

《2023企业家刑事风险分析报告》要点及其价值解读(上)

前沿话题

□ 张远煌 (北京师范大学中国企业家犯罪预防研究中心主任、教授,北京企业法律风险防控研究会会长)

日前,由北京师范大学中国企业家犯罪预防研究中心、中国法学会案例法学研究会、北京企业法律风险防控研究会主办,扬子江药业集团公司承办的第十届企业刑事合规高峰论坛暨《2023企业家刑事风险分析报告》发布会在江苏泰州举行。来自中央及地方司法机关、高等院校、企业界和律师界的近100位代表,围绕企业刑事合规的基本理论与立法、司法改革等重点和热点问题进行了全方位的深度研讨。

在论坛开幕式环节,北京师范大学中国企业家犯罪预防研究中心主任张远煌教授发布了《2023企业家刑事风险分析报告》(以下简称《报告》)。2023年的年度报告,相对于以往报告的一大亮点是:将2022年的数据分析与前五年(2017-2021)的统计数据进行了对照,不仅利于全面揭示企业家刑事风险的基本形态、结构特征及变化趋势,而且为准确把握企业犯罪的规律,推动构建具有我国本土特色的刑事合规制度,促进企业和企业家健康发展提供了有力的数据支撑与对策启示。

关于企业家刑事风险的现状与趋势

2022年统计年度的数据分析,较之前五年(2017-2021)的变化集中表现在以下几方面:

(一)犯罪企业家的规模

2022年企业家犯罪的总人数为1832人,前五年企业家犯罪的人数均为2588人,较之前五年的犯罪规模明显下降。其中,2022年国有企业家犯罪的人数占全部企业家犯罪人数的比例为6.7%,低于前五年的10.2%,表明2022年民营企业涉罪的比例进一步上升。

(二)犯罪企业家的内部职务

2022年国有企业家主要负责人涉罪的比例较之前五年基本稳定,维持在62%左右;民营企业主要负责人涉罪的比例为60%,较之前五年的66%,呈现下降趋势。同时,2022年较之前五年,国有企业党群负责人涉罪的比例有所下降,民企实际控制人涉罪的比例有所上升。

2022年国有企业家主要负责人涉罪的比例较之前五年基本稳定,维持在62%左右;民营企业主要负责人涉罪的比例为60%,较之前五年的66%,呈现下降趋势。同时,2022年较之前五年,国有企业党群负责人涉罪的比例有所下降,民企实际控制人涉罪的比例有所上升。

(三)涉案企业的地域分布

2022年与前五年涉案企业相对集中的十大高发省份中,重复出现的省份包括:山东、广东、江苏、浙江、河南、上海、四川;从涉案企业所在城市看,2022年分布于一线城市的企业比例较前五年有较明显上升,分布于三线城市涉案企业较之前五年有较明显下降。

(四)涉罪的高频罪名

民营企业方面,2022年的十大高发罪名与前五年的十大高发罪名重叠的,包括:非法吸收公众存款罪、职务侵占罪、挪用资金罪、合同诈骗罪、拒不支付劳动报酬罪、集资诈骗罪,而非国家工作人员受贿罪、串通投标罪、诈骗罪、重大责任事故罪,为2022年新进入前十的高发罪名。国有企业企业家犯罪的高频罪名保持了高度的稳定,2022年较之前五年都主要集中在以受贿、贪污、挪用公款为代表的腐败犯罪,同时,国有企业人员滥用职权罪、国有企业人员失职罪,在2022年新晋为十大高发罪名之列。

(五)涉案企业刑事风险高发环节

在发案的“十大”高发环节中,日常经营与财务管理,无论是2022年还是前五年,均是国企和民营企业共同的最为突出的高发环节;同时,无论是2022年还是前五年,国企在人事管理环节的发案比较高,而民企在融资环节触发刑事风险的较为突出。

(六)涉案企业的案发原因

此为2022年新增的统计参数。统计分析表明,国企方面,位居首位的案发原因是纪检机构发现(48%),其次为自首(29%),关系人揭发(16%),其他案件牵连(3%);民企方面,位居首位的案发原因是关系人揭发(42%),自首(31%),纪检机构发现(11%),其他案件

牵连(5%)。而企业内部监督发现的比例,国企与民企均为11%,表明企业守法自律的内控机制普遍乏力。

《报告》的价值分析与解读

《报告》基于实证研究取得的一手数据所揭示的企业及企业家刑事风险现状与趋势,为理论界、司法界、企业界、律师界以不同方式参与企业及企业家犯罪预防活动提供了最真实、最翔实的参考样本,为结合我国实际在立法上创制具有中国特色的刑事合规制度提供了重要的数据支持。无论是企业层面刑事风险防控对策的拟定还是国家层面刑事合规的改革试点与制度构建,都需要以实证研究为基础和先导。缺乏对企业家生存状况、行为方式、犯罪现状、犯罪原因、发案规律以及国企和民企在刑事风险的来源与形态构成上的差别的实证研究,犯罪预防和刑事合规制度的科学性、有效性必然会受到质疑。

(一)《报告》揭示了加速构建我国刑事合规制度的重要性及紧迫性

继续深入推进涉案企业合规改革实践,加速构建我国刑事合规制度,既是科学治理企业犯罪的内在要求,也是促进企业和企业家健康发展的,进而实现经济高质量发展的必然逻辑。

《报告》显示,企业与企业家刑事风险高发的原因,除了有外部营商环境的影响外,同时也源自企业内部种种治理缺陷。刑事风险遍及企业日常经营、财务管理等众多环节,内部法纪监管乏力、违纪违法内部发现率低、企业高管依法合规意识淡薄等,都现实地构成了诱发或促成企业和企业家刑事风险容易高发的内生性因素。这决定了,治理企业犯罪如果主要依靠外部监督和事后打击,不仅难以实质性减少企业犯罪,而且还会造成综合性的负面社会效应。如何激发企业自身的力量,促使企业主动消除内生性犯罪诱因,才是科学治理企业犯罪问题的关键所在。舍此,无论怎样强化外部监管,都难以达成有效预



防企业犯罪和促进企业健康发展的目的。

刑事合规制度的要害在于:通过创设企业合规刑事激励机制,将预防企业犯罪的责任,部分转移至企业内部,使外部监督与企业守法自我监管形成合力,以此构建企业犯罪“国家与企业”合作预防新型治理格局,实现法人犯罪的善治——共治、共享、共赢。

建立刑事合规激励制度,一方面利于“让注重合规的企业享受优待,让违规企业付出应有代价”,可彰显公平竞争的市场法则,有效避免劣币驱逐良币的现象;另一方面,利于形成制度化的容错机制,给那些犯罪性质不是十分恶劣、有改善基础和改善愿望的违法企业留下较大的自我整改、自我完善的制度空间,以此充分调动企业和企业家在经营管理中“守法自我监督”的责任意识与行动力。刑事合规制度之所以晚近以来在全球迅速发展,究其原因而言主要在于:国家与企业均能从这一制度中受益,一方面,利于国家层面提高治理企业犯罪的效率,并减少现行单纯的事后打击对企业发展和企业家健康成长所带来的难以避免的负面效应;另一方面,借助于刑事合规的强力引导与正向激励和负向激励机制,利于压实企业守法的社会责任,促进企业完善内部结构,增强自身守法能力与法律风险防控能力,从而提升企业发展质量,进而提升国民经济整体的发展质量。

同时,加速构建刑事合规制度,不仅是实现企业犯罪源头治理的现实需要,也是促进国家犯罪治理现代化——由事后惩罚为主向事前预防为主重大转型的重要引擎与抓手。

论数字权利的宪法保护

前沿关注

□ 莫纪宏 (中国社会科学院法学研究所研究员)

数字权利被法学界日渐关注,是近年来随着数字技术飞速发展向法学领域渗透形成的尚未达成共识的概念,其内涵和外延目前都处于不确定的状态。数据权利、算法权利、信息权利是与其内涵和外延性相同、相近、相似的概念,这些新的权利类型和由此引发的新的权利属性,确实给继承和发展传统法学的权利理论造成了理论困惑。

数字权利要成为法理上具有合法性的概念,首先要解决数字权利的权利主体问题,这里包括两个方面的法理要求,即某一项具体的数字权利的享有者是谁,谁对享有数字权利的权利主体承担保障数字权利得到实现的法律义务或职责。回答数字权利的合法权利主体问题,必须要解决数字权利是什么性质的权利,权利主体享有数字权利需要什么最低程度的行为能力保障等这些基础性的法理问题。很显然,这是一个在实践中很难准确加以回答的问题。数字技术是近二十年来才得到普及的新技术,由数字技术产生的数字产品也是近十年来才呈现出几何级数式的增长态势。因此,对于传统法学所支持的权利主体来说,存在着与数字产品以及相关的利益“时空隔离”问题。例如,新冠肺炎疫情防控期间的“健康码”使用问题表明,数字权利的出现与传统法学中所倡导的平等权价值就产生了价值矛盾和冲突。数字权利的合法性因为权利主体的不确定性而处于一种微弱状态,权利与义务具有一致性,数字权利中的义务主体存在着行为能力不足等合法性的缺陷。在数字技术和数字产品发展的过程中,只有少数掌握了先进数字技术和数字产品

的企业或个人才能掌握数字技术和数字产品的特性,绝大多数传统法学中的权利主体,包括政府机关、社会组织和公民个人在内,缺少作为保证数字权利实现的法律义务的行为能力。因此,在权利主体结构失衡的情形下,要在法理上有效地论证数字权利的权利结构的合法性也是比较困难的。相对于传统法学“三要素”权利结构说中的权利客体来说,数字权利的权利客体的复杂性也是阻挠数字权利有效生存的现实因素。数据可以作为数字权利的权利客体,而数字本身不能作为数字权利的权利客体。数字与数据之间存在价值沟,而沟通两者之间的制度桥梁是对算法的权利保护。

数字权利保障数字法益的制度功能呈现出日渐弱化的趋势。故数字权利如果正式进入制度设计领域,有很多基础性的法理问题必须加以澄清。要从法理上准确地把握数字权利的法益特征,从而科学界定数字权利存在的合理性,最关键的是要准确地界定数字权利的权利属性。数字权利所主张的法益具有多元性和复杂性,数字权利背后需要加以保护的不仅仅是物质性的利益,也包含了精神性的利益。故数字权利是一个集合性的权利,其保护的利益具有政治权利、经济权利、文化权利、社会权利等对应的法益的特性。由于数字本身与事物之间的普遍对应性,故数字权利与传统法学意义上的人身权利、财产权利等各种民事权利以及法上的个人自由、人格尊严都有着密切的联系,特别是数字权利与各种新兴权利也有法理上的共通性。因此,数字权利在权利形态上具有从属性,其权利主张的法益附着在几乎传统法学的权利领域,是传统权利体系并行存在的补充性权利,对传统权利所保护的法益起到了更加全面和系统的保护作用。但是,数字权利在某些领域仍然具有一定的独立性。

数字权利作为一种从属性的权利必然会在作为

根本法的宪法所保护的各种宪法权利中得到合理的体现,在权利能力方面获得一定的法律保护义务的支持。数字权利要进入宪法权利的行列,关键是要依据宪法权利的特性从法理上有效地证明数字权利需要通过国家权力来承担必要的保护责任。从数字权利发展的现状来看,由于数字权利目前仍然是附着于其他权利之上的集合性权利,所以在宪法中将数字权利作为独立的宪法权利纳入宪法权利体系,仍然存在着不少法理和实践难题。

在数字权利概念走入宪法学者的研究视野后,数字权利又成为基本人权领域关注的重要问题。由数字权利在逻辑上合理地推导出来的“数字人权”在合法性证成过程中,出现了以“数字人权”为基础的“第四代人权”的新一代人权观。但“数字人权”能否在法理上有效证成并且能否成为“第四代人权”,法学界更多的是提出质疑的观点。“数字人权”是否具有人权的意义以及能否成为“第四代人权”,关键是要正确地认识人权的基本价值属性以及三代人权理论发展的特点。不论是第一代人权,还是第二代人权或者是第三代人权,人权的主体都是具有自然人性特征可以相互区分的独立存在的人类个体,即便是集体人权也是个个体组成集体以集体方式行使的人权。三代人权最大的特点就是人权中的受益者是享有基本人权的自然人个人,人权主体与人权的客体以及主体客体相互作用的对象都是具有完全的独立性的。“数字人权”能否具备人权的权利属性,关键是“数字人权”的主体是否是自然人,“数字人权”中的人权利益是否是作为人权主体每一个自然人个体生存和发展中不可或缺的人格利益。至于说,“数字人权”能否成为“第四代人权”,这个问题必须首先以“数字人权”能否进入传统法学所承认的权利体系作为前提。

数字权利进入宪法,成为一项宪法权利甚至是一



项基本权利,与宪法中传统类型的基本权利的保护和实现方式有着很大的不同。当下,可以通过构建一些必要的法律制度,通过法律规制与权利治理相结合的方式推进数字权利的制度化、法律化。就目前数字技术的发展程度以及数字产品的社会化水平来看,需要从这几个方面来发展与数字权利相关的法律制度,即一是要建立数据权利保护制度;二是要强化对公民信息权的法律保护;三是要进一步明确人机共创产品中的权利人著作权的保护;四是积极探索保障“算法权利”的法律路径;五是明确数字权利侵权责任的归因法理,进一步发挥政府在治理数字经济中的主导作用。综上,只有从传统的民事权利制度、公法权利制度入手,将数字权利的权利要求逐渐纳入法律范围,并通过不断提升政府在数字经济治理中的行为能力,逐渐扩大政府在保护数字权利中的法律义务和责任的范围,才能在条件和时机成熟的时候,将数字权利有效地纳入宪法权利体系,给予宪法上特殊政策的保护和作为公民基本权利给予以政府责任为基础的严格保护。数字权利要真正成为法理自治的适格权利,必须要走分类保护、宏观引导的权利保护之路,只有每一个制度设计环节都建立在对数字权利的权利正当性的正确评估和合理预期基础上,数字权利乃至数字人权才能在未来社会成为主流性的权利话语。

(原文刊载于《华东政法大学学报》2023年第4期,张雪楠)

国际经贸法律环境下的跨境电商发展与监管

前沿观点

□ 石可涵

随着全球经济的发展,跨境电商已成为国际贸易的一个重要部分。为推动跨境电商的进一步发展并有效监管,笔者提出了以下四个关键策略:建立监管机制,优化监管服务,完善知识产权保护机制,加强风险防范。

建立跨境电商监管机制

首先,需要精确地定义跨境电商的各种业务模式。比如,B2B(企业对企业)、B2C(企业对消费者)、C2C(消费者对消费者)等,为每种模式设立明确的法规;其次,针对电商的运营模式,明确负责监管的具体机构和职责,包括但不限于商品质量监管、消费者权益保护、价格监管、税务管理等。同时,法规需要详述如何处理违规行为,包括处罚措施和违规行为的公示方式。

严格的平台准入制度:针对想要进入跨境电商市场的企业,需要建立一个严谨的审核流程。对于入驻商户,平台需要对其销售的商品进行源头追踪,包括生产商、制造商、质量检测报告等,只有满足所有要求的商户,才能允许其在平台上运营。

事中事后监管力度:对于已经入驻的商户,需要建立一套完善的事中事后监管机制。事中监管,可以通过大数据分析,预测可能出现的违规行为,提前进行干预。事后监管,需要对发生的违规行为,进行严厉

处罚,包括公示违规企业、罚款、吊销营业执照等,通过高压政策,让所有商户明白违规的严重后果。

跨境电商数据监管:需要建立一个全方位的数据安全体系,包括数据加密、防止非法访问、防止数据泄露等。同时,设定数据的合法使用范围,企业必须在消费者同意的的前提下,才能采集和使用其个人数据。对于违反数据使用规定的企业,要进行严厉处罚,确保消费者的个人信息安全。

优化跨境电商监管服务

创建专门的跨境电商合规指导服务:管理部门可以设立具体的指导服务部门,主要针对如何符合各类跨境电商相关的法律法规进行专门辅导,包括税收政策、商品进出口规定、数据保护法规等。例如,可以通过线上线下的研讨会、讲座等形式,定期对这些政策进行解读和指导,帮助企业深入理解和实施。

设立跨境电商服务中心:服务中心可以提供从业务咨询到操作培训等一系列服务,帮助企业解决在实际运营中遇到的问题。例如,可以提供对接海关、税务等部门的服务,解答企业在商品清关、税费申报等方面的问题。

建立消费者保护机制:不仅包括消费者投诉处理机制,而且还应包括消费者教育和信息公开机制。举例来说,可以设立统一的跨境电商消费者投诉平台,便于消费者对商品质量、服务等问题进行投诉和维权。另外,还应定期向公众发布跨境电商消费提示,增强消费者的风险防范意识。

推动国际监管合作:由于跨境电商的全球性特征,因此需要加强国际间的监管合作,共同打击电

骗、侵权等违法行为。可以通过签署多边或双边协议,建立快速的信息交换和合作机制以及共享黑名单等方式实现。

完善跨境电商知识产权保护机制

在跨境电商的发展过程中,知识产权保护问题已经成为影响跨境电商健康发展的关键问题之一。首先,加强知识产权保护法律法规的制定和宣传,增强企业知识产权意识。只有通过明确的法律法规规范和加强宣传教育,才能让企业认识到知识产权的重要性,增强其保护知识产权的自觉性和责任感。

其次,建立跨境电商知识产权保护专项行动计划,打击侵权行为。跨境电商市场的特点在于其开放性和边界模糊性,这为侵犯知识产权行为提供了可乘之机。因此,需要建立专项行动计划,加强对跨境电商侵权行为的打击。

再次,推动跨境电商知识产权纠纷的多元解决机制。跨境电商涉及的知识产权纠纷,难以通过传统的法律途径来解决,需要建立多元化解决机制,促进互联网与法律的有效衔接。

最后,建立跨境电商知识产权保护国际合作机制,实现知识产权跨境保护。

加强跨境电商风险防控

为了加强跨境电商的风险防控,需要从多个方面考虑。

完善跨境电商进出口贸易的风险评估和预警机制。可以建立一套风险预警体系,对进出口跨境电商交易进行风险评估和预警,提高监管效率和准确性。



例如,海关可以通过技术手段识别高风险交易,并进行实时监测和风险评估,及时发现和处理异常交易。

加强跨境电商支付结算机制的监管和防范。可以建立跨境电商支付结算的监管机制,确保支付结算的安全性和合规性。同时,还可以加强对支付机构和支付渠道的监管,防范跨境电商支付风险。例如,可以制定相应的支付安全标准,对支付机构进行评估和认证,严格控制跨境电商支付渠道的开放和使用。

建立跨境电商交易纠纷处理机制,及时解决跨境纠纷。可以建立多元化的纠纷解决机制,包括仲裁、调解和诉讼等多种方式,为消费者和企业提供快速、公正、有效的纠纷解决渠道。例如,可以设立跨境电商仲裁机构或调解机构,引入第三方独立机构参与纠纷解决。

推进跨境电商企业信用评级体系建设,提高市场竞争力。考虑到现有的信用评级体系可能无法充分反映跨境电商企业的实际信用状况,建议引入更综合的评级标准,例如,企业的财务健康、合规性记录、客户反馈等。这个新的评级体系应由独立的第三方机构进行运营,以保证公平和透明。同时,可以鼓励跨境电商企业积极参与信用评级,提高企业的市场竞争力和知名度。

观点新解

李爱君谈个人征信行业的发展——以个人征信信息的有效规制为前提



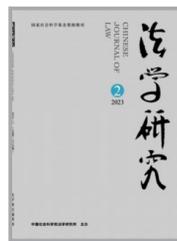
中国政法大学李爱君在《中国应用法学》2023年第2期上发表题为《个人征信信息法律规制研究》的文章中指出:

随着互联网时代的发展和数据技术的跃进,海量的个人征信数据得以被捕捉、利用,为个人征信行业的发展带来了前所未有的机遇,同时也给个人信息保护与数据安全带来了巨大的风险。个人征信信息是个人征信行业发展的基础资源,从长远的角度来看,平衡个人征信信息的保护与利用,才能够保障个人征信行业的健康、有序、快速发展。有鉴于此,个人征信信息的法律规制成为当前我国个人征信行业进一步市场化、法治化发展不得不面对的重要课题。

个人征信体系的构建以个人征信信息的高覆盖率采集与高效利用为基础,个人征信行业的发展则以个人征信信息的有效规制为前提。个人征信信息是指依法采集,为金融等活动提供服务,用于识别判断个人信用状况的基本信息、借贷信息,其他相关信息以及基于这些信息所形成的分析评价信息。其中基本信息包括但不限于客户法定名称、性别、国籍、民族、职业、婚姻状况、家庭住址、收入情况、身份证和护照等证件类信息、手机号码、固定电话号码、电子邮箱、工作及家庭地址以及在提供产品和服务过程中收集的相片、音视频等信息。借贷信息则指个人金融信息主体在金融业务机构发生借贷业务产生的信息,包括但不限于授信、信用卡和贷款的发放及还款、担保情况等。而其他信息的范围则无明确界定。个人征信信息中的基本信息、借贷信息及最终作出的信用评价信息的本质是个人敏感信息,经过分析、处理后能够对特定自然人的经济信用状况予以反映,而一旦泄露或者非法使用,则易导致自然人的格尊严或者人身、财产权益受到侵害。而其他信息则由于范围过于宽泛,需视其具体内容来界定其性质。依照个人征信信息的性质,个人征信信息具有可识别性、人格权益属性、价值性及稀缺性等属性。

互联网时代下个人征信信息的采集成本大大降低,其使用价值却不断攀升,由此,个人征信信息规制中存在立法位阶低、行业标准缺失、信息质量较低、个人信息保护不足、信息融合共享不足等问题。对上述问题进行剖析,可从完善征信业立法、建立统一的个人征信信息标准、推进个人征信机构构建完善数据治理机制、推进个人征信信息融合共享等方面提出个人征信信息的法律规制路径。

高一飞谈数字人权规范适用过程中的权利冲突——可通过三阶权衡的方法予以解决



浙江工商大学法学院高一飞在《法学研究》2023年第2期上发表题为《数字人权规范构造的体系化展开》的文章中指出:

近年来,在数字技术变革与人权话语力量的双重驱动下,数字人权及其话语体系进入了法学理论研究者的视野。数字人权被界定为“展现智慧社会中人的数字化生存形态和发展需求的基本权利”。学界提出数字人权的概念,为的是“在价值上申言数字科技必须以人为本,必须把人的权利及尊严作为其最高目的,并以人权作为其根本的划界尺度和评价标准”。

数字人权理念首先要“在宪法秉持的‘国家尊重和保障人权’的法治语境中展开,然后通过理念到规范的具体化过程,科学合理地建构数字人权的法律规范及其体系。在法学理论中,“规范构造”隐含三项基本要求,即本体论层面的明确性、认识论层面的权威性与方法论层面的可适用性。与之相应,数字人权的规范构造需从三个方面着手:其一,把握数字人权内容具体化过程中的关键性要素,将数字人权塑造成结构严密、内涵清晰、价值内核一致的数字权利体系;其二,根据法律规范的形式要求构造具体的数字权利,确保数字权利体系与既有的法律体系相融贯;其三,在数字人权规范司法适用的动态过程中,借助特定的法学方法实现预期的人权保障目标。

数字人权规范构造的首要任务在于“内容构造”,即明确数字人权规范所调整的客体对象和行为对象,从而将抽象的人权价值诉求具体化为数字权利,建构数字权利体系。数字人权可界分为数字生存权、数字自由权、数字平等权、数字救济权四类二阶权利,这四类二阶权利能够再细分为若干三阶权利,三阶权利则进一步衍生出“下位”的四阶权利。数字人权规范的形式构造,实质上是要基于法律概念、法律规则、法律原则的互构关系,将数字权利以法律规范特有的形式结构表达出来。所谓形式构造,并不限于建构新的法律规范或确立新的法律原则,还包括在特定情境下对既有法律规范加以解释。数字人权规则的司法适用需要借助演绎推理和类推推理;数字人权规则的司法适用重在明确权衡的情境,并细化权衡的方法。在数字人权规范的适用过程中,解决权利竞合问题宜遵循最小限制原则和最大相关原则;权利冲突可通过三阶权衡的方法予以解决;基于数据的可识别性进行前置性判断,以公共利益为取向作出利益衡量,根据比例原则检验合理性。

(赵珊珊 整理)