



涉案企业合规改革的观察与展望

前沿话题

□ 陈卫东 金艺元

可以认为,涉案企业合规改革在依法保护民营企业产权与强化单位犯罪溯源治理、推动营造法治化营商环境与更好服务经济社会高质量发展等方面已经取得明显成效,实现了多方共赢的预期改革目标,取得了良好的政治效果、社会效果与法律效果。

已有实践案例呈现出以下特点:

第一,涉案企业合规启动主体多元。以民营企业为主体,涵盖国有企业、集体企业和外资企业,适用企业类型多元化;行业领域更倾向于高科技,有地方影响力或者具有一定发展前景的企业。隐藏其中的原因,可能是大型企业合规管理体系建设较为复杂,中小型民营企业相对简单的公司架构反而更受司法机关青睐。第二,企业合规从宽处理启动事由多重。主要以企业发展现状与前景、对当地经济发展和就业的影响、市场地位和规模以及社会公益表现等因素为考量依据,其中掺杂少量对犯罪后果及行为人事后表现的考察。第三,企业合规从宽处理处置结果多样。其一,开展企业合规建设的最后落脚点在于对涉案企业或自然人的最终刑罚处置。无论中间经过多少曲折,是否开展合规建设最终体现出来的是对涉案企业或自然人刑罚处置上的差别对待。企业合规建设与刑罚裁量之间有着天然且紧密的关系。其二,在实践层面而言,企业合规与“不诉”之间并不能完全画等号。涉案企业开展合规建设或者明确合规建设计划之后,既可能从根本上不再被追诉,也可能在起诉之后获得一定量刑上的轻缓。

可以发现,无论是启动主体、启动事由抑或处置结果,涉案企业合规从宽处理的改革试点在各方面都呈现出多元化的局面。笔者认为,有以下几点需要注意澄清:

第一,启动合规的事由不确定。涉案企业合规从宽处理启动事由的范围边界何在?这关乎不同犯罪主体能否获得刑罚平等对待。有的案例中,对本身存在负面性评价的企业同样启动了企业合规从宽处理;还有的案例中,则是正面评价同时存在。涉案企业合

规从宽处理的启动事由何以涵盖正反两个方面评价?难道仅因为涉案企业有强烈的合规愿望即可?

第二,合规责任主体不明。涉案企业与自然人之间的责任分配标准不清晰,企业并未构成犯罪,却因企业中自然人犯罪而导致企业开展合规建设,并且根据企业合规建设的结果对自然人作出起诉决定。既然只是企业中的自然人犯罪,为何会因自然人犯罪而要求企业开展合规建设,是自然人犯罪后刑事责任溢出的正当性根据何在?此外,还存在企业与自然人均构成犯罪的同时,由于企业开展合规建设而自然人获得刑罚优惠的情形。

第三,从宽处理缺乏依据和标准。企业进行合规建设获得从宽处理的标准及限度何在?总体来看,已有案例体现出的是企业合规作为一种刑罚激励事由,即企业只要开展合规建设,大体上都可获得刑罚处置上的宽缓,合规建设无形中具备了必然带来刑罚优惠的暗示。然而,此种做法有超出法定量刑情节限度的嫌疑。自首、立功在量刑时的刑罚优惠也只是“可以”而非“应当”,更不是“必然”。既然如此,目前尚无明确刑事法条文根据的合规建设何以具备如此强度的刑罚激励效果?合规建设可以给涉案企业带来刑罚处置上的优惠,但这种优惠的实体法根据应当明确标准和限度。

展望未来,笔者认为涉案企业合规改革应做好以下几点:

第一,在实体修正上,可以在刑法第三十一条之后增设两款:

单位犯罪之前开展合规建设的,应当从轻或减轻处罚。其中,犯罪较轻的,应当免除处罚。

单位犯罪之后开展合规建设的,可以从轻或减轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以免除处罚。

采取这种修正方式主要考虑的是:一方面,在刑事立法上实现对企业合规从宽处理制度属性和功能的固定,即企业合规作为法定量刑情节,无论罪行轻重,无论企业类型及规模大小,合规建设带来的刑罚激励效果覆盖全部单位犯罪主体;另一方面,这种方式不触及刑法体系其他内容的调整,对单位犯罪刑事立法体系乃至整个刑法体系的影响和改动小,修法成本低。

第二,在程序建构上,应合理划定适用范围、实质审查适用条件、刑罚激励的人企分离与确保涉案企业同意的自愿性。具体而言:(一)适用范围不宜无限扩张,在实践探索中,大多数的试点单位将企业合规从宽处理范围的下限一般为轻罪案件,但没有上限。笔者认为,不是任何案件所有被判任何刑罚的企业和自然人都可以合规整改,被判十年以上有期徒刑,往往与无期徒刑、死刑挂钩,因此十年以下有期徒刑的案件应为合规案件范围的上限。(二)适用条件的实质审查:实践中出现的一种情形是,将原本可以直接适用相对不起诉的企业犯罪案件,却“画蛇添足”地经过合规程序考察一遍再作不起诉处理。相对不起诉的法律依据主要是刑事诉讼法第一百七十七条第二款与刑法第三十七条。从刑事诉讼程序的角度来看,尤其是在面临涉案企业是否可以适用企业合规从宽处理的情形时,处理的顺序应当是首先看涉案企业是否满足刑事诉讼法第一百七十七条第二款与刑法第三十七条所确立的适用条件设定上,应当与可以直接相对不起诉的适用条件相区分。(三)涉案企业的自愿同意。涉案企业合规从宽处理程序中有所要求的涉案企业同意,本就不是纯粹道德自律动机下的同意,如果同意建设是基于检察机关安排下需要无条件完成的任务,那么合规建设的任何内容对于企业而言在实质上都是未经审判的变相刑罚,这将严重违背企业合规从宽处理制度的探索初衷,更是对罪刑法定基本原则的严重违背。在未来的制度设计中,应当避免赋予检察机关是否启动企业合规从宽处理的决定权,涉案企业是否开展合规建设,由涉案企业自主决定,检察机关有义务配合涉案企业开展好合规建设,但不能要求涉案企业开展合规建设。(四)刑罚激励的人企分离:实践中存在的情形是,单纯自然人犯罪时也要求企业开展合规建设。那么,自然人犯罪时何以要求企业开展合规建设?企业是否开展合规建设,完全取决于企业自身是否有合规建设的自主意愿,与其中的自然人是否犯罪没有法定的因果关系。由此也得出一个结论,在自然人犯罪的场合,不能以此作为要求企业开展合规建设



的法定约束条件,而企业开展合规建设也不能作为对自然人进行刑罚激励的条件。但不能否认的是,如果此种情形下完全割断涉案自然人与无辜企业的联系,企业合规建设的成果不能惠及自然人的话,那么对于绝大多数小微企业而言,企业合规制度就只是可看不可用的装饰品,也起不到尽可能保护小微企业的制度设计初衷。单独的自然人犯罪也可以因为企业开展合规建设而获得一定的刑罚优惠,不在于企业开展了合规建设,而是自然人事后所表现出的积极态度,这当然也包含了对所在的企业积极开展合规建设。

第三,近段时间以来,部分省市的高级人民法院、人民检察院就涉案企业合规联合召开了相关会议,制定并发布了若干文件,释放出检法联合开展涉案企业合规工作的强烈信号,体现了检法协同推进涉案企业合规改革试点工作的新趋势。在此种新趋势下,以下问题值得重点关注:其一,合规改革是国家的一项重大改革探索,不宜地方自设方案,各行其是,两高应统一规范。其二,检法之间的启动与审查标准如何衔接。如在检察机关驳回涉案企业的合规整改申请(或涉案企业在审查起诉阶段没有提起涉案企业合规申请)的情况下,涉案企业是否可以在审判阶段再次向人民法院申请?人民法院收到相关申请后,是否能以“检察机关不同意为由”,直接驳回申请?人民法院准予的合规整改,审理程序如何中止?整改验收合格后案件如何处理,这些都需要我们作进一步深入研究。



互联网环境下“商标性使用”的认定规则

□ 张钰昊

连接的目的就在于借助消费者对他人商标的认知来增加自身商品的曝光度,事实上产生了指示商品和服务来源的作用。

(二)App标识中的商标使用

开发者将App软件上传到手机应用商店供用户下载和使用,进而提供相应的服务,此时的App应用程序的名称和颜色等商业标识符号就起到了识别商品或服务来源的功能。实践中,App标识是否构成商标使用与其是否具有显著性能够发挥区分功能为基本判断要素,一些显著性较低的如“拍客”“大姨妈”“大导演”“曹操专车”等App标识就往往面临合理使用的抗辩。

(三)电子弹窗中的商标使用

在(2022)粤03刑终514号案件中,被告人罗某等人在生产制造过程中将蓝牙耳机协议的名称设置为“AirPods”,使涉案蓝牙耳机在连接电子设备手机终端,配对激活过程中,通过电子弹窗向消费者展示“AirPods”注册商标,使消费者误认为其使用的产品是苹果公司制造,造成对产品来源的混淆和误认。

(四)网络虚拟环境中的商标使用

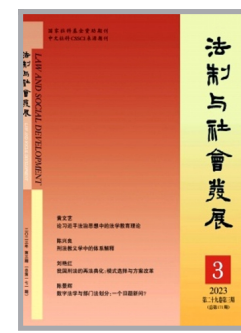
随着现实世界与虚拟世界的融合交互加强,一个现实的问题是虚拟世界中如何保护商标权。如在游戏中设置虚拟物品,可能使用到对方的商标,如NIKE(耐克)诉StockX案,被告StockX是一家电商平台,将耐克鞋子制作成数字藏品在NFT上销售,耐克起诉StockX构成商标侵权,StockX抗辩NFT NIKE本身不是一个数字产品,它只是一个票据,每个NFT对应一双经过StockX检验真实的NIKE实体店。虚拟世界中的相关商标侵权问题,也涉及商标使用和合理使用问题。

“搜索—浏览”的行为模式建立起头脑中意图搜寻的商品或服务与该企业间的联系,消费者虽然没有直接接触商标,实际上是以隐性的形式建立起了被侵权商标与经营者所提供商品或服务之间的联系。

3.使用效果。即对消费者而言,可能产生识别商品来源的效果,该标准是一种高度盖然性的标准,而非实然的标准,即这一行为本身具有误导消费者的很大可能,而不是要求证明实际上消费者确实以此作为指示,更不是消费者实际上产生了混淆。在判断方法上,应主要观察客观的使用方式,结合商品或服务的性质、商标本身的特征、使用频率与时间等方面进行综合认定,并不宜采取过高标准。

观点新解

冉克平谈数字时代的企业信用权——其以聚合的企业信用信息为载体



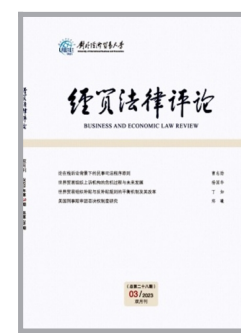
武汉大学法学院冉克平在《法制与社会发展》2023年第3期上发表题为《数字时代企业信用权的结构与实现机制》的文章中指出:

企业信用权是企业人在征信活动中所享有的从征信机构、信息提供者处获得客观真实的信用状况以及公正的信用评价的私法权益。从权利的形成机制来看,企业信用权实质上是国家公权力为企业的信用状况进行的背书,是近代以来社会“理性化”的具体表达。企业信用评价的对象是企业的偿债能力与偿债意愿。企业偿债能力反映的是企业的业务能力及经济实力,企业偿债意愿反映的是企业在市场经济中的诚信状况,两者处于动态关系并互为表里。数字时代的企业信用权以聚合的企业信用信息为载体,实质上是征信机构、信息提供者与企业共同对企业信用信息进行商业化利用的产物。

在民法典所确立的名誉权框架下,依据评价主体的不同,企业名誉权可以分为基于不特定社会公众形成的狭义企业名誉权与基于专业信用机构生成的企业信用权,两者的差异体现为法律结构的差异。前者所保护的名誉系不特定的社会公众对企业的品牌、商品、服务等形成的社会评价,具有社会化、分散性与非量化的特征,由此形成的法律结构是“企业—不特定第三人的社会评价”;后者所保护的名誉是人为建构的信用评价,系组织秩序的构成部分,具有集中性与可量性的特性,所形成的法律结构是“企业—征信机构的专业评价”。企业信用信息具有商业利用与公共管理的双重功能,经济信用和公共信用在形式上均属于社会信用建设范畴。在数字化背景下,企业经济信用评价与公共信用评价在目标设定、实现机制以及制裁后果上均存在明显差异。

企业信用信息可以分为公开数据与非公开数据,征信机构、信用信息提供者与企业共同构成大数据生态系统。企业公开数据的使用者与数据原始主体之间形成的数据利用关系超越私法,进入反不正当竞争法的范畴。为了适应数字经济的发展,应当调和数据主体适当开放数据使用的程度与为征信机构、信用信息提供者利用网络爬虫技术设置的合规性标准之间的矛盾。征信机构、信息提供者或者第三人对企业信用信息的侵害必须符合名誉权侵权责任成立的构成要件,在提高信用信息收集系统的灵活性、智能化的基础上,应当将企业的公开信用信息区分为敏感数据与非敏感数据,合理地确定征信机构、信息提供者的注意义务。

柯达谈数字经济背景下拒收现金的法律规制——应确立人民币现金的货币法偿性地位



华东政法大学柯达在《经贸法律评论》2023年第3期上发表题为《数字经济背景下拒收现金的法律规制》的文章中指出:

“拒收现金”是指货币接收主体单方宣布或向货币支付主体协商一致不使用国家(央行)发行的纸币或硬币,并使用非现金支付工具清偿货币债务的行为。随着信息技术和数字经济的迅速发展,银行卡、第三方支付等非现金支付工具普及率逐年提升。由于我国地区间金融和数字经济发展不平衡,拒收现金将会严重影响身处偏远地区、金融机构服务网点较少的民众以及无银行账户、存在身体残疾或数字设备操作能力有限的弱势群体。对于这些群体而言,无法用现金支付极大地加深了社会生活鸿沟,不利于数字经济的健康发展。

与证券、保险等商事金融交易相比,拒收现金这一行为更简单和直观,但也意味着其所涉主体与用于购买商品或服务种类的普遍性和多样性。从法律领域视角看,拒收现金行为可能出现在民事货币债务履行、行政费用征缴或货币债务履行、司法费用征缴等过程之中,拒收现金行为源于货币支付工具的市场竞争及其带来的货币收付主体的不同现金使用偏好。其中,部分拒收现金行为仅是源于货币接收主体为了减少保管或兑换成本,由此产生了货币支付主体与货币接收主体、甚至现金发行主体与支付服务主体之间的利益失衡,因此需要对其进行规制。

自2018年以来,我国央行开展整治拒收现金执法活动,认定拒收现金是否合法的法律依据为货币法中的人民币“不得拒收”条文以及消费者权益保护法中的消费者“选择权”条文。然而,基于其他私法对现金收付存在限制等因素,货币法中的“不得拒收”规定无法有效规制实践中存在的拒收现金行为;同时,现金收付无法准确纳入消费者“选择权”的任一权利内容,而规制拒收现金也不完全符合消费者“选择权”的法定基础。对此,应当借鉴域外的具有“默示”债务清偿效力的法偿货币制度,确立人民币现金的货币法偿性地位,并进一步将获取或使用现金的权利纳入宪法上的基本权利,明确相应的国家保护义务。与此同时,在民商事交易领域和公法领域分别基于成本效益原则以及比例原则,确立可以拒收现金的“合理正当”标准。

法律只是规制拒收现金行为的一种手段。除了法律之外,通过技术手段降低现金的发行、保管和兑换成本,通过市场方式增加货币接收主体接受现金的动机,加强对弱势群体使用非现金支付工具的技能水平等,同样是减少不合理拒收现金行为的有效手段。

(赵珊珊 整理)

前沿关注

□ 梁超

近年来信息技术的发展为电信诈骗犯罪提供了生长的土壤,电信诈骗案件快速增长,电信诈骗金额的暴增更是令人瞠目结舌。电信诈骗犯罪,已严重侵害了广大人民群众的财产安全和合法权益,亟须社会治理与司法规制。

应维护公共利益,建设法治社会的现实需要,2022年12月1日《中华人民共和国反电信网络诈骗法》实施,作为我国迄今为止唯一一部专门规制应对电信诈骗犯罪的法律文件。该法第二条第一次在法律规范层面面对电信诈骗的定义进行了厘清。然而,由于电信诈骗犯罪兴起晚、手段新、变化快的特点,实践和理论中尚存在诸多需要认定和区分的疑难、模糊问题,构成了防范和打击电信诈骗进程中的藩篱。

首先是电信诈骗行为性质的认定问题。司法实践中,由于电信诈骗手段的多样化,“盗骗结合”的案例层出不穷。比如,有的案例中,犯罪行为人为了使被害人陷入错误认识,假借被害人办理网银升级的理由,获取了被害人的银行卡信息,行为人再在自己的电脑上登录被害人的账户,非法占有账户中的钱款。在这种案例中电信诈骗分子为达到非法占有公私财产的目的,往往会采取多种手段,不仅包括虚构事实、隐瞒真相的欺骗手段,还会使用窃取手段,这就涉及对诈骗罪

以及盗窃罪的认定和界分问题。诈骗罪与盗窃罪最主要的差异,就在于被害人是否有对自己财产的“处分意识”。具体而言,诈骗罪中的被害人虽然陷入错误认识,但是行为人对财产的非法占有有所基于的被害人的处分意识是“自愿”,在盗窃罪中行为人则是“秘密窃取”,换言之,盗窃行为不是基于被害人的“自愿”处分意识。而我国司法实践中对于诈骗罪和盗窃罪的区分采用的主要学说是“主要行为手段兼处分意识说”,这种学说认为,对于行为人同时使用欺骗方法和秘密窃取手段来非法占有他人财物的案件中,应该结合两个因素进行综合分析:行为人所采取的主要手段以及被害人的主观心态,从而确定案件性质。因此,在上述“盗骗结合”的案件中,行为人占有被害人财物的关键行为应是秘密窃取的行为,虚构事实从而诱骗被害人银行账户信息的行为只是一种辅助手段,被害人自始至终也没有对自己财产的“处分意识”,故而这类案件应当认定为盗窃罪。对于诈骗罪和盗窃罪本质区别的把握在认定电信诈骗行为性质的过程中意义非凡。

其次是共同诈骗犯罪数额的认定问题。电信诈骗通常是团伙作案的方式进行,而团伙诈骗所涉及的被害人数量大、范围广,往往是少则几十上百人,多则几千上万人,且分布在全国各地,这使得司法实践中电信诈骗案件的被害人难以全部到案,进而对诈骗金额亦即全体被害人的财产损失认定也存在一定困难。而对于犯罪金额的认定与量刑息息相关,司法实践中对于电信诈骗案件认定的犯罪金额往往少于实际的犯罪金额,从而就会导致对电

信诈骗分子的量刑畸轻,这在实质上违反了刑法的罪刑相适应原则,会对司法公信力造成损害。笔者认为,在某些案件中,比如,确实没有办法如实详尽搜集到被害人陈述的一类电信诈骗案件中,可以结合相关银行交易记录、已收集的被害人陈述、被告人供述以及通话记录等数据,对被害人人数以及诈骗犯罪金额进行综合和全面的认定。这样一来,既能有效打击电信诈骗犯罪分子的嚣张气焰,又能弥补被害人的实际损失与安抚被害人的受害心理。

最后是对既遂未遂形态的认定问题。传统诈骗罪既遂未遂的认定标准是被告人实际取得并控制了被害人的财物,即“控制说”。然而,新兴的电信诈骗犯罪具有非接触性的特点,行为人取得被害人的财物往往是通过远程操控的方式,被害人支付方式的变化使得对于犯罪分子实际控制被害人财物的时间节点认定存在争议。有学者认为,新型的电信诈骗犯罪应该摒弃传统的“控制说”而采用“失控说”。比如,在被害人线上转账的案例中,诈骗罪既遂认定的时间节点应该是被害人完成转账、财物脱离被害人控制的那一刻,而不论犯罪分子是否实现了对该笔财物的控制。学界关于犯罪既遂未遂的学说是“犯罪构成要件齐备说”,这种学说所持的观点是,犯罪的既遂标准是完全齐备该罪的犯罪构成要件。笔者认为,“控制说”相比“失控说”更加符合“犯罪构成要件齐备说”的认定标准。在犯罪主观要件方面,诈骗罪的行人在主观上需要以非法占有公私财物为目的,而客观行为方面,行为人的表现则是以虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取财物。“失控说”不



以诈骗行为入取得对财物的控制作为既遂标准,而是以财物所有人失去对财物的控制作为既遂标准,其主观方面的表现为“非法排除他人占有”的目的,而客观方面的表现则为“用欺骗方法非法排除他人对财物控制”,其对“排除财物所有人的财物控制”这一结果的执着追求不符合诈骗罪的构成要件本身的描述,也不符合“犯罪构成要件齐备说”这一既遂标准。