

企业合规制度的三个维度

——比较法视野下的分析

陈瑞华*

摘要: 建立一种有效的合规计划, 已经成为西方企业进行内部治理的重要方式。我们可以将合规管理与业务管理、财务管理视为当代公司治理的三大组成部分。但是, 西方企业之所以在建立合规计划方面具有强大的动力, 是因为合规在刑法上具有多重激励机制, 也就是, 建立有效的合规计划可以成为涉嫌犯罪的企业寻求不起诉、作出无罪抗辩、获得减免刑罚乃至与监管机构签署暂缓起诉协议的重要依据, 企业由此可以最大限度地减少损失。也正是在这种刑法激励机制的作用下, 西方律师业逐渐发展出来一种重要的合规业务, 将独立的合规调查、对监管起诉的应对以及合规计划的打造作为这种业务的基本内容。只有将企业合规同时视为公司治理的手段、刑法上的激励机制以及律师协助企业防范法律风险的业务, 才能对其形成一种完整的理解。

关键词: 合规计划; 公司治理; 刑法激励机制; 暂缓起诉协议; 合规调查

一、引言

近年来, 企业合规问题已经引起法学界、律师界乃至企业界的高度关注。从字面上来看, “合规”具有“合乎规定”的意思。作为一种舶来品, “合规”在英文中的表述是 compliance, 通常包含着三层意思: 一是企业在运营过程中要遵守法律法规; 二是企业要遵守商业行为守则和企业伦理规范; 三是企业要遵守自身所制定的规章制度。假如我们仅仅从这一角度观察合规问题, 那么, 合规就会被简单理解为“企业守法”或者“企业依法经营”, 这与我们通常说的自然人要“遵纪守法”, 并没有什么实质性的区别。

但是, 越来越多的跨国企业都制定了合规计划, 并将其作为企业管理和企业文化的有机组成部分。甚至就连一些国际组织, 都制定了企业合规的基本指引或最低标准, 并向会员国加以推广。我国金融监管机构和国资管理部门也都通过了多份合规指南或者合规指引, 引导国有企业建立并完善合规机制。这些合规指南或合规指引都提醒企业注意“合规风险”, 强调将合规管理作为企业管理的重要内容, 并将建立合规团队、健全合规管理体系、激活合规风险识别和防控机制作为公司治理的重要方式。

与此同时, 一些西方国家对于本国企业或外国企业的商业贿赂行为, 在追究刑事责任时, 已经将其建立合规计划作为是否起诉、是否定罪以及酌情减轻处罚的依据。甚至对于那些已经建立或者承

* 北京大学法学院教授, 法学博士, 教育部“长江学者奖励计划”特聘教授。

诺继续完善合规机制的企业,一些西方国家逐步确立并实施暂缓起诉协议制度,与涉案企业达成有条件的和解协议。在考验期之内,涉案企业缴纳罚款,建立或完善合规机制的,检察机关或者监管机构可以撤销起诉。由此,企业合规机制的建立和完善,可以成为检察机关不起诉、法院不定罪或者减轻处罚的依据,甚至成为对企业作出有条件不起诉的激励机制。

不仅如此,企业合规还可以被转化为一种重要的律师业务,也就是律师为企业提供的旨在防控法律风险的服务产品。在很多西方国家,企业不仅可以聘请律师协助建立和完善合规计划,而且在面临检察机关或监管机构调查时,还可以委托律师作为“外部法律专家”,与外部审计专家一道,对企业进行独立的合规调查,帮助企业诊断合规风险,提出合规管理的具体方案。在很多情况下,这种由律师独立完成的合规调查报告,还可以成为检察机关或监管机构对企业作出宽大处理,或者检察机关与企业达成暂缓起诉协议的依据。

如此看来,企业合规并不是一个简单的问题。要对企业合规作出全面的认识,我们需要为其设置三个维度:一是作为公司治理方式的合规,也就是将合规管理作为企业管理的有机组成部分;二是作为刑法激励机制的合规,亦即将合规作为对涉嫌犯罪的企业予以宽大处理的依据;三是作为律师业务的合规,也就是律师作为外部法律专家,为企业防控法律风险所提供的一种法律服务。

考虑到企业合规问题越来越引起我国法律实务界和法学界的重视,但有关的介绍和分析有着“碎片化”和“片面化”的问题,因此,亟需有一种从整体视角对合规问题的全新研究。本文不揣冒昧,从比较法的角度,对企业合规在公司治理、刑法激励和律师业务等方面所具有的属性和功能作出初步的揭示,以推动这一问题的研究逐步走向深入,并对实现企业合规制度的中国本土化发挥一些积极作用。

二、作为公司治理方式的合规

所谓公司治理,是指公司为实现最佳经营业绩,对公司所有权与经营权所作的结构性制度安排。传统的公司治理结构主要调整的是股东大会、董事会、监事会和管理层在公司决策、经营等方面所形成的相互制衡关系。但出于公司防范法律风险、减少公司损失的需要,合规机制逐步被纳入公司治理的结构之中。在一定程度上,合规管理与业务管理和财务管理一起,被并称为企业管理的三大支柱,成为当代公司治理结构的重要组成部分。企业建立合规计划,始于20世纪90年代的美国。后来逐渐得到其他西方国家的普遍接受。一些国际组织也通过制定国际公约的方式,将企业合规的最低标准推向全世界。

(一) 企业合规的产生与发展

1977年,为严厉惩治日趋严重的美国公司海外贿赂行为,美国颁布了《反海外腐败法》。该法确立的反腐败条款和会计条款不仅对在海外运营的美国公司产生了较大的法律约束力,还可以适用于外国公司在美国的贿赂行为以及在美国设立分支机构的外国公司的海外贿赂行为。美国联邦司法部对违反该法的行为拥有刑事管辖权,而美国证券交易委员会则可以行使民事管辖权。

进入20世纪90年代以来,美国司法部和证交会对海外贿赂行为的查处力度显著加强,大批跨国企业因为存在各种商业贿赂行为而被定罪判刑。由于定罪给公司所带来的不仅是承担刑事责任,而且还严重损害了公司声誉,使公司失去商业机会和交易资格,因此,为避免如此严重的后果,很多公司开始重视内部的法律风险防范问题,避免海外贿赂行为的发生。与此同时,在反海外腐败法实施过程

中,美国政府担心,假如仅仅对美国公司作出反腐败方面的约束和限制,而对那些不在美国运营的外国公司的商业贿赂行为不闻不问的话,美国公司势必丧失竞争优势。在此背景下,美国政府与一些国际组织进行谈判,一方面推动了美国的主要贸易伙伴制定反腐败法律,另一方面也推动了反腐败国际公约的制定和实施。于是,一种旨在推动企业建立合规计划的立法努力逐渐得到加强,企业合规计划开始出现在一些西方国家的法律和国际公约之中。

1991年,美国联邦量刑委员会制定《组织量刑指南》,并将其编入《联邦量刑指南》的第八章,以此作为法院对构成犯罪的企业进行量刑的依据。该项指南确立了有效合规计划的一般标准。经过后来的修订,该项组织量刑指南所确立的有效合规计划包含以下几项要素:合规标准和程序;监管;与有效道德和合规计划一致的组织机构;教育与培训;审查与监控;激励与纪律处分机制;违规应对与预防,等等。⁽¹⁾

2005年4月,巴塞尔银行监管委员会发布了《合规与银行内部合规部门》,对金融企业构建合规部门确立了一般性的原则。该项文件对于合规风险作出了明确界定:银行因未能遵循法律、监管规定、规则、自律性组织制定的有关准则,以及适用于银行自身业务活动的行为准则,而可能遭受法律制裁或监管处罚、重大财务损失或声誉损失的风险。该文件要求,合规应从银行高层做起,唯有董事会和高级管理层作出表率,合规才最为有效。该文件确立的合规原则主要有:董事会的合规领导责任;高管对合规风险管理负责;高级管理层负责制定和传达合规政策,确保合规政策得到遵守,并就合规风险管理向董事会汇报;成立专门的合规部门;合规部门保持独立;合规部门应配备充分和适当的资源;合规部门负有建议、指导教育,对合规风险进行识别、量化和评估,监测与报告等责任;合规与审计部门分离并接受其定期复查,等等。

2010年3月,经济合作与发展组织(OECD)发布了《内部控制、企业道德及合规最佳实践指南》,对成员国和跨国企业提出了预防腐败行为的要求,并确立了有效合规的十二项准则。这些准则主要包括:企业高层管理人员对于合规计划的支持;企业政策对于贿赂行为的禁止;所有员工对于遵从内部控制和合规计划的共识;合规工作向董事会直接汇报,由专职高管负责,并确保合规机构的独立性、权威性和充足资源;有针对性的企业道德与合规措施;将合作第三方纳入合规计划;确保会计账簿和记录的准确性;对全体员工的合规培训;鼓励全体员工对合规计划的支持;鼓励员工举报违规行为;对合规计划的有效性进行定期评估,等等。

2014年,国际标准化组织(ISO)发布了《合规管理体系指南》,以国际法律文件的形式确立了有效合规的基本标准。这些标准主要包括:企业管理机构和管理者应展示和承诺进行合规体系建设;合规政策应加以记录和存档,以简单语言表述;所有员工和合规官员,应当履行与企业有关的合规义务;负有合规义务的人应有效处理这些义务,接受教育和培训,以便确保所有员工的角色与合规承诺保持一致;企业应采取适当方法,包括教育和培训,让所有员工理解企业的期望和违规的后果;对于合规管理体系的有效性进行持续监督;对于合规风险应进行识别和加以评估;企业应采取纠正措施应对违规行为;企业应持续不断地提高合规管理体系的适当性、充分性和有效性,等等。⁽²⁾

(二) 合规计划的基本要素

(1) 参见李铁铮《合规管理历史溯源:从美国司法实践到ISO19600合规管理国际标准》,赛尼尔法务管理网站: <http://www.senior-rm.com/detail.aspx?nid=20&pid=20&id=30328>, 2019年4月6日访问。

(2) 参见周万里《有效合规管理的十大要素》,新产经网: <http://www.newsie.com.cn/content/2018-10/01/001465.html>, 2019年3月11日访问。

企业合规最初是为配合国际反商业贿赂的开展和合作而产生的。在美国《反海外腐败法》实施二十余年后,英国于2011年通过了《反贿赂法》,法国2016年通过了《萨宾第二法案》。这些法律都属于反海外腐败的法律,所确立的合规机制也都属于“反腐败合规”。这种着眼于防范企业商业贿赂犯罪的合规机制,一般被称为“小合规”,或者“狭义的合规”。而近二十年来,无论是西方国家的法律,还是一些国际组织通过的公约,都开始将公司治理扩大到更为广泛的领域。除了反商业贿赂以外,其他包括反洗钱、反垄断、数据保护、反金融欺诈等领域,也逐渐被纳入合规管理体系之中。在美国,外国公司所面临的行政监管和刑事法律风险,通常包含以下几个方面:一是违反美国证券法规的反欺诈条款的行为;二是违反美国《反海外腐败法》所确立的反贿赂条款和会计条款的行为;三是违反美国出口管制法规的行为;四是违反美国《商业秘密保护法》、侵犯商业秘密的行为;五是违反美国版权法律的行为;六是违反美国有关跨国投资并购法规的行为,等等。⁽³⁾对于这种适用范围更为广泛的企业合规管理体系,我们通常称之为“大合规”,或者“广义的合规”。

但无论是“小合规”,还是“大合规”,所包含的合规计划要素都是大同小异的。近年来,无论是西方国家通过的法律,还是一些国际组织通过的公约,甚至一些跨国企业所建立的合规管理机制,都大体确立了一些极为相似的合规计划。那么,一般意义上的合规计划究竟包含哪些构成要素呢?

简要说来,一个完整的合规计划通常包含五大体系:一是商业行为准则;二是合规组织体系;三是防范体系;四是监控体系;五是应对体系。⁽⁴⁾

首先,一个企业应当制定一项完整的商业行为准则。作为企业合规体系的核心部分,商业行为准则为公司所有员工确立了履行职责的基本要求,尤其是在企业每个领域、每个运营环节都要遵循的法律、法规、商业伦理规范以及内部要求。如果说公司章程属于公司内部的“宪法”的话,那么,在公司章程之下确立的合规体系,还可以有“实体法”、“组织法”和“程序法”之分。相对于其他合规体系而言,商业行为准则可以被归入合规计划的“实体法”部分。

其次,一个企业还必须构建较为成熟的合规组织体系。这大体上相当于合规体系的“组织法”部分。一般而言,公司设立董事会的,应当在董事会下设合规委员会,由一名董事担任负责人;公司应设立合规部门,合规部门应有首席合规官,直接向首席执行官负责;公司在所有分支机构和职能部门都应设立合规部门,合规部门应接受公司合规委员会和首席合规官的直接领导;合规部门应保持最大限度的独立性,为避免利益冲突,合规官应由专职人员担任,而不应承担公司内部的其他与合规管理有冲突的工作;公司应维持一种上下一体的合规组织结构,为合规部门提供充足的资源,确保合规部门独立地识别合规风险,并及时向管理层和董事会报告合规风险。

第三,一个企业应当建立合规的防范体系。所谓防范,是指针对可能的合规风险所采取的预防性措施。防范体系通常由以下四个要素构成:一是及时有效的风险评估,定期和不定期地对公司运营过程中存在的合规风险进行识别和评估;二是基于合规风险的尽职调查,由合规部门针对合规风险,进行调查和研究,提交合规风险报告,并研究制定和实施降低风险的措施;三是合规培训和教育,针对敏感位置的员工进行有针对性的合规培训和教育,针对全体员工则进行全员性的合规培训,以帮助员工了解法律法规和内部规章制度的最新变化,传达高层关于合规的最新政策和措施;四是持续的沟通和指导,合规部门应与管理层和员工进行持续不断的沟通,帮助其了解处理合规风险的方法和经验,解

(3) 参见顾萍《中国公司高级管理人员在美法律合规指南》,中伦律师事务所网站:<http://www.zhonglun.com/content/2019/01-10/1550273406.html>,2019年1月10日访问。

(4) 参见周振杰等《合规计划有效性的具体判断:以英国SG案为例》,载《法律适用(司法案例)》2018年第14期,第112-120页。

答有关合规管理的疑问和难题,将诚信和合规理念融于员工的思维之中,形成一种合规文化。

第四,一个完整的合规计划应包括合规监控体系。所谓监控,是指企业对可能出现的合规风险所采取的实时监督、识别和控制体系。合规监控体系一般需要具备以下四个基本要素:一是合规控制管理,企业的每个高管和每个员工在其职责范围内,应对每一项业务活动是否存在违规行为,进行可持续的控制管理;二是审计与内控,公司审计部门应与合规部门分离,从而对公司运营过程是否存在违规行为进行双重审查;三是投诉机制,全体员工应有机会并能便利地向合规部门进行投诉,以便反映公司运营中存在的违规行为,这种投诉应得到及时高效的处理,并使投诉者受到保护;四是报告机制,公司合规部门应定期和不定期地就公司合规体系的实施状况以及相关的合规风险,向高级管理层乃至董事会进行报告,以便使后者能迅速及时地了解合规体系的实施状况。

第五,一个完整的合规计划应包括应对体系。所谓应对,是指违规行为发生后,对存在违规行为的员工进行必要的惩戒,并对企业合规体系的运转情况进行全面有效的实时审查和监测,对于发现的制度漏洞和结构性缺陷,快速及时地加以修补和完善。应对体系其实是企业合规的事后补救机制。

(三) 合规在公司治理中的作用

一个公司一旦建立有效的合规计划,即会带来公司治理结构的显著变化。在传统的由董事会、监事会、高级管理层、审计部门组成的公司管理体系中,引入合规部门和合规团队,使得在董事会之下有合规委员会的机构设置,其负责人通常由董事会的一名主要成员担任;在首席执行官之下设立首席合规官,由后者领导起一个自上而下的合规管理团队;一旦发现公司存在合规风险,合规部门将会承担报告责任,不仅要向高级管理层进行报告,而且还要有向董事会直接报告的机制;公司在各项业务运行、财务管理乃至审计监督等环节,都要接受合规部门的独立审查。一言以蔽之,在传统的由公司决策者、执行者和监督者所构成的三角结构之外,组建起一个独立的法律风险防控部门,并发挥其不可替代的独立作用。

那么,合规在现代公司治理中究竟能发挥什么样的作用呢?原则上,企业建立合规计划的直接目的在于避免合规风险的发生。所谓“合规风险”,通常是指企业因未能遵循法律法规、监管要求、规则、自律性组织制定的有关准则以及适用于企业自身业务的行为准则,而可能遭受法律处罚、监管处罚、重大财产损失或声誉损失的风险。相对于传统的业务风险和审计风险而言,合规风险属于因企业自身违法违规原因所遭受的各种损失,会造成更为严重的后果,企业因此付出的代价也更为巨大。

首先,企业通过建立有效的合规计划,可以避免企业整体利益的损失。准确地说,合规无法直接帮助企业创造商业价值,却可以帮助企业避免重大的经济损失。从短期效果来看,企业违法违规开展经营活动,例如贿赂政府官员、采用恶性竞争方法、实施欺诈手段等,可能增加企业营业收入,获取暂时的经济利益。但是,这种违法违规经营活动却破坏了企业竞争的公平性,导致企业运营成本大幅度增加,甚至会因为其他企业普遍采取不正当的手段而失去更大的利益。而唯有建立有效的合规计划,企业才能在遵守法律法规的前提下开展经营活动,具有一个相对公平的经营环境和秩序,从而获得整体的利益保障。

其次,合规机制的引入,可以使企业避免因被定罪判刑或者受到监管处罚而付出极为惨痛的代价。在美国20世纪发生的安然事件和安达信事件中,联邦司法部对这两家企业提起刑事诉讼,最终导致两家企业相继破产,数以万计的公司员工失业,当地经济出现严重震荡。这显然表明,一个没有合规计划的企业,难以预防企业及其高管犯罪行为的发生,而企业一旦被定罪判刑,将会导致其无辜的员工、股东、投资者、代理商、经销商的利益受到严重损失,企业的信誉和声望受到挫败,企业轻则失

去大量交易机会和交易资格,重则失去上市的资格,特别严重的企业犯罪案件,还会造成企业被宣告破产。而唯有建立有效的合规计划,企业才能避免上述最坏的结局,从而获得长远健康发展的机会。

再次,通过建立合规计划,企业可以承担更大的道德责任和社会责任,并树立良好的社会形象,获得长久的商业信誉,从而实现可持续的业务增长。在一个法治社会中,企业一旦建立合规计划,不仅可以减少多方面的损失,还可以获得一系列商业回报。一个在合规经营中成长的企业,也将因其合规经营而受益,并最终成为业内的模范企业,进而实现“百年老店”的目标。

三、作为刑法激励机制的合规

前面已经指出,建立合规计划已经成为公司治理结构的有机组成部分。在企业内部建立合规管理体系,已经成为一种世界性的大趋势。那么,企业究竟为什么要建立合规计划呢?假如企业不建立合规计划,究竟会带来什么样的消极后果呢?还可以更进一步追问:在企业建立合规计划的背后,就究竟存在怎样的激励机制呢?

自20世纪90年代美国率先引入企业合规机制以来,合规计划就不单纯属于公司治理的一种方式,而更属于一种刑法激励机制。美国检察机关会根据涉嫌犯罪的企业建立合规计划的情况,来决定是否对其提起公诉;在法庭审理中,法院会根据被起诉的企业是否建立合规计划的情况,来决定是否对企业加以定罪,或者在完成定罪程序之后,来进一步决定是否对其减轻刑事处罚。更为重要的是,美国还确立了一种影响深远的暂缓起诉协议制度(DPA)和不起诉协议制度(NPA),对于涉嫌犯罪的企业,根据其建立合规计划的情况来决定是否达成这些和解协议,并通过建立考验期,责令企业缴纳高额罚款和建立或完善合规计划,以换取考验期结束后的撤销起诉。由于建立或完善合规计划可以获得撤销起诉的结果,并避免受到定罪判刑,涉案企业因此在建立合规计划方面具有强大的动力。

根据余永定教授的研究,“2009至2015年7月间,美国监管机构对在美经营的银行罚款1610亿美元”,其中,“美国银行、摩根大通分别被处以166.5亿美元、130亿美元的高额罚款,花旗银行70亿美元,高盛50亿美元,巴克莱20亿美元;在反洗钱方面,发生过法国巴黎银行被处以90亿美元的巨额罚款,汇丰银行19.2亿美元,德意志商业银行17亿美元,渣打银行先后被处以10亿美元的罚款;2014年,瑞士信贷因帮助客户逃税被处以28.8亿美元的罚款”。德意志银行更是多次被要求缴纳巨额罚款,2010年因协助美国富人逃税而被处以5.5亿美元罚款,因违反反洗钱法律被罚2.58亿美元,2016年还因参与违规金融活动进而被司法部等监管机构处以140亿美元罚款。除金融机构以外,其他企业被处以罚款的情况也是令人触目惊心的。2016年,英国石油公司因墨西哥湾石油泄漏事件而被处以208亿美元的罚款,大众汽车因排放测试作弊事件被罚款147亿美元。2012年,葛兰素史克因产品安全信息方面的问题而被处以30亿美元的罚款。2014年,丰田公司因汽车设计缺陷的和解金达到2亿美元。⁽⁵⁾

以上的这些巨额罚款,几乎都是美国监管机构通过与涉案企业达成暂缓起诉协议或者不起诉协议的方式来收取的。而这些涉案企业在缴纳巨额罚款的同时,无一例外地都向监管机构承诺建立或者完善合规计划。监管机构最终对其作出撤销起诉的决定,都建立在对其合规计划评估合格的前提

(5) 参见余永定《美巨额罚款 公正还是勒索?》财新网: <http://opinion.caixin.com/2018-05-09/101246420.html> 2019年4月1日访问。

之下。很显然,在这种以达成和解协议替代刑事起诉的现象背后,存在着一种刑法上的激励机制。这种激励机制的基本特征是,只要涉嫌犯罪的企业建立合规计划,监管机构就有可能不将其移送起诉,检察机关也可以与其签订和解协议;只要在和解协议所设定的考验期之内,涉案企业建立或者完善了合规计划,并通过了监管机构或检察机关的审核评估,就可以换取后者的撤销起诉,避免被定罪判刑的结果。

在以下的讨论中,我们将对欧美国家所确立的这种刑法激励机制进行简要的比较研究。大体上,这种刑法激励机制可以分为五种模式:一是以合规为根据作出不起诉的模式;二是以合规作为无罪抗辩事由的模式;三是以合规作为从轻量刑情节的模式;四是以合规换取和解协议并进而换取撤销起诉结果的模式;五是以对违法行为披露换取宽大刑事处理结果的模式。

(一) 以合规作为不起诉的根据

一些西方国家的检察机关在决定是否对涉嫌犯罪的企业提起公诉时,经常会将企业是否建立了有效的合规计划作为一项重要因素。在司法实践中,检察机关对于确实建立了合规计划并具有保障合规计划有效运行机制的涉案企业,结合该企业所涉嫌犯罪的严重程度和危害后果,可以根据社会公共利益和司法利益的需要,作出不起诉的决定。

在这一方面,美国就确立了成体系的合规不起诉制度。自1991年起,美国联邦检察机关在审查决定是否对涉案企业提供公诉时,要在《联邦量刑指南》的框架下,将企业合规问题作为决定是否提起公诉的重要因素。联邦司法部1999年发布的一份“企业诉讼指南”就要求检察官在决定对企业起诉时考虑八个方面的因素:一是犯罪行为的性质和严重程度;二是公司内部违法违规行为的普遍性;三是该公司的类似行为历史;四是公司发现犯罪行为的及时性、自觉性,对调查人员的配合程度;五是公司是否建立了合规计划,该合规计划是否完备;六是公司采取的补救措施;七是有无附带的不良后果,包括对无罪股东、员工造成的损失;八是可用的补救措施是否妥善。其中,上述第二、五和六个要素就属于企业合规问题,涉及公司是否建立合规计划、所存在的合规风险以及所采取的补救措施问题。

当然,仅仅有一个书面的合规计划,并不足以构成检察机关对企业作出不起诉的依据。美国联邦司法部特别强调合规计划的有效性。“评估任何机制的关键都在于看它是否是为了充分防止或发现员工的违法违规行为而精心设计的,企业的管理运行又是否在支持、遵循这种机制”这显然就是合规计划的有效性问题的。唯有建立这种有效运行的合规机制,检察机关才会考虑对涉案企业作出不起诉的决定。⁽⁶⁾

(二) 以合规作为寻求无罪抗辩的理由

通常说来,检察机关在起诉方面的自由裁量权越大,就越可能对建立合规计划的企业作出不起诉的决定。可以说,在合规的刑法激励机制中,检察机关发挥着一定的主导作用,而法院则通常不会因为企业建立了有效的合规计划,而对其作出无罪判决。然而,有些西方国家却允许在法定例外情形下,涉案企业可以将合规作为无罪抗辩的事由。这主要是指在为企业建立严格责任的情况下,允许企业以建立有效合规计划为由,提出积极的无罪抗辩,从而将那种带有推定性的刑事责任予以推翻。由此,合规就有可能成为企业寻求无罪抗辩的法定事由。

这方面的典型例子是英国。英国2011年通过的《反贿赂法》,确立了一种“商业组织预防贿赂失

(6) 参见瑞恩·D.麦克康奈尔、杰伊·马丁、夏洛特·西蒙《“事前规划”抑或“事后处罚”:合规在刑事案件中的作用》,万方译,载李本灿编译《合规与刑法:全球视野的考察》,中国政法大学2018年版,第145页以下。

职罪”(failure of commercial organization to prevent bribery),也就是只要一个商业组织的“关联人员”,为获取或保留该组织的业务,或者为了获取或保留该组织的商业优势,而向他人行贿的,该商业组织即构成该项犯罪。当然,该组织能够证明其已经制定了“充分程序”以预防行贿行为发生的,则不构成该项犯罪。⁽⁷⁾

只要一个商业组织的员工实施了行贿行为,就要认定该商业组织存在失职犯罪行为,并追究其刑事责任,这显然属于一种为严厉惩治商业贿赂行为而确立的一种推定性犯罪。这种推定性犯罪与我国刑法中确立的巨额财产来源不明罪,具有相似的性质。这一罪行实际赋予涉案企业承担“严格责任”的后果,也就是在不存在犯意或主观过错的情况下,企业就要承担刑事责任。但是,为避免对企业任意追究刑事责任,英国法律也赋予企业提出无罪抗辩的机会,那就是企业只要能够证明已经制定了“充分程序”预防贿赂行为的发生,就可以避免受到刑事追究。这里所谓的“充分程序”,也就是企业建立了合规计划。

根据英国2011年通过的《反贿赂法指南》,所谓“充分程序”,是指企业在预防贿赂犯罪方面贯彻了六项基本原则,也就是相称程序原则、高层承诺原则、风险评估原则、尽职调查原则、有效沟通原则以及监控和评估原则。根据这些原则,企业要确立与其所面临的商业贿赂风险相称的反贿赂程序;公司高层管理人员要作出积极反贿赂的承诺;企业要定期对其所面临的外部 and 内部贿赂行为发生的风险进行积极评估;为减少发生贿赂的风险,公司应对有关人员的尽职情况进行专门调查;公司要通过内部和外部的沟通,使其预防贿赂的政策和程序为全体员工所知晓;企业要定期监控和评估其反贿赂的政策和程序,并采取必要的改进措施。很显然,这些充分程序的六项原则及其包含的具体要求,实际就是有效合规计划的基本内容。由此,合规计划的有效实施,就成为企业推翻被指控的失职犯罪、寻求无罪结果的法定抗辩事由。⁽⁸⁾

(三) 以合规换取减免刑罚

在一些西方国家的刑法中,法院在对涉嫌犯罪的企业进行定罪后,可以将企业建立有效的合规计划作为一种重要的量刑情节,并以此为依据对企业作出较大幅度的减轻处罚。这种以合规换取减轻刑罚的做法,又被称为“量刑激励”。企业合规在这里可以成为重要的从轻量刑情节。⁽⁹⁾

采纳这一模式的典型国家是美国。早在20世纪80年代,美国联邦量刑委员会就规定,企业应制定有效的合规计划,以注意预防和发现犯罪行为。如果在犯罪行为发生时,企业建立了有效的合规计划,则可以对其减轻处罚。⁽¹⁰⁾根据美国《组织量刑指南》对于构成犯罪的企业,法院可以根据以下方式计算其刑罚幅度:一是确定犯罪等级;二是将罪行等级代入公司罚金表;三是确定罪责指数;四是对罪责指数用惩罚加倍,以确定该行为在履行指南上的最高和最低数额。假如涉案企业拥有有效的合规计划,那么根据上述四个步骤的刑罚幅度计算,“罚款数额将会有非常大的改变,因为罪责指数从9降到了6。由于点数变化,最小倍数变成了1.2,最大2.4,罚款数额则依据指南变成了6000万到1.2亿美元”,也就是说,一个有效的合规计划可以将可能的罚款参考数额降低4000多万美元。与此同时,假如企业自觉披露了违法违规行为并配合调查,那么“罪责指数就会额外降低多达5个级……罚

(7) 参见邓若讯《英国贿赂罪改革研究》,载《中国刑事法杂志》2012年第3期,第111-116页。

(8) 参见印波、高远《英国企业预防贿赂失职罪的充分程序抗辩——兼谈对我国治理商业贿赂的启示》,载《河北经贸大学学报》2015年第6期,第132-136页。

(9) 参见李本灿《企业犯罪预防中合规计划制度的借鉴》,载《中国法学》2015年第5期,第177-205页。

(10) 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,第3-24页。

款参考也就会相应地变成 1000 万到 2000 万,或者低于公司的盈利额”。美国学者认为,为了在量刑时获得最大收益,比如可能获得额外降低 30%的罚金,企业必须拥有有效的合规计划。⁽¹¹⁾

(四) 将合规作为签署暂缓起诉协议和撤销起诉的依据

在西方国家对合规所确立的刑法激励机制中,最为重要、影响最大的制度当属暂缓起诉协议制度。所谓暂缓起诉协议(Deferred Prosecution Agreement,简称“DPA”),又被称为“延迟起诉协议”,是指检察机关与涉嫌犯罪的企业通过协商所达成的一种附条件不起诉协议,其内容一般包括检察机关设置一定的考验期,企业在考验期内要缴纳高额罚款,建立或完善合规计划,接受检察机关派驻的合规监察官,定期向检察机关报告建立完善合规计划的进展情况,检察机关在考验期结束后,对于那些认真履行协议的涉案企业,可以撤销起诉,涉案企业由此避免被定罪判刑的后果。在这种暂缓起诉协议制度中,检察机关享有更大的自由裁量权,充分发挥了合规的双重激励作用:一是对于被调查的企业,以合规为依据来决定是否与其签署暂缓起诉协议;二是对于签署暂缓起诉协议的企业,督促其建立完善合规计划,并以合规作为撤销起诉的依据。

美国是第一个确立暂缓起诉协议制度的国家。美国在确立暂缓起诉协议制度的同时,还保留了一种不起诉协议制度(Non-Prosecution Agreement,简称“NPA”)。所谓“不起诉协议”,也是检察机关与涉嫌犯罪的企业所达成的附条件不起诉的协议,其基本内容与暂缓起诉协议非常相似。但达成这种不起诉协议的时间,通常是在检察机关提起公诉之前,检察官享有更大的自由裁量权,可以自行决定签署这种协议,而无需经过法官的批准。而暂缓起诉协议则一般发生在检察官提起公诉之后,也需要经过法官的批准。当然,美国联邦检察机关与涉嫌犯罪的企业所达成的大多数协议都是暂缓起诉协议。⁽¹²⁾

发端于美国的暂缓起诉协议制度,相继得到了英国、法国、加拿大、澳大利亚和新加坡等国家的采纳,并被这些国家通过立法加以确立下来。根据英国 2013 年通过的《犯罪与法院法》(Crime and Courts Act 2013),无论是英国反严重欺诈办公室(SFO)还是皇家检察署(CPS),都可以与涉嫌犯罪的企业达成暂缓起诉协议。与美国制度不同的是,英国的暂缓起诉协议只针对涉嫌犯罪的企业适用,而不适用于自然人。这一协议由检察官与涉案企业自愿达成,并需要经过法官的审查和批准方可产生法律效力,其履行情况还要受到法官的持续监督。通常情况下,一份完整的暂缓起诉协议包括以下条款:支付机构协商所确定的罚款;对受害者作出经济补偿;支付检察机关的相关费用;与执法机关进行合作;遵守从事特定活动的禁令;提交财务报告;建立强有力的合规计划;与检察机关保持合作,等等。⁽¹³⁾

2018 年,加拿大通过修订刑法,确立了检察机关与涉嫌欺诈、贿赂、洗钱等严重经济犯罪的企业达成暂缓起诉协议的制度。与英国制度极为相似,加拿大的暂缓起诉制度也仅适用于涉案企业,而不适用于自然人;检察官与涉案企业经过商谈达成协议后,应将该协议提交法官进行审查。法官在对暂缓起诉协议进行审查的过程中,要确保协议的公平、合理和相称。该协议一旦得到法官的批准,还要被公之于众,以确保协议内容和达成过程的公开和透明。与此同时,检察机关是否达成此种暂缓起诉协

(11) 参见瑞恩·D.麦克康奈尔、杰伊·马丁、夏洛特·西蒙《“事前规划”抑或“事后处罚”:合规在刑事案件中的作用》,万方译,载李本灿编译《合规与刑法:全球视野的考察》,中国政法大学 2018 年版,第 145 页以下。

(12) 参见[美]约瑟夫·约克奇《美国〈反海外腐败法〉的和解方案、内部结构及合规文化》,万方、黄石译,载《河南警察学院学报》2019 年第 1 期,第 29-42 页。

(13) Michael Bisgrove & Mark Weekes, *Deferred Prosecution Agreements: A Practical Consideration*, *Criminal Law Review* 416-438 (2014).

议,以及在协议中确立何种条款,都要考虑以下几个因素:一是涉案企业是否对其不法行为作出过报告或承认;二是企业是否与政府部门保持合作;三是企业是否表现出改革其商业行为和企业文化的诚意;四是涉嫌犯罪的性质和严重程度;五是责任程度;六是公司是否采用或加强了合规计划;七是给公司定罪会不会损害无辜的第三方,等等。⁽¹⁴⁾

2018年,澳大利亚通过了一项加强打击公司犯罪的法案,在修订了有关跨国贿赂条款的同时,确立了澳大利亚的暂缓起诉协议制度。这部法案首先仿效英国确立了公司预防商业贿赂失职的犯罪,确立了公司的严格责任,并赋予公司以建立合规计划作出无罪抗辩的权利。与此同时,该法案允许检察机关与涉案企业达成暂缓起诉协议,后者可以通过承诺支付罚款、向受害者支付赔偿、建立合规计划等,来换取检察机关作出撤销起诉的决定。与英国相似,澳大利亚的暂缓起诉协议也只对涉嫌犯罪的公司适用,适用的案件主要是那些涉嫌贿赂、欺诈、内部交易以及其他涉及市场交易的严重公司犯罪案件。法官对暂缓起诉协议条款负有审查责任,考虑这些条款是否符合公平、合理和相称的原则。暂缓起诉协议一旦得到批准,应当立即公之于众。⁽¹⁵⁾

同样是在2018年,处于亚洲地区的新加坡,通过了刑事司法改革法,确立了与英国较为类似的暂缓起诉协议制度。协议的内容也包括缴纳罚款、实施合规计划、设立合规监察官、补偿受害者等。检察官与涉嫌贿赂、洗钱等经济犯罪的公司达成暂缓起诉协议后,需要将协议提交新加坡高等法院加以审查。该法院必须确信该协议符合司法公正的原则,才会批准该项协议。对于暂缓起诉协议的执行以及相关条款的变更,新加坡高等法院有权进行持续不断的监督。⁽¹⁶⁾

以上国家对暂缓起诉协议制度的确立,与其所采取的对抗式诉讼制度是一脉相承的。检察机关在这一制度下享有较大的自由裁量权,可以在提起公诉后与被指控犯罪的自然人达成辩诉交易,以换取被告人的有罪答辩,从而使案件避开法庭审理程序,说服法官启动量刑听证程序。与此同时,对于涉嫌犯罪的公司,检察机关也可以与其达成暂缓起诉协议,以换取公司在承认不法事实的前提下,通过缴纳巨额罚款和建立合规计划,来换取检察机关的撤销起诉。可以说,无论是辩诉交易,还是暂缓起诉协议,都是控辩双方通过避开对抗式法庭审理程序而达成的和解协议。但值得高度关注的是,作为大陆法系国家的法国,也在其职权主义诉讼制度之中,引入了美国式的暂缓起诉协议制度,并为企业合规确立了刑法上的激励机制。

根据2016年法国通过的《萨宾第二法案》,法国建立了一个专门负责预防和发现企业腐败行为的法国反腐败局(Agence Francaise Anti-Corruption, 简称为AFA),该机构的主要职能是督促企业建立合规计划,并对企业合规计划的有效性加以评估。根据这一法案,法国在全世界率先建立了强制合规制度,对于那些用工人数超过500人,营业收入超过一亿欧元的企业,一律要求其建立合规计划,对于符合上述条件而不建立合规计划的企业,法国反腐败局有权对企业及其高管进行持续不断的罚款。

与此同时,在面对大量涉嫌在海外存在商业贿赂行为的法国企业遭受美国巨额罚款的情况下,为改变在海外反腐败方面的被动局面,也基于对美国FCPA执法机制的不满,法国确立了与美国和英国相似的暂缓起诉协议制度。根据这一制度,检察机关在与涉案企业进行平等协商的基础上,可以达成

(14) Jennifer Wells, *The U.K.'s Deferred Prosecution Agreements Are Instructive for the SNC-Lavalin Drama*, *The Wall Street Journal*, Feb. 15, 2019.

(15) "Australia: Business Crime 2019", <https://www.iclg.com/practiceareas/businesscrime/australia> (accessed Apr. 8, 2019).

(16) Renee Xavier, *Commentary: Deferred Prosecution Agreements in Singapore*, <https://www.learn.asialawnetwork.com> (accessed Apr. 8, 2019).

附条件的暂缓起诉协议。这一协议通常被称为“基于公共利益的司法协议”(CJIP)。(17)

达成这类协议的条件是,企业需要缴纳不超过过去三年平均年营业额30%的罚款,并且同意在AFA的监控下,在第三方独立专家的协助下,在三年之内建立或者完善合规计划。在那些有被害人的案件中,企业还需要在一年以内按照约定赔偿其经济损失。

在与涉案企业达成协议后,检察机关要将协议文本提交法院,法院经过听证程序加以确认之后,协议正式生效。在经过不超过三年的考验期之后,检察机关经过审查,认为企业履行了协议内容的,将向法院提出申请,放弃对该企业的公诉程序。而假如企业没有遵守协议所确立的义务,检察机关也会向法院进行汇报,由法院决定是否恢复公诉程序。(18)

(五) 通过对合规风险信息的披露换取减少罚金,甚至换取不起诉

这种刑法激励机制的实质在于,企业在面对检察机关或监管机构的调查时,假如主动披露其违法违规行,与调查人员进行全面合作,并采取了及时和适当的措施对其违法违规行进行补救的,检察机关可以将所建议的罚金数额予以大幅度降低,甚至可以作出不起诉的决定。这种刑法激励机制为企业开展内部调查,尤其是委托律师事务所从事独立的合规调查,产生了极大的激励作用,大大推动了律师事务所合规调查业务的推广。

根据美国司法部的执法实践,在《联邦量刑指南》所确立的合规激励机制之外,检察官可以通过“合作从宽”(cooperation credit)的方式,鼓励企业主动自行披露其违反FCPA的行为。所谓主动自行披露违法行为,包括三个基本要素:一是报告违法违规行;二是与执法机关进行全面合作;三是采取及时和适当的补救措施。(19)

为确定企业对违法行为的披露是否是主动的和自行的,检察官需要考虑三种因素:一是披露的时机,是在政府调查未启动之前进行的,还是在面临一项调查的紧迫威胁时所作出的;二是披露是否及时,企业是否在得知其违法行为后的合理时间内作出披露的;三是披露是否包括了企业已知的全部相关事实。

在确定企业是否进行全面合作方面,检察机关需要考虑的因素主要有:及时披露全部违法事实;提供主动而非被动的合作;确保相关文件和信息的保全、搜集和披露;提供公司内部调查的及时更新情况;确保内部调查和政府调查不发生冲突;保证检察官与掌握相关信息的原本供进行会谈;披露内部调查中搜集的全部事实及其事实来源;披露海外文件、文件发现地点以及发现人,等等。

所谓采取及时和适当的补救措施,主要是指企业实施了有效的合规计划;对有关员工进行适当的纪律处分;企业认识到违法行为的严重程度,并采取措施减少类似违法行为再次发生的风险。

根据美国司法部的要求,那些满足上述三项标准的企业,可以获得最大限度的宽大刑事处理,如将《联邦量刑指南》中设定的罚金范围的最低值减少50%;对于实施有效合规计划的企业,一般不再要求指定一名合规监察官;对全面满足上述三项标准的企业可以作出不起诉的决定。在司法实践中,检察官通常会将对违法行为的披露作为与企业签署暂缓起诉协议或者不起诉协议的主要根据。

2018年,美国司法部对上述“合作从宽”政策作出了一些调整,规定涉嫌犯罪的企业需要将涉嫌

(17) Jamie L. Boucher and others, *France Announces Its First Deferred Prosecution Agreement*, <https://www.skadden.com> (accessed Apr. 8, 2019).

(18) Margot Seve, *Is the French Approach to International Financial Crime Enforcement on the Verge of a Paradigm Shift?* <https://www.kramer-levin.com> (accessed Apr. 8, 2019).

(19) Le Clair Ryan, *The Cooperation Credit in Corporate Investigation According to New Justice Department Guidance*, <https://www.webcache.googleusercontent.com> (accessed Apr. 8, 2019).

犯违法违规行为的人或者对其负有责任的人识别出来,才可以在刑事诉讼中获得宽大处理的机会。这一政策的调整并没有改变赋予企业通过信息披露来换取宽大刑事处理的政策,而是强调执法机构在鼓励涉案企业进行全面合作的同时,及时发现那些对企业不当行为负有责任的自然人,并对其采取严厉处罚措施。这仍然体现了美国司法部多年来采取的“能起诉自然人,就不起诉公司”的理念。⁽²⁰⁾

四、作为律师业务的合规

在很多法律语境下,企业合规不仅被视为公司治理方式,也不仅仅发挥刑法激励机制的作用,还经常被视为一种律师的法律服务业务,也就是作为一种有别于诉讼业务的合规服务业务。所谓“合规业务”是指律师或律师事务所为帮助企业建立和完善合规计划,应对政府监管和刑事调查,协助企业防控和规避法律风险的法律服务活动。在很多律师事务所的业务中,合规通常与“公司治理”和“政府监管”并列在一起,被作为横跨众多业务领域的交叉业务。其中,针对美国联邦司法部发动的反海外腐败程序所产生的FCPA合规业务,以及针对美国证券交易委员会所发动的反证券欺诈程序所出现的反欺诈合规业务,就被全球律师事务所视为最重要的合规业务。

律师事务所究竟应如何开展合规服务呢?根据一些跨国律师事务所的执业经验,律师事务所的合规业务通常包含着以下内容:一是合规调查,也就是对企业的合规风险所进行的专项调查业务;二是政府监管和刑事调查的应对,亦即在政府监管部门启动调查程序,或者检察机关启动刑事追诉程序之后,律师事务所协助企业所进行的准备、协商、交涉等活动,目的在于寻求规避企业的法律风险,减少企业可能遭受的损失;三是有效合规计划的完善,也就是帮助企业量身打造专门的合规计划,对已经暴露的合规风险制定防范措施,避免企业的合规风险再次爆发。下面依次简要加以分析。

(一) 合规调查

对于那些涉嫌实施违法违规行为的的企业,监管机构在启动调查程序后,通常对那些自行主动承担信息披露义务的企业给予重大奖励,包括大幅度减少罚金、作出不起诉或者与其签署暂缓起诉协议等。而企业所承担的披露义务,既包括告知违法违规的事实,与监管机构调查的全面合作,也包括对合规计划的完善。在这种激励机制的推动下,一种被称为合规调查的律师业务在欧美律师事务所逐渐兴起,并成为律师事务所合规业务的首要组成部分。

那么,究竟什么是合规调查?律师如何开展合规调查?我们可以西门子公司应对美国监管部门调查的经验为例,对国际通行的律师合规调查业务作一简要的解释。

2006年11月,西门子公司因涉嫌商业贿赂而受到德国慕尼黑检察机关的调查。随后,西门子公司主动向美国司法部和证券交易委员会报告了其在多个国家的行贿行为,并聘请独立的会计事务所和律师事务所等外部专业机构进驻,开启了德国历史上的首次公司独立调查。西门子公司聘请的律师事务所是美国的德普律师事务所(Debevoise & Plimpton)。该律所的律师团队就西门子公司在反海外腐败方面遵守法律法规以及建立合规机制的情况进行了长达两年的独立调查。这项调查活动评估了5000多个咨询协议,检查了4000万份银行账户报表、1亿份文件以及1.27亿次交易记录,进行了无数次内部谈话。西门子公司为此付出了高昂的代价,仅外部专业机构的调查费用就高达数亿欧元。独立调查结束后,律师事务所和审计机构提供了专项调查报告。由于调查报告是由西门子公司之外

(20) DOJ Announces Revised Guidance for Corporate Cooperation Credit, <https://www.lw.com/thoughtLeadership> (accessed Apr. 8, 2019).

的外部独立机构制作的,具有良好的信誉和可信度,因此被美国司法部和证监会予以接受,在快速结束诉讼程序、减少罚款等方面发挥了积极作用。同时,这些独立调查报告还指出了西门子公司在合规管理上存在的缺陷和漏洞,对于西门子公司重建合规计划产生了有效的帮助。⁽²¹⁾

在西门子事件中,律师事务所所提供的法律服务主要是合规调查。所谓合规调查,可分为一般的内部调查和独立的合规调查。前者是指公司内部的法律部门或合规部门,受公司最高决策层的委派,对公司管理团队、供应商、分销商、代理商等遵守法律法规的情况所进行的专项调查活动。而后者是指律师事务所作为“独立的第三方”,在政府监管机构的要求或建议下,接受公司的委托,对企业存在的合规风险所进行的独立调查活动。这种调查活动有时会与政府监管部门的行政调查甚至检察机关的刑事调查同时展开,因此,有时又被称为“平行调查”或“企业合规尽职调查”。

通常说来,企业自行组织的内部调查,一般主要由公司的合规部门或法务部门负责进行,调查的主导权一般被控制在公司的主管部门手中,所提供的调查报告相当于公司自行提交的合规调查报告。目前,律师事务所所从事的合规调查,主要属于上述第二种调查,也就是“独立的合规调查”。相对于一般的内部调查而言,这种独立的合规调查具有两个方面的优势。首先,由外部律师主导下所进行的调查,适用律师与客户之间的职业秘密特权规则,所调查的信息和证据可以不被披露。相反,公司内部调查所获取的信息则不受律师保守职业秘密特权规则的保护。美国联邦地区法院的一位法官就曾指出“律师—客户和律师工作成果特权不适用于这些文件,因为记录显示,首先合规官仅通过内部合规部门开展调查,这个过程没有外部律师的参与,且调查的目的不是为了获得法律帮助。保密特权不适用于‘仅管理层自行开展的……公司内部调查’。”

其次,经验表明,由外部律师所进行的合规调查,由于具有较强的独立性,因此可信度较高,也更容易得到监管部门的接纳。很多律师都认为,内部调查,无论是由公司法务部门还是由合规部门所实施,容易受到首席执行官、首席财务官、首席运营官、人力资源负责人以及其他公司高层的影响和压力,因为“比起合规和法务部门经理来说,这些领导往往享有更高地位,且常常正是调查所牵涉的人”,而由独立、客观并具有相当资质和经验的律师事务所就调查结论出具正式的法律意见书,可能是顺利解决问题的有效方式。⁽²²⁾

为什么在面临监管机构调查和检察机关起诉时,企业会委托律师事务所进行这种合规调查呢?律师从事这项合规业务的根据是什么呢?答案其实很简单:通过委托律师事务所从事这种独立的合规调查,企业可以在应对监管调查和刑事指控方面获得多方面的利益,并减少企业的重大损失。例如在美国,司法部和证监会在进行 FCPA 调查过程中,对于提交独立合规调查报告的企业,会作为签署暂缓起诉协议或者不起诉协议的重要依据。根据美国司法部的要求,涉案企业主动披露海外贿赂行为,进行了全面合作,并采取及时和适当补救措施的,检察官会将其作为是否提起公诉的重要参考因素,并将其罚款作出大幅度减少。而根据美国证监会的规定,涉案公司在接受证监会调查时,与证监会签署暂缓起诉协议和不起诉协议的前提条件之一,就是对其违法违规行为作出全面的自行披露,而披露的方式就是进行独立的合规调查,并提交调查报告。在 2011 年美国证监会与一家企业达成的暂缓起诉协议中,证监会的官员指出:该公司的“外国贿赂计划是不可接受和非法的,但该公司的回应表明了公司的高度责任和合作”,“该公司立即进行自我报告,彻底的内部调查,与 SEC 工作人员的充分

(21) 参见《西门子千人合规团队是怎样炼成的?》,赛尼尔法务管理微信公众号,2019年4月4日访问。

(22) 参见刘晨光《在中国境内开展企业内部调查》,https://www.vantageasia.com/zh-hans/%E6%98%8E%E5%AF%9F%E7%A7%8B%E6%AF%AB/,2019年4月4日访问。

合作,加强反腐败程序和加强培训使其成为执法部门第一份暂缓起诉协议的合适候选人”。⁽²³⁾

一般情况下,西方国家律师事务所所进行的独立合规调查,可以由律师团队独立完成,也可以聘请专门调查机构协助完成。但无论如何展开,这种独立调查大体都包含着拟定调查计划、展开调查和起草调查报告等几个重要环节。调查的主要目的在于查明企业违规发生的环节、规章制度的漏洞、企业合规的风险所在、企业应对合规风险的效果等基本事实。在调查完成后,律师团队还要给出完善合规计划、化解法律风险的具体方案,提供专门的“法律意见”。⁽²⁴⁾

(二) 政府监管和刑事调查的应对

前面提到,合规具有“刑法激励机制”的效果。通过建立有效的合规计划,企业可以获得不起诉、宣告无罪、减免刑罚的结果,或者获得与检察机关签署暂缓起诉协议的机会,从而最大限度地降低刑事法律风险。但其实,在检察机关提起诉讼之前,或者提起诉讼的同时,政府监管部门有可能针对企业的违法违规情况启动一种监管调查程序。发端于美国的合规机制,在企业应对政府监管部门的调查方面,还可以发挥“监管激励机制”的作用。企业建立合规计划的事实,还可以成为监管部门对其减轻处罚或者避免移送检察机关起诉的依据,企业对完善合规计划的承诺,也可以成为与监管部门达成和解协议的条件。而在应对政府监管部门的调查和检察机关的起诉方面,律师可以为企业提供非常重要的法律帮助。

那么,在企业接受政府监管部门调查或者受到刑事起诉时,律师事务所究竟能为其提供什么服务呢?通常说来,这种法律服务可以分为两大类:一是为那些接受政府监管部门调查的企业提供代理业务,以便有效地应对这种调查,避免监管部门将案件移送检察机关提起刑事起诉;二是为那些已经被检察机关起诉的企业提供辩护服务,使其最大限度地通过建立和完善合规计划,来获得不起诉、宣告无罪、减免刑罚的结果,或者获得签署暂缓起诉协议的机会。一言以蔽之,协助企业有效应对监管部门的调查和检察机关的起诉,是律师事务所可以为企业提供的另一项重要的合规业务。

如果说合规调查属于向企业提供的单方面法律服务的话,那么,监管和起诉的应对则属于律师为企业提供的交涉性法律服务。也就是说,律师接受企业的委托后,需要与政府监管部门进行一系列交涉活动,或者与检察机关展开诸多方面的协商和抗辩活动,以便说服监管部门或检察机关作出有利于企业的决定。为有效地应对监管调查和刑事起诉,律师需要运用企业已经建立合规计划,或者承诺完善合规计划的情况,为企业据理力争,尽快达成有效的和解协议,帮助企业最大限度地降低罚款数额,尽可能寻求不移送起诉或者撤销起诉的效果。在西门子案件中,西门子公司除了委托外部律师提交了一份独立调查报告以外,还委托律师跟美国司法部和证交会进行了富有成效的交涉和协商,最终促成了西门子公司与司法部、证交会达成了暂缓起诉协议,使得检察机关和监管部门的罚款数额都有大幅度降低,并避免了被法院定罪量刑的结果。无疑,外部律师为西门子公司所提供的合规调查服务和监管应对、起诉应对服务,都是富有成效的。

为有效应对监管部门的调查和检察机关的起诉,律师接受企业的委托后,经常需要为企业高层和相关员工进行必要的法律辅导,以便帮助其有效地应对诸如询问、谈话、调取证据等各种调查活动。同时,在调查程序启动后,律师还可以代表企业参与整个调查活动,随时维护企业的利益。例如,为应对美国司法部、证交会和联邦大陪审团启动的FCPA调查,代理涉案公司的律师,可以协助公司为调

(23) *Tenaris to Pay \$ 5.4 Million in SEC's First -Ever Deferred Prosecution Agreement*, <https://www.investor.gov/additional-resources/news-alerts/press-releases> (accessed Apr. 6, 2019).

(24) 参见杜连军、褚智林《刑事律师参与企业合规计划的两个维度》,“天达共和法律观察”微信公众号,2019年4月5日访问。

查活动进行充分的准备,对相关的文件、电子文档、交易记录和决策过程记录加以整理,并就应对调查和诉讼的问题提供法律建议。假如有关机构突然进行搜查、扣押等活动,合规律师也可以即刻提供帮助。很多美国律师事务所都聘请了曾在政府监管部门、检察机关工作过的律师,他们在代表公司应对调查和起诉方面有着丰富的经验,与监管部门、检察机关往往建立起良好的工作关系,可以协助客户对这些部门启动的民事、刑事和行政调查作出有效的回应。

(三) 有效合规计划的打造

在很多欧美律师事务所,帮助企业客户量身打造一项有效的合规计划,是律师可以提供的重要合规业务。与合规调查业务和调查起诉应对业务不同,协助公司建立合规计划的业务,属于律师事务所协助企业开展有效的公司治理的工作。这项业务大体可分为两大部分:一是为规避可能发生的法律风险,律师事务所根据公司的组织和管理机构、产业特征和文化背景等因素,帮助其量身打造一套合规计划;二是在企业面对民事调查、行政处罚和刑事起诉的危险时,通过全面的独立合规调查,提出改进合规计划的建议,协助公司加强识别合规风险、堵塞制度漏洞、避免违法违规行再次发生的能力。

在很过欧美律师事务所的网络主页上,协助企业建立有效的合规计划,都被作为律师事务所合规业务的首要内容。例如,一家在美国注册的律师事务所这样介绍自己的合规业务:本所“起草、撰写并制定合规手册,进行员工培训计划,旨在建立企业文化的认知和规避法律的风险”,“成功的合规计划需要对客户的目标和过程进行理解,以创建指导方针,使公司从事商务活动,而不用担心违法”。⁽²⁵⁾

一项完整的合规计划的打造,需要律师事务所组建律师团队,进驻企业,与企业的董事会、高级管理层、审计部门以及各种业务部门进行通力合作,在对企业的合规风险作出充分了解之后,才能建立一种富有成效的合规制度。简要说来,打造合规计划的业务,与作为公司治理的合规计划相适应,包含以下方面的内容:帮助企业组建合规管理团队,确立独立和权威的合规管理体系;帮助企业建立合规风险的防范机制,包括确定合规风险、进行合规风险评估、进行合规培训等;帮助企业建立合规风险识别机制,包括建立合规风险报告、合规审查、内部合规监测等;帮助企业建立合规风险应对机制,包括建立内部调查、纪律惩戒、预防合规风险再次发生等。

而在企业面对监管部门调查和检察机关起诉时,律师事务所除了为企业提供合规调查和调查起诉应对业务以外,还可以针对企业违法违规的情况,针对合规风险的分布情况,以及根据企业合规计划的漏洞,提出有针对性的完善合规计划的建议。在一些欧美国家,这种旨在完善合规计划的建议,不仅可以为企业争取最大限度的刑法激励,而且还可以成为企业防范新的法律风险的保障。

五、评论

目前,企业合规制度已经引起我国法律实务界和法学界的高度重视,并逐渐成为一种“跨学科法律研究”的课题。之所以要对企业合规问题进行“跨学科法律研究”,是因为企业合规首先是一种公司治理问题,属于商事法和公司法研究的新课题;企业合规也涉及政府监管部门对违法违规企业的监管、调查和处罚问题,涉及监管部门对建立合规计划的企业要不要作出宽大处理的问题,在行政法研究中具有重大意义;企业合规还属于重大的刑法课题,对于建立有效合规计划的企业,检察机关可以

(25) 参见 Law Offices of Lawrence H. Schoenbach 《企业合规》<https://schoenbachlaw.com/corporate-compliance-1> 2019年4月8日访问。

放弃起诉、宣告无罪或者减免刑事处罚,这无论如何都构成对传统刑法理论的挑战;企业合规还是刑事诉讼法中的最新课题,对于涉嫌犯罪的企业已经建立合规计划,或者承诺完善合规计划的,检察机关可以与其签署暂缓起诉协议,这显然对传统的刑事公诉制度构成重大挑战。不仅如此,企业合规还涉及到律师业务的重新调整,使得帮助企业防范和规避法律风险,越来越成为律师事务所可以提供的有效法律服务。这显然涉及律师制度乃至司法制度的重大变更,属于一项重大的研究课题。

但非常遗憾的是,由于多年来有意无意地忽略了对西方企业合规制度的关注,也由于法律研究的“诸侯割据”现象日趋严重,我国法律实务界和法学界对于企业合规问题存在着“碎片化”、“片面化”和“主观化”的问题。一些企业界人士,往往强调企业合规在公司治理中的重要价值,将其视为重新改进我国公司治理结构的一种方式。律师界则从中国企业向海外发展的角度,将企业合规视为防范法律风险的重要方式,较为重视企业构建有效合规计划的重要性。而一些刑法学者则特别强调合规的刑法意义,将企业防范“刑事法律风险”作为今后的重大课题,甚至赋予合规在刑法上的理论价值。有些学者甚至直接将合规称为“刑事合规”。

应当说,上述研究视角都观察到了企业合规问题的一个侧面,并对这个侧面给予了强调。但是,这种研究也不可避免地带有一定的片面性和局限性,难以形成对企业合规制度的整体视角。

在笔者看来,发端于美国的企业合规制度,随着欧美各国法律制度的发展,也随着一些国际组织的强力推动,逐渐成为西方国家进行公司治理的重要方式。与传统的业务管理和财务管理不同,合规管理着眼于对合规风险的预防、识别和应对,促使公司在传统的董事会、监事会、管理层、审计委员会等架构下,引入一种自上而下的合规机制。在企业文化上,合规计划的打造使得传统的以盈利为主要价值导向的公司治理,开始向最大限度地盈利与将法律风险降到最低限度作为双重价值目标。在一定程度上,建立有效的合规计划,不仅仅是一种基于防范法律风险的现实功利考量,而且还具有内在的道德价值,那就是企业不仅要获得盈利,更要承担起重要的社会责任,成为遵守法律法规的楷模。用西门子公司座右铭来说,就是“西门子只做合规的业务”,因为“合规管理不仅是应对危机的工具,也是未来我们实现可持续发展的重要手段”。

企业合规固然是一种在新的价值观指引下确立的公司治理方式,但是,假如没有一种刑法上的激励机制,那么,几乎没有任何企业会认真对待企业合规问题,更谈不上耗时费力地建立或完善合规计划。美国实施《反海外腐败法》的经验表明,在企业中推行合规计划与建立刑法激励机制几乎是同步进行的;而其他西方国家在引进企业合规制度时,也同样复制了美国的经验。之所以要建立这种刑法激励机制,并不存在什么高深莫测的哲学基础,而主要是基于一种功利主义的哲学考量,那就是唯有“放过违规企业,严惩违规高管和员工”,才能在严惩企业违法违规行为与避免造成企业重大损失之间寻求一种平衡。要知道,在对涉案企业“网开一面”的同时,欧美各国对存在违法违规行为的员工,几乎采取了一种“严刑峻罚”的刑事制裁方式。除美国以外,其他西方国家都对违法违规的企业内部员工拒绝适用暂缓起诉协议制度。而之所以对那些建立有效合规计划的企业采取宽大刑事处理,主要是为了尽量避免企业被定罪的后果,防止那些善意的员工、股东、投资人、代理商等受到重大损失,避免企业因被定罪而牺牲商业信誉、失去商业交易资格、被剥夺上市资格。不仅如此,对涉案企业尽量采取宽大处理,还可以最大限度地避免当地的经济震荡,防止对经济发展造成负面影响。

无论是作为重要的公司治理方式,还是作为刑法激励机制,企业合规制度的有效运行都离不开律师的充分参与。作为律师合规业务的重要组成部分,帮助企业打造合规计划,就属于律师参与公司治理过程的重要表现。通过开展这项业务,律师作为外部法律专家,就可以帮助企业量身打造一套符合

企业实际情况的有效的合规计划,这对于企业预防、识别和应对合规风险,避免企业发生违法违规行为,都具有积极的意义。与此同时,也正是因为刑法对承担信息披露义务的企业采取了积极奖励的措施,使得那些主动披露违法违规信息、全面配合监管调查和采取完善合规计划的企业,可以获得更宽大的处理,因此,律师事务所的合规调查才成为首要合规业务。而如果没有律师事务所的独立调查,那么,所谓的企业主动披露违法违规信息既无法完成也缺乏内在的实施动力。

由于企业合规制度具有上述三个不可分割的方面,因此,在我国建立企业合规制度,就不能只是出于被动应对欧美国家监管调查和刑事起诉的考虑,而完全采取功利化、实用化的态度。我们应当着眼于公司治理、刑法激励和律师业务这三个方面,建立一套较为完整的企业合规制度。在企业合规问题上,一方面,我们面临着研究和熟悉西方国家合规机制的问题,对合规制度的来龙去脉和发展趋势应有准确的把握;另一方面,我们应当立足于我国的法律制度和法律实践,研究企业合规的中国化和本土化问题。那种将企业合规仅仅作为现代企业治理方式,而无视其深厚的法理依据的看法,无疑是肤浅的,也是不可取的。对待企业合规问题的科学态度,应当是在对其基本原理和运作模式作出全面认识的基础上,将其移植到中国的法律制度之中,使其在中国的制度土壤中得到播种并生根发芽,逐渐成为一种能够有效发挥制度功效的“生命有机体”。

Three Dimensions of Corporate Compliance System: Analysis from the Perspective of Comparative Law

Chen Ruihua

Abstract: Establishing an effective compliance program has become an important way for western companies to conduct internal corporate governance. We can regard compliance management, business management and financial management as three major components of contemporary corporate governance. However, the reason why western companies have a strong incentive to establish a compliance program is that there are multiple incentives in criminal law. If an effective compliance program could be established, companies which were suspected of committing crimes can seek for non-prosecution, plea for innocence, obtaining penalty reduction, and even gaining an important basis for signing a deferred prosecution agreement with the regulatory authority. In this case, companies can minimize their losses. It is also under the influence of this criminal law incentive mechanism that the western law firms have gradually developed three important kinds of compliance business, including independent compliance investigations, response to regulatory prosecutions and building compliance programs. We can completely understand corporate compliance only when it is seen as a method of corporate governance, an incentive mechanism in criminal law, and a part of lawyer's business which assists companies in preventing legal risks.

Keywords: compliance program; corporate governance; criminal law incentive mechanism; deferred prosecution agreement; compliance investigation

(责任编辑:丁洁琳)