



金融行业的刑事风险防范研判



金融行业的风险来自于三个方面

近年来,随着金融领域的创新活动不断,问题也层出不穷:金融行业的风险来自于哪些方面?哪些措施才能守住企业的“生命线”?怎样加快建设企业合规的管理体系?白建军希望UFAFKU系列沙龙的持续开展,能够帮助企业家们深度了解金融行业的法律风险点,帮助企业构建个性化的合规管理体系,真正从源头上起到防范刑事风险的作用,助力整个市场经济的良好发展。

白建军表示,金融行业的刑事风险至少三个方面,分别是金融业的刑法风险、业务本身、高管道德风险。在白建军看来,从资产业务到负债业务,到资金管理业务,到信托业务等,金融机构的所有业务环节都有来自两个方面的金融风险,作为金融机构可能是被害人,同时也可能是被告人。比如,贷款这一个业务环节,作为被害人的,贷款诈骗、骗取贷款、套取贷款高利转贷;作为被告人的,违法发放贷款,这就是来自业务环节的刑事风险。什么是道德风险?白建军举例说,从最早的巴林银行案,到前两年某某行39亿的票据调包案,从飞单到抽屉协议,所有这些其实背后都有一个共性,都不是典型的偷鸡摸狗,不是典型的把钱装到自己兜里就好了,而是怀着一种侥幸心理、赌徒的心态赌一把,总以为挪出去会尽快还回来的,这就是失去了道德犯罪的最后一道防线。

金融行业风险不仅来自于法律

赵运恒结合三个热点案件提出大辩护的概

念,倡导一个大思维、大思路。他特别谈到,比如:某股份制银行董事长的案件,被指控的其中一个罪名是违法发放贷款罪,涉及金额35亿元。原因是一家房地产开发企业需要贷款,向银行申请开发贷,但是经过初步审查不符合贷款条件。后来这家企业将贷款申请变成了并购贷,由另外一家企业来收购目标企业,然后贷款的主体就换成了新企业。通过这样的变换,这一贷款获得评审委员会所有委员的一致同意并成功获得了贷款。更换了贷款理由和贷款主体,以及保证人什么都变了,从放贷过程和法律关系看是合规的,但最终法院依然判决违法发放贷款罪成立,理由是“以合法的形式掩盖了非法的目的”。因此,赵运恒建议律师辩护不要局限于案件的事实本身,法律适用本身,一定要把眼光放到案件的背后、案件之外,用更开拓的视野来看合规问题。

北京星来律师事务所合伙人王唯宁表示,金融行业的刑事法律风险不仅仅是施害,更重要的是被害,模糊的施害和忽略的被害都需提防。在他看来,金融机构作为被害主体的涉刑法律风险,主要有三点:一是金融机构合作的律师多为民事或者非诉律师,当遇到财产损失或者业务受阻时,常常采取民事手段进行维权,但在刑事律师看来,会更加进行风险溯源,可能在最初的业务合同就潜在了被诈骗或者虚假诉讼的风险,这是第一个我们忽略的误区;第二个最容易忽略的误区就是有些企业的员工不当履职行为,如果在刑事角度深挖的话,员工挪用资金、职务侵占等行为都会对金融机构自身造成损失,而这些也可以通过刑事手段进行预防和整治;第三个是误判可能存在的金融机构涉刑后高管的财产

风险,在刑事律师角度规范的话,我们会综合评估高管财产是否存在长期被查封、冻结、罚没涉案财产(非善意第三人)的风险。

竟天公诚律师事务所合伙人刘思远以康得新案、昆明机床案、恒康医疗案为例,详细解读了中办、国办对证券市场违法行为的管控政策,解剖了财务造假的常见手法、内幕交易的认定思路和信息型操纵市场行为的主要特征,并在此基础上提示上市公司董监高可能触及的行为边界及刑事责任后果。

刘思远表示,对于涉及财务造假的上市公司,组织、策划、执行的董监高,可能面临以欺诈发行股票/债券罪、违规披露/不披露重要信息罪、合同诈骗罪等罪名追究刑事责任。实施财务造假的过程中可能还伴生伪造公章罪、虚开增值税发票罪、挪用资金罪等,数罪并罚最高可能被判无期徒刑。对于新型的信息控制性操纵,监管机构 and 司法机关在执法、司法实践中,对客观行为的违法性要求不高,更看重主观动机,所谓君子爱财取之有道,上市公司需要杜绝用灰色地带的市值管理抬高公司股价的走捷径心态,扎扎实实修炼内功,提高企业的核心竞争力从而提升企业真实价值,更好地回报全体投资者。

北京大学法学院教授邓峰在点评时指出,随着中央加强对证券违法违规行为的打击力度,资本市场信息披露违法违规(以财务造假尤为严重)行为、内幕交易行为、操纵市场行为均有引发刑事追诉的风险。尤其是上市公司董监高,身处各种信息的暴风眼,稍有行为不慎,就可能就触发刑事责任。因此,企业需要专业的刑事律师事前进行刑事合规的风险管控。

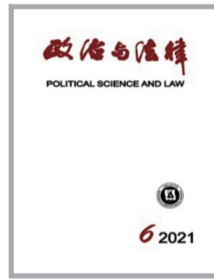
观点新解

魏斌谈司法人工智能融入司法改革的途径——构建司法改革成效评估的科学方法



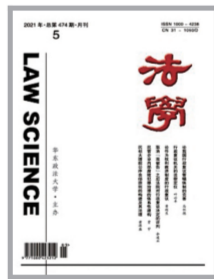
浙江大学光华法学院魏斌在《现代法学》2021年第3期上发表题为《司法人工智能融入司法改革的难题与路径》的文章中指出:司法人工智能融入司法改革是新一代科学技术推动司法改革的新范式。司法人工智能融入司法改革的法理表达是“数字正义”,它运用法治思维和法律方法为司法改革提供适用的理论解释和方法论支持。然而,司法人工智能面临着公正和效率价值的失衡,实践上仍难以满足司法改革的需求,技术上存在算法不可解释和过拟合的瓶颈,还缺乏精细化评估司法改革成效的科学方法。未来路需要从顶层设计上构建多维司法价值均衡发展的科学理论,研发遵循司法规律的智能化应用,建立以司法人员为中心的人机协同机制,构建司法改革成效评估的科学方法,制定司法人工智能的伦理规范,探索适应司法数字化改革的诉讼制度。

陈锦波谈不实网络信息散播行为的治理——存在“管制论”“反管制论”两种规制模式



中国政法大学陈锦波在《政治与法律》2021年第6期上发表题为《不实网络信息的中介者式法律规制》的文章中指出:散播不实网络信息,是指行为人为误导公众去将未经证实的事项当成事实,或者误导公众去质疑已经经过验证的事实之情形。对于不实网络信息散播行为的治理,学界当前主要存在“管制论”和“反管制论”两种规制模式的主张。在数字时代,这两种规制模式实际上都已呈现出不足之处。应当转向提倡“经销商式”网络平台规制这一中介者式的法律规制模式,并在条件成熟时通过制定专门的网络信息使用与保护法来确认该种新型规制模式。

王太平谈驰名商标反淡化保护——是对商标通信、广告、投资功能的保护



广东外语外贸大学法学院王太平在《法学》2021年第5期上发表题为《论我国未注册商标驰名商标的反淡化保护》的文章中指出:我国现行商标法及其未注册商标制度滥觞于知识产权适度保护时代,已不能适应严格知识产权保护制度的要求。驰名商标反淡化保护是消费社会发展的必然要求,实质上是对商标的通信、广告、投资功能的保护,追求的是商标所有人利益保护的正当性。未注册商标符合反淡化保护的这种实质,具有反淡化保护的正当性。

冯铁拴谈法解释方法下的税法实施条例——具有“执行性+职权性”属性的行政法规



武汉工程大学法商学院冯铁拴在《甘肃政法学报》2021年第3期上发表题为《论税法实施条例的功能定位与立法边界》的文章中指出:法解释方法下,税法实施条例的定位系具有“执行性+职权性”属性的行政法规,其功能包含解释税法法律和补充税法法律中与财税行政管理事项相关的未尽事宜。然而立法文本表明税法实施条例既有解释税法法律条款的面向,也有补充税法法律漏洞的效用,还有承接税法法律授权要求的作用。经由税法法定原则的法治检视,税法实施条例所承担的税法解释、补充法律漏洞、承接法律授权这三类功能与之依次高度吻合、部分吻合、完全相悖。税法实施条例既有解释税法法律条款的面向,也有补充税法法律漏洞的效用,还有承接税法法律授权要求的作用。经由税法法定原则的法治检视,税法实施条例所承担的税法解释、补充法律漏洞、承接法律授权这三类功能与之依次高度吻合、部分吻合、完全相悖。税法实施条例既有解释税法法律条款的面向,也有补充税法法律漏洞的效用,还有承接税法法律授权要求的作用。经由税法法定原则的法治检视,税法实施条例所承担的税法解释、补充法律漏洞、承接法律授权这三类功能与之依次高度吻合、部分吻合、完全相悖。税法实施条例既有解释税法法律条款的面向,也有补充税法法律漏洞的效用,还有承接税法法律授权要求的作用。经由税法法定原则的法治检视,税法实施条例所承担的税法解释、补充法律漏洞、承接法律授权这三类功能与之依次高度吻合、部分吻合、完全相悖。

(赵珊珊 整理)

孔子“无讼”思想的现代性阐释

法律文化

□ 郭少杰

孔子“无讼”思想中的“无”并非现代意义上的“没有”之意。孔子恰恰是在谈论“听讼”时说到“无讼”的理想目标,“无讼”是对“听讼”的参照和修正,因此在这里不是“没有”“不”的意思,而是“过犹不及”、“适当、适量、适时、适可而止”等中庸之义。(《论语·子罕》:“吾有知乎哉?无知也。有鄙夫问于我,空空如也,我叩其两端而竭焉。”孔子称自己“无知”,是对自己的自知之明,当然这里的“无知”也不是说“没有知识”,而是说自己只有一部分知识,不是“全知”。“无知”是介于“没有知识”和“无所不知”的中庸状态,这是从“叩其两端”的方法得出的符合实际的结论:“无讼”是介于“没有诉讼”和“无所不讼”的中庸状态,这种对“无”的中庸理解才是正解,与孔子的整个思想体系是吻合的。

古代的“讼”专指民事诉讼,只要诉讼两造达成合意,就能够先行调解,相当多的民事案件在诉讼前调解解决,就能够达到某种程度的“无讼”。“无讼”不是说不说诉讼,而是说对民事诉讼要谨慎,民事诉讼非到万不得已不要进行,可以通过其他方式减少民事诉讼。此外,诉讼本身需要健全的司法机构和大量的高素质司法人员,而

且诉讼需要耗费大量司法资源,起诉方要交诉讼费用,诉讼两造都要占用大量时间和精力,诉讼是对整个社会资源的巨大消耗,如果将过多的时间投入到诉讼中,那么用于社会发展的有效资源就会大大降低,就会延缓和停滞社会的发展。孔子提出“无讼”主张,说明他已经看出“讼”是社会健康与否的一个标志,过多的诉讼只能说明社会不太健康,那就要找出原因和对应之策,将诉讼控制在一定程度内,这就是孔子“无讼”的本真意蕴。

“无讼”的前提基础在于“富裕与教化”。在孔子看来,滥讼、缠讼等不正当诉讼的根源在于道德缺失和社会贫穷。“子适卫,冉有仆。子曰:‘庶矣哉!’冉有曰:‘既庶矣,又何加焉?’曰:‘富之。’曰:‘既富矣,又何加焉?’曰:‘教之。’”(《论语·子路》)孔子这个主张无疑具有唯物主义思想,物质决定意识,如果老百姓极端贫穷就不可能有高尚的思想。只有老百姓先富裕起来,免于贫穷饥饿,才能接受教化,提高道德修养。“子贡问政。子曰:‘足食,足兵,民信之矣。’子贡曰:‘必不得已而去,于斯三者何先?’曰:‘去兵。’子贡曰:‘必不得已而去,于斯二者何先?’曰:‘去食。自古皆有死,民无信不立。’”(《论语·颜渊》)孔子这句话揭示了诉讼产生的根源。如果民众富裕了,道德修养提高了,那么彼此间能够和睦相处,共同发展,诉讼尤其是恶意诉讼就会减少,孔子所说的“无讼”理想世界就能够达到。

孔子“无讼”思想的现代借鉴意义

加强五大文明建设,保障诉讼秩序健康发展。诉讼不是孤立的法律事件,而是整个社会文明的反映。孔子时代重在强调加强物质文明和精神文明建设,达到“无讼”的理想世界。而现代社会,除了物质文明和精神文明之外,还有政治文明、生态文明和社会文明,任何方面出现问题都会催化诉讼的产生。政治文明重在强调政治制度和政治观念两个层面的内容,使民众充分享有各种政治权利,规范政府行为,减少行政诉讼;生态文明重在强调人与自然和谐相处,在发展经济的同时保护生态环境,保证人与自然和谐相处,减少环境诉讼;社会文明是物质文明、精神文明、政治文明和生态文明的统一体,只有前述文明健康有序发展,社会文明才能得到有效实现。加强五大文明建设,尽可能减少不必要的诉讼行为,保证诉讼秩序有序开展。

诉讼以必要为前提,调解先行,反对缠讼、恶意诉讼,诉讼是一种耗人力、物力和财力的行为,特别是在司法资源严重紧张的今天,贯彻“无讼”思想无疑能够释放更多的资源推进社会的发展与完善。现如今,我国民事诉讼奉行“调解优先,调判结合”原则,在一定程度上能够减少诉讼的资源消耗。坚持“情理法”统一,以调解为主,非必要不诉讼,降低矛盾的处理成本,寻求更高层次的人际和谐,达到更有效的社会治理效果。对于

缠讼、恶意诉讼等与“无讼”思想背道而驰的行为,应当引起广泛重视,制定相应的法律规予以规范。

以讼止讼,推进司法公正和司法效率的实现。“柳下惠为士师,三黜。人曰:‘子未可以去乎?’曰:‘直道而事人,焉往而不三黜?枉道而事人,何必去父母之邦?’”(《论语·微子》)在当时恶劣的司法生态下,柳下惠仍然坚持公正司法,得到孔子的高度评价。司法不公正,就无法实现“无讼”。“子曰:‘片言可以折狱者,其由也与!’子路无宿诺。(《论语·颜渊》)孔子对于子路及时、高效办案案件给予高度评价。一个案子久拖不决,不仅使当事人消耗大量时间和精力,也使诉讼悬置,处于进行状态而不能及时退出,当然就不能实现“无讼”。对于已经事实清楚的民事案件,应规定立案、结案、执行等时间限制,尽可能在规定时间内审理案件,这样在相同时间内可以解决更多的诉讼案件,不把诉讼变成马拉松式的拉锯战,提高司法效率也是减少诉讼的一种行之有效的方式。通过以讼止讼,进而实现“无讼”的法治追求。

正确理解孔子“无讼”思想,不仅在子好掌握孔子的法制思想,更重要的是将其“无讼”思想进行传承与发展,结合习近平新时代中国特色社会主义思想的要求,令“无讼”思想焕发时代荣光,推进我国法治的健康发展。

(作者单位:中南财经政法大学刑事司法学院)

探索企业行进与行稳的更优平衡

前沿观点

□ 武亦文 (武汉大学法学院副院长、教授)

2018年以来,我国企业刑事合规进入快速发展阶段。从《中央企业合规管理指引(试行)》的发布到企业合规改革试点工作进一步扩大,企业合规建设已成为保护市场主体、优化营商环境、促进社会治理体系和治理能力现代化的客观需要和内生要求。在企业合规方案的探索和优化过程中,应当坚持协同审慎的监管理念,在程序适用、企业治理、考察标准、评估验收等方面不断寻求和扩大企业发展和刑事治理的共赢空间,共同推进新发展阶段下企业依法合规经营新局面。

关怀营商 程序适用柔性化

构建企业合规启动衔接机制,回应企业经营发展关切。理顺监管与市场的关系,对于改善营商环境、激发各类市场主体活力具有重要意义。侦查阶段应当前置企业合规启动程序,由公安机关主动识别、上报并及时移交能够适用企业合规制度的案件,谨慎适用强制措施,采取更加宽容的侦查手段,原则上对企业负责人采取非羁押措施,对企业财产也应当合理解封,从而降低刑事司法程序和刑罚措施给企业乃至整个社会经济带来的消极影响。

完善企业合规考察期限设置,以程序宽限促整改实效。综合考虑涉案企业实际情况,整改难

度,合理设置与合规计划配套的考察期限,给予涉案企业建立或者改善合规管理体系较为宽松的时间周期,从而保障企业堵塞制度漏洞、消除制度隐患、进行实质性的制度整改,真正发挥防范合规风险的效果。对于因合规考察期设置较短导致难以在规定时间内完成合规计划的企业,应当允许其申请延长合规考察期,持续发挥现有合规计划的深层效能。

拓宽企业合规主体适用范围,因企制宜采取区分措施。针对涉案的中小企业,重点考察企业负责人在进行制度整改和弥补管理漏洞等方面所发挥的作用,动员企业负责人积极配合监管调查,主动采取补救措施,积极推动企业合规管理体系建设方面的积极性和能动性;对于具备现代公司治理机构的大中型企业,要求涉案企业重点完善相关专项合规管理体系,对员工、客户、子公司、商业伙伴实施行之有效的内部合规监管。

协同监管 企业治理多元化

优化多方互动机制,提升合规计划的可接受性和可执行性。合规计划是提升企业法治水平、开展合规建设的具体方案,体现了监管机构、司法机关、受害人和企业自身关于涉案企业责任内容和发展走向的共同意志。合规计划的制定,应当由检察机关会同公安部门及其他行政机关与第三方监管成员共同审核,在考虑企业经营能力、资金等客观原因和被害人意见的基础上,寻求有效惩罚犯罪和保障企业持续发展的合理平衡。

尊重外部群体监督,把好合规执行的质量关

和检验关。企业合规不是涉案企业的免罪金牌,也不是相关责任者的绿色通道,最终应实现法治效果和社会效果的统一。检察机关在作出不予起诉决定前,如果被害人对检察机关作出的附条件不起诉决定有异议的,应当举行公开听证会,听取调查机关、侦查机关、被害人、其他相关人员的意见,可以邀请监管委员会或监管团队对企业合规整改情况进行汇报说明,对于确实存在未达到合规要求的,应当通知监管机构主体责任进行整改,从而保障相关人员的合法权益。

以点带面 考察标准精细化

着眼行业类案,探索特定领域的一般合规标准。明确的合规标准是降低政企沟通成本,指导企业合规建设的重要前提,有利于实现涉案企业对政策法规的正确理解和对营商环境的稳定预期,促进其守法诚信经营。检察机关可与行政监管部门、科研机构进行合作,以梳理相关监管政策和法规、单位犯罪类型化等方式,就特定专门领域的合规整改和验收制定专门标准,保证企业合规计划执行可行、可视、可控。

立足企业个体,关注重点风险环节的合规整改。实践中企业涉案的具体原因和情况不一而足,合规建设的薄弱环节可能因企业特点各有所异,在个案中积极探索适应涉案企业特点、切合企业合规漏洞的监管标准,查明涉案企业在人员管理、业务流程、资金控制等环节面临的重大风险,对症下药,治病救人的理念指导,督促企业尽快建立有针对性的合规机制体制。

独立监管 评估验收专业化

设置门槛要求,组建专业监管团队。根据《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见(试行)》,检察机关和相关行政机关共同组建第三方监督评估机制管委会,由检察机关对监管人出具的合规考察报告作出审查决定。实践中,监管人可以从律师事务所、会计师事务所、税务师事务所等第三方中介机构及从业人员中选聘,并设置经营年限、专职执业律师人数及工作年限、合规经验、专业知识及技能等门槛标准,从而维持第三方独立监管人的专业水准,保障企业合规整改检查、评估、考核工作质量。

规范利益输送,保证独立评估过程。第三方机构能够坚持客观中立,是影响检察机关能否依据企业合规建设情况作出正确刑事处理的关键。应当重视背景审查,杜绝与涉案企业存在关联利益或其他影响独立监管情形的第三方机构进入合规整改过程;妥善处理好第三方机构费用问题,以规范程序和惩戒机制严防不正当利益输送影响评估独立。

持续穿透监管,维持长期合规效果。为避免合规建设标准固化为形式主义样板,第三方机构应当秉持实质评估理念,通过与员工访谈、随机抽检等方式判断企业合规整改、文化培育是否到位,建立企业长期反馈和跟踪评估机制,监督企业进行持续合规,让合规理念进一步扎根企业土壤,融入企业精神,为企业安稳发展保驾护航。