严格认定刑事合规案件中"涉案企业"

陈金林

涉案企业合规改革试点的宗旨,是在原企业刑事责任解决方案的基础上,限制刑罚权的适用,实现对企业的"严管厚爱"。对于应受刑事追诉的企业而言,通过合规建设换取追诉上的宽缓,无疑是一种"厚爱"。不过,合规并非免费的午餐,企业需为其付出大量的人力、物力、时间成本,合规带来的管制提前、约束增多也会降低企业运行效率,压低风险容忍阈值,抑制企业家的冒险精神,影响企业利润。既然如此,就必须严格限制刑事合规案件的适用对象,避免卷入并未涉案的企业,增加其负担,妨碍其经营。

实践中,"涉案企业"是合规建设的责任主体。根据《涉案企业合规建设、评估和审查办法(试行)》(以下简称"《办法》"),"涉案企业"是指涉嫌单位犯罪的企业或者"实际控制人、经营管理人员、关键技术人员等涉嫌实施与生产经营活动密切相关犯罪的企业"。《办法》对合规案件的适用对象作了初步限定,为确保涉案企业合规改革目的的实现,还有必要对其作进一步限缩。

通过追诉实体条件 限定涉"案"企业

刑事合规制度是刑事责任的替代方案,它以相关企业的行为在实体上构成犯罪为前提。如果能通过实体法上的限定得出无罪的结论,就不需要也不能适用刑事合规程序。结合当前涉案企业合规改革的实践,有必要在以下几个方面强化实体法的过滤功能:

首先,需考察行为的实质危害,不能直接将违规等同于违法。例如,不能简单地将未经许可的股票推荐行为认定为非法经营罪。对未获得许可的经营,应遵循王力军收购玉米案确立的判断原则,以实质危害为人罪的必要条件。又比如,直接交易者亏损的内幕交易行为,并未损害他人利益,也属于违规而非违法,不应作为犯罪处理。这种情形下的上游行为,即泄露内幕信息,也因此不构成犯罪。

其次,在认定犯罪时,须核实涉案企业 的责任份额是否越过了刑事追诉的门槛。实

- □ 《涉案企业合规建设、评估和审查办法(试行)》对合规案件的适用对象 作了初步限定,为确保涉案企业合规改革目的的实现,还有必要对其作 进一步限缩。
- □ 需考察涉案企业行为的实质危害,不能直接将违规等同于违法;在认定 犯罪时,须核实涉案企业的责任份额是否越过了刑事追诉的门槛;还需 考虑案发的具体情境与合法行为的期待可能性。
- □ 刑事追诉必须满足刑事诉讼法规定的程序性条件,未满足重要程序性条件的,司法机关应解除强制措施,通过撤销案件、不起诉决定或者终止审理等方式直接终结刑事追诉。
- □ 要正确理解涉案"企业"的范围。企业的分支机构涉嫌犯罪,不得要求整个企业进行合规建设;不得随意以企业中自然人犯罪为由要求企业进行合规建设。

践中,常有企业因合作对象的过错卷入刑事 案件。在这种情形下,有必要分割各合作企业的责任比例,判断各企业的责任份额是否 符合犯罪追诉的要求。例如,尽管目前的司 法解释并未明确责任事故类犯罪的最低责任 份额,但可以从交通肇事罪的司法解释中推 出追诉的责任份额门槛。构成交通肇事罪要 求行为人对交通事故至少承担同等责任,责 任事故类犯罪的法定刑与交通肇事罪前两档 法定刑相当,其成立当然也应以涉案企业至 少承担同等责任为前提。如果企业仅承担次 要责任,就不应对其进行追诉。

最后,需考虑案发的具体情境与合法行为的期待可能性。企业应当合法经营,但部分违法犯罪并非企业的主动选择,而是外在环境作用的结果。如果不能期待企业作难度明显过高的抗争,就应体谅企业的难处,免除其责任。例如,被黑社会性质组织要挟配合其串通投标、未获得非法利益的企业,更多是受害人,最多属于胁从犯,应根据《刑法》第28条的规定,免除其刑罚。

通过追诉的程序标准 限定"涉"案企业

刑事追诉必须满足刑事诉讼法规定的程

序性条件。未满足重要程序性条件的,司法机 关应解除强制措施,通过撤销案件、不起诉决 定或者终止审理等方式直接终结刑事追诉,而 不能将其转化为合规案件,额外地添附合规建 设的负担。例如,当案件因为证据不足而成为 "挂案"时,司法机关应直接撤案,不应适用 刑事合规程序。

原本已满足酌定不起诉条件的案件,应直接作出不起诉的决定,不能额外地增加合规建设的要求。否则,就不符合最高人民检察院推进刑事合规制度的初衷,即在原刑事追诉的基础上优化企业的制度环境。

通过限定追诉范围限制涉案"企业"

首先,要正确理解涉案"企业"的范围。 企业的分支机构涉嫌犯罪,不得要求整个企业 进行合规建设。如果只是子公司、分公司、营 业部涉嫌单位犯罪,就应当在涉嫌犯罪的范围 内推行合规建设,不能卷入母公司、总公司或 整个企业,也不得要求关联企业进行合规建 设。

其次,不得随意以企业中自然人犯罪为由 要求企业进行合规建设。根据《办法》的规 定,实际控制人、经营管理人员、关键技术人 员等涉嫌实施与生产经营活动密切相关的犯罪,即便企业并非追诉的对象,也可以对企业适用刑事合规制度,如重大责任事故罪、职务侵占罪等。这种情形具有责任转嫁的危险,为预防该风险,有必要增加"明显难以替代"的要件。也即,只有前述自然人对企业的存续或正常经营具有明显难以替代的价值时,才能因他们的罪行让企业承担合规建设义务。在其替代成本低于合规建设时,应通过对涉案自然人的追责实现"创造性破坏",让其他人替代涉案自然人。

确保"非涉案合规"的 自愿、自提属性

未通过前述三重限制的企业,不属于涉案 企业,原则上不得要求该企业进行合规建设。 不过,在涉案企业合规之外,部分地区的检察 机关也在以检察建议或者其他方式推动非涉案 企业进行合规建设。

非涉案企业合规的初衷是弥补企业在合规方面的认知缺陷,让企业长远、可持续发展。不过,在非涉案的前提下,合规建设是否符合企业利益,应由企业自行判断。因此,必须确保非涉案企业合规的自愿性。鉴于检察机关拥有公权力,容易给企业带来压迫感,应在制度层面防止检察机关直接面对非涉案企业推进合规建设,检察机关只能通过非接触的方式,间接提供非涉案企业可自主选用的合规建设指引。非涉案企业可自行了解并自愿决定是否采纳检察机关的合规建设建议,决定其范围、进度、标准,并有权随时终止合规建设。

前述方案有助于适当限缩合规的适用范围,确保合规制度的"厚爱"特征,恪守涉案企业合规改革试点优化营商环境的初心。同时,应当清醒地认识到,合规建设有成本,优化营商环境也不能只靠企业合规。对刑罚权的实体、程序限制,也具有不可低估的企业保护潜能,值得进一步挖掘、推进。保护民营企业,优化营商环境,需严格依照先后顺序,打好"实体限制一程序制约一合规从宽"的组合

(作者系武汉大学法学院副教授、经济犯 罪研究所所长)

担保中抵销抗辩的效力延伸及权利实现

邵琪

《民法典》第 702 条规定: "债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的,保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任",该条规定采取抗辩权的立法模式,赋予了保证人可抵销性抗辩权,降低了保证人承担担保责任的风险,体现了对担保人的立法保护。该规定虽仅规定了保证人的可抵销性抗辩权,但可在适用种类以及不同主体抵销适状下实现效力延伸。此外,基于立法目的,在保证人适用抗辩拒绝债务履行以及主债务人放弃抵销权时,为确保保证人权利的实现,需要对该条规定予以细化完善。

担保中抵销抗辩的效力延伸

1.物上担保人可参照适用保证人的可抵销性抗辩权。《民法典》第702条确立了保证人的可抵销性抗辩权,对于其他担保形式下的担保人——物上担保人而言,也具有参考意义。笔者认为,物上担保人与保证人具有相同的法律地位,且不存在适用上的特殊性。无论是从法律体系的完整性,还是从利益衡量的角度,类推适用到物上担保人,既保证了法律体系的完整统一,又有利于立法目的的实现。

此外,抵销权与抗辩权实质效果相同, 从担保的从属性角度而言,物上担保人也应 得到与保证人同等制度的待遇。

2.保证人在仅主债权人享有抵销权情形下可适用的抵销抗辩需严格遵循现有规则,无从延伸。当仅债权人为抵销权权利人时,仅指两适用抵销的相对债权届至清偿期的界限不一致,即主债权人享有的主动债权已到期,但主债务人的主动债权即主债权人的债务未到期。此时保证人本应承担的保证责任已届清偿期,但主债务人尚不享有抵销权。对此,保证人无法因主债权人享有的抵销权得以抗辩,否则,与立法原文或者法律基本原则相悖。

但若主债权债务关系中的相对双方均可 向对方主张抵销时,保证人可因债务人对债 权人享有的抵销权,而获得拒绝履行清偿义 务的暂时抗辩。因此可得,抵销抗辩受债务 人是否为抵销权利人的影响,与债权人能否 为该权利人无关。

3.担保人以自己对主债权人的债权主张 抵销,在适状条件下可以支持。当担保人以 自己对主债权人的债权主张抵销时,该用于 抵销的担保债权需满足抵销的一般要件。在 一般债权债务关系中,当第三人利用自己对 原债权人的债权与原债务相抵销时,学理上 认为,第三人作为抵销权人,只要不对相关 主体产生额外伤害,且该抵销有便于交易结 算,则可以允许该抵销成立。 此外,在共同连带担保中,各个连带担保人均能以自己对主债权人的、满足要件的债权进行等额抵销,以此承担相应的担保责任,实现担保责任等额消灭的效果。这是担保人自由处分权利的体现,此时,其他连带担保人实际承担保证责任的履行风险被减小,削弱了理应由全部担保人共同面对的责任,简化了所有担保人责任承担的内部分割,对于共同担保人而言也实现了利益的最大化。

担保中抵销抗辩之权利实现

1.保证人可主张主债务人告知其是否享有 适于抵销的债权。保证人适用抗辩拒绝债务履行,其前提需要保证人知晓主债务人享有适于 抵销的主动债权。由于个人享有的债权和债务 不具备典型或必要的公示方式,主债务人是否 有适于抵销的债权,保证人无从知晓。对此, 笔者认为,主债务人对于保证人负有告知义 多。

一方面,保证人与主债务人之间存在实际或者事实上的担保合同关系,其需遵循合同法履行的一般原则;另一方面,从立法目的考量,抵销性抗辩权的设立初衷即是为了保护担保人的权益,降低其追偿不能的风险或损失。因此,从目的实现角度看,主债务人履行告知义务也具备合理性。

此外,根据《民法典》第509条,通知义务是履行基本原则之一,因而当主债务人为抵销权权利人时,保证人可以主张主债务人告知其适于抵销的债权相关权利。

2.保证人行使抵销性抗辩权不受主债务人放弃抵销权的影响。当主债务人放弃享有抵销权等形成权时,有观点认为,主债务人的抵销权因权利人的放弃而不复存在。另有观点认为,主债务人对于形成权的放弃规则应该类比抗辩权的放弃规则,在抗辩权的放弃情境中,因该放弃实质损害了担保人可主张的抗辩,增加了担保人的履行风险,剥夺了担保人的部分权益保护,故而主债务人的放弃不能类推适用于担保人。对此,笔者认为,抵销性抗辩权的行使不应受主债务人放弃的影响。

《民法典》第702条规定的保证人抗辩权,与主债务人的抵销权有关联,但并非存续相依。该权利由保证人专有,而非与主债务人并有,因此该抗辩权的处置不应受主债务人放弃形成权的影响。主债务人放弃抵销权,属于对自身合法享有权利的自由处分,其不应对担保人的权益造成额外负担。

此外,若债务人抛弃已有或者将来成立的 抵销权的意思表示,早于担保关系成立之时, 出于对担保人的保护,仍应允许担保人行使抵 销性抗辩权

(作者单位:上海市人民检察院第二分院)