

民营企业刑事合规的解构与展望

陶朗道

(对外经济贸易大学法学院,北京 100029)

摘要:企业刑事合规制度起源于美国,已逐渐具有全球化的趋势。中国对企业合规问题日益重视,但是民营企业的刑事合规仍然属于制度空白。相较于其他类型的企业而言,民营企业的整体规范性较差,且具有脆弱性,刑事法律在控制犯罪和保障企业生存方面均呈现出不足之处。刑事合规制度能够将国家的刑事监管责任部分内化为企业的管理责任,具有教育问题企业、节约司法资源、减小司法社会负效应的积极意义。鉴于中国民营企业的实际情况,应明确有效刑事合规计划的内涵,构建刑事法律对企业合规的激励机制,推进民营企业自主建立有效的刑事合规计划。

关键词:民营企业;刑事合规;激励机制;暂缓起诉

中图分类号:D915.3 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2021)01-0072-10

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2021.01.007

一、引言

随着现代经济的发展,企业刑事法治理的重要性愈发突显,企业刑事合规问题逐渐成为研究的焦点。广义的企业合规泛指企业对法律规则的遵守,而狭义的企业合规指的是企业内部建立的合规计划。本文采用狭义的企业合规概念,所称企业刑事合规是指企业为应对刑事风险建立的内部合规计划。中国的经济体系具有特殊性,企业的种类较为复杂,根据企业资金主要来源的不同性质,大体可以分为国有企业、外资企业和民营企业。其中,民营企业的数量和经营范围不断扩大,是中国市场经济成熟发展的第一支柱。习近平总书记在民营企业座谈会上指出:“民营经济具有‘五六七八九’的特征,即贡献了50%以上的税收,60%以上的国内生产总值,70%以上的技术创新成果,80%以上的城镇劳动就业,90%以上的企业数量。”^[1]然而,民营企业的刑事问题较为严重,特别是一些中小型民营企业,内部的管理秩序和刑事合规意识较差,使得民营企业犯罪案件频发,甚至出现了“中国民营企业家都在去往监狱的路上”的舆论担忧。三鹿奶粉案、快播案、长春长生疫苗案等都是民营企业犯罪的典型案例,这些案件对经济和社会的影响极大,而民营企业刑事合规制度缺乏便是企业犯罪问题严重的主要原因之一。

近年,中国对企业的合规建设逐渐加强,开始强调在国有企业的行政治理中引导企业建立合规计

收稿日期:2020-08-25

基金项目:辽宁省社会科学规划基金项目“刑事诉讼中无罪化裁量机制研究”(L19BFX001)

作者简介:陶朗道,女,对外经济贸易大学博士研究生,主要从事刑事诉讼法研究。

划,但是民营企业的合规建设,特别是刑事领域的合规,仍然处于制度空白的状态。对此,域外既有的刑事合规制度及其发展中的理论争议将会给我们一定的启发。

二、企业刑事合规制度审视

随着经济的发展,企业的经营和管理呈现复杂化趋势,一些国家开始将一部分的司法监管责任转移给企业,要求企业通过建立合规计划的方式实现犯罪的自我发现、自我调查、自我预防。域外建立的刑事合规制度,以推动所有企业建立刑事合规计划为目的,基本可以分为两个组成部分:第一,刑事法律对企业构建刑事合规计划的激励;第二,有效企业刑事合规计划的内涵。刑事合规制度涉及的争议问题在各国、各类型企业的治理中普遍存在。因此,该制度需要在审视中发展,在理论质疑声中完善。

(一) 刑事法律对企业合规的激励机制

企业刑事合规计划,就是企业依据刑事上位法而建立的内部治理系统,旨在通过合规计划的运行来减少和预防犯罪,即使犯罪行为已经发生,企业也能尽早发现、及时自首、采取补救措施,减少犯罪带来的社会损害。但是,企业是盈利性组织,其建立刑事合规计划将增加运营成本,单依靠企业的自觉,难以促进刑事合规计划的广泛应用。需先建立能够为企业带来切实利益的激励机制,才能真正地推进企业刑事合规进程。美国是最早建立体系化激励机制的国家,其做法逐渐被英国、加拿大、新加坡、法国等国家学习,呈现出全球化的趋势。各国刑事法律对企业合规的激励机制基本包括以下三个方面:

第一,企业合规计划是企业犯罪的法定抗辩事由。企业是拟制的法人,其行为需要由代理人来具体实施,这个代理人可以是员工、主管、其他利益相关人。依据判例法确定的雇主责任原则,企业对于其代理人的行为负有监管责任,没有尽到监管责任的企业要对其代理人的犯罪行为负刑事责任。^①因此,如果检察官能够满足替代责任的证明标准,即证明代理人的行为是在代理权限范围内,且是为了被代理企业的利益,则企业需要对代理人的行为负责^[2]。虽然美国的联邦法规没有直接规定,但是许多判例和学说认为此时企业可以提出尽职抗辩,证明企业尽到了监管义务,而有效的企业合规计划则是尽职抗辩的要素,能够在实体法层面直接避免企业构成犯罪^[3]。英国对于合规计划在尽职抗辩中的地位采取了更为明确的态度,例如《反腐败法》第7条规定,经济组织可以通过证明自己建立了能充分防止相关人犯罪的程序实现抗辩。^②有效的合规计划能够帮助企业实现尽职抗辩,证明实施犯罪行为个人意志与企业意志是相分离的,从而减少被定罪的风险。

第二,企业合规计划是检察官是否与企业达成审前转处协议的考虑要素之一。美国的审前转处协议包括暂缓起诉协议和不起诉协议两种,如果检察官与企业达成协议,则涉罪企业就获得了出罪的机会,只要其在协议约定期限内履行了协议条款的义务,就能够完全出罪。协议条款内容通常包括:约定的考验期、罚款数额、承认的证据事实、企业合规计划的构建或完善等^[4]。两种协议的差别在于,若达成不起诉协议,则检察官直接承诺不提起诉讼;而若达成暂缓起诉协议,检察官仍然先提起诉讼,之后再向法院申请暂缓诉讼。对于涉罪企业而言,两种协议在出罪机会的提供上效果相同。但是,是否采用审前转处协议属于检察官自由裁量权的一部分,只有办案的检察官在调查过程中认为涉罪企业满足了特定条件,才会选择与其协商签署协议。美国司法部的指导性文件将检察官裁量时需要考量的内容归纳为9项要素,“企业是否有合规计划、合规计划是否充分”就是要素之一,其他还包括犯罪的本质和严重性、企业的事后补救行为、针对直接负责个人的诉讼充分与否等^[5]¹⁴²。英国等国家在引入暂缓起

^①N. Y. Cent. & Hudson River R. R., 212U. S(1909).

^②Bribery Act 2010(UK), Section 7 Failure of Commercial Organisations to Prevent Bribery.

诉制度的时候,也将“企业的事前合规计划”作为考量因素。可以认为,存在有效合规计划的企业更容易在涉嫌犯罪时获得签署协议的机会,更具有通过程序分流获得出罪机会的可能性。

第三,企业合规计划是法院量刑的考量因素。美国于1984年通过的《量刑改革法案》设立了联邦量刑委员会,赋予其出台规范联邦法院量刑的法律之权力^[6]。随后,《联邦量刑指南》正式出台,其中,第8章“组织量刑”对企业犯罪的量刑进行了规定,将“有效的合规计划”作为量刑的从轻考量因素之一。^①即使2005年《联邦量刑指南》的强制约束力被美国联邦最高法院推翻,但其规定的内容仍然具有广泛的指导意义^[7]。在其他国家,以加拿大为例,即便法条未明确列出有效合规计划在量刑中的地位,存在有效合规计划的企业也实际上更容易获得较少的罚金刑罚^[8]。因此,事先建立有效的合规计划能够帮助企业增加从轻量刑的可能性,降低刑罚风险。

(二) 客观合规理论下的有效企业刑事合规计划

企业只有建立有效的刑事合规计划才可能获得出罪、从轻的资格,那么什么样的企业刑事合规计划才是有效的?对此,存在两种理论。一种是激进合规理论,该理论认为,有效的合规计划应当能够彻底阻止犯罪的发生,只要企业犯罪出现,就足以证明该企业事先合规计划的失效^[9]。该种理论以合规的实际结果为唯一评判标准,实际上是主张对企业施加严格责任,否认了企业提出尽职抗辩的可能性。另一种是客观合规理论,该理论认为,即便是有效的合规计划,也不能阻止所有犯罪的发生,当企业的合规计划满足了客观量化的评价标准,就可以承认其有效性^[10]。当前的刑事法律体系旨在推动企业主动建立合规计划,激进合规理论会极大地伤害企业建立合规计划的积极性。因此,现代国家较为一致地采纳了客观合规理论,出台了细致的合规计划评价标准和合规计划范本,引导司法机关于量化地评判企业刑事合规计划运行的有效性。这些评价标准和范本都具有专项化的特征。例如,针对贪污贿赂犯罪的合规内容与针对食品安全犯罪的合规内容自然应当有所不同。美国司法部认为,应当通过以下三个方面,评判刑事合规计划的有效性。

第一,企业合规计划设计是否完整。完整的企业合规计划应当包括6方面的内容:1. 建立风险评估系统,充分评估企业内部违法行为发生的风险点,针对风险大小来合理配置合规资源,定期更新风险评估结果;2. 建立企业内部的规则和程序,确保内部员工和相关第三方知晓企业遵守特定法律的合规承诺,并设有专门的负责人员(例如,合规官);3. 设计培训和交流,对企业从管理层到底层员工进行全面的合规培训,可以通过实际案例教学、出台指导性规范等方式,使员工了解刑事风险、交流相关困惑;4. 构建秘密的举报和调查程序,确保发现违法行为的员工能够安全、匿名地进行举报,企业也要对发现的违法行为进行内部调查,对确有违法的个人进行相应处罚;5. 对相关第三方进行管理,企业对其外部代理人、顾问、经销商的行为有一定的监督义务,应确保其交易链的整体合规;6. 确保合并与收购中的合规,企业应当对将要合并或收购的对象进行尽职调查。

第二,企业合规计划是否有足够的资源和权力支持运行。有效的企业合规计划不能只是书面文章,企业的中高层管理者应当对合规计划的施行有实质性的承诺和支持行为。企业应当投入足够的人力、资金等资源确保合规计划的运行,并保证机制运行的能动性,例如确保企业内部越级举报渠道的畅通。企业还应当有合规的奖惩措施,对于合规的员工与违规的员工差别对待,在职级、工资等方面实现内部的奖惩。

第三,企业合规计划在实践中是否有效运转。企业应当确保定期对其合规计划进行审查和更新,在特定的违法、违规行为发生后及时调查,积极分析并整治潜在的违规、违法行为。^②

^①United States Federal Sentencing Guidelines, Chapter 8 Sentencing of Organizations, §8C2. 5. Culpability Score and §8B2. 1. Effective Compliance and Ethics Program.

^②Evaluation of Corporate Compliance Programs, U. S. Department of Justice Criminal Division(Guidance Document Updated: June 2020).

总体而言,现代国家对于企业刑事合规计划有效性的评价标准基本与上述内容相一致,其昭示了企业刑事合规计划的应然内涵。

(三) 企业刑事合规制度发展中的理论争议

企业建立刑事合规计划是否真的能达到减少犯罪的目的,是理论争议的首要问题。持支持说的学者认为,在白领犯罪(White-collar Crime)的类别当中,违反法律的人通常具有较高的知识水平,对于刑罚的结果有足够的预期,然而由于受潜在利益的驱使,存在认为犯罪不会被发现的侥幸心理,在功利的思维下选择从事犯罪行为^[11]。因此,最好的犯罪预防方法就是增加犯罪行为被发现的概率,使得有犯罪可能性的人主动选择放弃。企业犯罪是白领犯罪中的一种,企业合规计划使得公司内部的犯罪行为更加难以隐藏,因为调查和监督的人由外部的司法人员转为企业内部的合规官,这些合规官对于公司员工和领导层的行为模式更加清楚,使得犯罪行为更易被发现,一些边缘化的犯罪行为也更容易被遏制,总体上有利于减少企业相关犯罪^[12]。然而,持否定说的学者认为,没有实证研究能够证明企业合规计划确实能够改变员工的行为模式,其只是企业用来应付司法机关的工具,不具有减少犯罪的实际作用^[13]。由于合规计划的发展历史仍然较短,该理论争议持续存在,实践中多数现代国家采纳了支持说的观点,信任刑事合规计划带来的社会效益,积极推进企业自主建立刑事合规计划。

有效企业合规计划的内容和评价标准是学术界争议的另一个焦点。有许多学者认为,企业合规计划固然应当有效,但是当前合规计划的内容和评判标准设计不当,导致了实践的失效^[14]。也有观点认为,当代的合规计划存在过度刑事化的问题,由于企业合规计划的建立基本依靠刑事法律的外部推动,企业合规计划的内容实际上就是模仿刑事立法、司法和审判的过程,员工们对计划本身不信服、不认同,这给犯罪行为“合理化”的心理过程留有了空间。因此,比起构建刑事化的合规计划,更应该督促员工们通过案例分析、匿名咨询等方式交流什么是合规,让他们真正地理解为什么要遵守这些规则,进而真正形成内心认同感,消除“合理化”的犯罪心理产生的可能性,改变自己的行为模式^[15]。还有观点认为,当前的评价方式过分依赖办案人员的主观判断,应该以实证数据为基础,建立更为科学的计算公式,对企业合规计划的有效性进行客观评判^[16]。总体而言,当前的刑事合规计划模式存在哪些问题、应当如何修改,理论界未有共识,但是批判的声音未能阻挡企业刑事合规制度的实践发展。

三、中国民营企业刑事合规之处遇

域外的企业刑事合规制度已经发展出了相对完整的雏形,中国的企业合规发展也开始起步。由于民营企业面临显著的刑事困境,民营企业的刑事合规问题应当予以特别重视。

(一) 民营企业的特性和刑事困境

当前,中国的民营企业犯罪问题较为严重。有研究表明,2014年至2018年间,中国共有企业家犯罪8965次,其中民营企业家犯罪占总数的84.66%,其数量和比例均逐年增长^[17]。民营企业家犯罪案件中不乏大量的民营企业犯罪案件,民营企业面临的刑事风险明显高于其他类型企业。

民营企业规范性较差,这是其容易陷入刑事困境的主要原因。我国单位犯罪的主体包括企业、公司、事业单位、机关、团体。事业单位、机关、团体不参与市场经营,其设立、注销、活动通常是政府直接决定或管理的,涉罪的几率较小。然而,企业(包括公司)具有商业性,灵活地从事经营需要具有相当的自主权,这就难以避免地为刑事犯罪留有空间。在这些企业当中,国有企业受国家的直接领导,企业领导层的选任、考评、培训都有较为严格的程序,企业内部的党组织、工会组织等能够直接发挥监督作用,员工的党员比例较高、政治觉悟较好,因此其经营的规范性较好,犯罪问题较少发生。外资企业则受域外资本的控制,企业的组织结构和管理体系较多地依附于已经成熟的域外企业,且受域外合规相关法律制度发展的影响,诸多外资企业已经具备了较好的刑事合规意识,在犯罪控制方面也表现较

好。与二者相比,民营企业更具有管理的独立性和经营的灵活性,但在规范性方面呈现劣势。由于市场发展初期的管理漏洞,许多民营企业在早期发展阶段就存在不规范之处,特别是一些中、小型地方企业的合规意识较差,可能有行贿、虚开增值税发票、偷税漏税等历史遗留的犯罪隐患。虽然,国家也常有政策对民营企业进行扶持,但是其主要集中于资金支持方面,未能直接从企业的经营和管理方面予以恰当的指引、帮扶与矫正。因此,民营企业的犯罪问题较为严重。

此外,民营企业具有脆弱性。当前的刑事法律未将其作为特殊主体予以关照,严格地依法定罪、处刑,易给民营企业造成生存难题,带来连锁的社会负效应。国有企业和外资企业都有较为稳定的资金支持,在生存和经营方面具有一定的优势。然而,民营企业的资金仅来源于民间投资人,资金稳定性较差,其生存直接依赖市场和商业信誉,具有明显的脆弱性。一旦民营企业涉及犯罪,案件进入司法程序,企业通常面临着因资金被冻结、负责人被逮捕等侦查措施带来的短期经营混乱,后续定罪和处刑更使得企业丧失生存空间。虽然,针对企业的刑罚是罚金刑,没有资格刑,但是,伴随着商业信誉的严重受损,企业就会面临不再能够承接政府项目、失去市场份额、投资人撤资等现实困境,最终走向破产。直接承担这些负面结果的,除了直接负刑事责任的企业负责人,也有无辜的投资者、员工和上下游合作企业等。最为严重的后果是,会直接损害该行业的商业信誉和国家的监管信誉。

以快播案为例,2016年深圳市快播科技有限公司因传播淫秽物品牟利罪被处罚金一千万,其公司主要负责人也均被判处有期徒刑和一定数额罚金。在快播公司的鼎盛时期,其视频软件曾经获得3亿用户的支持,占当时网民总数的55.7%。然而,快播公司被定罪后,其快速失去了市场竞争活力,于2018年正式破产。快播公司的犯罪行为不值得同情,但是,其发展路径昭示了大量民营企业的涉罪困境,在被定罪和判刑后,难以逃脱破产的命运。长春长生疫苗案亦然。2018年长春长生生物科技股份有限公司冻干人用狂犬病疫苗生产存在记录造假等行为,相关负责人员被逮捕和起诉,曾经的“疫苗大王”停产,公司最终于2019年11月宣告破产,这还间接导致市场上出现了一段时间的疫苗慌。更有甚者,著名的三鹿奶粉案已经过去十余年,三鹿集团早已不复存在,但是其对于中国奶制品行业的打击仍然未彻底消退。三聚氰胺事件影响的不只是一个民营企业的命运,更是使得中国消费者对国产婴儿奶粉行业失去信心,消费者们宁愿花数倍价格选择购买进口品牌,也不愿意选择相信国产品牌,国民对国家监管能力的信心遭受严重打击。

总体而言,民营企业涉罪问题更加清楚地反映了控制犯罪和保障经济发展间的潜在冲突。刑事法律的难点在于,既要充分惩罚犯罪,威慑民营企业,又要考虑其规范性较差的历史成因及其自身的脆弱性,尽可能地挽救民营企业,保障其发展,避免大量企业倒闭给社会和经济造成过大的负效应。

(二) 民营企业刑事合规的意义

中国建立刑事合规制度,推动企业建立刑事合规计划,能够直接抑制民营企业犯罪,节约相关司法资源,更好地在惩罚犯罪的前提下保障民营企业的生存。

第一,能够发挥刑事法律的教育功能,引导民营企业自主发现和消除经营中的犯罪隐患。以拒不支付劳动报酬罪的刑事风险规避为例,一些民营企业存在拖欠和克扣员工工资的现象。企业建立刑事合规计划,合规官会发现问题,将刑事风险告知企业负责人,督促企业及时支付拖欠款项,避免了构成“经政府有关部门责令支付仍不支付的”犯罪要件的可能性,降低了潜在的刑事风险。民营企业建立刑事合规计划实际上是建立了企业的“体检”制度,帮助企业发现和评估经营中的刑事风险,及早“治疗”企业发展初期遗留的犯罪隐患。当今的许多民营企业虽有法务部门或专门的法律员工,但是其工作内容以负责企业外向性的法律事务为主,诸如审查企业的合作合同、代表企业处理诉讼纠纷等,不包括内向化的法律风险筛查,特别是涉及刑事风险的部分,企业刑事合规工作仍属空白。推动民营企业填补这一空白,能够广泛地教育和引导企业完成犯罪的自我纠正和自我预防,从根源上减少犯罪。

第二,能够有效节约国家司法资源。发现和调查犯罪一直是人类社会的难题,企业的内部结构和

经营活动的复杂性使得企业犯罪更具有隐秘性。司法机关在企业犯罪的发现和调查环节需要消耗大量的社会资源,有限的司法资源难以应对日益增长的企业犯罪的控制需求。推动企业建立刑事合规计划,实际上是将国家的监管和调查责任部分分配到企业组织内部,优化社会资源配置。民营企业间的规范性差异较大,一些企业的经营管理较为松散,员工多为亲属关系,对司法的配合意识较差,仅依靠企业家的个人能力,会使得犯罪行为难以被发现,相关证据难以被获取。建立包括内部检举程序的刑事合规计划,形成合规监管记录,能够降低犯罪的隐秘性,为司法机关的犯罪发现和证据获取提供便利。此外,在刑事激励机制的作用下,民营企业为了获得出罪和从轻处罚的机会,将更积极地配合司法行为,更妥当地解决犯罪问题。

第三,为兼顾惩罚犯罪和保障民营企业生存提供新路径。刑罚的目的在于惩罚和预防犯罪,民营企业犯罪案件的难点在于把握惩罚的限度,不是将脆弱的涉罪民营企业全都“处死”,而是应尽可能避免给公共利益和社会经济带来过大的负效应。企业合规的刑事激励机制就为司法机关提供这样的裁量空间,赋予涉罪企业主张合规抗辩、协议出罪、量刑从轻的机会,由司法人员在协商性司法的理念下,综合考虑企业所犯罪行的主观恶性、案件的社会影响范围、企业对侦查行为的配合、内部合规计划的有效程度等因素,审慎定罪,克制用刑。这将使得一部分涉罪民营企业切实感受到刑事法律的宽容,企业将会更加积极地遵纪守法。如此贯彻宽严相济的刑事政策,有利于实现法律效果与社会效果的统一。

(三) 民营企业刑事合规的萌芽

中国的企业合规进程已经开启,但是民营企业的刑事合规制度仍然处于萌芽阶段。自2017年起,国家各监管部门相继发布《合规管理体系指南》《中央企业合规管理指引(试行)》《企业境外经营合规管理指引》等文件,指导企业实现行政监管语境下的合规。但是刑事领域的企业合规问题仍然处于研究阶段,民营企业的刑事合规构建更是有待突破。《2017-2018中国年度合规蓝皮书》显示,在被调研的近300家各类型企业中有77%的企业都制定了合规总政策,但是只有35%的民营企业制定了合规总政策,其中以商业贿赂犯罪的刑事风险管控为例,仅有19%的民营企业有针对中国法律的反商业贿赂手册^[18]。总体而言,相较于国有、外资企业,民营企业合规进程的发展更为缓慢,特别是针对各项刑事风险的专项合规建设更为缺乏。

基于民营企业的刑事困境,国家政策对保护民营企业的引导意向明显。自2018年起,《关于充分发挥职能作用为民营企业发展营造良好法治环境的意见》《中共中央国务院关于营造更好发展环境支持民营企业改革发展的意见》等文件相继出台,强调对民营企业的法律保护,主张推动民营企业合规建设。最高人民法院、最高人民检察院针对企业犯罪案件的处理,发布了原则性的指导文件和典型示范案例,将对民营企业的刑事司法保护落实到案件处理当中^[19-20]。但是,至今未有与民营企业刑事合规直接相关的法律或司法解释出台。民营企业的经营更具有市场性和利益驱动性,仅依靠政策的引导,难以实现广泛的刑事合规。因此,仍需建立完整的刑事合规制度,让民营企业直观地看到建立刑事合规计划的有效方式和实际利益。

雀巢员工侵犯公民个人信息案,作为企业在中国实现合规抗辩的第一案,备受关注。雀巢公司通过证明其有针对侵犯公民个人信息罪相关的有效刑事合规政策,将其员工的个人犯罪行为与单位意志相剥离,实现了对单位犯罪指控的抗辩。雀巢是有百年历史的外资企业,中国刑事司法对其刑事合规计划的认可,意味着中国民营企业也存在通过构建有效的刑事合规计划实现抗辩出罪的可能。该案可以被视为中国企业刑事合规激励机制建设的实践萌芽。

(四) 民营企业刑事合规的难点

什么规模的民营企业才需要构建刑事合规计划?这是促进民营企业刑事合规发展中的首要争议问题。依据国家统计局发布的《统计上大中小微型企业划分办法(2017)》,企业基本可以分为大型、中型、小型、微型四种。在民营企业中,小型和微型企业的数量比例较高,一般这些企业的人员数量少于

100人,营业收入低于1000万元。对于它们而言,成本与合规间的潜在冲突尤为明显,要求其建立高标准的刑事合规计划,恐成为形式化的负担,阻碍企业的经营和成长。这种担忧具有一定的合理性,不能要求一个只有10人的乡镇企业仿造腾讯、华为的刑事合规计划。

但是,刑事合规计划的表现形式具有多样性,其评价标准也具有灵活性。刑事合规计划不是一套僵化的模板,而是一套能根据企业规模和经营特点进行个性化落实的治理措施。例如,刑事合规计划一般都要求企业“建立风险评估系统”,对于大型和中型的民营企业而言,落实的方式可以是,由合规部门负责人定期组织风险评估工作,在季度会议中向管理层汇报,再针对风险漏洞完善刑事合规计划。然而,对于小型和微型的民营企业而言,可以由企业的管理人员兼职合规工作,在日常业务流程中嵌入对风险的筛查,通过规范账目记录等简单的方式进行预防。无论什么规模的民营企业,只要参与市场经营,就可能存在刑事风险,就需要在企业治理中予以警惕。美国刑事合规制度也明确规定:“小企业与大企业承担相同程度的刑事合规义务,但在具体落实上,小企业可以建立更加简单的程序、投入更少的资源……例如,小企业以非正式谈话的方式完成员工合规培训,管理者通过四处走动的方式监督工作……”^①刑事合规是所有企业的经营底线,即使是对那些小型、微型民营企业,也应当推动它们将刑事合规计划合理地融入治理体系。

四、中国民营企业刑事合规制度的构建

域外企业刑事合规制度的发展为我国的制度构建提供了参考,但是中国化的改良需要从引导和激励两方面入手,既要考虑所有类型企业的共性,又要兼顾民营企业的特殊性,共同构建对民营企业行之有效的企业刑事合规制度。

(一) 引导民营企业建立有效刑事合规计划

基于众多民营企业对刑事合规仍然缺乏充分认识的现状,我国应当出台相关的指导文件与合规计划范本,制定合规计划有效性的评价标准,引导民营企业充分了解刑事合规计划的样貌和价值。

第一,应当有指导文件对民营企业的刑事合规义务予以特殊强调。如前文所述,民营企业的刑事合规计划建设发展最为缓慢,大量的民营企业经营行为具有独立化、区域化的特色,即便没有刑事合规计划,通常也不影响经营。因此,出于节约经营成本的考虑,许多民营企业没有主动承担刑事合规义务的意识。在此背景下,我国的司法机关、相关监管机关、行业协会等应当联合着手出台指导性文件,强调民营企业刑事合规工作的义务性,在政府竞标、融资尽调、调查、侦查等活动中增加对企业刑事合规计划考察的重视程度,共同引导民营企业的刑事合规建设。

第二,应当着手制定企业刑事合规计划的范本。企业刑事合规计划本质上是企业管理体系对刑事法的回应,因此需要公司法、刑法学、管理学等领域研究成果的相互融合,而相关领域的研究也均已经起步。例如,有公司法学者建议将合规制度内容纳入公司法体系,在总则和分则中分别增加合规制度的内容,包括增加合规总体规定作为公司法基本原则,建立专门的合规机构和专职责任人等^[21]。也有刑法领域学者,在多篇论文中对企业刑事合规计划的基本构成进行分析,为范本的制定提供了研究基础^[22]。制定民营企业的刑事合规计划范本,仍然需要重视两个方面的问题。一方面,民营企业的刑事合规计划需要进行专项化构建。随着刑事法律要求的细致化和企业经营模式的多样化,“大而统”的刑事合规计划必然不能满足合规有效性的需要。企业的刑事合规计划框架搭建,例如合规官、合规部门的确立和合规培训机制的建立等,具有同一性。但是,在具体的合规计划内容和运行方面,需要

^①United States Federal Sentencing Guidelines, Chapter 8 Sentencing of Organizations, §8C2. 5. Culpability Score and §8B2. 1. Effective Compliance and Ethics Program.

根据企业经营中的特殊刑事风险点,进行有针对性的特别设计。以商业贿赂犯罪为代表的一些刑事风险,普遍存在于民营企业的经营当中,但是一些特殊经营领域的企业,还需要针对诸如危害食品安全犯罪、侵犯公民个人信息犯罪、非法集资犯罪等特别类型的犯罪设计专项合规计划。一些涉及境外经营的民营企业,也需要根据经营地的域外刑事法律要求设计合规计划。因此,司法机关、相关监管机构、行业协会等应当出台具有专项化特色的刑事合规计划范本,引导民营企业根据自身的刑事风险点选择适合的范本。另一方面,应当注重刑事合规计划与其他类型合规计划的协调。当前的企业合规不单涉及刑事法律,更涉及商业道德、行政法等领域的问题。仍以商业贿赂为例,企业员工的商业贿赂行为可能同时涉及违反商业道德、《反不正当竞争法》和《刑法》的问题,针对该类型行为的合规计划具有多重属性,应当注重在道德违反、违规违法、刑事犯罪三个阶段进行阻断。刑事合规计划是企业合规的最后防线,应当注重与其他前置类型的合规计划相衔接,例如在统一的员工培训中通过案例说明商业贿赂行为的三阶段差别和演进。这样的合规模式,对于民营企业而言,既有利于节约合规成本,又有利于系统化地提升经营规范性。

第三,司法机关应当制定具有灵活性的刑事合规计划有效性评价标准。司法机关作为对合规计划有效性作出最终评价的权威机构,其在制定评价标准时,应当留有相当的灵活适用空间,允许司法人员根据民营企业的规模和犯罪案件的实际情况对合规计划的有效性作出裁量。与美国相比,我国企业合规的发展进程处于更为初期的阶段,发布的刑事合规计划有效性的评价标准应当比美国司法部所采用的标准更具灵活性,以便在实践中进行反复验证,逐步实现中国式的完善。此外,由于司法人员一般缺乏企业管理知识,在案件处理的过程中,应当允许其在评判合规计划有效性的过程中咨询相关专家,避免单一刑事化的思维给司法公正带来阻碍。

(二) 建立刑事法律对企业合规的激励机制

中国的企业刑事合规激励机制的立法构建,应当从实体法和程序法两方面入手,民营企业的特殊性应当在司法层面予以充分考虑。

在刑事实体法方面,有效的企业刑事合规计划应当作为单位犯罪的抗辩事由和量刑从轻的法定情节。我国目前的刑事法律涉及单位犯罪的细致规定较少,单位犯罪的司法较多地依赖各种学理解释。通说认为,“单位主观意思”是犯罪的构成要件之一^[23],在具体的判断上,应当采纳“企业独立意志理论”^[24],即以行为个人是否能够代表企业的意志为判断核心。这个理论,除了个人行为是否以企业的名义、是否为企业的整体利益的因素之外,还增加了企业是否对个人行为尽到了管理责任的考量。建议刑事司法直接在“企业主观意思”认定的过程中强调合规抗辩的可能性,例如最高人民法院可以通过发布企业司法保护指导性案例,主张企业可以通过有效的刑事合规计划证明其意思独立于犯罪个人,以使企业能够成功实现对单位犯罪指控的抗辩。另外,合规对量刑的影响也应当予以明确。中国没有统一的量刑指南,检察机关和人民法院均在量刑中具有一定的话语权。特别是在认罪认罚从宽制度施行以后,检察机关的量刑建议影响日趋明显,许多地区的认罪认罚从宽案例比例高于83%,其中人民法院对检察机关量刑建议的采纳率高于87%^[25]。针对企业刑事合规的有效性,即便出台了评价标准,也仍然需要依靠办案检察官和法官的个人判断。因此,对于合规的量刑影响,建议先由最高人民检察院和最高人民法院联合发布企业犯罪中量刑问题的指导性意见,明确将有效的企业刑事合规计划作为企业犯罪量刑的从轻考量因素。

在刑事程序法方面,应当建立企业犯罪程序分流机制,赋予企业出罪的机会,并将有效的刑事合规计划作为出罪的考量因素之一。现代的刑事程序呈现出精密区分被追诉主体的趋势,即在司法的各个环节设计分流的路径,赋予需要特殊轻缓对待的主体出罪的机会,例如中国针对未成年人的附条件不起诉制度和意大利针对未成年人的暂缓判决制度。对于具体的企业犯罪的程序分流之中国路径,存在两种主要观点:第一,将我国既有的酌定不起诉制度和附条件不起诉制度完善并扩展适用于企

业^[26];第二,针对企业建立独立的暂缓起诉制度^[5]。两种观点殊途同归,都主张在检察机关的起诉阶段对涉罪企业进行区分,对一些存在有效刑事合规计划、配合调查、积极补偿损失、被定罪后社会负效应大等情况的企业开放出罪的机会。两种观点的差异点在于,酌定不起诉制度和附条件不起诉制度均由检察机关单独裁量决定,与美国不起诉协议的适用类似,不涉及法院的审查,而暂缓起诉制度则是与域外各国暂缓起诉协议的适用类似,诉讼的暂缓需法院审查通过。两者的差异核心就是中国法院在程序分流中的角色定位。中国的刑事法律体系对检察机关的不起诉裁量权采取严格限制的态度,即便是未成年人这类特殊主体,也仅在轻罪、微罪的情况下适用,却对人民法院的司法权威地位倍加重视。因此,对于尚存争议的企业出罪程序,建议采取独立的暂缓起诉制度模式,赋予人民法院实质性审查权,对检察机关暂缓起诉决定的正当性、协议条款的恰当性、涉罪企业的义务履行进行监督,使企业的出罪程序更具司法程序的保障。当前阶段,已经有许多地区的检察机关开始主导开展“合规不起诉”实验,建议人民法院加入该实验,共同探索出适合中国的程序模式,为后续制度的全面建立提供实践基础。同时,对于企业犯罪案件,建议允许检察机关在侦查阶段提早介入,有利于更好地了解案件证据情况,全面了解涉罪企业的配合情况,以便后续更为客观地对企业协议出罪的资格进行评判。

刑事合规是所有资本类型的企业都需要应对的问题,中国市场经济的发展要求推动刑事合规计划的普遍建立,因此在激励机制的程序构建中无需对民营企业进行特殊规定。但是,民营企业的资金成本有限,特别是小型和微型民营企业无法构建高标准的刑事合规计划,司法机关应当在具体案件处理中,对处于市场弱势的民营企业采取相对宽缓的态度。建议最高人民检察院和最高人民法院通过出台民营企业司法保护典型案例的方式,强调在合规计划有效性的评判方面要考虑民营企业的实际情况,充分顾及定罪、处刑的社会负效应,尽量创造民营企业的出罪和从轻处罚机会,保障民营企业的生存和发展。对于社会关注度较高、可能产生较大争议的案件,可以通过听证会的形式了解利益相关方和公众的意见,提高司法决定的公正度和社会接受度。决定采用暂缓起诉程序的,应当将案件情况、协议条款和协议的执行情况在网络上予以公开,让程序的运行充分接受社会的监督。

当前,企业的刑事合规制度已经成为世界化的潮流,中国市场经济的成熟以及民营企业的“走出去”,都要求推动民营企业建立有效的刑事合规计划。中国相关领域的研究才刚刚起步,仍然需要多学科配合,对“民营企业刑事合规规范本的具体内容”“暂缓起诉制度的适用边界”等问题进行深入的理论探究和实践尝试。在新冠疫情的冲击之下,民营企业的经营环境再遇寒冬,企业刑事合规制度的全面建立能够充分体现国家对困境中民营企业的法律保护和司法帮扶,为中国经济持续发展注入法治的活力。

参考文献:

- [1] 习近平. 在民营企业座谈会上的讲话[N/OL]. (2018-11-01)[2020-12-25]. http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2018-11/01/c_1123649488.htm.
- [2] BRIEF T, MCSWEENEY T. Corporate Criminal Liability[J]. *American Criminal Law Review*, 2003, 40(2): 337-366.
- [3] WALSH C J, PYRICH A. Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save Its Soul[J]. *Rutgers Law Review*, 1995, 47(2): 605-692.
- [4] 陈瑞华. 企业合规视野下的暂缓起诉协议制度[J]. *比较法研究*, 2020(1): 1-18.
- [5] 陶朗道. 美国企业犯罪的审前转处协议研究[J]. *财经法学*, 2020(2): 137-150.
- [6] 袁建刚. 美国联邦量刑指南失败的原因分析[J]. *中国刑事法杂志*, 2013(8): 116-122.
- [7] 彭文华. 酌定量刑、量化量刑与量刑双轨制——美国量刑改革的发展演变与新型量刑模式的确立[J]. *华东政法大学学报*, 2018(6): 164-177.
- [8] ARCHIBALD T, JULL K, ROACH K. The Changed Face of Corporate Criminal Liability[J]. *Criminal Law Quarterly*, 2004, 48(3): 367-396.
- [9] ARLEN J. The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability[J]. *The Journal of Legal Studies*, 1994, 23(2): 833-867.

- [10] STUCKE M E. In Search of Effective Ethics & Compliance Program[J]. *The Journal of Corporation Law*, 2014, 39(4): 769-832.
- [11] BRAITHWAITE J, GEIS G. On Theory and Action for Corporate Crime Control[J]. *Crime and Delinquency*, 1982, 28(2): 292-314.
- [12] BAER M H. Governing Corporate Compliance[J]. *Boston College Law Review*, 2009, 50(4): 949-1019.
- [13] KRAWIEC K D. Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance[J]. *Washington University Law Quarterly*, 2003, 81(2): 487-544.
- [14] KWAN-GETT M L, LUND D A. Crediting Corporate Compliance but Withholding the Corporate Compliance Guideline's Credit[J]. *Federal Sentencing Reporter*, 2013, 26(1): 49-54.
- [15] HAUGH T. The Criminalization of Compliance[J]. *Notre Dame Law Review*, 2017, 92(3): 1215-1270.
- [16] SOLTES E F. Evaluating the Effectiveness of Corporate Compliance Programs: Establishing a Model for Prosecutors, Courts, and Firms[J]. *NYU Journal of Law & Business*, 2018, 14(3): 965-1011.
- [17] 张远煌. 企业家刑事风险分析报告(2014—2018)[J]. *河南警察学院学报*, 2019(4): 19-68.
- [18] 方达合规团队. 2017-2018 中国年度合规蓝皮书[R]. 北京: 中国公司法务研究院、中国国际贸易促进委员会企业权益保护中心、方达律师事务所, 2018.
- [19] 闫晶晶. 最高检发布首批涉民营企业司法保护典型案例[N]. *检察日报*, 2019-01-18(3).
- [20] 中国法院网. 依法平等保护民营企业家人身财产安全十大典型案例[EB/OL]. (2019-05-21)[2020-12-25]. <https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/05/id/3942016.shtml>.
- [21] 赵万一. 合规制度的公司法设计及其实现路径[J]. *中国法学*, 2020(2): 69-88.
- [22] 陈瑞华. 论企业合规的中国化问题[J]. *法律科学*, 2020(3): 34-48.
- [23] 黎宏. 单位犯罪中的单位意思的界定[J]. *法学*, 2013(12): 153-160.
- [24] 陈瑞华. 合规视野下的企业刑事责任问题[J]. *环球法律评论*, 2020(1): 23-40.
- [25] 陈卫东, 安娜. 认罪认罚从宽制度下律师的地位与作用——以三个诉讼阶段为研究视角[J]. *浙江工商大学学报*, 2020(6): 71-85.
- [26] 赵恒. 涉罪企业认罪认罚从宽制度研究[J]. *法学*, 2020(4): 122-134.

Explanation and Expectation of Criminal Compliance for Private-owned Corporations

TAO Langxiao

(School of Law, University of International Business and Economics, Beijing 100029, China)

Abstract: The corporate criminal compliance system originated in the United States and has gradually become a global trend. China pays growing attention to corporate compliance issues, but the criminal compliance of private-owned corporations is still a system gap. Compared with other types of corporations, the private-owned corporations are vulnerable in nature and their overall standardization is poor. Criminal laws are insufficient in controlling relevant crimes and ensuring the survival of corporations. The criminal compliance system can internalize part of the national criminal supervision responsibility into the management responsibility within the corporations. It has the significance of educating problematic corporations, saving judicial resources, and reducing the negative effects of the judicial activities. Considering the actual situations of Chinese private-owned corporations, in order to promote private-owned corporations to actively establish effective criminal compliance programs, it is necessary to clarify the elements of effective criminal compliance programs and build incentive mechanisms in criminal laws for corporate compliance.

Key words: private-owned corporations; criminal compliance; incentive mechanisms; deferred prosecution



(责任编辑 张伟 郑英龙)