

企业犯罪预防中合规计划制度的借鉴

李本灿*

内容提要 基于对传统企业犯罪预防模式的反思,国外出现了通过合规管理进行企业犯罪预防的立法实践。具体讲,主要是赋予企业合规以量刑意义,促进企业自我管理的推行。通过对我国企业犯罪惩治的效果考察发现,虽然刑事法网日渐严密,刑罚结构总体较为严厉,但并未收到良好的企业犯罪预防效果。而合规计划在企业犯罪预防中的有效性以及《萨班斯法案》404条款对企业内控的要求,为我们提供了很好的借鉴模本。具体到如何借鉴,首先可以通过量刑激励推动企业合规;其次,借鉴合规计划中蕴含的企业犯罪惩治的刑罚理念,进一步严密刑事法网,严厉个别犯罪的刑罚,尤其是对财务欺诈、虚假评估等犯罪的惩处,以推动企业自觉实施自我管理。

关键词 合规计划 企业犯罪 自我管理

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2015.05.012

引言

基于对传统单一地依靠刑法进行的企业犯罪防控模式的反思,国外刑法学界提出了合规计划的概念。所谓合规计划(Compliance Program),是指企业或者其他组织体在法定框架内,结合组织体自身的组织文化、组织性质以及组织规模等特殊因素,设立一套违法及犯罪行为的预防、发现及报告机制,从而达到减轻、免除责任甚至正当化的目的的机制,而这种机制不仅仅是制度层面的,它应该被切实地贯彻和执行,形成组织体的守法文化。^①简单讲,合规计划就是通过量刑激励促进企业的自我管理,以弥补国家法律规制的不足,从而形成对企业犯罪双管齐下的局面。“在这个理念中,国家控制主要不是体现在具有等级与规范性质的立法与执法方面,而是体现在一种‘软性的’行为影响方面。与一般行政法或刑法相比,直接当事公司的自身规定常常能够更好地适应现代经济社会的技术上和经济上的众多特殊性质,这尤其依赖于对于当事公司的特别

* 山东大学法学院助理研究员,博士后流动站研究人员,法学博士。该文是孙国祥教授主持的司法部课题“预防和惩治腐败的刑事法律研究”(项目批准编号:12SFB2026)的阶段成果。

① 参见李本灿《合规计划的效度之维——逻辑与实证的双重展开》,载《南京大学法律评论》2014年春季卷,第229页。

知识、这些公司的全球性活动能力、以及它们对于防止犯罪之核心控制手段的掌握。这些控制手段既包括公司内部的等级制的指示权,也包括对重要信息系统的拥有。国家制定的规范有时并不符合公司的具体情况,而与这些国家规范相比,公司的自制可以是一个有效得多的方法。对于控制公司犯罪而言,在一个自制框架内,效率的额外提高是可能发生的。”^②基于这样的理念,合规计划在很多国家的立法中得以体现。首先在《美国量刑指南》(United States Sentencing Guidelines)(以下简称《指南》)1991年的《组织量刑》中得以体现,2010年的修正案进一步强化了首席合规官(CCO)在商业组织中的作用。^③美国2002年的《萨班斯-奥克斯利法》(Sarbanes-Oxley Act),德国的《反洗钱法》、《银行法》以及《证券交易法》,日本的《反垄断法适法计划辅导》,意大利的《231号法令》(Legislative Decree No. 231/2001-Law 231)等都对合规计划进行了规定。可以说,合规计划已经形成了世界浪潮。然而,令人遗憾的是,这样的制度在我国尚处于观念倡导期,目前我国对于如何引介合规计划或者通过合规计划对我国的企业犯罪惩治刑法体系进行反思的论述较少。基于此,笔者主要以合规理念作为基点,探讨我国企业犯罪惩治的刑法体系以及惩治模式。

一、我国对企业犯罪的惩治与企业犯罪现状

(一) 企业犯罪惩治的法网疏密及刑罚结构

1. 企业犯罪惩治的法网疏密问题^④

我国企业(单位)犯罪的刑法规范体系以总则加分则的形式进行建构,除了《刑法》总则第30条和第31条关于单位(企业)犯罪的概述之外,分则大量规定了单位(企业)犯罪及其处罚。对于现行刑法典,笔者进行了简要梳理,涉及单位(企业)犯罪的共有146个罪名。暂时抛开刑事法网是否严密不论,现行企业(单位)犯罪惩治体系的构建经历了1979年的法规缺失,到之后的单行刑法、附属刑法零星规定单位(企业)犯罪,再到1997年以法典的形式明确了单位(企业)犯罪,可以说,这已经实现了企业(单位)犯罪规制的突破。而且,随着司法实践的需要以及认识的逐渐加深,这种规制体系逐渐得到完善。具体来讲,主要是以刑法修正案的形式对单位(企业)犯罪刑法规制体系进行了补充。例如,刑法修正案(一)增设了“隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务报告罪”;修正案(八)增设了“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”、“虚开发票罪”、

^② [德]乌尔里希·齐白《全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社2012年版,第263-264页。

^③ See Paula A. Tuffin, Effective Compliance and Ethics Program under the Amended Sentencing Guideline, at <http://apps.americanbar.org/buslaw/committees/CL925000pub/newsletter/201007/tuffin.pdf>, 最后访问时间:2013年4月10日。

^④ 因企业犯罪严格来说并非一个规范的刑法术语,仅仅是经济犯罪和单位犯罪的一个交叉概念,因此,文章中对企业犯罪的相关法规梳理是在单位犯罪的名义下进行的,因为单位犯罪从实践情况看也多由企业实施,因此,文章中将两个概念不加区分不会造成大的问题,特此说明。

“拒不支付劳动报酬罪”等等。

单纯法条数目的增多只是企业犯罪刑事法网逐步严密化的一种表现,它表明的是—种发展趋势,而不是说我国的企业犯罪刑事法网就是严密的。实际上,相比英美法中将法律中的“人”解释为包括自然人和法人在内,从而将法人与自然人等而视之,法人原则上可以构成自然人可为所有之罪的立法模式,我国的企业(单位)犯罪立法的确如储槐植先生笔下的“不严”。但是,要注意这样一个立法现象,即我国刑法中大量规定了兜底性条款或者新型的口袋罪名,这对于司法实践中遇到的诸多现行法律条文难以解决的问题,是一把“万能钥匙”,可以“独当一面”。例如,我国《刑法》第182条的“操纵证券、期货市场罪”除了前三款的行为方式之外,在第四款中又规定了“以其他方法操纵证券、期货市场的”;第195条“信用证诈骗罪”中,在前三种行为方式之外又规定了“以其他方法进行信用证诈骗活动的”;第225条的“非法经营罪”也规定了非法经营的第四种行为方式——“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,后来的一系列司法解释对于该兜底性条款进行了解释,从而衍生出了包括“非法经营电信业务”、“非法经营彩票”、“擅自发行基金份额募集资金”等九种行为方式。“这份清单随着时间的推移还可以不断地拉长,因为司法解释规定的只是‘其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为’中的一种,不可能穷尽非法经营行为。”^⑤

从非法经营罪法律条文以及司法解释列举的非法经营的行为方式看,一般都是违反国家特许经营许可的行为,例如电信业务等,但是在司法实践中,“其他”方式有被任意化的嫌疑,例如近年来出现的利用网游外挂软件,以代挂、代练的方式经营牟利的行为被认定为非法经营罪,这无疑使得“非法经营”的解释有任意化的趋势。暂且不论这些兜底性条款以及口袋罪名是否违背罪刑法定原则,从客观上讲,它们确实在法无明文规定之时起到了“犯罪”堵截的作用。对此,我国学者指出,堵截性条款的设置维护了刑法的稳定与统一,为刑法解释提供了可能,从而使抽象的规则适用于具体的行为;堵截性条款具有严密刑事法网,强化法律保护、堵截犯罪的功能;在价值取向上,堵截性条款使得刑法可以兼顾形式正义与实质正义^⑥。

除此之外,我国刑法中还有“抽象化”或“一般化”立法技术的运用,例如,《刑法》第153条“走私普通货物、物品罪”的设立就弥补了《刑法》151条、152条、347条特殊条款所留下的打击空隙,如此,“货物、物品”可以涵盖几乎所有的可用以出售盈利的商品,对这些物品的走私行为自然可以受到规制。《刑法》第140条“生产、销售伪劣产品罪”中,“产品”是一种抽象化的概念,可以囊括该节规定的其他犯罪,甚至可以做更广的理解,这也是为什么在《刑法》第149条“本节法条的适用”中规定“生产销售本节第一百四十一条至一百四十八条所列产品,不构成各该条规定的犯罪,但是销售金额在五万元以上的,依照本节第一百四十条规定定罪处罚;生产销售本节第一百四十一条至一百四十八

^⑤ 陈兴良《刑法的明确性问题:以〈刑法〉第225条第4项为例的分析》载《中国法学》2011年第4期。

^⑥ 参见丁华宇《刑法中的堵截性条款研究》载《河南师范大学学报》(哲学社会科学版)2009年第6期。

条所列产品,构成各该条规定的犯罪,同时又构成本节第一百四十条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”的重要依据。上述立法技术就是马荣春教授文章中的“经济犯罪罪状的概括性”问题^⑦。

对于上述笔者的论断,即“虽然我国目前企业(单位)犯罪的法网不严,但是兜底条款、口袋罪名以及特殊的立法技术客观上填补了部分漏洞,使得一些实质具有严重社会危害性,但缺乏刑法明文规定的行为入罪化”这样的论断,实践中也出现了这样的案例佐证了笔者的论断。例如被告人汪建中操纵证券市场案中,对于汪建中通过发布资讯报告的方式推荐证券,并在此之前大量购入证券,当资讯报告在投资者中产生广泛影响后抛售之前购入的证券从而获利1.26亿元的行为如何定性?在理论界产生了巨大的争论。^⑧但是,司法机关一如既往地固守自身的逻辑,不顾否定意见的反对,最终认定汪建中的行为构成操纵证券市场罪,从而判处有期徒刑七年,并处罚金一亿二千五百七十五万余元。^⑨同样运用《刑法》第182条兜底条款的还有“赵喆操纵证券市场案”,法院认定被告人赵喆非法侵入证券公司计算机系统,修改数据,从而拉高特定股票后抛售自己以及朋友事前买入的股票,从而造成股价非正常波动,其行为构成了“以其他方法操纵证券市场”的犯罪。^⑩抛开案件中肯定论与否定论孰是孰非不论,也不论这样的判决是否合适、罪名是否合适等问题,单从犯罪与刑罚的对应上看,上述“犯罪行为”都得到了应有的刑罚。从这个角度讲,兜底条款堵截了“漏网之鱼”。

以上笔者从整体上对我国企业(单位)犯罪的法网进行了梳理,由此提出这样一个观点:法网的严密一方面应该从整体刑法规范体系进行考量,另一方面,也应针对常见、多发、影响大的犯罪,这也是一个重要的影响因素。试想,如果某个罪名在司法实践中几乎不用,那么我们就应该对立法做过多的苛求,例如前面提到的“抢帽子”类型的操纵证券市场行为,汪建中案是全国首例,虽然立法应当具有一定的超前性,但是更多的是对现实的一种回应,应当具有滞后性。从这个意义上讲,不能因为“抢帽子”行为没有在我国刑法中加以明文规定就认为我国操纵证券市场犯罪立法存在很大问题,因为这种行为本身就是一种个案,所谓法律不关注个别的道理就在于此。相反,如果常见、多发、影响大的犯罪的常规立法设置存在纰漏,例如,如果诈骗罪、盗窃罪在我国刑事立法中缺失,那么其他方面再周全,也不能说法网的编织是严密的。基于这样的考虑,笔者提出,常见企业犯罪的法网是否严密对企业犯罪整体法网的评价具有重要意义。根据常见、多发、影响大的标准,笔者此处选取了生产、销售伪劣产品犯罪以及金融犯罪为例进行说明,因为产品安全涉及民众生命、健康问题,而金融犯罪则影响国家整体的经济

^⑦ 马荣春《经济犯罪罪状的设计与解释》,载《东方法学》2013年第5期。

^⑧ 参见邱伟、孙莹《黑嘴汪建中上午受审先说7点异议》,载《北京晚报》2010年10月28日;杜晓《“操纵市场第一案”未来走向或将影响立法》,载《法制日报》2009年12月31日;李珊珊《浅析操纵市场行为之刑法认定——从首发案说起》,载《现代经济》2009年第10期。

^⑨ 参见李巧宁《汪建中操纵证券市场一审被判7年罚金1.25亿》,载《证券时报》2011年8月4日。

^⑩ 参见最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编著《刑事审判案例》,法律出版社2002年版,第220页。

安全。

自1997年刑法典颁布以来,涉及金融犯罪的实质性修改或补充的法律文件有八个,即1998年12月29日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》以及刑法修正案(一)、(三)、(五)、(六)、(七)、(八)、(九)。具体的修改方式主要表现为新条文的增加以及构成要件要素的变动。^①新罪名的增加方面,《决定》第一条增加了“骗购外汇罪”;修正案(六)增设了“虚假破产罪”、“骗取贷款、票据承兑、金融票证罪”、“背信运用受托财产罪”、“违法运用资金罪”,并且在原条文的基础上增加了“操纵期货市场罪”。构成要件要素的变动方面,《决定》将《刑法》第190条的“逃汇罪”的犯罪主体扩大化,由原来的“国有公司、企业或者其他国有单位”扩大到所有公司、企业或者其他单位;1999年的修正案将“擅自设立金融机构罪”的犯罪对象由原来的“商业银行或者其他金融机构”修改为“商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构”,扩大了该条文的规制面。这样的变动同样反映在其他修正案之中,限于篇幅不再一一列举^②。

生产、销售伪劣产品犯罪集中规定在分则第三章第一节“生产、销售伪劣产品罪”中。97刑法之后对该类犯罪的修改主要是通过构成要件的修改进行的,主要体现在以下几个方面:将原《刑法》141条中的“生产、销售假药,足以严重危害人体健康的”修改为“生产、销售假药的”,从而将“生产、销售假药罪”由具体危险犯修改为抽象危险犯;将原143条中的“不符合卫生标准的食品”修改为“不符合食品安全标准的食品”,从“卫生标准”到“安全标准”,既是刑法罪名与《食品安全法》的统一,又是对食品安全要求的进一步提升。《食品安全法》将食品安全标准定义为食品强制性执行标准,并在第20条列举了食品安全标准的七种具体情形以及兜底情形,可见,食品“安全标准”的内涵较之食品“卫生标准”更加全面丰富,克服了卫生标准的许多弊端。将原《刑法》144条中的“造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患,对人体健康造成严重危害”修改为“对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节”,从而将具体的危害变为一般性危害,并增加了情节要求,无疑增加了打击范围。

对以上频发的企业犯罪类罪的梳理说明了这样一个事实,即企业犯罪的刑事法网随着实践的需要以及理论上认识的加深而逐渐严密化,这种动态发展基本可以满足常态化的企业犯罪规制需求,从而对整体企业犯罪刑事法网形成补强,保证基本的刑法供给。这一点不仅仅是前文列举的金融领域的犯罪以及生产、销售伪劣产品的犯罪,在其他领域也同样体现了这样的趋势,例如多发的商业贿赂犯罪等。当然,在总体上肯定的同时,也不能否定在个别犯罪或者领域刑事法网过疏的现象,而这一点正是我们需要加以改进的地方,也是合规计划体现的“两极化”的刑事政策中“严厉”的一面的要求。

^① 法律条文的变动还包括法定刑的修改,尤其是《刑法修正案(八)》废除了票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪以及信用证诈骗罪的死刑,但是本部分是关于刑事法网严密与否的问题,而不是刑罚是否严厉的问题,这是两个层面的概念,因此,对于法定刑的修改暂时不在本部分的讨论范围之内。

^② 参见胡启忠等《经济刑法立法与经济犯罪处罚》,法律出版社2010年版,第14页。

2. 企业犯罪惩治的刑罚结构

第一,整体分析与局部分析。对于单一的法律文本进行的刑罚结构的分析是一种静态分析,其评价标准是刑罚结构的轻重,但是对于轻罪与重罪的界定问题在我国仅仅是一种理论的界分,这一点不同于世界上很多国家存在的立法和司法实践中明确将犯罪划分为轻罪和重罪的立法体例。作为一个理论问题,轻重划分的标准存在不同的观点,主要有三年说、五年说和七年说三种观点,其中主要的争论是三年说和五年说。对于三年说,我国存在一定的制度基础,例如关于刑法上的属人管辖权中“法定最高刑为三年以下有期徒刑的,可以不予追究”的规定;保护管辖权上“外国人在中国犯罪,法定最低刑为三年以上有期徒刑的,可以适用我国刑法”的规定;以及三年有期徒刑可以作为缓刑条件的规定等。但是考虑到以三年为标准进行划分会造成我国刑法轻罪重罪比例严重失调的局面,于是有论者主张五年说,而且五年说也具有现实的依据:最高法院工作报告即是以五年作为标准进行轻重罪案件的统计工作的,这一点从报告内容就可以看出。该论者还指出,轻罪以法定最高刑为标准,重罪以法定最低刑为标准是对德国刑法的误读,基于以上考虑,应该以五年有期徒刑作为轻罪和重罪的划分标准,最高法定刑为五年以下的为轻罪,五年以上的为重罪。^⑬基于对我国刑法整体偏重的考虑,笔者的分析采用五年标准说。

根据以上标准,笔者对前文涉及的146个可以由单位(企业)实施的犯罪进行了刑罚结构的统计,结果显示,法定最高刑在五年及以下有期徒刑的仅有36个罪名,占单位犯罪总罪名的约25%。也就是说,法定最高刑在五年以上有期徒刑的比例为75%左右。这一点与部分国外立法例的轻重刑比例正好相反。例如,有学者统计,德国刑法中轻罪占77%,重罪占23%。^⑭虽然统计样本不同,该学者的统计是以整体刑法为样本,笔者仅仅是以单位(企业)犯罪为样本,但是如果将自然人犯罪考虑进去,笔者统计的轻重比例会进一步加大,即重罪比例会更大,因为由自然人实施的犯罪多属于自然犯,法定刑普遍偏重。这里还要注意两个立法例之间的差异,德国的轻重刑的区分点是一年自由刑,而笔者此处采用的是郑丽萍教授提倡的五年说。这就更加说明一个事实,我国单位(企业)犯罪的整体刑罚属于重刑结构,这一点也与学界一致认可的储槐植教授的“厉而不严”的论断相一致。另外,对于刑罚结构的另一个评价标准是死刑的设置问题。据笔者统计,在可以由单位实施的146个罪名中,有10个配置了死刑,约占6%,虽远低于总体死刑配置的13%,但是也说明了单位(企业)犯罪刑罚的重刑结构。

前文是对可能由单位(企业)实施的罪名的刑罚结构统计,但是实际上企业通常所实施的犯罪相对集中,例如北京师范大学中国企业家犯罪预防研究中心发布的《2013中国企业家犯罪报告》显示,“在企业案涉的罪名分布方面,总共涉及77个罪名,其中

^⑬ 参见郑丽萍《轻罪重罪之法定界分》,载《中国法学》2013年第2期。

^⑭ 参见田兴洪《宽严相济语境下的轻罪刑事政策研究》,法律出版社2010年版,第57页。

第三章‘破坏社会主义市场经济秩序罪’共涉及40个罪名,占罪名总数的51.9%。”^⑤因多数企业家犯罪是基于企业自身的利益所为,所以这样的统计也可以反映企业犯罪的罪名集中情况。基于这样的考虑,笔者选取了刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”为分析样本,以进一步说明企业犯罪的刑罚结构问题。在该章可以由单位(企业)实施的70个罪名中,法定最高刑在五年有期徒刑以下的有18个,占26%,法定最高刑在五年以上的占74%,这一比例与单位(企业)犯罪总体刑罚结构相当。在该章中,有六个条款配置了死刑,从而保证了对个别严重破坏社会主义市场经济的犯罪的足够的刑罚量供给。由此可见,无论是从单位(企业)犯罪法规范总体上进行分析,还是选取部分常见多发的企业犯罪法规范统计分析,都显示了重刑的特征。

第二,纵向分析与横向分析。对于企业(单位)犯罪的纵向比较,即对1997年《刑法》和1979年《刑法》的比较研究,试图从纵向的角度说明企业(单位)犯罪的刑罚结构的变化,但是这里遇到了问题,因为1979年《刑法》典没有规定单位犯罪,从理论上讲对企业的刑罚经历了从无到有的过程,即便如此,实际上79年《刑法》中的很多犯罪在现在看可以由企业实施,只不过当时实行的不是双罚制,而仅仅是由自然人承担刑事责任。因此,这里做一个变通,仅从直接责任人承担刑事责任的角度对79年《刑法》和97年《刑法》进行比较,也可以说明刑罚的流变。比较的文本选择97年《刑法》与79年《刑法》中均有规定且性质相同的犯罪,分析结果如下:(1)法定最低刑为三年有期徒刑的比例由79年的5%增加到了10%;而法定最低刑为五年有期徒刑的比例由0.0增加到了5%。(2)法定最高刑为二年有期徒刑的比例由79年的10%下降到0.0;法定最高刑为三年有期徒刑的由55%下降到了只有15%;法定最高刑为十年的由0.0增加到5%;法定最高刑为15年的由15%增加到60%。(3)在统计过程中,仅以有期徒刑为标准进行了统计,此外,无期徒刑由79年的2个增加到了97年的9个;死刑由79年的零个增加到了97年的1个。

通过以上变化可以看出,法定最高刑和法定最低刑都有所升高,尤其是最高档的15年有期徒刑以及无期徒刑、死刑都大幅度的提高,由此足以表明79《刑法》到97《刑法》刑罚结构的变化,即由相对轻缓向重刑主义转变。这里需要说明的是,因为79年《刑法》本身不够严密,罪名设置较少,所以造成统计样本相对较小,但这样足以说明企业犯罪刑罚的发展趋势。

在刑罚的横向比较上,笔者基于这样的考虑而选取了我国台湾地区作为比较样本:一方面,台湾《刑法》中规定了单位(企业)犯罪,具有比较的可能性;另一方面,台湾与大陆同根同源,具有相同的文化背景,面对犯罪,民众具有相同的心理反应,反映到刑事立法上也具有相似性,这一点与德国等西方发达国家不同,因为它们经历了近代西方的启蒙运动,人权理念深入人心,加上经济的高度发展,使得民众对犯罪的反应相对温和,

^⑤ 北京师范大学中国企业家犯罪预防研究中心《2013中国企业家犯罪报告》,载 http://news.jcrb.com/jxsw/201401/t20140105_1298885.html,最后访问时间:2014年2月25日。

发达的犯罪学研究也为刑事立法提供了科学支撑,使其刑事立法明显轻缓。具体到样本,因为法律体系的差异、罪名设置的不同,只能以行为为标准进行比较。例如,虽然台湾“刑法”第269条名为“办理有奖储蓄或发行彩券罪、经营或媒介之罪”,但“非法发行彩票”的行为已经在2005年5月11日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条中有所规定,其属于我国《刑法》第225条“非法经营罪”第(四)项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。因此,对于这两个条款刑罚的比较可以反映出两种行为的刑罚差异。经过对台湾地区“刑法”以及“银行法”、“证券交易法”、“破产法”等法律中附属刑法条款与我国可以由企业实施的犯罪条款的比对分析,笔者选取出了如下比对样本:台湾“刑法”典中的第190-1条、191-1条、第201条、第203条、第202条、第257条、第256条以及“银行法”第125条、“证券交易法”第174条、“公司法”第90条、第19条的相关行为与我国《刑法》第338条、第144条、第177条、第178条、第347条、第225条、第176条、第181条、第229条、第162条之一、第162条、第174条中的相同行为。分析结果如下:(1)在最低刑方面,大陆所有统计罪名都配置了法定最低刑,而台湾地区的法定最低刑比例为56.25%,加上最低刑为6个月的比例6.25%,共计63%。除此之外,还包括了最低刑为一年和三年的各18.75%。从这一点看,台湾地区刑法相比于大陆刑法法定最低刑稍高。但是,因为最低刑为2个月的占到了56.25%,客观上拉平了两者的差距。因此可以说,两者在最低刑方面差距不大。(2)在最高刑方面,大陆有37.5%的罪名配置了法定最高有期徒刑,这一比例高于台湾地区31.25%,同样,大陆有25%的罪名最高刑为十年有期徒刑,而台湾地区仅仅有12.5%的罪名配置了十年有期徒刑;大陆有18.75%的罪名配置了五年有期徒刑的最高刑,而台湾地区只有12.5%。另外,台湾地区有25%的罪名法定最高刑只有一年,大陆则缺少这样的立法现象。(3)上述统计是以有期徒刑为统计标准的,无期徒刑和死刑在此单独计算。台湾方面,上述统计罪行中,有4个配置了无期徒刑,没有配置死刑,而大陆在无期徒刑和死刑配置上同样高出台湾,具体来说,配置了五个无期徒刑和三个死刑。

由以上两组统计数字可以看出,大陆和台湾地区在法定最低刑方面差异不大,大多数罪行都配置了比较低的最低法定刑,体现了轻缓的一面,但是在法定最高刑方面,大陆要高于台湾,尤其是死刑配置上。这就充分说明了一点,大陆刑法相比于台湾地区刑法在重刑主义上走得更远。

通过以上论述可以看出:首先,我国企业(单位)犯罪经历了从无到有的蜕变,自97年《刑法》规定了单位(企业)犯罪以来,通过刑法修正案的方式逐步严密了刑事法网,而刑事立法“特殊技术”的运用又客观上弥补了法网的疏漏,这里主要是指兜底条款和口袋罪名的设置。另外,刑事立法在核心条款的设置上也逐步的严密化,尤其是对金融犯罪、危害食品、药品安全的犯罪等,这一点对于刑事法网也是很好的补强,因为常见、多发犯罪是刑法关注的重点。其次,在刑罚配置上,无论是对企业(单位)犯罪规范进行的整体分析还是局部分析,结论都显示了重刑的特征;从历史发展的角度进行考察,

97 刑法相比于 1979 年刑法已经严厉了许多,尤其是法定最高有期徒刑、无期徒刑和死刑的设置比例。总之,我国刑法表现出惩罚主义的倾向。

(二) 我国企业犯罪的现状

按照制度设计者的初衷,通过严刑峻法就可以遏制企业犯罪的高发态势。实际上这样的思维方式在立法和司法实践中都得到了一以贯之的体现,立法的逐步严密、重刑主义只是其中的一个方面。除了从刑事立法上加大控制力度之外,刑事司法上不断开展各种关于经济犯罪的严打活动,从中央到地方,对经济犯罪的严打活动呈波浪式推进,有高潮也有低谷,但是从未停止。问题是,法网的严密,严打或者专项治理活动不断,但结果如何呢?从现实来看,无论是总体的犯罪数目还是具体到企业犯罪,都呈现出愈发严峻的趋势。笔者搜集整理的最高人民法院公布的相关数据显示,从 2005 年到 2011 年的六年间,犯罪的总体数目不断攀升:2005 年,地方各级人民法院全年共审结一审刑事案件 683997 件,判处罪犯 844717 人,分别上升了 6.17% 和 10%;^{①⑥}2006 年,一审刑事案件 701379 件,较上年度上涨 2.5%;^{①⑦}2010 年,各级法院全年审结一审刑事案件 779641 件,判处罪犯 1006420 人,同比分别上升 1.68% 和 0.98%;^{①⑧}2011 年,各级法院共审结一审刑事案件 84 万件,判处罪犯 105.1 万人,同比分别上升 7.7% 和 4.4%^{①⑨}。

虽然这样的数字具有一定的说服力,但是并不充分,因为它仅仅是犯罪的总体数字,与此处我们讲的企业犯罪不具有同质性。因为企业犯罪并不是一个严格意义上的刑法术语,其范围具有不确定性,而且最高人民法院每年工作报告的侧重点也有变化,所以难以进行系统的企业犯罪数字统计,此处笔者仅仅选取可以查阅到的部分年份及部分罪名的统计数字进行说明。最高人民法院统计数字显示,2009 年全国法院刑事一审案件中,破坏社会主义市场经济秩序罪的占到 25240 件;而 2011 年这一数字已经上升到了 34577 件。当然,这样的数据也难以直接说明企业犯罪的问题,但是因为从现实看,破坏社会主义市场经济秩序罪中,单位犯罪配置较为广泛,而且从现实看,也多由单位实施,所以上述数字对企业犯罪的趋势有间接的证明作用。与此相似,妨害社会管理秩序罪也由 2009 年的 134380 件上升到 171840 件。^{②⑩}2003-2007 的五年工作报告显示:五年间,依法惩罚严重破坏社会主义市场经济秩序的犯罪,审结生产、销售伪劣产品、走私、破坏金融管理秩序等犯罪案件 8 万余件,同比上升 11.76%。^{②⑪}2008 年,继续加大对经济犯罪、商业贿赂和职务犯罪的打击力度,共审结此类案件 55959 件,同比上升 11.66%^{②⑫}。

^{①⑥} 参见最高人民法院 2006 年工作报告。

^{①⑦} 参见最高人民法院 2007 年工作报告。

^{①⑧} 参见最高人民法院 2011 年工作报告。

^{①⑨} 参见最高人民法院 2012 年工作报告。

^{②⑩} 参见最高人民法院网站统计数字,载 <http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/>,最后访问时间 2013 年 11 月 20 日。

^{②⑪} 参见最高人民法院 2008 年工作报告。

^{②⑫} 参见最高人民法院 2009 年工作报告。

上述统计数字虽然都源自官方,但是这种统计并不能真实的反映企业犯罪的现状,也就是说,上述统计数字相比真实数字已经严重“缩水”了。造成这种现象的原因,笔者总结起来主要有两点:首先是犯罪黑数的问题。作为一种犯罪学现象存在,犯罪黑数非常正常,但是与一般自然犯罪中犯罪黑数多是因为犯罪行为本身没有被发现而致不同,企业犯罪黑数的存在是人为造成的,因此可以推断这个比例相较于一般犯罪的犯罪黑数要高。具体来说,所谓的人为原因造成的是指,出于对经济秩序的维护而对企业犯罪的容忍、迁就,尤其是地方异化的招商引资政策导致的对企业犯罪刑事司法的严重挤压和腐蚀。其次是企业犯罪行政化处理的问题。大量的刑事犯罪案件直接以行政方式予以过滤,使得企业犯罪实际呈现出来的数字严重失真。这两点在下文中还会有详细的论述,此处不再赘述。

二、企业犯罪惩治困境的突围——引入企业合规理念

通过以上论述不难看出,刑事法网的严密、刑罚的严厉化并没有产生如立法者所愿的治理效果;相反,企业犯罪愈演愈烈,甚至有变本加厉的趋势,这也可以从侧面说明一个问题,即企业犯罪并没有因为法网的严密以及打击力度的加大而有所遏制。如埃德温·H·萨瑟兰所言,“刑事司法的传统观念排外地仅仅关注刑法和刑事司法本身,这显得太过狭窄因而难以捕捉有意义的行为。”^{②③}因此,我们有必要对现行的企业犯罪控制理念及模式进行反思,从传统单一地依靠法律威慑,依靠“运动”、“会战”、“战役”进行犯罪治理的思维模式跳出来。实际上,早有学者指出“我们的研究显示,建立在单一的刑罚威慑框架之下的企业犯罪控制很难起效”。^{②④}也是出于这样的思考,笔者提出“突破传统思维,引入新的企业犯罪预防理念或者替代模式”的主张,并主张以此为前提进行具体制度的构建。具体而言就是列入企业合规计划。至于为什么要引入,可以从三点进行分析,首先是引入合规计划的必要性;其次是合规计划引入的正当性;最后是引入合规计划的现实基础。

(一) 合规计划引入的必要性

就在文章写作之际,2014年发生了“昆山8.2爆炸事件”,今年又发生了“8·12天津港爆炸事故”,因此,笔者将结合对事故的刑法学反思进行合规计划引入的必要性分析。平心而论,对于安全生产事故我们已经司空见惯,对此国民似乎已经麻木,但是,“昆山爆炸事件”、“8·12天津港爆炸事故”却吸引了笔者的关注,因为在笔者看来,“昆山爆炸事件”、“8·12天津港爆炸事故”恰恰是企业合规意识严重缺失的结果,这是需要进行深刻反思的。与往常一样,事故发生之后,当地监管部门以及当事企业都遭到了

^{②③} Sally S. Simpson, Making Sense of White-Collar Crime: Theory and Research, Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 8, 2011, p. 481.

^{②④} Sally S. Simpson, Corporate Crime, Law and Social Control, Cambridge University Press, 2002, pp. 154.

口诛笔伐: 批判政府监管的缺失, 并且呼吁, 一方面要加强监管, 另一方面要对当事者加以严厉惩罚。例如, 有论者指出, “无论任何时候, 安全与环境都不应该成为企业发展的牺牲品, 政府部门更不能将监管之责让渡给企业。相比对当事人的惩处, 监管制度上的深刻反思同样不可或缺”。^⑤ 对于民众提出的严惩相关人员的呼声, 实际上并无太大的意义, 因为从某种意义上讲, 刑罚难以恢复业已被破坏的社会关系, 陨落的生命是任何惩罚都不能挽回的。

关于监管问题, 上述引文主张“监管之责不能让渡给企业”的观点。的确, 加强监管是对事故应有的反思, 但是单一的监管是否可以解决问题仍是个疑问。在笔者看来, 单一监管模式与单一的刑罚惩治模式并无不同, 都难以实现违法犯罪行为的有效规制。因此, 有必要重新讨论这个话题, 监管之责可否由国家独自承担? 监管之责能否让渡给企业? 出于对企业的信任, 该论者提出了不能让渡的观点, 问题是单一依靠国家监管部门如何实现对企业的“贴身盯防”? 这里首先有一个监管成本和资源的有限性问题, 即使不计成本地进行企业监管, 监管人员是否可以对企业的生产、经营行为进行时刻盯防? 显然难以做到, 因为监管是一种例行性的行为, 而生产经营则是一种常态化的行为。因此, 我们就需要重新审视政府监管部门与企业之间的关系问题, 监管之责能否由国家独自承担? 这就涉及到工业合规的问题。就笔者浅显的了解, 在一个工业项目立项之时, 要经过诸如环保部门、安监部门、卫生部门等多个部门的审批, 而审批的依据则是经过第三方评估的“安评报告”、“环评报告”等, 其中就涉及到了由企业拟定的常态化的生产运营风险的控制措施等问题, 这实际上就是企业的合规承诺。尽管在立项前、项目动工前、项目完工后都要经过政府相关部门的审查, 但是其审查依据多是与相关部门存在某种利益关系的第三方做出的评估报告, 并无实际意义。^⑥ 因此, 企业的风险控制实际上多依靠自身的自觉遵守, 而这正是刑法学界以及管理学界所提倡的企业合规, 即企业自我管理的问题。^⑦ 作为一个公司治理理念, 自我管理与刑法发生联系, 源自于法律自身在犯罪预防中的低效能, 所以需要其他手段的功能补给。

值得欣喜的是, 我国也存在企业合规的实践, 问题是, 合规实践的普及程度有多少? 暂时没有实证数据的支撑。从经验上看, 合规理念并没有得到普遍的确立, 即使存在合

^⑤ 《媒体评昆山爆炸事故: 政府决不能让出监管之责》, 载 http://www.qianhuaweb.com/content/2014-08/04/content_5051891.htm, 最后访问时间: 2014年8月6日。

^⑥ 在文章修改之际, 举世瞩目的“天津8.12爆炸事故”发生了, 该事故的发生与前述的昆山爆炸事故一样荒谬, 这样一个问题重重的企业如何获得了审批? 这中间就涉及到了企业的安评报告的问题。根据笔者自己的了解, 大量的安评公司与审批机构或者机构中的领导人都具有某种利益或者亲缘关系。带着这样的成见去考察天津爆炸事故中涉事的中滨海盛安评公司的背景, 果不其然, 它是公安部天津消防研究所与某公司共同组建成立的, 而该研究所是公安部消防局直属机构。这种情况下, 对于安评报告的行政审查就徒具形式意义了, 因为这实际上是一种自我审查。在利益的刺激下, 审查者显然不会自我纠错, 因为自我纠错就相当于自毁财路, 即潜在客户丧失。

^⑦ 值得欣喜的是, 在众多的反思声音中, 已经有人提到了合规管理(危机管理)问题。参见于剑《从昆山工厂事故看企业危机管理失灵》, 载 <http://finance.sina.com.cn/zt/management/20140804/080619902658.shtml>, 最后访问时间: 2014年8月7日。

规制度,也并没有得到切实的遵守。以商业贿赂为例,它已经成为商业拓展的一种必要手段,“据南开大学的一份调查报告显示,半数以上接受调查的公司表示曾经为开拓市场实施过商业贿赂。”²⁸即使具有合规义务的外国公司,为了适应中国特殊的市场环境,其合规计划也有所变异。例如关于禁止商业贿赂的规定必然需要适应中国的人情社会,从而有所变异,²⁹这也是外国在华公司商业贿赂频发的重要原因。但是这种被动的适应和变异对于中国诚信、公平的市场竞争秩序的塑造毫无益处。从这个角度讲,将合规制度引入我国的刑法之中,赋予合规计划一定的刑罚意义,一方面对于合规计划在企业中的推广大有益处,因为合规计划蕴含大幅度的量刑优待,另一方面,对于净化市场环境也大有裨益,这一点蕴含于与合规计划相联系的加重刑罚之上。

合规计划推行必要性的另外一方面,也是最重要的一点在于,它是《萨班斯法案》的要求。《萨班斯法案》通过严厉的刑罚推动公司财务的透明度,从而进行有效内控,即该法案的404条款。404条款自2006年7月15日起开始对在美国上市的年销售收入在5亿美元以上的外国公司生效。也就是说,404条款与我国企业息息相关,该法案具有域外效力,其规制对象不仅仅包括美国本土公司,其于2007年7月15日开始对在美国上市的并且年销售收入在5亿美元以下的外国小型企业也同样生效。因此,如何内化《萨班斯法案》的404条款成为会计学界的一个热点研究领域。笔者思考的是,对于《萨班斯法案》的内化,刑法亦应当有所担当,因为企业内控的根本目的是犯罪预防,既然是犯罪问题,刑法就不能袖手旁观。

(二) 合规计划引入的正当性基础

合规计划虽然在很多国家的立法中得到确认,也得到众多企业的践行,但正如合规计划的反对者指出的那样,“大量的实践表明,合规计划仅仅是一种装饰,难以起到犯罪预防的作用”,³⁰那么,合规计划存在的必要性究竟是什么?合规计划的制度初衷是通过企业自制达到企业犯罪抑制的目的,于是问题转成了合规计划究竟是否有效的问题。对于这个问题,虽然笔者曾经提出了其作用不能被过分夸大的观点,³¹但并不是对该制度的否定,而是针对合规计划在美国《检察官规则》下被滥用的问题所提出的建议。

合规计划在美国的出现和发展有政治因素的作用,更有社会突发事件的刺激,尤其是安然公司的破产以及世界通信公司财务丑闻事件对《萨班斯法案》出台的直接推动,使得合规计划蓬勃发展。但是合规计划在其他国家的出现,尤其是诸如意大利这样的传统刑法上否定企业刑事责任的国家,这不得不归功于其理念本身的魅力。虽然在学

²⁸ 于冲《在华外国公司商业贿赂犯罪的实证研究与刑法规制》,载《犯罪研究》2013年第1期。

²⁹ 这一点在“美中贸易全国委员会2013年度合规报告”中有详细的论述,详见“USCBC Compliance Report 2013-Best Practices for Managing Compliance in China”, at: <http://www.uschina.org/sites/default/files/USCBC%20Compliance%20Report%202013.pdf>,最后访问时间:2014年2月24日。

³⁰ See Kimberly D. Krawiec, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, *Washington University Law Review*, vol. 81, 2003, p. 491.

³¹ 参见前引①,李本灿文。

界存在对合规计划的否定观点,认为合规计划仅仅是一种减轻罪责的装饰(Window Dressing),但主张的声音更大,制度本身的形成和发展以及在实践中被大量践行就是一个证明。

合规计划虽然存在反对者所说的将合规计划视为装饰,从而难以实现企业犯罪预防的目的的现象,尤其是安然事件发生后,以个案为例对合规计划进行批评的声音更多,但是我们应该对合规计划有一个正确的定位:合规计划仅仅是一个企业犯罪预防的新模式,而不是企业犯罪消灭的法宝。实际上,兢兢业业地进行企业合规者比比皆是,例如巴斯夫的合规,仅2011年,就有264个电话和邮件通过全球范围内的47个外部热线被接受,以此为线索,相关合规部门对所有案件进行了内部调查。^②此外,富士胶片等企业的合规也都卓有成效。一项关于企业合规有效性的实证研究也显示,在接受访谈的企业中,22%的企业认为合规计划极其有效(Extremely Effective),58%的企业认为非常有效(Very Effective),20%的企业认为合规计划具有适度的效能(Moderately Effective),没有企业认为合规计划仅仅具有轻微效能(Slightly Effective)或者没有效力(No Effective)。^③即使该项研究受到自我报告的研究方式本身存在的问题影响,从而使结果存在偏差,但是对该组数字做保守估计也可以看出合规计划的有效性。

还有研究指出,“通过研究需要做出较多改变以适应《萨班斯法案》合规要求的公司,发现这些公司在法案出台的关键时间前后相比于其他公司获得了正的超额收益。”^④对于学者提出的“当鸡圈由狐狸把守时,谁来保障鸡的安全的问题”,^⑤笔者的解答是,当鸡圈由狐狸把守时,鸡的安全固然无法保障,但毕竟不是所有的鸡圈都由狐狸进行把守,合规计划的一个重要方面就是确保特定的人员不被雇佣到合规岗位;特定的人员被合理地安排到合规岗位,并进行定期的合规培训,这就在一定程度上保证了高层合规人员的道德性以及法规遵从意识,从而为合规计划自上而下地有效推行奠定了基础。此外,即使鸡圈由部分狐狸把守,合规组织的监督也可以在一定程度上矫正狐狸的行为,使其不至于肆无忌惮。

合规计划从深层次讲是企业伦理计划的法律确认,这一点从相关文献中可以看出,于是问题转化为依靠企业伦理是否可以有效制约企业犯罪。大量的实证研究得到肯定性结论,相反的结论也同样存在。于是,合规计划的效度成了不能证实、同样不能证伪的命题。“不能证伪的命题就是真理”的论断虽然被批判为荒谬,但大量的经验感知可以说明合规计划的效果绝非子虚乌有。另外,合规计划并非单纯的自律或者自我管理,而是具有一定法律效果的自律。在合规计划的制度设计之中,“大棒”也扮演了重要角

^② See BSFT Report 2011-compliance, at <http://report.basf.com/2011/en/corporategovernance/corporategovernanceofthebasfgroup/compliance.html>; 最后访问时间:2014年4月12日。

^③ See Corporate Compliance Programs-Leading Practices Survey, Ernst & Young LLP Publish, 2011, p.4.

^④ 张军、秦江萍《萨班斯法案的经济后果分析》,载《商业研究》2012年第6期。

^⑤ See Charles Barnes, S. J., Why Compliance Program Fail: Economics, Ethics and the Role of Leadership, HEC Forum, 2007, p. 112.

色,这使得部分企业不得不做出违法成本计算,从而对其行为产生影响。正是基于对合规计划整体肯定性的认知考虑,笔者才提出了自我管理理念的引入以及在此基础上进行制度构建的建言。

(三) 合规计划引入的现实基础

虽然有学者认为我国从建国之初《中华人民共和国惩治贪污条例》的制定就开始了合规治理之路,其后经历了79年刑法、97年刑法、单行刑法、刑法修正案等。^⑥但是实际上合规并不能简单按照其字面含义的“法律遵循”进行理解,合规计划有其特定的含义,而这样的含义首次出现在1991年的《组织量刑》之中,简单的表述就是,企业在法律规制之下的自制,如果企业实施了有效的合规,将给予激励,主要表现在刑罚的显著减免或者缓起诉、不起诉等;如果企业不存在有效的合规计划,罚金刑最高可达400%。从这个意义上讲,上述理解有失偏颇。随着企业风险管理意识的加强,中国企业也在逐渐展开企业合规。最早的实践,有案可查的是2002年中国银行总行“法律事务部”更名为“法律与合规部”,设首席合规官(CCO)。此后,中国大型商业银行都陆续开展了合规风险管理,如2003年中国建设银行总行法律事务部设立合规处,2005年又单设合规部,负责合规风险管理事务。在各商业银行实践的基础上,上海银监局于2005年制定了《上海银行业金融机构合规风险管理机制建设的指导意见》,2006年,中国银监会出台了《商业银行合规风险管理指引》,此后,国内银行业基本都开始了合规管理^⑦。

抛开在一系列合规指引下的合规实践不谈,合规实际上已经随着现代企业治理制度的建立而逐渐展开,只不过这种实践没有被冠以合规的名称,而多以“公司治理”、“企业内控”、“风险管理”等名义实施,这涉及到合规计划与企业规章以及公司治理的关系问题,同时也是初读该论题者可能产生的一个疑问,即合规计划与企业内部规章以及公司治理是什么关系?首先是合规计划与企业内部规章的问题。对于该问题,简要的结论是,企业内部规章是合规计划的一个要素,即行为准则要素(Codes of Conduct),这一点从文献对合规要素的介绍中可以看出。从这个意义上讲,“合规”实践早已展开,但是合规计划不仅仅包括行为守则,还有一条例的保证守则得到遵守的措施,即内部控制和外部控制措施,例如内部、外部审计制度等,因此,合规应该是自现代公司治理制度之后的一项企业活动。《德国公司治理法典》中明确了公司(企业)治理是指企业监督和管理所需的法律上与事实上的秩序框架,从这一点看,合规只是公司(企业)治理中的一项具体措施,除此之外,还包括其他,即企业合规包含于公司(企业)的治理之中。^⑧

^⑥ 参见蒋姮、王志乐主编《合规——全球公司发展新趋势》,中国经济出版社2012年版,第38-41页。

^⑦ 参见刘红林《商业银行合规风险管理实践》,经济科学出版社2008年版,第51-52页。除了银监会的合规指引之外,还有很多这样的规范性文件,例如中国证监会于2007年3月发布的《关于开展加强上市公司治理专项活动有关事项的通知》。为了加强和规范企业内部控制,财政部会同证监会、审计署、银监会、保监会制定了《企业内部控制基本规范》,2008年5月22日印发,2009年7月1日在上市公司范围内施行。所有这些文件都促进了企业内部控制(企业合规)的开展。

^⑧ See Marc Engelhart, *Santionierung von Unternehmen und Compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, Duncker & Humholt GmbH, 2010, p. 50.

对此,丁英华博士从股东会、董事会、监事会以及独立董事、审计委员会等各自的职能和不同的利益诉求出发,分析了各自在诱发犯罪和抑制犯罪方面的作用。“公司犯罪的内部治理机制是通过法人治理结构抑制犯罪的逆向功能,发挥公司内部组织的制约作用,影响公司决策,避免其实施犯罪行为”^⑨由此可见,合规管理随着现代公司治理的展开实际上已经在我国的现代化企业中逐步践行,这就为通过刑法手段深入、广泛推行合规治理提供了现实的基础和准备。

三、合规计划与刑事政策

(一) 合规计划蕴含的刑罚哲学理念——轻轻重重刑事政策的阐释

制定初期,《美国量刑指南》中个人量刑与组织量刑是相互交错的,均依据报应刑理论进行刑罚设置,但是这种将个人和组织量刑混同进行制度设计的想法最终以失败告终,因为量刑委员会内部存在着刑罚理念的差异。^⑩关于企业犯罪刑罚哲学理念的差异,在1986年的草案初稿中表现的比较明显,因为从草案内容看,对于个人量刑已经进行了较为全面的阐释,而对于组织量刑,委员会却要求公众对关键问题发表意见,这其中最重要的问题就是关于以什么样的刑罚哲学理念来进行制度设计的问题,“供选择的对于组织进行制裁的方法有报应刑理论(Just Punishment Approach)以及威慑理论(Deterrence Philosophy)。”^⑪个人量刑方面,初稿完全按照报应刑理论进行刑罚构建的,但是这遭受到了广泛的批评,因为其过于复杂。从1987年修订稿来看,已经没有了关于刑罚哲学的讨论,因为量刑委员会吸收第一稿的教训,为赶在规定时间内完成量刑指南而放弃了对该问题进行解决的试图,而是采取了更为务实的办法,对两者进行了理论的折中,而这种折中是以实践为基础的。在折中的基础上,尽管该版本量刑指南中规定的唯一一个涉及对组织量刑的反垄断犯罪更多的体现出了威慑理论的痕迹,但是考察现行量刑指南第八章关于组织的量刑内容不难发现,它体现的是报应刑理论与威慑理论的折中,这一点在第八章C部分关于在罚金幅度内确定罚金数额的政策说明中已经有所体现,“(a)在可使用的罚金幅度内确定罚金额时,法院应当考虑以下因素:(1)反映犯罪严重程度量刑需要,增进法律权威的需要,提供公正惩罚的需要,发挥适当威慑力的需要和保护公众免受该组织再次犯罪之侵害的需要”。^⑫在第八章的导言部分也指出,“本章旨在维护预防、发现和举报犯罪的内在机制,使对组织及其代理人的制裁总体上能够提供公正的惩罚(Just Punishment)、足够的威慑(Adequate Deterrence)和对组

^⑨ 丁英华《我国公司犯罪的内部治理机制探析》,载《中国监狱学刊》2009年第3期。

^⑩ See Jeffrey M. Kaplan & Joseph E. Murphy: Compliance Programs and the Corporate Sentencing Guidelines: Preventing Criminal and Civil Liability, Thomson Reuters 2013-2014 Edition, p. 36.

^⑪ United States Sentencing Commission, Preliminary draft of the sentencing guideline, 1986, p. 163.

^⑫ See U. S. Sentencing Guideline Manual § 8C2.8(a)-(1). (2011)

织的激励。”^⑬除了上述两处政策说明直接反应组织量刑的刑罚哲学基础之外,实际上其具体的量刑规则更是体现无疑,主要是通过“责任点数”(Culpability Score)以及罚金的“最小倍数”(Minimum Multiplier)、“最大倍数”(Maximum Multiplier)来影响企业实际承受的罚金量。例如,当责任点数为0点以下时,最小倍数仅为0.05,而当责任点数在10及以上时,则最大倍数可达到4.00。^⑭80倍的量刑差异其实反映的是一种“轻轻重重”的刑罚思想,或者说是组织量刑的刑事政策。行为轻、罪责轻则刑罚畸轻,这体现的是刑罚的公正性。行为重、罪责重则刑罚畸重一方面体现了公正思想,但更重要的还是刑罚的威慑色彩,通过显著增加严重犯罪的刑罚量威慑类似行为的再次发生。在轻重之间,实际上对于企业犯罪的惩治以“重”为主,《萨班斯法案》对此有明显的体现。明确这一点,对于我们依此思路反思并重构我国的企业犯罪刑事政策具有重要意义。

具体讲,我们应该坚持重刑主义,将其作为企业犯罪惩治的刑事政策的侧重点,这主要是基于三个原因:首先是企业犯罪的严重态势,这一点前面已述,不再重复。其次,企业犯罪的严重危害,这一点通过安然事件就可以看出。最后是这样的考虑,即虽然重刑的威慑效果一直受到质疑,但是有一点是可以肯定的,即重罪轻刑一定难收犯罪预防之效果。对此,芝原邦尔教授早有论及“对实施违法行为的公司加以刑事处罚,从降低其社会形象的意义上来讲,可以说能够给公司造成一定的打击,但是,从给公司造成财产损失的观点看,按照现有科处的罚金金额的程度,是不会造成多大打击的,特别是对大企业而言,可以说是无关痛痒的。当然,通过引进法人重刑,现在对主要经济犯罪中的法人处罚都可以科处上亿日元的罚金,但这种犯罪的种类毕竟有限,而且即使科处数亿日元的罚金,对大规模的企业来讲也构不成太大的打击,除非像美国那样,对企业处以巨额罚金,否则很难期待得到抑制效果”^⑮。

(二) 轻轻重重刑事政策与我国宽严相济刑事政策理念的联系

所谓宽严相济刑事政策,简单讲就是“当宽则宽,当严则严;宽严相济,罚当其罪”。在与西方轻轻重重的“两极化”刑事政策的关系上,学界一般认为两者是不同的,我国不存在两极化的刑事政策,进而有必要加以借鉴。但是,借鉴的前提肯定是两者之间具有某些共同的地方,从内容上进行比较,“宽严”与“轻重”具有对应关系,即两者都强调一种区别对待的思想,以一种辩证主义的思维去指导刑事司法和刑事立法。“其实,在惩办与宽大相结合的政策原始含义中,并无轻轻重重的内容,而是强调轻重的区别对待;在宽严相济的刑事政策中,该宽则宽,该严则严,对于宽与严加以区分,这是基本前提,因此,宽严相济是以区别对待或者差别待遇为根本内容的。”^⑯虽然我国有学者在肯定其相似性的同时,指出两者的侧重点有所不同,^⑰但是,通过对最高人民法院《关于贯

^⑬ 前引⑫。

^⑭ 前引⑫, § 8C2. 6(2011)。

^⑮ [日]芝原邦尔《经济刑法》,金光旭译,法律出版社2002年版,第128页。

^⑯ 陈兴良《宽严相济刑事政策研究》,载《法学杂志》2006年第1期。

^⑰ 参见李晓明《欧美轻轻重重刑事政策及其借鉴》,载《法学评论》2009年第5期。

彻宽严相济刑事政策的若干意见》的分析可以看出,其实我国宽严相济的刑事政策并不仅仅是区别对待的一种表达,还包含有自身的侧重点,而这种侧重点“要根据经济社会的发展和治安形势的变化,尤其要根据犯罪情况的变化,在法律规定的范围内,适时调整从宽和从严的对象、范围和力度。”^④因此,学者关于侧重点不同的论断是否合适值得探讨,因为这种侧重点不是一成不变的。同样,以美国为例,其轻轻重重的两极化的刑事政策的侧重点也不是一成不变的,而是随着犯罪形势的发展而偏向“轻”的一面或“重”的一面,而且从现在的政策偏向看,我国的宽严相济与美国的两极化政策都偏向“重”的一面。从这个意义上讲,我国宽严相济的刑事政策与两极化的刑事政策是否有本质上的差异值得探讨。对此,我国有学者认为,“惩办与宽大相结合政策的精神就是对严重的罪犯施以更严重的处罚,对轻微的罪犯给予轻微的处罚,即轻其轻者、重其重者,换言之,也即轻轻重重;惩办与宽大相结合的政策的基本精神就是要在严重罪犯与轻微罪犯之间,人为地扩大差距,人为地扩展刑罚适用的不同,人为地使对不同罪犯的处罚向两极化发展,从而达到更好的与犯罪作斗争的效果。”^⑤由此推论,该论者认为宽严相济的刑事政策与两极化的刑事政策也并无本质的差异。严厉教授同样指出,“中国两极化的刑事政策早在1981年就已经提出,而且在1983年严打之前已经取得了一定的成效;宽严相济的刑事政策也是我国两极化的刑事政策的延续和发展,其目的是对片面严打的纠偏,恢复两极化的刑事政策”^⑥。

通过对两极化刑事政策与我国宽严相济刑事政策关系的论述不难看出,合规计划所反映出来的轻轻重重的刑事政策与宽严相济的刑事政策并不冲突,某种程度上,两者是一种暗合,因为在宽严相济的刑事政策之中的“宽”意味着刑罚的轻缓,这可以分为两种情形:一时该轻而轻,二是该重而轻;该重而轻,是指所犯罪行较重,但行为人具有坦白、自首或者立功等法定或者酌定情节的,法律上予以宽宥,在本应判处较重之刑的情况下判处较轻之刑。”^⑦“该重而轻”恰恰可以通过合规计划中的量刑激励措施得以体现,即本来应该判处较重的刑罚,但是因为企业合规的存在,积极举报犯罪行为(自首)以及事后的积极配合等,从而降低其刑罚量。合规计划中“重”的一面则可以通过宽严相济刑事政策中总体偏严的政策取向得以体现。

四、引入合规理念并重构我国企业犯罪惩治体系的路径

(一) 合规计划的制度引入——通过量刑激励推动企业内控

合规本来是作为一个企业管理的概念被研究的,之所以将其与刑法学联系起来,是

^④ 最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》。

^⑤ 侯宏林《刑事政策的价值分析》,中国政法大学出版社2005年版,第270页、第301-308页。

^⑥ 严励《问题意识与立场方法——中国刑事政策研究之反思》,载《中国法学》2010年第1期。

^⑦ 前引⑤,陈兴良文。

因为从组织量刑开始赋予了合规以量刑意义,也正是因为量刑激励,使得企业具有了推动合规的动力。前文提及,我国已经开始了合规实践,尤其是在上市公司等面临较大风险的企业,诸如金融、保险行业,但是,这种实践以多大规模存在暂时缺乏有力的数据。从经验层面看,合规理念并未深入企业内部,即使在制度层面设置了合规部门的企业,其在中国特殊的社会、经济环境下是否完全依法经营了也是个很大的疑问。对这个疑问的解答不能妄自推测。但是,从讲求合规的美国企业频频因为中国的特殊社会及市场情况而变动其合规计划以适应中国市场的企业动态以及频频曝光的外企在华犯罪的案件可以做出这样的大胆推测,即我国的企业合规不容乐观,合规对于多数企业来讲仍是一个新鲜事物。但是,在我们看来,属于新鲜事物的合规已经成为重要的理念,以至于是否合规将影响企业在美上市资格;或者如日本一样,是否具有合规计划成为事前审批的重要依据。于是,即使从务实的角度来看,为了取得准入的资格,我们也应该强调企业合规,将合规理念深入我国企业的内部,使之成为企业的首要责任。为了达到这一目标,通过量刑激励推动合规计划深入企业不失为一个好的方法,在这一点上,美国的做法已经给我们提供了很好的参照。也许有读者会提出这样的问题,为什么非要通过量刑推定合规?难道其他手段不行吗?对于上述问题的回答,可以从两点进行:

首先是将合规作为一个企业犯罪预防的替代模式,是对现行通过单一的刑罚惩治模式的有益补充,这一点前文已经分析。其次是合规与责任具有内在的融通之处。所谓合规,简单讲就是自我管理,自我规制,通过一系列的措施提高企业自我的风险防范能力。这实际上是企业自身尽到合理注意义务的一种标示,而是否尽到注意义务是区分违法与意外事件以及责任大小的重要标准。如果行为人已经尽到了合理的注意义务,但是仍不能避免危害的发生,那么我们认为其不具有进行责难的基础,这种情况属于意外事件;同样,一个具有良好的守法表现的人即使偶然犯罪,法官在刑罚裁量之时也会考虑其本身的人身危险性、平时的守法表现等情况进行酌定从轻或者从重处罚。从这一点可以看出,实际上合规计划中蕴含的刑罚哲学理念与以自然人为基础的责任理论具有内在一致性,或者说,组织体被人格化了。笔者认为,这种组织体的人格化的做法,在我国的刑事立法中也有所体现,以我国《刑法》第137条为例,“所谓‘工程重大安全事故罪’是指建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位违反国家规定,降低工程质量标准,造成重大安全事故的行为。该罪为过失犯,即对于违反国家规定、降低工程质量标准的行为,可能发生重大安全事故,具有预见可能性,或者已经预见到而轻信能够避免。”^②由此可以推出,如果设计单位、建设单位、施工单位、工程监理单位已经尽到了合理的注意义务,即使出现重大的安全事故,也不能构成“工程重大安全事故罪”。实际上,对于工程质量标准以及相关国家规定的遵守恰恰是工程合规的重要内容,也就是说,如果上述企业尽到了注意义务,做到了工程合规,那么就不应承担重大安全事故的刑事责任,即工程合规起到了行为的正当化的作用。这种立法例在我国刑法中虽然

^② 张明楷《刑法学》,法律出版社2011年版,第641页。

比较少,但是已经存在,这也为“合规影响责任”提供了合理的例证。我们这里要做的就是,将这种理念贯彻到底,由个别化到一般化,将个人责任理论推广到企业责任领域,将企业等组织体的人格化进行到底。

(二) 依据合规计划在刑事政策方面的意义改进我国企业犯罪的立法及司法政策

1. 企业犯罪刑事司法中存在的问题及改进

第一,司法问题——执法不严消解了刑罚的严厉性。法律价值的实现在于得到有效的执行,现在的问题是,立法设置了严厉的刑罚,但是司法却不注重惩罚效率的提高,因此出现了我国学者所说的防卫重心的偏离。^③按照笔者的理解,所谓防卫重心的偏离主要是指试图通过重刑主义遏制犯罪而忽略了惩罚的几率。这样的论断同样适用于我国的企业犯罪治理现状。我国企业犯罪治理方面存在的问题具体来讲主要表现为三点:打击不力导致的犯罪黑数偏大;刑事案件行政化处理现象严重;刑罚普遍偏低。

首先是犯罪黑数的问题。我国有学者指出,“中国目前处于经济成长期,长期以来人们对公司(单位)犯罪保持高宽容度和高容忍心理,政府尤其是地方政府为保护经济发展,对公司犯罪采取放任甚至是放纵态度,公司(单位)的主管人员或者直接责任人员对为追求公司利益而违法犯罪没有羞耻感……公司(单位)犯罪的黑数以较大数量存在也是一个不容争议的事实。”^④该论者还指出了犯罪黑数的具体表现,即对外国在华公司犯罪的忽视、资本市场犯罪的忽视、环境资源犯罪的忽视。对此也有学者进行了专门的实证研究,佐证了该论者的论断,例如,经过对外国企业在华犯罪案件的统计发现,“尽管涉嫌犯罪或者已决刑事案件的外国公司很大一部分属于大型跨国公司或者全球500强企业(约为54%),但这些500强企业在最终被中国司法机关定罪的公司中仅占约8%;中国司法机关对于涉嫌犯罪的大型跨国公司,在刑事责任追究上畏首畏尾;对于其中的原因,主要是异化的招商引资政策对于刑事司法政策的挤压和侵蚀。”^⑤最高人民检察院的分析数据也显示,“从2006年1月至10月立案查办的8010件商业贿赂犯罪案件中,单位受贿案件79件,对单位行贿案件43件,单位行贿案件53件,介绍贿赂案件28件,这4种罪名的案件仅占立案总数的2.5%。”^⑥但是,如此微小的商业贿赂犯罪案件给我们的强烈冲击是,这与我国普遍存在的以贿赂作为商业的敲门砖的现状严重不符,这其中就是商业贿赂的犯罪黑数问题。

其次是刑事案件行政化的问题。从历年“两高”的工作报告中可以看出,无论从总体还是具体犯罪种类,如经济犯罪,案件数量一直持续走高,这也说明经济违法犯罪案件逐年增加。但是对这些由企业实施的经济犯罪案件认真审视可以发现所谓的“两多两少”现象。所谓“两多”是指,案件实际发生数量多,作行政处理的案件多。所谓“两少”是指,案件查处少,移送司法机关的更少。据统计,2002年至2003年间,共有360万

^③ 参见姜涛《刑事政策视域下我国腐败犯罪立法的重构》,载《南京师大学报》(社会科学版)2012年第6期。

^④ 蒋熙辉《公司犯罪刑事责任问题研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,第177页。

^⑤ 于志刚《在华外国公司犯罪的规律分析与应对策略》,载《中国法学》2012年第5期。

^⑥ 杜萌、徐伟《最高人民法院详解2006年商业贿赂5大特点》,载《法制日报》2006年12月13日。

各类违法案件被全国工商管理部门查处,但最终仅仅有1000余件移送司法机关处理;公安机关查处的经济犯罪案件约12.7万件,但最终提起过批捕的只有3.7万件;抓获的犯罪嫌疑人11.7万人,其中仅仅有5.9万人被逮捕;同样,全国质量检测部门立案查处25万件,但是仅仅有655件最终移送司法机关进行处理^⑦。

最后是受查处的企业(单位)犯罪最终受到的刑罚处罚问题。通过司法抑制重刑主义是在难以从立法上实现刑罚轻缓化的情况下的一种合理选择,但是这种抑制应该有度,谦抑不等于迁就。司法实践中,对企业(单位)犯罪的刑罚确有迁就、放纵犯罪的嫌疑。这一点从上海《单位犯罪研究》课题组的实证研究数据就可以看出:187个研究样本中,犯罪数额均在100万元以上,信用证诈骗、集资诈骗案件最高犯罪数额都在2000万元以上,甚至高达近2亿元,但是从量刑上看明显偏轻。据统计,单位犯罪中直接责任人员被判处缓刑或者免于刑事处罚的就占到46%,判处3年以下有期徒刑的占12.4%,判处3年到5年有期徒刑的占14%,判处5年到10年有期徒刑的占6.4%,判处10年以上有期徒刑的占16.4%,判处无期徒刑的占4.4%。另外,有34.7%的单位(企业)犯罪案件没有将单位列为被告,两罚制难以执行。^⑧再以近些年来频发的食品安全犯罪来说,有学者经过对160个食品安全犯罪判决书的分析后发现,“尽管‘从重处罚食品安全犯罪’被一再强调,但我国食品安全犯罪的刑事处罚强度明显偏低,且近年来呈现下降趋势。相对于犯罪的非法营利,对食品安全犯罪的附带民事处罚的力度过轻,导致多数案例的犯罪预期收益明显高于预期成本”^⑨。

第二,问题的改进——加强企业犯罪司法打击力度。企业犯罪的打击不力从而消解了严厉刑罚的威慑,难以起到企业犯罪预防的良好效果,因此,在暂且不顾立法问题的情况下,首先要做的是加大企业犯罪的司法打击力度。具体来讲,首先就是要摒弃所谓“以经济发展为中心的大局观”,不能因为片面强调招商引资政策从而放松对企业守法的要求。从长远看,守法、诚信的地方市场才是最大的地方名片。这一点从尼日利亚通过严厉的刑罚惩治腐败犯罪,从而营造良好的市场、投资环境,吸引投资的做法就可以看出。^⑩新加坡通过反腐,营造良好投资环境所取得的巨大成功也是个很好的例证。这里尤其需要强调的是对外国在华企业的犯罪问题的惩处。如果说在改革开放初期,为了引入资本而给予外企超国民待遇的做法还情有可原,那么在中国经济日渐强大,由单纯的资本输入到资本输入与资本输出并重的经济环境下,应该以什么姿态来面对外国企业就是一个值得思考的问题。实际上经济领域对外国企业的超国民待遇在渐渐缩小甚至消失,这种情况下又该如何面对外企的犯罪问题同样需要思考。当然,因为经济

^⑦ 参见刘远、王大海《行政执法与刑事执法衔接机制论要》,中国检察出版社2006年版,第130页。

^⑧ 上海《单位犯罪研究》课题组《上海法院系统审理单位犯罪情况调查分析》,载《华东刑事司法评论》(第4卷)2003年第2期。

^⑨ 全世文、曾寅初《我国食品安全犯罪的惩罚强度及其相关因素分析——基于160例食品安全犯罪案件的分析》,载《中国刑事法杂志》2013年第4期。

^⑩ See Ijeoma Opara, Nigerian Anti-Corruption Initiatives, *Journal of International Business and Law*, vol. 6, 2007, p. 65.

发展问题而给予投资企业以司法的优待,实际上反映的是司法对行政的附庸,因为经济发展是地方行政部门的问题,司法机关对投资企业的打击不力很大程度上也是受到当地行政机关干扰的结果。因此,这里我们有必要再次强调司法的独立性。

其次就是要切实依法惩治企业(单位)犯罪。对于上海市《单位犯罪研究》课题组的调研成果反映出来的即问题双罚制下不将单位列为共同被告的问题、直接责任人员大量适用缓刑或免于刑罚的问题以及自由刑裁量的轻缓问题,只有一个原则,即依法严厉打击企业(经济)犯罪。这一点在上述最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》中也有所体现“尤其是对于那些对国家财产和人民群众利益造成重大损失、社会影响极其恶劣的职务犯罪和商业贿赂犯罪案件以及当前时期尤为严重的危害金融秩序的犯罪、严重危害食品药品安全的犯罪、走私等严重侵害国家经济利益的犯罪、造成严重后果的重大安全责任事故犯罪、严重破坏环境资源的犯罪等”^⑥。

2. 企业犯罪刑事立法中存在的问题及改进

第一,立法问题。我国对企业(单位)犯罪的刑事法规制经历了从无到有,从分散到集中的过程,即从单行刑法和附属刑法分散规定企业(单位)犯罪到通过刑法典的方式集中规定的过程。动态地看,我国企业(单位)犯罪刑事规范体系已经逐步严密化;但是,静态地看,还存在很多问题,主要表现在以下几个方面:企业(单位)犯罪与自然人犯罪分而治之的立法模式使得企业犯罪的规制面狭窄;过多的附加要件从而缩小了规制面;个别犯罪刑罚设置偏低,从而难以有效规制企业犯罪;个别危害公司治理的行为缺乏相应的刑法规制。

首先是关于企业(单位)犯罪与自然人犯罪分治的立法模式问题。虽然以刑法典的形式大量规定了单位(企业)犯罪,但是,对于为什么企业可以实施此类经济犯罪而不能实施彼类经济犯罪并没有合理的界分标准。可以说,通过这种方式进行企业(单位)犯罪的犯罪圈划定具有很大的随意性。对于为什么企业可以实施合同诈骗罪而不能实施贷款诈骗罪,立法者也难以给出合理的解释。更大的问题是,当实践中大量出现诸如企业盗窃等犯罪行为时,应该如何规制成了问题。从企业刑事责任一般要件上讲,经企业集体决策,由员工在业务范围内实施的行为完全可以等同于企业行为,但是法律规定堵截了这种理论推理,从而产生了司法的困境。这种情况下,只能退而求其次,对直接责任人员追究刑事责任。实践中也有以刑法中未规定单位可以实施盗窃罪而不以犯罪论处的案例,也有直接以盗窃罪论处的案例,于是产生了对犯罪的放纵问题以及同案不同罚问题,乃至产生对罪刑法定原则的冲击问题。归结起来讲,这些问题的产生主要源于我国企业(单位)犯罪与自然人犯罪分而治之的立法模式。对此,我国有学者指出,“公司作为社会经济主体涉足领域越来越广,犯罪范围将逐渐扩大,已经由经济犯罪扩展到超经济犯罪,刑事法上,最初公司企业等单位的犯罪行为限于一些经济犯罪,后来逐渐扩展到一些妨害社会管理秩序的犯罪,到现在,公司可以实施的犯罪行为刑法分则多数

^⑥ 前引^④最高人民法院文件。

章节基本上每章每节都存在规定,并立模式只能导致犯罪脱漏法网之外。”^②也正是基于这样的认识,该学者提出了以责任一体化为目标,将企业犯罪与自然人犯罪等构的建议。实际上,这样的建议绝非凭空想象,在英国、澳大利亚等国的刑事立法中就采用了这样的立法体例,将刑法中的“人”解释为包括自然人和法律拟制的人(法人)在内,从而法人原则上可以实施自然人可为之所有之罪,除非法律另有规定。例如,1995年的《澳大利亚刑法典》就明确规定了“该法典以其适用于自然人同样的方式适用于法人团体;法人可以构成本法所有之犯罪,包括可以处以监禁的犯罪。”^③而这一点早在英国1889年颁布的《解释法》第2条中就有规定,法人几乎可以为除了某些由于本身性质不能为之外的所有其他之犯罪。^④同样的立法现象在加拿大等国均存在,不再赘述。从以上论述可以看出,我国自然人与单位(企业)并立的立法模式与一体化的责任形式相比产生了规制的空隙,导致了企业(单位)犯罪规制网络的不周延性。

其次是过多的附加要件的问题。从储槐植教授关于刑事法网以及刑罚结构的论述中可以看出,其认为西方国家法网严密是其立法模式由结果本位向行为本位转向的结果;与此相对应,我国刑事法网不严的重要原因之一是立法采取了定性加定量的方式,在行为之外附加了诸如目的、罪量等要件。^⑤按照储先生的观点,对我国刑法典与德国刑法典以及我国台湾地区刑法典进行考察不难发现,确实如此。虽然某些相似的行为在上述国家或地区都规定为犯罪,但是构成要件存在差异。例如,我国台湾地区“刑法”第201条“有价证券之伪造、变造罪”规定,“意图供行使之用而伪造、变造公债票、公司股票或其它有价证券者,处……”,而与之对应的我国《刑法》第178条“伪造、变造国家有价证券罪”则规定,“伪造、变造国库券或者国家发行的其他有价证券,数额较大的……,数额巨大的……,数额特别巨大的……”;与此相对应的《德国刑法》第146条“伪造货币罪”^⑥规定,“实施下列行为之一的,处一年以下自由刑:1. 意图供流通之用,或有流通可能而伪造或变造货币,或为使票面具有较高价值而伪造或变造货币……”。与德国以及我国台湾地区明显不同的是,我国刑法在规定了行为之后,附加了“数额较大”要素作为入罪的门槛。在德国,虽然出现了可罚的违法性理论,但是如昙花一现,即使将该理论发扬光大的日本,可罚的违法性理论也只是作为个别的、例外的情形被适用,违法性的判断仍以行为性质为依据。^⑦退一步讲,对于极端轻微的行为,最终也不会追究刑事责任,而会通过程序的分流予以解决,但是这种司法的让步绝非毫无底线,诸如我国单位实施的合同诈骗罪这样高额(5-20万元)的入罪标准也难以想象。需要指出的

② 蒋熙辉《论公司犯罪的刑事政策与刑事立法》,载《云南大学学报》(法学版)2007年第2期。

③ Australia Criminal Code 1995, Part 2.5-42.1: General Principles.

④ 陈碧文《澳大利亚法人犯罪及其刑事责任研究》,华东政法大学2007年硕士论文,第4-5页。

⑤ 参见储槐植《再说刑事一体化》,载《法学》2004年第3期。

⑥ 根据《德国刑法》第151条对“有价证券”的解释可以看到,股票以及一些其他可作支付手段的记名或不记名债券视同第146条、147条、149条、150条所指之“货币”。

⑦ 参见陈兴良《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第343页。

是,诸如上述的立法现象绝非个案,而是一种普遍性存在,这是企业犯罪立法中存在的重要问题^⑧。

再次是关于个别罪名刑罚设置偏低的问题。这一点有学者重点强调了“资本市场犯罪的忽视”以及“环境犯罪的忽视”。“从我国资本市场犯罪的刑事立法来看,法定刑罚过于轻缓,不足以遏制犯罪;在资本市场的筹建初期,采取宽泛的立法政策对鼓励资本市场发展具有重大意义,但是在主板、创业板和中小板已经逐次登场的今天,再容许资本市场的各类犯罪行为,是与建立、健全市场经济制度背道而驰的;在倡导建设节能环保型社会的今天,应当让环保法成为长着牙齿和利爪、长着翅膀的具有威慑力的真正的老虎,让公司环境资源犯罪成为一项得不偿失的举措,而不是目前违法成本低、守法成本高的局面。”^⑨在前文刑罚结构分析的过程中笔者也发现了这样的现象,在为数不多的轻罪中,仅“妨害对公司、企业的管理秩序罪”一节就大量分布,例如欺诈发行股票、债券罪的最高刑仅为5年自由刑;违规披露、不披露重要信息罪最高刑仅为3年自由刑;隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪的最高刑仅为5年自由刑;此外还有其他,不一一列举。这种刑罚配置的依据是什么暂不清楚,但是如此轻缓的刑罚配置显然低估了这些犯罪可能造成的危害。以隐匿、销毁财务资料的犯罪为例,虽然对象仅仅是些许文件,但是这些文件却可能事关企业的命运,这些材料的隐匿或者销毁往往是为了达到其他犯罪目的,这对于普通投资者的知情权以及与此相联系的财产处分都是巨大的损害,更是对市场稳定的冲击。这也是为什么《萨班斯法案》将此类行为的法定刑定格在最高刑20年监禁的重要原因。同样,违规披露、不披露重要信息罪的3年自由刑与《萨班斯法案》中“公司官员虚假财务报告的刑事责任”中的20年监禁刑也形成了巨大的反差。虽然不能一味地提倡重刑,但是宽严相济的刑事政策偏向本身就随着经济、社会环境的变化而变化,提倡刑罚轻缓化并不意味着对在某个时期加重某些犯罪刑罚的否定,恰恰相反,在谦抑的口号下不分情况一味地轻刑化是对我国基本刑事政策精神的违反。这种情况同样存在于“提供虚假证明文件罪”、“出具证明文件重大失实

^⑧ 这里需要做一个说明,根据于志刚教授的研究,立法者本身仅仅是在单位犯罪与自然人犯罪的法定刑罚设置的轻重上作了不同的规定,而在入罪问题上则严格坚持了统一的标准,而现实中的差异化处理实际上是司法解释造成的。具体可参见于志刚《法条竞合视野中数额犯入罪标准的统一化》载《中国刑事法杂志》2010年第5期。尽管如此,不论是否有越俎代庖的嫌疑,实际上司法解释客观上承担了立法的职能,对于各级司法机关,它就是一种实然的“法”,基于这样的考虑,笔者将其作为一个立法问题加以讨论,也是为了讨论的便利所做的一种变通。

^⑨ 前引^⑤ 蒋熙辉书,第178-179页。

罪”等罪之中^⑦。

最后是部分罪名的缺失问题。从总体的趋势看,犯罪圈在不断地扩大,犯罪圈的变化是一个动态的过程,完全严密的法网本身就是一个伪命题,因为社会在变化,法律亦需要随之而变化。从这个意义上讲,并不能对我国的刑事法网做过多的苛责,但是这并不妨碍在某个静态的时间段内指出刑事法网的问题并加以改进。关于企业犯罪,与之密切相关的财会类犯罪就是一个漏洞。例如,我国《刑法》第162条之一规定了“隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪”,虽然法条本身对行为主体没有明确规定,但是从法条的前后关系看,似乎是公司、企业及其职员,那么,财会人员或者组织从事上述行为,妨碍对企业的监督管理以及司法查处的行为应该如何处置?例如,安然事件中,安达信公司销毁财务资料的行为如果发生在我国应该如何处置就是一个问题,因为162条之一本身并无明确规定,而229条规定了故意或过失提供虚假证明文件的行为构成犯罪,并没有规定隐匿、销毁财务资料的行为应该如何处置。

第二,问题的改进。对于上述立法问题的改进,首先是自然人与单位(企业)分而治之的立法模式。对此,有学者提出了“以责任一体化为目标,使公司刑事责任等构于自然人刑事责任”的主张,并称这应该是我国今后刑事立法的追求。^⑧作为一个大的方向,这样的主张是可取的,因为企业已经构成了社会生活的重要组成部分,原则上可以构成所有涉及经济利益的犯罪,例如企业盗窃、企业侵占等,而且这种范围在不断扩展,甚至出现了企业为了排挤竞争对手雇凶伤害、杀害对方的案件,这种情况下重新界定自然人与企业犯罪的范围是必要的。受传统罗马法的影响,一般认为,企业不具有可受刑罚苛责的灵魂和肉体,因此法条中并未规定单位(企业)犯罪。但是现代法出于企业犯罪案件大量出现的现实驱使,已经突破了这样的传统,不管法律中是否承认单位(法人)犯罪,实践中都在以这样或者那样的名义追究企业的刑事责任。因此,是否在法律中确认单位(企业)犯罪只是一个符号的问题,既然我国刑法已经明文确定了这样的制度,那么企业可以在多大范围内承担刑事责任也只是程度的差异,五十步与百步并无本质的区别。为了消除因为分治所带来的司法困境,以责任一体化的模式进行制度的重构是合

^⑦ 对于提供虚假证明文件,尤其是过失出具证明文件重大失实的行为,我们通常缺乏正确的认知,低估了行为可能产生的危害后果。因此,不仅在立法上刑罚设置较为轻微,司法上刑罚处罚更是显著轻缓,通过对相关案例的梳理可以看出,多数都以缓刑结案。但实际上,评估文件往往是其他犯罪的重要前提或者是公共安全的重要保障。例如,实践中的骗取银行贷款行为,很多都伴随着虚假的资产评估,或者说,虚假的资产评估成为骗取贷款的重要手段。此次的天津爆炸事件也充分说明,证明文件的失实可能会造成惨重的后果。因此,违规出具证明文件,尤其是故意提供虚假证明文件行为的危害应该被充分认知。在笔者看来,宜在相关条款中增加除了收受或者索取财物之外的法定刑升格条件,例如,造成特别严重后果。这样一来使得刑罚不至于过分扩张,同时也增大了涵盖范围。遗憾的是,在对天津爆炸事件的反思声音中,过多地集中在对于监管部门以及肇事单位的责任本身,而未对安评公司的刑事责任的相关问题予以充分重视。例如,受天津爆炸事件影响,危险物品肇事问题被提出来了,但并没有在《刑法修正案(九)》中得到体现。参见王比学、徐隽《危险物品肇事需严惩》,载《人民日报》2015年8月26日。在全国人大常委会的分组会议中也有委员提出了增加“危险物品监管失职罪”。参见邱耀州、董宇《天津港爆炸事故影响刑法修改》,载 http://news.ifeng.com/a/20150826/44514406_0.shtml,最后访问时间:2015年8月26日。

^⑧ 前引^⑤蒋熙辉文。

理的。而且,这种重构还可以解决另外一个问题,即企业犯罪过高的犯罪门槛问题,例如前文中的单位实施的合同诈骗罪的入罪门槛问题。德日虽然采一元的违法理论,但是,对于具体行为的入罪也需要达到一定的量或者程度。尽管如此,如此高的入罪门槛显然缺乏合理性。这种将自然人犯罪与单位(企业)犯罪区别对待的法律逻辑无非是这样的:企业本身是人的集合,相比于单位企业,自然人个体具有更大的违法能量,因而很容易就达到一定的量,因而需要将入罪门槛提高到一定高度。另外,从直接责任人员承担刑事责任的角度看,因为责任人员的行为一般是出于为单位牟利而非自我利益的目的,因而需要区别于单纯的自然人犯罪,只有达到更高的高度才具有追诉的必要性。但是,所有这些逻辑都偏离了刑事追诉的一般逻辑,即特定行为对于法益的侵害。不管是企业实施的犯罪还是自然人个人实施的犯罪,不管是出于自我利益还是集体利益的目的,其对法益的侵害是等值的,这应该是责任大小的依据,而不是其他。这样的精神在生产、销售伪劣商品犯罪中将“违法所得”修改为“销售金额”的做法中就有所体现,这种修改是对“法益侵害构成责任大小的依据”理论的维护。因此,以责任一体化的方式进行单位(企业)犯罪与自然人犯罪的重构,不仅仅解决了各自犯罪圈的问题,还解决了两者因入罪门槛的差异所带来的问题。

对于部分犯罪刑罚设置较轻以及罪名遗漏的问题,可以借鉴《萨班斯法案》关于加强企业内控的主要措施,即加大白领犯罪以及财务人员、组织犯罪的刑事责任。公司管理人員的犯罪从蒋熙辉研究员所谓的理论类型上看,主要是公司经济犯罪,包括资本犯罪、环境犯罪、财务欺诈犯罪以及金融犯罪。^②从刑罚的设置看,笔者认为,金融犯罪倒不是刑罚供给不足的问题,主要是司法执行不力的问题,上述上海法院系统《单位犯罪研究》课题组的统计数据足以说明这一点。对于其他几类,从与企业内控密切相关的角度看,主要是财务欺诈犯罪,包括公司(企业)运营、清算阶段的犯罪,例如制作虚假招标投标书、认股书、债券募集办法发行股票或公司债券、虚假出资、欺骗债权人或公众、提供虚假财会报告、清算时虚伪记载等。这些犯罪的后果不仅仅是投资者的严重损失,还包括对民众投资信心的挫败,这一点对于经济的挫伤力是重大的。但是现有的刑罚配给明显偏轻,甚至轻于普通欺诈犯罪。再以财会人员及组织实施的犯罪为例,现代企业犯罪多可以反映在公司的财务情况上,因为企业犯罪大多涉及利益问题,必定有支出和收入,如果严格进行财务审计、报告,那么对于企业犯罪是一种威慑,在威慑失败之后,对于及时发现、惩治企业犯罪也是最好的捷径。但是我国的相关犯罪规定不仅仅刑罚轻微,而且有所遗漏,当收益显著大于付出,并且成为一种常态时,对财会人员仅存的道德约束将难以抵挡企业提供的糖衣炮弹。对于我国的审计监管模式,我国有论者指出,“由于监管机关人力、财力有限,难以对审计业务进行全面质量检查、监督和指导,虚假审计报告被发现的概率低,因出具虚假审计获取的收益与被查出的风险相比存在巨大差异,而虚假报告一旦被查出,则受到严厉的处罚,因此这可谓厉而不严,基于对这种模

^② 参见蒋熙辉《公司犯罪的犯罪学类型分析》,载《浙江工商大学学报》2005年第1期。

式的反思和检讨,进而提倡严而不厉的审计监管模式。”^③该论者所谓的“厉”无非是暂停执业、吊销执业资格等处罚措施,与《萨班斯法案》动辄高达10-20年的监禁刑相比相去甚远。因此,结合该论者的论述可以发现,我国的审计监管实际上呈“不严不厉”的现状。基于以上分析,笔者认为,企业经济犯罪惩治的立法改革,财务欺诈犯罪应首当其冲。同时,对于蒋熙辉研究员在多篇文章中反复提到的环境犯罪问题,从比较法的角度看,确实存在打击不力的现象。以大陆与我国台湾地区的比较为例,我国的“重大环境污染事故罪”最高法定刑只有7年,而我国台湾地区对于结果加重犯则少见地配置了无期徒刑。环境立法的重构是一个被广泛论及的话题,此处就不再展开。

五、对几个疑问的解答

(一) 国有企业行政化与企业自治(制)理念是否存在冲突

将企业合规由个别到一般的推广面临一个疑问,国有企业的行政化与西方企业的自治性之间的差异问题怎么解决,或者说,国有企业的行政化是否会形成对自治(制)理念引入的体制性障碍。按照笔者浅显的理解,所谓企业的行政化管理,主要是企业管理的泛政治化,即将政治权利与意识形态贯穿于全部的管理过程之中,如生产单位一律按行政级别区别对待,而不论它的实质价值与贡献,企业只对上级负责,而不对下级或者员工负责,即企业是自上而下的单项决策式管理,而不是自下而上的民主决策式管理。不管是谁对谁负责,民主决策还是单项决策,问题的关键在于,管理过程的意识形态化是否排斥现代企业管理制度,行政化管理与企业自治(制)是否追求共同的目标。以现实中饱受诟病的中国石油化工集团为例,虽然行政化色彩浓烈,但是其仍遵守现代的公司治理理念,机构设置仍包括董事会、监事会等常规机构配置。前述已经对公司治理与合规计划的关系进行了说明,即两者是包含的关系,企业合规只是公司治理的一个组成部分,从这个意义上讲,不管中国石油化工集团是否设置了合规部门,其现代化的管理机构本身已经承担了部分合规职能。

实际上,化工部门的工业合规早就展开,特别是在一些大的化工企业。“几年来,集团公司严格按照国资委全面风险管理工作总体部署和要求,结合公司改革与发展需要,不断建立健全风险管理组织体系和制度体系,为深入开展风险管理奠定扎实基础;精心组织风险评估,加强重大风险管理,建立跟踪监督机制,确保实现风险管理目标;加强高风险业务及专项风险管理,推进风险管理与企业管理相结合,努力实现风险管理常态化;借助现有内部控制体系,不断深化风险管理与内部控制相结合,风险管理能力持续

^③ 孙雅娟《论“严而不厉”的审计监管政策模式》,载《中国证券期货》2013年第9期。

提升。全面风险管理工作的不断深入,为集团公司持续稳定健康发展提供有效保障。”^⑦从这一点可以看出,管理过程的意识形态化从理论上讲并不排斥现代企业管理制度。从另外一个角度讲,行政化管理与企业自治(制)在追求企业的合法经营方面具有共通性,从某种意义上讲,我国行政化的国有企业更应该树立“守法公民”的良好姿态。为了达到合法经营的目的,对于违规行为的举报等制度也广泛存在于这样的企业之中,甚至包括于政府机构之中,否则就不会有监督举报、信访等制度。在这一点上,与强调企业自治(制)的西方国家的公司治理制度并无不同。归结起来讲,行政化并不意味着“去公司治理化”,也并不意味着排斥法规遵从。简言之,国有企业的行政化色彩并不足以形成对企业合规引入的制度性障碍。

(二) 重刑规制企业犯罪的主张是否有违谦抑理念

随着人类文明的进展,刑罚的轻缓化应该是一个整体趋势,因此,“谦抑”这个有点拗口的词备受推崇,成为刑法追求的价值之一。但是需要警惕的是,谦抑价值的过度提倡以及对刑事政策的过度渗透。刑罚的轻缓化并不妨碍特定时段对于特定犯罪的政策收紧,对于企业犯罪就是如此。严峻的企业犯罪态势及其危害使我们不得不做出偏向重的一面的政策选择。尽管重刑是否有威慑力从而足够规制企业犯罪尚存争议,但是可以肯定的是,面对严重的犯罪,如果采取较为轻缓的刑罚,那么非但不能收到一般预防之效果,特殊预防也将成为无稽之谈。

重刑治理企业犯罪的第二个理由是,合规计划制度所具有的刑罚意义客观上可以消解刑罚的严厉性。如前所述,合规计划可以起到责任减轻甚至正当化的功能,如此一来,即便设置了严厉的刑罚,但是,如果企业积极进行合规管理,那么,因为法律激励措施的存在,也不至于遭受严厉的惩罚。如果企业怠于合规管理,无疑也昭示了其违法品格,对其施加严厉的刑罚也符合罪责刑相一致的基本原则。

第三点,也是最重要的一点,企业犯罪治理中的重刑并非目的,而是在于通过外部压力促进企业进行自我管理。本文主张合规计划作为一个替代模式,更准确地说是补充模式被引入企业犯罪防控之中,从而构建起企业犯罪防控的多元、立体的防控体系。合规管理及“强制的自制”^⑧理念构成防控体系的最底层,之后才是刑罚规制。在这个体系中,刑罚保持了足够的抑制,只有在自我管理失败后才能被施用。但是,底层自我管理的自觉践行需要刑罚的外在强制力,愈是严厉的刑罚愈能促进企业的自我管理。^⑨

^⑦ 中国石油化工集团公司《中国石油化工集团公司健全组织与制度体系强化专项风险管理努力推进风险管理常态化》,载 <http://www.sasac.gov.cn/n1180/n14200459/n14417163/n14519674/14816755.html>; 最后访问时间:2014年3月3日。

^⑧ 所谓强制的自制(Enforced Self-regulation)是自我管理的一种形式变异,与完全放任的自我管理、由企业制定适合本企业的行为准则不同,在强制的自制模式下,行为守则需要企业自我制定,但是要经过主管机构的审批,审批之后就具有了强制力,对它的违反将会受到制裁。具体可参见:John Braithwaite, Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control, Michigan Law Review, vol. 80.

^⑨ Ian Ayres, John Braithwaite, Responsive Regulation—Transcending the Deregulation Debate, Oxford University Press, 1992, pp41.

归结起来讲,本文提倡的加重企业犯罪刑罚量的主张是与合规计划的引入相伴而生的,其目的在于促进企业的自我管理。《萨班斯法案》通过加重白领犯罪、财务欺诈犯罪等公司犯罪刑罚进而推动企业内控的做法与本文的逻辑如出一辙。归结起来讲,重刑规制企业犯罪并不违背刑法的谦抑精神,以谦抑性来责问这样的政策选择本身就是对谦抑性价值的误读。

(三) 特殊的社会经济环境能否成为否定合规计划推行可行性的理由

企业作为一个大的社会环境中的重要参与者,其管理活动必然受到多方面的影响。作为公司企业治理活动的合规计划也不例外,合规必须适应企业所在地的法律及社会环境。对于中国的合规环境,有美国学者进行了专门的研究,该论者认为以下几方面构成了中国的合规环境:

近二十年的高速增长使得中国民众自信心爆棚,并且盲目乐观;从整体层面看,中国经历了经济的大发展从而迅速强大;中国经历了法律体系的重构,但是并不完全彻底,民众的法律意识仍比较淡薄;经济的发展并没有同步地产生精神文明,中国正在经历道德荒漠化;伴随着道德的滑坡产生了很多的市场问题,例如有毒有害食品的问题等;在华美国公司在中国的份额逐步增大,从而使得在中国的运营显得格外重要。此外,该论者还论述了中国特殊的贿赂犯罪的立法体系问题等。^⑦该论者提出的关于中国腐败成风的问题、“没有贿赂就没有商业的成功”等等这些都基本上命中要害。这就可能使读者产生疑问,中国是否存在合规环境?结合这些合理的认识加上自身的切实感受,笔者觉得这里需要讨论三个问题,即合规、法律与社会。

所谓法律,主要是民众的法制意识淡薄。法律自身的立法问题暂且不论,由于受到特殊社会环境的影响,法律非但没有发挥矫正作用,反而受到社会特殊风气的影响而执行偏软。所谓社会主要是中国特殊的人情社会,复杂交错的关系网使得商业环境更加复杂,而这个商业网络的关键点在于资源主导者,即政府。因此,为了打通这个关键点,人情走动成为常态化的商业手段。当这种人情走动成为常态化的手段之时,客观上又使得法律左右为难,于是成了看客,即所谓法不责众。由此可以看出,社会与法律的恶性循环,法律没有通过其严格执行去培育良好的社会风气,这里主要是指商业环境,在某种程度上反倒成了社会的附庸,进而进行自我的改变,这种改变在我国的腐败犯罪中就有深刻的体现。例如,腐败犯罪数额要求随着经济的发展水涨船高,部分经济发达地区实际执行的入罪门槛高得更是超出想象。面对特殊的法律与社会环境,于是国外企业纷纷改变了其守法的姿态,反映到企业合规计划上,也出现了严重变形。例如,多数受访企业表示其在中国的合规计划会根据不同地区的特点而量身定做,给予地方合规组织批准娱乐开支的权利,美国各个公司之间也具有不同的娱乐开支的标准,除了娱乐开支外,还包括逢年过节的礼物,等等。^⑧对于变形了的合规计划,一方面因为它是一种

^⑦ 前引④, Jeffrey M. Kaplan & Joseph E. Murphy 书,第 1066-1088 页。

^⑧ 前引②,“美中贸易委员会 2013 年度合规报告”,第 13-18 页。

普遍现象,另一方面也是因为我国地方政府对于外国企业的超国民待遇,使得这些外企走上了歧途,并最终被其本国政府查处。因此,从某种意义上说是环境本身塑造了犯罪。本来受到良好的企业伦理教育和熏陶的国外企业尚且如此,那么深谙世事的本土企业的合规情况可想而知。

面对这样的现实,法律在合规的推行过程中应该做什么?是继续附庸还是有所担当?显然,法律应当有所担当。法律对社会环境的塑造首先要解决的就是法律与经济政策的矛盾问题。客观地讲,“GDP中心主义”的经济政策给予了地方政府巨大的激励和促进作用,促使全国经济大发展;但是,同时也造成了诸多问题,例如因为招商引资政策原因导致的对资本监督的不力,从而产生诸如安全生产事故、企业环境污染犯罪、商业贿赂犯罪等等,以及其他一些社会问题,而这些都是与企业合规理念相背离的。因此,企业有效合规计划的建立,需要一个良好的经济政策,从而建立良好的社会环境,为企业自觉合规建立良好的合规环境。这里的良好经济政策是指,经济政策不仅要推动经济的发展,更要服务于其他的社会目标,例如公平竞争的商业环境的推进以及推动企业环境合规、健康安全的生产环境等。显然,我们当下的经济政策很难实现上述目标,那么,法律就应当承担对不良经济政策的矫正作用,例如,在工业合规中,通过严厉打击企业犯罪以及监管部门的渎职犯罪,从而部分矫正某些地方政府没有底线的招商引资政策。因此,特殊的社会经济环境不应该成为否定通过法律深入推动企业合规的理由,相反,应当通过法律的严格执行,逐步营造良好的经济环境,这样做,在我国实现企业合规经营的目标就绝非痴人说梦。

Abstract: It has been legislated in some countries to take advantage of compliance management as a means of corporate crime prevention by reflection of the traditional model of corporate crime prevention. Specifically, corporate compliance was authorized as a sentencing term as to promote the implementation of corporate self-management. Chinese criminal law on punishment of corporate crime has been more stringent and comprehensive, but it did not lead to satisfied result on corporate crime prevention. Therefore, it is necessary to reform the idea. Compliance program provides us a good reference. The proposal of compliance program is based on the effectiveness of compliance program on corporate crime prevention as well as the requirements of Section 404 in “Sarbanes Oxley Act”. There are two ways to learn from the reference. Firstly, sentencing incentives will help promote corporate compliance; secondly, the criminal penalty of corporate crime contained in compliance program can be learned by us to strengthen some crime punishment, especially financial fraud, false assessment and so on to promote corporate to implement self-regulation proactively.

(责任编辑:白岫云)