

应将“法益恢复”作为刑事合规的实质根据

——以集资犯罪的刑法处置为例

庄绪龙^{*}

内容摘要 经由刑事合规不起诉或者其他刑法从宽评价,本质上是基于政策性动因的立场,但在理论上仍然缺乏根据。这可能会导致违反罪刑法定原则、适用法律平等原则和公平原则,并且刑事合规的效果也无法得到明确保障,“纸面合规”的质疑无法解释。《刑法修正案(十一)》关于非法吸收公众存款罪“退赃退赔”后果的修改,与刑法中的逃税罪、骗取贷款罪等从宽甚或出罪相关规定一道,共同缔造了“法益恢复”的刑法处置模式。“法益恢复”模式关于集资犯罪治理的强力牵引效用,对于刑事领域中的“后悔”问题的合理解决,具有理论上的解释力。有鉴于此,在理论上应将“法益恢复”作为刑事合规不起诉或者其他刑法从宽评价的实质根据。

关键词 刑事合规 纸面合规 法益恢复 集资犯罪

一、问题的提出

党的十八大以来,党中央十分重视民营企业的健康发展。2018年11月1日,习近平总书记在民营企业座谈会上指出:“民营企业要讲正气、走正道,做到聚精会神办企业、遵纪守法搞经营,在合法合规中提高企业竞争能力。守法经营,这是任何企业都必须遵守的原则,也是长远发展之道。要练好企业内功,特别是要提高经营能力、管理水平,完善法人治理结构,鼓励有条件的民营企业建立现代企业制度。”党的十九届四中全会通过的《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》明确指出,要“健全支持民营经济、外商投资企业发展的法治环境”。基于这一精神,最高人民检察院率先提出对于涉嫌犯罪的民营企业和民营企业家,“可捕可不捕的不捕,可诉可不诉的不诉”。在此基础上,刑事合规的讨论和实践在理论界和司法实务界如火如荼地展开。

理论上大都认为,“现代化企业经营管理的核心内容就是构建有效的合规管理体系,如此才能真正防范和抵御企业经营发展过程中的各种法律风险,提高企业的抗风险能力和市场竞争力,企业才能行稳致远”。^①孙国祥教授认为,刑事合规制度契合了风险刑法所催生的刑罚积极一般预防理念,有助于弥补既往企业犯罪治理方面事后惩罚与消极预防的不足;通过将犯罪预防前置化以及刑事风险防范责任分担的

^{*} 苏州大学王健法学院暨公法研究中心副教授,苏州大学“仲英青年学者”,中国社会科学院法学研究所博士后。

^① 冯科臻、李光奇:《三个维度推进企业合规》,载《检察日报》2022年10月21日。

“私有化”，刑事合规作为一种合作治理模式，更加科学有效。^② 刑事合规对于缓和“企业治罪”所引发的“水波效应”和“标签效应”具有独特的价值，有效契合了社会对于企业“非罪化”治理的客观诉求。一个企业涉嫌犯罪后，如果建立并实施了有效的合规计划，就能以其作为无罪抗辩事由，争取不被定罪或者宽大处理的结果。^③ 经验表明，“过于强调单一的政府规制，产生了规制效率的低下等系列问题”^④。这种单一的政府规制体现在刑法上就是对企业违法犯罪严密法网、严刑峻法。从刑罚论的发展史来看，传统的报应刑论逐渐式微，预防论日益得到重视。作为一种特殊的犯罪主体，单位犯罪的惩罚根据也顺应了这种变迁。分析我国企业犯罪的刑罚结构，以及对近十几年来企业犯罪现状的观察，可以发现，“刑事法网的严密、刑罚的严厉化并没有产生如立法者所愿的治理效果；相反，企业犯罪愈演愈烈，甚至有变本加厉的趋势，这也可以从侧面说明一个问题，即企业犯罪并没有因为法网的严密以及打击力度的加大而有所遏制”。^⑤ 有鉴于此，国家开始另行寻求单位犯罪的预防模式，其中内部治理即当下盛行的合规制度开始得到治理者的青睐。尤其是近些年伴随着经济下行压力以及疫情影响，防止因办结一起案子“垮一个企业，失业一批职工”已经成为我国司法机关的共识。当前，我国市场经济发展迅猛，但与此同时由于生产经营的复杂性与危险性，企业以及企业主承担刑事责任风险也日渐提高。在这样的大背景下，作为一种旨在保证企业内部合法经营的保证性措施，即刑事合规的建设，日渐为人们所重视。现阶段，以检察机关审查起诉阶段为依托，合规不起诉、合规宽缓量刑建议、第三方监督评估机制、合规行刑衔接等一系列合规实体性和程序性激励措施得到广泛实践。^⑥

理论上通常认为，企业合规具有三个方面的法律保障：一是行政监管合规机制；二是刑事合规机制；三是反制裁合规机制。^⑦ 由此可见，刑事合规是企业合规的一个下位概念。其实，一般意义上的企业合规与企业刑事合规在规范本质上属于前置法与刑法的衔接关系问题，企业治理固然不应满足于刑事合规，但刑事合规却是企业治理的最基本要求。当前，学界关于刑事合规的研究成果已经相当丰富，以陈瑞华、陈卫东、黎宏、孙国祥、刘艳红、李本灿等为代表的多位刑事程序法、实体法学者先后出版了多部专著，发表了数百篇论文，研究成果大有“汗牛充栋”之相。^⑧ 在内容上，程序法学者主要聚焦于从合规不起诉、合规量刑从宽、第三方监督评估机制以及刑事合规与认罪认罚的内在契合等角度开展研究，实体法学者则更多地聚焦于刑法总论中的单位犯罪以及刑法分则中的重点罪名而展开讨论。但尽管如此，当前关于刑事合规的基础理论准备仍然不足，不少研究的出发点仍然局限于抽象宏观的政策推动，缺乏法律意义上的理论基础，从而导致违反罪刑法定原则、平等与公正原则等问题，这无疑是需要重新思考的地方。

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

③ 参见陈卫东：《从实体到程序：刑事合规与企业“非罪化”治理》，载《中国刑事法杂志》2021年第2期。

④ 李本灿：《刑事合规的制度史考察：以美国法为切入点》，载《上海政法学院学报》2021年第6期。

⑤ 李本灿：《企业犯罪预防中合规计划制度的借鉴》，载《中国法学》2015年第5期。

⑥ 参见刘艳红：《刑事实体法的合规激励立法研究》，载《法学》2023年第1期。

⑦ 参见陈瑞华：《论企业合规的性质》，载《浙江工商大学学报》2021年第1期。

⑧ 经由中国知网检索，自2017年以来，以“合规”作为篇名搜索，仅在核心期刊发表的论文就多达500余篇。

二、刑事合规面临的理论困境

(一) 违反罪刑法定原则

我国刑法第3条规定,法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。通常认为,该条是我国确立罪刑法定原则的根据,即犯罪及其后果必须由刑法及附属刑法等予以规定,没有明文规定为犯罪的行为,任何个人和组织均不能擅自定罪处罚。^⑨但是该条前段所指出的“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚”是否属于罪刑法定原则的另外一种表达?通常认为,该条前段的内容与罪刑法定原则并无实质性关联,甚至被认为是“多此一举”。

但在本文看来,该条前段表达并非可有可无的点缀,而是对刑法价值和功能的法律确认。这是因为,我国刑法第1条和第2条分别明确规定了我国刑法的宗旨和任务,即“惩罚犯罪,保护人民”,由此再在第3条前段规定“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑”,正是呼应上述第1条和第2条刑法宗旨和任务的必然之选。换言之,作为社会保障法的刑法,其所承担的“惩罚犯罪,保护人民”任务必须得到严肃的贯彻落实,否则刑法将形同虚设。本文认为,罪刑法定原则并非只是单向地强调“入罪”与“出罪”,而是在刑法文本和解释的视野下,不偏不倚公正地对待可罚的危害行为,即刑法规定的犯罪行为应当定罪处罚;刑法没有规定为犯罪行为,即便其客观上具有社会危害性,也不应作为犯罪处罚。我们在理解罪刑法定原则的内涵时,不应机械片面地理解人权保障原则,还要结合刑法第1条和第2条的规定,全面理解人权保障原则。那种只强调对行为人仁慈的刑法理念并不是人权保障原则的本义,殊不知对被犯罪行为伤害的被害人的权益保障,也是人权保障的应有之义。“刑法既是善良公民的大宪章,也是犯罪人的大宪章”,说的就是这个意思。由此,罪刑法定原则既强调对犯罪行为的依法追究,也强调对非刑法规定行为的非罪化处置,体现的是赏罚分明的分配正义。

在刑事合规领域,就目前来看,检察机关对涉案企业不起诉的标准,参考的是暂缓起诉、附条件不起诉以及相对不起诉等制度的规定。最高人民检察院分别于2021年6月和12月分两批发布了适用该模式的10件典型案例。^⑩检察机关通过不起诉方式强力推进刑事合规,在刑法上基本上宣告了“无罪”的结果。这种力度可谓相当之大。在审判阶段,人民法院可能无法像检察机关那样作出“无罪宣告”的判决。当然,也有观点认为,依据刑法第13条“但书”条款对涉案轻罪企业进行无罪化处理也具有一定的可行性。^⑪但是,对于涉案企业涉嫌重罪情形而言,审判机关能否径直通过合规计划宣告无罪呢?显然,在审判阶段,可能无法获得认同。事实上,将企业合规作为从宽量刑情节的主张,是审判机关的立场。^⑫然而,作为审判程序的前序,检察机关不起诉的无罪效果,是否可以突破轻罪的范围向重罪领域进军,值得

^⑨ 参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第59页。

^⑩ 最高人民检察院自2020年3月起开展涉案企业刑事合规不起诉改革试点工作,自2022年3月第二期试点结束后,涉案企业合规改革已在全国检察机关全面推开。最高检先后发布了两批企业合规典型案例,涉及污染环境罪、串通投标罪、虚开增值税专用发票罪等多个不同的罪名。

^⑪ 参见李勇:《企业附条件不起诉的立法建议》,载《中国刑事法杂志》2021年第2期;陈瑞华:《企业刑事合规出罪的三种模式》,载《比较法研究》2021年第3期。

^⑫ 参见蔡绍刚:《从定性到定量:人民法院参与刑事合规改革的逻辑基础与路径构建》,载《法律适用》2023年第4期。

反思。当前,根据最高人民法院发布的典型案例来看,不乏一些应处5年以上有期徒刑甚至更重刑罚的情形。显然,在检察机关主导的合规不诉机制下,“重罪”可以被纳入其中。

归纳而言,经由刑事合规机制可以减轻处罚或者被“无罪”处置,不仅在刑法上没有依据,也无法理上的支撑。一言以蔽之,司法机关通过与涉案企业达成特定的协议或者根据企业已经存在的有效企业刑事合规制度,使得企业最终免于刑事处罚或者作无罪处理,可能与罪刑法定原则存在冲突。

(二) 背离适用刑法人人平等原则

公正是司法的生命,也是司法公信力建设的核心指标。其中,适用法律人人平等原则,是公正理念的核心指向。然而,在企业刑事合规制度的具体应用过程中,却因为司法机关对企业刑事合规的择取与区别适用,而产生不同的判罪与量刑,无疑有悖于平等原则。有的观点认为,不是任何涉嫌犯罪的企业、单位都应存在被纳入刑事合规不起诉的潜质,而是需要筛选。^⑬问题是,筛选的标准是什么?这显然涉及平等的问题。我国刑法第4条的规定是宪法中的平等原则在刑法立法上的重申,其中的“任何人犯罪”,既包括自然人犯罪,也包括单位犯罪,既包括普通个人犯罪,也包括企业家犯罪。合规不诉抑或“出罪”的制度,与适用法律平等原则可能存在冲突。这种不平等主要表现在以下两个方面。

其一,企业家犯罪与普通个人犯罪的处置存在平等面向的差异。与域外合规“放过企业,严惩企业家”主张不同,我国学界大多主张“既放过企业,也放过企业家”的双不起诉观点。本文认为,这种做法与平等原则相去更远。这是因为,企业家不能借着企业的外壳获得有别于普通公民的不起诉优待。虽然“既放过企业,也放过企业家”的双不起诉立场,存在就业、税收等各个方面的考虑,是一种鉴于社会经济发展的集体利益而提出的政策性论据,但这种政策性考量与平等原则格格不入。上文已经表明,适用法律平等原则是司法公正的核心指向,是道德正义与个人权利层面的原则性论据。本文认为,在政策性论据与原则性论据发生冲突时,原则必须位居其上,不能为了政策而牺牲原则。以支持经济发展和保护企业为借口,以合规之名直接将构成犯罪的企业和企业家以不起诉的方式出罪,显然与非企业家的普通个人犯罪的刑法处置存在巨大差异,这显然与平等原则形成剧烈冲突,目的正当性存疑。

其二,不同性质、规模企业犯罪的处置也与平等原则冲突。一般而言,在合规不诉的制度设计中,在评估涉案企业所投入的合规管理资源时,检察机关通常需要考虑企业的规模、治理结构、行业、经营所在地以及与业务有关的风险。^⑭甚至有观点直接指出,暂缓起诉制度宜引入法院的审查审批机制,提高制度的透明性要求,同时将暂缓起诉的适用范围严格限制在大中规模企业,将其他类型的组织和个人排除在外,以节约司法资源。^⑮显然,在合规不诉的制度视野下,不是任何涉罪的企业和企业家都会被纳入,而是经由制度挑选决定。当然,挑选的标准可能出于规模、税收、成本等方面的“科学考量”。对此有论者指出,“根据相称性原则,涉案企业应当根据自身的规模、经营情况、业务类型、治理结构、企业文化等情况,识别和管理合规风险,并确立与合规风险相适应的合规管理体系”^⑯。换言之,涉罪企业和企业家有无可能被纳入合规不诉体系,存在一定的“门槛”。这种“门槛”的确定标准,可能更多的是倾向于大中规模企业,大量小微企业极有可能成为合规不诉体系的“弃儿”。

^⑬ 参见前引⑪,李勇文。

^⑭ 参见陈瑞华:《企业合规整改中的相称性原则》,载《比较法研究》2023年第1期。

^⑮ 参见崔文玉:《公司治理的新型机制:商刑交叉视野下的合规制度》,载《法商研究》2020年第6期。

^⑯ 前引⑭,陈瑞华文。

尽管根据所谓“相称性”原则,合规不诉的门槛设定具有合理性,但却无法回避平等适用原则的要求。中小微企业可能会质疑,同样是犯罪行为,并且是同一性质的犯罪行为,比如虚开增值税专用发票犯罪,凭什么大企业就可以被纳入合规不诉的范畴,而小微企业就不能?大企业虚开的数额可能远超小微企业的犯罪数额,但是处理结果却完全相反,正义何在?另外,小微企业未来完全有可能成长为规模性大企业,为什么不给小微企业一次试错、改错的机会?这些问题十分尖锐且无法回避。

(三) 违反公平原则

公平原则也是司法公正和司法公信力判断的核心指标。刑法意义上的公平原则,主要体现为罪责刑相适应。理论上,罪责刑相适应原则致力于对犯罪人的处罚平衡在合理范围之内,即惩罚力度和犯罪严重程度保持正相关形态。换言之,不管是单位还是个人犯罪,刑法评价和处置,应当遵循重罪重罚、轻罪轻罚的基本标准。这不仅仅是罪责刑相适应原则的内涵,也是正义理念的基本要求。在市场经济体制下,各行业、各市场主体之间,尤其是同行业的市场主体之间的发展,离不开良性的竞争。市场经济,从根本上就是一种竞争经济,缺乏竞争就缺乏动力,因而也不会形成稳定的市场经济。在此意义上,企业在市场经济中获得发展的机会,主要是一种竞争优势带来的市场占有率。这种竞争优势和市场占有率主要来源于两个方面。

其一,正向优势。所谓正向优势,是指企业自身在技术、管理、经营、成本控制等方面的优化和提升,在产品或者服务的质量或者价格等方面存在竞争优势,从而获得市场占有率。归纳而言,这里的正向优势是指,“人无我有、人有我优”的主动前进式优势。其二,反向优势。所谓反向优势,是指企业自身并没有在技术、管理、经营、成本控制方面比同行业其他市场主体具有竞争优势,但是由于其他同行市场主体因为违法犯罪等因素被查处、惩罚,市场占有率下降甚至退出市场,而守法经营的企业此时“躺赢”获取了竞争优势。在市场经济下,由于竞争关系的存在,“同行是冤家”有时并不是一句玩笑话,而是真实的市场发展样态。如果存在竞争关系的同行业其他市场主体因为违法犯罪退出市场,那么诚信守法经营的市场主体将会获得竞争优势,这是不言而喻的社会常识。一言以蔽之,不管是正向优势还是反向优势,均是市场主体立足市场的重要因素。市场主体如果想在市场经济环境下获得发展潜力,必须强化正向优势且要避免违法犯罪为竞争对手带来反向优势。

然而,在涉罪企业合规不诉的制度设计下,这种应当由市场发展决定的正向优势和反向优势可能会发生变化,产生的负面影响不可忽视。这主要是因为,违法犯罪的市场主体,在市场经济环境下,其市场占有率乃至市场地位都可能被动摇,虽然对于违法犯罪的企业而言影响巨大甚至是灭顶之灾,比如“三聚氰胺”事件的爆发,直接导致三鹿集团破产并被其他企业收购。但是,对于同行业的其他市场主体而言,这无疑是一种“利好消息”,其丧失的市场份额无疑会被其他守法经营的同行市场主体接收。此时,如果违法犯罪企业被经由合规不诉机制的挽救和优待,仍然停留于市场,或者其市场占有率并未受到影响,其他守法经营本应获取的“反向优势”也就不可期待。必须承认的是,在市场经济体制下,企业的经营发展模式与守法成本始终处于此消彼长的过程,均是参与市场竞争的构成要素。如果企业的经营发展模式涉嫌犯罪,而其违法成本却被合规不起诉稀释,那么对于合法经营的市场主体而言是否公平?可以想象的是,这种处理模式和结果向社会其他市场主体传输的信号是什么?是否会诱导其他守法经营的企业也去违法犯罪,然后再向检察机关申请合规不诉?这虽然只是一种带有想象成分的担忧,但无法否认其现实可能性。毕竟,逐利性是市场规律的必然体现,也是市场主体从事商业行为的原始动力。一言以蔽之,在我国市场经济机制建设趋近成熟的社会背景下,市场规律应当被尊重,市场主体的行为应该交由市场

环境评价,而不应被其他因素所左右,否则可能会人为制造不可控的负面效果。

(四) 刑事合规效果可能难以保障

目前,学界关于合规不诉或者出罪的制度设计主要包括事前合规和事后合规两种类型。^⑰在此基础上,不少学者对于该两种合规类型的刑法处置方案作了进一步探讨。比如,刘艳红教授指出,事前合规是单位在社会危害行为发生前建立的预防性合规风险防控体系,事后合规则是单位在犯罪成立后实施补救性合规整改活动所搭建的合规计划,二者合规出罪抑或从宽处置的原理并不尽相同。对于事前合规而言,出罪的依据来自合规责任阻却,对预防犯罪发生进行有效合规管理的单位因不满足单位刑事归责要件而不负刑事责任;对于事后合规而言,单位通过合规整改重塑合规的组织状态,需罚性大大减弱,甚至消除单位合规责任的归责基础,因此可以对涉案企业从轻、减轻甚至免除刑事处罚。^⑱在本文看来,将刑事合规区分为事前合规与事后合规,在类型上无疑具有可行性。但对于事前合规与事后合规出罪的评价,本文存在不同看法。

其一,对于事前合规而言,上述观点认为单位在犯罪行为发生前就构筑了预防犯罪发生的风险控制体系,由此可以阻却单位本身的犯罪故意,而只让实施具体犯罪行为的自然人承担刑事责任。这种单位合规出罪的理路,将单位与自然人的责任予以区分,认为只要单位事先设置好犯罪的风险防控体系,那么未来发生的犯罪行为就与单位无关。笔者认为,这可能误解了单位犯罪与个人犯罪的成立要件。事实上,构成单位犯罪的前提是单位具有犯罪故意,单位意志是单位犯罪成立的构成要件要素。如果,单位不存在犯罪意志,或者单位的负责人、主要责任人员实施的行为与单位意志无关,则根本不构成单位犯罪,只构成相应的自然人犯罪即可。此时,通过事前合规论证单位出罪而让相应自然人承担刑事责任的理由,是否多余?可能就值得怀疑。

其二,对于事后合规而言,上述观点主张,单位犯罪后,单位通过合规整改计划,导致需罚性减弱,从而可以作为合规从宽处理甚至出罪的根据。本文认为,事后合规计划与举措本身,并非需罚性减弱的理由。毕竟,纸面的合规计划对于法益侵害及恢复诉求而言并无实质贡献力。甚至,不少企业完全可以在犯罪后出具毫无执行可能性的“欺骗性计划”。这是因为,不少企业的经营模式或盈利空间,可能与合规整改前的违法犯罪行为息息相关。比如,有些企业在生产经营中通过以次充好、使用不合格原材料甚至偷税漏税等方式获取利润空间。如果以合规出罪的制度优惠引导企业“整改”,那么可能意味着企业转型,盈利模式将发生巨大转变。这对于企业而言,无疑是巨大的挑战。此时,如果企业没有能力转变经营模式,即便其在表面上符合合规整改的要求,但既无执行力和监督效果,又无确切的保障,可能沦为一种没有任何意义的“纸面合规”。

三、可能的解决方案：尝试将“法益恢复”作为刑事合规的实质根据——以集资犯罪为例展开

目前,学界关于刑事合规的讨论和研究已经相当充分,司法实务界也不断出台相关的指导意见,并且

^⑰ 参见万方:《合规计划作为预防性法律规则的规制逻辑与实践进路》,载《政法论坛》2021年第6期。

^⑱ 参见前引⑥,刘艳红文。

已经开始考虑将政策上升为法律。^{①⑨} 但即便如此,本文上述所归纳的可能违反罪刑法定原则、违反平等原则、违反公平原则以及合规效果难以有效保障的问题仍然存在,且并未得到合理解释,这可能将直接影响刑事合规的前景和命运。在本质上,其实刑事合规与认罪认罚从宽制度类似,均是一种刑法评价体系中的“优惠”机制。^{②⑩} 在认罪认罚从宽领域,犯罪嫌疑人和被告人主观上真诚悔罪和客观上“赔偿损失”抑或“退赃退赔”,是认罪认罚从宽制度考量的两个基本向度。真诚悔罪,是认罪的首要考量指标,主要从犯罪预防角度考察犯罪嫌疑人和被告人主观上对犯罪行为及其结果的认知与悔改,具有“灵魂逆转”的价值属性。然而,实践中也有为求“从宽”而作“虚伪悔罪”的现象,对此问题目前法律并无有效规避机制。与真诚悔罪的纯粹主观表达、态度转变相比,犯罪嫌疑人和被告人客观上的悔罪、赎罪行为,如退赃退赔、恢复法益等,则更具实效。因此,在认罪认罚制度的视野内,应积极承认并格外重视“赎罪”。“赎罪”才是“认罪”的终极形式,且“赎罪从宽”应当成为认罪认罚制度体系中的重要组成部分。理论上,所谓“赎罪”,是指在行为人的犯罪行为完成或者既遂后,通过退赃退赔、法益恢复等手段“抵消所犯的罪过”。^{③⑪} 显然,“抵消所犯的罪过”必须倚靠犯罪嫌疑人、被告人客观上的实际行动,而非主观上抑或内心里即便真实存在的所谓“悔罪态度”。

在应然视角,刑事合规的刑法从宽评价逻辑与认罪认罚,在本质上并无区别。涉嫌犯罪的企业和企业家如果要获得不起诉或者从宽处理的刑法评价优惠,必须以实质性的改过行为作为条件。本文主张,这里的“实质性改过行为”应该是一种着眼于犯罪行为制造的后果及其修复的“法益恢复”行为,而不是与犯罪后果以及“法益恢复”无关的“纸面合规”行为。具体而言,涉嫌犯罪的企业和企业家如果想要获得不起诉抑或其他从宽评价的结果,应身体力行地对其先前犯罪行为制造的法益侵害后果进行现实化的“法益恢复”,即便当时不能完全达到法益恢复的效果,但也应提出具备可行性的“恢复计划”。否则将不能获得刑事合规机制带来的刑法评价优惠。唯有如此,才能有效避免上述违反罪刑法定、平等原则、公平原则以及合规效果无法保障的诸多弊端。有论者指出,那些为犯罪所侵害的法益被采取了修复和补救措施,对企业追究刑事责任的基础不复存在,这是一种“向前看”的视角,强调对修复法益的企业的宽大处理。^{④⑫} 虽然学界正在为刑事合规不起诉寻找理论根据,也提倡以“修复和补救措施”为条件,但并未系统地归纳“法益恢复”的理论基础,也并未就“法益恢复”与刑事合规之间的内在逻辑进行具体阐释,需要进一步在理论上探析。

为了更清晰地论证刑事合规不起诉或从宽处置的实质根据,本文以《刑法修正案(十一)》关于刑法第176条非法吸收公众存款罪的修改为切入点展开,系统提炼集资犯罪刑法从宽评价的理论基础,以期为当前热议的刑事合规研究及其立法动议提供些许助益。

(一) 集资犯罪处置的“法益恢复”模式

1. “法益恢复”模式的阐释与提倡

《刑法修正案(十一)》关于刑法第176条非法吸收公众存款罪的修改,对于“形式入罪而实质出罪”的

^{①⑨} 比如,2023年4月11日,江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院联合印发《关于加强涉案企业合规工作协同协作的座谈会纪要》。参见《江苏省法院、省检察院联合出台涉案企业合规工作协同协作纪要》,载“改革网”,最后访问日期:2023年3月27日。

^{②⑩} 参见前引③,陈卫东文。

^{③⑪} 参见储槐植:《出罪应注重合理性》,载《检察日报》2013年9月24日;储槐植、闫雨:《“赎罪”——既遂后不出罪存在例外》,载《检察日报》2014年8月12日。

^{④⑫} 参见前引③,陈卫东文;前引①,陈瑞华文。

两造机制诉求,提供了较为科学全面的制度设计。修改后的刑法第176条第四款规定,“有前两款行为,在提起公诉前积极退赃退赔,减少损害结果发生的,可以从轻或者减轻处罚”。就以往而言,“积极退赃退赔”通常被认为是一种酌定的从宽量刑情节,是否“从轻或者减轻刑罚”通常是法官自由裁量的权限。显然,《刑法修正案(十一)》在非法吸收公众存款罪的罪刑关系上,将这一酌定量刑情节提升为“法定量刑情节”。这一修法的变化,背后存在何种根据,在理论上应如何描述和界定?

事实上,将“退赃退赔”由酌定量刑情节提升为法定量刑情节甚或法定出罪事由的立法现象,在《刑法修正案(十一)》修改非法吸收公众存款罪的罪刑关系前,就已经在刑法和相关司法解释中存在。比如,《刑法修正案(七)》对于刑法第201条作了修订,其第四款就规定,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已经受行政处罚的,不予追究刑事责任;又如,2000年11月14日最高人民法院颁布的《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,其第2条列举了“交通肇事处3年以下有期徒刑或者拘役”的情形,其中第(三)项规定:造成公共财产或者他人财产直接损失,负事故全部或者主要责任,无能力赔偿数额在30万元以上的。据此,在当然解释的视角下,在交通肇事行为发生后,如果客观上只造成财产损失的危害后果,罪与非罪的界限只在于行为人是否有能力、是否愿意赔偿。换言之,在“财产损失型”交通肇事犯罪评价中,有无能力赔偿、是否愿意赔偿成为犯罪构成的核心要素,如果行为人有能力赔偿,那么就不再作为犯罪处理。由此可见,该司法解释确立了一个规则:在“财产损失型”的交通肇事罪中,赋予了行为人刑事责任解除的“恢复性权利”。

在理论归纳的视角下,上述“退赃退赔”由酌定量刑情节提升为法定量刑情节甚或法定出罪事由的立法现象,学界也存在不同认识。

一种观点认为,“退赃退赔”成为法定从宽量刑情节尤其是出罪的事由,在性质上可以描述为实体构成要件之外的“程序性构成要件要素”。与实体性构成要件要素一样,程序性构成要件要素,也是行为入罪的法定构成要件要素,具有限制入罪范围的功效。^{②③}对此观点,笔者不能认同。这是因为,关于“退赃退赔”作为出罪事由的性质分析,是在行为已经构成犯罪且处于既遂形态的前提基础上的讨论。换言之,在逻辑上,如果行为尚未处于犯罪既遂形态,就根本不存在经由“退赃退赔”而出罪的可能。对此观点,有论者敏锐地认识到可能存在入罪与出罪逻辑上的反复,进而指出,“程序性要素”并非犯罪构成要件,而是具有程序性价值的非构成要件要素。^{②④}但究竟何谓“具有程序性价值的非构成要件要素”,该程序性要素缘何可以作为出罪或者法定从宽处罚的根据,并未得到明确的证明。

另一种观点主张,“退赃退赔”由酌定量刑情节提升为法定量刑情节甚或法定出罪事由的立法现象,可以描述为“法定的退赃退赔激励性从宽情节”。^{②⑤}笔者认为,该种观点可能也存在疑问。一方面,在理论根据层面,这种界定只是一种形式上的可视化的简单描述,本身并未触及“原本作为酌定量刑情节的退赃退赔为何在个罪中上升为法定从宽量刑情节”的实质;另一方面,在适用范畴上,“法定的退赃退赔激励性从宽情节”仅能描述“从宽量刑”的情形,而对于上述交通肇事罪、逃税罪等经由退赃退赔“不予追究刑事责任”的规定可能就无法涵盖,周延性也不足。

笔者认为,对将“退赃退赔”由酌定量刑情节提升为法定量刑情节甚或法定出罪事由的立法现象,可

^{②③} 参见卢勤忠:《程序性构成要件要素概念的提倡》,载《法律科学》2016年第6期;卢勤忠:《程序性附加条件与客观处罚条件之比较》,载《法学评论》2021年第1期。

^{②④} 参见赵运锋:《论刑法条文中的“程序性要素”》,载《法学》2021年第7期。

^{②⑤} 参见杨宇:《退赃退赔激励性从宽情节研究》,载《现代法学》2021年第6期。

以归纳为:经由“法益恢复”的出罪抑或从宽处罚。换言之,行为人之所以能够在构成犯罪且处于既遂形态后,经由退赃退赔等措施获得从宽处罚或者不追究刑事责任优惠,是因为犯罪行为先前侵害的法益已经被实际恢复。在概念上,所谓“法益恢复”,是指依据犯罪论体系,行为人的犯罪行为已经处于既遂形态,事后行为人通过自主有效的补救措施,将危险状态及时消除避免实害结果的发生,或者将被先前犯罪行为所侵害的法益通过退赃退赔等方式予以恢复的情形。^{②6}

2. “法益恢复”的条件限定

需要特别注意的是,笔者所归纳的“法益恢复”立场,预设的基本前提是法益能够被实际“恢复”。换言之,不是任何被犯罪侵害的法益都可以“被恢复”。比如,故意杀人、伤害导致他人死亡、重伤的,显然不能恢复。这是因为,即便在故意伤害罪中,被害人经过治疗,其身体的完整性与器官的功能性得以维系生命,但毕竟与被伤害之前的“原装状态”存在差异;即便治疗后的身体机能与原装状态毫无差异,但行为人的犯罪行为对被害人带来的精神伤害则是无法评估的。故而,在故意杀人、伤害、强奸等侵犯人身权利的犯罪中(尤其是在使用暴力的场合),法益侵害往往具有不可逆性,即法益一旦被犯罪行为所侵害,不管行为人事后如何“恢复”,被害人的人身法益(物质层面与精神层面)都不太可能恢复至“完好如初”的状态。

这里,所谓恢复至“完好如初”的状态,并非物理意义上的“原物再现”,而应该从价值评判的视角作综合考察。笔者认为,从价值评判视角,所谓“法益恢复”主要是指功能性恢复,即犯罪行为所侵害的法益及其功能效用被恢复。比如,行为人盗窃他人手机,事后将该手机交还被害人,被害人对于手机的所有权重新恢复,即为功能性恢复;再如,行为人诈骗他人财产3万元后挥霍。事后,行为人向其朋友借款3.2万元(2千元为同期利息)退还被害人,虽然被害人被诈骗的货币与行为人退还的并不一致,但从财产权的功能性视角,也应视为法益得到了恢复。“法益恢复”理念以被侵害法益的功能性恢复为本质,强调被害人的损失应被弥补,而非行为人是否获益。即便行为人在此期间获益,只要事后行为人的恢复行为对被害人而言能够实现其功能性恢复即可。

具体而言,在“法益恢复”的条件认定上,可以在宏观界定与微观框定层面作双重架构。首先,从宏观界定的视角,关于法益能否被恢复的判断,应当排除法益属性的国家权力性、人身附属性以及法益侵害方式的暴力性等情形;其次,在微观框定层面,根据“法益恢复”理念的价值和效用,可以将“法益恢复”的范围限缩于财产犯罪、经济犯罪、环境犯罪以及部分公共安全犯罪中,而危害国家安全犯罪、侵害人身权利犯罪和职务犯罪则不属于“法益恢复”的范畴。^{②7}事实上,在财产犯罪、环境犯罪等罪名中,经由“法益恢复”而出罪或者大幅降低刑罚量的情形,已经存在一些实定法的支撑。比如,在环境犯罪中,有论者主张,如果行为人修复生态环境达到质检要求的话,可以大幅折抵其应当承担的刑事责任,“应将生态修复明确规定为非刑罚处理方法”^{②8}。

(二) 集资犯罪处置“法益恢复”模式的疑问:“秩序法益”可以被“恢复”吗?

在集资犯罪治理过程中,虽然我们承认刑法打击的必要性和正当性,但也不应过度迷信刑法规制的效果。事实上,经济刑法的犯罪化过程并未有效遏制经济犯罪严重化的趋势,这说明犯罪的预防效果具

^{②6} 参见庄绪龙:《“法益恢复”刑法评价的模式比较》,载《环球法律评论》2021年第5期。

^{②7} 参见庄绪龙:《“法益可恢复性犯罪”概念之提倡》,载《中外法学》2017年第4期。

^{②8} 张梓太、李晨光:《生态环境损害赔偿中的恢复责任分析》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版)2018年第4期;蒋兰香:《生态修复的刑事判决样态研究》,载《政治与法律》2018年第5期。

有局限性。²⁹ 因此,对于非法集资等经济犯罪的治理,一方面要坚持入罪打击的威慑力,另一方面也要根据“经济问题,经济手段解决”的务实思维,将行为人犯罪后经由积极退赃退赔等措施所实现的“法益恢复”效果,作为刑法出罪或者从宽处罚的重要考量。

在逻辑上,这里的疑问可能是:以非法集资为典型代表的经济犯罪,刑法所保护的社会主义市场经济秩序,可以通过退赃退赔等方式被实际“恢复”吗?这无疑是“法益恢复”理论面临的重要挑战。对此,应当从秩序类法益的内涵出发,经由类型化思维工具分析,才能准确回答“秩序法益能否被恢复”的疑问。

1. 秩序法益的类型区分:单纯型秩序法益与利益型秩序法益

其实,笼统地讨论秩序法益能否被恢复,并无实际意义,必然会陷入模糊化论战的死胡同。因此,应以类型化思维作为分析工具,对“秩序法益”作类型性区分,以此作为观察秩序法益能否被恢复的窗口。笔者主张,根据是否存在义务履行要求及履行的现实可能性,“秩序法益”在整体上可划分为两类,即单纯型秩序法益与利益型秩序法益。

具体而言,所谓“单纯型秩序法益”,是指行为人实施了侵害秩序法益的犯罪行为,不存在恢复法益的义务要求,或者该秩序法益具有不可逆性,在事实上不具有恢复的可能性。比如,刑法第161条规定的违规披露、不披露重要信息罪,行为人未依法披露、不披露重要信息,导致他人利益损害的,显然不具有恢复的可能性。因为,涉及公司经营的重大信息一旦披露或者不披露,对证券市场造成的影响会呈几何性快速传播,在时间一维性的前提下,行为人无论如何都不可能对股东和其他投资人的信息误导行为及其造成的结果予以人为逆转;所谓“利益型秩序法益”,是指行为构成犯罪后,行为人存在法益恢复的法定义务,以及该义务能够被行为人实际履行的类型。

通常认为,行为人承担的法定义务要求,主要存在两种来源。其一,来自具体被害人的法益恢复诉求。比如,在非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、骗取贷款罪、贷款诈骗罪、挪用资金罪等犯罪发生后,作为被害人的公民、单位显然存在明确的被害人利益诉求,“追赃挽损”诉求十分明确且强烈;³⁰其二,虽然不存在具体的被害人诉求,但有来自法律规定的义务。比如,刑法第163条规定的非国家工作人员受贿罪,公司、企业或者其他单位的工作人员,利用职务上的便利,索取他人财物或者非法收受他人财物构成犯罪后,虽然没有明确的被害人(行贿者显然不是本罪中的被害人),但负有法定的退赃义务。

2. 可以被恢复的“利益型秩序法益”:具体法益的抽象集合

在整体上,侵犯秩序类法益发生后,按照是否存在义务履行的要求以及履行的现实可能性,我国刑法所保护的“秩序法益”可以区分为单纯型秩序法益与利益型秩序法益。在此基础上,笔者认为前者无法被恢复,而后者则存在恢复的空间和可能。这是因为,单纯型秩序法益,并无实定法要求的义务履行,更要紧的是,在客观上由于秩序法益侵害的后果不可逆转地扩散,根本没有恢复的可能性。故而,对于侵犯单纯型秩序法益的犯罪,比如上文指出的违规披露、不披露重要信息罪就不可能通过法益恢复模式予以出罪或者获得较大幅度的从宽处罚优惠。反观利益型秩序法益,行为人在犯罪后,在被害人视角不仅存在

²⁹ 参见孙国祥:《20年来经济刑法犯罪化趋势回眸及思考》,载《华南师范大学学报》(社会科学版)2018年第1期。最高人民法院公布的非法集资刑事案件的审理情况,也印证了刑法重刑治理集资行为的“无力感”。2015年至2018年全国法院新收非法集资刑事案件分别为5843件、7990件、8480件、9183件,同比分别上升108.23%、36.7%、6.13%、8.29%;审结非法集资案件分别为3972件、6999件、8555件、9271件,同比分别上升70.1%、76.2%、22.2%、8.37%。具体参见《人民法院审理非法集资刑事案件情况》,载“最高人民法院官网”,最后访问日期:2023年3月27日。

³⁰ 参见顾雷:《参与非法集资后果自负》,载《中国银行保险报》2021年2月18日。

现实的、急迫的法益恢复诉求,通常也是法律所明确要求履行的义务,并且这种义务的履行也具备现实基础。故而,侵犯利益型秩序法益的犯罪,行为人可以经由法益恢复模式出罪或者获得刑法大幅从宽评价的机会。

在本质上,利益型秩序法益之所以成为法益恢复模式的作用对象,还在于:虽然该类秩序法益表现于外的仍然是抽象的法益类型,但其本身却是由多个具体、现实法益所整合构成。换言之,“利益型秩序法益”可被描述为一种具体法益的抽象集合。在此意义上,即便是表现于外的抽象的秩序法益,但经由分解完全可以还原为由具体个体组成的现实法益。比如,在非法吸收公众存款罪中,行为人非法集资的行为在表面上侵犯了我国的金融管理秩序,但这里的金融管理秩序并非空中楼阁,其由具体的、现实的被害人个体共同托举而成。事实上,在“法益恢复”模式的处置过程中,行为人若积极退赃退赔,集资参与人、被害人的损失得以弥补修复,那么所谓被侵害的金融管理秩序也就同步实现了自动恢复。被害人个人的损失得以弥补,是一种可视的感官感知,而在此过程中伴随的金融秩序修复,则是一种非可视的理性思辨,在本质上是“一体两面”的辩证关系。一言以蔽之,在利益型秩序法益的类型中,行为人通过法益恢复的方式,实现了具体个人、具体法益的恢复,本身就是对所谓金融管理秩序的恢复。

笔者主张,在诸如集资犯罪等经济犯罪刑法治理的模式上,对于侵犯“利益型秩序法益”的犯罪,完全可以通过“法益恢复”模式进行处理,从而予以实质性的从宽处置。

(三) 集资犯罪处置“法益恢复”模式的立法展望与实现路径

1. 集资犯罪治理“法益恢复”模式的立法展望

《刑法修正案(十一)》关于非法吸收公众存款罪的修改,将以往被视为酌定量刑情节的“退赃退赔”提升为“法定量刑情节”,这并非简单地从“酌定到法定”的地位改变。从体系考察视角,本罪修改所折射的实质性从宽处罚理念,与刑法中逃税罪、骗取贷款罪、挪用资金罪、恶意透支型信用卡诈骗罪、诈骗罪、盗窃罪、财产损失型交通肇事罪、拒不支付劳动报酬罪等条文规定的出罪机制一道,共同塑造了经由“法益恢复”可大幅降低刑罚量甚或出罪的学术命题。

值得展望的是,按照上述秩序法益的区分标准和利益型秩序法益可以纳入“法益恢复”处置机制的主张,未来在集资犯罪领域,以下两个方面应当进一步推进:其一,关于“法益恢复”罪名的范围。目前,在集资犯罪领域,《刑法修正案(十一)》仅对于非法吸收公众存款罪的“法益恢复”效果作了规定,尚未触及集资诈骗罪以及擅自发行股票、公司、企业债券罪等集资犯罪的群罪,未来应当考虑将此类犯罪一并纳入“法益恢复”的处置模式。其二,关于“法益恢复”的从宽处置力度。目前,对于集资犯罪而言,《刑法修正案(十一)》对于非法吸收公众存款罪的从宽力度局限于“可以从轻或者减轻处罚”,与逃税罪、挪用资金罪、恶意透支型信用卡诈骗罪等实质化出罪的规定存在落差,未来应及时回应。

2. 集资犯罪治理“法益恢复”模式的实现路径

“法益恢复”模式的初衷,在逻辑上由积极刑法观的犯罪化立场出发,兼顾司法过程中的出罪诉求,努力实现形式概括入罪而实质个别出罪的目标。这里,可能面临的疑问是:这种经由“法益恢复”即可出罪或者大幅降低刑罚量的处理模式,是否会造成犯罪认定与处理层面的随意,甚至会引起他人效仿?

笔者认为,这种担忧可能是多余的。一方面,必须承认,在任何社会,某种特定的行为是否可以成为刑法打击的对象,绝非单纯的刑法问题,经济、伦理、政治以及哲学思想等综合性因素都在深层上影响着行为犯罪化的进程。另一方面,本文提倡的“法益恢复”处置模式,并不意味着绝对的出罪。笔者主张,集

资犯罪“法益恢复”模式的实现路径,可以考虑以下两个方面。

其一,不起诉或者定罪免刑模式。“法益恢复”模式的理论框架是“行为实施→犯罪既遂→自主恢复”,始终强调行为人对于先前犯罪行为及其犯罪后果的“自我救赎”。^①如果行为人在犯罪既遂后自主消除法益侵害危险或者实际恢复被先前犯罪行为侵害的法益,刑法应当对其犯罪认定与刑事责任承担等问题进行实质性考量。由于“法益恢复”模式的理论前提是犯罪论基础上的既遂形态,故而行为人的“法益恢复”行为只能影响其刑事责任而不是对犯罪行为本身的抹除。笔者认为,对于行为人实现法益恢复效果的情形,可以考虑不起诉或者“定罪免刑”的方式认定。比如,行为人非法吸收公众存款1000万元,经过查处后,其主动退赃退赔,将应当兑付的资金全部兑付完毕。对于此种情况,从犯罪论的视角,其当然构成非法吸收公众存款罪,但其刑事责任被“法益恢复”所“熔断”,故而可通过不起诉或者“定罪免刑”模式将其刑事责任免除。^②

应该说,不起诉或“定罪免刑”模式,具备两个方面的优势。一方面,与犯罪论体系不相冲突,不会因为行为人事后的“法益恢复”行为及效果而直接抹除其先前的犯罪行为。将犯罪、刑事责任与刑罚严格区分,能够有效避免刑法逻辑上的混乱,也是“罪→责→刑”相协调统一的体现;另一方面,对因“法益恢复”的被告人宣告免除刑事责任,并非不追究刑事责任或者不认为是犯罪,意味着被告人仍然是带有前科的“犯罪分子”,对其未来的潜在的违法犯罪行为也具有一定的身份威慑力,仍然具有特殊预防的刑法功效。

其二,酌情从重处罚模式。犯罪既遂后行为人经由自主的“法益恢复”行为,实现完全恢复的效果,是最为理想的状态。但现实社会中,并不是任何行为人都能完全、彻底完成“法益恢复”的目标。比如,行为人非法吸收公众存款1000万元,但其由于投资失败等原因不能足额兑付集资参与人的损失(只能兑付500万元),此时应该如何纳入“法益恢复”的处置模式?笔者主张,此时应当分三步走。首先,对于足额兑付的500万元,按照上述“定罪免刑”的立场,对该部分犯罪只宣告构成犯罪,但免于刑事责任;其次,对于未兑付的500万元,则按照刑法的规定依法定罪量刑,假设基准刑为3~5年有期徒刑;最后,将前述足额兑付部分“定罪免刑”的评价,作为未兑付部分从重处罚的根据,可以在3~5年的基础刑幅度内酌情予以从重量刑。

四、结 语

在当前我国经济下行压力加大的社会背景下,经由刑事合规机制给予涉罪企业和企业家一条回归社会之路,具有现实必要性。但是,经由刑事合规不起诉以及其他从宽评价,与罪刑法定原则、平等原则、公平原则在某种意义上无疑是相悖的,并且涉罪企业合规的效果如何保障,也无法明确。这就意味着,刑事合规的政策性动因无法直接获得法律以及法理层面的支持,必须对其内在缺失的核心根据予以补足。实践出真知。耶林曾感慨道,“关于我的教义学研究,最好的刺激总是要归功于实际案件”^③。其实,理论上的法律原则都是在司法裁判过程中被发掘出来的,而不是本身就被制定好的。《刑法修正案(十一)》将非法吸收公众存款罪中的“退赃退赔”提升为法定从宽量刑情节,带有难能可贵的“法益恢复”特质,与

^① 储槐植先生将其称之为“赎罪”。具体参见前引^④,储槐植、闫雨文。

^② 参见前引^⑤,庄绪龙文。

^③ [德]耶林:《法学是一门科学吗》,李君韬译,法律出版社2010年版,第80页。

逃税罪、骗取贷款罪、挪用资金罪等一道,在实体法视角共同缔造了“法益恢复”出罪化、轻刑化的从宽处理体系,在理论上有必要进行个别化的现象归纳,进而形成系统性的共性规律。本文经由集资犯罪治理的立法规定所归纳的“法益恢复”模式,在根本上是对犯罪既遂后行为人主导的“后悔行为”这一现象的理论归纳和回应。从刑事合规视角,涉罪企业和企业家表现为“法益恢复”具象的“后悔行为”,可以作为其不起诉或者其他从宽评价的理论基础与核心根据。刑事合规的刑法评价,也应围绕“法益恢复”及其效果的考量展开。

Abstract: As other leniency evaluations, the corporate compliance non-prosecution is essentially a policy-driven standpoint. However, this system still lacks a theoretical basis. This may result in a violation of the principle of legality, equal application of the law and fairness; meanwhile, the effectiveness of criminal compliance cannot be clearly guaranteed, as well as the challenge of “compliance on paper” unable to be explained as a result. The amendment to the consequences of “refunding stolen goods and compensation” after committing the crime of illegal fundraising in the Amendment (XI) to the Criminal Law, along with the provisions related to leniency or decriminalization in the criminal law for tax evasion and loan fraud, jointly create the criminal disposal model of “restoration of legal interests”. This model has a strong guiding effect on the governance of fundraising crimes and provides a theoretical explanation for the rational solution to the issue of “regret” in the criminal field. Therefore, theoretically, “restoration of legal interests” should be used as the substantive basis for the exemption from prosecution based on criminal compliance or other criminal law leniency evaluation.

Key words: criminal compliance; compliance on paper; restoration of legal interests; fundraising crimes

[学科编辑:尹培培 冯明显 责任编辑:王 嘉]