

涉案企业合规改革的潜在风险及对策分析

李本森

内容提要:涉案企业合规改革是当下中国刑事司法制度的重大创新性探索,触及刑事实体法、程序法以及行政法、商法等多方面的问题和机制创新,对此,理论界还存在较大的分歧。从法律经济分析的视角,涉案企业合规改革涉及的刑事法律制度的变革,在企业犯罪预防方面可能出现“威慑不足”,同时还可能衍生“搭便车”和“寻租”等潜在风险。在涉案企业合规改革中,应当严格限制涉案企业合规整改适用的案件范围,加强对涉案企业的经济制裁力度,避免刑罚“威慑不足”;建立可操作性的有效企业合规整改标准和监督机制来严防“装点门面”的合规整改,避免涉案企业和涉案人员“搭便车”。立法和司法机关应当加强顶层设计,统筹配置公安、检察、审判和司法行政等机关的相关权力,同时构建多元化的第三方监督评估机制,防止涉案企业合规改革产生权力过度集中而容易发生“寻租”等问题。总体上,涉案企业合规改革的相关机制创新和立法应本着循序渐进的原则逐步推进,特别要注意防止局部性立法“冒进”而损害不同法律之间的协同和法律适用的统一性,以最大限度减少涉案企业改革的潜存风险。

关键词:企业合规 司法改革 威慑效应 犯罪预防

李本森,中国政法大学诉讼法学研究院教授。

一 问题的提出

现代法律经济学创始人罗纳德·科斯(Ronald H. Coase)在《企业的性质》一文中指出,如果没有不确定性,企业的出现似乎是不可能的。^[1]正是由于市场活动的不确定性衍生的各种风险,决定了作为市场交易主体的企业以组织的形式出现,并通过规范化的管理来应对各种风险。随着现代企业的活动边界不断扩张和经济全球化带来的企业跨境犯罪风险的高发,企业合规逐步被纳入到企业犯罪的预防与控制机制之中。最高人民检察

[1] See Ronald H. Coase, The Nature of the Firm, 16 *Economica* (New Series) 386, 392 (1937).

院近年来主导的涉案企业合规改革在社会上产生了积极的影响,但由于该改革议题涉及的各方面利益诉求复杂,且很大程度上超出刑事司法领域,因此对该改革的功能性及其他关联问题尚未达成高度共识。

首先,在理论层面,有关我国涉案企业合规改革的理论基础还存在分歧。有些学者主张涉案企业合规与认罪认罚从宽制度在理论上契合,可以运用刑事诉讼有关认罪认罚从宽的规定为涉案企业合规改革提供理论支持。^[2]然而,我国刑事诉讼中的认罪认罚从宽制度主要基于自然人犯罪的刑事处罚而设计,并非针对涉嫌犯罪的单位或企业犯罪。涉案企业合规在刑事诉讼中的重心是涉案企业的有效合规重建,自然人认罪认罚的重心是涉案自然人的认罪认罚,这二者的适用条件和诉讼重心完全不同,将涉案企业的合规重建等同于涉案企业或涉案自然人的认罪认罚,将发生涉案合规改革的功能性偏离问题。英国 18 世纪大法官瑟洛(Edward Thurlow)曾形象地指出企业“无灵魂可谴责,无身体可惩罚”。^[3]这说明通过传统罪责方式来惩罚企业并威慑和预防企业犯罪,客观上存在很大的难度。如果简单套用适用自然人犯罪的认罪认罚从宽制度来解读涉案企业合规改革,就会过分重视企业合规的激励性,忽视企业合规本身具有惩罚功能,导致刑罚威慑不足等问题。

其次,在实践层面,涉案企业合规改革试点中某些做法与涉案企业合规运行的普遍性规律存在偏差。譬如,国外的涉案企业合规改革通常说要“放过企业,严惩涉案人员”,也即通过严惩涉案自然人来威慑企业犯罪。但是,中国涉案企业合规试点不仅要“放过”企业,还要“放过”企业涉案人员。最高人民检察院的态度是,对涉案企业负责人,做到依法能不捕的不捕,能不诉的不诉,能不判实刑的要提出缓刑的量刑建议。^[4]这种做法,虽然有助于纠正少数司法机关对民营企业诉讼权利的侵犯,但客观上也会导致部分企业涉案人员出现“搭便车”而逃避应有的刑罚制裁。另外,在改革中如何避免权力主体和商业主体之间的“寻租”交易,特别是如何预防监督考察带来的腐败风险,也是需要特别考量的问题。^[5]

最后,在立法层面,涉案企业合规改革的相关修法或立法建议也存在较大分歧。涉案企业合规改革试点的成果必须通过国家立法来确认,才可获得法律上的正当性。在我国,涉案企业合规改革要突破传统的单位犯罪立法体系,同时牵涉到对刑事实体法和程序法的改革。涉案企业合规改革的相关实体法修改,要突破传统的单位犯罪的立法,在刑法中单独建立企业合规犯罪刑事责任和刑罚条文,这对刑法单位犯罪体系的完整性的冲击非常大。另外,基于涉案企业合规缺乏程序法支撑,有些学者建议在刑事诉讼法中设立

[2] 参见孔令勇:《刑事合规与认罪认罚从宽的融合:企业合规从宽制度研究》,《中外法学》2022 年第 3 期;杨帆:《认罪认罚视域下企业合规的程序激励体系构建》,《江海学刊》2021 年第 5 期;赵恒:《认罪答辩视域下的刑事合规计划》,《法学论坛》2020 年第 4 期。

[3] 转引自 John C. Coffee, No Soul to Damn, No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, 79 *Michigan Law Review* 386, 386 (1981)。

[4] 参见“最高检: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”,<https://m.gmw.cn/baijia/2021-09/22/1302593603.html>,最近访问时间[2023-11-19]。

[5] 参见时延安:《单位刑事案件的附条件不起诉与企业治理理论探讨》,《中国刑事法杂志》2020 年第 3 期,第 61 页。

单位犯罪诉讼程序,将“企业附条件不起诉”作为独立于“认罪认罚从宽”的核心制度进行建构。^[6]但是,也有学者对在立法论层面引入美国式的刑事合规制度持保留态度,这既是因为我国缺乏引入这种制度的理论背景,也是囿于引入刑事合规制度的立法主张存在一些误解甚至混淆。^[7]此外,对于涉案企业第三方监督评估机制的立法创建也存在作为一般性合规监管方式大规模适用可能导致形式化和纸面化监管之虞等问题。^[8]总体上,对于涉案企业合规改革涉及的重大立法或修法,学界仍然存在较大分歧。

上述理论、实践和立法等争议性问题,说明涉案企业合规改革还潜存诸多风险有待排除。改革的推动者如果仅仅看到改革的积极或正面价值,而对改革本身潜存的风险采取无视或者选择性忽视的态度,就可能放大改革的成本甚至可能使得改革“流产”。由于刑事法本身就内在地具有深刻的经济逻辑,尽管立法和司法机关都不经常使用经济方面的语词,但是其行为的潜在原因却正在于经济方面的因素。^[9]涉案企业合规改革既涉及刑事法律领域,也直接关联经济领域,本文尝试以法律经济分析为视角,对涉案企业刑事合规改革潜存的风险问题进行分析,并在此基础上提出应对的策略,以期有助于加深对我国涉案企业合规改革的功能和规律性认识。

二 涉案企业合规改革的潜在风险

实践证明,任何改革都有成本,都面临各种风险挑战。为了确保改革成功,我们必须对改革过程中的潜在风险进行充分预估。从法律经济分析的角度,涉案企业合规改革中存在威慑不足、“搭便车”和“寻租”等潜在风险问题。

(一) 威慑不足问题

威慑理论认为惩罚罪犯可以从两方面减少犯罪:特殊威慑(使已经犯罪的人不再犯罪)和一般威慑(使企图犯罪的人决定不犯罪)。^[10]现有经济学意义上的刑罚威慑理论由美国著名经济学家贝克尔(Gary S. Becker)在《犯罪与刑罚:一种经济学进路》一文中首先提出,他认为犯罪行为与其他行为一样,都是理性的,都是为了追求利益或效用的最大化。当某人从事违法行为的预期效用超过将时间及另外的资源用于从事其他活动所带来的效用时,此人便会从事违法,由此,一些人成为“罪犯”不在于他们的基本动机与别人有什么不同,而在于他们的利益同成本之间存在的差异。^[11]由于企业与自然人相比更具有逐利性,现代威慑理论同样也适用于企业犯罪惩罚机制的建构。从国际上看,企业刑事合规通常是以巨额罚金和企业合规重建等作为制裁手段来威慑涉案企业。如果涉案合规改

[6] 参见李奋飞:《“单位刑事案件诉讼程序”立法建议条文设计与论证》,《中国刑事法杂志》2022年第2期;杨宇冠:《企业合规与刑事诉讼法修改》,《中国刑事法杂志》2021年第6期。

[7] 参见田宏杰:《刑事合规的反思》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第120页。

[8] 参见刘艳红:《涉案企业合规第三方监督评估机制关键问题研究》,《中国应用法学》2022年第6期,第62页。

[9] 参见钱弘道著:《法律的经济分析》,清华大学出版社2006年版,第130-131页。

[10] 参见魏建、宋艳轲:《刑罚威慑理论:过去、现在和未来——刑罚的经济学分析》,《学习与探索》2006年第4期,第193页。

[11] 参见[美]加里·S.贝克尔著:《人类行为的经济学分析》,王业宇、陈琪译,上海人民出版社2015年版,第63页。

革通过合规不起诉等方式,给予企业太多的激励而不附加特别适用条件予以控制,就容易导致刑罚对涉案企业威慑不足。

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。^[12] 合规管理本质上是预防和威慑犯罪的重要措施。但是,如果涉案企业合规在司法实践中被大量适用,又可能导致潜在“威慑不足”,这是企业犯罪治理中的普遍性问题。在经济学理论中,一个通常的假定就是决策者(无论是自然人还是社会组织)都是理性关注自身利益的,也即具有“理性”和“自利”的两种特质。^[13] 这就意味着企业作为组织体具有稳定的管控自身行为的偏好,其中就隐含着企业具有自利的理性人认知和推理能力。企业通过组织决策机制可以计算面对的不同变量作出有利于自身利益的选择。根据企业管理的原理,企业合规是被设计用来向企业管理者和被管理者发送如何决策和如何行为的信号或信息。就管理者和被管理者而言的双向信息不对称是任何企业都面临的问题。除了服从外,雇主有权期望从雇员那里得到忠诚、尊重和诚实,每个人都要以这种正当、体面的行为举止来表现自己,而不要对其雇主的生意造成损害。^[14] 在信息不对称的情况下,企业通过规则进行管理就是降低成本的最佳路径。^[15] 企业需要通过制度化规范,确保那些潜在的违法者能够通过合规规范和实施机制收到警示的信号,进而通过必要的预警性措施加以防范。企业并非能够像经济学中的理性人那样作出准确地计算。特别是对于小概率犯罪事件,无论是组织还是自然人都容易作出错误的判断或决策。通常来说,企业被刑事机关追诉是小概率事件,企业的决策者或雇员自然会认为这种小概率事件根本不可能发生,往往不愿意在合规上投入更多的成本。如果相当多企业不能感受或比较准确估计刑事风险的现实存在,或者认为刑事风险不在当下,司法机关主导下的企业合规整改就无法得到涉案企业的积极反应,进而出现“威慑不足”的问题。

在我国涉案企业合规改革试点中,导致对企业犯罪潜在威慑不足的风险具体表现为:

第一,涉案合规案件适用范围宽泛但多是轻微犯罪,容易导致涉案企业犯罪收益增加而成本下降。企业刑事合规对于绝大多数的企业来说,属于“奢侈品,而非必需品”。涉案企业刑事合规的改革不能追求“全覆盖”,不能不加区别地要求所有涉案企业都搞合规整改,以至于“为合规而合规”。由于没有全国人大对涉案合规改革作为试验性立法的授权,现阶段检察机关主导的涉案企业合规改革无法突破现行法律规定,主要适用涉案自然人可能判处三年以下有期徒刑和可以适用酌定不起诉的案件。试点中,检察机关只要认定涉案企业完成了有效合规整改,就可以对涉案企业和人员不予起诉。在这种情况下,大量轻微犯罪涉案企业通过事后合规整改就可免除定罪和经济制裁,导致其犯罪成本降低。国外对于涉案企业合规往往制定较高的门槛来控制能够被纳入合规整改的范围。例如,自 2014 年 2 月《缓起诉协议:实践准则》(*Deferred Prosecution Agreements: Code of Practice*)

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

[13] 参见熊秉元著:《正义的成本》,东方出版社 2014 年版,第 61 页。

[14] 参见[美]斯科特·E. 马斯特恩:《企业的法律基础——起源、演变和发展》,载奥利弗·E. 威廉姆森、西德尼·G. 温特编《企业的性质》,商务印书馆 2010 年版,第 303 页。

[15] See Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 9th edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 534.

的发布至 2021 年的 7 年时间,英国仅在 10 个涉企犯罪案件中适用了暂缓起诉制度。^[16] 另外,在美国,从 1992 年企业暂缓或不起诉制度设立到 2020 年 12 月 31 日止,可以公开获取的案件数量是 592 件,年均 20.4 件。除去极端年份(2015 年 102 件,1992-2004 年间每年都维持在 10 件以内)外,近 15 年年均案件量基本维持在 30 件左右。^[17] 而且,英美国家的涉案企业合规主要适用于大型企业,譬如美国检察机关 2008-2014 年通过暂缓起诉或不起诉方式办理的案件中,70%的涉案主体为上市公司。^[18] 相较而言,中国检察机关主导的涉案企业合规改革的案件范围受制于立法限制,涉案企业纳入合规整改的门槛条件设定总体较低,削弱了企业刑罚的威慑性。

第二,涉案合规案件的处理过于注重激励机制,导致刑罚适用失衡。就涉案企业合规改革的功能性目的方面,无论是从国外的司法实践还是理论研究,大都倾向于利用刑事合规来预防和威慑企业,以减少经济犯罪。这是“胡萝卜加大棒”的刑事政策,将刑事合规规则和刑事不法与刑事制裁关联,促使合规计划对经济犯罪的积极预防功能得以发挥。^[19] 就美国企业刑事合规的司法实践看,涉案企业大都要接受数额巨大的罚金和接受高标准的合规要求作为不起诉或缓起诉的条件。司法机关对涉案企业进行罚款或罚金,目的是强化涉案企业建立有效合规的内在能动性。西方有些国家的检察机关享有经济处罚权,附条件不起诉或者缓起诉的预设条件就是要对涉案企业科处严厉的罚款。在美国,自 2001 年以来检察机关和涉案企业达成的暂缓起诉和不起诉协议,除了检察官单独要求的对于涉案企业约 115 亿美元的罚款和赔偿金外,涉案公司还向监管机构支付了约 120 亿美元。^[20] 比较而言,我国检察机关主导的涉案企业合规改革,更多强调合规改革对涉案企业的激励性而非惩罚性。涉案企业的合规整改具有司法惩罚性和威慑性,并非企业通过合规整改获得的“司法福利”,不是为了帮助涉案企业“出罪”或获得“从宽”处罚。有学者指出,根据法益修复理论,合规整改不是放纵犯罪,其本身带有惩罚性,可以作为定罪和判刑的替代品。在合规整改的过程中,企业需要认罪认罚、停止犯罪行为、积极配合调查、采取补救挽损措施,包括缴纳罚款、交纳税款、上缴违法所得、赔偿被害人损失等,甚至有时还要修复犯罪所破坏的自然生态环境。企业经过合规整改,修复了受损法益,减轻犯罪造成的社会危害后果,还通过建立有效合规管理体系实现犯罪预防,这些因素叠加起来使得合规成为替代定罪和判刑的惩罚手段。^[21] 理论上,刑罚制裁应设法做到使得罪犯由于犯罪行为而处境恶化,通过威慑其犯罪成本增加而不再犯罪。

第三,涉案企业合规改革通过合规整改来对涉案企业刑事案件再过滤,进一步弱化对

[16] <https://www.sfo.gov.uk/about-us/>,最近访问时间[2023-10-20]。

[17] See Brandon L. Garret, *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*, Harvard University Press, 2014, p. 63.

[18] See William S. Laufer, *Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance*, 52 *Vanderbilt Law Review* 1343, 1388 (1999).

[19] 参见孙国祥:《刑事合规的理念、机能和中国的构建》,《中国刑事法杂志》2019年第2期,第13页。

[20] 参见[美]布兰登·L.加勒特著:《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2014年版,第80页。

[21] 参见陈瑞华:《企业合规不起诉改革的动向和挑战》,《上海政法学院学报》2022年第6期,第35页。

企业犯罪的刑事打击力度。涉案企业合规改革主要以合规整改不起诉的方式来分流案件,使得涉案企业的刑事案件追诉率更低。在我国司法实践中,对单位或企业犯罪的惩罚一直存在过分宽宥的问题。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,但是从量刑上看却明显偏轻。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。^[22] 由于对企业单位犯罪的刑事处罚强度明显偏低,不可避免导致许多企业犯罪的犯罪预期收益明显高于预期成本。在此情形下,如果涉案企业合规改革使得大量企业可以通过企业合规整改获得不起诉,涉案企业的刑事指控比例将断崖式下降,必将大幅弱化刑罚对企业犯罪的威慑性,严重影响刑事立法和司法对企业犯罪的预防和打击效果。

(二)“搭便车”问题

制度安排是一种公共货品,而“搭便车”问题又是创新过程中所固有的问题。^[23] 经济领域中的“搭便车”(freeride)指某些人或团体在不付出代价或付出极小代价的情况下从他人或社会获得收益的行为。^[24] “搭便车”行为违反市场交易公平原则,为市场经济规则所不容。法律领域中的“搭便车”是指法律主体承担较小的义务,却享受到与其承担的义务严重不对称的更多的权利。这种法律上的“搭便车”,突破“违法者不能从违法中获益”的法理底线,违背权利与义务对等的法律原则,会严重损害司法的公平性。企业刑事合规改革过程中,如果不加以严格防范,同样可能会出现大量涉案企业“搭便车”的风险。

1. 涉案企业“搭便车”

第一,涉案企业改革中的合规整改标准的客观标准模糊,容易造成涉案企业“搭便车”。现实中,企业的性质和规模千差万别,企业合规在每个企业中都具有特殊性,对于具体的企业管理活动的有效合规标准很难予以量化。美国的《联邦量刑指南》(*Federal Sentencing Guideline*)规定的有效合规标准(effective compliance program),其表述中包含不少主观性词汇,譬如“合理的”(reasonable)、“应有的注意”(due care)、“倾向性”(propensity)、“任意的”(discretionary)等等。从合规的立法评价用语就可以看出,司法自由裁量的空间很大。由于企业合规内涵比较模糊,在不同的企业中的表现形态上存在较大的差异,司法实践中判定合规标准缺乏客观指标,在立法上就会产生规则的包含过度(over inclusive)问题。美国著名法律经济学家波斯纳就指出,凡是包含过度的规则都可能造成非

[22] 参见上海《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》,载游伟主编《华东刑事司法评论(第4卷)》2003年第2期,第278、281、282页。

[23] 参见林毅夫:《诱致性制度变迁与强制性制度变迁》,载盛洪主编《现代制度经济学》(下卷),北京大学出版社2003年版,第266页。

[24] 参见阎铭:《对“搭便车”问题的再思考》,《武汉交通科技大学学报(社会科学版)》1999年第1期,第68页。

常高的社会成本。^[25] 那种理论上将规制企业的法律视为对于企业的行为是明晰的和可强制性规范的看法,掩盖了这些法律实际上是“晦涩的”“政策化”和“模棱两可”的问题。^[26] 我国现阶段企业合规改革由于在试点过程中,各级司法机关发布的有关企业合规改革试点文件,对有效合规整改的解释也存在不完备性和不确定性问题,为涉案企业“搭便车”提供了便利条件。

第二,涉案企业合规属于企业内部操作系统,容易“模仿”且成本比较低,极易出现“搭便车”。由于企业有效合规标准的不完备性和不确定性,涉案企业通常会利用“装点门面”(window-dressing)的合规整改来“掩饰”企业违法犯罪,并以此减轻企业刑事责任。在涉案企业刑事合规中,那种投资分散、资产规模大和组织结构复杂的大型企业,很轻易在企业刑事合规的案件处理中“搭便车”。那些每年交税动辄几十亿甚至上百亿元级别的超大型企业,可以说就是经济领域的“商业帝国”。对于这些在国家和社会生活中已经具有巨大影响力的企业,透过司法力量给出的这些企业的合规指令,很难构成足够的驱动性。此外,这些超级商业集团的管理系统通常被看做企业的“商业秘密”,私密性较高,外界第三方评估机构很难合法渗透进去。规模巨大的商业体可以借助“装点门面”的企业合规为其违规违法提供有力的出罪辩护理由。

国外也有研究者指出,合规整改并不能完全有效阻止和禁止公司内部的非法行为,而可能在很大程度上起到粉饰作用,其中潜在问题就是对公司非法行为的威慑力不足和成本高昂且无效的内部合规激增。^[27] 我国也有学者在涉案企业的合规整改调研中发现,无论是企业还是作为合规顾问的律师,都没有对企业出现特定犯罪的特定原因作出探究,没有全面识别导致企业犯罪的制度漏洞和治理缺陷,而是像套用数学公式一样,将那些欧美国家确立的所谓“有效合规计划”,生搬硬套地写入自己企业的合规计划之中;由于过于空洞和理想,也没有针对企业犯罪,在较为有限的合规考察期内,这些合规整改方案根本没有实现的可能性,最后大都流于形式。^[28] 涉案企业透过“装点门面化”的合规,规避企业合规刑事化应有的威慑效能,是企业刑事合规“异化”的结果。如果企业刑事合规最终演变为表面的形式化合规,而非实质性合规,甚至导致“装点门面”合规盛行,那就会严重偏离企业刑事合规的威慑和预防企业犯罪的目的;企业刑事合规就会成为涉案企业和涉案自然人“搭便车”提供“通道”,成为涉案企业和涉案自然人“堂而皇之”逃避刑事法律制裁的“后门”。

第三,涉案企业合规改革中存在外部中介机构的利益驱动,涉案企业可利用社会中介机构的帮助而便利其“搭便车”。在涉案企业合规改革中,有学者主张为了避免举报人滥用权利,应当通过在企业内部设立具有独立权限的合规官,来有效限制举报权的滥用。^[29]

[25] 参见[美]理查德·波斯纳著:《法律的经济分析》,蒋兆康译,法律出版社2007年版,第910页。

[26] See Mark C. Suchman & Lauren B. Edelman, *Legal Rational Myths: The New Institutionalism and the Law and Society Tradition*, 21 *Law & Social Inquiry* 903, 905 (1996).

[27] See Kimberly D. Krawice, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 *Washington University Law Quarterly* 487, 487 (2003).

[28] 参见陈瑞华:《企业有效合规整改的基本思路》,《政法论坛》2022年第1期,第89页。

[29] 参见朱奇伟:《企业吹哨人举报行为的刑法评价——以法域协调为视角》,《法学》2022年第4期,第100页。

这些在企业中担任的独立合规官可以从律师事务所等中介机构选拔聘用。但是,由于中介机构与涉案企业很容易产生利益“勾连”,他们基于自身利益考量会主动为涉案企业在合规整改中的“搭便车”提供支持。尽管协商治理模式极好地阐述了法律发展机制,但是该模式的坚定支持者轻视了机会主义行为在合规重新协商的贯彻执行阶段带来的危险;而且这些合规机会主义行为往往是那些利用法律的不完备性的获利者——企业包括律师在内的法律合规专业人员。^[30] 在涉案企业合规改革中,对可能出现的企业“搭便车”和其他助长企业犯罪的“机会主义”和中介机构的利益驱动行为,需要特别加以警惕。

2. 涉案自然人“搭便车”

“放过企业、严惩个人”是欧美国家企业合规不起诉的理念。在我国检察机关主导的企业合规改革试点的典型案件中,出现了许多既放过企业又放过个人的“双不起诉”现象,这引发了对企业合规不起诉公正性和正当性的质疑。^[31] 有学者就指出,我国检察机关在涉案企业合规改革中,借助企业合规既放过企业又放过企业家的做法,与企业合规的理念冲突,也有违罪刑法定原则、刑法适用平等原则之嫌。^[32]

单位犯罪与自然人犯罪在定罪处罚上的显著不同在于,司法机关在对单位犯罪查处过程中,必然会面临涉案单位与涉案自然人的双重归责的问题。从涉案单位的利益最大化的角度,涉案单位希望将对单位的罪责归结于涉案自然人独立的犯罪,以此作为单位免罪或减轻、从宽处罚的抗辩事由;而从涉案自然人的利益角度考虑,他们则希望以该犯罪为单位犯罪而非个人犯罪作为免罪、减轻或从宽处罚的抗辩理由。在司法实践中,被告人及其辩护人经常以本案系单位犯罪作为辩护理由,要求对其免除或从轻、减轻处罚。显然,在单位犯罪的处罚中会出现涉案单位与涉案自然人的“利益冲突”。根据刑罚原理,单位犯罪因单位合规整改等自身原因而免除刑事责任或获得轻缓的刑事处罚,并不意味着涉案自然人能够以同样的理由获得免罪或轻缓的刑事处罚。否则,就会违反“任何人不得从其违法行为中获利”的法理,出现涉案自然人在涉案企业刑事合规中“搭便车”的问题。

从主体归责的角度,单位犯罪表面上看是单位是刑事责任主体,而非导致单位犯罪的自然人。但是,如果没有单位中的自然人实施犯罪行为,也就不会有单位犯罪发生。因为,单位犯罪实际上是一个犯罪,两个犯罪主体,两个刑罚主体。^[33] 这种特殊性造成两个主体之间必然会产生利益上的纠缠和冲突。企业刑事合规的目的,既非要放过涉案企业,更非放过涉案自然人,而是应当具体案件具体分析,在处理结果上要服从企业合规整改作为企业犯罪特殊预防目的。在企业合规案件中,如果涉案企业和涉案企业家在合规整改后均不起诉,会导致单位犯罪处罚“空心化”,这显然不符单位犯罪的惩罚功能。涉案企业刑事合规如果最终导致大量涉案企业中涉案自然人的“搭便车”,企业合规就可能演变成涉案自然人出罪抗辩的正当理由,从而损害刑罚适用的平等性。

[30] See Kimberly D. Krawice, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 *Washington University Law Quarterly* 487, 487-488 (2003).

[31] 参见李玉华:《企业合规本土化中的“双不起诉”》,《法制与社会发展》2022年第1期,第25页。

[32] 参见黎宏:《企业合规不起诉:误解及纠正》,《中国法律评论》2021年第3期,第184页。

[33] 参见何秉松:《人格化社会系统责任论——论法人刑事责任的理论基础》,《中国法学》1992年第6期,第70页。

(三)“寻租”风险

经济学中的“租”是指要素所有者从要素本身中获取的超额收益。所谓权力“寻租”(rent-seeking)就是寻求通过从权力或权利要素外获取超额收益。寻租是在市场经济制度下由于政府干预而产生的社会现象。^[34]寻租的核心思想是,如果通过游说、行贿等非生产性寻租行为能够使企业获得超额利润,那么企业就会“趋之若鹜”。在公权与私权交汇的合规领域,寻租就是企业、商人与官员之间利用在合规监管上的权力进行权钱交易。政府官员在控制市场交易主体的活动方面的权力越大,对于企业和官员来说,“寻租”的机会就越多。企业刑事合规涉及司法权对企业经营管理活动的介入,使得公权与“经济利益”产生了近距离“接触”。由于企业属于商业组织,本身相比自然人具有更多的社会资源,加之其追逐利润和降低成本等内在动因,决定其在被犯罪追诉中,容易发生对公权的侵蚀问题。特别是在涉案企业的合规治理的实施和执行阶段,司法机关和当事方的“寻租”风险将大大加大。由于改革的推动者很难超越部门利益,极有可能在制度设计方面增加“寻租”风险。

第一,对涉案企业和涉案自然人的不起诉权的垄断性,可能会增加寻租的风险。在涉案企业合规改革中,不可避免地会扩张司法机关在涉案企业处置方面的特定司法权力。任何公权力介入经济活动的情形,都不可避免地创造“寻租”空间,也即为公权力腐败的滋生提供“土壤”。在涉案企业合规改革的激励性机制构建方面,如果不加以严格限制,极易被社会公众理解为涉案企业和涉案企业家享有法律之外的“特权”。在中国社会对权力“寻租”存在普遍忧虑的情况下,如何确保在涉案企业合规改革中的机制创新,不会引致涉案企业对相关合规权力机关或人员的“围猎”,不会被看作“合规免刑”或“寻租”腐败,这些问题仍需要慎重检讨。

第二,涉案企业合规监管的第三方评估机构,具有强烈的行政化色彩,且其出具的有关涉案企业合规整改的结论,很大程度上被赋予证据能力,同样会衍生寻租的风险。在企业刑事合规中,有关合规标准的“定价权”属于立法机关,但是具体的合规的标准如何判定,需要司法机关或第三方机构进行独立判断。2021年6月,最高人民检察院联合司法部、财政部、生态环境部、国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、国家市场监督管理总局、全国工商联、中国国际贸易促进委员会等九部门发布并实施了《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)》,对涉案企业合规改革中涉及的第三方监督评估机制进行了全面规定,对于探索合规有效整改方式具有积极的意义。但是,这个第三方机制本身具有强烈的司法行政色彩,无法独立于司法机关和行政机构,而且由于内部人员的复杂构成,其运作成本也比较高。在司法实践中,不同企业具有不同的合规要求,涉案企业有效合规的标准确立会相当困难。在涉案企业合规改革中,第三方监督评估机构具有强大的司法权和行政权“背书”,必然享有很大的自由裁量权,同样可能产生“寻租”的风险。

第三,由于企业相比自然人具有更雄厚的经济实力,相关权力部门和人员容易受到涉案企业的“围猎”和“俘获”。在市场监管治理中,当权力寻租发展到较高级别的时候,就

[34] 参见钱颖一:《克鲁格模型与寻租理论》,《经济社会体制比较研究》1988年第10期,第17页。

会出现市场主体通过寻租的方式实现监管俘获(regulatory capture)。^[35]所谓监管俘获,是指国家权力机关被监管企业或目标公司用利益输送等方式,把监管机构和监管人员俘获作为实施不法行为的工具,并导致目标公司产生新的合规风险。^[36]譬如,保险监督管理部门被保险公司“俘获”而获得在特殊领域销售保险产品的资格并获取超额利润,城市规划监管部门被房地产公司“俘获”来进行违规土地开发和建设;律师事务所被涉案企业收买利用来帮助“装点门面”的合规整改等,都容易出现相关权力机关和人员的“寻租”风险。

三 防范涉案企业合规改革潜在风险的应对策略

改革面临风险并不可怕,可怕的是对改革过程中潜在的风险采取无视或漠视的态度。针对涉案企业合规改革的潜在风险,国家必须加强顶层设计,采取试验性立法等积极有效方式,以最大限度防范涉案企业合规改革试点过程中衍生的各种风险。

(一) 关于防止威慑不足

第一,建议设立涉案企业合规改革试验性立法试点,明确涉案企业纳入刑事合规的特定范围和处罚方式。由于检察机关主导的涉案企业合规改革此前并未得到全国人大试验性立法的授权,因此该项改革受制于现行刑事诉讼等法律的具体规定,主要在涉案企业的涉案人员可能判处三年以下有期徒刑可以依法适用不起诉的案件中进行试点。这也是目前涉案企业合规改革中的制度创新无法突破现行法律规定,导致威慑不足等风险的重要原因。为此,笔者建议可以设立进行涉案企业合规改革试点,并制定涉案合规案件较高的准入门槛和多样化惩罚方式等实体和程序方面的法律规则,具体应当包括以下几个规则。

首先,涉案企业进入刑事合规整改的应当达到具体的条件,即涉案企业合规应当具有较高的准入“门槛”。刑事合规计划不是一个简单的任务规划,也不是“低廉”的技术指标,它本身属于“复杂”和“昂贵”的企业运营和管理机制,有着相当程度的规格要求和国家、行业标准,企业自身和刑事合规的内容都需要满足相应的技术规格的要求,而且必须投入巨额的人财物资源。^[37]在涉案企业条件方面,可以根据涉案企业员工人数、存续时间、企业主营业务、事前合规程度、企业利税额度以及涉案企业的犯罪性质和程度、可以承担的企业合规整改的费用等,确立较高的准入条件。此外,最高司法机关对于地方司法机关年度办理涉案合规案件的数量加以适度控制,譬如根据经济发达程度和涉案企业年度案件数量等,对地方司法机关年度办理的具体合规案件数量进行总量控制,防止出现不同地区之间的立案数量严重不平衡,导致法律适用不统一而降低涉案企业合规的改革效果。

其次,严格限制适用涉案企业合规的罪名。在涉案合规改革中,限制罪名适用是防止涉案合规整改被滥用的重要措施。我国目前在涉案合规改革试点中,对于适用罪名并没

[35] See Lawrence G. Baxter, Understanding Regulatory Capture: An Academic Perspective from the United States, https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5262&context=faculty_scholarship, 最近访问时间 [2023-03-20]。

[36] 参见陈立彤著:《企业国际化进程中的合规风险的爆发与防控》,中国工商出版社 2019 年版,第 283 页。

[37] 参见陈卫东:《从实体到程序:刑事合规与企业“非罪化”治理》,《中国刑事法杂志》2021 年第 2 期,第 124 页。

有特别限制,导致适用范围泛化,从而影响刑罚的威慑性。为此,对于涉案企业合规改革涉及的企业犯罪的罪名,需要限定在特定条件或范围,特别是在改革初期,不应当在罪名适用上过度扩张。相关立法和司法机关可以选择常见且通过合规整改效果明显的某些特殊类型的企业犯罪进行单独立法,譬如污染环境罪、非国家工作人员行贿罪、虚开增值税专用发票罪等。

最后,对于涉案企业进入刑事合规程序可建立听证制度。对于拟采取刑事合规整改的企业,涉案企业应主动提出申请听证并作出相应的合规整改承诺。司法机关通过召开听证会等方式来决定该涉案企业是否符合纳入刑事合规的基本条件。无论在听证之前还是之后,司法机关不能主动为涉案企业量身定制企业合规整改方案,而是要利用司法手段充分调动企业自身进行合规整改的主动性。涉案企业能否进入合规整改听证会的流程和规则要体现公开、公正和多方参与原则,防止听证会流于形式。

第二,对涉案企业合规整改要辅以必要的经济制裁。将涉案企业合规纳入到企业刑事制裁体系之中,是对传统刑事法对企业犯罪刑罚的单一化罚金刑种的重大变革,是对企业犯罪刑事制裁及其威慑方式的优化。有学者就主张,“刑事合规的逻辑前提是将合规义务镶嵌至刑事法中,并配置较重的刑罚,尤其是高额的经济惩罚。”^[38]在制度设计层面,将企业合规引入到刑事司法系统中,表面上看企业合规可能成为涉案企业免于起诉或暂缓起诉等激励条件,但是这种激励并非没有代价或者代价较小的“奖励”。从成本收益的角度分析,如果涉案企业仅仅将合规整改看做是换取减免刑事处罚的“福利”,就不会形成制度和成本压力效应,就会产生威慑不足的问题。解决这个问题的基本路径,对涉案企业进行经济制裁(罚款或罚金)之外,还应当承担企业合规整改产生的外部成本,真正使得这些涉案企业能够感受到企业合规整改并非涉案企业出罪的通道。具体来说,在涉案企业合规改革中要充分利用行政处罚款和刑事罚金两种经济制裁手段。

一方面,关于行政处罚款的适用。我国有学者指出,因企业违规所导致行政责任和刑事责任,其基础和必要性前提是行政监管,刑事责任只是次生的、辅助性的,是最后一道处罚手段。^[39]从这个角度,绝大多数企业的违法行为都可以通过行政处罚的方式来惩罚。但是,对于涉刑事案件的企业经济制裁,如仅局限行政处罚款范围,显然不符合刑事惩罚的比例原则,也即刑事犯罪的经济处罚的力度要显著高于行政处罚款。根据生态环境部的统计资料,2020年全国下达环境行政处罚决定书12.61万件,罚没款数额总计82.36亿元。^[40]计算下来,平均每个涉及环境违法主体的行政处罚款为65000多元,应该说这个数额对于行政违法行为是合适的,但是如果涉及刑事犯罪,这个平均罚款数额显然就太低了。可见,如果运用行政处罚中的罚款的方式来处理刑事涉案企业的经济制裁,无法满足对这些需要合规整改的涉案企业的制裁力度。在目前的涉案企业合规改革中,检察机关可以通过检察建议要求相关行政机关对涉案纳入合规整改不起诉的企业予以必要的行政处罚款。但

[38] 参见赵炜佳:《论刑事合规的刑罚哲学根据》,《政法学刊》2021年第4期,第25页。

[39] 参见张泽涛:《论企业合规中的行政监管》,《法律科学》2022年第3期,第52页。

[40] 参见生态环境部:《2020年中国生态环境状况公报(摘录)》,《环境保护》2021年第11期,第48页。

是,这种行政罚款无法突破现行行政法的企业罚款数额的限制,无法达到对企业刑事惩罚的威慑目的。如果全国人大授权司法机关和相关行政机关进行涉案企业合规改革试点,行政机关有权对于纳入刑事合规整改的不起诉涉案企业在行政罚款最高数额之上确定罚款金额,就有可能解决企业合规不起诉案件的刑罚威慑不足问题。

另一方面,关于罚金刑的适用。波斯纳认为,当威慑水平既定时,惩罚概率和惩罚严厉程度之间存在替代性。比如,以一定的概率进行惩罚,同时给以一定数额的罚金,如果加大罚金的数量,那么就可以降低惩罚的概率。由于罚金相较于其他执法成本低很多,因此在相同的威慑水平下,在企业犯罪中更倾向于适用更多的罚金刑。^[41]可见,罚金刑在企业预防和惩治犯罪方面发挥着不可替代的作用。在涉案企业合规整改刑事案件中,并非所有的涉案合规整改的企业都会被不起诉,部分涉案企业仍然要进入到审判程序中,接受法院的裁判。在这种情况下,法院就可以动用财产刑的罚金手段对涉案企业进行必要的经济制裁。在我国,无论是刑法关于罚金的规定还是相关司法解释对财产刑的规定,对单位或企业的罚金刑都缺少相应的具体数额或幅度规定,这对于法院充分利用罚金刑来处罚涉案合规整改企业提供了充足的自由裁量空间。当然,法院如何在涉案企业合规案件中正确行使罚金刑的自由裁量权,需要在改革试点中加以探索和完善。总的来说,法院需要根据涉案企业的犯罪情节、违法犯罪所得的数额、社会危害性、企业合规整改的效果和缴纳罚金的能力等作出恰当的罚金刑,同时特别注意防止对涉案企业决定的罚金数额仅具象征性,以避免威慑不足。

(二) 关于避免“搭便车”问题

1. 防止涉案企业出现“装点门面”的合规整改

在司法实践中,有些涉案企业以合规的表面形式来“装饰”企业,譬如涉案企业虽然按照合规整改的规定,在企业内部按照司法机关的规定制定合规计划,成立合规监管办公室并配备合规专员等,但真实目的是应付司法机关的监督和第三方机构的检查与评估。为了防止涉案企业“装点门面”合规而“搭便车”,在相关改革中可采取以下措施。

第一,确立涉案企业有效合规的可操作性标准。国外企业合规改革的实践表明,建立企业有效合规标准是涉案企业合规整改能够得到实质性实施的重要措施。企业合规有效性标准旨在帮助涉案企业识别更多的合规风险点和风险领域,企业将在预防犯罪方面更加具有主动性,降低陷入被刑事指控的风险。涉案企业参照有效合规的基本标准,吸取犯罪指控的深刻教训,对企业合规计划进行全面检讨和再修正,可有效激发企业管理层改进公司治理方式和预防企业再犯罪的动力。涉案企业进行有效合规重整的过程,也是企业重塑社会形象和提升治理能力和治理效率的过程。我国涉案企业合规改革中,立法和司法机关也可借鉴国外有效合规标准,制定符合中国国情的涉案企业有效合规的可操作性标准,以有利于司法机关在具体案件中灵活适用。当然,有效合规的中国标准的创立极具挑战性,特别是如何避免有效合规规则的“过度包含”等问题,确立具有明确指引性和可操作性的有效合规标准,仍然需要不断探索和完善。

[41] 参见[美]理查德·波斯纳著:《法律的经济分析》,蒋兆康译,法律出版社2007年版,第910页。

第二,对涉案企业合规采取动态监管。为了避免涉案企业合规为了降低违法成本而进行装点门面的合规,对涉案企业合规整改应当采取持续性动态监管。例如,在我国涉案企业合规改革中,有些地方在企业合规改革试点中采取第三方“飞行监管”模式,防止涉案企业的表面化合规问题。^[42]固然,动态监管模式会导致涉案合规整改的社会成本大幅增加,但是如果缺乏必要的类似的动态监管,监管部门仅对涉案企业的合规整改计划进行书面审查,很难判断涉案企业是否存在“装点门面”的表面化合规。在涉案企业合规改革中,司法机关可创造性建立有效动态监管机制或模式,为持续发挥有效合规的威慑性提供制度保障。

第三,对涉案企业进行“装点门面”的合规但不法行为予以严厉惩罚。对于发现涉案企业故意进行“装点门面”的表面化合规问题,应建立相应的查处机制和惩罚措施。随着涉案企业合规改革的深入,企业合规整改的案件数量增加,“装点门面”合规的问题和风险也会随之增加,立法和司法机关应建立健全对涉案企业进行表面化合规的惩处机制,防止“装点门面”合规现象的蔓延,避免大量涉案企业借助企业合规“搭便车”。

2. 严格涉案自然人获得宽宥刑事处罚的条件

企业合规作为单位的内部控制计划,体现企业对自然人的管理的职责,体现“集体性意志”,为区分单位犯罪与单位个人责任提供了分析工具。换言之,企业合规将企业责任与个人责任严格区分开来,防止企业责任完全由涉案自然人承担,或者涉案自然人主要责任转由企业主要承担。

我国刑事立法特别注重防范涉案自然人利用单位犯罪作为推卸法律责任的“护身符”,以避免单位或企业犯罪中的涉案自然人“搭便车”。1999年最高人民法院的《关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第2条规定,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,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处。该条司法解释直接目的,就是防止自然人利用单位犯罪来进行出罪抗辩。2014年4月全国人大常委会通过的《关于中华人民共和国〈刑法〉第三十条的解释》规定,公司、企业、事业单位、机关、团体等单位实施《刑法》规定的危害社会的行为,《刑法》分则和其他法律未规定追究单位的刑事责任的,对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。这一立法解释,实际上解决了《刑法》第30条规定的漏洞,也在一定程度上弥合了《刑法》第31条的立法不足。上述立法解释的目的也是防止涉案自然人利用单位犯罪的法律漏洞而“搭便车”。基于上述原因,在涉案企业合规改革中有关涉案自然人的处罚应当与国家立法和相关司法解释总体保持一致,避免出现严重偏差而影响法律适用的统一性。

在现实中,企业利益与企业家(一般是指企业法定代表人、控股股东或者实际控制人)利益高度混同时,譬如民营企业或家族性民营企业等经常出现企业家与企业利益基本重合,在这种情况下对涉案企业合规整改完成后,也可以对涉案企业家进行从宽处理。

[42] 例如,湖北省随州市在企业合规改革中制定了《随州市企业合规“飞行监管”办法》, <http://sz.hbcaw.gov.cn/catt/35873.jhtml>, 最近访问时间[2023-10-18]。

当然,这种情况需要满足两个条件:第一,涉案企业与涉案自然人的利益高度混同,且在管理、财务上存在“人格”混同;第二,涉案企业的事后合规整改是该涉案自然人直接推动下完成,并达到司法机关合规整改的要求或标准。如果符合上述两个条件,司法机关对该涉案企业家也可以因企业进行有效合规整改获得宽宥处罚。因此,在满足特定条件的情况下,涉案企业合规整改中也可以允许对涉案企业家作出不起诉或者给予必要的宽宥处罚。当然,司法机关在具体案件处理中应严格适用的条件,避免对涉案自然人过度宽宥化处理。

(三)降低涉案企业合规的寻租风险策略

1. 合理配置司法职权

理论上,企业刑事合规中权力配置越集中,“寻租”空间就越大;权力配置越分散,“寻租”空间就会越被压缩。当然,权力过度分散也会导致效率低下的问题,因此权力配置需要正确处理防范“寻租”与提高效率之间的关系。为了防止涉案企业通过变相的利益输送“俘获”公权,国家需要在司法机关内部进行分散配置权力,避免出现司法权力过度集中而出现“寻租”问题。对于企业合规对司法机关裁量权,在制度设计中如果没有有效制约机制,权力构造的正当性就会受到权力“寻租”的质疑。为了防止权力过度集中,在涉案企业合规改革的制度设计中,必须分散配置相关司法职权,确保司法权力行使的相互制约。

第一,侦查机关居于企业刑事合规的前端,在立案和侦查环节对潜在具备合规整改条件的涉案企业进行过滤和分流,提高合规整改的效率。侦查机关在启动涉案企业的侦查时,就要同时审查该企业是否具备合规整改的条件,为后续的企业合规整改提供证据支持。从诉讼效率的角度看,如果在侦查阶段,侦查机关与检察机关共同协作,就涉案企业合规整改与涉案企业达成一致,可大幅度压缩侦查与起诉时间,从而从根本上提高诉讼效率。目前涉案企业合规改革中,各地检察机关和公安机关在企业刑事合规方面的协作还比较少,检察机关应当主动作为,与公安机关就企业合规整改在侦查阶段建立协作机制。当然,在顶层设计方面,相关改革的立法上还应赋予侦查机关在企业刑事合规整改初查和启动程序上的实质性权力,为其行使相应职权提供法律制度上的保障。

第二,检察机关处于行政权和司法权的中间环节,在企业合规刑事案件的处理中处于中枢位置。从国外的实践看,检察机关基本主导了企业刑事合规,这主要由于国外的很多国家检察机关同时具备经济犯罪案件的侦查权和起诉权,属于检警一体化的运作模式。这为检察机关在审前阶段与企业进行协商合规整改提供足够大的权力运作空间。中国的检察机关并不具有对涉案企业的经济犯罪侦查权,虽然检察机关具有法律监督权,但是现实中对涉案企业经济犯罪的侦查权并无实质性干预的权力。侦查机关对涉案企业的犯罪侦查,除非达到不起诉的要求,否则都会向检察机关提交起诉意见书。如果检察机关以企业合规整改为理由,改变侦查机关的起诉意见,就会导致涉案企业侦查与指控的程序的脱节与冲突,使得侦查阶段的成本“沉没”。近期,最高人民检察院发布了《关于全面履行检察职能推动民营经济发展壮大的意见》(2023年10月),其中提出要“坚持合规整改不限于检察环节、检察工作,会同有关部门在侦查、审判、执行等环节探索合规整改刑事诉讼‘全流程’适用”。这标志着涉案企业合规改革开始突破检察环节的局限性,进入刑事诉

讼的全流程适用的新阶段,对于深化涉案企业合规改革具有重要的意义。由于受到检察职权的法律限制,我国检察机关主导下的涉案企业合规改革在实践中面临很多掣肘。涉案企业合规改革中,检察机关除了需要与企业行政机关建立有效的衔接之外,当下还必须积极探索与公安侦查机关、审判机关和司法行政机关建立配套的合规改革衔接机制。

第三,法院对审判前的涉案企业合规整改享有司法审查权。企业刑事合规本质上是全过程的司法活动,法院作为审判机关必然要在其中发挥重要作用。近期中国涉案企业合规改革,已经有扩展到审判阶段的新动向,多地法检机关发布联合开展涉案合规改革的纪要、意见、办法等,明确法院参与合规整改制度和机制。^[43] 企业合规附条件不起诉以及与涉案企业达成的认罪协议,从权力制约的角度看,也应当得到审判机关的审查和批准。在美国,当监管机构或者检察官寻求民事协议来改造一个企业时,他们必须在法庭上进行,通知并允许公众参与,法官必须明确考虑公共利益。检察机关的权限过大,特别是附条件不起诉协议的广泛执行,将会切断法官在该领域中的作用,从而引发该不起诉协议正当性的争议。^[44] 虽然这种法官的形式上审查被看作仅仅是“例行公事”的审查,但即便如此,法官对检察官的不起诉裁量权仍然具有司法上的约束力。根据我国现行刑事诉讼法,审判机关对于检察机关决定不起诉的案件并不具有司法审查权。在企业刑事合规改革中,审判机关可以通过制定或修订有关单位犯罪的量刑规则,对涉案和合规整改企业作出适用罚金或企业合规整改缓期执行的裁决。在审判阶段,审判机关仍然有权与涉案企业进行司法协商,就涉案企业合规整改等达成一致,最终作出不定罪或者免于刑事处罚等裁决。总之,审判机关可通过制定企业或单位犯罪合规量刑指南,与检察机关建立必要的合规量刑衔接机制等途径,依法对涉案企业进行合规审理并参与合规整改指导。

第四,司法行政机关在企业刑事合规中具有配套服务功能。在企业刑事合规过程中不可避免需要配套的行政性措施,譬如协助建立第三方监督评估机构、对企业合规官或监管机构进行考察管理等。企业合规中的非司法权能配置给司法行政机关,可避免司法机关在企业刑事合规中的权力过分集中。司法行政机关可以参照司法鉴定、仲裁等法律服务的管理办法,对有第三方合规监督评估机构进行管理和监督。此外,对于派驻到企业中的“合规官”选拔、任用和奖惩等机制,司法行政机关可参照企业法律顾问管理办法进行监督管理。司法行政机关对于涉案企业合规的辅助行政功能的权能配置,有利于司法机关对涉案企业合规整改等作出独立和公正的裁量,防止权力过分集中出现“寻租”问题。

2. 第三方监督评估机构的创新

为了降低企业刑事合规中的权力寻租风险,在涉案企业刑事合规改革试点中,对有效合规行为的评价权可转移至独立的第三方中立机构。但是,建立独立、公正的第三方监督评估机制需要解决很多复杂问题。

一方面,需要解决第三方监督评估机构的主体问题。理论上,第三方监督评估机构需

[43] 参见“江苏法检联合出台纪要 首次对审判阶段企业合规工作作出规定”,http://economy.jschina.com.cn/gdxw/202304/t20230413_3197756.shtml,最近访问时间[2023-10-20]。

[44] 参见[美]布兰登·L.加勒特著:《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334-338页。

要具备独立性、中立性和专业性,这样才能够保证其作出的评估报告具有权威性。由于任何第三方机构的设置都无法回避“成本”问题,也无法做到绝对的中立,因此无论何种方案都无法做到“无可挑剔”。关于第三方监督评估主体,可以有以下三种备选方式。

其一,最高司法机关依托国家企业或行业主管部门,建立自上而下的第三方监督评估机构。目前涉案企业合规改革基本上就是采用这种方式。根据最高人民法院等机关联合发布的《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)》第一条规定,涉案企业合规第三方监督评估机制,是指人民检察院在办理涉企犯罪案件时,对符合企业合规改革试点适用条件的,交由第三方监督评估机制管理委员会选任组成的第三方监督评估组织,对涉案企业的合规承诺进行调查、评估、监督和考察。考察结果作为人民检察院依法处理案件的重要参考。这种方式突出的优点是,监管机构的评估本身带有公权性,比较容易为司法机关所接受;缺点是容易产生机构和人员“重床叠架”,国家和社会为此支出的组织管理成本会比较高。另外,这种第三方评估机构的工作内容、方式等十分类似于行政机关,因此容易出现行政化的问题,导致行政职权与专业权能的冲突,从而会弱化其评估报告的法律效力。

其二,由企业所属的企业行政管理部门进行合规评估。企业行政管理部门具有行业管理职权,这些管理机关对企业所属行业的运行状况和合规管理都具有丰富的经验。这种方式的好处在于避免另设第三方机构,减少国家的行政支出。同时,直接由市场监督管理机构或者行业管理部门进行合规评估,涉案企业对这类行业主管部门评估报告的结果相对容易接受。譬如上市公司的合规整改由证券监督管理部门指导下进行合规整改,食品药品部门涉案企业的合规整改主要由食品药品监督管理部门进行评估,都可以体现专业性和权威性。由于是行政主管机关主导下的合规评估,相比缺乏合规经验的司法机关而言其公信力会更强。同时由于利用现有的行政机关的管理资源,行政机关拥有对企业管理经验的相关信息,监督评估的成本会比较低。但是,该种方式缺点就是行政机关的评估容易产生部门或行业保护的问题,同时工作效率也可能会较低。

其三,第三方监督评估机构由司法机关和涉案企业共同委托具有丰富专业合规经验的律师事务所或者审计事务所、会计师事务所、专业商务管理咨询公司等社会服务机构进行评估。由国家按照一定的资质标准确定专业评估机构的名单,涉案企业和司法机关根据委托情况进行挑选。在第三方监督评估上,通常采取社会化第三方评估机构,评估费用由涉案企业承担。这种方式的优点是无需国家支付评估费用,评估报告的独立性强、专业性强,效率比较高,但缺点是评估费用高,且容易产生利益冲突。

由于涉案企业的规模和性质以及内部合规存在巨大差异,为最大限度满足涉案企业的个性化需要,笔者认为,以上三种方式在涉案企业合规改革中可以并存。虽然有效的企业合规标准,国家最高司法机关可以制定总体上的标准,但毕竟每个企业有自身的特殊性,因此要求按照国家统一的标准操作可能比较难以实现。另外,在不同诉讼阶段的合规整改方面,不同的司法机关有权选择有利于涉案企业的评估整改方式,因此对于第三方评估的内容和机制性要求也会有差异。由于第三方监督评估的成本通常会转移到涉案企业,涉案企业必须有相对应的救济权,否则涉案企业合规整改就会陷入被垄断性第三方监

督评估机构的绝对支配之中。当一方有权利要求某个程序,而另一方必须承担执行该要求的一部分成本时,人们就能够使用法律程序来折磨其他人。^[45] 这个理论,对于企业合规中的第三方监督评估程序来说,同样适用。基于合规司法化的整体效能,第三方监督评估机构的选择,国家应当采取开放、多元化的方式,避免第三方监督评估机构形成独家垄断,导致涉案企业合规成本的增高以及衍生的“寻租”机会的增加。

另一方面,需要解决第三方监督评估机构结论的法律效力问题。司法权属于国家司法机关的专属权,是国家保证公正执法的司法机关享有的权能,其他机关非法律特别授权并不能“染指”,否则会破坏司法权的权威性。由于第三方监督评估机构作出的有关涉案企业是否达到有效合规整改标准的结论将实质性影响司法权的具体运用,从这个意义上,第三方监督评估报告具有司法证据的效力。这意味着在很大程度上,第三方监督评估机构的结论将成为司法机关对涉案企业进行司法处理的法定依据。如果第三方机构处于中立地位,且具有很高的专业水准和职业道德,其作出的第三方评估意见作为具有法律效力的意见就具有坚实的根基。相反,如果第三方机构本身不具有严格中立性,其评估报告的意见的法律效力就会减弱。

司法机关在运用在第三方监督评估报告作为裁判的依据时,应注意防止第三方监督评估报告“架空”审查起诉和审判等司法权。在企业刑事合规过程中,不能因为第三方监督评估机构的介入而削弱司法权的独立性和权威性。一些涉案企业,特别是超大型或大型企业集团,其经济实力雄厚和社会影响力大,有可能透过各种不正当形式对第三方监督评估机构施加影响,使其出具有利于其的评估报告。就中国当下而言,无论是由行政机关独立作出还是由其他社会中介机构作出的合规整改评估结论报告,抑或司法机关与行政机关联合设立的第三方合规监督评估机构,在缺乏相关法律依据的前提下,司法机关对其评估报告的结论均应审慎审查,防止第三方机构的监督评估权力的滥用而损害司法权威。

四 结 语

总体上,涉案企业合规改革必然会引起相关利益主体的权利和权力变化,而且这些变化并非总是产生积极的或正面的价值。一个国家特定时期的刑事司法制度,包括实体和程序的构造体系和现实操作的指导性规范,并非立法和司法机关可以随意设计,而是当时的政治、经济和文化以及刑事司法政策与社会价值观交互作用的产物。一项改革或制度变迁要突破传统的路径设计,必须比原有的制度设计更具效率,决不能不考虑风险盲目推进。笔者建议国家有关立法部门在前段检察机关主导的涉案企业合规改革试点的基础上加强顶层设计,通过人大授权试验性立法的方式,有序推进涉案企业合规全流程诉讼程序改革,避免不同部门和地区的局部性改革带来的法律适用的冲突,最大限度防范改革带来的潜在风险。

[45] 参见[美]罗伯特·D.考特、托马斯·S.尤伦著:《法和经济学》,施少华、姜建强译,上海财经大学出版社2002年版,第341页。

Potential Risks and Countermeasures in the Reform of the System of Compliance of Corporations Involved in Criminal Cases

[**Abstract**] The reform of the system of compliance of corporations involved in criminal cases is a crucial innovative exploration of the Chinese criminal justice system in the new era. However, there are substantial disagreements in the academic circle on the innovation of mechanisms in various aspects of the reform. The transformation of the criminal legal system involved in the reform may result in “insufficient deterrence” in the prevention of corporate crimes as well as such potential risks as “free riding” and “rent seeking”. If not eliminated to the maximum extent, these potential risks may affect the process and even lead to the failure of the reform. To address these issues, it is critical to rigorously limit the scope of cases to which compliance rectification is applicable, intensify economic sanctions against corporations involved in cases, establish operational and effective standards for corporate compliance rectification, and enhance supervision mechanisms to prevent superficial “cosmetic” compliance rectification and avoid “free riding” by corporations and persons in involved cases. Legislative and judicial organs should strengthen top-level design, coordinate the allocation of relevant powers among public security departments, procuratorates, courts, and judicial administrative departments, and build a diversified third-party supervision and evaluation mechanism to prevent excessive concentration of power and potential problems such as “rent seeking” in the reform. According to the current evidence rules in China, the conclusions of compliance rectification evaluation reports made by administrative agencies, other social intermediary agencies, or third-party compliance supervision and evaluation agencies jointly established by judicial and administrative organs without relevant legal basis do not have the legal force of strict legal evidence and their probative force should not be enhanced beyond the limit set by current legal provisions on criminal evidence. The Supreme People’s Court and other departments may jointly issue normative documents on the application of criminal litigation procedures to the compliance rectification of corporations involved in criminal cases, which should, in light of the existing legal provisions on the trial procedures for unit crimes, comprehensively stipulate the litigation procedures, applicable entities, and procedural legal issues in the entire process of compliance rectification, so as to provide a legal basis for the reform. Overall, the innovation of mechanisms and legislation in the reform should be carried out in a step-by-step manner, so as to avoid “hasty advancement” of localized legislation that could undermine the coordination among and uniform application of different laws and minimize potential risks in the reform.

(责任编辑:贾元)