



推动建立具有中国特色的企业合规法律制度

学术研讨

□ 本报记者 蒋安杰

日前,由中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心、北京星来律师事务所主办的“第二届企业合规高峰论坛——企业合规改革回顾与展望”在京举行。中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心主任陈卫东、中国法学会案例法学研究会会长胡云腾、最高人民法院司法政策研究室主任高景峰、北京星来律师事务所合伙人会议主席赵运恒致辞,最高人民法院检察理论研究所所长谢鹏程、北京大学法学院教授陈瑞华作主旨发言,来自检察机关、学术界、企业界、律师界多位代表参与了主题研讨,中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心副主任程雷主持。

企业合规的改革经验与实践成果

陈卫东认为,就继续推进企业合规改革而言,需要从监管质效、技术应用和制度建设三个维度来着手。首先在监管质效上,应确保合规监管的实质化与专业化。对于涉案企业的合规承诺、整改情况进行客观公正有效的监督评估是企业合规的关键环节和核心内容,为了杜绝实践中可能出现的虚假合规、纸面合规,防止涉案企业假借合规之机而实施虚假承诺,或者以流于形式的合规整改换取从轻处理,有必要强化合规监管的能力和力度。其次在技术应用上,应当实现合规监管的信息化和高效化。通常而言,企业合规案件具有参与方众多,工作流程时间跨度长,涉及专业领域广,职能分工复杂等特点,在传统办案模式下,共识互信成本较高,各方在获取信息时,难免不及时不充分,进而影响合规判断,在合规评估标准粗糙、数值指标欠缺的情况下,人工审查很难做到公平化、标准化制度,因此有必要在坚持制度探索、积极探索建立关于企业合规四梁八柱架构已经形成,企业合规建设迈向了新的阶段。新阶段的改革应该从两个方面进行:第一个是在纵向持续建立健全涉案企业合规管理体系和审查规则体系,尤其是要探索建立关于企业合规有效性评估的具体标准和方法;第二个是在纵向方面提升制度。在第二批试点结束之际有必要及时总结试点工作情况,研究提出相关立法建议,推动建立具有中国特色的企业合规法律制度,实现企业合规工作在实质意义上的有法可依。

胡云腾指出,要充分认清刑事合规的艰巨性和复杂性。第一,企业刑事合规是企业治理领域的一场革命,但刑事合规的概念、条件、要求是比较理想的,与企业治理管理的现实差距是比较大的,要将各界所预想的或者是现在国外已经实施的一些合规制度落实到我们的企业管理实际当中,难度较大;第二,政府、司法机关、理论界对企业合规的认识参差不齐,企业的管理水平各有高低,各地的营商环境存在差异,在这种情况下推行统一的合规模式与标准规范相对困难;第三,企业合规是一个法治化工程,是一个系统工程,也是一个现代化工程,本质上就是企业治理的现代化、法治化的问题,需要多方共同参与。

高景峰指出,检察机关开展涉案企业合规是贯彻落实中央有关平等保护各类市场主体,贯彻习近平总书记记在民营企业座谈会上讲话精神的具体举措;是贯彻好落实好捕慎诉慎押刑事司法政策的具体实践;是实现刑事司法和行政执法双向衔接,以涉案企业合规推动企业合规,以检察



机关办案推动行政执法监管的具体举措。未来,应在进一步总结前两批试点的基础上,全面推开试点,继续完善相关配套制度,积极研究立法建议。

赵运恒认为,在未来的企业合规改革试点中,应当着力解决两个问题:一是尽快制定统一的合规验收标准,标准的制定应当考虑到中小微企业与大型企业的客观现实差异;二是确保合规整改的长效化,合规整改后的验收不应成为企业合规的终点,而是企业合规建设的起点。赵运恒建议,现阶段的企业合规改革试点应尽可能地更具有探索性,包括对于涉案企业的非涉案风险、有风险的涉案企业、侦查阶段的合规整改以及刑行衔接等方面积累经验,为立法打好基础。

谢鹏程对企业合规提出了政策、立法、策略三个方面的期待。在政策方面,一是期待党的二十大报告对企业合规改革作出部署,今年将成为中国的合规元年;二是期待政府出台全面推进企业合规建设的政策,通过合规促进和保障企业自治;三是期待司法机关在合规从宽方针指引下,坚持依法惩治与平等保护相结合的原则,进一步创新司法政策,指导办案。在立法方面,期待刑事立法从自然人犯罪治理向单位犯罪治理与单位犯罪治理并重转型,这实质上是向市场经济刑事法律治理的转型。在策略方面,期待把企业合规作为落实全面依法治国的重要机制,整合行政、司法和行业组织三个方面的力量,全面推广企业合规。

陈瑞华分享了企业合规不起诉改革的六个前沿问题:一是附条件不起诉模式和相对不起诉模式是当前合规不起诉的两种模式,实践效果较为理想。但在相对不起诉模式中,由于涉案企业没有定罪量刑的强大压力,就失去了开展实质性合规整改的动力。在缺乏刑行衔接机制的情况下,涉案企业合规计划的有效实施得不到行政机关的监管。二是改革中形成了简式合规模式和范式合规模式,范式合规模式的适用对象是拥有现代公司治理结构的大型企业,通过整改助其打造符合国际标准的合规体系,而简式合规模式则可以适用于中小微企业,通过整改可以做到有针对性的制度纠错和管理修复。两种模式在未来立法时应予以充分考虑。三是日常性合规管理模式和合规整改模式是我国初步形成的两种合规管理模式,前者是指企业在没有违法、违规或者犯罪情况下,根据常态化的合规风险评估结果,为防范企业潜在的合规风险,开展合规管理体系建设。但是在合规不起诉改革中,涉案企业在面对刑事追诉的情况下,需要采取合规整改模式,针对自身在经营模式、管理方式、决策机制等方面存在的漏洞和隐

患,进行有针对性的制度修复和纠错纠正,建立针对性的专项合规体系。四是企业合规整改与自然人从宽的关系问题。可以考虑在立法中引入“合规关联性”的概念,明确自然人认罪的基本条件是在企业合规整改方面作出积极贡献,发挥了重要的推动作用,如认罪认罚,积极配合调查,有效补救挽损、参与合规整改等,这样才能建立起企业合规整改与责任人宽大处理之间的因果关系。五是合规监管人制度的问题。合规监管人制度的一种模式是由不同机构的专业人员共同组成第三方监督评估小组,这种模式既保障了第三方组织专业性,又可以防止出现利益冲突问题,实践效果较好。另一种模式是由一位律师带领其团队成员组建合规监管人团队,一些经验丰富的律师确实能够率领团队高质量地完成合规监管人工作。我们需要对这些改革经验进行总结和评估,在立法时吸收较为成熟的实践模式。六是企业合规的刑行衔接问题。检察机关推动涉案企业合规整改的局限性源于当前专项合规、刑事合规、合规激励的局限性,基于整体主义行政法治观念,可以探索建立“检察罚”和“法院罚”制度,分别赋予检察机关在刑事程序中,法院在审判程序中享有行政处罚权,避免还要通过检察院、司法建议让行政机关再处罚,这样就可以把刑事合规和行政合规无缝衔接起来,发挥持久的监督和激励效果。

企业合规的立法完善与推进建议

中国人民大学刑事法律科学研究中心教授刘延安认为,以往立法经验为参考,设计单位合规不起诉实体条件需要考量三个方面的因素:犯罪行为以及后果的轻重程度,即在能够反映社会危害性的客观事实较轻的情况下适用合规不起诉。不过,法律进行规范表达时,是从刑罚的角度设定“标尺”的,就是将一定程度的刑罚作为尺度作为是否适用合规不起诉的实体条件。从这个角度设计,实际上体现了刑罚的回应可能性;犯罪嫌疑人或单位的可谴责性和再犯可能性,即犯罪嫌疑人或单位表现出较低的可谴责性且再犯可能性很低的情况下,从有利于犯罪嫌疑人或单位的角度出发,对其进行不起诉处理。这个角度实际上体现了刑罚的特殊预防观念;从刑事司法的运作规律考虑,适用不起诉更符合刑事司法的效率、能够节约诉讼成本。这个角度不会出现在法律条文当中,但却是立法颇为关注的考量因素。

就单位合规不起诉的实体法设计来讲,是否以及如何参考以往立法经验,就要全面权衡和选择。可能的路径包括四种:传统的做法,就是参考单位

中自然人不起诉的做法,以对单位的罚金刑数额确定;只考虑预防,不考虑报应,就是从犯罪嫌疑人的改善考虑,当其表现出强烈而真实的合规意愿时,就适用合规不起诉;不确定明确的“门槛”,由检察机关综合犯罪嫌疑单位的犯罪行为及情节和改善意愿进行判断;进行相对实质的界定,即从报应的角度看,单位实施的犯罪行为及后果较轻,从预防的角度看予以刑事制裁的必要性较弱,且其具有明显且真实的合规意愿,同时设定“负面清单”即规定不予适用合规不起诉的情形,包括犯罪行为是否造成不可挽回的社会后果,如环境污染罪造成人身健康损害,多次实施犯罪,以违法经营为主,存在明显违法组织结构等等。

中国人民大学法学院教授李奋飞指出,企业合规改革的深入推进,需要对刑法、刑事诉讼法进行及时的修改,并在吸收和借鉴企业合规相关理论研究成果的基础上,将司法推动企业合规建设的制度创新和成功做法加以固定和确认,以促进中国特色的企业行为规制制度的发展完善。

就刑事诉讼法的修改而言,应在“特别程序”编中确立“单位刑事案件诉讼程序”作为第六章。“单位刑事案件诉讼程序”除了包括单位附条件不起诉等核心条款以外,还涉及办理单位刑事案件的原则、诉讼代表人、强制措施、责任主体分离追诉等基础条款,以对单位刑事案件的诉讼程序进行“全流程”规范,从而彻底改变“以自然人为中心”的刑事诉讼程序格局。

北京市海淀区人民检察院第二检察部副主任孙鹏结合海淀区人民检察院工作实际,分享了企业合规改革的三点经验:一是严把入口,开展合规必要性审查工作;二是启动前置,在引导侦查阶段开展合规工作;三是与少捕慎押相结合,充分利用羁押必要性审查制度,涉企案件一般均属于经济类案件,人身危险性较小,对在引导侦查阶段已经证据完备,事实清楚,犯罪嫌疑人认罪认罚的案件尽量作出无逮捕必要的决定,同时,对于已作出批准逮捕决定的嫌疑人,如在捕后符合取保候审条件,也应及时启动羁押必要性审查,变更强制措施为取保候审。

北京大成(郑州)律师事务所律师李红新结合合规试点的基层经验提出了建议。第一,适用企业范围,同样性质的类似案件,如果罪名、数额、情节等基本一样,就不应再区分企业规模大小、利税多少、员工数量,应该一视同仁地适用合规处理;第二,企业与企业家的责任问题。企业家如果被判处刑罚,虽然企业免责了,但是这个企业仍然会受到很大的影响,甚至倒闭,即便不倒闭,也会受到市场开拓等一系列的限制,这个问题按照刑事诉讼法的规定,对于一些情节轻微的案件,可以作出不起诉决定。

北京星来律师事务所副主任王唯宁提出,第三方监管是企业合规中不可或缺的重要组成部分,但当前第三方监管的专家选任标准、异地合作机制、工作流程尚不明确,亟待统一和细化。同时,验收标准已经成为改革中的“老问题”,虽然就不同罪名、不同企业的合规计划在逐渐科学化,但需要更为明确的标准对合规计划进行验收。比如我们在北京做的第一起案件,以ISO:37301,最高检等九部委指导意见为依据做了12大项65小项验收标准化的标准,然后按照一定的原则对不同项目进行赋值,并最终量化验收。所以,不仅是合规计划的标准化问题,更主要是标准化的合规计划的验收标准问题。

最后,企业合规改革中要建立完善行政与刑事衔接机制,二者在一定程度上是激励与监管的关系。实践中,环保、税务、证券等领域已经展开了立体监管,尤其是证券领域已经适用了从监管到奖励的双重机制,这些做法和经验值得总结和推广。

观点新解

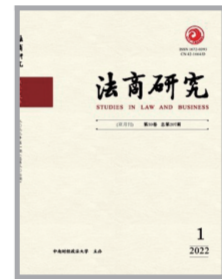
张红哲谈监察法学的研究论域——应当坚持以现实问题为研究导向



中国政法大学张红哲在《行政法学研究》2022年第1期上发表题为《论监察法学的研究论域》的文章中指出:

监察法学的研究论域具有独立性和集中性,这是由其特殊的理论基础和特定的研究对象所决定。当前,要加快建设和建构监察法学学科,推动监察法学研究方法的整合与更新,持续为推动党风廉政建设和反腐败斗争向纵深发展提供稳定的理论知识供给和制度选择方案。监察法学的研究要确立其学科论域的基本构成。在确立研究论域的基础上,监察法学应当坚持以现实问题为研究导向来保持其实践性品格,并继续兼蓄其他学科的思想资源和分析框架,以期形成具有中国特色、中国话语和中国气派的监察法学研究格局。

张青波谈可撤销行政协议制度——有利于行政协议效力体系的完善



中南财经政法大学张青波在《法商研究》2022年第1期上发表题为《可撤销行政协议的价值与认定》的文章中指出:

司法解释创设了可撤销行政协议制度,其既能处理行政协议无效以外的其他效力瑕疵,又能保障当事人的自主权,有利于行政协议效力体系的完善。可撤销行政协议的认定逻辑如下标准:行政协议中缔约行政机关不具有法定职权的,应以法定职权为由撤销;程序违法超过轻微程度应以程序违法为由撤销;不具备缔约前提或内容违反效力强制性规范的,应以适用法律规范错误为由撤销;缺乏必备条款的协议不宜撤销;行政机关无正当理由以相对人对待给付义务或对待给付义务无正当理由未履行,应以滥用职权为由撤销;双方给付义务失衡或无正当理由关联的,应以明显不当为由撤销;撤销行政协议会国家利益、社会公共利益造成重大损害的,不予撤销。

陈醇谈私法制度——应适用代数规范作为判决的依据



浙江师范大学政法学院陈醇在《法学评论》2022年第1期上发表题为《私法制度中的代数算法规范及其应对》的文章中指出:

因私法制度中代数算法规范(代数规范)的缺陷,一些指导性案例未能给出判决的明确算法,私法制度中的代数算法导致了判决书中的算法瑕疵。传统私法制度疏离了代数算法且轻视相应的代数规范,人工智能中机器算法的繁荣有助于缓解私法中的代数算法黑箱,反而将新的算法黑箱叠加上传统黑箱之上。代数规范是私法制度中规定定量计算的法律规范,它是私法规范中的定量维度和必不可少的组成部分,且随着代数算法在认识论中的地位上升而日益重要。私法制度应当改变疏离代数算法的传统,完善其代数规范,适用代数规范作为判决的依据,并结合定性规范以指导与检验人工智能,以限制判决书中的算法瑕疵。

耿卓谈集体建设用地向宅基地的地性转换——具有重要的政策价值和实践意义



广东外语外贸大学耿卓在《法学研究》2022年第1期上发表题为《集体建设用地向宅基地的地性转换》的文章中指出:

法律要求和实践需求提出了宅基地和集体建设用地之间地性转换的改革命题。集体建设用地向宅基地的地性转换,是突破制度制约和摆脱观念羁绊的改革举措,具有重要的政策价值和实践意义。地性转换有其伦理基础和历史基础,集体建设用地和宅基地的规范构造亦为地性转换奠定了制度基础。地性转换应坚持底线思维,坚持以人为本,坚持节约集约利用集体建设用地,尊重基层实践,突出分类施策,注重改革协同。

(赵珊珊 整理)

浅析商事违约金司法调整制度的特殊性

前沿观点

□ 曹承磊

民法典第五百八十五条第2款规定:约定的违约金低于造成的损失的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。

笔者以为,有鉴于民事合同与商事合同的重大差异,在违约金条款的理解与适用上应当考量二者区别,不应混淆。

一、商事违约金的独特性

商事法律假设商事交易中商主体是最有力的智者。商主体为了维护自身利益,极为理性。商事交易中的严格责任,强调无论负有合同义务的当事人是否存在过错或过失,都应当对负有合同义务的当事人负责。实行严格责任是商事交易安全的基石,也是现代商事交易发展至今的产物。过错责任和严格责任分别为民法、商法两个重要归责原则,商事违约金与民事违约金同样具有该等特征区别。

尤其需要指出的是,商事交易中不会过多探究交易双方的真实意思表示(或者说是交易背后的原因),而是更多聚焦于交易结果(即商事收益的获取)。因此,商主体往往根据交易对方面意

思表示进行交易判断。当然,对真实意思“不在意”也与商事交易的复杂性相关。因为商事交易往往涉及多主体,结构复杂,探究每一主体的行为原因/真实意思表示存在困难,依据表面意思表示进行商事活动更有利于促进商事交易效率。基于此,商事违约金对外观主义特征的遵循更为重要。商主体理应符合合同外观所表现出来的意思表示,一旦发生违约情形即按照合同内容追究违约责任,不应因违约方的违约原因、是否存在过错、违约造成的损失金额等情形做过多考量。

此外,商行为为的机遇与风险并存,商法将保障商事活动安全作为其基本原则。商法致力于提供有效的制度、规则,构建安定、可预期的市场环境。因此,公示与信息披露制度集中反映和保护了商事交易的安全。“在商言商”是商事违约金调整制度的核心理念,认知基础。商主体为了最大程度上追求经济利益,对交易对手的表意信赖非常大。商主体之间商定的违约金,对双方是非常重要的重要交易安全信赖;如果违约后可以任由一方诉诸调减,而人民法院也简单适用民事合同违约规则来处理商事合同纠纷,势必会导致商事案件的处理失范。某种意义上讲,这也将导致案结事未了的尴尬局面,影响司法公正。

二、商事违约金司法调整制度的特殊性

(一)淡化当事人过错程度的影响

在商事违约金中,当事人主观过错应处于相

对次要的地位。第一,商事主体的主观心态难以证明,苛求如自然人一样通过意思表示理论进行探究不可行;第二,商事主体被冠以严格责任,商事主体违反约定就会触发违约金条款,这是实质公平的商业安排。

(二)合同履行程度只应作为次要参考要素

商事交易相对于普通民事交易具有长期、大宗、反复三大特点,特别是对于一些创新性的金融交易安排,其合同履行程度相对难以判断。因此,在商事违约金的司法调整过程中,如果能够判断债务人履行程度,可以考虑对违约金进行一定调整。

(三)实担风险应当得到充分重视

信用制度的建立和完善是商事交往必不可少的因素。正如一些专业的担保公司所扮演的角色:合同主体将自身面对的交易风险转嫁给担保公司,从而使得自己能够在转嫁风险的基础上实现交易,实现合同交易主体利益的最大化。因此,从这个角度来说,商事主体实际承担的法律风险,也应视为实际损失,甚至比狭义的实际损失更值得看重。违约金的担保功能实际上发挥了债务不履行风险的赔偿作用,所以在实际损失和实担风险这两种要素中,商事违约金需对实担风险予以更多的关注。

(四)不宜过分预期损失的合理边界

商事主体充分考虑自身风险后,才会对自己可能遭受的损失即预期可得利益进行约定。若法官认为现实情况下预期利益难以估量,采取相对保守的判决方式调减违约金,会使受害方的预期

利益请求难以获得支持。尤其是新型复杂的商事交易,法院有必要重新厘清预期损失和实际损失的关系,将预期损失“充分”考虑在调整的因素之中,适当放宽预期损失的边界,避免因缩限损失金额,背离商业初衷。总之,民事案件保守酌定损失的裁判思路,并不适宜商事审判。

三、建立商事违约金司法调整制度的意义

(一)完善商事法律体系的必备环节

商事违约金司法调整制度起着维护商事交易安全,提高商事交易效益的重要作用。考虑到当前关于商事违约金司法调整制度的司法实践在违约金认定、举证责任分配、违约金调整标准等方面存在的问题,有必要基于商事法律制度的特殊性,加强专门的商事违约金司法调整制度研究与实践。如此一来,将有助于进一步推动商事法律体系的完善。

(二)规范商事交易活动的必然要求

对于商事交易主体而言,商事违约金关系各方利益,必须有商事法律对其进行规范和调整。因此,考虑商事违约金司法调整的特殊原则,结合商事交易实际,建立适当的商事违约金司法调整制度,能有效发挥维护当事人商业利益,规范促进商事交易活动的作用。