

企业合规不起诉的适用范围：准入条件和 考量因素的二元规制路径

林 静^{*}

内容摘要 准入条件和考量因素的二元规制路径关照了我国企业合规现状,并为未来发展留足空间。未来的立法改革,可以在刑事诉讼法中规定企业合规不起诉的准入条件。准入条件遵循最低限度原则,以确保制度适用的空间。通过司法解释、典型案例等形式,细化考量因素。考量因素应当体现法的引导功能。通过司法合作、补救措施等考量因素,激励企业披露不法行为,并采取积极的止损、补救措施。通过合规记录、现有合规体系等考量因素,引导企业构建事前合规计划。在企业合规文化尚未成为主流的当下,二元规制路径可以实现近景目标和远景目标的衔接,逐步推动“被动型”合规转向“自主型”合规。

关键词 企业合规 附条件不起诉 检察建议

一、提出问题

自2020年涉案企业合规改革试点以来,检察系统共办理相关案件5150件,已有1498家企业整改合格,3051名责任人被依法不起诉。^①可以看出,我国的企业合规激励中,不起诉激励占据重要分量。学理视角,刑事合规模式包含实体法层面的出罪模式和量刑激励模式,以及程序法层面的不起诉和附条件不起诉(暂缓起诉)模式。^②我国目前合规激励多种模式并存,可以概括为(同步)检察建议模式、附条件不起诉模式以及轻缓量刑建议模式。2021年九部门联合印发的《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见(试行)》(下文简称“意见”)第14条规定,对第三方组织出具的合规材料(如合规考察书面报告、涉案企业合规计划),应当作为检察院是否起诉、是否做出轻缓量刑建议的重要参考。据此,上述三种激励模式在国家部门规范性文件层面予以确立。

从最高人民法院发布的相关案例中,亦呈现三种模式并举的现象。比如“张家港市L公司、张某甲等污染环境案”,^③检察机关经审查认为,L公司及张某甲等虽涉嫌污染环境罪,但排放污水量较小,尚未造成实质性危害后果,可以进行合规考察监督并参考考察情况依法决定是否适用不起诉,采用了

* 中国政法大学证据科学研究院副教授,法学博士。本文系中央高校基本科研业务费专项资金中国政法大学科研创新项目“刑事合规的模式及合规计划之证明”(21ZFYQ82006)的阶段性成果。

① 参见《最高人民法院工作报告(审议版)》,第十四届全国人民代表大会第一次会议,2023年3月7日。

② 参见林静:《刑事合规的模式及合规计划之证明》,载《法学家》2021年第3期。

③ 参见江苏省张家港市人民检察院张检四部刑不诉(2020)496号不起诉决定书。

附条件不起诉模式。“新泰市J公司等建筑企业串通投标系列案件”，^④ 基于企业的罪责、企业贡献和社会影响，检察机关作出不起诉决定，并同步向涉案企业发出检察建议，要求企业围绕所涉罪名及相关领域开展合规建设，系(同步)检察建议模式。上海市A公司、B公司、关某某虚开增值税专用发票案，^⑤ 基于涉案企业的社会贡献、合规治理的可行性，以及企业的立功情节，检察院提出了轻缓的量刑建议，督促企业作出合规承诺并开展合规建设。

然而，从现有的试行文本以及相关的案例中，无法清晰归纳出三种模式的适用边界。可以预见的是，在实践中，会出现地区适用不平衡的风险，也给司法腐败留下了操作空间。造成这一局面的根本原因是，国家立法层面尚未明确规定企业合规不起诉，对此也自然无适用范围的明确界定。从第三方机制运行的视角，“意见”在第4条和第5条中侧面规定了合规从宽的适用范围。除了第5条规定的四类案件外，合规从宽与认罪认罚从宽的适用范围大致相当。但是合规不起诉案件不等于合规从宽案件。^⑥ 合规从宽的范围涵括了前述的三种模式，与合规不起诉呈现概念上下位关系。因此，对合规不起诉案件的适用范围应当在合规从宽的基础上，进一步限缩。关于合规不起诉案件的适用范围，不论是学界还是实务界，都尚未形成共识，争议主要聚焦于：企业合规不起诉是否适用于个人？重罪案件是否应当排除适用？合规不起诉的罪名范围如何确定？企业合规不起诉的适用是否应当以认罪为前提？合规不起诉的企业尚需要具备哪些特征等。从比较法视域观察，上述部分条件在国家法律中被规定为准入条件，应当严格遵守，不存在自由裁量空间。比如英国在《2013年犯罪和法院法》附则17中，排除了对个人的暂缓起诉的适用。^⑦ 相应地，部分要素则以适用指南的形式规定为考量因素，允许司法机关根据个案情形自由裁量。比如英国严重欺诈办公室(SFO)与皇家检察署(CPS)联合发布的《暂缓起诉实施细则》中规定了存在曾经的类似行为(包括针对企业、管理人以及主要股东的刑事、行政和民事处罚)，作为暂缓起诉适用的反向因素之一，予以考量。^⑧

立法技术视角，对合规不起诉的适用范围作准入条件和考量因素的二元区分，能够兼顾司法透明、平等适用等传统司法价值与合作性司法、恢复性司法等现代社会的多元司法价值。刚性的准入条件承载了法的安定性(Rechtssicherheit)，而灵活的考量因素契合企业合规的动态性。在成熟的合规文化尚未成为市场主流的当下，二元区分的规制路径尤为重要。适当降低准入条件能够最大限度地包容企业合规激励的适用空间。与之配套适用的考量因素，能够引导市场主体的行为。比如将企业合规记录和常态化的事先合规计划作为合规不起诉的考量因素，并根据市场的整体合规现状调整赋值，激励企业进行自我监管，引导企业逐步建构事先合规体系。鉴于此，在比较法的视域下，从准入条件和考量因素的二元规制视角，确立企业合规不起诉的适用范围。

④ 参见《最高检发布企业合规改革试点典型案例》，载“最高人民检察院官网”，最后访问日期：2023年4月23日。

⑤ 参见前引④。

⑥ 参见谢鹏程：《论涉案企业合规从宽检察改革的内在逻辑》，载《民主与法制》2021年第42期。

⑦ See Crime and Courts Act 2013 (c. 22) SCHEDULE 17, art.4(1): “P may be a body corporate, a partnership or an unincorporated association, but may not be an individual.”

⑧ See Deferred Prosecution Agreements Code of Practice, art. 2.8.1: “Additional public interest factors in favour of prosecution i. A history of similar conduct (including prior criminal, civil and regulatory enforcement actions against P and/or its directors/partners and/or majority shareholders).”

二、本土观察：适用范围的学理争论和司法实践

“意见”通过规定第三方合规监管的方式，从侧面规定了企业合规从宽案件的适用范围。在试点实践中，地方制定的规范文件涉及了地方层面的合规从宽案件的适用范围。但是这些法律文本没有清晰区分合规从宽和合规不起诉的适用范围，更没有在企业不起诉的框架下，进行准入条件和考量因素的二元区分。在此背景下，不论是学界还是实务界，对合规不起诉适用的范围存在诸多争议。

第一，合规不起诉是否能够适用于个人。“意见”第3条规定了适用的对象不仅仅局限于单位，亦适用于涉嫌与生产经营活动密切相关的犯罪案件中的企业实际控制人、经营管理人员、关键技术人员。如何理解“与生产经营活动密切相关”呢？对此，有学者从二元责任路径视角，认为个人责任路径以单位意志存在为基础，当从个人行为中推导出单位意志，又不存在相应单位犯罪条款时，可以以个人责任为基础，与企业签署合规监管考察协议。否则，不能任意适用针对企业的合规监管程序。概言之，针对个人的合规程序激励应当以存在单位意志为前提。^⑨ 但亦有学者持不同意见，认为企业合规是免除企业责任的事由，但并非免除自然人责任的根据，基于罪刑法定原则，合规激励的对象只能及于企业，即“放过企业，严惩责任人”。^⑩ 亦有学者从中国的本土实践出发，溯源企业合规不起诉和认罪认罚从宽之间的关系，系统分析了“双不起诉”的现象，并提出了合规不起诉只适用于企业，而对个人的不起诉则基于认罪认罚从宽。概言之，尽管都产生了不起诉的效果，但是二者基于不同的制度依据。^⑪ 尽管学界尚存争议，但是地方实践多遵循了“意见”的规定，比如《辽宁省人民检察院等十机关关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》第4条规定，涉罪企业合规考察制度既适用于单位犯罪案件，也适用于企业经营者、管理者、关键技术人员等重要生产经营人员与企业生产经营相关的个人犯罪案件。部分地区甚至做了进一步拓宽，适用于任一普通员工实施的与企业经营活动相关的刑事案件。^⑫ 在实践中，“放过企业，也放过企业家”成为常态，在最高检公布的两批十个典型案例中，有八个案件在不起诉企业的同时，亦没有起诉个人。^⑬

第二，合规不起诉是否适用于小微企业。“意见”没有对企业的规模进行限制，只要企业仍然能够正常经营，则可以适用合规从宽。考虑到合规建设的成本以及小微企业的人力、财力限制，有学者建议企业合规的相关刑事豁免或减免制度体系原则上应当适用于大型企业，对中小微企业应当谨慎适用。^⑭ 另有一些学者从我国中小微企业的数量和重要性视角，认为合规激励应当适用于中小微企业，但是在合规计划的建构上做差异化处理。具体而言，中小微企业的合规无须大而全，而是具有针对性和现实执行性，制

^⑨ 参见李本灿：《企业合规程序激励的中国模式》，载《法律科学》2022年第4期。

^⑩ 参见黎宏：《企业合规不起诉：误解及纠正》，载《中国法律评论》2021年第3期。

^⑪ 参见李玉华：《企业合规本土化中的“双不起诉”》，载《法制与社会发展》2022年第1期；周新：《涉罪企业合规不起诉制度重点问题研究》，载《云南社会科学》2022年第2期。

^⑫ 比如《岱山县人民检察院涉企刑事合规办理规程（试行）》第2条规定：涉企案件，包括但不限于企业、经营者、员工实施的与企业经营活动相关的刑事案件。再如《苏州市检察机关企业刑事合规从宽制度工作规程（试行）》第1条规定：本规程所称“涉企人员”，是指对企业犯罪承担刑事责任的企业主管人员、直接责任人员及其他相关人员。

^⑬ 参见前引④，《关于印发〈企业合规典型案例（第二批）〉的通知》，载“最高人民检察院官网”，最后访问日期：2023年4月23日。其中“张家港S公司”案，尚未进入审查起诉阶段，公安机关作撤诉处理，亦属于“放过企业且放过企业家”，故一并计入。

^⑭ 参见陈瑞华：《企业合规不起诉改革的八大争议问题》，载《中国法律评论》2021年第4期。

订更为简化的专项企业合规计划,如无须聘请第三方监管机构,直接由检察机关或者行政机关督促合规建设。^⑮ 尽管存在上述争议,我国目前各地试点实践中的刑事合规激励对象以中小微企业为主。对此,存在两个视角的解释:其一,首轮企业合规改革发生在基层检察院,因此试点案例主要是由其管辖的中小微企业实施的轻微单位犯罪案件;其二,我国企业数量的分布和单位犯罪的现状,决定了大量案件的涉案企业为中小微民营企业。

第三,企业合规不起诉是否以企业或者个人的认罪认罚为前提。“意见”第4条规定了企业或者个人的认罪认罚为合规激励的前提条件。2021年4月最高检下发的《关于开展企业合规改革试点工作方案》明确了开展企业合规改革试点要与依法适用认罪认罚从宽制度相结合。对此,学者往往在认罪认罚从宽与企业合规制度两者的关系框架下展开讨论,并分化为“融合论”和“分离论”。^⑯ “分离论”学者认为,认罪认罚从宽制度和企业合规激励,二者存在目的论上的本质差异,前者关照诉讼效益,后者关照企业再生(往往需要历经耗时的合规整改),因此应当将二者进行制度剥离。^⑰ 据此,企业合规激励往往不以认罪认罚具结书的签署为前提条件。“融合论”学者认为,认罪认罚从宽制度与合规激励同属于合作性司法,倡导将二者进行制度融合。^⑱ 据此,二者的适用边界不再泾渭分明,准入条件往往为合规计划的建构以及认罪认罚具结书的签署。尽管理论上存在诸多争议,实践中各地往往将认罪认罚具结书的签署作为合规不起诉的前提条件。

第四,重罪案件是否适用企业合规不起诉程序。对此,“意见”未作限制,学理上尚存在较大争议。部分学者基于罪刑法定原则以及与现有制度适恰性视角,认为在现阶段尚需将合规不起诉局限于轻罪,^⑲ 但不排除基于重大立功或者国家重大利益,依据刑事诉讼法第182条,对重罪案件予以特殊不起诉。^⑳ 亦有学者认为,如果将企业合规不起诉局限于轻罪,则未突破原有的相对不起诉的适用范围,考虑到合规建设的成本,合规不起诉制度欠缺激励效应。^㉑ 对此,亦有学者从责任主义视角,尝试进行重罪案件附条件不起诉的理论证成。^㉒ 实践中,各地做法各异。多数试点单位将企业合规相对不起诉适用范围限定在轻罪案件。与此不同,辽宁省、^㉓ 深圳南山、^㉔ 湖北黄石^㉕将直接责任人可能判处3~10年有期徒刑的案件,亦纳入了合规试点。在最高人民法院发布的第二批“企业合规典型案例”中,亦有部分涉及较严重罪行。比如,“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,^㉖ “山东沂南县Y公司、姚

^⑮ 参见周新:《涉罪企业合规不起诉制度重点问题研究》,载《云南社会科学》2022年第2期。

^⑯ 参见陈卫东:《刑事合规的程序法建构》,载《中国法律评论》2022年第6期。

^⑰ 参见前引⑭,陈瑞华文;李奋飞:《单位刑事案件诉讼程序》立法建议条文设计与论证》,载《中国刑事法杂志》2022年第2期。

^⑱ 参见前引⑮,陈卫东文;李玉华:《以合规为核心的企业认罪认罚从宽制度》,载《浙江工商大学学报》2021年第1期;孔令勇:《刑事合规与认罪认罚从宽的融合——企业合规从宽制度研究》,载《中外法学》2022年第3期。

^⑲ 参见杨帆:《企业合规中附条件不起诉立法研究》,载《中国刑事法杂志》2020年第3期;李本灿:《刑事合规制度改革试点的阶段考察》,载《国家检察官学院学报》2022年第1期;李勇:《企业附条件不起诉的立法建议》,载《中国刑事法杂志》2021年第2期。

^⑳ 参见李本灿:《刑事合规制度改革试点的阶段考察》,载《国家检察官学院学报》2022年第1期。

^㉑ 参见李玉华:《企业合规不起诉制度的适用对象》,载《法学论坛》2021年第6期;李奋飞:《论企业合规考察的适用条件》,载《法学论坛》2021年第6期。

^㉒ 参见董文蕙:《重罪合规不起诉的理论证成及适用限制——以责任主义为中心的分析》,载《法商研究》2022年第6期。

^㉓ 参见《辽宁省人民检察院等十机关关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》第6条。

^㉔ 参见《深圳市南山区人民检察院企业犯罪相对不起诉适用机制试行办法》第3条。

^㉕ 参见《黄石市检察院关于建立企业合规第三方监管制度的实施意见(试行)》第7条。

^㉖ 参见《关于印发〈企业合规典型案例(第二批)〉的通知》,载“最高人民法院官网”,最后访问日期:2023年4月23日。

某明等人串通投标案”涉案金额高达1 134万元,^⑳“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。^㉑

第五,企业合规不起诉是否需要限定罪名。“意见”第5条规定了“涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪”的罪名应当排除适用合规激励。对此,学界亦尚未达成共识。有学者建议将部分罪行排除适用,包括涉嫌危害国家安全、恐怖活动等犯罪的罪行以及造成重大人员伤亡的罪行。^㉒亦有学者认为不宜限定罪名,但应当限定刑罚,即可能判处三年以下有期徒刑。^㉓另有学者从刑事合规的制度本源出发,鉴于合规治理在于回应企业内部的自我监管,因此适合合规考察的案件应当是犯罪行为的发生与企业内部治理机制缺陷有直接关联的案件。^㉔在试点实践中,除了“意见”规定的涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪之外,大部分地区亦排除了涉黑、涉恶罪行^㉕的适用,部分地区排除了毒品犯罪^㉖和严重危害公共安全类犯罪^㉗的适用,极个别地区甚至排除了虚开发票和骗取出口退税犯罪^㉘的适用。

三、域外观察：二元规制路径的立法例

功能比较视角,我国现行的检察建议模式与“不起诉协议”(non-prosecution agreement, NPA)相似,附条件不起诉模式则与“暂缓起诉协议”(deferred prosecution agreement, DPA)相似。NPA和DPA的差异在于:前者情形下,检察院不提起刑事指控,协议签订程序也相对不正式、不透明;而后者,事实上检察院已经提起了刑事指控,公司(被告)也对不法行为予以承认,并且附加相关的条件,诸如合规计划的建构(整改)、民事赔偿、行政罚款等。检察院在一定的时间内审核所附条件的完成情况,并据此做出是否继续提起诉讼的决定。DPA签订的程序往往较为正式、公开,在部分国家(比如英国)需要接受司法(法院)审查。鉴于NPA程序相对封闭且往往无需接受司法审查,因此在部分国家(比如英国)并未确立。根据数据统计,在美国针对企业犯罪签署的协议中,DPA和NPA协议并存,并呈现DPA逐渐占据主导的趋势。根据数据统计,2015年美国DPA的占比13%,2016年为44.5%,2017年为46%,2018年为40%,2019年为58%,2020年爬升至74%,2021年上升至75%。^㉙DPA与NPA适用的一个重要区分界限在

^㉗ 参见前引^㉖。

^㉘ 参见前引^㉖。

^㉙ 参见前引^㉖,李奋飞文。

^㉚ 参见李勇:《企业附条件不起诉的立法建议》,载《中国刑事法杂志》2021年第2期。

^㉛ 参见前引^㉖,李本灿文。

^㉜ 参见《苏州市检察机关企业刑事合规从宽制度工作规程(试行)》第4条;《辽宁省人民检察院等十机关关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》第7条;《张家港关于开展企业合规改革试点工作的实施细则(试行)》第6条;《深圳市南山区人民检察院企业犯罪相对不起诉适用机制试行办法》第4条。

^㉝ 参见《苏州市检察机关企业刑事合规从宽制度工作规程(试行)》第4条;《辽宁省人民检察院等十机关关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》第7条。

^㉞ 参见《无锡市新吴区人民检察院暂缓起诉协议制度试点工作操作口径》第5条;《江阴市人民检察院暂缓起诉协议制度试点工作规范(试行)》第2条。

^㉟ 参见《辽宁省人民检察院等十机关关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》第7条。

^㊱ See Gibson Dunn, 2021 Year-End Update on Corporate Non-Prosecution Agreements and Deferred Prosecution Agreements, p. 4.

于,NPA的适用需要有企业的自我披露行为,并且仅在罪行相对轻微的情形下适用。^⑳鉴于NPA在实践中适用较少,且在部分国家没有规定,下文重点观察DPA的适用范围。

(一) 准入条件

严格意义上,美国不论是立法还是相关指引中都没有关于DPA准入条件的明确规定。美国的《司法手册》^㉑9—22.100条通过反向规定的形式,限制了下列个人罪行的审前分流:1)根据司法部现有的指导方针,被指控犯有应移交国家起诉的罪行;2)有两次或两次以上重罪前科的人;3)公职人员或前公职人员因涉嫌违反公共信赖而被控违法;4)被指控犯有与国家安全或外交事务有关的罪行。鉴于该条款的适用对象为自然人,对单位犯罪不能简单推而适用。实践中,检方对公司累犯案件态度暧昧,比如法玛西亚普强制药公司两度定罪,亦不影响其达成暂缓起诉协议。^㉒

英国在《2013年犯罪和法院法》附则17中规定了暂缓起诉的准入条件,包括:1)适用对象为公司、合伙或者其他组织体,不适用于自然人;^㉓2)适用罪行为《2013年犯罪和法院法》附则17的第2部分限定的罪名。此类罪名限于经济犯罪,但是未局限于轻罪,主要为监管型罪行(statutory offences),包括违反海关管理规定的罪行、涉税、涉及财政和市场监管、贿赂等罪行,此类罪行往往与企业的内部监管关系密切。此外,普通法罪行(common law offences)中的故意欺诈、公共收入欺诈亦可以适用暂缓起诉。^㉔此外,在英国SFO与CPS联合发布的《暂缓起诉实施细则》中,区分了证据阶段(evidential stage)和公共利益阶段(public interest stage)。前者指的是,可采的证据显示了合理的嫌疑(reasonable suspicious),因此得以起诉。如果案件无法通过证据阶段的评估,则不存在刑事案件,无法启动暂缓起诉。^㉕综上,英国的准入条件可以概括为,罪责的合理嫌疑、适用对象为组织体、涉嫌行为系法条罗列的罪行。

加拿大于2018年通过了一项新的法案,在该法案中引入了“补救协议”(remediation agreements),功能上类似英美的暂缓起诉协议。^㉖在该法案715.32(1)条,规定了如果符合下列条件,检察官可以与涉嫌犯罪的组织就补救协议进行谈判:1)检控官认为该罪行有合理的嫌疑被定罪;2)行为(或不作为)没有造成,也不可能造成严重的人身伤害或死亡,或对国家安全造成损害,也不是为了犯罪组织或恐怖组织的利益、受其指使或与之有联系;3)检控官认为谈判该协议符合公共利益并且适宜;4)司法部部长已同意就该协议进行谈判。^㉗

通过上述立法例可以看出,各国对暂缓起诉的准入条件较少作出限制。美国放弃了立法的刚性限制,通过考量因素进行柔性引导,从而将较大的裁量空间交由司法机关。英国和加拿大规定了罪行合理

^㉑ See note ㉑, Gibson Dunn 文。

^㉒ 前身为《美国检察官手册》(United States Attorneys' Manual),现已更名为《司法手册》(Justice Manual),手册内容参见“美国司法部官网”。

^㉓ 参见[美]布兰登·L.加勒特:《美国检察官办理涉企案件的启示》,刘俊杰、王亦泽等译,法律出版社2021年版,第202页。

^㉔ See Crime and Courts Act 2013, SCHEDULE 17, art. 4(1): “P may be a body corporate, a partnership or an unincorporated association, but may not be an individual.”

^㉕ See Crime and Courts Act 2013, SCHEDULE 17, art. 15 - 28.

^㉖ See Deferred Prosecution Agreements Code of Practice, art. 1. 2.

^㉗ Budget Implementation Act, 2018, No. 1, S. C. 2018, c 12 (Can.), See Peter Reilly, Sweetheart Deals, Deferred Prosecution, and Making a Mockery of the Criminal Justice System: U.S. Corporate DPAs Rejected on Many Fronts, 50 Ariz. St. L. J. 1113(2018).

^㉘ See Budget Implementation Act, 2018, No. 1, § 715.32(1), S. C. 2018, c 12 (Can.).

嫌疑为前提的准入条件,在罪名、自然人或者行为后果等方面作出极为有限的刚性限制。

(二) 考量因素

在一系列备忘录^{④⑤}的基础上,美国《司法手册》确立了是否起诉企业的11项重要考量因素:1) 罪行的严重性;2) 公司内部不法行为的普遍性;3) 公司过去的类似行为(包括刑事、民事和行政执法行为);4) 公司的合作意愿(包括其代理人的潜在不法行为);5) 公司在不法行为发生时,是否具备合适有效的合规计划;6) 公司对不法行为的及时和自愿披露;7) 相关补救措施,包括建构或者完善合规计划、管理层的重建、对不法行为人的惩罚以及补偿损失等;8) 起诉会造成的损害,包括对股东、雇员的损害;9) 实施民事或者监管救济是否已经足够,包括与监管机构的合作;10) 起诉个人是否已经足够;11) 被害人的利益保护。^{④⑥} 上述11个因素可以归纳为罪责、企业合规记录及现状、事后合作及补救以及起诉企业的溢出效应。

英国《暂缓起诉实施细则》规定了通过证据阶段准入的案件,尚需要经过公共利益的考量,才能予以暂缓起诉。考量的反向因素包括:^{④⑦} 1) 存在曾经的类似行为(包括针对企业、管理人以及主要股东的刑事、行政和民事处罚);2) 被诉行为系企业经营业务的一部分;3) 不法行为发生时,企业没有(有效的)合规计划,即便存在,该计划至起诉时尚未有显著的进步;4) 被诉企业曾被警告、处罚或者被刑事起诉,且未采取合适的措施防止未来的不法行为,或者持续进行不法行为;5) 未在得知不法行为的合理时间内予以自我披露;6) 自我披露不法行为但未予核实,或者披露了(知道或者可以确信为)不准确的、不完整的或者误导性的不法行为;7) 对被害人造成了直接或者间接的重大损失,或者对市场、地方或者国家政府的诚信和公信力产生重大的负面影响。与之相对,正向因素包括:^{④⑧} 1) 合作,包括自我披露、补救措施以及补偿被害人;2) 缺乏曾经的类似不法行为;3) 具备主动(proactive)的事前合规计划;4) 不法行为代表个人的孤立行为,比如行为反常的管理者;5) 不法行为不是近期发生的,且企业已经发生了变化,比如企业的管理层发生了根本的改变,企业在组织上被并购,企业已不在原行业或市场等;6) 依据国内法或者国外法,对企业定罪将引发不合比例的后果;7) 定罪将导致溢出效应,包括对企业员工、股东等。上述的公共利益阶段的考量因素可以归纳为企业合规记录及现状、事后合作及补救、起诉企业的溢出效应以及起诉必要性。在衡量前述因素时,尚需关注与罪责的比例关系,如果罪责越严重,则公共利益中的支持暂缓起诉要素需要更为有力,才得以暂缓起诉。^{④⑨}

类似的,澳大利亚在《刑事起诉政策》(Prosecution Policy of the Commonwealth)以及相关的指引性文件中,规定了暂缓起诉的考量因素,包括:1) 公司在不法行为中所起的作用;2) 公司是否自行报告不当行为;3) 公司在多大程度上配合调查(包括提供有关公司和个人不当行为的信息);4) 公司的合规记录。^{⑤⑩}

^{④⑤} 重要的备忘录包括霍尔德备忘录、汤普森备忘录、麦克纳尔蒂备忘录、菲利普备忘录,参见李本灿:《域外企业缓起诉制度比较研究》,载《中国刑事法杂志》2020年第3期。

^{④⑥} See Justice Manual: 9-28.300.

^{④⑦} See Deferred Prosecution Agreements Code of Practice, art. 2.8.1.

^{④⑧} See Deferred Prosecution Agreements Code of Practice, art. 2.8.2.

^{④⑨} See Deferred Prosecution Agreements Code of Practice, art. 2.6.

^{⑤⑩} See Peter Reilly, Sweetheart Deals, Deferred Prosecution, and Making a Mockery of the Criminal Justice System: U. S. Corporate DPAs Rejected on Many Fronts, 50 Ariz. St. L. J. 1113(2018).

综上,美国、英国和澳大利亚都不约而同地强调了企业的合规记录和自我披露作为是否起诉企业的考量因素。美国和英国亦特别强调了起诉企业将导致的溢出效应。

(三) 小结

通过上述的域外观察,可以就企业合规不起诉在境外适用的范围和规制方式作如下归纳:

第一,对企业合规不起诉的适用范围作准入条件和考量因素的二元区分。从立法技术视角,第一层次的准入条件,一般以刚性的立法形式,规定了最低限度的资格问题,未符合准入条件的,严格排除适用。第二层次的考量因素,则一般以适用指南等软法形式规定,司法机关具有较大的裁量空间。

第二,鉴于刚性适用的特征,立法对准入条件规定的门槛较低,比如英国《2013年犯罪和法院法》只排除了个人适用和罪名限定,美国甚至不做严格限制,而加拿大实质上仅排除了具有严重后果的罪行。这一有意为之的“立法漏洞”,由第二层次的考量因素通过适用指南等弹性法律文本或先例等形式,进行补充、细化。

第三,从企业合规制度的基本理论出发,威慑陷阱理论强调了对起诉企业溢出效应的担忧,回应性规制理论强调了激励企业自我规制的胡萝卜策略。^{⑤①}在考量不起诉因素时,二者不可偏废,即兼顾溢出效应和合规激励。前者关注企业的税收、就业等公共利益,后者关注企业的合规记录、司法合作(对涉嫌犯罪事实的承认、自我披露)等。

第四,鉴于考量因素的弹性适用,基于司法正义和程序透明的要求,司法机关据此作出的决策,一般应当进行详细说理。以英国 Airbus S. E. 案件为例,在与 SFO 签署的 DPA 中,详细列明了相关的考量因素,包括自我披露、过去和(承诺的)未来的合作行为、追缴不法收益(585 939 740 欧元)、缴纳罚金(398 034 571 欧元)、支付 SFO 合理的调查费用(6 989 401 欧元)以及持续完善合规。^{⑤②}再如美国的 Vitol Inc 案,法院在批准 DPA 协议时,对考量因素进行了具体的说理:1) 该公司积极配合调查,包括如实陈述、主动协助调查机关与前外国雇员的谈话、文件披露(披露境外文件并作翻译)等;2) 执行整改补救措施,包括人事变更,加强内部政策、程序管理(包括反腐败机制的建构,与第三方机构的礼品、娱乐和旅游等方面的规章制度,内部调查与风险评估,加强培训和内部举报程序等);3) 承诺在原基础上,加强合规计划,并在协议中明确该计划的最低标准;4) 罪行的严重程度和性质;5) 之前的合规记录;6) 执行了美国商品期货委员会(U. S. Commodity Futures Trading Commission)签发的禁止令(cease and desist proceeding),并承诺支付罚款 28 791 000 美元(其中 12 791 000 美元针对协议所述事项);7) 承诺支付 135 000 000 美元的罚金(在《量刑指南》规定罚金额基础上给予 20%的量刑激励)。^{⑤③}

四、本土建构:二元规制路径的初步构想

企业合规制度系舶来品,域外的经验一定程度上可供借鉴。与此同时,应当特别警惕水土不服的风险。比如,西方涉及刑事合规的绝大多数都是大型企业,职业经理人制度支撑了“放过企业、严惩企

^{⑤①} 参见前引②,林静文。

^{⑤②} See R v. Airbus SE DPA.

^{⑤③} See USA v. Vitol Inc DPA.

业家”的治理逻辑。但是,我国涉案的企业绝大多数都是中小微企业,主体规模较小、股权组成单一,更加关注自然人的处罚问题,而不是企业本身的罪与非罪。^{⑤4} 因此,照搬“放过企业、严惩企业家”的治理逻辑,对此类企业将丧失激励效应。故从我国本土实践出发,适当参考域外经验,建构本土化的二元规制路径。

(一) 准入条件：遵循最低限度标准

第一,不法行为的证据条件。参考英国的证据阶段,鉴于合规计划的建设或整改具有负担性,将给企业带来额外的经营成本,对企业合规附条件不起诉的运用应当以具有合理的嫌疑并得以起诉企业为前提。辽宁省人民检察院等机关联合制定的《关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》第6条作了类似的规定:“犯罪事实清楚,证据确实、充分”系合规考察的适用条件。刑事诉讼法171条规定,人民检察院审查案件的时候,必须查明犯罪事实、情节是否清楚,证据是否确实、充分。因此,应当基于证据不足不起诉以及法定不起诉做出不起诉决定的案件,不得适用附条件不起诉。换言之,在挂案情形下,企业合规激励只能局限于(同步)检察建议模式,不得扩张至附条件不起诉模式。以“张家港S公司、唯某某销售假冒注册商标的商品案”为例,“公安机关明确表示,如该公司通过企业合规监督考察时还没有新的证据进展,将作出撤案处理。”^{⑤5} 笔者认为此作法欠妥,理由有二:其一,存疑不起诉是我国刑诉法明确规定的,不应当附加额外的条件,对此亦有学者持类似意见,不再赘述;^{⑤6} 其二,此种设置引发了具体操作难题,即如果企业无法通过合规监督考察,且公安机关也无法取得新的证据,该如何处理?反之,如果企业通过了合规监督考察,但是公安机关取得了新的证据,又该如何处理?综上,笔者认为,在该案中,证明S公司及唯某某犯罪故意的证据不确实、不充分,案件历经两年,进一步侦查无果,已处于“挂案”状态。对此,基于刑事诉讼法第175条的规定,应当作出证据不足不起诉的决定。与此同时,该公司存在内部合规体系缺陷,检察机关可以向企业提出制订或完善合规计划的检察建议,并同时向主管行政机关提出行政处罚的检察意见。此处的检察建议和检察意见,不是基于检察机关的起诉裁量权,而是基于法律监督权。概言之,附条件不起诉模式应当满足具有合理的嫌疑,具备起诉条件的证据要求。如不满足证据条件,检察机关仅得以做出证据不足不起诉的决定,并基于法律监督职能,同步制发合规建设的检察建议。

第二,适用对象为单位或者单位员工,后者以员工行为可以推导出单位的监管缺陷为前提。合规不起诉旨在激励企业通过建设、整改企业的合规计划,面向未来,实现犯罪预防。因此,其适用的对象应当为单位或者能够从个人行为中推导出单位监管缺陷的单位员工,包括“意见”中所述的企业实际控制人、经营管理人员、关键技术人员,以及其他普通员工。换言之,人员的职级不是关注重点,行为是否出于监管缺陷才是问题所在。如何理解“可以从个人行为中推导出监管缺陷”,举例而言,企业为了开拓业务,设置了业务招待等公关经费,对此没有严格的使用标准,亦缺乏合理使用经费的审查机制。在此情形下,尽管没有单位管理层的明确授意,单位员工在开拓销售渠道时,通过公司的公关经费为潜在客户安排了国际旅游考察并支付了较大数额的专家费。对此可以认为,能够从“个人行为中推导出单位监管缺陷”。反

^{⑤4} 参见刘晓光、金华捷:《企业刑事合规本土化探索思考》,载《检察日报》2021年3月31日;董坤:《论企业合规检察主导的中国路径》,载《政法论坛》2022年第1期。

^{⑤5} 参见前引^{⑤4}。

^{⑤6} 参见前引^{⑤4},李本灿文。

之,即便是经营管理人员或关键技术人员,若其行为无法推导出监管缺陷,则不属于合规激励的对象,不适用合规不起诉。比如前述情形下,单位明确规定了公关经费使用的标准、程序,规定了反商业贿赂的内部章程,并提供相关的培训和行为指引手册。即便如此,有关键技术人员采用伪造单据的形式,使用公司公关经费向个别潜在客户提供了较大数额专家费。此情形下,该职员的不法行为系违背公司意志,且无法推导出单位的监管缺陷,启动单位的合规考察无助于面向未来的犯罪预防,因此不属于合规不起诉的激励对象。概言之,合规不起诉的适用对象为单位,以及(能够从个人行为中推导出单位监管缺陷情形下的)单位员工。

第三,企业的合规意愿,即单位应当承认涉嫌犯罪事实,并承诺合规计划的建构或整改。尽管2021年4月最高检下发的《关于开展企业合规改革试点工作方案》明确了开展企业合规改革试点要与依法适用认罪认罚从宽制度相结合,但二者在制度目的、治理逻辑上存在诸多差异。虽然同属于合作性司法,企业合规的核心目的在于激励企业自治,其治理逻辑面向未来,这也解释了境外的合规激励往往附加合规计划的建构或者整改等条件。与此相对,认罪认罚从宽旨在通过程序、实体上的从宽,获得行为人的合作(认罪认罚),核心目标之一在于诉讼经济,这也解释了我国刑事诉讼法在引入认罪认罚从宽的同时,也引入了速裁程序,大部分认罪认罚案件通过速裁和简易程序审结,^{⑤7}因此认罪认罚从宽更多地面向过去。从功能比较视角,中国的认罪认罚从宽制度可以类比美国的辩诉交易制度,合规不起诉可以类比美国的DPA/NPA。众所周知,美国的辩诉交易与DPA/NPA是两个截然不同的制度,它们在制度诞生、实践情形等诸多方面都存在差异。此外,如果将认罪认罚具结书的签署作为合规不起诉的适用条件,将导致如下悖论:其一,认罪认罚具结书是具有法律意义的文本,该文书的签署将带来市场领域的事实有罪的标签效应,并衍生溢出效应的可能性,这与企业合规的制度初衷相悖;其二,更为深远的悖论是,如果企业合规的适用前提是认罪认罚具结书的签署,那么企业合规制度的独立性价值将严重受损。甚至我们完全可以通过解释认罪认罚从宽制度,来覆盖现行试点的企业合规制度。认罪认罚从宽制度规定在《刑事诉讼法》总则中,可以视为我国刑事诉讼的基本原则,理论上没有排除单位的适用。^{⑤8}既然如此,为何还需要试行并尝试建构企业合规制度?原因在于前述的二者在制度目的、治理逻辑上存在根本差异。因此,不能将“认罪认罚”或者“认罪认罚具结书的签署”作为合规不起诉的适用前提。尽管如此,从面向未来的治理视角,企业对涉嫌犯罪的事实承认,以及合规计划的建构或整改承诺,可以体现企业的合规意愿,系准入条件。概言之,合规不起诉不以“认罪认罚具结书”的签署为前提,但需要企业承认涉嫌犯罪事实,并做相应的合规整改承诺。

第四,基于行为的法益侵害权衡,对部分罪名的排除适用。从刑事政策视角,企业合规制度可以用法益权衡进行解释,即溢出效应所涉的利益(包括就业、税收、股东、市场等)超过了行为侵害的法益,因此应当采取区别于自然人犯罪的治理逻辑。从这一视角出发,加拿大等国在罪名的适用上做了限制,排除了部分严重侵害法益的罪名。从立法技术视角,“准入条件”应当尽可能地降低门槛,剩余的裁量空间留给“考量因素”。因此,笔者赞同“意见”的规定,在罪名上,仅排除对“涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪”的适用。对涉黑涉恶案件、毒品犯罪案件以及(除涉恐外的)危害公共安全案件,则可以纳入考量因

^{⑤7} 根据数据统计,在认罪认罚案件中,27.6%案件通过速裁程序审理,49.4%案件通过简易程序审理,共计77%。参见张军:《最高人民法院关于人民检察院适用认罪认罚从宽制度情况的报告——2020年10月15日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2020年第6期。

^{⑤8} 参见李本灿:《认罪认罚从宽处理机制的完善:企业犯罪视角的展开》,载《法学评论》2018年第3期。

素,由司法机关根据个案情形,进行法益的权衡,不列入准入条件进行一律排除。实践中,大量的重大责任事故罪、工程重大安全事故罪、消防责任事故罪等危害公共安全罪,恰恰是由于单位欠缺合规文化,疏于内部监管,员工合规意识薄弱所致,此类案件恰恰是企业合规制度的用武之地。对试点中出现的“虚开发票和骗取出口退税犯罪”,基于法益权衡,可以作为合规考察案件。此外,不同于英美等国,我国的单位犯罪以刑法分则中的特别规定为限。根据现行刑法,单位犯罪罪名为164个,约占罪名总数的34%,那么是否应当将非单位犯罪的罪名一律排除呢?据此,有学者主张,鉴于我国单位犯罪显著的片段性,对非单位罪名,如果可以从个人行为中推导出单位意志,亦可以适用合规激励。^⑤笔者赞同企业合规激励不局限于单位犯罪的罪名,理由在于企业合规制度的治理逻辑是,通过国家治理上的激励机制,促成企业的自我监管,尽管常常运用于单位犯罪语境下,但不以此为限。诸如在单位尚未确立刑事责任的德国,亦可以通过保证人的刑事责任,建立合规激励的连接点。^⑥换言之,在单位责任路径之外,亦存在个人责任路径下的企业合规激励的适用空间。个人责任路径下的适用标准,笔者主张“可以从个人行为中推导出单位的监管缺陷”(“监管缺陷”标准),而非“可以从个人行为中推导出单位意志”(“单位意志”标准)。理由如下:其一,与抽象的“单位意志”标准相比,“监管缺陷”更具象化,更容易证成。如前所述,企业为了开拓业务,设置了业务招待等公关经费,对此没有严格的使用标准,亦缺乏合理使用经费的审查机制,但在公司章程中规定了员工不得进行商业贿赂。在此情形下,单位员工在开拓销售渠道时,擅自通过公司的公关经费为潜在客户安排了国际旅游考察并支付了较大数额的专家费。此情形下,员工的不法行为显然与单位的“监管缺陷”密切相关,但似乎很难推导出“单位意志”。其二,“监管缺陷”标准没有违背刑法的责任自负原则。前述案件,如果行为人为普通员工,则在我国现行的刑法责任理论下,由于欠缺单位的主观构成要件,很难成立单位犯罪,但这并不代表单位没有监管缺陷,从而应当承担相应的合规整改义务。其三,“监管缺陷”标准回应了企业合规制度的治理逻辑,即通过企业的内部治理,实现面向未来的犯罪预防。

第五,基于审慎的渐进路径,对重罪罪行排除适用。罪名与罪行是两个不同层次的概念。比如刑法第264条规定了盗窃罪,在该罪名下,存在数额较大、数额巨大和数额特别巨大三种罪行,分别对应不同的法定刑。“形式标准说”视角下,不同罪行对应的法定最高刑,构成轻罪、重罪的划分标准。笔者赞同郑丽萍教授的主张,即以5年有期徒刑作为轻罪与重罪的划分界限,法定最高刑为5年以下有期徒刑的为轻罪,轻罪又包括轻微犯罪,法定最高刑为3年以下有期徒刑的为轻微犯罪,法定最高刑为5年以上有期徒刑的为重罪。^⑦对重罪,美国、英国等都没有作为准入条件进行排除。加拿大虽然从罪行后果角度进行了限制,但也未局限于轻罪。我国尚在合规制度初探阶段,宜采用较为审慎的渐进路径,可以在罪行上做适当限制。具体而言,(同步)检察建议模式对后续企业的合规建设没有实然的约束力,宜仅适用于法定最高刑为3年以下的轻微案件。与之相对,附条件不起诉以企业的合规整改为前提,通过合规整改评估的企业,才最终得以不起诉。如果其适用罪行仍局限于轻微案件,此类案件在既有的立法框架下,亦存在通过相对不起诉予以分流的可能。如果企业在耗费大量的人力和经费进行合规整改后,其激励的空间仍未有所增长,显然不合理。从作为经济体的企业视角,企业合规制度成了变相的负担,该制度也将逐渐

^⑤ 参见前引⑨,李本灿文。

^⑥ 对此,已有学者进行深入研究,不再赘述。参见李本灿:《合规的保证人义务来源及其履行》,载《法学》2020年第6期;张小宁:《论合规负责人的保证人义务——以证券犯罪为示例》,载《东方法学》2021年第5期。

^⑦ 参见郑丽萍:《轻罪重罪之法定界分》,载《中国法学》2013年第2期。

丧失吸引力,并催生大量的“纸面合规”以降低合规整改的成本。鉴于此,建议适当扩大附条件不起诉的适用范围,即可以适用于法定最高刑为5年以下有期徒刑的轻罪。概言之,合规不起诉对重罪予以排除适用,其中(同步)检察建议模式仅在轻微罪行范围内予以适用,附条件不起诉模式得以在轻罪范围内适用。

(二) 考量因素: 兼顾激励和引导价值

第一,公共利益。判断公共利益是否成立的标准是,企业被刑事起诉之后,潜在的溢出效应,比如员工失业、税收锐减等。观察最高检发布的案例,可以发现下列公共利益被频繁提及,包括:纳税贡献、员工数额以及对当地就业的贡献、业务领域的重要性(比如涉及高新科技)。^⑫ 实践中,部分地方将上述指标数字化,比如解决就业是否超过100人,纳税总额是否在本辖区内排名前100作为公共利益考察的重要指标。^⑬ 总结本土的实践,借鉴域外的经验,可以将下列公共利益纳入考量因素,包括:纳税贡献、就业贡献、业务领域(对行业创新、产业结构调整的贡献)、市场地位和股东利益等。对上述因素,不宜设定“一刀切”的量化标准(比如前述的员工数量和纳税总额的数字化考量),而应当由司法机关进行综合考量,并对此进行相应说理。比如有些高新科技公司,对我国的产业发展具有战略意义,但鉴于初期探索阶段,在员工数量和营业收入上尚无法达到传统产业的规模。对此类企业,经过充分的评估和说理后,亦可以认定为符合公共利益要素。

第二,合规能力。前述“公共利益”的考量因素指向合规激励的必要性,“合规能力”的考量因素则指向合规激励的可能性。合规不起诉是面向未来的制度,旨在激励企业进行自我规制。因此,企业是否具备一定的合规能力成为是否启动该机制的重要考量因素。如何评估企业的合规能力?可以从企业规模、经营现状、既有的合规体系等因素考量。陈瑞华教授提及的提交有针对性的合规计划,^⑭亦属于合规能力的考量因素。在“上海市A公司、B公司、关某某虚开增值税专用发票案”一案中,考虑了公司管理人员及员工学历情况。^⑮ 管理者的合规管理能力,可以视为企业合规建设能力的考量因素之一。但是严格意义而言,学历不能简单等同合规管理能力,对此应当就二者的相关性进行充分说理。

第三,合规记录和现状。从企业合规制度的初衷出发,在考量不起诉因素时,应当兼顾溢出效应和合规激励。前者体现为公共利益的考量,后者体现为企业既有的合规记录和现状。如前所述,美国、英国和加拿大都不约而同地强调了企业的合规记录作为是否起诉的考量因素。从我国目前的实践来看,溢出效应(公共利益)被充分重视,但是合规激励尚不足矣。具体而言,在最高检发布的第三批企业合规典型案例中,几乎所有的案例都提及了“公共利益”要素,诸如企业的纳税贡献、员工就业等,但仅有两例提及“合规记录”。^⑯ 这一做法传递了在美国被批判已久的“大到不能倒”(too big to fail)的危险信号。只要企业治罪的溢出效益足够大,企业的合规记录以及合规现状似乎不再重要。而从企业视角,亡羊补牢式的做法(事后合规计划)显然更为经济。概言之,我国目前践行的不起诉因素激励了企业的事后合规的

^⑫ 参见前引^⑮;《涉案企业合规典型案例(第三批)》,载“最高人民法院官网”,最后访问日期:2023年4月23日。

^⑬ 参见前引^⑨,李本灿文。

^⑭ 参见陈瑞华:《合规监管人的角色定位——以有效刑事合规整改为视角的分析》,载《比较法研究》2022年第3期。

^⑮ 参见前引^④。

^⑯ 在“山东沂南县Y公司案”中,提及“企业负责人一贯表现等情况,申通投标次数较少”,参见前引^⑮;在“福建省三明市X公司、杨某某、王某某申通投标案”中,提及“在检察机关会同有关部门,对涉案公司开展社会调查……调查处罚记录等”,参见《涉案企业合规典型案例(第三批)》,载“最高人民法院官网”,最后访问日期:2023年4月23日。

建构,但是在事前合规层面显然激励不足。回应该失衡现状,企业的合规记录,包括刑事、行政以及民事领域的相关记录,应当纳入考量因素。此外,行为在公司内的普遍性、高层的参与度、事前企业合规计划等,体现了公司的合规现状,亦应当纳入考量因素。在境外的企业合规话题中被反复强调的合规文化和高层基调(tone from the top),^{⑥7} 在中国企业合规建设中尤为重要,亦应当作为合规现状,纳入考量因素。

第四,司法合作和补救措施。如果说合规记录和合规现状作为事前考量因素,司法合作和补救措施则作为事后考量因素。司法合作层面,美国、英国和加拿大都不约而同地强调了自我披露。与此不同,我国现阶段的司法合作主要体现为涉案企业同意接受合规考察。未来可以进一步拓宽司法合作的形式,包括配合来自司法机关和第三方机构的合规调查和评估、自我调查报告的提交等。

补救措施层面,可以借鉴英美等国,从两个面向进行规制,即行为结果的止损和法益恢复,以及企业内部整改。前者包括及时停止损害行为、对行为造成的损害结果的补救、被害人的补偿等;后者包括管理层的重建,企业内部管理机制的完善,结合专项合规进行合规风险的甄别以及结构性整改。通过典型案例观察发现,我国在救济措施层面,止损和利益恢复被重点关注:比如在“深圳 X 公司走私普通货物案”中,X 公司在案发后规范了报关行为,主动补缴了税款。^{⑥8} 再如在“上海 Z 公司、陈某某等人非法获取计算机信息系统数据案”中,Z 公司积极赔偿被害单位经济损失并取得谅解。^{⑥9} 与之相对,企业自发的内部整改,包括人事调整、管理层的重建、内部管理机制的完善等,未能成为是否启动合规不起诉的考量因素,而往往作为合规不起诉启动之后的整改内容。此现象或许可以从现下我国对合规现状这一考量因素较为漠视中得到解释。与刚性的准入条件的规制属性不同,弹性的考量因素亦承担了行为引导功能。因此,企业在案发后的自发内部整改亦应当纳入考量因素。特别是管理层为行为人情形势下,公司的人事调整将对后续的合规整改的实质性和有效性产生重要影响,将其纳入考量因素,将极大地促进企业面向未来的犯罪预防。

五、结语:从“被动型”合规走向“自主型”合规

企业合规改革的近景目标是,通过事后合规计划的建立初步建立市场合规文化,特别是针对数量众多的中小微民营企业启蒙合规意识。远景目标是,通过事前合规计划的普及,在各行业领域内,做实合规文化,从“被动型”合规走向“自主型”合规。“被动型”合规着眼于执行阶段,体现为不法行为发生后,合规体系的建设和整改,且往往有外部力量(包括第三方监管机构、行政或者司法机关)的参与。“自主型”合规着眼于预防阶段,体现为不法行为发生前的合规体系的自主建设和整改。“自主型”合规具备自上而下的合规基调,企业管理层和执行人员认可并遵守企业的行为守则和章程,并逐步形成稳定的合规文化,因此具备强劲的合规内驱力。与之相反,“被动型”合规下,企业尚未建成稳定的合规文化,对法律和规则缺乏内在的认同感,仅仅是基于避免潜在的惩罚,而催生被动的合规。“被动型”合规往往伴生“装饰性合

^{⑥7} See Jing Lin, *Compliance and Money Laundering Control by Banking Institutions in China: Self Control, Administrative Control and Penal Control*, Berlin: Duncker & Humblot, 2016, p. 94.

^{⑥8} 参见前引^{⑥6}。

^{⑥9} 参见《关于印发〈涉案企业合规典型案例(第三批)〉的通知》,载“最高人民检察院官网”,最后访问日期:2023年4月23日。

规”风险,特别是(同步)检察建议模式下,该风险尤其值得关注。该模式下,检察机关在对企业作出不起诉时,同步送达合规整改的检察建议。企业后续的合规计划的建构和完善,无法再获得进一步的激励。鉴于高昂的合规建设成本,可以预见到,大部分企业将策略性地选择成本较低的“装饰性合规”,通过制订纸面文件来应付检察机关的后续监督。“装饰性合规”催生了形式主义,导致司法以及社会资源的浪费。比如,相关专业部门(律所、会计师事务所等)通过合规计划模版,稍加修改,从而适用多家企业,以应对检察建议的书面回复要求。鉴于此,(同步)检察建议模式应当谨慎适用。

立法技术视角,二元规制路径关照了企业合规现状,并为未来发展留足空间。未来的立法改革,可以在刑事诉讼法中规定企业合规不起诉的准入条件。准入条件应当具备一定时期的稳定性,故采取最低限度标准,以确保合规不起诉的适用空间。相应地,通过司法解释、典型案例、指导案例等形式,细化考量因素。在兼顾当下市场合规现状的同时,考量因素的设置可以适当呈现法的行为引导功能,从而推动“被动型”合规逐渐过渡到“自主型”合规。具体而言,通过司法合作、补救措施等评估因素,激励企业披露不法行为,并采取积极的止损、补救措施;通过合规记录、现有合规体系等评估因素,引导企业进行事前合规计划和合规文化的建设。

司法实践视角,遵循个案裁量原则,实现张弛有度的规制路径。实践中,部分地区已经在尝试通过“一案一议”的方式,探索多种合规不起诉的模式。^⑦“一案一议”“张弛有度”的前提是,对适用界限的清晰界定。比如(同步)检察建议模式应当局限于罪行轻微的案件,不得突破立法现有的相对不起诉的适用界限。对附条件不起诉模式,借鉴英国的做法,允许在罪责和考量因素之间进行权衡。具体而言,罪责越大,在公共利益、合规记录、司法合作和补救措施等正向考量因素应当更加充分。对公共利益的评价,包括纳税贡献、就业贡献、行业贡献等,但不能简单僵化地以数字标准进行一刀切。合规记录不局限于企业及单位管理人员的(与业务经营相关的)刑事记录,亦包括行政、民事记录。诸如对企业及个人的行政处罚记录、民事侵权案件记录等构成负面合规记录;行政主管部门或者行业团体对企业及个人的相关表彰构成正面合规记录。鉴于此,司法机关与行政主管部门及行业团体的信息共享尤为重要。在最高检发布的第三批企业合规案例中,可以看到这一趋势。比如“福建省三明市X公司、杨某某、王某某串通投标案”中,检察机关会同有关部门,对涉案公司开展社会调查,通过市场监管、人社、税务、工商联等平台,调查其社会贡献度、发展前景、社会评价、处罚记录等,研判该企业是否符合合规激励的条件。^⑧司法合作和补救措施不仅仅应当关注企业的合规承诺和行为止损及补救,亦应当关注企业对不法行为的自我披露和企业内部结构的自发整改。鉴于考量因素的弹性适用,加之企业对地方税收、就业的贡献从而滋生的地方保护主义,对司法机关滥用自由裁量的担忧不无道理。^⑨对此,司法机关应当就考量因素,在公开的听证程序中,进行充分说理。利益相关方(比如涉案企业及员工、被害人)以及合规监管程序参与者(比如第三方监管机构、相关行政管理部门)可以就考量因素发表意见。

^⑦ 参见广东省深圳市南山区人民检察院、深圳大学合规研究院联合课题组:《企业合规建设的“一案一议”模式——基于深圳市南山区人民检察院实践的分析》,载《中国检察官》2021年第23期。

^⑧ 参见前引^⑨。

^⑨ 参见前引^②,林静文。

Abstract: The binary regulatory path of threshold conditions and consideration factors shed light on the compliance status of Chinese companies, leaving room for future development. Future legislative reforms can specify threshold conditions for non-prosecution of corporate compliance in the Criminal Procedure Law. The threshold conditions follow the principle of minimum requirements to ensure the applicability of the system. The consideration factors are refined through judicial interpretations, typical cases, and other forms, which should reflect the guiding function of the law. By considering factors such as judicial cooperation and remedial measures, companies are encouraged to disclose illegal behavior and take active measures to stop and remedy it. By considering factors such as compliance records and existing compliance systems, companies are guided to build pre-compliance plans. In the current situation where compliance culture has not yet become mainstream, the binary regulatory path can contribute to achieving the cohesion between short-term and long-term goals, gradually promoting the transition from passive compliance to voluntary compliance.

Key words: corporate compliance; conditional non-prosecution; prosecutorial advice

[学科编辑:倪 斐 冯明显 责任编辑:柯 琳]