

《反海外腐败法》管辖权扩张的启示

——兼论渐进主义视域下的中国路径

赵 骏 吕成龙

(浙江大学 光华法学院, 浙江 杭州 310008)

[摘要] 经济全球化使各国法治相互关联,腐败问题早已突破一国的界限,日益具有全球性。海外反腐败涉及各国经济、政治和社会文化等诸多因素,已成为世界难题,无法通过简单、线性的方式解决。此外,囚徒困境又使各国集体行动陷入进退维谷的境地。为了破解全球反腐败的难题,在渐进主义的路径下,美国《反海外腐败法》开启了海外反腐败的全球治理之门。我国日渐融入全球化进程,也与全球法治产生了更为密切的联系。《反海外腐败法》不仅对在美融资的中国私人发行人、非居民企业进行管辖,而且借由代理理论和共谋责任理论不断扩张其管辖范围,给我国政府和企业带来了巨大影响。因此,面对美国海外反腐败法律不断扩张的管辖权和日益提高的国际响应度,中国政府和企业也应该积极作为,在渐进主义的思路下参与全球反腐败治理,完善国内立法并规范企业商业行为,以更好地维护我国主权和国家利益,并为促进全球治理的达成和法治的繁荣作出努力。

[关键词] 《反海外腐败法》; 反腐败; 司法管辖权; 司法主权; 渐进主义; 全球治理

Implications of FCPA Jurisdiction's Expansion: China's Path from the Perspective of Incrementalism

Zhao Jun Lü Chenglong

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 310008, China)

Abstract: Economic globalization has connected different countries in their rule of law. Corruption has likewise exceeded the boundary of a country, and taken on a global nature. Anti-corruption is intertwined with multiple concerns such as economic, political and cultural issues and finds no easy and simple solution. The prisoner's dilemma further explains the difficulty in the coordinated action between countries. Following the approach of incrementalism, the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) of the United States has initiated the global governance in anti-corruption efforts. China's integration into the globalization process has

[收稿日期] 2012-01-10

[本刊网址·在线杂志] <http://www.journals.zju.edu.cn/soc>

[在线优先出版日期] 2012-09-03

[基金项目] 国家“211工程”三期重点学科建设项目(203000-123210301); 中央高校基本科研业务费专项资金资助项目; 教育部第43批“留学回国人员科研启动基金”项目; 浙江省教育厅项目(Y201119833); 2011年光华教育基金会光华学者岗资助项目

[作者简介] 1. 赵骏,男,浙江大学光华法学院副教授,法律博士,主要从事国际经济法、比较法等方面的研究; 2. 吕成龙,男,浙江大学光华法学院博士研究生,主要从事民商法研究。

brought it into closer relation with global governance. FCPA exerts its impact not only by exercising jurisdiction over foreign private issuers and non-resident enterprises in the U. S. , but also by expanding its jurisdiction as proposed by the theory of proxy and conspiracy. This has significant impact on the Chinese government and Chinese enterprises. Through empirical deconstruction of a series of cases related to TSKJ, we can clearly see that with the development of the U. S. judicial practice, FCPA has been moving beyond traditional territorial jurisdiction and personal jurisdiction, which may cause conflicts over jurisdiction. In view of this, it is imperative to reflect on how to solve the conflicts and coordinate the sovereignty issues between countries to finally facilitate the efforts in tackling corruption.

In essence, preventing international corruption requires collective action. The difficulty in taking collective action and the prisoner's dilemma show that in the complex international economic and political context, it is very difficult to form a universally effective and coercive international convention in fighting against transnational bribery. The failure to directly reach an international anti-corruption agreement makes incrementalism a second-best but workable choice, and the unilateral measures of each country become the key to promoting incrementalism. In spite of the challenges that the expanding jurisdiction of FCPA has posed to the other countries' sovereignty, FCPA has provided a new approach to fighting resolutely and powerfully against global corruption by making up for the current lack of an effective agreement of the international community to crack down on any firm that bribes foreign officials. With the incrementalist approach, FCPA has become a stepping stone, easing the way to its ultimate goal by directing anti-corruption efforts towards global governance.

Faced with FCPA's growing expansion of overseas jurisdiction and its increasing international recognition, China should actively construct effective regulatory mechanisms, improve its relevant legislations, strengthen the implementation of effective regulations on commercial activities (in particular, China needs to strengthen the punishment on the foreign companies' bribery in China as well as on the Chinese companies' bribery overseas), and actively participate in transnational cooperation in fighting against corruption to better protect China's sovereignty and interests, and to contribute to the development of global governance and international rule of law. Chinese enterprises should also react positively in order not to get involved in FCPA jurisdiction, and in this way to realize further development globally.

Key words: Foreign Corrupt Practices Act (FCPA); anti-corruption; jurisdiction; judicial sovereignty; incrementalism; global governance

一、引言

随着全球化的不断推进,市场经济日益成为一种有效组织、规范交易活动的制度^{[1]81},使原本局限于一国范围内的经济、政治问题不断突破国界的限制,成为涉及人类共同利益的全球性问题^{[2]11},法律的全球化与动态有机协调也随之产生与发展^{[3]755-756}。1977年,美国制定了《反海外腐败法》(Foreign Corrupt Practices Act,以下简称FCPA),通过美国持续的推动和相关国家的共同

努力,国际反腐败行动得到了空前的重视,多个国际条约也相继诞生^①,在一定程度上遏制了日趋严重的海外贿赂活动。2010 年底,被质疑存在财务造假的中国绿诺公司案是少有的美国对在美上市的中国企业进行实质性管辖的案件,在一定程度上显示了美国司法部与证券交易委员会(Securities and Exchange Commission,以下简称 SEC)反腐败的新趋向,值得特别关注。

绿诺是一家为中国钢铁厂商提供环保设备的公司,尽管在美国内华达州注册,它的运营子公司与关联公司均在中国。为了实现在美融资,在完成美国玉山公司与创想集团之间的反向收购(reverse takeover)^②后,绿诺于 2009 年转板成功并在纳斯达克上市,其财务瑕疵也暴露在华尔街面前^[4]。根据美国浑水公司(Muddy Waters Research)的报告,绿诺存在重大的财务问题,严重夸大了其收益,且公司管理层将公司资金用于个人目的^③。然后,SEC 就该公司财务报告及其对 FCPA 的遵守情况进行正式调查,其股票也已从纳斯达克市场上被摘牌并转至粉单市场^④;2011 年 4 月,SEC 最终暂停其交易并发出风险提示。事实上,中国企业大多通过反向收购的方式(在美)上市^[5],突出的财务问题或将导致大批在美上市的中国企业面临调查甚至制裁。同时,由于中国企业问题频发,已有评论者认为对中国企业投资需要十分审慎^[6],这也可能导致中国企业的海外融资出现困难,不利于我国经济的长远发展。

随着全球化进程不断深入,中国企业可能更容易被归入 FCPA 的管辖范围并面临繁复的调查^⑤,FCPA 的强势扩张给我国的司法主权和司法管辖权带来严峻挑战。因此,有必要对 FCPA 的管辖范围进行细致的解构,并从国际层面推进我国的反腐败行动。推而远之,从全球治理的角度观察,国际反腐败的囚徒困境使集体行动问题繁多,各国都没有足够的动力规制海外腐败活动,加之路径依赖的持续影响,使具有强制约束力和执行力的国际条约一直难以出台。在不能实现最优选择的情况下,渐进主义(incrementalism)^⑥将成为推进国际反腐败进程可行的次优路径,美国 FCPA 日益扩大的全球影响力也表明了渐进主义的发展趋势。因此,面对国际反腐败的新趋势,中国政府

① 比如: The United Nations Convention against Corruption(2003); the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption and Related Offences(2002); the Organization of American States Inter-American Convention against Corruption(1996); the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction(1997); United Nations Convention on Transnational Organized Crimes(2000)等等。

② 这种情形下的反向收购是指一家希望在美国市场融资的私人公司通过与一家业务几近为零的上市公司进行并购,该上市公司继续保留,但私人公司获得它多数的发行股份、表决权和管理权。参见 SEC Office of Investor Education and Advocacy, "Investor Bulletin: Reverse Mergers," <http://www.sec.gov/investor/alerts/reversemergers.pdf>, 2011-11-20。

③ 浑水公司调查了绿诺公司上报给中国税务部门的 2009 年财务数据,并与其在美国公布的数据作比较,发现前者显示的收入比在美国公布的收入低 94.2%;他们还发现绿诺公司并非钢铁脱硫环保行业的领导者;更重要的是,他们发现绿诺的管理层从公司“借出”大量资金并在美国奥兰德购买豪宅。参见 Muddy Waters LLC, "Muddy Waters Initiating Coverage on RINO—Strong Sell," 2010-11-10, <http://www.muddywatersresearch.com/research/rino/initiating-coverage-rino/>, 2011-10-01。

④ 绿诺公司的赴美上市历程及遭受 FCPA 影响的具体过程,显示了 FCPA 对中国企业的重大影响。参见张育群、刘建辉《绿诺幻灭记》,2010 年 12 月 20 日, http://www.gemag.com.cn/html/2010/winner_1220/22689.html, 2011 年 10 月 1 日。

⑤ 2011 年 9 月 29 日,美国证券交易委员会官员透露,美国司法部正在积极介入调查中国在美上市企业财务违规问题,且调查范围将不断扩大,同时 SEC 也对公众投资反向收购公司提出了风险警示。参见纪振宇《美司法部介入调查中国在美上市企业财务违规问题》,2011 年 9 月 30 日, <http://www.cnstock.com/index/cj/201109/1579823.htm?page=1>, 2011 年 10 月 1 日;沈玮青《SEC 称投资反向收购公司有风险》,2011 年 6 月 1 日, <http://tech.sina.com.cn/i/2011-06-11/02335635780.shtml>, 2011 年 11 月 20 日。

⑥ “渐进主义”为美国耶鲁大学政治学教授林德布鲁姆(C. E. Lindblom)首创,主要针对有限理性与渐进调试科学决策的关系进行阐述,该理论认为:面对繁复的决策问题,只能采用连续有限比较的方法,即从现状出发,逐步地、小幅度地实现目标。当然,本文所说的渐进主义是它的另一个面向,即讨论某种综合措施在政治上是否可行;在不可行情况下,渐进的措施是否更有助于问题的解决。参见 C. E. Lindblom, "The Science of 'Muddling Through'," *Public Administration Review*, Vol. 19, No. 2(1959), pp. 79-88; R. Brewster, "Stepping Stone or Stumbling Block: Incrementalism and National Climate Change Legislation," *Yale Law & Policy Review*, Vol. 28, No. 2(2010), pp. 245-311。

和企业也必须在渐进主义的路径中寻求主动的反腐败突破,维护我国司法主权。

二、FCPA 管辖权张力的规范考证

FCPA 主要包括反贿赂条款及簿记、记录和内部控制条款两部分内容。为了执行《国际商务活动中反对行贿外国公职人员公约》(简称《经合组织公约》)^[7]¹⁹⁻²¹,美国于 1998 年对 FCPA 进行了修改^[8]⁹²,在其文本和实践中产生了很多新的管辖权特点。目前,FCPA 既要求美国发行人、国内相关者和在美国境内的其他人不得向外国官员行贿以维持业务或获得不正当利益^①,也要求在美国上市的公司或有义务向 SEC 提交报告的公司保证会计账目管理正确^②。这两部分条款都有可能导致外国人违反 FCPA 并遭到美国司法部或 SEC 的制裁。在 2010 年 FCPA 处理的案件中,55% 都涉及外国公司^[9],彰显了 FCPA 管辖权强势扩张的趋势及对于他国司法管辖权的潜在挑战。

(一) 外国私人发行人

从反贿赂条款来看,根据美国 1934 年《证券交易法》(及其修订版)第 12 条登记的发行人或根据第 15 条(d)^③的要求向 SEC 提交文件的发行人,或该发行人的管理人员、董事、职员及代理人或代表该发行人行事的股东,如果利用邮件或州际商业的任何工具或腐败手段来促进提供、支付、支付的允诺,或授权支付任何金钱或提供、礼物、给予的允诺,或授权提供任何财物给外国官员,都是违法行为^④。这里的发行人不仅包括美国本土的公司,也包括大量通过美国存托凭证(ADR)^⑤方式在美国进行证券交易的外国私人发行人(foreign private issuer)^⑥^[10]⁹⁻¹⁰。如在 SEC 诉 Statoil 公司案中,Statoil 是以 ADR 方式在纽约证券交易所上市并在 SEC 登记的外国私人发行人,该公司为获得伊朗的石油和天然气开发合同而向伊朗官员行贿,因两笔贿赂款通过纽约银行账户进行支付而成为 FCPA 的管辖对象^⑦。在 SEC 诉 ABB 公司案件中,ABB 公司是在美上市的瑞士企业,它通过其美国和英国子公司进行贿赂,最终因在美上市并使用代理人行贿而成为 FCPA 的管辖对象^⑧。

从簿记、记录和内部控制等会计条款来看,根据 1934 年美国《证券交易法》的规定,其证券在 SEC 进行登记注册的公司或按要求定期向 SEC 提交报告的公司,对于拥有 50% 以上投票权的海外子公司,也必须确保其遵守会计条款^⑨;如果在本国或外国公司中拥有 50% 或更少的投票权,发行人也应在合理的情况下,本着诚意运用其影响力,使该公司设计或维持内部会计控制系统。在绿诺公司案件中,绿诺仅为一家空壳公司,其业务都是通过它在中国的子公司和关联公司开展。根据

① 15 U. S. C. § 78dd-1(a)(1), 2(a)(1), 3(a)(1)。此表示美国法典第 15 篇第 78dd1 条(a)款(1)项,第 78dd2 条(a)款(1)项,第 78dd3 条(a)款(1)项,下同。

② 15 U. S. C. § 78m(b)(2)。

③ 15 U. S. C. § 78l, § 780(d)。

④ 15 U. S. C. § 78dd-1(a)(1)。

⑤ 外国私人发行人的股份证券通常通过美国存托凭证(American Depositary Receipts, ADR)的形式交易。ADR 是由担任存托人的美国商业银行发行的可流转票证,ADR 可在由存托人保持的账簿上过户。

⑥ 据 1933 年《美国证券法》(及其修订版)和 1934 年美国《证券交易法》(及其修订版)的规定,“外国私人发行人”是指除了外国政府之外的任何外国发行人,但符合下列条件的发行人除外:该发行人已发行的有投票权的证券的 50% 为美国居民直接或间接登记持有;此外还要符合下列任意一项:(1)大多数行政管理人员或董事是美国公民或居民;(2)发行人 50% 以上的资产在美国;(3)发行人的业务主要在美国进行管理。

⑦ United States v. Statoil, ASA, No. 06-cv-00960-RJH-1 (S. D. N. Y. Oct. 13, 2006),即:美国诉 Statoil ASA 案件,编号 06-cv-00960-RJH-1,可通过因特网搜索,下同。

⑧ SEC v. ABB Ltd., No. 1:04-cv-01141 (RBW) (D. D. C. July 6, 2004)。

⑨ 15 U. S. C. § 78m。

浑水公司提供的报告,绿诺的中国税务数据显示的收入约为 1 110 万美元,而提交给 SEC 的文件中却宣称有 1.926 亿美元^{[11]5},加上诸多其他财务问题,绿诺都将因可能违反簿记、记录和内部控制等会计条款而遭受制裁。再如,在 SEC 诉荷兰 Akzo Nobel 公司案件中,Akzo Nobel 为在美 ADR 方式上市企业,由于内部控制不足,其子公司违反了会计和反贿赂条款,该公司最终成为 FCPA 的打击对象^①。

(二) 外国非居民

根据美国《反海外贿赂法》的规定,除了该法 section 78dd-1 所述发行人或该法 section 78dd-2 所述国内业务以外的任何人或该人的任何管理人员、董事、职员或代理人,或代表该人行事的任何股东,如果在美国境内利用邮件或州际商业的任何工具或腐败手段,或采取任何手段来促进提供、支付、支付的允诺,或授权支付任何金钱或提供、礼物、给予的允诺,或授权提供任何财物给外国官员,都是违法行为^②。

1998 年的修订扩大了 FCPA 的地域管辖权,外国非居民直接或间接在美国领土之内行使推动贿赂的行为也被划入 FCPA 的规制范围,且不以“利用邮件或州际商业的任何工具或腐败手段”为必要条件,任何手段都可能使其归入 FCPA 的管辖^[12]。又由于“在美国领土内”被宽泛地解释,如包括运用美国的通信与电缆等方式完成或推进不恰当支付,美国法院都可以由此确立管辖权^{③[13]}。特别值得注意的是,某种行贿“推进行为”(in furtherance)的门槛较低,只要被告在有贿赂意图的基础上稍进一步,即可被认定“推进行为”存在^④。如在著名的美国诉 Vetco Gray UK 公司案中,涉案的三个子公司并非 FCPA 下的外国发行人,也非国内相关者,但都被认定为使用美国邮件等工具为子公司推进贿赂行为,特别是三个子公司都存在通过美国邮件或电话系统与在休斯敦的协调专员进行联络推进贿赂的支付行为,因此受到 FCPA 的管辖^{⑤[14]174-176}。

(三) 代理人的特别考量

美国司法部认为,美国公司应该为其子公司的行为负责。一方面,FCPA 的反贿赂条款要求公司为其子公司或代理人承担责任,主要体现为以下三种情形:一是公司有意识地协助或参加子公司的行贿活动,包括谈判、资助、协助或隐瞒腐败活动;二是公司授权或批准子公司直接或间接从事行贿活动,如公司知晓子公司行为并从该行为中获益;三是外国子公司基于“刺破公司面纱”理论使其母公司承担责任^{[15]603-604}。当然,基于代理理论,一个公司若对另一个公司有指导作用,便可使另一公司成为其代理人^{[16]36-37},美国公司也应该为其海外子公司的行为承担责任^⑥;另一方面,会计条款也使公司为其海外代理人或子公司负责,因为子公司或代理人的贿赂行为往往需要公司会计作弊,将贿赂伪装成合法的咨询或服务费^{[17]463}。此外,即使在充分内部控制的情况下贿赂不会发生,如果在选定外国代理人时,尽职调查程序不能有效和充分地进行,也可能使美国公司面临内部控制的会计条款规制^⑦。

事实上,仅 2009 年 FCPA 执行的 11 起案件中,都或多或少涉及子公司或代理人的行

① SEC v. Akzo Nobel N. V., No. 1:07-cv-02293 (HHK) (D. D. C. Dec. 20, 2007)。

② 15 U. S. C. § 78dd-3(a)(1)。

③ SEC v. KPMG Siddharta Siddharta & Harsono, and Sonny Harsono (S. D. Tex. 2001)。

④ 15 U. S. C. § 78dd-1(a)。

⑤ United States v. Vetco Gray UK Limited, No. CR H-07-04 (LNW) (S. D. Tex. Jan. 5, 2007)。

⑥ 15 U. S. C. § 78dd-1(f)(2), 2(h)(3), 3(f)(3)。

⑦ 15 U. S. C. § 78dd-1(g), 2(i)。

为^{[17]464-471}。如美国司法部起诉 CCI 公司,称其通过雇员、代理人和经销商向韩国政府官员行贿以获得和维持业务^①;在 SEC 诉 AB Volvo 公司的案件中,AB Volvo 为外国私人发行人,因知道或怠于知道子公司贿赂行为而违反内部控制和簿记条款,最终支付了刑事罚款^②。另外,FCPA 禁止通过其他中介机构间接行贿,若美国公司或个人知道付给第三人的款项将直接或间接支付给外国官员,也将面临违法制裁。如在美国诉 Daimler AG 公司案件中,多次涉及第三方中介机构的行贿行为,Daimler AG 由于知道某些支付给第三方款项的行贿意图而面临 FCPA 的管辖制裁^③。在下文的 TSKJ 案件中,通过海外中介机构作为代理人导致管辖权事由的情形表现得更为突出^④。

(四) 共谋责任下的管辖权扩展

在英美法系国家和有关地区,犯罪共谋(conspiracy)是一种不完整的犯罪^{[18]77},通过指控共谋贿赂外国官员,FCPA 的管辖范围再次扩张,它可以因为某一成员涉及贿赂外国官员的国际电话或电子邮件而对其他共谋责任人行使管辖权^⑤。实证观察发现,2009 年 FCPA 涉及的 11 项起诉中,有 2 项涉及共谋责任^{[17]464-471}。如司法部指控 Novo Nordisk 公司进行或授权贿赂以获得联合国粮油计划下伊拉克前政府的合同,Novo Nordisk 公司也承认了知晓其约旦代理人支付 140 万美元的非法回扣给伊拉克前政府的事实^[19],该案中便涉及了共谋责任的指控。再如美国诉 Alcatel-Lucent, S. A. 公司案件中,它的三家外国子公司因共谋责任的指控而面临美国的制裁^⑥,共谋责任的确立进一步扩大了美国 FCPA 的管辖范围。

(五) FCPA 管辖权张力的挑战

公法上的管辖权通常以属地管辖为基础,一般不具有域外涵摄力。然而,美国依托其强大的经济实力与话语权,正在使 FCPA 不断突破传统管辖权的疆界,其强势立场和不合理性日益凸现出来。事实上,无论是大宗的国际商贸交易还是贸易通讯和支付,都经常与美国发生联系,这在为美国提供足够的管辖权基础的同时,亦引致与各国司法主权的诸多冲突^{[20]169-170}。

从我国的刑法管辖权来看,若某中国公司或个人行贿国内官员,依据属地管辖或属人管辖原则,我国司法机关可以行贿罪进行制裁,但倘若该中国公司为美国公司的海外子公司、代理人或共谋责任人,美国司法部也对其享有刑事制裁权,此时两者将出现严重的管辖权冲突。另外,由于我国刑法对于海外行贿对象的范围规定比 FCPA 窄,导致我国相应管辖权的涵摄力逊于 FCPA。因此,美国 FCPA 的适用将导致严重的管辖权问题,对我国的司法主权带来严峻挑战。

三、FCPA 管辖权张力的个案实证解构

2009 年,TSKJ 公司一系列案件的处理典型地体现了 FCPA 的管辖权事由,并引起了广泛的关注和讨论。在本案中,银行代理账户的使用被视作管辖权产生的基础,海外代理人因贿赂和共谋

① United States v. Control Components, Inc. (C. D. Cal. 2009)。

② SEC v. AB Volvo, No. 1:08-cv-00473 (JR) (Mar. 20, 2008)。

③ United States v. Daimler AG (D. D. C. 2010)。

④ 详见本文第三部分的“管辖权基础解构”中代理人角度论述部分。

⑤ United States v. Smith, 920 F. Supp. 245, 249 (D. Me. 1996); United States v. Rosa, 17 F. 3d 1531, 1546 (2d Cir. 1994)。

⑥ U. S. v. Alcatel-Lucent France, S. A., Alcatel-Lucent Trade International, A. G., and Alcatel Centroamerica S. A., No. 10-cr-20906 (S. D. Fla. 2010)。

遭到起诉,外国非居民也因共谋责任而卷入其中。更重要的是,多国政府的联合反腐行动显示了美国及国际社会海外反腐败的新动向,对该案件进行深刻分析将对理解 FCPA 的管辖权条款和未来趋势具有重要的启示意义。

(一) TSKJ 案件始末

从 1990 年开始,法国 Technip 公司、荷兰 Snamprogetti 公司、美国 M. W. Kellogg 公司(Kellogg Brown & Root LLC 的前身)^{[21]504} 和日本天然气公司(JGC)成立了 TSKJ 联合公司,以竞争尼日利亚 Bonny 岛的天然气设施建设合同^[22]。这些合伙人在企业成立后迅速达成共识,即以行贿尼日利亚官员的方式来获得这些天然气设施建设合同。他们通过一家英国咨询公司和一家日本公司进行行贿。在 1994 年到 2004 年间,累计向尼日利亚官员行贿超过 1.8 亿美元,同时 TSKJ 也获得了价值超过 60 亿美元的回报^{[17]472-473}。该公司的犯罪行为主要集中在合资企业雇佣的两个代理人上,也包括 KBR 等合伙人通过这些代理人向尼日利亚政府官员及政府单位雇员进行贿赂以获得液化天然气项目的推动行为和努力。2003 年,法国政府官员开始调查 Bonny 岛的天然气项目合同^{[21]504-505},并将相关情况通报给美国有关部门^{[21]508}。

2009 年 2 月,哈里伯顿公司(Halliburton)及其前子公司 KBR 遭到美国对其违反 FCPA 的指控,哈里伯顿公司承认违反 FCPA 会计条款(账簿及会计记录的准确性)和内部控制的要求,美国司法部也向 KBR 提起五项犯罪指控及违反 FCPA 的共谋责任。在对哈里伯顿的起诉中,其他 TSKJ 的合伙人被认为是未起诉的共谋犯(unindicted co-conspirators)。不久之后,美国起诉了作为合伙企业的英国代理人,Snamprogetti 公司的母公司 ENI 公司^①和 Technip 公司^②随即宣称作好了接受美国调查的准备,JCG 公司也宣称与美国有关部门协商处理情况,并最终在 2011 年 4 月与美国达成协议。Technip 公司的处理过程涉及了刑事与民事责任,在答应支付罚金并且设置独立监控人的情况下,美国司法部宣布放弃对其进行刑事诉讼,ENI 公司的处理情况也大致如此^[23]。

(二) 管辖权基础解构

首先,从外国私人发行人的角度来看,Technip 公司是 FCPA 规定下的“发行人”,司法部认为联合企业的合伙人“通过马德里 3 号公司在阿姆斯特丹的银行账户,经由美国纽约的代理账户(correspondent accounts),将贿赂款项电汇给在瑞士的 Tri-star 公司以贿赂尼日利亚政府官员”。由此可以看出,美国政府认为,即便是银行的代理账户(非存款账户,deposit accounts)也可成为管辖权产生的原因,这将为美国政府提供足够的理由来管辖绝大多数的美元交易,美国不断地扩大对腐败的域外管辖权;另一方面,按照 FCPA 的规定,ENI 公司作为发行人,对子公司也需要尽到簿记、记录和内部控制的责任,而对其子公司 Snamprogetti,ENI 并没有认真履行法律义务,故应承担相应责任,同时,Snamprogetti 公司更因作为发行人的代表参与贿赂而承担更多的责任^③。通过上述分析可以看到,外国私人发行人受到美国不断扩大解释的管辖权控制,只要满足了最低联系,便不得

① Eni 公司在 1995 年后成为美国《反海外腐败法》规定下的“发行人”,受到该法规制。参见 SEC Litigation Release No. 21588, Securities and Exchange Commission v. Eni, S. P. A. and Snamprogetti Netherlands, B. V., Case No. 4:10-CV-02414, S. D. Tex. (Houston)。

② Technip 公司在 2001 年 8 月至 2007 年 11 月之间在纽约证券交易所进行 Depository Shares 的交易,故应该是美国《反海外腐败法》下的“发行人”,受到反贿赂条款和会计条款的规制。参见 SEC Litigation Release No. 21578, Securities and Exchange Commission v. Technip, Case No. 4:10-CV-02289, S. D. Tex (Houston)。

③ SEC Litigation Release No. 21578, Securities and Exchange Commission v. Technip, Case No. 4:10-CV-02289, S. D. Tex (Houston)。

不面临美国司法部和 SEC 的制裁;同样,其子公司也往往基于代理关系而成为司法部的管辖对象。特别值得注意的是,从 Dooley v. United Technologies 案件^①以后,美国有关部门往往将外国子公司和母公司视为代理关系。其次,从外国非居民的角度来看,日本的 JGC 公司是四家公司中唯一不属于美国证券法律规定中的“发行人”,不接受会计条款的管辖^[24]。但 2011 年 4 月 6 日,JGC 公司也最终与司法部、SEC 达成协议,同意支付刑事与民事罚款。在调查中,JGC 公司被指控对合伙企业的贿赂行为负有共谋责任,并帮助和教唆合伙企业行贿^[25]。事实上,由于对“在美国境内利用邮件或州际商业的任何工具或腐败手段或采取任何手段”的广义解释及共谋责任的确立,外国非居民很容易成为美国司法部所制裁的对象,FCPA 的管辖范围得到进一步扩张。再次,从代理人的角度来看,SEC 对哈里伯顿公司提起了民事诉讼,指控其在海外代理人委派事宜上没有做到 FCPA 要求的充分的内部控制,也没能执行该法内部控制的要求^②。代理人的选择往往被认为是进行有效内部控制的一个重要方面,这对于外国私人发行人和外国非居民而言都十分重要,否则相关主体将由于代理理论或“刺破公司面纱”理论,为其代理人承担大量的民事与刑事责任。

通过对 TSKJ 案件的管辖权解构可以清楚地看到,随着美国司法实践的发展,FCPA 日益突破了传统属地管辖和属人管辖的原则^③,特别是在刑事制裁方面涵盖甚广,即便是外国雇员或代理人都要受到与美国国民同样的刑事处罚,这样就不可避免地出现了域外管辖权的冲突。在这种情况下,如何解决管辖权冲突、协调各国司法主权等难题,最终促进全球反腐败治理,亟待深入反思。

四、全球治理下的反腐败之路

(一) 全球治理的囚徒困境与路径依赖

全球化将加速世界经济的发展和全球福利的增加,正如 2002 年世界可持续发展会议指出的:“全球化的发展使外部因素对发展中国家具有决定性意义,同时南北差距的弥补有赖于多元且经济合作的发展环境”^[26]。在 21 世纪,全球治理(global governance)被认为是解决全球性问题的主要方式。全球治理的前提就是各个国家意识到国际合作处理全球问题的重要性与迫切性^[27]。无论对发展中国家还是发达国家而言,腐败都已成为给发展带来严重威胁的因素,它导致了经济投资的减少、社会福利的损失和国家法治的破坏^[28]。一方面,对于商业贿赂的需求国来说,贿赂对经济发展带来巨大阻碍,影响正常的经济决策,阻碍国际贸易关系的健康发展,降低了政府的公信力,侵蚀社会结构及对自由市场经济的信任^[29]²¹⁵⁻²¹⁸,并可能带来经济垄断和外国投资的缩减^[15]⁵⁸⁵⁻⁵⁸⁷;另一方面,对贿赂的供给国来说,也将导致本国市场秩序的紊乱,降低国际形象,最终影响供给国的经济发展。然而,从经验观察可知,企业通过贿赂另一国政府官员将更容易获得商业机会,不会对母国的经济带来直接的损害,甚至有国家将贿赂款项作为税收抵免的款项^[30]²⁵⁶,以鼓励企业在海外发展。

从理论上讲,全球反腐败本质上是一个集体行动问题(collective action)。按照一般的分析,虽然各国都认识到腐败问题的巨大危害,然而,除非各国都同意或被迫要求分摊实现反腐败目标成本,否则各国都将理性地寻求自我利益的最大化,没有一个国家会采取行动来增进共同目标的实

^① Dooley v. United Technologies Corp., 803 F. Supp. 428, 439 (D. D. C. 1992)。

^② 15 U. S. C. § 78m。

^③ 现代世界大多数国家的刑法是以属地原则为基础,兼采其他原则。参见高铭喧、马克昌主编《刑法学》(第二版), (北京)北京大学出版社 2005 年版,第 34 页。

现^{[31]1-3};因此,一般情况下各国不会主动规制本国企业的海外贿赂行为,这也构成了全球反腐败问题的囚徒困境(prisoner's dilemma)。在此,本文通过构建囚徒困境模型来探讨在各国不同的立法强度下,各国跨国公司所面临的竞争博弈,以反映各国共同反腐的全球治理意义^①。

假设两个国家 A、B 的跨国公司 a、b 为竞争对手,它们分别在本国和国外开拓市场。假定 A、B 两国的海外反腐败立法存在强弱之分(甚至不存在海外反腐败法),假设贿赂行为对跨国公司 a 会带来惩罚 X ,对跨国公司 b 带来惩罚 Y ,并且假定 A 国的法律强度不高于 B 国,也即 $X \leq Y$, X 、 Y 随着法律力度的减弱而减弱,若 A 国不存在海外反腐败法,则 X 为零。为便于分析,假设 a、b 企业在母国的总公司为 a_1 、 b_1 ;在海外子公司分别为 a_2 、 b_2 。母公司在本国的市场份额用商业利润表示为 R ,跨国公司 a、b 在某国开拓市场时,在该国获得的商业利润假定为 M ,贿赂支出为 N 。作为潜在的进入者,跨国公司进入一国市场后会挤压该国企业利润,假定本国公司损失摊比份额为 C ,即进入 A 国的 b_2 会导致 a_1 公司出现 CM 的损失,进入 B 国的 a_2 会导致 b_1 公司出现 CM 的损失。从理性人的假定出发可得:当存在贿赂行为时, $M \gg N$,即贿赂支出远远小于商业利润,因此也可进一步假定 $M/2 > N$ 。本博弈为两阶段完全信息动态博弈,第一阶段为两国政府确定海外反腐立法强度;第二阶段为跨国公司据此确定是否贿赂投资国政府(见图 1)。为使分析更具有针对性,本文暂不考虑国内企业的贿赂行为。

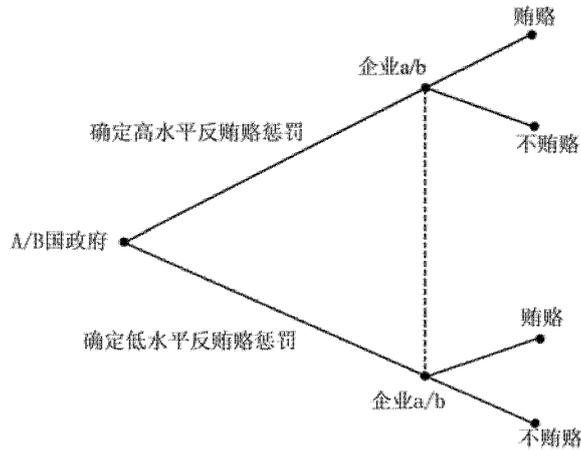


图 1 二阶段完全信息动态博弈示意图

此时,我们需要逆序博弈过程从而得到整个博弈的最终结果:

1. 企业行为

表 1 博弈结果示意表

类别		b 公司	
		贿赂	不贿赂
a 公司	贿赂	$(M - N - X + R - CM, M - N - Y + R - CM)$	$(M - N - Y + R, R - CM)$
	不贿赂	$(R - CM, M - N - Y + R)$	(R, R)

从以上的均衡分析(见表 1)可以得到如下依赖于各国海外反腐败立法程度的结果:

(1) 当 A、B 两国的海外反腐程度皆十分严厉,使反腐惩罚预期成本超过贿赂行为的预期所得,即有 $X > M - N$ 和 $Y > M - N$ 时,该博弈均衡解为(不贿赂,不贿赂)。

^① 正如文中所述,海外反腐败涉及一系列的经济、文化、政治和社会因素。从一般的考察结果来看,经济因素对于海外反腐败立法影响甚巨,因此在该模型中,仅以经济因素作为观察对象。

(2)在A国和B国的反腐力度不对称的情况下,一国的反腐力度大,而另一国的力度较小,即存在 $X > M - N$ 和 $Y < M - N$ (或 $X < M - N$ 和 $Y > M - N$)时,该博弈实质上变成“斗鸡博弈”(chicken game),存在两个均衡解,分别为(贿赂,不贿赂)和(不贿赂,贿赂)。实践中具体某个解出现的条件还需依赖先行动方的策略安排,这并非本文的研究重点,故不详述。

(3)当A、B两国的海外反腐惩罚皆不严厉,使 X 与 Y 处于 $X < M - N$ 和 $Y < M - N$ 的区间内时,a、b公司的策略均衡解为(贿赂,贿赂)。特别是当 X 和 Y 同时满足 $X < N - (1 - C)M$ 及 $Y < N - (1 - C)M$ 时,该博弈为“囚徒困境”博弈模型。以社会福利最大化为目标的政府应以这个均衡点为起点,出台较为严格的海外反腐立法,从而提高行为惩罚预期,抑制海外腐败行为,使均衡解回到(不贿赂,不贿赂)的结果,同时提高双方收益,实现帕累托改进。这是本文的研究重点,下文将以这一均衡为起点作进一步分析。

2. 政府行为

值得注意的是,具有税收激励的政府往往不是以社会福利最大化,而是以自身税收收入最大化为目的来制定政策。假定两国对企业利润的平均税率为 t ,由此可以进入对具有立法权的政府行为的分析,即动态博弈的第一阶段。分析起点为(贿赂,贿赂)这一均衡点,考察A/B国政府是否有激励制定高水平海外反腐立法从而使均衡点偏离。

以A国为例,初始均衡点上,其税收包括受贿收入为: $T_A^1 = N + (R - CM)t + (M - N - X)t$;若提高对于本国公司海外贿赂惩罚的力度,使 $X \geq M - N$,则 a_2 公司在B国将不再采取贿赂的行为,则A国的收入为: $T_A^2 = N + (R - CM)t$, $T_A^2 < T_A^1$;同理可得B国结果。

因此,以税收收入最大化为目标的政府不具有单边的提高海外反腐力度的激励。

3. 最优解拆析

对于企业帕累托最优解(不贿赂,不贿赂),在提高企业双方利润的同时还具有其他最优特性,即两国政府的税收收入预期在这一最优点上分别达到最大值,分别为: $T_A^3 = T_B^3 = Rt$

不难发现,当反腐的惩罚力度达到 $X \geq (1 - t)t / N + M(1 - C)$ 及 $Y \geq (1 - t)t / N + M(1 - C)$ 时,有 $T_A^3 \geq T_A^1$, $T_B^3 \geq T_B^1$

然而这一条件与最优解(不贿赂,不贿赂)是激励相容的。当且仅当 $N \leq MCt$ 时(即对一国政府而言,接受贿赂带来的利益不能弥补本国企业利润下降导致的税收损失时),以税收最大化为唯一目标的政府仍有激励打击海外腐败行为。此时,当A、B两国通过双边立法提高惩罚力度并有效打击海外商业贿赂行为时,两国的税收收入预期都要高于放任或低惩罚力度时的状况。

综上,从最优解的特性来看,(不贿赂,不贿赂)不仅能为双方企业带来最大的成本节约和利润剩余,还能为双边政府带来最大的税收收益。因此,策略均衡(不贿赂,不贿赂)将是这个两阶段博弈模型中的最优均衡点。然而,最优均衡点具有不稳固弱均衡特性,这导致依靠一国的单边努力无法实现最优均衡;要实现此均衡,必须依靠双边协作。因此,海外反腐需要在国家间寻求合作,有效的商业反腐国际公约或联盟或许是解决问题的有效办法。

虽然腐败问题带来的危害不言而喻,但各国也不会积极规制本国企业的海外腐败行为。事实上,贿赂的方式有利于企业在海外取得大量的商业机会,在法制不健全的国家更是如此。长此以往,各国及各国企业在海外投资和经济发展中将形成和巩固路径依赖^①。根据道格拉斯·诺斯(D.

^① 1985年,保罗·戴维发表了著名的《历史与QWERTY经济学》一文,在该文中,作者通过对计算机为什么至今还采用QWERTY键盘技术的分析,从一个全新的角度说明了技术变迁的历史路径依赖性质。通过他的持续努力,历史变迁和路径依赖理论不断得到丰富完善。参见P. A. David, "A. Clio and The Economics of QWERTY," *The American Economic Review*, Vol. 75, No. 2(1985), pp. 332 - 337.

C. North)的进一步分析,如果市场是不完全的,信息的反馈又是分割的,且交易成本也是十分显著的,那么在路径的分叉中,利益集团的形成将可能使不良绩效居于支配地位^{[32]127-134}。虽然经济全球化给各国商业带来了预期增长,但随着企业腐败与相关利益集团的形成,不良绩效或将最终居于支配地位。尽管路径依赖依旧存在并因形成超恶问题(super wicked problem)而很难自拔,但交易成本发生变化即交易相对价格改变,将推动制度的变迁,打破原有的博弈均衡,向新的博弈均衡及制度演进。

(二) 积极渐进主义与路径依赖

通过对难以达成集体行动和囚徒困境的分析可以发现,在当今复杂的国际经济和政治环境下,很难形成具有普遍约束力和强制力的国际公约来规范各国企业的海外贿赂行为。虽然美国 FCPA 管辖权的不断扩张对各国主权造成了挑战,存在一定的不合理性,但在目前集体行动难以实现的情况下,FCPA 为提升全球反腐败行动的力度和决心提供了思路。美国为推动全球反腐败进行了持续的努力,促成了《经合组织公约》和《联合国反腐败公约》的出台,但其中很多重要条款存在不具有强制力、言辞表达有歧义、缺乏有效的监督和执行等缺陷^{[28]31-32},加上这些是处理国家关系的公约,并不能直接规范相关企业和人员的行为,因而无法有效推进全球反腐败的发展,还需更多地依赖各国以国内法形式来加强对腐败的制裁。腐败问题涉及各国的政治主权、内外经济、文化传统和社会发展等诸多因素,颇具超恶问题的繁复性特征^①,不能通过简单或线性的方式予以解决^{[33]163-164}。

路径依赖的改变有赖于新均衡的出现,在无法了解全部困难、因素并预测完美解决方案的情况下,渐进主义或将是一种次优的选择,在一定情况下为实现最终目标奠定基础^{[34]246}。渐进主义往往通过单方制定政策法律来推动全球治理。在实现渐进主义的方式中,最基本的是进行单方行动并对单方法律进行动态评价,探求其对制度整体的影响的效果。该方法将为法律及政策的制定提供一种双层次博弈视角(two-level game),以探究国内法治和国际法治的关系^{[35]427-434}。Rachel Brewster 认为,良好国内法律的制定将通过四个方面的进展来推动国际治理层面的提升:(1)重新分配资源,经济结构改变后的既得利益者将持续推进该法律的执行和完善,有益于法律在国际层面的推动;(2)释放积极信号,寻求可靠伙伴,推动其建立全球领导地位;(3)相关生产者将推动各国生产标准的同一化,以扩大全球市场;(4)引导公众理念,改变公众偏好与培养制度需求,促进国际化^{[34]255-267}。

(三) 渐进主义下 FCPA 的路径重构

制度的变迁一般是渐进的^{[32]7},美国正在推动的也是这种渐进主义的路径,以求达到全球腐败治理的最终结果。1977年,美国出台《反海外腐败法》规范美国企业的行为,使美国在国际市场上丧失了巨额的商业利益,在一定程度上改变了经济结果,美国企业开始要求修改或撤销 FCPA,如美国通用公司要求美国政府,如果不撤销 FCPA,就应当让外国竞争者也适用类似 FCPA 的禁止跨国商业贿赂的法律^{[36]42},这促进了反腐败法律在国际上的扩张。在企业的不断游说下,美国政府通

① 超恶问题基于对恶性问题(wicked problem)理论的完善而提出,认为传统的恶性问题特征(如难以明确表述,少有穷尽性,仅有好坏之分而无真假,具有自身特殊性等)已经难以充分辨别其政策特征,因为各方利益纠葛、不确定性等已经可以适用于现代社会多数政策问题的描述。因此,为了进一步归纳某些更为复杂的问题,超恶问题被提出,即具备时间紧迫性、缺乏统一统治权威、解决主体亦是制造问题主体、对未来贴现四种特征的问题,如全球气候治理为超恶问题。参见 R. J. Lazarus, "Super Wicked Problems and Climate Change: Restraining the Present to Liberate the Future," *Cornell Law Review*, Vol. 94, No. 5 (2009), pp. 1153 - 1234; K. Levin et al., "Playing It Forward: Path Dependency, Progressive Incrementalism, and the 'Super Wicked' Problem of Global Climate Change," 2010 - 06 - 03, http://environment.research.yale.edu/documents/downloads/09/2010_sup_er_wicked_levin_cashore_bernstein_auld.pdf, 2011 - 11 - 21。

过持续的努力,最终在1997年与其他28个经合组织成员国及5个非成员国签订了《经合组织公约》,首次要求各国将本国公司为争取合同而向外国官员行贿的行为规定为犯罪行为^[37];又由于国际社会对反腐败问题的认识不断深化,美洲国家通过了《美洲反腐败公约》^[38],欧盟通过了《打击涉及欧共同体官员或欧洲联盟成员国官员的腐败行为公约》和《反腐败刑法公约》^[39],联合国也相继通过了《联合国反腐败公约》等^[40]公约,对跨国商业贿赂进行规制。在渐进主义的影响下,美国已经结束了“孤掌难鸣”的尴尬,正迎来“一呼百应”的局面^{[41]51}。2000年,法国通过了相关法律,增设了危害欧洲共同体、欧盟成员国及其他外国与公共国际组织的公共管理罪,2007年又对此进行了修订^[42];德国于1998年通过扩大《国际贿赂防治法》的适用范围来落实《经合组织公约》^[43];英国、巴西、瑞士、西班牙、日本等国家也都相继通过新增或扩大国内法律适用的模式,惩治海外腐败行为^{[41]50-58}。

如在本文所述的TSKJ公司案件调查中,法国政府、尼日利亚政府和美国政府等都进行了相关的协助调查和情况通报,共同打击腐败行为^{[21]506-510},再加上美国不断扩大的管辖权^①,为美国政府提供了足够的理由管辖绝大多数的美元交易。因此,通过渐进主义的路径,FCPA及《经合组织公约》等规则正在将反腐败引向全球治理的道路。对美国而言,这必将有力提高美国公司在全球的竞争力,优化竞争环境,从长远来看,将为美国公司创造更多的商业机会;对国际社会而言,也将提升全球经济环境,减少腐败带来的福利损失。在无法实现最优选择(缔结具有强制约束力和执行力的国际条约)的情况下,渐进主义的路径是各国反腐败的可行路径,一方面可以兼顾本国特殊的历史经济情况,减少国外公司贿赂行为对国内经济的影响,另一方面又可以顺应国际趋势,优化全球竞争环境。

五、渐进主义视域下的中国选择

(一) 中国政府的渐进主义路径

1. 司法管辖权的重置与强化

随着中国日渐融入全球经济体,跨国商务不断增加,在继续引进国外投资、技术的同时,越来越多的中国企业开始走出国门,参与海外投资与贸易^②。商业活动的繁荣可能会伴随腐败的滋生。如前文所述,在反腐方面,美国FCPA的强势扩张对我国的司法主权构成了严峻挑战,因此,有必要对反腐败的司法管辖权进行重置与强化。正如上文所述,渐进主义路径或将是推进全球反腐败行动的有效路径,因此,我国政府也应该积极寻求渐进主义的方式,完善我国国内法律法规和执法体系,优化我国竞争环境并推进全球法治的建设,最终在全球范围内实现对跨国商业贿赂的有效规制。我国政府需重点在以下两个方面着力:

第一,加强对海外企业在我国行贿行为的惩处。跨国企业正在成为我国市场经济的重要力量,跨国公司在华行贿也逐渐增多,其行贿手段多样且行为隐蔽,除了直接的金钱交易和吃喝玩乐等传统贿赂手段外,更多的跨国公司选择了引入第三方公司虚拟发包支付贿金、安排领导干部子女到国外留学等新的手段^③。我国目前正处在社会转型期,对市场经济的发展而言,行政性垄断资源依旧

① 如前文所述,美国政府认为即便是银行的代理账户,也可成为管辖权产生的原因。

② 仅从2012年1月来看,我国境内投资者共对全球87个国家和地区的355家境外企业进行了直接投资,实现非金融类对外直接投资43.76亿美元,同比增长59.9%。参见雷敏、付子英《商务部:2012年1月我国对外投资同比增长六成》,2012年2月16日, http://www.gov.cn/jrzq/2012-02/16/content_2068655.htm,2012年3月3日。

③ 跨国商业贿赂在我国的贿赂手段愈发隐蔽,给我国的反腐败带来了诸多挑战,加之我国目前反腐败机制面临一些困难,更加剧了其危害。参见袁杜娟《论跨国商业贿赂的法律规制》,(北京)法律出版社2008年版,第176-182页。

过多,造成了政府行政人员及国有企业管理人员权力集中且不透明,“朗讯案”、“天津德普行贿案”和“西门子案”都显示出海外企业对我国商业秩序的破坏,它们扭曲了商业竞争,损害我国国家利益^[44]。通过进一步观察可以发现,虽然《刑法》及其修正案设置了诸多罪名,最高人民法院、最高人民检察院出台了《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》(法发[2008]33号)和《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实做好治理商业贿赂专项工作的通知》(法[2006]67号),相关部门也有大量规制,但从现有的刑事法律体系来看,商业贿赂的罪名虽多,覆盖面却不够广^[45]²¹。除此之外,在商业贿赂问题上,国内对涉嫌行贿的外企及国内受贿的腐败分子惩治不力,缺乏震慑力与约束力,在客观上助长了商业贿赂。我国已经设置了一定的刑事责任,大量的部门规章也规定了繁杂的行政责任^①,但却没有统一,导致了商业贿赂多头零散管理的局面,不利于我国对外国公司的贿赂行为进行统一有效的管辖。可以考虑组建“自上而下”的领导体系,形成以最高人民检察院为主导、各省级单位人民检察院为主体的涉外企业商业腐败犯罪惩治领导体系,建立“自上而下、统一协调”的模式^[46]⁸⁹。我国应在未来的国内反腐败立法中进行更为深入的研究和更细致的规范,加强对国内腐败和商业贿赂的制裁。

第二,我国应积极完善国内相关法律法规,加强对中国企业海外行贿行为的规制。我国应按照《联合国反腐败公约》第 16 条第 1 项的要求^②,将贿赂外国公职人员或国际公共组织官员的行为定为犯罪并进行更细致的规定,明确我国反海外贿赂罪名的相关主体、目的、客观行为、行贿对象及我国司法部门的管辖权和相应的法律后果。目前,《刑法修正案(八)》对于“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”的规定还有待进一步优化,如应将“贿赂”的范围从“财物”扩大到“财物或者财产性利益”,对作为行贿犯罪构成要件的“为谋取不正当利益”进行修改,增加财产刑的适用种类和适用范围,设立资格刑并将其暂时甚至永久逐出市场,丧失继续实施商业贿赂犯罪的机会等等^③。虽然从短期来看,这或将对我国的企业带来一定束缚,但从长远来看,完善我国反海外贿赂的法律法规将产生两方面的积极影响:一方面,有利于维护我国和相关企业的合法权利,通过确立对我国公司及其管理人、代理人、子公司的属人管辖权,再加上双边或多边的国际合作条约,有利于将涉及我国企业和人员的案件纳入我国司法管辖,维护我国司法主权;另一方面,完善相关法律法规,有利于我国打击企业的海外腐败行为,维护我国的国际形象。

2. 国际协作的渐进展开

国际贸易大多通过跨国公司进行,商业贿赂也突破了国界。在海外反腐败行动中,国际合作显得尤为重要,通过国际协助进行调查取证与诉讼,能充分制裁腐败行为。截至 2009 年,世界五百强企业在中国设立企业的已经有 486 家^[47],除此之外,还有数量更为庞大的外商投资企业。这些企业的贿赂行为干扰了我国市场经济秩序,并影响了我国的国际商业形象。我国于 2003 年签署了《联合国反腐败公约》,2005 年批准了该公约并对其 66 条第 2 款提出了保留^[40]。按照《联合国反腐败公约》第 1 条的规定,我国应促进和加强各项措施,以便高效而有力地预防和打击腐败;促进、便利和支持预防打击腐败方面的国际合作和技术援助,包括资产追回方面^[48]。在《联合国反腐败公约》的框架下,我国政府应积极与国外相关部门合作,在与腐败有关的民事和刑事案件调查诉讼中相互协助,共同打击腐败行为。特别值得注意的是,《联合国反腐败公约》第 59 条提倡多边或双边的协

^① 1996 年起,我国工商总局、税务局、建设部、水利部、卫生部、林业局、粮食局、计生委办公厅、体育总局、国资委、保监会等相继颁布了几十项部门规章,造成了多头的零散管理。可在北大法宝数据库中以“腐败”为关键词搜索, <http://vip.chinalawinfo.com>。

^② United Nations Convention against Corruption § 16(2)。

^③ 对于完善商业贿赂的构成要件,还有待进一步完善和细化。参见赵秉志《国际社会惩治商业贿赂犯罪的立法经验及借鉴》,载《华东政法学院学报》2007 年第 1 期,第 24-29 页。

定或安排,将大大提高国际合作的有效性。

对我国来说,积极参与跨国合作将有利于进一步优化我国的市场经济环境,促进政府的廉政建设和社会发展。2006年张恩照案件中,正是由于他在美国被起诉受贿,才引起了我国司法部门的关注,进而受到了最高人民检察院的公诉^[49]。从与美国政府的合作情况来看,通过有效的立法或条约能更好地打击腐败;此外,跨国合作有利于保护我国的海外企业,维护我国的司法主权。事实上,从美国近年来的表现和措施来看,他们也在考虑国际礼让与公平基础上的“利益平衡”,在遵循居民和地域管辖权的同时,也考虑他国的国家主权,以实现有效的国际反腐败合作^①。如在 Siemens 和 Akzo Nobel 案件中,由于德国政府和荷兰政府采取了调查处罚等行动,美国对 Siemens 减少或免除了处罚金额,推迟采取制裁行动;相反,由于认为英国没有采取足够的处罚力度,美国在 Vetco Gray 英国公司案件中便加紧采取措施^[50]。

(二) 中国企业的合规行动

《反海外腐败法》打击面很广,且触角已伸向外国企业。近年来,包括绿诺在内的许多中国公司采取由中国境内机构与美国现有空壳公司进行反向收购从而在美国上市的策略,使该空壳公司成为上市载体,结果使“发行人”成为一家美国公司并受到反贿赂条款项下的全球管辖权约束。FCPA 成为企业是否赴美国上市的一个重要考虑因素,中国企业在全球化的进程中应审慎对待 FCPA 及海外反腐败行动。

1. 反贿赂和会计条款的遵守

外国私人发行人、国内相关者和发行人、国内相关者之外的任何人都有可能受到 FCPA 反贿赂条款的规制^②。因此,中国企业应认识到在企业内部建立和有效运行反行贿和反腐败机制的重要性,提高守法意识,自觉在国际商务往来中遵守国际公约和法律,树立中国企业和中国商人在国际经济领域合规公平经营的良好形象。

对于在美上市的中国企业或按照美国《证券交易法》应向 SEC 提交报告的中国企业来说,应严格遵守反贿赂条款的规定,不得进行法案禁止的任何贿赂行为,即便是在中国国内的行为也要严格规范。特别值得注意的是,由于美国 FCPA 并未设置最低贿赂要求,即便是符合中国传统礼俗的一般礼品赠送也会被认为是违反贿赂条款的行为^{[15]608-613};对于发行人、美国国内相关者以外的任何中国企业来说,如果被认为在美国境内运用了邮件或州际商业的任何工具或腐败手段参与贿赂,也将违反贿赂条款。随着美国有关部门对“在美国境内”等概念的扩张解释,只要运用了在美国的通信和电缆,即便未在美国领土范围内,也将受到 FCPA 的管辖,这种极具扩张性的解释将很容易导致中国企业遭到美国制裁,因此,中国企业在涉及与美国相关的通信、电缆和银行项目时,应格外审慎;美国 FCPA 的簿记、记录和内部控制条款仅涉及发行人,对于在美上市的中国企业和按照《证券交易法》向 SEC 提交报告的中国企业来说,应加强财务监管。2011年9月,美国证券交易委员会官员透露,美国司法部正在积极介入调查中国在美上市企业财务违规问题,且调查范围将不断扩大^[51],中国企业面临着不断增加的退市、制裁风险^③。在绿诺公司案件中,绿诺公司便是因为财务问题引起了外部机构的注意并最终导致摘牌,这值得所有中国企业注意。

① 礼让是处理国际问题的一个重要理论,目前经营运用在跨国破产、国际竞争法等领域。参见袁杜娟《论跨国商业贿赂的法律规制》,(北京)法律出版社2008年版,第94-96页。

② 15 U. S. C. § 78dd.

③ 2011年3月至5月,18家中国上市公司被纳斯达克或纽约证券交易所停牌,4家企业被勒令退市。参见叶晓楠《财务数据造假? 中国在美上市公司频吃“红牌”》,2011年5月27日, http://news.xinhuanet.com/world/2011-05/27/c_13895997.htm, 2011年10月1日。

中国公司可以采取制度性的措施有效执行反贿赂和会计条款,其中,建立守法计划(compliance program)是一个重要方面。如果公司有符合 FCPA 标准的守法计划,在公司违反 FCPA 规定的时候,政府一般不愿意起诉,而是要求违法公司加强内部控制^{[52][53]}。守法计划应根据不同的条件和所处的国家进行相应的调整,在对风险进行解构后,守法计划应该包含:外国官员、外国销售代表和咨询人员关系处理程序;公司员工培训计划;财务会计准确化的政策和程序设置;相关员工、外国代表知晓、了解及愿意遵守相关政策的书面承诺;违法行为的报告机制;内部审计和守法评估设计等内容^{[53]600-606}。其中,建立员工培训和教育程序,特别要对与外国官员直接接触的营销市场人员、有代理关系的人员、有国际责任的人力资源人员和相关的法律、财务人员进行有效的培训,让他们了解 FCPA 的守法计划和相关规定。

2. 代理人或子公司的行为规范

从哈里伯顿公司的案件中可以看出,它在选任代理人方面的尽职调查责任是导致其遭受 SEC 制裁的一个主要原因。因此,对于在美上市融资的中国企业或需要向 SEC 提交报告的中国企业而言,如何规范代理人选任将影响反贿赂条款的遵守。由于很多中国公司往往有裙带关系,在选任代理人的时候并不会进行充分有效的尽职调查,一旦代理人出现了问题,该企业将至少受到 SEC 簿记、记录和内部控制条款的制裁,在知晓的情况下,还可能面临共谋责任及直接承担的反贿赂条款的刑事责任,正如哈里伯顿公司对 KGB 公司所承担的责任。因此,在 FCPA 管辖下的中国企业应该在选任代理人之前对其进行充分的尽职调查,与其签订书面保证合同并积极进行监督。

同时,相关中国企业对其子公司的财务应设计和维持一个内部会计控制系统,提供合理的保证;对于在本国或外国公司中拥有 50% 或更少的投票权的子公司,也应该在发行人认为合理的情况下,本着诚意运用其影响力,使该本国或外国公司按照内部控制的规定设计或维持内部会计控制系统^①。

六、结 语

随着经济全球化的发展,反腐败问题日益国际化并将对世界经济的发展产生重要影响。然而,反腐败问题涉及各国主权、内外经济、文化传统和社会发展等诸多因素,形成了超恶难题。各种反腐败行动陷入囚徒困境,可能导致各国及各企业的路径依赖,使得反腐败问题更加步履维艰。因此,在无法直接实现国际条约有效规范反腐败行为的情况下,渐进主义的路径将不失为一个次优的选择,而各国的主动单边行动便是推进渐进主义的关键。美国政府在 1977 年出台《反海外腐败法》后,积极推动国际社会的反腐败行为,寻求渐进主义的路径。尽管目前似乎收效有限且存在与外国管辖权冲突、不合理等问题,但从长远来看,将推动全球反腐败水平的进一步提高。

面对美国《反海外腐败法》管辖权日益扩张的趋势和我国企业进一步融入世界经济的现状,我国政府应该积极采取措施完善国内反腐败法律体系,有效维护我国的司法管辖权;同时积极参与国际合作,对外国企业的贿赂行为和我国企业的海外贿赂行为进行有效的规范,以优化我国的竞争环境,维护我国企业的合法利益和经济安全。同时,中国企业也应该不断规范自身管理,杜绝贿赂等腐败行为,加强簿记、记录管理和内部控制能力,避免卷入美国政府的反海外腐败案中,以实现更好的全球发展。

^① 15 U. S. C. § 78m(b)(2)(6)。

[参 考 文 献]

- [1] M. O. Chibundu, "Globalizing the Rule of Law: Some Thoughts at and on the Periphery," *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 7, No. 1(1999), pp. 79 - 116.
- [2] J. Debruck, "Globalization of Law, Politics, and Markets — Implications for Domestic Law — A European Perspective," *Indiana Journal Global Legal Studies*, Vol. 1, No. 1(1993), pp. 9 - 36.
- [3] J. D. Wilets, "A Unified Theory of International Law, the State, and the Individual: Transnational Legal Harmonization in the Context of Economic and Legal Globalization," *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 31, No. 3(2010), pp. 755 - 825.
- [4] O'Melveny & Myers LLP, "United States: FCPA Investigation into RINO International Corporation," 2011 - 01 - 05, <http://www.mondaq.com/unitedstates/article.asp?articleid=119170>, 2011 - 11 - 22.
- [5] M. Farrell, "Sino-Forest's Fall from Grace," 2011 - 08 - 29, http://money.cnn.com/2011/08/29/markets/sino_forest/index.htm?iid=el, 2011 - 10 - 16.
- [6] M. Slattery, "A Checklist for Safe Investing in Chinese Stocks," 2011 - 04 - 17, <http://seekingalpha.com/article/263855-a-checklist-for-safe-investing-in-chinese-stocks>, 2011 - 10 - 16.
- [7] J. F. Colares, "The Evolving Domestic and International Law Against Foreign Corruption: Some New and Old Dilemmas Facing the International Lawyer," *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 5, No. 1(2006), pp. 1 - 30.
- [8] M. B. Bixby, "The Lion Awakens: The Foreign Corrupt Practices Act - 1977 to 2010," *San Diego International Law Journal*, Vol. 12, No. 1(2010), pp. 89 - 145.
- [9] P. Urofsky, D. Newcomb & S. Fishbein et al., "Recent Trends and Patterns in the Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act, Shearman & Sterling LLP Publication," 2011 - 07 - 15, <http://www.shearman.com/Recent-Trends-and-Patterns-in-the-Enforcement-of-the-Foreign-Corrupt-Practices-Act/>, 2011 - 11 - 20.
- [10] F. J. Warin, C. Falconer & M. S. Diamant, "The British Are Coming! — Britain Changes Its Law on Foreign Bribery and Joins the International Fight Against Corruption," *Texas International Law Journal*, Vol. 46, No. 1(2010), pp. 1 - 72.
- [11] Muddy Waters LLC, "Muddy Waters Initiating Coverage on RINO — Strong Sell," 2010 - 11 - 10, <http://www.muddywatersresearch.com/research/rino/initiating-coverage-rino/>, 2011 - 10 - 11.
- [12] United States Department of Justice, "Lay-Person's Guide to the FCPA Statute," <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/lay-persons-guide.pdf>, 2011 - 10 - 01.
- [13] R. M. Tollan, D. S. Krakoff & J. T. Parkinson, "Is Your Business Affected by the US FCPA? Are You Sure?" 2009 - 08 - 12, <http://www.mayerbrown.com/publications/article.asp?id=7391&nid=6>, 2012 - 08 - 23.
- [14] R. Grime & A. Savage, "FCPA Jurisdiction Over Foreign Entities & Individuals: The Trend of Increasingly Aggressive Enforcement, Practising Law Institute Corporate Law and Practice Course Handbook Series," *PLI Order*, No. 17691(2008), pp. 163 - 190.
- [15] M. M. Dalton, "Efficiency v. Morality: The Codification of Cultural Norms in the Foreign Corrupt Practices Act," *New York University Journal of Law and Business*, Vol. 2, No. 2(2006), pp. 583 - 639.
- [16] H. L. Brown, "Parent-subsidiary Liability under the Foreign Corrupt Practices Act," *Baylor Law Review*, Vol. 50, No. 1(1998), pp. 1 - 63.
- [17] M. Koehler, "The FCPA, Foreign Agents, and Lessons from the Halliburton Enforcement Action," *Ohio Northern University Law Review*, Vol. 36, No. 2(2010), pp. 457 - 479.
- [18] 林亚刚、何荣功:《论“共谋”的法律性质及刑事责任》,《浙江社会科学》2002年第3期,第76-80页。[Lin Yagang & He Rongong, "On the Conspiracy's Legal Character and Its Criminal Liability," *Zhejiang Social Sciences*, No. 3(2002), pp. 76 - 80.]]

- [19] Department of Justice News Release, "Novo Nordisk Agrees to Pay \$9 Million Fine in Connection with Payment of \$1.4 Million in Kickbacks through the United Nations Oil-For-Food Program," 2009-05-11, <http://www.justice.gov/opa/pr/2009/May/09-crm-461.html>, 2011-10-01.
- [20] 何力:《中国海外投资与美国 FCPA 的域外适用》,《江西社会科学》2011 年第 8 期,第 166-172 页。[He Li, "China's Overseas Investment and U. S. FCPA's Extraterritorial Jurisdiction," *Jiangxi Social Sciences*, No. 8 (2011), pp. 166-172.]
- [21] B. George & K. A. Lacey, "Investigation of Halliburton Co. / TSKJ's Nigerian Business Practices: Model for Analysis of the Current Anti-Corruption Environment on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement," *Journal of Crime Law and Criminology*, Vol. 96, No. 2(2006), pp. 503-525.
- [22] Halliburton Co., "Halliburton Announces SEC Investigation Regarding Nigerian Joint Venture," 2004-06-11, http://www.halliburton.com/public/news/pubsdata/press_release/2009/corpnws_021109.html, 2011-10-03.
- [23] P. Urofsky D. Newcomb & S. Fishbein et al., "The Other FCPA Shoe Drops: Expanded Jurisdiction over Non-U. S. Companies, Foreign Monitors, and Extending Compliance Controls to Non-U. S. Companies," 2010-07-19, <http://www.shearman.com/the-other-fcpa-shoe-drops--expanded-jurisdiction-over-non-us-companies-foreign-monitors-and-extending-compliance-controls-to-non-us-companies-07-19-2010/>, 2011-10-02.
- [24] R. L. Cassin, "JGC Confirms DOJ Investigation," 2010-07-12, <http://www.fcpablog.com/blog/2010/7/12/jgc-confirms-doj-investigation.html>, 2011-10-02.
- [25] United States Department of Justice, "JGC Corporation Resolves Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agrees to Pay a \$218.8 Million Criminal Penalty," 2011-04-06, <http://www.justice.gov/opa/pr/2011/April/11-crm431.html>, 2011-10-02.
- [26] United Nations, "World Summit on Sustainable Development: Plan of Implementation," http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/WSSD_PlanImpl.pdf, 2011-11-20.
- [27] A. Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press, 2004.
- [28] R. R. Babu, "The United Nations Convention Against Corruption: A Critical Overview," 2006-03-01, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=891898, 2011-10-01.
- [29] P. M. Nichols et al., "Corruption as a Pan-Cultural Phenomenon: An Empirical Study in Countries at Opposite Ends of the Former Soviet Empire," *Texas International Law Journal*, Vol. 39, No. 2(2004), pp. 215-250.
- [30] M. N. Darrrough, "The FCPA and the OECD Convention: Some Lessons from the U. S. Experience," *Journal of Business Ethics*, Vol. 93, No. 2(2010), pp. 255-276.
- [31] [美]曼瑟尔·奥尔森:《集体行动的逻辑》,陈郁等译,上海:格致出版社、上海三联书店和上海人民出版社,1995 年。[M. Olson, *The Logic of Collective Action*, trans. by Chen Yu et al., Shanghai: Truth and Wisdom Press, SDX Joint Publishing Company & Shanghai People's Publishing House, 1995.]
- [32] [美]道格拉斯·诺斯:《制度、制度变迁和经济绩效》,刘守英译,上海:上海三联书店,1994 年。[D. C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, trans. by Liu Shouying, Shanghai: SDX Joint Publishing Company, 1994.]
- [33] H. W. Rittel & M. M. Webber, "Dilemmas in a General Theory of Planning," *Policy Sciences*, Vol. 4, No. 2 (1973), pp. 155-169.
- [34] R. Brewster, "Stepping Stone or Stumbling Block: Incrementalism and National Climate Change Legislation," *Yale Law & Policy Review*, Vol. 28, No. 2(2010), pp. 245-312.
- [35] R. D. Putnam, "Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games," *International Organization*, Vol. 42, No. 3(1988), pp. 427-460.
- [36] 袁杜娟:《论跨国商业贿赂的法律规制》,北京:法律出版社,2008 年。[Yuan Dujuan, *Legal Regulation on Transnational Commercial Bribery*, Beijing: Law Press, 2008.]
- [37] G. R. Watson, "The OECD Convention on Bribery," <http://www.asil.org/insigh14.cfm>, 2011-10-03.

- [38] Organization of American States, "Inter-American Convention Against Corruption," *International Legal Materials*, Vol. 35, No. 3(1996), pp. 724 - 734.
- [39] Council of Europe, "Criminal Law Convention on Corruption," 1999 - 01 - 27, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/173.htm>, 2011 - 10 - 12.
- [40] United Nations, "United Nations Convention against Corruption," <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>, 2011 - 10 - 03.
- [41] 卢建平、张旭辉编著:《美国反海外腐败法解读》,北京:中国方正出版社,2007年。[Lu Jianping & Zhang Xuhui(ed.), *Interpretation of Foreign Corrupt Practices Act*, Beijing: Fangzheng Press, 2007.]
- [42] OECD Directorate, "Steps Taken to Implement and Enforce the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions By France," <http://www.oecd.org/investment/briberyininternationalbusiness/anti-briberyconvention/42098468.pdf>, 2011 - 11 - 20.
- [43] OECD Directorate, "Steps Taken to Implement and Enforce the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions By Germany," 2010 - 09 - 28, <http://www.oecd.org/investment/briberyininternationalbusiness/anti-briberyconvention/42099167.pdf>, 2011 - 11 - 20.
- [44] 吴学安:《“洋贿赂”事件不断重演解析》,2010年7月12日, <http://www.globalview.cn/readnews.asp?newsid=21812>, 2011年10月3日。[Wu Xuean, "The Analysis of the Ceaseless Foreign Corruption," 2010 - 07 - 17, <http://www.globalview.cn/readnews.asp?newsid=21812>, 2011 - 10 - 03.]
- [45] 赵秉志:《国际社会惩治商业贿赂犯罪的立法经验及借鉴》,《华东政法学院学报》2007年第1期,第21 - 29页。[Zhao Bingzhi, "Legislative Experience and Reference of the Punishment of the Crime of Commercial Bribery in the International Community," *Journal of East China University of Law and Politics*, No. 1 (2007), pp. 21 - 29.]
- [46] 庄绪龙:《涉外商业腐败犯罪适用我国刑法若干问题研究——以上海“力拓案”为逻辑起点》,《法治研究》2010年第2期,第84 - 90页。[Zhuang Xulong, "A Study on the Application of China's Criminal Law to Foreign Commercial Corruption Offenses: Shanghai Rio Tinto Case as a Logical Starting Point," *Research on Rule of Law*, No. 2(2010), pp. 84 - 90.]
- [47] 于立霄:《世界五百强在京投资企业已达486家》,2009年8月18日, <http://finance.people.com.cn/GB/9884460.html>, 2011年10月3日。[Yu Lixiao, "The Number of Fortune Global 500 Companies Who Invested in China Has Reached 486," 2009 - 08 - 18, <http://finance.people.com.cn/GB/9884460.html>, 2011 - 10 - 03.]
- [48] United Nations, "United Nations Convention against Corruption," http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50025_C.pdf, 2011 - 10 - 03.
- [49] 王丰、凌华薇等:《张恩照在美国被起诉引关注》,2005年3月21日, <http://finance.sina.com.cn/roll/20050321/06121445137.shtml>, 2011年10月3日。[Wang Feng & Ling Huawei et al., "Zhang Enzhao's Being Sued in the United States Attracted Attention," 2005 - 03 - 21, <http://finance.sina.com.cn/roll/20050321/06121445137.shtml>, 2011 - 10 - 03.]
- [50] P. Urofsky D. Newcomb & S. Fishbein et al., "It Doesn't Take Much: Expansive Jurisdiction in FCPA Matters," 2009 - 03 - 04, <http://www.shearman.com/lt-030409-expansive-jurisdiction-in-fcpa-matters/>, 2011 - 11 - 24.
- [51] 纪振宇:《美司法部介入调查中国在美上市企业财务违规问题》,2011年9月30日, http://news.xinhuanet.com/world/2011-09/30/c_122110260.htm, 2011年10月1日。[Ji Zhenyu, "U. S. Department of Justice Involved in the Investigation of Financial Irregularities in the U. S. - Listed Companies from China," 2011 - 09 - 30, http://news.xinhuanet.com/world/2011-09/30/c_122110260.htm, 2011 - 10 - 01.]
- [52] E. S. Burger & Mary S. Holland, "Why the Private Sector Is Likely to Lead the Next Stage in the Global Fight Against Corruption," *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, No. 1(2006), pp. 45 - 74.
- [53] D. Chow, "China under the Foreign Corrupt Practices Act," *Wisconsin Law Review*, Vol. 2012, No. 2(2012), pp. 573 - 607.