

法治化营商环境建设的合规机制

——以刑事合规为中心

李本灿*

内容提要：法治化营商环境建设与组织体合规具有相同的价值追求，即行为的合规性。合规计划兼具高效、节约公共资源、国际化等优势，可以成为营商环境建设的法治工具。公共机构、企业是最主要的商业环境参与者、营造者；公共机构依法行政、提供公共服务，企业合法经营，则法治化营商环境水到渠成。借助公权合规计划，可以更好地实现公共机构合法运行的目的。公共机构不仅要通过合规计划实现自身合规，还要通过外部激励机制促进企业合规。作为公共机构与企业之间的桥梁，行业自治组织可以通过行业监督、共建失信信息系统、促进联合调查等方式促进企业守法。未来可以通过在组织体内构建自上而下的责任链条与自下而上的信息流、强化外部正反向激励机制、淡化行业自治组织的行政色彩等方式，促进公共机构、企业以及行业自治组织的合规参与。

关键词：营商环境建设 公权合规计划 企业合规

一、营商环境建设的方法论问题

（一）方法论选择：不应照搬世界银行的方法

2019年10月，国务院《优化营商环境条例》（以下简称“国务院条例”）公布；此后，北京、上海等地发布了优化营商环境的地方性条例（以下简称“北京条例”“上海条例”）。关于营商环境建设，首先面临的是方法论问题，即如何建设营商环境？进一步说，什么是好的营商环境？这些问题没有标准答案，不同的评估目标决定了不同的评估重点与体系。^{〔1〕}以迅速提升国际排名为目标，营商环境建设应对标世界银行的十大指标，有针对性地修改立法。然而，必须看到的是，世界银行的评估存在方法论、数据采集、排名科学性等方面的问题。^{〔2〕}

* 山东大学法学院教授。

本文为国家社科基金青年项目“全球性合规风险背景下刑事合规制度建构的方法及其边界研究”（19CFX039）的成果。

〔1〕 参见张志铭、王美舒：《中国语境下的营商环境评估》，《中国应用法学》2018年第5期，第33页。

〔2〕 参见李颖轶：《中国营商环境评估的进路策略与价值选择——以法国应对世行〈营商环境报告〉为例》，《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》2020年第1期，第189页。

例如, 腐败因素并不在世界银行的评估体系内。然而, 腐败对营商环境有显著的负面影响。实证研究显示, 腐败对企业创新有显著抑制作用,^[3] 而创新正是营商环境所追求的重要价值。^[4] 也有实证研究证实腐败规制对营商环境建设有重要意义。^[5] 鉴于此, 中国的营商环境建设可以合理参考世界银行的方法, 但绝不可照搬。

制度环境并非自然形成, 而是取决于环境中的每个参与者。这意味着, 如果商业环境中的每个参与者都能严格守法, 法治化营商环境也就水到渠成。问题是, 哪些主体是商业环境的参与者? 从国务院条例、北京条例、上海条例的具体表述看, 营商环境的参与者包括: 公共机构、^[6] 市场主体(企业, 包括其中的个人如董事)、行业自治组织(行业协会、商会)、新闻媒体、破产管理人。其中, 公共机构与企业是营商环境建设的主要参与者。相应地, 两个主体依法运行是营商环境建设的关键。另外, 行业自治组织、新闻媒体、破产管理人的作用也被强调, 如何合理发挥它们的作用, 对于营商环境建设具有重要意义。

(二) 营商环境建设的合规机制

如上所述, 公共机构和市场主体合法运行是优化营商环境的关键。问题是, 如何促进公共机构和市场主体守法? 在本文看来, 犯罪预防理念中的合规计划可以成为促进商业环境参与者行为合法的法治工具。

第一, 合规计划与法治化营商环境建设具有价值目标上的一致性。现代意义上的合规不仅强调企业应当守法经营, 还强调企业对商业伦理的遵守。^[7] 此外, 合规强调对经济往来所涉国家或地区的法律以及国际组织规则的遵守, 这是因为合规是一种风险抵御工具, 经济全球化带来了风险的全球化, 域外法律或规则当然应当被合理关照。^[8] 上述两点恰恰是法治化营商环境建设所提倡的导向。国务院条例第4条强调, “优化营商环境应当坚持市场化、法治化、国际化原则”; 第9条指出, 市场主体应当“恪守社会公德和商业道德, 诚实守信”。可以说, 国务院条例所体现的价值追求完全契合合规计划制度。

第二, 合规计划与法治化营商环境具有共同的问题导向。现代刑法中的合规计划与美国《反海外腐败法》、英国《反贿赂法案》、法国《关于提高透明度、反腐败以及促进经济生活现代化的2016-1691号法案》等具有密不可分的关系, 可以说, 这些法案推动了合规计划的全球化运行。这些法案重点关注腐败问题。事实上, 反腐败合规恰恰是合规计划的重中之重。在本文看来, 只要有腐败, 就不可能公平对待市场主体, 也不可能公正司法, 因而法治化营商

[3] 参见刘锦、王学军:《寻租、腐败与企业研发投入——来自30省12367家企业的证据》,《科学学研究》2014年第10期,第1516页;赖敏、余泳泽、刘大勇、孟勤国:《制度环境、政府效能与“大众创业万众创新”——来自跨国经验证据》,《南开经济研究》2018年第1期,第19页。

[4] 例如国务院条例第23条、第55条都提出要鼓励企业创新,政府要为企业创新提供空间。

[5] 参见徐换歌、蒋硕亮:《政府效能、腐败规制对营商环境的优化效应研究——来自跨国面板数据的经验证据》,《公共管理与政策评论》2020年第1期,第94页。

[6] 公共机构在各条例中的具体表述包括国家、国家机关、政府、金融监督管理部门、公用企事业单位、税务机关、不动产登记机构、中介服务机构、本市、知识产权部门、人力资源与社会保障部门、发展改革部门、政府服务部门、经济与信息化部门、口岸管理部门、法院、检察院等。尽管各条例强调中介服务机构与行政机关脱钩, 但因其提供服务具有公共性, 故将其归入公共机构。

[7] 参见[日]川崎友巳:《合规管理制度的产生与发展》,李世阳译,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12页以下。

[8] 参见[德]洛塔尔·库伦:《德国的合规与刑法》,马寅翔译,载赵秉志主编:《走向科学的刑事法学——刑科院建院10周年国际合作伙伴祝贺文集》,法律出版社2015年版,第431页。

环境建设离不开反腐败。此外，国务院条例还强调了反垄断和反不正当竞争（第 21 条）、信息和数据保护（第 30 条、第 37 条）对于营商环境建设的重要意义。这些也都是合规计划要重点解决的问题。

第三，合规计划的制度优势有利于法治化营商环境建设目标的实现。如下文详述，相比于外部监督，合规计划不仅可以在促进公共机构守法的同时，使其更好地履行预防犯罪的义务，还可以降低企业所面临的风险，增强企业竞争力、繁荣市场经济，而这些都有利于优化营商环境。

基于以上考虑，本文将重点讨论如何通过合规计划促进公共机构和企业守法。此外，鉴于行业自治组织一定程度的公共性以及推动企业合规中的辅助作用（弥补国家的合规激励不足），本文也会讨论行业自治组织的合规参与。

二、公共机构合规与合规激励

通过对国务院条例、北京条例、上海条例的梳理不难发现，涉及公共机构的条款多为义务设定条款，例如公共机构有义务公平对待市场主体，为市场主体提供快捷、优质的公共服务。公共机构依法运行是依法治国的重要内容，其运行规则多以法律的形式确立。因此，按道理说，在责任制被前所未有地强调的背景下，无论是公共机构自身，还是其中的工作人员都没有理由背离职责。但现实情况是，公共机构及其工作人员违规的事件大量存在。这就涉及如何治理公共机构及其工作人员背离职责的问题。鉴于合规计划所具有的优越性，本文提倡借鉴公司合规治理技术治理公共机构。这就是公共机构自身的合规运行问题。

除了多数重申公共机构义务的条款外，国务院条例第 21 条、第 67 条值得注意。^[9] 这两条为公共机构设定了预防违法行为的义务以及合理引导市场主体合法经营的义务。鉴于传统犯罪预防模式的低效，本文提倡借鉴合规计划促进企业合规。这就涉及公共机构如何激励企业合规的问题。

（一）促进公共机构自身合法运行的合规路径

1. 公共机构的合规治理：正当性与可行性

第一，正当性问题。“合规”意指企业为了保证职员行为合法的整体性组织措施，^[10] 这种整体性组织措施可以表述为“合规计划”（compliance programs）。基于合规计划在犯罪治理上的高效，其已经成为传统公司犯罪治理的“替代模式”。首先，实证数据证实了合规在企业犯罪治理上的有效性。^[11] 其次，相对于外部机构的监督、管理，内部的合规治理效率更高。这尤其依赖于组织体对自身的了解，从而通过内部调查更快捷地发现并主动报告犯罪。^[12] 合

[9] 第 21 条规定：政府有关部门应当加大反垄断和反不正当竞争执法力度，有效预防和制止市场经济活动中的垄断行为、不正当竞争行为以及滥用行政权力排除、限制竞争的行为，营造公平竞争的市场环境。第 67 条规定：国家加强法治宣传教育，落实国家机关普法责任制，提高国家工作人员依法履职能力，引导市场主体合法经营、依法维护自身合法权益，不断增强全社会的法治意识，为营造法治化营商环境提供基础性支撑。

[10] Vgl. Thorsten Alexander, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Wahrung der Verkehrssicherungspflichten in Unternehmen, Centaurus, 2005, S. 316.

[11] See Sieber & Engelhart, *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes: An Empirical Survey of German Companies*, Duncker & Humblot, 2014, p. 132.

[12] 参见 [德] 乌尔里希·齐白：《全球风险社会与信息社会中的刑法》，周遵友、江溯等译，中国法制出版社 2011 年版，第 263 页。

规计划在组织体犯罪治理上的有效和高效是制度借鉴的正当性基础。

第二,可行性问题。部分学者将合规计划限定在企业范围内,即合规是企业的专属制度工具。^[13]罗什则认为,无论企业还是公共机构都是组织体,从组织关联性的角度说,没有必要将合规限定在企业范围内。^[14]希尔根多夫也认为,将合规措施理解为一个“组织机构”内部,也就是一个具有内部结构的长期存在的人的集合内部所采取的措施,或许更有意义。^[15]

在本文看来,基于以下原因,本来适用于企业的合规计划完全可以借用于公共机构的治理。

第一,从组织体自身的角度讲,现代意义的合规计划是指保证职员整体行为守法的组织性措施,无论企业还是公共机构,都存在越发复杂的工作程序以及通过资源集中所形成的集权,这就使得在组织结构中构建组织措施成为必要。域外经验(如德国^[16])也表明,合规并不局限于企业;否定政党内合规计划存在的必要性,就等于否定了合规自身的必要性与正当性。^[17]在我国,也有政策性文件支持借鉴公司治理技术治理公共机构。2011年12月,中纪委印发了《关于加强廉政风险防控的指导意见》,要求各地区各部门借鉴公司治理中的风险管理技术进行内部治理。为了落实中纪委“借鉴公司治理技术,加强廉政风险防控”的要求,多部委和司法机关发布了本系统内的相关指导意见。北大法宝数据库就收录了相关的2个司法解释和11个部门规章。在腐败治理之外的其他方面,公司治理技术也被公共机构所借用。如下文所述,在大量案件中,不履行内部控制义务成为积极证立个人刑事责任的联结点。由此可见,将公司治理中的合规计划借用于公共机构治理具有现实基础。

第二,从国家的角度讲,合规计划所表达的意思是,如何通过激励机制(例如刑法上的责任激励)推动组织体内控。在这一点上,对公共机构的合规激励不同于典型的公司合规计划。原因在于,后者多通过针对企业自身的定罪、量刑或起诉激励等方式,推动企业落实合规计划,而公共机构的刑事责任尽管没有被我国立法者否定,但实践中追究公共机构刑事责任的案例非常罕见。^[18]然而,不同于公司合规计划,不等于公共机构的合规计划无法实施。在不存在组织体自身责任的制度体系中,完全可以通过个人责任推动组织体实施合规计划。我国的司法实践中就有这样做的。例如,在王某等人玩忽职守案中,法院认定,“被告人王某身为国家机关工作人员,在担任镇巴县地方税务局涇洋税务所所长期间,不按照税收票证管理、税收管理员制度和税务系统内部控制制度的规定对单位进行监督管理……其行为构成玩忽职守罪。”^[19]实际上,即便在英美的合规计划中,也在逐步强化个人责任。例如,美国就通过《耶茨备忘录》强化了个人责任,目的就是由此促进组织体履行内部控制义务。^[20]

[13] 参见前引[10], Alexander书,第316页; Dennis Bock, *Criminal Compliance*, Nomos, 2011, S. 23.

[14] 参见[德]托马斯·罗什:《合规与刑法:问题、内涵与展望——对所谓的“刑事合规”理论的介绍》,李本灿译,载赵秉志主编:《刑法论丛》2016年第4卷,法律出版社2016年版,第358页。

[15] 参见[德]希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第506页。

[16] 德国学者齐白和恩格尔哈特就曾主持过如何为德国军队构建合规制度的大型研究项目。

[17] Vgl. Johannes Sebastian Blassl, *Zur Garantienpflicht des Compliance-Beauftragten*, Peter Lang, 2017, S. 44f.

[18] 参见贾凌、曾粤兴:《国家机关不应成为单位犯罪的主体》,《法学》2002年第11期,第38页。

[19] 陕西省镇巴县人民法院(2019)陕0728刑初105号刑事判决书。类似判决参见江苏省江阴市人民法院(2019)苏0281刑初152号刑事判决书;湖北省随县人民法院(2017)鄂1321刑初87号刑事判决书;甘肃省金昌市中级人民法院(2018)甘03刑终118号刑事判决书;安徽省太湖县人民法院(2015)太刑初字第00165号刑事判决书。

[20] 《耶茨备忘录》又称《公司违法行为个人责任指令》,由时任美国副总检察长萨利·耶茨(Sally Yates)于2015年9月签署,旨在加强企业违法犯罪中的个人责任。

总结来说，只要存在内部结构的组织体，就需要实施合规计划；即便不能通过组织体责任激励组织体合规，也可以通过对个人施加责任，激励组织体实施合规计划；公共机构和公司的结构、处罚制度差异，不是否定公共机构合规的理由。

2. 公共机构合规治理的机制

合规计划的运行很大程度上依赖于公司及其主要领导的道德自觉，因此才有了“当鸡圈由狐狸把守时，鸡的安全将无以保证”的质疑。^[21] 尽管这一质疑不完全合理，但它给我们的启示是：合规计划的有效运行需要外部激励机制加以保障，例如通过单位刑事责任或个人刑事责任激励企业合规。如前所述，通过单位责任的方式激励公共机构合规的机制或许并不可行，更合适的机制恐怕是，通过赋予个人合规义务，推动公共机构开展合规管理。在这方面，国务院条例以及地方性条例具有重要意义，因其为公共机构及其工作人员设定了责任清单。例如，国务院条例第41条规定：县级以上地方人民政府应当深化投资审批制度改革，根据项目性质、投资规模等分类规范投资审批程序，精简审批要件，简化技术审查事项，强化项目决策与用地、规划等建设条件落实的协同，实行与相关审批在线并联办理。第44条规定：政府有关部门应当公布证明事项清单，逐项列明设定依据、索要单位、开具单位、办理指南等；清单之外，政府部门、公用企事业单位和服务机构不得索要证明；各地区、各部门之间应当加强证明的互认共享，避免重复索要证明。如此等等条款不在少数。责任清单的意义在于，“作为公权合规计划推进之初的首要工作，各公权机关应当根据法律授权，就本机关（部门）行使公权职权的内容、形式、范围、权限、程序提供明确的清单，与此同时，就本机关（部门）公职人员履行公权中的义务内容制定明确的清单，经监察委员会监督部门审验、评估后，作为未来考核与调整的基础。”^[22] 一方面，责任清单为责任人提供了合规行为或者监督管理的激励机制。另一方面，责任清单可以提示风险。对于公共机构或公职人员，与职责相对的是职权，有职权就有滥用的风险，而职权滥用是公共机构最主要的风险点。

当然，责任清单仅提供了动力机制并提示了风险，其本身并非公权合规计划的全部。除此之外，完整合规计划所要求的组织的建构、标准的传达和促进以及违规行为发生后的反应、制裁和改进仍有必要。而这些都可以在我国的法律法规中找到依据，我们需要做的只是，将碎片化的法律法规依据组合起来并据此构建具体的合规计划。例如，监察法第6条即强调“加强法治教育和道德教育，弘扬中华优秀传统文化，构建不敢腐、不能腐、不想腐的长效机制”；第11条规定，监察委员会的法定职责包括“对公职人员开展廉政教育，对其依法履职、秉公用权、廉洁从政从业及道德操守情况进行监督检查”。国务院条例第49条、第54条提出，要建立举报机制，并及时处理所举报情况。实际上，这些制度和举措就是合规计划中对标准的传达和促进。至于合规计划所要求的“违规行为发生后的反应、制裁和改进”，对法律责任的强调即承担了这种功能。例如，国务院条例第69条、第70条规定了政府及公用企事业单位不依法履行职责的责任及其改进。

在构建公权合规计划时，应当重点关照腐败治理的专项合规计划。在本文看来，腐败治理是公权合规计划的核心，解决了腐败问题，很大程度上就解决了依法用权、平等对待市场主

[21] See Charles Barnes, *Why Compliance Program Fail: Economics, Ethics and the Role of Leadership*, HEC Forum, 2007, pp. 112 - 113, pp. 121 - 122.

[22] 魏昌东：《监督职能是国家监察委员会的第一职能：理论逻辑与实现路径——兼论中国特色监察监督系统的规范性创建》，《法学论坛》2019年第1期，第35页。

体、公正司法等问题，而反腐败合规的切入点是反腐实践中广泛推行的主体责任制。针对严峻的腐败犯罪态势，十八届三中全会提出了“主体责任制”，加强反腐败的体制创新和制度保障。主体责任制旨在推动主体责任人履行腐败犯罪治理中的监督管理义务；^[23] 现代意义上的“监督管理”并非传统的“贴身盯防”，而是要建立安全管理机制。治理腐败的安全管理机制就是合规计划所要求的制度框架，它包括腐败风险的识别机制、对公职人员的廉政教育、腐败行为的举报、处置机制等。当然，在以主体责任制为切入构建反腐败公权合规计划时，尚有疑问的是责任的具体内容。制度践行之初，主体责任之“责任”主要是纪律责任，即通过纪律责任督促主体责任人履行内部治理的合规义务。然而，纪律责任并不排除刑事责任。当主体责任人不履行监督管理责任，情节轻微时，可能只需承担纪律责任。合乎逻辑的推论是，当不履行义务情节严重时，就可能要承担刑事责任。问题的关键是，主体责任人的腐败犯罪监督义务来自哪里？从形式的义务来源论看，刑法第397条规定的“职权”“职守”包含了腐败犯罪治理；从实质的义务来源论看，主体责任人不积极履行内部控制义务增加了腐败风险，其有义务防止结果发生。^[24] 也就是说，我们可以通过纪律责任以及刑法第397条的规定，促使主体责任人认真履行内部腐败治理义务。

（二）公共机构对企业合规的推动

公共机构的职责决定了，其不仅要合规用权，还应当运用特定法治工具促进企业守法（国务院条例第67条）。原因在于，企业是一个把投入转化为产出的组织，^[25] 如果没有规则约束，其根本没有合规经营的动力。由于合规计划在犯罪控制上的有效性，以及在节约司法资源（犯罪治理责任的转移）、规避司法主权等方面的显著优势，作为外部激励机制的合规激励制度就产生了。

1. 行政法上的合规激励机制

由于我国公司违法案件多通过行政处罚的方式处理，^[26] 故通过行政法律法规激励企业合规是最现实、经济的方式。事实上，若干行政规章都在着力推动企业合规。以“合规”为关键词在北大法宝数据库进行检索，并人工筛选出有意义的结果可以发现，《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》《中央企业合规管理指引（试行）》《企业境外经营合规管理指引》等全面规定了企业合规问题。在“内部控制”的名义下，财政部等部委发布的《企业内部控制基本规范》也对企业合规作了全面规定。应当说，这些规章和规范性文件对于推动合规管理深入开展具有重要意义。如果将合规作为单位归责中的核心要素，^[27] 以上规章和规范性文件对于认定企业是否履行注意义务就具有重要的参考意义。

目前，通过行政执法促进企业合规，主要发生在金融领域。经过详细梳理中国证监会官网发布的行政处罚决定可以发现：截至2020年底，共有49家证券类企业或者个人因为内部控制缺陷或者合规责任履行不当而受到处罚。“上述行为反映出你公司内部控制不足”，“上述行为反映出公司经营管理混乱、内部控制不完善。你作为公司合规总监，未能勤勉尽职”是多数

[23] “主体责任人”指公共机构的主要负责人，具体人员范围可依实践中普遍推行的责任清单加以确定。

[24] 参见李本灿：《公共机构腐败治理合规路径的构建——以〈刑法〉第397条的解释为中心》，《中国刑事法杂志》2019年第2期，第28页以下。

[25] 参见[美]罗纳德·H.科斯：《企业、市场与法律》，盛洪、陈郁译，上海人民出版社2014年版，第5页。

[26] 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，第41页。

[27] 参见时延安：《合规计划实施与单位的刑事归责》，《法学杂志》2019年第9期，第29页以下。

处罚决定的惯常表述。中国证监会对证券企业的合规要求非常严格，其甚至对证券公司合规人员的配比、薪酬以及是否有权参加监事会等事项都有强制性要求。例如，“关于对广发证券股份有限公司采取出具警示函措施的决定”中，处罚事由包括“合规部门中，具有3年以上相关领域工作经历的合规人员数量占比不足1.5%”。^[28]“关于对招商证券股份有限公司采取出具警示函措施的决定”中，处罚事由包括“合规人员薪酬低于公司同级别平均水平；未见合规总监有权参加监事会的规定”。^[29]统计中国银行保险监督管理委员会官网公布的行政处罚决定可以发现：截至2021年1月8日，共有29个决定的处罚事由关涉合规管理缺陷。常见的处罚事由包括：“内部控制不严格，风险处置制度机制不健全”；^[30]“国别风险管理不完善”。^[31]

一个更值得关注的现象是，行政和解制度已经在证监会的执法工作中展开。为了试点开展证券期货领域行政和解工作，证监会早在2015年2月就发布了《行政和解试点实施办法》，但遗憾的是，该办法一直未真正施行。中国证券监督管理委员会公告〔2019〕11号打破了该办法被尘封的状态。中国证监会与高盛（亚洲）有限责任公司、北京高华证券有限责任公司以及两家公司涉事的9名行政和解申请人达成了行政和解协议：申请人交纳行政和解金1.5亿元，采取必要措施加强公司内控管理，并在完成后向证监会提交书面整改报告；证监会终止对申请人有关行为的调查、审理程序。^[32]2020年1月，证监会发布了第二个行政和解案例：上海司度、富安达基金、中信证券、千石资本、国信证券以及上述公司的相关工作人员共计交纳行政和解金6.8亿元；和解申请人采取措施加强公司内控管理，并在完成后向证监会提交书面整改报告；证监会终止对申请人有关行为的调查、审理程序。^[33]

2. 刑事法上的合规激励机制

（1）刑事法上合规激励机制的类型

经过对世界范围内主要合规立法文本的考察，可以将刑事法上的合规激励机制类型化为如下四种。

第一，作为违法阻却事由或责任阻却事由的刑事合规。违法阻却事由或者责任阻却事由是新旧过失论对企业合规在企业责任认定上的不同认识，^[34]两者最终都达到了出罪的效果。英国2010年贿赂罪法案第7条规定的商业组织预防贿赂失职罪是这个类型的代表。如果依照这个标准进一步探索不难发现，我国刑法中每一个单位犯罪条款都是这一类型的刑事合规的制度载体。例如，通过隐匿、故意销毁会计凭证、会计帐簿、财务会计报告罪，客观上保障了单位

[28] http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zqjjjgjb/zqjjjgjbxbzjgcs/zqjjjgjbxbzjgcszql/202001/t20200103_369073.html, 2020年3月13日最后访问。

[29] http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zqjjjgjb/zqjjjgjbxbzjgcs/zqjjjgjbxbzjgcszql/201912/t20191227_368639.html, 2020年3月13日最后访问。

[30] 参见中国银行保险监督管理委员会银保监决字〔2019〕20号行政处罚决定书，<http://www.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=885299&itemId=4113&generaltype=9>；中国银行保险监督管理委员会银保监决字〔2019〕21号行政处罚决定书，<http://www.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=885300&itemId=4113&generaltype=9>。该两份行政处罚决定书均于2020年3月13日最后访问。

[31] 参见中国银行保险监督管理委员会银保监决字〔2019〕22号行政处罚决定书，<http://www.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=883805&itemId=4113&generaltype=9>，2021年1月14日最后访问。

[32] http://www.csrc.gov.cn/pub/zjpublic/zjh/201904/t20190423_354756.htm，2020年3月13日最后访问。

[33] 参见中国证券监督管理委员会公告〔2020〕1号，http://www.csrc.gov.cn/pub/zjpublic/zjh/202001/t20200120_370183.htm，2020年3月13日最后访问。

[34] 参见〔日〕今井猛嘉：《对单位的处罚——立足于合规计划的研究》，周啸天、张小宁译，载前引〔7〕，李本灿等编译书，第245页以下，第277页以下。

财会合规计划的有效执行。反过来说,如果单位财会合规计划完善,即便个别工作人员实施了隐匿、销毁行为,也可以排除单位的责任。

第二,作为量刑激励方式的刑事合规。美国《联邦量刑指南》第八章“组织量刑规则”中的合规制度是这个类型的代表。美国主流的法人犯罪归责模式是代位责任,这一点在《联邦量刑指南》^[35]以及联邦巡回区上诉法院的系列判决^[36]中都有体现。代位责任带来的结果是,公司承担了严格责任。也就是说,企业合规无论如何都不能排除责任,而只能减轻责任。

第三,作为起诉激励方式的刑事合规。这种制度类型发源于美国,并且大有形成全球浪潮的趋势。上文提到,美国的代位责任模式下,合规只能减轻企业责任。然而,对企业来讲,定罪本身就具有毁灭性,其追求的是除罪化效果,而不是减轻责任。实践表明,代位责任存在合规激励不足的问题,从而导致企业仅具有实施次优合规计划的动力。^[37]为了弥补实体法上合规激励不足,程序法上的补充性激励机制就产生了,即将企业合规与起诉建立联系:如果企业有良好的合规计划,或者承诺建立、完善合规计划,就可以对其暂缓起诉或者不起诉。目前,英国、法国、新加坡等国已经将企业暂缓起诉或不起诉制度引入了本国法律系统。

第四,作为个人责任联结点的刑事合规。前述三种类型都是通过排除或减轻企业自身责任的方式推动企业合规。有疑问的是,对于没有规定单位或法人犯罪制度的国家,如何通过刑事法手段激励企业合规?即便我国存在单位犯罪制度,但其具有显著的片段性,在没有单位责任规定的业务领域,也存在如何激励企业建立专项合规计划的问题。例如,我国的重大责任事故类犯罪大多没有规定单位责任,那么如何推动企业建立旨在促进安全生产的合规计划?合适的方式是,以合规作为个人责任的联结点,通过个人责任促使企业实施合规计划。

这方面的典型代表是德国。2009年,德国联邦最高法院第五刑事法庭确立了合规官对于公司内其他员工业务关联性行为的监督者保证人义务。^[38]在学理上,少数观点认为,合规官的监督者保证人义务是第一位的义务。^[39]主流观点则认为,对企业内违法行为的第一位的监督者保证人义务属于公司领导,因其具有命令指示权和组织权能;经过业务分工、授权,合规官取得派生性的监督义务。^[40]公司领导对于职员的业务关联性行为的监督者保证人义务,在近年的系列判决中得到了确认。^[41]通过赋予公司领导与合规官监督者保证人义务,客观上构建了一条连续的合规责任链条,每个职位上的责任人只有积极履行构建、运行合规计划的职责,才能排除个人责任。

同样的制度类型在我国刑法中也可以找到。例如,刑法第134条规定了重大责任事故罪,惩罚“在生产、作业中违反有关安全管理的规定”,因而发生严重后果的行为。根据2015年“两高”发布的《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条的规定,

[35] See U. S. Sentencing Commission Guideline Manual (2018), Chapter 8, Introductory Commentary.

[36] United States v. Ionia Mgmt., 555 F.3d 303; United States v. Singh, 518 F.3d 236.

[37] 参见 [美] 菲利普·韦勒:《有效的合规计划与企业刑事诉讼》,万方译,《财经法学》2018年第3期,第142页。

[38] BGHSt 54, 44, Rn. 3 - 6.

[39] Vgl. Kraft/Winkler, Zur Garantstellung des Compliance-Officers - Unterlassungsstrafbarkeit durch Organisationsmangel?, Corporate Compliance Zeitschrift, 2009, S. 32.

[40] Vgl. Dannecker/Dannecker, Die „Verteilung“ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen, Juristenzeitung, 2010, S. 990; Rönnau/Schneider, Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2010, S. 57.

[41] BGHSt 57, 42; BGHZ 194, 26; BGH B. v. 06. 02. 2018 - 5 StR 629/17 - NSz 2018, 648.

刑法第 134 条第 1 款规定的犯罪主体包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人员、实际控制人、投资人等人员以及直接从事生产、作业的人员。也就是说，刑法第 134 条不仅旨在强化直接从事生产作业的人员的合规意识，还可以通过刑事责任倒逼相关管理人员、控制人、投资人确立内部控制制度。同样的规范目的，在刑法第 133 条（及对应的司法解释规定）、第 133 条之一第 2 款等诸多条款中都有体现。

（2）我国的实践现状

经过仔细梳理，可以总结出我国刑事司法践行合规理论的四条路径。

第一，合规成为排除公司责任的事由。在郑某等侵犯公民个人信息案中，对于被告人及辩护人提出的“本案系单位犯罪”的辩护意见，两级法院都认为，公司政策、员工行为规范、公司 DR 任务材料等文件以及要求所有营养师接受合规培训并签署承诺函的事实均表明，公司反对上述违法行为，因此公司不应承担责任。^[42]

第二，合规成为积极证立个人责任的联结点。在大量案件中，单位的内部控制机制缺陷导致了违法犯罪行为的发生，在直接行为人答责之外，对单位内部控制机制缺陷负有责任者也承担了相关失职责任。例如，在顾某广等重大责任事故案中，矿长顾某广应当建立安全生产管理机制，配齐生产管理人员，制定煤矿管理的各项规章制度，保证安全投入，其却背离职责，导致事故发生，依法构成重大责任事故罪。^[43]

第三，合规成为刑罚减免事由。在福州立顺公交公司单位行贿案中，辩护人提交了闽侯县交通运输管理局的证明文件，证明被告单位“年上交税收 80 万，解决了几百人就业问题，在公交行业亏损情况下肩负社会责任，投入巨大用于解决出行难问题，为群众出行安全以及偏远地区人民群众出行便利做出贡献”。对此，法院认为，“上述证明材料均与本案犯罪事实无关，仅作为被告单位平时表现的一种说明性材料，在量刑时予以综合考虑。”^[44]

第四，合规成为不起诉公司或公司领导的事由。在无锡某科技公司虚开增值税专用发票案中，为不影响公司科技攻关，检察机关依法对公司和公司领导作出相对不起诉处理，并发出检察建议书，督促公司建立合规计划。^[45]在王某等人对非国家工作人员行贿案中，考虑到犯罪嫌疑人系被索贿等情节，以及公司处于上市筹划期等特殊情况，为最大限度降低刑事追诉对公司的影响，深圳市南山区检察院依法作出不起诉处理，并依托法律监督者身份，帮助企业进行合规建设，定期监督合规计划落实情况。^[46]

由以上论述可以看出，行政法或刑事法上的合规激励机制已经进入我国实践。尤其是，在

[42] 参见甘肃省兰州市城关区人民法院（2016）甘 0102 刑初 605 号刑事判决书；甘肃省兰州市中级人民法院（2017）甘 01 刑终 89 号刑事裁定书。

[43] 参见贵州省金沙县人民法院（2016）黔 0523 刑初 207 号刑事判决书。

[44] 参见福建省闽侯县人民法院（2017）闽 0121 刑初 563 号刑事判决书。尽管判决中未直接使用“合规”或者“内部控制”等表述，而仅以“履行社会责任”为由对涉事企业从轻处理，但这实质上体现了合规对责任认定的影响。这里涉及合规与企业社会责任之间的关系。合规计划的目标和价值是多元的，不仅包括公司方面的利益，还经常包括业务伙伴或第三人的利益以及社会利益（比如环境保护，防止使用童工、强迫用工和歧视等），即合规计划本身就包含社会责任的内容。参见前引〔12〕，齐白书，第 240 页以下；Marc Engelhart, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA, Duncker & Humblot, 2010, S. 50。

[45] 参见史济峰：《不起诉决定助力企业焕发生机》，《检察日报》2020 年 6 月 12 日第 3 版。

[46] 参见曾焕阳：《南山检察院依法不起诉，助力企业合规经营》，https://news.dayoo.com/gzrbyc/202004/20/158752_53297870.htm，2020 年 10 月 23 日最后访问。

优化营商环境的语境下,如何将合规理念融入检察工作成为检察机关正在探索的重要课题。^[47]应当说,这些举措对于促进企业守法、优化营商环境具有重要意义,但同时也应当看到,合规理念尚处于观念倡导期,如何将合规理念系统引入司法,还需要进一步探索。

三、企业的合规计划建构

在促进企业合法经营,尤其是遵守国际规则的问题上,合规计划具有更为显著的制度优势。第一,相对于外部监督机构,企业更了解自身业务特征,因而更有利于及时发现并预防风险。第二,企业通过合规计划的自我风险预防,不仅可以协助国家实现预防违法的目的(国务院条例第21条),还可以显著节约国家司法资源;在跨国案件中,内部调查还能起到规避司法主权的作用。^[48]第三,作为企业合规计划的重要内容,对产业链上下端企业的合规调查可以促进其他企业合规经营,从而在更大范围内形成合规文化。第四,作为全球化结果的合规计划,其亦包含合理关照业务所及的外国法或国际组织规则的内容,因而有利于达成国际化的营商环境建设目标(国务院条例第4条)。第五,合规亦可以创造价值,即正向提升品牌价值、反向降低合规风险,从而更有利于繁荣商业环境。鉴于此,以合规计划理念武装企业,推进企业合规,对于营商环境建设具有重要意义。

(一) 企业合规的关键:树立合规理念并通过高层践行

1. 全球化与合规经营理念

企业合规是全球化的结果,^[49]深处全球化浪潮中的中国企业必须强化合规经营理念。^[50]原因在于,全球化不仅带来了市场、利益的全球化,风险也在全球化过程中显著加剧。在本土经营时,风险仅是单一的国内法制裁风险,而当业务走向全球时,其他国家的制裁风险也随之而来。例如,2020年1月,法国反腐败局官网发布了新年第一个企业犯罪暂缓起诉协议:中国银行(浙江分行)因涉嫌协助隐瞒、转移在法国犯下的税收欺诈罪的直接或间接收益,与法国检察官达成暂缓起诉协议。暂缓起诉协议除了要求中国银行完善反洗钱合规措施,加强对客户和第三方评估程序的检查,优化对高额交易和可疑交易的监管预警机制,强化员工培训之外,还包括了390万欧元的罚款及经济补偿。^[51]需要提示的是,对于美国挥舞大棒进行全球执法,欧盟、法国、英国等也开始效仿,中国企业正面临全球性合规风险。此外,企业违反超国家机构规范的行为,也可能招致高额罚款,或者失去获得公共订单以及信贷的机会。世界银行每年发布的制裁报告就显示了这一点。^[52]

中国企业之所以出现较多违规事件,与我们的商业环境有关,更与企业陈旧的理念有关。

[47] 参见周绪平:《检察职能延伸与营商环境建设》,《检察日报》2020年6月28日第3版。

[48] 参见石磊:《刑事合规:最优企业犯罪预防方法》,《检察日报》2019年1月26日第3版。

[49] 参见前引[14],罗什文,第366页。

[50] 尤其是“在当前保护主义上升,世界经济低迷、全球市场萎缩的外部环境下,中国企业特别是涉外企业要想在对外开放中实现更好发展,就需要顺应国际潮流,加快建立健全刑事合规制度”。童建明:《充分履行检察职责,努力为企业发展营造良好法治环境》,《检察日报》2020年9月22日第3版。

[51] <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/document/convention-judiciaire-dinteret-public-cjip-conclue-entre-procureur-republique-pres-tribunal>, last visited on Apr. 16, 2020.

[52] 据笔者粗略统计,仅2019年就有17家中国企业受到世界银行的制裁,其中不乏中国核工业集团这样的企业。See *World Bank Group Sanctions System Annual Report FY 2019*, pp. 64-67.

短期来看，违规经营确实可能带来收益，但随着世界主要经济体强化全行业执法以及运用新的执法策略，^[53] 违规行为不仅不能带来长期利益，还可能给企业带来灾难。例如，2020年初，空中客车因违规行为与法国、英国、美国分别签署了暂缓起诉协议，仅协议金一项就达39亿美元。^[54] 中国中兴通讯公司也前后为自己的违法行为支付了共计24亿美元的罚款和保证金。这些鲜活的案例说明，只有合规经营才能带来长久利益。^[55]

2. 企业高层对合规的践行

学界普遍认为，“企业防范违法行为也罢，实施守法计划也罢，能否真正贯彻落实，完全取决于企业首脑是不是真正下了决心。”^[56] 也就是说，企业高层的承诺是合规制度运行的关键。原因在于：第一，领导的行为对组织文化的塑造具有决定性作用。通过文化操纵，个体的道德信仰和伦理决策行为会逐步向高层领导靠拢，因为领导倾向于奖赏与自己一致的人。^[57] 第二，普通合规人员仅具有信息进入权，缺乏命令指示权，因此，合规体系的构建、职责的分配、对违规行为的处理等都取决于领导层。正因为如此，才有了上文提到的基于对领导人员德性的怀疑而对合规计划有效性产生质疑的观点。

(二) 合理构建合规计划

经过对若干国家合规立法文本以及企业合规计划样本的考察，可以总结出完整合规计划的制度模型。

1. 风险识别、行为准则制定与合规组织的构建

归结起来，这一步的工作是识别风险；在此基础上，确立适用于企业的行为准则，并建立适合于风险预防的合规组织。这里有两点需要特别注意：第一，合理处理风险识别与法解释学的关系。风险识别是结合业务所在地的法律规范发现风险的过程。这就决定了，能否识别风险很大程度上取决于能否正确解读法律规范。以企业办理信贷业务过程中的刑事风险为例，曾有学者在刑法修正案（十一）通过之前提出如下主张：骗取贷款罪以不能还款为必要要件，只要企业能够还款，就能堵截刑事风险。然而，事实上，我国刑法中的骗取贷款罪并不以给银行造成损失为必要要件，即便有充足担保，只要骗取贷款数额达到一定标准，就可以构成骗取贷款罪。^[58] 在通过解释法律识别风险的过程中，企业应当结合相关案例，取各种理论的最大公约数，这是最谨慎、稳妥的办法。第二，合规组织构建的个别化。合规体系的建设遵从个别化原则，这是因为行业性质、企业规模不同，风险类型以及应对风险的能力就存在差异，并无统一的合规体系构建标准。就小型企业而言，合规可以由个别人实现，例如经理或董事；就大型企业而言，可以构建完整的合规组织，并赋予其独立性和权威性。

[53] 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，《河南警察学院学报》2019年第1期，第31页。

[54] See Department of Justice (Office of Public Affairs), *Airbus Agrees to Pay Over \$3.9 Billion in Global Penalties to Resolve Foreign Bribery and ITAR Case*, <https://www.justice.gov/opa/pr/airbus-agrees-pay-over-39-billion-global-penalties-resolve-foreign-bribery-and-itar-case>, last visited on Apr. 17, 2020.

[55] 美中贸易全国委员会2013年的报告也证实，坚持原则带来的利益要大于违规带来的短期利益。See The US-China Business Council, *Best Practices for Managing Compliance in China (2013)*, pp. 7-8.

[56] [日] 芝原邦尔：《经济刑法》，金光旭译，法律出版社2002年版，第130页。

[57] 参见 [美] 特里·L. 库珀：《行政伦理学：实现行政责任的途径》，张秀琴译，中国人民大学出版社2010年版，第181页以下。

[58] 参见张明楷：《骗取贷款罪的保护法益及其运用》，《当代法学》2020年第1期，第50页；江西省横峰县人民法院（2018）赣1125刑初71号刑事判决书。

2. 标准传达与促进

归结起来,这一步的工作是将合规标准传达到每一个职员,并通过组织性措施促使职员遵守合规标准。传达合规标准的方法多种多样,例如集中的合规培训,设置合规专线或咨询处随时解答职员的合规疑问。必要时也可以将合规的遵守情况引入人事、薪酬管理,通过职位或者待遇促进职员合规。这里尤其要强调的是促进合规的组织性措施,其目的是在流动的业务过程中保障合规计划有效运行。组织性措施的关键是构建自上而下的信息流和自下而上的信息流。自上而下的信息流依赖于领导的合规促进行为,如通过定期或不定期的合规检查促进合规计划的遵守。自下而上的信息流依赖于有效的内部举报制度以及合规官职责的履行。内部举报制度的关键是消除举报者的后顾之忧,并最大限度地防止错误举报。匿名举报措施不应全然排除,但由于缺乏再次询问的可能,故不应作为标准措施受到提倡。在匿名举报的情况下,应通过特定方式保证举报的可信度,以实现可疑内容的审查,只有这样才能避免错误举报。

合规官履行职责是保证信息流通畅的另一重要方式,这种职责具有理论上的根据。前文提到,德国的系列判决肯定了公司领导对于职员业务关联性行为的监督者保证人义务。在理论上,从“有风险的组织结构的创设”^[59]或者“不履行对组织体的减小风险的塑造义务”^[60]之中,可以推导出公司领导的监督者保证人义务。由于分工需要,公司领导将上述职责传递给合规官,自己仅保留剩余义务(监督合规官)。就合规官而言,尽管其承担了继受性义务,但由于缺乏命令指示权,其履行义务的方式只能是信息回流,即将其发现的违法信息传递给公司领导。此时,作为义务又重新回到领导职位。由此可以看出,合规官与公司领导履行监督者保证人义务,客观上构建了自下而上的信息流。需要注意的是,这是不真正不作为犯语境下的讨论,在我国的企业犯罪语境中,单位领导的监督责任不言自明。^[61]也就是说,不真正不作为犯语境下的作为义务与单位犯罪制度一起,搭建了企业领导与合规官责任的完整图谱。这为国内企业构建自下而上的合规信息流,提供了外部制度保障。

3. 内部调查、制裁与合规计划的改进

归结起来,这一步的工作是发现违法行为线索后启动内部调查程序,对相关违法人员进行内部制裁,并改进暴露出来的合规制度缺陷。内部调查是这一步的关键。由于国内法没有任何涉及企业内部调查的程序规定,这一问题的重要性尚未凸显。然而,一旦涉及国际层面的内部调查,或者国内的企业违法行为可能成为外国的制裁对象时,这一问题就值得高度重视。

总体而言,内部调查涉及三个层面的问题。第一,主体的选择。由于美国、欧洲国家普遍存在律师—客户特免权、工作成果特免权的规定,为了防止内部调查资料成为对公司不利的证据,选择独立的律师介入调查更为合适。第二,手段的合规性。一方面,内部调查不得以侵害职员权利的方式进行;另一方面,内部调查不得违反所在地的相关法律。当涉及国际层面的内部调查时,查明所在地的相关法律至关重要。例如,很多国家的数据保护法律禁止公司在未经职员同意的情况下收集私人信息,包括公司邮件;很多国家禁止在未经当局许可的情况下与员工展开面谈。^[62]第三,内部调查信息的跨境转移。无论是境内的内部调查资料转移到境外,

[59] Matin Konu, Die Garantenstellung des Compliance-Officers, Duncker & Humblot, 2014, S. 143.

[60] Nikolaus Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, Nomos, 2002, S. 219.

[61] 参见黎宏:《单位刑事责任论》,清华大学出版社2001年版,第303页;王良顺:《单位犯罪论》,中国人民公安大学出版社2008年版,第101页,第222页。

[62] 参见[美]卢西恩·E.德尔文:《国际白领犯罪与国际化的内部调查》,朱霁康译,《交大法学》2016年第2期,第68页,第72页。

还是境外的内部调查资料转移到境内，都需要充分了解转入地和转出地对信息跨境转移的规定，否则可能产生严重问题。

四、行业自治组织的合规参与

（一）行业自治对于法治化营商环境建设的意义

在与法治化营商环境建设相关联的方面，行业自治的积极意义主要包括：

第一，行业自治是对国家规范体系的有益补充。行业自治的前提是行业自治规范或行规行约的确立。行业自治规范是成员单位协商一致的结果，仅对加入行业自治组织的成员单位有约束力，因此不具有法律属性。然而，行业自治规范是在法律框架内对法律规范的细化，相比于国家，行业自治组织具有专门知识、信息优势以及更多的经验，经过细化后的行业自治规范具有更强的可操作性。^[63] 加上行业自治组织成员单位的承诺，自治规范可以更好地贯彻执行。对于行业自治规范，我国还存在国家批准或备案的制度实践。例如，律师法第 44 条规定：全国律师协会章程由全国会员代表大会制定，报国务院司法行政部门备案；地方律师协会章程由地方会员代表大会制定，报同级司法行政部门备案。经过批准或备案，行业自治规范获得了合法性，其效力也会得到增强。^[64]

第二，行业自治是对国家监督体系的有益补充。除了规则制定与制裁，完整的规制体系还必须包含监督要素。^[65] 国家轻工业局 2000 年发布的《关于行业协会管理的暂行办法》第 7 条赋予了行业自治组织监督权。行业自治组织的监督权可以具体化为许可批准权、认证权、日常管理权、标准制定和实施权。^[66] 行政许可法第 13 条规定：行业组织能够自律管理的，可以不设行政许可。实践中，室内装饰设计单位、施工单位资质等级和项目经理审查以及证书颁发工作，也确实让渡给了专业协会承担。《关于行业协会管理的暂行办法》第 7 条也赋予了行业自治组织认证权、日常管理权以及参与标准制定的权利。实践中，部分行业协会获得了认证权。例如，服装行业协会、家用电器行业协会、中药行业协会、医药行业协会、仪器仪表行业协会对于名牌评审具有参与权。^[67] 此外，《关于行业协会管理的暂行办法》第 7 条第 13 项规定，行业组织有权“指导、帮助企业改善经营管理，深化改革，建立现代企业制度”。在行业标准的制定上，以美国为代表，行业自治组织具有广泛的标准制定权。^[68] 在我国，尽管《关于行业协会管理的暂行办法》第 7 条第 4 项规定，行业协会在受委托的情况下，有权参与制定国家标准、行业标准，组织贯彻实施并进行监督，但实际上，行业标准全部由国家行业主管部门制定。^[69] 客观而言，尽管存在很多问题，但行业自治组织的监督仍然是对法律监督体系的有益补充。

第三，行业自治是对国家纠纷解决与制裁体系的有益补充。当前，构建多元化社会纠纷解

[63] 参见鲁篱：《行业协会经济自治权研究》，法律出版社 2003 年版，第 184 页。

[64] 参见黎军：《基于法治的自治——行业自治规范的实证研究》，《法商研究》2006 年第 4 期，第 49 页。

[65] See Margot Priest, *The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation*, 29 *Ottawa Law Review* 238 (1998).

[66] 参见前引 [63]，鲁篱书，第 190 页以下；黎军、高俊杰、周卫：《行业自治研究》，中国社会科学出版社 2018 年版，第 157 页以下。

[67] 参见上引黎军等书，第 157 页。

[68] 参见朱景文：《比较法社会学的框架和方法——法制化、本土化与全球化》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 340 页。

[69] 参见刘刚：《行业法治研究》，吉林大学 2019 年博士学位论文，第 53 页。

决机制具有重要意义。多元化纠纷解决体系的重点任务是,积极推进群团组织、行业协会设立专业性调解组织,加强商事仲裁、劳动人事仲裁等仲裁机制建设。^[70]实际上,部分行业已经建立了行业协会协调制度。例如,证券法第166条第7项规定,证券业协会应对会员之间、会员与客户之间发生的证券业务纠纷进行调解。与之相应,《中国证券业协会章程》第6条第5项规定了行业协会的纠纷调解职能。在国外,行业仲裁被普遍适用。据学者介绍,英国伦敦糖业协会、谷物和饲料贸易协会都下设仲裁机构,用以解决协会成员之间的纠纷。^[71]在制裁体系的问题上,经过对若干行业自治组织章程的归纳,可以总结出如下制裁方式:批评教育、赔礼道歉、赔偿损失、内部通报、行业曝光、道德谴责、开除会籍、集体抵制、终身禁入、罢免社团职务、停止使用社团设备、禁止享用社团优惠、罚款等。这些制裁方式中,很多具有法律惩罚替代性,例如罚款、赔偿损失等。在正式制裁体系中不存在的方式,如集体抵制、行业曝光等,也都具有正式制裁所可能不具备的效果。应当说,这些制裁方式是对现有法律制裁体系的有益补充,对于推动行业守法具有重要意义。

(二) 行业自治组织合规参与的具体方式

行业自治组织的典型形式是行业协会。与此同时,为了某种单一的价值目标而建立的自治组织也逐渐形成,例如,围绕“反腐败”“反舞弊”建立起来的企业联盟已经出现。新的自治形式和组织丰富了行业自治的方式,相应地,行业自治组织的合规参与方式也逐步多样化。

第一,法规的具体化及传达和促进。相比于抽象的国家法律,行业自治组织将法律具体化后而形成的自律规范和公约更具可理解性、可执行性。在此基础上,行业自治组织往往通过峰会、论坛等形式交流、传达自律规范。违规行为发生后,法律程序之外的行业自查、惩戒等措施可以进一步促进对法律规范的遵守。中国互联网协会、律师协会等传统自治组织的章程和自治实践都反映出这一点。

第二,开展行业信用体系建设。^[72]为了解决行业痛点问题,提高失信人员的违规成本,阳光诚信联盟、中国反舞弊联盟等自治组织集合成员力量,建立监督、评估机制,协力搭建共享信息平台,实现失信人员、企业的信息共享。联盟成员承诺,秉承共创诚信商业环境的愿景,坚持合规理念,拒不录用违背职业道德的失信人员。中国互联网协会等也在积极探索建设行业信用体系的方式。

第三,打通企业联合调查通道。企业内部调查是正式的国家调查的有益补充。然而,随着企业员工流动的加速,内部调查难免遇到障碍。为了打通企业间的联合调查通道,提高案件调查效率,阳光诚信联盟搭建了企业联合调查沟通对接机制。实践中,多起企业案件都是联合调查的结果。例如,2018年10月,德邦快递发现公司前运营经理黄某有受贿嫌疑,但当时黄某已离职并入职京东,德邦快递随即通过联合调查沟通机制与京东接洽。经京东与德邦快递联合调查确认,黄某存在受贿事实。后黄某被京东解除劳动合同。又如,2018年8月,同程旅游发现原某区域销售经理关某存在刷单嫌疑,但关某已经离职并入职驴妈妈,同程旅游随即通过联合调查沟通机制与驴妈妈接洽。经同程旅游与驴妈妈联合调查确认,关某在同程旅游工作期间存在刷单行为,在驴妈妈工作期间也存在职务侵占等违规行为。后关某被驴妈妈解除劳动合同。中国反舞弊联盟也已经建立企业联合调查通道,中国汽车行业联盟也在探索行业内的投

[70] 参见黄文艺:《新时代政法改革论纲》,《中国法学》2019年第4期,第20页。

[71] 参见沈四宝、薛源:《论我国商事仲裁制度的定位及其改革》,《法学》2006年第4期,第70页。

[72] 国务院条例第30条、第53条都特别强调了信用体系建设,北京条例、上海条例也都有类似条款。

诉、调查、沟通机制。

总之，从众多行业协会、企业联盟样本可以窥见，行业自治组织在行业合规、诚信经营等方面可以做出重要贡献，是法治化营商环境建设可以吸纳的有益力量。

五、合规机制构建的未来方向

如前文所述，公共机构、企业、行业自治组织在合规参与上发挥了重要作用。出于体系论述的考虑，前文没有讨论的是各种推动组织体合规的机制还存在诸多问题，而这恰恰是未来法治化营商环境建设的努力方向。

（一）构建自上而下的责任链条与自下而上的信息流

组织体合规计划的构建不在于形式，而在于如何保障其有效运行。通过对美国、英国、德国等国制度运行状况的考察不难发现，合规计划的有效性很大程度上依赖于自上而下的责任链条与自下而上的信息流。也就是说，如何将合规责任落实到具体的个人，使个人尽职履行合规职责。国有资产监督管理委员会《中央企业合规管理指引》第4条、商务部等部委发布的《企业境外经营合规管理指引》第21条，都意在解决这一问题。公共机构的合规问题与此同理。

公共机构的主体责任人、企业的领导人对于工作人员的业务关联性行为负有监督者保证人义务（二者的义务来源不同），这种义务可以通过分工向下传递给合规官或者其他风险控制人员。因为这些人员没有命令指示权，其只需通过传递信息的方式履行职责，由此合规责任重新回到领导人员。通过这样的方式，合规责任被分配到每个具体的职位，从而形成连续的责任链条。美国的经验表明，如果板子打不到个人身上，仅通过公司责任的方式促使公司合规，效果并不理想，而此处的方案恰恰可以解决这个问题。

实践中，主体责任制以及单位犯罪司法中以是否履行合规责任为联结点积极证立个人责任的做法，就践行了上述方案。然而，这种方案还没有常态化地融入司法实践，相关案例凤毛麟角，组织体内的责任链条并不畅通。略举两例即可说明。在吴曙红失职案中，作为分管领导的吴曙红发现下级职员挪用数额巨大的税款后不予处理，导致事后行为人继续实施类似行为，造成重大损失。最终，吴曙红因履行主体责任失职，受到行政警告处分。^[73] 在永明公司走私普通货物物品案中，在多个证据证明公司领导知情的情况下，法院以未直接参与为由否定了公司主要领导的刑事责任。^[74] 无论是公共机构的领导还是企业领导，都有义务处理单位内的违法行为，相应地，其违背义务造成严重后果的行为会构成相关犯罪。然而，两个案例中的主要领导最终都没有被追究刑事责任。这充分说明，单位内部的责任链条存在断裂。这带来的结果是，单位领导只需“把头埋在沙土里”就可以避免刑事责任追究：距离犯罪越远，责任越轻；越是底层工作人员，承担的风险越大。在这种情况下，单位领导就没有动力认真履行构建合规计划的职责。

（二）强化合规的外部激励机制

1. 行政法上的合规激励

通过对若干行政处罚及和解案例的考察，可以发现如下问题。

[73] 参见《安徽通报8起落实“两个责任”不力被问责典型案例》，http://www.ccdi.gov.cn/special/jdbg3/ah_bgt/sff-bwt_jdbg3/201512/t20151228_71647.html，2020年4月2日最后访问。

[74] 参见山东省青岛市中级人民法院（2017）鲁02刑初8号刑事判决书；山东省高级人民法院（2019）鲁刑终173号刑事判决书。

第一, 合规激励的适用领域过窄。目前通过行政法上的激励机制促进企业合规的实践, 主要发生在金融领域。相对于刑事激励手段, 行政法上的证据标准较低, 处罚措施对企业的影响更小, 因而非常适宜作为外部激励机制以促进企业合规。由于金融领域之外的合规要求较低, 企业合规水平普遍不高, 通过行政法手段推动企业合规的实践并没有真正展开。部分案件中, 行政处罚措施可能包括改善风险控制机制, 但并没有真正监督执行。

第二, 处罚过于轻缓。通过梳理证监会、银保监会官网发布的涉及企业合规的案例可以发现, 监管机构多通过警示的方式要求企业合规, 少见严厉处罚。本文并不主张美国的“敲诈勒索”式处罚, 但过于轻缓的处罚难以起到威慑作用, 合规激励的效果并不理想。

第三, 行政和解适用率偏低。类似于刑事诉讼中的协商, 行政和解进一步降低了证据标准, 可以更好地推动企业合规。但是, 从2015年证监会《行政和解试点实施办法》发布以来, 仅有2个和解案例。由此可见, 该制度形同虚设。

未来在涉企业案件的行政执法过程中, 可以扩展合规激励的适用范围, 加大作为激励手段的行政处罚的力度, 重视行政和解在合规激励中的作用。

2. 刑事法上的合规激励

刑事法上的合规激励机制被形象地称为“胡萝卜+大棒”模式。^[75]体现在刑事政策上, 就必须从正反两个方面激励企业合规。

第一, 正向激励。这是指以合规计划作为排除、减轻企业罪责或者暂缓起诉、不起诉的事由。实体法上, 合规可以阻却违法或责任, 或者减轻责任; 程序法上, 合规可能成为达成暂缓起诉或不起诉协议的决定性因素。从我国的立法、司法现状看, 两种激励机制都有待完善。

首先, 实体法上的合规激励机制具有理论根据,^[76] 合规应当成为排除或减轻企业责任的常态化机制。尽管这种机制已经在部分案例中有所体现, 但合规并未成为常规性地影响企业责任的因素。在企业合规是否影响量刑的问题上, 法院的态度不尽相同。六盘水济生药业有限公司单位行贿案中, 法院积极审查公司履行社会责任等合规情况, 只是因为证据缺失而没有认定。^[77] 由此显示出的态度是, 合规可以成为影响量刑的酌定因素。甘肃方圆工程监理有限责任公司单位行贿案中, 对于被告单位提出的履行社会责任等体现公司合规情况的辩护意见, 法院则根本未予回应。^[78]

其次, 适度引入企业暂缓起诉制度, 构建企业犯罪案件多元化程序处理机制。尽管全国范围内多地检察机关都在积极探索“以合规换取不起诉”制度, 但深受起诉法定主义的影响, 企业不起诉案件范围相对有限, 仅限于情节显著轻微的案件。为了进一步丰富企业犯罪案件多元化程序处理机制, 可以在认罪认罚从宽制度的背景下, 将企业暂缓起诉制度引入我国刑事诉讼法。^[79] 需要注意的是, 由于中国和美国刑事实体法上的组织体归责模式不同, 企业暂缓起诉制度承担的功能存在差异。在我国, 实体法上合规的出罪功能决定了对程序上的激励机制不

[75] 参见孙国祥:《刑事合规的理念、机能和中国的构建》,《中国刑事法杂志》2019年第2期,第13页。

[76] 参见李本灿:《刑事合规制度的法理根基》,《东方法学》2020年第5期。

[77] 参见贵州省水城县人民法院(2016)黔0221刑初35号刑事判决书。

[78] 参见甘肃省成县人民法院(2018)甘1221刑初40号刑事判决书。

[79] 参见李本灿:《认罪认罚从宽处理机制的完善:企业犯罪视角的展开》,《法学评论》2018年第3期,第111页;陈瑞华:《企业合规视野下的暂缓起诉协议制度》,《比较法研究》2020年第2期,第1页。

必过分依赖，因而引入企业暂缓起诉制度应当是有限度的。^[80]与此同时，我们可以充分挖掘现有的程序资源，将合规激励与现有程序机制进行制度嫁接。例如，运用法定、酌定、存疑或者特殊不起诉制度，附加完善合规计划的检察建议，以替代暂缓起诉制度的合规激励功能。以美国为代表的外国法也在做这种尝试。^[81]

第二，反向激励。这是指不实施合规计划可以成为从重的根据。更重要的是，构成犯罪的企业应当被依法追究刑事责任。这里涉及的问题是合规计划的作用机理，即“胡萝卜”政策只有与“大棒”政策相互配合，合规计划才能真正起效。换句话说，合规计划的真正推行以严格的犯罪处遇政策为基础。“处罚愈严厉，愈可能促进企业合作。”^[82]此处的“严厉”不仅指刑罚量的足额供给，还包括刑罚的及时性。刑罚量的足额供给涉及的是立法上法定刑的设置，即通过升高法定刑，为合规创造足够的激励空间。例如，我国刑法中的虚开增值税专用发票罪的罚金刑最高为50万元，由于基数过低，合规所能起到的调节作用就极为有限。在这一点上，我国的立法存在问题，需要有针对性地加以改进。刑罚的及时性涉及的是企业犯罪的司法政策，即应当通过严格司法，在犯罪与刑事处罚之间建立较高概率的联系，使合规激励成为企业可以眼见的预期利益，从而激励企业自觉开展合规计划。美国推行反腐败合规的过程中，全行业执法、卧底、窃听技术、加大举报奖励等手段被普遍适用，其目的也是通过提高犯罪查处率、增强威慑力，体现出反向合规激励机制的意义，推动企业合规。在国外的公司犯罪司法实践中，空中客车、福特、汇丰银行、渣打银行等享誉世界的企业都曾多次被刑事处理。反观我国，明星企业（尤其是国企或大型民企）永远都是“良好企业公民”的形象。出现这种现象的原因不是我国企业确实良善，而是它们的违规行为往往没有被处理。例如，中国银行、建设银行、工商银行、农业银行等金融机构都曾在外国因不合规而被处理过，但我国的司法机关从来没有处理过这些企业。前文提到的空中客车全球行贿案中，很多违法行为发生在中国，对象是中国的官员或企业，然而中国的司法机关自始至终都只是看客，没有任何实际行动。诸多外国企业在华犯罪案件多由其母国处理的事实，^[83]也足以说明这一点。总之，过于宽缓的企业犯罪治理政策使企业根本没有动力实施合规计划。

在本文看来，中国企业合规制度发展的主要障碍不在于立法中缺失合规制度，而在于过于宽缓的企业犯罪处遇政策。对于司法机关，依法打击犯罪，维护公平竞争的市场秩序，就是对法治化营商环境的贡献。^[84]为了优化营商环境，司法机关应着力解决的是“以罚代刑”问题。出于发展地方经济的考虑，或者地方经济为大型企业所捆绑，政府（包括司法机关）往往对企业犯罪轻拿轻放，将犯罪行为行政化处理或者视而不见，以至于企业犯罪司法出现“两多两少”现象，即企业犯罪实际发生多，行政化处理多；案件查处少，移送司法机关的更少。^[85]例如，在2019年轰动全国的江苏响水“3·21爆炸事故”中，涉事企业仅2018年就

[80] 参见李本灿：《域外企业缓起诉制度比较研究》，《中国刑事法杂志》2020年第3期，第103页。

[81] See Cindy R. Alexander & Mark A. Cohen, *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements*, 52 *American Criminal Law Review* 568 (2015).

[82] Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992, p. 40.

[83] 参见于志刚：《在华外国公司犯罪的规律分析与应对策略》，《中国法学》2012年第5期，第170页。

[84] 参见石佑启、陈可翔：《法治化营商环境建设的司法进路》，《中外法学》2020年第3期，第713页；黄检宣：《黄浦范式：推进法治化营商环境建设》，《检察风云》2020年第1期，第34页；前引〔50〕，童建明文。

[85] 参见李本灿：《企业犯罪预防中合规计划制度的借鉴》，《中国法学》2015年第5期，第195页。

有13项安全隐患被通报,此前也曾连续被查处、通报、罚款,但企业负责人仍严重违法违规,最终酿成惨烈事故。^[86]长生生物毒疫苗案、江苏昆山“8·2爆炸事故”等重大案件也都反映出这个问题。鉴于此,唯有严厉企业犯罪司法,才能切实推动企业合规。

(三) 淡化行业自治组织的行政色彩

虽然改革开放之后行业自治组织有了长足发展,但其发展一直在政府的主导下进行,以至于呈现出显著的行政化色彩:官办行业协会已经在人事、产权、管理等方面全方位行政化;民办行业协会的组建需经双重审批,即在获得业务主管机关审查同意的同时,还要在民政部门登记。这些都造成了行业自治组织的权力来源政府化、功能单一化、协会人员组成官僚化、自治文化缺失以及自治功能不足等问题。^[87]国务院以及地方性营商环境条例都强调,要发挥行业自治组织在法治化营商环境建设中的作用,而现实中的行业自治组织显然难以发挥其应有的更大作用。未来的改革中,应当淡化行业自治组织的行政色彩,赋予自治组织更大的自治权能,充分调动各种社会组织、资源投入到营商环境的建设中。

Abstract: A law-based business environment and organization compliance have the same value pursuit, that is, the compliance of their performance. Since compliance programs have the advantages of efficiency, saving public resources, and internationalization, thus could become legal tools for creating a sound business environment. Public institutions and companies are the primary participants in the business environment. As the main builders of business environment, public institutions must exercise administrative power and provide public services strictly in accordance with law, and companies must also operate their business in accordance with law. In this way, building a law-based business environment would become an act of following the natural course. The purpose of legal operation of public institutions could be better achieved with public power compliance programs. Public institutions not only rely on compliance programs to achieve their own compliance, but also promote corporate compliance through an external incentive mechanism. The role of self-regulating industry organizations, as a communication bridge between public institutions and corporations, has also been underlined. In business practice, they have indeed promoted corporate compliance by carrying out industry supervision, co-constructing information systems of untrustworthy organizations, facilitating joint investigation, and so on. China should further promote the participation in compliance by public institutions, companies, and self-regulating industry organizations and maximize their role in building a law-based business environment through such measures as building a “top-down” responsibility chain and a “down-top” information flow within the organizations, strengthening external incentives, and toning down the administrative color of self-regulating industry organizations.

Key Words: building business environment, public power compliance programs, corporate compliance

[86] 参见《形式主义害莫大焉,安全生产不能只上墙不走心》,《法制日报》2019年3月25日第1版。

[87] 参见汪莉:《行业自治与国家干预》,经济科学出版社2015年版,第212页以下。