

杨力 卞传山 著

商业合规的 微观理论研究



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容提要

商业合规,已不再局限于法律风险管理,而是更广泛覆盖内控与反舞弊、企业社会责任等领域。面对合规的进一步界定就是企业为免受法律制裁、监管处罚、财务或声誉损失,从治理结构、内控机制、责任价值建立的“全面风控”意识、标准和取向,从行为预期上又突出强调对违规的“零容忍”。在此基础上,更高水平合规还在于“借入亲和力认知界面”,潜移默化影响企业的行为模式,推动内在自动化守规的“巴塞尔式”合规文化形成。围绕这些前沿问题,本文围绕商业合规的微观理论基础、行业合规重点、体系化治理体系等进行了探索研究。

图书在版编目(CIP)数据

商业合规的微观理论研究 / 杨力,卞传山著. —上海:上海交通大学出版社, 2022.1
ISBN 978-7-313-25326-2

I. ①商… II. ①杨… ②卞… III. ①企业管理—研究—中国 IV. ①F279.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2021)第 174326 号

商业合规的微观理论研究

SHANGYE HEGUI DE WEIGUAN LILUN YANJIU

著 者: 杨 力 卞传山

出版发行: 上海交通大学出版社

邮政编码: 200030

印 制: 上海景条印刷有限公司

开 本: 787 mm×1092 mm 1/16

字 数: 282 千字

版 次: 2022 年 1 月第 1 版

书 号: ISBN 978-7-313-25326-2

定 价: 78.00 元

地 址: 上海市番禺路 951 号

电 话: 021-64071208

经 销: 全国新华书店

印 张: 13.5

印 次: 2022 年 1 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者: 如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话: 021-59815621

杨力，上海交通大学凯原法学院、中国城市治理研究院双聘教授、博士生导师。入选国家重大人才工程项目、国家社科基金重大项目首席科学家。现



任上海交通大学智慧法院研究院常务副院长、中国法与社会研究院副院长、人民法院矛盾纠纷源头治理研究基地主任、上海市大数据中心-上海交通大学大数据联合创新实验室主任、《中国大数据社会应用评论》《国际商事法务评论》主编。曾经在最高人民法院、中国政法大学、美国杜克大学、美国北卡罗来纳大学、荷兰鹿特丹伊拉斯姆斯大学等访问或从事博士后研究。兼任国际亚太欧洲法学院联盟（APELI）秘书长、欧盟人工智能简漫特合作（Jean Monnet Network）指导委员会委员、《商业合规评论》（Compliance Review）编委、上海市法学会公司法务研究会会长、上海市大数据社会应用研究会首任会长。已发表国内外学术论文130余篇、学术专著7部，以及计算机软著、专利和技术标准15项。

卞传山，1996年毕业于武汉大学法学院，研究生学历，现为江苏宁沪高速公路股份有限公司纪委书记，兼任江苏省法律援助基金会理事、上海交通大学企业



法务研究中心客座研究员。曾任职于共青团江苏省委、江苏京沪高速公路有限公司、江苏交通控股有限公司。独著《企业法务与合规管理实务》，合著《未成年人保护概论》《高速公路十二大管理细则》，自1994年起在《经济与法》《政治与法律》《学习与实践》《社会科学家》《江苏社会科学》《中国改革》《青少年犯罪问题》《上海法学研究》《南京社会科学》《法人》《中国高速公路》《新产经》《企业法律顾问》《法制日报》《人民法院报》《检察日报》《中国证券报》《金融时报》、CHINA DAILY、《中国交通报》《工人日报》等报纸杂志上发表法学类论文130余篇。曾被全国中小企业协会评为全国十大首席合规官，多篇论文先后获“周鲠生”法学奖、中宣部全国人大内司委“好作品”奖、江苏省企业改革与管理优秀论文三等奖等。



扫描二维码
关注上海交通大学出版社
官方微信

序

随着2002年安然、世通公司垮台,以及施乐、默克等知名企业相继爆发丑闻,“合规”(compliance)迅速上升为国际市场秩序重塑的关键词。由于金融证券的经营业态比较单纯、监管部门相对集中和执业标准更加统一等条件,“合规”率先在该行业出现,很快又渗向更多行业,已成为现代企业合法化、一体化、公平化营商的通识标准。同样基于中国语境,“合规”也不再局限于“窄巷思维”的法律风险管理,而是覆盖了商业结构性反腐、员工权益倾斜保障、法定更多信息披露、股权转让尽职调查、资源能源透支内控、碳足迹新叙述方式等一般议题,以及国企混改和反垄断、产业转移责任赤字、创客与知识产权保护、富余劳动力消化转移、负责任的采购链等特定议题。2021年6月3日,最高人民检察院等八部委联合印发《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)》,引入了合规相对不批捕、不起诉,变更强制措施等机制。很显然,“合规”一词进入了当下中国企业治理的主流话语,需要对之认真研究。

国内外学术和实务界虽对“合规”的界定有不少认知和论断,不过核心都是“符合一定的准则或规则”。整体来说,现代企业的合规界定包括三个层次,国家颁布的法律和政令、企业自身制定的共同体规则和协定、自由市场所要求的一般性诚信伦理。根据这一经典划分,比较成熟的企业合规体系至少有三个部分:完善的公司治理结构;稳定、连续、可行的内控机制;明确的、被严格遵循的企业社会责任。它们分别构成企业合规管理的逻辑起点、内在保障和导向目标。

因此,“合规”不能只是“符合一定的准则或规则”,而是比法律风险管理的内涵更宽泛。显然,面对合规的进一步界定就是企业为免受法律制裁、监管处罚、财务或声誉损失,从治理结构、内控机制、责任价值建立的“全面风控”意识、标准和取向,从行为预期上又突出强调对违规的“零容忍”。在此基础上,更高水平合规还在于“借入亲和力认知界面”,潜移默化影响企业的行为模式,推动内在自动化守规的“巴塞尔式”合规文化形成。否则,唯有外在惩罚性压力的合规,仍会让短期功利性的企业对违法作业给予成本考量,当违规成本被接受又能显著推高绩效,就不排除企业择以违规实现当下增益。

不过,国内外相对成熟的合规并非对所有风控点的“平均供给”,而是会借助于绘制适

合企业所在国家、地区和自身实际的“风控热力图”，标识出风控点的重要性水平差异，以决定投入的关注程度或风险应对的时间和力度。根据这一思路及结合前期研究，中国商业合规的微观理论研究主要包括以下几个方面：

第一，当下中国企业治理结构的“立法性合规关注”。面对脱胎于整个经济和社会转轨的中国多数企业治理结构不太完善，不少公司存在“三会”之间相互制衡的形式化，以及相当程度的内部人控制现象，最新修订的中国公司法对之给予不断融合两大法系之长的“立法性合规关注”。一般而言，企业治理结构的合规指向四个方面：股东对公司行权中的合规；股东之间因处理股权和投资事务产生互动的合规；董事及其他高管对公司运营的合规；监事对公司经营和内部控制人监督的合规。然而，当下中国企业在投资者、经营者与监督者之间面临的以上难题，又不是简版处理的英美法系的“信托”，抑或大陆法系的“代理”定位之分所能轻易解决，而是应依国情因地制宜。所以，中国公司法的修订思路没有采纳英美法系侧重于构建开放式的公司结构，让股权分散而更为突出董事会的权力，而是以大陆法系的封闭式“内控型治理”为蓝本，又引入了英美法系中的“独立董事”这样的制衡元素，尤其强调经营者的合规既不能违法又必须按照“章程约定”，体现出了中国合规立法的“私法自治”这一立场。

第二，当下中国企业内控机制的“协同性合规关注”。相对于治理结构的合规对象是股东和董事、监事、高层官员，内控机制的合规对象则是企业内设部门和雇员。内控机制的合规一般包括：流程性制度不能违反法律和政令，不能悖于企业治理结构，不能让程序流于形式。但合规在内控机制上的最大难点在于，内设部门之间的目标不一致所产生的合规抵牾。比如，财务部门定位于成本控制，减少开支和降低费，缩短应收账款期和延长应付账期，提高速动比率，增加资金抵御风险实力，期待资金最大限度上良性滚动；业务部门寻求快速决策和执行，完成并实现更多销售额，采取各种方法刺激外部市场，以账期、费用、履约风险等换来优质客户和主力上游原料产品；法务部门则主张控制各类风险，尤其是降低主营业务系统性的履约风险。显然，所有部门的初衷都着眼企业利益，但源于职责差异而导致目标不同。所以，在尚未建起比较完善的内控机制，合规管控的“四权管理”亟待整合，既定程序性规定较少和信息化程度不强时，当下中国企业的内设部门在共同治理中，既能合力保证不会过度偏离参与者追求，又能基于利益出发点差异而相互牵制，就成为内控机制上“协同性合规关注”的关键。

第三，当下中国企业社会责任的“责任性合规关注”。随着新经济地理学上企业要素空间分散化、网络结构化出现，以及相应由材料、生产、服务、流通等串联起来的产业链渐从集聚走向分散，企业社会责任的更多维度和利益相关方受到关注。它构建的以经济责任为基础，兼及社会和环境责任的闭环稳定结构，不仅能借助经济上的盈利对股东负责，而且可以更多体现对客户消费者、内部员工、商业合作者、供应链伙伴、同业竞争者、周边

社区等利益相关方承担责任,已获得世界主流认同并被付诸实践。同样,中国所存在的不平衡、不协调和不可持续问题,也让国家治理的着眼点发生了重大变化,包括:调整经济增长质的方面、收入分配和环境指数等,不再沿袭以往的透支劳工权益、无度破坏环境等“向下竞争”,强调以协调、绿色、共享等理念改变“供给侧”的竞争压力传递机制;面对企业“走出去”和 TPP 等国际规则话语权的倒逼压力,强调深化全方位开放,深度融入世界经济和培育国际经济合作新优势。当然,这里“责任性合规关注”主要指向“强制性、引导性的社会责任”,不包括“纯粹道德性的社会责任”。

以上对“合规”的界定,为全方位掌控和评价中国在该领域已取得的成就提供了以趋势性判断的框架。基于此,微观理论视角的中国企业合规的热点、前沿和重大问题,才可被加以类型化及收敛于若干关键议题,以及对之深入剖析和前瞻思考。

课题研究团队成员 吴尚轩、何航、赵帅、郭宪功、彭辉、蒋海晨、谢玉洁、詹剑参与撰写相关章节。特此致谢!

是为序。

杨 力 卞传山

2021年9月1日

目 录

第一编 商业合规的微观研究拓展

- 第一章 商业合规何以更好实现 3
 - 第一节 基于内部视角的商业合规 3
 - 第二节 合规、法务、内控的澄清 4
 - 第三节 盈利与合规的最大公约数 6

第二编 商业合规的微观理论基础

- 第二章 商业合规的风险和责任话语 13
 - 第一节 商业合规的两大兴奋点 13
 - 第二节 公司性质界定理论 15
 - 第三节 风险的国内外不同语境 16
 - 第四节 责任团体与个体双重性 18
 - 第五节 风险与责任关联度分析 21
- 第三章 商业合规的外部 and 内控治理 23
 - 第一节 营商法治“特拉华州现象” 23
 - 第二节 所有权结构与高成本代理 26
 - 第三节 非股东利益相关方的权益 29
 - 第四节 原生性软法的内控生态 33
- 第四章 商业合规的微观关键议题 39
 - 第一节 风险识别标准与类型 39
 - 第二节 社会责任的引入与边界 41
 - 第三节 法务风险管理 46
 - 第四节 企业社会责任 53
 - 第五节 内控治理体系 56

第三编 商业合规的行业微观研究

- 第五章 行业重点法务风险的识别 63
 - 第一节 以交通行业为切入点 63
 - 第二节 投资与融资 66
 - 第三节 招标与投标 67
 - 第四节 合同全周期管理 70
 - 第五节 商业秘密与知识产权 77
 - 第六节 侵权责任 79
 - 第七节 纠纷解决 82
- 第六章 行业社会责任风险的识别 86
 - 第一节 高速公路服务区 86
 - 第二节 路桥干线 90
 - 第三节 海外投资 95
- 第七章 行业底线内控风险的识别 100
 - 第一节 刑事合规的共治立场 100
 - 第二节 刑事违规的主要类型 103
 - 第三节 内控治理的悖论之辩 108
 - 第四节 刑事合规的防控基准 112

第四编 体系化的微观合规风险评估

- 第八章 商业合规的数据实证研究 119
 - 第一节 定量与认知方法论 119
 - 第二节 企业法律风险指数 120
 - 第三节 底线社会责任的数据实证 127
 - 第四节 商业合规的域外借鉴 134
 - 第五节 商业合规的高效认知视角 136
- 第九章 商业合规的风险评估模型 141
 - 第一节 评估指标原理 141
 - 第二节 评估路径依赖 143
 - 第三节 量化评估模型 148

第四节 数据处理与赋权标识 152

第五节 商业合规风险热力图 158

第五编 商业合规的微观治理体系

第十章 商业合规的治理原理 165

第一节 合规的系统集成 165

第二节 内控融入式合规 171

第三节 责任豁免原则 175

第四节 合规协同监督体系 181

第十一章 商业合规的治理策论 185

第一节 治理的精细化维度 185

第二节 治理的原则和重点 190

第三节 治理的数据化力量 193

第四节 治理的文化软实力 196

参考文献 200



商业合规的微观理论研究

第一编

商业合规的微观研究拓展

第一章 商业合规何以更好实现

第一节 基于内部视角的商业合规

商业合规一词,最早起源于金融业。安然、世通、施乐、默克的财务丑闻,让美国情绪化地高票通过了著名的《萨班斯-奥克斯利法法案》,暂时结束了以往弥漫在企业内部的自由主义倾向。然而,强化了政府监管机器,以及加大的社会运行成本,并没有根本改观商业贪婪所滋生的“不合规”。随后2008年的世界金融危机的爆发,“讽刺性”使得市场信任这块商业基石又一次被周期性地动摇。同时,美国证券交易委员会(SEC)的监管定位,早已从“让投资者免受金融劫掠者的侵害”的初衷,转向“更主要是让拥有政治权势的金融劫掠者免受投资者侵扰”,^①又进一步加深了人们对“萨班斯法案式”商业合规监管失灵的“记忆”。换言之,无论美国的法律规定得如何细密,似乎岁月的年轮与商业周期的潮起潮落,都会将之冲刷得千疮百孔。

近年来的中国,商法的不断健全提供了规则土壤。《民法典》的出台,《公司法》不断修订打上的一个个关键性条款补丁,^②《证券法》修订进程中以“放松管制、加强监管”的原则共识,^③《刑法修正案》覆盖的商业反腐刑罚趋重,公司信息安全和不用滥用等条款,^④《反不正当竞争法》对商业贿赂、虚假宣传、侵犯商业秘密等的“渐密式”修订,^⑤尤其是国家标准化委员会在2012年、2017年,又连续专门颁布了列为国家标准的“法律风险管理”“合

^① Michael Lewis, David Einhorn, The End of the Financial World as We Know It[J]. New York Times, 2009, 1.4.

^② 《公司法》在1993年首次颁布实施后,分别于1999年、2004年、2005年、2013年、2018年经历了5次修订。特别是2005年、2013年、2018年的修订,进行了涉及商业合规的关键性条款的较大程度修正。

^③ 2005年修订的《证券法》已难以适应证券业的实际新需要。放松管制、加强监管是证券市场改革的思路。修订在简政放权的同时,进一步加强事中事后监管,减少了一批行政许可事项,取消部分限制性、禁止性规定,但强化了监管执法和法律责任。比如,调整了证券服务机构的监管方式,取消会计、资信评级、资产评估机构从事证券服务业务的二次审批,改为实行登记管理制度。完善了短线交易、内幕交易、操纵市场等禁止交易行为的规定,新增禁止跨市场操纵和利用未公开信息交易制度。此外,监管机构的监管执法方式、手段、措施等也得到完善,对违法行为的处罚力度也有所加强。

^④ 2015年11月1日,《刑法修正案(九)》实施,对商业受贿罪、行贿罪、利用影响力行贿、泄露公民个人信息、网络信息安全、信息网络工具性犯罪等商业合规体系的构建,进行了进一步完善。

^⑤ 2017年10月30日,《反不正当竞争法》修正案讨论通过,对原《反不正当竞争法》当中的混淆行为、商业贿赂、虚假宣传、侵犯商业秘密、不正当有奖销售、商业诋毁相关规定进行了修改;新增了利用网络从事生产经营活动的经营者应当遵守的规定,该条采用“定义”+“列举”的方式,将利用网络从事生产经营活动中的不正当竞争行为界定为“利用技术手段,影响用户选择或者其他方式,实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”,并且列举了实践中曾频繁出现的三类不正当竞争行为,第四项为兜底条款。

规体系管理”两个指南,^①更多使得商业合规的话语在中国,已不再只是残酷竞争的商业界“丛林规则”的附属品。

但是,中国的商业合规体系依然脆弱。一方面,商业在寻求利润的过程中,仍会重复性付出许多代价,甚至是巨额损失,去试错一些糟糕的商事规则、法律合规的漏洞,抑或妥协于部分僵硬的监管制度;另一方面,即使在商事规则高度发达的环境里,不少公司还时不时会遭遇难以预料、避之犹恐不及的商业合规“事故多发路段”。比如,中兴通讯事件等。

很显然,“外在”探讨商业合规依据的良法化,无疑是解决上述第一个问题的习惯视角。它沿袭了以往的套路,强调的是惩罚威慑模型或社会规范模型,更多是从“强化监管”角度推动反思性立法,着力于回答“基于外在制度压力”的商业合规责任承担。不过,只是一味沿循这一套路,不一定能有更大概率避免上述类似“萨班斯法案式”困境的出现,商业合规的监管失灵难免还会重蹈。

接下来从公司的“内部”视角,深入探讨“基于什么条件”的商业合规更容易、更可能实现的内在驱动机制,便成为突破这一困境十分关键的问题,至少可为商业合规的“事故多发路段”提供有效的预警标识。这种微观上的商业合规理论研究内容,主要包括:更加全面、精准识别和梳理内部合规的风险点及类型,以及动态提供内在的风险热力布局图、关键岗位的风险提示清单等,目的是建立商业合规风险的“高效认知界面”;在此基础上,才能进一步分析影响公司自动遵守商业合规的行为认知影响维度,寻找到商业目标与合规底线之间的“最大公约数”,为推动中国商业合规进程提供新的定位、思路与方案。本研究拟在这一问题上进行讨论。

第二节 合规、法务、内控的澄清

比较规范的商业机构内部,一般存在几个称谓近似的“守门员”职能部门:合规、内控及法务部门。不过,即使在“百年老店”的跨国公司,它们之间的功能描述和边界划分,实际上也有着较大差别,加之学术界对此的认知存在的不少误区,很有必要在讨论前予以界定和澄清。

2014年,国际标准化组织(ISO)推出《合规管理体系指南》(ISO19600),这是世界上第一个合规管理的国际标准,其对“合规”的界定,覆盖了内控、法务、社会责任(侧重于强制性和引导性社会责任,排除了纯粹道义性的社会责任)三个方面。^②因其作为国际共识

^① 2012年2月1日,国家标准《企业法律风险管理指南(GB/T 27914-2011)》实施;2018年7月1日,国家标准《合规管理体系指南 GB/T 35770-2017》实施。

^② 根据国际标准化组织出台的《合规管理体系指南(ISO19600)》,合规指组织以适合其规模、复杂性、结构和运营的方式,制定“合规义务”文件。主要包括两个方面:① 合规要求。遵守立法机构、监管机构制定和发布的具有强制性的法律法规、监管条例等,以及公司内部的规章制度和规范性文件等;② 合规承诺。组织与社区、公共权力机构、客户签订的协议、组织要求、政策、程序、自愿原则、规程、环境的承诺等。

的权威性,本研究拟采用这一界定。

一般而言,法务主要是根据外部立法机关、监管机构制定的“强制性”法律法规、部门规章和其他规范性文件,推动公司法律事务的处理。典型的包括:法律跟踪及咨询、合同管理、知识产权、纠纷处理、外部律师管理,以及投融资、招投标、对外担保、劳动人事等公司治理中的法律事务性审查。

社会责任,根据国际标准组织出台 ISO26000 所达成的全世界范围内共识,清晰被定义为是面对投资者、员工、顾客、供应商、竞争者、政府、社区等利益相关方,公司所承担的效力层级不同的部分法定或道德义务。^① 包括:① 强制性社会责任。比如,刑事商业反腐、中小股东知情权、产品质量、信息安全、反垄断、环境保护、职业健康与安全等;② 引导性的社会责任。比如,产品售后服务细节保障、消除员工歧视、不过度依赖政府专项补贴或政策扶持、利益相关方提出异议后的听证权等;③ 纯粹道德性的社会责任。比如,员工法定以外的期权奖励、供应商产品信息反馈、向政府提供资金赞助、慈善团体捐款等。

相对于法务的界定,除了纯粹道德性维度,“强制性”“引导性”社会责任的性质与之有所类似,都是公司所承担的基础性、义务性、具备转化为法定负担条件的责任担当。

内控,根据所有行业中最权威的银行业内控《巴塞尔协议(修订版)》《有效银行监管原则》,强调的是“全员参与”,是通过制定和实施系统化的制度、流程和方法,实现控制目标的动态过程。^② 从本质上讲,它是包括又限于法务、社会责任等实现的“承载形式”,侧重于借助财务状况透明度、重大决策机制、股权架构、董监高和关键岗位权力配置、完整和有效的业绩报告、流动性风险和关联交易信息披露、定期内部审计和反舞弊稽查等内部多元方式,重点是在程序和机制上,告诉公司“怎么做”“如何前瞻”“建立公司的中长期目标”以及“避免法律责任包括刑事法律责任”。^③

事实上,内控是从“健全市场”角度实现商业合规的另一条路径,它是借用市场约束机制来监督公司内控的改善,与那种简单的外部“强化监管”有极大不同。长期以来,国际上对银行、公司等商业机构中的重大乃至灾难性风险,到底是“强化监管”抑或“健全市场”的直觉性判断,更多是倾向于前者,不过往往陷入“萨班斯法案式”的困境,让这样的逻辑未免失之简单与失灵。毕竟赋予行政机构更多监管权限的期待,其实“预设了三个前提:存在市场失灵;监管的官僚有能力直接监督、规制和约束,缓解市场失灵;官僚有内在的激

^① 2010年,国际标准化组织在日内瓦推出 ISO26000 社会责任指南标准,它是在 ISO9000 和 ISO14000 之后制定的最新标准体系,恪守遵循法律法规、关注利益相关方、透明度、可持续发展、人权和多样性等五大原则,包括十个企业社会责任标准。

^② See Basel Committee on Banking Supervision, *Enhancing Bank Transparency: Public Disclosure and Supervisory Information That Promote Safety and Soundness in Banking Systems*, September 1998. Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework*, June 2004, available at <http://www.bis.org/publ/bcbst107.pdf>. Basel Committee on Banking Supervision, *Core Principles for Effective Banking Supervision*, September 2012.

^③ 卞传山,传统法务如何牵头企业合规管理[J],法人杂志,2019,2.

励,修正市场失灵。”^①但是,这是假设在现实中难以成立,至少是不完全成立。因为较之内部管理人、股东和其他利益相关者,外部监管所掌握的信息不全面,且其行为的内在激励也肯定不会超过股东和债权人等。所以,只是“一条腿走路”,片面强调“加强监管”,内控乃至商业合规目标的实现就会事倍功半。目前,政府监管者逐步淡化“管理者”的身份,而强化“监督者”的角色,已成为推动商业合规的新共识。

当然,内控仍有这样或那样的问题。^②但它是修正外部制度失灵,实现商业合规目标的低社会成本方式。内控不再是纸面上的法律文本,而是公司治理机制的健全,监管者所强调的“管内控”,不应当只被狭义理解为“加强监管”,同时也应当增加“健全市场”。这就是以更多的市场约束机制,激励公司主动改进内控,更多披露内控信息。如果更多公司不再是“遮羞”,而是“好人举手”主动迎合投资者和债权人之需的更细致披露,那么内控的良性循环模式可望实现。

第三节 盈利与合规的最大公约数

接下来的问题,又转入如何进一步寻找到盈利与合规之间的“最大公约数”? 回应这一问题依赖于多视角的全面深度思考,构成了本研究的主要叙事框架。

一、“加强监管”还是“健全市场”

(一) 依赖和夸大合规的外部监管是不明智的

近年来,随着上市公司的整体法律风险降低,金融这一最应强调合规的产业法律风险不降反升;上市公司的违规风险下降,但反映上市公司财务报表披露合规性的非标报告风险持续上升;同时,越来越多的立法论证也进一步表明,法律监控的表现相对较弱。^③这说明,利用法律“加强监管”即使重要,但效果并非理想。毕竟正如前述,较之公司的内部管理人、股东和利益相关者,外部监管者的信息未必更加全面,非标报告风险持续上升就是例证;同时,外部监管者的内在激励也不会超过公司的股东和债权人。因此,“健全市场”来实现商业合规才是主要方向。

(二) 防止“锚定效应”的利益集团游说劫掠

加强监管,作为健全市场的补充不可或缺。比如,近年来上市公司“受限资产”风险逐

^① See George Stigler. The Theory of Economic Regulation[J]. Bell Journal of Economics and Management Science, 1971, 2.

^② 比如,内控缺陷的具体构成及产生原因的分析度不足;内控评估严重缺乏全链条、细致的专业化判断;内控更多停留于机制而不敢触碰“公司治理架构”的奶酪;信息化程度不高导致内控的潜在实质性漏洞依然较多;即使是上市公司的内控披露采用的语言表述高度雷同,且“表功”的内容明显居多;内控的整改“工具箱”长期薄弱,缺乏务实管用的改进方案,等等。

^③ 比如,《证券法》修订、《公司法》修订、《反不正当竞争法》修订、《商业银行法》修订、《企业破产法》修订、《保险法》修订以及《反垄断法》《网络安全法》《环保法》和《外商投资法》制订等,都涉及“加强监管”,还是“健全市场”的巨大争论。

年上升,亟需警惕资金链断裂的风险。这种情况下,防止出现系统性金融风险的政治属性,肯定是加强监管的强大动力。不过,它又可能会浮现基于“锚定效应”的利益游说。因为人们在合规上常被启发认为,法律监控是不可或缺的,但往往忽略锚定离不开对偏离锚定的调整。比如,现实中不少公司因财富巨大而享有参与监管规则制订的很大话语权,同时又由于公众监督的倏忽即逝的特征,使得商业合规的监管偏离被锚定的原意,而是可能蜕变成充满不确定性、异化为表达一己之私的竞技场。其结果就是重蹈“萨班斯法案反思”的覆辙,^①甚至会出现国家资本主义。

(三) 基于类型化市场认知的精准监管合规

事实上,不同所有权、行业、领域、规模的公司之间合规风险差别很大,监管难以一概而论。需要从健全市场角度,针对市场的分类进一步让监管精准。以《公司法》为例,目前有限公司与股份公司的雷同规则过多,难以适应不同投资需求。前者的内部治理结构和规则,应以任意性规范为主,留给公司参与人更多的自治空间;后者又应继续区分“公众性”“非公众性”两类,毕竟两者的投资者范围和涉及利益主体差别很大。此外,还可以允许让公司发行不同种类的普通股、优先股,以解决类似风投中“对赌协议”问题;可以让公司章程在设立机构、配置权限上有更多灵活性,而不是刻板 and 僵硬,允许公司参与人在更多条款上制定适合自己需求的规则,才能实现“更自觉”的商业合规。

二、风险识别、评级和关键议题敲定

(一) 以合规全风险识别来干预直觉误判

商业不合规经常不是刻意违反,而是人们在情况不熟悉、风险又高,且来不及收集更多信息时的直觉性错误(见图 1-1)。偶尔的错误若代价不大,那么仓促决定可节省时间和精力,只是有时不合规结果又是致命的。所以,需要以预先识别风险来干预直觉的误判。因此,排查合规风险的目的,就是建立有意识的怀疑,让决策者同时在脑中记住多种互不相容的解释,以避免“光环效应”只关注第一印象,可能忽视不明确的因素而产生误判,“毕竟眼见未必就是事实”。



图 1-1 忽略不明确因素,字母“B”与数字“13”

(二) 构建与风险强度匹配的合规等级体系

合规一词,与识别后的风险相对应,隐含着强度的内涵。风险水平越高,且转危为安

^① 罗培新.科学化与非政治化:美国公司治理规则研究述评——以对萨班尼斯-奥克斯莱法案的反思为视角[J].中国社会科学,2008,6.