

单位犯罪刑事归责中 数据合规师的作为义务*

敬力嘉

摘要:确定是否以及如何刑事实体法中引入合规计划的前提,是厘清具体单位犯罪刑事归责中合规师的刑事责任。我国单位犯罪的刑事责任类型应为独立的“决策机制责任”,合规计划的功能在于廓清单位决策机制的运作过程,判断个人意志是否上升为单位意志,个人行为是否上升为单位行为。若答案为肯定,则需进一步判断单位犯罪行为的不法责任。以此为理论基础,企业数据合规师以其容许行为不作为参与了企业所实施的具体信息网络犯罪。在企业日常经营中,数据合规师需承担作为制度建设义务的数据合规义务;在信息网络犯罪刑事归责中,数据合规师需承担过失不作为犯的具体作为义务,不能对这两种义务进行混同。在具体信息网络犯罪的刑事归责中,应以不作为犯“类单一正犯”的不法结构,以及数据合规师的职务身份及其应承担的作为义务类型为依据,分别认定其刑事责任。如此,可避免走向“合规无用论”或“合规浪漫主义”的极端,理性厘定合规计划在单位犯罪治理中的制度功能。

关键词:单位犯罪 决策机制责任 数据合规师 合规计划 刑事归责

中图分类号:DF611 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-8330(2021)06-0097-12

一、问题的提出

2019年起,刑事合规成为我国刑事法学界关注的热点问题。^①随着后疫情时代中共中央对“六稳六保”、法治营商环境建设、民营企业产权保护等工作的高度重视,我国已逐步推行企业合规不起诉、企业合规第三方监管等试点改革措施,开启了企业犯罪治理模式的变革。^②从实践需求出发,刑法学界对刑事合规是否以及如何影响企业犯罪刑事归责进行了探讨。主张全面引入刑事合规制度的学者,认为应明确企业作为单位主体的独立性,进而以企业合规计划完善与否、是否得到有效贯彻为标

* 本文系2020年度国家社会科学基金后期资助项目“信息网络环境下犯罪参与行为的处罚边界研究”(20FFXB047)、2019年度中国法学会部级研究课题青年调研项目“‘深度伪造’问题的刑事规制与限度研究”[CLS(2019)Y04]的阶段性成果。

[作者简介]敬力嘉,武汉大学法学院副教授,法学博士。

① 在“中国知网”以“刑事合规”为关键词检索,2007年至2018年期间,以此为主题的文献数量从1篇上升至24篇,2019年和2020年则分别跃升至100篇与149篇,热度骤增。代表性文献参见耿佳宁:《单位固有刑事责任的提倡及其教义学形塑》,载《中外法学》2020年第6期,第1489—1491页。

② 参见陈瑞华:《企业合规不起诉制度研究》,载《中国刑事法杂志》2021年第1期,第78—96页;马明亮:《论企业合规监管制度——以独立监管人为视角》,载《中国刑事法杂志》2021年第1期,第131—144页。

准判断企业犯罪的行为不法。^③ 对此持保留意见的学者认为,刑事合规无法替代刑法教义学关于企业犯罪定罪量刑的判断标准,功能极为有限。^④

既有研究深陷单位犯罪主体资格的有关争议中,并未厘清合规对单位犯罪刑事归责路径的作用方式。刑事归责是对归责对象、标准与结果的层次化判断过程,^⑤从本文主张的意图行为论出发,单位犯罪的归责对象应为单位在其自身意图支配下实施的单位行为。单位意图并非存在论层面的独立心理事实,而是在特定规范要求与客观条件限制下,通过单位领导集体与其他成员个人意图的沟通塑造而成的集体意图。^⑥ 通过剖析这一沟通塑造机制,才能厘清单位犯罪中个人与单位的关系,确定各自的主体地位。单位犯罪的归责标准应为具体犯罪的构成要件,只有结合具体罪名进行分析,才能明确单位犯罪中相应主体行为不法的判断标准。

基于以上认知,本文拟以企业实施的信息网络犯罪为对象,^⑦以当前法律规范体系与产业发展均已初具规模的数据合规为语境,以不作为犯罪参与的归责判断方法为指引,^⑧探讨以下四个问题:第一,单位犯罪刑事归责中,单位和单位成员个人的主体地位如何确定;第二,在归责对象层面,刑法应评价数据合规师^⑨的何种行为;第三,在归责标准层面的具体信息网络犯罪构成要件中,数据合规师是否具备保证人地位,应承担怎样的作为义务;第四,如何实现对数据合规师不作为参与此类单位犯罪的刑事归责。通过对数据合规师不作为参与单位犯罪刑事归责判断过程的具体考察,可以厘清合规在单位犯罪刑事归责中的规范定位。

二、单位犯罪的“决策机制责任”

(一)单位犯罪刑事归责的既有逻辑:以“职务身份→支配关系”为核心

单位犯罪刑事归责的逻辑起点,是明确单位与个人的主体地位。这个问题在我国刑法理论中一直存在较大争议,相关争议在刑事合规的研究中得到延续。

有关单位犯罪的刑事责任,目前刑法学界主要存在否定论、责任分离论、替代责任论、组织体责任论等四类观点。持否定论的学者以法人拟制说为基础,试图确立单位犯罪及其刑事责任的拟制属性,将单位犯罪还原为自然人个人犯罪与个人刑事责任对法人的归属。^⑩ 持责任分离论、替代责任论与组织体责任论的学者则以法人实在说为基础,分别肯定了单位本身的犯罪主体地位。三者的区别在于,责

^③ 持此类观点的学者较多,参见黎宏:《组织体刑事责任论及其应用》,载《法学研究》2020年第2期,第81—84页;时延安:《合规计划实施与单位的刑事归责》,载《法学杂志》2019年第9期,第26—33页;李本灿:《刑事合规制度的法理根基》,载《东方法学》2020年第5期,第32—44页;李本灿:《法治化营商环境建设的合规机制——以刑事合规为中心》,载《法学研究》2021年第1期,第173—190页;陈瑞华:《企业合规基本理论》,法律出版社2020年版,第177—210页。

^④ 参见田宏杰:《刑事合规的反思》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第119—130页。

^⑤ 参见敬力嘉:《作为行为不法类型的犯罪参与——兼论非法发布深度伪造信息的行为不法》,载《华东政法大学学报》2020年第6期,第75—83页。

^⑥ 本文采纳了帕森斯对社会行动结构的分析路径,按照社会行动的描述性参照系(目的、手段、条件、规范),对有待分析的单位行为(不是帕森斯理论中的单位行动)结构进行了描述性界定。参见[美]塔尔科特·帕森斯:《社会行动的结构》,张明德、夏遇南、彭刚译,译林出版社2012年版,第825—832页。

^⑦ 本文所指信息网络犯罪包括狭义信息网络犯罪、计算机犯罪与网络化传统犯罪。参见敬力嘉:《信息网络犯罪规制的预防转向与限度》,社会科学文献出版社2019年版,第33—38页。

^⑧ 关于本文主张的不作为犯罪参与归责判断方法,参见敬力嘉:《网络不作为参与行为不法类型的重塑》,载《政治与法律》2020年第11期,第38—51页。

^⑨ 根据2021年3月9日发布的《人力资源社会保障部办公厅 市场监管总局办公厅 统计局办公室关于发布集成电路工程技术人员等职业信息的通知》,“企业合规师”正式成为了我国的一个新职业,本文据此使用了“数据合规师”的表述,并特指企业中的数据合规负责人。资料来源于福建省人力资源和社会保障厅网站:http://rst.fujian.gov.cn/zw/zxwj/rsbwj/202103/t20210323_5554371.html,最后访问时间:2021年3月22日。

^⑩ 参见张克文:《拟制犯罪和拟制刑事责任——法人犯罪否定论之回归》,载《法学研究》2009年第3期,第39—58页。

任分离论者主张“单位犯罪”应为单位所实施犯罪与单位内自然人实施犯罪的特殊聚合体,单位责任与单位成员责任在构造与追诉上各自独立;^①替代责任论者主张,单位成员履职时为单位利益实施的犯罪(狭义替代责任),或单位领导集体实施的犯罪(同一视原则)应直接视为单位犯罪;^②持组织体责任论的学者主张,^③单位犯罪的刑事责任独立于个人刑事责任,为单位自身客观固有,应以单位自身是否履行犯罪控制义务为中心,考察单位是否存在以不容许的管理缺陷为根据的组织过失。^④

可以看到,单位犯罪否定论者秉承“个人→单位”的归责判断逻辑,主张具备职务身份的自然人事实支配(实施)了单位犯罪行为;责任分离论、替代责任论与组织体责任论者则秉持“单位→个人”的归责判断逻辑,主张是单位(不合规)的治理方式或运营结构支配了其中的自然人实施犯罪行为。两种归责判断逻辑均以“职务身份→支配关系”为核心构建,在当前刑事合规的有关研究中,以后者为指引的替代责任论与组织体责任论更加受到学者青睐。那么,以“职务身份→支配关系”为核心构建归责判断逻辑,是否符合单位运营的实际情况?只有回归对法人本质的探讨,才能找到这一问题的答案,明确单位犯罪中个人与单位的主体地位。

(二)单位犯罪刑事归责的应然起点:单位决策机制^⑤

不同于刑法学者的标签化解读,^⑥我国民法学界对法人本质的认识经历了不断深化的过程。基于对法人是否具备独立本体与法律主体资格的不同理解,^⑦德国民法学界发展出了三种关于法人本质的学说,即实在说、^⑧拟制说^⑨与否定说。^⑩经历一百余年的发展,除否定说不为流学界接受之外,实在说与拟制说逐渐被视为“从不同的侧面对法人制度及其背后所存在的社会现象所作的不同的解释”,在实践导向下走向了相互渗透与融合。^⑪我国民法学界基本继受了德国相关学说,关于法人本质的认识也经历了与之相似的深化过程。^⑫我国民法学界的有力观点认为,《民法典》第57条至第59条的规定,表明我国《民法典》认可了法人具备独立的权利能力、行为能力与意思能力,与实在说的主张相契合。但《民法典》第59条仅规定了法人民事权利能力与民事行为能力产生于法人“成立”之时,消灭于法人“终止”之时,并未确立法人“成立”与“终止”的时间与方式,属于不完全法条。而《民法典》第58条也仅规定法人的设立应当依照法律与行政法规的有关规定,不能排除特别法中规定的某些法人特殊的设立与终止方式,^⑬存在拟制说适用的空间。^⑭我国民法学界就有观点认为,有关法

① 参见叶良芳:《论单位犯罪的形态结构——兼论单位与单位成员责任分离论》,载《中国法学》2008年第6期,第92—105页。

② 需要说明的是,黎宏和李本灿所主张的“组织体责任”,其判断根据仍是自然人的行为,应当被归入替代责任的范畴。参见前引③黎宏文,第84页;李本灿:《单位刑事责任论的反思与重构》,载《环球法律评论》2020年第4期,第52—53页。

③ 参见周振杰:《企业刑事责任二元模式研究》,载《环球法律评论》2015年第6期,第157页;前引①耿佳宁文,第1502—1508页。

④ 参见前引③时延安文,第28页;前引①耿佳宁文,第1502—1508页。

⑤ 本文采美国著名社会学家乔恩·埃尔斯特(Jon Elster)的定义:“机制是指在通常未知的条件下被触发或是带有不确定结果的、经常发生且容易识别的因果模式。”[美]乔恩·埃尔斯特:《解释社会行为:社会科学的机制视角》,刘骥、何淑静、熊彩等译,重庆大学出版社2019年版,第34页。

⑥ 例如,田宏杰教授在其文章中作出如下判断:“我国语境下一元主体论的含义是单位犯罪中只有单位整体这一个犯罪主体,自然人不是单位犯罪的主体,其理论基础是法人实在说。”这一判断仍停留在将法人拟制说与法人实在说简单对立的阶段,不具备充分的学理依据与现实基础。前引④,第124页。

⑦ 参见仲崇玉:《法人本质学说的法律技术和价值理念》,载《现代法学》2021年第1期,第58页。

⑧ 参见[德]奥托·基尔克:《私法的社会任务》,刘志阳、张晓丹译,中国法制出版社2017年版,第58—81页。

⑨ 参见[德]罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第62—63页。

⑩ Vgl. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den Verschiedenen Stufen einer Entwicklung*, Teil 3, 1906, S. 336—337.

⑪ 参见马骏驹:《法人制度的基本理论和立法问题之探讨》(上),载《法学评论》2004年第4期,第3—12页。

⑫ 参见王利明主编:《中国民法典释评(总则编)》,中国人民大学出版社2020年版,第142—143页;梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第120页;江平、龙卫球:《法人本质及其基本构造研究——为拟制说辩护》,载《中国法学》1998年第3期,第71—79页。

⑬ 根据我国《民法典》第58条的规定,我国法人设立以准则主义为原则,以许可主义(还需主管行政机关批准)为例外。例如,我国的《社会团体登记管理条例》即体现了对非营利法人较为严格的管制。

⑭ 参见陈甦主编:《民法总则评注》,法律出版社2017年版,第388—408页。

人成员对外活动代理、法人人格否认等方面的制度设计,宜以拟制说为基础。^{②5}

笔者认为,根据我国《民法典》的现行规定,法人及其民事权利能力、行为能力与意思能力均以法规作为存续基础,只有通过法规认可的程序,个人意志才能上升为法人意志,这表明法人人格(意志)是拟制而成的。^{②6} 作为组织体的法人实施的行为与造成的后果是否不依附于法人成员独立存在,决定了法人是否应独立为此承担相应的法律责任。解决这一问题的关键在于厘清法人人格的形成过程,即法人的决策机制。只有明确个人意志如何上升为法人意志,才能确定什么是个人行为,什么是法人行为。这一问题已超越了法规的范畴,需从更广泛的社会科学视角出发对此进行解析。

个人作出特定行为的原因、机制和意义,是哲学社会科学领域共同关注的问题。在社会学视角下,对行为的产生而言,行为前发挥作用的机制是“约束条件”,行为时发挥作用的机制是“选择”,行为后发挥作用的机制是“选取”,三者对于解释行为产生的机制都不可或缺。^{②7} 而在当前风险社会的背景下,将非意向性的“约束条件”与“选取”解释为行为的意义或者功能,从而将未来可能的损害都归因于行为主体的行为决定(“选择”),似乎已成为风险预防的应然之义。^{②8} 以此为前提,将自然人或单位视为单位犯罪的行为主体,进而以“职务身份→支配关系”为核心构建归责判断逻辑,也就成为顺理成章的选择。但笔者认为,如果不对单位犯罪中单位行为的“约束条件”与“选取”机制进行研究,就会陷入方法论上的整体主义(系统论或功能论)或化约主义(还原为生理层面的个人),本质都是将行为主体原子化,^{②9}无法厘清单位决策机制中单位与个人的关系,也就难以明确单位犯罪行为的本体内涵。

个人意志若欲上升为单位意志,需经法人机关按照法定程序认可,^{③0}这是“单位犯罪行为”得以实施的“约束条件”。这一“约束条件”征表的不是一个静态的规则系统,而是单位内部成员间以及单位与其他社会主体间形成的社会网络。单位成员个人的意图行为诚然是单位行为得以实施的实在基础,但以单位为连接点,自然人的意图已嵌入不断发展的社会网络。社会网络是连接个人行为与制度、文化的中间部分,具备超越个人的“涌现”特性。^{③1} 行为规范会通过社会网络传播,与他人连接路径越多,即社会网络的结构越紧密,社会网络中的个人就越容易被网络上的行为规范影响。概言之,规范和利益借由社会网络共同塑造了人的行为。^{③2} 而所谓合规,形式上是在塑造一套单位成员的行为规范,实质是在构建单位成员间,以及单位与其他社会主体间存在大量连接的集成化社会网络,继而通过处于该网络核心位置的领导(集体)影响集体行为。因此,单位对成员的控制方式不是管束支配与封锁,而是通过促进人际交流与信息流动,进而丰富社会网络实现的。^{③3} 单位意志的来源是基于社会网络的单位决策机制,而非具体的个人意志。社会网络的实然存在为单位主体的独立归责提供

^{②5} 参见谢鸿飞:《论民法典法人性质的定位——法律历史社会学与法教义学分析》,载《中外法学》2015年第6期,第1521—1528页。

^{②6} 《民法典》的权威解读意见即指出,“作为法律上具有拟制人格的主体,法人的民事权利能力和民事行为能力与自然人有所不同。”黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第177页。

^{②7} 参见前引^{②5},第282—284页。

^{②8} 参见[德]尼克拉斯·卢曼(Niklas Luhmann):《风险社会学》,孙一洲译,广西人民出版社2020年版,第153—182页。

^{②9} 马克·格兰诺维特(Mark Granovetter)认为,两者分别以社会分工与对个人利益的狭隘追求为标准,实现对个人的原子化建构。参见[美]马克·格兰诺维特:《社会与经济:信任、权力与制度》,王水雄、罗家德译,中信出版集团股份有限公司2019年版,第18—23页。

^{③0} 根据我国《公司法》第36—50条的规定,公司的意思形成与意思表示机关在不同层次对公司运营起到决策作用。关于法人机关的类别,参见杨立新:《中华人民共和国民法典条文要义》,中国法制出版社2020年版,第47页。

^{③1} 所谓“涌现特性”,是指总体由各组成部分的连接和互动呈现出的新特性,且这种新特性只有总体具备,各个部分均不单独具备。可以用蛋糕或炒菜来类比,蛋糕或炒菜的口味超出了所有原料口味的简单相加。参见[美]尼古拉斯·克里斯塔基斯、詹姆斯·富勒:《大连接:社会网络是如何形成的以及对人类现实行为的影响》,北京联合出版公司2017年版,第35—44页。

^{③2} 参见前引^{②9},第91—141页。

^{③3} 参见[德]海因茨·布德:《焦虑的社会:德国当代的恐惧症》,吴宁译,北京大学出版社2020年版,第165页。

了现实基础,不能再从单位成员的个人行为中寻找单位犯罪行为的现实基础。

尽管单位意志与单位行为的独立性应得到认可,但问题导向下的综合策略而非某种完善的制度逻辑,是单位行为得以实施的“选取机制”,这完全可能导致单位行为的发展超出最初单位意志的预设。制度、规范、文化更像一个可供选择的“工具箱”,而非作为行为界限、约束性的静态规则系统。它们影响(塑造)行为,但不决定行为。人们在解决问题的时候,往往会实践性地选择指引规则,而不在意它们的体系性。^④作为一种行为规范,合规也只是能代表单位意志的个人在作出行为决策时参考的要素之一,而绝非唯一。最终上升为单位意志的行为决策,是行为人根据实际需求拼装不同规范体系后的产物。对单位是否合规的判断不能替代对具体单位行为是否构成犯罪的考察,前者只能对后者起到补充作用。以单位是否合规为依据判断其组织过失的观点,属于“合规浪漫主义”。

综上所述,笔者认为单位犯罪既不是单位支配个人实施的犯罪,也不是个人支配单位资源实施的犯罪,而是个人意志经单位决策机制上升(不是一般认为的体现)为单位意志后,单位意志支配作为组织体的单位实施的犯罪行为。虽然单位犯罪行为确需由具体自然人实施,但当个人意志上升为单位意志,个人犯罪行为即上升为单位犯罪行为,在刑事归责中获得了独立的规范地位。^⑤单位犯罪刑事责任的基础不是雇员或领导个人的意志、单位成员与单位的雇佣关系或单位自身的组织缺陷,而是单位的决策机制。基于以上认识,笔者将单位犯罪的刑事责任类型归纳为“决策机制责任”。合规措施的核心功能,在于打开单位决策机制的“黑箱”,以合规计划为依据,明确单位运营中相关主体的权属关系,进而以合规义务的实际履行状况为依据,判断个人意志是否上升为单位意志。若答案为肯定,则应进一步判断具体的行为不法与责任;若答案为否定,则应只追究该自然人的刑事责任。^⑥遵循以上思路,可以较好地解释我国现行立法中有关单位犯罪的规定。我国《刑法》第31条的规定,应解释为单位为其决策机制产生的犯罪行为及危害后果承担独立的刑事责任,个人为其行为直接符合犯罪构成承担刑事责任。对于2014年《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》,应理解为单位本就通过具体个人实施犯罪行为,即使不处罚单位,也不妨碍追究组织、策划、实施该危害社会行为的人的刑事责任。

以被称为“企业合规无罪抗辩第一案”的雀巢公司员工侵犯公民个人信息一案为例,兰州市中级人民法院在二审裁定中阐明:“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。”^⑦最终裁定维持原判,不追究雀巢公司的刑事责任。本案中,雀巢公司以其履行了合规管理义务为依据,证明了员工个人的犯罪意志并未上升为公司意志,员工个人的犯罪行为自然也未上升为单位犯罪行为。^⑧而在北京匡达制药厂偷税案中,法院认为作为药厂法定代表人的王某并未直接参与犯罪,不应承担刑事责任,^⑨王某出罪的法理依据与前案相同。

^④ 参见前引②,第293—326页。

^⑤ See Celia Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford University Press, 2001, p. 11.

^⑥ 黄京平教授主编的《刑法案例分析》一书认为,“在判断单位犯罪与自然人犯罪的区别时,唯一的标准应该是单位主观方面的形成过程是否符合单位相对独立的人格,具体来讲,一方面,支配特定行为的意识/意志是否是单位的有权者所作的,其中有权者的管理单位的权力必须是根据单位的章程、惯例所确定的;另一方面,该意识/意志的形成是否是有关者依照单位的议事决策章程、惯例所作的。”本文与该书的着眼点一致,均尝试以单位决策机制为标准区分个人意志与单位意志。但本文进一步明确了单位意志与个人意志并不互斥,前者应由后者提升而非转化而来,真正厘清了单位意志与单位犯罪行为的形成过程。因此,本文主张的“决策机制责任论”与以上观点存在本质区别。参见黄京平主编:《刑法案例分析》,中国人民大学出版社2018年版,第81页。

^⑦ 参见甘肃省兰州市中级人民法院(2017)甘01刑终89号刑事裁定书。一审判决参见兰州市城关区人民法院(2016)甘102刑初605号刑事判决书。

^⑧ 本文不认可完全与个人意志分离的单位意志,本文观点因此与学界的“责任分离论”及“企业独立意志论”等都存在本质区别。参见前引①;前引③陈瑞华书,第198—206页。

^⑨ 参见《北京匡达制药厂偷税案——如何认定单位犯罪直接负责的主管人员》,载最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》(2003年第4辑,总第33辑),法律出版社2003年版,第1—6页。

与此同时,对于单位负责人破坏单位决策机制实施的犯罪行为,即使不法利益归属于单位,也不宜评价为单位犯罪。以吕某等走私制毒物品案为例,尽管吕某为赤峰 AK 公司国际销售部经理,主管该公司国际销售业务,但其伪造“绿茶减肥冲剂”等品名,将共计 1075 千克含有麻黄浸膏粉的混合物(麻黄浸膏粉含量为 500 余千克)申报出口墨西哥的行为并未经过单位决策机制的认可,包括经单位领导(集体)决定或属于单位决策机制认可的职权范围,^④法院认定其个人构成走私制毒物品罪,AK 公司不成立单位犯罪。^④

对于中小企业,即使是一人公司,如果其具备法人资格,且相关犯罪行为经公司决策机制认可,也应评价为单位犯罪。例如在周敏合同诈骗案中,尽管被告人周敏担任法定代表人的上海众超工艺品有限公司、上海一丰镐工艺品有限公司为一入公司,但此两家公司具备独立的法人人格,周敏作为公司的法定代表人是为公司利益实施的合同诈骗,公司成立单位犯罪,周敏应作为直接负责的主管人员被追究刑事责任。^④

需要特别说明的是,以上案例均是在单位成员所实施行为已构成犯罪的基礎上,以单位决策机制为依据区分个人行为与单位行为。至于特定主体的行为是否构成犯罪,仍需以其具体的行为不法与责任为判断依据。

三、不作为犯罪参与语境下数据合规师的容许行为

以上文确立的单位犯罪“决策机制责任论”为基础,本文拟继续厘清数据合规师不作为参与企业实施信息网络犯罪的行为方式。

目前,学界对合规师保证人地位的研究,是在脱离单位犯罪刑事归责具体语境的背景下展开的。支持确立合规师保证人地位的学者,多以德国联邦最高法院第五刑事法庭判决^④为依据,主张合规师在特定条件下具有对公司员工职务行为的派生性监督者保证人义务,而在中国刑法语境下,不纯正不作为犯情形下的合规责任研究可以与单位犯罪范围内的讨论形成互补,完善领导人与合规师的责任链。^④以上观点存在两点根本性缺陷:第一,未明确合规师是否属于单位犯罪中的主管人员或直接责任人,自然也未厘清合规师的保证人义务与单位犯罪中单位负责人的监督管理义务是何关系;第二,未明确合规师是否以及如何对单位犯罪承担刑事责任,似无在刑法学中研究其保证人地位与义务的必要。^④

具体到数据合规领域,近年来,我国规范信息网络空间的法律法规体系得到迅速完善,数据合规行业也处于勃兴阶段,但在刑事合规的研究热潮中却难觅数据合规的踪迹。目前,仅有学者以数据动态安全保障为视角,较为概括地考察了刑事数据合规计划的内容、功能与引入的必要性。^④但其并未具体考察数据合规师违反合规义务后是否以及如何承担刑事责任,自然也难以明确在单位犯罪刑事

^④ 犯罪所得是否归于单位,是判断的重要参考,而非唯一根据。此外,对陈兴良教授有关本案中国际销售部经理吕某及业务员崔某是以公司名义对外从事业务,“因此他们的行为是职务行为,尽管他们就走私行为对公司领导做了某种隐瞒,但这不能否认其公司走私的性质”的观点,笔者也不能赞同。笔者认为,“为公司决策机制所认可”主要是指不由领导(集体)直接决定,但符合公司议事决策章程、惯例与合规体系要求,应以此为依据实质判断公司成员特定行为的职权范围。本案中,吕某与崔某谎报品名与价格,让公司生产部生产含有麻黄浸膏粉的混合物并走私,尽管属于职务行为,但已超越职权范围,应由个人而非单位承担刑事责任。参见陈兴良:《判例刑法学》,中国人民大学出版社 2017 年版,第 478—479 页。

^④ 参见北京市高级人民法院(2008)高刑终字第 459 号刑事判决书。

^④ 参见《周敏合同诈骗案——如何理解和把握一人公司单位犯罪主体的认定》,载最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭、第三庭、第四庭、第五庭编:《刑事审判参考》(2011 年第 5 辑),法律出版社 2011 年版,第 15—22 页。

^④ 该判决中,德国联邦最高法院从被告人“作为法律和审计事务部领导”的地位推导出了保证人义务。Vgl. BGHSt 54, 44, Rn. 3—6.

^④ 参见李本知:《合规官的保证人义务来源及其履行》,载《法学》2020 年第 6 期,第 76—94 页。

^④ 例如,田宏杰教授就认为,“合规负责人”的概念范畴暧昧不清,企业总负责人本就负有对企业监督管理的义务,若仅将“合规负责人”的义务限定为制度建设而非具体的结果阻止义务,则讨论“合规负责人”的保证人地位并无意义。参见前引^④,第 127 页。

^④ 参见于冲:《数据安全犯罪的迭代异化与刑法规制路径——以刑事合规计划的引入为视角》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 5 期,第 93—102 页。

归责中引入数据合规计划的意义。

以本文确立的单位犯罪“决策机制责任论”为基础,合规师是企业意思形成或表示机关的组成部分,在其主管企业经营时,应属单位犯罪中的主管人员;在其不主管企业经营时,应属单位犯罪中的其他直接责任人。根据本文所持的不作为归责判断方法,“不作为”应属不法类型,而非行为类型,应结合行为样态、规范类型与法益状态区分“作为”与“不作为”,其归责对象应为行为人意图控制下的容许(法益侵害风险实现)的行为。^{④7}依据这一标准,无论企业合规师是否承担主管人员职能,其通过不履行合规义务致使个人犯罪意志上升为单位意志的,应属不作为参与企业实施的单位犯罪。需要说明的是,此处的“参与”是指合规师参与了单位决策机制,是合规师行为的事实属性,不意味着合规师是企业实施单位犯罪的共犯,对合规师与企业行为不法内涵的规范判断并行不悖。

在数据合规领域,无论是以数据为核心生产资料、以网络为主要运营空间的企业,例如互联网企业,还是利用信息网络设施开展业务的企业,例如快递企业、金融机构,当其实施狭义信息网络犯罪或计算机犯罪时,企业数据合规师为单位犯罪中的主管人员;当其实施网络化传统犯罪,企业数据合规师为单位犯罪中的其他直接责任人。数据合规师通过不履行其合规义务导致单位犯罪行为得以实现,应属不作为参与单位犯罪,归责对象应为其容许单位犯罪法益侵害风险实现的容许行为。接下来,本文拟结合具体的信息网络犯罪构成要件,进一步厘清单位犯罪中数据合规师的保证人地位与保证人义务,确定数据合规师不作为参与企业所实施信息网络犯罪的归责标准。

四、信息网络犯罪中数据合规师的作为义务违反

(一) 信息网络犯罪中数据合规师的保证人地位

首先需要明确的是,数据合规师是否对所在企业实施的信息网络犯罪具备保证人地位。传统不作为犯理论不区分刑法中的一般性举止规范与行为人的具体作为义务,将具备法规范所认可的特定社会功能角色的保证人视为作为义务人,将一般性举止规范的内涵——一般的结果阻止义务——视作保证人义务。以此为基点,无论是机能二分说还是义务犯的理论进路,都试图将保证人义务界定为“保证人”这一类社会角色集体应承担的义务,以其对法益侵害的直接与间接作用为标准界定保证人义务的内涵,进而区分保证人义务与保证人地位的类型。但笔者认为,不纯正不作为犯中,行为人的作为义务应当是个体化的举止规范,是根据个人身心能力与具体行为情景,行为人在特定构成要件语境下应承担的具体作为义务。那么,不纯正不作为犯中的保证人地位应属于一般性命令规范的内容,还不涉及与法益侵害关联的具体作为义务判断,其内涵应为法规范认可的社会角色分工。^{④8}

具体到数据治理领域,合理平衡促进信息流动、实现其经济与社会价值的时代需求,与防控企业加工处理所掌握数据,继而制造、获取、传播与利用信息可能具备的法益侵害风险的底线要求,是推动我国数字产业法治化长效发展的应然之义。以此为导向,按照网络安全保护、个人信息保护、数据安全保护等不同的规范目的,根据信息技术服务、电子商务、金融、交通、通信、医疗、政务等不同行业的实际情况,我国的数据监管模式已从强调控制准入转向强调事中、事后合规监管,针对数据产业链中的获取、存储与传输以及使用主体,已初步确立了分层分业的监管体系。^{④9}需要特别指出的是,我国相关立法,特别是《刑法》区分了数据和信息的概念。数据是信息内容的荷载符号与载体,而信息是不同主体之间的数据交换产生的意义或者内容。通过对数据的加工处理,可以获得不同类型的信息。^{⑤0}行为人制造、获取、传播与利用特定类型的信息,可以侵害不同法益。那么,数据合规的范畴不

^{④7} 参见前引⑧,第46—47页。

^{④8} 参见前引⑧,第42—45页。

^{④9} 参见黄春林:《网络与数据法律实务——法律适用及合规落地》,人民法院出版社2019年版,第19—21页;于莽主编:《规·据:大数据合规运用之道》,知识产权出版社有限责任公司2019年版,第65—222页。

^{⑤0} Max von Schönfeld, *Screen Scraping und Informationsfreiheit*, Nomos, 2018, S. 27; Andréa Belliger, David J. Krieger, *Network Publicity Governance: On Privacy and the Informational Self*, Verlag Biefeld, 2018, p. 38.

仅限于对产业链中“数据处理活动”^{⑤1}的规范,还应包括对企业制造、获取、传播与利用信息的各类行为的调整。以动态的数据产业链为语境,以相关的法律法规为依据,数据合规师的保证人地位在我国得以确立。

根据《刑法》第 286 条之一“拒不履行信息网络安全管理义务罪”,以及 2019 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《信息网络犯罪解释》)第 3—6 条的规定,网络服务提供者拒不履行“信息网络安全管理义务”符合入罪标准的,需承担刑事责任。有关本罪对数据合规师的适用,后文将进一步展开探讨。目前已可明确的是,本罪创设的“网络服务提供者”,可以作为实施信息网络犯罪的企业的规范形象。根据《信息网络犯罪解释》第 1 条的规定,“网络服务提供者”既包括以数据为核心生产资料、以网络为主要运营空间的企业,也包括利用信息网络设施开展业务的企业。^{⑤2} 依照《网络安全法》《数据安全法》《关键信息基础设施安全保护条例》《网络安全等级保护条例》《网络安全等级保护基本要求》等法律法规的要求,网络服务提供者需根据其服务内容、所需保护法益的类型及其重要性的不同,设置网络安全负责人、数据安全责任人、个人信息保护负责人等数据合规师职位。^{⑤3}

以银行业为例,根据 2018 年中国银行保险监督管理委员会《银行业金融机构数据治理指引》的要求,利用信息网络提供服务的银行业金融机构需建立数据治理组织机构,包括作为决策层的数据治理管理委员会或数据治理办公室、作为管理层的数据治理综合管理部门以及作为执行层的各相关业务部门与人员。^{⑤4} 作为数据治理决策层与管理层负责人的数据合规师,应具备阻止银行实施信息网络犯罪的保证人地位。当银行实施狭义信息网络犯罪或计算机犯罪,数据合规师为单位犯罪中的主管人员;当银行实施网络化传统犯罪,数据合规师为单位犯罪中的其他直接责任人。

(二) 信息网络犯罪中数据合规师的作为义务

笔者认为,成立不纯正不作为犯所要求违反的作为义务,不是“保证人”这一社会角色集体应承担的一般性结果阻止义务,而是站在行为前视角,根据行为人个人的身心能力与具体的行为情境,在具体构成要件中采取避免法益侵害危险实现的适格行为的义务。^{⑤5} 也就是说,刑法不强求保证人完成救助,只要求行为人采取积极措施引发或促成外在救助。具体到数据合规师过失不作为参与单位犯罪的场合,还需在具体的信息网络犯罪构成要件中按照企业在数据产业链中所处主体地位与行业的区分,进一步明确数据合规师是否应承担获取法益将受到侵害的认知、确认某种危险预防措施的积极效力、仔细查明或实施最有成功希望的救助策略等三类作为义务。^{⑤6}

当企业作为数据获取主体时,可能涉及的信息网络犯罪主要包括非法获取计算机信息系统数据罪与非法获取型侵犯公民个人信息罪。对前罪适用的探讨近期主要集中在网络爬虫的刑事规制。前罪行为不法的判断标准在于,网络爬虫是否故意避开或突破计算机信息系统控制主体采取的技术防护措施。^{⑤7} 在数据保护语境下,构建企业的数据合规体系,明确企业获取数据的合法权限,是数据合

^{⑤1} 根据《数据安全法》第 3 条第 2 款的规定,“数据处理”包括数据的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等行为。

^{⑤2} 根据《信息网络犯罪解释》第 1 条的规定,“网络服务提供者”包括提供网络接入、域名注册解析等信息网络接入、计算、存储、传输服务,信息发布、搜索引擎、即时通讯、网络支付、网络预约、网络购物、网络游戏、网络直播、网站建设、安全防护、广告推广、应用商店等信息网络应用服务,以及利用信息网络提供的电子政务、通信、能源、交通、水利、金融、教育、医疗等公共服务的单位与个人。

^{⑤3} 参见前引^{④9}黄春林书,第 65—69 页。

^{⑤4} 参见前引^{④9}黄春林书,第 141—142 页;陆顾新、陈石军、王立等编著:《银行数据治理》,机械工业出版社 2016 年版,第 36—39 页。

^{⑤5} Vgl. Bastian Kreuzberg, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre*, 2019, S. 214, 215.

^{⑤6} 参见敬力嘉:《数字货币语境下“过失参与洗钱”的行为不法类型》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2021 年第 4 期,第 176—180 页。

^{⑤7} 参见刘艳红:《网络爬虫行为的刑事规制研究——以侵犯公民个人信息犯罪为视角》,载《政治与法律》2019 年第 11 期,第 16—29 页;刘宪权:《网络黑灰产上游犯罪的刑法规制》,载《国家检察官学院学报》2021 年第 1 期,第 7—9 页。

规师日常的制度建设义务。后罪的行为不法判断标准在于,行为人是否突破公民个人信息法定处理主体对其合法处理权限所创设的安全保护措施。⁵⁸在个人信息保护语境下,以《网络安全法》第40—50条、《个人信息保护法》、《民法典》第1034—1039条以及其他相关规范等为依据,明确企业获取公民个人信息的合法权限,是数据合规师日常的制度建设义务。

而在企业所实施以上两罪的刑事归责中,作为保证人的数据合规师应承担的具体作为义务,应为采取积极措施引发或促成对实现两罪法益侵害危险的阻止,具体包括获取企业行为将侵犯两罪法益的认知、确认数据合规措施对预防此种法益侵害危险的积极效力以及查明或实施最有成功希望的救助策略。⁵⁹若数据合规师不履行义务,则其个人意志上升为单位意志,承担单位犯罪的刑事责任。以我国“网络爬虫第一案”为例,被告人公司使用“tt_spider”软件绕过字节跳动公司计算机信息系统服务器的访问限制抓取了视频数据,即被认定为未经允许进入字节跳动公司的计算机信息系统,构成非法获取计算机信息系统数据罪。若本案中被告人公司的数据合规师未履行以上三类作为义务,则应作为单位犯罪中的主管人员承担刑事责任。⁶⁰以鲁某等侵犯公民个人信息案为例,涉案的新泰市某快递公司负责人将K8软件和工号出卖给鲁某,用于查看和复制该快递公司的订单信息,鲁某之后将相关信息卖给王乙等电话促销人员。该快递公司负责人突破了该公司对其个人信息合法处理权限的安全保护措施,且其行为属于被单位决策机制认可的职权范围,被认定构成单位犯罪。若该快递公司的数据合规师未履行以上三类作为义务,同样应作为单位犯罪中的主管人员承担刑事责任。⁶¹

当企业作为数据存储与传输主体时,可能涉及的信息网络犯罪主要包括拒不履行信息网络安全管理义务罪与非法提供型侵犯公民个人信息罪。前罪行为不法的判断标准在于,企业是否因拒不履行配合网络信息安全保护义务导致法定后果的产生。在网络安全保护语境下,法律与行政法规⁶²为企业创设的“信息网络安全管理义务”,可具体化为数据合规师的日常制度建设义务。⁶³后罪行为不法的判断标准在于,行为人是否侵犯公民个人信息法定处理主体的合法处理权限。以个人信息保护领域的相关法律规范为依据,明确企业处理公民个人信息的合法权限,是数据合规师应承担的日常制度建设义务。

在企业所实施拒不履行信息网络安全管理义务罪的刑事归责中,根据网络服务提供者的不同类型,作为保证人的数据合规师也应承担过失不作为犯三类作为义务。若作为网络服务提供者的企业不履行信息网络安全管理义务,经监管部门责令改正仍拒不改正,且数据合规师不履行其作为义务,则数据合规师的个人意志上升为单位意志,承担单位犯罪的刑事责任。以“圆通内鬼租售账号导致40万条个人信息泄漏”一案为例,由于圆通公司的信息安全风控系统提示其内部查询系统账号登

⁵⁸ 侵犯公民个人信息罪的保护法益决定了本罪行为不法的判断基准,有关本罪的保护法益应个人还是集体法益,学界存在较大争议。马永强博士以本文所主张信息专有权为对象展开了批判,但其批判并未以《信息网络犯罪规制的预防转向与限度》一书中有关信息专有权的完整论述为基础展开,有失偏颇。笔者认为,马永强博士以“公民个人信息自决权+公民个体社会交往利益”为本罪的保护法益,以此得出的个人信息公共价值仅具有衍生定位,只要经公民个人同意,即使提供的公民个人信息被用于犯罪也无刑事违法性等结论,属于对本罪法益理想主义的建构,而非基于现实的“确证”。有关马永强博士的观点,以及本文所持信息专有权的观点,参见马永强:《侵犯公民个人信息罪的法益属性确证》,载《环球法律评论》2021年第2期,第102—118页;前引⑦,第73—124页。

⁵⁹ 李本灿教授认为,合规官的义务限于信息传递,这是以其职务身份而非其在单位犯罪中的具体功能为标准的设定,并不完整与具体。参见前引④,第92—93页。

⁶⁰ 参见北京市海淀区人民法院(2017)京0108刑初2384号刑事判决书。

⁶¹ 参见最高人民检察院侵犯公民个人信息犯罪典型案例之案例五,资料来源于最高人民检察院网站:https://www.spp.gov.cn/spp/zxjy/qwfb/201801/t20180131_362951.shtml,最后访问时间:2021年4月11日。

⁶² 特别值得关注的有《数据安全法》《个人信息保护法》以及《民法典》第1195条对侵权责任领域网络服务提供者“通知—取下”规则的更新,本文不就此进一步展开。

⁶³ 参见前引⑦,第177—188页。

录异常,该公司主动向公安机关报案,抓获了侵犯公民个人信息的内部员工。尽管圆通公司的数据合规机制有待完善,但圆通公司及其数据合规师均已履行拒不履行信息网络安全管理义务罪语境下的作为义务,不应以圆通公司改正程度不足为理由,要求该公司及其数据合规师承担本罪的刑事责任。^④

在企业所实施非法提供型侵犯公民个人信息罪的刑事归责中,公民个人的同意能否撤销公民个人信息法定处理主体的处理权限存在一定争议,笔者对此持否定态度。本罪创设的举止规范直接保护法定主体信息专有权这一集体法益,间接保护公民个人的信息自决权。公民个人的同意可以排除本罪创设的举止规范对公民个人信息自决权的保护,也就不能以非法出售、提供的公民个人信息条数以及获利数额为标准发动本罪的制裁规范。但公民个人的同意不能排除本罪创设的举止规范对法定主体信息专有权这一集体法益本身的保护,对于经公民个人同意却侵犯公民个人信息(法定)处理主体处理权限的行为,仍处于本罪创设的举止规范的保护范围内,可以根据其他情节标准发动制裁规范对此类行为进行处罚。^⑤也就是说,即使在公民个人已同意的场合,数据合规师也应承担过失不作为的三类作为义务,以确保信息流动的自主型秩序能够得以维持。

以睿思科公司单位行贿一案为例,本案中该公司接受客户委托对应聘人员进行背景调查,为了调查应聘人员的犯罪记录,公司法定代表人董某联系到某派出所所长聂某,与其达成合意,伪造了一份以派出所名义出具的合作证明,由董某向聂某支付报酬,由聂某向其提供所需的个人犯罪记录信息。截至案发,聂某共提供个人犯罪记录信息 54618 条,获利 32.8 万余元。本案一审判决书认定睿思科公司构成单位行贿罪,聂某构成受贿罪。^⑥笔者认为,睿思科公司获取的背景调查业务收益是否属于“谋取不正当利益”,还有待探讨,本文不作进一步展开。^⑦尽管员工同意睿思科公司获取其个人犯罪记录信息,但睿思科公司与聂某仍是以权钱交易的方式侵犯了派出所作为法定处理主体对此类信息的处理权限,可以根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第 6 条第 2 款关于“造成重大经济损失或者恶劣社会影响”的规定,评价为“情节特别严重”,以侵犯公民个人信息罪对此行为进行处罚。若睿思科公司的数据合规师未履行其作为义务,则该公司的数据合规师应作为单位犯罪中的主管人员承担刑事责任。

当企业作为数据使用主体时,可能涉及的信息网络犯罪主要包括破坏计算机信息系统罪、帮助信息网络犯罪活动罪、非法利用信息网络罪以及网络化的传统犯罪。前三类犯罪行为不法的判断标准分别在于,破坏计算机信息系统的正常运行或其中存储、处理或传输的数据与应用程序、行为与本罪所保护信息法益间存在客观与主观危险关联,行为具有侵害本罪所保护信息法益的抽象危险,网络化的传统犯罪的行为不法判断标准则需要根据具体罪名加以确定。^⑧明确企业使用信息、数据、程序、网站等的行为规范,是数据合规师的日常制度建设义务。^⑨在以上四类犯罪的刑事归责中,数据合规

^④ 周汉华教授曾在有关本案的访谈中主张,可以以本案中圆通公司对于用户信息大量泄漏的问题并未整改到位为依据,对其适用拒不履行信息网络安全管理义务罪。本文不认同该观点,因为数据合规并不是本罪行为不法的判断根据。有关本案的介绍以及周汉华教授的访谈,参见《圆通被约谈!》,资料来源于新浪网:http://k.sina.com.cn/article_1644648333_6207578d01900u4qz.html,最后访问时间:2021年4月12日。

^⑤ 参见蔡颖:《被害人同意与被害人自陷风险的统合——以刑法中被害人同意的对象为视角》,载《法学评论》2021年第5期,第55—56页。

^⑥ 参见北京市朝阳区人民法院(2018)京0105刑初79号刑事判决书。

^⑦ 关于“谋取不正当利益”这一构成要件要素,学界一直存在保留论和取消论的争议。最高人民法院的李少平院长持取消论,车浩教授则持保留论,主张应将国家工作人员是否违背职务作为判断行为人谋取利益是否正当的标准。若根据车浩教授的标准,则本案中睿思科公司谋取的应属不正当利益。参见李少平:《行贿犯罪执法困局及其对策》,载《中国法学》2015年第1期,第5—24页;车浩:《行贿罪之“谋取不正当利益”的法理内涵》,载《法学研究》2017年第2期,第132—148页。

^⑧ 参见前引⑦,第198—256页。

^⑨ 参见前引④于莽主编书,第86—93页。

师仍然都应承担过失不作为犯的三类作为义务。若数据合规师不履行其作为义务导致企业实施前三类犯罪,其应作为主管人员承担单位犯罪的刑事责任;若导致企业实施网络化传统犯罪,其应作为其他直接责任人承担单位犯罪的刑事责任。

以腾飞公司、成域公司破坏计算机信息系统案为例,鹏飞公司开发了“信息读写器”软件,可以绕开实名认证程序而开通电话卡,腾飞公司与成域公司向1054人销售安装上述软件1070次,销售金额为人民币115万余元。法院认为该软件导致了实名制登记系统无法正常运行,属于以非法控制手段破坏计算机信息系统,该公司构成破坏计算机信息系统罪。^⑩若该公司数据合规师未积极获取公司开发这一款软件可能侵害本罪法益的认识、确认数据合规措施的预防效力以及查明或采取最有成功希望的救助策略,则应作为主管人员承担单位犯罪的刑事责任。对涉及其他三类犯罪的案件,也应适用以上分析思路判断企业数据合规师是否具备违反相应作为义务的情形。

五、数据合规师刑事责任的认定

明确信息网络犯罪构成要件中数据合规师的保证人地位及其具体作为义务后,还需进一步厘清数据合规师刑事责任的认定路径。

笔者认为,不作为犯包括不作为犯罪参与具备“类单一正犯”的不法结构,举止规范层面应一致评价,制裁规范层面应区分处遇。尽管保证人地位(义务)类型的区分不影响行为不法的内涵,却能体现行为人对于构成要件结果实现的贡献大小,因此决定了制裁规范层面刑罚处罚的区分。对于稳定承担特定社会功能、承担“社会功能义务”的保证人,其不作为参与不得比照作为正犯减轻处罚;对于由于先行行为等产生保证人地位、需承担“紧急义务”的保证人,由于其不作为参与与作为帮助具备等价性,得比照作为正犯减轻处罚。主张举止规范层面不作为犯的单一正犯结构,而准用制裁规范层面从犯减轻处罚的规定,与我国刑法中有关共同犯罪的规定并无冲突。^⑪

而在单位犯罪的语境下,根据《最高人民法院关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否区分主犯、从犯问题的批复》(以下简称《批复》)以及《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《金融犯罪会议纪要》)的规定,^⑫在必要时可以对单位犯罪中的主管人员与其他直接责任人区分主从犯。以赵某某等非法吸收公众存款案为例,被告人赵某某为北京某公司实际控制人,陈某为公司运营副总监,李某某为公司出纳。对于该公司涉案的非法吸收公众存款项目,赵某某为决定者、组织者与资金的实际支配者,为单位犯罪中的主管人员,即主犯;陈某与李某某为负责犯罪具体实施的人员,为其他直接责任人,即从犯。^⑬那么,虽然不能区分企业数据合规师不作为参与单位犯罪的正犯与共犯,但能够以其应承担“社会功能义务”或“紧急义务”为标准,区分数据合规师应当承担主犯还是从犯的刑事责任。作为单位犯罪中主管人员的数据合规师,其应承担“社会功能义务”,应被评价为单位犯罪中的主犯;作为单位犯罪中其他责任人的数据合规师,其应承担“紧急义务”,应被评价为单位犯罪中的从犯。

本文需要说明的最后一个问题是探讨数据合规师刑事责任的必要性。在我国当前企业犯罪治理

^⑩ 参见广东省广州市中级人民法院(2018)粤01刑终1216号刑事裁定书。

^⑪ 参见前引⑧,第42—45页。

^⑫ 《批复》规定:“在审理单位故意犯罪案件时,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,可不区分主犯、从犯,按照其在单位犯罪中所起的作用判处刑罚。”《金融犯罪会议纪要》规定:“对单位犯罪中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员,应根据其在单位犯罪中的地位、作用和犯罪情节,分别处以相应的刑罚,主管人员与直接责任人员,在个案中,不是当然的主、从犯关系,有的案件,主管人员与直接责任人员在实施犯罪行为的主从关系不明显的,可不分主、从犯。但具体案件可以分清主、从犯,且不清主、从犯,在同一法定刑档次、幅度内量刑无法做到罪刑相适应的,应当分清主、从犯,依法处罚。”

^⑬ 参见北京市朝阳区人民法院(2017)京0105刑初1560号刑事判决书。

模式变革的大背景下,主张全面改造刑事实体法中单位犯罪刑事责任,将合规制度从刑事程序法领域引入实体法领域的观点,已经形成了一股愈加有力的思潮,这极大推动了我国单位犯罪研究的深化。在此过程中,应避免走向“合规无用论”与“合规浪漫主义”两个极端。前者属于固步自封,无视我国企业犯罪治理模式变革的现实,后者存在将合规塑造为隔绝单位犯罪中单位与个人刑事责任的“面纱”,甚至单位避免刑事追究“挡箭牌”的可能。我们应当充分认识到,合规被赋予的制度功能越强,合规师需承担的责任越大。对合规师刑事责任的探讨,不能脱离具体的刑事归责判断过程。不履行制度建设层面的合规义务,不会给数据合规师带来刑事风险。在具备完善数据合规架构的企业中,数据合规师的保证人地位得以充分确立,若其不履行具体信息网络犯罪构成要件中的作为义务,则应被评价为不作为参与了企业决策机制导致其实施犯罪行为,应根据不同的作为义务类型承担相应的刑事责任。至此,数据合规对单位犯罪刑事归责的作用方式得以厘清。

Duty of Data Compliance Officer in Criminal Imputation of Unit Crimes

JING Li - jia

Abstract: The prerequisite for determining whether and how to introduce a compliance project in the substantive criminal law is to clarify the criminal responsibility of the compliance officer in the imputation of the specific unit crime. The type of criminal responsibility for unit crimes in our country should be an independent “decision - making mechanism responsibility”. The function of the compliance project is to outline the operation process of the decision - making mechanism to determine whether individual will rise to unit will and whether individual behavior will rise to unit behavior. If the answer is positive, it is necessary to further judge the wrongness and responsibility of the unit’s criminal behavior. Based on this theoretical basis, corporate data compliance officers have participated in specific info - and cybercrimes committed by companies with their acts of permitting. In the daily operation of the enterprise, the data compliance officer shall bear the obligation of data compliance as the obligation of system construction; in the imputation of info - and cybercrimes, the data compliance officer shall bear the specific duty to act of negligent omission. It is not acceptable to confuse these two obligations. In the criminal imputation of specific information network crimes, the criminal responsibility should be determined based on the wrongness of the “single principal offender”, the identity of the data compliance officer and the type of obligation that should be assumed. In this way, it is possible to avoid the extremes of “compliance uselessness” or “compliance romanticism”, and rationally determine the institutional function of the compliance project in unit crime governance.

Key words: unit crime decision - making mechanism responsibility data compliance officer compliance project criminal imputation