

文章编号:1008-8717(2023)04-0070-07

企业合规第三方监管人制度研究

沈 磊

(北京大学法学院, 北京 100871)

摘要:我国检察机关在企业合规改革中不断探索着第三方监管人制度。我国的企业合规监管人制度主要包括检察机关监管模式、行政机关监管模式、第三方监管人监管模式。本文主要对我国各地的第三方监管人的名录库、职责和权力、监管费用、监管期限、监督机制等问题进行了探讨。

关键词:企业合规;监管模式;第三方监管人;第三方机制

中图分类号: D925 文献标识码: A

DOI:10.15907/j.cnki.23-1450.2023.04.006

Research on the Third-party Supervision System of Corporate Compliance

SHEN Lei

(School of Law, Peking University, Beijing 100871)

Abstract:China's procuratorial organs have been exploring the third-party supervision in the corporate compliance reform. China's corporate compliance supervision system mainly includes the procuratorial organ's supervision, the administrative organ's supervision, the third-party's supervision. This article mainly discusses the directory database, responsibilities and power, cost of supervision, supervision period and re-supervision mechanism of the third-party monitors in China.

Key words:corporate compliance; regulatory mode; third-party monitor; third-party mechanism

一、问题的提出

为了加强对民营企业的保护,也为了发

挥检察机关在社会综合治理中的作用,我国

检察机关开始推行企业合规不起诉制度。

收稿日期: 2023-03-25

基金项目: 本文系 2021 年度中国法学会部级课题“监检衔接机制研究——以职务犯罪调查制度为重点”阶段性成果(课题编号:CLS(2021)D65)

作者简介: 沈 磊(1977-),男,北京大学法学院在读硕士研究生,主要从事刑事诉讼法学研究。

检察机关在探索合规不起诉制度的同时也在探索着监管制度的建设,而监管制度中的一个亮点就是其引入的第三方监管人制度。第三方监管人既不是检察官,也不是企业内部人员,而是指那些接受检察机关的聘请,协助涉案企业推进合规管理体系建设的外部专业人员。截止到 2022 年 6 月,我国第三方监管人的实践应用过程大体可分为各地方探索应用阶段和最高检统一部署阶段。2020 年 3 月起的试点改革中,深圳市宝安区和深圳市南山区等多地的检察院启用了这一制度,进入了第三方监管人的各地方探索应用阶段。2021 年 6 月,最高检等九部门联合印发《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)》(以下简称《第三方机制指导意见》),作为涉案企业第三方监督评估机制(以下简称“第三方机制”)的第三方监管人在全国范围内得到推广,这标志着第三方监管人的实践应用进入最高检统一部署阶段。2021 年 9 月,国家层面的涉案企业合规第三方机制管委会宣告设立。此后,有多份关于第三方机制或其工作机制的规范性文件陆续发布。除了发布规范性文件,最高检还在 2021 年和 2022 年陆续公布了三批企业合规典型案例,这些典型案例中大都有第三方机制的参与。到 2022 年 6 月,全国的涉企合规案件共计 1700 多件,其中有六成以上的案件都适用了第三方机制。^①

第三方监管人自应用以来,引发了实务界和理论界的广泛关注。笔者从比较法的角度入手,探讨与第三方监管人制度相类似的国外制度,探讨我国企业合规监管包括哪些模式及第三方监管人制度有何特点和优势,存在哪些具体问题?笔者将围绕这些重要问题展开论述。

二、美国的第三方监管人制度

第三方监管人制度来源于美国。美国的独立合规监管人(Independent Compliance Monitor)是指美国司法部或者证监会委派给公司的第三方个体或机构,其职责是评估和监管公司对暂缓起诉协议和不起诉协议等的执行情况。2008 年的《Morford 备忘录》和 2018 年的《Benczkowski 备忘录》等文件对监管人的选择和工作范围等问题进行了规定。美国的司法实践中如何选择监管人呢?美国司法部的标准主要是“经济性”,具体是指聘用监管人对公司和公众带来的收益以及对公司带来的成本,如果公司的合规体系足以使其实现合规就不必聘请监管人。而美国证监会在选择监管人时的标准主要是“针对性”,即不追求监管范围的全面性,而是对监管人的要求要适应被监管公司的具体情况。在美国,合规监管人的选任采用的是“企业提名—政府审查”模式。《Benczkowski 备忘录》规定了美国司法部在刑事案件中选择监管人的程序:(1)公司提名三个候选人;(2)负责的检察官会同本部门的主管对候选人进行初选;(3)常设委员会在收到《监管人推荐备忘录》后,投票决定接受或不接受推荐的人选;(4)部长助理审阅常设委员会的建议;(5)副部长办公室作出批准或不批准的决定。而相比之下,美国证监会对公司所推荐的监管人人选则更为尊重一些。

监管人会根据监管范围组建律师团队,如果有需要的话会选择有反腐败经验的律师,此外团队里通常还会有法务会计师。一份名为《解决协议》(Resolution Agreement)的文件会规定对监管人的要求。监管人在组建完合规团队后,会根据《解决协议》制定工作计划,政府和公司都会参与制定并提出

相应诉求。监管人评估的范围包括:(1)合规的政策和程序;(2)合规的监管职能及其独立性;(3)内部报告和调查体系;(4)公司对于第三方的尽职调查情况;(5)公司的会计政策;(5)公司对违规人员的清退;(6)公司的合规文化。监管人的监管手段主要包括:(1)查阅公司的文件;(2)实地参访;(3)采访公司的员工;(4)抽查交易数据;(5)利用公司建立的与监管人对话的专门渠道;(6)定期向政府报告公司的合规整改情况,并在监管期结束时提交最终的报告;(7)向公司提出中期和最终的整改建议。美国的合规监管期通常为 2 至 4 年。监管人会向政府提交一份合规整改评估报告,如果监管人认为合格且经过政府批准,那么监管期就正式结束。如果公司没有完成合规义务,监管期就会延长。

第三方监管人制度在美国司法实践中也遭到了质疑和批评。主要的争议点归纳起来有以下几个方面:第一,在美国,聘用第三方监管人的费用由企业自行承担,而这种费用相当高昂,给企业带来沉重的经济负担;第二,监管人的角色被定义为独立第三人,但是从权力的来源和报告的职责来看,他难以独立于政府,而从他参与企业合规整改的角色定位来看,他也难以独立于企业;第三,对合规监督公开、透明的要求与企业信息保密之间会产生矛盾;第四,对第三方监管人的无效监管缺乏相应的预防和制裁措施。^[1]

三、我国合规监管的三种模式

自 2020 年 3 月最高检在 6 家基层检察院开展企业刑事合规不起诉改革的试点工作以来,我国多家检察院对合规监管制度进行了探索。以监管主体为标准,我们可以将企业合规监管模式分为检察机关监管模式、

行政机关监管模式和第三方监管人监管模式。^[2]

(一)检察机关监管模式

检察机关监管模式是指,检察机关自行完成案件审查、协议签订和对合规计划的监督考察等工作。例如,青岛市检察院采取了这一模式,检察机关在了解与考察企业后,会向检察机关送达检察建议,要求涉案企业认真整改、合规经营。有的检察院还内设合规专员,例如,深圳市南山区检察院设立了合规专员,协助检察官全流程参与对企业的合规监管。另外,有的检察院在主导监管工作的同时,会根据情况聘请审计、会计、税务等专业人员作为外部监管人,协助制定合规计划和监督合规计划的执行,比如深圳市南山区检察院就采取了这一做法。

实现预防犯罪的目标是检察机关的职责所在,因此由检察机关自行监管的模式具有一定的制度合理性。并且,如果对涉案企业的监管任务不是特别繁重,对监管内容的专业性要求不是特别高,那么这种监管模式可以为企业节省一大笔聘请外部监管人的费用,从而更有利于实现保护民营企业发展的任务。但是这种监管模式也带来了两个问题:一是检察机关自行监管并内设合规专员,可能增加其工作负担;有的检察机关出资聘请外部监管人协助监管,可能增加其财政负担。二是对于一些专项合规建设,检察官和合规专员可能不具备合规律师、会计师等专门人员的专业知识,无法胜任监督工作的专业性要求。

(二)行政机关监管模式

行政机关监管模式是指,在审查起诉过程中,对于符合适用合规考察条件的企业,检察院委托行政机关对企业进行监督考察,

考察机关出具合规考察评估报告,作为检察机关是否提起公诉的参考。例如,宁波市在合规不起诉改革中,将合规监督考察机关设定为政府行政主管部门或者企业所在辖区街道、乡镇政府部门。

由于大部分企业犯罪都是先违反行政法,后因情节严重违反刑法,对于这种行政犯,行政机关本身就具有监管职责,因此在税务、市场监管、证券监督管理、海关、环境保护等领域,由相应的行政机关协助合规监管,具有相当的专业性和权威性,也具有为检察机关或涉案企业节省监管费用的经济性。但是这种监管模式同样存在一些问题:一是如果由企业所在辖区街道、乡镇政府部门担任专项合规计划的监管人,仍有可能存在专业性不足的问题;二是在企业涉嫌经济犯罪的情况下,行政监管部门不再对案件行使行政调查权和行政处罚权,而行政机关又不隶属于检察机关,难免存在监管积极性不高的问题。

(三)第三方监管人监管模式

第三方监管人监管模式是指,对适用刑事合规程序的企业,独立于企业的第三方监管人参与企业合规计划的制定、合规计划执行情况的监督和合规建设结果的评估。有关机构事先确定第三方监管人的名录,以备涉案企业从中聘请第三方监管人。第三方监管人的担任者是律师、审计师、会计师等专业人员,或者律师事务所、会计师事务所、税务师事务所等专业机构。

与检察机关监管模式和行政机关监管模式相比,第三方监管人监管模式具有两个显著的特点:一是专业性。律师、会计师、税务师往往具有检察机关和行政机关不具备的专业知识,这有利于他们在专项合规计划中发挥作用。但如果中小企业的

合规计划对专业性要求不高,企业有能力实现自我监管,聘用第三方监管人就有可能造成人力和财力的浪费。二是独立性。第三方监管人作为第三方监管主体,既不隶属于检察机关,又不供职于涉案企业,这有利于保障其监管职能的客观中立。但外部监管人如果从企业领取报酬的情况下,有可能降低合规监管的标准,从而丧失监管的中立性。

四、我国第三方监管人制度探索中的主要问题

(一)第三方监管人名录库的管理

在我国的各地探索应用阶段,第三方监管人的选任方式有直接选任模式和名录库中选任模式。直接选任模式是指没有事先建立第三方监管人名录库,在对特定的企业进行合规监管时直接选任适合的第三方监管人。浙江省舟山市岱山县采取了这一模式。名录库中选任模式是事先建立起具有监管资质的第三方监管人名录库,在对特定的企业进行合规监管时从名录库中选择适合的第三方监管人。改革实践中多数地方均采取了这一模式。及至全国统一部署阶段,改革决策者采用了名录库中选任模式并在全国范围内推行。《第三方机制指导意见》第6条、第8条和第10条载明,国家层面和各地方的第三方机制管委会均要建立第三方机制专业人员名录库,在具体的案件中由第三方机制管委会根据案件情况和企业类型从中分类随机抽取符合条件的人员组成涉案企业的第三方组织。目前,国家层面的第三方机制名录库已经建立,其中共包含207名专业人员。这些专业人员可以大致分为四类:第一类是律师等法律服务者;第二类是会计师、税务师、审计师等专业人员;第三类工商联、最高检、市场监管部门等单位

的公职人员；第四类是来自企事业单位、行业协会、高等院校等单位的人员。如今，全国各地都在陆续建立自己的第三方机制名录库。^[3]由此可见，与美国的“企业提名—政府审查”模式比起来，我国的“名录库中选任模式”是一大制度创新。然而，由于缺少域外经验，我国的企业合规第三方机制名录库在创建的过程中，也面临着如何进行科学管理以适应合规监管的需要的的问题。

笔者认为，第三方机制名录库专业人员的分类化管理可以从以下几个方面着手：第一，所有层级的第三方机制名录库都可以划分为一般型专业人员和特殊型专业人员。一般型专业人员是在涉案企业合规整改中都必不可少的专业人员，在我国应当由熟悉合规业务的律师构成。特殊型专业人员则是根据企业涉嫌的犯罪的领域需要聘请的专业人员，主要包括会计师、税务师、审计师等财经类专业人员，以及市场监管部门、行业协会、高等院校等单位的人员。^[4]第二，不同层级的第三方机制名录库在分类上应当各有侧重。国家和省级层面的第三方机制应当服务于有重大影响的案件，因此名录库遴选的第三方机制人员应当注重全面性，专业人员应当能覆盖企业合规各个领域。市级和县级的第三方机制应当凸显出地方特色，如果某地的企业存在一些共性问题（如环境污染问题、串通招投标问题等），则要相应的名录库里多遴选出这一领域的专业人员。第三，为适应“行刑衔接”和行业合规的要求，第三方机制名录库应当设置一个专门的类别，其中包含一定的行政监管人成员和行业协会成员。检察机关推动的行业合规离不开行政管理部门和行业协会的参与。以企业合规第三批指导案例的案例4广西陆川县23家矿山企业非法采矿案为例，该

案中的第三方机制专业人员除了有地质、安监、测绘等专业人员，还包含了自然资源局等部门的行政监管人员。通过联合行政监管人员参与合规监管和开展行业教育，检察机关推动了全县采矿业的行业合规。^②

（二）第三方监管人的职责和权力

第三方监管人主要有以下几项工作内容：一是对企业合规情况进行调查，向检察机关出具刑事合规调查报告。二是协助涉案企业提出有效的合规计划，合规计划主要包括拟采取的补救挽损措施和拟构建的刑事合规制度等。三是对涉案企业进行监督考察，督促企业执行合规计划；发现有不合规行为的，及时向检察机关报告，并督促企业加以整改。四是定期向检察机关提交企业监督考察的阶段性报告；在考验期满时提交终局性监督考察报告，以作为检察机关决定是否提起公诉的参考。

第三方监管人对涉案企业的合规建设享有很多实质性的权力，本文拟将这些权力划分为合规监督权和合规管理权。合规监督权是对企业合规计划执行情况监督的权力，这种权力的行使方式既包括直接督促企业整改不合规行为，也包括向检察机关提交合规考察报告。合规管理权是对在合规事项上参与企业管理的权力，这种权力的行使方式既包括参与制定企业的合规计划，也包括在监管过程中提出具体的整改要求。

以上这种分类的意义在于为以下问题的探讨提供理论框架：第一，合规监督权和合规管理权的消长，意味着第三方监管人的角色定位的差别。如果监管人的权力侧重于监督权，那么他应当以一种超然的姿态来考察和评判合规整改情况；如果监管人的权力侧重于管理权，那么他应当以一种合作的姿态投入到企业合规的整改中。第二，合规

监督权和合规管理权的配置,也影响着合规不起诉的制度定位。如果监管人的权力侧重于监督权,那么合规不起诉制度就更侧重于对涉案企业的考验;如果监管人的权力侧重于管理权,那么合规不起诉制度就更侧重于对涉案企业的整改。在如今保护民营企业的政策背景下,对第三方监管人似乎应当优先配置其合规管理权,合规不起诉制度也似乎应当优先实现对涉案企业的整改。第三,对合规管理权的侧重,可能影响合规监督权的行使。通过深度参与制定企业的合规计划,在监管过程中随时提出具体的整改要求,第三方监管人成为了合规“长跑”的“运动员”;而在向检察机关提交阶段性和终局性合规整改报告时,第三方监管人却又成了合规“长跑”的“裁判员”。这种情况下第三方监管人何以保持中正独立的考察态度?又何以在考察报告中否定自己亲自参与制定和执行的合规体系?

(三)第三方监管人的费用支付

自各地开始探索应用第三方机制至今,第三方监管人的监管费用,主要有两种承担模式。

第一种是涉案企业承担模式。广东省深圳市宝安区、湖北省黄石市等地采取了这一模式。这一模式的正当性在于,涉案企业的涉嫌犯罪的成本理应由自己来承担。但是,这一费用模式也存在两个问题:其一,我国的涉案企业合规不起诉程序主要适用于小微企业,而这样的企业往往负担能力有限,第三方机制如果像西方的合规监管人那样收取高额的监管费用,那么将成为企业的难以承受之重,并且也有悖于保护民营企业的初衷。其二,如果由涉案企业向第三方机制专业人员直接支付监管费用,将有可能导致利益输送的问题,即涉案企业为了更容易

地通过合规考察程序,而向第三方机制支付更高的监管费用,以换取其在考察时放低验收标准。

第二种是公共财政承担模式。在这一模式中,第三方机制的监管费用由地方财政预算或者检察机关财政预算来承担。广东省深圳市南山区、江苏省张家港市等地采取了这一模式。这一模式避免了合规考察对涉案企业造成的经济负担,有利于贯彻保护民营企业的刑事政策。但是,这种费用承担模式也会产生两个问题:其一,涉案企业涉嫌犯罪,本来应该由它自己来承担不利后果,而由公共财政承担合规监管费用,则是将企业违法犯罪的成本转嫁给纳税人,这违背了“任何人都不得从其违法行为中获利”的法治基本原则。其二,公共财政的承担预算数额有限,一般难以向第三方机制专业人员支付可观的薪酬。例如,张家港市制定的第三方机制经费标准规定,对小微企业、中型企业和大型企业的第三方监管人支付的报酬,分别不得超过3万元、4万元和5万元。这样的薪酬标准难以成为第三方监管人开展具体细致的工作的对价,难免降低其工作的积极性,并有可能进一步影响合规监管的效果。

为了在各种利益中保持平衡,我国或许可以考虑建立第三种费用承担模式——涉案企业和检察机关按比例承担模式。我国还可以考虑逐步建立第四种模式——商业保险模式,即工商联、行业协会协调企业统一购买合规的商业责任保险,一旦企业被纳入合规计划,就从保险费中支付第三方监管人的合规费用。为了保障第三方监管人的中立性,在合规费用的支付方式上,可以效仿仲裁费用的支付方式,将合规费用交给第三方——如工商联等。在检察官批准后,由

第三方向合规监督员分期支付合规费用。

(四) 第三方监管人的监管期限

我国试点改革中的合规监管期限一般在三个月到一年之间。^[5]而美国合规监管期限一般为二至四年。要建立有效的合规体系、形成企业内部的合规文化,短时间是不够的。各地检察机关设置的监管期限之所以偏短,是为了不突破刑事诉讼法的规定,严守审查起诉的法定期限。

如果将合规整改阶段延伸到刑事诉讼的整个流程,那么可以有效保障企业的合规监管周期。比如,检察官通过提前介入,在侦查阶段就可以建议涉案企业进行合规整改,与此同时第三方监管人开始合规监管。又如,检察机关在提起公诉、建议适用缓刑后,第三方监管人可以在审理阶段继续考察涉案企业的合规整改情况。再如,在刑罚执行过程中,检察官也可以根据第三方监管人评估的企业整改情况,提出缩减缓刑考验期限的建议。当然对这一问题,制度化的解决方案是,在合规不起诉改革探索被上升为法律制度以后,立法机关将涉嫌犯罪的企业正式纳入法定的“附条件不起诉制度”之中。对于符合附条件不起诉适用条件的企业犯罪案件,刑事诉讼法设立一年至四年的合规监管考验期,使其独立于审查起诉的办案期限,在合规考验期期满之后,检察机关才开始启动审查起诉程序。

(五) 第三方监管人的监督机制

为实现第三方监管人的有效监管,必须对监管人建立监督机制。在实践中,主要存在着以下几种监督方式:第一,发布第三方监管人选任公告。比如,广东省深圳市宝安区司法局应当向社会公示独立监控人拟选任名单,公示期内对拟选任名单有异议的,区司法局应当进行调查核实并作出调查结

论。第二,赋予涉案企业异议权。比如,在浙江省舟山市岱山县,涉案企业对合规监督员的违规行为有权提出异议,收到异议书后,检察官应出具书面核查意见。第三,对第三方监管人进行年度考核。比如,广东省深圳市宝安区对独立监控人进行年度考核,考核结果作为对独立监控人免除资格、续任的重要依据。笔者认为,这些监督方式都存在一定的创新性,值得在全国范围内推广。

注释:

- ①《十三部门共同启动企业合规第三方监督评估信息化服务平台》,载“检察日报正义网”微信公众号,2022年6月15日,最后访问时间:2023年3月15日。
- ②《最高检发布第三批涉案企业合规典型案例》,载最高人民检察院网站,2022年8月10日, https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202208/t20220810_570413.shtml#1,最后访问时间:2023年3月15日。

参考文献:

- [1]马明亮.论企业合规监管制度——以独立监管人为视角[J].中国刑事法杂志,2021(01):131-144.
- [2]陈瑞华.企业合规不起诉制度研究[J].中国刑事法杂志,2021(01):78-96.
- [3]姜昕,刘艳红,高景峰,俞波涛,崔议文.涉案企业合规第三方监督评估机制有效运行的要点及把握[J].人民检察,2022(09):37-44.
- [4]刘艳红.涉案企业合规第三方监督评估机制关键问题研究[J].中国应用法学,2022(06):62-76.
- [5]刘艳红.涉案企业合规建设的有效性标准研究——以刑事涉案企业合规的犯罪预防为视角[J].东方法学,2022(04):104-119.