

新发展格局下企业合规法治化治理多维考察

陈兵, 张浩东

(南开大学法学院, 天津 300072)

[摘要] 因应新发展格局和全国统一大市场建设的发展要求, 企业合规法治化需进一步走深走实走细, 保障企业高质量创新, 实现企业可持续发展, 增强企业抗风险能力。针对企业知识产权合规内外风险, 需从立法、司法和执法多维推进; 就数字经济下人工智能发展, 需着力关注数据价值周期的合规风险及治理; 就算法和数据侵权, 则需进一步厘清平台主体的责任范围; 针对商业秘密风险, 需进一步完善保密制度的设计。就如何提高企业反垄断合规的自主性和积极性, 丰富企业主动合规进路, 从反垄断执法工作、企业反垄断合规体系建设两方面进行了讨论, 认为需进一步提高反垄断执法的力度与精度, 做好反垄断执法与反垄断合规之间的有效衔接, 推动企业反垄断合规正向激励机制的建设及落地, 在现行反垄断法体系或者反垄断合规体系中嵌入合规激励制度, 更好帮助企业反垄断治理。此外, 还讨论了特殊刑事案件中企业合规的必要性、可行性及可及性, 由此对法院工作提出了新要求; 同时, 聚焦京津冀跨区域企业合规治理合作问题, 探讨了现行司法实践中的具体做法, 包括深化企业合规跨区域协作的办案机制, 二是实现跨区域合规标准的审查和互认, 三是积极探索异地同步检察听证制度, 四是加强企业合规标准有效性的监督。

[关键词] 新发展格局; 企业合规; 知识产权合规; 反垄断合规; 多元合规治理

[中图分类号] DF414

[文献标识码] A

[文章编号] 1671-6973(2023)02-0066-12

近日, 由南开大学竞争法研究中心主办的南开大学首届企业合规法治论坛“新发展格局下企业创新发展合规法治保障研讨会”顺利举办。来自高校、司法、执法、企业等多领域、多学科专家齐聚, 共话构建新发展格局和全国统一大市场的背景下, 企业创新发展合规法治保障新路径。

会上, 南开大学竞争法研究中心主任陈兵教授表示企业合规法治建设是保障企业高质量创新、实现可持续发展、增强抗风险能力的关键基础, 更是将全面依法治国深入践行于企业创新发展全周期的生动实践^[1], 指出此次论坛旨在聚焦实践中的具体问题, 提供多学科、多领域交流分享平台, 高校作为理论研究基地, 是立法司法执法部门与产业应用实务的连接点, 希望以此为契机, 建好“政产

[收稿日期] 2023-02-20

[基金项目] 教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“全球数据竞争中人权基准的考量与促进研究”(19JJD820009); 南开大学文科发展基金科学研究类青年项目“服务保障数字经济健康发展司法案例研究”(ZB22BZ0327)。

[作者简介] 陈兵(1980—), 男, 湖北荆州人, 南开大学法学院教授, 博士生导师, 主要研究方向为竞争法学、数据法学与人工智能法学。

学研用”大生态。

一、企业知识产权合规的重点与难点

(一)知识产权合规问题前瞻

天津大学俞风雷教授主要从知识产权法的修订、知识产权合规的司法政策以及知识产权合规审查三个方面对知识产权合规问题进行了前瞻性解读。

俞风雷教授首先指出,TikTok 和 华为作为中国国际化企业的代表,在知识产权合规领域都配备专业团队,但仍然在国际化的过程中遭受打击。我国企业面临如何应对外部的严厉审查和内部的自主创新需求双重考验,这也是知识产权合规工作的重点。针对知识产权法的修订,俞风雷教授指出,当前我国知识产权案件数量激增、知识产权专门法院和知识产权法庭相继设立、中美谈判的内容也大多与知识产权息息相关。对此局面,《反不正当竞争法》和《商标法》都经历了较为频繁的修订,《反不正当竞争法》的修订已经考虑到了和其他知识产权部门法之间的协调,例如不属于《专利法》《商标法》《著作权法》等规定,但符合《反不正当竞争法》第二章情形的依然可以适用《反不正当竞争法》规定。《商标法》第五次修订征求意见稿突破 100 条,实质性修改了 27 条,属于较为全面的大修,本次修改中最为关注的就是商标恶意抢注问题,涉及到商标使用行为如何界定、申请与驳回等,都与合规工作息息相关。俞风雷教授认为,对于商标恶意抢注问题,立法需准确区分其与商标防御行为的界限,重点判断该“恶意”是否对扰乱商标注册秩序,对市场造成不良影响。

对于知识产权合规的司法政策,俞风雷教授进行了列举,指出我国《刑法修正案(十一)》主要体现在对知识产权犯罪一节,特别是商业秘密相关内容的修改,将违反法定保密义务、侵犯商业秘密的行为也纳入了刑法调整范围,与《反不正当竞争法》第九条保持了一致。2021 年,最高人民法院发布了《关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》,除了惩罚性赔偿,最主要的是对严重侵害知识产权的行为可以适用最高 5 倍赔偿。2022 年 1 月,国家知识产权局发布《2022 年全国知识产权行政保护工作方案》,持续打击非正常专利申请和恶意商标注册的行为,突出关系公共利益和人民群众切身利益的重点领域,同月,国家知识产权局印发《国家知识产权局知识产权信用管理规定》,对非正常专利的申请行为、恶意商标的注册行为、违反行政法规的行为以及提交虚假材料或者隐瞒重要事实的行为都进行了规制。同年 3 月,最高人民检察院召开主题为“加强新时代知识产权检察 服务保障创新驱动发展”新闻发布会,发布《最高人民检察院关于全面加强新时代知识产权检察工作的意见》,将知识产权滥用行为和推动与知识产权相关的反垄断反不正当竞争等领域的立法写入议程。同年 4 月,最高人民检察院会同全国工商联专门召开会议,就加强涉企业犯罪附条件不起诉制度的必要性可能性进行研究,与企业知识产权合规密切相关。2023 年 3 月 24 日,天津市人民检察院启动“天津市检察机关服务保障民营经济健康发展高质量发展专项行动”,第九项提出开展涉民企知识产权检察保护行动。

针对以上的司法政策,俞风雷教授进一步探讨了如何进行知识产权合规审查工作,指出当前与知识产权相关的管理规范主要有《企业知识产权管理规范》《中央企业合规管理指引》以及《关于推进中央企业知识产权工作高质量发展的指导意见》,依据这些规范,俞风雷教授提出了知识产权合规性审查的五个重要方向,一是在先权利人的投诉可能引发负面舆情,二是假冒商标、专利案件处罚对于电商平台营商环境的损害,三是因知识产权披露而影响专精特新企业上市进程的问题,四是

知识产权纠纷的诉前禁令问题,五是知识产权涉及到的网络安全、商业秘密问题。

最后,俞风雷教授总结道:企业合规工作,一方面需要注意企业对内的合规性管理,例如专利权纠纷、商业秘密问题,另一方面则是需要充分关注对外的知识产权纠纷;企业知识产权的合规具有独特的价值,除了保证企业法人在不确定情况下能够保住核心资产、避免不利的后果,同时还能通过知识产权的运用促进企业提升创新能力。

(二) ChatGPT 类应用的数据合规边界

辽宁大学李岩教授主要从数据合规的角度分析了以 ChatGPT 为代表的人工智能应用存在的数据获取、数据生成内容、数据泄露和数据管理三个方面的问题。

首先,在数据获取方面,李岩教授指出 ChatGPT 的顺利运行依靠挖掘千万级的数据从而生成语言模型,其抓取的数据便涉及到版权保护的问题,由于 ChatGPT 并没有公开语料库来源,故一直存在对其数据库是否得到授权的质疑^[2]。对于类似企业来说,也可能会牵涉到对于数据的非法访问存储问题,一方面,在运行时,企业无法知晓所抓取数据的权属状况,著作权人本身甚至也不知道著作权被侵害的事实;另一方面,数据获取本身也可能形成和其他平台之间的不正当竞争,例如部分平台的优质内容具有较好的市场资源,如果任由其他平台进行数据抓取,那么抓取方很有可能被认定为侵犯知识产权。

其次,在生成数据的内容上也存在合规风险。李岩教授指出,Open AI 虽然试图让 ChatGPT 拒绝用户的不合理生成要求,但实际上其不可避免地会因由算法应用生成不良信息。例如第一,ChatGPT 很难保证其生成文本内容的真实性,生成文本经常出现虚假、虚构的情况;第二,对 ChatGPT 的输出内容如果不进行鉴别从而产生误导,很有可能导致侵权责任的产生;第三,用户的行为也在一定程度上影响着 ChatGPT 的生成内容,例如 ChatGPT 会不断地调整用户不满意的内容直至用户满意,这在很大程度上降低了生成文本的真实性;第四,ChatGPT 生成的文本可能内含价值观,容易导致其违反互联网信息内容生态治理的相关规定,引起直接管理责任^[3]。

第三就是在运行中存在数据泄露的风险。李岩教授认为,第一点,数据泄露风险可能产生于用户自身的行为,ChatGPT 对用户使用并没有限制,如果用户没有相关的数据保护意识,很可能在使用 ChatGPT 时直接输入个人信息,ChatGPT 在后续运行时将部分敏感的信息杂糅在输出的结果当中,甚至将信息纳入数据库进行算法迭代训练,从而形成信息泄露。第二点,ChatGPT 可能会将信息主动或被动地泄露给第三方,从企业的应对角度来说,ChatGPT 关于数据泄露的应对与一般互联网企业的应对较为类似,李岩教授则重点指出了两者之间的不同点:第一是在数据获取风险方面,需要区分不同的阶段对应采取不同的管控措施,如果在没有对他人造成不利的情况下进行过多限制,可能会影响企业追求新技术发展的积极性,所以要根据风险种类、社会危害程度,采取不同的对策;第二就是在自主学习阶段要把控数据源的正确性,避免数据污染,在选择数据时要认真筛选,投入市场后,可以采取通过技术标识作品标的权利状态的方式进行市场保护。

针对数据抓取问题,李岩教授指出,当前的司法态度较为严苛,认为只要违反被抓取方设置的相关技术措施,抓取行为就构成违法,然而在实践中的相关技术措施非常普遍,所有的抓取行为都有可能属于违法收集,这样实际上阻碍了数据的共享^[4]。李岩教授提出,欧盟在 2016 年公布了《单一数字市场版权指令(DSM)》,扩大了文本和数据挖掘的著作权例外情况,其实是对于合理使用制度做了一个扩大化的解释。在合规审查方面,李岩教授认为作为互联网企业来说,如果要打破社会

对于算法黑箱的恐惧,就需要尽量公开自己的数据,也可以考虑采取“机器+人工”的审核模式,同时也需要考虑避风港原则在类似的数据抓取、数据生成类软件中要怎样适用。对于算法问责的机制,应把责任伦理镶嵌到司法评估的各个环节,建立以过错为中心的侵权问责机制,如果平台提供虚假解释,就需要承担不利后果。

(三)互联网企业热点合规问题探究

腾讯集团法律顾问臧雷主要对数据竞争行为和知识产权等互联网企业热点合规问题进行了探讨。关于数据竞争行为的合规问题,臧雷提出在互联网产业诞生之初,数据竞争行为就随之产生,我们要做到既推进数据流动,又要尊重企业的自主经营权。有观点认为应该无条件地推进企业间的数据开放^[5],对此,臧雷提出,《数据二十条》明确规定:“鼓励探索企业数据授权使用新模式,发挥国有企业带头作用,引导行业龙头企业、互联网平台企业发挥带动作用,促进与中小微企业双向公平授权,共同合理使用数据,赋能中小微企业数字化转型”。可以看出,《数据二十条》是要引导促进数据的双向公平授权,而不是单方索取,不考虑用户体验、不考虑平台安全的企业数据间的无条件开放共享,并不是数据基础制度的构建方向,反而会阻碍市场主体获得合理的数据收益回报,最终不利于激励数据要素的供给,违背了《数据二十条》所阐释的企业数据授权机制,数据竞争领域的合规和竞争司法执法应回归法律规定,尊重宪法赋予企业的自主经营权,切实维护市场经济秩序,才能够造福社会。

对于知识产权的合规问题,臧雷指出短视频平台使用算法推荐技术进行侵权问题是近年来互联网知识产权合规上的热点问题,一些算法推荐短视频平台对于热播的影视剧,在未经授权时的情况下,常常通过以下形式进行播放:第一种是设置智能聚合合集推荐侵权视频,在用户刷到一个侵权视频后,平台利用推荐算法不断地给用户推送侵权视频;第二种是在首页推送侵权视频;第三种是设置话题及简介,推荐话题,且话题下聚合大量侵权视频;第四种是设置与涉案作品相关的顶部分类标签,整理分类侵权视频。上述短视频平台的算法推荐行为会造成侵权行为的泛滥,对正版作品形成替代,同时,维权成本高昂和目前司法判赔金额偏低,这些都严重损害了权利人合法利益,最终影响了行业创新^[6]。

臧雷指出,对于算法推荐侵权行为,行政部门也提出了许多合规要求。2022年3月施行的《互联网信息服务算法推荐管理规定》第六条明确规定:“算法推荐服务提供者不得利用算法推荐服务从事危害国家和社会公共利益、扰乱经济秩序和社会秩序、侵犯他人合法权益等法律、行政法规禁止的活动,不得利用算法推荐服务传播法律、行政法规禁止的信息,应当采取措施防范和抵制传播不良信息。”

对此问题,臧雷认为,一方面,算法推荐服务提供者对技术具有强控制力,能够在技术层面对算法推荐侵权行为进行控制;另一方面,算法推荐服务提供者因算法推荐获得更大流量利益,也应当具有更高的注意义务和治理责任,相关法律规定也明确了对热播影视剧的保护措施。所以算法推荐服务提供者应当做好自身合规治理,对于热播影视剧采取事前过滤拦截等措施。

(四)企业商业秘密合规管理要点

北京百伦(天津)律师事务所袁梦律师主要围绕商业秘密的确定、企业商业秘密面临风险、商业秘密合规管理等三个部分展开,对企业商业秘密合规管理要点进行了探讨。

对于商业秘密的确认,袁梦律师指出,由于商业秘密具有非公知性、保密性和价值性^[7],企业普

遍提高了对商业秘密价值的认知,但企业往往不清楚哪些内容应当被列为商业秘密,进而无法采取有效的保护措施。在袁梦律师看来,商业秘密的范围不宜界定得过于宽泛,因为如果界定得过于宽泛,就会造成管理成本的加大和管理效率的降低,企业应当根据自身所处的行业特点、产品研发阶段、产品迭代的周期以及竞争对手的情况、泄密发生的可能性来进行综合考量,选择适当的成果保护方式。同时,商业秘密范围需要随着企业自身的发展,还有外部形势的变化不断进行调整。

袁梦律师提出,商业秘密的风险主要有六个方面:一是离职或在职员工泄露公司商业秘密,包括员工跳槽至竞争对手带走技术秘密及经营信息,研发团队另起炉灶、成立竞品企业,内外勾结提供商业秘密给竞争对手,未经许可擅自将公司商业秘密公开等情况;二是供应商或合作方泄露公司商业秘密,例如在合作的过程中,第三方将公司的技术秘密申请了专利,或者在此基础上进行自行研发生产;三是由于企业急于展示科研成果,通过宣传展会、商务接待等主动泄露了商业秘密;四是商业间谍风险,例如竞争对手派遣商业间谍潜入,窃取公司商业秘密以及竞争对手通过贿赂、威胁等手段,通过公司员工获取公司商业秘密;五是企业并购产生的泄密风险,并购中企业通常会要求被收购企业提供相关信息,而这些信息中往往就包含商业机密,一旦并购失败就涉及到商业秘密泄露的风险;六是侵犯他人商业秘密,例如在人才引进的过程中,入职员工把前雇主的商业秘密带入公司,从而使公司面临商业秘密诉讼的风险。

对于以上风险,袁梦律师对企业如何规避也提出了部分建议,指出既要做好商业秘密防泄漏的合规,又要做好商业秘密防侵权的合规,以保护企业核心竞争力,及时发现侵权行为,从而奠定商业秘密维权基础,防范侵犯他人商业秘密,规避民事刑事和行政的风险,给企业发展提供良好的环境,形成良好的商誉。与此同时,在中美贸易战的大背景下,应当注意防范境外制裁。袁梦律师指出,在侵犯商业秘密的案件中,辨析权利人是否采取了相应的保密措施是案件争议的焦点之一,《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第六条就为商业秘密合规工作提供了很好的指引。

针对企业内部管理方面,袁梦律师提出,在企业建立之初或者产品研发的初级阶段就应当建立健全保密制度,例如制作保密的规章制度并向员工进行宣传,并且留存员工参加保密培训的签到表以便以后取证,同时对涉密人员进行分类管理,不同岗位的员工只能接触到和本岗位相关的商业秘密,试用期员工原则上不接触企业的商业秘密,同时需要设置保密区域,不具有相应权限的人员不得进入涉密区域。在涉密载体管理上,使用公司统一购置的台式机,不允许使用个人电脑。袁梦律师同时指出,企业内部管理需要加强人力资源的管理,与员工签订劳动合同时要约定保密义务、保密责任、竞业禁止条款以及一定的违约金或保证金,在此袁梦律师特别提示到要区分保密期与竞业限制的期限。在外部管理方面,则应当加强对合作方和供应商的管理,例如对于大型的科研项目,企业往往需要与其他单位进行合作,应事先签订保密协议并约定权利归属及成果保护方式,防止技术秘密通过第三方机构泄露。另外还需格外注意商业间谍问题,商业间谍寻找机会伺机而动,甚至通过面试入职企业,企业需做好识别与防范工作。

除了防范商业秘密的泄露,防止侵犯他人商业秘密也需要注意。袁梦律师认为最重要的环节就是员工入职,需要对入职员工进行必要的背景调查,要求入职员工签署承诺书,承诺其在应聘过程中或入职后,不向本企业披露前雇主的商业秘密,或者将其掌握的前雇主商业秘密用于本企业,并告知其本企业关于商业秘密的管理规定和应承担的保密义务,并签订保密协议;对离职员工,做

好工作交接,主动删除存有技术秘密的载体,管理好“脱密期”员工,对签有竞业禁止协议的员工,在离职后发放竞业禁止补偿金。此外,应当制定企业商业秘密管理的应急预案,一旦发生泄密,应第一时间启动内部调查和内部转换,做出快速响应,以求将损失降到最低。

天津知识产权保护中心副主任、高级工程师龙悦,指出天津市知识产权保护中心在服务过程中也发现一些企业存在知识产权管理方面问题,包括合规问题。对此,倡导企业贯彻《企业知识产权管理规范》,对企业在研发、生产、销售等阶段的知识产权风险进行控制。此外,国家知识产权局还起草制定了《高等学校知识产权管理规范》《科研组织知识产权管理规范》等,以促进知识产权管理合法合规,提升管理水平。另外,在数字领域的知识产权管理中合规问题也有所体现,例如数字版权问题同样值得关注。

天津同仁堂集团股份有限公司副总经理韦慧认为,合规法制建设是老字号企业健康发展的重要保障。老字号的知识产权合法权益应得到立法、司法、行政的重视和保护。尤其对于专精特新老字号企业而言,在知识产权保护方面,需要关注其独特性,更需注重社会效果,特别是在资本市场上,需要通过有关方面多领域、多系统协力,保护我国专精特新老字号企业的创新发展,让有能力、有条件的专精特新老字号加强自主创新,在推进科技自立自强和科技成果转化中发挥更大作用。

二、企业反垄断合规需走深走实走细

(一)反垄断工作与企业反垄断合规观察

天津市市场监督管理委员会反垄断处孙云飞处长主要结合自身经历从反垄断实务工作的角度对企业合规展开讨论。

孙云飞处长首先向大家系统介绍了天津反垄断执法工作的总体情况,他指出,反垄断执法虽然其最终结果只是呈现于外界的一份处罚决定书,但不可忽视其背后整个执法实践过程的复杂性与专业性,每个案件都渗透着执法人员汗水与心血,从对案件线索的搜集,证据的判定到最终的处罚等各个环节处处要体现反垄断执法的公正性与科学性。孙云飞处长指出,天津市市场监督管理委员会反垄断处现在主要工作聚焦于反垄断执法和公平竞争审查两个方面。针对倡导企业合规这一问题,孙云飞处长指出,企业反垄断合规的动力主要来自外部反垄断执法威慑和较高的违法成本。

目前企业主动合规的积极性不高。首先,企业的反垄断合规存在两种情况,第一种合规是执法机构对企业开展调查后,企业被要求整改和停止违法行为,被动开展合规;第二种合规则是企业主动自发的合规行为。其中,第一种合规由于企业自身的合规目的是为了应对反垄断调查,企业自身对于真正意义上的合规实际上是不够重视的,背离了合规的初衷,偏离了合规的本意,这样的合规其真正价值值得考量。基于此,孙处长表示对于执法机构进驻企业,帮助企业进行合规的行为持保留意见。若执法机构过分参与或者过分干预企业的正常运营,并不利于创造良好健康的营商环境且模糊了政府和市场的边界。

其次,孙处长指出实践中的合规要考验的还有律师的职业伦理和道德,一方面,企业的合规是消除证据还是消除行为的问题需要展开思考。特别是外部律师在合规的过程中发现了横向垄断行为如何处理同样值得深思和作出判断。客观上看,纵向和滥用等违法行为似乎还可以去主动消除,然而横向却与之不同,不管是企业内部合规还是外部律师介入的合规发现横向垄断协议行为应主动向执法机构说明情况并积极消除影响,以期得到反垄断执法机构的宽大。然而在国内执法实践

中真正意义的通过主动合规进行自首获得宽大的案例屈指可数。

最后,孙处长总结,当前诸多企业在自身反垄断合规工作方面还有待加强,个别企业的不法行为时有发生,反垄断合规之路任重而道远。同时,孙云飞处长也表明了针对企业合规问题,天津市市场监督管理委员会反垄断处下一步的努力方向是弘扬天津的竞争文化和竞争氛围,以反垄断执法常态化促进企业主动开展反垄断合规。

(二)反垄断合规的体系化

中国政法大学焦海涛教授主要从理论研究的角度,对如何从企业层面和制度层面做好反垄断合规进行观点分享。

首先,焦海涛教授梳理了反垄断合规的政策背景,指出反垄断合规在中央的文件中多次被提出。例如,2015年,中共中央、国务院发布《关于推进价格机制改革的若干意见》提出“促进经营者加强反垄断合规建设”;在2018年国资委发布《中央企业合规管理指引(试行)》中,“反垄断”被确定为中央企业合规管理的重点领域之一;2018年,国家发改委等七部委发布《企业境外经营合规管理指引》指出企业开展境外投资、境外日常经营时,应确保经营活动全流程、全方位合规,全面掌握反垄断等方面的具体要求;2022年9月,国资委发布《中央企业合规管理办法》,第十八条明确指出中央企业应当针对反垄断、反商业贿赂、生态环保、安全生产、劳动用工、税务管理、数据保护等重点领域,以及合规风险较高的业务,制定合规管理具体制度或者专项指南。这足以说明,反垄断合规是企业合规的重要部分。焦海涛教授同时指出,随着反垄断执法进入“常态化监管”阶段,当前也是反垄断合规的最好时期。2022年实施的《反垄断法》也对合规进行了特别强调,第十四条指出行业协会应当“加强行业自律,引导本行业的经营者依法竞争,合规经营,维护市场竞争秩序”。

其次,焦海涛教授对企业如何做好反垄断合规给出了体系化的建议。他指出,所谓的体系化就是合规应自成体系,而不是碎片的、暂时的、单独的,其不仅仅是为了应付调查和消灭证据,而应该是全面的、主动的合规,只有企业真正重视起来,将合规落到实处,合规才有意义。当然,反垄断合规也是差异化的,即合规的内容和重心,因企业所处行业、业务、组织形式和规模大小而有差异。如何做到合规的体系化,首先是企业自身重视,这特别体现为需要在企业内部建立“合规管理体系”。纵观全球,有效的合规管理体系一般包括一些共性要素,如管理层的合规承诺、有专业性的合规机构和人员、多样化的风险控制方式、持续性的合规监督和改进等^[8]。

最后,焦海涛教授还从制度层面指出,当前反垄断合规面临一个很大的制约,即现行法律制度上对反垄断合规的支持还不够充分。一是重事前合规、轻事后合规。事前合规指风险识别与预防,事后合规是风险应对、执法合作与合规整改。我国当前反垄断指引中的合规主要是事前合规,事后合规仅涉及风险应对、执法合作,而“合规整改”的内容还比较缺乏。他指出,未来可以从多方面构建事后合规制度,例如,在重大案件的违法决定中,对企业提出合规要求,在宽大制度、中止调查制度的适用中,也可施加合规义务。二在重反向威慑、轻正向激励。高额罚款是企业开展反垄断合规工作的“反向威慑”,这在我国反垄断法中有较充分的体现,但同时,我国现行法中还缺少足够的“正向激励”内容^[9]。最主要的正向激励可能是减轻罚款,即执法机构将企业建立有效合规计划的情况作为减少罚款的考虑因素。此外,还可能体现为其他激励措施,如韩国引入的处罚决定免于公开等。

(三)反垄断执法与企业合规思考

天津市市场监督管理委员会反垄断处干部尤成湖,结合反垄断执法实践对企业反垄断合规体

会进行分析。

尤成湖认为反垄断执法部门应当保持适当谦抑,坚持无事不扰,并与企业之间应保持一定的距离。他认为合规是企业自身发展的需要,反垄断合规专业性、系统性都很强,比较适合由专业律师或者专业机构来做。随着《反垄断法》的修订,反垄断执法常态化趋势更加明显,经营者实施垄断行为所面临的法律责任进一步加大,外部法律和制度约束不断增强,客观上给企业施加了开展反垄断合规的驱动力,需要企业更加重视内部反垄断合规工作。

他指出在执法实践中,也可以看到部分企业虽然开展了内部反垄断合规工作,但多数企业对反垄断合规的理解存在偏差。当下,企业反垄断合规多具有被动性、对抗性、阶段性的特征,以规避执法风险为主要目的,内部缺乏长期、系统的合规意识,尤其是存在多个层级的集团化管理企业,即便母公司存在较为健全的反垄断合规制度,但合规意识和执行效果会逐层减弱,这与现代企业的反垄断合规理念以及反垄断执法的宗旨相差甚远。

《反垄断法》的修订强化了对数字经济、平台经济等新业态的竞争关注,当下提供专业化合规服务的律所和专门机构应该更加关注新业态领域的反垄断合规工作。新业态领域由于规则不健全,基于营利需要,企业往往选择忽视潜在的反垄断风险,长期来看容易触发法律风险。这类企业需要重点加强反垄断合规工作,不仅要完善自身合规制度,还可以通过向第三方专业机构寻求反垄断合规建议,以此规范企业经营行为,实现持续平稳健康发展。

天津师范大学法学院刘武朝教授从实务方面提出诸多建议,他指出企业合规需要企业自身具有动力。目前企业合规动力不足,一方面是因为反垄断法相关案件的发现是一个小概率事件,这是逻辑问题。另一方面是企业合规的成本高,不仅仅要支付律师费,还涉及到自身成本收益利润方面的问题。特别是反垄断合规涉及到利弊比较,可能涉及利益衡量过程。因此,应该系统性地优化企业合规的正向激励与反向惩罚规则,提升企业合法经营水平。

天津大学法学院讲师、南开大学竞争法研究中心研究员徐文博士认为,合规企业一般是具有市场支配地位的企业,需要考虑他们对市场的影响,需要进一步探寻企业反垄断合规方面动力,如何真正地去落地合规的正向激励,如何通过企业反垄断合规来保护有效市场是有待进一步探究的问题。

三、企业合规法治化需多元协力推进

(一)特殊刑事案件中企业合规的可行性

天津市高级人民法院刑一庭李鹏法官以“特殊刑事案件中企业合规的可行性”为主题进行分享。

基于改善国内营商法治环境和维护市场主体持续运营的要求,最高检于2020年3月开展刑事合规不起诉试点工作,截至目前已经取得了阶段性成效:一是经过第一期4个省份6个基层检察院,到2021年3月第二期10个省份62个市级院、387个基层院,直到2022年4月在全国推开,检察机关对整改合规的千余个企业、个人依法作出不起诉决定。二是制定出台了《合规管理体系指南》《中央企业合规管理指引(试行)》《企业境外经营合规管理指引》《涉案企业合规建设、评估和审查办法(试行)》《关于建立健全资本市场行政执法与检察履职衔接协作机制的意见》《中央企业合规管理办法》《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)》等等,初步形成了我国企业合规的规则体系。三是最高检发布了4批20件典型案例,为相关案件办理提供了指引。但是,基于合规不起诉的制度设计模式,过去的改革中,企业合规完全由检察院一家主导,第三方监督

评估机构仅起到一定的辅助作用,而法院几乎没有参与的空间,企业合规改革已经成为到不了法院的闭环。3月23日,最高人民法院召开学习贯彻全国两会精神电视电话会议,张军院长在讲话中专门提到“可以研究同检察机关共同做好涉案企业合规改革,依法判处缓刑、免于刑事处罚的,充分利用当地已构建起的第三方合规监管机制”。可以预见,在将来的一段时期内,企业合规的整体设计将会发生重大的调整,法院将以适当的切口加入进来。

李鹏法官指出,目前来看,企业刑事合规多发生在贿赂犯罪、涉税犯罪、非法经营、串通投标、非法吸收公众存款等案件中。很多学者主张进一步扩大合规适用的范围^[10-11],那么,到底是不是所有的案件都适合搞合规呢?以扫黑除恶为例,经过三年的扫黑除恶专项斗争以及常态化扫黑除恶斗争,一大批黑恶势力及其“关系网”“保护伞”被打掉,社会治安环境、政治生态显著改善。这些黑恶势力有的杀人越货、横行霸道,以实施违法犯罪行为为谋生手段,打掉它们,令人拍手称快。但是,部分被打掉的黑老大,在当地是所谓的“明星”企业家,其中的一些企业,处在特殊的行业领域,长期违法违规经营,导致越走越远。这些企业资产被查封、扣押、冻结、拍卖、变现,一定程度上会给企业员工、投资人、股东,乃至诸多客户、第三方、消费者等等带来影响。因此,相关企业同样存在合规的需求。而且,此类案件的办理实践中,犯罪行为隐蔽、财产关系复杂、侦查难度较大,刑事合规制度在一定程度上恰恰能够缓解这些问题:一方面,能够获得司法机构认可的合规计划包含了自我报告的制度要素,另一方面,对于涉嫌违规的行为,企业一般会先行实施内部调查,如果确证违规行为及行为主体,按照合规计划制度的要求,其需要将相关内部调查材料移送司法机关,这就显著提高了司法效率,节约了司法资源。因此,从这个角度,此类犯罪的治理工作同样需要刑事合规制度。

李鹏法官表示,虽然存在必要性,但是此类案件刑事合规确实存在一些难点:一是此类案件多发生在非法放贷、市场经营、房地产开发、建筑施工、交通运输等领域,相关领域人员复杂、冲突多发,刑事风险防控难度大。二是相关行业领域的企业家投机意识较强,日常开展的合规工作容易从控制风险转变为规避法律。三是在严惩的政策环境下,办案机关对于相关行业领域进行合规激励的主动性不足。

对此,李鹏法官提出了特殊案件企业合规的建议。对企业自身来说,第一,在企业发展方面,要注意提高行业内地位与谋求对行业秩序的控制之间的区别。这些特殊的行业领域,公权力难以深度介入,合法秩序相对脆弱,企业为了发展壮大,提高在行业内的地位,容易将竞争方式超出价格、服务、质量等范畴,而升级为对特定行业领域市场准入、自由交易的控制。这是质的区别,需要高度警惕。第二,在内部管理方面,要加强对涉黑涉恶风险的防控。工作方式上,资产清收类的企业,要关注到软暴力以及雇佣、指使他人实施类似行为的规定,涉拆迁等领域的企业尤其是一些村企业,要高度警惕触碰民生红线。合规应对上,要有应对执法检查的方案,避免暴力抗拒执法的最差表现。

在国家机关层面,首先国有企业的重要性与加强民营企业保护并不矛盾,二者都是社会主义市场经济体系的重要组成部分,在办理骗取贷款等案件时,应坚持平等保护,一视同仁。

其次,刑事合规大有空间。有的地方对于相关企业采取了禁止准入特定行业等严厉制裁,资格处罚对企业的影响,有时比罚金等更为严厉。相应的,这也为我们在该领域的合规激励留下了空间。

最后,李鹏法官提到,企业合规对于法院工作提出了新要求:第一,对量刑规范化提出了更高的要求。作为经济理性人的企业,其自觉合规并非单纯为了履行企业社会责任,而是有其经济考虑,即通过合规投入,降低刑事合规风险。因此,法院参与企业合规改革,势必要在罚金刑、没收财产刑

等方面,保障企业可以对裁判结果有更为精确的预估。第二,对裁判文书说理提出了更高的要求。裁判文书不能仅仅基于企业是纳税大户、员工多少等等,得出对其进行合规优惠的结论,而是应该主要依照法律规范,从而保障司法的权威。这需要立法的及时跟进。第三,对司法建议的质量水平提出了更高的要求。司法建议将在企业合规中发挥重要的作用,尤其是对于一些治理结构相对简单的中小微企业,要进一步提升司法建议质量水平,确保企业整改质效。第四,对审判能力水平提出了更高的要求。要及时加强审判团队建设,探索组建跨部门的合规联席会议制度,充分发挥民事、刑事、行政、执行等审判力量,确保审判能力水平适应企业合规改革的新要求。

(二)京津冀跨区域合规协作机制研究

天津市滨海新区检察院黄玮检察官结合检察机关在办理企业合规案件中遇到的一些问题,对京津冀企业合规的跨区域协作的机制进行了介绍。

黄玮检察官指出,京津冀企业合规跨区域协作的背景主要有三:一是京津冀一体化的持续深入,第二是司法协同的机制不断完善,第三是合规框架的逐步形成。他介绍,京津冀企业合规跨区域协作机制面临的主要难题有三方面:第一是企业层面,企业缺少激励机制^[12],合规的主要目的是节约成本,以最少的投入获得最大的从宽处罚,同时企业的跨区域经营,尤其京津冀区域的跨区域经营非常普遍,检察机关需要进行协作机制的构建;第二是规范层面,关于异地合规协作的内容还需更新,需将企业合规的内容重新写入框架内,便于协作有合法依据;第三是司法层面,京津冀涉及三地,检察机关对于企业合规的标准认定可能有所不同,需要进一步的明确与互认。

对于企业合规跨区域协作机制路径,黄玮检察官认为主要有以下四个方面:一是深化企业合规跨区域协作的办案机制,二是实现跨区域合规标准的审查和互认,三是积极探索异地同步检察听证制度,四是加强企业合规标准有效性的监督。

(三)以单位犯罪司法适用为视角谈企业刑事合规

北京市百伦律师事务所李红震顾问主要以刑法第三十条、三十一条单位犯罪司法适用为视角,审视在案证据,解析三个典型案例探讨了企业刑事合规问题。

案例一是雀巢(中国)员工侵犯公民个人信息案,为了达到推销奶粉的目的,雀巢(中国)有限公司的工作人员给兰州多家医院工作人员好处费,非法获取个人信息,构成侵犯公民个人信息罪。李红震顾问指出,该案在审判阶段时,涉案员工及其辩护人表示,此为单位犯罪,应追究雀巢公司责任,减轻员工责任。本案中的主要证据包括:雀巢公司收账的任务材料、被告员工签署的遵守企业规范的承诺书,以及证言表明公司的制度规则都能落到实处。根据这些证据,法院认为办事的员工经理明知法律法规以及公司禁止性规定,却因未完成工作业绩而置法律法规特别是公司规范于不顾,违规操作,并非渠道公司单位的意见,所以并不属于单位犯罪。

案例二是四公司及实际经营人、总经理、商务经理、技术员等破坏计算机信息系统案。本案中的四个公司的老板、经理业务员等在违规销售宽带的过程中破坏了电信联通的计算机监测系统,因此全部构成犯罪。该公司并没有合规制度建设,即使建立了所谓的合规制度,但是老板无视合规制度继续违法操作,仍然要被追究刑事责任。

案例三是中天瑞达、郑武军、王卫军虚开增值税专发用发票案,中天瑞达公司总经理王卫军、财务经理苑某在本单位与恒泰思源公司、恒佳众和公司无实际业务往来的情况下,从上述两公司虚开增值税专用发票。检察院认为董事长法定代表人应该对公司虚开发票负责,但二审法院并没有支

持减刑的抗诉意见,法院认为因为单位犯罪是双罚制,除了对单位犯罪判处罚金之外,也要对直接负责的主管人员追究刑事责任,直接负责的主管人员既包括具有决定权的人,也包括直接实行行为的人。对此方面有两个证据,一个书面证据是虚开的记账凭证中的审批没有董事长的签字,一个言词证据则相互矛盾,所以法院无法认定董事长的责任。如果董事长不构成刑事责任,也应承担公司法意义的责任,他对具体的犯罪行为知情、批准、参与受益,李红震顾问认为能够证明的证据,一个是书证,比如渠道公司的规范制度、员工的承诺书、记账凭证、审批手续等董事长是否签字并参与,其二就是言词证据要求,包括犯罪的员工和没犯罪的员工的证词。

李红震顾问指出,从三个案例中可以看出,既要有规章制度,同时规章制度还要得到实际践行。通过这三个案例来理解刑法第三十条单位犯罪在实践中的适用,可以看出证据很重要,为了公司业绩,员工自己用触犯法律的手段来完成业务是有可能的,但是避免个案成为单位犯罪,要充分推动企业合规工作的针对性展开。

在与谈环节,北京百伦(天津)律师事务所合伙人刘美婧律师结合个人工作经验分享了有关企业知识产权合规的问题。刘美婧律师认为,企业合规不同于以往所说的法律风险防范,企业知识产权的合规理念归根结底是人的合规,所有的工作都是由人来完成。技术本身是中立的,知识产权合规中的法律问题主要是在技术的应用中产生。从法律风险方面,企业产品从技术研发到市场销售的过程容易产生脱节,也就是说技术不懂法律,而法务也不完全了解技术。由于技术、法务、运营各方立场不同,企业在合规中会遇到很多障碍,因此企业合规需要体系化的运营模式,最终也要走向这种模式。当前,企业合规可能还属于相对初期阶段,需要长期的经验积累,才能最终走到体系化、标准化的层面上去。刘美婧律师提到,企业合规不是企业内部能完成的,它需要外部力量评价是否合规,不单纯是法律条款的评价,更多的是执法和司法实践的评价。刘美婧律师指出,在很多案件中,企业认为其运营没有问题,法务对产品审查后也认为没有侵权问题,但最终走向市场的时候,产品仍受到很多法律争议。同时,由于司法可能做出负面评价,便会涉及到技术回退的问题,现在很多互联网平台企业都会存在困惑,就是想做技术创新,这些创新一定程度上是受网络用户欢迎的,但同时企业要考虑反垄断、反不正当竞争的问题,这些问题最后都会由司法来评判,如果理念无法革新,最终会影响到整个知识产权的发展与创新。

那么律师在这个过程中能做什么?刘美婧律师指出,企业合规要创立合规机制和制度团队,这是一个从无到有、从零散到最终走向系统的过程,在这个过程中,律师可以做大量的工作,帮助企业搭建体系。另一方面,不是说合规了之后企业就没有法律风险,但合规可以屏蔽掉不必要的,或相对层次比较初级的法律风险,对律师而言,也可以投入更多的精力去做更好更优质的、能够在法律层面去探讨的一些案件。刘美婧律师提出,让律师从以前在法庭上为合规做得不好的企业去“找理由”,变成能够为企业去“讲理由”。以往,律师在法律行业共同体层面处于相对偏下的位置,这可能是我们的观念和社会问题造成的,但事实上律师对整个法治环境都有一定帮助,通过共同努力,法治环境变好了,律师职业的职业荣誉感也会越来越好。

南开大学竞争法研究中心主任陈兵教授作总结发言。陈兵教授指出了本次研讨推进了学术研究的交叉融合,阐明了“政产学研用”的重要性,彰显了本次会议要旨——提供跨学科融合和多方交流的学习分享平台,共同探索新时代下经济发展、技术创新和社会治理的新路径。

[参 考 文 献]

- [1] 陈兵. 倡导竞争合规 提升竞争守法[N]. 第一财经日报, 2020-10-26(A11).
- [2] 吴汉东. 人工智能生成作品的著作权法之问[J]. 中外法学, 2020(03):653-673.
- [3] 李岩, 朱东玲. 人工智能“创作”内容保护模式的选择[J]. 盛京法律评论, 2018(01):59-76.
- [4] 陈兵. 保护与竞争: 治理数据爬取行为的竞争法功能实现[J]. 政法论坛, 2021(06):18-28.
- [5] 王磊. 反垄断视角下促进大型平台开放数据的三重路径[J]. 地方立法研究, 2023(01):33-50.
- [6] 陈兵. 平台算法规制的多维思考: 从个案侵权裁判到算法综合治理[J]. 兰州学刊, 2023(03):91-94.
- [7] 王从江. 论商业秘密权及商业秘密侵权行为的认定[J]. 学术交流, 2007(01):77-79.
- [8] 焦海涛. 反垄断法制度体系与企业风险应对(三)[J]. 中国港口, 2018(11):59-60.
- [9] 盛杰民, 焦海涛. 反垄断法承诺制度的执行难题与激励[J]. 清华法学, 2009(02):133-146.
- [10] 王海军. 组织责任论视域下企业合规不起诉的司法适用范围[J]. 法学评论, 2023(02):95-105.
- [11] 王晨旭, 王力. 企业刑事责任视野下探究刑事合规的适用范围[J]. 河北企业, 2022(10):136-139.
- [12] 陈瑞华. 企业合规的基本问题[J]. 中国法律评论, 2020(01):178-196.

(责任编辑: 闫卫平)

Multi-dimensional Investigation on the Legal Governance of Enterprise Compliance under the New Development Pattern

CHEN Bing, ZHANG Hao-dong

(School of Law, Nankai University, Tianjin 300072)

Abstract: In response to the new development pattern and the development requirements of the national unified big market construction, the legal compliance of enterprises needs to be further deepened and strengthened to ensure high-quality innovation of enterprises, achieve sustainable development of enterprises, and enhance the ability of enterprises to resist risks. The resistance of internal and external risks of intellectual property compliance of enterprises need to be promoted from the perspectives of legislation, judicature and law enforcement. As for the development of artificial intelligence in digital economy, we need to pay attention to the compliance risk and governance of data value cycle. As for algorithm and data infringement, it is necessary to further clarify the scope of responsibility of platform subject. In view of the risk of trade secret, it is necessary to further improve the design of confidentiality system. On how to improve enterprise antitrust compliance of autonomy and enthusiasm, enrich enterprise active compliance approach, the two perspectives, anti-monopoly law enforcement and the antitrust compliance system, are discussed. It is needed to further improve the precision and degree of China's antitrust law enforcement, make effective connection between anti-monopoly law enforcement and antitrust compliance, Promote the construction and implementation of the positive incentive mechanism for anti-monopoly compliance of enterprises, and embed the compliance incentive system into the existing anti-monopoly law system or anti-monopoly compliance system to better help enterprises in anti-monopoly governance. In addition, it also discusses the necessity, feasibility and accessibility of enterprise compliance in special criminal cases, which puts forward new requirements for court work. At the same time, focusing on the cross-regional cooperation in compliance governance of enterprises in Beijing, Tianjin and Hebei, the specific practices in the current judicial practice are discussed, including deepening the cross-regional cooperation in case handling mechanism of enterprises compliance, realizing the review and mutual recognition of cross-regional compliance standards, actively exploring the remote synchronous procuratorial hearing system, and strengthening the supervision of the effectiveness of enterprise compliance standards.

Key words: new development pattern; enterprise compliance; intellectual property compliance; anti-monopoly compliance; multiple compliance governance