

企业行政合规的概念反思与重构

熊樟林*

摘要:当前理论与实务界往往混淆企业行政合规与行政普法、行政指导、行政监管、行政执法和解、当事人承诺制度之间的区别,甚至将其中多项概念简单予以等同,产生了所谓的“行政指导型企业合规”“行政普法型企业合规”等错误做法。究其根本,这主要源于对企业行政合规概念理解的扩大化、片面化、趋同化。所谓企业行政合规,应当是指为避免因企业或企业员工相关行为给企业带来行政责任,行政机关通过行政法上的激励机制,推动企业主动以行政法律监管的标准来识别、评估和预防行政制裁风险,制定并实施符合行政监管的计划和措施。这一概念所包含的要素有利于澄清企业行政合规的合规目的、合规范围、合规依据、合规对象等多项争议问题。

关键词:企业行政合规 合规激励 行政处罚

一、引言

近年来,“方林富案”^①“毒芹菜案”^②“拍黄瓜案”^③等案件的出现,暴露出一个严重问题:在一些疑难案件中,行政机关严格按照立法规定执法,尽管是合法的,也有可能不具有合理性,无法满足个案正义的需求。^④为了解决这一问题,效仿企业刑事合规的行政合规被广泛实践。企业行政合规旨在为已经确认违法的企业找到一条责任豁免的制度通道,在原理上是对传统依法行政

* 东南大学法学院教授

基金项目:国家社会科学基金资助项目(23AFX011)

① 参见浙江省杭州市西湖区人民法院(2016)浙0106行初240号行政判决书。

② 参见《卖5斤芹菜被罚6.6万元?国务院督查组:处罚过当》, https://news.cnr.cn/rebang/20220828/t20220828_525990497.shtml, 2024-06-23。

③ 参见《拍黄瓜被罚5000?深圳监管部门:制售冷食需获专项许可》, https://sz.cnr.cn/wqyq/20220804/t20220804_525947383.shtml, 2024-06-23。

④ 参见熊樟林:《企业行政合规:功能主义的一块试验田》,《当代法学》2024年第3期。

理念的突破,追求行政从“合法性”转向“正确性”。^①

当前,企业行政合规已经在国家和地方层面广泛展开。国务院国有资产监督管理委员会很早就确立了“大合规”的基本立场,行政合规被作为国有企业合规不可或缺的一个部分。与此同时,江苏、^②浙江、^③山东、^④广西、^⑤湖北^⑥等地都已将企业行政合规推向了行政执法的各个领域。截至目前,尽管行政合规并不如刑事合规一样由最高人民检察院自上而下地加以布控,但是行政执法从“行政合法”到“行政正确”的巨大需求,依然促使行政合规获得了高速发展。

对此,理论界已有一定的观察与思考,学者们提出了企业行政合规的制度框架,^⑦并试图以合规为路径对传统行政执法和解制度加以改造。^⑧这些研究肯定了企业行政合规的制度价值,指明了发展方向,具有积极意义。但是,在微观层面,对于究竟什么是企业行政合规,依然存在众多疑问。实践中,企业行政合规与普法宣传、行政指导、行政监管、当事人承诺制度之间究竟有何区别?我们是否要抛开行政执法和解的传统制度资源,另选企业行政合规?为何很多情况下企业行政合规被误认为是行政指导?这些问题都需要回到企业行政合规的概念内涵上予以回应。

二、对企业行政合规概念的现有理解与认识

目前理论与实务界对企业行政合规概念内涵的正面解释并不多见。多数认识被嵌入企业合规的整体论述或者实践中加以观察。概括而言,它们可以被划归为以下不同认识。

(一)企业行政合规就是行政合法

理论界存有一种宽泛的理解,认为合规就是合法。合规对象并不单单包括现有制定法,还包括制定法之外的其他法规范。例如,有学者指出,“企业合规是企业依法依规经营、防控合规风险的一种自我治理方式。通常而言,企业须遵守四个方面的规定:一是法律法规;二是商业行为守则和企业伦理规范;三是企业自身制定的规章制度;四是国际条约”。^⑨

在这一类认识中,企业行政合规的外延十分宽泛,几乎涉及所有具有规范效力的行为规则,甚至道德规则在内。这是目前较为常见的一种认识。例如,国务院国有资产监督管理委员会制

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。

② 参见陈洁:《率先探索!南通开展涉行政处罚企业合规治理工作》,《中国环境报》2023年5月24日。

③ 参见《金华市司法局依法审慎稳步推进合规改革》,http://sft.zj.gov.cn/art/2023/5/9/art_1659554_58937134.html,2023-07-03。

④ 参见《德州推行企业行政合规指导清单制度获评山东省首批司法行政改革典型案例》,http://dzsfj.dEzhou.gov.cn/n50098545/n50760665/c80089743/content.html?eqid=dd940dbc000145df000000026459b2ec,2023-07-03。

⑤ 参见中共柳州市委全面依法治市委员会办公室、柳州市司法局、国家税务总局柳州市税务局等:《关于公布〈企业行政合规指南(第一批)〉的通知》,http://sfj.liuzhou.gov.cn/xwzx/tzgg/202207/t20220721_3100863.shtml,2023-07-03。

⑥ 参见咸宁市应急管理局:《企业行政合规指导清单》(2022版),yjj.xianning.gov.cn/xxgk/xxgkml/wsgs/202208/t20220818_2767737.shtml,2023-07-03。

⑦ 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;解志勇:《行政法上企业合规治理制度体系的建构思路》,《法律科学》(西北政法大学学报)2023年第3期。

⑧ 参见解志勇、石海波:《企业合规在行政执法和解中的导入研究》,《行政法学研究》2023年第5期。

⑨ 江必新、袁浙皓:《企业合规管理基本问题研究》,《法律适用》2023年第6期。

定的《中央企业合规管理指引(试行)》对企业合规的定义就是持广义理解的。^①

(二)企业行政合规就是行政普法

企业行政合规中含有“事前合规预防”的重要内涵,企业不仅可以通过事先合规防止违法行为的发生,还可以凭借《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)上的主观过错条款获得责任豁免。^②因此,通过普法宣传的方式,事先告知企业可能存在的违法高频点,提醒、警示企业自行整改,自然就会成为企业行政合规的常见手段。实践中,诸如“合规普法培训班”“合规自查应用程序”^③等,都是此类“行政普法型企业合规”的典型做法。在这一类认识中,行政机关存有一种惯性思维,认为企业合规就是要让企业遵守法律,合规工作就是普法工作,二者没有本质差异。因此,仔细观察不难发现,在“谁执法、谁普法”普法责任制要求之下,企业行政合规实际上并没有给行政机关增加额外的义务,而只是对传统普法工作的重申和拓展。

(三)企业行政合规就是行政指导

与普法宣传不同的是,也有一些行政机关在企业行政合规上走得稍远一些,尝试通过行政指导的方式助力企业完成合规工作。对此可称之为“行政指导型企业合规”。实践中,诸如《苏州市企业行政合规指导清单》《南京市场监管领域企业行政合规指导清单》等都是这方面的主流做法。

与“行政普法型企业合规”不同的是,在此类行政指导清单中,行政机关不仅会列明“常见违法行为表现”“法律依据及违法责任”等法律规范内容,同时还会特别提示“风险等级”“合规建议”等事项。从总体上来看,尽管清单所载提示事项仍然过于宽泛和原则,未能跳出传统普法工作的思维框架,也缺乏针对性和实效性,但是其至少向“事前合规预防”的方向有所迈进,展现了行政机关更为积极的态度,也是当前中国绝大多数地方政府最为青睐的企业行政合规模式。

(四)企业行政合规就是行政监管

这一认识更多地将行政机关放在监督者的角色上理解企业行政合规,认为行政机关并不是企业合规的主导者。目前来看,其分布在行政法和刑事诉讼法两个领域中。

第一,在行政法上,企业合规往往被作为一种管理活动加以对待,企业合规的政府监管被认为是行政职权的一种行使方式。有学者指出,企业行政合规实际上是一种“合规监管”,是“政府监管部门对企业进行的合规管理活动实施强制性和指导性监管”,^④“防控合规风险当然需要企业自身加强合规管理,但当这种自我监管模式失灵时,就需要外部力量介入。政府作为维持市场秩序的关键外在力量,有必要对企业自我监管行为进行再监督……政府应当对企业的合规管理行为进行常态化监管,包括确立合规管理标准、实施合规评估、检查等动态监管举措”。^⑤

在这一认识中,行政机关尽管只是监督企业行政合规的旁观者,但是需要以权力角色介入合规事项的推动进程。在具体手段上,《法国萨宾第二法案》确立的行政强制合规制度就是典型。该制度通过法律赋予企业建立合规管理体系的义务,“对于不履行义务的企业,行政监管部门可

^① 《中央企业合规管理指引(试行)》第2条第2款规定:“本指引所称合规,是指中央企业及其员工的经营管理行为符合法律法规、监管规定、行业准则和企业章程、规章制度以及国际条约、规则等要求。”

^② 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。

^③ 参见银昕:《合规自检软件,助中小企业规避风险》,<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1771300554465499311&wfr=spider&for=pc>,2023-09-14。

^④ 郑雅方:《论政府介入企业合规管理的风险及其防范》,《法商研究》2021年第3期。

^⑤ 崔瑜:《论企业合规管理的政府监管》,《行政法学研究》2021年第4期。

以处以行政处罚”。^①类似制度在我国同样存在。据统计,截至2020年底,我国共有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行政处罚。^②

第二,在刑事诉讼法上,多数学者认为,“专业性的行政监管是企业合规的基础和前提”,^③“监管制度在确保合规计划有效性方面至关重要”,^④因为不同企业制定的合规计划呈现较大的差异性与专业性,合规计划的制定和执行必须依赖行政监管。只有在由职业的风险管理专家组成的、能够对不确定风险加以预测的“超级机构”的监管下,企业合规才能够真正发挥功效。^⑤

实践中,已有的企业合规监管模式分为3类:检察院自我监管模式、委托行政机关监管模式、委托独立监管人协助模式。其中,委托行政机关监管模式是一种将行政机关纳入企业合规的具体制度,是指“检察院委托有关行政主管部门负责对涉案企业合规建设情况的考察”的一种制度设计。^⑥在该模式下,行政机关实质性参与刑事合规计划实施过程,可以积极运用行政监管权监督刑事合规计划的执行。但是,需要注意的是,这其中并不涉及行政机关的权力评价,行政机关尽管可被称之为“监督者”,但从整体上来看,仍然只是“参与者”,或者说是“旁观者”。

(五)企业行政合规就是行政执法和解

这种认识建基于传统行政执法和解制度。所谓行政执法和解,是指在行政执法过程中行政机关与行政相对人通过自愿、平等协商达成执法和解协议,以解决二者之间行政纠纷的活动。^⑦这一制度既能在德国和日本法上找到制定法依据,也能在我国部门行政法上找到具体文本。^⑧在目的和功能上,行政执法和解与企业行政合规殊途同归,皆是执法方式的改变与创新,都是为了“给予涉嫌违法违规主体更多反思反省,改过自身的机会”。^⑨因此,理论界自然会将二者关联起来加以理解。例如,有学者认为,企业合规与行政和解之间是相互交融的:一方面,“企业建立合规计划,确实有助于行政和解协议的达成……合规机制可以成为企业成功签署和解协议的重要依据”;^⑩另一方面,“行政和解协议,也就是行政机关对承诺建立或者完善合规管理体系的涉案企业,给予合规考察并暂缓实施行政处罚的宽大机制,就是行政合规的程序激励机制”。^⑪类似认识给人造成一种误解,即企业行政合规其实就是行政执法和解。有学者甚至认为,可以尝试将企业合规作为一种价值和方式,从而引入行政执法和解之中。^⑫

(六)企业行政合规就是当事人承诺

在我国,除了行政执法和解之外,还有一种与企业行政合规十分相似的做法,其往往被称为

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》(法治论丛)2021年第6期。

② 参见李本灿:《法治化营商环境建设的合规机制——以刑事合规为中心》,《法学研究》2021年第1期。

③ 张泽涛:《论企业合规中的行政监管》,《法律科学》(西北政法大学学报)2022年第3期。

④ 马明亮:《论企业合规监管制度——以独立监管人为视角》,《中国刑事法杂志》2021年第1期。

⑤ See Victor B. Flatt, Should the Circle Be Unbroken? A Review of the Hon. Stephen Breyers' Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation, 24 Environmental Law, 1708(1994).

⑥ 参见马明亮:《论企业合规监管制度——以独立监管人为视角》,《中国刑事法杂志》2021年第1期。

⑦ 参见周佑勇、李俊:《论行政裁量中的和解——以德国法和美国法为观察》,《行政法学研究》2007年第1期。

⑧ 2014年11月21日,中国证券监督管理委员会颁布实施了《行政和解试点实施办法》。

⑨ 高振翔:《证券行政执法和解制度研究》,博士学位论文,中国社会科学院大学,2022年,第39页。

⑩ 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。

⑪ 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》(法治论丛)2021年第6期。

⑫ 参见解志勇、石海波:《企业合规在行政执法和解中的导入研究》,《行政法学研究》2023年第5期。

当事人承诺制度。所谓当事人承诺,是指行政机关对涉嫌违法的单位或者个人进行调查期间,被调查的当事人承诺纠正涉嫌违法行为、赔偿损失、消除损害或者不良影响并经行政机关认可,当事人履行承诺后行政机关终止案件调查的行政执法方式。目前,这一制度已经获得了部分立法的认可,如《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)第 171 条和《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第 45 条等。^① 从此类立法文本中不难看出,当事人承诺制度其实就是行政执法和解的另外一种立法表达。既然有人将行政执法和解与企业行政合规等同,自然也会有人将行政执法承诺与企业合规等同,毕竟相比行政执法和解而言,当事人承诺制度有“整改”的意蕴,与合规更为贴近。因此,有学者认为,“从形式上来看,行政执法承诺制度与检察机关推行的企业合规监管考察制度具有相似之处”。^②

三、企业行政合规现有理解的趋化

上述认识都触及企业行政合规概念构造的某一部分,具有一定的合理性。但是,它们存在理解泛化和不周延的问题,未能准确描述企业行政合规的真实面貌,主要体现为 3 个方面。

(一)概念理解的扩大化

无论是将企业行政合规理解为行政合法,还是将其理解为行政普法,从根本上来说,都是一种对企业行政合规概念内涵的泛化。

第一,在合规依据上,现有理解将企业行政合规所要预防的规则类型扩大性理解为所有行为规范,甚至非法律规范,合规就是为了避免所有风险。很显然,这是不妥的。合规的依据既不是所有的行为规范,也不是所有的法律规则。合规既不涉及法律规范之外的道德准则和伦理规范,也不涉及立法文本中诸如法律精神、宣示性条款等没有配备法律责任或制裁性手段的法律条款。正如学者所言,“企业合规是不是要防范所有法律风险?答案是否定的……企业合规并不是一般意义上的‘法律风险防范’,而是专门针对行政监管处罚风险、刑事法律风险以及国际组织制裁风险”。^③ 因此,若将企业合规限定在行政合规领域的话,企业所要定位的合规依据,应当是现行立法文本中具有行政处罚、行政强制等制裁性手段的法律条款。

倘若过于理想化地将合规依据全面铺开,势必造成如下两种不利后果:(1)要求企业无死角地学习所有行为规范,使其面临巨大的合规成本。这既包括合规必须投入的人力和物力成本,同时也包括企业员工所要付出的学习成本。在以追求利润为目标的市場子系统中,势必将企业合规推向符号化、形式化,合规也难以真正内化为企业的目标和任务。(2)合规意欲达成的风险预

^① 《中华人民共和国证券法》第 171 条规定:“国务院证券监督管理机构对涉嫌证券违法的单位或者个人进行调查期间,被调查的当事人书面申请,承诺在国务院证券监督管理机构认可的期限内纠正涉嫌违法行为,赔偿有关投资者损失,消除损害或者不良影响的,国务院证券监督管理机构可以决定中止调查。被调查的当事人履行承诺的,国务院证券监督管理机构可以决定终止调查”;《中华人民共和国反垄断法》第 45 条规定:“对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为,被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的,反垄断执法机构可以决定中止调查。中止调查的决定应当载明被调查的经营者承诺的具体内容。反垄断执法机构决定中止调查的,应当对经营者履行承诺的情况进行监督。经营者履行承诺的,反垄断执法机构可以决定终止调查”。

^② 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。

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

防效果难以实现,因为诸如道德伦理、法律精神等超制定法的行为准则,往往呈现出不确定法律概念的特征,无法被形式化、客观化地加以判断,而只能依凭个案性的实质解释。很显然,这偏离了法律规则固有的指引和预期功能。就合规而言,会造成法律风险的识别模糊、事前合规预防的预期要素缺失等问题。对此,不仅行政相对人无法判断,行政机关也无法提供明确的合规指引。

第二,在合规方式上,现有理解误将企业合规扩大性地理解成行政普法工作,遮蔽了企业行政合规的专业性和技术性。从根本上来说,这是一种惰性理解,是对法治创新的简单化对待。在核心功能上,一方面,企业行政合规与行政普法之间存在本质差异。普法的核心功能是“教化”和“规训”。^① 普法当然首先是一种宣传教育,是对法盲的管制和驯服,是一种意识改造。但普法又不单单“是一种单纯的宣传教育,而更多的甚至在根本上是一个政治过程,是国家政权建设、建立民族国家的一部分”。^② 因此,普法往往承载法律规范之中的政治意义,是现代法治国家实现长治久安的关键举措,“是国家权力向全社会各阶层各角落扩散的过程”。^③ 合规当然也有宣教和改造的功能,甚至包括实现诸如金融安全、社会稳定之类的政治追求,但相较而言,此类成分相对薄弱,合规往往更为单纯地表现为法律性。另一方面,在行为形式上,普法主要是抽象式地面向社会大众进行单向灌输,是一种“广告式的文字渲染”。^④ 普法的效果反馈可能是有的,但并不是其最为重要的制度任务。因此,在我国,无论如何普法,“也难以使民众同法律这个陌生人‘对话’”,^⑤“法治的实惠并没有落实”。^⑥ 但是,合规并非如此。合规的逻辑出发点恰恰不是权力机关而是企业,旨在“使企业激发出自我监管、自我报告、自我整改的活力”。^⑦ 行政机关发起合规,不是权力的扩散,而是权力的回缩与宽容;“不再服务于公共利益”,^⑧而是要将原来的“外部监督”转变为对企业自我监管的激励和奖励。因此,科学合理的企业行政合规过程,虽然也会夹杂普法的某些内容,但并不是单向性的权力施加,而是要与企业之间建立一种有效的交流与反馈机制。从某种程度上来说,企业行政合规就是要对传统普法中的企业的被动态度予以改造和升级,要通过打通“遵纪守法”(合规)和“免受制裁”之间的关系,让企业主动学法用法,从而最大限度防控合规风险。因此,尽管合规中也有普法,却是对普法的升华。若将企业行政合规等同于普法工作,实际上是对企业行政合规的矮化和简化。

(二)概念理解的片面化

无论是将企业行政合规理解为行政指导还是行政监管,都只看到了企业行政合规制度的某个侧面,具有片面性。

第一,在行为属性上,完全抛弃行政机关的权力意志,仅将企业行政合规理解为行政指导,与企业行政合规的制度意图并不相符。尽管企业行政合规是权力的宽宥而非增扩,但并非完全没

① 凌斌:《普法、法盲与法治》,《法制与社会发展》2004年第2期。

② 参见凌斌:《普法、法盲与法治》,《法制与社会发展》2004年第2期。

③ 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第27页。

④ 参见冯象:《木腿正义——关于法律与文学》,中山大学出版社1999年版,第27页。

⑤ 付子堂、肖武:《普法的逻辑展开——基于30年普法活动的反思与展望》,《社会科学战线》2017年第6期。

⑥ 苏力:《道路通向城市——转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第21页。

⑦ 陈瑞华:《企业合规基本理论》,法律出版社2021年第2版,第119页。

⑧ Cristie Ford & David Hess, Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance? 34 The Journal of Corporation Law, 701(2009).

有权力意志的作用。恰恰相反,真正意义上的企业行政合规,需要行政机关从国家权力的端口,对诸如行政处罚、行政强制之类的制裁性权力进行处分。无论是合规过程中的行政认定和评价,还是合规评价之后行政制裁的减免,本质上都是行政权力的表态和回应。从根本上来说,行政指导型的合规模式与此并不相符。行政指导是一种劝告或者建议,不具有国家强制力。^① 实践中,将企业行政合规理解为仅仅只是发布诸如《马鞍山市企业行政合规指导清单》之类的行政规范性文件,实际上就只是一种“指导、劝告和建议”,是不具有强制力且不直接产生法律效果的。在这一模式中,合规工作只是对普法工作的重复,指导清单也只是对法律规则的拆解和组装,几乎没有任何制度创新。

实际上,行政指导只是企业行政合规制度的一个环节,是行政机关在事前合规预防和事后合规激励过程中对企业的一种帮扶,类似于事先告知行为,往往也被称之为合规指引。^② 但是,完整的行政合规包括合规指引、合规评价、合规激励、合规监督等众多环节,其中绝大多数行为都会涉及权力评价,都会产生法律效果,行政指导只是其中的手段之一,并不具有全过程意义。因此,若仅将企业合规理解为行政指导,则会大大弱化企业行政合规的制度价值和功能。

同时,从实践操作上来看,行政指导型合规模式看似是柔性治理手段,似乎更加符合现代社会治理的需求。但是,毫无约束力的行政指导,根本无法拉近行政机关和相对人之间的距离。在系统论看来,不同的系统会受制于自身的话语体系,其他系统很难介入。企业隶属于市场子系统,以追逐利润为目的;行政机关隶属于法律子系统,以行政管理为目的,二者区别明显。因此,在没有外部强制力的物理约束下,仅仅采用行政指导的传统法律范式推行行政合规,实际上是对企业独特自主运作系统逻辑的忽视,难以被企业主动接受,企业行政合规自然也会流于形式。

第二,在行为角色上,将行政合规外围性地理解为行政监管,淡化行政机关在企业合规工作中的角色地位,同样存在片面性。

一方面,这一理解忽略了行政机关在企业合规中的主体地位,片面地将行政机关限定为企业合规的参与者,脱离了企业行政合规相较于刑事合规的根本差异。在刑事合规中,作为监督者的行政机关只会对行政合规整改予以监管和评价,非但不会全过程参与刑事合规,也不会是刑事合规的发起者和主导者,而只是众多合规参与者中的一个。这与真正意义上的企业行政合规相去甚远。实际上,企业行政合规是一个平行于刑事合规的制度概念。在刑事合规中,主导合规程序的是检察院,处分的是检察权,检察院是制度主角。相应地,在企业行政合规中,主导合规程序的应当是行政机关,处分的是行政权,行政机关是制度主角,是合规的发起者和裁判者。这一角色定位是企业行政合规区别于刑事合规的关键点,也是甄别各类实践现象的根本准则。例如,在刑事合规中,行政机关尽管以监督者的角色对合规整改工作予以专业性监管,涉及行政权力的行使,但整个程序仍然只能归属为刑事合规而非行政合规,因为从根本上来说,被处分的权力是检察权,行政机关只是在协助检察院。检察院是在参考行政机关的专业意见后,通过作出诸如“合规不起诉”之类的合规激励的,被处分的国家权力是检察权,而不是行政权。再如,在企业行政合规中,为了避免“既做运动员又做裁判员”的廉政风险,即使有的行政机关会将合规程序交由检察院

^① 参见莫于川:《论行政指导的立法约束》,《中国法学》2004年第2期。

^② 参见熊樟林:《论行政事前答复》,《法制与社会发展》2019年第1期。

居中主持,^①整体上看与刑事合规案件十分相似,但其并不能归属于刑事合规,而属于行政合规。因为检察院同样是在协助行政机关,企业最终被豁免的是行政处罚权,而不是检察权。

另一方面,以监管者的视角诠释企业行政合规,将企业行政合规等同于行政监管,同样也是片面的。这一理解仍是传统行政管理思维的延伸,未能跳出“官本位”的窠臼,与企业合规奉行的服务与治理理念并不相符。企业行政合规的真正目标是从外部监管转变为内部治理,节省政府监管部门的成本投入,是要在没有执法部门参与的情况下,“让企业成为‘内部的‘执法者’、‘监管者’和‘违法犯罪预防者’”。^②从操作层面来看,意欲真正实现这一目的之途径,并不是通过行政监管实现权力的强制或扩张,而是“以有效的合规计划来换取宽大处理”,^③是一种权力的收缩或豁免。因此,以传统“行政监管”的思维推行企业行政合规,实际上与现代行政法治理念是存在价值冲突的。对此,刑事诉讼法学者可能会以法国的事前强制合规义务为例加以反驳。在法国,事前合规义务是强制性的,达到一定条件的企业若违反强制合规义务,将会“被反腐败局处以100万欧元以下的行政罚款,并对高管处以20万欧元以下的行政罚款”。^④因此,有人认为,从这个角度上将企业行政合规理解为行政监管,是十分妥帖的。^⑤对此,本文认为并不妥当,理由有二:(1)这一理解仍然只是从刑事合规的制度需求上安排行政机关的角色。在法国强制合规制度中,行政机关依然是在配合反腐败领域刑事合规的推行,是一种外部监督和督促手段,行政机关仍然是“局外人”,与上述“委托行政机关监管模式”之间没有本质区别,也不涉及行政权力的宽免,并非真正意义上的企业行政合规。(2)从法理上来说,对没有做到强制合规义务的企业予以处罚,在正当性上也是存疑的,因为“未履行强制合规义务”并不意味着就一定违法。在行政处罚上,判断行为是否具有违法性,不能简单以有无违反某一具体法律规定为准则,还要看是否违反了包括法律原则、法理等“作为法的法”。^⑥相较而言,这是一种更为实质的判断立场。在这一立场中,一般以“是否侵害了法益”作为基本的判读标准,“具体是指是否侵害了公民、法人或其他组织的合法权益”。^⑦企业未能履行强制合规义务,并不意味着其一定出现违法问题,也并不必然侵害公民、法人或其他组织的合法权益,只是发生的概率更高而已。因此,对不履行强制合规的企业施加处罚,在违法性判断上实际上是存疑的,理论依据不足,^⑧并不必然具有正当性。同时,国家也无法负担充分履职而需要的高额行政成本,^⑨将导致更低而不是更高水平的合规。

(三)概念理解的趋同化

① 《全省首次!特邀人大代表旁听评议检察听证》, http://www.jsjc.gov.cn/yaowen/202307/t20230707_1528398.shtml, 2023-09-25。

② 陈瑞华:《企业合规基本理论》,法律出版社2021年第2版,第124页。

③ Joseph W. Yockey, *The Compliance Case for Social Enterprise*, 4 *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, 9(2014).

④ 戎静:《法国刑事合规暂缓起诉制度之缘起、效果及借鉴》,《比较法研究》2022年第3期。

⑤ 参见陈瑞华:《论企业合规的中国化问题》,《法律科学》(西北政法大学学报)2020年第3期。

⑥ 参见[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆2009年版,第98页。

⑦ 熊樟林:《行政处罚的概念构造——新〈行政处罚法〉第2条解释》,《中外法学》2021年第5期。

⑧ See P. N. Grabosky, *Counterproductive Regulation*, 23 *International Journal of the Sociology of Law*, 347-369(1995).

⑨ See J. Braithwaite, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*, 80 *Michigan Law Review*, 1466-1507(1982).

无论是将企业行政合规理解为行政执法和解,还是理解为当事人承诺制度,都是欠缺科学性的。这一理解是新旧理论之间的简单比附和套用,存在如下两方面问题:

第一,在理论上,将企业行政合规与行政执法和解、当事人承诺制度予以等同,是存在价值冲突的。从制度发源上来看,企业合规主要来自英美法系国家,其从一开始奉行的理念就是要寻找一种超越法律的自我治理方式。因此,蕴含在企业合规之中的并不是传统意义上的法律治理逻辑,而是对传统法律治理逻辑予以改造。

从整体上来看,企业合规实际上抛开了主流法律制度中的严格规则主义立场,转向了功能主义立场。功能主义认为,不要“把法律当作一种与政制完全不同的东西,而是将其视为一种作为政制机器一部分的工具”,^①“过高的法治理念与任何管制方案都是无法兼容的”,^②“应从‘形式’寻找对其合适的‘内容’”。^③因此,企业合规追求的不是“合法”而是“正确”。^④从根本上来说,这是一种实用主义理念,是要以“是否对现实世界产生积极结果为标准”来判断一项制度是否向善,而不是某一个教条和主义。^⑤合规就是“典型的实用主义法学产物,具有浓厚的实践理性色彩”,^⑥“推动企业合规的过程中始终秉承实用主义的价值观”。^⑦因此,严格来说,企业合规与既有法律制度之间可能存在些许张力。^⑧根据法教义学逻辑,“不可能推导出只要事后企业合规就可以对涉案企业及其员工均不起诉的结论”。^⑨

与企业合规不同的是,严格意义上的行政执法和解制度来自德国。尽管从德国公法史上来看,德国行政执法和解制度的产生同样受到了公私合作治理理念的影响,具有一定的实用主义的思想痕迹。但是,一向逻辑严谨的德国人并没有在行政执法和解上完全放开手脚,而是给其设定了苛刻的适用条件。《德国联邦行政程序法》第55条规定启动行政执法和解的前提是“存在事实或法律状态之不确定性”。^⑩对此,德国行政法学者毛雷尔将行政执法和解的条件解读为:(1)存在有关事实状况或法律观点的不确定状态;(2)这种不确定状态不能查明,或非经重大支出不能查明。^⑪不难看出,这些适用条件是极其苛刻的,也在某种程度上“架空”了整个行政执法和解制度。它们背后反映的价值和理念,依然是严格依法行政中的规则主义逻辑。立法者通过“违法事

① [英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第188页。

② [美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义——一项初步的研究》,毕洪海译,商务印书馆2009年版,第44页。

③ 熊樟林:《行政处罚上的空白要件及其补充规则》,《法学研究》2012年第6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。

⑤ 参见[美]Ronald M. Levin:《行政法上的实用主义》,熊樟林译,载刘艳红主编:《东南法学》(2014年秋季卷),东南大学出版社2014年版,第86页。

⑥ 毛逸潇:《合规在中国的引入与理论调适——企业合规研究述评》,《浙江工商大学学报》2021年第2期。

⑦ 梁涛:《美国企业合规制度的构建:国家监管、强制性自我监管与刑事激励》,《政治与法律》2022年第7期。

⑧ 有学者试图化解企业合规与传统法教义学之间的矛盾。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。

⑨ 王志远:《刑事合规的体系化观察及制度建构展望》,《当代法学》2023年第4期。

⑩ 《德国联邦行政程序法》第55条规定:“官署依合义务性之裁量认为成立和解,以消除在合理之评价时存在的事实或法律状态之不确定性,符合目的之要求时,得经由相互之让步(和解),订立第54条第2句所称之公法契约,以解决之。”参见胡建森:《中外行政法规分解与比较》(中),法律出版社2004年版,第1358页以下。

⑪ 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第356页。

实不能明确”的立法文本,明确要求行政执法和解禁止冲破“行政权不可处分原则”的束缚。不难看出,这与企业合规奉行的实用主义理念相差甚远。

第二,在适用对象上,企业行政合规与行政执法和解、当事人承诺制度之间同样存在较大差异。一方面,从有无限定适用条件的角度来看,企业行政合规的适用对象相对更为宽泛。企业行政合规包括了事前合规预防和事后合规整改两个面向,在时间上并没有限定在违法行为尚未发生之前,因此,只要企业所作的合规(包括事后合规整改)是有效的,都可以成为合规考察对象。但是,行政执法和解和当事人承诺制度并非如此。《德国联邦行政程序法》第55条中规定的“事实或法律状态之不确定性”、《证券法》第171条规定的“涉嫌证券违法的单位或者个人”、《反垄断法》第45条规定的“涉嫌垄断行为”以及中国证券监督管理委员会(以下简称中国证监会)《行政和解试点实施办法》第2条规定的“涉嫌违法行为”等都态度坚决地表明,行政执法和解和当事人承诺制度只能适用在违法行为尚未确定之前,不适用于事后合规中违法事实已经发生的情形。很明显,这将大大压缩行政执法和解和当事人承诺制度的适用空间,也是为什么时至今日这两项制度仍然不温不火的症结所在。同时,也是为什么我们在经过多年的制度积累以后,仍然需要抛弃它们,另择企业行政合规的根本理由。

但同时需要注意的是,企业行政合规的适用对象又相对更为单一。行政合规原则上只能适用于企业而非个人。但是,行政执法和解和当事人承诺制度并没有这个限定。例如,《证券法》第171条规定的当事人承诺制度就特别提到了对象包括单位和个人两个类型;又如,在中国证监会为数不多的已经适用行政执法和解的案件中,和解协议也都是与单位和个人同时签署的。^①因此,从这一角度来看,企业行政合规的制度空间实际上又是相对较小的。但是,这可能也是更为安全的,因为企业合规的核心理念是要“放过企业,严惩责任人”。合规不是不承担责任,而是要给企业松绑,让真正的责任“人”承担责任。因此,在适用对象上,行政执法和解和当事人承诺的制度风险可能更大,因为二者一旦适用于个人,就会导致没有任何人承担责任的窘境。

可见,企业行政合规、行政执法和解制度和当事人承诺制度各有千秋。从有无“违法事实不确定”的限定条件上来看,行政执法和解和当事人承诺可能更具法教义学层面的合法性。但是,从适用对象是否包括个人的角度来看,企业行政合规更具合法性。因此,不能简单将它们等同起来,它们各自有不同的制度需求。

四、企业行政合规的概念构造

所谓企业行政合规,是指为避免因企业或企业员工相关行为给企业带来行政责任,行政机关

^① 例如,在“(中国)证监会与司度(上海)贸易有限公司等五家机构行政和解案”中,5家机构及其相关工作人员就其涉嫌违法行为向中国证监会申请行政和解。根据《行政和解试点实施办法》的规定,中国证监会与上述申请人于2019年12月31日达成行政和解。根据行政和解协议:司度(上海)贸易有限公司及其相关工作人员交纳行政和解金人民币6.7亿元,富安达基金及其相关工作人员交纳行政和解金人民币180万元,中信期货及其相关工作人员交纳行政和解金人民币1000万元,千石资本及其相关工作人员交纳行政和解金人民币235万元,国信期货及其相关工作人员交纳行政和解金人民币100万元。参见中国证券监督管理委员会:《证监会与司度(上海)贸易有限公司等五家机构及其有关工作人员达成行政和解》, <http://www.csrc.gov.cn/csrc/c100028/c1000844/content.shtml>, 2024-06-03。

通过行政法上的激励机制,推动企业主动以行政法律监管的标准来识别、评估和预防行政制裁风险,制定并实施符合行政监管的计划和措施。这一概念包括4个构成要素。

(一)企业行政合规的目的与范围

概念要素之一“为避免因企业或企业员工相关行为给企业带来行政责任”,明确了企业行政合规的目的和对象,有利于澄清以下几个争议问题:

第一,企业行政合规的目的。企业行政合规是为了“避免……给企业带来行政责任”,对此,我们可以将其概括为“避免行政法律责任”。对于这一目的,可作如下两方面解释:(1)所谓“避免行政法律责任”,具体是指企业通过行政合规的治理方式,预防行政法律责任的滋生。在这一理解中,企业行政合规是被置于预防论上加以诠释的,更多的是指企业内部治理的一种手段,贴近于行政普法和行政指导。(2)“避免行政法律责任”还可以是指对企业本应科处的行政法律责任,通过合规手段获得责任减免,包括行政处罚的豁免和减轻两个方面。此时,文义重心在“免”而非“避”,企业行政合规的重点在于合规激励。可见,合规只是手段而非目的。合规不但要预防,而且要满足个案正义需求,缓解严格规则主义的困境。

另外,需要明确的是,企业行政合规的制度目的,并不是要在上述两种理解之中择取其一,而是要将二者合二为一。企业行政合规既包括事前的合规预防,也包括事后的合规激励,二者不可偏废。合规首先是企业自我治理的良方,需要以“实现企业合法经营、避免违法行为”为目标。倘若抛开预防的直接目的,片面追求行政责任减免,合规必然会导致权力异化,产生廉政风险。但与此同时,合规也要以责任减免为激励,为企业开展合规活动提供外部动力。否则,一味地将合规重心放在行政普法和行政指导上,不在个案中真正实现责任减免并表明行政机关对待合规的法律态度,合规就会流于形式。因此,“避免行政法律责任”实际上具有上述两重含义。

第二,企业行政合规的范围。与此同时,“避免……给企业带来行政责任”也直接点明了企业行政合规的范围。长期以来,理论与实务界对企业行政合规的适用范围一直存有争议。例如,在自然人是否可以成为合规对象的问题上,有学者认为既然合规可以带来行政处罚责任减免的法律效果,那么就应将企业行政合规作为化解行政纠纷的制度通道加以对待。^①在这一理解之中,企业行政合规既是对现代企业的治理手段,也是行政纠纷的化解方案。因此,企业行政合规的适用范围自然应当既包括企业,也包括自然人,因为自然人和行政机关之间的纠纷也是行政纠纷。只有这样,我们才能理解,为什么有人会将行政合规与行政执法和解予以等同,因为行政法传统理论一直认为,行政执法和解“就是行政机关与行政相对人通过相互让步达成协议以解决他们之间纠纷的活动”。^②

但是,这一理解并不妥当。企业行政合规其实只是为了避免给企业带来行政责任,“合规考察的对象是企业,而不是自然人”,^③单纯的自然人违法是不能适用合规免罚的。在企业违法行为中,违法行为的实施主体通常包括两个层次:一个是实施违法行为的企业员工和高管;另一个是企业本身。因此,对于企业违法行为,一般采用双罚制。例如,《意大利1981年11月24日第

^① 参见刘少军、商艺涵:《诉源治理视角下我国企业合规制度的改革》,《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2024年第2期。

^② 涂怀艳:《行政执法和解初探》,《法商研究》2008年第2期。

^③ 孙国祥:《企业合规改革实践的观察与思考》,《中国刑事法杂志》2021年第5期。