

## 刑事合规案件中的证明责任分配与实现路径

吕子逸\*

**内容提要：**刑事合规抗辩活动中，抗辩行为属性的转变、合规计划评价标准的复杂化与对抗式庭审格局的冲击致使传统的证明责任配置模式亟需调整。基于诉讼便利、政策目标等因素的分析，“被告方承担举证责任”模式是较为可取的选择。立足于有效性评估标准的分化，应要求被告方对合规计划“合理建设”承担初步的证明责任，控诉方则围绕合规计划“有效运行”展开进一步的证明。同时，通过法官提示义务、企业协助义务和社会第三方强制参与等机制的建设，为刑事合规改革中证明责任的分配与运作提供可行的方案。

**关键词：**刑事合规抗辩 证明责任分配 合规计划有效性 社会第三方参与

### 一、引言

为依法有效打击经济犯罪，最大限度地保护企业与维护社会经济秩序，自2018年《企业境外经营合规管理指引》出台开始，中国逐步推动企业合规改革，意图通过企业内部合规计划的建设与运作，引导员工合法开展经营活动，识别与遏制违规经营行为，预防违法犯罪发生，进而达到营造良好内部经营环境的效用。<sup>〔1〕</sup>

在刑事司法领域，合规改革立足于企业责任与员工责任的合理界定，减少刑事追责对企业经营与经济发展的负面影响，并依托特定的激励措施，鼓励企业积极开展合规建设，达至企业治理与国家治理双重目标的兼顾。此类任务的实现主要包括两条路径：第一，对于尚未建立合规计划的企业，通过对司法机关的承诺与保证，暂时停止刑事追诉活动，待其合规计划建设完善并得到

\* 吕子逸，吉林大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金重大项目“中国特色刑事证据理论体系研究”（18ZDA139）、2017年国家社科基金重点项目“认罪认罚从宽制度的程序理论研究”（17AFX015）的阶段性成果。

〔1〕 See Miriam Hechler Baer, *Governing Corporate Compliance*, 50 *Boston College Law Review*, 958 (2009).

认可后,免于刑事追责;第二,对于已建立合规计划的企业,则可向司法机关,尤其是审判机关证明内部管控机制业已形成,员工违法经营行为得到约束,获得减轻、免除刑事处罚的裁决。<sup>〔2〕</sup>在域外国家,第一类情形以不起诉与暂缓起诉措施为代表,可称为刑事合规不起诉模式;第二种情形则表现为刑事合规抗辩活动,依托司法证明环节得以实现。基于法律依据缺乏等因素的限制,中国刑事合规不起诉模式以相对不起诉为核心,对于牵涉轻微犯罪的企业,在作出不起起诉决定的同时,采取检察机关送达《企业刑事合规告知书》、签署合规监管协议或发出检察建议等方式,推动企业合规建设。“郑某等侵犯公民个人信息案”等案件的发生,则为刑事合规证明模式的存在奠定了基础。

可以说,面对控诉方的刑事指控,合规计划的设置及其实施效果的证明不仅是刑事合规抗辩活动的核心,也将成为刑事合规制度得以施行的基础。在这一过程中,针对证明责任的配置与机制建设,部分学者或将刑事合规等同于积极抗辩事由,提出结合证明责任转移模式进行探讨,<sup>〔3〕</sup>抑或是倾向于适用证明责任倒置模式<sup>〔4〕</sup>。近年来也有研究立足于企业合规出罪模式的讨论,论证了企业对合规计划的证明责任。<sup>〔5〕</sup>综合来看,证明责任的配置势必成为中国刑事合规改革亟待解答的问题。

## 二、刑事合规抗辩中证明责任分配的难点透视

即便尚处于改革初始阶段,但在刑事合规制度的运用中,证明责任的配置与运作也已面临诸多变化与挑战,主要体现于抗辩活动的属性、内容与环境三个方面。

### (一) 抗辩活动的属性转化

基于刑事指控事实与抗辩方向的关联,消极抗辩事由与积极抗辩事由共同架构起刑事抗辩活动的主要框架。针对控诉方的指控而提出的消极抗辩事由,以反驳为主要形态,具有附随性,难以影响证明责任的分配。<sup>〔6〕</sup>诸如正当防卫等抗辩事由,则在刑事指控的要件外提出了新的独立主张,证明责任的配置模式势必发生变化。随着刑事合规改革的推进,积极抗辩事由在企业犯罪案件中的重要性日益凸显。

#### 案例一:

吉某信托公司董事长高某波与森某集团的董事长柏某新,利用公司工作的便利,实施违法交易行为。吉某信托公司主张,相关交易行为是高某波个人行为,不应认定为单位违法。审查部门认为,在违法主体的认定中,不能仅凭违法行为的决策者、实施人违反单位制度、超越权限等因素即认定个人违法、单位免责,而是应当综合考虑相关投资决策能否代表单位意志,相关工作人

〔2〕 See J. Paul McNulty, Jeff Knox, Patricia Harned, What an Effective Corporate Compliance Program Should Look Like, 9 *Journal of Law, Economics & Policy*, 380 (2012-2013).

〔3〕 参见孙国祥:《刑事合规的理念、机能和中国的构建》,载《中国刑事法杂志》2019年第2期。

〔4〕 参见马明亮:《作为犯罪治理方式的企业合规》,载《政法论坛》2020年第3期。

〔5〕 参见陈瑞华:《企业合规出罪的三种模式》,载《比较法研究》2021年第3期;林静:《刑事合规的模式及合规计划之证明》,载《法学家》2021年第3期。

〔6〕 参见何家弘:《司法证明方法与推定规则》,法律出版社2018年版,第150页。

员实施的行为是否属于职务行为，违法行为的实施是否利用了单位的平台、团队、资金等资源，违法行为所获利益是否归属于单位等多方面因素。<sup>〔7〕</sup>

在企业犯罪案件办理中，中国长期坚持“主客观相一致”的归责模式，在确保违法行为存在的同时，观察该行为能否归属于法人组织。《最高人民检察院关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》第21条中，“单位决策实施犯罪”与“违法所得归单位所有”成为单位犯罪成立的核心要件；而《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》中，明确了“以单位名义实施犯罪”和“违法所得归单位所有”两个特征。可以说，中国在企业犯罪归责中强调企业意志的存在，并以“利益归属于单位”作为核心考量标准，防止犯罪人员为逃避惩处而将刑事责任归属于企业法人，<sup>〔8〕</sup>企业内部管控机制的存在并非企业归责的核心理由。

在此背景下，案例一为代表的传统企业犯罪案件中，法人组织为避免刑事追责，提出“犯罪活动系员工个人行为”“违法所得不归属单位”等事由进行抗辩，期冀通过对刑事指控的攻诘，否认犯罪构成要件的存在和企业犯罪的成立，表现出颇为明显的消极抗辩事由色彩。而在刑事合规案件抗辩属性的认定中，诸多学者基于减轻控方举证负担、贴合出罪和降低刑罚需求等因素的考虑，均赞同刑事合规抗辩的积极抗辩事由属性。其中，除责任阻却效用外，部分学者还结合域外学说提出企业可凭借“未能认识到行为超越合规计划”等理由实现违法阻却效果的模式。<sup>〔9〕</sup>但持有不同观点的学者认为，合规计划难以否认单位犯罪的成立，仅可作为从宽处罚的依据，进而质疑积极抗辩事由属性的认定。<sup>〔10〕</sup>

以“郑某等侵犯公民个人信息案”为例，虽然非法获取公民个人信息的指示是由作为地区经理的郑某与杨某而非雀巢公司总部发出，但考虑到在分支机构众多、内部体系庞杂的大型企业或跨国企业中，如若要求法人总部对一切经营活动均予以充分的关注，既存在较大困难，也难以贴合企业实际经营状况的需要。结合案件具体内容分析，直接行为人受制于地区经理的指示，而非自主行动。其目的在于抢占市场份额，推销雀巢奶粉，可视为职务行为，也符合“为企业利益服务”的条件，应将此类行为的刑事责任归属于企业，霍夫曼勋爵等学者也持此类观点。<sup>〔11〕</sup>但面对企业犯罪构成要件已基本齐备的状况，企业抗辩重心却脱离对犯罪构成要件的讨论，转而论证“非核心要件”——内部管控机制的存在，并凭此否认了企业具备犯罪意志，使自身免于承担刑事责任。<sup>〔12〕</sup>鉴于刑事合规抗辩独立于犯罪构成要件，并以否认控方指控为目标，明显有别于传统单位犯罪案件。其已形成独立性的主张，具备一定程度的责任阻却效用，更可被视为积极抗辩事由。

然而，即便积极抗辩事由的属性得到认可，这一转变也并非仅限于抗辩的形式、重心和阶段

〔7〕 该案例来自《最高检、证监会联合发布12起证券违法犯罪典型案例》。

〔8〕 此类案件主要有：周某非法吸收公众存款案、王某某合同诈骗案。具体内容见于新疆维吾尔自治区高级人民法院（2020）新刑终70号刑事判决书与上海市浦东新区人民法院（2019）沪0115刑初4311号刑事判决书。

〔9〕 参见前引〔3〕，孙国祥文；前引〔4〕，马明亮文。

〔10〕 参见田宏杰：《刑事合规的反思》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2020年第2期。

〔11〕 参见毛玲玲：《公司刑事责任比较研究》，法律出版社2012年版，第100-104页。

〔12〕 该案例参见甘肃省兰州市中级人民法院（2016）甘0102刑初605号刑事判决书。

层面,还将牵涉证明责任配置模式的调整。无论在理论研究或是司法实务中,中国未能形成统一的积极抗辩事由证明责任配置模式。随着刑事合规改革的推进及其抗辩事由属性认定的转变,证明责任在诉讼各主体间的分配不免遭受既往争论的困扰,将影响刑事合规抗辩活动的顺利进行。

## (二) 合规计划评价标准的复杂化

刑事合规虽以保护企业经营、促进经济建设、压缩刑事追责的负面效果为目标,却应避免使合规计划成为违规企业的“避风港”与“保护伞”。在域外司法活动中,倘若企业将合规计划束之高阁,仅作为“书面计划”存在,未能发挥实际效用,司法机关仍将依法开展刑事追责活动。“有效的合规计划”既是企业合规建设的应然目标,也是企业犯罪案件证明活动中新的核心任务。<sup>[13]</sup>然则,针对合规计划“有效性”与“书面化”的鉴别,在域内外仍未能形成较为统一的区分标准。

自20世纪末以来的三十年间,美国司法部等官方机构先后三次发布、更新、调整了合规计划的评估细则。以1991年列举的七个要素为基础,<sup>[14]</sup>逐步增加企业文化与道德指引,以及企业高管参与等内容,基本形成了涵盖十一类要素、实现规范功能与教化功能的协调并举的官方标准。<sup>[15]</sup>其他国家虽未完全参照美国,但也针对合规计划有效性设置了较为综合化的考评机制,譬如,日本结合金融体系的需要,于1999年将法令的齐备、遵守、效用发挥、制裁措施等内容列为合规体制的重点项目。<sup>[16]</sup>意大利也在231号法令中明确了内部管控机制应当着重于对违法行为的确定、预见、防范以及管控机制的运作和违法行为的惩处。<sup>[17]</sup>同时,部分学者还结合实践需求,提出了包括预防、发现、调查和救济的“四类程序”模式,主张合规计划应当有效预防违法行为发生,在此类行为发生时能够及时发现,并开展调查与损害弥补活动。<sup>[18]</sup>此外,针对合规计划费用昂贵、时间成本需求高等问题,以《联邦组织量刑指南》8B2.1为代表,在中小企业与大型企业间分设类型多样的合规计划,强调大型企业的合规计划应当具备更高要求的“正式运作”和“资源投入”,方可实现合规计划的有效性。<sup>[19]</sup>

中国学者们或以美国为参照,将考评因素划分为三大模块,共计十数个要件,<sup>[20]</sup>或是参照

[13] See Eugene Soltes, Evaluating The Effectiveness of Corporate Compliance Programs: Establishing a Model for Prosecutors, Courts, and Firms, 14 *New York University Journal of Law and Business*, 965 (2017-2018).

[14] 1991年发布的标准主要包括“高管人员的监督”“减少违法行为标准和程序”“员工对标准和程序的认知”等内容,《亚太经合组织有效和自愿的企业合规计划基本要素》则划分为“秘密报告与调查”“风险评估”“训练与交流”“政策和程序”等11类情形,与7要件划分方法并无实质性差异。

[15] See David Hess, Ethical Infrastructures and Evidence-based Corporate Compliance and Ethics Programs: Policy Implications from The Empirical Evidence, 12 *New York University Journal of Law and Business*, 325-341 (2015-2016).

[16] 参见川崎友己:《作为企业注意义务的合规计划》,曾文科译,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204-218页。

[17] 参见范红旗:《意大利法人犯罪制度及评析》,载《刑法论丛》第15卷,法律出版社2008年版,第298-299页。

[18] See Veronica Root, The Compliance Process, 94 *Indiana Law Journal*, 219-228 (2019); Stephen Kim Park, Social Responsibility Regulation and Its Challenges to Corporate Compliance, 14 *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, 47-51 (2019-2020).

[19] 参见前引[13], Eugene Soltes文,第1001-1002页。

[20] 主要包括“合规计划的存在”“合规计划的日常运行”和“对违法行为的应对”三个方面。参见陈瑞华:《企业合规基本理论》,法律出版社2020年版,第102-106页。



域外国家司法实践，主张合规计划在设计、执行与结果三个层面的有效性标准，<sup>〔21〕</sup>抑或是根据刑事合规改革需要，提出了富有创见的“三大支柱”建设构想<sup>〔22〕</sup>。前述观点虽互有差异，但均涵盖了合规计划的存在、运转和效用发挥三个主要层面的内容。在实践中，以国家市场监督管理总局（以下简称“监管总局”）为代表的执法主体已对合规计划的建设开展了有益的尝试。2021年4月，基于部分企业滥用市场支配地位的情形，监管总局不仅及时予以行政处罚（比如作出国市监处〔2021〕28号行政处罚决定书），还通过发出国市监行指反垄〔2021〕1号行政指导书，对合规计划的建设提出了较为详尽的规则，涵盖了合规咨询、合规检查、合规汇报、合规考核等基本内容，并要求企业定期开展内部合规培训，建设常态化的合规情况报告制度。同时，在监管总局的引导下，共计34家互联网企业相继制定、公布了《依法合规经营承诺》，对合规计划基本范畴进行了明晰。其中，苏宁易购的承诺书颇为全面，涉及企业风险的识别、评估、提醒和处置机制，以及合规培训、责任追究等诸类内容，为司法机关在这一领域的探索提供了较好的参考。<sup>〔23〕</sup>

诚然，考评标准的复杂化与综合化设置，确可保证对合规计划的准确评估和刑事合规制度的合理实施。但是，考虑到不仅合规计划类型多样，而且囊括合规计划建设、日常运转与特殊情况应对，规范约束与道德教化，普通员工履职与高管人员监督等内容，牵涉企业内部核心经营活动，这些问题势必增加诉讼各方证明的负担。证明能力与证明负担的匹配，是司法证明活动的前提。来自哈佛商学院的尤金·索尔特斯（Eugene Soltes）则直言，如果合规计划的所有者难以评估合规计划的有效性，那么缺少信息的检察官等外部主体将面临更大的困难。<sup>〔24〕</sup>刑事合规制度合理实施的需要、合规计划有效性重要性的提高与评估标准的繁杂，对诉讼各方承担证明责任形成了相当程度的压力与挑战。

### （三）对抗式庭审格局的冲击

达玛什卡教授指出，受制于诉讼模式和庭审形态，大陆法系国家的证明责任体制明显有别于英美法系国家，呈现出一定程度的不完整性，甚至缺乏严格意义层面的证明责任。<sup>〔25〕</sup>在这一论述描绘的证明责任图景中，因中立裁判地位束缚，法官被排除于证明责任主体范畴之外，诉讼双方的实质参与成为现代法治国家证明责任承担与证明活动开展的核心。无论是提出主张者对其主张的充分证明，或是相对方反驳、质证与辩论的实质、有效，已然成为证明责任配置与证明活动顺利开展的必要条件。只有控辩平等、控审分离和法官中立等理念得到贯彻，对抗式庭审格局得以形成，证明责任方可具备生存的土壤。<sup>〔26〕</sup>在传统刑事案件的司法证明活动中，针对一方主体提出的正当防卫、精神病等特殊情形，相对方还可依靠鉴定人、知情人、被害人或其他利害关系人的参与，弥补知识、经验的不足，确保诉讼参与的实质化。然而，此类机制在刑事合规抗辩活

〔21〕 参见郭小明、刘润兴：《如何确保刑事合规计划得以有效实施》，载《检察日报》2021年8月6日，第003版。

〔22〕 “三大支柱”主要包括“认识—确定—结构化”“传达—促进—组织”“反应—制裁—改进”。参见李本灿：《企业视角下的合规计划建构方法》，载《法学杂志》2020年第7期。

〔23〕 参见陈瑞华：《论企业合规在行政监管机制中的地位》，载《上海政法学院学报》2021年第4期。

〔24〕 参见前引〔2〕，J. Paul McNulty、Jeff Knox、Patricia Harned文，第382页；前引〔13〕，Eugene Soltes文，第971—1008页。

〔25〕 参见〔美〕米尔伊安·R·达玛斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀、魏晓娜译，中国人民公安大学出版社2006年版，第111—112页。

〔26〕 参见黄永：《证明责任分配基本理论——以刑事诉讼为参照的研究》，中国法制出版社2019年版，第402—403页。

动中却面临着巨大的挑战。

现阶段,部分研究倾向于将刑事合规改革视为公力合作司法在单位犯罪案件的衍生,究其缘由,集中于“公权力机关+违法主体”合作这一特征的存在,仅从参与主体层面观察,此类观点是有其可取性的。然而,相较于注重社会关系修复的私力合作司法与强调司法资源合理配置、实现公正与效率兼顾的公力合作司法,合规计划的制定与存在作为刑事合规制度的核心,其目的却在于内部管控机制的形成和员工犯罪行为的遏制。刑事合规制度的适用,应立足于合规计划预防违法经营活动发生的功能,并为其他企业经营和社会经济秩序发展营造安全、稳定的环境,实现部分研究主张的企业“去犯罪化改造”,〔27〕诸如程序简化、效率提升等因素已非其核心目标和必要条件〔28〕。刑事合规虽具备公力合作司法的外在特征,但实质则表现为“社会经济秩序+违法企业”的新型合作形态。1998年,在芝加哥“企业合规计划”研讨会中,有学者提出,对企业犯罪刑事追责的目标是震慑后续违法行为,倘若企业已尽最大可能避免此类行为发生,则无刑事追责的必要。〔29〕基于此,被告企业的刑事合规抗辩的成功应建立于合规计划效用已得到最大可能地实施,即便确有员工违法行为发生,也在企业“预料之外”,且“防范不能”。倘若对这一情节认定错误,不仅合法经营企业权益与刑事合规制度效果可能受到损害,还将导致违规企业逃避法外,其员工在缺乏有效监管的状态下继续实施违法违规经营活动,危及其他企业经营和社会经济秩序。整体来看,刑事合规抗辩活动及合规计划证明活动的牵涉利益呈现出颇为明显的公益性与社会性,〔30〕传统刑事证明机制难以提供有效的规制与指导。

合规计划有效性标准的复杂化与综合化,已使得诉讼双方在刑事合规抗辩活动中面临证明责任承担的困难。而“社会经济秩序+违法企业”利益牵涉形态的出现,更将导致知情人、鉴定人或被害人等主体的确定与参与难以进行。即使一方主体针对合规计划的有效性提出了相应的证据材料,相对方就其“有效性”是否进行了实质性的反驳、质证与辩论,裁判者能否准确、合理地评价与裁判,既往的证明责任结构可否继续发挥应有的效用均存在较大的疑虑。诚然,作为国家公诉权与法律监督权的载体,检察机关理应维护社会公益。而在合规不起诉的研究中,亦有学者提出司法机关除既有的惩罚犯罪与救济权益目标外,还肩负着维护社会公共利益的职责。〔31〕但是,受制于追诉职责等因素,检察机关在职权行使中天然地具有偏向性与利益牵涉性,仅依靠此类主体“无我”的利益考量,将导致社会利益保护的缺失。〔32〕唯有引入社会组织作为社会意志、

〔27〕 参见陈瑞华:《企业合规不起诉改革的八大争议问题》,载《中国法律评论》2020年第4期。

〔28〕 See Serena Hamann, Effective Corporate Compliance: A Holistic Approach for The SEC and The DOJ, 94 *Washington Law Review*, 863 (2019).

〔29〕 See Steven M. Kowal, Corporate Compliance Programs: A Shield Against Criminal Liability, 53 *Food and Drug Law Journal*, 520 (1998).

〔30〕 参见卫跃宁:《由“国家在场”到“社会在场”:合规不起诉实践中的法益结构研究》,载《法学杂志》2021年第1期。

〔31〕 参见前引〔27〕,陈瑞华文。

〔32〕 此处引入了胡海鹰教授的“无我”和“自利”两类利益考量模式。在胡教授看来,“无我”型利益考量强调个体对自身私益的忽视,但作为理性主体,“无我”形态并不具备长期吸引力,且将造成个体利益与社会利益界限的模糊与冲突。而“自利”形态,则重视个体利益,并将个体利益的实现作为整体利益的重要组成部分,在个体的参与和协力中实现社会利益最大化。参见胡海鹰:《道德行为的经济分析》,复旦大学出版社2003年版,第146-153页。在刑事合规案件办理过程中,倘若以检察机关代替“社会参与”,将使得这一主体兼具社会利益和部门利益的考量,一味强调客观义务只会面临“无我”利益考量模式的困难,能否有效平衡二者需求是存有疑虑的。

利益的表达者与捍卫者，方可凭借“自利”考量模式的转变，切实推动证明活动中社会的在场与参与。在多部门联合发布的《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）》第6条中，律师、税务、会计和贸易等各领域专业人员参与企业合规建设的必要性得到了初步的明确。同时，辽宁省《关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》第15、17条的规定，也对工商联联合会等社会经济组织的参与进行了尝试。然而，在参与主体结构颇为稳固的庭审阶段，此类主体参与形态的选择尚缺乏进一步的讨论。刑事合规改革对既往证明责任模式的挑战并不限于诉讼个体证明的困境，还在于其对证明责任结构合理性、有效性的冲击与撼动。

### 三、刑事合规证明责任分配的既有模式

作为企业犯罪治理机制的重要组成部分，刑事合规制度在推行过程中已初步形成了数类较为典型的证明责任分配模式，为中国证明责任分配模式的讨论提供了有益的参考。

#### （一）“被告方承担证明责任”模式

作为英美法系的代表与刑事合规的起源国，美国在秉持当事人主义立场的基础上，使合规计划证明责任的配置呈现出“谁主张，谁举证”的特征。允许在特定情形中，提出证据责任，乃至后续的说服责任都可以移转给被告方承担。<sup>〔33〕</sup>企业犯罪案件办理过程中，基于“替代原则”或“同一性原则”等归责模式的考虑，<sup>〔34〕</sup>只需检察官对企业犯罪构成要件（员工违法行为）承担证明责任并达到“排除合理怀疑”的程度，主张适用刑事合规制度的企业，唯有提出证据证明合规计划已存在且行之有效，满足“优势证据”标准，方可免除或减轻刑事责任的追究。<sup>〔35〕</sup>而历经“同一性原则”与“管理过失原则”的归责模式演变，<sup>〔36〕</sup>英国也在其《反贿赂法》第7（2）条明确规定了企业对合规计划有效性的证明责任。

与之相近，日本在企业犯罪治理中，以“企业过失责任”为基础，如果企业未能证明对违法行为形成防范机制或防范工作不存在失误，将面临承担刑事责任的风险。<sup>〔37〕</sup>随着刑事合规改革的推动，日本把合规计划归属于企业法人的注意义务，在坚持既往归责模式的同时，促进了刑事合规制度效用的发挥。<sup>〔38〕</sup>

#### （二）“被告方承担举证责任”模式

随着刑事合规改革的推广，前述证明责任模式也或多或少地被其他国家吸收、借鉴。作为混合法系国家的意大利，在231号法令中，将“具备代表法人资格的员工”“以公司名义实施违法行为”且“利益归属于公司”作为企业犯罪的成立要件，当控诉方对此类情形的证明达至法定标

〔33〕 参见前引〔26〕，黄永书，第138-150页。

〔34〕 参见前引〔16〕，川崎友己文，第204-218页。

〔35〕 查尔斯·J. 沃尔什（Charles J. Walsh）、艾莉莎·皮里希（Alissa Pyrich）与索尔特斯等学者均持此观点。See Charles J. Walsh, Alissa Pyrich, Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save Its Soul? 47 *Rutgers Law Review*, 685 (1994-1995); 前引〔13〕, Eugene Soltes 文, 第976页; 前引〔15〕, David Hess 文, 第333页。

〔36〕 参见前引〔11〕，毛玲玲书，第98-108页。

〔37〕 参见前引〔11〕，毛玲玲书，第114-116页。

〔38〕 参见前引〔16〕，川崎友己文，第204-218页。

准时,即可推定企业犯罪的成立。倘若企业法人对此有异议,可通过证明内部管控机制的确立与有效运行进行抗辩。但不同于英美法系国家,意大利在证明活动中,只要求企业证明内部管控机制已然存在,控诉方则需在此基础上围绕这一机制是否发挥实际效用承担进一步的证明责任,呈现出证明责任在企业与控诉方的分化。<sup>[39]</sup>

相较之下,大陆法系国家刑事合规改革的推进略为缓慢,法国《萨宾第二法案》主要围绕强制合规和暂缓起诉等内容进行规定,<sup>[40]</sup>刑事合规证明责任尚缺乏直接、明确的材料。但此类国家关于企业犯罪的相关立法,却为合规计划的适用与证明提供了必要的基础。<sup>[41]</sup>而且,作为证据法发达国家的代表,在证明责任分配中,此类国家已然形成了较为成熟的模式,客观证明责任作为真伪不明时的风险分配,应当由实体法预先规定,不可在诉讼各方间移转。仅有主观证明责任,尤其是主观具体的证明责任(提供证明的责任)才具备转移的特征。<sup>[42]</sup>仅从这一层面观察,似可推断出刑事合规证明责任在前述国家设置与运行的可能方向。

### (三) 域外模式的启示

经过数十年的发展,域外国家已基本形成了刑事合规证明责任模式,虽互有差异,但均呈现出相当程度的共性。其中,三类要素构成了域外刑事合规证明责任的基本框架。

#### 1. 企业意志与个人意志的分割

企业意志的存在是认定企业责任能力、追究刑事责任的前提。在较长时期内,无论是大陆法系或是英美法系国家,均倾向于否认企业意志,刑事责任归属于员工个人而非企业法人。然则,自19世纪中叶开始,基于保护公共福利的需要,美国等国家逐步将企业代理人实施的、侵犯公共福利的行为视为企业的行为。1909年“纽约中央哈德逊河铁路公司诉美国”案中,联邦最高法院进一步明确企业可基于法人代表的动机、意图具备自己的犯罪意识。及至20世纪中期,以《美国模范刑法典》为标志,正式确立了认可企业意志的“替代责任制”与“严格责任制”两类归责模式。<sup>[43]</sup>而其他国家,即使是始终否认企业意志的德国,也在《违反秩序法》中增加了企业因“违反监督义务”遭受处罚的规定,一定程度上使企业具有实施违法行为、承担责任后果的能力。<sup>[44]</sup>

#### 2. 严格责任理论的广泛适用

企业犯罪案件的办理中,企业刑事责任的认定主要存在“严格责任理论”和“集体意志原则”两类观点,围绕企业归责依据的问题展开争论。<sup>[45]</sup>在“严格责任理论”归责模式中,企业犯罪的成立基于企业对违法行为存在监管疏忽等情形。因此,检察机关只需证明员工违法行为的存在并达到相应的严重程度,就可推定企业犯罪的成立。除法国《刑法典》仍旧强调行为人应当

[39] 参见前引[17],范红旗文,第294-306页;前引[20],陈瑞华书,第192-193页。

[40] 参见陈瑞华:《法国〈萨宾第二法案〉与刑事合规问题》,载《中国律师》2019年第5期。

[41] 譬如,法国《刑法典》第121-2条中,企业机关或其代表为了企业利益实施犯罪行为时,企业应当承担刑事责任。参见《最新法国刑法典》,朱琳译,法律出版社2016年版,第7-8页。

[42] 参见〔德〕普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年版,第43页。

[43] 沃尔什与皮里希对这一发展有较为全面的梳理。参见前引[35],Charles J. Walsh、Alissa Pyrich文,第608-618页。

[44] 转引自〔日〕甲斐克则:《企业的合规文化·计划与刑事制裁》,谢佳君译,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270页。

[45] 参见林楠、关仕新、陈章、张宁:《以检察履职助力构建企业合规制度》,载《检察日报》2021年3月1日,第003版。



“为企业利益”实施违法行为外，诸如英国“管理过失原则”、日本“企业过失责任”和意大利“结构性疏忽”要件，均将企业对违法行为防范的疏忽，或是防控机制建设中的过失作为企业承担刑事责任的必要条件，严格责任理论成为域外国家追究企业刑事责任的核心指引。

### 3. 证明责任倒置模式的主流化

作为证明责任分配机制的两种例外模式，证明责任转移是基于诉讼主张的提出与程序运转的需要，以程序法规范为基础，以举证责任为适用范围。而证明责任的倒置，则因实体法规范的设置而发生，除举证责任外，在特定情形中还可涉及承担不利后果的责任。<sup>〔46〕</sup>严格责任理论适用的案件被称为“不要求犯意的案件”，<sup>〔47〕</sup>针对控诉方对员工违法行为等基础性要件的证明，企业需围绕合规计划存在和管理义务的履行承担证明责任，并达到相应的程度。倘若犯罪构成要件存在缺漏，企业犯罪认定困难，刑事合规抗辩则无适用的必要性。<sup>〔48〕</sup>企业证明义务完成后，控诉方还应当针对企业合规计划是否切实发挥效力展开进一步的证明活动。<sup>〔49〕</sup>仅从这一层面观察，“严格责任理论”的适用将带来企业对合规计划的证明责任倒置。

## 四、“被告方承担举证责任”模式的正当性基础

综合域内外理论研究与实践经验，现阶段刑事合规的证明责任配置已基本形成了“控诉方承担证明责任”与“被告方承担证明责任”两类模式。中国虽尚未建构起体系化的刑事合规证明责任模式，但在刑事案件证明责任配置模式的选择中，除“控诉方承担证明责任”的传统模式外，还在积极抗辩事由的证明中形成了“被告方承担证明责任”模式，<sup>〔50〕</sup>以及“被告方承担举证责任”模式<sup>〔51〕</sup>。“控诉方承担证明责任”模式虽缺乏域外立法、司法先例，却也有相关讨论和实践尝试，<sup>〔52〕</sup>弥补了刑事合规改革中这一领域研究的空白。

对于证明责任的分配，现有研究多集中于“举证便利”和“诉讼效率”两个维度的考虑，<sup>〔53〕</sup>也有学者提出包括“诉讼模式”“实体法规范”和“刑事政策”等要素的“两层次”模式<sup>〔54〕</sup>。综

〔46〕 参见前引〔6〕，何家弘书，第149-151页。

〔47〕 参见前引〔26〕，黄永书，第153-154页。

〔48〕 部分学者认为，只要单位员工或有关联的个体为单位利益实施违法行为，即可推定单位刑事责任的存在。此时，合规计划将成为单位进行抗辩的重心与免责的依托。沃尔什与皮里希提出，在被告方申请适用刑事合规前，检察官应当首先证明单位犯罪成立，并达到“排除合理怀疑”的程度。参见前引〔2〕，J. Paul McNulty、Jeff Knox、Patricia Harned文，第380页；前引〔35〕，Charles J. Walsh、Alissa Pyrich文，第685页。

〔49〕 参见前引〔4〕，马明亮文。

〔50〕 代表案例为彭某等贩卖毒品案、王某盗窃案。参见沈言：《对被告人承担证明责任与排除合理怀疑的把握》，载《人民司法（案例）》2016年第11期；谢璐凯、尚东风：《贩毒人员对在其住处查获毒品性质所提反证的审查》，载《人民司法》2019年第2期。

〔51〕 代表案例为黄某乙寻衅滋事案、陈某某抢劫案。相关内容可见上海市浦东新区人民法院（2015）浦刑重字第2号刑事判决书；广东省深圳市福田区人民法院（2008）深福法刑初字第637号刑事判决书。

〔52〕 美国《起诉原则》要求联邦检察官在起诉单位犯罪案件时，应当将合规计划相关情况纳入考察范围。鉴于刑事合规改革推进与刑事合规制度适用的需求，检察官们逐步认识到熟知合规计划知识和评估标准的重要性，并提出三个核心问题的考察，“合规计划是否得以良好建设”“合规计划是否得到诚信的应用”与“合规计划是否切实运作”。参见前引〔2〕，J. Paul McNulty、Jeff Knox、Patricia Harned文，第382页。

〔53〕 参见前引〔6〕，何家弘书，第149页。

〔54〕 参见前引〔26〕，黄永书，第190-209页。

合四个视角的观察,“被告方承担举证责任”模式应是可取的选择。

#### (一) 企业归责模式抉择的必然要求

严格责任理论经过域外国家的实践和发展,已具备颇为成熟的体系与结构,如若引入这一归责模式,可为中国企业刑事责任认定、刑事合规制度运用及其证明责任分配提供内容完整、可供操作的范本。并且,该原则通过推定认定主观要件,控诉方只需证明违法行为存在即可完成证明责任,有利于减轻控诉方负担,也贴合刑事合规改革的国际潮流。<sup>[55]</sup>

但是,这一模式的适用也存在争议。部分学者看来,由于忽视对主观意志的考量,在强调“主客观相一致”的刑事归责体系中,严格责任理论的运用势必存在较大困难。<sup>[56]</sup>同时,在严格责任理论指导下,刑事合规制度以“企业过失”作为企业承担刑事责任的基础要件,而《刑法》中还存在一定数量的、要求“主观故意”的单位犯罪。此类状况的存在,可能导致刑事合规制度效用的减损,甚至因牵涉罪名与归责模式的差异,造成单位犯罪办理过程中企业刑事责任认定模式的多元化,以及牵涉故意犯罪的企业因缺乏刑事合规制度的保护,在抗辩活动、刑罚适用等活动中与过失犯罪的企业存在较大差异,严格责任理论的引入和证明责任倒置模式的适用还需更为慎重的考虑。

基于《刑法》中企业故意犯罪与过失犯罪并存,以及“主客观相一致”归责模式占据主导地位的现状,企业意志的认定殊为重要。既有的替代责任制、集合责任制和同一性原则等理论倾向于将企业意志与员工意志相关联。这一举措固然可以减少企业意志认定的困难,但也存在难以忽视的弊端。不同于共同参与、无分等级的原始群落,现代企业虽在规模、类型等层面存在差异,但均建立起相应的等级制度和组织机构,囊括了服务、行政、技术等诸多部门,各成员承担的职能及其对企业决策的影响程度互有差异。若将企业意志分化为内部各成员的意志,企业犯罪的认定将过于频繁,严重干扰企业的经营活动。如果将企业意志等同于企业决策机构的意志或是全体成员意志的总和,<sup>[57]</sup>则与现代企业的实际经营状况明显不符,注重企业决策机构的意志虽贴合于中小企业的需求,但在体系严密、结构复杂的大型企业中,恐将造成企业犯罪成立和责任认定的困难,此类问题在英国实践中已有体现,<sup>[58]</sup>意大利学者杜里奥亦从“代理”和“职能转移”两类现象对这一状况的存在进行了论证<sup>[59]</sup>。因此,企业意志与员工意志的界分理应是刑事合规改革的首要任务。

近年来,“企业独立意志理论”<sup>[60]</sup>“组织责任模式”等观点的提出,<sup>[61]</sup>使得企业独立意志的确认,既需要囊括高管的决策与活动,也应当考察员工的培训与教导、企业经营文化、环境和氛围等内容。<sup>[62]</sup>换言之,以合规计划为评价标准,在企业决策机构意志难以认知时,根据合规

[55] 参见前引[6],何家弘书,第153-154页。

[56] 参见前引[10],田宏杰文。

[57] 参见陈学权、陶郎道:《企业犯罪司法轻缓化背景下我国刑事司法之应对》,载《政法论丛》2021年第2期。

[58] 在英国“同一性原则”适用过程中,考虑到公司的实际经营需要,高管较少直接参与经营活动,为确保对企业追责的有效进行,投资经理等主体的行为在特定情形下也可等同于法人的行为。参见前引[11],毛玲玲书,第100-104页。

[59] 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,中国人民大学出版社2004年版,第88页。

[60] 参见前引[5],陈瑞华文;前引[20],陈瑞华书,第198-206页。

[61] 参见蔡仙:《组织进化视野下对企业刑事归责模式的反思》,载《政治与法律》2021年第3期。

[62] 譬如,澳大利亚就将企业意志认定和责任追究的依据划分为法人代表意志、企业文化规则等方面,且企业文化可作为切割企业意志与员工、高管意志的依据。参见《澳大利亚联邦刑法典》,张旭、李海滢、李基通、蔡一军译,北京大学出版社2006年版,第17页。

计划进行推断。即使确有违法行为，法人组织除消极抗辩事由的适用外，还可依托合规计划提出无罪、罪轻的积极抗辩主张。<sup>〔63〕</sup>无论在故意犯罪或是过失犯罪案件办理中，合规计划均可成为企业与员工意志切割的重要工具，契合“主客观相一致”的刑事归责体系。而证明责任，则参照证明责任转移模式，根据诉讼程序需要在控辩双方间进行分配，为“被告方承担举证责任”模式的适用提供必要的空间。同时，即便引入了严格责任理论，证明责任的倒置也并不必然导致被告方承担完全的证明责任，意大利与英、美、日等国的区别就印证了这一状况。合规计划证明责任的分配，还需结合其他因素进行讨论。

## （二）诉讼模式设置的应然选择

基于庭审环节设置的特征，刑事合规抗辩中“被告方承担证明责任”模式及其蕴含的“谁主张，谁举证”的理念，乃是英美法系“当事人主义”诉讼结构的延伸，强调法官的消极中立地位，依托陪审团与法官在事实审和法律审工作中的分工，赋予了当事人较大的自主决定权与处分权，诉讼主张者应就其诉求承担必要的证明责任。

由于职权原则和客观真实原则影响，苏联法院拥有广泛的调查取证权，刑事诉讼程序中并不存在严格意义的证明责任制度，凸显“职权探知主义”的色彩。<sup>〔64〕</sup>中国也以苏联诉讼模式作为参照，在1979年《刑事诉讼法》中确立了以“审问”为中心的“职权探知主义”庭审形态，法官占据主导地位。自90年代后，这一状态演化为“审判”与“审问”并存的格局，庭审既以控辩双方参与为主，也赋予了法官主动讯问被告方的权能。直至2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称《刑诉法解释》）修订后，“审问”形态的适用被局限于特殊情况，<sup>〔65〕</sup>中国方才基本实现了对“职权探知主义”模式的转变，为证明责任的分配提供了必要的基础。

然而，受制于“存疑有利于被告”原则、“保障人权”目标和“实质真实主义”理念等因素，检察机关始终承担着证明犯罪事实的责任，仅在确有特殊情形发生时，可因便利、效率等价值目标的需求将部分证明责任转移给被告方。虽然近年来司法改革多有借鉴英美法系的制度设计，但尚未能完全转向“当事人主义”，检察机关仍具有调查取证与履行客观义务的职责，诉讼模式并未出现实质性调整，控辩平衡格局在刑事诉讼程序中还未彻底形成。英美法系证明责任分配模式的完全引入缺乏现实基础，亦将导致“存疑有利于被告”原则适用的冲突与功效的减损。<sup>〔66〕</sup>诚然，“被告方承担举证责任”模式通过设置初步证明责任或争点形成责任，在一定程度上变动了传统的证明责任配置模式。但该模式并未彻底偏向“谁主张，谁举证”的分配格局，而是将被告方与控诉方的证明责任加以区分，最终不利后果的责任仍归属控诉方承担，符合中国现阶段诉讼

〔63〕 倘若合规计划存在且有效，则企业不存在主观违法意志；若合规计划存在但对违法行为的防范存有疏漏，企业需就“过失”承担责任；若合规计划不存在或不具备实际效力，可认定企业存有违法意图。

〔64〕 参见〔苏联〕切里佐夫：《苏维埃刑事诉讼》，中国人民大学刑法教研室译，法律出版社1955年版，第117-120、205-207页。

〔65〕 修订前，该司法解释规定了“审判人员可以讯问被告人，必要时，可以……”，而在2021年修订的版本中，该条款变更为“必要时，审判人员可以讯问被告人……”，使“审问”形态的运用受到了“必要时”条件的限制。

〔66〕 在“被告方承担完全证明责任”模式中，被告方如果对合规计划的“有效性”难以证明到法定标准，将承担不利后果，审判机关将作出“合规计划不存在”或“未达到有效程度”的认定，从而出现“存疑不利于被告”的状况，这将与“存疑有利于被告”原则在诉讼活动，尤其是定罪活动中的应用发生冲突。

模式的需求。

### （三）举证能力现状的有效契合

举证能力作为证明活动的基石，是衡量控辩双方证明力量强弱、合理配置证明责任，乃至实现程序公正的重要保障。倘若忽视这一现实状况，将证明责任不合理地施加给举证困难的一方主体，不仅效率价值的实现可能受阻，公正价值也将受到损害。“被告方承担举证责任”模式的适用，贴合于控辩双方举证能力的现实状况。相较于其他证明责任配置模式，该模式通过控辩双方对证明责任的分担，充分利用诉讼主体各方的资源优势，避免因证明责任配置的过度偏向导致诉讼主体陷入举证不能的窘境。

直观层面看来，举证能力的评估集中于诉讼主体获取、提交证据的便利程度，即证据距离原则。检察机关具备其他主体难以比拟的举证优势，理应由其承担收集、调取证据的责任。然而，此类状况并未直接填补其在专业知识、能力层面的空白。考虑到现阶段合规计划的建设多集中于资金雄厚、规模庞大、业务繁杂的跨国企业或巨型企业，控诉方调查取证存在较大的困难，而刑事合规改革的推进与企业类型的多元化，还将进一步产生合规计划类型多样、内容复杂、有效性标准不一等问题。检察机关等外部主体对合规计划形成较为全面的认知尚且存有困难，更遑论对其有效性进行评估。

摒弃了对证据的形态、数量进行形式化考察的法定证据制度，现代法治国家以相关性为前提，形成了“自由心证”为核心的、着重于对证据实质内容评价的现代证据制度。通过采纳与采信环节的审查，根据待证事实的需求对证据进行评估、运用和搭配，进而架构起颇具可能性的案件事实全貌。在这一过程中，证据的关联性、针对性、有效性等“质量”因素代替“数量”因素占据主导地位，已非普通个体能力所及。可以说，证明活动虽以证据为基础，证明工作的开展与完成却立足于证据的运用而非证据的堆砌，举证能力的强弱也并非完全取决于证据占有的数量与规模。因此，鉴于证据材料的充足并不必然带来收集、使用的便利，即便是作为合规计划的所有者，企业的资源优势还面临着向庭审抗辩优势的转化。在“郑某等侵犯公民个人信息案”为代表的案件办理中，企业针对合规计划，虽提出了十余类证据材料，但证明对象仅限于“合规规章制度存在”“日常考评工作的开展”等数类情形，<sup>〔67〕</sup>倘若引入域外“十一类要素”等评估标准，前述证据材料无论数量、类型或是运用要求等方面都将更为复杂，负担之重由此可见一斑。部分案件中合规材料提出情况请参见表1。

可见，唯有依托“被告方承担举证责任”模式，方可整合控辩双方的举证能力和证明优势，将诉讼便利和程序公正等价值嵌入刑事合规抗辩活动中，实现各类价值目标的兼顾。

〔67〕 具体来看，雀巢公司提出《雀巢指示》以及《关于与保健系统关系的图文指引》等文件，证实该公司DR的概念、目标任务、与DR相关信息获取方式等情况。而医务渠道WHO在线测试成绩、测试卷、员工奖金表等文件，用于证实郑某、杨某等被告人均参加雀巢公司不允许营养专员以向医务人员支付费用获取公民信息的培训、测试。雀巢公司的政策与指示、雀巢宪章、关于与卫生保健系统关系的图文指引，则可证实雀巢公司遵守世界卫生组织《国家母乳代用品销售守则》及卫生部门的规定，禁止员工向母亲发放婴儿配方奶粉免费样品、禁止向医务专业人员提供金钱或物质的奖励以引诱其推销婴儿配方奶粉等。



表 1 部分案件中合规材料提出情况

裁判文书	提交合规材料范围
四川省成都市中级人民法院 (2016)川 01 刑初 348 号刑事 判决书	日常合规管理的情况说明、合规承诺书、诚信承诺书、大额保单销售情况问 卷、投保提示书、客户权益温馨提示书样本及公司对日常合规管理的相关 材料。
甘肃省兰州市中级人民法院 (2016)甘 0102 刑初 605 号刑 事判决书	《雀巢指示》《关于与保健系统关系的图文指引》、医务渠道 WHO 在线测试成 绩、测试卷、关于在高风险国家与医务专业人员和医疗保健机构交往的指示、 员工奖金表、雀巢宪章

（四）刑事合规改革目标的充分实现

证明责任分配中，除报应、威慑、预防等传统刑事政策目标外，还需考量社会危险原则，促使保护社会目标的实现。<sup>〔68〕</sup>刑事合规改革与合规计划的制定并不必然带来对违法违规行为的完全杜绝，而是针对企业防范、遏制、纠正此类行为的努力和意志给予相应的“奖励”，进而激发企业建设内部管控机制、实现自治的动力。<sup>〔69〕</sup>因此，合理界定企业消除、预防违法行为的“努力”与“成果”，在打击犯罪和保护企业利益目标间达至均衡状态，应是刑事合规改革的目标所在。具体来看：

其一，合理有效地惩治企业犯罪。与传统的证明责任形态相近，“被告方承担举证责任”模式只要求被告企业对其主张提出相应的证据进行初步证明、形成争点后，即可交由控诉方展开进一步的证明。<sup>〔70〕</sup>由调查取证和提出指控的主体——控诉方承担最终的证明责任并未偏离其职能的要求，且可激励该主体积极行使法定职权，并依托“存疑有利于被告”原则在诉讼全流程的贯彻适用，给予被告企业权益最大限度的保护。<sup>〔71〕</sup>倘若控诉方证明活动受阻，难以达到法定证明标准，将使得违规企业凭借刑事合规制度和“存疑有利于被告”原则规避刑事追责，最终导致刑事合规成为违规企业的“挡箭牌”，<sup>〔72〕</sup>引发刑事合规制度的滥用，危及社会经济秩序。

其二，最大限度地保护企业权益。“被告方承担举证责任”模式有效减轻了被告方的证明负担，防止诉讼活动可能给企业经营造成的损害，符合刑事合规改革的需求。鉴于证明责任的内部区分，被告方不承担说服责任难以等同于对证明责任的免除。说明义务与证明责任虽在表述上存有差异，但究其实质，都是要求一方主体提出证据对其主张进行证成，在未能满足法定要求时面临主张不成立的后果。以“聂某某故意杀人、强奸案”为代表的案件中，法官虽认可控诉方承担证明责任，但仍以被告方未能提出证据证明为理由之一，驳回了被告方存在精神病的诉讼主张。

〔68〕 参见前引〔26〕，黄永书，第 202-204 页。

〔69〕 参见前引〔2〕，J. Paul McNulty、Jeff Knox、Patricia Harned 文，第 378 页。

〔70〕 参见揭焯、余怡：《正当防卫司法认定的证据学实证分析》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2020 年第 6 期。

〔71〕 在这一模式中，倘若控诉方对合规计划有效性难以证明至“排除合理怀疑”的程度，将承担不利后果，审判机关将依照“存疑有利于被告”原则作出“有效合规计划”存在的认定，在后续阶段中，企业可以此为据，使审判机关对单位犯罪是否成立存有疑虑，从而获得刑事追责的免除或减轻。可以说，此类模式确保了“存疑有利于被告”原则在定罪环节中适用的统一性。

〔72〕 劳费尔（Laufer）教授等学者就对这一问题表示担忧，检察机关难以认知合规计划有效性的状况可能促使企业通过伪造“有效合规计划”，将刑事责任推给员工个人，导致违法行为的激增和刑事合规制度效用的损害。参见前引〔15〕，David Hess 文，第 333 页。

无论何种模式的适用,均未完全将被告方排除于诉讼证明负担之外。并且,考虑到合规计划有效性评估工作日趋复杂、综合化的演变,期冀企业独立利用资源优势,依托刑事合规抗辩规避刑事追责,亦不免存有疑虑。<sup>[73]</sup>专业指导与评估标准的缺乏,或将造成企业盲目收集、提交各类材料。企业不仅无法发挥应有的资源优势,还将因诉讼负担的繁重影响其正常经营活动,背离刑事合规改革的初衷。

诚然,对合规计划有效性的进一步证明,可能给控诉方施加较大的工作压力,但考虑到初步证明责任的设置,已将举证不能、难以证明存在合规计划的企业排除于刑事合规制度适用范围之外,在相当程度上规范了刑事合规制度的运用,避免这一制度成为违法违规企业逃避制裁的渠道。证明责任及其风险后果的存在,则可防止“幽灵抗辩”“海盗抗辩”等情形的出现,规范刑事合规制度的应用,进而倒逼企业在日常经营中重视并积极开展合规建设,促进刑事合规改革的推进。而辅助性机制的设置与增补,也可为控诉方收集、调取证据,以及承担证明责任提供必要的帮助,促进刑事合规制度在打击犯罪与保障企业利益的目标间达至相对平衡的态势。

## 五、刑事合规证明责任的基本架构

“被告方承担举证责任”模式在强调被告企业举证、规范刑事合规制度运用的同时,也压缩了证明的范围与程度要求,还可实现控诉方减轻负担与职责履行的兼顾,有助于刑事合规改革目标的实现与“存疑有利于被告”等刑事诉讼基本原则效用的合理发挥。然而,此类模式的适用需建立于证明责任明确区分的基础上,诚如部分学者所言,证明责任虽内容、类型多样,但仍具有一体化特征。举证责任的转移除要求一方当事人提出证据外,还需对其主张进行必要的论证,并达到争点形成的程度,<sup>[74]</sup>诸如“伍某某等绑架案”等案例就印证了这一特点。<sup>[75]</sup>因此,应从内涵的解析与实现路径的建构两个方向对控辩双方证据材料提出范围、证明对象和要求进行明晰。

### (一) 刑事合规证明责任的内在机理

证明责任作为连接证明对象与证明标准的桥梁,其配置和效用的发挥依赖于证明范围的鉴别及其证明难度的考量。并且,相较于对证明程度孤立地区分,证明标准的差异化更可被视为证明对象、范围调整的产物。因此,“被告方承担举证责任”模式的设置与落实,还需以控辩双方证明对象的厘清为核心,就其内在机理进行讨论。

现阶段的刑事合规改革中,针对合规计划有效性的评估标准主要存在“四类程序”“十一类要素”等模式,经过长期实践后,此类标准已具备较好的指导价值与可操作性。但结合《联邦组织量刑指南》8B2.1的相关条款来看,前述模式涵盖的评价标准虽较为完整的涵盖了合规计划设置与运作的各类内容,却也呈现出较为明显的并列、无差别的特征。如若将证明责任完全交由一

[73] 索尔特斯认为,由于缺乏经验等因素的影响,合规计划所有者对其计划有效性的评估也存在困难。同时,罗伯特·C.伯德(Robert C. Bird)与斯蒂芬·金·帕克(Stephen Kim Park)等学者也认为企业难以对合规计划风险防范的功能进行有效评估。See Robert C. Bird, Stephen Kim Park, Turning Corporate Compliance into Competitive Advantage, 19 *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 304 (2016-2017); 前引[13], Eugene Soltes文,第1008页。

[74] 参见前引[6],何家弘书,第149-150页。

[75] 参见聂昭伟:《多种证据材料互相矛盾时的被告人年龄认定》,载《人民司法》2010年第14期。

方主体承担，合规计划有效性标准的区分缺乏必要性，该模式的借鉴与引入并无不当。然而，在“被告方承担举证责任”模式中，此类标准的设置却将导致在合规计划有效性的证明中，无论是控诉方或是被告方，初步证明或是最终证明，都需要将此类因素纳入评估范围。这固然可在一定程度上保证刑事合规制度适用的准确与合理，但也将造成控辩双方出现证明对象同一化、证明标准确定与证明责任分配的困难，以及证明工作重复与证明负担难以得到有效减缓等问题。譬如，以“十一类要素”模式为例，诸如“规章制度存在”“高管人员的参与”“秘密调查与报告”等元素共同组成了合规计划的“有效性”。因此，在证明活动中，被告企业初步证明活动将围绕这十一类要素的存在与状况进行，控诉方后续进一步证明活动的开展也集中于此类要素。控辩双方的证明责任负担并未因责任的分配得到缓解。即便控辩双方证明的目标和方向存有差异，但在证明对象和考量因素相似的情况下，初步证明与后续证明应当如何区分，证明标准应当如何设置都将存在较大的困难，证明责任分配的效用恐难以实现。因此，“被告方承担举证责任”模式的适用还需依托于合规计划有效性评估标准的重构。

相较于内容庞杂、缺乏层级化和体系化区分的英美模式，意大利将监督机制的存在与实际运行相区分的经验，以及中国“三大支柱”模式等观点具有较为突出的递进式、可区分的特征，适宜作为中国合规计划有效性评估与证明责任配置的可取选择。并且，《经营者反垄断合规指南》《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》等文件关于合规管理制度的规定，对合规计划的建设与构成进行了划分，也为前述观点的实施提供了现实基础。<sup>〔76〕</sup>综合来看，合规计划的有效性应进一步划分为合规计划的合理建设与有效运行（包括日常运转和违法行为的应对）两个方面。基于此，可对“被告方承担举证责任”模式的应用，以及证明对象、证明标准等机制具体建构如下：

#### 1. 被告方证明责任：合规计划的合理建设

在既往的正当防卫、精神病等积极抗辩事由的适用中，作为自然人的被告方往往因证据的灭失与调查取证能力的欠缺，面临着举证困难的境况。相较之下，作为法人组织的企业，基于自身层级化、体系化等因素的考虑，在经营活动中需借助大量的书面文件进行常态化、规范化的管理和指导，这一特征在部门、制度建设中尤为明显。因此，应当充分利用此类资源优势，要求企业对于合规计划的机构设置、人员配置、资金投入和规章制度等基础信息提出证据材料进行证明，实现举证便利与诉讼效率的目标。而且，此类文件相较于具体经营活动具有长期性和稳定性，收集、调取工作难度较小，不会对企业经营活动造成严重干扰，可最大限度地实现对企业利益的保护。当审判机关通过证据材料的审查，确认合规计划的存在并可形成大致轮廓，对单位犯罪的成立和刑事合规制度的适用产生合理怀疑时，即可视为被告企业已达至法定标准，完成证明责任。

#### 2. 控诉方证明责任：合规计划的有效运行

合规计划的“合理建设”得到证明后，控诉方需针对这一争点，围绕合规计划的日常运行和特殊情况的适用开展举证、证明活动。譬如，高管人员在合规计划中的参与程度、违法行为的调查与惩处，以及对此类行为的救济和损害的弥补。通过此类活动的开展，如若控诉方可证明合规

〔76〕《经营者反垄断合规指南》第5—10条围绕合规机构、人员和规章制度进行了规定，后续条款主要涉及合规计划的运行。而《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》中，第6—17条规定了机构设置、人员职责等合规计划建设的内容，第18—36条则就合规管理保障、监督管理和法律责任等合规计划实际运行的内容进行规定。

计划仅是缺乏实际效用的“书面计划”，并达到“排除合理怀疑”的程度，则控诉方完成证明责任。倘若控诉方难以完全排除合规计划有效性情形的存在，审判机关将根据“存疑有利于被告”原则作出合规计划存在且有效的认定，适用刑事合规制度，免除或减轻企业刑事责任，控诉方将承担犯罪指控未能成立的不利后果。

## （二）刑事合规证明责任的现实路径

针对评价标准复杂化、对抗式庭审格局难以发挥应有效用等问题，应当立足于证明责任配置模式与刑事合规改革需求的基础上，对证据材料的收集、运用与评价机制进行建构。

### 1. 社会第三方的强制参与

仅以《刑事诉讼法》与《刑诉法解释》的规定进行分析，除传统的法律职业主体和利害关系主体外，刑事诉讼程序中还存在以“人民陪审员参与”“专家辅助人参与”“证人、鉴定人和翻译人参与”，以及“政府部门、人民团体和社会组织参与”（未成年人案件）为代表的数类模式。其中，鉴于诉讼任务和职能的考虑，证人、鉴定人和翻译人显然可排除于选择范围外。同时，《刑事诉讼法》第197条与《刑诉法解释》第228条将专家辅助人的参与交由当事人自主决定，呈现出任意性特征，也难以给社会参与提供充实的保障。相较之下，以《刑诉法解释》第215条和547条为依据的“人民陪审员参与”“政府部门、人民团体和社会组织参与”具有颇为明显的强制性，且后一制度的创设目标、运作环境，乃至对参与主体的选择都较好地贴合了刑事合规制度的要求。<sup>〔77〕</sup>因此，社会第三方的参与可分为两种途径。其一，参考未成年人案件办理的经验，从工商联会等社会经济组织中选取适格人员担任人民陪审员，依托参审权，参与企业犯罪案件的审理与评议，并就牵涉合规计划的问题发表意见；其二，以《刑诉法解释》第547条为参照，借鉴《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）》与辽宁省相关文件的规定，推动社会经济组织在刑事合规案件办理中的参与。

具体来看，社会意志的维护与表达，应是社会经济组织的首要任务，其应基于本地区经济发展状况、违法企业具体情况和违法行为造成的社会影响，参与合规计划有效性证明与刑事合规制度适用的环节，并围绕刑事合规制度适用可能对社会经济秩序产生的作用发表意见。除参审权的行使外，此类组织还可提交社会调查报告，针对合规计划的评估与刑事合规制度的适用提供专业意见，作为各方主体诉讼活动的重要参考与指引。并且，依托社会经济秩序代表的地位，工商联会等组织可结合特定地区经济发展状况，总结、整合合规计划建设的地区模式，从而在证明活动中，依托特定的参与形态，尤其是人民陪审员形态协助诉讼各方明确证据材料的调取范围和类型，以及需证明的对象范畴，为证明责任承担提供必要的专业支持。倘若发现刑事合规制度的适用存在违法情形，此类主体也可当庭发表意见、提出异议，或是建议各诉讼主体通过二审、再审等途径进行监督。最后，在实质性参与刑事合规案件办理，围绕合规计划有效性展开的证明活动后，社会经济组织可归纳、分析司法实践中合规计划有效性的评估标准与刑事合规制度应用的模式、流程，结合本地区实际需求，制定具有针对性和可操作性的合规指引，营造

〔77〕 条文明确了法官应当与人民团体、社会组织相配合，为此类主体的参与赋予了较大的强制力量。同时，此类主体多为社会公共组织，其参与目标是运用专业知识、经验，为法官保护特定利益，实现社会治安综合治理提供必要的帮助。整体来看，与刑事合规制度实施的需要存在较大的相似性。



良好的社会合规氛围。

## 2. 企业协助取证义务的明确

“被告方承担举证责任”模式的选择与合规计划有效性证明责任的分化固然在一定程度上减轻了检察机关的证明负担，但这一转变难以完全改变检察机关调取证据的困境。因此，在控诉方就合规计划的有效性，尤其是“有效运行”这一标准进行收集、调取证据时，应当明确企业负有协助检察机关的义务。这一举措的效用在于两个目标的实现：其一，检察机关取证工作负担的减轻；其二，避免直接取证行为可能给企业经营活动造成干扰。

其中，为确保后一任务的完成，检察机关取证范围应限于单位犯罪案件办理和合规计划“有效运行”证明的需要，且应通过与企业进行充分的沟通协商，保证取证方式实现强制性与灵活性的兼顾。此外，证据材料及相关信息的使用与保管需恪守保密义务，不可用于其他用途，案件终结后应及时封存或销毁。<sup>〔78〕</sup>

同时，为弱化资源不平衡可能对证明活动和刑事合规抗辩活动带来的困扰，倘若企业无正当理由拒绝履行协助取证义务，致使检察机关对合规计划“有效运行”及相关情形的证明存在困难，法官在查证属实后，可予以必要的处罚。同时，如若检察机关提出相应的材料、线索证明存在特定情形，尤其是不利于被告企业的事由，但由于企业不履行协助义务致使取证、证明受阻，法官可在综合评价各类信息线索的基础上，在确有必要时，作出认可此类事由存在的推定，倒逼企业积极履行应尽的协助义务。

## 3. 法官提示义务的设置

为确保刑事合规改革的推行及其目标的实现，如果法官在庭前会议或是庭审阶段中发现案件属于企业犯罪，且存在刑事合规制度适用的可能性时，应当向企业提出相应的建议。而对于主张合规计划存在、申请适用刑事合规制度的企业，法官可履行释明义务，参照评估标准，将合规计划“合理建设”的证明程度和所需的材料类型、范围一并告知，协助企业更为便利地利用自身资源优势，通过刑事合规制度维护合法权益。如果企业已承担了对合规计划“合理建设”的证明责任，则法官需提示控诉方对合规计划是否“有效运行”进行充分证明，依托审判权的行使，为诉讼各方证明责任的承担和证明活动的开展提供必要的指引与帮助，保证刑事合规抗辩活动的顺利、有序进行。

## 4. 合规抗辩机制的专业化塑造

随着司法体制改革的推进，检察机关通过提升办案能力，逐步适应了刑事合规改革的发展趋势。此外，鉴于检察机关在证明环节仅需围绕被告企业关于合规计划“合理建设”的证明进行反驳和辩论，工作难度和负担相对较小，控辩平衡状态的实现，更应当着重于被告方、辩护方抗辩力量的强化。作为法人组织，企业的诉讼代理人能否与控诉方围绕合规计划展开实质性的“对抗”，关系着刑事合规抗辩活动的最终结果。考虑到合规计划考评标准的复杂化和综合化，既往仅由辩护律师、企业高管或公司法务代为参加诉讼的模式已难以为继。<sup>〔79〕</sup>因此，可以参考域外

〔78〕《刑事诉讼法》第152条（技术侦查措施获取材料的用途限制）、第188条（不公开审理）等规定均可为其所借鉴。

〔79〕参见陈瑞华：《论企业合规的性质》，载《浙江工商大学学报》2021年第1期。

经验，督促企业建设专门化的合规部门，设置合规官，并将此类人员的参与纳入庭审的法定要求，乃至对辩护活动是否有效的评价标准范畴之中，<sup>〔80〕</sup>在恢复控辩平衡格局的同时，确保证明责任的效用得以体现。

## 六、余 论

在刑事合规不起诉的研究、讨论日趋高涨的同时，还应对刑事合规抗辩及其核心要素——合规计划的证明责任予以必要的重视。诚然，在本文研究中，刑事合规证明责任的分配趋向于举证责任的转移。但正如前文所述，无论是举证责任转移还是举证责任倒置，都难以否认证明责任在控诉方与被告企业间的分化。且鉴于合规计划考评标准复杂化和“社会经济秩序+违法企业”利益牵涉形态等状况的存在，对证明对象、标准与运行机制进行调整亦是难以回避的任务。唯有依托此类措施，才能为刑事合规抗辩的进行、制度效用的发挥提供切实可行的路径参考，并与合规不起诉制度相辅相成，在最大限度地保障企业权益和社会经济秩序的过程中，促进国家治理、社会治理与企业治理目标的实现。

---

**Abstract:** In the criminal compliance defense activities, the transformation of the defense behavior attributes, the complexity of the compliance plan evaluation standards and the impact of the adversarial trial pattern lead to the urgent adjustment of the traditional mode of proof responsibility allocation. Based on the analysis of litigation convenience, policy objectives and other factors, the model of defendant bears the burden of proof is a more desirable choice. Based on the differentiation of the effectiveness evaluation standards, the defendant should be required to bear the preliminary burden of proof of the reasonable construction of the compliance plan, and the complainant conducts further proof around the effective operation of the compliance plan. At the same time, through the construction of mechanisms such as judge reminder obligation, enterprise assistance obligation and compulsory participation of social third parties, we will provide feasible plans for the distribution and operation of proving responsibility in criminal compliance reform.

**Key Words:** criminal compliance defense, allocation of proving responsibility, effectiveness of compliance plan, participation of social third party

---

(责任编辑:李 伟 赵建蕊)

---

〔80〕 See Cheryl L. Wade, Effective Compliance with Antidiscrimination Law: Corporate Personhood, Purpose and Social Responsibility, 74 *Washington and Lee Law Review*, 1205 (Spring 2017).