



行政法学研究
Administrative Law Review
ISSN 1005-0078, CN 11-3110/D

《行政法学研究》网络首发论文

题目： 企业合规嵌入首违不罚的路径及优化
作者： 刘建业
网络首发日期： 2024-01-26
引用格式： 刘建业. 企业合规嵌入首违不罚的路径及优化[J/OL]. 行政法学研究.
<https://link.cnki.net/urlid/11.3110.D.20240124.1713.002>



网络首发：在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

出版确认：纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

企业合规嵌入首违不罚的路径及优化

刘建业

(北京大学法学院, 北京 100871 博士研究生)

摘要：企业合规与《行政处罚法》规定的首违不罚制度具有多重契合性。地方行政监管实践尝试将企业合规嵌入首违不罚制度具有正当性基础。不过，既有实践路径存在加重企业义务、滥用合规裁量权以及行政主导色彩明显的风险。行政领域引入企业合规，既要充分发挥行政监管的灵活性，也要充分激发企业合规的激励性。未来，应当在合规事前评估、考察监督、评估验收各阶段创设由轻到重的义务层次；从事先协商优化有效合规整改标准等内部限制与引入合规听证等外部限制两个层面规范合规裁量权；保障涉案企业全流程参与、引入第三方机制和行业组织参与淡化行政主导。

关键词：企业合规；首违不罚；合规裁量；实践检视；路径优化

一、问题的提出

2023年7月14日，中共中央、国务院发布的《关于促进民营经济发展壮大的意见》（以下简称《意见》）明确提出要“深化涉案企业合规改革，推动民营企业合规守法经营”，实现“治理规范、有效制衡、合规经营”的目标。在此之前，企业合规管理建设仅限于中央企业。《意见》填补了民营企业合规管理建设在中央层面规范上的空白，其颁布实施势将已在刑事领域全面铺开的涉案企业合规改革延展至行政和民事领域，有望成为贯通刑事、行政、民事各领域的综合性企业合规改革。

当然，行政和民事领域的企业合规改革实践，必然借鉴刑事企业合规改革的经验做法，同时需要结合本领域的既有法律制度以及实践规律，逐步探索出契合本领域的企业合规道路。2023年全国两会期间，便有代表提案，建议推行行政合规轻罚激励机制，以此提升民营经济信心。^①

不过，就在《意见》制定之前，已有地方行政机关在市场监管领域探索企业合规行政监管。比如，2021年12月南通市市场监督管理局发布《南通市服务保障法治化营商环境开展涉行政处罚企业合规治理试点方案》，提出“涉行政处罚企业合规治理”。又如，2022年9月威海市文登区市场监督管理局制定《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

^① 参见《全国人大代表张巧良：建议建立行政合规轻罚激励机制》，中国新闻网，<https://www.chinanews.com/cj/shipin/cns/2023/03-03/news952740.shtml>。（最后访问时间：2023年12月26日）。

(试行)》，并办理全国首起行政处罚领域合规免罚案件。^①除此之外，企业合规的行政实践还有很多。^②

无疑，上述地方行政机关试图在市场监管领域引入企业合规的探索，意在进一步发挥合规价值，提升政府监管水平。然而，上述实践并未将企业合规行政监管与既有行政法律制度相结合，难免招致以下合法性诘问：第一，行政机关开展合规审查，以规范性文件实现自我赋权，有违“职权法定”法理与原则；第二，在没有法律、行政法规、地方性法规依据的情况下，行政机关要求市场主体合规整改，为企业设定合规管理体系建设行政法义务，存在违反《中华人民共和国立法法》之嫌。

值得关注的是，2023年6月30日浙江省宁波市鄞州区市场监督管理局制定的《市场监管领域企业合规工作指引（试行）》（以下简称《工作指引（试行）》），首次将企业合规与首违不罚制度相结合，创设“首违合规免罚模式”。所谓“首违不罚”是指《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1款规定的“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”。据报道，截至同年8月底，鄞州区市场监督管理局已启动合规案件共计10件^③。另外，同年11月3日广州市发布《民营企业首次违法合规免责清单（第一批）》（以下简称《清单》），开创全国首个民营企业首次违法合规免责清单。应当说，企业合规嵌入首违不罚制度形成的“首违合规免罚模式”可以比较好地消解上述合法性诘问。可以预见，接下来会有更多的地方政府开展将企业合规嵌入首违不罚制度的探索实践。那么，首违合规免罚模式的正当性何在？该模式存在哪些制度局限？未来又应当如何优化提升？本文聚焦《工作指引（试行）》和《意见》制度文本，结合相关报道案例，尝试回答上述问题。

二、企业合规嵌入首违不罚的契合性考量

企业合规嵌入《行政处罚法》中的“首违不罚”制度，具有如下正当性基础。

（一）功能期待考量

多年来，“以罚代管”“一罚了之”现象屡禁不止。所谓“以罚代管”，是指“行政执法者收取行政违法者的罚款后放任行政违法者继续实施违法行为而不予纠正的特殊行政执法方式”^④。一直以来的“轻微违法免罚”^⑤制度效果不佳。目前，“以罚代管”执法方式广泛存在于网约车行业^⑥、税收领域^⑦、垃圾分类领域^⑧、乱停乱放治理领域^⑨等。然而，“‘首违不罚’正确区分一般

^① 参见田海助：《首起！合规免罚！这个市场监管局引入合规审查机制办理全国行政处罚领域首起不罚案件！》，载微信公众号“市场监管半月沙龙”（最后访问时间：2023年4月16日）。

^② 比如，2023年4月25日江苏省江阴市制定了《关于公开选任江阴市市场监管领域涉案企业合规第三方监督评估专业人员的公告》；2023年5月15日四川省绵阳市制定了《关于建立市场监管领域涉案主体合规审查评估工作机制的实施办法（试行）》。

^③ 参见《全省首个合规免罚案件在鄞结案》，载《鄞州日报》2023年9月04日第01版。

^④ 黄镔：《“以罚代管”行政执法方式生成的制度机理研究——以公路货运“治超”执法领域为基点的社科学分析》，载《政法与法律》2016年第5期，第13页。

^⑤ “轻微违法免罚”指《行政处罚法》第33条规定的“违法行为轻微并及时改正，没有造成危害后果的，不予行政处罚”。

^⑥ 参见王峰：《避免以罚代管：司法部加强清理行政法规中有违公平条款》，载《21世纪经济报道》2023年11月24日第1版。

^⑦ 参见夏蕊：《惩处逃税，要避免落入以罚代管窠臼》，载《廉政瞭望》2021年第24期，第39页。

^⑧ 参见张玉胜：《垃圾分类需谨防“以罚代管”》，载《民主与法制时报》2015年05月30日第2版。

^⑨ 参见魏圣曜、王志：《破解乱停车不能“以罚代管”》，载《人民法院报》2016年07月19日，第2版；《重庆丰文街道：小区门口电动车为何“不翼而飞”》，载《新华每日电讯》2021年09月06日第4版。

违法与轻微违法，给予当事人改正的机会，真正把处罚作为一种纠正、矫正的手段，而不是作为行政机关‘处罚率’的考核指标”^①。“首违不罚”新规定，“使企业在感受法治‘力度’的同时，也能感受到法治的‘温度’”^②，体现出立法者有意规避行政机关一直以来的“以罚代管”的机械执法方式，具有防止“以罚代管”“一罚了之”的制度功能。“以罚代管”在实践中往往造成美国学者提出的“威慑陷阱”（deterrence trap）^③，而企业合规具有规避“以罚代管”带来的“威慑陷阱”的功能，具体表现在：首先，企业合规要求市场监管部门“重预防、轻惩罚”。企业合规要求监管部门为满足条件的涉案企业提供合规整改的机会，通过合规整改评估验收的企业获得不起诉或减轻、免除处罚的决定，体现了法律风险预防的理念。其次，企业合规旨在对企业进行“去违法化”改造。企业合规要求涉案企业完善内部合规管理体系，制定有效合规计划，及时识别和预防经营风险，实现“去违法化”。最后，企业合规节约执法成本。毋庸讳言，“以罚代管”可以为执法机关“创收”。虽然《行政处罚法》第67条明确规定了“罚缴分离”原则，不过，实践来看难以有效遏制“以罚代管”的冲动。企业合规将市场监管职责部分转移至企业自身，通过法定义务的形式实现企业的自我监管。这样带来的好处就是减少了行政监管成本，^④一定程度上消减了“以罚代管”的冲动。

（二）政策动因考量

据可考资料，作为一项内生性制度，首违不罚制度最早源于2002年奉化市（今奉化区，奉化市已于2016年撤市设区）卫生监督所推出的“轻微违规、首次不罚”举措。^⑤最初实行新举措的目的，就在于“帮助和扶持企业发展”。肇始于2020年的涉案企业合规改革，也旨在贯彻“宽严相济、少捕慎诉慎押”的刑事司法政策，以及“能不捕的不捕、能不诉的不诉、能不判实刑的提出判缓刑的量刑建议”的司法政策。^⑥从政策维度考量，企业合规与首违不罚的契合性体现在“营商环境优化、人本柔性执法、监管理念转变”三个层面。

首先，营商环境优化。“首违不罚具有营造优良营商环境的价值取向”^⑦。相比于“轻微违法免罚”，“首违不罚”要求“危害后果轻微”，更加契合行政违法的真实情况。“首违不罚”体现了监管机关对企业的包容，“放过”涉嫌“初次违法，且危害后果轻微，并且及时改正”的企业，既保住了更多的市场主体，又激励更多的企业组织进入市场。对于企业合规，一是可以帮助监管部门更好履行《优化营商环境条例》第21条规定的违法行为预防义务、第67条规定的合法经营引导义务，促使市场监管的精细化；二是优化企业内部管理体系，既可以协助企业规避法律风险，又可以帮助企业获得法律奖励。

^① 张红、岳洋：《行政处罚“首违不罚”制度及其完善》，载《经贸法律评论》2021年第3期，第23页。

^② 刘权：《数字经济视域下包容审慎监管的法治逻辑》，载《法学研究》2022年第4期，第49页。

^③ See Coffee, J. C., ‘No soul to damn; No body to kick’: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment, *Michigan Law Review* 79, p. 390 (1981).

^④ See Miriam Hechler Baer, *Governing Corporate Compliance*, *Boston College Law Review*, Vol. 50, No. 4, p. 950 (2009).

^⑤ 参见王建辉：《奉化市卫生监督所尝试“轻微违规、首次不罚”的执法新思路》，载《上海预防医学杂志》2003年第4期，第192-193页。

^⑥ 参见《保护企业合法权益 促进企业合规守法经营》，最高人民检察院官网，https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202112/t20211215_538815.shtml#1。（最后访问时间：2023年12月26日）。

^⑦ 汪国华、丁安然：《“首违不罚”的法理与适用——兼议新〈行政处罚法〉33条第1款之价值取向》，载《湖北社会科学》2021年第3期，第143-153页。

其次，人本柔性执法。对于首违不罚，以人为本的执法理念是首违不罚制度蕴含的核心理念，一定程度上改变了长久存在的“乱罚”现象，具有消解民怨、提升监管公信力的效果。^①对于企业合规，合规管理体系建设作为从宽处罚的依据，企业可以从中获得刑事激励，如不起诉协议（NPA）或暂缓起诉协议（DPA），^②或者行政监管部门的从宽处罚激励。^③建立容错机制，督促指导企业有效合规整改。

最后，监管理念转变。从各地实践来看，首违不罚适用领域多表现为大数据、人工智能、智能制造等新领域、新业态，体现了包容审慎监管。这对于小微企业和新兴产业的发展至关重要，体现了预防型监管的思路。企业合规旨在“向前看”，即预防未来可能发生的违法行为，践行预防型监管理念，而非传统上的惩罚性监管主张。同时，企业合规是政府介入企业内部管理制度建设的手段，实现市场监管理念从“政府监管”到“自我监管”的转变，目的在于解决“外部监管失灵”的痼疾，节约监管成本，提高监管系统效率。

（三）裁量空间考量

如上文所述，首违不罚制度主要有三项构成要件，即“初次违法”“危害后果轻微”“及时改正”。实践来看，三项构成要件都体现了各地执法机关的裁量空间。关于“初次违法”，《陕西省市场监督管理“首违不罚”清单（2023年）》认为当事人三年内在特定领域第一次发生违法行为属于初次违法；而《天津市卫生健康领域初次违法行为不予行政处罚实施办法》则规定以“相对人在违法行为被发现之日二年内是否存在违法行为”为认定标准。关于“危害后果轻微”，不同地方基本从“影响范围、损害损失大小、社会危害程度、违法所得、对消费者欺诈误导作用”等方面综合判断，然而，上述判断因素本身即是不确定法律概念，执法机关认定过程中享有一定裁量空间。“及时改正”的认定也是有赖于行政裁量权的行使。实践中，对于“及时”的认定主要存在“限期内改正”^④和“承诺期限内改正”^⑤；认定“改正”，司法机关多考量当事人是否主动采取改正、召回、赔付等措施，^⑥以及认错态度，与权利人达成和解协议等。^⑦而企业合规要求权力机关行使职权过程中拥有一定裁量空间，即根据企业事前合规计划以及事后合规整改情况，裁量决定是否以及如何适用从宽处罚（刑事处罚与行政处罚）。这是企业合规适用的制度基础。首违不罚制度三项构成要件的认定本身即具有行政裁量空间。因此，首违不罚制度可以为企业合规的适用提供裁量基础，企业合规嵌入首违不罚具有裁量契合性。

三、企业合规嵌入首违不罚的实践路径检视

应当说，在缺乏顶层设计的背景下，《工作指引（试行）》和《清单》尝试将企业合规嵌入首违不罚制度的做法，在法律规范意义上开启了企业合规的行政法治实践。笔者认为既有实践至

^① 参见章剑生：《罚抑或不予？——基于行政处罚中“首次不罚”制度所展开的分析》，载《浙江学刊》2011年第2期，第47页。

^② See Haugh, Todd, *The Criminalization of Compliance*, Notre Dame Law Review, Vol. 92, No. 3, pp. 1215-1270 (2017).

^③ See Serena Hamann, *Effective Corporate Compliance: A Holistic Approach for the SEC and the DOJ*, Washington Law Review, Vol. 94, No. 2, pp. 851-886 (2019).

^④ 《北京市医疗保障领域轻微违法免罚和初次违法慎罚办法（试行）》（京医保发〔2022〕33号）。

^⑤ 《关于在台州市综合行政执法领域推行轻微违法告知承诺制的实施意见》（台综执〔2021〕64号）。

^⑥ 参见福建省福州市中级人民法院（2012）闽01行终317号判决书。

^⑦ 参见大庆市让胡路区人民法院（2021）黑0604行审5号裁定书。

少存在如下风险和不足：

（一）加重企业行政法义务的风险

首违不罚制度是包容审慎监管理念的具体表现，也是处罚与教育相结合原则的制度载体。由此，实践中，对于首违不罚适用要件的认定也应当体现宽松、包容的执法立场。再加上，企业合规基本理论强调“放过企业，严惩责任人”。^①因此，只要不违背法律规定与法治精神，应当尽可能吸收涉案企业适用首违合规免罚。这就要求，“初次违法”认定中，尽量采取相对初次，即周期内初次，而不是选择绝对初次，即一生一次。^②当然，至于周期的长短，可以由地方根据当地自身发展情况灵活规定并做动态调整。比如，北京市医保局认定周期为两年，^③而陕西省市场监管局认定周期为三年。^④“危害后果轻微”中“危害后果”应当仅限于“法律所保护的利益”。^⑤也就是说，这里的“后果”的性质以及范围边界须以企业违反行政法义务行为指向的利益是否应受法律保护为标准，如果损害利益不受法律保护，那么便不存在此处所称“危害后果”。^⑥“及时改正”的认定不应当考虑当事人作出纠正行为时的主观状态。主动改正抑或责令期限内改正都应当认定为“及时改正”。这一点在诸多地方实践中均有所体现。^⑦同时，改正的方式也不唯一。^⑧由此可见，首违不罚制度的适用践行服务行政理念，尽量减轻企业为适用首违不罚而承担过重的行政法义务。

然而，从“适用条件”角度来看，企业合规嵌入首违不罚制度实践却存在加重企业行政法义务的风险。首先，要求企业“提供相关证据”。监管部门在处罚违法企业之前，展开调查取证是行政机关的一项法定职权，也是法定职责。行政机关依法享有调查取证的职权，也必须履行调查取证的义务。如果执法机关尚未调查取证即认定行政违法，并作出处罚，显然是不符合依法行政要求的。此类行为因违反法定程序而应属无效行政行为。适用首违不罚制度前，既有实践要求市场主体向行政机关“提供相关证据”，相当于将自身的法定义务转嫁到相对人企业身上。其次，要求企业“主动改正违法行为”。如前所述，“及时改正”不限于主动改正，《意见》将“主动改正违法行为”作为首违不罚适用条件之一，显然排除责令期限内改正情形，增加企业主观义务，限缩了首违不罚制度的适用情形。最后，要求企业“积极配合调查”。配合调查意味着如果执法机关认为市场主体没有做到配合调查，或是配合调查不够积极，即便市场主体满足了“初次违法”“危害后果轻微”“及时改正”三项要件，执法机关也完全可能排除适用首违不罚。如此情形下，市场主体为了争取到适用首违不罚的机会，势必将配合调查视为法定义务来认真履行，原本已有资

^① 参见刘艳红：《企业合规不起诉改革的刑法教义学根基》，载《中国刑事法杂志》2022年第1期，第107页。

^② 比如，《东营市市场监管领域轻微违法不予行政处罚和不予行政强制措施规定（试行）》第六条规定“初次违法是指当事人第一次实施该类型违法行为。经查询国家企业信用信息公示系统，未发现当事人有同一类型违法行为的，可以认定为初次违法。”

^③ 参见《北京市医疗保障领域轻微违法免罚和初次违法慎罚办法（试行）》（京医保发〔2022〕33号）。

^④ 参见《陕西省市场监督管理局“首违不罚”清单（2023年）》。

^⑤ 参见张红、岳洋：《行政处罚“首违不罚”制度及其完善》，载《经贸法律评论》2021年第3期，第29页。

^⑥ 参见章剑生：《违反行政法义务的责任：在行政处罚与刑罚之间——基于〈行政处罚法〉第7条第2款之规定而展开的分析》，载《行政法学研究》2011年第2期，第15页。

^⑦ 参见《北京市医疗保障领域轻微违法免罚和初次违法慎罚办法试行》（京医保发〔2022〕33号）。比如北京市医疗保障局明确规定“及时改正”是指“当事人主动改正违法行为，或者经北京市医疗保障行政部门责令改正后，在规定时间内按照要求及时改正。”

^⑧ 参见《东营市市场监管领域轻微违法不予行政处罚和不予行政强制措施规定（试行）》（东市监发〔2023〕3号）。比如东营市市场监督管理局认为，改正的方式包括停止并纠正违法行为、召回或者下架涉案产品、退还违法所得等。

格适用首违不罚的企业又不得不积极履行“配合调查”的义务。

（二）合规行政裁量权滥用的风险

可以说，企业合规嵌入首违不罚制度采取的正是将企业合规嵌入首违不罚裁量空间之中。分析可知，在合规程序的各个阶段都可能存在裁量滥用的风险。

第一，事前评估阶段。既有路径要求案件承办机构应当结合案件因素与企业因素，全面评估调查启动涉案企业合规程序^①的必要性与可行性。而审查“涉案企业入市供述违法事实”“案件定性、量刑情节以及可能涉及刑事犯罪情况”等案件因素，审查“包括企业类型、行业、吸纳就业人数、营业收入、技术创新等企业规模效益”“合规整改态度，初步形成合规整改思路并符合企业实际情况”等企业因素时，都存在诸多裁量空间。

第二，监督考察阶段。既有路径在监督考察阶段建立了类似于刑事领域“第三方机制管委会”的会商机制。不过，“第三方机制管委会”的典型特征在于，除了检察机关外引入外部多机关主体参与联合负责涉案企业合规监督考察。^②会商机制完全由行政机关组成部门或人员构成，容易出现对规模小、纳税少、对当地经济贡献不大的小微企业，施加超出其合规整改能力的要求。

第三，评估验收阶段。既有实践规定“市场监管部门案件承办机构应当结合合规报告等资料，围绕企业合规行为准则、组织体系、合规机制、合规文化等方面对涉案企业合规整改成效全面进行审查验收”。^③那么，全面审查原则到底是形式审查还是实质审查呢？如果坚持“形式审查”，仅仅审查涉案企业的合规计划是否包含必备要素，^④很容易出现所谓的“纸面合规”，进而导致企业合规管理中的“象征性合规”现象（symbolic compliance）；^⑤如果坚持“实质审查”，试问又如何在短短60日，延长不超过90日的合规整改期限内做到“形成较好的企业文化”验收评估要求呢？因此，监管机关在评估验收阶段存在裁量权滥用的风险。

第四，案件处理阶段。既有实践将首违不罚制度中的“可以作出不予行政处罚”，解释为“可以作出减轻行政处罚，也可以作出不予行政处罚”。^⑥不过，对于什么样的合规整改效果可以获得减轻处罚，什么样的合规整改效果可以获得不予处罚，并未作出任何规定。这就为监管机关滥用裁量权留下了制度空间。

（三）行政主导色彩明显

首先，涉案企业主动参与空间不足。涉案企业参与合规程序，依照行政机关的要求开展合规整改，本质而言属于政府对企业的内部管理型规制，^⑦不过，政府介入企业合规管理必然导致诸如缺乏制定法依据授权、合规管理“符号化”等风险。^⑧保障涉案企业在合规程序中的充分参与无疑

^① 本文所称“合规程序”，来源于《工作指引（试行）》第3条之规定，是指企业合规嵌入首违不罚制度的全流程，包括事前评估、监督考察、评估验收，以及案件的处理全流程。

^② 参见《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）》（高检发〔2021〕6号）第6条。

^③ 参见宁波市鄞州区《市场监管领域企业合规工作指引（试行）》（鄞市监〔2023〕69号）第18条。

^④ 参见解志勇、那扬：《有效企业合规计划之构建研究》，载《法学评论》2022年第5期，第165-167页。

^⑤ See Vibeke Nielsen, Christine Parker, *Do businesses take compliance systems seriously? An empirical study of the implementation of trade practices compliance systems in Australia*, Melbourne University Law Review, Vol. 30, No. 2, pp. 470-476 (2006).

^⑥ 参见宁波市鄞州区《市场监管领域企业合规工作指引（试行）》（鄞市监〔2023〕69号）第22条。

^⑦ 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74-76页。

^⑧ 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80-82页。

是有效消解上述风险的有力举措。然而，既有实践规定，在事前评估阶段，案件承办机构审查涉案企业合规必要性、可行性时，“可以实地走访企业，征询涉案企业、个人意见”；^①在监督考察阶段，初步审查企业合规计划后，会商召集人“可以召集涉案企业代表召开会议”。可见，涉案企业参与合规程序的制度空间十分有限。

其次，缺乏第三方机制设计。2021年6月3日，最高人民法院、司法部、财政部等部门联合制定出台《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《指导意见（试行）》），引入了涉案企业合规第三方监督评估机制（简称第三方机制）。第三方机制中创设了多部门组建的负责第三方机制工作顶层设计和日常监督、巡回检查的第三方机制管理委员会（简称第三方机制管委会），以及负责对涉案企业的合规承诺进行调查、评估、监督和考察的第三方监督评估组织（简称第三方组织）。相较于此，企业合规嵌入首违不罚制度实践全流程并没有第三方机制设计，各个阶段都是在监管部门主导下推进。

最后，缺乏行业组织参与。在优化营商环境、包容审慎监管的政策背景下，如何激活行业组织力量，吸引更多社会组织参与市场管理是行政法治建设的重大议题。《指导意见（试行）》提出发挥行业协会在企业合规领域的业务指导。《工作指引（试行）》仅仅在事前评估阶段规定开展涉案企业合规必要性、可行性审查时，可以听取行业协会的意见。可见，既有实践缺乏对行业组织参与企业合规行政监管的制度保障。

四、企业合规嵌入首违不罚的路径优化

行文至此，我们发现，企业合规嵌入首违不罚的路径存在的诸多问题与局限。本文认为，至少可以从如下方面优化既有实践路径：

（一）创设企业合规程序中行政法义务层次

在合规程序的不同阶段，应当为涉案企业创设不同程度的合规义务。简言之，在事前评估的准入环节创设“承诺义务”，在合规整改的考察环节创设“推进义务”，在合规整改评估阶段的验收环节创设“证明义务”。

1. 准入环节创设自愿合规承诺义务

承诺义务，是指合规程序的适用条件除了要求初次违法、危害后果轻微之外，只需要涉案企业自愿作出合规整改的承诺即可，无须增加涉案企业“积极配合调查”“主动提供相关证据”等义务。一方面，配合调查、提供证据的义务属于新增涉案企业义务，而企业合规嵌入首违不罚制度恰恰是希冀发挥企业合规的法律激励价值，而不是强制企业合规；另一方面，何为“积极”？“相关证据”的边界何在？这些都无疑新增了裁量权。既然企业合规嵌入首违不罚的路径是将“合规整改效果”与“及时改正”要件相结合，那么在涉案企业合规程序启动阶段，便只需要满足首违不罚的前两项构成要件的同时，要求涉案企业作出“建立或完善企业合规制度”的承诺即可，没有必要增加涉案企业其他法定义务。

2. 考察环节创设合规整改推进义务

推进义务，是指对于合规程序启动的涉案企业而言，其应当在后续的监督考察阶段有效推进

^① 参见宁波市鄞州区《市场监管领域企业合规工作指引（试行）》（鄞市监〔2023〕69号）第10条。

涉案企业合规整改，至于合规整改的效果是否满足验收评估要求在所不问。主要存在三点考虑：第一，行政资源的有限性。如果涉案企业仅仅依靠合规承诺启动合规程序，在合规考察阶段却不积极推动内部合规管理制度建设，无疑会造成行政资源的浪费。考虑到有限的行政资源，行政调查中发现涉案企业不作为，应当立即终止合规程序。在这个阶段为涉案企业配置推进义务，正是力求节约行政资源。第二，防止合规考察阶段义务与评估验收阶段义务混同。实践中，往往出现合规考察伊始，监管部门就要求正在推进合规管理制度建设的企业做到合规整改的有效性要求。过重合规义务的前移带来的是涉案企业“疾风劲雨”式推进合规整改，不利于实现合规整改的实质化。本文认为，可以借鉴诉讼程序中的当事人推进义务之具体要求，^①消解推进义务认定的“主观化”难题。

3. 验收环节创设合规整改有效性证明义务

证明义务则要求，涉案企业在评估验收阶段，应当证明其在监督考察期所进行的合规整改对于企业预防未来违法行为是有效的。必须指出的是，此处所言“预防违法行为再次发生”应当仅限于同类行政违法行为，而不应当包括所有类型的行政违法风险。坦率地讲，后者只是一种理想目标，不切实际。另外，合规整改应当聚焦涉案企业的专项合规整改，而非全面合规整改，因为全面合规整改无疑增加了合规程序适用成本，加重企业合规整改负担。目前阶段，有必要借鉴裁量基准方式，出台合规整改有效性标准，并将标准细化、刻度化，指引企业有效完成合规整改。

综上，企业合规嵌入首违不罚制度的适用主要存在合规准入、整改、验收三个依次连接的环节，涉案企业在上述环节的合规义务应当是逐步加重，而不应当是要求同等程度的合规义务，以及适用同一合规义务履行认定标准。

（二）规范合规行政裁量权

为规范检察机关在企业合规改革中的公诉裁量权，实务部门先后制定了《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）》《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》。刑事法学界从限制合规整改适用条件、引入法院审前参与等角度讨论如何约束公诉裁量权。^②那么，在首违合规免罚模式实践中，是否可以将规范检察裁量权的机制“拿来”规范合规行政裁量权呢？答案是否定的。本文接下来立足首违合规免罚模式制度实践，兼议检察机关合规不起诉裁量权与合规免罚行政裁量权差异，从内部与外部双重视角阐述规范行政合规裁量权的可能路径。

1. 内部规范路径

首先，限缩准入条件不适合首违合规免罚模式。从刑事合规改革数据看，凡是满足企业合规考察适用条件的涉案企业基本可以成功获得不起诉的刑法激励。^③因此，刑事法学者提出的通过合规考察制度的适用确立更多的约束条件，规范检察机关在合规考察对象准入上的自由裁量权具

^① 参见胡晓：《民事庭审实质化视角下司法请求权之保障》，载《甘肃社会科学》2019年第5期，第132页。

^② 参见李奋飞：《论企业合规考察的适用条件》，载《法学论坛》2021年第6期，第31-43页；唐彬彬：《检察机关合规不起诉裁量权限制的三种模式》，载《法制与社会发展》2022年第1期，第40-58页。

^③ 截至2023年9月，全国检察机关累计办理涉案企业合规案件7815件，对整改合规的2898家企业、6102人依法作出不起诉决定。有136家企业未通过监督评估，企业或企业负责人被依法起诉追究刑事责任。可知，涉案企业不起诉率达95%。参见高景峰：《积极推动中国特色现代企业合规制度的立法实现》，载微信公众号“蓟门一体化刑事法讲坛”（最后访问时间：2023年11月6日）。

有相当合理性。然而，此种做法不宜适用于首违合规免罚模式。原因在于，首违不罚制度的适用应当彰显行政处罚具有的教育违法相对人的价值取向，设置较高的准入门槛显然与上述价值追求相违背。

其次，事先协商制定评估有效合规整改的量化标准。刑事企业合规改革中，第三方组织负责“对涉案企业专项合规整改计划和相关合规管理体系有效性进行了解、评价、监督和考察的活动”^①。“考察结果作为人民检察院依法处理案件的重要参考”^②。据此可知，合规整改的有效性与否直接决定了涉案企业最终是否可以获得不起诉的检察决定。对此，刑事法学者从合规的要素^③、标准^④、原则^⑤等层面讨论如何判定有效合规整改。未来实践中，市场监管部门应当在合规考察启动伊始，便同涉案企业协商制定有效合规整改的标准、原则，同时可以采用清单的形式量化有效合规整改指标。一来，前端制定可以防止监管部门在合规考察中后期随意添加或变通指标要求；二来，量化指标可以尽可能压缩监管部门评估验收中恣意选择不利于涉案企业的指标要素。

最后，践程序公开理念。在企业合规引入行政监管领域初期，尤其应当重视合规程序公开。监管部门应当在政府官网及时公开适用企业合规程序的推进程度、量化标准、指导建议等。程序公开对规范合规裁量权的意义主要体现在：其一，督促监管部门慎重制定量化标准；其二，规避监管部门任意缩短整改期限，或改变合规整改有效性评估标准；其三，防止监管部门依据涉案企业行业、规模、地域等无关因素而“选择性”适用合规程序。

2. 外部规范路径

一是法院不宜审前参与。当前，法院参与涉案企业合规改革成为刑事法学界与实务界的热点议题。刑事法学界对此存在不同主张。赞同者认为，鉴于我国涉案企业合规中公诉裁量权不断扩充、检察机关自我监督效果不佳等现实，引入法院审前参与涉案企业合规十分必要。^⑥反对者认为，“法院的审前审查是一种理想化构造，但并不适合我国诉讼权利的配置结构，在现阶段也不符合我国刑事诉讼的基本理念”^⑦，同时与我国附条件不起诉的法律构造也不相协调^⑧。笔者认为，首违合规免罚模式不宜引入法院审前参与。理由在于：首先，根据国家机构之间独立行使职能的宪法原则，企业合规嵌入首违不罚制度属于行政执法领域的改革实践，作为司法机关的法院无权主动介入。其次，法院应当尊重行政机关的“首次判断权”，即在行政机关对行政违法行为作出认定前，法院不得介入径行判定行政相对人违法行为；最后，企业合规行政监管实践不同于刑事涉案企业合规，在刑事领域，利害关系人比如涉案企业的债权人等在检察机关作出合规不起诉决定后，无法寻求法院救济；在行政领域，涉案企业以及利害关系人可以针对监管机关作出的不予处

① 《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》（全联厅发〔2022〕13号）第1条。

② 《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）》（高检发〔2021〕6号）第1条。

③ 参见陈瑞华：《有效合规的中国经验》，北京大学出版社2023年版，第37-63页。

④ 参见李玉华：《有效刑事合规的基本标准》，载《中国刑事法杂志》2021年第1期，第116-129页；刘艳红：《涉案企业合规建设的有效性标准研究——以刑事涉案企业合规的犯罪预防为视角》，载《东方法学》2022年第4期，第105-118页。

⑤ 参见陈瑞华：《合规整改中的高层承诺原则》，载《法律科学》（西北政法大学学报）2023年第3期，第76-88页。

⑥ 参见唐益亮：《反思法院审前参与涉案企业合规的困境与出路——以规范公诉裁量权的运行为视角》，载《环球法律评论》2023年第6期，第51-61页。

⑦ 周新：《人民法院参与涉案企业合规改革问题研究》，载《法商研究》2023年第6期，第36页。

⑧ 参见李伟：《企业刑事合规中的法院参与》，载《华东政法大学学报》2022年第6期，第67页。

罚、减轻处罚、从轻处罚决定寻求司法救济。

二是区分类型引入行政听证。《指导意见（试行）》第十五条规定，人民检察院对于拟作不批准逮捕、不起诉、变更强制措施等决定的涉企犯罪案件，可以召开听证会，并邀请第三方组织组成人员到会发表意见。涉案企业合规不起诉实践中，检察听证已是相当普遍，目前公布的20起企业合规典型案例中，共计11起案件召开听证会。^①企业合规行政实践中，已有地方监管部门召开听证会。例如，南京市雨花台生态环境局召开全市首例生态环境领域企业行政合规公开听证会，五名听证员建议雨花台生态环境局对涉案企业作出轻罚或者免罚决定，听证会后，雨花台生态环境局决定对该企业免于处罚。^②笔者认为，首违合规免罚模式应当引入行政听证，体现在评估验收阶段，即邀请人大代表、人民监督员、第三方评估代表、相关领域企业代表等参加听证，听证会评议意见作为行政机关作出最终处理决定的重要参考。当然，应当根据案件的社会影响、合规整改的复杂程度、案件示范效应等因素，区分适用“个案裁决型听证”与“政策成型型听证”不同类型。^③

三是适度确立第三方监督评估机制。第三方监督评估机制对于制约检察裁量权具有重要意义。^④笔者认为，未来在首违合规免罚实践中，应当逐步确立第三方监督评估机制。当然，并不是所有纳入合规程序的涉案企业都需要启动第三方监督评估机制。至于哪些案件适用，一方面需要进行成本收益考量，比如适用第三方机制的行政成本、企业承担经济成本、社会公益增加、企业自身收益等；另一方面也要进行必要性考量，比如基于企业规模、行政违法原因、企业合规建设基础的客观实际等。其实，目前已有地方政府引入第三方机制。比如，2023年4月25日江苏省江阴市发布《关于公开选任江阴市市场监管领域涉案企业合规第三方监督评估专业人员的公告》明确规定了监督评估专业人员的选任范围、选任条件，以及主要职责；^⑤又如，2023年5月15日四川省绵阳市市场监督管理局发布的《关于建立市场监管领域涉案主体合规审查评估工作机制的实施办法（试行）》第三条规定“市场监管部门认为确有必要时，可以征求相关部门意见或邀请第三方机构参与合规审查”^⑥；再如，2023年4月江西省宜春市万载县市场监管局研究制定的《万载县市场监管局关于构建由商（协）会第三方对行政执法涉案市场主体合规监督评估机制工作方案（试行）》，明确了行政处罚裁量权参照执行标准。^⑦由此可见，未来在首违合规免罚实践中，逐步建立第三方监督评估机制势在必行。

^① 地方实践中，召开听证会的比例也是相当高，比如深圳市人民检察院在办理的133件企业合规案件中，召开企业合规验收听证会63场。参见《企业合规，“深圳模式”不断优化》，载微信公众号“深圳市人民检察院”（最后访问时间：2023年4月15日）。

^② 参见《“行政合规”+“公开听证”，雨花台区率先全市之先推出行政合规监管新模式》，载微信公众号“南京生态环境”（最后访问时间：2023年11月6日）。

^③ 参见石肖雪：《作为沟通过程的行政听证》，载《法学家》2018年第5期，第44-60页。

^④ 参见张旭东：《企业合规不起诉中检察裁量权的合理规制》，载《西南政法大学学报》2023年第3期，第23-24页。

^⑤ 参见《关于公开选任江阴市市场监管领域涉案企业合规第三方监督评估专业人员的公告》，江阴市市场监管局官网，<http://www.jiangyin.gov.cn/doc/2023/04/25/1134830.shtml>。（最后访问时间：2023年12月22日）。

^⑥ 参见《绵阳市中级人民法院、绵阳市人民检察院、绵阳市司法局、绵阳市市场监督管理局关于建立市场监管领域涉案主体合规审查评估工作机制的实施办法（试行）》（绵市监发〔2023〕63号）。

^⑦ 参见《万载县：首推第三方监督评估机制 涉企行政执法听取商（协）会意见》，宜春市人民政府官网，<https://www.yichun.gov.cn/yicsrmzf/yhhjjsysdt/202312/f8e42d36a02e419ea7449066d04d8cf2.shtml>。（最后访问时间：2023年12月22日）。

（三）淡化行政主导色彩

其一，拓宽涉案企业主动参与渠道。《工作指引（试行）》仅规定在事前评估阶段，即启动环节，涉案企业可以主动申请企业合规。显然，准入环节的主动参与，不但难以规避行政主导带来的潜在风险，而且容易出现因后续合规环节缺乏涉案企业与案件承办机构的积极协商、合作而导致企业合规整改方向走偏。因此，未来应当拓宽涉案企业主动参与合规全流程渠道。监督考察阶段，建立定期联席会议制度，案件承办机构邀请相关业务科室人员、行业协会代表、专家学者、实务律师等听取涉案企业在合规整改推进过程中遇到的困难，针对性开展合规援助；建立合规整改中期考核制度，一方面督促企业主动积极推动合规整改，另一方面监管部门可以及时掌握合规整改进度，适时调整合规整改期限。验收评估阶段，应建立“调查终结报告异议制度”，在异议期内涉案企业可以对调查终结报告中的内容、决定提出异议，提出异议后，监管部门应当组织“答辩会”。“调查终结报告异议制度”相当于给予涉案企业一次主动维护自身权益的机会，既有助于行政处罚决定的理由更为充分、客观，又可以督促案件承办机构更加慎重、严肃地制作调查终结报告。

其二，增设行业组织参与路径。正如最高人民检察院有关人员所强调，以个案合规促进行业合规。^①行政监管领域应当更加重视行业合规建设。实践中适用合规不起诉改革的案例多为虚开发票、单位行贿、串通投标等犯罪活动，究其原因，与市场监管部门对整个行业的监管存在重大制度漏洞存在着密切关系。有论者指出，检察机关引入“行业合规整改”，通过行业协会或商会的参与，推动特定领域多家企业同时展开合规整改，建立合规管理体系，从“个案合规”向“行业合规”展开，这样的“行业合规”探索革新了中小微企业合规整改的传统方式。^②行政实践中，行业合规具有更大的探索空间，因为日常市场监管的对象既可以是特定企业组织，也可以是某个行业领域。其实，已有地方政府制定企业合规行政法规范，比如《重庆市直销行业合规经营指引》《广州市跨境电商行业合规指引（试行）》等。毫无疑问，行业合规建设中，行业组织作用是不可替代的。举例来说，全国首个快递行业合规指引《上海市快递行业合规指引》就是上海市青浦区人民检察院与上海市快递协会联合发布的。总之，未来的企业合规行政监管，应当聚焦行业合规建设，保障行业组织的参与，充分发挥行业组织在企业合规行政监管中的作用。合规程序启动阶段，市场监管部门审查涉案企业合规必要性、可行性，应当听取行业协会、商会意见，并且采纳情况予以反馈；对于涉案企业主动提出企业合规申请的，应要求其提交行业协会合规必要性可行性评估报告。监督考察阶段，《工作指引（试行）》建立的会商机制应当吸纳行业协会、商会等人员参加，并保障其独立发表意见，共同给予涉案企业全阶段合规指导。评估验收阶段，应当委托行业合规专业委员会作为第三方组织独立提交涉案企业合规整改评估验收报告，评估验收报告作为市场监管部门依法处理案件的重要参考。

其三，合规程序全过程注入成本收益考量。企业合规改革是一场试验，试验即意味着存在诸多法律风险。这就要求注重分析企业合规改革的成本与收益。刑事企业合规改革至今，无论是刑

^① 参见《充分发挥典型案例指引作用 深入推进涉案企业合规改革》，中国日报网，<https://cn.chinadaily.com.cn/a/202301/16/WS63c5494aa3102ada8b22b93f.html>。（最后访问时间：2023年12月23日）。

^② 参见陈瑞华：《行业合规的探索与反思》，载《民主与法制》（周刊），2022年第15期。

事实务界，还是刑事学术界，都对企业合规的激励价值论述颇多，而对支撑制度设计和改革实践的投入成本关注不足。作为法律监督机关，检察机关追求法律所代表的正义得到实现，而作为法律的执行机关，行政机关追求行政效率。有论者曾指出，行政效率是衡量行政活动的标尺。^①这就要求，政府监管企业合规管理需要引入成本收益分析工具，比如在合规程序的适用对象选择上，应当考虑合规整改带来的社会效益，如不特定权利人利益、社会责任承担等；以及适用合规程序需要投入的人力、物力、财力等行政成本。其实，不但是事前评估阶段，在合规考察与评估验收阶段，市场监管部门也应当考量成本收益，决定是否延长合规整改期限、是否有必要组织公开听证、是否需要委托第三方组织开展评估验收等。面对政府介入企业合规管理带来的“推进失灵风险”、企业合规管理“符号化”^②，政府监管应当“由‘推动企业开展合规管理’向‘助力企业提升合规管理效率’深化”^③。由此，我们会发现，适用合规程序既要求行政机关进行成本收益考量，也要求涉案企业进行合规管理建设时考量自身的成本与收益。总而言之，首违合规免责模式，甚至整个企业合规行政实践，都应当全方位引入成本收益考量，只有这样才可以实现企业合规改革增进社会整体福利，筑牢企业合规改革作为社会治理新模式的正当性与有效性。

结 语

自 2020 年至今，刑事领域企业合规改革如火如荼，反观行政领域，似乎异常凋敝。不过，不少刑事法领域研究者坦言，企业合规在行政领域拥有更大的适用空间。^④更是有刑事法学者直言，“不宜过分夸大刑事合规的制度价值。相反，鉴于我国的法律体系和制度背景，企业行政合规的倡导是一个更为妥当的解决方案”^⑤。

然而，转移观察视角，我们会发现，在缺乏中央牵头行政领域企业合规改革试点的背景下，不少地方政府尝试将企业合规引入行政执法实践。目前已经存在的地方实践中，浙江宁波与广州尝试将企业合规与首违不罚制度相结合，将合规整改与违法行为调查程序相结合，探索出“首违合规免罚模式”，对于未来企业合规行政实践的全面展开具有重要的示范意义。本文立足制度建构，尝试从法理基础、问题检视、路径优化三个方面对该模式展开初步分析，目的在于引起学界同仁对正在发生而且必将持续发生的企业合规行政实践给予足够关注。

① 参见王成栋：《论行政法的效率原则》，载《行政法学研究》2006年第2期，第27页。

② 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85-87页。

③ 郑雅方、方世荣：《论促进企业合规管理效率的政府监管》，载《中外法学》2023年第6期，第1494页。

④ 参见陈瑞华：《企业合规基本理论》（第三版），法律出版社2022年版，第206页。

⑤ 田宏杰：《刑事合规的反思》，载《北京大学学报》（哲学社会科学版）2020年第2期，第119页。

The Approach and Optimization Methods of Corporate Compliance Embedded with Impunity for the First-time Offense

LIU Jian-ye

(Peking University Law School, Beijing 100871)

Abstract: There are multiple points of convergence between corporate compliance and the impunity system stipulated by the Administrative Penalties Law. Thus, there is a legitimate basis for local administrative supervisory practices to embed impunity for the first-time offense into corporate compliance. However, there are certain problems in the existing practices, such as increasing obligations for enterprises, abusing compliance discretion, and obvious administrative dominance. The introduction of corporate compliance into the administrative sphere should not only fully leverage the flexibility of administrative supervision, but also stimulate the incentives for corporate compliance. In the future, a hierarchy of obligations ranging from light to severe shall be created at various stages, from *ex ante* assessment to oversight inspection, and to *ex post* evaluation; And it's important to regulate compliance discretion from two aspects, *i. e.*, optimizing effective compliance rectification standards and introducing external restrictions such as compliance hearings; And administrative dominance shall be diluted by guaranteeing the participation of the involved enterprises in the whole process and by introducing a third-party mechanism and trade association participation.

Key Words: Corporate Compliance; Impunity for the First-time Offense; Compliance Discretion; Practice Review; Approach Optimization

(责任编辑: 杨伟东)