



前沿话题

□ 应飞虎

自20世纪70年代以来,人类的认知偏差被不断发现和验证,理论成果被经营者大量应用于市场营销。利用认知偏差进行市场营销并不违反现有法律关于消费者知情权、自主交易权等规定,但其损害消费者利益于无形之中,在宏观上还会改变正常的市场竞争模式和交易模式,导致不当的资源配置,从而形成行为市场失灵。

行为市场失灵的成因及法律规制的必要性

人类的认知偏差近些年被不断发现,至目前已超过上百种,但并非所有的认知偏差都可运用于市场营销或产生有利于经营者的效果。在这些可运用于市场营销的认知偏差中,我们有必要深度揭示经营者利用认知偏差进行营销的过程,以了解行为市场失灵的成因机理,同时也更好地对经营者在市场营销中利用认知偏差的可规制性进行鉴别和评判。认知偏差导致的行为市场失灵,在微观和宏观上都会呈现出不良后果。其在损害消费者利益的同

行为市场失灵及其法律应对

时,也损害其他合法经营者的利益,这种利益损害的积累会造成宏观上的消极后果,不仅会改变正常的市场竞争模式和交易模式,也会导致不当的资源配置,这些后果是需要法律应对行为市场失灵的直接原因。

行为市场失灵的特殊性及对传统规制理论的挑战

(一)行为市场失灵的特殊性 有观点认为,行为市场失灵并无多大的特殊性,可以纳入传统市场失灵的框架之下。判断两者在多大程度上同质,需要看这两类情形的根源和本质是否存在差异,存在多大差异。行为市场失灵之所以不能列入传统市场失灵,其原因在于形成两者的认知基础和作用机制存在根本性差异:传统市场失灵的认知基础是理性经济人假设,传统市场失灵基于人的理性而形成;行为市场失灵的认知基础是非理性,行为市场失灵的作用机理在于潜意识层面的认知操纵、心理诱导,正是两者之间这些根本性的差异,导致了危害后果、维权基础、规制思路、规制难度上的差异。因此,我们有必要深度揭示两者的差异,以进一步揭示行为市场失灵的特殊性,从而据此评估这种特殊性对传统规制理论的挑战及影响。心理因素的存在使行为市场失灵比传统市场失灵更为复杂,但复杂性并不止于此,实践中存在多种情形会加剧问题的复杂性,从而加大法律应对的难度。不同类型的认知偏差会有不同的认知机理,多种认知偏差在同一个营销中的叠加使用常常会达到最佳的营销效果。实践中,还会存在传统市

场失灵与行为市场失灵的共同作用产生严重后果的情形。对于一个新出现的问题进行原因分析,辨析出传统市场失灵和行为市场失灵的作用和表现,也是不易的。

(二)以传统规制思路应对新问题的困境 对行为市场失灵需要进行有效的规制,但传统的规制思路在解决行为市场失灵的过程中趋于无效,这是因为在形成机理上行为市场失灵与传统市场失灵有极大的差异。传统市场失灵是理性决策层面的问题,而行为市场失灵是潜意识层面的问题。对理性层面的认知和决策机制引发问题的应对思路,自然不能适用于潜意识层面引发的问题。因此,有必要研究探寻行为市场失灵的应对之策,在解决这一新型问题的同时,也丰富和深化规制理论。

行为市场失灵的法律规制路径

(一)行为市场失灵法律规制的基本理念 在规制行为市场失灵的过程中,我们需要对行为市场失灵的特殊性及对传统规制理论的挑战有深度的把握,秉持清晰的规制理念。在对行为市场失灵进行规制的决策中,要防范制度惯性,不能把对理性层面问题的系统方案想当然地用于应对潜意识营销。对认知偏差的利用进行规制必须有限度。对认知偏差的利用进行规制的目的并不是消除认知偏差,也不是要彻底消除经营者营销时对认知偏差的利用,而是把经营者对认知偏差的利用限制在合理的范围内,问题的解决或缓解需要多种规制工具和非规制性手段的协同。

(二)行为市场失灵的规制路径及制度体系

1.信息规制工具的使用。由于绝大多数的行为市场失灵与信息问题相关,信息工具可以成为解决行为市场失灵的手段之一,但传统的信息披露并不能奏效,因此信息工具的使用需要在充分考虑行为市场失灵特殊性的基础上,提高其有效性和针对性。对信息的呈现可以从真实性、必要性方面予以规制;对过度自信、现时偏差等非信息相关的认知偏差,有必要采用结果导向的信息披露等非传统的信息规制方式。

2.特定营销的限制或禁止。第一,根据不同认知偏差的情形设定不同的限制。第二,对特定群体营销的限制或禁止。对易受潜意识营销操纵的群体,根据不同的产品情形和认知偏差的运用情况,有必要设定营销的限制或禁止。这类群体包括未成年人以及其他特定的心智不成熟群体、老年人群体、特定的患病群体等。第三,特定交易种类中使用认知偏差营销的限制或禁止。市场上的交易种类繁多,各类交易在交易标的、金额、交易对象、交易条件等各方面有很大差异,需要对特定的交易种类设定认知偏差利用的限制或禁止。

3.消费教育的开展。为预防行为市场失灵的成因,消费教育可在多个领域展开,尤其在以下两个领域:其一,不能进行规制的潜意识营销情形。人类的认知偏差与生俱来,因此并不是所有的对认知偏差的利用都可以被规制。对这些情形,消费教育能够在一定程度上弥补规制不能的不足。其二,以除偏为目的的助推举措。在减少经营者潜意识营销的成功率方面,助推式规制可以获得较好效果。

(文章原文刊载于《中国法学》2022年第6期)

观点新解

梁洪霞谈合宪性审查的溯及力——涉及法秩序稳定和公民权利保护



西南政法大学梁洪霞在《当代法学》2022年第5期上发表题为《论合宪性审查溯及力的规范模式与裁量方法》的文章中指出:

合宪性审查的溯及力问题涉及法秩序稳定和公民权利保护,其影响广泛而深远,亟待立法解决。我国的合宪性审查普遍采取由制定机关修改、废止规范性文件的方式,这种法的变动行为仍纳入合宪性审查的溯及力范畴。在综合考量相关因素的基础上,我国应构建“以溯及既往为原则,渐进式的溯及既往为例外”的模式,对例外溯及既往的个案要进行充分的利益衡量,全面考察案件性质、案件数量、案件时间、案件内容、当事人信赖、当事人期待、溯及力适用效果等因素,谨慎对待,同时需要完善立法法、各诉讼法、各行政法、国家赔偿法等相关法律规定,实现与合宪性审查溯及力的立法衔接。

卢莹谈人脸识别技术的发展与应用——在刑事案件侦破过程中发挥重要作用



华东政法大学卢莹在《法治研究》2022年第6期上发表题为《刑事侦查中人脸识别技术的应用与规制》的文章中指出:

人脸识别技术的迅速发展及广泛应用,令其在刑事案件侦破过程中发挥着越来越重要的作用。在执法部门受益于人脸识别技术所带来的精准、安全与便利性同时,该技术自身所具有的隐蔽性、远程性、潜在普遍性、全天候持续性等加剧了民众权益遭受侵害的风险。如何合理利用新技术,寻求公权力与私权益间的平衡,值得深思。一味追究技术进步或全面禁止应用都过于极端,应在分析风险的基础上,通过构建程序性规范体系,明确执法依据,贯彻比例原则,根据个人权益遭受侵害的可能程度设定不同密度的保护网。

殷敏谈构建更加紧密的上合组织命运共同体——是中国推进人类命运共同体的重要实践



上海政法学院殷敏在《法学》2022年第10期上发表题为《构建更加紧密的上合组织命运共同体的国际法释义》的文章中指出:

全球性危机的不断凸显要求上合组织成员国之间不断深化合作,加强命运纽带关系。构建更加紧密的上合组织命运共同体需以国际法治为坚实后盾,为此需更加重视国际规则在上合组织命运共同体中的运用,审视上合组织命运共同体的国际法基础和地位。上合组织命运共同体是在具有完备组织结构国际组织框架内提出的共同体理念,更加紧密的上合组织命运共同体构建以和平共处五项原则为理论基石,以人权为国际法基石,以国际合作为其主要的国际法实践。更加紧密的上合组织命运共同体在人类共同利益原则的价值取向,注入了国际安全观这一重要的理论内涵,构建更加紧密的上合组织命运共同体是中国推进人类命运共同体的重要实践。



前沿观点

□ 岳英伦

合规是现代企业治理体系的重要一环,它既是企业生产力的安定器,也是企业需要承担的任务与责任,更是中国特色社会主义法治体系中不可或缺的一环。2022年4月,最高人民检察院部署在全国范围内全面推开涉案企业合规改革试点工作,企业合规迎来蓬勃发展的新阶段。学界和实务界群策群力,以求在实践多元、观点分化的合规业务格局中达成共识。在此背景下,第三批涉案企业合规典型案例于近期适时而出,其具有鲜明的实践和理论代表性,对于引导合规实践,鼓励业界研究而言意义显著。概括而言,最高人民检察院公布的第三批涉案企业合规典型案例凸显三重价值面向:

第一,注重企业合规的及时性。对于涉罪企业而言,其市场声誉和经营能力将遭受很大程度的负面影响,故“早出罪优于晚出罪”“早合规优于晚合

规”。企业合规出罪机制作为平衡犯罪治理和社会稳定的制度调节器,在帮助企业摆脱传统诉累,优化企业治理结构和治理能力,增强企业可持续发展能力方面作用显著。然而,企业合规是一项复杂性、系统性工作,需要满足必要的实体性要求和程序性条件,因此执法司法机关通常须付诸较为细致繁复的实体审查和业务流程。在早期的实践探索中,囿于人们对传统诉讼阶段论的固守和对检察主导内涵的误解,企业合规工作通常被限定在审查起诉阶段,致使一些案件的证据材料和合规基础较为薄弱,合规工作的顺利开展受到拖延。因此,合理打破诉讼阶段的限制并将企业合规工作的关口适度前移,成为解决问题的关键。

例如,在案例一中,因涉嫌罪名涉及专业领域,作案手法复杂,在侦查之初,检察机关即应公安机关邀请介入侦查程序,引导取证并为企业合规事项提前启动准备工作。这种做法取得了两方面成效:其一,强化刑事指控体系一体化建设,引导公安机关准确认定案件事实,及时补充完整证据链条,使得该案件满足“案件事实清楚,证据确实充分”的合规实体性要件,确保启动条件的可靠性;其二,提前引导公安机关关注该公司运营现状,发展前景等与企业合规相关的问题,会同司法机关、监管部门、专家学者,围绕技术与法律问题,针对数据合规的重点、难点深入开展研讨交流,为是否启动及如何开展企业合规程序奠定了工作基础。

第二,注重企业合规的专业性。企业合规管理体系并非一蹴而就之事项,其制定、实施和评估等要素具有很强的专业性,且程序上须满足相应的规范性要件。应当说,企业合规实施过程中所涉及的专业性问题直接决定了企业合规是否具备科学性。从内容上看,该批典型案例分别涉及互联网企业数据合规、证券内幕信息保密合规、中介机构合规、矿业非法采矿行业治理、高科技民营企业合规等方面,这些案件具有很强的新颖性和专业性,需要匹配以恰当的专项合规监管模式。

整体而言,该批典型案例在监管模式上表现为如下几个特点:其一,针对专业问题,组建专业化第三方组织,邀请相对领域的侦查人员、行政机关人员、律师团队、业界专家等参与第三方监管机制下的研讨、听证与评估等工作,有力地提升了涉案企业专项合规监督评估的科学有效性;(1)审查合规机制的研讨、听证与评估等工作,有力地提升了涉案企业专项合规监督评估的科学有效性;(2)奉行检察机关主导下的协同监管机制,强化合规监管的系统联动性。例如,在案例二中,检察机关在合规工作中积极发挥全流程主导作用,并探索了“检察建议宏观把控+检察主导第三方考察+检察听证事后监督”的企业合规路径。在案例四中,检察机关建立了以第三方组织为主,其他部门配合的监管考察机制,并探索了企业合规与公益诉讼同步开展的新形式,有效提升了企业合规的系统联动性;其三,探索科学有效的评估方法。在案例二中,监管组织量身定制了12个模块65项评价要素的评价体系,以量化

评估的方式评价合规效果等级,确保了合规审查结果的客观公正性。

第三,注重企业合规的公平性。企业合规使用对象公平性问题一直是业界关注的重要话题,如何针对不同企业类型、不同责任主体实施相应的合规处置方案则是关键问题之所在。从该批典型案例来看,合规公平性导向主要体现在两个方面:其一,结合中国经济社会实际,对不同规模类型的企业实施差异化的合规整改方案。我国小微企业占据市场主体,其合规需求切实存在,但传统的针对大中型企业的复杂合规方案显然超出小微企业的承受范围。该批涉案企业合规典型案例从检察机关近期办理完结的案件中甄选而出,既有针对大中型企业开展的专项合规,也有针对小微企业而言具有重要参考价值。例如,在案例三中,检察机关积极探索了适合小微企业的简式合规模式,有助于有效激发此类企业实施合规整改的积极性,增益合规公平性;其二,根据合规出罪的刑事法原理,涉罪企业的单位责任和负责人的个人责任应保持适度分离,而非一律作绑定式的出罪处理,这一点关于刑罚适用的公平性问题。该批典型案例遵循了“责任分离”的基本原理,对涉罪企业和企业成员在合规语境下进行了相对独立、公平的责任评价,依企业合规整改效果对涉罪企业进行出罪处理,并综合全案情况依法对自然人责任进行了合理的从宽处理。

涉案企业合规典型案例凸显重要价值面向

企业刑事合规中的法院参与

法院仍坚持这一立场。但同英国文化更接近的加拿大、新加坡、澳大利亚修法时都选择由法院进行审查。如加拿大2018年修订刑法确立了类似缓起诉制度的矫正协议制度,协议生效需要法官批准,协议修改或中止也需要法官批准。同年新加坡修改刑事诉讼法引入缓起诉制度,该法规定,除非检察官“向高等法院申请”且法院发布缓起诉协议“符合公共利益”条文“公平、合理、适当”“司法宣誓”,协议才发生法律效力。2019年12月,澳大利亚政府提出打击企业犯罪法的草案,草案规定缓起诉协议由已退休的法官审查,该法官必须是“联邦法院或州法院的前法官”。反过来讲,破解现状可能需要立法来解决,预审法官主导背景下的法国通过立法扩大检察机关权力来实现灵活处理企业犯罪案件的目的。法国2016年引入了名为公共利益司法协议的法式缓起诉协议,2021年颁布了一项意在“简化”公共利益司法协议程序的法令。美国虽有诸多学者呼吁强化对缓起诉协议的司法审查,但实现破局还有赖立法机关。在否决汇丰银行案的联邦第二巡回法院判决的协同意见里,我们也看到,该法官提出,“立法机关是时候考虑对缓起诉司法审查立法了”。

不少国家对企业进行定罪量刑时,法院会考量企业合规计划的实施情况,进而参与到合规计划的

审查乃至执行过程中。法院在刑事案件定罪量刑阶段对企业刑事合规的参与,既包括对事先合规的审查,也包括对事后合规的审批和监督。(1)审查合规抗辩。《英国2010年反贿赂法》第7条第2款设计了一项积极抗辩事由,即“企业证明存在充分的制度预防与企业有联结的人从事相关行为”。严格责任符合合规抗辩立法模式在经济犯罪领域的广泛适用,使得法院在审判时需要经常性地审查企业的事前合规计划。意大利法院也在一些判决中认定,犯罪后建立的反应性合规计划可以减轻企业的刑事责任。刑事立法上对合规抗辩的规定以及司法判例中对合规计划可以减轻刑事责任的认识,赋予辩方提出相应抗辩事由的同时,也赋予法院审查企业合规计划的权力和责任。(2)审查认罪协议。在企业认罪案件中,法院通过对认罪协议的审查参与到企业刑事合规中,这种参与既包含对协议中已有合规计划有效性、适当性的审查,也存在修订协议增加企业合规整改内容的可能。在一起案件中,法官“考虑到公共利益的需要”建议双方可以提交一份具有缓期监管和有效合规计划的协议,一年以后,法院批准了增加三年缓期考察期和合规计划的协议。(3)参与企业缓刑。在确定与执行企业缓刑中的合规计划时,美国法院居于主导地位,合规计划由法院批准,合规计划实施由法院监督,独

立监管人由法院任命。2016年,法国将合规计划作为制裁犯罪的措施写入刑法典刑责的适用于法人的处罚一节。

法院参与企业刑事合规,尚需要在立法上明确合规计划的刑法意义,建立体系化的企业刑罚体系。在参与路径上,对于经企业合规整改作出不起诉的案件,我国法院没有参与的途径。在审判阶段,法院对企业刑事合规的参与,应包含如下内容:明确法院的澄清义务;允许或建议检察机关撤回起诉;适时运用中止审理,检察院分案处理单独对责任人提起公诉的,经被告人申请,也可以中止审理责任人的案件,待企业合规整改完成后恢复审理;查明与定罪量刑有关的企业合规事实;判决企业进行合规整改,参考美国和德国企业缓刑制度,法院判决企业和责任人罪有的,可以裁定企业暂缓缴纳罚金,但要在一定期间内进行合规整改,定期报告合规计划执行情况,合规整改成功的,可以减免罚金。定罪量刑后,企业申请合规整改的,属于刑罚执行的内容,应由作出判决的法院主导。考虑到合规计划执行的专业性,法院可邀请相应行业主管部门或任命中立第三方作为合规监管人,监督合规计划的执行。

(文章原文刊载于《华东政法大学学报》2022年第6期)

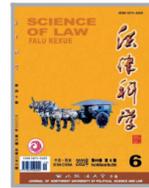


前沿关注

□ 李伟

企业审前转处中的法院参与。法院对审前刑事合规的参与,主要体现在对审前转处协议的司法审查,同时也会涉及对企业合规条款的监督。在对审前转处协议司法审查的范围和力度上,大致分为法院摇摆参与的美国模式、法院强力参与的英国模式和法院弱化参与的法国模式三种类型。法院对审前转处时企业刑事合规的参与,核心在于法院是否有权批准、审查、监督检察机关主导下的事后合规。通过缓起诉处理企业犯罪案件,本质上是检察机关裁量权的行使,是否加以司法审查,很大程度上是法治传统问题。如强调分权的美国法院保持极大的克制,缓起诉协议须经法院批准,虽有立法上的努力和司法上的争议,但目前美国

冯兆蕙谈推进乡村振兴法治化——是乡村振兴战略实施的法治保障



河北政法职业学院冯兆蕙在《法律科学》2022年第6期上发表题为《乡村振兴法治化的时代价值、基本框架与实现机制》的文章中指出:

乡村振兴促进法是乡村振兴法治化的专门性、基础性法律,标志着乡村振兴战略实施从政策引导型向法治保障型转变。以该法为中心,推进乡村振兴法治化是逐步实现共同富裕的必然要求,是实现民族伟大复兴的必由之路,是乡村振兴战略实施的法治保障,具有鲜明的时代价值。该法从规范、内容和治理三个维度确立了乡村振兴法治化的基本框架,其实施应坚持党的全面领导作为根本保证,促进多元规范有效衔接,通过政府推动多元共治以及严格落实监督检查制度等,为乡村振兴战略全面实施提供坚实法治保障。

(赵珊珊 整理)