

企业能动性反腐败 “辐射型执法效应”

——美国 FCPA 合作机制的启示

尹云霞*
庄燕君**
李晓霞***

目次

- 一、 引言
- 二、 FCPA 下的合作机制
 - (一) FCPA 执法为何重视合作?
 - (二) 美国 SEC 的合作机制
 - (三) 美国司法部的合作机制
- 三、 FCPA 量刑标准
 - (一) FCPA 量刑标准
 - (二) 美国诉 VimpelCom Ltd. 案中的量刑标准
- 四、 FCPA 辐射型执法效应
- 五、 中国刑法下商业贿赂执法和量刑
 - (一) 对单位行贿的惩处力度不大
 - (二) 执法中存在“重受贿、轻行贿”的问题
 - (三) 缺乏明确的合作政策鼓励公司主动开展调查行为
 - (四) 处罚缺乏详细、统一的量刑计算标准
- 六、 中国对美国 FCPA 下执法的借鉴
 - (一) 立法、执法理念的研究借鉴
 - (二) 进一步加大对于行贿方的处罚,鼓励企业建立合规制度

* 方达律师事务所合伙人、美国密西根大学法学院 JD、《2014—2015 中国反商业贿赂调研报告》主笔。

** 方达律师事务所律师。

*** 方达律师事务所律师。

- (三) 建立合作机制,明确从宽规范
- (四) 细化具体罪名的量刑规范,建立统一量刑标准

摘要 近年来美国反海外腐败(FCPA)执法备受全球关注。美国政府以较少的司法资源取得了显著的执法效果,不仅惩罚了违法企业,还影响了其他未被执法企业经营模式的转变,逐渐形成辐射型执法效应,有效地通过惩戒行贿方遏制了商业贿赂。其中不容忽视的原因在于,为了在最终的案件处理中减轻甚至免遭处罚,不少涉案公司主动对案件进行内部调查,并向美国政府提供调查的结果和相关证据。而美国详细的量刑制度也使得企业能够预期到其与执法机关合作所能获得的好处。中国刑法针对行贿缺乏详细的量刑制度,反贿赂执法主要针对政府官员,除“自首”之外,无其他奖励制度以激励企业进行自查并建立完善的合规制度,导致企业缺乏自查和主动报告的动力。鉴于此,中国可以借鉴美国FCPA执法机制和量刑标准,调动企业能动性,通过有效惩戒行贿方来遏制腐败。

关键词 FCPA 执法 合作机制 量刑制度 辐射型执法效应 反商业贿赂

一、导 言

近年来,美国依据《反海外腐败法》(Foreign Corrupt Practice Act, 或FCPA)不断开出过亿美金的罚款,而使FCPA在全球备受关注。FCPA禁止美国企业及在美国上市的企业贿赂美国以外的政府官员。这是一个独特的法律,是针对行贿方的法律,并将美国的执法触角延伸到海外。FCPA的执法难度很高,不仅因为反腐败案件中拿到确实证据本身就有很高难度,更因为FCPA的相关证据、证人多在美国以外,美国政府在海外取证不仅面临费用和时间的问题,更有外交和司法主权等棘手问题。美国司法部(DOJ)在过去10年办理了约200个FCPA案件,罚款金额总计超过67亿美元(包括没收违法所得和罚款)。而DOJ的FCPA执法小组虽然不断增加人员,现在也只有约20名检察官。^[1]美国SEC的FCPA执法小组2010年成立时也就只有30名执业律师,目前约有40人。^[2]

虽然FCPA过去10年只有约200个案件,却转变了美国企业及在美国上市的企业商业运作模式。美国FCPA执法起到了“辐射型执法”的效果,通过对少数企业的执法,从深层次改变了这些企业的商业行为,更影响、改变了其他企业,引导企业逐步建立和完善合规体系,有效地通过惩戒行贿方而遏制商业贿赂的发生。例如,世界巨头企业西门子(Siemens)在向美国和德国政府共支付16亿美金罚款之后,^[3]改变了其经营模式,努力从事“干净的业务”,并建立了合规部门,全球有数百名员工专职于合规工作。同时,西门子还要求其合作伙伴从事“干净的业务”,进而影

[1] Michael Greene, “DOJ Beefing Up FCPA Unit with 10 New Prosecutors”, Bloomberg BNA (Apr. 6, 2016), available at <http://www.bna.com/doj-beefing-fcpa-n57982063974>.

[2] FCPA Professor, “Why Does The SEC Have an FCPA Unit?”, Jan. 26, 2016, available at fcpprofessor.com/why-does-the-sec-have-an-fcpa-unit.

[3] U. S. Department of Justice Media Release, “Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \$450 Million in Combined Criminal Fines, Coordinated Enforcement Actions by DOJ, SEC and German Authorities Result in Penalties of \$1.6 Billion”, Dec. 15, 2008, available at <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>.

响了其成千上万的合作方。早在2013年,对全球800个年收入超过10亿美元的企业的调研发现,其中73%的企业表示有设置首席合规官的职位,这些公司一般也具有比较成熟的合规机制(包括健全的首席合规官和合规委员会、固定的合规预算)。^[4]而相比较之下,根据2014年针对我国境内企业的一份调研,我国民企建立较系统的书面内控政策的比例不足24%,远远低于在华的外国企业68%的比例,而我国民营企业通过贿赂影响业务或获得竞争优势的比例(21%)却远高于在华外企(6%)。^[5]

美国FCPA执法为何能以如此少的资源取得如此大的成就?FCPA执法并不是从一开始就如此有效。在FCPA制定后的头二十多年中,执法很有限。FCPA执法的飞跃是在2000年左右,美国政府通过合作机制,调动了企业的主观能动性。不少FCPA案件都是涉案企业主动进行内部调查,向美国政府提供内部调查的结果和相关证据。以2015年为例,美国证券交易委员会(SEC)公布的9起FCPA案件中,^[6]有超过6家涉案公司因为主动开展透彻的公司内部调查并且提交调查结果及相关证据而被SEC给予“重大合作奖励”^[7]。合作机制使得执法人员在执法中事半功倍,执法难度大大降低。在西门子案件中,执法部门其实并未花费巨额成本去调查,反而是西门子自身花费了7.45亿美元聘请外部专业人员,在全球范围内进行了深入、独立的内部调查。在内部调查中,西门子发现总计多达14亿美金的行贿行为,并汇报给了美国政府。^[8]

企业为何愿意花重金进行内部调查,并向美国政府提供相关证据和发现?企业的动力在于,一方面,美国政府不断鼓励公司主动进行调查并报告,并明确在处理案件时会对企业所做的努力进行嘉奖,同时还公开和量化嘉奖的方式。例如,为了进一步鼓励企业合作,DOJ在2016年4月启动了一个为期一年的试点计划:如果被调查公司被认为是全力合作的,则罚金可以减半。^[9]另一方面,如果公司不进行内部调查和管控,公司的管理人员有更高的风险被认定为默许和纵容违法行为,而因此面临更大的个人风险。例如,2014年,DOJ在阿尔斯通(Alstom)长达近90页的认罪协议中,指出该公司不配合的态度:该公司在发现违法行为后并未主动报告,在DOJ调查开始一年以后,仍然不是完全配合,直到DOJ调查后期,该公司才开始全面配合。阿尔斯通最终被DOJ重罚7.72亿美元。^[10]DOJ更进一步对其4名高管提出刑事指控。^[11]

[4] PricewaterhouseCoopers LLP, “Deeper Insight for Greater Strategic Value State of Compliance, 2013 Survey”, Jun. 2013, at 8.

[5] 参见尹云霞、高扬:《2014—2015反商业贿赂蓝皮书》,中国公司法务研究院、LexisNexis 律商联讯发布。

[6] The FCPA Unit maintains a “Spotlight on FCPA” section on SEC’s website at <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml>.

[7] Michael Greene, *supra* note [1].

[8] The American Lawyer, “Siemens: The Cost of Corruption”, Apr. 19, 2009, available at <http://www.americanlawyer.com/id=1202430180762/SIEMENS-THE-COST-OF-CORRUPTION?slreturn=20160328082256>.

[9] U. S. Department of Justice, “The Fraud Section’s Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance”, Apr. 5, 2016, available at www.justice.gov/criminal-fraud/pilot-program.

[10] *United States v. Alstom S.A.*, Criminal No. 14 - CR - 246. (2015).

[11] U. S. Department of Justice Media Release, “Alstom Sentenced to Pay \$772 Million Criminal Fine to Resolve Foreign Bribery Charges Represents Largest-Ever Criminal Foreign Bribery Fine”, Nov. 13, 2015, available at www.justice.gov/opa/pr/alstom-sentenced-pay-772-million-criminal-fine-resolve-foreign-bribery-charges.

中国刑法有自首制度，也倡导“坦白从宽，抗拒从严”，但企业很少主动自首或自我检举。而在商业贿赂案件查处中，虽然执法人员常常要求企业进行自查汇报，企业很少主动进行内部调查、主动报告，也很少有企业会制定相关的合规政策予以补救。究其原因，其一，中国的反腐败刑事执法主要针对政府官员，对行贿人的处罚力度仍然不够大，导致行贿方觉得行贿成本很低，即使被发现，也不会有严重的后果。再加上为了鼓励行贿人提供针对受贿人的证据，很多情况下如果行贿人提供了针对该受贿官员的相关证据，执法人员就不对于行贿人进行刑事处罚。因此，企业没有动力进行深入的内部调查并汇报调查结果。其二，中国对单位行贿罪的处罚主要局限于罚金，形式单一，并没有在处罚之后要求企业进行内部治理、建立和完善公司内部合规制度，从而长远地规范企业内部的行为。其三，对于自首制度以外的积极配合或主动调查，中国法律和执法中并无明确、看得见的奖励。企业并未看到进行深入的内部调查、汇报、制定合规政策的好处和必要性。其四，中国缺乏详细、统一的量刑计算标准，企业无法预见展开这些行动会在多大程度上得到从宽处罚。其五，中国查处行贿案件，特别是单位行贿案件的数量虽然并不少，但是查得不够深入，有影响力的大案、要案较少，无法达到警示作用。办案的数量固然重要，但是质的飞跃更加重要。

在 FCPA 执法中，企业为何确信，如果其尽力进行了内部调查，全力配合美国政府的执法，将内部调查结果汇报给执法人员，制定有效的合规制度，就会有更好的结果？下文就美国 FCPA 下的合作机制、量刑标准、辐射型执法效果进行进一步分析和讨论，并与中国当前执法状况进行比较，提出借鉴的建议。

二、FCPA 下的合作机制

（一）FCPA 执法为何重视合作？

FCPA 这部法律在 1977 年通过初期的执法活动并不活跃。直到 1982 年 DOJ 才陆续公开 FCPA 执法案件，2000 年以前，DOJ 每年公布的案件也是时有时无，即使有执法案件的年份，每年也不超过 5 起。^[12] SEC 的执法也类似。

FCPA 在早期执法不活跃的主要原因在于，几乎每个违反 FCPA 的案件都发生在美国领土之外，这给案件的发现、调查和起诉带来了巨大挑战。主要体现在：（1）涉案人员和相关证据往往在美国以外的国家，有时甚至是和美国没有建立外交关系或司法协助的国家或地区；（2）FCPA 案件往往涉及一个甚至多个第三方（例如经销商或代理），这些主体也往往在海外；（3）FCPA 案件的涉案资金流向往往也是通过离岸账户，且通常以壳公司的名义进行；（4）违法交易也通常隐藏在公司的会计账目之下，较难发现。而对于这些违法证据，公司比执法部门更容易获得。正是由于这些原因，执法部门开始鼓励公司主动报告并配合，并明确提出为公司的这些努力提供“看得见的好处”^[13]。大约从 2000 年以后，FCPA 执法部门逐渐建立起了合作机制。

[12] U. S. Department of Justice, “Related Enforcement Actions”, Feb. 17, 2016, available at <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/related-enforcement-actions-chronological-list-2003>.

[13] U. S. Department of Justice, “Assistant Attorney General Leslie R. Caldwell Delivers Remarks at American Conference Institute’s 32nd Annual International Conference on Foreign Corrupt Practices Act”, Nov. 17, 2015, available at <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-leslie-r-caldwell-delivers-remarks-american-conference>.

（二）美国 SEC 的合作机制

2001年美国SEC发布了首个关于合作的公告(Seaboard Report)。该公告称,考虑到涉案公司违法行为的性质及良好的应对,SEC不打算对该涉案公司采取进一步行动。最重要的是,该公告为合作机制搭建了一个框架,即SEC在认定公司是否是配合时应当考虑如下因素:(1)公司的自律政策(self-policing);(2)是否主动报告;(3)补救措施;以及(4)公司配合程度。^[14]如果SEC认为公司是积极配合的话,会做出对公司有利的决策,包括减少对公司的指控、降低对公司的处罚或制裁等。^[15]在该框架之下,SEC还提出了十多个企业应当具体考虑的问题。

2010年,SEC发布了关于鼓励个人和公司在调查中协助SEC的激励措施,正式建立SEC执法合作机制。^[16]这些激励措施包括合作协议、延迟起诉协议和不起诉协议,旨在鼓励个人和公司全面和真诚地协助SEC获得第一手证据,帮助SEC更好地确定调查范围、涉案人员、受害者情况以及非法所得等问题。这也是SEC第一次公布关于如何认定个人合作的指导性政策。

（三）美国司法部的合作机制

DOJ对公司合作的鼓励也主要体现在对违法企业的起诉和量刑两方面。

首先,DOJ在起诉时会考虑公司的合作程度。1999年,DOJ发布了《联邦追诉商业组织的原则》(Principles of Federal Prosecution of Business Organizations)。2003年该文件被修订,并经当时的DOJ副部长拉里·汤普森授权重新发布并变更为“汤普森备忘录”(Thompson Memo)。该备忘录扩展了联邦检察官在起诉商业组织时所应当考虑的因素,包括(1)公司是否主动并及时报告;(2)公司是否愿意提供相关信息和证据,包括必要时是否选择放弃律师客户保密特权及相关工作成果;(3)是否找出公司内部涉案高管、员工或外部相关涉案人员;以及(4)公司是否采取了及时有效的补救措施。^[17]自2003年该指导原则被修改以后,DOJ开始增加对暂缓起诉协议和不起诉协议的使用。^[18]

DOJ在量刑时也会考虑公司的合作程度,并且DOJ有详细的量刑规则和罚金计算方式来将公司的合作程度进行量化并对其进行奖励。2016年4月,DOJ发布了一个为期一年的执法试点计划,进一步激励公司对于违反FCPA的行为的主动披露、全力合作并补救和完善公司内控和合规体制,并且明确了公司获得额外合作奖励的条件和认定标准。^[19]

公司之所以相信合作会有好处,就是因为美国政府有着非常详细的量刑规则,根据这些规则,企业可以计算出其可能面临的刑罚,也可以通过政府的执法案例看到如果其配合政府的执法、制定有效的合规制度会得到怎样的奖励。

^[14] Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934 and Commission Statement on the Relationship of Cooperation to Agency Enforcement Decisions, SEC Release No. 34 - 44969 (2001).

^[15] Andrew Ceresney, “The SECs Cooperation Program Reflections on Five Years of Experience”, U. S. Securities and Exchange Commission (May 13, 2015), available at www.sec.gov/news/speeches.

^[16] Policy Statement of the Securities and Exchange Commission Concerning Cooperation by Individuals in its Investigations and Related Enforcement Actions, SEC Rel. No. 34 - 61340 (2010).

^[17] Memorandum Re Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, U. S. Department of Justice, Washington D. C. 20530 (2013).

^[18] Beth A. Wilkinson and Alex Young K. Oh, “The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary Perspective”, NYSBA Inside (Fall 2009), at 9.

^[19] 见前注^[10]。

三、FCPA 量刑标准

(一) FCPA 量刑标准

20 世纪 80 年代,美国刑事司法领域发生了一场革命性的运动,美国结束了过去每年 1 042 个联邦法官和治安法官对大约 103 000 起案件进行没有约束的刑罚裁量的历史。^[20] 为限制法官自由裁量权,确保量刑的一致性和确定性,美国联邦量刑委员会根据 1984 年的《美国量刑改革法》(The U. S. Sentencing Reform Act)制定了联邦量刑指南。该《美国量刑指南》(U. S. Sentencing Guidelines,以下简称《量刑指南》)虽然不具有法律效力,却是 DOJ 在确定罚金时参考的重要标准。该指南为刑事犯罪(包括 FCPA 下的犯罪)、为罚金计算提供了明确、详细的指引。

在涉及违反 FCPA 的案件中,公司以及高管、董事、员工等相关方可能因违反该 FCPA 的反贿赂条款(anti-bribery provisions)和会计条款(accounting provisions)而被施以罚款和监禁。在计算 FCPA 违法行为的具体罚金金额时,DOJ 会依据《美国量刑改革法》的相关规定,同时考虑《量刑指南》来确定罚金范围。

在计算违反反贿赂条款的罚金范围时,DOJ 主要遵循如下步骤:(1) 确定基准犯罪级别(base offense level)。根据《量刑指南》,提供、给予贿赂或索贿、收受贿赂的基准犯罪级别是 12^[21] (级别越高,表示犯罪情形越严重,处罚结果也越严重)。(2) 依据具体的犯罪情节增加额外的犯罪级别,这些犯罪情节包括行贿次数、贿赂的价值、行贿人给予的利益以及被行贿外国官员的级别等。例如,如果贿赂次数多于一次,则犯罪级别会增加 2 个等级。如果行贿价值、因行贿所获或即将获得的利益或政府官员(或其代理)获得或即将获得的利益(以其中金额最高的为准)超过 6 500 美元,则犯罪级别依据金额的增长而按一定比例增长。《量刑指南》详细列出了具体金额所对应的应增加的犯罪等级数。例如,如果行贿金额大于 6 500 美元但小于 15 000 美元,则犯罪级别增加 2 个等级(最低增加 2 个等级);如果行贿金额超过 950 万美元,则犯罪级别会增加 20 个等级(最高增加 20 个等级)^[22]。(3) 依据被告在犯罪活动中所起的作用调整犯罪级别。例如,如果行为人被法院认定在团伙犯罪活动中承担组织者角色或起领导作用,那么犯罪级别可能会增加 4 个等级。^[23](4) 根据被告的犯罪历史调整犯罪级别。例如,如果发现被告曾经有其他犯罪行为的话,其犯罪级别可能会增加 2 级。如果被告是职业犯(career offender),或者当前犯罪行为是惯犯模式中的部分行为且被告的收入基本来源于该犯罪模式,那么被告的犯罪级别也有可能增加。(5) 根据被告在调查中的合作程度和对责任的接受或认可度,减去一定的犯罪级别。例如,如果被告明确表示并认可自己在犯罪中的责任,或在调查中主动积极配合,主动并及时告知愿意达成认罪协议的意愿,避免了 DOJ 为准备庭审而投入资源,则可能降低至少 2 个犯罪级别。最后,DOJ 根据加总的犯罪级别,依据《量刑指南》相关规定最终确定对被告施加的具体罚金数额。

在对违反会计条款的行为计算罚金时,DOJ 基本遵循上述步骤,但是所考虑的具体犯罪情节有所不同。例如,在违反 FCPA 会计条款情况下,如果被告在违法行为发生之时担任某上市公司

^[20] Paul H. Robinson, “One Perspective on Sentencing Reform in the United States”, 8 Criminal Law Forum 7 (1997).

^[21] U. S. Sentencing Guidelines § 2C1.1 (2015), at 133.

^[22] U. S. Sentencing Guidelines § 2B1.1 (2015), at 82.

^[23] *United States v. Vadim Mikerin*, Criminal No. TDC-14-0529, 4 (2015).

的高管或董事,则犯罪级别可能会增加。

除罚金金额外,DOJ 还会依据犯罪级别同时结合其他因素对是否判处被告监禁、监禁期限给出建议。

(二) 美国诉 VimpelCom Ltd. 案中的量刑标准

DOJ 在 2016 年 2 月对美国 VimpelCom Ltd. 公司(“VimpelCom”)的量刑体现了 DOJ 最新的执法理念。VimpelCom 是一家注册于美国马萨诸塞州并于纳斯达克上市的科技公司,其因中国子公司行贿中国政府官员,向 SEC 支付了约两千八百多万美元以和解指控,并与 DOJ 达成延迟起诉协议,支付约 4.6 亿美元罚金。DOJ 在针对该公司的延迟起诉协议中明确指出,该公司最终罚金 4.6 亿美元是在已计算出的罚金范围的起点金额上减少 45%的结果。^[24]

DOJ 在确定对 VimpelCom 的罚金范围时,采取了如下步骤:^[25](1) 根据《量刑指南》,确定 VimpelCom 行贿外国官员这一行为的基准犯罪级别为 12。(2) 因为贿赂次数超过 2 次,因此犯罪级别增加 2 个等级。(3) 由于贿赂所获利益超过 4 亿美元,因此犯罪级别增加 30 个等级。(4) 由于被行贿的外国官员处于高级别、决策层,因此犯罪级别增加 4 个等级。基于上述原因,该公司总计犯罪级别 48。最后根据《量刑指南》相关规定确认该等级对应的罚金范围为 8.3 亿~16.7 亿美元。

在考虑 VimpelCom 公司的可责性时,DOJ 认为,VimpelCom 公司在调查中全力合作,明确认可其所犯罪行并愿意承担责任,因此决定对其减少处罚,最终决定罚金为 4.6 亿美元,该金额是在罚金范围最低档的基础上减少 45%的结果。

对于 VimpelCom 公司的合作,DOJ 指出公司向 DOJ 提供了公司知晓的一切信息,包括涉案的个人;提供了前期内部调查发现的证据;提供在国外的证据;主动提供国外的证人,协助安排与已辞职员工的访谈;收集、分析、翻译及组织各类证据和信息。为肯定公司的全力合作,DOJ 决定对公司的罚金降低 25%。由于公司及时承认犯罪事实并补救,因此获得额外 20%的合作奖励。

四、FCPA 辐射型执法效应

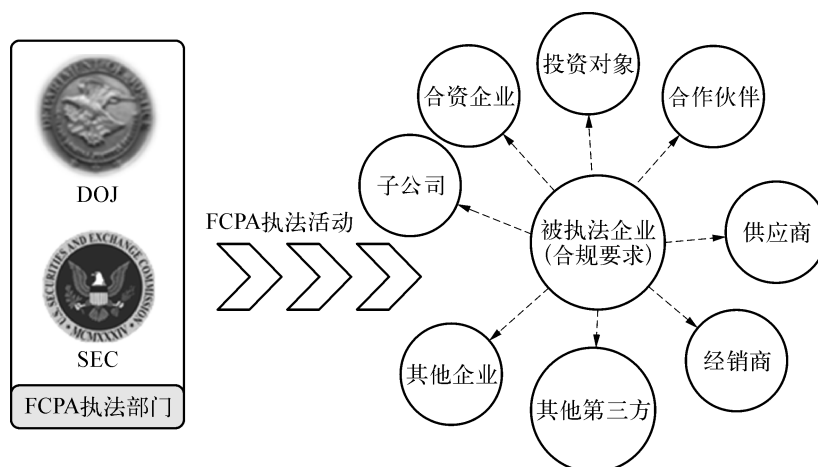
正如 2015 年美国 SEC 执法部部长安德鲁·塞雷斯尼(Andrew Ceresney)在 SEC 合作机制正式建立五周年的一篇演讲中提到的,公司内部调查现在是非常普遍的公司实践,其毫无争议是公司发现潜在重大违法行为的最佳实践;并且,当前,与政府部门分享这些内部调查的结果也是习以为常的,因为公司已经认识到这样做所能带来的巨大好处。^[26]正是 FCPA 鼓励公司主动报告、主动发起调查并逐步引导公司建立完善的内部合规制度,使得 FCPA 执法机制达到了“四两拨千斤”的作用,逐渐形成了一种“辐射型的执法效应”(请见下图)。这种辐射型的执法效果是通过对一个企业的执法,通过调动企业的能动性,从深层次改变这个企业的商业行为,进而辐射到其他企业。

FCPA 通过对违法企业进行惩罚给企业敲响了警钟。但从根本上改变企业行为方式的,是鼓励企业制定有效的合规制度,并让企业领导承担个人责任,从而自上而下地加强企业的内部监督

^[24] *United States v. VimpelCom Ltd.*, No. 16-cr-137(ER) (2016).

^[25] *Ibid.*

^[26] 见前注[15]。



管理,遏制企业领导和雇员为业务发展而去贿赂政府官员。例如,西门子在被处罚后,花了几千万美金,聘请知名律所花了数年时间打造黄金标准的合规制度,发明了一系列的合规程序用于控制和防范员工贿赂政府官员,有些创新的计算机程序还申请了专利。这些合规制度有效地遏制了贿赂行为。

美国政府鼓励企业建立完善的合规制度,如果企业制定有效的合规政策和机制,美国政府在执法中会给予认可,减少相应的刑罚。例如,在摩根斯坦利(Morgan Stanley)的一名高级管理人员被发现违反FCPA后,DOJ决定不对摩根斯坦利进行处罚,原因是摩根斯坦利已经建立了有效的合规制度,而该制度对于这样的行为并不认可,这名高管应承担个人责任,摩根斯坦利不应承担单位责任。^[27] 美国司法部2015年11月聘请曾在多家国际知名企业中担任合规官的陈惠作为合规顾问(Compliance Counsel)也体现了DOJ在执法中对公司内部合规制度建设和合规文化的重视。今后在所有FCPA的执法案件中,陈女士都会衡量涉案企业是否建立了有效的合规制度,而这也将会成为判定对该企业的刑罚的考虑因素之一。^[28]

FCPA执法的效果从一个企业辐射到其他企业,主要体现在四个方面。其一,从母公司辐射到其全球的子公司、合资公司等下属公司。在FCPA下,企业会因其为多数股东的子公司的行贿行为而受到处罚。^[29] 例如,前面提到的VimpelCom公司就是因为其中国的子公司行贿而受到处罚。另外,在FCPA下,企业也可能因为其少数股东的合资公司违法行为而受到处罚。^[30] 因此,企业会逐步引导或要求下属公司也建立比较完善的合规制度。

其二,企业内部合规制度对第三方的辐射。FCPA明确禁止通过第三方进行贿赂。DOJ和SEC的FCPA执法行动发现,在跨国业务中,利用第三方来隐匿对外国政府官员的贿赂是极其普

^[27] U. S. Department of Justice, “Remarks by Principal Deputy Assistant Attorney General for the Criminal Division Marshall L. Miller at the Advanced Compliance and Ethics Workshop”, October 7, 2014, available at <https://www.justice.gov/opa/speech/remarks-principal-deputy-assistant-attorney-general-criminal-division-marshall-l-miller-0>.

^[28] U. S. Department of Justice, “Assistant Attorney General Leslie R. Caldwell Speaks at SIFMA Compliance and Legal Society New York Regional Seminar”, November 2, 2015, available at <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-leslie-r-caldwell-speaks-sifma-compliance-and-legal-society>.

^[29] A Resource Guide to U. S. Foreign Corrupt Practice Act, U. S. DOJ and SEC, 2012, at 43.

^[30] Ibid. at 30.

遍的现象。^[31] FCPA下,企业可能因第三方为其牟利的违法行为而受到处罚。2014年12月,雅芳集团就因其未对其咨询公司开展任何尽职调查,也并未要求咨询公司遵守雅芳合规政策而向DOJ支付了1.35亿美金以和解指控。^[32]《美国反海外腐败法指南》(FCPA Resource Guide)指出,企业可通过实施有效的合规机制来降低第三方代理的风险,包括对第三方进行反腐败尽职调查。^[33]因此,完善的公司合规制度要求对其经销商等第三方也有一定的反腐败合规要求。根据德勤(Deloitte)2016年关于第三方的一份调研,超过86%的被调研企业拥有统一的第三方管理体系。^[34]如在针对第三方的尽职调查中发现其存在合规风险(例如,曾经有商业贿赂行为),则其很可能被公司剔除。因此,想要从知名外企获得业务的第三方,也会有动力建立良好的合规体系。另外,在第三方被聘用后,企业会对第三方为其提供的服务进行监督,例如,审阅第三方的财务凭证以确保没有不当行为。通过一系列的第三方管理制度,有良好合规制度的企业可以带动成千上万的第三方建立良好的合规制度。

其三,对企业投资对象、合作伙伴的辐射。FCPA鼓励企业在进行投资并购活动时对目标公司做反腐败的尽职调查,如果企业明知目标公司存在很高的腐败风险,仍然对目标公司进行投资或与之合作,并从中分享违法所得,企业也可能面临FCPA的处罚风险。《美国反海外腐败法指南》指出,对目标公司是否进行有效的FCPA尽职调查是DOJ和SEC决定是否启动执法活动的主要考量因素之一。^[35]例如,2015年2月,全球最大的轮胎生产商之一Goodyear Tire & Rubber Company就因未对投资对象进行充分的尽职调查而支付1600万美元同美国SEC和解。SEC在和解协议中指出,Goodyear在收购Treadsetters时并未进行充分的尽职调查,因此未能发现和阻止贿赂的发生。^[36]对于目标公司、合作伙伴的反腐败尽职调查,已经逐步成为行业惯例。合规问题已经成为在中国投资最主要的交易杀手(deal breaker)之一。一个公司如果希望在公司发展的过程中得到受FCPA管辖的私募资金或者企业的投资,需要合理管控其商业贿赂的风险。

其四,查处违法企业对其他企业具有警示作用。一家违法企业被施以重罚,其他守法企业以及潜在违法企业,会因被处罚企业的遭遇而自我反省,审视公司内部的合规制度,进行风险评估,避免经历相同遭遇。在美国政府对违反FCPA的企业施以重罚后,其他受FCPA管辖的企业开始增加合规方面的投入,具体投入包括财政预算、合规专业人员的增加、合规工作时间的投入等。例如,根据汤森路透(Thomson Reuters)2016年的一份报告,71%被调研的六百多家公司预期将在2016年提高针对资深合规专业人士雇佣的预算。^[37]

[31] Ibid. at 21.

[32] U. S. Department of Justice Media Release, "Avon China Pleads Guilty to Violating the FCPA by Concealing More Than \$8 Million in Gifts to Chinese Officials; Avon Products Inc. and Avon Products (China) Co. Ltd. Will Pay More than \$135 Million in Criminal and Regulatory Penalties", Dec. 17, 2014, available at <https://www.justice.gov/opa/pr/avon-china-pleads-guilty-violating-fcpa-concealing-more-8-million-gifts-chinese-officials>.

[33] Ibid. at 23.

[34] Deloitte, "Third Party Governance and Risk Management: The Threats Are Real", Deloitte Global Survey 2016, at 4.

[35] Supra note [29], at 62.

[36] U. S. SEC Media Release, "SEC Charges Goodyear with FCPA Violations", Feb. 24, 2015, available at <http://www.sec.gov/news/pressrelease/2015-38.html>.

[37] Thomson Reuters, "Top 5 Compliance Trends Around the Globe in 2016" (Feb. 1, 2016), available at blog.financial.thomsonreuters.com/infographic-top-5-compliance-trends-around-the-globe-in-2016/.

五、中国刑法下商业贿赂执法和量刑

中国刑法中商业贿赂罪名主要包括贪污、职务侵占、行受贿等十一项罪名。与美国 FCPA 下的处罚及量刑标准相比较，中国刑法有利有弊。美国对于市场经济下的商业贿赂犯罪研究远早于中国，执法实践也比较成熟，因此很多执法经验是值得我们学习借鉴的。

（一）对单位行贿的惩处力度不大

中国比较注重对行贿个人责任的追究，但对单位行贿的惩处力度远远不够。FCPA 执法机构近年来不断强调要加大对公司行贿中的高管个人责任追究的力度，而事实上，中国执法实践中一贯重视对单位犯罪中的个人责任追究。中国比较注重追究行贿犯罪中的个人责任，在公司构成行贿犯罪的情况下，单独处罚公司的情况比较罕见，在对公司判处罚金的同时，一般均会追究“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”的个人责任。在 2015 年 11 月 1 日实施的《刑法修正案（九）》中，在原刑法关于犯单位行贿犯罪，应对单位处以罚金、对具体责任人判处自由刑的基础上，又增加了要对相关责任人个人并处罚金的规定。

但是，中国目前对于单位行贿的处罚远不及于 FCPA 的惩处力度。主要体现在：（1）罚金数额不够大，导致无法达到惩戒的效果。中国向葛兰素史克（中国）开出 30 亿元的罚单，被认为是中国开出的最大罚单，也因此引得更多的国内外企业更加关注在中国的合规问题。此前、此后，都没有对于企业这样高额商业贿赂罚款。然而，在美国，执法部门现在开出几亿甚至十几亿美元罚单也并不是惊天动地的大事，巨额罚单已然成为 FCPA 执法的一个亮点。（2）对公司的处罚形式单一。目前，中国刑法对于单位行贿，除了对单位直接负责人处罚之外，对公司处罚局限于罚金。FCPA 对公司不仅施以罚金，往往还会要求公司在被处罚后，逐步建立完善的内部合规制度并就公司内控改善情况不时向政府部门报告和接受监督。罚金可以达到立竿见影的处罚效果，但是要求企业建立长期、完善的合规制度，是从根本上改变企业经营模式的重要方式。

（二）执法中存在“重受贿、轻行贿”的问题

中国在以往的执法实践中，普遍存在“重受贿、轻行贿”的问题。由于国有经济在中国经济中所占比重较大，无论司法机关还是社会民众均对利用公职犯罪的行为较为关注，对商业领域中私营企业存在的行贿犯罪危害认识不足。实践中，一些办案机关把工作重点放在整治受贿犯罪，相对忽视了对行贿案件的追究，以致刑法规定的惩治行贿犯罪的手段没有用足，影响了对行贿犯罪的惩治力度，出现对行贿案件追究刑事责任偏少、对行贿犯罪人员适用免于刑事处罚和缓刑的比例较高、对行贿犯罪人员适用重刑的比例较小的现象。^{〔38〕} 据统计，2009—2013 年，全国法院一审行贿犯罪生效判决人数 12 364 人（行贿人多不具有国家工作人员身份），一审受贿犯罪案件生效判决人数 48 163 人（受贿人具有国家工作人员身份），行贿犯罪案件的生效判决人数仅为受贿犯罪案件的 26%。考虑到行受贿犯罪具有的对合关系，存在大量的行贿行为并未被追究刑事责任的情况。^{〔39〕}

值得注意的是，中国政府也已经逐渐认识到了打击行贿犯罪的重要性，并在 2015 年 11 月 1 日实施的《刑法修正案（九）》中修改了行贿罪的有关法规，加大了对行贿犯罪的惩处力度，如对各类

〔38〕 全国人大法工委刑法室编著：《中华人民共和国刑法解读（第四版）》，中国法制出版社 2015 年版，第 919 页。

〔39〕 《刑法修正案（九）条文及配套司法解释理解与适用》，最高人民法院出版社 2015 年版，第 390 页。

行贿犯罪均增加了“并处罚金”的处罚；提高了对于行贿犯罪免于处罚的适用条件等。但是目前对于行贿的执法力度还有待加强。

（三）缺乏明确的合作政策鼓励公司主动开展调查行为

依照中国的法律规定及司法实践，查证犯罪的工作一般均由司法机关依照法定程序进行，没有要求公司应当主动进行内部调查。中国刑法中，鼓励公司配合行贿犯罪的调查，主要体现在对“自首”“如实供述”情节的认定。^{〔40〕}从2009年3月最高法、最高检发布的《关于办理职务犯罪认定自首、立功等量刑情节若干具体问题的意见》、2010年12月最高法发布的《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》等文件中对“主动投案”和“如实供述自己的罪行”的解释可以看出，相关法规主要强调犯罪人应如实主动地交代自己的犯罪事实，并未提及涉嫌犯罪的公司需要主动开展内部调查，更未对公司主动调查内部存在的贿赂问题如何适用从宽处罚标准进行规范。甚至在司法机关开展调查后，企业如果主动聘请外部律师和会计师进行内部调查是否具有合法性（是否会被认为干扰办案）也不确定，公司内部调查应当履行何种程序，调查的结果是否具有法律效力等基本问题均尚存疑问。故，在实践中，中国公司因自身存在犯罪风险而主动聘请律师和会计师进行内部调查，并将调查结果主动报告司法机关的案例极其罕见。

此外在司法机关开展调查后，公司除了如实供述自己的罪行外，应当如何与司法机关合作，是否会因采取了补救措施（例如解聘违法违规员工、书面警告、合规培训等），制定了详尽的合规政策而受到从轻处罚也并无规定。

（四）处罚缺乏详细、统一的量刑计算标准

中国刑法体系中，对于商业贿赂犯罪的刑期计算标准较为概括，缺乏详细、统一的规范，涉案的公司往往无从准确地预判自己的行为将导致的法律后果。于2014年1月1日起在全国法院实施的《关于常见犯罪的量刑指导意见》中，涉及的具体罪名只包括盗窃、抢劫等15个罪名，其中涉及商业贿赂的只有职务侵占一个罪名。而量刑指导意见中，对于职务侵占罪的量刑标准也只是比较原则性地规定了“数额较大起点，可以在二年以下有期徒刑、拘役内确定量刑起点；达到数额巨大起点的，可以在五年至六年有期徒刑幅度内确定量刑起点；在量刑起点基础上，可以根据职务侵占数额等其他影响犯罪构成的事实增加刑罚量，确定基准刑”^{〔41〕}。各地法院制定的《关于常见犯罪的量刑指导意见实施细则》，也仅对职务侵占罪每增加一个月刑期所对应的犯罪数额进行了规定，同时对可以从重处罚的情节及相关量刑基准的计算进行了规定，例如“多次职务侵占的，增加基准刑的20%以下”^{〔42〕}。相比于实践中存在的诸多问题，量刑规范还有进一步细化的空间。

对于职务侵占罪以外的其他商业贿赂犯罪，中国刑法缺乏明确的量刑规范。以贪污贿赂犯罪为例，中国刑法规定“对犯行贿罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的……处十年以上有期徒刑或无期徒刑，并处罚金或者没收财产”^{〔43〕}。而2016年4月18日起

〔40〕 《中华人民共和国刑法》第67条，全国人民代表大会2015年最新修订。

〔41〕 《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》第四节（九）职务侵占，最高人民法院，2014年1月1日实施。

〔42〕 《北京市高级人民法院“关于常见犯罪的量刑指导意见”实施细则》《天津市高级人民法院“关于常见犯罪的量刑指导意见”实施细则》。

〔43〕 《中华人民共和国刑法》第390条，全国人民代表大会2015年最新修订。

实施的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《贪污贿赂司法解释》),对行贿罪各量刑区间的基准数额做了统一解释,如行贿罪的入罪标准为三万元、情节严重的标准为一百万元、情节特别严重的标准为五百万元等,但对如何计算具体的刑期尚无统一的标准。

罚金刑的计算同样缺乏明确的标准。按照《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》,“人民法院应当根据犯罪情节,如违法所得数额、造成损失的大小等,并综合考虑犯罪分子缴纳罚金的能力,依法判处罚金”^[44],但是罚金的计算缺乏明确的标准。例如最新的《贪污贿赂司法解释》对于贪污、受贿罪的罚金适用标准已经比其他罪名更为详细,首次明确了某罪名适用罚金的上下限,如规定“对刑法规定并处罚金的其他贪污贿赂犯罪,应当在十万元以上犯罪数额二倍以下判处有期徒刑”,但仍然缺乏具体、统一的计算公式,企业无法准确预估自己面临的风险。对其他的罪名而言,罚金数额不仅没有计算公式,且尚未规定罚金的范围。

六、中国对美国 FCPA 下执法的借鉴

(一) 立法、执法理念的研究借鉴

中国可以学习借鉴美国 FCPA 立法、执法理念,建立完善的刑事处罚体系。商业贿赂在腐蚀政府领导体制的同时破坏了社会商业诚信体系,它无疑比一般的暴力型犯罪对社会的危害程度更大。中国在市场经济发展方面落后于美国等发达国家,商业贿赂问题的凸显也晚于美国。

美国政府制定 FCPA,是因为在“水门事件”后,发现众多美国企业伪造公司财会账簿,掩盖公司资金的实际用途,并且私设“小金库”用于在海外的贿赂行为。虽然这是在美国以外的贿赂行为,受贿方不是美国的政府官员,但美国国会认为,市场经济的内涵在于通过竞争提供最优的产品或服务,贿赂恰恰导致资源配置的扭曲,破坏了市场的正常运行。鉴于商业贿赂对于整个经济体制的危害,美国制定了 FCPA。^[45]

目前中国很多人对于商业贿赂犯罪给社会经济体系带来的危害的认识并不深刻。有人认为商业贿赂是中国社会转型期间一个有益的润滑剂,在向市场经济转型期间,商业贿赂给了不作为的政府官员动力,去发展市场经济。这样的认识是危险的,因为商业贿赂对于经济和社会都有极大的破坏性影响。

从经济角度看,商业贿赂破坏商业诚信体系,危害每一个人的生活。例如因贿赂造成的政府监管缺位所带来的环境污染、食品安全等社会问题,采购舞弊导致“豆腐渣”工程频频出现,等等。同时,商业贿赂会阻碍国家财富的增加。商业贿赂使得社会资源得不到有效地配置,资金没有用到高回报的项目中,对于国计民生很重要的基础项目被忽视。并且,商业贿赂也会腐蚀企业的专业精神,人力财力没有用到提高产品服务的品质中,而是通过商业贿赂拓展业务,而这样的行为也会助长企业内部的蛀虫。在内部调查中,企业常会发现,企业员工声称用来贿赂政府官员的资金有相当一部分被员工自己侵占。著名的 GSK 中国的案件就存在部分高管利用旅行社从公司套现

^[44] 《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》第 2 条,最高人民法院,2000 年 12 月 19 日实施。

^[45] Mike Koehler, “The Story of the Foreign Corrupt Practices Act”, 73 (5) Ohio State Law Journey (2012).

用以贿赂医生并从中侵吞几百万元公司资产的行为。^[46]

从社会角度看,商业贿赂造成不正当的竞争,社会上层人士可以通过商业贿赂进行不正当的竞争而进一步积累财富,不公平的竞争会拉大贫富差距,加深社会矛盾。而且,商业贿赂会腐蚀政府领导体制。商业行为渗透到社会方方面面,商业贿赂也是如此,小官巨贪屡见不鲜,^[47]商业贿赂助推行政权力腐败,降低政府的公信力。

我们可以从美国等经济发达国家的司法变革中吸取经验,在立法和执法理念上借鉴美国对商业贿赂犯罪的研究成果,结合本国国情,尽早建立起完善的商业贿赂犯罪刑事惩处体系。

(二) 进一步加大对于行贿方的处罚,鼓励企业建立合规制度

没有行贿方就没有受贿方。如果只对受贿方处罚,而不对行贿方处罚,虽然受贿的官员受到处罚免职,新的官员依旧面临同样企业的商业贿赂的诱惑,在没有高薪养廉支持的情况下,官员很难抵御诱惑。

FCPA 是针对行贿方的处罚。通过对行贿方的处罚,调动了企业的积极性和能动性,达到“辐射型执法效果”。除了考虑增加对单位行贿的罚金之外,中国可以考虑在处罚中,增加对企业内部合规制度建立和完善的要求。这样不仅能对违法企业达到立竿见影的执法效果,同时还能将执法效果辐射到其他企业,逐渐建立一个以公司内部合规控制和自查为主导的良性循环,以更有效地遏制行贿。

过去几年,合规文化在美国企业中迅速蔓延。但由于在中国大部分企业不受 FCPA 管辖,在竞争中美国企业常常处于不利的竞争地位,员工的行贿行为仍难以避免。如果中国政府进一步加强对行贿行为特别是单位行贿行为的处罚,建立一个公平竞争的机制,当每个企业都深刻地意识到行贿对于企业自身以及每个员工个人的危害时,企业和个人会趋利避害而选择不行贿。

(三) 建立合作机制,明确从宽规范

查处犯罪只是手段,执法的最终目的是有效地遏制犯罪,为此司法机关不应当仅仅局限于对打击犯罪的数量的追求,更应当寻找更为有效的方法,通过执法让更多的公司意识到贿赂犯罪的风险,从而自觉建立有效的合规制度,并在被调查时能够更加主动地配合。

司法机关与其花有限的人力、物力和时间去调查众多公司的不法行为,不如充分发动公司的资源,让公司主动去调查、报告。FCPA 在对公司的处罚中,非常重视公司的合作,公司在被调查后多会主动开展内部调查。对此,中国司法机关也可以逐步引入公司自查的机制,同时鼓励公司通过建立完善的合规制度发现犯罪并主动报告,并对公司的这些努力进行嘉奖。例如,对于公司通过内部合规调查主动发现犯罪并予以报告的,可以在自首的范畴内给予更加宽大的处理,包括免除处罚。对于司法机关已经开展调查的案件,可以鼓励被查公司聘请独立的第三方律师开展自我调查并将调查结果提交司法机关,根据合作的程度、查处结果的严重性等确定从宽量刑的幅度。但如果发现公司在此过程中并没有提供实质配合,而是借助内部调查的幌子隐瞒事实或毁灭证据,应当严格对公司进行处罚。对公司此前没有合规政策导致犯罪发生的或者发现不法行为后仍然隐瞒、掩盖不法行为的,应当严格并加大对公司责任的追究;对于采取事后制定有效的合规制度

^[46] 新京报网:《葛兰素史克“贿赂门”四高管被抓》,2013年7月15日,载新京报网(<http://www.bjnews.com.cn/feature/2013/07/15/273342.html>,最后访问时间 2016-05-03)。

^[47] 例如,2015年8月9日,京华时报:《北京出现小官巨贪:基层干部挪用8.21亿元公款理财》,载新浪网(<http://news.sina.com.cn/o/2015-08-09/doc-ixftkps3691509.shtml>,最后访问时间 2016-05-03)。

等补救措施的，可以在量刑时予以考虑减轻处罚等。

此外，对于公司积极合作的嘉奖应当量化和细化，尽量使这种嘉奖具有可预见性和可期待性，降低不确定性。否则，公司仍然会抱着不被执法机关发现的侥幸心理而不去主动调查和报告违法行为。

执法机关应该通过执法方式和力度的变化，让公司意识到公司内部合规制度对企业的重要性，并能够通过处罚结果的差异性而衡量出主动配合带来的益处。通过执法变化，让更多的公司主动参与到贿赂犯罪的预防与查处中，有助于形成对贿赂零容忍的社会风气，也必然能够节省更多的司法资源，达到“集中资源办大事”的效果。

（四）细化具体罪名的量刑规范，建立统一量刑标准

与美国《量刑指南》相比，中国目前执法中缺乏统一、具体的量刑标准。现在，有一些检察院建立了自己的数据库，在执法中通过参考以往执法案例的量刑标准来衡量新案件量刑标准是否适当。^{〔48〕} 这样的有益尝试分散在各地，耗时耗力，且没有全国统一的标准。

如前所述，没有清晰统一的标准，企业难以判断进行内部调查并汇报给执法人员是否会得到具体的好处。这样企业在主动配合中会有更多的顾虑，进而增加了执法的难度和成本。另外，如果司法人员有很大的权限可以决定企业受处罚的罚金，而量刑标准没有清晰的规定，则执法的不透明容易滋生司法腐败。企业在面临巨大的罚金时，可能会贿赂司法人员，也可能有司法人员会以此向企业索贿。而且，没有统一清晰的标准，容易造成实践中的执法差异，影响法律的权威性。

随着改革开放、市场化经济的发展，中国在商业贿赂方面的执法已经有了很好的积累。《刑法修正案（九）》及两高《贪污贿赂司法解释》的出台，恰是一个良好的契机对于以往商业贿赂执法经验及量刑标准进行梳理，借鉴美国在量刑制度方面的经验，根据实践中已有或可能出现的问题制定详细且通俗易懂的量刑标准，促进量刑标准的规范化。

（责任编辑：林喜芬）

〔48〕 2014年北京市《海淀区人民检察院工作报告》：“开发量刑数据库软件，通过量刑比对、刑事类案分析等工作，为促进量刑建议科学化和强化诉讼监督夯实基础。”载道客巴巴网（<http://www.doc88.com/p-3877906704119.html>，最后访问时间 2016-05-03）。