（4）超过投诉时效；

（5）已经作出处理决定，并且投诉人没有提出新的证据；

（6）投诉事项已进入行政复议或者行政诉讼程序的。

7.1.7 投诉处理决定

受理投诉的行政监督部门自受理投诉之日起30个工作日内作出书面处理决定；需要检验、检测、鉴定、专家评审的，所需时间不计算在内。

《工程建设项目招标投标活动投诉处理办法》第20条规定，

行政监督部门应当根据调查和取证情况，对投诉事项进行审查，按照下列规定作出处理决定：

（1）投诉缺乏事实根据或者法律依据，驳回投诉；

（2）投诉情况属实，招标投标活动确实存在违法行为的，依据《招标投标法》及其他有关法规、规章作出处罚。

7.1.8 律师在该阶段给招标人提供的法律服务工作

（1）在招标人处理相关投诉时，律师应提供以下法律服务：审查投诉书内容是否符合形式要求、投诉事项是否属于招标人处理事项、投诉是否超过时效、投诉是否存在不予受理的情形等。

（2）在相关行政监督部门向招标人调查招投标相关情况时，律师应告知招标人应配合相关行政监督部门就投诉相关事项的调查，协助招标人整理招投标过程资料，接受行政监督部门关于暂停招投标活动的指令等。

第二节行政复议、行政诉讼、民事诉讼

投诉人和与投诉处理决定有利害关系的人对相关行政监督部门的具体处理决定不服或者行政监督部门逾期未作处理的，可依法申请行政复议。对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼，或者不经行政复议直接向人民法院提起行政诉讼。

同时，对于违反《招标投标法》《招标投标法实施条例》等应承担民事责任的情形，利害关系人也可直接向人民法院提起民事诉讼。

该部分内容在《律师为政府投资项目争议解决阶段提供法律服务操作指引》中已对该章节内容进行详细讲解，本指引在此不再赘述。

第八章

附则

本操作指引是根据国家颁布的现行法律、行政法规、规章、地方性法规及其他相关文件的规定，结合当前律师为政府投资项目提供法律服务的实务操作制定，若国家法律、法规、地方性法规、规章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进行调整。

（本操作指引由中华全国律师协会建设工程与房地产专业委员会负责起草。执笔人：周丽霞、顾群英；审稿人：朱树英、曹珊、李旺荣）

## 律师为政府投资项目建设阶段 提供法律服务操作指引

目录

第一章总则 / 508

第一节制定目的 / 508

第二节本操作指引的业务适用范围 / 508

第三节概念界定 / 508

第四节特别提示 / 509

第二章政府投资项目建设模式 / 509

第一节一般事项 / 509

第二节项目建设模式 / 510

第三章项目建设合同的签订 / 511

第一节合同的类型 / 511

第二节合同的主要内容 / 513

第三节合同各方的主要权利义务 / 520

第四节与合同签订有关的其他事项 / 526

第四章项目建设合同的履行 / 529

第一节项目咨询合同的履行 / 529

第二节项目投资合同的履行 / 532

第三节项目代建合同的履行 / 536

第四节项目建设合同的履行 / 537

第五章争议事项解决 / 542

第一节一般事项 / 542

第二节非诉讼与诉讼方式的选择 / 542

第三节和解与调解 / 542

第四节争议评审 / 543

第五节仲裁和诉讼 / 543

第六章附则 / 543

第一章

总则

第一节制定目的

本操作指引由中华全国律师协会制定，其目的是向律师提供办理政府投资项目法律服务业务操作方面的操作经验。本指引并非强制性或规范性规定，仅供律师在办理政府投资项目法律服务业务时作借鉴参考。

第二节本操作指引的业务适用范围

本指引主要适用于律师从事政府投资项目建设阶段非诉讼法律服务。中华全国律师协会此前已经制定的各类操作指引或与此有共性，建议使用者同时参考适用其他有关联的操作指引，如《律师办理建设工程法律业务操作指引》《律师办理基础设施特许经营法律业务操作指引》等。

第三节概念界定

本操作指引所称政府投资项目，是指使用各类政府投资资金，包括预算内资金、各类专项建设基金、国际金融组织和外国政府贷款的国家主权外债资金建设的项目。党政机关（包括党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、审判机关、检察机关，以及工会、共青团、妇联等人民团体）及财政拨款的事业单位自筹资金建设的项目，视同政府投资项目。

第四节特别提示

项目建设合同履行过程中涉及委托（咨询）事务、投资内容、施工内容的增加和减少，从而引起项目合同内容的变更（狭义变更），该部分内容已体现在项目建设合同履行章节中。

因合同主体及权利义务转移事项引起合同广义变更事项不为项目合同履行过程个性事项，本指引不作重复说明，使用者可参照中华全国律师协会制定的其他操作指引。

项目建设合同解除和终止较为个性的事项，主要体现在建设工程施工合同领域，使用者可参照《律师办理建设工程法律业务操作指引》《律师办理基础设施特许经营法律业务操作指引》等相关内容。

本操作指引所涉及的许多专业性概念与《律师办理建设工程法律业务操作指引》《律师办理基础设施特许经营法律业务操作指引》对有关概念的定义相同，为简化指引结构，使用人对概念的理解请注意参照。

第二章

政府投资项目建设模式

第一节一般事项

政府投资项目通过可行性研究和评估、立项后需要确定项目的实施策略，包括决定项目执行时拟采用的模式，甚至项目完工后的运营模式。决策确定的项目建设模式决定参与项目各方在项目建设阶段的职责和权限、权利、义务和风险分担等事项。项目建设模式确定后，项目建设实施内容即行确定。

律师应注意结合项目所确定的建设模式提供相应的法律服务。律师应注意各建设模式下各参与主体与政府投资项目发起人、项目业主之间的关系以及各参与主体之间的关系。

第二节项目建设模式

2.2.1 设计—招标投标—建造模式（DBB）

该模式为传统的项目建设模式，为政府投资项目建设一般采取的模式。该模式下政府或项目业主先行完成项目前期可行性研究等工作，待项目评估立项后再进行设计、编制施工招标文件，项目业主通过招标选择项目建设承包商，由项目业主与承包商签订工程施工合同，由承包商与分包商和供应商单独订立分包及设备材料的供应合同并组织实施。

2.2.2 设计—建造模式（D/B）

该模式下政府或项目业主委托专业咨询单位完成可行性研究并确定拟建项目的基本要求，项目业主在招标文件中明确项目完整建设内容，通过招标选择设计/施工总承包商。该模式下，承包商对整个工程建设承担大部分责任和风险。

2.2.3 设计—采购—施工交钥匙模式（EPC/Turnkey）

设计—采购—施工交钥匙模式下承包商向项目业主提供包括设计、施工、设备采购、安装和调试直至竣工移交的全套服务（有时还包括融资方案的建议）。设计包括项目业主要求的全部评估、设计等工作，含可行性研究、配套公用工程的设计、辅助工程设施的设计以及建设工程设计。该模式与设计—建造模式类似，但承包商承担了更大的责任和风险。EPC一般为总价包干合同，一般不允许调价，风险主要由承包商承担。

2.2.4 项目管理型建设模式

政府或项目业主通过招标的方式聘请项目管理承包商，对项目的全过程进行集成化管理，项目管理承包商与业主聘请的专业咨询顾问密切合作，对工程进行计划、管理、协调和控制。项目建设过程中，施工承包商一般只与管理承包商签订合同。项目代建制属于典型的项目管理型建设模式。项目管理型承包模式主要包括：项目管理承包（PMC）、项目管理（PM）、建筑工程管理（CM）等模式。

2.2.5 私营化模式

项目融资建设模式为20世纪80年代兴起的主要利用私人资本或由私营企业融资进行政府建设的模式，也称“公共设施及服务私营化模式”。该模式下，参与政府项目建设的私营企业负责或承担大部分项目融资责任，政府提供政策支持，但不直接参与或少量参与项目管理（从可行性研究开始到项目建成、运营、维护）工作。项目融资建设模式下私营部门完成项目建设后根据投资合同约定最终移交项目。私营化模式主要包括：建造—运营—移交（BOT）及其引申（BOOT、BOO、BLT、BT、BTO、DOT、DBO、DBFO、PUO、ROT、ROO、TOT）、私人主导融资（PFI）、公私伙伴关系（PPP）等模式。

第三章

项目建设合同的签订

第一节合同的类型

3.1.1 主要合同概述

政府投资项目建设过程中涉及的合同主要有项目咨询合同、项目投资合同、项目代建合同和项目建设合同等类型。

为便于分类表述，本指引将项目评估论证、勘察、设计、招标代理、造价咨询及工程监理等均归于项目咨询合同类型；将BT、BOT等需政府特许或特殊项目融资类合同归于项目投资合同类型；项目建设合同主要表现为建设工程承发包合同；项目代建为项目建设管理新方式，为委托代理关系，本指引作单独表述。

3.1.2 项目咨询合同

3.1.2.1 委托评估论证合同

委托评估论证合同，是指受托人（咨询中介机构）接受委托人（政府）的委托，对政府拟投资项目的技术先进性、经济合理性、实施可能性和风险性等方面进行全面、科学的技术经济分析，编制项目评估论证报告，由政府支付价款的合同。

3.1.2.2 招标代理合同

招标代理合同，是指政府（政府指定的代建人或其他有关单位）将工程建设项目招标工作委托给具有相应招标代理资质的受托人，实施招标活动签订的委托合同。

3.1.2.3 建设工程勘察、设计合同

3.1.2.3.1 建设工程勘察合同

建设工程勘察合同，是指工程勘察人接受发包人(建设单位或其他有关单位)的委托，根据建设工程的要求，查明、分析、评价建设场地的地质、地理环境特征和岩土工程条件，编制建设工程勘察文件，由发包人支付价款的合同。其他有关单位通常是指代建人或者工程总承包人或者勘察总承包人。

3.1.2.3.2 建设工程设计合同

建设工程设计合同，是指设计人接受发包人(建设单位或其他有关单位)的委托，根据经有关政府部门批准的项目规划和设计等建设工程的要求，对建设工程所需的技术、经济、资源、环境等条件进行综合分析、论证，编制工程设计文件，发包人支付价款的合同。其他有关单位通常是指代建人或者施工人或者工程总承包人或者设计总承包人。

3.1.2.4 工程监理合同

工程监理合同，是指监理人接受发包人(建设单位或其他有关单位)委托并代表其对工程质量、造价、工期、进度、工程款支付等方面进行专业监督、控制并协调施工现场有关各方之间的工作关系，发包人支付报酬的合同。

3.1.3 委托代建合同

委托代建合同，是指代建方接受委托方和使用人的委托，按照委托方和使用人的要求进行项目的代理建设与管理，由委托方支付报酬的合同。

3.1.4 项目投资合同

为有效导入民间资本进入政府投资项目领域，国内已大量引入了建设—转让(BT)、建设—经营—转让(BOT)、建设—拥有—经营(BOO)、建设—拥有—经营—转让(BOOT)等特许及公私合作项目建设模式。

因这些模式主要的功能在于项目融资，本指引将这些建设模式下签订的公共设施及服务项目建设合同统称为项目投资合同。

该类合同的主要合同类型、合同内容、签订注意事项及履约注意事项可参照《律师办理基础设施特许经营法律业务操作指引》。

3.1.5 项目建设合同

项目建设合同主要有施工总承包合同、施工分包合同，施工分包合同还包括专业施工分包合同和劳务分包合同。

3.1.5.1 施工总承包合同

施工总承包合同，是指发包人将建设工程全部施工内容交由施工人完成的合同。上述施工人又称承包人或者施工总承包人。

3.1.5.2 专业施工分包合同

专业施工分包合同，是指根据施工总承包合同的约定或者在获得发包人认可的情况下，施工总承包人将其所施工总承包工程中除主体工程之外的其他部分专业工程发包给具有相应资质的其他施工人完成而签订的合同。上述施工总承包人又称专业施工发包人，上述其他施工人又称专业施工分包人。

劳务分包，是指施工人(包括施工总承包人或者专业施工分包人)作为劳务发包人将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包人完成而签订的合同。

第二节合同的主要内容

3.2.1 委托评估论证合同

委托评估论证合同的内容主要包括：委托人提交项目概况和项目总体要求等基础资料的时限、受托人提交评估论证成果的时限、提交形式、质量要求、评估论证费用和其他费用、双方权利义务、违约责任、争议解决以及其他事项等条款。

律师起草或审查委托评估论证合同一般应注意以下具体内容是否已被明确约定：

（1）委托人提供基础资料的详细内容、份数和时限及受托人返回基础资料的要求、时限。

(2) 受托人提交评估论证成果的详细内容、数量、质量及程序。

(3) 评估论证工作的开工、提交评估论证成果的时限及评估论证成果的提交形式。

(4) 评估论证工作迟延的各方责任。

(5) 评论论证费用和其他费用的金额及其支付方式。

(6) 委托人提供的基础文件资料瑕疵的处理及各方责任。

(7) 委托论证成果瑕疵及其后果的处理及各方责任。

(8) 委托论证成果知识产权归属、委托论证成果的使用。

(9) 保密与保险(如需要)。

(10) 各方违约责任。

(11) 合同终止和解除，包括提前解除的情形及补偿标准。

(12) 通知与送达。

(13) 适用法律及争议解决办法。

(14) 各方要求明确约定的其他事项。

3.2.2 招标代理合同

招标代理合同的主要内容包括：工程概况、合同价款、组成合同的文件、词语定义、双方的一般权利和义务、委托代理报酬与收取、违约、索赔和争议、合同变更、合同生效与终止、其他事项等条款。

律师起草或审查委托招标代理合同一般应注意以下具体内容是否已被明确约定：

（1）委托招标代理工作的具体范围和内容是否在专用条款中明确。

（2）相关工程前期资料（如立项批准手续规划许可、报建证等）提交的时限。

（3）委托代理费用和其他费用的金额及其支付方式。

（4）因委托人未按约定提供保证招标工作顺利完成的条件，致使招标无法进行的责任的承担。

（5）因受托人原因未按约定提供完成招标工作的咨询服务，受托人责任的承担。

（6）受托人违反约定接受投标人的礼品、宴请和任何其他好处或泄露招标资料责任的承担。

3.2.3 工程勘察合同

工程勘察合同的内容主要包括：提交有关基础文件资料和勘察成果的时限、对勘察工作及其成果的质量要求、勘察成果的提交形式、勘察费用和其他费用、双方权利和义务、违约责任、争议解决以及其他事项等条款。

律师起草或审查工程勘察合同一般应注意以下具体内容是否已被明确约定：

(1) 发包人提供基础文件资料的详细内容、份数和时限及勘察人返还文件资料的要求、时限。

(2) 勘察人提交勘察成果的详细内容、数量、质量、质量确认标准及程序。

(3) 勘察工作的开工、提交勘察成果的时限及勘察成果的提交形式。

(4) 勘察工作迟延的各方责任。

(5) 勘察费用和其他费用的金额及其支付方式。

(6) 发包人提供的基础文件资料瑕疵的处理及各方责任。

(7) 勘察工作中发现勘察对象异常或者其他异常时的处理程序及各方责任。

(8) 勘察成果瑕疵及其后果的处理及各方责任。

(9) 勘察成果知识产权归属、勘察成果的使用、勘察人的延续服务及费用承担(如需要)。

(10) 保密与保险(如需要)。

(11) 各方违约责任。

(12) 合同终止和解除，包括提前解除的情形及补偿标准。

(13) 通知与送达。

(14) 适用法律及争议解决办法。

(15) 各方要求明确约定的其他事项。

3.2.4 建设工程设计合同

建设工程设计合同的内容通常包括词语定义、项目概况、委托事项、设计深度、设计阶段、设计成果、设计进度、设计成果的提交形式和份数、人员安排、双方权利与义务、专业责任与保险、设计费及付款方式、辅助服务、附加服务及额外服务、税费负担、设计分包、设计变更与赔偿、设计成果的财产权与知识产权的归属、设计成果的使用、不可抗力、履约担保、违约与赔偿、合同变更及转让、合同期限、合同解除、适用法律及争议解决、通知与送达、保密、各方要求明确约定的其他事项等条款。

律师起草或审查工程设计合同一般应注意以下具体内容是否已被明确约定：

(1) 设计人有根据发包人和政府部门的意见修改并完善设计，直至通过政府部门批准的义务。

(2) 如设计人提供包括施工图设计在内的设计工作，设计人提供施工期间施工现场服务等伴随服务的工作内容。

(3) 由中国设计人和外国设计人(并称中外设计人)合作设计的，工程设计合同应当由合作设计的中国设计人或者中外设计人各方共同与发包人签订。外国设计人与中国设计人应签订明确其各方权利义务的《联合体协议》作为设计合同附件。设计合同应明确设计人各方共同对发包人承担连带责任。

(4) 设计深度与设计范围。

(5) 设计修改、设计变更的界定、程序和责任。

(6) 设计成果知识产权的归属和责任。设计成果知识产权归属和责任的重点在于著作权和专利权的归属及后期设计成果的使用。

(7) 设计人职业责任保险条款(设计缺陷可能造成工程建设的巨大损失，而设计人一般难以独立承担，因此约定设计人投保职业责任保险分散设计责任风险对于大型工程项目设计非常必要)。

(8) 履约担保条款(如需要)。

(9) 保密(如需要)。

(10) 负责、主持、参加设计的设计人员的清单和个人信息作为合同附件(设计成果的水平和质量主要在于设计师)。

(11) 设计合同中止履行或提前解除时，设计人已完成工作量的费用支付及补偿标准的约定。

3.2.5 建设工程施工合同

3.2.5.1 建设工程施工总承包合同

工程合同的内容主要包括：施工总承包词语定义；合同文件解释顺序；工程施工总承包范围；工程施工总承包方式；各方代表及授权范围；各方工作与责任；施工总承包工期、工期顺延、停工与缓建；工程质量、安全文明施工；工程造价、价款的计取和调整条件、方式，决算的程序、期限；工程计量、签证；材料和设备供应责任；工程预付款、进度款的支付及支付条件，结算款的核算、支付方式、时间、条件；工程竣工、验收、备案；工程移交、撤场；工程索赔的程序和处理；违约责任；工程转包与分包；总承包人管理与配合责任；分包人的权利和义务；工程保修、保修金的返还；工程保险、工程担保、履约保函或履约保证金的处理；争议解决以及其他事项。

律师起草或审查工程施工总承包合同一般应注意以下具体内容是否已被明确约定：

(1) 合同文件的解释顺序。律师应提醒委托人，如双方当事人对合同文件的解释顺序有特殊约定的，双方应在《建设工程施工合同》第三部分“专用条款”中明确约定，并优先于《建设工程施工合同》第二部分“通用条款”的约定。

《建设工程施工合同》签订后，双方有关工程的洽商、变更等书面协议或文件，因签订时间在后，系双方就变更《建设工程施工合同》内容达成的新的合意，该洽商、变更等书面协议或文件在符合法律规定的情况下，应最优先解释适用，即使该洽商、变更等书面协议或文件属于《建设工程施工合同》约定的解释顺序在后的文件类别。

(2) 各方代表具体人选及权限，特别是工程师及发包人代表的权限范围。

(3) 合同价款的性质(暂定价或可调价、固定单价或固定总价)；价款的调整条件和方法；价款调整的依据；固定总价时的包干范围和风险包干系数；固定单价时的工程量调整依据、计量方法及适用单价。

(4) 合同工期的定义(合同范围内工程完工工期、总承包工程开工至整体竣工验收的工期)；计划开工日、实际开工日、计划完工日、实际完工日、计划竣工日和实际竣工日的定义、确认程序和时限；工程阶段工期要求；工期顺延的条件和确认程序；工期延误、逾期竣工的违约责任及赔偿范围。

(5) 质量标准、质量争议的处理方式和质量违约责任。

(6) 工程签证的条件、形式、确认程序及作为结算依据的必要条件。

(7) 工程变更、设计修改、方案变更、材料代用、合理化建议的处理程序、责任、费用承担及价款结算。

(8) 阶段性工程技术档案资料的收集整理及提供。

(9) 已完工程的保护、竣工验收(预验收、竣工验收、物业管理公司等有关第三方验收)的性质、程序；竣工资料的内容、份数、提交时限和逾期提交的违约责任；完整竣工资料的标准、竣工验收备案的责任。

(10) 施工总承包人的管理职责、配合义务、总包管理费、配合费的计算方式、支付办法；总包人管理的连带责任。

(11) 竣工结算的前提条件、依据，结算(含施工总承包人单方结算、发包人审核结算、委托社会中介机构审价)的期限、程序和审核费用的承担方式；结算争议的调解机构和调解程序；逾期审核的违约责任等。

(12) 工程移交的条件、标志、程序；逾期移交的违约责任。

(13) 各方投保险种；保险费用的承担方式；保险合同中的保险责任范围、保险金金额、免赔额、保险期限；保险理赔的责任和义务；保险理赔不足、保险拒赔时或者免赔额内的损失承担；投保责任方未予投保时的责任承担。

(14) 各方互为履约担保的内容，发包人支付担保的方式、逾期付款的处理；承包人履约担保的方式、工期质量违约时的处理；分包支付、工资支付担保的形式和处理方式；履约保函或保证金的返还条件、期限。

(15) 索赔文件的内容、形式、索赔程序。

(16) 工程转包的禁止；发包人同意专业工程施工分包的范围；非法转包、违法分包的确认和处理程序；违约责任。

(17) 合同提前终止、解除的条件，确认和处理程序；违约责任。

(18) 合同终止、解除或者符合约定交付工程时的撤场时限、确认程序；违约责任。

(19) 合同提前终止、解除时，已完的工程量、质量的审查确认程序；已采购材料设备的处理、工程资料编制与移交的时限及程序；已完工程与未完工程的技术衔接和已完工程对未完工程质量影响的评价、确认、处理程序；工程款(进度款)结算、支付的前提条件及程序；违约责任。

(20) 工程质量保修范围、保修期、保修金的返还。

(21) 对于装饰装修工程，工程选用材料和工程质量验收中有关环保要求、验收标准及责任承担。

(22) 对于消防、煤气、电力等专业工程的审批、报验手续办理责任的划分及费用分担。

3.2.5.2 专业施工分包合同

专业施工分包合同的内容主要包括：分包词语定义、合同文件解释顺序、工程范围、承包方式；各方授权代表及授权范围；分包工程工期、工期延误的确认、工期顺延的条件和程序；分包工程质量、安全文明施工；分包工程价款的确定、调整方式、结算方式；分包人与总承包人、发包人的关系，各方权利义务；分包工程技术资料交付时间；分包工程材料和设备供应责任；分包工程变更；分包工程价款的支付条件、方式；分包违约责任；分包索赔；分包签证；竣工验收；分包工程的完工、验收；配合总承包工程的验收；分包工程的移交；分包工程质量保修范围、质量保修期、保修金的返还；分包工程担保；再分包、转分包的责任；争议解决以及其他事项。

律师起草或审查专业施工分包合同一般应注意以下具体内容是否已被明确约定：

(1) 分包工程工期的界定、分包工程实际开工和竣工日期的确定方式；分包工程工期顺延的条件和程序；分包工程工期延误违约责任(包括分包工程工期延误但未影响总承包工程关键线路施工工期的违约责任；分包工程工期延误且导致总承包工程工期延误的违约责任)；工期违约金是否需有最高限额的限制；工期违约与保函处罚的关系；分包工程进度计划表的报批审核程序。

(2) 分包工程价款签证的前提——发包人的确认；分包工程工期签证的前提——不影响总承包工程的，总承包人确认即可；影响总承包工程进度的，须发包人确认。

(3) 分包工程价款的确认——发包人审核确认为前提。

(4) 分包工程价款支付程序：发包人支付给总承包人——总承包人支付给分包人。特殊情况下发包人可以直接支付分包工程款，前提是总承包人无正当理由不按期支付分包工程价款，造成总承包工程进度迟延，或总承包人未按期向分包人支付工程价款，造成工程进度迟延或停工的。

(5) 分包人、总包人、发包人三者间对于发包人指令的传递程序、发包人指令对分包人的效力，当总包人与发包人的指令出现不一致时的处理方案。

(6) 分包人对于总包合同的了解，分包人应执行总包合同中总包人承担的与分包工程有关的义务。

(7) 分包工程验收的程序、分包人配合总包人工程验收的义务、分包工程移交的程序、逾期移交的责任；分包工程资料整理移交的义务及责任；分包工程报验手续办理的责任划分及费用承担。

(8) 分包工程担保方式，保函或保证金的处理与返还。

(9) 分包工程保修责任；保修金的返还。

(10) 工程施工总包合同效力与专业施工分包合同效力的相互关系；工程施工总包合同解除时，专业施工分包合同的处理办法和程序。

(11) 分包人再分包、转分包工程的处理办法和程序。

(12) 施工总承包人应履行的管理及配合义务的内容。

(13) 本指引“建设工程施工总承包合同”中非仅适用于施工总承包人及其发包人的其他条款。

3.2.5.3 劳务分包合同

劳务分包合同的内容主要包括：劳务分包工作范围；工作期限；质量标准；劳务报酬的计算及支付方式；材料设备供应；双方权利和义务；违约责任；劳务工作量的核查和接受；争议解决以及其他事项。

律师起草或审查劳务分包合同一般应注意以下具体内容是否已被明确约定：

(1) 与本指引“专业施工分包合同”中基本相同的具体内容。

(2) 劳务报酬是指劳务人工费用、劳务分包人相应的管理费用和税金的总和，不应计取属于专业施工分包内容的工程款。

(3) 劳务人员的意外伤害保险或综合保险。

(4) 拖欠劳务人员工资造成停工、上访的处理办法。

3.2.6 建设工程(勘察、设计、施工)总承包合同

建设工程(勘察、设计、施工)总承包合同的内容主要包括：承包范围、发包人对项目建设的意图和要求、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量(包括勘察质量、设计质量、施工质量)、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、双方权利和义务、合同提前终止和解除的条件、确认和处理程序、违约责任、竣工验收、质量保修范围和质量保修期、争议解决以及其他事项。

律师起草或审查工程(勘察、设计、施工)总承包合同一般应注意以下具体内容是否已被明确约定：

(1) 与本指引“建设工程施工总承包合同”中基本相同的具体内容。

(2) 发包人对项目建设的意图和要求。

(3) 工程总承包人在勘察、设计、施工阶段应承担的义务，以及在每个阶段工作完成后发包人验收确认的程序及下一阶段工作开展的条件。

(4) 发包人同意工程总承包人进行分包的工作内容及责任承担。

3.2.7 工程监理合同

工程监理合同的内容主要包括：监理的范围和内容、监理人的权限范围、监理期限、双方的权利和义务、监理费的计取标准和支付方式、合同提前终止和解除的条件、确认和处理程序、违约责任、争议解决以及双方认为需要约定的其他事项。

律师起草或审查工程监理合同，一般应注意以下具体内容是否已被明确约定：

(1) 监理人履行合同的总监理工程师人选、具体工作人员以及对他们驻场工作的时间要求。

(2) 监理人权限范围；监理人的指令(如涉及工期延长、费用增加)是否需要委托人(即工程监理合同的发包人)事先同意。

(3) 监理工作的期限；监理期限与监理报酬的关系。

(4) 监理报酬的计算及支付方式。

(5) 监理人对于监理工作中所形成的技术资料的提交义务。

(6) 商业秘密保密条款。

(7) 工程质量发生问题时监理的责任。

(8) 监理人承担违约和／或侵权责任的赔偿范围和赔偿数额的计算方式等。

(9) 工程延期监理费用调整计算方式和调整程序。

3.2.8 委托代建合同

委托代建合同的主要内容包括：项目概况、代建方式和代建工作范围与内容、代建项目管理目标、代建管理费、履约保证、合同文件组成、词语定义、合同各方的权利义务、回避制度、合同生效和变更与终止、竣工与验收、项目的移交、争议、索赔和免责等条款。

律师起草或审查委托代建合同一般应注意以下具体内容是否已被明确约定：

（1）代建工作范围与内容及代建项目管理目标。

（2）代建服务费的数额及支付办法。

（3）履约保证金的形式及退还。

（4）合同文件的解释顺序。律师应提醒委托人，如双方当事人对合同文件的解释顺序有特殊约定的，双方应在《委托代建合同》第三部分“专用条款”中明确约定，并优先于《委托代建合同》第二部分“通用条款”的约定。

（5）委托人负责协调代建方、使用方与代建项目有关的各政府行政主管部门的关系。

（6）竣工验收和移交的程序。

（7）委托人协调财政部门向代建方核拨建设资金和代建项目服务费的责任。

（8）代建方按批准的建设规模、建设内容和建设标准组织项目实施，严格控制项目投资，确保工程质量，按期交付使用的责任。

（9）代建方与第三方签订的合同的备案管理。

（10）对代建方的奖励与惩罚条款。

第三节合同各方的主要权利义务

3.3.1 委托评估论证合同

3.3.1.1 委托评估论证合同中委托人（政府）的主要合同权利与义务：

（1）按照合同约定提供项目概况和项目总体要求等基础资料。

（2）按照合同约定支付评论论证咨询费。

（3）为项目评估论证提供协助。

（4）按照合同约定接收评估论证成果，享有依照合同约定利用评估论证成果的权利。

3.3.1.2 委托评估论证合同中受托人（中介咨询机构）的主要合同权利与义务：

（1）按照合同约定完成评估论证工作，并提交工作成果。

（2）保证工作成果的科学性和合理性。

（3）请求支付评估论证咨询费。

3.3.2 招标代理合同

3.3.2.1 招标代理合同中委托人（政府或代建人）的主要合同权利与义务：

（1）向受托人提供工程招标代理业务应具备的相关工程前期资料（如立项批准手续规划许可、报建证等）及资金落实情况资料。

（2）向受托人提供完成工程招标代理业务所需的全部技术资料和图纸，需要交底的须向受托人详细交底，并对提供资料的真实性、完整性、准确性负责。

（3）向受托人提供保证招标工作顺利完成的条件，提供的条件在合同专用条款内约定。

（4）指定专人与受托人联系，指定人员的姓名、职务、职称在合同专用条款内约定。

（5）根据需要，做好与第三方的协调工作。

（6）按合同专用条款的约定支付代理报酬。

（7）依法应尽的其他义务，双方在合同专用条款内约定。

（8）按合同约定，接收招标代理成果。

（9）向受托人询问合同工程招标工作进展情况和相关内容或提出不违反法律、行政法规的建议。

（10）审查受托人为合同工程编制的各种文件，并提出修正意见。

（11）要求受托人提交招标代理业务工作报告。

（12）与受托人协商，建议更换其不称职的招标代理从业人员。

（13）依法选择中标人。

（14）合同履行期间，由于受托人不履行合同约定的内容，给委托人造成损失或影响招标工作正常进行的，委托人有权终止合同，并依法向受托人追索经济赔偿，直至追究法律责任。

（15）依法享有的其他权利，双方在合同专用条款内约定。

3.3.2.2 招标代理合同中受托人的主要合同权利与义务：

（1）依法按照公开、公平、公正和诚实信用原则，组织招标工作，维护各方的合法权益。

（2）应用专业技术与技能为委托人提供完成招标工作相关的咨询服务。

（3）向委托人宣传有关工程招标的法律、行政法规和规章，解释合理的招标程序，以便得到委托人的支持和配合。

（4）依法应尽的其他义务，双方在合同专用条款内约定。

（5）按合同约定收取委托代理报酬。

（6）对招标过程中应由委托人作出的决定，受托人有权提出建议。

（7）当委托人提供的资料不足或不明确时，有权要求委托人补足资料或作出明确的答复。

（8）拒绝委托人提出的违反法律、行政法规的要求，并向委托人作出解释。

（9）有权参加委托人组织的涉及招标工作的所有会议和活动。

（10）对于为合同工程编制的所有文件拥有知识产权，委托人仅有使用或复制的权利。

（11）依法享有的其他权利，双方在合同专用条款内约定。

3.3.3 工程勘察、设计合同

3.3.3.1 工程勘察、设计合同中发包人的主要权利与义务：

(1) 对其提供的技术要求和资料应负瑕疵担保责任。因发包人的原因造成勘察人、设计人不能完成工作或工作量增加的，按其实际消耗的工作时间增付费用。

(2) 为承包人提供必要的协助条件。

(3) 向承包人支付勘察费、设计费。

(4) 确认和维护勘察设计成果，享有依照合同约定和符合订立合同目的的利用勘察设计成果的权利。

3.3.3.2 勘察人的主要合同权利与义务：

(1) 按照合同约定按期完成勘察工作，并向发包人提交符合合同约定的工作成果。

(2) 对勘察成果承担瑕疵担保责任，因其原因造成发包人损失的，承包人应当继续完善勘察，减收或者免收勘察费并赔偿损失。

(3) 对勘察成果享有合同约定的和／或法律规定的权利。

(4) 提供勘察工作的延续服务。

(5) 向发包人收取合同约定的费用和／或报酬。

(6) 对合同约定的发包人基础资料和勘察人提交的勘察成果承担保守商业秘密和技术秘密的责任。

3.3.3.3 设计人的主要合同权利与义务：

(1) 按照合同约定按期完成设计工作，并向发包人提交合同约定的设计成果。

(2) 对设计成果承担瑕疵担保责任，因其原因造成发包人损失的，承包人应当继续完善设计，减收或者免收设计费并赔偿损失。

(3) 对设计成果享有合同约定的和／或法律规定的权利。

(4) 提供设计工作的现场服务、施工期间的施工现场服务等伴随服务。

(5) 向发包人收取合同约定的费用和／或报酬。

(6) 对合同约定的发包人基础资料和勘察人提交的勘察成果承担保守商业秘密和技术秘密的责任。

3.3.4 建设工程施工合同

3.3.4.1 工程施工合同中发包人的主要合同权利与义务：

(1) 做好施工前的准备工作，提供符合施工条件的场地及办理各种证照，提供临时设施和材料堆场。

(2) 按约定向承包人提供各种材料和设备并对材料设备的质量负责。

(3) 及时处置工程中的有关问题，办理工程(或劳务工作)签证。

(4) 对已完工程量(或劳务工作量)进行审核，随时对工程(或劳务工作)进度、质量进行检查，要求承包人返工或修补。

(5) 组织工程竣工验收，提出修改意见。

(6) 工程竣工(或劳务工作量完工)结算。

(7) 接受合格工程(或劳务工作量)并支付工程价款(或劳务报酬)。

3.3.4.2 施工人的主要合同权利与义务：

(1) 做好开工前的准备工作，按时开工，确保工程(或劳务工作)质量。

(2) 接受发包人的指令，接受发包人对工程(或劳务工作)进度和质量的检查和监督，根据发包人的意见进行返工、修补。

(3) 提供材料设备并对材料设备的质量负责，对材料设备承担保管责任。

(4) 按约定质量及工期完成工程(或劳务工作)并配合竣工验收。

(5) 提交完整的且符合合同约定的竣工资料和结算报告(或劳务工作量完工报告)，配合竣工结算。

(6) 交付符合合同约定质量标准的工程(或劳务工作量)并收取工程价款(或劳务报酬)。

(7) 在质量保修期内承担保修责任，并对地基基础和主体结构工程在设计文件规定的工程的合理使用年限内承担保修责任。

3.3.5 工程监理合同

3.3.5.1 工程施工合同中发包人（即委托人）的主要权利与义务：

(1) 按约支付监理报酬。

(2) 协调外部关系，并为监理人开展监理工作提供工作便利。

(3) 提供工程资料。

(4) 监督监理人工作，接受监理成果。

(5) 授予监理人相应的工作职责和权利。

(6) 对监理人提出的有关工作报告及时作出回复。

3.3.5.2 监理人的主要合同权利与义务：

(1) 督促施工人按工期、安全标准和质量标准完工。

(2) 对工程施工期间的技术问题、施工队伍的选择、工程变更等事项的建议权及在发包人授权范围内的事项决定权。

(3) 参与施工过程的质量、进度和费用控制，参与竣工验收，签署监理意见。

(4) 提交监理期间的技术资料。

(5) 公正监理，维护发包人(委托人)的合同利益。

(6) 保守发包人、施工人的商业秘密和技术秘密。

(7) 按约向发包人收取监理酬金和其他费用。

3.3.6 委托代建合同

3.3.6.1 委托代建合同中委托人的权利与义务：

（1）负责协调代建方、使用方及与代建项目有关的各政府行政主管部门的关系。

（2）在项目建成且各专项验收合格，并通过决算审批后组织代建项目的竣工验收和移交。

（3）按专用合同条款约定协调财政部门向代建方核拨建设资金和代建项目服务费。

（4）在专用合同条款约定的时间内就代建方书面提交并要求作出决定的事宜给予书面答复。

（5）依法依规监督代建项目全过程的组织实施。

（6）依法依规对因技术、水文、地质等原因造成的设计变更进行确认。

（7）依法依规参与招标代理机构的选择，并参与研究并确认代建方依法组织的设计、施工、材料和设备供应及安装等招标方案、招标文件、评标办法、拟签合同。

（8）有权要求代建方赔偿因擅自变更建设内容，扩大建设规模、提高建设标准，致使工期延长、投资增加或工程质量不合格所造成的损失。

（9）委托方有权要求代建方更换不称职的工作人员。

3.3.6.2 委托代建合同中代建方的权利与义务：

（1）履行合同义务期间，应遵守国家有关法律、法规，维护委托方和使用方的合法权益。

（2）按照投标文件的承诺，组建能够满足项目代建管理服务需要的项目管理部，指定具有相应资格和工作经验的项目负责人，切实履行代建合同约定的代建工作范围和内容，完成代建工作，并按专用合同条款约定向委托方、使用方报告代建工作进展情况。项目负责人一经确定，至代建项目竣工移交使用方前不得更换。

（3）按批准的建设规模、建设内容和建设标准组织项目实施，严格控制项目投资，确保工程质量，按期交付使用。代建人不得在实施过程中利用洽商或者补签其他协议随意变更建设规模、建设标准、建设内容和投资额。因技术、水文、地质等原因必须进行设计变更的，应由设计单位填写设计变更单，并经监理单位、施工单位、使用方签署意见后，由代建方报委托方核准。

（4）按有关规定选择专业工作单位以及设备、材料供应商，并接受委托方和使用方监督。与之签订的有关合同、协议应报委托方和使用方备案。

（5）根据项目进度需要，向委托方提出投资计划申请。

（6）严格执行国家有关基本建设财务管理制度，并接受委托方和使用方监督。

（7）根据工程实施情况确需动用预备费时，需征得使用方同意，并书面报委托方审核批准后方可动用。

（8）对工程质量、安全生产和文明施工等进行管理，组织各单项工程的质量验收。在项目建成后，组织消防、环保等专项验收，编制竣工决算并按规定报批。协助委托方组织竣工验收，并将验收合格的项目在规定时间内向使用方办理移交手续。

（9）在项目移交前，签订保修服务协议。

（10）根据使用方提出的项目运行管理方案，配合使用方组织运行管理人员培训。

（11）建立完整的项目建设档案，在代建项目完成后将工程档案、财务档案及相关资料向使用方和有关部门移交。未征得有关方面同意，不得泄露与本项目有关的保密资料。

（12）根据委托方和使用方的授权以及有关法律、法规的规定，享有项目建设的组织、管理及协调权。

（13）有权取得代建报酬。

（14）有权因其他方原因造成的损失提出索赔，如果该索赔要求未能成立，则索赔提出方应补偿由该索赔给他方造成的各种费用支出和损失。

3.3.6.3 委托代建合同中使用方的权利与义务：

(1) 为代建工作提供必要条件。

（2）负责政府差额拨款投资项目中自筹资金的筹措，并按专用合同条款约定确保资金及时拨付到位，承担因资金不能及时拨付而延误工期造成误工费用的索赔责任。

（3）按代建方的要求，在规定期限内对项目的相关技术文件进行会签和报批。

（4）参与项目初步设计等其他设计方案的审查工作，参与代建项目专业工作单位的选择。

（5）对代建项目的工程质量和施工进度进行监督，配合完成工程验收，按有关规定办理项目接收手续。

（6）提出项目运行管理方案，在代建方配合下组织运行管理人员培训。

（7）配合参与竣工验收。按有关规定办理项目接收手续和将使用过程中出现的质量问题及时通知代建方。

（8）依法依规对代建工作全过程进行监督，对各种违规行为以及不符合初步设计批复对项目功能要求的各种问题要求代建方予以纠正。重大问题应及时向委托方反映。

（9）有权对代建方提出的工程变更内容提出意见，对变更内容签字确认。

（10）依法依规监督代建项目的工程质量和施工进度，参与设计审查、招投标和工程验收。

第四节与合同签订有关的其他事项

3.4.1 合同主体适格性

3.4.1.1 政府投资项目建设合同主体的共性特点

政府投资项目建设活动为建筑活动，受《中华人民共和国建筑法》的约束，《中华人民共和国建筑法》规定有严格的从业许可、资质审批制度，律师在审查项目建设合同主体适格性时，应注意以下一些共性的审查要点：

（1）合同主体有无法人资格或者是否是依法成立的其他组织，属于独立的民事主体。

(2) 是否有权签订建设工程合同或已得到合法授权。

(3) 是否满足一定的资质要求。资质，是依据企业的注册资本、净资产额、专业技术人员和已完成开发或建设的工程等因素对企业的综合评定。建筑企业应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。

3.4.1.2 注意事项

律师应当提醒建筑施工企业以下行为属于违法行为：

（1）超越资质等级许可的范围承担工程业务。

（2）没有资质而借用有资质企业的名义承担工程业务，或者允许其他单位或者个人以本企业的名义承担工程业务。

其他注意事项参照《律师办理建设工程法律业务操作指引》相应内容。

3.4.2 合同当事人的代理人的适格性

适格的合同当事人的代理人应该取得合同当事人的明确授权，代理人只能在合同当事人的授权范围内代表合同当事人行使合同权利及履行合同义务。虽然法律规定的合同当事人的代理人可以是法人、自然人或其他组织，但在建设工程实务中，实际履行合同的当事人通常为自然人(如发包人项目经理或承包人项目经理、监理工程师)。

无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务的，视为对合同的追认。

3.4.3 合同形式

按照《中华人民共和国合同法》的规定，勘察、设计、施工、监理合同的订立应当采用书面形式。未订立书面合同，如果一方已经履行了主要义务，对方接受的，该合同也成立；或者当事人未以书面形式或者口头形式订立合同，但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的，也认定是双方以其他形式订立的合同。

3.4.4 合同是否成立的司法认定

当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

3.4.5 合同签订地的司法认定

采用书面形式订立合同，合同约定的签订地与实际签字或者盖章地点不符的，人民法院应当认定约定的签订地为合同签订地；合同没有约定签订地，双方当事人签字或者盖章不在同一地点的，人民法院应当认定最后签字或者盖章的地点为合同签订地。

3.4.6 示范合同与格式条款

3.4.6.1 示范合同

示范合同是国家建设主管部门、国际工程师协会或者其他具有行业广泛影响的国际行业组织，为了指导当事人订立建设工程合同、规范合同内容而制定的参考文本。当事人可以选择使用，也可以不选择使用而根据实际情况另行拟定合同文本。

目前建设工程领域，建设部、工商总局推荐使用的示范合同有：

(1) 《建设工程勘察合同（示范文本）》(一)(GF-2000-0203)［岩土工程勘察、水文地质勘察(含凿井)工程测量、工程物探］、《建设工程勘察合同（示范文本）》(二)(GF-2000-0204)［岩土工程设计、治理、监测］。

(2) 《建设工程设计合同（示范文本）》(一)(GF-2000-0209)(民用建设工程设计合同)、《建设工程设计合同（示范文本）》(二)(GF-2000-0210)(专业建设工程设计合同)。

(3) 《建设工程施工合同（示范文本）》(GF-2013-0201)、《建设工程施工专业分包合同（示范文本）》(GF.2003-0213)、《建设工程施工劳务分包合同（示范文本）》(GF-2003-0214)。

(4) 《建设工程委托监理合同(示范文本)》。

示范合同是国家建设部和工商总局为了平衡各方当事人的权利义务而制定的供各方选择性采用的示范合同文本，除通用条款外，合同当事人可以对协议书及专用条款的内容进行协商、修改，最终确认合同条款。律师应提醒发包人是否需对《建设工程施工合同》中如下约定进行调整：

(1) 合同文件的解释顺序；

(2) 逾期未答复、确认视为认可的约定。

另外，对《建设工程施工合同》中未予约定或未予明确的事项，如工地考察、延长工期的因素、工期的顺延条件、工程例会与会议纪要、材料及设备采购、施工及工程保护、工程的变更、竣工验收、结算、工程档案、违约责任等以《建设工程施工合同补充协议》的方式予以约定。

3.4.6.2 格式条款

《中华人民共和国合同法》第39条第2款规定：“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。”因此格式合同必须是事先一方当事人拟定的，并在订立时未与合同相对方协商确定的合同。而示范合同不是由合同当事人一方拟定的，而是国家建设部和工商总局为了平衡各方当事人的权利义务而制定的供各方选择性采用的示范合同文本，并且示范文本的条款并不都是事先拟定好的，除了通用条款外，协议书及专用条款的内容还需要合同签订双方协商确定。由此可见，示范文本并不符合《中华人民共和国合同法》对格式条款的规定，其中的条款不能被认定为格式条款。

但若使用了格式条款，则须注意：提供格式条款的一方对格式条款中免除或者限制其责任的内容，在合同订立时应采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识，并按照对方的要求对该格式条款予以说明，否则该条款有可能被依法撤销或被认定无效。

第四章

项目建设合同的履行

第一节项目咨询合同的履行

4.1.1 项目委托评估论证合同

项目委托评估论证服务于政府投资建设项目决策，主要有规划咨询、项目建议书、项目可行性研究及项目评估咨询等事项。

4.1.1.1 成果审查

项目决策既要听取专家咨询意见，也要听取项目利益相关者的意见，以审查咨询成果的科学性，最终保证项目顺利实施。

律师可提醒项目发起人，可采取社会公示、决策听证等形式，对项目委托评估论证成果进行审查，在编制计划、规划之前以及项目审批过程中，将政府投资通过媒体向社会公布，动员社会各界参与研究。

4.1.1.2 反馈和索赔

律师应提醒项目发起人，应将决策过程中采集、收集和取得的与项目有关的信息反馈给咨询单位，项目条件变化的还应及时组织项目必要性及可行性的再评估。

律师可提醒项目发起人，工程咨询单位未能基于合理的技能和谨慎而出具咨询意见将构成违约，项目发起人有权提出索赔。

4.1.2 勘察、设计合同

4.1.2.1 基本要求

编制建设工程勘察文件应当真实、准确，满足建设工程规划、选址、设计、岩土治理和施工的需要。编制方案设计文件，应当满足编制初步设计文件和控制概算的需要。编制初步设计文件，应当满足编制施工招标文件、主要设备材料订货和编制施工图设计文件的需要。编制施工图设计文件，应当满足设备材料采购、非标准设备制作和施工的需要，并注明建设工程的合理使用年限。

4.1.2.2 文件修改

建设单位、施工单位、监理单位不得修改建设工程勘察、设计文件；确需修改建设工程勘察、设计文件的，应当由原建设工程勘察、设计单位修改。经原建设工程勘察、设计单位书面同意，建设单位也可以委托其他具有相应资质的建设工程勘察、设计单位修改。修改单位对修改的勘察、设计文件承担相应责任。

施工单位、监理单位发现建设工程勘察、设计文件不符合工程建设强制性标准、合同约定的质量要求的，应当报告建设单位，建设单位有权要求建设工程勘察、设计单位对建设工程勘察、设计文件进行补充、修改。建设工程勘察、设计文件内容需要作重大修改的，建设单位应当报经原审批机关批准后，方可修改。

4.1.2.3 施工图审查

国家实行施工图设计文件（含勘察文件）审查制度，建设单位在收到施工图设计文件后应及时报建设主管部门认定的施工图审查机构进行审查；施工图设计文件未经审查批准的，不得使用。建设单位不得明示或暗示设计单位违反工程建设强制性标准，降低建设工程质量。

4.1.2.4 文件会审

建设工程勘察、设计单位应当在建设工程施工前，向施工单位和监理单位说明建设工程勘察、设计意图，解释建设工程勘察、设计文件。建设工程勘察、设计单位应当及时解决施工中出现的勘察、设计问题。设计单位应当参与建设工程质量事故分析，并对因设计造成的质量事故，提出相应的技术处理方案。

4.1.2.5 勘察、设计责任

勘察、设计单位必须按照工程建设强制性标准进行勘察、设计，并对其勘察、设计的质量负责。注册建筑师、注册结构工程师等注册执业人员应当在设计文件上签字，对设计文件负责。勘察、设计单位有下列行为造成建设单位损失的，依法应承担赔偿责任：

（1）勘察、设计单位未按照工程建设强制性标准进行勘察、设计的。

（2）设计单位未根据勘察成果文件进行工程设计的。

（3）设计单位指定建筑材料、建筑构配件的生产厂、供应商的。

4.1.3 造价咨询合同

4.1.3.1 一般规定

项目建设单位在项目建设过程中可根据需要采购阶段性造价咨询服务，也可采购全过程造价咨询服务。项目建设单位采购的造价咨询服务应与项目决策要求深度及项目建设合同履约要求相一致。项目建设合同确定以政府审计结果确定项目造价的，建设单位应及时将工程结算资料提交审计部门或指定的审计单位。

4.1.3.2 成果审查

中国建设工程造价管理协会就工程造价咨询成果文件编审制定了《建设项目投资估算编审规程》（CECA/GC 1-2007）、《建设项目设计概算编审规程》（CECA/GC 2-2007）、《建设项目工程结算编审规程》（CECA/GC 3-2010）、《建设项目全过程造价咨询规程》（CECA/GC 4-2009）、《建设项目施工图预算编审规程》（CECA/GC 5-2010）、《建设工程招标控制价编审规程》（CECA/GC 6-2011）、《建设工程造价咨询成果文件质量标准》（CECA/GC7-2012）等规程和标准。造价咨询单位提供服务及服务的质量应符合上述规程和标准要求，否则构成违约，项目建设单位有权减付咨询费用并要求赔偿或支付违约金。

4.1.4 工程监理合同

4.1.4.1 监理范围

工程监理单位项目监理工作范围主要有以下几个方面：

（1）配备合格监理人员，监督承包商按照设计图纸和施工规范进行施工。

（2）审查承包商的施工组织设计和技术方案，向承包商提出建议。

（3）对工程设计中发现的技术问题，自主向设计单位提出改进建议。

（4）监督工程质量，对工程使用的材料和施工质量进行监督检验。对不符合设计要求和国家质量标准的建筑材料、构配件和设备，立即通知承包商停止使用或安装。对于不符合规范和质量工序、分项分部工程，以及不安全的施工企业，要通知承包商整改和返工。

（5）发布开工令、停工令和复工令；监督工程进度，按照工程计划进度，进行监督检查。对实际工程进度提前和拖延进行确认，必要时提出改进的措施建议。

（6）协助控制工程款的支付，按照合同和实际工程进度对结算工程款进行审查和确认。

（7）必要时主持召开建设有关方工作协调会议。

（8）监督设备制造和供货（如委托时）。按客户与供货商签订的合同，派人监督检查设备制造情况，必要时提出保证设备制造质量和进度的建议。

（9）定期提交工程进度、工程质量和财务开支情况分析及对策建议报告。

（10）对客户与第三方发生的争端，独立、公正地进行调解。

项目建设过程中，建设单位变更监理内容和范围的，工程监理费用应相应调整；工程非因监理单位原因延误的，双方可协商监理延期费用。

4.1.4.2 监督检查

律师应提醒建设单位，工程监理的核心在于工程质量监理，工程监理单位应当依据法律、法规以及有关技术标准、设计文件和建设工程承包合同，对施工质量实施监理。工程监理单位应当选派具备相应资格的总监理工程师和监理工程师进驻施工现场。监理工程师应当按照工程监理规范的要求，采取旁站、巡视和平行检验等形式，对建设工程实施监理。

监理合同履行过程中，建设单位可采取抽查监理日志、主要监理人员到岗情况、主要施工材料质量、隐蔽工程等分部分项工程质量等方式检查监理质量。工程监理单位不按照委托监理合同的约定履行监理业务，对应当监督检查的项目不检查或者不按规定检查，给建设单位造成损失的，应当承担相应的赔偿责任。

第二节项目投资合同的履行

4.2.1 项目公司的设立

4.2.1.1 一般规定

根据项目投资合同（各类投融资合同、特许经营权协议等的总称），项目投资人为履行其义务，或将设立专门负责建设、经营项目的公司。项目公司的成立不改变融资人对项目业主承担的义务。

律师应提示项目业主（或发起人），项目公司的设立应符合投资合同的约定；国家对不同类型项目的注册资本占总投资的比例有所规定的，项目公司的注册资本应满足此类要求。律师应提示项目业主（或发起人）要求项目投资人和项目公司应共同作出承诺对项目投资合同项下的全部义务的履行承担连带责任。

4.2.1.2 项目公司设立要求

对于项目公司的设立，至少应保证符合以下条件，律师对此应予以提示或参与监督：

（1）要求项目公司必须设立在特许经营项目所在地。

（2）项目投资人应在项目公司占全部股份或至少处于控股地位。

（3）未经项目业主（或发起人）同意，项目公司不得进行股东变更。

（4）未经项目业主（或发起人）同意，项目公司不得擅自处分自身资产，包括但不限于抵押、质押、转让、出租、出借等。

（5）未经项目业主（或发起人）同意，项目公司不得提前终止经营期限等。

4.2.1.3 项目投资人与项目公司的关系

虽设立项目公司，项目由项目公司负责建设、经营，但项目投资人仍应负责：

（1）落实建设资金，并按工程进度及时足额拨付资金。

（2）监督项目公司对项目的组织实施。

（3）对工程质量实行终身负责制。

（4）履行项目投资合同中约定的其他义务。

4.2.1.4 项目公司的责任

项目公司应负责包括但不限于以下事项：

（1）以招标方式择优确定项目施工单位，并与项目施工单位签订施工合同。

（2）承担自施工招标至竣工验收期间法定建设单位所应承担的权利和义务。

（3）向项目业主（或发起人）和项目融资人准确提供工程建设全部情况。

（4）履行项目投资人与项目业主（或发起人）在合同中约定的其他义务。

4.2.2 项目土地的移交

4.2.2.1 项目业主（或发起人）应按照项目投资合同约定以合法方式向项目投资人提供项目用地，确保项目公司在特许经营期内为项目用地的权利人并独占性地使用土地。

4.2.2.2 土地移交时，律师应提示双方签署土地移交手续，明确土地移交时是否已满足独占使用条件。

4.2.3 项目特许授予

项目业主（或发起人）应当根据项目投资合同的约定，授予项目投资人或项目公司特许权利。

4.2.4 项目工程建设的监督

4.2.4.1 对项目融资的监督

律师应帮助项目业主（或发起人）监督审查项目公司或项目投资人是否根据项目投资合同的规定进行融资，要求其提供全部且完整的项目融资文件以供审查。

律师对项目融资的审查主要包括以下内容，确保项目融资合同不违反项目投资合同约定，不损害项目业主（或发起人）的权益：

（1）融资金额。

（2）利率和还本付息计划。

（3）对借款人的账户监管措施。

（4）陈述和保证——关于借款人的合法存续情况和还款能力，有关文件的授权签署，所有项目文件的真实性、准确性。

（5）借款人实施项目的责任——遵守法律、法规和国家标准的规定，按照项目核准(批准)文件要求进行建设和运营。

（6）限制性条款——借款用途限制，对项目投资人变更的限制，对分红和资产处理的限制。

（7）违约事件，监督、检查违约行为的权力；对项目的接管；加速还款；实现担保权。

（8）是否对项目土地、建筑物和其他固定资产设定抵押；或是否对项目动产、应收账款(包括项目收费权)及账户权益设定质押；或项目投资人拥有的项目公司股权的质押等。

律师应提醒项目业主（或发起人）监督项目融资的资金到位、发放及使用情况，确保融资按约用于项目建设。若发现有违规情况，及时告知贷款人及项目业主（或发起人），并要求及时采取有效制约或补救措施，以确保项目顺利实施。

4.2.4.2 项目报建手续的协助办理

若有必要，律师应帮助项目业主（或发起人）协助项目公司办理相关项目报批报建手续。

4.2.4.3 设计方案的审定和批准

律师应提示项目业主（或发起人）：

（1）参与工程各阶段设计文件的审查。

（2）审定重大设计变更。凡涉及项目规模、功能、标准的设计变更，要求项目公司必须报经项目业主（或发起人）同意，对于重大设计变更还须履行规定的审批程序。

4.2.4.4 建设工程的质量及进度监督

律师应提示或帮助项目业主（或发起人）对项目建设质量及进度进行监督：

（1）参与工程重大施工技术方案的会审。

（2）参与单位工程及项目的交、竣工验收。

（3）参与工程安全、质量事故的调查、处理和监督整改。

（4）监督工程建设的安全与质量，检查施工现场及相关技术资料的规范性。

（5）监督工程建设进度，审定重大进度计划的调整。

（6）监督对本工程建设有重大影响的其他事项。

4.2.4.5 对产品和服务采购的监督

律师应提示或帮助项目业主（或发起人）对项目公司产品和服务的采购进行监督。主要包括但不限于以下工作：参与采购工作，审核相关采购文件，检查项目投资人或项目公司所采购的产品和服务供应商及其提供的设备、服务等是否满足项目投资合同的要求，包括资质等级、资信能力和品牌等。

4.2.4.6 违约行为的制止

律师应提示或帮助审查项目投资人或项目公司是否存在以下违约行为，并督促其改正或提示项目业主（或发起人）及时采取有效制约或补救措施：

（1）项目投资人或项目公司将项目投资合同全部或部分进行转让或转包。

（2）项目投资人或项目公司违反合同禁止性规定要求施工单位、设备材料供应商垫资施工或供应。

（3）其他严重违约行为。

律师应提示项目业主（或发起人），涉及项目规模、功能、标准的设计变更，必须经项目业主同意，重大设计变更还应履行审批程序。

4.2.5 项目营运监管

4.2.5.1 一般规定

项目业主（或发起人）有权依据项目投资合同就项目营运对项目公司实施监督。项目业主（或发起人）对项目公司项目营运的监督主要表现在以下几方面：

（1）对于产品计量进行监督。

（2）对于维护、大修计划的监督，包括但不限于要求项目公司提供一定金额的维护保函。

（3）对于项目公司暂停、紧急停止提供服务的监督。

（4）对于项目公司的经营计划实施情况、产品和服务的质量以及安全生产情况进行监督。

（5）对于项目公司在运营中违反项目投资合同的行为进行监督及责任追究。

（6）协助相关部门核算和监控企业成本，提出价格调整意见。

（7）受理并处理公众对获得特许经营权的企业的投诉。

（8）在危及或者可能危及公共利益、公共安全等紧急情况下，临时接管特许经营项目。

（9）其他项目投资合同约定的职权。

4.2.5.2 项目营运监管注意事项

律师应提示或帮助监督项目公司的运营管理方式是否符合项目投资合同的约定。如项目公司委托专业营运公司营运管理，则应经项目业主（或发起人）事先书面同意，并将委托运营管理合同报项目发起人批准或备案；项目业主（或发起人）应对专业运营公司的资质、规模、技术能力等各方面进行审查。

在部分特许经营项目中，律师应提示项目业主（或发起人），在项目运营过程中，应组织专家对项目运营情况进行中期评估，特殊情况下可以实施年度评估。

律师应提示项目业主（或发起人），依法建立特许经营项目在紧急情况下的临时接管应急预案。

4.2.6 回购和接收

4.2.6.1 回购条件的认定

项目完工后，项目业主与融资人要按照合同约定的方法对回购条件逐项核查、认定。需中介机构作出结论的，应由双方共同委托的机构作出结论，委托方法和委托的机构应在合同中载明。项目竣工验收合格，符合回购条件的，双方应签订回购备忘录，项目进入回购期。

项目业主不得随意变更回购条件，违约扣减或截留应付合同款，因融资人或项目公司加强管理或优化设计而节约的资金，项目业主仍应按合同的约定予以支付。项目不能达到回购条件的，项目业主不得回购，由融资人组织整改，直至符合回购条件。

4.2.6.2 移交委员会

项目达到回购条件，或特许经营期满，项目公司应依照回购协议或特许经营协议向项目业主（或发起人）进行项目移交。

律师应依照回购协议或特许经营协议的约定，或者根据执业经验向委托人建议在项目移交开始前的适当时间，由各方组建项目移交委员会或者类似联合工作机构。

4.2.6.3 全面接收

律师应提示或帮助项目业主（或发起人）审查项目移交范围，帮助参与确定与编制项目移交清单，对于不符合同约定范围之移交项目予以必要性审查及费用评估，以最终确定移交范围及清单。

4.2.7 其他事项

本章其他事项可参照中华全国律师协会《律师办理基础设施特许经营法律服务操作指引》第六章指引事项。

第三节项目代建合同的履行

4.3.1 代建合同的变更

项目管理范围的增减及由此引起代建管理费的变化引起合同变更。项目管理范围的增减主要体现在附加工程和额外工程上。附加工程指协议增加的工程及因委托人和使用人原因致代建工作受阻或延误增加的工程。额外工程指正常及附加工作外的工作以及因委托人、使用人原因暂停或者终止代建业务所需善后工作及恢复代建业务的工作。附加工程一般由双方另行协商增减代建费用，额外工程可参照已有报价确定增减代建费用。

4.3.2 代建合同的索赔

代建人对委托人、使用人的索赔主要集中在委托人、使用人没有正确履行合同义务和因不可抗力导致和不能全部或部分履行而导致代建人的损失。实践中，委托人、使用人对代建人的索赔主要是代建人没有完全履行合同造成的，委托人、使用人一般可以通过扣减代建管理人和履约保函的形式获得补偿。代建人违反合同义务的情况主要由没有按期完成项目或项目投资总额超过预算规定。

第四节项目建设合同的履行

4.4.1 工程采购与材料供应

4.4.1.1 发包人指定材料设备

俗称“甲定材料设备”。建筑材料、建筑构配件和设备仍由工程承包单位采购，但发包人不得指定生产厂或供应商。律师可提醒发包人在招标文件和合同文件中限定承包人采购的合理价格。

律师可提醒发包人，承包人采购的材料设备，不得侵犯他人的权利（包括知识产权等），承包人应当自费取得权利人的使用许可，否则一切责任由承包人承担。发包人为继续使用而承担的费用，均由承包人承担。

4.4.1.2 发包人供应材料设备

俗称“甲供材料设备”。政府项目一般不采取甲供材料设备的方式，确需采取甲供材料设备方式的，律师应提醒发包人按《政府采购法》和《招标投标法》的规定进行采购。

律师可提醒发包人：发包人提供的甲供材料如其规格、数量或质量不符合合同要求，或由于发包人原因发生交货日期延误、交货地点及交货方式变更等情况的，发包人应承担由此增加的费用和（或）工期延误增加的费用，并向承包人支付合理利润。

发承包双方对甲供材料的数量发生争议不能达成一致的，其数量按照相关工程的计价定额同类项目规定的材料消耗量计算。

若发包人要求承包人采购已在招标文件中确定为甲供材料的，其材料价格由发承包双方根据市场调查确定，并另行签订补充协议。

律师应该提醒发包人按照合同约定的时间供应由其供应的材料设备，并应对其供应材料设备的质量负责。

4.4.2 施工阶段工程价款的调整

4.4.2.1 一般规定

根据《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）的规定，下列事项（但不限于）发生，发承包双方应当按照合同约定调整合同价款：

（1）法律法规变化；

（2）工程变更；

（3）项目特征描述不符；

（4）工程量清单缺项；

（5）工程量偏差；

（6）计日工；

（7）现场签证；

（8）物价变化；

（9）暂估价；

（10）不可抗力；

（11）提前竣工（赶工补偿）；

（12）误期赔偿；

（13）施工索赔；

（14）暂列金额；

（15）发承包双方约定的其他调整事项。

4.4.2.2 具体调整事项

4.4.2.2.1 法律法规变化

律师应提醒发包人，根据《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）的规定，法律、法规、变化的风险由业主承担。主要有：国家法律、法规、规章和政策发生变化；省级或行业建设主管部门发布的人工费调整，但承包人对人工费或人工单价的报价高于发布的除外；由政府定价或政府指导价管理的原材料等价格进行了调整的。

招标工程以投标截止日前28天，非招标工程以合同签订前28天为基准日，其后国家的法律、法规、规章和政策发生变化引起工程造价增减变化的，发承包双方应当按照省级或行业建设主管部门或其授权的工程造价管理机构据此发布的规定调整合同价款。但因承包人原因导致工期延误，且法律、法规、政策调整及政府定价调整时间在合同工程原定竣工时间之后，合同价款调增的不予调整，合同价款调减的予以调整。

4.4.2.2.2 物价变化

承发包双方应在合同中明确物价变化时合同价款调整的方法。律师应提醒发包人，由于市场物价波动影响合同价款的，可由发承包双方合理分摊；合同中没有约定，发承包双方发生争议时，一般按《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）规定调整合同价款。

一般而言，材料、工程设备单价变化超过5%，超过部分的价格按照《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）确定的价格指数调整法或造价信息差额调整法计算调整材料、工程设备费。如发生合同工期延误的，因发包人原因导致工期延误的，则计划进度日期后续工程的价格，采用计划进度日期与实际进度日期两者的较高者；因承包人原因导致工期延误的，则计划进度日期后续工程的价格，采用计划进度日期与实际进度日期两者的较低者。

4.4.2.2.3 工程变更

工程变更是指合同工程实施过程中，由发包人提出或由承包人提出经发包人批准的合同工程任何一项工作的增、减、取消或施工工艺、顺序、时间的改变，设计图纸的修改，施工条件的改变，招标工程量清单的错、漏，从而引起合同条件的改变或工程量的增减变化。

律师应提醒发包人，《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）明确发包人应对招标文件中工程量清单的准确性和完整性负责，工程变更引起的合同价款的增减的风险由发包人承担。

工程变更引起工程价款调整按变更工程量和变更单价进行确定，其中工程量按照承包人在变更项目中实际完成的工程量计算。变更单价则按“有适用”“有类似”和“无适用或类似”估价原则确定。

4.4.2.2.4 签证与索赔

签证是发包人现场代表（或其授权的监理人、工程造价咨询人）与承包人现场代表就施工过程中涉及的责任事件所作的签认证明。现场签证主要适用于完成合同以外的零星项目，非承包人责任事件，合同工程内容因场地条件、地质水文、发包人要求不一致的项目。

律师应提醒发包人，合同应依政府投资项目建设要求对签证主体和签证程序进行明确和严格的约定。发包人应重视承包人提交的现场签证报告，避免在规定的时间未能给予答复而被视同同意签证事件的发生。

索赔是在工程合同履行过程中，合同当事人一方因非己方的原因而遭受损失，按合同约定或法规规定应由对方承担责任，从而向对方提出补偿的要求。

律师应提醒发包人，《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）和《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）都有规定，在索赔事件发生后的规定期限内不提出索赔意向的，受损方将丧失索赔权利。

律师应提醒发包人：对承包人报送的签证，应进行严格的审查，并在规定时间内予以答复，否则将被视为认可承包人的签证。对非发包人原因引起的进度拖延、工程变更、约定由承包人承担的风险、承包人违约导致发包人增加的成本、费用的，发包人应不予签证，并应立即要求承包人确认。

4.4.3 工程款的支付

工程价款由合同价款和合同追加价款组成，按支付时间不同分为预付款、进度款、结算款和保修款。发包人应按合同约定的时间和条件按期足额支付工程价款。经发承包双方确认调整的合同价款，作为追加（减）合同价款，应与工程进度款或结算款同期支付。

律师应提示发包人，工程款（进度款、结算款）的支付，应严格按合同约定的条件及时间付款，发包人延期支付工程款的，承包人可以依约要求发包人承担延期付款利息，并依约停止工程施工并解除合同；如承包人履行合同未达约定条件，如工程形象进度未达付款要求或未提交完整竣工结算资料等，发包人有权拒绝结算、支付工程款。

4.4.4 竣工验收

4.4.4.1 竣工验收

项目建设单位收到工程竣工报告后，对符合竣工验收要求的工程，组织勘察、设计、施工、监理等单位和其他有关方面的专家组成验收组，制订验收方案并进行竣工验收。工程竣工验收程序及注意事项可参照中华全国律师协会《律师办理建设工程法律业务操作指引》第四章第九节关于工程竣工验收的相关事项。

4.4.4.2 未经验收擅自使用的后果

建设工程竣工经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。律师可合理提示发包人，在工程未经验收合格擅自使用的，不得就使用部分的工程质量不符合约定和由此造成的人员、财产损失要求承包人赔偿。但在合理使用寿命内，承包人仍必须确保地基基础工程和主体结构质量，并承担民事责任。

4.4.5 竣工结算与政府审计

4.4.5.1 竣工结算

工程竣工通过验收合格后，建设单位、施工单位对工程总造价要进行结算，以确定最终造价及工程尾款金额。建设单位、施工单位各自均须对工程造价进行财务决算，以检查项目的效益。律师应提示或协助当事人着重对工程竣工结算造价进行审查或者对审价单位出具的审价报告进行审核。

4.4.5.2 政府审计

最高人民法院答复河南省高级人民法院的（2001）民一他字第2号复函《关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何运用法律问题的电话答复意见》明确指出：“审计是国家对建设单位的一种行政监督，不影响建设单位与承建单位的合同效力。建设工程承包合同案件应以当事人的约定作为法院判决的依据。只有在合同明确约定以审计结论作为结算依据或者合同约定不明确、合同约定无效的情况下，才能将审计结论作为判决的依据。”

4.4.6 工程保修

4.4.6.1 一般规定

建设工程的保修期，通常情况下自竣工验收合格之日起计算。承包人的工程保修义务为法定义务，不同于缺陷责任期内的缺陷修复义务，后者属合同约定义务。《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）区分了缺陷责任期和工程保修期，律师在项目施工合同履行过程中可提示建设单位（发包人），缺陷责任期届满，发包人应退还质量保证金。

有关保修期的承包人义务可参照中华全国律师协会《律师办理建设工程法律业务操作指引》第四章第十一节关于建设工程保修的相关事项。

4.4.6.2 工程保修

发生保修事项后，发包人应当向承包人发出保修通知，发包人可以采用电话通知方式或书面通知方式向承包人发出保修通知。承包人不在约定期限内派人保修或经维修达到一定次数后仍出现问题的，发包人可以委托他人修理。质量保修完成后，发包人应组织验收。

4.4.6.3 责任承担

保修费用由造成质量缺陷的责任方承担。

在保修期内，因房屋建筑工程质量缺陷造成房屋所有人、使用人或者第三方人身、财产损害的，房屋所有人、使用人或者第三方向发包人提出赔偿要求的，发包人可以向造成房屋建筑工程质量缺陷的责任方追偿。因保修不及时造成新的人身、财产损害，由承包人承担赔偿责任。由于承包人原因对保修范围外的任何设施造成损坏，应由承包人负责维修并承担维修费用及赔偿责任。

4.4.7 其他事项

项目建设合同履行中其他注意事项可参照中华全国律师协会《律师办理建设工程法律业务操作指引》第四章相关事项。

第五章

争议事项解决

第一节一般事项

律师为政府投资项目建设阶段争议事项提供法律服务时，涉及项目合同的变更、解除和终止、常见纠纷类型（包括但不限于建设工程招投标、勘察、设计、监理、施工合同纠纷）以及调解、诉讼、仲裁、执行等纠纷处理方式，请使用者参考适用其他有关联的操作指引，如中华全国律师协会《律师办理建设工程法律业务操作指引》、中华全国律师协会《律师办理基础设施特许经营法律业务操作指引》等，并加以扩展和完善。

第二节非诉讼与诉讼方式的选择

政府投资项目建设阶段主要合同在履行过程中发生争议，一般通过和解、调解、争议评审等非诉讼方式解决。项目投资合同在和解、调解等协商解决不成的，应及时通过仲裁或诉讼方式解决。

采取非诉讼方式的，合同当事人可以就争议自行和解，自行和解达成协议为合同的补充文件，双方均应遵照执行。合同当事人也可以就争议请求建设行政主管部门、行业协会或其他第三方进行调解，调解达成的协议为合同补充文件，双方均应遵照执行。

仲裁和诉讼是争议的司法解决方式，相关内容可参照《律师办理建设工程法律业务操作指引》第五章第四节相关内容。

第三节和解与调解

合同当事人可以就争议自行和解，自行和解达成协议为合同的补充文件，双方均应遵照执行。合同当事人也可以就争议请求建设行政主管部门、行业协会或其他第三方进行调解，调解达成的协议为合同补充文件，双方均应遵照执行。

第四节争议评审

项目工程争议评审是当事人在建设工程合同履行过程中发生争议时，根据约定，将有关争议提交独立的争议评审组进行评审，由评审组作出评审意见的一种争议解决方式。

当事人通过协议授予评审组调查、听证、建议或者裁决权。即当事人应当在组成评审组之前对评审意见的范围和效力作出约定，评审意见依约定对当事人产生约束力。

第五节仲裁和诉讼

仲裁和诉讼是争议的司法解决方式，相关内容可参照《律师办理建设工程法律业务操作指引》第五章第四节相关内容。

第六章

附则

本操作指引是根据国家颁布的现行法律、行政法规、规章、地方性法规及其他相关文件的规定，结合当前律师为政府投资项目提供法律服务的实务操作制定，若国家法律、法规、地方性法规、规章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进行调整。

（本操作指引由中华全国律师协会建设工程与房地产专业委员会负责起草。执笔人：丁继胜、戴勇坚、杨泽峰；审稿人：朱树英、曹珊、李旺荣）

## 律师为政府投资项目建设工程争议评审 阶段提供法律服务操作指引

目录

第一章总则 / 546

第一节制定目的 / 546

第二节概念界定 / 546

第三节制定依据 / 547

第四节律师参与建设工程争议评审的基本原则 / 547

第五节本操作指引的业务指导范围 / 548

第六节制度优势 / 548

第七节评审方式分类 / 548

第八节特别声明 / 549

第二章拟定争议评审条款 / 549

第一节争议评审条款的内容 / 549

第二节评审规则的适用 / 550

第三节争议评审条款的其他内容 / 550

第三章成立评审组 / 550

第一节选定评审组成员 / 550

第二节签订《评审专家协议》 / 553

第三节评审组的权力 / 554

第四节评审专家的义务 / 555

第四章评审组评审争议 / 557

第一节当事人提交评审申请 / 557

第二节被申请人答辩 / 558

第三节评审组召开调查会 / 559

第四节评审组出具评审意见 / 560

第五节仲裁委员会核阅评审意见草案 / 561

第六节书面更正和补充评审意见 / 562

第七节评审程序终止及其他 / 562

第五章评审意见的效力 / 563

第一节评审意见的效力概述 / 563

第二节评审意见生效 / 564

第三节评审意见不生效 / 565

第六章争议评审的报酬与费用 / 566

第一节建设工程争议评审的收费原则 / 566

第二节仲裁委员会的收费标准 / 567

第三节评审专家的报酬与其他费用 / 568

第七章附则 / 569

第一章

总则

第一节制定目的

为规范律师依法办理有关建设工程争议评审的法律业务，提高律师办理争议评审业务的服务质量和水平，更好地维护当事人的合法权益，中华全国律师协会建设工程与房地产专业委员会在总结建设工程争议评审经验的基础上制定本操作指引，供律师在办理建设工程争议评审业务时参考和借鉴。

第二节概念界定

本操作指引所称建设工程争议评审（以下简称“争议评审”），是指当事人在建设工程合同履行过程中发生争议时，根据约定，将有关争议提交独立的争议评审组（以下简称“评审组”）进行评审，由评审组作出评审意见的一种争议解决方式。争议评审制度致力于争议早期的识别和评价，鼓励以一种快速的、类似商业的方式，及时化解争端。

第三节制定依据

制定本操作指引所依据的相关规范性文件如下：

（1）《国际商会争议小组规则》（以下简称《争议小组规则》）；

（2）《北京仲裁委员会建设工程争议评审规则》（以下简称《北仲评审规则》）；

（3）《北京仲裁委员会评审专家守则》（以下简称《评审专家守则》）；

（4）《北京仲裁委员会建设工程争议评审收费办法》（以下简称《北仲收费办法》）；

（5）《中国国际经济贸易仲裁委员会建设工程争议评审规则（试行）》（以下简称《贸仲评审规则》）；

（6）《中国国际经济贸易仲裁委员会建设工程争议评审收费办法（试行）》（以下简称《贸仲收费办法》）；

（7）国际咨询工程师协会《施工合同条件》（1999版红皮书）（以下简称《FIDIC合同条件》）；

（8）《中华人民共和国标准施工招标文件（2007年版）》（以下简称《标准施工招标文件》）；

（9）《中华人民共和国标准设计施工总承包招标文件（2012年版）》；

（10）《公路工程标准施工招标文件（2009年版）》；

（11）《建设工程施工合同示范文本（2013年版）》。

第四节律师参与建设工程争议评审的基本原则

第一，忠诚负责原则。律师参与建设工程争议评审，应不受任何单位及其他组织和个人的非法干涉，依法维护国家法律的正确实施。

第二，专业精湛原则。律师参与建设工程争议评审，应具备相应的业务能力和水平，以扎实的专业知识和技能提供优质服务。

第三，勤勉敬业原则。律师参与建设工程争议评审，应勤于学习、勤于思考，恪尽职守。

第五节本操作指引的业务指导范围

本操作指引主要适用于律师为政府投资项目建设工程争议评审阶段提供的法律服务。包括对在政府投资项目建设工程施工合同、设计—施工合同（Design-build合同）、设计—采购—施工合同（EPC合同）、勘查合同、设计合同、监理合同、项目管理合同、代建合同以及其他与建设工程相关的合同履行过程中发生的争议进行争议评审时所提供的法律服务。律师向委托人提供政府投资项目建设工程争议评审法律服务以及律师担任争议评审员时可参考本操作指引。

第六节制度优势

争议评审相对于其他争议解决方式，处理争议更具独立性和客观性，拥有高效、便捷、灵活、廉价、及时、公正，且一旦被双方接受即有约束力等很多优点，有利于保障当事人之间的开放交流、共同协商和积极的信任合作关系，提高争议解决的效率，减少时间和金钱成本，同时可以防止争议扩大造成工期延误、费用增加，保障工程顺利进行。争议评审制度旨在从“如何解决发生的问题”转向“如何合作实现合同目标”，在国际工程项目纠纷解决中被作为明智的选择得以推广使用并取得巨大成功，故而争议评审制度在国内的推广，也有利于我国项目管理早日与国际接轨。

第七节评审方式分类

本指引参照国际商会（The International Chamber of Commerce，以下简称ICC）发布的《争议小组规则》按评审意见效力的不同将争议评审分为以下三种类型，供当事人或代理人选择参考：

(1) DRB（Dispute Review Board，争议评审组)只提供建议性意见，其评审意见不必然具有约束力。当事人在规定期限内对建议提出异议的，该建议对当事人不发生约束力。收到建议后，当事人可自愿听从，但并不要求其必须依建议行事。

(2) DAB（Dispute Adjudication Board，争议裁决组)的决定具有约束力，当事人在另行达成协议或决议被裁决、判决推翻之前要遵照执行。决定自当事人收到时起产生约束力。

(3) CDB（Combined Dispute Board，综合争议组)可以根据争议的性质和当事人的意思表示就争议作出建议性或有约束力的决定。CDB是DRB和DAB的综合。

第八节特别声明

本操作指引仅供律师在提供政府投资项目争议评审阶段的法律服务过程中参考。本操作指引所述的内容不是强制性的，且主要按照争议评审流程分章节撰写，不保证涵盖政府投资项目争议评审阶段法律服务的全部内容。在提供政府投资项目争议评审阶段法律服务的具体操作过程中，律师应当根据我国现行法律法规及相关规范性文件，结合律师的实际情况，自行判断运用本操作指引的内容。律师根据本操作指引为委托人提供政府投资项目争议评审阶段法律服务，所产生的一切风险由该律师以及该律师所属的律师事务所自行承担，本操作指引对此类风险不构成任何明示或默示的担保。

第二章

拟定争议评审条款

第一节争议评审条款的内容

律师应当为当事人拟定相对完备的争议评审条款。当事人约定的争议评审条款可作为建设工程合同的一部分，也可以单独拟定成为独立的协议文件。争议评审条款中若有未尽事宜，当事人可遵循平等、自愿、意思自治原则另行约定。

争议评审条款应就争议评审的相关要素进行明确规定，包括但不限于下列内容：

（1）评审规则的适用；

（2）评审组的组成；

（3）评审范围；

（4）评审意见效力；

（5）评审专家与当事人的权利与义务；

（6）评审期限；

（7）评审专家的报酬；

（8）其他。

第二节评审规则的适用

2.2.1 可选择适用的评审规则

约定争议评审条款时，律师应告知当事人寻求评审机构的帮助，以减少谈判的工作量，同时应适用该评审机构的评审规则，以减少相应的文件起草量。当事人选择北京仲裁委员会（以下简称北仲）即适用《北仲评审规则》，选择中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称贸仲）即适用《贸仲评审规则》。

2.2.2 评审规则的约束力

《北仲评审规则》和《贸仲评审规则》是提供给当事人选择适用的操作规程，为当事人采用争议评审方式提供指导，不带有强制性。但若当事人在合同条款中约定：“发生争议提请评审时，双方一致同意适用北京仲裁委员会/中国国际经济贸易仲裁委员会的评审规则”，规则即对当事人有约束力。评审规则的所有条款也并非全部、强制适用。如果当事人对评审程序事项另有约定的，从其约定。评审过程由评审专家与当事人共同协调推进，当事人或评审专家均有权自行决定终止评审程序。

第三节争议评审条款的其他内容

关于争议评审条款的其他内容，律师应在尊重当事人意愿的前提下，参照本操作指引其他章节的内容协助拟定。

第三章

成立评审组

第一节选定评审组成员

3.1.1 评审专家人数

3.1.1.1 一般规定

律师应当了解并提请当事人注意，除非当事人另有约定，评审组一般由一名或三名评审专家组成。按照国际惯例，部分小型工程项目的评审组可以由一人组成；某些大型、多功能、多合同的工程项目可成立三人以上的评审组。

3.1.1.2 未约定评审组人数的情形

若当事人没有约定评审组组成人数的，评审组由三名评审专家组成。

3.1.1.3 特殊情况说明

律师在协助当事人签订具有争议评审格式条款的合同文本时，应认真审阅核对该文本中的相关规定，《公路工程标准施工招标文件（2009年版）》规定评审组人数由三人或五人组成，律师对于类似特殊性规定需向当事人进行说明。

3.1.2 评审专家的选定

3.1.2.1 评审专家的选择范围

律师应当了解并告知当事人，在选定评审组成员时可参考北仲的《评审员名册》（贸仲的《专家名册》尚在建设中）。当事人也可在相应的评审专家名册之外选择评审组成员。

3.1.2.2 对评审专家的要求

（1）评审专家应当具有合同管理、合同解释和建设工程行业的专业知识和实践经验。

（2）评审专家应特别注意自身身份的特殊性，严格履行第3.4.2.1目所述的披露义务，避免因其他业务或行为影响评审过程的独立性与公正性。律师作为当事人代理人的，应对第3.4.2.1款所述情形进行相应的审查，协助当事人选定符合要求的评审专家。

当事人对评审组成员的资格有其他特殊约定的，从其约定。

3.1.3 三人评审组中评审专家的选定

3.1.3.1 当事人选择北仲进行争议评审的情形

（1）评审组由三人组成的，律师应提醒当事人在约定的期限内，或者在没有约定期限的情况下，自工程开工之日起28日内或者争议发生后一方当事人收到对方发出的要求评审解决争议的通知之日起14日内，各自选定一名评审专家，并书面通知对方当事人及选定的评审专家。

（2）当事人未能在前款规定期限内各自选定评审专家的，任一方当事人可以请求仲裁委员会秘书长代为指定评审专家，当事人另有约定的除外。

（3）当事人双方选定的两名评审专家应在第二名评审专家确定之日起5日内向当事人提名，由双方当事人共同选定第三名评审专家。

（4）两名评审专家未能在规定期限内提名或双方当事人在收到提名名单后5日内未能共同选定第三名评审专家的，任一方当事人可以请求仲裁委员会主任代为指定第三名评审专家。

（5）最终选定的第三名评审专家应当担任评审组的首席评审专家。

3.1.3.2 当事人选择贸仲进行争议评审的情形

（1）评审组由三人组成的，律师应提醒当事人在约定的期限内，或者在没有约定期限的情况下，在合同签订后28天内或合同开始履行后28天内（以较早的时间为准），各自选定一名评审专家，并书面通知对方当事人及选定的评审专家。

（2）当事人未能在规定的期限内选定评审专家的，任一方当事人可以请求仲裁委员会秘书长代为指定评审专家。

（3）当事人双方选定的两名评审专家应在第二名评审专家确定之日起14天内共同选定第三名评审专家，并书面通知双方当事人。

（4）两名评审专家未能在规定期限内共同选定第三名评审专家的，任一方当事人可以请求仲裁委员会秘书长代为指定第三名评审专家，该任命为最终的、决定性的。

（5）最终选定的第三名评审专家应当担任评审组的首席评审专家。

3.1.4 一人评审组中评审专家的选定

3.1.4.1 当事人选择北仲进行争议评审的情形

当事人选择北仲进行争议评审，且当事人约定常设评审组由一人组成的，律师应提醒当事人在约定的期限内，或者在没有约定期限的情况下，自工程开工之日起28日内或者争议发生后一方当事人收到对方发出的要求评审解决争议的通知之日起14日内，共同选定独任评审专家，并书面通知对方当事人及评审专家。

3.1.4.2 当事人选择贸仲进行争议评审的情形

当事人选择贸仲进行争议评审，且当事人约定常设评审组由一人组成的，律师应当提醒双方当事人在约定的期限内，或者在合同没有约定期限的情况下，在合同签订后28天内或合同开始履行后28天内（以较早的时间为准），共同选定独任评审专家，并书面通知对方当事人及评审专家。

3.1.4.3 当事人未能在规定期限内选定独任评审专家的情形

当事人在规定期限内未能就独任评审专家的人选达成一致的，任一方当事人可以请求仲裁委员会代为指定独任评审专家。

3.1.5 仲裁委员会代为指定评审专家

3.1.5.1 当事人请求仲裁委员会代为指定评审专家需提供的材料

当事人请求仲裁委员会代为指定评审专家的，律师应当告知当事人及时以书面形式提出，并附具有关建设工程合同性质或者争议性质的说明。

3.1.5.2 仲裁委员会指定评审专家需考虑的要素

仲裁委员会在代为指定评审专家时，应当综合考虑相关建设工程合同或者争议的性质、所需评审专家的专业特长、行业经验、语言能力以及当事人的特殊要求等相关情况。

3.1.5.3 当事人对评审专家资格有特殊要求的情况

律师应提请当事人注意，若当事人对评审专家资格有特殊要求的，应当在向仲裁委员会发出代为指定评审专家的请求时一并说明。

3.1.6 评审专家的替换规则

3.1.6.1 双方当事人对评审专家的替换权力

如果经双方同意，当事人可以在任何时候任命一位或几位有适当资格的人员，替代评审组的任何一位或几位成员(或作替代人员的后备)。

3.1.6.2 评审专家替代任命的生效

除非双方另有协议，在某成员拒绝履行职责，或因其死亡、无行为能力、辞职或任命期满，而不能履行职责时，前款所述替代任命即告生效。

3.1.6.3 无可替代人员的情形

如果发生第3.1.6.1目和第3.1.6.2目所述情况，又无可替代人员时，即出现需要选定替代人员的情形后一定期限内（《FIDIC合同条件》规定为42天）双方未能就任命替代人员达成一致意见，应按照被替代人员在提名或商定时所需的同样方式，任命一位替代人员。

第二节签订《评审专家协议》

3.2.1 一般注意事项

律师应当提请当事人注意，评审专家确定后，全体当事人应分别与每一位评审专家签订《评审专家协议》（或称《评审组成员协议》），对必要的事项作出约定。该协议生效后，评审组正式成立。《评审专家协议》与当事人双方签订合同中指定并授权评审组解决争议的条款共同构成评审组协议。

3.2.2 评审专家声明书

评审组成立后，评审专家应当签署保证独立、公正评审的声明书，并转交各方当事人。

3.2.3 《评审专家协议》的内容

《评审专家协议》的内容包括但不限于：

（1）评审组解决争议的范围；

（2）评审组的工作内容；

（3）评审意见的效力；

（4）评审组成员与当事人的一般义务；

（5）评审组成员的报酬和费用；

（6）协议的生效和终止等。

除非当事人及评审组另有约定，如评审组由多人组成时，每一份《评审专家协议》都应当与其他《评审专家协议》含有同样的实质性条款。

3.2.4 仲裁委员会提供服务

根据当事人的请求并经双方同意，仲裁委员会可以为《评审专家协议》的达成提供联络沟通、文件交换等辅助性秘书服务。

3.2.5 《评审专家协议》的终止

3.2.5.1 当事人终止《评审专家协议》的权限

当事人可在任何时间共同终止《评审专家协议》，但应当根据工作情况向该专家支付终止之日起最低3个月的劳务费。律师应当在合适的情形下提示当事人及时行使该权力，但需提前书面通知评审组成员。

任何一方当事人不能单独终止《评审专家协议》。除非当事人另有约定，当事人可以共同决定提前解散评审组。评审组自收到最后一方当事人的书面通知之日起解散。

3.2.5.2 评审组成员终止《评审专家协议》的权力

评审组成员可在任何时间单方终止《评审专家协议》，但应当提前3个月书面通知所有当事人，除非当事人与评审专家另有约定。

3.2.5.3 其他导致《评审专家协议》终止的情形

评审组成员因为本规则规定的其他情形不再担任评审组成员或退出评审组的，该名评审组成员与当事人签署的《评审专家协议》当即终止。

3.2.5.4 《评审专家协议》终止后的注意事项

《评审专家协议》终止的，评审组成员即退出评审组。评审组至《评审专家协议》约定的期限届满时终止其职责。但对于当事人在上述期限内提交评审的争议，评审组成员即使退出也仍应作出评审意见。

评审组未在评审规则规定的期限内作出评审意见，或者评审组终止职责或解散的，律师应及时提醒当事人直接将有关争议提交诉讼或者根据仲裁协议提交仲裁，但当事人另有约定的，从其约定。

第三节评审组的权力

除非当事人另有约定，评审组的权力主要包括：

（1）决定评审组对所涉争议的管辖权及评审争议的范围；

（2）决定评审程序的安排；

（3）召集会晤、进行现场考察和召开调查会，并决定与此有关的任何程序事宜（根据当事人的请求并经双方同意，仲裁委员会可以为评审组和当事人之间的会晤提供场所、设备以及必要的支持与协助）；

（4）询问当事人、当事人的代理人和证人；

（5）要求当事人提交补充材料和书面意见；

（6）根据评审争议的需要，决定进行鉴定或者聘请专家就某一具体的法律或技术问题出具意见；

（7）在一方当事人缺席的情况下，继续评审程序并出具评审意见（除非各方当事人同意或评审组另有决定，评审组不得在任何一位评审组成员缺席的情况下进行会晤或现场考察）；

（8）采取其他必要措施保证评审程序顺利进行和评审组正常履行职责。比如一方当事人未能出席会晤和现场考察的，评审组有权决定会晤或现场考察如期进行；

（9）评审组及仲裁委员会均享有免责权。评审程序的运作均由当事人和评审组主导，当事人选择适用仲裁委员会评审规则的，视为其接受相应的免责条款并放弃相应的追偿权利。

第四节评审专家的义务

3.4.1 评审专家的披露义务

3.4.1.1 评审专家应当书面披露的情形

评审专家接受选定或指定后，有义务书面披露可能引起当事人或代理人对其独立性或公正性产生合理怀疑的任何事由，包括以下情形：

（1）与任何一方当事人或其代理人有直接的或间接的经济利益关系；

（2）在接受选定或指定前与当事人或代理人曾讨论所评审的工程或提供过咨询的；

（3）在接受选定或指定前接受过当事人或代理人的请客、馈赠或提供的其他利益的；

（4）与当事人的法定代表人、董事会成员、股东、高级管理人员、直接负责所评审工程施工的管理人员或当事人的代理人有同学、同事、代理、雇佣、顾问关系的；

（5）其他可能影响其独立性或公正性或容易使人产生合理怀疑的情形。

3.4.1.2 书面披露的影响

律师应当特别注意，评审专家的披露义务持续于整个评审过程。当事人收到评审专家的书面披露后，如果没有在15日内明确表示同意其继续工作，则该评审专家应当退出评审组。

律师应当注意，若双方当事人在解决争议时选择适用《贸仲评审规则》，任何一方当事人在收到评审专家的书面披露之日起14天内对自己提出书面异议的，律师自此不再担任评审组成员。当事人未在上述期限内提出书面异议的，视为同意其继续担任评审组成员，此后不得以该名评审专家曾经披露的事项为由再提出异议或者申请其回避。

3.4.2 评审专家的其他义务

3.4.2.1 评审专家的禁止性行为

评审专家在评审活动中不得单方与一方当事人接触；接受一方当事人的馈赠、请客或其他利益；给一方当事人提供工程或合同管理上、法律上的建议；对一方当事人或评审组内的其他评审专家提出批评；对所评审的工程现实存在或潜在问题发表预见性言论等。除非双方书面同意，评审专家亦不得担任涉及任何一方当事人的案件的仲裁员或调解员。

3.4.2.2 评审专家评审原则

评审专家应当依据合同约定、工程现场实际情况以及专业知识，本着客观、公正、中立的原则独立作出评审意见。对当事人提交材料或进行陈述，应给予同等的机会和同样的重视。

3.4.2.3 评审专家应当具有合作精神与团队意识

评审组由多名评审专家组成的，每位评审专家应当积极与其他评审专家相互合作，尊重其他评审专家的不同意见，并争取通过沟通与交流消除分歧、达成一致意见，确保评审程序快速、有序、公正进行，并尽最大努力促成评审工作成功。

3.4.2.4 评审专家的勤勉义务

评审专家应当避免因个人原因导致评审程序拖延，并尽可能快速推进评审程序，避免当事人不必要拖延及费用支出。

3.4.2.5 评审专家的保密义务

评审专家应对评审过程中的信息保守秘密，但法律规定应当披露或双方当事人同意披露的情形除外。除非获得双方当事人的认可，评审专家不得为了个人利益使用评审过程中取得的信息。

3.4.2.6 评审专家的后合同义务

评审专家在结束评审工作后，不得在评审所涉及争议有关的诉讼、仲裁或调解程序中担任仲裁员、调解员、证人或任何一方当事人的代理人，但当事人共同选定其担任仲裁员或调解员的除外。

3.4.3 评审专家的退出

在评审专家工作完成前出现以下情形时应当提前退出评审组：

（1）任何一方当事人发现对某位评审专家的公正性或者独立性产生合理怀疑的任何事实或情况而要求其回避，且其他当事人同意的；

（2）被申请回避的评审专家主动提出不担任评审组成员的；

（3）仲裁委员会秘书长对于评审专家是否应当回避具有最终决定权，并可不说明决定其回避的理由，但在仲裁委员会秘书长就评审专家是否回避作出决定前，被申请回避的评审专家应当继续履行职责；

（4）评审专家在法律或事实上不能正常或者适当履行评审组成员职责的，应当退出评审组；

（5）评审专家因其适用的评审规则所规定的情形而不再担任评审组成员或退出评审组的。

除非当事人另有约定，评审专家退出评审组后应当按照其原来的产生方式确定替换的评审专家。三人评审组中有一人退出的，其余两人应当继续担任评审组成员。

除非当事人另有约定，在替换的评审专家产生以前，评审组应当中止工作。替换前评审组的行为继续有效。因评审专家退出、任期届满或其他原因无法为当事人出具争议解决意见时，双方当事人可就该争议事项直接提交仲裁裁决。

3.4.4 评审专家违反义务的后果

评审员如违反上述义务，仲裁委员会可根据情节轻重决定是否不再将此评审专家列入推荐名册。对于不列入推荐名册的评审专家，不会给予书面通知，也无需说明理由。

第四章

评审组评审争议

第一节当事人提交评审申请

4.1.1 审查事项

当事人拟就建设工程合同履行过程中发生的争议提交评审，并就此事项委托律师提供法律服务时，律师应注意对以下事项进行审查：

4.1.1.1 当事人是否已事先拟定争议评审条款及条款内容完备性

如当事人未事先拟定争议评审条款，律师应当协助当事人参照第二章第一节的内容补充拟定争议评审条款。当事人无法达成一致形成争议评审条款的，可以根据双方当事人的选择直接适用仲裁委员会的评审规则。

4.1.1.2 当事人是否已事先成立评审组

若当事人未事先成立评审组，律师应当提示当事人成立临时评审组以保证及时评审相关争议。若当事人未约定评审组的人数，则评审组由三名评审专家组成。

4.1.1.3 当事人是否已签订《评审专家协议》及《评审专家协议》内容完备性

如当事人未签订《评审专家协议》，律师应当协助当事人参照第3.2.3款的内容补充签订《评审专家协议》。

4.1.2 评审申请的内容

律师应当告知当事人，任何一方当事人申请评审组通过评审程序解决争议时，应向评审组提交详细的书面评审申请报告，并同时将评审申请的副本提交被申请人和监理人。

评审申请的内容应包括：

（1）当事人关于将争议提交评审解决的约定；

（2）争议的相关情况和争议要点；

（3）申请人提交评审解决的争议事项和具体的评审请求；

（4）申请人对争议的处理意见及所依据的文件、图纸及其他证明材料。

4.1.3 评审程序起始时间

律师应当了解，评审程序自评审组收到评审申请之日开始。评审组成员为3人的，首席评审专家收到申请之日，即视为评审组收到申请之日。

4.1.4 应注意的合同条款

当事人双方签订的合同中如有“争议评审期间，在评审结果作出前，争议事项双方暂按总监理工程师的决定执行”的约定，律师应提醒当事人予以注意。

第二节被申请人答辩

4.2.1 被申请人提交书面答辩的时间

律师应当注意，除非当事人另有约定或者评审组另有决定，被申请人应当在收到申请人的评审申请之日起28天内，向评审组提交书面答辩报告，并同时将答辩报告副本提交申请人和监理人。

4.2.2 书面答辩的内容

律师作为被申请人代理人的，应当提示或协助当事人准备答辩报告，其内容应当包括：

（1）被申请人对争议的处理意见；

（2）被申请人处理意见及所依据的文件、图纸；

（3）其他证明材料。

4.2.3 当事人应注意的其他事项

律师应当了解，双方当事人除需按要求提交材料外，还应积极配合评审组成员的工作，为其提供相应设施及现场出入的权利。

律师应当告知当事人，被申请人未提交书面答辩或口头答辩的，不影响评审程序的继续进行。

第三节评审组召开调查会

4.3.1 一般规定

律师应注意，除非当事人另有约定，评审组评审争议时应当召开调查会。

评审组可以根据评审的需要，召开多次调查会。

调查会的召开旨在向当事人双方调查争议细节，必要时评审组可要求双方提供补充材料。

除非当事人另有约定，调查会不公开进行。

经当事人的请求并经双方同意，仲裁委员会可以为调查会提供场所、设备以及必要的支持与协助。

4.3.2 评审组召开调查会的时间

律师应当注意调查会的召开时间并及时通知当事人参与。

除非当事人另有约定或者评审组另有决定，被申请人在答辩期限内提交书面答辩的，第一次调查会应当在评审组收到答辩后14天内召开。

被申请人未在答辩期限内提交书面答辩的，第一次调查会应当在答辩期限届满后14天内召开。

4.3.3 当事人不能参加调查会的情形

当事人可以委托代理人参加调查会。当事人有正当理由不能参加调查会的，可以申请延期，但必须提前以书面方式向评审组提出，是否同意延期，由评审组决定。当事人无正当理由不到场的，评审组可以决定终止评审活动；另一方当事人无正当理由不到场的，评审组有权决定继续召开调查会。

4.3.4 评审组采取其他方式评审争议

若当事人另有约定，评审组除召开调查会外，还可以按照其认为适当的其他方式评审争议，但应当避免不必要的程序拖延和费用开支。

在任何情形下，评审组均应公平和公正地行事，给予各方当事人陈述与辩论的合理机会。

4.3.5 特殊情况

在当事人和评审组一致同意的情况下，评审组可以决定对同一合同项下产生的多个争议一并评审，或对相同当事人多个合同项下的相关争议一并评审。

律师应当了解，争议的评审涉及第三人的，经当事人和第三人的书面同意并重新与评审组成员签署《评审专家协议》，评审组可以决定第三人加入评审程序。

第三人加入评审程序之前，还应当以书面形式同意接受本规则的约束，并且同意评审组的组成和此前已经进行的评审程序，但原当事人与该第三人另有约定的除外。

第四节评审组出具评审意见

4.4.1 评审意见的出具时间

4.4.1.1 《北仲评审规则》下的评审意见出具时间

若当事人选择适用《北仲评审规则》，评审组应当在调查会结束后14日内，作出书面评审意见，并说明理由。当事人对评审意见作出的期限另有约定的，从其约定。

4.4.1.2 《贸仲评审规则》下的评审意见出具时间

若当事人选择适用《贸仲评审规则》，评审组应当在评审程序开始之日起84天内出具评审意见。

4.4.2 评审意见的内容要求

4.4.2.1 出具评审意见的原则

除非当事人另有约定，评审组应当依据合同的条款和合同项目所在地或者其他与合同有最密切联系地的法律规定，参考相关的国内外行业惯例和技术标准规范，公平合理、独立公正地作出评审意见。

4.4.2.2 评审意见的内容

评审意见应当以书面形式作出。其内容应当包括但不限于：

（1）申请人的评审请求、争议事项和双方当事人的意见；

（2）评审组对争议的评审结果和所依据的事实及理由；

（3）评审意见的效力；

（4）评审意见出具的日期。

4.4.2.3 三人评审组出具评审意见的规则

由三人评审组评审争议的，评审意见依照全体或者多数评审专家的意见作出；不能形成多数意见的，依首席评审专家的意见作出。

4.4.3 评审意见应当由评审专家签署

评审意见应当由评审专家签署方为有效。持不同意见的评审专家可以在评审意见上署名，也可以不署名，但应当出具单独的书面意见，随评审意见转给各方当事人。该书面意见不构成评审意见的一部分。不附具不同意见的，不影响评审意见的作出和效力。

第五节仲裁委员会核阅评审意见草案

4.5.1 一般规定

律师须提请当事人注意，根据当事人的约定，仲裁委员会可以对评审意见草案进行核阅。

在不影响评审组独立评审的前提下，仲裁委员会可以就评审意见的有关问题提醒评审组注意。

4.5.2 核阅评审意见草案的时间

4.5.2.1 一般情况下的核阅期限

当事人约定由仲裁委员会对评审意见草案进行核阅的，评审组应当在签署评审意见前将评审意见草案提交仲裁委员会。

仲裁委员会应当在收到评审意见草案和当事人缴纳的核阅费用后14天（以较晚的时间为准）内核阅完毕。

4.5.2.2 需延长核阅期限的特殊情况

特殊情况下需要延长核阅期限的，仲裁委员会应当提前书面通知评审组和各方当事人。

4.5.3 评审组调整出具评审意见的期限

由仲裁委员会核阅评审意见草案的，评审组可视具体情形，对评审意见作出的期限予以延长。

第六节书面更正和补充评审意见

4.6.1 书面更正

4.6.1.1 当事人提交书面更正申请的时间

律师应及时提示当事人就评审意见的错误向评审组提交书面更正申请。在收到评审意见之日起7天内，任何一方当事人可就评审意见中的任何书写、打印、计算错误或者其他类似性质的错误书面申请评审组作出更正。

4.6.1.2 评审组作出书面更正的时间

评审意见确有错误的，评审组应当在收到书面申请之日起7天内作出书面更正。评审组也可以在评审意见作出之日起7天内，自行对评审意见的错误作出书面更正。

4.6.2 补充评审意见

4.6.2.1 当事人提交补充评审申请的时间

律师应当提请当事人注意，若发现评审组因遗漏未对某项评审请求出具评审意见，任何一方当事人都可以在收到评审意见之日起7天内，书面申请评审组就该项评审请求作出补充评审意见。

4.6.2.2 评审组作出补充评审意见的时间

确有前款情形的，评审组应当在收到书面申请之日起7天内作出补充评审意见。评审组也可以在评审意见作出之日起7天内，自行对当事人提出的评审请求作出补充评审意见。

4.6.3 评审意见的完整性

律师应当了解，书面更正和补充评审意见构成原评审意见的一部分。

4.6.4 对评审意见异议期限的影响

在第4.6.1和4.6.2款所述情形下，关于评审意见异议的期限，应当自当事人收到评审组的书面更正或者补充评审意见之日起重新起算。

第七节评审程序终止及其他

4.7.1 评审程序终止的不同情形

4.7.1.1 当事人就争议事项达成和解

当事人在评审程序中可以就争议自行和解，也可以在评审组的主持下进行调解。当事人在评审程序中达成和解或者调解成功的，评审程序终止。

当事人可以就此签订和解协议，也可以根据和解协议中的仲裁条款，请求仲裁委员会组成仲裁庭根据和解协议的内容作出仲裁裁决。未达成和解或者调解未成功的，评审组和各方当事人在评审程序中均不受其在和解或者调解过程中发表的口头或书面意见的约束。

4.7.1.2 申请人撤回争议评审请求

申请人撤回评审请求或者当事人一致同意终止评审程序的，评审程序终止。

4.7.2 评审程序中期间的计算原则

律师应当注意，本章所规定争议评审实务中的期间均按照日历日计算，期间开始之日不计算在期间内，自次日起算。

节假日应当计入期间。期间开始的次日在当地是节假日的，期间从节假日后的第一日起算。期间届满的最后一日在当地是节假日的，以节假日后的第一日为期间届满的日期。

第五章

评审意见的效力

第一节评审意见的效力概述

5.1.1 概念界定

评审意见的效力是指评审专家组的意见是否对各方当事人产生约束力以及产生什么样的约束力。

评审意见的效力依照当事人的授权而决定，在收到评审意见时律师应提醒当事人及时根据约定行使相应权利。当事人对评审意见效力的约定情况直接决定评审意见是否生效及当事人是否需遵照执行。

5.1.2 评审意见效力的分类

参照《争议小组规则》中对评审组的不同分类，评审意见的效力也会有所不同：

（1） DRB的评审意见只是建议性的，其效力由当事人是否在规定期限内对建议提出书面异议而定；

（2） DAB的决定自当事人收到之日起即生效，不论当事人是否提出异议，均应遵守决定，即使争议最终被提交仲裁或者诉讼，在被法院或仲裁庭推翻前，该决定对各方当事人始终具有拘束力；

（3） CDB是DRB和DAB的综合，通常情况下CDB的建议不具约束力，但如果一方当事人请求对争议作出决定且他方当事人不反对，或他方当事人反对但评审组认为必要的，该建议同样具有约束力。

律师应当提示当事人，根据当事人的授权不同，评审意见可以只是建议性、非约束性的，可以是有约束力的，也可以是综合性的，即评审组对某些事项的决定是有约束力的，对某些事项的决定是没有约束力的。当事人可根据需求自由选择不同的争议评审方式。争议评审的程序也因评审意见约束力的不同而有所差异。国内外对评审意见效力的相关规定不尽相同，律师应注意结合实际情况区别对待。

第二节评审意见生效

5.2.1 当事人选择类似DRB形式下评审建议效力方式的情形

当事人选择类似DRB形式下评审建议效力方式的，当事人在收到评审意见之日起14天内（《争议小组规则》中规定提出异议的期限为收到评审意见之日起30天内，《FIDIC合同条件》中规定为收到评审意见之日起28天内）未提出异议的，争议评审意见最终有效，评审意见自上述期限届满之日起对各方当事人具有约束力，当事人应当遵照评审意见执行。

律师须提醒当事人了解的是，DRB评审意见的结果若可以拆分成可独立执行的若干项，而当事人只针对其中的一项或几项提出书面异议的，不影响其他各项评审结果的约束力。

除非当事人另有约定，评审意见可以在当事人之间就相关争议进行的诉讼或者仲裁程序中作为证据使用。

当事人可以根据已经产生约束力的评审意见签订和解协议，并依据和解协议中的仲裁条款，请求仲裁委员会组成仲裁庭根据和解协议的内容作出仲裁裁决。

任一方在评审意见最终生效后未遵守其决定的，律师应及时提醒当事人可在不损害其可能拥有其他权利的前提下，将对方未遵守决定的事项提交仲裁。

评审意见产生约束力后，当事人又将争议提交诉讼或者根据仲裁协议提交仲裁的，在获得与评审意见不同的判决或裁决之前，或者在各方当事人就评审争议的解决另行作出不同于评审意见的约定之前，评审意见仍对当事人具有约束力。

5.2.2 当事人选择DAB裁决小组决定效力的方式的情形

当事人选择类似《FIDIC合同条件》下DAB裁决小组决定效力的方式的，律师应当告知当事人注意，DAB裁决小组决定对各方当事人均有拘束力，当事人不论是否提出异议，均应毫无延迟地遵守和执行，除非此类决定在后续的友好解决或仲裁中被修改。

如果合同当事人对决定不满意，可在收到该决定后28天之内将其异议通知对方并附具理由，相关争议则应提交仲裁或诉讼最终解决，在仲裁庭或法院作出相反的裁决或判决前，该决议对双方当事人仍具有约束力。

律师须提请当事人注意，当事人在约定适用DAB的条件下，若未在规定期限内提出书面异议，将不得对争端进行仲裁，该DAB裁决小组的决定对各方均具有最终约束力。

5.2.3 当事人选择CDB争议评审方式的情形

当事人选择CDB争议评审方式的，在通常情况下，由评审组对争议作出暂无约束力的建议，在当事人未提出异议时该评审意见即生效并产生约束力。

CDB作为一种综合的争议解决方式，允许在一方当事人请求对所提交争议作出决定且他方当事人不反对或者他方当事人反对而评审组认为必要时，评审组对争议作出与DAB争议解决形式下相同的有约束力的决定，此种情况下，即使当事人提出异议，评审意见仍会产生约束力。

5.2.4 当事人另有约定的情形

当事人对评审意见的效力另有约定的，从其约定。

第三节评审意见不生效

5.3.1 当事人选择类似DRB形式下评审建议效力方式的情形

当事人选择类似DRB形式下评审建议效力方式的，在收到评审意见后的14天内提出书面异议的，则建议对当事人不产生约束力，相关争议应提交仲裁或诉讼最终解决。

若评审意见的结果可以拆分成可独立执行的若干项，而当事人只针对其中的一项或几项提出书面异议的，不影响其他各项评审结果的约束力。

评审意见未能成为最终的、有约束力的意见，除非双方另有协议或已获得友好解决，应通过仲裁或诉讼等方式最终解决。当事人要求提交仲裁或提起诉讼的，律师应当提告知当事人在收到评审意见后的14天内将仲裁或起诉意向书面通知另一方，并抄送监理人，但在仲裁或诉讼结束前应暂按总监理工程师的确定执行。

5.3.2 当事人选择DAB裁决小组决定效力的方式的情形

当事人选择类似《FIDIC合同条件》下DAB裁决小组决定效力的方式的，可通过后续的友好解决或仲裁对DAB裁决小组的决定进行修改。

如果合同当事人对决定不满意，可在收到该决定后28天之内将其异议通知对方并附具理由，相关争议则应提交仲裁或诉讼最终解决。在仲裁庭或法院作出相反的裁决或判决后，该DAB裁决小组决定则对双方当事人不产生效力。

5.3.3 当事人选择CDB争议评审方式的情形

在通常情况下，由评审组对争议作出无拘束力的建议，允许当事人对建议提出异议致使建议对当事人不发生拘束力。但评审组介入且认为该建议为必要时除外。

5.3.4 当事人另有约定的情形

当事人对评审意见的效力另有约定的，从其约定。

第六章

争议评审的报酬与费用

第一节建设工程争议评审的收费原则

6.1.1 一般规定

因申请建设工程争议评审解决争议产生的评审专家报酬、仲裁委员会行政费和其他所有费用，一般情况下由各方当事人平均分担，但当事人另有约定或仲裁委员会另有规定的除外。

6.1.2 可参照相应仲裁委员会的规定

律师应告知当事人，若当事人约定适用《北仲评审规则》，则其争议评审收费应遵照《北仲收费办法》。若当事人约定使用《贸仲评审规则》，则其争议评审收费应遵照《贸仲收费办法》。

6.1.3 当事人另有约定的情形

当事人就评审中的费用事项另有约定的，从其约定。

6.1.4 其他情形

就前款所述收费办法中未规定具体数额或计算方法的内容，当事人应与评审专家协商一致后在协议中进行约定。

第二节仲裁委员会的收费标准

6.2.1 一般规定

北仲和贸仲就下列事项收取相应费用：

（1）当事人委托仲裁委员会代为指定评审专家的，仲裁委员会每人次收费人民币5 000元。

（2）决定评审专家回避或退出事宜：

《北仲收费办法》第7条规定：“如果当事人要求本会对评审专家退出作出决定，每人次费用为5 000元，该费用由提出退出请求的当事人承担。”

《贸仲收费办法》第3条规定：“由仲裁委员会决定评审专家回避事宜的，每人次收费人民币8 000元。”

6.2.2 北仲的特别规定

律师需提请当事人注意的是，《北仲收费办法》还特别规定，其代为指定评审专家及决定评审专家回避或退出所产生的费用是不可退还的。

6.2.3 贸仲的其他规定

贸仲另就其他收费服务事项进行了相应规定：

（1）为《评审组成员协议》的达成提供辅助性秘书服务

《贸仲收费办法》第5条规定：“仲裁委员会为《评审组成员协议》的达成提供辅助性秘书服务的，收费人民币2 000元。根据具体情况，仲裁委员会在征得双方当事人同意后，可以对前述费用予以相应调整。”

（2）为评审组和当事人之间的会晤和评审调查会提供场所、设备及必要的支持与协助

《贸仲收费办法》第6条规定：“仲裁委员会为评审组和当事人之间的会晤和评审调查会提供场所、设备及必要的支持与协助的，仲裁委员会根据实际情况确定具体的收费金额。”

（3）核阅评审意见草案

《贸仲收费办法》第4条规定：“由仲裁委员会对评审意见草案进行核阅的，根据案件的具体情况，每件收费人民币20 000—50 000元。”

第三节评审专家的报酬与其他费用

6.3.1 一般规定

除非当事人另有约定或者评审组另有决定，评审专家担任评审组成员的所有报酬和因履行评审专家职责而发生的所有交通、食宿等实际费用，应当由各方当事人平均分担。

评审组由三名评审专家组成，每名评审专家应获得同等报酬，由当事人每月支付或按照评审组的工作每日支付。

支付给评审专家的前24个月的报酬应当固定。此后，以评审专家与各方当事人每年签订协议的形式对报酬数额进行调整。

6.3.2 评审专家的固定报酬

评审专家前24个月应当每月收到固定金额的报酬，在当事人与评审专家所签订的协议里，固定报酬应包括以下评审专家职责内容：

（1）组织参加当事人和工地人员参加的评审会议；

（2）组织参加评审组内部会议；

（3）熟悉合同并追踪合同履行情况；

（4）在履行评审专家职责期间研究当事人提交的项目报告和相关信息。

6.3.3 评审专家的其他费用

评审专家应当避免不必要的费用支出。对于固定报酬之外因进行现场勘查、审理争议而举行的调查会以及制作评审意见等而发生的实际费用（包括差旅费、通讯费、住宿费、餐费、签证费、复印费等）及报酬应由当事人负担。

6.3.4 支付时间

当事人应当在收到评审专家关于前述费用和报酬的收费通知后15日内向评审专家支付费用或报酬。

6.3.5 违约责任及处理办法

评审专家应与当事人约定延迟支付费用的违约责任。如果任何一方当事人没有按期在收到收费通知后15日内支付费用或报酬的，评审专家可在通知当事人后暂停评审工作，直至当事人全额支付费用和报酬。

律师应提请当事人注意，如果一方当事人有怠于支付评审专家报酬、行政费用和其他费用的行为，任何一方当事人，可以全额垫付费用。

除非自动放弃权利，垫付费用的当事人可以向怠于支付的当事人追偿其垫付的费用，当事人可以约定怠于支付费用的违约责任。

6.3.6 通过仲裁委员会向评审专家支付报酬的情形

《北仲收费办法》第9条规定：“当事人与评审专家约定通过本会向评审专家支付报酬的，本会因此所应负担的任何税费均应由当事人承担，在报酬加税费的基础上，本会还将额外收取10%的管理费。前述税费和管理费由当事人在向本会缴纳评审专家报酬时一并缴纳。当事人租用本会场地或设施的，按《会议室收费标准》另行收取。”

第七章

附则

本操作指引是根据国家颁布的现行法律、行政法规、规章、地方性法规及其他相关文件的规定，结合当前律师为建设工程争议评审提供法律服务的实务操作制定，若国家法律、法规、地方性法规、规章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进行调整。

（本操作指引由中华全国律师协会建设工程与房地产专业委员会负责起草。执笔人：袁华之；审稿人：朱树英、曹珊、李旺荣）

## 律师办理买卖合同法律事务操作指引

目录

第一章总则 / 571

第二章非诉讼买卖合同法律事务中律师的职责 / 572

第一节买卖合同当事人的资信调查 / 572

第二节买卖合同的起草 / 577

第三节其他涉及买卖合同的非诉讼法律事务 / 591

第三章买卖合同纠纷案件中代理人的职责 / 593

第一节对基础事实的审查 / 593

第二节证据审查 / 594

第三节诉讼请求的确定 / 600

第四节起诉和应诉 / 609

第四章附则 / 615

第一章

总则

第1条为了指导律师在承办买卖合同法律事务中依法履行职责，提高承办买卖合同法律事务所的能力，依据《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国电子签名法》、最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》的相关规定，制定本指引，供律师办理买卖合同法律事务时参考适用。

第2条律师经所在律师事务所指派，并征得当事人同意，为当事人提供起草、审查、修改买卖合同，参与买卖合同各方的谈判，监督和见证合同的签订及履行，出具律师意见书、律师见证书等法律文书；担任原告、被告、第三人或者仲裁申请人、被申请人及第三人的代理人，可以结合当事人的授权范围，参照本指引办理。

第3条律师承办买卖合同法律事务，应充分保障当事人的契约自由原则，尊重当事人的意愿，不得将律师个人的意志强加于当事人。但对当事人的主张不能得到法律支持的，应书面予以提示；对违反法律、行政法规的强制性规定的，可以拒绝代理。

第4条律师承办买卖合同法律事务，应本着当事人利益最大化原则，依法维护当事人的合法权益。

第5条律师承办买卖合同法律事务，应当引导当事人遵循公平原则，促进各方当事人的交易。

第6条律师在承办买卖合同相关法律事务过程中，需要当事人配合方可完成的法律事务，应当向当事人说明情况。

第7条律师经双方或者各方当事人共同委托，可以承办买卖合同非诉讼法律事务，但应充分考虑各方当事人的利益均衡，对任何不利于当事人的约定或者行为，应予以书面释明并经当事人认可。涉及当事人利益冲突，难以调整的，应自行回避。

第二章

非诉讼买卖合同法律事务中律师的职责

第一节买卖合同当事人的资信调查

第8条本指引所称资信调查，是指律师接受买卖合同当事人委托，对当事人一方、相对方或者各方买卖合同签订、履行能力、履约风险等相关事宜，通过对当事人提供材料的审查及必要的调查，从律师专业角度，提供分析、判断意见的非诉讼法律事务。

第9条律师应以书面或者口头形式告知当事人提交与买卖合同有关的资料，并约定提交的时间。

第10条当事人难以提交的材料，律师可以根据办案涉及的内容及被调查单位、自然人的配合情况，协助当事人获取可能取得的相关材料。

第11条律师需要审查的材料中，涉及对方当事人或者第三人的相关材料，需要当事人协助或者须征得对方当事人同意或第三人同意方可取得的，可以要求当事人协助调取。

第12条律师为履行资信调查职责，在无法取得书面证据且当事人配合的情况下，可以采取录音、录像、拍照等方式取得相关证据，但不得采取违法方式调查取证。

采取以上方式仍无法取得的，应告知当事人。

第13条律师审查资料，应对原件进行审查，并留存经当事人确认后的复印件。

第14条审查买卖合同自然人当事人的身份，包括以下内容：

（1）家庭住址；

（2）工作单位及职务；

（3）身份证号码及发证机关；

（4）婚姻状况及家庭成员；

（5）教育程度；

（6）工作履历；

（7）工资或者报酬；

（8）有无其他职业及收入状况；

（9）其他需要审查的情况。

第15条审查买卖合同法人或者其他组织当事人的基本情况，包括以下内容：

（1）法人或者其他组织的名称；

（2）法人或者其他组织的注册地址及实际经营地址；

（3）分支机构状况；

（4）认缴注册资金及期限、实收资本、投资额及履行期限；

（5）股东、投资人的基本情况；

（6）管理人员的基本情况；

（7）有限责任、无限责任等承担经营风险的形式；

（8）登记注册的经营范围及实际经营范围；

（9）经营期限；

（10）经营资金的来源、经营及盈利状况；

（11）其他需要审查的情况。

第16条审查买卖合同标的物的基本状况，包括以下内容：

（1）来源；

（2）占有状况；

（3）现状；

（4）数量及质量；

（5）是否登记及他项权利等登记状况；

（6）有无权利瑕疵及瑕疵状况；

（7）其他影响标的物权利的状况。

第17条审查自然人买受人支付货款的能力，包括以下内容：

（1）自然人半年内的日常收入状况；

（2）应该承担连带或者共同责任的近亲属半年内的日常收入状况；

（3）现有资金状况；

（4）付款义务期限内其他经营活动的预收资金或者负债预期；

（5）特殊买受人的日常健康状况；

（6）其他可能影响买受人支付货款能力的状况。

第18条审查法人或者其他组织买受人支付货款能力，包括以下内容：

（1）一年内日常资金流量；

（2）现有资金量；

（3）经营现状分析；

（4）付款期限内重大经营活动分析；

（5）其他可能影响买受人支付货款能力的状况。

第19条审查买卖合同自然人当事人的履约能力，包括以下内容：

（1）在行业或者社会上的影响及作用；

（2）取得的社会荣誉分析；

（3）半年以上银行信用记录分析；

（4）财产状况；

（5）婚姻家庭稳定性分析；

（6）有无涉诉案件及处理情况分析；

（7）其他影响个人履行合同的情形。

第20条审查买卖合同法人或者其他组织的履约能力，包括以下内容：

（1）在行业内的影响及作用；

（2）取得的社会荣誉分析；

（3）银行信用分析；

（4）纳税情况分析；

（5）重大涉诉及预期、执行情况分析；

（6）其他影响当事人履行合同义务的状况。

法人或者其他组织的出资人可能承担无限责任或者无限连带责任的，还应审查出资人的履约能力。出资人的履约能力依照前款并结合本指引第19条进行审查。

第21条审查买卖合同标的物交付风险，包括以下内容：

（1）标的物单证、保修单、产品合格证、质量保证书、质量鉴定书、品质鉴定书、使用说明书等资料；

（2）标的物包装标准及状况分析；

（3）标的物交付地状况；

（4）标的物交付地交通状况及费用分析；

（5）交付时间及交付期限合理性分析；

（6）标的物运输风险分析及保险状况分析；

（7）标的物储存状况分析；

（8）其他。

第22条审查诉讼风险，包括以下内容：

（1）当事人在案件管辖地法院及仲裁机构两年来案件的诉讼状况，对胜诉案件，应从律师角度分析胜诉的原因；对败诉案件，应分析败诉的原因；

（2）涉诉案件程序是否存在不合理因素；

（3）当事人在案件管辖地法院及相关部门的影响力分析。

第23条审查买卖合同当事人的偿债能力，应包括以下内容：

（1）重大诉讼及一年来的诉讼状况、执行情况分析；

（2）现金状况及可执行性预测；

（3）不动产状况及可执行性预测

（4）固定资产状况及可执行性分析；

（5）当事人分支机构偿债能力预测；

（6）债务人对第三人到期债权的可执行性分析；

（7）法人组织成员的组成状况及在当地的影响；

（8）强制执行的可行性分析及阻力预测；

（9）其他可能影响当事人债权实现的情形。

买卖合同涉及出资人应承担无限责任或者无限连带责任的，应对该出资人的上述状况作出分析。

第24条资信调查的工作过程及调查事实，应制作律师工作底稿，并通报当事人，听取当事人的意见。

第25条资信调查工作结束后，应制作律师资信调查报告，报告包括以下内容：

（1）律师资信调查的依据、范围和目的；

（2）指派律师的基本情况；

（3）律师资信调查的工作规则；

（4）资信调查程序；

（5）获取的证据；

（6）调查状况分析；

（7）结论；

（8）资信调查的保留性意见及风险提示；

（9）适用范围及保密规则。

第26条无法取得的有关买卖合同当事人合同签订及履行的证据，应在报告中明示，并说明由此可能产生的影响。

第27条资信调查的结论是基于取得的证据均为合法状态下出具的，应在报告中明示出现特殊情况的除外情形。

第28条资信调查的结果仅限于考察当事人过去及现在的资信状况，不应确定未来发生的非正常状况可能发生的风险。

第29条资信调查的内容不属于当事人确定交易的决定性因素，仅作为当事人决策参考使用。

第30条在资信调查过程中，对已经知悉或者接触的当事人的商业秘密、个人隐私及国家秘密应当保密。

第二节买卖合同的起草

第31条律师接受当事人委托代为起草买卖合同，可以制作接谈笔录，笔录的内容包括：

（1）买卖合同当事人的自然状况；

（2）委托人委托事务的目的和要求；

（3）买卖合同标的物及状况；

（4）所有权保留及条件；

（5）价款及支付方式；

（6）履约保函及状况；

（7）有无定金及其他保证金的约定；

（8）质量异议期限及保修期限；

（9）质量保证期限及维修义务；

（10）标的物的交付方式及风险转移；

（11）当事人接收合同文本的联系方式；

（12）生效要件有无特别约定；

（13）其他需要了解的基本情况。

第32条对本指引第31条规定的情况，委托人无法确定或者不知晓的，律师可以向委托人解释相应的内容及其作用，并根据委托人的意见，确定买卖合同的基本内容。

第33条律师可以根据当事人书面起草的买卖合同的基本条款，初步了解当事人与合同相关的要求，并可就当事人没有考虑的问题征求当事人的意见，最终确定买卖合同的基本内容。

第34条买卖合同应明确各方当事人的基本状况，并注明联系方式。

第35条起草买卖合同需明确阐述合同签订的以下背景：

（1）当事人的详细状况；

（2）标的物的详细情况；

（3）买卖合同有无特殊目的；

（4）当事人协商一致的结果。

第36条买卖合同主文应包括以下内容：

（1）合同定义；

（2）法律适用及法律冲突规范；

（3）标的物的基本状况；

（4）定金的性质及处理方式；

（5）价款；

（6）标的物运输和交付方式及费用承担；

（7）保险条款；

（8）标的物风险转移和所有权保留；

（9）付款期限和方式；

（10）标的物瑕疵声明和保证；

（11）质量异议和通知方式；

（12）质量保证期限；

（13）质量问题的解决方式；

（14）维修责任；

（15）随附义务及他权利和义务；

（16）保密条款；

（17）知识产权归属；

（18）合同效力的特别约定和丧失；

（19）合同解除的约定条件和解除权行使方式；

（20）不可抗力及其后果；

（21）违约责任；

（22）通知和接收方式；

（23）争议解决方式；

（24）文本和标准；

（25）合同附件和效力；

（26）其他。

第37条为了避免双方当事人在履行合同过程中及发生纠纷时对合同用语产生争议，促进交易和解决纠纷，律师起草合同时，应按照当事人协商过程中的理解及合同交易目的，对合同中的关键用语作普通人易于理解的明确表述。

第38条合同的标的物、货款、时间等计量方式，应当在合同定义中予以明确。

第39条律师可以在买卖合同中确定按照《中华人民共和国立法法》的规定适用法律，也可以依照当事人的意愿确定适用的冲突规范。

第40条当事人有一方为外国人，或者买卖合同的标的物在国外，或者买卖合同的履行地在国外，律师可以在法律冲突规范中，确定按照《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的规定适用法律。

涉及我国香港特别行政区、澳门特别行政区及台湾地区的买卖合同，可以参照前款规定执行。

第41条涉及在中国履行的中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业、中外合作勘探、开发自然资源的企业作为标的物转让、相关资产转让，以及其他法律、行政法规规定必须适用中国法律的，律师不得在买卖合同起草中，约定适用外国法律及冲突规范，但当事人坚持约定的，应向当事人明确说明该条款违反中国法律规定的后果。

第42条律师在帮助当事人起草买卖合同时，涉及法律冲突规范的适用的，应告知当事人，在中华人民共和国内地法院起诉的案件，合同争议性质的确定应适用中华人民共和国的法律。

第43条律师发现当事人约定适用的外国法律明显损害中华人民共和国社会公共利益以及违背社会公序良俗的，应当要求当事人作出修正，当事人不予修正的，应拒绝提供法律服务。

第44条律师应当告知当事人，选择适用外国法律冲突规范的，发生争议时有义务提供相应的法律，并告知当事人，无法查清约定适用的法律时，应适用中华人民共和国法律。

第45条律师起草涉外法律适用条款，要引导当事人选择直接适用相关买卖合同的实体法法律规范，告知当事人中华人民共和国法律不支持选择适用法律适用法。

第46条约定标的物的基本状况包括以下内容：

（1）数量；

（2）质量；

（3）标的物是否可分；

（4）标的物是否有从物；

（5）标的物的占有情况；

（6）标的物的性质；

（7）是否登记及登记状况；

（9）是否可替代。

第47条可分物应明确是否属于一并买卖的标的物；从物应确定是否不属于一并买卖的标的物。

第48条标的物的性质，是指是否属于禁止流通物或者限制流通物，并明确需要何种程序、资质、手续可以交易、交易条件及权利义务的承担方式。

第49条标的物的登记状况，是指标的物的登记机关、登记所有权人、登记他项权利人以及登记的性质如何。

第50条标的物的登记分为以下几种情况：

（1）初始登记；

（2）异议登记；

（3）所有权登记；

（4）他项权利登记。

第51条标的物登记的性质是指标的物为：

（1）动产；

（2）不动产；

（3）使用权；

（4）所有权；

（5）登记的对抗效力；

（6）其他。

第52条涉及土地使用权转让的买卖合同，使用权应注明划拨、出让、转让或者租赁。

涉及标的物其他性质已经进一步区分的，应予以明确说明。

第53条标的物是否可替代，是指标的物是否有同类物，没有同类物的标的物不具有可替代性。

第54条律师起草买卖合同时，发现或者当事人告知标的物不属于出卖人所有的，应向当事人说明无法交付和因权利瑕疵引起的法律后果，并可按照当事人的意愿，明确规定合同签订时标的物所有权的归属。

第55条当事人约定定金数额，应以交易总价款的20%为限，律师对当事人要求约定定金超过20%的，应告知当事人，超出的部分不符合定金的规定。

第56条根据买卖合同的性质，可以将定金的性质确定为证约定金、立约定金、违约定金、解约定金。

第57条在定金条款中，可以约定债务人履行义务后予以返还或者抵顶价款。

第58条根据当事人的约定，可以确定交付的定金兼具多种性质。

第59条律师可以建议当事人，在约定定金抵顶价款后，在后续合同履行中出现当事人根本违约情形，致使合同目的难以实现的，可以行使定金罚则。

第60条买卖合同的价款，是指当事人以货币形式支付标的物对价的方式，但当事人约定用其他方式支付对价且不违反法律规定的，从其约定。

第61条支付价款以人民币作为结算方式，以外币方式支付的，可以约定折算为人民币的计算方式。

第62条支付价款以外币作为结算方式，以人民币或者其他外币支付的，可以约定折算为结算外币的计算方式。

第63条对于难以流通的货币，律师应告知当事人交易后，货币难以兑换及流通的风险。

第64条买卖合同标的物需要运输的，可以就以下内容约定：

（1）负责运输的当事人；

（2）承运和交付方式；

（3）费用承担和付费期限；

（4）运输期限；

（5）运输风险责任；

（6）运输目的地和时间；

（7）通知义务。

第65条买卖合同当事人可以对标的物的运输及交易期间、标的物可能灭失的风险约定保险条款，主要包括以下内容：

（1）投保人；

（2）保险标的物；

（3）保险金额；

（4）保险方式；

（5）保险期限；

（6）保费承担及支付；

（7）受益人。

第66条有体物的交付方式有以下几种：

（1）出卖人所在地或者指定地交付；

（2）买受人所在地或者指定地交付；

（3）运输方式交付；

（4）第三人交付；

（5）其他交付方式。

第67条电子信息产品的交付方式除可以采用有体物交付方式外，还可约定告知访问或者使用特定信息产品密码的交付权利凭证方式交付，也可以约定以在线网络传输方式接收或者下载的方式交付，以及以其他买受人能够收到电子信息产品的方式交付。

第68条电、热、声、光、气等无体物的交付方式，应符合生活常识和一般规律，并以买受人能够实际控制为标准予以确定。

第69条当事人可以约定标的物交付时，超出合同约定数量的标的物的处理方式及费用负担。

第70条买卖合同标的物的所有权转移以交付为原则。当事人另行约定的除外。

第71条买卖合同的标的物风险转移以所有权转移为原则。当事人有特殊约定的除外。

第72条不动产物权的转移依照物权法规定的登记原则确定，律师应当向当事人释明不动产所有权转移不适用契约自由原则，但可以就不动产未登记前的风险负担进行约定。

第73条动产标的物所有权转移除交付之外，还可以约定采取以下方式：

（1）以付款条件确定所有权转移；

（2）以履行一定的义务确定所有权转移；

（3）以办理托运和／或交付承运人确定所有权转移；

（4）以其他方式确定所有权转移。

律师可以根据前款规定的方式，约定相应的所有权保留方式。

第74条车辆、轮船、航空器可以约定登记时所有权转移，但法律、法规及规章规定不需登记的除外。

第75条律师应该告知当事人，买受人支付价款75%以上时，出卖人在合同中约定标的物所有权保留的，人民法院不予支持。

第76条当事人可以约定所有权保留，但标的物灭失风险发生转移；也可约定所有权发生转移，但风险不发生转移。

第77条当事人可以约定标的物是否投保及费用负担，并可指定受益人。

第78条动产的风险负担除交付之外，还可约定采取以下方式：

（1）所有权转移；

（2）以时间或者地点确定转移；

（3）在途标的物转移；

（4）其他条件转移。

第79条标的物交付后，所有权保留，但在标的物风险未转移的情况下，当事人可以约定标的物占有人的保管义务。

第80条标的物未交付，但所有权发生转移，标的物风险发生转移的情况下，当事人可以约定标的物占有人的保管义务。

第81条标的物为种类物的，当事人可以约定标的物以下列可识别的方式明确风险的转移：

（1）向买受人出具装运单据；

（2）在标的物上加盖标记；

（3）以其他方式明确通知买受人。

第82条根据合同标的物的性质，律师可以建议当事人对标的物交付前后的孳息归属予以约定。

第83条货款的支付期限的约定包括以下方式：

（1）提前付款；

（2）分期付款；

（3）货到付款；

（4）附条件付款；

（5）其他付款方式。

第84条付款可以以现金、转账、票据等方式履行，也可以约定第三人代为支付。

第85条付款地点可以选择以下地点进行：

（1）出卖人指定账户；

（2）出卖人营业地；

（3）出卖人至买受人住所地领取；

（4）其他地点支付。

第86条标的物的瑕疵分为权利瑕疵和质量瑕疵。

第87条标的物权利瑕疵分为以下情形：

（1）所有权瑕疵；

（2）他项权瑕疵；

（3）知识产权瑕疵；

（4）占有状况瑕疵；

（5）可能产生的司法障碍。

第88条质量瑕疵包括以下内容：

（1）买受人认可的瑕疵；

（2）外观瑕疵；

（3）质量不符合合同约定的瑕疵；

（4）低于国家强制性标准的瑕疵；

（5）其他性质的质量瑕疵。

第89条买卖合同的质量异议期限，应根据标的物的性质和当事人的认知程度，确定合理的期限。

第90条律师应告知当事人，约定的质量异议期限或者检验期限过短，依照标的物的性质、交易习惯可以确定买受人无法完成检验的，法律后果会确定为外观瑕疵异议期限。

第91条当事人可以约定以签收送货单、确认单等载明标的物数量、型号、规格的方式，作为对标的物外观的检验，也可以约定其他方式确认外观检验。

第92条当事人可以约定由第三方对标的物进行检验，但检验的标准应符合当事人约定的检验标准。

第93条当事人约定标的物的检验标准，可以是国家标准、部门标准、行业标准以及其他双方当事人认可的标准，但国家对标的物的产品质量有明确规定的，约定的检验标准不得低于国家标准。

第94条当事人可以约定以下列方式确认买受人放弃质量异议，也可以明确约定下列行为未放弃质量异议：

（1）支付价款；

（2）确认欠款数额；

（3）使用标的物；

（4）转让标的物；

（5）其他双方认可的方式。

第95条以合同约定的形式，明示质量的瑕疵并免除出卖人的质量担保责任，律师应告知当事人，买受人在签订合同时，不知道该瑕疵能够导致标的物基本效用显著降低的，出卖人仍需承担质量保证责任。

第96条在买卖合同中明确质量瑕疵，并明确告知买受人瑕疵引发标的物基本效用的状况，该约定符合标的物实际情况的，出卖人免除质量保证责任。

第97条律师应告知当事人，出卖人故意或者重大过失不告知标的物的瑕疵的，即使合同约定减轻或者免除出卖人的责任，仍应由出卖人承担质量保证责任。

第98条在质量保证条款中，应明确约定质量异议的通知方式以及更换通知方式的及时通知义务和法律责任。

第99条买卖合同中可以约定出卖人的质量保证期限，国家对标的物的质量保证期限有规定的，质量保证期限不应低于国家标准，并可约定出卖人免费保修义务。

第100条保修或者维修责任中应明确以下内容：

（1）通知方式；

（2）通知接收地址；

（3）更换通知地址及接收人的义务及法律后果；

（4）保修或者维修时间；

（5）保修或者维修费用标准及承担方式；

（6）保修或者维修产生的法律后果。

第101条买卖合同可以约定质量保证期限，超过一定期限的，部分保修收取工本费。

第102条买卖合同可以约定出卖人对标的物超出质量保证期限的维修期限，并约定是否收取费用以及收取费用的标准。

第103条买卖合同可以约定出卖人或者约定的第三人没有按照合同约定履行保修或者维修义务，买受人自行决定维修的，由出卖人承担相应的费用。

第104条根据当事人的要求或者具体情况，可以在买卖合同其他权利和义务条款中，约定从合同权利及义务以及其他应该确定的权利义务。

第105条从合同义务，是指依照当事人的约定或者交易性质，交付辅助单证或者资料以及履行其他义务，是合同履行不可缺少的合同义务。

第106条辅助单证和材料是指：

（1）保险单；

（2）保修单；

（3）普通发票及增值税专用发票；

（4）产品合格证及质量保证书；

（5）质量鉴定书、品质检验证书、产品进出口检疫书；

（6）原产地证明书；

（7）使用说明；

（8）装箱单；

（9）其他辅助单证或资料。

第107条当事人可以明确约定在开具增值税专用发票、普通发票及交付其他单证前，买受人应实际支付相应的货款。

第108条买卖具有知识产权的标的物，除当事人明确约定知识产权的归属外，该标的物的知识产权归原权利人所有。

第109条签订买卖合同时，当事人可以就买卖合同签订前以及买卖合同履行过程中发生的具有合同内容的文本效力进行约定，也可以就相关文本的效力丧失予以约定。但约定不得违背法律、行政法规关于效力的强制性规定。

第110条合同解除权可以在合同履行的任何阶段行使，但当事人已经履行主要义务，仅有履行瑕疵，不影响合同目的实现的，不应约定合同解除。

第111条约定解除条款应当同时约定通知方式，也可以约定解除权一方自愿继续履行的通知方式。

第112条合同解除后，根据合同的性质和履行情况，可以要求相互返还，也可以约定不予返还。

第113条买卖合同当事人可以约定解除合同后的结算或者清算方式及方法。

第114条律师应建议当事人约定解除权行使的期限，并明确告知当事人，约定期限内不行使解除权的，解除权丧失。

第115条律师可以在起草合同时，确定解除合同的异议期限，并确定异议期限内不提起诉讼或者仲裁的法律责任。

第116条买卖合同可以明确约定，合同解除后以及不行使解除权是否影响违约责任的承担。

第117条买卖合同可以约定，当事人行使解除权不符合约定和/或法定条件，视为合同没有解除，行使解除权的当事人构成违约，合同相对人未提起解除权异议或者无效之诉的，不影响相对人主张继续履行合同的权利。

第118条买卖合同可以约定，当事人行使解除权不符合约定和法定条件，另一方当事人在约定期限内未提起解除权异议或无效之诉的，合同解除，并可约定是否承担违约责任。

第119条不可抗力的约定应符合法律规定，并可以通过列举形式表述不可抗力的范围；涉外买卖合同应考虑国际惯例对不可抗力的认定。

第120条当事人可以在不可抗力条款中，约定双方免除合同义务的条款。

第121条不可抗力条款应约定当事人对不可抗力的举证责任，以及不可抗力发生后，是否全部、部分或者延期履行合同义务。

第122条不可抗力产生后，对合同履行影响有异议的，可以约定是否保留争议继续履行合同，并确定因履行合同产生的风险如何承担。

第123条当事人约定不可抗力因素消失后，迟延履行合同应承担违约责任的，应在合同中予以确认。

第124条不可抗力发生后，根据当事人履行合同的地位，应确定相关当事人负有减损义务。

第125条对违约责任的约定，可以就具体的义务对合同的影响程度不同，确定支付的违约金数额或者违约金计算方式。

第126条对当事人的根本性违约或者阶段性根本违约，可能造成守约方可得利益损失的，可以约定可得利益的违约条款。

第127条对可得利益损失的约定，应在签订合同时对可能违约一方予以明示，守约方在合同履行后能够取得的利益。

第128条对当事人的违约行为，不得同时约定可得利益损失和违约金的计算方法，当事人坚持约定的，应向当事人说明人民法院不支持可得利益损失，仅支持违约金计算方式。

第129条根据当事人的意愿，可以约定违约行为发生后，同时承担赔偿损失和支付违约金的义务，但应向当事人明确违约金的数额高于实际损失30%的，违约方有权要求降低。

第130条当事人既约定违约金，又约定定金罚则的，应向当事人说明二者之间的可选择性。

第131条当事人约定定金的同时，还约定了同时承担支付违约金责任的，应比照本指引第135条向当事人说明相应的法律后果。

第132条当事人约定适用定金罚则的同时，还约定了承担赔偿损失责任的，应告知当事人违约责任以实际损失为限。

第133条当事人约定定金罚则适用于履行合同的全部过程时，律师应告知当事人，定金罚则应与其违约行为对应的价款相当。

第134条当事人可以对质量保证责任、维修责任、付款期限等合同义务，与当事人约定有无保证金等条款，确定以保证金方式承担违约责任，也可以约定保证金方式之外的其他违约金支付方式。

第135条当事人可以对提前履行合同导致另一方当事人利益损失约定应承担的违约责任，但提前履行不损害另一方利益的不得约定。

第136条当事人可以约定未按合同约定履行从合同义务应承担的违约责任。

第137条当事人可以约定违反合同附随义务时，应承担的违约责任。

第138条在合同约定违约条款中，没有确定相应违约责任的，律师可以建议当事人约定比照最类似的条款承担违约责任，没有最类似的，比照最高额或者最低额或者中间值确定违约金数额。

第139条当事人可以约定发生纠纷时律师费用的负担，但律师应告知超出规定的律师收费标准的，人民法院有不支持的可能。

第140条当事人可以在合同中约定，可以采取书面、电报、电传、传真、特快专递、信件、电子数据交换和电子邮件等形式履行通知义务，但律师不应为当事人起草口头通知条款，当事人坚持约定的，应告知当事人法律后果。

第141条通知条款中应约定改变通知方式或者地址的告知义务及法律后果。

第142条通知条款中应明确约定通知的法律效力，包括发信主义、到达主义等方式。

第143条履行合同发生争议，可以约定通过协商、人民调解委员会调解、仲裁、人民法院管辖等方式解决。

第144条当事人约定协商的有关内容，需要经过专业部门确认的，也可以通过协商的形式确定有关部门出具意见。

第145条约定解决争议的仲裁机构必须明确。

第146条确定法院管辖的案件应当明确，并以不产生歧义为原则。

第147条买卖合同约定当事人发生争议时，由原告所在地或者被告所在地法院管辖的条款，律师应告知当事人可能产生任何一方当事人均可成为原告或者被告，并发生法院管辖目的难以实现的结果。

第148条律师应帮助当事人约定明确的合同文本，有不同语言表达方式的，应确定产生歧义时适用文本的标准。

第149条在合同附件条款中，应明确注明合同附件的名称及页数，并说明与合同主文、附件之间的效力以及产生矛盾后的效力适用条款。

第三节其他涉及买卖合同的非诉讼法律事务

第150条律师接受当事人委托，可以办理买卖合同的起草、修改、审查、签订及履行监督和见证等法律事务。

第151条办理修改和审查买卖合同，可以根据当事人的要求，出具律师修改建议书或者律师意见书。

第152条出具律师建议书，应阐明律师接受当事人委托及当事人的意愿、并在查阅有关材料的基础上，出具相关建议。

第153条修改建议可以明确修改词、句、条款，注明建议修改的内容，并阐述修改的理由。

第154条审查合同的意见应从合同的总体出发，结合律师对法律的理解，对当事人提供的合同文本进行必要的明示，对当事人不易理解、易产生歧义或者相互矛盾的约定予以说明和阐述，从普通人理解合同内容的角度，帮助当事人把握合同中的义务、权利及需要注意的条款。

第155条审查买卖合同的意见书，应比照律师修改建议书，陈述观点，说明理由。

第156条出具律师意见，不应对合同是否有效予以确认,当事人要求必须予以明确的，应注明仅对合同文本发表意见，并注明合同效力的意见仅供参考，不属于最终结论。

第157条审查买卖合同时，发现当事人提供审查的合同文本属于格式合同的，应就格式条款是否无效、是否能够产生歧义、产生歧义发生的法律后果提出意见。

第158条审查买卖合同时，应对当事人提供的格式合同中的免责条款进行特别审查，并向当事人说明对合同当事人的告知、解释义务以及告知、解释的方式。

第159条律师依法监督和见证买卖合同签订及履行，仅对当事人行为本身出具见证意见，不得对效力发表观点；当事人签署法律文本，仅就是否当面签署出具见证意见。

第160条律师在监督和见证买卖合同相关法律实务中，发现当事人有伪造材料、恶意串通、损害国家利益、欺骗律师或者其他当事人的情形的，应当拒绝代理。

第三章

买卖合同纠纷案件中代理人的职责

第一节对基础事实的审查

第161条律师接待涉及买卖合同纠纷案件当事人，应听取当事人对案件基础事实的陈述，并就争议发生的主要问题进行询问。

第162条听取当事人的陈述，应从以下几个方面掌握：

（1）签订买卖合同的时间、地点以及当事人的基本情况；

（2）买卖合同标的物及目的；

（3）合同履行期限及履行状况；

（4）争议发生的主要事实和分歧；

（5）当事人的主张和辩解。

第163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，要求当事人陈述和提供相应证据材料，主要包括以下内容：

（1）当事人委托的目的；

（2）签订买卖合同的主体身份信息；

（3）证明买卖合同关系的证据材料；

（4）支持当事人诉讼请求的证据材料；

（5）证明买卖合同纠纷发生的起因、经过、结果的证据材料；

（6）支持当事人的诉讼请求或者抗辩的事由及证据材料；

（7）争议发生的解决方式及约定管辖状况；

（8）其他需要询问的内容。

第164条律师根据掌握当事人对买卖合同纠纷的过程的事实陈述及委托目的，应就当事人提交的证据材料进行初步审查，并作如下处理：

（1）根据买卖合同中约定管辖或者法律规定，对争议发生的解决方式及管辖问题作出判断和建议；

（2）案件事实清楚、证据充足的，按照当事人的要求，履行诉讼前材料的准备或者应诉工作；

（3）证据尚未充分或者有缺失的，应列明需提交的证据材料，并要求当事人进一步提供；

（4）当事人无法自行取得的，律师应依职权在当事人的协助下，开展调取相关证据材料的工作；

（5）律师依职权仍无法调取的,可根据法律规定申请人民法院调取,也可申请人民法院下发调查令，或者根据案件情况申请证据保全。

第165条当事人提交的证据虽然不全面，但是，当事人承诺能够按照律师要求提交并符合立案要求的，不影响律师诉讼工作的进行。

第166条律师认为当事人主张的诉讼请求或者抗辩观点难以成立或者不符合法律规定，应建议当事人修正自己的主张。当事人坚持自己的意见的，应向当事人交待诉讼可能产生的不利后果，并由当事人签字确认相关的诉讼风险提示，但律师仍应从法律及法理层面积极维护当事人的合法权益。

第二节证据审查

第167条律师承办买卖合同纠纷案件，在接待当事人、庭前准备、参加庭审、总结代理词、发现新证据、上诉、申请再审期间，均应依照证据规则对涉案证据进行审查。

第168条审查买卖合同的证据，应审查证据的原件，无法提供原件的，可以就有关部门盖章并出具的复印件进行审查。

第169条审查证据应把握单个证据的真实性、合法性、关联性以及证据整体的连续性。

第170条审查在中华人民共和国境外形成的证据，应审查是否有中国使领馆及相关机构的认证。

第171条证据内容涉及汉语以外的语言的，应提交依法成立的翻译机构的汉语翻译，提供收费证明，并附翻译机构的营业执照及翻译资质证明。

第172条外国人在中华人民共和国内地形成的证据，应提供该外国人提交证据时在境内的证明。

第173条审查买卖合同成立的证据，主要包括以下内容：

（1）当事人的书面合同、协议及补充协议；

（2）具备承诺内容的认购书、订购书、预定书、意向书、备忘录等；

（3）中标通知书、拍卖确认书、竞买确认书等；

（4）其他有明确承诺内容的书面材料。

第174条下列证据，能够证明买卖合同关系成立的，当事人还应当提交双方交易方式、交易习惯以及其他证明合同关系成立的相关证据：

（1）送货单、收货单等交货凭证；

（2）结算单、发票等结算凭证；

（3）对账确认函、债权确认书、对账单等债权凭证。

第175条确定交易方式的证据，是指买卖合同当事人签订合同与履行合同所认同的通行方式方面的证据材料。

第176条确定交易习惯的证据，是指当事人订立合同时知道或者应当知道交易中的惯常做法，包括行业惯例、地区惯例以及当事人之间的惯常做法。

第177条审查书面合同是否成立，主要审查合同的主要条款和合同成立的形式要件以及当事人对合同成立有无特殊约定。

第178条审查合同未生效、生效，除法律、行政法规规定需登记、批准的作为生效要件外，应审查当事人对生效是否有约定条件。

第179条审查合同及合同条款无效，主要审查合同内容是否违反法律、行政法规的效力性强制性规定，以及是否符合合同法关于无效合同及条款的规定。

第180条在当事人发生争议的合同中，格式合同对同一权利义务的约定，格式条款与非格式条款不一致的，格式条款的理解应按照非格式条款确定。

第181条审查格式合同，应审查格式条款是否可能发生争议，并按下列顺序，确定格式条款的解释方式：

（1）按照通常理解；

（2）按照不利解释。

第182条审查格式条款要注意审查涉及案件争议问题的免责条款和限制责任条款，并按照以下顺序确定格式条款是否有效：

（1）是否具备《中华人民共和国合同法》第52条和第53条规定的情形；

（2）是否免除了提供格式合同一方当事人的主要义务；

（3）是否履行了提示和明确说明义务。

第183条格式条款中免除当事人的主要义务，是指以下方式：

（1）免除提供格式合同一方的主要义务；

（2）加重接受格式合同一方的责任；

（3）排除接受格式合同一方的主要权利。

第184条审查提供格式合同一方是否尽到告知义务，应从格式条款采用的文字、符号、字体等足以区别普通条款的特别标识，并按接受格式合同一方的要求对格式条款作出了不易发生歧义的书面说明。

第185条审查当事人是否履行了交付标的物义务，主要审查当事人是否有相对人的货物接收单、交接单、签收单以及托运单，接收单无当事人盖章或者签字的，应审查签字人是否有权代表合同相对人的证据。

第186条审查当事人是否支付货款，主要审查是否有合同相对人的收款单、发票、票据签收单、汇款通知单、转账记录。

第187条当事人提供的涉及大额交易的票据，应根据实际情况，建议当事人提交实际支付款项的凭证作为补充证据。

第188条本指引第173条及第174条规定的相关证据，难以证明属于合同相对人接收的，应审查有无证据证明具备表见代理行为。

第189条对同时履行抗辩权的，要审查对方没有履行合同而抗辩方履行相应合同义务的证据。

第190条对先履行抗辩权的，要审查先履行一方没有履行合同义务的证据。

第191条对主张不安抗辩权的一方，要审查是否提交下列证据：

（1）依照《中华人民共和国合同法》第68条的规定，通知对方中止履行，对方亦未提供担保的证据；

（2）符合不安抗辩权行使的前提条件的证据。

第192条行使不安抗辩权前提条件的证据应符合以情形：

（1）经营状况严重恶化的证据；

（2）转移财产、抽逃资金，逃避债务的证据；

（3）丧失商业信誉的证据；

（4）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形的证据。

第193条审查质量异议和维修义务的证据要根据合同约定、交易习惯或者生活常识，审查是否有证明履行通知义务的证据。

第194条审查维修费用的主张要具备以下证据：

（1）履行通知义务；

（2）合理期限内合同相对人未履行维修义务；

（3）维修费用支付的证据。

第195条审查违约责任的承担方式，应该审查以下内容：

（1）是否有约定；

（2）约定是否合法；

（3）违约金是否过高；

（4）是否低于实际损失；

（5）实际损失与违约行为之间的因果关系；

（6）守约方是否有过错；

（7）其他影响违约金承担的情形。

第196条审查约定的违约金是否过分高于造成的损失，应以造成实际损失的30%为上限；违约造成的损失无法确定，或者没有造成实际损失的，可以按照合同未履行部分价值的30%确定上限，但当事人坚持自行主张的除外。

第197条是否构成欺诈行为，应具备以下证据能够证明的内容：

（1）行为人是否有故意告知虚假情况的故意；

（2）行为人的目的是否为了使非行为人实施相应的买卖行为；

（3）非行为人是否因欺诈作出了错误的意思表示。

第198条是否构成胁迫，应具备以下证据能够证明的内容：

（1）行为人是否存在以损害原告名誉、荣誉、财产、人身等要挟行为；

（2）非行为人是否因此作出了错误的意思表示。

第199条是否构成乘人之危，应具备以下证据能够证明的内容：

（1）非行为人签订合同时是否处于危难之中；

（2）行为人是否为谋取不当利益；

（3）非行为人是否因此作出了错误的意思表示；

（4）非行为人因此受到的利益损害是否严重。

第200条是否构成重大误解，应具备以下证据能够证明的内容：

（1）合同相对人是否因误解作出了意思表示；

（2）合同相对人是否是有自身的误解；

（3）合同相对人的行为是否属于故意导致；

（4）对标的物的性质、品种、质量、合同性质等错误认识与行为存在因果关系；

（5）是否属于重大误解。

第201条是否构成显失公平，应具备能够证明以下内容的证据：

（1）合同履行对合同相对人有重大不利或者明显不公；

（2）行为人所获利益超过法律允许的限度；

（3）行为人在利用优势地位或者合同相对人缺乏经验的情况下签订合同。

第202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）是否订立合同时不能预见；

（2）是否属于不可抗力；

（3）是否属于商业风险；

（4）履行后是否明显不公；

（5）能否实现合同目的。

以情势变更为由提起诉讼的，应严格把握证据标准，慎重使用情势变更事由，并向当事人明示诉讼风险。

第203条对试用买卖诉讼，应审查以下证据内容：

（1）是否属于试用买卖合同；

（2）是否存在非试用行为；

（3）合同有无特殊约定；

（4）标的物有无质量问题。

第204条律师对当事人提供的录音、录像等视听资料，应从合法性、关联性以及是否使用违法设备等方面审查，并可以要求当事人提交录音笔录，必要时，律师可以协助当事人编制。

第205条涉及电子交易的证据，律师应按照《中华人民共和国电子签名法》审查。

第206条传真件应具备清楚的传真内容和传真发出者自动电话记录。

第207条电报、电传应保留第三者送达的原件及发送凭证。

第208条电子邮件等数据交换电文应体现发出者的相应代码，有提交者密码，并不得改动。

第209条律师应对当事人主张权利是否超过诉讼时效进行审查，因欺诈、胁迫、乘人之危等事由主张撤销或者变更的，应审查该事由是否超过相应的除斥期间。已经超过规定诉讼时效的，应要求当事人提交主张权利或者对方承诺履行义务等诉讼时效中断的证据；超过除斥期间的，应告知当事人可能承担的败诉风险。

第210条审查鉴定意见应审查委托方式、鉴定机构资质、鉴定人员资质、鉴定意见的相关证据、内容的客观性、真实性等，单方委托鉴定机构出具的鉴定意见，应告知当事人，人民法院有权确定重新鉴定。

第211条律师经审查证据后，可以编制定案证据目录，证据目录应标明以下内容：

（1）证据名称；

（2）证据来源；

（3）证明内容；

（4）页码。

立案时已经提供的，属于定案证据的，可以一并编制。

第212条律师应按照法庭或者仲裁庭的要求按时、按份提交证据复印件。

第213条因客观原因难以取得的证据，应在法庭或者仲裁庭规定的时间内，提交申请调取证据申请书，或者申请证据保全。

第214条对标的物的质量、维修价款、转让价款、保管费用、签字及盖章的真伪等有异议，需要经过专业机构评估鉴定的，应按照法庭和仲裁庭的规定，提交鉴定或者评估申请。

第三节诉讼请求的确定

第215条律师根据案件情况，确定诉讼请求，应征得当事人的同意；当事人自行主张确定诉讼请求的，律师应根据案情，提出修正诉讼请求的意见；当事人坚持自己的主张或者对律师的意见予以否认的，应对律师意见与当事人的自行主张签字确认。

第216条合同争议存在违约责任与侵权竞合的情形，违约行为同时有侵害人身权益情形存在，且有可能获得精神损害抚慰金的，应建议当事人确定以侵权事由起诉。但当事人坚持以合同争议起诉的除外。

第217条律师应区分当事人签订的买卖合同的性质，合同相对人对预约合同明确表示不签订本约合同的，可以要求合同相对人承担违约责任或者缔约过失责任。

第218条买受人未按合同约定支付价款的，出卖人可以要求支付所欠货款并承担逾期付款的违约责任。

第219条符合下列条件之一的，出卖人可以要求买受人支付剩余部分的价款：

（1）出卖人已全部履行交付标的物的义务，且付款条件已经成就；

（2）合同约定付款条件已经成就，买受人没有合理的抗辩权；

（3）分期付款的买卖合同，标的物已经按照合同约定交付，买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的20%以上。

第220条买受人已支付价款的数额达到出卖人已交付标的物总价款75%以上时，出卖人可以就剩余部分所有欠款一并主张。

第221条出卖人主张解除合同，对已经履行的部分不主张恢复原状或者返还，如果合同约定不予返还，或者买受人同意不予返还，或者客观情况已经无法返还，且买受人欠款的，可同时主张支付欠款和承担逾期付款的违约责任。

第222条买受人主张解除合同，合同没有约定已经履行部分的处理方式，或者合同约定解除合同后应予以返还或者恢复原状的，出卖人可以在答辩及辩论中提出返还或者恢复原状的主张，也可以根据不同法院及仲裁委员会的情况，确定提出反诉或者反请求。

第223条一方当事人解除合同，合同相对人没有在法定期限或者约定期限内提起解除权异议或者无效之诉的，守约方仍可以向合同相对人承担违约责任，但双方合同另有约定的除外。

第224条案件在审理过程中，审理法院向当事人释明，争议合同有被解除或者被确认无效可能的，如果违约方或者有过错一方的行为导致另一方产生损失的，律师应建议当事人增加诉讼请求或者提起反诉。

第225条出卖人主张支付价款时，对没有到期的部分，不得要求承担该部分价款的逾期付款违约责任。

第226条逾期付款应承担违约责任，主要有以下方式：

（1）支付约定的违约金；

（2）适用定金罚则；

（3）支付法定的逾期付款违约金；

（4）赔偿实际经济损失；

（5）赔偿可得利益损失；

（6）其他违约责任。

第227条买卖合同对付款期限约定作出变更，逾期违约金约定没有变化的，应按照变更后的付款期限届满之日起计算违约金数额。

第228条违约金可以按照当事人的约定计算确定数额，但应告知当事人超出实际损失30%以上的部分，如当事人主张予以适当减少或者经人民法院释明后，当事人主张适当减少，人民法院可能不予支持。

第229条违约金过分高于实际损失的，律师可以协助当事人适当调整主张的数额。

第230条违约金低于实际损失的，律师应当建议当事人调整诉讼请求为赔偿实际损失。

第231条约定违约金低于实际损失，实际损失又低于法定逾期付款违约金的，或者无法举证证明实际损失的，应建议当事人确定诉讼请求为支付法定逾期付款违约金。

第232条法定逾期付款违约金的计算方式应以中国人民银行同期同类贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算。

第233条计算法定逾期付款违约金的方式为：按照中国人民银行同期同类贷款利率加收30%至50%。

律师应根据买受人违约期限、违约性质、违约后果等综合因素，核定具体增加的百分比。

第234条没有约定逾期付款违约金的，可依照本章关于逾期付款违约金的规定，相应确定诉讼请求的数额。

第235条合同同时约定违约金计算方式和定金罚则的，应在法律能够支持的范围内，确定数额较高的为诉讼请求。

第236条合同仅约定定金罚则，但适用定金罚则不足以弥补实际损失的，可以增加以实际损失与定金的差额部分损失赔偿的诉讼请求。

第237条合同约定适用定金罚则的同时，仍需支付违约金的，或者合同约定赔偿实际损失和支付违约金一并执行的，定金罚则或者赔偿损失与违约金数额的总额不应超过实际损失的30%，当事人坚持主张的，比照本指引第228条办理。

第238条根据合同签订的内容、当事人的交易惯例、行业普遍适用的惯例，签订合同时，违约方对合同相对人合同履行后可能获得的利益有预见性，合同相对人可以在诉讼请求中主张可得利益的损失。

第239条出卖人违反合同约定交付标的物的，买受人可以根据案件的具体情况确定不同的诉讼请求。

第240条出卖人迟延交付标的物，属于以下情形的，应确定诉讼请求为继续履行合同，交付标的物，同时承担违约责任：

（1）合同继续履行对买受人有利；

（2）不属于合同约定或者法定的解除要件。

第241条下列情形下，出卖人不得要求继续履行合同：

（1）法律上不能履行；

（2）事实上不能履行；

（3）标的物不适于强制履行；

（4）标的物履行费用过高；

（5）当事人约定一定期限内不履行丧失继续履行请求权的。

第242条出卖人未履行从合同义务的，买受人可以主张交付从合同的有关单证和资料，或者要求履行具体的从合同义务。

出卖人未履行从合同义务导致合同目的难以实现或者符合约定解除合同要件的，买受人可以主张解除合同并要求出卖人承担违约责任。

第243条诉讼请求可以确定以下列方式承担违约责任：

（1）支付违约金；

（2）赔偿损失。

第244条出卖人承担违约责任的方式比照本章对买受人违约付款的方式办理，但除合同约定或者买受人已经支付未交付标的物的价款外，不得请求按未交付货物的总价款的法定中国人民银行同类同期贷款罚息支付违约金。

第245条合同约定有质量保证金的，出卖人未履行质量保证义务，影响标的物的价值或者使用效果的，不应确定支付质量保证金为诉讼请求，但可以主张超出质量保证金保证范围的部分或者超出质量保证金数额的部分。

第246条合同未约定质量保证金，但约定质量保证期的，买受人在质量保证期内提出质量异议，出卖人未按要求履行质量保证义务的，买受人可以以支付合理费用为诉讼请求。

因紧急情况买受人自行或者由第三人维修的，比照前款规定办理，但应要求买受人提供维修合同、费用票据及其他相关证据材料。

第247条标的物不符合质量要求，且无修复或者更换的必要，已经支付价款的，可以请求返还合同价款以及与实际标的物市场价值的价差，并承担支付违约金的责任。

第248条同一普通动产涉及多份买卖合同，除先行接收标的物的买受人外，其他买受人不得提起所有权确认之诉；但先行接收标的物的买受人明确表示放弃的除外。当事人坚持起诉的，应向当事人明示诉讼风险。

前款其他买受人可以要求出卖人返还价款并承担违约责任。

第249条同一普通动产涉及多份买卖合同，但均未接收标的物，或者有接收标的物，但因标的物的履行不符合合同约定，导致解除合同、返还标的物的，先行付款的买受人可以主张继续履行合同、交付标的物的诉讼请求。

第250条同等条件、同一时间内支付款项较多的买受人，应确定为先行付款买受人；先行付款买受人之外的买受人，可以要求出卖人返还价款并承担违约责任。

第251条同一普通动产涉及多份买卖合同，均未接收，也未支付价款，或者均同时支付相同价款，合同成立在先的买受人有权主张继续履行合同、交付标的物的诉讼请求。其他买受人应向出卖人主张承担违约责任。

第252条同一标的物涉及多份买卖合同，主张确认所有权或者要求交付标的物的买受人，因出卖人违约交付标的物，可以同时主张出卖人承担违约责任。

第253条同一标的物涉及多份买卖合同，其他当事人认为原告主张确认所有权、交付标的物、履行所有权登记手续、变更所有权手续的诉讼请求错误，可以根据实际情况，同时提出确认所有权、交付标的物、履行所有权登记手续、变更所有权登记手续之诉，除上述当事人外，其他当事人可以另案提起解除合同、返还价款、承担违约责任之诉；当事人坚持提起诉讼的，应告知当事人诉讼风险。

第254条同一船舶、航空器、机动车等特殊动产涉及多份买卖合同的，应按以下顺序确定买受人的所有权、交付标的物、办理所有权登记之诉，其他买受人比照本指引关于普通标的物涉及多份买卖合同的诉讼请求确定：

（1）先行受领标的物的买受人优先主张办理或者变更所有权转移登记；

（2）无先行受领买受人，已经办理所有权登记手续的买受人优先主张交付标的物；

（3）既无先行受领，也无所有权登记的买受人，合同成立在先的主张交付标的物、办理所有权转移手续。

第255条买卖合同的标的物需要登记，但登记前已经交付其他买受人，有证据证明办理登记的买受人与出卖人恶意串通或者明知出卖人已经将标的物交付其他买受人等不符合善意取得行为的，不应请求继续履行合同。

第256条已经办理所有权转移的买受人，因先行受领标的物的买受人主张变更所有权登记而导致办理登记及变更所有权手续的损失，可以要求出卖人承担责任。

第257条买受人可以请求出卖人按照约定、法定或行业惯例履行维修义务，出卖人未履行或未及时履行维修义务的，买受人可以通过其他途径维修并要求出卖人承担维修费用，但因没有及时维修导致损失扩大的部分，出卖人不予承担。

第258条无权处分标的物的出卖人请求确认合同无效，律师应告知当事人人民法院对该请求将不予支持。

第259条买受人取得标的物不符合善意取得要件，权利人主张返还标的物，买受人将标的物返还权利人后，可以另案起诉，请求出卖人返还标的物并承担违约责任。

第260条买受人未取得无权处分出卖人的标的物，且出卖人无法交付标的物的，买受人可以要求出卖人解除合同并承担违约责任。

第261条买受人明确表示接收超出合同约定数量的标的物，但拒绝支付相应货款的，出卖人可以要求买受人按合同价款支付相应货款，并比照合同约定或者法定条件要求承担违约责任。

第262条买受人拒绝接收超出合同约定数量的标的物，又不予返还的，出卖人可以请求买受人返还标的物并赔偿损失，买受人无法返还标的物的，出卖人可以要求买受人支付相应价款并赔偿损失。

第263条买受人代为保管出卖人交付的超出合同约定数量的标的物，因买受人故意或者重大过失保管不善，造成出卖人损失的，出卖人可以请求买受人赔偿损失。

第264条出卖人超出合同约定数量交付的标的物，买受人代为保管或者运输的，可以请求出卖人支付保管和运输费用。

第265条出卖人超出合同约定数量交付的标的物，在买受人代为保管或者运输期间，非因买受人故意或者重大过失导致买受人损失的，买受人可以请求出卖人赔偿损失。

第266条买受人接收或者接受超出合同约定性质的标的物，比照本章关于超出合同约定数量标的物的规定办理。

第267条买卖合同约定所有权保留，买受人支付价款未达到75%，且符合下列条件之一，出卖人可以确定返还标的物，并支付使用费或者承担违约责任为诉讼请求：

（1）未按约定支付价款的；

（2）未按约定完成特定义务的；

（3）将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分的。

第268条取回标的物之诉或者取回标的物后，发现标的物价值显著减少，支付违约金不能弥补标的物价值减少额的，可以请求买受人赔偿损失，并可以根据约定确定是否支付相应的违约金。

第269条买受人在符合以下约定回赎条件的情况下，可以回赎标的物，出卖人无法交付的，应承担违约责任：

（1）在约定的回赎期间；

（2）支付对价；

（3）承担符合约定的违约责任。

第270条虽不符合回赎条件，但符合以下条件的，买受人可以请求出卖人返还剩余价款：

（1）出卖人出卖标的物的；

（2）当事人约定出卖标的物，出卖人出卖后，有剩余价款不予返还的；

（3）出卖价款扣除取回、保管、再交易、利息费用以及未支付的价款仍有剩余。

第271条买受人可以根据合同约定，请求人民法院确定通过法定程序出卖标的物，并根据执行结果，按本指引第266条的规定确定诉讼请求，另行起诉。

第272条出卖人以明显低于市场价格另行出卖标的物的，买受人可以以符合本指引第270条规定的条件，向出卖人主张赔偿损失。

第273条买卖合同约定取回物不得另行出卖，或者出卖人超过约定期限没有另行出卖的，买受人可以根据合同约定，确定承担相应的违约责任后，主张解除合同并返还相应货款。

第274条出卖人取回标的物并按约定另行出卖标的物，所得价款扣除本指引第270条第（3）项费用，仍未达到合同交易价款的，可以请求买受人支付价款并承担违约责任。

第275条合同解除并返还标的物，扣除使用费和标的物受损赔偿，或者支付违约金后，出卖人未返还剩余价款的，买受人可以请求返还剩余价款并承担违约责任。

第276条因一方违约，合同解除并已承担违约责任，守约方未返还相应价款或者支付标的物的违约责任，应从违约方的违约状态灭失时确定。

第277条买卖合同一方起诉，另一方根据合同约定或者合同履行情况，主张原告支付违约金、赔偿损失或者要求解除合同的，应按照本章规定提起反诉。

第278条买卖合同一方主张合同约定支付价款低于80%，买受人有权要求确认支付剩余全部价款的分期付款约定无效的，或者主张符合合同法其他无效条件要求确认无效的，另一方可以根据合同履行情况、合同无效后的结果、是否认为有效而要求继续履行合同等，或者当事人的其他请求，提起反诉。

第279条出卖人主张买受人支付价款，买受人主张出卖人交付标的物的，买受人应当提起反诉。

第280条买受人主张出卖人交付标的物，出卖人主张买受人支付价款的，出卖人应当提起反诉。

第281条买卖合同的一方通知另一方解除合同，另一方对解除合同有异议的，应当在约定的异议期内；未约定异议期限的应当在3个月内，以确认解除合同无效或者无权解除为诉讼请求，向人民法院或者仲裁机构提起诉讼或者仲裁。

第282条出卖人主张取回出卖标的物，买受人认为已经履行合同全部义务的，可以以确认标的物所有权为诉讼请求提起反诉。

第283条买卖合同一方在法定事由发生1年内且符合下列条件之一时，履行合同利益损失较大的，可以以撤销合同为诉讼请求；变更合同履行条件有利于当事人的，可以以变更具体合同内容为诉讼请求：

（1）因重大误解订立合同的；

（2）在订立合同时显失公平的；

（3）另一方实施欺诈手段，使当事人违背真实意思表示订立合同的；

（4）采取胁迫手段，使当事人违背真实意思表示订立合同的；

（5）乘人之危，使当事人违背真实意思表示订立合同的。

诉讼中提出变更事由的，不得超过法定事由的1年期间。

第284条当事人因情势变更导致履行合同对自己明显不公平时，可以起诉要求变更合同。

因情事变更导致不能实现合同目的的，可以起诉解除合同。

第285条试用期内，试用买卖合同符合下列条件之一的，出卖人可以起诉要求支付相应价款，但试用合同另有约定的除外：

（1）买受人已经支付一部分价款的；

（2）买受人将标的物另行出卖的；

（3）买受人将标的物出租的；

（4）买受人将标的物设定担保物权的；

（5）买受人有其他非试用行为。

试用合同的其他诉讼请求，参照本节规定办理。

第四节起诉和应诉

第286条律师应根据当事人提交的证据材料，确定买卖合同的相对人作为被告。

第287条买卖合同中约定由第三人履行合同义务的，第三人未履行，应以买卖合同相对人为被告，但第三人承诺履行的，可以选择第三人或者合同相对人为被告。

第288条买卖合同一方提起诉讼，要求支付到期货款或者货物，另一方享有与对方标的物种类、品质相同的买卖合同的货款或者货物，可以在诉讼中行使抵消权，需要提起反诉的，可以提起反诉。

第289条买卖合同双方相互负有对方的标的物种类、品质不同的债务，律师可以在诉讼中建议相互抵消，但一方当事人不同意的，应另案提起诉讼。

第290条出卖人以增值税发票及税收抵扣资料证明其已经履行交付标的物义务，且无其他证据证明交付标的物的事实，除买受人认可外，律师可直接否定买受人收到标的物的主张。

第291条买受人以增值税发票及税收抵扣资料证明其已经支付相应货款，没有相关支付凭证佐证的，除出卖人认可外，律师可以对买受人的主张直接否定。

第292条买受人以普通发票作为付款凭证，证明已经履行付款义务，出卖人予以否认的，应出具相关推翻已经收到货款的证据。

第293条买卖合同双方约定或者按照交易习惯，付款后应开具发票，买受人仅以收据作为付款证据的，且付款数额较大，仍应举证证明相应的付款凭证。

第294条买卖合同中，约定必须由法定代表人或者负责人签字并盖章后生效的，缺少约定的要件，且合同没有履行但被对方接受的书面合同，律师可以主张合同不生效。

第295条买卖合同中，约定签字并盖章后生效，但未明确具体的签字人员，代理人、受托人或者有权签字的人已签字，并盖有委托人印章的，律师可以主张合同成立并生效。

第296条买卖合同及其约定条款中，除符合《中华人民共和国合同法》第52条及第53条规定的情形外，合同条款明显损害国家或者社会公共利益的，律师可以依据《中华人民共和国合同法》第52条第（四）项的规定，主张合同无效。

第297条因标的物权利瑕疵，一方主张确认标的物所有权的，应以买卖合同相对人为被告，列主张权利的权利人为第三人。

第298条因同一标的物涉及多份买卖合同，主张确认标的物所有权、交付标的物、履行所有权登记手续的当事人提起诉讼时，应以合同相对人为被告，其他合同当事人为第三人。

第299条在同一标的物涉及多份买卖合同纠纷案件中，列为第三人的当事人，除与原告的主张相同外，对合同相对人有其他主张的，不应提出独立的诉讼请求，被告不应对没有提出与原告相同主张的第三人提起反诉，当事人有上述主张的，应告知当事人另案起诉。当事人坚持提起诉讼的，应告知当事人诉讼风险。

第300条因第三人违约，导致买卖合同相对人迟延履行或者不能履行合同的，应以合同相对人为被告。

第301条除本指引第299条规定的情形外的第三人，认为买卖合同的标的物争议与自己有重大利害关系，影响自己权利的，可以根据案件实际情况，作为有独立请求权的第三人提起诉讼。但涉及非同一合同的解除合同并承担违约责任的诉讼，可以另案提起诉讼。当事人坚持提起诉讼的，应告知当事人诉讼风险。

第302条第三人认为买卖合同双方当事人提起的诉讼属于虚假诉讼，且有相关证据证明的，有权向人民法院主张以第三人的身份参加诉讼；买卖合同双方当事人的诉讼判决或者调解已经生效的，第三人可以对涉及的虚假诉讼提起撤销之诉。

第303条被告可以采取以下方式抗辩原告要求支付价金和承担违约责任的诉讼请求：

（1）已经支付对价；

（2）支付条件或者时间未成就；

（3）互负到期债务，应予以抵销

（4）原告对损失的造成有过失；

（5）同时履行抗辩权情况下，原告没有履行；

（6）先履行抗辩权；

（7）不安抗辩权；

（8）质量瑕疵；

（9）标的物权利瑕疵；

（10）不可抗力；

（11）其他抗辩权的行使。

第304条原告提出赔偿损失的诉讼请求，被告可以以未引起损失以及损失与违约之间无因果关系为由进行抗辩。

第305条原告要求支付定金或者双倍返还定金，被告可以以支付定金条件丧失、定金约定超过法定数额为由进行抗辩。

第306条原告主张违约金过高，被告可以以超过实际损失为由请求降低。

第307条原告一并主张赔偿损失和支付违约金，被告可以以违约金不得超过实际损失的30%为限进行抗辩。

原告主张定金罚则和违约金支付一并进行的，比照欠款的规定办理。

第308条原告主张定金罚则不足以弥补实际损失的，被告应以实际损失的抗辩方式予以抗辩。

第309条原告因违约金约定低于实际损失，要求调整的，被告可按合同约定数额或者以实际损失的抗辩方式予以抗辩。

第310条在诉讼或者仲裁中，买卖合同属于格式合同、争议焦点涉及免责条款及理解有歧义的，原告应从格式合同效力、未尽提示和明确解释义务、不利解释角度，主张自己的权利。对格式合同免责事由的抗辩，应从普通理解、已履行告知义务、格式条款的效力等方面考虑。

第311条被告可以采取下列方式对原告主张交付标的物进行抗辩：

（1）未支付相应货款；

（2）交付标的物的时间和条件尚不具备；

（3）同时履行抗辩权的情况下，原告没有履行；

（4）先履行抗辩权；

（5）不安抗辩权；

（6）不可抗力；

（7）情势变更；

（8）标的物灭失且无替代物；

（9）法律上或者事实上不能履行；

（10）标的物不适于强制履行；

（11）强制履行费用过高；

（12）行使其他抗辩权。

第312条被告可以采取以下方式抗辩原告主张的质量瑕疵责任：

（1）未在约定或者合理期限内提出异议；

（2）原告因故意或者重大过失导致出现质量问题；

（3）原告放弃质量异议；

（4）样品质量与文字说明不一致，且无法确认样品质量；

（5）合同约定减轻或者免除被告的瑕疵责任；

（6）签订合同时原告知道质量瑕疵；

（7）其他抗辩方式。

第313条被告可以采取以下方式抗辩原告主张的维修责任：

（1）已过维修期限；

（2）未支付相应价款；

（3）质量问题系原告的原因造成；

（4）未通知被告自行维修；

（5）维修费用不合理；

（6）其他抗辩方式。

第314条被告可以采取以下方式抗辩原告主张的解除合同：

（1）不符合约定解除条件；

（2）不符合法定解除条件；

（3）无解约定金的约定；

（4）原告解除的原因属于从合同义务且不符合解除条件；

（5）原告解除的原因属于合同的附随义务；

（6）其他抗辩事由。

第315条原告以违反法律强制性规定主张买卖合同无效的，被告可以以未违背法律、行政法规效力性强制性规定进行抗辩。

第316条被告应以超过1年除斥期间、不符合法定要件为由，抗辩原告以欺诈、胁迫、乘人之危、重大误解、显失公平提出的解除权和变更权之诉。

第317条被告可以采取以下方式抗辩原告主张的可得利益损失：

（1）被告签订买卖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，扩大的损失自行承担；

（3）原告因被告的违约获益；

（4）原告对违约有过失；

（5）主张的数额扣除成本后，没有可得利益。

第318条被告可以采取下列方式抗辩原告主张的期限利益损失：

（1）提前履行不会造成原告的损失；

（2）损失数额过大。

第319条被告可以采取下列方式抗辩原告主张的保管费用：

（1）已经实际接收标的物；

（2）无须保管；

（3）费用过高；

（4）未在合理期限内返还多收的标的物。

第320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）不存在显失公平的情况；

（4）合同目的可以实现。

第321条被告可以采取下列方式抗辩，试用合同出卖人以买受人实施非试用行为为由，主张支付价款：

（1）未实行非试用行为；

（2）实施的行为属于合同约定允许试用的范围；

（3）标的物的质量不合格；

（4）其他抗辩事由。

第322条律师在确立抗辩意见及方式后，可以整理答辩思路或者提交答辩状，也可以在庭审时口头答辩或提交书面答辩意见。

第323条律师代理买卖合同案件，起诉应提交的立案证据材料有：

（1）自然人身份证明，企业营业执照副本复印件、企业机构代码证复印件、法定代表人或者负责人身份证明；

（2）起诉状原件及与除原告外与诉讼当事人相对应的起诉状副本；

（3）证明合同关系存在的证据；

（4）证明被告所在地或合同约定管辖地在法院或仲裁机构所在地；

（5）被告及第三人的身份证明；

（6）诉讼数额符合级别管辖。

律师在提交上述证据材料时，应一并提交当事人委托书及律师事务所函。

第324条律师代理买卖合同案件，应诉应提交的材料有：

（1）自然人身份证明，企业营业执照副本复印件、企业机构代码证复印件、法定代表人或者负责人身份证明；

（2）答辩状原件及除被告外与诉讼当事人相对应的答辩状副本；

律师在提交上述证据时，应一并提交当事人委托书及律师事务所函。

第四章

附则

第325条本指引所称法律适用，是指当事人对合同约定产生认识错误，或者合同约定难以全面阐述当事人行为如何约束的意思表示时，衡量当事人行为的实体法法律规范。

第326条本指引所称法律冲突的适用，是指约定法律规范产生冲突时，应该适用的法律标准。

第327条本指引所称证约定金，是指买卖合同当事人约定以交付定金为条件，证明合同成立的定金条款。

第328条本指引所称立约定金，是指在预约买卖合同中，当事人约定交付定金，作为订立本约的定金条款。

第329条本指引所称违约定金，是指以定金作为履行合同义务的担保，违约时以定金罚则赔偿买卖合同相对一方或各方损失的定金条款。

第330条本指引所称解约定金，是指以损失定金为代价，解除合同的定金条款。

第331条买卖合同纠纷案件的二审、再审参照本章规定办理。

第332条房产买卖、股权买卖及土地使用权买卖等买卖合同有特殊规定的，从其规定。

（本操作指引由中华全国律师协会民事专业委员会负责起草。执笔人:李宗胜、田维桢、讷建宏；审稿人：贺宝健、李杰、巴布、王锐）

## 律师办理道路交通事故损害赔偿法律事务操作指引

目录

第一章总则 / 617

第二章损害赔偿权利人和责任人的确定 / 619

第三章权利人利益分配 / 626

第四章损害赔偿责任人之间的责任认定 / 628

第五章赔偿数额和证据要件 / 637

第六章事故责任重新认定和证据要件 / 643

第七章刑事附带民事的特殊规定 / 645

第八章有关保险公司的特别规定 / 646

第九章与道路交通事故损害赔偿相关的非诉讼法律事务 / 647

第十章附则 / 648

第一章

总则

第1条为了指导律师在承办道路交通事故损害赔偿法律事务中依法履行代理职责，提高律师承办案件的专业化水平，依据《中华人民共和国侵权责任法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国道路交通安全法》《中华人民共和国保险法》《机动车交通事故责任强制保险条例》、最高人民法院《关于审理道路交通事故损害赔偿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》、最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》以及相关法律、法规、司法解释的规定，结合司法实践，制定本指引，供律师办理道路交通事故损害赔偿法律事务时参考适用。

第2条律师经所在律师事务所指派，并征得当事人同意，为当事人提供起草、审查、修改道路交通事故损害赔偿合同，参与当事各方的谈判，监督和见证损害赔偿合同的签订及履行，出具律师意见书、律师见证书等法律文书；担任原告、被告、第三人的代理人，可以结合当事人的授权范围，参照本指引办理。

第3条在公路、城市道路、允许社会机动车通行的单位管辖范围、广场、公共停车场、公共人行通道等用于公众通行的场所，因机动车通行、机动车之间和机动车与非机动车驾驶人、行人之间以及非机动车之间和非机动车与行人之间发生道路交通事故，因损害赔偿委托律师事务所承办的法律事务，适用本指引。

第4条机动车、非机动车在公路、城市道路、允许社会机动车通行的单位管辖范围、广场、公共人行通道等用于公众通行的地方违章停车，因通行引发事故，导致损害赔偿的，属于道路交通事故的赔偿范围。

第5条符合下列条件之一的属于道路以外的地方：

（1）自建自管、未列入规划的城市巷弄、村间道路；

（2）自行修建、自行负责管理的路面；

（3）用于田间耕作的农村铺设的水泥路、沥青路、砂石路等机耕路；

（4）村民宅前宅后建造的路段；

（5）自然通车形成的路段；

（6）封闭式住宅小区内楼群之间的路面；

（7）机关、团体、单位的内部路面；

（8）厂矿、企事业单位、火车站、机场、港口、货场内的专用路面；

（9）撤村建居后尚未移交公安交通部门管理的路段；

（10）晾晒作物的场院内；

（11）断路施工而且未竣工或已竣工未移交公安交通部门管理的路段；

（12）针对业主使用、不对社会开放的商务写字间停车场；

（13）经审批建立的贸易市场内（公共停车场除外）；

（14）其他属于道路以外的地方。

前款规定的地方，发生机动车和非机动车在通行时引发的损害赔偿案件，可以比照本指引办理。

第6条下列事故引发的损害赔偿不适用本指引：

（1）机动车、非机动车在依法划定的停车位、停车场处于停车状态下发生的损害赔偿；

（2）机动车在道路以外处于非通行状态下与非机动车、行人之间引发的损害赔偿；

（3）非机动车与非机动车、行人在道路以外的地方引发的损害赔偿；

（4）行人与行人因行走引起的损害赔偿；

（5）在铁路道口和渡口与道路交叉范围内发生的因机车、牵引车等通行引发的损害赔偿；

（6）城市轻轨与非机动车、行人之间等发生的损害赔偿；

（7）机动车尚未开动发生的人员挤、摔等伤亡事故；

（8）机动车处于停车状态下施工作业发生的损害赔偿；

（9）道路施工车辆自身发生的事故；

（10）参加军事演习、体育竞赛时发生的损害赔偿；

（11）由于不可抗拒的自然灾害造成的事故；

（12）其他不属于道路交通事故损害赔偿的情形。

第7条律师承办道路交通事故损害赔偿法律事务，应利用自己的专业知识，在充分保障当事人合法权益的基础上，尊重当事人的意愿，并不得将律师个人的意志强加于当事人。但对当事人的主张不能得到法律支持的，应书面予以提示；对违反法律、行政法规和其他强制性规定的，或者存在其他执业风险的，应拒绝代理。

第8条律师承办道路交通事故损害赔偿法律事务，不得通过转让或者设定担保方式获取受害人人身伤亡赔偿金及赔偿金请求权。

第二章

损害赔偿权利人和责任人的确定

第9条道路交通事故损害导致身体伤残的，受害人及依法由受害人承担抚养义务的被扶养人，是损害赔偿的权利人。

前款规定的受害人是精神损害抚慰金的损害赔偿权利人。

第10条道路交通事故损害导致车辆或者其他财产损失的，车辆实际所有人及财产所有人是损害赔偿权利人。

第11条道路交通事故损害导致自然人死亡的，依法由受害人承担抚养义务的被抚养人及其近亲属，是损害赔偿权利人。

第12条因道路交通事故损害死亡的受害人，既有第一顺序继承人，也有第二顺序继承人的，被扶养人和第一顺序继承人为损害赔偿权利人。

第13条因道路交通事故损害死亡的受害人只有第二顺序继承人的，被扶养人和第二顺序继承人为损害赔偿权利人。

第14条第一顺序继承人中，先于受害人死亡的，先于受害人死亡的子女与其他第一顺序继承人为损害赔偿权利人，该子女仅享有其父母应该享有的权利。

第15条因道路交通事故损害导致伤残的受害人，在赔偿前死亡的，按照继承法的规定确定损害赔偿权利人。

第16条因道路交通事故损害应当赔偿的除精神损害抚慰金以外的财产损失发生让与或者继承的，受让人或者继承人为损害赔偿权利人。

第17条近亲属以外的第三人实际支出的丧葬费用，第三人不属于损害赔偿的权利人，但可以按照无因管理的有关规定办理。

第18条符合下列条件之一，赔偿权利人不在交强险中主张精神损害抚慰金的，损害赔偿权利人的精神损害抚慰金可以让与或者继承：

（1）损害赔偿责任人书面向受害人或者死者的近亲属承诺数额确定的精神损害抚慰金；

（2）损害赔偿权利人向人民法院起诉且有确定数额的精神损害抚慰金。

符合前款规定的让与人或者继承人为损害赔偿权利人。

第19条损害赔偿权利人为无行为能力人或者限制行为能力人的，其权利应由其监护人代为行使。

第20条父母因道路交通事故损害致残，尚未出生的胎儿应当预留赔偿份额，父母是损害赔偿的权利人。

第21条尚未出生的胎儿的父亲因道路交通事故损害导致死亡的，对胎儿预留的赔偿份额，母亲是损害赔偿的权利人。

第22条驾驶员驾驶自己所有的机动车发生道路交通事故损害并负有责任的，驾驶员是损害赔偿责任人。

第23条专职驾驶员、单位工作人员或者雇员因执行工作任务发生道路交通事故损害并负有责任的，驾驶员执行工作任务的单位或者雇主是损害赔偿责任人。

在劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，以接受劳务派遣的用工单位为当事人。当事人主张劳务派遣单位承担责任的，该劳务派遣单位为共同被告。

第24条专职驾驶员为个人事务驾驶单位机动车发生道路交通损害的，视为驾驶员执行单位工作任务。

第25条除专职驾驶员之外的雇员或者单位工作人员擅自驾驶车辆，驾驶行为与雇佣活动、执行工作任务无关的，车辆驾驶人承担赔偿责任，车辆所有人或者管理人有过错的，承担过错赔偿责任。

第26条本指引所称用人单位，是指与车辆驾驶人存在劳动关系或者劳务关系的除个人、家庭、农村承包经营户之外的单位。

第27条本指引所称雇主，是指个人、家庭、农村承包经营户或者其他单位雇用个人的业主。

第28条因出租、出借、试驾等行为，导致机动车所有人与管理人不一致，发生道路交通事故损害的，机动车实际驾驶人承担赔偿责任，机动车所有人或者管理人有过错的，承担过错赔偿责任。

第29条提供驾车服务的租赁过程中发生道路交通事故损害的，出租人是损害赔偿责任人。

第30条专业提供出租服务的车辆发生道路交通事故损害，驾驶员承担赔偿责任，营运人承担全部连带赔偿责任。

第31条酒店、宾馆等服务场所提供泊车、代驾等服务过程中发生道路交通事故损害的，酒店、宾馆等服务机构承担赔偿责任，接受服务方有过错的，承担过错赔偿责任。

个人提供泊车、代驾服务的，驾驶人与接受服务者按照第1款规定承担相应的赔偿责任。

第32条机动车所有人的成年家庭成员驾驶机动车发生道路交通事故损害的，驾驶人承担赔偿责任，机动车所有人或者管理人承担过错赔偿责任。

前款规定的驾驶人和所有人或者管理人发生交通事故时是夫妻关系的，机动车所有人或者管理人承担全部连带赔偿责任。

第33条无行为能力人、限制行为能力人驾驶监护人所有或者管理的机动车发生道路交通损害的，无行为能力人、限制行为能力人和其监护人是赔偿责任人。

第34条无行为能力人、限制行为能力人经车辆所有人或者管理人同意，或者擅自驾驶他人车辆发生道路交通事故损害的，无行为能力人、限制行为能力人和其监护人承担赔偿责任，车辆所有权人或者管理人有过错的，承担过错赔偿责任。

第35条与机动车所有人或者管理人存在亲属、朋友、同事等特殊关系的自然人，能够管理或者直接接触机动车的情况下，驾驶机动车发生道路交通事故损害的，驾驶人承担赔偿责任，机动车所有人或者管理人有过错的，承担过错赔偿责任。

第36条机动车的保管人、维修人、质权人擅自驾驶机动车发生道路交通事故损害的，保管人、维修人、质权人是损害赔偿责任人。

第37条其他擅自驾驶机动车发生道路交通事故损害的，驾驶人承担赔偿责任，机动车所有人或者管理人有过错的，承担过错赔偿责任。

第38条机动车驾驶人有下列情形之一的，导致对自己的行为暂时没有意识或者失去控制的，机动车驾驶人是损害赔偿责任人：

（1）服用兴奋剂；

（2）滥用麻醉药品；

（3）滥用精神药品；

（4）醉酒；

（5）突发疾病；

（6）发生其他暂时没有意识或者失去控制的行为。

第39条以挂靠形式从事道路运输经营活动的，发生道路交通事故损害，当事人请求由挂靠人和被挂靠人依法承担民事责任的，该挂靠人和被挂靠人为赔偿责任人。

村民委员会或者村民小组与他人发生民事纠纷的，村民委员会或者有独立财产的村民小组为赔偿责任人。

第40条机动车转让未办理登记，机动车发生道路交通事故损害的，以发生事故时为节点，最后一次转让且实际交付的受让人为损害赔偿责任人。

第41条机动车融资租赁过程中发生道路交通事故损害的，融资租赁人是损害赔偿责任人。

第42条采取分期付款方式购买的机动车发生道路交通事故的，买受人是损害赔偿责任人。

第43条未经机动车所有人同意的套牌机动车发生道路交通事故损害的，套牌机动车的所有人或者管理人是损害赔偿责任人。

第44条机动车所有人同意套牌的，套牌机动车发生道路交通事故损害的，套牌机动车所有人和管理人承担赔偿责任，被套牌机动车的所有人或者管理人同意套牌的，承担全部连带赔偿责任。

第45条下列情形之一的机动车被转让，发生道路交通事故损害并负有责任，发生交通事故时的受让人承担赔偿责任，其他所有转让人与受让人承担全部连带赔偿责任：

（1）拼装车；

（2）符合国家报废标准的机动车；

（3）不能证明符合国家机动车安全技术标准的未参加年检的机动车；

（4）因不符合国家机动车安全技术标准，检验不合格的机动车；

（5）不符合国家机动车安全技术标准的非法改装的机动车；

（6）其他不符合国家安全标准，潜在的危险是导致道路交通事故原因力的情形。

第46条接受机动车驾驶培训的人，在培训活动中驾驶机动车发生道路交通事故损害且有责任的，驾驶培训单位是损害赔偿责任人。

第47条机动车陪练过程中发生道路交通事故损害的，驾驶人承担赔偿责任，陪练人或者陪练机构派出的陪练人在陪练过程中对导致交通事故有过错的，承担过错赔偿责任。

第48条机动车试乘过程中发生道路交通事故损害的，试乘服务者承担赔偿责任，试乘人在试乘过程中，对发生交通事故有过错的，承担过错赔偿责任。

第49条免费搭乘机动车发生道路交通事故损害的，免费搭乘所有人或者管理人承担赔偿责任，搭乘人对交通事故发生有过错的，承担过错赔偿责任。

第50条发生道路交通事故损害，道路管理维护存在缺陷是发生事故的原因或者原因之一的，道路管理者在过错范围内承担损害赔偿责任。

第51条本指引所称道路缺陷，是指道路出现坍塌、坑槽、水毁、隆起等情形以及道路的排水设备、防护构筑物、护路树、界碑、测桩、安全设施、渡口码头、检测及监控设施发生毁损、灭失的情形。

第52条本指引所称道路管理者，是指对道路进行实际支配、管理、控制的道路养护、维护责任单位。

第53条依法受让公路收费权和投资建设公路的公路经营企业，是相关道路的管理者。

第54条政府还贷公路的道路管理者，是公路管理机构和具体管理公路的企业。

第55条非收费公路的道路管理者为公路管理机构。

第56条依法不得进入高速公路的车辆、行人进入高速公路发生道路交通事故损害的，高速公路管理者承担赔偿责任，高速公路管理者采取了必要的安全措施并已尽到警示义务的，可以免除或者减轻赔偿责任，其他道路交通事故损害责任人承担相应的过错赔偿责任。

第57条因在道路上堆放、倾倒、遗撒物品等妨碍通行的行为，发生道路交通事故损害的，妨碍通行的行为人承担赔偿责任，道路管理者有过错的，承担过错赔偿责任。

第58条因在道路上堆放、倾倒、遗撒物品等妨碍通行的行为，发生道路交通事故损害，无法确定妨碍通行的行为人的，道路管理者是损害赔偿责任人。

第59条因设计、施工缺陷导致道路交通事故损害的，建设单位、施工单位是损害赔偿责任人，其他责任人有过错的，承担过错赔偿责任。

第60条本指引所称道路设计、施工缺陷，是指道路设计、施工之一或者二者共同存在不符合国家法律、法规、国家标准、地方标准的强制性设计、施工要件，存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险情形。

第61条因机动车产品缺陷导致道路交通事故损害的，损害赔偿权利人可以选择生产者或者销售者为损害赔偿责任人。

第62条本指引所称机动车缺陷，是指机动车存在危及人身、财产安全的不合理的危险。

第63条确定是否属于机动车缺陷，可以依据检验机动车运行安全的国家标准予以确认。但因国家标准、行业标准对某项性能指标未作规定，可以证明机动车的该指标不符合保障人身、财产安全要求的，应当确定属于机动车缺陷。

第64条两辆或两辆以上机动车发生道路交通事故损害，难以确定责任主体的，各机动车责任人均为损害赔偿责任人。能够确认责任主体的，该责任主体为损害赔偿责任人。

第65条盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生道路交通事故损害的，盗窃人、抢劫人或者抢夺人是损害赔偿责任人。

第66条发生的道路交通事故损害是多个原因造成的，可以按照本章规定确定引发原因的责任主体均为损害赔偿责任人。

第67条投保交强险机动车发生道路交通事故损害，承保交强险的机动车一方有责任的，本车人员、被保险人以外的第三者作为损害赔偿权利人的，承保交强险的保险公司是损害赔偿责任人。

第68条本车人员因特殊情况已经不在车内时发生的道路交通事故损害，本车人员可以以第三者身份成为损害赔偿权利人，并确定相应的损害赔偿责任人。

第69条被保险人同时符合第三人身份时，可以以第三人身份成为损害赔偿权利人，并确定相应的损害赔偿责任人。

第70条投保机动车商业险的机动车发生道路交通事故损害，承保商业三者险的保险公司可以是损害赔偿责任人。

第71条承保机动车交强险和商业险的保险公司可以和其他道路交通损害赔偿责任主体一并被确认为损害赔偿责任人。

第72条其他道路交通事故损害或比照道路交通事故损害处理的纠纷，可以按照责任主体确定损害赔偿责任人。

第三章

权利人利益分配

第73条受害人受伤或者致残的，由受害人享有全部赔偿金。

第74条因受害人致残导致的扶养费损失，归被扶养人所有；被扶养人为无行为能力人或者限制行为能力人的，由其监护人代为保管。

第75条受害人受伤或者致残，为支付赔偿费用前死亡的，受害人享有的份额按照继承法的规定执行。

第76条受害人因道路交通事故损害死亡的，损害赔偿权利人不主张分配赔偿费用的，依照其主张执行。

第77条受害人因道路交通事故损害死亡的，赔偿权利人之间就赔偿费用的分配有约定的，从其约定。

第78条受害人因道路交通事故损害死亡，赔偿权利人要求分配赔偿费用，但意见不一致的，应比照继承法并兼顾公平原则予以分配。

第79条医药费、丧葬费、交通费、伙食补助费、护理费等费用已经实际支出的，应按照实际支出数额在赔偿费用中对实际支出人予以补偿。实际支出人放弃的除外。

第80条死亡赔偿金应视为死者的个人财产，比照继承法平均分配给损害赔偿权利人，但应适当考虑与死者关系密切的损害赔偿权利人。

第81条精神损害抚慰金应该平均分配给损害赔偿权利人，但因受害人死亡明显导致痛苦较深的，应适当予以照顾。

第82条因道路交通事故损害死亡支付的扶养费，由实际被扶养人享有，被扶养人为无行为能力人或者限制行为能力人的，由其监护人负责保管。

第83条律师承办道路交通事故损害赔偿法律事务，当事人要求对赔偿予以分配的，必须征得所有赔偿权利人的同意；在诉讼中代理全部或者部分赔偿权利人的，应阐明分配的原则；代理其中一名赔偿权利人的，应详细说明委托人主张权利的理由。

第84条预留的胎儿份额，胎儿出生后由胎儿自己享有，其其监护人代为保管。

第85条预留的胎儿份额，胎儿出生时是死体的，损害赔偿责任人未支付的，可以不予支付，已经支付的，可以要求返还。

第86条预留的胎儿份额，胎儿出生后又死亡的，其赔偿份额按照胎儿的遗产分配。

第87条胎儿出生时是死体，但预留胎儿份额影响到其他被扶养人的生活费份额的，可以重新主张。

第88条因道路交通事故损害发生的人身伤亡赔偿金及其请求权的让与和设定担保行为无效。

第四章

损害赔偿责任人之间的责任认定

第89条损害赔偿责任人应当确定在交通事故中的责任，再按照责任方的过错大小承担赔偿责任，符合法律、法规及相关司法解释规定的，可以减轻或免除其责任。

第90条投保机动车交强险的，机动车在道路交通事故中对第三者负有责任，应当首先在交强险范围内承担全部赔偿责任。

第91条投保机动车商业三者险的，机动车在道路交通损害中对第三者、车上人员、被保险人以及自身车辆有责任的，对于交强险赔偿后不足的部分，按照保险合同的约定，在赔偿范围予以赔偿。

第92条同时投保机动车交强险和商业三者险的，交强险和商业三者险赔偿后仍有不足的，损害赔偿责任人按责任及过错大小承担其余的赔偿责任。

第93条机动车驾驶人发生道路交通事故损害后逃逸的，承保交强险的保险公司应当在机动车交强险责任限额内承担赔偿责任。

第94条机动车发生道路交通事故损害后逃逸，机动车下落不明或者逃逸的机动车未参加交强险的，道路交通事故社会救助基金管理机构对受害人的人身伤亡的抢救、丧葬等费用承担垫付责任。

第95条机动车发生道路交通事故损害，受害人抢救费用超过机动车交强险限额的，道路交通事故社会救助基金管理机构对超出部分先行垫付。

第96条机动车未投保交强险，对发生的道路交通事故损害有责任的，驾驶人和投保义务人应连带全额承担权利人应享有的交强险赔偿份额，再按责任大小对剩余部分承担过错责任。

第97条机动车投保义务人未投保交强险，机动车与非机动车、行人之间发生道路交通事故损害无责任的，投保义务人与驾驶人连带赔偿交强险无责任状态下应该赔付的份额。

第98条盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生道路交通事故损害的，承保交强险的保险公司在人身权利损失限额内承担垫付医药费的责任。

第99条有下列情形之一，第三者可以确定承保交强险的保险公司在赔偿限额范围内赔偿除财产损失外的人身权利损失：

（1）驾驶人未取得驾驶资格或者未取得相应驾驶资格的；

（2）醉酒、服用国家管制的精神药品或者麻醉药品的；

（3）驾驶人故意制造交通事故的。

第100条道路交通事故损害的发生是受害人故意造成的，承保交强险的保险公司免除赔偿义务。

第101条确定专职驾驶员驾驶车辆的证据主要应证明以下内容：

（1）机动车行驶证；

（2）机动车是否明显标有单位名称；

（3）驾驶员驾驶证；

（4）驾驶员在单位的工作岗位；

（5）机动车是否属于驾驶员支配范围。

驾驶员是否执行单位职务或者履行雇佣合同及发生交通事故是否属于工作时间应作为参考内容。

第102条确定专职驾驶员之外的工作人员及雇员是否为执行工作任务的证据，应主要证明以下内容：

（1）机动车行驶证及证明机动车属于单位或者雇主的其他证据；

（2）是否是工作时间或者履行雇佣合同时间；

（3）机动车行驶目的；

（4）其他证明履行单位职务或者雇佣合同的证据。

第103条确定专职驾驶员以外的工作人员或者雇员擅自驾驶机动车发生交通事故，所有人或者管理人有过错的证据，主要应证明以下内容：

（1）是否对雇员或者工作人员的驾驶资格予以合理审查；

（2）是否对雇员或者工作人员进行有效管理；

（3）是否对机动车妥善保管；

（4）其他可能存在过错的情形。

第104条损害赔偿权利人能够证明机动车所有人或者管理人的机动车有下列情形之一，且在出租、出借、试驾等过程中是导致交通事故发生原因的，应当认定机动车所有人或者管理人对机动车存在的缺陷有过错：

（1）机动车安全设施不全；

（2）机件不符合技术标准；

（3）机动车生产企业已经发出召回通知而没有维修或更换配件的；

（4）未通过法定年检；

（5）未进行年检；

（6）未进行必要的保养、维修和经常性检查；

（7）其他知道或者应当知道机动车存在安全隐患的。

第105条损害赔偿权利人证明机动车所有人或者管理人对出租、出借、试驾等过程中驾驶人有下列情形之一，且属于交通事故发生的原因的，应当认定机动车所有人或者管理人对交通事故的发生有过错：

（1）驾驶人无机动车驾驶证的；

（2）驾驶人未取得驾驶证的；

（3）驾驶人虽参加机动车驾驶考试但尚未核发驾驶证的；

（4）机动车驾驶证已超过有效期的；

（5）机动车驾驶证被暂扣的；

（6）机动车驾驶证被吊销或者注销的；

（7）持有的驾驶证不准予驾驶肇事机动车车型的；

（8）其他知道或者应当知道驾驶人不具备驾驶资格情形的。

第106条机动车所有人或者管理人能够证明借用人、承租人、试驾人等虽然不具备合法的驾驶资格，但已经明确其有驾驶资格的同行人为实际驾驶人的，机动车所有人或者管理人已经尽到管理职责的，机动车所有人和管理人不承担责任。

第107条机动车所有人或者管理人对借用人、承租人、试驾人等是否具备合法驾驶资格没有过错，借用人、承租人、试驾人等将机动车以其他形式交付他人驾驶发生交通事故的，由借用人、承租人、试驾人等承担机动车管理人责任。但能够证明原出借人、出租人、试驾服务人对该行为有过错的，原出借人、出租人、试驾服务人应承担相应的过错责任。

第108条损害赔偿权利人能够证明机动车所有人或者管理人知道或者应当知道驾驶人有下列情形之一，且因此发生交通事故的，机动车所有人或者管理人应当承担过错责任：

（1）饮酒或者醉酒状态的；

（2）经常或者服用国家管制的精神药品或者麻醉品的；

（3）患有足以影响观察、判断事物的能力和控制能力妨碍安全驾驶机动车的疾病；

（4）有不符合安全驾驶机动车的肢体残疾；

（5）处于明显的过度疲劳等其他影响安全驾驶的状态的情形。

第109条机动车所有人或者管理人对机动车实际驾驶人的行为存在其他故意或者过失，导致发生交通事故的，应当承担相应的过错责任。

第110条判断机动车所有人与管理人的过错大小、程度，应结合以下因素综合考虑：

（1）年龄、智力、知识、经历、经验、生活习惯；

（2）与实际驾驶人的关系、了解程度；

（3）职业；

（4）是否有偿；

（5）其他因素。

第111条擅自驾驶机动车发生交通事故，判断机动车所有人或者管理人对机动车疏于保管或者管理，应考虑以下因素：

（1）停车状态；

（2）停车范围；

（3）机动车保管或者管理的方式；

（4）擅自驾驶人获取机动车运行的方式；

（5）机动车所有人或者管理人与擅自驾驶人的关系；

（6）影响妥善保管或者管理的其他方式。

第112条判断机动车是否存在挂靠关系，应考虑以下因素：

（1）是否营运；

（2）机动车营运证及单位；

（3）驾驶人及其与营运单位的关系；

（4）买卖机动车付款人；

（5）其他能够证明挂靠关系的证据。

第113条判断机动车是否转让，应考虑以下因素：

（1）是否签订转让合同；

（2）是否有付款或者收款证明；

（3）付款情况是否与合同约定相符；

（4）交通事故发生时的驾驶人与转让人的关系；

（5）证明机动车转让的其他因素。

第114条判断机动车融资租赁关系，应考虑以下因素：

（1）双方是否存在融资租赁合同；

（2）融资方的资格及业务；

（3）支付款项是否与合同约定相符；

（4）承保内容及支付保费情况；

（5）机动车登记内容；

（6）证明融资租赁的其他因素。

第115条判断机动车是否以分期付款方式买卖，应考虑以下因素：

（1）出卖人的营业范围；

（2）车辆登记方式；

（3）承包方式及支付保费情况；

（4）买卖合同内容及付款情况；

（5）证明分期付款买卖的其他因素。

第116条机动车与套牌机动车属于同一单位或者个人的，应当认定为机动车所有人或者管理人同意套牌。

第117条能够证明套牌机动车驾驶人、所有人或者管理人与机动车驾驶人或者管理人经常在一起生活、工作及有其他活动的，可以认定机动车所有人或者管理人同意套牌。

第118条能够证明本指引第45条的肇事机动车在其转让时未处于该条规定情形的转让人，不承担连带责任。

第119条是否符合本指引第45条规定的条件，应通过以下方式确定：

（1）与原出厂车辆登记内容比对；

（2）由交通管理部门认定；

（3）由有资质的鉴定机构出具鉴定意见。

（4）其他方式。

第120条机动车陪练、试乘、搭乘过程中，陪练人、试乘人、搭乘人的行为严重影响驾驶人驾驶并导致交通事故发生的，陪练人或者其机构、试乘人、搭乘人承担过错赔偿责任。

第121条因道路缺陷导致的交通事故，适用过错推定责任，损害赔偿权利人应对道路缺陷可能与交通事故有关承担举证责任；道路交通管理部门对其管理是否有过错承担举证责任。

第122条以下情形视为道路交通管理部门完成了过错举证责任：

（1）针对公路养护及清扫制订了符合行业规范、规定的频率和工作要求，且已实际履行；

（2）对道路缺陷尽到符合标准的安全防护、警示等管理义务。

第123条高速公路管理机构对不得进入高速公路的车辆、行人进入高速公路发生交通事故承担无过错责任，并就是否采取必要的管理措施、安全措施和警示措施承担举证责任。

第124条违法进入高速公路的车辆或者行人以非法方式闯入或者潜入高速公路，高速公路管理者已尽安全保障警示义务的，不承担赔偿责任。未尽安全保障义务的，可以减轻赔偿责任。

第125条不得进入高速公路的车辆通过高速收费口进入高速公路，发生交通事故的，高速公路管理者承担全部赔偿责任，已履行警示义务的，承担主要赔偿责任。

第126条未成年人进入高速公路，高速公路管理者可以根据履行管理、警示、安全保障义务的程度，承担全部责任或者减轻责任，但不免除赔偿责任。

第127条下列在道路上实施的行为属于堆放、倾倒、遗撒物品妨碍通行的致害行为：

（1）非法设置路障；

（2）晾晒物品；

（3）倾倒垃圾；

（4）倾倒液体；

（5）排放气体；

（6）其他在道路上实施堆放、倾倒、遗撒物品的行为。

第128条堆放、倾倒、遗撒物品妨碍通行的行为，适用过错推定原则，相关行为人无法举证证明没有实施妨碍通行行为的，应当承担损害赔偿责任。

第129条道路管理者对堆放、倾倒、遗撒物品妨碍通性的行为，适用本指引第121条和第122条的规定处理。

第130条因道路建筑物及其他设施倒塌、脱落、坠落、塌陷等引发交通事故，道路建设单位和施工单位应当承担无过错责任。

第131条损害赔偿权利人认为道路存在其他建造、设计缺陷，道路建设单位和施工单位应当承担赔偿责任的，可以通过有资质的鉴定机构出具鉴定意见，证明道路建造、设计存在缺陷。

第132条符合下列情形之一引发交通事故，属于本指引所称的机动车质量缺陷：

（1）机动车控制系统缺陷；

（2）机动车转向系统缺陷；

（3）机动车行驶系统缺陷；

（4）机动车动力控制系统缺陷；

（5）其他与机动车行驶的控制、驾驶操纵有关的系统、部件、总成等缺陷。

第133条发生交通事故后，生产企业发出召回和警示通知，能够说明召回原因与事故发生原因一致的，损害赔偿权利人无须通过技术鉴定确定机动车质量缺陷。

前款规定情形下，生产企业和销售企业不得以机动车投入流通时技术尚不足以发现缺陷为由免除责任。

第134条符合下列情形之一的，生产企业和销售企业对机动车缺陷引起的交通事故免除赔偿责任：

（1）机动车尚未投入流通；

（2）机动车投入流通领域时引起的损害缺陷尚不存在；

（3）机动车投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在。

第135条生产企业、销售企业明知机动车存在质量缺陷，继续生产和销售，因此造成人身伤亡事故的，损害赔偿权利人可以要求生产企业或者销售企业承担惩罚性赔偿责任。

前款规定仅适用于明知机动车存在质量缺陷的企业，损害赔偿权利人不得选择损害赔偿责任人。

第136条要求生产企业或者销售企业承担惩罚性赔偿的数额应综合考虑以下因素：

（1）企业的行为动机；

（2）明知行为持续的时间；

（3）企业是否故意隐匿不法行为；

（4）对消费者或者社会团体的意见和评价的反应；

（5）企业财务状况；

（6）企业因此获得的利益；

（7）缺陷机动车引发事故的概率；

（8）损害赔偿权利人的实际损失；

（9）其他因素。

第137条下列情形可以认定生产企业或者销售企业明知机动车存在质量缺陷：

（1）消费者多次反映或者投诉；

（2）新闻媒体作出相关报道；

（3）行业公知的缺陷；

（4）行政监管部门已经作出处罚；

（5）其他可以认定明知的情形。

第138条盗窃、抢劫、抢夺机动车属于拼装车、改装车、报废车等机动车发生交通事故的，机动车所有人、管理人、转让人、受让人不承担赔偿责任。

第139条有证据证明道路管理者、建设单位、施工单位等损害赔偿责任人的相关行为在道路交通事故损害中存在因果关系，道路交通责任认定书没有确认的，不影响相关损害赔偿责任人责任的承担。

第140条承保机动车商业三者险的保险公司向投保人或者被保险人之一履行告知义务的，其他损害赔偿权利人不得以未告知本人为由，要求确认相关格式条款无效。

第141条损害赔偿权利人与保险公司发生争议的保险条款中，对同一权利义务的约定，格式条款与非格式条款不一致的，应按照非格式条款的约定。

第142条对保险合同中格式条款的解释如果产生歧义，应以下列顺序确定格式条款的解释方式：

（1）按通常理解；

（2）按不利解释。

第143条保险合同的格式条款涉及案件争议问题属于免责条款和限制责任条款，应按照以下顺序确定格式条款是否有效：

（1）是否具备《中华人民共和国合同法》第52条和第53条规定的情形；

（2）是否免除保险人的主要义务；

（3）是否履行了告知义务。

第144条保险合同的格式条款中，免除保险人的主要义务是指：

（1）免除保险人主要义务；

（2）加重被保险人、投保人的责任；

（3）排除被保险人、投保人的主要权利。

第145条保险人提供的合同采用的文字、符号、字体等足以区别普通条款的特别标识，并按投保人、被保险人的要求对格式条款作出了不易发生歧义的说明，视为以合理方式履行告知义务。

第五章

赔偿数额和证据要件

第146条道路交通事故损害赔偿的数额应按照各省公安厅每年联合公布的《道路交通事故损害赔偿标准》以及各省市政府统计部门公布的上一年度国民经济和社会发展统计公报中“城镇居民人均可支配收入”“农村居民人均纯收入”等相关统计数据确定赔偿标准，参照一审程序最后一次法庭辩论终结日为基准日，适用最新公布的数据。

第147条户籍在农村的受害人主张以城镇居民适用赔偿标准的，证据应符合以下要件：

（1）已在城镇连续居住1年以上；

（2）主要收入来源地为城镇。

第148条城镇居住证明应符合以下要件之一：

（1）已经购买房屋并实际居住；

（2）居住所在地居委会、社区、派出所开具的证明；

（3）房屋租赁合同及租金缴纳凭据。

第149条主要收入来源应符合以下要件之一：

（1）有固定的工作单位及签订劳动合同、工资收入证明；

（2）个体工商业主或者其他从业证明；

（3）其他能够证明主要收入来源的证据。

第150条因同一道路交通事故造成3人以上死亡的，律师承办案件时，可以选择其中赔偿数额最高的一人，以此确定每人的死亡赔偿金标准。

第151条受害人属于其他省、直辖市、自治区的居民，城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均收入高于事故处理地标准的，律师应当协助损害赔偿权利人举证相关标准，并以此标准计算相关赔偿数额。

第152条受害人经常居住地与户籍所在地一致的，户籍证明可以作为计算赔偿数额的依据。

第153条确定残疾赔偿金的实际赔偿年限，以受害人自定残之日起计算20年为基准；受害人是60周岁以上的，年龄每增加1岁减少1年，75周岁以上的，按5年计算。

第154条受害人残疾赔偿金的等级确定，一级按100%计算，二级减少10%，以此类推，十级按10%计算。

第155条受害人残疾赔偿金的数额为：一审庭审最后一次辩论最近公布的城镇人均可支配收入或者农村居民人均纯收入、实际赔偿年限、等级计算百分比、责任比例相乘的结果。

第156条受害人形成两处以上同等级伤残，可以按照上一等级伤残标准确定赔偿数额。

多处伤残者有一处为一级的不予增加。

伤残赔偿附加指数之和不得超过10%，伤残赔偿指数不得超过100%

第157条受害人形成两处以上不同等级伤残，计算伤残赔偿增加指数分别为：二级为10%，三级为9%，四级为8%，五级为7%，六级为6%，七级为5%，八级为4%，九级为3%，十级为2%。

第158条受害人多处伤残的实际赔偿等级数为：最高级别的等级数加上伤残赔偿增加指数。

第159条受害人死亡赔偿金的实际赔偿年限，以20年为基准，年龄是60周岁以上的，每增加一岁减少一年，75岁周以上的，按照5年计算。

第160条受害人死亡赔偿金的数额为一审庭审最后一次辩论最近公布的城镇人均可支配收入或者农村居民人均纯收入、实际赔偿年限、责任比例相乘的结果。

第161条受害人因道路交通事故导致残疾或者死亡的，损害赔偿权利人可以主张精神损害抚慰金赔偿。

第162条主张赔偿精神损害抚慰金的要件有：

（1）死亡证明；

（2）伤残等级鉴定意见；

（3）损害赔偿责任人的过错程度；

（4）行为发生的手段、场合、方式等具体情节；

（5）受害人及其近亲属的痛苦程度；

（6）损害赔偿责任人的经济状况；

（7）事故处理地的平均生活水平。

第163条受害人因道路交通事故造成死亡的，精神损害抚慰金按一审庭审最后一次辩论最近公布的城镇人均可支配收入或者农村居民人均纯收入计算，赔偿年限最长不超过6年，导致受害人残疾的，赔偿年限最长不超过3年。特殊情况或者司法解释、案件处理地法院有相关执行标准的，按照实际情况办理。

第164条丧葬费赔偿标准，按事故处理地最近颁布的职工平均工资标准的6个月计算。超出部分除调解解决外，不予赔偿。

第165条医疗费包括下列情形：

（1）治疗医院的挂号费、医药费、住院费等收费凭证；

（2）与治疗交通事故伤害有关的诊疗费、化验费等费用;

（3）转院证明及转院发生的相关医疗费用；

（4）与治疗相关的在其他机构购买的药费凭据；

（5）因交通事故引发的并发症医疗费收据；

（6）其他相关医药费凭据。

第166条有关医疗机构开具证明与交通事故损害有关的康复费用、整容费用等后续治疗费用明确数额的，可以一并主张赔偿。

第167条没有残疾的受害人误工时间，按实际住院治疗时间或者医院开具的证明确定。

第168条构成残疾的受害人误工时间以自事故发生之日计算至定残之日的前一天。

第169条证明受害人有误工损失应符合以下要件：

（1）事故发生前几个月的工资证明或者单位工资表；

（2）单位因受害人发生事故扣发工资的证明。

第170条受害人无固定收入的，按照下列顺序计算收入损失：

（1）以税收缴纳确定最近3年的平均收入，以此为计算基数；

（2）按照当地相同或者相近行业最近公布的职工平均工资为计算基数。

第171条受害人按照行业标准主张误工损失的，应证明没有固定收入及自己从事的行业。

第172条护理费的护理时间及人数，按照医疗机构的病程或者医生开具的护理证明为计算基数。

第173条护理人员有固定收入的，比照误工费的标准计算合理费用。没有固定收入的，按照事故处理地的服务业职工平均工资水平计算。

第174条因道路交通事故损害导致受害人不能恢复生活自理能力，应按照鉴定机构出具的护理等级，比照残疾赔偿金的计算方式计算护理费，但护理费的基数应按服务业职工的平均工资计算。

第175条对以下交通费用应予以赔偿：

（1）事故发生时支出的救护车费用；

（2）事故发生时近亲属打车、乘机、乘火车必须发生的费用；

（3）紧急转院及转院必须的打车费用；

（4）残疾受害人出院、复诊等的打车费用；

（5）其他情况必须支出的非公共交通费用。

其余交通费用应以普通交通工具费用为赔偿标准。

第176条住院伙食补助费，按照当地政府机关一般工作人员出差伙食补助标准计算，计算人数含受害人、护理人员以及处理事故及紧急抢救必须到场的近亲属。

第177条营养费的赔偿，应参照医嘱及受害人受伤的具体情况予以适当赔偿。

第178条残疾辅助器具费，应由民政部门的假肢与矫形康复机构出具更换周期、赔偿年限，并按普通适用器具标准确定，特殊情况的，由该机构出具证明执行。

第179条被扶养人是未成年人的，应当赔偿被扶养人生活费，并以自实际年龄计算至18周岁的差额作为赔偿年限。

第180条成年被扶养人赔偿被扶养费的前提条件，应符合以下要件：

（1）无劳动能力；

（2）无其他生活来源。

第181条下列人员可以确定为无劳动能力：

（1）精神病人；

（2）因患病无劳动能力；

（3）因患病生活不能自理；

（4）先天性疾病致残；

（5）无人承担的事故导致残疾或者植物人状况；

（6）其他无劳动能力的情形。

第182条领取城市最低生活保障的人视为无其他生活来源的被扶养人。

第183条成年被扶养人的赔偿年限比照本指引规定的残疾赔偿金赔偿年限计算。

第184条损害赔偿责任人仅赔偿受害人应当承担的抚养费份额。

第185条扶养费数额的计算方式为：赔偿年限乘以事故处理地最近公布的城镇居民人均消费性支出或农村居民人均年生活消费支出、责任比例、扶养人承担的份额相乘的结果。

第186条被扶养人为多人的，以处理事故地最近公布的城镇居民人均消费性支出或者农村居民人均年生活消费支出总额为限。

第187条受害人按照城镇居民标准赔偿，被扶养人在农村生活的，扶养费按农村标准赔偿。

第188条承保交强险的保险公司在计算赔偿数额时，不计算责任比例。

第189条交强险赔偿责任限额中的死亡赔偿限额、医疗费用赔偿限额，统一视为人身伤害赔偿限额，并以此限额赔偿受害人的损失。

第190条律师承办道路交通损害赔偿法律事务，应建议损害赔偿权利人在交强险范围内优先请求精神损失抚慰金赔偿，并不考虑责任比例。

第191条承保交强险的保险公司仅在财产损失限额内赔偿损害赔偿权利人的财产损失。

第192条下列财产损失应当由损害赔偿义务人承担：

（1）车辆维修费用；

（2）车载物品损失；

（3）车辆施救费用；

（4）车辆灭失或者推定全损的车辆重置费用；

（5）经营性车辆停运期间的合理损失；

（6）非经营性车辆合理的替代性费用。

第193条同等条件下，出租车的费用低于租车费用的，受害人主张租车费用，高出的部分不应支持。

第194条受害人采用替代性交通工具必须租车的，应结合其工作性质、职位、事故发生前的工作状态综合确定。

第195条因道路交通事故损害导致车辆市场价值的贬值损失，除特种车型外，不应支持。

第196条承保机动车综合险的保险公司在承包时约定机动车保险金额的，机动车所有人可以按照承保时保险金额至事故发生时合理的折旧，要求保险公司承担赔偿责任。

第197条采取快速理赔的机动车损失，应当由双方驾驶人的责任认定及车损状况登记单，有保险公司对机动车损失拍摄的照片。

第198条机动车损失涉及保险公司和驾驶人的，损失部件应由保险公司及驾驶人的确认清单，或者交通管理部门事故处理确认的部件。

第199条机动车车损涉及内部结构的，拆卸时应由保险公司或者对方驾驶人在场确认，或者拆卸人录像及拍照佐证。

第200条机动车修理费发票应与维修单位及维修部件具备一致性。

第六章

事故责任重新认定和证据要件

第201条道路交通事故损害发生后，损害赔偿权利人和损害赔偿责任人有下列情形之一的，可以要求重新确认事故责任，并承担举证责任：

（1）对交通管理部门的交通事故责任认定书或者事故认定书不服；

（2）快速理赔处理签署事故责任单后反悔的；

（3）交通事故管理部门无法认定事故责任的。

第202条律师承办道路交通事故损害赔偿法律事务，可以向交通管理部门申请调取事故卷宗或者申请有关部门调取事故卷宗。

第203条律师可以根据对道路交通事故现场图、车辆鉴定书、尸体鉴定书、询问笔录、证人笔录等进行综合分析，确定相关证据与责任认定书的矛盾性、不客观性，作为推翻事故认定的依据。

第204条对于事故现场有录像设施的，律师可以向有关部门调取或者申请有关部门调取，作为推翻责任认定书或者确认责任的重要依据。

第205条对于车速、机动车相关配置系统需要经过有资质的鉴定机构确定的，律师可以申请有关部门进行相应的鉴定。

第206条律师在当事人的配合下，通过线索寻找事故现场目击者作调查笔录，收集对当事人有利的证据，并向法庭提出书面申请，要求证人出庭作证。

第207条律师在完成举证后，应根据自己掌握的道路交通法律、法规及专业知识，从多种角度阐述事故认定的不客观性。

第208条对于客观存在的道路管理缺陷、施工缺陷等，没有被责任认定书涵盖的，律师可以通过录像、拍照等方式提供证据。

第209条对于特殊地段、特殊车型、特殊路况涉及责任认定的车速、视线、瞭望等情形，律师可以申请有关部门做现场模拟实验。

第210条律师承办道路交通事故损害法律事务，涉及责任事故认定事务的，比照本章的规定执行。

第七章

刑事附带民事的特殊规定

第211条因道路交通事故损害驾驶人被追究刑事责任的，损害赔偿权利人可以对损害赔偿责任人提起刑事附带民事诉讼。

第212条刑事附带民事诉讼不得提起精神损害抚慰金赔偿，也不得在交强险中主张先行赔偿精神损害抚慰金。

第213条律师接受损害赔偿权利人的委托，代理刑事附带民事案件时，为了权利人的利益，可以适当提高赔偿数额。

第214条损害赔偿权利人和赔偿责任人达成和解协议、调解协议，协议内容可以包含精神损害抚慰金。

第215条符合《中华人民共和国刑事诉讼法》规定的当事人和解的公诉案件诉讼程序条件的，犯罪嫌疑人、被告人的辩护人可以在侦查、审查起诉、审判阶段提出和解，损害赔偿权利人也可以接受对方的和解条件。

第216条刑事案件审理中没有提起附带民事诉讼的，可以在判决生效后、诉讼时效期间内另行提起民事诉讼，但诉讼请求中的精神损害抚慰金部分，律师应当告知当事人人民法院不予支持。

第217条刑事案件判决结束后，律师不得代理损害赔偿权利人单独提起精神损害抚慰金的赔偿请求，并应告知人民法院不予受理。

第八章

有关保险公司的特别规定

第218条本指引第99条规定的情形，保险公司在交强险限额内赔偿后，可以向损害赔偿责任人追偿。追偿权的诉讼时效自保险公司实际赔偿之日起计算。

第219条盗窃、抢劫、抢夺的机动车发生道路交通事故损害赔偿，保险公司在交强险限额内赔偿后，可以向行为实施人追偿。

第220条承保商业三者险的保险公司参加道路交通损害赔偿事故的处理，可以要求承担相应责任的道路管理者、施工单位、建设单位、生产企业、销售企业等承担相应的责任，诉讼过程中，可以申请人民法院追加被告。

第221条承保商业三者险的保险公司在理赔后，发现道路管理者、施工单位、建设单位、生产企业、销售企业等单位或者自然人应该在道路交通事故损害中承担相应责任的，可以另案提起诉讼，行使追偿权。

第222条具备从事交强险承保资格的保险公司，因违法拒绝、拖延承保或者违法解除交强险合同，投保义务人承担赔偿责任后，可以请求保险公司承担交强险限额内的赔偿责任，保险公司可以要求抵扣应当支付的保费。

第223条多辆机动车发生交通事故，各交强险保险公司应当在责任限额内，按责任比例承担赔偿责任。

第224条多辆机动车发生交通事故，部分机动车未投保交强险，损害赔偿权利人可以要求承保机动车交强险的保险公司在限额内承担赔偿责任。保险公司理赔后，超出自身应承担的部分，可以向投保义务人追偿。

第225条牵引车和挂车分别投保交强险，发生交通事故的，各保险公司应在各自的责任限额内平均赔偿。

第226条同一交通事故中有两个以上损害赔偿权利人的，可以要求保险公司按照损失比例，在交强险限额内赔偿。

第227条在机动车交强险合同有效期内，所有权发生变动的，保险公司仍应承担保险责任。

第228条在交强险合同有效期内，机动车发生改装、拼装、使用性质改变等情形，导致危险程度增加的，保险公司承担交强险限额责任后，可以另案提起诉讼，要求投保义务人补足应支付的保费。

第229条保险公司对报废机动车、改装机动车、拼装机动车、套牌车提出投保交强险的，可以拒绝承保。

第230条保险公司承保商业三者险时，明确约定驾驶人和被保险人的，其他人驾车引起的道路交通损害赔偿，保险公司可以拒绝赔偿。

第九章

与道路交通事故损害赔偿相关的非诉讼法律事务

第231条律师可以接受道路交通事故损害法律事务中损害赔偿权利人、责任人的委托，参与各方的协商、谈判、和解、调解，代为起草和解、调解协议，见证、签署法律文书，提出律师意见等非诉讼法律事务。

第232条道路交通事故损害权利人正在住院治疗，尚未确定伤残等级状况的，律师不得参与残疾赔偿金赔偿的谈判、调解等非诉讼法律事务。

第233条损害赔偿权利人处于伤残等级可以鉴定状态，但未经有资质的机构鉴定确定伤残等级，律师可以参照有关伤残等级的标准或者咨询有关专业人员后，确定残疾赔偿金数额。

第234条损害赔偿权利人对残疾赔偿金的赔偿不明知的情况下，律师不得参与残疾赔偿金的谈判、调解等非诉讼法律事务。

第235条损害赔偿权利人在明确法定赔偿数额及伤残状况下，自愿放弃赔偿权利的，律师应当尊重其选择。

第236条赔偿涉及后续治疗费用的，应当在协议中明确是否不再主张权利。

第237条律师见证及出具律师意见书，仅对合同内容本身发表法律意见，对当事人签字真伪予以见证，不得对合同效力发表结论性意见。

第十章

附则

第238条律师代理道路交通损害赔偿案件，在非诉讼法律事务中，可以按照本指引确定损害赔偿权利人和责任人；在诉讼案件中，可以按照本指引确定损害赔偿权利人为原告，损害赔偿责任人为被告。

第239条办理道路交通损害赔偿案件涉及侵权和合同竞合的，损害赔偿权利人有获得精神损害抚慰金可能的，应当建议损害赔偿权利人选择侵权诉讼。

第240条损害赔偿权利人发生道路交通事故的同时符合国务院《工伤保险条例》有关工伤保险的赔偿规定，可以向道路交通事故损害赔偿责任人主张道路交通事故赔偿，还可以同时主张享受工伤保险待遇。

附：2015年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》有关交通事故民事诉讼的规定

第39条人民法院对管辖异议审查后确定有管辖权的，不因当事人提起反诉、增加或者变更诉讼请求等改变管辖，但违反级别管辖、专属管辖规定的除外。

人民法院发回重审或者按第一审程序再审的案件，当事人提出管辖异议的，人民法院不予审查。

第99条人民法院应当在审理前的准备阶段确定当事人的举证期限。举证期限可以由当事人协商，并经人民法院准许。

人民法院确定举证期限，第一审普通程序案件不得少于十五日，当事人提供新的证据的第二审案件不得少于十日。

举证期限届满后，当事人对已经提供的证据，申请提供反驳证据或者对证据来源、形式等方面的瑕疵进行补正的，人民法院可以酌情再次确定举证期限，该期限不受前款规定的限制。

第101条当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由，必要时可以要求其提供相应的证据。

当事人因客观原因逾期提供证据，或者对方当事人对逾期提供证据未提出异议的，视为未逾期。

第102条当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并依照民事诉讼法第六十五条、第一百一十五条第一款的规定予以训诫、罚款。

当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫。

当事人一方要求另一方赔偿因逾期提供证据致使其增加的交通、住宿、就餐、误工、证人出庭作证等必要费用的，人民法院可予支持。

第107条在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解协议作出妥协而认可的事实，不得在后续的诉讼中作为对其不利的根据，但法律另有规定或者当事人均同意的除外。

第108条对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。

对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。

法律对于待证事实所应达到的证明标准另有规定的，从其规定。

第110条人民法院认为有必要的，可以要求当事人本人到庭，就案件有关事实接受询问。在询问当事人之前，可以要求其签署保证书。

保证书应当载明据实陈述、如有虚假陈述愿意接受处罚等内容。当事人应当在保证书上签名或者捺印。

负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书，待证事实又欠缺其他证据证明的，人民法院对其主张的事实不予认定。

第117条第3款未经人民法院通知，证人不得出庭作证，但双方当事人同意并经人民法院准许的除外。

第120条证人拒绝签署保证书的，不得作证，并自行承担相关费用。

第148条第1款当事人自行和解或者调解达成协议后，请求人民法院按照和解协议或者调解协议的内容制作判决书的，人民法院不予准许。

第219条当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理。受理后对方当事人提出诉讼时效抗辩，人民法院经审理认为抗辩事由成立的，判决驳回原告的诉讼请求。

第238条第2款法庭辩论终结后原告申请撤诉，被告不同意的，人民法院可以不予准许。

第258条第1款适用简易程序审理的案件，审理期限到期后，双方当事人同意继续适用简易程序的，由本院院长批准，可以延长审理期限。延长后的审理期限累计不得超过六个月。

第274条下列金钱给付的案件，适用小额诉讼程序审理：

……

（三）责任明确，仅在给付的数额、时间、方式上存在争议的交通事故损害赔偿和其他人身损害赔偿纠纷；

……

第277条第1款小额诉讼案件的举证期限由人民法院确定，也可以由当事人协商一致并经人民法院准许，但一般不超过七日。

第384条当事人对已经发生法律效力的调解书申请再审，应当在调解书发生法律效力后六个月内提出。

第479条在执行中，被执行人通过仲裁程序将人民法院查封、扣押、冻结的财产确权或者分割给案外人的，不影响人民法院执行程序的进行。

第485条人民法院有权查询被执行人的身份信息与财产信息，掌握相关信息的单位和个人必须按照协助执行通知书办理。

第518条被执行人不履行法律文书确定的义务的，人民法院除对被执行人予以处罚外，还可以根据情节将其纳入失信被执行人名单，将被执行人不履行或者不完全履行义务的信息向其所在单位、征信机构以及其他相关机构通报。

第521条在执行终结六个月内，被执行人或者其他人对已执行的标的有妨害行为的，人民法院可以依申请排除妨害，并可以依照民事诉讼法第一百一十一条规定进行处罚。因妨害行为给执行债权人或者其他人造成损失的，受害人可以另行起诉。

（本操作指引由中华全国律师协会民事专业委员会负责起草。执笔人: 刘萍、李宗胜；审稿人：李亚兰）

## 律师承办海商海事案件业务操作指引（修订版）

目录

第一章总则 / 652

第二章接受委托 / 652

第三章律师代理海商海事诉讼案件的一般事项 / 654

第一节诉前准备 / 654

第二节调查取证 / 656

第三节起诉和应诉 / 657

第四节一审庭审 / 658

第五节二审庭审 / 661

第六节再审庭审 / 661

第七节和解、调解 / 662

第四章律师代理具体类型的海商海事诉讼案件 / 663

第一节海上货物运输案件 / 663

第二节沿海、内河水路货物运输案件 / 668

第三节海上保险合同案件 / 670

第四节船舶碰撞案件 / 671

第五节海上人身伤亡案件 / 673

第六节船舶油污及海上设备海洋污染案件 / 673

第七节海事赔偿责任限制基金案件 / 676

第八节其他海商海事诉讼特别程序案件 / 677

第五章律师代理海商海事仲裁案件 / 681

第六章律师代理海商海事执行案件 / 683

第七章附则 / 686

第一章

总则

第1条为了指导律师从事海商海事法律服务业务，规范和指导律师办理海商海事案件的执业行为，根据中华人民共和国有关法律法规，遵循国家司法行政机关和中华全国律师协会制定的律师执业规则，制定本指引。

第2条律师承办海商海事案件，应当坚持以事实为根据、以法律为准绳的原则，恪守律师职业道德和执业纪律，维护法律的正确实施。

第3条律师承办海商海事案件，应当依据当事人的委托，在委托权限内依法履行代理职责，勤勉尽责、诚实守信、审慎及时、积极维护委托人的合法权益。

第 4条律师承办海商海事案件，应当保守国家秘密和委托人的商业秘密、个人隐私。

第5条律师承办海商海事案件，应当尊重同行，公平竞争，不得在公开场合、传媒或者法庭上谩骂同行或者发表贬低、诋毁、损害同行声誉的言论。

第二章

接受委托

第6条律师承办海商海事案件，由律师事务所统一接受委托，律师事务所应当与委托人签订书面委托合同，明确委托代理事项。

律师不得私自接受委托。

第7条律师事务所接受委托时，应当审查证明委托人主体资格的有关材料。发现委托人不具备相应的诉讼主体资格时，应向其说明情况进行变更。

第8条律师事务所有权依正当理由决定是否接受委托。律师事务所接受委托后，无正当理由不得拒绝代理，但承办律师发现委托事项违法、委托人隐瞒事实或者委托人提出不合理要求，致使律师无法正常履行代理职责的除外。

第9条有下列情形之一的，律师事务所不得接受委托：

（1）已经接受同一案件中对方当事人或者第三人委托的；

（2）已经在一审程序担任一方当事人的代理人，对方当事人在二审程序或者再审程序中委托的；

（3）具有违反《律师执业避免利益冲突规则》的规定，不能接受委托的其他情形。

第10条符合收案条件的，经过律师事务所主任或者主任授权的负责人员同意后，办理委托手续。委托手续包括以下内容：

（1）律师事务所与委托人签署委托代理合同一式两份，一份交委托人，一份交承办律师附卷存档；

（2）委托人签署授权委托书和律师事务所的风险告知书。

第11条律师事务所与委托人签订委托代理合同及与委托人签订授权委托书时，委托权限应注明是一般授权还是全权/特别授权。全权/特别授权的，应当列明具体的委托事项和权限。涉及变更、放弃、承认诉讼请求和进行和解，提起反诉、上诉和再审，转委托，签收法律文书，领取标的物、接收款项和费用等事项的，应当有委托人的特别授权并载明于授权委托书中。

第12条律师事务所接受委托后，应当办理收案登记，编号建立卷宗。

第13条律师事务所应当指派执业律师承办案件。律师事务所应向委托人介绍指派的律师，并取得委托人的同意。律师事务所应当尽可能满足委托人的指名委托要求。

第14条承办律师发生变更时，应当及时告知委托人，委托人同意变更的，应当办理委托变更手续。

第15条未经委托人同意，律师事务所不得将案件转委托给其他律师事务所。

第16条接受外国当事人委托代理海商海事诉讼案件的，律师应当根据《中华人民共和国民事诉讼法》第264条的规定，审查授权委托书是否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该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。接受香港、澳门特区及台湾地区当事人委托的，律师应审查授权委托书是否已履行了相关的证明手续。

第17条律师事务所接受委托后，承办律师应当要求委托人提供案件证据材料的复印件、复制件，同时核对原件，并将原件及时交还委托人妥善保管；收取原件的，要制作证据原件清单，由委托人、律师签字附卷。

第18条律师在承办海商海事案件过程中，应当注意材料的收集、整理和妥善保管。在委托事项结束时，应作出结案报告或者其他结案文书，依照司法部《律师业务档案立卷归档办法》整理案卷归档。

第三章

律师代理海商海事诉讼案件的一般事项

第一节诉前准备

第19条接受委托后，律师应当仔细审阅委托人提供的案件证据材料，并分析以下问题：

（1）案件的基本事实和争议事项；

（2）与案件有关的法律法规、司法解释和相关案例；

（3）案件的管辖权；

（4）案件的法律适用；

（5）案件的诉讼时效；

（6）当事人的各项权利和义务；

（7）可行的诉讼请求或者答辩要点；

（8）是否起诉或者反诉；

（9）是否需要采取海事请求保全和海事证据保全措施；

（10）需要收集的证据材料等。

第20条律师审查案件的管辖权主要从以下方面进行分析：

（1）是否属于海事法院受理范围；

（2）有无协议管辖条款及其效力；

（3）有无书面仲裁条款或者仲裁协议及其效力；

（4）提单有无并入条款及其效力等。

第21条律师审查案件的法律适用主要从以下方面进行分析：

(1) 案件是合同纠纷、侵权纠纷还是其他海商海事纠纷；

(2) 有无法律适用条款以及该条款是否违反我国法律的强制性规定；

(3) 是否应适用与案件事实有密切联系的国家或者地区的法律等。

第22条律师审查案件的诉讼时效应注意海商法规定的不同案由的时效期间和时效中止、中断的情形。

第23条律师应当围绕第19条所列问题向委托人提供初步的法律意见。在论述法律意见时，应紧密结合法律法规分析利弊，做到有理有据、全面客观，并建议需要采取的措施。

第24条被告律师经审查认为法院管辖不当时，应当告知国内委托人可以在接到法院应诉通知书之日起15日内，国外委托人在接到法院应诉通知书之日起30日内，以书面形式向法院提出管辖权异议。

第25条律师应当向委托人说明其法律意见仅供委托人参考，律师不应就案件处理的前景或者结果作出任何承诺或者保证。

第26条原告律师应当建议委托人调查对方当事人的资信和财产状况，并和委托人讨论是否有必要向法院申请海事请求保全、其他财产保全、海事证据保全以及海事强制令等措施。

第二节调查取证

第27条律师应当根据案件需要协助委托人依法调查、收集证据材料。

第28条律师应当注意，以违反法律禁止性规定或者侵犯他人合法权益的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

第29条律师调查取证应当取得证据的原物、原件，或者经过公证与原物、原件核对无误的复制品，并明确其来源。

第30条律师向证人调查取证应取得证人的书面证言。证人证言应当载明证人的身份、与本案当事人的关系、所要证明的事实。证人应在证言的结尾特别载明其已知晓伪证的法律责任，并保证证言中的陈述属实。

证人证言应附上证人的身份证明材料，由证人签名、盖章或者按指纹确认。如证人为外籍人士，还应当为其办理证明身份及签名真实性的相关公证、认证手续。

有关单位出具的证明材料，应由该单位加盖单位印章。

第31条律师调查、收集与本案有关的材料，可以制作调查笔录。调查笔录应当载明调查人、被调查人、被调查人与本案当事人的关系、调查时间、调查地点、调查内容、记录人等基本情况。调查笔录制作完毕后，应交由被调查人阅读或者向其宣读，并由调查人、被调查人、记录人签名、盖章或者按指纹确认。

被调查人应在签署调查笔录的同时，特别载明笔录内容与本人的陈述一致。调查笔录应附由被调查人签名及按指纹确认的身份证明材料复印件。

第32条委托人和律师因客观原因无法自行收集的证据，律师应建议委托人在举证期限届满前7日，以书面形式申请法院调查取证。

第33条在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，律师应当及时建议委托人向法院或者公证机关申请海事证据保全。

第34条需要勘验、鉴定物证或者现场的，律师应当及时建议委托人聘请有资质的专业检验人员、专家辅助人、鉴定机构，或者在举证期限内向法院申请进行勘验、鉴定。

第35条确有困难无法在法院指定的举证期限内取得有关证据的，律师应代委托人在举证期限届满前向法院提出延期举证的书面申请。

第36条律师对调查、收集的证据应重点从以下几个方面进行审查：

（1）证据的来源；

（2）证据的内容和形式；

（3）证据所要证明的事实和本案的关联性；

（4）证据是否能相互印证；

（5）证据的合法性和真实性等。

第三节起诉和应诉

第37条原告律师应当以事实为依据、以法律为准绳，代为起草起诉状并在诉讼时效期间内向法院提起诉讼。对于已过诉讼时效的案件，如果委托人要求向法院提起诉讼，律师应当向委托人进行特别说明，告知可能的法律后果，并将该事项写入委托合同或者向委托人提供书面说明。

律师代为起草的起诉状内容应当经委托人确认。一套完整的起诉材料应包括起诉状正本一份、与被告数量相同的副本若干份，表明身份的材料（包括身份证、营业执照、法定代表人身份证明书、授权委托书、组织机构代码证等）。

律师或者委托人向法院提交起诉状时，应同时提交支持基本事实和诉讼请求的证据材料。

第38条在接到法院的受理案件通知书后，律师应当通知委托人及时交纳诉讼费，并告知相应的法律后果。

第39条律师办理涉外海商海事诉讼案件的，应当注意《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》以及最高人民法院《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》中规定的送达程序。

第40条被告律师应根据委托人提供的材料以及案件需要，到法院查阅并复制案卷材料，并重点审查以下事项：

（1）原告的起诉是否符合法律规定的受理条件；

（2）受案法院是否具有管辖权；

（3）起诉时是否已经超过诉讼时效期间等。

第41条被告律师经初步审查，认为案件不属于受诉法院管辖的，应及时告知被告可以在法院指定的答辩期间内提出书面管辖权异议。一旦提出管辖权异议，就不应再就任何实体问题进行答辩。

未提出管辖权异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权，除非违反级别管辖和专属管辖。

第42条被告律师应认真分析案情、调取证据，做好答辩准备，并代为起草答辩状，针对原告的诉讼请求、事实和理由，陈述答辩的事实，提出明确的答辩主张并阐明相应的理由和法律依据。如有必要，还应随答辩状提交支持答辩理由的相关证据。

答辩状应当在被告收到起诉状副本后规定的时间内向法院提交。如需延期，应在规定期间内向法院提交书面延期答辩申请。

第43条律师应当提醒委托人及时申请证人出庭，并在征得委托人同意后，在举证期限届满10日前对己方拟出庭的证人、鉴定人以及专家向法院申请出庭。对于己方确有困难不能出庭的证人、鉴定人以及专家等，应在举证期限届满10日前向法院申请免予出庭。

第四节一审庭审

第44条律师调查、收集的证据应在法院指定的举证期限内提交法院。律师在质证前向法院提交证据的，一般可提交复印件，但当庭质证时应当出示证据原件供对方当事人及法庭核对。

法院收取证据原件时，律师应要求承办法官或者书记员进行签收并出具收据。

第45条律师应当对委托人拟提交法院的证据进行审查，并对该证据进行整理归类和编制证据目录。证据目录应写明证据形式、证据来源、证据页数、证据内容以及所要证明的事实。

第46条对于法院许可出庭的己方证人、鉴定人以及专家，律师应提前通知他们携带身份证明和其他必要的文件、材料准时到庭，并告知出庭应注意的事项。

第47条律师应全面认真地研究对方当事人提交的证据，并围绕以下几个方面提出质证意见：

（1）是否已过举证期限；

（2）是否有原件、原物核对；

（3）在境外形成的证据是否依法办理了相应的公证认证手续；

（4）证据是否真实可信；

（5）证据是否和本案有关联；

（6）证据的来源是否合法；

（7）是否和本案其他证据相互矛盾或者不一致；

（8）证据的证明力；

（9）证据的充分性等。

第48条需要调查、收集反驳证据的，律师应向法院提出提交反驳证据的书面申请。

第49条开庭前，律师应征求委托人是否对合议庭组成人员及书记员提出回避申请以及有无提出回避申请的理由。

第50条律师接到开庭通知书后应当按时出庭，如有正当理由不能出庭的，应当及时与法院联系，申请延期开庭。

第51条律师应当根据有关案件材料做好开庭准备，准备法庭陈述和向证人发问的提纲等。

第52条律师出庭参加诉讼或者仲裁，必须按规定出示律师执业证，提交与授权委托书和与执业证一致的律师事务所指派函或者出庭函。

第53条法庭在核对当事人身份时，律师有权对对方当事人及其代理人的身份提出异议。

第54条法庭调查开始后，原告律师应陈述起诉事实，讲明具体诉讼请求和理由；被告律师应陈述反驳事实和理由，提起反诉的，讲明具体请求和理由。

第55条律师认为法庭归纳的争议焦点有遗漏或者错误时，应及时提出修改和补充意见。

第56条在法庭调查过程中，律师应当认真记录，做好向其他当事人、证人、鉴定人发问的准备，完善开庭前准备的各项提纲。

第57条律师应当充分重视对鉴定人和鉴定意见的质证。律师应从以下方面进行审查：

（1）鉴定机构和鉴定人的资格；

（2）鉴定人与双方当事人的关系；

（3）鉴定的依据和材料；

（4）鉴定的设备和方法；

（5）鉴定意见是否具有科学性和明确性；

（6）鉴定的程序等。

律师应对该鉴定意见发表看法，对鉴定意见有异议的，应当要求鉴定人出庭作证。认为鉴定意见不能成立或者不完整的，可以申请重新鉴定或者补充鉴定。

第58条在法庭辩论过程中，律师发现案件某些事实未查清的，可以申请恢复法庭调查。

第59条在庭审过程中，发现审判程序违法，律师应当指出，并要求立即纠正，以维护委托人的诉讼权利。

第60条休庭后，律师应当认真阅读庭审笔录，如有遗漏或者差错，应当申请补正。

第61条休庭后，律师应按法庭要求及时提交代理词。

第五节二审庭审

第62条律师接受二审当事人的委托后，应当及时研究一审案卷材料，并重点审查以下内容：

（1）一审认定事实是否清楚、完整，有无前后矛盾，有无错误；

（2）一审证据是否充分、确凿，有无未经质证的证据作为判决、裁定的依据；有无不该采信的证据被采信、该采信的却没有采信的情形；证据相互之间有无矛盾；

（3）一审认定的事实与判决、裁定的结果是否具备必然的逻辑联系；

（4）一审适用法律是否得当，适用的法律条文与案件性质、主要事实是否一致，有无适用已经废止的行政法规、地方性法规及司法解释；

（5）一审有无影响案件正确判决的程序违法情况等。

律师应围绕上述审查内容向委托人提供法律意见。一审败诉或者诉讼请求未得到支持的，还应及时给予是否提出上诉的建议。

第63条律师接受委托后，应当代为起草上诉状或者上诉答辩状，并在法院规定的期间内提交法院。

上诉方律师应告知委托人按照法院的要求，及时交纳上诉费用及相应的法律后果。

第64条律师代理简易程序案件的二审程序时需注意，根据最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》，当庭审判的案件，当事人在指定期间内领取裁判文书之日即为送达之日；定期宣判的案件，定期宣判之日即为送达之日。

第65条律师应当根据一审情况，及时做好证据补救工作，尽量收集并提交支持本方主张的新证据。

第六节再审庭审

第66条律师接受再审当事人的委托后，应当及时研究案卷材料，对于已经生效的判决、裁定，律师应着重审查以下内容：

（1）是否有新的证据、足以推翻原判决、裁定；

（2）原判决、裁定认定基本事实的证据是否缺乏；认定事实的主要证据是否存在伪造，是否未经质证，是否曾就案件主要证据向法院提交书面调查申请，而法院未调查；

（3）原判决、裁定适用法律是否正确；

（4）审判人员在审理案件时是否应当回避而没有回避、贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判；

（5）是否违法剥夺当事人辩论权利；

（6）是否存在《中华人民共和国民事诉讼法》第200条规定的其他再审情形。

第67条对于已经发生法律效力的调解书，律师应着重审查是否有证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律。

第68条律师接受委托后，可以代为起草再审申请书或者再审答辩状。

再审申请方律师应当注意，再审申请一般应在判决、裁定、调解发生法律效力后6个月内向原审法院或者上一级法院提出；存在《中华人民共和国民事诉讼法》第200条第（一）项、第（三）项、第（十二）项、第（十三）项规定的再审事由时，应在委托人知道或者应当知道之日起6个月内提出。

第69条再审申请方律师在向法院提出再审申请的同时应向法院提出请求中止原判决、裁定或者调解执行的书面请求。

第七节和解、调解

第70条律师可以在诉前、一审、二审以及再审过程中向委托人提出和解的建议和方案，并说明理由。

第71条律师在向委托人提出和解的建议和方案时，应考虑以下几个方面的事项：

（1）双方当事人证据、主张的强弱；

（2）案件胜败的前景判断；

（3）诉讼成本；

（4）案件对委托人利益的其他影响等。

第72条律师应当在代理权限内参与调解、和解。未经特别和明确授权的，不能对委托人的实体权利进行处分。

第四章

律师代理具体类型的海商海事诉讼案件

第一节海上货物运输案件

第73条律师接受海上货物运输纠纷当事人的委托后，应审查案件的类型，并确定不同的具体案由：

（1）货损货差纠纷；

（2）无单放货纠纷；

（3）倒签或者预借提单纠纷；

（4）迟延交付纠纷；

（5）运输费用及与货物运输有关的其他费用纠纷；

（6）航次租船合同纠纷；

（7）多式联运合同纠纷；

（8）其他货运纠纷。

第74条律师在审查确定海上货物运输纠纷案件的案由时还应明确：

（1）本案是合同纠纷还是侵权纠纷，或者合同与侵权竞合；

（2）本案是国内水路货物运输纠纷还是国际海上货物运输纠纷。

第75条律师在处理海上货物运输货损货差纠纷案件时应注意收集整理以下证据：

（1）提单、运单或者其他运输单证；

（2）货损货差的证明、估损鉴定书、理货报告、现场检验报告；

（3）发票、海关报关单、买卖合同等有关货物价值的证明；

（4）涉案运费金额证明、交纳货物保险费的证明；

（5）相关航海日志记录、气象资料、船舶适航证书、船员适任证书以及适货证书；

（6）事故记录、海事声明以及船员证词；

（7）货物内容及特性；

（8）装货港货物状况、数量、重量及计量方式的证明文件；

（9）卸货港的货物状况、数量、质量及计量方式的证明文件等。

经委托人同意，律师应争取和鉴定人员、公证员、检验师一起在第一时间赴事故现场调查取证。

第76条律师处理海上货物运输货损货差纠纷案件时，应对下列问题进行审查：

（1）是否已过诉讼时效；

（2）查明主要法律关系，确定托运人、承运人、收货人、提单持有人；

（3）查明货损货差的原因，并判断是否属于承运人法定的免责事项；

（4）货损货差是否发生在承运人的责任期间内；

（5）提单、运单或者其他类似运输单证是否有关于货损货差的批注及其效力；

（6）开航前和开航当时承运人是否谨慎处理使船舶适航、货舱适货；

（7）承运人有无管货过失；

（8）是否存在不合理绕航；

（9）承运人过失和货损货差之间是否有因果关系；

（10）承运人是否可以享受责任限制等。

律师处理海上货物运输散货货差纠纷时，还应特别考虑货物的自然特性、计重方法的不同以及计量行业规范所允许的合理误差。

第77条律师处理海上货物运输无单放货纠纷案件应注意收集整理以下证据：

（1）提单；

（2）货物交付的证明；

（3）载货集装箱的动态；

（4）卸货港货物交付的相关法律规定、海关或者港口的管理规范等证明文件；

（5）发票、海关报关单、买卖合同等有关货物价值的证明；

（6）托运人、承运人关于货物交付方面的往来文件；

（7）托运人、收货人关于提取货物和支付货款方面的往来文件；

（8）货款损失的证明等。

律师应确认涉案货物运输提单的真实性、全套正本提单的持有人及提单流转的事实情况。

第78条律师处理海上货物运输无单放货纠纷案件时，应对下列问题进行审查：

（1）是否已过诉讼时效；

（2）原告是否享有诉权；

（3）原告、被告及其他诉讼当事人之间的法律关系；

（4）被告是否为承运人，或者虽非承运人，但其对原告的损失应承担过错责任；

（5）被告是否为实际承运人，是否签发提单，是否参与无单放货；

（6）被告如果是无船承运人，应注意其是否已经在交通部进行提单登记并交纳保证金或者向交通部批准的保险机构投保无船承运业务保证金责任保险；

（7）涉案提单是否为记名提单，提单是否约定管辖以及法律适用，记名提单的托运人是否要求中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人；

（8）原告是否同意或者认可无单放货行为；

（9）原告是否与无正本提单提取货物的人就货款支付达成协议；

（10）无单放货发生地有无到港货物必须交付当地海关或者港口当局的强制性法律规定；

（11）涉案货款是否已经外汇核销，如果已经核销，是否属于滚动核销或者批次核销等。

第79条律师处理倒签或者预借提单纠纷案件应注意收集整理以下证据：

（1）涉案提单、信用证、装箱单、买卖合同；

（2）大副收据、装货时间记录、理货单、装货计划、积载图等装货文件；

（3）有关货物价值的证明；

（4）处理货物的证明等。

律师应建议委托人向有资质的价格认证机构取得处理货物时市场价格的鉴定报告。

第80条律师处理倒签或者预借提单纠纷案件，应对下列问题进行审查：

（1）是否已过诉讼时效；

（2）本案是合同之诉还是侵权之诉；

（3）涉案提单是否存在倒签或者预借的事实；

（4）原告是否采取了措施尽量避免或者减少货物损失；

（5）货物的处理价格是否合理；

（6）诉争的货物损失是否和倒签、预借提单之间存在因果关系等。

第81条律师处理海上货物运输合同迟延交付纠纷案件应注意收集以下证据：

（1）提单、托运单、运输合同、运输业务往来函电等文件；

（2）实际交付货物的证据；

（3）收货人就迟延交付造成的经济损失向承运人提交的任何书面通知；

（4）经济损失的证据；市场损失应有应当交付时和实际交付时同类产品的市场价格证明，违约金损失应有转售合同，工厂停工待料损失应有工厂停工前后1—3个月的利润及审计报告；

（5）迟延交付原因的证明等。

第82条律师处理海上货物运输合同迟延交付纠纷案件时，应对下列问题进行审查：

（1）是否已过诉讼时效；

（2）是否有原告与承运人就货物运输时间达成的明确约定；

（3）迟延交付是否因承运人可免责的事由引起；

（4）经济损失是否合理、是否与迟延交付间存在因果关系；

（5）承运人是否可以享受责任限制等。

第83条律师处理海上货物运输费用及与货物运输有关的其他费用纠纷案件，应注意收集以下证据：

（1）和运输有关的合同、托运单、提单、运单、提货单等运输单证；

（2）本案已付运输费用及其他相关费用的发票、支付凭证，计算费用的依据等文件；

（3）货物交付运输的主体、时间，货物到港的时间，换取提货单的时间等货物运输事实；

（4）运价表、运价协议、滞期费率表、费用确认函等有关费用金额的证明；

（5）欠付运输费用以及其他相关费用时间的证明等。

第84条律师处理海上货物运输费用及与货物运输有关的其他费用纠纷案件，应对下列问题进行审查：

（1）是否已过诉讼时效；

（2）本案争议标的是海运费、滞箱费还是代理代垫费用或者其他费用；

（3）案件的主体是否适格；

（4）相关费用的计算标准和方法，以及合理的费用金额；

（5）运费是预付还是到付；

（6）承运人是否对货物行使留置权等。

第85条律师处理航次租船合同纠纷案件应注意收集以下证据：

（1）航次租船合同、租船确认书等合同文件；

（2）提单、大副收据等运输单证；

（3）积载图、装卸事实记录等装卸货文件等。

第86条律师处理航次租船合同纠纷案件，应对下列问题进行审查：

（1）是否已过诉讼时效；

（2）航次租船合同的成立、生效及其主体；

（3）航次租船合同的管辖和法律适用；

（4）合同内容是否违反法律的强制性规定；

（5）滞期费、亏舱费的产生原因和计算等。

第87条律师接受海上货运代理纠纷案件当事人的委托后，应注意收集以下证据：

（1）委托合同、提单、托运单、订舱单、报关单、核销单、装箱单、进口关税缴款单、进口增值税缴款单、场站收据、发票、对账单等证明海上货运代理关系的书面文件；

（2）能够证明合同实际履行或者存在交易习惯的其他文件；

（3）与处理海上货运代理事务有关的指示或者汇报的文件往来，包括函件、电子邮件往来等；

（4）因一方违反海上货运代理安排造成的损失及金额的证明文件。

第88条律师代理海上货运代理纠纷案件，应对以下问题进行审查：

（1）当事人之间的法律关系属于代理法律关系、运输法律关系，还是仓储合同法律关系等，根据不同法律关系应分别适用相关法律规定；

（2）判断货运代理纠纷是否为与沿海、内河货物运输有关的案件；

（3）委托人对货运代理企业处理委托事务的授权范围，以及当事人之间是否就转委托、委托人支付费用与受托人交付单证等事项进行约定；

（4）货运代理企业是否以自己的名义签发提单；

（5）货运代理企业取得报酬的名义及方式，开具的发票及收费的项目；

（6）货运代理企业处理委托事务是否具有过错。

第89条律师代理海上货运代理纠纷案件，应注意最高人民法院《关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定》第13条规定的海事法院专门管辖。

第90条律师代理海上货运代理纠纷，就当事人之间的电子邮件、电子转账等电子数据证据，应当根据实际情况，建议委托人对此类证据进行必要的公证。

第91条如果货运代理企业以自己的名义签发提单、海运单或其他运输单证，或者虽然以承运人代理人名义签发提单、海运单或其他运输单证，但不能证明获得了合法授权，律师可以建议委托人要求货运代理企业承担承运人责任。

第92条如果货运代理企业未取得无船承运业务经营资格，却以自己的名义签发提单、海运单或者其他运输单证的，律师可以建议委托人向受理纠纷的海事法院提出建议，由法院向交通主管部门提出司法建议，对货代企业作出相应的行政处罚。

第93条如果货运代理企业接受未在我国交通主管部门办理提单登记的无船承运业务经营者的委托签发提单，律师可以建议委托人要求货运代理企业和无船承运人对提单项下的损失承担连带责任。

第94条如果货运代理企业未尽谨慎义务，与未在我国交通主管部门办理提单登记的无船承运业务经营者订立海上货物运输合同，造成委托人损失的，律师可以建议委托人要求货运代理企业承担赔偿责任。

第95条如果委托人未就委托事务支付费用，律师可以建议货运代理企业留置相应的单证。但是除非存在明确的约定，否则，律师应告知货运代理企业不得留置提单、海运单或者其他运输单证等。

第二节沿海、内河水路货物运输案件

第96条律师接受沿海、内河水路货物运输纠纷案件当事人的委托后，应注意收集以下证据：

（1）水路货物运输合同以及证明合同成立或者与合同内容有关的委托书（含转委托书）、信件、数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）；

（2）运单或者托运人随附在运单上的单证；

（3）收货人签发的收据；涉及集装箱运输的，应收集集装箱箱单以及交接单证；

（4）如发生货物损坏、灭失，应收集货运记录或者理货报告，买卖合同、商检报告以及证明损失情况的其他证据；

（5）如发生货物迟延交付，应收集有关迟延交付的合同依据和迟延交付事实的证据材料；

（6）涉及运费和滞箱费纠纷的，应提供有关运价表、运价协议、确认运费的函电、传真、已付运费发票、提箱单、交箱单、滞箱费计算和付费有关约定等证据；

（7）船舶适航和适货的有关证据；

（8）承运人准于营运的证明文件（如水路运输许可证、水路运输服务许可证等）；托运人依据法律法规应当交付准予运输的证明文件等。

第97条律师代理沿海、内河水路货物运输纠纷案件，应对以下问题进行审查：

（1）是否已过诉讼时效，应注意最高人民法院《关于如何确定沿海、内河货物运输赔偿请求权时效期间问题的批复》中一年诉讼时效的特别规定；

（2）当事人之间的法律关系，并正确认定托运人、承运人、实际承运人、收货人及各方可能承担的法律责任；

（3）事故发生地、船籍港所在地、合同签订地等是在内河干流水域还是支流水域，并正确认定管辖法院；

（4）船舶是否适航、适货，以及是否存在承运人免责的事项；

（5）当事人之间有无权利义务的特别约定；

（6）货物的种类（包括活动物和托运人自备集装箱、货盘或者类似的装运器具）、运输方式以及交接情况，应注意《国内水路货物运输规则》对不同货物种类和运输方式下货物的交接责任等作出的特别规定；

（7）对于货损货差案件，应查明货损货差发生的责任期间、承运人是否可以免责、托运人有无过错以及货物的自然属性；

（8）对于迟延交付案件，应查明双方有无迟延交付和赔偿损失的约定、迟延交付的原因与损害结果是否存在因果关系以及承运人是否可以免责；

（9）对于涉及航次租船运输、集装箱运输或者单元滚装运输的案件，应注意《国内水路货物运输规则》第六、七、八章的特别规定等。

第98条律师处理沿海、内河水路货物运输纠纷案件时，应充分考虑总吨不满300吨的船舶、从事中华人民共和国港口之间的运输的船舶以及从事沿海作业船舶依据《关于不满300总吨船舶及沿海运输、沿海作业船舶海事赔偿限额的规定》可能享有的海事赔偿限额的特别规定。

第三节海上保险合同案件

第99条律师接受海上保险合同纠纷案件当事人的委托后，应注意收集以下证据：

（1）保险合同及保险单；

（2）权益转让证书和保险赔款支付证明；

（3）与保险事故发生的事实及原因相关的证据材料；

（4）保险标的损失的证据材料等。

第100条律师处理海上保险合同纠纷案件时，应对下列问题进行审查：

（1）涉案事故是否属于约定的海上事故，即是否属于约定的海上或者与海上航行有关的发生于内河或者陆上的事故；

（2）被保险人是否有可保利益；

（3）保险事故是否发生在保险期间；

（4）保险责任及除外责任；

（5）保险责任事项是否为保险事故发生的近因；

（6）是否为足额保险；

（7）被保险人是否违反告知义务、保证义务或者施救义务；

（8）被保险人是否已经从第三人处得到赔偿等。

第101条律师处理海上保险代位求偿纠纷案件时，被保险人已向造成保险事故的第三人提起诉讼的，应当注意保险人是否已向法院申请变更当事人或者请求作为共同原告参加诉讼，并向法院提交已支付保险赔偿的凭证和参加诉讼应当提交的其他文件。

第102条律师处理海上保险合同以及相关纠纷案件时，应当正确适用海商法、保险法以及合同法等其他法律规定，通常应首先适用海商法的规定，海商法没有规定的，适用保险法的有关规定，海商法、保险法均没有规定的，适用合同法等其他相关法律的规定。

第103条对非因海上事故引起的港口设施及码头等作为保险标的的保险合同纠纷，律师应当正确适用保险法等法律的规定，注意保险法和海商法对投保人如实告知义务的区别，同时注意最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（二）》第16条关于保险人行使代位求偿权的诉讼时效起算点的规定。

第四节船舶碰撞案件

第104条律师接受船舶碰撞案件当事人的委托后，应当迅速了解有关碰撞情况，要求对方及时提供担保。如果对方不能及时或者不提供担保，律师可以在征得委托人同意后，向海事法院申请扣押船舶，并请求法院责令对方提供充分可靠的担保。

第105条律师应当收集、整理有关证据，并根据情况在诉讼或者仲裁前向海事法院申请保全船上的证据文件，主要包括：

（1）船舶所有权证书、船舶国籍证书、船级证书、船体及轮机适航证书、船舶安全设备证书、吨位证书、船舶抵押登记证书、船员适任证书、最低配员证书等碰撞船舶的主要证书；

（2）航海日志、轮机日志、车钟记录、航向记录、海图等碰撞船舶的主要文件；

（3）舱单、货物运单或者提单等运输单据及船上往来文件；

（4）船舶交通管理系统对碰撞经过的雷达监测记录；

（5）海事行政主管机关对碰撞船舶船员的询问笔录以及调查报告等。

如有必要，律师可要求委托人组织公司总船长召开案情咨询会议，以了解事故的真实情况和评估事故双方的责任。

第106条律师在提起诉讼前，应当协助委托人依法确定适格的被告，并分析利弊，确定案件的管辖法院。

第107条律师在处理船舶碰撞纠纷案件时应正确处理本案的法律适用，并注意《中华人民共和国海商法》第八章规定的不适用于内河船舶之间发生的碰撞。对于发生在内河的船舶碰撞纠纷案件，律师还应对下列问题进行审查：

（1）当事船舶中是否有海船；

（2）当事船舶的营运许可证明文件，如水路运输许可证、水路运输服务许可证等；

（3）事故发生的地点是在内河的干流水域还是支流水域（可能涉及不同的管辖法院和法律适用）；

（4）当事船舶是否遵守有关内河航道分道通航（含三峡库区）、分边通航、控制河段航行、干支流交汇水域航行的特别规定；

（5）当事人船舶是否遵守有关超长、超重、超大货物以及危险品准运特别规定等。

第108条接受委托后，律师代为提起诉讼或者答辩时，应当要求委托人如实填写“海事事故调查表”，并告知委托人向法院提交“海事事故调查表”后，除非有新的证据，否则不能推翻其在“海事事故调查表”中的陈述。

第109条律师在处理船舶碰撞纠纷案件时，应当充分考虑委托人可能依法享有的海事赔偿责任限制的抗辩权利，并向委托人建议是否设立海事赔偿责任限制基金。

第110条律师应当在海事法院规定的证据交换期限前完成举证，包括委托人填写的“海事事故调查表”和有关船舶碰撞的事实材料。完成举证后，律师可以向海事法院申请查阅有关船舶碰撞的事实证据材料。

第111条对于船舶碰撞案件中的专门性问题，律师可以向海事法院申请委托鉴定人进行鉴定。在征得委托人的同意后，律师也可以自行委托有资质的相关部门进行鉴定。

律师可以向海事法院申请由一至两名具有专门知识的人员出庭，就船舶碰撞案件中的专门性问题进行说明。

第112条对于海事法院委托的鉴定部门作出的鉴定意见，律师应充分重视并认真审查，需要重新鉴定的应及时向法院提出申请。

第113条律师应当委托由国家授权或者其他具有专业资格的机构或者个人进行船舶检验、估价，以确定船舶的碰撞损失。

第五节海上人身伤亡案件

第114条律师接受海上人身伤亡案件当事人的委托后，应对下列事项进行审查：

（1）索赔主体是否适格，在受害人死亡的情况下，索赔主体是否为合法继承人；

（2）被告是否适格；

（3）是否超过诉讼时效等。

第115条律师应当正确理解和适用法律、法规和司法解释，正确确定海上人身伤亡的索赔诉由、赔偿范围、标准和计算方法，充分考虑最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的规定，结合具体情况考虑根据《中华人民共和国港口间海上旅客运输赔偿责任限额规定》可能享有的赔偿责任限额的权利，特别注意最高人民法院《关于审理涉外海上人身伤亡案件损害赔偿的具体规定（试行）》已经被废止。

第116条律师应当考虑合同、侵权以及工伤保险等各种法律关系，并同委托人协商、分析利弊，以确定本案中责任人应当承担合同责任、侵权责任还是工伤保险责任。

第117条律师可以向海事法院申请委托鉴定人对受害人伤残等级和护理依赖程度进行鉴定。在征得委托人同意后，律师也可以自行委托有关部门进行鉴定。

第118条受害方律师可以根据委托人的要求以及民事诉讼法等法律法规规定的有关条件，代其向法院提出先予执行的申请。

第六节船舶油污及海上设备海洋污染案件

第119条律师接受船舶油污及海上设备海洋污染案件当事人的委托后，应当迅速了解情况，船舶或者海上设备当事人的代理律师应要求委托人及时通知保险人或者船东互保协会，建议委托人及时采取有效措施减少海洋环境污染。

第120条律师在接受船舶油污及海上设备海洋污染案件当事人的委托后，应争取在第一时间内提醒委托人做好证据保全工作。船舶或者海上设备当事人的代表律师应当同海事行政主管机关密切联系，了解海事行政主管机关采取的清污活动以及成效，并注意保存相关证据材料。油污受害方律师也应与海事行政主管机关密切配合，及时确定漏油量，提取漏油船舶或者海上设备的油样和泄漏的油样等证据。

确定船舶漏油量的证据材料包括大副收据、提单、商检报告、油类记录簿、航海日志、轮机日志、装卸记录、空距报告以及卫星图片等。

第121条参与清污行动的单位和个人，在清污时应注意收集下列清污证据材料，并作成索赔报告书：

（1）清污的时间、地点、日程记录或者《航海日志》摘录；

（2）投入的人力、机具、船只、清污材料的数量、单价和计算方法；

（3）组织清污的管理费、交通费以及其他费用；

（4）清污效果及情况报告等。

第122条对于船舶造成油污损害的赔偿请求，律师可以代委托人向造成油污损害的船舶所有人提出，也可以直接向承担船舶所有人油污损害责任的保险人或者提供财务保证的其他人提出。

第123条船舶油污损害责任的保险人或者提供财务保证的其他人被起诉的，律师可以根据保险人或者财务保证人的委托，代其向海事法院申请要求造成油污损害的船舶所有人作为无独立请求权的第三人参加诉讼。船舶油污损害责任保险人或者财务保证人可以对受损害人主张船舶所有人的抗辩。

第124条船舶互有过失碰撞引起油类泄漏造成油污损害的，受损害人律师应当告知委托人可以请求泄漏油船舶所有人承担全部赔偿责任。

第125条律师在处理船舶及海上设备海洋污染案件时，应当注意对下列事项进行审查：

（1）法律适用上应注意分析本案适用《1992年国际油污损害民事责任公约》《2001年国际燃油污染损害民事责任公约》，还是适用《中华人民共和国海商法》《中华人民共和国海洋环境保护法》《中华人民共和国侵权责任法》以及相关行政法规的规定；

（2）根据《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国侵权责任法》《中华人民共和国海洋环境保护法》等确定索赔主体是否适格；

（3）根据《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国侵权责任法》最高人民法院《关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》的相关规定，确定被告是否适格；

（4）索赔的油污损害范围是否符合最高人民法院《关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》，索赔金额是否合理，以及有无证据支持等；

（5）索赔人提出的船舶油污损害请求是否属于限制性债权等。

第126条船舶油污事故造成环境损害的，对环境损害的赔偿应限于已实际采取或者将要采取的合理恢复措施的费用。恢复措施的费用包括合理的监测、评估、研究费用。

第127条律师办理船舶油污案件，应当注意程序法、国内法以及国际公约的正确适用，并充分考虑委托人可能依法享有的设立海事赔偿责任限制基金或者设立油污损害赔偿责任限制基金的权利。

对油轮装载持久性油类造成的油污损害，船舶所有人，或者船舶油污责任保险人、财务保证人主张责任限制的，应当设立油污损害赔偿责任限制基金。

第128条对于船舶造成油污损害的赔偿请求，律师应当根据委托人的指示，及时向设立油污损害赔偿责任限制基金或者海事赔偿责任限制基金的海事法院申请债权登记。

第129条在油污损害赔偿责任限制基金分配以前，船舶所有人、船舶油污损害责任保险人或者财务保证人，已先行赔付油污损害的，律师应根据委托人指示，向设立基金的海事法院书面申请从基金中代位受偿。代位受偿应限于赔付的范围，并不超过接受赔付的人依法可获得的赔偿数额。

第130条对于船舶油污或者海上设备海洋污染案件中的专门性问题，律师可以向海事法院申请委托鉴定人进行鉴定。在征得委托人同意后，律师也可以自行委托有资质的部门或者机构进行鉴定。

第七节海事赔偿责任限制基金案件

第131条律师接受当事人关于海事赔偿责任限制基金案件的委托后，应当正确分析委托人是否有权申请设立海事赔偿限制基金，向委托人提供法律意见，并告知相应的法律后果。

对于涉及总吨不满300吨的船舶、从事中华人民共和国港口之间的运输的船舶以及从事沿海作业船舶的海事赔偿限额，律师应当充分注意《关于不满300总吨船舶及沿海运输、沿海作业船舶海事赔偿限额的规定》中的特别规定。

对于涉及中华人民共和国港口之间海上旅客运输的旅客人身伤亡、旅客车辆、行李的海事赔偿限额，律师应当充分注意《中华人民共和国港口间海上旅客运输赔偿责任限额规定》中的特别规定。

第132条委托人同意设立海事赔偿责任限制基金的，律师应当代为起草设立海事赔偿责任限制基金申请书，申请书应当包括下列主要内容：

（1）申请设立海事赔偿责任限制基金的数额，基金数额应当根据特别提款权与人民币之间的换算比率折算成人民币；

（2）申请理由；

（3）已知利害关系人的名称、地址和通讯方式。

申请设立海事赔偿责任限制基金，应当注意最高人民法院《关于审理海事赔偿责任限制相关纠纷案件的若干规定》关于设立基金管辖权的规定。

第133条律师或者委托人可以在起诉前或者诉讼中向海事法院申请设立海事赔偿责任限制基金，但最迟应在一审判决作出前提出，同时提交设立海事赔偿责任限制基金的有关证据。

第134条律师在接受利害关系人的委托后，应对申请人的海事赔偿责任限制基金申请进行审查，主要包括以下事项：

（1）设立基金申请人的主体资格；

（2）事故所涉及的债权性质；

（3）申请设立的基金数额。

经审查如果发现申请设立的海事赔偿责任限制基金不符合法律规定的，律师应当在规定期间内对申请人设立海事赔偿责任限制基金提出异议。

第135条在海事法院准予申请人设立海事赔偿责任限制基金的裁定生效后，申请方律师应当通知委托人在3日内用现金或者海事法院认可的担保在海事法院设立海事赔偿责任限制基金，并提醒委托人注意银行汇款、转账以及担保人出具担保过程所需要的时间，要求委托人提前准备设立海事赔偿责任限制基金的现金或者担保。

第136条委托人要求以担保的形式设立海事赔偿责任限制基金的，律师应当要求委托人提供中华人民共和国境内的银行或者其他金融机构出具担保，并应与海事法院提前联系认可该担保。

第137条设立海事赔偿责任限制基金后，就有关海事纠纷，律师应当提醒委托人向设立海事赔偿责任限制基金的海事法院提起诉讼，但当事人之间订有诉讼管辖协议或者仲裁协议的除外。

第138条律师代理设立油污损害的海事赔偿责任限制基金案件，应当比照适用《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第九章“设立海事赔偿责任限制基金程序”的有关规定。

第八节其他海商海事诉讼特别程序案件

第139条律师接受海事请求人关于海事请求保全的委托后，应当代为起草海事请求保全申请书。海事请求保全申请书应当包括以下内容：

（1）海事请求事项；

（2）申请理由；

（3）保全的标的物以及要求提供担保的数额。

律师或者委托人向海事法院提交海事请求保全申请时应附有关证据。

第140条律师代为提出海事请求保全申请，可以要求委托人提供被申请人的银行账号、有价证券、房地产、机器设备、船舶以及车辆等财产线索，并告知委托人需向法院提供担保以及申请不当的法律后果。

在申请扣船时，律师可以要求委托人提供准确的船东注册信息、船期和船舶所在位置。

第141条如果申请诉前海事请求保全，律师应当告知委托人：

（1）扣押船舶的期限为30日；

（2）扣押船载货物、船用燃油、船用物料以及其他财产的期限为15日；

（3）在申请诉前海事请求保全后，应当在上述期限内提起诉讼或者申请仲裁。

第142条海事被请求人的律师应审查以下事项：

（1）海事请求人的申请是否错误；

（2）海事请求人的请求是否在法律规定的海事请求范围内；

（3）申请人是否提供了可靠充分的担保；

（4）委托人是否愿意提供担保并申请法院解除保全。

在具有第（1）、（2）、（3）项的情况下，律师应代被请求人起草异议书，并及时向海事法院申请复议。

第143条律师应当注意并告知委托人普通财产保全以及不同海事请求保全的保全期限，并在保全期限届满之前提醒委托人。

第144条财产保全期间届满，被请求人不提供担保，而且财产不宜继续保全的，律师可以在提起诉讼或者申请仲裁后，代委托人向保全财产的海事法院提出拍卖申请。

对无法保管、不易保管或者保管费用可能超过保全财产的价值的，律师可以代为申请提前拍卖。

第145条对海事法院作出的准予或者不准予拍卖保全财产的裁定，律师可以在委托人收到裁定书之日起5日内代为申请复议。

第146条海事请求保全错误的，海事被请求人或者利害关系人的律师在征得委托人的同意后，可以向海事请求人索赔委托人因此遭受的损失，并向采取海事请求保全措施的海事法院提起诉讼。

第147条律师接受海事请求人关于申请海事强制令的委托后，应当对以下内容进行审查：

（1）委托人是否有具体的海事请求；

（2）是否需要纠正被请求人违反法律或者合同的行为；

（3）是否情况紧急、不立即作出海事强制令将造成损害或者使损害扩大。

第148条律师可以代为起草海事强制令申请书并提交海事法院。海事强制令申请书应当包括下列主要内容：

（1）海事请求事项；

（2）申请强制令的理由。

律师或者委托人向海事法院提交海事强制令申请书时应附有关证据。

第149条律师代为提出海事强制令申请，应当告知委托人可能需要提供担保，并告知申请错误的法律后果。

第150条对海事法院作出的准予或者裁定驳回海事强制令申请的裁定，律师可以在委托人收到裁定书之日起5日内代为申请复议。

第151条律师接受利害关系人的委托后，应根据实际案情建议委托人是否对海事强制令提出异议，并告知相应的法律后果。

第152条海事请求人申请海事强制令错误的，被请求人或者利害关系人的律师征得委托人同意后，可以向海事请求人索赔委托人因此遭受的损失，并向发布海事强制令的海事法院提起诉讼。

第153条律师接受海事请求人关于申请海事证据保全的委托后，应当审查以下内容：

（1）委托人是否为海事请求的当事人；

（2）请求保全的证据是否对该海事请求具有证明作用；

（3）被请求人是否为与请求保全的证据有关的人；

（4）是否情况紧急、不立即采取证据保全就会使该海事请求的证据灭失或者难以取得。

第154条接受委托后，律师可以代为起草海事证据保全申请书并提交海事法院。海事证据保全申请书应当包括下列主要内容：

（1）请求保全的证据；

（2）该证据与海事请求的联系；

（3）申请保全的理由。

第155条律师代为提出海事证据保全申请书，应当告知委托人可能需要提供担保，并告知申请错误的法律后果。

第156条对海事法院作出的准予或者驳回海事证据保全申请的裁定，律师可以在委托人收到裁定书之日起5日内代为申请复议。

第157条律师接受利害关系人的委托后，应根据实际情况建议其是否对海事证据保全申请提出异议，并告知相应法律后果。

第158条海事请求人申请海事证据保全错误的，被请求人或者利害关系人的律师征得委托人同意后，可以向海事请求人索赔委托人因此遭受的损失，并向采取海事证据保全的海事法院提起诉讼。

第159条律师接受提单等提货凭证持有人关于公示催告的委托后，应当向委托人了解其所取得提货凭证以及提货凭证被盗、遗失或者灭失等情况，并代为起草公示催告申请书。公示催告申请书应当包括下列主要内容：

（1）申请人的基本情况；

（2）提货凭证的种类、编号、货物品名、数量、承运人、托运人、收货人、承运船舶名称、航次以及背书情况等；

（3）申请公示催告的事实和理由。

第160条公示催告期间，对于国家重点建设项目待安装、施工、生产的货物，救灾物资，或者货物自身属性不宜长期保管以及季节性货物，律师可以在申请人提供充分可靠担保的情况下，向海事法院申请提取货物。

第161条在公示催告期间，律师接受利害关系人委托后，应当在公示催告期间代委托人向海事法院申报权利。

第162条公示催告期间没有利害关系人向法院申报权利的，律师应当代委托人在公示催告期满后的次日起1个月内向法院申请判决宣告提货凭证无效。

公示催告期间有利害关系人向法院申请权利或者法院裁定驳回公示催告申请的，律师在获得委托人的同意后，可以就有关纠纷向海事法院提起诉讼。

第163条海事请求人请求担保的数额过高并造成被请求人损失的，被请求人的律师征得委托人同意后，可以向海事请求人索赔被请求人因此遭受的损失，并向作出裁决的海事法院提起诉讼。

第164条律师接受债权人的委托参加债权登记与受偿程序，应当代为起草债权登记申请书，向海事法院申请债权登记。

第165条债权登记申请书由委托人签名或者盖章后，由律师或者委托人在法定期限内向有管辖权的海事法院提出申请，并应提交有关债权证据。

第166条委托人提供判决书、裁定书、仲裁裁决书以及公证债权文书之外的其他海事请求证据的，律师应当在办理债权登记后的7日内，在受理债权登记的海事法院提起确权诉讼。债权人和债务人之间有仲裁协议的，应当及时申请仲裁。如果在提出债权登记申请之前已经起诉的，应当提交起诉书、法院受理通知书及有关证据等材料。

第167条律师接受船舶受让人关于申请船舶优先权催告的委托后，应当代为起草船舶优先权催告申请书，并向转让船舶交付地或者受让人住所地海事法院提出。申请书主要包括以下主要内容：

（1）船舶名称；

（2）申请船舶优先权催告的事实和理由。

律师或者委托人向海事法院提交船舶优先权催告申请书时，还应同时提交船舶转让合同、船舶技术资料等文件。

第168条在海事法院作出不准予船舶优先权催告申请的裁定后，律师应及时根据案情建议委托人是否向海事法院申请复议。

第五章

律师代理海商海事仲裁案件

第169条律师接受海商海事仲裁案件当事人的委托后，应对下列问题进行审查：

（1）是否存在有效的仲裁条款或者协议；

（2）争议事项是否具有可仲裁性或者是否属于仲裁庭的受理范围；

（3）约定的是机构仲裁还是临时仲裁，以及有无仲裁规则。

第170条申请人的律师应当代为起草仲裁申请书，申请书应写明：

（1）申请人和被申请人的名称和住所（邮政编码、电话、电传、传真和电报号码也应写明）；

（2）申请人所依据的仲裁协议或者当事人在合同中订立的仲裁条款；

（3）申请人的请求及所依据的事实和证据。

第171条律师提交仲裁申请书时，应附具仲裁请求所依据的事实的证明文件，并告知委托人需按照仲裁委员会或者仲裁庭的仲裁费用表的规定预交仲裁费。

第172条律师应通知委托人在收到仲裁通知后规定的时间内在仲裁员名册中选定一名仲裁员，或者委托仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员由双方当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。

在简易程序中，仲裁双方应在被申请人收到仲裁通知后规定的时间内共同指定或者共同委托仲裁委员会主任指定一名独任仲裁员。

第173条被申请人的律师在接收委托后，应对仲裁协议或者条款进行审查。如果存在管辖权异议，应建议委托人提起管辖权异议。

对仲裁案件管辖权的异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。对书面审理案件提出管辖权异议的，应当在第一次实体答辩前提出。

第174条被申请人不提出管辖权异议的，被申请人的律师应当在仲裁规则规定的时间内向仲裁庭提交答辩书和有关证明文件。

第175条被申请人如有反请求的，被申请人的律师应当代为起草反请求申请书。反请求申请书中应写明具体的反请求事项、反请求理由以及所依据的事实和证据。

反请求申请书应在仲裁规则或仲裁庭规定的时间内提交仲裁庭，并附具有关证据材料，同时告知委托人按照仲裁规则中仲裁费用表的规定预交仲裁费。

第176条仲裁过程中，委托人需要申请海事请求保全的，律师应当向仲裁庭提交申请，并由仲裁委员会将申请提交被申请人住所地或者财产所在地的海事法院作出裁定。仲裁前申请海事请求保全的，律师应当向被保全的财产所在地的海事法院提出。

第177条仲裁过程中，委托人需要申请海事证据保全的，律师应当向仲裁庭提交申请，并由仲裁委员会将申请提交证据所在地的海事法院作出裁定。仲裁前申请海事证据保全的，应向被保全的证据所在地的海事法院提出。

第178条律师应当参加开庭，但双方当事人申请或者征求双方当事人同意，仲裁庭也认为不必开庭审理的，仲裁庭只依据书面文件进行审理并作出裁决的案件除外。仲裁庭开庭审理时，律师应当对委托人的申请、答辩和反请求所依据的事实作进一步的陈述，回答仲裁庭的提问，并可对有关法律问题进行辩论。

第179条开庭审理后，律师应告知委托人在仲裁庭规定的期限内补交证据文件。

第180条律师可以根据委托与对方当事人在仲裁庭或者仲裁庭之外进行和解。仲裁庭外达成和解协议的，律师应告知委托人可以请求仲裁庭根据其和解协议的内容作出裁决书结案，也可以申请撤销案件，并告知相应的法律后果。

第六章

律师代理海商海事执行案件

第181条律师可以代理当事人就已经生效的民事判决书、民事裁定书、民事调解书、支付令、仲裁裁决书和调解书以及民事诉讼法规定的其他涉及海商海事方面的生效法律文书等，向法院申请强制执行。

律师可以接受委托，担任上述海商海事执行案件中的被执行人、提出执行异议的案外人以及被强制执行财产的第三人的代理人。

第182条接受委托的律师应当对委托人的委托事项进行审查，具体审查内容如下：

律师应当审查申请执行的案件是否符合下列条件：

（1）申请执行的法律文书已经生效；

（2）申请执行人的申请未超过法定期限；

（3）申请执行人为生效法律文书的权利人或者其继承人或者权利承受人；

（4）被执行人在生效法律文书确定的期限内未履行义务；

（5）执行事项具有可执行性。

律师应当审查被执行人是否符合下列条件：

（1）生效法律文书确定被执行人有履行义务；

（2）被执行人在规定的期限内未履行义务。

律师应当审查提出执行异议的案外人是否符合下列条件：

（1）为案件当事人以外的与执行标的有利害关系的人；

（2）对执行标的有主张的权利。

律师应当审查被执行财产的第三人是否符合下列条件：

（1）第三人对被执行人负有到期债务；

（2）被执行人不能清偿到期债务；

（3）该第三人在规定期限内未提出异议。

第183条律师接受执行申请人的委托后，应当代为起草申请执行书，并由律师或者委托人在法定期限内向有管辖权的海事法院或者人民法院提出，同时提交以下材料：

（1）据以执行的生效法律文书；

（2）委托人的授权委托书和所在律师事务所的函；

（3）申请执行人的身份证明等。

第184条出现可变更或者追加被执行主体的情况时，律师在征得委托人同意后，应当向法院提出变更或者追加被执行主体的申请。

第185条被执行人为企业法人、其财产不足以清偿全部债务的，律师应征询委托人是否向法院提出破产申请。

第186条在执行过程中，律师可以根据委托人的特别授权，与被执行人达成和解协议，变更生效法律文书所确定的履行义务主体、标的物及其数额、履行方式以及履行期限等。

第187条律师应当对法院裁定中止执行的事实与理由进行审查，确定是否就中止执行向法院提出异议。中止执行的事由消灭后，律师应当协助委托人做好执行程序的恢复工作。

第188条律师可根据案件的性质及被执行人的执行能力等情况，提请委托人注意是否向法院申请延期执行。

第189条可执行回转的案件，律师应当向法院提出执行回转申请，协助委托人提出有利于回转执行的措施。

第190条律师应当审查法院终结执行是否符合法律规定。对于不符合条件的终结执行，律师应当向法院及时提出异议。

第191条在执行案件中，出现下列情况时，律师的义务终止：

（1）生效法律文书确定的内容全部履行完毕；

（2）法院裁定终结执行；

（3）法院裁定仲裁裁决不予以执行；

（4）当事人之间达成和解协议并已履行完毕。

第192条律师办理涉外海商海事承认与执行案件，应当依法确定案件的管辖法院，并注意程序法、国内法以及国际公约的正确适用。

第193条律师办理涉外海商海事承认与执行案件，应注意海事诉讼特别程序法、最高人民法院《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》以及其他相关司法解释关于送达方式的特别规定。

第194条律师接受委托，办理台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区有关法院海商海事判决、裁定以及台湾地区仲裁机构裁决的执行案件，除了遵守民事诉讼法的有关规定外，应当根据最高人民法院《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》、最高人民法院《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的补充规定》《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》以及其他法律法规首先向法院申请认可。

被认可的台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区有关海商海事判决、裁定以及台湾地区仲裁机构裁决需要执行的，应当依据民事诉讼法以及其他法律法规的规定办理。

第195条律师接受委托，办理香港特别行政区、澳门特别行政区有关海商海事仲裁裁决的执行案件，除了遵守民事诉讼法的有关规定外，还应当注意最高人民法院《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》以及其他法律法规的有关规定。

第七章

附则

第196条本指引适用于全国律师办理海商海事案件代理业务，由中华全国律师协会海商海事专业委员会负责解释。

第197条本指引仅作为律师办理海商海事案件指导之用，律师在处理具体案件时应以法律法规的规定为准，并充分注意最高人民法院公布的司法解释、批复、纪要等以及受案法院及其上级法院的具体司法实践。

（本操作指引由中华全国律师协会海商海事专业委员会负责起草。执笔人:安寿志、陈永灿；审稿人：王敬）

## 律师办理商业秘密法律业务操作指引（修订版）

目录

第一章总则 / 689

第一节前述 / 689

第二节商业秘密 / 691

第三节商业秘密与公司秘密和国家秘密的关系 / 696

第四节商业秘密与其他知识产权的关系 / 699

第二章商业秘密管理 / 700

第一节目标、模式和评价 / 700

第二节采取保密措施 / 702

第三节建立规章制度 / 703

第四节人员管理 / 705

第五节合同管理 / 707

第六节公关管理 / 707

第三章商业秘密的权利归属 / 708

第一节商业秘密的属性 / 708

第二节技术秘密的权利归属 / 711

第三节经营秘密的权利归属 / 713

第四节商业秘密权属纠纷 / 714

第四章与商业秘密有关的各类合同 / 715

第一节合同的起草与修改 / 715

第二节企事业单位与员工之间的保密协议 / 717

第三节竞业限制协议 / 718

第四节企事业单位与其他企业、组织之间的保密协议 / 722

第五节技术秘密合同 / 724

第五章商业秘密纠纷的前期处理 / 726

第一节事实调查与分析 / 726

第二节律师声明与律师函 / 729

第三节谈判 / 732

第六章民事救济的共同问题 / 734

第一节基本要求 / 734

第二节管辖确定 / 736

第三节证据保全与财产保全 / 738

第四节鉴定与评估 / 739

第五节开庭准备 / 741

第六节庭审 / 742

第七章商业秘密合同纠纷法律业务 / 743

第一节合同诉讼要点 / 743

第二节作为原告的代理人 / 745

第三节作为被告的代理人 / 749

第八章商业秘密侵权诉讼法律业务 / 754

第一节侵权诉讼的要点 / 754

第二节作为原告的代理人 / 758

第三节作为被告的代理人 / 762

第四节商业秘密不侵权诉讼 / 764

第九章商业秘密行政法律业务 / 766

第一节行政救济要点 / 766

第二节作为权利人的代理人 / 767

第三节作为被申请人的代理人 / 771

第十章商业秘密刑事法律业务 / 772

第一节刑事救济的综述 / 772

第二节作为被害人的代理人 / 775

第三节作为刑事自诉人的代理人 / 779

第四节作为犯罪嫌疑人、被告人的辩护人 / 780

第十一章附则 / 783

第一章

总则

第一节前述

第1条【制定目的】

为提高律师从事商业秘密法律服务的业务质量和业务水平，明确具体操作规范，中华全国律师协会知识产权委员会竞争小组与北京市律师协会竞争与反垄断法律事务专业委员会成员在遵循法律理论和总结实务经验的基础上，制定本操作指引。

第2条【适用范围】

本操作指引旨在指导执业律师、实习律师和其他人员为公民、法人或者其他组织等提供商业秘密管理、商业秘密合同起草、商业秘密诉讼等法律服务的实务操作。

本操作指引仅作为参考使用。具体参考时，应查询相关的最新法律、法规和司法解释，并充分分析思考客户和个案的差异性需求。

第3条【业务特点】

3.1 专业性强

商业秘密是知识产权保护的重要内容之一，且是较为复杂的内容之一。鉴于知识产权的特征，其法律业务具有很强的专业性。尤其是商业秘密权利与其他知识产权权利相比，不具有绝对排他性，不具有授权公开性，因此，在认定和判断商业秘密时具有与其他知识产权相比更为突出的特性：

（1）要注意防范商业秘密信息在诉讼中的二次披露问题，在诉讼程序中既要能够证明主张或抗辩充分，又要主动采取措施防止商业秘密被披露和保护范围的扩大化。

（2）要掌握对商业秘密的保护从研发或者受让起始即已经开始，而非仅对研发结果或受让技术的保护，亦非一般知识产权保护意识中的遭受侵权时的维权。

（3）要掌握商业秘密权益与国家法律规定的公民权利、人身权利的有效结合点和分界点。

（4）要准确把握国家设立商业秘密法律保护制度的基础和目的，在公众利益与私权关系的框架下，寻找商业秘密保护的平衡点。

（5）要密切关注商业秘密民事保护与刑事保护的衔接问题以及国家政策、司法保护的最新动态和案例。

3.2 知识面广

目前我国在商业秘密的研究和法律保护方面并不十分完善，各地方的经济发展和保护能力也不均衡，律师需要掌握：

（1）知识产权保护制度、知识产权司法体系以及知识产权权利的法律性质和特征。

（2）在研究基础上，实践企事业单位管理、市场运营模式、人力资源管理等与商业秘密保护密切相关的知识。

（3）结合运用侵权法、合同法、劳动法、保守国家秘密法等相关法律及其具体条文。

（4）在专业人员的帮助下，圈定商业秘密“秘密点”，需要了解基本技术知识和企业管理常识，争取对涉案商业秘密信息的市场状况和竞争优势有基本的了解。

3.3 规范复杂

涉及商业秘密的法律、法规、司法解释、地方性法规和部门规章、行业管理规定繁多、交叉规范复杂，律师应当通晓和理解各类规定的立法意图和实际操作中应当参照适用的各类情况。

3.4 部门众多

国家知识产权局、国家工商行政管理总局、国家科学技术部、人力资源和社会保障部、国家保密局、国家经济贸易委员会以及各行业主管部门、行业协会都对商业秘密进行了规范，律师要对国家商业秘密保护体系、救济途径统筹掌控，并培养交叉管理和保护的能力。

第4条【法律、法规、司法解释、部门规章依据】（地方性法规略）

《中华人民共和国民法通则》

《中华人民共和国反不正当竞争法》

《中华人民共和国科学技术进步法》

《中华人民共和国促进科技成果转化法》

《中华人民共和国合同法》

《中华人民共和国劳动法》

《中华人民共和国劳动合同法》

《中华人民共和国反垄断法》

《中华人民共和国公司法》

《中华人民共和国刑法》

世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》

最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》

最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》

最高人民法院《关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》

最高人民法院《关于当前形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》

国家科学技术委员会、国家保密局《科学技术保密规定》

劳动部《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》

劳动部《关于企事业单位职工流动若干问题的通知》

国家工商行政管理总局《关于商业秘密构成要件问题的答复》

国家工商行政管理总局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》

劳动和社会保障部办公厅《关于劳动争议案中涉及商业秘密侵权问题的函》

国家经济贸易委员会《关于加强国有企事业单位商业秘密保护工作的通知》

国家科学技术委员会《关于科技人员业余兼职若干问题的意见》

第二节商业秘密

第5条【商业秘密的定义和构成要件】

5.1 商业秘密是不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。《中华人民共和国反不正当竞争法》第10条。

5.2 构成要件：非公知性、价值性、实用性和保密性。

5.3 商业秘密保护的落脚点是权利人和合法持有人的市场竞争优势。

第6条【非公知性】

6.1 非公知性，即不为公众所知悉，又称为“秘密性”。作为商业秘密的技术信息和经营信息是不能轻易从公开渠道直接获取的，需要依靠商业秘密的“创造者”利用公知的知识、经验或技巧经过创造或探索，和/或人力、财力、物力的投入方能获得。

6.2 作为商业秘密的技术信息和经营信息，是在某地区、某阶段不可直接知悉的。因此，商业秘密的“秘密性”是“相对的”而不是“绝对的”：

（1）商业秘密的“秘密性”不同于专利技术对“新颖性”的绝对要求，对专利技术的要求是对比“现有技术”，而对商业秘密的要求是对比“暂未为他人知悉”。

（2）商业秘密的秘密性，又不同于著作权对独创性的要求，著作权保护的是构思的表达形式，对构思本身不加以保护，而对商业秘密的要求是因一种构思并使其依附于某种有形的载体，形成一种技术方案、程序、工艺、产品、客户名单等，并可能使这一载体具有价值。

6.3 商业秘密的技术信息和经营信息并非是通常从事有关该信息工作领域的人们所普遍了解或者容易获得的。

6.4 不构成不为公众所知悉的情形：

（1）该信息为其所属技术或者经济领域的人的一般常识或者行业惯例。

（2）该信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容，进入市场后相关公众通过观察产品即可直接获得。

（3）该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露。

（4）该信息已通过公开的报告会、展览等方式公开。

（5）该信息从其他公开渠道可以获得。

（6）该信息无需付出一定的代价而容易获得。

第7条【价值性】

7.1 价值性，即能为权利人带来经济利益。商业秘密必须具有商业价值或者经济价值，能给商业秘密权利人带来市场竞争优势，是商业秘密权利人追求商业秘密保护的目的和需求法律保护的目的。

7.2 价值性的体现：

（1）商业秘密的价值性可能是现实的，也可能是潜在的，比如客户名单。

（2）商业秘密的价值性可能是正价值，也可能是负价值，比如失败实验的记录。

7.3 对于价值性而言，应从客观上加以认定，不能以商业秘密权利人主观上的“认为”来确定。

7.4 价值性并非仅指商业秘密信息评估价值的高低，价值低或者尚未实现经济利益的，依然能够构成商业秘密。

第8条【实用性】

商业秘密信息应当具有确定的可应用性：

（1）具有相对的识别性，是区别于一般知识、经验、技能的重要特征，并可用于实践中，具有实用性。

（2）具有相对的完整性，可以通过自行利用或者许可/转让的方式允许他人使用、实施，通过实用性的运用和经营产生和实现价值。

第9条【保密性】

9.1 保密性，即权利人采取保密措施，是指商业秘密权利人或合法持有人采取的与商业秘密信息相适应的合理的保密措施。

9.1.1 商业秘密主要依赖于权利人采取保密措施，以弥补法律强制性保护的不足。律师应当帮助权利人建立完备的管理制度、合同制度、人员流动制度、预警和防范机制。

9.1.2 应当根据所涉信息载体的特性、权利人保密的意愿、保密措施的可识别程度、他人通过正当方式获得的难易程度等因素

最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第11条。，确定保密措施的方式、方法。

9.2 采取保密措施不要求是绝对的、无缺陷的措施，只要是合理的、适当的即可。

参见本指引第二章。

第10条【技术信息和经营信息】

10.1 凡是符合法律定义和法定构成要件的信息，均可能成为商业秘密。这些信息分为两大类：技术信息和经营信息。

10.2 商业秘密信息的构成取决于每一部分信息的准确性、特征性、集合性所形成的整合。因此，商业秘密信息可以是独创的新信息，也可以是公知信息的重新组合、排列。

10.3 技术信息。主要包括：技术设计、程序、质量控制、应用试验、工艺流程、设计图纸（含草图）、工业配方、制作工艺、制作方法、试验方式和试验记录等。

10.3.1 作为技术信息的商业秘密，也被称做技术秘密。专有技术、非专利技术等名词概念与技术秘密略有不同，律师要在个案中加以区别和注意。

（1）专有技术：狭义范围是指技术秘密，广义范围包括不符合法定要件，仅为相对范围内知悉的独有或特有的技术。

（2）非专利技术：获得专利授权技术以外全部技术的统称。

10.3.2 技术信息可以是一项完整的技术方案，也可以是一项完整技术方案中的一个或若干个相对独立的技术要点。

10.4 经营信息。主要包括：管理方案、管理诀窍、客户名单、货源情报、产销策略、投融资计划、标书、标底等方面的信息。

10.4.1 经营信息在表现特征上同技术信息一样，可以是一个完整的经营方案，也可以是经营方案中若干相对独立的经营要素和/或其合成要素。

10.4.2 所有可能给权利人带来经济利益或竞争优势的非技术类信息，都可能成为经营信息。

10.5 要注意区分商业秘密、公司秘密、国家秘密三类不同的秘密。

参见本章第三节。

第11条【商业秘密权利人和合法持有人】

11.1 权利人是指依据法律的规定或者合同的约定的设计人、研发人，包括公民、法人或者其他组织等。

11.2 合法持有人是指依据合同约定，合法受让、被许可使用的公民、法人或者其他组织等。

第12条【商业秘密的取得】

商业秘密的取得方式：

（1）企事业单位或个人自主研制、开发取得。

（2）经过商业秘密权利人许可、转让而合法取得。

（3）通过“反向工程”取得：“反向工程”是指通过技术手段对从公开渠道取得的产品进行拆卸、测绘、分析等手段而获得该产品的有关技术信息。最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第12条。

（4）通过分析、研究公开资料、信息、技术组合取得。

（5）因商业秘密权利人自己的疏忽，造成商业秘密泄露使他人获得。

（6）其他合法渠道取得。

第13条【商业秘密的其他特征】

13.1 无限期保护。商业秘密只要不被公开，即可以享有无限期的法律保护。

13.2 不需要特别授权或者注册。商业秘密自合法取得之日起享有权利，并不需要国家授权或者注册产生。

13.3 无需向有关部门支付费用。商业秘密依赖权利人的自身保护，无需向有关部门支付任何费用。

13.4 独占性弱。

（1）商业秘密不具有绝对的排他性，不能对抗第三人自主研发与商业秘密相同或者近似的技术信息和经营信息，也不能对抗第三人从合法渠道知悉或者对合法知悉的商业秘密加以实施的行为。

（2）商业秘密一旦被披露，就进入公知领域，任何人均可以使用、利用。

第14条【商业秘密的载体】

商业秘密的载体包括以下几类：

（1）以文字、图形、符号记录的纸介质载体，如文件、资料、文稿、档案、电报、信函、数据统计、图表、地图、照片、书刊、图文资料等。

（2）以磁性物质记录的载体，如计算机磁盘（软盘、硬盘）、磁带、录音带、录像带等。

（3）以电、光信号记录、传输的载体，如电波、光纤等。

（4）设备、仪器、产品等物理性载体。

第15条【不属于商业秘密的技术信息与经营信息】

以下情形，不属于商业秘密信息：

（1）该信息是个人独有的、不可复制的个体经验、个体技能等。

（2）不具有明显主观恶意的记忆信息。首先是没有证据证明以记忆方式故意“盗取”秘密信息；其次是涉及的信息是任何人在任何情形下能够轻易回忆起来的。一般情况下，因为判断比较困难，所以记忆抗辩不适用于经营信息。

第16条【不受法律保护的“商业秘密”】

不受法律保护的“商业秘密”，通常被分为以下几类:

（1）损害国家利益或者危及国家安全的信息。

（2）损害社会公共利益、公众健康的信息。

（3）违背公序良俗、伦理道德的信息。

（4）涉赌、毒、黄或者国家禁止流通的器具、配方、销售渠道等信息。

第17条【商业秘密的公开】

商业秘密信息因权利人疏忽或者主动被披露或者由他人公开。商业秘密信息的公开有以下几种情形：

（1）该信息因为申请专利而公开。

（2）在出版物或者其他媒体上公开披露。

（3）已通过公开的报告会、展览，以及论文发表等方式公开。

（4）保密义务相对人违反保密约定公开。

（5）无保密义务的他人公开等。

第三节商业秘密与公司秘密和国家秘密的关系

第18条【公司秘密】

18.1 公司秘密《中华人民共和国公司法》第149条。所涵盖的范围大于商业秘密，还包括人事秘密、薪酬秘密、财务秘密、品牌推广策划等。商业秘密属于公司秘密的一部分。

18.2 商业秘密与公司秘密都是公司、其他组织中具有保密价值的信息，二者间是相互联系、可相互转换、包含与被包含的关系。

第19条【商业秘密与公司秘密的区别】

19.1 法律属性不同

19.1.1 商业秘密受《中华人民共和国反不正当竞争法》的保护，任何第三方均不得侵犯。

19.1.2 公司秘密由公司制度形成。其范围则较为广泛，不仅包含商业秘密，还包括人事秘密、财务秘密等需要公司各个部门人员保守的秘密，甚至包括人员薪酬。

19.2 保护范围和表现形式不同

19.2.1 商业秘密的构成要件及载体。

参见本章第二节。

19.2.2 公司秘密的范围由公司制度确定，以公司章程、劳动合同、员工手册、会议决议等形式表现。

19.3 保密期限不同

19.3.1 商业秘密的保密期限如非因披露导致丧失秘密性，可以长久存在。

19.3.2 公司秘密的保密期限以公司设定的密级和期限确定。

19.4 法律责任不同

19.4.1 商业秘密的权利人依法可以提起侵权诉讼、违约诉讼或者请求工商部门予以查处。情节严重的，依照《中华人民共和国刑法》追究责任人的刑事责任。《中华人民共和国刑法》第219条。

19.4.2 公司秘密被泄露，可以根据《中华人民共和国公司法》的规定追究董事、高级管理人员的民事责任，其他人员则根据公司内部管理规定承担公司规定的责任。企事业单位对仅接触工作秘密，不负有保守商业秘密义务的员工，不能进行竞业限制。

“竞业限制”参见本指引第四章第三节。

第20条【国家秘密】

20.1 国家秘密是指关系国家的安全和利益，依照法定程序确定，在一定时间内只限一定范围的人员知情的事项。

20.2 商业秘密与经济、科技领域中的国家秘密，都是具有保密价值的信息，二者可以相互包含、相互转化。

第21条【商业秘密与国家秘密的区别】

21.1 法律属性不同

21.1.1 商业秘密受到《中华人民共和国反不正当竞争法》的保护，由企事业单位、个人自行决定是否以商业秘密的方式予以保护。

21.1.2 国家秘密受到《中华人民共和国保守国家秘密法》的保护，由国家相关部门审核确认是否构成国家秘密、保护期限、保护密级以及涉密人员及其义务。

21.2 保护范围和表现形式不同

21.2.1 商业秘密由权利人自行主张和确定，只要符合法律构成要件，即可以得到法律保护。

参见本章第二节。

21.2.2 国家秘密的范围由法律、法规规定，包括以下几类：

（1）国家事务的重大决策事项。

（2）国防建设和武装力量活动中的秘密事项。

（3）外交或外交活动中的秘密事项以及对外承担保密义务的秘密事项。

（4）国民经济和社会发展中的秘密事项。

（5）科学技术中的秘密事项。

（6）维护国家安全活动和追查刑事犯罪中的秘密事项。

（7）经国家保密工作部门确定的其他秘密事项。

21.3 权利主体不同

21.3.1 商业秘密的权利主体可以是个人、法人或者其他组织。

21.3.2 国家秘密的权利主体是国家、相关主管部门或者经过授权的机构、组织。

21.4 处置权不同

21.4.1 商业秘密权利人可以自行决定是否许可或者转让他人，亦可以自由决定是无偿还是有偿许可或者转让。

21.4.2 国家秘密未经法律授权的机关审查批准，任何人不得擅自对外提供或转让。

21.5 被披露后危害的对象不同

21.5.1 商业秘密是仅仅涉及权利人经济利益和竞争优势的信息，其内容也局限于与科研、生产、经营有关的技术信息和经营信息。商业秘密一旦泄露，损害的是商业秘密权利人的利益。

21.5.2 国家秘密关系国家安全和利益，其内容涉及国家的政治、军事、外交和外事、国民经济和社会发展、科学技术、国家安全和刑事司法等领域。国家秘密一旦泄露，会使国家的安全和利益受到损害。“绝密”是最重要的国家秘密，泄露会使国家的安全和利益遭受特别严重的损害；“机密”是重要的国家秘密，泄露会使国家的安全和利益遭受严重损害；“秘密”是一般的国家秘密，泄露会使国家的安全和利益遭受损害。

21.6 法律责任不同

21.6.1 侵犯商业秘密的法律责任。

参见本指引第19.4款。

21.6.2 国家秘密一旦被泄露，损害的是国家的安全和利益，侵害的是国家的保密制度，对泄密行为人给予行政处分或者追究其刑事责任。

第22条【特别注意】

22.1 企事业单位可以利用国家强制力对国家科学技术秘密的保护而得到对技术秘密更为有力的保护。律师要关注国家及各省市对国家科学技术秘密中的技术秘密的评价标准、密级分类标准和对涉密人员的要求。

22.2 企事业单位承担国家重大科技计划项目或者本单位重要科研任务，按照有关规定可以直接确定为国家科学技术秘密。

第四节商业秘密与其他知识产权的关系

第23条【商业秘密的知识产权属性】

23.1 商业秘密具有一般知识产权的特征。商业秘密具有无形性，是一种没有形体的精神财富，是一种智慧所创造的产品。商业秘密的非物质性或无形性是知识产权的本质属性所在，也是该项权利与财产所有权的最根本的区别。

23.2 商业秘密具有财产性质。商业秘密可以成为交易的标的，商业秘密具有稀缺性，符合经济学上对财产的定义。

第24条【商业秘密与专利的关系】

24.1 商业秘密与专利技术的不同

24.1.1 保护客体不同。可以申请专利的技术范围是法定的，是以法律能够保护的对象为准；商业秘密既包括技术信息也包括经营信息。

24.1.2 完整性要求不同。专利技术的法定要求是完整的技术方案；商业秘密只限于可以使用或者利用，并不要求是一项绝对完整的技术方案。

24.1.3 秘密性要求不同。专利技术法定要求是绝对未被公众所知悉；商业秘密只要求不容易为相关人知悉。

24.1.4 独占程度不同。专利权具有对世权，义务人是不特定的，具有绝对的独占性；商业秘密具有相对的独占性，不能排斥他人合法取得，并加以实施或利用。

24.1.5 产生和取得权利的方式不同。专利权是以技术公开为代价，并要经过法定程序进行审查批准获得；商业秘密是自主产生或者合法受让获得。

24.1.6 保护期限不同。专利技术具有法定的保护期限，一旦该专利权丧失（如未交专利年费）或超过保护期限就进入公知领域，任何人均可以使用该项技术；商业秘密只要不被公开，即可享有无限期保护。

24.1.7 权利稳定性不同。专利权不因非法定因素而丧失，而商业秘密则无论因何种因素公开即丧失权利。

24.1.8 保护地域不同。专利技术具有很强的地域性，在没有被授予专利权的国家或地区的单位和个人，都可以任意使用该项技术；商业秘密则可以依据多边或者双边条约得到域外保护。

24.2 商业秘密与专利技术可以并存

一项技术在申请专利前或申请专利未公开之前应当作为商业秘密加以保护。一项技术或者若干项相关联的技术可以将部分内容申请专利，部分内容作为商业秘密加以保护。实践中对技术信息同时采用商业秘密和专利两种方式保护是最有效的。

24.3 商业秘密保护与专利保护的选择

（1）对简单的、易被他人自行研究成功或者较容易被他人通过反向工程解析的技术信息，商业秘密权利人应考虑采用申请专利的方式加以保护。

（2）企事业单位保密能力强的，可以采用商业秘密的方式保护。

（3）技术信息先进性程度高的，可以先采用商业秘密保护；技术信息可能丧失先进性或者可能被他人申请专利的，应当采用专利保护。

第25条【商业秘密与计算机软件的关系】

25.1 具有独创性的计算机软件受《中华人民共和国著作权法》的保护，其程序和文档中符合商业秘密构成要件的部分也可以同时采用商业秘密方式保护。

25.2 计算机软件的程序和文档适用著作权保护的是表达形式，其中有些具有通用性，是否构成新的作品，要考察其是否具备独创性。商业秘密保护的是信息的内容，也要符合相对独创、新颖性的标准，对于公知的部分，也不能构成商业秘密保护。

第26条【商业秘密与著作权的关系】

26.1 对商业秘密信息的表达，可能构成著作权意义上的作品，可以受到《中华人民共和国著作权法》的保护。对于未发表的作品中包含的信息，也可能符合商业秘密的构成要件，可以作为商业秘密予以保护。

26.2 著作权保护的是表达形式，商业秘密保护的是信息的内容。在一项创意、策划具有可保护性时，即使尚未构成著作权或者著作权保护不适用时，可以采用商业秘密的方式予以保护。

第二章

商业秘密管理

第一节目标、模式和评价

第27条【管理目标】

27.1 商业秘密的管理目标是促进创新、实现价值、保护权利、设定预警、防范风险。

27.2 律师要结合各个单位的技术研发内容、成果特点、技术人员结构、研发流程和企业管理模式，设定管理目标，特别要注意以下事项：

（1）合作伙伴越多，商业秘密被破解和泄露的风险就越大。

（2）合作项目越多，管理难度就越大，既要考虑人员、技术的交叉性，又要考虑其必要的分割性。

（3）商业秘密权利人和合法持有人采取保密措施的重要前提就是为了警示他人“这里有秘密”，从而实现法律保护的要求。

（4）商业秘密的保护是从创意、立项开始的，整个研发过程都需要采取保密措施，仅仅在形成成果后对成果的保护，可能导致商业秘密因环节疏漏而丧失秘密性。

（5）风险防范应当从以下三个角度考虑：防止自身权益被他人侵犯；防止侵犯他人的合法权益；防止权利滥用和限制技术进步、垄断技术的行为。

第28条【管理模式】

28.1 商业秘密所有人或者合法持有人应当根据自身的经营管理模式、企业规划、研发重点、市场比例和竞争优势，安排和调整商业秘密管理模式。

28.2 可供参考的商业秘密管理模式有：分项目管理、分阶段管理、分地域管理、分部门管理、分人员管理。

第29条【商业秘密评价】

29.1 对技术信息和经营信息作等级处理和分档管理，一般采用的方式是划定密级和标注密级。

29.2 划定商业秘密范围主要考察以下因素：

（1）对该信息保密的可能性大小；

（2）该信息的立项来源和研发过程是否足以构成商业秘密；

（3）该信息是否与其他法律保护对象相关联，是否采用商业秘密保护方式更为有利；

（4）该信息被反向工程的可能性大小等。

29.3 评定密级应当主要考察以下因素：

（1）该信息的市场现状和前景；

（2）该信息的经济价值和竞争优势；

（3）该信息所在行业领域的情况、周边技术情况；

（4）该信息研发开发成本、生命周期、技术成熟度、保密的可行性以及反向工程的难易程度；

（5）技术信息是否获得有关专家或部门的鉴定以及鉴定结果。有资料表明，经过专家或有关部门鉴定的技术信息具有更高价值性。

29.4 密级变更和解密

29.4.1 根据商业秘密的变化情况，结合市场变化及时调整密级。密级调整可以调低也可以调高。

29.4.2 以下情形出现，商业秘密可以解密：

（1）保密期限届满，自动解密；

（2）商业秘密公开或者可以从公开渠道轻易获得；

（3）技术信息或经营信息陈旧，失去保密价值；

（4）被新技术替代或者被他人申请专利；

（5）已经大范围推广实施或过度使用、转让，导致保密性过差。

第30条【风险监控】

30.1 风险监控对于商业秘密的信息汇集、技术研发、管理模式及保护措施均至关重要，旨在全方位、多层次、各环节防范泄密风险，降低被破解的可能。

30.2 风险监控的主要内容有：决策监控、人员监控、研发监控、履约监控、实施监控。

第二节采取保密措施

第31条【保密措施的要求】

31.1 有效、合理。商业秘密权利人有意识地采取了相应的保密措施，并且在通常情况下能够保证商业秘密不致泄露，可以认定其采取的保密措施是有效的；在同行业中认为是采取了适当的保密措施就是基本合理的。

31.2 合法。企事业单位为保护商业秘密所采取的保密措施应当合法。

31.3 制度公示（明示）。

参见本指引第27条。

31.4 保密措施应当尽可能明确商业秘密信息的范围、种类、保密期限和保密方法。

第32条【保密的具体措施】

保密可以考虑以下措施：

（1）与知悉或者可能知悉、接触商业秘密信息的员工或者第三人签订保密协议；

（2）建立系统、详细的规章制度，并对全体员工公示（明示）；

（3）设定警示区域、警示标记、加设门卫等方式，对员工、来访人员的活动区域加以限制；

（4）对商业秘密信息的存放、借阅、转移等进行专门档案管理，对作废文件、资料进行专门处理；

（5）在商业秘密信息资料、文件、图纸上编制密级；

（6）专人使用和管理特定的计算机系统，并采取加密和与单位区域网断链方式予以保密；

（7）其他采用技术手段、特定程序或者其他为公众通晓的合理措施予以保密；

（8）其他根据具体情况可以采用的方式。

第三节建立规章制度

第33条【制度设立的要求】

33.1 公司研究决定改制以及经营方面的重大问题、制定重要的规章制度时，应当听取公司工会的意见，并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议。《中华人民共和国公司法》第18条。

33.2 用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。《中华人民共和国劳动合同法》第4条。

第34条【制度公示】

34.1 制度公示是指保密制度的“公开”和规章的“明示”。

34.2 企事业单位设立商业秘密保密的规章制度，可以采用以下方式向全体员工公开和明示其内容，公开或者明示过程应当以可以证明的方式予以记载和保存：

（1）在指定位置张贴规章制度；

（2）在集体会议上公布规章制度的内容和法律性质；

（3）员工书面确认知悉规章制度的内容及法律性质，承诺遵守。

上述公开或者明示过程，应当以可以证明的方式予以记载和保存。

第35条【促进创新规定】

35.1 旨在明示企事业单位的创新意图和目标，增强员工对知识产权的保护意识，激励员工的研发热情和自觉提高研发能力。

35.2 主要内容：

（1）创新意义和目的；

（2）创新目标和内容；

（3）负责创新和审核的部门及权责；

（4）创新人员的范围；

（5）有价值的信息范围；

（6）项目立项、项目经费申报及使用方案、项目评价；

（7）成果申报、成果鉴定和成果发布流程；

（8）文件、资料的移交、归档和借阅；

（9）保密责任；

（10）奖励和惩处措施。

第36条【知识产权归属规定】

36.1 旨在明确规定知识产权权利内容和范围，明确员工工作成果的权利归属。

36.2 主要内容：

（1）知识产权的界定与分类；

（2）知识产权权利归属的原则；

（3）知识产权权利归属的操作办法；

（4）有价值信息的申报程序和办法；

（5）相互通知义务；

（6）保密责任；

（7）奖励和惩处措施。

第37条【知识产权管理规定】

37.1 旨在设立知识产权管理体系，明确知识产权管理的执行程序及成果实现的途径和方法，奖励员工的创新成果。

37.2 主要内容：

（1）管理部门和管理人员；

（2）管理模式和具体方法；

（3）立项与研发的程序；

（4）经费审批和使用办法；

（5）成果申报、鉴定与发表办法；

（6）成果奖励办法；

（7）合作的审批和方式；

（8）文件、资料的移交、归档和借阅办法；

（9）保密责任与签订人员的范围；

（10）竞业限制的权责与签订人员的范围；

（11）奖励和惩处措施。

第四节人员管理

第38条【管理目标和内容】

38.1 员工是创新、产生和保护商业秘密的基础要素，对员工的管理直接决定对商业秘密保护的效果。

38.2 做好岗位定职、工作交接和签署保密协议、竞业限制协议是必要的环节。

38.3 人员管理包括几个重要的环节：聘用、签约、转岗、离职和退休。

第39条【聘用】

39.1 考察拟聘用员工是否已经与原单位解除劳动合同关系，是否负有竞业限制义务和商业秘密的保密义务，并请拟聘用员工作出书面陈述或者承诺。

39.2 考察拟聘用员工原有岗位与现任岗位任职的异同，慎重安排岗位。

39.3 审查拟招聘员工自行提交的相关证书、文件，释明规章制度和任职岗位的要求。

39.4 做好必要的招聘记录。招聘记录尤其需要载明被聘人员要对填写内容的真实性负责。

第40条【签约】

40.1 根据单位的规章制度，确定聘用员工的岗位及职责，考虑是否需要签署保密合同和竞业限制协议。

40.2 释明保密义务（竞业限制）的内容、范围、期限、责任等事项，约定补偿办法和违约责任；释明任职期间及离职（或退休）后知识产权权利归属的法律性质。

40.3 对聘用员工自述其自有的技术、技能、知识产权予以充分尊重，并记录在案。

40.4 督促聘用员工书面确认和承诺遵守规章制度。

40.5 做好必要的签约记录，完善聘用员工的档案。

第41条【转岗】

41.1 员工可能因下列原因而转换岗位：

（1）不能胜任该岗位工作；

（2）需要采取脱密措施的；

（3）伤、病需要长期休假的；

（4）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化的；

（5）行政管理、业务管理、研发管理需要转换岗位的。

41.2 员工转岗，要切实保护员工的利益，并稳妥保护单位的知识产权不流失，降低商业秘密被泄密的风险。

41.3 完善转岗手续：

（1）对调离重要技术岗位或高级管理岗位的员工没有签署保密合同（竞业限制协议）的，应当补签；

（2）原有合同（协议）因情形变更需要补充或者变更的，予以完善。

第42条【离职和退休】

42.1 完善离职和退休手续：

（1）指定专人做好资料、文件、图纸及其设施、设备的交接工作，明示离职员工不得复制、拷贝、毁损文件、资料；

（2）不得泄露、自行使用或者许可他人使用属于单位的商业秘密；

（3）不得泄露、传播单位的工作秘密；

（4）对知悉的商业秘密信息负有保密义务等。

42.2 根据单位的规章制度，重申员工在离职或退休后一定期间内所作出的知识产权权利归属规定。

42.3 国家有关部门的特别规定：

（1）对承担国家科技计划项目或者重要科研任务的企事业单位的科技人员，在科研任务尚未结束前要求调离、辞职，并可能泄露国家重大科技计划项目或者科研任务所涉及的技术秘密，危及国家安全和利益的，原则上不予批准。《关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见》第3条。

（2）企事业单位所拥有的技术秘密，依据国家科学技术委员会、国家保密局《科学技术保密规定》确定国家科学技术秘密时,涉密人员调离、辞职时，应当经确定密级的主管部门批准，并对其进行保密教育。未经批准擅自离职的，依法追究当事人及用人单位负责人的行政责任。《关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见》第4条。

第43条【脱密措施】

43.1 企事业单位采取脱密措施旨在降低商业秘密泄密的风险，并保证员工的再就业利益。

43.2 脱密措施包括：

43.2.1 转换工作岗位、变更劳动合同中的相关内容、补充或变更保密合同或竞业限制协议；

43.2.2 设定脱密期：

（1）适用脱密期的员工为接触商业秘密，并掌握商业秘密核心信息的高级技术人员、高级管理人员；

（2）适用脱密期的时间一般在员工要求离职、退休或者单位认为需要调离原岗位的前几个月；

（3）适用脱密期的期限应当根据保密事项的性质、接触的程度等因素综合考虑确定，最长不超过6个月；

（4）适用脱密期的员工转岗、离职或退休后对已经知悉的商业秘密仍负有保密义务。

第五节合同管理

参见本指引第四章。

第六节公关管理

第44条【接待来宾】

44.1 企事业单位对涉密区域应当设立警示区域和警示标牌，婉拒来访人员进入。

44.2 对于涉及商业秘密或者可能泄露商业秘密信息的资讯、文件、资料、图纸等整理收纳，放置在无法直接看到的地方。

44.3 必要时应当明示来访人员，勿进入注有特别警示标记的区域或者接触标注有密级的文件。

第45条【成果发布】

45.1 企事业单位参加技术交流会、成果论证会、技术鉴定会时，应当避免展示核心技术资料，确有必要展示的，应当将有关材料标注密级，并指定特定的会议人员接收和返还，并和与会人员、鉴定人员签订保密协议。

45.2 根据国家及各省市的有关规定，国家公务员、技术鉴定人、技术经纪人等执行公务或者接触企事业单位商业秘密的人员均负有保密义务。

45.3 控制和核定研发人员发表论文、文章的实质性内容，尤其是对核心技术的研发思路和具体描述应予以限制。

第46条【展览宣传】

企事业单位在参加各类展览会、成果展示、成果汇报会上，应当避免涉及商业秘密的信息或者可能泄露商业秘密的资讯、信息、资料、图片以及易于直观目测、分析的设施、设备等予以披露和展示。

第三章

商业秘密的权利归属

第一节商业秘密的属性

第47条【商业秘密的属性】

47.1 商业秘密包括技术秘密和经营秘密。商业秘密权利不同于所有权，是一种特殊的知识产权。最高人民法院研究室编：《知识产权司法解释理解与适用》，法律出版社2009年版，第316页。商业秘密权利是一种科技成果权《中华人民共和国民法通则》第118条。，具有法定的构成要件，只有符合条件的技术信息和经营信息才能成为商业秘密参见孔祥俊：《商标与不正当竞争法原理与判例》，法律出版社2009年版，第821—823页。。

47.2 从权利性质看，商业秘密不具有排他的独占性，并未被确立为商业秘密权，与物权、债权、著作权等其他知识产权相比，权利边界不具有绝对的法定性。

47.3 从权利保护方式看，民事救济以《中华人民共和国反不正当竞争法》保护为主，通过制止侵权，保护商业秘密；同时辅以合同法、程序法、劳动法等立法保护。刑事救济则将商业秘密与商标权、著作权、专利权并列，法律地位相同，保护力度相同。

47.4 从权利主体看，商业秘密权利人是商业秘密的创造者、控制者和管理者，包括所有人和被许可的使用人。

47.5 从权利的内容和行使看，商业秘密的权能包括占有、使用、收益和处分，由于商业秘密具有相对性的法律属性，权利的行使具有一定的局限性。

47.6 从权利价值看，商业秘密具有商业价值，可评估作价，是一种无形资产。根据其研究开发成本、实施该项商业秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素确定。

47.7 从权利的保护期限看，商业秘密没有期限的限制，只要处于保密状态，就一直受法律保护。

第48条【商业秘密的权利人】

48.1 商业秘密的权利主体可以是自然人、法人或其他经济组织，从其享有的权利范围上，包括商业秘密的所有人和被许可的使用人。国家工商行政管理局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第2条。

48.2 商业秘密权利的专有性弱，任何人可能通过自主研发、反向工程、客户自愿交易等方式合法取得其商业秘密，即不同的人可同时拥有相同或近似的商业秘密。

48.3 商业秘密的权利人和独占使用许可合同的被许可人均具有民事诉讼主体资格，享有起诉权。

排他使用许可合同的被许可人、普通使用许可合同的被许可人应与权利人共同提起诉讼，在权利人不起诉或者经权利人书面授权的情况下，可以自行单独提起诉讼。

48.4 商业秘密的取得是认定权利人的方式，非法取得或者占有商业秘密的人不能认定为权利人。

第49条【商业秘密的义务人】

依据法律规定或合同约定负有保密义务的人，是商业秘密的义务人，包括自然人、法人或者其他经济组织。

第50条【商业秘密的载体】

50.1 商业秘密依附于有形载体，还可以借助于人脑记忆存在，但存在于人脑记忆的商业秘密应能以某种有形形式复制。商业秘密的载体对于确定其权属非常重要，也是侵权诉讼和权属诉讼时必要审查的事实之一。

第51条【商业秘密的取得】

51.1 商业秘密可以原始取得，也可以继受取得。前者如通过自主研发、反向工程获取商业秘密，而继受取得主要通过受让或获得实施许可使用等方式取得。

51.2 商业秘密取得的证明：

（1）原始取得，可通过研发立项、记录文件、试验数据、技术成果验收备案文件等证明商业秘密的形成及归属。

（2）继受取得，主要通过合同方式证明全部或部分取得商业秘密。权利人以商业秘密出资的，接受该出资的企业也可全部或部分取得商业秘密。

第52条【商业秘密的份额】

52.1 权利人可以按约定的比例共同享有一项商业秘密。如技术信息，权利人对权属约定比例的，视为共同所有，其权利使用和利益分配，按共有技术成果的有关规定处理。另有约定的，从其约定。

52.2 权利人可以按约定共同享有一项商业秘密的使用权。如对技术成果的使用权约定比例的，视为权利人对实施该项技术成果所获收益的分配比例。另有约定的，从其约定。

第53条【职务成果与非职务成果】

53.1 职务成果是指员工执行本单位的任务或者主要利用本单位的物质技术条件所完成的商业秘密。职务成果的转让权、使用权属于单位。

53.2 非职务成果是指员工在本职工作外，利用自己的专业知识和物质条件完成的商业秘密，与职务无关，其权利人是员工个人。非职务成果的转让权、使用权属于完成人。

具体参见《律师办理技术合同非诉讼法律业务操作指引》的相关章节。

第二节技术秘密的权利归属

第54条【技术信息和技术秘密】

54.1 技术信息是指利用科学技术知识、信息、经验和技能作出的涉及产品、工艺、材料及其改进等的技术方案。

54.2 技术信息符合商业秘密的法定构成要件，并区别于经营信息的，称为技术秘密。

第55条【委托开发的技术秘密的权利归属】

55.1 委托开发的技术秘密，依当事人签订的协议而定；协议没有约定或者约定不明确的，归开发人享有，委托人享有技术秘密使用权。

55.2 后续改进的技术秘密，没有约定的，归属后续改进的开发人享有。

第56条【合作开发的技术秘密的权利归属】

56.1 合作开发的技术秘密的权利归属，根据当事人签订的协议确定，协议没有约定或约定不明确的，合同当事人均享有技术秘密的转让权和使用权。

56.2 后续改进的技术秘密的权利归属，没有约定的，归属后续改进的开发人享有。

第57条【其他情况下技术秘密的权利归属】

57.1 技术转让合同履行中后续改进的技术秘密的权利归属

技术秘密转让合同或实施许可合同，在合同履行中一方后续改进的技术成果，根据约定确定其归属。没有约定或者约定不明确的，由完成该后续改进的一方享有，其他各方无权分享。

57.2 技术合同无效或者被撤销后的技术秘密的权利归属

技术合同无效或被撤销后，因履行合同所完成的新的技术成果或者在他人技术成果基础上完成的后续改进技术的权利归属和利益分享，不能重新达成协议确定的，应当归完成技术成果的一方享有。最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第11条第2款。

57.3 以技术出资的技术秘密的权利归属

《中华人民共和国公司法》允许以技术出资，没有明确约定技术秘密归属的，归接受出资的企业享有。但该技术秘密所占出资额过分低于该技术成果价值的，一般认定接受出资的企业仅享有使用权。最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第16条第1款。

57.4 以技术入股方式参与联营的技术秘密的权利归属

以技术入股方式参与联营，技术入股人不参与联营体经营管理，并且以保底条款形式约定联营体或者联营对方支付其技术价款或者使用费的，视为技术转让合同。最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第22条第3款。联营体所享有的是技术所有权还是使用权，视个案具体情况而定。

57.5 技术咨询或技术服务中形成的新技术成果的权利归属

受托人一般利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新技术成果的权利归属，有约定的依照约定，无约定或约定不明的，归属受托人。

57.6 “祖传秘方”的权利归属

在中医药、餐饮等行业中广泛存在的“祖传秘方”，多属于秘密的技术信息，应当尊重历史和现实，承认合法的实际控制人为权利人。参见张玉敏等：《知识产权法》，中国人民大学出版社2009年版，第447页。实际控制人去世后，按照继承法的原则确定新的权利人，即权利人指定继承人的，归指定的继承人享有，未指定继承人的，归法定继承人一人享有或多人共同继承享有。

57.7 员工在职期间完成的技术秘密的权利归属

57.7.1 职务成果是指员工执行本单位的任务或者主要利用本单位的物质技术条件所完成的商业秘密。职务成果的转让权、使用权属于单位。

57.7.2 非职务成果是指员工在本职工作外，利用自己的专业知识和物质条件完成的商业秘密，与职务无关，其权利人是员工个人。非职务成果的转让权、使用权属于完成人。

具体参见《律师办理技术合同非诉讼法律业务操作指引》相关章节。

57.8 员工离职、退休后完成的技术秘密的权利归属

57.8.1 离职、退休后一年内继续从事与原所在单位岗位职责或者交付的任务有关的技术开发工作，属于职务技术成果，除另有约定外，归原单位享有。

57.8.2 员工离职一年后所完成的技术成果，由离职员工和/或新单位享有。

具体参见《律师办理技术合同非诉讼法律业务操作指引》相关章节。

57.9 无民事主体资格的科研组织签订的技术合同的技术信息的权利归属

不具有民事主体资格的科研组织签订的技术合同，经法人或者其他组织授权或者认可的，依据合同由法人或者其他组织享有技术权益；未经授权或认可的，则由该科研组织成员共同享有技术权益。

57.10 承包期间的技术信息的权利归属

承包经营期间形成的技术秘密，除有约定的以外，权利属于承包人。江苏省高级人民法院《关于审理商业秘密案件有关问题的意见》第4条。

第三节经营秘密的权利归属

第58条【经营信息和经营秘密】

58.1 经营信息是指技术信息以外的，包括但不限于经营管理、研发创意、会计核算、人力资源等任何与企业事业单位运营、研发相关的信息。

58.2 经营秘密，是指能够为权利人带来竞争优势，符合商业秘密法定构成要件的各类经营信息，包括管理诀窍、客户名单、货源情报、产销策略、招标投标的标底等信息。

58.3 相比技术秘密而言，经营秘密的新颖性和创造性要求不高。

第59条【经营管理中形成的经营秘密的权利归属】

权利人在经营活动中积累或形成的经营秘密，权利归其享有。

第60条【客户名单的认定】

60.1 客户名单是经营信息的一个重要表现形式，能够反映与权利人有关的供求关系和价格等具体经营信息。

60.2 客户名单是否构成商业秘密，除依据商业秘密的一般构成要件外，主要根据以下内容认定：

（1）是否与权利人的经营活动相关，是否花费了物力和人力，权利人进行了较长时间的投资，付出了一定的体力和脑力劳动，形成了较为稳定的交易关系；

（2）竞争者不能从公开渠道轻易获得，客户名单需要经过长时间的积累、收集、加工和整理；

（3）具有特定性。客户名单的内容应包括客户的名称、联系方法、需求类型及习惯、经营规律、价格的承受能力等深度客户信息。受法律保护的客户名单应是具体明确的、区别于可以从公开渠道获得的普通客户的信息。

60.3 可构成商业秘密的客户名单，不同于客户名称的简单列举。因此将其称为客户信息，更为准确。

第四节商业秘密权属纠纷

第61条【商业秘密权属纠纷】

61.1 在商业秘密侵权纠纷中，被告仅以权属为抗辩理由的诉讼，属于商业秘密侵权诉讼。

商业秘密侵权诉讼，参见本指引第八章。

61.2 商业秘密权属纠纷分为以下几种情况：

61.2.1 从研发主体角度，包括：

（1）企事业单位与聘用员工或非正式聘用员工之间就商业秘密权利归属所发生的纠纷；

（2）企事业单位与离休、退休员工之间就商业秘密权利归属所发生的纠纷；

（3）企事业单位与开发合同、转让（或许可）合同以及涉及服务、咨询、培训、中介、设计、创意等委托或者合作合同的相对方就商业秘密权利归属所发生的纠纷。

61.2.2 从研发阶段角度，包括：

（1）技术成果转化中产生的新的商业秘密的权利归属纠纷；

（2）基于专利技术的后续改进产生的新的商业秘密的权利归属纠纷；

（3）基于受让的商业秘密（或非专利技术）的后续改进产生的新的商业秘密的权利归属纠纷等。

第62条【与员工的权属纠纷】

与员工的权属纠纷主要是分析职务成果与非职务成果。

参见《律师办理技术合同非诉讼法律业务操作指引》相关章节。

第63条【研发阶段的权属纠纷】

研发阶段的权属纠纷，以合同约定和法律规定为准。

参见本章第二节和第三节。

第四章

与商业秘密有关的各类合同

第一节合同的起草与修改

第64条【前期审核与调查】

64.1 企事业单位与他人签订涉及商业秘密类合同，应当慎重考察以下几方面的内容：

（1）权利人与义务人的资质和履约能力；

（2）权利状况和许可范围；

（3）商业秘密的价值和市场竞争优势；

（4）同类行业的信息状况、技术水平及商业秘密周边技术、信息的法律保护程度；

（5）采取保密措施的完善程度等。

64.2 企事业单位与员工签订保守商业秘密合同（含竞业限制协议），应当慎重考察以下几方面的内容：

（1）员工的岗位职责和执行能力；

（2）员工的诚信度和员工的期望目标；

（3）员工劳动合同的期限和薪酬水平；

（4）员工的培训成本等。

64.3 当事人在订立合同前就交换技术情报和资料可以达成签约前的保密协议，当事人不能就订立合同达成一致的，不影响保密协议的效力。

第65条【起草或修改合同要求】

65.1 合法性要求

合法性要求是起草或修改合同的首要要求。合法性审查主要从以下几方面进行：

（1）合同目的是否合法；

（2）交易标的是否合法；

（3）双方主体是否自愿交易；

（4）双方主体是否具有交易资质；

（5）权责约定是否合法；

（6）是否存在“非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果”《中华人民共和国合同法》第329条。的情形；

（7）其他约定条款是否符合法律规定。

65.2 完整性要求

起草或修改合同应当根据当事人的签约目的和实现途径，保证合同主要条款的全面完整。

65.3 严谨性要求

起草或修改合同必须恪守使用法言法语的原则，避免使用容易产生歧义、疑义的词句。对于难以理解的技术性、专业性用词，可以采用“术语解释”的方式在合同中予以确定其概念、内涵和在本合同中的特别含义。

对于合同交易的内容、权责要进行缜密的描述，综合考虑时间、地点、方式、程序等条款，设定不可预见的条款时要考虑双方的因素和商业秘密可能因此被泄密的风险及补救措施。

65.4 权利义务对等性要求

诚信、公平是合同法的基本原则，具体到合同条款中就是要求双方的权利、义务对等。

权利、义务不对等的结果，可能导致合同某些条款无效或者因显失公平而被对方当事人申请变更或撤销。

65.5 责任与行为因果性要求

65.5.1 违约金与损失赔偿在约定方式、适用法律、举证责任以及责任后果、数额确定等方面均不相同。因此，对于在合同中约定违约金、侵权损失赔偿，还是两者都约定在同一份合同中，律师要着眼于合同双方的权利、义务，履约能力，技术风险和可能出现的损害程度来进行判断。

65.1.2 违约金与损失赔偿在合同中的约定不能脱离具体的行为而设定，要与防止发生违约行为或者侵权行为相呼应。

65.1.3 违约金的数额和/或计算方式在合同中由双方当事人约定，并且应当是具体明确的约定。损失赔偿的数额是无法提前约定的，但是双方可以在合同中约定计算方式。

第66条【合同无效】

66.1 合同中出现下列情形的，可能会直接导致合同无效或者部分条款无效：

（1）妨碍技术进步、非法垄断技术的；

（2）滥用知识产权权利的；

（3）侵害他人技术成果权益的；

（4）违反法律强制性规定的。

66.2 知识产权滥用、限制竞争或者排除竞争包括以下几种情形：

（1）限制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的研究开发或者限制其使用所改进的技术，或者双方交换改进技术的条件不对等，包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方、非互惠性转让给对方、无偿独占或者共享该改进技术的知识产权；

（2）限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似的技术或者与其竞争的技术；

（3）阻碍当事人一方根据市场需求，按照合理方式充分实施合同标的技术，包括明显不合理地限制技术接受方实施合同标的技术生产产品或者提供服务的数量、品种、价格、销售渠道和出口市场；

（4）要求技术接受方接受并非实施技术必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备、服务以及接收非必需的人员等；

（5）不合理地限制技术接受方购买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源；

（6）禁止技术接受方对合同标的技术知识产权的有效性提出异议或者对提出的异议附加条件。

详细内容，参见《律师办理技术合同非诉讼法律业务操作指引》相关章节。

66.3 当事人不得因合同无效而擅自披露商业秘密，依据无效合同接收的技术资料、样品、样机等，应当及时返还权利人，不得保留复制品。《广东省技术秘密保护条例》第16条。

第二节企事业单位与员工之间的保密协议

第67条【合同要点】

67.1 签订保守商业秘密合同的目的是防止商业秘密泄露和警示对方注意商业秘密的存在，以达到保护权利的最终目的。

67.2 企事业单位可以在劳动合同中约定保守商业秘密和与知识产权相关的保密事项，也可以单独与员工签订保密合同。

67.3 保密协议的签订范围以接触商业秘密的人员为主，保密协议的相对人可以是正式聘用的员工、特邀的技术人员、技术顾问、离职或退休人员以及为特定技术项目的研发的合作人员等。

67.4 保密协议的签订期限一般为离职或退休后2—5年。

第68条【合同主要条款】

（1）岗位职责；

（2）资料、软件交接内容、地点和程序；

（3）保密事项（商业秘密信息名称）；

（4）保密范围和保密期限；

（5）披露限制；

（6）禁止性条款；

（7）协助约定；

（8）资料、文件、设备等的保存、归档、交接和处理；

（9）违约责任；

（10）合同变更与补充；

（11）合同解除与终止；

（12）竞业限制义务；

参见本章第三节。

（13）脱密期；

（14）争议解决办法；

（15）合同成立与生效时间。

第三节竞业限制协议

第69条【协议要点】

69.1 竞业限制，是指企事业单位与知悉商业秘密实质性内容的员工签订协议，约定员工在离开本单位后一定期限内不得在生产同类产品或者经营同类业务且有竞争关系或者其他利害关系的单位从事与原单位任职相同或者类似的工作，或者自行生产、经营与原单位有竞争关系的同类产品或者业务，企业以向员工支付一定数额的补偿金为代价，限制员工的就业范围，以防止原单位商业秘密泄露的一种预防措施。

69.2 企事业单位可以与知悉或接触商业秘密的高级管理人员、高级技术人员或其他负有保密义务的员工签订竞业限制协议。用人单位应当给予该员工一定数额的经济补偿，在竞业限制期限内按月给付该员工补偿金。该员工违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

69.3 签订竞业限制协议有两个基础：

（1）企事业单位拥有符合法定条件的商业秘密或者是具有保护价值的秘密信息；

（2）签订竞业限制协议的人员应当是与企事业单位签署了劳动合同的员工。

69.4 竞业限制协议可以在签订劳动合同时签订，也可以在员工任职期间、离职或退休时签订。该协议可以作为保守商业秘密合同的一部分，也可以单独签订。

无论是否签订竞业限制协议，义务人仍有义务保守知悉的商业秘密。

69.5 竞业限制协议的期限不得超过两年。对于没有约定竞业限制期限的，目前各省市的规定不同，应参照相应规定或各省高级人民法院颁发的司法解释、批复等规范性文件执行。

69.6 竞业限制协议约定的部分内容不明确的，义务人只对约定明确的内容承担义务。

69.7 竞业限制协议生效前或者履行期间，用人单位放弃对员工竞业限制要求的，应当提前一个月通知员工。

69.8 企事业单位可以和员工约定违反竞业限制义务的违约金，对违约金的上限，虽然没有明确的法律规定，但一般不应高于年补偿金的30%。根据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第9条第2款规定：“在解除竞业限制协议时，劳动者请求用人单位额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿的，人民法院应予支持。”

69.9 竞业限制与竞业避止《中华人民共和国公司法》第149条中对董事、高级管理人员的限制，严格用词是“竞业避止”。有些学者称之为“在职竞业限制”和“离职竞业限制”，用以区分两种不同的情形。的区别：

（1）法律属性不同：竞业限制是企事业单位与员工之间的合约约定的，竞业避止是法定的，无须合约的约定；

（2）约束对象不同：竞业限制约束的是接触和知悉商业秘密的员工，竞业避止约束的是董事、高级管理人员；

（3）保护对象不同：竞业限制保护的是商业秘密，竞业避止保护的是包括商业秘密在内的公司秘密；

（4）所负责任期限不同：竞业限制是约定的期限，竞业避止仅是在企事业单位的任职期间，就商业秘密保护，离职或退休后的企事业单位的竞业避止人员如有必要，还必须签订竞业限制协议；

（5）法律责任不同。

参见本引指第一章第三节。

第70条【协议主要条款】

（1）与保守商业秘密合同的关联性；

（2）对竞业限制的同类行业或者竞争单位的概述；

（3）竞业限制的行业范围；

（4）竞业限制的区域；

（5）竞业限制的期限；

（6）补偿金发放的起止日期；

（7）补偿金数额及支付方式；

（8）禁止性条款；

（9）协助约定；

（10）双方的违约责任；

（11）协议的解除与终止条件；

（12）争议解决办法；

（13）协议成立与生效时间。

第71条【补偿金的约定】

71.1 补偿金的设定应当综合考虑以下因素：

（1）义务人的专业技能，可能影响义务人生活水平的程度；

（2）对义务人限制的领域范围、就职岗位、地域范围、年限等；

（3）商业秘密的可保密程度和持续力；

（4）义务人在单位上一年度或者协议签订前一年度的报酬总额。

71.2 目前各省市对补偿金的数额规定不同，一般年补偿金是离职前上一年度收入的1/2到2/3最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第6条规定：“当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制，但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿，劳动者履行了竞业限制义务，要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的30%按月支付经济补偿的，人民法院应予支持。前款规定的月平均工资的30%低于劳动合同履行地最低工资标准的，按照劳动合同履行地最低工资标准支付。”，但不得低于劳动合同履行地最低工资标准。

第72条【违约金的约定】

违约金的设定应当综合考虑以下因素：

（1）单位商业秘密的获取成本；

（2）义务人接触商业秘密的程度；

（3）义务人获得补偿金的数额；

（4）违约行为可能造成的损害程度。

第73条【协议的解除、终止条件】

竞业限制协议因下列原因解除：

（1）企事业单位违反竞业限制协议，不支付或者无正当理由拖欠补偿费，达到约定的标准和期限的。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第8条规定：“当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。”

（2）因员工违约，符合约定的解除条件的，企事业单位可以解除竞业限制协议。

竞业限制协议因下列原因终止：

（1）协议期满而终止；

（2）商业秘密被公开；

（3）负有竞业限制义务的员工死亡；

（4）企业解散、破产、终止而无权利接受者的；

（5）未约定补偿金，事后又无法达成约定的。

第74条【协议无效或部分无效的条件】

竞业限制协议可能因下列原因无效：

（1）负有竞业限制义务的员工实际上没有接触到商业秘密的；

（2）企事业单位违反劳动合同解雇员工的；

（3）企事业单位未执行国家有关科技人员政策的；

（4）员工受到显失公平待遇的；

（5）其他违反法律法规强制性规定的。

第四节企事业单位与其他企业、组织之间的保密协议

第75条【合同要点】

75.1 商业秘密权利人或合法持有人在市场交易或者经营过程中，与任何交易人之间应当签订保密协议。

75.2 会计师事务所、律师事务所等中介服务提供者以及技术鉴定、评估、评审等机构，均负有默示保密义务，但当默示保密义务不确定、不明确时，也应当签订保密协议。

75.3 保密协议可能涉及以下各类合同：

（1）买卖合同、建设工程合同等；

（2）租赁合同、保管合同、仓储合同、运输合同、维修合同等；

（3）开发合同、转让（许可）合同、服务合同、咨询合同、特许经营合同等；

（4）加工承揽合同、设备安装合同等；

（5）知识产权投融资合同、技术入股合同等。

75.4 商业秘密权利人或合法持有人可以与合同相对方单独签订保密协议，也可以在具体合同中约定专门的保密条款。

第76条【协议主要条款】

仅以单独签订的保密协议为例，主要条款有：

（1）与主合同的关联性；

（2）保密信息的性质；

（3）保密信息的权利人及合法持有人情况；

（4）保密信息的权利状况和周边技术信息情况；

（5）保密的具体内容与范围；

（6）保密的区域；

（7）保密的期限；

（8）保密的方式；

（9）负有保密义务的人员限制；

（10）协助约定；

（11）双方的权利义务；

（12）商业秘密被披露后的补救措施及其后续履行的解决；

（13）违约责任；

（14）协议的解除与终止条件；

（15）争议解决办法；

（16）协议成立与生效时间。

第77条【买卖合同、建设工程合同等】

商业秘密权利人或合法持有人在签订此类合同时应当注意：

77.1 商业秘密权利人或合法持有人为买方的合同：

买卖合同可能透露货物的买卖数量、规格、进货时间和渠道等信息，容易被他人利用，研究分析和推测出该公司的研究方向、研究的进程和新研发思路。

77.2 商业秘密权利人或合法持有人为卖方的合同：

在商业秘密权利人或合法持有人销售带有商业秘密信息的产品或者对方使用时，应当适当标注“不得反向破解”“不得进行反向工程”等字样，并在合同中约束对方。

77.3 建设工程合同中的商业秘密权利人或合法持有人应当妥善保管物品和图纸，商业秘密为方法时，应当特别约定实施方法时的现场维护。

第78条【租赁合同、保管合同、仓储合同、运输合同、维修合同等】

商业秘密权利人或合法持有人在签订此类合同时应当注意：

78.1 在商业秘密权利人或合法持有人销售带有商业秘密信息的产品或者对方使用时，应当适当标注“不得反向破解”“不得进行反向工程”等字样，并在合同中约束对方。

78.2 采用黑箱封闭手段，禁止合同相对方非法开启。

第79条【加工承揽合同、设备安装合同等】

商业秘密权利人或合法持有人在签订此类合同时应当注意：

79.1 此类合同最容易导致商业秘密被披露，在商业秘密公知性审查中亦会审查此类合同是否签订了保密协议或者保密条款。

79.2 此类合同要注意在图纸、资料保管中所采取的保密措施是否有效、合理，对于图纸、资料的涉密人员范围、借阅和复印程序都应当加以约定。

第80条【技术贸易合同】

商业秘密权利人或合法持有人在签署此类合同时应当注意：

80.1 国际上的技术贸易主要是通过技术转让、许可合同的方式进行的，技术秘密也主要是采取这种方式进行。

80.2 要明确地域范围和期限以及许可的类型和使用方式，作为转让方或许可方避免转让和许可利益的损失；作为受让方避免受让获益的损失。

80.3 应当着重注意可能涉及的不平等或者限制竞争的条款。

参见《律师办理技术合同非诉讼法律业务操作指引》相关章节。

第81条【知识产权投融资、技术出资入股合同】

对于技术秘密出资入股合同，律师要着重注意以下几个方面的问题：

（1）出资人的合法资格、权利状况；

（2）技术秘密的价值、法定的评估标准及股权比例；

（3）入股后的权利归属；

（4）入股后的权益分享。

参见《律师办理技术合同非诉讼法律业务操作指引》相关章节。

第五节技术秘密合同

第82条【合同要点】

82.1 技术秘密合同可以分为开发合同、转让合同和许可合同。利用商业秘密提供技术服务或技术咨询的，参照技术服务合同和技术咨询合同的规定。

82.2 涉及技术秘密的开发合同是指当事人之间就新技术、新产品、新工艺或者新材料及其系统的研究开发项目，可能形成技术秘密或者拟定以技术秘密方式予以保护所订立的合同。

82.3 涉及技术秘密的转让合同是指合法拥有技术秘密的权利人，包括其他有权对外转让技术秘密的人，将专利申请中涉及的技术秘密或不涉及专利的技术秘密的相关权利让与他人所订立的合同。

82.4 涉及技术秘密的许可合同是指合法拥有技术秘密的权利人，包括其他有权再许可技术秘密的法人、组织或者个人，许可他人实施、使用技术秘密所订立的合同。

82.5 技术信息得到商业秘密保护的前提是权利人已经采用相应的方式使他人能够认识到该信息的秘密性。技术秘密的内容包括但不限于设计图纸（含草图）、试验结果和试验记录、工艺、配方、样品、数据、计算机程序等。技术信息可以是有特定的、完整的技术内容，构成一项产品、工艺、材料及其改进的技术方案，也可以是某一产品、工艺、材料等技术或产品中的部分技术要素。

参见《律师办理技术合同非诉讼法律业务操作指引》相关章节。

第83条【合同主要条款】

83.1 《中华人民共和国合同法》规定的技术合同的主要条款：

（1）项目名称；

（2）标的的内容、范围和要求；

（3）履行的计划、进度、期限、地点、地域和方式；

（4）技术情报和资料的保密；

（5）风险责任的承担；

（6）技术成果的归属和收益的分成办法；

（7）验收标准和方法；

（8）价款、报酬或者使用费及其支付方式；

（9）违约金或者损失赔偿的计算方法；

（10）解决争议的方法；

（11）名词和术语的解释。

83.2 与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件，以及其他技术文档，按照当事人的约定可以作为合同的组成部分。

83.3 与技术秘密特殊性相关的条款。

本条设定的主要条款涵盖了技术秘密开发合同、技术秘密转让合同及技术秘密许可合同三种类型合同的主要条款，因此在适用时应当着重考虑各类不同合同的特点，结合个案的实际情况予以选择。

主要条款包括：

（1）合同目的；

（2）定义合同标的名称；

（3）标的的技术特性、特征；

（4）开发目的与技术目标；

（5）权利人与权利范围；

（6）权利状况；

（7）许可使用的方式、期限、地域；

（8）技术指标、技术参数（数据）；

（9）技术资料交接内容、地点和程序；

（10）附带知识产权的权利状况、归属及处理方式；

（11）申请专利的权利；

（12）验收标准与验收方式；

（13）合同价款及支付方式；

（14）提成方式的账目查阅及审计方式；

（15）技术风险与风险承担；

（16）后续改进成果的归属与权益分享；

（17）保密内容、期限、地域和保密人员范围；

（18）履行合同人员的责任；

（19）成果分享；

（20）成果申报；

（21）成果鉴定；

（22）技术指导与培训；

（23）禁止性条款；

（24）协助约定；

（25）违约责任；

（26）合同变更与补充；

（27）合同中止；

（28）合同解除与终止；

（29）补救措施；

（30）合同解除或终止后技术资料、设备的归属和处理；

（31）名词和术语解释；

（32）争议解决办法；

（33）法律适用；

（34）合同签订地与签订（生效）时间。

分类合同条款，参见《律师办理技术合同非诉讼法律业务操作指引》相关章节。

第五章

商业秘密纠纷的前期处理

第一节事实调查与分析

第84条【听取当事人陈述】

84.1 听取当事人陈述是快速了解案情的途径，也是广泛收集证据和深入研究案情的基础。

84.2 引导当事人全面陈述事实，尤其是与争议具有关联性的事实，当事人难免漫无目的和带有主观情绪的叙述，律师要注意区分。

84.3 概括出案情脉络、双方观点、争议焦点。

84.4 不明确的问题请当事人澄清，也可以在事后提供详细的问题清单，对一些细节问题进行集中提问，并询问当事人是否能提供相关的书面证据予以支持。

第85条【整理归纳材料】

85.1 整理当事人陈述和回答的记录，做好会谈笔录，笔录要准确、全面，基本能概括法律关系所涉及的全部内容。

85.2 编制案卷目录，建立案件档案。

第86条【调查收集证据材料】

86.1 律师分析案情的基础是证据，务必重视证据材料的调查收集，包括书证、物证、视听资料、电子证据、证人证言、勘验笔录和鉴定结论等。

86.2 律师调查收集证据材料，应当遵循合法性原则、正当性原则、全面收集原则、保守执业秘密原则。

86.3 律师调查收集证据材料的途径：

（1）向己方当事人调查收集证据材料；

（2）向对方当事人或者第三人调查收集证据材料；

（3）向证人调查收集证据材料；

（4）查阅相关部门的档案和卷宗资料；

（5）申请法院调查收集证据材料。

86.4 律师调查收集证据材料的方法，主要包括会见、访问、复印、抄录、拍照、录音录像、公证购买、公证下载、鉴定、评估、现场勘验、模拟试验等。

第87条【判断商业秘密点】

87.1 根据当事人陈述和初步收集的证据材料，初步判断涉案商业秘密点，也就是判断涉案商业秘密的具体内容。

87.2 商业秘密系由若干部分组成的，还应明确整体或组成部分是商业秘密，或者整体与组成部分均是商业秘密。

87.3 请求保护的商业秘密内容应当固定在相应的载体上，通过载体能够重复再现商业秘密的具体内容。

第88条【判断商业秘密的构成】

根据相关的证据材料，确定商业秘密的载体、范围、内容，判断涉案信息是否符合商业秘密的法定构成要件。

第89条【确定权利主体】

89.1 根据当事人的陈述及其提供的证据材料，确定涉案商业秘密权属主体。

89.2 当事人继受取得商业秘密的，应当明确取得的性质和方式。不同性质的权利主体不仅实体权利不同，其诉讼权利也不同。

第90条【确定义务主体】

90.1 在商业秘密侵权纠纷中，根据不同的情况，义务主体可能涉及现职员工、离职员工、转让方、被许可方或者其他第三方等。

90.2 在涉及商业秘密的技术成果权属纠纷中，主要的义务主体是合同对方或者员工。

90.3 在商业秘密合同纠纷中，义务主体主要是合同对方。律师应当根据案件情况，初步确定可能涉及的义务主体。

第91条【判断纠纷性质】

根据案件情况，判断纠纷属于侵权纠纷、权属纠纷还是合同纠纷，抑或属于违约和侵权的竞合。

第92条【判断诉讼时效】

92.1 对商业秘密提起的诉讼，适用《中华人民共和国民法通则》一般诉讼时效为两年的规定，从权利人知道或者应当知道侵权行为发生之日起起算，同时适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。

92.2 对于连续实施的商业秘密侵权行为，从权利人知道或者应当知道侵权行为发生之日起至权利人向人民法院提起诉讼之日止已超过两年的，在该项商业秘密受法律保护期间，人民法院仍应当判决被告停止侵权行为，侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算两年计算，超过两年的侵权损害不予保护。

第93条【初步判断和决定】

93.1 在综合考虑和分析的基础上，判断以何种途径主张或者抗辩，还欠缺哪些条件和证据材料，然后决定是否受理。

93.2 有些律师接到案件，先受理再分析，导致当事人误解事实已经清楚、证据较为充分。一旦律师发现问题后，无法得到当事人的认同和配合。

第94条【办理委托手续】

律师接受当事人的委托，应由所在的律师事务所与当事人签订委托代理合同，由律师事务所收取律师费并出具正规律师事务所发票，由当事人签发商定的一般授权或者特别授权的《授权委托书》。

第95条【律师事务所档案管理】

95.1 委托业务和案件中涉及的商业秘密，律师事务所和承办律师均有义务保密，无论是否签订了保密协议。

95.2 案件中涉及商业秘密的资料、图纸、报表或者产品、软盘等，应当按照商业秘密的保密要求予以保管。商业秘密案件的档案应当独立存放、专人保管、专人使用，接触商业秘密案件档案的人员应当签订保密协议。

第96条【分析、确定主张诉请或抗辩理由】

参见本指引后续相关各章。

第97条【选择维权方式或救济途径】

参见本指引后续相关各章。

第二节律师声明与律师函

第98条【律师声明的事实审查】

事实审查主要有以下几方面的内容：

（1）声明人主张的信息是否符合商业秘密的法定条件，名称是否准确、范围是否明晰、内容是否固定；

（2）声明人是否对主张的商业秘密拥有合法权利；

（3）声明人所述商业秘密的权利状况，是否有相同或者近似的专利技术，是否有可替代技术；

（4）查明侵犯声明人商业秘密的行为已经实施、正在实施或准备实施，主要包括哪些侵权行为；

（5）声明人提供的证据事实能否支持其声明意见等。

第99条【律师声明的目的和内容】

99.1 律师声明的目的是公开澄清事实、消除不良影响、防止招摇撞骗；也可以对潜在的侵权人或者正在侵权的侵权人提出警告，起到警示作用；还可以起到宣传教育作用，显示委托人维权的立场。

99.2 律师声明的内容，包括声明事项和声明意见两个主要部分：

（1）声明事项是指声明人对涉及商业秘密的什么事情发表声明，需要写明具体的事实；

（2）声明意见是指声明人对于所涉及的商业秘密事件所持的态度、主张和依据。

第100条【律师声明的对象与范围】

律师声明主要是就特定事项针对不特定对象，通过报纸、期刊、广播、电视、网络等媒体公开表明立场。

第101条【应注意的问题】

律师声明应当注意以下几个问题：

（1）有委托人的授权，并以代理人的名义从事该项业务；

（2）声明的内容必须真实合法，不得违法和损害他人合法利益和在先权利；

（3）声明的内容必须经过委托人的书面确认。

第102条【律师函的事实审查】

事实审查主要有以下几方面的内容：

（1）委托人主张的信息是否符合商业秘密的法定条件，名称是否准确、范围是否明晰、内容是否固定；

（2）委托人是否对主张的商业秘密切实拥有合法权利；

（3）委托人所述商业秘密的权利状况，是否有相同或者近似的专利技术，是否有可替代技术；

（4）发函对象与委托人的关系；

（5）发函对象是否存在侵权或者违约行为，以及具体事实；

（6）发函对象可能承担的法律责任；

（7）委托人提供的证据材料能否支持律师意见。

第103条【发函目的和内容】

103.1 发送律师函的目的是通过律师表明权利人的主张，对侵权或者违约行为的性质、后果、法律责任等进行法律阐述，使责任人清楚其行为应当承担的法律后果。如果将来确要诉讼，那么，对方收到确有理由的警告而不停止侵权或者违约行为，可以确定侵权具有明知性。

103.2 律师函的主要内容：

（1）委托人享有的权利内容；

（2）能证明义务人侵权或者违约的事实，同时结合依据法律对事实性质的分析，指出其可能承担的法律责任；

（3）提出委托人的要求；

（4）在律师函附件中可以列明适用的法律条款，以帮助发函对象了解法律规定和其可能承担的法律责任；

（5）在针对某些侵权或者违约行为时，也可以考虑附上签收证明和承诺书，让发函对象签收律师函，并给予合理期限签署承诺书。

第104条【发函对象】

律师函主要发送给涉嫌构成侵权的法人、组织或个人，或者是违反合同约定的相对人。

第105条【注意事项】

律师发送律师函，应注意以下事项：

（1）针对委托人选择的争议解决方式和救济途径，已经完成初步的证据收集工作；

（2）律师函一定要以委托人的代理人名义发出；

（3）律师函的内容必须经过委托人的书面确认；

（4）发送律师函后要及时跟进：首先要确认对方是否收到和知悉其内容，然后要主动与对方联络，以推进律师函的效用，并了解发函对象的意思；

（5）发送律师函可能成为对方提起不侵权诉讼的依据，律师要提前做好应对准备。

第三节谈判

第106条【交流和分析当事人的要求】

106.1 谈判可能是成本最低的解决争议办法之一，谈判的目的是使当事人付出最低的成本而实现利益的最大化，律师参加谈判的作用就是为这种利益最大化提供法律上的帮助。

106.2 通过交流，分析了解当事人的要求和期望值，有助于明确具体的工作方向和工作目标。

106.3 针对当事人的要求，提出满足要求需要具备的条件，然后结合现有证据进行法律分析论证，对当事人的要求进行合理划分，指出可以实现的要求、不能实现的要求以及可能实现的要求等几个部分。

106.4 综合分析判断，作出几套备选方案。

第107条【谈判信息的收集】

谈判信息收集一般通过以下途径进行：

（1）直接向当事人了解情况；

（2）向知情的第三方了解情况；

（3）查询有关机关的档案材料；

（4）网络检索相关的背景资料。

第108条【了解对方的情况】

律师在谈判前应对对方以下情况予以了解：

（1）对方的主体资格、资信和生产经营情况；

（2）对方对该谈判的态度；

（3）对方与该谈判有关的经营信息和经营决策，以及此项谈判可能对对方的影响；

（4）对方在该谈判中最不希望出现的情形、最不可能接受的情形，以及可能接受的情形；

（5）对方可能提出的和解方案和条件。

第109条【分析焦点问题】

109.1 基于对当事人要求和对对方的了解，分析谈判过程中可能涉及的主要事实问题和法律问题。

109.2 就双方的利益进行分析和评估，就各个谈判条件做好以下四种准备：

（1）当事人的理想条件；

（2）当事人的现实目标；

（3）当事人的底线；

（4）当事人的最大让步和让步条件。

109.3 双方涉及此项纠纷的主要证据材料、法律性质和法律后果。这是双方对自己利益进行评估的基础。

第110条【谈判目标】

110.1 谈判目标是律师在谈判前和谈判过程中，根据其了解的当事人要求和各种影响谈判的因素，经过分析评估后所希望达到的谈判结果。

110.2 谈判双方的相对实力主要取决于各方能在多大程度上承受谈判破裂的后果。律师应当向当事人解释说明其所掌握的各种情况，尽可能将当事人的要求和谈判目标实现最大限度的一致，制定当事人的主选谈判目标。

110.3 在确定谈判目标前，律师还应当和当事人讨论己方可以接受的最佳替代方案，增加己方的选择余地，这需要充分分析和反复测算，列出具体量化指标，并且需要谈判双方都能够接受。

110.3.1 替代方案是谈判中较为重要的环节，可以根据对方的状况和谈判的进程进行调整。

110.3.2 制订出主选方案和替代方案的让步条件和交换条件。

110.4 准备好谈判不成功后的下一步方案。向对方提出和解之前，必须做好诉讼的准备，尤其是有关侵权或者违约的证据材料，必须全面收集完整。

第111条【谈判的重点环节】

111.1 陈述。双方律师首先要各自陈述对纠纷的焦点、原因、己方行为的理由，以避免谈判的核心问题不准确，各说各话，不能实际解决问题。

111.2 说服。双方律师在谈判中根据现场情况，综合运用多种说服形式说服对方接受己方的理由和方案。

111.3 磋商。双方律师要彼此听取对方的意见，就每一个问题进行交流和沟通，找到双方都觉得最为恰当的结合点。

111.4 让步。双方律师都要以维护核心利益和达到谈判目标为中心，进行适当的变通。

第112条【律师参与谈判的角色】

112.1 律师是委托人的代理人，是谈判法律问题时的主角，但不是最终意志的决定者。

112.2 律师以坚持原则和目标进行谈判，不要与对方形成对抗或者配合关系。

第113条【注意事项】

律师在谈判中，应注意以下事项：

（1）律师不应带有个人好恶与个人感情；

（2）律师陈述不应针对具体个人，避免激化矛盾；

（3）律师尽可能不对谈判事项作直接的最终的接受或否定的决定，除非委托人特别授权；

（4）律师在谈判过程中可以提出对事实、证据、法律、谈判方案的意见，但不应是自己的主观评价；

（5）谈判在行政救济、刑事自诉、民事诉讼过程中都可能涉及，要结合个案，根据纠纷的进展阶段予以调整。

第六章

民事救济的共同问题

第一节基本要求

第114条【做好工作记录】

由于商业秘密纠纷周期都比较长，资料、文件通常也都比较多，按照时间顺序做好详细的工作记录就非常必要，凡是涉及纠纷的事实材料和具有法律意义的事项，都应列明发生时间、主要内容、资料来源、简单评价及办理结果等内容，并按照自己的习惯顺序排列。

第115条【分析事实和收集证据】

115.1 分析事实是确定诉请或者答辩意见、提交证据的基础，因此律师应当尽职听取当事人的陈述并作出初步的法律判断。

115.2 律师应当与委托人一起查证和分析事实，并就与争议相关的部分收集证据。

115.3 证据不足的，应当请当事人补足或者代理人自行调查收集，并考虑是否以及如何申请调取证据或者采取证据保全。

第116条【确定诉讼请求】

116.1 诉讼请求是纠纷案件的核心，也是诉讼的目的。所有的证据材料、事实陈述、答辩意见、抗辩理由和法律意见都将围绕诉讼请求进行。

116.2 诉讼请求以《中华人民共和国民法通则》第六章和侵犯商业秘密的损害赔偿额构成

最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第17条规定，确定《中华人民共和国反不正当竞争法》第10条规定的侵犯商业秘密行为的损害赔偿额，可以参照确定侵犯专利权的损害赔偿额的方法进行。相结合考虑。

第117条【纠纷的解决方式】

117.1 商业秘密合同纠纷的解决可以通过和解、诉讼、仲裁方式解决。

117.2 商业秘密合同纠纷发现能够和解的，应当首先采用和解方式解决。

117.3 不能和解解决的：

（1）合同中约定仲裁条款，或者发生纠纷后双方就纠纷的解决达成仲裁协议的，应当按照约定向相关仲裁机构申请仲裁。

（2）合同中没有约定仲裁条款，或者发生纠纷后双方也没有达成仲裁协议的，按照《中华人民共和国民事诉讼法》第23条、第34条的规定通过诉讼解决。

（3）最高人民法院对商业秘密纠纷的司法管辖有专门规定的，按照该规定选择司法管辖。

（4）因商业秘密权属产生纠纷的，解决方式参见本指引第七章。

（5）对于因违反《中华人民共和国反不正当竞争法》第10条第1款第（三）项而产生的纠纷，律师应当注意对商业秘密侵权法律关系与合同法律关系的竞合进行选择。

（6）适用合同纠纷法律关系的，解决方式参见本指引第八章。

（7）适用商业秘密侵权法律关系的，解决方式参见本指引第九章。

第118条【综合运用诉讼方法】

结合个案，充分考虑和采用法律允许使用的手段和措施：

118.1 慎重分析原告的诉讼请求和被告抗辩的理由、证据材料以及涉及的相关法律依据。

118.2 对方当事人可能对自己提交证据的质证意见，并准备辩驳意见。

118.3 提出不公开审理申请和证据保密申请，以避免商业秘密的二次披露。

118.4 考虑提出证据保全、财产保全、延期举证、申请证人出庭、申请专家辅助人、技术鉴定、价值评估等各种申请。

118.5 作为原告代理人，要注意诉讼请求变更的时机；作为被告的代理人，要注意是否提出管辖异议和/或反诉。

第二节管辖确定

第119条【管辖部门】

119.1 初步判断纠纷的性质，确定不同的主管部门。

（1）属于用人单位和员工之间的劳动合同纠纷，应向劳动仲裁部门申请仲裁。

（2）属于用人单位和员工及其新聘用单位之间的侵权纠纷，应向人民法院起诉；对于侵权纠纷，也可向工商行政管理部门投诉；属于平等民事主体之间的合同纠纷（不包括劳动合同），应向人民法院或者商事仲裁委员会起诉或者申请仲裁。

（3）涉嫌商业秘密犯罪的，可以向公安机关报案，也可以直接向人民法院提起刑事自诉。

119.2 员工与第三人共同侵权的，可以将员工和第三人作为共同被告直接向法院起诉。

119.3 对于因劳动者与用人单位之间的竞业限制协议引发的纠纷，如果当事人以违约为由主张权利，则属于劳动争议，依法应当通过劳动争议处理程序解决；如果当事人以侵犯商业秘密为由主张权利，则属于不正当竞争纠纷，人民法院可以依法直接予以受理。最高人民法院2010年4月发布的《最高人民法院知识产权案件年度报告》中“40. 关于依据劳动合同中的保密或竞业限制条款提起的商业秘密侵权案件的管辖”。

119.4 员工离职后违反保密合同的约定，侵犯原所在单位商业秘密的，企事业单位可以依据保密合同或合同中的保密条款，独立提起保密合同纠纷诉讼。该类案件不属劳动争议案件，不受劳动争议处理程序的限制。天津市高级人民法院2007年4月11日印发的《审理侵犯商业秘密纠纷案件研讨会纪要》第 10条。

119.5 劳动合同中如果明确约定了有关保守商业秘密的内容，由于劳动者未履行，造成用人单位商业秘密被侵害而发生劳动争议，当事人向劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，仲裁委员会应当受理，并依据有关规定和劳动合同的约定作出裁决。劳动和社会保障部办公厅1999年7月7日发布的《关于劳动争议案中涉及商业秘密侵权问题的函》（劳社厅函〔１９９９〕６９号）。

第120条【地域管辖】

120.1 侵权纠纷案件的地域管辖，可按实际情况选择在被告所在地或侵权行为地起诉，其中，侵权行为地包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。侵权行为地应当根据原告指控的侵权人的具体侵权行为来确定。

120.2 侵权行为实施地是指被告被指控实施侵权行为的地域，包括非法获取商业秘密地、非法披露商业秘密地和非法使用商业秘密地。

120.3 侵权结果发生地，应当理解为是侵权行为直接产生的结果发生地，不能以原告受到损害就认为原告所在地就是侵权结果发生地，也不能将侵权结果到达地作为侵权结果发生地，应明确“侵权结果”针对的是哪些具体的侵权行为。

120.4 合同纠纷案件的地域管辖，可按具体情况选择在被告所在地或合同履行地起诉。

120.5 权属纠纷案件的地域管辖，可按具体情况选择在被告所在地或合同履行地起诉。

120.6 劳动争议案件的地域管辖，劳动争议仲裁委员会负责管辖本区域内发生的劳动争议案件。劳动争议案件由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。

120.7 商事仲裁委员会应当由当事人协商选定，仲裁不实行级别管辖和地域管辖。

第121条【级别管辖】

121.1 在级别管辖上，商业秘密纠纷除应当由高级人民法院管辖和经最高人民法院指定具有一般知识产权民事案件管辖权的基层人民法院管辖的以外，均由中级人民法院管辖。

121.2 具有一般知识产权民事案件管辖权的基层法院的管辖标准，按照最高人民法院颁布并自2010年2月1日起施行的《基层人民法院管辖第一审知识产权民事案件标准》执行。

121.3 高级人民法院的管辖标准，按照最高人民法院颁布并自2010年2月1日起施行的《关于调整地方各级人民法院管辖第一审知识产权民事案件标准的通知》执行，即“高级人民法院管辖诉讼标的额在2亿元以上的第一审知识产权民事案件，以及诉讼标的额在1亿元以上且当事人一方住所地不在其辖区或者涉外、涉港澳台的第一审知识产权民事案件”。

121.4 劳动争议仲裁委员会负责管辖本区域内发生的劳动争议案件。劳动争议仲裁不实行级别管辖。

121.5 商事仲裁委员会应当由当事人协商选定，仲裁不实行级别管辖和地域管辖。

第122条【提出管辖权异议应注意的问题】

122.1 代理被告提出管辖权异议的，应当在提交答辩状期间提出。

122.2 为了争取更充分地了解案情和收集证据应诉，或者为了延缓实体审理，被告通常会提出管辖权异议。

122.3 代理原告选择管辖法院应当综合各类因素考虑，如：被告单一或多个、所在地域、诉讼便利、执法环境、证据保全的便利程度等。

第三节证据保全和财产保全

第123条【证据保全】

123.1 申请证据保全

申请证据保全是商业秘密纠纷案件中原告获胜的重要保障，保全的证据内容主要包括被告实施侵权行为和侵权获利的证据，具体方式可采用公证证据保全、诉前证据保全、诉中证据保全。

123.2 公证证据保全

从保护原告利益和防止证据灭失的角度来看，原告律师应当采用向公证机关申请证据保全的方式收集并固定证据。公证证据具有较强的证明力，除了有相反证据足以推翻公证证据的情形外，对经过公证的法律行为、法律事实和文书，其证据效力应当被确认。

123.3 诉前证据保全

诉前证据保全是向立案法院提出申请，并应当由法院裁定进行，因此有相应的难度。有的地方，高级人民法院的规范性文件就规定，在审理侵犯商业秘密纠纷案件中，不适用我国专利法等知识产权专门法关于诉前临时禁止措施和诉前证据保全的规定。天津市高级人民法院2007年4月11日印发的《审理侵犯商业秘密纠纷案件研讨会纪要》第 13条。但是目前部分法院对当事人的申请进行审查，认为确有必要的，可以裁定进行。

123.4 诉中证据保全

与诉前证据保全相比，诉中证据保全相对容易。但实践中通常还需要具备一定的条件，譬如原告的权利内容明确、权利来源和权利基础合法有效、侵权嫌疑较大、保全证据的内容和线索具体、当事人确实不能通过公证等方式自行获取以及提供相应的担保等。

第124条【财产保全】

124.1 律师对根据已有证据详细论证胜诉可能性较高的，且对方可能转移、隐匿资金的，要及时申请财产保全。这样，既可以保障胜诉判决的赔偿执行问题，也可以给被告施加压力，促使被告主动和解。对于制止侵权，防止权利人损失扩大并保证生效判决的顺利执行具有重要意义。

124.2 由于商业秘密纠纷案件中原告相对较低的胜诉率，该类案件的财产保全申请被准许的难度也相应增加很多，因此，原告应尽力提供各方面能证明自己胜诉可能性和保全必要性的证据。

124.3 法院采取财产保全会严格按照民事诉讼法的有关规定慎重进行。在采取财产保全措施前，会严格审查当事人是否提出了财产保全的申请并提供了可靠的、足够的担保；申请人享有的商业秘密是否具有稳定的法律效力；被申请人的侵权事实是否明显；保全的范围是否合理，保全的方式是否适当，被申请人是否有偿付能力等。对于不必要保全的，或者保全结果会给被申请人的合法权益造成无法挽回的重大损失的，人民法院不会采取财产保全措施。

124.4 为了财产保全的有效性和及时性，在起诉之前或者立案同时提出财产保全申请为宜。

第四节鉴定与评估

第125条【鉴定机构】

125.1 有关商业秘密的专业鉴定，属于知识产权司法鉴定，应当委托列入鉴定人名册的鉴定人进行鉴定，而且要求鉴定机构和人员必须取得知识产权司法鉴定资质，而不能是社会上一般的行业协会或组织。

125.2 人民法院同意当事人的鉴定申请的，通常应由当事人协商确定有鉴定资质的机构和人员，协商不成的，由人民法院指定，并通知当事人在合理的期限内对鉴定机构、鉴定人员的资格或者是否申请回避等事项提出意见。

第126条【鉴定内容】

126.1 一般是针对涉案的信息进行鉴定，包括非公知性鉴定和同一性鉴定两个部分。当事人应当明确鉴定的对象及其范围，主要包含权利人所称被侵权商业秘密是否不为公众所知悉，被侵权人使用的信息与权利人商业秘密是否相同或实质性相同等。

126.2 人民法院只能就专业技术事实和专业经营事实提出鉴定委托，权利人的技术信息、经营信息是否构成商业秘密，被诉侵权人是否侵权等是法律问题，不属于委托鉴定的范围，应由人民法院根据相应证据作出判定。

第127条【鉴定材料的提交、选定、移送和固定】

127.1 商业秘密的鉴定材料是鉴定活动赖以开展的物质基础，其提交、选定、移送和固定至关重要，如果鉴定材料不提交、不完整、不真实、不充分，或者在移送中损毁、灭失抑或被调换，鉴定结论可能不被认定。

127.2 当事人应在指定限期内提交完整的资料供鉴定使用，否则，应承担鉴定结论对其不利的后果。

127.3 诉讼中法院委托鉴定的，应当按照证据的实质审查原则组织双方当事人对鉴定材料的关联性、真实性及合法性进行审查，并对当事人双方的意见制作笔录以确认鉴定材料真实、完整。

127.4 鉴定机构接受人民法院的委托，对诉讼中有争议的技术问题进行鉴定时，应以双方当事人经过庭审质证的真实、合法、有效的证据材料作为鉴定依据。依据未经双方当事人质证或者核对的证据材料所作出的鉴定结论，不是合法有效的证据，不能作为认定案件事实的依据。

对于鉴定材料的移送和固定，可以建议法院在鉴定材料质证合格后当面封存，并让双方当事人在笔录上签名或盖章，以及在鉴定材料封口处签名。

第128条【对鉴定报告的质证和采信问题】

128.1 鉴定报告要经过当事人质证才能作为定案依据。

128.2 对鉴定报告的质证和采信，关键是鉴定人出庭问题，律师应主动申请法院通知鉴定机构派员出庭接受质询，鉴定人也应当出庭接受当事人质询。律师应主动申请具有专门知识的人出庭协助质证。

第129条【评估机构】

商业秘密价值评估属于专业鉴定的一种，应当委托具有资质的鉴定人进行评估，而且要求鉴定机构和人员必须取得评估需要的资格。

第130条【评估内容】

商业秘密评估的内容通常涉及两项：一项是被侵害商业秘密的价值评估，另一项是被侵害商业秘密由于侵权而导致的价值损失评估，也就是权利人的损失。

第131条【评估方法】

商业秘密的评估方法主要包括：收益现值法、重置成本法、现行市价法和清算价格法，评估机构和评估人员应当根据商业秘密资产的有关情况进行恰当选择。

第五节开庭准备

第132条【申请不公开审理】

为了防止诉讼中造成商业秘密的二次披露，在诉讼中涉及己方的商业秘密，无论是原告还是被告，都应及时申请法院不公开审理，但商业秘密已经被披露的除外。

第133条【提出保密申请】

及时申请法院告知对方承担保密义务。具体形式可以是法院记入笔录，由诉讼参与人签字，或者由诉讼参与人签署承担保密责任的承诺书等书面文件。

及时向法院申请对相关证据保密。具体形式可以是裁判文书中不披露商业秘密实质性内容、卷宗标注密级、保密证据归入副卷等。

第134条【申请专家辅助人出庭】

对于涉及专业技术或经营信息中专业性较强的问题，当事人可以申请一至两名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。此类专业人员不属于事实证人，其所作的说明属于技术性解释。出庭的专家辅助人之间以及其与当事人、鉴定人之间，可以相互询问。

第六节庭审

第135条【确定争议焦点】

135.1 根据起诉状和答辩状，可以概括出纠纷的争议焦点，法庭一般也会在庭审调查开始前归纳案件的争议焦点。

135.2 代理人认为争议焦点有偏差或者遗漏的，应当及时提出。

第136条【举证】

136.1 无论是原告还是被告，对自己的主张或抗辩事实，都要用提交证据证明。

136.2 举证应当按照法庭的要求在举证期限内完成：

（1）举证期限可以由当事人协商一致，并经人民法院认可。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第33条。

（2）由人民法院指定举证期限的，指定的举证期限不得少于30日，自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第33条。

136.3 收到对方当事人的证据后，向法庭申请提交反驳证据。

第137条【质证】

137.1 质证时，当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性，针对证据证明力有无以及证明力大小，进行质疑、说明与辩驳。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第50条。

137.2 对于证据的来源、证明事实和证明对象等对方未表达清楚的问题，可以向法庭提出或者经法庭同意向对方发问。

第138条【代理意见陈述】

律师的代理意见应当以法律意见为主，并要结合庭审事实进行。对于庭审未予以确认的重要事实和重要的证据有必要进行说明和重述时，应当以证据运用为主，而不是对事实的再陈述。

第七章

商业秘密合同纠纷法律业务

第一节合同诉讼要点

第139条【商业秘密合同纠纷种类】

本章涉及的商业秘密合同纠纷体现为以下形式：

139.1 就商业秘密签订的专项合同或者协议，不限于就商业秘密保密，技术开发、转让（让与），技术服务或咨询、使用许可，投资入股等专门合同或协议的履行产生的纠纷。

139.2 就约定有商业秘密保密义务条款的合同或者协议，比如：竞业限制、技术转让或者实施许可、技术服务与咨询、出资或股权转让、买卖、加工承揽、劳动合同等形式签订的合同或者协议的履行产生的纠纷。

第140条【司法管辖的选择】

140.1 除适用《中华人民共和国民事诉讼法》第23条、第24条规定之外，律师应当特别注意以下情形的司法管辖：

140.1.1 针对商业秘密的技术开发、转让或者使用许可、技术服务、咨询、培训等签订的专项合同或协议，或者在其他合同中双方对技术信息的技术开发、转让或者使用许可、技术服务与咨询发生的法律关系属于技术合同法律关系，该类合同纠纷应当由中级人民法院或者各地高级人民法院经批准指定的基层法院管辖（一般为具有审理知识产权纠纷职能的法院）。

140.1.2 就约定有商业秘密保密义务条款的合同或协议产生的纠纷，如果双方争议的为商业秘密法律关系，也应当按照本条选择司法管辖。

140.2 由于部分商业秘密纠纷可能表现为侵权与违约法律关系的竞合《中华人民共和国反不正当竞争法》第10条第（三）项。，因此，律师对此应当根据实际需要进行案情分析，确定法律关系，选择管辖法院。

140.3 合同或协议约定仲裁条款，或者事后达成仲裁协议的，由约定仲裁机构管辖。

第141条【技术鉴定和专家辅助人】

141.1 在商业秘密合同纠纷解决过程中，当涉及的技术信息专业性强，或者难以被法官或仲裁员理解时，律师可以考虑依据《中华人民共和国民事诉讼法》第76条、第79条的规定，向法院申请技术鉴定或者专家辅助人。

商业秘密纠纷中涉及的司法鉴定程序，参见本指引第六章第四节。

141.2 律师应当注意，一方当事人单独委托司法鉴定机构作出的鉴定意见书，可能受到对方更多的质疑，法庭会考虑采信、重新鉴定或者不采信。

141.3 法院委托司法鉴定机构作出的鉴定意见书，经过双方当庭的质证，一般会考虑予以采信。

第142条【鉴定意见的质证】

142.1 无论当事人单独委托还是法院委托司法鉴定，鉴定意见书均需要经过法庭质证。

142.2 一般情况下，律师可以从以下几个方面进行分析并提出质证意见：

（1）鉴定机构、鉴定人是否具有相应的知识产权司法鉴定资质；

（2）鉴定机构是否存在《司法鉴定程序通则》第16条规定的不得受理的情形；

（3）司法鉴定人是否存在应当回避的情形；

（4）鉴定人是否具有与争议技术信息相关的专业知识背景或者从业经历；

（5）鉴定报告中对于争议的技术信息以及用于比对的公知信息的描述与理解是否准确、是否符合或违背该领域的科学知识、行业规范或者该领域的一般常识；

（6）送检材料是否适当、完整；

（7）鉴定方法是否科学、准确等。

第143条【诉讼时效】

与侵权诉讼不同，在分析商业秘密合同纠纷案情时，律师应当充分注意诉讼时效问题，可以根据个案从以下方面进行分析：

（1）约定的合同履行期限；

（2）约定的履行义务行为和时间，不履行义务的后果的时间；

（3）一方实际履行（未履行）义务的行为及时间；

（4）一方知道或应当知道违约行为发生的时间；

（5）是否存在能够导致诉讼时效中止或中断的行为情由。

第144条【诉争合同或争议条款的无效、解除、变更和撤销】

144.1 律师应当首先审查诉争合同或争议条款的法律效力，以及合同签订和履行过程中是否发生或者具有法定无效、解除、变更或撤销的事由，作出合同纠纷诉讼的初步判断。

144.2 诉争合同或争议条款的无效

无效的理由应当依照《中华人民共和国合同法》第52条、第329条以及最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条的规定进行判断。

144.3 诉争合同的解除

144.3.1 诉争合同的履行发生《中华人民共和国合同法》第94条规定的情形时，可以解除或者请求法院解除合同。

144.3.2 作为争议合同标的技术已经被他人公开的，可以解除合同或者请求法院解除诉争合同。《中华人民共和国合同法》第337条。

144.3.3 技术合同一方当事人延迟履行主要债务，经催告后仍未履行的，权利人可以请求法院解除诉争合同。最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第15条。

144.3.4 行使解除请求权的，履行合同一方当事人应当注意事先向债务人进行催告，以满足法定解除条件。

144.4 诉争合同的撤销或者变更

当一方当事人具有最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条规定的行为时，另一方当事人可以要求法院撤销或者变更诉争合同。

第二节作为原告代理人

第145条【诉讼主体资格审查】

145.1 一般情况下，原告应当是商业秘密合同中的签约主体。但是，在合同签订或者履行过程中，合同签约主体与原告不一致时，律师应当对原告的适格身份加以审查和证明。

145.2 当签约主体一方或者双方为非独立民事主体时，律师应当调查该签约主体的实际归属机构最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第7条。，并提供相应的证据材料。

145.2.1 原告同意签约主体签订合同的授权委托书、原告与签约主体就该合同的签约与履行所签署的协议、与此相关的内部管理文件等。

145.2.2 签约主体与原告之隶属关系证明［原告的企业法人营业执照、事业单位批准文件，企业（事业单位）代码证、税务登记证、原告与签约主体签订的劳动合同、任职聘书、组织人事关系证明、工资关系证明等］。

145.2.3 原告是合同权利、义务的实际承受和履行人（合同履行过程所需要的各项必要条件的实际提供者（所有人），资金（研究经费）的收受人或支付人（资金往来凭证），与资金往来对应的票据的出具人。

145.2.4 合同履行过程中必要的厂房、设备、场地、人员、原材料以及不对外公开技术资料的所有人（权利主体）的证明。

145.3 签约主体与权利主体名称不一致的，律师应当从以下几个方面证明原告应当为适格的诉讼主体：

145.3.1 工商行政主管部门或者上级主管部门出具的主体名称变更登记证明文件。

145.3.2 企业章程或合同对企业名称的变更的约定，相应的股东会或董事会决议。

145.3.3 变更名称后权利主体履行合同的证明。

145.3.4 被告知道原告为权利主体，并对原告实际履行合同义务的证据。

145.3.5 签约主体因发生合并而与权利主体不一致时，原告应当证明自己为签约主体合同义务的承受人，并为此提交并购法律文件，与此相对应的签约主体股东会或董事会决议，签约主体对应的工商变更登记证明文件。

145.3.6 签约主体注销由原股东或出资者作为权利主体的，应当提交签约主体的股东会或者董事会就清算事宜作出的决议、清算报告、签约主体企业章程、工商注销登记证明文件等。

第146条【分析案情】

146.1 律师应当对合同产生的背景、合同的内容及其履行的真实情况进行充分的了解。

146.2 合同签约的背景、合同双方的基本情况、合同的内容，合同的实际履行情况、合同履行中出现的问题与解决等。

146.3 对技术合同中涉及的专业技术知识，可以自己的认知能力尽可能进行了解和理解，必要时可以由专业技术人员进行讲解。

146.4 对纠纷解决方式、管辖的选择、诉讼时效、法律关系及法律适用等进行初步预判，对产生法律关系竞合的情形进行选择。

146.5 对诉讼过程中可能发生的特殊程序进行预判，通过对技术（经营）信息的了解，对申请司法鉴定或者财务审计的必要性和提出申请的时机进行分析和准备。

146.6 可能发生司法鉴定事宜的，应当事先对司法鉴定机构及其鉴定程序有所了解。

146.7 准备适用的法律规范，搜集并参考类似的案例。

146.8 收集、准备证据，拟制法律文书等。

第147条【证据准备】

147.1 证据不限于以下形式和内容，但应当符合法律的规定：

（1）双方的主体资格证明文件（略）；

（2）诉争的商业秘密合同及其附件，或者争议双方存在争议法律关系的证明文件；

（3）原告履行合同义务，被告不履行合同义务或者履行义务不符合约定的证据；

（4）双方在履行诉争合同过程中产生的往来文书（文件、传真、电子邮件等）、上述文书送达的证明；

（5）履行过程中发生的对应资金往来（支付）凭证、票据，实物（技术文件或技术成果）交付及送达的证明；

（6）对于技术合同还应当包括与约定验收标准对应的技术文件、验收报告、鉴定或者检测报告、使用报告或者实物；

（7）与上述证据相对应的补强证据；

（8）损失证据：

（1）不限于各项研发成本费用的支付、支出凭证。

（2）损失的评估或审计报告。

（3）对于技术开发合同而言，不限于研发资金的投入或者技术开发费用的支付损失。

（4）对于技术秘密的转让（让与）许可使用而言，损失可以为因延迟支付约定许可使用费的利息损失，或者已经支付的许可使用费及其利息损失。

（5）对于《中华人民共和国反不正当竞争法》第10条第1款第（三）项规定的行为而言，赔偿损失的证据可以参照本指引第八章的相关内容举证。

（6）当技术（经营）信息为单位有形载体的一部分时，应当合理确定该技术（经营）信息在该有形载体整体价值中的占比确定其价值，并以此作为评估损失的基础。

147.2 全部证据都应当得到证据原件的支持。

147.3 原告确实不能提供证据原件的，应当在质证或者庭审阶段争取得到被告的认可。

147.4 原告知道证据原件所在但不能取得的，应当及时依法向法院提出调取证据申请，由法院调取或核实。

147.5 证据原件在被告处的，应当向法院提出，并说明理由，要求被告提供，争取实现该证据的举证责任的转移。

147.6 在收集证据过程中，应当注意该证据的构成应当对待证事实形成完整的证据锁链。

第148条【确定诉讼请求】

诉讼请求可以包括以下之一种或一种以上：

（1）请求判令被告履行诉争合同义务，或者按照约定支付费用；

（2）请求判令解除（变更、撤销）诉争合同；

（3）请求被告停止使用技术信息或技术成果，返还技术资料；

（4）请求判令诉争合同无效或者部分无效；

（5）请求依法判令被告支付约定违约金或者赔偿损失；

（6）赔偿合理的调查、律师费用；

（7）各项诉讼费用的承担。

第149条【确定被告】

149.1 被告应当为合同签约的相对方，当签约主体发生变更时，应当以变更后的主体为被告。

149.2 当签约主体不具有民事行为能力时，应当以其出资人、设立人或者所归属的上一级单位为被告或者共同被告。

第150条【准备诉状】

150.1 民事诉状应当包括双方当事人的基本信息、案由、诉讼请求、事实与理由。

150.1.1 双方当事人的基本信息应当与当事人依法注册信息相一致。

150.1.2 案由以法院设定的案由为准。

150.1.3 诉讼请求应当明确、具体。

150.1.4 事实与理由部分应当包括以下内容：

（1）争议双方的主体身份和基本情况介绍；

（2）双方合作的基本事实及其诉争合同的效力；

（3）争议涉及的具体条款；

（4）原告履行义务的情况；

（5）被告不履行义务或者履行义务不符合约定的基本事实；

（6）被告的上述行为给原告造成法律后果的事实；

（7）与争议有关的法律规定；

（8）结合法律对被告违约行为及其应当承担违约责任的分析；

（9）总结或归纳原告的观点和请求。

第151条【原告举证】

151.1 应当按照诉状列举的事实与理由，顺序列明证据目录。证据目录应当包括证据序号、证据名称、证据形式、证据来源、证据的页数、证据页码、证据拟证明的事实。

151.2 律师应当特别注意证据的举证期限，争取在该举证期限内完成举证。在举证期限内不能完成举证的，应当及时向法院提出延期举证申请。

151.3 对举证困难或者难以举证的，应当及时向法院提出书面调取证据申请。

151.4 交换证据或者开庭审理时，被告提出相反证据的，原告发现应当进行调查核实的，应当及时向法院提出质证意见，要求针对该证据的举证期限，并在期限内完成举证。

第三节作为被告代理人

第152条【诉讼主体资格审查】

律师应当审查原告诉讼主体是否适格，是否为诉争权利主体，对于不符合法律规定的，应当在答辩状中提出异议。

参见本章第145条。

第153条【了解案情】

153.1 律师应当认真阅读和理解原告起诉状提出的诉讼请求、事实和理由及证据，核实双方是否存在原告主张的法律关系，原告主张和列举的违约行为是否符合事实；原告适用法律是否准确。

153.2 律师应当针对原告所列举的事实与理由，向当事人了解实际情况，向相关联的人员和机构进行必要的调查。

153.3 必要时，律师应当请当事人详细介绍与讲解涉及的技术（经营）信息，学习与了解必要的专业知识。

153.4 律师应当特别注意与上述事实相关联的管辖异议、诉讼时效等诉讼权利的运用。

第154条【管辖异议】

154.1 被告应诉首先应当审查纠纷解决管辖机构的合法性。

154.2 仲裁机构受理的，应当审查诉争合同是否列有仲裁条款或者双方达成了仲裁协议，该仲裁约定是否明确、规范，该仲裁机构是否与约定相符。

对于仲裁约定不明确、不规范或者受理的仲裁机构与约定不符的，应当在答辩期内及时提出管辖权异议。

154.3 法院受理的，应当审查受理法院是否具有司法管辖权。发现有无权管辖情形的，应当及时在答辩期内提出管辖异议申请。

参见本章第140条。

第155条【证据准备与质证】

被告的举证，参见本指引第147条。

155.1 被告律师应当本着主动举证、充分举证的原则准备证据，而不应当仅仅停留在对原告证据的否认与反驳上。

155.2 律师应当逐项核实证据的真实性、合法性及其与争议事实的关联性，并作出笔录；对于与事实不符的进行核实，并提出相反证据。

155.3 认为原告所述与事实不符的，应当举证证明。在否认与反驳原告证据的基础上，通过提交相反证据对抗、反驳原告的主张，以争取法官的支持。

155.4 对原告的证据准备完整的书面质证意见。

155.5 被告举证的，应当准备证据目录。

第156条【答辩】

156.1 被告及时提出答辩意见，将有助于法官在开庭前对纠纷进行全面的了解，有助于引导法官准确确定争议焦点，因此律师应当对答辩予以充分的重视。

156.2 答辩状应当分别针对起诉状的内容，逐一进行简单陈述，阐述观点和简单理由，并附必要的证据。详细的抗辩理由可以在开庭审理中结合事实与证据进行全面陈述。

第157条【诉讼时效抗辩】

157.1 被告律师应当针对所调查了解的案情事实，结合法律和证据判断原告的权利主张是否超出法定诉讼时效。对于超出诉讼时效规定的，应当明确作出拒绝履行相应的义务的意思表示，并要求审理法院对原告的权利主张不予支持。

157.2 被告应当对原告权利主张超过诉讼时效的事实承担举证责任。

参见本指引第143条。

157.3 针对诉争合同的约定，对原告主张权利的时间节点、被告履行义务期限、原告实际主张权利的时间等提供证据。

第158条【抗辩】

158.1 被告可以在充分了解案情事实，认证分析原告证据的基础上，在真实性、合法性、关联性等方面对原告的证据提出质证意见，说明原告的证据不能证明待证事实的理由，进而提出原告未尽到举证责任的主张。

158.2 针对原告的证据，被告可以通过提出相反的证据予以否定。

158.3 律师可以结合事实与法律认真分析原告证据的每一个环节，在证据链中寻找薄弱部分进行重点陈述并举证，断开原告的证据链。

第159条【合同（条款）效力抗辩】

效力抗辩，参见本章第144条。

159.1 对于原告主张的权利，被告应当对诉争合同或者诉争合同条款是否属于法定无效、可撤销或解除的事由进行判断。

159.2 诉争合同或者诉争合同条款应当无效、可撤销或解除的，律师应当对诉争合同或者诉争合同条款的无效将对本方产生的现实和长远影响，是否会对本方实现合同目的具有不良影响或者不利后果进行综合评估，慎重提出意见。

159.3 诉争合同属于无效、可撤销或解除的法定情由，且原告对于该项权利的实现将对本方产生不利影响或不利后果的，可以提出诉争合同或诉争条款无效、可撤销或解除的主张。

159.4 律师应当结合事实与法律进行分析与陈述，说明争议条款属于哪些法定情由，并为此举出相应的证据。

第160条【商业秘密构成抗辩】

160.1 商业秘密所指向的技术（经营）信息应当具有秘密性。因此，商业秘密合同所涉及的技术（经营）信息是否已经被公开与商业秘密合同纠纷的合理解决密切相关，也是被告维护本方权利的一个重要的抗辩手段。

160.2 一般情况下，被告律师可以参照本指引第八章进行商业秘密构成抗辩，主张诉争合同涉及的技术（经营）信息已经不具有秘密性，进而对抗原告的权利主张。

160.3 诉争合同涉及的技术（经营）信息已经为他人所公开的，合同的继续履行没有意义的，要求解除合同，并要求原告赔偿损失。《中华人民共和国合同法》第337条。

160.4 原告将现有技术成果作为技术开发标的与被告订立技术开发合同并收取研究开发费用，或者就同一研究开发课题先后与两个或者两个以上的委托人分别订立委托开发合同重复收取研究开发费用的，可以请求法院变更或者撤销合同，并要求原告赔偿损失。最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条。但当事人应当提供证据：

160.4.1 该证据可以是第三方出具的检索报告及其文献或者是当事人检索到的对比文件，也可以是原告就相同技术（经营）信息的研究开发与他人签订的技术合同。

160.4.2 文献或对比文件至迟应当在诉争技术合同的技术（经营）信息交付日或签订日之前已经出版。

160.4.3 同一研究开发课题与他人订立委托开发合同重复收取研究开发费用的，该技术合同的签订日期可以在讼争合同签订之前乃至履行期间内。

160.4.4 根据本指引第160.5款进行抗辩的文献、对比文件或者原告与他人签订的合同所涉及的技术（经营）信息，应当与诉争合同的技术（经营）信息相同或者等同。

160.5 律师应当与当事人的专业技术人员进行充分讨论，以了解和掌握在先技术（经营）信息与诉争合同涉及技术信息的异同，并用通俗的语言向法官进行解释，必要时可以通过图表进行对比。

160.6 律师不能充分掌握上述信息并进行对比时，可以同时由当事人委托专业技术人员作为诉讼代理人之一参加诉讼或仲裁，向法庭进行解释和对比。

160.7 证据、图表及其解释不能使法官充分理解，或者法官不能据此作出判断，且原告对此持有异议时，可以主动要求对于上述技术（经营）信息的同一性进行司法鉴定。

第161条【不违约抗辩】

不违约抗辩，可以包括以下主要理由：

161.1 合同义务已经履行；

161.2 对于义务的履行约定不明的部分，按照双方通常的交易习惯或者往来举证说明，也可以按照本行业通常的惯例举证说明。

161.3 对产品质量或者技术成果的标准、价款、合同履行地点、履行期限、履行方式、费用的负担约定不明确的，可以根据《中华人民共和国合同法》第62条的规定举证并说明理由。

161.4 对价款、报酬和使用费的支付没有约定或者约定不明确的，可以根据以下事实之一进行充分说明与举证

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第14条。：

161.4.1 对于技术开发合同和转让许可使用合同，技术成果的研究开发成本；

161.4.2 该技术成果创造性的难度；

161.4.3 实施转化和应用的程度；

161.4.4 当事人享有的权益和承担的责任的轻重与复杂程度；

161.4.5 实施该技术成果可以产生的经济效益等。

161.5 对于技术咨询合同和技术服务合同，根据有关咨询服务工作的技术含量、质量和数量，以及已经产生和预期产生的经济效益等合理确定。

161.6 迟延履行义务：

161.6.1 迟延履行义务的客观原因：不可抗力；国家政策的变化；市场条件的变动；迟延履行符合科学规律或者具有科学依据；第三方的违约或者迟延履行等。

161.6.2 义务的迟延履行符合合同约定的条件、不违反法律规范或者合同的约定、由于对方原因导致的、得到对方许可等。

161.6.3 原告因此要求解除合同的，原告是否已经履行催告义务。

161.7 未履行义务或者履行义务不符合约定。

161.8 合同或者争议条款是否有效。

161.9 合同是否可撤销、变更或解除。

161.10 违约原因是由于原告的行为导致的。

161.12 原告未履行交付或者给付义务导致的。

161.13 原告承担的其他义务未履行导致的。

161.14 按照约定，原告应当首先履行义务而尚未履行的。

161.15 原告的其他行为。

第162条【反诉】

162.1 当案情具有可以提出反诉的事由，通过反诉可以减轻或者抵消本诉的违约责任时，被告可以提出反诉。

162.2 反诉依据的事实和理由可以是以下情由：

162.2.1 原告技术成果未交付、未按时交付、交付的技术成果不符合约定的；

162.2.2 原告具有其他合同义务的违约行为，并与被告受到的损失或者因此发生的违约行为具有因果关系，导致被告可能因此承担违约责任的；

162.2.3 由于原告的行为导致诉争合同被无效、撤销、变更或解除，被告因此受到损害的；

162.2.4 其他理由，参见本章其他部分。

第163条【违约金或者赔偿损失抗辩】

163.1 律师应当审查原告主张的违约金或者赔偿请求是否符合约定，请求形式是否符合法律规定。主张不符合约定或法定形式的，应当提出异议。

163.2 合同没有约定的，该主张是否符合法律、法规或司法解释的规定。

163.3 应当注意的是，纠纷涉及的技术信息或者经营信息可能仅仅为合同约定的技术成果的一部分。在此情况下，应当充分考虑该技术信息或者经营信息在约定技术成果中的占比，按照该占比确定赔偿数额。

第八章

商业秘密侵权诉讼法律业务

第一节侵权诉讼的要点

第164条【侵犯商业秘密的行为种类】

164.1 《反不正当竞争法》列举的侵犯商业秘密的行为有：

（1）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；

（2）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；

（3）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。

（4）第三人明知或者应知前款所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。

164.2 侵犯他人商业秘密的行为，可能是上述违法获取行为、违法披露行为、违法使用行为、违法允许他人使用行为中的一种，也可能是其中的两种或两种以上。

第165条【不正当手段获取】

165.1 获取他人商业秘密的不正当手段包括盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段。

所谓其他不正当手段除了前述三种手段之外的，其他没有法律依据和/或合同依据的手段，如骗取、抢夺、商业间谍等均属于不正当手段。

165.2 以不正当手段获取他人商业秘密的行为本身就构成侵权，而不论行为人获取他人的商业秘密后是否披露或者使用。这种侵权行为的显著特点是其手段的不正当性。这种行为使权利人的商业秘密处于危险之中。

165.3 行为主体可以是单位也可以是员工，可以是单位内部员工，也可以是外部人员，还可以是内、外人员的共同行为。

第166条【保密约定和保密要求】

166.1 保密约定和保密要求，使知悉他人商业秘密的义务人产生保守他人商业秘密的义务，同时还构成商业秘密构成要件中的保密措施。

166.1.1 保密约定是指权利人与义务人之间关于保守商业秘密的约定。

166.1.2 保密要求是指权利人单方要求义务人保守商业秘密的要求。

166.1.3 保密约定和保密要求的相对人可以是与权利人有业务关系的单位和个人，也可以是权利人的员工。与权利人有业务关系的单位和个人包括但不限于：

（1）与权利人生产经营活动有直接业务关系的单位和个人，如供货商、代理商、加工商、银行、技术服务提供商等；

（2）为权利人提供某种服务的外部人员，如经营顾问、律师、注册会计师等；

（3）商业秘密的被许可方；

（4）权利人以商业秘密作为投资的合作伙伴。

166.2 保密义务的产生可以来源于保密约定或权利人的保密要求，也可以来源于法定的保密义务。

第167条【违法披露他人的商业秘密】

167.1 违法披露获取的商业秘密是指侵权人违反保密义务,将权利人的商业秘密向他人公开，包括：

（1）告知特定的第三人，使商业秘密为该特定第三人知悉。无论该第三人是否继续向其他人披露，是否使用了权利人的商业秘密，都不影响披露人侵权的构成。

（2）向特定的部分人披露，指侵权人在私下场合谈论他人的商业秘密，或在特定人员参加的会议上披露他人的商业秘密。其结果虽未达到使他人的商业秘密为社会公众所知悉的程度，但已难以控制其继续扩散和为他人所使用。

（3）向社会公开，指侵权人通过信息媒体如报纸、杂志、广播、电视等向社会传播，或在公众场所将商业秘密公之于众。这种公开的后果破坏了商业秘密的秘密性，使其进入公知领域。

167.2 保密义务的产生可以来源于保密约定或权利人的保密要求，也可以来源于法定的保密义务。

第168条【违法使用或许可他人使用】

168.1 违法使用或许可他人使用商业秘密的行为，包括：

（1）违法获取他人商业秘密后，自己使用；

（2）违法获取他人商业秘密后，允许他人使用；

（3）合法获取他人商业秘密后，未经授权自行使用或者超出权利人许可的范围使用；

（4）合法获取他人商业秘密后，未经权利人授权，许可他人使用。

168.2 侵权人将获取的商业秘密提供给他人使用，不论是有偿还是无偿，均不影响侵权的构成。

168.3 违法使用或许可他人使用商业秘密的具体方式，包括但不限于将他人的商业秘密直接用于生产经营活动，如用于生产产品、制订销售计划、进行经营管理等；将他人的商业秘密间接用于生产经营目的，如用于员工培训，在他人商业秘密基础上研发新的产品、制定新的营销策略等。

第169条【第三人侵权】

169.1 第三人虽未直接从权利人处获取商业秘密，但如果明知或者应知他人侵犯商业秘密，而从该侵权人处获取、披露或者使用商业秘密，视为侵犯商业秘密。

169.2 第三人构成侵权，在主观上以明知或应知为前提。

169.3 第三人侵权一般为共同侵权行为。

第170条【证明侵权行为的基本证据】

170.1 证明侵权行为的证据是指证明被告非法获取、披露、使用权利人商业秘密行为的证据。

170.2 “接触加相似”原则，在民事诉讼中原告要证明被告占有、披露、使用的商业信息是来源于原告的商业秘密，通常采用“接触+相似-合法来源”的证明法初步证明，被告占有、披露、使用的商业信息系来源于原告的商业秘密，且具有同一性。即：

（1）证明被告曾经接触过原告的商业秘密，例如被告曾是原告商业秘密的开发者、资料保管者、原告商业秘密的被许可使用者；或者被告有条件或有机会接触原告的商业秘密，例如被告曾是原告单位的技术管理人员、被告曾参观原告的生产线等；

（2）被告拥有的商业信息与原告的商业秘密相同或者近似。

170.3 如果被告商业信息的载体或使用该商业信息所产生的成果（如产品、后续开展的软件）本身，就可证明该商业信息是原告的商业秘密（比如图纸有原告的印章，内容中有原告特有的标记、水印等），则不必证明被告接触或可能接触了原告的商业秘密。

第171条【赔偿依据和基本证据】

171.1 侵犯商业秘密行为的损害赔偿额，可以参照确定侵犯专利权的损害赔偿额的方法进行。最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第17条第1款。

171.2 可以根据权利人的请求，按照权利人因被侵权所受到的损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定赔偿数额：

（1）权利人因被侵权所受到的损失，可以根据权利人的产品因侵权所造成销售量减少的总数乘以每件产品的合理利润所得之积计算。权利人销售量减少的总数难以确定的，侵权产品在市场上销售的总数乘以每件产品的合理利润所得之积，可以视为权利人因被侵权所受到的损失。

（2）侵权人因侵权所获得的利益，可以根据该侵权产品在市场上销售的总数乘以每件侵权产品的合理利润所得之积计算。侵权人因侵权所获得的利益一般按照侵权人的营业利润计算，对于完全以侵权为业的侵权人，可以按照销售利润计算。

（3）原告应当提供相关的证据，如原、被告双方的年产量、利润率、侵权前后损失情况对比、双方的年报表以及纳税情况。

171.3 按照许可使用费合理倍数计算。

被侵权人的损失或者侵权人获得的利益难以确定，有许可使用费可以参照的，根据商业秘密的具体内容，侵权人侵权的性质和情节，许可使用费的数额，该商业秘密许可的性质、范围、时间等因素，参照该商业秘密许可使用费的1—3倍合理确定赔偿数额。

原告应提供可供参照的许可合同、许可使用费的支付凭证等证据。

171.4 没有许可使用费可以参照或者许可使用费明显不合理的，可以根据商业秘密的具体内容、侵权人侵权的性质和情节等因素，参照《中华人民共和国专利法》的规定，在人民币1万元以上、100万元以下确定赔偿数额。

171.5 因侵权行为导致商业秘密已为公众所知悉的，应当根据该项商业秘密的商业价值确定损害赔偿额。

商业秘密的商业价值，根据其研究开发成本、实施该项商业秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素确定。最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第17条第2款。

原告应提供研制、开发该商业秘密的费用、该商业秘密价值的评估报告等证据。

第172条【确定商业秘密点】

172.1 无论是技术信息还是经营信息，作为权利人主张权利时，都应当明确指出商业秘密的“秘密点”，即区别于公知信息的具体的信息内容，而不能笼统地说某项技术或者某份资料是商业秘密，也不能说某项产品是商业秘密，商业秘密是指信息，产品可能构成商业秘密的载体，但其本身并非商业秘密。

172.2 商业秘密的秘密点可能是完整信息中的某一项或某几项局部信息，如产品的装配公差、某一关键零部件的加工方法；也可能是已知信息的组合,即完整信息中的所有局部信息单独来看，都不具有秘密性，而其秘密点恰恰在于这些已知信息的组合，如用已知的产品部件装配出新的产品。

172.3 特别提示：能否证明商业秘密的秘密点是决定原告是否胜诉的关键，如果不能举证证明秘密点，可以考虑选择“合同之诉”（违反保密协议）、“侵犯著作权”（如果诉称的商业秘密构成版权）、“不正当竞争”等案由。

第173条【临时措施与保全】

173.1 在涉及知识产权诉讼的法律和司法解释中，专利、商标和著作权诉讼，均规定了诉前禁令的临时措施。但因商业秘密本身的不确定性，在有关反不正当竞争（包括商业秘密）的法律和司法解释中，没有临时措施的内容。

173.2 有关证据保全与财产保全，请参照本指引第六章。

第二节作为原告代理人

第174条【分析事实和采取补救措施】

对基本的案件事实进行分析，包括审查基本的证据，确定商业秘密是否成立，侵权行为是否构成。同时就技术秘密泄密，具备专利申请条件的，建议原告及时进行专利申请或及时采取其他补救措施，避免损失的进一步扩大。

具体参见本指引第六章。

第175条【分析选择违约之诉还是侵权之诉】

被告的行为构成违约与侵权的竞合，应从举证的难易、管辖、赔偿数额等方面综合分析，确定选择违约之诉或侵权之诉。

第176条【确定诉讼请求】

在分析案情、掌握证据的前提下，具体提出以下诉讼请求：

176.1 停止侵害，包括：

（1）要求被告停止披露商业秘密；

（2）要求被告停止使用商业秘密；

（3）要求侵权人停止其他侵权行为；

（4）要求侵权人将载有商业秘密的载体返还或销毁。

176.2 赔偿损失。

176.3 根据个案的具体情况，还可以考虑请求：消除影响，排除妨碍。

第177条【原告资格审查】

177.1 商业秘密自主研发取得的权利人可以提起诉讼。

177.2 商业秘密独占使用许可合同的被许可人可以单独提起诉讼。

排他使用许可合同的被许可人和所有人可以共同提起诉讼，或者在所有人不起诉的情况下，自行提起诉讼。

普通使用许可合同的被许可人可以和所有人共同提起诉讼，或者经所有人书面授权，单独提起诉讼。

第178条【确定被告】

178.1 在侵权人为单一主体的情况下，不存在选择确定被告的问题。

178.2 在非法获得商业秘密和非法使用商业秘密的侵权人不同的情况下，通常将共同侵权人列为共同被告，只有在某种特殊的情况下，才将其中之一列为被告，比如一方下落不明。

178.3 商业秘密案件多数与员工跳槽有关。负有保密义务的员工，受聘于与原单位有竞争关系的企业，或设立新的企业，将原企业的商业秘密为新企业所用。员工和该新企业可能构成共同侵权。确定被告可考虑以下方案：

（1）将员工与其所在新企业列为共同被告。能更好地获得赔偿并能够比较彻底地解决问题，某些案件还可以选择管辖法院。

（2）仅将员工列为被告。在新企业尚未掌握原告的商业秘密时，可以采取该方案。因制止员工侵权即可达到制止新企业侵权的目的。

（3）仅将侵权企业列为被告。在员工愿为原告提供证据，但不愿作为被告被追究时，可以采取该方案。

第179条【原告商业秘密构成审查】

根据商业秘密的构成要件，审查原告主张的商业秘密是否具备法定的构成要件。如果构成商业秘密，还应确定商业秘密点。如果商业秘密点还不能准确地确定，则应确定一个较宽的范围，以便在后续的诉讼中有回旋的余地。

参见本章第一节。

第180条【确定损害赔偿】

根据损害赔偿的几种计算方法，选择一种对原告最有利的方法，确定具体的赔偿数额。

参见本指引第六章。

第181条【明确管辖地及管辖部门】

181.1 管辖地：根据个案的具体情况，选择在被告所在地或侵权行为地进行起诉，侵权行为地包括行为地、结果地，行为地包括生产行为地和销售地或允诺销售地。

参见本指引第六章。

181.2 管辖部门：在侵权人是权利人员工的时候，劳动仲裁部门可能以“涉及商业秘密侵权纠纷应该由法院管辖”不予受理，法院又以“涉及劳动纠纷”也不予受理，建议:

（1）单纯涉及商业秘密纠纷而不涉及其他劳动纠纷的案件，应由法院直接受理；

（2）既涉及商业秘密也涉及其他劳动纠纷的案件，应由劳动仲裁部门受理。

第182条【考查诉讼时效】

知道或者应当知道侵权行为之日起两年内，可主张所有侵权损失，侵权行为处于持续状态且已经超过两年的，只能主张起诉之日前两年内的损失。

参见本指引第六章。

第183条【原告举证】

183.1 原告主体适格的证据

183.1.1 在原告是商业秘密的权利人时，多数情况下提供商业秘密的载体，并在诉状中明确陈述商业秘密如何形成即可，不需要特殊的证据证明自己是商业秘密的所有者。必要时可以辅以商业秘密形成的证据，如开发记录等。但如果商业秘密是委托开发或受让所得，应提供相应的合同。

183.1.2 在原告是商业秘密的被许可人时，需提供被许可使用的证据，如许可合同、商业秘密权利人的证明等。

如果原告是排他许可的被许可人，还应提交商业秘密权利人不起诉或者授权的证据，例如商业秘密权利人的书面说明、原告催促权利人行使诉权而权利人怠于行使的证据。

如果原告是普通许可的被许可人，还应提交商业秘密权利人同意其行使诉权的授权。

183.2 证明商业秘密符合法定构成要件的证据：

183.2.1 证明采取了保密措施的证据，具有下列证据之一，在正常情况下足以防止涉密信息泄露的即可最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第11条。：

（1）限定涉密信息的知悉范围，只对必须知悉的相关人员告知其内容；

（2）对于涉密信息载体采取加锁等防范措施；

（3）在涉密信息的载体上标有保密标志；

（4）对于涉密信息采用密码或者代码等；

（5）签订保密协议；

（6）对于涉密的机器、厂房、车间等场所限制来访者或者提出保密要求；

（7）确保信息秘密性的其他合理措施。

183.2.2 证明秘密性，即“不为公众所知悉”的证据。由于“不为公众所知”是一消极事实，被告提出异议的，应由被告举出否定秘密性的证据。

183.2.3 证明“能为权利人带来经济利益、具有实用性”的证据。该要件一般无须专门的证据来证明，商业秘密有偿取得的证据、产品销售、原告损失或者被告获利等证据，均可以佐证商业秘密的价值性。实用性按照国际趋势，不应再作为商业秘密构成的要件。

183.3 证明被告侵权的证据：关于原告和被告信息相似的证明，如果涉及专业知识的，可通过鉴定解决。

参见本指引第六章。

183.4 确定赔偿数额的证据。

参见本指引第六章。

183.5 上述证据，可能存在于被告处或第三人处，应适时向法院申请证据保全。

参见本指引第六章。

第184条【确定损害赔偿】

根据本指引第126条所述损害赔偿的几种计算方法，选择一种对原告最有利的方法，确定具体的赔偿数额。

第185条【确定诉讼策略】

确定诉讼策略可以考虑以下因素：

（1）确定被告；

（2）确定案由；

（3）确定侵权之诉或违约之诉；

（4）确定管辖法院；

（5）是否结合刑事程序；

（6）是否进行行政投诉；

（7）是否需要提出其他申请，如证据保全、财产保全、调查取证、鉴定；

（8）提交证据的进度和程度；

（9）是否与被告和解或者调解。

第三节作为被告的代理人

第186条【了解案情与当事人沟通】

接受委托后，律师应对案件事实进行整体了解。要求当事人对事实经过作出真实完整的介绍。告知当事人权利义务和诉讼风险，解释诉讼程序。会见后要签订会见笔录，请当事人签字，避免诉讼风险。

参见本指引第六章。

第187条【原、被告资格审查】

审查原告和被告是否适格。如果是必要的共同诉讼，遗漏共同诉讼人的，根据有利于被告的原则，决定是否可以向法院申请追加当事人。

第188条【商业秘密权利人审查】

188.1 审查原告是商业秘密自主研发的权利人还是被许可人。

188.2 如果原告主张是商业秘密权利人，审查是否可以质疑其权利来源：

188.3 原告主张商业秘密是自己开发所得，审查其证据能否支持其主张及有无相反内容，被告是否了解相反的事实及持有相反的证据，是否为公知领域的技术或信息等。

188.4 原告主张商业秘密是委托开发或合作开发所得的，审查其权利归属的约定，是归开发方，还是委托方，还是共同所有。

188.5 原告主张商业秘密是受让所得的，应审查转让的合同是否有效和是否已履行，其权利是否有瑕疵，必要时还需审查转让方的权利是否有瑕疵。

188.6 如果原告是商业秘密的被许可者，应审查其是否取得了诉权。

第189条【管辖与管辖异议】

189.1 有关地域管辖与级别管辖。

参见本指引第六章。

第190条【商业秘密构成抗辩】

190.1 秘密性抗辩

190.1.1 具有下列情形之一的，可以认定有关信息不构成不为公众所知悉最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第9条。：

（1）该信息为其所属技术或者经济领域的人的一般常识或者行业惯例；

（2）该信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容，进入市场后相关公众通过观察产品即可直接获得；

（3）该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露；

（4）该信息已通过公开的报告会、展览等方式公开；

（5）该信息从其他公开渠道可以获得；

（6）该信息无须付出一定的代价而容易获得。

190.1.2 被告可以从公开渠道获得的证据，否定其秘密性。通常可以通过以下两种方式进行：

（1）由当事人收集相关证据，当事人是最了解诉争信息背景的人，往往掌握了诉争信息是否为公知信息的情况。

（2）委托检索机构在公开文献中检索。

190.2 原告未采取适当保密措施的抗辩

比如，权利人未采取保密措施或虽采取了保密措施，但显然不足以保护该信息的秘密性，不足以让他人知道该信息乃秘密信息，同时要特别注意原告证明采取了保密措施的文件是否事后补造。

第191条【商业秘密侵权行为抗辩】

191.1 以合法来源抗辩

（1）独立研发或与他人合作研发抗辩；

（2）反向工程抗辩，即通过技术手段对从公开渠道取得的产品进行拆卸、测绘、分析等而获得该产品的有关技术信息；

（3）从第三方合法取得并支付合理对价抗辩，或称“善意取得”抗辩，且从未收到原告关于不能使用该信息的通知；

（4）被告使用的信息来源于公开信息。

191.2 信息不相同抗辩

证明被告的商业信息与原告主张的商业秘密不相同也不构成实质性相似。对此可采用“秘密点对照”的方法分析，即将原告主张的秘密信息中的秘密点与被告使用的信息中的要点进行对照，证明二者不近似更不相同，也可直接申请有关机构进行鉴定。

191.3 信赖交易抗辩

涉及原告对客户名单主张商业秘密时，客户基于对职工个人的信赖而与职工所在单位进行市场交易，该职工离职后，能够证明客户自愿选择与自己或者其新单位进行市场交易的，应当认定没有采用不正当手段，但职工与原单位另有约定的除外。最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第13条。

191.4 被告没有可以接触到原告信息的条件与可能性抗辩

191.5 非明知、应知抗辩

当被告是作为第三人侵权被诉时，可以采取证明自己非明知或应知直接侵权人的侵权行为，作为抗辩理由。

第192条【损失赔偿抗辩】

192.1 审查原告主张损失赔偿额的理由和证据，针对损失赔偿与侵权行为的因果关系、损失赔偿数额的计算方式及构成等进行反驳。

192.2 原告所述销量减少的理由不充分，如销量减少还有其他市场因素等。

192.3 原告的利润计算方法不正确，如将未使用商业秘密商品的正常利润与因使用商业秘密信息而增加的利润相混淆，或其中还有其他商品销售，或无纳税证明佐证利润的真实性等。

192.4 损失的计算方式不对，包括多重标准叠加计算。

192.5 许可使用费不真实，无合同支持，或无付款凭证等。

192.6 法定赔偿不合理。

第四节商业秘密不侵权诉讼

第193条【案由】

最高人民法院2008年《民事案件案由规定》中，并无“确认不侵犯商业秘密”的案由。但实践中已有此类案例。参照其他知识产权案件确认不侵权诉讼的案由，其案由为“确认不侵犯商业秘密”。

第194条【与其他确认不侵权诉讼的不同】

商业秘密与其他类知识产权的最大区别是信息的不公开性。确认不侵犯商业秘密案件，在司法实践中也属于尚在探索案件类型，其主要问题是：如何既保护原告的合法权益和投资安全，又防止原告滥用诉权获取他人的商业秘密。

第195条【受理条件】

最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》对确认不侵犯专利权的案件受理条件作了规定。虽然就商业秘密确认不侵权诉讼案件的受理条件尚无明确统一的规定，但上述关于专利确认不侵权的受理的条件可以比照适用：

（1）权利人向他人发出侵犯商业秘密权利的警告；

（2）被警告人或者利害关系人经书面催告权利人行使诉权；

（3）权利人收到该书面催告之日起1个月内或者自书面催告发出之日起两个月内，权利人不撤回警告也不提起诉讼。

第196条【案件性质】

最高人民法院的个案批复中，认为“确认不侵犯专利权诉讼属于侵权类纠纷”最高人民法院《关于本田技研工业株式会社与石家庄双环汽车股份有限公司、北京旭阳恒兴经贸有限公司专利纠纷案件指定管辖的通知》（〔2004〕民三他字第4号）。。因此，确认不侵犯商业秘密诉讼属于侵权类纠纷。但学界也有人认为，确认不侵权诉讼应为确认之诉，并且不应归入侵权诉讼。

第197条【可否反诉】

根据最高人民法院专利侵权案件中个案批复精神同前注释：“涉及同一事实的确认不侵犯专利权诉讼和专利侵权诉讼，是当事人双方依照民事诉讼法为保护自己的权益在纠纷发生过程的不同阶段分别提起的诉讼，均属独立的诉讼，一方当事人提起的确认不侵犯专利权诉讼不因对方当事人另行提起专利侵权诉讼而被吸收。但为了避免就同一事实的案件为不同法院重复审判，人民法院应当依法移送管辖合并审理。”，确认不侵犯专利权案件不能反诉，但在出现双方分别起诉的情况下，应“依法移送管辖合并审理”。因此，确认不侵犯商业秘密案件也不能反诉，但在出现双方分别起诉的情况下，应依法移送管辖合并审理。

第198条【地域管辖】

由于确认不侵权诉讼被定性为侵权诉讼，其地域管辖为被告所在地或侵权行为地人民法院。但侵权行为并非指权利人发出侵权警告的行为，而是指被权利人所警告的侵权行为，一般为原告所在地。

第199条【慎用侵权警告】

商业秘密权利人在不能确定他人是否侵犯其商业秘密时，应慎用侵权警告。在发出侵权警告后，如未能及时起诉或者撤回警告，则有可能被警告人在其住所地被起诉确认不侵犯商业秘密，此时即使权利人再提起侵权诉讼，也要移送前一案件的受理法院合并审理，造成宾主易位。

第200条【其他参照侵权诉讼】

确认不侵犯商业秘密诉讼的实体问题及其他程序问题，除原告和被告的地位互换外，与侵犯商业秘密诉讼并无不同，可参见本章其他各节。

第九章

商业秘密行政法律业务

第一节行政救济要点

第201条【行政救济途径】

县级以上工商行政管理部门对侵犯商业秘密行为的行政执法，包括作出行政检查、行政处罚、采取行政强制措施和对赔偿数额进行调解。

第202条【行政救济特点】

行政救济是以国家公权力制止侵犯商业秘密行为，具有便捷、高效和节俭的特点，但也同时存在对行政处罚不可调解、难以充分赔偿、受司法终审监督等特点。

第203条【确定管辖机关】

侵犯商业秘密行为，由侵权行为发生地的县级以上工商行政管理机关认定处理：

（1）县（区）、市（地、州）工商行政管理机关依职权管辖本辖区内发生的案件；

（2）省、自治区、直辖市工商行政管理机关依职权管辖本辖区内发生的重大、复杂案件；

（3）国家工商行政管理总局依职权管辖应当由自己实施行政处罚的案件及全国范围内发生的重大、复杂案件。

第204条【管辖争议】

204.1 对当事人的同一违法行为，两个以上工商行政管理机关都有管辖权的，由最先立案的工商行政管理机关管辖。

204.2 两个以上工商行政管理机关因管辖权发生争议的，协商解决，协商不成的，由共同上一级工商行政管理机关指定管辖。

第205条【案件移送】

205.1 工商行政管理机关发现所查处的案件不属于自己管辖时，应当将案件移送有管辖权的工商行政管理机关。受移送的工商行政管理机关对管辖权有异议的，应当报请共同上一级工商行政管理机关指定管辖，不得再自行移送。

205.2 上级工商行政管理机关认为必要时，可以直接查处下级工商行政管理机关管辖的案件，也可以将自己管辖的案件移交下级工商行政管理机关管辖。

205.3 下级工商行政管理机关认为应当由其管辖的案件属于重大、疑难案件，或者由于特殊原因，难以办理的，可以报请上一级工商行政管理机关确定管辖。

205.4 跨行政区域的行政处罚案件，共同的上一级工商行政管理机关应当做好协调工作。相关工商行政管理机关应当积极配合异地办案的工商行政管理机关查处案件。

205.5 工商行政管理机关发现侵犯商业秘密行为涉嫌犯罪的，应当将案件移送公安机关。

第二节作为权利人的代理人

第206条【申请人主体资格的审查】

206.1 工商行政管理机关可以依职权发现并查处侵犯商业秘密违法行为，但通常通过受理投诉、申诉、举报方式启动行政救济程序。

206.2 法律、行政法规和行政规章并未限定投诉、申诉和举报人资格，但要求向工商行政管理机关申请查处侵权行为时，申请人应当提供商业秘密及侵权行为存在的证据。

206.3 由于工商行政管理机关在查处侵犯商业秘密的违法行为时，需要配合调查、出具保证以及提出赔偿的主体须为商业秘密权利人，所以，投诉、申诉或者举报的申请人最好是权利人或者是经过权利人授权的人。

第207条【权利人商业秘密构成的审查】

参见本指引第一章。

第208条【确定投诉请求】

208.1 工商行政管理机关查处侵犯商业秘密违法行为，以制止侵权和维护市场秩序为目的，申请人投诉、申诉和举报的请求仅供行政机关参考。

208.2 行政处罚。在侵犯商业秘密行政救济程序中，申请人可以要求行政机关在认定侵犯商业秘密后责令被申请人停止违法行为，包括但不限于以下两种情况：

（1）责令并监督侵权人将存有商业秘密的图纸、软件及其他有关资料返还权利人；

（2）监督侵权人销毁使用权利人商业秘密生产的、流入市场将会造成商业秘密公开的产品，但权利人同意收购、销售等其他处理方式的除外。

208.3 行政罚款。在侵犯商业秘密行政救济程序中，申请人可以要求行政机关在认定侵犯商业秘密后，根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。

208.4 行政调解。在侵犯商业秘密行政救济程序中，申请人可以要求行政机关就其损害赔偿问题予以调解。

208.5 强制措施。对被申请人违法披露、使用、允许他人使用商业秘密将给权利人造成不可挽回的损失的，权利人可以要求工商行政管理机关在作出行政处罚前，责令被申请人停止销售使用权利人商业秘密生产的产品。

第209条【选择举报方式】

向工商行政管理机关投诉、申诉和举报的方式可以是书面方式也可以是口头方式：

（1）书面方式有信函、电报、传真、电子邮件、其他等方式；

（2）口头方式有电话、口述等方式。

第210条【准备举报材料】

在经过前述的审查、了解和选择后，律师可以起草投诉、申诉或者举报申请。

参见本指引第六章。

第211条【提请立案】

211.1 申请人提请立案后，工商行政管理机关自收到投诉、申诉、举报材料之日起7个工作日内予以核查，并决定是否立案；特殊情况下，可以延长至15个工作日内决定是否立案。

211.2 对于不予立案的投诉、申诉、举报，经工商行政管理机关负责人批准后，由办案机构将结果告知具名的投诉人、申诉人、举报人。

第212条【配合行政机关调查】

212.1 申请回避

申请人认为工商行政管理机关确定的办案人员与当事人存在直接利害关系的，有权申请回避。

212.2 如实提供证据

工商行政管理机关实施监督检查时，申请人应当如实向工商行政管理机关提供有关证据，并在所提供的材料上签名或者盖章。

212.3 询问笔录

212.3.1 工商行政管理机关办案人员询问当事人、利害关系人及证明人，应当制作笔录。

212.3.2 被询问人有权核对询问笔录，笔录如有差错、遗漏，被询问人有权更正或者补充，涂改部分应当由被询问人签名、盖章或者以其他方式确认。

212.3.3 经核对无误后，被询问人应当在笔录上逐页签名、盖章或者以其他方式确认，办案人员亦应当在笔录上签名。

212.4 原始证据

212.4.1 工商行政管理机关办案人员可以查询、复制与案件有关的协议、账册、单据、文件、记录、业务函电和其他资料。

212.4.2 收集、调取与案件有关的原始证据有困难的，可以提取复制件、影印件或者抄录本，证据提供人应当标明“经核对与原件无误”、注明出证日期、证据出处，并签名或者盖章。

212.4.3 对于视听资料、计算机数据等收集原始载体有困难的证据，可以收集复制件，并注明制作方法、制作时间、制作人等情况。对于声音资料应当附有该声音内容的文字记录。

212.5 现场检查

212.5.1 工商行政管理机关办案人员可以对有违法嫌疑的物品或者场所进行检查，并可以采取拍照、录像等方式记录现场情况。

212.5.2 检查时应当有当事人或者第三人在场，现场检查应制作笔录，载明时间、地点、事件等内容，由办案人员、当事人、第三人签名或者盖章。

212.6 抽样检查

工商行政管理机关可以抽样取证，抽样时应当有当事人在场，办案人员应当制作抽样记录，对样品加贴封条，开具物品清单，由办案人员和当事人在封条和相关记录上签名或者盖章。

212.7 委托鉴定

212.7.1 由于商业秘密案件的专业性和复杂性，工商行政管理机关经常采用委托鉴定的方式，对商业秘密是否为公知信息以及被申请人使用的信息与权利人的商业秘密是否一致或者相同进行鉴定。

212.7.2 受委托的鉴定机构应当具有知识产权鉴定资格或者鉴定条件，鉴定结论应有鉴定人员签名或者盖章，并加盖鉴定机构公章。

212.7.3 对于工商行政管理机关委托鉴定事项，当事人应当积极配合，并提供相应的资料，对于不利的鉴定结果，当事人可以提出质疑并说明理由。

212.8 举证责任倒置

权利人能证明被申请人所使用的信息与自己的商业秘密具有同一性，同时能证明被申请人有获取其商业秘密的条件，而被申请人不能提供或者拒不提供其所使用的信息是合法获得或者使用的证据的，工商行政管理机关可以根据有关证据，认定被申请人有侵权行为。

第213条【出具强制措施后果保证】

对被申请人违法披露、使用、允许他人使用商业秘密将给权利人造成不可挽回的损失的，权利人要求工商行政管理机关在作出行政处罚前责令被申请人停止销售使用权利人商业秘密生产的产品的，应当出具自愿对强制措施后果承担责任的书面保证。

第214条【提出赔偿调解方案】

在工商行政管理机关处理侵犯商业秘密违法行为中，权利人可以就自己商业秘密受到侵害而造成的损失，要求工商行政管理机关就赔偿数额进行调解，工商行政管理机关调解不成的，可以就赔偿数额另行提起诉讼。

第215条【监督连续侵权行为】

对工商行政管理机关作出行政处罚决定后，律师应当监督侵权人执行处罚决定，对侵权人拒不执行处罚决定，继续实施侵犯权利人商业秘密违法行为的，律师应当收集证据向工商行政管理机关举报，工商行政管理机关将其视为新的违法行为，从重予以处罚。

第216条【支持行政机关应诉】

被申请人在行政处罚前要求举行听证或者被申请人在处罚之后申请复议或者提起行政诉讼，律师应当建议申请人以第三人身份参加听证、复议或者行政诉讼，以支持工商行政管理机关的执法活动，维护自身的合法权益。

第三节作为被申请人的代理人

第217条【举报是否存在瑕疵】

律师代理侵犯商业秘密行政案件的被申请人，应当考察举报对象是否存在差错，是否存在举报不实的情况；应当考察案件管辖是否存在瑕疵，争取将案件移送有管辖权的行政机关；还应当考察举报人的资格以及证明其商业秘密存在的证据。

第218条【确定应对策略】

律师代理被申请人，应具体分析案情，选择以下方案：

（1）经过判断构成侵权的，应当查找相关法定或酌定减少或免除处罚的法律依据，并就有关赔偿问题与权利人进行协商。

（2）经过判断确未构成侵权的，积极收集证据，准备答辩材料，及时向工商行政管理机关陈述意见。

第219条【寻找减免处罚依据】

被申请人的行为侵犯权利人的商业秘密，律师应当从下列情形中帮助被申请人获得从轻、减轻或者免除行政处罚的结果：

（1）主动消除或者减轻违法行为危害后果；

（2）寻找被申请人是否有受他人胁迫从事违法行为的事实；

（3）配合行政机关查处违法行为有立功表现的；

（4）其他依法从轻或者减轻行政处罚的；

（5）如果违法行为轻微并及时纠正，尚未造成危害后果的。

第220条【书面提出申辩理由】

律师根据自身知识和经验判断被申请人是否构成侵权，并应当根据实际情况向工商行政管理机关书面陈述和申辩不侵权或者侵权但可以从轻、减轻以及免除处罚的理由。

第221条【协商和解赔偿方案】

如果被申请人的行为确已侵犯权利人的商业秘密，律师还应当建议被申请人要求工商行政管理机关主持调解，与权利人协商赔偿方案。

第222条【建议被申请人要求听证】

由于对侵犯商业秘密违法行为的处罚涉及责令停产停业或者数额较大的罚款，律师应当建议被申请人积极要求听证，争取一次说服行政机关的机会，以获得不侵权或者从轻、减轻或者免除处罚的行政决定。

第223条【行政复议和行政诉讼】

对于确未构成侵犯他人商业秘密的行为，律师可以根据被申请人提出的事实和理由，积极准备证据，充分论证方案，在接到工商行政管理机关作出的处罚决定后60日内提出行政复议或在3个月内提起行政诉讼。

第十章

商业秘密刑事法律业务

第一节刑事救济综述

第224条【刑事救济】

224.1 根据《中华人民共和国刑法》第219条的规定，侵犯商业秘密，给权利人造成重大损失的以下行为可以采取刑事救济的途径保护商业秘密：

（1）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；

（2）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；

（3）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的；

（4）明知或者应知前三项所列的行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

224.2 采取刑事救济的途径包括公诉、自诉。

224.2.1 公诉是指人民检察院对犯罪嫌疑人的犯罪行为向人民法院提起控告，要求法院通过审判确定犯罪事实，惩罚犯罪人的诉讼活动。

224.2.2 自诉是指被害人及其法定代理人、近亲属为追究被告人的刑事责任，直接向司法机关提起诉讼，并由司法机关直接受理的诉讼活动。

224.2.3 特别要注意律师介入商业秘密的公诉、自诉，参与诉讼活动的程序的不同。

第225条【刑事救济特点】

225.1 刑罚具有强大的威慑力，刑事救济是保护商业秘密最严厉的手段，对于制裁和预防侵犯商业秘密行为具有重要的作用。

225.2 要注意个案可能已经涉及或将要涉及的民事诉讼、行政处罚等司法救济方式的衔接和配合。

225.3 要注意民事诉讼、行政处罚和刑事诉讼在证据规则上的不同。

第226条【报案要求】

在报案前需要取得以下初步证据：

（1）证明是商业秘密权利人的证据；

（2）证明商业秘密有效存在的证据，并以书面形式明确其商业秘密的内容、范围和秘密点；

（3）证明商业秘密非公知性和被涉嫌侵权技术（产品）具有同一性的证据；

（4）证明犯罪嫌疑人接触商业秘密或者获得、使用商业秘密或者合同签订的相对方负有保密义务的证据；

（5）至少证明下列情形之一的证据《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第73条。，必要时应当出具评估报告：

①给商业秘密权利人造成损失在50万元以上的；

②因侵犯商业秘密违法所得在50万元以上的；

③致使商业秘密权利人破产的；

④其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。

第227条【确定管辖机关】

227.1 商业秘密刑事案件可由犯罪行为地、犯罪结果地和犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖。

227.2 犯罪行为地是指侵犯他人商业秘密行为的实施地，包括：

（1）采用盗窃等不正当手段获取他人商业秘密，和披露、使用采用以上手段获取的商业秘密的实施地；

（2）共犯为他人犯罪行为提供原材料、机械设备等帮助条件的实施地；

（3）通过网络传播、披露他人商业秘密的，上传资料的电脑终端所在地为实施地，终端所在地无法查明时，网络服务器所在地为实施地。

227.3 犯罪结果地是指犯罪行为直接产生的结果的发生地，不能认为权利人有损失，就将其所在地视为犯罪结果地。

第228条【确定侵犯商业秘密行为是否同时触犯了其他罪名】

228.1 盗窃罪《中华人民共和国刑法》第264条。，以窃取方式非法取得他人商业秘密的，如窃取他人存储商业秘密的计算机设备等载体的，同时触犯盗窃罪。

228.2 非法经营同类营业罪《中华人民共和国刑法》第165条。，国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，违法使用单位所有的商业秘密自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，同时触犯非法经营同类营业罪。

228.3 破坏生产、经营罪《中华人民共和国刑法》第276条。或故意毁坏公私财物罪《中华人民共和国刑法》第275条。，毁坏他人商业秘密载体的，同时触犯破坏生产、经营罪或故意毁坏公私财物罪。

228.4 间谍罪《中华人民共和国刑法》第110条。、泄露国家秘密罪《中华人民共和国刑法》第111条。、非法获取国家秘密罪《中华人民共和国刑法》第282条。，以窃取、刺探、收买等方法，非法窃取同时核定为国家秘密的商业秘密的，同时触犯间谍罪、泄露国家秘密罪、非法获取国家秘密罪。

第229条【其他事项】

229.1 报案后，权利人应协助公安机关、检察机关收集犯罪构成四要件的相关证据材料，尤其是涉及技术专业性较强的问题，应当予以充分解释和说明。

229.2 采取有效措施，防止商业秘密被二次披露。

第二节作为被害人的代理人

第230条【接受委托，办理委托手续】

应当在报案、侦查、审查起诉、一审、二审、申诉各阶段分别办理委托手续，也可以一次性签订委托协议，但以分阶段签署授权委托书为宜。

第231条【了解案情】

应了解权利人主体、犯罪嫌疑人主体、侵犯的商业秘密内容、商业秘密形成的过程、侵权的具体行为方式、主观故意、损害后果是否达到定罪标准。

第232条【了解商业秘密内容和范围】

232.1 了解涉案的商业秘密内容和范围非常重要，关系到整个案件的诉讼方案。因此应注意考虑：

（1）律师应要求当事人全面阐述被侵权的技术信息，协助当事人的技术人员对涉案的大量信息进行分析，提炼出符合法律构成要件的商业秘密信息；

（2）提交公安部门的商业秘密范围不宜过宽，为了防止当事人在主张权利时二次披露商业秘密，可以逐步地披露和主张其商业秘密。也不宜过窄，使得应有的保护不完整、不全面；

（3）有些情况下，当事人并不十分清楚涉嫌侵权人使用、实施技术的具体情况，因此，在制订方案时应当从多角度、多方面加以考虑，准备多套方案；

232.2 对准备提交公安部门的商业秘密的内容和范围，请当事人最终确认。

第233条【了解商业秘密点】

233.1 涉案的商业秘密信息往往是杂乱、零散、繁多的，要求当事人根据商业秘密的构成突出重点，归纳出可能被侵犯的商业秘密点；

233.2 商业秘密点的确定，应当具有相对新颖性、先进性，并应当是可以与涉嫌侵权技术信息进行比对的。

第234条【商业秘密权利人和商业秘密合法有效证据】

商业秘密权利人和商业秘密合法有效的证据主要包括以下几类：

（1）权利人主体基本情况资料；

（2）商业秘密的载体、具体内容及研发过程等，如载有商业秘密的文件资料、计算机软件、录音录像带、产品、技术资料和图纸、有关部门的技术检索报告、鉴定报告、评审报告等；

（3）商业秘密的商业价值，如资金投入凭证、评估报告等；

（4）有关保密措施的证据，如采用保密技术措施的计算机软件，权利人的保密措施、保密协议或条款；

（5）权利人使用商业秘密的证据等。

第235条【犯罪主体证据】

235.1 犯罪嫌疑人为自然人的，主要证据包括：户口簿、居民身份证、士兵证、军官证、护照或外籍身份证明材料等有效身份证件。

235.2 犯罪嫌疑人为单位的，主要证据包括：企业法人营业执照、法人工商注册登记证明、非法人单位证明、法人税务登记证明和单位代码证等。

235.3 证明直接负责的主管人员和其他直接责任人员基本情况的，主要证据包括：有关人员的个人有效身份证件，企业法人营业执照或者其他法律文书上关于法定代表人及其他直接负责的主管人员的记载，职务任命书，单位有关其任职、职责、负责权限的证明材料等。

235.4 区分单位犯罪还是自然人犯罪十分重要，它涉及确定犯罪嫌疑人、犯罪行为表现形式、损失数额等关键性问题。

235.5 单位与自然人（不包括单位直接负责的主管人员和其他直接负责人员）共同犯罪的，单位和自然人均应对损失总额负责。

第236条【非公知性证据】

非公知性成立的证据主要依靠司法鉴定机构作出的鉴定报告意见，同时辅助证据还包括：专家意见、科技部门意见、科技情报查新报告、科技成果鉴定书、生效的认定商业秘密成立的判决书、权利人研发过程资料等。

第237条【价值性和实用性证据】

237.1 商业秘密投入生产、进入市场就可以直接视为具备了实用性和价值性。

237.2 商业秘密尚未投入生产、销售、使用的，应证明其有现实或者潜在的商业价值，能够为权利人带来竞争优势。

第238条【权利人对商业秘密采取保护措施的证据】

权利人对商业秘密采取保护措施的证据包括：权利人的保密制度、保密协议书、保密责任书，对商业秘密资料的分密级管理制度、资料的发放制度，门卫岗位职责和管理制度、办公区域管理制度、会客制度、培训制度，电脑密码设置、防盗装置、电子监视装置、对商业秘密资料存放和使用的控制措施，与第三方签订涉及商业秘密信息或可能涉及商业秘密信息的各类合同中约定有保密条款等。

第239条【犯罪行为证据】

239.1 犯罪嫌疑人以不正当手段获取商业秘密的证据：包括盗窃、利诱、贿赂、胁迫、虚假陈述、违反或诱使违反保密义务，或通过电子或其他手段进行间谍活动的证据，接触权利人商业秘密的人通过记忆或其他方式重现或使用权利人的商业秘密的证据。

239.2 使用非法获取的商业秘密的证据：包括披露以不正当手段获取的商业秘密的证据；使用不正当手段获取商业秘密；许可他人使用以不正当手段获取的商业秘密的证据。

239.3 滥用合法获取的商业秘密的证据：犯罪嫌疑人虽合法掌握权利人的商业秘密，但负有保密义务，其违反约定或违反权利人有关保密要求非法使用权利人的商业秘密也构成侵犯商业秘密罪。这种情况主要收集犯罪嫌疑人掌握权利人商业秘密的证据，负有保密义务的证据和非法使用的证据。对嫌疑人使用的信息与权利人的秘密信息是否相同或相似难以确定的，应委托鉴定部门进行鉴定。

第240条【接触商业秘密的证据】

初步证据包括：曾在被害人单位工作并接触商业秘密、参与技术研发、通过商业合作商谈接触商业秘密、通过合同关系接触商业秘密、非法手段获取了商业秘密等证据。

第241条【主观过错证据】

241.1 犯罪嫌疑人知道或应当知道有关信息是商业秘密，自己无权使用或者披露、允许他人使用或者披露而仍然使用披露或者允许他人使用披露。

241.2 故意采取不正当手段取得商业秘密。

第242条【定罪标准证据】

242.1 权利人的损失应根据不同的侵权情况综合考虑决定，在收集证据时应全面收集以下证据：

（1）对商业秘密进行价值评估；

（2）商业秘密的开发投入成本、商业秘密的成熟程度、利用周期、是否可以重复使用，商业秘密的使用情况和产品的市场供求情况；

（3）商业秘密的市场价值、商业秘密的许可使用情况；

（4）权利人因侵权行为导致减少的收入，如特定的客户订单转向嫌疑人，市场销量递减或者增量减少的数额、被迫降价减少的收入等；

（5）嫌疑人利用权利人商业秘密获取的收益、嫌疑人转让商业秘密获取的利益。

242.2 根据实际侵权情况确定计算方式，计算出的被害人损失或侵权人的获利应达到或者超过50万元。

第243条【立案的其他材料】

由于公安机关可能建议当事人自诉的，报案时尽可能提交以下案件材料：

（1）犯罪情节特别严重，损失特别巨大、危害公共利益的证据材料；

（2）虽有证据存在，权利人或者代理人因客观原因无法自行收集的具体情况说明。

第244条【撰写报案材料和《商业秘密的陈述》】

244.1 报案材料主要包括：

（1）权利人和犯罪嫌疑人的基本情况；

（2）《商业秘密的陈述》；

（3）犯罪嫌疑人侵犯商业秘密的基本情况；

（4）造成权利人的损失和后果等。

244.2 《商业秘密的陈述》应当包括以下内容：

（1）商业秘密形成的时间和过程；

（2）商业秘密的内容和范围；

（3）商业秘密的研发成本、市场价值、许可使用情况；

（4）权利人采取的保密措施；

（5）权利人收益和竞争优势等内容。

第245条【鉴定】

245.1 涉及以下内容难以认定的可以协助公安机关委托鉴定机关进行鉴定：

（1）权利人主张的商业秘密是否不为公众所知悉；

（2）权利人的商业秘密信息与犯罪嫌疑人获取或使用的信息是否具有同一性；

（3）涉案商业秘密的价值；

（4）权利人的损失。

245.2 不应对以下法律问题进行鉴定：

（1）是否构成商业秘密；

（2）嫌疑人的行为是否构成侵犯商业秘密。

245.3 具有下列情形之一的，应申请鉴定人进行补充鉴定：

（1）发现可能影响鉴定结论的新材料的；

（2）原鉴定项目有遗漏的；

（3）原鉴定文书对鉴定要求答复不完备的。

第246条【申请保密和不公开审理】

246.1 商业秘密案件应当在报案、侦查、审查起诉、一审、二审、申诉各阶段提请司法机关对证据材料及其他材料保密。

246.2 在审理阶段应当提请法院不公开审理。

246.3 申请法院在判决书等法律文书中对商业秘密的内容予以省略，避免商业秘密的二次披露。

第三节作为刑事自诉人的代理人

第247条【自诉的特点】

刑事自诉有以下特点：

（1）相对于公诉案件具有较强的自主性；

（2）被告人可以反诉；

（3）自诉人可以与被告人和解、调解，可以撤回起诉；

第248条【自诉的适用】

以下侵犯商业秘密的刑事案件可以选择自诉方式：

（1）被害人有证据证明的轻微商业秘密刑事案件；

（2）被害人有证据证明被告人侵犯自己的商业秘密应当依法追究刑事责任，而公安机关或人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。

第249条【自诉与公诉的转换】

在自诉过程中发现有以下情况的，应移送公安机关立案侦查转为公诉案件：

（1）侵犯商业秘密行为严重危害社会秩序和国家利益的；

（2）已有证据证明商业秘密存在侵权行为，而自诉人因客观原因无法自行收集的；

（3）被告人有可能被判处3年以上有期徒刑刑罚的。

第四节作为犯罪嫌疑人、被告人的辩护人

第250条【会见】

250.1 律师接受委托后，应尽快听取当事人的陈述和辩解，了解被害人主张的涉案商业秘密的内容、范围，了解当事人掌握的被控商业信息的内容、范围、来源、形成过程，以及该领域专家的情况。

250.2 律师接受被告单位委托后，如需会见被告单位负责人而该负责人已被采取刑拘、逮捕等强制措施，应当及时与办案单位或拘留所沟通，依法会见（有的案件可能需要办案单位批准）。

第251条【查阅、摘抄、复制案件材料】

按照各阶段依法赋予的权利，了解案情，查阅、摘抄、复制与案件有关的文件材料。

第252条【申请调查收集证据】

律师应申请办案机关调查收集能够证明被告人无罪或者罪轻的证据材料。比如：不构成商业秘密的证据；当事人享有被控商业信息权利的证据；无侵权行为的证据；未达到定罪标准的基本证据等。

第253条【提出书面意见】

在侦查、审查逮捕、审查起诉各阶段，律师应及时提出不构成犯罪、无社会危险性、不适宜羁押、侦查活动有违法犯罪情形等书面意见。

第254条【取得专家支持】

对于涉及专业性比较强的商业秘密，应当聘请该领域专家提供帮助，通过专家查找有利的证据，也可以聘请专家参与诉讼活动。

第255条【庭前会议准备】

庭前会议是庭审的准备程序。在庭前会议中，律师可就下列问题向法官提出书面意见：

（1）是否对案件管辖有异议；

（2）是否申请有关人员回避；

（3）是否申请调取在侦查、审查起诉期间，办案机关收集但未随案移送的证明被告人无罪或者罪轻的证据材料；

（4）是否提供新的证据；

（5）是否对出庭证人、鉴定人、专家辅助人的名单有异议；

（6）是否申请排除非法证据；

（7）是否申请不公开审理；

（8）与审判相关的其他问题，如提出确定争议焦点建议等。

第256条【庭审发问提纲】

庭审发问应当侧重查明涉案的经营信息或技术信息是否构成商业秘密，查明被告人是否有被控犯罪行为，被告人是否自愿认罪以及被告人在共同犯罪中所起的作用等。

第257条【对鉴定报告的质证】

对鉴定报告可考虑从以下方面提出质证意见：

（1）鉴定人是否与本案存在利害关系；

（2）鉴定人或鉴定机构是否具备相应的鉴定资质；

（3）鉴定人是否受到外界的干扰和影响；

（4）鉴定所依据材料是否充分或客观；

（5）鉴定的设备、方法、过程是否符合技术标准和技术规范要求；

（6）鉴定的程序是否合法；

（7）鉴定结论与其他证据是否存在矛盾。

第258条【申请鉴定人出庭】

申请鉴定人、评估人出庭有利于律师充分了解鉴定报告中的专业问题和细节问题，从中找出质证的理由。

第259条【申请重新鉴定】

对鉴定报告有异议的，鉴定报告具有下列情形之一的，可以申请重新鉴定：

（1）鉴定人或鉴定机构不具备相关鉴定资质的；

（2）鉴定程序不符合法律规定的；

（3）鉴定结论与其他证据有矛盾的；

（4）鉴定依据有虚假，或者原鉴定方法有缺陷的；

（5）鉴定人应当回避没有回避；

（6）同一案件有多个不同鉴定结论的；

（7）有证据证明存在影响鉴定人准确鉴定因素的。

第260条【对评估报告的质证】

对认定受害人损失数额的司法评估报告，可考虑从以下方面提出质证意见：

（1）评估人和评估机构是否与本案存在利害关系；

（2）评估机构是否具备相应的资质；

（3）评估人是否恪守独立、客观、公正的原则；

（4）评估人选择的资产评估基本方法的是否适用于本案；

（5）评估报告所依据的法律、行政法规、规章和标准是否有效；

（6）评估结论各重要参数的信息来源是否客观，对信息的利用是否恰当；

（7）评估结论的分析、比较与测算过程及数据是否正确。

第261条【常用的抗辩理由】

常用的抗辩理由有以下几类：

（1）涉案信息不具备法定条件，不构成商业秘密；

（2）被害人对涉案信息无合法权利；

（3）涉案信息可以通过公开渠道无须付出一定的代价而容易获得；

（4）被告人是通过自行研究或情报分析取得该信息的；

（5）被告人是通过反向工程取得该信息的；

（6）被告人使用的信息与被害人的秘密信息不相同或者不相似；

（7）被告人对使用的信息有合法的使用权，如合法购买、合法接受许可、善意获得；

（8）被害人明知被告人使用却一直默许或懈怠行使权利；

（9）被告人不知道该信息的来源是非法的，主观上没有侵犯权利人商业秘密的故意；

（10）造成的损失没有达到定罪标准；

（11）在被告人是个人的情况下，可以根据具体情况以单位犯罪来抗辩；

（12）被害人向公安机关提供商业秘密信息内容前接触了被告人的商业秘密信息，而且无法证实在接触被告人的商业秘密前已经成为该商业秘密的合法权利人。

第262条【调解】

在刑事自诉案件中，可以寻求与自诉人在庭外和解或与自诉人达成调解协议。

第十一章

附则

第263条【依据效力】

本操作指引根据2014年9月30日以前发布的法律、法规及司法解释规定，并结合司法实践和律师实务编写。律师办理具体业务还应当充分注意个案事实、各省市法规以及新颁布的法律、法规和司法解释处理。

第264条【指引效力】

本操作指引不具有强制性，仅供律师办理商业秘密法律业务时作为参考。

（本操作指引是在2010年原稿的基础上，由中华全国律师协会知识产权委员会与北京市律师协会竞争与反垄断法律事务专业委员会共同完成。原稿执笔人：张黎、张凤书、丹平原、李为、马东晓、卢祖宁；修订版执笔人：张黎、刘玥、王韵、张凤书、姚克枫、刘冀湘、甄庆贵、张耀；审稿人：李雪宇、魏士廪）

1. 《中华人民共和国合同法》第329条。 [↑](#footnote-ref-2)
2. 《中华人民共和国合同法》第330条。 [↑](#footnote-ref-3)