

合规视野下的企业刑事责任问题

陈瑞华

内容提要:在企业的刑事归责问题上,西方国家传统上遵循的是以企业员工的行为和主观过错推论企业行为和主观过错的原则。如今,这一归责方式正在受到普遍的质疑和挑战,一种建立在“组织责任”基础上的理论正在兴起,并为企业合规引入企业归责原则确立了理论上的依据。我国刑法所确立的单位犯罪制度,面临着单位犯罪与自然人犯罪“入罪标准不统一”“同罪不同罚”,单位所承担的刑事责任与行政责任难以保持均衡,以及认定单位主观意志较为困难等方面的问题。唯有建立“企业独立意志理论”,将单位视为一种独立的生命有机体,承认其具有实施独立行为和具有独立主观意志的能力,才能走出上述困境,并将企业合规融入单位归责原则之中。

关键词:企业合规 雇主责任原则 同一性原则 严格责任 企业独立意志理论

陈瑞华,北京大学法学院教授。

一 一个案例的引入

自从我国刑法确立单位犯罪制度以来,司法机关一般都是以直接责任人员的行为作为判定单位责任的根据。只要单位内部“直接负责的主管人员”或者“其他责任人员”,以单位的名义,为实现单位的利益,体现单位的整体意志,所实施的犯罪行为就属于单位犯罪行为。一般情况下,某一犯罪行为假如经过单位决策层讨论决定,或者由单位法定代表人以单位名义实施的,那么,将其认定为单位犯罪,似乎并不存在太大的争议。但是,随着公司治理结构越来越走向复杂化和专业化,越来越多的大型公司乃至跨国公司都面临着如何对分支机构、第三方乃至普通员工进行管理、控制和监督的问题。假如某一员工以单位名义、为了实现单位利益,实施了某种违法犯罪行为,那么,该公司在什么情况下才能为此承担刑事责任?换言之,在企业员工实施犯罪行为并辩称为“公司行为”的情况下,公司究竟如何实现单位责任与员工个人责任的有效切割?2017年,兰州中院对雀巢公司员工侵犯公民个人信息一案的终审裁定,在区分单位责任与员工个人责任方面作出了新的探索。

2011 年至 2013 年 9 月,被告人郑某、杨某在担任雀巢(中国)有限公司西北区婴儿营养部市务经理、兰州分公司婴儿营养部甘肃区域经理期间,授意该公司兰州分公司婴儿营养部员工被告人杨某某、李某某、杜某某、孙某通过拉关系、支付好处费等手段,多次从兰州大学第一附属医院、兰州军区总医院、兰州兰石医院等多家医院医务人员手中非法获取公民个人信息。期间,被告人王某某利用其担任兰州大学第一附属医院妇产科护师的便利,将其在工作中收集的公民个人信息 2074 条非法提供给被告人杨某某、孙某,收取好处费 13610 元;被告人丁某某利用其担任兰州军区总医院妇产科护师的便利,将其在工作中收集的公民个人信息 996 条非法提供给被告人李某某,收取好处费 4250 元;被告人杨某甲利用其担任兰州兰石医院妇产科护师的便利,将其在工作中收集的公民个人信息 724 条非法提供给被告人杜某某,收取好处费 6995 元。

在一审庭审中,被告人郑某、杨某、杨某某、李某某、杜某某辩称,是为完成公司任务收集公民个人信息的,起诉书指控非法获取公民个人信息的数量不准确。但根据当庭经过质证的雀巢公司指示(收录于雀巢公司员工培训教材)、雀巢(中国)有限公司情况说明,雀巢公司不允许员工以推销婴儿配方奶粉为目的,直接或间接地与孕妇、哺乳妈妈或公众进行接触,不允许员工未经正当程序或未经公司批准而主动收集公民个人信息。雀巢公司的政策与指示、雀巢宪章、与卫生保健系统关系的图文指引,证实雀巢公司遵守并按照世界卫生组织《国家母乳代用品销售守则》及我国卫生部门的规定,禁止员工向母亲发放婴儿配方奶粉免费样品,禁止向医务专业人员提供金钱或物质的奖励,以引诱其推销婴儿配方奶粉等。2016 年 10 月 31 日,一审法院判决雀巢公司郑某、杨某、孙某等六人以非法方式获取公民个人信息,情节严重;医院王某某、丁某某等三人违反国家规定,将本单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息,出售或者非法提供给他人,情节严重。上述九人的行为均已构成侵犯公民个人信息罪。^[1]

一审法院宣判后,各被告提起上诉。其中,上诉人郑某的上诉理由是自己的行为系属公司行为;杨某的辩护人提出本案属于单位犯罪;李某某上诉的主要理由是自己的行为都是公司下达的任务;杜某某上诉的主要理由是自己的行为是按照公司要求所作的,所获取的信息都是提供给公司的。2017 年 5 月 31 日,兰州中院审理后认为,“单位犯罪是为本单位谋取非法利益之目的,在客观上实施了由本单位集体决定或者由负责人决定的行为。雀巢公司手册、员工行为规范等证据证实,雀巢公司禁止员工从事侵犯公民个人信息的违法犯罪行为,各上诉人违反公司管理规定,为提升个人业绩而实施的犯罪为个人行为”。据此,兰州中院裁定,驳回上诉,维持原判。^[2]

[1] 参见兰州市城关区人民法院(2016)甘 102 刑初 605 号刑事判决书。

[2] 参见兰州市中级人民法院(2017)甘 01 刑终 89 号刑事裁定书。

这个案件曾被律师界称为“企业刑事合规抗辩第一案”。本案中,被告人所实施的侵犯公民个人信息的行为,是以雀巢公司员工的名义进行的,并且也是为了实现雀巢公司的利益,这是不可否认的事实。问题的关键在于,他们的行为是否体现雀巢公司的意志。按照公认的犯罪构成要件理论,主观要件由“意识因素”和“意志因素”组成。对于意识因素,雀巢公司可以很容易证明无论是最高决策层还是最高管理层,对于上述几名员工的行为既没有授权实施,也没有听取他们的汇报,也就是根本不了解情况。对于雀巢公司这样一个动辄有着数千甚至上万名员工的超大型企业而言,要让决策层和高级管理层了解每一个员工的行为,是不可想象的。既然如此,再来讨论雀巢公司究竟是否“追求”某种危害社会的结果发生,就没有任何意义了。

可能有争议的问题在于,雀巢公司对于员工的犯罪行为是否存在不作为的责任。就是行为人负有实施某种积极行为的特定法律义务,并且能够履行而不履行的行为。不作为有时候会表现为过失,即应当预见危害结果的发生,却因为疏忽大意而未预见或者因过于自信而导致了结果的发生。此外,在特定情况下,不作为也可以显示行为人具有间接故意。在此情况下,行为人已经预见到危害结果可能发生,却放任该结果的发生,对该结果采取既不排斥也不追求的心态。对于大型商业企业而言,假如对于员工疏于管理,缺乏培训,没有可操作的规章制度来规范员工的行为,就可能存在因不作为而承担责任的问题。

这一裁决的重大突破在于,法院以企业合规管理体系为依据,认定单位不存在构成犯罪所需要的主观意志因素,从而将单位责任与员工个人责任进行了切割。总体上,这一裁决逻辑仍然是以单位员工行为来推论单位责任的理论延续。但是,在行政监管部门大力推进企业合规管理体系建设的背景下,我国国有企业已经全面启动了建立合规机制的试点,民营企业的合规体系建设也在推进的过程中。

纵观西方国家的法制经验,企业全面建立合规计划的最大推动力,可能是合规激励机制的建立。所谓合规激励机制,是指企业因为建立合规计划而受到宽大的行政处罚和刑事处理。其中,刑法上的合规激励机制,对于那些已经涉嫌犯罪的企业而言,可能具有至关重要的价值,它可以成为认定企业无罪的直接依据,也可以成为法院减轻刑事处罚的依据,还可以成为企业与检察机关达成暂缓起诉协议的前提条件。^[3]对于这种合规激励机制,我国刑法和刑事诉讼法还没有予以确立。这会导致企业建立合规计划失去应有的动力,使得企业难以通过建立或者完善合规计划来换取宽大的刑事处理。目前,法学界和律师界正在积极推动立法机关引入以合规换取无罪处理的机制。经过各界的努力,未来我国司法机关很有可能接受以合规换取附条件不起诉的制度逻辑。不过,这种以合规换取无罪处理或附条件不起诉的做法,究竟具有什么样的理论基础,我国的单位犯罪归责理论究竟要做怎样的调整,才能容纳这种制度逻辑,对于这些理论问题,有必要作出深入的思考。

有鉴于此,我们拟从企业合规的角度,对单位刑事归责问题进行初步考察。笔者将以

[3] 参见陈瑞华:《企业合规制度的三个维度》,《比较法研究》2019年第3期。

西方相关理论的发展为切入点,讨论企业归责理论的变迁和发展趋势,然后对我国单位犯罪理论进行全面的清理和反思。在此基础上,提出一种新的企业刑事归责理论,并为企业引入合规治理体系的激励机制问题,确立新的理论根据。

二 企业刑事归责原则的比较考察

企业合规体系是英美法系国家最先创立的一种公司治理机制,后来为大陆法系国家所接受,属于法律移植的结果。但即使是在英美国家,企业合规体系最初也并没有太大的制度空间,经历了从道德范畴到法律范畴的长期演变。1990 年以后,随着美国反海外腐败法的实施,也随着美国联邦司法部逐步将合规作为对企业进行刑事宽大处理的重要依据,合规的刑法激励功能才逐渐得到发挥。在美国检察机关注重合规的刑事出罪功能之后,英国紧随其后,通过实施反腐败法将合规作为对企业作出不起诉、无罪抗辩乃至达成暂缓起诉协议的依据。^[4] 在注重合规的刑法激励机制的制度安排背后,也有企业刑事归责理论的支撑。可以说,传统的英美国家,法人犯罪理论是无法容纳合规机制存在的,而法人犯罪理论的发展和革新,则是检察机关将合规作为刑法激励机制的重要推动力量。

(一) 美国的企业归责原则

对于公司的刑事追责问题,美国刑法确立了两项基本原则,一是雇主责任原则,二是同一性原则。前者是联邦和部分州的司法系统适用的企业归责原则,后者为大多数州的司法系统所采用。

所谓雇主责任原则(doctrine of respondent superior),又可译为“上级责任原则”,是指企业对其员工或代理人在职务范围内,为实现企业的利益所实施的犯罪行为,应当承担刑事责任。该项原则最早于 1909 年为联邦最高法院所创立。《美国检察官手册》明确规定,“要让一个公司为其代理人的行为承担责任,政府必须确认公司代理人(1)系在职责范围内;(2)至少部分意图为了公司利益行事”。按照这一原则,只要企业的代理人实施了犯罪行为,那么,无论其具有怎样的级别,也不论犯罪的严重程度,只要在职务范围内行事,并且是为了实现公司的利益,该公司就要为该代理人的行为承担刑事责任。当然,实施犯罪行为的代理人也要承担刑事责任。^[5]

所谓同一性原则(principle of identification),又可译为“同一视原则”或者“识别原则”,是指公司内部董事、经理等高级管理人员作为法人的高级代理人,为实现法人利益,在其职责范围内实施的犯罪行为,应当由法人与该高级代理人各自承担刑事责任。表面看来,同一性原则似乎与雇主责任原则没有实质的区别,无非是将董事、经理等高级代理人的行为作为对企业进行归责的依据。但实际上,雇主责任原则将代理人的行为直接

[4] Jennifer Wells, The U. K. 's Deferred Prosecution Agreements Are Instructive For The SNC-Lavalin Drama, *The Wall Street Journal*, Feb. 15, 2019.

[5] 参见徐鹏博、黎宏:《美国法人犯罪刑事责任的认定及其启示》,《人民检察》2017 年第 19 期。

归责于企业本身,并不重视企业自身的主观过错。而同一性原则则高度重视企业的主观过错,并认为唯有高级代理人的认识和意志,才代表了企业的认识和意志。正因为如此,英美刑法理论上有所谓“第二自我”(alter ego)理论,将董事会成员、高级管理人员视为公司的化身或“第二自我”,他们的行为和主观心态就等于公司的行为和主观心态。这些高级代理人无论是直接实施了犯罪行为,还是授权、要求、命令或者容忍一般员工的犯罪行为,都要与公司一起承担刑事责任。^[6]

迄今为止,上述两项原则仍然是美国法院认定法人犯罪的理论根据。但是,无论是雇主责任原则,还是同一性原则,都不是根据法人本质和法人行为的特点而确立的归责原则,而是通过对法人内部自然人责任的认定来间接推论法人的刑事责任。因此,这两种归责原则受到多方面的质疑和批评。例如,由于一般企业员工或高级代理人的犯罪行为会归责于法人,这两项原则的适用会带来对法人处罚过宽的问题,甚至导致事实上的客观归罪后果。

为解决同一性原则在适用中出现的问题,美国一些法院发展出“集体认识原则”(principle of collective knowledge)。根据这一原则,只要多个公司代理人的主观心态和客观行为能够满足犯罪构成要件,就可以对公司进行定罪。即使不能证明任何一个雇员存在主观过错,但只要认定公司行为是所有员工在职责范围内的行为集合,就可以对法人追究刑事责任。^[7]这一原则尽管可以避免法人借口不了解代理人的行为而逃避刑事责任,但仍然是通过认定员工的意图和行为来确定公司刑事责任的。

随着企业合规机制在美国逐步推行,特别是20世纪70年代以后美国反海外贿赂法的实施,美国刑法理论开始对通过确立自然人责任推论法人责任的理论进行反思,逐步发展出注重法人独立责任的“组织责任”理论。根据这种归责理论,法人既属于拟制的人格体,也具有独立的认识能力和意志能力。无论是否存在法人成员的犯罪行为,只要法人或者法人成员实施了体现法人整体意志的犯罪行为,就应当对该法人追究刑事责任。这一原则不将法人成员构成犯罪作为对法人归责的前提,而注重将那些体现法人意志的犯罪行为作为对法人追责的基础。在这一思潮的影响下,出现了一系列相关的法人归责理论。^[8]例如,根据“法人主动过错理论”,只要法人为预防犯罪作出了合理的努力,就足以证明法人不存在犯罪意图,也就不应追究其刑事责任。根据“法人反应过错理论”,法人犯意不等于代理人的犯意,也不能通过法人的明示或者默示而表现出来。在法人对发生的犯罪没有及时给予应对时,就可以认定法人具有犯意。根据“法人品格论”,在法人品格对代理人的违法行为具有促进作用时,就有处罚法人的必要。而判断法人品格的依据主要有:法人预防犯罪的措施,犯罪后的补救措施,法人的组织结构、活动方针以及为遵守

[6] 参见 VP Nanda, Corporate Criminal Liability in the U. S. : Is a New Approach Warranted?, <https://link.springer.com>, 最近访问时间[2019-09-21]; Crystal Jezierski, Corporate Liability in U. S. , <https://globalcompliancencews.com> > white-collar-crime, 最近访问时间[2019-09-21]。

[7] 参见王良顺:《美国法人犯罪的归责》,《环球法律评论》2009年第6期。

[8] 参见 Klaus Heine and Kateryna Grabovets, Organizational Liability, <https://link.springer.com> > encyclopedia-of-law-and-economics, 最近访问时间[2019-09-21]。

法律所作出的努力等。根据“推定法人责任论”，对法人违法行为的认定，应当以法人的规模、组织结构、意思决定过程等为依据，对法人成员的行为是否属于法人行为作出判断。除此以外，美国还出现了“三阶段论”“遵循准则论”“法人共犯论”等一些倡导依据法人本质特征确定归责依据的理论。^[9]

可以说，通过对传统的刑事归责原则的反思，美国出现了各种依据法人本质特征来确定法人刑事责任的理论，这些理论尽管各有其侧重点，但其共同特征是，放弃了传统的以法人成员为中介的归责路径，而强调法人的独立人格和独立意志，并据此确定法人的刑事责任。法人的行为固然要通过法人成员或者代理人完成，但法人的意志却不依赖于其成员或代理人的意志而独立存在。至于究竟如何认定法人的独立意志，有的理论强调预防犯罪的政策，犯罪后采取补救措施的行动；有的理论则强调法人的组织结构，或者法人对待代理人违法行为的态度和制度等。正是在这些理论的推动下，企业合规机制才逐渐成为司法机关对涉案企业采取宽大处理的直接依据。美国检察机关在决定是否对企业提起公诉，或者是否达成暂缓起诉协议或者不起诉协议时，要考虑诸如“企业犯罪的性质和严重程度”“企业内不当行为的普遍程度”“企业不当行为的历史”“企业对不当行为的反应”“企业内部对犯罪容许的程度”“企业是否建立了有效的合规计划”“企业是否配合调查”“企业是否主动进行自我披露”等，就充分体现了“整体责任原则”的深刻影响。^[10] 其实，只要不再以代理人行为为媒介来推论企业的刑事责任，而是根据企业的品格、企业预防犯罪的政策、配合调查程度、自我披露行为等确定其刑事责任，企业合规机制被确立为刑法激励机制，就具有了理论上的依据。

（二）英国的企业归责原则

早期的英国刑法不承认法人的刑事责任。但是，随着社会的发展和企业越来越多地出现违法违规问题，19世纪中期英国开始承认法人犯罪，并引入了源自民事侵权法的替代责任理论，将其作为对法人追究刑事责任的理论依据。迄今为止，替代责任原则与同一性原则属于英国刑法对企业刑事归责的两项基本原则。其中，替代责任适用于按照严格责任确立的犯罪，意味着企业要为其员工和代理人的行为承担刑事责任。根据替代责任原则，企业员工和代理人只要实施了犯罪行为，不论是否存在故意或过失，都可以导致企业承担刑事责任。所谓替代责任，是某一主体在没有犯意和行为的情况下，为他人的犯意和行为承担刑事责任。在法人犯罪案件中，假如公司员工在职权范围内为实现公司的利益实施了犯罪行为，公司虽然没有犯意和行为，也需要为员工承担替代责任。^[11]

同一性原则被视为一种“非替代责任”，意味着公司不是为员工、代理人的行为代为承担责任，而是因其独立的行为和主观过错而承担责任。但公司本身并无思想和意志，只能通过其高级代理人来表达思想和意志。对于那些需要以存在犯罪意图为前提的犯罪行为而言，公司高级代理人的行为和犯罪意图将被视为公司的行为和犯罪意图。与美国相

[9] 参见王良顺：《美国法人犯罪的归责》，《环球法律评论》2009年第6期。

[10] 参见瑞恩·D. 麦克康奈尔、杰伊·马丁、夏洛特·西蒙：《“事前规划”抑或“事后处罚”：合规在刑事案件中的作用》，万方译，载李本灿等编译《合规与刑法：全球视野的考察》，中国政法大学2018年版，第145页以下。

[11] The Crown Prosecution Services, Corporate Prosecutions, <https://www.cps.gov.uk>, 最近访问时间[2019-09-04]。

似,英国刑法将代表公司的董事会成员以及高级管理人员界定为高级代理人。这些高级代理人被视为企业的“控制人员”,他们的地位决定了他们的行为和意志就等于公司的行为和意志,公司会因其行为而承担刑事责任。^[12]

相比之下,替代责任主要适用于涉及健康、安全、环境等问题的特殊犯罪案件,对这类公司犯罪案件的认定适用严格责任,并不存在太大的困难。被用于非替代责任的同一性原则在适用中面临的主要批评是,它导致对企业定罪变得十分困难。在适用这一原则方面,检察官既要证明代表公司“指导性心态和意志”的高级代理人的刑事责任,还要证明他们的主观心态就等于公司的主观心态。这类案件一旦发生在那些报告机制不透明且决策机制过于分散的大型企业之中,就将使检察机关在起诉方面面临较大的困难。这在一定程度上可以解释英国长期以来对公司犯罪提起公诉的案件少之又少的原因。^[13] 近年来,在那些以主观过错为必备要件的公司犯罪案件中,同一性原则的适用开始受到挑战。无论是在刑法理论上,还是在刑事立法的发展上,都出现了一种可称之为“预防失职模式”的理论。根据这一理论,企业“在预防欺诈及其他经济犯罪方面存在失职”问题时,应当承担刑事责任。具体而言,只要公司的相关人员实施了经济犯罪行为,公司就要承担“预防相关人员经济犯罪失职”的刑事责任。这种归责方式实际上引入了严格责任原则,也就是不需要证明公司在预防或阻止相关人员犯罪方面存在主观过错,根据相关人员的犯罪行为可以直接推定公司责任的成立。但与替代责任不同的是,公司在阻止或预防犯罪方面一旦存在失职行为,将构成特定的失职犯罪,而不构成员工或代理人所承担的罪名。这样,公司责任就与代理人责任发生了分离。当然,公司要提出无罪抗辩,就要承担证明自身不存在失职行为的责任。为承担此类证明责任,公司需要提出证据证明其具有阻止或预防相关犯罪的“合理程序”。所谓“合理程序”,其实就是在反贿赂、反逃税、反欺诈等方面的合规管理体系,包括合规风险评估、与风险相称的预防程序、最高层关注、尽职调查、培训与沟通、监控与审查等合规程序。^[14]

2010年英国通过了反贿赂法(*Bribery Act*),确立了商业组织预防贿赂失职罪。根据该法,任何与公司相关的人员为获取或者保留公司业务而实施贿赂行为的,公司都会被指控构成该项失职罪名。但公司能够证明其具有“合理程序”预防贿赂行为的,可以免除刑事责任。^[15] 2017年英国又通过了反金融犯罪法(*Criminal Finances Act*),确立了两种新的公司罪名,未能防范逃避英国税收罪和未能防范逃避外国税收罪。该法对这两项罪名的表述与2010年反贿赂法有关商业组织预防贿赂失职罪的表述是相似的。具体而言,假如公司未能阻止代表他们行事的个人或者组织的逃税行为,无论其是否因此获得收益,都将被认定为上述两种犯罪。当然,对该法所确立的这一严格责任,公司可以作出积极

[12] Joanna Ludlam, *Corporate Liability in the U. K.*, <https://globalcompliancenews.com>, 最近访问时间[2019-09-04]。

[13] Sean Curran, *Developments in Corporate Criminal Liability*, <https://www.financierworldwide.com>, 最近访问时间[2019-09-04]。

[14] See Stephen Sadler, *Corporate Criminal Enforcement: A Continuing Trend?* <https://www.ashfords.co.uk>, 最近访问时间[2019-09-04]。

[15] 参见陈瑞华:《英国〈反贿赂法〉与刑事合规问题》,《中国律师》2019年第3期。

的无罪抗辩,也就是能够证明公司通过“合理程序”来防止逃税行为的,就可以不承担刑事责任。^[16] 随着一系列法律法规即将颁布,特别是随着欧盟通用数据保护条例(GDPR)在全欧盟境内的普遍实施,英国正在酝酿引入更多新的公司罪名,这类罪名都具有公司在阻止或预防犯罪方面存在失职的特征,公司可以通过有效的合规程序进行无罪抗辩。通过这种立法方式,英国将合规机制引入到公司刑事归责机制之中。

(三)大陆法系国家的企业归责原则

大陆法系国家曾长期奉行以自然人刑事责任为基础的刑法理论,不承认法人具有犯罪主体的资格。但这种局面自 20 世纪 90 年代以来发生了重大变化。1994 年法国修改刑法典,确立了法人的刑事责任制度。继法国之后,2001 年意大利在刑法典中正式确立法人犯罪制度。目前,除德国以外,大多数大陆法系国家都确立了法人独立承担刑事责任的制度。^[17]

《法国刑法典》第 121-2 条第 1 款规定:“如果犯罪行为是为了法人利益并且由法人机关或者代表实施,那么除国家之外的所有法人都应承担刑事责任。”这标志着法国刑法首次正式确认法人的刑事责任。当然,刑法典最初所确立的法人罪名仅限于法律明文规定的范围。但是,2004 年 3 月 9 日法国通过的刑事法令则将法人承担刑事责任的范围扩展到所有可由自然人构成的罪名。^[18] 根据法国法学界的解释,法国刑法典在法人归责方面确立了“代表责任”,这一归责原则受到了英美替代责任、同一性责任以及组织责任理论的影响。尽管对于法国刑法典的这一条款有着不同的解释,但总体上仍然被视为通过自然人的行为归责于法人的责任理论。根据“代表责任理论”,只有代表法人的自然人所实施的犯罪行为才可以归责于法人。这里所说的自然人主要是指“法人机关或者代表”。法人机关一般是指法人的决策机关,如董事会和股东大会;法人代表则是指根据法律和章程以法人名义行事的董事、经理等高级代理人。另外,法人机关或代表所实施的犯罪行为是为了实现法人的利益。对这一点的广义解释是,为法人利益的行为既可以是指为使法人获得收益或者减少损失而实施的行为,也可以是指“为了确保法人的成立目标、组织结构、社会职能的实现”而实施的行为。^[19] 在司法实践中,只要实施犯罪行为的机关或代表没有追求个人的利益,就可以认定该行为是为了实现法人的利益。^[20]

在法人因上述机关和代表的犯罪行为而承担刑事责任的情况下,法院可以对其处以多种刑事处罚,这些处罚通常包括罚金、限制措施、没收措施。自 2016 年法国通过萨宾第二法案之后,法人一旦被认定构成腐败犯罪的,应在法国反腐败局的监督下,在规定期限(最长为五年)内执行专门的反腐败合规计划。自此以后,实施合规计划开始成为法国刑法所确立的刑事处罚。根据法国刑法,被定罪的企业在规定期限内没有实施有效合规计

[16] 参见 Lisa Thompson, Compliance Risk in the UK: What Companies Need to Know, <https://www.lexisnexis.com > bizblog > archive>, 最近访问时间[2019-09-21]。

[17] 参见卢建平、杨昕宇:《法人犯罪的刑事责任理论——英美法系与大陆法系的比较》,《浙江学刊》2004 年第 3 期。

[18] 参见卢建平、杨昕宇:《法人犯罪的刑事责任理论——英美法系与大陆法系的比较》,《浙江学刊》2004 年第 3 期。

[19] 参见陈萍:《法国法人刑事责任归责机制的形成、发展及启示》,《政治与法律》2014 年第 5 期。

[20] See Eric Lasry, Corporate Liability in France, <https://globalcompliance.com>, 最近访问时间[2019-09-06]。

划的,可以对个人处以两年的监禁刑,对法人处以不超过5万欧元的罚金。^[21] 除此之外,该法还建立了强制合规制度,要求达到法定规模和盈利额度的企业建立合规体系,拒绝建立合规体系的企业将受到罚款的处罚。尽管建立有效的合规体系并不是对涉案企业免除或减轻刑事处罚的法定依据,但在司法实践中,合规逐渐成为检察机关决定是否起诉的一项考量因素,也成为法院确定量刑幅度的参考依据。特别是根据萨宾第二法案,法国针对腐败、洗钱等犯罪行为,确立了“基于公共利益的司法协议”制度。检察机关与涉案企业达成这种协议的,企业除了缴纳罚款、赔偿被害方损失以外,还要在法国反腐败局的监督下实施最长三年的反腐败合规计划。在考验期结束后,检察机关对于那些实施了有效合规计划的涉案企业,经法院审查批准,可以作出不予起诉的决定。这种法国式的暂缓起诉协议制度的实施,意味着企业实施合规计划可以成为被免除刑事责任的依据。

与法国相似,意大利刑法也是根据自然人的行为确定法人刑事责任的。但与法国不同的是,意大利法律明确将企业实施合规计划作为对其免除刑事责任或者减轻处罚的依据。根据意大利2001年通过的第231号法令(下称“第231号法令”),公司内部享有管理职权并代表公司承担责任的人,以公司的名义或者为实现公司的利益实施的犯罪行为,应当由公司承担法律责任。上述人员主要包括代表公司或者实际管理或控制公司的董事和经理,以及受到上述董事和经理指导和监督的个人。对于这些人员所从事的犯罪行为,第231号法令除了要追究相关人员的刑事责任以外,还会追究公司的法律责任。公司所承担的法律责任主要有三类:一是罚金;二是取消特定的经营资格;三是没收犯罪所得。有观点认为,意大利对公司涉嫌犯罪的案件,是通过刑事程序来追究公司行政责任的。^[22]

建立有效的合规计划是公司被免除或者减轻责任的最重要方法。对于满足下面六个条件的公司,检察机关可以不再对公司提起刑事指控。一是确定公司业务中的风险活动或风险领域;二是确定适干预防犯罪的财务制度;三是提供旨在规划公司决议形成和实施的具体协议(政策),防止潜在的犯罪发生;四是授权具有自主权的监督机构,负责监控公司合规计划的进展情况;五是特定公司员工和代表提供持续培训;六是对于不遵守231号法令所确立的公司准则的员工和代表,采取相应的纪律惩戒。在受到刑事指控的情况下,公司可以通过证明已经实施有效的合规计划进行积极的无罪抗辩。其中,对于普通员工所实施的犯罪行为,公司可以通过证明已经实施足以有效预防犯罪行为的合规计划而免除刑事责任。而对于高级管理人员所实施的犯罪行为,公司除了证明已经实施了有效的合规计划以外,还需要证明监督机构已经进行了充分的监控,以及该高级管理人员通过欺骗性地规避公司内部控制体系而实施了犯罪行为。^[23]

[21] See Morgan Lewis and Bockius LLP, Sapin II Law: The New French Anticorruption System, [https://www.lexology.com > detail](https://www.lexology.com/detail), 最近访问时间[2019-09-06]。

[22] See Aurelio Giovannelli and Roberto Cursano, Corporate Liability in Italy, <https://globalcompliance.com>, 最近访问时间[2019-09-06]。

[23] See Roberto Pisano, Corporate Criminal Liability under Italian Law, <https://globalcompliance.com>, 最近访问时间[2019-09-06]。

三 我国单位犯罪的归责方式

1997 年以前,我国曾有大量的单行行政法规规定了单位犯罪。1997 年修订后的刑法典确立了单位犯罪制度,规定单位实施危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。与此同时,刑法还确立了“双罚制”的刑事处罚方式,原则上对构成犯罪的单位处以罚金,同时对“直接负责的主管人员”和“其他责任人员”单独进行刑事处罚。

那么,究竟根据什么样的条件来确定单位承担刑事责任呢?从企业归责理论的角度来看,究竟是根据单位内部自然人的行为和意志对单位进行归责,还是仅仅根据单位自身的行为和意志确定其刑事责任?对于这一问题,刑法本身只是笼统地规定,单位“实施危害社会的行为”,“应负刑事责任”。但是,所谓单位,无非是公司、企业、事业单位、机关、团体的代名词,他们尽管在法律上被视为“具有独立人格的法人”但其行为要通过其内部的自然人来实施,其认识和意志也要通过内部的员工来表达,那究竟在什么情况下才算是单位实施了“危害社会的行为”呢?尤其是在单位员工实施危害社会行为的情况下,究竟如何区分“员工个人责任”与“单位责任”呢?

不解决这些问题,就无法确定单位的刑事责任,也难以对单位责任与员工责任加以适当的分离。在这一方面,最高人民法院和最高人民检察院发布了一系列司法解释。通过分析这些司法解释,可以看出我国司法机关对单位进行刑事追责的基本逻辑。首先,对于单位犯罪仍然适用与自然人相同的追责原则,也就是责任自负原则和主客观相统一的原则。单位构成犯罪既要有犯罪行为,也具备独立的主观罪过,也就是为构成犯罪故意或过失所需要的意识因素和意志因素。其次,单位犯罪要通过内部成员实施。那些能够代表单位意志的成员可以是单位负责人,也可以是单位有决策权和经营管理权的高级管理人员,还可以是接受单位授权的其他人员。因此,最终被追责的自然人被确定为“责任人员”,也就是“直接负责的主管人员”和“其他责任人员”。再次,单位犯罪要同时符合三项条件:其一,单位成员以单位名义实施犯罪行为,也就是经由单位集体决定,或者单位的负责人或者被授权的其他人员决定或者同意;其二,单位成员为实现单位利益而实施了犯罪行为,亦即为单位谋取不正当利益或者违法所得大部分归单位所有;其三,需要具有独立的“单位意志”,主要体现在单位集体研究决定,单位负责人决定或者同意,或者被单位授权的其他人员决定或者同意。

单位犯罪制度在刑法上确立 20 余年来,不仅在理论上存在较大的争议,而且在司法实践中也暴露出一些难以解决的问题。其中,受到广泛关注的问题主要有三个:一是对于单位犯罪与自然人犯罪存在明显的“入罪标准不统一”“同罪不同罚”的问题;二是对单位的刑事责任与行政责任存在明显的不均衡问题;三是在认定单位主观意志方面存在较大困难,造成司法机关自由裁量权的滥用。

首先看第一个问题。在单位和自然人都独立实施同样犯罪行为的情况下,假如单位的入罪标准较高,而自然人的入罪标准较低,那就意味着自然人作为单位犯罪中的直接责任人员,与作为独立的自然人犯罪主体,会受到截然不同的法律待遇。同样,在单位和自

然人都独立构成某一罪名的情况下,假如对单位犯罪中的直接责任人员与独立实施犯罪的自然人所判处的刑事处罚有着明显的差异,这就违背了法律面前人人平等的原则。然而,我国刑法在确立单位犯罪制度之初,针对单位犯罪与自然人犯罪的入罪标准和量刑标准一直存在明显的“同罪不同罚”现象。对于同一犯罪行为,单位犯罪的入罪标准要明显高于自然人犯罪的入罪标准,单位犯罪中的直接责任人员所受到的刑事处罚,也明显轻于那些独立构成犯罪的自然人。根据实证研究,我国刑法在大多数罪名的适用中,对于单位犯罪的直接责任人员适用与个人犯罪相同的定罪量刑标准。但是,在一些特定罪名的适用中,如走私普通货物、物品罪,编造并且传播影响证券、期货交易的虚假信息罪,洗钱罪,行贿罪等,仍然实行“入罪标准不统一”“同罪不同罚”的二元制刑罚制度。^[24] 在司法实践中,对单位犯罪与自然人犯罪“同罪不同罚”的问题可能更为严重,几乎已经形成了一种司法惯例。在入罪标准上,有些单位犯罪的犯罪起点数额要达到自然人犯罪数额的3至5倍。如个人实施的非法吸收公众存款行为的入罪数额标准为20万元以上,而单位实施的同一犯罪行为入罪标准则为100万元以上。从法定刑的角度来看,一些单位犯罪中直接责任人员的法定刑要大大轻于自然人犯罪的法定刑。如个人对有影响力的人行贿,构成犯罪的最高刑期为十年有期徒刑,而单位犯罪中责任人的最高刑期仅为三年有期徒刑。结果,自然人一旦受到刑事起诉,往往倾向于将责任推给单位。而将自然人犯罪替换成单位犯罪,也已经成为律师界普遍运用的辩护策略。因为唯有如此,自然人作为直接责任人员才能在部分案件中逃避刑事处罚,或者被处以较轻的刑罚。不仅如此,一些地方法院为寻求经济利益,也更愿意将一些复杂疑难的案件认定为单位犯罪,这样可以对单位处以高额的罚金。^[25]

其次,单位的量刑问题。我国刑法对于单位犯罪只是确立了“罚金刑”,而没有将那些已经在行政法中确立的“资格处罚”引入刑事处罚体系。然而,无论是英美法系国家还是大陆法系国家,对于构成犯罪的企业除了科处罚金刑以外,还会处以程度不等的资格剥夺或者其他限制性措施。在很多情况下,对企业剥夺某种经营或交易资格,或者采取某种经济限制性措施,要比单纯的罚金刑给企业带来更大的损失,使企业付出更为沉重的代价,从而更能发挥刑罚的报应和威慑作用。但很遗憾的是,我国实行的是行政处罚与刑事处罚的二元化制裁体系,涉案企业假如仅仅构成行政违法而不构成犯罪,还有可能受到包括罚款、取消营业资格、吊销营业执照等“行政处罚”。但是,企业一旦被作出有罪判决,法院最终也只能对其科处罚金刑,而不再有其他方面的刑事处罚。实践中,由于刑法本身没有确立这类资格限制措施,检察机关和法院无法直接作出限制企业从业资格的决定,尽管可能会向行政机关发出“检察建议”,法院也可能发出“司法建议”。但是,这些检察建议和司法建议并不具有强制执行效力,而且还要取决于行政监管部门的执法能力和执法力度。相对于一些西方国家直接由法院采取这类取消资格、限制交易的刑事处罚措施,我

[24] 参见史东海:《单位犯罪刑法规范及相关司法解释的发展——兼述打击走私犯罪对单位犯罪刑法规范及相关司法解释的促进》,载陈晖主编《海关法评论》(第八卷),法律出版社2019年版,第167-181页。

[25] 参见姜秋琴:《从单位犯罪认定的视角谈公司企业权益的保护》,《人民法院报》2018年9月12日第006版。

国的做法,显然存在处罚不均衡、不及时和缺乏力度的问题。^[26]

最后,单位主观意志的认定问题。在单位主观意志的认定上,除了单位决策层集体讨论决定的情况以外,在单位内部自然人实施犯罪行为的情况下,如何区分单位责任与高管责任、单位责任与员工责任、单位责任与分公司责任、单位责任与第三方责任,已经成为亟待解决的问题。我国刑法所确立的单位犯罪,通常都是通过直接责任人员以积极作为的方式实施的犯罪行为。但对于企业内部高级管理人员或者普通员工实施的犯罪行为,企业以不作为的方式加以默许,或者在制止上述人员犯罪方面负有过失责任的,企业究竟要不要承担刑事责任,在这一方面,我国刑法和司法解释都没有作出明确的规定。由于主要是根据直接责任人员的行为和罪错来推论单位的行为和罪错,我国司法机关难以从单位自身的政策、规章、制度、行为规范等方面,独立确定单位的犯罪意图。结果,对于那些由企业高层管理人员经无记名表决所实施的违法行为,以及无法确定“直接责任人员”的违法行为,就难以认定为单位犯罪行为了。与此同时,对于自然人为进行违法犯罪活动而设立的企业,或者单位设立后以实施犯罪为主要活动的,司法解释要求一律不按单位犯罪论处,而只追究自然人的刑事责任。这显然否认了单位具有独立犯罪意图,将自然人责任与单位责任进行了混淆。^[27] 不仅如此,由于现有的单位归责原则是以自然人存在犯罪行为和犯罪意图为前提的,几乎不承认单位的独立行为和独立意志,因此,企业纵然建立了有效的合规体系,司法机关一般也难以将其视为单位在预防、治理、应对自然人犯罪方面的补救措施,更不将其算作单位主观意志的表现。结果,对于建立有效合规计划的企业,司法机关几乎不会将其作为对涉案企业进行激励的根据。在行政监管部门强力推进合规体系建设的情况下,企业实施合规计划究竟有多大动力,企业是否实施合规计划对其承担刑事责任到底有多大影响,尚有待考察。

四 “企业独立意志理论”的提出

与西方法学界一样,我国对以自然人行为为基础的单位归责理论也进行了反思。有学者认为,唯有借鉴英美最新的组织责任理论,强调单位具有独立于自然人的刑事归责资格,才能走出制度和实践困境。为此,需要强调单位独立意志,即使在单位内部没有任何自然人承担刑事责任的情况下,单位只要具备独立的行为和主观过错,就可以被追究刑事责任。强调单位在对内部员工和高级管理人员存在监管不力,对员工、高管等违法行为存在不作为,也就是对预防后者的违法犯罪行为存在失职的情况,就应承担相应的刑事责任。^[28]

我国目前对企业合规管理体系的全面推进,以及与此相关的对企业法律风险防控的高度关注,可能为单位归责理论的转型提供了难得的契机和社会基础。尽管我国企业合

[26] 参见黎宏:《完善我国单位犯罪处罚制度的思考》,《法商研究》2011年第1期。

[27] 参见徐鹏博、黎宏:《美国法人犯罪刑事责任的认定及其启示》,《人民检察》2017年第19期。

[28] 参见黎宏:《完善我国单位犯罪处罚制度的思考》,《法商研究》2011年第1期。

规机制主要是由行政监管部门依靠行政手段加以强力推动的,其最初动因也是为了降低中国企业在“一带一路”战略背景下进行海外投资经营所可能面临的法律风险,但是,这种合规管理机制一旦被引入中国,就不会仅仅在公司治理框架内发挥作用,而更有可能转化为一种法律激励机制。这是因为,仅仅有行政监管部门的强力推动,不足以使企业在建立合规计划方面具有真正的动力,反而有可能使企业为应对行政机关的监管要求而制定一系列“书本上的合规计划”,以至于造成合规管理体系的形式化和空壳化。而要使合规机制真正成为中国企业“触及灵魂的治理方式”,并使其发挥防范合规风险、有效监控违法违规行为的作用,确实需要在行政监管和刑法这两个领域建立行之有效的合规激励机制。其中,刑法上最重要的激励机制就是以企业合规换取宽大的刑事处理,比如以合规换取检察机关的不起诉,法院定罪后予以减刑,或者检察机关与涉案企业达成暂缓起诉协议,并通过督促企业通过完善合规计划来换取无罪处理。

有鉴于此,笔者拟提出“企业独立意志理论”,以此区别于传统的建立在自然人责任基础上的企业归责理论。根据这一理论,企业内部的员工、高级管理人员所实施的行为,究竟是否“以企业的名义”并“为着企业的整体利益”而实施的,不足以成为区分企业责任与员工责任的根据。要将企业责任与员工责任加以彻底分离,避免企业因为个别员工或高管的不当行为,而不合理地承担刑事责任,唯有对企业的主观意志与员工的主观意志加以分离,使得企业的犯罪意图和主管罪过得到独立的认定。只有企业的整体意志得到独立的认定,对其刑事责任的追究才具有合理性和正当性。那么,作为一种商业组织,企业内部既包含人数众多的员工和高级管理人员,也具有较为复杂的管理结构和层级,究竟如何确定其是否具有犯罪意图或者犯罪意志呢?尤其是抛开内部员工或高级管理人员的主观意志不论的话,究竟如何确定企业的独立意志呢?

罗马法时代有句著名的法谚——人的客观行为反映人的主观意志。企业的独立意志一般也是通过其独立的行为来得到体现的,其整体行为也可以成为判定其是否具有主观罪过的依据。按照前面的分析,美国的组织责任理论,将企业的组织结构、治理方式、文化乃至预防犯罪的政策等作为确定企业是否具有主观罪过的根据。这些理论概括固然可以克服传统的企业归责理论的局限性,但却无法将企业的主观罪过与企业行为建立起有机的联系。其实,根据“无行为则无责任”,企业作为一个具有独立法律人格的生命有机体,唯有实施了某种独立于自然人的行为,才能体现其独立的意志。那么,究竟是哪些行为可以成为认定企业具有犯罪的主观罪过呢?

我们可以借用行政法中的概念,将独立的企业行为分为具体企业行为与抽象企业行为。所谓具体企业行为,是指企业在经营管理、财务管理以及合规管理过程中,为避免经营风险、财务风险和合规风险,所实施的具体经营和管理行为。在经营管理方面,企业的具体行为可以表现为设立、投资、开发、生产、并购、破产重组和清算等行为;在财务管理方面,企业的具体行为可以有报表、入账、会计审核、内部审计等一系列行为;而在合规管理方面,企业的具体行为则可以包括风险评估、尽职调查、员工培训、内部沟通、内部举报、风险报告、内部调查、惩戒责任人、配合调查、主动披露等一系列风险预防、识别和应对行为。而所谓抽象企业行为,则是指企业为实现公司治理的目标,所实施的制定章程、政策、规范

和文件的行为,也就是通常所说的建章立制、制定政策和程序的活动。在经营管理过程中,企业为提高投资回报率所颁布的生产流程、投资并购政策、销售政策、奖励政策等,都属于抽象企业行为。在财务管理中,企业为加强财务管理、避免财务混乱、杜绝财务造假、禁止财务舞弊等情况,所采取的加强财务管理和强化内部审计的政策,就属于抽象企业行为。而在合规管理方面,企业为降低合规风险所颁布的合规章程、合规管理规范、员工行为准则,以及对合规风险的预防、识别和应对的制度体系,也都属于企业的抽象行为。

无论是具体企业行为,还是抽象企业行为,只要是企业经过法定决策程序所直接实施的,或者是经过企业依法授权或者事后确认的,都属于企业整体行为。企业通过这些具体行为和抽象行为,表达企业真实的主观意志。对于企业是否应当承担刑事责任的问题,也应当透过企业的具体行为和抽象行为,对其是否具备犯罪的主观罪过作出准确的判断。尤其是在企业员工、高级管理人员实施某种不当行为的情况下,对于该行为是否为企业行为,是否体现企业意志,也应根据企业是否存在具体行为或抽象行为来作出判断。假如员工或高管的行为本身就是执行企业整体决策和政策,获得企业授权、许可或事后承认的结果,那么,这种个人行为也就体现了企业的整体意志。另一方面,企业的某一具体行为或抽象行为,并不是任何员工或高管所直接实施的,而是企业决策层经过投票表决的结果,那么,这种决策就代表了企业整体意志。即使没有任何员工或高管对此行为承担责任,企业本身也应承担责任。按照企业整体行为体现其独立意志的观点,企业合规机制可以从哪些方面影响企业的刑事责任呢?一般说来,一项有效的合规计划通常包含企业的合规宪章、合规组织架构、合规实施规范和员工行为守则、合规防范体系、合规识别体系以及合规应对体系等基本内容。有效的合规体系意味着企业对于单位内部的违法违规行为采取零容忍的态度,对合规风险进行评估,对员工进行有针对性的定期培训,对高风险的领域和合规伙伴进行尽职调查,对企业经营活动进行全流程的实时监控和合规预警,对发生的违法违规行为进行及时调查,对有关责任人进行有效惩戒,对于合规体系的制度漏洞进行及时修补。^[29]可以说,企业建立或完善合规计划的行为,既包含了大量具体的企业合规管理行为,也包含一系列抽象企业行为。这些行为可以从四个方面来消除或者减轻企业的刑事责任。

第一,通过建立有效的合规计划,企业对违法、违规乃至犯罪行为进行有效的防范、识别和处置,体现出拒绝实施、接受违法犯罪行为的主观意志。在本文前面提到的雀巢员工侵犯个人信息案件中,雀巢公司制定合规宪章、合规管理规范、员工行为准则等文件的抽象行为,以及开始合规培训、签订合规承诺书等具体行为,都足以说明雀巢公司对于员工通过贿赂医务人员非法获取个人信息的行为,是公司多个文件严格禁止的行为。这显然表明,雀巢公司既没有亲自实施侵犯个人信息的行为,也没有鼓励、帮助、教唆、赞同、接受员工的侵犯个人信息行为。恰恰是雀巢公司实施合规计划的行为,足以证明该公司并没有实施侵犯个人信息的主观意图。既然就连实施犯罪的主观意图都不存在,那么,企业当

[29] 参见陈瑞华:《西门子的合规计划》,《中国律师》2019年第6期;陈瑞华:《有效合规计划的基本要素》,《中国律师》2019年第9期。

然就不应对个别员工实施的犯罪行为承担刑事责任了。

第二,企业通过建立有效的合规计划,足以证明自身对于员工、高管、合作伙伴或者客户的违法犯罪行为,既不存在失职的问题,也不承担过失责任。在司法实践中,那种由企业直接实施故意犯罪的情况是较为罕见的,常见的是对于员工、高管、合作伙伴或客户的违法犯罪行为,企业因为采取不作为或者存在失职的问题而承担过失责任。但是,企业一旦建立了有效的合规计划,即意味着企业通过合规宪章、合规管理规范 and 员工行为准则,向全体员工划定了合法与非法的行为界限,要求员工遵守企业所设定的商业行为模式;企业通过合规风险评估、尽职调查、内部培训、上下沟通等活动,向员工、高管、第三方等尽到了提醒和警告的义务,促使其远离违法犯罪行为;企业通过鼓励内部举报、定期合规报告、合规审计等活动,对于存在高风险的领域和个人进行合规风险的全流程预警;企业通过对违规行为进行调查、惩戒责任人、发现并弥补合规管理漏洞、主动自我披露等行为,展示了对企业内部违法犯罪行为的零容忍和积极预防的态度。一言以蔽之,企业通过合规管理体系承担了预防违法犯罪行为的责任。假如员工、高管、合作伙伴等仍然实施违法犯罪行为,那么,企业就既不存在失职问题,也不存在过失的罪过。

第三,即便在适用严格责任的情况下,企业只要建立了有效的合规计划,就能够以此证明自身不存在过错,从而成功地进行无罪抗辩。在英美国家,对于企业与高管、员工、第三方的责任识别问题,确立了两种形式的严格责任:一是后者实施特定犯罪行为的,推定为企业构成同样的罪名(这就是替代责任或雇主责任原则适用的后果);二是后者实施犯罪行为的,推定企业构成预防该项犯罪的失职罪(英国的预防失职模式即属于此类)。我国民法确立了严格责任制度,行政法上已经在特定领域有了严格责任的萌芽。^[30]但刑法迄今为止仍然坚持“主客观相统一”的原则,拒绝承认严格责任的正当性。但即便如此,在企业高管、员工乃至第三方(包括供货商、经销商、代理商等)实施了犯罪行为的情况下,企业仍然可以实施合规计划作为无罪抗辩的事由,以便证明自身对于高管、员工乃至第三方的犯罪行为,既不存在主观明知,也不存在疏于管理、缺乏监控的过失,从而作出积极的无罪抗辩。前面所分析的雀巢公司案件,足以显示企业合规在证明单位不具有主观罪过方面,是具有充分说服力的,也已经开始为司法机关采纳为无罪裁判的根据。正因为如此,即便是在“主客观相统一”原则积极发挥作用的情况下,仍然可以在企业合规与单位免责之间建立有机的联系。

第四,企业一旦建立有效的合规计划,就意味着该企业建立了一整套预防、识别和纠正内部犯罪行为的机制,可以实现企业内部的自我治理。在美国、英国、法国等国家,一个建立了合规计划的企业,即便面对较为重大的刑事指控,检察机关也可以与其达成暂缓起诉协议,在考验期之内促使其缴纳高额罚款,完善合规计划,并在考验期结束后作出撤销起诉的决定。之所以将企业建立或完善合规计划作为免除企业刑事责任的依据,主要是

[30] 参见2017年修订的《反不正当竞争法》第7条第3款:“经营者的工作人员进行贿赂的,应当认定为经营者的行为。但是,经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。”对这一条文的权威解读,参见吴楠:《总局反垄断与反不正当竞争局局长就新〈反不正当竞争法〉接受记者采访》,《中国工商报》2017年11月9日第3版。

因为企业经过若干时间的配合调查和重建合规计划,已经建立了一整套足以预防犯罪发生、识别违法违规行为 and 有效应对违规事件的机制。其中,预防机制可以通过对违规风险的评估、尽职调查、培训、沟通等方式,实现对内部违法违规行为的有效预防和阻止;识别机制通过对违法违规行为的举报、报告、审查、预警等方式,实现对内部违法违规行为的实时监控;应对机制则通过内部独立调查、违规责任人的发现和惩戒、合规体系漏洞的诊断、合规计划的完善等方式,实现企业内部的自查自纠,建章立制,弥补漏洞,避免类似违法违规乃至犯罪行为的再次发生。有了有效的合规计划,企业就具有了实施内部自我治理的能力,这标志着企业形成了一种依法依规经营的文化,具备了发现和纠正违法违规乃至犯罪行为的能力。在一定程度上,企业通过合规体系的建设,足以实现个别威慑效果。不仅如此,通过以合规换取宽大的刑事处理,还可以对众多企业形成激励效应,促使它们积极地建章立制,完善预防、识别和应对犯罪的体系,减少和避免犯罪行为的发生,最大程度地威慑潜在犯罪的发生。另外,通过在考验期内实施的合规监督和合规报告机制,企业通过重建合规计划,消除了重新犯罪的可能性,改变了原来促使犯罪行为发生的文化和管理机制,实现了本来要通过刑事处罚才能实现的矫正功能。

即便企业因为所涉及的案情特别重大,检察机关不得不对其提起公诉,法院仍然可以将合规作为宽大处理的依据,也就是将合规作为一种减轻刑事处罚的情节。这是因为,企业通过建立合规计划,表达了以下几个方面的意愿:一是承认被指控的犯罪事实,具有认罪悔罪表现;二是积极配合刑事调查,表达了改过自新的意愿,并大大节省了调查机关的调查成本和资源;三是积极披露企业内部员工的犯罪行为,使其受到及时的惩处;四是通过建章立制,建立了预防犯罪再次发生、有效识别犯罪行为以及矫正不良经营模式的管理体系,消除或减少了再次犯罪的可能性。既然企业通过重建合规计划大大减轻了其犯罪行为的社会危害性,降低了企业再犯新罪的可能性,那么,根据罪责刑相适应的基本原则,对其定罪后的刑事处罚也应给予相应的减轻。

五 代结语:企业合规视野下单位犯罪制度的重构

从世界范围来看,根据企业成员责任认定企业责任的刑事归责原则是缺乏生命力的,取而代之的是企业独立承担刑事责任的刑事归责理论。我国的单位犯罪制度没有将单位责任与单位内部责任人员的责任进行必要的分离,以至于造成在单位刑事追诉方面出现诸多问题。要走出这一困境,有必要根据“企业独立意志理论”,将单位视为一个独立的生命有机体,从单位自身行为上确定单位的独立意志。只有在单位存在独立的犯罪意图或者对内部员工的犯罪行为存在失职或过失责任时,才能追究单位的刑事责任。而在单位建立了有效的合规计划的情况下,这种合规管理体系本身就足以否定其存在犯罪意图,也可以否定其对于单位内部员工、高管、第三方或者客户实施的犯罪行为存在失职或者过失,从而将单位责任与单位内部员工、高管、第三方、客户的刑事责任进行必要的分割。那么,根据这种“企业独立意志理论”,我们究竟如何对单位犯罪制度进行重新构建呢?

首先,对于单位犯罪的概念应作适当的调整。传统上,我国的单位犯罪是指公司、企

业、事业单位、机关、团体为单位自身谋取非法利益或者以单位名义,经单位集体研究决定或者由负责人员决定实施的犯罪。这一概念貌似概括全面,但有点似是而非,难以解释单位犯罪的本质特征。其实,作为独立的生命有机体,单位尽管有着数量不等的自然人成员,但它一旦成立,就在本质上具有独立的法律人格,独立地享有权利,履行义务,并承担法律责任。在这一方面,应当接受民法上关于法人和非法人组织的概念,将单位视为具有独立行为和独立主观意志的法律主体。就此而言,单位犯罪应当被定义为公司、企业、事业单位、机关、团体在具有主观罪过的前提下所实施的为法律所禁止的危害社会行为。单位构成犯罪的条件有二:一是实施了刑法上禁止的危害社会的行为;二是单位具有主观罪过,要么具有犯罪故意,要么因为疏忽大意或者过于自信而具有过失。

其次,对于单位犯罪与自然人犯罪的关系应作适当界定。传统的刑法理论过于重视单位内部自然人的行为,并将其视为单位构成犯罪的条件和基础。应当说,有一部分单位犯罪确实是通过单位内部的自然人实施的。例如,单位内部经过集体讨论和表决所实施的犯罪,单位内部经主要负责人决定但经过其他高层管理人员事后确认的犯罪行为,高级管理人员或者普通员工代表单位或者经单位授权所实施的犯罪行为等,当然都可以被认定为单位犯罪,并对单位和直接责任人员实施“双罚制”。但是,在司法实践中,还有大量的情况应当被视为单位犯罪,该项犯罪与内部的自然人在承担责任方面却无法保持同步。比如说,经单位内部高级管理层无记名表决所形成的单位行为,可能无法追究投赞成票的自然人的刑事责任,但单位的整体行为构成犯罪;对于特定高管或员工的违法行为,单位没有承担注意义务,对其预防、监督、控制、识别、培训、惩戒缺乏有效制度安排,对于单位的不作为情况,似乎应当追究刑事责任;单位没有建立和实施有效的规章制度,内部管理混乱,以至于造成内部高管或员工任意实施违法犯罪行为,对此也应认定单位存在过失,令其承担刑事责任。其实,在单位与单位内部自然人承担责任的方式上,可以存在多元化的模式:一是单位成员以单位名义、为单位利益并体现单位意志所实施的犯罪行为,可以适用现行的“双罚制”;二是单位整体实施了犯罪行为,但无法确定单位内部成员成为“直接责任人员”,对此情况只能单独追究单位的责任;三是对于单位成员实施的特定犯罪行为,单位因为存在疏忽大意或者过于自信,而导致危害社会结果发生的,单位应当为其过失而承担刑事责任;四是对于单位成员为实现单位利益所实施的特定犯罪行为,单位因为疏于管理、缺乏有效监管或者没有建立相应的防范体系,应当承担独立的刑事责任,如构成特定的失职犯罪。

再次,对于单位的主观罪过应作重新界定。传统的理论将单位成员的意图、意志或者犯意视为单位的意图、意志或者犯意。这在一部分案件中是可以成立的。但是,作为具有独立法律人格的主体,单位具有独立的认识能力和主观意志。一方面,即便是在单位成员具有犯罪意图和意志的情况下,充其量只是单位整体意志的外在表现。另一方面,在单位成员主观意图不明显或者各成员与单位的主观意志不一致的情况下,单位仍然具有独立的主观意图或者意志。单位表达其认识、意图和意志一般有两种主要方式:一是通过所发布的章程、规范、行为守则、奖惩标准等规范性文件,“抽象地”表达单位的意志;二是通过对员工的职务行为实施教育、培训、防范、识别、奖励、惩戒等具体行为,“具体地”表达单

位的意志。

最后,在对单位实施刑事处罚方面,应当确立多元化的刑事处罚体系。目前,我国刑法对于构成犯罪的单位只是科处罚金,而没有确立其他方面的刑事处罚。其实,对于那些实施了经济犯罪的单位而言,唯有“剥夺违法者违法所得的利益”,才能使刑事处罚产生真正的威慑力。有必要针对单位犯罪建立“资格刑”,作为附加刑,对单位的经济利益、经营资格或社会声誉进行必要的剥夺或者限制,使其承受与其犯罪行为相适应的损失。例如,借鉴行政处罚法有关资格刑制度,增设取消公司上市资格,取消从事特许经营的资格,取消与政府部门进行交易的资格,吊销营业执照等处罚。经验表明,唯有对构成犯罪的单位处以上述各种资格刑,使其遭受重大的经济损失、交易机会损失或社会声誉损失,单位犯罪才有可能得到真正的遏制,通过合规换取宽大刑事处罚的激励机制才能得到真正的激活。试想,作为关心自身生死存亡的理性人,单位假如在极为严厉的刑事处罚与重建合规计划之间进行选择的话,无疑会选择后者。相反,假如要单位在接受罚金处罚与建立合规计划之间进行选择,也会毫不犹豫地选择前者。唯有在对严厉的刑事处罚产生畏惧的情况下,企业才会在建立合规计划方面产生动力,企业合规机制的推行才具有现实的可能性。

[**Abstract**] On the issue of criminal liability of enterprises, western countries traditionally follow the principle of corporate behavior, subjective faults inferred from the behavior and subjective fault of corporate employees. Today, this method of liability determination is widely questioned and challenged. A theory based on “organizational responsibility” is emerging and providing a theoretical basis for the introduction of corporate compliance into the corporate liability principle. The unit crime system established by Chinese criminal law faces such problems as “the lack of unity of incrimination standards” between unit crimes and natural person crimes, different punishments for the same crime, and the difficulties in maintaining a balance between criminal responsibility and administrative responsibility and in determining the will of the unit. Only by accepting “the theory of independent will of company”, treating the unit as an independent living organism, and recognizing its capacity for independent act and independent subjective will, can China get out of the above dilemmas and integrate corporate compliance into the principle of unit liability.

(责任编辑:雨 沐)