

【专题:行政合规】

企业行政合规的制度定位及其构建路径

周佑勇

【摘 要】随着我国涉案企业合规改革的推进,企业合规逐渐渗透到行政监管领域而成为一种不依附于刑事合规或行政处罚的新型行政监管模式。相对于传统高权行政监管模式而言,经由自主建构的企业行政合规能够有效提升规制效能、填补规范疏失空白和应对全新规制挑战。为更好发挥企业行政合规的制度功能,应以激励机制为核心,在激励制约相融、保障企业自主、差异区分建构等要点的指引下构建企业行政合规的多层次协同激励结构。结合这种层次性激励结构,在企业行政合规的制度构建上则应遵循从柔性激励到刚性激励的路径稳步推进,并通过健全裁量基准重点实现事前合规激励和事后合规从宽制度的构建。

【关键词】企业合规;行政合规;行政监管;合规激励

【作者简介】周佑勇,全国人大社会建设委员会专职委员,法学博士。

【原文出处】《比较法研究》(京),2024.3.1~18

【基金项目】本文系2023年度马克思主义理论研究和建设工程重大项目“在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家”(项目编号:2023MZD012)的研究成果。

企业合规源自企业内部治理,是企业为避免或减轻可能遭受的行政责任、刑事责任而在经营活动中采取的内部管理机制。^①因企业合规存在对社会治理的正向外部效应,其逐渐受到各国重视并被吸收为社会治理工具。自2020年最高人民检察院启动企业合规监管试点工作以来,我国涉案企业合规改革工作得到热烈推进,企业合规在刑事领域得到广泛的运用。同时,改革采取的合规宽缓处罚激励政策,已经通过行刑衔接机制外溢到行政监管领域的企业合规建设。例如,2021年浙江省人民检察院联合23家行政监管部门印发的《关于建立涉案企业合规第三方监督评估工作机制的意见(试行)》(以下简称“《意见》”)规定:“对涉案企业刑事程序终结后,需予以行政处罚的案件,人民检察院应将合规考察报告副本移送相应行政机关,并视情以检察建议或其他适当方式,建议行政机关对涉案企业减轻或免除处罚,行政机关对企业合规情况和检察机关建议进

行评估后,原则上应对涉案企业减轻或免除处罚。”不仅如此,受刑事合规改革的影响,部分地区区已开始了企业行政合规的制度尝试。^②然而,检讨相关规范性文件,各地发布的行政合规指导清单大都还只是对现有法律法规的简单汇总罗列,无法充分发挥企业行政合规的治理效果。这也表明我国企业行政合规制度实践仍处于探索阶段,对其制度定位的认知尚不够清晰。同时,目前我国法学界关于企业合规的研究主要集中在刑事法领域,以企业行政合规为对象的研究刚刚起步,关于企业合规在行政监管中究竟扮演何种角色、发挥哪些作用,能否像刑事合规那样一步到位确立合规免罚制度,以及应当遵循何种建构路径等问题均未得到深入探讨,难以对实践呼吁作出有力回应。有鉴于此,本文拟基于一种行政监管的视角,从我国社会现实和制度实践的需求出发,对企业行政合规的功能、结构等方面的制度定位及其构建路径问题作些初步探讨。

一、企业行政合规的功能定位：一种新型行政监管模式

企业合规的实践应用和理论研究由来已久，广泛存在于商业运营、行政监管、刑事制裁等领域。其中，商业运营领域的企业合规是从公司治理视角出发，通过合规计划对公司所有权和经营权开展的、以避免遭受法律否定性评价为目的的内部管理结构；^③刑事制裁领域的企业合规源自“合规不起诉”，是从国家治理视角出发，通过刑事一体化的激励机制展开的、以防止企业违法犯罪为目标追求的制度工具。^④这两个领域的企业合规的内涵都较为明确。而与之相比，对行政监管领域的企业合规，无论在理论上还是实践中都存在较为模糊的认识，亟待对其内涵与功能作出合理的制度定位。

（一）企业行政合规“依附性”功能定位的检讨

观察我国有关企业行政合规的现有理论研究和制度实践，大都倾向于将企业行政合规定位为一种辅助配合其他制度功能实现的“依附性”工具。具体而言，又可分为依附刑事合规和依附行政处罚两种功能定位。

1. 依附刑事合规的企业行政合规定位

刑事法学者大多主张这一观点，认为企业行政合规应被视为辅助刑事合规功能实现的工具，其建构应当围绕刑事合规展开。^⑤概言之，这一观点认为行政合规能够补充刑事合规中监管空白，有助于刑事合规目的的达成，因而主张以完善刑事合规为目的，重点从配合刑事合规功能的实现出发对行政合规进行建构。一方面，刑事合规中“检察机关难以履行专业性合规监管职能”，应当借助行政执法机关的专业化优势加强对合规执行情况的监督；^⑥另一方面，“合规不起诉”后不应涉案企业“一放了之”，还应当“通过检察意见要求监管部门对企业和相关人员进行行政处罚”，以此作为严管替代措施。^⑦在此种理念下，刑事合规被认为是一种横跨刑事领域和行政领域的新型预防工作，^⑧在企业合规整改体系中应当介入行政监管合规，以防止“同一类型犯罪的再次发生”，^⑨因此企业建构的专项合规计划应当同时满

足预防刑事犯罪发生的刑事合规目的和预防前置行政违法行为发生的行政合规目的。^⑩显然，该学说关注到了企业合规与行政监管的结合，但是受限于研究场域的局限，并未注意到企业合规在行政监管中的独立价值，因而对于企业行政合规的建构指导意义有限。

实际上，并不局限于理论研究领域，企业合规制度实践中也有类似的规定和认识。比如，前述浙江省人民检察院印发的《意见》有关企业合规在行政处罚中的运用，就明确规定基于刑事合规作出的合规考察报告经检察机关移送，行政机关“原则上”应当对涉案企业减轻或免除处罚。这一规定实质上剥夺了行政机关作出行政处罚的裁量权，行政机关成为辅助开展刑事合规的工具。再如，2022年南京市人民检察院印发的《南京市检察机关开展涉案企业合规工作指引（试行）》规定：“检察机关办理涉案企业合规监管评估过程中，应当发挥主导作用，与行政机关应当密切配合，协同开展监管工作”，其中也体现了将企业行政合规作为辅助实现刑事合规功能工具的认知。

我国有关企业合规的系统研究蓬勃于刑事领域，刑法学者基于完备性考量将刑事合规研究场域延伸至行政监管领域本无可质疑。然而，需要注意的是，这一理念下建构的“企业行政合规”，与其说定义的是企业行政合规，不如说是对刑事合规领域行政监管价值功能和作用机理的阐释。它其实是对行政监督如何辅助刑事合规的阐释，并未意识到企业合规与行政监督的相互作用，自然也就无法承载企业合规在行政监督领域的价值和功能。故而，其并不能够作为界定企业行政合规的依据。

2. 依附行政处罚的企业行政合规定位

这是企业行政合规“依附性”功能定位的另一典型代表。这一观点认为行政合规的主要目的在于防止企业出现违法违规行为，企业行政合规应当以行政处罚为中心进行建构。^⑪在依附行政处罚定位下，研究者根据合规缘由将企业行政合规分类为日常管理型和违法治理型两种。^⑫日常管理型企业行政合

规是指在企业的日常生产经营中,通过诱导或者强制的方式推动企业建立行政合规机制。如我国安全生产法第21条、第22条、第23条分别对生产经营企业为了保障安全生产所应采取的前期准备、管理机制、资金投入等内容作出了明确的规定,并将其界定为生产经营单位所应履行的“安全生产管理职责”,要求未妥善履行相应职责的单位和管理人员承担行政或刑事责任。以上规定实质是为了保障安全生产强制要求企业完成的合规要求,已经具备了企业合规的典型特征。违法治理型企业行政合规是指在企业被证实存在违法情形后,行政机关责令企业建立合规机制或者企业与行政机关签订和解协议承诺建设合规机制,并以此换取免于处罚,或者减轻从轻处罚。这一类型的企业行政合规与刑事合规中的起诉激励和量刑激励相似,行政机关通过免于追责或者降低责任幅度的方式激励企业建立、执行合规管理体系。如《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》”)第36条规定,对采取了有效合规管理措施的证券基金经营机构,可以依法从轻、减轻处罚;对情节轻微且没有危害后果的,可不予追究责任。

应当肯定的是,依附行政处罚定位的企业行政合规确实一定程度上缓解了行政监管所面临的困境,助力了行政监管效能提升;同时,这一定位也符合了企业合规在行政监管领域的形势要求,应被视为是企业行政合规的功能之一。但是缺憾在于,这一观点仅关注到了行政处罚下企业建立合规管理体系的形式特征,意图通过行政处罚对企业的强制作用完成对企业行政合规的整体性建构,忽视了企业行政合规中行政机关与企业应达成合作治理的内涵。这种以行政强制力作为后盾展开的具有较强压迫性的规制措施,实质上并未脱离高权行政监管模式的窠臼。在依附行政处罚的定位下,虽然行政机关和企业在外观上达成了“合作”关系,但是该结构实质上保持了传统高权行政监管模式的内核,所谓“合作”只是将企业“客体化”的支配。^③由此可言,依附行政处罚的企业行政合规仍未突破“命令—控制”

型手段造成的行政机关与企业之间的对抗关系,势必难以充分发挥企业行政合规的制度功能。故而,企业行政合规亦不应局限于面向行政处罚的建构。

(二)企业行政合规“自主性”功能定位之提倡

从检讨企业行政合规在“依附性”功能定位下的理论研究和制度实践可知,无论是依附刑事合规还是依附行政处罚,都存在限制企业行政合规制度功能的缺陷,亟待加以重新改造。笔者认为,基于企业行政合规的属性定位及其与企业合规在其他领域应用实践之间的关系来考察,应当倡导一种“自主性”功能定位。

首先,企业行政合规并不从属于刑事合规,而是企业合规在行政监管领域的独立运用。在实践中,刑事合规往往需要行政监管的协助,单一依靠检察机关在“方式、范围与效果上存在局限”,因而有必要引入行政合规和行政激励,通过刑行衔接更好地实现制度功能。^④然而,需要注意的是,企业行政合规具有不同于刑事合规的独立价值,不能单纯将企业行政合规作为辅助刑事合规功能实现的工具。其一,企业行政合规的功能目的更为多元丰富。一般而来,刑事合规的目的是防止企业再次实施违法犯罪行为,而企业行政合规的目的则兼容了防范企业出现行政违法行为,提高规制效率,填补规范空白等多重要义。其二,企业行政合规的发起方式更为灵活多样。尽管目前存在基于犯罪预防目的,将刑事合规发起时机从事后延伸至事前的主张,^⑤但是实践中刑事合规仍延续“合规不起诉”改革中的主张,呈现为一种事后工作机制。^⑥相比而言,企业行政合规更为灵活,既可以是对已经涉嫌违法企业开展的事后合规,也可以通过预先许可、放松监管等“利益”引诱企业在事前建设行政合规机制,还可以针对特殊实现强制企业在事前建立行政合规机制,介入企业内部管理措施进行监管。^⑦其三,企业行政合规的激励机制覆盖全面。刑事合规中的激励机制一般表现为起诉激励和量刑激励两种,而企业行政合规的激励机制几乎能够全面覆盖企业的生产经营活动,包括事前的预先许可、放松监管,事中的规范填补和事

后的行政责任认定等全过程,能够更为灵活且全面地激励企业完成合规机制建构,具有更大的制度潜能。故而,企业行政合规具有完全不同于刑事合规的独立价值,不能单纯将其作为辅助实现刑事合规功能目的的工具。

其次,企业行政合规也不应当只是行政执法和解的延伸,而是企业合规在行政监管领域的自主建构。受刑事领域“合规不起诉”预设的影响,前述面向行政处罚定位下的企业行政合规往往以违法矫正为核心,重点围绕行政执法和解展开一系列面向行政处罚的制度建构。这一理念的逻辑在于,针对传统行政模式下行政执法所面临的实践挑战,利用企业“追求责任减免”的主观意愿,通过在规范框架下设定“出罚”机制,可以推动企业开展自我治理,^①在提高行政监管效能的同时化解实践困境。然而,需要注意的是,企业合规治理在行政监管领域之所以能够发挥显著的治理价值,源自这一体系能够激活自我规制意愿,行政监管模式原有的压制型转化为回应型。^②在这一转变下,行政机关与企业之间因高权行政监管模式而产生的对抗性关系转变为回应型监管模式下的合作性关系,行政机关借由企业的自我规制可以在提高监管效能的同时降低行政资源的消耗。^③实现这一转变的关键在于行政机关和企业之间达成的合作关系,即应当在行政关系的交涉中充分保障企业的主体性以提高企业对行政机关行为的解读性和遵从性。^④然而,在面向行政处罚的建构理念下,企业行政合规虽然表面上达成了行政机关与企业的合作关系,但实质上仍然固守着高权行政监管模式,主要以“命令—控制”型手段实现对企业的监管。具体而言,在违法治理型企业行政合规中,行政机关对涉嫌违法的企业通过中止调查、减免处罚的方式推动其监理合规管理体系,其实质为基于行政机关行政处罚裁量权作出的行政执法和解;^⑤日常管理型企业行政合规中虽无企业违法情形,但相应结构预设是企业存在违法行为,并以行政处罚为后盾展开的,可认定为行政执法和解的延伸。由于这种实质为行政执法和解的企业行政合规还保留着高权

行政监管模式的特点,企业的主体性自然也就无法恢复,其与行政机关之间无法通过社会自我规制达成合作关系,因而也就阻断了企业行政合规的治理价值和制度功能实现。

更进一步地,依附行政处罚定位还会导致企业行政合规的形式化滑坡。在这种认知下,行政机关推动企业行政合规的目的就单纯转变为要求企业严格遵守已有的行政法规规范要求,防止出现违法行为。合规指引就转变为对规范的重述,或是对现有法律法规的汇总罗列。显然,通过规范重述完成对企业合规指引的逻辑具有典型的“规范申明”特点,其目的不在于行政机关与企业之间合作完成企业合规管理体系建设,而在于一种推动企业行政合规立场或者情绪的象征性表达。^⑥这种表达虽然具有支持企业行政合规的意涵,但其背离了推动行政机关与企业达成合作关系的目的,更无法发挥企业行政合规对高权行政监管模式缺陷的矫正功能,使得企业行政合规堕入形式化陷阱。因此,要充分发挥企业行政合规的治理价值,实现其制度功能,就应当摆脱高权行政监管模式的束缚,不局限于行政执法和解,而是将其作为独立的行政监管模式加以建构。

综上所述,一方面,作为企业合规在行政监管领域的实践应用,企业行政合规因其所具备的协助行政监管的独特价值,与刑事合规属于不同领域的企业合规实践,故而不应将其定位于配合刑事合规功能实现的辅助工具;另一方面,企业行政合规具有推动企业建设自我规制管理体系的制度潜能,能够打破高权行政监管模式下行政机关与企业之间的对抗关系,在全新的回应型监管模式下塑造二者之间的合作关系,故而不应当将其局限于行政执法和解或其延伸,而应当着眼于企业行政合规结构下行政机关与企业之间的合作关系,完成企业行政合规的自主性建构。

(三)面向行政监管的企业行政合规

企业行政合规的建构应当回归其合作本质,摆脱“依附性”功能定位的局限,即应当面向行政监管,以治愈高权行政监管模式中“命令—控制”型手段所

产生的负面效果为目的。高权行政监管模式下行政机关主要通过行政审批、行政处罚等“命令—控制”型手段实现,行政机关主要通过单方命令方式支配相对人的行为和利益。^④在这一模式下,虽然行政机关可直接达成行政目的,然而受到单方强制手段的局限,行政机关监管成本激增、监管成效较差,企业守法意愿薄弱、对抗性强,行业领域管制成效减弱、社会风险激增。^⑤而作为企业合规在行政监管领域的实践运用,企业行政合规中行政机关与企业达成合作关系,由此恢复作为相对人的企业主体性地位,进而实现对前述缺陷的治愈。面向行政监管的企业行政合规,实际上是行政规制的延伸,应当视为一种新型的行政监管模式。针对高权行政监管模式所存在的缺陷,企业行政合规应当包括以下三个维度的功能。

1. 实现规制效能提升

在高权行政监管模式下,行政机关主要通过单方命令强制和处罚威慑等手段实现对相对人的规制,但是这一规制有效的前提在于行政机关需要投入足够的行政资源以实现对相对人行为的全面监管并发现违法行为,同时行政处罚需足够震慑相对人、阻却其违法动机。首先,行政机关能够发现违法行为,即要求其能够监管到具体的生产经营行为并发现存在的瑕疵。然而,随着监管领域和监管事项日益专业化、扩大化和复杂化,行政机关有限的行政资源无力应对不断扩张的行政监管需求;同时,在单方强制和片面威慑的双重作用下,相对人处于与行政机关对抗状态,会尽力掩盖其违法行为,这也对行政资源提出更高的要求。其次,行政处罚足以震慑相对人,要求在对违法行为有较高发现率的同时,还需设定的违法成本足够高。^⑥在行政资源受限前提下,单一通过高权行政监管所能达成的违法行为发现率较低,由此带来的违法处罚威慑力度降低也会进一步刺激相对人在与行政机关博弈时产生违法动机。

而在企业行政合规中,行政机关通过引导或强制的方式推动企业建立合规管理体系,二者之间事实上形成了合作关系,能够有效化解高权行政监管

模式下规制效能低下的局限。具言之,一方面,行政法规范对企业生产经营活动的规范要求通过合规机制嵌入到企业合规管理体系中,而企业执行该合规管理体系的过程即对规范要求的履行,由此行政机关对企业生产经营行为的碎片化监管转化为对企业合规管理体系的监管,^⑦行政监管需求大大降低,能够有效缓解行政机关有限行政资源所面临的挑战。另一方面,企业行政合规中企业从被行政机关监督的客体转变为参与行政规制的主体,保障机制从负面制裁转变为激励制约共容,企业规范守法行为的动机从躲避行政制裁转变为换取行政机关作出预先许可、放松监管、从轻减轻或免于处罚等“回报”,由此可改变行政机关与企业之间的对抗关系,并防止行政规制堕入威慑陷阱。如《证券合规管理办法》中规定,证券基金经营机构应当建立合规管理体系进行自我规制,行政机关则通过检查合规管理体系执行情况实现对自我规制的后设规制。就监管内容而言,行政机关不再需要对证券基金经营机构的所有行为进行全覆盖的审查;就行为意愿而言,证券基金经营机构通过履行合规管理可获得特定情形下的“回报”,也能够一定程度上阻断违法动机。需要注意的是,尽管前文明确企业行政合规不应当是面向行政处罚建构的,但这并不意味着行政处罚在企业行政合规中无存在必要。实际上,即便行政机关释放相应“回报”激励,也不能完全阻断企业的违法动机,故而行政机关还需保留对企业内部管理行为的监管和对违法行为的处罚制裁,以此在保证社会效果前提下提升规制效能。

2. 填补规范疏失空白

高权行政监管模式是以单方行政行为为理论框架展开的,规制举措更加关注最后阶段的单方决定,忽视了行政法律关系的动态性和多阶段性,存在忽视管制实践面向的危险。^⑧这种模式下的行政规制主要是“基于设计标准的规制”,^⑨即通过对企业的具体生产经营行为制定明确的技术标准和规范,以是否符合标准和规范为依据作出评价。这一规制思路简洁清晰,便于执法,在生产经营活动较为简单的领

域中具有很好的规制效果。但是这一思路缺乏对行政法律关系的动态性认知,无法在规制过程中吸来自企业内部管理措施的助益,因而需要提供极为详细且明确的技术标准和规范来为规制行为提供指导。而随着监管领域的专业化和复杂化发展,对每个具体领域制定细密的标准,显然是无法实现的,由此势必会导致在具体领域中存在规范疏失空白;即便强行作出规定,但是企业存在自身利益考量,一旦出现规范与实践冲突必将影响到企业的经济利益,那么“破坏和抵制这种制度的行为很可能广为蔓延,并将逐渐削弱该制度的基础和强力”。^⑧换言之,以单方行政行为理论为核心建构的高权行政监管模式对专业、复杂的领域开展规制时,势必存在静态规范与动态实践的冲突,如何填补规范疏失空白就成为解决这一冲突的关键。

而在企业行政合规中,企业通过签订行政合规协议或者制定合规计划等方式作出合规承诺,保证在生产经营活动中采取特定内部管理措施,实现对违法违规风险的管控。其中,合规承诺是企业经过与行政机关的协商互动,在规范要求框架内对生产经营行为所应遵守规则的进一步细化。细化过程中企业可根据自身经营情况,在规范要求框架内量身定制具体的规则,这正是回应型监管中“回应”要素的具体体现。^⑨进言之,企业根据自身情况在合规承诺中对规范要求所作的细化实质上成为企业与行政机关有关该事项的“约定”监管措施,考虑到该细化相对于规范要求框架更为严格,其实质可理解为企业的自我设限。就其合法性而言,一方面,行政合规中企业与行政机关达成一种类似于“行政协议”的行政法律关系,在企业意志表达自由前提下,应当允许其通过契约对自己的行政法上权利义务内容作出处分,“即使事实上存在权益受到限制的情形,也应当视为自愿接受这种限制”^⑩而肯认其合法性;另一方面,行政机关也可基于该合规承诺在法定权之外新获得“约定权”,并可结合企业的履行情况对企业作出相应行政处理。故而,通过行政合规承诺在规范要求框架内对规范疏失空白所作的填补是合法的。

同时,上述自我设限还能够充分考虑到企业的自身情况,是对企业最为有利的,这也为自我规制的成功提供了基础。^⑪换言之,通过上述填补,可以解决前述高权行政监管模式面临的困境。从此角度而言,企业行政合规是一种能够填补规范疏失空白的行政监管模式。

3. 应对全新规制挑战

在高权行政监管模式下,行政机关主要依据静态的法律法规对具体领域进行规制,面对社会发展带来的全新规制挑战应对乏力。一方面,在以时效性为典型特点的领域中,基于静态规范开展的行政规制不仅难以有效对相对人的行为作出实质性的规制,并且可能对相对人产生不必要的负面约束。^⑫另一方面,在以技术创新为典型特点的领域中,静态规范往往难以与技术同步演进,规范落后于社会实践的情况屡有发生,“如果片面依靠禁止性或者强制性的规制,将很可能对技术的发展产生不利的影响并错过关键的机遇期”。^⑬其根源在于高权行政监管模式下,为了保障行政行为的明确可预期,需要预先制定确定的规则。提前确立的规则对成熟的领域而言具有极强的制度优势,不仅便于行政机关执法,也能够增强相对人对行政行为的解读性和遵从性;但是对于高速变动的领域,提前确立的规则刻板僵化、灵活性差的劣势显露无遗,这也就决定了对时效性强和创新性强的领域适用高权行政监管模式会面临一定的困境。

而在企业行政合规中,行政机关与企业之间通过合规承诺作出相应“约定”,可以缓和静态规则与动态实践之间的紧张关系,解决高权行政监督模式面对高变动和高创新行业的困境。具言之,社会进步、技术发展带来的全新规制挑战“对监管机构的学习和适应能力提出了很高的要求”,“倒逼监管机构必须发展出及时跟进的监管结构和策略”。^⑭监管变革的重点应当在于规则制定权的重新分配,通过监管方和被监管方的双向动态互动来保障监管思路与创新相匹配,^⑮即行政机关仅确定最低监管要求,允许企业根据自身情况在规范要求框架内制定更高的

内部管理标准,以此在不影响企业经营的前提下保证规制效果,这正是企业行政合规机制的内核特点。例如,面对纷繁多样、变动不居的洗钱行为,有关金融监管部门实质上难以明确列举金融机构应当采取的反洗钱措施,为实现反洗钱的规制目的,必须将部分规则制定权赋予金融机构。在这种情况下,金融机构根据反洗钱法所设定的规范要求框架,结合自身情况制定反洗钱合规体系,可以最大限度地发挥自身管理优势。据此,2021年发布的《中华人民共和国反洗钱法(修订草案公开征求意见稿)》第24条新增规定:“在中华人民共和国境内设立的金融机构及其境外分支机构应当在集团层面建立统一的反洗钱合规体系,国务院反洗钱行政主管部门和国务院有关金融监督管理机构可以根据本法对其实施监督管理。”该规定就是旨在将反洗钱合规体系作为金融机构在最低监管要求下自行制定的更高的内部管理标准,由此充分化解高权行政监管模式的困境,并为具体监管措施提供适应性优势。

二、企业行政合规的结构设定:以多层次激励机制为核心

在功能主义看来,功能定位于结构之中,结构本身亦蕴含着功能的实现。^③在企业行政合规中,行政机关基于诱导或者强制推动企业建立合规管理体系,旨在在规制中引入企业的管理优势和技术优势,弥补高权行政监管模式的不足。然而,法律无法直接影响到行为人的意志,制度也不会线性地影响社会。^④因此,单独依靠“面向行政监管”这一理念并不能完全指导企业行政合规的建构。为了更好发挥企业行政合规的制度功能,还需合理设定企业行政合规的内在结构及其层次关系。

(一)激励机制作为企业行政合规结构的核心

企业行政合规作为一种面向行政监管的新型监管模式,其独特优势在于行政机关和企业之间就特定行政监管所达成的互动机理及其合作治理关系。其中,激励机制作为行政机关与企业的主要互动机制,是二者合作治理关系的基础和保障,因而企业行政合规应当以激励机制作为其结构设定的核心。

首先,由企业行政合规运作机理言之,激励机制是企业行政合规中行政机关和企业之间建构合作关系的基础。相对于传统高权行政监管模式而言,企业行政合规的优势在于行政机关与企业之间就规制目的所达成的合作关系,该合作关系建立的关键即在于企业行政合规中激励机制。这种激励的特征具体表现为:其一,强调自我规制,即强调应通过诱导或强制的方式推动企业建立合规管理体系,并通过该内部机制实现自我监管,强化企业在管理活动中的自我管理、自我纠正、主动遵从意愿。其二,注重后设规制,^⑤即行政机关监管重点从原有高权行政监管模式下直接干预企业生产经营行为,转为对企业合规管理体系的关注,通过过程性监管确保企业建立有效合规管理体系,而不再是一味查处企业违法行为。其三,构建激励机制,即通过正反双向激励机制,引导企业建立和维护合规管理体系,从片面强制威慑转向激励制约相容。正向激励是指企业建立合规管理体系并妥善执行后,给予相应的“优惠”,激励企业主动建立和完善合规体系;反向制约是指不建立合规管理体系或者不妥善执行合规管理体系则面临不利后果,包括无法享受优惠、受到相应制裁等。^⑥其四,柔性治理为主,即行政机关从原有“命令—强制”型手段转变为以行政指导、行政协议、行政奖励、裁量基准等“软法”措施和柔性治理措施为主,关注行政机关与企业的沟通互动。^⑦在强调尊重企业自主权的同时,通过协商和民主的方式,激发企业履行社会责任和守法义务的积极性。

上述四项特征在企业行政合规中相互依存、相互促进,共同构成了一个全面、协调、高效的监管体系。然而,需要强调的是,激励机制是串联上述四个特征的关键所在。一则,激励机制是企业行政合规中企业开展自我规制的动力源泉,企业正是为了追求来自行政机关的预先许可、放松监管、中止调查、减轻从轻处罚等“优惠”而建立内部合规管理体系的。二则,激励机制是后设规制的保障,行政机关开展后设规制减轻监管压力的基础在于,激励机制不仅能够正向促进企业开展合规管理,还能够负向制

约唤起企业对合规管理体系的关注,并通过相应不利后果督促企业建立并执行合规管理体系。三则,激励机制也是柔性治理的助力,行政机关所采用的诸多柔性治理机制不具备强制力,在实践中企业的参与积极性和遵从效果都存在的问题,而激励机制可以作为柔性治理机制的“效果加成器”,助力柔性治理措施在实践中产生作用并推动企业行政合规体系的建设和运行。

其次,由合作治理理论言之,激励机制能够重建企业的主体性地位,是行政机关与企业之间维持合作关系的保障。合作治理理论强调行为主体应当作为治理的主体而存在,并力求建构一种“平等互动和合作的关系”。^④在传统的高权行政监管模式中,行政机关主要通过“命令—控制”型手段对企业的生产经营行为实施监管,在单方强制性行为的作用下企业的主体性被消解吸收,企业自身被矮化为行为机关监管的客体;即便是在个别“协作”关系中,企业的主体性依然被限缩而工具化。^⑤进而,在这一主体性难以保障的结构下,企业的价值诉求、主观意愿等均被化约为行政机关开展监管的对象,这也就阻碍了二者之间的有效沟通而催生了对抗关系,企业的技术优势和管理优势自然也难以为行政机关所用。质言之,传统高权行政监管模式下忽视了企业的主体性地位,缺乏合作理性生存的制度基础,^⑥难以形成合作治理关系。

企业行政合规中的激励机制恰能够为行政监管中合作理性的注入提供可能,是建构合作治理关系的基础保障。一方面,企业行政合规中激励机制要求行政机关与企业之间建构实质性的沟通交流,为企业主体性的回归提供了可能。企业行政合规的要点之一在于企业建立内部管理机制实现自我规制,这一过程中需要经过企业与行政机关的三次交涉:一是行政机关向企业传递信息,推动企业建构合规管理体系;二是企业在行政机关的要求或建议下完成合规管理体系建设并将信息传回行政机关;三是行政机关对企业所建构的合规管理体系进行评价并以此为基础开展监督。在三次交涉中,企业需要根

据自身的情况决定是否开展行政合规、开展何种行政合规、具体执行行政合规等内容,因而具备了与行政机关平等对话开展合作的可能。另一方面,企业行政合规中激励机制能够向企业释放“优惠”,调动企业开展合规管理体系的积极性,进一步保障了企业主体性的持续存在。实践中,尽管企业开展行政合规能够降低其经营风险,但是其仍然存在追求更大利益而违法的动机,也就产生了企业违背企业行政合规承诺的动机。而要保证企业的长时期坚守,就需要借助激励机制以摆脱“公共利益凌驾于私人利益”的桎梏。诚然,公共利益是行政监管追求的主要价值之一,^⑦然而,维护公共利益不得以戕害私人利益为条件,亦并不否定私人利益的追求。企业行政合规的功能之一即在于降低行政资源需求、提升规制效能这一公共利益,而在公共利益得到满足的同时也应当关注到企业利益诉求,在不影响到公共利益实现的前提下加以满足。激励机制中,行政机关通过预先许可等“优惠”手段推动企业建立合规管理体系,保障企业基于自身利益考量进行合规管理,而不是被强迫开展相应的活动,能够实现对企业主体性的长期保障。进言之,企业行政合规的激励机制不仅能够通过设置信息交流议程,推动企业主体性的回归,还能够在代表私人利益的企业诉求保障中实现对主体性的长期维护,能够为企业行政合规中合作理性的注入提供基础,推动合作治理关系的生成和运作。

概言之,企业行政合规结构下行政机关和企业之间达成合作关系的动力源泉即在于激励机制,维护该合作治理关系的保障也在于激励机制。故而,为了妥善打造行政机关和企业之间的合作治理关系,企业行政合规应当以激励机制为核心来架设其内在结构。

(二)企业行政合规激励机制的建构要点

激励机制作为企业行政合规结构的核心,明确其建构要点是完成企业行政合规整体建构的必由之路。基于激励机制推动并保障企业行政合规中合作治理关系的功能,其建构要点应当包括激励制约相

融、保障企业自主、差异区分建构三方面内容。

1. 激励制约相融

激励制约相融是指在企业行政合规激励机制中既要正面激励企业积极建立并执行合规管理体系,又要以负面制约提高企业对合规管理体系的重视程度,防止表面合规。

正面激励可治愈传统高权行政监管模式导致的片面制裁缺陷。在传统高权行政监管模式中,行政机关主要采取片面威慑机制实现对相对人的制约,即行政机关仅能在相对人已作出违法行为之后才能作出处理。据此,决定监督效果的关键在于行政机关发现相对人违法行为的概率、违法成本和违法收益的比例。^④然而,这一机制存在的问题是为提高违法行为被发现的概率需要投入大量行政资源,部分企业在高额违法收益面前难免产生铤而走险的动机。更进一步地,企业的违法行为可能严重损害社会公共利益,即便对企业作出处罚亦无法完全修复填补。^⑤采取正面激励则能够将行政监管目标从对企业违法行为的制裁转变为对企业违法行为的矫正。具言之,正面激励可以引导企业主动作出合规承诺,保证在后续的生产经营行为中建立并妥善执行合规管理体系。这不仅能够有效避免威慑陷阱,还能够将行政机关单一的事后监管转变为过程性监管,避免出现严重损害社会公共利益的违法行为。而对于行政执法和解合规,虽然无法回溯监管企业或有发生的违法行为,但是对于合规之后的行为,依然可以通过对之后的生产经营行为中的合规执行情况进行监督。^⑥

反向制约即通过设定明确的不利后果来强化企业对合规管理体系的重视,是对正面激励的补强和保障,同样是激励机制需要关注的要点。“人具有趋利避害的本性,因此……要既加以制约,又加以激励,如此才能够提高效率。”^⑦企业行政合规中,如果单独设定正面激励,则对企业“激励有余、制约不足”,不仅会使得企业不重视合规管理体系的执行产生表面合规,^⑧甚至在高额违法成本的引诱下仍然冒险违规。如此,则正面激励的效果无从彰显,甚至还

会埋下隐患。反向制约的存在,确保了正面激励不是企业唯一的合规动力,而是有严格的监管措施为保障,与反向制约共同构成了一个全面而均衡的合规激励体系。

2. 保障企业自主

保障企业自主是指在企业行政合规激励机制中应当充分考虑企业的意见,尊重企业的独立意志。一方面,保障企业自主是实现企业行政合规的基础。行政法制度变迁理论表明,行政法律关系中“各方主体都是有限理性,占有制度供求、权力(权利)供求信息需要成本,各主体占有的行政法信息不完全但具有较强的互补性”。^⑨统筹各方“不完全但互补”的信息,则是达成企业行政合规中的行政机关和企业合作治理关系的关键,而这一统筹过程需基于企业自主性完成。企业对于自身的运营、业务流程和组织结构有着深刻的理解,因此,当企业在合规建设中拥有一定的自主权时,它们能够根据自身的实际情况,设计和实施更为贴合实际、高效的合规管理体系,即只有企业自身才能够对生产经营活动进行深入的内部调查,发现应从哪些方面建构合规管理体系,^⑩以此发挥预防功能或矫正功能。同时,这种基于企业自身特点的合规管理,更有可能得到员工的认同和执行,从而提高企业行政合规的有效性。

另一方面,保障企业自主是为了防止行政机关过度干预,是实质实现企业行政合规功能的关键。就生产经营活动而言,企业在法定范围内享有自主决策和管理的权利,有权自主决定如何建构内部管理体系。在企业行政合规中,行政机关应当作为引导者和监督者,而不应当越俎代庖,代替企业直接管理生产经营活动。^⑪一则,激励机制中如果忽视了对企业自主权的保障,企业的生产经营活动被行政权过度介入,那么企业的技术优势和管理优势也无法被行政机关吸纳,难以保障规制效能;二则,行政机关过度介入企业管理活动,容易诱发行机关对企业的工具化利用,再度堕入高权行政监管模式;三则,行政机关过度干预还可能导致资源的浪费,因为企业可能更多地关注如何满足行政机关的要求,而

非如何有效地管理合规风险。由此,激励机制应当以赋予行政机关“有限且必要”介入企业生产经营活动的权力为限。

概言之,保障企业自主不仅是对企业自身权利的尊重,也是确保企业行政合规功能实现的必要条件,在企业行政合规激励机制建构中需要充分重视对企业自主权的保障。

3. 差异区分建构

差异区分建构是指企业行政合规不能采取“一刀切”的激励机制,而应当区分企业所属领域和企业个体情况进行差异化的区分建构。

就所属领域而言,不同领域建构企业行政合规的基础不同,激励机制必然也要有所区别。其一,不同领域的企业在生产经营行为上存在本质区别,这些行为的特点直接影响着合规管理体系的构建。例如,高科技行业可能更侧重于知识产权的保护和数据安全,而制造业则可能更关注产品质量和生产流程的合规性。这些不同的经营活动要求激励机制能够针对性地提供支持和指导。其二,由于不同领域的企业在规模、结构和运营模式上的差异,它们在管理上所面临的难度和挑战也各不相同。例如,跨国公司可能需要应对多国法规的复杂性,而中小型企业则可能在资源和专业知识方面面临限制。因此,激励机制需要考虑到这些管理上的挑战,为企业提供适当的激励和帮助。其三,不同领域的经济活动对社会的影响程度不同,这也决定了企业所面临的监管强度。例如,金融和医药行业由于其对社会稳定的重大影响,通常受到更为严格的监管。相较之下,一些创新性行业可能在初期享受到更为宽松的监管环境,以促进其发展。激励机制应当反映这种监管强度的差异,确保企业在追求合规的同时,也能够适应其领域内的社会影响和监管要求。

就个体情况而言,不同企业因其规模结构、管理能力、行为记录等有所不同,对其所作激励机制也应当有所差别。其一,不同规模结构的企业即便是在同一领域,其所面临的合规风险也大相径庭;同时,因规模的差异,不同企业建构合规管理体系的成本

承担能力也会有所差异,^⑤因而在激励机制建构中需要将企业规模结构纳入考量。其二,不同企业管理能力不同,企业行政合规对激励机制的相应要求有所差异。具备高效管理能力的企业往往能够更好地理解和执行合规要求,而管理能力较弱的企业则可能需要额外的支持和资源来提升其合规管理水平。因此,激励机制应当根据企业的管理能力提供差异化的支持,以保证企业能够妥善执行相应行为,防止出现合规企业脱逸。其三,行为记录即企业面临的合规风险程度和历史违规事件的发生情况,也是激励机制设计时必须考虑的重要因素。行为记录的不同代表着企业在遵守法律法规和维护道德标准方面的过往表现,反映了企业在合规管理方面的自觉性、能力和持续性,是评估企业未来合规行为的重要依据。

当然,差异区分建构并不是说企业行政合规激励机制可以任意建构,其实质上是要求在平等对待原则下,“同等情况同等对待,不同情况区别对待、比例对待”,^⑥综合考虑相关因素,制定符合具体情况的激励机制。

(三)多层次协同激励结构之设定

激励机制的建构要点表明,企业行政合规的结构设定不应盲目照搬涉案企业合规改革的思路,一步到位地在行政监管中全面确立“合规免罚”的强激励制度;而是应当在保障企业自主权的基础上,联合正面激励和反向制约手段,结合领域和企业特征进行个性化建构。换言之,企业行政合规的建构应当在多层次激励机制的协同结构下分层展开。企业行政合规作为一种新型监管模式,其激励手段的使用亦需要遵循比例原则的限制,即优先选取柔性监管措施,而将吊销执照等严厉的处罚措施留作最后手段。故而,应当根据激励措施由柔到强的变化,将企业行政合规的结构设定为以下三个层次:

1. 诱导型企业行政合规

企业行政合规的第一层次结构,应当是基于柔性激励措施,即行政机关通过颁布合规指引、清单、基准等指导性文件,并通过相配套的合规认证、合规

奖励等激励措施诱导企业建立合规管理体系,可将其称为诱导型企业行政合规。

诱导型企业行政合规主要为事前合规,即在企业开展生产经营活动之前或者作出涉嫌违法的生产经营行为之前,对于承诺合规的企业作出预先许可、放松监管等正向激励。比如,根据2020年国务院办公厅印发的《关于全面推行证明事项和涉企经营许可事项告知承诺制的指导意见》(以下简称“《告知承诺制指导意见》”)规定,针对直接面向企业和群众、依申请办理的行政事项,全面推行证明事项和涉企经营许可事项告知承诺制,创新政府服务和管理的理念、方式,方便企业和群众办事创业,推进政府治理体系和治理能力现代化,努力建设人民满意的服务型政府。根据该指导意见,对于符合规定的证明事项和经营许可事项,行政机关可在企业作出承诺后给予预先许可。除正向激励外,行政机关还应在后设规制中作出负向制约威慑。企业作出合规承诺但是未妥善建立或者履行合规管理体系的,行政机关还应依据企业所作承诺作出相应的处罚。

诱导型企业行政合规的强制性最弱,企业通过对自身经营情况和行政机关释放“优惠”的综合考量决定是否承诺建立合规管理体系。对于不作出承诺的企业,也只是无法享受行政机关的额外优惠而已。行政许可告知承诺制改革即为诱导型行政合规的典型应用,企业可以通过作出书面承诺的方式换取行政机关预先作出行政许可。企业并不是在涉嫌违法之后才作出承诺的,而且承诺的目的在于获得行政机关的预先许可,并非是为躲避制裁,即便企业不作出该承诺,也不会受到负面评价。

2. 警示型企业行政合规

企业行政合规的第二层次结构,应当是基于警示性激励措施,即行政机关在行政检查等监管过程中发现企业存在合规管理漏洞,通过约谈、劝服等方式推动企业建立合规管理体系整改漏洞,可将其称为警示型企业行政合规。该类型合规是基于行政机关在检查、调查等过程中发现企业存在合规管理风险而作出的,据此可将其视为作为一种事中合规机

制。其具体包括两种情形:其一,企业虽然无违法行为,但是内部管理中存在一定的风险,之后的生产经营活动中违法概率极高;其二,企业的生产经营行为涉嫌违法,行政机关启动了调查程序,但是因实体、程序等原因导致调查难度较高,尚未确认行为的违法性。^⑤

警示型企业行政合规中,无论采取行政约谈还是行政调查和解等方式,都同时包含了正向激励和反向制约。在行政约谈中,行政机关通过约谈的方式,要求企业对生产经营活动中存在的风险予以纠正,并监督整改情况。其较为典型的是我国食品安全法中有关约谈食品生产经营者的规定。^⑥行政约谈的正面激励表现为不作出惩罚决定,而反向制约则表现为行政约谈本身即代表一定的负面评价,同时对于企业拒绝整改或者未妥善整改的,行政机关还可作出行政处罚等惩罚性决定。^⑦行政调查和解即行政机关对企业涉嫌的违法行为进行调查时,以暂时中止调查为激励措施推动企业建立合规管理机制并对违法内容进行整改,对整改完善的可终止调查。如《证券期货行政执法当事人承诺制度实施办法》规定,企业在涉嫌违法被调查期间,如果能够主动承诺纠正涉嫌违法行为、赔偿有关投资者损失、消除损害或者不良影响并经国务院证券监督管理机构认可,那么国务院证券监督管理机构就可作出中止调查决定,并在企业履行完成之后终止调查,对企业涉嫌违法行为也不再予以处罚。其中正面激励表现为中止调查、终止调查、不作出处罚,反向制约则表现为行政机关对企业涉嫌违法情形恢复调查,并对查实的违法内容作出相应处罚。^⑧

相对于诱导型而言,警示型企业行政合规的强制性得到了较大的增强。诱导型合规中企业是否合规仅需考虑自身经营情况和行政机关的“优惠”,而在警示型合规中企业还需将自身可能面临行政处罚的情形纳入考量中,即企业存在为躲避行政处罚等惩罚性决定而作出合规承诺的动机。但需说明的是,尽管这类合规具有一定的强制性,但此时企业生产经营行为的违法行为尚未证实,因而其并未面临

紧迫的处罚威胁,只是存在被处罚的可能性而已。

3. 强制型企业行政合规

企业行政合规的第三层次结构,则应当基于行政处罚等强制型行政行为来加以设定,可将其称为强制性企业行政合规。具体包括两种情形:第一种是处罚和解型合规,即行政机关在企业确认存在违法行为的情形下,允许企业通过建立针对性的合规管理体系,通过监督企业的执行情况,对妥善执行合规管理体系并对违法行为采取积极补救措施的,予以从轻、减轻或者免除处罚。第二种是义务型合规,即企业被要求承担建立并妥善执行合规管理体系的义务,如果未能履行义务的则面临相应的惩罚。

处罚和解型合规是一种事后合规,即企业的违法行为已经被查实并应当科以行政处罚,但为达成更好的治理效果而允许企业承诺建立合规管理体系、弥补违法行为造成的损害,并基于执行效果作出从轻、减轻或者免除处罚的“优惠”。处罚和解型合规兼具正向激励和反向制约的效果。正向激励表现为处罚的从轻、减轻甚至免除,反向制约则包括对于不合规的予以行政处罚、对于未妥善履行的予以继续处罚甚至加重处罚。此外,处罚和解型合规是直接且紧迫的行政处罚为动力机制,对企业建构合规管理体系的强制效力较高。应注意的是,处罚和解型合规不同于警示型合规中行政调查和解情形。警示型合规中企业生产经营行为的违法性尚未被证实,企业所面临的行政处罚威胁并不紧迫,其所面临的反向制约表现为继续调查带来的被处罚概率增高;而处罚和解型合规中企业生产经营行为的违法性已被证实,故而对是否建立合规管理体系的选择空间被大幅度压缩,选择权被局限到合规措施的制定上。

义务型合规主要为事前合规,即企业需要在生产经营活动中同步开展合规管理体系建设,并非涉嫌违法或者查实违法之后的应对措施。义务型合规中的激励机制主要表现为反向制约,即建立并妥善执行合规管理体系是企业生产经营活动中应履行的义务,如果未能建立或妥善履行,则企业会受到行

政处罚等制裁。此外,义务型合规的强制性最高,企业对是否建立合规管理体系不存在选择的可能性,其仅能够在有限空间内根据自身经营情况对合规管理体系的具体内容作出调整。如《证券合规管理办法》第2条规定,证券基金经营机构制定和执行合规管理制度,建立合规管理机制,防范合规风险的行为。这一类型的企业行政合规,其本质是政府对企业生产经营行为的介入,^⑥具备极强的高权行政色彩,因而其适用范围应当受到一定的限制。

三、企业行政合规的制度构建:以事前合规激励和事后合规从宽为重点

结合上述层次性激励结构,在我国当前的规范实践和社会现实下,企业行政合规的制度构建应遵循从柔性激励到刚性激励的路径稳步推进,并通过健全裁量基准的方式重点实现事前合规激励和事后合规从宽制度的构建。

(一) 从柔性激励到刚性激励的构建路径

首先,应基于行业特点在各个领域优先推进诱导型企业行政合规建设。考虑到我国实践中尚不具备完善的企业行政合规文化,可由行政监管部门率先根据行政监管经验制定本领域的合规指导性文件,颁布本领域的行政合规有效性标准,如此可为该领域企业行政合规氛围和文化建设提供指引。在此基础上,对于探索经验较为成熟的领域,可以尝试建立诸如预先许可、放松监管等柔性激励机制,从正向方面激励企业主动建设合规管理体系。就接受企业合规承诺的方式而言,对于共性化内容,可以设置普适性的企业行政合规承诺规则,由企业对照规则自行作出承诺,建设合规管理体系;对于个性化内容,也应当允许企业和行政机关经由协商签订“行政合规协议”对合规承诺内容和行政“优惠”作出约定。如双方签订预先许可协议,只要企业承诺建立合规管理体系并在某时点满足许可条件的要求,行政机关可以预先授予行政许可并在后续检查该协议执行情况,从而激励企业推进合规建设。

其次,在监管过程中,行政监管部门应当根据行业领域特点加强行政检查、行政约谈、行政调查和解

的制度化建设,建立包括“行政检查—发现漏洞、风险—双方对话(行政约谈、行政调查和解)—跟踪检查”的完整闭环。具言之,行政监管部门应当通过常态化的行政检查对企业生产经营情况进行监督,对于其中存在的合规管理漏洞行政约谈企业并要求其作出整改;对于其中存在的涉嫌违法行为开展行政调查,并通过与企业对话允许其作出合规承诺并对涉嫌违法行为作出整改。行政监管部门获得承诺之后可暂时中止对合规管理漏洞或风险的调查处理,转而审查企业的合规管理体系并跟踪检查执行情况。唯应注意的是,行政调查和解并不是任意的,而是应当遵循职权法定原则和法律保留原则的限制。^②

再次,就强制型企业行政合规而言,应当从证券监管等领域已有的制度实践出发,逐步探索先由市场监管总局、国家税务总局、生态环境部等涉企行政违法案件相对高发的行政监管部门主导,在食品药品、反不正当竞争、反垄断、数据保护、环境保护等重点监管领域推广强制型企业行政合规的试点工作。一方面,对于具有共性的、高发高危的问题设置义务性合规;另一方面,扩大行政处罚合规的应用范围,推进企业主动合规。

可见,在制度构建上,企业行政合规应当基于我国实践现状,根据不同领域的特点进行差异化建构,并通过多层次协同激励机制,推动企业自主建构并执行合规管理体系。而这其中,由于事前合规激励和事后合规从宽是企业行政合规功能实现和结构架设的重点和难点,因而应予以重点关注。

(二)事前合规激励的制度构建

事前合规激励是诱导型企业行政合规中企业建立并执行合规管理体系的主要动力来源,其主要内容包括预先许可、放松监管等。预先许可是指在行政许可事项中,企业向行政机关作出符合审批条件的承诺,行政机关不经实质审核预先作出行政审批决定,嗣后再对企业的审批条件符合情况进行检查。就其实质而言,预先许可是行政机关在行政审批事项中将企业行政合规承诺纳入裁量所作出的额

外“优惠”,其在实践中的典型应用即行政许可告知承诺制改革。根据《告知承诺制指导意见》的规定,各省、自治区、直辖市人民政府,实行垂直管理的国务院部门和实行以部门为主的双重领导管理体制的系统要结合实际确定实行告知承诺制的证明事项和涉企经营许可事项范围。对涉企经营许可事项,申请人就其符合许可条件作出承诺,通过事中事后监管能够纠正不符合许可条件行为、有效防范风险的,实行告知承诺制。由此可见,预先许可具有强烈的行政改革试验色彩。^③设定告知承诺的唯一限制在于,对行政许可事项设定告知承诺的,应当报经相关主体批准。^④因此,预先许可在企业行政合规中的适用可能性决定于该行政改革试验本身的容许性问题,^⑤并不会因企业行政合规而受到限制。问题的关键是,对企业行政合规中预先许可应如何予以规范。在企业行政合规的事前合规激励中,预先许可可分为共性化内容的和个性化内容两类,但是无论是基于规则作出的合规承诺,还是通过沟通达成的合规协议,行政机关与企业之间均达成了一份“关系填补型企业合规协议”。^⑥在这一协议中,行政机关基于企业合规承诺所作的预先许可,实质上是一种行政许可裁量行为,应当受到“可通过事后监督解决”、不涉重大安全事项等因素的限制。具言之,预先许可激励机制的功能在于推动企业建立并执行合规管理体系,以此实现行政规制的目的。因此,预先许可的隐藏条件是其应规制的目的需得到保障。如果许可事项事后无法受到妥善监管,或者可能产生重大安全事故,那么预先许可将会导致公共利益处于无法得到有效保障的状态。考虑到企业行政合规的领域性和个体性差异,行政机关的裁量不能“一刀切”,还应当根据所涉事项的具体情况,包括领域特征、企业结构、管理能力、行为记录等因素进行综合判断。这也就要求行政机关在预先许可中应当制定相应的裁量基准,在实现行政自制的同时为企业提供指引,^⑦以此更好发挥预先许可的功能。

放松监管是指行政机关在获得企业合规承诺之后,可以适当降低检查频次,转而对企业执行合规承

诺的情况进行检查。行政检查作为过程性行政行为,虽然并不会直接影响到企业的行政法律关系,但是在实施时会对企业造成实际负担。因此,降低检查频次对企业存在激励效果。那么在企业行政合规中,行政机关放松监管应受到何种限制呢?行政检查是行政机关对企业生产经营活动实施过程监管、作出行政处罚等决定的主要抓手,也是行政机关实现规制目的、保障公共利益的过程性手段。因而,在实施放松监管的过程中,行政机关应当在保障公共利益和促进企业自主权之间寻求平衡。同预先许可一样,行政机关对放松监管的裁量也应当制定相应的裁量基准,结合企业的合规表现和行业特性予以综合考虑。对于外部性较弱、社会影响有限且能够通过有效监管控制风险的企业,行政机关可以适当降低检查频次,采取更为宽松的监管措施;而对于涉及公共安全、环境保护等高风险领域的企业,或者历史上存在严重违规行为的企业,放松监管可能不适用,仍需维持必要的监管强度以确保公共利益不受损害。此外,放松监管的同时还应当保持对企业合规执行情况的有效监督。行政机关要检查企业合规的执行情况,并根据检查结果进行反馈,完善企业合规执行情况。

尚需说明的是,事前行政合规中可能出现的从轻、减轻或者不予处罚,其性质不应视为对企业合规的“激励”。实质上,该类型的从轻、减轻或者不予处罚源自企业合规承诺的溢出效应。学界关于行政处罚责任原则存在一定的质疑,认为部分行政处罚过于偏重对结果的认定,缺乏对相对人主观意识状态的考量,实质是一种结果责任,主张在行政处罚认定中增加对相对人主观要素的评价。^⑧《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称“《行政处罚法》”)第33条第2款规定“当事人有证据足以证明没有主观过错的,不予行政处罚”,支撑了这一主张。在事前行政合规中,企业通过建立并执行合规管理体系,可以实现对自身注意义务履行情况的证成,进而补足行政处罚认定中主观要素,即“当事人足以证明没有主观过错”,或者过错程度轻微。对于证成没有主观过错

的,自然可以不予行政处罚;但是对于不能证明完全没有主观过错的,是否能适用从轻减轻处罚呢?对于这一问题,可从注意义务角度展开。在事前合规激励中,企业所作承诺包括建立并执行合规管理体系,而该承诺得到行政机关认可的关键即在于该合规管理体系的有效性。一般而言,合规管理体系的有效性包括内容的有效性、执行的有效性和结果的有效性。^⑨企业作出合规承诺,但是依然出现了涉嫌违法行为的,说明合规管理体系失效。如果仅仅是结果部分失效,内容和执行都经过了行政机关的认可,那么实际上代表企业已经善尽注意义务,^⑩违法行为的出现可能源自偶发因素等,因其超出可控范围,故而应当降低对企业的负面评价,进而从轻减轻或者不予处罚。如果执行部分也存在失效情形,则代表企业并未妥善执行合规管理体系,即违反了合规承诺,对其自然不应作出处罚缓和决定。如果内容部分也存在失效情形,则代表企业实际为虚假合规,并未设置有效的合规管理体系,同样不应作出处罚缓和决定。更进一步地,如果合规承诺中声明企业虚假合规需加重处罚的,行政机关则因该声明获得法定处罚权限之外的“约定权”,可超越规范幅度作出处罚。概言之,事前合规激励中所谓从轻、减轻或者不予处罚实质是对企业主观状态完整评价后作出的决定,不应被视为对企业行政合规的激励机制。否则,如果将该处罚缓和解释为对合规的激励,那么就会产生“企业只要作出合规承诺,哪怕违反承诺也不会受到处罚”的悖论,而这显然与企业行政合规制度不符。

(三)事后合规从宽的制度构建

行政监管中,事后合规从宽的制度载体是具有行政和解性质的企业合规协议制度,即行政违法行为发生后,行政机关与处罚相对人签订处罚和解协议,处罚相对人通过遵守企业合规承诺、开展企业合规整改的方式,换取行政机关从轻、减轻或者免除处罚。随着企业合规在行政监管领域的深入,这一制度也在各地实践中被广泛使用。如2022年山东省威海市文登区市场监管局出台《关于建立市场监管领

域市场主体合规审查机制暨第三方监督评估机制的实施意见(试行)》,在行政处罚领域首次引入合规管理体系建设,引导涉案企业主动进行合规整改,对认定完成合规整改的市场主体,将给予不罚免罚或减轻从轻处罚。基于企业合规协议制度视角,事后合规从宽的本质是行政机关处罚裁量权的契约化行使,企业所作合规承诺被视为裁量考虑因素,即行政机关在行政处罚裁量幅度内,根据企业合规承诺执行情况作出从轻、减轻处罚或者不予处罚决定。

根据《行政处罚法》第34条的规定,行政机关可以依法制定行政处罚裁量基准,规范行使行政处罚裁量权。据此,在现阶段,通过在行政裁量基准中纳入企业合规因素,应能为事后合规从宽提供制度支撑。具言之,在裁量基准制定中,可将企业合规管理体系执行情况作为酌定情节纳入考量,并基于此对事后合规从轻、减轻或者免除处罚加以细化量化。《行政处罚法》第32条第1项规定,对于“主动消除或者减轻违法行为危害后果的”可以从轻、减轻处罚;第33条第1款规定,“违法行为轻微并及时改正,没有造成危害后果的”,“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。这些规定均能够为在行政裁量基准中纳入企业合规因素提供制度支撑。换言之,在立法之前,事后合规从宽激励可以作为酌定情节规定在裁量基准中。此外,在立法机关授权的前提下,也可以开展在较为重大的行政违法案件中引入企业合规协议制度。例如,市场监督管理局在进行反不正当竞争执法时,即便涉案企业实施侵犯知识产权的重大违法行为,违法金额较大,情节较为严重,如果涉案企业可以实现损害修复,消除危害后果,并完成有效合规整改,避免再次实施违法行为,那么也可以对涉案企业适用合规不罚或从宽处罚的正向激励。

事后合规从宽制度建构中,必须同时明确其适用范围和激励幅度应当受到一定的限制。首先,适用范围的界定应当满足违法行为危害后果的局部性和可逆性两个要求。当下事后合规从宽的规范基础为《行政处罚法》第32条第1项和第33条第1款的规

定,即企业应当在违法行为发生后能够主动采取有效修复措施,并且达成了相应的效果。一方面,违法行为的影响范围应当有所限制。当违法行为的影响较为有限,未对社会造成广泛影响时,企业的修复行为才可能产生弥补外溢的社会负面影响;对于影响广泛的违法行为,事后合规激励可能不足以补偿其造成的损害,因此在这些情况下应谨慎考虑激励机制的适用。另一方面,违法行为所造成的损害后果应当能够得到补救。如果企业能够通过召回产品、赔偿受害者、加强内部监管等措施,有效地修复或减轻其违法行为造成的损害,事后合规激励可作为一种鼓励企业采取积极补救措施的手段;如果造成的损害后果无法被修复,或者企业采取的措施不足以修复的,则不应当对其适用事后合规从宽。其次,激励幅度主要应当从违法行为的主观恶性、危害后果、修复情况等方面进行情节细化和效果格化,且不得超出规定的范围。对于情节轻微、危害后果有限且企业积极修复损害的情况,可以考虑适用较大幅度的从宽,如减轻处罚或者不予处罚。相反,对于主观恶性较大、造成严重社会影响且修复不力的违法行为,激励幅度应当受到严格限制。例如在食品药品安全领域出现重大违法行为,造成食品药品安全事故等重大危害后果的,涉案企业既然无法消除违法行为的危害后果,就至少不得依据企业合规协议制度获得免罚,对于此类需严格管理、预防为主、风险控制的特殊领域,应着重加强事前合规激励机制的建设。

除此之外,事后合规从宽的合规判断标准同样应受到一定的限制。合规判断标准,是企业行政合规中的一项关键指标,是评估企业在违法行为后建立和执行合规管理体系妥当性的核心。行政机关对企业合规情况的判断标准即为行政机关判断企业合规执行情况的裁量基准。就企业行政合规中的双方关系而言,行政机关对企业的监督应当限于对生产经营行为合法合规的保障,故而行政机关的介入权和企业的自主权之间应达成平衡。首先,合规判断标准的设定应当考虑行业领域特征和企业个性特

征。作为判断合规执行情况的裁量基准,合规判断标准既要包括作为法定裁量情节的规范要求,也要包括作为个性因素的酌定裁量情节。前已述及,行业特点、企业规模、管理能力、行为记录等因素都应当作为影响企业行政合规的因素纳入考量,即应当纳入酌定裁量情节中。其次,合规判断标准的设定应当符合比例原则,即行政机关的介入应当与企业违法行为的严重性和合规风险相匹配。对于轻微违规或初次违规的企业,行政机关可以采取更为宽松的判断标准,鼓励企业通过自我整改实现合规。而对于严重违规或屡犯不改的企业,行政机关则应采取更为严格的判断标准,确保企业能够采取有效措施纠正违法行为。再次,合规判断标准设定中应保证行政介入符合必要性原则限制,即行政机关对企业生产经营行为的干涉应保持在最小范围内。行政机关应当尊重企业经营自主权,在企业合规管理体系能够达成目的的情况下,不要直接介入到合规管理体系的建构和执行过程,更不应直接介入企业的生产经营活动。最后,合规判断标准作为一项裁量基准,应当向企业公开。与行政处罚裁量基准不同,^①合规判断标准不仅是行政机关判断企业合规执行情况的基准,也是企业建立和执行合规管理体系的指南。行政机关公开合规判断标准,能够确保企业清楚地了解合规要求和监管预期,有助于企业行政合规的高效实施。

总体而言,在构建事后合规从宽制度的过程中,无论是确定其适用范围、激励幅度还是制定合规判断标准,均能通过制定裁量基准的方式来加以明确和实施。然而,不容忽视的是,现行的事后合规从宽制度在规范实践中尚未完全释放其在企业行政合规方面的制度潜能。随着企业行政合规理念在实际操作中的不断应用和检验,其有效性与适应性将持续得到验证和优化。基于此,应当将那些在实践中得到广泛认可的合规激励规范予以总结和提炼,并提升至立法层面,以便在更广的范围内实施和推广。具体来说,可以考虑在《行政处罚法》中直接增设关于事后合规从宽的条款。例如,在《行政处罚法》第

32条中新增一款,明确规定:“企业在合规体系建设及执行方面的表现,可以作为决定行政处罚轻重、减轻或免除的依据。”这样的立法修订将为企业合规提供更为明确的法律指引,同时也为行政机关在实施行政处罚时提供更为具体的操作依据,从而在确保法律严肃性的同时,激励企业积极构建和完善合规管理体系,推动企业合规文化的深入发展。^②

四、结语

总结来看,行政合规意味着一种针对企业的行政监管理念和方式的重大改变,相对于刑事合规而言,行政合规的内涵更加丰富,其手段也更加多样。同时,随着国家和社会的二元融合,行政任务的复杂性越来越需要多元主体之间的协作,^③企业行政合规深刻体现了行政机关与企业之间的双向互动机理与合作治理关系,因此蕴含着广阔的发展前景。但是,企业行政合规的体系化建设亦面临着更加艰巨的改革任务,需要尊重合规激励机制的层次性和行政监管领域的差异性,遵循从柔性激励到刚性激励,从健全裁量基准制度到相关立法修改的顺次稳步推进,从而打造具有中国特色的行政合规制度体系,不断提升行政机关依法行政的能力水平。

注释:

①参见陈瑞华:《企业合规基本理论》,法律出版社2021年版,第7页。

②例如,南京市市场监督管理局印发《南京市场监管领域企业行政合规指导清单(第二批)》《南京市场监管领域电子商务平台企业行政合规指导清单》在市场监管领域开展企业行政合规指导工作,杭州、青岛、苏州、泰州、宿迁等地市的政府部门也就相关领域印发了类似的企业行政合规指导清单。

③参见陈瑞华:《企业合规制度的三个维度》,载《比较法研究》2019年第3期,第65-66页。

④参见李本灿:《我国企业合规研究的阶段性梳理与反思》,载《华东政法大学学报》2021年第4期,第123页。

⑤参见高景峰:《涉案企业合规改革的立法完善与监督评估实践创新》,载《政法论坛》2023年第1期;陈瑞华:《企业合规有效整改的基本思路》,载《政法论坛》2022年第1期;刘艳

红:《涉案企业合规建设的有效性标准研究》,载《东方法学》2022年第4期等。

⑥张泽涛:《论企业合规中的行政监管》,载《法律科学》2022年第3期,第54-56页。

⑦李玉华:《企业合规本土化中的“双不起诉”》,载《法制与社会发展》2022年第1期,第27页。

⑧熊亚文:《理性建构刑事合规的中国路径》,载《比较法研究》2022年第3期,第91页。

⑨陈瑞华:《企业有效合规整改的基本思路》,载《政法论坛》2022年第1期,第100页。

⑩李奋飞:《涉案企业合规刑行衔接的初步研究》,载《政法论坛》2022年第1期,第112页。

⑪熊樟林:《企业行政合规论纲》,载《法制与社会发展》2023年第1期,第60页。

⑫解志勇:《行政法上企业合规治理制度体系的建构思路》,载《法律科学》2023年第3期,第104-106页。

⑬参见张康之:《后工业化时代的合作治理渴求》,载《社会科学研究》2009年第2期,第16-17页。

⑭刘译矾:《论涉案企业合规的刑行衔接及其实现》,载《中国刑事法杂志》2022年第6期,第158页。

⑮参见刘艳红:《刑事事实法的合规激励立法研究》,载《法学》2023年第1期,第85页。

⑯参见李本灿:《我国企业合规研究的阶段性梳理与反思》,载《华东政法大学学报》2021年第4期,第126页。

⑰如中国证监会于2017年公布的《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》对证券公司和证券投资基金管理公司的内部管理措施作出较为详细的规定,强制要求其建立合规机制。

⑱参见熊樟林:《企业行政合规论纲》,载《法制与社会发展》2023年第1期,第60-61页。

⑲参见崔卓兰、蔡立东:《从压制型行政模式到回应型行政模式》,载《法学研究》2002年第4期,第64页。

⑳参见高秦伟:《社会自我规制与行政法的任务》,载《中国法学》2015年第5期,第75页。

㉑参见罗豪才、宋功德:《行政法的治理逻辑》,载《中国法学》2011年第2期,第15-16页。

㉒参见方世荣、白云峰:《行政法和解的模式与运用》,载《法学研究》2019年第5期,第89-90页。

㉓参见刘艳红:《象征性立法对刑法功能的损害》,载《政治与法律》2017年第3期,第36-37页。

㉔参见崔卓兰、蔡立东:《从压制型行政模式到回应型行政模式》,载《法学研究》2002年第4期,第65页。

㉕参见周佑勇:《契约行政理念下的企业合规协议制度构建——以工程建设领域为视角》,载《法学论坛》2021年第3期,第52-53页。

㉖参见喻玲:《从威慑到合规指引——反垄断法实施的新趋势》,载《中外法学》2013年第6期,第1201页。

㉗参见谭冰霖:《论政府对企业的内部管理型规制》,载《法学家》2019年第6期,第82-83页。

㉘朱新力、唐明良:《现代行政活动方式的开发性研究》,载《中国法学》2007年第2期,第43-44页。

㉙谭冰霖:《论政府对企业的内部管理型规制》,载《法学家》2019年第6期,第74页。

㉚[美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第335页。

㉛参加杨炳霖:《回应性监管理论述评:精髓与问题》,载《中国行政管理》2017年第4期,第132页。

㉜余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2006年版,第18页。

㉝参见[英]罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇:《牛津规制手册》,宋华琳、李鸽、安永康、卢超译,上海三联书店2017年版,第180页。

㉞参见周仲飞、李敬伟:《金融科技背景下金融监管范式的转变》,载《法学研究》2018年第5期,第8-9页。

㉟周佑勇:《论智能时代的技术逻辑与法律变革》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期,第73页。

㊱刘鹏、郭戈英:《走向适应性监管:理解中国金融监管机构改革的治理逻辑》,载《学海》2023年第3期,第43-44页。

㊲薛澜、赵静:《新兴产业发展与适应性监管》,载《公共管理评论》2016年第2期,第6页。

㊳参见周佑勇:《行政裁量治理研究:一种功能主义的立场》,法律出版社2023年版,第41页。

㊴参见[美]劳伦斯·弗里德曼:《碰撞:法律如何影响人的行为》,邱遥堃译,中国民主法治出版社2021年版,第348-351页。

㊵参见高秦伟:《社会自我规制与行政法的任务》,载《中国法学》2015年第5期,第88-91页。

㊶参见周佑勇:《契约行政理念下的企业合规协议制度构建——以工程建设领域为视角》,载《法学论坛》2021年第3期,第53-54页。

㊷参见陈瑞华:《论企业合规在行政监管机制中的地位》,

载《上海政法学院学报(法治论丛)》2021年第6期,第1页。

⑬参见张康之:《合作治理是社会治理变革的最终归宿》,载《社会科学研究》2012年第3期,第42页。

⑭参见张康之:《后工业化进程中的合作治理渴求》,载《社会科学研究》2009年第2期,第20-21页。

⑮参见史云贵:《论合作治理中的合作理性》,载《社会科学战线》2019年第11期,第191页。

⑯参见周佑勇:《中国行政法学术体系的构造》,载《中国社会科学》2022年第5期,第109页。

⑰高秦伟:《论食品安全规制和最佳威慑的实现》,载《行政法学研究》2016年第6期,第5页。

⑱参见华忆昕:《企业社会责任规制反身法路径的适用与反思》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2021年第3期,第134页。

⑲参见陈瑞华:《论企业合规在行政和解中的适用问题》,载《国家检察官学院学报》2022年第1期,第19-21页。

⑳罗豪才、宋功德:《现代行政法学与制约、激励机制》,载《中国法学》2000年第3期,第79页。

㉑参见李本森:《涉案企业合规改革的潜在风险及对策分析》,载《环球法律评论》2023年第6期,第35页。

㉒宋功德:《行政法的均衡之约》,北京大学出版社2004年版,第225页。

㉓陈瑞华:《合规监管人的角色定位——以有效刑事合规整改为视角的分析》,载《比较法研究》2022年第3期,第35页。

㉔参见时延安、孟珊:《涉案企业合规改革中的企业自主权与行政规制问题》,载《北方法学》2023年第6期,第9-10页。

㉕参见龙小宁、万威:《环境规制、企业利润率与合规成本规模异质性》,载《中国工业经济》2017年第6期,第155页。

㉖周佑勇:《行政法基本原则研究》,法律出版社2019年版,第186-187页。

㉗参见王由海:《论行政和解制度的规范建构——基于行政过程论视角的分析》,载《河南财经政法大学学报》2021年第4期,第59页。

㉘我国食品安全法第114条规定:“食品生产经营过程中存在食品安全隐患,未及时采取措施消除的,县级以上人民政府食品药品监督管理部门可以对食品生产经营者的法定代表人或者主要负责人进行责任约谈。食品生产经营者应当立即采取措施,进行整改,消除隐患。责任约谈情况和整改情况应当纳入食品生产经营者食品安全信用档案。”

㉙参见朱新力、李芹:《行政约谈的功能定位与制度建构》,载《国家行政学院学报》2018年第4期,第94页。

㉚参见席涛:《证券行政和解制度研究》,载《比较法研究》2020年第3期,第112页。

㉛参见郑雅方:《论政府介入企业合规管理的风险及其防范》,载《法商研究》2021年第3期,第80页。

㉜周佑勇:《行政法总则中基本原则体系的立法构建》,载《行政法学研究》2021年第1期,第21-22页。

㉝参见杨登峰:《行政改革实验授权制度的法理分析》,载《中国社会科学》2018年第9期,第136页。

㉞《告知承诺制指导意见》第5条规定:法律、行政法规、国务院决定设定的涉企经营许可事项实行告知承诺制的,由国务院审改办会同国务院有关部门研究提出建议,报国务院批准。地方性法规、地方政府规章设定的涉企经营许可事项实行告知承诺制的,由省、自治区、直辖市或者设区的市、自治州审改办会同有关部门研究提出建议,报本级人民政府批准。涉及法律法规规章调整的,要依法获得授权,推动相关法律法规规章立改废释。涉企经营许可事项以外的行政许可事项,可参照本意见实行告知承诺制。

㉟卢超:《行政许可承诺制:程序再造与规制创新》,载《中国法学》2021年第6期,第80页。

㊱周佑勇:《契约行政理念下的企业合规协议制度建构——以工程建设领域为视角》,载《法学论坛》2021年第3期,第59页。

㊲参见周佑勇:《裁量基准的制度定位——以行政自制为视角》,载《法学家》2011年第4期,第1页。

㊳熊樟林:《行政处罚责任主义立场证立》,载《比较法研究》2020年第3期,第142页。

㊴参见陈瑞华:《企业有效合规整改的基本思路》,载《政法论坛》2022年第1期,第100页。

㊵王贵松:《论行政处罚的责任主义立场》,载《政治与法律》2020年第6期,第2页。

㊶参见周佑勇:《行政处罚裁量基准的法治化及其限度——评新修〈行政处罚法〉第34条》,载《法律科学》2021年第5期,第60页。

㊷参见刘艳红主编:《企业合规中国化的民行刑体系性立法》,法律出版社2022年版,第223页。

㊸周佑勇:《中国行政法基本法典的精神气质》,载《政法论坛》2022年第3期,第76页。