

# 企业合规刑事程序立法质疑

刘计划 王汀

[摘要] 企业刑事合规的正当性基础并不充分，推进企业合规的刑事程序立法应当审慎。尚无可靠的证据表明企业合规能够预防犯罪以及起诉会为企业带来何种后果，功利主义的利益衡量不能有力论证企业刑事合规实践的正当性，也难以回答道义论的质疑。企业刑事合规与我国刑事程序法的基本理念和基本逻辑相冲突，仓促推进程序立法可能导致刑事程序法与刑事实体法、涉及公司治理的其他法规之间的不协调。即便立法，也应严格限制“企业合规不起诉”的适用范围，设定严格的审查批准程序。尽管我国刑事诉讼法没有规定针对企业的缓起诉制度，但从保障企业权益、服务经济发展的角度来说，当务之急不是另起炉灶，而是要明确行政监管在预防企业违法犯罪中的基础性地位，充分发挥现有制度工具的作用。

[关键词] 企业治理；企业合规；刑事诉讼法修改；企业缓起诉

近年来，我国学界兴起对企业刑事合规的研究，检察机关推行的改革试点也到了总结、反思阶段，有观点认为应尽快推动企业合规进入《刑事诉讼法》。<sup>①</sup> 我们认为，企业刑事合规的正当性基础不充分，企业合规的刑事程序立法可能影响规范体系的协调性，改革试点中检察权的实际运行不尽符合法治精神。当今世界，真正通过刑事程序立法确立“企业合规不起诉”的国家屈指可数，一些考虑立法的国家其立法进程也进展缓慢。瑞士关于在刑事诉讼法中引入缓起诉制度的议案在2019年被立法机关否定，澳大利亚于2017年公布的立法草案两次因超期失效且至今未获通过。而通过立法明确规定类似制度的国家无不设置严格的适用条件及程序，如将这类程序限制适用于腐败、洗钱、欺诈等严重案件，规定有关协议须由总检察长等高级别官员决定，由高级别法院批准等。<sup>②</sup> 可见，在我国推进相关刑事程序立法也应审慎。

## 一、企业刑事合规的正当性基础存疑

改革试点以来，我国学界和实务界关于企业合规的诸多问题争议不断，对于很多基本问题并没

---

作者：刘计划：中国人民大学法学院教授，中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员，liujihua99@126.com；王汀：中国人民大学法学院博士研究生，wangting072@163.com。

① 参见陈瑞华、李奋飞：《涉案企业合规改革二人谈（上）：修改刑法，建立企业附条件不起诉制度》，载《民主与法制》，2022（38）；卞建林：《企业刑事合规程序的立法思考》，载《政治与法律》，2023（6）。

② 在英国（英格兰和威尔士），只有总检察长、反严重欺诈局局长、国务大臣指定的检察官有权签订企业缓起诉协议；加拿大的检察官需经总检察长同意才能开始进行“补救协议”的谈判；新加坡的企业缓起诉协议必须由隶属于最高法院的高等法庭批准；法国的“公共利益协议”则需提交司法法院院长批准。See Crime and Courts Act 2013, Schedule 17, Part 1, 3 (1); Criminal Code of Canada, 715. 32 (1) (d); Criminal Procedure Code of Singapore, Part 7A, 149F (3); Code de procédure pénale, Article 41-1-2, II。

有达成共识, 争议背后的深层原因正是企业合规的正当性基础不充分。在此情况下推进立法, 无异于沙上建塔, 其结果很可能是立法的反复、资源的耗费与法治的破坏。

### (一) 企业合规的目的: 预防犯罪?

“合规的本质即预防。”<sup>①</sup> 企业合规的基本理论预设在于, 企业及其成员犯罪与企业内部环境有关, 因此, 必须对企业进行合规改造以消除犯罪诱因。根据最高人民法院发布的《关于开展企业合规改革试点工作方案》, “减少和预防企业犯罪” 被作为企业合规改革试点的主要目的。但是, 这一目的并非天然具有正当性, 不仅在实践中遭遇阻碍, 也蕴含诸多风险。

首先, 尚无可靠证据表明企业合规能够预防犯罪。尽管世界各国在引入企业缓起诉制度或类似制度时都宣称其能够预防企业犯罪, 但截至目前, 没有人能够断言这些制度在预防犯罪方面到底能发挥多大的作用。美国是企业合规缓起诉协议适用得最早、最多的国家, 但该国政府责任署 (Government Accountability Office) 就曾指出, 美国司法部无法证明企业不起诉协议、缓起诉协议在何种程度上打击了企业犯罪, 难以说明更频繁地使用这些工具的正当性。<sup>②</sup> 与此同时, 美国实践中不乏进行了企业合规整改后再犯罪的案例, 著名制药公司辉瑞公司的数次合规整改承诺即为典型。2002年, 辉瑞因其子公司非法推广药品的行为被调查, 为避免被起诉, 辉瑞公司与检察机关签订了缓起诉协议, 并对企业进行合规整改。<sup>③</sup> 但合规整改并没有收到实际效果, 辉瑞公司仍然持续实施非法推广药品的行为, 并陆续于2004年<sup>④</sup>、2007年<sup>⑤</sup>、2009年<sup>⑥</sup>被调查, 且案件均以辉瑞公司与司法部达成合规整改协议告终。除了在美国国内非法推广药品外, 辉瑞的子公司还于2012年因涉嫌海外商业贿赂被调查, 司法部同样与辉瑞公司签订了缓起诉协议。<sup>⑦</sup> 在与司法部签订的数次协议中, 辉瑞公司均承诺进行合规整改、实施严格的内部控制以预防犯罪, 但从其不断再犯罪的事实来看, 企业合规整改收效甚微。该案有力地说明了企业刑事合规在预防犯罪方面的失败。

其次, 实践中出现诸多与预防犯罪的目的背道而驰的现象。这方面的典型例证是对企业和自然人的“双不起诉”。实际上, 所谓“双不起诉”并非我国独有, 域外既不起诉企业也不起诉自然人的现象同样普遍。<sup>⑧</sup> 从预防犯罪的目的考虑, 既然组织和自然人都不会被起诉, 企业家的责任心和谨慎态度自然会大打折扣, 如此, 企业合规不仅不能起到预防企业犯罪的效果, 反而会为企业犯罪

① 张远煌等:《企业合规全球考察》, 序言1页, 北京大学出版社, 2021。

② The United States Government Accountability Office. *Corporate Crime: DOJ Has Taken Steps to Better Track Its Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements, but Should Evaluate Effectiveness*. December 2009. <https://www.gao.gov/assets/gao-10-110.pdf>.

③ The United States Department of Justice. *Drug Giant Pfizer & Two Subsidiaries to Pay \$49 Million for Defrauding Drug Medicaid Rebate Program*. Monday, October 28, 2002. [https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2002/October/02\\_civ\\_622.htm](https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2002/October/02_civ_622.htm).

④ The United States Department of Justice. *Warner-Lambert to Pay \$430 Million to Resolve Criminal & Civil Health Care Liability Relating to Off-Label Promotion*. Thursday, May 13, 2004. [https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2004/May/04\\_civ\\_322.htm](https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2004/May/04_civ_322.htm).

⑤ Pfizer. *Pharmacia Subsidiaries Reach \$34.7 Million Settlement with DOJ; Resolve Allegations of Improper Activities Prior to Acquisition by Pfizer*. Monday, April 02, 2007. [https://www.pfizer.com/news/press-release/press-release-detail/pharmacia\\_sub-sidiaries\\_reach\\_34\\_7\\_million\\_settlement\\_with\\_doj\\_resolve\\_allegations\\_of\\_improper\\_activities\\_prior\\_to\\_acquisition\\_by\\_pfizer](https://www.pfizer.com/news/press-release/press-release-detail/pharmacia_sub-sidiaries_reach_34_7_million_settlement_with_doj_resolve_allegations_of_improper_activities_prior_to_acquisition_by_pfizer).

⑥ The United States Department of Justice. *Justice Department Announces Largest Health Care Fraud Settlement in Its History*. Wednesday, September 2, 2009. <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-announces-largest-health-care-fraud-settlement-its-history>.

⑦ The United States Department of Justice. *Pfizer H. C. P. Corp. Agrees to Pay \$15 Million Penalty to Resolve Foreign Bribery Investigation*. Tuesday, August 7, 2012. <https://www.justice.gov/opa/pr/pfizer-hcp-corp-agrees-pay-15-million-penalty-resolve-foreign-bribery-investigation>.

⑧ 美国学者关于企业违反《反海外腐败法》的实证研究表明, 在2004年至2015年间签订缓起诉协议和不起诉协议的案件中, 有77%的案件没有任何自然人被起诉。M. Koehler. “Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement”. *University of California, Davis Law Review*, 2015, 49 (2): 541.

提供“保护伞”。<sup>①</sup>长此以往，企业家可能会从一开始就不认真对待企业内部治理，而是仅将合规整改、罚款等计入违法犯罪成本，只要在“成本—收益”的计算中有利可图，企业就可能再次犯罪。反对观点可能认为我国适用企业合规不起诉的案件多为家族企业，如果起诉了企业家，则企业也会垮掉。问题在于，我国实践中很多获得不起诉处理的自然人既非企业的管理层，更非决定企业命运的企业家、核心技术人员，企业合规整改的效果与其是否应被起诉没有直接关系，合规整改难以发挥预防该特定自然人再犯罪的效果。<sup>②</sup>

最后，预防犯罪的目的本身存在风险。以预防为目的的措施往往打着“改造”“帮助”等人道主义的旗号，正因如此，人们不太容易意识到其对自由价值的蚕食。帕克教授指出：“我们一心追逐的犯罪预防的结局很可能就是制造出一个人人安全无虞却丧失自由的社会环境。”<sup>③</sup>这种担忧不是毫无道理的。在域外，合规计划在实际运行中开始成为负担，且“已经逾越了自由法治国应有的制度边界，构成对企业经营自由的侵害”<sup>④</sup>。我国实践中也出现了不符合市场经济发展需要、不符合法治进步方向的做法。一些地方检察机关以为企业“体检”的名义深入没有涉嫌犯罪、正常经营的企业，“查看生产场所、生产环境”，发放与企业的法律风险毫不相关的调查问卷。这种帮助企业“防未病”的出发点是好的，但面临至少三个方面的质疑：其一，在规范层面，我国《宪法》关于检察机关作为“法律监督机关”的定位能否承载这些权力？至少在曾主持立法工作的彭真同志看来，检察机关的主要任务应该是追究违法乱纪，但不是所有的违法乱纪都管，属于思想作风、违反政纪的问题应由其他部门来管。<sup>⑤</sup>其二，在政策层面，检察机关这种名为“体检”、实为“检查”的权力，是否与优化营商环境的基本精神不符？厘清公权力机关在市场经济中的权力边界是优化营商环境的应有之义。检察机关到企业进行监督检查的依据、事项、权限、方法、程序等都是模糊的，在事实上增加了企业在正常生产经营过程中的不可预期性。其三，在实践操作层面，如果其他机关在“法治体检”后又发现了问题，应当如何评价检察机关已经作出的“体检合格”结论？目前的检察工作在获得行政监管部门的支持和配合方面已经出现了一些困难，未来是否会加剧？

无论检察机关要求企业进行合规整改的出发点多么善良，也无论其目的多么正当，都存在一个不容忽视的事实：合规整改的措施具有强制性，且整改并非纯粹为了企业利益。因此，即便是以预防犯罪之名要求企业进行合规整改，也应有一定的界限。但后文的论述将表明，我国检察机关在企业合规中的权力并没有得到有效规制，难以抵抗预防目的的固有风险。

## （二）合规不起诉的根据：利益权衡？

当前几乎所有支持企业合规的研究都采用功利主义的分析框架，认为企业合规的一个重要理论依据是避免起诉企业波及员工、客户等无辜第三人，强调不起诉所维护的利益大于起诉利益。陈瑞华教授指出：“之所以要建立这种刑法激励机制，并不存在什么高深莫测的哲学基础，而主要是基于一种功利主义的哲学考量，那就是唯有‘放过违规企业，严惩违规高管和员工’，才能在严惩企业违法违规行为与避免造成企业重大损失之间寻求一种平衡。”<sup>⑥</sup>我国检察机关在推进涉案企业合规改革的过程中也提出了“避免办一个案子，垮掉一个企业”的口号。

① 黎宏：《企业合规不起诉：误解及纠正》，载《中国法律评论》，2021（3）。

② 如在北京李某某等9人保险诈骗案中，检察机关在对企业进行合规考察后，综合犯罪事实、企业合规整改情况、认罪认罚从宽制度适用情况，对涉案的汽车维修技师等人作出不起诉决定。参见最高人民法院发布的第四批涉案企业合规典型案例第一号。

③ 哈伯特·L. 帕克：《刑事制裁的界限》，66页，法律出版社，2008。

④ 李本灿：《我国企业合规研究的阶段性梳理与反思》，载《华东政法大学学报》，2021（4）。

⑤ 《彭真传》编写组：《彭真传》第2卷，880页，中央文献出版社，2012。

⑥ 陈瑞华：《企业合规制度的三个维度——比较法视野下的分析》，载《比较法研究》，2019（3）。

然而,目前尚无可靠证据表明起诉到底会给企业带来多大影响。我国学界和实务界普遍认同“起诉会给企业带来重大损失,甚至导致企业破产”的观点,不少研究者在论述企业缓起诉协议之必要性时都以安然和安达信事件为例,指出要避免起诉引发的“安达信效应”,即避免起诉带来公司破产、员工失业、重创经济。<sup>①</sup>但所谓“安达信效应”不是不言自明的。域外已经有实证研究指出,在2001—2010年间美国被定罪的上市公司中,没有一个因为被定罪而倒闭,定罪并不会给公司带来可怕后果,所谓的“定罪等于给企业判死刑”只不过是用来唬人的“怪物”。<sup>②</sup>因此,“企业被定罪后到底会发生什么”这个问题不仅需要经验观察,更需要严谨的实证研究支撑。

即便认同起诉会给企业带来较大影响,功利主义的利益衡量在我国企业合规不起诉的实践面前也显得苍白。我国改革试点中企业合规的适用对象绝大多数都是中小微企业,但对这类合规实践进行“成本—收益”分析可以发现,其很难通过利益衡量的检验。一方面,不起诉小微企业的收益不够大。我国实践中不乏对仅有几名员工的微型企业进行合规整改的案例,但对这些企业适用合规整改能避免多大的损失、带来多大的社会效益?有观点认为,对小微企业不起诉也会带来水波效应,尤其是小微企业比较多或者社会抗风险能力比较弱时。<sup>③</sup>但基于特殊的政策考虑,保护小微企业完全可以从其他方面寻找理由,没有必要将其与企业合规挂钩。实际上,对于涉嫌轻微犯罪的小微企业根本没有必要进行合规考察,检察机关本来就可以直接作出相对不起诉决定;对小微企业中的相关责任人员,也完全可以借助现有的认罪认罚从宽制度进行相对不起诉。

另一方面,企业合规整改的成本高。企业合规不是免费的午餐,在我国试点中,涉案企业不仅要建构合规运行机制,还需要承担合规监管费用,甚至聘请律师、会计师等专业人员,而且检察机关还可以酌情附加其他条件,如自愿、无偿进行慈善捐助、从事义务活动等。与此同时,企业还要花费时间和精力应对来自检察机关或者第三方组织的监督考察。在张家港S公司睢某某销售假冒注册商标的商品案中,仅3名员工的S公司就需要应对检察机关和第三方组织每月的座谈会议、电话联系、查阅资料、实地检查以及“不打招呼”的随机检查。<sup>④</sup>实践中,有的地方探索了由国家财政承担企业合规费用,但纳税人为什么要为企业或企业中的自然人犯罪买单?还有的地方针对小微企业探索了“简式合规”,但同样值得商榷。以江苏F公司严某某、王某某提供虚假证明文件案为例,检察机关不仅指导企业自查、制定合规计划,而且自行开展合规监管、评估,最后通过听证的方式对合规整改进行评估验收,全程仅邀请3名专业人员“协助”检察机关开展工作。<sup>⑤</sup>这种合规整改的中立性、专业性明显不足。更重要的是,简化后的合规整改程序主要依赖检察建议,事实上,通过向企业和有关部门制发检察建议的方式完全可以实现整改的目的,不需要借用合规之名。

或许正是出于功利主义的利益衡量,域外大多数国家的企业合规主要适用于上市公司或者大型企业,且数量很少。据统计,2021年,法国和巴西各签署了4份类缓起诉协议,英国签署了3份,加拿大和新加坡全年没有企业缓起诉。协议签署最多的国家当属美国,全年也仅签署了7份不起诉

① 参见陈瑞华:《企业合规的基本问题》,载《中国法律评论》,2020(1);李玉华:《我国企业合规的刑事诉讼激励》,载《比较法研究》,2020(1);姚志等:《美国企业合规激励机制的发展及对我国的启示——以“安达信案”为视角》,载《中国检察官》,2022(22)。

② G. Markoff. “Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century”. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2013, 15 (3): 798—836.

③ 李玉华:《企业合规不起诉制度的适用对象》,载《法学论坛》,2021(6)。

④ 参见最高人民法院发布的第二批涉案企业合规典型案例第二号。

⑤ 参见最高人民法院发布的第三批涉案企业合规典型案例第三号。

协议、21份缓起诉协议。<sup>①</sup>这与我国近年来企业合规的“改革成果”形成鲜明对比。<sup>②</sup>总之，功利主义的利益衡量不仅缺乏实证研究支持，也难以成为我国实践中企业合规正当性的根据。

### （三）难以回答的道义论质疑

超越功利主义的框架可以发现，企业刑事合规更难以回答的是道义论层面的质疑。现代社会是一个价值多元的社会，本文并不全盘否认功利主义对企业合规效用的评估，但中国的主流观点认为“道德是法律的基础”<sup>③</sup>，治国理政追求“良法善治”，企业合规的推行如果无视道义层面的正当性问题，只进行功利主义的比较，那么整个法秩序的正当基础就会遭到破坏。

首先，企业合规违反平等原则。有刑法学者指出：“合规不起诉存在着对平等原则的双重违反：第一次不平等是在个人犯罪和企业犯罪之间，第二次不平等是在企业犯罪阵营内部。”<sup>④</sup>我们赞同这一观点。企业合规必须回答的质疑是，如果可以基于消除企业未来犯罪可能性的考虑而对企业不起诉，那么为什么不能将这种逻辑广泛用于自然人犯罪？合规不起诉对平等原则的违反更突出地表现在自然人之间适用法律的不平等上。我国和域外的企业合规实践中均普遍存在“双不起诉”，但这一问题在我国表现得更加突出，因为我国实践中很多案件中的企业根本没有被列为被追诉人。<sup>⑤</sup>这种处理实际上意味着检察机关承认了一种职业特权，即企业中的自然人可以因其职业而获得不起诉的优待。这对平等原则造成巨大冲击。

其次，企业合规的实践难以实现正义价值。在我国，犯罪被认为是违反社会正义的邪恶行为，对恶行应该作出否定评价，对恶行的否定评价程度应以恶行的大小为转移。<sup>⑥</sup>企业合规使得企业或自然人得以逃离传统的刑事惩罚，但其创造了一种新的刑事制裁类型，故在理论上可能不会影响报应正义的实现。但问题在于，如何确保检察机关根据企业违法行为的严重程度来确定制裁的严厉程度？有观点提出可在合规整改中引入相称性原则<sup>⑦</sup>，但该原则在实践中难以实现，以至于国内外批评合规整改过于严厉或者过于轻松的观点均不鲜见<sup>⑧</sup>。实际上，实践中导致合规整改不相称的往往不是检察机关对企业犯罪性质、企业规模、行业特点等的认识不够，而是因为相称性原则让位于功利主义的利益衡量。换言之，权力机关已经认识到如此处理是不相称的，但还是基于其他因素的考虑允许了明显不相称甚至不正义的处理。比如，辉瑞公司实施了数次犯罪却没有任何组织和个人被定罪，这种结果在普通民众看来明显是不正义的。因此，合规整改相称性的实践难题可能不仅仅是实务操作的问题，难以通过操作的规范化予以解决。

我国检察机关也认识到企业合规不起诉可能引发的道义问题，因此引入了听证会的方式来化解

<sup>①</sup> Gibson Dunn 2021 Year-End Update on Corporate Non-Prosecution Agreements and Deferred Prosecution Agreements, February 3, 2022. <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2022/02/2021-year-end-update-on-corporate-non-prosecution-agreements-and-deferred-prosecution-agreements.pdf>.

<sup>②</sup> 自2020年3月至2023年3月，全国累积办理涉案企业合规案件达5962件，经合规整改不起诉的企业为1911家，自然人4237人。参见万春：《在2023年度“合规与企业的社会责任”论坛上的致辞》，参见[https://www.zgfzxxh.com/xhdt/202307/t20230706\\_5529566\\_shtml](https://www.zgfzxxh.com/xhdt/202307/t20230706_5529566_shtml)。

<sup>③</sup> 《习近平著作选读》第1卷，301页，人民出版社，2023。

<sup>④</sup> 车浩：《“合规不起诉”的批判性反思》，参见<https://www.163.com/dy/article/I4QNBVCN0514CIJT.html>。

<sup>⑤</sup> 如最高人民法院发布的第一批涉案企业合规典型案例第三号，第三批涉案企业合规典型案例第二号，第四批涉案企业合规典型案例第一号、第三号。

<sup>⑥</sup> 陈兴良：《刑法哲学》，443页，中国人民大学出版社，2017。

<sup>⑦</sup> 陈瑞华：《企业合规整改中的相称性原则》，载《比较法研究》，2023（1）。

<sup>⑧</sup> 我国有学者质疑某些案件中的“合规不起诉”与严厉打击环境犯罪的刑事政策相矛盾，参见冀洋：《企业合规刑事激励的司法限度》，载《比较法研究》，2023（2）。域外相关批评意见，参见J. Stock, “Judicial Review of Corporate Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements: A Narrow Road to Checking Prosecutorial Discretion”, *Corporate and Business Law Journal*, 2022, 3 (1): 222-224.

风险。问题在于：其一，我国实践中的听证会不是无差别适用的，检察机关对于是否召开听证会拥有绝对的裁量权，这又进一步导致了程序适用的不平等。其二，很多检察机关将听证会用于对企业合规的评估验收，不起诉决定仍然由检察机关自行作出，听证会并未在不起诉决定中发挥作用。其三，即便检察机关作出不起诉决定时召开了听证会，但这种听证会的实效性何在？形式意义大于实质意义的听证会能否回应关于平等原则和正义价值的诘难？

## 二、企业刑事合规与我国法规范体系的协调性存疑

企业合规早已有之，直到20世纪90年代以前，合规始终是一个非刑事领域的问题，不合规只会引发行政违法风险与民事法律风险。<sup>①</sup>因此，企业合规问题涉及多个领域，相关刑事程序立法必须考虑我国法规范体系的协调性。

### （一）刑事程序法的基本理念和逻辑

在企业刑事合规与刑事程序法的关系方面，现有研究关注的重点是如何将企业合规纳入附条件不起诉制度、相对不起诉制度，如何协调企业合规与认罪认罚从宽制度的关系等。但在讨论如何进行制度构建之前，还需关注企业刑事合规与刑事诉讼法的基本理念和逻辑的冲突。

#### 1. 企业刑事合规违背无罪推定原则

在我国贯彻无罪推定原则已成为学界和实务界的共识。无罪推定原则有两个核心要义：其一是在举证责任的分配上，国家承担证明某人有罪的责任；其二是在证明有罪的标准上，除非已经排除合理怀疑地证明个体实施了犯罪，否则国家不得对个体施加刑事制裁。在企业刑事合规实践中，检察机关不仅要求企业主动披露经营情况、提交承诺书，还可以在排除合理怀疑地证明企业或个人有罪的情况下要求企业进行长时间的内部改造，承担合规整改负担，明显违背了无罪推定原则。

在我国，检察机关甚至可以在缺乏定罪可能性、案件根本不满足移送起诉条件的情况下要求企业整改。最高人民检察院《关于开展企业合规改革试点工作方案》要求试点工作与依法清理“挂案”结合起来，但实践中所谓“挂案”的主要原因正是无法认定企业或有关自然人有罪。比如，在张家港S公司、睢某某销售假冒注册商标的商品案中，检察机关已经认定“该案证明S公司及睢某某犯罪故意的证据不确实、不充分，公安机关也难以再查明轴承及包装的来源是否合法”<sup>②</sup>，S公司及睢某某明显不具有定罪可能性，但检察机关仍对涉案公司适用了合规监督考察程序。相比较而言，域外企业合规均需考虑定罪可能性。在加拿大，“有合理的定罪可能性”是检察官与企业进行协商的首要条件。<sup>③</sup>在英国，检察官起诉普通案件时必须确信有足够的证据证明针对每一个嫌疑人起诉的每一个事实都有定罪的现实可能性。<sup>④</sup>适用于缓起诉协议的证据检验标准虽然相对较低，但检察官同样必须确定，根据已查证的证据合理怀疑被告已经实施了犯罪，并且有合理的理由相信，如果继续调查将在合理的时间内证明案件有定罪可能性。<sup>⑤</sup>

需要论证的是，传统上适用于自然人犯罪的无罪推定原则是否适用于单位犯罪？答案是肯定的。其一，我国《刑法》明确规定了单位犯罪，作为立法确认的犯罪主体，单位也应与自然人一样受到程序法原理的保护。其二，在自然人犯罪中适用无罪推定原则的一个重要原因是维护自然人的人格尊严，而刑事诉讼程序同样会给企业造成“污名化”的影响，企业同样有维护名誉的需求。

#### 2. 在中国刑事诉讼中强化“协商”逻辑存在风险

我国检察机关主导的企业合规改革明显将合规整改理解为“协议履行”的过程。在《关于建立

① 张远煌等：《企业合规全球考察》，序言4页，北京大学出版社，2021。

② 参见最高人民法院发布的第二批涉案企业合规典型案例第二号。

③ Criminal Code of Canada, 715.32(1)(a).

④ The Code for Crown Prosecutors, 4.6.

⑤ Deferred Prosecution Agreements Code of Practice, 1.2.

涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》中，“承诺”一词出现了4次之多。然而，我国《刑法》《刑事诉讼法》中并没有关于“承诺”的表述，但在《民法典》中“承诺”却是成立合同的基本方式。<sup>①</sup>实践中，检察机关在确定是否适用企业合规时将企业的合规整改意愿作为重要考量因素<sup>②</sup>，不少检察机关还与企业签订《合规监管协议》<sup>③</sup>，合规整改明显遵循合同订立过程中的“协商”逻辑。在中国刑事诉讼中强化这种“协商”逻辑存在风险。

首先，“协商”逻辑与中国刑事司法模式不兼容。以“余金平案”为代表的法院和检察院的冲突已经表明，认罪认罚从宽制度中的“协商”逻辑可能与中国刑事司法原有的价值定位、诉讼模式、法律文化发生抵牾，“协商”观念从根本上与中国刑事司法更契合的调查模式和层级模式不相容。<sup>④</sup>在企业合规实践中，这种与中国刑事司法模式不相容的情况较之认罪认罚从宽制度有过之而无不及。其一，企业合规可适用于“挂案”，检察机关无需查明事实真相即可对企业提出整改要求。其二，合规整改方案的设定面向未来的犯罪可能性、企业文化等，过去的案件事实真相被忽视。其三，各地检察机关有权作出完全不同的合规整改处理，案件处理千差万别，根深蒂固的“同案同判”正义观没有存在空间。这种不兼容性可能给中国刑事司法带来系统性的风险，值得警惕。

其次，企业合规背后的强制问题可能被“协商”逻辑掩盖。依据“协商”逻辑，合规整改的过程是履行协议内容的过程，整改的事项应遵循当事人自治原则，只要企业同意，检察机关就可以根据需要确立整改事项。然而，企业作出的所谓“承诺”是以检察机关的“要约”为前提的，但该“要约”以公权力为基础，其背后的逻辑是，如果企业不承诺整改，就会被起诉，有关自然人还可能在审前丧失人身自由。正因为如此，检察机关随意要求企业进行整改的情况屡见不鲜，企业被强迫接受整改的情况也不可避免。

## （二）刑事程序法与刑事实体法

从域外国家企业合规的立法实践来看，绝大多数国家并未通过单独修改刑事程序法的方式确立企业合规制度，企业合规的刑事程序立法与实体立法紧密结合。

英美法系国家的刑事程序立法主要采取多元化模式，企业合规的法治化是通过多部单行法规来完成的。其立法逻辑是，先确立企业对某些行为的实体责任，再将合规作为抗辩事由，然后规定适用于企业的缓起诉等程序内容。美国是先于1977年在《反海外腐败法》中，将贿赂外国政府公职人员以获取回报或者业务的行为视为违法行为，然后再于1991年在《组织量刑指南》<sup>⑤</sup>中规定，检察官可以将有效的合规计划作为起诉与否的依据。英国是先在2011年的《反贿赂法》中确立了“商业组织预防贿赂失职罪”，然后在2013年的《犯罪与法院法》中引入了企业缓起诉制度。

大陆法系国家的刑事程序立法主要采取附属化模式，即通过颁布法令或法案的方式构建企业合规的整体框架，确立关于企业合规的程序内容，对刑事诉讼法典进行补充。但从内容上看，这些法令也并非仅仅涉及程序，而是关于企业合规的整体架构，兼具实体和程序的内容。法国于2016年通过了《关于提高透明度、反腐败以及促进经济生活现代化的2016—1691号法案》，规定特定企业不建立合规计划应承担实体责任，同时也构建了缓起诉制度，相关程序内容后被纳入《法国刑事诉讼法典》第41—1—2条。意大利于2001年通过了《关于法人、公司、协会及非法人组织行政责

<sup>①</sup> 我国《民法典》第471条规定：“当事人订立合同，可以采取要约、承诺方式或者其他方式。”第479条规定：“承诺是受要约人同意要约的意思表示。”

<sup>②</sup> 如最高人民法院发布的第二批涉案企业合规典型案例第一号、第二号。

<sup>③</sup> 如最高人民法院发布的第一批涉案企业合规典型案例第三号。

<sup>④</sup> 魏晓娜：《冲突与融合：认罪认罚从宽制度的本土化》，载《中外法学》，2020（5）。

<sup>⑤</sup> 《组织量刑指南》虽然不具有强制效力，但可作为检察官作出裁量决定的参考依据。参见 United States v. Booker, 543 U. S. 220 (2005)。

任的法令》，明确规定了企业的实体责任及制裁措施，同时也将企业合规作为抗辩事由，规定了适用于企业的辩诉交易制度。

可见，域外国家企业刑事合规的法治化是通盘考虑实体法和程序法的结果。其基本逻辑是，通过实体法的修改在企业合规与企业责任之间建立联系，同时将缓起诉、不起诉、辩诉交易等作为程序配套措施，在抵消实体法扩张带来的负面作用的同时，弥补实体法激励不足的缺陷。

反观我国，刑法学界的主流观点是：“只有体现了单位意志的单位成员实施的犯罪行为，才能被认定为单位犯罪；没有体现单位意志的单位成员实施的犯罪行为，只能被认定为单位成员的个人犯罪，与单位无关。”<sup>①</sup>可见，我国单位成员犯罪和单位犯罪具有分离的空间，而企业合规也完全可以成为排除企业刑事责任的事由。这一判断可以从雀巢（中国）有限公司员工非法获取公民个人信息案中得到验证。在该案中，尽管被告员工辩称自己收集消费者信息的行为属于公司行为，但法院最终没有将员工行为归责于单位。<sup>②</sup>虽然理论界对于我国的单位归责理论究竟为何尚存争议，但我国的实体法具有实现合规激励功能的潜力，“对于程序法的功能补给需求并不强烈”<sup>③</sup>。

当前，我国不少研究并非基于实体法的实际需要来考虑程序法的构建问题，相反，有一种观点认为：应借鉴域外经验，在实体法上扩大单位犯罪的范围，或者引入严格责任，同时将刑事合规作为出罪事由，构建企业缓起诉制度进行程序出罪。<sup>④</sup>然而，这种观点可能不符合中国的实际需要。我国企业犯罪治理面临的问题不是规制不够，而是过于严苛的责任导致法网过于严密，企业稍有不慎就可能涉嫌犯罪。企业合规改革要解决的问题也是如何落实轻缓化的刑事政策，如何让企业“活下来”“留得住”“经营得好”。企业合规的刑事程序立法应结合实体法的实际需要、符合改革初衷。

### （三）刑事程序法与企业治理

企业合规不仅是刑事法问题，更属于企业治理的范畴，企业合规的刑事程序立法必须与规范企业治理的其他法律（如宪法、行政法、公司法等）紧密结合。

企业享有自主经营的基本权利。我国《宪法》明确规定了公有制经济主体的自主经营权，《宪法》第16条第1款规定：“国有企业在法律规定的范围内有权自主经营。”第17条第1款也明确规定：“集体经济组织在遵守有关法律的前提下，有独立进行经济活动的自主权。”《宪法》中虽不存在关于非公有制经济“自主经营”的表述，但第11条规定了国家对非公有制经济的保护义务，私营企业、个体工商户等非公有制经济主体享有营业自由的基本权利。<sup>⑤</sup>《中共中央、国务院关于营造企业家健康成长环境弘扬优秀企业家精神更好发挥企业家作用的意见》也明确指出：“企业家依法进行自主经营活动，各级政府、部门及其工作人员不得干预。”<sup>⑥</sup>当前，我国企业刑事合规的改革是由检察机关主导的，本质上是在企业自治之外增加了一个外部主体推动企业进行内部改造，但这种外部力量很容易与企业的自主经营相冲突。刑事诉讼法是宪法的下位法，必须关注企业自主经营的宪法底线。

基于尊重企业自主经营权的考虑，企业合规的刑事程序立法必须回答两个基本问题：其一，检察机关何时介入企业治理？其二，检察机关在何种程度上介入企业治理？这两个问题关系到刑事诉讼法与其他法律的协调、检察机关与其他行政机关的职权分工以及合规整改的具体落实。但从最高

① 《刑法学》编写组：《刑法学》上册，160页，高等教育出版社，2019。

② 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。

③ 李本灿：《域外企业缓起诉制度比较研究》，载《中国刑事法杂志》，2020（3）。

④ 参见万方：《企业合规刑事化的发展及启示》，载《中国刑事法杂志》，2019（2）；陈瑞华：《论企业合规的中国化问题》，载《法律科学》，2020（3）。

⑤ 周雷：《营业自由作为基本权利：规范变迁、宪法依据与保护范围》，载《中国法律评论》，2020（5）。

⑥ 《中共中央、国务院关于营造企业家健康成长环境弘扬优秀企业家精神更好发挥企业家作用的意见》，参见 [https://www.gov.cn/zhengce/2017-09/25/content\\_5227473.htm](https://www.gov.cn/zhengce/2017-09/25/content_5227473.htm)。

人民检察院发布的典型案例来看，这两个基本问题均未得到合理回答。

### 1. 检察机关何时介入企业治理？

我国企业合规改革试点的初衷是挽救涉罪企业，防止企业因案陷入困境。据此，检察机关介入公司治理的前提应当是公司涉罪，且检察机关的介入行为应围绕刑事案件展开。但在试点的过程中，这一看似清晰的问题仍然迷雾重重，具体表现在以下三个方面：

第一，一些企业并未被列为追诉对象，但检察机关仍要求其进行合规整改。虽然学术界常常将企业合规与单位犯罪联系起来，但从实践来看，我国的企业合规与单位犯罪并没有必然联系。在最高人民检察院发布的4批共20个涉案企业合规典型案例中，有4个企业并未被列为追诉对象。尽管企业在不构成单位犯罪时也可能因案陷入困境，但这种做法会面临诸多质疑：其一，企业是独立于自然人的法律主体，企业接受合规监管、进行合规整改的效果难以及于自然人。其二，合规考察不仅有保护功能，也有惩罚功能<sup>①</sup>，要求不涉罪的企业进行整改难免违背“罚当其罪”原则。其三，如果检察机关可以要求未被列为追诉对象的企业接受合规监管，那么是否意味着检察机关可以要求非刑事责任主体承担责任？如果答案是肯定的，那么检察机关与其他行政主管部门的职责界限何在？有观点认为：“如果企业的实际控制人、经营管理人员、关键技术人员等实施了与企业生产经营活动密切相关的犯罪行为，说明企业在内部管理与风险控制方面存在问题。因此，即使涉案企业没有受到追诉，要求其接受合规考察也完全符合涉案企业合规的制度目的。”<sup>②</sup>然而，即便检察机关认为企业在内部管理与风险控制方面存在问题，也可以通过向主管行政部门制发检察建议的方式要求行政机关履职，而不应直接对企业进行合规考察。

第二，不法行为与企业内部管理缺陷之间不存在因果关系。帮助企业消除犯罪诱因是检察机关要求企业进行合规整改的主要理由，因此，要求涉案企业进行合规整改，应以不法行为与企业内部管理缺陷之间存在因果关系为必要条件。但在实践中，不少企业的犯罪诱因并非企业内部的管理缺陷，企业的涉事行为也难以作为合规管理缺失的线索。比如，在新泰市J公司等建筑企业串通投标系列案件中，6家企业被黑社会性质组织胁迫参与招投标，且没有获得任何非法收益。<sup>③</sup>该案中的涉案企业被卷入刑事犯罪的根本原因并非其内部管理缺陷，而是外部黑恶势力的胁迫。黑恶势力不除，建筑行业招投标环境不改，无论对企业进行何种合规改造，未来也可能再次出现类似问题。

第三，一些检察机关在已经对企业或企业家作出处理后，仍对企业进行无限制的跟踪考察。为了防止企业合规整改不到位，实务部门探索了在企业合规整改结束后继续对企业进行跟踪考察的制度。如在上海市A公司、B公司、关某某虚开增值税专用发票案中，检察机关对涉案企业进行合规考察提出了轻缓的量刑建议，法院对被告单位判处罚金，对被告自然人判处缓刑。但在法院判决之后，检察机关又联合税务机关上门回访，再次对涉案企业制发检察建议并公开宣告。在收到企业对检察建议的回复后，检察机关又组织了合规建设的“回头看”。<sup>④</sup>这种跟踪回访制度本无可厚非，但如果没有限制的时间和范围的限制，就意味着“案结事了未了”，企业的日常经营活动不仅要受到行政监管，还要应付随时可能出现的检察机关“回头看”，正常的内部监管和行业监管机制难以恢复。如此，法的安定性将受到严重损害，检察机关也在事实上变成了准监管部门。

### 2. 检察机关在何种程度上介入公司治理？

有观点认为，检察官应深入企业治理结构改变的“深水区”，成为促使企业治理结构改变的推动者。<sup>⑤</sup>

<sup>①</sup> 李奋飞：《涉案企业合规改革中的疑难争议问题》，载《华东政法大学学报》，2022（6）。

<sup>②</sup> 周振杰：《涉案企业合规刑法立法建议与论证》，载《中国刑事法杂志》，2022（3）。

<sup>③</sup> 参见最高人民法院发布的第一批涉案企业合规改革试点典型案例第四号。

<sup>④</sup> 参见最高人民法院发布的第一批涉案企业合规改革试点典型案例第二号。

<sup>⑤</sup> 李勇：《检察视角下中国刑事合规之构建》，载《国家检察官学院学报》，2020（4）。

实践中也有一些检察机关对此进行了探索。在王某某泄露内幕信息、金某某内幕交易案中,检察机关主导的企业合规建设原本仅针对企业所涉的泄露内幕信息和内幕交易行为,但检察机关发现,涉案公司还存在家族式治理等现象,故“推动了涉案企业向现代企业法人治理结构积极转变”。<sup>①</sup> 检察机关超越企业法律风险的问题,深入企业内部并推动其治理结构改变的做法值得商榷。

第一,从必要性的角度来说,企业内部治理结构是企业自我管理的范畴。“公司法的基本制度设计就是一种合规管理制度”。<sup>②</sup> 只要企业依法建立,依法依规经营,能够正常运转,企业内部治理结构与本案没有直接因果关系,其就享有“法无禁止”的自由。更何况,家族企业并不等于非理性的集合,家族式治理更不等于落后的治理。在我国民营企业中,80%以上的企业为家族企业<sup>③</sup>,它们不仅在中取得了不可替代的经济地位,也为中国改革开放后的经济奇迹作出了显著贡献。经济学的研究表明,绝大多数中国家族企业长期采用的就是家族化治理模式,在正式制度有待完善的背景下,家族式治理模式“恰好为弥补正式制度的缺陷提供了一套天然的克服机制,对企业的创立和发展发挥着重要作用”<sup>④</sup>。企业内部结构如何是企业自己的事情,如果企业认为家族式治理更适合自己的,更利于企业发展,其就不需要向现代企业法人治理结构转变,更不需要检察机关越俎代庖来推动这种转变。

第二,从正当性的角度来说,企业内部治理结构“不先进”“不现代”既不具有道德上的可谴责性,也不具有法律上的可谴责性,更没有结果上的危害性,而企业刑事合规具有刑事制裁的性质,检察机关推动企业内部治理结构的转变无疑逾越了刑事制裁的界限。对于普通公众而言,检察机关的这种越界行为容易给人以刑事制裁体系混乱、公权力随意扩张的印象。具体案件中的检察官也很难认同这种公权力行为的正确性,很容易下意识地对超越其职权的合规整改表示抗拒。可以预见的是,未来如果取消相关“争优”“创新”指标,实务部门将不会对推动企业内部治理结构的转变保持热情。正因为缺乏正当性基础,所以检察机关也不可能以刑事合规为依托,成为推动企业内部治理结构转变的适格主体。

第三,从可行性的角度来说,检察机关面临能力不足的问题。企业治理具有专业性,而我国绝大多数检察官并不具备关于企业治理的知识背景,并不具备具体指出企业的治理结构到底出现了什么问题、应该如何转变的能力,因此容易出现“外行人指导内行人”的情况。这一点从一些实务工作者先入为主地认为“家族式治理”就是落后的治理中体现出来了。我国的涉案企业合规改革试图通过第三方评估机制来解决检察机关能力不足的问题,但在实践中,该机制的运行缺乏专门的人员、经费支持。尤其在人才紧缺、交通不便的偏远县区,组成第三方组织的专门人才多在外地,检察官需要花费大量精力协调第三方组织成员的时间和行程。有检察官表示,这些外地第三方组织成员既不愿意远行,也不明白具体的工作内容,更没有积极参与整改的意愿,很大程度上影响了合规整改工作的开展。<sup>⑤</sup> 针对特定案件的合规工作尚且如此,更遑论无端推动企业治理结构的改变了。

### 三、企业刑事合规中检察权运行之疑

中国的发展必须坚持厉行法治,企业合规的构建必须符合社会主义法治发展的根本方向。法治的核心要义是权力的依法行使,要“依法设定权力、规范权力、制约权力、监督权力”,权力必须是“上下左右有界受控的”。<sup>⑥</sup> 而我国实践中检察权的实际运行有待规范。

① 参见最高人民法院发布的第三批涉案企业合规典型案例第二号。

② 李本灿:《刑事合规的制度边界》,载《法学论坛》,2020(4)。

③ 中国民营经济研究会家族企业委员会编著:《中国家族企业生态40年》,序言2、7页,中华工商联合出版社,2019。

④ 潘越等:《宗族文化与家族企业治理的血缘情结》,载《管理世界》,2019(7)。

⑤ 相关信息来源于本文作者对西部地区某县人民检察院检察官的访谈。

⑥ 中共中央文献研究室编:《习近平关于全面依法治国论述摘编》,128页,中央文献出版社,2015。

### （一）部分改革试点突破现行法

法治领域的改革本身应当具备合法性，司法改革依法进行、于法有据是党的十八大之后我国改革的宝贵经验。党的十八大以后司法领域的重大改革，包括公益诉讼制度、刑事案件速裁程序、认罪认罚从宽制度等都经过了全国人大常委会的授权决定，与此相对，涉案企业合规改革则是由最高人民检察院部署推动的。在未获立法机关授权的情况下，企业合规的改革应在既有法律框架内进行，这是毋庸置疑的。

然而，实践中关于企业合规的试点工作方案不乏突破现行法的情况。例如，有的基层试点单位直接放宽了《刑事诉讼法》关于相对不起诉适用条件的限制，对可能判处3年以上、10年以下有期徒刑的自然人作出不起诉决定。这种做法得到了最高人民检察院的默许。在第三批典型案例第二号案件中，企业中的自然人可能判处3年以上有期徒刑，在第四批典型案例第三号案件中，企业中自然人的行为涉嫌基准刑为66个月的重罪。上述两案中的企业均未被列为追诉对象，但检察机关仍然对公司开展企业合规考察，并基于考察结果对涉嫌重罪的自然人作出不起诉处理。

改革与法治在客观上存在紧张关系，尤其是在法律体系没有形成的情况下，确认和巩固改革成果是立法的重要任务。但中国特色社会主义法律体系已经形成，立法的权威性理应得到改革的尊重。习近平总书记高度重视改革与法治的关系，要求“凡属重大改革要于法有据，需要修改法律的可以先修改法律，先立后破，有序进行。有的重要改革举措，需要得到法律授权的，要按法律程序进行”<sup>①</sup>。改革固然不应抱残守缺，但必须符合法治精神。检察机关自行突破法律进行改革的做法没有依照法定程序获得授权，没有吸收党的十八大之后的司法改革经验，显然不符合社会主义法治发展的根本要求。

### （二）检察机关的权力缺乏事前规范

权力的设定应当严格依法，没有法律依据、未经法定程序，国家机关不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定。我国立法并没有明确授予检察机关对企业进行合规考察、推进企业内部治理的权力，但检察机关仍然通过企业合规的改革实现了权力扩张。需要承认的是，任何权力都有扩张的倾向，且权力的扩张在现代国家并不鲜见，但权力的扩张过程必须符合法治精神，权力的内涵、边界、自由裁量的基准、权责关系等都应在事先明确。然而，在企业合规的实践中，检察机关的权力并未受到有效的事前规范。

第一，个别检察机关可以创设特定类型的义务。立法者、司法者在刑事制裁体系中扮演的角色是不同的。立法者负责对不法行为进行分类，并为每一类行为设定刑罚种类和刑罚幅度。但立法者不了解个体的犯罪人，因此，需要由司法者依照立法者的事先安排，结合具体的案件事实决定刑罚的严厉程度。司法者只能进行量上的选择，或者在既定范围内选择特定种类的刑罚，不能突破立法创设新的义务类型。然而，检察机关却在企业合规改革中同时扮演了立法者和司法者的角色。仅在最高人民检察院发布的典型案例中，检察机关为企业设定的义务就包括修改公司章程、进行内部人事调整、建立合规运行体系、开展合规文化建设等。这些义务有的与企业犯罪直接相关，但有的与企业犯罪关联不大，如要求企业健全基层党组织等。这种角色的僭越实际上意味着检察机关可以向企业提出任何要求且不受任何事前限制，这显然与“把权力关进制度的笼子里”的要求相距甚远。

第二，检察机关对义务类型的设定缺乏统一标准。检察机关不仅可以创设特定类型的义务，而且目前也没有任何机制来确保裁量权行使的一致性。虽然最高人民检察院已经发布了典型案例，但

<sup>①</sup> 习近平：《论坚持全面依法治国》，35页，中央文献出版社，2020。

其主要功能并非推进法律的统一适用,而是“为进一步加强企业合规改革试点工作”<sup>①</sup>。从某种意义上来说,这些典型案例还发挥了规则创制的作用,如前述案件中对于自然人重罪的相对不起诉,也进一步加剧了案件处理的差异性。裁量权的统一适用在维护司法公正、增强裁量决定的可预见性、促进法治发展方面意义重大,尤其在我国的,检察权在本质上是中央事权,各地检察院不是地方的检察院,而是国家设在地方的国家机关,检察机关承担着保障国家法律统一正确实施的职责,检察裁量权本身遵循着统一行使的行动逻辑。因此,检察机关不宜在企业合规中享有不受限制的权力。

### (三) 检察机关的权力缺乏程序制约

法治是程序治理。无论是刑事执法还是行政执法,只要公权力机关向当事人施加实质性负担,必然伴随着程序限制,包括限定执法主体、告知当事人权利、保障当事人获得法律帮助、维护当事人申诉与上诉的权利等。执法人员违反程序规定的,一般还有相应的程序性法律后果。

以传统行政执法、刑事执法的程序标准来审视企业合规程序,就能发现其违背法治精神的问题。其一,检察机关并不保证企业和个人获得法律帮助,聘请律师、会计师等专业人员的费用由企业自行承担。但是,企业合规的技术性十分明显,在缺乏有效法律帮助的情况下,企业很容易盲目接受检察机关或第三方组织提出的整改计划,其自身的正当利益可能因此受损。其二,检察机关可以自行决定由何人、在何时、采取何种方式、对企业进行何种程度的考察,考察程序也没有出示证件、记录、见证等要求。以普遍采用的现场考察为例,没有任何规范指引检察官去企业“看”什么、怎么“看”以及“看”到何种程度,以至于检察官和第三方组织成员普遍对企业合规的操作问题感到困惑,企业也要准备着检察机关随时可能开展的“全面检查”。其三,检察机关可以自行决定变更合规考察期限,不需要经过审批等程序。然而,合规考察期的缩减意味着合规整改推进步骤的压缩,难以回避合规考察有效性以及权力寻租的质疑。

习近平总书记在关于法治的论述中反复强调要增强程序意识、树立程序思维。他指出:“守法律、重程序,这是法治的第一位要求。”<sup>②</sup> 缺乏程序要件的制度是难以协调运行的,如果硬要推行,其结果往往是“治法”存、法治亡。<sup>③</sup>

### (四) 检察机关的权力缺乏事后监督

现代社会对权力进行控制的重要方式是设置事后监督机制,这也是全面依法治国的重要主题。但我国检察机关在企业合规中的权力并没有受到有效监督,权力滥用的风险并不可控。

首先,检察机关在企业合规中形成了权力的“闭环”,其决定不受实质的外部监督。<sup>④</sup> 在域外,引入或计划引入企业合规制度的国家几乎都设计了针对检察机关裁量决定的外部审查机制。加拿大检察官和企业达成的“补救协议”必须得到法院的批准才能生效。<sup>⑤</sup> 英国确立了对缓起诉协议的双重审查程序,在企业与检察机关就协议内容达成一致前,必须获得法院审查;同时,达成后的协议也要经过法官审查。<sup>⑥</sup> 澳大利亚虽然不要求在法官批准缓起诉协议,但要求由退休法官担任“批准官”对协议进行审查。<sup>⑦</sup> 尽管各国司法审查的强度、范围、程序有所不同,但至少都在企业合规中引入了一个外部主体对检察机关的决定进行实质性监督。

① 《最高人民法院关于印发〈企业合规典型案例(第二批)〉的通知》,参见 [https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202112/t20211215\\_538815.shtml#2](https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202112/t20211215_538815.shtml#2)。

② 习近平:《论坚持全面依法治国》,141页,中央文献出版社,2020。

③ 季卫东:《法治秩序的建构》增补版,10页,商务印书馆,2014。

④ 类似观点,参见车浩:《“合规不起诉”的批判性反思》,参见 <https://www.163.com/dy/article/I4QNBVCN0514C1JT.html>。

⑤ Criminal Code of Canada, 715.37(2)。

⑥ Crime and Courts Act 2013, Schedule 17, Part 1, 7(1), 8(1)。

⑦ Crimes Legislation Amendment (Combating Corporate Crime) Bill 2019, Schedule 2, 17D(1)。

我国的企业合规改革虽然也通过引入第三方组织、举行公开听证等方式控制检察机关的裁量权，但其监督效果可能有限。其一，检察机关可以自行决定是否邀请第三方组织、是否举行听证、何时举行听证，且并非所有企业都能得到相同的程序待遇，而域外的司法审查无差别地适用于每一个企业缓起诉或者类缓起诉案件。其二，第三方组织成员、参与听证人员的意见对于不起诉决定没有实质影响力，起诉与否还是由检察机关自己说了算。其三，我国的企业合规整改承诺、第三方组织成员意见、听证会成员意见、检察机关的不起诉决定等材料不公开，公众无法对其进行监督。

其次，检察机关内部没有建立起对违法违规考察的审查程序。企业合规改革推开后，各地为了推进改革“凑案子”的情况屡见不鲜，一些检察机关打出“应搞尽搞”的口号，“假合规”“纸面合规”层出不穷。但截至目前，检察机关尚未构建起内部问责机制，对于在企业合规中侵害企业权益、损害公共利益、突破法律底线的行为，缺乏有效的纠正程序。最高人民检察院在对各地的企业合规进行评价时也主要关注数量。这种权力事后监督机制的缺失实际上与事前限制机制的空白密切相关，没有事前的范围限制，则监督者也很难依据客观标准对裁量决定进行审查。

综上，我国企业合规改革的法治化可谓任重道远。检察机关在改革试点中未获授权即突破法律，其在企业合规中的权力不仅没有事前的范围限制，更缺乏事中的程序制约、事后的必要监督。必须承认，放任企业合规不起诉“于法无据”，是在更大程度上违背法治精神。因此，即便未来推进企业合规的刑事程序立法，也应在授权的同时严格控权。除了细化适用标准、增加程序透明度外，更有效的控权措施是发挥检察一体的作用，适用更严格的审批程序，如必须经过最高人民检察院的核准。

#### 四、余论：检察机关如何保护企业权益

我国企业面临的很多问题不是建立企业刑事合规制度就能解决的。从保护企业权益、服务经济发展的角度来说，当务之急不是另起炉灶，而是要明确行政监管在预防企业违法犯罪中的基础性地位，充分发挥现有制度工具的作用。

第一，“强化行政监管是预防企业违法犯罪的根本应对之道”。<sup>①</sup> 实证研究表明，我国企业家涉嫌的罪名绝大多数属于《刑法》第三章规定的破坏社会主义市场经济秩序罪，以及第六章规定的妨害社会管理秩序罪。<sup>②</sup> 这些犯罪均为行政犯（法定犯），追诉犯罪的前提是企业触犯行政法规，且行政监管失灵、采取行政处罚不足以惩戒。行政犯较之自然犯有更强的专业性、技术性，而检察官仅仅是刑事法律方面的行家，不仅缺乏判断技术性证据的能力，难以精准援引行政法规，更难以对企业的经营行为进行有效监管。因此，预防企业违法犯罪的根本之策是强化行政机关对企业生产经营过程中事前、事中、事后的行政监管，而不是检察机关主导的刑事合规。企业合规计划的制定与实施本质上也应该属于行政监管的职责，检察机关只能起辅助性作用。

第二，加强刑事立案监督。对于影响企业经营发展的长期“挂案”，检察机关应依法行使立案监督职权，而不应附加合规整改条件。<sup>③</sup> 《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》指出，要“及时发现和纠正应当立案而不立案、不应当立案而立案、长期‘挂案’等违法情形”。可见，中央已经认定长期“挂案”属于公安机关违法，纠正“挂案”是检察机关的职责，其履行立

<sup>①</sup> 张泽涛：《论企业合规中的行政监管》，载《法律科学》，2022（3）。

<sup>②</sup> 针对裁判文书网的实证研究显示，在2020年，我国企业家触犯的罪名共计39个，其中可归属于《刑法》第三章、第六章的罪名有25个，且这些罪名占该年度企业家犯罪频次总数的80.8%。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（2020）》，载《河南警察学院学报》，2021（4）。

<sup>③</sup> 有学者从证据不足不起诉的角度论证了刑事合规激励不应成为清理“挂案”工具的问题，但本文认为，公安机关的“挂案”是尚未移送至人民检察院的案件，检察机关不能作出不起诉决定，只能建议撤案。参见孙国祥：《刑事合规激励对象的理论反思》，载《政法论坛》，2022（5）。

案监督职责不应以被“挂案”企业履行特定条件为前提。立案环节是我国刑事诉讼程序的重要过滤机制，对于公安机关不应立案而立案、应当撤案而不撤案的，检察机关应当依法行使监督职权，而不能以合规之名给企业施加额外的合规负担。

第三，依法适用法定不起诉和证据不足不起诉。在司法实践中，公安机关借助刑事手段插手企业的行政违法、民事纠纷问题严重影响企业发展，很多案件根本不应作刑事案件处理，但涉案企业或自然人最终仍被定罪。出现这种现象的原因很多，包括行政违法与刑事犯罪之间的划分标准模糊、刑民交叉案件中民事不法与刑事犯罪难以区分等。<sup>①</sup>但从程序角度来说，作为侦查机关与审判机关之间“谷间带”的检察机关难辞其咎。对于一些本来不应当作犯罪处理的案件，检察机关并不擅长适用法定不起诉和证据不足不起诉，而是常常通过相对不起诉来给公安机关“下台阶”，并通过其他方式“消化”。比如，2019年北京市检察机关共不起诉4392人，其中法定不起诉147人，占比约仅为3.3%。<sup>②</sup>在审查起诉阶段，检察机关往往基于部门关系、考评指标或国家赔偿方面的考虑，允许侦查机关撤回移送审查起诉。在起诉后的审判阶段，检察机关还可以撤回起诉，但这些案件本来就不符合起诉条件，理应在审查起诉阶段通过法定不起诉或者证据不足不起诉予以过滤。

总之，不能期待通过企业合规的刑事程序立法一劳永逸地解决我国企业面临的实际问题。通过充分利用现有的制度工具，检察机关同样能在保护企业权益、促进经济发展方面发挥重要作用。

## Questioning Criminal Procedural Legislation Related to Corporate Compliance

LIU Jihua, WANG Ting  
(School of Law, Renmin University of China)

**Abstract:** There is no solid legitimate basis for criminal compliance, and criminal procedural legislation in this regard should be reconsidered. There is no sufficient study on the actual deterrent effect of criminal compliance and to the actual effect on companies after prosecution. The pragmatic logic can neither justify the practice of criminal compliance in China nor answer the questions about moral principles. The legislation about criminal compliance conflicts with the legal system, infringes the basic doctrines of our criminal procedure system, and could lead to the contradiction between Criminal Procedure Law and other laws that regulate corporate governance. Moreover, the operation of procuratorial power during criminal compliance have serious deficiencies, and to confirm it legally is against the direction of the rule of law. Despite the lack of tools such as deferred-prosecution agreements, prosecutors in China could protect companies' lawful interests and make a difference for economic development through existing instruments.

**Key words:** Corporate governance; Corporate Compliance; Criminal procedural legislation; Deferred-prosecution agreements

(责任编辑 李理 责任校对 李理 王伯英)

① 张泽涛：《行政违法行为被犯罪化处理的程序控制》，载《中国法学》，2018（5）；陈兴良：《刑民交叉案件的刑法适用》，载《法律科学》，2019（2）。

② 北京市人民检察院编：《北京检察年鉴（2020）》，331页，北京力信诚印刷有限公司，2020。