



天達共和律師事務所  
East & Concord Partners



2021

第 21 期/总第 480 期

每周法规速递  
热点信息

成功，始于助人成功



天達共和律師事務所  
East & Concord Partners



## 导 读

尊敬的各位客户、各位同事：

近日，为加强和改进财产保险公司产品监管，夯实产品监管制度基础，银保监会对《财产保险公司保险条款和保险费率管理办法》进行了修订，并向社会公开征求意见；中国人民银行起草了《反洗钱法（修订草案公开征求意见稿）》公开征求意见；交通部就船用救生设备安全标志征求意见；文旅部就文化旅游市场信用管理规定征求意见；农业部就农业农村行政许可实施管理办法征求意见；教育部颁布《未成年人学校保护规定》。详情请见本周法规速递。

中国银保监会近日发布实施《银行保险机构董事监事履职评价办法（试行）》。有关部门负责人就《银行保险机构董事监事履职评价办法（试行）》答记者问，详情请见“法规解读”栏目。

本期“法律观察”栏目为您带来《新修订〈未成年人保护法〉今起施行，如何呵护少年的你？》、《东京奥运会反兴奋剂规则的重要变化——〈IOC 东京奥运会反兴奋剂规则概述〉内容简介》、《企业需要怎样的反垄断合规机制？》、《进化遗留的尾椎骨——新施工合同司法解释（一）第 25 条评述》、《刑事诉讼中财产被查封、扣押后的权利救济途径及建议》，以供参考。



## 目 录

### 天达共和热点动态

荣誉 | 天达共和律师入选最高检民事行政检察专家咨询网优秀专家名单

公益在路上 | 天达共和荣获 2017-2020 中国律界公益优秀案例奖

长三角 | 天达共和杭州办党支部“爱心助残”——走进开化

### 法 规 速 递

#### ➤ 金融领域

1. 银保监会公布《银行保险机构董事监事履职评价办法（试行）》\2021-05-31
2. 央行就《反洗钱法（修订草案公开征求意见稿）》公开征求意见\2021-06-1
3. 银保监会发布《关于规范保险公司城市定制型商业医疗保险业务的通知》\2021-06-2
4. 银保监会就《财产保险公司保险条款和保险费率管理办法（征求意见稿）》公开征求意见\2021-06-4

#### ➤ 资本市场

5. 财政部发布专家工作室管理办法\2021-05-31

#### ➤ 两高发文

6. 最高法发布互联网十大典型案例\2021-05-31
7. 最高检发布未成年人保护典型案（事）例\2021-05-31

#### ➤ 其他领域

8. 两部门就公共法律服务专业人员职称制度改革征求意见\2021-06-1
9. 市场监管总局发布《市场监督管理行政执法责任制规定》\2021-06-1
10. 教育部颁布《未成年人学校保护规定》\2021-06-1
11. 交通部就船用救生设备安全标志征求意见\2021-06-1
12. 工信部发布工业互联网和物联网无线电频率使用指南\2021-06-1



每周法规与热点信息速递

13. 文旅部就文化旅游市场信用管理规定征求意见\2021-06-2
14. 农业部就农业农村行政许可实施管理办法征求意见\2021-06-2
15. 两部门发布《关于通过公益性群众团体的公益性捐赠税前扣除有关事项的公告》\2021-06-2
16. 中共中央印发《中国共产党组织工作条例》\2021-06-2
17. 四部门发布《关于将国有土地使用权出让收入、矿产资源专项收入、海域使用金、无居民海岛使用金四项政府非税收入划转税务部门征收有关问题的通知》\2021-06-4

## 法规解读

## 热点信息

## 法律观察

**观点 | 新修订《未成年人保护法》今起施行，如何呵护少年的你？**

**观点 | 东京奥运会反兴奋剂规则的重要变化 —— 《IOC 东京奥运会反兴奋剂规则概述》内容简介**

**观点 | 企业需要怎样的反垄断合规机制？**

**观点 | 进化遗留的尾椎骨 —— 新施工合同司法解释（一）第 25 条评述**

**观点 | 刑事诉讼中财产被查封、扣押后的权利救济途径及建议**



## 天达共和热点动态

### 荣誉 | 天达共和黄鹏律师荣膺 2021 年 LEGALBAND 风云榜：交易律师 15 强



6月1日，知名法律媒体 LEGALBAND 公布了 2021 年度风云榜：交易律师 15 强。天达共和律师事务所黄鹏律师凭借卓越的法律实务能力、良好的业界口碑跻身本榜单。



**上榜理由：**黄鹏律师主要从事并购重组、基金、私募股权投资和风险投资领域的法律事务，其善于精准抓住关键点，抽丝剥茧，协助客户逐一攻克交易中的瓶颈与难题。黄律师曾作为投资方律师主办苏宁体育 A 轮私募股权融资项目。该项目涉及业务重组、搭建红



#### 每周法规与热点信息速递

筹架构、海外上市、私募股权投资、人民币海外投资等，交易参与方众多。凭借极具创造性且符合适用法律的投资方案，帮助客户通过了严苛的审查，成功推动项目的开展与实施。同时，黄律师始终能够尽其所能的满足各类型企业不同层面的商业目标和要求，其一流的法律服务水平也得到了客户们的广泛赞誉。“黄律师草拟的交易文本赢得了包括交易对手在内的一致好评；在谈判桌上，黄律师能够有礼有节地说服对方接受我们的观点。”

#### #风云榜：交易律师 15 强#

LEGALBAND 重点参考各大律所的推荐材料、律师自荐材料以及客户反馈信息等，同时结合其中国区驻地调研团队对中国交易律师群体的长期关注，最终选出 15 位中国大陆地区最值得推荐的“交易律师”。

---

### 律师名片

---



**黄鹏**

天达共和合伙人

杭州办公室

Mail : [huangpeng@east-concord.com](mailto:huangpeng@east-concord.com)

Tel : + 86571 8501 7011

黄律师善于帮助客户解决问题，获得了客户的广泛认可。黄律师 2020、2021 年连续被钱伯斯评为亚太“公司/商事：东部沿海：浙江”第二级别律师（BAND 2）；2020 年被中国并购公会评为年度最佳并购律师；2020 年被 The Legal 500 在“地区分布：浙江杭州”及“私募股权”两个领域评为推荐律师。钱伯斯评价黄律师“为律所带来了私募股权融资、并购等各类非争议性领域的突出能力。”黄律师代理的苏宁体育 A 轮融资被《商法》评为 2018 年度杰出交易；在华锐风电和美国超导系列纠纷中（该案被《商法》评为 2018 年度杰出交易）代理美国超导。



## 荣誉 | 天达共和律师入选最高检民事行政检察专家咨询网

### 优秀专家名单



近年来，随着人民群众司法需求的不断变化，检察机关受理新类型、新领域民事诉讼监督案件的情况不断发生。为提高办案质量和效率，实现依法精准监督，助推实现社会治理体系和治理能力现代化，充分吸引、鼓励广大律师积极参与专家咨询，最高人民检察院近期组织开展了咨询网优秀专家评选活动，从 3000 余名律师专家中评选出了 78 名优秀专家，天达共和律师事务所合伙人杨斌律师荣誉入选。

#### 民事行政检察专家咨询网优秀专家名单及第一期典型咨询案例

最高人民检察院 昨天

##### 编者按

近期，最高人民检察院组织开展了咨询网优秀专家评选活动，共评选出 78 名优秀专家，现将名单予以刊登，以资鼓励。同时，在有关省级检察院推荐的基础上，最高人民检察院还开展了优质咨询报告评选活动，评选出了一批汇集专家智慧的优秀咨询案例。经过汇总和梳理，现将首批 3 个优秀咨询案例分享给大家，供参考借鉴。

#### 民事行政检察专家 咨询网优秀专家名单

##### 湖北

- 李克武 北京德和衡（武汉）律师事务所
- 彭证之 湖北彭证之律师事务所
- 杨斌 北京天达共和（武汉）律师事务所
- 张萍 北京中伦（武汉）律师事务所
- 周静雯 湖北万溪律师事务所



### 每周法规与热点信息速递

此前经各地律师协会推荐，天达共和合伙人李苍松律师、刘兆君律师、马立文律师、钱志明律师、邢冬梅律师、杨斌律师等多位合伙人获聘最高人民法院民事行政检察专家咨询网专家，聘期为两年。

检察机关民事行政案件专家咨询网是最高人民法院依托互联网终端搭建，由律师、学者等专家出具咨询意见，为检察办案提供有益参考，以提高办案质量和效率，实现依法精准监督，助推实现社会治理体系和治理能力现代化。

成功，始于助人成功。天达共和获聘律师高度重视专家咨询工作，将倍加珍视这份信任，深化思想认识、强化责任担当，充分发挥专业与实践优势，凭借各领域扎实的专业素养及严谨的职业精神，以更具建设性、前瞻性和针对性的咨询案例成果，为完善法律共同体的发展建言献策，为检察机关办案提供有益参考。

## 民事行政检察专家咨询网 咨询专家

(以下按姓氏拼音顺序排序)



李苍松  
武汉办



刘兆君  
武汉办



马立文  
北京办



钱志明  
南京办



邢冬梅  
北京办



杨斌  
武汉办







每周法规与热点信息速递

## 公益在路上 | 天达共和荣获 2017-2020 中国律界公益优秀案例奖





### 每周法规与热点信息速递

2021年5月30日，由上海交通大学凯原法学院、律新社主办的第五届中国律界公益法律服务高峰论坛暨2017-2020中国律界公益优秀案例发布会在上海圆满举行。天达共和律师事务所凭借20多年来对公益事业的坚守，荣获律新社中国律界2017-2020公益优秀案例奖。天达共和长三角矩阵：上海、杭州、南京三地办公室主任鲁宏、李燕山、周巍律师一同出席本届论坛。





## 捐资助学

### 服务标签：爱心捐助&公益普法

#### 代表事迹：

近年来，天达共和先后与武汉大学开展战略合作并捐资设立“天达共和教育基金”，向中国人民大学教育基金会捐资设立“天达共和法学发展基金”，向上海同济大学教育发展基金会捐资设立“同济大学法学院发展基金”，在杭州师范大学举办钱塘法律评论出版基金捐赠仪式，并签约授牌共建教学实践基地等，向重庆邮电大学教育基金会捐资助学。

## 普法/法宣

### 服务标签：公益法律讲堂、远程公益培训

#### 代表事迹：

2017-2020年间，天达共和举办法律公益讲堂数百场次，年均公益咨询小时近3万。特别是疫情期间，天达共和通过“无接触”方式线上为客户答疑解惑，远程为多家企业做法律培训，解忧纾困，各地办公室利用线上平台，积极组织公益直播，培训主题涵盖疫情下劳动关系、合同履行、法律救济、经济犯罪热点问题解析等话题，紧跟热点、切中难点，为疫情之下的企业客户解燃眉之急，公益直播点击率累计超千万人次。

## 妇女维权

### 服务标签：关爱女性，聚焦妇女儿童权益保护

#### 代表事迹：

多年来，天达共和党员律师多次与北京市妇联党组成员、北京市妇联副主席、北京市女企业家协会会长及女企业家代表们共赴新疆和田，与当地妇联以及新疆生产建设兵团妇联携手组织“京和妇女齐携手，共创美好新生活”活动。每次活动为期一周左右，围绕婚姻家庭法律、继承法、妇女权益保障法、妇女维权等知识等为当地居民特别是女性同胞开展普法教育，以爱之名，以法之力，保障妇女儿童权益，让法治知识浸润边疆群众的心田。



#### 每周法规与热点信息速递

天达共和自成立以来，坚持党的领导，采用“党建+公益”的模式履行社会责任，立足于提升法律服务专业能力，坚守“成功，始于助人成功”的理念，用法律人的情怀帮扶弱势群体，助力国家教育事业和人才培养，践行社会责任。

聚沙成塔、集腋成裘。从组建“爱心小分队”，筹措爱心物资，资助河北省张家口市崇礼区北部贫困山区贫困户家庭，到20年每周不辍地委派律师为社区进行义务普法，再到经年参与妇联“爱照角落”妇女儿童脱贫攻坚工程捐赠项目，天达共和从每时每刻做起，参与公益、理解公益、投入公益，让公益成为一种日常生活方式。未来，天达共和也将充分发挥律师职能作用，为社会提供优质高效的公益法律服务，普及法律知识、推进法治建设、弘扬法治文化，探索法律界与实业界共同践行公益的新路径。

时光如流，四季轮回，天达共和的公益脚步永不停歇。



## 长三角 | 天达共和杭州办党支部“爱心助残”

### ——走进开化



天达共和律师事务所杭州办公室党支部积极开展喜迎建党 100 周年系列活动，组织党员律师走出去参加公益活动，在联合开展党建活动的过程中，向困难群众送爱心。

5 月 27 日至 29 日，天达共和杭州办公室党支部李燕山、夏家品、蒋立新、沈希竹等六名党员同志跟随浙江省残疾人福利基金会前往衢州开化，开展心能量助残月公益活动。



第一天下午到达衢州开化，开化县残疾人联合会组织召开座谈会，向大家介绍了开化县残疾人状况，以及残疾人的需求，与会者也介绍了自己可以提供的帮助类型。会后，开化县残疾人联合会联络人带领活动组人员参观残疾人工作场所，大家注意到政府以及社会各界对残疾人的关爱和帮助，使残疾人能在治疗的过程中从事力所能及的工作，这种边工作边治疗的模式，使残疾人在享受免费治疗的同时，还能获得一些生活补贴。

## 每周法规与热点信息速递



在参观过程中，我们无意间发现了一面微心愿墙。“一个水杯”“一箱牛奶”“一箱王老吉”“一箱面包”“一把雨伞”，等等，普通人日常生活中习以为常的物品，对于他们来说是一个心愿。大家感慨残疾人朋友的不容易，纷纷领取微心愿卡，毫不犹豫地写上自己的姓名，周边商店能购买的直接买好送上，周边商店没有的，马上下单邮购快递寄送，希望一点小心意，能带给他们一点点帮助。



第二天，我们有机会走访了音坑乡四个村中的四户残疾人家庭，有的子女常年不在身边、有的缠绵病榻、有的因意外事件导致丧失劳动能力。虽然有政府发放的补助，但因劳动能力的欠缺，经济收入的有限，帮助残疾人还是需要全社会的力量。希望我们微薄的心意，能够带给他们一丝丝的温暖。

每周法规与热点信息速递



下午我们参观了中共浙皖特委革命根据地，革命战争年代的同志们，为了人民群众的解放而不惜牺牲自己的生命。生活在和平年代的我们不禁思考，新时代的党员应以怎样的方式来展现党员的先锋模范作用？我们应该走出去，不限于自身的发展，要通过各种方法与群众连接在一起。



此次活动拓宽了开展党支部活动以及开展公益活动的视野，只有走出去，党员同志才看得到群众的需求，才知道如何更好的发挥党员同志的先锋模范作用。第三天返程的路上，大家还在探讨着如何通过支部活动与公益活动相结合，开展多形式、多种类的落实地的活动，带动周边人一起奉献爱心。我们相信，当人人都献上一份爱时，世界将更美好。



## 法规速递

### ➤ 金融领域

#### 1. 银保监会公布《银行保险机构董事监事履职评价办法（试行）》\2021-05-31

5月31日，银保监会公布《银行保险机构董事监事履职评价办法（试行）》，自2021年7月1日起施行。

《办法》梳理了银行保险机构董事监事的基本职责和具体义务，强调了差异化的履职要求，要求履职评价应当至少包括履行忠实义务、履行勤勉义务、履职专业性、履职独立性与道德水准、履职合规性五个维度，并列出了履职评价应当关注的重点内容。《办法》规定评价的制度、程序、方法与标准，加强评价应用与监督管理。要求银行保险机构根据履职评价结果对被评价董事监事提出工作建议或处理意见。

#### [阅读原文](#)

#### 2. 央行就《反洗钱法（修订草案公开征求意见稿）》公开征求意见\2021-06-1

人民银行近日起草了《反洗钱法（修订草案公开征求意见稿）》，并于6月1日起向社会公开征求意见至2021年6月30日。

修订草案完善反洗钱调查相关规定。扩大调查主体和范围，将反洗钱调查主体扩展至国务院反洗钱行政主管部门设区的市一级派出机构，将特定非金融机构等纳入调查范围。调整法律责任中关于违法行为的罚款幅度，提高违法责任与处罚的匹配程度；将“未按照规定建立健全内控制度和风险管理政策”和“未按照规定执行反洗钱特别预防措施”等违法行为纳入处罚范围；完善反洗钱处罚类型，增加警告处罚等。

#### [阅读原文](#)

#### 3. 银保监会发布《关于规范保险公司城市定制型商业医疗保险业务的通知》\2021-06-2

为规范保险公司城市定制型商业医疗保险（以下简称定制医疗保险）业务开展，切实提高人民群众医疗保障水平，保护消费者合法权益，银保监会近日印发了《中国银保监会办公厅关于规范保险公司城市定制型商业医疗保险业务的通知》（以下简称《通知》）。下一步，银保监会将进一步引导行业发挥自身优势，依法合规开展定制医疗保险业务，强化日常监管，规范经营行为，维护市场秩序，保护消费者合法权益。

#### [阅读原文](#)





每周法规与热点信息速递

#### 4. 银保监会就《财产保险公司保险条款和保险费率管理办法（征求意见稿）》公开征求意见\2021-06-4

为加强和改进财产保险公司产品监管，夯实产品监管制度基础，日前银保监会对《财产保险公司保险条款和保险费率管理办法》进行了修订，形成了《财产保险公司保险条款和保险费率管理办法（征求意见稿）》（以下简称《办法》），并向社会公开征求意见。

修订后的《办法》共6章40条，包括总则、条款开发和费率厘定、审批和备案、监督管理、法律责任和附则。与修订前相比，《办法》进一步完善了财产保险公司产品监管的体制机制，对保险条款费率监管主体、公司报送对象、审批备案管理等内容进行了改革、完善和调整。

[阅读原文](#)

#### ➤ 资本市场

#### 5. 财政部发布专家工作室管理办法\2021-05-31

为规范财政部专家工作室管理，5月31日，财政部发布了《财政部专家工作室管理办法（试行）》。

《管理办法》明确，财政部专家工作室是经财政部党组批准组建，聚焦中央重大决策部署和财政中心工作，整合财政系统人才和系统外专家资源，承担财政全局性战略性前瞻性课题研究、培养财政系统优秀干部人才、服务党和国家事业发展、助力构建新发展格局的工作平台。

[阅读原文](#)

#### ➤ 两高发文

#### 6. 最高法发布互联网十大典型案例\2021-05-31

5月31日，最高法举行了互联网十大典型案例发布会。此次公布的案例覆盖面广，涵盖了互联网领域常见的知识产权侵权案件、不正当竞争案件、合同案件、侵犯著作权犯罪等，具有较强的典型性、前沿性。

在杭州互联网法院审理的“全国首例区块链存证案”中，判决通过审查存证平台的资格、侵权网页取证技术手段可信度和区块链电子证据保存的完整性，明确了区块链这一新型电子证据的认定效力，并根据电子签名法的规定总结了这类电子证据认定效力的基本规则。



每周法规与热点信息速递

[阅读原文](#)

## 7. 最高检发布未成年人保护典型案（事）例\2021-05-31

5月31日，最高检发布了十起检察机关与各方力量携手构建未成年人保护大格局典型案例（事）例。助力推动完善“家庭、学校、社会、网络、政府、司法”未成年人“六大保护”体系，共同构筑全方位保障未成年人合法权益的防线。

在联合群团组织挽救迷途少年案中，检察机关借助社会力量开展社会调查，在听取各方意见的基础上，依法作出相对不起诉决定，同时多方联动对涉罪未成年人开展不起诉帮教，预防未成年犯罪嫌疑人再次犯罪。

[阅读原文](#)

### ➤ 其他领域

## 8. 两部门就公共法律服务专业人员职称制度改革征求意见\2021-06-1

为推进公共法律服务专业人员职称制度改革，5月31日，人社部、司法部联合发布了《关于深化公共法律服务专业人员职称制度改革的指导意见（征求意见稿）》，公开征求意见至2021年6月11日。

《指导意见》拟明确，公共法律服务专业人员职称专业类别分为公证员和司法鉴定人。公证员是指符合法定条件，在公证机构从事公证业务的执业人员；司法鉴定人是指运用专门知识和科学技术，对诉讼活动中涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提出鉴定意见的人员。

[阅读原文](#)

## 9. 市场监管总局发布《市场监督管理行政执法责任制规定》\2021-06-1

为监督和保障市场监督管理部门工作人员依法履行职责，激励新时代新担当新作为，6月1日，市场监管总局公布《市场监督管理行政执法责任制规定》。该《规定》是市场监管领域第一部系统规定行政执法责任制及责任追究制度的规章。

《规定》对行政执法过错行为的构成要件、具体追责情形、追责方式等作出规定，为市场监管部门开展责任追究提供制度遵循。在追责情形上，《规定》梳理了18项具体追责情形，包括超越法定职权作出准予行政许可决定的、违法扩大查封、扣押范围的等内容。



每周法规与热点信息速递

[阅读原文](#)

#### 10. 教育部颁布《未成年人学校保护规定》\2021-06-1

为了落实学校保护职责，保障未成年人合法权益，6月1日，教育部发布《未成年人学校保护规定》。

《规定》落实了未成年人保护法中关于“学校保护”的规定，系统整合、创新完善了学校未成年人保护制度。《规定》遵循全面保护的原则，专设“一般保护”一章，该章系统规定了学校应当尊重和保护的未成年人基本权利，包括在校园内的平等权、生命健康与自由、人格权、隐私权、受教育权、休息权、财产权、肖像权和知识产权、参与权、申诉权等权利。

[阅读原文](#)

#### 11. 交通部就船用救生设备安全标志征求意见\2021-06-1

6月1日，交通部发布《船用救生设备安全标志（征求意见稿）》，公开征求意见至2021年7月29日。

《标志》共包括7章：1 范围、2 规范性引用文件、3 术语和定义、4 标志图案、5 技术要求、6 试验方法、7 标志的应用、附录A（规范性附录）船舶救生设备安全标志常用最小公称尺寸。相较于2010版，新版更改了第1章中的范围，适用范围从海船变为适用于国内航行船舶和海上设施。

[阅读原文](#)

#### 12. 工信部发布工业互联网和物联网无线电频率使用指南\2021-06-1

为引导工业企业等行业用户合法使用无线电频率、依法设置和使用无线电台（站），维护空中电波秩序，6月1日，工信部发布《工业互联网和物联网无线电频率使用指南（2021年版）》。

《指南》，以引导用户根据应用场景的特点，选择适合的无线电通信技术，提高工业应用与频率资源适配性，有效提升频率资源利用效率和效益；同时，通过规范频率使用和台（站）设置，降低无线电有害干扰风险，保障相关无线通信系统安全稳定运行和工业企业的安全生产。

[阅读原文](#)



### 13. 文旅部就文化旅游市场信用管理规定征求意见\2021-06-2

为加强和规范文化和旅游市场信用管理,保护各类市场主体、从业人员和消费者合法权益,促进文化和旅游市场高质量发展,6月2日,文旅部发布《文化和旅游市场信用管理规定(征求意见稿)》,公开征求意见至2021年7月2日。

《规定》重点完善了以下五项文化和旅游市场信用监管具体制度,包括:(一)严重失信主体的认定与惩戒制度;(二)轻微失信主体的认定与管理制度;(三)信用信息公开与共享制度;(四)信用修复制度;(五)权利保障制度。

[阅读原文](#)

### 14. 农业部就农业农村行政许可实施管理办法征求意见\2021-06-2

为了规范农业农村行政许可事项的实施,营造良好营商环境,6月2日,农业部发布《农业农村部行政许可实施管理办法(征求意见稿)》,公开征求意见至2021年7月2日。

《办法》明确,申请人可以通过书面或数据电文等方式提出行政许可申请。申请书需要采用格式文本的,承办司局应当向申请人提供行政许可申请书格式文本。申请书格式文本中不得包含与申请行政许可事项没有直接关系的内容。

[阅读原文](#)

### 15. 两部门发布《关于通过公益性群众团体的公益性捐赠税前扣除有关事项的公告》\2021-06-2

6月2日,财政部、税务总局发布《关于通过公益性群众团体的公益性捐赠税前扣除有关事项的公告》,自2021年1月1日起执行,财税〔2009〕124号同时废止。

《公告》明确了群众团体取得公益性捐赠税前扣除资格需满足的条件、需提交的资料等事项。公益性捐赠税前扣除资格在全国范围内有效,有效期为三年。

相比于财税〔2009〕124号,《公告》在公益捐赠税前扣除资格的监管方面更为严格,增加了两种取消其公益性捐赠税前扣除资格且不得重新确认的情形,包括从事非法政治活动,及从事、资助危害国家安全或者社会公共利益活动。

[阅读原文](#)



每周法规与热点信息速递

## 16. 中共中央印发《中国共产党组织工作条例》\2021-06-2

近日，中共中央印发《中国共产党组织工作条例》。条例共46条，分为总则、领导体制和职责、党的组织体系建设、干部工作、人才工作、保障和监督、附则共7章。

《条例》指出，要拓宽选人用人视野，推进地方与部门之间、地区之间、部门之间、党政机关与国有企业和事业单位以及其他社会组织之间的干部交流，综合运用援派、挂职等方式，加大对国家重大战略选派干部支持力度。

[阅读原文](#)

## 17. 四部门发布《关于将国有土地使用权出让收入、矿产资源专项收入、海域使用金、无居民海岛使用金四项政府非税收入划转税务部门征收有关问题的通知》\2021-06-4

近日，财政部、自然资源部、税务总局、人民银行近日发布《关于将国有土地使用权出让收入、矿产资源专项收入、海域使用金、无居民海岛使用金四项政府非税收入划转税务部门征收有关问题的通知》将由自然资源部门负责征收的国有土地使用权出让收入、矿产资源专项收入、海域使用金、无居民海岛使用金四项政府非税收入，全部划转给税务部门负责征收。

[阅读原文](#)



## 法规解读

### 中国银保监会有关部门负责人就《银行保险机构董事监事履职评价办法（试行）》答记者问

为进一步规范银行保险机构董事监事履职行为，推动董事监事切实提升履职质效，银保监会发布实施《银行保险机构董事监事履职评价办法（试行）》（以下简称《办法》）。银保监会有关部门负责人就相关问题回答了记者提问。

#### 一、银保监会为什么要发文规范银行保险机构董事监事履职行为？

党的十八大以来，金融系统将健全公司治理作为推动银行保险机构强化风险防控、实现高质量发展的重要抓手，并取得初步成效。银行保险机构普遍建立了以股东大会、董事会、监事会和高级管理层为主体的公司治理组织架构，“三会一层”各司其职、有效制衡、协调运作的公司治理结构初步形成。董事监事忠实勤勉地履职，是银行保险机构公司治理有效性的基础。近年来，监管部门发现，不少董事监事存在履职不尽责、不规范的问题，有的甚至违法违规。比如，有的董事监事独立性严重缺失，盲目屈从于提名股东或机构“一把手”个人意志；有的工作流于形式，基本不发表实质性意见，甚至长期不出席会议；有的董事监事无法获得履职所必需的机构经营管理信息，难以有效履职。相关问题已成为影响银行保险机构董事会和监事会运行质效的重要原因，必须尽快采取措施予以解决。

履职评价作为一种有效的制度安排受到高度重视和广泛认可。《二十国集团/经合组织公司治理原则》、巴塞尔银行监管委员会《银行公司治理原则》、国际保险监督官协会《保险核心原则》中均有相关要求。银保监会、原银监会曾出台《保险机构独立董事管理办法》《商业银行董事履职评价办法》，对董事履职评价进行了积极探索。在借鉴吸收国际良好实践和国内有益探索的基础上，银保监会出台《银行保险机构董事监事履职评价办法（试行）》，将评价范围扩展到银行保险机构的所有董事和监事，有利于加强银行保险机构董事监事履职的规范性和有效性，有利于提升银行保险机构董事会和监事会的运行质效。

#### 二、《办法》制定遵循的基本原则是什么？



#### 每周法规与热点信息速递

《办法》制定主要遵循以下基本原则：一是问题导向。《办法》针对当前部分董事监事不愿履职、不能履职、独立性严重缺失等情况，既突出董事监事履职时间和质量要求，通过评价压实履职责任，同时也强化履职保障。二是稳中求进。《办法》承接了《商业银行董事履职评价办法（试行）》的体例框架和部分内容，基本保持了相关机制的延续性。同时结合银行业保险业最新情况和有关要求予以完善，如将党的领导与公司治理有机融合情况纳入履职评价等。同时，充分考虑了不同类型董事监事以及不同机构的差异性，在评价内容、评价工作机制等方面保持一定灵活性。三是统筹兼顾。《办法》注重与其他监管机制的衔接，将董事监事履职评价工作与公司治理监管评估、监管评级等工作有机结合起来，并且在市场准入、非现场监管和现场检查等工作中强化董事监事履职评价信息运用。四是兼收并蓄。《办法》吸收了《二十国集团/经合组织公司治理原则》、巴塞尔银行监管委员会《银行公司治理原则》、国际保险监督官协会《保险核心原则》中的有关内容，以及其他发达国家相关实践，如鼓励聘用第三方中介机构参与评价等。

### 三、《办法》如何确定对董事监事的评价要素？

《办法》从忠实、勤勉、专业性、独立性和道德水准、合规性五个维度确定董事监事职责，在评价要素的确定中主要考虑以下因素：

一是以基础性要求为主。出台《办法》的目的不在于评优，而是为了规范董事监事履职行为，推动提升履职质效。《办法》按照董事监事履职的最低要求对其工作职责进行梳理，以列举重点的方式选择基本性要素。在评价结果的分类上，不设置优秀或良好等类别，最高为称职，最低为不称职。二是突出董事监事个人履职行为。《办法》充分考虑到了董事会监事会、董事监事个人、高管层三类主体的关系并根据各自职责作了重点区分，突出董事监事个人应当承担的职责。三是增强可操作性。《办法》针对目前部分董事监事履职不尽责、不规范的问题，特别是在重大决策中独立性严重缺失或不积极作为等问题，以列举的方式明确了董事监事履职中应当关注的重点，规定更加细致具体，强化了制度的可操作性。

### 四、董事监事履职评价结果如何分类？



每周法规与热点信息速递

《办法》明确履职评价结果分为称职、基本称职和不称职三个类别，重点列举了董事监事不得评为称职以及评为不称职的相关情形。如未能亲自出席三分之二以上的董事会、监事会现场会议的董事监事不得评为称职；对银行保险机构及相关人员重大违法违规违纪问题隐匿不报的，应评为不称职。需要指出的是，现行《保险机构独立董事管理办法》将独立董事履职年度评价划分为优秀、良好、合格和不合格四种评价结果。本《办法》施行后，评价标准、报送要求等内容将以《办法》规定为准。

## 五、《办法》如何发挥监事会的作用？

关于评价的责任主体，《办法》明确监事会对董事监事履职评价工作承担最终责任。董事会、高级管理层支持和配合董事监事履职评价工作，对自身提供材料的真实性、准确性、完整性和及时性负责。这种规定旨在进一步发挥银行保险机构内部监督作用。目前银行保险机构的公司治理中，监事会的监督作用发挥还不够充分，《办法》的实施将以制度形式推动银行保险机构监事会主动发挥监督作用。

## 六、《办法》的适用对象包括哪些机构？

《办法》适用于中华人民共和国境内设立的商业银行和保险公司，包括国有大型商业银行、全国性股份制商业银行、城市商业银行、民营银行、农村商业银行、外资银行、保险集团（控股）公司、财产保险公司、再保险公司、人身保险公司。银保监会负责监管的其他金融机构、未设立监事会的银行保险机构参照适用。

## 七、《办法》公开征求意见的情况如何？

2021年1月29日至3月1日，银保监会就《办法》向社会公开征求意见，金融机构、行业自律组织、专家学者和社会公众给予了广泛的关注。从反馈情况看，各方都认为建立健全董事监事履职评价制度具有重要意义，对《办法》的出台表示肯定和支持。各方提出的具体意见建议，经逐一认真研究后，绝大多数已吸收到《办法》之中。

**来源：中国银保监会**





## 热点信息

1. 【WTO 成立专家小组解决中澳大麦争端】世贸组织 (WTO) 同意成立专家小组, 以解决中澳之间的大麦贸易争端。同时, 新西兰也将以第三方身份参与案件审理。中国商务部 6 月 3 日就此做出回应表示, 中国政府始终尊重世贸组织规则, 也尊重新西兰参与本案的权利。(环球网)
  2. 【美国宣布向 6 国征收报复性关税】美国贸易代表办公室当地时间 2 日宣布, 将向英国、意大利、西班牙、土耳其、印度和奥地利 6 个国家, 总价值超 20 亿美元的商品征收 25% 的关税, 作为这些国家向美互联网公司征收数字服务税的反制措施。美国针对这些国家的“301 调查”结果显示, 这些国家在征收数字服务税时对美国公司存在“歧视”, 因此美将对这些国家的商品征税。美国贸易代表戴琪称, 此举将为美国保留加征关税的选项, 会留出时间与各国谈判协商。(中国新闻网)
- 
3. 【美乌本月底将举行军演】对于美国和乌克兰将联合举行的海军演习, 据路透社报道, 俄罗斯国防部 2 日表示, 俄军将密切监视, 并在必要时作出反应, 以保护自己的国家安全。报道称, 俄罗斯国防部在一份声明中说, 年度“海风”演习以黑海地区为重点, 将有来自北约一些成员国的人员参加, 定于 6 月 28 日至 7 月 10 日举行。(澎湃新闻)
  4. 【冰岛火山喷发熔岩四溅击中无人机】冰岛火山 800 年来首次喷发, 当地时间 6 月 1 日, 一架无人机撞上冰岛法格拉达尔山的火山熔岩视频网上热传。无人机因靠得太近撞到飞溅的熔岩, 随后坠入岩浆之中。据悉, 该火山于 3 月 19 日喷发, 系 800 年来首次。(环球网)
  5. 【中国供应 COVAX 首批疫苗下线】国药集团中国生物向“新冠肺炎疫苗实施计划”(COVAX) 供应的首批新冠疫苗 6 月 1 日举行下线仪式。对此, 外交部发言人汪文斌 1 日表示, 向“新冠肺炎疫苗实施计划”供应的首批疫苗正式下线, 正是中方以实际行动践行疫苗全球公共产品承诺的又一重要体现。中方将继续支持有关企业加强同“新冠肺炎疫苗实施计划”及其他国际组织的沟通协调, 为全球早日战胜疫情继续作出中国贡献。(新华社)
- 
6. 【我国出台三孩生育政策】积极应对人口老龄化, 我国将出台重大政策举措。中共中央政治局 5 月 31 日召开会议, 会议指出, 进一步优化生育政策, 实施一对夫妻可以生育

## 每周法规与热点信息速递

三个子女政策及配套支持措施,有利于改善我国人口结构、落实积极应对人口老龄化国家战略、保持我国人力资源禀赋优势。(央视网)

7. 【中国成功发射风云四号 02 星】6 月 3 日零时 17 分,我国在西昌卫星发射中心用长征三号乙运载火箭,成功将风云四号 02 星送入预定轨道,发射任务获得圆满成功。风云四号 02 星是我国新一代地球静止轨道气象卫星首颗业务星,主要应用于天气分析和预报、环境和灾害监测等领域。风云四号 02 星和长征三号乙运载火箭分别由中国航天科技集团有限公司所属上海航天技术研究院、中国运载火箭技术研究院研制,中国气象局负责地面应用系统的建设运行。这次任务是长征系列运载火箭的第 372 次飞行。(新华社)



8. 【国务院:2022 年底前全面实现涉企证照电子化】据中国政府网 6 月 3 日公布的《国务院关于深化“证照分离”改革进一步激发市场主体发展活力的通知》,推进电子证照归集运用。国务院有关部门要制定完善电子证照有关标准、规范和样式,2022 年底前全面实现涉企证照电子化。要强化电子证照信息跨层级、跨地域、跨部门共享,有关主管部门应当及时将电子证照归集至全国一体化政务服务平台、全国信用信息共享平台、国家企业信用信息公示系统,有关平台和系统要加快建设全国统一、实时更新、权威可靠的企业电子证照库。(中国新闻网)

9. 【中共一大纪念馆开馆】6 月 3 日上午,上海各界人士隆重集会,怀着无比崇敬的心情,共同见证中国共产党第一次全国代表大会纪念馆正式开馆。上海市委书记李强出席并宣布中共一大纪念馆开馆。(澎湃新闻)

10. 【市场监管总局价监竞争局召开“共享消费”领域行政指导会】6 月 3 日,市场监管总局价监竞争局会同反垄断局、网监司召开“共享消费”领域行政指导会,哈啰、青桔、美团、怪兽、小电、来电、街电、搜电等 8 个“共享消费”品牌经营主体参加。目前“共享消费”行业普遍存在定价规则不明确、明码标价不规范等不当行为,要求企业增强合规意识,规范价格行为和竞争行为。(财经网)



11. 【央行上调外汇存款准备金率至 7%】为加强金融机构外汇流动性管理,中国人民银行决定,自 2021 年 6 月 15 日起,上调金融机构外汇存款准备金率 2 个百分点,即外汇存款准备金率由现行的 5%提高到 7%。(新华网)

12. 【深圳大数据杀熟最高拟罚 5000 万】《深圳经济特区数据条例(征求意见稿)》公开征求意见。其中规定市场主体不得实施侵害其他市场主体或者消费者合法权益的行为,

## 每周法规与热点信息速递

不得通过数据分析,无正当理由对交易条件相同的交易相对人实施差别待遇。违反上述规定的,除没收违法所得外,违法所得不超过1万元的,5万元起罚。情节严重的,可处5000万元以下或者上一年度营业额5%以下罚款。(人民网)

13. 【最高检:未成年人犯罪数量下降,涉未成年人性侵案仍多发高发】最高人民检察院6月1日发布的《未成年人检察工作白皮书(2020)》显示,校园欺凌和暴力犯罪数量明显下降。2017年至2020年,检察机关批准逮捕校园欺凌和暴力犯罪人数分别为4157人、2785人、1667人、583人,提起公诉人数分别为5926人、4590人、2914人、1341人。经分析,未成年人在校时间减少、法治校园和安全校园建设力度加大是重要因素。(澎湃新闻)

14. 【辣笔小球诋毁戍边英雄一审获刑8个月】2021年2月19日上午,仇子明在卫国戍边官兵誓死捍卫国土的英雄事迹报道后,为博取眼球,获得更多关注,在其住处使用其新浪微博账户“辣笔小球”(粉丝数250余万),歪曲卫国戍边官兵的英雄事迹,诋毁、贬损卫国戍边官兵的英雄精神,侵害英雄烈士名誉、荣誉,造成恶劣社会影响。南京市建邺区人民法院根据案件事实、证据,综合庭审中控辩双方意见,依法当庭宣判,认定被告人仇子明犯侵害英雄烈士名誉、荣誉罪,判处有期徒刑八个月;并责令其自判决生效之日起十日内通过国内主要门户网站及全国性媒体公开赔礼道歉,消除影响。(央视网)



15. 【督促监护令6月1日起实施】最高检决定自6月1日起在涉未成年人案件办理中全面推行“督促监护令”,并会同有关部门全面开展家庭教育指导工作。在案件办理过程中,检察机关如果发现监护人存在管教不严、监护缺位等问题导致未成年人违法犯罪或受到侵害的,将向监护人发出“督促监护令”。此前,福建、重庆等地检察机关探索建立“督促监护令”工作机制,推动监护责任有效落实。(新华网)



## 法律观察

### 观点 | 新修订《未成年人保护法》今起施行，如何呵护少年的你？



今天是“六一”国际儿童节，中国的小朋友们得到了一份特殊礼物——《中华人民共和国未成年人保护法》（以下简称“《未成年人保护法》”）于今日开始正式施行。修订后的《未成年人保护法》条文从72条增加到了132条，全面充实了家庭、学校、社会、政府、网络、司法六大主体对未成年人的保护责任，有效地回应了社会关注的热点问题。

未成年人的健康成长，离不开和谐的家庭环境，更离不开健全的家庭保护。因此，《未成年人保护法》将家庭保护列为首位，从积极行为和禁止行为两个方面规定了未成年人的父母或者其他监护人应当如何履行监护职责。

在家庭保护一章中新增了关于“充分听取未成年人的意见”“尊重未成年人的真实意愿”的规定。这一规定有利于避免未成年人的监护人忽略未成年人的真实想法，擅自对其学习、生活作出决定，侵害未成年人的合法权益，有利于最大限度地从法律层面保障未成年人的真实想法得到尊重，是未成年人权益保护的一项重要进步。

关于这一规定，在离婚纠纷处理子女的抚养权问题时，体现尤为明显。新修订的《未成年人保护法》向《中华人民共和国民法典》看齐，明确规定：“未成年人的父母离婚



## 每周法规与热点信息速递

时，应当妥善处理未成年子女的抚养、教育、探望、财产等事宜，听取有表达意愿能力未成年人的意见。”也就是说，法院在今后处理抚养权、探望、抚养费等与未成年人权益息息相关的案件时，可以听取8周岁以上未成年人的意见，进一步扩大了听取未成年人意见的案件范围。

在学校保护方面，《未成年人保护法》强调既要保障未成年人的受教育权，又要保障未成年人休息、娱乐和锻炼的权利，学校不得占用假期，组织未成年学生集体补课，加重其学习负担。

同时，《未成年人保护法》强调对校园安全风险零容忍，从建立校园安全管理制度、学生欺凌防控工作制度、预防性侵害、性骚扰未成年人工作制度；完善校车安全管理制度、突发事件和意外伤害的预案、加强卫生保健方面，全面规定了学校、幼儿园对未成年人保护应尽的义务。

此外，针对网络沉迷等未成年人保护领域中亟待解决的问题，新修订的《未成年人保护法》将网络保护单独作为一章进行规定，初步构建了我国未成年人网络保护的 legal 基础，构筑起政府、社会、家庭、企业齐抓共管的未成年人网络安全防火墙。

天达共和家事与财富管理团队律师为北京市多家幼儿园提供常年法律顾问服务。从我们协助处理学龄前儿童伤害案件的经验看，由于学龄前儿童对许多潜在的危险和伤害无法准确预判，往往更容易受到人身损害。这就要求幼儿园建立健全安全管理制度，根据学龄前儿童的特性组织适当的教学活动，并对可能产生的风险采取必要的安全措施。《未成年人保护法》规定了学校、幼儿园应当建立安全制度，加强对未成年人，尤其是学龄前儿童等无民事行为能力人的保护，是未成年人保护的一大进步。

总之，《未成年人保护法》增加并完善了多项规定，有效回应了社会关注的热点问题，满足了未成年人保护工作的迫切需求，有利于为未成年人营造出更加安全、温馨的成长环境，进一步推动、落实对未成年人合法权益的保护。

**来源：天达共和法律观察**

**作者：马立文 贾丹琦**



## 律师名片



### 马立文

天达共和合伙人

北京办公室

Mail : Maliwen@east-concord.com

Tel : + 8610 6510 7020

马立文律师主要从事银行与金融、家事与财富管理领域法律事务，长期专注于该领域民商事争议解决业务，具有二十五年以上从业经验，其带领的团队擅长为国企、央企、银行、政府、学校、幼儿园、企业家、社会名人及高净值人士提供订制式法律服务，担任法律顾问、代理金融票据、证券信托、婚姻管理、遗产继承、财富规划与传承等诉讼与仲裁案件，并办理与之相关的非诉讼项目。

马立文律师团队服务的客户包括中信银行、交通银行、中国银河投资管理有限公司、华润医药商业集团、中国兵器集团所属公司、前程无忧网络信息技术（北京）有限公司等商业银行、民企、央企及境内外上市公司等。

马立文律师执业生涯获得广泛赞誉，先后获得司法部创先争优党员律师标兵、北京市优秀党员律师、北京市优秀知识产权律师、北京市朝阳区优秀律师、公益法律服务先进个人等荣誉称号。



---

## 律师名片

---



### 贾丹琦

天达共和律师

北京办公室

Mail : [jiadanqi@east-concord.com](mailto:jiadanqi@east-concord.com)

Tel : + 8610 6510 7484

贾丹琦律师任职于争议解决部，从业以来，曾代表 OOO CHEMPARTNERS 等多国企业、中国动向等上市公司处理涉外民商事案件；曾代表北方兵器集团等央企、各级国企在重大复杂的商事案件中成功维权；曾代表前程无忧等知名企业在民商事纠纷中成功解决争议；还曾在朝阳区人民政府麦子店街道办事处等政府派出机关；中国医药集团等央企、各级国企；交通银行等金融机构；大盛传媒公司、北京东区儿童医院、新东方满天星幼儿园等不同领域的企业担任常年法律顾问。

贾丹琦律师扎实全面的法律专业知识，以及争议解决领域特长，能够为客户提供全方位的法律服务。

## 观点 | 东京奥运会反兴奋剂规则的重要变化 —— 《IOC 东京奥运会反兴奋剂规则概述》内容简介



### 东京奥运会反兴奋剂规则的重要变化——《IOC 东京奥运会反兴奋剂规则概述》内容简介

因受新冠肺炎疫情的影响，原定于 2020 年 7 月举办的东京奥运会延期至今年 7 月份举办，而 2021 版《世界反兴奋剂条例》已经于 2021 年 1 月 1 日起开始生效，《国际奥委会反兴奋剂规则》已经不适用 2015 版世界反兴奋剂条例，为与 2021 版《世界反兴奋剂条例》的规定相符，《国际奥委会反兴奋剂规则》进行了相应修改。2021 年 3 月，国际奥委会颁布了适用于 2020 东京奥运会的《国际奥委会反兴奋剂规则》。根据国际奥委会的请求，世界反兴奋剂机构于 2021 年 4 月 13 日发布了新闻稿，公布了适用于东京奥运会的《国际奥委会反兴奋剂规则》<sup>1</sup>。《IOC 东京奥运会反兴奋剂规则概述》作者 Björn Hessert 主要讨论了根据 2021 版《世界反兴奋剂条例》及最新版的国际标准所发生的重要的监管变化并对国际体育仲裁院反兴奋剂庭临时机构进行了程序方面的介绍。因东京奥运会即将召开，为了更好地了解东京奥运会所适用的《国际奥委会反兴奋剂规则》，我们将该文章的主要内容进行了翻译，以下为该文章主要内容的介绍。

#### 一、重要的监管变化

<sup>1</sup><https://www.wada-ama.org/en/media/news/2021-04/wada-posts-iocs-anti-doping-rules-for-re-scheduled-tokyo-2020-games>





## 每周法规与热点信息速递

2021 版《世界反兴奋剂条例》对 2015 版《世界反兴奋剂条例》进行了 3000 多处修改。根据 2021 版《世界反兴奋剂条例》第 23.2 条的要求，这些修改已在《国际奥委会反兴奋剂规则》（IOC ADR）中得到实施，且对受《国际奥委会反兴奋剂规则》约束的运动员和运动员辅助人员来说尤为重要。本文将更详细地讨论附随通知书（accompanying circular letter，ACL）中明确提及的变化。

### 1. 检查期

2021 版《世界反兴奋剂条例》第 5.3 条和《国际奥委会反兴奋剂规则》第 5.2 条规定，国际奥委会（“IOC”）有权在奥运会期间进行赛内和赛外的兴奋剂检查。IOC 作为奥运会的管理机构，已将这一权力委托给了国际检查机构（International Testing Agency，ITA）。ITA 被授权从 2021 年 5 月 13 日开始对运动员进行赛内和赛外兴奋剂检查，即从 2020 奥运会前期阶段开始，到 2021 年 8 月 8 日闭幕式为止。赛内和赛外检查的区别在 WADA 的禁用清单中规定，有些物质只在赛内禁用。赛内和赛外检查所适用的结果也不同。因此，运动员必须熟悉新的《世界反兴奋剂条例》和《国际奥委会反兴奋剂规则》对“赛内”的修正定义，两者均规定如下：

“就这些规则而言，‘赛内’是指从运动员参赛的前一天晚 11:59 开始，直至该比赛和与之相关的样本采集程序结束为止的一段时间。但是，如果国际单项体育联合会提供令人信服的理由，认为对其运动项目有必要采用不同的定义，则 WADA 可为某一特定运动项目批准一个替代定义；经 WADA 批准后，IOC 应当遵循该替代定义。”

在这方面，IOC 在其附随通知书中规定，国际网球联合会（ITF）和国际马术联合会（即国际马术运动联合会）（FEI）这两个国际体育组织已经行使其权利，在各自的反兴奋剂规则中实施“赛内”的替代定义。这些替代定义在 2020 奥运会期间也适用。因此，网球运动员必须参考《网球反兴奋剂方案》（2021 版）第 5.3.3 条，以了解“赛内”在网球运动中的含义。

参加 2020 奥运会马术比赛的运动员要遵守以下“赛内”的定义：

“运动员/骑手计划参加的比赛前一天的第一次验马开始前一（1）小时起至该运动员/骑手在该赛事的最后一场比赛结束或与该比赛有关的样本采集过程结束的时间。”



## 每周法规与热点信息速递

一般来说，不禁止国际体育联合会（the International Sports Federations，ISF）在奥运会期间进行兴奋剂检查。然而，除非 WADA 在授权给 ISF 进行检查时另有说明，否则 ISF 进行的所有样品采集程序都将被视为赛外检查。然而，IOC 通过 ACL 明确鼓励 ISF 和其他反兴奋剂组织在 2020 奥运会期间与 ITA 合作开展兴奋剂检查。

### 2. 治疗用药豁免 (TUE)

根据《国际奥委会反兴奋剂规则》第 4.4 条和《治疗用药豁免国际标准》(ISTUE) 的规定，参加奥运会的运动员也要遵守 TUE 的规定。如果运动员因医疗或健康原因必须服用禁用物质或使用禁用方法，他们必须提交 TUE 申请。对参加奥运会的运动员的这种 TUE 申请作出决定的权力也已授权给了 ITA。因此，ITA 有义务代表 IOC 任命治疗用药豁免委员会 (TUEC) 的成员。TUEC 是负责审查所有 TUE 申请的机构，其将通过事先批准或追溯批准 TUE 使 2020 奥运会期间的禁用物质和禁用方法的使用变成合法使用。

IOC 提醒 ACL 收件人，一般来说，TUE 将被批准用于将要使用的禁用物质或禁用方法。换言之，除非在紧急或特殊情况下，否则运动员不应申请追溯性 TUE。ISTUE 第 4.1 条规定了这一总体原则，该条规定运动员“必须在使用或持有有关物质或方法之前根据第 4.2 条申请并获得 TUE”。只有根据 ISTUE 第 4.1 条或 4.2 条在特殊情况下，或基于 ISTUE 第 4.3 条的公平原则，才能批准追溯性 TUE。一般来说，申请追溯性 TUE 的运动员必须根据盖然性权衡原则，证明符合 ISTUE 第 4.2 条规定的所有标准：

- 已经过诊断的医疗状况；
- 没有增强运动能力的作用；
- 没有被允许使用的替代治疗方法；以及
- 使用禁用物质进行治疗的必要性并不是因为以前使用了禁用物质或方法。

依据 ISTUE 第 4.3 条，因公平原因接受国际运动员的 TUE，也需要 WADA 的批准后才能批准。ITA 必须将关于 TUE 申请的所有决定（无论确认还是拒绝）输入由 WADA 运营和管理的反兴奋剂行政管理系统 (Anti-Doping Administration & Management System，ADAMS)。



## 每周法规与热点信息速递

然而，已经由各国或国际反兴奋剂组织（ADO）批准 TUE 的运动员不需要再单独申请仅在 2020 奥运会期间有效的 TUE。相反，只要在 ADAMS 上有该 TUE 就可以了。若非如此，运动员有义务在 2021 年 6 月 13 日或之前向 TUEC 提交 TUE 申请。

### 3. 行踪信息

列入注册检查库（Registered Testing Pools, RTP）的职业运动员必须每季度通过 ADAMS 向有关反兴奋剂组织提供有关其行踪的信息，包括每日过夜地点、训练地点和比赛的信息。这项义务在 2020 奥运会期间继续执行。然而，由于赛事场馆和住宿地点非常接近，运动员和/或国家奥委会通过 ADAMS 提交的行踪信息是针对奥运会的。因此，ACL 规定了需要提供和更新的行踪信息，如有必要，包括（但不限于）奥运村的街区和房间号码以及其他住宿信息、房间名单和训练地点。这样一来，ITA 就有权查阅《检查与调查国际标准》规定的所有行踪档案（行踪档案），或者可以直接向运动员和/或国家奥委会索取此类信息，以便为奥运会进行赛外检查。在这方面，关于奥运村外的行踪信息将非常重要，因为 ITA 可能不被允许进入奥运村。作为一项 COVID-19 的安全措施，一般只允许运动员进入奥运村，这样就会使奥运村成为免于检查区。任何未能提供行踪信息的行为都将构成填报失败，最终可能导致《国际奥委会反兴奋剂规则》第 2.4 条规定的兴奋剂违规。然而，在 2020 奥运会期间，不太可能出现三次填报失败和/或错过检查的情况。因此，运动员应意识到，根据 ISF 适用的反兴奋剂规则，在十二个月的时间框架内，在奥运会期间以外发生的填报失败或错过检查也可能被算作行踪信息填报失败。

### 二、程序方面

ACL 中关于将结果管理责任委托给 ITA 的说法是不准确的。结果管理一词可分为兴奋剂控制过程的不同部分。它既指审查和通知被指控的兴奋剂违规的程序（《国际奥委会反兴奋剂规则》第 7 条），也指主管听证小组的一审程序（《国际奥委会反兴奋剂规则》第 8 条）。后者没有被委托给 ITA。相反，根据《奥林匹克宪章》第 59.2.4 条，实际上属于国际奥委会执行委员会的一审权力已被委托给国际体育仲裁院（CAS），更具体地说，是 CAS 反兴奋剂庭（CAS ADD）。因此，CAS ADD 临时机构的一审程序必须遵守《世界反兴奋剂条例》第 8 条和《结果管理国际标准》第 8 条的规定。



## 每周法规与热点信息速递

在 2016 年的里约奥运会上，CAS ADD 首次作为兴奋剂问题的一审仲裁机构。在 2018 年韩国平昌冬奥会期间，IOC 还将其对兴奋剂问题的纪律处分权委托给了 CAS ADD，并将在 2020 年的东京奥运会上继续有效。出于管辖权的目的，尽管 2020 奥运会期间的听证会和审议会在东京举行，但 CAS ADD 临时机构的所在地将在瑞士洛桑（CAS 的总部所在地）。

在奥运会期间，与常设 CAS ADD 的常规仲裁程序或 CAS 上诉仲裁程序相比，CAS ADD 的临时程序要快一些。这当然是由于奥运会的时间有限，以及确定运动员是否可以继续参加奥运会，或者运动员是否必须被取消比赛成绩和/或奖牌的重要性。因此，预计 CAS 将公布适用于 2020 奥运会 CAS ADD 的具体仲裁程序规则，规定 CAS ADD 应在 24 小时内做出决定。否则，适用常规的 CAS ADD 仲裁规则将使作出裁决的时限以及对 CAS ADD 裁决的上诉复杂化。

例如，CAS ADD 仲裁规则第 15 条规定，如果仲裁小组由三人组成，则不得向 CAS 上诉仲裁机构对其裁决提出上诉。在这种情况下，上诉方只有权根据《瑞士联邦国际私法》（PILA）第 190（2）条规定的详尽理由，向瑞士联邦法庭质疑 CAS ADD 的裁决。为参考作出裁决的时限，2016 年和 2018 年奥运会的 CAS ADD 仲裁规则规定如下：

“可根据《OG 仲裁规则》向 CAS 临时机构提出上诉，如果 CAS 临时机构不再运作，则可根据《体育相关仲裁规则》第 R47ff 条向位于瑞士洛桑的 CAS 常设机构提出上诉，上诉时间为裁决通知后 21 天内。”

值得注意的是，CAS ADD 的管辖权是有限的。CAS ADD 只能对兴奋剂违规和“暂时或永久禁赛或禁止参加奥运会，取消比赛资格……”的处罚作出裁决。因此，CAS ADD 无权对 2020 奥运会期间运动员在奥运会以外的比赛中发生的兴奋剂违规进行禁赛处罚。这是因为 IOC 作为“主要赛事组织者”，只对其赛事本身有纪律管辖权；奥运会以外的纪律处罚权属于相关的 ISF 或 ADO。因此，ISF/ADO 既可以将其纪律管辖权委托给 CAS ADD，也可以对在奥运会期间发生 ADRV 的相关运动员进行自己的纪律程序。

### 三、总结

由于疫情全球大流行和随后的 2020 奥运会的推迟，所有奥运利益相关方现在都必须遵守新的 2021 版《世界反兴奋剂条例》。因此，IOC 已向 ACL 收件人通报了《国际奥委



## 每周法规与热点信息速递

会反兴奋剂规则》的最重要后果。将兴奋剂管制和结果管理（即根据《国际奥委会反兴奋剂规则》第 7 条进行审查和通知）委托给 ITA，应能促进独立的兴奋剂管控，因此，也符合运动员的利益。

CAS ADD 仍然是决定兴奋剂相关事宜的一审机构，在 2016 年和 2018 年奥运会期间已经是如此。

2020 奥运会期间的反兴奋剂斗争需要所有利益相关方共同的决心和努力。因此，体育组织和参赛者可以受益于关于兴奋剂的情报交流，和 ITA 最近上线的新的举报平台

“REVEAL”（该平台使运动员和辅助人员能够以保密和匿名的方式提供关于兴奋剂违规的信息和证据）。

至少从监管的角度来看，IOC 似乎已经做好了充分的准备，在经历了因 COVID-19 疫情而较少地进行兴奋剂管制的一年后可以应对兴奋剂检查的困难。疫情可能会对兴奋剂系统产生进一步的影响，这还有待观察。但首先，让比赛开始吧！

来源：天达共和法律观察

作者：宫晓燕 宋晓燕 郭竞宇 王茹

---

## 律师名片

---



**宫晓燕**

天达共和合伙人

北京办公室

Mail : xiaoyan\_gong@east-concord.com

Tel : + 8610 6510 7066



## 每周法规与热点信息速递

宫晓燕律师担任中国足球协会、乒乓球协会、排球中心、北京体育竞赛管理中心等多家体育协会以及运动管理中心的法律顾问。为 2019 国际篮联篮球世界杯、世界冰壶锦标赛、冰球世锦赛、田径世锦赛等提供过赛事专项法律服务。曾代理十余名运动员参加反兴奋剂听证会、国际体育仲裁以及向瑞士联邦法院的上诉，宫律师在赛事服务、国际体育仲裁、劳动人事管理、知识产权保护等领域具备非常丰富的经验。

### 律师名片



**宋晓燕**

天达共和律师

北京办公室

Mail : [xiaoyan\\_song@east-concord.com](mailto:xiaoyan_song@east-concord.com)

Tel : + 8610 6510 7400

宋晓燕律师于中国政法大学获民商法学硕士学位，在十余年的从业时间里，主要从事与融资租赁相关法律业务，并在融资租赁业务领域具有深厚的理论功底和丰富的实务经验，曾为多家金融租赁公司和 500 强企业设立的外商投资融资租赁企业提供法律服务。其能为融资租赁企业提供融资租赁交易结构设计、交易合同起草、尽职调查、日常法律顾问等全方位法律服务。



---

### 律师名片

---



#### 郭竞宇

天达共和实习律师

北京办公室

Mail : guojingyu@east-concord.com

Tel : + 8610 8514 3469

郭竞宇毕业于美国乔治城大学，获得法学硕士学位。目前主要从事体育领域的业务，为国家体育总局多个下属体育运动管理中心以及各单项协会提供日常法律服务，并参与处理国际体育仲裁案件。

---

### 律师名片

---



#### 王茹

天达共和实习生

北京办公室

Mail : wangru@east-concord.com

Tel : + 8610 8514 3502

王茹本科毕业于湖北大学英语专业，北京交通大学法律硕士（非法学）研二在读，现在天达共和律师事务所体育文化事务部实习。

## 观点 | 企业需要怎样的反垄断合规机制？



一场激烈的足球比赛，总能看到越位、违规铲球、动作过大、拉扯对方球员等犯规行为，几乎无一例外。这可能并非由于球员有道德缺陷或主观恶意，而是因为在一场艰苦的对抗赛中，当“获胜”成为至上、唯一的目标时，球员必定全力以赴，穷尽一切手段。由此，破坏公平公正的犯规行为可以被看作是一种自然倾向。抑制这种倾向，保证比赛能始终公平公正的唯一有效手段是事先划定红线，明确各种犯规的“成本”，并在比赛中严格执法。

商业竞争的激烈程度丝毫不亚于一场激烈的球赛。谋求不同程度的垄断地位、排斥竞争，最大程度利用自己或大或小的市场力量侵害交易对象（包括消费者）的权益，使商业竞争中的公平公正受到侵蚀，也是司空见惯的自然倾向，甚至有时被认为是业内惯例，如二选一、转售价格维持、各种形式的价格同盟，等等。在反垄断法实施早期，企业对于红线行为的认知不够，违规成本轻微，各地执法尺度也不尽相同。最近，随着对阿里等科技巨头的反垄断监管的加强，商界对垄断协议、滥用市场支配地位、未依法申报等违法行为的认知也在提升，执法机构在划定红线、明确违法成本、执法等方面也越发严厉。目前的趋势一是反垄断将长期在全球范围内保持高压态势；二是反垄断不仅仅针对科技巨头，而是对所有行业、所有企业的一切商业行为中的垄断协议、滥用市场支配地位等行为进行严





## 每周法规与热点信息速递

格监管；三是垄断的违法成本愈发高昂。因此，企业建立、健全、更新迭代反垄断合规机制，必要而迫切。

企业的反垄断合规机制，顾名思义，是企业结合自身情况制定的一整套的企业政策、程序和内控机制，对内帮助企业及其员工，对外引导合作方以及交易对象（包括供应商、经销商等）遵守《反垄断法》规定的义务。反垄断合规与企业其他方面的合规（比如劳动法、反行业贿赂等）是不相矛盾的。反垄断合规机制与其他合规机制具有很多共性，并应遵循相同的基本结构，只不过依据的实体法不同而已。当然，反垄断法也有其显著的特点。我们认为，具有以下模块的反垄断合规机制是有效的：

### （一）风险评估

垄断违法行为是最多种多样的，比如在反垄断法下，诸多互联网平台的“二选一”行为其实与不竞争条款、单一品牌条款、数量强制义务、限定交易对象、忠诚折扣等行为，均可归为同一类行为进行分析，那么这些行为的违法风险程度以及企业为降低/避免违法风险而采取的措施也具有共性。

一套健全的反垄断合规机制应首先能够识别企业日常经营中的垄断违法风险，并对其进行高、中、低风险的评价。从企业的合同条款到对外收购策略，从商品或服务销售中与经销商进行的日常沟通到员工在微信群与竞争对手的聊天内容，均可能违反《反垄断法》。有效的风险评估的目的是剖析企业市场竞争政策和行为，并降低违法风险或使其保持在可控的水平。

### （二）合规政策和程序

一旦企业了解了其自身的垄断违法风险，就应着手制定必要的合规政策或程序，以控制风险。比如，企业可能需要制定明确的书面政策来针对“转售价格维持”（此类行为可表现为要求经销商按照厂商指定的零售价格销售或要求经销商只有在促销时才可统一下调价格）或者“搭售”（即除非客户同时也购买 B 产品，否则不向其销售 A 产品）。又比如，企业可能需要制定审查投标活动的程序，以确保员工不会悄悄地与竞争对手协调投标价格，以便每家企业都能轮流中标（竞争者之间就投标价格或其他特定投标条件进行协调或约定属于反垄断法下的红线行为）。

### （三）内部报告渠道



## 每周法规与热点信息速递

通常，引发反垄断调查的途径无非有二，一是反垄断执法机构自行发现线索并依职权启动调查，二是涉嫌垄断的企业遭到其经销商、供应商、消费者或竞争对手的投诉、举报或吹哨，从而导致反垄断执法机构对其立案调查。根据对我国反垄断处罚案例的观察，投诉和举报比较集中的企业、行业或者问题往往更易招致反垄断执法机构的关注，甚至最终对相关企业启动调查，并作出处罚。因此，如何尽早发现企业自身违法风险的苗头并及早采取应对措施，不失为减少垄断违法风险的必要措施。

企业可考虑畅通渠道，建立内部报告机制，允许员工或其他第三方（包括经销商、供应商或合作伙伴等）提供有关潜在垄断违法风险的信息。比如，企业可以设立专门的邮箱或热线电话，并告知员工及上述其他第三方可以实名或者匿名报告，并应采取措施消除举报者的顾虑，对举报具有实质内容的也可进行必要的奖励。

对于已经拥有其他内部报告机制的企业来说，就更加简单，只需在原有报告机制的举报事项中增加垄断违法行为即可。

### （四）培训和沟通

企业应当给予员工必要的指导，才能帮助员工了解具体行为构成或不构成垄断违法行为。一般通过反垄断合规手册以及举办培训，来提高员工识别正常竞争行为以及可能构成垄断违法行为的能力。这一点尤其重要，因为有时候，垄断违法行为可能源于员工认为自己的行为符合行业惯例或者公司的最佳利益，还有时候，员工也可能过于谨慎，误将正常的竞争行为当作垄断违法行为，从而质疑企业的合规性。比如，按照目前的执法态度，仅有两种特定类型的折扣行为可能构成违法的忠诚折扣行为，并且认定违法的前提是企业具有市场支配地位，那么对于一些处于市场集中度不高、甚至竞争相当激烈的行业的企业来说，其纯粹的数量型折扣一般不会构成《反垄断法》禁止的的忠诚折扣行为。

因此，企业应为员工安排反垄断培训或者由企业制定并向员工发放书面的反垄断合规手册，帮助他们能够初步判断哪些是垄断违法行为、在他们的日常工作中需要严格避免哪些行为，以及如果他们认为发生了垄断违法行为时接下来应该怎么做。

### （五）并购与新设合营企业

我国《反垄断法》规定，对于满足营业额门槛以及控制权变化的并购以及新设合营企业的交易，需要在交易实施前进行经营者集中申报，取得反垄断局相关的放行决定后方能



## 每周法规与热点信息速递

实施。因此，在企业计划交易的初期就应当在专业人士的帮助下考虑如下问题：（1）该交易是否触发经营者集中申报义务；（2）如果触发申报义务的话，更有可能适用简易程序还是普通程序；（3）分步骤交易的话，应在哪个步骤前进行申报；（4）参与集中经营者的相关市场集中度（市场份额）如何，集中前和集中后的市场竞争情况有何不同。

同时，在对并购目标进行尽职调查的时候，应当增加反垄断合规性的内容，以确定并购目标是否存在潜在的《反垄断法》下的不合规行为或是否正在接受反垄断调查、进行反垄断民事诉讼以及相应的风险程度。视尽职调查的结果，判断是否需要制定补救措施、调整收购的条款和价款。企业务必了解，完成收购后，目标公司既有或者潜在的垄断违法风险将由收购方受让，成为后者自己的违法风险。

### （六）定期评估效果

一套有效的企业反垄断合规机制应该是常态化的，这意味着企业要定期评估合规机制的运作情况。企业既可以在业务发生调整，可能带来新的反垄断风险时进行专项评估，也可以每年或者每几年对合规机制的运行情况进行一次综合性的评估或者反垄断审计，包括制作符合企业情况的问卷给相关员工以了解他们的认知情况以及是否存在具体疑问、抽样审查经销合同、合作合同的条款以及相关政策（比如企业针对经销商的政策）以评估其反垄断合规性、与相关员工进行访谈以了解业务部门的合规情况以及解答可能存在的具体疑问。最后形成的评估或者审计报告，可以帮助企业确认其市场竞争行为的反垄断法合规性，或者及时发现问题并有机会采取或完善降低风险的措施。

### （七）企业最高层的支持

由于《反垄断法》规制的是企业的市场竞争行为，因此，反垄断合规需要企业从上到下的配合。《反垄断法》的违法后果通常比较严重，有时候还会引发意想不到的关注和连锁反应。比如，2019年扬子江药业曾在其诉上游原料药企滥用市场支配地位的垄断民事纠纷中作为原告赢得诉讼，并获赔近7000万元。但扬子江药业自身的转售价格维持行为又因举报，而被国家市场监督管理总局反垄断局立案调查，并于2021年4月15日对其作出7.64亿元的高额行政处罚。扬子江药业作为垄断行为受害者的获赔金额远低于其后续作为垄断行为实施者的行政处罚金额。2015年，国家发改委对于美国高通公司过高定价行为作出了罚款60.88亿元的处罚，虽然我国并非关注高通垄断行为的第一个司法辖区，



#### 每周法规与热点信息速递

但是在随后的几年中，其他司法辖区诸如欧盟、韩国、美国等反垄断执法机构纷纷跟进，密集地对其开展了反垄断调查或起诉。

因此，企业领导层对于反垄断合规工作的支持非常重要。高级管理人员应在行为准则、员工会议和其他渠道向员工传递这样的信息，即公司始终重视并努力遵守《反垄断法》，公平参与市场竞争。

企业应当了解建立有效的反垄断合规机制的重要性，从而避免违法风险。最后，需要指出的是，反垄断合规机制的建立并不意味着企业从此就无法建立和运用自己的竞争优势。反垄断执法的根本目的，是建立公平合理的竞争规则，让每一家企业都从中受益，在竞争中“随心所欲而不逾矩”。因此，一套有效的反垄断合规机制不仅仅明确了什么是不能做的红线，也为什么是可以做明确了广阔的空间。

来源：天达共和法律观察

作者：吴院渊 杨若宇 倪好 陈南

### 律师名片



吴院渊

天达共和合伙人

上海办公室

Mail : swu@east-concord.com

Tel : + 8621 5191 7909

吴律师专注于反垄断/竞争法，多年来曾向数十家中外企业提供反垄断合规咨询、调查应对、经营者集中申报、诉讼咨询等反垄断法律服务。代表的客户涵盖领域包括医疗器械、制药、半导体、化工、航空、汽车、金融、高科技、消费品、机械设备、互联网等领域。

吴院渊律师拥有伦敦大学国王学院竞争法硕士学位；华东政法大学法律硕士学位；上海外国语大学英语学士学位；曾在美国 Cades Schutte 律师事务所任交换律师。

吴律师是 Legal 500 竞争法/反垄断推荐律师。



---

### 律师名片

---



**杨若宇**

天达共和律师

上海办公室

Mail : yangruoyu@east-concord.com

Tel : + 8610 5191 7900

杨若宇律师是天达共和律师事务所上海办公室律师。主要涉及领域包括外商直接投资、公司兼并与收购、反垄断法、海外投资、劳动法及其他一般公司法律事务。

她曾为诸多中外客户公司设立的架构设计、管理制度建立等提供法律建议，为公司日常经营、行政许可申请和劳动合规等提供非诉法律服务，并曾参与公司兼并与收购专项项目，熟练进行企业尽职调查，草拟交易文件、尽调报告及法律意见书等各类法律文件。

---

### 律师名片

---



**倪好**

天达共和法务人员

上海办公室

Mail : nihao@east-concord.com

Tel : + 8610 5191 7900



每周法规与热点信息速递

倪好，本科毕业于华东政法大学，研究生毕业于英国伦敦政治经济学院。她的主要业务领域包括反垄断法、涉美出口管制合规、公司兼并与收购。她曾协助参与多家公司的经营者集中申报、经营者集中评估、滥用市场支配地位案件的调查等法律服务，她参与为多家公司提供涉外合规建议，她参与过公司上市、兼并与收购的法律项目。

---

**律师名片**

---



**陈南**

天达共和实习生

上海办公室

Mail : [chennan@east-concord.com](mailto:chennan@east-concord.com)

Tel : + 8610 5191 7900

陈南，天达共和律师事务所上海办公室实习生，华东政法大学法学学士，上海对外经贸大学 WTO 法法学硕士在读，具有国家法律职业资格，证券从业资格证，主要负责协助所内的反垄断业务、数据合规业务以及涉外民商事业务。



## 观点 | 进化遗留的尾椎骨 —— 新施工合同司法解释 (一) 第 25 条评述



2021 年 1 月 1 日起施行的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称“《新施工合同司法解释（一）》”），是最高人民法院在贯彻实施民法典，全面清理司法解释的背景下，对原 2004 年发布的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《旧施工合同司法解释（一）》）和 2019 年发布的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》中的部分条款进行删改后整合而成，是截止目前针对施工合同纠纷案件唯一有效的司法解释。

《新施工合同司法解释（一）》第 25 条是特别针对垫资行为的处理规范：

“当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，人民法院应予支持，但是约定的利息计算标准高于垫资时的同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率的部分除外。

当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。

当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，人民法院不予支持。”

对于该条司法解释的三款规定，分别有以下问题值得考量：

- 1、为何约定垫资利息高于同期贷款市场报价利率（或同期贷款利率）的不被保护？
- 2、何谓对垫资没有约定？



## 每周法规与热点信息速递

### 3、对垫资利息约定不明如何处理？

#### 一、 垫资的法律性质和行业惯例

建设工程施工合同中的垫资是指承、发包双方约定，发包方不预先支付工程款，由承包人利用自有资金调配人、材、机进场施工，待工程部分或全部完成后，发包人再行支付承包人工程款。

事实上，垫资并非建设工程施工合同的专属现象，在其他类型的合同约定和履行中也经常出现。例如，承揽合同中承揽人先行制作定作物，待定作物制作完成后定作人再支付货款，也属于垫资。

垫资的本质是合同双方对义务履行时间的安排，即负有金钱给付义务的一方晚于负有非金钱给付义务的一方履行义务。

在目前的工程施工实践中，发包人预付工程款、备料款的情形并不多见，一般均系根据施工进度按月或按节点支付进度款，而进度款支付比例一般也仅仅为已完工程量的 60-80%，剩余工程款需等待工程竣工、结算完毕后分批支付。因此，绝大部分建设工程施工合同履行过程中，事实上都存在承包人或多或少、或长或短的垫资现象。但按照行业惯例，对于约定逐月支付进度款的工程项目，业内并不将此视为垫资项目，只有施工过程中不支付任何进度款，或仅支付极低比例进度款（一般为 50%以下），才被称为垫资项目。

#### 二、垫资利息的法律性质

垫资利息实质上是接受垫资一方为获得金钱给付的期限利益向垫资方支付的对价。对价的高低取决于双方的交易地位，交易地位越有利于接受垫资一方，则对价往往越低，甚至可以不支付任何对价；而交易地位一旦有利于垫资方，则垫资方可要求更高的对价。交易地位与双方的实力、整体市场形势、双方对未来的市场走向判断等密切相关，需根据个案确定，不能一概而论。

需要指出的是，该等为金钱给付的期限利益而支付的对价，并不仅仅表现为垫资利息。根据双方的协商结果，垫资的对价也可体现为提高工程结算价格、延长施工工期、减少承包人的违约责任等等。而这些承包人所获得的利益在合同中往往不能明确识别为因垫资而获得的对价，也无法精确量化为金额。

#### 三、对垫资利息利率上限规定的失衡及其原因





## 每周法规与热点信息速递

《新施工合同司法解释（一）》第 25 条第 1 款确立了垫资利息有约定从约定原则，但将垫资利息的利率上限限制为垫资时的同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率（因 2019 年 8 月 20 日起中国人民银行贷款基准利率这一标准已经取消，代之以全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率，故在该时间点前后分别适用同类贷款利率和贷款市场报价利率，两者并无本质区别。为方便阅读，下文均仅表述为贷款市场报价利率）。

如上所述，垫资利息是发包人为了获得金钱给付的期限利益向承包人支付的对价，是当事人之间的交易安排，原则上应当尊重当事人的意思自治，故该款确立的垫资利息有约定从约定原则并无不当。但是，对垫资利息利率以同期贷款市场报价利率为限，则值得推敲。

在意思自治原则的基础上，法律对垫资利息利率进行限制具有正当性。盖因垫资的功能及性质与借贷高度相似，承包人将款项出借给发包人，再由发包人作为工程款支付给承包人，借款到期后发包人向承包人归还借款的交易架构，与承包人垫资施工，发包人在约定付款节点届满后支付工程款的交易架构相比，都能实现同样的交易目的；而不论是借贷还是垫资，实质上均是发包人在一定期间内占用了承包人的资金，垫资利息或借贷利息均是发包人为此而支付的对价。故在法律对借贷利率存在限制的前提下，为防止通过垫资方式规避借贷最高利率限制，为垫资利率设定最高额限制无可厚非。但是，与《新施工合同司法解释（一）》同日发布的现行《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》（以下简称“《民间借贷司法解释》”），将借款利率的最高限额确定为同期贷款市场报价利率的四倍，远高于《新施工合同司法解释（一）》第 25 条第 1 款确立的同期贷款市场报价利率这一垫资利息利率上限。对两个性质上高度相似的交易，最高院确立的保护利率高限却相差悬殊，两个司法解释之间显然失衡。

是什么原因导致了这一失衡？这就需要考察《新施工合同司法解释（一）》第 25 条的由来。

《新施工合同司法解释（一）》第 25 条的内容完全脱胎于《旧施工合同司法解释（一）》第 6 条，除了将垫资利率上限由“同期同类贷款利率”调整为“垫资时的同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率”外，其余规定文字均与《旧施工合同司法解释



## 每周法规与热点信息速递

（一）》第6条一致。而《旧施工合同司法解释（一）》第6条规定内容是否合理，则必须考虑《旧施工合同司法解释（一）》颁布时的历史背景。

在2004年颁布《旧施工合同司法解释（一）》之前，司法实践的主流观点认为，建设工程施工合同中的垫资行为属于企业法人间违规拆借资金行为。1990年最高院颁布的《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》以及1996年《最高人民法院关于企业相互借贷的合同出借方尚未取得约定利息人民法院应当如何裁决问题的解答》均认为，企业间借贷违反金融法规，应当认定合同无效。此外，当时的基础设施建设仍遗留有计划经济特色，强调工程项目立项与审批过程中必须审查落实建设资金到位情况，例如1996年由建设部、国家计委、财政部联合颁布的《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》，将垫资施工视为“干扰国家对固定资产投资宏观调控和工程建设正常进行”的行为，禁止施工企业带资承包和垫资施工。因此，在《旧施工合同司法解释（一）》颁布之前，人民法院对于施工合同纠纷案件中所涉及的垫资约定，一律认定无效。

但是，《旧施工合同司法解释（一）》的颁布改变了前述观念和做法。最高院首次认为承包人垫资施工的约定可认定有效，理由是，首先，禁止垫资的规定与实践需求大相径庭，实践中垫资施工行为并未因法律的严苛规定而消失；其次，在国际建筑市场上承包人垫资建造属于市场惯例，我国加入WTO后审理案件应当顾及国际惯例；再次，垫资虽然类似于借贷行为但并不是单纯的借款合同，其合同目的还是为完成特定工程，本质还是建设工程施工合同；最后，1999年生效的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第4条将《合同法》第52条第5项的“法律、行政法规”限定为全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规，《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》等禁止垫资的部门文件不属于《合同法》第52条第5项的“法律、行政法规”，因此不能据此认定垫资无效。

在企业之间借贷一律无效，所有利息约定均不予保护的当时，最高院明确垫资施工约定有效，支持按约定处理，无疑是迈出了大胆的一步，在历史上具有相当的先进性。在彼时，为了减少新政出台的阻力，将垫资利率上限确定为同期同类贷款利率，是完全可以理解的，也是与当时的司法政策所匹配的。



## 每周法规与热点信息速递

但是，随着市场经济的发展，行政、司法部门逐步意识到市场主体对资金的渴求并非法律的禁止性规定可以阻挡。在党的十八大提出依法治国、深化金融体制改革、支持实体经济特别是中小微企业的发展等各项重大战略决策的背景下，2015年《民间借贷司法解释》正式颁布实施，明确认可企业之间资金融通行为的合法性，且将借贷利息保护上限确定为24%/年（最新《民间借贷司法解释》将上限修改为合同成立时一年期贷款市场报价利率的四倍）。

因此，2020年年末《新施工合同司法解释（一）》出台时，与2004年《旧施工合同司法解释（一）》出台时所面临的情况已截然不同：企业之间为经营所需的正常借贷已完全合法，利息保护利率上限也已升至贷款市场报价利率的四倍。在这样的背景下，最高院仍对十六年前的陈年旧规照搬照抄，拒绝对垫资利息利率上限作出调整，显然使得司法解释与时代脱节，也导致了法律制度内部的失衡。

### 四、所谓“对垫资没有约定”缺少实质性指导意义

《新施工合同司法解释（一）》第25条第2款规定“当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。”这一条文语焉不详，纯就文字而言似乎还存在语法和逻辑错误：“当事人对垫资没有约定”，应指双方的合同约定，即双方合同中有关于垫资的约定，而对于双方的约定，如何“按照工程欠款处理”呢？

从逻辑上而言，“当事人对垫资没有约定”可以区分为两种情况：

1、当事人在施工合同中没有明确的关于垫资的约定，且约定的工程款支付方式为“先付款、后施工”，即发包人先行支付预付款、备料款后，承包人再进行施工，发包人随后根据工程施工进度支付进度款；

2、当事人在施工合同中没有明确的关于垫资的约定，但约定的工程款支付方式为“先施工、后付款”，即承包人先进行施工，发包人在一定时间后（施工至一个月后或施工至某节点后）根据已完工程量支付一定比例的进度款，存在实质上的垫资施工约定。

对于前一种情况，既然双方没有明确约定垫资，且约定的工程款支付方式为“先付款、后施工”，自然与垫资没有任何关系，如果发包人未按约定付款，理应按照工程欠款处理，不会有任何疑议。但是，在一条关于“垫资”的司法解释条文中，有什么必要对毫



## 每周法规与热点信息速递

无争议的事项进行规定呢？因此，该款内容显然是指向后一种情况：即使存在实质上的垫资施工，只要双方合同中没有明确的关于垫资的约定，则按工程欠款处理。

而这样的解读仍可加以细分：

- 1、当事人在施工合同中没有明确的关于垫资的约定，但约定的工程款支付方式为“先施工、后付款”存在实质上的垫资施工安排，发包人未按合同约定节点付款；
- 2、当事人在施工合同中没有明确的关于垫资的约定，但约定的工程款支付方式为“先施工、后付款”存在实质上的垫资施工安排，但发包人系按合同约定付款。

如果是第1种情形，鉴于发包人未按约定付款，根据有约定从约定原则，按欠款处理并无争议。如果是第2种情形，则在发包人按合同约定及时足额付款的情况下，如仅因存在实质上的垫资施工即认定为存在工程欠款，显然否认了垫资施工的合法性，与第一款规定不符。

故从法律解释的整体性原则出发，该款内容仅能被解读为：无论承发包双方对工程款支付如何约定，只要发包人未按合同约定付款，即按工程欠款处理。

实践中，相信没有人会对发包人未按合同约定付款的行为是否构成工程欠款发生争议。因此，该款的规定并无实质性指导意义。

### 五、垫资利息约定不明如何处理

《新施工合同司法解释（一）》第25条第3款“当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，人民法院不予支持”的规定，与《民间借贷司法解释》第24条规定完全吻合：“借贷双方没有约定利息，出借人主张支付利息的，人民法院不予支持。”

在没有相关法定孳息规定的前提下，根据意思自治原则，双方既然对垫资利息没有约定，承包人就垫资款请求支付利息既没有法律依据，也没有合同依据，自不应予以支持。

但是，由于垫资合同或合同垫资条款并非全部由专业人士起草，在明确约定支付利息和明确约定没有利息之外，实践中必然也大量存在对垫资利息是否应支付，如何计算约定不明的合同条款。该等合同约定一旦涉诉，人民法院如何处理，司法解释并未给出指导意见。

《民间借贷司法解释》第24条第2款规定：“除自然人之间借贷的外，借贷双方对借贷利息约定不明，出借人主张利息的，人民法院应当结合民间借贷合同的内容，并根据



## 每周法规与热点信息速递

当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场报价利率等因素确定利息。”即借贷双方对借贷利息约定不明的情况下，人民法院可根据案件具体情形及交易惯例，行使自由裁量权，酌定利息。这一规定，在承发包双方对垫资利息约定不明时，可以作为参考依据，由人民法院结合合同具体约定，根据公平原则酌定垫资利息。

但是，正如上文已论述的，承包人因垫资所取得的对价，并不仅仅体现为垫资利息，也可表现为提高工程结算价格、延长施工工期、减少承包人的违约责任等。因此，人民法院在约定不明时，必须细心考察探究承包人是否已经以利息以外的方式取得了垫资对价，并以此确定是否应给予承包人垫资利息。

### 六、建议

如上所述，《旧施工合同司法解释（一）》第6条是在特定的历史背景下作出的突破，在当时的政策环境下具有相对先进性。但随着时间的推移，政策和观念的变化，计划经济背景下对垫资施工的禁止性、否定性评价已时过境迁、烟消云散，该条规定已失去了实质性意义。而对垫资利息以同期贷款市场报价利率为限的规定，从现有眼光看显然违背意思自治原则、损害了承包人的正当权益。《新施工合同司法解释（一）》相较于旧司法解释虽有大幅删改，对于这一条有着鲜明时代局限性的条款，却原封不动予以保留。这正类似于人类的尾椎骨，虽然自然进化让我们不再受尾巴的束缚，但尾椎骨却还留在身体里，提醒我们进化的历程。不过，“青山遮不住，毕竟东流去”，《新施工合同司法解释（一）》第25条既然已失去了实质意义，建议最高人民法院尽快将该条款从司法解释中整体删除。

而在最高人民法院修订该条司法解释之前，为避免触犯垫资利息上限的规定，如承发包双方协商确定的垫资利息高于同期贷款市场报价利率，建议将其转化约定为工程结算价格的相应上浮，不在合同中体现垫资利息，以避免一旦涉诉不被人民法院支持的风险。

**来源：天达共和法律观察**

**作者：鲁宏**



## 律师名片



**鲁宏**

天达共和合伙人

上海办公室

Mail : [luhong@east-concord.com](mailto:luhong@east-concord.com)

Tel : + 8621 5191 7900

鲁宏律师自 2000 年执业以来，一直专注于建设工程及房地产法律服务，在工程法律服务领域具有丰富经验，特别擅长工程施工风险控制及争议解决，包括策略制订、商务谈判、发现潜在风险及提供解决方案等。曾担任中华全国律师协会《律师办理建设工程法律业务操作指引》起草人，2015 年、2017 年连续两届蝉联“ENR/建筑时报最值得推荐的中国工程法律 60 位专业律师”称号。



## 观点 | 刑事诉讼中财产被查封、扣押后的权利救济途径及建议



在刑事诉讼中，为了收集、固定、保全犯罪证据，或者为了挽回损失，与犯罪相关的犯罪嫌疑人、被告人财产可能会被查封、扣押。这虽然是法律赋予特定国家机关对公民财产的强力干涉、限制、剥夺的权力，但若该项权力得不到严格规范和必要控制，那么犯罪嫌疑人、被告人乃至与其有关人员的合法财产权将可能遭受侵害。我们在办理刑事辩护案件的过程中，也确实遇到过不规范的查封、扣押行为，使得犯罪嫌疑人、被告人抑或相关人员的合法财产权益难以得到保障，而该现象的存在亦是我国刑事诉讼中一贯的“重人身处罚、轻财产处置”司法观念的反映。

本文主要结合刑事诉讼中财产被查封、扣押过程中存在救济缺失的三种现象，分析上述现象产生的四个方面原因，并对刑事诉讼过程中财产被查封、扣押后的权利救济提出建议。

### 一、刑事诉讼财产被查封、扣押过程中救济缺失的三种现象

我们在办理刑事辩护案件时发现，在实务中，从侦查机关到公诉机关，再到最后的审判机关，均对财产是否应当予以查封、扣押的审查及财产被查封、冻结后的处理不甚关注。具体表现如下：

第一，采取强制措施前急于预审，任意查封、冻结。如，侦查机关在侦查时，往往不加审查，只要是与犯罪嫌疑人相关的财产，一律予以查封，更存在将犯罪嫌疑人的子女、



## 每周法规与热点信息速递

夫妻另一方甚至前任夫妻另一方的个人财产一并查封、冻结的情况，明显超出了法定可查封、冻结的财产范围。

第二，采取强制措施后怠于复审，附案全部移送。如，侦查机关在对财产进行查封之后，并没有对相关财产是否系犯罪嫌疑人合法财产，是否为犯罪所得进行甄别区分，而是在侦查终结后径直将全部材料直接移交检察院审查起诉；在审查起诉阶段，检察机关同样也很少进行甄别，多数在提起公诉时，将公安机关提交的材料直接全部移交法院，交由法院进行审判。

第三，怠于处理相关申诉或辩护意见。如，侦查阶段，公安机关在接到辩护人或者权利人的情况反映或者申诉后，告知其无权做出处理，需检察机关和法院认定、发函才予解封；审查起诉阶段，检察机关则多数直接移送法院，交由法院决定；审判阶段，有辩护人一旦提出查封的财产系合法财产或是其他权利人的财产不应予以查封、扣押时，法院或公诉人往往会进行反驳，一是质疑辩护人的身份及代理权限（多发生在辩护人替非犯罪嫌疑人的权利人提出财产被查封问题时），二是告知辩护人审判程序主要是针对嫌疑人是否犯罪以及定罪量刑等事实与法律问题，不涉及财产问题，而最终，在案件判决之后，通常不会在判决书内对有异议的查封扣押财产进行审查、论证，做出被查封、扣押的财产是否为犯罪所得等具体判断，直接笼统表述为“相关被查封、扣押的涉案财产予以没收”等。

## 二、对产生前述现象的原因分析

笔者认为导致这类现象产生的原因主要有四个方面：标准不清晰，权职不明确，审查缺位，救济缺位。

1、标准不清晰。在刑事诉讼的各阶段，司法机关对财产是否应查封、扣押的认定标准不明确、不统一，导致各机关自由裁量的空间较大，这自然就产生了权力被滥用的可能。同时，没有相应的规范来对司法机关对查封、扣押财产的决定、保管、执行等司法活动进行监督、规制、处罚。与之相对应地，权利人在索要非涉案财产时所依据的理由、权利来源就相对狭窄、薄弱。

2、权职不明确。在刑事诉讼的各阶段，各个机关针对财产是否应查封、扣押的问题多采取推诿的态度。自公安机关开始，对于辩护人及相关权利人提出的请求对查封、扣押的财产解除查封冻结的申请，不予积极回应和审查，而是向后阶段推诿；后阶段的司法机





## 每周法规与热点信息速递

关亦存在相互推诿的情形，尤其是法院，在最后审判时往往“重人身轻财产”，忽略对被查封、扣押的财产进行准确界定和甄别，既不进行严格审查，亦不会在判决书中列明财产清单并说明原因。这是由于法律虽然规定了司法机关均有查封、扣押的权力，但未明确这一权力的边界及责任的分配，导致实践中出现相互推诿的情形。

3、审查缺位。司法机关对财产是否应当进行查封、扣押的审查，往往只是一种形式性审查，即是否为犯罪嫌疑人、被告人在进行犯罪活动时使用过的，是否为犯罪嫌疑人、被告人名下财产，或者财产是否与清单对应等，而往往忽略实质性审查，即所涉及的财产范畴、种类、使用频度，是否与犯罪的危害性相适应，是否会侵害犯罪嫌疑人、被告人或其他相关权利人的合法财产等。如，在某涉嫌传销案件中，犯罪嫌疑人将部分的犯罪所得存入了其母亲的个人账户，公安机关确定之后便对该账户进行了冻结，而事实上该账户系其母亲正常使用的银行账户，且犯罪嫌疑人在实施犯罪活动前，已多次从该账户中正常的转入或者转出资金，所以该账户中属于犯罪所得的资金仅有小部分，其余大部分资金都为其母亲或者犯罪嫌疑人个人的合法存款。

4、救济缺位。犯罪嫌疑人、被告人以及第三人的财产在被查封、扣押后，权利救济渠道不畅，甚至没有救济渠道。办案机关多因不愿为此增加工作量，而以无权处理为由，拒绝对相关权利人提出的异议和请求进行受理或者审查，并往下一个刑事诉讼阶段推诿；或者相互推诿，甚至让行政机关“背锅”，从而出现“踢皮球”的不负责现象。如，在王某某、杨某某申请某人民检察院刑事违法扣押赔偿案中，原办案机关在侦查阶段错误扣押了犯罪嫌疑人的财产，但在案件被撤销后一直未予返还，在权利人申请返还后，以收缴的财产已上缴税务机关为由不予返还。

### 三、从法律适用的角度提出的合理化建议

目前虽然没有系统的刑事诉讼程序中查封、扣押财产的处理制度，但我国对处理刑事诉讼中被查封、扣押财产的重视程度较高，2015-2016年期间曾发布多部法律文件，关于被查封、扣押财产的处理及后续救济的法律法规及司法解释的规定较为丰富，笔者将结合以上规定，对被查封、扣押财产的救济途径提出建议。

#### (一)建议明确司法机关对财产采取查封、扣押措施的基本原则



## 每周法规与热点信息速递

目前，对于司法机关在对查封、扣押财产时具有审查、审理义务，我国的刑事法律已有较为明确的规定，但是并未明确查封、扣押财产时应遵循的基本原则。

《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百四十五条：“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。”

《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》第四条：“凡查封、扣押、冻结的财物，都应当及时进行审查。”

《公安机关涉案财物管理若干规定》第六条：“公安机关对涉案财物采取措施后，应当及时进行审查。”

《公安机关涉案财物管理若干规定》第二十五条：“公安机关负责人在审批案件时，应当对涉案财物情况一并进行严格审查。”

《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》第二条：“凡查封、扣押、冻结的财物，都应当及时进行审查。”

从以上法律规定可以看出，我国法律已明确规定了司法机关进行查封、扣押财产时负有审查、审理原则，但审查、审理应遵循的原则具体如何却未明确规定，此易导致法律条文难以具体落实，因此，笔者建议对刑事诉讼中对财产进行查封、扣押时，应遵循以下原则：

1、关联性原则。此为最基础的原则，在刑事案件中，被查封、扣押财产的范围，应当限定在与犯罪直接相关的一定关联度之内，查封、扣押的范围亦不应当去做任意扩大。这一原则也符合我国《中华人民共和国刑事诉讼法》相关条款的立法本意。

2、比例原则。从司法实践看，是否遵守了这一原则，需要从被查封、扣押财物的利用方式、使用频度、与犯罪行为的关联程度上，或从被查封、扣押财物的价值大小、没收结果与犯罪后果的对比程度上加以判断。如没收在轻微犯罪行为中作为交通工具的汽车，没收之结果与犯罪情节两者相比显然过当，即属违背比例原则。

3、证据裁判原则。在刑事案件中，被查封、扣押财产的事实也是案件事实的重要组成部分，因此也应当遵行证据裁判原则，全面把握案件证据来进行审查。具体而言，被查封、扣押财产事实包括涉案财产来源、性质、用途、权属及价值等属性方面的事实，证明



## 每周法规与热点信息速递

被查封、扣押财产事实的证据材料包括但不限于相关的被告人供述、证人证言等言辞证据，购买凭证、转账凭证、权属证明等书证，评估意见、价值鉴定等鉴定意见。

### （二）建议建立专案移送制度

司法实践中，证明被查封、扣押财产事实的相关证据往往混杂在证明犯罪事实的证据之中，两者相互混合、杂糅不清，因此笔者建议建立专门的被查封、扣押财产状况随案移送制度，即自侦查阶段始，要求侦查机关、检察机关针对被查封、扣押财产状况，单独立卷，制作财产清单，随案移送，以便后阶段司法机关及审判机关进行审查、审理。

如，在陈某、许某等组织、领导、参加黑社会性质组织案中，法院在受理后即着手梳理该黑社会性质组织及其成员的财产状况，分门别类，逐一登记，逐项核查，对被查封、扣押财产予以准确界定，对不应当查封、扣押的财产及时予以解封、解冻，并且，先后建议侦诉机关补充财产证据材料 30 余项，专项随案移送。

### （三）建议完善查封、扣押财产后的救济路径及责任机制

#### 1、明确司法机关负有救济义务的正当性

《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百四十五条规定：“对查封、扣押的财物、文件、邮件、电报或者冻结的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产，经查明确实与案件无关的，应当在三日以内解除查封、扣押、冻结，予以退还。”

《公安机关办理刑事案件适用查封、冻结措施有关规定》第五十一条规定：“受理申诉或者控告的公安机关应当及时进行调查核实，并在收到申诉、控告之日起三十日以内作出处理决定，书面回复申诉人、控告人。发现公安机关及其侦查人员有上述行为之一的，应当立即纠正。当事人及其辩护律师、诉讼代理人、利害关系人对处理决定不服的，可以向上级公安机关或者同级人民检察院申诉。上级公安机关发现下级公安机关存在前款规定的违法行为或者对申诉、控告事项不按照规定处理的，应当责令下级公安机关限期纠正，下级公安机关应当立即执行。必要时，上级公安机关可以就申诉、控告事项直接作出处理决定。人民检察院对申诉查证属实的，应当通知公安机关予以纠正。”

《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》第十三条规定：“完善权利救济机制。人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关应当建立有效的权利救济机



## 每周法规与热点信息速递

制，对当事人、利害关系人提出异议、复议、申诉、投诉或者举报的，应当依法及时受理并反馈处理结果。”

《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十五条规定：“执行过程中，案外人或被害人认为刑事裁判中对涉案财物财产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，应当告知异议人通过审判监督程序处理。”

根据上述规定，在刑事诉讼的整个过程中，公安、检察院、法院各机构均对此类事项负有救济义务，但权力、责任的分散直接导致各机构会出于不增加工作量、不出错、减轻责任的考虑，造成了最终互相推诿、往后推诿的结果，最终导致的就是权利人无法寻求到切实有效的救济途径。而在刑事诉讼的程序设置中，建立通畅的救济渠道，集中权责，有受理，有反馈，这是完善权力救济机制的关键。

### 2、明确追责机制，调整追责方式及范围

《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》第十六条规定：“健全责任追究机制。违法违规查封、扣押、冻结和处置涉案财物的，应当依法依规给予处分；构成犯罪的，应当依法追究刑事责任；导致国家赔偿的，应当依法向有关责任人员追偿。”

现有法律文件对违法违规查封、扣押、冻结和处置涉案财物责任追究机制的规定亦较为笼统，但全面的追责机制并不有利于权利的救济，特别在现有规定中各机构自审自查的权责形式下，会陷入一种非良性循环。首先基层错误理解追责的范围或扩大化解释，认为有错误查封即属违法违规，违法违规即有责。在此种意识观念下将会直接导致对审查、核查责任的抗拒，不愿做出结论或直接进行推诿，抑或者不审查即直接做出否决意见。而权利人在继续向下一机构寻求救济时，之前的决定或推诿又会造成负面影响，或因有前阶段严格“追责”的存在，致使后阶段的相关人员不愿去做出结论，继续推诿以致不了了之。

因刑事诉讼过程是一个非常复杂的过程，每一个刑事案件均有其特殊性，合法与非法交织在一起，更有嫌疑人善于使用合法的形式或行为去掩饰非法目的。关系到相应财产的查封、扣押行为时，甄别上会更加困难，难免有疏漏或错误。因此，笔者建议在完善救济途径的同时，更应明确追责方式以及追责的范围。即明确排除“合法合规”而存在错误时



## 每周法规与热点信息速递

追责的可能；明确“违法违规”需追责时“违法违规”行为的特征；以及增设相关责任机关在权利人申请救济时“不作为、不审查、推诿”时的相应责任。以此方式可以减轻相关责任人员的负担，从侧面排除权利人取得救济的内部阻碍，增加不作为的责任，防止大范围或常态化的推诿现象发生。

习近平总书记在省部级主要领导干部学习贯彻十八届四中全会精神全面推进依法治国专题研讨班上明确提出：“全面依法治国要把依法治权、依法治官作为重中之重，切实把权力关进法律和制度的笼子里。依靠法治是规范权力行使、制约权力滥用、遏制权力腐败的重要路径。只有从根本上完善法律体系和法治机制，才能更好地用制度和法律去管干部、管权力。”

刑罚作为最严厉的惩罚措施，在刑事案件中，更应当对于司法权力的行使予以具体化、精确化，完善司法体制和制度，防止权力的滥用，将“权力关进制度的笼子里”，这也是全面依法治国的要求。我们呼吁司法机关在刑事诉讼过程中提高对查封、扣押财产进行审查的重视程度，并针对被查封、扣押财产的情况建立有效的沟通及反映渠道，让犯罪嫌疑人、被告人及相关权利人能有相对通畅的权利救济途径，从而保证“每一个人民群众在司法中感受公平正义”。

来源：天达共和法律观察

作者：汤岑志 朱梦阳 桂凡

---

## 律师名片

---



**汤岑志**

天达共和合伙人

武汉办公室

Mail : tangcenzhi@east-concord.com

Tel : + 8627 8730 6001



## 每周法规与热点信息速递

主要从事商事争议解决、基础设施、金融等业务。自执业以来，曾为省交投、联交投、房投、长江投、省高投、铁投、省建投、国开行、中行等大型国有企业、行政机关及银行金融机构提供过法律服务。熟悉企业投资、融资、并购、重组、基础设施项目融资等交易。曾代理及参与过某商业银行之间信用证垫款及担保纠纷、某集团控股公司及关联公司系列民事诉讼、某公司债权保全纠纷及综合债权清收、金凰集团系列案件等争议标的金额特别巨大的商事争议解决案件，擅长处理各种类型的商事纠纷。此外，汤岑志律师熟悉金融及资本市场导向，充分了解客户对法律服务的需求与要求。

## 律师名片



**朱梦阳**

天达共和律师

武汉办公室

Mail : [zhumengyang@east-concord.com](mailto:zhumengyang@east-concord.com)

Tel : + 8627 8730 6528

朱梦阳律师主要执业领域为银行与金融、民商事争议解决及刑事法律服务，曾为湖北省人大常委会办公厅、湖北省国土资源厅、湖北省长江经济带产业基金管理委员会办公室、武汉临空港投资集团有限公司等政府机关、国有企业；国家开发银行湖北省分行、中国工商银行股份有限公司武汉分行、中国建设银行股份有限公司武汉省直支行、平安银行股份有限公司武汉分行、中国信达资产管理股份有限公司湖北省分公司等多家金融机构提供法律服务，并在职务犯罪、经济犯罪、金融犯罪等方面具有丰富的刑事辩护经验。



---

## 律师名片

---



**桂凡**

天达共和律师

武汉办公室

Mail : [guifan@east-concord.com](mailto:guifan@east-concord.com)

Tel : + 8627 8730 6528

桂凡律师主要执业领域为金融、建设工程与房地产、商事争议解决。曾为国家开发银行湖北省分行、湖北省建设投资集团有限公司、湖北烟草投资管理有限责任公司、中国信达资产管理股份有限公司湖北省分公司等多家金融机构和大型企业提供常年及投资并购、土地尽调等专项类法律服务。执业期间，曾代理金凰集团系列金融借款纠纷案件等多起复杂且争议标的的金额巨大的重大诉讼案件，在商事争议解决、建设工程、投融资风险防控等方面有丰富的经验。

成功，始于助人成功



心有敬畏，行有所止。

——曾国藩

天达共和律师事务所  
East & Concord Partners



咨询热线 +8610 6590 6639  
北京市朝阳区东三环北路8号亮马河大厦写字楼1座20层

网址：[www.east-concord.com](http://www.east-concord.com)

邮箱：[beijing@east-concord.com](mailto:beijing@east-concord.com)

