

中小民营企业刑事合规研究

王艳杰

华东政法大学, 刑事法学院, 上海

收稿日期: 2022年9月22日; 录用日期: 2022年11月7日; 发布日期: 2022年11月14日

摘要

刑事合规的目的是为了避免或者减轻企业的刑事责任。与央企、国企及其他大型企业不同, 中小民营企业面临的刑事风险有其独特性, 其风险来源主要是在经营活动中实施的各项行为以及司法机关采取的相关措施。根据刑事合规制度发挥的作用不同可以分为违法性阻却事由和责任阻却事由。中小民营企业刑事合规制度构建重点在于法治理念更新, 激励企业自身合规建设积极性, 严格确定成立刑事犯罪的界限。

关键词

中小民营企业, 刑事合规, 刑事风险, 制度构建

Research on Criminal Compliance of Small and Medium-Sized Private Enterprises

Yanjie Wang

Criminal Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Sep. 22nd, 2022; accepted: Nov. 7th, 2022; published: Nov. 14th, 2022

Abstract

The purpose of criminal compliance is to avoid or mitigate the criminal liability of enterprises. Different from central enterprises, state-owned enterprises and other large enterprises, small and medium criminal risks faced by private enterprises have their own uniqueness, which mainly come from various behaviors implemented in business activities and relevant measures taken by judicial organs. According to the different roles of the criminal compliance system, it can be classified as illegal obstruction and liability obstruction. The construction of the criminal compliance system for small and medium-sized private enterprises focuses on updating the concept of the rule

of law, encouraging the enthusiasm of enterprises in their own compliance construction, and strictly determining the boundaries of establishing criminal crimes.

Keywords

Small and Medium-Sized Private Enterprises, Criminal Compliance, Criminal Risk, System Construction

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

近年来,我国经济形势迅猛发展,已赫然成为世界经济成长的重要引擎,在此过程中要求实现国家治理体系和治理能力现代化的呼声愈发强烈,企业合规经营建设问题业已成为各级政府以及企业界关注的重点问题。在针对金融企业、中央企业、境外经营企业等重点领域的企业,行政主管部门均陆续颁布了相应的合规管理指引:日前,国资委发布的《中央企业合规管理办法》即是我国针对央企进行刑事合规制度构建的又一重要尝试,对央企进行合规建设制度构建、运行方式、合规文化等方面都进行了初步探索。相比较而言,我国企业刑事合规制度的建设稍显落后。与中央企业、国企及其他大型企业不同,中小民营企业面临的刑事风险有其独特性,相关的刑事合规制度的构建也是大势所趋,本文即以中小民营企业为主体进行相关研究。

2. 中小民营企业刑事合规的基本问题

2.1. 刑事合规的学界观点

合规的字面含义是符合规则。在法律语境下的企业合规是说明企业的行为应该符合一定的规则。这个规则的含义非常广泛。不仅包括国家的法律法规,而且包括行业的制度和规范以及企业自己设立的章程。根据我国的国家标准,企业合规所遵守的标准中还包括道德准则。¹这里的道德准则即是指企业活动中的道德伦理规范,也就是指商业道德伦理规范。关于合规和刑事合规的关系,有学者认为广义的合规包括弘扬企业的道德伦理没有实质上操作的意义,合规的核心是刑事合规[1]。

关于刑事合规的含义,国内外学者因法律语境和国家背景不同对其有不同定义。我国有学者研究刑事合规的内涵时认为应该从公司角度和国家层面两个角度去考察[2]。在此基础上认为公司角度的刑事合规即是企业应当遵守刑事法律规范,避免违反刑事法律规范带来犯罪风险。它始终是属于一个企业的自我治理层面的内容,而国家层面的刑事合规是一种制度,通过减轻量刑或者不起诉的方式,降低企业的刑事风险。对于企业来说,这样可以减轻或者避免企业的刑事责任,对于国家来说,这样可以提高司法效率。笔者认为,这两个层面的分别概括其实是从微观和宏观两个角度进行的,刑事合规作为一个舶来品,最终要在我国落地生根,必须在构建国家或者行业的刑事合规制度的同时关注每一个企业中刑事合规如何引入、如何衔接、如何发挥作用。这也是笔者在本文中研究中小民营企业刑事合规的原因之一。

刑事合规制度的目的是使得企业能够避免或者减轻刑事责任。目前在刑事犯罪领域,企业是被动的

¹参见:我国2018年7月1日生效的《合规管理体系指南》:“合规意味着组织遵守了适用的法律法规及监管规定,也遵守了相关标准、合同、有效治理原则或道德准则”。

接受刑事调查，司法机关对企业进行调查，按照刑事法律规范对企业和企业员工的相关行为定罪量刑。观整个路径对于企业来说司法过程的启动是一个事后的过程也是一个被动应对的过程。刑事合规制度的建立会使得企业在刑事犯罪领域可以有积极的履行义务。其与企业自身的管理是上有所区别的。企业作为一个组织体，其自我治理自始存在。而建立刑事合规制度需要企业通过各种措施积极作为，积极预防，并且这些措施要与企业目前的自我治理方式进行衔接。刑事合规制度虽然给予了企业主动权，但是这种主动权的动力依旧来自于国家的激励和推动。同时，整个刑事合规制度的建立实质上是对刑事法律规范的遵守和执行。

总之，根据刑事合规的目的可知，刑事合规制度在法律语境下有两种作用，一种是阻却犯罪的成立，另一种是对量刑的减轻。在阻却犯罪成立时，刑事合规可以作为违法性阻却事由或者责任阻却事由。在量刑方面就是企业通过建立的刑事合规制度来减轻刑罚。

2.2. 中小民营企业的刑事风险

1) 风险的产生

企业面临的刑事风险其实来源于企业在从事经营活动中所实施的各项行为。也即是说这些行为违反了刑事法律规范，构成犯罪，需要承担刑事责任。同样是民营企业，我国中小民营企业与大型民营企业的生存环境和管理结构差异很大。这就意味着在从事企业经营管理活动中，二者面临的刑事风险有所区别^[3]。虽然不同行业对于中小民营企业的划分标准有所不同，²但是中小民营企业面临的刑事风险却可以找到共性。我国刑法中规定的罪名其中可成立单位犯罪的数量接近四分之一。单位犯罪的处罚原则是以双罚制为主。此外，除了明文规定的单位犯罪，还存在一些由单位的主管人员或者相关直接责任人员可能成立的犯罪。另我国刑法中的口袋罪的相关条款依旧存在。综上所述，我国中小民营企业面临的刑事风险产生于以上的刑事法律规范中的罪名之中。“中国企业家不是在监狱里，就是在通往监狱的路上。”这样的现实情境在中小民营企业身上的体现亦是如此，同时中小民营企业还面临着其他的困局。

总的来说，根据我国刑法的规定，企业面临的刑事风险各种各样，但是有几类是企业经营活动中的高发犯罪。笔者对这些犯罪进行梳理后得出有一些犯罪是属于中小民营企业的高发的犯罪类型。在此对这几种犯罪做出说明。

2) 可能成立的犯罪

中小民营企业的融资问题一直是其一个巨大的困扰，在融资过程中，中小民营企业的一些行为可能构成非法吸收公众存款罪或者集资诈骗罪。基于各种因素，中小民营企业的贷款并不像国企、央企和其他大型民营企业或者品牌企业那样容易。就非法吸收公众存款罪而言，中小民营企业可能因为经营过程中的操作不当构成此罪。非法吸收公众存款罪在非法集资犯罪中属于一般法规定。根据其基本的行为方式结合现实情况，中小民营企业如果出现资金困难需要资金维持其生产经营活动或者偿付债务，那么容易面临构成此罪的刑事风险。此罪被规定在破坏金融管理秩序罪一节中，其保护法益是国家的金融管理秩序。中小民营企业在主体资格、吸收资金和使用资金的方式上都可能被刑法视为侵害了国家的金融管理秩序。就集资诈骗罪而言，企业虽然一开始并不一定具有非法占有的目的，却依旧可能会被认定为集资诈骗罪。因为在司法实践中，企业的集资款是否能够返还给当事人是认定企业是否构成集资诈骗罪的一个入罪标准。根据能否返还来判定企业是否具有非法占有目的其实过于严苛了。此罪保护的法益是公私财物所有权。中小民营企业在运营中出现不能返还资金的情况并不罕见，因为客观上侵害了公私财物所有权面临刑事风险的可能性很高。

²参见：工信部联企业（2011）300号《关于印发中小民营企业划型标准规定的通知》。

中小民营企业实施非法发放贷款的行为可能构成非法经营罪。³因为刑法规定的非法经营罪中第四项规定了其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为也可成立非法经营罪。对于中小民营企业来说这相当于一个口袋罪，增加了中小民营企业面临的刑事风险。

中小民营企业在经营中所实施的各项活动还有可能涉及贿赂犯罪。企业常用的销售手段——佣金、折扣、回扣，这些都面临着刑事风险。虽然数额巨大的行贿在中小民营企业的贿赂公关中并不会非常多见，但是贿赂犯罪一直是企业面临的主要刑事风险。

中小民营企业的内部工作人员为了一己私利实施犯罪行为时，可能构成职务侵占罪和挪用资金罪。这两种犯罪也是非常高发的犯罪，亦是中小民营企业面临的刑事风险之一。毕竟中小民营企业承受风险的能力有限，内部员工实施的对企业的犯罪对于企业来说也是刑事风险，企业的财产被侵占和挪用会对企业造成打击。中小民营企业在员工数量不多的情况下，通过加强自我管理的方式可以更好的避免此种风险。其他一些内部员工实施的盗窃等犯罪亦是如此。

以上罪名是企业经营活动中可能构成的频率比较高的罪名。由于中小民营企业具有极高的灵活性，实践中可能会构成刑法规定的其他罪名。

3) 其他潜在风险带来的损失

中小民营企业和企业工作人员所实施的行为被认定为犯罪后，必定要承担相应的刑事责任。这些刑事责任对于中小民营企业来说既可能转化为经营成本，又可能是对中小民营企业未来发展的直接打击。结合现实状况和司法实践而言，犯罪被认定之前，中小民营企业即会被采取强制措施。无论是对主管人员人身上的强制措施还是对企业财产采取强制措施，这些强制措施带来的风险亦是中小民营企业要面临的刑事风险。司法实践中的强制措施带来的突出问题是对企业正常经营的妨碍。一旦强制措施被扩大适用范围，对于某些中小民营企业来说不仅仅会导致成本的上升，而且甚至使得企业的关停和员工失业。毕竟中小民营企业的生存对组织内部人的依赖性很大，由于资金不够雄厚的原因，对于财产的依赖性也很大。

中小民营企业的刑事风险显然不仅限于以上所说明的罪名或者其他风险。对以上突出内容的分析是为了探讨中小民营企业刑事合规的问题，最终希望刑事合规制度的引入能够为我国中小民营企业的发展助力。

3. 中小民营企业刑事合规的法理依据

3.1. 实现刑法机能

1) 刑法的行为规制机能

刑法的行为规制机能是指刑法明确各种罪名的犯罪构成，其对于行为人和司法机关都有着指导意义[4]。行为人知道哪些行为构成犯罪，通过这种方式规范行为人的行为。司法机关根据刑法进行定罪量刑。刑法作为法律规范的这种行为规制作用即是中小民营企业进行刑事合规建设的依据之一。其一，中小民营企业进行刑事合规建设，企业在自我治理的过程中，企业针对自身面临的刑事风险，会制定有利于规避刑事风险的制度准则。在此基础形成的稳定有规律可循的企业治理结构和治理模式会在企业长期的发展中持续发挥着行为规制作用。中小民营企业的营商环境本就不利，面临各种各样的刑事风险。虽然存在刑事法律规范，但是刑法的规定不会非常的具体细致，而中小民营企业的刑事合规会使得其经营活动有着更为明确、清晰、稳定的行为准则。其二，中小民营企业确实涉嫌犯罪的情况下，司法机关按照刑

³参见：2019年10月21日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部施行的《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》(以下简称《意见》)规定：违反国家规定，未经监管部门批准，或者超越经营范围，以营利为目的，经常性地向社会不特定对象发放贷款，扰乱金融市场秩序，情节严重的，依照《刑法》第225条第4项的规定，以非法经营罪定罪处罚。

事法律规范进行定罪量刑的同时，势必会将进行了合规建设的中小民营企业和没进行合规建设的企业加以区分处理。总之，刑法的行为规制机能是中小民营企业进行刑事合规建设的一个重要依据。

2) 刑法的法益保护机能

刑法是与犯罪行为作斗争，以此发挥法益保护的机能。中小民营企业的刑事合规建设目的是避免或者减轻企业的刑事责任。此目的背后的深层依据在于中小民营企业可以在不违反国家法律法规的前提下，进行具有良好经济效益的经营活动。中小民营企业的刑事合规建设的一个重要法理依据是实现刑法的法益保护机能。企业的合规建设既保护了企业的经济利益，又保护企业犯罪中侵害的其他法益。法益保护不仅是企业刑事合规的依据，一旦稳定有效的刑事合规制度建立起来，那么对于法益保护的作用也不言而喻。

3) 刑法的人权保障机能

刑法的保障机能是从罪刑法定原则中延伸出来的。笔者认为实现刑法的保障机能是中小民营企业刑事合规一个非常重要的法理依据。关于中小民营企业面临的刑事风险，前文已经有了论述。这个保障机能亦是对中小民营企业刑事合规目的的体现。中小民营企业在传统观念里具有“剥削”的原罪，无论是刑事法律规范的立法层面，还是司法实践，对于中小民营企业涉嫌犯罪的态度相较于其他的国有企业、大型民营企业和品牌企业或者一些上市公司更为严格。在这样的现实情况下，刑法除了入罪之外，其保障机能的发挥是一个重要的问题。笔者认为实现刑法的保障机能是中小民营企业刑事合规的一个重要依据。无论是对企业家还是企业组织本身，刑事合规都可以在避免和减轻刑事责任方面发挥作用。针对中小民营企业的弱势地位，企业合规建设为其提供一条法律保障的路径。

3.2. 一般预防与特殊预防结合

刑罚的预防包括一般预防和特殊预防，预防刑的裁量要在报应责任的限度内进行。中小民营企业的刑事合规一个重要的法理依据是一般预防和特殊预防的结合^[5]。一方面，制度建设过程中，中小企业刑事合规在不断探索中所留下的经验和规则是具有一般意义的。无论是对于其他中小民营企业的合规建设还是对其他中小民营企业的犯罪行为都具有一般预防的意义。另一方面，在企业涉嫌犯罪的个例之中，刑事合规的存在可以在一定程度上反映企业自身的社会危害性和人身危险性程度。实际上，中小民营企业在进行了企业合规建设即说明企业履行了必要的注意义务。但是减轻还是避免其刑事责任这可以根据企业的合规管理状况和履行注意义务是否到达一个合理的标准来决定。一个企业平时的合规管理其实就代表该企业的行为表现，表示了企业的“人身危险性”和社会危害性。刑罚要实现一般预防与特殊预防的结合，这是采用并合主义理解刑罚正当化根据的应有之义。综上所述，预防刑层面的一般预防和特殊预防相结合的刑罚目的是作为中小民营企业刑事合规建设的法理依据之一。在此基础上，中小民营企业也能实现减轻或者免除刑罚。

4. 中小民营企业刑事合规的必要性

4.1. 企业应对风险的需要

已经分析过我国营商环境下的中小民营企业面临的刑事风险，中小民营企业刑事合规建设是应对这些刑事风险的需要。当今社会已经到了一个科技高速发展、技术日新月异的变革时期，生产力的不断快速发展与全球空间距离的不断缩小已然使得如今的社会成为一个存在各种风险的社会，社会需要容纳的越来越多的风险。2020年的新冠肺炎疫情无论在国内或者国外，对大部分企业的发展都是巨大的挑战。我国中小民营企业在此巨大冲击下，要么陷入生死存亡的境地，要么抓住机会实现自己的转型升级。这更说明了，当今社会的风险来自许多方面和许多领域。牵一发而动全身，风险引起社会主义市场经济的

变化倒逼我国企业必须增强自身抵御各种风险的能力，中小民营企业更是需要提高其在风险社会中存活的能力。刑事合规建设对于中小民营企业来说是具有实用性的、有规则可遵循的、较为稳定的、能够抵御风险的道路。中小民营企业进行合规建设可以充分利用法律规范作为保全自身的法宝。

4.2. 企业适应全球化发展的需要

中小民营企业刑事合规是企业适应全球化浪潮的需要，是为了满足国际合规管理要求的需要。全球化发展的浪潮是不可逆的，中国越来越多的企业走出去。如今的全球化早已经从官方层面为主导转为民间层面比重大，从宏观层面转为微观层面，从形式单一转为形式多样化。我国对于经济全球化一直持积极态度，改革开放式我国的基本国策，在这样的背景之下，中小民营企业的发展并不会完全局限于国内。2020年的传播速度迅速的新冠肺炎疫情没有阻断国家之间的经济往来和企业之间的交流。这说明中小民营企业需要作出准备，适应全球化的持续深度发展。企业走出国门，在遵守法律规范层面的任务与在国内大不相同。每个国家有自己的法律规范，总的来说国家合规管理的要求非常严格。由于企业交流中存在不同的法律语境和法律背景，企业面临的合规要求的具体事项也非常繁琐。有些中小民营企业即使不走向国门，但是会存在对外的经济交往，在这个过程中，中小民营企业也可能受到其他国家法律规范的管辖，受到严格的法律监管。欧美国家在许多领域的立法都非常发达和复杂，这对于我国中小民营企业走出去是无形的阻碍。⁴与此同时，政府干预主义也在不断加强，欧美国家政府对我国企业的限制和监管力度不断加大。2018年，美国政府甚至制定了针对中国企业的“中国行动计划”，大大加强了对中国企业在反海外贿赂、商业秘密、出口管制等领域的执法行动[6]。企业合规对于企业而言是一个有效的解决办法，中小民营企业提前进行企业合规管理，可以换取宽大的行政处理和刑事处理[7]。由此可见，中小民营企业在未来也会面临着越来越大的法律风险，为避免或减轻其带来的刑事责任，中小民营企业加快进行刑事合规建设是非常有必要的，具有远大的长期意义。

4.3. 企业发展可以保持创新性

中小民营企业尤其需要保持自身的创新性，其进行企业合规建设有利于发挥创新能力的同时减少过程中实施的某些行为可能带来的刑事风险。在社会主义市场经济活动中，保持经济的活力需要企业充分发挥其创新能力。在企业保持创新性的过程中，某些行为可能会有无法预测的风险。现实情况是，民营企业尤其是中小民营企业这些最需要创新性保持自身活力和竞争力的市场经济主体却因为规避各种风险而选择不去发挥或者限制自身的创新性。中小民营企业通过刑事合规制度建设可以使得对于可能存在的风险加以预测，使得自身在经营活动中的创新性不至于被压制。中小民营企业保持其自身的创新性可以充分调动企业的生产积极性，实现其经济效益目标。

5. 建立中小民营企业刑事合规制度的重点

5.1. 筑牢法治理念和法治意识

刑事合规作为一个舶来品，其制度建设需要极强的自觉性和积极性，这个自觉性和积极性的根源则在于法治理念和法治意识。对于我国营商环境下的中小民营企业而言，这个法治理念和法治意识的培养并非一日之功但是非常重要。刑事合规制度建设中需要的法治理念和法治意识是针对不同主体而言的。其一是中小民营企业作为社会主义市场经济主体需要树立法治理念和法治意识。我国的中小民营企业的自我治理本身存在很多问题。过分依赖于企业中的个人，有些中小民营企业内部甚至没有健全的管理组

⁴例如：美国1977年通过的《反海外腐败法》，英国2010年通过的《反贿赂法》，以及法国2016年通过的《萨宾第二法案》，都确立了极为广泛的管辖范围。

织和管理规则。这些都是非常突出的问题。我国中小民营企业的刑事合规制度建设必定是从改善企业自我治理开始的,中小民营企业 and 企业家对于企业 and 企业人员实施的行为是否构成犯罪一定要有清晰的认知。实际上,在很多中小民营企业犯罪的案件中,企业 and 企业人员并没有认识到一些行为的违法性,没有认识到自己的行为已经涉嫌犯罪。中小民营企业的刑事合规必须从树立法治理念和法治意识开始。只有如此,中小民营企业才能积极地去防范自己面临的刑事风险,积极地去建设企业的合规体系。其二是在司法实践中,司法机关要更新自己对于中小民营企业的认识,在这个过程中筑牢在处理中小民营企业涉嫌犯罪案件时应当具有的法治理念和法治意识。抛弃原先对中小民营企业的“剥削”的看法,激励中小民营企业积极进行刑事合规建设才是司法机关应当努力的方向。在中小民营企业刑事合规制度的建设中,司法机关的法治理念和法治意识对企业的合规体系建设会产生正面的导向作用。

5.2. 确定成立刑事犯罪的界限

刑事合规制度建设的目的是为了回避或者减轻刑事责任。刑事合规从作用上也可被分为违法性阻却事由和责任阻却事由。在司法实践中与之相联系的就是司法机关应该明确成立刑事犯罪的界限。中小民营企业的经营活动具有灵活性,许多涉嫌犯罪的案件往往性质并不单一,大多是刑法和民法交叉、刑法和行政法交叉的。目前问题在于一些属于民事或者经济纠纷的案件却被认定为犯罪。在中小民营企业刑事合规制度建设过程中,必须要避免将不应当作犯罪处理的行为当作犯罪处理。司法机关应当慎重执行强制措施,对于人身和财产的强制措施不应扩大适用。确定成立刑事犯罪的界限也是刑法罪刑法定基本原则的基本要求。司法实践中,应该严格遵守罪刑法定的刑罚基本原则,确定中小民营企业的成立刑事犯罪的界限。如此才能防止将一些不当作犯罪处理的经济纠纷的行为犯罪化。确定成立刑事犯罪的界限对于中小民营企业的刑事合规建设也会产生积极的激励作用,也是中小民营企业刑事合规制度建设的应有之义。

5.3. 激励中小民营企业刑事合规制度的建设

中小民营企业的刑事合规制度建设虽然是企业内部开始一种自我治理,但是对其进行激励也是必不可少的[8]。中小民营企业相对于国有企业、大型民营企业和品牌企业而言,刑事合规的建设存在许多差异。其一,中小民营企业刑事合规建设的内在驱动力没有后者强。受到经济效益和操作成本以及其他因素的影响,中小民营企业刑事合规动力不足。其二,中小民营企业刑事合规建设更为缺乏人才和经验。显而易见,中小民营企业刑事合规建设面临着人力、物力、财力缺乏的困局。针对这两点最为突出的差异,国家应该拿出更有效的激励政策。首先,中小民营企业的刑事合规是为了使自己的经营活动符合国家的法律规范和有关规定,那么国家机关可以充分运用法律手段对其进行监管,要求中小民营企业从内部开始自我治理。这是一种压力手段。目前我国中小民营企业乃至民营企业的企业合规建设在立法层面并没有受到足够的重视。其次,在中小民营企业进行刑事合规的过程中,国家机关应当进行激励和引导。为中小民营企业提供适当的支持并且将一些有激励作用的措施在法律或者政策以及司法实践中体现出来。例如,当中小民营企业进行企业合规制度建设,那么它投入大量成本进行合规管理,应该使其区别于没有进行合规管理的其他企业。总而言之,虽然中小民营企业刑事合规制度建设任重而道远,国家层面的激励却是一个不能缺少的推动器。

参考文献

- [1] 孙国祥. 刑事合规的理念、机能和中国的构建[J]. 中国刑事法杂志, 2019(2): 3-24.
- [2] 李本灿. 刑事合规制度的法理根基[J]. 东方法学, 2020(5): 32-44.

-
- [3] 卢勤忠. 民营企业的刑事合规及刑事法风险防范探析[J]. 法学论坛, 2020, 35(4): 127-137.
 - [4] 张明楷. 刑法学(下) [M]. 北京: 法律出版社, 2021.
 - [5] 李本灿. 刑事合规制度的法理根基[J]. 东方法学, 2020(5): 32-44.
 - [6] 陈瑞华. 论企业合规的中国化问题[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2020, 38(3): 34-48.
 - [7] 陈瑞华. 美国暂缓起诉协议制度与刑事合规[J]. 中国律师, 2019(4): 78-80.
 - [8] 孙道萃. 刑事合规的系统性反思与本土塑造[J]. 华南师范大学学报(社会科学版), 2022(4): 153-170.