

# 系统论下刑事合规的作用机理\*

赵炜佳

(北京师范大学刑事法律科学研究院, 北京 100875)

**[摘要]** 系统论具有整合、适应与手段三要素, 与之契合的分别是国家赋予企业刑事化的合规义务、企业在经营管理中遵守《刑法》法定犯罪名的引证罪状之规范、国家对企业程序法和实体法两个维度的刑事法激励, 这是刑事合规的三个要素内容。在风险社会语境下, 应容许企业在适度范围内创设风险, 给予企业通过证明自身合规制度、内控体系的完备来换取宽宥处罚的空间。对企业而言, 通过被允许的风险与风险降低、保证人义务与结果回避义务、信赖原则与管理过失责任等刑法理论发挥阻却不法和有责的功能, 刑事合规是企业面临刑事追诉时的积极抗辩事由; 对国家而言, 刑事合规通过促进企业治理的模式转型, 实现国家引导企业自主预防犯罪。就路径的具体建构而言, 在程序法维度, 检察机关要主动调查企业实际状况, 评估刑事司法程序对企业生产经营的影响, 同时积极开展释法说理, 利用检察建议等形式督促企业完善合规制度, 开展合规培训, 努力完善公司的结构性治理, 在企业认罪认罚后, 检察机关可作出不起诉或缓起诉决定; 在实体法维度, 法院在审判阶段对企业进行量刑时, 应酌情予以从轻、减轻、或者免除处罚。从应然角度来看, 这种酌定量刑情节应当上升为法定量刑情节。总之, 刑事合规是通过法治为优化营商环境保驾护航, 旨在将刑事手段对企业的不利影响降到最低, 是“国家治理体系与治理能力现代化”理念在刑事法领域纵深发展的理论和实践契机。

**[关键词]** 刑事合规系统论 合规义务 引证罪状 合作治理

**[中图分类号]** D917 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 2096-983X(2021)05-0118-10

## 一、文献概述与问题意识

作为晚近以来的学术热点议题, 学界对于刑事合规的研究已呈现出繁荣的争鸣景象。梳理既有文献, 关于刑事合规的研究成果可总结为三个角度。第一, 译著与译作。翻译是任何一种理论移植过程中的先行必经阶段, 我国目前尚处于刑事合规制度与理念的引介阶段, 不少优秀的域外成果已被我国学者吸纳; 第二, “经验—启示”型的比较法范式。比较法研究是理

论移植的第二个阶段, 在此过程中, 将刑事合规的他山之石用以攻玉, 最终实现西学东渐; 第三, 刑事合规的中国化路径构建。如果仅停留于“启示”或“对策”型研究, 那么刑事合规理论无法在我国落地, 更无法生根发芽。因此, 探寻刑事合规与我国刑事法的契合之处, 是将域外法制资源本土化的必然路径, 也是理论发展的第三个阶段。

文献述评表明, 现有的学术成果更偏向于刑事合规理论移植的实用主义研究, 但在基

收稿日期: 2021-01-28

\* 基金项目: 国家社会科学基金资助重大项目“健全支持民营经济发展的刑事法治研究”(20&ZD198)

作者简介: 赵炜佳, 博士研究生, 北京师范大学中国企业家犯罪预防研究中心研究人员, 主要从事单位犯罪治理研究。

本理论的阐释方面严重不足。系统论视阈下的“作用机理”本是医学等学科研究基础问题的角度,具体是指“为实现某一特定功能或目标,工作系统的组成要素相互发生作用的过程和方式”<sup>[1]</sup>,后得益于帕森斯、卢曼等学者对系统论的发展完善,将之推动为人文社科领域广泛采用的研究视角。在系统论视角下,本文包括两个研究范畴:刑事合规包含了哪些要素?这些要素如何作用于企业犯罪治理?这是目前学界尚待系统论证的问题,也是本文的问题意识。

## 二、系统论视阈下的刑事合规要素剖析

根据系统论的观点,法律系统是社会系统的重要组成部分,任何法律制度都可用社会系统的要素分析法作为框架进行解构。<sup>[2]</sup>法律系统的建构和运行需要三方面要素。第一,整合,即通过分配权利和义务关系,使权力与责任、权利与义务的内容明确;第二,维持模式与适应,即个体必须服从于社会角色的制度安排,在依法行使权利的同时须履行法律赋予的义务;第三,为达致目标而采用手段,即通过规定民事、行政或刑事法律责任,威慑或引导社会成员遵从法律。<sup>[3]</sup>作为企业合规刑事化的发展样态,刑事合规是一个刑事法激励系统,其要素亦可在系统论视野下加以剖析。

### (一) 整合: 国家赋予企业刑事化合规义务

#### 1. 企业合规义务的内容展开

以美国《联邦量刑指南》为例,它规定了以下“防止和发现违法行为的有效措施”: (1) 制定防范风险的规范和程序; (2) 任命合规官并赋予其全权监督职责; (3) 在管理上尽到合理注意义务; (4) 通过培训等方式让雇员知悉具体的合规计划; (5) 设定监察审计制度,建立举报人保护机制; (6) 采取奖惩机制切实执行合规措施; (7) 发现犯罪后的及时应对和整

改。<sup>①</sup>将这些措施进行分类与整合,并结合典型的企业合规范例,可以镜鉴为我国语境下企业合规义务的具体内容。本文将合规义务定义为:企业在日常经营里认真遵照国家的相应规定和要求,在力所能及范围内最大程度地履行犯罪的自我预防责任,在涉罪后主动坦白并检举揭发企业内部罪行,积极配合司法,作出合规整改承诺并付诸实践。企业所履行的合规义务因行业领域的不同、规模的大小而异,这有待于国家或行业协会等将之进行类型化后,制定分门别类的标准体系。

第一,合规部门和专员。国资委于2018年发布《中央企业合规管理指引(试行)》,确立了合规管理组织的七个层级,具体包括董事会、监事会、经理层、合规委员会、首席合规官,以及审计、安全生产、质量环保等业务部门,并明确规定了他们的各自职责。<sup>[4]</sup>当然,上述严密的合规人事设置的要求主要适用于央企,对于民营企业(尤其是小微企业)而言,可依据自身的财力人力、性质、规模等作出个别化调整。

第二,合规制度。湖南建工集团曾受到过世界银行“附解除条件的取消资格”处罚,为避免行政制裁进一步恶化为刑事风险,该公司在3年时间内建立起较完善的合规体系。参照世界银行《诚信合规指引》,该企业制定了《诚信合规政策和程序》,并将之作为和公司章程同等重要的根本性文件。<sup>[5]</sup>为使得合规措施更加精细化,其又专门制定了《诚信合规管理办法》,在商业伙伴尽职调查、反贿赂、反欺诈、财务支出等方面做了详尽规定,并且明确了人情往来与回扣贿赂的区别,其合规管理体系的精密程度可见一斑。

第三,合规文化。合规文化是管理学中企业文化的重要环节,当企业内部形成一种主动合规的良好风气时,能够以较少的管理成本换取较大的公司治理效果。中兴公司在遭遇美国进出口管制后,为了让企业在国际贸易中行稳致

<sup>①</sup>U.S.Sentence Commission Guidelines Manual. §8C2.1 (b) (2018).

远,主动培育进出口合规文化,将“合规不仅可以创造价值,还可以保护价值”“合规是每个人的责任”作为员工内部培训和宣传的标语。此外还向全球范围内的所有合作伙伴发布“出口合规函”“季度通讯稿”,进一步重申了严格实行进出口合规的立场,通报企业合规计划的实践情况。<sup>[6]</sup>

第四,合规整改。上述湖南建工集团、中兴公司两个案例均是在企业面临行政执法或刑事司法时及时作出的整改措施,实际上,这正是刑事合规制度督促企业风控建设的意义所在。奥地利的刑事合规制度则给了企业更大的整改空间,即使在犯罪行为被调查后企业开始建立有效的合规系统,也同样可被视为减轻处罚的事由。这种亡羊补牢型合规整改机制,原理同《刑法》中的自首、立功等刑罚裁量制度殊途同归。从刑法理论来讲,事后及时采取补救措施,可视为法人组织的预防必要性降低,在一定程度上可纳入责任阻却事由。因此,在企业犯罪的治理方面,奥地利模式值得我国借鉴。

## 2. 为何国家用刑法赋予企业合规义务

除传统意义上的基本法定责任外,企业需承担一定的社会责任,例如主动建构内控措施来预防腐败、破坏环境等犯罪,这已是公共管理学界的共识。刑事合规义务其实是将企业社会责任通过刑法规范加以确证,本质上是企业社会责任的再法定化。上文已经详述了企业合规义务的具体内容,问题在于,为何要用刑法规范赋予企业合规义务?

这背后蕴含的原理可从刑事政策和刑罚目的两个方面来论证。一方面,同其他法律部门相比,刑法的法律后果可通过两极化的刑事政策发挥最大的伸缩弹性。申言之,对于懈怠于建设内控机制,甚至拒不履行合规义务的企业,对其可处以法定刑幅度内的最严厉刑罚;反之,对于积极履行合规义务的企业,可依据对其合规计划的有效程度评估进而减免刑罚,甚至可以从程序法方面对企业作出暂缓起诉、不起诉的决定。西方学者把这种刑事政策构造形象地

描述为“糖面包与皮鞭”。<sup>[7]</sup>在此模式下,“轻重两极分化”的刑事政策给企业留足了充分的选择空间——一边是巨额的罚金、对直接责任人判处刑罚;另一边是量刑优待与程序分流。依据市场经济中的理性选择论,此种制度安排最能激励企业主动遵从合规义务,进而实现恩威并施的规制效果。

另一方面,刑罚目的正当性,先后经历了报应刑、消极的一般预防、积极的一般预防之嬗变。不同于前两者,积极的一般预防更注重刑罚唤起民众对法的忠诚。通过指导公众的行为,确立公众对规范的认同、尊重,进而实现预防犯罪的目的。<sup>[8]</sup>刑事合规之所以能发挥有效性,就是依赖于刑罚积极的一般预防功能。具体而言,从在日常经营管理中建立风险识别、检举揭露等完备的合规管理措施,到面临调查时主动报告违法行为,再到遭遇刑事追诉后积极实施合规整改举措,企业都会因为“轻重两极分化”刑事政策下的刑罚配置从而选择适法行为,进而树立起对刑事合规规范的忠诚。《检察日报》报道的“江苏某科技公司不起诉案”即是范例,该公司虚开增值税专用发票已构成犯罪,但检察机关综合考量其认罪态度、整改承诺等情节,最后做出相对不起诉决定,并制发《检察建议书》,积极帮助该公司寻找日常管理中的疏漏,督促其建立刑事合规制度。该公司切实采纳了检察机关的建议,并聘请专家、律师等组成法律专业团队,最终制定出一套完备的合规方案,旨在建立企业内、外部的刑事风控体系。<sup>[9]</sup>由此可见,与其期待通过严厉的刑罚给企业带来法律惩罚与震慑,毋宁在积极一般预防的刑罚目的指引下,引导企业确立起自觉恪守合规责任的主动意识,将刑事风险防患于未然。

### (二) 手段: 国家对合规企业的刑事法激励

在系统论视野下,刑事法激励是国家促使企业合规经营的关键手段。然而从实然现状来看,不论是《刑事诉讼法》上的相对不起诉等制度,还是《刑法》中的自首、立功等制度,刑事法的激励机制目前更多集中在自然人犯罪领域。

究其根源,现行法律认为人的趋利避害与理性选择才是实现有效激励的心理学基础。不过,由于企业组织的合规状况是客观呈现的,反映在日常管理的每个环节,可以测量评估,这比自然人认罪悔罪的主观态度更直观、全面、具象地体现刑罚处罚的必要性程度大小,加之企业的决策同样来源于主要负责人(自然人),所以刑事法对企业的合规同样具有激励功能。

### 1. 程序法:构建企业附条件不起诉与认罪认罚从宽制度

对于充分采取预防犯罪必要措施的企业,美国依靠法人刑事审前转处协议(criminal pre-trial diversion agreements)实现法律激励功能。刑事审前转处协议包括不起诉协议和缓起诉协议,指当涉罪法人承认犯罪行为,愿意支付刑事罚金,积极配合调查,并改善内部治理时,检察官可与其签订放弃起诉或者暂缓起诉的协定,给予法人悔罪整改的机会。结合中国本土的刑事诉讼法律,与之在形式上最为接近的就是附条件不起诉制度。尽管目前我国的附条件不起诉制度仅适用于未成年人犯罪方面,但在近期最高人民法院召开的“企业刑事合规与司法环境优化研讨会”上,构建企业附条件不起诉制度是核心议题之一,<sup>[10]</sup>这至少在一定程度上释放了将该制度的适用主体拓展到企业的可能性。从应然角度来讲,对企业的相对不起诉是刑事合规制度下激励企业自主预防犯罪的重要程序分流措施。

此外,近几年写入我国《刑事诉讼法》的认罪认罚从宽制度也是探索企业合规激励手段的契机之一。刑事合规所折射出的企业主动报告、积极建构合规体系、支付刑事和解金等意识,可以视为一种良好的认罪认罚态度。中央政法委和“两高两部”于2020年联合发布的《关于政法机关依法保障疫情防控期间复工复产的意见》指出,对于涉企业犯罪案件,符合法定要求和条件的,积极推进适用认罪认罚从宽制度。

以最高人民法院发布的指导性案例“湖州王某某等虚开增值税专用发票不起诉案”为例,王、符等人经营的物流公司是疫情发生后当地寥寥无几可以复工的物流企业,并承接了多笔防疫物资运送业务。为保障防疫物资和民生用品物流畅通,检察机关积极适用认罪认罚从宽制度,综合考虑两人的主观恶性、犯罪数额和涉案税款全额补缴的客观实际,依法对犯罪嫌疑人作出不起起诉决定。经释法说理,针对性进行法治教育后,犯罪嫌疑人及时结束被刑事追诉的状态。二人回到企业后汲取教训,加强管理,严格依法合规开展经营活动,还主动向当地慈善机构和当地政府捐款捐物,为防疫期间开展防疫物资和民生用品运输贡献力量。<sup>[11]</sup>认罪认罚从宽是一个覆盖刑事诉讼全过程的制度集合,在审查起诉阶段积极推进企业认罪认罚从宽制度的适用,体现了恢复性司法的理念,这对于疫情防控常态化下鼓励企业复工复产、合规经营尤为重要。

### 2. 实体法:量刑阶段的刑罚减让

《联邦量刑指南》专门在第八章规定了“组织犯罪的量刑”,这是美国刑事合规制度下对企业在量刑方面给予优待的法律依据。对企业组织量刑的基本程序为:(1)确定大致的罚金范围;(2)确立犯罪等级;(3)确定基本罚金;(4)确定责任点数;(5)确立与责任点数相对应的最低、最高罚金;(6)在指南条款规定的罚金幅度内确定罚金具体数额;(7)根据组织是否建立起防范和发现违法行为的有效措施、退赃、妨碍司法等情况,进行罚金的减免或增加。<sup>①</sup>此外,《联邦量刑指南》还进一步明确了责任点数的计算方法,责任基准点数设定为5,当组织参与或放任犯罪时,应当根据组织自身的雇员人数、是否有高管参与其中、主动报案合作和认罪、犯罪前科等情节,进行责任点数的相应增加或减少,具体增减的点数大小亦被明确规定在《联邦量刑指南》中。

<sup>①</sup>U.S. Sentencing Commission Guideline Manual. §8C2.1-2.5 (2018).

以美国司法部(DOJ)对VimpelCom Ltd.公司的量刑案为例,因其子公司实施商业贿赂而被美国证券交易委员会(SEC)指控,该企业最终同DOJ达成缓起诉协议,缓起诉协议书中明确载明,由于该公司积极与司法机关合作,因而在计算出的罚金范围的最低数额基础上减少45%,就是最终的罚金数额。<sup>[12]</sup>具体计算方法为:首先,根据《联邦量刑指南》,结合该企业行贿犯罪的具体不法程度,其基础犯罪等级为12;其次,由于贿赂次数超过2次,因此犯罪等级增加2,且贿赂所得收益超过4亿美元,故犯罪等级再增加30;再次,因为所行贿的外国官员属于高级别的决策层领导,犯罪等级再增加4;进而,基于上述所有情节,确定犯罪等级为48,《联邦量刑指南》中所对应的罚金范围为8.3-16.7亿美元;最后,考量到该企业全力配合SEC与DOJ的执法、司法调查,积极认罪并作出完善反贿赂合规制度的整改承诺,从而可以减少罚金,最终确定的罚金数额为4.6亿美元。<sup>[13]</sup>

回归到中国的本土法治土壤,梳理我国司法机关关于量刑的探索足迹,最高人民法院在2010年制定了《人民法院量刑指导意见(试行)》并开展试点工作,2013年又在此基础上正式颁行《关于常见犯罪的量刑指导意见》,对司法实践中15个高频罪名的常见情节相对应的量刑起点与幅度进行了详细说明。不过,这些高发罪名主要集中于故意伤害罪、强奸罪等传统自然人犯罪领域。2017年,鉴于日益严峻的企业犯罪态势,最高审判机关制定《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》,补充新增非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、信用卡诈骗罪、合同诈骗罪等企业高频罪名,<sup>①</sup>并依据数额等情节对这些罪名的量刑起点与刑罚增减幅度予以明晰化。从刑事合规量刑激励的路径构建来看,我国立法机关有必要借鉴成熟经验,并结合我国企业犯罪治理的具体实践,进一步专门制

定针对企业犯罪的量刑指导意见。

### (三) 适应:企业在经营管理中遵守刑法规范

企业合规计划(corporate compliance program)又被译为适法计划,刑事合规自然在意涵上包括了企业在日常的经营管理中遵循、适应刑法规范。

#### 1. 法定犯罪名的引证罪状是合规义务的法源

上文已描述了合规义务的内容,包括合规制度、合规文化等,但企业在内部构建合规计划时,具体应合谁之规?进而言之,唯有明确了刑事合规义务的法律渊源,才能为企业履行合规义务提供更精准的规范指引。

我国《刑法》中共有146个罪名的犯罪主体包含单位,也就是说可以由企业实施,且这些罪名大都属于法定犯。法定犯具有二次违法性,其典型立法特征是通过设置引证罪状确立前置规范,比如根据刑法典第134条之规定,重大责任事故罪是指“在生产、作业中违反有关安全管理的规定……”。又如第136条将危险物品肇事罪的罪状描述为“违反爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的管理规定”,有关安全管理和危险品储存运输的规定,就为企业在生产、储存、运输等所有环节的安全合规体系建设提供了详细的参照。

《生产安全法》《危险化学品安全管理条例》《生产经营单位安全培训规定》等规范性法律文件,依次形成了一个位阶分明、层级清晰的“法律-法规-部门规章”体系,且规定愈来愈精细化。生产型企业可在此基础上,制定并实施符合本公司实际情况的安全合规章程,例如对安全监管人员须定期组织安全培训、法制教育以及岗位技术授课,在厂区开展消防应急疏散演练,对存储危险化学品的场所应聘请有专门资质的机构进行安全性评估,运输危险物品时应保证封口严密、标签醒目,且应预先设定发

<sup>①</sup>本文所称的“企业高频罪名”,是指近数年来中国裁判文书网所公开的裁判文书中,我国企业与企业家触犯频次较高的罪名。数据来源参见北京师范大学中国企业家犯罪预防研究中心. 企业家刑事风险分析报告(2014-2018)[J]. 河南警察学院学报, 2019(4): 19-69.

生危险时的应急办法等。

2020年9月,国务院批复无锡“9·28”重大道路交通事故调查报告,其中明确指出,涉案汽车客运公司“未建立安全生产管理相关规章制度,企业安全投入、安全管理人员配备、驾驶员安全培训、车辆维修保养、动态监控等日常安全管理环节严重缺失”,<sup>[14]</sup>最终导致36人死亡的悲剧。从反面来设想,倘若该公司在日常管理环节严格遵从关于安全的法律、法规和部门规章,具备充分的合规体系和合规文化,那么这样的重大安全事故将能在最大程度上避免或减少。

## 2. 刑事合规的类型化:依据引证罪状划分

除了安全合规外,依照法定犯引证罪状的规范类别,我国刑法典中还可以发掘出其他类型的刑事合规,本文将大致归纳为以下几类。

第一,商品标准合规。代表性罪名是生产、销售假药罪,生产、销售有毒、有害食品罪,生产、销售不符合卫生标准的化妆品等,这些罪名的前置行政规范包括了《药品管理法》《食品安全法》《化妆品卫生监督条例实施细则》等。医药企业应雇佣有资质的药学、工程技术人员,保证厂房、仪器和废弃物排放设施的卫生条件符合国家标准和行业标准。食品企业应规范生产要求,制定并施行危害分析与风控体系,确保生产经营中每个环节的潜在风险都能被及时发现并报告。化妆品企业应保证从业人员没有皮肤病,除配合卫生行政部门的监督外,还要进行限用物质是否超标等方面的定期自查等。

第二,财务和信息披露合规。以《刑法》第161条违规披露、不披露重要信息罪为例,所依之法就是《公司法》《证券投资基金法》《信贷资产证券化试点管理办法》等。企业应委托信托机构通过中国人民银行指定的媒体,披露一切对资产支持证券投资价值有实质性影响的信息,不得有误导性陈述和虚假记载等。

第三,反腐败合规。防范的重点刑事风险包括职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪等内部型腐败,以及行贿罪等对外型腐败。《反不正

当竞争法》《中国证券业协会会员反商业贿赂公约》都对企业提出了反腐败具体规范,要求建立反商业贿赂的内控机制和员工行为规范。

《联合国反腐败公约》则专门规定私营企业应根据其结构和规模,实施助益于预防和发现腐败的充分内部审计控制。

第四,税务合规。因偷税漏税、虚开发票等行为导致企业陷入刑事风险,无疑是因小失大。

《企业所得税法》《进出口关税条例》《企业所得税法实施条例》明确了企业在税款缴纳管理方面的具体流程。对任何企业而言,健全税务风险识别、发票规范化培训等内控体系,有助于企业长远效益。《刑法》第201条第4款规定了逃税罪犯罪成立的排除事由,这固然可以体现宽严相济的刑事政策,但对企业而言,真正能体现其不法程度降低的,是组织内部建立起完备的税务合规体系。故从立法论角度来说,可以考虑将“补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚,且及时实施有效的发现、识别和报告税务风险的合规内控措施”作为不予追究刑事责任的条件。

第五,数据合规。在人工智能、区块链、5G等高新技术的催动下,企业的刑事风险主要来源于破坏计算机信息系统罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪等,《网络安全法》《信息安全技术、个人信息安全规范》(GB/T35273-2017国标)等规范了互联网企业在采集、处理、存储、删除等在整个数据生命周期内的义务,包括用户权限管理、数据传输校验与加密、数据活动监控等全方位的防范侵犯个人信息、泄露商业秘密等刑事风险的系统。

第六,环境和资源保护合规。除《环境保护法》外,2020年中办和国办印发的《关于构建现代环境治理体系的指导意见》确定了企业在公开环境治理信息、提高治污能力、推进生产服务绿色化等方面的具体义务。

第七,知识产权合规。《著作权法》《商标法》《专利法》《广告法》等均明确了企业在知识产权方面应当履行的责任。据笔者调研,华

为公司于2019年发布了《华为创新与知识产权白皮书》，其中第四章专门规定组织、制度、流程等方面保护第三方知识产权的合规举措，例如要求所有员工在入职时签订《知识产权和商业秘密保护承诺书》，每年组织员工学习商业行为准则。由合规部牵头，多部门联动，确立了IPD(集成产品开发)、ISC(集成化供应链)、CRM(客户关系管理)等知识产权风控的重点环节，并每季度开展自查自纠。不仅遵守刑法规范和引证罪状的相关法律法规，更要结合公司自身状况细化刑事风控机制，这是华为模式对我国企业合规建设的启发。

### 三、刑事合规如何作用于企业犯罪治理

系统论的另一个核心观点为功能分化，即每个社会成员都在一定范围内承担着某些义务，故功能分化的重要特征是去中心化。<sup>[15]</sup>根据涂尔干的观点，人类文明已经历了分工模式的嬗变，从机械团结到有机团结是后工业时代人类社会的发展趋势。因此，针对企业犯罪，刑法在社会中的角色也应扬弃传统以刑事制裁为中心的单一模式，<sup>[16]</sup>转向“企业—国家”多元合作共治范式。

#### (一) 对企业：合规是企业面临刑事追诉时的积极抗辩事由

刑事合规的整合、适应与手段三大要素如何作用于企业？实际上，对企业而言，刑法理论所衍生的一系列不法阻却事由、责任阻却事由，能够与刑事合规相衔接契合，使企业在面临刑事追诉时拥有罪轻或无罪的抗辩空间，这就是刑事合规对于企业的作用机理。

##### 1. 被允许的风险与风险降低

人类社会已步入风险时代。现代企业由于其复杂的运营管理系统、错综的社会关联以及较强的外部性特征，因而是社会中最集中产生社会风险的地方之一。刑法系统作为社会系统的重要子系统，应当敏锐地感知到社会变迁的

刺激，进而通过组织内部的程序化运作对外在环境作出反应。<sup>[17]</sup>被允许的风险是客观归责理论下的重要概念，<sup>[18]</sup>社会的发展必须以对适度危险行为的宽容作为代价，否则将停滞不前，不能因为化工企业容易发生爆炸事故和产生污染，就一刀切地关停所有化工公司。

风险是客观存在的事实，它不再被刻画在人类和自然敌对的关系中，而是人类生活的必然，蕴藏在人类对科技与进步的普遍追求中。<sup>[19]</sup>在此前提下，刑事合规的制度功能在于通过刑法手段实现风险分散，赋予企业一定的自我预防犯罪的责任，以敦促企业在管理经营中恪尽相应合规义务，进而降低社会整体风险，消除或减缓社会风险带给民众的危惧感。

##### 2. 保证人义务与结果回避义务

如果将企业视为对第三人之危险来源，则企业的决策者或负责人，具有防范内部雇员、组织本身对第三人实施犯罪行为的保证人义务。<sup>[20]</sup>企业的主要负责人担负着组织内部建立预防犯罪制度的保证人义务，如果没有尽到刑法赋予的合理注意义务，那么将承担刑事责任。以天津港特大火灾爆炸事故案为例，瑞海公司董事长对“公司严重违反天津市城市总体规划和滨海新区控制性详细规划，违法建设危险货物堆场，违法经营、违规储存危险货物，安全管理极其混乱，安全隐患长期存在”负有直接责任，因而构成危险物品肇事罪。<sup>[21]</sup>更细化具体的问题在于，保证人应尽到何种程度的义务？结果回避义务能否解释这一疑问？

梳理结果回避义务的学术脉络，它实际上是旧过失论与新过失论的分野之处。传统的过失论认为，故意与过失在构成要件符合性、违法性层面的要素相同，两者的认定区别仅位于有责性阶层。只要行为人处于注意力集中和精神紧张的状态，就会对结果产生认知，<sup>[22]</sup>因此，行为人是否具有预见可能性是成立过失罪责的唯一判断标准。但如上所述，这种过于一刀切的归责模式会让企业容易陷入刑事风险，使企业的发展受到极大限制。

新过失论则对此作出修正,将主观过失的判断置于构成要件该当性阶层,并且增加了过失判定标准的要素,即使行为人对结果产生预见可能性,只要尽己所能避免危害结果的发生,那就不构成犯罪。在拥有一套臻于完善的合规计划的前提下,企业已经最大程度在履行结果回避义务。倘若因为员工的不合规行为去追究企业的刑事责任,那将违反责任主义原则。<sup>[23]</sup>企业制度的合规制度愈完善,意味着其对结果回避义务的履行程度愈高。

### 3. 信赖原则与管理过失责任

关于信赖原则在犯罪论体系中的地位,前田雅英总结为结果回避义务的限定工具。该原则主张,行为人信赖他人能实施合乎规则的行为,只要该信赖具有社会相当性,即使由于他人的不当行为引起了危害结果,行为人对此也不承担刑事责任。<sup>[24]</sup>在刑事合规的语境下,此处的“行为人”可解释为企业组织及其合规主要负责人,“他人”指的是实施业务犯罪的企业雇员。<sup>[25]</sup>反之,当企业的管理体制不完善与危害结果具有刑法上的因果关系时,企业所承担的就是管理过失责任。

对任何企业组织而言,不论建立起多么缜密完善的合规机制,也很难将所有的刑事风险化解。这种情形下,只要企业能证明组织自身确实在能力范围内履行了监督管理义务,那么可以成为单位的出罪事由。雀巢公司在面临侵犯公民个人信息罪等指控时,在举证阶段出示《雀巢宪章》《雀巢指示》《关于与保健系统关系的图文指引》等企业内部文件进行抗辩,法院在判决时认定该公司已经建立起较完备的风险内控机制,员工所实施的犯罪属个人行为,故认定该公司不成立单位犯罪。<sup>[26]</sup>

由此可见,根据信赖原则,只要企业尽己所能建立预防犯罪的合规体制,就构成了对所有雇员实施适法合规行为的信赖关系,刑法应当尊重并保护这种信赖利益,此情形下员工所实行的不合规行为应当归责为个人,进而排除企业的管理过失责任。

## (二) 对国家:通过合作模式引导企业自主预防犯罪的治理模式转型

“现代社会是一个既无顶端亦无中心的社会”,<sup>[27]</sup>去中心化的合作治理模式是社会治理的应然路径。企业犯罪的态势日益严峻,对国家而言,刑事合规的作用机理就是把企业犯罪治理纳入现代化社会治理的范畴,通过合作治理模式引导企业参与到犯罪预防中。

### 1. 国家中心模式的不足

从实然来看,我国对企业犯罪的治理方式偏重于以刑事法惩罚为导向,这是一种事后制裁的模式。国家是治理的主体,企业只是被治理的客体,现行治理方式有明显的缺陷。

一方面,国家的监管负担过重。在国家中心模式,行政机关和司法机关掌握着绝大多数权威性资源,国家机构处于治理格局的中心地位,而其他社会力量(例如企业组织)位于边缘。在这种模式下,形成了“中心—边缘”的社会结构,长期被放逐至边缘地位的治理客体会形成对国家的依赖,进而对参与治理产生一种淡漠的态度,欠缺以主人翁角色参与治理的主动意识,由此国家与企业成为家长式监管与婴儿式被监管的关系,这一切都将导致国家背负愈来愈重的治理负担。

另一方面,企业可能遭受颠覆性打击。于企业而言,“被起诉就约等于判其死刑”,<sup>[28]</sup>美国安然公司因证券信息披露、财务报告造假而被司法调查,多名高管被判监禁刑,企业被处以天价罚金。更致命的是因此产生多米诺骨牌效应,安然陷入财务丑闻后,企业信誉度大幅下降,市值一度从800亿美元骤跌至2亿美元,最终在不到一年之后就宣布破产。美国由安然事件反思过去的公司一元化治理体系,制定实施了《萨班斯法案》(Sarbanes-Oxley Act),引导企业自主预防犯罪。由此可见,倘若只注重对企业的事后刑事制裁,而不通过刑事合规激励企业参与事前预防治理,那么国家中心模式将会使企业因刑事诉讼遭遇严厉惩罚,瓦解企业的品牌价值和经济效益。

## 2. “国家—企业”合作共治模式的提倡

为了减轻国家监管重担,保护企业不受刑事诉讼的负面影响,亟待改变过去以国家为中心的传统治理模式,转型为国家和企业的多元合作共治。

何为刑事合规的合作共治模式?一言蔽之,即对企业的治理,由传统的国家一元规制转型为“国家—企业”的多元共治。具体而言,在国家层面,以刑法为激励手段,通过对单位犯罪精心配置刑罚,建构“轻轻重重”的两极化刑事政策模式<sup>[29]</sup>,亦即,设定较重的法定刑(尤其是罚金刑),同时加赋量刑优待条款,对于贯彻合规计划的企业,可以通过实体法或程序法路径实现刑罚的减轻甚至豁免;但倘若企业拒不履行或不充分履行合规义务,那么将严格依照法定刑科处刑罚。

企业犯罪治理合作模式的重大价值在于,从犯罪后惩处变为企业管理常态化的全环节合规嵌入。如在生产环节,主要刑事风险点是安全事故与产品质量,因此要在安全合规、商品标准合规方面加强内控;在采购和销售环节,刑事风险集中在员工吃回扣等现象,因此要在反腐败合规方面下足工夫;在财务环节,尤其对上市公司而言,依法依规披露财务信息报告极为重要等等,由此形成一个覆盖企业所有经营流程的有效合规体系。一方面,这可以最大限度将刑事风险化解于未然;另一方面,这些内控措施可以作为企业面临刑事追诉时的积极抗辩事由。

## 四、结语

企业管理结构的缺陷、内控体系的不完善,催生了企业犯罪的内部情境,进而根据亚文化理论,放任不守法、不合规行为的企业文化助长了越轨行为的选择空间,这就是企业刑事风险的犯罪学成因。刑事合规即是通过改良组织的内控环境与文化,实现企业犯罪的情境预防。同时,刑事合规的制度实现需要国家给予一定的激励,“只要恪守合规义务即可减免刑事责

任”的激励系统可让企业体悟到合规的甜头,引导企业从被动合规走向主动合规。国家治理体系和治理能力现代化要求构建社会协同共治的同心圆,<sup>[30]</sup>企业犯罪治理作为经济新常态下必然面临的问题,也需秉持这种理念。

总而言之,刑事合规的作用机理,即是国家通过赋予企业刑事化的合规义务(整合要素),发挥程序转处和量刑优待的激励功能(手段要素),引导企业在日常管理的所有环节遵从刑法典中引证罪状的相应规范(适应要素),进而吸纳企业协同参与国家犯罪治理(作用机理)的一套刑事法激励系统。

## 参考文献:

- [1]中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[M]. 北京:商务印书馆,1996:582
- [2]Luhmann Niklas. A Sociological Theory of Law[M]. Translated by Elizabeth King-Utz, Martin Albrow. Oxon: Outledge, 2014.
- [3][英]罗杰·科特威尔. 法律社会学导论[M]. 彭小龙,译. 北京:中国政法大学出版社,2015:67-93.
- [4]杜方正,刘艳红. 国有企业刑事合规制度的法理重塑[J]. 南京社会科学,2021(3):98-107.
- [5]陈瑞华. 湖南建工的合规体系[J]. 中国律师,2019(11):88-91.
- [6]陈瑞华. 中兴公司的出口管制合规计划[J]. 中国律师,2020(3):87-90.
- [7]李本灿. 刑事合规的制度边界[J]. 法学论坛,2020(4):138-149.
- [8]周光权. 行为无价值与积极一般预防[J]. 南京师大学报(社会科学版),2015(1):38-48.
- [9]卢志坚,郝红梅. 不起诉决定为企业送上“定心丸”[N]. 检察日报,2020-03-30(02).
- [10]于潇. 童建明在企业刑事合规与司法环境优化研讨会上强调:自觉把履职与服务企业发展深度融合起来[N]. 检察日报,2020-09-11(01).
- [11]正义网记者. 落实少捕慎诉司法理念,营造促进企业依法合规经营良好法治环境[N/OL]. 检察日报正义网. (2020-03-20)[2020-07-30]. [http://www.jcrb.com/jcjgsfalk/dxal/gjc/xinguanfeiyangfangkong\\_68253/202003/t20200320\\_2133452.html](http://www.jcrb.com/jcjgsfalk/dxal/gjc/xinguanfeiyangfangkong_68253/202003/t20200320_2133452.html).
- [12]赵炜佳. 论刑事合规的发展沿革、法理基础与本土内化[J]. 中国刑警学院学报,2019(5):64-69.

- [13]尹云霞, 庄燕君, 李晓霞. 企业能动性与反腐败“辐射型执法效应”——美国FCPA合作机制的启示[J]. 交大法学, 2016(2): 28-41.
- [14]本报记者. 长深高速江苏无锡“9·28”特别重大道路交通事故调查报告公布[N]. 人民日报, 2020-09-12(06).
- [15]王明敏, 齐延平. 社会系统论视角下区块链应用的法律规制[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2020(5): 113-125.
- [16]焦旭鹏. 刑法在社会中的角色——埃米尔·涂尔干刑法思想的解读与反思[J]. 中外法学, 2009(6): 915-928.
- [17]泮伟江. 当代中国法治的分析与建构[M]. 北京: 中国法制出版社, 2017: 5-6.
- [18]张明楷. 论被允许的危险的法理[J]. 中国社会科学, 2012(11): 112-131.
- [19]Ewald Francois. Two infinities of risk, translated by Brain Massumi[M]//Brain Massumi. The politics of everyday fear. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1993: 227.
- [20][德]克劳斯·梯德曼. 德国经济刑法导论[M]//周遵友, 译. 刑法论丛34卷. 北京: 法律出版社, 2013: 4.
- [21]新华社记者. 天津港“8·12”特大火灾爆炸事故系列案一审宣判[N]. 人民法院报, 2016-11-10(01).
- [22]钱叶六. 监督过失理论及其适用[J]. 法学论坛, 2010(5): 24-32.
- [23][德]埃里克·希尔根多夫. 德国刑法学: 从传统到现代[M]. 江湖, 黄笑岩, 等, 译. 北京: 北京大学出版社, 2015: 507.
- [24][日]前田雅英. 监督过失[J]. 吴昌龄, 译. 台湾刑事法杂志, 36(2): 34-47.
- [25][日]大塚仁. 刑法概说(总论)[M]. 冯军, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 242-243.
- [26]张远煌, 龚红卫. 合作预防模式下民营企业腐败犯罪的自我预防[J]. 政法论丛, 2019(1): 113-125.
- [27]贡特·托伊布纳. 社会理论脉络中的法学与法律实践[J]. 纪海龙, 译. 交大法学, 2015(3): 71-85.
- [28]陈瑞华. 安然和安达信事件[J]. 中国律师, 2020(4): 87-89.
- [29]李本灿. 企业犯罪惩治中两元化刑事政策的构建——基于企业犯罪惩治负外部效应克服的思考[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2014(5): 132-138.
- [30]陈一新. 加快推进社会治理现代化[N]. 人民日报, 2019-05-21(13).

【责任编辑 刘绚兮】

## The Mechanism of Criminal Compliance under the Systems Theory

ZHAO Weijia

**Abstract:** The Systems Theory has three elements: integration, adaptation and means. There are three similar elements in criminal compliance, which correspond with the state's criminalization of enterprises' illegal acts against compliance obligations, enterprises' abidance by the norms of quotative facts about a crime in Criminal Law in their operation and management, and incentive mechanisms set by the state in criminal procedural and substantive laws. For enterprises, criminal compliance is an active defense when facing criminal prosecution. For the state, criminal compliance promotes the transformation of corporate governance mode, and guides enterprises to prevent crimes on their own.

**Keywords:** criminal compliance under the Systems Theory; compliance obligation; quotative facts about a crime; cooperative governance