

论合规负责人的保证人义务

——以证券犯罪为示例

张小宁

【摘要】德国2009年关于合规负责人的保证人义务的判决值得我国引鉴。在应对金融商品交易、食品药品生产销售、生态环境治理、疫情防控控制等经济主体的监督管理失职方面,确立合规负责人的保证人义务是刑事合规机制构建不可或缺的环节。合规负责人的作为义务是一项以监督、阻止、制裁与报告等为核心内容,涵盖范围广泛的“保证人义务”。如欲将其转换为刑法上的保证人义务,必须从规范性视角而非事实性视角出发。鉴于我国目前刑事法律中缺少类似于德国刑法典第13条的规定,从学说视角来看,最理想的模式是从准作为犯说向机能二分说的演变。而从刑事立法的视角来看,则是实现从缺少明文规定向明文规定的转变。

【关键词】合规计划;合规负责人;保证人义务;不真正不作为;刑事合规机制;机能二分说

【作者简介】张小宁,山东大学(威海)法学院副教授、博士生导师。

【原文出处】《东方法学》(沪),2021.5.135~149

【基金项目】本文系国家社会科学基金一般项目(项目批准号:18BFX097)的阶段性研究成果,本文同时得到“山东大学(威海)青年学者未来计划”项目的资助。

合规计划是我国刑法学界近年来最热门的话题之一,研究者们围绕合规计划的理念构想、制度设计,特别是在中国的适用性等问题展开了精到的分析。不过,关于合规负责人(又称合规官)的保证人义务^①问题,迄今为止尚未见到专门论述的文章。实际上,这一问题在德国成为关注的焦点也不过是源于2009年7月17日联邦最高法院所作的判决。^②在该判决中,德国联邦最高法院指出,合规负责人也负有德国刑法典第13条规定的保证人义务,即合规官应当负有一般刑法上的保证人义务,阻止与企业相关的、由企业雇员作出的刑事犯罪行为;阻止违法和刑事犯罪行为是他对企业管理承担的必要义务。^③这一论断无论在实务界还是理论界都产生了巨大的反响。律师界将其视为确立合规负责人刑事责任的基本判决,而学术界则以此为契机,探讨合规负责人是否负有保证人义务,以及保证人义务根据及内容等问题。自2010年开始,日本利用以公司内部设监督委员会为核心的公司内部治理体系的改革契机直接推动了关于合规问题的深入讨论。我国关于合

规计划的较早论述出现在2000年左右。例如,黎宏教授在论及单位犯罪时指出,单位之所以构成犯罪,并不是单纯地对其员工的违法行为承担代位或者转嫁责任,而是因为对其员工的行为具有罪过。而在判断这种罪过时,则需要依据单位的结构、文化、合规(守法)计划等多方面的因素来加以判断。^④季卫东教授则在评论“三鹿奶粉事件”时指出,根据合规性的基本要求,企业必须遵循的规范包括三个层次:第一,国家颁布的法律和政令;第二,企业自身制定的共同体规则和协定;第三,自由市场要求的一般性诚信伦理。^⑤只不过,当时的法学界特别是刑法学界并未认识到合规计划在预防经济犯罪方面的重要意义。^⑥近年来,在学术推进与实务需求^⑦双重刺激下,我国加快了合规机制的构建步伐。国资委于2018年11月2日发布了《中央企业合规管理指引(试行)》(以下简称国资委《合规管理指引(试行)》),为央企合规管理提供了规范指引,也标志着我国正式开始了企业合规管理的法律实践。在“一带一路”倡议背景的助推下,越来越多的国内企业开始走向国际市场,

开展海外投资经营活动。为此,同年12月26日,国家发改委、中国人民银行等七部门联合印发《企业境外经营合规管理指引》(以下简称为发改委合规管理指引),旨在规范国内企业境外经营行为,提升国内企业的合规管理水平。而我国企业也纷纷顺应合规管理这一全球企业发展趋势,采取不同的方式将合规部门引入企业内部治理结构中,并设置了合规负责人及合规专员等职位。^⑧与之相适应,对于在金融商品交易、食品药品生产销售、生态环境治理、疫情预防控制等领域中不断出现的监督管理失职问题,学者们也开始从合规计划的视角进行审视。引发此类问题的原因是多元的,但站在刑事合规机制构建的立场上来看,明晰合规负责人的保证人义务,更有效地预防和杜绝此类违法犯罪现象。因此,笔者将针对我国经济违法犯罪防控机制中存在的问题,围绕在此类犯罪中企业合规负责人的保证人地位的根据及内容展开分析,以期为我国刑事合规机制的构建与完善提供些许参考。

一、合规负责人的保证人义务之源起——比较法视角的检视

(一)域外法视角——以阻止与制裁为核心的义务内容

众所周知,合规计划在兴起之初,原本仅仅是希望以经济主体内部监督的方式来弥补外部监督之不足。作为一种经济犯罪的预防手段,合规计划在现代社会中发挥着至关重要的作用。而近年来,合规问题之所以成为我国刑法学界关注的热点话题,与企业经济犯罪情势日渐严峻有着直接关联。企业经济犯罪手段的隐蔽性与方式的复杂性,致使传统刑法的规制机制在预防与惩治此类犯罪方面始终呈现出一种力不从心的尴尬。特别是传统刑法所注重的以严刑峻法来强制经济主体塑造经济伦理准则的做法,在当今的经济情势下无异于天方夜谭。关于这一点,马克斯·韦伯早已指出:“法秩序背后的强制力量,特别是在经济行为的领域上,所能发挥的效果是有限的,这固然是其他外在环境使然,但也是由于经济行为之特质的缘故。”^⑨在韦伯看来,法强制在经济领域中的实际成效的限制,主要来自两个方面:其一,关系人等的经济能力的限度;其二,两种利害关

系的相对强弱关系,这两种利害关系之一为私人经济的利害关系,之二为支持法规之遵守的利害关系。^⑩韦伯的观点一针见血地指出了传统的刑事规制模式在经济犯罪领域中的难适用性,其中的“支持法规之遵守的利害关系”正是构建合规机制的关键所在。而在企业合规机制的构建及实施过程中,合规负责人始终担当着重要的角色。当企业出现违法犯罪行为时,尤其是在合规负责人对于该违法犯罪行为的发生不进行任何干预,即不阻止这一危险结果现实化的不作为场合下,企业合规负责人的刑事责任主要指的是合规负责人的保证人义务的根据及其内容,刑法学界研讨的重点问题。以下将首先基于比较法的视角,从立法与司法层面对美国、德国以及日本法中的合规负责人的保证人义务^⑪予以检视,并在此基础上展开相关分析。

作为合规计划的起源地,美国在1934年证券交易法第15条b项(4)(E)^⑫中便涉及合规负责人的保证人义务。^⑬在该条款制定之初,立法者们并未预想到合规计划如今的风生水起,但在数十年之后,研究界普遍认为,该条款成了关于证券犯罪中合规计划以及合规负责人的保证人义务的最为关键的规定。^⑭根据该条款的相关内容,如果证券代理人未能本着防止违反美国联邦证券交易诸法^⑮的目的进行有效地监督,而受其监督的人员又实施了违法行为时,美国证券交易委员会可以暂停或者撤销证券代理人的注册。反之,如果可以证明其经过合理的程序或制度设计来监督检查相关人员以阻止其违法行为的话,则满足了本条规定的监督要求而不受处罚。其中,关于保证人义务的规定主要体现在“未能为防止违反该等法律、规则和条例而对受其监督的、有上述违法行为的人员进行合理监督”这一句以及(ii)的规定内容中。根据相关规定,合规负责人的职责在于阻止违法行为,而阻止的方式则在于建立制度(程序)并且实施有效的监督。换言之,主要体现在制定规则与监督遵守两项权责之上。

此后,经过数十年的制度构建,合规计划目前已经成为美国针对经济行为特质、养成支持法规遵守的有效手段。特别是美国《联邦量刑指南》针对法人犯罪作出了诸多规定,并将有效合规作为审查起诉

时的重要考量事项,这一点直接构成了强有力的刺激因素,许多企业都逐步推进高质量的合规计划的引入。^⑥与之相伴,关于刑事合规的构建也迅速成了研究界关注的焦点问题。企业通过刑事合规将刑事法律规范中预防违法犯罪的注意义务转化为企业内部治理的有机组成部分,有助于增强企业应对刑事法律风险的整体防控能力。^⑦关于合规计划的研究,已经逐渐融入犯罪论乃至整个刑法体系之中,而这一点在大陆法系的典型代表——德国法中则体现得尤为明显。

正如笔者开头提到的德国联邦最高法院2009年的判决所引发的热议,合规负责人所负有的阻止企业成员犯罪的义务源自管理层所转托的监督管理义务或保护义务,而从刑法教义学的角度来看,这正是保证人义务。^⑧从制定法根据上来看,德国法学界普遍认为,关于合规计划的组织规范是秩序违反法第130条,该条款为工厂或者企业的管理层设定了类似于保证人的地位,^⑨并通过放低责任关联性的要求扩展了企业家的保证人地位。基于工厂给企业家带来了越来越多有好处行为的可能性,也基于工厂其他人处于企业家的影响之下的典型情势,故而工厂所有人必须满足更高的义务。^⑩该条款主要针对如下两个漏洞进行了填补:第一个是规则方面的漏洞,因为直接的义务违反者不能通过该法第9条^⑪以及德国刑法典第14条^⑫成为规范的接受者;第二个是法律后果方面的漏洞,具体是指德国刑法典第40条第2款^⑬、第46条第2款^⑭以及秩序违反法第17条^⑮所引发的法律后果方面的漏洞。因为,大多数情况下是依据弱势的行为人的经济条件来决定罚款数额之高低,而违法的真正原因却在于工厂的组织或监督存在瑕疵。当企业犯罪发生时,虽然是由部分员工的行为所致,但归责的正确指向却只能是该法人,这源自其在组织结构、管理模式上存在的缺陷。^⑯而需要指出的是,德国秩序违反法第130条当然构成合规计划的中心规范,但并非唯一的规范。实际上,研究界认为所有的刑法规范都是合规规范,原因在于企业的每个领导层的可罚性都是违反杜绝企业行为危险源义务的征表。^⑰

因此,在德国2009年案件的判决中,联邦最高法

院指出合规负责人也负有德国刑法典第13条规定的保证人义务,即合规官应当负有一般刑法上的保证人义务,阻止与企业相关的、由企业雇员实施的刑事犯罪行为;阻止违法和刑事犯罪行为是他对企业管理承担的必要义务。^⑱占据优势地位的学说认为,若这种责任源自管理层对下级的控制,其承担义务的根据则在于,既然领导层拥有向其员工下达与工作组织相关的指令的权力,与之相适应,领导层也应当承担通过约束性的命令和监管以防止刑事上可罚的企业行为的义务。如此一来,德国刑法典第13条第1款意义上的,在企业管理中承担合规职责的机构当然有义务针对受指令约束的员工实施的犯罪行为加以干预。^⑲至于该职责的具体内容,德国学界一般认为,刑事合规包含三项子功能:对于关涉刑法的不当举止进行预防、调查与制裁。^⑳

深受德国法的影响,日本法也在构建合规负责人的保证人义务方面亦步亦趋。日本以20世纪80年代末90年代初的泡沫经济崩溃为起点,主张加强对金融违法犯罪的预防与惩罚、构建更为合理高效的金融规制机制的观点成为主流。针对金融企业行业自律机制的健全问题,日本业界普遍认识到仅仅形式主义地高呼遵守企业经济伦理是无法提高社会对于企业的信任度的,唯有引入合规计划才能促进金融企业经营活动的健全性与安全性。为此,日本致力于从企业的法律义务和管理层的法律义务两个角度加以完善。由于企业法律义务的问题与本文的主旨关联不大,故而略去不谈。而关于管理层的法律义务问题,则有必要进一步详细展开。针对管理层的法律义务,具有里程碑意义的是日本两起商事判决以及2002年商法的修订。这两起判决均非刑事案件,但在推动日本构建完善合规计划的过程中却具有重要意义。第一起判决为大和银行股东代表诉讼案件,^㉑大阪地方法院认定当时的11名股东及监事应当承担共计约830亿日元的损害赔偿赔偿责任。在本案判决中,法院将内部治理体系的构建义务作为善意监管注意义务以及忠实义务的内容。负责本案的大阪地方法院在判决书中使用了“内部治理”^㉒一词以明确承认董事负有构建风险管理体制的义务,对之后的司法实务产生了较大影响。以此案为契

机,合规计划的构建完善程度在认定公司管理层责任方面的积极意义逐渐为社会所认识。几乎与此同时,在神户制钢厂股东代表诉讼案件^⑧中,法院同样认为,公司管理层应当承担内部治理体系的构建义务。负责该案的神户地方法院明确指出,对于神户制钢这类大企业而言,由于职能分配日渐细化,所以准确地把握其他董事以及全体员工的动向事实上是不可能的。因此,董事应当负有法律上的义务即构建内部治理体系,以防止公司内部发生诸如商法上严格禁止的利益输送,以及无视大公司严格的企业会计原则的内部集资等违法行为。此后,类似的判决还有 Yakult 股东代表诉讼案件^⑨、雪印食品股东代表诉讼案件^⑩以及 DUSKIN 股东代表诉讼案件^⑪等。而与上述判决同时进行的则是日本 2002 年的商法修订工作,修订后的商法要求公司设置监督委员会,并且规定董事必须负责构建对于监督委员会履行职务而言必要的内部治理体系。此外,根据该法第 21 条之 7 第 1 款第 2 项的规定,公司应当建立起一套体制,使得监督委员会能够适当地监督执行人员在业务上的决定与执行情况。^⑫关于企业合规负责人的具体职责,川崎友已教授将其概括为如下五个方面:(1)制作及修改合规指南手册;(2)监督从业人员的行动以预防违法犯罪行为;(3)已经发生违法犯罪行为时,按照预先设定的程序对从业人员进行惩戒处分;(4)发现违法行为时,将该事实报告给法律执行机关,在侦查、调查时努力使企业采取合适的应对措施;(5)在企业决定经营方针、进行具体交易时,给出法律建议。^⑬笔者将这五个方面归纳为制定、监督、制裁、报告、建议五项权责。其中的监督、制裁、报告三项权责与不作为犯罪直接相关,与保证人义务问题密切相关。除此之外,在制定与建议的两项权责中,合规负责人的消极不作为也同样存在构成不作为犯的可能性。

(二)我国法中的义务内容

通过上述域外法的视角可以看出,合规负责人所承担的是一种涵盖范围广泛的监督管理义务,其核心要素在于针对企业的违法犯罪进行监督、阻止、制裁与报告。我国的国资委《合规管理指引(试行)》第二章“合规管理职责”中,董事会等管理层以及相

关部门负责层的合规职责也可以归纳为上述几个方面。当合规负责人因怠于履行职责而致使企业违法犯罪时,可能因此而承担罪责。以证券犯罪为例,我国刑法关于证券犯罪的规定集中于分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”第 4 节“破坏金融管理秩序罪”与第 5 节“金融诈骗罪”中。从法条的表述来看,上述犯罪通常的行为方式都是作为。不过,我国证券公司监督管理条例已经明确了合规机制的构建问题,也设定了相应作为义务,并对合规负责人的设立及其职责和法律责任作出了规定。^⑭随着我国最新修订的证券法于 2020 年 3 月 1 日正式实施,其中第 130 条为针对企业合规管理的原则性要求,第 140 条则规定将企业内部治理结构及合规管理情况纳入监管范围。那么,当承担监管职责的合规负责人怠于履行义务而导致相关人员实施了犯罪行为时,合规负责人的不作为是否可以构成相关犯罪的问题则尚待深入思考。

需要指出的是,合规负责人承担的上述义务(简称为合规义务)的外延远远广于刑法上作为义务的范围。如欲将合规负责人的保证人义务转化为刑法上的作为义务,从上述美德日三国的立法现况与司法实践来看,上善之策是德国的做法,即以明文规定的方式为作为义务的认定提供指引。德国法已通过前述 2009 年联邦最高法院判决确认了德国刑法典第 13 条在经济刑法领域的适用性,而日本法与我国法律在刑法总则中均缺少类似规定,所以学理上的推演便成了重要的一环。不仅在证券犯罪领域,在诸如食品药品生产销售、环境污染治理、疫情预防控制等领域中同样如此。由于我国企业合规的构建正处于进行时,但是有关合规负责人的保证人义务问题尚未引起足够的关注,属于近乎完全空白的状态。从国内研究现状来看,迄今为止贴近该主题的论文较少。在我国刑事法律中缺少关于保证人义务的明文规定的情况下,为了确保包括上述文章所涉及的缺陷产品不召回的刑事责任在内的合规负责人不履行监督等义务的不作为可以被追究刑事责任,仍有必要再从深度和广度上作进一步分析,从学理上阐释合规负责人的保证人义务的根据。

二、合规负责人的保证人义务的根据——以形式作为义务论视角

关于保证人义务即作为义务的发生根据,历来存在着形式法义务论与实质法义务论之分,其中形式法义务论至少可以追溯至费尔巴哈时代。费尔巴哈认为,只有法律与契约才能构成作为义务的根据:假如某人享有实际上为某种法定行为的权利,则可能成立不作为犯罪。公民本来的义务仅是不为一定行为,因此,不作为犯罪总是以某个特殊的法律根据(法律或者契约)为前提,而这个特殊的法律根据构成了为一定行为的义务。如果没有这个法律根据,则不作为人不能成为不作为犯。^⑩此外,还有“他行为说”“干涉说”以及“先行行为说”。^⑪而之后的“期待说”则直接构成了形式法义务论的源起:当法期待行为人实施作为但其没有实施时,这一不实施本身便是引发结果的原因。这种不作为的情形不具备物理意义上的因果性,物理意义上的因果性在此时也并不重要。原因在于,对于刑法规范的考察方式而言,此时只需要行为人未实施法所期待的作为与结果发生之间产生法律上的条件关系即足矣,而无须是自然科学上的因果关系。^⑫此后,形式作为义务论正式登场。

(一)形式作为义务根据的类型及其展开

在总结前述学术成果的基础上,形式法义务论一般将法律、契约或无因管理、习惯或条理这三类视为作为义务的根据,因而也被称为“形式三分说”。随后,又因为增补了其他的根据而被称为“形式四分说”或“形式五分说”。前者认为,作为义务的根据在于四种类型:法律规定、职务或业务、先前行为、法律行为,^⑬或者是法律、合同、先行行为、其他成因。^⑭后者则认为,作为义务的根据在于五种类型:法律上的明文规定、职务上和业务上的要求、行为人的先行行为、自愿承担的某种特定义务、在特殊情况下公共秩序和社会公德要求履行的特定义务。^⑮

虽然表述及列举方式各有不同,但通常认为法律、契约、无因管理、习惯或条理是作为义务的根据。详言之,首先,以法律为根据的作为义务的典型事例是民法上的监护人对于被监护人的监护义务,以及共同生活的家庭成员如夫妻之间的相互扶助义务。其次,以契约为根据的作为义务包括幼儿园的

看护人员对于幼儿的看护义务等。再次,以无因管理为根据的作为义务是指当无因管理人开始实施无因管理后,其也自愿承担起以善良管理人的标准来审慎稳妥地管理该无因管理事物的义务。最后,习惯或条理的涵盖范围较广,为防止其导致作为义务的扩大化,一般认为应当对其内容进行类型化的限制。^⑯其中的一种类型便是借鉴前述的先行行为说,将危险的先行行为视为作为义务的发生根据。当危险的先行行为引发了需要以作为来防止结果发生的状况时,先行行为人便需要承担作为义务。例如,交通肇事后所产生的救助义务。至于经济犯罪中包括合规负责人在内的监督管理人所负有的作为义务,研究者们通常都放在最后一种类型中(习惯或条理或其他成因)加以探讨。例如,施特拉腾韦特教授认为,保证人地位的其他成因包括对危险源进行监督的法定义务,其出发点在于个体的支配领域,主要包括:(1)状态责任,即财物、设备或机器的所有人或占有人有义务控制由此而产生的危险,并防止损害他人的法益;(2)业主责任,即企业所有人或主管人即使并未积极教唆或帮助在企业内部实施的犯罪,在本来可以通过下达指令而阻止犯罪的职责范围之内,也应当承担保证人义务;(3)产品责任,即通常只有生产者才能充分了解危险。比如对于药品的副作用,生产者是能够影响企业运作、召回产品的人,这一理由足以使生产者承担相应的特别责任。虽然德国法不认可单位犯罪,但生产者的保证人地位依旧决定了企业中的具体个人可能为伤害或者杀人承担不作为犯罪的责任。^⑰大塚仁教授认为,习惯或条理的具体内容包括监管人地位、管理人地位、卖主地位以及先行行为。^⑱除先行行为之外,前三种类型的内容与施特拉腾韦特教授的观点存在相似之处。而福田平教授则认为,习惯或条理中具体包括先行行为、所有人或管理人的地位、交易上的诚实信用原则、危险共同体或生活共同体等。其中,“所有人或管理人的地位”具体是指物的占有人、所有人在对物实施管理时,在管理范围内对于物所引发的危险负有阻止义务。交易上的诚实信用原则是指当买主对于买卖标的物的要素产生错误认识时,依据诚实信用原则,卖主负有告知事实的义务,而不告知的不作为则可能

构成诈骗罪的实行行为。^⑨

(二)形式作为义务论在认定合规负责人保证人义务时的缺陷

虽然受到了实质作为义务论的挑战,但形式作为义务论至今仍然在日本刑法学界保持着旺盛的学术生命力。形式作为义务论能否为合规负责人的保证人义务根据提供足够的理论支撑呢?对此,笔者不得不表示质疑。详言之,由于法律、契约、习惯或条理中都或多或少地包含了相应的作为义务内容。因此,形式作为义务论从一定程度上可以为合规负责人的保证人义务根据提供相应的理论支撑。纵然是刑法和其他部门法同时将某行为规定为违法行为,并在其他部门法中也预设了作为义务,也不可能由此而直接将其转换为刑法上的作为义务。仍以证券违法犯罪为例,关于内幕交易,我国证券法第73条、第76条及第202条作出了明确的规定,其规定内容与刑法第180条关于内幕交易、泄露内幕信息罪的规定并无二致。并且,证券法第84条、公司法第147条也均从不同角度设定了相应的作为义务。但即使内幕交易行为同时符合我国证券法与刑法规定的构成要件,且合规负责人也确实违反了相应作为义务,如果仅从2010年最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第35条规定的“证券交易成交额累计在五十万元以上的”这一入罪标准上来看,行为人不仅需要违反该作为义务,而且还需要达到刑法规范意欲处罚的罪量标准,才有可能被评价为同时违反了刑法上的作为义务。另外,仅从罪量标准上也可以看出刑法上的作为义务与其他部门法上的作为义务之间的差异性。再者,虽然刑法第330条“妨害传染病防治罪”规定了“违反传染病防治法的规定”,但与防控疫情密切相关的突发事件应对法以及国境卫生检疫法中规定的监督管理义务能否构成刑法上的作为义务的问题仍然存疑。不仅如此,由于我国刑法第330条第2款仅列举了四种行为方式,因此,当负有疫情防控职责的单位及责任人员虽怠于履行传染病防治法中的防控义务,但却又不符合刑法分则规定的四种行为方式时,关于传染病防治法中规定的作为义务能否直接构成刑法上的作为义务之来源的问题,亦

尚无明确答案。

正如实质法义务论对于形式法义务论的质疑,形式法义务论的主要弊端在于不能合理地解释保证人义务的根据,也不能有效地划定保证人义务的范围。^⑩形式作为义务论旨在将非刑法规范上的作为义务转换为刑法规范上的作为义务,但问题在于,非刑法法规在设定义务时,并非且不需要从刑法法规所预设的构成要件的角度来考虑问题。故而,这种作为义务并不能被直接转换为用于满足刑法上的构成要件的作为义务。如果可以直接转换的话,那么刑法也将彻底从属于民法以及其他部门法了,刑法作为一个部门法的独立性亦将不复存在了。关于刑法是否从属于诸如民法等其他部门法的问题,存在着独立性说与从属性说之争,但即使是坚持从属性说的观点,也不可能完全抹消刑法的独立性。^⑪而在违法多元论与违法一元论之争的层面上,即使是坚持违法一元论的学者也不会将非刑法规范的作为义务直接认定为刑法规范的作为义务。因此,形式作为义务论在将非刑法规范的作为义务转换为刑法规范的作为义务这一点上,尚缺少更为实质的推进研究。而关于形式法义务无法直接转化为实质作为义务的问题,罗克辛教授对此的总结是:这种看起来最具体的、最符合确定性原则地从“法律”中产生的保证人地位,在实际上就已经不能为刑法中防止结果出现的义务提供什么有说服力的产生根据了。^⑫

诚然,形式法义务论至今在德日刑法学界都拥有着众多拥趸,但由于非刑法上的作为义务可以直接转化为刑法上的作为义务的理论根据并不明确,且罗列作为义务之类型的做法也缺少逻辑性,难言周全,更难以明确地界定作为义务的范围。因此,从更为实质的角度探讨作为义务的发生根据也就势在必行了。正如耶赛克、魏根特两位教授所言,实质的考察方法指明了一条途径,即在不同义务的社会内容基础上来解决保证人问题。但同时不能忘记其产生的根据是什么,否则的话就会产生保证人义务被无限扩大的危险。^⑬

三、合规负责人的保证人义务的根据——实质作为义务论视角的透视

统称为“实质作为义务论”的学说又可以细分为

如下几种类型:先行行为说、事实承担说(具体的依存性说)、法益存立的依存关系说、因果经过支配说(排他支配说)、效率性说、机能二分说、准作为犯说。^⑤其中,主张实质作为义务二元论的机能二分说在认定合规负责人的保证人义务方面更具优势,而在实质作为义务一元论的阵营之内,较有影响力的是先行行为说、事实承担说、因果经过支配说。此外,脱胎于雅科布斯所主张的机能二分说中的组织化管辖的准作为犯说,在解决合规负责人的保证人义务问题时也颇具借鉴意义。下文将主要针对前述三种学说进行述评,并围绕笔者所主张的准作为犯说以及机能二分说的学术观点及其在认定合规负责人的保证人义务方面的适用性来展开分析。

(一)实质作为义务一元论述评

1. 先行行为说

属于实质法义务论的先行行为说是站在实质认定的立场上来探究保证人义务的根据的。从实质角度认定保证人义务的发生根据时,最具争议性的便是先行行为。关于先行行为能否构成保证人义务的发生根据这一问题,日本的日高义博教授认为,只有先行行为才可以构成保证人义务的发生根据:作为是制造了因果契机,而不作为仅仅是放置(利用)了因果契机,两者原本在构成要件上是不具备等价性的。因此,为了使两者具备等价性,则需要不作为人预先凭借自己的故意或过失的先行行为而设定了指向法益侵害的因果流程。^⑥需要指出的是,不同于形式法义务论中以习惯或条理为依据的先行行为,日高义博说的先行行为从设定因果力的角度出发,将前述先行行为视为产生作为义务的普遍根据,并以此来补足不作为原本不具备因果力的问题。而我国学者王莹教授的观点则更为细致:关于犯罪行为是否可以构成不真正不作为犯的先行行为的问题,应当依据客观归责论主张的风险预设与风险关联问题进行判断。因此,过失的犯罪行为可以构成不真正不作为犯的先行行为,而故意的犯罪行为能否构成先行行为的问题,则需要根据其所创设的风险是否被该基本犯用尽来作判断。如果该故意犯罪尚未用尽该风险,则其行为可能构成不真正不作为犯的先行行为,否则的话则不可能构成。^⑦不过,针对这种

观点,佐伯仁志教授认为其缺陷在于:如果故意或过失的先行行为本身便是刑法的处罚对象的话,再以之为理由认定不真正不作为犯时,便构成了对先行行为的重复评价。^⑧例如,交通肇事导致三人受重伤,肇事人逃逸后,在一名伤员死亡的情况下,如果根据先行行为说,针对伤员死亡的结果,肇事人构成不作为的故意杀人罪,而针对此前包括死者在内的三人重伤的结果,肇事人构成交通肇事罪,此时便是对过失的前行为即交通肇事行为进行了重复评价。再者,当第三人的故意或过失行为甚至是意外事件预设了因果流程时,行为人反而不会构成不真正不作为犯了。例如,在施工人员因疏忽而未在坑洞前设置警示标志,甲知道自己的妻子即将路过但希望妻子摔死的场合,由于甲并未实施先行行为,所以无法构成不作为的故意杀人罪了。总之,以先行发生的故意或过失行为来弥补作为与不作为的结构差异的做法是难以成立的。

为了弥补先行行为说的缺陷,张明楷教授指出,先行行为构成作为义务的实质根据在于使刑法保护的具体法益面临急迫危险。具体需要满足如下三个条件:其一,先行行为对于刑法保护的具体法益造成了危险;其二,危险明显增大,如果不采取积极措施,危险就会立即现实化为实害;其三,行为人对危险向实害发生的原因具有支配性。^⑨该观点对于解决先行行为说的不足具有一定意义,但将其投射到合规负责人的保证人义务上时,却并不能有效地解决问题。详言之,关于条件一,即先行行为要对法益造成危险。虽然该观点也认可了不作为构成先行行为的可能性,但同时也以不修缮屋顶、不制止恶狗等案例论证了对于危险源的监督义务不能直接引申出救助义务(作为义务)的结论。而在企业犯罪的场合下,却恰好需要以合规负责人怠于履行监管职责来推定其违反了保证人义务。而如果不能作此推定的话,则条件一将无法在企业犯罪中成立了。此外,关于条件三,即不作为人的支配性。当合规负责人及时察觉相关人员正在实施违法犯罪行为而未能加以制止时,可以说,合规负责人对于犯罪结果的发生具有一定的支配性。然而,如果是在事后才发现违法犯罪行为却未履行制裁或者报告义务的话,那么,此时恐

怕很难说合规负责人仍对于危险向害发生的原因具有支配性。

基于种种理由,德国的许迺曼教授认为,即使实施了危险的先行行为,行为人也不会因此具有保证人地位。许迺曼教授坚持以对结果原因支配为标准的一元性正犯体系,该体系以行为人对于引发结果的原因拥有支配力为基础,将支配区分为两种情形:第一,作为犯中的犯罪支配;第二,保证人身份犯中对于某一社会领域的控制支配。^⑤根据许迺曼教授的观点,在实施了危险的先行行为的场合下,由于未对危险源或脆弱法益存在事先的控制支配,故该先行行为无法与其他真正的支配关系相提并论,因而不能成立保证人义务。

2. 事实承担说

事实承担说也被称为“具体的依存性说”。该学说的出发点在于:作为义务既非单纯的自然因果力的有无问题,也并非因果经过的支配问题,而是源自不作为人与被害人之间的社会关系。根据该学说,作为义务源自不作为人与结果之间的依存关系,亦即不作为人与结果的密切关联性这一事实关系。概言之,当结果的不发生具体性地依存于不作为时,作为义务成立。依存关系的成立取决于不作为人在事实上接受保护法益的状态,具体是指满足如下三个条件:(1)开始法益维持行为,“法益维持行为”是指该行为可以构成阻止结果发生的条件;(2)反复、继续该法益维持行为;(3)确保排他性,即确保他人无法干涉。^⑥事实承担说是站在结果无价值论的立场上限定作为义务的发生范围,而主张该学说的堀内捷三教授认为,只有上述三个条件全部具备时,才可能成立作为义务。不过,同样支持该学说的浅田和茂教授则指出,这三个条件之间有时是会出现重叠的。例如,当客人不慎将灯火弄倒而有引发火灾的危险,但主人发现后却置之不理时,条件(1)不具备;在将交通肇事的受害人搬上车的场合,条件(2)不具备;当在会被溺死的孩子附近除父母之外还有其他人时,条件(3)不具备。^⑦因此,浅田和茂教授认为,应当区分个人法益与公共、国家法益。在个人法益的情形中,应当顾及被害人所处的状态,并针对被害法益,考察其所处的地位;而在公共、国家法益的情形中,结果

发生之有无是否在行为人的支配领域内才是判断的关键点。换言之,法令等的存在不过是认定作为义务的契机而非决定性要素。认定作为义务的决定性要素为支配地位或支配领域性的有无。^⑧我国学者中持类似观点的是冯军教授,其观点被称为“支配行为说”,认为当行为人为了防止结果的发生而自愿实施了具有支配力的行为时,该不作为与作为便具有了等价性。其中的“自愿行为”必须是出于防止结果发生的目的,而“具有支配力”则指的是控制结果发生的进程。^⑨在依据与被害法益之间的密切关系,要求行为人只有在出于救助意思而建立了事实上的法益维持关系时才能说具有不真正不作为犯这一点上,可以看出支配行为说与事实承担说之间的一致性。^⑩

事实承担说的主要问题在于:无法认可产品制造商、销售商的缺陷产品召回义务。例如,堀内捷三教授以“皮革用喷雾器案件”为例指出,当产品摆脱了制造商或销售商的支配领域时,制造商等便不再需要承担回收缺陷产品的作为义务。^⑪对此,镇目征树教授指出,该学说虽然致力于解决与保护被害人相关的排他性问题,但却在制造物的排他性上作此理解,其在问题意识方面是有所欠缺的。^⑫当以行为人对于结果的发生是否具备事实上的支配性为判断标准时,的确会导致保证人义务范围的不当限缩。例如,当行为人因为不小心而引发火灾,在可以扑灭的情况下却选择逃跑时,通说认为可以构成以不作为方式实施的放火罪。但如果是按照事实承担说的话,则会因为没有支配行为而不构成放火罪了。这种思维方式也会影响企业犯罪中合规负责人的义务认定,原因在于,合规负责人负有的监管职责决定了其不可能对于该企业的犯罪行为所引发的相关结果直接拥有支配性地位。特别是在因监督管理失职而未能阻止企业犯罪的场合,若按照支配行为说的思路,此时合规负责人也将因不具有支配性而不构成犯罪了。

3. 因果经过支配说(排他支配说)

因果经过支配说是对事实承担说中条件(3)的进一步发展。与先行行为说相同,排他支配说也认为作为是设定了指向结果的因果流程,而不作为是放

置了因果经过。因此,为了实现不作为与作为之间的等价性,则需要不作为人将已经发生的因果流程掌控在自己手中。只有当不作为人具体地、现实地支配了因果经过时,才会产生刑法上的作为义务。具体而言,包括如下两种情形:(1)不作为人具有事实上的排他支配的情形,即不作为人根据自己的意思拥有或者设定了排他支配,如亲子关系、抚养契约等;(2)不作为人拥有支配领域性的情形,此时虽然没有支配意思,但产生了可以事实支配因果经过的地位,依据身份关系或者社会地位而负有在社会生活中继续性的保护、管理的义务。如早上开门时发现门口有弃婴,此时的作为义务源自该房主的“社会继续性保护关系”这一规范要素,即使没有先行行为也不影响保护人地位的形成。^⑥需要注意的是,如果仅仅具有规范支配的话,则是不成立保证人义务的。例如,当孩子溺水但父亲不会游泳或者旁边有他人可以及时救助时,该父亲都会因只有规范支配而没有事实性支配而不承担保证人义务。

该学说的特点在于:(1)以事实承担说为基础,从规范的视角对作为义务进行了适当的扩张。(2)将(原本便无法证明的)不作为犯的因果力问题替换为对于因果经过的具体性、现实性支配问题,从而在整体上限制住了不真正不作为犯的义务范围。但该学说的缺陷在于:(1)将先行行为彻底排除在保证人义务的发生根据之外。(2)“社会继续性保护关系”是一个界限不清的标准。例如,当建筑物的所有人发现有奄奄一息的流浪汉闯入自己家中但却置之不理时,一般并不会因此而认定该所有人在故意杀人罪的意义上支配了因果经过,但根据该理论,此时却是可以成立保证人义务的。^⑦(3)在前述孩子溺水的案例中,如果以他人可以实施救助为理由来否定父亲的作为义务的话,也是不太妥当的。(4)该学说自认为其不同于事实承担说,但实际上只要不存在积极地排除他人的行为,则排他支配与事实上的接受之间是没有差别的。

在认定合规负责人的保证人义务方面,因果经过支配说的主要缺陷在于:首先,在以自己的意思拥有或者设定排他支配的情形中无法认定保证人义务的成立。理由显而易见,在企业犯罪的场合,无论是

依据法律法规还是雇佣合同,合规负责人可以获得的监督管理权限并不足以产生排他性支配。而在支配领域性的情形中,该学说认为不作为人是依据身份关系或者社会地位而负有相应的保护、管理义务,这可以用以解释合规负责人的保证人义务之来源。不过,关于支配领域性的界定,该学说则不如后述机能二分说阐述得清楚。无论是对于“身份关系或社会地位”还是“社会伦理性、规范性支配”的阐述,均不足以清晰界定支配领域性。概言之,在界定保证人义务时,从规范角度出发是不可或缺的要素,而该学说却侧重于从支配因果流程这一事实角度出发的基本立场,实则是不可能真正清楚地界定保证人义务的。而事实上,“结果因果经过的支配”这一概念本身便是源于各种支配概念的混合,由此引发的不明确性正是该学说最大的问题所在。而具体到产品责任问题,排他支配说认为排他支配之有无,取决于在从制造到最终流通到消费者手中的过程中,产品的制造商、销售商在多大程度上可以控制制造、销售流程。^⑧但批评意见则指出,关于控制的程度之高低是无法判断的。再者,即使可以认定制造商、销售商无法控制制造、销售流程,仍存在着难以判断监督管理机关能否控制的问题。^⑨

(二)准作为犯说之借鉴

受到后文由雅科布斯教授提出的机能二分说中的“以组织化管辖为基础的作为义务”^⑩这一观点的影响,日本学者松宫孝明教授提出了“准作为犯说”,认为不真正不作为是“假装的作为”,是“准作为”。该学说以日本的主流观点即不真正不作为犯违反的是禁止规范为基本出发点,认为将作为犯的处罚规定类推适用于不真正不作为犯的做法,以及将不作为纳入作为犯的处罚规定中的做法都是不可取的。附随于作为的不作为以及引发了指向结果的因果力的先行行为都可视为行为人的“延长的手臂”的一种作为。因此,行为人需要承担不对他人造成危险的保证人义务。^⑪例如,在列车行驶过程中,驾驶员突然发现前方有行人正在通过路口,如果及时刹车的话原本可以避免事故的发生,但驾驶员却不再采取任何措施时,可以将驾驶员视为对列车行驶实施了组织化行为的作为义务人,从而依据故意杀人、故意

伤害等作为犯规定予以处罚。再者,如果是先交通肇事后而不履行救助义务的话,则需要判断不履行救助义务的行为是否构成肇事人的“延长的手臂”。肇事人如果仅仅是逃逸的话,由于失去了对于肇事之后的因果流程的掌控力,所以不再另行构成不作为犯。但如果是以积极的身体动作掌控了因果流程的话,如将被害人转移到不易被发现的地点,或者以送往医院为幌子而兜圈拖延时间,便具有了构成不作为犯的可能性。^③

在笔者看来,尽管准作为犯说在本质上属于实质作为义务一元论,但在合规负责人的保证人义务问题的处理上,仍有值得我国借鉴之处。具体而言,主要在于如下两点:(1)该学说以不真正不作为犯违反的是禁止规范为基本出发点。不同于德国刑法,我国刑法与日本刑法在总则部分均缺少类似于德国刑法典第13条的规定。由此而导致的差异是,德国刑法典可以依据第13条这一法律拟制来解决以作为犯规定处罚不真正不作为犯的难题,亦可凭此认为作为犯与不真正不作为犯具有不同的规范结构,前者违反禁止规范而后者违反命令规范。而与之相对,日本刑法学则需要在认为不真正不作为犯也违反禁止规范的前提下界定其处罚范围。否则,便无法解释处罚不真正不作为犯时违反罪刑法定主义的疑问。而我国刑法学也面临着同样的问题。正是在这一点上,该学说与我国刑法之间具有内在的契合性。(2)以组织化管辖为基础的作为义务亦可以用来解释合规负责人的保证人义务。对此,松宫孝明教授指出,其类似于民事法中的“社会生活义务”(Verkehrspflicht)。例如,产品责任法中的回收缺陷产品义务。^④不仅是缺陷产品的召回义务,上述以组织化管辖为基础的作为义务也可以广泛应用于企业犯罪。例如,在金融商品交易、食品药品生产销售、生态环境治理、疫情预防控制等具体领域中,居于合规负责人地位的人员同样可以因不履行其所负有的基于组织化管辖而产生的相应作为义务而构成不作为犯。

(三)机能二分说之提倡

机能二分说为德国刑法学的主流观点,来自阿明·考夫曼的区分“监管型保证”与“保护型保证”的

学说。保护型保证是指监管人(保护人)针对被保护人或者被保护的财产价值等法益的保护,使其免遭侵害或威胁;监管型保护则是指保护人对于特定的危险源例如自己土地上的交通安全、宠物或者自己的先行行为所引发的危险等的监管。在监管型保护中,保证人的保护机能仅仅被限制在唯一的攻击方向上,限制在那些来自应当遏制的危险源而威胁着法益的人事之上。^⑤而受考夫曼学说的影响,许迺曼教授与雅科布斯教授分别提出了新的机能二分说。首先是许迺曼教授的观点。许迺曼教授认为,构成保证人地位的核心标准是“对结果根据的控制”,即对于损害法益的最重要条件的控制。在此基础上,保证人地位可以分为两种类型:法益保护型的义务类型与危险源监督管理型的义务类型。许迺曼教授的这一观点得到了诸多学者的支持,故而在德国学界成了主流。^⑥其中,法益保护型的义务类型又具体分为:(1)以规范性保护关系为基础的作为义务,例如亲子关系、夫妻关系所引发的义务;(2)以任意的、制度性保护关系为基础的作为义务,例如看护契约、仓库管理员、危险共同体等;(3)以机能性保护关系为基础的作为义务,例如发现交通事故的受害人后将其搬上车送往医院的情形。而危险源监督管理型的义务则包括:(1)与危险的物品、设施相关的管理义务所引发的保证义务,例如动物饲养员所负有的确保围栏坚固的义务、宾馆经营者所负有的修缮宾馆设施的义务、危险药品的销售商或监管部门负有的义务;(2)与人的危险行为相关的监督义务所引发的保证义务,例如父母阻止未成年子女侵害法益的义务;(3)以不可罚的先行危险创设行为为基础的作为义务,例如行为人发现自己出于过失将他人锁在房间后负有打开房门的义务、因与朋友打闹嬉戏而误将其推入河中后负有的救助义务。

该学说试图站在保护机能的立场上对学术界提出的保证人义务类型进行分类整理,并且在注重发掘作为义务的实质根据的同时,不忘从形式上对其进行必要的约束,从而得以在德国刑法学界成为主流学说。我国学者张明楷教授也持这种观点,张明楷教授在其教科书中指出,不作为导致法益侵害结果的过程可以分为如下三种类型:(1)由危险源产生

危险→危险增大→实害结果的发生,此时基于对危险源的支配产生的监督义务,便是实质义务的来源;(2)由于人为的或者法益主体自身的原因致使法益处于无助或者脆弱状态,因而出现危险→危险增大→实害结果的发生,当法益的保护具体依赖于特定人时,特定人则具有保护义务;(3)基于他人或者法益主体自身的原因,在特定领域中法益出现危险→危险增大→实害结果的发生。此时,法益的保护依赖于特定领域的管理者,因而该特定领域的管理者负有阻止义务。据此,张明楷教授认为,实质法义务包括如下三种类型:(1)基于对危险源的支配而产生的监督义务;(2)基于与法益的无助(脆弱)状态的特殊关系而产生的保护义务;(3)基于对法益的危险发生领域的支配而产生的阻止义务。^⑦通过对比可以看出,张明楷教授的三分法实际上是将机能二分说中的“危险源监督管理型的义务”类型又作了细化处理,所以笔者将张明楷教授的观点与机能二分说列为同一类型进行分析。

具体到合规负责人的保证人义务的发生根据,笔者认为,其中既包括法益保护型的义务类型,也包括危险源监督管理型的义务类型。首先是法益保护型的义务类型。在认定此类义务时,张明楷教授的“基于对法益的危险发生领域的支配而产生的阻止义务”可资借鉴。不过,此处还需要作出如下几点修正:(1)其中的“领域”是指企业犯罪的场域,并不限于真实的空间。在合规负责人可以依据监管职责来阻止企业管理层及其他成员实施犯罪的时空环境下,均可以认定为此处的“领域”。尤其是在当今信息时代背景下,网络空间安全备受社会关注。近年来,随着我国网络安全法、电子商务法的相继出台以及2019年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》的发布,网络平台作为与政府并行于网络空间社会中的共治主体,其所面临的刑事法律风险也在不断升高。与之相应,网络平台在网络空间中需要以不作为犯的义务来源与风险防控为核心来开展刑事合规工作。^⑧对此,网络平台的合规负责人应积极履行其所负有的网络安全管理义务,否则便极有可能构成不作为形式的网络犯

罪。(2)以“管辖”替换“支配”一词。之所以作出这一改动,原因主要有两点:一是为了避免使用“支配”一词所造成的理解混淆;二是从控制程度的角度来看,“支配”一词蕴含的控制程度远远强于“管辖”。对于合规负责人来说,企业内部的权力制衡机制、信息流通机制及其所负有的监管职责决定了他们不可能彻底控制或支配相关违法犯罪,而是只能进行程度较低、强度相对较弱的管辖。否则,合规机构便可以称得上是凌驾于一切管理机构之上的存在了。而在危险源监督管理型的义务类型中,则主要是指与人的危险行为相关的监督义务引发的保证义务,此处的“人”既包括受合规机构监管的管理层以及所有企业成员,也包括合规机构的组成人员。关于这一点,耶赛克、魏根特两位教授将其表述为对于第三人行为的保证人责任,认为此时不需要考虑先前实施的行为或自愿的接受。在这种情形中,起决定性作用的思想是:鉴于既存的权威地位和监督地位。公众相信,义务人能够控制由监督人自己所导致之危险。^⑨再者,危险源监督管理型的义务类型中的“危险行为”既可以是犯罪行为,也可以是违法行为乃至是违规行为,只要该危险行为可以与合规负责人的监管义务产生关联即可。换言之,依据法律法规、规章、政策性文件或合规契约,只要该行为在合规负责人的监管职责范围之内,便可以构成危险行为。

与许迺曼教授的观点相对,雅科布斯教授认为保证人义务可以区分为“以制度化管辖为基础的义务”和“以组织化管辖为基础的义务”。其中,以组织化管辖为基础的义务的基本思想在于,某一组织体内的每个人都应当关心任何人不受损害。每个人都应当对于因自己的自由态度而引发的结果承担责任。换言之,以作为行动自由的组织化自由为代价,必须自担对于被害人的责任。其中的“组织化”,意指管理与权限仅归属于自身这一意义上的排他支配。以自由形成的组织化领域为代价的是负有必须保证该领域不构成对他人的侵害或威胁这一消极义务。^⑩与之不同,以制度化管辖为基础的义务则是指针对普通或者特别的危险源,必须保护一定法益的义务。在雅科布斯教授看来,需要从抽象法与社会形态中推导出该义务,并且该义务的内容是旨在构

建共同世界的、决定社会同一性的积极义务。在主流观点看来,以组织化管辖为基础的作为义务相当于监护型保证人义务,而以制度化管辖为基础的作为义务则相当于保护型保证人义务。^⑧此外,根据雅克布斯教授的观点,制度化管辖所对应的是义务犯论,该理论以训练公民对法的忠诚为理论基石,而恰是这一点使得该理论饱受批评。^⑨但笔者认为,在经济违法犯罪领域,正是由于经济主体对于经济秩序的漠视态度才导致了韦伯所言的对于“支持法规之遵守的利害关系”的缺失。因此,在培养经济主体对于经济秩序的法忠诚以及塑造经济主体的经济道德伦理标准方面,义务犯论反而具备相应的适用价值。以近年来频频被曝光的路虎车变速箱故障、奔驰车发动机漏油等机动车缺陷事件为典型,如若不完善制造商、销售商的缺陷产品责任体系,则公民的权益将何以得到保障?此外,在当前全球防控疫情的这一特殊时代背景下,在涉及疫情防护相关产品的制造及其流通过程中,各个环节的经济主体对于经济秩序的法忠诚以及经济道德伦理的遵守显得尤为重要,不但与公民的经济权益密切相关,更事关公民的生命健康权益,必须对此予以足够的重视。

四、合规负责人的保证人义务的法构建——代结语

在我国,距刑事合规计划的最初提出已经至少有十余年的时间。近几年,无论是政府还是公民都充分认识到了企业内部合规机制构建的必要性。例如,国资委《合规管理指引(试行)》明确要求中央企业“以有效防控合规风险为目的,以企业和员工经营管理行为对象,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”。^⑩发改委合规管理指引则要求各类企业在开展境外竞争业务时应当“以倡导合规经营价值观为导向,明确合规管理工作内容,健全合规管理架构,制定合规管理制度,完善合规运行机制,加强合规风险识别、评估与处置,开展合规评审与改进,培育合规文化,形成重视合规经营的企业氛围”。^⑪包括刑事合规在内的合规计划或机制的建立是一个复杂的系统性工程,而本文仅基于其中的一环——构建合规负责人的保证人义务的视角展

开分析。通过前文论述,笔者谨提出如下几点构想以供参考:(1)依据经济法律法规以及政策性文件构建的合规负责人的作为义务,是一项以监督、阻止、制裁与报告等为核心内容且涵盖范围广泛的“保证人义务”,其并不具备毫无保留地转换为刑法上的作为义务的可能性。因此,形式作为义务论仅能为保证人义务划定大致的范围,而无法合理地解释其内实。从更为实质的角度进行挖掘作业至关重要。(2)在认定合规负责人的保证人义务时,仅重视事实性要素即不作为与结果发生之间的因果关系是不够的,还必须从规范性的角度出发才能真正界定保证人义务的内涵。因此,形式作为义务论以及实质作为义务论中着眼于事实性要素的学说都难以适用。与之相对地,准作为犯说与机能二分说更值得借鉴。(3)鉴于目前我国刑事法律中缺少类似于德国刑法典第13条的规定,准作为犯说在目前更具备可适用性。但不可忽视的是,关于认定合规负责人的保证人义务,最合理的学说应当是机能二分说,尤其是雅克布斯所主张的区分“制度化管辖”与“组织化管辖”的观点,其中“以制度化管辖的作为义务”的背景理论即义务犯论,在塑造经济主体的法忠诚等方面也具有相当的价值。故而,从学说的角度来看,最理想的模式应当是从准作为犯说向机能二分说的演变,与此相伴的则是在刑事立法上实现从缺少明文规定向明文规定的转变。

注释:

①关于保证人义务与保证人地位究竟是一体还是分离的问题,研究界尚有争议,因而区分为“分离说”与“一体说”。主张分离说的标志性学者有日本的内藤谦教授、曾根威彦教授。参见[日]内藤谦:《刑法講義総論(上)》,日本有斐閣1983年版,第230页;[日]曾根威彦:《刑法の重要問題(総論)》(第2版),日本成文堂2005年版,第244页。主张一体说的标志性学者有我国的张明楷教授以及日本的浅田和茂教授、山中敬一教授。参见张明楷:《刑法学(上)》(第5版),法律出版社2016年版,第151-152页;[日]浅田和茂:《刑法総論》(第2版),日本成文堂2019年版,第159页;[日]山中敬一:《刑法総論》(第3版),日本成文堂2015年版,第248页。由于本文是基于一体说的立场进行分析,故而在下文中并未刻意区分“保证人地位”与“保证人义务”这两个概念。

②BGHSI 54, 44=BGH NJW 2009, 3173.

③参见[德]托马斯·罗什:《反对合规负责人的保证人义务》,李本灿译,载李本灿等编译:《合规与刑法——全球视野的考察》,中国政法大学出版社2018年版,第372页。

④参见黎宏:《单位刑事责任论》,清华大学出版社2001年版,第324-325页。

⑤季卫东:《为企业合规性投石问路》,载《财经》2008年第20期。

⑥参见黎宏:《合规计划与企业刑事责任》,载《法学杂志》2019年第9期。

⑦最典型的是中兴通讯事件与华为事件。

⑧参见陈瑞华:《企业合规的基本问题》,载《中国法律评论》2020年第1期。

⑨[德]马克斯·韦伯:《经济行动与社会团体》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2004年版,第226页。

⑩参见同前注⑨,韦伯书,第227页。

⑪这里需要说明的是,合规负责人的保证人义务存在广义与狭义之分。在刑法教义学的语境下,其仅指在狭义的刑法层面上合规负责人的保证人义务。而如果将其置于企业合规计划的整体语境下的话,则是一个涵盖了刑法规范的作为义务及非刑法规范的作为义务(如民法、商法中所规定的作为义务)在内的广义概念。

⑫参见《美国1934年证券交易法》,张路译,法律出版社2006年版,第313页。

⑬美国法中一般称之为“相当的注意义务”。这一用词与大陆法系虽有不同,但在认定怠于履行职责可能构成不作为犯这一点上是存在共通之处的。因此,为了保持行文流畅,下文中将不再刻意区分美德日中各国法在表述保证人义务时存在的差别。

⑭参见[美]托马斯·李·哈森:《证券法》,张学安等译,中国政法大学出版社2003年版,第303-305页。

⑮俗称为“美国联邦证券诸法”,是指关于证券发行与交易的一系列法律的总称,核心法为1933年证券法与1934年证券交易法。迄今为止,最重要的是2002年公开企业会计改革·投资者保护法,通常以制定时发挥主导作用的两位议员的名字而简称为2002年萨班斯-奥克斯利法。该法对1933年证券法与1934年证券交易法作出大幅度修改,主旨在于从内外部加强对公司的监督力度,内容涉及会计制度的改革、监督委员会职能的强化、CEO责任的加重、法执行的强化等。参见张小宁:《证券内幕交易罪研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,第32-42页。

⑯参见[美]ジョー・D.ホイットリー:《〈社内犯罪〉米国量刑ガイドラインに基づいた遵守プログラムの設定・実施》,载《国際法務戦略》第7卷第11号(1998年)。

⑰参见韩轶:《企业刑事合规的风险防控与建构路径》,载

《法学杂志》2019年第9期。

⑱参见[德]亨德里克·施奈德、彼得·戈特沙尔特:《企业中合规专员刑事责任的开放性原理问题》,蔡仙译,载同前注③,罗什文,李本灿等译书,第340页。

⑲参见[德]丹尼斯·伯克:《合规讨论的刑法视角》,黄礼登译,载同前注③,罗什文,李本灿等译书,第312-313页。

⑳参见同前注⑲,伯克文,第314页。

㉑标题是“为他所作之行为”,具体内容参见郑冲译:《德国违反秩序法》,载《行政法学研究》1995年第1期。

㉒标题是“为他人而行为”,具体内容参见徐久生译:《德国刑法典》,北京大学出版社2019年版,第10页。该条与德国秩序违反法第9条的内容是一致的。译文标题与内容的差别源于译者的翻译风格不同。例如,关于该条标题“Handeln für einen anderen”的译法,另有译者将其译作“为他人之行为”,参见李圣杰、潘怡宏编译:《德国刑法典》,元照出版有限公司2017年版,第17页。

㉓参见同前注㉒,徐久生译书,第16页。

㉔参见同前注㉒,徐久生译书,第19页。

㉕标题是“罚款数额”,具体内容参见同前注㉑,郑冲译文。

㉖当然需要明确的是,德国并不认可法人犯罪。

㉗参见同前注⑲,伯克文,第312页。

㉘同前注③,罗什文,李本灿等译书,第372页。

㉙参见同前注⑲,施奈德等文,第334-335页。

㉚参见[德]弗兰克·萨力格尔:《刑事合规的基本问题》,马寅翔译,载同前注③,罗什文,李本灿等译书,第54页。

㉛参见[日]大阪地判平成12·9·20判例タイムズ第1047号,第86页。

㉜日文为“内部统制”。为了保持行文的前后一致性,依据中文的语言习惯,本文将其统一译为“内部治理”。

㉝参见[日]神户地裁平成14年4月5日和解案,商事法務第1626号,第52页。

㉞参见[日]東京地判平成16·12·16判例タイムズ第1174号,第150页。

㉟参见[日]東京地判平成17·2·10判例時報第1887号,第135页。

㊱参见[日]大阪高判平成18·6·9判例タイムズ第1214号,第115页。在该案件判决中,法院引用了前述大和银行股东代表诉讼案件的判旨。

㊲[日]川崎友已:《作为企业注意义务的合规计划》,曾文科译,载同前注③,罗什文,李本灿等译书,第214页。

㊳[日]川崎友已:《合规计划的现状》,曾文科译,载同前注③,罗什文,李本灿等译书,第27-29页。

㊴参见证券公司监督管理条例第12条、第23条、第70条、第89条。

㊵[德]安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈:《德国刑法教科

书》(第14版),徐久生译,中国方正出版社2010年版,第36-37页。

⑪参见[日]日高義博:《不真正不作為犯の理論》,日本慶應通信株式会社1983年版,第22页;[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(下)》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第829-830页。

⑫参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第430页。

⑬参见陈兴良:《本体刑法学》,商务印书社2001年版,第257-259页;同前注①,张明楷书,第152页。不同学者关于形式法义务的表述不尽一致。例如,木村龟二列举的是“法令、法律行为(特别是契约或无因管理)、其他(最重要的是先行行为)”。参见[日]木村龜二:《刑法總論》,日本有斐閣1959年版,第197-199页。

⑭参见[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第362-375页。

⑮参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第170-173页。

⑯参见[日]福田平:《全訂刑法總論》(第5版),日本有斐閣2011年版,第92页。

⑰参见同前注⑭,施特拉腾韦特等书,第372-375页。

⑱参见[日]大塚仁:《刑法概説(總論)》(第4版),日本有斐閣2008年版,第153-155页。

⑲参见同前注⑱,福田平书,第92-93页。

⑳参见李世阳:《实质的作为义务论——立足于德日学说的考察》,载《北大法律评论》2012年第2辑。

㉑参见于改之:《法域冲突的排除:立场、规则与适用》,载《中国法学》2018年第4期。

㉒[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第2卷)》,王世洲等译,法律出版社2013年版,第537页。

㉓同前注⑲,耶赛克等书,第835页。

㉔参见[日]吉田敏雄:《不真正不作為犯の体系と構造》,日本成文堂2010年版,第93-103页。

㉕参见同前注⑲,日高義博书,第153-154页。

㉖参见王莹:《论犯罪行为人的先行行为为保证人地位》,载《法学家》2013年第2期。

㉗[日]佐伯仁志:《不作為犯論》,载《法学教室》第288号(2004年)。

㉘张明楷:《不作为犯中的先前行为》,载《法学研究》2011年第6期。

㉙参见[德]许迺曼:《德国不作为犯法理的现况》,陈志辉译,载许玉秀、陈志辉编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》,台湾新学林出版股份有限公司2006

年版,第667页。

㉚[日]堀内捷三:《不作為犯論》,日本青林書院新社1978年版,第249页。

㉛同前注⑲,浅田和茂书,第160页。

㉜同前注⑲,浅田和茂书,第162-163页。

㉝参见冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第45-48页。

㉞参见黎宏:《排他支配设定:不真正不作为犯论的困境与出路》,载《中外法学》2014年第6期。

㉟[日]堀内捷三:《製造物の欠陥と刑事責任》,载《研修》第546号(1993年)。

㊱[日]鎮目征樹:《刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開》,载《本郷法政紀要》第8卷(1999年)。

㊲[日]西田典之:《不作為犯論》,载[日]芝原邦爾等编:《刑法理論の現代的展開總論I》,日本評論社1988年版,第89页。

㊳同前注⑲,山中敬一书,第243页。

㊴[日]北川佳世子:《製造物責任をめぐる刑法上の問題点》,载《早稻田法学》第71卷第2号(1996年)。

㊵同前注⑲,山中敬一书,第244页。

㊶参见陈志辉:《身份犯之正犯的认定:兼论义务犯理论》,载梁根林主编:《当代刑法思潮论坛(第1卷):刑法体系与犯罪构造》,北京大学出版社2016年版,第346-348页。

㊷[日]松宫孝明:《刑事立法と犯罪体系》,日本成文堂2003年版,第100-101页。

㊸[日]松宫孝明:《刑法總論講義》(第5版),日本成文堂2017年版,第91页。

㊹同前注⑲,松宫孝明书,第98页。

㊺Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Schwartz, 1959, S. 283.

㊻参见同前注⑲,韦塞尔斯书,第433-442页;[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第368-369页;同前注⑲,罗克辛书,第543-583页;同前注⑲,耶赛克等书,第835-848页。

㊼参见同前注⑲,张明楷书,第153-159页。

㊽参见于冲:《网络平台刑事合规的基础、功能与路径》,载《中国刑事法杂志》2019年第6期。

㊾同前注⑲,耶赛克等书,第848页。

㊿[日]平山幹子:《不作為犯と正犯原理》,日本成文堂2005年版,第135页。

㉑参见同前注⑲,罗克辛书,第541页。

㉒参见同前注⑲,陈志辉文,第346-351页。

㉓中央企业合规管理指引(试行)第2条第4款。

㉔企业境外经营合规管理指引第4条。