

证券犯罪的刑事治理研讨会在京举行

热点聚焦

本报讯 记者蒋安杰 4月1日,以“证券犯罪的刑事治理”为主题的第三届北大冠衡刑事法治论坛在京举行。北京大学法学院教授陈兴良、北京市冠衡律师事务所主任刘卫东分别致辞,北京大学法学院教授王新、彭冰、刘燕、车浩,中国社科院大学副校长林维,中国社科院法学所研究员邓子滨,中国政法大学刑事司法学院刑法学研究所副所长耿佳宁,首都师范大学教授肖怡,北京市冠衡(长春)律师事务所主任王文生,北京市天元律师事务所高级合伙人朱振武,北京市冠衡律师事务所副主任田奕彤、律师刘慧等多位嘉宾与会并发言。

将持续引进国际元素,邀请境外的刑事法专家参与。

本次论坛围绕“证券犯罪的刑事治理”这一主题,分为“证券市场中介的法律治理”“证券市场执法的衔接”“证券市场犯罪的实体争议”“证券犯罪治理的域外视角”四个环节进行探讨。

彭冰表示,我国从积极监管的角度出发,主动设置“看门人机制”,既赋予证券市场中介机构权利,又规定了其所应承担的法律责任,但在实践中,由于对证券中介机构罚过重,使得“看门人责任”更加倾向于一种“保险责任”,明显失衡。基于此,更为合理的是在行政责任上应将证券中介的勤勉尽责义务限制在其专业领域,减轻其在非专业领域中的核查义务;在民事责任上将其承担的“连带赔偿责任”逐渐转变为“限额赔偿责任”。

刘燕认为,会计师的执业责任贯穿企业审计、鉴证、验资等业务的全过程,法律风险与法律责任显著大于其他证券市场中介机构,尤其在行政责任方面,在虚假陈述案件中,很多业务既涉及会计判断又涉及法律判断,故以券商、律师、会计师为主要的中介机构之间应进行有效配合,对于企业的经营模式和最大风险点进行针对性的多领域分析,以协助规避会计处理争议。

朱振武认为,为加强中介机构服务业务,应着眼于“不干预”层面,要加强自律组织的作用,以自律组织而非相关部门或者学者为评价主体,以各证券市场中介机构的行业执业平均水平作为标准,对“勤勉尽责”作出更为准确的判断。同时,证券监督管理机构还要对证券市场中介机构的法律责任边界进行评估,抓住“重大性、重要性”要

件,真正做到罚当其责。

耿佳宁表示,从证明标准角度探讨证券市场犯罪刑行衔接更具有实践意义,行政违法的证明标准是明显优势证据,区别于刑事标准的排除合理怀疑。在刑事回转案件中,依刑事证据标准所作出的独立判断对后续行政违法的认定,没有依附关系。

刘卫东指出,证券犯罪领域存在着行政执法与刑事司法程序衔接不畅,行政违法与刑事违法区分标准不明确,行政处罚与刑事处罚证明标准不同,以及行政认定意见在刑事诉讼中证据属性存在争议等诸多问题,刑辩律师可以从在行政执法阶段提前介入、推进证券行政和解与刑事合规非罪化的有效衔接、实体及证据材料等维度展开辩护。

王新认为,操纵市场罪和内幕交易罪在证券犯罪中占比近71%,操纵市场罪在实体层面应结合刑法教义学中必要的共犯和可反证的事实推定理论对“串通”“约定”进行界定。对内幕交易的认定,如果行为主体是知情人员,只要在敏感期内有交易行为,基本上可以认定成立;如果行为主体是非内部知情人员,则要从该行为主体是否和内幕人员接触、行为交易是否明显异常推定交易是否明显异常。

肖怡认为,金融犯罪的特殊性主要表现在刑行衔接实践过程中,如何坚守罪刑法定原则。如果刑法规范所指向的行政规则本身也存在着模糊性,可能会对司法工作造成一些现实性的困扰。

日本京都大学法学院法学研究科教授高山佳奈子细致梳理了日本法律中证券犯罪的处罚规定。在日本的刑事制度中,除了以“刑法”命名的法律之外,还存在很多包括处罚规定的法律,统称为

“特别刑法”。她指出了日本证券犯罪处罚规定的不足之处,例如,部分要件规定不够明确可能导致其成为“口袋罪”;列明了日本近期的部分判例,判例说明部分对“公开”等概念进行了进一步的明确和界定,陈述了对“内幕消息”认定的难度,并表示如何把控处罚的界限还需要未来更多的判例进行明确。

德国Krause & Kollegen刑事律师事务所资深律师菲利普·格尔曼对德国资本市场刑法进行了介绍。他表示,欧洲已通过一部法规来全面协调各国的禁止性构成要件,并在所谓的《滥用市场法规》中对其加以规定。因此,德国现在已不再有真正意义上独立的资本市场刑法。除了刑法规定,还存在一系列十分全面的秩序违反性构成要件,甚至可以夸张地说,资本市场中的每个义务都可以作为秩序违反行为被处罚,违反秩序的企业会根据营业额被处以罚款(一个大型上市企业的子公司的营业额被评估和罚款)。他还提到不作为操纵行为的可罚性问题,不作为行为必须与作为行为具有相当性等问题。

林维指出,针对证券法和刑法存在的“立法时差”问题,可以参考德日立法体系的规定采取附属刑法的模式。例如,在证券法中规定有关证券犯罪的刑事责任,在著作权法中规定著作权犯罪等,避免产生不必要的“立法时差”。

车浩表示,随着新证券法的颁布,证券犯罪的构成要件发生了一定变化,为此我国刑法理论应根据前置法的变动及时跟进,吸收证券法的最新研究成果,助力证券犯罪的理论研究。

观点新解

桂晓伟谈数字人权——是人的社会属性在智慧社会的拓展



武汉大学社会学院桂晓伟在《法学评论》2023年第1期上发表题为《智慧社会的数字人权保护——基于“能力路径”的理论建构》的文章中指出:

随着人们的生产生活与互联网、大数据、云计算、人工智能等数字科技的深度融合,人类已经进入了高度自动化和智能化的智慧社会时代。信息技术正在以前所未有的深度和广度重塑人类社会,而人们对美好生活的向往也越来越离不开数字科技的蓬勃发展。人类在享受数字生活带来的各种机遇和福利同时,也深受数字鸿沟、数字排斥、数字垄断、数字剥削之苦。因此,如何为数字科技的发展奠定坚实的伦理基础,并从法律的高度为人民实现美好生活提出妥善的制度安排就成为一个重要的理论和现实问题;而人权既是数字科技创新的价值引领,也是实现美好生活的必由之路。

数字科技的发展必须建立在符合人性的伦理基础之上,而人权恰是奠定这一基础的核心价值。首先,数字人权是人的社会属性在智慧社会的拓展。人权是人之为人所应当享有的权利,而人性,为人所共有又区别于其他万物的显著特征,被看作是人权的来源。因此,如何理解智慧社会中的人性也就成为阐明数字人权的人权属性的关键所在。其次,数字人权是基础人权在智慧社会的衍生。人权是人之为人所应当享有的权利,而人之为人核心价值在于维护的人格和尊严。数字人权旨在通过对个人数据的保护更好地化解人权危机,从而有效维护智慧社会中的人的人格和尊严。通过对基础人权和衍生人权的分析不难发现,不同人权之间往往是相互关联和彼此促进的,而数字人权也嵌入在这个人权体系之中。从外部来看,新兴的数字人权是传统的基础人权的衍生人权;从内部来看,数字人权又可以衍生出其他具体的数据权利。这些权利的集合构成了数字人权的基本内容。具体地说,数字人权是由“网络接入权”和“数据自主权”两项衍生人权以及由其拓展的更为具体的特定权利构成的权利束,并以防御、尊重、保护和促进机制维系个人、网络企业和国家三元结构的良性运作。在实践中,要想在数字人权保障和企业创新发展之间找到恰当的平衡,还需要以“能力路径”提升个人的数字素养。这既离不开良好的数字生态所提供的机会,也离不开有效的数字赋能所提供的内驱资源,两者共同塑造了个人在智慧社会的自主选择和自由,从而为连接数字人权的理论和实践提供了一个可行方案。

民法典视角下的打印遗嘱

前沿话题

林爱莲

《中华人民共和国民法典》于2020年5月28日颁布,2021年1月1日正式生效实施。民法典第一千一百三十四条至第一千一百三十九条规定的遗嘱形式有自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、录音遗嘱、录像遗嘱、口头遗嘱和公证遗嘱共7种遗嘱形式。民法典新出现的打印遗嘱的形式要件,规定是严苛的。民法典第一千一百三十六条规定:“打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名,注明年、月、日。”同时,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第十五条规定:“民法典施行前,遗嘱人以打印方式立的遗嘱,当事人对该遗嘱效力发生争议的,适用民法典第一千一百三十六条的规定,但是遗产已经在民法典施行前处理完毕的除外。”

式瑕疵的打印遗嘱进行效力认定,引发了理论界和实务界的讨论。对于一份存在形式瑕疵的打印遗嘱,如何在遗嘱人的真实意思表示和严格形式要件要求间作出平衡这一命题,对实现遗嘱人利益的充分保护就显得至关重要。

存在形式瑕疵的打印遗嘱效力认定司法现状

笔者在查阅大量案例后发现,司法实践中对于存在形式瑕疵的打印遗嘱的认定存在不同的把握尺度,很多案件的裁判仍固守遗嘱形式主义,即打印遗嘱只要在形式瑕疵就被认定无效。但是,在打印遗嘱纠纷出现时,遗嘱人在多数情况下已经离世,不具有遗嘱人亲自对形式瑕疵进行修正的可能性。而遗嘱制度的立法初衷是为了保护遗嘱人自由处分遗产的真实意愿,一味地强调形式要件将会造成手段和目的之间的严重背离。同时,以形式存在瑕疵为由直接否定打印遗嘱的效力也与中国民间传统认知相冲突,既是对遗嘱人利益的极大损害,也会对公序良俗造成冲击,极大地损害了司法的公正性和公信力。

基于此,目前司法实践已经开始呈现出从遗嘱形式主义向遗嘱形式缓和主义的过渡,即在确认打印遗嘱效力时更多地从探寻遗嘱人立遗嘱时的真实意思表示出发,即使案件涉及的打印遗嘱形式存在瑕疵,也不当然认定遗嘱无效,而是

结合案件具体情形,对于能够反映遗嘱人的真实意思表示的打印遗嘱就可以认定为有效。

域外形式瑕疵遗嘱效力认定之参考

无论是大陆法系国家还是英美法系国家,从其实践经验和立法现状来看,各国在对遗嘱效力进行认定时对形式要件的要求都趋于缓和,转向更加注重遗嘱人的真实意思表示。

《德国民法典》作为大陆法系的典型代表,其规定在德国法律体系中,只有公证遗嘱和自书遗嘱两种遗嘱形式可以得到法律上的认可。《德国民法典》第2249条至第2251条还规定了三种紧急遗嘱:在市政长官面前做成的紧急遗嘱、三个见证人面前的紧急遗嘱和海上遗嘱。这三种紧急遗嘱仅有三个月有效期,超过三个月遗嘱人仍在世视为未做成。可见德国甚至并未将打印遗嘱规定为法定遗嘱类型,但德国在司法实践中展现的倾向是,如果遗嘱出现形式上的瑕疵,可以肯定地认为遗嘱包含被继承人的意思表示的,可以认定遗嘱有效。

英国继承法明确规定,在遗嘱效力的认定方面,应注重真实意思的审查,而非一味地追求形式。只要遗嘱人具有完备的行为能力,即健康的心智、一定的记忆力和健全的理解力和订立遗嘱时是基于其真实的意愿,并未遭受威胁、强迫或被欺诈,那么遗嘱就会被认定为有效。

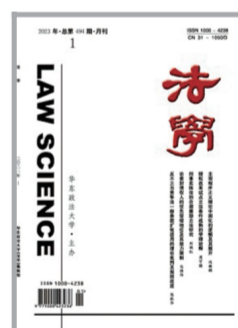
也就是说,遗嘱的真实性并非来源于严格的形式外观,而是来源于遗嘱人的真实意思表示,已经成为各国在相关司法活动中的共识,各国也都意识到形式要件的完整性确实可以增强遗嘱内容是遗嘱人内心真意的确信度,但其并非遗嘱真实性的充分且必要条件。形式略有瑕疵的打印遗嘱,若根据遗嘱形式缓和主义路径进行考察后,可以证明其反映遗嘱人真实意思表示的合法遗嘱,确认其效力有利于保护遗嘱人的合法权益和社会稳定。

结论

订立打印遗嘱是遗嘱人进行意思自治的民事法律行为,因此尊重遗嘱人的内心真实意思表示应当是审查打印遗嘱效力时的核心所在。打印遗嘱的严格形式作为保障遗嘱人内心真意的实现方式之一,不该成为阻碍遗嘱人意思自治实现的障碍。因此,笔者认为,对于存在形式要件瑕疵的打印遗嘱,司法实务中不应僵化地直接判定为无效,而应当视形式瑕疵的情况,在形式瑕疵不足以对打印遗嘱的真实性产生实质性影响的前提下,允许通过遗嘱人生前已存在的外部证据予以补正,应当本着“实质重于形式”的原则,结合在案证据、遗嘱人的生活习惯、当地风俗等因素综合探寻遗嘱人的真实意思表示。只要遗嘱人的意思表示是真实的,那么打印遗嘱的效力就应当认定为有效。

(作者系上海政法学院副教授)

汤阔淼谈专属商业养老保险——与社会保险互为补充不能互相替代



辽宁大学法学院汤阔淼在《法学》2023年第1期上发表题为《论新就业形态群体专属商业养老保险的制度构建》的文章中指出:

由于我国新就业形态从业人员参加职工养老保险后持续缴费能力有限,而通过居民养老保险获得的保障水平又过低,使得该群体未来的养老保障问题凸显。专属商业养老保险拟透过市场化运营模式,在原有商业养老保险产品上进行创新性设计,突出保险的保障性功能,从而达到分散新就业形态人群的老年经济生活风险的目的。无论是社会保险还是商业保险,都是构建福利社会的必要支柱。我国专属商业养老保险试点方案既遵循养老保险的一般法理也有其特殊的考量因素。通过梳理养老保险法理的学说演进,探寻专属商业养老保险制度形成的理论依据,对于明晰专属商业养老保险与基本养老保险之间的分工与连结,解决未来专属商业养老保险与个人养老保险的制度衔接,以及为试点运行阶段提供政策完善建议均具有理论与现实意义。

各国养老保险制度内并无“专属商业养老保险”之称谓,但基于服务供给方的不同,解决非正规群体老年风险保障的路径选择各有差异,主要有如下三种模式:社会保险扩大化模式、社会保险商业化模式和商业保险社会化模式,其中第三种为我国专属商业养老保险所采取。

在我国,作为第一支柱的基本养老保险制度比较健全,作为第二支柱的企业年金、职业年金制度也已初步建立并逐步完善,但第三支柱的发展尚不够规范,特别是个人养老金制度刚刚出台,效果待检验。在此背景下,专属商业养老保险以第三支柱商业保险为建构起点,体现了老年养老风险由政府、企业向个人自我责任转移的趋势。未来的制度革新不能简单移植任何国家的一种可能包含非正规群体的保险项目,而是需要从共同体特征、保障需求、已有制度等实际情况出发,秉持审慎兼容的态度进行制度上的开拓创新。专属商业养老保险首先是商业保险,与社会保险的功能不能互相替代,两者应是互为补充关系。商业保险社会化意味着要将基于社会需求的政策目的注入私法自治的保险契约中,但依然要遵从商业保险中契约自由的基本理念,包括政府引导取代商业自愿、共保共担取代国家兜底、匹配缴费取代替代缴费、自动注册取代自愿储蓄、退休限制取代无法退保等规则,以增强保险制度的强制性,减少保险制度的替代性,从而与个人养老金制度相区别。

(赵珊珊 整理)

董责险

前沿关注

丁芳园

2022年12月27日十三届全国人大常委会第三十八次会议对《中华人民共和国公司法(修订草案)》进行了第二次审议,该草案进一步细化了董事的忠实义务和勤勉义务,并增加了关于董事责任保险的规定,允许公司为董事因履职行为而负担的赔偿责任投保责任保险。此举回应了“完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神”的立法目的。董事责任保险作为“舶来品”,在本土化过程中,亟须我国法律法规进行有效规制。

董事责任保险制度的实践困境

董事责任保险制度早已在域外取得了长足发展,随着我国董事责任的不断细化与强化,越来越多的公司希望借助董事责任保险制度提升公司治理水平,协调董事权利与义务间的平衡,增强董事的事业心和责任感。但是,董事责任保险制度的本土化实践仍然面临诸多问题,具体如下:

一是董事责任相关立法供给不足。目前,关于董事责任的立法仅限于一些概括性规定,价值定位、构成要件及法律后果有待明确。董事违反勤勉义务应当承担侵权责任,然而由于法律层面欠缺衡量董事勤勉义务的评价标准,使得董事的民事

董事责任保险制度本土重构研究

赔偿责任虚化;将过错与违法性的等同,使得董事责任保险的除外责任扩大。实践中往往出现在侵权之诉中,保险人对董事违反义务的指控提出质疑和抗辩,若抗辩失败,进入保险赔付之诉,则主张董事故意违反义务,从而排除理赔请求权,拒绝给付保险金的情形。

二是董事责任保险合同缺乏具体法律指引。当下我国董事责任保险合同多是照搬美国、德国等其他国家的保险合同条款,但是由于公司治理结构与基础法律的差异,使其难以适应我国市场的实际需求,亦无法实现我国对于董事责任保险的功能定位与价值追求。我国亟须结合我国国情,对董事责任保险合同内容进行法律规制,引导董事责任保险合同与我国法律理念相契合。

三是董事责任保险制度正当性遭到质疑。董事责任保险以董事因执行公司职务而对公司、股东及债权人等承担的赔偿责任为保险标的,当董事所应承担之损害赔偿赔偿责任由责任保险制度转移至保险人,保费由公司支付最终由股东承担时,原有之行为抑制机能是否会被削弱则不无疑问。由此,如何运用保险法原理,规制董事责任保险制度,使之作为一种“中介”延展公司法和证券法的抑制机能,成为必须面对的问题。

董事责任保险制度重构的具体化路径

董事责任保险制度的重构应当结合我国国情

对其进行本土化改造,使其实现立法目的并满足社会需求:

做好董事责任保险法律规制体系建设。董事责任保险的法治化发展,离不开公司法、证券法与保险法之间的相互配合与协调。首先,应由公司法明确董事忠实义务与勤勉义务的具体评价标准,为董事责任的认定提供裁判依据。同时,建议增设公司补偿制度,使公司为董事投保董事责任保险获得法律支撑。其次,应当在证券法等其他相关法律法规中,明确董事过错的区分标准,区别故意、重大过失及一般过失的具体情形,使得董事一般过失的责任风险可以通过董事责任保险予以分散。最后,应在保险法对责任保险原则性规定的基础上,对责任保险制度进行类型化区分,以满足不同类型责任保险的特殊需求。

注重法律法规与董事责任保险合同条款的有序衔接。董事责任保险的发展除了相关法律法规的体系建设,还需要对董事责任保险合同内容进行法律规制。第一,鉴于董事责任保险制度的特殊性,可以由国务院授权保险监管机构制定《董事责任保险条例》,为董事责任保险合同的设计提供具体的法律指引;第二,在法律法规中对承保范围内的董事“不当行为”进行原则性规定,尽量将董事多样化与复杂化的履职行为纳入保险责任范围之内;第三,在法律法规中明确董事责任保险合同的除外责任,限制被保险人可以通过董事责任保险制度转移的损害赔偿范围,防范董事道德风

险的发生。

健全董事责任保险配套监督机制。董事责任保险发展过程中最令人诟病的是其是否会削弱法律对于董事的威慑作用,所以有必要健全董事责任保险配套监督机制。一方面,应当建立董事责任保险合同信息披露制度,例如,对于公司投保董事责任的种类、保险金额、董事自负额等重要信息进行定期强制性披露,并对保险理赔进行即时强制性披露,从而打破信息不对称带来的监督难题。另一方面,发挥保险人的外部监督作用。鼓励保险人通过被保险人的如实告知义务获得公司信息,并将公司实际运行的内部激励与约束系统的评估结果直接在保费中予以量化。促使公司为降低保费成本,主动改善公司治理水平。如果公司内部控制与反馈机制良好,董事违背公司利益作出不当行为的可能性就会降低,如果不能完全阻止董事的不法或不当行为,也可以更快地发现和阻止董事的不法或不当行为。

综上所述,构建高水平社会主义市场经济体制,需要弘扬企业家精神,提升公司核心竞争力。董事责任保险制度可以在一定程度上减轻董事的责任负担,担保债权的实现,同时还可以为董事提供法律保障给付,缓解董事的后顾之忧。所以,应当做好董事责任保险制度相关法律法规的协调与统一工作,保持法律法规与实践需求的良性互动,最终实现董事责任保险制度蓬勃发展。