

第三方监管制度的本土化探索

樊可

浙江工商大学法学院 浙江杭州

【摘要】企业合规制度要顺利推进，确保合规承诺落实落地是关键。我国对于第三方监管制度的探索才刚起步，对于实践中对第三方监管的成本问题、保证第三方监管的中立性问题以及第三方监管的监管保密义务等存在困惑，在分析域外经验的基础上对我国现行法进行剖析，并对我国第三方监管功能的实现提出解决方案。

【关键词】第三方监管；独立监控人；企业合规

Localization exploration of third-party supervision system

Ke Fan

Zhejiang Gongshang University, School of Law, Hangzhou, Zhejiang

【Abstract】 For the smooth progress of the corporate compliance system, it is the key to ensure the implementation of compliance commitments. The exploration of the third-party supervision system in my country has just started, and there is confusion about the cost of third-party supervision in practice, the issue of ensuring the neutrality of third-party supervision, and the obligation of third-party supervision to supervise confidentiality. my country's current law is analyzed, and solutions are put forward for the realization of my country's third-party supervision function.

【Keywords】 Third-party supervision; Independent monitor; Corporate compliance

1 问题的提出

根据最高检下发的《关于开展企业合规改革试点工作方案》，探索建立企业合规第三方监管机制是第二期企业合规改革试点的重点工作。企业合规制度要顺利推进，确保合规承诺

落实落地是关键。^[1]实际上，第三方监管机制与西方国家的独立监控人制度，两者在内涵上并无二致。^[2]而我国检察机关对于第三方监管制度的探索才刚刚起步，在实践中面临不少困惑与困境。

其一，第三方监管的成本问题。从域外实践经验来看，独立监控人的监管费用由企业独自承担，由于监管调查费用高、周期长、影响企业生产经营等因素，监管成本普遍高昂。我国是否也应由涉案企业承担高昂的监管费用？如何将监管费用控制在合理范围内？

其二，保证独立监控人的中立性问题。这个问

题的争议在于，独立监控人权力来源于检察机关，必须对检察机关负责，在合规考察期间，独立监控人既是外部的监督者，也是确保合规计划有效性的服务者，考察期限届满后，独立监控人对企业合规情况较为了解，双方有进一步合作的利益基础，从长远考虑，独立监控人也必须与企业保持良好关系。独立监控人如何在检察机关与企业之间保持自己的中立性呢？

其三，独立监控人的监管保密义务与公开透明的工作要求之间的冲突。出于有效监管的需要，监控人被授予较为广泛的调查权。但对于在调查中知悉的企业信息，尤其是商业秘密、违法历史等敏感信息，监控人负有保密义务。然而，为了防止监控人滥用权力，监控人的工作应当公开、透明，接受公众监督。那么他在监管过程中知悉的信息是否应当完全呈报告给检察机关？监督报告能否被公众获

取？

2 问题的成因与分析——基于美国司法实践

解读独立监控人制度面临的问题与背后成因，是建立符合我国国情的第三方监管机制前提。

2.1 监管成本问题

(1) 监管成本高

造成监管成本高的主要体现在显性成本和隐性损失两个方面。显性成本即监管费用，影响监控人费用的主要因素有监管期限、业务和和解协议的复杂度、被监管企业合规和道德体系现状以及受被监管企业所在地和所处行业。从域外实践经验来看，其一，监控人的报酬普遍较高。独立监控人的费用信息是保密的，并且为独立监控人工作的个人或团队的费用也有所不同，因此难以估算任命成本。其二，合规考察期也是造成监管成本高的因素之一。企业提交并执行有效合规计划至少需要一年，独立监控人按小时收费，还有常规固定费用，累计起来费用颇高。其三，开展合规尽职调查是合规业务的重点，比如问卷调查、员工谈话、实地考察等，具有步骤繁琐、持续时间长、调查范围广、牵连人物多的特点，需要企业高管、基层员工、客户等第三方主体的协调配合，在此期间，企业需要投入大量精力财力。合规建设带来的隐性损失也不容忽视。比如对企业员工进行调查谈话，造成士气低落，对生产地进行现场调查，会影响企业正常生产经营活动，降低生产效率等一系列不利后果。

此外，企业在确定独立监控人时基本没有选择权，必须在检察机关和司法行政机关制定的独立监控人名单库中选取监控人，这也造成企业在与独立监控人议价时处于下风。美国刑事合规制度中对监管人的介入设置了较为繁琐的流程，不仅要通过企业的候选提名，还要进一步接受为选聘独立监管人而成立的常设委员会的考核。这种复杂的审批流程使企业难以对监管人的遴选施加有效的作用与影响。

(2) 监管费用承担主体不明

在美国，设立独立监控人的成本由企业独自承担。目前，企业独自承担监管费用的理论依据是事先惩罚理论。^[3]但是，该理论隐含不公平性，有监督成本从政府、社会转移到公司的执行成本之嫌疑。涉罪企业选择建立有效合规计划换取企业发展的续

航，是收益与成本衡量后的产物，也即在“成本<损失”的情况下，企业才有足够的动力主动参与到合规不起诉的程序中来，但从我国中小企业占比多，他们在进入刑事诉讼程序时，可能已经停产停业或已被执行行政处罚，已无多余费用承担设立独立监控人的高额成本，反而因过高的“出罪”成本而面临破产，这不仅大大降低了企业合规的意愿，同时违背了通过不起诉对企业进行除罪化改造，实现企业治理和企业犯罪预防机能的企业合规不起诉制度的目的。^[1]

2.2 独立监控人丧失中立性

根据《Morford 备忘录》，美国司法部力图将独立监控人塑造成一个绝对中立的第三方，但这可能过于理想化。监控人在合规考察期内具有双重身份，其一，被检察机关授予监督权的合规监督人员。检察机关根据其提交的监管报告考察合规计划有效性，进而决定是否起诉该企业，从这一身份上来看，企业与监控人的关系具有对抗性；其二，被企业高薪聘请的合规服务人员，甚至可能入驻企业，成为企业合规体系的制定者、建立者、领导者。虽不同于企业专门律师与企业之间的雇佣关系，但至少是两个市场主体间的合作关系，从这一身份上来看，企业与监控人具有合作关系。

在紧张对抗与亲密合作的双重关系的叠加下，要求独立监控人必须精准把握自身行为。如果企业为了“出罪”向独立监控人承诺不正当利益，那么监控人很可能与企业沆瀣一气。此时，检察机关的定位就显得十分重要，如果检察机关更侧重监控人的监督职能，监督人仅定期对企业合规计划的执行情况进行考察，而不负责制定、评估合规计划的有效性，并要求独立监控人一旦发现企业违法犯罪行为，就必须中止监管，由检察机关决定是否撤销不起诉，并追究企业刑事责任。在这样的政策导向下，会促使被监管企业和独立监控人的关系走向对立，如果企业与独立监控人之间缺乏信任，则不利于合规监管工作顺利进行。如果检察机关旨在保护民营企业，侧重独立监控人对合规计划的制定、调整和执行尽到充分义务，允许监控人参与到企业合规建设中去，则会使被监管企业和独立监控人的关系走向亲密，此时又容易滋生腐败。因此，在企业、独立监控人和检察机关三者中，检察机关作为主导者，

必须平衡好监控人监督和履职双重职能的关系，不能过分强调监督的权威性，使独立监控人成为其的代言人，令企业与独立监控人之间的关系僵硬对抗，同时，也不应使独立监控人过分介入企业内部整改，使企业和独立监控人过从亲密。因此，建立对独立监控人的监督惩罚机制以及精准界定独立监控人的职责权限是保证独立监控人中立性的关键。

2.3 监管保密义务

为保证监控人有效履行监管义务，监控人被授予调查权。但是，在调查过程中，难免涉及到企业以往的违法行为、商业机密、企业员工及客户的个人信息等。由此引发另一方面的问题，对于监控人在行使监管职权过程中知悉的不利于企业“出罪”的信息、以及个人隐私（客户或公司员工的）的信息是否应该全部向政府或社会公开？答案显然是否定的。原因在于设立监控人不在于惩罚，赋予监控人调查权的目的在于监督评估企业合规计划，而不在于调查企业以往的违法行为。

3 对现行立法导向的剖析

2021年6月3日，国家发布关于印发《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》（以下简称《意见》），明确建立第三方机制的目的是为了有效惩治预防企业违法犯罪，服务保障经济社会高质量发展，助力推进国家治理体系和治理能力现代化。这说明我国建立第三方机制的理念侧重独立监控人的监督职能。《意见》在第12条中规定，“在合规考察期内，第三方组织可以定期或者不定期对涉案企业合规计划履行情况进行检查和评估，可以要求涉案企业定期书面报告合规计划的执行情况，同时抄送负责办理案件的人民检察院。”^[2]没有明确第三方组织是否能够参与到企业内部的合规整改。同时，在第17条规定“第三方组织不得泄露履职过程中知悉的国家秘密、商业秘密和个人隐私；不得利用履职便利，索取、收受贿赂或者非法侵占涉案企业、个人的财物；”如果第三方组织发现某一事实，既属于“尚未被办案机关掌握的犯罪事实或者新实施的犯罪行为”，又属于“商业秘密和个人隐私”，或者两者难以区分处理时，在我国侧重惩治犯罪和监督权威性的政策指导下，这些难以区分的信息很可能作为犯罪事实被报告给检察机关，这种模式会强化企业与第三方组

织的对抗性。

在避免利益冲突，保证第三方组织的中立性方面。《意见》在事前、事中、事后都作出指引。在事前的第三方组织的遴选上，全国各地应当设立第三方机制管委会，并规定由其负责第三方组织的遴选和监督工作，对第三方组织的条件作出方向性规定，在启动程序上，采用在分类的基础上，随机抽取的方式。对不同类型的企业在合适的类别内抽取，并向社会公示，利害关系人可以对抽取的第三方组织提出异议，由管委会对相关情况进行调查，并作出调整。可见，我国企业在仅能对第三方组织提出异议，而不能主动选择，提出异议后必须由管委会审查决定。在事中监督方面，特别指出履行第三方监督评估职责期间不得违反规定接受可能有利益关系的业务；第18条进一步规定，如果企业认为第三方组织有不当行为甚至违法行为的，可以提出异议、申诉、控告。同时，管委会还会设立巡回检查组，对企业合规监督工作开展不预先告知的现场抽查和跟踪监督。在事后监督方面，《意见》规定在履行第三方监督评估职责结束后一年以内，相关人员及其所在中介组织不得接受涉案企业、个人或者其他有利益关系的单位、人员的业务。

4 我国第三方监督组织功能的实现

4.1 降低合规监管成本

解决设立第三方组织成本高的问题，有以下解决思路。一是企业合规监管费用制度化、透明化。必须由国家第三方监管机制委员会制定统一的合规监管费用评估体系。地方各级第三方监管机制委员会根据本地区经济水平、涉案企业规模、经营情况、合规风险级别、合规计划执行期限等具体情况，合理评估监控人报酬。二是降低合规成本。一方面，培养专业合规人才。目前，我国专业合规人才稀缺的现状完全不能满足众多企业的合规需求。各地方第三方监管机制委员会，可以定期对相关人才进行合规培训考核。未来，国家还设立全国统一的企业合规职业资格考试。另一方面，可将数字化技术与企业合规监管相结合。开发企业合规风险评估系统，通过大数据对合规风险进行评估分析、自动生成有效合规计划、数字化监测合规治理的具体流程。三是第三方组织定期公开费用清单。在确立第三方组织时，企业与检察机关签署不起诉协议中应当就第

三方组织的人选、职责范围、监管费用负担等达成一致，监管期间，监管人应当定期同步公开监管费用，使企业和检察机关知悉。

4.2 分担合规监管成本

目前，我国企业合规不起诉仅适用于犯罪情节轻微且具备一定经济实力，能够负担起有效合规计划的成本的优质企业（对本地区经济有重大贡献、是行业内的龙头企业等）。但是我国中小、甚至小微企业众多，由企业独自负担合规费用的模式不适合我国国情，可采取企业独自承担、检察机关和企业分摊两种模式。由检察机关分担部分监管费用是检察机关参与社会治理，维护经济社会秩序的合理成本。可根据地区经济实力、企业合规的收益、企业犯罪严重程度、认罪认罚态度、所处行业等综合考量确定费用承担的比例、具体方式等。

4.3 建立对第三方组织的行政监管机制

我国应当强化司法行政监督，来解决第三方监控人双重身份下的矛盾关系易引发的不公正的风险及潜在或现实的利益冲突问题。有必要借助相关行政部门和行业协会的力量加强对第三方组织的监督，例如司法局、律师协会、会计师协会等，对设立监控人的成本、职业技能、是否尽到勤勉义务、是否存在不当行为进行监督并设置相应的惩罚机制。

4.4 明确保密信息的边界

对商业秘密、个人隐私等信息的可识别性作出具体规定，在大数据时代下，由数字化算法引发的个人信息安全问题泛滥，数据合规治理作为亟待解决的时代难题，已经成为全球相关领域的热点问题。2021年4月29日，我国《个人信息保护法（草案）》和《数据安全法（草案）》均由全国人大公布并向社会征求意见，标志着相关立法进入快车道，并将为合规监管领域涉及的数据合规、个人信息保护等问题提供指引。

4.5 监管保密义务

监控人的主要职责应当是基于协议条款来评估和监督企业的合规情况，包括评估公司的内部控制和企业道德、以及合规制度等。在执行职责的过程中，监控人通常会知悉协议所覆盖的公司失当行为，但是监控人的职责应当以避免或降低企业不当行为的风险为必要界限。为保证监控人有效履行监管义

务，监控人被授予调查权。但是，在调查过程中，难免涉及到企业以往的违法行为、商业机密、企业员工及客户的个人信息等。由此引发另一方面的问题，对于监控人在行使监管职权过程中知悉的不利于企业“出罪”的信息、以及个人隐私（客户或公司员工的）的信息是否应该全部向政府或社会公开？答案显然是否定的。原因在于设立监控人不在于惩罚，赋予监控人调查权的目的在于监督评估企业合规计划，而不在于调查企业以往的违法行为。

5 结语

习近平总书记强调，重大改革，于法有据。目前，我国《刑事诉讼法》并没有明确规定企业合规不起诉制度，适用企业合规第三方监督评估机制同样在实践探索中面临着一系列与现行法律制度相衔接的问题。但是，最高检继续扩大企业合规改革试点范围表明对这一制度的探索绝不是浅尝辄止。未来，要适用第三方组织制度，亟需对刑事诉讼法律制度进行相应的改革，同时也期待各试点检察院在实践中勇于探索创新，为制度发展贡献具有中国特色的司法智慧。

参考文献

- [1] 推动企业合规当好称职“老娘舅”[N]. 检察日报,2021-04-19(001).
- [2] 陈瑞华：《律师如何开展合规业务（五）——律师如何担任合规监管人》载《中国律师》,2021(01):88-90.
- [3] 马明亮：《论企业合规监管制度——以独立监管人为视角》，载《中国刑事法杂志》2021(01):131-144.

收稿日期：2022年6月15日

出刊日期：2022年7月25日

引用本文：樊可，第三方监管制度的本土化探索[J], 科学发展研究, 2022, 2(2): 112-115
DOI: 10.12208/j.sdr.20220051

检索信息：RCCSE 权威核心学术期刊数据库、中国知网 (CNKI Scholar)、万方数据 (WANFANG DATA)、Google Scholar 等数据库收录期刊

版权声明：©2022 作者与开放获取期刊研究中心 (OAJRC) 所有。本文章按照知识共享署名许可条款发表。<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



OPEN ACCESS