



浦瑞律师事务所
CENLAW & PARTNERS

法律资讯

二零一二年第十二期

**PROFESSIONAL
VALUABLE
TRUSTWORTHY**



浦瑞律师事务所
CENLAW & PARTNERS

Contents

目录



地址：上海市静安区威海路567号晶采世纪大厦4楼A-B座，200041

Add: SuiteA-B,4/F,Crystal Century Tower,No.567

WeihaiRoad,Jing'anDistrict,Shanghai,200

041

新法速递

公司证券

《证券公司董事、监事和高级管理人员任职资格监管办法》

《上市公司募集资金管理和使用的监管要求》

《关于股份有限公司境外发行股票和上市申报文件及审核程序的监管指引》

房地产建筑

《住房保障档案管理办法》

综合

《国家税务总局关于律师事务所从业人员有关个人所得税问题的公告》

《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》

《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》

本地法规

《上海市工伤保险实施办法》

行业动态

最高法审结首例对赌协议案为PE“正名”

证监会投资者保护局对投资者关注问题的答复

法律服务产品介绍

金融衍生交易法律服务产品介绍

商业特许经营法律服务产品介绍

国内企业境外权益保护法律产品的介绍

劳动法律服务产品介绍



公司证券

一、2012年10月16日,中国证券监督管理委员会第25次主席办公会议审议通过《关于修改〈证券公司董事、监事和高级管理人员任职资格监管办法〉的决定》。办法自公布之日起施行。

评价与提示:

中国证监会19日公布了修订后的《证券公司董事、监事和高级管理人员任职资格监管办法》,并自公布之日起施行。根据修订后的《办法》,证券公司高管人员和分支机构负责人最多可以在证券公司参股的2家公司兼任董事、监事,但不得在上述公司兼任董事、监事以外的职务,不得在其他营利性机构兼职或者从事其他经营性活动,但证券公司高管人员在证券公司全资或控股子公司兼职的,不受上述限制。

根据《办法》,从事证券工作10年以上或曾担任金融机构部门负责人以上职务8年以上的人员,申请证券公司董事长、副董事长、独立董事、监事会主席、高管人员和分支机构负责人的任职资格的,学历要求可以放宽至大专。申请董事长、副董事长、监事会主席任职资格的,应当由拟任职的证券公司向注册地派出机构提出申请,申请经理层人员任职资格应当由本人向其住所地派出机构或由拟任职的证券公司向公司注册地派出机构提出申请,并提交相关材料。申请经理层人员任职资格的,还应当提交证券从业资格证书。

根据《办法》,证券公司分支机构负责人不得兼任其他同类分支机构负责人,任何人员最多可以在2家证券公司担任独立董事、证券公司董事、监事、高管人员和分支机构负责人兼职的,应自有关情况发生之日起5日内向相关派出机构报告。

取得经理层人员任职资格的,担任除独立董事之外的其他职务,不需重新申请任职资格,由拟任职的证券公司按照规定依法办理其任职手续。取得分支机构负责人任职资格的人员,

改任同一公司其他分支机构负责人或者其他公司分支机构负责人的,不需重新申请任职资格。

《办法》同时明确,证券公司董事、监事和高管人员未能勤勉尽责,致使证券公司存在重大违法违规行为或者重大风险的,证监会及相关派出机构可以撤销相关人员的任职资格,并责令公司限期更换董事、监事和高管人员。

以下是《决定》全文:

一、第一条修改为:“为了规范证券公司董事、监事、高级管理人员和分支机构负责人任职资格监管,提高董事、监事、高级管理人员和分支机构负责人的专业素质,保障证券公司依法合规经营,根据《公司法》、《证券法》、《行政许可法》、《证券公司监督管理条例》等法律、行政法规的有关规定,制定本办法。”

二、第二条修改为:“证券公司董事、监事、高级管理人员和分支机构负责人的任职资格监管适用本办法。

“本办法所称证券公司高级管理人员(以下简称高管人员),是指证券公司的总经理、副总经理、财务负责人、合规负责人、董事会秘书以及实际履行上述职务的人员。

“证券公司行使经营管理职责的管理委员会、执行委员会以及类似机构的成员为高管人员”

三、第五条修改为:“中国证监会依法对证券公司董事、监事、高管人员和分支机构负责人进行监督管理。

“证券公司董事、监事、高管人员和分支机构负责人的任职资格由中国证监会授权中国证监会派出机构(以下简称派出机构)依法核准。”

四、第十七条修改为:“从事证券工作 10 年以上或曾担任金融机构部门负责人以上职务 8 年以上的人员,申请证券公司董事长、副董事长、独立董事、监事会主席、高管人员和分支机构负责人的任职资格的,学历要求可以放宽至大专。”

五、第二十条修改为:“申请董事长、副董事长、监事会主席任职资格的,应当由拟任职的证券公司向证券公司注册地派出机构提出申请,申请经理层人员任职资格应当由本人向其住所地派出机构或由拟任职的证券公司向公司注册地派出机构提出申请,并提交以下材料:

- (一) 申请表;
- (二) 2 名推荐人的书面推荐意见;
- (三) 身份、学历、学位证明文件;
- (四) 资质测试合格证明;
- (五) 最近 3 年曾任职单位鉴定意见;
- (六) 最近 3 年担任单位主要负责人的,应提交离任审计报告;
- (七) 最近 3 年内在金融机构任职且被纳入监管范围的,应提交监管部门的监管意见;
- (八) 中国证监会要求提交的其他材料。

“申请经理层人员任职资格的,还应当提交证券从业资格证书。”

六、第二十五条修改为：“已经取得董事长、副董事长、监事会主席任职资格的人员，自离开原任职公司之日起 12 个月内到其他证券公司担任董事长、副董事长、监事会主席，且未出现本办法第七条规定情形的，拟任职公司应当向公司注册地派出机构提交以下申请材料：

- （一）申请表；
- （二）原任职公司的离任审计报告；
- （三）中国证监会要求的其他材料。”

七、第二十六条修改为：“申请分支机构负责人任职资格的，应当由拟任职的证券公司向分支机构所在地派出机构提出申请，并提交以下材料：

- （一）申请表；
- （二）证券公司的推荐意见；
- （三）身份、学历、学位、证券从业资格的证明文件；
- （四）最近 3 年曾任职单位的鉴定意见；
- （五）最近 3 年内曾在金融机构任职且被纳入监管范围的，应提交监管部门的监管意见；
- （六）中国证监会要求提交的其他材料。”

八、第二十九条修改为：“派出机构根据《行政许可法》第三十二条和中国证监会行政许可实施程序的有关规定，对申请人提出的任职资格申请作出处理。”

九、删除第三十条、第三十一条。

十、第三十二条改为第三十条，修改为：“派出机构认为有必要时，可以对申请人或拟任人进行考察、谈话。”

十一、第三十三条改为第三十一条，修改为：“申请人或拟任人有下列情形之一的，派出机构可以作出终止审查的决定：

- （一）申请人或拟任人死亡或者丧失行为能力的；
- （二）申请人依法终止的；
- （三）申请人主动要求撤回申请材料的；
- （四）申请人未在规定期限内针对反馈意见作出进一步说明、解释的；
- （五）申请人或拟任人因涉嫌违法违规行为被行政机关立案调查的；
- （六）申请人被依法采取停业整顿、托管、接管、限制业务等监管措施的；
- （七）申请人或拟任人因涉嫌犯罪被司法机关立案侦查的；
- （八）中国证监会认定的其他情形。”

十二、第三十四条改为第三十二条，修改为：“派出机构应当在规定期限内对证券公司董事、监事、高管人员和分支机构负责人的任职资格申请作出是否核准的决定。不予核准的，应当说明理由。”

十三、第三十五条改为第三十三条，修改为：“证券公司应当自拟任董事、监事取得任职资格之日起 30 日内，按照公司章程等有关规定办理上述人员的任职手续。自取得任职资格之日起 30 日内，上述人员未在证券公司任职或履行相关职务的，除有正当理由并经相关派出机构认可的，其任职资格自动失效。”

十四、第三十六条改为第三十四条，修改为：“证券公司任免董事、监事、高管人员和分支机构负责人的，应当自作出决定之日起 5 日内，将有关人员的变动情况以及高管人员的职责范围在公司公告，并向相关派出机构报告，提交以下材料：

- (一) 任职、免职决定文件；
- (二) 相关会议的决议；
- (三) 相关人员的任职资格核准文件；
- (四) 相关人员签署的诚信经营承诺书；
- (五) 高管人员职责范围的说明；
- (六) 中国证监会规定的其他材料。

“证券公司未按要求履行公告、报告义务的，相关人员应当在 2 日内向相关派出机构报告”

十五、第三十九条改为第三十七条，修改为：“证券公司高管人员和分支机构负责人最多可以在证券公司参股的 2 家公司兼任董事、监事，但不得在上述公司兼任董事、监事以外的职务，不得在其他营利性机构兼职或者从事其他经营性活动。

“证券公司高管人员在证券公司全资或控股子公司兼职的，不受上述限制，但应当遵守中国证监会有关规定。

“证券公司分支机构负责人不得兼任其他同类分支机构负责人。

“任何人员最多可以在 2 家证券公司担任独立董事。

“证券公司董事、监事、高管人员和分支机构负责人兼职的，应自有关情况发生之日起 5 日内向相关派出机构报告。”

十六、第四十条改为第三十八条，修改为：“取得经理层人员任职资格的人员，担任除独立董事之外的其他职务，不需重新申请任职资格，由拟任职的证券公司按照规定依法办理其任职手续。

“取得分支机构负责人任职资格的人员，改任同一公司其他分支机构负责人或者其他公司分支机构负责人的，不需重新申请任职资格，由拟任职的证券公司按照规定依法办理其任职手续”

十七、第四十一条改为第三十九条，修改为：“证券公司董事、监事离任的，其任职资格自离任之日起自动失效。

“有以下情形的，不受前款规定限制：

(一) 证券公司董事（不包括独立董事）、监事在同一公司相互改任；

(二) 证券公司董事长、副董事长、监事会主席，在同一公司改任除独立董事之外的其他董事、监事。”

十八、第四十四条改为第四十二条，修改为：“高管人员职责分工发生调整的，证券公司应当在 5 日内在公司公告，并向相关派出机构报告。同时，证券公司应当将上述事项及时告知相关高管人员。证券公司未按要求履行公告、报告义务的，相关高管人员应当在 2 日内向相关派出机构报告。”

十九、第四十七条改为第四十五条，修改为：“中国证监会对取得经理层人员任职资格但未在证券公司担任经理层人员职务的人员进行资格年检。

“中国证监会对取得分支机构负责人任职资格但未在证券公司担任分支机构负责人职务的人员进行资格年检。

“上述人员应当自取得任职资格的下一个年度起，在每年第一季度向住所地派出机构提交由单位负责人或推荐人签署意见的年检登记表。”

二十、第四十八条改为第四十六条，修改为：“取得经理层人员任职资格而不在证券公司担任经理层人员职务的人员，未按规定参加资格年检，或未通过资格年检，或自取得任职资格之日起连续5年未在证券公司任职的，应当在任职前重新申请取得经理层人员的任职资格。

“取得分支机构负责人任职资格而不在证券公司担任分支机构负责人职务的人员，未按规定参加资格年检，或未通过资格年检，或连续5年未在证券公司任职的，应当在任职前重新申请取得分支机构负责人的任职资格。”

二十一、第五十条改为第四十八条，修改为：“取得董事、监事、经理层人员任职资格的人员应当至少每3年参加1次中国证监会认可的业务培训，取得培训合格证书。

“取得分支机构负责人任职资格的人员应当至少每3年参加1次所在地派出机构认可的业务培训，取得培训合格证书。”

二十二、第五十三条改为第五十一条，修改为：“有下列情形之一的，相关派出机构应当对负有直接责任或领导责任的董事、监事、高管人员和分支机构负责人进行监管谈话：

- (一) 证券公司或本人涉嫌违反法律、行政法规或者中国证监会规定；
- (二) 证券公司法人治理结构、内部控制存在重大隐患；
- (三) 证券公司财务指标不符合中国证监会规定的风险控制指标；
- (四) 证券公司聘任不具有任职资格的人员担任董事、监事、高管人员和分支机构负责人或者违反本办法规定授权不具备任职资格的人员实际履行上述职务；
- (五) 违反本办法第三十四条、第四十二条规定，未履行公告义务；
- (六) 董事、监事、高管人员和分支机构负责人不遵守承诺；
- (七) 违反本办法第四十一条、第四十三条、第四十八条、第五十条规定；
- (八) 自签署推荐意见之日起1年内所推荐的人员被认定为不适当人选或被撤销任职资格；
- (九) 所出具的推荐意见存在虚假内容；
- (十) 对公司及其股东、其他董事、监事、高管人员和分支机构负责人的违法违规行为隐瞒不报；
- (十一) 未按规定对离任人员进行离任审计；
- (十二) 中国证监会根据审慎监管原则认定的其他情形。”

二十三、第五十五条改为第五十三条，修改为：“证券公司董事、监事、高管人员和分支机构负责人在任职期间出现下列情形之一的，中国证监会及相关派出机构可以将其认定为不适当人选：

- (一) 向证券监管机构提供虚假信息、隐瞒重大事项；
- (二) 拒绝配合证券监管机构依法履行监管职责；
- (三) 擅离职守；
- (四) 1年内累计3次被证券监管机构按照本办法第五十一条的规定进行监管谈话；
- (五) 累计3次被自律组织纪律处分；
- (六) 累计3次对公司受到行政处罚负有领导责任；
- (七) 累计5次对公司受到纪律处分负有领导责任；
- (八) 中国证监会根据审慎监管原则认定的其他情形。”

二十四、第五十七条改为第五十五条，修改为：“证券公司董事、监事和高管人员未能勤勉

尽责，致使证券公司存在重大违法违规行为或者重大风险的，中国证监会及相关派出机构可以撤销相关人员的任职资格，并责令公司限期更换董事、监事和高管人员。

“分支机构负责人未能勤勉尽责，致使证券公司存在重大违法违规行为或者重大风险的，应当依据有关规定处理。”

二十五、第五十九条改为第五十七条，修改为：“法定代表人、高管人员和分支机构负责人辞职，或被认定为不适当人选而被解除职务，或被撤销任职资格的，证券公司应当按照规定对其进行离任审计，并且自离任之日起2个月内将审计报告报相关派出机构备案。”

二十六、第六十条改为第五十八条，修改为：“法定代表人、高管人员、分支机构负责人离任审计期间，不得在其他证券公司担任董事、监事、高管人员和分支机构负责人。”

二十七、第六十五条改为第六十三条，修改为：“有下列情形之一的，责令改正，对证券公司和负有责任的人员依据法律法规和部门规章的规定进行处罚：

（一）违反本办法第三十七条、第四十四条和第四十九条规定；

（二）对中国证监会依据本办法第三十五条、第五十四条作出的监管要求，公司未按规定作出相应处理；

（三）证券公司及相关人员未按规定履行报告义务或者报送的材料存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的。”

二十八、第六十六条改为第六十四条，修改为：“本办法所称分支机构负责人是指证券公司在境内设立的分公司、证券营业部以及中国证监会规定可以从事业务经营活动的证券公司下属其他非法人机构的经理及实际履行经理职务的人员。”

二十九、原第三条、第四条、第六条、第七条、第八条、第十八条、第十九条、第三十七条、第四十三条、第四十五条、第四十六条、第五十二条、第五十四条、第五十六条、第六十一条中有关“董事、监事和高管人员”的表述修改为“董事、监事、高管人员和分支机构负责人”。

本决定自公布之日起施行。

《证券公司董事、监事和高级管理人员任职资格监管办法》根据本决定作相应修改并对条文顺序作相应调整，重新公布。

二、为了规范上市公司募集资金的管理和使用，明确监管要求，中国证券监督管理委员会于2012年12月19日公布《上市公司监管指引第2号——上市公司募集资金管理和使用的监管要求》，并自公布之日起施行。

评价与提示：

12月21日，中国证监会召开新闻通气会，正式发布了《上市公司监管指引第2号——上市公司募集资金管理和使用的监管要求》（以下简称监管指引），自发布之日起正式实施，

中国证监会《关于进一步规范上市公司募集资金使用的通知》（证监公司字[2007]25 号）同时废止。

中国证监会有关部门负责人介绍，现行的募集资金监管规定散见于多个法律法规及相关文件，存在以下问题：分布广泛且分散；监管标准不统一；对闲置募集资金限制严格，影响资金使用效率。在此背景下，证监会启动了监管指引的起草工作，期间，通过专题会、座谈会的形式听取市场各方意见。本监管指引在现有法律法规框架体系下，遵循“募集资金监管要求总体不变、适当放宽资金使用用途、最大限度提高现有货币市场产品效益”三个原则，对现有募集资金监管规定进行了梳理和完善。监管指引主要体现了以下三方面的特点：

一是重申现有规定中对募集资金管理和使用的基本要求，坚守监管底线，保证募集资金的安全。

监管指引强调对募投项目的风险防范要求以及董监高对募集资金的管理责任，要求建立有效的募集资金管理内部控制制度，明确募集资金使用的基本要求，切实保证本金安全。并在现有规定的基础上，明确上市公司以自筹资金预先投入募集资金投资项目的，可以在募集资金到账后 6 个月内，以募集资金置换自筹资金，以防止上市公司挪用募集资金。

二是适当放宽资金用途，为上市公司留出空间，提高募集资金使用效率。

监管指引相比现有规定，一个重要的变化体现在监管指引允许上市公司使用闲置募集资金购买安全性高、流动性好的投资产品，比如固定收益类的国债、银行理财产品以及其他投资产品等。同时，为了保证资金安全，增加了投资产品发行主体应提供保本承诺，不得影响募集资金投资计划正常进行，投资产品不得质押、专用结算账户不得用于其它用途等规定。

此外，监管指引将闲置募集资金暂时补充流动资金从目前的 6 个月期限延长至 12 个月。考虑到超募资金永久补充流动资金后，公司能够实现较大的自主权，监管指引放宽了超募资金永久补充流动资金和归还银行贷款的要求，将超募资金每 12 个月内永久补充流动资金和归还银行贷款的比例由目前的 20% 提高到 30%，并从目前仅适用于创业板上市公司统一为适用于所有上市公司。仅就创业板公司而言，此举将使每年超募资金永久补充流动资金的额度增加 115 亿元左右。

三是进一步明确程序性规定，细化信息披露要求，强化中介机构责任。

监管指引的一个新增内容是明确了使用闲置募集资金购买理财产品的决策程序和披露要求。规定应当经董事会审议通过，独立董事、监事会、保荐机构出具明确同意的意见。在信息披露方面，一方面要求董事会审议通过后 2 个交易日内公告投资额度、期限、收益分配方式、投资范围等信息，及时公告开立或注销理财产品专用结算账户情况；另一方面要求每

半年度在《公司募集资金存放与实际使用情况的专项报告》中披露当期的收益情况及期末的投资份额、签约方、产品名称、期限等信息。

其他变化体现在：超募资金用于永久补充流动资金时的决策程序更趋严格，要求经股东大会审议批准；统一了董事会全面核查募投项目进展情况和出具《公司募集资金存放与实际使用情况的专项报告》的时间要求。目前上交所要求每半年一次，深交所要求一年一次，监管指引统一要求为每半年一次。

募集资金监管的目标是“市场化、主业化、规范化”，新出台的监管指引具有很强的实用性和可操作性，体现了以信息披露为核心的上市公司监管理念，在保证募集资金安全、提高闲置募集资金使用效率、强化资本市场资源配置能力方面具有重要意义。

以下是《要求》正文：

为了加强对上市公司募集资金的监管，提高募集资金使用效益，根据《证券法》以及《上市公司证券发行管理办法》、《首次公开发行股票并上市管理办法》、《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》等规定，现明确监管要求如下：

一、上市公司董事会应当对募集资金投资项目的可行性进行充分论证，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。

二、上市公司的董事、监事和高级管理人员应当勤勉尽责，督促上市公司规范使用募集资金，自觉维护上市公司募集资金安全，不得参与、协助或纵容上市公司擅自或变相改变募集资金用途。

三、上市公司应当建立并完善募集资金存储、使用、变更、监督和责任追究的内部控制制度，明确募集资金使用的分级审批权限、决策程序、风险控制措施及信息披露要求。

四、上市公司应当将募集资金存放于经董事会批准设立的专项账户集中管理和使用，并在募集资金到位后一个月内与保荐机构、存放募集资金的商业银行签订三方监管协议。募集资金专项账户不得存放非募集资金或用作其他用途。

五、上市公司募集资金应当按照招股说明书或募集说明书所列用途使用。上市公司改变招股说明书或募集说明书所列资金用途的，必须经股东大会作出决议。

六、上市公司募集资金原则上应当用于主营业务。除金融类企业外，募集资金投资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，不得直接或间接投资于以买卖有价证券为主要业务的公司。

七、暂时闲置的募集资金可进行现金管理，其投资的产品须符合以下条件：

（一）安全性高，满足保本要求，产品发行主体能够提供保本承诺；

（二）流动性好，不得影响募集资金投资计划正常进行。

投资产品不得质押，产品专用结算账户（如适用）不得存放非募集资金或用作其他用途，开立或注销产品专用结算账户的，上市公司应当及时报交易所备案并公告。

使用闲置募集资金投资产品的，应当经上市公司董事会审议通过，独立董事、监事会、保荐机构发表明确同意意见。上市公司应当在董事会会议后 2 个交易日内公告下列内容：

(一) 本次募集资金的基本情况，包括募集时间、募集资金金额、募集资金净额及投资计划等；

(二) 募集资金使用情况；

(三) 闲置募集资金投资产品的额度及期限，是否存在变相改变募集资金用途的行为和保证不影响募集资金项目正常进行的措施；

(四) 投资产品的收益分配方式、投资范围及安全性；

(五) 独立董事、监事会、保荐机构出具的意见。

八、暂时闲置的募集资金可暂时用于补充流动资金。暂时补充流动资金，仅限于与主营业务相关的生产经营使用，不得通过直接或间接安排用于新股配售、申购，或用于股票及其衍生品种、可转换公司债券等的交易。

闲置募集资金暂时用于补充流动资金的，应当经上市公司董事会审议通过，独立董事、监事会、保荐机构发表明确同意意见并披露。单次补充流动资金最长不得超过 12 个月。

九、上市公司实际募集资金净额超过计划募集资金金额的部分（下称超募资金）可用于永久补充流动资金和归还银行借款，每 12 个月内累计金额不得超过超募资金总额的 30%。

超募资金用于永久补充流动资金和归还银行借款的，应当经上市公司股东大会审议批准，并提供网络投票表决方式，独立董事、保荐机构应当发表明确同意意见并披露。上市公司应当承诺在补充流动资金后的 12 个月内不进行高风险投资以及为他人提供财务资助并披露。

十、上市公司以自筹资金预先投入募集资金投资项目的，可以在募集资金到账后 6 个月内，以募集资金置换自筹资金。置换事项应当经董事会审议通过，会计师事务所出具鉴证报告，并由独立董事、监事会、保荐机构发表明确同意意见并披露。

十一、上市公司应当真实、准确、完整地披露募集资金的实际使用情况。董事会应当每半年度全面核查募集资金投资项目的进展情况，出具《公司募集资金存放与实际使用情况的专项报告》并披露。年度审计时，上市公司应聘请会计师事务所对募集资金存放与使用情况出具鉴证报告。

募集资金投资项目实际投资进度与投资计划存在差异的，上市公司应当解释具体原因。当期存在使用闲置募集资金投资产品情况的，上市公司应当披露本报告期的收益情况以及期末的投资份额、签约方、产品名称、期限等信息。

十二、独立董事应当关注募集资金实际使用情况与上市公司信息披露情况是否存在差异。经 1/2 以上独立董事同意，独立董事可以聘请会计师事务所对募集资金存放与使用情况出具鉴证报告，上市公司应当积极配合，并承担必要的费用。

十三、保荐机构应当按照《证券发行上市保荐业务管理办法》的规定，对上市公司募集资金的管理和使用履行保荐职责，做好持续督导工作。保荐机构应当至少每半年度对上市公司募集资金的存放与使用情况进行一次现场核查。每个会计年度结束后，保荐机构应当对上市公司年度募集资金存放与使用情况出具专项核查报告并披露。

十四、本监管指引自公布之日起施行。中国证监会《关于进一步规范上市公司募集资金使用的通知》（证监公司字〔2007〕25 号）同时废止。

三、中国证券监督管理委员会与 2012 年 12 月 20 日公布《关于股份有限公司境外发行股票和上市申报文件及审核程序的监管指引》，自 2013 年 1 月 1 日起施行。

评价与提示：

12 月 20 日，中国证监会正式发布《关于股份有限公司境外发行股票和上市申报文件及审核程序的监管指引》(简称《指引》)，自 2013 年 1 月 1 日起实施。《指引》取消了境内企业到境外上市的“456”条件和前置程序，不再设盈利、规模等门槛，同时简化了境外上市的申报文件和审核程序。

根据《指引》，公司申请境外发行股票和上市应提交下列文件：申请报告，内容包括：公司演变及业务概况、股本结构、公司治理结构、财务状况与经营业绩、经营风险分析、发展战略、筹资用途、符合境外上市地上市条件的说明、发行上市方案；股东大会及董事会相关决议；公司章程；公司营业执照、特殊许可行业的业务许可证明(如适用)；行业监管部门出具的监管意见书(如适用)；国有资产管理部门关于国有股权设置以及国有股减(转)持的相关批复文件(如适用)；募集资金投资项目的审批、核准或备案文件(如适用)；纳税证明文件；环保证明文件；法律意见书；财务报表及审计报告；招股说明书(草稿)；中国证监会规定的其他文件等十三项内容。

而 1999 年证监会发布的《关于企业申请境外上市有关问题的通知》则要求境内企业在境外上市应符合 4 亿净资产、5000 万美元融资额、6000 万人民币净利润的标准，这就是所谓“456”条件。这份 13 年前的通知曾对促进境内大中型企业境外上市发挥了积极的作用，但是，随着我国资本市场的发展，这个要求也限制了很多中小企业到境外上市的需求，众多中小民营企业只好通过“红筹模式”实现在港上市，也就是内地公司将境内资产以换股等形式转移至在境外注册公司，通过境外公司持有境内资产。

“取消‘456’限制，很多中小企业可以直接上市，不用再曲线上市，不仅会大大地满足很多中小企业的融资需求，同时也能分流一部分欲在 A 股上市的企业，缓解 A 股压力，对资本市场和企业来说是双赢的结果。”

与此同时，在中小企业境外上市的门槛取消后，监管部门准备将境外间接上市公司(也即小红筹公司)纳入监管范围，逐步完善监管规则，但不新增行政许可项目，加强与境外监管机构的合作，为企业境外上市创造良好地监管氛围。

以下是正文：

为更好地适应境内企业特别是中小企业的融资需求，服务实体经济发展，中国证券监督管理委员会（以下简称中国证监会）将进一步放宽境内企业境外发行股票和上市的条件，简化审核程序，提高监管效率。依照《中华人民共和国公司法》设立的股份有限公司在符合境外上市地上市条件的基础上，可自主向中国证监会提出境外发行股票和上市申请。根据《中华人民共和国证券法》和《国务院关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》等法律法规，制定本指引。

一、申报文件

公司申请境外发行股票和上市应提交下列文件：

（一）申请报告，内容包括：公司演变及业务概况、股本结构、公司治理结构、财务状况与经营业绩、经营风险分析、发展战略、筹资用途、符合境外上市地上市条件的说明、发行上市方案；

（二）股东大会及董事会相关决议；

（三）公司章程；

（四）公司营业执照、特殊许可行业的业务许可证明（如适用）；

（五）行业监管部门出具的监管意见书（如适用）；

（六）国有资产管理部门关于国有股权设置以及国有股减（转）持的相关批复文件（如适用）；

（七）募集资金投资项目的审批、核准或备案文件（如适用）；

（八）纳税证明文件；

（九）环保证明文件；

（十）法律意见书；

（十一）财务报表及审计报告；

（十二）招股说明书（草稿）；

（十三）中国证监会规定的其他文件。

二、申请及审核程序

（一）公司申请境外发行股票和上市的，应向中国证监会报送本通知第一部分列明的行政许可申请文件。

（二）中国证监会依照《中国证券监督管理委员会行政许可实施程序规定》（证监会令第66号），对公司提交的行政许可申请文件进行受理、审查，作出行政许可决定。

（三）中国证监会在收到公司申请文件后，可就涉及的产业政策、利用外资政策和固定资产投资管理规定等事宜征求有关部门意见。

（四）公司收到中国证监会的受理通知后，可向境外证券监管机构或交易所提交发行上市初步申请；收到中国证监会行政许可核准文件后，可向境外证券监管机构或交易所提交发行上市正式申请。

（五）公司应在完成境外发行股票和上市后15个工作日内，就境外发行上市的有关情况向中国证监会提交书面报告。

（六）中国证监会关于公司境外发行股票和上市的核准文件有效期为12个月。

（七）境外上市公司在同一境外交易所转板上市的，应在完成转板上市后15个工作日

内，就转板上市的有关情况向中国证监会提交书面报告。

本指引自 2013 年 1 月 1 日起施行。中国证监会 1999 年 7 月 14 日发布的《关于企业申请境外上市有关问题的通知》（证监发行字〔1999〕83 号）同时废止。



浦瑞律师事务所
CENLAW & PARTNERS

新法速递

房地产建筑

一、为加强住房保障档案管理制度建设，规范住房保障档案管理工作，中华人民共和国住房和城乡建设部制定了《住房保障档案管理办法》于 2012 年 11 月 6 日颁布，2013 年 1 月 1 日起执行。

评价与提示：

《办法》规定，住房保障档案分为住房保障对象档案和住房保障房源档案。住房保障对象档案指正在轮候和已获得住房保障的住房困难家庭或者个人的档案材料；住房保障房源档案指已分配使用的保障性住房的档案材料。住房保障对象档案按照“一户一档”、住房保障房源档案按照“一套一档”的原则进行归档管理。住房保障档案管理机构应当对归集的档案材料进行查验，确保其符合档案管理要求；定期对已归档的住房保障档案进行检查，发现档案毁损或丢失的按规定采取补救措施。

《办法》要求各市、县级人民政府住房保障主管部门应当依法建立住房保障档案信息利

用制度，利用住房保障档案信息，为住房保障申请、审核、分配、复核、退出等管理工作服务，为房屋管理、使用、维护提供依据，为住房保障管理信息系统建设提供支持。住房保障档案信息公开、利用和查询中涉及国家秘密、个人隐私和商业秘密的，应当严格执行法律法规的保密规定。查询、利用所获得的档案信息不得对外泄露或者散布，不得不正当使用，不得损害住房保障对象的合法权益。各级住房保障主管部门应当切实履行职责，对住房保障档案管理工作进行监督检查，对违法违规行为责令限期改正。

以下为正文：

第一章 总 则

第一条 为加强和规范住房保障档案管理，确保其完整、准确、安全和有效利用，根据《中华人民共和国档案法》、《城市建设档案管理规定》和住房保障政策法规，结合住房保障工作实际，制定本办法。

第二条 本办法所称住房保障档案，是指在住房保障管理工作中形成的或者依法取得的具有保存价值的文字、图表、声像等不同形式的历史记录。

第三条 住房保障档案应当真实完整记录住房保障实施情况，全面客观反映住房保障管理状况。

第四条 住房保障档案管理工作实行统一领导、分级管理、分类指导。各级住房保障主管部门应当加强对住房保障档案管理工作的组织领导和制度建设，并组织实施。

第五条 国务院住房城乡建设部门负责全国住房保障档案管理工作。

县级以上地方人民政府住房保障主管部门负责本行政区域内的住房保障档案管理工作。

第六条 市、县级人民政府住房保障主管部门应当根据住房保障档案管理工作情况，在管理机构、设施设备、管理经费等方面，满足档案管理工作需要。

（一）明确档案管理机构，配备必要的档案管理人员，档案管理人员专业技术职务任职资格评审、岗位聘任等按照有关规定执行；

（二）配备符合设计规范的专用库房，配置必要的办公设备和防盗、防火、防渍、防尘、防高温、防有害生物等设施设备，确保档案安全；

（三）统筹安排档案管理经费，确保足额到位，并严格按照规定用途使用，不得挤占、挪用。

第七条 住房保障档案管理人员应当遵纪守法，爱岗敬业，忠于职守，具备档案业务专业知识和技能，具体职责是：

（一）执行住房保障档案管理政策法规和档案业务技术规范；

（二）对住房保障档案材料进行收集、整理、归档、保管、利用等；

（三）按要求参加业务培训、继续教育和技能考试，提高业务能力；

（四）维护档案信息安全，遵守档案保密规定，提高档案管理服务水平。

第二章 归档范围

第八条 住房保障档案分为住房保障对象档案和住房保障房源档案。纸质档案应当同步建立电子档案。各类住房保障档案之间应当彼此关联，相互印证。

第九条 住房保障对象档案指正在轮候和已获得住房保障的住房困难家庭或者个人的档案材料，收集归档范围为：

（一）申请材料。包括申请书，申请人的基本情况、住房状况和收入、财产状况证明，诚信申报记录等相关材料；

（二）审核材料。包括审核表，审核部门对申请人的基本情况、住房状况和收入、财产状况等审核记录；

（三）实施保障材料。包括轮候记录、实施保障通知书、房屋租赁合同、房屋买卖合同、货币补贴协议等相关材料；

（四）动态管理材料。包括对住房保障对象基本情况和住房、收入、财产状况等定期或者不定期的审核材料，不良信用记录及违规行为查处材料，变更或者终止保障等动态变更材料。

第十条 住房保障房源档案指已分配使用的保障性住房的档案材料，收集归档范围为：

（一）基本情况材料。包括房屋来源和权属证明材料，房屋地址、所属项目或者小区名称、保障性住房类别、房号、户型、面积等情况记录材料；

（二）使用管理情况材料。包括房屋承租人、租赁期限、租金标准、租金收缴，房屋购置人、购置价格、产权份额，租售转换、上市交易，房屋入住、退出交接手续等情况记录材料。

第十一条 住房保障电子档案指住房保障管理工作中，通过数字设备及环境生成，以数码形式存储，依赖计算机等数字设备阅读、处理，并可以在通信网络上传送的具有规范格式的电子数据文件。收集归档范围为：

（一）纸质档案形成的电子文档。包括住房保障对象和住房保障房源纸质档案的电子化文档；

（二）住房保障管理信息系统的生成文档。包括住房保障管理信息系统运行中生成的文本文件、图形文件、影像文件、声音文件、超媒体链接文件、程序文件等电子文档。

电子档案与相应纸质档案的内容应当保持一致。内容不一致时，以纸质档案为依据进行认定调整；对纸质档案材料存有疑义的，由住房保障主管部门组织核查鉴定后进行认定调整。

第三章 档案管理

第十二条 住房保障对象档案按照“一户一档”的原则，根据《归档文件整理规则》（DA/T22—2000）、《城建档案业务管理规范》（CJJ/T158-2011）等整理立卷，在申请人获得住房保障后三个月内完成归档。

住房保障对象动态管理材料应当定期归入原档，或者根据工作需要单独立卷归档，并与原档的案卷号建立对应关系，便于检索查阅。

第十三条 住房保障房源档案按照“一套一档”的原则，根据《归档文件整理规则》（DA/T22—2000）、《城建档案业务管理规范》（CJJ/T158-2011）等，建立保障性住房的基本情况、使用管理情况登记表格，在房屋分配使用后三个月内完成归档；成套房屋应当按套建

立档案，宿舍应当按间建立档案。

住房保障房源使用管理情况的动态变更材料应当定期归入原档，或者根据工作需要单独立卷归档，并与原档的案卷号建立对应关系，便于检索查阅。

第十四条 电子档案应当根据《电子文件归档与管理规范》（GB/T18894—2002）、《建设电子文件与电子档案管理规范》（CJJ/T117-2007）等归档保管。

第十五条 住房保障文书档案资料、会计档案资料及其他具有保存价值的档案资料，应当按照相应档案管理规定及时立卷归档。

第十六条 住房保障档案管理机构应当对归集的档案材料进行查验，确保其符合档案管理要求；定期对已归档的住房保障档案进行检查，发现档案毁损或丢失的按规定采取补救措施。

对档案政策法规规定应当立卷归档的材料，必须按规定整理、立卷、归档管理，任何人都不得据为己有或者拒绝归档。

第十七条 住房保障档案管理机构应当对住房保障档案进行编目，编制不同种类档案相互关联的检索工具，建立档案信息检索与管理系统，做好档案的接收、保管、利用、移交等情况记录，做到保管妥善、存放有序、查阅方便。

第十八条 住房保障档案管理机构的隶属关系及档案管理人员发生变动，应当及时办理交接手续。

第十九条 纸质的住房保障对象档案保管期限，在住房保障期间顺延至终止住房保障后为长期；纸质的住房保障房源档案保管期限为永久。住房保障电子档案保管期限为永久。

第二十条 住房保障档案可以向市、县城档案馆移交，具体移交办法由省级人民政府住房保障主管部门规定。

第二十一条 住房保障档案管理机构应当定期开展档案鉴定销毁工作。由档案管理、业务部门等相关人员共同组成鉴定组，按照国家档案鉴定销毁的规定，对住房保障档案进行鉴定销毁，销毁档案的目录应当永久保存。禁止擅自销毁处理档案。

第四章 信息利用

第二十二条 市、县级人民政府住房保障主管部门应当依法建立住房保障档案信息利用制度，利用住房保障档案信息，为住房保障申请、审核、分配、复核、退出等管理工作服务，为房屋管理、使用、维护提供依据，为住房保障管理信息系统建设提供支持。

第二十三条 市、县级人民政府住房保障主管部门应当依法建立住房保障档案信息公开和查询制度，规范公开和查询行为，依法保障住房保障对象的合法权益。

第二十四条 住房保障档案信息公开、利用和查询中涉及国家秘密、个人隐私和商业秘密的，应当严格执行法律法规的保密规定。查询、利用所获得的档案信息不得对外泄露或者散布，不得不正当使用，不得损害住房保障对象的合法权益。

第二十五条 各级住房保障主管部门应当切实履行职责，对住房保障档案管理工作进行监督检查，对违法违规行为责令限期改正。

第二十六条 有下列行为之一的，由县级以上人民政府住房保障主管部门、有关主管部门对责任人员，依照《中华人民共和国公务员法》、《中华人民共和国档案法》等法律法规给

予处分；构成犯罪的移交司法机关依法追究刑事责任：

- （一）不按规定归档的；
- （二）涂改、伪造档案的；
- （三）擅自提供、抄录、公布、销毁、出卖或者转让档案的；
- （四）档案工作人员玩忽职守，造成档案损失的；
- （五）其他违反档案管理法律法规的行为。

第二十七条 任何单位和个人有权对违反本办法规定的行为进行检举和控告，有关部门应当依照职责及时核查处理。

第二十八条 对在住房保障档案管理工作中做出显著成绩的单位和个人，按照有关规定给予表彰奖励。

第六章 附 则

第二十九条 各地可以参照本办法建立棚户区改造安置对象的相关档案。

第三十条 各地可以根据本办法，并结合当地实际，制定具体实施办法。

第三十一条 本办法自 2013 年 1 月 1 日起施行。《建设部关于印发〈城镇廉租住房档案管理办法〉的通知》（建住房〔2006〕205 号）同时废止。



浦瑞律师事务所
CENLAW & PARTNERS

新法速递

综合

一、2012 年 12 月 7 日，国家税务总局公告 2012 年第 53 号发布国家税务总局关于律师事务所从业人员有关个人所得税问题的公告。

评价与提示：

一、《国家税务总局关于律师事务所从业人员取得收入征收个人所得税有关业务问题的

通知》(国税发[2000]149号)第五条第二款规定的作为律师事务所雇员的律师从其分成收入中扣除办理案件支出费用的标准,由现行在律师当月分成收入的30%比例内确定,调整为35%比例内确定。

实行上述收入分成办法的律师办案费用不得在律师事务所重复列支。前款规定自2013年1月1日至2015年12月31日执行。

二、废止国税发[2000]149号第八条的规定,律师从接受法律事务服务的当事人处取得法律顾问费或其他酬金等收入,应并入其从律师事务所取得的其他收入,按照规定计算缴纳个人所得税。

三、合伙人律师在计算应纳税所得额时,应凭合法有效凭据按照个人所得税法和有关规定扣除费用;对确实不能提供合法有效凭据而实际发生与业务有关的费用,经当事人签名确认后,可再按下列标准扣除费用:个人年营业收入不超过50万元的部分,按8%扣除;个人年营业收入超过50万元至100万元的部分,按6%扣除;个人年营业收入超过100万元的部分,按5%扣除。

不执行查账征收的,不适用前款规定。前款规定自2013年1月1日至2015年12月31日执行。

四、律师个人承担的按照律师协会规定参加的业务培训费用,可据实扣除。

五、律师事务所和律师个人发生的其他费用和列支标准,按照《国家税务总局关于印发〈个体工商户个人所得税计税办法(试行)〉的通知》(国税发[1997]43号)等文件的规定执行。

六、本公告自2013年1月1日起执行。

特此公告。

二、《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》已于2012年9月17日由最高人民法院审判委员会第1556次会议通过,自2012年12月21日起施行。

评价与提示:

《解释》规定:机动车管理人纳入到过错责任的主体范围之内;以挂靠形式从事运输经营的机动车发生交通事故后,属于机动车一方责任的,由挂靠人和被挂靠人承担连带赔偿责任;被套牌机动车所有人或者管理人同意他人套牌的,与套牌机动车的所有人或管理人承担

连带责任；拼装车、报废车被多次转让的，所有的转让人和受让人共同承担连带责任。

《解释》对“人身伤亡”和“财产损失”作出解释性规定，明确“人身伤亡”是指道路交通事故侵害人身权益所造成的损失；财产损失是指道路交通事故侵害财产权益所造成的损失等等。如此规定，解决了长期以来实践中有所争议的医疗费用、精神损害等损失属于“人身伤亡”还是“财产损失”、交强险应否赔偿精神损害以及精神损害在交强险中的赔偿次序等一系列问题。

《解释》规定，醉酒驾驶、无证驾驶、吸毒后驾驶以及驾驶人故意制造交通事故的情形下，交强险保险公司应对受害人人身权益的损失承担赔偿责任，赔偿后有权向侵权人追偿。同时，如有从事交强险业务资格的保险公司违法拒绝承保、拖延承保或者违法解除交强险合同，投保义务人在向第三人承担赔偿责任后，有权请求该保险公司在交强险责任限额范围内承担相应的赔偿责任。

《解释》规定，道路交通事故损害赔偿案件中，人民法院应将交强险保险公司列为共同被告，但保险公司已经赔偿且当事人无异议的除外；如果当事人请求，则人民法院应当将商业三者险保险公司列为共同被告。这个诉讼机制，既能保障各方当事人的实体权利和程序权利，又能实现纠纷的一次性解决，减少诉讼成本，体现了便民、利民原则。

以下为正文：

一、关于主体责任的认定

第一条 机动车发生交通事故造成损害，机动车所有人或者管理人有下列情形之一，人民法院应当认定其对损害的发生有过错，并适用侵权责任法第四十九条的规定确定其相应的赔偿责任：

- (一) 知道或者应当知道机动车存在缺陷，且该缺陷是交通事故发生原因之一的；
- (二) 知道或者应当知道驾驶人无驾驶资格或者未取得相应驾驶资格的；
- (三) 知道或者应当知道驾驶人因饮酒、服用国家管制的精神药品或者麻醉药品，或者患有妨碍安全驾驶机动车的疾病等依法不能驾驶机动车的；
- (四) 其它应当认定机动车所有人或者管理人有过错的。

第二条 未经允许驾驶他人机动车发生交通事故造成损害，当事人依照侵权责任法第四十九条的规定请求由机动车驾驶人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。机动车所有人或者管理人有过错的，承担相应的赔偿责任，但具有侵权责任法第五十二条规定情形的除外。

第三条 以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由挂靠人和被挂靠人承担连带责任的，人民法院应予支持。

第四条 被多次转让但未办理转移登记的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由最后一次转让并交付的受让人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

第五条 套牌机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由套牌

机动车的所有人或者管理人承担赔偿责任的，人民法院应予支持；被套牌机动车所有人或者管理人同意套牌的，应当与套牌机动车的所有人或者管理人承担连带责任。

第六条 拼装车、已达到报废标准的机动车或者依法禁止行驶的其他机动车被多次转让，并发生交通事故造成损害，当事人请求由所有的转让人和受让人承担连带责任的，人民法院应予支持。

第七条 接受机动车驾驶培训的人员，在培训活动中驾驶机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求驾驶培训单位承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

第八条 机动车试乘过程中发生交通事故造成试乘人损害，当事人请求提供试乘服务者承担赔偿责任的，人民法院应予支持。试乘人有过错的，应当减轻提供试乘服务者的赔偿责任。

第九条 因道路管理维护缺陷导致机动车发生交通事故造成损害，当事人请求道路管理者承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持，但道路管理者能够证明已按照法律、法规、规章、国家标准、行业标准或者地方标准尽到安全防护、警示等管理维护义务的除外。

依法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造成自身损害，当事人请求高速公路管理者承担赔偿责任的，适用侵权责任法第七十六条的规定。

第十条 因在道路上堆放、倾倒、遗撒物品等妨碍通行的行为，导致交通事故造成损害，当事人请求行为人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。道路管理者不能证明已按照法律、法规、规章、国家标准、行业标准或者地方标准尽到清理、防护、警示等义务的，应当承担相应的赔偿责任。

第十一条 未按照法律、法规、规章或者国家标准、行业标准、地方标准的强制性规定设计、施工，致使道路存在缺陷并造成交通事故，当事人请求建设单位与施工单位承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。

第十二条 机动车存在产品缺陷导致交通事故造成损害，当事人请求生产者或者销售者依照侵权责任法第五章的规定承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

第十三条 多辆机动车发生交通事故造成第三人损害，当事人请求多个侵权人承担赔偿责任的，人民法院应当区分不同情况，依照侵权责任法第十条、第十一条或者第十二条的规定，确定侵权人承担连带责任或者按份责任。

二、关于赔偿范围的认定

第十四条 道路交通安全法第七十六条规定的“人身伤亡”，是指机动车发生交通事故侵害被侵权人的生命权、健康权等人身权益所造成的损害，包括侵权责任法第十六条和第二十二条规定的各项损害。

道路交通安全法第七十六条规定的“财产损失”，是指因机动车发生交通事故侵害被侵权人的财产权益所造成的损失。

第十五条 因道路交通事故造成下列财产损失，当事人请求侵权人赔偿的，人民法院应予支持：

- (一) 维修被损坏车辆所支出的费用、车辆所载物品的损失、车辆施救费用；
- (二) 因车辆灭失或者无法修复，为购买交通事故发生时与被损坏车辆价值相当的车辆重置费用；

(三) 依法从事货物运输、旅客运输等经营性活动的车辆，因无法从事相应经营活动所产生的合理停运损失；

(四) 非经营性车辆因无法继续使用，所产生的通常替代性交通工具的合理费用。

三、关于责任承担的认定

第十六条 同时投保机动车第三者责任强制保险（以下简称“交强险”）和第三者责任商业保险（以下简称“商业三者险”）的机动车发生交通事故造成损害，当事人同时起诉侵权人和保险公司的，人民法院应当按照下列规则确定赔偿责任：

(一) 先由承保交强险的保险公司在责任限额范围内予以赔偿；

(二) 不足部分，由承保商业三者险的保险公司根据保险合同予以赔偿；

(三) 仍有不足的，依照道路交通安全法和侵权责任法的相关规定由侵权人予以赔偿。

被侵权人或者其近亲属请求承保交强险的保险公司优先赔偿精神损害的，人民法院应予支持。

第十七条 投保人允许的驾驶人驾驶机动车致使投保人遭受损害，当事人请求承保交强险的保险公司在责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持，但投保人为本车上人员的除外。

第十八条 有下列情形之一导致第三人人身损害，当事人请求保险公司在交强险责任限额范围内予以赔偿，人民法院应予支持：

(一) 驾驶人未取得驾驶资格或者未取得相应驾驶资格的；

(二) 醉酒、服用国家管制的精神药品或者麻醉药品后驾驶机动车发生交通事故的；

(三) 驾驶人故意制造交通事故的。

保险公司在赔偿范围内向侵权人主张追偿权的，人民法院应予支持。追偿权的诉讼时效期间自保险公司实际赔偿之日起计算。

第十九条 未依法投保交强险的机动车发生交通事故造成损害，当事人请求投保义务人在交强险责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持。

投保义务人和侵权人不是同一人，当事人请求投保义务人和侵权人在交强险责任限额范围内承担连带责任的，人民法院应予支持。

第二十条 具有从事交强险业务资格的保险公司违法拒绝承保、拖延承保或者违法解除交强险合同，投保义务人在向第三人承担赔偿责任后，请求该保险公司在交强险责任限额范围内承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。

第二十一条 多辆机动车发生交通事故造成第三人损害，损失超出各机动车交强险责任限额之和的，由各保险公司在各自责任限额范围内承担赔偿责任；损失未超出各机动车交强险责任限额之和，当事人请求由各保险公司按照其责任限额与责任限额之和的比例承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

依法分别投保交强险的牵引车和挂车连接使用时发生交通事故造成第三人损害，当事人请求由各保险公司在各自的责任限额范围内平均赔偿的，人民法院应予支持。

多辆机动车发生交通事故造成第三人损害，其中部分机动车未投保交强险，当事人请求先由已承保交强险的保险公司在责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持。保险公司就超出其应承担的部分向未投保交强险的投保义务人或者侵权人行使追偿权的，人民法院应

予支持。

第二十二条 同一交通事故的多个被侵权人同时起诉的，人民法院应当按照各被侵权人的损失比例确定交强险的赔偿数额。

第二十三条 机动车所有权在交强险合同有效期内发生变动，保险公司在交通事故发生后，以该机动车未办理交强险合同变更手续为由主张免除赔偿责任的，人民法院不予支持。

机动车在交强险合同有效期内发生改装、使用性质改变等导致危险程度增加的情形，发生交通事故后，当事人请求保险公司在责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持。

前款情形下，保险公司另行起诉请求投保人按照重新核定后的保险费标准补足当期保险费的，人民法院应予支持。

第二十四条 当事人主张交强险人身伤亡保险金请求权转让或者设定担保的行为无效的，人民法院应予支持。

四、关于诉讼程序的规定

第二十五条 人民法院审理道路交通事故损害赔偿案件，应当将承保交强险的保险公司列为共同被告。但该保险公司已经在交强险责任限额范围内予以赔偿且当事人无异议的除外。

人民法院审理道路交通事故损害赔偿案件，当事人请求将承保商业三者险的保险公司列为共同被告的，人民法院应予准许。

第二十六条 被侵权人因道路交通事故死亡，无近亲属或者近亲属不明，未经法律授权的机关或者有关组织向人民法院起诉主张死亡赔偿金的，人民法院不予受理。

侵权人以已向未经法律授权的机关或者有关组织支付死亡赔偿金为理由，请求保险公司在交强险责任限额范围内予以赔偿的，人民法院不予支持。

被侵权人因道路交通事故死亡，无近亲属或者近亲属不明，支付被侵权人医疗费、丧葬费等合理费用的单位或者个人，请求保险公司在交强险责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持。

第二十七条 公安机关交通管理部门制作的交通事故认定书，人民法院应依法审查并确认其相应的证明力，但有相反证据推翻的除外。

五、关于适用范围的规定

第二十八条 机动车在道路以外的地方通行时引发的损害赔偿案件，可以参照适用本解释的规定。

第二十九条 本解释施行后尚未终审的案件，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

三、《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》已于2012年11月5日由最高人民法院审判委员会第1559次会议通过，自2013年1月1日起施行，于2012年12月20日颁布。

评价与提示：

一、《解释》的起草背景和意义。

2012年3月14日，十一届全国人大五次会议审议通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》（以下简称《修改民事诉讼法决定》），自2013年1月1日起施行。民事诉讼法是国家的基本法律，最高人民法院高度重视修改后民事诉讼法的贯彻落实工作。为确保修改后民事诉讼法正确实施，早在立法修改过程中，即密切跟踪立法进程，同步开展起草解释的前期准备工作。《修改民事诉讼法决定》通过后，最高人民法院第一时间启动了司法解释的起草制定工作，并确定了在以往司法解释、规范性文件基础上进行集中梳理、修改、补充、编纂，形成统一的民事诉讼法解释的起草思路。其后，经十个月左右的紧张工作，经广泛征求、认真听取各方面意见，反复、深入调研论证，完成了解释起草工作。2012年11月5日，最高人民法院审判委员会经认真细致讨论，通过了本解释。

《解释》分24章，共548条，比《98年解释》增加了181条，共7万多字。《解释》对人民法院适用民事诉讼法的相关问题作了全面系统、明确具体的规定，是最高人民法院有史以来条文最多、篇幅最长的司法解释，也是内容最为丰富、最为重要的司法解释之一。《解释》的制定和实施，对于确保修改后民事诉讼法准确、统一、严格、有效实施，规范审判权的行使，实现程序公正，更加有效地惩罚犯罪，更为有力地保障人权，落实党的十八大提出的全面推进依法治国的要求，具有重要意义。

二、《解释》的起草原则。

为确保《解释》合法、准确、科学，能够切实发挥规范、统一、明确法律具体适用的功能，在起草过程中，我们着重坚持了以下几项原则：

一是严格依法解释，反映立法精神。在法律框架内，在把握法律修改的精神实质和价值取向的基础上，依法、准确解释法律，是我们起草解释所坚持的首要原则；确保解释的每一个条文、每一项规定于法有据，是我们在起草解释过程中最为注意的问题。尽管有些规定已沿用多年，符合实践需要，但还不符合修改后民事诉讼法的要求，因而也作了修改完善。例如《98年解释》规定，因当事人和辩护人、诉讼代理人申请通知新的证人到庭、调取新的证据、申请重新鉴定或者勘验决定延期审理的时间不计入审理期限。这一规定有其实践的合理性，但考虑到民事诉讼法未作相应规定，由司法解释规定不计入审理期限不妥，遂删除了上述规定。又如，《98年解释》规定，适用简易程序审理的案件，辩护人可以不出庭，在开庭审理前将书面辩护意见送交人民法院。尽管这一规定有利充分发挥简易程序的简易功能，不少法院仍建议保留，尽管有关方面并未提出不同意见，但为充分维护当事人诉讼权益，《解释》还是作了修改，规定适用简易程序审理案件，应当通知辩护人出庭。

二是规范司法行为，保障诉讼权利。《修改刑事诉讼法决定》通过后，一度有人担心，相关部门在制定司法解释或者规范性文件时，会否扭曲立法精神，为本部门扩权争利。对此，我们高度关注。在起草解释过程中，我们始终强调要秉持客观公正的立场，从严格规范司法行为、充分保障诉讼权利出发解释法律，确保司法公正，推动法治进步。例如，此次刑事诉讼法修改新增设了强制医疗程序，但并未明确相关案件的审理方式。为体现程序公正，维护当事人合法权益，《解释》明确规定，对此类案件应当开庭审理，只有被申请人、被告人的法定代理人请求不开庭审理，并经人民法院审查同意的，可以不开庭。对有关诉讼权利的规定，如法律已作规定，绝不“打折”；法律未作禁止，则尽量予以扩展。例如，法律并未对诉讼代理人的权利作出相应规定，为有效维护被害人、附带民事诉讼当事人的合法权益，保障诉讼代理人履行职责，《解释》规定经人民法院许可，诉讼代理人也可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料；律师担任诉讼代理人，需要收集、调取与本案有关的证据材料的，参照适用辩护律师收集、调取证据的有关规定。

三是解决分歧争议，统一法律适用。此次刑事诉讼法修改幅度大、内容多，对不少新增的或者有实质修改的规定，在具体理解上，都存在一定的争议或者分歧。解决实际问题，增强解释的针对性、实效性，统一思想认识、法律适用，是我们起草解释所坚持的又一重要原则。例如，修改后刑事诉讼法新增了庭前会议制度，对于提高庭审质量和效率具有重要意义。但法律规定较为原则，仅有一款。经认真研究，《解释》对庭前会议的适用情形、参加人员范围、功能作用等广大法官希望明确的具体事项作了规定，为充分发挥该项制度的功效奠定了坚实基础。又如，关于和解协议中的赔偿损失内容，能否延期履行、分期履行，认识分歧也很大。经综合各方意见，为有效维护被害方合法权益，确保案结事了、效果良好，《解释》明确规定和解协议约定的赔偿内容应当在协议签署后即时履行。

四是汇集各方智慧，凝聚社会共识。在起草本解释过程中，我们高度重视听取地方法院，尤其是中、基层法院一线办案法官的意见。解释稿曾下发地方各级法院征求意见，提交全国法院刑事审判工作座谈会讨论，在修改完善解释稿过程中，多次邀请地方法院的代表参与研究，可以说，《解释》集中了全国法院的审判经验和司法智慧。与此同时，为保障解释内容科学、正确，我们还特别重视广泛征求社会各界意见。在起草解释过程中，曾多次听取立法机关的意见，分别征求最高人民检察院、公安部、司法部、安全部等中央政法机关的意见，多次召开专家论证会，邀请众多知名学者参与解释内容乃至文字标点的研究推敲。对各方提出的意见，均认真研究、充分吸收。例如，解释稿在征求各方面意见过程中，律师界曾对有关法律纪律的规定提出意见，我们高度重视，经慎重考虑对相关规定作了必要完善。因此，

也可以说,《解释》凝聚了全社会的法治智慧。

三、《解释》在保障辩护权方面作了新的规定。

人民法院历来非常重视对被告人辩护权的保障,结合修改后刑事诉讼法的规定和近年来司法实践中出现的新情况,《解释》从以下几个方面对辩护制度的具体实施问题作了进一步完善:

1.规定了离任的法院工作人员及相关人员担任辩护人的回避问题。解释吸收最高人民法院2011年发布的《关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》的有关内容,明确规定审判人员和人民法院其他工作人员从人民法院离任后二年内,不得以律师身份担任辩护人。审判人员和人民法院其他工作人员从人民法院离任后,不得担任原任职法院所审理案件的辩护人,但作为被告人的监护人、近亲属进行辩护的除外。审判人员和人民法院其他工作人员的配偶、子女或者父母不得担任其任职法院所审理案件的辩护人,但作为被告人的监护人、近亲属进行辩护的除外。

2.明确了同一辩护人不得为两名以上有“利益冲突”同案被告人或者犯罪事实存在关联的被告人辩护的问题。《98年解释》第三十五条“在共同犯罪的案件中,一名辩护人不得为两名以上的同案被告人辩护”。实践反映,这一限定范围过窄。有的共同犯罪案件,可能作了分案处理;还有的案件,尽管不是共同犯罪,但有关被告人的犯罪事实存在关联,如系毒品犯罪的上下家。对这些案件,如允许一名辩护人同时为两名以上的被告人辩护,也会形成“利益冲突”,会损害被告人的合法权利,影响案件公正审理。鉴此,《解释》作了上述完善。

3.明确了为被告人提供法律援助的具体情形及相关工作程序。一方面,根据修改后刑事诉讼法的规定,规定对下列没有委托辩护人的被告人,人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护:盲、聋、哑人;尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人;可能被判处无期徒刑、死刑的人;未成年人;强制医疗程序中的被申请人或被告人。考虑到死刑案件的特殊性,特别规定高级人民法院复核死刑案件,被告人没有委托辩护人的,应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。另一方面,根据审判实践情况,规定对具有下列情形之一,被告人没有委托辩护人的,人民法院可以通知法律援助机构指派律师为其提供辩护:共同犯罪案件中,其他被告人已经委托辩护人;有重大社会影响的案件;人民检察院抗诉的案件;被告人的行为可能不构成犯罪;有必要指派律师提供辩护的其他情形。为保障被告人及时获得律师帮助,保障律师有充分时间准备辩护、代理,《解释》明确规定,人民法院收到在押被告人提出的法律援助申请的,应当在二十四小时内转交所在地的法律援助机构。人民法院通知法律援助机构指派律师提供辩护的,应当将法律援助通知书、起诉书副本或者判

决书送达法律援助机构；决定开庭审理的，除适用简易程序审理的以外，应当在开庭十五日前将上述材料送达法律援助机构。

4. 明确了复制案卷材料的具体方式。实践中，对于辩护人、诉讼代理人能否以拍照、扫描等方式复制案卷材料存在不同认识。经研究，我们认为，随着科技的发展，复制案卷材料的方式也出现多样化；拍照、扫描等与复印并无本质不同，且有利为辩护人、诉讼代理人节约办案成本、提高工作效率。鉴此，《解释》明确规定：复制案卷材料可以采用复印、拍照、扫描等方式。

5. 明确了辩护人申请人民法院调取相关证据的程序。为保障辩护人履行辩护职责，保障案件公正审理，《解释》规定，辩护人认为在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明被告人无罪或者罪轻的证据材料未随案移送，可以书面形式申请人民法院调取，并提供相关线索或者材料。人民法院接受申请后，应当向人民检察院调取。人民检察院移送相关证据材料后，人民法院应当及时通知辩护人。

四、《解释》对证据制度的修改完善思路和主要内容。

答：证据是刑事诉讼的基石，对于准确定罪量刑，实现司法公正，具有关键作用。《解释》根据法律修改情况，结合审判工作实际，在“1998年司法解释”的基础上，吸收其他司法解释、规范性文件，特别是我院会同有关部门于2010年5月联合出台的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（合称为“两个证据规定”）的相关内容，大幅扩充和完善了证据部分的规定。修改后的证据一章共分九节，第一节“一般规定”对审查运用证据的基本原则、证明对象、行政机关收集的证据材料的使用等共性问题作了规定；第二节至第七节对各类证据的分类审查与认定作了全面规定；第八节专门规定了“非法证据排除”的相关问题；第九节规定了“证据的综合审查与运用”问题。修改后证据一章共52条，比《98年解释》增加了41条，对于进一步强化证据裁判原则的贯彻实施，规范证据的审查与运用，夯实案件的质量基础，有效防止冤假错案，具有重要意义。

五、《解释》对非法证据排除的有关规定。

此次刑事诉讼法修改，较为全面地规定了非法证据排除制度。为切实维护司法公正，维护诉讼参与人合法权利，遏制刑讯逼供等非法取证行为，《解释》设专节对非法证据排除制度的具体适用作出了明确。

1. 进一步明确了“非法证据”的认定标准。《解释》规定，使用肉刑或者变相肉刑，或者采用其他使被告人在肉体上或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦的方法，迫使被告人违背意愿供

述的，应当认定为刑事诉讼法第五十四条规定的“刑讯逼供等非法方法”。对刑事诉讼法第五十四条规定的“可能严重影响司法公正”，应当综合考虑收集物证、书证违反法定程序以及所造成后果的严重程度等情况作出认定。

2. 进一步明确了申请排除证据的程序。规定当事人及其辩护人、诉讼代理人申请人民法院排除以非法方法收集的证据的，应当依法提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索或者材料；并规定人民法院在向被告人及其辩护人送达起诉书副本时，应当告知其申请排除非法证据的，在开庭审理前提出，但在庭审期间才发现相关线索或者材料的除外。

3. 明确了对取证合法性的审查、调查程序。《解释》规定：（1）开庭审理前，当事人及其辩护人、诉讼代理人申请排除非法证据，人民法院经审查，对证据收集的合法性有疑问的，应当召开庭前会议，就非法证据排除等问题向控辩双方了解情况，听取意见。（2）法庭审理过程中，当事人及其辩护人、诉讼代理人申请排除非法证据的，法庭经审查，对证据收集的合法性有疑问的，应当进行调查；没有疑问的，应当当庭说明情况和理由，继续法庭审理。对证据收集合法性的调查，根据具体情况，可以在当事人及其辩护人、诉讼代理人提出排除非法证据的申请后进行，也可以在法庭调查结束前一并进行。开庭前已掌握非法取证的线索或者材料，开庭前不提出排除非法证据申请，庭审中才提出申请的，应当在法庭调查结束前一并进行调查，并决定是否进行证据收集合法性的调查。需要说明的是，《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》曾规定：“被告人及其辩护人在开庭审理前或者庭审中，提出被告人审判前供述是非法取得的，法庭在公诉人宣读起诉书之后，应当先行当庭调查。”实践普遍反映，对取证合法性一律当庭先行调查，不适应具体案件复杂情况，不利于提高庭审质效，同时也易致庭审功能异化。鉴此，综合各方面意见，《解释》对上述规定作了修改完善。（4）经审理，确认或者不能排除存在以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当排除。人民法院对证据收集的合法性进行调查后，应当将调查结论告知公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人。

六、《解释》关于庭前会议的有关规定。

此次刑事诉讼法修改对庭前程序作了重大改革，亮点之一就是设立了庭前会议程序。根据刑事诉讼法的规定，结合司法实践，《解释》对庭前会议的相关问题作了明确。

1. 明确了庭前会议的适用案件范围。规定具有下列情形之一的，审判人员可以召开庭前会议：

（1）当事人及其辩护人、诉讼代理人申请排除非法证据的；（2）证据材料较多、案情重大复杂的；（3）社会影响重大的；（4）需要召开庭前会议的其他情形。

2. 明确了庭前会议的参加主体。对于召集庭前会议，是否要通知被告人参加，存在不同认识。

经研究认为，庭前会议只是庭审的准备程序，并非正式的审判程序，被告人不参加，并不影响其诉讼权利的行使；庭前会议是否通知被告人参加，应当根据具体案件情况以及庭前会议所要解决的问题而定，不宜作出一刀切的规定。鉴此，《解释》规定召开庭前会议，根据案件情况，可以通知被告人参加。

3. 明确了庭前会议的功能。召开庭前会议，审判人员可就下列问题向控辩双方了解情况，听取意见：（1）是否对案件管辖有异议；（2）是否申请有关人员回避；（3）是否申请调取侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院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、有专门知识的人的名单有异议；（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。在召开庭前会议过程中，审判人员可以询问控辩双方对证据材料有无异议，对有异议的证据，应当在庭审时重点调查；无异议的，庭审时举证、质证可以简化。被害人或者其法定代理人、近亲属提起附带民事诉讼的，还可以在庭前会议中开展调解和矛盾化解工作。

七、《解释》关于证人、鉴定人、有专门知识的人出庭的有关规定。

为落实修改后刑事诉讼法有关证人、鉴定人、有专门知识的人出庭的规定，保障当事人的质证权，提高庭审质量，《解释》对证人、鉴定人、有专门知识的人出庭的相关问题作了详细规定。

1. 明确了证人出庭的范围及拒绝出庭的处理。公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，申请法庭通知证人、鉴定人出庭作证，人民法院认为有必要的，应当通知证人出庭。证人因身患严重疾病、行动不便等客观原因确实无法在庭审期间出庭作证的，人民法院可以准许其不出庭，但可以通过视频等方式听取其证言。经人民法院通知，证人没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证，法庭对其证言的真实性无法确认的，该证人证言不得作为定案的根据。对符合条件的证人，经院长签发强制证人出庭令，可以强制其出庭。

2. 明确了鉴定人出庭的范围及拒绝出庭的处理。公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对鉴定意见有异议，申请法庭通知证人、鉴定人出庭作证，人民法院认为有必要的，应当通知证人、鉴定人出庭。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为定案的根据。鉴定人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由无法出庭的，人民法院可以根据情况决定延期审理或者重新鉴定。对没有正当理由拒不出庭作证的鉴定人，人民法院应当通报司法行政机关或者有关部门。

3. 明确了证人保护和作证补助的相关问题。审判危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会

性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件，证人、鉴定人、被害人因出庭作证，本人或者其近亲属的人身安全面临危险的，人民法院应当采取不公开其真实姓名、住址和工作单位等个人信息，或者不暴露其外貌、真实声音等保护措施。审判期间，证人、鉴定人、被害人提出保护请求的，人民法院应当立即审查；认为确有保护必要的，应当及时决定采取相应保护措施。证人出庭作证所支出的交通、住宿、就餐等费用，人民法院应当给予补助。

4. 明确了有专门知识的人出庭的有关问题。公诉人、当事人及其辩护人、诉讼代理人申请法庭通知有专门知识的人出庭，就鉴定意见提出意见的，应当说明理由。法庭认为有必要的，应当通知有专门知识的人出庭。申请有专门知识的人出庭，不得超过两人。有多种类鉴定意见的，可以相应增加人数。有专门知识的人出庭，适用鉴定人出庭的有关规定。

八、《解释》关于法庭纪律的修改完善情况。

法庭是人民法院代表国家审判案件的专门场所，诉讼参与人、社会公众进入法庭，参与或者旁听案件审理，应当遵守法庭纪律，这是尊重法治权威、保障审判活动正常开展的当然要求，也是维护当事人诉讼参与诉讼权利的当然要求。长期以来，人民法院的审判工作一直为社会各界大力支持，绝大部分诉讼参与人、旁听人员能自觉遵守法庭纪律，维护法庭秩序。但近年来，随着现代科技的发展，在有的案件审理过程中，出现诉讼参与人私自录音、录像、摄影和利用邮件、博客、微博等方式报道庭审活动现象；诉讼参与人、旁听人员冲击、哄闹法庭，在法庭上公然殴打对方当事人，辱骂法官等情形有愈演愈烈的趋势；甚至有极个别辩护律师严重违反法庭纪律，经多次提醒、训诫仍不服从法庭指挥，以致被依法强行带离法庭，引发了舆论关注。

面对新情况、新问题，《解释》在“1998年司法解释”和《中华人民共和国民事诉讼法法庭规则》（以下简称《法庭规则》）基础上，对有关法庭纪律的相关规定作了修改、完善。规定在法庭审理过程中，诉讼参与人、旁听人员应当遵守以下纪律：（1）服从法庭指挥，遵守法庭礼仪；（2）不得鼓掌、喧哗、哄闹、随意走动；（3）不得对庭审活动进行录音、录像、摄影，或者通过发送邮件、博客、微博客等方式传播庭审情况，但经人民法院许可的新闻记者除外；（4）旁听人员不得发言、提问；（5）不得实施其他扰乱法庭秩序的行为。之所以规定未经许可不得传播庭审情况，主要考虑：实践中，个别诉讼参与人当庭利用电脑、手机等“直播”庭审情况，试图引发舆论关注、炒作，制造“舆论压力”，这显然干扰了人民法院依法独立、公正审判；诉讼参与人不专注庭审，无疑也有违职业道德，有损当事人的合法权益。

对未经许可录音、录像、摄影或者通过发送邮件、博客、微博客等方式传播庭审情况的，

审判长可以决定暂扣存储介质或者相关设备。担任辩护人、诉讼代理人的律师严重扰乱法庭秩序，被强行带出法庭或者被处以罚款、拘留的，人民法院应当通报司法行政机关，并可以建议依法给予相应处罚。辩护人严重扰乱法庭秩序，被强行带出法庭或者被处以罚款、拘留，被告人自行辩护的，庭审继续进行；被告人要求另行委托辩护人，或者被告人属于应当提供法律援助情形的，应当宣布休庭。

需要说明的是，在就解释稿征求全国法院意见过程中，有关法庭纪律的规定曾引发争议，对此，我院高度重视。经综合考虑各方意见，进一步深入研究，正式公布的解释对其中容易引发争议的内容作了修改或者删除。

九、《解释》对简易程序作了规定。

此次刑事诉讼法修改，进一步扩大了简易程序的适用范围，规定对所有基层人民法院管辖的被告人认罪且对适用简易程序没有异议的案件，均可以适用简易程序。扩大简易程序适用范围，保障简单案件尽快审结，进而将有限的审判资源更多用于疑难、复杂、重大的案件审理中，对于构建科学的简繁分流审判机制，提高刑事审判的整体质效具有重要意义。根据立法规定，《解释》对简易程序的具体适用问题作了明确和细化。相关规定主要把握了两点原则：一是既鼓励依法充分适用，同时也严格把握适用条件；二是审理程序可以适当简化，但诉讼权利必须充分保障。

1. 进一步明确了简易程序的适用条件。规定人民法院在开庭前和开庭时均应当询问被告人是否认罪、是否同意适用简易程序，并告知其适用简易程序的法律规定。只有被告人对指控的犯罪事实没有异议并同意适用简易程序的，才可以适用简易程序。

2. 充分保障被告人的辩护权。实践中，对于适用简易程序审理的案件，是否有必要通知辩护人出庭，存在不同认识。有一种观点认为，此类案件均是被告人认罪的案件，辩护人出庭并无实际意义；通知辩护人出庭，恐会导致简易程序的简易性无法充分落实。经研究，我们认为，辩护权是被告人最重要的诉讼权利，适用简易程序也必须充分保障被告人的辩护权，鉴此，《解释》明确规定，适用简易程序审理的案件，被告人有辩护人的，应当通知辩护人出庭。

3. 明确了不适用简易程序的具体情形。规定具有下列情形之一的，不适用简易程序：（1）被告人是盲、聋、哑人；（2）被告人是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人；（3）有重大社会影响的；（4）共同犯罪案件中部分被告人不认罪或者对适用简易程序有异议的；（5）辩护人作无罪辩护的；（6）被告人认罪但经审查认为可能不构成犯罪的；（7）不宜适用简易程序审理的其他情形。

十、《解释》对二审开庭作了新规定。

修改后刑事诉讼法完善了二审开庭的有关规定。为维护当事人诉讼权利，保障二审监督、纠错功能充分发挥，《解释》根据法律情况，结合审判工作实际，对二审开庭的范围作了进一步明确。规定对被告人、自诉人及其法定代理人对一审认定的事实、证据提出异议可能影响定罪量刑的上诉案件，被告人被判处死刑立即执行的上诉案件，人民检察院抗诉的案件，以及应当开庭审理的其他案件，二审应当依法开庭审理。同时，特别规定：对被判处死刑立即执行的被告人没有上诉，同案的其他被告人上诉的案件，二审应当开庭审理；对被告人被判处死刑缓期执行的上诉案件，即使被告人并未对一审认定的事实、证据提出异议，有条件的，也应当开庭审理；被判处死刑立即执行的被告人提出上诉，在第二审开庭后宣告裁判前申请撤回上诉的，应当不予准许，继续按照上诉案件审理。

十一、《解释》对死刑复核程序规定了新内容。

为确保死刑案件质量，《解释》规定，辩护律师要求当面反映意见的，最高人民法院有关合议庭应当在办公场所听取其意见，并制作笔录；辩护律师提出书面意见的，应当附卷。最高人民检察院提出意见的，最高人民法院应当审查，并将采纳情况及理由反馈最高人民检察院。

十二、《解释》对查封、扣押、冻结财物的审查处理程序作了完善。

刑法第六十四条和修改后刑事诉讼法第二百三十四条对涉案财物的处理作了原则规定，“1998年司法解释”对查封、扣押、冻结财物的审查处理程序也规定得不够具体，特别是考虑到涉案财物的判决与处理事关当事人及有关社会公众的切身利益，《解释》结合审判工作实际，对相关问题作了进一步明确：

1.规定了可及时返还被害人的财产范围。规定对权属明确，可以确认属于特定被害人所有的，应当依法及时返还，以使被害人得到及时救济；如案件涉及多名被害人，涉案财物的权属又不明确的，则应当在判决生效后，根据判决按比例返还被害人，以公平保障各被害人的合法权益。

2.强调对涉案财物处置的法庭调查。规定在法庭审理过程中，对查封、扣押、冻结的财物及其孳息，应当调查其权属情况，对于不能确认系违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物的，不得没收，以保护财产所有人的合法权益。

3.重视案外人提出的权属异议。规定案外人对查封、扣押、冻结的财物及其孳息提出权属异议的，人民法院应当审查并依法处理。

4.完善涉案财物的处理程序。规定人民法院作出的判决，应当对查封、扣押、冻结的财物及

其孳息作出处理。涉案财物未随案移送的，应当在判决书中写明，并写明由查封、扣押、冻结机关负责处理。查封、扣押、冻结的财物属于被告人合法所有的，应当在赔偿被害人损失、执行财产刑后及时返还被告人；财物未随案移送的，应当通知查封、扣押、冻结机关将赔偿被害人损失、执行财产刑的部分移送人民法院。

十三、《解释》对审判监督程序主要作了完善。

《解释》对审监程序主要作了如下完善：

1.规定可以委托律师代为申诉。申诉权是公民的宪法权利，为充分保障公民行使申诉权，弥补当事人及其法定代理人、近亲属行使申诉权能力的不足，《解释》规定申诉可以委托律师代为进行。

2.明确了指令异地法院再审的原则。为切实发挥再审纠错功能，《解释》规定，上级人民法院指令下级人民法院再审的，一般应当指令原审人民法院以外的下级人民法院审理；只有由原审人民法院审理更有利于查明案件事实、纠正裁判错误的，才可以指令原审人民法院审理。

3.明确了可中止原判决、裁定执行的具体情形。为减少错误判决、裁定对被告人的继续损害，《解释》根据修改后的刑事诉讼法，规定被告人可能经再审改判无罪，或者可能经再审减轻原判刑罚而致刑期届满的，可以决定中止原判决、裁定的执行。

十四、《解释》对财产刑和附带民事裁判的执行作出完善。

罚金、没收财产是刑法明确规定的刑罚种类，对判处的财产刑，人民法院应当及时执行；因犯罪行为而致他人遭受物质损失的，罪犯也应当依法承担赔偿责任。实践中，由于种种原因，财产刑和附带民事裁判的执行情况并不理想；特别是判决一旦生效、罪犯已入狱服刑，执行就更加困难。为解决这一问题，维护裁判权威，有效惩罚犯罪，保障被害人权益，《解释》规定，审理减刑、假释案件，应当审查财产刑和附带民事裁判的执行情况，以及罪犯退赃、退赔情况。罪犯积极履行判决确定的义务的，可以认定有悔改表现，在减刑、假释时从宽掌握；确有履行能力而不履行的，在减刑、假释时从严掌握。

十五、《解释》对未成年人刑事案件诉讼程序作了细化。

刑事诉讼法规定了未成年人情况调查制度、前科封存制度等，《解释》主要进行了如下细化：

1.细化了情况调查制度。《解释》规定，人民法院应当接受人民检察院移送的调查报告以及辩护人提交的书面材料，必要时，可以委托或者自行调查。对未成年被告人情况的调查报告，以及辩护人提交的有关未成年被告人情况的书面材料，法庭应当审查并听取控辩双方意见，并可以作为法庭教育和量刑的参考。针对实践中的困惑，《解释》明确，调查报告并非证明

案件事实的材料，不属于证据；但调查报告在一定程度上反映了未成年被告人的主观恶性、人身危险性和监护帮教条件，对人民法院有针对性地开展法庭教育和准确适用刑罚，有重要参考作用。

2.细化了前科封存制度。规定对于被判处五年有期徒刑以下刑罚以及免除刑事处罚的未成年人的犯罪记录，应当封存。2012年12月31日以前审结的案件符合封存条件的，相关犯罪记录也应当封存。《解释》还规定了查询犯罪记录的具体程序，即司法机关或者有关单位向人民法院申请查询封存的犯罪记录的，应当提供查询的理由和依据。对查询申请，人民法院应当及时作出是否同意的决定。规定对于需要封存犯罪记录的案件，公开审理、宣判时不得组织旁听，法庭应当告知旁听人员不得传播案件信息。

3.强化了对未成年被害人、证人的权益保障。针对以往对未成年被害人、证人的权利保护重视不够的实际，《解释》规定，未成年被害人及其法定代理人因经济困难等没有委托诉讼代理人的，人民法院应当帮助其申请法律援助。为避免未成年被害人在庭审中受到“二次伤害”，《解释》规定，对于未成年被害人、证人，一般不得通知其出庭作证。对确有必要出庭的未成年被害人、证人，可以采取不暴露身份信息、不暴露外貌、真实声音等特殊保护措施；条件具备的，还可以采取远程视频等方式作证。

十六、《解释》对当事人和解的公诉案件诉讼程序作了细化。

刑事诉讼法增设了当事人和解的公诉案件诉讼程序，但仅有三条原则规定。为充分发挥和解程序功能，有效化解社会矛盾，同时规范法律适用，防止出现“花钱买刑”等损害司法公正的问题，《解释》对和解程序的具体适用作了较为全面的规定，主要有：

1.明确人民法院可以主持协商以达成和解。刑事诉讼法未明确人民法院能否主持协商以达成和解。鉴于当前国情，刑事案件的加害方和被害方往往缺乏有效沟通的渠道，且有些还处于对立状态，缺乏互信，如没有审判人员释法明理，从中调和，双方当事人很难自行和解。鉴此，《解释》规定，对符合刑事诉讼法第二百七十七条规定的公诉案件，事实清楚、证据充分的，人民法院应当告知当事人可以自行和解；当事人提出申请的，人民法院可以主持双方当事人协商以达成和解。这是人民法院践行能动司法理念的体现，同时也可以解除审判人员的顾虑，鼓励做好社会矛盾化解工作。

2.明确已经履行和解协议的不得反悔。和解协议签署后能否反悔，认识分歧较大。法律、司法解释应当坚持正确的价值取向，大力鼓励、倡导诚信，只要和解协议已经全部履行，原则上就不得反悔。据此，《解释》明确规定：一是双方当事人在侦查、审查起诉期间已经达成和解协议并全部履行，被害人或者其法定代理人、近亲属又提起附带民事诉讼的，人民法院

不予受理，但有证据证明和解违反自愿、合法原则的除外。二是和解协议已经全部履行，当事人反悔的，人民法院不予支持，但有证据证明和解违反自愿、合法原则的除外。

3.明确和解协议应当即时履行。和解协议中的赔偿损失内容，能否延期履行、分期履行，也存在认识分歧。经研究：根据刑事诉讼规定，和解是重要的量刑情节，如允许延期履行、分期履行和解协议约定的赔偿损失内容，将会使人民法院对被告人的从宽处罚建立在尚不确定的事实基础上，一旦被告人获得从宽处罚后，拒不履行或者不全部履行赔偿义务，受上诉不加刑原则所限，二审法院不能加重其刑罚，同时，由于是当事人之间达成的和解协议，也无法强制执行，这无疑会损害裁判权威，也会使被害方的合法权益难以得到切实保障。鉴此，《解释》明确规定，和解协议约定的赔偿内容应当在协议签署后即时履行。

4.明确和解从宽的具体内涵。对于达成和解协议的案件，刑事诉讼法规定可以对被告人从宽处罚。对具体如何理解和把握“从宽处罚”，存在不同认识。经认真听取各方意见，慎重研究，《解释》规定：对达成和解协议的案件，人民法院应当对被告人从轻处罚；符合非监禁刑适用条件的，应当适用非监禁刑；判处法定最低刑仍然过重的，可以减轻处罚；综合全案认为犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免除刑事处罚。

十七、《解释》对违法所得没收程序作了细化。

《解释》对违法所得没收程序进行了必要的细化，主要有如下内容：

1.明确了受案范围和条件。《解释》规定，依照刑法规定应当追缴违法所得及其他涉案财产，且符合下列情形之一的，人民检察院可以向人民法院提出没收违法所得的申请：（1）犯罪嫌疑人、被告人实施了贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪后逃匿，在通缉一年后不能到案的；（2）犯罪嫌疑人、被告人死亡的。对于犯罪嫌疑人、被告人死亡的案件，只要依法应当追缴违法所得及其他涉案财产的，不限于贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪，也不限于重大犯罪案件，均可适用违法所得没收程序。

2.明确了没收违法所得案件的审理方式。《解释》规定，利害关系人参加诉讼的，人民法院应当开庭审理。没有利害关系人申请参加诉讼的，可以不开庭审理。并具体规定了没收违法所得案件的开庭程序。

3.明确了没收违法所得案件的证明标准及处理原则。虽然刑事诉讼法没有明确规定没收案件的证明标准，但从刑事诉讼理论看，没收案件也应实行“排除合理怀疑”的刑事证明标准，即应当“证据确实、充分”。据此，《解释》规定，对申请没收违法所得的案件，人民法院审理后，对于案件事实清楚，证据确实、充分，申请没收的财产确属违法所得及其他涉案财产的，除依法返还被害人的以外，应当裁定没收；否则应当裁定驳回申请。

4. 明确了没收违法所得案件的审理期限。刑事诉讼法未对没收程序规定审理期限，为了及时审结案件，维护当事人合法权益，《解释》规定，审理申请没收违法所得案件的期限，参照公诉案件第一审普通程序和二审程序的审理期限执行。但是，公告期间和请求刑事司法协助的时间不计入审理期限。

十八、《解释》对强制医疗程序作了细化。

为确保强制医疗程序的规范适用，使精神病人得到应有的关心、照顾和治疗，避免未受约束的精神病人危害公共安全和公民人身安全，防止“被精神病”或者假冒精神病逃避刑事处罚情况的发生，《解释》根据刑事诉讼法规定，对强制医疗程序的相关问题作了规定，主要有如下内容：

1. 明确强制医疗案件原则上应当开庭审理，并应当会见被申请人。为体现程序公正，维护当事人合法权益，防止“被精神病”或假冒精神病人逃避刑事处罚的情况发生，《解释》规定，对于强制医疗案件，原则上应当开庭审理，只有被申请人、被告人的法定代理人请求不开庭审理，并经人民法院审查同意的，可以不开庭审理。并规定无论是否开庭审理，都应当会见被申请人，通过与其直接接触、交谈，了解其精神状况，进而作出正确决定。

2. 明确了强制医疗的复议程序。《解释》规定，被决定强制医疗的人、被害人及其法定代理人、近亲属对强制医疗决定不服的，可以自收到决定书之日起五日内向上一级人民法院申请复议。复议期间不停止执行强制医疗的决定。对不服强制医疗决定的复议申请，上一级人民法院应当组成合议庭审理，并在一个月内，作出复议决定。

3. 明确了强制医疗的解除程序。《解释》规定，被强制医疗的人及其近亲属申请解除强制医疗的，应当向决定强制医疗的人民法院提出。被强制医疗的人及其近亲属提出的解除强制医疗申请被人民法院驳回，六个月后再次提出申请的，人民法院应当受理。强制医疗机构提出解除强制医疗意见，或者被强制医疗的人及其近亲属申请解除强制医疗的，人民法院应当组成合议庭进行审查，并在一个月内作出处理。人民法院应当在作出决定后五日内，将决定书送达强制医疗机构、申请解除强制医疗的人、被决定强制医疗的人和人民检察院。决定解除强制医疗的，应当通知强制医疗机构在收到决定书的当日解除强制医疗。



浦瑞律师事务所
CENLAW & PARTNERS

新法速递

本地法规

一、《上海市工伤保险实施办法》于2012年11月21日市政府第156次常务会议通过，于2012年11月27日颁布，自2013年1月1日起施行。

评价与提示：

一、《办法》适用范围的增加：新增基金会、律师事务所、会计师事务所等组织。实现了工伤保险全覆盖，即：不分单位所有制性质，不分户籍和用工方式，都应参加工伤保险。这表明上海工伤保险的越来越完善，更多人可以享受到工伤保险。

二、《办法》扩大了工伤保险基金支付范围，增加了工伤保险基金可用于“工伤预防的宣传、培训”的内容。这主要是为了让职员更好的保护自己。同时加强企业与职员的工伤意识，危险意识。

三、《办法》调整了工伤人员部分待遇的计发基数和标准。一次性伤残补助金、伤残津贴、因工死亡人员供养亲属抚恤金的计发基数由“缴费工资”调整为“本人工资”，并提高了一次性伤残补助金计发月数，调整和提高了一次性因工死亡补助金计发基数和标准。

四、为了让工伤人员得到及时救治，《办法》规定用人单位对应参保员工未办理参保或者未按规定缴费，且在此期间发生工伤事故的，由用人单位按本规定标准支付相应费用，用人单位不支付的，先由工伤保险基金支付，并向用人单位追偿。这样工伤人员治病就不需要拖延了。

以下是《办法》正文：

上海市工伤保险实施办法

(2012年11月27日上海市人民政府令第93号公布)

第一章 总则

第一条 (依据)

根据《中华人民共和国社会保险法》和《工伤保险条例》，结合本市实际，制定本办法。

第二条 (适用范围)

本办法适用于本市行政区域内的企业、事业单位、国家机关、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户(以下统称“用人单位”)及其从业人员。

第三条 (征缴管理)

工伤保险费的征缴，按照《中华人民共和国社会保险法》和《社会保险费征缴暂行条例》的有关规定执行。

第四条 (公示与救治)

用人单位应当将参加工伤保险的有关情况在本单位内公示。

从业人员发生工伤时，用人单位应当采取措施使工伤人员得到及时救治。

第五条 (管理部门)

市人力资源社会保障局是本市工伤保险工作的行政主管部门，负责本市工伤保险工作的统一管理。

区、县人力资源社会保障局负责本行政区域内工伤保险的具体管理工作。

市社会保险事业基金结算管理中心(以下简称“社保经办机构”)具体负责工伤保险经办事务。市医疗保险事务管理中心和区、县医疗保险事务中心(以下统称“医保经办机构”)在职责范围内，配合做好工伤保险经办事务。

第六条 (监督)

市人力资源社会保障局等部门制定工伤保险的政策、标准，应当征求工会组织、用人单位代表的意见。

工会组织依法维护工伤人员的合法权益，对用人单位的工伤保险工作实行监督。

第二章 工伤保险基金

第七条 (基金来源和储备金)

工伤保险基金由用人单位缴纳的工伤保险费、工伤保险基金的利息和依法纳入工伤保险基金的其他资金构成。

工伤保险基金按照国家有关规定留有一定比例的储备金，用于本市重大事故的工伤保险待遇支付；储备金不足支付的，由市财政垫付。储备金的提取比例和使用，按照本市有关规定执行。

第八条 (缴费原则)

用人单位应当按时缴纳工伤保险费。从业人员个人不缴纳工伤保险费。

工伤保险费根据以支定收、收支平衡的原则，确定费率。

第九条 (缴费基数)

用人单位缴纳工伤保险费的基数，按照本单位缴纳城镇基本养老保险费的基数确定。

第十条 (费率)

用人单位缴纳工伤保险费实行基础费率，基础费率统一为缴费基数的0.5%。

对发生工伤事故的用人单位，在基础费率的基础上，按照规定实行浮动费率。

浮动费率根据用人单位工伤保险费使用、工伤事故发生率等情况确定。浮动费率分为五

档，每档幅度为缴费基数的 0.5%，向上浮动后的最高费率（基础费率加浮动费率）不超过缴费基数的 3%，向下逐档浮动后的最低费率不低于基础费率。浮动费率每年核定一次。

工伤保险费率浮动的具体办法，由市人力资源社会保障局会同市财政、卫生、安全生产监督管理等部门拟订，报市人民政府批准后执行。

第十一条（支付范围）

工伤保险基金用于本办法规定的工伤保险待遇，劳动能力鉴定，工伤预防的宣传、培训等费用，以及法律、法规规定的用于工伤保险的其他费用的支付。

工伤预防费用的提取比例、使用和管理，按照国家有关规定执行。

第十二条（基金管理和监督）

工伤保险基金实行全市统筹，存入本市市级社会保障基金财政专户，专款专用，任何单位和个人不得擅自动用。

市人力资源社会保障局依法对工伤保险费的征缴和工伤保险基金的支付情况进行监督检查。

市财政、审计部门依法对工伤保险基金的收支、管理情况进行监督。

第十三条（经办机构经费）

社保经办机构、医保经办机构开展工伤保险所需经费，由财政部门按照规定核定，纳入预算管理。

第三章 工伤认定

第十四条（认定工伤范围）

从业人员有下列情形之一的，应当认定为工伤：

- （一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；
- （二）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；
- （三）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；
- （四）患职业病的；
- （五）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；
- （六）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；
- （七）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

第十五条（视同工伤范围）

从业人员有下列情形之一的，视同工伤：

- （一）在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的；
- （二）在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；
- （三）从业人员原在军队服役，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。

从业人员有前款第一项、第二项情形的，按照本办法的有关规定享受工伤保险待遇；从业人员有前款第三项情形的，按照本办法的有关规定享受除一次性伤残补助金以外的工伤保险待遇。

第十六条（工伤排除）

从业人员符合本办法第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：

- （一）故意犯罪的；
- （二）醉酒或者吸毒的；
- （三）自残或者自杀的。

第十七条（认定申请）

从业人员发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起 30 日内，向用人单位所在地的区、县人力资源社会保障局提出工伤认定申请。遇有特殊情况，经报区、县人力资源社会保障局同意，申请时限可以适当延长。

用人单位未按照前款规定提出工伤认定申请的，从业人员或者其近亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起 1 年内，可以直接向用人单位所在地的区、县人力资源社会保障局提出工伤认定申请。

用人单位未在本条第一款规定的时限内提出工伤认定申请的，在此期间发生符合本办法规定的工伤待遇等有关费用，由该用人单位负担。

第十八条（工伤认定申请材料）

提出工伤认定申请，应当提交下列材料：

- （一）工伤认定申请表；
- （二）与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料；
- （三）医疗诊断证明或者职业病诊断证明书（或者职业病诊断鉴定书）。

工伤认定申请表应当包括事故发生的时间、地点、原因以及从业人员伤害程度等基本情况。

工伤认定申请人在本办法规定时限内提出工伤认定申请时所提供材料不完整的，区、县人力资源社会保障局应当自收到工伤认定申请之日起 10 个工作日内，一次性书面告知工伤认定申请人需要补正的全部材料。工伤认定申请人应当在 30 日内，按照要求补正材料，逾期不补正但未超过法定申请期限的，可以重新提出工伤认定申请。

第十九条（受理）

工伤认定申请人依法提出工伤认定申请，且提供的申请材料完整的，区、县人力资源社会保障局应当自收到工伤认定申请之日起 10 个工作日内发出受理通知书。不符合受理条件的，区、县人力资源社会保障局不予受理，并书面告知工伤认定申请人。

第二十条（调查核实和举证责任）

区、县人力资源社会保障局受理工伤认定申请后，根据审核需要可以对事故伤害进行调查核实，用人单位、从业人员、工会组织、医疗机构以及有关部门应当予以协助。职业病诊断和诊断争议的鉴定，依照职业病防治法的有关规定执行。对依法取得职业病诊断证明书或者职业病诊断鉴定书的，区、县人力资源社会保障局不再进行调查核实。

用人单位、从业人员或者其近亲属可以根据认定工伤或者视同工伤的不同情形，提交相关行政机关或者司法机关出具的有关证明材料或者法律文书。

从业人员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。

第二十一条（认定程序）

区、县人力资源社会保障局应当自受理工伤认定申请之日起 60 日内作出工伤认定决定，并在作出工伤认定决定之日起 10 个工作日内将工伤认定决定送达申请工伤认定的从业人员或者其近亲属和该从业人员所在单位。

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，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，工伤认定时限中止的原因消除后，应当及时恢复。工伤认定时限中止、恢复的，区、县人力资源社会保障局应当告知有关当事人。

区、县人力资源社会保障局工作人员与工伤认定申请人有利害关系的，应当回避。

第二十二条（工伤认定决定载明事项）

工伤认定决定应当载明下列事项：

- (一) 用人单位和工伤人员的基本情况；
- (二) 受伤部位、事故时间和诊治时间或者职业病名称、伤害经过和核实情况，以及医疗救治基本情况和诊断结论；
- (三) 认定为工伤、视同工伤或者认定为不属于工伤、不视同工伤的依据；
- (四) 认定结论；
- (五) 申请行政复议或者提起行政诉讼的期限；
- (六) 作出认定决定的时间。

工伤认定决定应当加盖区、县人力资源社会保障局工伤认定专用印章。

第二十三条（告知义务）

区、县人力资源社会保障局向申请工伤认定的从业人员或者其近亲属和该从业人员所在单位送达工伤认定决定时，应当书面告知劳动能力鉴定的申请程序。

第四章 劳动能力鉴定

第二十四条（劳动能力鉴定）

从业人员发生工伤，经治疗伤情相对稳定后存在残疾、影响劳动能力的，应当进行劳动功能障碍程度和生活自理障碍程度的劳动能力鉴定。

劳动功能障碍分为十个伤残等级，生活自理障碍分为三个等级。

劳动能力鉴定标准，按照国家有关规定执行。

第二十五条（鉴定机构）

市和区、县劳动能力鉴定委员会（以下简称“鉴定委员会”）由同级人力资源社会保障、卫生等部门以及工会组织、社保经办机构代表、用人单位代表组成。市和区、县鉴定委员会办公室设在同级人力资源社会保障局，负责鉴定委员会的日常工作。

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。

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。

鉴定委员会依法建立医疗卫生专家库，进行劳动能力鉴定。

第二十六条（劳动能力鉴定申请材料）

工伤人员的劳动能力鉴定，可以由用人单位、工伤人员或者其近亲属向区、县鉴定委员会提出申请。职业病人员的劳动能力鉴定，向市鉴定委员会提出申请。

提出劳动能力鉴定申请的，应当提交下列材料：

- (一) 填写完整的劳动能力鉴定申请表；
- (二) 工伤认定决定；
- (三) 定点医疗机构诊治工伤的有关资料。

第二十七条（鉴定程序）

鉴定委员会收到劳动能力鉴定申请后，应当从其建立的医疗卫生专家库中随机抽取 3 名或者 5 名相关专家组成专家组，并由专家组提出鉴定意见；必要时，可以委托具备资格的医疗机构协助进行有关的诊断。鉴定委员会根据专家组的鉴定意见，在收到劳动能力鉴定申请之日起 60 日内作出工伤人员劳动能力鉴定结论。必要时，作出劳动能力鉴定结论的时限可以延长 30 日。鉴定委员会应当自作出劳动能力鉴定结论之日起 15 日内，向申请劳动能力鉴定的用人单位、工伤人员或者其近亲属送达劳动能力鉴定结论，并书面告知办理享受工伤保险待遇的手续，提供工伤保险待遇申请表。

鉴定委员会组成人员或者参加鉴定的专家与当事人有利害关系的，应当回避。

第二十八条（再次鉴定）

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。

第二十九条（复查鉴定）

自劳动能力鉴定结论作出之日起1年后，工伤人员或者其近亲属、用人单位或者社保经办机构认为伤残情况发生变化的，可以提出劳动能力复查鉴定申请。

第三十条（再次鉴定和复查鉴定的期限）

鉴定委员会进行再次鉴定和复查鉴定的期限，依照本办法第二十七条的规定执行。

第三十一条（鉴定费用）

工伤人员的初次劳动能力鉴定费用，由工伤保险基金支付。

用人单位、工伤人员或者其近亲属提出再次鉴定或者复查鉴定申请的，再次鉴定结论维持原鉴定结论，或者复查鉴定结论没有变化的，鉴定费用由提出再次鉴定或者复查鉴定申请的用人单位、工伤人员或者其近亲属承担；再次鉴定结论或者复查鉴定结论有变化，以及按照国家规定需要定期复查鉴定的，鉴定费用由工伤保险基金承担。

第五章 工伤保险待遇

第三十二条（就医原则）

从业人员因工作遭受事故伤害或者患职业病进行治疗，享受工伤医疗待遇。

工伤人员治疗工伤应当在本市定点医疗机构或者职业病定点医疗机构就医。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，由本市定点医疗机构出具证明，报社保经办机构同意。

工伤人员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工伤康复机构。

第三十三条（工伤医疗和康复费用的支付）

治疗工伤所需医疗费用符合国家和本市的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。

本市的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，按照本市有关基本医疗保险诊疗项目范围、用药范围以及医疗服务设施范围等规定执行。

工伤人员到工伤康复机构进行工伤康复的费用，符合国家和本市工伤康复服务项目、工伤康复诊疗规范的，从工伤保险基金支付。

区、县人力资源社会保障局作出认定为工伤的决定后发生行政复议、行政诉讼的，行政复议和行政诉讼期间不停止支付工伤人员治疗工伤的医疗费用。

工伤人员治疗非工伤引发的疾病，所需医疗费用不列入工伤保险基金支付范围。

第三十四条（工伤医疗和康复费用的结算）

工伤人员发生的工伤医疗和康复费用，经市或者区、县医保经办机构审核，由社保经办机构与本市定点医疗机构或者工伤康复机构结算。

工伤人员在非定点医疗机构进行急救或者按照本办法规定到外省市治疗发生的工伤医疗费用，由其个人先行支付后，按照规定向社保经办机构申请报销，经市或者区、县医保经办机构审核后，由工伤保险基金支付。

第三十五条（住院伙食费补助、交通食宿费标准）

工伤人员住院治疗工伤的，由工伤保险基金按照规定的标准，支付住院伙食补助费；经本市定点医疗机构出具证明，报社保经办机构同意，工伤人员到外省市就医的，由工伤保险基金按照规定的标准支付食宿费，交通费按照社保经办机构核定的交通工具乘坐费用实报实销。

住院伙食补助费、食宿费标准的确定及其适时调整办法，由市人力资源社会保障局拟订，

报市人民政府批准后执行。

第三十六条（辅助器具配置）

工伤人员因日常生活或者就业需要，经鉴定委员会确认，应当选择到与社保经办机构签订服务协议辅助器具配置机构安装假肢、矫形器、假眼、假牙和配置轮椅等辅助器具，所需费用符合国家和本市辅助器具安装配置项目和标准的，从工伤保险基金支付，并由社保经办机构与辅助器具配置机构结算。

第三十七条（停工留薪期待遇）

从业人员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治疗的，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院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。工伤人员评定伤残等级后，停发原待遇，按照本办法的有关规定享受伤残待遇。工伤人员停工留薪期满后仍需治疗的，继续享受工伤医疗待遇。

生活不能自理的工伤人员在停工留薪期需要护理的，由所在单位负责。

第三十八条（生活护理待遇）

工伤人员已经评定伤残等级并经鉴定委员会确认需要生活护理的，从工伤保险基金按月支付生活护理费。

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

第三十九条（致残一至四级待遇）

工伤人员因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，保留劳动关系，退出工作岗位，享受以下待遇：

（一）从工伤保险基金支付一次性伤残补助金。一级伤残的，为 27 个月的工伤人员本人工资；二级伤残的，为 25 个月；三级伤残的，为 23 个月；四级伤残的，为 21 个月。

（二）从工伤保险基金按月支付伤残津贴。一级伤残的，为工伤人员本人工资的 90%；二级伤残的，为 85%；三级伤残的，为 80%；四级伤残的，为 75%。

（三）工伤人员到达法定退休年龄并办理按月领取养老金手续后，停发伤残津贴，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。工伤人员到达法定退休年龄又不符合按月领取养老金条件的，由工伤保险基金继续支付伤残津贴。

（四）参加本市基本医疗保险的用人单位和工伤人员以伤残津贴为基数，按月缴纳基本医疗保险费，享受基本医疗保险待遇。工伤人员到达法定退休年龄后，继续享受基本医疗保险待遇。工伤人员到达法定退休年龄，但不符合继续享受基本医疗保险待遇条件的，用人单位和工伤人员以伤残津贴为基数，按照基本医疗保险规定一次性缴纳基本医疗保险费至符合条件后，继续享受基本医疗保险待遇。

第四十条（致残五至六级待遇）

工伤人员因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，享受以下待遇：

（一）从工伤保险基金支付一次性伤残补助金。五级伤残的，为 18 个月的工伤人员本人工资；六级伤残的，为 16 个月。

（二）保留与用人单位劳动关系，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。五级伤残的，为工伤人员本人工资的 70%；六级伤残的，为 60%。并由用人单位和工伤人员继续按照规定缴纳各项社会保险费。伤残津贴实际金额低于本市职工最低月工资标准的，由用人单位补足差额。

经工伤人员本人提出，该工伤人员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。

经工伤人员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》第三十八条规定的情形除外。

因工伤人员退休或者死亡使劳动关系终止的，不享受本条第二款规定的待遇。

第四十一条（致残七至十级待遇）

工伤人员因工致残被鉴定为七级至十级伤残的，享受以下待遇：

（一）从工伤保险基金支付一次性伤残补助金。七级伤残的，为13个月的工伤人员本人工资；八级伤残的，为11个月；九级伤残的，为9个月；十级伤残的，为7个月。

（二）劳动合同期满终止，或者工伤人员本人提出解除劳动合同的，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。

经工伤人员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》第三十八条规定的情形除外。

因工伤人员退休或者死亡使劳动关系终止的，不享受本条第一款第二项规定的待遇。

第四十二条（工伤复发）

工伤人员工伤复发，经鉴定委员会确认需要治疗的，享受本办法第三十二条、第三十三条、第三十五条至第三十八条规定的工伤保险待遇。

工伤人员与用人单位解除或者终止劳动关系，并按照本办法规定享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的，不再享受本办法第三十二条、第三十三条、第三十五条至第三十八条规定的待遇。

第四十三条（因工死亡待遇）

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

（一）丧葬补助金为从业人员因工死亡时6个月的上年度全市职工月平均工资。

（二）供养亲属抚恤金按照从业人员生前本人工资的一定比例发给其生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。其中，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人员生前本人工资。

（三）一次性工亡补助金标准为从业人员因工死亡时上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍。

工伤人员在停工留薪期内因工伤导致死亡的，其近亲属享受本条第一款规定的待遇。

致残一级至四级的工伤人员在停工留薪期满后死亡的，其近亲属可以享受本条第一款第一项、第二项规定的待遇。

供养亲属的具体范围，按照国家有关规定执行。

第四十四条（待遇调整）

伤残津贴、供养亲属抚恤金、生活护理费的标准，由市人力资源社会保障局根据全市职工平均工资和生活费用变化等情况适时调整。调整办法由市人力资源社会保障局拟订，报市人民政府批准后执行。

第四十五条（与其他赔偿关系）

由于第三人的原因造成工伤的，由第三人支付工伤医疗费用。第三人不支付工伤医疗费用或者无法确定第三人的，由工伤保险基金先行支付。工伤保险基金先行支付后，社保经办机构有权按照规定向第三人追偿。

由用人单位或者工伤保险基金先行支付的停工留薪期工资福利待遇、一次性伤残补助

金、一次性工亡补助金等其他工伤保险待遇的费用，工伤人员或者其近亲属在获得第三人赔偿后，应当予以相应偿还。

第四十六条（因工外出发生事故或在抢险救灾中下落不明人员的待遇）

从业人员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，由工伤保险基金按照本办法第四十三条第一款第二项所规定的标准，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%。从业人员被人民法院宣告死亡的，按照本办法第四十三条规定处理。

第四十七条（待遇停止）

工伤人员有下列情形之一的，停止享受工伤保险待遇：

- （一）丧失享受待遇条件的；
- （二）拒不接受劳动能力鉴定的；
- （三）拒绝治疗的。

第四十八条（保险责任确定）

用人单位分立、合并、转让的，承继单位应当承担原用人单位的工伤保险责任。

用人单位实行承包经营的，工伤保险责任由从业人员劳动关系所在单位承担。

从业人员被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法。

劳务派遣单位的从业人员在劳务派遣期间受到工伤事故伤害的，工伤保险责任由劳务派遣单位或者用工单位承担，具体认定办法由市人力资源社会保障局制定。工伤保险浮动费率责任由用工单位承担。

企业破产的，在破产清算时依法拨付应当由单位支付的工伤保险待遇费用。

第四十九条（境外赔偿）

从业人员被派遣出境工作，依据前往国家或者地区的法律应当参加当地工伤保险的，参加当地工伤保险，其国内工伤保险关系中止；不能参加当地工伤保险的，其国内工伤保险关系不中止，按照本办法规定享受工伤保险待遇。

第五十条（办理享受待遇的手续）

从业人员因工死亡的，由用人单位、工伤人员或者其近亲属到社保经办机构办理工伤保险待遇手续，并提供下列相应材料：

- （一）填写完整的工伤保险待遇申请表；
- （二）工伤医疗费用支付凭证；
- （三）工伤人员与承担工伤保险责任单位存在劳动关系的证明材料；
- （四）待遇享受人的身份证明及与因工死亡人员的供养关系证明；
- （五）下落不明或者宣告死亡的证明材料；
- （六）其他相关材料。

社保经办机构应当自接到享受工伤保险待遇申请之日起 30 日内，对工伤人员或者其近亲属享受工伤保险待遇的条件进行审核。符合条件的，核定其待遇标准并按时足额支付；不符合条件的，应当书面告知。

第六章 特别规定

第五十一条（非全日制从业人员的规定）

招聘非全日制从业人员的用人单位应当按照本办法规定的缴费基数和费率，为其缴纳工伤保险费。

非全日制从业人员因工作遭受事故伤害或者患职业病后，与用人单位的劳动关系按照《中华人民共和国劳动合同法》、《上海市劳动合同条例》的规定执行，享受下列工伤保险待遇：

(一) 按照本办法规定由工伤保险基金支付的工伤保险待遇；

(二) 由承担工伤保险责任的用人单位参照本办法规定支付停工留薪期待遇，且不得低于全市职工月最低工资标准；

(三) 致残一级至四级的，由承担工伤保险责任的用人单位和工伤人员以享受的伤残津贴为基数，一次性缴纳基本医疗保险费至工伤人员到达法定退休年龄，享受基本医疗保险待遇；

(四) 致残五级至十级的，由承担工伤保险责任的用人单位按照本办法规定的标准支付一次性伤残就业补助金。

第五十二条（协保人员的工伤待遇）

用人单位使用经就业登记的协保人员的，协保人员的工资收入不计入用人单位工伤保险缴费基数。

协保人员发生工伤的，可以按照本办法规定享受工伤保险待遇，社保经办机构按照规定核定用人单位下一年度的浮动费率。

第五十三条（非正规就业劳动组织从业人员的规定）

非正规就业劳动组织参照本办法规定的缴费基数和费率缴纳工伤保险费后，其按照规定在市或者区、县人力资源社会保障局进行登记的从业人员发生工伤的，可以享受本办法规定由工伤保险基金支付的工伤保险待遇。

第五十四条（非城镇户籍外来从业人员的特别规定）

因工致残一级至四级的非城镇户籍外来从业人员，可以按照本办法规定的待遇项目标准和支付方式，享受工伤保险待遇，也可以选择按一次性领取的方式享受。选择一次性领取工伤保险待遇的，由工伤人员在首次申领待遇时向社保经办机构提出，并以协议方式确认。一经确认，不再变更，其工伤保险关系终止，并与用人单位的劳动关系解除或者终止。

因工致残一级至四级的非城镇户籍外来从业人员选择按一次性领取的方式享受工伤保险待遇的，其工伤复发医疗费以及经鉴定委员会鉴定可以享受的一次性伤残补助金、伤残津贴、生活护理费和经确认配置辅助器具费等，由工伤保险基金一次性支付，支付标准由市人力资源社会保障局另行拟订，报市人民政府批准后执行。

第五十五条（有关待遇计发的特别规定）

按照本办法规定计发的一级至十级工伤人员一次性伤残补助金，低于 3896 元乘以与伤残等级相应的下列月份数之积的，差额部分由工伤保险基金予以补足：一级伤残的，为 24 个月；二级伤残的，为 22 个月；三级伤残的，为 20 个月；四级伤残的，为 18 个月；五级伤残的，为 16 个月；六级伤残的，为 14 个月；七级伤残的，为 12 个月；八级伤残的，为 10 个月；九级伤残的，为 8 个月；十级伤残的，为 6 个月。

按照本办法规定计发的一级至四级工伤人员当年度伤残津贴和因工死亡人员供养亲属抚恤金，低于市人力资源社会保障局公布的上述两项工伤保险待遇最低标准的，按最低标准计发。

第七章 法律责任

第五十六条（法律责任）

违反本办法规定的行为，《中华人民共和国社会保险法》、《工伤保险条例》等法律法规有处理规定的，从其规定。

第五十七条（相关机构的法律责任）

工伤康复机构、辅助器具配置机构不按服务协议提供服务的，市医保经办机构、社保经办机构可以解除服务协议。

市医保经办机构、社保经办机构不按时足额结算费用的，由市人力资源社会保障局责令改正，工伤康复机构、辅助器具配置机构可以解除服务协议。

第五十八条（应参保未参保或者未按规定缴费的规定）

用人单位未依法缴纳工伤保险费的，按照《中华人民共和国社会保险法》和《社会保险费征缴暂行条例》的有关规定处理。

应当参加工伤保险而未参加或者未按规定缴纳工伤保险费的用人单位，未参加工伤保险或者未按规定缴纳工伤保险费期间，从业人员发生工伤的，由用人单位按照本办法规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。用人单位不支付的，从工伤保险基金中先行支付。从工伤保险基金中先行支付的费用，应当由用人单位偿还。用人单位不偿还的，社保经办机构依法追偿。

用人单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位依照本办法的规定支付新发生的费用。

第五十九条（争议处理）

工伤人员与用人单位发生工伤保险待遇方面争议，适用劳动人事争议处理的有关规定。

第六十条（行政复议和行政诉讼）

单位和个人对市或者区、县人力资源社会保障局，或者社保经办机构、医保经办机构依照本办法规定作出的具体行政行为不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

第八章 附则

第六十一条（本人工资的定义）

本办法所称本人工资，是指工伤人员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。本人工资高于本市职工平均工资 300%的，按照本市职工平均工资的 300%计算；本人工资低于本市职工平均工资 60%的，按照本市职工平均工资的 60%计算。

第六十二条（关于适用范围的特别规定）

国家对国家机关和参照公务员法管理的事业单位、社会团体的工伤保险另行作出规定的，按照国家规定进行调整。

第六十三条（施行日期和废止事项）

本办法自 2013 年 1 月 1 日起施行。2004 年 6 月 27 日上海市人民政府令第 29 号发布、并根据 2010 年 12 月 20 日上海市人民政府令第 52 号《上海市人民政府关于修改〈上海市农机事故处理暂行规定〉等 148 件市政府规章的决定》修正的《上海市工伤保险实施办法》同时废止。



一、近日，最高法对国内首例 PE 对赌协议无效案件，即海富投资有限公司诉甘肃世恒有色资源再利用有限公司不履行对赌协议补偿投资案，做出终审判决。

这场备受关注的 PE 对赌案缘起于 5 年前，2007 年，海富投资与甘肃众星锌业有限公司(后更名为甘肃世恒有色资源再利用有限公司，下称“世恒公司”)签订了《增资协议书》，约定了对赌条款，即“海富投资现金出资 2000 万元投资甘肃世恒，占甘肃世恒增资后注册资本的 3.85%”；如果 2008 年，甘肃世恒净利润低于 3000 万元人民币，海富投资有权要求甘肃世恒予以补偿，如果甘肃世恒未履行补偿，海富投资有权要求香港迪亚(甘肃世恒法定代表人兼总经理陆波，同时也是香港迪亚的总经理)履行补偿义务。

根据甘肃世恒 2008 年的工商年检报告显示，该公司 2008 年净利润仅为 26858.13 元。根据“对赌协议条款”的约定,经计算世恒公司需补偿海富投资 1998 万元。双方协商未果，海富投资将甘肃世恒告上了法庭。

兰州市中级人民法院(下称“兰州中院”)和甘肃省高级人民法院(下称“甘肃高院”)分别在 2010 年 12 月和 2011 年 9 月对此案作出了一审判决和二审判决。两次判决均认定对赌协议条款无效，甘肃高院认定海富投资的 2000 万元中，已计入世恒公司注册资本的 115 万元外，其余 1885 万元资金性质应属名为投资，实为借贷，并要求甘肃世恒返还这部分资金和利息。

二审判决下达后，甘肃世恒对甘肃高院的判决不服，向最高法提出再审申请，请求撤销二审判决，维持兰州中院的一审判决。2011 年 12 月 19 日，最高法做出了“(2011)民申字第 1522 号”裁定书，受理了世恒公司的申请，提审了此案。

判决书显示，最高法对此案的事情部分，与一、二审法院查明的事实一致，只是在法律关系的认定上，最高法有所改变。

最高法认为，二审法院判决甘肃世恒、迪亚公司共同返还投资款及利息超出了海富投资的诉讼请求，是错误的。

海富公司作为企业法人，向世恒公司投资后与迪亚公司合资经营，故世恒公司为合资企

业。世恒公司、海富投资、陆波在《增资协议书》中约定，如果世恒公司实际净利润低于3000万元，则海富投资有权从世恒公司处获得补偿，并约定了计算公式。

最高法认为，这一约定使得海富投资的投资可以获取相对固定的收益，该收益脱离了世恒公司的经营业绩，损害了世恒公司利益和公司债权人利益，一审法院、二审法院根据《公司法》第二十条和《中外合资经营企业法》第八条的规定认定《增资协议书》中的这部分条款无效是正确的。

但是二审法院认定海富投资18852283元的投资名为联营实为借贷，并判决甘肃世恒和迪亚公司向海富投资返还该笔投资，最高法认为，此处没有法律依据，予以纠正。

最高法认为，《增资协议书》中并无由陆波对海富投资进行补偿的约定，海富投资请求陆波进行补偿，没有合同依据。但是，在《增资协议书》中，迪亚公司对于海富投资的补偿承诺并不损害甘肃世恒及公司债权人的利益，不违反法律法规的禁止性规定，是当事人的真实意思表示，是有效的。

综合上述理由，最高法撤销甘肃高院对此案的二审判决;并判决，迪亚公司向海富投资支付协议补偿款19982095元。

最高院的此次判决也起到了标杆作用，对赌协议在我国尚缺乏明确的成文法规范，投资双方在我国整体的法律框架下设计相关条款，如简单套用欧美市场的操作方式，容易遭遇水土不服。PE投资很多合同包括对赌条款直接从国外移植，在中国相对严格的金融管制和司法制度下，潜藏许多风险。此次最高法对此案的判决具有十分积极的意义，这表明了最高法在此问题上的立场，即在不损害第三人利益的前提下，“对赌协议”条款的效力应当更多的在维护交易安全，维护公众利益的前提下最大限度尊重当事人的意思自治。最高法通过此判决，明确了鼓励投资行为，禁止投机行为。对于一些不正规的投资公司，抱着如果被投资企业成功上市就大赚一笔，如果上市不成功，就拿着本金和高额利息走人的投机行为，法律不支持、不保护、不鼓励，有利于将PE行业引导到正确的方向上来。

二、2012年12月20日，中国证监会投资者保护局对投资者提出的涉及资本市场的七大方面热点问题进行了集中回应。

一、证监会一直在鼓励上市公司员工持有本公司股票，我想了解一下目前上市公司员工持股的情况如何？现行法规、政策对于上市公司员工购买本公司的股票有没有限制？

答：2012年8月份，证监会就《上市公司员工持股计划管理暂行办法》公开征求意见，引起投资者的关心关注。该办法一方面规范、引导上市公司实施员工持股计划及其相关活动，另一方面也体现出鼓励上市公司员工积极持有本公司股票。目前，国内上市公司员工持股的情况较为普遍。截至2012年9月30日，沪深两市共有1841家A股上市公司存在员工持股的情况，占全部2467家A股上市公司的74.63%。员工持股总股数982.3亿股，占有员工持股A股上市公司总股本6.33%，占有所有A股上市公司总股本3.13%。

现行法规、政策对上市公司员工在二级市场购买本公司的股票没有禁止性规定，对国有控股上市公司和包括银行、保险和证券等金融类上市公司的员工在二级市场购买公司的股票也没有特别限制。包括公司董事、监事和高级管理人员在内的上市公司员工在遵守关于信息披露、敏感期、内幕交易禁止和短线交易等监管要求的前提下，均可以从二级市场自行购买本公司的股票。

实践证明，上市公司员工持有本公司股票，将自己的收益和公司股票的价值有机地联系在一起，将会更加关心公司的发展，有利于改善公司治理结构，提升公司生产效率，提高公司的竞争力。《暂行办法》征求意见以来，已有一些上市公司为员工持股做出了制度性安排，市场对此反应良好。

二、现在，国内外的经济形势都不容乐观，作为经济晴雨表的股市也一定受到牵连，从这个角度判断股市还会持续低迷，炒股赚钱越来越难，请问中国股市到底还能不能投资了？

答：2012年是国际、国内经济形势非常复杂的一年，国际经济金融形势依然严峻，尤其是欧洲债务危机仍有可能恶化，国内经济受转型和周期调整等因素的影响，企业发展面临挑战，股市下行压力较大，个股大部分呈下跌趋势。国内外经济形势不好，作为经济晴雨表的股市有一定的反应属于正常现象。

受多方面因素影响，现阶段我国投资者群体与资本市场发展呈现出三个不匹配：一是投资者的信心与我国经济基本面的发展形势不匹配；二是投资者的结构与市场稳定运行的内在要求不匹配；三是投资者的预期与市场改革的时效进展不匹配。三个“不匹配”交织在一起，使市场波动和震荡幅度较大，暴涨暴跌不利于市场功能发挥，损害投资者利益，影响市场信心；投资者快进快出的短期投机心理对循序渐进的各项改革缺乏耐心，也导致投资损失和信心下滑；还有市场上一些偏离客观实际的分析传言，甚至盲目唱衰看空的观点，导致市场理性投资气氛不足，进一步影响投资者的信心和判断。

事实上我们应该看到，虽然国际经济形势尚不明朗，但 10 月份，多项宏观数据继续回暖，主要经济指标保持回升势头，我国制造业采购经理人指数（PMI）回升，工业生产增速创 5 个月新高，拉动经济增长的投资、消费和出口增速均出现上升，这些都释放出中国经济企稳向好的信号。与此同时，去年以来，证监会努力推进相关制度建设，深化新股发行制度改革，引导建立分红机制，完善退市制度，大力推动和发展机构投资者，鼓励创新，倡导价值投资理念和文化，加大打击违法违规行为力度，努力为投资者创造良好的投资环境。这些股市监管政策的逐步落实将成为股市信心的源泉，同时，也为未来市场打下了制度性根基，无疑将对今后的市场发展起到积极影响。

截至 2012 年 11 月末，沪深两市平均市盈率为 13.25 倍，沪深 300 指数成分股的市盈率更在 10 倍左右，股息率达 3.05%，而美国标普 500 指数成分股的市盈率则在 14 倍左右，股息率则为 2.19%。此外，注重价值投资和长期投资的 QFII 近期也频频增仓。数据显示，今年 8 月以来，QFII 账户的建仓速度明显加快，8 月、9 月、10 月 QFII 账户对沪市股票的单月净买入额分别为今年前 7 个月净买入总额的 3 倍、9 倍和 10 倍。针对沪深 300 成分股中沪市股票，10 月 QFII 单月净买入额是今年前 7 个月净买入总额的 40 倍多。QFII 的这些投资动作，客观反映了其对当前中国股市投资价值的认可。

我们真诚建议投资者继续坚守信念，坚持价值投资和理性投资理念，结合市场现状、预期及自身情况，认真研究，不因个股价格一时涨跌而恐慌，慎重作出投资决策。

三、证监会推出的差异化征收红利税对中小投资者影响不大，以一年的时间为限中小投资者根本没得到什么实质性好处，请问这样政策对市场有意义吗？

答：股息红利个税征收政策调整，旨在引导优化投资者结构，鼓励长期投资，保障投资者利益，促进资本市场健康稳定发展。

个人投资者股息红利，按持股期限实行差别化个人所得税政策，有利于保护中小投资者利益。一是引导中小投资者转变投资理念，降低交易风险。从资本市场交易的实际效果来看，频繁进出、快速换手往往更易产生亏损。红利税收政策改革引导中小投资者在进行投资决策时，重新考量资金分配、不同股票持有数量、持股时间等投资要素，追求价值投资，减少因短线交易频繁产生的风险。二是调整中小投资者总体税负，增加投资回报。对股息红利个税征收实行差别税率后，从静态上讲，整体税负略有下降；从动态上讲，这种变化对中小投资者的税负是结构性调整，持股期限长税负低，持股期限短税负高。如果投资者持股结构按此方向调整变化，那么总体税负会有较大幅度下降，能够直接增加其投资回报，帮助其获得看得见的实惠。三是夯实中小投资者交易基础，改善市场运行环境。对股息红利实行差别化个

税政策，释放出的政策信号是鼓励市场参与各方形成长期投资和价值投资的理念，有利于优化投资者理念，维护资本市场稳定。此外，通过税收政策的杠杆作用，高派红公司将受到市场的更多关注，有利于推动上市公司分红制度的完善，保证资本市场健康可持续发展。只有资本市场整体健康稳定，才能进一步夯实市场参与各方的投资基础，更好地保障中小投资者的利益。

四、证监会近期取消和下放了一些行政审批项目，又公开了并购重组流程、新股发行流程，这些政策归根到底还是方便公司，方便融资，对于投资者来讲没有得到真正的实惠，监管部门是怎么考虑的？

答：今年以来，证监会共取消和下放 32 个行政审批项目，占国务院部门清理项目总数的 10.2%，数量居首位。取消和下放行政审批项目，遵循了市场优先和社会自治的原则，减少了对微观经济活动干预，增强了市场主体和社会组织自主决策、自律管理的功能。从政府层面看，放松管制，引入市场机制，推进“阳光审批”，能够进一步规范行政权力运行，增强主动服务意识，促进政府管理方式创新和效率提升。

从今年 2 月 1 日起，证监会把首次公开发行股票审核工作流程和申报企业基本情况向社会公开，将预披露时间提前至初审会之前。从 10 月 15 日起公布了上市公司并购重组的审核流程及申报企业情况。公开发行审核流程，并配合发布相关监管指引、法律适用意见，有助于发行人和投资者把握行政许可流程和审核进度，加强对行政权力运行过程的监督制约，从而降低信息不对称程度，提高发行审核各个环节的公开度和透明度。公示并购重组审核信息，包括工作流程、在审项目基本信息、审核进度，遵循了公开、公平、公正和便民的原则，是证监会落实依法行政、政府信息公开的重要举措，有利于强化监督、提升服务水平。

总之，这些政策的出台充分尊重了证券市场自身的运行规律，尊重了证券市场参与者的市场主体地位，是落实依法行政、信息公开的重要举措，也是从源头上增强市场透明度，保证证券市场健康稳定发展的重要制度性设计，从根本上有利于对广大投资者利益的保护。监管部门的一系列举措从长远来看都是属于市场基础性制度建设的重要组成部分，有助于从根本上维护和实现广大投资者的合法权益。但是，我们应该认识到市场改革的时效和投资者的预期不一定完全同步，希望广大投资者对循序渐进的各项改革保持耐心，坚定信心。

五、今年以来监管层不断鼓励券商创新，召开了专门会议，又制定了很多具体措施支持他们发展，我觉得像我这样的中小投资者才是市场中的弱势群体，应该得到更多的支持和保护，这些鼓励券商创新发展的政策对我们中小投资者有什么好处？

答：证券公司是资本市场最重要的中介机构，其服务能力强弱和服务质量高低直接关系到投资者利益。鼓励证券公司创新的一个重要目的是推动其增强持续服务能力，向客户提供更加丰富、更高质量的产品和服务，从而满足包括中小投资者在内的资本市场投资者多元化的投资理财需求。随着证券公司的创新发展，投资者将能得到更为优质的服务。

今年5月份证券公司创新大会以来，证监会已经推出了放宽证券公司客户资产管理业务限制等措施，进一步扩大了证券公司自营业务投资范围、调低了净资本计算时多个项目的扣减比例、降低了自营业务中风险资本准备计算标准等。推动证券公司创新发展的11项措施正陆续出台，这将进一步扩展证券公司的发展空间，适应证券行业改革开放创新发展的需要，切实增强证券公司服务实体经济的能力，全面提升行业核心竞争力。

下一步，证监会将继续支持证券公司充分发挥创新主体作用，依法合规、有序有效地开展业务与产品创新，不断提高专业水平，向投资者提供更加优质高效的金融服务。

六、听说上海证券交易所推出一个风险警示板，拟规定该风险警示板涨幅只能1%，跌幅却有5%，后来又有所调整。在股市本来就不好的情况下，为什么还要出台这样涨跌限制不一致的政策呢？

答：一段时期以来，资本市场绩差股炒作成风，严重影响了市场的健康发展。监管部门和交易所在制定退市制度方案和相关规则的过程中，高度重视绩差股的投机炒作问题。

在证监会的统一部署下，沪深证券交易所积极推进退市制度改革。今年4月29日，上海证券交易所发布了《关于完善上海证券交易所上市公司退市制度的方案（意见征求意见稿）》，提出设置风险警示板，向投资者提示重大风险。6月28日，该方案在吸收相关意见并经证监会批准后正式发布，在制度设计上贯彻了保护投资者合法权益的思路，明确提出对风险警示板采取必要的交易限制措施、市场监控措施和投资者适当性管理措施，对板块内公司实施严格的信息披露监管，从制度上进一步防范高风险公司股票被“恶炒”，避免投资者利益受到损害。

根据上述退市方案，7月27日，上海证券交易所草拟了《风险警示股票交易实施细则（征求意见稿）》，向市场公开征求意见。该实施细则是对上述退市方案相关内容的具体化，其中规定风险警示股票涨跌幅设置为涨幅1%和跌幅5%，其主要目的是为了抑制绩差股的投机炒作，引导此类股票价值逐步回归理性。

从公开征求意见的总体情况看，市场各方认为该制度能有效遏制炒作，起到风险警示的作用。也有一些市场人士和投资者提出不同意见，有的认为该制度过于严厉，有的认为应实行涨跌幅对称，并提出了修改完善的具体建议。对此，上海证券交易所进行了认真梳理、分

析和吸收，修改和完善了征求意见稿。其中，针对征求意见稿中拟对风险警示股票作出的不对称涨跌幅限制，从尊重市场多年来形成的交易习惯、方便投资者交易的角度考虑，仍维持原有的±5%的涨跌幅限制。

七、监管部门总说市盈率、市净率、股息率，而我只关注我买的股票到底是涨了还是跌了，我是赚了还是赔了。这些概念与我这样的个人投资者到底有什么关系？与股市发展好坏到底有什么关系？

答：市盈率、市净率、股息率三个指标对于投资者进行长期投资、价值投资具有重要的参考价值。

市盈率指股票的价格与该股上一年度每股税后利润之比。市盈率是最常用来评估股价水平是否合理的指标之一，在同等情况下市盈率越高的公司风险往往也越大。任何股票若市盈率大大超出同类股票或是大盘，需要有充分的理由支持，比如预期公司成长性比其他公司更好。但是一旦公司盈利增长不理想，支撑高市盈率的基础破灭，股价往往会大幅回落。

市净率指每股股价与每股净资产的比率。市净率这一指标能体现股票的安全边际，特别在评估高风险企业、资产构成以实物资产为主的企业时受到重视。为了通俗地理解这个指标，投资者可以先假设最悲观状况下上市公司停产，投资者按照净资产来变现，这时候市净率为3的股票投资者用3块钱的股价换回了1块钱的净资产，市净率为2的投资者用4块钱的股价换回了2块钱的净资产，市净率越高的企业，投资者损失越大。因此，对于投资者来说，按照市净率的选股标准，同等情况下市净率越高的股票，其投资风险也往往越高。

股息率是股息与股票价格之间的比率，又称为股利收益率。股息率是进行价值投资的重要参考标准。一般地说，当年上市公司所派发的股息红利越多，股息率越高，则投资者当年所获得的回报现值也越高；一个上市公司如果能够承诺并持续、长期兑现较高的股息率，说明该公司具有较强的盈利能力。换个角度看，也说明该上市公司比较注重对投资者的回报，具有一定的长期投资价值。另外，股息红利也并不是上市公司给予股东的全部回报，而仅仅只是其中的一部分，投资者同样要综合市场环境、企业未来发展前景等因素才能综合判断公司投资价值。

综上所述，市盈率、市净率、股息率从不同侧面为投资者提供了公司内在价值的信息，具有重要的投资参考价值。截至11月末，沪深300指数的市盈率、市净率分别是10.26和1.46，低于标普500指数的14.43和2.14，道琼斯指数的13.07和2.58，以及伦敦金融时报100指数的15.04和1.72；沪深300指数的股息率为3.05%，高于标普500指数的2.19%、道琼斯指数的2.64%和东京日经225指数的2.13%，尤其是沪深300指数的市盈率，几乎已

经达到世界主要资本市场的最低水平。可见目前股市尤其是大盘蓝筹股显现一定的投资价值。投资者应树立价值投资、理性投资的理念，认真研究公司的基本面，参考市盈率、市净率、股息率等指标，综合判断公司的投资价值，潜心寻找具有发展潜力的股票，避免“追涨杀跌”式的炒作行为，养成理性的投资习惯。



浦瑞律师事务所
CENLAW & PARTNERS

产品介绍

金融衍生交易法律服务产品介绍

上海浦瑞律师事务所金融部，是由一批高水平、经验丰富的专家型律师所组成的专

业化团队，现因应上海国际金融中心建设，着眼于金融危机防范与中国金融衍生交易第一案诉讼事实，在总结已有经验的基础上，特别推出金融衍生交易法律服务产品，以帮助市场交易者合法、合规、安全、有序地开展金融衍生产品的设计与交易。

金融衍生交易法律服务产品的主要服务内容有：

- 利用国内国际现有的法律制度、监管政策、习惯与惯例进行各类金融产品结构创新的法律服务，例如应用存款、贷款、信托、私募、掉期、远期、期货、期权、ISDA 主协议及附件、信用支持文件及确认书、资金、票据等进行新金融产品的法律设计；
- 对所拟推出的创新金融产品进行法律论证与审查；
- 金融创新产品交易法律文件的设计、起草、审查、修改与法律风险控制服务；
- 金融衍生交易法律文件的设计、起草、审查、修改与法律风险控制服务；
- 金融衍生交易中的净额结算、信用支持、税收、终止及解决方案上的服务；
- 金融创新产品与衍生交易的交易纠纷处理服务。

浦瑞金融部金融衍生交易法律服务的市场地位：

2009年6月12日上午，应上海律师学院及上海市律师协会金融法专业委员会的邀请，我所金融部主任洪治纲博士至上海律师学院为上海律师专题培训《中国银行间市场金融衍生产品交易主协议（2009年版）》。该次培训是上海市律师协会及律师学院首次开办的“金融法专题培训”的内容之一。上海市律师协会及律师学院开办“金融法专题培训”旨在因应上海国际金融中心建设的需要，培训符合国际金融中心建设需要的律师专门人才。



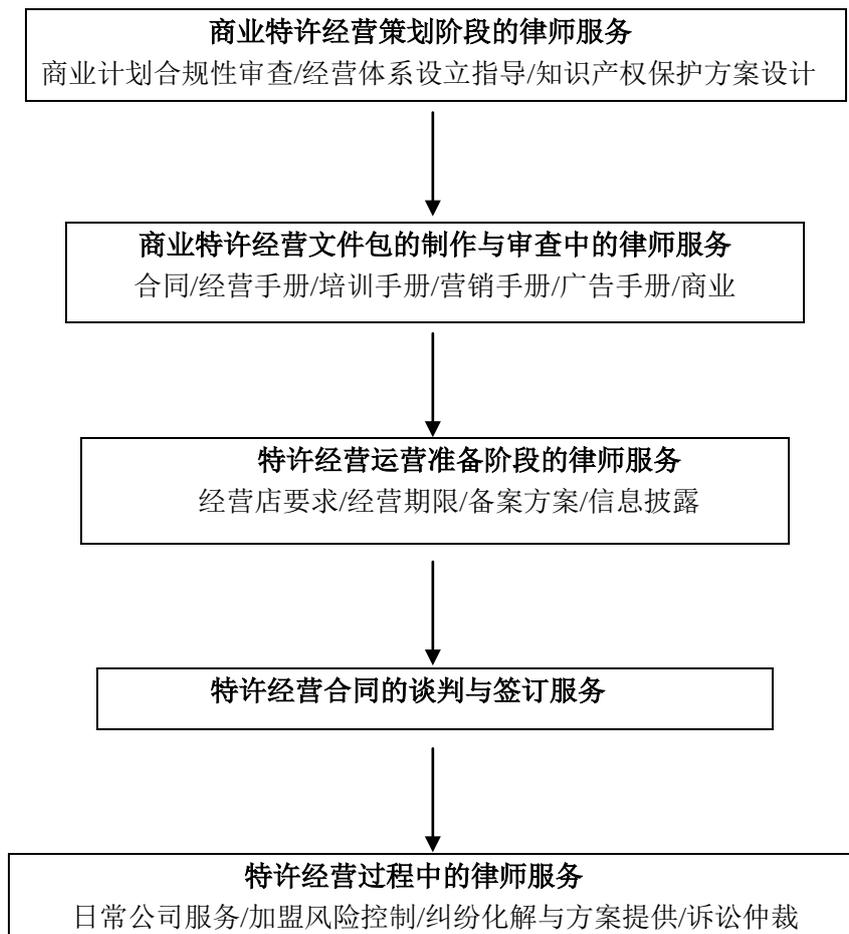
商业特许经营法律服务产品介绍

商业特许经营是企业替代资本扩张的一种有效方式，是投资者分散投资风险获取市场成功的一种途径，也是一种权利授予与控制及利益分配的法律方案。

商业特许经营涉及大量的合规性审查与契约性安排，需要有大量的律师专业服务的介入，致力于商业特许经营的专业化服务领域，打造精英服务团队，联结跨境法律服务网络，沟通跨境法律服务渠道，是我们一以贯之，并会持之以恒的服务理念。

下附是商业特许经营律师服务流程及产品构件框架图：

境内品牌特许经营法律服务流程及产品构件：





浦瑞律师事务所
CENLAW & PARTNERS

产品介绍

国内企业境外权益保护法律产品的介绍

一、服务主体

- 1、上海浦瑞律师事务所；
- 2、境外合作律师事务所

二、服务内容

- 1、根据客户境外权益受侵害的事实提供法律方案；
- 2、评估风险及追索成本；
- 3、协助联络、推荐、考察境外律师事务所；
- 4、根据境外合作所的要求准备境外诉讼、执行所需证据材料；
- 5、跟踪并及时汇报境外诉讼的进程；
- 6、协助客户对境外合作律师事务所工作的考评与监督

三、服务费用

- 1、本所的联络、协助费用；
- 2、境外律师事务所的费用

四、境外合作伙伴

- 1、Chuhak & Tecson, 律师事务所---美国 (<http://www.chuhak.com/>)
- 2、赵、司徒、郑律师事务所---香港 (http://www.csclaw.com.hk/CSC_SC01.html)
- 3、德沃福律师事务所---欧洲 (<http://www.dewolf-law.eu/>)

五、最新成功案例

- 1、与欧洲律师事务所合作申请撤销信用证支付令，挽回损失 70000 美金
- 2、与香港律师事务所合作追回欠款 32 万余美金
- 3、与美国律师事务所合作在美国破产法院申报破产债权 205 万美元
- 4、与法国律师事务所合作就一起跨国并购案尽职调查，避免中国客户公司的投资风险。

5、与意大利律师事务所合作就一起跨国并购案提供当地法律征询意见，为中国客户进行并购谈判提供了第一手的、准确的财务信息资料，及意大利当地法律规定，并对双方并购框架的涉外合法性及可操作性提供了专业意见。

致力于专业化服务，打造精英服务团队，搭建合作共赢的客户信息平台，联结跨境法律服务网络，沟通跨境法律服务渠道，是我们一以贯之，并会持之以恒的理念。



浦瑞律师事务所
CENLAW & PARTNERS

产品介绍

劳动法律服务产品介绍

劳动法律关系是每个用工单位运营中必须关注的日常事务，从公司的员工招聘、录用到劳动合同签订，从薪酬设计、考勤、培训到奖惩制度，从调岗、辞职、到劳动合同解除，从劳动纠纷的调解、仲裁到诉讼解决，无不涉及大量法律文件的制订及繁杂流程与环节的控制。

上海浦瑞律师事务所劳动法律事务部针对企业客户用工的普适性需求，将该类法律服务标准化，并可根据不同企业的需要，为客户量身定制相匹配的劳动服务产品，提供全程、系统的打包服务，并针对企业内、外部环境的变更而及时更新、升级服务产品。该法律服务产品包的内容如下：

1、劳动人事规章制度的制作与修订（《员工手册》）：

- (1)《招聘管理制度》
- (2)《考勤管理制度》
- (3)《奖惩管理制度》
- (4)《离职管理制度》
- (5)《绩效考核管理制度》
- (6)《薪酬制度》
- (7)《培训管理制度》
- (8)《工伤管理制度》
- (9)《日常劳动管理制度》
- (10)《规章制度修改规定》

2、劳动人事文书制作和修订：

- (1) 员工入职登记表
- (2) 劳动合同签收登记表
- (3) 劳动合同变更协议书
- (4) 解除劳动合同协议书 (协商解除)
- (5) 解除劳动合同通知书 (用人单位单方解除)
- (6) 终止劳动合同通知书
- (7) 解除 (终止) 劳动合同证明书
- (8) 劳动合同续签申请表
- (9) 续订劳动合同通知书
- (10) 劳动合同续订书等等

3、合同文本的制作和修订：

- (1) 劳动合同

(2) 保密协议

(3) 竞业限制协议

(4) 培训协议等等合同文本

4、日常的劳动法律咨询

5、用工管理设计：

(1) 招聘流程设计

(2) 入职流程设计

(3) 调岗调薪设计

(4) 合同订立设计

(5) 合同变更设计

(6) 合同续订设计

(7) 奖惩谈话设计

(8) 裁员设计等等

6、为客户具体项目出具方案及法律意见：

(1) 经济裁员员工补偿方案

(2) 企业重组员工安置方案

(3) 公司并购员工安置方案

(4) 公司破产员工安置方案等等

7、为客户管理层、员工进行劳动法相关培训

8、为客户提供劳动调解、仲裁、诉讼案件的代理