

共研新时代背景下 金融犯罪司法认定与有效辩护论坛在京举行

前沿聚焦

本报讯 记者蒋安杰 近年来,金融领域犯罪发案量不断攀升,互联网金融犯罪、证券期货类犯罪、金融领域工作人员职务犯罪、金融诈骗犯罪等案件层出不穷。对此,二十届中央纪委二次全会公报明确强调,本届中央纪委重点打击金融领域犯罪,旨在深化整治金融等权力集中、资金密集、资源富集领域的腐败问题。

如何对专业性较强的金融犯罪做到正确认定与有效辩护?是法律界同仁共同面临的重要课题。为进一步加强法律共同体良性互动,4月8日,由北京市京师律师事务所刑研研修院承办的“共研新时代背景下金融犯罪司法认定与有效辩护论坛”在京举行。北京大学法学院教授王新、中央财经大学法学院教授郭华、中央民族大学法学院院长韩轶、北京市西城区人民检察院第二检察部副主任罗强、北京市某区人民法院刑事审判庭法官以及“刑辩二十人论坛”发起人中的部分律师徐宗新、陈琦、赵春雨、马明、邢志、宋洪昌、马成、赵运恒、马俊、伍志锐、郑城、王亚林、李红新、王忠华、李春光、耿鲁红,来自律师行业的其他代表杨矿生、许兰萍、钱利阳、刘卫东、程晓璐、葛鹏起、张成、王殿学等三百余人参会。北京市京师律师事务所(全国)刑事专业委员会副主任马里主持开幕式。

韩轶指出,长期以来我国的刑事辩护更偏重于经验的总结,而忽视了体系的建构,论坛所聚焦的金融犯罪司法认定问题,是当前刑事司法实践中的重要领域,要想正确解决这些问题,需要法学理论界和法律实务界的共同努力。本次刑辩论坛对此展开深入的理论探讨,对加强刑事辩护的说服力,完善刑事司法体系具有重要的理论和实践价值。

王新从政治站位、立法司法角度,结合具体案例展示了当前国内金融犯罪的热点问题,还针对骗贷和反洗钱领域进行了详细的讲解,内容翔实,案例丰富。王新表示,党的二十大报告指出“守住不发生系统性风险底线”,可以将其理解为“求稳”与“求进”的辩证关系,“求稳”和“求进”中的“进”就是在违法高风险事件中“零容忍”。论坛所讨论的金融犯罪,已经被央行和国家监管部门列为影响金融安全的一个非常重要的内容,各家专家都应引起重视。

郭华针对非法集资的有效辩护提出了五个方向的思考,谈论了民刑交叉、行刑关系、量刑指南等相关问题,并给予了实践领域的深度剖析。他表示,基于非法集资涉及许多争议的问题,当前的立法观念要进一步优化,司法也要随之变动。凡是属于民事、行政和纪律能够解决的问题,刑法不要过分地扩大化来解决。钱利阳介绍了高频交易、量化交易为案例手段的

操纵证券犯罪,也介绍了最高人民法院发布的典型案例——伊世顿操纵期货市场案。他指出,证券领域的罪名名声渺小如蚁,社会各界的关注度较低,但其危险极大,涉案数额惊人,希望今后各界专家关注此类问题,多方努力使金融辩护迈上新台阶。

互联网金融犯罪司法认定与有效辩护研讨

刘卫东围绕“金融诈骗犯罪司法认定难点及辩护”为主题进行分享,针对非法占有目的,被害人是否陷入认识错误、涉案金额、退赔时点、管辖、量刑情节等对于诈骗犯罪进行了探讨。他认为,非法占有为目的目的是办理金融诈骗类案件最先要考虑的问题,作为辩护律师,对任何一个案件做辩护时都应把握从客观到主观这一基本的原则。

赵春雨通过展示时间节点梳理了洗钱罪的历史沿革,列举了洗钱罪在实践过程的法律依据,并从无罪之辩、罪质之辩、罪轻之辩三个方面讲解了如何进行洗钱罪的有效辩护。

马朝以“非法吸收公众存款罪的几点新思考”为主题发表了自己的观点,并围绕从犯的退赃范围问题,并案处理问题,承诺保本付息不断扩大的问题展开分享。

张成认为,作为律师应该考虑侦查机关、公诉机关的思维方式,办案流程,从而提出有效的辩护方式。他建议,承办律师拿到案件之后,在熟悉侦控流程的基础上,制定全盘周密的计划,实现谋定后动的目标,以达到良好的辩护效果。

证券、期货类犯罪司法认定与有效辩护研讨

邢志讲述了在证券市场利用职务便利,通过两类户低买高卖非法获取本单位利益的职务犯罪典型案例,提炼出了这类犯罪的黄金辩护点以及合规思路,深入浅出地展示了债券类犯罪的便利性和有效辩护的思路。

宋洪昌认为,办理内幕交易案件要以《行政处罚决定书》认定的基本事实和违法逻辑为线索,结合行政处罚卷宗,发现有利的证据,展开辩护工作。他剖析了内幕交易知情人员和非法获取人员两大犯罪主体构成内幕交易的认定规则,联络异常,交易行为明显异常的认定规则以及三个维度下的辩护要点,并着重阐述了对交易合理性、有正当信息来源的举证、论证思路。

马成认为,办理刑事案件尤其是办理证券类犯罪是一个系统工程,不仅要找到有效的辩点,还要知道如何排列组合、排兵布阵。这就像打牌,同样的牌在不同的人手中,可能会有不同的打法,也可能会有不同

的结局,有的人把一把好牌打得稀烂,有的人把一把烂牌打得可圈可点,这里面考验着人的专业、经验、智慧及人生阅历。

程晓璐从“操纵证券市场行为的行刑界分”的视角探讨了证券犯罪的行刑界分、行刑转化的问题。她指出,目前新修订的证券法、刑法修正案(十一)对于操纵证券市场入罪门槛以及行政处罚数额产生了一定影响,从国家层面提高了操纵证券市场的违法犯罪成本,降低了操纵证券市场的违法犯罪率。她还通过行刑案例的比较分析,得出了进行行刑界分的六点启示,极大地拓展了刑辩律师办理相关案件的辩护思路。

郑城条分缕析地阐释了内幕交易犯罪的辩护思路,他提出,在相关的行为人均不认罪的情况下,可否通过推定方式进行认罪的问题,引起在座律师的热议。

金融领域工作人员职务犯罪司法认定与有效辩护研讨

罗强就“受贿罪连续犯、继续犯的追诉时效问题”发表了独特的见解,通过对典型案例的剖析,分歧意见的阐释,提出在确定受贿犯罪的追诉时效时,不仅需要确定追诉期限的起算点和终点,还应当对继续犯、连续犯以及犯罪行为实行终了之时的概念作出界定,从而解决实践中所遇到的追诉期限的计算难题。

赵运恒探讨了金融犯罪不同于其他行业的职务犯罪特点:一是金融政策随着国家的政策进行调整,深刻影响了刑事政策;二是金融犯罪的案件在行为模式表面上是合规的,但较容易被司法机关认定为实质违法;三是金融犯罪的单位利益驱动较多,往往与个人的利益驱动相互交叉,他提出了相关辩护对策。

马俊分享了“违法发放贷款罪的司法现状应对策略”。他表示,律师在辩护此类案件时,首先要了解违法发放贷款案件的案发过程,解析案件难点、疑点;其次要进行实地考察,确保案件各环节的真实性;将辩护工作深入各行各业,只要符合权钱交易的本质特征,就可以认定受贿罪,所以在处理此类案件时要透过现象看本质。

伍志锐表示,违法发放贷款罪、骗取贷款罪、贷款诈骗罪作为金融领域犯罪的高频罪名,三者十分相似,在案件处理过程中极易混淆,要进行细致区分。

许兰萍认为,受贿罪与诈骗罪有本质区别,受贿罪的本质特征是权钱交易,诈骗罪是客观上有虚构事实、隐瞒真相,主观上以非法占有为目的。不管表面经过了多少中间环节,只要符合权钱交易的本质特征,就可以认定受贿罪,所以在处理此类案件时要透过现象看本质。

金融诈骗类犯罪司法认定与有效辩护研讨

杨矿生简明扼要地阐述了贷款诈骗类案件中的若

干主要问题,并给出了自己的见解,他希望律师界共同提高我国刑辩水平,为我国刑辩事业作出贡献。

王亚林表示,事实推定十分重要,目的、故意、明知、事实、因果关系,甚至是犯罪数额、被害人人数都可以进行事实推定。他认为,辩护人有权利对此提出要求,法官也应该在判决书中对相关问题进行说理。

李红新就一起骗取贷款罪无罪案例对金融犯罪的有效辩护展开研讨。他认为,除了过硬的专业水平之外,法律人需要有悲天悯人的情怀,因为我们办的不仅仅是案件,还是他人的人生。

王忠华从金融诈骗类犯罪中非法占有目的的认定、金融诈骗罪的有效辩护、金融诈骗类犯罪中单位犯罪的有效辩护三个方面展开,清晰地介绍了金融诈骗类犯罪中应如何进行有效辩护。

金融犯罪与量刑问题研讨

李春光简要总结了审查起诉阶段的几个辩护工作要点,指出量刑规范化、认罪认罚指标化以及认罪辩护空间的压缩等趋势要求量刑辩护必须前移。

王殿学分享了“非吸案件从轻、减轻的有效辩护”这一主题,并就个人经办的案件阐述了还本付息、资金用途、多方沟通等在法院阶段的辩护方向。他表示,金融犯罪无罪辩护实践较难,如何从轻、减轻辩护显得尤为重要,这也是在场同仁需要继续努力的方向。

耿鲁红展示了近三年辽宁省各级法院审结的金融犯罪数据,她指出,违法发放贷款已经成为银行从业人员的高发罪名和潜在的刑事风险,不容小觑。同时,她是否在是否为单位犯罪,从认定、有效减少挽回损失、争取从轻处罚等方面分享了违法发放贷款案件的辩护思路。

葛鹏起表示,在目前金融犯罪认罪认罚率90%以及认罪认罚率万分之四的前提下,量刑辩护显得尤为重要。他提出,要做好量刑方面的辩护,就要深入研究行业,从而在行业中结合法律控辩量刑辩点,同时在金融犯罪中,注重财产刑量刑辩护,进行财产刑量刑的举证,主动发表量刑辩护意见,从而拉大量刑辩护效果。

陈琦在肯定量刑辩护重要性的同时,还表示应该区分量刑辩护和罪轻辩护,做好量刑辩护业务的学习与提升,他将有效识别分为吃透案件、分清定罪事实与量刑事实、非常见情节的识别三部分进行剖析讲解。

本次论坛既有理论高度,又有实践深度,是一场法律服务难得的盛会,加强了法律共同体的良性互动,为法律服务市场的发展注入了新的活力。

观点新解

张钦昱谈数据立法——应构建体系化的数据调制机制



中国政法大学民商经济法学院张钦昱在《经济法法律评论》2023年第1期上发表题为《数据立法范式的转型:从确权赋权到社会本位》的文章中指出:

人类进入数据纪元时代,数据立法方兴未艾。在理论层面上,人们热火朝天地对数据权著书立言,探明数据权的疆域,建构数据权体系的大厦,对数据权予以权利证成的文章纷纷涌现。立法现实与审判实践却是别样图景:数据权条款在立法中难觅踪影,诸立法在引进数据权概念时踌躇不前,反倒是义务条款在司法审判中大行其道。对数据主体的立法保护不应执着于数据权条款的确立。数据权条款的康庄大道看似平坦,实则暗潮汹涌,面临难以定性、内涵不清、外延不明的困境。宣示性的数据权条款看似很美,但若无法援引,势必成为空中楼阁。

我国数据立法中,数据义务规范的数量总体上远胜于数据权利规范的数量,在同一部立法中权利条款与义务条款未能呈现对称关系,司法审判过于倚重义务规则,数据权条款能否在立法中得以确立屡遭争议。数据权的构成取决于数据权的结构。数据权的结构由权利主体、客体、内容三个要素组成,这三个要素相互交叉、联结,组成了不同的数据权类型。大部分学者将数据权归为民法范畴,数据立法逻辑的预设框架下探讨数据权。殊不知,数据权的疆域要大得多,其不仅包含一种或几种私法权利,而且是由一系列不同性质的权利组成的“权利束”。以主体为脉络,辅以客体与内容,数据权涵盖国家的数据主权、政府的数据调制权、企业的控制权、个人的数据私权。审视数据“应有权利”,数据权的概念与体系化止步于学理上的探讨,数据保护的赋权逻辑在立法中的落地不切实际,数据立法逻辑亟须转向。在数据法律关系失衡的情况下,数据立法应向弱势的数据个人、中小数据处理者等倾斜,数据处理器侵害的是社会公共利益,数据很大程度上类似于公共物品,数据在处理、流转时因生产分工而具有社会性等特征。数据立法应立足于社会本位理念,将数据权纳入宪法的基本权利,既可在宏观上起到宣扬数据保护的效果,又可避免数据权在具体部门法立法中实际落地困难以界定与履行而落入尴尬境地。在拟定具体条款时应偏重权利的法治化策略,设立独立的数据调制机构,构建体系化的数据调制机制,援用公益诉讼程序,贯彻社会本位的数据立法思路。

徐娟谈用户画像中人权保护的法治化策略——构筑用户画像中的人权协同保护体系



广东海洋大学政法学院徐娟在《河北法学》2023年第2期上发表题为《用户画像中的人权保护》的文章中指出:

当前人类进入万物互联的智能时代,数据价值应用凸显,实现数据的智能化应用成为各行各业的利器。用户画像作为一种实现数据有效利用的工具,是平台用来分析用户行为、动机、个人喜好的一种数据处理工具。用户画像技术让数据具有了价值,凸显了大数据时代人的“数字属性”,也塑造了数字时代的公民数字身份。用户画像作为数字时代数据智能化应用的主要技术,在给人们带来精准个性化推送的舒适和便捷服务的同时,社交媒体、搜索引擎和商业公司通过收集在网上留下的痕迹,消费者贡献了自己的全部数据。在算法不停的窥探中,人类正不知不觉地失去自由,丧失隐私和生活自主权,这就不可避免地带来数字社会中用户画像异常复杂的人权保护风险和冲突,包括个性化的“反任性”限制公民自治权,侵蚀公民信息身份建构侵犯隐私权,数据规则的不合理设计侵犯平等权、公权力的技术化延伸对人的过度监控。

面对数字时代互联网技术的迅猛发展,网络化、数字化、智能化的不断深化在塑造人类数字身份的同时,也使得用户画像中的人权保护无法在传统人权保护框架下,通过既有的人权保护制度和机制得到有效的保障,这就需要在确保把数字科技成果的使用限制在自由、正义、安全、秩序的底线之内,探索可行有效的用户画像中的人权保护的法治化策略。(1)构建个人赋权、平台责任与国家监管的权益平衡机制。用户画像中的人权作为数字人权的一种权利形态,对其进行保护无疑就是对数据和信息资源的一种权利划定和利益的平衡分配。用户画像中的人权保护涉及个人、平台和第三方之间的权益划定和权力的平衡分配,需要构建符合用户画像人权保护的赋权、控权兼顾并行的多元共治的治理模式。(2)构筑用户画像中的人权协同保护体系。鉴于人权保护和科技创新、数字经济发展之间的对立关系,需要在多维利益关系和多元目标兼顾平衡的基础上,构建兼顾代码规制、自我规制和法律规制多元手段互为前提、相互合作的用户画像中的人权协同保护体系。(3)保证用户画像中的数据公正。(4)引入第三方身份的技术监督。一个独立的第三方身份的技术监督是保证算法公正,同时也是对数字民主维护的需要。

(赵珊珊 整理)

前沿观点

罗昆 聂康琳

碳排放权的法律属性是碳排放权交易制度中的基础性问题,但学界对此尚未形成共识,主要存在公权和私权两说。笔者认为,碳排放权的公法属性虽然揭示了行政许可在其初始分配及政府在构建碳排放权交易市场中的作用,但从碳排放权客体的财产属性、母权基础及其可转让性等角度观察,碳排放权的私权属性更加明显。

首先,权利的取得方式不是界定其属性的依据。实践中碳排放权初始取得需要申请,但不能据此否定其私权属性。鉴于大气环境容量固有的重要生态价值,国家对其配额实施行政许可,行政登记等具体行政行为,其依据是行政权。在我国,国有土地使用权的取得也基于政府的划拨或者有偿转让,但不能因此否定其私权属性。碳排放权是排放主体对大气环境容量的使用权,

碳排放权的私权属性

其性质与土地、矿产等其他自然资源使用权并无本质区别。碳排放权是在大气环境容量国家所有权的基础上,根据“所有权与使用权”分离的原则,政府代表国家将所有的部分配额转让给相应的排放主体而形成,它与其他自然资源的使用权一样,属于用益物权,是在国家所有权的前提下,排放主体依法享有对大气环境容量的占用、使用和收益的权利。同时,参照民法典第三百二十六条、第三百二十七条规定,碳排放权一旦分配给排放主体,它就不得干涉其独立行使碳排放权,不得违法设定权利限制或者加以征用;同时,排放主体应当依法合理利用和保护大气环境容量资源。

其次,碳排放权的客体是大气环境容量资源,能够满足“物”的基本要求。权利客体是界定权利属性的重要标志,在经济社会发展的早期,人类生产生活方式比较简单,排放的温室气体总量有限,大气环境容量不具备稀缺性,其使用也不具有排他性,没有明显的“物”的特征,属于“公共物品”。随着工业化、城市化进程加快,环境容量资源越来越稀缺,出现了过度使用的竞争局面,危及人类生存,大气环境容量不再是纯粹的“公

共物品”。为了规范环境容量资源的使用秩序,国家通过立法将其“物化”,环境容量由可以“自由获取的”公共物品转化为具有“排他性”的物权客体。借助一定的技术支撑,大气环境容量可以量化为具体的“配额”,能够满足社会需求和被人类控制、支配,具备可感知性、可确定性,能够满足物权客体的基本条件。

最后,碳排放权派生于所有权,属于用益物权的范畴。环境问题最终可以归结为所有权问题,所有权的性质、范围和配置方式能够显著地影响环境容量的退化速率,造成气候变化等环境问题的首要原因是大气环境容量缺乏所有权保护,致使其被滥用,解决这一问题的有效方式就是所有权配置。在西方国家,人们习惯性地认为私人所有权是有效率的,其所有权主体不会有意过度开发其所有的资源,但实践表明,私人所有者在作出决策时考虑的是私人收益最大化,而不是社会收益最大化;同时,所有权选择不是任意的,而是受多种因素影响,制度经济学的研究表明,某种物品采取何种形式的所有权既受特定时期技术条件的限制,也要受该物品特性的制约。如果考虑大

新时代枫桥经验下数字法治政府的建设路径

前沿关注

邓宇冠

数字法治政府是行政权与数字技术的深度融合,要求政府在社会治理中应当注重数字技术的应用,在组织模式上由碎片化行政向整体性政府转型,并在提高行政效率的同时保障公平正义的实现。而枫桥经验则是党在社会治理领域的一面旗帜,也是法治政府建设的重要典范。经过数十年的实践与发展,新时代枫桥经验同样适用于数字法治政府,并赋予其新的建设内涵。

数字法治政府建设是一项复杂的系统工程,而新时代枫桥经验作为数字法治政府的高效稳步推进指明了关键方向。一是加速政府职能转变。数字时代既有数字技术创新需求又存在数字风险防范需要,而新技术的不断出现必然导致相关规定存在一定滞后性,致使政府职能履行面临困境。正是在此基础上,党的二十大提出“转变政府职能”,要求厘清政府与市场、社会的关系,充分发挥经济调节、公共服务、市场监管等职能。二是强化社会合作治理。“共建共治共享”是提升社会治理效能的重要方式,特别是在数字时代,数

字技术依赖诸多细分领域,包括软件、硬件、运维等,更加依赖多元主体的合作。但现行诸多法律文件中对合作治理的权责表述更多采用“鼓励”“引导”“支持”等词汇,合作职能并未成为政府的法定职责。三是增强数字技术信任。数字法治政府建设依赖诸多数字技术,但数字技术在增强治理便利的同时,技术理性可能使得复杂的现实社会面临代码裹挟的“浅层次”治理,且数字技术的复杂性导致普通公众难以理解其运行原理,亟待技术理性之上回归人文价值诉求,实现数字社会治理共同体的目标。

在新时代枫桥经验的指引下,数字法治政府建设应当遵循转变行政职能,推进合作治理与打造社会治理共同体路径。

首先,转变行政职能。监管是避免数字技术滥用与数字风险扩散的重要方式。但在数字技术创新的现实需求下,行政职能的履行除监管外,更应向激励与约束并重转型。数字时代法治政府的目标实现本身依赖激励机制的作用发挥,特别是在数字技术领域,政府需要给予社会主体更多的自由空间,使得社会主体在内心上认同法律法规,从而减少社会治理的对抗性,更高效地实现政府行政目标。在具体内容上,数字法治政府的激励方式应当以公私合作为契约形式展开,即通过契约形式明确政府目标与激励方式。事实上,契约的引

入本身是激励机制的一部分,在书面文件的保障下能更大程度激发社会主体的参与热情与执行效率。而契约自由原则则要求充分尊重社会主体的选择权利,在数字技术创新等政府行政目标中,政府通过赋予社会主体充分的自由以及必要的条件保障来鼓励其与政府签订契约,并且激励契约也丰富了政府责任的承担方式。例如违约责任,有利于划定政府行政权力的边界。

其次,明确合作治理为政府职责。将合作治理作为政府的法定职责,使得合作治理成为政府必须履行的事项,而非一种可能的选项。但数字法治政府建设与运行并非均需合作治理,明确合作范围将为合作治理提供锚点。根据数字法治政府的建设需要,合作领域至少应当包括数据安全评估、数字环境构建、数据信息共享、数据标准制定、数字技术研发、数字设施建设等方面。以数据信息共享为例,其又可分为两个层面的内容:一是政府数据与社会主体数据实现共享。数字经济时代广大互联网公司也在各自平台上积攒了海量用户数据,其与政府掌握的数据互为补充,数据共享不仅有利于数字法治政府的科学决策,也有利于促进数字经济的健康发展。因此,政府除合理开放公共数据使用外,也应当通过构建公私合作伙伴关系,实现公私数据共享与共享。二是政府内部跨部门跨层级的数据共享。实现跨部门跨层级的业务数据共享,是数字法治政府

内部合作治理的重要形式,将改善部门化、碎片化思维在数字时代的不利影响,实现整体性政府。

最后,打造数字法治政府下的社会治理共同体。数字技术信任问题源于数字化转型带来的“技术面纱”,必须给予回应。一是推行数字技术知识普及。在数字法治政府建设中,要实现治理有效,必须重视社会公众的数字素养培养,需要顶层设计加强规划,给予软硬件配套资源,保障公众具有参与社会治理的基础知识。二是减弱“人机”交互的陌生感。数字法治政府依赖数字技术的使用,特别是便携式操作设备的使用,但现实社会中“数字鸿沟”等问题仍然存在,也难以快速消除,需要我们在数字法治政府运行中注重保障“数字弱势群体”的参与权利,如保留必要的人工岗位,加强操作页面的适老化改造等方式。二是加强专家对数字行政的释法说理。社会公众对权威专家的信任能有效降低公众对数字行政风险的担忧,但需要注意的是,社会公众对权威专家的信任源于其专业资历与职业道德,专家需要给予充分的论证与依据,不能简单化处理公众疑虑,否则反而会降低政府公信力。此外,数字法治政府也同样应当注重纠纷解决,应当构建党委领导下公安、行政、司法、社会调解力量等多元主体参与的纠纷解决机制,第一时间回应社会公众问题与需求,让人民群众充分感受到公平正义。