

# 作为免罚事由的合规措施

[德]阿尔恩特·辛恩 著 王芳凯 译\*

---

**内容摘要** 对合规制度的讨论,可以在不同的体系阶层上、在不同的论证样式和教义构造中进行。因此,合规制度背景下的免罚效果可以通过构成要件的解释来发生;不过,就不纯正不作为犯框架下的合规情形而言,不可能通过客观归责理论来产生免罚效果;在主观的行为面向上,只要当事人对错误组织以及由此产生的风险或危险情形有所认识,合规制度就不会对未必故意产生影响;在过失犯领域中,合规制度是否具有免罚效果,取决于在何时合规制度是为了防止此种损害(当事人有义务防止这种损害)。在合规制度虽然存在却仍然发生损害的情形中,既能通过容许风险的结构也能以行为欠缺违法行为所独有的行为不法为由来加以正当化。

**关键词** 合规 免罚事由 客观归责 主观归责 容许风险

---

## 一、导论

在最近的德国刑法学研究中,合规是时髦议题之一。马库斯·瓦格纳(Markus Wagner)在其论文中<sup>①</sup>已经指明了合规的意义及历史归类。他还简要地介绍了合规措施对刑事责任的影响。在本文中,笔者将探究立足于合规的免罚事由。笔者将深入探讨,在哪一个犯罪论阶层、用哪一种方法以及教义学论证,合规措施可以导致免罚,即免除对行为人或公司的惩罚或者制裁。除此之外,笔者将会鸟瞰一部于2021年通过的,关于供应链保护的律,该法强制性地规定了风险管理系统(Risk-Management-Systeme),但迄今为止在刑法领域几乎没有人关注到这部法律。

## 二、免罚事由

“免罚可以出于各种不同的事由。当前的刑法教义学将行为、构成要件该当性、违法性、罪责的归属阶层与各种不同的评价结合起来,进而容许从诸多的日常行为中过滤出那些社会上无法容忍的,因此应当受到惩罚的行为。从体系上来看,它遵循的是一种原则—例外体系。行为人免罚的经典领域是排除违

---

\* 阿尔恩特·辛恩(Arndt Sinn),德国奥斯纳布吕克大学德国和欧洲刑法、刑事诉讼法、国际刑法和比较刑法教席教授;王芳凯,中国社会科学院大学法学研究所博士后研究人员。本文摘要及关键词由译者撰写。感谢辛恩教授及《国际刑法学杂志》(ZfIStw)授权中文版首发,论文德文版同步刊出,载于德国《国际刑法学杂志》2023年第2期。

① 参见 M. Wagner, ZfIStw 2/2023, 124。

法性或者罪责的归属阶层。因为生活中的情形在这里被类型化且抽象化了,在这些情形中,刑事不法或者有罪责的行为例外地没有被实现。”<sup>②</sup>然而,在构成要件该当性阶层,也有一些事由可以导致免罚。一方面,它在方法论上可以通过对法定构成要件要素的解释来实现;另一方面,它也可以通过引入在客观或者主观行为面向的、能够限制法定构成要件射程范围的归责标准来实现。客观归责理论以及故意教义学,可以作为限制法定构成要件射程范围的归责结构的例子。

### (一) 合规之于法定构成要件要素的解释

合规对个别刑法构成要件的解释有何意义?关于这个问题的探讨,在背信罪的构成要件(《德国刑法典》第266条)及该罪的义务违反(Pflichtverletzung)要素上表现得尤为明显。何时才存在义务违反,法律在这方面只规定了,义务违反必须具有财产关联,因为只有具有财产照料义务的行为人才能成为背信者。除此之外,该用语,即义务违反的含义是非常开放的,甚至涵盖了违反一般性的损害禁令。<sup>③</sup>这一看法在文献上被认为过于宽泛,故而(人们)要求对其进行限缩性解释(restriktive Auslegung)。<sup>④</sup>因此,在解释义务违反这一要素时,公司是否设立了合规系统,可能会发挥作用。诚然,除了一些少数例外情形,如《反洗钱法》《银行业法》或《供应链注意义务法》,没有法律义务要求公司设立合规系统。然而,倘若公司决定建立这样一个系统以阻止财产损害,将会出现一个问题:尽管公司在系统的设立和监督方面已经尽到了全部的注意(义务),但仍然发生了财产损害,此种情形下还能否肯定义务违反(的存在)?这一问题的答案是否定的,因为遵守公司的合规准则可以排除义务违反性,一如违反这些合规准则可以证立义务违反性。<sup>⑤</sup>一直以来,特定行业中的标准勾勒出所要遵守的义务标准的要求。<sup>⑥</sup>在过失犯中,在确定所要解释的注意(义务)标准时,也会在解释中参照该行业的典型标准。合规系统也可以被认为是此种行业典型标准。

此外,在背信罪的脉络下,财产所有人的同意可以排除义务违反性。<sup>⑦</sup>这理应符合当今的通说见解。同意是在构成要件阶层(Tatbestandsebene)发生作用的出罪事由。如果相关的合规规定可以被用来推断财产所有人同意特定的财产照料行为的意思,合规系统在这里也可以获得意义。<sup>⑧</sup>当然,必须遵守公司法上适用于法人的同意条件。

### (二) 故意犯客观归责框架内的合规

#### 1. 通过企业创设法律上重要的、不容许的风险

客观归责理论试图从规范上证立和塑造行为人与该当构成要件的外部世界变动(结果)之间的特殊

<sup>②</sup> Sinn, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten - Zurechnung und Freistellung durch Macht, 2007, S. 5.

<sup>③</sup> Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 31.

<sup>④</sup> 前引<sup>③</sup>,SSW/Saliger书,边码31,24。

<sup>⑤</sup> 最近与之相关的文献,参见Pavlakos NZWiSt 2021, 376 ff.

<sup>⑥</sup> Rotsch, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015, § 2 Rn. 15.

<sup>⑦</sup> 前引<sup>①</sup>,SSW/Saliger书,边码58。

<sup>⑧</sup> 同见Pavlakos NZWiSt 2021, 376 ff. (381 f.)。

关联。归责的前提是在法律上严重危及受保护的客体或者针对该客体创设了法所不容许的风险,<sup>⑨</sup>该风险在该当构成要件的外部世界变化中加以实现。但从等价理论的观点来看,客观归责(理论)却是一种“不归责”(Nicht-Zurechnung)的理论。因此,客观归责理论的案例组在很大程度上是消极分层的案例组。在它们,即案例组之上的指导思想是,只有当一个行为对受保护的客体造成了法所不容许的风险,并且该风险在该当构成要件的、实际上造成损害的外部世界变化中加以实现时,该行为才可以被归责。这种归责之所以是“客观的”,是因为它已经可以在构成要件该当性的客观要素框架内排除归责,而不用去考虑行为人方面的情形。<sup>⑩</sup>客观归责理论在最近受到了越来越多的批评,<sup>⑪</sup>但这里不能进一步展开讨论。在合规方面,具有决定性作用的是,这一理论能否在免罚方面取得成果,亦即它在这方面能否有成就。这就提出了一个问题,即如果行为人通过合规系统采取了预防措施以确保风险尽可能不发生,或者换句话说,如果行为人通过合规系统降低或屏蔽了风险,那么,他是否仍然创造了法律上重要的、不容许的风险呢?这一问题不应与雇主责任情形下的保证人地位问题相混淆。此处涉及的是不同的限制标准,这些标准不容相互混淆,否则它们的双重限制特征就会互相合并。<sup>⑫</sup>

首先必须回答的问题是,公司主要造成了哪些法律上重要的、不容许的风险,以及这些风险是否以构成要件上特定的方式在外部世界变化中得到实现。在此,公司的设立和管理在通常情形下并非是为了创设法律上重要的、不容许的,因而理应避免的风险。参与经济交往恰恰是公司所希望的,而与之相关联的风险并非是法律所不容许的。当然,公司人员与生产资料的每一次组织性联合都会开启在该联合中实施犯罪行为 and 秩序违反行为的危险。然而,这并不是公司的典型危险,故而,当人员与生产资料在联合,即公司中共同发挥作用时,它也不是法律上重要的、不容许的风险。<sup>⑬</sup>由于单纯的公司运作并没有产生法律上重要的、不容许的风险,因此它也不需要任何的合规措施来降低风险以及排除可罚性。当典型的运行风险必须要被最小化时,合规措施才开始投入,因为(人们)有义务去回避损害。举例来说,民法上的产品责任义务是否可以和必须被转移到刑法中,德国联邦最高法院刑事第三庭在皮革喷雾案(Lederspray-Entscheidung)中明确表示没有定论,但对其表示了同情。<sup>⑭</sup>

## 2. 客观归责以及雇主责任

就上级的责任而言,在他们没有参与雇员所犯罪行的情形下,只有当他们能够根据不纯正不作为犯的规定来承担责任时,才可能具有可刑罚性。据此,不作为犯也必须创设一个(自己的)法律上重大的、不容许的风险,并且该风险在外部世界变化中得以实现。现在,在不纯正不作为犯的本质中,外界的变化大概是因为行为人的不作为而发生的。因此,必须修正条件公式。在不纯正不作为犯情形中,当且仅当行为人因其不作为而维持了通过其他方式产生的、法律上重大的、不容许的风险(这里的风险是由雇员

<sup>⑨</sup> 关于危险与风险的区分,参见 Schladitz, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2021, S. 109 f. 以及 Goeckenjan, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2017, S. 54 ff., 58。

<sup>⑩</sup> Gropp/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 85 ff.

<sup>⑪</sup> 前引<sup>⑨</sup>, Schladitz 书,第 134 页以下;前引<sup>⑨</sup>, Goeckenjan 书,第 269 页以下。

<sup>⑫</sup> 类似的想法,参见 M. Wagner, ZJS 2012, 705 (709)。

<sup>⑬</sup> 同见 Kudlich, HRRS 2012, 177 (179)。

<sup>⑭</sup> BGHSt 37, 106 (115)。

创设的),且该风险在外界变化中得以实现时,该外界变化才是在客观上可归责的。<sup>⑮</sup>那么,如果上级没有采取降低风险措施来减少雇员通过犯罪所产生的法律上重要的、不被容许的风险,则可以认为上级创设了法律上重要的风险。反而言之,落实此种风险降低措施将会导致上级在构成要件层面的免罚,因为那时恰恰没有产生任何法律上重要的风险。如果公司的员工没有遵守这些风险降低措施,并造成了损害,上级总是可以主张他没有创造任何法律上重要的、不被容许的风险。如此一来,保证人地位将不再具有意义了。然而,这种方法具有误导性。即便父亲在游泳池中安装了感测器(当孩子掉入游泳池且有可能溺水时,它会发出警告信号),也不会因为他已经减少了由自己创设出来的风险(运营游泳池)而被免罚。如果孩子溺水是因为父亲在拯救孩子方面的无所作为,那么这种不作为(即创设法律上重要的、不被容许的风险)就可以归属给他,至于他是否在游泳池中安装感测器,在所不问。在故意的不纯正不作为犯情形中,它并不取决于此种风险降低活动。因不在现场而无法救出孩子的父亲(因而不会被指控为故意实施的不作为犯罪)是否会被指控为过失犯罪,则是另一个问题。因为在这种情形下,与之相关联的仅有升高风险的行为,其表现为没有在泳池中采取危险防范措施。笔者之后会再来探讨过失犯。

在此背景下,同样不可否认的一点是,如果上级已经认识到,他的员工违反了已得到落实的合规措施而实施了犯罪行为,那么他就创设了法律上重要的、不被容许的风险(通过使用其权力潜力以及阻止损害,上级可以直接消除这个风险)。在合规措施未能阻止损害(发生)时,上级现在根据认识而将回避损害这件事情掌握在手中。其不作为在法律上的重要性(尽管存在合规措施)已经通过以下事实而得到证实,即另一个人受到了非法伤害。同样,违反了一般性的协助提供义务(《德国刑法典》第323c条)也支持这一说法,即(上级)创设了法律上重要的风险。该损害是不被容许的,这点同样是毫无疑问的。问题在于,上级是否也要为该损害负责,因为他必须“承担责任”(《德国刑法典》第13条),使该损害不发生。

未创设法律上重要的、不被容许的风险,可以将诸如不可预见、不受控制或者非典型的因果流程的情形排除在归责之外。然而,在故意的不纯正不作为犯情形中,对于(采取)合规措施的情形而言,它却是不合格的。此外,哪一群人义务回避外界变化,在法律上是由对保证人的要求来决定的。因此,相较于作为犯,它(即这一问题)具有限制性功能,而客观归责理论并无法明确对不作为犯发挥此种功能。保证人地位的功能在于,从许多能通过干预来避免外界变化(结果)的人中挑选出那些肩负避免结果任务的人。因此,它旨在将(在行为客体上发生的)变动归属给特定的不作为犯。保证人地位构成了将不纯正的不作为等同于积极作为的核心客观标准。<sup>⑯</sup>因此,倘若非保证人无所作为(但他因欠缺义务性的特殊地位而不是行为义务的接受者),他同样创设了法律上重要的、不被容许的风险。故而,如果父亲不帮助溺水的孩子,他就是不作为的杀人犯,因为他作为保证人(《德国民法典》第1626条)有义务防止死亡。站在父亲身旁的冰淇淋商贩同样能够阻止死亡。如果他不这样做的话,他将会因不提供帮助而受到惩罚,但他不会构成杀人罪,原因在于他因欠缺保证人地位而不具有行为义务。他并不是阻止死亡这一诫命的接受者。这个例子表明了,在这两种情形中均可以肯定(行为人)创设了法律上重要的、不被容许的风险,只有保证人地位才能决定有义务采取行动的行为人范围,从而限制不纯正的不作为犯。当且仅当人们严格地

<sup>⑮</sup> Roxin 忽视了这一点,他否认在不纯正的不作为犯的情况下产生法律上的相关风险,因为不作为犯罪者已经发现它,而不是自己创造它。受到忽视的一点是,对于不作为犯而言,其作为行为不法的不作为受到了非难,其不作为证成了法律上重要的风险。参见 Roxin, AT II, 1. Auflage 2003, § 31 Rn. 182。

<sup>⑯</sup> 前引<sup>⑮</sup>,Gropp/Sinn 书,第11章,边码22。

通过特定构成要件的方式来确定“法律上重要的、不被容许的风险”(这完全是客观归责理论的意义),它才会得出不同的结论。然而,在这种情形下,保证人地位的问题与“创设法律上重要的、不被容许的风险”的问题将会“交织在一起”(参见上文)。因为什么是法律上重要的、不被容许的风险,是通过保证人地位的范围来决定的。如果没有保证人地位,就无法确定法律上重要的、不被容许的风险的范围(该风险由不作为创设)。

上级在哪些情形中具有作为义务,取决于他是否具有保证人地位。在经济刑法的背景下,这一问题是通过所谓的企业主责任以及作为义务的“企业关联性”(Betriebsbezogenheit)这一限制性要素来回答的。德国联邦最高法院刑事第四庭将保证人地位抽象地限制在以下范围内,即(雇员的)犯罪行为不能“仅仅在”商业活动中实施,并且“商业中特别固有的危险[……]必须在该犯罪行为中被实现”。<sup>⑰</sup>如果在风险分析范围内确定某些风险与企业相关,从而存在保证人地位并引发作为义务,那么这种作为义务可以通过落实合规系统来实现,例如通过监测、控制等。这种做法是风险管理系统的任务。

按照 Saliger 的说法,客观归责理论在多大范围内能够在背信罪方面发挥作用,这一问题仍然处于问题澄清的早期阶段,<sup>⑱</sup>该理论不同要素的转移还在讨论中,<sup>⑲</sup>这一点在此不能作进一步的探究。

### (三) 故意犯主观归责框架内的合规

主观归责问题,即对于主观构成要件的归责问题,导致进入故意的教义学,从而进入德国刑法学中最黑暗的领域之一。这里不可能对这个领域加以澄清。对于“合规系统在主观归责框架内是否有助于免罚”这一问题,笔者因此必须将说明的范围限制在关于故意的若干主导线上。

在学术和实务中被普遍接受的一点是,当行为人“对构成要件该当性客观要素的实现具有认识和意欲”时,才谈得上具有故意。因此,认识(知的要素)以及意欲(欲的要素)是故意概念的两个基本特征。

根据故意的两个要素的强度,人们可以区分出三种类型的故意:

1. 一级直接故意——蓄意;
2. 二级直接故意——明知;
3. 未必故意——附条件故意。

在蓄意——即一级直接故意——的情形下,意欲要素占据着主导地位。对于行为人来说,其行为的目标是结果发生。相较之下,认识(要素)方面会比较薄弱:只要认识到结果有可能因为自己的行为而发生就足够了。

在二级直接故意的情形,故意的认识要素(即认识)占着主导地位。行为人认识到其行为的后果。在存在明确(sicher)认识的情形下,会认为行为人满足意欲(要素)方面的要求,而无须特殊的讨论。

在未必故意这一故意形式中,行为人不认为(作为其行为后果的)构成要件该当结果的发生是确定的,而只是认为有可能发生。因此,行为人对其实际行为力的后果缺乏确定的认识——故而,认识(要素)方面相较于蓄意(即一级直接故意)要显得薄弱。此外,行为人并不追求结果——故而,意欲(要素)方面相较于蓄意(即一级直接故意)要显得薄弱。

<sup>⑰</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011—4 StR 71/11, Rn. 13 ff. = BGHSt 57, 42 (45 f.).

<sup>⑱</sup> 参见前引③,SSW/Saliger书,边码100。

<sup>⑲</sup> 参见前引③,SSW/Saliger书,边码100。

确切来说,只有在蓄意的情形下,追求结果(实现)的意志才是故意的直接组成部分。在(二级)直接故意以及附条件故意(即未必故意)的情形中,行为人并没有追求结果。但是,行为人知道,结果必然或者可能与有意实施的行为相关联。<sup>②①</sup>

如果人们将这些知识转用于不纯正的不作为犯,那么,当不作为的目的是要让外部世界发生变化时,则不作为犯就是在蓄意地实施行为。如果不作为犯认识到外部世界的变化肯定会发生,而其不作为的目的不在于(引起)这种变化,则行为人具有二级直接故意。对于未必故意而言,不作为犯既不是以(引起)外部世界变化为目的,也没有确切地预见到这种外部世界变化。但他认识到他的不作为可能会产生法定构成要件中所描述的结果。

从关于不纯正不作为犯情形下故意的论述,可以得出关于合规系统背景下雇主责任问题的以下内容。

当且仅当雇主认识到其员工所犯罪行的情形下,雇主才有可能承担故意的不纯正不作为犯的责任。无论是否存在合规系统,他都可能获得这些知识。这意味着,仅仅建立一个合规系统对故意的认识要素不会产生影响。因此,一旦雇主获得了该认识,合规系统并无法阻止它。然而,必须特别考虑的一种情形是:如果雇主建立了一套合规系统,然后闭上眼睛(白话来说)以避免获得认知,即有意识地决定不去察觉公司中的违规行为,那么雇主是否也是无意识地实施行为呢?他能否辩称他没有故意地维持不作为?在这些情形下,无论人们想要遵循何种未必故意理论,都会面临未必故意的困难结构。这些未必故意理论的共同点是,它们均以认识要素作为要件。那么,在所述情形中,企业主知道什么呢?他知道,雇员可能会实施犯罪行为这件事情是存在一定的风险。因此,他设立了合规系统。他也知道,可能不是所有人都会遵守这些规则,并且他无法控制。他知道,他自己是“瞎子”和“聋子”。了解这一点的人也知道,这种错误的组织(方式)会产生更多的风险和危险,而雇主有义务去阻止这些风险和危险。这恰恰是故意非难(Vorsatzvorwurf)之所在:它在于未被实现的期待,即不仅要建立合规系统,还要睁大眼睛、竖起耳朵去监控合规系统的有效性和效率。因此,对于那些视而不见、听而不闻的人来说,尽管他们设立了合规系统,但他们是故意地实施行为。并且,即便人们在未必故意情形下同样要求独立的意欲要素——在这一点上笔者不赞同通说见解,<sup>②②</sup>也无法否定这一点,因为又盲又聋的雇主恰恰接受在其业务范围内发生的犯罪行为,以及由于缺乏对合规系统的控制,他无法信赖犯罪行为的不发生。

如果雇主错误地认为,他已经通过设立合规系统而做了一切必要的工作,从而监督是没有必要的,这是对其行为义务射程的错误认识,因此不是构成要件错误而是《德国刑法典》第17条的禁止错误。它所欠缺的不是对事实的认识,毋宁说对事实的评价是有误的。

#### (四) 违法性阻却(事由)框架内的合规

##### 1. 被容许的(合规)风险作为“违法性阻却事由”

目前,笔者尚未见到关于合规系统在违法性阻却(事由)层面的角色的思考。这些思考的切入口可能是“容许风险”。诚然,“容许风险”这一范畴在内容或者其射程范围上甚至没有得到丝毫的澄清。<sup>②③</sup> 毋宁

<sup>②①</sup> Vgl. Jescheck/Weigend, AT, 5. Auflage 1996, S. 297 ff.

<sup>②②</sup> 前引<sup>②①</sup>, Sinn 书, 第301页以下。

<sup>②③</sup> Roxin/Greco, AT I, 5. Auflage 2020, § 18 Rn. 1.

说,它贯穿了整个刑事司法系统,并被功能性地运用于不同的体系阶层上。

举例而言,“容许风险”已经被理解为客观归责的要素(之一),以便在遵守所有法律规定的情形下将诸如经营企业或参与道路交通的日常风险行为排除在犯罪类型之外(这种排除因此发生在构成要件阶层)。这一目标已经由 Welzel 的社会相当性理论所追寻,但该原则从未被充分地勾勒出来。在构成要件阶层的“容许风险”上,并不存在利益衡量。<sup>②③</sup> 如果在“具体衡量冲突利益后,允许在风险的基础上实现某种犯罪类型”,则情况应该有所不同,这也意味着“容许风险”从构成要件阶层到违法性阶层的阶层转变。<sup>②④</sup> 因此,该犯罪类型得到了满足。法定构成要件的所有要素皆存在。然而,容许风险允许该构成要件的实现。这是违法性阻却事由的传统领域。不过,必须考虑的是,“容许风险”仅仅是一系列违法性阻却事由的上位概念,在这些事由中,行为人系基于一种不确定的事实基础来实施行为的。这包括推测的承诺,实现正当利益(《德国刑法典》第 186 条、第 193 条)以及不可避免的容许构成要件错误。<sup>②⑤</sup> “容许风险”只是在违法性阻却(事由)基本类型结构化方面的一项帮助,其作用是在根据优势/阙如利益的违法性阻却事由范畴上作进一步的体系化。作为此类违法性阻却范畴内的公认样式,它也可以作为一种控制概念(Kontrolltopos),但它不能替代违法性阻却事由的存在。

因此,如果人们认为在违法性阻却阶层的“容许风险”立足于衡量(优势利益原则)的根基而容许创设法律上重要的、不被容许的风险(该风险已经导致了外部世界的变动),则有必要指明被纳入衡量中的情形。按照广泛的看法,一方面要考虑个人或集体的安全利益,另一方面要考虑受基本自由权利保障的、实施风险行为的利益。<sup>②⑥</sup> 因此,“容许风险”成了一种促进社会生活的工具,<sup>②⑦</sup> 因为在存在违法性阻却事由的情形下,(利益)衡量的结果对整体社会都有好处。这种衡量并不像《德国刑法典》第 34 条那样具体地发生,而是在社会以及(在必要的情形下)立法者的商谈框架内事先且抽象地进行。因为“容许风险”涉及的仅仅是“优势利益”这一违法性阻却原则的特殊形式,所以有必要形成案例群组来使这一形式概念具体化。此一案例群组就是推测的承诺。在推测的承诺中,行为人所实现的利益与权利人的推定意愿相一致。倘若在行为之后发现对当事人的意愿的推测是错误的,该行为不会因此而变成违法(行为)。毋宁说,当推测的承诺的要件存在,且对承诺的可期待性进行细致的审查时,则行为人在实现容许风险时仍然是免罚的。<sup>②⑧</sup>

由于“容许风险”仅能对相关的违法性阻却事由进行分类,而不能替代这些事由,<sup>②⑨</sup> 因此,只有在满足以下要求时,合规制度才能被承认是一种独立的违法性阻却事由:(1) 有义务建立这样的制度;(2) 在合规制度的规范性设计中,“容许风险”可以被结构化地证明为一种基于优势利益的违法性阻却事由。第一个要件是基于事实,即公民个人不能自行创设出干预的权限,即不能通过自愿性的合规制度而创设出一种违法性阻却事由。第二个要件是是否存在,这是一个复杂的审查过程,现在将以《供应链注意义务法》(Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz)为例来简要说明。

<sup>②③</sup> 前引<sup>②②</sup>,Roxin/Greco 书,边码 1。

<sup>②④</sup> 前引<sup>②②</sup>,Roxin/Greco 书,边码 1。

<sup>②⑤</sup> Gropp/Sinn, AT, 5. Auflage 2020, § 5 Rn. 41.

<sup>②⑥</sup> 前引<sup>②⑨</sup>,Schladitz 书,第 117 页以下。

<sup>②⑦</sup> Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 7. Abschn. Rn. 35.

<sup>②⑧</sup> 前引<sup>②⑩</sup>,Gropp/Sinn 书,第 5 章,边码 369。

<sup>②⑨</sup> 前引<sup>②⑩</sup>,Gropp/Sinn 书,第 12 章,边码 179。

## 2. 供应链注意义务法(LkSG)中的合规

2020年春天,德国开始密集地讨论所谓的《供应链注意义务法》。立法倡议的出发点是由德国联邦劳动暨社会部(Bundesministerium für Arbeit und Soziales)以及德国联邦经济共同合同暨发展部(Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)在2020年3月10日联合编写的要点文件。<sup>⑩</sup>

最初的计划是,员工人数在500人以上的公司应该通过履行特定的注意义务,以致力于确保人权不仅在自己(国内)的生产中还在国外(特别是在发展中国家和新兴国家)的供应商中受到尊重。这涉及诸如通过童工、剥削、歧视、克扣劳工权和健康条件实施的人权侵害,以及通过水和空气污染、非法砍伐森林以及农药排放所造成的环境破坏。为了遵守注意义务,(文件)规定了公司今后应该证明他们有监测其供应网络的风险和违法行为,并计划采取积极主动的措施,且在业务关系范围内为整体的价值创造链以及产品和服务探查风险。

经过各部委和时任德国总理安格拉·默克尔(Angela Merkel)之间的艰难争论,以及经济部的干预(因为德国公司对于海外违规行为的责任是无法忍受的),在2021年2月,就德国联邦劳动暨社会部的一项法律草案<sup>⑪</sup>(该草案在2021年3月成为政府草案<sup>⑫</sup>)达成了协议,该协议(最终)成为《关于企业防止供应链中人权侵害的注意义务的法律》(LkSG)。这一协议的部分内容是,没有针对公司在海外侵犯人权的行为引入民事责任。此外,承担义务的公司范围也被修改。自2023年起,拥有超过3000名员工的大公司将首先承担义务。雇员超过1000人的公司将从2024年起跟进。公司的注意义务包括了:

- 建立一个风险管理系统,并进行风险分析;
- 通过企业人权策略的基本声明;
- 在自己的业务范围内并针对直接供应商采取预防措施;
- 在发现违法行为时,立即采取纠正措施;
- 在发生违法情形时,建立申诉程序;
- 就注意义务的履行尽到记录和报告义务。

通过履行这些注意义务,供应链中受影响者的权利应当得到加强,公司在法安定性和公平竞争条件方面的合法利益理应该被加以考虑。就合乎注意义务的行为而言,其适当的方式应根据各自企业特定的标准来加以确定。“注意义务证成了努力的义务而非结果义务。公司不必保证在其供应链中没有违反人权或者与环境相关的义务。毋宁说,它们必须能够证明,它们已经执行了第4条至第10条中详细描述的关注义务,根据它们各自的情况,这些义务都是可行且适当的。”<sup>⑬</sup>

<sup>⑩</sup> 可访问于 [https://die-korrespondenten.de/fileadmin/user\\_upload/die-korrespondenten.de/Lieferkettengesetz-Eckpunkte-10.3.20.pdf](https://die-korrespondenten.de/fileadmin/user_upload/die-korrespondenten.de/Lieferkettengesetz-Eckpunkte-10.3.20.pdf) (zuletzt 13.3.2021).

<sup>⑪</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 28.2.2021.

<sup>⑫</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über die unter, BT-Drs. 19/28649 vom 19.4.2021.

<sup>⑬</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten v. 24.3.2021, S. 23, abrufbar unter [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwuerfe/reg-sorgfaltspflichtengesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwuerfe/reg-sorgfaltspflichtengesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (13.3.2023).

在合规的背景下,建立风险管理系统尤为重要。“公司必须创设一个适当且有效的风险管理系统,以遵守注意义务(第3条第1款)。应通过适当的措施将风险管理确定在所有相关的业务流程之中”(参见《供应链注意义务法》第4条第1款)。“当企业在供应链中会造成人权法上的或者与环境相关的风险或者实害时,如果某种措施能够促使有人识别和降低此等风险,以及防止、终结此等实害或者降低该实害范围,则该措施就是有效的”(《供应链注意义务法》第4条第2款)。如果企业发现在其自身的业务领域或者在直接的供应商处发生了侵害受保护的法权地位或者违反了与环境有关的义务,或者企业认识到即将发生这些事情,则必须立即采取适当的补救措施,以防止、终结或者最大限度地减少该损害(参见《供应链注意义务法》第7条)。注意义务所直接涉及的仅仅是自身的公司以及第一级的直接供应商。风险管理(系统)必须考虑到与人权和环境有关的所有情形。因此,义务的核心是通过消费者关系管理系统来获取认知。只有在德国公司经证实得知在间接供应商处可能发生侵犯人权或者违反与环境相关的义务时,其对于上游的供应商(即“间接供应商”,参见《供应链注意义务法》第9条)的义务才会产生(参见《供应链注意义务法》第9条第3款)。在这些情况下,公司必须调查这些迹象,并落实风险分析。这一义务的核心是,在获得认知后采取行动。在违反注意义务的情形下,有可能需要支付强制金(Zwangsgelder)和罚款,并剥夺其三年内取得公共合同的资格(参见《供应链注意义务法》第22条、第23条、第24条)。

在《供应链注意义务法》的立法理由中,德国立法者认为全球互相关联的供应链充满了人权风险:“不过,与此同时,全球经济中的公司供应链中的不透明和国际公认人权的落实不力也会产生风险。”<sup>④</sup>通过引入风险管理系统,这些风险会被降低。该立法对此指出理由:“风险管理的目的在于识别、防止、终结或者最大限度地减少其供应链上的人权风险和法益实害(在无法终结或者终结必须付出不合比例的支出的情形下)。因此,规定的对象是在自己的位置上遵守自身注意义务的义务。”

有趣的是,德国立法者将风险管理的义务与公司自身所“造成”的风险联系起来。藉此,它明确指出了首个归责要素:“在风险管理框架内,公司必须仅处理那些人权法上的风险以及与环境有关的风险,这些风险是由它们所造成的。造成(Verursachen)是指公司本身直接造成了风险或者通过其行为(在因果上)促成了风险的出现或者加剧。对供应链的关联表明了,这种情形下的风险可能处于公司的业务领域内、在直接供应商或者间接供应商身上。”<sup>⑤</sup>

《供应链注意义务法》第4条第2款还规定了公司具有因果贡献或者至少它在(造成)实害上具有自身的贡献(“……如果公司在供应链中造成或者促成这些风险或者实害”)。现在没有必要进一步讨论的一点是,如果公司和负责人遵守了《供应链注意义务法》的所有注意义务,那么,它们就没有民事责任。根据罚款构成要件(《供应链注意义务法》第24条)所施加的制裁同样被排除在外,即便在人权侵害中的因果关系可以被证实。在民法上,已经欠缺了能够证立责任的构成要件,而从秩序违法性的角度来看,则欠缺制裁规范。诚然,这并没有说到任何关于合法性(Rechtmäßigkeit)的内容。具体而言:如果公司引入了风险管理系统并在这方面履行了注意义务,但在供应链中发生了侵犯人权情形,且公司对该情形具有因果关系上的贡献,那么公司还能否主张自己系合法地参与了侵犯人权行为?如果借助《供应链注意义务法》可以对此提出证明,即“容许风险”作为优势利益原则的下位情形而在结构上被包含在关于风险管理的规定之中,那么情况确实会如此。实际上,在立法理由中也暗示了对各种利益的平衡:“一方面,这是

<sup>④</sup> RegE-LkSG (Fn. 32), S. 1.

<sup>⑤</sup> RegE-LkSG (Fn. 32), S. 25.

为了强化供应链中受公司活动影响的人的权利,另一方面,则是考虑了公司在法安定性和公平竞争条件下的合法利益。”<sup>③⑥</sup>

在(利益)平衡的一边是在供应链中工作者的个人利益,使其免受环境以及人权方面的侵害,另一边则是公司的利益以及社会参与全球贸易往来的利益。这些利益是通过抽象的事前评估来平衡的,从而公司必须履行特定的注意义务,以保护个人利益。通过注意义务与努力(即通过遵守注意义务就能防止侵害个人利益)之间的关联,公司和整体社会的利益也要被纳入考量,即全球贸易创造就业机会,从而确保我们社会的繁荣和未来。由于供应链上不同的竞争条件,任何过于宽泛的规定都会给德国经济带来危险。因此,德国立法者没有像部分人要求的那样,更广泛地界定注意义务。

即便公司在遵守了所有注意义务标准的情形下对侵犯人权情形具有因果关系,但在此种平衡框架内,它可以免于承担责任。危险的供应关系是一种“容许风险”。如果人们要求违法行为的前提条件至少是客观上违反注意义务的行为(即行为非价)以及仅凭结果非价无法满足违法性判断,就会得出相同的结果。<sup>③⑦</sup>

### (五) 过失犯框架内的合规<sup>③⑧</sup>

正如当前刑法理论所认为的那样,故意不法和过失不法之间的区别并不在于“行为”,而在于行为力的使用(Gebrauch der Handlungsmacht)。在故意犯罪的情形下,行为力有意识地被用于违反规范。与之相对,过失行为人则没有采取任何预防措施,以确保其行为力不会损害性地干扰他人的法权领域。过失犯并没有提出注意行为的规范,因为在故意犯情形中符合义务的行为同样没有被要求。毋宁说,和故意犯的情形相同,应适用不实施侵害行为这一基本原则。<sup>③⑨</sup>个人只有通过组织自己的权力领域,从而使自己可支配的行为力不会基于特定的力量手段而去侵犯他人的法权领域,才能满足这一要求。<sup>④⑩</sup>过失犯的规范违反力(Normverletzungsmacht)在于,凭借认识能力所拥有的回避可能性(Vermeidemöglichkeiten)。<sup>④⑪</sup>因此,对自身权力领域的组织包括了控制自身的权力源以及防护他人的危险行为。举例而言,如果武器收集者没有以此方式(使无权限者无法取得该武器的方式)来储存他的武器,则他就是过失地实施行为。然而,这并不是因为他违反了所谓的“注意义务”,而是因为他没有以此方式(使其他人不会因此受到损害的方式)来组织他的权力领域及其权力手段。因此,过失犯的不法不在于单纯的危险创设,因为在高度复杂的社会中危殆化总是会由于不断增加的个人权力潜力而越来越多。毋宁说,过失犯的不法在于创设了升高的风险(erhöhte Gefahr)。<sup>④⑫</sup>过失性证实了行为人在管理自身权力领域的无能(Inkompetenz),因为他对自己当前的行为力的后果缺乏当前的认识。<sup>④⑬</sup>与此相反,故意行为描述的是对当前行为力的后果的“认

<sup>③⑥</sup> RegE-LkSG (Fn. 32), S. 1.

<sup>③⑦</sup> 对此,详见 Sinn GA 2003, 96 ff.

<sup>③⑧</sup> 以下的评论源于作者的教授资格论文(前引②,第299页以下),并将在这个特定的议题上取得成果,以表明权力理论的犯罪论的实务适格性。

<sup>③⑨</sup> 参见前引⑦, Jakobs书,第9章,边码6;前引⑩, Gropp/Sinn书,第12章,边码117。

<sup>④⑩</sup> 前引②, Sinn书,第300页;前引③, Jakobs书,第25章,边码21。这一见解不仅涉及过失犯,还相当普遍且根本地适用于刑法。

<sup>④⑪</sup> 前引②, Sinn书,第300页。

<sup>④⑫</sup> 对此,参见前引⑩, Gropp/Sinn书,第12章,第116页以下。批判性的看法,参见 Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts bei Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 127 ff.

<sup>④⑬</sup> 参见前引⑦, Jakobs书,第8章,边码5。

识”。因此,它所涉及的不是在组织自身权力领域方面的无能(Inkompetenz),而是可被期待的(根据“认识”)不作为,这种不作为表现为不去实施违反规范的组织。这清楚地表明了自由(或实现权力)的主张和针对不适当的自我管理后果的责任这两者之间的相互关联。因为,那些要求组织领域或权力领域以便自我管理的人同时也要承担起管理不力的后果。<sup>④</sup>

在过失犯的背景下,合规的角色开始就受到了事实上的限制。原因在于,在传统的合规违反情形下,例如在背信罪、与贪腐或者诈骗相关联的犯罪中,并没有过失犯罪。因此,对公司的归责只能通过其违反监督义务(根据《秩序违反法》第130条)来进行认定。

然而,就身体完整性和生命这样的个人法益而言,如前所述,如果有证据表明公司管理层实施了升高风险的、可被归责的行为,且该行为表明了其在组织自身的权力领域的无能,则可以想象出成立过失犯的可刑罚性。不过,由于在保护个人法益的过失犯罪中,缺乏或者不充分实施合规的重点也可能是不作为,故而,前述关于故意犯的论述也能相应适用。因此,在过失不作为犯情形中,行为义务的射程范围是通过保证人地位以及(在德国联邦最高法院看来)通过所要防止的损害的“业务关联性”来确定的。倘若合规制度恰恰是为了防止此种损害,且通过合规制度能够以接近确定的概率来防止此等损害,那么没有建立该制度就能构成过失的行为不法。通说将此称作被违反的注意义务。

#### (六) 过失犯、合规及容许风险

如果同绝大多数的见解一样将过失性定义为注意义务之违反,那么就必须在容许风险内实施的行为排除在外。因为行为人不能在违反注意义务的同时,通过容许风险来使行为正当化。遵守容许风险将排除注意义务之违反性。因此,绝大多数的见解拒绝将容许风险当作过失犯的违法性阻却事由,这从其观点来看是一贯的。<sup>⑤</sup>

如果人们将过失理解为,通过创设升高的风险来实现非故意的、可归责的犯罪行为(尽管具备个人化的可预见性和可避免性),那么,容许风险作为违法性阻却事由就将会被承认。然而,这仍然需要“容许风险”在违法性阻却事由中的实体化,正如在《供应链注意义务法》中已经描述的那样。

### 三、结 论

到目前为止,文献上很少探讨,如何使作为免罚事由的合规制度在刑法教义学上变得富有成效。笔者的思考表明了,合规制度当然可以在不同的体系阶层上且在不同的论证样式和教义构造中被加以讨论。因此,在合规制度背景下的免罚效果可以通过构成要件的解释来发生。

然而,就不纯正不作为犯框架下的合规情形而言,笔者已经表明了不可能通过客观归责理论来产生免罚效果。

在主观的行为面向上,只要当事人对错误组织以及由此产生的风险或危险情形(企业主有义务去防止并避免这些风险或危险)有所认识,合规制度就不会对未必故意产生影响。

<sup>④</sup> So Lesch JA 2002, 607.

<sup>⑤</sup> 前引<sup>⑩</sup>,Gropp/Sinn书,第12章,边码177。

在过失犯领域中,合规制度是否具有免罚效果,取决于在何时合规制度是为了防止此种损害(当事人有义务防止这种损害)。

尽管存在一个正确且受监控的合规制度,但仍发生了损害。特定的损害(结果不法)如何被正当化?就这个问题而言,《供应链注意义务法》这个例子已经表明了,“容许风险”的结构在优势利益原则的框架内可以被证明。这导致了对违法性阻却事由的接受。人们也可以通过另外一种途径来使已经发生的损害合法化:虽然行为对结果(发生)具有因果关联,但该行为(其既不是故意的,也不是客观上违反注意义务的,亦不是使风险升高到容许范围之外的)并不是违法的。<sup>④6</sup> 它欠缺违法行为所独有的行为不法,而行为不法在整个刑法体系中发挥着引领性作用。

---

**Abstract:** Compliance can be discussed at various levels of the system and in a variety of argumentative styles and doctrinal constructions. Therefore, penalty exemption in the context of the compliance system can take occur through the interpretation of the constitutive elements; however, in cases of the compliance situation under the framework of offense of non-typical omission, it is impossible to produce an exemption from punishment by citing the theory of objective imputation. In the light of the subjective behavior orientation, the party concerned shall be exempted from punishment inscribed in compliance system for eventual intent for certain awareness of the false organization, and the risks or dangerous situation arising from the organization. In the context of criminal negligence, it is effective to conduct penalty exemption in accordance with the compliance system when the system is applicable for the purposes of preventing such damnification (the party concerned is responsible for preventing such damnification). In the event that damnification occurs in spite of the applicable compliance system, the justification can occur in accordance with the risk-allowable structure or by reason of absence of a wrong act solely required for the conviction of legal violation.

**Key words:** compliance; reason for penalty exemption; objective imputation; subjective imputation; risk-allowance

---

[学科编辑:王彦强 吴剑峰 责任编辑:魏 艳]

---

<sup>④6</sup> Sinn, GA 2003, 96 (107).