

论政府介入企业合规管理的风险及其防范

郑 雅 方^{*}

摘 要:我国企业合规管理具有政府推进的特点,目前已形成“刚性”和“柔性”两种推进模式。“刚性”模式潜含法律依据不完善、法定权限有欠缺等合法性风险,易导致劳动人事纠纷和行政纠纷。“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。控制合法性风险,须遵循依法行政原则,通过修改完善《中华人民共和国公司法》等相关法律,完备政府推进的法律依据和法定权限来化解。推进失灵风险的防范,应在柔性指引的基础上,配套建立多种激励机制以充分激发企业合规管理的内在动力和实际行动。

关键词:企业合规 政府监管 公司法 风险防范

中共中央 2020 年 12 月印发的《法治社会建设实施纲要(2020—2025 年)》要求企业^①“树立合规意识”“促进企业诚实守信、合法经营”,已将企业合规作为法治社会建设的重要内容。我国目前正在推行企业合规管理,习近平总书记在中央全面深化改革领导小组第三十五次会议上曾明确指出:“加强企业海外经营行为合规制度建设,逐步形成权责明确、放管结合、规范有序、风险控制有力的监管体制机制”。^② 这一指示提出了“企业自身加强合规管理”和“政府加强对企业合规监管”的双重任务。企业合规管理不同于企业合规。企业合规是指企业经营活动遵守法律法规、商业行为准则、职业操守以及社会道德规范等;^③企业合规管理则是企业为实现合规所应进行的内部合规建设活动,包括制定和执行合规管理制度,建立合规管理机制等,以有效防控可能

^{*} 湖北经济学院法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(16ZZD019)

① 企业是一个经济学概念而非严格的法学概念。公司是最主要的企业法律形式,目前我国对商事主体的合规管理研究一般都以“企业合规管理”为通称,但基本上是以公司合规管理为研究对象。国外就直接使用了“公司合规”(corporate compliance)一词。故本文对企业合规管理的讨论主要是在公司法范畴内针对公司合规管理而言,所分析的企业治理即公司治理。

② 《习近平主持召开中央全面深化改革领导小组第三十五次会议》,http://www.xinhuanet.com//2017-05/23/c_1121023088.htm,2020-12-29。

③ 参见华东师范大学企业合规研究中心:《企业合规讲义》,中国法制出版社 2018 年版,第 2 页。

产生的违规风险。^① 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,则称为“合规监管”。

我国企业合规管理具有政府强力推进的特点,其核心问题是设定合规职责以及切实保障履职,政府推进的着力点也围绕这两个方面展开,具体表现为:由政府监管部门直接规定企业合规管理职责并通过各种监管措施促使履职。但政府介入的依据,并非作为企业基本组织法的《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》),而是一些单行法规定甚至规范性文件。这在很大程度上突破了由《公司法》规范企业组织的立法分工,也改变了现有企业内部治理的原理与结构。政府从外部介入企业内部合规管理有避免市场失灵的合理性和优势,但如果法律依据不充分或介入方式不当,那么就存在合规监管的合法性风险或失灵失效风险,需要加强防范。

一、企业合规管理的政府介入及其正当性

《公司法》对公司(公司是企业最广泛、最主要的组织形式)合规管理并无明确规定,意味着在《公司法》框架下,作为公司治理方式的合规管理属公司自治范畴,即由公司自行决定是否开展,并通过公司章程自设合规部门及职责,自主实施。只有在企业管理者未履行或未完全履行合规管理职责时,才涉及由司法机关依请求从外部实施司法救济的问题。然而,我国目前是由政府以公权力直接干预企业合规管理,这就改变了《公司法》构建的企业合规管理自治模式。美国公司法学家格里菲斯就此曾指出:“在以前,合规管理应被作为典型的公司治理事务交由公司董事会裁量。可当前的合规管理并不符合传统的公司治理模式。它并非产生于董事会决策,或依据州公司法或联邦证券法,而是执法机关从外部强加于公司内部治理结构之上。这无论是对公司法还是公司治理,在实务和理论上都有重要的影响。”^②

(一)政府介入合规管理的主要模式

在实践中,我国政府已形成三种介入企业合规管理的模式:一是以行政监管主体身份设定企业合规管理职责,以强制性监管措施保障履职。二是作为政府出资人设定企业合规管理职责,以科层式行政管理机制促使履职。三是通过行政指导提出企业合规管理职责,仅供企业参考运用。第一、二种模式可称为“刚性”模式,第三种模式可称为“柔性”模式。

1. 以行政监管主体身份介入的刚性模式。这种模式有两种具体形态:(1)原中国保险监督管理委员会(以下简称中国保监会)依《中华人民共和国保险法》(以下简称《保险法》)第85、86条关于合规监管的规定,于2016年出台《保险公司合规管理办法》。该办法将保险公司的法定合规管理义务细化成公司内部有关部门的具体职责,并确立对之监管的相关措施,以国家强制力来督促落实。(2)中国证券监督管理委员会(以下简称中国证监会)2017年发布《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》(以下简称《证券合规管理办法》),该规章直接设定证券公司和证券投资基金管理公司的合规管理职责,并以行政处罚及监管措施来强制企业履职。而《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)和《中华人民共和国证券投资基金法》(以下简称《证券投资

^① 参见《保险公司合规管理办法》第3条。

^② Sean J. Griffith, Corporate Governance in An Era Of Compliance, 57 William & Mary Law Review, 2075 (2016).

基金法》)均未明确规定这两类公司有合规管理的义务,但国务院为加强证券公司的监管曾制定《证券公司监督管理条例》,其中第12条将合规制度作为公司设立的条件,第23条设定了证券公司合规负责人的管理职责,并授权中国证监会开展合规监管。因此,中国证监会对证券公司实施合规监管已具有一定的法律依据,但对证券投资基金管理公司实施合规监管,在法律依据上仍有所欠缺。

2. 以政府出资人身份介入的刚性模式。这种模式是国务院国有资产监督管理委员会(以下简称国资委)实施的方法。国资委具有国有资产出资人的法律地位,为推动央企全面加强合规管理,其于2018年出台的《中央企业合规管理指引(试行)》设定了央企的合规管理职责,要求企业“遵照执行”,并确定由自己“负责指导监督中央企业合规管理工作”,以科层行政管理机制直接要求企业“加强合规考核评价”“建立合规报告制度”。

3. 以行政指导为手段介入的柔性模式。这种模式是原国家发展和改革委员会(以下简称发改委)等7部门运用的方式。发改委等7部门于2018年共同印发《企业境外经营合规管理指引》,通过柔性的行政方式,指导、调动企业自主开展合规管理,但无强制性的履职要求。

(二)政府介入企业合规管理的正当性

合规管理本属企业自治的范畴,政府依法予以适度干预的正当性根源在于,企业违规将对自身和社会的双重危害,导致内部风险并引发系统性社会风险。因此,企业不仅要承担自身健康经营发展的责任,而且还具有维护公共利益的社会责任。对于企业违规可能造成的社会危害和社会风险,政府基于保护社会公共利益和整体风险防控的职能,必须适度介入企业的内部治理,并促使企业切实履行社会责任。“当依靠自治力量的治理不能对公司权力作出合理配置,自治治理引发激烈的利益冲突,冲击公平竞争和交易秩序的时候,国家必然对公司治理作出规范。”^①

从企业违规的双重后果来看,第一重后果是企业的自身损害:如承担相应的法律责任、商誉受损、现值缩水,生产经营受挫、企业内部负有个人责任的管理者必须承担民事赔偿、行政处罚甚至刑事责任等。第二重后果是更为严重的社会危害后果。首先,企业违规会直接损害国家和社会公共利益,如企业超标排放造成环境生态损害、建造公共设施存在质量隐患造成公共安全损害等。这些受损利益都具有利益主体整体性、利益内容普遍共享性的特点。其次,企业违规可以由损害特定的个人利益集合转化为社会公共利益。“量大面广的利益相关者的利益聚合在一起,就会转化为社会公共利益。从单个微观主体看,利益相关者的利益似乎仅是民事主体享有的民事权利;但从不特定的宏观主体看,利益相关者的利益则汇集成为社会公共利益。”^②最后,企业违规必将破坏市场秩序,这是企业违规危害的直接法益。而市场秩序作为市场运作的基本规则,直接或间接表现为社会经济利益和其他利益。企业扰乱市场秩序,会进而危害市场秩序所承载和保护的社会经济利益,如低价倾销行为背离合理的市场价格,将破坏公平竞争秩序,增加其他企业的运营成本,从而影响经济安全与社会福利。

从企业违规可能引发的双重风险来看,第一重风险是企业个体风险,即自身承受特定不利后果的可能性,而个体风险作为一个环节可能导致社会的系统性风险。一方面企业作为市场元细

① 于群:《公司自治与公司治理》,《华南师范大学学报》(社会科学版)2006年第1期。

② 刘俊海:《论全球金融危机背景下的公司社会责任的正当性与可操作性》,《社会科学》2010年第2期。

胞,其违规生成的局部风险堆积、溢出后会产生系统性市场风险。例如,席卷全球的次贷危机最初起源于美国新世纪金融公司等几家次级抵押贷款企业因违规放贷而破产,牵连美、法、日等国的若干大型投资基金被迫关闭,随后造成全球股市震荡、多国金融市场流动性不足,世界通用货币美元贬值,最终导致国际经济整体陷入萎靡状态。另一方面,企业违规会引发工人维权、消费者维权、债权人维权等群体性事件,事件过程充斥对抗、争执、紧张、暴力,有引发社会动荡的风险。

基于企业违规的双重危害、双重风险,必然要求企业履行双重责任。而防范企业违规造成的第二重危害、第二重风险,是政府基于维护国家利益、公共利益、社会安全、市场秩序所应具有的重要职能,故必须采取措施促使企业落实第二重社会责任,这就需要适度干预企业的合规管理。“如果将元规制与自我规制相比较,元规制一定意义上的优势在于,它在明确且有意地施加外部影响或监督。如果施加元规制的外部力量,来自一个使命或利益同整体公共利益更为一致的主体,那么将使得自我规制的结果更趋于接近整体公共利益。”^①在这里,自治式合规管理就属于企业的“自我规制”,政府对企业合规管理的监管就是“元规制”的一种。作为公共利益代表者和维护者的政府,对企业合规管理进行事前引导、事中监督、事后惩处,就是要保障企业合规管理符合社会公共利益。

二、政府介入企业合规管理存在的风险

(一)“刚性”模式的主要风险

“刚性”模式的主要风险是法律风险。政府部门将本属于市场主体自主权的内部管理活动直接设定为法定职责并实施监管,存在法律依据不充分和法定权限欠缺的合法性风险,具体还会延伸为所设定的企业职责是否合法有效的风险、该类职责能否作为监管标准的风险、以该类职责为根据追究不履职责任时产生的劳动人事纠纷和行政争议风险等。

1. 缺乏《公司法》的依据和授权

《公司法》只明确规定了企业的守法义务,并没有明确规定企业合规管理的义务,亦即合规管理职责。《公司法》第5条规定的企业守法义务是:“公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社会责任。”但从企业守法义务中并不能直接推导出企业有内部合规管理的法定义务。这两者是不同的概念,也没有必然联系。企业没有加强内部合规管理并不等于企业的生产经营活动必然违法。企业内部合规管理具有手段性,当被法律明确规定时属于法定义务,当由企业自行决定时则属自定职责。《公司法》中的公司章程条款授权股东会规定其认为需要规定的事项,其中虽然包括企业的合规管理职责事项,但这只是企业自定职责的依据。

2. 单行法依据问题

目前,我国部分领域的单行法律对一些特定企业的合规管理职责有原则性规定,并授权相关部门实施监管,从而使《公司法》规定原应由企业章程自主设定的职责,变为由监管部门以行政方式设定的职责,但也存在以下不足。

^① [英]罗伯特·鲍德温等:《牛津规制手册》,宋华琳等译,上海三联出版社2018年版,第181页。

(1)《保险公司合规管理办法》的法律依据问题。中国保监会制定的《保险公司合规管理办法》在法律依据和权限依据上并无不妥,但以规范性文件作出规定,法律位阶和效力很低。一旦发生企业或企业合规管理人员起诉行政机关合规监管行为的争议,其不能作为人民法院的判案依据。

(2)《证券合规管理办法》的法律依据问题。《证券法》第118条、《证券投资基金法》第13条没有专门明确的企业合规管理义务规定,只是规定企业应具备完善的内部控制制度、风险管理制度。企业的内部控制、风险管理与合规管理均存在明显差异,不具有包含与被包含关系,故中国证监会的刚性模式有法律依据不充分的问题。理论界和实务界有一种观点是,企业的合规管理属于内部控制范畴。其实,内部控制是由企业董事会、监事会、经理层和全体员工实施的、旨在实现控制目标的过程。内部控制的目标是合理保证企业经营管理合法合规、资产安全、财务报告及相关信息真实完整,提高经营效率和效果,促进企业实现发展战略。^① 仅就概念分析,容易误认为内部控制包含合规管理,因为内部控制的目标之一是保证企业经营管理合法合规,但进一步考察内部控制与合规管理的管理目标、制度依据、管理实施就不难发现,前者并不能包含后者。

从管理目标上讲,内部控制致力于防止财务欺诈、会计舞弊。1996年财政部发布的《独立审计准则第9号——内部控制与审计风险》首次提出企业内部控制的概念。1999年《中华人民共和国会计法》修订时第一次从法律上对建立企业内控提出原则性要求,之后,财政部连续发布了《内部会计控制规范——基本规范》等7项内部会计控制规范。2008年财政部等5部门联合发布《企业内部控制基本规范》,并于2010年发布《企业内部控制配套指引》。自此,我国企业内控的规范体系基本形成。企业在落实内控时,多由企业财务部门主导,以企业内部财务和会计控制为侧重点,实施关键环节包括:全面预算、资金营运、资产管理、财务报告、销售业务的销售收款、采购业务的购买付款等。而合规管理则致力于防控企业因违法违规而遭受声誉受损、高额赔偿、行政处罚乃至刑事处罚,与合规管理存在很大的差异。

还有一种观点是企业的合规管理属于风险管理。风险管理是指企业围绕经营目标,对经营中的风险进行识别、评估和控制的基本流程以及相关的组织架构、制度和措施。^② 企业风险一般分为战略风险、财务风险、市场风险、运营风险、法律风险等。^③ 从概念上理解,由于风险管理所管控的风险对象包括违规风险,因此易使人们误认为风险管理包含合规管理。但企业风险管理以承认营商必有风险为前提,致力于将企业运营风险控制在董事会决议的风险偏好内,力图依托先进的统计方法和数学工具量化分析企业面临的各类风险,以求有效控制风险而非尽数消除风险。企业在合规管理过程中也会进行成本效益分析、考量合规管理效率,但“企业对违规没有任何偏好可言,企业对任何一种违规的偏好都会激怒监管者与公众。合规管理的普遍理念是一种‘零容忍’,即尽量避免企业有任何程度的违规”。^④ 据此,企业的风险管理与合规管理在管理理念、管理逻辑和管理内容上都有区别,《证券法》和《证券投资基金法》中有关企业风险管理义务的

① 参见《企业内部控制基本规范》第3条。

② 参见《保险公司风险管理指引》第4条。

③ 参见《中央企业全面风险管理指引》第3条。

④ Geoffrey P. Miller, *The Law of Governance, Risk Management, and Compliance*, Wolters Kluwer Law & Business Press, 2014, p. 532.

规定也不能直接解读或引申为关于企业合规管理义务的规定。《保险法》第86条在列举保险公司应向保险监督管理机构报送的报告事项中将合规报告与偿付能力报告、财务会计报告、精算报告并列,《证券公司监督管理条例》第12条在关于证券公司设立要求的规定中将合规制度与内部控制制度并列,都表明企业的合规管理是区别于内部控制、风险管理的专门管理制度。

综上,中国证监会依《证券合规管理办法》对证券公司开展合规监管,具有《证券公司监督管理条例》这一上位法规根据,但对证券投资基金管理公司开展合规监管,实质上是在无法律依据的情况下,以部门规章自设企业合规管理的义务并增设本部门权力。当中国证监会依《证券合规管理办法》对证券投资基金管理公司合规管理者追究不履行职责时,当事人完全有可能以中国证监会缺乏法定监管权限为由,对中国证监会提起行政复议或行政诉讼。

(3)《中央企业合规管理指引(试行)》的法律依据问题。国资委虽具有法定的国企出资人身份,但《中央企业合规管理指引(试行)》以规范性文件直接设定央企的合规管理职责,要求企业“遵照执行”并自我设定“国资委负责指导监督中央企业合规管理工作”。这种行政命令式的做法,并不符合国企出资人参与企业治理的基本规则,超出《中华人民共和国国有资产法》(以下简称《国资法》)规定的权限,偏离其法律身份定位,也不符合《公司法》确立的国有独资公司治理规则。《公司法》《国资法》对国资委及国企董事会的权限划分并不是“国资委领导下的董事会负责制”,尽管央企负责人和职工代表董事以外的其他董事会成员均由国资委提名任命,但央企负责人和董事会的权力来源于法律法规和企业章程的规定,他们与国资委并非上下级的领导与被领导关系,而是出资人与管理者之间的委托代理关系,董事会依法行使央企的经营决策权和执行权,国资委以企业章程制定修改权、重大事项决策权来制约董事会,参与和引领企业治理,由此形成现代化、民主化的国企治理格局。反观《中央企业合规管理指引(试行)》,不难发现国资委对央企合规管理的推动带有明显的行政主管身份而非出资人性质,合规管理是企业的日常管理事项,本属董事会的管理权限,国资委即便实施干预,也应通过制定修改企业章程的方式来进行,而不是以上级管理部门的身份通过“公文”直接要求央企“遵照执行”,因为这已超出出资人的法定职权范围。

(二)“柔性”模式的主要风险

“柔性”模式的主要风险是合规指导失灵。这种模式不存在合法性风险,但可能导致企业合规管理的“符号化”现象:企业只注重合规建设的外部表征以满足合规监管的形式要求,却避开监管规则实质性内容的落实,使得合规管理在很大程度上流于形式,难以真正发挥保障守法、规避违法的实效。

企业合规管理“符号化”现象是一个世界性问题。澳大利亚法学家帕克曾从2500所大型企业中抽样999家,以实证分析方法调查了企业履行贸易实践合规计划的真实有效性,得出的结论是:就整体而言,澳大利亚企业只是部分地、符号化地、半真心地实施合规计划。^①美国学者克拉维茨也指出,虽然美国立法以假定企业内部合规框架能减少企业违法行为发生为前提,但这种假

^① See Parker Christine and Vibeke Nielsen, Do Business Take Compliance Systems Seriously— An Empirical Study of the Implementation of Trade Practices Compliance Systems in Australia, 30 Melbourne University Law Review, 442—444 (2006).

设缺乏证据。相反越来越多的证据表明企业内部合规框架更多发挥粉饰外表的作用。^①在我国,企业合规管理“符号化”现象也在一定程度上存在。

1. 我国企业合规管理的“符号化”倾向

我国企业合规管理虽处于初兴阶段但已萌生“符号化”现象,主要表现为:

(1)一些企业虽自愿开展合规管理,但企业的高层管理者并未真正予以重视。“合规应从高层做起。当企业文化强调诚信与正直的准则并由董事会和高级管理层作出表率时,合规才最为有效。”^②据中国合规网 2015—2017 年连续 3 年发布的《企业合规管理调查报告》显示,在所有影响合规建设的不利因素中,参调者“认为‘企业领导不重视合规’是影响合规建设最主要原因的”占比从未低于 10%,这些参调者约 80%在本企业担任合规官。^③中国公司法务研究院等机构发布的《2016—2017 中国合规及反商业贿赂调研报告》有更细致的统计:依企业所有制划分,参调国企中有 21%的参调者认为本企业领导不重视合规工作,相对比例最高;就企业经营行业划分,信息传输、软件和信息技术服务行业、房地产与建筑行业的高管层不重视合规比例最高,高于 15%。^④企业高层管理者是企业合规文化的锻造者、合规管理政策的制定者、合规管理制度的带头实施者,如果他们都缺乏应有的重视,那么企业合规管理很难不流于形式。(2)有些企业虽制定了合规管理政策,但缺乏实施政策的配套管理机制。中国合规网 2017 年的合规年度报告显示,有 12%的参调者认为本企业只注重以“文山会海”来制定和传达合规管理政策,合规管理文牍主义严重,难以触及违法风险控制的本质的。^⑤与此相印证的是,多项调研报告显示许多宣称开展了合规管理的企业缺乏核心的合规管理实施机制。例如,中国银行业监督管理委员会上海监管局对上海市 39 家银行调研发现,银行合规管理普遍缺乏有效的合规信息交流机制与传达机制。^⑥(3)有些企业虽依从合规指导设立了合规岗位,但上岗人员以兼职为主,履职能力欠缺。企业合规管理人力资源的投入对市场而言是可见的、可识别的企业竭力践行合规管理的信号。以率先开展合规管理的银行业为例,上海市中资法人银行的专职合规人员在全员中占比仅为 0.51%,其中国有银行分行兼职合规人员是专职合规人员人数的两倍有余。^⑦兼职合规人员在进

① See Krawiec D. Kimberly, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 *Washington University Law Quarterly*, 487—488 (2003).

② 巴塞尔银行监管委员会《合规与银行内部合规部门》第 2 条。

③ 参见陈立彤:《中国企业合规管理调查报告》(2015—2017),<https://www.compliance.com.cn/pc/baogao/index?sortid=0&sx=2&px=1&page=4>,2020—12—30。

④ 参见中国公司法务研究院等:《2016—2017 中国合规及反商业贿赂调研报告》,<https://law.wkinfo.com.cn/commentary/detail/MTIwNTE4Mg%3D%3D?searchId=d5fee3d288b74d7f8811e2f70385a2c2&index=8&q=中国年度合规蓝皮书&title=概述&aid=MzAwMDEzMA%3D%3D&bid=QjAwMDAxMzc5NDA%3D&lang=cn>,2020—12—30。

⑤ 参见陈立彤:《中国企业合规管理调查报告》(2017),<https://www.compliance.com.cn/pc/baogao/view?id=68>,2020—12—30。

⑥ 参见中国银行业监督管理委员会上海监管局:《关于进一步加强合规管理及发挥合规部门作用的通知》,<https://law.wkinfo.com.cn/legislation/detail/MTAxMDAwMTgwODI%3D?searchId=7f41a44fb65b4c369d3896b3ed94217a&index=1&q=关于进一步加强合规管理及发挥合规部门作用的通知>,2020—12—30。

⑦ 参见中国银行业监督管理委员会上海监管局:《关于进一步加强合规管理及发挥合规部门作用的通知》,<https://law.wkinfo.com.cn/legislation/detail/MTAxMDAwMTgwODI%3D?searchId=7f41a44fb65b4c369d3896b3ed94217a&index=1&q=关于进一步加强合规管理及发挥合规部门作用的通知>,2020—12—30。

行合规管理工作的同时须负担大量企业行政性事务,分散履职精力,另外,有相当比例的合规岗位人员不具备与履职相匹配的职业素养。

2. 合规管理“符号化”的制度成因

企业管理“符号化”现象在管理学上被称为“去耦”,即组织为避免其某些部分受到需遵守的制度的影响,而采取象征性或符号性的行为策略。在他看来,监管制度效益性低是导致企业采取“去耦”策略的重要原因。^①

企业对合规管理必然有投资决策上的考虑,这种投资决策是基于企业结合自身条件、能力等现实因素所做的合规管理成本有效性分析。从本质上讲,企业是通过投资预定量的合规管理成本来减少预定量的企业违规风险。^② 企业合规管理成本包括:执行合规监管要求而消耗的资源,即直接成本;合规相关工作增加所损失的效率,即机会成本。其中直接成本包括:为达到合规监管要求而实施的合规培训、合规监督、合规调查、合规追责等花费。合规管理的效益是一种综合利益,主要包括:降低企业违规风险的利益(这是合规管理产生的根本性利益);经济利益,如政府对合规管理成效显著的企业予以物质奖励、开展合规管理的企业在出现违法时得以从轻处罚等;社会信誉利益,如开展合规管理为企业带来更好的商誉等。出于保有和增强市场竞争力考虑,企业对合规管理的投资绝非越多越好,而是越有效越好,合规管理有效率是判断合规管理成本投入的基本标准。每个企业结合自身条件在遵从某项外部监管要求时都存在一个合规管理的最佳效率值,即企业利用合规管理投资成本取得最大限度的合规管理效益。以最佳效率值为参照,当任何合规投资的增加都将带来违规风险规避效率降低时,即“合规管理过度”;当任何合规投资的减少都将带来违规风险不成比例地增加时,即“合规管理不足”,两者均属低效合规管理。在现实中,企业一般依据自身条件、能力、企业文化特点、发展策略以及与监管者的关系等各种因素,结合合规管理有效率这一判断标准,权衡合规管理投入。

合规指导如果背离企业对合规管理有效性的追求,那么企业就会采取回避的态度,对指导内容进行“符号化”的落实。我国现有合规指导大多只对企业合规管理提出要求,鲜见有提供相关服务、激励、帮扶的具体措施,难以起到帮助企业降低合规管理成本、提高效益、效率的作用。一些指导内容甚至对合规管理过程要求过高,与中小型企业治理结构不符,使之缺乏落实的条件与能力。《公司法》规定采取有限责任公司形式的中小型企业治理结构上可以简便灵活,如可以不设经理,不设董事会只设执行董事,不设监事会只设监事等,这就决定了许多中小型企业难以真正运用只适合于大型企业的组织严格、分工细密的合规管理模式,其结果是企业不得不制定应付监管的书面制度,但却不能有效运行,最终使合规指导失灵。

三、防范政府介入企业合规管理风险的制度构想

为防范政府介入企业合规管理的风险,须采取有针对性的措施。对于“刚性”模式的法律风

^① See Oliver Christine, Strategic Responses to Institutional Processes, 16 The Academy of Management Review, 145—179 (1991).

^② See Laufer S. William, Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance, 54 Vanderbilt Law Review, 1343—1359 (1999).

险,应完善相关法律法规;对于“柔性”模式的失灵风险,则须配套激励措施来保障指导落实。

(一)法律依据的完善

1. 修改完善《公司法》的相关规定

企业加强合规管理,既是建立市场秩序的需要,也是法治社会建设的要求。为此,《公司法》作为企业组织法,应当明确规定企业具有合规管理的基本义务,使合规管理在组织法层面具有基本依据。对此,可通过修订公司法的相关条款,并由立法机关作出法律解释来进行。《公司法》第5条已规定公司的守法义务,在此基础上应进一步明确公司的合规管理义务,如修订为:“公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,加强内部合规管理,接受政府部门的依法监管和社会公众的监督,承担社会责任”。同时,立法机关应对《公司法》第147条第1款关于董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务的条款及时出台法律解释,明确其勤勉义务包括合规管理义务。公司法的这种修订完善,是对合规管理义务作出原则性规定,而具体落实这一规定,可由企业通过章程细化为具体职责,并规定履职保障措施,以自治方式落实;也可通过《证券公司监督管理条例》《证券合规管理办法》等单行法,针对特定企业的合规管理职责作出细化规定。

2. 完善特别法对特殊企业的合规管理规定

(1)提升《保险法》合规管理配套文件的位阶。《保险公司合规管理办法》这一规范性文件不具有规章以上法律文件的级别和效力,存在在司法审查中不能作为法律依据的风险,应改为由立法机关对《保险法》的相关条款作出立法解释(也可由有权行政机关作出行政解释),或者将《保险公司合规管理办法》升格为行政规章。

(2)修订完善《证券法》和《证券投资基金法》。中国证监会出台的《证券合规管理办法》在法律依据上有一定的欠缺,应通过修订《证券法》和《证券投资基金法》或作出相关条款的法律解释来加以完善。就《证券法》而言,国务院制定的《证券公司监督管理条例》虽有合规管理制度的规定,但这些规定在《证券法》中并没有得以体现,需要予以弥补。具体可将《证券法》第124条证券公司设立条件的第5项修订为:“有完善的风险管理、内部控制与合规管理制度。”此外,《证券法》第7条虽集中授予中国证监会依法对全国证券市场实行集中统一监督管理的权限,但结合该法第1条关于立法目标、第2条关于调整范围、第3、4条关于立法原则的规定可知,中国证监会对证券市场的监管着眼于规范企业证券发行和交易行为,而非其组织架构及内部治理,企业组织架构本属公司法的调整范围。参考美国《萨班斯法案》对美国证监会细化列举授权的经验,《证券法》在对中国证监会集中授权之外,还应明确授予证券监管机关关于企业合规监管的职权,以避免合规监管权限的法律依据不明确存在的合法性风险。

在中国证监会对证券投资基金管理公司的合规监管方面,应将《证券投资基金法》关于公开募集基金的基金管理公司设立条件规定的第13条第7项修订为:“有良好的内部治理结构、完善的内部稽核监控制度、风险控制制度、合规管理制度”。通过法律来明确证券投资基金管理公司有合规管理的义务。在法律未修订时,有法律解释权的机关可对《证券投资基金法》的相关条款进行扩充解释,将现有规定企业内部稽核监控制度、风险控制制度的条款,扩大解释为包括合规管理制度,使之与《证券合规管理办法》有关证券投资基金管理公司合规管理的内容相衔接。

(3)修订《中央企业合规管理指引(试行)》。国资委出台的《中央企业合规管理指引(试行)》指导央企开展合规管理并无不可,但应当符合《公司法》确立的国有独资公司治理规则,符合《国

资法》规定的国资委作为出资人的法律身份及其权限。为消除国资委监管央企开展合规管理的合法性风险,首先,《国资法》需要明确规定对央企(包括性质相同的地方国有独资企业)合规管理的要求,一方面是从法制统一角度与《公司法》有关企业合规管理义务的规定保持一致,另一方面也是在《公司法》的基础上进一步强调央企的合规管理义务。因为与普通商事企业有所不同的是,央企的国有资产属全民所有,多为公共企业,致力于高效利用所掌握的资源要素为社会经济发展和公众生产生活提供质高价廉的公共产品与服务。^① 相比普通商事企业需负担更多的社会责任,要有更高的诚信守法操守。其次,《国资法》还应明确授权国资委(包括地方国资管理部门)以出资人的身份对央企合规管理实施指导监督。具体方式可按照《公司法》规定的企业治理结构来进行。因而,《中央企业合规管理指引(试行)》在“试行”之后应当作出修订。其主要包括:依据央企出资人与董事会的职权关系,国资委可提出对央企合规管理的指引,但只宜要求董事会参照指引,按照企业治理程序来制定合规管理制度,以公司章程的修改提案形式具体设定合规管理职责,报请国资委批准,而不是直接要求“遵照执行”。同时,在合规管理履职的指导监督方面,也不宜规定央企“合规管理牵头部门于每年年底全面总结合规管理工作情况,起草年度报告,经董事会审议通过后及时报送国资委”。在央企治理结构中,出资人有权监督董事会,董事会向出资人负责;董事会有权监督合规管理部门,合规管理部门向董事会负责。据此,指引只需规定“国资委审议批准董事会提交的合规管理年度报告”,至于年度报告的起草、年度报告提交的前置程序等事宜均应由董事会自主决定。

(二)企业合规管理激励机制的构建

合规管理在我国处于起步阶段,实施成本较高,许多企业缺乏经验和能力,目前不宜采取全面强制的方法,而应通过行政指导手段予以助推。但行政指导不能止步于提出要求和建议,还应建立激励机制激发企业合规管理动力,使企业愿意进行真实有效的合规建设。企业合规管理动力源于企业对合规管理效益的追求,这种效益至少包括避免违规风险、获得经济利益和社会信誉利益 3 个层面,由此可以构建 3 种相应的激励机制。

1. 风险告知型激励机制

违规将导致企业承担各种不利后果,避免违规风险是企业合规管理动力所在。为此,可以建立帮助企业深刻认识违规不利后果的激励机制:(1)实施有针对性的违规风险宣传教育,充分警示本行业的重点违规风险,说明合规管理对这些违规风险的预防功能。对此,美国健康和人类服务部的做法值得借鉴。1998 年至今,该部对所辖的 10 余类企业(医院、医疗实验室、医疗设备公司等)分别发布合规计划指南,结合各类企业面临的典型违规风险强调合规管理的重要意义。例如,面向制药商的合规指南,该部针对财务欺诈和舞弊风险,说明合规管理的风险预防作用;^②对医院的合规指南,该部立足医务职业伦理,强调合规计划有利于医院的社会声誉维护和社会责任履行,^③增强医院及医护人员的职业道德观。美国健康和人类服务部的违规风险教育内容具体

^① 参见胡改蓉:《论公共企业的法律属性》,《中国法学》2017 年第 3 期。

^② See U.S. Department of Health and Human Services, OIG Compliance Program Guidance for Pharmaceutical Manufacturers, 68 Fed. Reg. 23731 (2003).

^③ See U.S. Department of Health and Human Services, Compliance Program Guidance for Hospitals, 63 Fed. Reg. 8987 (1998).

且有感召力,曾被评价为美国最精心制作的合规指导。^① (2)建立常态化的违规风险预警服务,方便企业及时识别违规风险。预警内容包括新的监管规范及要求带来的合规义务变化。例如,《美国投资咨询法案》颁布后,证券交易委员会以通俗简洁的语言归纳出关键法律要求,通过电子邮件推送给全国约1万家投资咨询公司。^② 预警针对国内外政治、社会、市场、环境的重大变化带来可能性违规风险,便于企业面对复杂形势作出审慎的合规应对。(3)监管部门在行政检查过程中发现企业潜藏的违规风险,及时提醒并给出优化合规管理的建议。例如,美国环保署于2003年发布内部指导文件《环保署检查员在检查中提供合规援助的作用》,指出检查人员在现场检查中应就明显的合规风险向企业提供法律解释或技术解释,使企业能够迅速采取行动纠正问题。^③ 上述机制是政府针对企业合规管理决策中的各种认知不足,采取宣传教育、预警、商谈等多种手段,激发企业避免违规不利后果的动力。

2. 经济利益型激励机制

企业开展合规管理必然有其经济利益考量,通过合规管理能获得经济利益或避免不必要的经济利益损失是其愿意开展合规管理的一个重要动力。这类激励机制包括:(1)提供专业指导帮助企业合理配置合规管理资源。企业在配置管理资源时必须考虑投入和产出的合规管理效率,但企业单方常难以准确地把握政府监管的要求,投入过高会造成资源浪费,投入过低则可能导致较大的违规风险。^④ 对此,政府部门应当提供专门性指导,就执法与守法目标、策略、制度、措施等关键环节作出说明,引导企业结合自身情况在内设机构、人员配备、程序制定、资金投入等方面做出适当安排。此外,政府部门还应依企业规模、类型、行业等提供多元化、具有适应性的合规管理制度模式。(2)配套制定经济激励政策。企业合规管理具有正外部性特点,即合规管理成本由企业承担,而守法效果惠及社会。因此,无论是为强化企业合规管理意愿及能力,还是基于“守法成果共享,守法成本共担”的公平正义考量,政府都有必要采用多样化的经济激励政策,提高企业合规管理产出的经济效益,正向牵引企业合规管理动力,如对自愿开展合规管理的企业给予财政、金融、税收优惠等。(3)完善行政处罚裁量规则。将企业开展合规建设的情况纳入对企业违法处罚的裁量因素中,对有效开展合规建设的企业可以从轻或减轻处罚。其核心法理依据是:基于企业与雇员间的雇佣关系,企业须预防雇员违法并尽到合理管理义务。企业如果进行了有效的管理,那么就应当视为尽到相关义务。若雇员仍然发生违法行为且企业须为此担责时,则可免除企业责任构成中的管理责任部分。减免企业责任的裁量范围并不指向违法责任整体,而只是企业违法责任中的管理责任部分。企业因违法获得的收益仍须剥夺、因违法造成的法益损害仍须补偿。这项激励政策目前为多国所采用。例如,在环保法领域,美国环保署自1995年起推行“企业环境审计政策”,该政策规定了企业有效合规管理计划需满足的9个条件,满足所有条件的

① See American Bar Association, Corporate Compliance Survey, 61 The Business Lawyer, 1652 (2006).

② See Lori A. Richards, Incentive Good Compliance, <https://www.sec.gov/news/speech/2008/spch1030081ar.htm>, 2020-12-19.

③ See U.S. Environmental Protection Agency, The Role of the EPA Inspector in Providing Compliance Assistance During Inspections, <https://www.epa.gov/compliance/policy-role-epa-inspector-providing-compliance-assistance-during-inspections>, 2020-12-12.

④ See Robert C. Bird, and Stephen K. Park, Turning Corporate Compliance into Competitive Advantage, 19 University of Pennsylvania Journal of Business Law, 308-309 (2017).

企业仍发生违规行为时,环保署免除对其处罚的加重罚部分;能满足除第1条“系统发现违法”外所有条件的企业,可减轻75%的加重处罚额度。^①在反商业贿赂法领域,《英国反贿赂法案》第7条第2款规定:“如果企业能够证明尽管存在贿赂行为,但企业已有充分的程序预防此类行为发生的,企业可予免责”。^②在竞争法领域,加拿大竞争局2015年修订的《公司合规计划》规定:“可信而有效的公司合规计划可视为减轻处罚的因素,委员可就此向公诉人提出建议,并经公诉人提交法庭”。^③(4)创新方便企业合规管理的服务方式。合规管理援助是政府保障企业开展合规管理的重要手段,可帮助企业降低合规管理成本。借鉴英国政府合规援助网、美国环保署网络合规援助中心的经验,我国应援助中小型企业,创建融政府合规指导、企业合规管理、第三方合规服务于一体的互联网智能平台。由政府负责牵头搭建并维护平台,以公开招标的方式募集符合资质要求的合规服务主体。合规服务主体也称电子共享合规专员,负责为中小型企业提供合规管理服务,如帮助建立合规管理体系、起草合规规定、识别合规风险、开展合规培训、解答合规疑难问题、起草合规管理报告等。企业自主选择电子共享合规专员,并根据自身合规管理的目标、需求、成本投入等因素选择购买内容繁简不一的“合规服务套餐”。当企业发现自身违规时,可及时通过平台报送电子共享合规专员,由专员提出风险控制建议。这种多功能智能平台的优势在于:利用大数据为中小型企业提供较低成本且有质量保障的合规服务;打破信息孤岛,在合规指导信息、合规服务信息、合规管理实施信息间建立起稳定的沟通渠道,为合规监管科学化、合规管理有效化提供信息基础和条件保障。

3. 社会声誉型激励机制

企业既是经济人,也是社会人。企业作为社会人必然追求其他社会成员对自己的正面评价,即社会声誉。“良好声誉是生产经营企业重要的无形资产,其成就的品牌效应可以帮助企业赢得社会信任、获得在市场平均价格之上的更高价格,从而赚取两者之间的价差利润即价格溢价。”^④政府应通过帮助合规管理建设良好的企业获得应有的社会评价,激发企业主动开展合规建设。

应当加强对企业合规管理的公开评定工作。专门领域的主管行政机关可就其重点管辖事项开展专项合规管理评级,如由环保部门主导企业环境合规管理评级;行业主管行政机关可开展行业合规管理评级,如由中国证监会主导证券公司合规管理评级;国家市场监督管理总局可利用国家企业信用信息公示系统,增设企业合规管理信息栏,公布“合规管理优秀企业名单”。这一机制是推介型激励机制,是政府针对企业追求肯定性公共舆论,通过对企业合规管理成绩的认可、评级、奖励、宣传等方式,提升公众对诚信守法企业的市场信赖,激发企业追求社会声誉的动力。

责任编辑 谭冰霖

^① See U.S. Environmental Protection Agency, Audit Policy, <https://www.epa.gov/compliance/epas-audit-policy>, 2020-12-30.

^② Oded Sharon, Corporate Compliance: New Approaches to Regulatory Enforcement, New Horizons in Law and Economics Press, 2013, p.152.

^③ Canada Competition Bureau, Corporate Compliance Programs, www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html, 2020-12-30.

^④ 吴元元:《食品安全治理中的声誉异化及其法律规制》,《法律科学(西北政法学报)》2016年第2期。