

第一章 商业腐败的界定及其公司治理的相关理论分析

第一节 经济全球化及商业腐败问题全球化

作为世界科技革命的产物和市场经济发展的结果,经济全球化已成为一种客观的历史潮流,不以人的意志为转移。正如英国著名经济学家约翰·邓宁教授所说,“除非有天灾人祸,经济活动的全球化不可逆转”。“全球化”(Globalization)主要是西方媒体、政府和学者(特别是经济学家)在1990年代开始广泛使用的语词。但是“全球化”一词最早可以追溯到1978年罗马俱乐部发表的《增长的极限》一书。^{〔1〕}

所谓“全球化”,即指一种进程,在这种进程中,原来局限于各个不同国家疆域内的诸多活动、制度正在冲破国界的局限,而成为全球性的。^{〔2〕}所谓“经济全球化”,就是指在市场经济的基础上,生产要素在全世界范围内的自由活动和合理配置,逐渐以至最终完全消除国家间的各种壁垒,使其相互渗透、相互影响、相互依存并不断加深,从而把世界经济变成一个整体的过程。经济全球化包括多方面的内容,主要是生产全球化、贸易全球化、资本全球化和金融全球化。

经济全球化是“市场化”的延伸,包含交易范围和制度建设两方面的内容。所

〔1〕 转引自焦津洪:《经济全球化及其对国际经济法的挑战》,《国际经济法论丛》第3卷,第16页。

〔2〕 Jost Debruck, Globalization of Law, Politics, and Markets—Implicationa for Domestic Law-A European Perspective, 1 Indiana Journal of Global Legal Studies 9, 1993.

谓交易范围,是指贸易和投资(实质经济投资和金融投资)范围扩大到全球,在更广阔的地理空间配置资源;所谓制度建设,指市场制度在全球范围的推广和采用。这两个方面是经济全球化同一过程中并行的两种趋势。市场制度的功能是约束和规范交易行为,减少交易的不确定性,从而降低交易成本。市场制度的形成不只是市场自发选择的结果,也包括政府的参与和推动。经济全球化是在全球建立全球市场体系,因此需要“全球规则”,但是在主权国家之间建立制度,只能依靠协商共识和综合国力的较量。^[1]

当今,经济全球化已逐渐成为一种各国不得不面对的客观现实。跨国公司是当今经济全球化的推动者,也是跨国投资的主要载体。全球 6.1 万家跨国公司中,占据着全球跨国直接投资的 90%、全球贸易总量的 65%、全球技术交易总量的 80%和全球高新技术的 95%以上。世界经济的全球化使得跨国公司面临全球市场的争夺,伴随之,商业腐败亦跨出国门,走向世界。

当前,商业腐败已经成为一个全球性问题,一个跨越国界的问题,而不再仅仅是一国国内的问题。商业腐败成为全球性问题是一个逐渐的过程。最初人们认为商业腐败是国际商事交易的催化剂,即认为商业腐败有助于国际贸易、国际投资等商业交易的开展,并最终促进经济的发展。许多国家都支持或鼓励国际商事交易中的商业贿赂等腐败行为,例如德国在 1997 年以前对国际商事交易中的贿赂行为都不禁止,相反,在税收方面,还将贿赂费用作为可以税前扣除的费用。但是随着世界经济全球化进程加快,人们越来越认识到“国际商事交易中的商业贿赂是相互依存的世界经济的又一个重要问题。贿赂损害竞争,扭曲贸易,损害消费者、纳税义务人和失去合同、生产和利润的诚实商人的利益。同时,贿赂亦损害了对政府的公共信任与支持”。^[2]

商业腐败问题的全球化表现在两方面:一方面经济全球化存在的客观现实导致跨国公司在世界市场的竞争中大量进行商业腐败行为以获得竞争优势。商业腐

[1] 中国社会科学院课题组:《全球化的来龙去脉及中国的对策》, <http://www.iwep.org.cn/werc/jingjiquanqihua/quanqihualailongqumai.pdf>。

[2] OECD Initiatives to Fight Corruption, OECD Press Release, Paris, May 26, 1997 <<http://www.oecd.org/daf/cmris/bribery/bribery.htm>>. Also see Melissa Kelly Hurst, Eliminating Bribery in International Business Transactions, 6 J. Int'l L. & Prac. 111, 1997, p. 111.

败作为一些跨国公司争夺市场的一种手段,随着市场的全球化而全球化。当今,绝大部分的跨国商业腐败是由跨国公司的海外子公司或其分支机构实施。世界银行估计国际商事交易中商业腐败金额可达发展中国家外来直接投资和进口的5%,即每年近10亿美元。^[1]

另一方面是美国在治理国际商事交易中商业腐败的多边努力的推动,使得国际商事交易中商业腐败问题在规则制度层面全球化。美国于1977年颁布实施了《反海外腐败法》。该法案的立法背景为“水门事件”(the Water gate scandals)的爆发。由于受“水门事件”的影响,美国司法部(“DOJ”)和证监会(简称“SEC”)等部门发现不少美国公司为了获取有利于自己的待遇,曾对某些外国政府特别是第三世界国家的官员大量行贿。“这与美国公众的道德期望值和价值观念是相悖的。这不仅仅不道德,而且有损于商业。”因此,《反海外腐败法》把为了获得或保有交易而贿赂外国公职人员的行为规定为犯罪。同时要求母公司及其子公司都要依法行事,企业要建立内部控制系统和会计体系,通过公司治理途径预防海外腐败行为的发生。跨国公司中的母公司对子公司独立实施的商业贿赂行为也要承担监管不力的责任。根据该法律,美国公司的海外机构若出现违法事实,总公司必须承担重要责任。该法律对腐败的惩罚也相当严厉,违法公司将被处以最高达200万美元的罚款,违法的美国公民将被处以最高达10万美元的罚金并最高被判入狱5年。《反海外腐败法》实施后,美国公司在其海外的商事交易中处于不利的竞争地位。美国商务部评价,由于国际商事交易中的贿赂行为,美国公司每年的经济损失达360亿美元。^[2]美国公司为确保其在海外的业务和获得公平贸易机会,要求美国政府输出这一法制,即要求将这一法制国际化。

为此,在美国政府的推动下,美国《反海外腐败法》下商业腐败的惩治及其公司治理惩治预防的理念在国际法律制度层面亦逐渐实现全球化。1997年经合组织

[1] Ethan S. Burger & Mary S. Holland, Why the Private Sector is Likely to Lead the Next Stage in the Global Fight Against Corruption, 30 Fordham Int'l L. J. 45, 2006. p. 45.

[2] Administration Highlights Bribery as Trade Problem for U. S. Exporters, International Trade Daily (BNA) (Oct. 13, 1995).

《反行贿公约》改变了国际社会对跨国商业腐败的态度。^{〔1〕}该公约要求缔约国从行贿者视角治理跨国商业腐败,并对跨国商业腐败行为规定为犯罪,确立法人行贿外国公职人员应承担的责任。并要求采取措施禁止利用会计账簿从事行贿外国公职人员或隐瞒行贿行为,并对利用会计账簿从事行贿外国公职人员或隐瞒行贿行为给予刑事惩罚等。《反行贿公约》的通过,作为缔约国的主要发达国家均颁布法律或修改法律从行贿者视角打击海外商业腐败,并采取相关会计内控等措施防止腐败行为的发生,其中,尤以英国 2011 年生效的《反贿赂法》为严厉打击贿赂犯罪之最,如前文所言其被称之为“世界上最严厉的反腐败法”。

2003 年《联合国反腐败公约》是联合国历史上第一部指导国际反腐败斗争的法律文件。《公约》明确规定缔约国应采取措施,将公约确立的贿赂行为规定为犯罪。《公约》直接界定为“贿赂犯罪”的有 3 类:一是贿赂本国公职人员;二是贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员;三是私营部门内的贿赂。刑法措施是《公约》在控制腐败方面所确立的重要措施。《公约》同时强调从行贿、受贿者视角对腐败进行打击,同时,强调反腐败的会计、内控等公司治理要求。

可以认为,美国始终走在打击商业腐败之制度建设前列。《反行贿公约》和《联合国反腐败公约》等国际公约是美国将其《反海外腐败法》国际化的结果。

第二节 商业腐败的相关概念界定

一、商业腐败等相关概念

(一) 腐败的内涵

在汉语中,“腐败”指人和物品的变质。在英文中腐败用“Corruption”表示,这个词来自拉丁词“Corruptus”,意指破坏或损坏。《布莱克法律词典》对 Corruption

〔1〕 Barbara Crutchfield George, Kathleen A. Lacey & Jutta Birmele: The 1998 OECD Convention: An Impetus For Worldwide Changes in Attitudes Toward Corruption in Business Transactions, 37 AM. BUS. L. J. 485, 2000.

解释为“尤指受贿赂影响的非法的或堕落的动机”。^{〔1〕}但是 Corruption 一词的含义不甚明确,其在汉语中的翻译也不统一。有人将其译成“腐败”,有的将其译成“贪污”。英文中,与“贿赂”有关的概念有两个,即 Bribery 和 Corruption。在美国等西方国家中,Bribery 是 Corruption 的主要形式。《布莱克法律词典》中用“Corrupt”来解释“Bribery”,^{〔2〕}将“Bribery”解释为“为了影响公务行为而腐败性支付、接受或恳求的私人好处”。将其译成汉语时,一些人常常将 Bribery 译成“贿赂”。

腐败行为通常定义为偏离规则、道德、传统和法律的行为,表现为行为人利用管理公共事务的地位为个人谋取不合法的利益,或可以简单地定义为“滥用权力以谋取私利”。^{〔3〕}公职人员为私人利益恳求、接受或勒索贿赂构成“公共权力的滥用”,代理人为了竞争优势和利润给予公职人员贿赂同样构成“滥用公共权力”。^{〔4〕}透明国际组织将腐败定义为“是为了个人私利而滥用权力,包括政府官员收受贿赂、在政府采购中收取回扣以及贪污公款”^{〔5〕}。

随着市场经济的发展以及世界经济全球化,腐败成为全球性法律问题。腐败的外延极其广泛,不仅包括对本国公职人员的贿赂行为,还包括对外国公职人员的腐败即跨国商业腐败、影响力交易、滥用职权,甚至是私营领域的贿赂。^{〔6〕}

（二）商业腐败的内涵

商业腐败有广义和狭义之分。广义的商业腐败系指涉及公司企业等私营部门的腐败行为,包括发生在商事交易中的私营部门对公营部门或私营部门之间的贿

〔1〕 Corruption, 1. Depravity, perversion, or taint; an impairment of integrity, virtue, or moral principle; esp., the impairment of a public official's duties by bribery. 2. The act of doing something with an intent to give some advantage inconsistent with official duty and the rights of others; a fiduciary's or official's use of a station or office to procure some benefit either personally or for someone else, contrary to the rights of others. Black's Law Dictionary (8th ed. 2004).

〔2〕 Bribery, n. The corrupt payment, receipt, or solicitation of a private favor for official action. Black's Law Dictionary(8th ed. 2004). 王云海:《美国的贿赂罪》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 51 页。

〔3〕 World Bank, Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank 8 (1997).

〔4〕 赵秉志、王志祥、郭理蓉编:《〈联合国反腐败公约〉暨相关重要文献资料》,中国人民公安大学出版社 2004 年 1 月第 1 版,第 274 页。

〔5〕 转引自中恩威:《商业贿赂理论分析与对策研究》,社会科学文献出版社,2009 年 9 月第 1 版。

〔6〕《联合国反腐败公约》约束的腐败行为就是从广义意义上作出的界定。

贿赂行为,或者发生在公司企业等私营部门内部的腐败行为,即包括商业外部腐败和商业内部腐败。商业内部腐败表现为公司高管或其他人员挪用公司资金、侵占公司财产等内部腐败行为。狭义的商业腐败仅指商业外部腐败,即指发生在商事交易中的私营部门对公营部门或私营部门之间的贿赂行为,不包括公司企业内部人员利用管理权力或与第三人勾结侵占或挪用公司财产等行为;主要有两种:一种是涉及到公共部门或者公职人员,如德国的“欧宝门(Opelgate)丑闻”,是公职人员收受贿赂后批准签发许可证的事件。^{〔1〕}另一种是私营部门之间或私营部门人员之间,如日本一航空公司 1995 年至 1999 年有一笔“成套设备租赁费”,但其实是为了日本“Sokaiya”公司敲诈勒索集团同意不破坏航空公司股东大会的顺利举行。^{〔2〕}本书的阐述主要围绕狭义的商业腐败即商业外部腐败进行。

因商业腐败关系到商业交易中公共权力或管理权力的滥用,用以谋取私利的行为,其具有腐败性与商业目的性双重属性。因此,商业腐败行为的规制,不仅要着眼于放在贿赂行为对公平有序的市场经济秩序的破坏,还要兼顾在商业活动中对公共权力或管理权力廉洁性的保护。

(1) 商业目的性。商业腐败行为的行贿者实施贿赂的目的,是为了能够在市场中获得有利地位,例如获得某个合同,或者是市场准入的行政许可等。

(2) 腐败性。商业腐败行为的行贿对象一定是某种公权力或者管理权利的拥有者,或者是政府官员,或者是其他国家工作人员,或者是公司管理人员。行贿者实施贿赂是为了交换公权力或者管理权利,因而具有腐败性。

(三) 商业腐败的类别

(1) 涉及私营部门的商业腐败与涉及公共权力的商业腐败

通常,依据行贿对象为公营部门还是私营部门,商业腐败可以划分为两种类型,一种是公司、企业普通经营活动中的行贿受贿行为,这属于涉及私营部门的商业腐败;另一种则是公司、企业等经营主体为了赢得政府的交易机会或者获得某种

〔1〕 国际透明组织:《制约腐败——构筑国家廉政体系》,清华大学公共管理学院廉政研究室译,中国方正出版社 2003 年 1 月版,第 189 页。

〔2〕 H. Katoh:《控制日本经济界贪污腐败之风的实际情况和建议的对策:关于政界人物、金融家与有组织犯罪集团(Boryokudans)之间的密切联系》,在米兰会议上宣读的论文。

经营上的垄断特权而向政府官员提供贿赂,这是涉及公共权力的商业腐败。普通经营活动中的商业腐败使得市场的价格信号被弱化,在产权明晰的情况下,其对其他主体利益侵犯的程度是有限的。特别在商业腐败盛行成为市场交易的潜规则的情况下,行贿企业已经在实质上接受了这部分行贿成本,受贿员工所在企业也将这部分“灰色收入”默认为员工的福利,交易价格也就并没有受到多大程度的扭曲,对整体经济效率的影响是有限的。相比之下,涉及公共权力的商业腐败不仅出卖公共利益来换取受贿官员的私人利益,而且使得大量的资金和时间投入到直接的非生产性寻利行为,严重扭曲了资源的配置效率,其对经济发展的危害较前者更大。

(2) 跨国商业腐败和国内商业腐败

依据行贿对象是国内公职人员还是外国公职人员,商业腐败可以划分为跨国商业腐败和国内商业腐败。跨国商业腐败是指在国际商事交易中私营部门对公营部门的贿赂行为,即一国公司或个人对外国公职人员、国际公共组织官员实施贿赂的行为。随着经济全球化的发展,跨国商业腐败的含义也在发展,呈现出更广的含义,即不仅指国际商事交易中私营部门对公营部门的贿赂行为,而且还包括国际商事交易中私营部门之间的商业贿赂行为。国内商业腐败,是指在国内发生的,本国私营部门对公职人员,或私营部门之间的贿赂行为。

(四) 商业腐败与商业贿赂、公务腐败等区别界定

1. 竞争法与刑法中的商业贿赂

商业贿赂是舶来品,它滥觞于市民社会发端之时,19世纪中叶的西方国家。在商业贿赂出现初期,西方国家把其看作是市场交易过程中理所当然的附带品,视其为商业惯例或者商业经营的通行做法,并没有对商业贿赂过多关注,更谈不上对商业贿赂进行规制。但随着市场经济的快速发展以及商业资源短缺而导致市场竞争异常激烈,从而激发了商业贿赂的泛滥,破坏了经济活动中公平竞争的风气,导致商业伦理道德失陷,正常经济活动秩序受到破坏,不利于一国经济秩序的稳定,从而在国际上掀起了对商业贿赂规制的旋风。

对于商业贿赂的内涵,无论是国内还是国外,理论界和实践部门都没有给出了一个权威性的定义和达成共识的表述。美国《布莱克法律词典》将商业贿赂定义

为：“竞争者通过秘密收买交易对方的雇员或代理人的方式，获取优于其他竞争对手的竞争优势。”^{〔1〕}这一定义涵盖了几方面：商业贿赂的主体是竞争者，受贿的对象是交易对方的雇员或代理人、行贿的手段和方式是秘密地收买，行贿意图是获取优于其他竞争对手的竞争优势。

“商业贿赂”作为法律术语，在我国最初属于国内竞争法上的概念。商业贿赂，在我国从性质上看虽然属于一个法律上的术语，但是无论是我国的1979年刑法和1997年修订后的刑法，还是1993年9月全国人大常委会通过的《反不正当竞争法》，都未直接使用“商业贿赂”这个术语。我国《反不正当竞争法》第8条作了商业贿赂的内涵描述，对商业贿赂行为作出了禁止性规定，但是以下定义方式描述，规定：“经营者不得采用财物或其他手段进行贿赂以销售或者购买商品，在账目外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以受贿论处。经营者销售或者购买商品，可以以明示方式给对方折扣，可以给中间人佣金。经营者给对方折扣，给中间人佣金的，必须如实入账。接收折扣、佣金的经营者必须如实入账。”

为了实施《反不正当竞争法》，1996年11月国家工商行政管理局公布了《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》，这是“商业贿赂”作为专门术语第一次在我国部门规章中出现。该条第二款对商业贿赂作出了明确界定：“本规定所称商业贿赂，是指经营者为销售或者购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位或者个人的行为。”国家工商行政管理总局，作为管理和监督市场经营者经营行为的主管部门，其从经营者角度来判明什么属于“商业贿赂”，本无可厚非。但是，法律意义的“商业贿赂”远不止“商业行贿”行为。从《反不正当竞争法》第8条规定的字面解释，商业贿赂是商业行贿与商业受贿的集合概念。

我国学者指出，“商业贿赂”在竞争法意义上应当被界定为“经营者为了获得交易机会或有利的交易条件而不正当地给予相关单位或个人好处，或者与商业活动密切相关的人，利用其所处有利地位，不正当地收受经营者好处的行为”。^{〔2〕}依法律定义，商业贿赂是指在经营活动中，一方经营者为得到交易机会，暗中给予交易

〔1〕 Commercial bribery, Corrupt dealing with the agents or employees of prospective buyers to secure an advantage over business competitors. Black's Law Dictionary (8th ed. 2004).

〔2〕 赵秉志等：《商业贿赂犯罪研究》，中国法学会刑法学研究会2006年年会论文综述（之二）。

对方或其他交易人员以财物及其他好处的行为。

刑法意义上的“商业贿赂犯罪”第一次在 2008 年最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》中被提及^[1]。事实上,该《意见》采用了广义的商业贿赂概念,且可以区分为商业行贿、商业受贿以及介绍贿赂,或者单位行贿和单位受贿,或者个人行贿和个人受贿,或者对外国公职人员行贿和一般意义上的行贿。因此,我国刑法意义上的“商业贿赂”概念内涵与外延比竞争法意义上的“商业贿赂”更广。从一定意义上,我国刑法意义上的“商业贿赂”内涵即为本课题所表达的“商业腐败”。因遵循《联合国反腐败法》对贿赂等行为统称为“腐败”的必要,本课题主要采用“商业腐败”的提法,并同时使用“商业贿赂”,以满足论述方便或习惯的需要。

2. 商业腐败不同于公务腐败

商业腐败与公务腐败虽同属腐败,但二者的内涵和外延存在不同。市场经济形态下,商业腐败一定发生于交易过程中,具有商业目的性,而公务腐败更多强调其对公权力的腐败性。当然权力腐败也有可能发生于交易过程,譬如政府采购、政府工程发包,发生于影响或左右交易的过程,包括资源配置、市场准入行政许可、配额分配、行政审批等环节。

对于纯粹一般意义的商业贿赂犯罪,其与公务腐败导致的职务犯罪之间的犯罪构成条件、犯罪种类、犯罪性质和所引发的社会危害存在完全不同,但是当公务腐败与商业相结合,其对社会的危害程度,远远甚于一般商业交易过程中发生的商业贿赂。

公务腐败与商业腐败的性质也截然不同。前者是一种政治性腐败,它危害的是执政之基。与公务腐败的斗争关系到执政党和国家的生死存亡。商业腐败则属于经济领域的腐败,其破坏性不仅集中于危害市场经济秩序,而且对于公权力具有

[1] 2008 年 11 月,最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》,该意见首次明确指出了我国商业贿赂犯罪涉及刑法规定的八种罪名:(1)非国家工作人员受贿罪(刑法第一百六十三条);(2)对非国家工作人员行贿罪(刑法第一百六十四条);(3)受贿罪(刑法第三百八十五条);(4)单位受贿罪(刑法第三百八十七条);(5)行贿罪(刑法第三百八十九条);(6)对单位行贿罪(刑法第三百九十一条);(7)介绍贿赂罪(刑法第三百九十二条);(8)单位行贿罪(刑法第三百九十三条)。2011 年《刑法修正案(八)》增加了对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪。自此,我国商业贿赂犯罪涉及九种贿赂罪名。

极强的腐蚀性。

此外,公务腐败与商业腐败互为作用。当商业交易中的行贿对象为官员或其他国家工作人员时,此时的公务腐败即构成商业腐败,这时的贿赂罪性质归于国家公职人员职务犯罪。

(五) 商业腐败的危害

商业腐败行为对经济社会的影响,特别是对市场竞争秩序造成的危害是多次的、全方位的,对于整个社会的政治、经济、文化都会产生一定的影响,它不仅危害了市场经济制度的有效运行,而且影响了人们的是非观念和廉耻观念等价值观。当前社会商业腐败行为多发,这也促使我们充分了解、认识、评估商业腐败的危害性,进而制定有效的治理商业腐败的措施和制度。具体来说,商业腐败的危害主要集中在以下几个方面:

1. 商业腐败违反了公平、诚实信用的市场规则,破坏了市场竞争秩序

在当前市场经济条件下,各种社会经济关系的相互作用和表现都是在市场中实现的,包括产品的生产、流通、分配以及交换各个环节。市场经济支持经营者通过正当的竞争手段获取合法的利益,商业腐败行为作为一种不正当竞争行为,违反了诚实信用原则,阻碍了市场机制的正常运行,严重破坏了市场秩序,导致市场无法发挥价值规律和竞争的作用。由于商业腐败排斥竞争对手的合法手段,其必然会破坏正常市场竞争的调节作用以及影响经营者的价值观和是非观。当所有的经营者都倾向于通过不正当竞争——商业腐败来获取交易机会时,正常的市场秩序就会被弱化、压制,于是商业腐败行为就会广泛地存在于市场经济运行的各个环节,成为了市场中的“行规”。经营者为了生存,都倾向于选择成本较低的商业腐败,而市场中的商业腐败又加剧了对公平的市场竞争秩序的破坏。

2. 商业贿赂破坏了市场有效的资源配置作用

在市场经济条件下,公平的竞争才能有效的反映出市场对资源的各种需求,市场通过合理的竞争起到资源配置的作用,生产者才能合理地安排生产和销售,推动市场资源的有效流动,促使资源得到最大化利用。而商业腐败向行贿者提供了更多的交易机会,为商业行贿的经营者获取了正当经营者的机会,以次充好的产品被贴上了合格、优质的标签,以致出现了“劣币驱逐良币”的不合理现象。当消费

者被“合格、优质”的标签所迷惑,就会违背正常的市场需求,产生错误的市场需求,导致市场资源流向错误,致使市场优化资源配置的作用失效,浪费了有限的市场资源。

3. 商业腐败助长了公务腐败

“从商业贿赂内在的利益关系来看,商业贿赂的实质是一种权力寻租者与权利求租者双方利益关系的同盟。在这利益共同体中,权力是利益生成的源泉;而利益又是联结参与商业贿赂双方的共同纽带。”^{〔1〕}由于我国一些行政部门掌握着配置公共资源、制定经济政策法规、市场资格的准入等公权力,再加上这些行政权力的运用具有很大程度的自由裁量权,以及权力监督机制不完善等一系列原因,导致权力出轨和寻租的可能性大大增加。于是部分经营者就趁虚而入,对这些与经济活动相关的职能部门进行利益诱惑和“公关”。渐渐地,商业腐败行为导致行政监管有失公允、公共权力被滥用,权钱交易和以权谋私也成为了商业腐败最显著的特征之一。商业腐败成为了权力腐败的温床,并滋养、催化权力腐败的成长,权力腐败的成长又为商业腐败提供了“优良”的环境。^{〔2〕}

4. 商业腐败损害投资环境,不利于吸引外资

商业腐败者所为的不正当行贿行为不仅牺牲了公平公正的市场竞争行为,损害了合法经营者的合法权益,而且严重损害了国内投资环境,不利于我国吸引外资。由于我国一直处于透明国际中行贿受贿比较严重的国家之列,随着媒体对涉及我国的跨国商业腐败案件的曝光,如“朗讯风波”“德普回扣门”“西门子贿赂门”等事件使我国在国际上的形象不断下滑,一些不利的国际评论也指向中国。而且,由于这些商业腐败行为的违法者大部分不是由我国有关部门查处的,而是被外国依据其国内法追究了其法律责任,致使我国的形象再一步受损。

商业腐败严重污染了国内投资环境,损坏了我国的国际形象,在国际商誉的营

〔1〕 申恩威:《反商业贿赂理论分析与对策研究》,社会科学文献出版社,2009年9月第1版,第85页。

〔2〕 商业贿赂已成为滋生经济犯罪的温床。厦门远华特大走私案就是一个典型范例,案件中共有600多个涉案人员被审查,近300人被追究了刑事责任。其中,有近200名党政机关和行政执法部门的干部受到党纪政纪处分,近150名党政干部被追究了刑事责任。参见程宝库、林楠楠:《关于我国反商业贿赂立法的反思》,载于《求实学刊》,2006年3月第33卷第2期。

建过程中,商业腐败已经成为一种不容忽视的桎梏。在我国,商业腐败随着市场经济的发展,在其隐蔽性与复杂性的掩护下,成为了商品经济运作的“潜规则”。商业腐败以花样翻新、层出不穷的表现形式做掩盖,不但破坏了公平的市场竞争秩序,严重束缚了我国经济的快速发展,而且造成大量国有资产流失,提高了社会生活成本,加重了消费者负担,引发了腐败现象,毒化了社会风气,破坏了我国国内良好的投资环境。

二、反商业腐败的公司治理路径创新

(一) 公司治理的含义及其边界的模糊化

公司治理(corporate governance)对我国而言是一个舶来品,起源于美国。公司治理在我国又被译为公司治理机制、公司治理结构等。什么是“公司治理”?国内外都没有一个统一的定义。目前对于公司治理的定义都是不严格的、不统一的,不同的学者从不同的角度对公司治理进行了不同的阐述。

有的根据公司治理制度的功能进行定义,是指“公司赖以代表和服务于它的投资者利益的一种组织安排”。有的根据公司治理的基本问题进行定义,强调公司治理问题包括在高级管理阶层、股东、董事会和公司其他的相关利益人(stakeholder)的相互作用中产生的具体问题。^{〔1〕}有的将公司治理理解为一种公司董事、股东、管理层等各方主体之间的关系安排。有的认为公司治理不仅包括内部关系安排,还应当包括外部安排,如 OECD 公司治理准则(2004)^{〔2〕}。有的学者将公司治理与公司现代化、法治化相结合,如崔勤之(1999)认为公司治理结构就是公司组织结构的现代化、法治化问题。由此可见,对于公司治理理解的角度不同就有不同的认识,任何一个孤立的定义都无法涵盖公司治理的丰富内涵。

随着经济及其全球化的进一步发展,人们对公司治理的认识进一步深化,公司治理的内涵亦随之不断演化和丰富,从最初对投资者利益的保护发展为为投资者和利益相关者甚至公共利益服务,公司治理的边界亦呈现模糊化和扩大化。公司

〔1〕 费方域:《企业的产权分析》,上海三联书店、上海人民出版社,2006年3月第1版,第165页。

〔2〕 OECD《公司治理规则》(2004年修订版),中国财政经济出版社,2005年。

治理与其他法律的界限开始模糊。^{〔1〕}现在的公司治理已经远远超过了公司法人的范畴,它几乎涵盖了公司实际控制的所有范围,并与其他领域的法律如证券法律之间的边界日渐模糊。^{〔2〕}

随着 20 世纪末期大规模公司丑闻的爆发,包括美国在内的各国证券法律随之修改,规定严格的公司刑事责任和严格的管理人员责任,因此,有观点认为公司及公司管理人员刑事责任承担已经发展为公司治理的外部形式。^{〔3〕}从实践操作层面,公司和管理人员刑事责任的变化对于管理层行为和责任承担有着深刻的影响,并影响传统公司治理领域中的问题。公司刑事责任承担的确能促进管理层对公司行为的监管。而西方传统公司治理中公司行为的监管义务是由董事来执行的。新型公司治理理念强调公司及管理人员的刑事责任承担,以及公司应对自身行为进行尽职评估,^{〔4〕}在公司内部形成一定的公司文化,并通过有效的合规程序执行有效的自我规制,且在违反时承担一定的组织责任。

（二）反商业腐败之公司治理路径的创新

本书认为,反商业腐败之公司治理路径创新是指,通过惩治作为市场经济主体的公司等商业组织为主,强化对公司行贿犯罪的打击,加强公司董事及管理人员对公司行贿的刑事责任承担,促进公司董事及管理层对公司行为的监管,同时完善公司会计、内控等内部合规程序,着眼于提高公司自主预防商业腐败犯罪的能力。因此,公司治理路径是预防商业行贿犯罪的路径,其着眼于从商业行贿者视角治理商业腐败。具体而言,商业腐败之公司治理手段包括公司会计、内控合规等内部程序,以及外部主管部门的监管,以及公司高管以及公司本身刑事责任的承担等多方面内容。

〔1〕 For a discussion on the blurred boundaries between corporate governance and securities law in the United States, see Langevoort, "Seeking Sunlight in Santa Fe's Shadow: The SEC's Strategic Pursuit of Managerial Accountability", (2001) 79 Wash. U. L. Q. 449.

〔2〕 如讨论美国公司治理与证券法之边界模糊,参见 Fsee Langevoort, "Seeking Sunlight in Santa Fe's Shadow: The SEC's Strategic Pursuit of Managerial Accountability", (2001) 79 Wash. U. L. Q. 449.

〔3〕 Jennifer Hill, Corporate criminal liability in Australia: an evolving corporate governance technique? (2003), J. B. L. Jan, 1-44.

〔4〕 See Laufer, Integrity, Diligence, and the Limits of Good Corporate Citizenship (1996) 34 Am. Bus. L. J. 157.

全球化背景下我国反商业腐败之公司治理路径的创新有着重要的意义。

首先,强化反商业腐败之公司治理,是从行贿者源头治理商业贿赂的根本路径。治理商业贿赂,打击商业受贿犯罪是近年来我国治理国内商业腐败的重点。^[1]从经济持续健康发展的角度来看,打击公务腐败,建立高效廉洁的政府,只是在一个方面为市场经济的发展提供了保障,公务人员的高效清廉,只能为经济的发展保驾护航,但却不能取代各类商业主体,更无法从源头和根本上阻止贿赂犯罪的蔓延。要营造良好的市场生态环境,需要把所有市场参与者的行为纳入公平、自由竞争的轨道。有效的公司治理,包括会计条款、内部控制、合规程序,以及对公司及其高官等贿赂定罪等措施,能有效地预防或减少商业腐败。因此,强化公司治理,是从行贿者源头治理商业贿赂的根本路径。

其次,反商业腐败之公司治理路径创新是我国履行《联合国反腐败公约》条约义务的必然要求。

2003年《联合国反腐败公约》不但在国际社会倡导了治理腐败的科学理念和策略,更为国际社会反腐败提供了基本的法律指南和行动准则,是国际社会治理腐败的法律基石。《公约》明确规定缔约国应采取措施,将公约确立的贿赂行为,包括对本国公职人员及外国公职人员的行贿和受贿行为规定为犯罪。^[2]同时,《公约》要求采取措施预防私营部门的贿赂行为,包括强化会计和审计标准、促进私营部门与执法机构的合作、制定会计条款、促成贿赂的费用不得减免等。我国反商业腐败之公司治理路径的创新,是立足我国国情实际,履行国际条约义务,积极倡导在全球范围内为治理商业腐败等的必然要求。

最后,反商业腐败治理之公司治理路径创新,是我国顺应强化跨国合规反腐国际潮流的需要。

美国《反海外腐败法》自从1977年制定以来,只有少量案件被调查和起诉,实

[1] 2005年12月20日,胡锦涛同志在主持召开中央政治局会议时,首次公开明确提出要集中开展商业贿赂专项治理行动。2006年1月初召开的中央纪委六次全会,将治理商业贿赂确定为当年反腐倡廉的六项重点工作之一,要求各地各部门围绕规范市场经济秩序和健全社会信用体系开展专项治理活动,重点治理工程建设、土地出让、产权交易、医药购销和政府采购以及资源开发和经销领域的商业贿赂行为。

[2] 参见《联合国反腐败公约》第16条。

际执行力度较弱,实质上是一部非常“弱势”的法律。被调查和起诉的案件,1995年至2000年平均每年0.8件。但自2001年以来,作为该法案的执行部门美国司法部 and 证监会执行了越来越多有重要意义的反海外商业腐败案件。这主要源于《萨班斯法案》,该法案又被称为“反公司腐败法案”。《萨班斯法案》对于《反海外腐败法》的遵循和执行产生了重大的影响,其中强化了通过公司治理路径反商业腐败的措施,尤其对全球范围内合规反腐潮流的形成产生了重大影响。

2011年英国《反贿赂法》适用于几乎所有与“英国”有关联的个人或者公司。其中“商业组织防止贿赂失职罪”及该罪适用的“严格责任”被认为是《反贿赂法》中最有创意和最为激进的规定。企业实施“充分措施”等反腐败合规程序被规定为其严格责任适用的一项积极抗辩,即此抗辩承认公司等组织在合规等内部公司治理方面做出的充分努力,并可以免除公司等组织刑事责任的承担。可以认为,为打击商业腐败,英国《反贿赂法》进一步创新了公司合规治理路径。

为此,从行贿者视角规定商业行贿者的刑事责任,同时通过规范会计和内控条款,以及反腐败合规程序等公司治理等措施,打击和预防商业腐败,已成为反商业腐败的世界潮流。目前,在中国的美英等国跨国公司为规避其国内反海外腐败法或反贿赂法的风 险,均构建了完备了公司治理合规机制,强化合规经营,反对商业腐败。相反,我国国内企业以及我国海外企业在反腐败合规经营等方面远远落后于西方发达国家。

商业腐败破坏的客体是市场经济秩序。随着市场经济的全球化,市场竞争的经济逻辑与许多国际经济法规则的内容都有着很强的联系。商业腐败的治理同样离不开市场经济的逻辑。我国要参与全球经济化进程,就有必要顺应完善全球反商业腐败之合规反腐新潮流,借鉴美英等国完备的商业腐败治理法律法规,创新公司治理路径,从行贿者源头惩治和预防商业腐败。

第二章 反商业腐败之公司治理理念形成及其全球化

第一节 美国 FCPA 下反海外腐败之公司治理理念的初创

一、《反海外腐败法》的出台背景

1977 年美国《反海外腐败法》(FCPA)的制定,标志着跨国商业腐败法律的产生。《反海外腐败法》的产生,有一个重要的政治诱因,即水门事件。^[1] 水门事件的发生,使美国高官和大企业主管这些传统上受人尊重的上层阶层的诚信度遭到社会质疑。社会各界要求加强对政府官员和大企业行为的监督。传媒界借机掀起揭开黑幕运动。各种官方调查也随之展开。根据美国司法部网站披露的资料显示,1977 年,证券交易委员会在一份报告中披露,四百多家公司在海外存在非法的或有问题的交易。这些公司承认,自己曾经向外国政府官员、政客和政治团体支付了高达 30 亿美元的巨款。款项用途从行贿高官以达到非法目的到支付以保证基本办公的所谓“方便费用”不一。

美国国会认识到贿赂外国官员赢得海外市场的行为危害是巨大的。首先在道德方面,导致了商业道德的沦丧。这种贿赂行为不仅违背了美国公众的道德观和价值观,而且损害了美国公众对美国自由市场经济的信心。在经济方面,对于公司

[1] 水门事件或称水门丑闻(Watergate scandal)是美国历史上最不光彩的政治丑闻之一,对美国历史及整个国际新闻界都有着长远的影响。

而言,贿赂行为的曝光将损害公司的形象,导致高额诉讼、合同被取消、海外资产被没收等。贿赂外国官员虽然取得了海外市场的竞争优势,但由于美国公司的整体实力和竞争优势,海外市场的竞争实质上就是美国公司之间的竞争,贿赂外国官员与其说打败了外国竞争者,不如说为了战胜本国竞争者。在政治方面,海外贿赂为美国的外交政策制造了棘手的难题。海外贿赂行为的曝光使得美国与受贿官员所在国的友好关系陷入了尴尬境地,降低了外国公众对美国的评价,并且为外国反对者怀疑美国公司对其所在国的民主政治进程施加腐败影响提供了依据。基于道德、经济和政治等各方面的考虑,1977年美国国会以绝对优势通过《反海外腐败法》,禁止对外国公职人员的贿赂,以此表明其旨在恢复美国公司海外交易的诚信,重建公众对于美国商业系统的信心,重塑商业伦理在商业实践中的作用。这就是美国颁布《反海外腐败法》的直接诱因。

《反海外腐败法》是第一部完全针对美国本国公司、国民向海外政府官员实施的跨国商业腐败行为进行规制并且具有域外效力的法律,《反海外腐败法》“是在尼克松因水门事件辞职之后,在公众的强烈要求之下,对非法政治捐献和洗钱活动进行调查之后所产生的一个副产品”。^[1]

二、FCPA 会计条款之公司治理理念

FCPA 把为了获得或保有交易而贿赂外国公职人员的行为规定为犯罪。FCPA 包含两大主要条款:一是反贿赂条款,即禁止向外国政府、政党官员或政府、政党官员的候选人等公职人员行贿,以获取或维持商业机会,或者获得不当利益;二是簿记、记录和内部控制等会计条款。

FCPA 的会计条款构成 1934 年美国证券交易法的新增内容,包括簿记记录条款和内部控制条款两部分。簿记记录条款,要求公司保持正确的账簿记录,内部控制条款要求发行人设计并维持一套内部会计控制系统,以充分地使人合理确信所有的交易都获得了适当授权。^[2] FCPA 要求所有在美国上市的公司或者有义务

[1] 孙载夫:《治理商业贿赂对策研究》,中国方正出版社,2006年9月第1版,第319页。

[2] 15U. S. C. § 78m(b)(2).