



律师代理工伤劳动争议案件操作指引

第一章 总则

第一条 为保障律师在代理工伤劳动争议（以下亦称“工伤争议”）案件（以下亦称“工伤案件”）过程中依法履行职责，充分发挥律师在工伤案件争议处理中的作用，制定本指引。

第二条 根据工伤案件常见争议焦点，工伤案件主要适用和参照的法律、行政法规、司法解释、部门规章、规章和规范性文件如下：

1. 法律

- ① 《劳动法》
- ② 《劳动合同法》
- ③ 《社会保险法》
- ④ 《职业病防治法》
- ⑤ 《安全生产法》
- ⑥ 《劳动争议调解仲裁法》
- ⑦ 《民事诉讼法》

特定类型的工伤争议还可能适用《民法典》有关规定。

2. 行政法规

- ① 《工伤保险条例》
- ② 《社会保险费征缴暂行条例》

3. 司法解释

- ① 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》

② 《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》

本指引所称工伤案件不包括工伤（保险）行政案件（包括工伤行政复议和行政诉讼），但处理工伤劳动争议案件时，针对特定问题，亦可参照《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》。

4. 部门规章

- ① 《人力资源和社会保障部实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》
- ② 《人力资源和社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》
- ③ 《人力资源社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见（二）》
- ④ 《工伤认定办法》
- ⑤ 《职业病诊断与鉴定管理办法》
- ⑥ 《工伤职工劳动能力鉴定管理办法》
- ⑦ 《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》
- ⑧ 《因工死亡职工供养亲属范围规定》
- ⑨ 《工伤保险经办规程》

5. 地方政府规章和规范性文件

- ① 《上海市工伤保险实施办法（2012）》
- ② 《上海市高级人民法院民事审判第一庭关于审理工伤保险赔偿与第三人侵权损害赔偿竞合案件若干问题的解答》

第三条 本指引适用于上海市。律师在处理非上海地区的工伤劳动争议时应注意到地区差异，根据不同地区的具体规定作出相应的判断。

第二章 工伤案件咨询与接受委托

1. 工伤案件咨询

第四条 律师对咨询人应保持耐心、专业、负责的态度，认真斟酌后答复其问题，并与咨询人进行沟通，向其提问，获取案件基本情况和信息。

第五条 律师向咨询人询问相关信息时，应做好记录并请咨询人签字确认，且保存好相关资料。

第六条 律师可根据咨询案件的具体情况，向咨询人了解以下信息：

① 咨询人的身份信息、咨询人与受伤职工的关系信息或与受伤职工用人单位的关系信息、受伤职工的身份信息（是否属于外地来沪从业人员）、受伤职工用人单位的信息（是否属于建筑施工、矿山企业）、受伤职工与用人单位的关系信息（是否属于灵活就业等特殊用工）。

② 受伤职工的工作岗位、职责、伤害发生的时间、地点、具体过程及与工作的关系、单位的考勤方式。若涉及到第三人侵权的，需关注第三人侵权责任的认定。

③ 受伤职工与用人单位之间是否签订劳动合同。签订劳动合同的，需对劳动合同签订主体、合同履行地、合同期限、工资、岗位等信息予以关注；未签订劳动合同的，需了解用人单位与所有员工是否均未签订劳动合同、是否有证明受伤职工与用人单位之间存在劳动关系的证据。

④ 受伤职工的工作岗位、工资标准、工资发放方式。

⑤ 用人单位缴纳工伤保险费的情况，包括有无缴纳工伤保险费、工伤保险的类型以及缴费标准。

⑥ 受伤人员的送医过程以及救治情况，包括具体护理人员情况、有无跨地区治疗、支付的医药费数额，付款记录及票据是否保留，治疗费用是否系用人单位支付等。

⑦ 受伤职工发生工伤后停工休养时长，有无请病假，假条是否提供给用人单位，用人单位有无准许。

⑧ 受伤职工停工留薪期间工资发放情况，包括有无发放、发放方式以及发放的具体数额。

⑨ 受伤职工离职情况，包括是否离职、离职时间、离职手续的办理、离职时用人单位是否给予补偿、补偿的名目、补偿的具体数额、双方是否签订协议等。

⑩ 受伤职工的工伤认定、劳动能力鉴定情况，包括工伤待遇是否已经申报、申报主体、申报结果、鉴定结果以及是否已经收到相应工伤待遇款项、收到款项的数额、时间等。

⑪ 如果职工患职业病，律师需询问病情及诊断、鉴定情况。

⑫ 与工伤案件有关的其他具体信息。

第七条 律师应基于了解的案件信息，结合自身的专业知识，对咨询人的问题予以答复。

2. 接受委托

第八条 接受当事人委托办理工伤案件是指律师事务所经过初步审查，接受工伤职工（或工亡职工家属）或用人单位的委托，指派承办律师为其提供与劳动关系认定、工伤认定、劳动能力鉴定、工伤保险待遇等事宜相关的法律服务并办理有关委托手续的过程。但如上所述，本指引所称工伤案件不包括工伤（保险）行政案件和人身损害赔偿案件，下文对工伤（保险）行政案件和人身损害赔偿诉讼有所提及，仅为指明权利救济途径。

第九条 律师事务所在接受委托时，建议首先审查如下事项：

① 案件主体信息；

② 委托人的诉求；

- ③ 委托事项所处的阶段；
- ④ 委托人的诉求所依据的事实与理由；
- ⑤ 劳动关系情况、工伤保险费缴纳情况、工伤认定情况、劳动能力鉴定情况、工伤保险待遇享受情况等；
- ⑥ 相关程序启动是否在法定期限内；
- ⑦ 委托人对案件管辖地的选择；
- ⑧ 已生效法律文书的执行情况；
- ⑨ 其他应予以注意并审查的事项。

第十条 律师在对委托人和委托事项进行审查时，应充分理解工伤案件不同情形、不同阶段的不同救济手段：

- ① 对发生工伤，用人单位拒绝承认劳动关系的，工伤职工可通过仲裁、诉讼程序确认劳动关系。
- ② 尚未提出工伤认定申请的，需准备工伤认定申请材料，提起工伤认定申请。职工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起，向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请，用人单位申请期限为30日，用人单位可申请延期；用人单位未申请的，工伤职工或者其近亲属、工会组织可申请，申请期限为1年。
- ③ 对行政部门工伤认定结果有异议，包括不予受理、工伤认定结论、工伤保险待遇情况，可申请行政复议或提起行政诉讼。
- ④ 向劳动能力鉴定委员会申请劳动能力鉴定，不服初次鉴定结论，可向上级劳动能力鉴定委员会申请再次鉴定。自劳动能力鉴定结论作出之日起1年后，伤残情况发生变化的，可以申请劳动能力复查鉴定。
- ⑤ 工伤以及工伤等级已确认，但用人单位拒绝支付工伤待遇的，工伤职工可向调解组织申请调解，也可向劳动监察部门寻求行政帮助，也可申请仲裁，主张相应的工伤待遇。

⑥ 用人单位与工伤职工就支付工伤待遇已经达成调解协议，但用人单位拒绝履行的，工伤职工可以持调解协议书向人民法院申请支付令。

⑦ 工伤职工与用人单位就离职待遇发生纠纷的，可申请仲裁。

⑧ 工伤职工未及时主张工伤赔偿的，可考虑提起人身损害赔偿诉讼。

律师在接待工作中可根据案件的具体情况向当事人说明上述救济手段。

第十一条 律师事务所在决定接受委托时，律师应向委托人说明下列情况：

- ① 行政复议、行政诉讼的受理、审理程序和审限；
- ② 仲裁、诉讼、申请撤销仲裁裁决的受理、审理程序和审限；
- ③ 可提出先予执行申请或者支付令申请的情形；
- ④ 委托人和代理人双方各自应该承担的义务和责任；
- ⑤ 对工伤案件信息进行初步审查后，律师判断分析认为可通过协商解决的，可告知委托人考虑与对方协商处理；
- ⑥ 法律、法规规定的有关工伤保险待遇的情况；
- ⑦ 其他需要说明的事务。

第十二条 律师事务所应根据委托人的委托，指派合适的律师担任其代理人。如果委托人要求特定律师担任其代理人，律师事务所应尽量满足其要求。

第十三条 律师事务所决定代理工伤案件后，应当立即与委托人办理委托手续。委托手续一般包括以下内容：

- ① 律师事务所与委托人或其代理人签署《委托代理协议》一式两份，一份交委托人，一份交承办律师附卷并存档于律师事务所。
- ② 根据不同委托事项，委托人签署相应的授权委托书一式两份或多份。
- ③ 委托代理协议及授权委托书中约定的代理权限应当明确、具体。

④ 委托代理协议中应约定收费标准和收费方式。除特殊情况外，因办理案件而实际发生的差旅费、住宿费、鉴定费、翻译费和其他必要办案费用应由委托人承担。

⑤ 律师事务所接受委托后，应当做好收案登记和编号立卷工作。

第十四条 律师事务所在接受委托后，承办律师无正当理由不得拒绝代理；但有下列情形之一的，承办律师有权通过律师事务所单方解除委托代理协议并通知委托人，包括但不限于：

- ① 委托人隐瞒案件重要事实或提供伪证、假证；
- ② 委托人利用律师提供的服务从事违法活动；
- ③ 委托事项违法；
- ④ 委托人违反委托代理协议的约定。

第十五条 律师事务所在接受和代理工伤案件时，应尽可能避免利益冲突。律师事务所应在接受委托前对委托人或委托事项进行查证，如发现委托人或委托事项与本所或承办律师有利益冲突，应立即停止受理委托并向委托人说明理由。

第十六条 律师事务所在接受和代理工伤案件时应遵守《上海市律师服务收费管理实施办法》（沪发改规范〔2017〕3号）的规定，**不能实行风险代理的收费方式**。

第十七条 律师在办理委托手续后，应当要求委托人提供证据复印件或复制件，同时核对原件，并将原件及时交还委托人妥善保管；若收取或暂存原件，建议制作文件清单，并由委托人和承办律师共同签字附卷。

第十八条 审查委托过程中的重要事项，建议以书面形式记录，由委托人和承办律师阅看无误后共同签字附卷。

第三章 工伤劳动争议主体

第十九条 发生工伤事故的，律师可代理用人单位、工伤职工本人或其近亲属、用人单位的工会组织或其上级工会组织向所在地的劳动保障行政部门或者其委托的有关部门提出工伤认定申请。

第二十条 律师在协助工伤职工准备劳动关系（包括事实劳动关系）证明材料时，可参照原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》之规定。

第二十一条 被派遣劳动者在用工单位因工作遭受事故伤害的，律师可代理劳务派遣单位申请工伤认定，也可代理用工单位协助工伤认定的调查核实工作。

第二十二条 在劳务派遣协议对工伤责任约定不清或未约定时，律师可协助劳务派遣单位或用工单位协商彼此责任的承担和补偿办法。

第二十三条 被派遣劳动者在申请进行职业病诊断、鉴定时，律师可协助用工单位处理职业病诊断、鉴定事宜，并提供职业病诊断、鉴定所需的劳动者职业史和职业危害接触史、工作场所职业病危害因素检测结果等资料。
律师可协助劳务派遣单位提供被派遣劳动者职业病诊断、鉴定所需的其他材料。

第二十四条 与原用人单位约定停薪留职的人员，在其他单位工作时遭受工伤事故的，律师可在分析原用人单位与劳动者关于停薪留职的约定或规定后，确定向何方申请承担工伤保险责任。

若工伤事故与原用人单位无关，则律师可考虑工伤职工与实际用工方是否存在（事实）劳动关系，并就此请求由实际用工方承担工伤保险责任；若双方不存在劳动关系，则可提起人身损害赔偿诉讼向实际用工方请求赔偿。

第二十五条 律师办理经就业登记的协保人员在与原用人单位存续劳动关系期间被其他单位招用、工作时发生工伤的案件，可参照停薪留职人员发生事故伤害的操作办法。

第二十六条 用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，律师应告知当事人由用工单位承担工伤保险责任。

第二十七条 下述特定人员遭受事故伤害的，律师需根据上海市地方法规、裁审口径等判断是否应当适用《工伤保险条例》有关规定进行工伤认定：

- ① 达到法定退休年龄或者已经依法享受基本养老保险待遇的劳动者；
- ② 村（社区）党组织委员会和村（居）民委员会人员；
- ③ 实习学生（包括签订三方实习协议或自行联系实习单位的实习学生和从业单位使用的勤工助学学生）；
- ④ 单位见习人员和在家政服务机构从业的家政服务人员等未与从业单位建立劳动关系的劳动者；
- ⑤ 通过互联网平台注册并接单，提供网约车、外卖或者快递等劳务的新业态从业人员。

第二十八条 律师需根据上海市地方法规、规章、裁审口径等查明特定人员是否可参加当地的工伤保险，以便明确是否可适用工伤保险相关法规请求享受工伤保险待遇。

第二十九条 劳动行政部门受理特定人员工伤申请、进行审查后不予认定工伤的，律师可根据实际情况建议按照人身损害赔偿相关规定向人民法院起诉。

第三十条 律师代理达到或超过法定退休年龄人员的工伤案件时，需注意其是否办理退休手续或者依法享受城镇职工基本养老保险待遇。若未办理退休手续或者未依法享受城镇职工基本养老保险待遇，则可向用人单位请求承担工伤保险责任。

超过法定退休年龄的劳动者系务工农民时，律师可根据伤害事故是否符合工作时间、工作场所、工作原因的要素判断是否应当适用《工伤保险条例》有关规定进行工伤认定。

第三十一条 在原企业和缺工企业共享用工期间，律师可代理劳动者、原企业和缺工企业妥善处置工伤申请、认定和赔偿等工作。

一般而言，劳动者在缺工企业工作期间发生工伤事故的，由原企业承担工伤保险责任，补偿办法可与缺工企业约定。

在原企业与缺工企业对工伤责任约定不清或未约定时，律师可协助原企业或缺工企业协商彼此责任的承担和补偿办法。

第四章 工伤认定申请

第三十二条 律师代理工伤认定申请事宜，应提请当事人对事故伤害予以说明，律师进行客观分析后应告知当事人，符合下列情形之一的，可以提出工伤认定申请：

- ① 在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；
- ② 工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；
- ③ 在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；
- ④ 因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；
- ⑤ 在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；
- ⑥ 在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的；
- ⑦ 在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；
- ⑧ 职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

第三十三条 针对上述提出工伤认定申请的情形，结合当事人事故伤害的不同情况，律师可向委托人详细解释说明具体含义：

- ① 第三十二条第（一）项的“工作时间”包括合法的加班期间以及单位违法延长工时的期间；“工作原因”包括职工在参加用人单位组织或者受用人单位指派参加其他单位组织的活动中受到的事故伤害，但参加与工作无关的活动除外。

② 第三十二条第（二）项的“预备性工作”，是指在工作前的一段合理时间内，从事与工作有关的准备工作，诸如运输、备料、准备工具等；“收尾性工作”，是指在工作后的一段合理时间内，从事与工作有关的收尾性工作，诸如清理、安全贮存、收拾工具和衣物等。

③ 第三十二条第（三）项的“因履行工作职责受到暴力等意外伤害的”有**两层含义**：**一是指**在工作时间和工作场所内，职工因履行工作职责受到的暴力伤害，其中暴力伤害与履行工作职责有因果关系；**二是指**在工作时间和工作场所内，职工履行工作职责期间由于意外因素导致的人身伤害，诸如厂区失火、车间房屋倒塌以及由于单位其他设施不安全而造成的伤害等。

④ 第三十二条第（四）项的“因工外出期间”应包括：1）职工受用人单位指派或者因工作需要在工作场所以外从事与工作职责有关的活动期间；2）职工受用人单位指派外出学习或者开会期间；3）职工因工作需要的其他外出活动期间。

此外，职工因工作原因驻外，有固定的住所、有明确的作息时间，工伤认定时按照在驻在地正常工作的情形处理。

⑤ 第三十二条第（五）项的“上下班途中”应作“合理时间”和“合理路线”的限定，包括：1）在合理时间内往返于工作地与住所地、经营居住地、单位宿舍的合理路线的上下班途中；2）在合理时间内往返于工作地与配偶、父母、子女居住地的合理路线的上下班途中；3）从事属于日常工作生活所需要的活动，且在合理时间和合理路线的上下班途中；4）在合理时间内其他合理路线的上下班途中。

这里对“本人主要责任”的判断，应当以有权机构出具的结论性意见和人民法院生效裁判等法律文书为依据。

⑥ 第三十二条第（六）项的“突发疾病”，是指上班期间突然发生的任何种类的疾病，实际情况中，一般多为脑出血、心肌梗塞等突发性疾病；此处“48 小时”的起算时间，以医疗机构的初次诊断时间作为突发疾病的起算时间。

第三十四条 律师代理工伤认定申请事宜，应提请当事人对事故伤害予以说明，律师进行客观分析后，对下列不属于工伤或者视同工伤的情形，律师应明确告知委托人：

① **故意犯罪的。**对“故意犯罪”的认定，应当以刑事侦查机关、检察机关和审判机关的生效法律文书或者结论性意见为依据。

② **醉酒或者吸毒的。**对“醉酒”的认定，可参照国家标准《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》（GB19522-2010）的规定：驾驶人员血液中的酒精含量大于（等于）80 毫克/100 毫升的行为属于醉酒驾车。对“醉酒或者吸毒”情形的判断，应当以有权机构出具的结论性意见和人民法院生效裁判等法律文书为依据。

③ **自残或者自杀的。**对“自残或者自杀”情形的判断，应当以有权机构出具的结论性意见和人民法院生效裁判等法律文书为依据。

第三十五条 律师接受申请人委托申请工伤认定的，应注意审查申请时限，是否在事故伤害发生之日或者被确诊为职业病之日起 1 年内。

接受用人单位委托的，应注意**在事故伤害发生之日起 30 日内**，向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。接受委托时已超过 30 日的，建议律师告知用人单位，因未在上述规定的时限内提起工伤认定申请，在此期间发生的符合相关规定的工伤待遇等有关费用由用人单位承担。这里“用人单位承担工伤待遇等有关费用的期间”是指从事故伤害发生之日起到工伤认定部门受理工伤认定申请之日止。

接受个人委托的，工伤认定的申请时限为事故伤害发生之日起 1 年内。但实操中，工伤认定部门一般在事故伤害发生之日起 30 日内只接受用人单位的申请。

第三十六条 律师接受委托时，发现工伤认定申请时限超过一年的，可询问委托人是否具有下列耽误申请时间的情形，被耽误的时间不计算在工伤认定申请时限内，但委托人应提供相关证明材料：

- ① 受不可抗力影响的；
- ② 委托人由于被国家机关依法采取强制措施等人身自由受到限制不能申请工伤认定的；
- ③ 委托人正式提交了工伤认定申请，但因社会保险机构未登记或者材料遗失等原因造成申请超时限的；
- ④ 委托人就确认劳动关系申请劳动仲裁或提起民事诉讼的。

第三十七条 律师接受委托的，应协助委托人准备申请工伤认定所需的材料：

- ① 工伤认定申请表；
- ② 与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料；
- ③ 医疗诊断证明。

第三十八条 工伤事故属于下列情形之一的，律师应告知委托人，根据具体情况需提供相关证明材料：

- ① 因履行工作职责受到暴力伤害的，应提交公安机关或人民法院的判决书或其他有效证明；
- ② 由于道路交通事故引起的伤亡提出工伤认定的，应提交公安交通管理部门的责任认定书或其他有效证明；
- ③ 因工外出期间，由于工作原因受到伤害的，应提供因工外出的证明或其他有效证明；
- ④ 在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的，应提供医疗机构的抢救和死亡证明。

第三十九条 委托人提供的申请材料不完整，社会保险行政部门一次性书面告知需要补正的全部材料后，律师应在社会保险行政部门规定的时限内，按照告知要求补正材料。

第四十条 律师应告知委托人，当职工或者近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，举证责任由用人单位承担。

第四十一条 律师应告知委托人，工伤认定的时限为自受理工伤认定申请之日起 60 日内。作出工伤认定决定需要以司法机关或者有关行政主管部门的结论为依据的（比如道路交通事故责任认定书），在司法机关或者有关行政主管部门尚未作出结论期间，作出工伤认定决定的时限中止。

第四十二条 律师应告知委托人，工伤认定决定的送达期限为自工伤认定决定作出之日起 20 日内送达有关当事人。若在上述时限内未收到工伤认定决定的，律师应及时与社会保险行政部门联系，了解案件的进展。

第四十三条 委托人对下列情形之一不服的，律师应告知委托人可以依法申请行政复议，也可以依法向人民法院提起行政诉讼：

- ① 委托人对工伤认定申请不予受理决定不服的；
- ② 委托人对工伤认定结论不服的。

第五章 职业病与工伤认定

第四十四条 律师代理职业病工伤事宜的，应告知委托人：企业、事业单位和个体经济组织等用人单位的劳动者在职业活动中，因接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害因素而引起的疾病，确诊为职业病的，可提出工伤认定申请。

第四十五条 律师应告知委托人，就《工伤保险条例》适用范围而言，这里所指的“患职业病”的情形，应该是职工在用人单位的职业活动中所患的职业病。

例如，如果某人患有职业病目录中规定的某种疾病，但不是由于职业活动引起的，而是由于其居住地周边生产单位污染物排放或者是其他情况引起的，这种疾病则不属于《工伤保险条例》中所称的职业病。其所受到的伤害，可通过其他司法途径等加以解决。

第四十六条 律师代理职工或用人单位进行职业病诊断申请的，应告知委托人，用人单位需提供以下资料：

- ① 劳动者职业史和职业病危害接触史（包括在岗时间、工种、岗位、接触的职业病危害因素名称等）；
- ② 劳动者职业健康检查结果；
- ③ 工作场所职业病危害因素检测结果；
- ④ 职业性放射性疾病诊断还需要个人剂量监测档案等资料。

第四十七条 律师应告知委托人，对职业病诊断机构作出的职业病诊断有异议的，可以在接到职业病诊断证明书之日起三十日内，向作出诊断的职业病诊断机构所在地设区的市级卫生健康主管部门申请鉴定。

对设区的市级职业病鉴定结论不服的，可以在接到诊断鉴定书之日起十五日内，向原鉴定组织所在地省级卫生健康主管部门申请再鉴定，律师应告知委托人，省级鉴定为最终鉴定。

第四十八条 律师接受用人单位委托的，针对职业病诊断结果或鉴定结论的不同，可出具律师建议：

- ① 对有职业禁忌证的员工，建议根据员工身体情况调换到其他岗位，或所在岗位的作业环境发生改变后不再构成职业危害时，再继续从事原岗位。
- ② 对确诊为职业病的员工，安排职业病病人进行治疗、康复和定期检查；并自确诊为职业病之日起的 30 日内为员工申请工伤认定。

第四十九条 如果委托人曾经从事接触职业病危害作业、当时没有发现罹患职业病、离开工作岗位后被诊断或鉴定为职业病的符合下列条件的，律师应告知委托人可以自诊断、鉴定为职业病之日起一年内申请工伤认定：

- ① 办理退休手续后，未再从事接触职业病危害作业的；
- ② 劳动或聘用合同期满后或者本人提出而解除劳动合同或聘用合同后，未再从事接触职业病危害作业的。

第五十条 律师应告知委托人，申请工伤认定所需的职业病诊断证明，应由用人单位所在地或者本人居住地的、经省级以上人民政府卫生行政部门批准的承担职业病诊断责任的医疗卫生机构出具；

出具职业病诊断鉴定证明的，应是设区的市级职业病诊断鉴定委员会，或者是省、自治区、直辖市级职业病诊断鉴定委员会。

第五十一条 现行我国法定职业病根据《职业病分类和目录》，分为 10 类 132 种，具体如下：

- ① 职业性尘肺病及其他呼吸系统疾病（如矽肺、煤工尘肺等）；
- ② 职业性皮肤病（如接触性皮炎、光敏性皮炎等）；
- ③ 职业性眼病（如化学性眼部烧伤、电光性眼炎等）；
- ④ 职业性耳鼻喉口腔疾病（如噪声聋、铬鼻病）；
- ⑤ 职业性化学中毒（如铅及其化合物中毒、汞及其化合物中毒等）；
- ⑥ 物理因素所致职业病（如中暑、减压病等）；
- ⑦ 职业性放射性疾病（如内照射放射病、放射性皮肤疾病、放射性肿瘤等）；
- ⑧ 职业性传染病（如炭疽、森林脑炎等）；
- ⑨ 职业性肿瘤（如石棉所致肺癌、间皮瘤，联苯胺所致膀胱癌等）；
- ⑩ 其他职业病（如金属烟热等）。

第五十二条 律师应告知委托人，用人单位对从事接触职业病危害的作业的劳动者，应组织上岗前、在岗期间和离岗时的职业健康检查，并将检查结果书面告知劳动者。

用人单位不得安排未经上岗前职业健康检查的劳动者从事接触职业病危害的作业；不得安排有职业禁忌的劳动者从事其所禁忌的作业；对在职业健康检查中发现有与所从事的职业相关的健康损害的劳动者，应当调离原工作岗位，并妥善安置；对未进行离岗前职业健康检查的劳动者不得解除或者终止与其订立的劳动合同。

第六章 劳动能力鉴定

第五十三条 律师应告知当事人，职工发生工伤，经治疗伤情相对稳定后存在残疾、影响劳动能力的，应当进行劳动能力鉴定。劳动能力鉴定是指劳动功能障碍程度和生活自理障碍程度的等级鉴定。

- ① 劳动功能障碍分为十个伤残等级，最重的为一级，最轻的为十级；
- ② 生活自理障碍分为三个等级：生活完全不能自理、生活大部分不能自理和生活部分不能自理。

第五十四条 律师应告知当事人，劳动能力鉴定申请相关主体和申请材料如下：

- ① **申请人：**用人单位、工伤职工或者其近亲属均可提出劳动能力鉴定申请。
- ② **鉴定机构：**区、县鉴定委员会负责本行政区域内的工伤人员劳动能力鉴定。市劳动能力鉴定中心受市鉴定委员会的委托，负责职业病人员的劳动能力鉴定及工伤人员的再次鉴定等具体事务。
- ③ **申请时需要提供的材料：**1) 身份证；2) 填写完整的上海市工伤劳动能力鉴定申请表；3) 《工伤认定书》的原件和复印件；4) 定点医疗机构诊治工伤的有关资料，如因职业病认定工伤，则提供《职业病致残程度鉴定病史摘要》《职业病诊断证明书》。

第五十五条 律师应告知当事人，劳动能力鉴定委员会应当自收到劳动能力鉴定申请（包括再次鉴定申请、复查鉴定申请）之日起 60 日内作出劳动能力鉴定结论，必要时，作出劳动能力鉴定结论的期限可以延长 30 日。

第五十六条 律师应告知当事人，申请劳动能力鉴定的用人单位、工伤人员或者其近亲属对劳动能力鉴定结论不服的，可以在收到该鉴定结论之日起 15 日内向市鉴定委员会提出再次鉴定申请。

市鉴定委员会对职业病人员申请再次鉴定的，应当另行组织专家组，进行再次鉴定。

市鉴定委员会作出的再次鉴定结论为最终结论。

第五十七条 律师应告知当事人，自劳动能力鉴定结论作出之日起 1 年后，工伤职工或者其近亲属、所在单位或者经办机构认为伤残情况发生变化的，可以申请劳动能力复查鉴定。

第七章 工伤保险待遇

第五十八条 根据具体情况，律师可告知当事人，工伤职工应遵守以下规定或享受以下工伤医疗待遇：

① 职工治疗工伤应当在签订服务协议医疗机构就医，情况紧急时可以先到就近的医疗机构急救；伤情稳定后，应当及时转往定点医疗机构治疗。确需转往外省市治疗的，由上海市定点医疗机构出具证明，报社保经办机构同意。

职工需要进行工伤康复的，应当选择与市医保经办机构签订服务协议的工伤康复机构。

② 治疗工伤所需费用符合工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准的，从工伤保险基金支付；

③ 职工住院治疗工伤的伙食补助费，以及经医疗机构出具证明，报经办机构同意，工伤职工到统筹地区以外就医所需的交通、食宿费用从工伤保险基金支付；

④ 工伤职工到签订服务协议的医疗机构进行工伤康复的费用，符合规定的，从工伤保险基金支付；

⑤ 对认定为工伤的决定提起行政复议、行政诉讼的，行政复议和行政诉讼期间不停止支付工伤职工治疗工伤的医疗费用；

⑥ 工伤职工因日常生活或者就业需要，经劳动能力鉴定委员会确认，可以安装假肢、矫形器、假眼、假牙和配置轮椅等辅助器具，所需费用按照国家规定的标准从工伤保险基金支付；

⑦ 工伤职工在停工留薪期满后仍需治疗的，继续享受工伤医疗待遇。

第五十九条 根据具体情况，律师可告知当事人，工伤职工可享受以下停工留薪期待遇：

① 职工因工作遭受事故伤害或者患职业病需要暂停工作接受工伤医疗的，在停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由所在单位按月支付。

停工留薪期一般不超过 12 个月。具体期限根据定点医疗机构出具的伤病情诊断意见确定。伤情严重或者情况特殊，经鉴定委员会确认，可以适当延长，但延长不得超过 12 个月。

② 生活不能自理的工伤职工在停工留薪期需要护理的，由所在单位负责。

第六十条 根据具体情况，律师可告知当事人，工伤职工可获得以下生活护理费：

① 工伤职工已经评定伤残等级并经劳动能力鉴定委员会确认需要生活护理的，从工伤保险基金按月支付生活护理费；

② 生活护理费按照生活完全不能自理、生活大部分不能自理或者生活部分不能自理 3 个不同等级支付，其标准分别为统筹地区上年度职工月平均工资的 50%、40%或者 30%。

第六十一条 根据具体情况，律师可告知当事人，职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的待遇如下：

保留劳动关系，退出工作岗位，享受以下待遇：

① 从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：一级伤残为 27 个月的本人工资，二级伤残为 25 个月的本人工资，三级伤残为 23 个月的本人工资，四级伤残为 21 个月的本人工资。

② 从工伤保险基金按月支付伤残津贴，标准为：一级伤残为本人工资的 90%，二级伤残为本人工资的 85%，三级伤残为本人工资的 80%，四级伤残为本人工资的 75%。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由工伤保险基金补足差额。

③ 工伤职工达到退休年龄并办理退休手续后，停发伤残津贴，按照国家有关规定享受基本养老保险待遇。基本养老保险待遇低于伤残津贴的，由工伤保险基金补足差额。

职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，由用人单位和职工个人以伤残津贴为基数，缴纳基本医疗保险费。

第六十二条 根据具体情况，律师可告知当事人，职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的待遇如下：

① 从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：五级伤残为 18 个月的本人工资，六级伤残为 16 个月的本人工资。

② 保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用人单位按月发给伤残津贴，标准为：五级伤残为本人工资的 70%，六级伤残为本人工资的 60%，并由用人单位和工伤人员按照规定为其缴纳应缴纳的各项社会保险费。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由用人单位补足差额。经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。五级伤残的，分别为 18 个月的上年度全市职工月平均工资；六级伤残的，分别为 15 个月。

经职工本人提出与用人单位解除劳动关系，且解除劳动关系时距法定退休年龄不足5年的，不足年限每减少1年，一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金递减20%，但属于《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条规定的以用人单位存在法定情形为由职工提出解除的情形除外。

因职工退休或者死亡使劳动关系终止的，不享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金。

第六十三条 根据具体情况，律师可告知当事人，职工因工致残被鉴定为七级至十级伤残的待遇如下：

① 从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：七级伤残为13个月的本人工资，八级伤残为11个月的本人工资，九级伤残为9个月的本人工资，十级伤残为7个月的本人工资；

② 劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。七级伤残的，分别为12个月的上年度全市职工月平均工资；八级伤残的，分别为9个月；九级伤残的，分别为6个月；十级伤残的，分别为3个月。

经职工本人提出与用人单位解除劳动关系，且解除劳动关系时距法定退休年龄不足5年的，不足年限每减少1年，一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金递减20%，但属于《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条规定的以用人单位存在法定情形为由职工提出解除的情形除外。

因职工退休或者死亡使劳动关系终止的，不享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金。

第六十四条 根据具体情况，律师可告知当事人，职工因工死亡待遇如下：

① 职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金：

1) 丧葬补助金为6个月的统筹地区上年度职工月平均工资。

2) 供养亲属抚恤金按照职工生前本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准为：配偶每月 40%，其他亲属每人每月 30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加 10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围根据国务院社会保险行政部门的规定确定。

3) 一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 20 倍。

② 伤残职工在停工留薪期内因工伤导致死亡的，其近亲属同样享受享受丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金。

③ 一级至四级伤残职工在停工留薪期满后死亡的，其近亲属可以享受丧葬补助金和供养亲属抚恤金。

一级至四级工伤职工死亡，其近亲属同时符合领取工伤保险丧葬补助金、供养亲属抚恤金待遇和职工基本养老保险丧葬补助金、抚恤金待遇条件的，由其近亲属选择领取工伤保险或职工基本养老保险其中一种。

第六十五条 根据具体情况，律师可告知当事人，职工因工外出期间发生事故或者在抢险救灾中下落不明的，从事故发生当月起 3 个月内照发工资，从第 4 个月起停发工资，由工伤保险基金向其供养亲属按月支付供养亲属抚恤金。生活有困难的，可以预支一次性工亡补助金的 50%。职工被人民法院宣告死亡的，按照职工因工死亡处理，即其近亲属享受丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金。

第六十六条 根据具体情况，律师可告知当事人，曾经从事接触职业病危害作业、当时没有发现罹患职业病、离开工作岗位后被诊断或鉴定为职业病的符合法定条件的人员，经工伤认定和劳动能力鉴定，办理退休手续后、未再从事接触职业病危害作业的退休人员，符合领取一次性伤残补助金条件的，按就高原则以本人退休前 12 个月平均月缴费工资或者确诊职业病前 12 个月的月平均养老金为基数计发；劳动或聘用合同期满后或者本人提出而解除劳动或聘用合同后，未再从事接触职业病危害作业的人员，被鉴定为一级至十级伤残、按《工伤保险条例》

的规定应以本人工资作为基数享受相关待遇的，按本人终止或者解除劳动、聘用合同前 12 个月平均月缴费工资计发。

以上人员的工伤保险待遇，如职业病诊断证明书（或职业病诊断鉴定书）中明确的用人单位，在该职工从业期间依法为其缴纳工伤保险费的，按《工伤保险条例》的规定，分别由工伤保险基金和用人单位支付工伤保险待遇；未依法为该职工缴纳工伤保险费的，由用人单位按照《工伤保险条例》规定的相关项目和标准支付待遇。

第六十七条 根据具体情况，律师可告知当事人，工伤职工工伤复发，经鉴定委员会确认需要治疗的，享受工伤医疗待遇、停工留薪期待遇和生活护理待遇。

第六十八条 根据具体情况，律师可告知当事人，职工再次发生工伤，按照规定应当享受伤残津贴的，按照新认定的伤残等级享受伤残津贴待遇。

第六十九条 根据具体情况，律师可告知当事人，职工在同一用人单位连续工作期间多次发生工伤的，按照其在同一用人单位发生工伤的最高伤残级别计发一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金。

第七十条 根据具体情况，律师可告知当事人，工伤职工有下列情形之一的，停止享受工伤保险待遇：

- ① 丧失享受待遇条件的；
- ② 拒不接受劳动能力鉴定的；
- ③ 拒绝治疗的。

在以上情形消失后，自下月起恢复工伤保险待遇，停止享受的工伤保险待遇不予补发。

第七十一条 根据具体情况，律师可告知当事人，未参加工伤保险或补缴工伤保险的工伤赔偿责任按以下方式承担：

① 应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用；

② 用人单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位按规定支付新发生的费用。

“新发生的费用”，是指用人单位职工参加工伤保险前发生工伤的，在参加工伤保险后新发生的费用。

其中由工伤保险基金支付的费用，按不同情况予以处理：

1) 因工受伤的，支付参保后新发生的工伤医疗费、工伤康复费、住院伙食补助费、统筹地区以外就医交通食宿费、辅助器具配置费、生活护理费、一级至四级伤残职工伤残津贴，以及参保后解除劳动合同时的一次性工伤医疗补助金；

2) 因工死亡的，支付参保后新发生的符合条件的供养亲属抚恤金。

第七十二条 根据具体情况，律师可告知当事人，由工伤保险基金支付的各项待遇应按《工伤保险条例》相关规定支付，不得采取将长期待遇改为一次性支付的办法。

第七十三条 根据具体情况，律师可告知当事人，核定工伤职工工伤保险待遇时，若上一年度相关数据尚未公布，可暂按前一年度的全国城镇居民人均可支配收入、统筹地区职工月平均工资核定和计发，待相关数据公布后再重新核定，社会保险经办机构或者用人单位予以补发差额部分。

第七十四条 根据具体情况，律师可告知当事人，职工受到事故伤害或者患职业病后，在参保地进行工伤认定、劳动能力鉴定，并按照参保地的规定依法享受工伤保险待遇；未参加工伤保险的职工，应当在生产经营地进行工伤认定、劳动能力鉴定，并按照生产经营地的规定依法由用人单位支付工伤保险待遇。

第七十五条 根据具体情况，律师可告知当事人，相关标准按以下方式执行：

- ① 一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金按照各省、自治区、直辖市人民政府规定的标准执行。
- ② 伤残津贴、供养亲属抚恤金、生活护理费按照统筹地区社会保险行政部门规定的标准执行。
- ③ 本人工资，是指工伤职工因工作遭受事故伤害或者患职业病前 12 个月平均月缴费工资。本人工资高于统筹地区职工平均工资 300%的，按照统筹地区职工平均工资的 300%计算；本人工资低于统筹地区职工平均工资 60%的，按照统筹地区职工平均工资的 60%计算。

第八章 非法用工伤亡人员问题

第七十六条 建议律师接受委托时注意并告知当事人合法用工伤亡与非法用工伤亡的区别及相关法律程序。

律师应告知当事人，非法用工伤亡人员，是指无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位受到事故伤害或者患职业病的职工，或者用人单位使用童工造成的伤残、死亡童工。

律师可告知当事人，前款所列单位须依法向伤残职工或者死亡职工的近亲属、伤残童工或者死亡童工的近亲属给予一次性赔偿；并应告知当事人，对不具备前款组织形态的个人雇佣过程中发生伤亡的纠纷，需按照一般民事案件相关程序主张权益。

第七十七条 律师可告知当事人，一次性赔偿包括受到事故伤害或者患职业病的职工或童工在治疗期间的费用和一次性赔偿金。一次性赔偿金数额应当在受到事故伤害或者患职业病的职工或童工死亡或者经劳动能力鉴定后确定。

劳动能力鉴定按照属地原则由单位所在地设区的市级劳动能力鉴定委员会办理。劳动能力鉴定费用由伤亡职工或童工所在单位支付。

第七十八条 律师可告知当事人，职工或童工受到事故伤害或者患职业病，在劳动能力鉴定之前进行治疗期间的生活费按照统筹地区上年度职工月平均工资标准确定，医疗费、护理费、住院期间的伙食补助费以及所需的交通费等费用按

照《工伤保险条例》规定的标准和范围确定，并全部由伤残职工或童工所在单位支付。

第七十九条 律师可告知当事人，一次性赔偿金按照以下标准支付：

一级伤残的为赔偿基数的 16 倍，二级伤残的为赔偿基数的 14 倍，三级伤残的为赔偿基数的 12 倍，四级伤残的为赔偿基数的 10 倍，五级伤残的为赔偿基数的 8 倍，六级伤残的为赔偿基数的 6 倍，七级伤残的为赔偿基数的 4 倍，八级伤残的为赔偿基数的 3 倍，九级伤残的为赔偿基数的 2 倍，十级伤残的为赔偿基数的 1 倍。

前款所称赔偿基数，是指单位所在工伤保险统筹地区上年度职工年平均工资。

第八十条 律师可告知当事人，受到事故伤害或者患职业病造成死亡的，按照上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 20 倍支付一次性赔偿金，并按照上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 10 倍一次性支付丧葬补助等其他赔偿金。

第八十一条 律师可告知当事人，单位拒不支付一次性赔偿的，伤残职工或者死亡职工的近亲属、伤残童工或者死亡童工的近亲属可以自行或者委托律师向人力资源和社会保障行政部门举报，或者依法提起劳动仲裁、诉讼。

第八十二条 伤残职工或者死亡职工的近亲属、伤残童工或者死亡童工的近亲属就赔偿数额与单位发生争议的，律师可告知当事人通过法律途径解决。

第八十三条 律师可告知当事人，确认赔偿责任主体的一般原则如下：

- ① 非法用工单位系无营业执照或者未经依法登记、备案被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的，以该非法用工单位的出资人为赔偿责任主体。
- ② 用人单位使用童工的，以该单位为赔偿责任主体。使用童工的单位为非法单位的，按前项规定确认赔偿责任主体。

第八十四条 律师可告知当事人，申请仲裁的时效按劳动争议处理规定，即自双方发生争议之日起起算，但最迟自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起不超过一年。

第八十五条 建议律师在代理当事人处理非法用工伤亡案件，尤其是代理群体性非法用工伤亡案件时，密切联系单位所在地政府相关部门并尽量予以协助，以减少或避免发生群体性事件；同时尽力寻求政府相关部门的帮助，以维护当事人的合法权益。

第九章 工伤与侵权竞合处理

第八十六条 律师代理工伤劳动争议案件时，应根据实际案情确定工伤的发生是否与第三人的侵权行为有关，两者是否发生竞合。

对于未发生竞合的案件，根据案件实际法律关系选择代理方案；对于发生竞合的案件，可分别通过工伤与侵权两种途径维护当事人合法权益。

第八十七条 承办律师代理工伤劳动争议与第三人侵权发生竞合的案件时，应注意厘清工伤劳动争议与第三人侵权赔偿两种制度所适用的程序的不同。对工伤按工伤的处理程序进行，对第三人民事侵权按一般民事诉讼程序处理。

劳动者可分别提起侵权损害赔偿之诉和工伤保险赔偿之诉，侵权损害赔偿请求和不服工伤保险赔偿仲裁裁决提出的请求属于两个独立的案件，法院会根据各自的请求分别作出判决。

第八十八条 承办律师代理工伤劳动争议案件时，应注意厘清工伤案件与侵权损害赔偿案件中赔偿项目的依据与名称的区别，注意用语的规范性。

① **工伤保险基本赔偿项目有：**医药费、康复费、一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金、伤残津贴、停工留薪待遇、职工住院治疗工伤的伙食补助费、交通费、伤残辅助器具费、护理费、一次性工亡补助金、丧葬费、供养亲属抚恤金等。理赔项目的计算依据以不同省份（直辖市、自治区）的具体规定为准，本指引不再赘述。

② 第三人侵权的赔偿项目主要有：医药费、住院伙食补助费、伤残赔偿金、精神损害抚慰金、营养费、护理费、误工费、交通费、物损，残疾生活辅助具费、鉴定费、丧葬费、死亡赔偿金（被抚养人生活费）、家属处理事故的误工费等。除此之外，全国部分省份（或直辖市、自治区，如上海市）司法实践中存在支持部分律师费的情形。

理赔项目的计算依据以《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》的规定及各省（直辖市、自治区）高院下发的相应标准为准，本指引不再赘述。

第八十九条 现阶段全国范围内对工伤赔偿和第三人侵权赔偿的重复赔偿项目划分标准不一，律师代理工伤劳动争议案件应结合地方性法规或规章的规定，注意区分赔偿项目中的重复赔偿项目、兼得赔偿项目与专属项目。

上海主要采用的处理模式为：**性质重复项目就高补差，其他项目双赔。**

上海高院《关于审理工伤保险赔偿与第三人侵权损害赔偿竞合案件若干问题的解答（2010年）》公布了上海市工伤保险理赔和第三人侵权赔偿竞合案件中赔偿项目对照表：

重复赔偿项目（就高原则）	
工伤保险赔偿	第三人侵权损害赔偿
原工资福利	误工费
医疗费	医疗费
护理费（停工留薪期间） 生活护理费	护理费
住院伙食补助费	住院伙食补助费
交通费	交通费
外省市就医食宿费	外省市就医住宿费、伙食费
康复治疗费	康复费、康复护理费、适当的整容费、后续治疗费
辅助器具费	残疾辅助器具费
供养亲属抚恤金	被抚养人生活费
丧葬补助金	丧葬费

兼得项目对照列表（同时获得）	
工伤保险赔偿	第三人侵权损害赔偿
一次性伤残补助金	残疾赔偿金
一次性工亡补助金	死亡赔偿金

专属项目对照列表（分别领取）	
工伤保险赔偿	第三人侵权损害赔偿
伤残津贴	营养费
一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金	精神抚慰金
	陪护人员住宿费、伙食费

第九十条 如果劳动者分别通过诉讼或仲裁，就工伤保险赔偿和侵权损害赔偿中的重复赔偿项目获得重复赔偿，用人单位或工伤保险经办机构可以在扣除按照就高原则确定的劳动者应获得的赔偿数额后对剩余部分进行追偿，但其追偿的数额不得超过其实际支付的重复赔偿项目的总数。

第十章 工伤与劳动合同保护

第九十一条 劳动合同对认定劳动关系至关重要，建议律师办理工伤案件时首先审查劳动者与用人单位是否签订书面劳动合同，若未签订书面劳动合同则需要提供劳动者与用人单位存在劳动关系的证明材料。

第九十二条 律师应当告知当事人，在停工留薪期内劳动合同期满的，劳动合同至少顺延至停工留薪期满，再根据劳动能力鉴定的结果确定劳动关系的存续。

第九十三条 劳动者因工致残被鉴定为一至四级伤残的，保留劳动关系，退出工作岗位。律师应当注意，劳动者与用人单位的劳动关系将保留到劳动者达到退休年龄并办理退休手续为止。保留劳动关系期间，由用人单位和劳动者个人以伤残津贴为基数缴纳基本医疗保险费。劳动者达到退休年龄并办理退休手续后，停发伤残津贴，按照国家有关规定享受基本养老保险待遇。基本养老保险待遇低于伤残津贴的，由工伤保险基金补足差额。

第九十四条 劳动者因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用人单位按月发给伤残津贴。

律师应当告知当事人，因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，经劳动者本人提出，劳动者可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。

律师应当提示当事人，经劳动者本人提出与用人单位解除劳动合同，且解除劳动合同时距法定退休年龄不足5年的，不足年限每减少1年，一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金递减20%，但属于《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条规定的情形除外。

第九十五条 律师应当注意，从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的，以及在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的劳动者，用人单位不得依照《劳动合同法》第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同。即用人单位不得对有职业病风险正处于疑似期的劳动者或者患职业病的劳动者或者构成工伤伤残等级的劳动者进行无过失性辞退或经济性裁员。

第九十六条 律师应当提示当事人，劳务派遣人员发生工伤后，经劳务派遣单位、用工单位、发生工伤的劳务派遣人员协商一致，将劳动合同用人单位主体由劳务派遣单位变更为用工单位的，工伤人员的工伤保险关系可以转移至用工单位。由用工单位持变更后的劳动合同及变更情况说明到本市社会保险事业管理中心办理相关手续。

第十一章 工伤劳动争议处理

第九十七条 工伤劳动争议可通过协商、调解、仲裁、诉讼的方式解决。

第九十八条 律师应注意，职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。

第九十九条 律师可告知当事人，职工或者其近亲属、用人单位对社会保险行政部门作出的对工伤认定申请不予受理决定不服或者对工伤认定决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

第一百条 律师可告知当事人，劳务派遣单位或用工单位因工伤赔偿等发生争议，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。

第一百零一条 因劳动者死亡而引起的工伤待遇，死亡职工的近亲属或法定代理人作为申请人提起仲裁或诉讼的，律师应当提示委托人劳动争议仲裁机构或人民法院可能要求以死亡职工的继承人作为当事人。

第一百零二条 律师可告知当事人，在当事人权利义务关系明确，不先予执行将严重影响劳动者生活的前提下，劳动者追索工伤医疗费可依法向人民法院申请先予执行。

第一百零三条 因支付拖欠的工伤医疗费事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，律师应告知当事人可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令，同时告知支付令的法律后果。

第一百零四条 律师可告知当事人，追索工伤医疗费数额不超过当地月最低工资标准 12 个月金额的案件属于一裁终局案件。

第一百零五条 律师应注意，非法用工单位的伤残职工或者死亡职工的近亲属、伤残童工或者死亡童工的近亲属就赔偿数额与单位发生争议的，按劳动争议的有关规定处理。

第一百零六条 律师应注意，在工伤劳动争议案件中，法院通常会要求双方或一方提供下列证据，以便进行调查或质证：

① 因确认劳动关系发生的争议，劳动者主张存在劳动关系的，应当对劳动关系的成立承担举证责任，并由劳动者证明“用工之日”，即入职时间。用人单位否

认存在劳动关系的，应提供劳务合同、外包合同、劳务费或服务费支付凭证或记录等材料证明不存在劳动关系；用人单位主张的“用工之日”与劳动者主张的不一致的，应当举出其自身因管理员工所掌握的入职登记表、考勤记录、劳动合同等证据证明入职时间。

② 与主张工伤待遇有关的争议，劳动者应举证证明工伤认定、伤残等级鉴定结论、工伤住院治疗起止时间及费用、同意转院治疗的证明、交通费、食宿费、康复器具费用。用人单位否认是工伤的，由用人单位举证证明。

第一百零七条 除一审终审的小额工伤劳动争议案件外，律师代为领取一审判决的，应征求委托人对判决的意见，明确是否上诉等，并告知委托人上诉方式及期限。

第一百零八条 律师代理工伤劳动争议的仲裁、诉讼其他一般性问题可参照上海市律师协会《律师代理劳动人事争议调解仲裁案件操作指引》《律师代理劳动人事争议诉讼案件操作指引》。

第十二章 附则

第一百零九条 本指引由上海市律师协会劳动与社会保障业务研究委员会起草，旨在向律师提供工伤劳动争议案件代理的法律依据、业务借鉴和经验，并非强制性或规范性规定，仅供律师在实际业务中参考。





《律师办理刑民交叉法律业务操作指引》

第一章 总则

第1条【制定目的】

为帮助和指导本市律师了解涉及刑民交叉案件的诉讼、仲裁以及非诉讼等法律业务的特点，较系统掌握和运用涉及刑民交叉案件的办案规则，规范律师办理刑民交叉案件的职业行为，防范职业风险，提高律师办理刑民交叉案件的职业能力，为当事人提供全面、优质和高效的法律服务，制定本《操作指引》。

第2条【适用范围】

本《操作指引》适用于本市律师接受委托办理的涉及刑民交叉案件的诉讼、仲裁以及非诉讼等法律业务。

本市律师办理本市以外办案机关受理的涉及刑民交叉案件的诉讼、仲裁以及非诉讼等法律业务，应参考本《操作指引》，同时需充分考虑办案机关所在行政区域的相关规定。

本市律师申请执业实习期间协助办理涉及刑民交叉法律业务适用本《操作指引》。

第3条【法秩序统一原则】

律师办理刑民交叉案件，应当坚持法秩序统一原则，即各个部门法在合法化事由上具有统一的依据，在一个部门法中合法的行为，不得在另一个部门法中认定为违法，民法保护的利益应当受到刑法的认可，民法中合法的行为不可能构成刑事犯罪，民法中的违法行为才有可能成为刑事犯罪。

第4条【刑法的谦抑性原则】

律师办理刑民交叉案件，应当坚持刑法的谦抑性原则，即只有在民事、行政法律手段对受损法益保护不力或者保护无效的情况下，才能寻求刑事手段的介入。对于可以通过非刑罚方式解决的纠纷，无需选择刑事手段处理。

第5条【刑民整体协调原则】

律师办理刑民交叉案件，无论是事实认定还是法律归责，均应当将刑事与民事两个部分作为整体评判考量，做出相互照应、彼此相宜的认定。

第6条【受损权益充分救济原则】

律师办理刑民交叉案件，要充分利用刑事、民事等多种合法手段和途径，对于当事人遭受损害的合法权益给予充分保护和救济。

第7条【实质解决争议原则】

律师办理刑民交叉案件，要从最大程度维护当事人的合法权益、鼓励民事交易、维护交易安全的立场出发，选择更为公正有效的思路与机制，实事求是地、实质性解决争议。

第8条【阻止权力滥用原则】

律师办理刑民交叉案件，应当依法力促办案机关保持合理合法限度，防止随意以“先刑后民”为由干预民事纠纷诉讼，或者审理经济纠纷案件中，对涉嫌经济犯罪的有关线索、材料不作移送阻碍侦查、立案，或者对属于刑民并行的案件相互推诿不予受理、立案。

第二章 刑民交叉案件的理解与适用

第一节 新民交叉案件的事宜甄别和类型

第9条【刑民交叉案件的释义】

泛指自然事实情形下，基于刑事与民事两类法律规范，导致刑事与民事两类法律关系之间存在竞合、牵连或影响，需要在实体上分析民事和刑事不同的法律责任以及二者能否同时并存，在程序上协调民事程序和刑事程序适用的案件。

第10条【刑民交叉案件的司法甄别】

10.1【刑民交叉案件的司法甄别的不同表述】

刑民交叉案件的司法甄别，现行相关司法解释、会议纪要等规范性文件，分别采用是否“同一法律事实”、是否“同一法律关系”、是否“同一事实”等不同表述。

1998年颁布实施、2020年修订的《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》采用以“同一法律事实”、“同一法律关系”区分刑民交叉案件处理方式的表述。

2014年颁布实施的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》采取了“同一事实”的表述。

2015年颁布实施的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》亦对“同一事实”的表述予以采纳和延续。

2019年颁布实施的《全国法院民商事审判工作会议纪要》中，虽然未就“同一事实”的认定标准做出明确界定，但列举了不得认定为“同一事实”的若干情形，对司法实务中刑民交叉案件的处理具有重要指导意义。

随着司法实践对刑民交叉法律问题认识的不断深化，“同一事实”的表述逐渐成为司法实务界的通识。

10.2 【“同一事实”的判定】

对“同一事实”的判定，应当从行为实施主体、法律关系和要件事实三方面要素分析是否存在同一情形：

（1）民事主体实施的民事行为同时涉嫌刑事犯罪，该刑事犯罪事实与民事法律事实可以认定为同一事实。例如，通常法定代表人、负责人以及其他工作人员等对外以法人名义从事的职务行为，应当由法人承担相应的民事后果。但是，如果法定代表人、负责人以及其他工作人员的该职务行为构成刑事犯罪，但法人本身不构成刑事犯罪的，鉴于犯罪行为的主体和民事行为的主体属于不同的主体，一般不宜认定为“同一事实”。

（2）刑事案件的当事人，同时也是该刑事案件犯罪事实所涉民事法律关系的相对人的，该刑事犯罪事实与民事法律事实可以认定为“同一事实”，否则不属于“同一事实”。例如，侵权行为涉嫌刑事犯罪，被保险人、受益人、其他赔偿权利人请求保险人支付保险金，或者主合同的债务人涉嫌刑事犯罪，债权人请求担保人承担民事责任的，因涉及不同的法律关系，均不属于“同一事实”。

（3）民事案件中的争议事实，同时也是行为人构成刑事犯罪的要件事实，属“同一事实”。例如，民事案件中涉及的事实对刑事犯罪事实的认定及案件处理有直接影响，则二者属“同一事实”。又如，当事人因票据贴现发生民事纠纷，人民法院在审理过程中发现汇票的出票人因签发无资金保证的汇票构成票据诈骗罪，但鉴于背书转让行为并非票据诈骗犯罪的构成要件，因而民事案件与刑事案件不属于“同一事实”。

第 11 条 【刑民交叉案件的类型】

依所涉案件事实的重合程度，刑民交叉案件通常分为竞合型和牵连型两大类型。

11.1 【竞合型刑民交叉案件】

是指基于同一事实，涉及刑事与民事两种法律关系，且二者在行为主体、相对人以及行为本身等方面完全一致，呈现一种纵向的包容重合关系的交叉。实践中的常见情形主要有：

- （1）金融活动类案件中，由民事纠纷向刑事犯罪转化的案件。例如，民间贴现业务中不具备法定资质的人以贴现为业涉嫌非法经营类刑事犯罪，票据清单交易、封包交易案件中实际资人、直贴行、出资行的工作人员涉嫌骗取承兑汇票、伪造印章等刑事犯罪；
- （2）民间借贷类案件中，由民间借贷纠纷向非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、职业放贷人非法经营罪转化的案件；
- （3）市场交易类案件中，由合同纠纷向合同诈骗罪转化的案件；
- （4）侵权类案件中，由民事侵权向刑事犯罪转化的案件；
- （5）其他存在竞合关系的刑民交叉案件。

11.2【牵连型刑民交叉案件】

是指引起刑事、民事法律关系的事实并非源自同一事实，而仅是在某个或者某些构成要素上出现了交叉。这种事实交叉可能是行为主体、行为内容或者行为对象等方面的交叉。实践中常见情形主要有：

- （1）主合同的债务人涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，债权人请求担保人承担民事责任的；
- （2）行为人以法人、非法人组织或者他人名义订立合同的行为涉嫌刑事犯罪，或者刑事裁判认定其构成犯罪，合同相对人请求该法人、非法人组织或者他人承担民事责任的；
- （3）法人或者非法人组织的法定代表人、负责人或者其他工作人员的职务行为涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，受害人请求该法人或者非法人组织承担民事责任的；
- （4）侵权行为人涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，被保险人、受益人或者其他赔偿权益人请求保险人支付保险金的；
- （5）受害人请求涉嫌刑事犯罪的行为人之外的其他主体承担民事责任；

(6) 涉嫌集资诈骗、非法吸收公众存款罪等涉众型经济犯罪中，当事人因租赁、买卖、金融借款等与上述涉众型经济犯罪无关的民事纠纷，请求上述主体承担民事责任的；

(7) 在他人伪造银行卡骗取存款人银行存款的案件中，存款人要求银行承担责任的；

(8) 其他存在牵连关系的性命交叉案件。

第二节 刑民交叉案件的司法程序处理规则

第 12 条【程序处理一般规则】

刑民交叉案件，应当在判明事实的基础上，对属于同一事实的竞合型案件，采取“先刑后民”的诉讼方式和程序，对属于不同事实的牵连型案件采取“刑民并行”或者“先民后刑”的诉讼方式和程序。

第 13 条【先刑后民规则】

“先刑后民”是指对同一事实的竞合型刑民交叉案件，一般应当先按照刑事诉讼程序处理后，再进刑民事诉讼程序审理，或者法院审理刑事案件时附带审理相关民事部分。先行后民主要规则有：

13.1【涉及经济犯罪案件的一般规则】

(1) 涉嫌经济犯罪的案件与人民法院正在审理或者作出生效裁判文书的民事案件属于同一事实，人民法院处理规则：

人民法院作为经济纠纷受理的案件，经审理认为不属于经济纠纷案件，而有经济犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉，将有关材料移送公安机关或者检察机关。

人民法院已经立案受理或者作出生效裁判的经济纠纷案件，公安机关或者检察机关认为有经济犯罪嫌疑，并说明理由附有关材料函告受理该案或者作出生效裁判的人民法院的，由有关人民法院进行审查。

接受函告的人民法院经审查，认为正在审理的经济纠纷案件确有经济犯罪嫌疑的，应当将案件移送公安机关或者检察机关，并书面通知当事人；认为确属经济纠纷案件的，应当依法继续审理，并将结果函告有关公安机关或检察机关。对于已经作出生效裁判的经济纠纷案件，人民法院审查后应当向发函机关回复审查结果，认为确有经济犯罪嫌疑的，视情况裁定中止执行或者依法启动再审程序。

（2）涉嫌经济犯罪的案件与人民法院正在审理或者作出生效裁判文书的民事案件属于同一法律事实或者有牵连关系，公安机关立案规则：

公安机关不得将人民法院已经受理或者作出生效裁判的确属经济纠纷的案件以经济犯罪立案侦查。

人民法院在审理民事案件或者执行过程中，发现前述“同一法律事实或者有牵连关系”的情形，裁定不予受理、驳回起诉、中止诉讼、判决驳回诉讼请求或者中止执行生效裁判文书，并将涉嫌经济犯罪的线索、材料移送公安机关的，公安机关应当立案。

经人民检察院依法通知立案的，或者公安机关认为有证据证明有犯罪事实，需要追究刑事责任，经省级以上公安机关负责人批准的，公安机关应当立案，并将立案决定书等法律文书及相关案件材料复印件抄送给正在审理或者作出生效裁判的人民法院并说明立案理由，同时通报与办理民事案件的人民法院同级的人民检察院，必要时可以报告上级公安机关。

13.2【涉众型经济犯罪案件的规则】

（1）涉嫌集资诈骗、非法吸收公众存款等涉众型经济犯罪，对于受害人就同一事实提起的以犯罪嫌疑人或者刑事被告人为被告的民事诉讼，人民法院应当裁定

不予受理，并将有关材料移送侦查机关、检察机关或者正在审理该刑事案件的人民
法院。受害人的民事权利保护也应当通过刑事追赃、退赔的方式解决。

（2）正在审理民商案件的人民法院发现有上述涉众型经济犯罪线索的，应当及
时将犯罪线索和有关材料移送侦查机关。侦查机关作出立案决定前，人民法院应
当中止审理；作出立案决定后，应当裁定驳回起诉；侦查机关未及时立案的，人
民法院必要时可以将案件报请党委政法委协调处理。

（3）人民法院立案后，发现民间借贷行为本身涉嫌非法集资等刑事犯罪的，应
当裁定驳回起诉，并将涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。

（4）公安或者检察机关不予立案，或者立案侦查后撤销案件，或者检察机关作
出不起诉决定，或者经人民法院生效判决认定不构成非法集资等犯罪，当事人又
以同一事实向人民法院提起诉讼的，人民法院应当受理。

13.3 【以刑事案件审理结果为依据中止民事诉讼案件的规则】

人民法院在审理民商事案件时，如果民商事案件必须以相关刑事案件的审理结果
为依据，而该刑事案件尚未审结的，应当根据《民事诉讼法》第 153 条第一款第
（五）项的规定裁定中止诉讼。

13.4 【刑事附带民事诉讼案件的规则】

（1）被害人以人身权利受到刑事犯罪侵犯或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质
损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。被害人死亡或者丧失行为
能力的，被害人的法定代理人、近亲属有权提起附带民事诉讼。

（2）刑事附带民事诉讼应当在刑事案件立案后及时提起。

（3）附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判，只有为了防止刑事案件审判的过
分迟延，才可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。

第 14 条【刑民并行规则】

“刑民并行”是指当事人因不同事实分别发生民商事纠纷和涉嫌刑事犯罪的牵连型刑民交叉案件。如果民商事案件的审理，不是必须以相关的刑事案件审理结果为依据，则民商事案件与刑事案件应当依据不同程序分别审理。

14.1【民事纠纷涉及经济犯罪案件的一般规则】

（1）同一公民、法人或其他组织因不同的法律事实，分别涉及经济纠纷和经济犯罪嫌疑的，经济纠纷案件和经济犯罪嫌疑案件应当分开审理。

（2）人民法院在审理经济纠纷案件中，发现与本案有牵连，但与本案不是同一法律关系的经济犯罪嫌疑线索、材料，应将犯罪嫌疑线索、材料移送有关公安机关或检察机关查处，经济纠纷案件继续审理。

14.2【民间借贷纠纷涉及刑事案件规则】

（1）人民法院立案后，发现与民间借贷纠纷案件虽有关联但不是同一事实的涉嫌非法集资等刑事犯罪的线索、材料的，人民法院应当继续审理民间借贷纠纷案件，并将涉嫌非法集资等刑事犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。

（2）借款人涉嫌刑事犯罪或者生效判决认定其有罪，出借人起诉请求担保人承担民事责任的，人民法院应予受理。

14.3【存单纠纷涉及刑事案件规则】

人民法院在受理存单纠纷案件后，如果发现刑事犯罪线索，应将刑事犯罪线索及时书面告知公安机关或检察机关。如果案件当事人因伪造、变造、虚开存单或涉嫌诈骗，对于追究有关当事人的刑事责任不影响对存单纠纷案件审理的，人民法

院应对存单纠纷案件有关当事人是否承担民事责任以及承担民事责任的大小依法及时进行认定和处理。

14.4【民事纠纷涉嫌虚假诉讼犯罪的规则】

人民法院向公安机关移送涉嫌虚假诉讼犯罪案件，民事案件必须以相关刑事案件的审理结果为依据的，应当裁定中止诉讼。刑事案件的审理结果不影响民事诉讼程序正常进行的，民事案件应当继续审理。

第 15 条【先民后行规则】

“先民后刑”是指在处理刑民交叉案件时，先由人民法院对民事案件进行审理，待民事诉讼结束后再继续进行刑事诉讼。“先民后刑”没有法律文件明确规定。司法实践中常见的先民后刑情形主要有：

（1）知识产权犯罪案件中权属发生争议，侵权是否成立尚未确定；盗伐林木犯罪案件中，林木权属尚未确定；犯罪对象特定（国有财产、公共财产）的贪污、挪用、私分国有资产犯罪，财产确权纠纷结果影响财产类犯罪认定；其他民事审判结果影响刑事犯罪认定的情形；

（2）行为人实施刑事犯罪后在逃，但被害人已有足够的证据证明行为人给自己造成了损害，且行为人又有财产可供执行的；

（3）刑事案件的审理必须以民事案件的审理结果为前提的。

第 16 条【生效刑事裁判对生效民事裁判程序影响的规则】

（1）民事案件当事人的行为被刑事裁判认定为犯罪的，作出生效刑事裁判的人民法院应当及时函告审理或者执行该民事案件的人民法院。

（2）被认定为刑事犯罪的事实对生效民事判决、裁定、调解书的事实、证据有影响的，作出生效民事裁判的人民法院应当依法、及时启动审判监督程序予以再审。

（3）当事人、案外人以生效刑事裁判认定有关人员构成刑事犯罪为由，对生效民事判决、裁定、调解书申请再审，人民法院应当及时审查。

第三节 刑民交叉案件的司法实体处理规则

第 17 条【实体处理的一般规则】

刑民交叉案件的实体认定属于刑法范畴，涉及罪与非罪的认定涉嫌刑事犯罪的具体行为是否符合刑事犯罪构成要件，是界定和区分刑民交叉案件的关键。同时，根据法秩序统一原则，分析论证涉嫌刑事犯罪的具体行为，在民事上是否具有合法性，民事上的合法性能否成为排除或阻却刑事犯罪成立的事由。

第 18 条【实体处理的具体规则】

刑民交叉案件的具体事实认定，应当坚持形式判断与实质判断相结合，以实质判断为核心，注意甄别真假竞合关系，正确区分罪与非罪，界定案件性质。真实竞合与假性竞合对案件定性的影响主要有以下情形：

（1）刑民交叉案件事实存在真实竞合关系，即形式上看是民事法律行为，实质上属于刑事犯罪。例如套路贷、非法集资、虚假诉讼、非法贴现等案件。对于此类刑民交叉案件，应当穿透表面的虚假民事关系，依据刑法以及相关司法解释的规定，按照刑事犯罪处理。

（2）刑民交叉案件事实存在假性竞合关系，即形式上看似刑事犯罪，但实质上属于民事法律行为。例如，公司以合法的股权转让方式转让土地使用权涉及的非法转让、倒卖土地使用权犯罪案件。对于此类刑民交叉案件应当遵循法秩序统一原则，为民法所允许，是该行为出罪的合法事由。

第 19 条【生效裁判的既判力与事实认定的规则】

生效裁判的预决效力，即生效裁判已判定的内容，在后续诉讼中未审先定的法律效力，也被称为“生效裁判的拘束力”，简称“既判力”。

19.1【生效刑事裁判认定的事实，民事裁判中应否采纳】

（1）生效的刑事裁判中对被告人有罪事实的认定，对于后行的民事裁判具有预决效力；

（2）生效的刑事裁判中对被告人无罪事实的认定，需区分是因为被告人未参与实施刑事犯罪行为，还是因证据不足、事实不清。如果是前者，则对于后行的民事裁判有预决力，如果是后者，则因民事诉讼和刑事诉讼的证明标准不同，可能有不同的认定。

（3）生效的刑事裁判丧失预决效力的情形：当事人有相反证据，足以推翻“已为人民法院发生法律效力裁判所确认的基本事实”和“已为有效公证文书所证明的事实”。

19.2【生效民事裁判认定的事实，刑事裁判中应否采纳】

刑事诉讼中将民事裁判作为证据使用时，应考虑民事诉讼与刑事诉讼证明标准的不同。民事裁判认定的事实证明力大于一般书证，民事裁判认定的事实，对于认定被告人构成刑事犯罪并不具有当然的证明力，刑事裁判中并不当然采纳。对于认定被告人不构成犯罪的事实，如果符合民事法律的规定，刑事裁判中应当采纳。

第20条【法庭审理中不必提出证据证明的事实】

为一般人共同知晓的常识性事实；人民法院生效裁判所确认并且未依审判监督程序重新审理的事实；法律、法规的内容以及适用等属于审判人员履行职务所应当知晓的事实；在法庭审理中不存在异议的程序事实；法律规定的推定事实；自然规律或者定律。

第 21 条【民事行为或事件阻却刑事犯罪成立的规则】

12.1【合法的民事法律行为阻却刑事犯罪成立】

民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为，合法的民事法律行为阻却故意犯罪成立。

21.2【不当得利阻却刑事犯罪成立】

不当得利的行为人主观上不具有占有他人利益的故意，其得利行为不具有违法性，能够阻却占有型财产犯罪的成立。

21.3【民事侵权免责事由阻却刑事犯罪成立】

民事法律中的侵权免责事由，例如依法执行职务、正当防卫、紧急避险、自助行为、意外事件等，因行为人是出于合法目的、为正当利益而实施的行为等，行为人主观上不具有侵犯他人合法权益的故意，其行为不具有违法性，能够阻却犯罪的成立。

第 22 条【民事合同一方主体构成刑事犯罪，民事合同效力判断标准及效力阻却规则】

22.1【民事合同效力判断标准】

刑民交叉案件中，民事合同的效力要纳入民事法律评价体系，严格按照民事合同效力的判断规则，兼顾考察违法性程度和交易安全保护等因素综合认定。其根本的判断标准在于民事主体做出的意思表示是否真实，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公序良俗，而不在于签订、履行合同的过程是否存在违法犯罪行为，故一方主体构成刑事犯罪，民事合同不必然无效。

22.2【民事合同违反效力性强制性规定情形】

应当认定为“效力性强制性规定”的情形：强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的；交易标的禁止买卖的，例如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖；违反特许经营规定的，例如场外配置合同、非法贴现；交易方式严重违法的，例如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同；交易场所违法的，例如在批准的交易场所之外进行期货交易。以上情形影响合同效力。

关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定，一般应当认定为“管理性强制性规定”，不影响合同效力。

22.3【刑事犯罪阻却民事合同效力的情形】

（1）当刑事犯罪事实与合同事实竞合，并且与刑事犯罪竞合的合同存在民事法律规定的无效情形的，该合同无效。

例如，套取金融机构贷款转贷的，以向其他盈利法人借贷、向本单位职工集资，或者以向公众非法吸收存款等方式取得的资金转贷的，未依法取得放贷资格的出借人，以盈利为目的向社会不特定对象提供借款的，如果出借人上述行为被认定为高利转贷罪、非法吸收公众存款罪或者非法经营罪，则相应的借款合同均因违反国家法律、法规强制性规定，或者违反公序良俗而无效；招标人、投标人、代理人等构成串通投标罪，则通过串通投标而签订的合同因恶意串损害他人利益而无效；被执行人与案外人共谋，通过签订虚假借款合同、提起案外人异议的方式逃避执行，构成虚假诉讼罪，该借款合同亦可因双方虚假意思表示而无效。

（2）当刑事犯罪事实与合同事实交叉，如果行为人在合同订立阶段故意犯罪，且该故意犯罪对合同要素的主要内容具有一定决定作用，与合同的订立具有因果关系，则该犯罪行为将导致合同无效，否则，刑事犯罪事实不影响合同效力。

例如，行为人代表公司与相对方签订货物购销合同时，挪用资金构成刑事犯罪，但该刑事犯罪与合同签订没有因果联系，故该购销合同不因行为人犯挪用资金罪而无效。

第四节 刑民交叉案件的执行程序处理规则

第 23 条【执行程序的一般规则】

刑民交叉案件的执行程序处理，应当区分不同类型案件、不同责任主体、不同类型责任和不同主体诉求等情况，结合案件的具体情形，采取最适当的方式和程序维护当事人的合法权益。

第 24 条【刑事判决追缴或者退赔后再提起民事诉讼的规则】

24.1【刑事被告人与民事被告为同一主体的，不能提起】

被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔。被害人提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。

24.2【刑事被告人与民事被告为不同主体的，可以提起】

刑事诉讼中的追赃和责令退赔程序，仅解决受害人与被告人之间的财产返还和退赔问题，并不影响受害人通过民事诉讼程序向被告人之外的其他民事主体主张民事权利。

第 25 条【涉及涉众型犯罪的民事执行终止的规则】

民事案件执行程序中案件涉及非法集资等涉众型犯罪的，人民法院将中止执行。

第 26 条【同一责任主体因不同类型责任，财产执行顺位的规则】

26.1【民事主体因同一行为涉及不同责任，优先承担民事责任】

民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的，承担行政责任或者刑事责任，不影响承担民事责任；民事主体的财产不足以支付的，优先用于承担民事责任。

26.2【刑事被执行人因不同类型责任，财产执行顺位】

涉刑事裁判财产执行，如果被执行人同时承担刑事责任、民事责任，其财产不足以支付的，执行顺位是：（1）人身损害赔偿中的医疗费用；（2）退赔被害人的损失；（3）其他民事债务；（4）罚金；（5）没收财产。

债权人对执行标的依法享有优先受偿权，其主张优先受偿的，人民法院应当在第（1）项规定的医疗费用受偿后，予以支持。

26.3【非法集资、电信网络诈骗等刑事案件，查扣财产优先退赔】

（1）非法集资案件中查封、扣押、冻结的涉案财物一般应当在诉讼终结后返还集资参与人。涉案财物不足以全部返还的，按照集资参与人的集资额比例返还。退赔集资参与人的损失一般优先于其他民事债务以及罚金、没收财产的执行。

（2）电信网络诈骗案件中，查扣的账户内资金，应当优先返还被害人，如果不足以全部返还的，应当按比例返还。

第 27 条【案外人、被害人的执行异议救济规则】

27.1【刑事执行程序中，案外人或者被害人对赃款赃物的认定提出异议】

案外人或者被害人认为刑事裁判中对涉案财物是否属于赃款赃物认定错误或者应予认定而未认定，向执行法院提出书面异议，可以通过裁定补正的，执行机构应当将异议材料移送刑事审判部门处理，无法通过裁定补正的，异议人应当通过审判监督程序救济。

27.2【刑事执行程序中，第三人善意取得的涉案财物不予追缴】

刑事执行程序中，对第三人善意取得的涉案财物不予追缴。作为原所有人的被害人对该涉案财物主张权利的，人民法院应当告知其通过诉讼程序处理。

27.3【民事执行程序中，案外人对执行标的提出执行异议】

案外人依据《民事诉讼法》第234条提出执行异议被驳回，案外人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以向负责执行的人民法院提起执行异议之诉，并且可以在执行异议之诉中就执行标的物一并提出确权、给付请求，以排除执行。但案外人以被执行人为被告，就执行标的物另行提起确权、给付之诉的，法院一般不予受理。

第三章 刑民交叉案件的办理

第一节 主要业务类型

第28条【非诉讼刑民交叉业务】

是指接受自然人、法人或者非法人组织的委托，担任常年或者专项法律顾问，为其案件涉及刑民交叉法律问题、单位合规管理等提供专业意见和法律服务。

因本项业务与律师办理其他非诉讼业务的流程、要求等基本相同，本《操作指引》不再单独予以规范，可参照适用其他非诉讼业务的相关规范性文件。

第29条【诉讼类刑民交叉业务】

是指接受自然人、法人或者非法人组织的委托，在本《操作指引》第10条所列竞合型、牵连型刑民交叉诉讼案件中担任诉公代理人或者辩护人，参加相关诉讼活动。

本章以下各节内容均针对律师办理刑民交叉诉讼案件。

第二节 收案

第 30 条【咨询与备忘】

律师应当要求当事人全面真实介绍案件背景、事实，了解当事人的救济状况以及主要诉求。

律师应当根据当事人的委托意愿，就案件涉及的刑民交叉类型、救济方式、程序选择等法律问题，作出初步分析和建议，告知当事人权利义务以及诉讼风险。

律师可以把咨询记录以及法律建议形成书面备忘录，由当事人签字后存档，避免执业风险。

第 31 条【接受委托】

律师应当根据案件涉及的刑民交叉事实、诉讼程序以及委托人诉求等，确定委托的具体事项，代表律师事务所与委托人签订刑事或者民事诉讼委托协议。

律师应当根据刑事或者民事法律规定，严格审查委托人的主体适格性，依据委托事项及诉讼进程，要求委托人签署刑事或者民事诉讼程序所需的授权委托书。

律师应当根据委托事项及诉讼进程，向律师事务所申领承办案件所需的刑事或者民事诉讼法律文书。

第 32 条【特殊案件备案】

律师应当审查判断案件性质，涉及国家安全、重大贪污贿赂、有组织犯罪等案件以及重大群体性敏感性案件，法律规定及执业规范有备案要求的，需提请律师事务所向属地司法行政机关或者律师协会做好案件备案工作。

第 33 条【解除委托】

律师与委托人就刑民交叉案件代理或者辩护方案产生严重分歧，委托人主张解除委托关系的，律师应当代表律师事务所与委托人签订解除协议，并与委托人充分沟通，友好协商，避免纠纷，防范风险，解除委托关系后，律师应当及时告知办案机关。

第三节 代理与辩护

第 34 条【一般原则】

刑民交叉案件的代理与辩护，应当依据法律、法规、司法解释以及规范性文件的规定，结合案件事实、证据，区分案件类型、性质、阶段、当事人诉求等，坚持刑民双重视角，实体与程序并重，实体上分析民事行为和刑事犯罪的不同构成要件及法律责任，程序上选择刑民并行、先刑后民、先民后刑等不同方式，依法依规履行律师职责，维护当事人的合法权益。

第 35 条【甄别案件事实，确定代理方式】

律师办理刑民交叉案件，应当从行为主体、法律关系、要件事实等方面甄别案件事实是否属于“同一事实”以明确刑民交叉案件的类型。具体适用参照本《操作指引》第 10.2 条和第 11 条之规定。

对竞合型刑民交叉案件，应当注意区分真实竞合与假性竞合，在界定争议事实是民事纠纷还是刑事犯罪的基础上，采取相应诉讼方式和策略。对存在真实竞合关系的案件，依法进行刑事辩护、代理刑事控告、代理刑事附带民事诉公、代理“先刑后民”案件的相关民事诉讼等；对假性竞合案件，应当通过无罪辩护使争议事实回归民事程序，并进行相关民事代理。

对牵连型刑民交叉案件，就争议涉及的民事纠纷和刑事犯罪案件分别依法代理和辩护。

第 36 条【区别案件类型，选择处理程序】

程序适用上，对竞合型刑民交叉案件一般采取“先刑后民”诉讼方式及程序，对牵连型刑民交叉案件一般采取“刑民并行”或者“先民后刑”诉公方式及程序。具体适用参照本《操作指引》第二章第二节、第四节之相关规定。

第 37 条【综合全案事实，判断实体归责】

实体归责是在甄别案件事实、界定案件性质的基础上，就当事人实体责任的承担所作的分析和研判，是律师代理意见、辩护意见的核心和主要内容。律师应当从事实证据、法律适用、经验逻辑、司法实践以及相关指导案例等方面，判断当事人是否承担法律责任以及承担法律责任的类型、范围、大小等，最大限度维护当事人的合法权益。

具体适用参照本《操作指引》第二章第三节之相关规定。

第四节 程序受阻时的代理与辩护

第 38 条【刑事控告不予立案情形下的代理】

38.1【审查分析不予立案的原因】

律师接受委托后，应当了解委托人控告的背景和目的，审查控告事由依据的证据是否充分；控告的罪名是否准确，是否达到刑事立案标准；案件是否符合主管、管辖规定，是否属于自诉案件；是否属于《刑事诉讼法》第 16 条规定的不予追究刑事责任的情形等。

38.2【对公检法机关不予立案行使救济权的代理】

(1) 对公安机关作出不予立案决定不服的，可以在收到决定书后 7 日以内，向作出决定的公安机关申请复议，对复议决定不服的，可以在收到复议决定书后 7 日以内，向上一级公安机关申请复核；也可以不经复议或者复核，直接向作出不予立案决定的公安机关同级的人民检察院提出立案监督申请，请求人民检察院要求公安机关说明不予立案的理由，认为公安机关不立案理由不能成立的，可以同时请求人民检察院通知公安机关立案。

对于符合《刑事诉讼法》第 210 条第（三）项情形的，被害人及其法定代理人也可以不经复议、复核或者立案监督，直接向人民法院提起刑事自诉。

(2) 不服人民检察院作出的对于直接受理的案件不予立案决定的，可以在收到不立案通知书后 10 日以内，向上一级人民检察院申请复议。

(3) 不服人民法院作出的对于自诉案件不予受理裁定的，可以提起上诉。

第 39 条【刑事撤案、侦查环节久侦未结等情形下的代理】

39.1【对公安机关自行撤案行使救济权的代理】

律师接受委托后，应当审查公安机关作出的撤销案件决定是否符合《公安机关办理刑事案件程序规定》第 186 条第一款规定的情形。

(1) 认为公安机关不应当撤案而撤案的，可以向作出撤销案件决定的公安机关同级的人民检察院申请侦查监督；

(2) 撤销案件以后又发现新的事实或者证据，或者发现原认定事实错误，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的，应当申请公安机关重新立案侦查。

39.2【对人民检察院撤销案件行使救济权的代理】

律师接受委托后，应当审查人民检察院通知公安机关撤销案件或者对于直接受理的案件撤案的理由是否符合《刑事诉讼法》《公安机关办理刑事案件程序规定》以及《人民检察院刑事诉讼规则》第 240 条第一款等规定的情形。

（1）认为人民检察院通知公安机关撤销案件有错误的，可以申请公安机关要求同级人民检察院复议，对复议决定不服的，申请公安机关提请上一级人民检察院复核；

（2）认为人民检察院对于直接受理的案件立案后不应当撤案而撤案的，可以向作出撤销案件决定的人民检察院申诉；

（3）对于人民检察院直接受理侦查的案件，撤销案件以后又发现新的事实或者证据，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的，可以申请人民检察院重新立案侦查。

39.3【对公安机关立案后久侦未结情形行使救济权的代理】

律师接受委托后，应当向检察机关提出监督请求，请求其对公安机关的侦查活动进行监督，并对公安机关侦查过程中存在的违法行为依法提出纠正意见。

第 40 条【对人民检察院不起诉决定行使救济权的代理】

律师接受被害人及其法定代理人、近亲属的委托，对不起诉决定不服的，可以自收到不起诉决定书 7 日以内向作出决定不起诉决定的人民检察院的上一级人民检察院申诉，请求提起公诉，对人民检察院维持不起诉决定的，可以向人民法院起诉；对于符合《刑事诉讼法》第 210 条第（三）项情形的，也可以不经申诉，直接向人民法院提起刑事自诉。

律师接受被不起诉人的委托，对于人民检察院依照《刑事诉讼法》第 177 条第二款作出的不起诉决定不服的，可以自收到不起诉决定书 7 日内向作出决定不起诉决定的人民检察院申诉。

第 41 条【民事诉讼程序受阻情形下的代理与辩护】

民事诉讼程序受阻主要是指民事诉讼过程中，人民法院根据刑民交叉事实及相关法律规定，将有关材料移送公安机关或者检察机关并被决定立案，人民法院作出如下裁判的情形：（1）不予受理；（2）驳回起诉；（3）中止诉讼；（4）中止执行生效裁判文书。

41.1 【对民事诉讼程序受阻行使救济权的代理】

对不予受理、驳回起诉的裁定不服，可以自收到裁定书之日起 10 日内向上一级法院提出上诉；如果认为中止诉讼或中止执行的裁定不当，可以通过审判监督或者执行监督程序申请纠正。

41.2 【对公安机关、人民检察院不当立案行使救济权的代理】

人民法院移送的案件被公安机关或者检察机关决定立案，律师可以接受委托进行刑事辩护与代理。如果认为公安机关或者检察机关不应当立案而立案的，可以依照《人民检察院刑事诉公规则》第 557 条、第 566 条的规定向人民检察院申请立案监督。

第 42 条【刑事或者民事程序受阻后，辩护与代理工作的研判】

刑民交叉案件中，正在进行的刑事或者民事诉讼程序出现本《操作指引》第 38 条、第 39 条、第 40 条、第 41 条之情形而中止、终结的，律师应当结合法律规定和当事人诉求研判刑事程序和民事程序的适用与转换。认为正在进行的诉讼程序有利于当事人诉求实现或者中止、终结不当的，应当针对不同情形代理当事人依法救济；认为正在进行的诉公程序中止、终结符合法律规定，或者转换诉讼程序更有利于实现当事人诉求的，应当建议当事人通过新的民事或者刑事诉讼程序予以救济。

第 43 条【诉讼程序转换后继续代理的委托变更】

刑民交叉案件因特定事由发生刑事诉讼程序与民事诉讼程序相互转换，律师继续代理的，应当依据诉讼法等相关法律规定及执业规范，及时变更或者调整委托协议、授权委托书，避免代理过程中的利益冲突或者纠纷，维护当事人的合法权益。

第四章 附则

第 44 条【编写依据】

本《操作指引》依据 2022 年 7 月 31 日以前发布的法律、法规、司法解释以及规范性文件规定，并参考典型司法判例、律师实务经验以及相关专家学者理论观点编写。

本《操作指引》实施后相关法律、法规、司法解释以及规范性文件规定发生变化的，依据新的规定执行。

第 45 条【使用提示】

鉴于本《操作指引》存在的局限性，律师办理涉及刑民交叉法律业务时，应充分结合案件具体事实，全面检索相关有效的法律、法规、司法解释和规范性文件规定，尽职尽责，全面维护当事人的合法权益。

第 46 条【指引效力】

本《操作指引》仅供本市律师办理涉及刑民交叉法律业务时参考使用。

本《操作指引》不作为对律师相关工作内容、方式和成果的评价、考核、处罚的依据。即使本《操作指引》使用“应当”“必须”等词汇，也仅是表达建议程度的不同，不应理解为律师未如此操作即属于执业过错。





重庆律协：关于律师办理公司并购业务指引

第一章 总则

第一条 指引目的

为提高本市律师承办公司并购业务的服务质量和服务水平，规范律师相关执业行为，降低律师从事并购业务的执业风险，特制定本指引。

本指引仅为律师在为并购方提供公司并购业务法律服务时参考适用。

第二条 概念界定

1. 并购

本指引所称之并购，是指并购方通过股权转让、增资扩股、公司合并等方式以实现对目标公司的入股或合并，或通过并购目标公司特定资产、承接特定债权债务等方式以接收并运营目标公司特定资产的交易行为。

2. 目标公司

本指引所称目标公司是指并购交易中被入股或被合并或资产被并购或债务被承接的有限责任公司或股份有限公司（及其附属公司）。

3. 交易标的

本指引所称交易标的是指并购交易中双方权利义务指向的对象。

4. 尽职调查

本指引所称尽职调查，专指法律尽职调查，是指律师接受并购方委托，基于并购方对并购交易的特定需求，对目标公司或交易对方或交易标的进行调查，并从法律角度收集并分析相关信息，为并购方的并购交易提供依据的一种行为。

第三条 并购方式

并购方式可根据交易标的不同、并购资金来源的不同、并购双方的行业关系的不同等标准进行不同的分类。本指引中根据我国法律法规所调整对象的不同，将并购方式主要分为有限责任公司并购、非上市公众公司并购、上市公司并购、国有企业并购和外资并购。

- ① 有限责任公司并购，是指有限责任公司作为并购方进行的对外合并与收购。
- ② 非上市公众公司并购，是指非上市公众公司作为并购方进行的对外合并与收购。
- ③ 上市公司并购，是指上市公司作为并购方进行的对外合并与收购。
- ④ 国有企业并购，是指国有企业作为并购方进行的对外合并与收购。
- ⑤ 外资并购，是指境外企业作为并购方进行的对外合并与收购。

第四条 相关法律法规规定

1. 一般法律法规规定

《中华人民共和国民法典》（2021年1月1日起施行）

《中华人民共和国合同法》（2021年1月1日失效）

《中华人民共和国物权法》（2021年1月1日失效）

《中华人民共和国证券法》（2019年修订）

《中华人民共和国公司法》（2018年修订）

《中华人民共和国企业破产法》（中华人民共和国主席令第54号，2007年6月1日起施行）

《中华人民共和国反垄断法》（中华人民共和国主席令第68号，2008年8月1日起施行）

《中华人民共和国企业法人登记管理条例》（国务院令第709号，2019年修订）

《中华人民共和国企业法人登记管理条例实施细则》（国家市场监督管理总局令第14号，2019年修订）

《中华人民共和国公司登记管理条例》（国务院令第666号，2016年修订）；

《国务院关于发布政府核准的投资项目目录（2016年本）的通知》（国发〔2016〕72号）

《国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知》（国发〔2014〕7号）

《关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》（国发〔2014〕14号）

《国务院关于促进企业兼并重组的意见》（国发〔2010〕27号）

《国务院关于投资体制改革的决定》（国发〔2004〕20号）

《非上市公众公司收购管理办法》（中国证券监督管理委员会令第166号，2020年修订）

《非上市公众公司重大资产重组管理办法》（中国证券监督管理委员会令第166号，2020年修订）

《非上市公众公司信息披露内容与格式准则第5号——权益变动报告书、收购报告书、要约收购报告书》（证监会公告〔2020〕20号，2020年修订）

《全国中小企业股份转让系统挂牌公司要约收购业务指引》（股转系统公告〔2019〕931号）

《挂牌公司权益变动与收购业务问答（二）》（2019年4月12日发布并实施）

《挂牌公司权益变动与收购业务问答》（股转系统公告〔2018〕1232号）

《最高人民法院关于人民法院为企业兼并重组提供司法保障的指导意见》（法发〔2014〕7号）

《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2003〕1号）

《重庆市人民政府关于发布重庆市政府核准的投资项目目录（2017年本）的通知》（渝府发〔2017〕18号）

《重庆市经济和信息化委员会关于进一步推进企业兼并重组的通知》（渝经信企业〔2014〕15号）

《重庆市人民政府关于推动企业兼并重组的意见》（渝府发〔2012〕118号）

2. 国企并购法律法规规定

《中华人民共和国企业国有资产法》（2019年5月1日发布并实施）

《企业国有资产监督管理暂行条例》（国务院令第709号，2019年修订）

《上市公司国有股权监督管理办法》（国务院国资委、财政部、证监会令第18号，2018年7月1日起施行）

《企业国有资产交易监督管理办法》（国务院国资委、财政部令2016年第32号）

《国家出资企业产权登记管理暂行办法》（国务院国资委第29号，2012年4月20日发布并实施）

《金融企业国有资产评估监督管理暂行办法》（财政部令第47号，2008年1月1日起施行）

《企业国有资产评估管理暂行办法》（国务院国资委令第12号，2005年9月1日起施行）

《重庆市人民政府办公厅关于进一步规范企业国有资产交易监督管理的通知》（渝府办发〔2017〕19号）

3. 外资并购法律法规规定

《中华人民共和国外商投资法》（中华人民共和国主席令第26号，2020年1月1日起施行）

《中华人民共和国外商投资法实施条例》（国务院令第723号，2020年1月1日起施行）

《外商投资信息报告办法》（商务部、市场监管总局令2019年第2号）

《鼓励外商投资产业目录（2019年版）》（发改委、商务部令2019年第27号）

《证券公司和证券投资基金管理公司境外设立、收购、参股经营机构管理办法》（证监会令第150号，2018年9月25日发布并实施）

《企业境外投资管理办法》（国家发展和改革委员会令第11号，2018年3月1日起施行）

《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》（商务部令2018年第6号）

《关于取消期货公司设立、收购、参股境外期货类经营机构行政审批事项的决定》（证监会公告〔2017〕7号）

《境外投资管理办法》（商务部令2014年第3号）

《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》（国办发〔2011〕6号）

《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》（法释〔2010〕9号）

《关于外国投资者并购境内企业的规定》（商务部令2009年第6号）

《指导外商投资方向规定》（国务院令 第346号，2002年4月1日起施行）

4. 上市公司并购法律规定

《上市公司收购管理办法》（中国证券监督管理委员会令第166号，2020年修订）

《上市公司重大资产重组管理办法》（证监会令第166号，2020年修订）

《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第16号——上市公司收购报告书》（证监会公告〔2020〕20号）

《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第17号——要约收购报告书》（证监会公告〔2020〕20号）

《证券期货法律适用意见第15号——〈上市公司重大资产重组管理办法〉第二十八条、第四十五条的适用意见》（证监会公告〔2020〕53号）

《〈上市公司重大资产重组管理办法〉第十四条、第四十四条的适用意见——证券期货法律适用意见第12号》（证监会公告〔2019〕21号）

《中国证券监督管理委员会上市公司并购重组审核委员会工作规程》（证监会公告〔2018〕24号）

《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第26号——上市公司重大资产重组》（证监会公告〔2018〕18号，2018年修订）

《关于规范上市公司重大资产重组若干问题的规定》（证监会公告〔2016〕17号）

《关于鼓励上市公司兼并重组、现金分红及回购股份的通知》（证监发〔2015〕61号）

《上市公司并购重组行政许可并联审批工作方案》（工信部、证监会、发改委、商务部联合发布，2014年10月24日实施）

《上市公司监管指引第4号——上市公司实际控制人、股东、关联方、收购人以及上市公司承诺及履行》（证监会公告〔2013〕55号）

《上市公司并购重组专家咨询委员会工作规则》（证监会公告〔2012〕2号）

《〈上市公司收购管理办法〉第七十四条有关通过集中竞价交易方式增持上市公司股份的收购完成时点认定的适用意见——证券期货法律适用意见第9号》（证监会公告〔2011〕3号）

《〈上市公司收购管理办法〉第六十二条、第六十三条有关要约豁免申请的条款发生竞合时的适用意见——证券期货法律适用意见第8号》（证监会公告〔2011〕2号）

《〈上市公司收购管理办法〉第六十二条有关上市公司财务困难的适用意见——证券期货法律适用意见第7号》（证监会公告〔2011〕1号）

《〈上市公司重大资产重组管理办法〉第三条有关拟购买资产存在资金占用问题的适用意见——证券期货法律适用意见第10号》（证监会公告〔2011〕4号）

《〈上市公司收购管理办法〉第六十二条及〈上市公司重大资产重组管理办法〉第四十三条有关限制股份转让的适用意见——证券期货法律适用意见第4号》（证监会公告〔2009〕11号）

《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第19号——豁免要约收购申请文件》（证监公司字〔2006〕156号）

以上所列仅为我国并购法律体系中基础法律法规规定，并非全部汇总。

第二章 并购程序概述

第五条 律师在并购项目中的法律服务流程

律师承办公司并购业务的完整流程通常可分为四个阶段：**并购预备阶段、尽职调查阶段、谈判签约阶段、并购履约阶段**。律师提供的法律服务应贯穿于这四个阶段，前后照应通盘考虑，尽量避免或减少脱节所产生的法律风险。

第六条 并购预备阶段

前期预备阶段为并购方初步确定目标公司时起至开展尽职调查前的准备期间。律师在前期预备阶段的主要工作内容为：收集交易背景信息、进行法律政策调研及可行性分析、起草或修改前期协议等。该阶段一般可概括为**信息收集、可行分析、前期协议**三个主要环节。

第七条 尽职调查阶段

从公司并购实务流程的角度出发，在交易双方达成并购意向后，根据双方的真实意思表示，确定开始对被并购方的尽职调查工作，当然也有可能应被并购方的要求，同时对并购方的并购能力、企业发展规划等同时展开尽职调查。尽职调查是企业并购核心工作。在尽职调查过程中，无论是尽职调查目标公司的股东还是目标公司，都应当真实、准确、完整履行尽责披露的义务。

根据并购标的不同，常规的并购可分为股权并购和资产并购，律师应根据并购类型的不同，做出不同的尽职调查工作准备。一般而言，尽职调查工作应通过以下几个方面完成。

1. 确定尽职调查工作的目标

通过对目标公司进行深入调查，核实预备阶段获取的相关信息，以备并购方在信息充分的情况下做出最精准的并购决策。

为了完成核查目标，律师工作团队应针对尽职调查工作，制订尽职工作计划，确定尽职调查的工作团队、人员分工、完成时间。并由并购方与被并购方签订协议明确尽职调查团队的人员工作权限、资料收集方式、保密方式及配合责任等。

通过尽职调查，了解被调查方是否尽责任披露。律师的尽职调查工作的另一面，实质也是被调查方的尽责披露的过程。

在**股权并购的模型**下，尽职调查的目标是为获得目标公司资产、经营、市场、收益、股权结构、控制人情况、债权债务情况、财务数据。

在**资产并购的模型**下，尽职调查工作目标重点为目标资产的整体状况、目标资产的市场价值、用途、资产权利年限、工艺、技术、专利、专业技术人员的等级水平、资产的登记、第三方对资产的权利主张、交易税费、财务数据等情况。

尽职调查结果的准确性，实际多取决于出让方的披露程度，并非单纯能依据并购方自己的调查获得的。因此出让方的披露程度和配合程度，是决定尽职调查成果的重要因素。

因此为了更准确地获得尽职调查数据、并购的双方主体应当通过协议明确对尽责披露的责任进行约定，并对转让方违反尽责任披露的责任加以明确，以实现高效的尽职调查工作效率和准确的尽职调查工作成果。

2. 明确尽职调查工作的责任主体

从并购实务中分析，如果想通过尽职调查获得全面、准确的信息，且能有机会挽回因披露责任人的披露不充分、不确实导致的损失，就需要通过协议明确尽职调查工作的责任人主体。

(1) 股权并购方式中，通常应以并购公司全体股东作为充分披露的责任主体。

(2) 资产并购方式中，通常以并购目标公司作为充分披露责任主体，因为在资产并购的情况下，目标公司是资产交易主体，但建议可通过协商将目标公司的股东作为补充责任人列为责任主体，实务中这种重要的资产并购，一般是离不开公司股东的意志决策，并且目标公司股东意志将极大的影响交易的结果。

3. 确定尽职调查工作的披露和调查方法

① 披露和调查的一般方法

从企业并购的实务看，披露的方法通常为转让方将企业的管理资料、账册、合同、表格、工作过程文件、决策文件、财税资料、资质文件等提交给并购方，建议将重要的文件资料作为正式并购协议的附件，以实现固定信息的目的。

通常的并购交易过程中尽职调查的提纲及各项资料收集格式都应在事先拟定，并且使用资料收集的兜底条款，由双方对尽职调查提纲的内容进行会签确认。调查方法一般都为第三方管理机构调取、现场查阅、复制、拍照录像等。

② 披露和调查特别方法

有某些情形下，因目标公司的管理环节不够完整、或相关资料的提交、整理保管不全面准确。通过上述方法无法全面获得，则可能需要采取一些非常规的方式进行尽职调查或对尽职调查结果进行保证。

③ 由披露责任主体以提供担保的方式进行保障

例如在某些情况下，转让方会口头告之并购方公司并不存在某些对并购不利的情形，而并购方又无法通过书面资料进行佐证，此时并购方可以要求转让通过提供担保的方式对相关承诺进行担保，以保障转让方的承诺出现偏差给并购方造成损失时，获得补偿奠定基础。

④ 由表面权利人提供承诺，明确资产、股权的真实权利人并承诺配合并购。

因在公司运营实务中，存在公司重要资产登记在非公司股东或工作人员的第三方名下，或者公司真实交易资金通过公司的员工、实际控制人的近亲属的

账户进行流转的情况，因此就需要这些第三方明确出具承诺，保证资金流水的真实性及资产真实权利人与公司相关联。并且承诺根据并购需要将资金或资产限期转付或过户到公司名下，以保障并购各方并购目标充分实现。

尽职调查中各具体的分项详见下文的调查准备和调查内容。

4. 确定尽职调查工作结果对交易价格调整原则

实务工作中，一般工作顺序为双方先订立合同，后开展尽职调查，这样的工作方式对开展工作较为有利，但是通常会出现尽职调查结果与合同的预估交易价值出现偏离的情况，又或出现在尽职调查工作期内，目标公司资产出现重大价格波动或估值变化，因此双方在合同中对交易价格的调整做出事先安排，这种变化有市场原则，也与尽职调查的工作时间有密切关联。

第八条 谈判签约阶段

在谈判签约阶段，律师的主要工作内容包括：在并购预备及尽职调查等基础上，起草并购主合同及附件、进行沟通谈判、协助签约等。该阶段主要包括合同起草、合同谈判、合同签署等三个主要环节。

第九条 并购履约阶段

并购履约阶段，主要包括以下环节：并购主体内部决策；行政审批、审核或备案；并购对价支付；并购标的交割；并购治理等。

1. 并购主体内部决策

转让方、受让方、目标公司等相关主体，应按照法律、章程及公司文件的规定，进行决策，形成并购意志。

2. 行政审批、审核或备案

并购主体按照法律的规定，报告并购事宜的相关安排，以获得行政管理部门的相应批准、核准或备案。行政审批、审核或备案，主要发生在具有国有股权转让、外商投资、反垄断、国家安全等背景下。未依法获得批准、核准或备案，根据不同情形，将可能导致并购无效、并购不能履行或者没收违法所得、罚款等不利法律后果。

3. 并购对价支付

并购对价，分为货币对价和非货币对价（如：其他企业的股权或投资权益、资产等）。货币对价支付，对应并购款验收的流程；非货币对价支付，与并购标的交割环节一致。

4. 并购标的交割

并购标的纷繁复杂，既有可能是股权，也有可能是物权；既有可能是财产权利，也有可能是非财产的其他权利义务关系（如：管理或研发团队的劳动关系、供应链关系网络等）；既有可能是单一标的，也有可能是综合标的（如：某独立的营业事务）。根据不同属性，应按照法律规定规划标的交割的方式，如：交付、占有、登记、换签、通知、公告、申明。

5. 并购治理

自着手实施并购开始，围绕意志形成机制、内部控制机制，对并购标的组织（或并购标的融入的实体组织）开展的建章立制过程。

第三章 并购预备阶段

第十条 前期目标公司信息收集

1. 收集目标公司、交易对方的公开资料和企业资信情况、经营能力等基本信息
2. 收集交易背景材料
3. 了解交易双方的交易目的、交易内容及方式
4. 其他与交易相关的信息

以上信息可通过“全国企业信用信息公示系统”或其他政府网站等公共信息平台进行查询。

第十一条 并购可行性法律论证

1. 并购项目法律依据研究

① 根据上述信息收集、归纳与整理，查找最新有效的法律、法规、司法解释、部门规章及其他相关规定。同时，也需要查询目标公司当地的相关法规，并结合政府部门的具体咨询。

② 针对交易中所涉同一具体问题，有可能存在新旧法律、法规、司法解释等相关规定互相冲突情形，根据“上位法优于下位法”“新法优于旧法”“特别法优于一般法”“法不溯及既往”等原则综合处理。

2. 具体行政程序调查

就并购可能涉及的具体行政程序进行调查，例如发改委的立项审批、反垄断局的经营者集中审查、外管局的外汇审批、国资委的国资审批、证交所的信息披露审查、证监会的重大资产重组审查等。同时，也需调查并购行为是否需要经过目标公司当地政府批准或进行事先报告，地方政策对同类并购有无倾向性态度等。

3. 重点关注涉及企业国有产权转让的国企并购

① 内部决策程序

企业国有产权转让应当做好可行性研究，制定企业国有产权转让方案，按照企业章程和企业内容管理制度进行决策，并形成书面决议。涉及职工安置事项的，安置方案应当经职工代表大会或职工大会审议通过。企业对金融机构负有债务的，还应先行取得金融机构书面同意的债权债务处理协议或有效文件。

② 外部审批程序

国有资产监督管理机构负责审核国家出资企业的产权转让事项。其中，因产权转让致使国家不再拥有所出资企业控股权的，须由国有资产监督管理机构报本级人民政府批准。

国有资产监督管理机构所出资企业的子企业转让国有产权的，原则上由子企业国有产权直接持有者决定，并报国有资产监督管理机构备案。但对主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域，主要承担重大专项任务子企业的产权转让，须由国家出资企业报同级国有资产监督管理机构批准。

4. 重点关注涉及外国投资者、外商投资企业等的外资并购

① 负面清单管理

外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域，外国投资者不得投资。负面清单规定限制投资的领域，外国投资者进行投资应当符合负面清单规定的股权要求、高级管理人员要求等限制性准入特别管理措施。

② 外商投资信息报告

外国投资者或者外商投资企业应当通过企业登记系统以及企业信用信息公示系统向商务主管部门报送投资信息。

③ 发改委核准、备案

外商投资需要办理投资项目核准、备案的，由发改委对投资项目进行核准、备案。

④ 行业许可

外商投资者在依法需要取得许可的行业、领域进行投资的，由行业主管部门负责实施许可。

⑤ 国家安全审查

对影响或可能影响国家安全的外资并购须依法进行国家安全审查。

第十二条 依据收集的信息和法律论证的结果出具法律意见书

法律意见书一般包括可行的交易方式、交易方式优劣势比较、法律风险提示、风险防范解决方案等内容。具体为：

1. 律师出具法律意见书的依据

该部分律师须明确法律意见所依据的资料及相关法律规定。

2. 律师出具法律意见书的范围

该部分律师须明确法律意见书所要解决的问题。

3. 律师的声明事项

该部分内容是律师对一些重要事项的单方强调，主要是表明其所承担的法律责任的范围。

4. 法律意见

这是法律意见书的核心部分，是律师对所要确认的法律问题给出的最终结论，即是否合法。

其基本格式如下：

致：××公司（或企业或自然人）

XXXX 律师事务所接受××公司（或企业或自然人）委托，担任专项法律顾问，根据本法律意见书出具日前已经发生或存在的事实，以及我国现行法律、法规、规范性文件的有关规定（或××法律法规和规范性文件），就××公司（或企业或自然人）并购××公司（或企业）股权（或资产）有关事宜，出具本法律意见书。

本所出具法律意见书的范围如下：

根据 XXXX 律师事务所与××公司（或企业或自然人）签订的《律师服务协议》，XXXX 律师事务所审核以下（但不限于）事项后给出相应的法律意见，并给出最终法律意见。

××公司（或企业或自然人）并购××公司（或企业）股权（或资产）的主体资格。

××公司（或企业）出让××公司（或企业）股权（或资产）的主体资格。

本次并购协议是否符合相关法律规定。

律师认为需要审查的其他事项。

XXXX 律师事务所仅就与××公司（或企业或自然人）并购××公司（或企业）股权（或资产）有关事宜发表法律意见，不对有关会计、审计、资产评估等专业事项发表意见。

本所就以下事项发表声明：

XXXX 律师事务所出具本法律意见书，是基于××公司（或企业或自然人）已向XXXX 律师事务所承诺，XXXX 律师事务所审核的所有原始书面材料、副本材料均为真实可靠，没有虚假、伪造或重大遗漏。对于XXXX 律师事务所审核的文件原件的真实性，XXXX 律师事务所没有再作进一步的核实。

XXXX 律师事务所经过认真审核，证实所有副本材料、复印件和原件一致。

对于本法律意见书至关重要而又无法得到独立证据支持的事实，XXXX 律师事务所依赖有关政府部门、会计师、评估师、××公司（或企业或自然人）或其他单位出具的文件发表法律意见。

本法律意见书仅作为××公司（或企业或自然人）并购××公司（或企业）股权（或资产）之目的使用，不得作任何其他目的。

XXXX 律师事务所同意将本法律意见书作为必备法律文件，随同其他材料一同上报，并愿意承担相应的法律责任。

XXXX 律师事务所未授权任何单位或个人对本法律意见作出任何解释或说明。

XXXX 律师事务所已严格履行法定职责，遵循了勤勉尽责和诚实信用原则，对××公司（或企业或自然人）并购××公司（或企业）股权（或资产）相关事宜进行核查验证，保证法律意见书不存在虚假记载、误导性陈述及重大遗漏。

鉴此，按照律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神，XXXX 律师事务所对相关文件和有关事实进行了核查和验证，现出具法律意见如下：

××公司（或企业或自然人）具有受让××公司（或企业）股权（或资产）的主体资格。（理由，略）

××公司（或企业）具有出让××公司（或企业）股权（或资产）的主体资格。（理由，略）

本次并购协议符合相关法律的规定。（理由，略）

综上所述，XXXX 律师事务所认为：××公司（或企业或自然人）并购××公司（或企业）股权（或资产）的并购双方都具有相应的主体资格，本次并购协议内容符合相关法律规定，不存在影响××公司（或企业或自然人）并购××公司（或企业）股权（或资产）的重大法律障碍。

第十三条 框架协议或并购意向书

1. 框架协议或并购意向书系并购的前期协议

签署前期协议的目的，主要为表明交易诚意、限制交易双方或目标公司在一定期限内与其他潜在交易方接触、谈判或进行类似交易，并规定交易流程和交易中某些重要方面的初步约定。

前期协议通常被认为不具有法律约束力，但在新近出台的司法解释中被定性为预约合同，明确被承认具有独立契约效力，以固定双方交易机会，制裁恶意违约人。在交易双方达成初步的并购意向之后，为确立谈判各方的法律地位、谈判要点等，律师应当协助并购方与目标公司签署框架协议或并购意向书，其主要内容应包括：

- (1) 确立各方交易和谈判的意向及法律地位。
- (2) 明确双方对于并购已经达成的初步条款。
- (3) 并购方对于并购标的的排他性谈判地位。
- (4) 确定双方的保密义务。
- (5) 根据交易需要约定诚意金，并明确该款的法律性质和处理方式。
- (6) 双方对于法律尽职调查的安排与协助。
- (7) 确定双方进行交易谈判的工作时间表、步骤和各自负责完成的事项；
- (8) 明确框架协议中条款的法律性质。
- (9) 双方根据项目特性认为需要约定的其他事项。

特别提示：针对不同类型的并购项目，律师应当协助并购方在并购方案中一并考虑技术转让和使用、设备使用、品牌使用以及市场划分等各项关联问题，并根据所涉及的问题和并购项目的整体框架将并购合同分类细化，签署主协议及相关附件，形成全面的合同架构，清楚界定项目所涉相关法律问题。

2. 并购意向书的主要条款

① 并购标的条款

主要明确该并购项目的类型，拟并购的对象是资产还是股权，以及具体的范围和数量。

② 并购的一般商业条款

主要列明双方已经形成的交易条件，如价格条件或是作价基础、项目时间进度安排、并购交易的前置或生效条件、管理层的交接等。

③ 尽职调查条款

规定目标公司向并购方提供其进行法律尽职调查所需的资料和信息义务，作为并购方评估交易风险和方案的基础。

④ 排他性商谈条款

明确约定在一定的期限内，双方仅与对方商谈该意向并购项目的义务，非经对方同意，目标公司或卖方不得与第三方公开或私下进行并购接触和谈判，并约定相应违约责任。

⑤ 前期谈判费用的分摊

该条款主要规定无论并购是否成功，并购双方应当共同或者各自承担因该项目的前期调查、评估、磋商所发生的相关费用。

⑥ 保密条款

出于防止商业秘密泄露等谨慎考虑，交易双方通常在签订意向书或类似协议中设定保密条款。如应对何种信息进行保密？哪些人应对保密信息进行保

密？负有保密义务的期限？违反保密义务应承担何种责任？建议格式与内容参考附件保密协议范本。

⑦ 解除或终止条款

明确约定如双方排他性谈判期限内无法签订最终正式并购协议情况下，则双方终止谈判、意向书或框架协议丧失效力；以及在此期限届满之前可能导致双方谈判提前终止、意向书或框架协议失效的情形。

⑧ 效力条款

明确约定该框架协议或意向书是否具有合同约束力还是仅作为双方初步意向的备忘录，并区分商业条款和其他条款，对条款效力作出不同约定。

⑨ 争议解决条款

明确约定如双方就该框架协议或意向书的成立、生效、效力、解释以及履行而发生的任何争议，提交法院或是仲裁管辖解决，并明确约定管辖法院或仲裁机构。

⑩ 锁定条款

在意向书有效期内，并购方可依约定价格购买目标公司的部分或全部资产或股权，进而排除目标公司拒绝并购的可能。

第四章 尽职调查阶段

第十四条 调查准备

1. 明确工作目标

在法律尽职调查的准备阶段，尽职调查团队律师需与委托方确认本次交易的目标，与委托方书面明确尽职调查的方向和范围，以最大化保障委托方的交易目标为前提。

2. 组建工作团队

在接受委托方委托后，承办律师应结合委托方对本次尽职调查的人数、人员经验等方面的要求，组建尽职调查团队。一般情况下，由承办律师根据项目本身具体情况进行组织，团队成员应当包含至少两名执业律师及其他协助人员。因律师尽职调查会涉及到委托方行政登记各方面，建议除法律从业人员以外，配备一些具有政务工作背景经验或具备多语言工作能力的人员一起，与律师共同完成尽职调查工作。

3. 研究行业背景

在充分了解委托方的本次交易目标、计划和确定尽职调查的范围后，应根据被调查企业所涉及的行业领域情况，组织尽职调查团队成员开展行业研究，形成行业研究报告，以帮助尽职调查团队成员了解行业知识、熟悉行业法规、归纳常见风险点。

行业研究报告的内容一般包括三部分，**第一部分**是行业法律法规的检索及梳理，**第二部分**是行业基础知识的搜集及提炼，**第三部分**是同行业上市公司或非上市公司的基本情况及反馈问题清单。

鉴于实务工作中，除律师事务所之外，大量对上市公司进行行业分类、业务分析的研究机构（例如券商所常设的研究机构）的行业分析报告基本已经完成了全行业范围的覆盖，承办律师在形成研究报告时，可以借鉴这些现有报告的研究成果，并针对自己的尽职调查结果可形成更加详细、全面的报告。

4. 了解基本情况

承办律师应当在了解委托方陈述的尽职调查原因以及本次交易计划后，根据自身的法律知识和经验，对被调查企业的基本情况前期资料的收集，为制定尽职调查清单做好充分准备：

收集的资料包括并不限于

- ① 收集目标公司的主体资格相关资料，了解公司的成立情况，股权结构及组织架构，确保并购的合法有效性。
- ② 收集目标公司的财务资料，包括最新的企业征信报告，了解公司的负债情况。
- ③ 收集和了解目标公司的涉诉资料及执行情况。了解公司真实的经营状况和债权债务情况。
- ④ 收集历次的董事会与股东大会决议，了解公司的所有重大决策。收集目标公司的重大交易合同，了解公司的交易风险。

5. 确认工作方法

确认工作方法，包括确认拟定详细调查的事项、调查程序、需要被调查企业参与调查的人员要求（法务、财务等）、需要走访的有关机关和单位（工商局、国土局、税务局等）、被调查人员将使用问卷的格式等内容，进而进一步确认是否及何时发送尽职调查清单、书面审阅资料、现场核验查看、访谈、向主管部门/行业组织/征信机构查询走访、向关联方函证、与审计专业人士信息共享、网络搜索及要求被调查企业书面说明等调查方式。

6. 拟定工作计划

根据项目的具体情况，在考虑调查目的、调查时间、人员安排、调查深度和方法等方面的基础上，制作本次尽职调查总体工作方案/核查计划。

尽职调查总体工作方案/核查计划是开展尽职调查的纲领性文件，工作方案可以结合具体情况具体确定，作为整个调查工作的内部指引；核查计划既是调查指引又是尽责证明，包括事实材料、查验内容、查验方式要求（含替代

方式，如有）、落实情况说明（如查验有特殊事项或其他替代方式，务必说明）、查验结论（基本结论、复核确认意见）、底稿情况等。

因尽职调查的过程是委托方从设立阶段起始的复盘过程，因此对委托方情况及细节最了解的还是企业本身，因此相关工作计划及核查计划，可以与委托方工作人员提前进行沟通，由委托方工作人员对相关工作计划或复核计划提出建议，以利工作效率的提高。

第十五条 尽职调查内容

1. 尽职调查清单的拟定

① 通用清单内容

尽职调查清单是法律尽职调查最常用的工具，虽然不同类型业务使用的清单不同，但一般都包括：被调查企业组织结构的基本法律文件、股权及股东、重大资产、重大合同、重大债权债务、关联交易及同业竞争、税务、劳动人事管理、环保、诉讼、仲裁和行政处罚等基本内容。

尽职调查清单的设计，建议与委托人进行沟通，不建议适用同一模板，因每个企业都有自己的文件风格习惯，因此建议清单格式及备注可针对企业的风格进行调整，以利配合人员理解。

② 定制清单

虽然法律尽职调查存在共同的调查内容，但由于尽职调查的最终目的不同（目的包括但不限于项目投资、并购兼并、股权或资产重组），以及被调查企业具体情况（包括其行业特殊性、企业自身特点等），不同尽职调查项目所要围绕的尽职调查重点不同，因此需要根据前述调查原则及准备情况，结合委托方委托调查的具体要求，定制法律尽职调查清单。

定制尽职调查清单，建议围绕被调查企业行业特点及委托方所要达到的本次交易目标，确定定制化内容。例如：在生产性企业的尽职调查中，内容要更加侧重行业特征，如产品质量有无特别认证、产品或服务适用的有无特别的行业要求，产品或原材料供应价格有无季节性变化，同行业竞争对手的相关情况等。

③ 清单补充

被调查企业在依据尽职调查清单向承办律师第一次提供文件和资料后，承办律师应迅速对已获取的全部文件进行初审，检查可能漏掉或因其他原因造成的文件缺失情况，并及时将前述文件缺失情况（若有）汇总至被调查企业总联络人，然后在与被调查企业总联络人沟通并进行文件甄别后，开始着手制作补充调查清单。

补充尽职调查清单起草完毕后，承办律师应将其及时提供给被调查企业，并交代尽职调查团队某一成员联系被调查企业，督促索取相关资料，补充资料应当约定时间，不得超过委托方与律师事务所签订的委托期限，防止目标公司因为资料提供不及时导致律师团队不能在委托期限完成工作而违约。

2. 尽职调查的现场查验

① 查验范围概述

一般性法律尽职调查的查验范围包括被调查企业的主体适格性、股权结构及其变动的合法性、业务经营合法合规性、特殊经营资质、高管和法定代表人任职合规性、资产状况（包括不动产、机器设备、知识产权、对外投资等）、债权债务（包括民间借贷、对外担保等）、重大合同、关联交易及同业竞争、劳动人事、税务及财政补贴、环境保护及技术标准、诉讼仲裁行政处罚等方面。

根据被调查企业的行业特点及委托方所要达到的本次交易目标的不同，查验内容的重点、查验的深度和广度等应有所区别。特别需要说明的是，如被调查企业存在子公司，该子公司的情况应一并予以调查。

② 主体情况

承办律师应当亲自赴市场监督管理局或其他相关审批机关，调取与被调查企业设立有关的登记/备案文件，以便与被调查企业提供的资料互相印证，证明其真实性、完整性，并以此作为撰写调查成果相应部分的依据，调查的重点主要围绕被调查企业是否“依法设立，合法存续”进行。**查验重点包括：**

被调查企业的设立审批、申请文件及登记文档、营业执照、验资证明等；

被调查企业登记事项，历次变更、变动情况的合法合规性；

被调查企业公示事项，是否办理年检及按时公示企业年度报告（按时点区分采取何种信息公示）；

被调查企业成立以来的重大改制、对外投资行为、名称变化等情况；

被调查企业年审情况及是否有影响被调查企业合法存续的重大法律障碍，如吊销、注销；

被调查企业经营中依法应取得的资质、认证、特别许可等是否已合法取得及是否仍合法有效；

被调查企业的历次股东会或董事会决议，公司是否发生过重大决策变化或对外投资、担保行为。

③ 股权情况

对被调查企业的股权结构及其变动合法性的调查应重点围绕“股东出资、股东资格、股权变动”进行。**查验重点包括：**

注册资本缴纳形式是否符合法律和行政法规的规定、是否依照章程约定时间缴纳，或是否符合特殊行业的缴纳规定；

非货币资产处置是否经过评估、是否过户到公司名下、动产是否交付、不动产是否已经过户、对于无法参照现有评估原则评估的资产股东之间有无特别约定；用于出资的资产（如职务发明、划拨土地）是否能够出资、是否存在争议、是否存在权利限制；

是否办理出资、验资手续、是否涉嫌虚假出资、抽逃出资；

股转或增资时，按照公司章程规定，其他原有股东是否出具放弃优先购买权声明或是否通过股东会决议；

出资是否取得必要的审批（如行业主管部门、国资委、发改委、商务部门等）；减资手续是否符合法定程序，如时间、公告等；

股权结构是否清晰，有无潜在纠纷（如是否存在预约转让、收益权转让、一致行动、表决权委托、受限等情形），标的股权是否涉诉或被冻结；

是否存在影响股东资格的限制情形，如股东为党员干部、国有企业职工、证券从业人员、金融从业人员限制准入等；

股东的主体性质对公司和本次交易的影响，如国有权益、集体权益、外资权益等；

标的股权是否质押（一般市场监督管理主管部门打印的企业基本信息页上会有记载，但并非所有打印的都有，此时需走访市场监督管理主管部门获取证明），因网上公示系统更新存在滞后性，因此建议仍以市场监督管理主管部门书面反馈资料为准；

转让程序是否合规（区分有限公司与股份公司，对内与对外；相关人员转让股权是否受到限制；是否符合《公司法》及其相互间的限制性约定等；如涉及内资股东向外国投资者转让股权，其合法性应根据转让时有权机关发布的《外商投资产业指导目录》判断）；

转让是否违反公司章程限制性规定、是否触犯与第三方签订协议的限制性约定（如银行借款或担保协议约定）；

转让定价是否合理、是否及时办理了工商变更登记、是否缴纳了所得税或者取得税务部门豁免证明或延缓缴纳证明；

对转让通知中“同等条件”下的优先购买权是否成就进行分析，研判其是否符合公司法实务中相关操作要求；

股权是否存在股权代持、信托持股协议等（特别注意此前引进投资者是否涉及对赌约定及其效力）。

④ 业务经营情况

尽职调查中要根据与被调查企业的人员访谈、财务报告的审阅、与会计师事务所等其他中介机构的沟通，确认被调查企业的主要业务。继而结合尽职调查准备阶段的行业研究报告，逐项核查被调查企业主要业务经营资质及经营行为的合法合规性。调查的重点主要围绕被调查企业是否“具备经营许可”进行。**查验重点包括：**

实际经营业务是否与营业执照或章程、工商企业信息公示网站载明的一致；
公司实际经营业务是否属于国家限制或禁止的工艺装备或产品指导目录范围；
（如不符合，则面临排污许可证、银行授信、投资项目核准或备案、新增用地、生产许可、限电等多方面的限制；如公司为外商投资企业，因不同时期不同行业对外资准入存在一定限制，应予重点关注）；
是否取得开展主营业务所需的行政主管部门或行业自律组织核发的许可证件；
（特别注意国家行政审批制度改革涉及的行政许可取消、下放或者审批改为备案登记对公司经营资质及其合法性的影响）；此处资质如涉及特定人员的，该等人员资质也应当同步核查；
取得的资质所记载的权利人与被调查企业名称是否一致，不一致的风险；
取得的资质是否过期或者临近过期，办理延续或更换是否存在风险；
取得的资质是否需要年检，未办理年检是否失效；
实际经营活动是否受到行政处罚或自律的处分，是否存在业务资质被吊销的风险；
公司是否存在将主营业务活动全部或部分外包的情形，在涉及相关资质的情形下是否允许外包，如允许，该等接受委托的第三方是否具备相应资质要求；
公司实际生产经营活动是否受到行政处罚；
公司所开展的生产经营业务类型无对应登记项目时，公司在开展相关业务前，是否向相关行政主管部门登记部门进行过说明和备案等工作；
公司的业务经营模式及与上下游主要的经营合同是否合法合规。

⑤ 资产情况

资产范围包括土地使用权及房屋、重大机器设备、车辆、知识产权等，可以根据资产类型不同分别开展调查。调查的重点主要围绕被调查企业资产“权属是否清晰无争议”及“正常使用是否存在障碍或限制”进行。**被调查企业资产状况的查验重点包括：**

不动产的审核批复文件、权属文件前后是否一致；

用地项目是否符合产业政策，包括《限制用地项目目录（2012 年本）》和《禁止用地项目目录（2012 年本）》；

土地取得程序是否合规、土地价款是否依照约定支付；

出让合同是否存在无效的情形、用地是否符合出让合同的约定（是否闲置、是否违反规划、开发进度是否符合要求、是否存在超越土地性质及用途使用土地的情形）；

是否取得权属证书，证书权利人、地址是否与公司实际情况一致，使用期限是否届满；

是否存在划拨土地，是否符合划拨土地目录，是否需要补办手续，是否具备使用划拨土地的资格，是否超出法定范围使用划拨土地，如未经批准对外出租并获取收益等；

使用农用地，是否为基本农田，是否依法履行了相应审批、备案程序；

用地是否涉及“以租代征”，如永久性建筑占用农用地，未办理转批手续；

自有房产是否取得权属证书（注意不动产登记制度改革及对历史权属证书形式的影响，包括房地产证、房屋所有权证、不动产登记证等）；

自建房屋如未取得权属证书的，建设手续是否合法、齐全，办理登记是否存在法律障碍；是否违反当地规划，是否存在拆除风险；

购买房屋是否缴清全款，是否存在抵押查封、是否存在纠纷；

公司自有房屋是否存在共有人，使用是否存在限制；

租赁房屋的出租方是否有权出租、是否办理了租赁备案、是否存在拆迁风险；

使用的房屋是否存在权利限制，是否影响继续使用（尤其涉及主营业务的用房要特别注意）；

重大机器设备是否已取得完整所有权，有无所有权保留、融资租赁、普通租赁、动产抵押、查封冻结或其他权利负担；

车辆登记的权利人与公司名称是否一致，是否存在抵押查封，是否已购买了交强险、及车辆使用年限情况等；

知识产权权利人与公司名称是否一致；

知识产权是否存在共有人，是否存在合作开发协议，其中是否含有行使权利的相关限制性约定；

知识产权保护期限是否届满，是否按期缴纳年费；

知识产权为自主申请或继受取得，是否存在限制；

是否存在知识产权纠纷；

公司是否存在未公开的商业秘密、技术秘密。对相关秘密信息的所有权、及保护措施是否存在相关协议进行明确约定；

公司的核心技术人员，其作为发明人、登记在其或公司名下的知识产权是否可能侵犯第三方公司权益；

其他重大资产权属以及是否存在权属争议；

其他重大资产是否存在产权负担、瑕疵或者争议，是否存在查封、冻结、扣押、担保或第三方权益；

其他重大资产是否在第三方名下或者被第三方占用，是否存在所有权保留，是否属于融资租赁。

⑥ 债权债务情况

债权债务主要以各类合同及公司内部管理文件（如股东会决议、董事会决议等）和中国人民银行征信系统的查询证明为切入点进行调查，一般可以分为合同类债权债务及其他债权债务。

合同可以按照金融合同、担保合同、股东合同及业务合同进行分类。**合同类债权债务查验重点包括：**

债权债务行为合法性、有效性、是否存在争议及潜在争议等方面，尤其要关注该等合同中是否存在针对本次交易行为的限制性或禁止性约定条款；

合同是否逾期，逾期违约责任；

款项实际用途与合同约定用途限制要求是否一致；

合同履行过程中是否存在权利义务转让、第三方承继等情况；

对于上市公司而言，还应审核其大型项目合同交易的真实性，及查验合同签订
的商洽、缔约、合同履行、税务缴纳、进出口审批、海关出入关手续等各阶段
具体信息及文件资料；

被调查企业是否向第三方提供了担保，担保原因、担保期限，担保责任是否终
止或解除，担保的内部审批手续是否合法，是否存在其他担保人，相关担保是
否存在应披露而未披露的情形；

被调查企业是否存在向其他对象借款的情形，是否在借款时提供了担保，包括
物的担保和应收账款的担保或转让；该笔借款收取的利息对主营业务净利润的
占比情况；是否涉嫌非法集资行为、违规从事放贷业务；

被调查企业重大债权所获得的抵押、质押是否办理了登记手续，是否完成了交
付；

重大债务合同中是否存在对被调查企业特殊事项的限制约定，如股权转让、重
组等需经过债权人同意等；

被调查企业重大债权的债务人是否存在偿还能力；

被调查企业是否存在其他负债；

被调查企业是否存在无真实交易背景的票据融资情况；

被调查企业签订的其他商务合同的履行情况，是否存在权利限制或附条件协议，
是否存在违约情形。

其他债权债务的查验重点包括：

因诉讼、仲裁及行政处罚而产生的债权债务；

涉及上市公司重大资产重组的，还要关注关联方确认及关联交易行为的合法合
规性及公允性；

是否存在重大的债权债务合同，合同是否存在限制交易条款。

潜在关联方、非关联化的关联交易、资金往来等。调查重点包括但不限于：

重大或长期供应或采购合同

长期代理或销售协议

建设工程施工合同或建设开发合同

对外合作或服务协议

特许经营协议或委托经营协议

资产转让协议、金额较大或合同条款特殊的协议等。

相关重点由承办律师根据尽职调查的目的进行确认。

⑦ 关联交易与同业竞争

对被调查企业的关联交易与同业竞争的查验重点包括：

关联方的情况；

股东间、股东与被调查企业间、股东与被调查企业客户间的关联交易；

关联交易数量及现状，对被调查企业的影响、制约、辅助程度；

关联交易的合法性、交易条件的公允性；

是否有关于消除或避免同业竞争的协议、承诺；

关联方经营同类业务的情况；

关联交易及同业竞争可能对本次交易产生的影响。

⑧ 劳动人事

对被调查企业的高管任职、法定代表人任职等合规性进行查验，承办律师应当向被调查企业，特别是向其人力资源部门索取被调查企业高级管理人员详细情况，包括但不限于劳动合同、保密协议、竞业禁止或其他特别安排等。

承办律师应当重点查验被调查企业与高级管理人员签订的劳动合同及其他协议中的特别约定，包括但不限于保密、竞业限制/禁止等条款，以及是否存在股权激励等激励计划。应特别关注该等协议的履行情况，如是否按照协议约定支付竞业限制/禁止补偿金，是否按照协议约定实施了股权激励计划等。

同时建议由承办律师对高管任职人员，及法定代表人的从业经历、社会保险缴纳纪录进行核查，以明确其是否存在任职限制的情况。

对公司所有在册员工的劳动人事调查主要围绕劳动关系的合规性、劳务派遣的合法性、社会保险及住房公积金的登记及缴纳行为合规性进行。**查验重点包括：**

是否与所有员工签订了书面劳动合同，与退休返聘人员签订了聘用/劳务合同，合同是否到期；

是否与依法应当签订无固定期限劳动合同的员工签订了相应劳动合同；

劳动合同约定是否符合法律法规规定，如约定超长试用期等；

员工的实际入职时间、薪酬发放等是否与劳动合同吻合，员工名册是否能与劳动合同一一对应；

是否采用劳务派遣方式用工，劳务派遣公司是否具有资质、劳务派遣用工所从事的工作内容及劳务派遣用工人数量比例是否符合法律规定；

是否办理了社会保险登记证及年检（可结合商事登记制度改革核查相应证件）；

是否按时足额缴纳社会保险及住房公积金，社会保险险种、社会保险及住房公积金基数及比例是否符合当地规定（如有公司存在以实发工资、合同工资为基数缴纳）；

是否按时足额支付员工工资和其他报酬含奖金，是否存在劳动纠纷，是否受到劳动部门行政处罚；

是否与特定员工签署保密协议和竞业限制/禁止协议（含劳动合同中的相应条款），是否依法支付了相应补偿；

与劳动用工和员工福利相关的制度是否依法履行了与工会或职工代表协商和公示程序；

核心高管与公司之间是否存在有关薪酬福利待遇的特别约定；

员工教育程度、专业是否符合高新技术企业要求（如有）；

被调查企业是否建立了工会组织，有无进行工会登记，负责人名单，工会参与被调查企业员工权益和经营决策的活动情况。

⑨ 税务情况

税务及财政补贴调查主要围绕税收缴纳行为合法性及规范性、以及财政补贴行为合规性进行。**查验重点包括：**

所适用的税种、税率是否符合法律、法规的规定；

所享有的税收优惠、财政补贴是否具有合法依据，包括但不限于政府政策文件、批复、证明等，若仅为地方性政策的，是否符合国家法律法规的规定；

并购基准日前 3-5 年（如尽职调查对象为房地产开发类企业，建议延长至 7-10 年，充分考虑税务机关的税务稽查风险），企业正常经营的年度完税证明；

在向自然人股东发放工资等、向自然人股东分红、自然人股东股权转让、被调查企业以未分配利润等转增资本等行为时，被调查企业是否履行了代扣代缴义务；

有无偷税、漏税、欠税等情况，是否因税收受到行政处罚，有无正在进行的税收违法举报或行政调查。

⑩ 环保情况

本项调查重点包括项目建设过程中的环保审批及验收、项目运行过程中的环保执行，注意将静态和动态相结合，关注被调查企业实际运营中的守法情况。

查验重点包括：

建设项目是否办理了环境影响评价手续，是否取得环保部门批准；

建设项目是否发生重大变更导致环境影响评价批复失效；

是否办理建设项目环保竣工验收；

环保设施是否实际投入使用；

是否取得排污许可证，及按时足额缴纳排污费用；

根据主营业务情况，是否安全处置固体废物、具有腐蚀、爆炸等危害性废弃物；

是否因环保违规行为受到行政处罚，公司是否履行完毕，是否取得环保部门予以认可的书面证明；

存在强制标准的，生产是否遵照强制标准进行生产；

是否取得质量体系认证；

产品是否取得相关认证，如强制产品认证等。

⑪ 涉诉、处罚情况

本部分调查主要围绕被调查企业可能发生或已经发生但尚未了结的诉讼、仲裁或行政处罚进行，对于已经了结诉讼、仲裁或行政处罚给予适当关注，以综合评价被调查企业经营行为合法合规性及潜在纠纷可能性。调查范围包括公司、股东、董监高等，并根据具体情况确定是否将实际控制人纳入调查范围。

此处的“未了结”是指尚未被生效裁判所确认或虽经生效裁判所确认但未执行完毕或生效裁判所确定的债权债务尚未履行完毕。

查验重点包括：

被调查企业（含其股东、实际控制人、董监高，下同）是否存在诉讼、仲裁、行政处罚等情况；

因被调查企业经营行为中的违约或侵权行为而可能产生诉讼、仲裁、行政处罚等情况；

股东、实际控制人、董监高是否存在被交易所、证监会、行业协会处罚、处分的情况；

以上诉讼、仲裁、行政处罚、处分对本次交易产生的影响。

第十六条 调查方法

尽职调查的方法主要有以下几种：

1. 向调查对象收集资料并加以验证

通过向目标企业提供“尽职调查清单”和“尽职调查问卷”的方式，尽可能完整地收集资料并进行编排整理，及时制作文件目录。

2. 访谈调查对象的有关人员

与目标企业的董事长、总经理、经理、业务人员、法律顾问、关键技术人员、关键岗位人员以及普通员工进行多层面访谈。访谈中，对不同部门、不同职位人员单独访谈，对访谈内容相互印证。访谈要做笔录，并让接受访谈人员签字。

3. 向目标公司的相关政府主管部门走访调查

对在政府部门（如工商、税务、土地、环保、法院）登记、备案或者生成的资料，需要到政府部门进行走访查询，特别是目标公司的行业主管部门，了解行业许可情况，近三年是否受到相关行政处罚，是否会有行业准入新规定等不利于目标公司的情况，并制作调查笔录，以保证信息的权威性。

4. 现场考察

对目标公司的办公现场、土地、房屋、车辆等应采用现场考察的方法调查。现场考察时，要做好查看记录，记录内容一般包括查看目的、时间、查看对象的具体情况，最后由参与查看的人员签名确认。

5. 通过网络等公开渠道了解目标公司的信息

通过网络等公开渠道了解目标公司的基本情况、行业地位、社会评价；了解目标公司是否存在被人民法院执行的情况；了解目标公司所在地的政治、经济是否稳定；行业是否整体处于上升期或是衰退期；是否有新的竞争对手进入从而带来更加激烈的竞争；目标公司是否有区别于竞争对手的优势；以及目标公司的市场份额的发展趋势等。

6. 与相关中介机构沟通并参考其专业意见

与财务顾问、审计、评估等专业机构沟通并参考其专业意见。

7. 函证

律师可以就相关事项向被调查对象或被调查公司的合作公司发函查证。发函中需要明确函证事项以及要求对方回函内容。函件应当经律师签署后加盖律师事务所公章，以挂号信函或特快专递形式寄出。

8. 非公开调查

在合法范围内，律师可以充分调动自己的人脉资源，了解或请求协助了解相关情况。主要通过接触客户的关联企业、竞争对手、商业伙伴或个人、行业协会等渠道获取有价值的信息。

9. 委托调查

委托其他律师事务所、相关专业机构对有关信息进行调查。

第十七条 调查报告

法律尽职调查完成后，律师应当将其发现的问题，对问题或风险的分析、处理建议等编制法律尽职调查报告，并提供给委托人。

1. 尽职调查报告的撰写

① 基本要求

作为律师尽职调查的结论及工作成果的法律文书，尽职调查报告应当遵循规范性、专业性原则。

② 主要内容

尽职调查报告主要内容一般由前言、主要风险提示、正文、以及附件四个部分。

前言

该部分主要内容一般包括法律尽职调查的背景、范围、方法、尽职调查报告的假设性前提、限制、尽职调查所依据的法律及文件、简称与定义、尽职调查报告的用途及免责声明。

尽职调查的背景

在前言部分首先明确指出法律尽职调查的背景，主要包括委托情况及调查目的。

尽职调查的范围、方法

前言部分一般对律师尽职调查的范围、方法予以介绍，既可以采取概况式的介绍方法，也可以通过详细列举的方式进行。

尽职调查报告的假设性前提

一般会假设调取材料和被调查对象的陈述真实、准确、完整、有效。被调查企业及其关联方向承办律师提供的文件和资料，无论有无“原件”核对，由于承办律师无法完全追踪至文件出处或核实真伪，将所搜集到的全部资料框定在假设前提下，不仅能减小承办律师的风险，也能让承办律师的工作成果更加严谨。

尽职调查报告的限制

尽职调查报告的限制包括时间限制、专业限制、其它限制。

时间限制：一是说明提供法律尽职调查所需要资料的截止时间（基准日），并指出如果调查对象在随后提供补充资料，可能会影响尽职调查报告的相关结论，报告随之需要依据相关的补充资料进行修正；二是需要说明法律尽职调查报告所给出的法律意见或者建议也是截至报告出具日适用的中国法律法规为依据，如果相关法律法规发生变更，也可能影响报告的相关结论。

专业限制：尽职调查报告一般会引述审计报告、财务尽职调查报告、资产评估报告的某些数据和结论，但是由于缺乏相关的专业资质，律师不可能也没有必要对该等数据进行核查或评价，这点在前言部分予以说明。

其他限制：主要是开展法律尽职调查过程中所遇到的阻碍，使得应该取得的资料没有取得，从而影响对尽职调查报告的结论产生影响。

简称与定义

为规范和统一法律尽职调查报告中的用语，可以在对前言部分对重复使用的用语进行定义。

尽职调查报告的用途及免责声明

为避免不必要争议或纠纷，在前言部分说明法律尽职调查报告仅就特定的项目向委托人出具，未经出具该报告的律师事务所书面同意，该法律尽职调查报告不得用于任何与本项目无关的目的，且任何其他人士均不得依赖该报告用于任何用途。

此外，还应对出具法律尽职调查报告所调查的范围、所受到的限制、所依据的法律及相关文件、所涉及的专业事项等作出免责声明。

主要风险提示

该部分对正文部分提出和分析的可能会影响到拟从事本次并购交易的主要法律风险进行归纳和概述。

正文

报告正文应对法律尽职调查过程中发现的具体问题，按照所属事项类别划分为若干板块，对每一板块逐项进行陈述、评论与分析，指出其中可能存在的法律瑕疵或者风险，并给出相应的法律意见或者解决方案，按照“基本事实综述——存在的法律风险问题分析——结论性意见”的顺序展开论述。

基本事实综述

在该部分，采取叙述方式，按照时间等逻辑顺序，明确列举通过尽职调查而获悉的法律事实发生的时间、地点、内容等。**一般包括以下内容：**

被调查企业的基本现状，包括但不限于名称、住所地、法定代表人、经营范围、经营期限、注册资本、企业类型、年检情况等；

被调查企业的历史沿革，包括但不限于：名称预先核准情况；各次股东会、董事会的召开表决情况；章程规定及修改情况；出资情况；企业内部治理架构；政府审批情况；设立或变更事宜的工商备案情况；

被调查企业的股东及股权，包括但不限于自然人股东的身份信息/法人股东的企业基本信息、各股东持股比例情况、各股东之间的代持情况、股权限制情况、股权激励情况、股权权能瑕疵情况等；

被调查企业的内部治理，包括但不限于董事会/监事会/股东会的组成、董事长/监事长/总经理/高级管理人员的任职情况、企业内部部门机构设置等；

被调查企业的主营业务，包括但不限于业务合同、财务数据、企业客户名单、经营资质等；

被调查企业的主要资产，包括但不限于各类权证、土地使用权出让合同、房屋/车辆/机器设备的买卖/租赁合同及发票、对外投资情况、抵/质押情况、其他权益或无形资产情况等；

被调查企业的债权债务，包括但不限于审计报告、财务报表、债权债务类合同、经营类合同、会计凭证、涉诉或涉仲裁的法律性文件等反映出的被调查企业债权/债务的类别/金额/期限/违约情况、或有债权/或有债务的金额等；

被调查企业的关联交易及同业竞争，包括关联方、关联交易及同业竞争相关的合同、审计报告、财务报表、情况说明等；

被调查企业的税务及财政补贴，包括但不限于完税证明、纳税证明、税收优惠、财政补贴及税务处罚情况；

被调查企业的环保，包括但不限于环保审批及验收、项目运行过程中的环保处罚等情况；

被调查企业的产品质量及技术标准，包括但不限于行政机构核发的核准证、认证机构的认证情况等；

被调查企业的劳动和社会保险，包括但不限于在职员工人数、劳动合同签署情况、社会保险及住房公积金缴纳情况、员工福利制度、竞业禁止情况、劳动争议和投诉情况等；

被调查企业的诉讼、仲裁或行政处罚情况；

被调查企业的对外投资情况。

存在的法律问题分析

对每一板块的基本事实进行综述后，报告应该就该部分所存在法律瑕疵或者风险的重大问题进行总结分析。

结论性意见

对每一板块的基本事实进行综述并就该类内容所可能涉及的存在法律瑕疵或者风险的重大问题进行总结或分析后，尽职调查报告对该板块作出结论性意见及法律风险提示。在提示法律风险时，应尽量结合调查的目的就法律风险的规避提出合理建议。

综述意见

本部分是将尽职调查过程中发现的法律风险点进行汇总，在此条件下，对委托方拟进行的本次交易方案法律可行性进行简要分析，供委托方决策参考。

附件

尽职调查报告的附件通常包括：

不方便直接在报告正文中体现的各类表格、图表，如土地使用权、房屋所有权、各类知识产权的统计表格、重大合同清单等；

出具报告所依据的文件目录、资料清单；

委托方重点关注的原始文档复印件/扫描件；

承办律师认为对所论述结论具有重大意义的证据资料。

2. 尽职调查报告的提交

初稿完成后，由承办律师进行文字、格式、内容的复核，在复核完毕后提交委托方审阅，听取委托方的反馈意见。在征得委托方同意的情况下，可将报告初稿一并提供给被调查企业，由其进行审阅和反馈。

承办律师应根据委托方和被调查企业提供的反馈意见（若有）对尽职调查报告初稿进行修订、完善，必要时对相关事实进行补充尽职调查。

通过质量控制流程审核后，承办律师可以向委托方提交正式的尽职调查报告定稿。尽职调查报告由具有中国律师执业资格的承办律师签名并加盖所在承办律所公章。

第五章 谈判签约阶段

第十八条 合同起草

1. 主合同内容

并购合同一般分为主合同及附件两部分，其中主合同通常由封面、目录、正文、签署页四部分组成。正文通常包括交易双方、鉴于、定义、交易标的、交易方式、交易对价、交易税费负担、陈述与保证、承诺、交割条件、交割事项、变更与解除、违约责任、不可抗力、法律适用及争议解决、通知、保密以及其他条款，具体内容如下：

（1）交易双方，视情况可设计交易担保方：

需关注合同签署主体的问题；

需关注交易对方的履约能力；

若交易对方涉及多个主体，需关注各方责任分担的问题；

若涉及交易担保方，需明确担保方的责任承担问题。

(2) 鉴于：

主要描述交易双方的基本情况；
表述合同赖以发生的事实等。

(3) 定义：

第一部分主要列入在合同整体中具有特殊含义和/或经常使用的术语及概念；
第二部分主要列入适用于合同整体的更普遍的解释，如解释标题的作用。

(4) 交易标的：明确交易标的基本情况。

(5) 交易方式。

(6) 交易对价。

(7) 确定交易总价款。

(8) 确定付款条件、数量（股比）及交割日。

(9) 确定付款方式与时间，必要时可以考虑在金融机构设立双方共管或第三方监管账户，并设定共管或监管程序和条件，以尽可能地降低信用风险，保障并购合同的顺利履行。

(10) 交易税费负担。

(11) 陈述与保证：

交易对方依法有效成立并合法存续的条款；

交易对方依法对交易标的享有所有权、交易标的不存在权利瑕疵的条款；

交易对方提供的信息真实、完整、准确的条款；

交易对方未充分披露交易标的责任的条款等。

(12) 承诺：

主要包括作出的在签署合同后直至交易交割前的时间内作出的允诺与保证；

保证交割日之前目标公司以惯常方式及交易双方的最大利益运营；

除日常经营过程中收取的公平对价外，不得出售、出租、转让或让与其任何有形或无形资产；

未经并购方事先同意，不得签订一定金额以上的合同或超出日常经营过程以外的协议、合同、租约或许可；

除日常经营过程外，不得在目标公司有形或无形资产上设置任何担保权益；

除附件内已披露的债务，没有其他债务的，如果目标公司偿还了该笔债务，出让方应当对受让方承担赔偿责任，责任范围按照该笔债务金额予以确定等。

(13) 交割条件。指交易双方实施股权或资产过户等交割事项之前需要满足的条件。

(14) 交割事项。指交易标的所有权的转移事项，重点关注股权变更登记的约定、印章以及相关资料的交接等。

(15) 股权转让过渡期间的特别安排。

(16) 如果是部分股权转让，则涉及到股权转让后法定代表人的指定、股东权利的设置，董事会、监事会、总经理人员及其他高级管理人员的安排。

(17) 如股权转让协议有担保方，需要对股权转让协议的担保条款进行约定。

(18) 变更与解除条件。

(19) 违约责任。

(20) 不可抗力等免责条款。

(21) 法律适用及争议解决。

(22) 通知条款。

(23) 保密条款。

(24) 其他条款：

完整合同；

可分割性；

限制转让；

生效及文本等。

2. 附件内容

并购合同附件一般是在主合同正文中不便表述或约定的内容，律师可根据实际情况增减，通常包括：

(1) 交易标的明细清单。

(2) 重大资产清单。

(3) 重大债权债务清单。

- (4) 劳动人事清单。
- (5) 税务情况清单。
- (6) 诉讼、仲裁或行政处罚清单。
- (7) 目标公司的其他股东同意该股东对外转让股权的权利，放弃其优先购买权的相关文件。
- (8) 担保方的股东会、股东大会或者董事会同意担保的决议。
- (9) 国有企业的股份转让所需的相关批准文件。
- (10) 其他相关法律文件等。

3. 重点法律风险防范

在谈判签约阶段需重点防范法律风险，主要包括付款风险防范、共管账户运用、过渡期风险防范以及合同生效条款等方面。

① 付款风险防范

律师在参与项目谈判以及合同起草过程中，应当就有关并购方支付对价款或者投资款事宜，尽量设计分期或者附条件的付款方式，以降低并购方的资金风险。常见方式为根据交易的进程和各阶段时间标志进行分期付款，或者根据政府审批完成、尽职调查报告完成、框架协议的签署、主协议的签署、双方权力机构批准等，设计计划付投资款的前置条件。

② 共管账户运用

在并购项目谈判过程中，为表达双方谈判和交易的诚意，并购方一般需要先行支付诚意金作为谈判担保，但要求对方不得擅自动用该笔资金；同时卖方存在如买方于政府审批且标的过户手续完成后违约不支付对价的风险，买方也存在如先行支付对价但最终交易因政府审批等因素不能完成的风险。在此情况下，律师可建议客户在协议中设置共管账户条款，由交易双方同监管银行签署三方账户监管协议，约定在协议条件成就的情况下方可划付相应款项。

③ 过渡期风险防范

并购方在并购交易最终完成且取得对目标公司的实际控制前，在该过渡期间存在着卖方或者目标公司管理层损毁公司的资产、财务状况、业务等风险。为此，并购协议中应当作出相应安排，约定过渡期间卖方以及目标公司禁止、限制从事的行为，并且卖方须对前述禁止、限制行为提供担保，一旦发生将承担赔偿责任的违约责任；同时，在并购方支付首期款后，即派出人员加入到目标公司的董事会和管理层，监控目标公司的经营行为。

④ 合同生效条款

律师应当提请委托人注意，如并购项目涉及必须由国家有关部门批准的事项，应建议委托人约定并购合同自批准之日起生效。其他情况下，可根据委托人实际情况约定合同生效条件和时间。

第十九条 合同谈判

1. 谈判原则

律师进行并购合同谈判时注意以下基本原则：

① **区分对待原则**。对于谈判可能涉及的问题，注意区分商业问题和法律问题。原则上，委托人负责商业问题的谈判，律师负责法律问题的谈判，避免主动承担商务谈判，更不可尝试为委托人作商业决策，除非律师可以完全掌握委托人的要求，并具有特别授权。

② **对事不对人原则**。律师在谈判过程中应当重视礼节，注重建立和维护交易双方的友好关系，如果谈判中存在争议问题，应围绕并购事宜本身进行协商和探讨，避免从并购事宜以外相互责备，引起其他争论及冲突。

③ **求同存异原则**。律师应当明确谈判的目的是为了解决并购事宜的核心问题，促成交易成功；交易双方应妥善处理细节问题的争议，尽量避免影响并购事项共识的达成。

2. 谈判要点

① 根据法律、财务等尽职调查报告结果和已起草合同文本及交易双方已沟通情况，并结合交易目的、行业特点、谈判地位等因素，与委托人商定谈判要点。

② 实务中的谈判要点通常包括交易标的范围、交易对价支付与调整、陈述与保证范围、承诺范围、交割条件、交割事项（公司章程修改、管理人员委派、员工安置等）、违约责任等内容。

3. 谈判成果

① 每次谈判结束后，注意根据交易双方在谈判中已达成的共识，及时修改、更新并购合同，便于之后谈判能在并购合同最新稿的基础上进行，以快速推进谈判进程。

② 已改的合同内容应取得委托人的确认后再发送给交易对方，尤其涉及交易对价等敏感商业条款的修改。

第二十条 合同签署

1. 签署准备

① 在签署合同前，律师注意核对并购合同的最终定稿，尤其需注意当事人名称、金额、履行条款、违约责任条款、条款引用、页码、附件完整性等易错点，确保合同签署的是最终定稿。

② 律师注意与交易双方事先落实合同签署时间、地点、份数、签署人员及参与人员等相关事宜，确保合同签署的顺畅性。

2. 正式签署

① 正式签署合同时，律师注意提前核查签署人员的身份证明文件及授权委托书手续，防止代签或冒签。

② 交易双方签署完毕后，律师应核查交易双方签字或盖章是否清晰，是否与合同所列当事人名称保持一致，是否加盖骑缝章，是否一并签署日期等。

3. 签署效力

并购合同自交易双方签字盖章之日起成立，依法成立的合同受法律保护，对交易双方具有法律约束力，任何一方不得擅自变更或解除，否则可能承担缔约过失责任或违约责任等，必要时可根据实际需要设计付款作为合同生效的条件。

第六章 并购履约阶段

并购履约阶段重点关注并购对价支付和并购标的交割。

第二十一条 并购款到账验收，出具报告书

在并购方支付全部转让款并将付款凭证传真给出让方后，在约定的工作日内，出让方指定的或双方约定的注册会计师对该转让金额是否到账予以验证，并将验证报告传真给并购方。

第二十二条 并购标的交割

1. 交割条件限制

在设置交割条件时，需着重考虑交易双方的时间紧迫性、风险承受能力和风险偏好等重要因素。如交易双方希望在短期内完成交易，且具有较高的风险承受能力，则交割条件的设定可相对较为简单，重点涵盖相对较为重要事项和瑕疵，反之亦然。

2. 法定交割条件

法定交割条件主要是指在股权或资产过户等交割事项实施之前，法律规定必须具备的前置程序或必须取得的前置审批。即便不在并购合同中约定，依据法律规定，在相关条件未成就时，实际上也无法完成股权或资产过户等交割事项。概括而言，主要包括以下几类：

① 投资项目核准或备案

按照行业和项目类别及投资规模，根据国家有关具体规定，向指定级别的行政机关进行项目核准或实行项目备案管理。

② 特殊行业准入许可

特殊行业（房地产、矿业、电信、银行业、证券、保险等）政府主管部门的前置审批程序。

③ 外商投资项目核准或备案及行业准入审查

④ 外资并购国家安全审查

国家安全审查范围为外国投资者并购境内军工及军工配套企业，重点、敏感军事设施周边企业，以及关系国防安全的其他单位；外国投资者并购境内关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服务、关键技术、重大装备制造等企业，且实际控制权可能被外国投资者取得。

⑤ 经营者集中反垄断审查

经营者集中是指下列情形：经营者合并；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；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。

经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中。

⑥ 企业国有产权转让审批

企业国有产权转让涉及的主管国有资产监督管理机构（或其授权企业）的外部审批、资产评估、产权交易机构公开交易程序等。

3. 其他法定交割条件

- ① 公司股东向股东以外的人转让股权，应经其他股东过半数同意。
- ② 公司合并式股权并购应自作出合并决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。
- ③ 债务承接式资产并购须经债权人同意。

4. 意定交割条件

意定交割条件主要是指交易双方在并购合同中约定改进交易标的瑕疵或其他相关瑕疵的条件。概括而言，主要包括以下几类：

- ① 重组架构。
- ② 解决尽职调查中发现的各种问题，如重大资产的权利瑕疵等。
- ③ 完成对确保公司继续运营和并购方利益至关重要的其他特定事项。
- ④ 交割条件未成就的合同效力。

- ⑤ 法定交割条件未成就的合同效力。
- ⑥ 法定交割条件被法律明确规定为合同生效要件的，如该法定交割条件未成就，则该合同成立但未生效，而非无效。
- ⑦ 法定交割条件未被法律明确规定为合同生效要件的，如该法定交割条件未成就，则该合同成立且生效，除非被明确约定为合同生效要件的。
- ⑧ 意定交割条件未成就的合同效力：意定交割条件被约定为合同生效要件的，如该意定交割条件未成就，则该合同成立但未生效；但不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就，合同生效；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就，合同未生效。

意定交割条件未被约定为合同生效要件的，如该意定交割条件未成就，则该合同成立且生效。

5. 股权并购交割注意事项

- ① 关注股权权属是否依法办理过户变更登记，主要依照《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国公司登记管理条例》《中华人民共和国企业法人登记管理条例》等相关法律规定办理。
- ② 关注并购方任命的高级管理人员是否依法被任命及/或有效登记。
- ③ 如控制权发生转移，还需移交目标公司的所有公章、证照、批文、账簿等材料，将有关的财产和权利凭证置于并购方实际控制之下。

6. 资产并购交割注意事项

- ① **不动产交割**，通常指房地产、矿产等不动产的权属变更登记及转移占有，主要依照《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国城市房地产管理法》《中华人民共和国矿产资源法》等相关法律规定办理。
- ② **动产交割**，通常指办公设施、机器设备等动产的交付，主要依照《中华人民共和国民法典》等相关法律规定办理。

③ **知识产权交割**，通常指专利、商标、软件著作权等工业产权的转让，主要依照《中华人民共和国专利法》《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国著作权法》等相关法律规定办理。

④ **业务合同的交割**，通常指业务合同的转让，主要依照《中华人民共和国民法典》等相关法律规定办理。

⑤ **交割中对劳动合同的处理**，通常指所涉员工安置方案的实施，主要依照《中华人民共和国劳动合同法》及当地政策等相关规定办理。

7. 交割完成确认

交割完成后，律师注意对此草拟确认函，由交易双方签章确认，避免将来就交割是否完成引起争议。

8. 交割法律意见书

为了满足委托人交割后整合等需求，律师可能需要就交割的完整性、合法性及有效性出具交割法律意见书。

9. 后合同义务

并购合同终止后，并不意味着交易双方没有任何义务，依法还需遵循诚实信用原则，根据交易习惯，履行通知、协助、保密等义务。任何一方违反该等法定的后合同义务，给相对方造成损失的，相对方有权请求赔偿损失。

第二十三条 并购履约阶段律师的主要工作

第一，在并购履约阶段，律师工作主要包括：

1. 为并购各方拟订“履约备忘录”，载明履约所需各项文件，并于文件齐备时进行验证以确定是否可以开始履行合同
2. 协助委托人举行验证会议

3. 按相关法律、法规的规定办理报批手续
4. 协助办理并购涉及的各项变更登记、重新登记、注销登记手续

第二，律师协助并购方或目标公司起草或调取的，需要向相关政府主管部门报送的文件材料包括：

5. 股东变更申请书
6. 并购前各方的原合同、章程及其修改协议
7. 并购各方的批准证书和营业执照复印件
8. 目标公司董事会、股东会关于股权转让的决议
9. 股权变更后的董事会成员名单
10. 并购各方签订的并经其他股东签字或以其他书面方式认可的股权转让协议
11. 审批机关要求报送的其他文件

第三，并购履约阶段的事务：

12. 并购款到账验收，出具报告书

在并购方支付全部转让款并将付款凭证传真给出让方后，在约定的工作日内，出让方指定的或双方约定的注册会计师对该转让金额是否到账予以验证，并将验证报告传真给并购方。

13. 并购标的的交付及股东名册的变更

并购双方及目标公司应及时办理被并购资产的交割手续和被并购股权的变更登记手续，包括所涉资产权属变更需要办理的物的交付和权属变更登记手续，以及股权并购中目标公司股东名册变更和签发新股东出资证明书等手续。

14. 股东权利义务的移转

股权转让协议可以约定，转让标的交割之后，出让方将不再作为目标公司的股东而享有任何股东权利，亦不再承担目标公司的任何义务、负债或损失；

并购方将成为目标公司的股东，并取代出让方继续履行目标公司发起人协议书及章程中规定的股东权利和股东义务。

15. 新股东与公司其他股东应当签订新的合营（合作）协议，修订原公司章程和议事规则，更换新董事

签订新的合营（合作）协议与新章程后，公司签发新的股东出资证明书，变更公司的股东名册，并于变更后 30 日内向工商行政管理机关提交目标公司股东、出资、章程等变更登记申请或备案申请。

第七章 并购过程中法律风险的发现与防范

第二十四条 并购预备阶段的风险防范

在并购初期，律师需要协助并购方在与交易对方初步接触所获取的有限信息基础上，判断并购在法律上的可行性和风险。律师应当根据了解及尽职调查的概况，向客户呈交并购可行性的法律分析意见，包括并购的法律方式、行业准入、外商投资的产业限制、审批风险等。在该等法律风险的分析和披露基础上，进一步向客户推荐解决、降低风险的办法和方案。

第二十五条 尽职调查阶段的风险防范

法律尽职调查存在一定的风险，主要有：即使律师实施了包括收集资料、审阅、访谈和分析等必要的调查程序，仍然未能发现和揭示目标公司全部潜在价值和重大投资的固有风险；因调查结论受律师专业能力的影 响，而存在律师出现主观性偏差的专业判断风险；律师接受了目标公司所提供的虚假或者片面性的信息，而形成错误调查结论的误受风险。

1. 对并购尽职调查阶段的风险防范，主要表现为：

① 确定法律尽职调查的范围和尽职调查的重点。法律尽职调查应该在约定范围内进行，不属于尽职调查范围的事项，就一定与客户讲清楚，不能大包

大揽。如果尽职调查超出约定范围，不但增加时间成本，而且可能因包揽了不属于自己专业的调查事项而造成失职。

② **制定有针对性的尽职调查资料清单。**尽职调查必须根据个案的具体情况进行深入分析，给出符合个案要求的清单，才能控制风险。不考虑个案情况而使用通用调查资料清单存在极大的风险。

③ **及时沟通。**律师与客户之间、调查团队成员与主办律师之间、律师与其他中介机构之间、调查人员与档案管理部门之间，沟通要及时，及时将必要信息反馈给委托方及相关人员。

④ **关注细节。**如企业登记信息，纸质档案扫描成电子档会有滞后性，因此除了在档案室查阅电子档外，还应到登记处查询企业近期有无变更登记情况等。

⑤ **文件之间能够相互印证。**确认每一件事实必须查阅若干个支撑文件，文件之间能够相互印证。

⑥ **借助会计师、税务师的专业知识和经验。**尽职调查中不可避免涉及会计、税务方面的专业知识，在从事法律尽职调查时，律师应征询会计师、税务师意见。

⑦ **关注地方性法规。**尽职调查过程中，除国家法律法规和政策外，还应关注地方性法规，特别是劳动管理、社会保险、房地产等问题。

⑧ **在尽职调查开始就明确尽职调查的假设性前提。**由于时间紧、调查方法无法充分展开等因素，对尽职调查设定假设性前提，规避执业风险。

⑨ **在法律尽职调查报告中对有关事项予以说明与提醒。**除事先明确尽职调查的假设性前提外，还应对有关事项作出说明与提醒，进一步降低律师执业

风险。需要注意的是：尽职调查报告的所有结论均应当以核验后的资料作为证据，对未经或无法核验的部分，不作评价，避免扩大化的主观性结论。

⑩ 补救尽职调查无法确认的事项。如果在资料研究、人员访谈、现场核实和第三渠道补充核实之后仍然存疑，调查律师可以根据交易的具体情况酌情建议各方采用目标公司及其实际控制人出具承诺与保证函的方式作出补救措施，以排除交易各方的疑虑。

第二十六条 谈判签约阶段的风险防范

除前述第五章第十八条之 3 中列举的重点法律风险防范方法外，谈判签约阶段还应从以下方面防范相关风险：

1. 并购谈判的初期签署框架协议

在交易双方达成初步的并购意向之后，为确立谈判各方的法律地位、谈判要点等，律师应当协助并购方与目标公司签署框架协议，主要包括：

- （1）确立各方交易和谈判的意向及法律地位。
- （2）明确双方对于并购已经达成的初步商业条款意向。
- （3）并购方对于并购标的的排他性谈判地位。
- （4）确定双方的保密义务。
- （5）根据交易需要约定诚意金，并明确该款的法律性质和处理方式。
- （6）双方对于法律尽职调查的安排和配合。
- （7）确定双方进行交易谈判的工作时间表、步骤和各自负责完成的事项。
- （8）明确框架协议中条款的法律性质。
- （9）双方根据项目特性认为需要约定的其他事项。

2. 对并购项目合同架构的整体设计

针对不同类型的并购项目，律师应当协助并购方，在并购方案中一并考虑技术转让和使用、设备使用、品牌使用以及市场划分等各项关联问题，并根据所涉及的问题和并购项目的整体框架将并购合同分类细化，签署主协议及相关附件，形成全面的合同架构，清楚界定项目所涉相关法律问题。

3. 未披露债务的防范

律师应当在并购合同的承诺与保证条款以及违约责任条款中明确约定，如果出现未经披露的其他负债，卖方将承担全部损失，以有效预见可能发生的或有负债，并明确责任承担，有效降低并购方承担未经披露债务的风险。

4. 股权转让的担保为连带担保责任

5. 员工安置

律师应当在并购项目谈判过程中，提示并购方关于员工劳动合同履行的相关风险，确定劳动关系的接收或解除，并相应做好安置补偿工作。

6. 税负负担的筹划

税务筹划在整个并购项目的方案构架、法律文件安排等方面是重要考虑因素之一。律师应当配合会计师或专业的税务筹划机构，协助设计税务筹划方案并论证其合法性。

第二十七条 并购履约阶段的风险防范

无论是前期累积的风险，还是履约中独有的风险，都在履约阶段集中爆发。所以，应特别注重该阶段的风险防范。尽管，源于前期累积的风险，不一定能在履约阶段有效化解或控制，但及时掌握、及时应对，亦有助于防止扩大损失。

这一阶段重点关注：对价支付风险、标的交割风险、合规风险、标的瑕疵风险、过渡期风险、控制权风险。

1. 对价支付风险

主要靠合理设计标的交割的时间节点来控制，在支付全部、大部分对价前，不丧失标的控制权，往往能够有效控制支付风险。当然，也要同时考虑交易对方的资信能力、交易担保措施、违约处理等各方面情况。

2. 标的交割风险

一般而言，并购交易持续时间相对较长，环节较多，因此按照一定事项之完成情况作为支付触发条件而分期支付，是分散风险的常规方式。除此外，共管账户、各种担保，也是常用的风控措施。

3. 合规风险

主要是指交易标的、交易模式、交易流程是否符合法律法规及各种规范性文件。该风险在预备阶段、尽职调查阶段、签约阶段已经形成，履行阶段往往不能有效的独立控制合规风险。故对该风险的关注应当前置于之前各阶段。

4. 标的瑕疵风险

标的瑕疵风险的大小，与尽职调查的程度成负相关。尽职调查越全面、越深入、越细致、越准确，则标的瑕疵风险越易受控制。履约阶段，主要通过及时验收标的、及时行使抗辩权，控制瑕疵风险。

5. 过渡期风险

主要体现为签约后至并购主体充分行使权利之前，因缺乏实际控制而造成标的相关情况的不利变化。主要的控制手段在于签约阶段中对交易各方各种行

为的限制性安排（如：限制分红、限制重大资产处置、限制再融资、限制新增资扩股等），以及责任及其主体的落实。履约阶段，主要在于积极执行这些安排。

6. 控制权风险

是指出于并购主体主观意愿之外的原因，导致其基于资本多数决而对并购标的或其融入的组织具备的控制能力下降或丧失。控制权，主要依赖于股权结构，但不同的法人治理结构对股权结构的变动，有着显著不同的制衡效果。并购主体主要通过对治理结构的预先安排，实现维系控制能力。**重点如：股东会 and 董事会的职权划分、股权代持结构、表决权征集、一致行动协议等。**

第八章 附 则

第二十八条 本指引根据相关法律、法规的制定和修改及时进行修订。

第二十九条 本指引最终解释权归属重庆市律师协会。

附件：保密协议模板

XXX 保密协议

甲 方：xxx 有限公司

法定代表人：

地 址：

乙 方：

法定代表人：

地 址：

鉴于乙方将可能成为甲方拟实施的并购对象，并在甲方实施并购计划过程中接触到相关信息；

鉴于并购计划及相关信息乃公司内幕信息，属于未公开信息；

甲乙双方达成以下协议：

第一条：定义

1. 本项目：系指公司并购计划项目。

本项目相关方：系指与本项目有必要关联之公司或其他当事人。

2. 保密信息：甲方或其代表以任何形式或方法提供乙方的有关本项目的所有信息，包括但不限于本项目的实施计划及方案的说明、设计、财务数据、财务报表、财务预算以及统计信息等；保密信息可能以口头、书面或电子文件等视听资料的形式存在。

保密信息不包括如下信息：（1）这些信息已由甲方予以公布；（2）这些信息已经由甲方确认过期；（3）乙方通过其独立开发的书面文件已获得的信息；

（4）乙方已从合法拥有该信息的第三方获得的信息，并且该第三方并非因与另一方之间关于该等信息的保密协议而获得该信息；（5）非因接受方的原因而已经被公开的信息；（6）甲乙双方一致同意向第三方披露的信息；（7）监管部门有要求必须向公众披露的信息；（8）乙方因强行法或法院强制命令而被迫披露的信息，但乙方应在该披露前充分通知甲方使其有合理时间寻求保护令。

第二条：保密和非使用义务

乙方同意，对于甲方提供的保密信息，遵守保密义务：

1. 在使用该保密信息的过程中以保护自己信息同样谨慎的程度来保护甲方信息，不得向本项目相关人士之外的任何人披露该保密信息。

2. 乙方承诺其接触此项目的所有人员不向其他人员（包括近亲属）泄露本保密协议的相关约定。

3. 除非获得甲方或本项目相关方事先书面同意，否则所有本项目之信息只能用于评估、协商或履行与本项目有关的事宜之目的。

4. 在甲方或本项目相关方要求时，乙方应将该保密信息之全部资料予以返还或销毁。

第三条：违约责任

如乙方违反本协议规定的保密义务，应赔偿甲方因此而导致的直接和间接损失；且应甲方要求，应立即停止任何违反本协议义务之行为。甲方有权利采取一切

合理手段（包括但不限于发表公开声明、公开谴责等）消除或减少因对方违约造成的各种不利影响，由此引起的一切费用均由违约方承担。

第四条：保密信息的归还

一经甲方的要求或本协议的终止（以二者中较早者为准），乙方应当停止使用从甲方获得的保密信息，并且应当遵循甲方的指示：

(1)销毁所有的该等保密信息，包括其所有的复制件，并且向甲方提供已进行此等销毁的书面证明；或者（2）向甲方归还所有该等保密信息，包括乙方已制作的任何复制件。

第五条：完整协议

本协议是协议双方就上述保密内容进行完整理解后达成的。本协议替代所有以前达成的与本项目有关的口头意见、协议或理解关于保密之约定。

第六条：修改、转让、语言及文本

只有经协议双方签署一份书面文件后，才能对本协议作修改、变更或放弃。除非事先获得协议相对方的书面同意，协议一方不得转让本协议；该协议应对协议双方各自的承继者具有约束力。本协议用中文书写，无其他任何语言之文本。

第七条：协议效力

本协议为甲乙双方就公司拟实施并购计划项目之保密需要而签署。

本协议自双方签字或盖章后生效，至并购计划实施完成之日止。

第八条：争议解决

凡因执行本协议所发生的或与本协议有关的一切争议，双方应友好协商。如果双方协商不成，应向 xxx 人民法院提起诉讼。

第九条：其他

本协议一式肆份，甲乙双方各执贰份，每份具有同等法律效力。

协议双方应在此正本上签字盖章。

甲方（盖章）：xxx 股份有限公司

法定代表人：

乙方（盖章）：

法定代表人：

签署日期：年月日

