

企业合规计划有效性与举报人保护制度之构建

——澳大利亚路径及其对中国的启示

宋颐阳*

摘要:传统的法人犯罪惩治机制建立在单一的刑罚威慑框架之下,其以膨胀刑法条文、严峻刑罚为主要手段,未能有效遏制日益突出的法人犯罪问题。基于对单一国家规制模式的反思,国外出现了以赋予合规计划诉讼及量刑意义为具体手段、旨在提升法人组织自主犯罪预防效率的各类立法与司法实践。企业法人组织是否依据其自身文化、所处行业及销售规模等“个性”因素,设计并执行一套用以鼓励成员个体对企业犯罪事实积极予以披露的举报人保护制度是鉴别具体合规计划是否有效的重要判断标准之一。通过对“合规计划”这一概念中的规范与社会性要素加以描述与强调,由澳大利亚证券交易所企业治理委员会制定的《企业治理原则与最佳操作指引》提升了合规计划妥善保护与激励举报人的整体能力,为我国法人犯罪治理的司法实践提供了全新思路。

关键词: 法人犯罪; 法人人格; 人格矫治; 合规计划; 举报人保护

一、序说

我国刑法学界长期以来受到“以罪制刑”思维定式的影响,对于法人犯罪问题的研究焦点也同自然人犯罪一样,多聚焦于犯罪对刑罚的制约关系,而就“法人应当接受怎样的刑罚”以及“怎样的法人犯罪惩治机制效果更加理想”等一系列问题缺乏基本关注。

在日益严峻的法人犯罪态势面前,法人刑事责任的预防转型与加强刑罚力度看似是最优乃至唯一解。但法人组织的脆弱性与由严厉刑罚可能给社会整体带来的负外部效应(negative externality)却要求我们不得不在采取刑事制裁手段以外另寻出路。如何在国家控制的具有等级与规范性质的立法与执法体系之下,设计出一套兼具“柔性”的行为指引准则,充分利用法人组织内部本就存在的治理框架,在帮助法人及其内部雇员及时发现并预防犯罪的同时,有效控制“杀死法人”的恶性事故的发生,早已成为全球致力于解决法人犯罪问题学者的共同追问。

法人组织内部的合规计划(compliance program)作为一个经济管理学领域内为人所熟知的概念,本是指由法人组织设计并实施的旨在发现和预防违规行为的内部控制机制⁽¹⁾是组织结构性制度安排中的一部分。在合规计划与刑法学之间建立联系,以调整诉讼与量刑规则为具体手段,充分调动组织内部控制机制所具有的主动性,以在“前犯罪阶段”缓解国家对犯罪行为监管负担为目标,应当说是刑法学者走出学科局限,为改进当前法人犯罪惩治机制做出的一次有益尝试。我国不少刑法学者也

* 清华大学法学院博士研究生。

(1) See Linda K. Trevino, *Managing Ethics and Legal Compliance: What Works and What Hurts*, 41 Cal. Mgmt. Rev. 131, 140 (1999).

早在数年前便提出应当对合规计划进行国内法的转化,⁽²⁾并陆续对合规计划在我国刑法中的定位、功能属性以及发展趋势等问题进行了较为全面与细致的探讨。

通过赋予法人组织进行合规管理的刑法积极义务,促使法人进行自我规制是一个总体上合理的制度选择。然而,在法人组织内部控制机制“刑事化”程序正式启动之前,单纯依赖刑罚所具有的威慑作用是否就可以令法人组织设计并推行的合规计划在“刑法激励”维度具有实际意义,却是法律学界和实务界必须深入展开的研究主题之一。

笔者将在下文重点论述,由于“前犯罪阶段”合规计划与“后犯罪阶段”刑罚手段在适用逻辑上存在难以协调的冲突,导致包括举报人保护制度在内的法人合规计划难以在单一刑罚威慑框架下获得有效构建。只有通过具体合规计划的设计过程中添加除可供法人组织计算的威慑因素以外的规范性以及社会性要素,以行为指引的方式令法人及其内部雇员自发地对具有道德风险(morally hazardous)的内部机制设置敬而远之,才有一定机会达成利用合规计划提升法人犯罪惩治机制整体效率的目标。将合规计划有效性作为是否免于起诉或减轻刑罚的参考要素之一,其实质应当是以组织内部控制机制规范化后的法人人格矫治成果作为连接“前犯罪阶段”的违规与“后犯罪阶段”刑罚的核心关键,而并非是对现存组织体责任替代原则理论的加强与固化。

二、刑罚的效果与合规计划有效性

(一) 刑罚的威慑效果与合规计划

刑罚是法人犯罪惩治体系中不可或缺的重要组成部分。主张对法人组织不必施加刑罚的学者不仅高估了民事赔偿与行政处罚所具有的威力,也低估了刑罚作用于法人组织时所能发挥出的效果。仅从功利主义角度来看,对法人施加经济处罚固然可以在一定程度上产生犯罪预防的效果,但是对于规模较大的法人组织而言却难以形成足以引起其重视的打击力度。⁽³⁾若选择对涉罪法人处以巨额罚金,则又会使得大量资本转移到政府手中,导致该部分资本本可为社会带来的经济活动能力大幅降低甚至化为乌有。

刑事处罚之所以在通常意义上被认为是比行政罚更加严厉的制裁,不仅是因为刑罚中包含对犯罪人剥夺自由乃至生命的可能性,还是因为刑罚通常被认为额外具有将行为人定性为犯罪人这样的污名化效果(criminal stigma)。⁽⁴⁾从刑罚所独具的污名化效果以及对法人组织犯罪动机的抑制可能性角度来看,⁽⁵⁾刑罚的威慑效果都是独具意义的,是法人组织犯罪惩治体系中不可或缺的一环。

然而,承认刑罚对于法人组织能够起到威慑作用以及肯定刑罚威慑效果之于法人犯罪惩治机制整体的不可替代性,全然不等同于应当将对法人组织犯罪的惩治与单一的刑罚威慑框架挂钩,更不能妄言仅仅依靠刑罚的威慑效果就能令身处“前犯罪阶段”的法人组织于其内部构建起能够有效发挥现实规制作用的合规计划。单一刑罚威慑体制下合规计划难以起到提升当前法人犯罪惩治效率的具体原因主要在于以下两点:(1)为法人组织履行内部合规管理义务增添了不必要的成本;(2)刑罚的威

(2) 参见李本灿《企业犯罪预防中合规计划制度的借鉴》,载《中国法学》2015年第5期,第177页。

(3) See Drew I. Grossman, *Would a Corporate Death Penalty Be Cruel and Unusual Punishment*, 25 J. L. & Pub. Pol'y. 697, 707 (2016).

(4) See Samuel W. Buell, *Potentially Perverse Effects of Corporate Civil Liability*, in *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct* 87, 89 (Anthony S. Barkow & Rachel E. Barkow eds., 2011).

(5) See Simone Ispa-Landa & Charles E. Loeffler, *Indefinite Punishment and The Criminal Record: Stigma Reports among Expungement - Seekers in Illinois*, 54 Crim. 387, 392 (2016).

慑效果与合规计划本身的组织内部控制机制性质相冲突,因此无法激励法人设计并推行“真实且有效”的合规计划。

1. 单一刑罚威慑框架下的合规计划成本过于高昂

在单一刑罚威慑思路指导下构建出的合规计划成本过于高昂,严重压缩了预防法人犯罪这个整体性工程当中的机构治理部分内容,对于法人犯罪惩治体系整体而言弊大于利。何荣功教授曾指出:“司法资源紧缺是我国当前和今后相当长一段时间中的基本社会现实,国家通过不断地增加对司法资源的投入,也难以解决社会对于治理的无限需求。”⁽⁶⁾ 合规计划的设置初衷本是通过培养法人形成守法文化达到在“前犯罪阶段”对涉及法人参与的犯罪行为加以预防的目的,而以刑罚威慑效果作为达成这一目的的唯一手段,乃至将“合规计划”彻底转化为“刑事合规计划”,则会导致更多司法资源被浪费,加速“重后轻前”的“倒金字塔”式法人犯罪治理机制的形成。

启动合规计划“刑事化”进程可能取得的结果并不尽如人意的具体原因可能十分复杂,但其中最显而易见的是:对所有法人进行一揽子司法指导是几乎不可能实现的目标。能够满足处于不同行业、体量差异巨大、内控制度众相纷呈的法人所需求的合规计划实际上并不存在。这样的现实情况就要求立法与司法机关必须一次又一次经过繁杂的程序,不断推出新的内容以满足各个行业的独特需求,但这样不仅会对罪刑法定原则的安定性产生不良影响,而且从实用主义的角度来看也并不明智。由于具体合规计划希望因具备刑罚的威慑效果而起到的犯罪预防效果越好,立法者所提供的相关说明就需越详细,由此可能出现偏离此部分要求的法人数量也就愈多,⁽⁷⁾ 因此,以法律条文的形式仅可能对合规计划进行框架式的规定,如法人内部应当对正式的行为规章、合规办公室与举报热线电话进行设置等。⁽⁸⁾ 这也成为当前已对合规计划刑事化有所规定国家不约而同的选择。⁽⁹⁾

将对具体合规计划进行实质化、个性化设计的任务交给个体法人组织,虽然可以有效减轻立法机关需投入在细节设计上的压力,却又会必然导致相关责任机关在对具体合规计划进行有效性审查时的难度陡然增加。由司法机关来判断具体合规计划是否真实且有效,本质上相当于令其直接参与到组织内部的管理流程中去,在具体内部管理制度的挑选上扮演一个极为重要的角色。这不仅有“外行指导内行”的嫌疑,也会导致在判断是否应当追究法人组织刑事责任的整体过程中“抓小放大”、流于形式。司法机关在判断是否应当追究法人刑事责任时,应当对其全部内部控制机制进行道德风险水平的综合评测,以确保组织体责任推定的妥当性。真实且有效的合规计划是整体内部控制机制符合合规标准,而并不是在整体的控制机制当中剥离出一个独立的板块,也不能在对因果关系进行判断时独立发挥作用。完全可能的情形是,在具备了满足法律条文基本框架要求的合规计划之外,法人组织管理机制的其他板块道德风险水平极高,合规计划沦为应对责任机关审查的防火墙。

2. 单一刑罚威慑框架下的合规计划难以做到“真实且有效”

直接将合规计划与刑罚相挂钩,首先显露出来的问题是成本上的不合理性,但由立法机关统一制定合规计划或合规计划“有效性”评价标准的实质性问题:即使法人组织能够承受设立合规计划带来的高昂成本,碍于合规计划与刑罚威慑效果之间固有的逻辑冲突,多数法人组织也根本无意于推行一个“真实且有效”的合规计划。这一问题又在举报人保护制度的构建方面体现得最为充分,因此值

(6) 何荣功《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,载《中外法学》2015年第2期,第534页。

(7) See Philip A. Wellner, *Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions*, 27 *Cardozo L. Rev.* 497, 502 (2005).

(8) See U. S. Sentence Guidelines Manual § 8B2.1 (a) (2004).

(9) 参见陈瑞华《企业合规制度的三个维度——比较法视野下的分析》,载《比较法研究》2019年第3期,第62页。

得着重予以讨论。

随着当今社会组织体规模的日益扩大与内部结构复杂程度的不断提高,监管者能否及时发现并阻止法人违法行为愈发依赖于内部举报的制度化与组织内潜在举报人的积极配合。而举报人权益能否得到制度性保障,以确保其在举报过后不会遭遇减薪、调职、解聘,或是来自同事乃至社会公众的霸凌显得尤为关键。⁽¹⁰⁾ 澳大利亚《公司法》第9.4AAA部分就直接指出,法人设计并予以推行的具体合规计划被判定为有效从而具有诉讼意义的必要条件之一是能够做到“鼓励雇员、管理人员以及项目承包商对发现的涉及法人组织的犯罪行为向澳大利亚证券与投资委员会(Australian Securities & Investment Commission,以下简称“ASIC”)或法人组织内部高级管理人员及时进行举报或披露”⁽¹¹⁾。

如果仅从理论上来看,获得量刑减免优待确实能够起到激励法人组织决定实施包括举报人保护制度在内的合规计划的作用。尤其是当法律明文规定法人应当在其内部建立举报人保护制度之后,举报渠道的畅通应当不再是一个难以解决的问题。但企图仅以通过增设法人业务管理过失等罪名的方式便达到促使合规计划在组织内部管理制度中占得一席之地的最大阻碍是:那些设计并推行有效合规计划的法人组织必须面对由于尽守合规计划而获得举报的信息在民事以及行政诉讼中被用以对法人组织发起攻击的风险。换言之,合规计划中的举报人保护制度被设计得越“有效”,法人组织“自投罗网”的可能性也就越大。一方面,法人被牵扯进入刑事诉讼的概率会由于举报人获得激励而大幅增加;另一方面,即使举报内容不足以令法人被追究刑事责任,也会使得该法人在相关行政诉讼以及民事诉讼中败诉的可能性升高。

澳大利亚的实证经验证明,即使将获得量刑上降级的可能性考虑在内,无端增加的诉讼风险也使得尚处在“前犯罪阶段”的法人组织根本无法“自发地”设计出一套有效的合规计划,并推行到足以令法人提前发现并预防犯罪的程度。根据澳大利亚《公司法》第9.4AAA部分,法人组织所设计的举报人保护制度必须对个体举报人从以下三个方面予以保护:(1)获得被保护资格的举报人不必承担因举报、披露相关事实而产生的任何民事或刑事责任;⁽¹²⁾(2)举报人不得被法人终止雇佣关系或是降低签订雇佣合同时双方约定达成的各项待遇;⁽¹³⁾(3)举报人不能由于对涉嫌违反合规计划的行为予以举报而不得不对工作环境内的歧视与霸凌予以忍受。⁽¹⁴⁾ 未能严格依照合规计划进行管理而导致应受保护的举报人成为报复对象的法人组织依法应当承担刑事责任。⁽¹⁵⁾ 但澳大利亚《公司法》第9.4AAA部分却未能给出评判举报人保护制度“真实且有效”的具体标准,也未对法人对其内部雇员进行有关举报人保护制度的教育、宣传作出任何要求。⁽¹⁶⁾ 立法者想当然地认为,依靠刑罚所天然具有的威慑力,即可以限制法人及其内部雇员对举报人采取报复手段,从而起到激励举报人对法人犯罪行为加以

(10) 参见王贵松《论公益性内部举报的制度设计》,载《法商研究》2014年第4期,第73页。

(11) Explanatory Memoranda, Corporate Law Economic Reform Program (Audit Reform and Corporate Disclosure) Bill 2003 (Cth) [5.381].

(12) Corporations Act 2001 (Cth) s. 1317AA(1)(a). 根据《公司法》第9.4AAA部分关于设置举报人保护制度的相关规则,举报人在获得相应保护前需满足五个前提条件:(1)“举报人”需是具备特殊身份的自然人或法人组织,具体包括被举报法人组织所雇佣的管理人员、工作人员,相对于法人组织独立的项目承包商,以及承包商内部的雇员;(2)举报必须是向以下对象做出的:ASIC、负责对法人组织进行审计的团队或其中的一员、法人组织内部的高级管理人员,或是法人内部合规计划办公室的工作人员;(3)通常情况下,举报人必须在向接收举报信息的一方表明自己的真实身份,不能隐匿自己的姓名以及当前所担任的具体岗位;(4)举报内容必须是与法人组织所设计合规计划存在潜在冲突的事实或行为;(5)举报人对于与合规计划存在冲突的行为已经发生的怀疑必须是在合理证据基础之上做出的。

(13) *Id.* at 1317AC.

(14) *Id.* at 1312, 1317AC.

(15) *Id.* at 1317AD.

(16) *Id.*

披露的效果。然而,现实情况却并非如此。

在长达5年的时间里,只有4名举报人根据《公司法》第9.4AAA部分内容向ASIC或其他适格主体提供了法人组织犯罪的相关信息,没有任何举报获得刑事立案的处理,更没有任何自然人或法人因对举报人施加报复而被追究刑事责任。⁽¹⁷⁾ 刑罚威慑效果的发挥以法律如愿获得行使为前提,法律条文处于闲置状态,也使得潜在刑罚手段直接丧失了威慑效果。而以刑罚威慑作用作为唯一效力来源的合规计划无疑会沦为法人组织内部管理制度中的“花瓶”,难以对法人犯罪的发现与预防发挥实质性效果。

对于执法活动缺乏的现象存在三种可能性解释,其中最为乐观却也是最不切实际的“解释一”是:具备了刑罚威慑效果的合规计划已取得全面成功,获得鼓励从而对法人组织犯罪行为予以举报的自然人或法人在几乎所有情况下都难以发现法人组织参与犯罪的事实,从而无法进行举报;最不乐观的“解释二”是:澳大利亚《公司法》第9.4AAA部分有关合规计划的立法要求未能取得任何成果,具备特殊身份的自然人或法人组织未能获得任何形式的鼓励,也因此对法人组织的举报没有增多;“解释三”居于前两者之中,即“合规计划”这一概念的引入导致举报活动的数量有所增加,但在绝大多数情况下,其中对举报人予以保护的规则却并未得到严格遵守,举报数量或许可能有一定量的增加,但举报信息未能成功送达有关机关。除了过于乐观的第一种解释以外,其他两种解释都表明,执法活动的缺乏直接说明了单一刑罚威慑框架之下的合规计划存在严重问题,难以限制法人及其内部雇员对举报人的报复行为,也因此未能对潜在举报人发挥激励作用。

举报人保护制度难以发挥激励效果从而导致合规计划整体失去有效性的根本原因,就在于“激励举报”这一概念自逻辑上即与单一的刑罚威慑体系相互抵牾。澳大利亚《公司法》第9.4AAA部分所采用模式的基础即是刑罚威慑理论,认为合规计划“刑事化”即能够发挥现实规制效果的逻辑是:(1)居于法人组织决策者地位的自然人集合是现实中最接近“理性经济人”标准的群体,会利用一切机会最大化自身利益的;(2)法人组织的决策机构会由于刑罚所具有的威慑效果而将“如何避免遭受刑罚”作为决策过程中的核心要素之一予以考量;(3)决策机构会将违法所招致的惩罚作为成本与包括对举报人进行报复在内的违反合规计划所可能带来的收益进行权衡,若当其经过计算发现不遵守承诺的成本超过其可能带来的收益时,就会本能地选择依照合规计划作为或不作为。换言之,刑罚威慑理论的关键核心是可供计算的成本与收益之间的平衡关系,而包括不对举报人进行妥善保护在内的法人违规行为可能带来的刑罚仅是法律提供给法人组织可供计算的众多数据之一。

据此逻辑,为了使举报人不畏惧报复并敢于对涉嫌参与犯罪的法人组织及其内部雇员予以及时举报,使得合规计划整体上具备真实发挥犯罪预防效果的可能性,赢得潜在举报人对于合规计划的信任是重要前提之一。首先,潜在的举报人必须知道被其掌握了犯罪证据的组织设计并正在执行一个有效的合规计划,并且举报人必须可以通过考量得出以下结论:合规计划的存在,尤其是其中有关举报人保护制度的相关设计,对于那些本身可能由于其举报行为而对其进行报复或是公开其身份的组织或个人存在真实的威慑作用。换言之,想要使举报人对合规计划抱有信心,就要求潜在的被举报人(即可能参与到了犯罪行为中的法人组织或个人)清楚知悉合规计划的存在,并对自己的报复行为可

(17) 相关搜索利用了 LexisNexis(<http://www.lexisnexis.com/au/legal/>)以及ASIC官网(<http://www.asic.gov.au/asic/ASIC.NSF/by-headline/Media%20and%20information%20releases%20Home%20Page>)等信息平台。ASIC v. Dawson Nominees Pty Ltd [2008] FCAFC 123 是作者唯一找到的援引了澳大利亚《公司法》中关于法人组织对于举报人应尽保护义务条文的判例,尽管关于法人组织是否对举报人是否施加了报复行为并非本案的争议。在本案的判决中,法院判定法人组织对举报人身份的保密程度应当是“最高级”(maximum confidentiality),民事纠纷对于证据的采集也不够成合规办公室对外透露举报人身份的充分理由。

能招致的刑罚有明确且清晰的认识。概言之,刑罚威慑性作为一个可计算的成本因素,无论是对于举报人还是潜在的报复者而言,均要求存在一个对举报人以及对其施加的报复行为时刻进行监控的机构。若对合规计划的违反实质上仍处于“难以获知”的状态,则其可供计算的因素在举报人与被举报人的判断过程中影响力近乎于零,违反合规计划所可能带来的刑罚后果也就不具备威慑效果。因此,由刑罚带来的威慑就不仅仅是“可供计算的”,更是“可控制的”,法人所需做的仅仅是在“前犯罪阶段”保持合规计划在一个“休眠”状态。

在单一的刑罚威慑框架之中,期待符合“理性经济人”假设的法人组织内部决策层对合规计划进行宣传并鼓励其内部雇员与代理人进行举报是难以想象的。而无论法人组织设计并推行一个并非“真实且有效”而仅仅是满足刑法条文要求的合规计划是出于成本的考量还是对于“自投罗网”效果的忌惮,总体上都是由于其人格组成中“守法”部分缺失而导致的。现有的学术研究通常认为刑罚的威慑效果能够为法人设计并推行“真实且有效”的合规计划提供激励。然而,这是流于概念层面所作的推测,难以被实证研究结果所支持。

(二) 刑罚的人格矫治效果与合规计划

刑罚具有各种各样的功能,仅从预防犯罪的角度来讲,刑罚既具有较为消极的威慑功能,也有能对已经犯罪的人、潜在的犯罪人,以及社会一般国民发挥作用的积极功能。⁽¹⁸⁾ 人格矫治刑罚观(rehabilitation)是指通过职业培训、心理治疗等多种方法“改善犯罪人的观点、价值观、习性和机能”,“使犯罪人再社会化,并最终能够回归社会正常生活”。⁽¹⁹⁾ 人格矫治理论在20世纪20年代开始居于美国刑罚理论的主导地位,但在20世纪后半段迅速没落,并最终为报应刑罚观所取代。人格矫治理论面对的最为根本的质疑有三点:(1)犯罪是否与某种特定的个性或品格存在关联;(2)成年人的个性与品格能否获得矫治;(3)司法机关是否有权对犯罪人的人格或品格进行干预性的矫治。⁽²⁰⁾ 而即使是那些支持刑罚应当满足人格矫治目的的学者也对当前刑罚所能利用的有限手段是否能够达到人格矫治的目的抱有高度怀疑。⁽²¹⁾

对于法人组织而言,适用人格矫治理论在很大程度上能够避免前述难题中有关伦理的部分。所谓法人组织的“人格”,不过只是不同组织内部的具体架构方式而已,是在“法人行为”这一抽象概念之上,提炼出来的更为抽象的一个概念。而“法人人格”概念是否能够被论证得以存在,最为关键的是辨别清楚组织内部纷繁复杂的机构设置、管理方式,以及与司法机关的交流模式是否会对法人组织内部员工的行为产生影响,从而在解决“如何进行组织体责任推定”的问题时,能够做到合理区分“法人组织犯罪”与“个人犯罪”。管理学家一直以来坚信并试图传递给刑法学者的一个信号就是:法人组织的文化、办公流程、工作场合的秩序,以及长期形成的内部风俗(ethos)等都会不同程度地影响到每一个员工的行事作风。⁽²²⁾ 如果一个企业为参与公益活动的员工提供物质补贴或是其他形式的鼓励,那

(18) 参见张明楷《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第65页。

(19) 林钰雄《新刑法总则》,元照出版社有限公司2014年版,第17页。

(20) 在20世纪70年代,人格矫治刑罚观受到理论和实践的双重质疑,大致包括五个方面:(1)人格矫治项目完全无法实现预期效果;(2)人格矫治刑罚观导致量刑上的不公平;(3)人格矫治刑罚观下,国家刑罚权难以受到约束;(4)人格矫治刑法观导致严重副作用,例如利用精神外科矫治方法反而会容易导致罪犯“普遍成为缺乏个性且心理冷漠的锡皮娃娃兵”;(5)人格矫治刑罚观颠覆了传统刑法理论所赖以依存的刑事责任根基。See Morris B. Hoffman, *Therapeutic Jurisprudence, Neo-rehabilitationism, and Judicial Collectivism: The Least Dangerous Branch Becomes More Dangerous*, 29 Fordham Urban L. J. 2079 (2002).

(21) See Russ Shafer-Landau, *Can Punishment Morally Educate?* 10 Law & Phil. 189, 200 (1991).

(22) See Fiona Haines, *Corporate Regulation: Beyond 'Punish or Persuade'* 25 (Oxford University Press 1997). 笔者认为,企业文化是员工行为的基本标准之一,员工获得积极还是消极评价的重要考察因素之一就是是否与企业文化相契合。

么其内部的文化就是鼓励其他员工予以仿效,去积极参加对社会有正外部性的活动,我们就可以认定这家企业的人格当中包含有慈善的部分。而如果法人组织按照被证明有效的行为指引对包括举报人保护制度在内的合规计划进行设计,并在获得多数人认可的道德准则中加入对举报人的认可与保护,我们也就可以说此法人的人格中包含有激励对违规行为进行及时举报的部分。

在商业伦理学家眼中,法人人格是长期共事的员工个性相投的部分,而员工品性当中的“最大公约数”反过来对组织内部机构设置、办事流程产生了深远的影响,⁽²³⁾法人人格的样态就如同在模具中冷却下来的铁水一样,被逐渐确定下来。本文难以认同这种“法人人格由其内部成员决定”的理论,这是因为法人组织内部的机构设置、办事流程以及评价体系远非公司内部人员的共同气质就能决定的。能够对法人人格反向产生影响的因素非常多,公司内部设置的合规审查程序就是其中非常重要的一个。设计并推行一个合理、有效的内部合规机制,能够立竿见影地对员工习以为常的行为方式产生深远影响,尽管在很多时候这样的制度设计是与一般员工所持有的“共同气质”所相逆的。

根据威慑理论,刑罚只是通过惩罚来对未来发生犯罪的倾向进行抑制,并不致力于将受到刑罚的客体引导成为具有更加完善人格的法人组织。如果说,在某种程度上以威慑理论为基础所采取的刑罚手段也能够起到迫使法人对内部管理制度进行调整,并在客观上起到矫治法人组织人格效果的话,这也是从实用主义角度出发对副作用进行的总结而已。当以法人组织的人格矫治为出发点,对法人组织施加刑罚,对法人内部管理机制的纠正就是刑罚目的本身。

1. 法人人格矫治理论难以支持的刑罚手段

如前文所述,法人人格是客观上存在的、由法人内部组织结构与管理形式所决定的并长期稳定执行的一种独特的行为样态。实践中,一些法人组织的行为尽管违法,却不是其“人格”的真正表现,也不能归结于其内部管理结构的设定存在客观问题。如果能够证明违法只是一次性的行为偏差,而不是在长期存在的行为规范指引下做出的常规动作,那么若以人格矫治为刑罚目的,此时法人组织就没有被施以刑罚的必要。按照组织体责任替代原则,一个恶意或是粗心雇员的行为若构成犯罪,法人组织也存在因此被追究刑事责任的可能。⁽²⁴⁾但如果该法人组织在事后立即解雇了这位雇员,则该组织内部的这个隐患就已经被自主且完全地消除了,如果雇佣这种雇员或是将其安排在此类位置上并非由于法人人格导致,就无法确定对该组织施加刑罚的必要性。简言之,是否应当对法人组织施用刑罚,应当是对法人组织刑事责任是一次性的例外还是其恶劣人格所导致的必然结果的具体检验。

法官若对法人组织施加某种具体的刑罚手段,除非其目的即是将该法人“杀死”,则原因也应当是利用此种手段能对法人人格进行改造,并起到提升法人人格中积极部分的效果。有的刑罚手段及其可能产生的效果对于矫治法人人格而言是正当的,而有些手段则与这个目的相冲突,不能很好地服务于矫治法人人格这一目的。正如佐伯仁志教授所言,“刑法固然是通过施加痛苦和不利益来调整人的行为的制度”,但同时也是“通过刑罚的科处来传达社会伦理性的非难,从而调整人的行为的制度”。⁽²⁵⁾如果仅仅是为了能够有效抑制犯罪就对法人组织施加刑罚,则极有可能削弱刑法通过非难来调整人的行为的宝贵功能。

以犯罪结果为判定罚金数额的标准,而不是以法人组织在被提起刑事诉讼后对自身管理架构进

(23) See Pamela H. Bucy, *Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, 75 Minn. L. Rev. 1095, 1099-1101 (1991).

(24) 参见卢建平、杨昕宇《两大法系法人犯罪刑事责任的理论比较》,载《经济刑法》2004年第0期,第129页。

(25) [日]佐伯仁志《制裁论》,丁胜明译,北京大学出版社2018年版,第129页。

行调整的有效与否作为是否施加罚金的具体依据,理论上就难以起到在“后犯罪阶段”推动法人组织进行内部改革的效果。而由于刑罚带来的负面效果同时也会波及无辜的员工与股东,这样的后果并不利于法人组织内部积极人格的形成或保持。因为个体是否具备优良品格,或是个体行为是否具备法人人格中的积极部分,都不能帮助法人组织中无辜的雇员以及股东逃脱遭受刑罚的命运。

对法人组织宣告职业禁止也需格外慎重。我国当前通说认为《刑法修正案(九)》所规定的职业禁止属于保安处分而非刑罚的一种,而保安处分无需具有报应性质,是单纯出于对再犯预防以及改善犯罪人必要性的呼应。⁽²⁶⁾与剥夺自然人犯罪者继续从事相关职业的资格,从而实现抑制其再犯罪能力的刑事政策效果有所不同的是,取消法人组织相关资质相当于在某一具体经营领域对该法人判处“死刑”,尤其是当某个领域为该法人唯一或最为重要的经营领域时,这会严重缩小合规计划对法人组织人格予以矫治的机会,也与将职业禁止设置为保安处分的立法初衷有所不符。

2. 法人人格矫治理论可以支持的刑罚手段

以“促使企业产生守法文化,倒逼组织内部道德水准提升”为初衷而设置的合规计划无疑是与法人人格矫治理论最为相适应的实践操作手段。但在单一的刑罚威慑框架之下,通过设置举报人保护计划以求达到鼓励组织内部雇员对法人组织的犯罪行为及时发现并进行披露的效果并不明显,也因此难以构建真正有效的整体合规计划。包括合规计划在内法人组织全部内控机制都应当在考量国家颁布的法律基础之上对法人内部的行为准则与道德规范以及市场内早已形成的一般性伦理的体现。而某具体合规计划及其所包含的举报人保护制度是否能够被评价为是真实且有效的,就不应当仅限于在法人组织未履行刑法所赋予的内部管理积极义务之后所应承担的刑罚是否具有威慑效果。还应当重点考察在“前犯罪阶段”,具体合规计划之于法人组织是否具有规范性与社会性意义。简言之,合规计划不应当是出于对刑罚威慑效果而作出的反应,而是组织内部管理机制与社会一般道德准则、法人人格相重合部分的具象呈现。

在可供计算的刑罚威慑要素以外,在考虑具体合规计划是否“真实且有效”时还应当着重考察其中包含的规范性与社会性要素。其中,规范性的因素可以被概括为法人组织是否树立了与其人格相符的合规计划。也即,法人组织内部就接受合规计划所带来的新的约束的必要性是否达成了共识,并且组织内部的其他现有管理机制能够为合规计划的顺利实施提供必要配合与补充。⁽²⁷⁾而社会性因素则是指那些促使法人组织主动向与可以起到犯罪预防作用的行为规范靠拢的组织体外部因素,是法人组织在根据自身所具备之人格对行为规范与道德准则进行设计并付诸实践之后所能够获取的来自社会一般大众对其给予的认可与尊重。⁽²⁸⁾

如上所述,除向内部雇员提示来自强制性立法规定的可供计算的威慑效果之外,具体的合规计划中还应当包括法人组织对“怎样算是对举报人的报复”以及“应当如何做才能起到保护举报人的效果”等内容,旨在发挥自我约束功能的行为准则与道德标准。将详细的行为指引内容引入合规计划当中可以对雇员个体起到“说明书”的作用,并逐渐将体系化的举报人保护制度内化成为组织内部的需要获得普遍认同的价值观。

笔者认为,在刑罚威慑效果的基础之上强调内部控制制度尤其是举报人保护计划的道德属性,是

(26) 参见武晓雯《论〈刑法修正案(九)〉关于职业禁止的规定》,载《政治与法律》2016年第2期,第31页。

(27) See Beverley H. Earle & Gerald A. Madak, *The Mirage of Whistleblower Protection under Sarbanes - Oxley: A Proposal for Change*, 44 Am. Bus. L. J. 1 (2007).

(28) *Id.*

确保合规计划整体能够确实获得实施的最重要因素之一。在考虑将“合规计划”这一概念引入法人犯罪惩治体系之时,除了强制性立法手段,企业等法人组织所拥有的人格是决不能忽略的重要部分。刑罚对法人人格的矫治作用,需建立在合规计划对雇员以及管理层在规范与社会意义层面对合规计划的态度进行了重塑的基础之上。换言之,合规计划是处理道德问题的内控规范与处理犯罪问题的刑罚手段的组合,是“前犯罪阶段”与“后犯罪阶段”间的有效连接,而不应是相互平行的两种社会管理手段。

基于法人人格矫治理论可以采纳的机制之一是对管理层进行行为与道德上的指引,以期达成总体上矫治法人组织人格的目标。法人自发制定的行为规范或道德准则通常可以被看作是正式的对其所持价值观的表达,而对个别法人组织行为规范或道德准则进行指导与修改,正是包含法人人格矫治目的在内的法人犯罪惩治机制所应当具有的内容。要求法人组织根据合规计划对原有股权激励计划进行重新设计是已被证明具有法人人格矫治效果的手段之一,这也是对先前“双罚制”难以区分清楚法人犯罪与法人组织内部负主要责任或管理责任人刑事责任问题的解决方案之一。⁽²⁹⁾ 组织内部的高级管理人员是否能够如愿获得股权激励,不仅取决于其自身是否依照组织内部的合规计划进行日常工作,也依赖于其是否按照该准则对下级员工进行管理。

提升组织内部高级管理人员对依照合规计划开展日常工作重要性的认识水平,通过对组织内部高级管理人员的行为准则以及道德标准产生影响达成矫治法人人格的目的,只是可以有效推行合规计划在组织体内部顺利落地的最初举措。笔者认为,对尚处于“前犯罪阶段”的法人及其内部雇员应当给出如何树立有效的举报人保护制度的切实建议与行为指引,或有可能有效呼应刑罚之于法人组织的人格矫治功能,从而逆转目前包括举报人保护制度在内的合规计划整体规制作用无法有效发挥的现状。

三、法人人格的矫治及对法人组织的行为指引

(一) 澳大利亚《公司法》第9.4AAA部分以及《操作指引》对其的补充

自1996年7月1日起,依据相关上市规则,在ASX挂牌上市的公司便需根据澳大利亚《公司法》第9.4AAA部分对其主要的内部控制机制进行设置,其中即包含由法人组织自主制定并旨在发挥犯罪规制效果的合规计划。⁽³⁰⁾ 然而,直到2003年,ASX从未向任何一家上市公司提供过有关如何设计并推行合规计划的行为指引,更没有起草过一份由官方制定的涉及合规计划的具体操作指南供上市公司参考。这一缺失被普遍认为是ASX对于法人内部控制机制与法人犯罪预防之间密切关联性缺乏认知的表现。随着美国安然公司以及包括澳大利亚本土HIH保险公司在内数起由于涉及犯罪而导致上市公司崩溃事件的相继爆发,对于ASX的批评声一时间甚嚣尘上。⁽³¹⁾ 为了保持在证券交易市场国际同行之间的竞争力,ASX于2002年8月正式设立了企业治理委员会(Corporate Governance Council),并责成该委员会立即开始着手制定对《公司法》第9.4AAA部分起到补充作用的《企业治理原则与最佳操作指引》(Principles of Good Corporate Governance and Best Practice Recommendations,以下简

(29) See Eugene Sz wajkowski, *Organizational Illegality: Theoretical Integration and Illustrative Application*, 10 Acad. Mgmt. Rev. 558 (1985).

(30) ASX Listing Rule 4.10.3.

(31) See Janine Pasoe & Michelle Welsh, *Whistleblowing, Ethics and Corporate Culture: Theory and Practice in Australia*, 40 Comm. L. World. Rev. 144, 150 (2011).

称《操作指引》,用以对上市公司进一步落实内部控制体系建设进行指导。第一版《操作指引》于2003年问世,并且仅被定性为就“法人如提高自治效率”问题而给出的专家建议,不具有任何强制性。

尽管2003年出台的《操作指引》在给出的第一条建议“建立管理和监督的坚实基础”(Lay Solid Foundations for Management and Oversight)中即主张由上市公司设置并推行的合规计划应当充分起到“鼓励举报”的作用。⁽³²⁾但直到2007年8月获得正式修改之后,在《操作指引》第3.1部分“提升组织内部道德水准”(Promote Ethical and Responsible Decision - Making)中才明确,“鼓励举报非法或不道德行为的内部合规制度应当具体包括公司如何保护举报人的相关措施。”⁽³³⁾

根据2007版《操作指引》,在能够被判定为“真实且有效”从而具有诉讼及量刑意义的合规计划当中,“一个全面且正式的举报人保护计划必不可少”。⁽³⁴⁾而具体到怎样的一个举报人保护制度是可以被评价为“全面且真实”的,ASX企业治理委员会则在相关材料中明确指出,“上市公司可以参照《澳大利亚联邦标准8004》(以下简称为《标准8004》),对合规计划中的举报人保护制度进行设计。”⁽³⁵⁾《标准8004》为上市公司设计、推行一套行之有效的举报人保护制度提供了一个非常详尽的模板。《标准8004》中针对合规计划应包括的主要内容进行了“原则性条款”与“建议性条款”的划分。其中,“原则性条款”规定了包括举报人保护制度在内的合规计划所需达成的基本目标,即超越法人所处行业性质、盈利能力大小等“个性因素”,是“能够使内部控制机制符合社会一般道德规范”的较为宏观的行为指引。⁽³⁶⁾而“建议性条款”则是对法人组织及其内部雇员给出的具体行为指引,并允许法人组织内部决策机构根据其本身实际情况选择是否遵循以及执行的严格程度。尽管在对合规计划内容进行“原则性条款”与“建议性条款”的区分上有着制度性创设,但《操作指引》仅为专家建议的性质并未由于引入《标准8004》而获得突破。ASX上市公司仍仅需根据上市规则中的“遵循或披露”(comply or explain)原则对未按照“原则性条款”进行设计的举报人保护制度部分内容在年报中进行解释。但无论是“原则性条款”还是上市公司依据其实际情况可以对计划内容进行适当调整的“建议性条款”部分,一旦上市公司被举报有脱离合规计划进行内部控制管理的情况发生,便需立即向由专家组成的ASX专项听证会阐述具体原因。⁽³⁷⁾

截止到2018年为止,在标准普尔公司与ASX共同选取的100家指数公司当中,全部100家公司均在对外公布的内部控制机制中提到了已经正式开始施行的合规计划,其中完全按照《标准8004》当中的“原则性条款”与《操作指引》第3.1部分对合规计划当中的举报人保护制度进行了设计的公司占到总数的58%,符合《操作指引》第3.1部分要求但存在与《标准8004》所提出模板中被标记为“原

(32) ASX Corporate Governance Council, *Principles of Good Corporate Governance and Best Practice Recommendations* (2003), Recommendation 1.1 (<http://www.asx.com.au/document/asx-compliance/principles-and-recommendations-march-2003>) 2019年5月15日访问。

(33) ASX Corporate Governance Council, *Principles of Good Corporate Governance and Best Practice Recommendations* (Revised Principles) (2007), Recommendation 3.1 [10] (<http://asx.ice4.interactiveinvestor.com.au/ASX0701/Corporate%20Governance%20Principles/EN/body.aspx?z=3&p=-1&v=1&uid>) 2019年5月15日访问。

(34) *Id.*

(35) ASX Corporate Governance Council, *The Australian Standard 8004 Whistleblower Protection Program for Entities* (<http://www.standards.org.au/Default.aspx>). ASX于2015年11月3日宣布《标准8004-2003》获得部分更新并正式更名为《标准8004-2016》, <http://inforstore.saiglobal.com/store/details.aspx?ProductID=323803> 2019年5月15日访问。

(36) Pasoe & Welsh, *supra* note 31, at 154.

(37) *Id.*

则性条款”不同的制度设计并因此公开披露了原因的公司占总数的 20% ,正在依照《标准 8004》制定具体举报人保护制度的公司占 5% ,制定有举报人保护制度但未能在相关公告中查询到与《标准 8004》以及《操作指引》第 3.1 部分有关信息的公司占 17%。^[38] 尽管仅从目前笔者所掌握的材料还不能看出在 2007 年《操作指引》获得修订以及《标准 8004 - 2003》出台以后 ,澳大利亚上市公司范围内的法人犯罪规制体系整体效率是否得到了极为有效的提升 ,但仅就较为宽松的规则制定现状与所投入的极为有限监管资源的角度来讲 ,全部 100 家指数公司设立合规计划、超过半数制定并公示了符合《标准 8004》当中“原则性条款”的举报人保护制度 ,针对处于“前犯罪阶段”的上市公司采用“遵循或披露”行为指引模式可以说已经取得了相当可喜的成绩。

纯道德属性的法人内控规范由于缺乏刑罚威慑效果 ,将会难以起到实质性的犯罪预防作用。但本文在结合立法逻辑与澳大利亚实践结果的基础之上论证了脱离社会共同承认的道德基础、意图依赖单一的刑罚威慑效果难以使法人组织设计并推行一套有效的合规计划。一份有效的合规计划应当是以矫治法人人格为目的 ,在“前犯罪阶段”即能够为法人组织及其内部雇员所知悉并熟悉的行为规范 ,而非仅在“后犯罪阶段”换取量刑上减免优待的“防火墙式抗辩理由”。

(二) 我国《企业内部控制基本规范》与有效的举报人保护制度

当前 ,我国对举报人保护力度相较于发达国家尚显不足 ,这一问题在法人犯罪的惩治体系建设领域又显得尤为突出。一方面 ,现有的相关制度建设停留在公法范围内 ,对于公司违规领域的举报人保护问题缺少关注 ,只能为举报人保护制度提供“后犯罪”部分的有效逻辑。同时 ,现有的针对上市公司内部控制机制相关规范过于偏重财务稽核 ,而忽视了建设整体行为规范与道德准则的重要性。妥善解决这一问题的关键在于 :不能试图令企业合规完全摆脱刑事法理念与规则对其的影响 ,也必须谨防将公法领域保护思路简单转嫁至私法领域 ;不能当然地认为将针对举报人保护制度进行全部公法化的建设 ,由覆盖“后犯罪”的举报人保护机制转化为“全覆盖”就可以解决全部问题。

2009 年 7 月 ,由我国财政部等五部委联合制定的《企业内部控制基本规范》(以下简称《基本规范》)正式在我国主板上市公司范围内施行 ,并鼓励广大非上市的大中型企业参照执行。《基本规范》吸收借鉴了美国《萨班斯法案》的立法经验 ,又基于中国特色的公司治理体系进行了创新 ,从完善公司治理、内部控制制度以及外部监督程序等若干方面推进了我国上市公司治理的改革 ,确立了我国内部控制机制的基本框架。

《基本规范》第 43 条规定了举报人保护制度 ,即“企业应当建立举报投诉制度和举报人保护制度 ,设置举报专线 ,明确举报投诉处理程序、办理时限和办结要求 ,确保举报、投诉成为有效掌握信息的重要途径。举报投诉制度和举报人保护制度应当及时传达至全体员工”。为了推动《基本规范》的应用 ,财政部等五部委于 2010 年 4 月颁布了《企业内部控制配套指引》(以下简称《配套指引》) ,但其中却令人费解地全然没有提及举报人保护制度的设计与推行等问题。相较于发达国家 ,当前我国法人组织内部控制制度较为薄弱 ,也没有太多的内部控制执行经验 ,面对合规计划的设计与其中举报人保护制度的推行更加容易陷入手足无措的窘境。因此 ,设计一套详尽的行为指引 ,为法人组织进行有效内部控制提供有效指导就显得迫在眉睫。

1. “前犯罪阶段” :对法人及其内部雇员的行为指引

以澳大利亚《操作指引》第 3.1 部分以及《标准 8004》为参考 ,我国的《基本规范》与《配套指引》

[38] 相关搜索利用了 ASX 官网(<https://www.asx.com.au/asx/research/listedCompanies.do>)以及 ASX 指数公司名单(<https://www.asx100list.com>) 2019 年 5 月 15 日访问。

若希望起到在上市公司设计、推行举报人保护制度过程中能够发挥提供有益指导的作用,就应在借鉴刑事法理念、利用司法判例指导功能的基础之上,为改进公司内部控制机制提供如何能够有效激励举报人的系列专家意见。在此思想指引之下,《配套指引》中的举报人保护制度部分首先应大体上包括以下七个基本内容:(1)应受到制度性保护的潜在举报人范围;(2)法人组织的哪些行为应当被举报;(3)法人组织中高级管理人员的哪些行为应当被举报;(4)举报具体事项时应遵守的流程;(5)举报具体事项时应遵守的保密义务与是否需要实名举报;(6)根据举报事项的不同而设计不同程度的举报人保护措施;(7)接到具体的举报后第一时间应采取的反应措施。

《配套指引》首先应当对目前“员工及利益相关方”的简单表述予以扩充,进一步划定包括董事、经理、雇员、项目承包商以及承包商雇员在内的潜在举报人。针对具备不同身份的潜在举报人,法人组织及其内部雇员应当接受的行为指引也应有所不同,“原则性条款”与“建议性条款”所占比例应因潜在举报人与法人组织关系密切程度而存在变化。《标准 8004》中关于法人应当如何设定组织内部举报人保护条款的指引就根据潜在举报人身份的不同进行了区分。当潜在举报主体具有法人组织内部雇员身份时,《标准 8004》中 95% 的条款都是“原则性”的;而对于仅具有承包商身份的潜在举报人,必须依照《标准 8004》进行设计的内容占 67%;法人组织在设计针对仅具有承包商雇员身份的潜在举报人保护制度时,条款内容需要严格参照《标准 8004》进行设计的仅占 45%,也即法人组织在为具有项目承包商雇员身份的潜在举报主体设计保护制度时可以在超过一半的条款中基于自身实际情况进行调整。⁽³⁹⁾ 根据举报事项内容的不同,法人组织可因各自具备的“个性”因素对《标准 8004》作出的调整也有差别。当举报内容是有关环境污染、行贿、财务数据造假等公共领域的事项时,潜在举报人应完全依照履行的“原则性条款”占总体义务的 74%,而当举报内容是有关上市公司内部如利益冲突以及会计、审计方面的违规操作等事项时,该比例下降为 54%。⁽⁴⁰⁾

《配套指引》应当包含对法人组织给出清晰且明确的关于如何设计举报人保护制度的行为指引,并向内部雇员提供在身份各异、情况万变的现实场景中应对举报相关事宜的基本准则。首先,被设定为“原则性条款”的行为指引应当包括:(1)不得给予举报人包括开除、降低待遇在内的不利对待;(2)法人组织应当设立的独立的合规审查办公室,并在组织架构上与一般业务部门相隔离;(3)负责接受举报信息的机关,无论是法人组织内设的合规审查办公室还是负责外部审计的其他机构均不得在未征得举报人同意时公开其身份;(4)不得以举报内容涉及商业秘密为理由要求追究举报人的民事或刑事责任;(5)对于不愿向接收举报信息机关透露真实姓名与其他相关信息的举报人,不得将其列为证人;(6)明确董事会与管理层在处理内部举报相关事项流程中的具体职责。其次,以“建议性条款”形式涵盖的内容可以包括:(1)法人组织内部雇员尤其是高级管理人员不得对举报人进行侮辱、骚扰以及可以被评价为“霸凌”的行为;(2)对积极探知举报人身份的行为予以界定并设计适当的惩戒制度;(3)当举报人或被举报人由于举报事项而难以继续承担负有特殊保密义务的工作时,其主管领导应当在造成最小负面影响的情况下对其进行工作岗位的调整。

在对举报人进行激励方面,《配套指引》可以在“原则性条款”部分对以下方面有所覆盖:(1)对于举报人本身参与到违规或违法行为当中去的,上市公司内部处理方式的选用应与《中华人民共和国刑法》第 67、68 条以及《中华人民共和国行政处罚法》第 27 条相适应,对举报人从轻或者减轻,甚至免除处罚;(2)对于认为由于举报行为而遭受报复的,举证责任倒置,由法人组织负责证明对举报人的侵害

(39) Standards Australia, *Australian Standard: Whistleblower Protection Programs for Entities*, 8 [2.2.2].

(40) *Id.*

与报复并不存在。在“建议性条款”部分,法人组织可以根据其内部的文化决定是否给予举报人以经济奖励或职级上的提升。

2. 实现“前犯罪阶段”与“后犯罪阶段”的有效衔接

缺乏法律强制力的专家建议难以使合规概念获得普及并产生强大的推动作用,而单一刑罚威慑框架下的合规计划又与“培养法人守法文化”的初衷存在逻辑上的矛盾。“如何构建真实、有效的合规计划”这一问题的关键就在于如何有效衔接法人组织处于“前犯罪阶段”时采用的内部控制机制与身处“后犯罪阶段”时不得不接受的强制性法律规范。本文对“法人组织人格”以及“行为指引”概念的引入,可以使具有刑事意义的合规计划更加符合现实中多样化公司内部治理机制的需求,在立体化处理社会复杂问题的过程中提升当前法人犯罪惩治机制的总体效率,可以说是合规计划能够发挥效力的核心因素。究其根本,就是将“法人人格”作为包括合规计划在内的内部控制机制的产物,再由法人人格需要怎样的矫治来指导对其施加刑罚手段的选择。

事实上,不同类型的法人组织面临的内部控制问题完全不同,这也对合规计划提出了超越提供单一的刑罚威慑效果以外的更高层次要求。对于规模特别巨大的上市公司而言,内部层级和雇员人数的增多,使得董事会的指挥命令传递有效性大幅降低,而每一个内控环节存在的失误和舞弊都可能导致内部控制机制的根本无效。而对于受到某个个人或家族绝对控制的公司,不仅组织结构相对简单,可以设置更少管理层级的优势也使得信息在内部传递过程中所遭受的“加工”较为有限。显然,一概适用相同的具有强制性的合规计划并不能呼应现实中形态各异法人组织的需求。

我国目前已有的“类合规计划”法律条文均没有对“前犯罪阶段”法人组织内部控制机制的建立提出相应要求。而关于上市公司适用内部控制的现行规定也没有区分控制类型、公司规模、所处行业等重要因素,对受规则影响范围内的法人组织“一视同仁”,采用完全相同的标准。从微观上讲,在这样的基础之上进一步推行“合规计划”这一概念会导致中小型法人组织合规压力陡然增大,在维系正常生产经营的压力下不得不选择构建一个根本难以发挥效用的合规计划。而从宏观上来看,法人组织内部的治理结构是股东、管理层以及普通雇员的权利与义务划分,而内部控制机制是在权利、义务划分基础之上基于不断变化的现实状况对各部门实施管理而选择采用的具体手段。内部控制机制是法人自治领域的核心,强制性法律规范应当做的只是给出原则性的指引,而具体的制度与规则应交由法人自行决定。

四、结论

我国《刑法》目前并未对追究法人组织刑事责任的原则性标准有所规定。尽管在实践中,多数法域的司法机关仍是以组织内部自然人的行为为中介来对法人的刑事责任予以认定,但这是在无法进一步有效区分自然人刑事责任与法人刑事责任前提下采用的替代手段,并不代表在理论上对“法人犯罪是法人自身的犯罪,法人的刑事责任也是法人自身的刑事责任”这一原则的坚守应当作出任何让步。在单一刑罚威慑框架之下,赋予合规计划以诉讼以及量刑上的意义,其实质是对“组织体责任替代原则”的加强与固化,不仅会导致法人犯罪惩治体系政策化倾向愈发严重,而且从功利角度来看其所能取得的收益也是甚微的。

合规计划是法人组织内部控制制度的一部分,更加高效地进行组织内部治理是其核心意义的真实来源,而并非承担刑法赋予的积极管理义务。将当前法人犯罪惩治机制效率整体不高的原因归结为是刑罚的威慑程度不够,并期待以加大对未犯罪法人刑罚威慑力度的方式,迫使其提升内部控制成

本,设计并推行“真实且有效的”合规计划,忽视了合规计划与刑事制裁本身处于不同维度,难以直接挂钩的现实。法人人格是对法人文化、工作流程、组织内部秩序的综合性评定,而合规计划是否“真实有效”,也应当以其对法人人格的整体矫治效果来评定是否应当赋予其诉讼以及量刑意义,而不能仅检验其作为管理手段的一种是否符合了官方所给出的框架性标准。

澳大利亚《公司法》第9.4AAA部分以及《操作指引》第3.1部分均是对在ASX挂牌上市公司作出的,而并非普遍适用于全部法人组织的法律规定。“遵循或披露”原则下的行为指引模式一方面因为受制于绝大部分法人无须依照上市规则对内部控制机制进行调整而显得作用有限,另一方面却也十分有效地解决了合规计划“刑事化”成本过高的问题,是目前来看最为实际的选择。应当说,在对澳大利亚实证经验进行了较为充分的讨论之后,我国合规计划的“刑事化”也应当仅限于针对在主板上市的,并且能够承担这部分额外治理成本的法人组织适用,而不应当通过法律条文的设计使“有效的合规计划”上升成为对所有法人组织一概的要求。与政策化、刑事化相对应的思路是以市场化为导向,以鼓励信息披露为中心,在“前犯罪阶段”着力减少在组织内控领域的行政与司法干预,实质上并不限制刑罚发挥其本身所具有的威慑作用,反而可以防止本就十分稀缺的司法资源被滥用。

Effectiveness of a Corporate Compliance Program and Construction of Protection of Whistleblower: Australian Path and Its Enlightenment to China

Song Yiyang

Abstract: The traditional corporate crime punishment mechanism is established under the single penalty framework, with the expansion of criminal law provisions and severe punishment as the main methods. It not only fails to effectively curb the increasingly prominent problem of corporate crime, but also causes a lot of social problems. Various legislative and judicial practices have emerged successively in foreign countries, which aim to improve the efficiency of preventing corporate crime, by giving the litigation of compliance program and sentencing significance as specific means. Whether a corporate designs and implements a whistleblower program based on its own culture, industry nature, production and sales scale and other “personality” factors to encourage employees to actively discover and disclose criminal facts is one of the important criteria to identify whether a specific criminal compliance plan is effective. The ASX Corporate Governance and Best Practice Recommendations added normative and social factors beyond the deterrent effect of crime punishment to the concept of compliance program. It plays an ideal role in correcting the character of corporate and properly protecting the whistleblower, ensuring the practical regulatory role of the compliance program, and assisting the construction of a new path for the governance of corporate crime.

Keywords: corporate crime; corporate character; rehabilitation; compliance program; whistleblower program

(责任编辑:丁洁琳)