

公司治理的新型机制:商刑交叉视野下的合规制度

崔 文 玉*

摘 要:合规制度作为企业风险防范的重要举措,其作用范围已从企业治理层面扩及刑事司法层面。以实现企业合规要求为目的的辩诉交易制度和暂缓起诉协议制度通过要求违法企业承诺制定以提高公司合规要求为对价的合规计划来换取减轻量刑、延缓对企业的起诉决定的方式,不仅有利于从根本上铲除企业犯罪的制度漏洞,更好地实现刑法的震慑和矫正功能,而且有利于堵塞企业内部治理的漏洞,为企业更好更快地发展打下坚实的基础。英美暂缓起诉协议制度、辩诉交易、日本式司法交易制度对企业犯罪发现和预防作用的不同,为我国相关法律制度的构建提供了有益的借鉴。

关键词:公司治理 企业合规 法人犯罪 暂缓起诉协议 辩诉交易 司法交易

21 世纪之前美国的公司治理结构长期被视为公司治理的典范,但 2001 年发生的“安然虚假报表事件”,不但导致为安然公司进行会计审计业务的世界著名会计师事务所安达信被强令解散,而且使美国以效益为导向的公司治理结构受到质疑,合规要求开始成为美国公司治理中的核心制度。^① 2002 年通过的以消除企业欺诈和舞弊为主旨的《萨班斯法案》,首次将遵守合规要求作为公司的法定义务,进而影响美国的后续立法和其他国家对公司行为的规制。2011 年在日本爆发的“奥林巴斯事件”和“大王制纸事件”曾轰动一时,以强调企业自律和员工忠诚为世人所称道的日本企业家精神轰然倒塌,并成为合规要求进入企业治理结构的导火索。^② 正是在这一背景下,为了防止企业犯罪、恢复日本企业在国际市场上诚信守约的良好信誉,日本正式启动了关于修改公司法的法案,其主要内容是以独立的“审计委员会制度”取代外部董事制度。^③ 韩国也分别在 1999 年和 2014 年相继爆发了明显违背合规要求的“大宇集团虚假报表事件”和“东洋国际虚假报表事件”。^④ 为了通过合规制度从根本上铲除企业经济犯罪的土壤,韩国于 2001 年在金融法中引进了“内部控制标准”“合规监查人”制度,在 2012 年的商法修改中引进了“内部控制标准”“合规支援人”制度。2018 年中美贸易战也对中国的

* 上海大学法学院教授、博士生导师

① See Miram Hechler Baer, Governing Corporate Compliance, 50 Boston College Law Review, 949—961 (2009).

② 落合誠一「企業コンプライアンス確立の意義」ジュリスト NO1438 号(2012 年)13 頁参照。

③ 有吉尚哉「コーポレート? ガバナンス等に関する制度改正の動向と実務への影響 — 近時の企業不祥事を踏まえて —」商事法務 1965 号(2012 年),49 頁参照。

④ 参见《大宇建设 3.896 亿虚假报表》,《首尔经济报》2015 年 9 月 24 日。

企业合规制度建设敲响了警钟。2018年6月美国商务部与中兴公司达成和解协议,其主要内容是由中兴公司将美国商务部“选择的合规部门嵌入该公司”,并由其对未来一定时期内中兴公司的合规行为进行监督和审查。^①此外,以美国为代表的西方国家还经常以中国涉外业务企业违反所在国合规要求为名对中国企业进行“长臂执法”,使中国企业的正常经营活动受到不必要的干扰。^②

由此可见,强调企业必须遵守合规要求已成为一个具有全球性特点的制度设计,也是公司治理的核心从内部转至外部的体现。此外,在经济全球化时代,为了维持企业稳定的可持续经营,必须高度重视合规制度建设,因为企业的合规行为不仅关系到企业境外资产的安全和运营的稳健,而且还直接关系到国家安全^③和国家的国际影响,因此建立符合中国国情和国际经济社会发展趋势的公司合规制度迫在眉睫。

一、公司治理的转型:从内部治理到外部治理的转变

随着时代的发展,企业组织已成为国民经济的一个重要组成部分,其行为也具有一定的公共性。从这个意义上说,公司治理也成为社会治理的一个有机组成部分,并在一定程度上影响社会治理的水平。从各国的经验来看,公司治理是一个非常宽泛的概念,既包括确保公司有效运转的内部管理体制,也包括确保公司高管和员工履行职务符合法律法规、规章制度的体制。从理论上说,良好的公司治理能够有效提高公司合法经营的能力并降低犯罪的可能性。公司治理是股东监督董事、监事等经营层的管理体系,内部控制是董事、监事、高级管理人员履行职务时风险管理及合规管理的体系。合规原则上要求全体员工行为遵守法律法规,日本法规定行为监查主要由监事会、监查委员会、监事在其业务范围内实施,^④韩国法则专设合规监查人制度(风险管理人)和合规支援人制度维护企业合法运营。^⑤从这个意义上讲,我国公司法的忠实义务及注意义务,董事、监事的损害赔偿责任无疑是为了应对公司治理结构。相对而言,刑法学界对刑事合规的研究更为重视,公司合规与刑事合规的问题其实衔接的是企业违法行为的责任追究。亦即随着经济社会的变化,企业合规文化、营商环境的认识也在变化,公司治理结构不完善而违反合规要求的责任由民事赔偿责任转为担负刑事责任,责任承担主体从自然人(高管)扩展到法人(企业)。亦即股东利益最大化的企业理念转换至社会营商环境最大化的理念。

但是,我们也不能不看到,随着社会关系的日趋复杂化,诱发企业犯罪的因素越来越多。加之世界经济一体化和资本国际流动所带来的监管困境,使世界范围内的企业经济犯罪一直居高不下。日趋泛滥的企业犯罪不仅给社会和市场环境带来重大破坏,而且也严重影响企业和社会经济的发展。为了有效遏制企业犯罪,世界各国和国际社会都进行了不懈努力,并推出了一些行之有效的解决方

^① 参见豆花:《2018年中兴事件前因后果始末回顾一览(完整版)》, <https://www.mrcjcn.com/n/274480.html>, 2018-12-01。

^② 《中兴事件大结局:巨额罚款+高层换血+美国长臂管辖,谁是输家?》, <http://news.sina.com.cn/o/2018-06-09/docihescwxc/626012.shtml>, 2018-12-01。

^③ 联合国贸易和发展会议指出,“国家安全”的内涵是“一个国家以及为该国民众、组织的安全,尤其是要保护上述主体不受军事、恐怖主义以及间谍活动的影响”。See UNCTAD, The Protection of National Security in IIAs, UN 2009, p.7.

^④ 日本2007年公布了《内部统治监查标准》,该“标准”称监事实施的内部统治监查标准第2条将《日本公司法》第362条第4款第6项“董事会的权限”界定为“内部统治体系”。

^⑤ 《韩国商法》第542条之13规定了“合规支援人制度”,《韩国金融法》第24条、第25条规定了“合规监查人制度”。

案,其中以要求公司构建合规制度为目的的暂缓起诉协议制度为典型代表。这一制度超越了传统的商事治理和刑事司法治理之间的藩篱,将企业合规要求放到社会治理的大背景之下,从而实现了公司治理完善与社会治理优化的同步发展。根据暂缓起诉协议制度的要求,涉案公司的董事和高级管理人员不仅要遵守公司法的规定,也要遵守国内其他所有法律的规定;不仅要求遵守国内法的规定,同时也要求遵守公司业务所涉及的外国法律和法规的规定。不仅如此,由于法律法规不可能实现对不同企业量身定做的效果,因此要求企业不仅要遵守现有法律法规,而且还必须根据自身的企业规模、业务内容、市场环境等因素制定适合本公司要求的合规制度。值得注意的是,由于各国所处的社会环境和社会文化的差异,加之各国立法着力点的不同,所以在企业合规制度的具体设计上各国存在明显的差异。例如,虽然英国的暂缓起诉协议和日本的司法交易制度均引自美国,但它们在本土化过程中都不同程度地融入了一些本国的元素。在对法人进行处罚的理论依据上,美国采用的是“代位责任”理论,而英国和日本采用的则是“同一理论”。

所谓刑事合规包含所有客观事前必要的或者事后被刑法认可的规范性、制度性以及技术性的属于某一组织的措施,这些措施的相对方可以是组织的成员、商业合作者,也可以是国家或者社会大众。^① 其核心要素通常包括行为准则、管理层参与、合规监查人、内部培训、举报制度、纪律措施、监控与审计、评估与改善等内容。其基本要求是上述的各项要素不仅被企业规定为制度,而且被有效贯彻和遵守,从而形成良好的法人守法文化。^② 对刑事合规的概念应该从多个方面进行理解,本文主要从国际化、全球化视角分析针对不合规企业的处罚性措施,其主要作用是通过暂缓起诉协议和司法交易的方式,在对企业施以必要经济制裁的同时,督促企业改善合规措施以完善公司治理体系,减少公司继续犯罪的可能性。^③ 由此可见,这一制度设立的目的并非通过判处企业有罪并对其课以刑罚的方式来惩罚企业,而是通过外部施压的方式,督促法人与执法机构合作,以完善公司内部治理体系、强化公司合规制度建设和增强合规意识为目的,预防与控制公司经营管理活动可能产生的经济犯罪风险。^④ 目前合规计划立法最完备、执法最严的是美国,此外英国、加拿大、日本、俄罗斯、意大利、西班牙等国也通过立法或者判例接纳了这一制度。就具体立法模式来说,美国、英国、加拿大等国采取的是暂缓起诉协议,日本采取的是兼具暂缓起诉协议和辩诉交易双重特征的司法交易制度。

二、暂缓起诉协议:抑制、控制企业犯罪抑或节约司法资源

在促进企业合规经营方面,最具典型意义的是美国的暂缓起诉协议制度。为了更有效地预防、遏制企业犯罪,美国除了构建较为完备的暂缓起诉协议制度之外,还建立了成熟的辩诉交易制度。美国的暂缓起诉协议制度与辩诉交易制度的主要区别是:辩诉交易系在诉讼程序进行中,检察官以在量刑上减轻、豁免罪行为条件,换取被告人的有罪答辩,以实现认罪、减轻量刑的双赢结果。即辩诉交易侧

① 参见[德]托马斯·罗什:《合规与商法:问题、内涵与展望——对所谓的“刑事合规”理论的介绍》,李本灿译,载赵秉志主编:《刑法论丛》2016年第4卷,法律出版社2017年版,第12页。

② See Stefano Manacord, Francesco Centonze and Gabrio Forti, Preventing Corporate Corruption, Springer, 2014, p.365.

③ See Stefano Manacorda, Francesco Centonze and Gabrio Forti(eds.), Preventing Corporate Corruption, Springer, 2014, p.334; Stefano Manacorda, Francesco Centonze and Gentonze and Gabrio Forti(eds.), Preventing Corporate Corruption, Springer, 2014, p.365.

④ 参见周振杰:《企业刑事责任二元模式研究》,《环球法律评论》2015年第6期。

重于对企业既有行为的评价,并不涉及对企业未来行为的安排,其目的主要是为了节约司法资源,提高司法效率。而暂缓起诉协议则侧重于对企业治理结构的完善,并对不合规企业予以高额罚金制裁。目前很多国家均不同程度地引进了美国暂缓起诉协议、辩诉交易制度并根据自己的国情进行了适当改造。由于各国的法律治理理念和立法目的不同,因此在引进的重点上也有所差异,并由此形成了以英国为代表的以暂缓起诉协议为主导的治理模式和以日本为代表的以辩诉交易为主导的法律治理模式。

(一)美国的暂缓起诉协议制度及其主要内容

为了遏制企业犯罪,美国制定了完备的有助于提高企业合规经营要求的法律,主要包括税法、证券法、反垄断法、金融法(主要是反洗钱法)、反腐败法、商业秘密保护法、经济间谍法、千禧年版权法、外资投资风险评估现代化法、出口管理法等法律和法案,其适用对象涵盖在业务上以任何方式与美国有连接点的本国公司和外国公司。^①以《美国海外反腐败法》(The Foreign Corrupt Practice Act, FCPA)为例,该法有两个经常被引用的条款:反贿赂条款和会计条款。反贿赂条款禁止向官员行贿,禁止受美国法律管辖的任何人向任何国家的任何政府官员支付、承诺支付或者授权支付任何现金、礼物或者“任何有价之物”,以获得业务或者业务优势;会计条款则主要规制上市公司的财务记录与内控。在量刑上,违反会计条款的责任要远重于违反反贿赂条款的责任,后者的每一次违反行为的罚金为25万美元以下和5年以下的有期徒刑;而违反前者的行为的罚金上限为500万美元,有期徒刑最长可达20年,且均可以根据犯罪次数叠加计算。值得注意的是,受美国法律制裁的不仅限于直接责任人(行为人),而且还包括公司高管和公司本身,即对于公司的违法运营决策负有直接责任的高级管理人员和公司也可能被追究法律责任。另一部与合规制度密切相连的法律是《美国联邦量刑指南》,该法在1991年增设了第八章“组织量刑”,其中明确将合规制度作为减免组织犯罪处罚的条件,并对合规计划的判断标准进行了完整的阐述,规定:“在发生法人犯罪行为之际,若其内部存在有效合规计划,可据之减轻其刑事责任”。其具体要求包括:(1)法人组织需要建立标准和程序来预防和发现犯罪行为。(2)法人组织的管理阶层应当熟知合规和伦理计划的内容和操作,负责监督合规和伦理计划的实施并保证其有效性;该组织中的特定个人应当被授权对合规和伦理计划有日常的运营责任,并应当被给予足够的资源和适当的权力。(3)执行合规和伦理计划的人员应具有履行职务的条件和能力并保持足够独立性。(4)法人组织应当采取合理的步骤,以实际的方式,就合规计划的标准、程序和其他方面与管理层人员、高层人员、实质性权力人员等进行定期交流。(5)法人组织应当采取包括监督和审计在内的合理措施保证合规计划被遵守,并对合规计划的有效性进行定期评价。(6)通过对符合合规和伦理计划的行为予以奖励和对从事违法行为和懈怠行为予以惩罚的方式,保证合规计划在整个法人组织内部被持续地推广和执行。(7)在犯罪行为被发现后,法人组织应当采取合理手段对犯罪行为予以回应,并且预防未来相似犯罪行为发生,包括对该组织现存的合规和伦理计划进行必要的修改。^②

在司法实践中,大部分的刑事案件都可以通过司法交易来处置,企业犯罪中更有90%以上的案件属于司法交易的管辖范围。在传统模式下,司法交易主要是通过辩诉交易实现的,但从20世纪末

^① See DOJ & SEC, A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition, 2012, p.3.

^② See United States Sentencing Commission, 2011 Federal Sentencing Guidelines Manual, 转引自周振杰、赖祎婧:《合规计划有效性的具体判断:以英国SG案为例》,《法律适用(司法案例)》2018年第14期。

开始,暂缓起诉、不起诉交易有逐步增长的趋势。^① 开始主要是为了节省时间和费用,适用的数量非常有限,全国平均每年仅为 2 件左右。在 2001 年的“安然虚假报表事件”之后,暂缓起诉协议、不起诉协议司法适用的目的开始转向增强企业的合规要求,适用的数量也在不断增长,年度最高适用 39 件。^② 从制度定位来说,同卡特尔犯罪一样,暂缓起诉协议、不起诉协议也因能够迅速解决新型企业犯罪而被广泛适用,因此既被定位为经济犯罪案件的解决方法,也被定位为促进公司合规以减少犯罪发生的一种方法。与此相适应,暂缓起诉协议的内容也发生了一定变化,除包括传统的支付罚款条件之外,还要求企业必须:(1)改善治理结构、内部合规和对受害者进行补偿;(2)为验证合规的效果,用企业费用选任独立监察人;(3)举报其他企业违法行为。从实证研究结果来看,对检察官来说,由于可以选择运用辩诉交易和暂缓起诉协议、不起诉协议的功能,因此具有很大的灵活性和制度优势。对企业来说,暂缓起诉协议既不强迫其进行有罪答辩,罚金等协议内容也可通过与检察官的司法交易进行讨价还价,不利后果通常处于可预测的范围之内,因此较易为企业所接受。值得注意的是,虽然暂缓起诉协议、不起诉协议有诸多优点,但时至今日以有罪答辩为基础的传统辩诉交易仍在很多领域被广泛采用。据统计,从 1997 年到 2011 年间在美国确认的公司和检察官之间通过谈判解决的刑事案件共 486 件,其中通过暂缓起诉协议处理的有 66 件、通过不起诉协议处理的有 91 件、通过传统的辩诉交易处理的有 329 件。^③ 由此可见,相对于暂缓起诉协议、不起诉协议来说,辩诉交易在数量上仍占有压倒性的优势,暂缓起诉协议、不起诉协议并不能完全取代辩诉交易。

(二)英国对暂缓起诉协议制度的引入及本土化

1. 英国暂缓起诉协议制度的适用概况。英国原本对各种司法交易均持消极态度,但在削减司法成本的压力之下,为了解决因经济犯罪给社会带来的巨大损失和由此衍生的众多社会问题,2013 年 4 月 25 日英国正式引进美国的暂缓起诉协议制度,^④并于 2014 年 2 月 24 日开始实施。自实施以来,先后在 2015 年的“南非标准银行案”^⑤、2016 年的“XYZ 公司案”^⑥、2017 年的“罗尔斯—罗伊斯公司

^① See Judicial Business 2015, Table D—4. U.S. District Courts—Criminal Defendants Disposed of, by Type of Disposition and Offense.

^② See Arthur Andersen LLP, Petitioner v. United States, <https://www.law.cornell.edu/supct/html/04-368.ZO.html>, 2020-11-12.

^③ See Missouri v. Frye, 132 S.Ct. 1399, 1407 (2012).

^④ See Crime and Courts Act 2013 (Commencement No. 8) Order 2014, http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2014/258/pdfs/ukxi_20140258_en.pdf, 2017-12-13.

^⑤ 2015 年,英国反严重欺诈办公室在坦桑尼亚达成了第一个暂缓起诉协议,标准银行被勒令支付 2 520 万美元,并要求向坦桑尼亚政府进一步支付 700 万美元的赔偿金。See <https://www.sfo.gov.uk/cases/standard-bank-plc/>, 2018-12-01.

^⑥ XYZ 是简称,由于相关刑事诉讼程序尚未结束,因此公司名字未被公布,该公司宣称对贿赂腐败的违法行为负责,通过暂缓起诉协议,接受 650 万英镑的罚款处理。See <https://www.sfo.gov.uk/2016/07/08/sfo-secures-second-dpa/>, 2017-12-13.

案”^①、“乐购案”^②中均采取了暂缓起诉协议。其原因在于,对检察官来说,暂缓起诉协议能迅速处理涉诉案件且能避免普通刑事诉讼适用程序中所产生的高昂费用和诉讼结果的不确定性,因而受到欢迎。对企业来说,由于在刑事上一旦被判决有罪,那么其商誉将受到致命的影响,因此对暂缓起诉协议也抱有明显接受态度。根据英国法的解释,所谓暂缓起诉协议,是检察官就特定的企业犯罪行为(主要是经济犯罪)与犯罪嫌疑人之间达成协议,如果法院同意适用暂缓起诉协议,则犯罪嫌疑人将同意支付约定罚金并遵守配合侦查等约定义务。^③ 检察官向法院提交书面的暂缓起诉协议及其他诉讼程序所要求的文件,针对企业的诉讼程序将自动停止。在协议约定期间,犯罪嫌疑人违反约定义务,该暂停程序就会被解除。协议约定期间届满,判定犯罪嫌疑人已履行了约定义务犯罪诉讼程序将自动终止。^④ 值得注意的是,在英国只有检察官才有权基于公共利益的判断而决定是否适用暂缓起诉协议程序,犯罪嫌疑人无权要求适用暂缓起诉协议程序。^⑤ 其主要原因在于:根据英国法的解释,刑法的主要目的在于确保国民安全,要旨在于杜绝犯罪的根源,防止危险侵害事件的重复发生,因此通过采取罪罚相适应原则,在对违法者进行纠正的同时又使受害者得到必要赔偿,这远比对犯罪嫌疑人进行单纯的刑事处罚效果更好。^⑥

2.英国引进暂缓起诉协议制度时的主要争议及本土化实践。英国在引入暂缓起诉协议制度时遇到的最大障碍是其长期奉行的单罚制模式。2012 年英国在对暂缓起诉协议制度征求意见时,^⑦发现检察官是不能对企业犯罪直接提起诉讼的,即从理论上说法人仅是拟制的自然人,并无刑事责任能力,因此法律上是无法直接惩罚企业的。^⑧ 为此,通过采用自然人行为的“代位责任”和“同一理论”的法律技术,才使企业的刑事责任问题得到基本解决。^⑨

为指导商业组织制定与实施合规计划,并为判断合规计划的有效性提供法律依据,英国司法部颁布了《2010 年贿赂罪法适用指南》(以下简称《指南》),明确指出在判断特定商业组织的合规计划是否有效之际,应根据《指南》的基本原则,结合个案具体情况和环境逐案进行判定。《2013 年刑事法院法》的第 45 节中,专门制定了适用于暂缓起诉协议条款规定的 17 项清单。根据这一清单,暂缓起诉协议可广泛适用于包括欺诈、受贿和洗钱等在内的多种犯罪和不正当行为。^⑩ 暂缓起诉协议条款应

① 2017 年 1 月 17 日,罗尔斯-罗伊斯公司与检方签署了暂缓起诉协议。这是英国有史以来最大规模的单一调查,耗资 1 300 万英镑,涉及约 70 名反严重欺诈办公室人员,经过 4 年调查,暂缓起诉协议所覆盖的行为发生在印度尼西亚、泰国、印度、俄罗斯、尼日利亚、中国和马来西亚等 7 个国家。See <https://www.sfo.gov.uk/cases/rolls-royce-plc/>, 2018-12-01.

② 乐购公司与检方签署了暂缓起诉协议,支付近 1.29 亿英镑的罚款以及反严重欺诈办公室的全部调查费用。See <https://www.sfo.gov.uk/2017/04/10/sfo-agrees-deferred-prosecution-agreement-with-tesco/>, 2018-12-01.

③ See Article 1 and Article 2 of Annex 17 of The Crime and Courts Act 2013.

④ See Article 9 of Annex 17 of the Crime and Courts Act 2013, UK.

⑤ See Suspension of Prosecution Agreement Code of Practice 2.1.

⑥ See Polly Sprenger, Deferred Prosecution Agreement—The Law and Practice of Negotiated Corporate Criminal Penalties, Sweet & Maxwell, 3.31.

⑦ See Consultation on a New Enforcement Tool to Deal with Economic Crime Committed by Commercial Organisations; Deferred Prosecution Agreements(CP9/2013).

⑧ See Interpretation Act 1978.5 Supplementary Clause 1.

⑨ See SFO David Green September 5, 2016 Cambridge Symposium 2016(Jesus College, Cambridge), <https://www.sfo.gov.uk/>, 2017-12-13.

⑩ 参见周振杰、赖祎婧:《合规计划有效性的具体判断:以英国 SG 案为例》,《法律适用(司法案例)》2018 年第 14 期。

当公平、合理、均衡,并经法院批准后执行。协议达成后,由检察官负责对犯罪嫌疑人遵守暂缓起诉协议条件的情况进行监督,如果犯罪嫌疑人有违规行为发生,则可以对其追加起诉。法院根据盖然性权衡判断犯罪嫌疑人有无违规。如果确认公司违规,法院可以对违规行为采取纠正措施,或终止暂缓起诉协议的执行。

3.对英美暂缓起诉协议制度的简单比较。英美两国暂缓起诉协议制度的主要目的都是为了解决对企业经济犯罪的矫正问题,均非以判处企业有罪并课以一定的刑罚为目的。在具体操作上,作为检察机关,通过要求企业完成自主报告和开展内部调查方面与检察机关进行全面合作,并通过完善避免违法事件再次发生的防范措施等方式实现对企业犯罪预防与犯罪惩罚相结合的目的。英国的暂缓起诉协议制度与美国的主要区别在于:在美国是将暂缓起诉协议、不起诉协议制度作为解决企业刑事犯罪的主要手段,而在英国仅在原有诉讼制度的前提下将暂缓起诉协议制度作为补充性的制度适用。就程序控制来说,虽然暂缓起诉协议、不起诉协议在美国适用较为广泛,但由于美国暂缓起诉协议、不起诉协议的适用系由检察机关直接认定,缺乏必要的司法监督,因此透明性较差。而英国暂缓起诉协议制度的适用除了须由检察机关同意外,还须经法院的最终认可,从而保证了适度适用的科学性。就适用效果来说,由于美国对企业相关人员的认定非常广泛,而且基于不以过失为条件的代理理论,所以企业很容易成为被处罚的对象,特别是基于“长臂管辖”原则,境外企业也可能受到这一制度的管辖。而在英国,引进暂缓起诉协议制度主要是为了克服因同一理论而无法对企业特别是大企业进行处罚的缺点,在适用范围上表现得比较克制。

4.英国暂缓起诉协议制度本土化的借鉴意义。为了克服美国司法监管较薄弱的缺陷,英国暂缓起诉协议制度在设计上突出两个方面:一是引入法院的审查审批机制,对于检察官提出的暂缓起诉协议适用申请,即在最终协议签署之前,法院要经过2次审查和批准,分别是暂定阶段的审查和最终协议签署阶段的审查,并将其作为暂缓起诉协议发生效力的必要条件。其目的是通过法院和检察院的双层司法监督机制来提高暂缓起诉协议制度适用的透明度,防止在执法过程中出现不正当处罚现象。二是限缩了暂缓起诉协议制度的适用范围,将适用对象限制为法人或其他组织,个人则排除在暂缓起诉协议制度的适用之外。这一修改更加符合暂缓起诉协议制度建立的初衷。因为暂缓起诉协议制度主要应以改善企业守法环境为目的,以一定期限内企业完善内部合规为基本要求。因此企业如果在规定期限内未达标,暂缓起诉协议将会被终止执行,刑事起诉也会被重新激活。

美国暂缓起诉协议制度的主要特点是由检察官决定是否对犯罪嫌疑人延期起诉,同时要求企业支付制裁金,并采取改善治理结构和补充内部合规等措施。对这一制度的批评者认为,美国的刑事诉讼制度赋予了执法者过大的自由裁量权,在法院不参与的情况下,检察官兼任法官、陪审团的角色,使得其可以进行选择性执法。因此,与其说暂缓起诉协议制度是一种诉讼机制,毋宁说是一种威胁机制。由于受到国家的威胁,犯罪嫌疑人有可能被迫支付与实际所犯罪行不成比例的巨额罚金。此外,虽然早在21世纪初期美国就开始推行辩诉交易,强化有罪答辩,但暂缓起诉协议制度的出台使得许多公司的犯罪被豁免,并压缩了辩诉交易的适用空间。为此,英国政府强调不能照搬美国暂缓起诉协议制度,而应对其目的和原则进行本土化的改造。按照英国政府的观点,虽然暂缓起诉协议制度并非着眼于判处犯罪嫌疑人有罪,但仍必须以某种量刑为目的。强调暂缓起诉协议制度必须贯彻透明性和一贯性原则,且有利于实现合理处罚、抑制、减少犯罪、矫正犯罪人、保护国民、赔偿受害人的目的。

三、司法交易:发现、降低企业犯罪的制度

(一)美国的辩诉交易制度及其法律实践

与暂缓起诉协议制度相类似的另一项制度是辩诉交易制度。美国也是少数同时采用暂缓起诉协议制度和辩诉交易制度的国家之一,且其适用范围经历了从自然人到法人的扩张过程。所谓辩诉交易是指在法官开庭审理之前,处于控诉一方的检察官和代表被告人的辩护律师进行协商,以检察官撤销指控、降格指控或要求法官从轻判处刑罚为条件,换取被告人的认罪答辩。^①当然被告人也可以通过揭发他人的方式获得法院的从轻判决。前者称为“自己负罪型”辩诉交易,后者称为“信息提供型”辩诉交易。但在现实生活中大部分的辩诉交易表现为以有罪答辩为前提的“自己负罪型”辩诉交易,揭发他人犯罪的“信息提供型”辩诉交易仅占 5%。^②辩诉交易之所以在英美法系国家得到普遍运用,主要得益于英美法系国家司法资源利用上的效率化原则。而在大陆法系国家由于将维护正义设定为刑法的基本价值,因此在刑事定义上认为司法是不能进行交易的,从而极大限制了这一制度的引入,因此直到目前,大多数大陆法系国家均没有明确引进辩诉交易制度。

(二)日本辩诉交易制度的变型——司法交易制度

1. 日本司法交易制度的基本情况。随着社会经济关系的日趋复杂,世界范围内的企业商业贿赂行为愈加猖獗,涉及的国家越来越多,就连企业信用较高的日本也不能幸免。2012 年,日本的日辉控股股份有限公司因在尼日利亚对外国公务员行贿,违反《美国海外反腐败法》而被检举。^③2014 年,日本丰田公司在美国因安全性失误被刑事起诉,后与美国司法部达成司法协议(暂缓起诉协议),支付高达 12 亿美元的罚金。^④为了配合国际社会反商业贿赂行动,2016 年通过的《日本刑事诉讼法》修订案中引进了辩诉交易制度并将其改造成独具特色的“司法交易”制度,该项制度于 2018 年 6 月正式施行。日本司法交易制度主要由两个部分组成:一为“协议、同意制度”,即嫌疑人或被告揭发他人犯罪事实,可以换取检方免于起诉或减轻求刑的处理,适用于企业犯罪、毒品犯罪和贪污受贿等案件,以促进对有组织犯罪案件的侦破;二为“刑事免责制度”,在案件审理时,当作为证人证言可能导致本人被追诉时,检察官需承诺不以法庭证言内容追诉。根据《日本刑事诉讼法》第 350 条之 2 之规定,司法交易对合作者的主要优惠条件包括:(1)不起诉;(2)轻罪起诉;(3)取消起诉;(4)起诉后变更为轻罪;(5)以即判简易程序处理;(6)依罚金或罚款的略式命令处理;(7)轻徒刑。但犯罪嫌疑人获得轻罪的条件是必须如实供述,如作虚伪供述并由此牵连到无辜第三人,则会被判处 5 年徒刑(《日本刑事诉讼法》第 350 条之 15)。

2. 日本司法交易制度的特点。严格限制辩诉交易的适用范围,仅适用于举报他人实施的犯罪或

① 参见陈卫东、刘计划:《我国庭审能否引入“辩诉交易”——中国诉讼法学会刑事诉讼专业委员会 2002 年年会讨论综述》, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2002/09/id/12386.shtml>, 2020-11-12。

② 高見健次郎「アメリカにおける司法取引制度の実情調査報告 海外レポート(第 100 回)」自由と正義 2 月号(2016 年)68 頁参照。

③ 参照「FCPA の拡張的解釈が再び日本企業に及ぶ: ナイジェリア贈賄スキャンダルに関連する FCPA 違反による起訴事例で和解した二番目の日本企業」, <https://www.justice.gov/opa/pr/jgc-corporation-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay-2188>, 2017-12-13。

④ 参照「トヨタ、急加速問題の隠ぺい認め制裁金 1200 億円米司法省と和解」, <https://www.afpbb.com/articles/-/3010644>, 2014-03-20。

共同犯罪,从而最大限度地发挥辩诉交易挖掘信息的功能。因此从某种程度上说,尽管日本的司法交易制度是参考美国的辩诉交易制度而设计的,但又超越了美国辩诉交易制度的局限,最大限度地维护了诉讼程序的正义要求。不仅如此,这一制度在某种程度上也有助于推进公司合规制度的建设。因为企业经营者和事业主由于担心自己的罪行被供述,所以不得不强化合规计划,并完善相关的风险管理体系。因此许多公司内部都建立了“认罪从宽制度”,对于那些主动向公司申告不正当行为的员工,给予减免惩戒处分及减轻对公司承担的民事责任。这不仅有助于防止公司犯罪,还可以维持良好的公司信誉。

3.日本司法交易制度本土化的借鉴意义。日本只引进了美国的“信息提供型”辩诉交易,而并没有引进“自己负罪型”辩诉交易。日本之所以只引进“信息提供型”辩诉交易并附带引进美国免责制度,旨在鼓励揭发共犯,以解决企业犯罪侦查困难的问题。当下,在商事犯罪日益增多、复杂、智能、跨越国界实施的情形下,辩诉交易虽可能有助于发现犯罪、节省刑事侦查成本,但各界仍忧虑可能造成企业内部高管和员工的失信,影响商人内部团结,降低商事组织内部互信和效率,从而可能最终增加社会总体成本之支出。

四、商事合规与刑事合规联姻的中国道路

从世界范围的发展趋势来看,无论是暂缓起诉协议还是辩诉交易,都从单纯的刑事合规领域扩及兼具有刑事合规和公司治理完善双重功能的制度设计,对法人犯罪的惩治与预防路径也由传统的以个人责任为前提的一元模式,逐渐转变为将个人责任与组织责任相对分离的二元模式。

从演变历史来看,以反腐败为主要内容的企业合规制度,在全球领域主要是作为增强商业组织自律,防范国际化企业的竞争风险,维护交易安全,并从企业内部阻断腐败犯罪的诱因,实现公司治理结构的透明性,防范履行职务中不法行为,提高发现、检举违法行为几率的机制而使用的。^① 不过这一制度在最近几年却时有被不恰当地用作国际贸易战的工具。例如,最近几年中国企业的跨国并购屡屡受阻,^②美国以中兴通讯公司涉嫌向伊朗出口受管制产品为由对其运用暂缓起诉协议制度进行制裁。2019年1月,日本奥委会主席竹田恒因涉嫌违反于2017年6月生效的《法国萨宾 II 法案》而以涉嫌行贿在法国受到调查。^③ 根据该法案,大企业必须制定旨在防止腐败行为发生的守则并保障其执行。如果企业或高管未尽预防腐败之义务,高管和企业均将面临严厉处罚。同时企业将被判处在法国反腐败局(AFA)最长5年的监管下,建立完备的反腐败内控机制,并且由此产生的监管费用全部由受监管公司承担。由此可见,企业的合规行为在某种程度上已经上升为国家的外交行为和司法战略行为,企业间的竞争行为也被扩张到国家层面的政治竞争行为和战略竞争行为。从企业角度而言,维护交易安全是重中之重,为防止受到他国的“长臂执法”,企业必须建立完备的合规制度,使自身

① 参见周振杰、赖伟婧:《合规计划有效性的具体判断:以英国 SG 案为例》,《法律适用(司法案例)》2018 年第 14 期。

② 2016 年 12 月 2 日,美国总统奥巴马宣布禁止中国企业“福建宏芯投资基金”收购德国半导体制造商爱思强(Aixtron),参见《奥巴马叫停中企收购德企,背后站着 CFIUS》,https://world.huanqiu.com/article/gcakrnjz9Cs, 2018-12-01。2018 年美国当局加强监管,蚂蚁金融收购美国速汇金、海南集团收购华尔街对冲基金公司等超大型企业并购受挫,参见薛雍乐:《美国叫停蚂蚁金服收购 外交部回应:望提供公平环境》,http://finance.sina.com.cn/chanjing/_gsnews/2018-01-03/doc-ify_qiwuw5916408.shtml, 2018-12-01。

③ 参照「なぜ JOC 竹田会長を贈賄疑惑でフランスが訴追するのか」? 政治・経済・国際関係,https://skawa68.com/2019/01/12/post-7532/, 2019-11-11。

的行为于法有据。

(一)中国是否存在与暂缓起诉协议、辩诉交易功能相同的制度

我国与暂缓起诉协议、辩诉交易制度最为相近的制度无疑是“认罪认罚从宽制度”。^①所谓认罪认罚从宽是指犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行,对于指控犯罪事实没有异议,同意检察机关的量刑意见并签署具结书的案件,可依法从宽处理。根据《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第67条的规定,犯罪以后自动投案并如实供述自己的罪行的,属于自首行为,可以从轻或者减轻处罚。在实践中,对于犯罪较轻且主动认罪认罚的,可以免除处罚。^②可见,《刑法》中的自首减刑、立功从轻制度与辩诉交易制度具有异曲同工的效果,犯罪嫌疑人通过向司法机关交代自己的罪行以实现自首减刑,与“自己负罪型”辩诉交易有相似功效;而向司法机关检举他人罪行以获得减刑,与“信息提供型”辩诉交易有相似功效。

自2016年全国人大常委会通过“认罪认罚从宽制度试点决定”在北京、上海、南京等18个城市开展认罪认罚从宽制度试点工作以来,各地都出台了实施细则,并取得了一定的阶段性成果。^③但各地关于认罪认罚案件证明标准的规定并不完全一致,大体上有4种类型:(1)严格坚守法定证明标准;(2)要求主要犯罪事实清楚、主要证据确实;(3)要求犯罪构成要件事实清楚、排除合理怀疑;(4)要求主要犯罪事实清楚、基本证据确实充分。其中第一和第二种最为严格,第四种放宽幅度最大。在放宽证明标准时又区分了速裁程序、简易程序与普通程序,对于适用速裁程序和简易程序审理的认罪认罚案件,则进一步降低证明标准。实际操作中法官、检察官和警察等实务工作者压倒性支持证明标准差异化,放宽证明标准。^④认罪认罚从宽制度的主要缺陷是:该制度的设计主要侧重于提高诉讼效率,且其适用对象也主要限于自然人,对企业的合规制度建设作用并不明显。

(二)我国如何实现企业合规制度与刑事司法制度的有机结合

从各国的立法与司法实践来看,合规制度主要由内部行为准则、举报与受理机制和制裁机制3个核心部分构成。^⑤我国企业合规制度的完善也应当着眼于这些基本要求,同时要注意将刑法的惩罚、威慑功能与企业的合规制度建设密切结合起来,为此有必要积极引进美国的暂缓起诉协议制度并进行必要的本土化改造。我国的认罪认罚从宽制度到2018年9月为止试行期已结束,2018年10月26日,全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》(以下简称《决定》),《决定》共有26条,与认罪认罚从宽制度直接相关的有13条。认罪认罚从宽制度贯穿于刑事诉讼的全过程,涉及辩护、强制措施等基本制度。认罪认罚从宽制度既不同于日本的以企业犯罪为中心、以发现、遏制经济犯罪为目的的辩诉交易制度,也不同于美国以维护交易安全为目的、通过巨额经济制裁强迫企业在一定期间内完善合规制度的暂缓起诉协议、不起诉协议制度。认罪认罚从宽制度虽然包含对

① 2016年9月3日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议正式通过《全国人大常委会关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》。

② 参见张景义、李文广、赵炳松、权伍琦:《聚焦国内“辩诉交易”第一案》, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2002/08/id/9780.shtml>, 2017-12-13。

③ 截至2017年11月底,18个试点地区共确定试点法院、检察院各281个,适用认罪认罚从宽制度审结刑事案件91121件、涉及103496人,占试点法院同期审结刑事案件的45%。其中检察机关建议适用的占98.4%。

④ 参见孙长永:《认罪认罚案件的证明标准》,《法学研究》2018年第1期。

⑤ See Philip A. Weller, Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions, 27(1) Cardozo Law Review, 478-498(2005).

犯罪行为人在量刑上从轻从宽、要求犯罪嫌疑人返还不当得利、对受害人进行赔偿、对法人处以罚款等内容,但其主要目的还是为了节省宝贵的司法资源,并不能起到督促企业合规的目的。为此有必要引进美国的暂缓起诉协议制度,这既有利于保障我国企业国际化活动的合法合规性,也有利于管理境内跨国企业的合法、合规经营。具体来说,日本的司法交易制度虽然在维护本国市场交易安全、发现、控制企业犯罪方面有其独到作用,但相对来说,美国的以经济制裁为主、以防范国外企业危害本国市场交易安全以及危害企业环境行为为目的的暂缓起诉协议制度更符合我国的需要。就国内企业来说,在国内市场基本饱和的情况下,“走出去”无疑会成为许多企业的发展战略,而走出去面临的最大挑战就是违法和违规的风险。因此通过强化企业海外投资经营行为的合规管理,使企业遵守投资所在国法律法规及符合公司治理结构,不仅能帮助企业适应国际市场规则,增强竞争力,而且也是企业防范风险的必要措施。^①就国内市场来说,暂缓起诉协议制度有利于构筑良好的企业运行环境,通过要求企业健全合规经营制度,实现合规制度与刑事司法的有机结合,可以有效预防跨国企业在国内市场的违法行为,不仅能解决跨国企业在国内的不正当行为的刑事处罚问题,而且可以通过经济制裁减轻司法机关的压力,从而提高市场的运行效率。

在引入暂缓起诉协议制度的过程中,有必要借鉴英国暂缓起诉协议制度的本土化经验,引入法院的审查审批机制,提高制度的透明性要求。同时将暂缓起诉协议制度的适用范围严格限制为大规模企业,将其他类型的组织和个人排除在外,以节约司法资源。

除暂缓起诉协议制度之外,我国还应引进美国的辩诉交易制度。但在具体制度设计上可考虑将认罪认罚从宽制度改造成辩诉交易制度,并对其内容进行丰富和完善,具体内容包括:针对疑难经济犯罪行为可放宽适用证明标准,法院在审查认罪认罚案件时,应确保被告人认罪的控辩双方达成合意(即控辩双方无异议)的犯罪事实清楚,并有相应的证据支持。在适用认罪认罚从宽制度时,为了保护信息提供者的合法权益,应完善相应的保护措施,对此可借鉴美国、德国、日本等国辩诉交易制度的做法,允许犯罪嫌疑人在律师的帮助下与检察院进行协商。^②就制度生存环境来说,由于我国对法人犯罪实行的是两罚制度,根据《刑法》第30条、第31条之规定,公司企业实施不当行为的应当承担刑事责任。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚,对单位处以罚金。^③因此,同时引进英美暂缓起诉协议和辩诉交易制度在法律依据及实效性方面并不存在障碍。并且暂缓起诉协议和辩诉交易并行存在还可以充分发挥两种制度的功能互补作用。就制度设计目的来说,暂缓起诉协议制度通过暂缓、不起诉并辅以一定的经济制裁,其目的并非单纯地处罚企业,而是督促企业提出改善合规的计划。当然,美国的暂缓起诉协议制度对外资企业而言还有一个附属目的,即通过经济制裁,维护本国市场环境和保护本国企业。我国在立法上对本国企业和外国企业应抱一视同仁的态度,其目的更应着眼于营造公平的市场环境。而辩诉交易制度或司法交易制度,则是通过违法企业的主动行为,对认罪者、举报者与合作者,在量刑上进行减轻或豁免处罚,因此这一制度对发现企业犯罪、降低犯罪率、减少司法资源的浪费、缓解诉讼难等问题有较大优势。

① 合规管理的具体内容包括定期排查梳理企业海外投资经营业务的风险状况,重点关注重大决策、重大合同、大额资金管控和境外子企业公司治理等方面存在的合规风险,妥善处理、及时报告,防止风险扩大蔓延。

② 参见[德]约阿希姆·赫尔曼:《德国刑事诉讼程序中的协商》,王世洲译,《环球法律评论》2001年第4期。

③ 除此之外,相关条文还有《中华人民共和国刑法》第164条规定:“为谋取不正当利益,给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物,数额较大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,数额巨大的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”。

此外,为了帮助企业提高自我预防能力,建议在《刑法》中规定单位缓刑制度。为了避免罚金的溢出效应以及应对犯罪单位不能支付罚金等特殊情况,可以考虑在《刑法》第 73 条之后加上一条,作为第 73 条之一,规定单位缓刑制度。^①

五、结语:刑事合规进入公司治理

随着国家安全的定义不断扩大,经济犯罪的类型和范围也发生了显著变化。在民事领域,传统公司治理的改善主要依赖于公司法律制度本身的完善,与此相适应,构建有效的企业治理结构也被认为是专属于管理人的职责。

然而,近年来这一情况已悄然发生变化,已从以高管承担民事赔偿责任为主的公司治理模式转变为以法人承担刑事合规责任为主的公司治理模式,即从过去因形骸化的组织结构所造成的对公司、第三人损失的责任承担由高级管理人员承担的民事赔偿责任扩张至法人的行政、刑事责任,刑事合规责任的影响力也从公司治理扩张到国家政治、经济领域。这一观念已影响到对司法领域的相关认知。以日本大阪地方法院 2000 年 9 月判决的“大和银行纽约分行的巨额损失事件”股东代表诉讼一案为例,^②该案一直被作为公司法视野下母公司董事和监事未尽到监督、监视义务而承担民事赔偿责任的典型案列,其作用也主要限于构筑有效的公司治理结构。不过今日在理论界和司法实务界都对其进行了重新解读,将其从单纯的公司治理案例升级为企业合规的典型案列来定位,并作为公司治理和企业合规管理相衔接的司法保障措施。这表明在资本现代化时代,企业合规制度已超越商事治理拓展至刑事领域,其目的也从改善公司经营上升到保障社会经济环境和国家安全的高度。这一发展趋势值得我们高度关注。

目前我国正处在经济社会的转型升级阶段,各种社会矛盾错综复杂。在此背景下如何综合发挥各种调节手段的优势以促进经济社会的平稳发展是我国立法不得不考虑的一个重要问题。暂缓起诉协议制度和辩诉交易制度作为兼具促进企业合规发展、遏制经济犯罪、节省司法资源多种价值功能的法律制度设计在许多国家曾发挥了显著作用。当然,具体法律制度的选择既有赖于特定的政治经济环境,也体现了一国的政治、经济治理战略。但这不能作为我们拒绝或延缓引进先进制度的理由。就我国的具体情况来看,我国既有对这些制度的强烈需求,同时引进这些制度也无理论和制度障碍,因此有必要尽快通过立法程序将这些制度上升为明确具体的法律规定,以为我国的公司治理提供新的路径。

责任编辑 翟中鞠

^① 参见周振杰:《惩治企业贿赂犯罪合作模式之提倡》,《云南社会科学》2016 年第 4 期。

^② 参照加藤亮太郎「大和銀行ニューヨーク支店損失事件株主代表訴訟第一判決:内部統制と取締役の責任について」滋賀大学経済経営研究所,彦根論叢 331 卷(2001-06)。