

有效的合规计划与企业刑事诉讼

Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions

[美] 菲利普·韦勒 著 万方 译

Philip A. Wellner

WAN Fang

【摘要】 在美国联邦刑法中，合规计划被规定为影响犯罪企业刑事诉讼与刑罚裁量的法定因素，广泛应用于企业犯罪的刑事司法活动。实践中，考虑到合规计划在企业刑事量刑活动中产生的问题，许多法学评论家提出了一种替代方案，允许企业将合规计划作为刑事责任的积极抗辩事由。鉴于替代方案的固有缺陷，本文提出完全删除《联邦量刑指南》“有效合规计划”的规定，并探讨删除合规计划的术语后如何增强企业对违法犯罪行为的威慑力。

【关键词】 合规计划 刑罚裁量 替代方案

【中图分类号】 DF73 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2018) 03-0141-20

Abstract: Compliance program is defined in the US Federal Criminal Law as the statutory factor that affects the litigation and penalty of criminal enterprises, and has been widely used in the criminal justice of corporate crime. In practice, considering the problems in corporate criminal sentencing caused by compliance program, many critics put forward an alternative which allows companies to use compliance program as a positive defense of criminal responsibility. Given the inherent flaws in the alternative solution, the author proposes to completely eliminate the provisions of “the effective compliance plan” in the Federal Sentencing Guidelines, and will discuss how to enhance the enterprises’ deterrence of criminal acts after the removal of related terms.

Key words: Compliance program Discretionary penalty Alternative solution

【收稿日期】 2017-12-20

【作者简介】 菲利普·韦勒，男，1975年生，美国耶什华大学法学院、本杰明卡多佐法学院教授，法学博士，《卡多佐法律评论》主编。

万方，男，1990年生，北京师范大学法学院刑法学博士研究生，研究方向为刑法、犯罪学、企业合规计划。

衷心感谢 Richard A. Bierschbach 教授，Kyron J. Huigens 教授，及 Audrey Strauss 对本文的指导意义，感谢 Daniel Lang 对正文的审校，Rob Lefkowitz 和 Brian Bank 对注释的审校和修改建议；尤其感谢妻子 Alison Stein Weller 女士在论文创作过程中不遗余力的支持。

一、引言

合规计划在联邦刑法中发挥了重要作用。作为企业实施的内部机制, 合规计划旨在发现和预防企业内部的犯罪行为^{〔1〕}。准确来讲, 合规计划的基本要素包括: 正式的行为守则、由管理人员值守的合规办公室及员工热线电话^{〔2〕}。企业代理人违法后, 既存的“有效的合规计划”可以使企业免受刑事起诉^{〔3〕}。此外, 根据《联邦量刑指南》的规定, 如果企业因其代理人违法被起诉定罪, 合规计划可以使企业获得减刑^{〔4〕}。

合规计划减刑机制旨在促进企业的自我监管, 从而缓解国家对犯罪行为的监管负担^{〔5〕}。因此, 威慑力从刑法本身向企业内部治理转移。本文认为合规计划的减刑机制并不能实现威慑目的, 且减刑措施无法有效减少犯罪。因而本文拟阐释将既存的合规计划作为企业减刑因素给联邦刑事司法制度带来的诸多问题。

《联邦量刑指南》通过合规计划的减刑机制, 变相地鼓励了企业实施次优的合规计划^{〔6〕}。这可能会导致企业投入成本昂贵的合规计划, 以低效的方式耗费资源, 却无法

〔1〕 参见 U. S. SENTENCE GUIDELINES MANUAL § 8B2.1 (a) (2004)。

〔2〕 参见 Linda K. Trevino et al., *Managing Ethics and Legal Compliance: What Works and What Hurts*, 41 CAL. MGMT. REV. 131, 140 (1999) [下文简称 Trevino, *Managing Ethics*]; Kimberly D. Krawiec, *The Future Disclosure System: Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 WASH. U. L. Q. 487, 495~96 (2003) [下文简称 Krawiec, *Future Disclosure System*] (企业内部合规计划的要素: 包含执法机制和检举人保护措施的书面道德守则; 向员工传达该道德守则; 监控审计系统; 违规行为检举系统; 企业高层运用道德守则监管合规计划)。

〔3〕 参见 Memorandum from Eric Holder, Jr., Deputy Attorney General, to Heads of Department Components and All United States Attorneys (June 16, 1999), 载 <http://www.usdoj.gov/04foia/readingrooms/6161999.htm> 及 <http://www.usdoj.gov/04foia/readingrooms/6161999a.htm> [以下简称 Holder Memo]; Memorandum from Larry D. Thompson, Deputy Attorney General, to Heads of Department Components, U. S. Attorneys 1 (Jan. 20, 2003), 载 <http://www.usdoj.gov/dag/cftf/businessorganizations.pdf> [以下简称 Thompson Memo]。

〔4〕 参见 U. S. SENTENCE GUIDELINES MANUAL § 8C2.5 (f) (2004)。

〔5〕 参见前注〔2〕, Krawiec, *Future Discourse*。

〔6〕 实际操作中, 合规计划的有效性评估充满挑战。本文假设所有被告企业提供给司法部门的合规计划都满足了《联邦量刑指南》关于“有效性”的要求。虽然是否能准确测量合规计划的有效性不属于本文的研究范围, 但仍需要引起重视。例如, 安然公司在破产之前实施了一项“公认最为先进的”合规计划。参见 John Gibeaut, *Junior G-Men: Corporate Lawyers Worry That They're Doing the Government's Bidding While Doing Internal Investigations*, 89-JUN A. B. A. J. 46, 50 (2003)。Walsh 和 Pyrich 在其允许有效合规计划作为积极抗辩事由的提议中, 建议通过八项标准的测试来衡量企业合规计划是否达到“合理勤勉”的有效性测试。有效的企业合规计划必须: 1. 具有足够长的周期; 2. 被企业高层认可、支持并执行; 3. 针对性解决焦点问题; 4. 被改进以适应特定的企业文化及满足相关行业需求; 5. 向员工清楚传达企业遵纪守法的规定及对违规行为实施惩罚; 6. 向员工传达合规计划并将其融入员工的日常工作环境; 7. 强力执行政策, 严惩违规者; 8. 周期性审查改进合规计划。参见 Charles J. Walsh & Alissa Pyrich, *Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save Its Soul?* 47 RUTGERS L. REV. 605, 685~86 (1995)。这八条标准不能完全解决有效执行合规计划所产生的部分问题。采用这种标准来衡量有效性会让那些有效起草的合规计划通过测试, 然而其实际执行状况却未必能达到标准。Philip Urofsky 在《美国律师公报》中提出了另一套似乎更为有效的合规计划有效性测试标准: 1. 无论是现成的还是特别定制的, 合规计划需能被监察并阻止

实现遏制企业内部犯罪的预期目标。

本文将审查合规计划在联邦企业刑事诉讼中所扮演的角色，重点关注合规计划在《联邦量刑指南》下的作用，分析在评估企业合规计划时司法程序的固有缺陷，并审查《联邦量刑指南》框架下促使企业实施次优合规计划的诱因。另外，本文也将讨论企业使用合规计划的背景。

通过弱化当下合规计划所具有的法律效益，企业起诉的目标将会更好地实现。受此提议影响的主要是那些实施“装点门面式”合规计划的企业，即满足法律规定，但无实际作用的合规计划的企业。因为他们效率低下且耗费资源，而且对企业自身和社会产生的回报也不甚理想。若潜在的减刑机会消失，这些企业将面临两个选择：提高其合规计划的有效性（结果会增强对犯罪的威慑），或完全消除其合规计划（结果会提高效益）。无论作何抉择，现状都将得到极大改善。

本文第二部分将追溯联邦刑事司法系统中企业合规计划的历史。第三部分将阐释在量刑时考虑合规计划所产生的问题。几位法学评论家提出了一种替代方案，即允许企业将合规计划作为刑事责任的积极抗辩事由^{〔7〕}，第三部分将论述该替代方案的固有缺陷。最后，第四部分将提出对《联邦量刑指南》的修改意见，即完全删除其中“有效合规计划”的规定。第四部分将讨论为什么弱化而非强调企业合规计划的重要性，将更好地实现积极抗辩倡导者所寻求促进的目标。本文将探讨删除合规计划的术语后如何让企业增强威慑力或提高效率，而不会对他人造成重大损失。最后，本文将讨论合规计划在“企业文化”和其他类似责任标准中的作用。

二、合规计划及联邦刑法

（一）合规计划的定义

“有效”^{〔8〕}的合规计划是指用于发现并预防内部犯罪的企业内部机制。该程序在整

企业内部犯罪行为；2. 企业为合规计划配备了充足的人力资源，包括审计和调查人员；3. 合规计划经过了充分的周期性检验；4. 向最高管理层汇报合规计划的情况；5. 对违反合规政策的管理者、雇员和代理人施以惩罚。参见 Philip Urofsky, Prosecuting Corporations: The Federal Principles and Corporate Compliance Programs, U. S. ATT'YS' BULL., Mar. 2002, at 19, 25, 载 http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usab5002.pdf。Philip Urofsky 认为 AUSA 作为一个可反驳的假设，对辩护律师是无效的，并且发问，“合规计划设计合理，被企业管理层支持，并且得到认真执行，到底是哪里出错了呢？”同上，见 25 页。或许这种方法能最终就合规计划有效性得出有根据的判断，但它却为检察官增加了沉重的负担，因为仍需要衡量并不足以充当企业责任替代的合规计划。参见注释〔33〕。

〔7〕 参见前注〔6〕，Walsh & Pyrich 文；Kevin B. Huff, Note, The Role of Corporate Compliance Programs in Determining Corporate Criminal Liability: A Suggested Approach, 96 COLUM. L. REV. 1252 (1996)（基于企业采用的有效合规计划提出对刑事责任的积极抗辩）。

〔8〕 在联邦刑事审判活动中，企业合规计划的有效性裁决依据见于《联邦量刑指南》中列举的因素。参见 U. S. SENTENCE GUIDELINES MANUAL § 8B2.1 (a) (2004)。评估企业合规计划实施情况是否和书面设计一样有效十分费时，且为法官和检察官增加了很重的负担。将评估合规计划有效性的任务交给法官和检察官是对资源的不合理浪费，并且偏离了对犯罪行为本身的考量。参见注释〔33〕中的讨论（有限的资源导致每年的企业起诉案件数量偏少）。这样的评估也赋予那些缺乏相关知识、无法衡量是否起诉企业得失的检察官以自由裁量权。它要求检察官使用并不科学的标准——

个企业持续有效运行〔9〕。虽然可以通过设计达到特定的维度，但合规计划本质上是一种广泛的预防措施，可以预测、检查并遏制任何潜在的犯罪活动〔10〕。除了基本定义外，《联邦量刑指南》提供了一个更为详细的有效合规计划的模型〔11〕。

除了上述三个基本要素（正式的行为守则、由管理人员值守的合规办公室及员工热线电话），企业还应高度执行合规计划〔12〕。企业不应聘请具有犯罪前科的管理人员〔13〕。企业应始终执行合规计划，并定期向员工传达合规计划的基本标准和程序〔14〕。例如，波音公司在几次道德过失之后修订了其合规计划。波音公司委托第三方的法律报告提出了诸多改进意见，包括对波音现有合规计划的改进建议〔15〕。其中一条是制定政策，严禁最近为竞争对手效力过的新员工从事违规行为。法律报告还指示企业跟踪调查这些员工三年，以避免双方陷入困境〔16〕。

虽然是否执行合规计划通常由企业自行决定，但有时经历了刑事判决的企业则必须执行合规计划〔17〕。这项措施的实施旨在确保企业内部机制能阻止今后的违法行

《联邦量刑指南》中对有效合规程序的规定——来行使自由裁量权。参见 V. S. Khanna, *Corporate Liability Standards: When Should Corporations Be Held Criminally Liable?* 37 AM. CRIM. L. Rev. 1239, 1271~1272 (2000)（质疑法官和检察官是否擅长做出复杂判断，认定企业合规计划是否切实“有效”，并提出如果他们无法做到，企业将有动机实施“装点门面式”的合规计划而实际上仍旧从事犯罪活动）。

〔9〕 参见前注〔2〕，Krawiec, *Future Discourse*。

〔10〕 同上。阐释了将通过监测和审计系统侦查犯罪行为作为合规计划的目标之一。

〔11〕 参见 U. S. SENTENCE GUIDELINES MANUAL § 8B2.1 (b) (2004)。《联邦量刑指南》中列举的评估合规计划有效性的要素主要关注企业执行合规计划的情况：1. 企业应建立制度和程序以防止犯罪行为。2. (A) 企业管理层应知晓道德合规计划的内容并合理监管以确保二者得到有效实施。(B) 企业高层应确保企业具有符合《联邦量刑指南》要求的有效道德合规计划，且在高层内部安排专人全面负责。(C) 指派专人负责道德合规计划的日常实施，并由其向企业高层、一级管理者或二级管理者汇报计划的有效性。为确保合规计划实施顺利，企业应当为负责人配备充足的资源、赋予其足够的权限及和一级或二级管理者直接接触的途径。3. 企业不得聘用在尽职调查期间了解到具有犯罪前科记录的高管。4. (A) 企业应定期与 (B) 项中所提及的人物沟通道德合规计划的标准、程序及其他方面的内容，或者就其职责提供必要信息。(B) 在 (A) 项中涉及的人包括企业管理者、企业高层、权威人士、雇员及企业代理人。5. 企业应做到：(A) 确保企业道德合规计划得到遵守，包括通过监测审计手段侦查犯罪行为；(B) 定期评估道德合规计划的有效性；(C) 建立并推行包含匿名举报机制和保密机制的检举系统，使雇员和代理人检举潜在或既定犯罪行为而不会被报复。6. 企业的道德合规计划应得到持续执行，并需 (A) 针对遵循合规计划者设立恰当的奖励措施；(B) 针对违背合规计划发生违法行为者执行恰当的惩罚措施。7. 发现犯罪行为后，企业应当恰当处理以防止类似行为再次发生，并对企业道德合规计划进行修正。

〔12〕 同上。

〔13〕 同上。

〔14〕 同上。

〔15〕 Amalia Deligiannis, *Executives Blamed for Boeing's Ethical Missteps*, CORP. LEGAL TIMES 18 (Apr. 2004)。

〔16〕 同上。列举了十条重要建议以改进已被公认为代表全国先进水平的波音企业合规计划。

〔17〕 这点在反垄断语境中尤为明显。参见 *United States v. Univision Communs., Inc.*, No. CV03-0758, 2003 U. S. Dist. LEXIS 24294, at * 16 (D. D. C. Dec. 23, 2003); *United States v. Gemstar-TV Guide Int'l, Inc.*, No. 03-0298 (JR), 2003 U. S. Dist. LEXIS 12494, at * 7 (D. D. C. July 11, 2003); *United States v. Federation of Physicians and Dentists, Inc.*, CA 98~475 JF 2002 U. S. Dist. LEXIS 22527, at * 13 (D. Del. Nov. 5, 2002)。

为^[18]。为了检验企业合规计划与刑法之间的相互作用,本部分的下两节将阐述企业在雇员犯罪时面临的责任标准,并讨论《联邦量刑指南》中减刑机制如何影响企业的潜在责任。

(二) 替代责任标准

根据联邦替代责任标准,企业可能对其雇员和代理人的犯罪行为负责^[19]。如果员工在职期间违法^[20],且出于为企业谋取利益的目的,则企业应对其员工的潜在罪行负责^[21]。

该替代责任标准的起源可追溯至侵权法上的雇主责任原则^[22]。二者的理由极为相似:由于雇员的行为是出于企业的利益,立法要求企业对雇员行为造成的损害负责^[23]。代理法原则上也支持这一标准:当企业将责任委托给代理人时,企业应该对授权的结果负责^[24]。替代性企业责任成立的前提是,企业是法律拟制的产物,法律应当允许企业具有违法的能力,对其犯罪行为承担法律责任^[25]。

[18] 参见 *United States v. C. R. Bard, Inc.*, 848 F. Supp. 287 (D. Mass. 1944); *United States v. Tyson Foods, Inc.*, 191 F. Supp. 2d 142 (D. D. C. 2002)。这种法庭强加的合规计划并不能有效阻止潜在犯罪行为,因为仅仅确保合规计划存在并不能保证企业管理者完全实现其目标。同上,第143页;同见 *United States v. Tyson Foods, Inc.*, CA 4: 01-cr-061, 2003 U. S. Dist. LEXIS 20174, at * 1 (E. D. Tenn. 2003)。在第二种情境下,泰森食品公司被指控唆使领外国人入境和持有无效社保卡。同上,第33页。在要求执行合规计划的判决过了四年之后,提出这项新的指控,似乎说明合规计划并未实现其预期目标。

[19] 参见 *N. Y. Cent. & Hudson River R. R. v. United States*, 212, U. S. 481 (1909)。

[20] 参见 Pamela H. Bucy, *Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, 75 MINN. L. REV. 1095, 1102 (1991) (论述了法庭通常如何将犯罪行为认定为“雇用范围内”,尽管企业政策明令禁止犯罪活动); William S. Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, 43 EMORY L. J. 648, 655 n. 32 (1994) [下文简称 Laufer, *Corporate Bodies*] (“雇用范围内”包括“代理人为履行其职责而代表公司行事”(引自 *United States v. Automated Medical Lab., Inc.*, 770 F. 2d 399, 407 (4th Cir. 1985)))。

[21] 同上注, Laufer, *Corporate Bodies*, 第493~494页; *Developments in the Law: Corporate Crime: Regulating Corporate Behavior through Criminal Sanction: III STANDARDS OF LIABILITY*, 92 HARV. L. REV. 1243, 1247 (1979) (定罪三要素:(1)犯罪事实,(2)在雇用范围内实施犯罪,(3)犯罪动机出于企业利益。在解释犯罪意图时,将其归咎于企业)。

[22] 参见 *N. Y. Cent. & Hudson River R. R. v. United States*, 212, U. S. 493。事实证明,企业可能需要对其代理人在职责范围内的侵权行为负责……该规定适用于代理人于在职期间犯罪,尽管其行为草率而鲁莽,或违背了企业规定。这种情况下归罪于企业并非因为其直接参与了诈骗或侵权,而是因为代理人在雇用范围内出于企业利益行事,因此司法要求企业为受害方的损失负责。

[23] 同上,494~495页。法庭继续阐释为什么该逻辑在刑法语境中同样适用:运用该原则管理民事责任,我们进一步认为,代理人在行使企业赋予的权力制定运输费率时,为了公共政策的利益,我们可以通过归罪其雇主并惩罚企业以约束其行为。诚然有的罪行是不可能被定性为企业犯罪的,但存在大量诸如违法吃回扣这类的犯罪行为。在这类犯罪行为中,企业显然应该为知晓代理人意图却仍为其授权而被起诉。同上。不应将责任替代标准的理由与起诉企业的理由混淆。尽管 *New York Cent. & Hudson River R. R.* 中许多起诉企业的原因在法庭裁决后才得到说明,但为什么企业应该被起诉这个问题应该在决定起诉标准之前得到回答。

[24] 参见前注 [20], Laufer, *Corporate Bodies*, 第654页(由于缺乏其他责任标准来确保企业承担刑事责任,为满足刑法需求,责任替代制度得以延续)。

[25] 同上,第653~654页。

在实践中,联邦检察官要证明代理人在职期间出于企业利益违法并不困难^[26]。如果代理人被定罪且检察官选择起诉企业,企业很可能也随即被定罪^[27]。由于因代理人工作违法而对企业定罪所需要的要素比较简单,替代责任标准本质上是一个非常宽泛的刑事责任标准^[28]。面临潜在的巨额罚款,企业应该有较强的动机采取内部措施来制止非法行为。因为其威慑程度将取决于《联邦量刑指南》中各种减刑因素减轻替代责任的程度^[29]。

(三) 合规计划的作用

合规计划在企业刑事起诉的量刑阶段发挥重要作用。《联邦量刑指南》中“企业量刑”一章为存在“有效合规计划”的企业提供了量刑降级^[30]。即使其合规计划未能防止犯罪,企业仍能得到减刑^[31]。减刑幅度相当显著,某些情况下甚至能使企业的罚款减少五倍^[32]。

此外,有效的合规计划在早期可能会发挥作用,从而完全排除起诉。如果联邦检察官在其自由裁量权范围内认定合规计划是有效的,则可使其改变态度,不对企业提出任何指控^[33]。对企业的一般预防措施进行的评估,虽为量刑程序的一部分,却与企业本

[26] 哪怕企业实际没有从中收益,或代理人并未明显表现出是为了企业利益犯罪,只要其行为对企业利益无害,便满足了定罪条件。同见 Tania Brief & Terrell McSweeney, *Corporate Criminal Liability*, 40 AM. CRIM. L. REV. 337, 343 (2003); 前注 [20], Bucy 文, 第 1102~1103 页(由于要求被法庭裁决弱化,企业几乎需要对其代理人在职期间的所有罪行负责)。

[27] 参见前注 [26], Brief & McSweeney 文, 第 341~342 页(联邦检控时,尽管企业采取了合规计划打击违法行为,企业还是会被定罪,无论代理人的职位高低)。由于替代责任制度,以及法官对“雇佣范围内”和“出于企业利益”两个因素的定义,导致企业被定罪的概率很大。同上。

[28] 同上,第 343 页。

[29] 见第二部分第(三)小节的论述(为鼓励有效合规计划而为企业提供减刑,导致企业的动机发生改变)。

[30] 参见 U. S. SENTENCE GUIDELINES MANUAL § 8 C2.5 (F) (2004)。

[31] 这是因为《联邦量刑指南》承认,即使最有效的合规计划也无法完全预防犯罪行为。参见前注 [26], Brief & McSweeney, 第 359~360 页。承认合规计划的不完美性是现实主义的做法,但这种结果可能暴露一个弱点,那就是企业用合规计划完全代替自身打击犯罪的努力。值得检察官和法官深思的一个问题是:合规计划要失败多少次才能被视为无效?参见 RICHARD S. GRUNTER, *CORPORATE CRIME AND SENTENCING*, 585 (1994)。

[32] Frank O. Bowman, III, *Drifting Down the Dnieper with Prince Potemkin: Some Skeptical Reflections About the Place of Compliance Programs in Federal Criminal Sentencing*, 39 WAKE FOREST L. REV. 671, 678 (2004) (假设一家有 5 000 名员工的企业,一名员工连同几名销售经理犯罪,造成 1 000 万美元的损失,而因为该企业具有有效的合规计划并主动自首,最终使其 2 000 万~4 000 万美元的罚款降至 400 万~800 万美元)。

[33] 1999 年,司法部发布了一套包含八项因素的指南手册,为检察官在考虑是否起诉企业时提供参考。参见前注 [3], Holder Memo (霍尔德备忘录)。八项因素如下:(1) 罪行的性质与严重性;(2) 罪行的普遍性;(3) 类似的犯罪前科记录;(4) 企业对罪行的披露;(5) 有效的合规计划;(6) 采取的弥补措施;(7) 附带性后果;(8) 合法补偿。同上,附录第二章。2003 年,司法部更新了一套类似的包含九项因素的方案。参见前注 [3], Thompson Memo (汤普森备忘录)。新方案相较于旧方案唯一实质性的变化即增加了第九条因素:起诉实施犯罪的个人。同上,见附录第二章第(8)条。在两套方案中,合规计划都是影响检察官提起刑事诉讼的决定因素。见 Holder Memo 附录第二章第(5)条和 Thompson Memo 附录第二章第(5)条。两套方案都没有对“有效的合规计划”作出定义,但其标准早在《联邦量刑指南》中就已经进行了规定。本文推断当将这些因素纳入考量

身的犯罪行为完全分开。因此,这不过是对企业管理及其监测和预防犯罪措施的广泛调查^[34]。

2004年11月1日,《联邦量刑指南》修正案生效,增强了量刑阶段合规计划的重要性^[35]。新的修正案大力提倡合规计划。理论上,坚持选择式的合规计划将无法确保量刑降级^[36]。修正案规定,只有合规计划“发展企业文化,促进道德行为,且承诺遵守法律”,才会被认为是有效的^[37]。这次修改基本上重申了将合规计划纳入《联邦量刑指南》的初始目的,即鼓励企业内部遵守合规文化。然而,这种“更严格

是否起诉企业的范围时,检察官极有可能参考《联邦量刑指南》的意见。因此《联邦量刑指南》使合规计划在影响是否起诉企业的决定中起到了一定的作用。因此,合规计划在前期调查阶段极有可能影响检察官的决定。一旦检察官决定起诉,则企业全盘皆输,若检察官放弃起诉,则企业安然无事。这九项因素中的任何一项,包括合规计划,都会使检察官的决定发生改变,因为起诉指南中的因素并未被纳入考量范围。参见前注〔6〕,Ufrosky文,第19~20页。尽管合规计划可能帮助企业逃脱起诉,但由于缺乏相关数据,也无法对该部分进行详细研究。但是仍可以就将合规计划纳入《联邦量刑指南》和起诉指南中的平行作用得出一些大致结论。相对于毒品犯罪等其他联邦罪行,检察官每年就白领犯罪对个人提起的诉讼相对较少,对企业提起的起诉则更少。参见 Elizabeth Szockyj, *Imprisoning White-Collar Criminals?* 23 S. ILL. U. L. J. 485, 487~488 (1998)。出现这种情况可能有以下几种原因:第一,联邦检察官资源有限,而白领犯罪被告则拥有大量资源。同上,第487~488页, (“刑事法学家一直以来感叹白领罪犯可供利用的资源数量庞大,精明的法律顾问、政治关系、社会合法性、替代执行途径(民事管制途径),以及远超检察官的资金支持”); John S. Baker, Jr., *Reforming Corporations Through Threats Of Federal Prosecution*, 89 CORNELL L. REV. 310, 310 (2004)。第二,现有的《司法部起诉指南》框架下,只有当起诉犯罪个人不足以达到司法部目的的时候才会起诉企业。参见前注〔3〕,Thompson Memo,附录第二章第(8)条。同见 Jay C. Magnuson & Gareth C. Leviton, *Policy Considerations in Corporate Criminal Prosecutions Sfter People v. Film Recovery Systems, Inc.*, 62 NOTRE DAME L. REV. 913, 935 (1987): [A] 检察官必须决定罪行是否应通过相应的法律规定而受到社会的谴责。检察官也必须判断特定起诉能否实现理想的威慑效果。如果惩罚和威慑都不能实现的话,那么就应当重新审视是否有起诉的必要。在许多情况下这一标准似乎都不是必要的。第三个原因可能是因为不能将企业像个人那样送进监狱,因此检察官更愿意起诉个人罪犯。参见 Michael A. Simons, *Vicarious Snitching: Crime, Cooperation, and “Good Corporate Citizenship”*, 76 ST. JOHN'S L. REV. 979, 998 (2002)。作者认为检察官将罪行发生后企业的合作看得比其他要素都重要,就算企业没有合规计划或牵涉到企业高层犯罪,企业合作都有可能使企业免于被起诉。同上,第994~994页。Simons提出,企业有动机成为“替代告密者”。企业领导者将面临抉择,要么保护涉案管理者,要么立刻撤掉其职位,并主动提供相关文件协助调查以示其合作的意向。同上,第1008~1016页。无论真实的原因是什么,考虑到这些影响决策的因素,检察官在起诉前必须认真判断起诉哪家企业会实现最大的威慑效果。参见前注〔3〕,Thompson Memo,附录第一章B小节。

[34] 参见前注〔33〕,Baker文,第316~317页(论述企业内部的合规计划实施状况)。

[35] 参见 U. S. SENTENCE GUIDELINES MANUAL § 8 B2.1 (A) (2004) (阐述了符合减刑条件的“有效合规计划”所必备的要素)。

[36] 参见 Paul Fiorelli, *Will U. S. Sentencing Commission Amendments Encourage a New Ethical Cultural Within Organization?*, 39 WAKE FOREST L. REV. 565, 579 (2004)。

[37] 参见 U. S. SENTENCE GUIDELINES MANUAL § 8 B2.1 (a) (2004)。

的执行情况”的验证本身也是《联邦量刑指南》的许多选项之一〔38〕。

通过向企业提供减刑，并以减少因员工犯罪造成的罚款作为诱因，《联邦量刑指南》鼓励企业实施“有效的合规计划”〔39〕。毫无疑问，一些企业缺乏足够的资源，因此，会选择在没有正式合规框架的情况下继续经营〔40〕。而其他企业则将实施合规计划（如果以前没有这样做），旨在实现以下列举的一个或两个目标：满足《联邦量刑指南》对合规“有效性”的要求，以及在实际上阻止企业内部的犯罪活动。第三部分解释了这两个目标有时可能相互矛盾，导致企业实施次优的合规计划。因此，了解实施合规计划导致的犯罪减少是否补偿了减刑导致的法律威慑力降低十分重要。

三、采用合规计划产生的问题

（一）合规计划的激励和抑制作用

根据替代责任标准，企业有动力采取措施预防员工犯罪来保护企业免受刑事责任〔41〕。鉴于合规计划旨在阻止企业内部犯罪，那么企业也有动机执行合规计划〔42〕。但是这两

〔38〕 合规计划在辩诉交易过程中起到了相关的作用。许多涉及企业的刑事诉讼通常止步于辩诉交易而非庭审活动。参见美国量刑委员会联邦量刑数据（2002），载 <http://www.ussc.gov/ANNRPT/2-2/SBTOC02.htm> [以下简称2002量刑数据]。2002年，94%的企业通过认罪辩诉被判刑，而非庭审活动的罪行判决。同上，在这些案件中，《联邦量刑指南》是衡量联邦量刑建议合理性的依据。其中一起案件是 *United States v. C. R. Bard, Inc.*, 848 F. Supp. 287 (D. Mass. 1994)。被告巴德公司承认了391项重罪，包括共谋、邮件欺诈、向食品药品监督管理局提交虚假陈述、运送不合格医疗设备等。巴德被处以6000万美元罚款，不具备合规计划，法庭认为其“企业文化使得员工害怕被报复，因而不敢向食品药监局公然揭发。”同上，第291页。“巴德公司承认企业管理层有共谋承认许多联邦重罪。”同上，注释〔5〕，第291页。除了罚款和其他惩罚外，辩诉协议要求巴德公司创建新的合规计划，并要求董事会成立合规计划管理委员会。同上，第292页。有效的合规计划在辩诉交易和庭审中都是至关重要的因素之一。

〔39〕 美国最高法院删除了量刑改革法案中强制执行《联邦量刑指南》的内容，但这个动机可能不会受影响。参见 *United States v. Booker*, 125 S. Ct. 738 (2005)。该案不涉及有效合规计划等量刑降级因素，而关注量刑升级因素带来的宪法议题。同上，量刑不再基于合理性，同上，第765~766页，上诉法院限定了量刑法庭能偏离《联邦量刑指南》的程度。参见 *United States v. Crosby*, 397 F.3d 103 (2d Cir. 2005)，列举了违法裁决的几种情形：第一，量刑法官违反第六修正案，脱离陪审团所观察到和被告所承认的事实，而强行加重刑罚……第二，量刑法官犯程序错误，仅仅依据陪审团所观察到和被告所承认的事实而采用指南建议量刑。法庭在补偿意见中明确表述，尽管没有违反第六修正案，法官强制执行现有要求的细则3533(b)(1)同样构成违法……第三，量刑法官犯规章错误，如果法官没有“考虑”指南的适用范围和细则3533(a)中列举的其他因素，而只是简单执行法官认为恰当的判决，则构成违法。第四，量刑法官限制《联邦量刑指南》对陪审团所观察到和被告所承认的事实的适用范围，而被法庭发现。这种错误正是 *Fanfan* 案重审的依据。无论多长时间，只要这些量刑错误被查证，将会导致原判决失效，因为量刑的方式是违法的。同上，第114~115页（突出强调）。司法部宣称《联邦量刑指南》应该与法庭高度一致。司法部命令联邦检察官要求法官采用《联邦量刑指南》的建议并向司法部检举那些不这么做的法官。参见 Laurie P. Cohen, *Justice Department is Pressuring Judges on Sentencing Guidelines*, WALL ST. J., Feb. 2, 2005, at A4。考虑到其允许偏离《联邦量刑指南》的范围相当狭窄，第二巡回法庭似乎和司法部观点一致。

〔40〕 参见前注〔32〕，Bowman文，第686页。

〔41〕 见第二部分第（二）小节的讨论（替代责任制度框架下企业面临的潜在暴露风险）。

〔42〕 参见前注〔2〕，Krawiec, *Future Disclosure System*，第496页。

个动机可能会互相矛盾,因为《联邦量刑指南》只对执行合规计划的企业适用量刑降级。因此,替代责任标准本身和量刑降级之间可能互相矛盾。

企业实施合规计划有几个方面的原因。一方面,如果企业的员工犯罪,因为具有合规计划,企业将免受刑事起诉^[43]。另一方面,如果根据《联邦量刑指南》进行量刑,企业将节省数百万美元的罚款^[44]。然而,制定和实施合规计划的高额成本对小企业而言仍然是个难题^[45]。

有证据表明《联邦量刑指南》对企业决定采用合规计划的影响相互矛盾^[46]。还有数据表明合规计划与员工行为之间毫无关联^[47]。因此,如果《联邦量刑指南》的目的是为了鼓励采用合规计划,以树立良好的企业公民意识和阻止犯罪活动,那么必须检验《联邦量刑指南》产生的实际激励和抑制作用。

法庭裁决和学术文献通常认为《联邦量刑指南》为企业实施合规计划提供了强烈诱因。然而,大多数持该观点的文献,均是基于对《联邦量刑指南》规定条款的观察,而非基于对合规计划实施的实证研究^[48]。这一循环逻辑表明,《联邦量刑指南》鼓励合

[43] 参见前注〔33〕中的讨论。

[44] 参见前注〔32〕,Bowman文,第678页(一家有5000名员工的企业,一名员工连同几名销售经理犯罪,造成1000万美元的损失,而因为该企业具有有效的合规计划并主动自首,最终使其2000万~4000万美元的罚款降至400万~800万美元)。

[45] 同上,第680页。

[46] 参见Weaver et al., Corporate Ethics Practices in the Mid-1990's: An Empirical Study of the Fortune 1000, 18 J. BUS. ETHICS 283, 285 (1999) (79%的受访企业在企业《联邦量刑指南》通过前采用了合规计划)。参见前注〔2〕,Krawiec, Future Disclosure System (2000年伦理官员协会会员调查数据显示,《联邦量刑指南》对企业实施合规计划的决定产生了重要影响)。

[47] 参见前注〔2〕,Krawiec, Future Disclosure System, 第511~512页(总结了几项实证研究的结论,有力证据表明合规计划几乎没有可能会改变员工的行为,且道德准则和员工行为之间的联系不大)。

[48] 大量的文章(至少十五篇)认为,《联邦量刑指南》为企业创造了强烈动机实施合规计划,但并未提供实际证据支撑其论点。大多数文章仅仅引用《联邦量刑指南》作为依据。In re Caremark Int'l, Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959, 969 (Del. Ch. 1996) (仅引用《联邦量刑指南》); Tania Brief & Terrell McSweeney, Corporate Criminal Liability, 40 AM. CRIM. L. REV. 337, 350~51 n. 89 (2003) (仅引用《联邦量刑指南》); Molly E. Joseph, Organizational Sentencing, 35 AM. CRIM. L. REV. 1017, 1019 n. 16 (1998) (仅引用《联邦量刑指南》); David Weissbrodt and Muria Kruger, Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, 97 AM. J. INT'L L. 901, 916 n. 89 (2003) (仅引用《联邦量刑指南》); Naomi Ono, Boards of Directors Under Fire, 7 ANN. HEALTH L. 107, 108 (1998) (没有权威引用); Richard S. Gruner, Towards an Organizational Jurisprudence: Transforming Corporate Criminal Law Through Federal Sentencing Reform, 36 ARIZ. ST. L. J. 407, 432 (1994) (仅引用《联邦量刑指南》); Jeffery W. Nunes, Comment: Organizational Sentencing Guidelines: The Conundrum of Compliance Programs and Selfreporting, 27 ARIZ. ST. L. J. 1039, 1054 n. 85 (1995) (仅引用《联邦量刑指南》); Melvin A. Eisenberg, Corporate Governance: The Board of Directors and Internal Control, 19 CARDOZO L. REV. 237, 256 (1997) (仅引用《联邦量刑指南》); Kevin B. Huff, Note: The Role of Corporate Compliance Programs in Determining Corporate Criminal Liability: A Suggested Approach, 96 COLUM. L. REV. 1252, 1269 n. 79 (1996); H. Lowell Brown, The Corporate Director's Compliance Oversight Responsibility in the Post Caremark Era, 26 DEL. J. CORP. L. 1, 26 n. 78 (2001) (引用CareMark裁决); Larry Cata Backer, Surveillance and Control: Privatizing and Nationalizing Corporate Monitoring After

规计划,因为这是联邦量刑委员会的目标,但这并不能增进我们对量刑降级影响的理解。自从适用量刑降级以来的定量和定性研究与这个问题联系更紧密,本节后半部分将予以讨论。研究表明,合规计划的量刑降级存在两个实质性弱点:它产生了“过度执行”的问题,并迫使企业在遵循书面规定和遵循法治精神中择一适用。

一些数据表明,《联邦量刑指南》确实能激励企业决定实施合规计划^[49]。然而,量刑委员会的咨询委员会表示合规计划减刑因素造成了同样强劲的阻碍。最大的阻碍在于合规计划的信息最终将被政府或民事诉讼用于攻击企业^[50]。因此,企业的合规计划越有效,任何违法行为越可能暴露给执法人员和潜在的民事诉讼当事人。

这种虚伪的自证其罪代表了《联邦量刑指南》的第一个弱点,并且是由于变相激励企业实施行之有效的合规计划而产生的。企业为确保遵守法律而采取的措施增加了违法行为被发现的可能性,从而也增加了企业潜在的刑事责任^[51]。这种矛盾作用完全妨碍了合规计划的执行,这种障碍又因合规计划实际上难以确保量刑降级而增大^[52]。潜在责任的增加就是“过度执行”产生抑制作用的一个例子^[53],这可能导致企业不再采用任何合规计划。因此,引起责任增加的风险将导致企业选择不实施合规计划,或以敷衍的方式实施^[54]。

Sarbanes-Oxley, 2004 MICH. ST. L. REV. 327, 364 n. 144 (2004) (引用 CareMark 裁决); John F. Fatino, Corporate Compliance Programs: An Approach to Avoid or Minimize Criminal and Civil Liability, 51 DRAKE L. REV. 81, 88 n. 46 (2002) (引用《联邦量刑指南》并间接引用 CareMark 案); Steven M. Kowal, Corporate Compliance Programs: A Shield Against Criminal Liability, 53 FOOD DRUG L. J. 517, 519 n. 19 (1998) (仅引用《联邦量刑指南》); Diane E. Murphy, The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics, 87 IOWA L. REV. 697, 699 n. 5 (2002) (仅引用《联邦量刑指南》); 同上,第 703 页,注释 [30] (引用一份美国量刑委员会报告); Matthew R. Hall, An Emerging Duty to Report Criminal Conduct: Banks, Money Laundering, and the Suspicious Activity Report, 84 KY. L. J. 643, 648 n. 39 (1995—1996) (仅引用《联邦量刑指南》); Bruce J. Winick, Redefining the Role of the Criminal Defense Lawyer at Plea Bargaining and Sentencing: A Therapeutic Jurisprudence/ Preventive Law Model, 5 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 1034, 1037 n. 13 (1999) (仅引用《联邦量刑指南》)。

[49] 参见前注 [2], Krawiec, Future Disclosure System, 第 499 页,注释 [39] (2000 年伦理官员协会会员调查数据显示,《联邦量刑指南》对企业实施合规计划的决定产生了重要影响)。

[50] 美国量刑委员会,《关于企业《联邦量刑指南》的特别咨询组报告》(2003 年 10 月 7 日) http://www.ussc.gov/vorp/advgrp/rpt/AG_FINAL.pdf [以下简称 Advisory Group Report (特别咨询组报告)] (将合规计划的信息被诉讼当事人用于攻击企业的现象称为“起诉困境”)。该困境不仅削弱了企业执行合规计划的动机,还削弱了企业自我揭发罪行的动机。

[51] 参见前注 [48], Nunes 文。

[52] 见本文第三部分第(二)小节的讨论。

[53] Richard A. Bierschbach & Alex Stein, Overenforcement, 93 GEO. L. J. (2005 年 11 月出版) (手稿第 43~44 页,作者记录) (“责任增强效应”会削弱企业在罪行发生后进行自我监管,将更难在罪行发生前执行内部合规手段)。同见 Richard I. Werder, Jr., A Critical Assessment of Intracorporate Loss Shifting After Prosecutions Based on Corporate Wrongdoing, 18 DEL. J. CORP. LAW 35, 48 (1993) (损失转移的行为……为犯罪企业制造了额外的开销和麻烦。因此,人们可能认为这是法律惩罚之外的强加的额外惩罚。); Bruce H Kobayashi, Antitrust, Agency, and Amnesty: An Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws Against Corporations, 69 GEO. WASH. L. REV. 715, 737 (2001) (如果用于预防犯罪的开支增加了企业的被罚几率的话,则应重新考虑惩罚企业的最佳方式。许多时候,企业用于监管和预防代理人犯罪的开支也会导致增加企业被罚的概率……)。

[54] 同上, Bierschbach & Stein 文, 第 43~44 页。

对于那些考虑这些制约因素后仍决定执行合规计划的企业,仍需面对另一道难关。如果希望获得有效的合规计划,企业必须符合《联邦量刑指南》规定的多方测试^[55]。《联邦量刑指南》创建的这种机制将在“不完全协商治理理论”一节中得到讨论^[56]。《联邦量刑指南》就是协商治理的一个例子,企业作为受规制的一方,在执法监管过程中拥有发言权。在这种情况下,企业基于法律的不完备性而发声。《联邦量刑指南》不规定合规计划设计和实施的细节,而是将任务留给企业^[57]。因此,《联邦量刑指南》为企业的机会主义决策提供了可能。这些企业可能实施“装点门面式”的合规计划,以减少企业的刑事责任,而非实施直接有效的合规计划^[58]。

协商治理体系的固有缺陷难以避免,只有在监管过程中不含私人影响的公共选择理论替代方法才是合适的补救措施^[59]。然而,不完全契约治理的一个优点是受规制的实体填补了空白,法院和规制机构可以拒绝与法律本身不一致的解释^[60]。但是这种机制在企业犯罪背景下还没有实现。目前没有法院评估合规计划有效性的案件^[61],这意味着在引导企业和合规行业方面无先例可循^[62]。

对于合规计划设计缺乏司法指导的可能解决办法,将由量刑委员会提供更详细的程序设计说明。然而,合规计划的程序十分复杂,还难以满足各行业的独特需求。量刑委员会提供的设计说明越详细,则越可能出现部分企业的合规需求偏离《联邦量刑指南》规定的情况。简言之,必须允许企业设计满足具体独特需求的合规计划,这些需求是法律无法预期的。通过开发法庭用于判定合规计划有效性的复杂测试^[63],《联邦量刑指南》迫使企业在设计最佳阻止犯罪程序与最优满足指南规定的程序之间进行选择。在两种设计存在分歧的情况下,法律的威慑目的受到法律本身的束缚。在一个协商治理体系中,每个企业的最佳威慑方式都会有所不同,因此法律应当尽量避免详细的规定。

对合规计划的一项新研究^[64]阐释了当企业采用《联邦量刑指南》规定的合规计划框架时所产生的问题。该研究认为合规计划有四个潜在导向:“合规导向”^[65]“价值导向”^[66]“外部利益导向”^[67]和“高层管理保护导向”^[68]。研究数据表明,在超过一半的受访企业中,合规导向方式占主导地位^[69]。《联邦量刑指南》鼓励采用合规导向的程

[55] 参见 U. S. SENTENCE GUIDELINES MANUAL § 8 B2.1 (a) (2004)。

[56] 参见前注 [2], Krawiec, Future Disclosure System。

[57] 同上, 516~517 页。

[58] 同上, 第 494 页 (企业利用法律漏洞谋求社会利益的投机行为)。

[59] 同上, 第 490 页。

[60] 同上, 第 536 页。

[61] 见本文第三部分第 (二) 小节的讨论。

[62] 同上。在衡量合规计划是否有效时需要考虑行业差别,而《联邦量刑指南》的出台并没有给检察官和法庭提供足够的参考,因此具有“有效合规计划”的企业数量非常少。

[63] 参见 U. S. SENTENCE GUIDELINES MANUAL § 8 B2.1 (a) (2004)。

[64] 参见前注 [2], Trevino, Managing Ethics。

[65] 同上, 第 135 页 (合规导向程序的定义为: 关注“预防、检测、惩罚违法犯罪行为”)。

[66] 同上, 第 135 页 (价值导向程序的定义为: 关注“界定企业价值, 并鼓励员工遵守道德理念”)。

[67] 同上, 第 135 页 (外部利益导向程序的定义为: “使顾客、供应商及合作利益群体满意”)。

[68] 同上, 第 135 页 (高层保护导向程序的定义为: “处理违反道德或法律事件时, 以保护企业高级管理者为原则”)。

[69] 参见前注 [2], Trevino, Managing Ethics, 第 137 页。

序,因为用于判定被定罪企业能否减刑的关键元素是围绕合规计划设计的〔70〕。

然而,实证数据表明,价值导向的合规计划能更有效地阻止不道德行为〔71〕。价值导向和合规导向的合规计划目标并不互斥,因此可以设计一个融合两者元素的合规〔72〕。然而,《联邦量刑指南》不鼓励价值导向的目标,而合规计划往往由法律人员设计和实施,职业态度更偏向于合规方面。因此,体制偏见阻碍了在企业合规计划中纳入价值导向目标〔73〕。由于这种偏见,企业往往会执行次优的合规计划。从而其主要目标是满足《联邦量刑指南》的规定,而非实施价值导向的合规计划或以最有效的方式制止犯罪活动〔74〕。

因此,《联邦量刑指南》对企业采用的合规框架具有潜在的破坏性影响。如上所述,过度执行和协商治理的缺陷使企业有强烈的动机设计次优合规计划。对激励和抑制作用的分析也得出近似的结论。第一,缺乏充足证据证明《联邦量刑指南》对企业采纳合规计划具有积极影响。第二,目前的制度对企业实施次优合规计划提供了强烈诱因。这些合规计划无法达到其预期目的,但仍然消耗企业的资源。联邦刑法的目标应是消除采取次优合规计划的诱因,从而使企业更好地威慑犯罪或更有效地利用企业资源。这些理论必须基于《联邦量刑指南》对企业实际影响数据得到检验。

(二) 实证数据——合规计划何去何从?

虽然缺乏《联邦量刑指南》影响合规计划采用的实证数据,但收集的数据证实了变相诱因所造成的问题。少许已出版的研究报告分析了合规计划如何在《联邦量刑指南》下运行。1999年发表的一项研究表明,在受访的154家财富资产1000强的企业中,98%的企业表示其通过政治手册或道德守则等正式文件处理道德行为问题〔75〕。在执行《联邦量刑指南》后只有21%的企业实施了道德/合规计划〔76〕。不幸的是,类似的数据并不适用于占《联邦量刑指南》判刑企业数额四分之三的小企业〔77〕。但至少大型企业采用合规计划早于《联邦量刑指南》,而非相反。鉴于先于《联邦量刑指南》的合规计划较高的采用率,接下来要考虑的是《联邦量刑指南》如何影响其运作。

1999年针对《联邦量刑指南》对企业量刑影响的实证研究阐述了评估合规计划时出现的一些问题。该研究对比了1988年的328起指南实施前的判决和1987—1992年324起指南实施后的判决〔78〕。然而,由于数据过于有限和模糊,作者无法得出关于

〔70〕 同上,第137~138页。

〔71〕 同上,第138页(实施员工认为是价值导向的合规计划很明显是十分重要的。在被调查的6家企业中,如果员工认为合规计划是价值导向的,被调查的七个问题的所有反馈都更积极……)。

〔72〕 同上,第139页。

〔73〕 同上,第146页。

〔74〕 参见前注〔2〕,Krawiec, Future Disclosure System, 第491~492页。有效合规计划系统指标很容易被模仿,因此,法官和检察官很难判断合规计划是否真的有效,尤其是在犯罪行为发生后。因此,企业参与违法但具有潜在利益的行为,可以通过模仿看似有效但实际上毫无打击犯罪作用的合规系统来免除企业的责任(并且在股东和大部分消费者面前表现出合法的样子,以减轻违法企业的经济制裁)。

〔75〕 参见前注〔46〕,Weaver等文,第285页。

〔76〕 同上,第286页。

〔77〕 参见前注〔32〕,Bowman文,第686页。

〔78〕 参见Jeffery S. Parker & Raymond A. Atkins, Did the Corporate Criminal Sentencing Guidelines Matter? Some Preliminary Empirical Observations, 42 J. L. & ECON. 423, 431 (1999)(指出1992年以前的《联邦量刑指南》仅限于反垄断罪)。

《联邦量刑指南》对合规计划实施或有效性影响的实证结论^[79]。但作者根据不明确的数据仍能够做出一些有用的观察。作者认为,收集更多的数据,将能确定《联邦量刑指南》是否增加了执行合规计划的企业数量以及合规计划是否降低了犯罪率^[80]。然而,作者明确指出,将《联邦量刑指南》的采用与违规行为的变化相联系,会使事情复杂化:不能有效减少犯罪的合规计划仍然可以为企业降低刑期。尽管企业具有合规计划,仍然发生了犯罪行为,这个悖论表明了合规计划的失败^[81]。这也导致当法律规定了合规计划的设计细节时,企业将被迫选择遵守书面规定或法治精神^[82]。

如果不能直接确定《联邦量刑指南》是否促进了更有效的合规计划,判决数据可能会间接表明其有效性。2002年只有162个企业根据《联邦量刑指南》第8章的罚款准则被处罚金^[83]。这些企业都没有因为具有有效的合规计划而获得量刑降级^[84]。事实上,没有任何企业具有任何合规方案,无论有效与否^[85]。同样,在2001年被判刑的92个企业中,两个企业实施的合规计划被法院判定无效,其余企业则都没有合规计划^[86]。

这个数据可能得出两个结论:一个拥有合规计划的企业很少发生内部犯罪行为。这

[79] 同上,第443页(根据不同的《联邦量刑指南》数据来源——缓刑监督官或者法庭公布的合规计划数据——具有合规计划而被判刑的企业数量要么有所增加,要么没有变化)。

[80] 同上,第445~446页。作者阐释了数据缺乏所代表的问题,包括控制合规计划技术变革,总体违法数量的变化及总体合规计划采用率。

[81] 同上,第446页。作者认为:新的《联邦量刑指南》规定具有法官认定“有效”的合规计划可以减少企业的罚款,尽管该合规计划在现实中没有作用。因此,企业有足够动机采取无实际威慑效力的合规计划来减少罚款。而与此同时,总体预期制裁水平,合规计划技术、犯罪数量都不会发生改变,那么企业则不会有动机实施有实际作用的合规计划,而只是为了减少罚款。那么在这种情况下,在被判刑的企业中,具有合规计划的企业有所增加,并非因为他们意在打击犯罪行为,而是因为他们只是为了减轻惩罚。同上,作者继续说明:此时,我们的讨论仅仅是基于推测。除了数据问题和不一致性,对合规计划作用的细致研究需要一套更为复杂的模型。然而,这套模型目前还无法实现,未来的研究者可以朝这个方向努力。同见 Kimberly D. Krawiec, *Organizational Misconduct: Beyond the Principal-Agent Model*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 571, 592~93 (2005), 载 <http://law/bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=2293&context=expresso> [以下简称 Krawiec, *Misconduct*] (其他两项研究表明《联邦量刑指南》为企业提供了实施“装点门面式”合规计划的动机)。

[82] 参见本文第三部分第(一)小节的讨论。

[83] 仅公开了143起这类案件的数据。被判决的案件总数量为252起,但由于缺少指南使用数据或者不适用的指南条款,其中90起案件未被分入此类,参见前注[38], 2002 SENTENCING STATISTICS, 第98页。

[84] 同上。

[85] 同上。

[86] 参见 U. S. SENTENCING COMMISSION'S 2001 SOURCEBOOK OF FEDERAL SENTENCING STATISTICS 98 (2001), 载 <http://www.uscc.gov/ANNRPT/2001/SBTOC01.htm>。这显然是一个长期的过程。2000年有118家企业不具备合规计划,14家企业实施的合规计划被判无效,没有任何一家企业具备有效的合规计划。参见 U. S. SENTENCING COMMISSION'S 2000 SOURCEBOOK OF FEDERAL SENTENCING STATISTICS 98 (2001), 载 <http://www.uscc.gov/ANNRPT/2000/SBTOC00.htm>。在2000年以前,量刑委员会只公布企业具有有效的合规计划或不具备有效合规计划,而并未将后者区分为具有无效和完全没有合规计划。当年的数据显示,91家企业不具备有效的合规计划,仅有1家企业具备有效合规计划。参见 U. S. SENTENCING COMMISSION'S 1999 SOURCEBOOK OF FEDERAL SENTENCING STATISTICS 98 (1999), 载 <http://www.uscc.gov/ANNRPT/1999/sbtoc99.htm>。

表明实际只有两类企业，即具有有效合规计划的企业，以及没有合规计划的企业。然而，考虑到现存的引导企业实施次优合规计划的诱因^{〔87〕}，这个结论是违反直觉的。这意味着在成千上万的个人被起诉构成白领犯罪的案件中，绝大多数企业都没有实施合规计划。例如，在波音和安然案件中，企业具有合规计划但仍然发生了内部犯罪，就违背了这一结论^{〔88〕}。另一个可能的结论是，存在一类具有次优合规计划的企业，但当合规计划不能遏制犯罪行为时，企业未被起诉^{〔89〕}。遗憾的是，没有足够的数据来检验这一结论。

量刑委员会将2002年102起企业定罪中的40%归为欺诈罪^{〔90〕}。同年个人和企业欺诈罪量刑总计7012起^{〔91〕}。由于欺诈罪往往是在商业环境中进行的，了解有多少企业借助合规计划避免被起诉是有帮助的。不起诉的决定遵循司法部《联邦起诉商业组织指引》（以下简称《起诉指引》）^{〔92〕}。因为起诉指引影响了检察官的决定，使每个遵守合规计划的企业都免受起诉^{〔93〕}。似乎这些合规计划的弱点从未被公开，因为它们从未被法庭审查。由于司法部门没有发布有关其拒绝起诉决定的任何数据，了解合规计划所起作用的关键信息则无法获得^{〔94〕}。2002年没有任何被告企业的合规计划被认定为无效，引发了令人不安的问题——目前有多少次优合规计划受到法庭的忽视？

经验证据表明，精心设计的合规计划也不能完全阻止企业内部的犯罪活动^{〔95〕}。例如，波音公司早在1998年之前就实施了大量的企业合规计划，其中包括全球雇员热线，大量的道德操守培训，以及在企业经营部门设置道德顾问^{〔96〕}。但从1998年到2001年，波音公司经历了三起员工法律和道德违规事件。其中一起事件导致波音公司失去七份政府合同，三名竞标人的权利，三家企业的经营单位暂停投标^{〔97〕}。尽管波音公司实施的合规计划被誉为美国企业的榜样^{〔98〕}，却仍发生了这些违规事件。显然，合规计划的失败是由于管理层人士的支持不足^{〔99〕}，这对于检察机关和法庭来说肯定是难以衡量

〔87〕 见本文第三部分第（一）小节的讨论。

〔88〕 参见前注〔15〕，Deligiannis文（波音公司尽管具有合规计划，却仍然发生了道德过失）。针对这些事件更为合理的解释是合规计划对员工行为几乎没有影响。参见前注〔81〕，Krawiec，Misconduct文，第592页（总结了有关合规计划的几项实证研究的结论）。

〔89〕 参见前注〔33〕中的讨论（回顾合规计划及其他因素对检察官拒绝起诉决定的影响）。

〔90〕 参见前注〔38〕，Sentencing Statistics，第51页表格。

〔91〕 同上，第12页表格。

〔92〕 参见前注〔3〕，Thompson Memo。

〔93〕 同上。

〔94〕 参见前注〔32〕，Bowman文，第685页。作者认为《联邦量刑指南》和《起诉指引》中对合规计划的定义和结论并未对检查官的参考产生积极影响。衡量合规计划有效性的七项要素测试实际上使得检察官更难做决定。

〔95〕 参见 Steven Andersen，Hidden Troubles：Despite More Rigorous Compliance Programs，Corporate Fraud Still Thrives，CORP. LEAGAL TIMES，April，2004（一些企业调查者和律师表示，现在仍然存在许多无效的或“装点门面式”的合规计划）。同见前注〔32〕，Bowman文，第681页（合规计划咨询服务推销员无需耗费唇舌解释合规计划的有效性。相反，他们采取恐吓的手段——如果不实施合规计划，企业将“会被联邦刑法抓住把柄”，《联邦量刑指南》会产生巨额的罚款，企业股东或管理者可能会承担民事或刑事责任）。

〔96〕 参见前注〔15〕，Deligiannis文。

〔97〕 同上。

〔98〕 同上。引自 Sen Warren Rudman，应波音公司邀请领导外围调查的法官。

〔99〕 同上。

的因素。如果最先进的合规计划也不能有效地阻止企业内部犯罪活动，如果企业有动机采取次优合规计划，那么量刑委员会对这些合规计划的重视也许是无法得到保障的。

四、提案：从《联邦量刑指南》中删除合规计划

（一）删除合规计划的术语

变相的激励措施致使企业采取次优合规计划，或根本不采取合规计划，导致了合规计划不属于《联邦量刑指南》的结论^[100]。小企业维持合规计划的重大财务负担更加印证了这一点。根据《联邦量刑指南》被判刑的企业中，小企业占了四分之三^[101]。《联邦量刑指南》引入合规计划十年的经验应提供足够的证据来重新评估其作用。根据数据得出结论：虽然合规计划可能有助于遏制犯罪，但《联邦量刑指南》本身并没有对其有效性产生积极影响。

美国量刑委员会在起草《联邦量刑指南》时，没有采纳“公正惩罚制度”和“最佳威慑制度”，而是选择避免对《联邦量刑指南》及其运作施加一个总体原则^[102]。根据《联邦量刑指南》制定的合规计划减刑的规定，必然会通过鼓励企业采取威慑手段，从而（在理论上）阻止犯罪行为^[103]。给企业减刑是为了促使其实施有效的合规计划，鼓励其通过自我监管来减少犯罪^[104]。为了使合规计划履行其预期职能，《联邦量刑指南》必须鼓励企业采用这些程序，更重要的是允许企业进行有效的自我监管^[105]。如果这些目标没有实现，那么指南只是对企业施加昂贵而复杂的合规框架，却对社会没有相应的利益。

[100] 参见前注〔32〕，Bowman文，第689~690页。在分析了《联邦量刑指南》合规计划减刑机制的固有缺陷后，Bowman认为尽管现有效果值得怀疑，仍然应该保留该机制。但其分析并未考虑本文第二部分提到的，致使企业采取次优合规计划或完全不采用合规计划的变相诱因。正因为考虑到这个因素，本文对合规计划术语在《联邦量刑指南》中的去留得出了完全相反的结论。最近一篇与本文研究问题相似的文章也得出了和本文类似的结论：通过“内化合规责任”的方法稀释严格的责任机制，无论是从理论上还是实践上都行不通。参见前注〔81〕，Krawiec文，第615页。文章进一步论证，考虑到政治和实践现状，回归严格的责任机制是不太可能的。同上。作者不认同法官、代理人、检察官实事求是地检查企业合规计划或者“企业道德文化管理措施”有效性的体制。同上。评估合规计划的一般有效性的复杂程度对法官和陪审团来说也许很难（见第四部分第（二）小节第2点的讨论），但探讨管理措施、合规计划与具体刑事行为之间的影响却没有那么困难。从《联邦量刑指南》中删除合规计划的术语，将促使企业采用最佳社会合规计划。参见前注〔81〕，Krawiec文，第576~577页。无论合规计划能否作为法庭抗辩事由（见第三部分第（二）小节第1点的讨论），删除合规术语最大的好处在于消除指南中一系列企业必须遵守的限制性因素导致的变相诱因。这种向严格责任制度的转变可能是有极大好处的，因此不应被误解为不可实现。

[101] 参见前注〔32〕，Bowman文，第686页。

[102] 参见前注〔2〕，Krawiec，Future Disclosure System，第498页。“公正惩罚”模型建立在个人《联邦量刑指南》的基础上，也融合了企业量刑的元素。然而，“最佳威慑”模型则吸收了基于法律和商业的威慑体制。该体制被最终采用，因为它旨在鼓励企业采用内部合规计划。Krawiec认为商业圆桌会议的游说对企业《联邦量刑指南》的最终形态有重大影响。

[103] 同上。

[104] 参见前注〔50〕，Advisory Group Report，第3~5页。该报告叙述了自企业《联邦量刑指南》出台以来，所经历的一次次修改。每次修改，都是对历年经验的反映。“咨询组……总结道……可以也应该改变体制，更好地指引企业，使其了解有效合规计划的要素”。同上，第3页。

[105] 参见 U. S. SENTENCE GUIDELINES MANUAL ch. 8 intro. cmt. (1998)。

本文第三部分的定性定量数据论述了合规计划在实现量刑委员会目标方面的有效性。数据表明,当采用合规计划时,企业有强烈的动机采用次优合规计划。因此,应该消除用于评估合规计划以证明其有效性的量刑指引结构。然而这并不意味着合规计划在企业治理中没有任何作用。在企业内部培养道德伦理及法律观念是一个值得称道的目标,仍然可以通过《联邦量刑指南》来实现。要实现这个目标,需采纳另一条去结构化的途径,以消除企业实施“装点门面式”合规计划的动机,而保留实施一般合规管理的动机。

如果量刑委员会的主要目标是尽可能阻止犯罪活动,那么替代责任标准本身就足以实现这一目标。根据标准可以实现定罪,其广泛性具有极大的威慑价值^[106]。给予具有合规计划的企业量刑减免侵蚀了替代责任标准的威慑价值。一旦企业从实施有效阻止犯罪的合规计划^[107]转向试图满足预定(和诚然是可疑^[108])的要求^[109],企业将选择实施次优合规计划^[110]。这一结果便违背了合规计划本应实现企业自我监督的初衷。

如果量刑委员会担心过度威慑的问题,则应采取更有效的方法来处理问题,而不是引入存在固有缺陷的合规计划模式。减少企业面临的最高额罚款不过是一种解决方案^[111]。另一方面,量刑委员会的主要目标可能是将惩罚重点放在那些理应责罚的企业(更接近于委员会拒绝的公正惩罚制度^[112])。在这种情况下,若紧密围绕企业违法行为与政策展开实际调查,将会得到一个比现有的合规计划更为合理的量刑机制。

以下假设分析了在合规计划的术语被人为地从《联邦量刑指南》删除后,三个虚构企业采取的行动。A企业具有客观有效的合规计划,除了符合指南的有效性标准之外,实际上在企业运作背景下也是有效的。B企业实施了“门面式”合规计划,即符合指南法律条文要求,但并非企业专门设计,也没有实际效果。C企业没有实施合规计划。

当从指南中删除合规计划减刑机制后,执行合规计划的企业如果被罚,可能会面临更高的罚款。更严厉的惩罚可能鼓励企业采取措施制止员工的犯罪行为。A企业的合规计划已经达到了这个目标,所以没有动机改变自己的立场以应对指南的变化。其合规计划已经成为有效防范刑事责任的盾牌。由于选择不执行合规计划,C企业已经面临更高额的罚款。C企业也不能改变立场,其潜在的刑事责任也没有变化。到目前为止,消除合规计划量刑降级似乎对A企业和C企业影响最小。

B企业是消除合规计划量刑降级提案的主要对象。随着实施“装点门面式”程序的动机被消除,企业面临一个选择:改进程序使其与A企业一样,或者消除该程序,并采取C企业的做法。一方面,如果B企业选择改进其合规计划,那么稀释后的替代责任标准的威慑作用将有效增强对员工犯罪的预防,另一方面,如果企业消除了该合规计

[106] 参见前注[81], Krawiec, *Misconduct*, 第575页。“严格的责任替代系统将促使企业采用最佳内部管理和威慑机制(内部合规计划)”。因为当需独自承担损失时,企业有动机将损失减少到与减少损失的支出相抵销的水平。

[107] 假设该合规计划是“价值导向”的。参见前注[2], Trevino, *Managing Ethics*。

[108] 参见前注[50], *Advisory Group Report*。

[109] 该类合规计划是“合规导向”的。参见前注[2], Trevino, *Managing Ethics*。同见本文第三部分第(一)小节的讨论。

[110] 同上。

[111] 参见前注[53], Bierschbach & Stein文;前注[8], Khanna文,第1271页;前注[50], *Advisory Group Report*。

[112] 参见前注[2], Krawiec, *Future Disclosure System*, 第498页。

划, 则可以将其消耗的资源用于企业内的其他生产用途, 从而提高效率^[113]。假设装点门面式的合规计划在实践中无效^[114], 那么消除合规计划减刑机制将使B企业的威慑力或效率增加, 而对A企业和C企业的威慑力没有影响。出于社会效益的考虑, 不应该用另一套类似的模式来替换合规计划, 而应将其完全从《联邦量刑指南》中删除。

(二) 企业文化模式和积极抗辩模式

1. 企业文化模式

几项提议认为, 与其依赖对刑事责任的积极抗辩, 倒不如用新标准替换替代责任标准。新的标准应要求检察官证明额外的“错误”或企业的犯罪意图要素^[115]。这种方法使人们认识到, 除了员工, 企业也具有自己的文化和意志^[116]。并假定法律应鼓励企业本身遵守法律^[117]。识别独特的企业文化, 并且在定罪前要求审查这种文化, 使得这种方法包含了一个报复性因素^[118]。只有鼓励非法行为, 或未积极阻止犯罪行为的企业, 才应承担刑事责任。这种方法需要检验企业是否应受责罚^[119]。

揭露企业过错可能使人们对合规计划更加重视。考虑到证明企业犯罪意图的固有困难^[120], 寻找常见线索, 将矛头指向企业员工犯罪显得十分自然。但由于合规计划对企业责任的不利影响^[121], 在企业理念和类似的责任框架下, 企业不会考虑合规计划^[122]。

[113] 参见前注〔53〕, Kobayashi文, 第736页(代理人费用增加导致在替代责任制度中, 企业通过合规计划监管雇员的行为)。

[114] 参见前注〔95〕, Andersen文(合规计划无法阻止犯罪行为)。

[115] 参见前注〔20〕, Bucy文; 前注〔20〕, Laufer, Corporate Bodies。

[116] 参见前注〔20〕, Bucy文, 第1123页; William S. Laufer & Alan Strudler, Corporate Intentionality, Desert, and Variants of Vicarious Liability, 37 AM. CRIM. L. REV. 1285, 1299 (2000) [以下简称Laufer, Corporate Intentionality] (《起诉指引》《联邦量刑指南》逐渐开始承认企业责任与替代责任是完全分离的)。

[117] 参见前注〔20〕, Bucy文, 第1127页。从这些关于企业文化的作品中可以得出几条明显结论: (1) 企业文化多是独特的, 其独特性来源于正式与非正式因素的复杂结合; (2) 企业的正式或非正式机制可以促进或抑制犯罪行为的发生; (3) 这种机制是可分辨的、可观察的、可塑的。基于这些结论, 无法认识到企业独特性或无法抑制违法行为的刑事责任标准是不合理的。

[118] 同上, 第1182页(认为在故意犯罪的情况下, 刑法应该惩罚不道德的行为)。

[119] 同上, 第1128~1146页。Bucy认为为了判断企业文化是否鼓励违法行为, 检察官应当从以下几个方面检验企业的正式和非正式内控机制: 登记制度; 企业目标; 向雇员宣讲法律要求; 依法监管合规程序; 调查犯罪行为; 企业对既往犯罪行为和违法者的处置; 对遵纪守法行为的奖励; 补偿金。同上。在Bucy的文章发表几年后, 司法部出台的起诉指南中采用了类似的要素。参见前注〔3〕, Thompson Memo。

[120] 参见前注〔20〕, Bucy文, 第1128页(认为检察官需要从不同来源搜集详尽的证据, 以描述企业文化或犯罪意图)。

[121] 见本文第二部分第(三)小节的讨论。

[122] 一位评论法学家认为, 通过合规计划减刑机制, 《联邦量刑指南》含蓄赞成了“企业文化”方法。参见Jenifer Moore, Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines, 34 ARIZ. L. REV. 743, 791 (1992)。该评价意识到, 将企业过失归咎于合规计划, 而非仔细查找企业的政策和文化原因, 会导致有害后果。如果“所谓预防犯罪的有效合规计划不过是徒有其表, 与鼓励犯罪的企业文化共存的话”, 则更是如此。同上。作者建议进一步实践《联邦量刑指南》以验证这个观点。同上。考虑到合规计划中存在的变相诱因, 也许这个观点是正确的, 或许“企业文化”的方法能避免将合规程序作为企业的责任替代。见本文第三部分第(一)小节的讨论。

在企业文化的刑事责任框架下,判断企业行为的最有效方式是调查企业的行为、政策和习俗,而非像合规计划似的企业政策清单^[123]。这种调查风格避免了评估合规计划机械方法的固有缺点,并允许企业自由地、更有效地为自己的行业和商业模式量身定制合规计划。应该鼓励合规计划,但是不应以牺牲其效力的方式进行规定^[124]。无论是根据目前的替代责任制度还是企业文化制度,判断企业是否应受责罚的最佳方式是检查其政策和行为。法律不应该过问企业是否采用了量刑委员会规定的相对僵化的框架。相反,应考量企业的行为是否能够促进员工遵守法律。

2. 合规计划的积极抗辩

如果合规计划在审判过程中的分量加重,将合规计划的框架编入刑法所产生的问题将会恶化。如果将合规计划作为刑事责任的全部抗辩事由,情况更是如此。几位法学评论家认为,应该允许有效的合规计划,作为现行替代责任制度下对企业责任的完全积极抗辩^[125]。这种做法会产生几个新问题,包括将评估方案效力的任务分配给陪审团(而非量刑法庭),检察官考虑起诉企业时失去灵活性,合规计划作为企业过失指标的低效率。

首先,判断合规计划是否有效的负担将从检察官和量刑法庭转移到事实上。评估这些合规计划的实际效果本就十分困难^[126],对陪审团而言更是如此,因为合规计划本身及其实际运用情况相当复杂^[127]。

其次,就算合规计划为预防犯罪作出了善意的努力,但现实却是该合规计划并没有阻止犯罪活动的发生^[128]。除非有人假定,在有效的合规计划存在的情况下,每次犯罪

[123] Bucy 似乎认同这种在她提出的框架下理解企业责任的方式。例如,检方应该考虑的因素之一就是企业是否向员工充分宣传法律要求。合规计划中的行为准则的作用正是起这个作用。Bucy 没有止步于检验这样的行为准则是否存在,而是建议采用另一种比较详尽彻底的方法。该方法需要调查以下问题:是否通知员工与其工作职责有关的法律政策调整?是否以简单易懂的方式向员工解释新的法规?中层管理者是否定期开会讨论合规计划的问题?企业的法律顾问是否参与了合规计划的讨论?中层管理者是否参加了道德与政府法令有关的培训项目?参见前注〔20〕,Bucy 文,第 1135 页。Laufer 意识到合规计划及其他方式的缺陷。他提出将“建设性企业过失”元素纳入《量刑指南》,认为这些方式仅仅是深入探究企业目的的起点。参见前注〔20〕,Laufer, *Corporate Bodies*, 第 728~729 页。

[124] 参见前注〔2〕,Trevino, *Managing Ethics* (合规导向的方法致使合规计划有效性降低)。

[125] 参见前注〔6〕,Walsh & Pyrich 文,第 676 页;前注〔7〕,Huff 文。Huff 建议采用一种更为温和的方法,允许企业对刑事责任进行完全积极抗辩。“相关要素方法”允许陪审团在判断雇员犯罪是否处于企业利益时,考虑企业是否具有有效的合规计划。同上,第 1292 页。尽管该方法处于现有法律和合规计划作为积极抗辩事由的中间地带,它却产生了与 Walsh 和 Pyrich 的模型类似的问题。

[126] 参见前注〔6〕的讨论。

[127] 参见 Donald C Langevoort, *Monitoring: The Behavioral Economics of Corporate Compliance with Law*, 2002 COLUM. BUS. L. REV. 71, 114 (2002)。Langevoort 认为,指南中采用的一系列判断合规计划有效性的特征选项“不太可能深入有效合规计划,而是增加了风险:企业仔细分析其要求从而采用一套现成的可见(但几乎不起作用)的程序。为了公正的庭审判决,必须对存在诚信问题的企业文化和运作进行大量专业而深入的研究。”同上。Langevoort 认为应当采用基于行业特征的分析实践来评估合规计划,而非每次都要求法官重新检验每家企业的合规计划。同上,第 115 页。

[128] 见本文第三部分第(一)小节的讨论(相较于《联邦量刑指南》提倡的“合规导向”程序,“价值导向”的程序在威慑犯罪行为方面更加有效)。

都是不可控制的流氓雇员的行为,但这种抗辩或许是很片面的^[129]。鉴于实施次优合规计划动机的证据,不可控员工的假设是很值得怀疑的^[130]。

再次,采取积极抗辩将会降低系统的现有灵活性。这种灵活性允许检察机关评估在调查个人违法者时是否寻求企业的合作,或者起诉企业是否是阻止未来犯罪行为的最有效方法^[131]。合规计划将从影响起诉决定和法院的判决因素之一^[132]转变为完全抗辩^[133]。换言之,这不但会使指南中的合规计划的表述变得模糊,而且还会降低企业与检察机关合作的动力。企业的刑事责任往往取决于其合规计划是否符合指南规定的有效性标准。这也将增加用于避免责任的“装点门面式”合规计划的数量^[134],因为企业有动机将所有威慑力赋予一种能作为积极抗辩事由的方式。如果企业将所有的威慑力量投入“装点门面式”的合规计划,那么当个别雇员被起诉时,企业可能会劝阻他们与检察机关合作。

最后,合规计划存在时近似犯罪意图的概念并不像传统的个人刑事诉讼中适用的犯罪意图的概念。有效的合规计划及其实施的程度被认为是衡量一个企业是否应受惩罚的合理标准^[135],相当于个人犯罪背景下的犯罪意图。如果法律鼓励企业实施最有效的合规计划,这种做法可能会有效,但目前的情况并非如此^[136]。《联邦量刑指南》规定企业合规计划必须包含一系列要素以符合其要求,变相迫使企业实施次优合规计划^[137]。这种变相诱因说明合规计划不足以成为企业的责任替代物。

删除《联邦量刑指南》中的合规计划减刑机制,可以将这些变相诱因降至最低。然而,这一做法将剥夺积极抗辩的模式所要求的:一个评估合规有效性的框架^[138]。这个悖论指出了积极抗辩模式的根本缺陷,为了取得成功,它采取了非常类型的框架,降低了企业实施合规计划的动机。为了实现积极抗辩模式立法者的意图,它们必须设计一个比现有合规计划更强大的机制以监管企业^[139]。

[129] 参见前注〔50〕, Advisory Group Report, 第37页;期望《联邦量刑指南》能阻止一切犯罪行为显然是不切实际的。无论哪套量刑奖惩措施,都无法克服企业文化和个人的贪婪、恐惧、傲慢造成的企业过失。这些过失并不能证明企业《联邦量刑指南》是无效的。

[130] 见本文第三部分第(一)小节的讨论;前注〔115〕, Laufer, Corporate Intentionality, 第1301页(依据合规计划的尽职调查会降低企业采用真实有效的合规计划的动机)。

[131] 参见前注〔3〕, Thompson Memo。

[132] 参见 U. S. SENTENCE GUIDELINES MANUAL § 8 B2.1 (a) (2004)。

[133] 参见前注〔6〕, Walsh & Pyrich 文, 第689~690页。

[134] 该假设是基于本文第三部分第(一)小节提到的实施次优合规计划的相同诱因。

[135] 参见 Richard S. Grunter, Risk and Response: Organizational Due Care to Prevent Misconduct, 39 WAKE FOREST L. REV. 613, 634 (2004);前注〔6〕, Walsh & Pyrich 文, 第677页(如果企业能够证明其具备充分有效的合规计划,且该合规计划与企业以往处理违法行为的理念一致,那么企业则可以逃避刑事责任)。

[136] 参见本文第三部分第(一)小节的讨论。

[137] 同上。

[138] 参见前注〔6〕, Walsh & Pyrich 文, 第685页(与《联邦量刑指南》本身衡量标准相似的八项要素,用于法庭判定合规计划的有效性)。

[139] 该测试的基础是可实现的。参见前注〔20〕, Bucy 文;前注〔20〕, Laufer, Corporate Bodies。

五、结论

根据《联邦量刑指南》，联邦刑法对企业合规计划的适用非常乐观。执行符合指南要求的合规计划可以大大降低企业因其代理人违法而被定罪的判决，甚至可以使其免受起诉。但是《联邦量刑指南》处理合规计划的方式对企业产生了变相刺激和抑制作用。

《联邦量刑指南》处理合规计划的基本政策理由是正确的：鼓励企业培养遵守法律的文化，并制止员工的犯罪行为。但数据表明这些目标尚未实现。实际上，根据指南判处的企业几乎没有有效的合规计划^[140]，大量数据表明《联邦量刑指南》实际上鼓励企业采取用次优合规计划^[141]。同时，一些小企业（而非大企业）被迫承担浪费资源且昂贵的合规计划，成效却令人质疑^[142]。

鉴于过去十年有关《联邦量刑指南》的经验，将合规计划从《联邦量刑指南》中彻底删除，能更有效地实现量刑委员会的目标。有更好的机制来确保那些企业切实努力阻止犯罪活动，无论采用合规计划与否，均不应将合规计划的框架和实施视为重点^[143]。这并不意味着检察官和法官完全不监察企业的合规管理情况。相反，根据企业文化责任制度，对这些做法的具体事实调查是完全合理的。但强制执行或强势推行的合规计划无法实现其促进企业文化和制止犯罪活动的预期目标。

从《联邦量刑指南》中删除合规计划是一个复杂的过程^[144]，近来修正《联邦量刑指南》中对合规计划的处理也经历了同样复杂的过程。现在是时候让量刑委员会再次审视其在2004年的决定，并再次进行修正。这次应该完全删除合规计划，使《联邦量刑指南》与其目标完全一致。

（责任编辑：李 伟 张安平）

[140] 参见前注〔38〕，2002 SENTENCING STATISTICS，第98页。

[141] 参见本文第三部分第（一）小节的讨论。

[142] 参见前注〔32〕，Bowman文，第686页。

[143] 见本文第四部分第（一）小节的讨论。

[144] 自减刑机制纳入《联邦量刑指南》后，合规计划行业得到了全面发展。参见前注〔33〕，Baker文，第316页。可能会有人请求保留减刑机制。修正《联邦量刑指南》的过程中，过了180天修正案才被量刑委员会批准。参见Paula J. Desio, Introduction to Organizational Sentencing and the U. S. Sentencing Commission, 39 WAKE FOREST L. REV. 559, 563 (2004)。