

合规在中国的引入与理论调适

——企业合规研究述评

毛逸潇

(北京大学法学院,北京 100871)

摘要:企业合规作为一项重大法学前沿交叉课题,得到我国刑事法、公司法、行政法等各个领域学者的广泛关注,以合规在中国的引入和理论调适为主题,我国学者主要从企业合规的性质与功能、公司合规治理的理念与结构、企业合规与行政监管模式、企业合规与单位刑事责任、企业合规引入公诉的方式等五大板块展开学术研究和争鸣,业已产生一批重要理论成果。在未来,企业合规研究需要一次法学方法论上的转型,以比较法研究为主线的介述性研究和以提出制度改革建议为目标的对策法学研究可告一段落,从本土合规改革经验中提炼中国化的原创性合规理论,将成为企业合规研究的主要学术增长点。

关键词:合规;合规治理;行政和解;企业独立意志;合规不起诉

中图分类号:DF411.91 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2021)02-0149-12
DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2021.02.014

企业合规源起于近代美国,并在20世纪90年代之后迎来高速发展期,现已成为一项风靡世界的现代公私合作治理制度和重大法学前沿交叉课题。我国学者对企业合规的广泛关注肇始于中国企业受到国外监管机关或国际组织处罚的一系列标志性事件,以及蓬勃兴起的企业合规中国化制度实践。如今,不仅监管部门在证券金融、食品药品安全、反垄断、数据保护、出口管制等领域大力推进合规,而且多地检察机关也积极开展合规引入公诉的试点,富有中国特色的合规制度渐成体系。

面对崛地而起的企业合规,我国学者从公司法、行政法、刑事法等多个部门法维度进行了以“合规在中国的引入和理论调适”为主题的研究。我国的企业合规研究可以分为五大板块:第一是企业合规的性质与功能,对此已形成学界通说的理论框架,并在合规的概念内涵、合规激励的理论根据、合规治理的有效性等方面展开争鸣;第二是公司合规治理的理念与结构,学者从合规治理理念和合规治理结构两个角度研究了合规对公司治理的刺破式影响;第三是企业合规与行政监管模式,学界着重分析了合规导向的新型行政监管模式的正当性,以及行政和解协议与企业合规的关系;第四是企业合规与单位刑事责任,学者提出了企业独立意志理论、客观的中心归责理论、修正的组织责任理论等企业刑事归责原则的重塑性方案;第五是企业合规引入公诉的方式,现有研究分别从检察建议、认罪认罚从宽

收稿日期:2021-01-28

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:毛逸潇,男,北京大学法学院博士研究生,主要从事刑事诉讼法研究。

制度、附条件不起诉等三条路径出发开展理论探索。本文将围绕五大合规研究的热点议题,对其中的重要理论成果和争议问题进行梳理和总结,在文章最后发表简要而有针对性的评论,并对我国企业合规研究的未来提出展望。

一、企业合规的性质与功能

企业合规具有典型的跨学科特征,不仅横跨公司法、行政法、经济法、刑事法等多个部门法,还与经济学、管理学等学科脉脉相通,相关研究普遍呈现出模块性和交叉性。但是,合规之所以能成为独立的研究课题,甚至在未来具有成为独立学科的潜质,则仰赖于合规独立理论体系的不断发展,合规的性质与功能便是基本理论的核心部分,历来为研究者所重视,现已形成通说的基本框架和聚讼的焦点问题。

(一) 企业合规的三个层面

根据我国学者的研究,唯有将微观、中观、宏观三个层面的观测相结合,才能完整认识企业合规的基本性质和功能。在微观层面,合规作为一种现代公司治理方式,刺破式地介入公司日常运转,改变了传统的公司权力结构,合规治理与业务治理和财务治理并列组成现代企业管理的核心架构^{[1]5-10}。在中观层面,合规成为多个部门法的激励机制。一方面,企业建立合规机制可以获得正向激励,在刑事法领域,合规可以作为不起诉的根据、无罪抗辩的事由、减免刑罚的情节、适用暂缓起诉协议和撤销起诉的条件;在行政法领域,合规可以作为行政和解的适用条件和协议内容,以及减轻行政处罚的依据;在国际经济法领域,合规具有减轻或解除世界银行等国际组织制裁的激励效果。另一方面,合规也发挥了反向激励功能,尤其是在行政监管领域,强制合规制度的创立使疏于合规成为处罚理由^[2]。在宏观层面,合规作为犯罪治理和行政监管方式,促成一种新型公私合作治理理念和方式的诞生,国家通过中观层面的合规激励措施促使企业建立微观层面的合规治理体系,最终使刑法和行政监管法律的目的得以实现^[3]。以此通说为基本框架,学界就合规的概念内涵、合规激励的理论根据、合规治理的有效性三个方面展开争鸣。

(二) 关于合规概念内涵的争论

受到合规即“合乎规定”的字面意思影响,学界一直以来都存在将合规治理等同于企业治理的观点,认为合规的类型包括财务合规、审计合规、资产管理合规、法律事务合规等;就法律事务合规而言,可以分为宪法性合规、民法合规、经济法合规、行政法合规、刑事法合规等^[4]。而企业刑事合规所关注的刑事犯罪风险,不仅包括被认定为单位犯罪的刑事风险,还包括企业高管、员工和部门机构的刑事风险,甚至包括企业作为被害主体的刑事风险^[5]。

对此,有学者提出应当重新定义合规风险,将其作为与经营风险、财务风险并列的三大公司治理风险之一,仅指企业因为在经营中存在违法违规乃至犯罪行为,而遭受行政监管部门处罚、司法机关刑事追究、国际组织制裁的风险。企业为防控合规风险建立合规治理体系,监管部门据此给予宽缓的处罚,使企业免于遭受更大的损失。企业合规具有与特定激励机制相接洽的独立概念内涵和结构体系,既不会直接涉及民事法内容,也与企业风险防范无关,而只是企业法律风险防控的一个侧面,即作为合规风险的专项防控机制而存在^[6]。

(三) 关于合规激励理论根据的争论

合规激励的理论根据问题深受我国刑法学者关注,争议焦点集中于两个方面:一是合规作为刑法正向激励机制的理论根据,以及相应的激励幅度问题;二是合规能否作为刑事义务,也就是疏于合规

能否成为反向激励事由。

首先是合规作为刑法正向激励机制的理论根据。第一,在合规影响刑罚裁量方面,学界普遍认为企业一旦建立预防型或补救型的有效合规计划,由于预防必要性降低,可以对其减轻处罚或免于处罚^[7]。刑事合规的基础是积极一般预防理念,即“通过刑事责任的减轻、免除,给予企业合规以压力和动力,从制度合规逐步形成合规文化,从而实现一般预防的良性循环”^[8]。但也有学者从预防刑调节不能逾越责任刑限度出发,认为合规不能减轻或免除处罚,否则便是对责任主义原则的违反^[9]。第二,在合规作为正当化事由方面,部分学者主张将过失犯罪注意义务标准作为合规出罪的理论根据,尤其是在新过失论中,有效合规计划的建立可以成为企业善尽结果回避义务的象征而阻却不法^[10]。相反观点认为,合规只能影响责任分配,而无法影响行为本身的不法性,不能作为违法阻却事由^[11]。合规不仅难以作为履行结果回避义务的有效方式从而阻却过失,并且员工违法行为的发生恰恰说明合规建设是无效的^[9]。同时,越来越多学者意识到,要使合规发挥正当化事由的功能,必须先考察企业刑事归责问题,如果企业承担的是自我责任而非员工的替代责任,那么合规计划对企业的影响当然不止于量刑,还包括定罪^[12]。

其次是合规能否成为反向激励事由的问题。肯定论者认为疏于合规具有犯罪化机能,一旦为企业创设监督管理内部成员的保证义务,企业未尽到合规监管职责便成为单位犯罪的可罚性基础,意大利刑法中“结构性疏忽”的责任形式、英国《反贿赂法》中的“商业组织预防贿赂失职罪”等立法例体现了将违反刑事合规的行为加以犯罪化的趋势^[13]。有学者对此持否定意见,认为失职罪等疏于合规构成犯罪的例证,恰恰使合规成了无罪抗辩事由^[14],对企业归责的基础仍然是“关联人员”所实施的贿赂行为而非疏于合规本身。在量刑方面,也有学者从禁止重复评价的角度,认为疏于合规在法无明文规定的情况下不能作为从严事由^[9]。

(四) 关于合规治理有效性的争论

企业合规被学者认为是企业治理、犯罪治理和行政监管领域的革命,确实可以促进企业加强内部管理,提高自我预防能力,引导企业自主发现并消除经营活动中存在的违规隐患^[15]。美国《组织量刑指南》等规范文本和西门子、中兴通讯等企业所建立的合规体系,可为有效合规计划的搭建提供借镜。而有效合规计划从不意味着能够预防一切违法行为,企业与司法机关的有效合作以及采取事后制定合规制度等补救措施,也成为获得合规奖励的重要考量因素^[16]。总之,企业合规使违法判断标准从结果主义走向程序主义,监管机关注重企业建立有效合规计划的过程性努力,而不以单纯的结果或绩效判定其违反管理义务^[17]。

另一种声音认为合规治理的有效性被过分夸大和片面强调。首先,激励并没有起到实际效果,反而导致刑法威慑力骤减,纸面上的合规体系甚至可能成为掩盖公司犯罪或违规的工具^[18];其次,司法机关对合规整改的考察监督流于形式,审查准则的不确定性容易造成个案差异,而且还产生了筛选效应,被判刑罚的小公司比例大量增加,有碍公正价值的实现^[19];最后,实施有效合规计划需要巨大的时间成本和经济成本,不可避免地给公司主营业务和效益带来负面影响^[20]。

二、公司合规治理的理念与结构

公司法视角下的合规意味着一种新型现代公司治理理念和治理方式,我国学者在对公司合规治理理念进行总结提炼的基础上,着重从公司权力结构、董事合规义务、合规治理体系、企业合规文化等角度入手,研究了合规对于公司治理结构的刺破式影响。

（一）对公司合规治理理念的总结

合规作为一种公司治理方式,在传统公司治理结构以外建立起合规委员会、合规部门等独立的合规组织体系,以及包括风险评估机制、有效的政策和程序、良好的培训和交流机制、匿名报告体系和调查程序、第三方管理机制、并购合规监控等在内的有效合规计划^[21]。企业愿意耗费资源建立合规体系,受益于公司治理理念的革新。

首先是风险防控和企业经营并重的理念。有学者指出,风险防控的兴起源于现代企业合规风险的爆发式增长,企业基于风险而进行合规管理,采取内控作为自我保险。中国企业遭受日益频繁的执法调查和严厉的处罚措施,这成为企业合规中国化的重要动力机制,企业终于开始重视合规对企业生存和发展的关键意义,将合规风险防控提升到与企业经营并重的地位,在中兴公司,对于公司的全部经营活动和商业交易,合规部门拥有“一票否决”的权威,树立了“合规优于经营”的理念^{[1]38,79}。

其次是企业社会责任与良好公民的理念。现代公司治理理论认为,企业应在营利之外承担公司社会责任(CSR),根据“利益相关方”理论,企业必须对员工、供应商、消费者、投资者等利益相关方承担一定的CSR^[22]。合规本就来源于CSR,只不过后来这一治理实践被法律体系所吸收和明确,最终,合规与CSR形成共同的制度目标:引导公司成为“良善公民”^[18]。当然,有学者敏锐地指出,CSR由于强制力不足而无法发挥规范企业道德失范的作用,“而合规将群体道德经验上升为法律要求,实现软法的硬法化之后,不但能够使道德的约束力得到强化,而且能够促使社会主体自觉自愿地将合规要求内化为自己的良知和习惯”^[23]。

最后是公平竞争理念与商业机会的获取。公平竞争理念孕育了合规制度,美国制定《反海外腐败法》,是因为发现众多美国企业实施海外贿赂行为,影响公平竞争的市场基本规则^[16]。一旦公平竞争成为公共价值理念,主动合规就能帮助增强企业竞争力,企业的合规状况逐渐成为市场衡量企业管理能力及挑选合作伙伴的指标,也成为员工选择雇主的考虑因素^[24]。有效合规计划可以提升企业商业声誉,使企业获得竞争优势并因此获取额外利润,这些利益又进一步推动企业持续完善合规计划,形成良性循环,逐步提升企业市值^{[1]76}。

（二）对公司合规治理结构的研究

有学者提出企业在打造合规计划时需要完成制定合规章程、建立合规组织体系、确立专项合规政策、打造合规三大程序体系(合规风险的防范体系、违规行为的监控体系、违规事件的应对体系)等工作,其中合规组织体系一般包括设立于董事会之下的合规管理委员会、具有企业高级管理人员地位的首席合规官、专门设置的合规部、企业各部门和分支机构的合规部门和合规专员等四个部分^[21]。合规治理体系无疑对公司治理结构产生刺破式影响,根据学者的总结,这种权力结构的重大变化包括:第一,强化了董事会相对于股东的权力和地位,尤其是利益相关者条款要求董事会作为权力机关独立于股东判断公司长期利益,股东的管理职能随着股权和债权的分离而被削弱;第二,董事会放权于管理层,合规委员会等下属委员会的设立愈发使董事会成为督导机构;第三,合规治理体系的出现还意味着分权制衡的理念和机制得到强化;第四,董事注意义务由积极作为转向消极督导;第五,包含合规义务的董事诚信义务发展成^[18]。

针对董事合规义务在董事信义义务中的体系性地位,尤其是应当将合规义务归于传统注意义务和忠实义务之列,保留董事信义义务“二分法”;抑或两大传统义务之外还存在容纳合规义务的诚信义务,形成“三分法”,学界存在观点分歧。根据“三分法”论者的立场,在董事既没有谋私又不属于无能的情形下,公司因董事行为受损后,忠实义务和注意义务便无力对董事进行约束,此时应引入诚信义务^[25],董事基于增加公司收益的目的故意违反合规义务的行为即属于违反诚信义务。“二分法”论者

认为,公司因董事违法行为遭受的制裁极有可能危及公司存亡,可以认定为违反忠实义务^[26];董事注意义务也被赋予促使企业社会责任落地的重任,董事尤其应当注意协调公司、股东和广大利益相关方的利益平衡^[27]。当然,无论在理论上如何分类,将遵守合规要求作为公司董事和高级管理人员基本义务已成共识^[23]。

在公司法层面增设合规章程、合规组织体系、董事和高级管理人员合规义务固然能够为公司合规治理提供依托,但是,合规制度建设并不是目标本身,合规治理的奥义在于帮助企业塑就合规经营的企业文化,使每一个部门和每一位员工都自觉成为合规体系的建设者和践行者,形成防范合规风险的合力^[28];相反,如果缺乏合规文化的滋养和支撑,设计再精良的合规治理体系都将流于形式而无法有效运转。有学者指出,依照我国传统企业治理文化,建立合规所要求的基于上下信息高效畅通传输的违规行为内部举报和识别机制恐怕十分困难^[3]。究其根源,我国公司治理缺乏权力分立制衡和组织代议的基本格局,股东大会权力过于集中,信息沟通和公司决策的公开性和透明度也得不到保障,这与合规治理的要求格格不入^[18]。

三、企业合规与行政监管模式

作为行政监管激励机制的合规,意味着一种名为“受规制的自我规制模式”的新型监管模式正在兴起,该模式的提出引领了规制法基本理念和行政违法判断方式的变革。此外,学界着重考察合规与行政和解协议制度的关系,特别是对我国证券监管领域行政和解制度实践展开了研究。

(一) 新型行政监管模式的正当性

根据学者的总结,我国行政监管领域的合规推进模式是一种监管机关主导的“行政压力机制”,即由行政机关通过立法为企业创设合规义务,并通过执法来督促企业建立合规机制,运用行政处罚手段对怠于合规的企业加以制裁^{[1]41}。在监管法领域,这种规制方式隶属于社会自我规制的谱系,而且克服了纯粹自我规制的缺陷,将自我规制嵌入现代规制国家之中,形成公私合作式规制的新形态,学界冠之以“受规制的自我规制”“强制性自我规制”“受审查的自我规制”“附条件的自我规制”等诸多称谓^[29]。其核心要义在于“法律通过介入企业的微观管理,为企业的自律性规制设定外在制度约束、最低要求和绩效目标,又为企业保留相当程度的灵活性,令其在遵守法律的前提下,有可能以最符合成本有效性要求的方式,通过创新企业战略,改革内部管理,设定高于法定要求的自律性规范,还能有效降低行政规制成本,减少行政资源的耗费”^[30]。我国学者主要通过引入两大理论来论证该模式的正当性。

一是反身法理论。该理论旨在通过为社会组织民主化的自我规制创设一定的规范设置和程序要求,受规制的自我规制模式呈现出鲜明的反身法路数:第一,强调组织规范的基础性作用,法律在对企业自治进行介入和外部规制的过程中,只对组织规范本身提供包含具体目标和组织结构形式的规范指导;第二,强烈的程序主义特征,淡化实体规则的制定、外部监管主体转而关注企业内部决策机制的形成过程和程序本身;第三,促进社会子系统的知识获取,为企业内部管理提供行政指导,并鼓励企业在组织规范框架下制定自治政策^[17]。

二是回应型监管理论。区别于压制型监管,该理论强调法律渊源的多样性和分散性,国家的法律更多地起到补充、辅助性的功能,为其他社会组织参与政策制定提供制度保障^[29]。回应型监管旨在建立公私合作的监管模式,按照优先调动非政府组织自治能力的原则分配监管权。回应型监管中的基于管理体系监管的理论突出强调了企业通过建立内部管理制度实现自我监管的重要性,对此,既要从立法上强制企业建立内部管理制度,也要为企业自我治理建立监管制度层面的激励机制^[31]。同时,回应

型监管中的“金字塔理论”强调将“软”措施作为首选,以惩罚手段作为威慑的最后选择,秉持同等回应和劝服优先的原则,促使企业积极履行社会责任^[32]。基于此,在各个执法领域都出现了以合规导向替代威慑导向的执法趋向。

(二) 行政和解协议与企业合规的关系

有学者总结在行政监管领域,监管部门为鼓励企业建立有效的合规计划,在保留传统严刑峻罚政策的基础上,确立了一种以合规换取宽大行政处罚的监管方式,我国政府监管部门已初步确立了包括强制合规制度、合规抗辩制度、合规减轻处罚制度以及行政和解制度在内的行政监管合规机制框架体系,其中行政和解制度的确立,对于推动企业建立合规管理体系具有最为强大的激励作用^{[1]153}。

根据学者的研究,在中国,是否建立行政执法和解制度主要是一个价值取向的问题,传统行政法遵循“公权不可处分”“行政意志优于私人意志”的基本理念,这成为阻碍行政执法和解制度向前推进的一大障碍。但行政执法和解制度的建立是有限执法资源下对于提高执法效率、维护行政法律秩序等现实因素考量的选择,具有实践合理性^[33]。行政执法和解的理论根据在于自由裁量权,行政权力的不可处分性并不妨碍行政机关在行政执法过程中享有日常处理权,行政机关完全可以在行政执法过程中,在与相对人进行协商达成合意后签署执法和解协议,并据此终止执法程序^[34]。也有学者主张将便宜主义引入行政处罚领域,并且认为仅凭行政自由裁量权并不足以协商性行政行为提供足够的正当依据,一旦满足行政处罚的法律条件,就要求诸便宜主义作为理论支撑^[35]。

作为一种新型监管执法模式,行政和解制度率先确立在证券业监管之中,针对其中的企业合规因素,学者指出,虽然企业在缴纳高额和解金的同时,做出了强化公司内控管理的承诺,在和解协议中也包含对违法行为的整改以及整改完成后的书面报告条款,而且如果涉案企业拒绝承担协议所确定的相关义务,中国证监会保留恢复行政执法程序的权力^{[1]167}。但是,中国证监会没有发布专门性的合规管理指南,也没有将合规作为适用行政和解的前提条件,对于申请行政和解的企业没有在行政和解协议中引入完整的企业合规条款,既没有对企业完善合规机制确立一个考验期,也没有对企业改进合规机制建立派驻合规监督官、要求企业定期提交合规报告等持续的监督机制,更没有在考验期结束之前对企业建立合规机制的情况进行检查验收,以这种放任自流式的监管方式推进企业合规机制,究竟能取得多大效果又是令人存疑的^[36]。

四、企业合规与单位刑事责任

合规进入企业刑事责任领域并影响企业刑事归责,是刑事合规制度产生的前提和基础。学界普遍认为,传统单位犯罪归责理论的核心缺陷是无法准确区分单位犯罪和自然人犯罪,因而会不当扩大或缩小企业犯罪的成立范围,并且阻碍合规机制的引入和激励功能的发挥。面对传统单位犯罪归责理论的缺陷,在独立考察企业主观意志思潮的影响下,摆脱替代责任和转嫁责任而强调组织体自身罪责的组织责任理论开始蓬勃发展。

(一) 企业文化责任论

组织责任论的核心在于,单位行为必须依靠单位内部的自然人来完成,但是单位主观意志却可以摆脱行为人的影响而独立存在。现有的组织责任论也并非尽善尽美,尽管合规机制开始成为企业归责的直接影响因素,但由于企业自身的复杂特性,合规计划往往只被作为企业责任的众多判断要素之一。企业文化责任论是备受学者推崇的一种组织责任论,运用该理论来判断企业文化是否促成了相关成员违法行为的实施时,需要考虑企业的层级结构、企业目标、企业的教育体制、内部成员的违法行

为、企业对违法行为的处理方式、企业的赔偿政策等多方面内容^[12]。对此,有学者认为不宜将企业文化作为刑事归责基础,因为公司文化充其量只是公司治理的附随产品,不能代表可以作为归责基础的刑事法律义务本身,也无法表征公司实际履行法律义务的方式,而且公司文化具有高度的不稳定性和模糊性,在实际认定的过程中难以找到明确的判断标准和依据,因此更加科学合理的路径是从公司自身的管理架构和治理体系中寻找归责理据^[37]。

(二) 企业独立意志理论

区分单位刑事责任和个人刑事责任,构建单独考察单位独立意志并引入合规因素的归责理论成为理论发展的必然趋势,现有的组织责任论又有判断标准模糊、在司法实践中缺乏可操作性、合规计划的地位不明确等缺憾,以合规为中心重塑企业刑事归责理论的需求便愈发强烈,对此,我国学者提出了独创性的企业独立意志理论。该理论将合规计划中涵盖的各个具体的企业合规管理行为和一系列抽象企业行为作为企业实施的独立于自然人的行为,并以此判断企业的独立意志。具体而言,一旦建立并实施了有效合规计划,企业便针对合规风险和违法犯罪行为采取了足够的预防、识别和应对措施,这充分显示出企业提倡合规经营、坚决反对并严厉打击违法犯罪行为的主观意志,不存在主观故意,与此同时,也证明了企业没有监督管理方面的过失,因此不承担过失责任。即便是在适用过错推定责任的情况下,企业通过建立并实施有效合规计划,就能够成功阻断推定的逻辑链条跳跃,从而完成了合规无罪抗辩。当然,拥有有效合规计划的企业得以成功塑就合规经营的企业文化,刑罚的个别威慑此时毫无意义,而且刑罚的预防和矫正目标也得以提前实现,如此一来,对企业施加刑罚的理由也就不复存在了^[38]。

(三) 修正的组织责任论

论者认识到在传统单位犯罪归责理论中,将自然人责任近乎无条件转嫁于企业的归责模式使得企业合规最多只能成为责任平衡机制,只能减轻责任,无论如何都不能排除责任;只有在组织责任视角下,合规才可能成为认定公司罪责是否存在的核心要素,成为排除公司自身罪责的事由^[39]。其所提出的修正的组织责任论可以视为组织责任论与同一性原则的整合,在严格界分单位责任与个人责任、遵循由组织体到责任人这一组织责任原则的基础上,强调单位即具有决策权的领导集体,作为单位“第二自我”的领导集体的责任也就是组织责任。单位对内部成员的管理监督义务是一种刑事义务,企业具有保证人的角色和地位。监督者保证人的责任承担机理在于为他人的行为而非自己的行为负责,单位只是人和物的集合体,“单位的监督管理责任”并不能使监督者和行为者分离,因而必须对其进行重新解读,将“单位领导集体的监督管理责任”作为“单位的监督管理责任”^[40]。在领导集体监督管理责任的判断中,合规计划的建立和有效运行自然成为核心标准。

(四) 客观的中心归责论

客观的中心归责论借鉴凯尔森的中心归责理论,虽然同样基于单位犯罪和自然人犯罪相区分的基本自觉,但是论者认为套用自然人过失理论来判断单位主观意志既缺乏心理学上的支持,也无法在规范意义上进行论证,因而是牵强的,故主张放弃拟人化地考察单位主观责任,这意味着危害后果的发生是否基于单位主观意志已经不再是考察内容,认定单位刑事责任只需要将危害后果归责于单位即可,从而由主观归责转向客观归责。在进行具体判断时,核心要件是判断单位是否违反了特定的刑事义务,这是单位犯罪归责的前提,判断方式是单位内部的决策程序和治理结构是否会导致危害后果的发生,以此为基础,判断公司是否违反刑事义务的事实依据在于其合规治理体系的构建。如果一个公司建立并实施了符合基本标准的有效合规计划,那么就可以认为公司的治理体系、管理流程、运营方式是健全的,对单位的归责路径就被合规计划阻断^[37]。

五、企业合规引入公诉的方式

在刑事司法领域,检察机关成为引入合规最为积极的倡导者和推动者,学界在研究合规引入公诉的方式时,及时总结了检察机关一系列政策文件和区域试点的经验,通过检察建议、认罪认罚从宽制度、附条件不起诉三条类型化路径的考察,为检察机关的相关改革提供理论指引。

(一) 合规融入检察建议制度

合规在我国率先通过检察建议的形式引入公诉,有学者指出,根据最高人民法院出台的关于产权保护的相关规范性文件,我国检察机关已经开始通过履行检察职能帮助和指导企业加强内部管理、建立合规计划,尤其是探索出检察建议等具体检察手段来付诸实施,为在刑事诉讼中引入合规激励机制开创了实践先例^[41]。部分地区的司法实践已赋予合规检察建议刑事激励效果,将合规检察建议与酌定不起诉相互关联,涉案企业如果在进入刑事诉讼程序之前业已建立有效合规计划,经过检察机关的考察认定,便可以获得酌定不起诉的处理结果。即便企业没有建立符合标准的合规计划,如果能够展示出合规整改的意愿和能力。检察机关也可以对其作出酌定不起诉决定,同时发出合规检察建议,督促企业进行合规整改,完善内部治理体系^[20]。

但也有学者注意到,司法实践中的合规检察建议并不以刑事激励机制为必需,而只是检察机关积极参与社会治理并介入企业管理和风险防范体系的方式,体现合规因素的检察建议主要是社会治理检察建议,即人民检察院在办案过程中发现相关单位在预防犯罪方面没有建立完善的机制,存在需要及时消除的制度隐患,所提出的督促其改进工作、完善治理的检察建议。此类检察建议重在犯罪预防,在效力上呈现软性特征,与附条件不起诉制度有着本质区别^[42]。对此,有学者提出批判,认为这些检察建议缺乏足够的强制力和约束力,无法对企业内部治理结构产生实质性影响,属于典型的“蜻蜓点水”模式^[7]。

(二) 合规融入认罪认罚从宽制度

合规引入公诉的第二种方式是将合规机制引入认罪认罚从宽制度体系。论者认为,刑事司法中的合规计划体现了协商性司法的特征,其本质仍然是认罪协商程序或者辩诉交易程序的适用^[20],弥补了目前的认罪认罚从宽制度以自然人为标准而没有体现企业犯罪的特殊预防理念,以及缺乏对公共利益的必要关注的缺陷^[19]。刑事合规与认罪认罚从宽都体现了合作性司法理念,具有相同的正当性根据和价值目标^[7],以合规为核心的企业认罪认罚从宽才是制度发展的高阶形态,更有利于调查、惩治、预防犯罪,也更有利于企业承担社会责任^[43]。

根据学者的研究,引入合规机制会给企业适用认罪认罚从宽制度的标准带来一定的变化,认罪标准增加了合规计划的建立、配合执法调查等内容;认罚标准既包括企业明确表示愿意接受处罚、展现出良好的悔罪态度,也要求企业表达合规整改意愿并做出整改承诺,合规认罪认罚并不像以往那样具有结果确定力,需要根据企业在合规整改期间的具体表现和合规计划建设效果来确定最终处理结果;除了强制措施从宽、实体量刑从宽以外,不起诉从宽方式需要得到进一步完善,尤其是附条件不起诉制度也应当适用于企业犯罪案件^[44]。

(三) 合规融入附条件不起诉制度

起源于美国的暂缓起诉协议制度经由学者介述而为学界熟知,迄今为止,学界对暂缓起诉协议的引入已经达成共识,我国法律在接受暂缓起诉协议制度方面具有兼容性,并不存在根本的价值冲突和制度障碍^[45],而改造附条件不起诉制度,使其适用于企业犯罪,并将考验期内合规计划的建立作为所

附条件之一,以畅通我国刑事不起诉到刑事合规之间的路径,成为学者极力倡导的引入方法^[41]。

在制度构建方面,最为核心的议题是附条件不起诉制度的模式选定。有学者提炼了暂缓起诉协议的两种模式,即以美国法为代表的检察官自由裁量模式和以英国法为代表的司法审查模式,区别在于法官是否对暂缓起诉协议进行实质的司法审查^[45]。部分学者分析了检察官自由裁量模式的缺陷,主要理由在于对检察官滥用权力的忧虑,认为检察官在附条件不起诉程序中存在权责不匹配的现象,缺乏控辩平衡和有效的外部监督,这是通过检察官的内部约束和道德自律所无法解决的问题^[46]。即便是强调检察机关在协议签署、履行监督、案件处理等认罪协商过程中居于主导地位的学者,也认为应当审慎借鉴美国式暂缓起诉协议制度,强化对合规协议的司法审查力度^[20]。

相反,也有学者提出我国企业犯罪附条件不起诉制度不能采用英国的司法审查模式,企业犯罪附条件不起诉制度应该与其他不起诉制度保持一致,由人民检察院独立决定^[47],近来我国多地检察机关正在开展的一系列企业合规不起诉制度试点也呈现出这一特征。还有学者从否认合规不起诉具有协商性质出发,认为附条件不起诉的适用是一个单向的法律适用活动,检察机关行使的是裁量权和判断权,因而不但排斥英国暂缓起诉司法审查模式的引入,美国的暂缓起诉模式也由于具有协议和妥协的性质而不能直接借鉴^[48]。

在构建合规不起诉制度的理论和制度障碍方面,学界普遍认为,合规不起诉有利于涉罪企业的改造和再犯预防,也是检察机关积极参与社会治理的一大举措,但是在犯罪构成上已经构罪的企业,仅仅通过司法协商、进行合规整改的方式便对其予以出罪,可能难以经受我国刑法罪刑法定原则和罪责刑相适应原则的检视^[45]。对此,有学者提出附条件不起诉制度是在肯定企业构成犯罪时的不起诉,并不是消灭其罪责刑,所以不违反这两项原则^[47]。此外,我国合规不起诉改革还面临适用条件、监管方式、考察标准不明确等难题^[49],与合规不起诉的正当性问题一同成为制度推进所亟待解决的重大课题。

六、评 论

围绕五大企业合规研究的重点板块和热点议题,我国学者遵循两条脉络并完成了阶段性研究,一方面,通过比较法研究介述国外成熟的合规理念、制度和实践;另一方面,以对策法学研究为主线,致力于为企业合规中国化提供建议。沿着“合规在中国的引入与理论调适”这一基本思路,笔者将对本文提及的理论成果和争议问题发表简要评论。

企业合规的性质与功能在合规基础理论中占据重要地位。首先,从流于字面的“合乎规定”到合规的三个层面,从法律风控到防范特定的合规风险,只有赋予合规独立的概念内涵,将合规治理视作业务治理、财务治理之外的“第三项权力”,并正视合规作为行政监管和刑法激励机制的基本性质,才能真正走进企业合规研究的大门。其次,学界关于合规激励根据的争论发生在刑法教义学内部,按照类型化思维,合规刑事激励具有阻却犯罪构成、影响刑罚裁量、实现程序出罪等不同形态。合规无论是作为刑事义务本身而阻却不法构成要件,还是成为阻却违法或责任的正当化事由,实则只是阻却犯罪构成出罪层面的理据;合规作为影响预防刑裁量的量刑情节,也由于受到责任刑的制约而无法实现出罪;对于实践中蓬勃兴起的合规不起诉等程序出罪模式,刑法教义学更是缺乏解释力。当然,企业合规并非天然反教义学,一方面,作为当代刑法的“好望角”,企业合规正是检验教义学化是否导致刑法学科封闭僵化的“试金石”,怀抱开放的心态吸纳合规作为刑事义务和量刑情节,既有教义才不致成为负累,刑法理论才能不断向前发展。另一方面,合规激励的理论根据研究也必须走出刑法教义学的闭环,从刑事诉讼法学、刑事政策学、法经济学等视角为合规不起诉和合规免刑等制度提供理论支持。最后,

关于合规治理有效性的争论源于对合规功能的误解,其被苛以绝对预防任何违规行为的过载功能,模糊化了有效合规的判断标准,进而掩抑了合规治理的有效性。合规是典型的实用主义法学产物,具有浓厚的实践理性色彩,已被大量主流国家的立法和司法体系所吸收,其有效性获得世界认可。当然,为完善合规治理和消除负外部性而不断改进有效合规计划的评价标准,并为各专项合规计划以及不同生产规模和违法情节的企业确定相适应的合规指南,应当成为有效合规计划理论的发展趋向。

企业合规融入公司治理和行政监管的基本模式已经得到初步研究,公司合规治理体系、行政监管“受规制的自我规制”模式和行政和解协议制度已进入我国学者、企业和监管机关的视野,我国行政法律体系也确实通过出台规范性文件的方式为企业合规管理提供法律依据和行政指导,甚至在国有企业和证券业等领域建立起全行业强制合规制度。但不可否认的是,企业合规毕竟属于“舶来品”,直接引入不免面临着制度和文化等多重阻碍,合规治理和合规激励机制目前仍未进入公司法、行政处罚法等核心法律圈层,证券法所确立的行政和解协议制度也在实践中遭到冷遇。未来,在公司法层面确立公司及其高管建立有效合规计划的奖励和惩戒制度,以及激发监管机关推进合规激励的积极性,扩大强制合规的行业范围,并全面引入行政和解协议制度,将成为企业合规中国化的核心议题。就学术研究而言,学界开展对策性研究的同时应当加强基础理论研究,探寻现有观念、制度运行障碍背后的制约因素,构建合规治理与我国公司治理文化和行政监管理念相融相通的逻辑原理和移植路径,才能产生具有影响力的学术成果。

我国学者提出的四大企业刑事责任重塑性理论中,企业文化责任论具有判断标准模糊的天然缺陷而难以承担单位归责的重任。修正的组织责任论则是由组织责任回归转嫁责任的倒退,试图兼容组织体责任和同一视理论的努力恰恰导致该学说无法充分发挥任何一种责任原则的优势,还同时承袭了两者的缺憾,导致企业归责过于困难,企业刑事责任范围不当缩小。客观的中心归责论将客观层面的刑事归责等同于定罪,在结果上可以实现合规机制的引入,但是排除主观归责的简化思维容易招致正当性质疑,既然论者认为单位不具有独立意志,那么又如何能够成为责任主体,以及如何能够独立实施自我治理行为呢?而且合规计划不仅是阻却答责的正当化事由,还能作为减轻罪责的量刑情节,客观的中心归责论放弃对企业犯罪违法和有责阶层的考察,会导致对企业施加刑罚的正当性不复存在,也就不能为合规减轻企业责任提供理论支持。可见,上述三种理论都不免难以自洽,本文认为,企业独立意志理论既解决了企业责任与自然人责任的区隔问题,也为企业独立意志的判断确立了合规计划有效性这一清晰标准,又为合规计划在企业刑事归责领域的全面引入搭建了适宜的理论温床,殊值采纳。

企业合规引入公诉的三条路径兼具实践探索性和理论前瞻性,不过难言尽善尽美,合规检察建议的刚性不足、认罪认罚从宽制度下合规考察期限的萎缩、合规附条件不起诉制度规范依据和正当根据的阙如,都在一定程度上成为合规进入刑事司法的阻碍。本文认为:其一,有必要对附条件不起诉适用范围进行限缩,此时检察建议模式具有独立的适用场景,对于没有必要设置漫长合规考验期的轻微犯罪,可采用酌定不起诉与合规检察建议相结合的模式;而对于情节严重的单位犯罪案件,则可适用基于公共利益考量的合规附条件不起诉模式,企业在规定期限内完成合规整改并通过考察验收之后,才能最终获得不起诉决定。其二,各条路径之间从来不是非此即彼的关系,合规引入公诉的理性方案应当是全面融合三条路径,以合规附条件不起诉的改革探索为核心,以认罪认罚从宽为理念驱动和准入条件,以检察建议等手段实现持续监控并与行政机关建立联动和衔接机制。实践中也确实出现了以认罪认罚作为合规附条件不起诉程序准入条件和不起诉考量因素,并以检察建议作为程序启动方式的融合性案例,检察机关还通过检察意见的方式实现了不起诉与行政处罚的有效衔接。总之,合规不起诉的中国模式孕育在如火如荼的改革实践中,等待着学术考察和理论提炼。

本文认为,企业合规研究亟需经历一场法学方法论上的转型,从对介述性研究和对策法学研究的自主反思开始,转向基于中国经验的合规理论研究,这将引领合规研究迈入更加成熟的阶段。一方面,随着合规在中国的引入,我国出现了大量的合规政策性文本,以及合规无罪抗辩、合规不起诉、行政和解协议等制度实践,从经验到理论的法学研究成为可能^[50];另一方面,中国的社会结构、制度环境和文化观念与西方国家有着显著区别,企业合规引入公司治理、单位刑事责任和公诉等研究,已经证明照搬西方合规理论和制度设计的方案是障碍重重难以实现的,合规如何完成理论调适并在中华大地落地生根,迫切需要本土合规理论的指引。在未来,总结中国合规改革实践经验,据此提炼中国化的原创性合规理论,将成为企业合规研究的主要学术增长点。

参考文献:

- [1]陈瑞华. 企业合规基本理论[M]. 北京:法律出版社,2020.
- [2]陈瑞华. 企业合规的基本问题[J]. 中国法律评论,2020(1):178-196.
- [3]陈瑞华. 论企业合规的中国化问题[J]. 法律科学,2020(3):34-48.
- [4]卢勤忠. 民营企业的刑事合规及刑事法风险防范探析[J]. 法学论坛,2020(4):127-137.
- [5]韩轶. 企业刑事合规的风险防控与建构路径[J]. 法学杂志,2019(9):1-8.
- [6]陈瑞华. 论企业合规的性质[J]. 浙江工商大学学报,2021(1):45-60.
- [7]李勇. 检察视角下中国刑事合规之构建[J]. 国家检察官学院学报,2020(4):99-114.
- [8]孙国祥. 刑事合规的刑法教义学思考[J]. 东方法学,2020(5):20-31.
- [9]田宏杰. 刑事合规的反思[J]. 北京大学学报(哲学社会科学版),2020(2):119-130.
- [10]周振杰. 企业合法计划与企业犯罪预防[J]. 法治研究,2012(4):27-36.
- [11]陈冉. 企业公害犯罪治理的刑事合规引入[J]. 法学杂志,2019(11):108-119.
- [12]黎宏. 合规计划与企业刑事责任[J]. 法学杂志,2019(9):9-19.
- [13]孙国祥. 刑事合规的理念、机能和中国的构建[J]. 中国刑事法杂志,2019(2):3-24.
- [14]陈瑞华. 英国《反贿赂法》与刑事合规问题[J]. 中国律师,2019(3):81-83.
- [15]陶朗道. 民营企业刑事合规的解构与展望[J]. 浙江工商大学学报,2021(1):72-81.
- [16]尹云霞,庄燕君,李晓霞. 企业能动性与反腐败“辐射型执法效应”——美国 FCPA 合作机制的启示[J]. 交大法学,2016(2):28-41.
- [17]谭冰霖. 论政府对企业的内部管理型规制[J]. 法学家,2019(6):74-87.
- [18]邓峰. 公司合规的源流及中国的制度局限[J]. 比较法研究,2020(1):34-45.
- [19]马明亮. 作为犯罪治理方式的企业合规[J]. 政法论坛,2020(3):168-181.
- [20]赵恒. 认罪答辩视域下的刑事合规计划[J]. 法学论坛,2020(4):149-160.
- [21]陈瑞华. 企业合规制度的三个维度——比较法视野下的分析[J]. 比较法研究,2019(3):61-77.
- [22]杨力. 企业社会责任的制度化[J]. 法学研究,2014(5):131-158.
- [23]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.
- [24]尹云霞,李晓霞. 中国企业合规的动力及实现路径[J]. 中国法律评论,2020(3):159-166.
- [25]朱羿锟. 论董事问责标准的三元化[J]. 商事法论集,2012(1):565-584.
- [26]梁爽. 董事信义义务结构重组及对中国模式的反思——以美、日商业判断规则的运用为借镜[J]. 中外法学,2016(1):198-223.
- [27]王保树. 公司社会责任对公司法理论的影响[J]. 法学研究,2010(3):82-91.
- [28]王志乐. 强化合规经营意识 促进企业持续发展[J]. 新产经,2018(9):14-16.
- [29]高秦伟. 社会自我规制与行政法的任务[J]. 中国法学,2015(5):73-98.
- [30]宋华琳. 论政府规制中的合作治理[J]. 政治与法律,2016(8):14-23.
- [31]杨炳霖. 监管治理体系建设理论范式与实施路径研究[J]. 中国行政管理,2014(6):47-54.

- [32]刘鹏,王力.回应性监管理论及其本土适用性分析[J].中国人民大学学报,2016(1):91-101.
- [33]张红.破解行政执法和解的难题——基于证券行政执法和解的观察[J].行政法学研究,2015(2):23-38.
- [34]李东方.论证券行政执法和解制度——兼评中国证监会《行政和解试点实施办法》[J].中国政法大学学报,2015(3):35-51.
- [35]陈悦.行政处罚制度完善的便宜主义进路[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2020(2):94-103.
- [36]陈瑞华.行政执法和解与企业合规[J].中国律师,2020(6):85-87.
- [37]时延安.合规计划实施与单位的刑事归责[J].法学杂志,2019(9):20-33.
- [38]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.
- [39]李本灿.刑事合规制度的法理根基[J].东方法学,2020(5):32-44.
- [40]李本灿.单位刑事责任论的反思与重构[J].环球法律评论,2020(4):39-60.
- [41]李玉华.我国企业合规的刑事诉讼激励[J].比较法研究,2020(1):19-33.
- [42]石磊,陈振炜.刑事合规的中国检察面向[J].山东社会科学,2020(5):57-63.
- [43]李玉华.以合规为核心的企业认罪认罚从宽制度[J].浙江工商大学学报,2021(1):61-71.
- [44]赵恒.涉罪企业认罪认罚从宽制度研究[J].法学,2020(4):122-134.
- [45]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.
- [46]叶良芳.美国法人审前转处协议制度的发展[J].中国刑事法杂志,2014(3):133-143.
- [47]欧阳本祺.我国建立企业犯罪附条件不起诉制度的探讨[J].中国刑事法杂志,2020(3):63-76.
- [48]时延安.单位刑事案件的附条件不起诉与企业治理理论探讨[J].中国刑事法杂志,2020(3):51-62.
- [49]陈瑞华.刑事诉讼的合规激励模式[J].中国法学,2020(6):225-244.
- [50]陈瑞华.从经验到理论的法学研究方法[J].中国法律评论,2019(1):84-100.

Introduction of Compliance in China and Its Theoretical Adjustment ——Review of Corporate Compliance Research

Mao Yixiao

(School of Law, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: As a major frontier intersecting subject of law, corporate compliance has received growing attention from scholars in the fields of criminal law, company law and administrative law. Focusing on the introduction and theoretical adjustment of compliance in China, Chinese scholars mainly conduct academic research in five areas, namely, the nature and function of corporate compliance, the concept and structure of corporate compliance governance, corporate compliance and administrative supervision mode, corporate compliance and unit criminal liability, and the way of introducing public prosecution into corporate compliance, and they have produced several important theoretical results. In the future, the research of enterprise compliance needs a transformation of legal methodology. The introduction research with comparative law as the main line and the countermeasure law research with system reform suggestions as the goal will come to a break. Refining the original Chinese compliance theory from the local compliance reform experience will become the main academic focus of enterprise compliance research.

Key words: compliance; compliance governance; administrative conciliation; corporate independent will; compliance and non-prosecution



(责任编辑 陶舒亚)