



2021年7月21日
星期三

法学院

LEGAL DAILY

专刊主编:蒋安杰
见习编辑:刘秀宇
美编:李晓军
责校:邓春兰
电子信箱:angelar1102@163.com



跨境电商走私犯罪法律分析 及其合规不起诉的实现进路

下

恶劣的走私案件,应当适用从严的刑事政策,依法严厉打击;对于一些情节轻微偷逃税额不大,且积极退赃或者愿意补缴税款,接受处罚的,依法适用从宽的刑事政策。二是因人而异,对于主观恶性较深的犯罪分子,如惯犯、累犯等,应依法从重处罚;对主观恶性不大,人身危害性小,在事发后认罪悔罪的,依法予以从宽处理。

2.对跨境电商不合规行为从宽处置具有合理性。从监管层面看,目前对跨境电商零售行业的主要监管依据仅为商务部、海关总署等部委发布的规范性文件,政策导向强,立法层级低,显然是希望在从业者探索创新的基础上逐步总结经验教训和监管要点,再以完善的高位阶立法进行调控。从实践中看,有很多商业模式是否构成走私还存在争议。因此,对于跨境电商企业在先试先行,尝试创新中的无心之过,不应一律施以刑罚处罚,而应区分情形,宽严相济,提供改过自新的机会。

根据传统刑法理论对自然犯和法定犯的划分,走私犯罪属于典型的法定犯,法定犯并非当然具有反社会性与反道义性,其是由于违反了行政法规或特定政策的规定才构成的犯罪,因此又被称为“行政犯”。走私犯罪是以违反海关相关行政法规为前提条件,情节严重到应当受到刑法处罚的行为。既然走私犯罪是以行政法规上的评价为前提,而判断税款损失的依据是通关环节直接纳税义务人是否享有税收优惠资格。对于主观上要合规经营,且符合消费者个人交易限额,没有出现偷逃税后果的企业,即使在报关中使用了虚假的身份、支付或物流信息,也应认定为违规。例如,对于“推单”模式,尽管在形式上违反了海关的监管规定,但如果收件人确为实际消费者,且形式支付不存在低报价格的情况,就不会造成税款流失,不应上升至刑事处罚层面。另外,对于确属走私犯罪的案件,如果涉案企业符合合规不起诉条件且愿意进行合规整改,应适用合规不起诉制度予以从宽处理。

正如前文所述,跨境电商进口方式多样,在对其进行罪与罚的判断时,不能简单地以“三单”是否匹配作为依据。根据理论界和实务界的共识,走私犯罪的成立必须以存在税款损失为前提,而判断税款损失的依据是通关环节直接纳税义务人是否享有税收优惠资格。对于主观上要合规经营,且符合消费者个人交易限额,没有出现偷逃税后果的企业,即使在报关中使用了虚假的身份、支付或物流信息,也应认定为违规。例如,对于“推单”模式,尽管在形式上违反了海关的监管规定,但如果收件人确为实际消费者,且形式支付不存在低报价格的情况,就不会造成税款流失,不应上升至刑事处罚层面。另外,对于确属走私犯罪的案件,如果涉案企业符合合规不起诉条件且愿意进行合规整改,应适用合规不起诉制度予以从宽处理。

四、跨境电商走私犯罪合规不起诉的实现进路

跨境电商作为一种尚未定型的新兴业态,行政监管政策、立法尚且在完善之中,对跨境电商行业发展过程中出现的种种问题,不宜轻易对企业动用刑事手段,尤其要注意避免出现对新兴行业“秋后算账”“一刀切”等激进做法。但谦抑不等于无原则的退让,对于确已符合犯罪构成要件的行为办案机关也不能置之不理,最高检目前正在试行的合规不起诉

制度,恰恰能够弥合鼓励创新与打击违法之间的缝隙,在敦促企业合规整改,回到正轨的同时,对新兴行业、创新做法提供改错机会。结合各试点检察机关在实践中的经验,我们对跨境电商走私犯罪合规不起诉的实现提出以下几点建议:

(一)合理适用合规不起诉制度
一是要积极转变思维。检察机关应积极响应最高检平等保护民营企业、少捕慎诉的精神,扭转“重打击轻保护”的办案思维模式,在打击与惩罚犯罪的同时注重预防企业违法犯罪,指引企业合规经营,服务保障经济社会高质量发展。对于符合合规不起诉条件的企业,应用尽用。

二是合规不起诉不应与法定不起诉或存疑不起诉混淆。无论是检察建议模式还是相对不诉模式,实际上都是在企业构成犯罪的条件下基于刑事政策和检察院的自由裁量空间给予的政策优惠。尽管企业暂未提起公诉,也未接受实际刑罚,但刑事合规程序的启动仍会对企业的商誉产生影响。因此,如果企业本身并没有犯罪事实,或现有证据不足以证实企业构成犯罪,应当按照法定不起诉或存疑不起诉处理,不应适用合规不起诉。

(二)采用“相对不诉”模式
目前,各试点检察院在探索合规不起诉制度的司法实践中,主要采取的是“检察建议”模式和“相对不诉”模式。在检察建议模式下,检察机关在对涉案企业作出不起起诉决定的同时依职权提出检察建议,通过检察建议要求涉案企业健全、完善或落实相应的合规管理。在相对不诉模式下,检察机关发现涉案企业有合规管理意愿后,责令涉案企业提交合规计划,作出合规考察期决定、决定合规考验期并指派第三方合规监人,最终由检察机关根据合规考察情况,作出起诉或不起起诉决定。

笔者认为,检察建议模式缺乏约束力,而相对不诉模式更能体现合规不起诉制度的精神和优势。从实践中看,检察建议模式一般是检察机关在作出不起起诉决定后提出的检察建议书,但检察机关不会根据整改结果对涉案企业采取奖励或惩罚措施。这样的制度设计难以约束涉案企业完成合规体系的建设,使合规不起诉制度浮于表面,流于形式。而在相对不诉模式下,检察机关对于承诺采取合规整改的企业确定考察期,根据企业建立的合规体系和整改效果决定是否起诉,迫使涉案企业主动进行合规整改。同时,适用相对不诉的检察机关,一般会设置半年到两年的考察期,并责令企业定期提交进展报告,这显然更有助于企业真正建立有效的专项合规计划,降低企业未来违法犯罪的风险。因此,在跨境电商走私犯罪合规不起诉试点工作,乃至今后的立法修改中,应采用相对不诉模式,由检察机关根据跨境电商企业走私的具体情况确定考察期,并要求涉案企业定期提交整改报告,在考察期满后认为其合规整改有效的,作出不起起诉决定;对考察期内违反相对不诉整改要求或有其他犯罪行为的,撤销相

对不诉决定,并提起公诉。

(三)加强与海关部门的合作
跨境电商走私案件往往较为复杂,证据材料多、工作量大,侦查过程往往长达数月。因此,在检察机关介入前海关部门可能已对涉案企业及其负责人采取了冻结账户、扣留货物和拘留等强制措施,使得企业的生产、投资、经营甚至生存都面临困难,“办理一个案件,搞垮一个企业”的后果已经形成。在此情况下,即使检察机关再对涉案企业采取合规不起诉措施,也难以达到保护企业的作用。因此,检察机关应加强与海关缉私部门的沟通联系,缉私部门在对涉案企业作出立案决定后,发现案件符合适用合规不起诉法定条件的,可以及时将案件移交检察机关审查确认。

检察机关应与海关合作共同完成合规整改考察。跨境电商企业合规体系的建设往往包含了规范进出口业务流程,确保申报内容真实准确、妥善保管会计账簿和进出口单证等资料,专业性较强。检察机关应与涉案企业的主管海关共同对企业的合规整改结果进行考察,充分听取海关意见,如此才能科学且高效地督促企业建立风险管控和合规体系,并对企业的合规整改结果出具专业结论。

(四)完善合规不起诉监督制度
合规不起诉制度改革必然会使用一部分本应受到刑法处罚的涉案企业免于被起诉,获得从宽处理,这样会令社会公众对适用该制度的正当性和公平性产生质疑。因此,为打消社会公众的疑虑,同时防止检察机关滥用自由裁量权,应加强合规不起诉的公开透明程度,完善合规不起诉监督制度。
一是加强内部监督。(1)发挥检委会决策职能。在决定对涉案企业进行合规考察前,承办检察员应将案件情况说明、企业整改及监督计划和第三方监控人情况等提交至检委会,报检委会讨论决定。(2)建立上级检察机关审查监督机制。在合规考察期满,作出不起起诉决定前,承办检察员应报送上级检察机关公诉部门审查,上级部门认为决定不当的,可以责令下级部门撤销合规协议,提起公诉。

二是强化外部监督。(1)建立听证程序。检察机关应召开听证会听取各方意见,包括海关、第三方监控人、涉案企业及其律师的意见,在作出合规不起诉决定前应综合考虑各方意见。(2)设立公示制度。作出合规不起诉决定前,检察机关应将案件情况说明、企业合规整改及考察计划和第三方监控人情况等向社会公开,设置异议期,接受社会的监督,并对提出的异议进行审查。同时,在作出合规不起诉决定后,检察机关应对对涉案企业作出合规考察的全部相关材料,根据办理案件的年份和编号予以公布,持续接受社会各界的监督。

(《跨境电商走私犯罪法律分析及其合规不起诉的实现进路(上)》详见于《法治日报》2021年7月14日9版)

(作者单位:金杜律师事务所)



法界动态

本报讯 记者蒋安杰 7月16日,由中国人民大学法学院、中国人民大学劳动法和社会保障法研究所、中国人民大学法学院社会法教研中心、中国劳动和社会保障法律网主办,中国社会法学会研究会支持的“劳动基准法专家建议稿(中国人民大学版)”研讨会在中国人民大学举行,发布会采取线上线下相结合的方式。中国人民大学副校长兼法学院党委书记、院长王铁教授,人力资源和社会保障部劳动关系司副司长李俊,全国人大常委会法制工作委员会社会法室原副主任张世诚,中国人民大学法学院社会法教研中心主任林嘉及多位劳动法专家发言,丁晓东副教授主持。

王铁表示,劳动法是一个渗透着人文关怀理念的法律领域,劳动基准法是劳动法的重要组成部分,在中国特色社会主义法律体系中具有举足轻重的地位。劳动基准法是具有劳动条件的法律,是对劳动者权益进行保护的最低标准,与广大人民群众利益息息相关。

林嘉以《劳动基准法专家建议稿(中国人民大学版)的内容与亮点》为题作主题报告。林嘉表示,2018年十三届全国人大常委会发布的立法规划将基本劳动标准列为第三类项目,党的十八大以来以习近平同志为核心的党中央高度重视保障劳动者权益,劳动标准立法逐步提上日程。四是对外比较法经验的借鉴与本土化相结合。目前呈现的劳动基准法专家建议稿(中国人民大学版)共计十章117条,十章分别为:总则,工作时间,休假,工资,职业安全卫生,女职工,未成年工、高龄劳动者、残障职工特殊劳动保护,特别规定,监督检查,法律责任。附则。

林嘉还章介绍了劳动基准法专家建议稿(中国人民大学版)的内容和亮点。在适用范围上,既涵盖劳动法与劳动合同法规定的适用范围,也包括各类具有保护必要的灵活就业人员,以适用新业态的发展,保障新业态从业者的劳动权益。在总则中,还明确了劳动者享有隐私和个人信息受法律保护的权利,明确了用人单位负有保障劳动者人格尊严、营造性别平等的工作环境、防治职场性骚扰的义务。这些条款与民法典以及正在审议的个人信息保护法草案等形成良性互动。在工作时间部分,明确界定了工作时间的计算范围,特别是明确了不定时工作制、综合工时制的适用场景以及上述两种特殊工时制度审批和备案的适用情形,并强化了用人单位对采用特殊工时制度的劳动者负有保障其休息权和身心健康的义务;同时,适度放宽了延长工作时间的限制,但在法律责任上专章强化了违反延长工时规定的法律责任,做到收放协调。在休假部分,对假期种类进行了统一和整合,以法律的形式确认了部分假期种类,对于带薪年假的休假天数和休假条件作出适当调整,降低休假门槛,提高休假天数。对社会关注度较高的带薪年假放假安排的问题,进行了灵活处理,在保证基本休假的前提下,允许劳动者和用人单位进行协商。在工资部分,明确了劳动者享有自由支配工资的权利,明确了紧急情况下工资提前支付制度,工资延期支付的适用情形和制度规范、停工停产情形下工资支付的规则。在女职工特殊保护方面,为响应国家人口政策,规定了生育二胎、三胎延长产假天数的情形,同时规定了配偶陪产假;保障女职工的职业发展权,明确女职工产假结束返岗复工后,用人单位应当恢复其原工作岗位,不得降低或变相降低其工资待遇。另外,增加了对高龄劳动者和残障劳动者保护规定,等等。林嘉表示,一部良好的劳动基准法需要多方共同努力,课题组认真总结研讨会经验,改进劳动基准法专家建议稿(中国人民大学版),争取补足短板,以完整版提交给有关机关作为立法参考资料,推动中国劳动基准法的立法进程。

北京大学教授叶静漪,中国人民大学教授常凯、黎建飞、清华大学教授郑尚元,全国人大常委会法制工作委员会社会法室原副主任张世诚,社会法室干部朱涛,中国劳动和社会保障科学研究院主任王文珍,金杜律师事务所合伙人律师姜俊禄,中国政法大学教授赵红梅、姜宇、王显勇,中央财经大学教授沈建峰,首都经贸大学教授范围,中国劳动关系学院教授肖竹等专家学者与会,与会领导和专家表示,作为国内第一部完整呈现的劳动基准法专家建议稿,具有前瞻性、引领性、综合性和探索性,林嘉教授带领的团队作出了重要的贡献。研讨中与会专家对劳动基准法的基本理念、劳动基准法在劳动法律体系中的定位、与其他法律之间的关联与衔接、劳动基准法的国外立法模式等进行了讨论,并对具体的条文提出建议。

劳动基准法专家建议稿(中国人民大学版)研讨会举行

“刑民(行)关系与犯罪认定”之十三

擅自转移、变更股权不构成职务侵占罪



刑法光图

□ 周光权 (清华大学法学院教授)

在司法实务中,股权能否成为职务侵占罪的对象,一直是有争议的问题。对此,实务上多数判决主张股权能够成为本罪对象。在林惠荣被控侵占股权案中,法院认定被告人林惠荣利用担任公司执行董事等职务便利,未经股东池某、张某2、游某的同意,伙同林明武伪造《股权转让协议》《关于同意池某股东股权转让的答复》《关于同意张某2股东股权转让的答复》《关于同意游某股东股权转让的答复》等文件,委托漳浦正通企业服务有限公司办理变更登记,将股东池某、张某2、游某的股权变更至林明武名下,非法占有他人的股权(价值计184万余元),其行为已构成职务侵占罪。遂判处其有期徒刑7年(福建省漳州市中级人民法院[2016]闽06刑终254号二审刑事裁定书)。

对类似案件,通常能够得出有罪结论的主要考虑是:

首先,职务侵占罪的对象是财物,对其应做扩大解释,应当包括财产性利益,而股权是典型的财产性利益。关于股权属于财物,有司法解释可以提供支撑。依据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理国家出资企业职务犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第一条的规定,国家工作人员利用职务上的便利,在国家出资企业改制过程中故意通过低估资产、隐瞒债权、虚设债务、虚构产

权交易等方式隐匿公司、企业财产,转为本人持有股份的改制后公司、企业所有,应当依法追究刑事责任的,以贪污罪定罪处罚。既然股权可以成为贪污对象,其自然就可以成为职务侵占对象。

其次,我国刑法并没有将职务侵占罪的客体局限于物权法上的财产所有权。我国物权法规定,可以依法转让的基金份额、股权等财产性权益也属无形财产;刑法第九十二条规定,公民私人所有的财产包括依法归个人所有的股份、股票、债券和其他财产。股权等无形财产属于公司、企业财产。

再次,股权属于公司的合法财产。根据公司法的基本原理,股东个人将资产交给公司后,该财产与股东个人脱离,股东个人不再对该财产享有支配权,而公司作为具有虚拟人格的法人实体,对股东的财产享有独立支配权,因此,侵害他人股权就是侵占公司财物。在林惠荣被控侵占股权案中,法院就认为,因股东出资后,个人就不再对该财产享有支配权,由全部股权所形成的整体财产权益归属公司所有,与股权所对应的财产份额同样属于公司所有,在侵害被侵占股权股东权益的同时,必然侵害公司的财产权益。

最后,对被告人定职务侵占罪似乎有一定的规范依据。公安部经侦局《关于对非法占有他人股权是否构成职务侵占罪问题的意见》(2005年6月24日)中明确规定:“对于公司股东之间或者被委托人利用职务便利,非法占有公司股东股权的行为,如果能够认定为行为人主观上具有非法占有他人财物的目的,则可对其实利用职务便利,非法占有公司管理中的股东股权的行为以职务侵占罪论处。”此后,全国

人大常委会法工委《关于公司人员利用职务上的便利采取欺骗等手段非法占有股东股权的行为如何定性处理的批复的意见》(2005年12月1日)也指出:“据刑法第九十二条规定,股份属于财产。采用各种非法手段侵吞、占有他人依法享有的股份,构成犯罪的,适用刑法有关非法侵犯他人财产的犯罪规定。”

但是,从理论上分析,上述四点定罪理由未必站得住脚,不宜将转移股权行为认定为职务侵占罪,其主要理由在于:

其一,非法转移他人股权可能给公司管理活动带来困扰,但其和公司财产权受损是两个概念。认定被告人有罪的判决立场通常主张公司股东的股权可以转让,股权具有货币价值,伪造股权转让协议变更持有股权的股东,非法侵占公司管理中的他人股权,不仅侵害了股东个人的财产权,更会直接对公司的经营和管理产生影响。然而,这不能成为支撑定罪的理由,如果行为人是擅自变更股权,后续并未再进一步侵害公司财产,难以认为侵占股东的股权就是侵占公司财物。擅自变更股权,可能影响股东本人的权利(如参加股东会决定公司投资经营以及公司合并、分立、变更、解散、清算等重大事项);在公司解散时,公司在了结外部债务后,按股东出资比例将剩余财产分配给股东,由此看来,侵占他人股权的行为,其直接后果是会减损股东个人的财产权,影响股东其他权利,但不会造成公司财产受损的后果。

其二,必须重视本罪的保护法益。本罪属于侵犯财产权,能够成为本罪对象的财物必须是“本单位财物”。按照公司法的基本原理,股权是指股东基于其出资在法律上对公司所享有的权利。股权

的核心是财产权(股利分配权、剩余财产分配权),对公司拥有多少股权就意味着股东在公司享有多少财产权;股权转让收益也归属于持股股东。因此,股权说到底还是股东对于公司所享有的财产权益的体现,即股东股利利益的价值,其本质上不是公司财物。无论股东之间的股权如何进行转移,公司的出资总额、财产总量等“本单位财物”都不会减少,受损的只能是特定股东的个人权益。

其三,虽然公安部经侦局前述《工作意见》中规定非法占有公司股东股权的行为应以职务侵占罪论处,但其位阶较低,不属于司法解释,不具有法律约束力。全国人大常委会法工委前述批复也仅规定“采用各种非法手段侵吞、占有他人依法享有的股份,构成犯罪的,适用刑法有关非法侵犯他人财产的犯罪规定”,并未明确被告人的行为一定构成职务侵占罪,其实,对侵占其他股东股权(而非本单位财物)的行为以刑法第二百七十条(普通)侵占罪(而非本罪)论处,也符合全国人大常委会法工委前述批复的精神。

应当指出,也有少数判决认同侵吞、非法占有股权不构成职务侵占罪的观点。在艾某转移股权无罪案中,被告人艾某为浙宁公司总经理,持有公司33.33%的股份。艾某在未征得股东郭某乙、公司实际控制人郭某甲同意的情况下,指使公司工作人员,以虚假股东会决议、股权转让协议等材料将公司法定代表人由郭某乙变更为艾某,并将郭某乙、郭某甲名下66.66%股权变更登记在艾某名下。法院认为,被告人的行为客观上没有侵害其本单位财物,主观上没有侵占故意,据此作出无罪判决(宁夏回族自治区石嘴山市惠农区人民法院[2017]宁0205刑初121号刑事判决书)。在这方面,实践中的“罕见判决”反而是值得重视的。

(“刑民(行)关系与犯罪认定”之十二详见于《法治日报》2021年7月14日9版)