

论我国公共利益举报法律制度的构建

柴瑞娟

(山东大学 法学院, 山东 青岛 266237)

摘要:公共利益举报制度是构建社会异常发现机制和提升社会异常发现能力的关键一环。公共利益举报不同于传统社会公众举报,我国当下并无专门的公共利益举报制度。世界范围内众多国家均在社会治理、金融领域、市场监管、违法犯罪等诸多领域采用了举报人制度,并陆续颁布了专门的举报人保护法案,其中美国、英国和日本的立法颇具代表性。我国应出台公共利益举报制度的专门立法,对公共利益举报人的认定、举报内容的认定、举报动机、公共利益举报人的举证和责任承担、举报的受理机构、对举报人的保护和激励措施、对报复行为的惩戒与限制、对被报复的举报人的赔偿等等做出系统性规定。

关键词:公共利益举报;法律制度;反报复

中图分类号: D922.29

文献标识码: A

文章编号: 1005-0566(2021)04-0001-10

On the Construction of Public Interest Whistle Blowing Legal System of China

CHAI Ruijuan

(Law School, Shandong University, Qingdao 266237, China)

Abstract: The public interest whistle blowing system is the key measure to construct the mechanism of social abnormal discovery. There is no special public interest whistle blowing system in China. Many countries all over the world have adopted the whistle blowing system in social governance, financial field, market supervision, crimes and other fields, and have successively promulgated special whistleblower protection laws, among which the legislation of the United States, Britain and Japan is quite representative. Our country should make special legislation on whistleblower of public interest, and make systematic regulations on the identification of whistleblower, the identification of whistleblowing content, whistleblowers' motivation, the burden of proof and responsibility of whistleblower, the accepting institution of whistle blowing, the protection and incentive measures for whistleblower, the punishment and restriction of retaliation, and the compensation for the revenged whistleblower and so on.

Key words: public interest whistle blowing; legal system; anti-retaliation

一、公共利益举报制度:价值意蕴与我国现状

(一)公共利益举报制度的价值意蕴

吹哨人(whistleblower,也即举报人)源自英国警察发现犯罪时会吹响哨子以引起同僚和公众注

意的动作,随后该词被延伸使用,用来指称“内部举报人”。被誉为“消费者权益之父”的拉尔夫·纳德(Ralph Nader)(1972)^[1]将其界定为“因相信公共利益凌驾于其所服务的组织利益之上,故对

收稿日期:2020-10-15 修回日期:2021-03-29

基金项目:山东大学人文社科研究项目(IFWF2022);山东省社科规划研究专项“危机防控视角下的公共利益吹哨人保护:日本《公益通报者保护法》研究与我国借鉴”(20CFZJ17);青岛市社科规划项目“公共利益吹哨人法律保护制度比较研究”(QDSKL2001039);山东大学青年学者未来计划。

作者简介:柴瑞娟(1982—),女,河南鹤壁人,山东大学法学院副教授、博士生导师,法学博士后,研究方向为经济法。

该组织参与腐败、非法、欺诈或有害行为进行举报的人”^[1]。自此,以吹哨人来指称正义举报行为被广泛运用。发展到现代,吹哨人即公共利益举报是指一个关心社会的公民,完全或主要出于公共利益理念的驱动,向有能力调查并纠正错误的个人或机构公开举报其在特定职业上感知到的重大不当行为。其秉持行业良心,认为社会公共利益高于所在机构利益,当所在机构有侵害社会公共利益的不法行为时,为维护社会公共利益挺身而出,主动向组织内部机构、国家机关、新闻媒体等举报该违法违规行为,内部人举报和公益性是其最典型的特征^[2]。不允许公共利益举报人存在等同于射杀信使,为维护公共利益挺身而出的举报人都有其存在的必要性和价值意蕴。

我们不能将公共利益举报人置于社会和国家的对立面,认为其是背叛者、不法之徒,恰恰相反,在国家和社会治理中,公共利益举报行为对社会公共利益的维护作用也愈来愈重要。纵观众多公共事件,政府处境尴尬:事件爆出前,在信息掌握方面,政府处于最小化状态,难以掌握实际情况,从而无法阻止事件发生并科学有效应对;事件爆出后,由于损害严重且波及面广,政府不得不最大化,调动全社会各种资源救助,在此过程中社会代价巨大。这种状况表明,随着现代社会运行的行业细化、专业化和复杂化,我国传统大政府小社会、政府在社会治理和监管方面大包大揽的治理模式固然有其优势。例如,在此次全球新冠疫情防控过程中,相较于采用小政府大社会模式的国家对疫情控制的乏力,我国政府在疫情控制的力度和效果方面堪称出色。然而,其面临的困境也越发明显:政府的治理和监管毕竟置身于外部,其越来越难以发现各行业内部、专业的违法违规行为,囿于政府所获取信息的局限性和片面性,基于该信息之上的政府决策就很容易产生偏差甚至错误。由于我国传统的大政府模式,一旦政府决策失误或者无从遏制事件发生,给社会和公众造成的影响和伤害往往是难以估量的。而决策失误后,民怨沸腾会直接指向政府,政府也疲于奔命,不得不耗费巨量社会资源去应对。

公共利益举报制度则可以直接消解这种国家治理困局:公共利益举报人身处行业内部,且多为专业人士,其熟悉行业内情,具有内部人信息优势,无论是较之于外部政府工作人员抑或外部公众,其提供的举报信息更有价值。公共利益举报人制度通过将知情人员变身为自己的信息来源,可以有效解决政府治理中的信息不对称问题,破解“信息孤岛”难题,防止政府部门信息获取的失衡和决策正当性与科学性的缺失。故在行业种类越来越多、分工越来越细、专业性越来越强的当下社会中,公共利益举报人制度理应成为政府部门决策的重要信息源和辅助力,其并非是对现行体制的挑战,而是为现行体制的健康运行加上了一道安全阀。

(二)我国公共利益举报的制度现状

公共利益举报不同于公众举报,我国在现阶段对公共利益举报保护在立法上还是空白。目前,我国仅有一些分散的关于举报人的立法,且立法明显是以公众举报为立法重点,如《食品安全法》《市场监督管理投诉举报处理暂行办法》《银行保险违法行为举报处理办法》《证券期货违法违规行为举报工作暂行规定》《食品药品违法行为举报奖励办法》《最高人民检察院、公安部、财政部关于保护、奖励职务犯罪举报人的若干规定》等均有一些分散的相关规定。在这些分散规定中,虽然有对举报人进行保护、禁止对其进行报复的宣示性规定,但是对举报人保护严重欠缺,以致在现实中举报人被解雇、被伤害甚至被杀害的事件屡屡出现^[3]。如 2019 年震惊全国的“操场埋尸案”,湖南教师邓世平因举报学校操场偷工减料而被杀害,埋尸操场 15 年^[4]。我国当下对公共利益举报人的保护还没有专门立法。2019 年 9 月在《国务院关于加强和规范事中事后监督的指导意见》中首次明确提出要建立“举报人”制度,“发挥社会监督作用,建立‘吹哨人’、内部举报人等制度,对举报严重违法违规行为和重大风险隐患的有功人员予以重奖和严格保护”,但具体的立法仍为空白。

我国立法的欠缺,再兼执行的乏力,致使在实践层面,我国公共利益举报的预警、举报、保护仍

处于一个尴尬境地。此次疫情,不仅是对我国治理体系和治理能力的一次大考,而且是对我国相关法律制度构建的一次大考。灾难已经发生,我们能做的只有让灾难成为推动社会进步的一个契机。故只有制定一部符合我国国情的公共利益举报法,厘清公共利益举报人举报行为的合法与违法边界,界定受保护的公共利益举报人,全面构建公共利益举报人的权益保护机制,解决公共利益举报人的后顾之忧,使举报人的举报行为成为国家和社会治理的有机组成部分,才能阻止损害和破坏社会公共利益的行为和事件的发生。

(三)公共利益举报不同于传统社会公众举报,我国必须进行区分立法

如前所述,我国现在在众多行业虽都有举报制度,但制度简陋,条文粗疏,且多为对公众举报的规定,对公共利益举报的规定甚少,且也没有区分两者的差异。故有必要加强公共利益举报制度进行专门立法,以增加举报制度的可见性,实现对所有部门和所有行业举报的全覆盖,并进行统一管理和规范。我们倡导的公共利益举报制度,与传统社会公众举报是不同的,两者有诸多区别,而这些区别直接决定了两种举报制度难以在同一逻辑框架下设计实施,需要对公共利益举报制度单独作出详尽的专门立法。

1. 主体不同:公共利益举报人大多为内部工作人员,且大多为专业人士,其内部职位决定了其拥有更多高价值的信息;传统公众监督举报则是社会公众发起的外部监督,社会公众多为非专业人士,其拥有的信息量和信息价值远比不上举报人^[5]。

2. 监督对象和领域不同:公共利益举报人主要针对具有行业“潜规则”性质的违法行为和系统性风险,以及严重威胁人民群众生命健康和公共利益的重大风险,其举报的行业领域与公共利益密切相关,行业专业性强,行业行为较为封闭,发现难度高;社会公众举报主要针对违法现象较为明显、发现难度较低、风险较小的违法行为,多为个人利益受损而行举报。

3. 表现形式不同:公共利益举报人由于多为

专业人士举报,举报对象为公共利益重大风险,举报频次低,但其举报所涉内容多为核心问题;社会公众举报则是大范围、高频次、数量多的举报,但举报内容社会危害性一般较小。

4. 受报复风险和受保护需求不同:公共利益举报人由于其举报内容牵涉面大、波及面广,很可能会直接得罪庞大的利益集团,从而招致对方肆虐的报复,且内部身份也使得其更容易受到报复,故对举报人的保护广度和力度都必须加大;而社会公众举报,一般都由个人事务引发,不会触及主体的核心利益,故被报复可能性小,即使被报复,报复力度也偏向轻微,再加上其身处外部,其对保护力度和广度的需求相对较小。

二、国外公共利益举报制度:国际趋势与主要架构

(一)国外公共利益举报制度:国际趋势

在国际层面,公共利益举报及其保护制度也已为国际共识。2015年,联合国意见和言论自由问题特别报告员提交了第一份联合国报告,其深入阐述了加强举报者保护的必要性,呼吁联合国和成员国参考相关国际规范和良好做法,制定并实施有效的举报立法^[6]。2014年,欧洲委员会(Council of Europe)建议其47个成员国建立规范、制度和司法框架,以保护在工作范围内举报威胁或损害公共利益信息的个人。其后,欧洲议会(European Parliament)呼吁欧盟委员会(European Commission)开展有效保护举报人的欧盟立法,之后欧盟委员会发布了影响评估报告,分析了举报人保护对欧盟市场、人权和环境的影响,最终欧洲议会和理事会于2019年10月通过《违反欧盟法举报人保护指令》(Directive (EU) 2019/1937 of 23 October 2019, on the protection of persons who report breaches of Union law, also known as, the “Whistleblowing Directive”),该指令对举报人和举报行为的界定、受保护的举报人范围、受保护的举报行为所涉领域、举报人举报的途径和程序、律师和医务人员客户信息保密例外规定、惩罚机制等均进行了详尽细致的规定^[7]。

在国家层面,众多国家亦在社会治理、金融领

域、市场监管、违法犯罪等诸多领域运用公共利益举报制度,并陆续制定了专门的公共利益举报保护法律。如美国 2002 年颁布的《公众公司会计改革和投资者保护法》(Sarbanes-Oxley Act, 俗称萨班斯—奥克斯利法案, 简称“《萨班斯法案》”)和 2010 年颁布的《多德—弗兰克华尔街改革和消费者保护法案》(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, 简称“《多德—弗兰克法案》”), 英国 1998 年出台的《公共利益披露法》(Public Interest Disclosure Act 1998), 日本 2004 年出台了《公益通报者保护法》, 澳大利亚 2013 年出台的《公共利益披露法》(The Public Interest Disclosure Act 2013)。其他具有代表性的国家立法还有新西兰 2000 年出台的《揭弊保护法》(Protected Disclosure Act 2000), 韩国 2001 年通过的《公益揭弊者保护法》, 加拿大 2001 年制定的《公务举报法》(Public Service Whistleblowing Act 2001), 印度 2010 年出台的《公共利益披露和披露人保护法案》(The Public Interest Disclosure and Protection to Persons Making the Disclosure Bill) 等。

(2) 典型国家公共利益举报制度: 主要架构

在以上颁布专门公共利益举报人保护立法的国家中, 美、英和日三国最具代表性。以下分述之, 以作他山之石。

美国对举报人的保护立法是逐步扩充的。1989 年美国颁布了《吹哨人保护法》(Whistleblower Protection Act of 1989), 2002 年出台了《萨班斯法案》, 开始系统构建对公共利益举报者的保护体系, 并为举报者提供了行政申诉与反报复民事索赔权的双重保护措施, 将报复举报者行为责任刑事化, 任何人采取任何对举报人有害的行为, 包括对举报人的合法就业或生计的干扰等, 都将被处以罚款或不超过 10 年的监禁^[8]。2010 年的《多德—弗兰克法》则对举报者的激励和保护进一步全面升级, 大幅提高了奖励额度, 扩大了奖励范围, 举报人能够提供源泉性信息, 则举报者可以得到不高于罚款额 10% 的奖励。在对举报人的保护方面, 保护的对象不仅包括举报者, 还包括其亲友, 同时还扩展了保护领域, 对举报人的具体保护

内容涵盖了人身、就业和免责等方面^[9]。美国的举报人保护法律制度成熟稳健, 且在实施方面也卓有成效, 以美国证券交易委员会 (Securities and Exchange Commission, SEC) 为例, 其专门成立了吹哨人办公室 (The Office of the Whistleblower) 来负责吹哨人计划, 并称吹哨人提供的协助和信息是证券交易委员会执法武库中最强大的武器之一, 吹哨人通过其掌握的信息, 可帮助委员会更早查明欺诈和其他违法行为, 这使得委员会能够最大程度地减少投资者的损失, 更好地维护美国资本市场的完整性, 更迅速地追究非法行为人的责任^[10]。

在一系列恶性案件的催化下, 英国通过了《1998 年公共利益披露法》, 开始构建公共利益举报人的保护制度。同时为减少无关公益的不当举报, 及强化对举报员工的保护, 2013 年英国又通过了《企业及监管改革法》(Enterprise and Regulatory Reform Act 2013), 进一步要求员工举报的事项必须关乎公共利益, 同时删除了员工必须基于善意 (in good faith) 进行举报的规定。2014 年颁布的《公共利益披露 (指定人员) 令》、2015 年颁布的《小企业、企业和就业法》、2017 年颁布的《指定人员信息披露报告条例》对举报制度进行了更细致的规范。为了平衡公共利益、雇主和雇员间的利益, 1998 年颁布的《公共利益披露法案》(Public Interest Disclosure Act 1998) 严格界定允许举报的事项范围, 并设置了阶梯式举报程序: 首先是向举报人的上级或雇主举报, 其次是向被授权的指定人员举报, 最后是向更广泛的公共受众举报, 只有在面临异常严重的不法行为时, 才可以不遵循程序直接对外进行举报; 在举报动机上无需必须基于善意, 只要举报行为客观上有利于公共利益, 则无论雇员基于何种动机举报均会受到法律保护; 明确规定禁止“封口条款”, 雇主与雇员间在任何协议中约定的、旨在阻止雇员做出举报的条款均属无效; 举报人必须有合理理由相信其举报符合公共利益; 举报人享有不受雇主侵害的权利, 不受不公平解雇的权利以及不受同事侵害的权利, 且就这些侵害可向就业法庭提出索赔^[11]。《1998 年

《公共利益披露法》在英国开启了公共利益举报人保护制度建设的先河,英国各界对其正面评价良多。英国《1998年公共利益披露法》是南非《2000年受保护信息吹哨法》的范本,也曾被荷兰、新西兰和澳大利亚等国视为一项示范性立法。

在日本由于实行终身雇佣与年功序列制度,举报者曾备受谴责。1999年,日本茨城县那珂郡东海村 JCO 核燃料制备厂发生一起核泄漏事故,2名工作人员死亡,666人被辐射污染。该起恶性事故使得日本官方首次导入公益通报的概念。在社会氛围的凝聚与催生下,日本《公益通报者保护法》于2004年立法通过,并于2006年起开始施行,日本由此开始构建公共利益举报人的保护制度。该法明确了允许通报的事项范围,并设置了阶梯式通报程序:企事业单位内部通报、行政机关通报以及第三方外部通报。该法为公益通报者提供了解雇无效、劳务派遣合同终止无效及禁止不利益待遇三项保护措施,并对公益通报者、企事业单位及行政机关等三方义务进行了规定^[12]。该法虽存在许多亟待完善之处,但实施14年来为日本的公益通报者提供了一套行之有效的保障机制,赢得了社会各界的高度认可。2020年3月6日《公益通报者保护法》修正案^[13]在内阁会议上通过,其制度架构更加完备。

随着以上诸国专门立法的运行和屡次修订,围绕公共利益举报保护的各种问题,国外各界在激烈论争后,也达成不少共识。各国亦开始了符合各自国情的探索并加以不同模式的法律保护。当然,任何法律都扎根于一国文明,在一个国家成功的法律不一定会在其他国家产生同样的效果。虽然不存在一种理想的全球法律,但我们在研究公共利益举报人法律时,参考其他国家的经验则并不多余。

三、我国公共利益举报制度的建构:制度设计与实现路径

从制度层面而言,公共利益举报制度包括内容甚广,是一系列具体制度的系统性建构,故极有必要对其进行专门的立法,而不能将各项制度分散于各个法律当中,以免增加其实施障碍,弱化其

实施力度。借鉴参考域外各国立法内容,结合我国国情,笔者对我国公共利益举报制度的立法设置提出以下建议。

(一)观念和意识上要将公共利益举报与告密进行区分

在很多国家的文化中,将举报等同于告密。我国自不待言,很多西方国家亦是如此,如澳大利亚、英国,很多人也将举报人视为麻烦制造者和背后捅刀子的人,举报人会被指责缺乏团队精神,举报人也经常面临被骚扰、被边缘化或解雇。“告密”两字本就为贬义词,与公报私仇、贪图利益直接相连,我国传统文化向来对告密者嗤之以鼻,面子文化、关系文化、家丑不可外扬的文化氛围也消减着机构成员的独立性,这种固有的观念也是很多潜在举报人保持沉默的原因之一。但公共利益举报不同于告密,举报目的是为公共利益,虽然其中有时也挟裹着部分私人利益,但在客观上,举报是有益于公共利益而为,而告密则为个人挟私怨报复或为个人谋利而为,两者不可同日而语。故社会舆论和社会价值观上应将举报作为褒义词进行宣传,以改变人们固有的“举报=告密”的认知。在价值观宣传方面,要宣扬社会每一个人都首先属于一个比自身工作机构更大的实体——社会公民,而作为公民,就有义务监督社会,将危及社会公共利益的不法行为举报报告给有关部门。这是作为社会公民的义务和担当,引领职场伦理变革,潜移默化地改变文化环境。如美国为鼓励更多的人投入到举报人队伍,2013年将每年的7月31日定为“全国举报人日”就是一个很好的正面宣传举措。改变“举报=告密”的意识和文化也是举报人法律制度所肩负的重任,其要培育一种公共精神和道德伦理文化,而不是一种顺从文化、沉默文化。在这种文化中,诚实的举报不会被鄙视,而会受到尊重、重视甚至奖励。

(二)受保护的公共利益举报:身份、举报范围和所举报事件的严重程度

首先,公共利益举报立法所界定的举报人是否仅限于内部工作人员,是否只有内部人员举报才能受到法律保护?各国在此问题上态度不一,

如英国最开始规定限于雇员,但后来不断通过立法修订和判例,一步步扩大受保护的举报人的范围^[14]。对此问题,笔者认为,虽然大多数情况下,只有内部工作人员才能掌握真实情况,这决定了举报人大多为内部工作人员,但并不能由此绝对化。随着信息获取渠道的多元化,与其签订合同者、外部民间调查者或偶然知情者等,只要是知情者,其举报行为都应受法律保护。如福喜肉事件就是媒体记者卧底数月才获取到信息并举报的^[15],故对举报人不应有身份限制,只要举报的信息符合标准,则无论其是内部人还是外部人,都应受到公共利益举报法律的保护。

其次,举报必须关涉公共利益,对举报范围和所举报事件严重程度也应进行规范,并非所有的举报都构成“公共利益举报人”。那些琐碎、无关痛痒的举报应该过滤掉,以免造成资源浪费。由于举报人是为公共利益而举报,故应将举报范围严格限定为涉及公共利益的食品、健康、安全、环保、金融等领域的严重违法、不道德或危险行为,这些行为具有重大风险,即将或已经严重危害公众生命健康、严重威胁公共安全等。在所举报事件的严重程度方面,应该设置违规违法程度的最低限度为“重大”,举报重大违规违法行为的人,才构成举报人,才受公共利益举报法律保护。如果不符合这两条要求,则不受公共利益举报法律保护,而由其他法律进行调整。这种做法是目前大多数国家立法的选择,从各国立法名称就可见一斑。如英国《公共利益披露法》就明确要求举报必须关涉公共利益才是符合保护条件的举报;日本《公益通报者保护法》开篇即明确要求举报必须是为公益,不以获得不正当利益、损害他人或者实施其他不正当行为为目的。

(三) 动机作为主观因素,不应影响公共利益举报的认定

公共利益举报动机是否一定必须基于“善意”,各国立法在此问题上有过摇摆。如英国最初在《1998 年公共利益披露法》中要求必须基于“善意”,但在 2013 年出台的《企业及监管改革法》又删除了必须基于“善意”的要求,英国的这种做法

得到了学界的赞扬。澳大利亚的法律亦要求举报人必须基于善意,但遭到了很多批评^[16]。美国关于举报人的联邦立法对动机是否善意并无要求,而只关注信息本身。人的生存环境并非真空,举报人的心理和处境是复杂的,通常受到复杂动机的驱使,促成其挺身举报的因素也通常是多项因素的综合。一项举报有时并非完全是基于维护社会公共利益的“善意”,而是掺杂了部分个人利益。如举报人为竞争对手或职业打假人,在这种情况下不应因其动机存有私益就直接否定其举报的价值。只要其举报内容属实,客观上确实有益于公共利益,有益于遏制违法违规行,就应该认为其为公共利益举报人,其行为构成公益举报,应受到公共利益举报制度的保护。

(四) 公共利益举报人的举证要求和责任豁免
公共利益举报时应提供何种程度的证据来证明其内容,若事后调查显示,举报人举报的内容有偏差甚至错误,举报人是否承担责任?从目前各国立法来看,大多要求只要其举报时有合理理由相信其所举报内容为真实且正在发生即可,对其举证责任并无苛刻要求。如美国《萨班斯法》规定举报者只要“合理相信”上市公司违反金融法规,不论证据是否明确具体,都可以得到该法的保护^[17]。英国、澳大利亚在这些问题上都采取了相似做法。如果事后调查证明其举报信息有偏差甚至错误,只要其主观上无蓄意编造的恶意,客观上目的是为公益而非私人利益,其个人没有获益,应该持宽容和容错态度,不应追究其行政或刑事责任。

与此同时,很多机构员工在入职时都会被要求签订保密协议,对工作中知悉的企业信息有保密义务和忠实义务,如其举报之后,机构起诉其违约。在这种情况下,公共利益高于企业利益,不应认为其违约。国外立法通常给予其责任豁免,对企业的这种起诉不予支持。英国《1998 年公共利益披露法》还进一步规定,如果企业要求员工签订的合同中约定禁止员工举报,则这种条款无效。

(五) 受理公共利益举报的机构:分层设置、内部优先

公共利益举报虽是为公益,但也并非没有任

何程序要求,如不能直接向媒体举报,这也是很多国家通行做法。查阅美国、澳大利亚、英国、日本、欧盟立法,可发现其在此问题上态度是一致的,大体采用了三步走的程序安排:向所在机构举报,向国家机构举报,向媒体举报或直接向社会举报。思索其背后的立法逻辑,大概是举报行为一般会伤及被举报的机构,故对各方损伤最小的做法是优先内部举报,即机构内部设置部门来接受举报,由机构快速将问题解决以“内部自净”。但内部举报有一定的风险,即该机构很可能将问题“捂而不发”或“秘而不宣”,束之高阁置之不理甚至毁灭证据,如果举报人有理由相信内部举报会导致这种情况发生,则内部程序用尽,或者事出紧急,举报人可以向外部的国家机构举报。在向国家机构举报后,由国家机构进行调查跟进并反馈。只有在极少数情况危急时才可以越过国家机构,直接向媒体或社会举报。当然,向三个不同的机构举报,各机构要求举报人所掌握的证据证明力度也是不同的,内部举报要求最低,向国家机构举报要求次之,向媒体举报的证据要求最高^[18]。

在接收公共利益举报的国家机构设置问题上,从国际范围看,特别是在有专门举报立法的国家,设立中央举报机构,为举报人提供咨询或支持,调查被指控的不法行为和报复行为,为公共利益举报人提供保护已成为一种趋势^[19]。具体在此问题上,由于公共利益举报制度全面覆盖各行业和部门,故为对公益举报进行统一规范,设置中央举报机构并实行各地垂直管理确实有必要。但在该机构的职责范围上则有两种选择:一是该机构负责接收、调查和管理公共利益举报的所有事务(包括报复和解雇等),为举报提供“一站式管理”。这种做法要求该机构只有拥有许多不同部门领域的专门知识和大量资源,才能对每个部门每个组织进行有效调查,这是很难做到的。奉行这种思路的荷兰的举报者之家(Huis Voor Klokkeluiders),2016年成立,该组织迄今未能完成一项调查,众议院不得不重新组建一个新的管理委员会^[20]。二是该机构负责接收举报和报复保护,但调查事宜则转介给相应的行业部门和行政管理机

构,为保证后续调查的高效,该机构要随时跟进调查,要求对口的调查机构及时反馈,这种做法相较于第一种做法更具有可行性。

在可否直接向媒体举报或直接向社会举报问题上,在当今爆炸性信息传播时代,这种方式非常危险,要非常谨慎并严格限制。如美国《萨班斯法》就认为,员工直接向媒体举报,而很多信息还处于未经查实状态,会对上市公司等形成巨大冲击,这种举报是很不负责任的,故其不保护直接向媒体爆料的举报者^[21]。欧盟《违反欧盟法举报人保护指令》则规定,除非举报人已经通过内部举报途径和外部举报途径,且未在合理的期限内获得有效回应,抑或举报人有合理的依据相信事件会对公共利益构成紧急且重大威胁,或相关机关牵涉其中等因素而致外部举报途径无效,在这种情况下举报人则向社会公开举报^[22]。美国一概禁止的态度过于绝对,欧盟的这种谨慎做法值得借鉴。

(六)公共利益举报人的激励与保护:匿名、重奖、责任豁免与安排就业

公共利益举报人举报后往往遭受各种报复,包括降薪、转岗、丧失晋升机会、停职、解雇、被列入行业黑名单、被诉违反保密义务或诽谤、连累家人、伤害甚至丧命等,面对这些财产损失和人身伤害,如果法律无法提供强有力的保护,则后续者会噤若寒蝉。故为众人抱薪者,不可使其冻毙于风雪,这是最基本的法律制度支撑,也是最基本的社会公义。

首先,要允许匿名举报,我国在举报问题上一向不太接受匿名举报,认为匿名便意味着不负责任、材料虚假或者故意诽谤,目前为数不多的对匿名举报持开明态度的是《上海市食品安全举报奖励办法》^[23]。但在现实中举报人实名举报后其身份被泄露给被举报人的情况比比皆是。在举报保密制度和打击报复举报人进行惩戒制度难以有力执行的情况下,要鼓励举报并强化保护,必须要允许匿名举报。如果没有匿名的保证,很多潜在的举报人很可能会选择噤声^[24]。事实上,判断举报材料真实性和价值性的核心标准并不在于是匿

名还是实名,而是在于审核其提供的材料及证据是否充足,以及后续的调查核实结果。允许匿名是对公共利益举报人保护的第一道也是非常重要的防线。

其次,要对公共利益举报人予以重奖。勇于为公益举报者,多有秉持善恶之分的道德支持驱动,但仅靠正义感和道德观念来支撑勇者举报,既脆弱也不公。人有趋利避害和自我保护的本性,从利益衡量角度,无损于己、无需牺牲自我的事情都要重赏之下方有勇夫,更何况举报这种必然伴随各种报复的行为。公共利益举报人举报后很可能工作、生活尽毁,对这种潜在损失,仅靠道德驱动只会让勇于举报者越来越少,且对其也是非常不公平的。故利用道德和利益双重驱动,对举报者的重金奖励也就格外重要。这既是对其所遭受的损失之弥补,也是对其勇气和公心的肯定和奖励,更是社会价值观的引导,即向社会民众释放出举报是值得肯定和褒扬的正义行为,从而逐渐渗透并改变既有文化和旧有观念。我国现行关于公众举报的立法奖励额度一直偏低,多为涉案金额 1%~10% 的奖励,故激励效果并不明显。英国、澳大利亚等国举报立法中亦无奖励规定,也招致了各自国家学界的不少批评^[25]。

在奖励举报方面做得突出的是美国,其《多德—弗兰克法案》将奖励举报人的金额规定为处罚金额的 10%~30%,SEC 从 2011 年到现在已经向举报人发放了超过 7 亿美元的奖励,排名前十的单笔奖励金额分别为 3000 万美元(2014 年 9 月)、5000 万美元(2018 年 3 月)、3300 万美元(2018 年 3 月)3900 万美元(2018 年 9 月)、3700 万美元(2019 年 3 月)、5000 万美元(2020 年 6 月)、2800 万美元(2020 年 11 月)、2700 万美元(2020 年 4 月)、2200 万美元(2020 年 9 月)、1.14 亿美元(2020 年 10 月)^[26]。而同为证券监管机构,我国证监会 2014 年出台的《证券期货违法违规行为举报工作暂行规定》规定,举报奖励仅限于实名举报,对匿名举报不予奖励,罚没款金额在 10 万元以上的,按罚没款金额的 1% 对举报人进行奖励;奖励金额不超过 10 万元。对于举报在全国有重大影

响,或涉案数额巨大的案件线索,最高不超过 30 万元奖励。2020 年证监会对该暂行规定进行了修订,仍坚持只奖励实名举报,奖励力度也保持了原来的规定,只是增加了“内部知情人员提供了重大违法案件线索,经调查属实的,最高奖励额度不超过 60 万元”^[27]。笔者在证监会官网上并未搜索到历年举报奖励数据,只有一例对 3 起案件举报人进行奖励的简讯^[28]。这说明社会举报意愿不佳,且该制度远未体系化运作,相较于证监会每年开出的众多巨额罚单,举报奖励工作确实滞后。举报涉及公共利益,其挽回的损失不可估量,故高额奖励更为恰当。

最后,公共利益举报人举报后除要面对被举报人非法的报复行为如人身伤害等外,通常还会面临貌似合法的责任追究,如很多机构还经常在入职等合同中约定员工负有保密、忠实义务,举报行为发生后,很多机构往往要求举报人承担违反保密义务、忠实义务的赔偿责任,甚至发起刑事指控。在此情况下,为减轻公共利益举报人的责任,必须豁免因举报而产生的这些民事和刑事责任的承担^[29]。机构有不法行为时,社会公共利益当然高于其利益,此时举报人的行为不应视为违约和对保密义务和忠实义务的违反,公共利益举报人自不必为此承担民事赔偿或刑事责任^[30]。

(七)对报复行为的惩戒:禁止、赔偿和追究刑事责任

对公共利益举报者进行报复在各国都是普遍现象。面对被举报人的暴力、胁迫、诽谤、泄露个人隐私或解雇、降职等打击报复行为,应赋予公共利益举报人提起诉讼要求赔偿的权利。我国现存立法中对于打击报复举报人的行为,或者无规定,或者仅是宣示性规定。如被举报人不能打击报复举报人,违反此规定的要进行处理,构成犯罪的要追究刑事责任,具体参见《食品安全法》《证券期货违法违规行为举报工作暂行规定》。故现行规定对被举报人的制约和惩戒几乎沦为空文。在此问题上可以借鉴国外做法,一旦公共利益举报人遭到一般性报复,则有权提起诉讼索赔,还一些国家的判例还做出了惩戒性损害赔偿的判决,这是非

常直接有力的约束。如美国《萨班斯法案》规定举报者在遭遇举报后可以向职业安全和健康委员会 (Occupational Safety & Health Administration, OSHA) 进行行政投诉, 由该委员会进行调查, 如果投诉后在一定时间内无果, 则举报人可向联邦法院起诉。

关于报复公共利益举报人的行为, 如侵害人身权、财产权、隐私权、劳动权等是否追究刑事责任问题, 按照我国现行立法, 根据具体报复情形, 依据刑法规定构成故意伤害罪和报复陷害罪。但经查阅裁判文书网发现, 以此罪名追究报复者的案例很少, 相关的报道亦少见报端。在报复举报人行为是否构成犯罪问题上, 各国立法态度不一, 美国《萨班斯法案》将报复举报者行为责任刑事化, 被举报人采取任何报复举报人的行为, 根据程度轻重, 处以罚款或不超过 10 年的监禁, 或者两者并罚。为遏制报复行为, 澳大利亚的几个州都出台了刑事制裁措施, 在新南威尔士州报复举报人是犯罪行为, 澳大利亚首都地区将“从事”或试图从事非法报复亦定性为刑事犯罪, 维多利亚州和塔斯马尼亚州都将威胁或实际有害的报复行为定性为犯罪^[31]。这些做法我国均可做为参考。

参考文献:

- [1] NADER R. Whistle blowing, the report of the conference on professional responsibility [M]. New York: Grossman, 1972.
- [2] 袁端端, 蒋昕捷. 举报人能否叫停“福喜”式风险 [N]. 南方周末, 2014-08-07(12).
- [3] 周琳. 为举报者撑起“安全伞”刻不容缓 [N]. 工人日报, 2014-09-07(14).
- [4] 薛宇舸. 教师邓世平因举报学校操场偷工减料被杀害, 埋尸操场 15 年 [EB/OL]. (2019-06-21) [2020-03-12]. https://www.sohu.com/a/322343456_677043.
- [5] LATIMER P, BROWN A. Whistleblower laws: international best practice [J]. Social Science Electronic Publishing, 2008, 3(31): 18-22.
- [6] LEWIS D. Nineteen years of whistleblowing legislation in the UK: is it time for a more comprehensive approach [J]. International Journal of Law and Management, 2017, 4(1): 23-27.
- [7] Directive (EU 2019/1937 of The European Parliament and

the Council of 23 October 2019 on the protection of persons report breaches of Union law [EB/OL]. (2019-10-23) [2020-02-19]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2019:305:TOC>.

- [8] Sarbanes-Oxley Act of 2002 [EB/OL]. (2020-02-22). <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3763>.
- [9] Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act [EB/OL]. (2020-03-01). <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/4173/text>.
- [10] Office of the whistleblower [EB/OL]. (2020-03-05). <https://www.sec.gov/whistleblower>.
- [11] Public Interest Disclosure Act 1998 [EB/OL]. (2020-03-19). <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23/contents>.
- [12] 公益通報者保護法 [EB/OL]. (2020-03-17). https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=416AC0000000122.
- [13] 令和 2 年 3 月 6 日第 201 回国会(常会)提出法案 [EB/OL]. (2020-03-17). <https://www.caa.go.jp/law/bills>.
- [14] JEANETTE A. 15 Years of whistleblowing protection under the public interest disclosure Act 1998: are we still shooting the messenger [J]. Industrial Law Journal, 2015, 7(44): 22-34.
- [15] 李健. 福喜过期肉事件曝食品安全三大问题 [N]. 证券时报, 2014-07-23(12).
- [16] HALL K, BROWN A J. From symbols to systems: progress in the reform of Australia's private sector whistleblowing laws [J]. Law and Financial Markets Review, 2018, 12(1): 7-17.
- [17] FITZMAURICE T J. The scope of protected activity under section 806 of SOX article [J]. Fordham Law Review. 2011(7): 79-80.
- [18] RICHARD E, ANDREADAKIS R. Enhancing whistleblower protection: it's all about the culture [J]. European Business Law Review, 2019, 6(1): 859-880.
- [19] LOYENS K, VANDEKERCK W. Whistleblowing from an international perspective: a comparative analysis of institutional arrangements [J]. Administrative Sciences, 2018, 8(30): 45-47.
- [20] ASHLEY S. The Halfway house is only halfway build: reforming the system of prescribed persons and the public interest disclosure act 1998 [J]. Eur. J. Current Legal Issues, 2019, 6(10): 34-36.
- [21] 马一. 金融举报者激励和反报复法律制度研究——以美国萨班斯法和多德—弗兰克法为核心 [J]. 比较法研

究, 2017(2): 170-171.

[22] Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and the Council of 23 October 2019 on the protection of persons report breaches of Union law [EB/OL]. (2019-10-23) [2020-03-19]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2019:305:TOC>.

[23] 上海市食品安全举报奖励办法 [EB/OL]. (2020-04-30). http://www.shanghai.gov.cn/nw49614/20200929/0001-49614_65742.html.

[24] GOBERT J, PUNCH M. Whistleblowers, the public interest, and the Public Interest Disclosure Act 1998 [J]. 2000, 25(63): 73-74.

[25] BOULOY K. The public interest disclosure act 1998: nothing more than a cardboard shield [J]. Manchester Rev L Crime & Ethics, 2012(26): 37-40.

[26] Whistleblower awards over 700 million [EB/OL]. (2020-12-17). <https://www.sec.gov/page/whistleblower-100million>.

[27] 证券期货违法违规为举报工作暂行规定 [EB/OL].

(2020-04-24). http://www.csrc.gov.cn/pub/heilongjiang/xxfw/hjflfg/201712/t20171204_328059.htm.

[28] 证监会拟对 3 起案件线索的举报人给予奖励 [EB/OL]. (2019-08-23) [2020-04-02]. http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/jcj/gzdt/201908/t20190823_360952.html.

[29] MANNION R, DAVIES H. Cultures of silence and cultures of voice: the role of whistleblowing in healthcare organizations [J]. Int J Health Policy Manag, 2015, 4(5): 503-505.

[30] Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 [EB/OL]. (2020-04-01). <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/contents>.

[31] CALLAHAN E S, DWORKIN T M, LEWIS D. Whistleblowing: Australian, U. K., and U. S. approaches to disclosure in the public interest [J]. Virginia Journal of International law, 2004, 3(44): 886-879.

(本文责编: 辛 城)