

民营企业合规不起诉改革的困境破解与发展路径^{*}

石经海 黄亚瑞

摘要: 为了支持民营企业的发展,给涉罪企业留有重生机会,我国积极借鉴域外实践经验,构建单位犯罪的合规不起诉制度。当前我国的民营企业合规不起诉改革以“轻缓化治理”为政策导向,以“协商性司法”的发展为契机,以“附条件不起诉、相对不起诉”为对接模式,并已初步取得成效。但由于民营企业自身的特殊性和我国刑事司法制度“实体公正”的价值基础,改革遭遇刑事政策游离于刑法体系、重罪不起诉制度缺乏实体法根据、个人责任与企业责任难区分等困境。基于国情与法治体系,我国的民营企业合规不起诉应坚持中国特色,具体应以刑罚个别化原则、恢复性理念、责任主义原理为理论基点,以构建单位与自然人犯罪一体联动认定机制,完善民营企业合规不起诉的实体法根据,构建合规自然人与合规企业的风险“双重排除机制”发展路径。

关键词: 刑事合规 不起诉 民营企业 刑事政策 恢复性司法

中图分类号: DF71 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673 - 8330(2022)06 - 0133 - 14

DOI: 10.13893/j.cnki.bffx.2022.06.005

为了给民营企业的发展营造良好的营商环境,规避其经营中面临的刑事风险,促进后疫情时代国内经济的高质量发展,自党的十九大后,我国逐步开启了民营企业犯罪治理刑事政策的轻缓化转型。最主要的表现是,司法机关正在积极实践单位犯罪领域的“协商性司法”,即企业合规改革。这是刑法积极融入社会治理现代化、法治化进程的表现,在拓宽企业犯罪治理渠道、提升企业犯罪治理效果方面具有积极意义。其中合规不起诉制度使涉罪企业在和检察机关达成合规承诺,积极整改后,可以取得不起诉等实际“出罪”效果,因而成为合规改革中最重要的刑事激励措施。然而,由于民营企业多为中小微企业,对企业家依赖程度高且合规意愿低、合规难度大,与域外在大型企业上获得成功的合规不起诉制度颇有不兼容之处。且域外企业合规赖以生存的是协商性司法中“对价交易”的价值基础,与我国以“实体公正”为价值基础的刑事司法制度并不相容,从而导致借鉴而来的这一制度在运行时遭遇困境,步履艰难。本文试图探索民营企业合规不起诉制度在中国发展的具体路径,以求教于各位同仁。

^{*} 本文系2020年国家社会科学基金重点项目“认罪认罚从宽制度的刑法应对研究”(20AFX012)的阶段性成果。

[作者简介]石经海,西南政法大学法学院教授、博士生导师,法学博士。黄亚瑞,西南政法大学法学院博士研究生。

一、民营企业合规不起诉改革的现状考察

2020年至今,最高人民检察院已经在全国范围内进行了两次企业合规不起诉改革试点工作。第一期试点工作于2020年3月开展,改革的主要内容是“检察院对民营企业负责人涉经营类犯罪,依法能不捕的不捕、能不诉的不诉、能不判实刑的提出适用缓刑的量刑建议”。第二期试点开始于2021年4月,最高人民检察院发布《关于开展企业合规改革试点工作的方案》,要求检察机关进一步充分发挥检察职能,做好对涉案企业负责人依法不捕、不诉、不判实刑的“后半篇文章”,在依法作出不批准逮捕、不起诉决定或者根据认罪认罚从宽制度提出轻缓量刑等建议的同时,针对企业涉嫌的具体犯罪,结合办案实际,督促企业作出合规承诺并积极整改落实,促进企业合规守法经营,减少和预防企业犯罪,实现司法办案整治效果、法律效果、社会效果的有机统一。两次合规不起诉试点改革可以总结为三个关键词“轻缓化”“协商”和“不起诉”。轻缓化处理民营企业的犯罪,给予检察机关和涉案企业以协商空间,以达成不起诉效果为最终目标,这是吸收域外先进经验,结合我国司法实践探索的合规不起诉改革道路。

(一) 以民营企业“轻缓化治理”刑事政策为导向

从检察院合规不起诉改革两次试点的工作重心来看,始终是围绕“民营企业”及“民营企业负责人”开展的,是以民营企业“轻缓化治理”刑事政策为导向的。单位能够成为犯罪主体,是基于刑事政策的选择,相应地,单位犯罪刑法治理对政策的依赖性较大,而民营企业作为单位的一种,其犯罪治理也在受国家刑事政策的影响。

我国的企业合规不起诉改革,是民营企业犯罪治理刑事政策轻缓化转型催生的制度改革。自党的十九大首次明确“支持民营企业发展”,重申非公有制经济“两个健康”的主张以来,习近平总书记在不同场合多次肯定民营经济的地位和作用,多次提出要弘扬企业家精神,关怀民营企业和民营企业家,充分体现了党中央对民营经济发展的重视和支持。2018年10月,习近平总书记给“万企帮万村”行动中受表彰的民营企业家回信时明确指出“支持民营企业发展,是党中央的一贯方针,这一点丝毫不会动摇。”同年11月,习近平总书记在民营企业座谈会上的讲话中“充分肯定我国民营经济的重要地位和作用”。上述社会政策营造了大力支持民营企业发展的氛围,为后续民营企业犯罪治理政策的蓬勃发展提供了支持和引导。2020年1月中央政法工作会议强调“为民营企业发展营造更好的法治环境,依法保护民营企业家合法权益,坚决防止将经济纠纷当作犯罪处理、将民事责任变为刑事责任”则是逐步开启了民营企业犯罪治理刑事政策的轻缓化转型。

当前,我国民营企业犯罪治理刑事政策大致包含如下内容:其一,减少办案程序对民营企业经营活动的影响。2017年12月12日,《最高人民法院关于进一步发挥职能作用营造保护企业家合法权益的法治环境支持企业家创新创业的通知》,要求检察机关在办理民营企业犯罪案件时“规范自身司法行为,改进办案方式方法,最大程度减少、避免办案活动对企业家合法权益和正常经济活动可能带来的负面影响”。2018年11月23日,最高人民检察院发布《充分发挥检察职能,为民营企业发展提供司法保障——检察机关办理涉民营企业案件有关法律政策问题解答》(以下简称《检察机关民企案件政策解答》),要求在办案程序上“不影响民营企业的正常经营活动”。各地的司法机关也在积极实践这一政策。辽宁省于2020年12月发布的《关于民营企业及其经营者涉部分经济类犯罪办案指引(试行)》,强调“对于涉嫌经济类犯罪的民营企业经营者要依法审慎适用拘留、逮捕等羁押性强制措施,充分考虑保护企业发展需要”。其二,减少民营企业的入罪机会。一是合理运用不起诉权。2021年9月,最高人民检察院第四检察厅厅长郑新俭提出,检察机关在办理民营企业犯罪案件时,要“充分考虑民营企业经营发展实际,对民营企业负责人涉嫌经营类犯罪的,依法能不捕的不捕,能不诉的

就不诉,能不判实刑的就提出适用缓刑的量刑建议”。^①江苏省检察机关“注重保护企业的合法权益,合理运用不起诉权,将办案带给企业的影响降至最低,维护企业正常生产经营秩序和投资发展信心,切实保护民营企业的发展”,^②对犯罪情节轻微的民营企业或其工作人员不起诉共1098人。二是严格适用刑事罪名。《检察机关民企案件政策解答》详细区分了系列经济犯罪与正当经营行为的区别,强调“准确区分单位责任和个人责任,还要准确区分民营企业与民营企业分支机构的责任”,“严格适用刑事罪名,防止刑事打击扩大化”。上述致力于帮助民营企业规避刑事风险的政策,促进了企业合规制度在民营企业犯罪中的引入。

相比之下,美国企业合规制度的诞生是以企业反垄断与政治捐款丑闻等为契机的,其确立和发展是为了遏制企业犯罪不断出现的势头。^③20世纪60年代至70年代,随着美国29家重型电气企业垄断事件和“水门事件”中300家以上企业、约3亿美元数额的企业政治捐款丑闻的出现,合规管理体系的建设在美国特定领域逐渐受到重视。1977年美国国会通过了《反海外腐败法》(Foreign Corrupt Practices Act),要求企业制定资产详细清单并予以妥善保存,并设置防止资产不正当支出的内部控制机制,使合规发展成为企业的一项法律义务,^④随后成为美国公司普遍的治理模式,并被英国、法国、日本、加拿大、意大利等国家借鉴学习。有学者鉴于国外企业合规制度创立的政策背景,主张“在反思和重构我国的企业犯罪刑事政策时,要坚持重刑主义的基本立场”。^⑤这一主张没有考虑到我国当前对单位犯罪刑事政策的基本立场考量,也忽视了我国在单位犯罪中引入企业合规计划的初衷。

(二)以“协商性司法”的现实需求为契机

企业合规不起诉改革是伴随着协商性司法的兴起而产生的。随着中国社会进入转型时期,社会关系趋于复杂,多发的社会矛盾不断加大社会治理的难度,传统的“惩罚”与“报应”的刑罚观已经逐步落后,构建“和谐社会”开始成为刑法治理的新目标。加之近年来司法资源的有限性和案件日益膨胀之间的紧张关系一直困扰着实务部门,“通过刑事协商来终结案件已经成为了世界刑事诉讼的新潮流”,^⑥起诉便宜主义也在大陆法系国家逐步受到重视。^⑦认罪认罚从宽制度与企业合规改革作为协商性司法的具体内容,能有效降低社会风险、修复社会关系、缓解社会矛盾,有力地发挥了刑事司法的社会治理功能。

协商性司法并非一种特定的刑事司法制度,而是对两大法系刑事诉讼法上的一种具有共性现象的描述,是一类制度的统称,同时也指向了两大法系传统刑事司法模式的变革与发展潮流,与对抗性司法模式形成对比。协商性司法的重心在刑事诉讼程序中体现为诉讼程序的简易化,是一种对传统诉讼程序的变异。其是在刑事案件的处理方面,不同程度地给当事人之间的“协商”或者“合意”留有一定空间的案件处理模式,^⑧在维持基本法治底线的框架内,通过合意的方式得出控辩审三方都乐意接受的司法结果。^⑨

一般认为,美国的辩诉交易是产生最早、影响最大也是最为发达的一种协商性司法模式,其他国

① 《最高人民法院:对民企负责人涉经营类犯罪的,依法能不捕的不捕,能不诉的不诉》,资料来源于光明网:<https://m.gmw.cn/baijia/2021-09/22/1302593603.html>,最后访问时间:2022年9月19日。

② 《江苏检察机关合理运用不起诉权 切实保护民营企业发展》,资料来源于央广网:http://m.cnr.cn/news/20200104/t20200104_524925470.html,最后访问时间:2022年9月19日。

③ 参见陈瑞华《论企业合规的性质》,载《浙江工商大学学报》2021年第1期,第51页。

④ 15U.S.C.A. § 78m(b)(2)(A)-(B)。

⑤ 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197页。

⑥ 王兆鹏《新刑诉·新思维》,元照出版有限公司2005年版,第169页。

⑦ 参见王皇玉《刑事追诉理念的转变与缓起诉——从德国刑事追诉制度之变迁谈起》,载《月旦法学杂志》2005年第4期,第58页。

⑧ 参见魏晓娜《背叛程序正义:协商性刑事司法研究》,法律出版社2014年版,第13页。

⑨ 参见马明亮《正义的妥协——协商性司法在中国的兴起》,载《中外法学》2004年第1期,第15页。

家以美国模式为借鉴发展起了本国的协商性司法模式。19 世纪的美国深受实用主义哲学观的影响,“面对居高不下的犯罪率和不断积累的刑事案件,为缓解正式审判程序带来的诉讼拖延,控辩双方通过协商作出了相应的让步和妥协”,^⑩辩诉交易制度应运而生。20 世纪 70 年代,美国联邦最高法院便通过判例确立了辩诉交易制度的合宪性基础。^⑪根据相关的立法和判例,美国的辩诉交易可以适用于包括重罪案件甚至死刑案件在内的所有刑事案件,有“超过 90% 的案件是以辩诉交易结案的”。^⑫

我国的协商性司法开始于与“认罪协商”相关的制度,即以认罪为基础,且征得被告人或犯罪嫌疑人同意,对其趋于从宽处理的制度。2012 年《刑事诉讼法》建立了以认罪案件为基础的刑事简易程序、未成年人附条件不起诉制度、刑事和解制度等多元认罪程序。彼时《刑事诉讼法》中的“认罪协商”,更多意味着司法机关的程序性选择,而当事人的选择权较小,处于较为被动的不平等地位。2018 年《刑事诉讼法》设立认罪认罚从宽制度以后,“协商性司法已经逐渐成为我国刑事司法的重要理念”,^⑬不仅是被告人有了主动选择权,而且也意味着刑事诉讼价值的多元化,审判有了以程序改变实体的效率导向。学界普遍认为“企业合规不起诉制度本土化的可行性在很大程度上来源于认罪认罚从宽制度的广泛应用和良好成效”,^⑭反映了协商性司法为企业合规不起诉改革提供了现实需求。

与传统对抗制诉讼模式相比,协商性司法有“刑事诉讼契约化”“公法私法化”的特质。这种特质首先来源于协商性司法的“非正式性”。协商性司法作为一种纠纷解决模式,其赖以生存的基础并非“事实真相”与“实体公正”,而是以“意思真实”代替“法律事实”,以非正式的协调和对话即控辩双方的共同协商为基础。其次,这种特质还来源于协商性司法中的“个人意志”。在协商性司法中,辩护主体得以以相对平等的身份参与刑事诉讼程序,使得国家公权力强势发挥作用的传统司法模式中增加了私权利的色彩,更具有自治、协商、合意、交易等性质。再次,协商性司法从传统刑事司法的“正义价值导向”转向了“实用主义利益导向”。从聚焦过去的犯罪事实、追求刑罚的报复性到关注未来纠纷的实质解决、追求刑罚的矫正性功能的转化,从注重裁判的权威性转向注重刑事司法效率的提高和司法资源节省等功利价值观的需要。上述特质也让这种掀起全球浪潮的司法制度带来了诸多质疑,认为在协商性司法之下“传统法治框架下的罪刑法定、无罪推定原则被解构的只剩躯壳,达成共识性的解决方案成为基本驱动,妥协的正义由此而生”。^⑮

(三) 以“相对不起诉、附条件不起诉”为对接模式

目前,合规不起诉的试点主要有两种模式:一是相对不起诉模式,又称“检察建议模式”,指检察机关对企业作出相对不起诉决定并提出合规整改的检察建议;二是附条件不起诉模式,指检察机关与企业签订附条件不起诉协议,要求企业在考察期内进行合规整改,并在验收合格后对其作出正式不起诉决定。由于企业合规的高昂成本,必须以“不起诉”等实质出罪的激励措施才能促使企业合规改革的推进。“企业合规的实施需要在企业内部组织专门的合规人员及建立专门的合规部门来负责合规计划的实施和完善,为此会产生高昂的合规费用。”^⑯由于我国企业设立门槛较低,《刑法》第 37 条之一规定的“从业禁止”力度有限,部分单位犯罪的入罪门槛高于自然人等原因,涉案人员更愿意通过注销企业另行注册的方式重新经营,而不是花费大量成本参与合规。^⑰所以唯有对于涉案企业实质

^⑩ 汪建成《辩诉交易的理论基础》,载《政法论坛》2002 年第 6 期,第 14 页。

^⑪ See Brady v. United States 397 U. S. 742(1970).

^⑫ See Rolando V. Del Carmen, *Criminal Procedure: Law and Practice*, Cengage Learning 2006, p. 51.

^⑬ 参见朱孝清《认罪认罚从宽制度对刑事诉讼制度的影响》,载《检察日报》2020 年 4 月 2 日第 3 版;董坤《认罪认罚从宽中的特殊不起诉》,载《法学研究》2019 年第 6 期,第 183 页。

^⑭ 刘少军《企业合规不起诉制度本土化的可能及限度》,载《法学杂志》2021 年第 1 期,第 58 页。

^⑮ 前引⑩,第 7 页。

^⑯ 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 64 页。

^⑰ 参见刘晓光、金华捷《企业刑事合规本土化转化探索思考》,载《检察日报》2021 年 3 月 31 日第 3 版。

上予以无罪判定或量刑从宽,才能激励企业付出昂贵代价去合规整改。通过不起诉等程序分流可以使企业在避免定罪的同时进行个性化的合规整改,获得重新发展的机会。此外,“通过不起诉协议的分流还可以防止刑罚对投资者、雇员、养老金领取者、客户等无辜者发生的水波效应”^⑧,因而企业合规改革备受重视和期待。

因为法定不起诉的适用情形通常不需要企业合规制度的参与也能实现不起诉的效果,一般不成为合规不起诉的对接条款,所以合规不起诉最终应当与相对不起诉和附条件不起诉实现对接。首先是相对不起诉制度,《刑事诉讼法》第177条规定“对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以作出相对不起诉决定。”其在实体法上对接的是《刑法》第37条“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚。”故而,司法实践中涉案企业的合规不起诉“限制在轻罪范围内”并不会引起太大的争议。其次是附条件不起诉制度,2018年《刑事诉讼法》在总则中新增第15条“犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行,承认被指控的犯罪事实,愿意接受处罚的,可以依法从宽处理”,从而为附条件不起诉制度奠定了基础。附条件不起诉的实体条件与三种一般不起诉(犯罪嫌疑人、被告人死亡;证据不足,不符合起诉条件;没有犯罪事实)不同,需要考虑单位承担刑事责任的根据。上述两种《刑事诉讼法》中可对接的不起诉模式,目前在刑事实体法中尚无依据而属于空白状态。根据罪刑法定原则的要求,任何涉及犯罪主体罪与非罪、此罪与彼罪、轻罪与重罪的情节都应该被反映在刑法中,不能仅仅依靠《刑事诉讼法》的规定就予以犯罪主体从轻、减轻处罚,甚至不起诉。所以,我国的合规不起诉改革,需要找寻实体法上的依据,必须在刑事实体法的框架下推行。

二、民营企业合规不起诉改革的困境

(一) 政策困境: 刑事政策游离于刑法体系之外

党的十九大以后,对民营企业轻缓化治理的刑事政策催生了企业合规改革,但是该政策由于自身语言模糊,有保护特定主体的倾向且缺乏实体法上的依据,从而长期游离于刑法体系之外,致使民营企业合规不起诉制度也缺乏正当性。

理论上民营企业犯罪治理的刑事政策,是我国致力于创造良好营商环境等社会政策在刑事领域的类型化,也是宽严相济基本刑事政策的具体化。当前,我国的基本刑事政策包括社会治安综合治理、宽严相济等;具体刑事政策包括未成年人犯罪、经济犯罪、职务犯罪的刑事政策和死刑政策等。最高人民法院与最高人民检察院关于涉民营企业的刑事政策针对特定的犯罪主体,因而当属具体刑事政策中的一种,且部分与经济犯罪的刑事政策重合。因其将重心放在民营企业的保护和刑罚适用的轻缓化之上,因而与基本的刑事政策中社会治理政策以及宽严相济刑事政策中的“宽”相呼应。

但民营企业犯罪治理刑事政策在引入刑事司法审判的过程中受到阻碍,刑事政策语言无法转化为刑事司法语言,无法持续稳定地发挥其“当宽则宽”的作用。第一重阻碍便是罪刑法定原则的约束,罪刑法定是刑事政策不可逾越的藩篱,而刑事政策的表述是模糊的非刑法语言,与罪刑法定原则的明确性天然相悖。例如,在一起非国家工作人员受贿案中,法官以“身为民营企业主兼主要技术负责人不是缓刑条件”为由,否决了辩护人基于保护民营企业刑事政策请求适用缓刑的辩护意见。^⑨第二重阻碍是刑法面前人人平等原则的阻碍。涉民营企业犯罪刑事政策中强调了保护民营企业家的政策导向,要求对其尽量“不捕、不诉、不判实刑”,虽然此前保护青少年犯罪的刑事政策也含有针对特定主体进行宽缓处理的政策导向,但得益于“矜老恤幼”的文化传统,此刑事政策并未被放在适用刑

^⑧ 叶良芳《美国法人审前转处协议制度的发展》,载《中国刑事法杂志》2014年第3期,第136页。

^⑨ 参见金碧跃、何晓勇、赵树碧等非法吸收公众存款案,四川省广元市中级人民法院(2020)川08刑终130号刑事判决书。

法平等原则的对立面。而对民营企业家的保护虽然有经济、社会等因素的考量,却依旧引发了对此政策为“金钱政策”“关系政策”“人情政策”的质疑。甚至在刑事司法审判中,法官对该政策的运用也出现了类似误解。例如在另一起非国家工作人员受贿案中,法官以“不保护民营企业家的犯罪行为”为由,否定了辩护人请求基于该政策予以宽缓处理的辩护意见。^①第三重阻碍是罪刑相适应原则的约束。重罪重罚、轻罪轻罚、有罪必罚、无罪不罚,罪刑相适应的理念深入人心,也影响着人们对刑事政策的解读和接受。宽严相济的刑事政策向上承接社会治安综合治理基本刑事政策中“惩罚与宽大相结合”的内容,在时间跨度上也修正着“严打”这一具有历史特点的具体刑事政策,其“当宽则宽、当严则严”的基本内容,也对应着“重罪重罚、轻罪轻罚”的罪刑相适应原则,很好地在刑法体系中实现了落地。而涉民营企业犯罪治理刑事政策中,对民营企业的保护根据不是基于罪刑轻重,而是据于民营企业犯罪处遇的社会效果,自然难以在刑法体系中找到一席之地,刑事审判适用该刑事政策也会无据可依。

(二) 制度困境 “重罪不起诉”受到刑法基本原理限制

最高人民检察院公布的第二批改革试点中增加了一些地级以上检察院,从级别管辖的角度看,案件涉及了大中型企业和一些重罪案件。在最高人民检察院发布的《企业合规典型案例(第二批)》中,“上海 J 公司、朱某某假冒注册商标案”涉案金额高达 560 余万元,“山东沂南县 Y 公司、姚某明等人串通投标案”涉案金额高达 1134 万元,“随州市 Z 公司康某某等人重大责任事故案”造成三人中毒死亡的严重后果。但是,上述案件中的涉案企业都通过合规程序取得了不起诉的效果,表明了重罪不起诉的做法在企业合规计划中已然存在。

我国企业合规重罪不起诉制度借鉴的是域外企业合规的基本做法。无论在重罪或轻罪中,辩诉交易的达成是“企业合规不起诉”的决定性因素。企业合规不起诉因其能为涉案企业取得无罪判定的法律效果,极大节省了涉案企业的法律成本,从而成为企业合规制度最重要的组成部分。美国司法部于 1999 年、2003 年、2008 年陆续发布并持续更新的《联邦起诉商业组织的原则》,明确将合规计划规定为是否对企业提起刑事诉讼,以及适用暂缓起诉或不起诉的法定裁量因素。^②美国司法部颁布的《美国检察官手册》中也明确规定了官方的企业起诉政策,指明检察官在决定是否起诉企业时,需要考量“犯罪行为的性质以及严重性,企业不法行为存在的普遍性,企业实施类似不当行为的历史,及时、自愿披露犯罪行为、现有合规计划的有效性,犯罪后的补救措施,犯罪的附带后果,对企业渎职行为负责人起诉”等九项因素,^③其中至少有三项是与企业合规制度密切相关的。且联邦检察官在对企业提起刑事诉讼时,除了已掌握证据的最严重犯罪一般应当提起诉讼外,其余犯罪都可以在《联邦起诉商业组织的原则》和《联邦量刑指南》的指导下达成辩诉交易。^④由此观之,检察官与涉案企业之间协商合意的达成,能够使绝大多数案件可以不进入刑事审判。即使是在重罪案件中,检察官如果有理由认为提起公诉不利于犯罪改造、没有体现公共利益以及无助于遏制犯罪或者过多消耗司法资源时,都可以不予起诉。

但是企业合规发源地的美国与中国各自拥有着两种完全不同的诉讼文化。域外的程序本位主义理论否认了程序公正对结果公正的保障作用,主张程序正义的实现既不能保障事实真相的发现,也不能服务于实体法的事实,而是为了实现一种“法律程序自身作为目的”的“内在价值”。^⑤这种观点对刑事审判的正义实现并不抱希望,认为刑事审判最多只能实现“不完善的程序正义”,也就是“裁判结果的公正性是有客观标准的,却没有办法找到肯定能实现这一公正结果的程序”。^⑥而在我们国家,

^① 参见王光、谢勇、田晖等非国家工作人员受贿案,四川省成都市中级人民法院(2020)川01刑终195号刑事判决书。

^② Principles of Federal Prosecution of Business Organizations § 1(A) - (B). (U. S. DEP'T OF JUST. 2003).

^③ U. S. Attorney's Manual § 9 - 28. 300(2008).

^④ U. S. Attorney's Manual § 9 - 28. 1500(2015).

^⑤ R. A. Duff, *Trial and Punishment*, Cambridge University Press, 1986, pp. 110-114.

^⑥ 参见[美]约翰·罗尔斯《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第80—83页。

程序正义不可能离开结果公正,不能不考量实体法的正当性,不能仅仅以法律程序作为自身的目的价值。其一,我国素有唯物主义认识论的哲学传统和实事求是的政治传统。这就决定了刑事诉讼中司法机关应坚持查明真相,遵循罪刑相适应原则,在案件事实的基础上绝不放弃对犯罪的法定处理,以获得实体正义。其二,我国的司法程序秉持国家追诉主义,采用职权主义诉讼模式。国家对犯罪人采取统一的刑事追诉活动,以打击犯罪为目标,强调刑事诉讼的稳定性和有效性,认为将追诉权置于检察机关与被追诉人的协商之中会带来任意性和不确定性。这也是检察机关否认我国的认罪认罚从宽等于辩诉交易的原因所在,因为“我国的认罪认罚从宽制度始终置于实现司法公正的语境下”。^{②6}

以合规换取不起诉或者暂缓起诉应当是程序激励,但随着其突破刑事诉讼法关于相对不起诉的法定范围,已经演变成成为实体出罪,与我国刑事司法制度的价值基础相冲突。其一,重罪合规不起诉制度违背了《刑事诉讼法》的规定。虽然协商性司法的发展趋势已经不可阻挡,但是刑事诉讼法中的酌定不起诉条款规定了“犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”,这就说明不起诉决定的作出必须满足罪行轻微的条件。而重罪合规不起诉显然不符合上述规定,其在刑法没有将其规定为从宽量刑情节或阻却犯罪成立事由时,对涉嫌重罪的企业不予起诉,违反了法律的基本规定。其二,重罪合规不起诉有重罪不罚嫌疑。“罪责刑相适应”是刑事司法定罪量刑的基本原则,对于达到了值得刑法处罚程度的具有社会危害性的犯罪行为,刑法应当积极参与社会治理,对其予以规制。而重罪合规不起诉的做法则是重罪可不罚,可能会导致放纵犯罪的后果。其三,重罪合规不起诉的推行缺乏正当性根据。虽然我国刑法对未成年人、已满75周岁的人在犯罪处遇上也会有针对特定主体进行宽缓处理的政策导向,但得益于“矜老恤幼”的文化传统,这些做法并未作为刑法平等原则的对立面。而对涉案企业的保护虽然有经济社会等因素考量,在企业涉嫌重罪的情况下不应因其特殊身份而不予起诉。

(三) 实践困境: 企业责任与个人责任难以界分

域外的企业合规更倾向于“放过企业,严惩责任人”,即将企业合规的效力仅仅及于企业,而不包括企业的负责人、主管人员等涉案自然人。这种做法在我国理论界和实务界也获得了一定的支持,甚至有学者将企业责任和个人责任的区分视作企业合规制度引入刑事法的初衷和动力。^{②7}一般来说,持此类观点的理由多是从实体法角度论述的。例如有学者认为,“企业合规不起诉制度的创设并不是为了保护滥用职权的直接责任的主管人员或谋取私利的其他责任人员,如若面向自然人也开放适用合规不起诉制度,那么‘以刑代罚’‘罚不当罪’将为人诟病,也颠覆了刑事实体法和程序法的立法根基。”^{②8}还有学者则认为,“单位犯罪中的单位成员,包括直接负责的主管人员和其他直接负责人员,与单位的入罪及出罪原理存在实质差异,所以,单位犯罪中的单位出罪是一种合规出罪,而单位成员出罪则只能依据罪行轻微出罪,所以合规的效力不能及于单位成员。”^{②9}

但是,分割企业责任与自然人责任的做法与我国目前的单位犯罪归责模式不相符合。目前,我国理论界对单位犯罪构造的通说是“三要素说”,单位成立犯罪需要满足“以单位的名义、为了单位的利益、体现单位的意志”这三个条件;实务界采取的是“两要素说”,根据《刑法》和《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》的相关规定,“以单位名义实施犯罪,违法所得归单位所有的,是单位犯罪。”^{③0}无论是“三要素说”还是“两要素说”,单位都需要为自然人实施的犯罪行为承担“代位责任”。我国在规定了单位犯罪的代位责任之后,还为其提供了规避责任的出罪路

^{②6} 参见孟建柱《完善司法管理体制和司法权力运行机制》,载《人民日报》2014年11月6日第7版。

^{②7} 李玉华《企业合规不起诉制度的适用对象》,载《法学论坛》2021年第6期,第25页。

^{②8} 前引①,第63页。

^{②9} 刘艳红《企业合规不起诉改革的刑法教义学根基》,载《中国刑事法杂志》2022年第1期,第119页。

^{③0} 参见2000年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》。

径,例如“工程重大安全事故罪”中的工程合规,这说明我国单位犯罪的归责模式并非严格责任,单位的入罪前提是自身存在过错。以上单位犯罪的本质及其犯罪处罚根据决定了单位的归责模式要遵循同自然人相同的归责模式,必然不能逾越“罪责自负、过错原则、责任主义”等基本要求。而企业合规制度中“放过企业,严惩自然人”的做法则是将原本应该归于单位承担的刑事责任转移到了自然人身上,与“罪责自负”的基本原则有所冲突。

对此有学者提出要改变我国单位犯罪的归责模式,变我国的“代位责任论”或者“组织决策论”为“组织体责任论”。即“改变我国目前的单位犯罪以自然人为基础的归责理论,改革单位犯罪的概念,将单位犯罪视作以单位名义,体现单位意志,由单位实施的危害社会的行为”。^①在这种归责模式下,企业可以通过自身无犯罪意图的合规计划进行刑罚减免,同时也能惩治通过个人意志犯罪的自然人。但是,改造我国单位犯罪的归责模式,变“代位责任”为“组织体责任”归责模式的做法,给企业增加了额外的负担。首先,“组织体责任论”的归责模式赋予了单位同自然人相同的自由意志,这实际上是扩大了单位犯罪的刑事责任范围,重新回到单位犯罪向自然人犯罪泛化的局面,无形中扩大了单位的刑事风险。其次,该归责模式的改造致力于将合规作为企业的法定义务,虽然可以在预防和减少单位犯罪上发挥作用,但是由于当前的企业合规制度已经产生了实体法上无罪判定和罪轻判定的效果,所以合规已然成为了企业的“刑事义务”,这给企业尤其是民营企业增加了法务负担和刑事风险,与十九大后我国对民营企业轻缓化治理的刑事政策不相符合。

此外,分割企业与自然人责任的做法与民营企业的经营现状也不相符合。全球范围内的企业合规制度在诞生之初,是为了遏制大企业不断增长的单位犯罪,其倡导个人责任与单位责任分离的做法也是针对大企业的经营模式和经营状况提出的。大型企业主要实行多部门负责制,现代化企业管理制度较为健全,去中心化的管理模式致使权力分散在内部不同主体之中,内部成员可能产生独立于企业目标宗旨之外的个人意志,并基于其中可能包含的“违法性”因素实施犯罪。因此,分离单位意志与个人意志、个人责任与企业责任完全可行。而我国的民营企业多为中小微企业,有相当一部分采取“单一科层制”组织模式,企业与企业家的意志是高度契合的,很难区分企业与个人的意志和责任。且由于民营企业与民营企业之间的紧密联系,当企业家倒台的时候,也意味着民营企业走到了尽头,涉案民营企业经常有“一人犯罪,一企业倒闭的情况”。^②我国企业合规改革第二期试点发布的《关于开展企业合规改革试点工作若干建议》中强调,二次试点是为进一步充分发挥检察职能,做好对涉案企业负责人依法不捕、不诉、不判实刑的“后半篇文章”,这充分说明了企业合规最初是为了民营企业甚至是民营企业企业家而诞生的,其不起诉制度中不能忽略自然人的风险排除。

三、构建民营企业合规不起诉制度的理论基点

(一) 以理性刑罚个别化原则将刑事政策引入刑法体系

民营企业合规不起诉改革受到了民营企业犯罪轻缓化治理刑事政策的引导,但该政策因其语言模糊和轻缓处理缺乏正当性依据,与刑法基本原则衔接不畅,从而游离于刑法体系之外,无法转化为刑事司法语言,继而无法指导理论和实践。想改变这一局面,需在刑事实体法中引入理性的刑罚个别化原理。近年来,虽然关于刑事政策如何融入刑法体系,以及融入路径是什么,刑法学者们作了诸多探索,但是其“关注重点在于刑法的刑事政策化,即追求合目的的刑法体系,而刑事政策的刑法化,即刑事政策介入刑法治理方式,却关注甚少”。^③为此,部分学者试图构建通过刑法教义学的外部控制加上合宪性的内部控制之二元性框架结构,实现刑事政策的目的性设定与法教义学的贯通。^④然而

^① 参见陈瑞华《论企业合规的基本价值》,载《法学论坛》2021年第6期,第10页。

^② 张远煌主编《企业家犯罪分析与刑事风险防控报告(2017卷)》,北京大学出版社2018年版,第5页。

^③ 劳东燕《刑事政策刑法化的宪法意涵》,载《中国法律评论》2019年第1期,第35页。

^④ 参见劳东燕《刑事政策与功能主义的刑法体系》,载《中国法学》2020年第1期,第129页。

这些研究的重点都放在了如何以刑事政策指导体系或者如何以刑法体系制约刑事政策,虽然为刑事政策融入刑法体系的边界问题提供了解决方案,却还未能明晰地探索出一条路径,将带有政治性、全局性、模糊性的刑事政策和在刑法三大原则制约下严谨和有针对性的刑事法律贯通。对此,本文试图以刑罚个别化原则在刑法体系中的确立作为刑事政策融入刑法体系的主要路径。

一方面,刑罚个别化原则随着时代的发展兼具一般预防与特殊预防的功能,并未逾越刑法三大原则的藩篱。刑罚个别化原则最初是由英国的葛德文于1793年提出的,以剥夺再犯能力的个别预防论为根基,后经过刑事实证学派与刑事社会学派的丰富与完善,逐渐形成了以“剥夺与矫正”为目标的刑罚个别化。目前我国对刑罚个别化有全盘肯定或否定的观点,也有在立法阶段、司法阶段分别以罪刑相适应、刑罚个别化为主要地位的分段主次论,罪刑相适应与刑罚个别化并行论,罪责刑包容刑罚个别化论等观点。^⑤虽然看似存在着诸多不尽相同甚至完全相反的理论观点,但是对于能够不违背刑法各原则的刑罚个别化,学者们还是表达了极大的认同。纵然存在批判刑罚个别化原则的声音,其所批判的也是凌驾于罪刑相适应原则之上的来自于刑事近代学派的刑罚个别化,认为其与一般预防相对立而有失片面,与报应刑论相排斥。^⑥而现代理性的刑罚个别化是超越了刑事古典学派和刑事实证学派极端的刑罚个别化,随着时代发展出来的理性解读,不仅要求根据不同犯罪的社会危害性给予严厉程度不同的刑罚,也要根据不同犯罪人的人身危险性,给予程度不同的犯罪处遇。这是刑罚合理化、科学化的体现,真正实现了法律面前人人平等;同时兼具一般预防与特殊预防的功能,与罪刑相适应原则相辅相成,有力地发挥了“刑罚的教育改造功能”。^⑦

另一方面,刑罚个别化原则契合了民营企业犯罪治理刑事政策对“特定主体”轻缓化治理的目标。从上文关于民营企业犯罪治理刑事政策的回顾与梳理来看,该系列刑事政策是国家为了保护民营企业经营,促进非公有制经济的繁荣发展,而出台的一系列犯罪处遇轻缓化的方针和对策,是宽严相济刑事政策之“宽”的具体化。这就要求对涉案企业的犯罪治理要以轻缓化为主,并且不仅仅参考一般的单位犯罪,还要充分考量民营企业犯罪自身的特点;不仅要考量涉案企业行为的社会危害性,还要考量涉案企业的再犯可能性等因素,以便对其采用合适的犯罪处遇方式。刑罚个别化原则契合了上述主张,其教育和矫治的功能符合民营企业犯罪治理刑事政策轻缓化的转型需求,而针对不同犯罪和不同的犯罪人分别进行处遇的方式也颇具针对性,对于轻罪和人身危险性小的犯罪人,以矫治和教育为主,尽可能以其他替代措施替代监禁刑的适用;对于符合条件的犯罪人应当适用缓刑,减少短期自由刑适用的弊端,甚至可以不予起诉。尤其是针对涉民营企业犯罪治理,对其适用监禁刑要比其他犯罪适用监禁刑带来的负面效果更大,增加社会的不和谐因素,利用合规不起诉改革给予符合条件的企业以重生机会,可以节约司法成本而转投入其他重罪,有力打击和震慑犯罪,同时减少社会对抗,化消极因素为积极因素,实现法律效果和社会效果的有机统一,促进和谐社会的建立。

(二) 以恢复性理念实现协商性司法实体价值

企业合规不起诉改革的试点工作已在全国推广,认罪认罚从宽制度也在蓬勃发展,这意味着协商性司法的浪潮已经不可阻挡。域外的协商性司法理念,实际上将企业合规改革中的不起诉制度变成了检察机关向涉案企业的妥协,被称为“妥协的正义”。但由于刑事司法制度的价值基础不同,我国在引入诸如“企业合规”等协商性司法制度时,应坚持“实体公正”的价值基础,以恢复性理念作为基本原理。

恢复性理念最早诞生于英美法系国家,是与“惩罚性”“报应性”理念相对应的新的司法理念。其

^⑤ 参见张惠华《论刑罚个别化之法律地位》,载《华南理工大学学报》2010年第4期,第33页。

^⑥ 参见邱兴隆《刑罚个别化否定论》,载《中国法学》2000年第5期,第98页。

^⑦ 康树华、张小虎《犯罪学》,北京大学出版社2016年版,第198页。

核心内涵为“在可能的范围内,让特定犯罪的利益相关人都参与进来,并共同确定和解决伤害、需求和义务,以便使事情尽可能地康复和摆正”。³⁸ 在我国的语境下,恢复性理念的核心内涵应当是对加害人与被害人关系的修复以及对被破坏社会关系的修复,³⁹这其中包含了对加害人承担责任后能够回归社会的期待,对被害人遭受损害的填补,以及对因加害行为所造成的社会不安定状态的恢复。简而言之,恢复性理念其实是社会治理中的“治疗”理念。⁴⁰ 关于刑法对践行了恢复性理念的犯罪主体可以予以从宽处罚的正当性,学者们作了不少论证。总的来说,犯罪主体修复了被破坏的社会结构、社会秩序、社会关系,是其取得从宽处罚的依据。“刑法作为特殊的法律,犯罪行为破坏了社会结构,而刑罚处罚的任务在于恢复或缝合被破坏的社会结构”,⁴¹犯罪主体践行了恢复性理念,修复或缝合被破坏的社会结构,便可以达到刑罚的目的。“恢复性理念倡导优先适用刑罚替代性措施以弥补和修复因犯罪而受损的社会关系,其所支撑和引导的企业合规制度可以抚平刑罚狰狞的面孔,给予涉罪企业、员工、经济与社会以弥补和修复。”⁴²

企业合规欲达到“恢复性理念”要求的标准,一要修复被破坏的社会关系,二要降低单位的人身危险性。被破坏的社会关系要想得到修复,首先,其破坏程度不能太大,这样才能留有被修复的余地,所以单位犯罪情节不能达到重罪的程度;其次,单位积极配合调查和认罪认罚是一切社会关系修复的前提,单位必须实施有效的补救措施,如退赃退赔、积极补偿、取得被害人谅解等。其中,企业接受了合规考察后建立了有效的合规计划,对那些被犯罪所侵害的法益采取了修复和补救措施的,也可以视作已经完成了社会关系的修复,对企业追究刑事责任的基础不复存在。想要降低单位的人身危险性,必须降低单位的再犯能力与再犯意志。合规计划正是通过加强单位的自身约束达到这一目的,如果企业有强烈的合规意愿,并且接受了合规监督,制定了合规计划,积极整改企业并通过审查,则意味着企业的人身危险性大幅度降低,其再犯可能性与改造的难度性都随之减小,因而为其回归社会提供了前提性条件,获得减轻处罚的优惠也是应有之义。

(三) 以“责任主义”原理赋予企业家合规权利

从上文论述可知,我国长期以来在单位犯罪的认定上,均离不开对自然人犯罪的认定,单位犯罪的成立甚至以自然人犯罪的成立为前提。当单位犯罪与自然人犯罪的认定紧密联结时,单位犯罪必然要遵循自然人犯罪归责模式的基本原则,才能在犯罪论和责任论体系中实现逻辑自治。因而,单位犯罪归责模式的构建需以“责任主义”原则为指导,这一原则不仅是自然人犯罪归责模式的基本原则,也是单位犯罪归责模式的基本原则。这在我国《刑法》中可以得到验证,即便是看似为单位犯罪设定“严格责任”的刑法条文中,也给予了无辜企业以出罪路径,其条文设定仅仅起到了举证责任倒置的作用。这说明我国单位犯罪的归责模式并非无过错的严格责任,单位的入罪前提是自身存在过错,这依旧遵循了责任主义原则最基本要求。在“责任主义”之下,没有罪过就没有犯罪,也就没有刑罚,“不能处罚形式上的违规行为”。⁴³ 不仅如此,行为人亦只得就其本人值得非难的犯罪行为而被归责,与犯罪行为无关的任何其他人不得因与行为人同属特定团体而连带归责。⁴⁴ 这就意味着在“责任主义”原则指导下,民营企业家和企业同样拥有合规不起诉的权利,都不需要为自身无过错的行为承

³⁸ Howard Zehr, *The Little Book of Restorative Justice: A Bestselling Book by One of the Founders of the Movement*, Good Books Press 2002, p. 37.

³⁹ 参见王林林《多元刑事司法模式共存语境中的量刑基准研究》,载《政法论丛》2016年第3期,第57页。

⁴⁰ See John Braithwaite, Heather Strang, *Introduction: Restorative Justice and Civil Society*, Cambridge University Press 2002, p. 14.

⁴¹ Joshua Kleinfeld, *Reconstructivism: The Place of Criminal Law in Ethical Life*, 129 *Harvard Law Review* 1485 (2016).

⁴² 王颖《刑事一体化视野下企业合规的制度逻辑与实现路径》,载《比较法研究》2022年第3期,第46页。

⁴³ [日]甲斐克则《企业的合规文化·计划与刑事制裁》,谢佳君译,载李本灿等编译《合规与刑法:全球视野的考察》,中国政法大学出版社2018年版,第274页。

⁴⁴ 参见梁根林《责任主义原则及其例外——立足于客观处罚条件的考察》,载《清华法学》2009年第2期,第40页。

担刑事责任。对于民营企业家而言,合规经营既是权利也是义务,当前合规不起诉改革中主张“放过企业,严惩自然人”“合规效力不及于自然人”的做法显然只把合规经营当作义务,而没有赋予民营企业家享受合规不起诉制度红利的权利,有违传统大陆法系国家对“责任主义”原则的坚守。而实施了合规计划仍旧实施犯罪行为的单位,不能一概以合规计划作为单位免责事由,使犯罪后果由自然人承担,这违背了过错原则和责任主义的要求。正确的做法是,将合规计划视作单位为避免犯罪所做的义务履行来考量,进而确定单位的过错大小与责任范围。至于为了单位的合规经营做出努力的民营企业家,应当视其行为主观恶性、社会危害性、过错大小以及合规意愿综合判断其责任范围,对于犯罪情节较轻、社会危害性偏低、积极合规、再犯可能性不大的民营企业家,可以予以合规不起诉。

四、民营企业合规不起诉改革的发展路径

(一) 构建单位与自然人犯罪一体联动认定机制

从上文论述来看,自企业合规不起诉改革推行以来,学界主流观点是希望能将单位犯罪与自然人犯罪解绑,以单位自身犯罪为前提。^⑤但这种主张既不符合我国《刑法》第30、31条以及相关司法解释中关于单位犯罪的规定,也不当扩大了单位犯罪的范围,且不符合此次改革的方向。而单位犯罪与自然人犯罪在认定上的连带关系虽然与当下学术界的主流观点并不相符,但契合了我国《刑法》的规定,也符合此次改革的刑事政策导向。构建单位与自然人犯罪一体联动认定机制需要遵循以下准则:

其一,单位犯罪的范围划定要遵守罪刑法定原则。推行企业合规不起诉制度的目的是为了保全企业,因而应当对单位犯罪的范围划定有所限制。首先,应当修改司法解释中将纯正的自然人犯罪纳入单位犯罪的范畴中去的条款;其次,避免在法律没有明文规定的情况下,将单位实施的纯正的自然人犯罪视作单位犯罪;最后,应当制定单位犯罪的入刑标准,不是任何可以由单位实施的犯罪都能成为单位犯罪,应当视其社会危害性与应受刑法惩罚性综合判断,是否要判定其刑事违法性。其二,单位高层成员职务范围内的行为可认定为企业自身的行为。企业董事会成员以及高级管理人员在其职权范围内以单位的名义,为了单位的利益实施的行为,或者得到了单位授权和许可的行为归属于企业自身;形成企业组织人格特征的高级管理人员的行为和意图可视为企业自身的行为和意图;在企业内部如果缺乏遵纪守法的企业文化,甚至存在忽视、容忍、导致企业成员不遵守相关法律法规的企业文化时,企业成员的犯罪可以视为企业自身的犯罪。但是上述情况要排除个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的情形,或者公司、企业、事业单位设立后以实施犯罪为主要活动的,以契合我国《刑法》关于单位犯罪的规定。其三,虽然单位与自然人犯罪的认定是连带的,但责任可以是个别的。单位犯罪与自然人犯罪认定的连带性,是我国立法与司法实践的要求,但在责任承担上并未要求单位和个人连带。按照传统的观点,“所谓企业犯罪,并不真的是企业自身的犯罪,而是企业为其成员在企业活动中的违法行为承担无过失责任的体现”。^⑥这种观点实质上认为企业责任与个人责任无解绑的可能。但域外国家单位犯罪和自然人犯罪的认定是连带的,归责模式为代位责任甚至是严格责任,但依然可以实现责任分离。我国也可以对此种做法进行效仿,将合规不起诉改革作为单位和个人责任分离的契机,对于符合条件的企业和自然人不予起诉,以免出现无辜的被牵连者。

(二) 完善民营企业合规不起诉的实体法根据

合规不起诉制度实际上是一种决定涉罪主体能否“出罪”或“免除刑事责任”的制度,其承载的法律规范属于实体性规范,而不仅仅是程序性规定,若只通过对接《刑事诉讼法》上的“相对不起诉”“附

^⑤ 参见黎宏《企业合规不起诉改革的实体法障碍及其消除》,载《中国法学》2022年第3期,第259页。

^⑥ 耿佳宁《单位固有刑事责任论的提倡及其教义学形塑》,载《中外法学》2020年第6期,第47页。

条件不起诉”是不妥当的,必须在实体法上为其确立根据。

1. 民营企业合规不起诉实体法免责根据

关于企业合规不起诉实体法上的免责根据,学界存在责任排除说、^{④⑦}组织体责任排除说、^{④⑧}罪过免除说、^{④⑨}综合性正当事由说^{⑤⑩}等。各学说各有所长,但混淆了“免责”根据与“出罪”根据。区分企业合规的“免责”与“出罪”事由是非常有必要的,因为在程序法上合规不起诉改革的效果为涉罪企业的“不起诉”,而实体法上能够实现同样效果的仅有《刑法》第 13 条与第 37 条的规定。《刑法》第 13 条“但书”是关于犯罪定义的规定,同时也是在规范犯罪成立的“质”的标准与“量”的标准。即只有达到一定情节的危害行为才可能构成犯罪,而“情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪”当属“出罪事由”,与企业合规中已经构成犯罪需要起诉的情形是不尽相同的。《刑法》第 37 条关于已经构成犯罪,而犯罪情节轻微不需要判处刑罚的规定,当属“免责事由”。“这里的犯罪情节应当只限于犯罪事实过程中的情节,而不包括犯罪前和犯罪后的情节。”^{⑤⑪}企业合规整改模式中的合规是犯罪后的情节,因而直接援引《刑法》第 37 条也缺少说服力。

针对这种情况,可以在《刑法》中将事后的企业合规作为法定从宽情节加以规定,为合规不起诉制度提供免责的实体法根据。事后合规即合规整改模式,是指“涉案企业在面对刑事追诉的情况下,需要采取合规整改模式,针对自身在经营模式、管理方式、决策机制等方面存在的漏洞和隐患,进行有针对性的制度修复和错误纠正,建立针对性的专项合规体系”。^{⑤⑫}美国法规定检察官在决定是否起诉企业时,需要考量“企业及时、自愿披露犯罪行为,现有合规计划的有效性,犯罪后的补救措施,犯罪的附带后果”等因素。^{⑤⑬}这些因素已经属于犯罪后企业的表现措施,但仍然可以作为检察官是否提起诉讼的考量因素。法国在 2016 年颁布的《萨宾第二法案》允许检察机关与涉罪企业签订和解协议,确立三年考验期,涉案企业在此期限内缴纳罚款、赔偿受害者并制定或完善合规计划,在考验期满后经审查确认履行了协议内容的,检察机关将撤销起诉。^{⑤⑭}

我国企业的事后合规可以涉案企业作为减轻社会危害性与人身危险性的罪后情节轻重考量因素。一般来说,在犯罪行为发生后,犯罪主体可以通过一系列补救行为,降低犯罪带来的社会危害性,常见的包括认罪认罚、积极协商、退赃退赔、补偿损失等。企业合规整改可以作为一项新的措施出现,在法院还未判决之时积极整改、排查隐患,防止犯罪结果的持续发生和损失的进一步扩大,修复被犯罪破坏的社会关系,重建被犯罪打乱的社会制度。可将涉案企业的企业合规措施作为减轻行为社会危害性和降低人身危险性的因素,在决定是否起诉时予以从宽考量。如此设置,不仅可以解决理论界与实务界“重罪合规不起诉”动摇实体法根基的困境,也可以为程序法上“相对不起诉”和“附条件不起诉”制度提供实体法依据。

2. 民营企业合规不起诉实体法出罪根据

单位犯罪合规不起诉制度的确立,不仅需要完善实体法上的免责根据,也要体系化单位犯罪的出罪事由,提供更多实体法上的“无罪判定”理由,丰富合规不起诉制度的内容。在“恢复性理念”的引导下,只要能够反映犯罪主体人身危险性和社会危害性轻微的事由,都有可能成为出罪事由。我国

^{④⑦} 参见时延安《合规计划实施与单位的刑事归责》,载《法学杂志》2019 年第 9 期,第 29 页。

^{④⑧} 参见潘璐《适应企业合规发展要求完善单位刑事归责理论》,载《检察日报》2022 年 4 月 2 日第 3 版。

^{④⑨} 参见陈瑞华《企业合规出罪的三种模式》,载《比较法研究》2021 年第 3 期,第 73 页。

^{⑤⑩} 参见孙国祥《刑事合规的刑法教义学思考》,载《东方法学》2020 年第 5 期,第 20 页。

^{⑤⑪} 时延安《刑事诉讼法修改的实体法之维》,载《中国刑事法杂志》2012 年第 1 期,第 16 页。

^{⑤⑫} 蒋安杰《推动建立具有中国特色的企业合规法律制度》,载《法治日报》2022 年 3 月 23 日第 11 版。

^{⑤⑬} U. S. Attorney's Manual § 9-28.300(2008)。

^{⑤⑭} 参见陈瑞华《法国〈萨宾第二法案〉与刑事合规问题》,载《中国律师》2019 年第 5 期,第 83 页。

《刑法》对自然人犯罪出罪事由已经进行了明确的规定,单位犯罪可以藉由企业合规不起诉改革的契机,实现单位犯罪出罪事由的体系化。借鉴自然人犯罪认定方式,将事前企业合规作为单位犯罪的法定出罪事由,是在实践企业合规国家的普遍做法。英国2010年《反贿赂法》通过设立“商业组织预防贿赂失职罪”,以“严格责任”的归责模式将企业合规引入刑法。根据该法,任何与公司相关的人员为获取或者保留公司业务而实施贿赂行为的,公司都会被指控构成该项失职罪名。如果单位要作无罪抗辩就需承担举证责任,证明已经设置完善的合规计划即可。^⑤2017年《英国刑事金融法案》增设“商业组织预防逃税失职罪”,其归责模式和“商业组织预防贿赂失职罪”一致,即公司无论是否因为单位成员的犯罪行为受益,都将被认定为有罪,合规计划同样成为无罪抗辩的法定事由。^⑥我国可以借鉴此类做法,涉案企业如果在犯罪行为发生之前已经作出了合规计划,可以视为已经履行了避免犯罪发生的义务,在过失类犯罪中可以以此为由,视为无罪过或情节显著轻微,适用《刑法》第13条“情节显著轻微,危害不大,不认为是犯罪”的规定,从而得到无罪判定;在故意犯罪中,也可以据此来证明企业并无故意犯罪的主观恶性或主观恶性较低,同样可以得到出罪效果。如此一来,企业事前合规作为出罪事由规定在实体法中,也为程序法上合规不起诉所对应的不起诉模式提供了实体法依据。

(三) 构建民营企业家刑事风险合规机制

在责任主义原则的指导下,单位负责人积极履行合规计划的可以不予起诉。但目前无论是以传统刑法理论所阐释的个人刑事责任为基础,以个人与企业间的联系为媒介,认定企业刑事责任的“代位责任”模式,还是将单位责任与个人责任分开的“组织体责任”模式,都在试图给予涉罪企业出罪机会,而民营企业家的风险依旧存在。《2016年中国企业家犯罪分析报告》显示,“民营企业家被实际认定的罪名数为70个,国有企业家只涉及33个罪名,差距悬殊,且国有企业单位行贿罪逐渐成为低频罪名,而民营企业单位行贿罪依旧高发”。^⑦另外,在免于刑事处罚的适用比例方面,国有企业家的比例高于民营企业家;在无期徒刑适用比例上,民营企业家的比例高于国有企业家。亟需在合规不起诉改革进行时,构建民营企业家刑事风险合规机制。

其一,改变“放过企业,严惩自然人”的理念,正视民营企业家对企业的重要性。从社会效果来说,民营企业家背后牵系民营企业的存亡,对其采取“从严惩处”政策会导致民营企业产生巨大危机。关于民营企业家对民营企业的重要性,在刑事审判实务中也能得到印证。^⑧其二,维持我国《刑法》中“代位责任”的归责模式,将合规作为单位成员无罪抗辩或罪轻抗辩事由。我国目前的单位犯罪实施的是“双罚制”,这就意味着单位犯罪的认定和处罚都与自然人存在连带关系。这种归责模式和处罚模式在民营企业中是适当的归责模式,因为对于此类中小微企业而言,企业的负责人、主管人员完全可以在个人能力范围内,有效监督并确保企业规章的实施。涉案企业的负责人、主管人员如有证据证明督促企业实施了合规计划,可以据此抗辩,免于承担刑事责任。当民营企业家积极推行合规制度的实施,并采取妥当的措施防止其他员工的违法行为时,即表明其对员工的违法行为没有罪过,自然就不应当承担刑事责任。其三,建立企业与自然人“双不起诉”制度。企业合规改革的推行是为了落实对民营企业家“少捕少诉”的刑事政策,企业与自然人双不起诉制度的建立不存在障碍。但是学界

^⑤ Bribery Act 2010 s. 7(2010).

^⑥ Criminal Law Act 2017 c. 22. Pt. 3. s. 45-46(2017).

^⑦ 前引^②,第71页。

^⑧ 参见赵太洲、陈翎元虚开增值税专用发票案,广东省肇庆市高要区人民法院(2020)粤1204刑初88号刑事判决书;马飞生产、销售伪劣产品案,江苏省南京市中级人民法院(2019)苏01刑终847号刑事判决书;曾利危险驾驶案,广东省佛山市中级人民法院(2020)粤06刑终582号刑事判决书;李志东、朱国清伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章案,广东省佛山市中级人民法院(2020)粤06刑终600号刑事判决书;丁峰、于宏亮、荆太镇走私普通货物、物品案,吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2020)吉24刑初25号刑事判决书;周意危险驾驶案,湖南省长沙市中级人民法院(2020)湘01刑终812号刑事判决书。

目前也存在对双不起诉制度的质疑,主要基于对特殊主体合规不起诉是否对其他主体不公平,与刑法面前人人平等原则相违背。但给予民营企业以合规不起诉的权利,是符合权利义务相一致原则的。在双罚制下,单位和单位成员之间的关系是紧密捆绑的连带关系。单位员工一旦出现违法行为,要么与单位共同在“双罚制”处罚模式下承担刑事责任,要么在某些特殊的“单罚制”处罚模式的罪名下单独承担个人责任,可以说现有的单位犯罪归责模式与处罚模式带给了单位高管、负责人极大的刑事风险。在承担了刑事风险的同时,可以赋予其合规不起诉的权利,以平衡巨大的刑事风险,激发市场活力。

五、结 语

各国企业合规制度的构建,既有核心内涵上的共性,又有体现时代发展与国家特色的个性,并不存在全球统一的企业合规制度,因此我国对企业合规制度的构建不能照搬域外经验,必须具有中国特色。鉴于我国民营企业的发展现状以及我国刑事司法制度“实体公正”的价值基础,民营企业合规要取得从轻、减轻甚至免除处罚的实体法效果,需要最终落实到犯罪行为的社会危害性减轻或者犯罪主体的人身危险性减轻上。这就要求刑事实体法必须不断吸收和完善企业合规的内容,以便为制度构建提供法律依据。未来,我国《刑法》可在总则、分则部分适当吸收“企业合规”的出罪、免责事由,将民营企业合规不起诉的改革成果予以转化并普遍适用。

The Dilemma and Development Path of Private Enterprises' Compliance and Non - Prosecution Reform

SHI Jing - hai & HUANG Ya - rui

Abstract: In order to support the development of private enterprises and give criminal enterprises a chance to regenerate, China has actively learned from overseas practical experience and established a compliance non - prosecution system for unit crimes. The compliance non - prosecution reform of private enterprises is guided by “lenient governance”, and it takes the development of “consultative justice” as an opportunity, the “conditional non - prosecution and relative non - prosecution” as the docking mode, thus achieve initial results. However, due to the particularity of private enterprises and the value basis of “substantive justice”, the reform has encountered prominent difficulties such as “criminal policy is free from criminal law system; felony non - prosecution system lacks substantive law basis; and it is difficult to distinguish between personal responsibility and corporate responsibility”. Based on China's national conditions and the rule of law system, China's private enterprises should follow the road of Chinese characteristics, with “the principle of individual penalty punishment”, “restorative concept” and “accountability principle” as the theoretical basis, and take “build the joint identification mechanism of unit and natural person crime; improve the substantive law basis of private enterprise compliance non - prosecution; and build the double risk exclusion mechanism of compliance natural person and compliance enterprise” as the development path.

Key words: criminal compliance non - prosecution private enterprise criminal policy restorative justice