

# 当前德国法律实践中刑事合规措施的意义

——一个概览

[德]马库斯·瓦格纳 著 唐志威 译\*

**内容摘要** “合规”概念在德国法上虽无法律定义,但在实践中却已经十分成熟普遍。在德国实践中,刑事合规不仅涉及预防单位组织体实施犯罪,还致力于避免无端的犯罪怀疑以及最小化企业和管理层所可能面临的制裁。从德国合规实践的历史发展上看,合规反映了私有化与被规范的自我规制的一般趋势。在德国法上,企业的合规措施可以在构成要件和制裁两个层面对企业及相关自然人产生影响。就此而言,在刑罚与罚款裁量的框架内可以考虑行为主体在实施犯罪行为前与实施犯罪行为后的合规努力,并产生减轻处罚的效果;在个别情况下,甚至可以考虑中止相应的(刑事)程序。然而,由于没有关于刑事合规后果的明确法律规定,实践中也存在司法裁量空间过大、司法判例缺少可预见性等弊端。

**关键词** 刑事合规 自我规制 合规义务 企业犯罪 刑事责任

## 一、概念与目标

近年来,虽然“合规”的概念零星出现在德国法律规定中,<sup>①</sup>但是“合规”并没有法律上的概念定义。从翻译来看,合规概念最初是指符合法律的行为(rechtskonformes Verhalten)。<sup>②</sup>然而,不能理所当然地将“合规”理解为每个人都应当遵守法律。简单来说,在企业实践中,“合规”一词是指那些为了确保法律规定得到遵守而采取的组织上的措施。<sup>③</sup>

“刑事合规”的概念是指“与犯罪相关的合规”。就此而言,(同样还是简单来说,)它表达的含义是遵守刑法上相关规定(的措施)。<sup>④</sup>典型的合规措施包括对公司雇员进行增强敏感度的培训,制定公司内部

\* 马库斯·瓦格纳(Markus Wagner),德国波恩大学法学院刑法、刑事诉讼法教授;唐志威,上海交通大学凯原法学院博士后研究人员。本文摘要及关键词由译者撰写。感谢瓦格纳教授及《国际刑法学杂志》(ZfISW)授权中文版首发,论文德文版同步刊出,载于德国《国际刑法学杂志》2023年第2期。

① 参见例如《德国银行法》第25条a第1款第3项c情形,第25条c第4a款第3项c情形[1998年9月9日公布版本的《德国银行法》(BGBl. I S. 2776),最后经2022年5月23日法案第3条修正(BGBl. I S. 754)],1998年9月公布的《德国证券交易法》第80条第13款第2句[1998年9月9日公布的《德国证券交易法》(BGBl. I S. 2708),最后经2022年5月23日法案第4条修正(BGBl. I S. 754)]。《德国保险监督法》第7条第9款b情形[2015年4月1日《德国保险监督法》(BGBl. I S. 434),最后经2021年8月10日法案第94条修正(BGBl. I S. 3436)]。

② v. Beseler/Jacobs-Wüstefeld, Law Dictionary, Fachwörterbuch der anglo-amerikanischen Rechtssprache, 4. Aufl. 1986.

③ 详细论述参见 Rotsch, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015, § 1 Rn. 4 ff. m. w. N.。

④ 对此详见 Rotsch, ZStW 125 (2013), 481 ff.; ders. (Fn. 3), § 1 Rn. 11 ff., Rn. 23 ff.。

准则和守则,设立举报热线或在发现违规行为后进行内部调查(Internal Investigations)。

若行为人的行为符合现行民法与行政法规定,则其不可能受(刑事)处罚,<sup>⑤</sup>因此人们似乎可以将“刑事合规”仅仅理解为一种一般合规的当然结论。<sup>⑥</sup>然而事实上,刑事合规在(学术)讨论中的特殊地位有其根据,盖因刑事合规的用途范围远远超出了通过采取措施来避免企业内部发生刑事犯罪或违反秩序的行为。

这样一来,刑事合规措施预防目的的设定就进一步提前了。原因在于,刑事合规不只是为了预防犯罪实施,而是同时也为了防止相关犯罪怀疑(尤其是不当怀疑)的产生。<sup>⑦</sup>因为相应初始怀疑(Anfangsverdacht)的后果是,刑事追诉机关负有启动侦查的义务。企业希望避免上述侦查措施主要基于以下三点理由。

首先,此类侦查措施通常会带来对基本权利的重大干预,例如搜查商业办公场所以及扣押文件和计算机等措施。这可能会对办公流程产生长期性的影响,并导致全体企业雇员产生相当多的不安全感。<sup>⑧</sup>

其次,即使一开始的怀疑没有根据,也可能出现在搜查公司文件过程中发现其他真实存在犯罪的证据的风险。<sup>⑨</sup>在通常情况下,这些证据可以被用作侦查线索的开端,并进一步被认定为证据,因此可能引发另外的刑事程序。

再次,就上市公司而言,还存在投资者因此产生不安的高度风险,这也是为什么(刑事犯罪)怀疑的出现往往是导致股价大幅度贬值的原因。<sup>⑩</sup>

除上述维度之外,刑事合规还具有(另外)一种压制性的成分(repressive Komponente)。<sup>⑪</sup>在预防犯罪或预防违反秩序行为出现失败的情形,刑事合规措施制裁旨在确保刑事处罚或罚款尽可能低,或者尽量使罚款程序不被启动。

## 二、历史定位

在德国,当前合规实践与讨论的发端是20世纪90年代。<sup>⑫</sup>它主要受到以下三种不同因素推动:

首先,许多其他法律体系(特别是在英美法系国家)所规定的合规义务往往不仅适用于那些在其他国家注册的公司。当然,在特定前提下,如果企业虽在外国注册,但与所在国家存在其他经济关系,那么也将适用相关的合规义务。<sup>⑬</sup>例如,美国2002年的《萨班斯·奥克斯利法案》(Sarbanes-Oxley-Act)便通过规定刑罚的方式保障了私营企业吹哨人不受歧视,而如果外国企业的证券也在美国证券交易所交易的话,那么该法案也适用于这些外国企业。<sup>⑭</sup>再如,英国《2010年反贿赂法》(UK Bribery Act 2010)适用于在英国保持商业关系的企业。除其他条款外,它还规定了企业对其雇员实施贿赂犯罪时的严格责任;

<sup>⑤</sup> 对此基础性的论述参见 M. Wagner, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, passim.。

<sup>⑥</sup> 有关后果和深入讨论参见 M. Wagner, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance - Status quo und Status futurus, 2021, S. 449 ff.。

<sup>⑦</sup> Lewisch, in: Lewisch (Hrsg.), Zauberwort Compliance?, Grundlagen und aktuelle Anwendungsfragen, 2012, S. 71 (76); Rotsch (Fn. 3), § 1 Rn. 45; M. Wagner (Fn. 6), S. 460 ff.

<sup>⑧</sup> M. Wagner (Fn. 6), S. 460 f.

<sup>⑨</sup> M. Wagner (Fn. 6), S. 461 f.

<sup>⑩</sup> 例如参见 Carberry/Engelen/Van Essen, Business Ethics Quarterly 28 (2018), 119 ff.。

<sup>⑪</sup> Rotsch (Fn. 3), § 1 Rn. 44.

<sup>⑫</sup> 详见 Rotsch (Fn. 3), § 1 Rn. 17 ff., 35 ff. m. w. N.。

<sup>⑬</sup> 详见 Rotsch (Fn. 3), § 1 Rn. 24 ff., 69 m. w. N.。

<sup>⑭</sup> 例如参见 Rotsch/M. Wagner, in: Rotsch (Fn. 3), § 34 C. I. Rn. 74 f. m. w. N.。

只有在企业能够证明其已经采取了充分的措施来防止这类违法行为时,才可能提出抗辩。<sup>⑮</sup>除此之外,还能从欧盟和国际法条约中找到多项有关规定。

其次,德国企业的合规努力也可以被理解为对有关管理岗位人员刑事责任司法判例发展的回应。<sup>⑯</sup>德国联邦最高法院以各种方式打破了“自下而上”的传统归责模式(Modell der “bottom-up”-Zurechnung),转而建立起了一种“自上而下”的归责模式(Modell der “up-bottom”-Zurechnung),这大大降低了对领导岗位人员犯罪贡献(Tatbeitrag)的证明要求。这一发展趋势的首次大步迈进便是所谓的皮革喷雾案判决(Lederspray-Entscheidung),该判决提出了业务管理层的“全面管辖和一般责任(Allzuständigkeit und Generalverantwortung)”。<sup>⑰</sup>在对前民主德国国防委员会成员有关德国国境枪击行为的刑事责任的判决中,德国联邦最高法院第一庭发展了基于组织支配的间接正犯理论(mittelbare Täterschaftkraft Organisationsherrschaft)。<sup>⑱</sup>不同于文献中广泛的批评意见,<sup>⑲</sup>德国联邦最高法院第一庭还将上述理论进一步构建,<sup>⑳</sup>以此将该理论适用于经济企业的领域。<sup>㉑</sup>

最近,德国司法判例更倾向于援引不作为犯理论,而不是犯罪参与理论。<sup>㉒</sup>德国司法判例发展出了所谓的企业主责任(Geschäftsherrenverantwortlichkeit)。<sup>㉓</sup>根据司法判例观点,企业一般负有防止其雇员实施与(企业)业务有关联的犯罪行为的义务,且这一义务应由企业管理层履行。从本质上来说,这无非是对一般的,与犯罪相关的合规义务的刑事(强化)规定。<sup>㉔</sup>

再次,20世纪90年代末和21世纪初在经济领域发生的几起重大丑闻也导致了思路的转换,这同时反映在立法者、司法判例与企业格局三个方面。<sup>㉕</sup>在一起内部交易案件之后,这首先波及了证券交易领域。<sup>㉖</sup>然而,在德国合规发展的历程中,意义最为重大的当属西门子案(Siemens-Fall)。<sup>㉗</sup>该案件主要涉

<sup>⑮</sup> 对此详细的论述参见 Rotsch/M. Wagner (Fn. 14), § 32。

<sup>⑯</sup> 参见 Rotsch (Fn. 3), § 1 Rn. 36 f. m. w. N.。

<sup>⑰</sup> BGH, Urt. v. 6. 7. 1990 - 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106 (123 ff.)。

<sup>⑱</sup> BGH, Urt. v. 26. 7. 1994 - 5 StR 98/94 = BGHSt 40, 218。

<sup>⑲</sup> 参见 Rotsch, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998, S. 145 ff.; ders., NStZ 1998, 491; ders., wistra 1999, 368 (372 ff.); ders., ZStW 112 (2000), 518 (532 ff.); 参见 Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 30; Berndt/Theile, Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung, 2016, Rn. 65; Merkel, ZStW 107 (1995), 555; Murmann, GA 1996, 278; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, S. 687, S. 853 ff. (Rn. 413 ff.) m. w. N.。

<sup>⑳</sup> 参见 Nack, GA 2006, 342。

<sup>㉑</sup> 参见 BGH, Urt. v. 11. 12. 1997 - 4 StR 323/97 = NStZ 1998, 568 m. Anm. Dierlamm; BGH, Beschl. v. 26. 8. 2003 - 5 StR 145/03 = BGHSt 48, 331 (342); BGH, Urt. v. 13. 5. 2004 - 5 StR 73/03 = BGHSt 49, 147 (163 f.); OLG Koblenz, Beschl. v. 12. 1. 2000 - 1 Ausschl. 3/99 = BeckRS 2000, 30090268; LG Hildesheim, Urt. v. 23. 5. 2007 - 25 Kls 5413 Js 18030/06 = BeckRS 2009, 20461; LG Bonn, Urt. v. 27. 11. 2007 - 7 Kls 26/07 = BeckRS 2012, 16645; LG Köln, Urt. v. 23. 11. 2016 - 113 Kls 32/14 (931 Js 114/13) = BeckRS 2016, 125725。

<sup>㉒</sup> M. Wagner, NZWiSt 2019, 365 (365 f.); ders., in: Papatthasiou/Schumann/Schneider/Godinho (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, 2021, S. 93。

<sup>㉓</sup> 关键性的司法判例参见 BGH, Urt. v. 17. 7. 2009 - 5 StR 394/08 = BGHSt 54, 44; BGH, Urt. v. 20. 10. 2011 - 4 StR 71/11, Rn. 13 f. = BGHSt 57, 42 (45 f.) m. Anm. M. Wagner, ZJS 2012, 704 ff.; BGH, Beschl. v. 6. 2. 2018 - 5 StR 629/17 = NStZ 2018, 648 m. abl. Bespr. M. Wagner, NZWiSt 2019, 365 ff.; ders. (Fn. 22 - Kollektivierung), S. 93 ff.。

<sup>㉔</sup> M. Wagner (Fn. 22 - Kollektivierung), S. 107 ff.。

<sup>㉕</sup> 参见 Rotsch (Fn. 3), § 1 Rn. 19, 38.。

<sup>㉖</sup> 对此参见 Lösler, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, 2003, S. 18 f.。

<sup>㉗</sup> 参见 BGH, Urt. v. 29. 8. 2008 - 2 StR 587/07 = BGHSt 52, 323.。

及商业交易中的贿赂,在该案中,贿款通过所谓的黑账户(schwarze Kassen)支付。在对该丑闻的民事法律评价中,慕尼黑第一州法院判决,股份公司的董事会普遍负有设立合规系统的义务,同时,该法院还对该合规系统必须如何构建提出了要求。<sup>⑳</sup> 除此之外,值得一提的还有“费罗斯塔尔案”的审理(Ferrostaal-Verfahren),在该案中,基于该企业设立有一个合规系统,对费罗斯塔尔公司判处的罚款因此被极大大幅度地减少。<sup>㉑</sup>

因此,总的来说,合规反映了私有化(Privatisierung)以及被规范自我规制(regulierte Selbstregulierung)的一般趋势。<sup>㉒</sup> 由于人们越来越普遍地认识到,国家机构没有能力提供全面的监管,例如,最近的“威卡公司丑闻”(Wirecard-Skandal)便深刻地证实了这一点。立法者越来越倾向于规定特定的组织义务(Organisationspflichten),并通过这些组织义务来避免违规行为。显然,对国家机关而言,监管是否存在相应的系统要比审查具体的商业活动要容易得多。

### 三、法定与事实的合规义务

就哪些合规措施对一个企业而言不仅有意义,而且使其负担了特定义务而言,对这一问题的回答并不容易。

只有相对较少的具体法规(直接)有规定应当设立预防性监管机制。例如,一些环境保护法条文规定必须任命一名合规专员来监管界限值的遵守等情况(例如在控制排放的领域)。《德国反洗钱法》<sup>㉓</sup>还规定,银行和保险公司等企业有义务采取特定的安全措施来防止洗钱。根据《德国银行法》(KWG)第25条c,银行有义务建立一套风险管理系统(Risiko-Management-System)。

然而,除了这些具体的法定义务外,德国司法判例还认为,公司法的合法性原则(Legalitätsprinzip)要求企业必须普遍采取适当的合规措施,以此防止与企业相关的犯罪行为(见上文)。就此而言,存在争议的是,这种事实上的合规义务完全是不确定的,因此无法预见法院是否会在事后认为所采取的措施是充分的。<sup>㉔</sup>

### 四、合规措施对责任的影响

介绍完上文的概览以后,现在应以具体的条文为例,讨论合规措施如何影响刑法或违反秩序法上有关责任(straf-oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Verantwortung)的问题。

在此必须区分直接实施行为的企业雇员责任、上级(管理层)责任以及企业本身的责任。

#### (一) 企业雇员作为直接正犯的责任

就直接正犯(行为人)而言,企业的合规措施可以产生以下多方面的影响。

<sup>⑳</sup> LG München I, Urt. v. 10. 12. 2013 - 5 HK O 1387/10 = NZG 2014, 345; 对此参见 Kahlen, NZWiSt 2015, 121 ff. und 161 ff.。

<sup>㉑</sup> LG München I, Urt. v. 20. 12. 2011 - 565 Js 33037/10.

<sup>㉒</sup> Rotsch (Fn. 3), § 1 Rn. 68 m. w. N.

<sup>㉓</sup> 2017年6月23日《德国反洗钱法》(BGBl. I S. 1822),最后经2022年5月23日法案第2条修正(BGBl. I S. 754)。

<sup>㉔</sup> 例如参见 Kahlen, NZWiSt 2015, 121 (126 ff.); M. Wagner (Fn. 22—Kollektivierung), S. 109 f.。

## 1. 对构成要件层面的影响

### (1) 作为初级谴责的违反合规义务行为

如果有明确的法定义务来设立合规措施,并且违反这些义务会面临刑罚或罚款,那么这一关联就再明显不过了。举几个例子。

例如,《德国银行法》第 54 条 a 就属于这种情形。<sup>③</sup> 根据该条规定,如果银行业务主管(经理)违反法律要求,没有设立充分的风险管理系统,从而对信贷机构或其上级企业的生存造成危险,他将受到刑事处罚。然而,这只适用于德国联邦金融监管局(Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht)已经发现了相应的违规行为,但企业管理者却没有弥补这一缺陷,并因此威胁到了银行生存的情形。

《德国网络执行法》(Netzwerkdurchsetzungsgesetz)<sup>④</sup>规定,拥有 200 万以上用户的社交网络有义务维持一套投诉系统,用户可以在该系统中举报潜在的犯罪行为;这类投诉必须在一定期限内得到处理,含有犯罪内容的帖子必须被屏蔽或删除。违反维持这一系统的义务将被处以罚款。

目前,德国联邦司法部已经起草了一份落实欧盟吹哨指令(Whistleblowing-Richtlinie)<sup>⑤</sup>的法案。<sup>⑥</sup> 根据该草案,企业将有义务设立一套吹哨(举报)系统;违反这一义务将可能被处以罚款。

### (2) 作为可罚义务违反的违反内部合规指南行为

一项核心的合规措施是在公司内部制定和传播指南、道德守则等类似文件。典型的例子包括有关是否且在多大程度上允许接受来自商业伙伴的礼物与邀请的准则(反腐败合规),以及允许与竞争对手交换哪些类型的信息(反垄断合规)等。

在特定情况下,可能会出现以下问题,即刑事可罚性是否可以间接通过内部的合规指南来证立。当然,在技术意义上,企业本身不能对违反内部指南的行为进行(刑事)处罚。相反,最多只能根据民法采取所谓的合同罚(Vertragsstrafe)。但是,有一些刑法构成要件却与违反其对公司的义务(Pflichtverletzung gegenüber dem Unternehmen)有关。<sup>⑦</sup> 这主要涉及背信罪(《德国刑法典》第 266 条第 1 款<sup>⑧</sup>)和商业交易受贿罪的企业主责任类型(《德国刑法典》第 299 条第 1 款第 2 项)。假设内部指南仅仅反映了现行的法律规定,便不会出现问题。因为,雇员违背义务的行为不仅是对合规指南的违反,更是对法律的违反。但是,如果相较于法律,企业的内部指南规定了更加严格的界限,那么相关情况为何,便充满了争议。在过去,德国司法判例偶尔会允许合规指南产生这样一种证立可罚性的效果,<sup>⑨</sup> 但是大多数文献对此都持批判态度。<sup>⑩</sup>

<sup>③</sup> 对此参见 *Theile*, in: Rotsch (Fn. 6), S. 431 ff.; 对此还可参见 *M. Wagner* (Fn. 5), Rn. 595 f., 724; 上述文献中均有其他引证。

<sup>④</sup> 2017 年 9 月 1 日《德国网络执法法》(BGBl. I S. 3352), 最后经 2021 年 6 月 3 日法案(BGBl. I S. 1436)第 1 条修正。

<sup>⑤</sup> 欧洲议会和理事会 2019 年 10 月 23 日关于保护举报违反欧盟法律的人员的指令(EU) 2019/1937, ABl. L 305 vom 26. 11. 2019, S. 17; 最后经欧洲议会和理事会 2020 年 10 月 7 日关于欧洲商业众筹服务提供商以及修正(EU) 2017/1129 条例与(EU) 2019/1937 指令(与欧洲经济区有关的文本)的条例, ABl. L 347 vom 20. 10. 2020, S. 1.

<sup>⑥</sup> <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-f%C3%BCr-einen-besseren-schutz-hinweisgebender-personen-sowie-zurumsetzung/290260>.

<sup>⑦</sup> 在过失犯的领域,也有学者讨论有关保证人义务与注意要求的相似问题,参见 *Zimmermann*, *Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2014, S. 139 ff., 188 ff.。

<sup>⑧</sup> 1998 年 11 月 13 日颁布的《德国刑法典》(BGBl. I S. 3322), 最后经 2022 年 7 月 11 日法案第 1 条修正(BGBl. I S. 1082)。

<sup>⑨</sup> 参见 LG Darmstadt, Urt. v. 14. 5. 2007 - 712 Js 5213/04 - 9 KLS = BeckRS 2007, 16611.

<sup>⑩</sup> 有关该判决具体参见 *Knierim*, CCZ 2008, 37; 一般性的论述参见 *Momsen/Laudien*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 53. Ed., Stand: 1. 5. 2022, § 299 Rn. 62, 67; 深入的讨论参见 *Eckstein*, *Newsdienst Compliance* 2014, 71010; *Zimmermann*, *Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, 2014, S. 98 ff.。

此外,在证据评价(Beweiswürdigung)的框架内,合规指南的存在可以成为负面的(间接)证据。因此,德国司法判例从相应的内部指南中得出了以下结论,即业务管理层不能够作出排除构成要件的含义,因为这与商业政策相违背。<sup>④①</sup>此外,对企业内部所规定禁止行为的认识仅反映了法律规定状况,而仅对不法认识(Unrechtsbewusstsein)的认定具有间接的影响,因此,可以就此反驳案件构成《德国刑法典》第17条禁止错误的辩护意见。<sup>④②</sup>

## 2. 对法律后果层面的影响

与此相对,如果企业雇员为了能够实施犯罪而不得不规避(企业)内部的合规措施的话,那么这也会在量刑的层面产生加重刑罚的作用。原因在于,规避这类保护措施是犯罪恶性提升的表现。<sup>④③</sup>

## (二) 管理层责任

现在让我们来讨论上级(管理层)责任。

### 1. 对构成要件层面的影响

如果上级(管理层)没有直接积极参与犯罪,就会出现他们是否具备不作为责任的问题。

#### (1) (犯罪)刑法上的企业经营者责任

如果雇员的正犯行为是(刑事)犯罪,那么根据所谓的企业主责任原则,上级(管理层)可能将承担不作为的刑事责任。近年来,这一构造已经在德国司法判例中获得了认可,<sup>④④</sup>在文献中也达成了广泛的共识。<sup>④⑤</sup>根据该构造,企业负担《德国刑法典》第13条第1款意义上的保证人义务(Garantenpflicht),其目的是预防企业雇员实施的刑事犯罪。再根据《德国刑法典》第14条第1款,这一(保证人)义务被转移到企业的领导机构那里。从本质上讲,这是一项采取组织性措施,并通过这些组织性措施来避免雇员实施(刑事)犯罪的合规义务。

为了不苛加全面的监督(全体雇员)的义务,(保证人)义务仅被限定在针对“与运营相关”犯罪(“betriebsbezogene” Taten)的义务方面。不确定的问题是,对此应作何种解释。对此,德国判决提出了以下标准,即犯罪是否属于“公司政策”的一部分,该犯罪实施是否“不仅发在”运营活动的“场合”,以及是否通过犯罪“实现了运营[……]所特有的危险”。<sup>④⑥</sup>除了这些标准本身已经普遍不具备说服力的弊端外<sup>④⑦</sup>,德国司法判例<sup>④⑧</sup>在此期间还对这些标准作出了非常宽泛的理解,以至于运营相关性(Betriebsbezogenheit)要素不适用于(可预见地)对(刑事)可罚性的限制。<sup>④⑨</sup>德国联邦最高法院刑四庭仍然否定了上级(管理层)因其没有对工作场所雇员之间的身体侵害进行干预而构成以不作为方式伤害身体的(刑事)可罚性。<sup>⑤①</sup>与

<sup>④①</sup> BGH, Urt. v. 29. 8. 2008 - 2 StR 587/07, Rn. 41 = BGHSt 52, 323 (335 f.); 对此持批判意见 *Knauer*, NStZ 2009, 151 (152 f.)。

<sup>④②</sup> *Eckstein*, Newsdienst Compliance 2014, 71010。

<sup>④③</sup> *Eckstein*, Newsdienst Compliance 2014, 71010; *Natale*, in: Rotsch (Fn. 3), § 35 A. Rn. 36 f.

<sup>④④</sup> 基础性的判决例如 BGH, Urt. v. 17. 7. 2009 - 5 StR 394/08 = BGHSt 54, 44 und BGH, Urt. v. 20. 10. 2011 - 4 StR 71/11 = BGHSt 57, 42。

<sup>④⑤</sup> 全面的引证参见 *Bock*, in: Rotsch (Fn. 6), S. 1 (S. 2 in dortiger Fn. 6)。

<sup>④⑥</sup> BGH, Urt. v. 20. 10. 2011 - 4 StR 71/11, Rn. 13 ff. = BGHSt 57, 42 (45 f.)。

<sup>④⑦</sup> 批评意见可见 *Geneuss*, ZIS 2016, 259 (264 f.); *Roxin*, JR 2012, 305 (307); *M. Wagner*, ZJS 2012, 704 (708 f.); *ders.*, NZWiSt 2019, 365 (366 f.)。

<sup>④⑧</sup> BGH, Beschl. v. 6. 2. 2018 - 5 StR 629/17 = NStZ 2018, 648。

<sup>④⑨</sup> 对此参见 *Bock* (Fn. 45), S. 1 ff.; *M. Wagner*, NZWiSt 2019, 365 ff.; *ders.* (Fn. 22 - Kollektivierung), S. 93 ff.。

<sup>⑤①</sup> BGH, Urt. v. 20. 10. 2011 - 4 StR 71/11 = BGHSt 57, 42。

此相反,德国联邦最高法院刑五庭却在不久前判决一家小商店的店主成立不作为形式的麻醉品交易,因为他雇佣的售货员曾经在销售场所交易毒品。<sup>⑤①</sup> 根据上述司法判例,很难预见哪些行为将被视作与运营相关,哪些行为又不被视作与运营相关。

## (2) 《德国违反秩序法》第 130 条

《德国违反秩序法》第 130 条第 1 款构成要件<sup>⑤②</sup>的构造也与此相似。根据该条文规定,“工厂或企业的所有者,因故意或过失而不采取必要的、以防止工厂或企业内发生所有者相关的、且可能面临刑罚或罚款的违反义务行为为目的的监管措施,且若上述违反行为的实施本可以通过所属监管部门避免或大大增加难度”,则构成违反秩序的行为(Ordnungswidrigkeit)。

该构成要件在各个方面都比(犯罪)刑法上的企业主责任更宽泛。例如,所谓的“违反行为(Zu widerhandlung)”,即企业所属人员的犯行,仅仅是一个客观惩处条件(objektive Bedingung der Ahndbarkeit),换言之,无论是上级的故意还是过失都不需要涵盖这一要件。<sup>⑤③</sup> 除此之外,在任何情况下,因过失而未采取监管措施的行为也被囊括在内。

不作为责任被限定在那些“涉及到所有者的义务[……]”。这又再次涉及所谓的运营相关性。德国司法判例尚未对《德国秩序违反法》第 130 条中的这一要素发表具体的意见;然而,因此可以认为,对此可以参照与(犯罪)刑法上的企业主责任框架中相同的考量。<sup>⑤④</sup>

只有在上级(管理层)没有采取必要的监管措施时,才会构成可以判处罚款的不作为。而哪些(监管)措施是必要的,却很难在事前确定。《德国违反秩序法》第 130 条第 1 款第 2 句只是明确规定了,上述监管措施还包含了“聘任、谨慎选择监督及监管人员”。除此之外,必须采取哪些合规措施这一问题还取决于企业在个案中的具体情况。必须澄清的是,应当在事前确定监管措施的必要性。<sup>⑤⑤</sup> 企业雇员在此之后规避保护措施,以实施刑事犯罪或违反秩序行为的事实,不应在事后推导出以下假设,即现有的合规系统从一开始便不充分。但就此而言,从心理学上讲,的确存在着(所谓)后见之明偏误(hindsight bias)的巨大危险。<sup>⑤⑥</sup>

## 2. 对法律后果层面的影响

合规措施还会对罚款裁量的层面产生影响。诚然,不得基于不存在充分的合规措施而加重对(上级)管理层的处罚,因为欠缺充分的合规措施已经是行为非难的对象,因此,以此为基础加重处罚将违反禁止双重评价原则(Doppelverwertungsverbot)<sup>⑤⑦</sup>。<sup>⑤⑧</sup> 相反,任何现有的(合规)措施的质量也可能产生影响;如果工厂主努力采取合规措施,即使这些合规措施并不充分,也应该作为减轻处罚的因素予以考虑。<sup>⑤⑨</sup> 同样还应以积极评价的情形还包括,在违反(规定)行为发生后首次采取或修正合规措施,以防止未来再次

<sup>⑤①</sup> BGH, Beschl. v. 6. 2. 2018 - 5 StR 629/17 = NStZ 2018, 648.

<sup>⑤②</sup> 1987 年 2 月 19 日颁布的《德国秩序违反行为法》(BGBl. I S. 602),最后经 2021 年 10 月 5 日法案第 31 条(BGBl. I S. 4607)修正。

<sup>⑤③</sup> *Bülte*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 6. Aufl. 2020, § 2 Rn. 121; *Rogall*, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl. 2018, § 130 Rn. 77.

<sup>⑤④</sup> 相同的评价还可参见 *Rogall* (Fn. 53), § 130 Rn. 88.

<sup>⑤⑤</sup> *M. Wagner* (Fn. 22 - Kollektivierung), S. 103 f.

<sup>⑤⑥</sup> 仅参见 *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 121 (126 ff.); *M. Wagner* (Fn. 22 - Kollektivierung), S. 109 f.。

<sup>⑤⑦</sup> 在(狭义)犯罪刑法中,《德国刑法典》第 46 条第 3 款明确对此作出规定;但在违反秩序行为法中,即使没有法律规定,它 also 根据一般原则要求有效性,参见 *Mitsch*, in: Mitsch (Fn. 53), § 17 Rn. 32 m. w. N.。

<sup>⑤⑧</sup> 观点阐明参见 *Baur/Holle*, NZG 2018, 14 (18); *Hugger/Pasewaldt*, NZWiSt 2018, 388 (390); *Theile*, in: Rotsch (Fn. 3), § 38 Rn. 14.

<sup>⑤⑨</sup> *Theile* (Fn. 56), § 38 Rn. 14.

发生违反(规定)行为。<sup>⑩</sup>反过来说,不严肃的表面措施,即所谓“装点门面的措施(window dressing)”也并不会产生加重处罚的效果。<sup>⑪</sup>

### 3. 对程序层面的影响

存在争议的问题是,合规措施是否已经可以产生阻碍犯行追诉的效果。就此而言,应当区分相关犯行是秩序违反行为(行政犯)还是(刑事)犯罪。

与刑事程序不同,罚款程序适用便宜主义原则(Opportunitätsprinzip);因此,追诉属于相关(行政)机关的(自由)裁量权限(《德国秩序违反法》第47条第1款第1句)。因此,即使在实践中不太可能出现,行政机关也有可能会考虑(涉事企业)配备一套合规系统而完全免除对管理层人员的罚款处罚。<sup>⑫</sup>

在刑事程序中,只有在特殊情形下才有可能中止程序(Einstellung des Verfahrens)。就此而言,在企业责任的案件中,可以考虑例如《德国刑事诉讼法》第153条。<sup>⑬</sup>在轻罪(《德国刑法典》第12条第2款所规定“Vergehen”)的场合,“如果可以认定行为人罪责轻微,且追诉不涉及公共利益”,检察院或法院便可以中止程序。上述前提仅能在个别案件中得到满足,例如在合规系统仅存在轻微漏洞的场合,在该场合下,正犯行为人正好有针对性地利用了这些漏洞,而且这些缺陷在事后立即得到了补救。但是,在实践中,这样的程序中止只是一种非常不寻常的例外。更加现实的可能性是《德国刑事诉讼法》第153条a中规定的附加条件的中止程序(Einstellung gegen Auflagen)。而且这也只有在轻罪的场合,“罪责的严重程度与此并不冲突”时才有可能。在此情形下,被告可以向(案件中)可能的受害方或慈善机构支付赔偿款。

## (三) 企业罚款(《德国秩序违反法》第30条)

目前,德国法并未规定任何(犯罪)刑法意义上的法人责任(Verbandsverantwortlichkeit)。相反,例如在《德国秩序违反法》第30条等规定中,<sup>⑭</sup>法律却规定了针对法人或其他法律规定的企业形式处以罚款的可能性。对此的前提是,有代理权限的企业管理层人员以其身份(“作为”)“实施了犯罪行为或违反秩序行为,并因此违反了涉及法人或自然人团体的义务,或者通过该犯罪或违反秩序行为使法人或自然人团体获益”。

### 1. 对构成要件层面的影响

《德国秩序违反法》第30条在此间接提及了合规义务,因为管理层人员的关联犯行(Anknüpfungstat)可能包含相应的违反(义务)行为,尤其是《德国秩序违反法》第130条第1款第1条规定的违反监管义务行为(Aufsichtspflichtverletzung)。出于该原因,《德国秩序违反法》第130条始终是德国有关合规讨论的核心条文。<sup>⑮</sup>

除此之外,德国文献中也有部分人持这样的观点,即在关联犯行直接由业务管理层自己实施的场合,合规管理系统(Compliance-Management-System)的存在也能够阻却《德国秩序违反法》第30条构成要

<sup>⑩</sup> Engelhart, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 2. Aufl. 2012, S. 441; Krause, StraFo 2011, 437 (445); Theile (Fn. 58), § 38 Rn. 13.

<sup>⑪</sup> Theile (Fn. 58), § 38 Rn. 13.

<sup>⑫</sup> 参见 I. Roxin, ZIS 2018, 341 (346 f.) m. w. N.。

<sup>⑬</sup> 1987年4月7日颁布的《德国刑事诉讼法》(BGBl. I S. 1074, 1319),最后经2022年3月25日法案第2条修订(BGBl. I S. 571)。

<sup>⑭</sup> 除此之外还有众多特殊法律规定,还可以参见《德国反不正当竞争法》第81条[2013年6月26日颁布的《德国反限制竞争法》(BGBl. I S. 1750, 3245),最后由2022年5月20日法案第4条修正(BGBl. I S. 730)]。

<sup>⑮</sup> 参见 Bock, ZIS 2009, 68。

件成立。<sup>66</sup> 原因在于,一个(严肃且可用于实践的)合规管理系统表达了非法行为恰恰不属于企业商业政策的一部分,因此这也是为什么在涉事人员违反企业的商业政策时,他便不再以其作为(企业)机构的职能身份行事。至于司法判例是否会接纳这样一种观点,则存在疑问。另外,这种一概而论的方式似乎也不具有说服力:存在合规措施仅仅表达了管理层人员在这个问题上并非是依据企业的利益行事;然而这对企业管理层人员是否“作为”(企业)机构等行事这一问题<sup>67</sup>并没有影响。<sup>68</sup> 毋宁说,起决定性作用的问题是,涉事人员是否利用了其组织上的权利以及可能性,或是企业的基础设施等来实施犯罪行为。

## 2. 对法律后果层面的影响

在裁量企业罚款时,原则上适用前文已经结合《德国秩序违反法》第 130 条规定解释过的相应考虑。因此,合规系统的存在或是事后引入合规系统、事后改善合规系统等情形都可以导致针对企业判处的罚款大幅减轻。<sup>69</sup> 但是这当然不适用于所谓“装点门面(措施)”的情形。<sup>70</sup> 相反,根据部分学者主张的观点,只要犯罪行为时欠缺合规措施的事实不具有构成要件上的相关性,甚至应当考虑将犯罪行为时欠缺合规措施的情形作为加重处罚的因素。<sup>71</sup>

## (四) 罚款程序中的追诉裁量权

便宜主义原则也适用于针对企业的罚款程序。因此,在决定是否开启此类程序时,(行政)机关必须考虑犯行发生时(涉事企业)是否存在合规措施或在犯罪行为后是否采取了合规措施。然而,这只是一般性整体考察框架中的众多因素中的一个。就此而言,德国法中既没有特殊的法律规定,又没有像中国的司法实践那样,作出统一的法律解释。在实践中可以认为,那些并不能够导致处罚款构成要件该当前提不成立的合规措施通常也不能产生免于追诉的后果,相反,采取合规措施的事实只会被视作减轻处罚的因素。

# 五、小 结

最后,可对本文的主要内容作如下总结。

在德国,尽管只有少数具体的法律规定,但所有德国公司事实上都负有采取合规措施的义务,以防止企业雇员实施与企业相关的刑事犯罪和违反秩序行为。这些合规措施的具体内容则在很大程度上取决于个案的情形。

违反(规定)行为不仅会导致对相应涉事企业雇员的制裁,也会导致对管理层人员的制裁,管理层人员可能构成刑事犯罪或被处以罚款。除此之外,在此情形下,还可以对企业本身开处罚款。但是,德国

<sup>66</sup> 参见 *I. Roxin*, ZIS 2018, 341 (343 f.) m. w. N.。

<sup>67</sup> 基础性的论述参见 BGH, Beschl. v. 15. 5. 2012—3 StR 118/11 = BGHSt 57, 229。

<sup>68</sup> 正确的观点参见 *Meyberg*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 34. Ed., Stand: 1. 4. 2022, § 30 Rn. 75 f.。

<sup>69</sup> *Eufinger*, ZIP 2018, 615 (619); *I. Roxin*, ZIS 2018, 341 (348). 还可参见 BGH, Urt. v. 9. 5. 2017—1 StR 265/16, Rn. 118 = BeckRS 2017, 114578;至于是否应当从这一意义上对该判决进行解读,则受到质疑,参见 *Hugger/Pasewaldt*, NZWiSt 2018, 388 (389 f.)。

<sup>70</sup> 例如 *I. Roxin*, ZIS 2018, 341 (348)。

<sup>71</sup> *Baur/Holle*, NZG 2018, 14 (18)。

法律至今还没有承认企业在(犯罪)刑法意义上真正的企业刑事可罚性(echte, kriminalstrafrechtliche Unternehmenstrafbarkeit)。

刑事合规不仅有助于防止与企业相关的犯罪。它一方面能够避免无端的(犯罪)怀疑,另一方面,即使仍然发生了违反行为,刑事合规也能控制企业和管理层人员方面的损失。就此而言,在量刑与罚款裁量的框架内可以考虑犯罪行为前与犯罪行为后的合规努力,并产生减轻处罚的效果;在例外情况下,甚至可以考虑中止相应程序。然而,在此方面还没有具体的法律规定,这也是为什么(德国)司法判例有很大裁量空间、实践往往难以预见的原因。

---

**Abstract:** Although there is no legal definition of the concept of “compliance” in German law, it has become widely accepted in practice. In German practice, criminal compliance not only involves preventing organizational bodies from committing crimes but also aims to avoid unjustified criminal suspicion and minimize the sanctions to which the company and the responsible persons may be exposed. The historical development of compliance practice in Germany shows that compliance reflects the general trend towards privatization as well as regulatory self-regulation. In view of German law, corporate compliance measures can either exclude criminal liability or allow the mitigation of sanctions concerning both individual and corporate liability. In this regard, within the framework of discretionary punishment and fines, compliance efforts by the perpetrator before and after the commission of the criminal act may be taken into account, leading to a reduction in the severity of the punishment. In individual cases, it may even be possible to consider suspending the corresponding (criminal) proceedings. However, due to the lack of clear legal provisions regarding criminal compliance consequences, there are also drawbacks in practice, such as excessive judicial discretion and a lack of predictability in judicial precedents.

**Key words:** criminal compliance; self-regulation; compliance obligations; corporate crime; criminal liability

---

[学科编辑:王彦强 王思睿 责任编辑:魏 艳]