

论企业合规的行政监管机制建构

卢建城, 王红建

(郑州大学, 河南 郑州 450001)

摘要: 在中国经济由高速发展到高质量发展的转型期, 促进企业高质量发展是服务国家发展战略目标要求, 为避免企业“一罚就死”现象发生, 企业违规治理方式也应转变。其中企业合规引入到行政监管中, 以企业合规换取宽大处理实为一种激励制度。这一制度落实即通过“事前”指导企业建立合规机制预防风险、“事后”推动企业合规整改为企业“出罪”。行政机关在推动企业完善合规体系过程中需要通过明确界定行为人责任、减免行政责任激励企业合规建设; 通过健全行政指导、和解等执法方式使行政机关“执法有据”; 通过完善第三方监管机制加强对企业事后监管。

关键词: 企业合规; 激励制度; 预防风险; 合规整改; 第三方监管机制

中图分类号: DF314 **文献标识码:** A **文章编号:** 1672-2663 (2024) 01-047-09

在企业高质量发展的转型期, 企业持续健康平稳发展是关键。企业合规对于促进企业依法依规经营有着显著的制度优势。我国企业目前面临“走出去”和外国企业“走进来”的境况, 为适应企业合规治理的国际化, 一方面, 在一般法中明确企业建立合规体系作为企业获得行政责任减免的条件已为必要; 另一方面, 企业建立完善的合规体系能有效预防违规风险的发生, 维持企业可持续发展和市场的持续稳定。但行政机关在对企业合规机制构建过程监管中, 如何推动、监管企业制定、落实完备的合规计划, 以实现企业行政合规制度的完备发展亟待讨论。

目前实践中已形成通过发布合规指引、实施行政指导等方式对企业合规机制的建立和落实情况监管, 这为我国企业行政合规制度的构建提供了实践样本。本文将在此基础上, 浅析目前行政监管机关在推动企业合规机制构建中存在的问题, 进一步完善行政监管机制, 实现监管机关的外部监管与企业内部合规治理之间良性运转。

一、企业合规中的行政监管问题提出

近年来企业合规体系的建设愈发引起重视, 然而行政合规领域还存在诸多问题。行政监管机关如何有效引导、激励企业合规建设是关注焦点。由于立法上的缺漏, 当前企业进行合规体系建设存在积极性普遍不高; 企业甚至只将企业合规计划的实施停留在“纸面条约”上; 亦有企业认为进行合规管理成本较高, 而将未进行有效合规而受到的处罚计入企业经营成本之中。因此通过激励机制和约束机制, 使企业落实合规经营是行政监管机关介入企业合规的目标。在有效构筑行政监管机制前, 需要厘清行政监管机关介入企业合规中所将遇到的问题。

(一) 合规指引、指导和激励机制规范缺漏

合规机制的建立必然需要行政监管机关给予指引, 必要时也可给予指导, 这样才能使企业制定有针对性、完备的合规计划。但目前公布的指引文件数量少, 内容较原则, 涵摄领域小, “仅有金融监管部门、国有资产管理部

收稿日期: 2023-12-15

基金项目: 本文系国家社会科学基金后期资助项目“重大行政决策法治保障研究”(23FFXB005)的阶段性成果。

作者简介: 卢建城(1999—), 男, 河南信阳人, 郑州大学法学院法律硕士研究生; 王红建(1975—), 男, 法学博士, 郑州大学法学院教授、博士生导师, 主要从事行政法学研究。

员会三家监管机关发布本领域内的合规指引”^[1]。对我国央国企，以及大量私企而言，这些指引文件数量显然不足；由于各个企业涉足的领域不同，需要指引的文件也不应相同。这时以部门规章的形式针对不同领域出台专门指引实为发展路径，各地政府或者部门基于各部委出台的专门指引可以发布专项行政指导。

行政机关以激励方式推动企业合规建设，是企业预防合规风险和“出罪”的手段。学界主张通过和解制度和合规宽大处罚机制激励企业进行合规建设。尽管合规机制引入和解制度以及宽大处罚机制具有可行性，然而在法律层面还未明确将合规机制的建立作为行政机关适用和解以及给予企业获得从宽处罚的要件。且合规制度适用于和解、从宽处罚制度中存在着适用标准、程序不明确，行政机关在对企业开展合规建设换取宽大处理中，究竟有多大的裁量权可以对企业作出合规减免责任的决定，这些需要在法律层面予以明确。

（二）监管机关职权行使范围不明

政府干预市场的情况在不同历史时期、不同国家早已司空见惯，但如何平衡政府与市场的关系是值得深入探究的话题。历史已经证明政府既不能过度干预市场，也不能完全放任市场发展，否则就会导致市场失灵的境况。对企业合规的行政监管亦如此。企业合规管理本应属于企业自我管理，但实践表明企业在合规管理中经常“不作为”，如若企业一旦因违规受到制裁，将产生一系列的不良后果，不但对企业及其内部员工造成损害，还会使与该企业关联的诸多企业、利益群体受到影响。因此监管部门对企业合规情况监管有其必要性，但为防止合规监管失灵的境况，影响企业自主管理，对市场经济运行产生不利后果，于此应明确监管机关职权行使范围。

行政监管机关介入企业合规建设，是为有效防控企业违规风险，避免企业合规治理体系的建立成为“一纸空文”。对央国企可以对其合规建设情况跟进调查监管，这是基本要求，但立法上应将合规建设作为其法定义务。对大中小型私主体企业可以形式上的监管为主，如若在企业要求的情况下，可以对企业合规计划制定作出行政指导。同时应当注意的是，在行政机关监管企业合规中，应当明确职能行使的边界，以防多头执法情况发生，“如果公权力机关的权能划分不规范，

那么职权重合、职责交叉等弊病将无可避免地对营商环境造成干扰”^[2]。

二、行政监管在企业合规中的先导优势

（一）行政监管机关的职能优势

行政监管机关介入企业合规中有着较检察机关所不具有的职能优势。其一，检察机关是独立行使职权的司法机关，检察机关是否有足够的动力与建立合规计划的企业达成暂缓起诉协议是存疑的；其二，检察机关与企业达成暂缓起诉协议的条件是企业缴纳高额罚款，而我国罚款通常由行政机关以行政处罚的名义来予以收取；其三，企业合规计划的制定和完善需要监督，而检察机关主要从事审查逮捕和公诉工作，对合规计划推进情况的监督能否胜任是存疑的。^[3]而监管机关对企业的合规风险能够精准把握和评估，能有针对性地指导企业建立专项合规计划。

还需注意的是行政监管机关对企业的违规行为作出处罚时主要对企业处罚，这导致企业往往会成为单位犯罪的“替罪羊”，无法对单位实际违法行为人给予制裁；违法行为人将企业当作挡箭牌，无疑会损害诸多主体利益。企业作为行为发生后的直接利益主体，有义务承担员工不法行为的证明责任，以使相关责任人承担不利后果。企业合规机制的建立与运转将作为证据的表现形式。企业向外部或内部作出行为时，其代表的是单位整体的意志，行为的作出已经受到合规机制的约束，即履行了注意义务。员工未经约束擅自作出的行为所造成的后果显然不应当由企业承担，即企业要想免责，可以所建立的合规机制作为无责抗辩的法定事由。

同时，合规机制的建立作为企业无责抗辩理由还能弥补《行政处罚法》立法缺陷。现行《行政处罚法》未对双罚制作出规定，而双罚制的规定在部门行政法领域逐渐推行。双罚制的确定一方面可以预防单位负责人不履行对单位的管理义务；另一方面防止单位负责人利用单位实施违法行为谋取个人利益。遗憾的是由于上位法的缺陷，“不仅给部门法修订新增双罚制带来合法性质疑，而且也给执法实务部门如何并同处罚单位负责人带来法律适用上的困惑”^[4]。而合规机制建立能明确分清企业和违法责任人的责任，避免“人格混同”，实现“谁责任，谁承担”。具体言之，实施合规体系是体现企业尽到管理责任和注意义务的重要根

据, 内部人员的犯罪行为超出了企业的授权或者授意, 其主观意志不能等同于企业自身的主观意志。^[5]然而这也需要承认单位意志的独立地位。单位意志即指单位的法定代表人、主要负责人、主管人员和其他直接人员的个人意志, 经过一定法定程序上升而成的意志, 是一种整体意志, 不同于单位人员的个人意志。^[6]这能够明确合理适用《行政处罚法》中主观过错条款, 激励企业建立合规机制, 也有益于法律公平正义维护、法律漏洞弥补。

(二) 行政职权的可处分性

法律赋予行政机关行政裁量权是希望行政机关在职权行使过程中能灵活运用行政权力作出正确且合理的决定。但在依法行政的传统理念和形式法治的规范主义立场约束中, 尽管赋予了行政机关行政裁量权, 仍然会使行政机关作出合法但不合理的行政决定。随着现实的复杂化和利益主体及格局的多元化, 传统的依法行政的约束并不能使行政行为的作出完全“正确”, 即行为的作出虽符合“法律”, 但不符合“情理”。而行政行为作出的最理想状态应是不同利益主体在法律限制之内通过协商所作出的决定, 也即如此才能使决定客观且合理。对此有学者提出“合作行政”的概念, 主张行政职能通过分散的、多中心的结构模式予以实现, 即使是行政相对方亦有可能成为分担规制功能和任务的主体。^[7]行政和解引入企业合规机制建构就有利于这一目的达成。一方面, 行政监管机关与违规企业达成和解协议, 以企业建成合规机制给予其减免责任的途径; 另一方面, 企业在合规激励下通过建立合规机制达到减免责任的目的。

伴随福利国家时代传统公共行政的理念突破, 执法方式已呈现变革趋势。传统的“命令—服从”的行政管理模式已经发生改变, “对抗、敌视正日益被沟通、协商与合作所取代, 大量新型的行政活动方式不断涌现, 行政法律关系多样化的趋势已日渐明显”^[8]。传统观念上的行政职权不可处分性的理论已被突破, 于此应重新审视职权与职责的关系, 即职权是手段, 职责是目的, 在能够实现职责目的, 符合法定条件下, 职权能够处分。只要“行政机关对其职权的处分既不违背法律, 也不侵害国家利益, 且行政相对人自愿接受的情况下, 那将是多方受益、多方共赢的局面”^[9]。

(三) 行政监管的先发性

行政监管相对刑事合规监管有着先发优势。

企业刑事犯罪常常伴随着行政违法, 或者说企业一旦构成行政不法行为, 就很容易构成刑事犯罪。因此企业行政合规较刑事合规而言, 讨论价值更为必要, 作为预防企业构成刑事犯罪的“防火墙”, 更应当在企业构成行政违法尚未构成刑事犯罪前, 对企业纠偏, 在源头上治理企业违规行为。

三、行政监管对企业合规体系建构的影响

对企业合规的行政监管正处在初步发展阶段, 监管机关介入企业合规中存在激励机制不完善、执法方式欠缺问题。基于我国目前已经形成的合规制度, 本文进行针对性分析, 提出完善建议, 为企业行政合规的构建完善提供可行性路径。

(一) 行政监管是行政合规指引、指导制度建构的前提

行政监管部门通过发布合规指引、实行行政指导的方式介入企业合规管理活动中, 实现企业违规行为发生的有效治理和预防。合规指引的发布是为“推动企业建立合规组织体系, 设定企业合规的风险识别、风险评估和风险控制机制, 指导企业建立一套行之有效的合规管理运行和合规管理保障机制”^[10], 使企业快速查找自身问题, 及时补漏, 预防违规行为发生。行政指导是行政监管部门在相对人申请、同意情况下指导其建立合规机制。

合规指引的发布、行政指导的实行对于推动企业合规有效建设有着重要的引领和导向作用。无论是违规行为发生前, 还是违规行为发生后的合规机制的建立, 企业都需要知道哪些行为是法律所禁止的, 但是企业都不可避免地会有“法盲”现象的出现。这一现象出现的原因主要基于三个方面: 一是“行政法的立法模式是分散型的, 禁止性规则被分散在多个部门法中”^[11], 不同等级的规范性文件也设定了不一的禁止性规则, 导致庞杂、数量众多的规则无法让企业事先知晓; 二是不可能所有企业都设有法律专业部门或者合规部, 因此不可能知悉所有的禁止性义务; 三是行政法律规范所规定的禁止性规则有着较强的变动性, 企业不可能实时、全面获得了解。因此行政机关及时发布合规指引、实行行政指导能有效帮助企业认识到生产经营中的违规行为。

1. 加强专项合规指引的发布

近年来, 国务院国有资产监督管理委员会发布《中央企业合规管理指引(试行)》, 国家

发展和改革委员会和其他部门联合发布了《企业境外经营合规管理指引》，为企业制定合规管理细则提供了指南。这两份文件都是综合性指引，内容“大而不一”。专门性合规指引主要是由国务院有关部门针对具体的合规事项或者特定领域所发布的指引。由于引导个别企业合规建设成本过高，效率低，因此作为“一般性”指引的专项合规指引的发布具有较高价值。这一制度建构对实现企业由个案合规向类案合规、行业合规转化有重要意义：能够实现“企业合规跳出效果有限的个案合规藩篱，迈向具有溯源导向的行业合规治理，带动关联企业乃至整个行业的合规自觉行动”^[12]。

无论是从综合性合规指引还是专项合规指引看都处在稳步发展的态势。但这些指引对企业违规行为的“规制”仍显著不足。专项合规指引目前仅局限在金融、证券、反垄断、出口管制等少数行政监管领域，而在那些对国计民生具有更广泛影响的监管领域，监管部门则没有发布有针对性的合规指引。^[13]海外合规风险也是风险预防的重点领域。合规指引的发布对此应有所关注。在我国经济向高质量发展的转型期，应不断完善综合性指引，加快专项指引的出台。

2. 合规计划的制定离不开监管部门指导

如果理解行政指引具有“一般性”特征，那么行政指导的行政行为就具有“个别性”特征。行政指导是在相对人同意、申请的情况下，通过建议、约谈等柔性行政行为，给相对人建立合规体系提供参考。如国家市场监督管理总局以阿里巴巴公司“滥用市场支配地位”、违反我国《反垄断法》为由，向阿里巴巴公司发出一份《行政指导书》，向该公司提出完善反垄断合规体系的指导意见，并要求该公司据此制定整改方案。但是局限于行政指导并不产生法律效力，无法保证行政机关在给予企业指导后制定的合规计划是否完备，为避免行政机关付出物力和人力的情况下提出的合规整改意见和方案流于形式，在事前这一行政行为作出后需经相对人申请配合合规认证制度确认合规计划的有效性；事后为实现合规计划落实、整改，也可给予企业建立合规机制提供指导。同时，受制于“‘柔性’模式存在非强制性指引因缺乏配套激励机制而导致的推进失灵风险，企业合规管理易产生有名无实的‘符号化’现象”^[14]，完善企业合规制度的动

力激励机制尤为必要。合规激励主要有两种路径：一种是由政府推动，以事后合规制度建立为减免责任以获得激励动力；另一种是企业受迫于外部压力，事前主动自我合规。此外，以信用监管方式也可激励企业合规经营。

(二) 行政监管是合规计划有效制定和实施的重要保障

企业有效合规计划逐渐成为企业针对公司经营可能存在的违法犯罪风险点所建立的一套旨在防范、识别和应对合规风险的“自警自监”机制。^[15]对企业来说，合规计划的有效实施是企业获得行政监管机关给予行政减免的重要依据。对此需要关注企业是以全面合规计划的制定为重点，还是以专项合规计划的制定为重点。

这一问题需针对违规时点不同以及主观认识而区别对待。

首先，以预防违规行为发生为目的，全面合规计划的制定和实施前期对企业而言要耗费大量成本，这时企业应针对可能发生违规风险的地方制定合规计划，完成专项整改；为避免其他地方出现违规情况，企业应建立日常性合规管理体系，逐步实现全面合规。对于行政监管机关如何在企业进行专项合规中发挥作用，有学者提出了专项整改原则。专项整改原则包括三个层面的内容：一是前置风险点专项合规，行政机关督促企业在其具有最大处罚风险或已被行政处罚的地方建立合规计划；二是预建发展点专项合规，对于企业即将投资的相关业务的合规计划，行政机关通过行政指导建议企业建立相应的合规计划；三是强化信用类专项合规，指行政机关督促企业通过专项合规计划加强诚信建设。^[16]

其次，以违规行为发生后合规整改为目的，对有问题出现的地方进行专项整改，显然更切合实际，更有针对性。同时，企业获得行政责任的减免激励，并不是以全面合规整改为要求，而是以专门的合规整改作为减免处罚的依据。

最后，需要纠正的企业需树立正确的合规意识。在建设日常性合规管理体系的过程中，很多企业并不具有真正的“合规风险意识”，而是将合规理解为“依法依规经营”，将所有合规风险作为防范对象，建立“一揽子合规计划”。^[17]显然这种合规体系的建立难以预防违规风险。企业在认识上已发生错误，行政机关在督促企业建立

合规计划时, 应向其释明合规计划建立的意义, 让企业在主观认识上树立正确合规观念。

当然, 合规计划制定的完备程度和执行效果的有效性如何认定亟待厘清。

囿于企业逐利性的弊端, 以企业自身理性制定实现合规计划及有效地实施, 显然难以实现。正如在中兴通讯公司案中, 尽管其已制定了合规计划, 但这种合规计划形同虚设, 并未纠正以及预防企业的违规行为。即尽管企业制定了完备以及能有效预防和治理企业违规的合规计划, 也只是满足了形式上的合规要求, 合规计划在企业中具体落实、执行则是实质合规要求。在刑事合规中, 检察机关在合规计划有效性确证过程中形成了第三方监管模式和检察建议模式两种处理范式。^[18] 第三方监管模式是指第三方监督评估机制对企业合规计划具体落实情况监管、考察, 最后由检察机关依据合规计划的落实情况决定是否提起公诉。这一模式引入能有效弥合检察机关对合规计划有效性的评价欠缺专业性的弊端。行政监管机关参与第三方监管有着显著的职能优势。事实上合规计划的实现受制于相对人对行为纠正的主观意愿程度与行政机关指正教育程度。在立法上完善合规行政监管的执法方式、验收标准、程序等, 将从外部给企业施加合规压力。

总之, 合规计划有效落实的条件之一应是由行政机关验收后实现, 事前由企业自我监管, 建立日常性的合规监管体系。行政机关监管检验的内容主要是企业是否按照合规计划建立了完善的合规体系, 是否完成了专项合规整改, 是否对违规行为采取了补救措施、消除了不良后果。

企业合规文化的建设也应成为合规计划的内容。溯其本源, 企业违法犯罪的本质还是企业管理价值观和企业文化出现问题。加强以企业伦理为核心的内部文化建设才是避免企业违规违法的根本。

(三) 行政和解、处罚制度与企业合规高度契合

在企业违规后, 传统上行政机关会对企业以罚款、吊销营业执照等方式对其处罚, 然而这些行政行为无法有效根治企业违法活动。“行政执

法机构无法解决其管理结构和企业文化方面的问题”^[19]。将合规引入到这些执法方式中将实现监管机关对合规体系建构的有效监管。这种激励性措施可以增加企业建立合规制度的意愿, 也给特殊情况下不愿进行合规建设的企业留有空间。

1. 行政和解制度的引入

随着行政执法观念的转变, 将行政和解作为执法方式, “不仅符合现代行政法治的基本价值取向, 而且更加适应资本市场监管的特殊规律要求”^[20]。由于市场的高度敏感性, 一旦企业出现违规, 极易影响市场秩序, 因此解决案件争议、尽快恢复市场秩序、维护权益人的利益是问题解决导向。而行政和解制度兼顾效率性和公平性, 能有效解决这一难题。一方面, 监管机关通过与企业达成和解, 帮助和督促企业弥补漏洞, 治理违规行为; 另一方面, 更是契合服务型政府的理念, 基于市场稳定要求, 尽量不让企业“一罚就死”的现象发生, 通过配合协作实现问题的及时解决, 为双方建立一个沟通协商平台。

我国率先试行行政和解制度是在证券监管领域, 证监会发布了《行政和解试点实施办法》。证监会在相对人构成违规后, 由相对人申请并经其同意, 达成行政和解协议, 和解协议的内容是证监会要求企业缴纳高额和解金, 加强公司内控管理, 提交书面整改报告作为达成和解要求。然而缴纳高额和解金以及并未将合规体系的建立(加强公司内控管理)作为和解条件能否实现和解制度建立的目的存疑。同时行政和解的适用条件是案件事实或者法律关系难以查清时适用, 这一“限定条件和解”显然限缩了和解制度的适用范围。随着企业合规的发展, 企业合规引入行政和解将是和解制度发展的未来图景, 因此行政和解的适用条件和范围也应扩充。

2. 行政处罚条款的适用

《行政处罚法》第33条^①的规定实质与合规制度理念高度契合。这一条款可以被视为企业获得激励的重要依据。该条款明确“行为轻微不罚”“首违不罚”“无主观过错不罚”。如果将该条款适用于合规制度中, 那“行为轻微不罚”的适用条件是“轻微”“没有造成危害”, 而“首违不罚”适用条

^①《行政处罚法》第33条规定: “违法行为轻微并及时改正, 没有造成危害后果的, 不予行政处罚。初次违法且危害后果轻微并及时改正的, 可以不予行政处罚。当事人有证据足以证明没有主观过错的, 不予行政处罚。”

件是“首违”“轻微”；“改正”可视为企业对造成的危害所作的弥补以及对再次违法的预防，即企业合规机制的建立可作为“改正”的依据。“无主观过错不罚”适用于企业在出现违规前已经建立并落实了有效的合规管理体系，企业已经尽到了合理注意义务，此时不再对企业处罚。

行政处罚制度的引入能够有效完善合规行政激励机制，激励企业事前事后合规。事前合规较事后合规在主观意识上明显不同，事前合规企业主观上明显是“我想合规”，以合规避免违规行为的发生；事后合规则是“要我合规”，不建立有效合规机制就可能受到行政处罚，企业的合规意识显然并不那么强烈。在社会效益的影响方面，企业事前就合规说明企业已履行了合理的注意义务，即使发生违规行为所产生的社会危害要小于事后企业建立合规机制所造成的损害。因此激励企业事前合规意义更大，事后合规更像是亡羊补牢。因此，“无过错不罚”应当作为企业事前合规机制建设免责的重要依据，适用范围较“轻微不罚”“首违不罚”范围更广。并且当事人在建立合规机制后，如其行为达不到不罚要求，为激励企业合规建设，此时可依据《行政处罚法》第27条^①规定对当事人从轻、减轻处罚，最大程度为企业提供行政激励。然而企业通过激励获得责任减免的标准应当进一步明确。《行政处罚法》第32条规定“主动消除或者减轻违法行为危害后果的”从轻或者减轻处罚，那减轻违法行为到何种程度需要相关法规进一步明确，即不能毫无限制为企业“出罪”，降低企业违法成本；可以通过不断试点的方式及制度的构造，完善企业获得行政激励的适用标准。同时，应明确企业事前与事后建立合规体系获得的责任减免幅度是不同的。违规行为发生前实施的合规计划获得的激励幅度应大于违规行为发生后实施的合规计划所获得的激励，事前是企业主动构建合规计划，在动机上企业是积极的。

四、构建以行政监管为核心的企业合规监管机制

（一）合规计划的监管

1. 事前形式监管：完备的合规计划制定

一份完备且富有成效的合规计划应以全面合

规为目标，这是现代社会企业应当履行的义务，是企业“自觉”表现。全面合规计划的制定和落实应属企业自治范围，行政机关不宜介入。除被要求强制合规的企业外，企业可自觉依据合规指引和指导制定全面合规计划。如果企业事后出现违规情况，合规计划的有效性和具体的落实情况由行政机关调查、认证确定，以使企业有抗辩理由，获得责任减免的行政激励。从实然角度讲，如果企业违规后，在有限的合规考察期内建立全面的合规计划，显然不切合实际，因此企业违规后的专项整改应是应然要求。

2. 形式监管的突破：以企业申请为前提，建立合规认证制度

行政机关发布的合规指引、指导对企业合规计划的建立有着宏观指导意义。由于各企业形式、特点的多样化，企业直接套用模板制定合规计划，显然不能实现有效合规。有效合规计划的制定于企业而言是动态运转的过程。合规计划因属企业内部管理行为，企业必须自我分析、洞察、识别风险点，对出现违规的风险点进行预防和整改。如果行政机关强制、全面介入企业内部合规建设中既有侵犯企业权利的嫌疑，又增加行政机关的负担。但为确保制定的合规计划的有效性，合规认证制度的引入极为必要。

企业在事前依据合规指引建立合规体系，但合规指引的内容缺乏明确标准，此时为使企业建立的合规体系完备，则需要建立合规认证制度，对符合标准的合规体系进行认证，给予企业合规压力。行政机关对企业建立的合规体系认证就是对合规计划制定的有效性的认可。此时企业依据此合规计划实施后，即使日后发生不合规，企业也可以建立并实施的有效合规管理体系作为减轻、豁免行政责任的抗辩。总体而言，对企业的合规计划验收、评估、认证后，不仅对企业有着约束力，也影响着行政机关行政决定的作出。

（二）事中调查监管

1. 作出行政指导的决定

企业在事前或者违规后为减免责任制定合规计划，这时企业依申请或者行政机关依职权对企业制定合规计划提供指导，然而行政机关在给企

^①《行政处罚法》第27条规定：当事人有下列情形之一的，应当从轻或者减轻行政处罚：（一）主动消除或者减轻违法行为危害后果的……

业提供行政指导时可委托他方。其中律师协会、会计师协会和其他行业协会、商会、机构等在企业合规领域中参与业务指导将发挥这些组织的专业优势。通过行业协会给予指导, 这对行业内企业合规建设有着重要意义, 能够更好地帮助企业预防违规风险。

2. 作出减免行政处罚的决定

在行政机关通过柔性指导的方式推动企业合规建设时, 合规机制的成功建立主要依靠企业的自觉, 在“理性经济人”通过利益衡量或者其他诸多因素的影响下, 企业可能不会积极建立合规机制, 这时行政机关为督促企业加强合规机制的建设, 往往会对没有建立合规机制的企业给予处罚, 以使企业承担一定压力。此种强制合规要求所针对的对象应是社会影响力大的企业, 除央企、事业单位外, 对于资产达到一定数额或者员工人数达到一定数量的企业要求其必须建立合规机制。对于未被要求强制合规的企业, 即使未建立合规机制, 也不会因此受到行政机关处罚, 但其不建立合规机制的后果是无法获得行政激励, 即在违规后, 不会给予其宽大行政处理; 如果企业配合调查, 主动纠错, 采取了补救措施, 并制定了专项合规计划完成了整改, 行政机关将根据实际, 依法给予相对人免于、从轻、减轻处罚。

在对企业作出免责处理时, 主要在“轻微不罚”“首违不罚”“无主观过错不罚”时才可作出。对不罚情形以外的其他情形, 即企业有违规情况, 后果较为严重时, 可以对企业从轻、减轻处罚。企业以合规机制的建立获得行政责任的减免是以出罪为目的, 责任减免的适用条件应当由法律规定, 因此对企业减免责任时除了考虑企业是否建立有效合规计划外, 还要考虑企业行为的性质和违法的严重程度、再犯新罪的可能性以及对第三方利益、社会利益造成的损害。这时需要给行政机关以裁量权, 即如果对企业处罚会严重损害公共利益、第三方利益时, 应当优先推动企业建立合规机制以减免责任; 若企业的违规行为性质恶劣, 或者违法严重, 再犯新罪的可能性较大, 此时应当考虑是否对企业适用以合规获得责任的减免。

3. 作出行政和解的决定

行政和解协议是承诺建立或者完善合规管理机制的涉案企业与行政机关, 达成规定期限完成整改, 并暂缓实施行政处罚的协议。在行政机关

作出与当事人达成和解协议的决定时, 实质上并未对相对人的实体权利产生影响。真正对其权利产生实质影响是企业根据协议完成了整改后, 行政机关作出认可或不予认可整改效果的决定。如果相对人的整改效果达不到验收标准, 则企业将会受到处罚。同时, 行政和解决定的作出必然需要遵守执法的基本程序, 和解金的收取应当严格依照比例原则。在与相对人达成合意过程中, 双方当事人应当充分协商、表达意见; 在涉及第三方利益时, 也应当听取相关利益群体的意见。

(三) 事后实质监管常态化: 实现合规计划的有效运行

在企业制定完备的合规计划后, 如何实现合规计划有效落实、如何使合规计划长效运行是不可忽视的问题。企业整改完成后, 行政机关对其作出减免责任的决定, 此时行政机关后续并不能放松对企业的监管; 由于短期内的监管显然会使违法人员产生投机取巧心理, 为使企业违规违法行为得到根除, 建立长效的监管机制是实现有效合规治理的应然要求, 即实现监管的常态化。

1. 和解协议订立后的行政监管

首先, 和解协议的适用应当有特别规定。这时需赋予行政机关一定裁量权, 即在案件事实不清, 无法及时查明案件真相时可以适用; 行政机关可以综合考虑经营者实施违规行为的主观态度、行为性质、持续时间、损害和影响, 以及所承诺的措施及预期效果适用行政和解协议。在行政机关有着较大的裁量权适用和解协议时, 行政和解实施程序应由法律明确规定, 防止行政权力滥用, 保障实体公正的实现。对此可以参照《行政和解试点实施办法》有关实施程序的规定在立法上完善适用和解的程序。和解协议的内容除了立法规定的基本内容以外, 可赋予行政机关与相对人协商的权利, 由双方通过充分协商确定协议内容。

其次, 和解协议订立除采取补救措施外, 应当将合规计划的制定作为条件之一。行政监管机关与企业达成行政和解协议的前提是企业针对违规行为制定了专项合规计划; 对于案发前已经建立合规体系的企业, 应当将专项合规整改条款写入和解协议中, 对合规计划作出相应完善, 实现对违规行为的事后补救。而和解协议签订后并不意味着企业获得责任减免, 合规计划制定后是否针对违法违规的地方进行有效整改是和解协议订

立的目的。如若未对违规违法的地方进行整改,则和解协议归于无效,对企业依据责任惩处。

再次,在和解协议签订中可设定考验期。考验期的设定需要结合企业实际由行政机关和企业协商确定,但立法应当明确时间范围限度,如明确最低和最高期限。

最后,对和解协议整改过程中的监管可以由行政机关监管,也可由行政机关委托第三方监管。第三方进行监管需要定期将检查报告送交行政机关,也可根据企业的合规整改情况对企业提供指导,提出整改意见,最后由行政机关验收作出整改达标的决定。为提高谈判效率,行政和解不需要仅以协商方式使双方达成和解意愿,也可以“‘一方作出公示,另一方给予回应’的‘公示回应’形式”^[21]达成合意。

2. 减免行政处罚后的行政监管

在企业违规并完善合规机制后,其会获得减免责任的行政激励。然而,如果没有设置合规监督制度,企业承诺是否实现,违规的地方是否完成整改则存疑。当然如果企业践行了合规承诺,完成整改,但合规计划也只是使企业降低了再犯罪的可能性,事后是否还会出现违规情况也是存有疑问的。为降低企业建立合规体系后不合规情况的发生,对违规企业事后持续监管是必要的,因此在行政合规中可以引入第三方监管这一机制。但引入这一机制需要考量以下问题:第三方机制的适用范围;第三方监督评估组织在流程、评估方法、有效合规判断标准等方面需要明确;第三方监督评估组织所出具的报告效力问题。^[22]

3. 强化激励:设置黑白名单

在传统观念上企业违规必然会受到惩罚,而企业合规制度是以企业“出罪”为目的,因此就惩戒效果而言,其威慑性显然低于惩罚带来的威慑;在将合规整改与“减轻处罚”“不处罚”的结果绑定,将使企业当然认为合规整改是减免违规责任的途径,企业极易将此异化为规避处罚的挡箭牌。为预防企业再次出现违规情况,行政机关对其持续监管必不可少。《法治政府建设实施纲要(2021—2025年)》文件明确要求“深入推进‘互联网+’监管执法……探索推行以远程监管、移动监管、预警防控为特征的非现场监管,解决人少事多的难题”,因此应用大数据监管将拓宽行政机关监管方式。

如果涉案企业不积极整改,或者整改验收合格后,企业在已整改的地方又出现违规行为,此时除了对企业依法采取必要的监管和处罚措施外,还要记入诚信档案,以设置黑名单的形式激励企业在事后加强“自我监管”。而企业被记入诚信档案或黑名单中的后果将是作为一个考量因素对其后续是否以建立合规机制获得责任减免。

(四) 完善第三方监督评估机制

行政机关在对企业合规建设监管过程中,引入第三方监管已为必要。由于行政机关工作的繁重和合规监管的长时效性,由第三方对企业的合规建设进行监管,对企业来说更有意义。第三方往往由特定服务行业或行政监管部门担任,也可联合组成监管组织。他们能对企业合规风险专项调查,对可能发生违规风险的地方针对性提供改进措施;能够在企业制定以及执行合规计划过程中,对出现的问题及时反馈和改进意见,有效解决原有的合规问题;为避免企业再次违规,企业整改完成后的后续监管也离不开第三方的监督。

第三方监督评估组织成员可由地方行政监管部门和司法行政机关人员组成。行政监管部门对自己负责的领域有监管职责理应参与监管中;地方政府司法行政部门,负责法律事务部门,由其监督企业合规机制建设,本身就有天然优势。第三方监督评估组织的具体职责就是对合规计划的落实情况履行监管、调查、评估和考察职能,并对合规计划的制定和落实过程中的问题提供意见和建议。同时,可根据案件具体情况和涉案企业承诺履行的期限,确定合规考察期限。在考察期内,第三方评估组织可以针对涉案企业落实合规计划所出具的定期书面报告开展必要的检查、评估。在企业整改完成后,评估组织可向行政监管机关履行报告职责,出具最终评估报告,给行政机关提供参考和意见支撑,行政机关依此参考作出决定。

公权力机关作为监督评估组织成员具有职能优势,但如律师、注册会计师、税务师等中介组织人员对合规计划的实施情况监督,有着专业优势。囿于合规计划内容的专业性较强,由特定行业人员参与亦为必要,这些人员的选任可由地方建立企业合规专家库,通过盲选的方式组成第三方评估小组。当然企业有着独立性,企业在合规考察期内,也可自己聘请律师、会计师、税务师等专业人员参与合规计划的执行评估。

参考文献:

- [1] 潘龙. 合规行政监管激励机制与“首违不罚”融合路径探索 [J]. 上海法学研究集刊, 2022(13): 213-223.
- [2] 谭世贵, 陆怡坤. 优化营商环境视角下的企业合规问题研究 [J]. 华南师范大学学报, 2022(4): 135-152, 207-208.
- [3] 陈瑞华. 论企业合规的中国化问题 [J]. 法律科学: 西北政法大学学报, 2020(3): 34-48.
- [4] 杨东升. 单位行政违法双罚制的立法模式选择 [J]. 法学, 2023(4): 34-45.
- [5] 陈瑞华. 企业合规出罪的三种模式 [J]. 比较法研究, 2021(3): 69-88.
- [6] 黎宏. 合规计划与企业刑事责任 [J]. 法学杂志, 2019(9): 9-19.
- [7] 赵宏. 法律关系取代行政行为的可能与困局 [J]. 法学家, 2015(3): 32-54, 176-177.
- [8] 章志远. 行政法学总论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2022: 161.
- [9] 解志勇, 刘娜. 行政职权之处分研究 [J]. 中共浙江省委党校学报, 2014(2): 122-128.
- [10][13] 陈瑞华. 论企业合规在行政监管机制中的地位 [J]. 社会科学文摘, 2022(2): 72-74.
- [11] 熊樟林. 企业行政合规论纲 [J]. 法制与社会发展, 2023(1): 60-80.
- [12][18] 史笑晓, 陈诚. 涉案企业合规计划有效性的体系化建构 [J]. 人民检察, 2023(14): 61-64.
- [14] 郑雅方. 论政府介入企业合规管理的风险及其防范 [J]. 法商研究, 2021(3): 80-91.
- [15] Basri, Carole L. Corporate Compliance. Carolina Academic Press, 2017, p41.
- [16] 解志勇. 行政法上企业合规治理制度体系的建构思路 [J]. 社会科学文摘, 2023(8): 112-114.
- [17] 陈瑞华. 有效合规管理的两种模式 [J]. 法制与社会发展, 2022(1): 5-24.
- [19] 陈瑞华. 论企业合规在行政和解中的适用问题 [J]. 国家检察官学院学报, 2022(1): 3-22.
- [20] 肖钢. 积极探索监管执法的行政和解新模式 [J]. 行政管理改革, 2014(1): 4-9.
- [21] 方世荣, 白云锋. 行政执法和解的模式及其运用 [J]. 法学研究, 2019(5): 83-98.
- [22] 夏金莱, 许聪. 企业行政合规制度构建研究 [J]. 政法学刊, 2022(4): 61-67.

On the Construction of Administrative Supervision Mechanism of Enterprise Compliance

Lu Jiancheng, Wang Hongjian

(Zhengzhou University, Zhengzhou, Henan 450001)

Abstract: In China's economy from high-speed development to high-quality development of the transition period, to promote the high-quality development of enterprises is to serve the requirements of the national development strategy, in order to avoid the phenomenon of enterprise "a penalty for death", the enterprise violation of the governance should also change. The enterprise compliance introduced into the administrative supervision, enterprise compliance in exchange for leniency is a kind of incentive system. The implementation of this system is to guide enterprises to establish a compliance mechanism to prevent risks "in advance" and promote compliance rectification for enterprises "after the event". In the process of promoting enterprises to improve the compliance system, administrative organs need to clearly define the responsibility of the doer and reduce the administrative responsibility to encourage the compliance construction of enterprises. Through improving administrative guidance, reconciliation and other law enforcement methods to make administrative organs "law enforcement evidence"; Strengthen the supervision of enterprises after the event by improving the third-party supervision mechanism.

Key words: enterprise compliance; incentive system; prevent risks; compliance rectification; third-party supervision mechanism

(责任编辑 郭文)