

行政法上企业强制合规的反思与调整

王明喆

提要:行政法上的强制合规是指法律给相关企业设定建立合规管理体系的义务,并对拒不履行合规管理义务的企业作出行政处罚的制度。强制合规与传统行政执法均采“命令—服从”模式,都是通过设定义务和科处罚的方式迫使行为人遵守法律法规。企业合规的本意是通过不予处罚、减免处罚等方式为企业降低风险,同时通过企业的自我规制减轻行政机关负担。但强制合规为企业设定了新的义务、增加了新的风险,同时将行政机关重新推到前台,为其增加新的监管职责。因此,强制合规并不可取,强制合规应当向正向激励型合规转变。行政法上的合规制度应当坚持企业自我规制的基本理念,在辅助性原则和合作性原则的指引下,尊重企业的自主选择权和主导地位。同时,应当完善对合规企业的正向激励措施,通过不予处罚、减免处罚或者给予奖励等激励措施诱导企业依法合规生产经营。

关键词:企业合规;强制合规;自我规制;正向激励

一、问题的提出

在优化营商环境的政策背景之下,企业合规的理论研究和制度建设正如火如荼地展开。自2020年企业合规改革启动以来,在最高人民检察院的推动之下,刑事诉讼领域中已经开展三轮合规试点,试点机关级别不断提高,试点案件范围不断扩大。与此同时,刑法学界对于刑事合规的法理基础、规范依据、政策目标和制度建构等基本问题展开分析,为刑事合规制度的本土化提供了有力的学理支持。

在行政法领域,企业合规的制度建设也已经展开。在中央层面,《证券法》《保险法》等法律以及《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》等部门规章已经明确将企业合规制度引入行政监管,规定企业的合规管理职责以及相应的行政法律后果,率先在部门法层面开始行政合规的制度建设。^①在地方层面,不少地方也开始了涉企行政合规指导工作。以江苏省为例,2023年8月,江苏省委全面依法治省委员会出台《关于推行涉企行政合规全过程指导工作的意见》,指出将在生态环境、交通运输、市场监管、税务等领域开展行政合规先行试点。在此基础上,11月2日,省市场监管局、省司法厅联合印发《江苏省

^① 在反垄断执法领域,虽然《反垄断法》并未明确规定行政合规制度,但国家市场监督管理总局已经在阿里巴巴“二选一”垄断行为处罚等案件中通过行政指导等方式开展行政合规管理。参见陈瑞华:《论企业合规在行政监管机制中的地位》,《上海政法学院学报》2021年第6期。

市场监管领域涉企行政合规指导工作试点方案》，在市场监管领域开展涉企行政合规指导工作。但相比于刑事合规，行政法学界对于企业合规的关注明显不足，尤其是对行政法上的强制合规，学界没有给予足够的重视。

行政法上的强制合规是指“法律对相关企业提供明确的建立合规管理体系的义务，并对拒不履行合规管理义务的企业作出行政处罚的制度”^①。例如中国证监会 2017 年制定的《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》规定，在中国境内设立的证券公司和证券投资基金管理公司，应当一律按照该办法实施合规管理，否则将会面临责令整改乃至警告、罚款等行政处罚。行政法上的这种强制合规在刑事诉讼中并不存在，而且与刑事诉讼中一般意义上的“合规不起诉”“合规宽大处理”恰好相反，^②它不是通过给予企业正向激励来诱导企业主动建立合规制度，而是通过对企业科处命令甚至处罚的方式强制企业建立合规制度。这不禁引发我们的思考，行政法上的这种强制合规是否具备合理性与正当性，强制合规是否符合合规制度的基本理念，如果不合理应当如何对强制合规进行调整和完善？

企业合规制度建设方兴未艾，对于行政法上特有的强制合规，应当及时对其进行反思与调整，防止行政合规制度建设走入歧途。本文将对行政法上的强制合规进行研究，试图说明强制合规并不合理，它与企业合规制度的“自我规制”“正向激励”等基本理念相悖，实际上并未跳出传统行政执法的“命令—服从”模式，不具备充足的合理性。应当坚守企业合规的制度宗旨和基本理念对其加以改造，强制合规应当向正向激励型合规转变。

二、企业合规的基本模式：刑法上的正向激励型合规

企业合规是从刑事诉讼领域中发展而来的。通过对刑事诉讼中的合规制度进行考察可以发现，企业合规的典型模式为正向激励型合规。

（一）正向激励型合规的基本构造

在不同国家、不同领域，企业合规制度的具体建构并不完全相同，但是其基本制度构造具有相似性。结合我国刑事诉讼中的合规实践可以发现，正向激励型合规的制度构造基本由企业合规经营和法律正向激励两部分组成。一方面，正向激励型合规首先意味着企业需要合规经营。一般而言，企业合规经营包含设计良好的合规计划，合规计划的有效实施和违规行为的有效识别、纠正和报告三个部分。^③需要注意的是，“合规”不同于合法，企业的合规义务不仅包括企业必须履行的法律义务，即企业所在国家、地区的法律法规所规定的强制性义务，还包括行业规则、商业管理规定、伦理规范，甚至公司内部的规章制度、行为守则等。^④例如，我国《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》第 2 条第 2 款明确规定：“本办法所称合规，是指证券基金经营机构及其工作人员的经营管理和执业行为符合法律、法规、规章及规范性文件、行业规范和自律规则、公司内部规章制度，以及行业普遍遵守的职业道德和行为准则。”可见，企业合规中“规”的外延远大于通常意义上理解的“法”的范围，前者不仅包括后者，还包括“效力结构未必完整、无需依靠国家强制保障实施、但能够产生社会实效”^⑤的软法。企业选择合规意味着需要承担更多的义务，不仅需要遵守强制性的行政法律法规，还要遵守合规义务，因此有学者指出合规具有一定的

① 陈瑞华：《论企业合规在行政监管机制中的地位》，《上海政法学院学报》2021 年第 6 期。

② 在刑事诉讼领域，检察机关主要通过将合规建设与酌定不起诉、认罪认罚从宽制度、检察建议等方式相结合来激励涉罪民营企业进行合规整改。参见李奋飞：《论企业合规考察的适用条件》，《法学论坛》2021 年第 6 期。

③ 参见陈瑞华：《企业合规基本理论》，法律出版社，2022 年，第 103—107 页。

④ 参见周万里：《企业合规讲义》，中国法制出版社，2022 年，第 86—87 页。

⑤ 罗豪才、宋功德：《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》，《中国法学》2006 年第 2 期。

“惩罚”功能,即给企业设定了强制性法律法规之外的其他义务。^①也正因合规义务远大于合法义务,所以是否选择建立合规制度,往往取决于企业的自主选择。

另一方面,正向激励型合规的另一重要部分是法律的正向激励,企业合规经营和法律的正向激励措施是结合在一起的。在刑事诉讼中,对于建立合规制度的企业,检察机关可以根据企业建立合规计划的情况等作出是否起诉的决定,已经诉至法院的案件,法院可以将企业合规作为减轻刑事责任的依据。有学者对域外刑事合规的激励措施进行分析,总结出这种刑法激励机制可以分为五种:一是以合规为根据作出不起诉决定的模式,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的模式,五是以对违法行为披露换取宽大刑事处理的模式。^②由此可见,对于建立合规制度的企业,法律往往会给出正向的激励措施。但是对于没有建立合规制度的企业,刑法并不会给予惩罚。一方面,不推行合规制度既不表明企业负有罪责,也不表明企业具有犯罪的危险性,让其为之承担刑事责任欠缺法理依据;另一方面,建立合规制度成本较高,并非所有企业都有能力建立和执行有效的合规计划。因此,刑法没有强制企业建立合规制度,更没有对不建立合规制度的企业进行惩罚,而是通过正向激励措施诱导企业选择合规。

(二)正向激励型合规的规范特点

首先,企业合规是一种自我规制,是通过对合规企业给予正向激励的方式促使其自我监管、自我反思的机制。^③具体而言,自我规制首先意味着企业具有是否建立合规制度的选择权。一方面,企业合规并非企业规避风险的唯一途径,而且往往意味着企业要承担更多的义务,因而是否建立合规制度,最终的选择权在企业;另一方面,自我规制意味着企业而非行政机关在合规管理中占据主导地位。自我规制是国家利用私人主体的自律性行为间接达成规制目的的手段。^④在企业合规中,企业不仅需要对生产经营的各个环节进行全程监管和实时监控,而且需要通过必要的整改措施和制度补救及时纠正违规行为。企业成为确保自身合法合规经营的第一责任人和主要监管者。

其次,企业合规体现出合作司法和协商司法的理念。在传统刑事司法过程中,公权力的运行过程体现出明显的单方性和封闭性,企业一方处于执法对象的被动地位。但现代法理论认为,打击违法犯罪并不只是国家的责任,而是需要国家、社会、个人等所有力量共同合作才能完成。在企业合规中,法律通过不起诉、不处罚等激励措施诱导企业放弃对抗执法行为,使得企业的角色从公权力的对抗者向合作者转变。企业为了换取宽大的刑事处理,需要配合公权力机关的执法行为。如此一来,公民和公权力机关之间从传统的对抗关系转变为合作关系,体现出合作协商的理念与原则。^⑤

最后,企业合规体现出优化营商环境、推进包容审慎监管的理念。随着国家有关保护民营企业的政策和措施不断出台,司法机关也将对民营企业的特殊保护列为一项新型的刑事政策。正是在这样的背景之下,检察机关将企业合规引入刑事诉讼之中,不断开展合规不起诉、合规暂缓起诉的制度探索。涉案企业合规改革的启动恰恰在中央提出“六稳六保”政策之后,因而有学者直接指出,“涉案企业合规制度的设计初衷,就是希望大幅度减少刑事追诉活动对企业正常经营活动的‘副作用’,即一方面解决企业涉嫌犯罪的刑事责任追究问题,另一方面实现‘保企业’的政策目标”^⑥。法律对于采取合规管理的企业给予不起诉、不处罚等正向激励,正是为了降低企业的风险,防止企业因为被起诉或者被定罪而被判“死刑”。因此可以说,优化营商环境、推进包容审慎监管是企业合规的基本底色。

^① 参见李奋飞:《论企业合规考察的适用条件》,《法学论坛》2021年第6期。

^② 参见陈瑞华:《企业合规制度的三个维度——比较法视野下的分析》,《比较法研究》2019年第3期。

^③ 参见陈瑞华:《论企业合规的性质》,《浙江工商大学学报》2021年第1期。

^④ 参见高秦伟:《社会自我规制与行政法的任务》,《中国法学》2015年第5期。

^⑤ 参见陈卫东:《从实体到程序:刑事合规与企业“非罪化”治理》,《中国刑事法杂志》2021年第2期。

^⑥ 时延安、孟姝:《涉案企业合规改革中的企业自主权与行政规制问题》,《北方法学》2023年第6期。

(三)正向激励型合规的功能

基于上述理念而存在的正向激励型合规,具有以下三方面的重要功能。

其一,降低企业经营负担,减少企业被起诉和被处罚的风险。对于企业来说,合规实质上是一种重要的出罪出罚机制。对一个企业提起公诉,在某种意义上相当于变相判处该企业“死刑”,即使该企业最终没有被定罪处罚,复杂而漫长的刑事诉讼程序本身也会给企业的正常生产经营带来严重影响。如果企业被判处承担刑事责任,那么这种打击对于企业来说更是毁灭性的。而企业合规提供了一种出罪出罚的可能,避免了企业和高级管理人员被定罪判刑的结果,“避免了企业失去交易资格、被迫退市、无法上市甚至被吊销营业执照的危险,使得企业和企业家的命运得到挽救,防止了企业可能出现的停产停工甚至破产倒闭的结果”^①。

其二,减轻检察机关、司法机关负担,避免“外部监管陷阱”。现代社会,随着企业规模的不断扩大,公司内部的治理结构和经营活动日趋复杂,这也使企业的违法犯罪活动越来越隐蔽,无论是检察机关还是法院,调查和惩处企业违法犯罪行为的难度也相应加大。^② 由于公权力机关资金、人员和能力等方面的有限性,传统的外部监管方式捉襟见肘,催生选择性执法、运动式执法等问题。企业合规与传统的外部监管方式不同,它是一种自我规制行为。企业通过自我管理、自我识别、自我化解可能存在的违法经营行为等方式,达成依法依规经营的目标。在这一过程中,虽然公权力机关需要对企业进行必要的指导和监督,但并非对企业的生产经营活动进行事无巨细的监管。企业为了追求不起诉或者减免处罚的正向效果,必须采取积极有效的管理和补救措施。企业与公权力机关形成良好的合作关系,既有利于降低监管成本,也有利于实现高质量监管。

其三,有效保护社会公共利益。我国刑事诉讼中引入企业合规,本身就是出于保护社会公共利益的考量。有学者指出,公共利益考量是合规不起诉的重要理论根据。如果检察机关在起诉企业时过度消耗司法资源,并且引发企业倒闭、员工失业、经济滑坡等严重的附带后果,可以选择暂缓起诉协议和不起诉协议等方式应对企业犯罪。^③ 企业是由自然人组成的拟制实体,对企业科处罚金,容易引发处罚“溢出”效应,最终必然影响员工、债权人、合作者等无辜第三人的利益。^④ 合规制度的建立,一方面可以督促企业通过自我规制及时发现和改正违法行为,从根本上防止危害公共利益行为的发生;另一方面也可以降低企业的风险,避免对企业的处罚殃及无辜第三方利益,从而维护社会公共利益。

综上,正向激励型合规的基本制度构造可以概括为两方面,即企业的合规经营和法律的正向激励。其中,企业合规的义务范围较为宽泛,不仅包括法律法规规定的义务,还包括道德性义务,因此企业合规往往也不是强制的。但这并不意味着国家完全放任企业自主选择是否建立合规制度,法律往往通过减免处罚等正向激励诱导企业合规。刑法虽不强制企业选择合规制度,但是通过激励措施将企业的行为向着公益所希望的方向进行诱导。这样一种合规制度体现出自我规制、合作协商以及包容审慎监管的特点,具有降低企业生产经营风险、减轻公权力机关负担以及维护社会公共利益的重要作用。

三、企业合规的异化:行政法上的强制合规

企业合规最先出现在刑事诉讼中,其表现形态就是正向激励型合规。行政法上同样也存在正向激励型合规。但是在行政法上,除正向激励型合规之外,还存在另一种模式的企业合规,即强制合规。

^① 陈瑞华:《刑事诉讼的合规激励模式》,《中国法学》2020年第6期。

^② 参见李奋飞:《论企业合规考察的适用条件》,《法学论坛》2021年第6期。

^③ 参见刘艳红:《刑事实体法的合规激励立法研究》,《法学》2023年第1期。

^④ 参见熊樟林:《企业行政合规论纲》,《法制与社会发展》2023年第1期。

（一）行政法上强制合规的基本构造与规范特点

法国是最早建立强制合规的西方国家。2016年底,法国通过了《萨宾第二法案》,该法案要求满足一定条件的企业采取积极措施建立合规制度,对于未能建立合规制度的企业,即便其没有发生违法违规行为,行政部门也要对企业及其高级管理人员作出罚款。^①在我国,强制合规同样存在,而且相比于正向激励型合规,强制合规似乎更受青睐。例如,我国《保险法》第85条和第86条规定,保险公司应当聘用专业人员,建立合规报告制度,制定并报送合规报告。聘用不具有任职资格人员的,编制或者提供虚假报告的,未按照规定报送或者保管报告的,行政机关可以予以处罚。再如,《证券法》和《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》规定,对于未能有效建立合规制度的证券基金经营机构,情节严重的,对证券基金经营机构及其直接负责的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员,处以警告、3万元以下罚款。此外,2021年《反洗钱法(修订草案公开征求意见稿)》同样引入了强制合规制度。该草案第24条规定,在中华人民共和国境内设立的金融机构及其境外分支机构应当在集团层面建立统一的反洗钱合规体系,国务院反洗钱行政主管部门和国务院有关金融监督管理机构可以根据本法对其实施监督管理。同时,该草案第51条规定,没有依法建立和实施反洗钱合规体系等内部控制制度的机构,行政机关可以责令改正,情节严重的,可以给予警告、罚款以及限制开展相关业务等行政处罚。

据此可以发现,行政法上的强制合规具有以下特点。首先,强制合规带有明显的义务性和强制性。与正向激励型合规不同,在强制合规下,企业被科处建立合规制度的法律义务。企业不具有与行政机关“讨价还价”的空间,是否建立合规制度、建立何种合规制度等都由行政机关最终决定。企业没有建立合规制度或者合规制度不完善的,还可能面临行政机关的行政命令和行政处罚。其次,强制合规本质上是一种外部监管。在强制合规中,企业被科处建立合规制度的法律义务,相应地,行政机关必须承担起监督企业是否履行义务的监管职责。在这种监管关系中,行政机关占据主导地位,企业成为被监管的对象。虽然合规制度的建立仍然是以企业自身为主,但是行政机关需要对企业合规进行监督和管理,企业的行为必须在行政机关的监管之下进行,并且符合法律的强制标准。行政机关未履行监管职责或者履行不到位的,可能构成行政不作为。最后,在法律后果上,企业建立合规制度未必能得到正向激励,但是企业没有建立合规制度或者合规制度不完善将面临行政命令和行政处罚等负面后果。这是强制合规不同于正向激励合规的最大特点,它不是通过给予合规企业正向激励来促使企业主动选择合规,而是通过对未能建立合规制度的企业施加行政命令和行政处罚,通过惩罚的威慑力量迫使企业不得不选择合规的制度。

由此可以看出,强制合规与正向激励型合规在基本理念和制度构造等方面并不相同,反而与传统的“命令—服从”式执法更为接近。强制合规在秩序的形成上倚重行政机关的力量,在守法的动力上寄希望于行政机关的外部控制,在监管环节上注重命令和制裁,手段上注重刚性方式,种种特点与传统执法方式不谋而合。^②因此,强制合规虽然有合规之名,却无自我监管、正向激励之实,实质上与传统执法方式并无不同。

（二）对行政法上强制合规合理性的反思

对于行政法上的强制合规,有学者指出其具有积极的意义:“在中国特有的国情下,这种行政压力机制的存在,对于企业建立合规管理体系,构成了一种有效的动力机制。”^③但笔者认为,强制合规违背了企业合规的基本理念,注重监管而忽视激励,实质是一种“假合规”。

1. 从激励到惩罚:企业合规动力不足

^① 参见陈瑞华:《论企业合规在行政监管机制中的地位》,《上海政法学院学报》2021年第6期;尹云霞、李晓霞:《中国企业合规的动力及实现路径》,《中国法律评论》2020年第3期。

^② 关于传统行政执法方式的特点,参见杨伟东:《行政监管模式变革》,《广东社会科学》2015年第1期。

^③ 陈瑞华:《论企业合规的中国化问题》,《法律科学》2020年第3期。

企业合规制度自建立初始就与正向激励措施紧密联系在一起,“合规激励机制的存在,是企业合规制度得到企业高度重视并迅速向全世界推行的关键原因之一”^①。在传统的行政监管手段之外推行企业合规,就是为了通过给予合规企业正向激励,降低其生产经营的风险,减轻其负担。这样一来,企业合规的正向激励和传统行政监管手段可以形成有机结合,共同组成“胡萝卜+大棒”的执法模式。但是强制合规为企业设定建立合规制度的义务,并辅以行政处罚,将激励模式重新变为惩罚模式,最终形成了“大棒+大棒”的双重强制模式,反而为企业增加了额外负担和风险。

具体而言,一方面,强制合规为企业设定了额外的合规义务,增加了企业的负担。前文已述,企业合规中“规”的外延要远大于“法”,因而对于企业来说,选择合规制度并非百利而无一害,其除了建立合规部门增加经营成本之外,还会让竞争对手在企业按照合规要求披露并纠正违法行为的过程中发现其弱点,随时对其发起攻击。^②因而有学者直接指出,合规对于企业来说可能是一种制裁,^③“企业一旦被纳入合规考察,就需要承担诸如积极配合、补救挽回、提交合规计划、接受合规监管等义务”^④。在正向激励型合规中,是否建立合规制度,选择的主动权掌握在企业手里。而在强制合规中,企业不具有自主选择权,只能按照法律法规的要求建立统一的合规制度。将这种成本强制加在企业头上,无疑进一步加重了企业的负担,从根本上增加了企业对合规的抵触情绪。

另一方面,强制合规以命令和处罚作为强迫企业建立合规制度的手段,增加了企业的被处罚风险。前文已述,企业合规制度的建立目的就是防控和化解企业的经营风险,尽量减少企业可能受到的处罚。这正是合规与正向激励措施紧密结合的理由。但在强制合规之下,正向激励措施变为负面处罚措施,这不仅彻底阻绝了企业被减免处罚的可能,而且还增加了新的被处罚风险,即由未选择合规带来的被处罚风险。防控风险的机制却造成新的风险,这将对企业建立合规制度的积极性造成两方面的影响:其一,正向激励机制的缺失削减了企业的合规动力;其二,惩罚措施的导入极有可能激起企业的抵触和反感。传统的处罚风险和由强制合规带来的新处罚风险构成“大棒+大棒”的执法模式,不仅增加了企业的负担,而且还有构成“二重处罚”的嫌疑。

2. 从自我规制到行政监管:行政机关负担加重

自我规制是企业合规的另一重要特征。“合规的终极目的是扭转企业治理理念,将企业从‘被动监管’和‘事后监管’,调整至‘自我治理’和‘事前防控’。”^⑤正向激励型合规以企业的自我规制和内部监管为核心,辅之以行政机关的指导和正向激励,一方面极大地提高了企业的积极性,另一方面减轻了行政机关的负担。但在强制合规中,行政机关再次回到监管者的传统地位,需要对企业是否建立合规制度、合规制度是否合法等事项进行严密监管。这样的做法无疑会大大增加行政机关的负担。

具体而言,强制合规将从直接和间接两方面增加行政机关的负担。一方面,强制合规实质上在传统监管职责之外为行政机关增加了合规监管职责,直接增加了行政机关的负担。企业合规制度之所以受到青睐,本就是因为它可以减轻行政机关的负担,^⑥然而强制合规不仅没有化解行政机关负担过重的难题,反而为行政机关增加了监管企业建立合规制度的新负担。对于行政机关来说,合规制度是否合理、是否有效、合规计划是否符合标准、整改措施是否到位等专业问题的判断并非易事。在传统的监管职责之外继续对企业合规进行监管,无疑增加了行政机关的负担。

① 陈瑞华:《论企业合规的中国化问题》,《法律科学》2020年第3期。

② 黎宏:《企业合规不起诉:误解及纠正》,《中国法律评论》2021年第3期。

③ 参见刘艳红:《企业合规不起诉改革的刑法教义学根基》,《中国刑事法杂志》2022年第1期。

④ 李奋飞:《论企业合规考察的适用条件》,《法学论坛》2021年第6期。

⑤ 熊樟林:《企业行政合规论纲》,《法制与社会发展》2023年第1期。

⑥ 工程建设领域中行政监管困境及建设企业合规制度的必要性,参见周佑勇:《契约行政理念下的企业合规协议制度构建——以工程建设领域为视角》,《法学论坛》2021年第3期。

另一方面,强制合规使得合规制度本应具有的降低行政监管成本的作用不复存在,间接增加了行政机关的成本。有学者指出,传统的行政监管模式容易掉进“威慑陷阱”,具有外部监管失灵的风险,企业合规制度的引入,可以有效解决外部监管失灵的问题,降低行政机关的监管成本。^①但是,上述作用的发挥是以正向激励型合规为前提的。因为只有在正向激励型合规下,企业为了争取行政机关的宽大处理,才会放弃对抗立场转而与行政机关展开合作,行政机关才有不必事必躬亲的可能。但在强制合规之下,自愿变为强制、奖励变为惩罚。失去了正向激励措施,企业建立合规制度的积极性大大降低,行政机关与企业的关系又从合作者变为对抗者,企业合规制度本应具有的积极效果也会大打折扣,间接增加了行政机关的负担。

3. 从合规到监管:最终影响社会公共利益

从某种意义上讲,前文所述企业合规动力不足、行政机关负担加重等负面效果仍是一种过程性效果,强制合规最终影响的还是社会公共利益。强制合规为企业增加了额外的义务,也没有减轻其负担,不仅无法实现优化企业营商环境的目的,反而给企业新增由不合规带来的被处罚风险。而且,强制合规不仅没有降低行政机关的成本,也没有减轻其负担,反而增加了行政机关的职责和任务,提高了执法难度。如此一来,企业合规的优势荡然无存,最终影响的必然是社会公共利益。

除此之外,在强制合规模式下对企业科处处罚,容易引发处罚“溢出”效应,最终必然影响员工、债权人、合作者等无辜第三人的利益。强制合规模式之下,行政机关处罚的对象虽然是企业,但企业是自然人组成的拟制组织,对企业科处处罚,最终影响的一定是自然人。对于企业来说,普通员工实际上并没有决定是否建立以及如何建立合规制度的决策权,然而当企业没有履行建立合规制度的义务时,受到处罚的虽是企业,最终影响的却是普通员工的利益。不仅如此,如果对企业处罚过重,影响其正常生产经营,势必会对企业的债权人、合作者等其他人的利益造成损害,甚至可能引发宏观经济波动,最终影响社会公共利益。可能会有反对者认为这种说法危言耸听,行政处罚作为传统执法手段一直存在,不仅不会影响公共利益,反而是维护公共利益的重要手段。但这种观点实则经不起推敲。可以说,正是由于天价罚款、吊销执照等行政处罚可能对企业生产经营造成致命冲击,国家才不得不寻找新的监管手段,使企业既不会因行政处罚而被事实上判处“死刑”,又能够改正违法行为、依法生产经营。正向激励型合规恰好具有这样的功能,而强制合规则正好相反,它不仅没有起到“减负”的作用,反而增加了企业被处罚的风险。如果这种风险变为现实,那么最终受损的还是社会公共利益。

总而言之,行政法上的强制合规并不合理。企业合规的本意是通过企业的自我规制减轻行政机关负担,同时通过不予处罚、减免处罚等方式为企业降低风险,最终形成企业可持续发展和维护社会公共利益的双赢局面。但强制合规反而为企业设定了新的义务,增加了新的风险,同时将行政机关重新推到前台,为其增加新的监管义务。这样的合规与传统行政执法实质相同,消解了企业合规制度的实质内涵,与合规制度的基本理念南辕北辙,最终将损害社会公共利益。

四、行政法上强制合规的调整:迈向正向激励型合规

相较于刑事诉讼领域中企业合规的推进与展开,行政法上的企业合规相对稚嫩。但是与传统的行政执法手段相比,企业合规有难以代替的优势。正如有学者指出,企业合规虽然不一定是最好的公司治理方式,但至少有助于防范合规风险,是一种可以产生较少后果和代价的激励机制。^②因此可以想见,行政

^① 参见熊樟林:《企业行政合规论纲》,《法制与社会发展》2023年第1期;陈瑞华:《论企业合规的基本价值》,《法学论坛》2021年第6期。

^② 参见陈瑞华:《论企业合规的基本价值》,《法学论坛》2021年第6期。

法上的企业合规有着广阔的适用空间和潜力。然而需要注意的是,行政法上的强制合规并不可取,它在理念、手段、方法上均与正向激励型合规背道而驰。因此,如果我们希望在行政法中建立合规制度,那么就应当将强制合规向正向激励型合规转变。

(一)坚持企业自我规制的基本理念

要想发挥企业合规降低企业风险、减轻行政负担的功能,就要坚守企业合规的自我规制理念。利用行政机关的外部监督迫使企业建立合规制度的做法违背了企业合规的本质特征,也消解了合规制度的积极意义。因此,如果我们仍将企业合规视为优化营商环境、创新监管方式的重要手段,那么就必须严守企业合规的自我规制理念,防止企业合规重新掉进传统行政执法的“外部监管陷阱”。

在宏观层面,企业合规制度的建立应当坚持辅助性原则和合作性原则。辅助性原则即补充性原则,其基本理念是直接关系私人生产生活的决定,应当由最接近其本身的单位优先作出,只有较低层级的单位不能胜任时,才能由其上级单位作出。^①具体而言,辅助性原则有消极层面和积极层面两个面向:前者强调私人的主体地位,要求排除来自政府的不合理干预,即下位主体可以完成的任务,上位主体原则上不得干预;后者强调政府的保障作用,要求行政机关适时适度的干预,即下位主体无法实现相应目标时,上位主体应当进行适当的干预。^②在企业合规中,行政机关一方面应当充分尊重企业在建立合规制度中的选择意愿和主体地位,不宜给企业强加合规义务,更不宜“大包大揽”,对企业建立合规制度进行事无巨细的监管。这种做法只会增加企业的抵触情绪,加重行政机关的负担。另一方面,行政机关不能在企业合规中缺位,而应当为企业建立合规制度提供必要的指导和帮助。在企业选择合规整改而得到减免处罚等情况下,行政机关还需对企业的后续整改措施进行监督,发挥合规保障者的作用。

合作性原则强调“行政任务并非仅仅属于国家的责任,也非仅仅依靠社会或市场等单方面的民间力量可以达成,而是需要国家、社会、个人等所有力量的共同合作才能完成”^③。在传统行政中,行政活动的实施多以命令、处罚等强制手段展开,行政执法过程体现出明显的单方性和封闭性。相应地,传统行政法也深受官民对峙思想的影响。无论是强调维护公共利益的管理论还是强调保障私人权益的控权论,都将行政机关与公民视为利益相对的双方,只是二者强调的重点不同,“它们都具有公私对抗的基因,而没有公私合作的品格”^④。与此相对,合作性原则强调公私合作,将社会力量、私人力量引入公共管理中,与政府合作承担公共任务。在这种理念之下,行政相对人从行政管理的客体转变为共管共治的主体,行政手段也从单一的命令强制性手段转变为包含协商、沟通、走访等非强制手段在内的多样化手段。^⑤在企业合规制度的建设和实施中,应当注重建立企业与行政机关之间的良好合作关系,充分发挥企业自身的主体地位,注重激发企业建立合规制度的积极性。为此,应当重视正向激励手段的重要作用,利用不予处罚、减免处罚等方式诱导企业配合行政机关工作,通过正向激励措施将企业自身利益和社会公共利益结合起来,消减企业对合规制度的抵触感和戒备心,最终实现企业良性发展和维护社会公共利益的双赢局面。

在微观层面,在辅助性原则和合作性原则的指引下,企业合规制度的建构应沿着循以下路径展开。首先,坚持企业的自主选择权。建立合规制度并非企业依法依规生产的唯一选择,当企业认为可以通过其他方式和途径达到同样目的,或者合规正向激励带来的收益小于建立合规制度的成本时,选择其他手段更加符合企业的意愿。因而,是否建立合规制度应当由企业自身判断,而不宜由行政机关“一刀切”地

① 参见章志远:《迈向公私合作型行政法》,《法学研究》2019年第2期。

② 参见毕洪海:《国家与社会的限度:基于辅助原则的视角》,《中国法律评论》2014年第1期。

③ 章志远:《迈向公私合作型行政法》,《法学研究》2019年第2期。

④ 邹焕聪:《社会合作规制与新行政法的建构——从疫情群防群控切入》,《政治与法律》2022年第3期。

⑤ 参见江国华:《行政转型与行政法学的回应型变迁》,《中国社会科学》2016年第11期。

强制命令。其次,坚持企业在合规制度建设中的主导地位。企业合规是一种自我规制,对于规制目标以及手段的选择,企业比行政机关更具有选择优势,能够以差异化、个性化的解决方案实现政府规制无法通过单一手段达到的效果,因而应当发挥企业自身在合规承诺、风险分析、合规沟通、合规组织和合规记录等方面的主导作用。^①换言之,即使企业选择建立合规制度以规避风险,也不意味着行政机关应当事无巨细地监管企业建立合规制度,企业而非政府应当成为建立合规制度的第一责任人。最后,发挥行政机关的辅助和保障作用。当企业需要行政机关的专业指导时,行政机关应当提供必要的指导和帮助,否则可能构成行政不作为。具体而言,行政机关可以通过发布合规指引、作出行政指导等方式帮助企业建立合规制度。^②发布合规指引是指一种抽象行为,可以从一般意义上为企业建立合规制度提供基本指南和标准范本。行政指导则是一种具体的行为,是在企业同意的情况下对其采取建议、辅导、规劝、提醒,助力其建立合规制度的行为。发布合规指引和作出行政指导都不具有强制力,这些做法一方面可以保证企业的自主选择权利,另一方面可以为企业提供帮助,使企业自主和行政保障达成较为理想的平衡。

(二)完善正向激励措施

可能有学者会认为,如果放弃给企业创设强制合规义务、放弃对不建立合规制度的企业进行处罚,企业将失去建立合规制度的动力。但笔者认为,这种观点恰恰表现出对传统“命令—服从”模式的盲目信赖和路径依赖。诚然,放弃给企业设定强制合规义务和科处罚款的确会对企业建立合规制度产生影响,但是本文并非主张从法律后果层面放弃对企业是否建立合规制度进行引导,相反,本文主张加强对建立合规制度的企业的正向激励,通过合理且有效的正向激励诱导企业主动建立合规制度。

法律制度发挥作用存在两种基本模式,即正向的奖励模式与负面的惩罚模式。与惩罚模式相比,奖励模式可以增进行为主体的快乐体验,增强其克服困难的意志力,调动起积极守法的行为。“奖励模式不仅有助于满足人的需要,满足人对物质与精神需求的渴望,而且也是对行为主体的行为能力与自身价值的认可,是对行为主体自我认识的肯定,从而可以持续调动人的积极性。”^③正是因为奖励模式具有上述优势,我国实定法上也开始增加奖励模式的运用,通过赋予权利、增加收益、减免义务、减少成本等方式给予行为人正向激励,诱导其从事法律所希望的行为。^④在激励手段上,我国法律中存在增加权益以及减免负担两种方式。^⑤在激励客体上,法律既可以选择给予金钱、权利、资格等物质性奖励,也可以选择给予表扬、嘉奖等精神性奖励。

对于企业合规来说,完善正向激励措施比建立负面惩罚措施更加合理。正如前文所述,企业合规要求企业履行更多的义务、实现更高层次的合规经营,因此对建立合规制度的企业给予奖励比对未建立合规制度的企业科处罚款更加合理。只有这样,才能充分调动企业合规的积极性,促进企业和行政机关建立良好的合作关系。在我国,证券监管领域和反不正当竞争执法领域已经存在一些针对合规的正向激励机制,但有学者指出,目前我国的合规激励机制带有明显的局部性和试验性,远没有发展成一种普遍化的行政监管激励机制,并且主张发挥行政和解等措施对合规的激励作用。^⑥也有学者指出,应当完善合规激励的规范根据,建立多样化的激励模式和有效的效果保障机制。^⑦这些观点具有重要的参考价值,但

^① 参见孙娟娟:《从规制合规迈向合作规制:以食品安全规制为例》,《行政法学研究》2020年第2期。

^② 这些方式在我国行政实践中已有一定程度的展开,参见陈瑞华:《论企业合规在行政监管机制中的地位》,《上海政法学院学报》2021年第6期。

^③ 丰霏:《法律治理中的激励模式》,《法制与社会发展》2012年第2期。

^④ 参见胡元聪:《我国法律激励的类型化分析》,《法商研究》2013年第4期。

^⑤ 前者例如《防沙治沙法》第34条规定,使用已经沙化的国有土地从事治沙活动的,经县级以上人民政府依法批准,可以享有不超过七十年的土地使用权。后者例如《反垄断法》第56条第3款规定,经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的,反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。

^⑥ 参见陈瑞华:《论企业合规的中国化问题》,《法律科学》2020年第3期;陈瑞华:《论企业合规在行政和解中的适用问题》,《国家检察官学院学报》2022年第1期。

^⑦ 参见王诚、魏雅雪:《企业合规治理:平台经济反垄断行政执法新视角》,《东岳论丛》2022年第4期。

仍未尽善,建立普遍化的合规激励机制应当继续完善以下制度和规则。

首先,将企业合规规定为不予行政处罚的法定事由。目前我国《行政处罚法》中规定了三种不予处罚的情形,即第 33 条第 1 款的“轻微违法不罚”“首违可以不罚”以及第 2 款的“无过错不罚”,并不包含企业合规的内容。实际上,根据企业建立合规制度与发生违法行为的先后时序,可将企业合规划分为日常性合规和整改合规两种类型。^① 日常性合规是指企业在违法行为发生之前,在日常生产经营中已经建立合规制度、开展合规管理。此时如果发生违法行为,可以将企业与企业工作人员的行为分别对待:客观上实施违法行为的是企业工作人员,应当对其进行处罚,而企业由于建立了合规制度,不具有可归责性,可以被认为没有主观过错而不被处罚。因而这种情形可以适用《行政处罚法》中的“无过错不罚”的条款。不过,为了凸显合规制度独特的地位和价值,也可以在第 33 条第 2 款后增加一句,规定企业在日常管理中已经建立合规制度并严格遵守合规制度从事生产经营活动的,没有主观过错,不予处罚。整改合规是指违法行为发生之后,企业已经面临行政机关调查时,针对自身在生产经营方面存在的漏洞和隐患,进行有针对性的制度修复和错误纠正,以换取行政机关宽大处理的合规模式。在这种情形下,企业由于没有建立日常性合规制度,因而无法适用“无过错不罚”的规定。在刑事诉讼领域,有学者指出企业可以在检察机关考虑整改合规从宽效果后作出相对不起诉决定时,被免除处罚。^② 然而在行政法领域,除上述“无过错不罚”之外,《行政处罚法》只提供了“轻微违法不罚”以及“首违可以不罚”两种可能的不予处罚情形。虽然有学者指出这两项规定可以为整改合规提供一定的免罚空间,^③但其适用对象仍然限制在违法行为轻微、首次违法等情形,范围较窄。因而笔者认为,为了更好发挥企业合规的作用和功能,可以在《行政处罚法》第 33 条中增加一款作为新的第 3 款,规定违法行为发生之后,企业选择合规整改并且得到行政机关认可的,可以不予处罚。

其次,将企业合规规定为减轻处罚、免于处罚的法定事由。企业合规并不能成为绝对的不予处罚事由,当企业合规制度存在瑕疵,或者企业未能严格遵守合规制度开展生产经营时,免除对企业的行政处罚显然不当。但在这种情况下,企业毕竟付出努力尝试避免违法,行政机关在作出处罚决定时,可以考虑相关情节酌情从轻处罚或者减轻处罚。换言之,企业合规不仅是是否“归责”的考量要素,同时也是如何“量责”的考量要素。^④ 我国《行政处罚法》第 32 条规定了从轻处罚、减轻处罚的内容,但没有对企业合规进行专门规定。基于上述理由,笔者认为《行政处罚法》第 32 条可以增加一款作为第 2 款,规定企业在日常性经营中建立合规制度但存在未能有效履行和实施等瑕疵,或者企业在违法行为发生后承诺进行合规整改但整改不到位的,行政机关可以酌情从轻或减轻处罚。

最后,完善增加权益型奖励机制以诱导企业合规。上述不予处罚,从轻、减轻处罚等激励措施属于减免负担型激励措施,除此之外,还可以通过增加权益型措施给予企业更积极的激励。具体而言,这种激励措施可以包括给付金钱、授予特权、赋予资格以及通报表扬等多种手段。其中尤其应当注意赋予资格、通报表扬等非金钱激励措施对于企业的诱导作用。一方面,企业是以营利为目的的组织单位,赋予其从事某种生产经营的资格或权利实际上增加了企业的活动范围和领域,拓宽了企业的盈利渠道,对其具有积极的诱导作用;另一方面,通报表扬等措施可以给予合规企业正面表彰与激励,它与通报批评、列入失信人名单等措施同样属于政府治理中的信用工具,但在信息内容和法律结果上与通报批评等正好相反。这类措施虽然没有直接给予企业物质激励,但却有利于企业建立良好的行业信誉,对企业的激励效果不可忽视。因此,政府可以考虑在失信企业名单之外建立良好信誉企业的“白名单”,将依法合规经营的企业列入“白名单”,并通报表扬,通过信誉激励诱导企业主动建立合规制度。

① 参见陈瑞华:《有效合规管理的两种模式》,《法制与社会发展》2022 年第 1 期。

②④ 参见刘艳红:《企业合规责任论之提倡——兼论刑事一体化的合规出罪机制》,《法律科学》2023 年第 3 期。

③ 参见熊樟林:《企业行政合规论纲》,《法制与社会发展》2023 年第 1 期。

结 语

企业合规不是一阵风,而是一场关于企业管理的深刻革命。本文对行政法上应当如何构建企业合规制度进行了探讨,但从某种意义上说,这种探讨也是初步的。企业合规如何与依法行政原则相协调,合规不处罚应当适用于哪些种类的企业、适用于哪些类型的违法行为,企业合规第三方监管机制应当如何构建等重要问题仍有待学界和实务界的探索。但可以肯定的是,在持续优化营商环境,深入推进包容审慎监管的大背景下,企业合规作为降低企业生产经营风险、转变行政执法方式的重要举措,在助力企业可持续发展和提高公共治理能力方面有着不可代替的作用。企业合规具有广阔的适用空间,但如果我们希望行政法领域开展企业合规,那么就应当坚持正向激励型合规的基本模式,放弃强制合规。

行政法上的强制合规通过命令和惩罚威慑企业建立合规制度,实际上与传统的行政执法方式无异,不仅无法降低企业的风险,反而为企业设定了新的义务、增加了新的风险。同时,强制合规将行政机关重新推到前台,使其在履行传统监管责任之外又被科处新的合规监管义务,进一步加重行政机关的负担。因此,强制合规模式并不可取,应当坚持开展企业合规的初心,坚持企业在建设合规制度中的主导地位,同时通过不断完善激励措施诱导企业依法合规经营。唯有如此,企业合规才可以发挥助力企业发展、减轻行政负担的作用,最终形成推动企业可持续发展和维护社会公共利益的双赢局面。

〔作者王明喆,法学博士,南京师范大学法学院讲师、中国法治现代化研究院研究员。南京 210023〕

责任编辑:王 莉