

# 刑破交叉案件程序与财产处置问题研究

## 前沿话题

刘宁

随着国内经济转型,企业破产日渐增多,刑民交叉又延伸至破产领域形成“刑破交叉”现象,刑破交叉案件的程序适用、财物处置成为困扰实务的新问题。

### 什么是“刑破交叉”案件

所谓刑破交叉案件,是指破产企业关联刑事法律关系,从而导致刑事程序与破产程序相互牵连,影响的案件,这种关联主要是指破产审判与刑事案件的事实或者财产处理具有关联性。

“刑破交叉”借鉴了刑民交叉的表述,但与刑民交叉又有一定区别。广义的刑民交叉是指案件中交叉着刑事和民事法律关系,需在实体与程序上协调民事和刑事。“刑破交叉”并不完全等同刑民交叉,盖因破产并非处理单一法律关系,而是处理企业的所有法律关系。参照刑民交叉标准,可将“同一事实”的刑破交叉列为第一类,其常见于企业涉嫌虚假破产罪或破产企业只是犯罪工具时。第二类是破产企业自身涉嫌其他涉刑犯罪,例如,破产企业涉嫌非法集资,但破产原因复杂,既有非法集资,也可能经营不善或其他合法债务超过等,破产与犯罪并非同一事实。第三类是破产企业牵涉他人犯罪。破产企业不是犯罪主体,但其他主体涉嫌犯罪,赃款流入破产企业等导致破产与刑事牵连。后面两类刑破交叉案件,破产本身与犯罪不是同一事实,且将该两类称为“非同事实”的刑破交叉。

### “刑破交叉”如何适用程序

第一类“同一事实”的刑破交叉,参照《九民会议纪要》规定,应当移送刑事程序处理。根据2002年《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第十二条、第十四条,对于虚假破产,法院不予受理或者驳回破产申请,涉嫌犯罪的应当通过刑事程序处理。

“非同事实”刑破交叉的第二类,即破产企业涉嫌其他涉刑犯罪,其他犯罪与破产不是同一事实,刑事程序只能处理该犯罪行为,但不能解决企业破产问题,不宜刑事优先而应分别审理。实务中,不少破产案件因涉刑而不加区分地被中止破产或者驳回破产申请,此做法值得商榷。“非同事实”刑破交叉的第三类破产企业牵涉他人犯罪,刑事与破产分别审理,破产企业配合刑事调查,刑事案件也需破产程序协同处理退赃、被害人赔偿等问题。

总体而言,“同一事实”的刑破交叉,应当刑事优先;“非同事实”的刑破交叉,刑事破产程序并行,但在事实查明、财产处置等方面,应当建立刑事破产协同办案机制,由破产审判法院、管理人、刑事司法机关共同协调处理刑事保全解除、事实调查、追赃挽损、刑事财产执行等问题。

### “刑破交叉”如何追赃

刑法第六十四条规定,犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔。刑事判决追缴或者责令退赔往往涉及从破产企业追回赃款赃物。破产财产是企业合法财产,犯罪所得不属于合法财产,赃款赃物原物尚存且系特定物并能与企业合法财产区分的情形下,刑事追赃效力及于破产程序,赃款赃物应当从企业财产中剔除,此情况类似于破产法之他人

财产取回,只是对破产企业的追赃是基于“任何人因不法行为获利”的法治原理,刑事追赃后,属于被害人财产的应通过刑事程序返还,刑事财产处置程序与破产程序并行,被害人损失得以弥补的,不应再在破产程序中申报债权。

赃款赃物不在或不能与破产企业合法财产区分时,应通过犯罪人退赔解决。刑事退赔适用于赃款赃物已被用掉、毁坏或挥霍无法退还的情形。理论上犯罪与民事侵权竞合,侵权行为严重达到犯罪认定时,上升为刑事不法评价,因此,刑事退赔对应民事财产损害赔偿,如负有退赔责任的企业未破产,企业理论上足够财产退赔,退赔可采取刑事财产执行;企业破产的,有的案件直接扣划破产财产,再通过刑事程序退赔,也有破产案件将刑事退赔作为破产债权处理。笔者认为,赃款赃物不在或无法与企业财产区分剔除的,资产混同则债务也应统一处理,退赔应作为破产债权清偿。

### “刑破交叉”案件如何处理被害人财产损失

企业破产法未明确刑事退赔清偿问题。《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十三条规定,被执行人“财产不足以支付”时,退赔被害人的人身损害赔偿金的医疗费用之后其他民事债务之前。有观点据此认为,刑事退赔比其他民事破产债权更具优先性。但最高人民法院执行局在其编著的《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定理解与适用》一书中指出:“被执行人为企业法人的,如果进入破产程序,其资产显然已不足以清偿全部民事债务,根据相关法律规定及本条司法解释确定的责任顺序,财产已基本无执行的可能。”



虽然符合财产不足以支付的条件,但案件已经进入破产程序,如何确定责任顺序,应由破产程序解决。”按此观点,刑事退赔应当由破产法决定清偿顺序。破产是概括执行程序,刑事退赔应当按照破产法解决。2009年,最高人民法院在《关于依法审理和执行被风险处置证券公司相关案件的通知》第五条中指明,证券公司破产后,刑事附带民事赔偿或者涉及追缴赃款赃物的判决应当中止执行,权利人申报破产债权。该通知虽然主要针对证券公司,但其按照破产债权方式处理被害人损失的法律导向,对实践具有积极意义。

《全国法院破产审判工作会议纪要》第28条规定,对于法律没有明确规定清偿顺序的债权,人民法院可以按照人身损害赔偿债权优先于财产性债权,私法债权优先于公法债权,补偿性债权优先于惩罚性债权的原则合理确定清偿顺序。犯罪本质上是严重侵权,退赔被害人即是财产侵权之债,被害人退赔形成的债权,作为普通破产债权清偿。刑破交叉案件中,赃款赃物挥霍、消耗、损毁、混同一般发生在破产前,参照侵权破产债权宜作为普通债权。

# 公共数据识别宜采用功能主义进路

## 前沿关注

宋烁

近三年来,中央政策和地方立法中更多使用公共数据概念,呈现出以公共数据取代政务数据和政府数据的趋势。《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》中明确使用公共数据概念作为构建数据基础制度的核心概念。由此,公共数据的含义和范围不仅直接关联公共数据的共享开放、授权使用、流通交易等制度,也与数据产权、数据安全和个人信息保护等制度密切相关。目前,公共数据的内涵尚不明确,外延并不清晰,阻碍公共数据基础制度的构建进程。在中央层面的立法和政策均未对何为公共数据作出具体解释的情况下,如何界定公共数据成为理论和实践共同关注的重点问题。

### 公共数据界定的规范主义进路与反思

地方立法和学理上对公共数据的主流认识基本延续了我国法律对政府信息、政务信息、政府数据和政务数据的界定思路。各地方对公共数据的界定方式趋于一致,即在政务数据概念基础上对公共数据作出扩大解释;界定标准本末同异,即依据主体要素和行为要素划定公共数据范畴。学理上大多数观点主张采用“主体+行为”双要素标准定义公共数据,并通过规范解释对界定标准进行继承式改良。总之,绝大多数地方立法给出的公共数据定义和大多数学术观点提出的公共数据界定标准大同小异,基本遵循规范主义进路,依据“主体+行为”要素界定公共数据范畴,公共数据的公共性借由主体要素和行为要素的公共性判断,即享有或行使公权力的主体在履行公共管理和公共服务过程中产生或收集的数据属于公共数据,这一解读方式深受规范主义风格影响,在构建公共数据具体规则时也延续了控权思维模式。

采用规范主义控权进路,依据主体和行为要素定义公共数据,可能引发以下问题:第一,界定范围过大

不宜于公共数据的开放利用。公共机构在履行公共管理和服务职能过程中形成的信息或数据并非都能用于开发利用,并不都属于公共数据。规范主义下定义的公共数据将不能开放利用的数据也纳入进来,导致公共数据概念与数据开放利用范围不能直接对应。第二,违背公共数据开放的制度目标。公共数据开放由大数据技术驱动而兴起,以促进数据开放利用,实现繁荣经济、提升治理效能为目标。公共数据开放的核心指向数据利用,要求公共数据是适宜再利用的高价值、高需求数据,并非全部公共属性数据。规范主义的公共数据概念未能有效回应公共数据开放利用的目标需求。第三,容易与政务数据概念混淆,导致相关制度安排上出现误用。目前对公共数据和政务数据或全同关系或包含关系的理解造成了概念的混淆,进而导致二者制度安排上的混乱。地方立法中因混淆公共数据和政务数据产生的相应制度安排出现现象时常发生。

### 公共数据开放制度遵循功能主义进路

公共数据概念依托的公共数据开放制度遵循功能主义进路,应当转变思路采用功能主义建构模式识别公共数据范围。不同于规范主义的法律控制模式,功能主义将法律视为工具,用以实现与能动性国家紧密相关的目的,关注重点是功能和效率,而公共数据开放这一由数字技术催生,以实现多元公共福利为目标的新兴制度,其运行逻辑体现浓郁的功能主义色彩。公共数据开放倡议的提出被寄予实现一系列旨在提升治理效能、促进公共福祉的广泛目标:促进经济发展、改善公共服务、刺激创新、打击腐败、改进决策、提升透明度等。随着数据开放实践的发展推进,公共数据开放目标不断调整,逐步明晰,公共数据开放制度也初具雏形。这些目标不是经由立法机关制定具体详细的法律规范进而要求行政机关严格执行的规范主义方式实现,而是要依靠委任立法方式,由行政机关通过制定行政法规则灵活调整的方式逐步落实。无论是我国还是域外,在建构公共数据开放制度时,均未选择传统的法律控制路径,而是走向了功能主义进路。公共数据开放并不致力于使政府严格受到法律制约,而是追求高效实现行

政任务和目标。公共数据开放在制度生成和推进过程中,十分依赖政府的能动作用,主要通过行政规则推行落实制度目标,而公共数据作为公共数据开放制度的核心概念,其界定也应遵循功能主义的逻辑进路。

### 功能主义进路下的公共数据识别

采用功能主义进路识别公共数据,要紧密围绕公共数据开放利用目的进行,对公共数据概念进行功能主义限缩解释。公共数据作为公共数据开放制度的核心基础概念,其概念界定应服务于公共数据开放的制度功能。公共数据概念应当直接解释哪些数据可以向社会开放、供公众利用,界定目的直指公共数据再利用。只有可以作为开放数据供社会开发利用的、适用于公共数据开放制度的数据,才属于公共数据。据此,公共数据的概念范畴不仅不包含政府数据、政务数据,其外延还应窄于二者。

从公共数据开放的制度目标出发,公共数据的公共性含义应理解为公共使用价值。凡是具有公共使用价值的信息,都应划归公共数据范畴。公共数据的公共使用价值,具体可结合两个方面理解:首先,具备较高的开发利用价值。政府在实行公共数据开放活动时都引入了量入为出的经济理念,追求以最小的成本获得最大的收益。为此,为提高制度目标的实现概率,追求价值创造最大化,各国一致优先开放高价值数据。无论是域外还是我国,在确定哪些公共数据优先开放供社会开发利用时,都采用了高价值标准。这反映了公共数据开放制度对公共数据的基本要求,也恰恰印证了具有较高的使用价值是公共数据的本质特征。

其次,可以向社会提供,供公众开发利用。一些数据虽然具有较高的开发利用价值,但如果将其开放利用可能会侵害合法的公共利益或私人利益,则不可供公众开发利用,即不属于公共数据。一般而言,安全、秘密、隐私等因素会被列为数据豁免开放的考量因素。若具有较高开发利用价值的公共数据可能严重危及上述任一方面,则禁止供公众开放使用,此类数据也因此不划归公共数据范畴。从功能主义视角出发,不能开放的公共数据丧失了其作为公共数据具有开发利用价值,可供开发利



用的基本功能,无法实现公共数据开放的制度目标。将不可供公众开发利用的数据剔除公共数据概念,有利于公共数据的识别、分类与利用。

“公共数据是具有公共使用价值的信息”是对公共数据概念的描述性表达,而非规范性界定。公共数据的实际范围还需依据合理建构的识别机制具体确定,这一机制主要由政府利用法律工具自我建构而成。在功能主义进路下,政府自行建构的内部治理结构的有效性决定着行政任务的完成度。制定行政规则是政府为充分发挥能动性,有效完成行政任务采用的自我规制的方式。政府可在行政规则中确立其在公共数据识别上的主导地位,哪些数据应被划归公共数据范畴,依据何种标准以及遵循哪些程序确定,主要依靠行政专业优势由政府负责确定。行政规则中应建构起识别公共数据范围的基本制度框架,解决如何确定公共使用价值的问题,包括正向的高价值数据识别和反向的禁止开放数据排除两方面。政府可建立公共数据目录管理制度识别高价值数据,建立分类分级保护利用制度识别禁止开放数据。为防止行政的恣意与专断,政府也应建立相应的监督救济机制对行政权力进行限定和制约,建立公开机制实现对公共数据识别的外部监督,建立备案审查机制对公共数据识别进行内部监督。

功能主义进路将公共数据从规范性概念引导到目的性概念。公共数据不再具有明确的内涵外延,牺牲了规范性及法律功能,换来的却是公共数据治理目标的有效回应。公共数据概念从识别手段转变为识别目的,需要借助政府自行合理建构的规则体系来完成具体范围的识别。

(原文刊载于《政法论坛》2024年第4期)

# 灵活就业女性生育权的法律保障

## 前沿观点

刘书辰

随着社会经济的发展和就业形式的多样化,灵活就业已成为越来越多女性的职业选择。灵活就业以其自主性强、时间灵活等特点,为女性平衡工作和家庭提供了更多可能。作为劳动者权益和女性权利的重要组成部分,灵活就业女性的生育权保障关乎就业公平、生育自主和妇女发展等多项基本权利的实现,是促进男女平等就业,更是推动人口均衡发展,实现人的全面发展的保障。笔者拟从完善法律制度,加强监督执法,健全社会保障,营造支持环境四个方面,探讨灵活就业女性生育权的法律保障路径,为实现灵活就业女性平等就业、安心生育、促进事业发展和家庭幸福提供法律保障。

完善法律制度,明确灵活就业女性生育权益。首先,在现有法律法规的基础上,进一步明确灵活就业女性的生育权益。就业促进法、劳动合同法等虽然对女职工生育权有原则性规定,但对灵活就业女性的特殊情况考虑不足。应完善相关法律,将灵活就业女性纳入平等保护范围,并细化生育休假、生育津贴等权益标准,为其生育权提供坚实的法律基础。同时,可以考虑在民法典、社会保险法、未成年人保护法、《女职工劳动保护特别规定》等相关法律法规中增加对灵活就业

就业女性生育权保护的内容,从职业健康、劳动安全等方面为孕期和哺乳期的灵活就业女性提供特殊保护,形成多部门协同保障的局面。其次,要加强反就业歧视法律建设,明确禁止因怀孕、生育等情形而拒绝录用或解除灵活就业合同,为灵活就业女性营造公平、无歧视的就业环境。最后,要完善平等就业的司法救济渠道,降低灵活就业女性维权成本,提高违法成本,切实保障其合法权益。

加强监督执法,保障灵活就业女性生育权落实。在完善法律制度的同时,还要加大监督执法力度,确保灵活就业女性生育权的落实。要建立多部门联动的监管机制,加强人力资源和社会保障、卫生健康、市场监管等部门协同配合,形成监管合力。针对灵活就业女性分散化、流动性强等特点,创新监管方式,通过大数据分析、随机抽查等方式加强日常监测,及时发现和查处侵犯其生育权的违法行为。畅通投诉举报渠道,完善线上线下相结合的受理机制,提高投诉处理效率。要加大对侵犯灵活就业女性生育权行为的惩戒力度,加强行政执法与刑事司法的衔接,切实维护法律权威。同时,要强化准法准法原则,加大生育权保护的普法力度,通过案例释法、以案说法等方式加强教育引导,提高灵活就业女性的法律意识和维权能力。要加强监督管理部门的执法培训,切实提高其对灵活就业女性生育权保护的执法能力和水平。

健全社会保障,为灵活就业女性生育提供物质基础。法律保障的关键在于为女性实现提供物质保障。

要将灵活就业女性全面纳入生育保险覆盖范围,合理确定缴费比例和标准,既要保障其基本生育权益,又要减轻其经济负担。除了生育保险,还可以发展商业生育保险,鼓励用人单位提供企业补充生育保险,满足灵活就业女性多样化的生育保险需求。要加强生育保险与医疗保险、失业保险等其他社会保险的衔接,为灵活就业女性提供全方位的生育健康服务。要与企业职工相衔接的生育休假制度,明确灵活就业女性的休假权,鼓励用人单位提供带薪休假。要完善生育津贴的筹资和发放机制,确保灵活就业女性能够获得与生育相关的合理补偿。还要完善相关的社会救助制度,对生育困难的灵活就业女性给予必要帮扶。要加大政府投入,通过政策扶持、项目资助等方式,支持发展普惠性托育服务,减轻灵活就业女性的育儿压力。要发挥社会力量作用,鼓励和规范企业、社会组织提供生育友好型服务,共同织密灵活就业女性的生育保障网。

营造支持环境,为灵活就业女性生育创造有利条件。法律保障的落地还需要良好的社会环境。要加强政策宣传引导,提高全社会对灵活就业女性生育权的认知和重视,营造尊重和保护的的社会氛围。要加大对用人单位的引导帮扶力度,鼓励其制定灵活就业女性生育保护措施,提供必要的便利条件,如完善灵活工时制度,为灵活就业女性提供更加灵活自主的工作安排;加强对灵活就业女性的职业培训和就业援助,提升其职业技能和市场竞争力。要引导和支持企业、妇



联等群团组织发挥作用,为灵活就业女性提供生育权益维护服务。要加强宣传教育,提高灵活就业女性自身的权益意识和自我保护能力,引导其理性表达诉求,合法维护权益。要充分发挥媒体和社会舆论的监督作用,对侵犯灵活就业女性生育权的行为进行曝光,形成强大的社会震慑效果。要发展普惠性学前教育 and 托育服务,为灵活就业女性提供可负担、高质量的育儿服务。要营造家庭友好型社会环境,鼓励男性分担育儿责任,促进家庭成员共同承担家务劳动。

保障灵活就业女性平等就业,安心生育不仅是促进社会公平正义,实现男女实质平等的应有之义,更是维护劳动者合法权益,实现人力资源可持续发展的必然要求。从健康中国战略的高度来看,优化灵活就业女性生育权,为灵活就业女性提供更加灵活自主的工作安排;加强对灵活就业女性的职业培训和就业援助,提升其职业技能和市场竞争力。要引导和支持企业、妇

## 观点新解

### 马贤茹谈数据竞争行为的法律规制——须搭建多元主体治理与多法协调机制



东北财经大学法学院马贤茹在《法学研究》2024年第3期上发表题为《数据竞争行为的类型化重构及法律规制》的文章中指出:

数据竞争行为是基于数字数据技术,以数据要素为竞争对象或以数据处理技术为竞争工具实施的竞争行为。步入数字时代,对数据要素与数据处理技术的争夺成为数字平台竞争的主要方式,从而使数据竞争行为不断出现新的形式。数据竞争行为因其复杂性、多样性和隐蔽性,难以全面适用现行法律分析框架。

数据(要素)竞争制度是数据基础制度的核心内容,关涉数据权益分配、数据竞争行为的边界与法律适用等数字市场运行的逻辑规则及其实施。然而,目前关于数据竞争行为的体系化和类型化梳理。为此,提出数据竞争行为的类型化重构新思路。

不同类型的数字竞争行为呈现不同的规制需求和规制方式,对数据竞争行为的分类研究有助于完成数据竞争行为法律规制的体系化构建。将数据竞争行为划分为直接数据竞争行为和间接数据竞争行为两大类,并以此为基础构建数据竞争行为的类型化和整体化法治方案。

基于对数据竞争行为的类型化重构,有必要深度解析直接数据竞争行为所涉及的数据抓取、用户数据不当收集与滥用、拒绝数据开放共享、间接数据竞争行为所涉及的数智型自我优待、“大数据杀熟”、基于数据与算法的合谋、数据驱动型并购等行为的特征、法律适用原则和方法,并全面、系统地分析数据竞争行为产生的治理困境,进而设计有针对性的法律规制路径。

无论是直接数据竞争行为还是间接数据竞争行为,其共性都在于数据及其技术的深度融合导致竞争行为的法律关系和法律适用发生变化。这一变化正在撼动以工业时代经济发展特征为基础构建的现代竞争法治的理念、原则、逻辑及方法。因此,亟待以“数据在具体竞争行为中的定位和功能”的类型化重构思路为基点,为数据竞争行为提供系统科学的法律规制路径,消解当前法律适用的竞合与冲突,平衡多元利益和价值。对数据竞争行为的法律规制须从以下方面入手:明确数据要素权益分配方式;厘清直接数据竞争行为与间接数据竞争行为的规制要点;搭建多元主体治理与多法协调机制。

### 何俊毅谈构建流域协同立法保障机制——应统筹考虑流域上下游左右岸干支流协同发展



西北师范大学法学院何俊毅在《现代法学》2024年第3期上发表题为《流域协同立法的规范建构与机制保障》的文章中指出:

流域是由分水线所包围的水系干流和支流的集水区域,是国家水资源管理的基本单元,具有整体性和系统性特征。流域治理必须从流域的整体性、系统性和流动性特征出发,基于流域生态系统自身的规律和特性探索流域生态保护和高质量发展的最佳路径。实践证明,流域治理具有跨区域、跨流域、跨省市的复杂性,仅靠流域内一省一市的自行防治是无法完成的。为此,需要流域沿线各方秉持“一盘棋”的理念,形成立法共识,共保共治流域生态环境。流域协同立法为稳步推进流域生态保护和高质量发展提供规范依据和法治保障,有助于提高协同治理的法治化水平,是流域协同治理视角下规范供给的主要内容和重要形式。流域协同立法、协同治理将成为推动我国流域治理体系和治理能力现代化的必然选择。

当前,我国流域协同治理仍处于初级阶段,流域协同立法面临法律规范体系不健全、流域协同立法主体协同立法动力不足、协同立法保障机制不健全等现实困境。厘清流域协同立法的规范基础和法理依据,是更好地完善流域协同立法保障机制,提高流域协同立法的科学性、协调性和有效性的前提。宪法法律为流域协同立法提供了规范依据,回应了流域协同立法的正当性需求,为流域协同立法提供了正当性基础。流域协同立法能够弥补传统协同治理“软法”规制的短板,构建起以“硬法”为主、“软法”为辅的混合规制模式。流域协同立法中“区域”的多样性、易变性和不确定性,能够保证协同立法的灵活性和回应性优势。同时,流域协同立法还应当注重“求同存异”,充分发挥中央和地方立法积极性。

欲使我国流域协同立法规范真正落地生根、切实发挥作用,应从流域生态系统的整体性、系统性和流动性出发,统筹考虑流域上下游、左右岸、干支流协同发展,构建切实有效的流域协同立法保障机制。通过完善流域协同立法公众参与制度、建构流域协同立法交叉备案审查制度、建立流域协同立法联合评估制度、设立流域协同立法审查批准制度,深入推进我国流域治理体系和治理能力现代化建设,把制度优势更好地转化为治理效能。

(赵珊璐 整理)