

论企业合规改革的机会成本

陈金林^{*}

内容摘要 推进企业合规改革,不能只考虑改革宣示的目标价值,而是需要进行成本效益分析。制度成本不是沉没成本,而是机会成本,也即因选择企业合规制度而放弃的其他替代选项可能带来的效益。企业合规虽能避免刑事追诉的负面效果,但它会给涉案企业带来沉重的负担,还会动摇刑法规范的效力并引发一系列负面效果。相对而言,通过刑事司法严格把握犯罪的门槛,通过刑事立法限制不必要的犯罪化,通过传统刑事程序法上的手段限制刑事追诉和刑罚适用,既能实现同样的目的,又能避免给涉案企业增加合规建设的负担,还能避免动摇规范的效力。前置法的修改,也能避免刑罚对涉案企业参与招投标、上市的影响。企业合规的合理存在空间是,在其他方式不能限制刑事追诉的前提下,为保护企业承载的经济或社会价值而放弃刑事追诉,是一种类似于立功的刑罚从宽制度。

关键词 企业合规改革 机会成本 立功制度 公共利益衡量

企业合规改革已推进三年有余,并有望经过试点之后成为正式的法律制度。该改革有明确的目标,即在传统刑事司法的基础上进行改进,努力让涉案企业“活下来”“留得住”“经营得好”,防止涉案企业因负责人被抓、被判刑而无法正常生产经营,避免“犯罪”标签导致其丧失经营资格(如竞标、贷款、争取项目、上市、进出口等)、停工停产甚至破产倒闭,对企业员工、股东、投资人、合作伙伴以及上下游企业的利益造成损害。^① 单独看,前述目标中的任何一个要素都具有正当性。但问题是,“天下没有免费的午餐”,任何目标都是有成本的,只有在权衡效益和成本的前提下,我们才能确定某一项制度的推进是否以及在什么范围内具有正当性。

制度的成本效益分析是立法的重要分析方法之一,该方法在立法领域被称为立法的成本与效益评估制度。其核心内容是对拟定或既有的法律、法规或规章等可能带来的成本、收益和社会效果进行评估,以决定是否制定或者出台某项法案,是否对某项法案或立法进行调整、废止等。以此为基础的规制影响评估制度(Regulatory Impact Analysis,简称RIA),已成为美国、加拿大、英国、澳大利亚、新西兰、德国等国共同的制度选择。制度成本效益评估方法的核心主张,是对制度成本与收益进行比较,只有制度的收益大于成本,政府所采取的措施或政策才能被认为是正当的。^②

对企业合规改革,也需作成本效益分析。当前,理论界对企业合规的效益强调颇多,但有关该制度成本的探讨却非常有限。本文拟对企业合规制度的成本进行深入分析,并与该制度的效益进行对照,其最

^{*} 武汉大学法学院副教授,法学博士。

^① 参见刘硕:《最高检推广“涉案企业合规改革”有何深意?》,载“最高人民检察院官网”,最后访问日期:2022年6月9日;陈瑞华:《刑事诉讼的合规激励模式》,载《中国法学》2020年第6期。

^② 参见汪全胜、黄兰松:《论立法的正当性——以立法成本效益评估制度的建立为视角》,载《山东社会科学》2016年第1期。

终目的是为企业合规改革的制度化提供参考。为此,本文先界定制度的成本,并在机会成本而非沉没成本的意义上理解制度成本(第一部分)。接下来,本文将分别从实体法、程序法和前置法三个层面,分析因推进合规改革而被放弃的其他替代性选择,并在净效益值的意义上对照各种方案的优劣(第二、三、四部分)。最后,本文结合前述分析,限定涉案企业合规和非涉案企业合规的条件与范围(第五部分),并在一般意义上总结制度改进中成本衡量的方法。

一、理论与现实前提

(一) 理论前提:制度的成本是放弃了的最佳替代方案

尽管制度的成本效益分析已经获得广泛认同,但目前有关制度成本的认知却明显陷入了误区。当前,理论界有代表性的观点认为,“立法成本有广义与狭义的理解,广义的立法成本是相对立法效益而言,它是指法律制定、实施以及监督过程中所发生的费用;狭义的立法成本仅是指立法机关制定法规规范性文件的人财物的直接耗费,又称立法的直接成本;广义立法成本包括了狭义立法成本、执法成本与司法成本,是三者的总和”^③。很显然,这里狭义的立法成本,是指立法的沉没成本;广义的立法成本,是指立法、执法与司法的沉没成本。

根据经济学的理论,沉没成本不是成本。沉没成本是指已经付出并且不管作出何种选择都不能收回的开支。理性的人在进行价值判断时,应该考虑现时而非过去的成本和效益,因为过去的成本不能给现实的判断提供有效的参考。相反,基于心理学意义上的沉没成本效应,沉没成本通常会通过自我正当化、损失弥补、避免浪费等心理动机,导致非理性的决策。^④正是在这种意义上,在经济学中,都是在向前(未来)而非向后(过去)的意义上看成本的,沉没成本不是经济决策需要考虑的成本。^⑤如果将企业合规改革的沉没成本作为是否推进企业合规改革的变量之一,就会导致我们过分关注此前已经投入的时间、精力和经济成本,前期的投入和做法会成为我们选择更合理制度的羁绊,妨碍我们对此前的做法进行完善或者寻找更优的方案。

在经济学上,具有意义的成本是机会成本,也即为了获得某个对象所放弃的所有东西。^⑥问题在于,当我们在制度上作出某种选择的时候,那些被放弃的替代性选项并没有现实地展示其效益的机会,其价值并不容易被看见。正因如此,在作制度推进时,需要我们全面考察所有可能的替代方案,在合理的理论推断的基础上将其与现有方案的优劣进行对比。这种对比,有很多情形下要靠想象,^⑦要靠理论上的想象力。

(二) 企业合规改革的核心诉求及其反思

涉案企业合规改革试点的核心诉求,是在原企业刑事责任解决方案的基础上,限制刑罚权的适用,避

③ 前引②,汪全胜、黄兰松文。

④ 参见施俊琦等:《沉没成本效应中的心理学问题》,载《心理科学》2005年第6期。

⑤ 参见薛兆丰:《薛兆丰经济学讲义》,中信出版集团2018年版,第52页。

⑥ 参见[美]曼昆:《经济学原理(微观经济学分册)》,梁小民、梁砾译,北京大学出版社2015年版,第278页。

⑦ 参见前引⑤,薛兆丰书,第53页。

免刑罚带来的一系列负面效果,包括因负责人被抓和企业被判刑导致企业无法正常经营,企业因为刑法的附随效果丧失参与公共工程、获取贷款、上市等资格,并因此停工停产甚至破产倒闭,由此殃及企业员工、股东、投资人、合作伙伴以及上下游企业。企业合规改革希望通过量刑激励或起诉激励等方式,推动企业进行事前或事后合规建设,降低企业犯罪的风险,减轻或免除其刑事责任,避免前述负外部效应。^⑧

单独观察,前述诉求无疑都是合理的。但在引入合规制度实现前述目的时,除了前述对企业及与其具有密切关联的相关主体的效益之外,包括涉案企业在内的一系列主体也会为该制度的引入而支付显性或隐性成本。

为获取刑事追诉上的宽缓,涉案企业必须依照第三方监督评估组织的要求进行合规建设,而合规建设需付出大量的人力、物力、时间成本,还会因管制提前、约束增多导致经营自主权部分丧失,被动下调风险容忍阈值,因权限上的相互交织、程序上的层层上报影响企业运行效率,抑制企业家的冒险精神,改变企业文化(如引入告密制度,导致信赖原则与自我答责原则被架空),最终影响企业利润。甚至,合规建设也可能提高未来的刑法风险。例如,Imme Roxin 就敏锐地指出,企业合规往往会导致行为规范的提前化,使监督过失的判断标准更为严苛;或导致贿赂犯罪中的不法合意更容易被证成;或被迫承认保证人的地位,导致责任追究范围更宽;或因为层层牵制、报告的制度,导致故意更容易被证明、责任范围更宽。同时,合规制度也不利于公司的员工,因为过度复杂的合规制度,会导致不安定和不信任感。^⑨

在经济效益层面,企业合规改革也未必是最优选择。市场领域每天都在发生企业不能继续经营、停工停产的情形,因此而导致的员工失业、债权人受损等间接损害也非常普遍。不过,维持现状并非市场的目的,市场竞争必然会导致某些企业无法存续,也必将因此导致上下游的其他主体遭受间接损失。不过,这种损失是一种“创造性破坏”,^⑩是经济进步的动力,是市场应当追求而非刻意避免的结果。即便这种破坏可能以连带的方式损害依然具有市场价值的资源,如具有竞争力的知识产权、企业员工等,其价值也会通过市场机制重新配置到更具竞争力的企业中去。包括刑法在内的法律是一种公共产品,市场的竞争原本就应当以接受法律的约束为前提,在法律规定具有合理性的给定条件下,企业因为不能承受自身行为的法律后果而被淘汰,也应是“创造性破坏”的组成部分,并非不可接受的后果。在法律规定具有合理性的前提下,企业合规制度改革可能会抑制市场通过竞争而进化的过程;在法律规定合理性的存疑的前提下,选择企业合规制度会遮蔽法律完善的紧迫性,会延迟更新法律、改善所有市场主体处境的过程。

企业合规改革也会给整个社会带来额外的支出。如果涉案企业及企业家已构成犯罪并应追究刑事责任,企业合规改革主张在一定条件下放弃惩罚,自然也会放弃惩罚原本可带来的效益,尤其是刑罚积极的一般预防的内容——规范效力的维持。规范效力的维持是整个刑法制度的基础,它不是以构成犯罪或具有犯罪倾向的人作为观察的基点,而是放眼所有在刑法规范影响范围内的公民。^⑪因此,在考虑合规制度改革时,不能只考虑其对涉案企业及其有密切联系的市场主体的影响,还必须考虑它对一般市场主体的意义。如果对涉案企业的从宽没有限度,就会损害其他与涉案企业具有竞争关系的市场主体的利益,它们因为遵守法律而受的约束、错过的经济利益就会成为一种原本可避免的“损失”,涉案企业则因为

⑧ 参见李本灿:《刑事合规制度的法理根基》,载《东方法学》2020年第5期。

⑨ Vgl. Imme Roxin. Vorteile und Nachteile eines Compliance-Management-Systems im Unternehmen—Bilanz und Ausblick, in: Thomas Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance—Status quo und Status futur, Nomos, 2021, S. 355 f.

⑩ 参见刘志铭、郭惠武:《创造性破坏、经济增长与经济结构:新古典熊彼特主义增长理论的发展》,载《经济评论》2007年第2期。

⑪ 参见陈金林:《积极一般预防理论研究》,武汉大学出版社2013年版,第113页。

刑事合规制度实现了不正当竞争,获取了不正当的利益。在整体层面,合规制度还向所有的市场主体传达了一个非常重要的信息,即企业可以在一定的范围内无视刑法规范传达出来的行为规则和价值观。

当然,前述反思并不是要全面否定企业合规改革追求的目的,只是希望在可能实现前述目的的所有方案中,寻找净效益值最高的方案。本文将结合我国企业合规改革的实践,尤其是最高人民检察院发布的第三批企业合规典型案例,寻找可实现前述目的的替代方案。

二、刑事实体法层面的改进机会及其优势

涉案企业被追究刑事责任而引发的一系列经济、社会上的后果,可以有其他的解决方案。至少,在尝试通过企业合规回避惩罚之前,有必要分析定罪是否有充分的实定法依据,并追问某些罪刑规范设置的正当性。前者只需要通过刑事司法就能实现,而后者则需要刑事立法层面的推动。

(一) 实体司法层面的刑事追责控制

仔细分析最高人民检察院发布的第三批企业合规典型案例及部分地方的合规实践,可以发现,当前适用企业合规从宽的不少案件,其实完全可以通过当前刑法的规定出罪。

1. 通过刑法条文的严格适用限制责任范围

罪刑法定原则是刑法中最重要的原则,犯罪认定不能突破法条文字的最大语义范围。但在企业合规改革实践中,办案机关并没有充分发挥法条文字的限制潜能,如“广西陆川县 23 家矿山企业非法采矿案”:^⑫

该案中,Y 公司等 23 家涉案矿山企业在各自矿区内超深度或超范围越界开采建筑用花岗岩、高岭土等原矿。公安机关以涉嫌非法采矿罪立案侦查,检察机关派员提前介入引导侦查,后公安机关陆续将该系列案件移送检察院审查起诉。案发后,涉案矿山企业陆续主动退缴违法所得、缴纳罚金,相关责任人也主动投案、认罪认罚、主动提出合规意愿。检察机关分批对 Y 公司等涉案矿山企业启动合规工作,企业合规整改情况评估合格后,已对多家矿山企业和责任人作出不起诉处理,其余案件正参照已结案件的模式有序办理中。

根据刑法第 343 条的规定,非法采矿罪的行为方式包括以下几种:(1) 未取得采矿许可证擅自采矿;(2) 擅自进入国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区和他人矿区范围采矿;(3) 擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种。“广西陆川县 23 家矿山企业非法采矿案”中,办案机关提及的行为方式是“超深度或超范围越界开采”,其中的“超深度开采”显然不符合前述三种行为方式的任何一种,“超范围越界开采”除非构成“擅自进入他人矿区范围开采”,也不符合前述任何行为方式的限定,办案机关也并未明示前述行为是否构成“擅自进入他人矿区范围开采”。办案机关的办案依据是 2016 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法采矿、破坏性采矿刑事案件适用法律若干问题的解释》,该解释将超越许可证规定的矿区范围或者开采范围的开采认定为“未取得采矿许可证”的开采。不过,这一规定明显违反罪刑法定原则,也与 2011 年《最高人民法院关于被告人李明华非法经营请示一案的批复》中确立的解释规则相冲突,该批复认为超许可证范围和地域经营不属于“未经许可”,不按照非法经营罪处理。

^⑫ 参见《关于印发〈涉案企业合规典型案例(第三批)〉的通知》,载“最高人民检察院官网”,最后访问日期:2022 年 9 月 10 日。

2. 通过实质的不法内容限定刑法的适用

犯罪需要实质的不法内容,对没有造成实质危害的单纯违规行为,不应追究刑事责任。因此,司法机关应积极运用形式入罪、实质出罪的原理,将单纯的违规行为排除在刑事追诉的对象之外。而当前企业合规的适用,至少在部分情形下并没有充分运用实质出罪的方法限定刑事责任,如“王某某泄露内幕信息、金某某内幕交易案”:^⑬

K公司拟向C公司出售全资子公司,K公司实际控制人卢某某与C公司时任总经理张某某达成合作意向并正式签署《收购意向协议》,同日下午C公司向深交所进行报备,于次日开始停牌。近两个月后,C公司发布复牌公告,宣布与K公司终止资产重组。上述收购事项在公开前属于内幕信息。被告人王某某作为K公司董事会秘书,自动议开始知悉重组计划,参与重组事项,系内幕信息的知情人员。停牌前,被告人王某某两次向其好友被告人金某某泄露重组计划和时间进程。被告人金某某获取内幕信息后,为非法获利,于停牌前紧急筹集资金,使用本人证券账户买入C公司股票8.37万股,成交金额人民币411万余元,复牌后陆续卖出,因资产重组终止,金某某亏损合计人民币50余万元。公安机关以王某某、金某某涉嫌内幕交易罪向检察机关移送审查起诉。审查起诉期间,检察机关对K公司开展企业合规工作,合规考察结束后结合犯罪事实和企业合规整改情况,对被告人提出有期徒刑两年至两年半、适用缓刑并处罚金的量刑建议,与二被告人签署认罪认罚具结书。法院采纳了该量刑建议。

该案中,内幕信息所涉的利好并没有转化成现实,直接从事内幕交易的行为人遭受了损失。这意味着,除直接交易者自己之外,并没有其他人遭受利益损失,不存在法益损害,被告人金某某的行为属于单纯的违规,不应作为犯罪处理。上游的泄露内幕信息也因此不构成犯罪。这一结论也符合立法的文意,刑法第180条规定的罚金以“违法所得”为计算依据,表明立法要求内幕交易类犯罪以违法所得为前提。

3. 通过合法行为的期待可能性限制刑法的适用

企业应当合法经营,但部分违法犯罪并非企业的主动选择,而主要是外在环境作用的结果。如果不能期待企业作难度明显过高的抗争,就应体谅企业的难处,免除其责任。在“新泰市J公司等建筑企业串通投标系列案”中,^⑭司法机关就未能充分体谅陪标企业的具体处境,降低了犯罪的门槛。在该案中,6家建筑企业被黑社会性质组织要挟参与该涉黑组织骨干成员组织的串通投标,未获得非法利益。由于涉案6家企业均系当地建筑业龙头企业,检察机关对涉案企业作出了不起诉决定,建议对其进行行政处罚,同时发出检察建议,要求涉案企业进行合规建设,并要求企业作监事会人事调整。

很显然,该案中的企业系被黑社会性质组织要挟,不得已才配合涉黑组织骨干成员组织的串通投标,而且涉案企业并未获得非法利益,它们更多是受害人而不是犯罪人。这种情形最多属于胁从犯,应根据刑法第28条的规定,直接免除其刑罚。

4. 通过犯罪追诉的门槛限定刑法的适用

犯罪的成立,不仅需要不法内容,也需要越过刑法所设定的责任门槛。司法机关在追究刑事责任时,须核实涉案企业的责任份额是否越过了刑事追诉的门槛。市场涉及平等主体间的合作,实践中,常有企业因合作对象的过错被卷入刑事程序。原则上,每个市场主体都应在自己专长的领域承担排他性责任,其他合作者通常可信赖其行为合法。因此,有必要分割各合作企业的责任比例,并判断各企业的责任份额是否越过了犯罪追诉的门槛。

^⑬ 参见前引⑫。

^⑭ 参见《最高检发布企业合规改革试点典型案例》,载“最高人民检察院官网”,最后访问日期:2022年6月9日。

在“随州市 Z 公司康某某等人重大责任事故案”中,^⑮ 司法机关就未能利用追诉门槛充分限制刑事追诉的范围。该案中,Z 公司与某保洁经营部签订污水沟清理协议,经营部员工违规进入未将盖板挖开的污水沟内作业,因吸入硫化氢导致 3 人死亡,后发现该经营部不具有从事有限空间作业的安全生产条件,应负主要责任。Z 公司负次要责任,赔偿了被害人家属并获得谅解。检察机关在办案过程中,决定对 Z 公司适用合规程序,经合规考察合规后,检察机关作出了不起诉决定。

尽管目前的司法解释并未明确责任事故类犯罪的最低责任份额,但可以从交通肇事罪的司法解释中推出追诉的条件。根据 2000 年《最高人民法院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》第 2 条,构成交通肇事罪要求行为人对交通事故至少承担同等责任。责任事故类犯罪的法定刑与交通肇事罪前两档法定刑相当,其成立当然也应以涉案企业至少承担同等责任为前提。如果企业仅承担次要责任,就不应对其进行追诉。既然 Z 公司仅对重大责任事故承担次要责任,就不应对其进行追诉。

(二) 通过实体法的完善限制过度的刑事追责

企业合规改革最终需通过修改立法才能被固定化,因此刑法的修改也可以成为与企业合规改革相当的替代方案。如果能够通过修改刑法防止对企业的过度追责,也可以选择修改刑法。其实,立法机关已经开始逐渐意识到部分罪名被滥用的可能性,并因而通过实体刑法的修正来限制处罚范围。如《刑法修正案(十一)》修改骗取贷款、票据承兑、金融票证罪入罪方式,为非法吸收公众存款罪增设事后从宽事由等。沿袭类似修订确立的原则,即合作类侵权仅在造成不可弥补的损害的前提下才需要刑法介入,可修改一系列罪名的追责条件,降低企业面临的刑法风险。^⑯

如果引入实体刑法修正方案,则当前通过企业合规方式解决的问题,至少部分可以通过实体刑法调整来解决,如已弥补税收损失的虚开增值税专用发票案。本质上,虚开增值税专用发票罪是逃税罪的上游犯罪。而根据刑法第 201 条第 4 款,逃税的行为人在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,已受行政处罚的,不予追究刑事责任。根据“举重以明轻”的原则,作为实害犯的事后免责事由,当然也应适用到作为抽象危险犯的上游犯罪中。因此,虚开增值税专用发票的行为人,如果能够在事后补缴税款,接受行政处罚,同样没有判处刑罚的理由。^⑰ 如“上海市 A 公司、B 公司、关某某虚开增值税专用发票案”,^⑱ 涉案公司无货虚开增值税专用发票,其中的部分虚开发票已经抵扣,涉案企业已经补缴税款。该案中,司法机关对涉案公司作合规考察,对涉案人员作出了有罪判决,但仅判处了缓刑。如引入前述事后出罪机制,则根本无须启动企业合规程序。

这一原理也可以推广至走私普通货物、物品罪。过滤掉管理秩序之类的表面法益之后,走私普通货物、物品罪的实质不法内容也是偷逃国家税款。既然如此,走私普通货物、物品罪,也应设置类似逃税罪一样的事后免责事由。通过这种方式,就能解决“深圳 X 公司走私普通货物案”^⑲中的刑法过度适用问题。

^⑮ 参见《关于印发〈企业合规典型案例(第二批)〉的通知》,载“最高人民检察院官网”,最后访问日期:2022 年 6 月 9 日。

^⑯ 参见陈金林:《民营企业产权刑法保护问题及其根源与对策——兼评〈刑法修正案(十一)〉相关条文》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2022 年第 3 期。

^⑰ 参见陈金林:《虚开增值税专用发票罪的困境与出路——以法益关联性为切入点》,载《中国刑事法杂志》2020 年第 2 期。

^⑱ 参见前引⑭。

^⑲ 参见前引⑮。X 公司系国内水果龙头企业,委托 S 公司代理报关,S 公司以虚假的指导价报关,X 公司多次要求以成本价报关,均被拒绝,导致国家关税损失 397 万余元。后在 X 公司的一再要求下,S 公司的行为被纠正。案发后,X 公司主动补缴了税款。检察机关建议对 X 公司进行合规整改,后 X 公司被作出不予起诉处理。

（三）实体法限制方案的优势

为什么要优先选择实体法的限制方案？相对于企业合规改革，它具有何种优势？对这一问题，可以在不同的维度上回答。

首先，对涉案企业而言，实体法的方案能避免企业合规建设的成本，包括经济投入、管制前移、风险容忍度降低、效率受损、企业文化异化等各种负面影响。同时，涉案企业可以避免在企业合规不起诉的过程中经受未必能通过合规考察、获得不起诉决定的不确定性，可以对企业的未来有相对明确的预期。

其次，实体法方案能避免给整个社会带来更多的损失。企业合规改革默认罪刑规范是不可置疑的，只是考虑到企业对社会的价值，有必要附条件地放弃对部分涉案企业的惩罚。换言之，它并没有尝试为所有的市场主体争取更多的自由空间，仅考虑具体企业的特殊性，例外地不追究其刑事责任。因此，如果只用企业合规制度这种宽缓事由，即便它在事实上能宽宥部分触犯刑法的企业，让其重获自由，这种自由也未必能复制到其他企业，更不可能成为一种在事前即可自由行动的行为空间。这就意味着，企业合规制度实际上是在挑选那些不太遵守法律的企业，而那些严格遵守法律的企业不会因此受益。相反，在源头上提高犯罪成立的门槛，在司法层面严格把握犯罪认定的标准，可以释放出可无差别地为所有市场主体享有的自由空间。

通过前述对照不难发现，无论是对涉案企业还是对一般意义上的市场主体，实体法的控制都是更优的方案。在具有实体法改进余地的前提下，如果选择企业合规方案，就会错过实体法适用的控制和立法层面的改进，机会成本就会很高，因为我们放弃了在更大范围内拓展市场自由的可能性，看似因企业合规制度受益的企业，也承担了原本可避免的企业合规建设成本。

不过，在企业合规改革推进的过程中，我们遗憾地看到了反向的趋势：在最高人民检察院公布的典型案例中，有不少案例其实完全可以从实体法层面找到出罪的可能性，但司法机关最终并没有选择严格把握犯罪的实体要件，也没有尝试作立法层面的推进，而是选择了带有“厚爱”外观的合规方案。糖衣之下，隐藏着涉案企业和一般市场主体必须承受的沉重负担。

三、通过程序法的刑事追诉限制及其优势

刑事追诉必须满足刑事诉讼法规定的程序性条件。未满足重要程序性条件的，司法机关应解除强制措施，通过撤销案件、不起诉决定或者终止审理等方式直接终结刑事追诉。同样地，如果能通过刑事诉讼法规定的酌定不起诉制度避免犯罪的负面效果，就应当直接用该制度解决问题，而不应将其转化为合规案件，额外地添附合规建设的负担。

（一）通过证明标准控制刑事追诉的范围

当案件因为证据不足而成为“挂案”时，司法机关不得适用刑事合规程序。根据最高人民检察院、公安部《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》，公安机关发现未采取强制措施立案满二年或解除强制措施满一年不能移送审查起诉或依法作其他处理的，应当撤案。可见，“挂案”应直接撤案，不应附带包括合规建设在内的任何条件。而当前的部分企业合规实践，却并没有严格把握证明标准的门槛，而是以

企业合规程序来化解“挂案”的问题,^{②①}如“张家港S公司、睢某某销售假冒注册商标的商品案”所示:^{②②}

被告单位疑似销售假冒商标的商品,被害公司出具鉴定报告认为相关产品系侵权产品,被告人称产品系经合法渠道购买的正品,其上游公司已获得被害公司授权。经调查,被害单位的鉴定报告存在问题,且被害单位不愿再出具鉴定报告,由此导致有罪证据不充分,公安无法查明其产品来源是否合法,导致该案已成为“挂案”。检察机关提前介入,引导被告单位进行合规考察,考察合格后发出撤销案件的检察建议。

(二) 通过酌定不避免追诉的负面效果

对于原本已满足酌定不起诉条件的案件,应直接作出不起诉的决定,不能额外地增加合规建设的要求。根据当前有关企业合规的理论探讨,符合企业合规制度适用前提的涉案企业需满足一系列的条件,如认罪认罚、退赃退赔等。^{②③} 最高人民检察院等机构发布的《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见(试行)》第4条也规定,适用刑事合规制度的前提之一是“涉案企业、个人认罪认罚”。此外,由于被害人的意见也是适用合规从宽的重要考量因素之一,实际上合规案件中也包含了被害人谅解等影响量刑的事由。部分地方的合规实践还规定了其他合规适用条件,这些前提也是量刑从宽的事由。^{②④}

可见,合规制度的适用前提已包含了认罪认罚、赔偿损失和被害人谅解等量刑情节。办案机关有必要通过类案机制,考虑前述量刑事由,将其与刑事合规制度引入前的酌定不起诉案件作对比。如果支持在办案件适用酌定不起诉的根据并不弱于其他类案,就应当直接作出不起诉决定,不得适用刑事合规程序。否则,就不符合最高人民检察院推进刑事合规制度的初衷,即在原刑事追诉的基础上优化企业的制度环境。

相对于企业合规制度,刑事程序法的限制方案也具有优势。一方面,它能避免给企业带来合规建设的成本,且不会影响涉案企业未来的经营。另一方面,因为程序法方案坚守刑事追诉的证据标准,选择针对所有企业开放的酌定不起诉制度,能提供一种可复制的规则,拓宽其他市场主体的自由空间。

四、通过前置法限制追诉的负面效应

企业合规改革的目标之一,是防止企业被追责带来的负面效果,包括让企业丧失重要的经营或融资机会,从而导致其不能正常经营,并因此给企业员工、上下游企业以及国民经济带来负面效应。不过,为什么不选择修改上游的相关规定避免这些限制,而是要通过个案牺牲刑法规范的效力?与此相比,企业合规制度具有不言自明的优势吗?未必!

(一) 前置规范的完善:市场化的方向

当前,企业被追责后面临的重大附随效果,主要是不能参与政府工程的投标和上市。不过这两种限

^{②①} 同样质疑这种做法的,参见孙国祥:《刑事合规激励对象的理论反思》,载《政法论坛》2022年第5期。

^{②②} 参见前引①⑤。

^{②③} 参见李奋飞:《论企业合规考察的适用条件》,载《法学论坛》2021年第6期。

^{②④} 如《辽宁省人民检察院等十机关关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》第6条规定的初犯、偶犯。

制都未必合理,都有调整的空间。

先看有关公共工程的投标。根据政府采购法第22条第1款第5项规定,供应商参加政府采购活动的前提条件之一,是此前三年内在经营活动中没有重大违法记录,犯罪自然属于重大违法记录。立法之所以作出这种限定,是基于此前的违法记录对企业未来行为作出了如此推定:一个曾有重大违法记录的市场主体,在一定时间内再度实施类似行为的概率相对而言更高。为防止其再次违法给公共利益带来损失,政府采购法的限制性规定具有一定的合理性。不过,问题在于,这种凝固在法条中的机械推定模式最多具有统计学上的根据,很容易忽视个案的特殊性。政府采购的最终目的,是以最经济的方式为政府采购到最高质量的货物、工程或服务,此前的重大违法事由只是诸多判断因素中的一种,判断特定主体是否合适的选项,除了此前的违法事实之外,企业的管理制度、行为模式是否有明显的变化,再次违法犯罪的概率,企业在其他方面的竞争力等,都应纳入考虑的范围。与政府采购法的机械规定相比,不少地方政府尽管扩大了限制事由的范围,但在判断方式上则采取了更全面、更具动态特征的判断法则,如《南京市政府投资项目招投标监督管理办法(2017修订)》第20条规定,招投标活动当事人及从业人员有不良信用记录的,行政监督部门应当责令其限期整改,并可视情节禁止其在三年以内参与政府投资项目的招投标活动。更合理的方式是直接修改政府采购法的规定,以动态的综合裁量法则评估违法犯罪记录,结合政府采购的目的,由招标人在具体的情形下决定是否允许特定主体入围。

有关公司上市限制的原理与此相同。根据证券法第12条的规定,首次公开发行股票的条件之一是,发行人及其控股股东、实际控制人最近三年不存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪。其基本假定是,前述主体再犯的危险性高,为防止其再犯危及股民的利益,证券法直接禁止前述企业首次公开发行股票。其实,股民在选择是否购入相关股票时,会将各种因素进行综合判断,发行人及其控股股东、实际控制人此前的犯罪、犯罪与公司利益之间的关联性程度、犯罪后的表现、再犯的可能性、公司的发展前景、市场对公司的信心等,都是他们需要考的因素,直接限制这类公司上市,是一种机械的、带有强烈前见的家长主义判断方式。因此,证券法的这种限制性规定,也应作相应调整,也即只就发行人及其控股股东、实际控制人最近三年与公司前景密切相关的犯罪记录作提示性规定,具体的判断则交给市场主体。只有这样,才符合2019年证券法从审核制到注册制的改革趋势,才能真正做到是由市场、投资者来决定发行,将资本市场从“向后看”的市场变为“向前看”的市场。^{②4}

(二) 通过市场机制解决问题的可能性及其优势

按照本文支持的逻辑放弃前置法的机械限制,似乎会带来失控的风险,例如无法保障政府采购过程中的公共利益、无法充分保障股民的利益。实际上,本文提出的方案并不是要放弃对这些主体的保护,而是引入一种以市场主体为中心的自我认知、保护与答责机制。这种机制的优势在于,一方面能保留涉罪主体参与市场经营的机会,另一方面又不遮掩前述主体曾实施犯罪的事实,让市场主体自己根据相关犯罪事实及其法律处理来判断相关的风险。而这种方案的最大优势在于,它能避免企业合规模式的缺陷。

用企业合规方案保留涉案企业参与公共工程招投标或上市的可能性,本质上是用企业合规制度掩饰已经存在的犯罪,以规避政府采购法、证券法的限制性规定。这很显然不是合理的选择:首先,这种方案是无效的,因为前述限制并非针对刑事法律后果,而是针对违法犯罪行为本身,而刑事合规制度不可能除此前已经存在的违法犯罪事实。其次,如果合规方案在事实上成功地规避了前置法的限定,这种做法

^{②4} 参见曹凤岐:《从审核制到注册制:新〈证券法〉的核心与进步》,载《金融论坛》2020年第4期。

也是违法的,因为它在本质上是协助涉案企业规避强制性的法律规定。最后,它会损害政府采购法、证券法拟保护的对象,因为刑事合规屏蔽了刑法适用本身原本可以传达出的风险信号,妨碍他们对风险的判断。

当然,企业合规改革限制刑事追责的主要目的,是为了保护涉案企业本身承载的利益,因此,即便不能通过刑事实体法、刑事程序法限制处罚的范围,即便它扭曲了刑法规范的效力并危害了其他市场主体的利益,该制度的支持者也可能认为这是必须付出的代价。接下来,本文将继续追问,涉案企业承载的什么价值配得这样的代价,即放弃规范效力的维护并容忍由此引发的一系列后果。

五、涉案企业价值的保护与企业合规从宽的范围

能否因为犯罪主体承载的某些价值而放弃处罚?刑法中实际上存在这样的先例,即立功制度。接下来,本文将比照立功制度,限定涉案企业合规从宽的范围;同时对非涉案企业合规有限的存在空间进行限定。

(一) 涉案企业合规的合理范围

就企业合规从宽的根据,理论界曾作过颇有见地的探讨。李本灿教授认为,企业合规制度降低了积极的一般预防对刑罚严厉性的依赖,与我国刑法中自首、坦白、立功等量刑制度类似。^{②⑤} 不过,合规制度中的自我报告、举报、揭发等机制还只是降低惩罚概率的可能性,与自首、坦白、立功等制度不具有相当性。其实,企业合规改革想要保护的价值,并非企业合规建设包含的对未来犯罪惩处概率的提升,而是企业蕴含的市场及社会价值。既然如此,就应直面该问题,分析能否因为企业对社会具有经济意义上的贡献而在一定程度上节制刑罚的适用。其实,立功制度已经开了这方面的先河,现在的问题是,如何参照已经制度化的立功合理限定企业合规制度。

我国刑法对立功这种刑法从宽事由作出了多重限制,包括立功的时间维度限制、不可替代性限制、从宽对象限制、从宽幅度限制等。比照该制度,可以认为,涉案企业本身承载的明显难以为其他市场主体替代的价值,即在一定区域内相对于同行业竞争者的明显优势,才能成为企业合规从宽的充分理由。由于涉案企业是前述价值的载体,合规从宽必然放过企业;而涉案自然人,仅在其对涉案企业具有关键意义且难以被替代时,才应成为企业合规的从宽对象,如实际控制人或对企业价值优势具有至关重要作用且难以替代的研发、营销或管理骨干等。由于我国刑法对单位规定的法定刑是罚金,当然地满足刑事诉讼法第177条第2款的“犯罪情节轻微”的条件,因而,满足前述条件且愿意接受合规改造的企业,原则上都可以作合规不起诉。而对于涉案自然人,则只能比照立功和重大立功的减刑幅度并结合其他量刑情节作从宽处理。^{②⑥}

根据前述主张,在不能通过刑事实体法、程序法或前置法回避刑事追诉并避免对社会带来重大且不可替代的损失时,可以比照已经成熟的立功制度,附条件地在一定范围内放弃刑法。这种横向比照的方式,可最大限度地避免新制度推进对整个制度框架带来的震动。

^{②⑤} 参见李本灿:《刑事合规的基础理论》,北京大学出版社2022年版,第100页。

^{②⑥} 参见陈金林、陈江波:《刑事合规制度的公益条件及其展开》,载《法治社会》2023年第2期。

（二）非涉案企业合规的存在空间

正如前文指出的那样,合规并非免费的午餐,只有在与刑事追诉的对比中,由检察机关推行的合规建设才是对企业的“厚爱”。既然如此,就必须严格限制刑事合规案件的适用对象,避免卷入并未涉案的企业,增加其负担,妨碍其经营。对非涉案企业,只能以一种完全不同的形式推进企业合规。

1. 严格限制涉案企业合规的适用对象

实践中,“涉案企业”是合规建设的责任主体。根据《涉案企业合规建设、评估和审查办法(试行)》(以下简称《办法》),“涉案企业”是指涉嫌单位犯罪的企业或者“实际控制人、经营管理人员、关键技术人员等涉嫌实施与生产经营活动密切相关犯罪的企业”。《办法》对合规案件的适用对象作了初步限定,为确保涉案企业合规改革目的的实现,还有必要对其作进一步限缩。

首先,要正确理解“涉案企业”的范围。企业的分支机构涉嫌犯罪,不得要求整个企业进行合规建设。根据2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》,单位的分支机构或者内设机构、部门,可以独立构成单位犯罪。既然如此,如果只是子公司、分公司、营业部涉嫌单位犯罪,就应当在涉嫌犯罪的范围内推行合规建设,不能卷入母公司、总公司或整个企业,也不得要求关联企业进行合规建设。

其次,不得随意以企业中自然人犯罪为由要求企业进行合规建设。根据《办法》的规定,实际控制人、经营管理人员、关键技术人员等涉嫌实施与生产经营活动密切相关的犯罪,即便企业并非追诉的对象,也可以对企业适用刑事合规制度,如重大责任事故罪。这种情形具有责任转嫁的危险,即因其他主体的刑事责任让企业承担合规建设的负担,甚至在企业是前述犯罪的被害人时,仍要求企业承担合规建设义务,如前述人员实施的职务侵占罪、挪用资金罪等。为防止这种情况,有必要在合规建设责任主体与刑事追诉对象不一致之时,增加其他条件,以确保合规对企业的“厚爱”属性。结合我国企业发展的实践,只有前述主体对企业的存续或正常经营具有明显难以替代的价值时,让企业为其承担合规建设义务,才是对企业的保护。尽管企业的实际控制人、经营管理人员、关键技术人员等通常对企业具有重要意义,不过,不能用统计学上的关联替代规范前提。前述人员并非绝对不可替代,企业可能有储备的人才,也可以通过招聘找到合适的替代人选。只要替代成本不高于合规建设,就不能因企业中的自然人犯罪牵连企业,而应当通过对涉案自然人的追责,实现“创造性破坏”,让其他人替代涉案自然人,让企业成本最小化,确保刑事合规是在保护企业、优化营商环境。

部分合规案件实践并没有严格对应责任主体与合规建设义务主体,导致合规制度的收益享有者和成本承担者错位。^⑦如某市农村商业银行股份有限公司县级支行的三名工作人员贷前调查不尽职,向不符合要求的借款人发放贷款,造成损失200余万元。案发后,检察机关要求该市农村商业银行进行合规整改。^⑧在该案中,承担合规建设的企业与涉案自然人明显存在利益冲突,企业是受害人而非犯罪人,不宜通过强制合规使其二次受害。

2. “非涉案合规”的应有属性

对可通过实体法、程序法出罪的非涉案企业,或者其他仅与犯罪具有事实关联的企业,原则上不得要求其进行合规建设。不过,在涉案企业合规之外,部分地区的检察机关也在积极推行非涉案企业合规。非涉案企业合规是指,检察机关以检察建议或者其他方式,推动不符合刑事追诉条件的企业进行合规建

^⑦ 相同观点,参见李本灿:《涉案企业合规典型案例中的法理:经验总结与问题反思》,载《现代法学》2023年第2期。

^⑧ 参见刘怡廷、刘大印:《涉案企业合规改革的湖北探索》,载《检察日报》2021年9月14日。

设。从企业发展和社会治理的角度看,合规具有积极价值。但合规并非没有成本,其成本很高。既然如此,推进非涉案企业合规就不能只考虑其收益,而是必须同时考虑合规建设的成本,并回答非涉案企业为什么应承担该成本。

原则上,只能以合规建设对其有利为根据,要求企业进行合规建设。对非涉案企业,不得进行刑事追诉,自然也不能以刑事责任上的宽缓作为合规建设的理由。检察机关也不得以非涉案企业涉嫌行政违法为由,直接要求企业进行合规建设。对涉嫌违法但未构成犯罪的企业,检察机关可以移送相关监管部门处理,这种情况下,可以直接面对企业的是监管部门而非检察机关。监管部门对企业提出合规建设要求时,也必须有相关法律依据。根据《人民检察院检察建议工作规定》第11条,人民检察院可以对企业发出社会治理的检察建议,不过,社会治理检察建议的对象也限于涉案单位。这里的“涉案”,也应满足前述三重条件,不能将作为被害人、第三人或关联单位的企业纳入进来,要求其进行合规建设。

为确保非涉案企业合规对企业的“自利”属性,有必要确保其自愿性。对非涉案企业,检察机关不宜用“敦促”“要求”“检查”等方式推进合规建设。检察机关应让非涉案企业自主选择是否采取检察机关的合规建设建议,决定合规建设的范围、进度、标准,并允许其随时终止合规建设。鉴于检察机关拥有公权力,容易给企业带来压迫感。在非对等的结构中,非涉案企业难以进行真正地自由选择,很可能会迫于压力配合检察机关的要求进行合规建设。因此,检察机关不宜直接面对非涉案企业,只能通过非接触的方式,间接提供非涉案企业可自主选用的合规建设指引。例如,检察机关可以以特定地区或行业中较为普遍的违法犯罪现象为基础,总结发案规律,分析发案原因,提供具有一定普适性的合规建议样板,通过不指向具体企业的一般性法治宣传教育,展示合规建设的价值、意义及具体方法。非涉案企业可自行了解并自愿决定是否采纳。只有在企业主动要求检察机关提供协助时,检察机关才能直接与企业接触。

六、结 语

通过前述分析可见,在保护涉案企业、企业员工、债权人、消费者及优化营商环境方面,企业合规改革并不总是最优的方案。刑事实体法、刑事程序法的控制机制,都能在不给涉案企业带来合规建设负担的前提下,避免刑事追诉的负面效果,拓展所有市场主体的自由空间,且不影响刑法规范的效力。前置法的调整,也能在维护规范效力的前提下,在一定程度上避免企业被追诉的负面效果,同时维护其他市场主体的利益。企业合规制度的合理存在空间是,在前述方案不能解决问题的前提下,为保护企业本身的经济或社会价值而放弃刑事追诉。由于它会牺牲刑法规范的效力,因此必须被限定在非常有限的范围内,并满足一系列实质条件。对于非涉案企业合规,更应严格控制,且只能以非接触的方式推进。如果通过前述方式,依然无法避免对企业的追责,也无法避免企业倒闭、员工失业,那就应当启动刑事追诉程序,让法律条文规定的法律后果及其附随效果发生。但我们应当相信市场,相信它会将企业剩余、优秀员工重新配置给更具生存力的其他市场主体。

依照本文的思路,优化营商环境需要刑事实体法、刑事程序法、前置法、企业合规改革等多块拼图的同时推进,这虽然解构了企业合规改革这一宏大、完整的提法,但有助于为其他明显更合理的替代选项腾出空间,并因此避免不必要的成本,争取更多的制度收益,让涉案企业、一般市场主体获得更多的制度红利。好的制度改革,未必总是能被塞进一个完整的概念,它也可能是分散在既有制度各个角落的小修小补。

Abstract: To promote corporate compliance reform requires to conduct a cost-benefit analysis rather than simply considering the target value the reform's declared. The cost of the system is not a sunk cost but an opportunity cost, namely the benefits that may be forfeited by choosing a compliance system over other alternative options. While corporate compliance can avoid the negative effects of criminal prosecution, it can also impose a heavy burden on the companies involved and undermine the effectiveness of criminal law norms, leading to a range of negative effects. Compared to corporate compliance, strict adherence to criminal justice standards and the restriction of unnecessary criminalization through criminal legislation, as well as limitations on criminal prosecution and punishment through traditional criminal procedural law, can achieve the same goals while avoiding adding compliance burdens to the companies involved and undermining the effectiveness of norms. The amendment of the antecedent law can also avoid the impact of criminal penalties on companies involved in bidding and listing. The reasonable existence of corporate compliance lies in giving up criminal prosecution to protect the economic or social value that the enterprise carries, under the premise that other methods cannot restrict criminal prosecution. It is a form of a lenient punishment system similar to the system of mitigating circumstances.

Key words: corporate compliance reform; opportunity cost; meritorious service system; weighing public interest

[学科编辑:倪 斐 冯明显 责任编辑:董蕙敏]