



漢坤律師事務所  
HAN KUN LAW OFFICES

# 汉坤专递

融贯中西  
务实创新



2010年第10期 (总第44期)

## ■ 专论

- 1、中国颁布首部社会保险法

## ■ 新法评述

- 1、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》简述
- 2、《关于做好云计算服务创新发展试点示范工作的通知》简述
- 3、《国家外汇管理局关于对部分企业、个人违规办理外汇业务处罚情况的通报》简述
- 4、《合同违法行为监督处理办法》简述

## 中国颁布首部社会保险法（作者：李弘）

2010年10月28日，在历经四次审议后，《中华人民共和国社会保险法》（下称“《社会保险法》”）终于获得了通过，并将于2011年7月1日生效。在《社会保险法》出台前，各种社会保险制度已在我国实施多年，但始终没有一部专门的基础性、综合性社保法律。《社会保险法》将五大险种分别专章规定，在现有相关法律制度的基础上，对原有制度作了一定的修改和充实。《社会保险法》的主要规定如下：

### （1）基本养老保险制度

《社会保险法》要求建立全国统筹的基本养老保险制度并实现基本养老保险的跨地区转移。其规定：基本养老保险制度逐步实行全国统筹；个人跨统筹地区就业的，基本养老保险关系随本人转移，缴费年限累计计算，个人达到法定年龄时，基本养老金分段计算、统一支付。

另外，《社会保险法》对个人缴费年限作出新规定。原来的基本养老保险制度法律法规规定，个人账户缴费年限不满15年的，个人账户的资金一次性支付给参保人，参保人不享受基本养老保险待遇。《社会保险法》改变了了改规定：参保人员达到法定退休年龄时累计缴费不足15年的，可以缴费满15年，按月领取基本养老金；也可以转入新型农村社会养老保险或者城镇居民社会养老保险，按照国务院规定享受相应的养老保险待遇。

### （2）基本医疗保险制度

关于基本医疗保险的个人缴费年限，《社会保险法》规定：达到法定退休年龄时累计缴费年限未达到国家规定年限的，也可以通过继续缴费至国家规定年限而享受基本医疗保险待遇。另外，基本医疗保险可跨地区转移，即《社会保险法》下的基本医疗保险可以随参保人员跨统筹地区就业而发生转移，缴费年限累计计算。

《社会保险法》还就基本医疗保险基金的先行支付和追偿权作出了如下规定：医疗费用依法应当由第三人负担，第三人不支付或者无法确定第三人的，由基本医疗保险基金先行支付；基本医疗保险基金先行支付的，有权向第三人追偿。

### （3）工伤保险制度

《社会保险法》规定：职工应当参加工伤保险，由用人单位缴纳工伤保险费，职工不缴纳工伤保险费。同时，《社会保险法》明确区分了由工伤保险基金支付的工伤费用和由用人单位支付的工伤费用。

关于工伤保险基金的先行支付和追偿权，《社会保险法》规定：用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由用人单位支付工伤保险待遇。用人单位不支付的，从工伤保险基金中先行支付。从工伤保险基金先行支付的工伤保险待遇应当由用人单位偿还。用人单位不偿还的，社会保

险经办机构可以按规定追偿。由于第三人的原因造成工伤，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，有权向第三人追偿。

#### **(4) 失业保险制度和生育保险制度**

《社会保险法》实现了失业保险的跨地区转移，其规定：职工跨地区就业的，失业保险关系随本人转移，缴费年限累计计算。关于失业保险缴费年限和领取期限，《社会保险法》规定：累计缴费年限满一年不满五年的，失业保险金的领取期限最长为十二个月；累计缴费年限满五年不满十年的，失业保险金的领取期限最长为十八个月；累计缴费年限十年以上的，失业保险金的领取期限最长为二十四个月。关于生育保险，《社会保险法》规定，职工不缴纳生育保险费，由用人单位按照国家规定生育保险费。

#### **(5) 其他重要规定**

首先，《社会保险法》扩大了参加社会保险制度的人群，以下类型的人均可以自愿参加社会保险：1) 无雇工的个体工商户、未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员和其他灵活就业人员可以参加基本养老保险，由个人缴纳基本养老保险费；2) 进城务工人员按照《社会保险法》的规定参加社会保险；3) 外国人在中国境内就业的，参照《社会保险法》的规定参加社会保险；4) 征收农村集体所有的土地，应当足额安排被征地农民的社会保险费，按照国务院规定将被征地农民纳入相应的社会保险制度。

其次，《社会保险法》就用人单位违反其相关要求规定了详细的法律责任：用人单位不办理社会保险登记的，由社会保险行政部门责令限期改正；逾期不改正的，对用人单位处应缴社会保险费数额一倍以上三倍以下罚款，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五百以上三千元以下的罚款。

用人单位未按规定申报应缴纳的社会保险费数额的，按照单位上月缴费额的百分之一百一十确定应当缴纳数额。

用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，可能面临以下法律责任：1) 由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补充；2) 用人单位逾期仍未缴纳或者补充社会保险费的，社会保险费征收机构可以申请县级以上有关行政部门作出划拨社会保障费用的决定，书面通知其开户银行或者其他金融机构划拨社会保险费。

用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以下的罚款。

用人单位未足额缴纳社会保险费且未提供担保的，社会保险费征收机构可以申请人民法院扣押、查封、拍卖其价值相当于应当缴纳社会保险费的财产，以拍卖所得递交社会保险费。

#### (6) 《社会保险法》尚未解决的一些问题

《社会保险法》中采用了大量的授权性条款，授权国务院及有关部门对相关问题予以规定。这样的授权性条款设计，可能会削弱《社会保险法》的执行力和作为社保基础法律的效力。另外，《社会保险法》没有明确社会保险费征收机构。这增加了社保相关规定的执行难度，使得实际执行中存在的多头并举的状况继续存在。

### 1、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》简述（作者：张光磊）

中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议于2010年10月28日通过了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称“《法律适用法》”），自2011年4月1日起施行。《法律适用法》颁行之前，我国有关涉外民事关系法律适用的法律规定散布在不同的民事法律法规之中，不仅分散、难成一体，而且不便于统筹兼顾，难于对一些共同性的问题，比如识别问题、外国法的查明问题等，作出统一的规定。有时即使有规定，又造成不必要的重复。《法律适用法》的出台，将为各个领域的法律适用问题提供更为统一和明确的规范和指引。

《法律适用法》对于涉外民事法律关系的法律适用作了详细具体的规定，共分为一般规定、民事主体、婚姻家庭、继承、物权、债权、知识产权以及附则等八章。其中，值得特别关注的有以下几个方面：

第一，《法律适用法》规定，在不违反我国法律强制性规定和损害我国社会公共利益的前提下，充分尊重当事人的意思自治原则，即当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定；外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。同时规定，在合同案件中，当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。

第二，《法律适用法》规定，法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律；法人的主营业地与登记地不一致的，可以适用主营业地法律；法人的经常居所地，为其主营业地。

第三，《法律适用法》规定，不动产物权，适用不动产所在地法律。当事人可以协议选择动产物权适用的法律；当事人没有选择的，适用法律事实发生时动产所在地法律。当事人可以协议选择运输中动产物权发生变更适用的法律；当事人没有选择的，适用运输目的地法律。有价证券，适用有价证券权利实现地法律或者其他与该有价证券有最密切联系的法律。权利质权，适用质权设立地法律。

第四，《法律适用法》对知识产权案件的法律适用也作了特别规定。知识产权的归属和内容，适用被请求保护地法律。当事人可以协议选择知识产权转让和许可使用适用的法律。当事人没有选择的，适用《法律适用法》对合同的有关规定。知识产权的侵权责任，适用被请求保护地法律，当事人也可以在侵权行为发生后协议选择适用法院地法律。

《法律适用法》将我国分散的法律适用条款统一起来，为涉外民事关系，特别是涉外商事交易提供了更具体的法律依据，同时也能为司法审判提供更为、明确的指导和准则。《法律适用法》是在全球化背景下以及各国国际私法的改革浪潮和现代化趋势下，中国国际私法立法现代化的产物，是 20 世纪 60 年代以来方兴未艾的各国国际私法法典编纂运动的组成部分，也是 21 世纪的中国对各国国际私法立法的突出贡献。

## 2、《关于做好云计算服务创新发展试点示范工作的通知》简述（作者：陈晓兰）

中国工业和信息化部（工信部）和国家发展改革委员会（发改委）于 2010 年 10 月 18 日颁布了《关于做好云计算服务创新发展试点示范工作的通知》（“通知”）。通知将北京、上海、深圳、杭州、无锡列为开展云计算服务创新发展试点的城市。

试点主要包括四个方面的内容：1）推动国内信息服务骨干企业针对政府、大中小企业和个人等不同用户需求，积极探索各类云计算服务模式（例如 SaaS、PaaS 和 IaaS）；2）通过前述企业加强云计算核心技术研发和产业化；3）组建全国云计算产业联盟；以及 4）研究制定云计算技术和标准以及有关安全管理规范。通知敦促省级发改委、工业和信息化主管部门根据当地特点和优势制定各地方的云计算服务创新和发展方案，并于 2010 年 11 月 25 日前将该等方案联合报工信部和国家发改委。

根据 IDC（国际数据公司）的数据统计，在 2009 年至 2013 年期间，云计算产业预计将为中国带来超过 11050 亿人民币的收入。事实上，在国际 IT 巨头，诸如 IBM，Cisco，谷歌的带领下，云计算产业链已经形成。与此同时，北京和上海已经开始了云计算的投资项目。相信云计算产业链将成为中国最重要的投资热点之一。

## 3、《国家外汇管理局关于对部分企业、个人违规办理外汇业务处罚情况的通报》简述（作者：蔡焯婷）

为维护国家经济和金融安全，严厉打击“热钱”跨境流动，从 2010 年 2 月开始，外汇管理局组织开展了应对和打击“热钱”的专项行动，加强对无真实贸易或投资背景违规跨境流动资金的打击。在此次专项行动中，外汇管理局对企业贸易外汇收支、资本金结汇、个人结售汇以及银行结售汇、短期外债、离岸金融、外汇资金来源和运用等业务进行了重点检查，并于 2010 年 10 月 28 日和 2010 年 11 月 1 日先后发布了《国家外汇管理局关于对部分银行违规办理外汇业务处罚情况的通报》和《国家外汇管理局关于对部分企业、个人违规办理外汇业务处罚情况的通报》。

根据国家外汇管理局于 2009 年 11 月 19 日发布的《关于进一步完善个人结售汇业务管理的通知》（汇发〔2009〕56 号），个人不得以分拆等方式规避个人结汇和境内个人购汇年度总额管理，银

行发现个人分拆结售汇的，应不予办理。又根据《国家外汇管理局关于完善外商投资企业外汇资本金支付结汇管理有关业务操作问题的通知》(汇综发[2008]142号)，银行为外商投资企业办理资本金支付结汇业务，应当执行国家外汇管理局关于支付结汇的管理规定。外商投资企业资本金结汇所得人民币资金，应当在政府审批部门批准的经营范围范围内使用，除另有规定外，结汇所得人民币资金不得用于境内股权投资。除外商投资房地产企业外，外商投资企业不得以资本金结汇所得人民币资金购买非自用境内房地产。外商投资企业以资本金结汇所得人民币资金用于证券投资，应当按国家有关规定执行。

在严格执行相关外汇管理规定的情况下，外汇管理局于2010年11月1日发布了部分企业、个人违规办理外汇业务处罚情况的通报：山东省青岛市中佳食品有限公司因将各类贸易行为混淆申报，违反了国际收支统计申报有关规定；辽宁省营口市阿达尼实业有限公司收取没有真实贸易背景的预收货款，违反了出口收汇核销管理规定；江苏省淮安市五洲房地产开发有限公司以支付土地使用款的名义将结汇资金用于提供境内借款，违反了资本金结汇管理规定；辽宁省营口市尤尼特拉服装有限公司有分拆结售汇行为，违反了个人外汇管理有关规定；辽宁省大连市元天投资管理咨询有限公司利用虚假合同办理外商投资资本金结汇，违反了资本金结汇管理有关规定；江苏省南通市汉氏基础设施建设有限公司以支付工程款名义将外商投资资金本转划至个人账户，违反了资本金结汇管理规定；辽宁省阜新市协合风电设备制造及技术服务有限公司将外商资本金结汇所得申购新股，违反了资本金结汇管理有关规定；江苏省常州市展丰贸易公司以虚假名义结汇资金，违反了资本金结汇管理有关规定，以及境内个人马某以其公司员工等名义从境外收取美元并办理结汇，属分拆结售汇行为，违反了个人外汇管理有关规定。上述企业和个人因其外汇违规行为而被外汇管理局处以罚款的行政处罚。

此外，专门针对银行违反外汇管理规定的行为，外汇管理局于2010年10月28日发布了对部分银行违规办理外汇业务处罚情况的通报。例如：中国建设银行股份有限公司江门市分行为某外商投资企业办理资本金结汇，但结汇资金未按申报用途使用，违反了资本金结汇管理有关规定；中国农业银行有限公司成都光华支行办理分拆结售汇，违反了个人外汇管理有关规定；中国银行宁波镇海支行为某公司办理外债结汇，但结汇用途与外汇局核准用途不一致，违反了外债结汇管理规定；中国银行西宁古城台支行为某外商投资企业办理资本金结汇，结汇资金用于投资超出该公司经营范围，违反了资本金结汇管理有关规定，而被处以罚款的行政处罚决定。

#### 4、《合同违法行为监督处理办法》简述（作者：徐沐春）

国家工商行政管理总局近日公布《合同违法行为监督处理办法》（“《办法》”），共分16条，自2010年11月13日起施行。《办法》的调整范围基本分为三部分：1) 合同欺诈；2) 利用

合同，采用贿赂、胁迫、恶意串通等方法，牟取非法利益；3) 经营者利用合同格式条款，免除自身责任、加重消费者责任、排除消费者权利。工商部门根据每类合同违法行为的具体表现形式作出了具体规定。

### (1) 合同欺诈行为

根据《办法》规定，伪造合同等 10 类欺诈行为以及利用合同实施危害国家利益、社会公共利益的 5 类违法行为被禁止。该等欺诈行为包括但不限于：1) 虚构合同标的或者虚构货源、销售渠道诱人订立、履行合同；2) 发布或者利用虚假信息，诱人订立合同；3) 恶意设置事实上不能履行的条款，造成对方当事人无法履行合同；以及 4) 提供虚假担保等行为。

### (2) 格式条款合同

《办法》还对经营者与消费者订立的格式条款合同进行了详细的规范，明确规定了经营者在格式条款中不得免除自己的责任、不得加重消费者的责任、不得排除消费者的权利的各种情形。根据《办法》，经营者不得在格式条款中免除自己的下列责任：1) 造成消费者人身伤害的责任；2) 因故意或者重大过失造成消费者财产损失的责任；3) 对提供的商品或者服务依法应当承担的保证责任；4) 因违约依法应当承担的违约责任；5) 依法应当承担的其他责任。同时规定，经营者不得在格式条款中排除消费者下列权利：1) 依法变更或者解除合同的权利；2) 请求支付违约金的权利；3) 请求损害赔偿的权利；4) 解释格式条款的权利；5) 就格式条款争议提起诉讼的权利；6) 消费者依法应当享有的其他权利。

最后，《办法》针对上述违法行为作出了给予行政处罚和“推行行政指导”的规定。《办法》规定，当事人有上述合同违法行为的，法律法规已有规定的，从其规定；法律法规没有规定的，工商行政管理机关视其情节轻重，分别给予警告，处以违法所得额三倍以下，但最高不超过三万元的罚款，没有违法所得的，处一万元以下的罚款。《办法》还规定当事人合同违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，应当依法不予行政处罚。

### (3) 小结

《办法》部分内容直指经营者利用“霸王条款”损害消费者合法权益问题，类似“本公司拥有最终解释权”“客户不得以任何理由退货”等不平等格式条款被列为违法条款。《办法》的出台有望使“霸王条款”得到一定程度的遏制。



## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

### 联络我们

#### 北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

#### 金文玉 律师：

电话：+86-10-8525 5557

Email: [wenyu.jin@hankunlaw.com](mailto:wenyu.jin@hankunlaw.com)

#### 上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

#### 曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: [yinshi.cao@hankunlaw.com](mailto:yinshi.cao@hankunlaw.com)

#### 深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区益田路4068号卓越时代广场4709室

邮编：518048

#### 王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email : [jason.wang@hankunlaw.com](mailto:jason.wang@hankunlaw.com)