

小微企业刑事合规研究

秦宗文

〔摘要〕 小微企业占我国企业总量的绝大多数,涉企犯罪主体也多为小微企业,推进小微企业刑事合规具有重要现实意义。与大型企业相比,小微企业经营管理的制度化特性较弱,更具个人化色彩。当前刑事合规理论与司法实践存在“两张皮”现象。传统刑事合规理论以大型企业为假定对象,在小微企业刑事合规情境中面临实践难题。小微企业刑事合规可重点从以下方面推进:确立国家援助的合规模式;以专项和简约为推进原则;以共享思维推进合规建设;增强小微企业在刑事合规中的获得感;调动检察官适用刑事合规的积极性;制度建设与对个人约束并重;强化外部力量对合规的过程监管等。

〔关键词〕 刑事合规;小微企业;企业合规;合规援助;过程监管

近年来,在最高人民检察院的积极推动下,刑事合规已经不再仅仅是刑事法研究领域的热点问题,已经从理论探讨走向司法实践。相关信息表明,修改刑事诉讼法并确立中国特色的刑事合规制度,将是大概率事件。我国刑事合规研究源自对国外理论的借鉴,起步仅有数年时间。国外刑事合规理论与实践以大型企业为假定对象,这使得研究者对小微企业能否适用刑事合规产生了较大分歧。如陈瑞华教授认为,“合规不起诉制度应尽量适用于大型企业,对中小微企业应当慎重适用。”^①小微企业刑事合规的司法实践亦处于初步探索阶段,对理论争议尚不足以作出有说服力的回应。但现实问题是,我国企业绝大多数为小微企业,涉企犯罪主体也多为小微企业。如果刑事合规将小微企业排除在外,那么其理论与实践价值将大打折扣。如何将原本立足于大型企业的刑事合规适用于小微企业,构建适合我国国情的小微企业刑事合规制度,尚有诸多问题需要研究。

一、小微企业刑事合规的现实意义

我国现有企业中,小微企业占绝大多数。^②2018年末,在全部规模企业法人单位中,小微企业占

秦宗文,法学博士,南京大学法学院教授、博士生导师(南京210093)。本文系司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目(20SFB4044)的阶段性成果。

^①陈瑞华:《企业合规不起诉改革的八大争议问题》,《中国法律评论》2021年第4期。

^②根据国家统计局发布的《统计上大中小微型企业划分办法(2017年)》,按从业人员、营业收入、资产总额等指标,并结合企业所在行业的特点,可以将中小企业划分为中型、小型、微型三种。小微企业即小型企业、微型企业、家庭作坊式企业、个体工商户的统称。

比 98.5%。^① 我国小微企业提供了全国 80% 的就业岗位,拥有 70% 左右的专利发明权,贡献了 60% 以上的 GDP 和 50% 以上的税收。^② 小微企业在稳定就业、扩大内需、推动技术创新等方面都起着重要作用。

小微企业在发展中也面临着诸多困难,如小微企业是技术创新的重要力量,但不少科技创新行为却与现行规范存在冲突,企业因创新而涉嫌犯罪的案例屡见不鲜,以至于需要最高人民检察院统一追诉政策。^③ 再如,因为信用不高、实力不足,小微企业在融资方面困难重重。国家虽然采取了多种措施支持小微企业发展,但现实中不少小微企业获取资源的渠道仍然不畅,不少小微企业因融资压力而走上犯罪道路。“民营企业家的犯罪多集中在企业融资上,大多数都是为了缓解企业的经营困难迫而不得已实施了犯罪。”^④特别是新冠肺炎疫情导致的营商环境变化,给小微企业营运带来了新的压力。2021 年前 11 个月,小微企业的注销数量在二十年来第一次超越新注册企业数量。^⑤ 在各种压力之下,一些小微企业在法律边缘试探,不少行为涉嫌犯罪。

企业犯罪后,刑事追诉不但会使企业财产因罚金而直接受损,还会使企业因“污名化”而遭受间接损失,如丧失准入资格、商业信誉受损等。这将使企业在市场竞争中处于劣势地位,甚至等于直接“出局”。“刑事法律风险正在成为企业发展的约束性瓶颈,企业一旦遭遇刑事法律风险,轻则元气大伤,重则一蹶不振。”^⑥同时,每个企业都是经济网络的一环,企业被追诉也会殃及善意的客户、员工、股东、债权人甚至社会公众,造成连锁反应,最终形成国家、员工、社会成员的“三输”局面。为适应企业犯罪有别于自然人犯罪的特点,以美国为代表的发达国家逐步转变思路,由单纯的惩罚过渡为更多地强调通过刑事合规对企业进行内部再造,既要避免再次发生犯罪,又尽可能维持企业存续发展。

我国企业犯罪呈高发态势。2015—2019 年,全国检察机关受理审查起诉经济犯罪案件人数的平均升幅为 8.9%。^⑦ 由于小微企业占我国企业总量的绝大多数,加之小微企业生存环境面临更多挑战,当前涉企犯罪主体多为小微企业,涉企犯罪人员也绝大多数为小微企业管理人员与技术骨干。

对涉企犯罪,如果大量起诉相关企业和人员,会影响企业生存、人员就业和社会稳定,不利于落实中央提出的“六稳”“六保”政策。^⑧ “六稳”“六保”最重要的是稳就业、保就业,关键在于保企业,要努力实现让企业“活下来”“留得住”“经营得好”的政策目标。^⑨ 但如果对犯罪的小微企业“一放了之”,导致企业违法成本过低,则既对合法经营的企业不公平,又不利于促进企业整改和依法合规发展。积极推进小微企业刑事合规,在刑事责任方面从宽处理涉案小微企业及相关人员,可以实现“保企业”的目标;同时,刑事合规对涉案小微企业所施加的内部环境重塑任务,也有利于营造公平竞争的市场环境。

①国家统计局普查中心:《中小微企业成为推动经济发展的重要力量——第四次全国经济普查系列报告之十二》,2019 年 12 月 19 日, [https://app. www. gov. cn/govdata/gov/201912/19/452158/article. html](https://app.www.gov.cn/govdata/gov/201912/19/452158/article.html).

②《央行行长:小微企业贡献 80% 的就业 50% 的税收》,2018 年 6 月 14 日, [https://www. sohu. com/a/235733000_135869](https://www.sohu.com/a/235733000_135869).

③参见最高人民法院 2016 年 7 月发布的《关于充分发挥检察职能依法保障和促进科技创新的意见》。

④陈磊:《将企业合规制度纳入刑事法制》,《法治日报》2020 年 12 月 14 日,第 4 版。

⑤佚名:《今年逾 400 万中国小微企业结业》,2021 年 12 月 31 日, [https://www. zaobao. com/realtime/china/story20211231-1228390](https://www.zaobao.com/realtime/china/story20211231-1228390).

⑥陈磊:《民营企业面临刑事案件高发态势 专家建议:将企业合规制度纳入刑事法制》,《法制日报》2020 年 12 月 14 日,第 4 版。

⑦丁靓:《最高人民法院:在企业合规管理方面,将通过履职办案进一步主动作为》,2021 年 9 月 6 日, [https://m. thepa- per. cn/baijiahao_12971748](https://m.thepaper.cn/baijiahao_12971748).

⑧“六稳”和“六保”是中央基于中美经贸摩擦和新冠肺炎疫情所提出的稳定经济基本盘的政策。“六稳”,即稳就业、稳金融、稳外贸、稳外资、稳投资、稳预期。“六保”,即保居民就业、保基本民生、保市场主体、保粮食能源安全、保产业链供应链稳定、保基层运转。

⑨参见《最高人民法院关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》第 3 条。

二、当前刑事合规理论与实践的错位

我国企业刑事合规理论研究源自对国外理论的借鉴,以大型企业为假定适用对象,但随后开展的企业刑事合规司法试点因应我国特殊的政治经济条件,以小微企业为主要适用对象,这使得我国企业刑事合规理论与实践出现结构性错位。

(一) 理论研究以大型企业为假定对象

企业合规起源较早,但其与刑事司法的结合始自 1991 年的《美国联邦量刑指南》,并在 2002 年的安达信案后,成为美国企业犯罪的主流处理方式。此后,刑事合规在各国处理涉企犯罪中得到广泛重视和应用。企业刑事合规兴起的原因在于,各国在处理涉企犯罪过程中逐渐意识到,以单纯的刑事手段处理企业犯罪往往得不偿失。如安达信案中,虽然安达信事务所仅被罚款 50 万美元,但在被起诉后,其主营业务资格被取消,一年之内其员工数额从 85000 降至不足 2000 人,公司受到毁灭性打击,大量员工失业,美国经济也因此受到影响。正如当时一位检察官所言:“我们起诉了一个企业,换来的只是区区 50 万美元的收益,却导致全球第一大会计师事务所分崩离析,美国经济遭受重创。”^①以刑罚压力推动企业内部变革,以合规治理防范企业再次犯罪,被认为是惩罚企业违规行为与平衡公共利益需求的更合理选择。

刑事合规是国家与企业防范犯罪的合作行为,而企业成为合格合作者的重要条件是企业内部有可供利用的治理体系,能通过企业内部治理体系的调整和完善防范企业犯罪,从而减轻国家预防与治理犯罪的压力。建立完备的内部治理体系可以给企业带来很多正收益,但也往往意味着更多的运行环节,更低的运行效率,最终导致更高的运行成本。承受刑事合规成本的能力通常与企业的规模成正比。“制定与实施合规计划的高额成本对中小企业仍然是个难题。”^②因而,国外刑事合规的理论与实践是围绕大型企业展开的。

我国刑事合规理论源于对国外相关理论的学习与借鉴,在既定的话语体系下,不自觉地以大型企业为假定研究对象。多数意见将小微企业视为不合格者,要求将其排除在合规对象之外。如有学者主张,“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。”^③

(二) 司法实践以小微企业为主要对象

我国理论界对刑事合规的研究以大型企业为假定对象,但实务操作则呈现完全不同的景象。大型企业内部管理相对完善,抗风险能力较强,在市场经济中因为生存压力而违法犯罪的风险相对较低。而小微企业自身实力有限,应对环境变化的能力较低,市场信誉普遍不高,遇到风险时较难获得社会资源支持。因而,小微企业为生存而以犯罪的方式获取社会资源的可能性更高,这就导致当前涉企犯罪主体以小微企业为主。特别是疫情压力下,小微企业的生存环境更为严峻,中央和地方虽采取了多种措施对小微企业进行纾困,^④但小微企业的生存环境依然不容乐观。除了经济政策上的帮扶外,对小微企业因经营问题所涉及的刑事责任风险,予以一定的司法帮扶,也是非常必要的。企

^①陈瑞华:《企业合规的基本问题》,《中国法律评论》2020 年第 1 期,第 188 页。

^②[美]菲利普·韦勒:《有效的合规计划与企业刑事诉讼》,万方译,《财经法学》2018 年第 3 期。

^③崔文玉:《公司治理的新型机制:商刑交叉视野下的合规制度》,《法商研究》2020 年第 6 期。

^④余颖:《让中小微企业活下来活得好》,《经济日报》2020 年 2 月 14 日,第 9 版。

业刑事合规正是对小微企业进行司法帮扶的有力举措。

企业刑事合规不是单纯的司法改革措施,其有很强的服务大局的政治性。最高人民检察院领导在推进企业合规工作试点时指出,要“提高政治站位,切实增强工作的积极性主动性,自觉从更有利于经济社会发展、更有利于国家长治久安的角度思考问题、谋划工作。”^①在应对经济下行压力,保市场主体的要求下,检察机关在涉企犯罪中积极试点刑事合规制度处理案件,小微企业成为主要适用对象。“截至2021年11月底,10个试点省份共办理涉案企业合规案件525件。”^②所涉企业几乎均为小微企业。

当前我国企业刑事合规理论与实践的“两张皮”现象,一方面导致理论研究难以为实践提供有效支持,合规试点处于摸索前行的状态;另一方面也阻塞了实践经验向理论转化的通道,妨碍贴近国情的刑事合规理论的有效形成。

三、小微企业刑事合规的特殊难题

小微企业在我国经济运行中的重要性和在涉企犯罪主体中的高比重,凸显了探索小微企业刑事合规理论及其实践路径的重要意义。破解刑事合规理论与实践的结构性错位难题,首先要厘清小微企业与传统刑事合规理论的抵牾之处。

(一) 小微企业的个人化色彩与传统刑事合规的制度化要求不匹配

小微企业的发展与其创始人密切相关。“从实践来看,大多数成长良好的小微企业创始人往往拥有某类专有技术或专有资源,……这是小微企业获得竞争优势的重要来源。”^③同时,企业生存发展所依赖的外部关系网络也往往与创始人个人绑定。为保护技术、资源和关系网络,小微企业对“外部人”常有警惕之心,往往以家族企业的形式存在。创始人控制着企业的核心资源和重要决策,核心管理团队则多以亲缘与血缘关系为纽带,彼此信任度较高。这有利于提高决策效率和降低代理成本,但不利于建立制度化的治理机制。小微企业的成功或失败与创始人关联度极高,企业带有浓厚的个人特质。而企业刑事合规的要义是通过制度化的约束机制防范企业触犯刑事风险,或在企业犯罪后通过制度补正防止再次违反刑事法律。“企业刑事责任原则关注的核心不再是个人,而是企业本身的组织状况和管理方式。”^④刑事合规对制度力量的期望与小微企业的个人化色彩有较大冲突。这也是研究者主张对小微企业“应当慎重适用”刑事合规的重要原因。^⑤

(二) 小微企业内部难以容纳异质监督者与合规监督的独立性不匹配

小微企业的家族化色彩使其管理更多地依赖于管理者之间的私人信任而非制度化的约束。创始人居于信任网络的中心位置,处于整个管理团队的支配地位。小微企业的管理架构往往比较简单,它有利于迅速贯彻领导者的意志,提高团体运行效率。专事监督的内部“挑刺者”会显得格格不入,也会损害管理团队的信任机制,很难长久存在下去。这种情况下,在企业内部很难找到创始人之外的能对管理团队进行监督的独立力量。由于创始人的关键地位,小微企业犯罪往往是在创始人主

^①孙凤娟:《涉案企业合规改革试点检查调研座谈会召开》,2021年12月17日, http://news.jcrb.com/jszx/202112/t20211217_2347779.html。

^②孙凤娟:《涉案企业合规改革试点检查调研座谈会召开》。

^③李拯非、张宏:《创始人特质、家族涉入与小微企业成长》,《东岳论丛》2020年第6期。

^④孙国祥:《刑事合规的理念、机能和中国的构建》,《中国刑事法杂志》2019年2期。

^⑤陈瑞华:《企业合规不起诉改革的八大争议问题》。

导下实施的,谁来有效监督创始人就成为难题。而“有一个独立而有权威的合规团队”是刑事合规的基本要素之一。^①这就出现了小微企业难以容纳异质监督者与合规独立监督要求之间的矛盾。

（三）小微企业生存周期短与合规追求的长久经营目标之间不匹配

我国大多数小微企业产品、服务同质化现象严重,综合实力较弱,企业之间竞争激烈,这导致相当大比例的小微企业存续时间较短。我国小微企业的平均寿命只有6.8年,与大、中型企业比较,其死亡率分别高约23.6倍和6.9倍。^②不少小微企业管理者对企业后续发展的预期不高。而企业合规建设的基本目标是使企业能长久经营下去,不至于因犯罪而被迫终止或经营陷于困境。因此,对企业发展预期不高的企业管理者,花费大量成本和精力进行合规建设的积极性往往也不高。

（四）小微企业合规的积极性与合规建设所需要的高投入不匹配

刑事合规所需的成本对小微企业来说是不小的压力。当前小微企业刑事合规的成本主要体现在三方面:(1)企业合规计划制定、执行中的专业服务费用。小微企业通常没有合规建设所要求的专业人员,需要聘请外部人员完成,这就需要支出专业服务费用,如律师、注册会计师、注册税务师等服务费用。(2)执行合规计划的投入,如组建合规机构,设置合规管理岗位,组织合规培训等。(3)第三方组织运行成本。第三方组织的人员既包括检察人员等公务人员,也包括律师、会计师等社会专业人员。公务人员参与企业合规,属于履行工作职责,不需要额外支付报酬,但第三方组织的运行保障、社会专业的服务费用属于合规成本。在一些地方的试点中,上述费用由涉案企业负担。这对于经营状况不理想的小微企业是不小的开支。“对于企业来说,只有在合规的经济成本小于没有合规的成本时,企业才会考虑使用合规”。^③面对当前刑事合规的高成本,小微企业自然要考虑是否值得投入。此外,无形资产对于大企业的生存发展至关重要,其之所以有积极性进行刑事合规,很大程度上是着眼于维护无形资产。而小微企业品牌形象弱,声誉有限,公司生存高度依赖管理者的个人资源,其更关注投入产出比,控制生产管理成本。刑事合规建设需要付出大量财力、精力,而短期又不一定有直接的回报,这就会影响小微企业的合规积极性。在无需过多考虑无形资产损失的情况下,小微企业违法犯罪后,一些管理者宁可再成立一家新公司,也不愿费时费力进行刑事合规。

四、小微企业刑事合规的基本路径

小微企业因规模差异而带来的特殊性,不能否定其作为市场主体的一般性。刑事合规理论虽源于国外大型企业的实践,但并不意味着其仅能适用于大型企业,当前缺少的是贴近小微企业特点的深入理论探索。根据我国小微企业的特点,推进小微企业刑事合规,可尝试以下新思路。

（一）确立国家援助的合规模式

“刑事合规是犯罪预防自治化与私权化的表现形式”,^④国家期待通过企业自律减轻国家预防犯罪的压力。因而,在大型企业刑事合规建设中,国家主要起监督职责,具体合规建设则在律师、会计

^①陈瑞华:《论企业合规的中国化问题》,《法律科学》2020年第3期。

^②杨晓、任萍:《小微企业内部控制制度完善对策研究——以汉中市小微企业为例》,《西部财会》2016年第11期。

^③[德]托马斯·罗什:《合规与刑法:问题、内涵与展望——对所谓的“刑事合规”理论的介绍》,李本灿译,赵秉志主编:《刑法论丛》(2016年第4期),北京:法律出版社,2016年,第367页。

^④[德]弗兰克·萨力格尔:《刑事合规的基本问题》,马寅翔译,载李本灿等译:《合规与刑法:全球视野的考察》,北京:中国政法大学出版社,2018年,第70页。

师等专业人员协助下自主进行。基于积淀成本、经济实力等因素,大型企业有较强的动力自主进行合规建设。与之比较,小微企业的动力显然不足。但多数情况下小微企业并非没有合规建设的愿望,因为小微企业同样有积淀成本;小微企业存续时间短、管理者对未来预期不高,通常是由于客观环境所限,并非管理者主观上不愿将企业长期经营并发展壮大。从实践情况看,一些小微企业合规建设积极性不高,多数系经济压力所致。企业合规能给国家与企业带来双赢的结果,对于有意愿而无力进行合规建设的小微企业,国家若任其放弃而追究刑事责任,对国家与企业都是损失。因此,刑事合规不纯粹是小微企业的私权行为,而是有一定的公益属性。

这种公益属性要求国家对有心而无力的小微企业进行适度援助。合规援助在性质上类似于对自然人的法律援助。但企业是营利性组织,企业责任也不涉及生命、自由等价值判断,而是更纯粹的经济考量。如果合规费用全部由国家承担,就会出现盈利了归企业,犯罪后由纳税人承担成本的不正常局面,因而,可考虑由企业与国家分担合规成本。小微企业合规所涉及的成本中,对第三方组织的专业人员服务费用,可以确定合理标准,采取政府购买服务方式解决。对第三方组织的其他运行成本,如办公费用,由地方财政包揽。对于企业外聘专业服务费用 and 内部执行合规计划的费用,可由企业与政府按比例分担。如果分担后企业承担相关费用仍有困难,但企业发展潜力较大,合规意愿强烈的,可由企业提供经营困难证明材料、必要的抵押,由第三方管委会协调金融机构,通过有抵押的低息贷款方式,帮助企业完成合规建设。

当小微企业需要刑事合规援助时,由企业提出申请,第三方组织对合规必要性和合规成本进行评估,并根据评估结果决定是否援助及分担比例。国家承担的比例根据挽救的必要性、企业的支付能力等因素决定,但除极例外情形,如国家急需的高新技术企业,一般不能由国家承担全部合规费用。

（二）以专项和简约为推进原则

大型企业刑事合规是为预防企业刑事风险或在触犯刑事法律后进行的内部系统性再造,其涉及面广,需要配置专门人员,投入大量资金。以2018年国务院国有资产监督管理委员会印发的《中央企业合规管理指引(试行)》为例,其所指的“合规管理,是指以有效防控合规风险为目的,以企业和员工经营管理行为为对象,开展包括制度制定、风险识别、合规审查、风险应对、责任追究、考核评价、合规培训等有组织、有计划的管理活动。”^①其基本要求之一是“全面覆盖。坚持将合规要求覆盖各业务领域、各部门、各级子企业和分支机构、全体员工,贯穿决策、执行、监督全流程。”^②为此,需要设立专门的合规委员会,并明确企业内部管理机构 and 人员的合规职责、完善业务管理制度和流程等。这就导致了大型企业合规的高成本,没有雄厚的资金难以完成合规任务。如为完成世界银行的合规要求,湖南建工集团大幅度增加合规人员和经费,企业负责合规的人员超百人,合规费用每年达8亿元人民币。^③传统刑事合规的高成本对大多数小微企业是较大压力,小微企业合规计划的制定和执行应以简约、专项为基本原则。

所谓专项是指根据小微企业已犯或有较高风险触犯的犯罪类型,以防范一类或几类犯罪发生为目标制定合规计划和推进合规建设。专项刑事合规的目标单一,不以全面防范小微企业犯罪为假设目标。如小微企业因行贿犯罪而被要求合规建设,如果此类事项只有企业家本人能决策,那么合规建设的目标人员就仅限于企业家本人,而不涉及其他管理人员。相应的合规监管、合规培训、合规审

^①《中央企业合规管理指引(试行)》第2条。

^②《中央企业合规管理指引(试行)》第4条。

^③陈瑞华:《企业合规的基本问题》,《中国法律评论》2020年第1期。

计、举报制度、风险发现与调查等制度设计也以企业家为对象。并且,这种合规建设仅以防止行贿犯罪为目标,对企业家可能触犯的其他犯罪行为,如偷税行为,则不在考虑之列。小微企业业务单一,从司法实践看,小微企业犯罪具有明显的地域化、类型化特征,对其他罪名较少涉及。如果因为小微企业涉嫌某一类犯罪而要求其以防范所有犯罪为目标进行大而全的刑事合规建设,是不必要的资源浪费。专项合规的另一出发点是,根据自然人犯罪的规律,绝大多数人因某一类犯罪被不起诉后,经历的诉讼过程及可能面临的刑罚后果往往能对其起到足够的吓阻,其以后也较少会再犯其他罪行。小微企业犯罪与企业家缺乏刑事风险意识、存在从众心理或侥幸心理有很大关系,而刑事合规足以让其警醒。虽然刑事合规试点时间不长,这一判断尚未得到充分验证,但基于企业家在小微企业经营中的关键作用,相信可以达到类似的效果。可以期待,经过专项合规规制的小微企业家会更注意企业的全面合法经营问题,避免再次触法。

所谓简约,是指小微企业刑事合规以简单、相当程度有效为目标,对完备性和有效性不过分苛责。大型企业推进刑事合规建设时,往往会建立合规委员会,由数量众多的专门人员负责合规工作;而小微企业可以不设专门的合规人员,可以由合适的企业内部人员兼任,也可以聘请外部兼职人员。简约也决定了对小微企业合规的有效性不能持过高标准,其一般可低于大型企业。如果将大型企业刑事合规的有效性标准比作刑事证明中的“排除合理怀疑”,小微企业合规有效性的标准则视为民事证明中的“优势证明”。因为过高的合规有效性追求,必然要求合规计划和执行的高标准,从而造成合规的高成本,最终导致小微企业不愿进行刑事合规建设。“半个面包好过没有面包”,小微企业刑事合规需要在成本与有效性之间取得一个平衡点。

(三) 以共享思维推进合规建设

大型企业业务种类多、环节多,人员数量大,更依赖通过制度进行管理,因而,大型企业往往有较庞杂的规章制度。制度越复杂,不同企业之间的制度共通性就越小,某一合规方案的通用性就越低,因而,大型企业的合规方案往往要求量身定制。合规方案无法分享也就意味着相关成本将由企业独立承担,这也是大型企业合规成本居高不下的原因之一。小微企业业务比较单一、人员数量少,内部管理相对简单,更多依赖于创始人的“人治”,这客观上减少了制度需求。过于复杂的制度化合规要求与小微企业的实际需求不匹配,既无必要,也增加了合规成本。因而,与大型企业比较,小微企业合规中的制度建设应是相对粗线条的。这种粗线条虽然无法实现精细化管理目标,但也为合规的通用性提供了可能。良好的合规方案可以作为其他小微企业,特别是同行业小微企业合规的基准。因为小微企业刑事合规需要同时对创始人进行强化约束管理,制度的相对粗线条可以通过对人的管理来弥补,而对企业家的管理更容易以类型化的规范进行要求,因而,对小微企业刑事合规应以共享思维予以推进。共享意味着可复制性,即一个小微企业的合规样本可以直接为同行业内的其他小微企业所借鉴使用。这要求在推进小微企业合规中,应注意分析小微企业犯罪的行业共性因素,制度建设应以这些共性因素为基础。

以共享思维推进合规建设,并不意味着忽视小微企业刑事合规的个别化需求。但相对于大型企业的“定制”型合规,小微企业的刑事合规是在“共享”模板下的微调。这种共享的合规模板意味着合规成本的分担,可以降低单个企业的合规成本,这与小微企业经济实力不强的特点是相适应的。如果由国家资助小微企业推进刑事合规建设,共享思维可以减少公共资源的投入。

(四) 增强小微企业的合规获得感

小微企业参与刑事合规动力不足,很大程度上源于对成本与收益的衡量。除了努力降低合规成

本外,增强小微企业在刑事合规中的获得感,是提高其参与积极性的重要条件。根据目前司法实践情况,可着重从以下方面着手:

其一,创设企业犯罪附条件不起诉制度,适度扩大适用范围。当前试点中,一些开展刑事合规的案件往往犯罪情节轻微,即使企业没有承诺开展合规建设,一般也倾向于作不起诉处理。这种情况下,附加合规条件的不起诉,对企业而言是增加了负担。企业没有“真获得”,“真整改”的动力就不足,影响合规效果。之所以出现这种情况,主要是当前立法将附条件不起诉仅适用于未成年人犯罪,试点不能突破立法,难以给予小微企业更多的激励。在立法上确立企业合规附条件不起诉制度,适度扩大适用范围,对充分发挥刑事合规制度的作用是必要的。

其二,对被起诉的小微企业及相关人员,将刑事合规作为新的从宽情节。刑事合规出现于认罪认罚从宽制度之后,根据现有的司法解释,在企业犯罪中,认罚是指企业愿意接受司法机关的处罚,并且积极退赃退赔、赔偿损失,不包括刑事合规。企业退赃退赔、赔偿损失后,相关人员即可获得认罪认罚从宽制度内含的量刑奖励。如果将刑事合规作为认罚的体现,无疑给企业增加了额外的负担,这将影响企业刑事合规的积极性。从性质上讲,刑事合规可以视为认罪认罚的体现,但应通过司法解释将其作为新的量刑情节。对具备其他认罚情节并进行刑事合规建设的企业,在企业罚金和有关人员量刑方面应予以更大幅度的从宽。

其三,让主动进行事前合规的小微企业享受更多优惠政策。衡量小微企业刑事合规的成效,不但要看涉案企业合规的效果,还要看对其他小微企业的影响,看能否达到“合规一个,影响一片”的预防效果。如果其他企业能在涉案企业的影响下进行事前合规,避免犯罪行为的发生,合规效果就是最佳的。如前所述,小微企业事后合规的积极性尚不高,能主动进行事前合规的小微企业更少。调动小微企业事前合规的积极性,除了司法机关对事前合规的小微企业及其责任人员在强制措施、不起诉和量刑方面的从宽处理外,还应推动政府在税费减免、资质评定、评先评优以及行政处罚方面给予此类企业更多的优惠政策。

(五) 调动检察官的适用积极性

刑事合规是多方受益的刑罚替代机制,但相对于直接起诉涉案企业和人员,检察官对符合条件的企业未必有启动刑事合规建设的积极性。这一点在小微企业犯罪中会更为突出。一方面,相对于正常起诉涉案企业及犯罪嫌疑人,刑事合规需要检察官耗费更多的精力和时间。检察官在考虑适用刑事合规时,除了对案件事实要有充分把握外,还要对企业“量身体检”,全面调查了解企业经营规模、发展情况、信用信息、行业评价、社会贡献、司法诉讼活动信息以及刑事处罚后可能造成的影响等。这些信息并非定罪量刑所必要,检察官在起诉案件时通常不需要了解。即刑事合规通常会增加检察官的工作强度。基于理性人立场,检察官对增加工作强度的改革一般并不热心,刑事简化程序改革的历史已充分说明了这一点。^① 这一点对小微企业更为不利。大型企业相对完善的制度保障了信息生成的制度化,检察官较易获得相关信息进行合规判断。而小微企业个人化色彩浓厚,透明度较低,检察官获取合规信息的难度大,更依赖于检察官的个人调查。这使检察官对小微企业刑事合规的热情尤为不足。另一方面,刑事合规可能给检察官带来更多的个人责任风险。我国刑事诉讼以有罪必诉为底色,对因合规而不起诉等可能导致程序终止的行为,承办人可能被以徇私滥权的“有罪推

^①1996年刑事诉讼法第一次确立简易程序,之后经过普通程序简化审改革,2012年刑事诉讼法修改扩大简易程序适用范围,2014年速裁程序改革,2016年认罪认罚从宽制度试点,我国一直在努力提高刑事简化程序的适用率,但效果一直不理想。其重要原因就是适用简化程序处理案件,往往会增加司法人员的工作强度,难以得到一线司法人员的真正支持。这种状况直到2019年最高人民检察院提出认罪认罚从宽制度的适用率提升至70%左右的指标后,方才真正改变。

定”眼光加以审视。各种执法检查中,不起诉的案件历来都是重点关注对象。合规条件的判断带有较强的主观性,如对企业发展前景的评估,难免仁者见仁。这使启动刑事合规的检察官面临非议的风险。一些检察官为避免不必要的嫌疑,对案件秉持能诉则诉的立场,这是我国不起诉率长期低位徘徊的重要原因之一。作为案件分流机制,检察官在刑事合规中也面临此种选择难题与责任风险。

解决上述问题,可从三方面入手。

第一,从政治高度促使检察官树立“能合规尽合规”的理念。小微企业是否适用刑事合规,难以清晰的“硬”标准对其进行衡量,检察官的判断不免带有一定的主观性,合规与否可能取决于承办人的一念之差。刑事合规是一种新的涉企犯罪案件分流方式,其对社会、涉案企业和相关人员的利益能进行更好的平衡。检察官能否深刻理解刑事合规的公益性,从法律效果与社会效果相统一的角度摆脱“就案办案”思维,将对刑事合规的适用产生重要影响。最高人民检察院对刑事合规的政治、社会意义已有充分的阐述,下一步是在全体检察官中树立“能合规尽合规”的理念,在符合条件时尽可能对涉案企业做合规分流。以“能合规尽合规”理念冲淡传统的有罪必诉思维,有助于削弱检察官因适用刑事合规而被“有罪推定”的责任风险,鼓励其积极适用刑事合规。

第二,调整绩效考核,鼓励检察官积极适用刑事合规。绩效考核指标是检察官业务行为的指引。在引导检察官树立积极合规理念的同时,绩效考核指标上也要做相应的调整。检察机关现有的“案-件比”绩效考核机制是以效率为基本导向,其与更侧重社会效果的刑事合规不完全兼容。如刑事合规的调查与考察往往需要较长时间,当前审查起诉的时间通常不足,可能需要通过延长期限来弥补,而延长期限在“案-件比”考核机制中是负面评价因素。如果不调整检察官绩效管理方式,将影响检察官适用刑事合规的积极性。

第三,利用数据信息为检察官的小微企业刑事合规工作减负。小微企业能否适用刑事合规,需要检察官对其各方面的情况调查分析。这种调查工作,除采用传统的实地走访企业、政府有关部门和工商联等方式以外,还要充分整合利用税务、人社、科技、银行、市场监管、公安司法机关、电商、网络社交和行业协会等已有但分散的数据信息。这些数据信息真实性较高,不但可以抑制评估中的主观性因素,还可以用大数据为企业精准画像,还原企业的经营发展状况、信用能力及行为偏好等。多种调查方式综合运用,不但可以更准确了解企业是否符合刑事合规建设的条件,通过大数据技术让“数据跑路”代替“承办人跑腿”,也可以降低工作负担,提高检察官适用刑事合规的积极性。随着数字社会的推进,“数据跑路”的效能会越来越明显。

（六）制度建设与对个人约束并重

作为市场主体,小微企业介于个体的自然人与制度化的大型企业之间。与自然人比较,小微企业具有一定的制度性;与制度化的大型企业比较,小微企业带有很强的企业家个人特质,制度的矫正能力受限。如果说大型企业“刑事责任原则关注的核心不再是个人,而是企业本身的组织状况和管理方式”,^①因而可以将刑事合规集中于制度化建设,那么小微企业刑事合规要求同时重视企业的制度建设和对核心管理者的个人约束。国外大型企业合规中区别对待企业与个人,检察机关一般采取放过公司而起诉个人的作法,^②这在我国小微企业犯罪中是行不通的。正如研究者在分析法人刑事责任问题时所指出的,“法人刑事责任问题其实从来都不是一个理论问题,而是政策问题。”^③小微企业合规建设同样是政策问题。在现实环境决定了小微企业合规建设必要性的情况下,以实际效用为

^①孙国祥:《刑事合规的理念、机能和中国的构建》。

^②黎宏:《企业合规不起诉:误解及纠正》,《中国法律评论》2021年第3期。

^③张克文:《拟制犯罪和拟制刑事责任——法人犯罪否定论之回归》,《法学研究》2009年第3期。

导向,针对小微企业的特点,强调企业内部制度建设与对企业管理者个人的约束并重,应作为小微企业合规建设的基本思路之一。

当前刑事合规偏重于从制度层面着手。涉案企业提交的合规计划,要“主要针对与企业涉嫌犯罪有密切联系的企业内部治理结构、规章制度、人员管理等方面存在的问题,制定可行的合规管理规范,构建有效的合规组织体系,完善相关业务管理流程,健全合规风险防范报告机制,弥补企业制度建设和监督管理漏洞,防止再次发生相同或者类似的违法犯罪。”^①这种着重于制度层面的刑事合规与小微企业的个人化特征匹配度不高。由于小微企业创始人的权威,小微企业内部制衡机制不足,制约效果很大程度上取决于企业家的意志。如果没有对企业家个人合规要求的配合,企业合规的效果将大打折扣。因而,检察机关在评估小微企业刑事合规时,应将企业家的个人情况,如个人征信、犯罪记录、司法诉讼情况等一并作为考察对象。企业调查报告和企业家个人调查报告应同时作为刑事合规的决策基础。决定对小微企业适用刑事合规时,对企业家个人可参照刑法中的禁止令制度设定行为规范,并将遵守情况作为企业刑事合规考察的一部分。

（七）强化外部力量的过程监管

大型企业内部有相对完善的权力分工,可以成立相对独立的合规机构推进合规建设,外部监管主要负责合规计划的审批和执行成效的评估工作,合规的日常监管可主要由企业自主完成。小微企业内部结构简单,负责人直接掌控企业,这使相对独立的合规力量难以存在。同时,专门的合规机构和人员带来的成本压力也是小微企业所难以承受的。因而,对小微企业合规建设的日常监管需要更多地依赖外部力量。小微企业提交的合规计划获第三方组织同意后,为降低小微企业独立聘请专业人员的成本,可由第三方代为聘请专业人员对合规建设予以指导和监督。这种专业人员可同时为多个小微企业提供服务,成本也可由多个企业分担。第三方组织委托的人员独立于小微企业管理层,监督会更有效。在工作中,可根据需要采取远程指导、定期巡视与“飞行监管”等多种方式进行指导与监管。远程指导可及时解答企业合规建设中的疑问;定期巡视有利于小微企业安排工作,现场指导、监督;“飞行监管”可破解监管人员被蒙蔽问题,促使企业“真合规”,防止走形式。

五、结 语

面对中国化的实践语境,作为舶来品的刑事合规理论需要做本土化改造。小微企业在我国经济活动中的重要性及其在当前涉企犯罪主体中的高比重,决定了我国刑事合规理论与制度建设应向小微企业倾斜,并立足于我国小微企业的特性进行创新和发展。小微企业与大型企业的主要区别是负责人对企业活动有着更大、更直接的影响,使企业更具个性化色彩。同时,小微企业经济实力有限,难以承受成本过高的合规要求。这决定了小微企业刑事合规不宜过度强调制度化,各种具体方案应以低成本为基本考量。只有如此,企业刑事合规制度方可能真正在小微企业案件中得到运用,从而不仅助力“六稳”“六保”政策目标的实现,而且助力构建适合我国国情的小微企业刑事合规制度。

（责任编辑：吴 欢）

^①参见全国工商联、最高人民法院、司法部、财政部、生态环境部、国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、国家市场监督管理总局、中国国际贸易促进委员会研究制定的《〈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）〉实施细则》第28条。

Criminal Compliance of Micro and Small Enterprises

QIN Zongwen

Abstract: Micro and small enterprises account for the vast majority of the total number of enterprises in China, as well as the vast majority of the parties involved in enterprise crimes. Thus, promoting criminal compliance of micro and small enterprises is of great practical significance. Compared to large enterprises, the management of micro and small enterprises is less institutionalized and more personalized. However, at present, the criminal compliance theory and the judicial practice are on separate tracks. In particular, the traditional criminal compliance theory takes large enterprises as the assumed object, and thus faces problems of reference in criminal compliance of micro and small enterprises. In order to promote the criminal compliance of micro and small enterprises, we can, among other things, focus on the following aspects: to establish a compliance model with state aid; to follow the principle of specificity in combination with simplicity; to promote the compliance with shared thought and wisdom; to enhance micro and small enterprises' sense of fulfillment in criminal compliance; to arouse the enthusiasm of procuratorial organs; to coordinate the institutional construction with personal discipline; and to strengthen the supervision of external forces on the compliance process.

Keywords: criminal compliance; micro and small enterprises; enterprise compliance; compliance assistance; process supervision

About the author: QIN Zongwen, PhD in Law, is Professor and PhD Supervisor at Law School of Nanjing University (Nanjing 210093).