

2017年

第1辑
第2卷



上海交通大学凯原法学院 主办

上海交通大学企业法务研究中心 编辑

SJTU International Business Law Review

国际商事法务评论

【本辑要目】

反思经济犯罪治理中的惩罚路径

《反海外腐败法》对在华跨国公司的影响及合规启示

中国行业组织可持续标准制定实践与标准可信度研究

已出让受益权的信托受益人还能不能向信托公司索赔

——兼论《信托法》第二十二條的信托财产损失赔偿请求权

中国投资者境外投资利益保护的最后一步

——投资争议仲裁裁决的承认和执行

中外BIT对港、澳特别行政区的适用问题

——以世能公司诉老挝政府投资争端案为例

中国反商业贿赂调研报告



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

2017年

第1辑
第2卷



上海交通大学凯原法学院 主办

上海交通大学企业法务研究中心 编辑

SJTU International Business Law Review

国际商事法务评论

编委会主任 季卫东

主 编 杨 力



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容提要

坚定推进国内体制改革,稳步扩大国际投资贸易,这是中国对于当今世界全球化挑战的回应。在此背景下,为有效参与商业治理重构和市场规则变革并应对由之产生的风险,企业对于具备全球视野之法律智识的渴求从未像如今这般迫切。《国际商事法务评论》由上海交通大学凯原法学院主办,旨在以问题为导向,推动横断交叉于商事与法律、理论与实务以及具有强烈的现实针对性的深度研究,为政府科学决策和企业战略布局提供有力的智力支持。本特辑涵盖“经济犯罪、合规与企业社会责任”专题研究、投资法律问题实务前沿和商业贿赂调研报告权威发布三个部分,谨供相关人士参考。

图书在版编目(CIP)数据

国际商事法务评论. 第2卷 / 杨力主编. — 上海:
上海交通大学出版社, 2017.
ISBN 978-7-313-18024-7

I. ①国… II. ①杨… III. ①国际商法—丛刊 IV.
①D996.1-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 208470 号

国际商事法务评论

第2卷

特别支持机构(按首字母排序)

邦信阳中建中汇律师事务所
海华永泰律师事务所
上海合勤律师事务所
盈科律师事务所

主 编: 杨 力

出版发行: 上海交通大学出版社

邮政编码: 200030

出 版 人: 谈 毅

印 制: 上海天地海设计印刷有限公司

开 本: 889 mm × 1194 mm 1/16

字 数: 337 千字

版 次: 2017 年 9 月第 1 版

书 号: ISBN 978-7-313-18024-7/D

定 价: 58.00 元

地 址: 上海市番禺路 951 号

电 话: 021-64071208

经 销: 全国新华书店

印 张: 13.5

印 次: 2017 年 9 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者: 如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话: 021-64366274

编辑委员会

主 任 季卫东

委 员 (按姓氏拼音排列)

郭俊秀 中国东方航空(集团)公司总法律顾问

韩长印 上海交通大学凯原特聘教授

胡加祥 上海交通大学凯原法学院教授

季卫东 上海交通大学凯原讲席教授

蒋惠岭 最高人民法院应用法学所所长

李 剑 上海交通大学凯原法学院教授

刘 本 美国加州大学尔湾分校教授

秦学棠 复星集团执行董事、高级副总裁

沈 伟 上海交通大学凯原特聘教授

王 杰 上海市产权交易管理办公室主任

王雪珍 荷兰帝斯曼(中国)公司总法律顾问

徐景德 上海交通大学凯原法学院教授

杨 力 上海交通大学凯原法学院教授

俞卫锋 上海市律师协会会长

张绍谦 上海交通大学凯原法学院教授

赵 宾 爱生雅集团(亚太区)法务总监

主 编 杨 力

责任编辑(按姓氏拼音排列)

崔香梅 刘永沛 翁小川 朱 军

助理编辑 刘显刚 郭宪功

目 录

专题研究·经济犯罪、合规与企业社会责任

论文

- 反思经济犯罪治理中的惩罚路径 [美] 刘 本(Benjamin V. Rooij) 吴晓铃 译 • 3 •
- 《反海外腐败法》对在华跨国公司的影响及合规启示 雷倩文 • 20 •
- 中国行业组织可持续标准制定实践与可信度研究 梁晓晖 张 娟 • 44 •

综述

- 白领犯罪·国际研讨会会议综述 林竹静 • 59 •
- 中国民企的合规与社会责任
——第四届非公经济法治论坛会议综述 郭宪功 • 73 •

实 务 前 沿

- 已出让受益权的信托受益人还能不能向信托公司索赔
——兼论《信托法》第二十二條的信托财产损失赔偿请求权 李晓云 • 85 •
- 中国投资者境外投资利益保护的最后一步
——投资争议仲裁裁决的承认和执行 沈 圆 • 93 •
- 中外 BIT 对港、澳特别行政区的适用问题
——以世能公司诉老挝政府投资争端案为例 余盛兴 • 102 •

权威发布·调研报告

- 2014—2015 中国反商业贿赂调研报告 尹云霞 • 113 •
- 2015—2016 中国反商业贿赂调研报告 尹云霞 • 150 •
- 稿约 • 208 •

专题研究

经济犯罪、合规与企业社会责任

反思经济犯罪治理中的惩罚路径

[美] 刘 本(Benjamin V. Rooij)*

吴晓铃** 译

摘要

LIBOR 操纵案的判决标志着司法部开始关注公司犯罪中的高管个人诉讼。这类经济犯罪不同于一般的街头暴力犯罪,惩罚个人能否产生预期的威慑作用存在很大变数。一项权威的实证研究表明,惩罚对研究范围内的公司犯罪的威慑作用极其有限,究其原因,是公司犯罪中的惩罚缺乏足够的确定性。由于信息不对称和公司层级制度等原因使高基准的惩罚确定性难以实现,而监管机构查明违法行为及实际执法等过程亦在降低惩罚的确定性。事实上,即便着力提高惩罚确定性和执法能力,也不会转化为被管理者足够高的惩罚风险感知能力,也因此无法确保预期的威慑效果。另外,公司体系的复杂性使得追究高管个人责任也难以改变公司内甚至整个行业内的违法行为。因此,执法应试图从被管理者的惩罚观念出发,适应公司守法或违法的动机,尝试对违法行为中发挥作用的原因及动机做出回应,而惩罚只是众多回应机制的其中之一而已。

关键词 经济犯罪 公司犯罪 个人责任 惩罚 威慑

引言

2015 年 11 月 5 日(星期四),曼哈顿联邦法院陪审团认定 Anthony Allen 和 Anthony Conti 构成 28 项欺诈罪与共谋罪^[1]。两位来自伦敦的荷兰合作银行前交易员因参与操纵伦敦同业拆借利率而获罪(下文简称 LIBOR 操纵案)。该判决是美国司法部(Department of Justice,以下简称 DOJ)取得的一次重大胜利。陪审团宣读判决后,司法部刑事局负责人 Leslie Caldwell 表示:“今日的判决说明司法部在追究违反全球反诈骗计划的银行高管人员的责任上取得了巨大

* 刘 本 美国加利福尼亚大学尔湾分校法学院教授。

** 吴晓铃 上海交通大学凯原法学院法科特班硕士研究生。

[1] 纽约时报:《两位前交易员在 LIBOR 操纵案中获罪》,2015 年 11 月 6 日, http://www.nytimes.com/2015/11/06/business/dealbook/two-former-traders-found-guilty-in-libor-manipulation-case.html?_r=0, 2016 年 5 月 10 日。

成功。”^[2,3]

对司法部而言,这两位银行高管的有罪判决标志着近期政策转向关注公司犯罪中高管的个人诉讼。自2008年金融危机以来,司法部因在这场危机中及危机后对金融违规行为缺乏高级别的个人诉讼而遭到了来自政客、时事评论员和学界的强烈批评^[4]。大多数案件中,^[5]司法部将公司作为一个整体起诉,至多达成上百万甚至高达几十亿美元的财务和解。通过暂缓起诉协议达成的诸多此类和解无须进行有罪答辩^[6]。LIBOR操纵案中,Allen和Conti曾工作的荷兰合作银行就通过一项暂缓起诉协议与司法部达成和解,并同意支付超过10亿美元的民事和刑事罚金^[7]。该罚金由公司及其股东支付,而非由那些应对违规行为负责和从中直接受益的高管和交易员承担。

一、为何不监禁高管

司法部曾为其在全球金融危机之后未进行个人诉讼的行为辩解。通常而言,司法部担忧惩罚大型金融机构会造成国内和全球市场的动荡。美国司法部总检察长Holder曾在2013年参议院司法委员的听证会上解释道:“我担心,一些机构的规模过于庞大,而当种种迹象表明如果我们做出刑事指控,会对整个国家经济乃至世界经济产生负面影响时,起诉他们会变得非常困难。我认为这正是有些机构已然过于庞大这一事实所带来的结果”^[8,9,10]。

司法部曾详尽阐述了金融危机过后长时间未追究高管个人责任的原因。司法部官员称,公司

[2] 卫报:《两位前荷兰合作银行交易员在美国LIBOR操纵案中被判刑》,2015年11月5日,http://www.theguardian.com/business/2015/nov/05/two-former-rabobank-traders-convicted-us-libor-rigging-trial,2016年5月10日。

[3] 参见另一高管因煤矿安全事故入狱的案件。纽约时报:《唐纳德·布兰肯希普因煤矿安全事故被判监禁一年》,2016年4月7日,http://www.nytimes.com/2016/04/07/us/donald-blankenship-sentenced-to-a-year-in-prison-in-mine-safety-case.html?smprod=nytcore-iphone&smid=nytcore-iphone-share&_r=0,2016年5月10日。

[4] 纽约时报:《伊丽莎白·沃伦:重建我们制度的一条道路》,2016年1月29日,https://www.nytimes.com/2016/01/29/opinion/elizabeth-warren-one-way-to-rebuild-our-institutions.html,2016年5月10日。赫芬顿邮报:《因忽视花旗银行精英罪犯,司法部赢得第四届检举人柠檬奖》,2016年4月7日,http://www.huffingtonpost.com/william-k-black/doj-ignores-citis-elite-c_b_9637192.html,2016年5月10日。

[5] 举例来讲,一直以来对于很多抵押贷款欺诈案件都只做出了轻微起诉。例如,可参见总检察长Holder于2014年就此所作发言的概要。美国司法部:《总检察长Holder在纽约大学法学院关于金融欺诈起诉问题的讲话》,2015年8月18日,http://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-holder-remarks-financial-fraud-prosecutions-nyu-school-law,2016年5月10日。

[6] Rena Steinzor: Why Not Jail? Industrial Catastrophes, Corporate Malfeasance, and Government Inaction, New York: Cambridge University Press, 2014.

[7] Law360:《联邦政府工作人员称:证据支持对荷兰合作银行员工的定罪》,2015年12月16日,http://www.law360.com/articles/738825/evidence-backs-rabobankers-libor-convictions-feds-say,2016年5月10日。

[8] 美国银行家:《讲稿:总检察长Eric Holder论“大到不能判刑”》,2013年3月6日,http://www.americanbanker.com/issues/178_45/transcript-attorney-general-eric-holder-on-too-big-to-jail-1057295-1.html,2016年5月10日。

[9] 在安达信会计师事务所案例中,刑事指控虽然最终落败,但这家顶级会计师事务所却因之崩溃。华盛顿邮报:《联邦终结对安达信的指控》,2005年11月23日,http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/11/22/AR2005112201852.html,2016年5月10日。

[10] 关于起诉何以如此艰难的更多文献,参见:Gregg Barak, Theft of a Nation: Wall Street Looting and Federal Regulatory Colluding, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2012. Justin O' Brien, "The façade of enforcement: Goldman Sachs, negotiated prosecution, And the politics of blame," in Susan Will, Stephen Handelman and David C. Brotherton, eds., How they got away with it: With collar criminals and the financial meltdown, New York: Columbia University Press, 2013, pp. 178 - 202; Henry N. Pontell, "Theoretical, Empirical, and Policy Implications of Alternative Definitions of 'White-Collar Crime'," in Shanna R. Van Slyke, Michael L. Benson and Francis T. Cullen, eds., The Oxford Handbook of White-Collar Crime, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 39; Henry N. Pontell, William K. Black and Gilbert Geis, "Too big to fail, too powerful to jail? On the absence of criminal prosecutions after the 2008 financial meltdown," Crime, Law and Social Change, vol. 61, no. 1 (February 2014), pp. 1 - 13.

违规行为已渗透于更广泛的公司文化之中,改造犯罪行为意味着改变卷入其中的公司文化,这要求惩罚的是公司而不是单个员工或者高管^[11]。在财务造假最终导致了安然的破产之后,司法部副总检察长 Larry D. Thompson 在 2002 年阐释了文化背景与起诉公司之间的关系:“大型公司形成了自身指导员工思想和行为的经营方针与文化,这种文化如同一张由价值观念和行为规范编织的网,超越了任一管理人员的任期,使公司得以持续运转。这种文化可能灌输遵纪守法,也可能滋生蔑视和违反法律的行为。”谈及改变这一文化时,他补充道:“公司本身必须为其文化和其促成的行为负责。”^[12] ”

12 年后的 2014 年,司法部总检察长 Eric Holder 在讨论金融危机以来司法部的工作时也给出了类似解释:“当欺诈行为已在公司内部披露时,我们经常力求公司自身担负责任。因为我们意识到如果制度本身已经失灵或者违法失责的文化土壤无处不在时,有必要引入机构问责制,为公司带来根本性的变革。”^[13] ”Holder 进一步指出,仅仅问责于个人并不会对公司违法行为带来丝毫改变:“如果没有公司刑事责任,就不能对明示或暗示纵容犯罪行为的公司文化形成有效的遏制。相反,公司可能单独任命一位专职坐牢的副总裁,他不过是为公司集体行为买单的替罪羊而已。”^[14] ”

司法部不问责高管个人的另一原因是路阻且艰。美国司法部总检察长 Eric Holder 在 2014 年纽约大学法学院的一次活动上表示:“对高管个人的诉讼并不缺乏尝试。”公司犯罪通常发生在复杂的组织体系中,往往涉及诸多员工和管理人员。Holder 进一步表示:“责任如此分散,顶层的高管独善其身,使得任何违规行为更像是制度文化的结果,而非个人有意为之。”^[15] ”Holder 还直接指出了个人诉讼面临的挑战:“当一个老练的交易员卷入复杂的交易中,指向个人的刑事诉讼会变得更为困难和复杂。律师可能有诸多理由为其辩护,如书面披露充分与否、能否证明犯罪意图和动机等。在某些情况下根本不可能证明一些远离公司日常运营的顶层高管对某一计划知情。”^[16] ”

Brandon L. Garrett 在其 2014 年出版的《大而不倒》一书中将高管比作“鸵鸟”:“大型公司中有许多沙子可供鸵鸟们将头埋进,即便没有任何违法者,如此最为庞大、最为复杂的组织仍会犯下滔天重罪。”^[17] ”

除查明有罪高管外,司法部官员称另一项挑战是公诉人员收集证据。正如司法部总检察长 Holder 在 2014 年演讲中称:“证据总是难以获取,许多金融犯罪分子深谙此道,避免使用可能会给调查员留下线索的邮件,犯罪意图有时可能仅来源于口头授意,纵使这能为定罪提供铁证,但这仅仅来源于公司中的证人。”^[18] ”2015 年,司法部在备忘录中进一步指出了证明违法行为与公司个人行为相关性的复杂程度:“调查员必须仔细排查公司文件,这些文件可能数量庞大,还有可能由于法律限制无法获取,但仍必须基于排查结果重现作案过程。”^[19] ”

[11] Brandon L. Garrett, *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*, Cambridge: Harvard University Press, 2014, p. 47.

[12] 美国司法部:《副总检察长 Larry D. Thompson 在密歇根联邦律师协会的讲话》,2002 年 10 月 5 日, <http://www.justice.gov/archive/dag/speeches/2002/100502dagremarks.htm>, 2016 年 5 月 10 日。

[13][14][15][16] 美国司法部:《总检察长 Holder 在纽约大学法学院关于金融欺诈起诉问题的讲话》,2015 年 8 月 18 日, <http://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-holder-remarks-financial-fraud-prosecutions-nyu-school-law>, 2016 年 5 月 10 日。

[17] Brandon L. Garrett, *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*, Cambridge: Harvard University Press, 2014, p. 88.

[18][21] 美国司法部:《总检察长 Holder 在纽约大学法学院关于金融欺诈起诉问题的讲话》,2015 年 8 月 18 日, <http://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-holder-remarks-financial-fraud-prosecutions-nyu-school-law>, 2016 年 5 月 10 日。

[19][20][22] 美国司法部:《副总检察长 Sally Q. Yates 关于“公司不法行为中的个人责任”(Individual Accountability for Corporate Wrongdoing)的备忘录》,2015 年 9 月 9 日, <http://www.justice.gov/dag/file/769036/download>, 2016 年 5 月 10 日。

二、公司犯罪中的个人诉讼

LIBOR 操纵案的判决实现了重大突破。就在判决前几个月,司法部已正式宣布优先处理公司犯罪案件中针对高管的个人诉讼。司法部副总检察长 Sally Q. Yates 在 2015 年 9 月中的备忘录中解释了新举措的原因:“追究违法者个人责任是对抗公司违规行为最为有效的手段之一,该责任有重要作用:预防违法行为,激发公司改变其违法行为,确保当事人承担责任以及推动司法公信力。”^[20]”一年前,司法部总检察长 Holder 对个人诉讼的必要性亦做出了类似解释:“不考虑其他因素,能预防公司犯罪行为——或者激励公司改变行为的事情很少——如决策者个人被追责的可能性。一家公司可能一边进行着有罪答辩,第二天其股价仍在上涨,但构成严重诈骗罪的个人却很有可能因此入狱。”^[21]”当时,Holder 以正在调查中的 LIBOR 操纵案作为一个重要例证。

备忘录中,司法部宣布从调查伊始^[22]即从民事和刑事层面追究高管个人责任。备忘录也强调了个人诉讼应成为美国检察官处理民刑事案件不可或缺的一部分。司法部也会在搜集个人犯罪证据时通过诱使公司合作的方式发挥其在公司诉讼中的影响。事实上,在 LIBOR 操纵案中,检察官之所以能搜集足够的证据在庭审中胜诉,离不开与司法部合作的合作银行内认罪嫌疑人提供的信息。

转向追究高管个人责任显然是立足于威慑效应。因此,它直接指向了我们的惩罚直觉和惯例。显然,倡导加大惩罚力度的司法部以及学者们认为诉诸强有力的公司和个人诉讼会促使公司行为更为规范,亦能避免国际市场的系统性风险。然而,在我们发现了迄今为止的所有科学证据并未显示惩罚以符合人们直觉和惯例的方式影响暴力犯罪行为这一事实之后,我们必须考量惩罚对于制止经济犯罪尤其是如 LIBOR 操纵案此类的金融犯罪是否有效。^[23]

三、经济犯罪和暴力犯罪

也许惩罚对于经济犯罪更有威慑作用。这是因为经济犯罪更为理性,是基于成本收益衡量所做出的具体选择,这类似于传统的惩罚模型。经济犯罪通常不涉及惯犯和社会异类,对这些人而言,惩罚及惩罚威胁对塑造其行为具有强大的威慑力。对某些经济犯罪而言,潜在违法者受过高等教育,或许更了解具体规则及其执法甚至了解惩罚的威慑力。然而,惩罚作用于经济犯罪的效果是否优于街头暴力犯罪,这一点仍值得怀疑。违反法律规范的经济犯罪普遍存在,然而作为威慑力最重要部分的侦破率依然很低。这是可能的。因为相比于国家、州及地方警察侦查街头暴力犯罪的能力而言,大部分地区警察部门侦查经济犯罪的能力要弱得多。如果结合受害者举报不同类型经济和非暴力犯罪的较低可能性来看,侦破率及由此产生的威慑作用可能更低。

因某些经济犯罪发生在复杂的公司内,惩罚对经济犯罪的作用更为模糊不清^[24]。对此,Holder 以及其他司法部官员十分遗憾,过去 10 年间许多大型公司犯罪案件中,很难将责任归咎于单个决策

[23] 英国严重欺诈办公室(UK Serious Fraud Office)也发布类似的备忘录:他们在备忘录中认为,刑事指控会有威慑作用。

[24] Sally Simpson et al., “Corporate Crime Deterrence: A Systematic Review,” *Campbell Systematic Reviews*, vol. 10, no. 4 (May 2014), p. 9; Andrea Schoepfer, Stephanie Carmichael, and Nicole Leeper Piquero, “Do Perceptions of Punishment Vary between White-Collar and Street Crimes?,” *Journal of Criminal Justice*, vol. 35, no. 2 (March/April 2007), pp. 151–163.

者,毋宁说顶层高管,这使得惩罚难以改造已发生的犯罪行为;因而不仅应当有合理的威慑,而更重要的是威慑应针对谁。多年以来,人们对刑事诉讼只针对公司整体表示不满,这是因为法律预先拟制公司是法人,并通过惩罚公司以改变其行为。显然,公司行为是公司内高层的决策及其运作并反映于公司下级的结果,从这个角度可以考虑公司中的哪些人会担忧公司作为一个整体被惩罚。随着司法部政策转向个人诉讼,我们至少可以惩罚个人,我们也能知道应针对谁以及预估惩罚如何影响类似职位者。

至今仍无法知晓的是,惩罚个人,无论是职位高或低,是否有助于预防分散在公司中各个层级的违法行为。因此司法部即使获得了对合作银行高管的胜诉判决,是否有助于预防未来其他银行类似操纵利率的行为?这就要求可能涉及操纵的银行首先学习这份判决,其次需要意识到判决中的案情也可能发生在他们身上并对他们的生活产生巨大影响。此外,这不仅要求个人因为恐惧改变行为,而且这种恐惧也能影响最初触发操纵行为的这一行为过程。

所有这些问题或许可通过科学研究来解决。与对很多街头暴力犯罪所做的研究一样,关于惩罚对公司刑事犯罪影响的研究已有很多,然而已有研究针对的行为比较分散,因此难以比较,且惩罚的效果不甚相同。比如,一方面很多工作是在研究国税局的执法如何影响个人纳税决策,另一方则是在研究监管执法对于大型公司经常发生的环境以及职业健康安全违法行为的影响。关于遏制街头暴力犯罪的研究大多关注违法行为中的某一部分,比如杀人、强奸、抢劫以及盗窃。对于经济犯罪而言,联邦、州以及地方系统中涵盖了大量关于个人及行为环境和组织的不同规定。在经济犯罪领域,往往有众多重叠的执法机构,这些机构有着不同类型的处罚权,因而潜在惩罚的效果也有着很大的变数。

四、一项轰动性研究

2014年,也即主流媒体报道司法部政策转向个人诉讼的前一年,一篇学术论文面世。这篇论文是由白领犯罪领域的专家 Sally Simpson 和同事们撰写的《公司犯罪的威慑效应:系统性评价》,系统性地评价了现有证据中政府惩罚对公司犯罪的威慑作用。该研究采用了一种精细的科学方法,通过系统搜索前沿的科学数据库,从更为广泛的研究中提取合格的研究,在共计 116 项合格的研究中,囊括了诸多领域内的权威研究。在选择纳入公司犯罪研究的范围时,公司犯罪被定义为“公司或员工代表公司实施的法律禁止或法律惩罚的行为”。^[25] 公司犯罪的范围包括环境、职业健康、反垄断和证券违法以及其他违反劳动法和行政法规的行为。

该研究提供了最为翔实和最新的关于已有证据对公司违规行为威慑作用的分析。该篇论文独特之处,在于使得我们整体上从不同法律领域理解,威慑效应如何在公司背景下影响个人和公司层面的守法行为。

Simpson 和同事们得出了一个惊人的结论,他们发现惩罚对于研究范围内的公司犯罪并没有威慑作用。正如该研究总结道:“现有证据并未表明惩罚对个人违法、公司层面违法、地域层面违法及采用其他方法研究的违法行为有任何威慑作用。”该研究还发现:“不仅效果不显著,而且影响规

[25] “因此,在本篇评价中,我们采用了 John Braithwaite 给出的定义,公司犯罪是指‘公司或员工代表公司实施的法律禁止或法律惩罚的行为。’”Sally Simpson et al., “Corporate Crime Deterrence: A Systematic Review,” Campbell Systematic Reviews, vol. 10, no. 4 (May 2014), p. 5.

模还非常小。”^[26]因而,与刑事犯罪有关的研究类似,对于公司违规行为,从整体上而言,^[27]严厉的惩罚并未达到预期的威慑效果。当然,这并不符合我们的直觉和惯例。对于公司犯罪和违规行为而言,由于目前极其缺乏公司问责,尤其是个人问责,更多人支持加大惩罚力度。然而,文章十分明确地告诉我们,加大惩罚力度,即使在某些条件下必要,也并不必然具有威慑力并且有助于改造公司违法行为。^[28]

该研究通过已有科学证据分析违法行为被查出的可能性如何影响公司犯罪,以观察惩罚的确定性。Simpson 和同事们认为已有证据关于查明率对犯罪的影响混乱不清,无法因此得出合理结论。^[29]其中,他们发现了查明率对于个人犯罪的某些威慑力。^[30]然而在分析总体实证数据时,Simpson 和同事们发现惩罚确定性对守法性的影响越发模糊。例如,研究发现在更为纵向的研究中,当长期研究集中于同一样本时,这种确定性的作用非常微弱。^[31]对于公司层面的犯罪,高查明率的威慑效果比较复杂。这取决于研究类型,有些研究认为高查明率会带来更多的犯罪;^[32]有些认为减少犯罪,^[33]从而伴随着或多或少的统计意义。基于此,他们总结道:“在公司层面的犯罪有一个临界点,特定程度的监管激发的是反抗而不是守法。尽管这种解释纯属推测,仍需更多证据支持,但定性研究已发现反抗监管和‘创造性’守法并存的例子。”^[34]Simpson 和同事们发现整体而言仍无法总结出提高查明率的威慑作用。可见,经济犯罪不同于暴力犯罪,惩罚的确定性和减少经济犯罪的联系并不明确。

这是令人费解的研究结果。参议员 Elizabeth Warren 在《纽约时报》专栏中解释了为什么对于公司违规行为加大惩罚力度是公平而且必要的^[35]:“当公司或高管违反法律时,如果不给予合理的惩

[26] Sally Simpson et al., “Corporate Crime Deterrence: A Systematic Review,” Campbell Systematic Reviews, vol. 10, no. 4 (May 2014), p. 29.

[27] 当然,确实也有一些研究例外地发现在某些部门存在威慑效果,比如: Wesley A. Magat and W. Kip Viscusi, “Effectiveness of the Epa’s Regulatory Enforcement: The Case of Industrial Effluent Standards,” The Journal of Law & Economics, vol. 33, no. 2 (October 1990), pp. 331–360.

[28] 这仍需要与那些表明更重的制裁确有威慑作用的研究进行比较:“越来越多的实证证据表明,更为严厉的威慑措施,比如刑罚和执法行动,也能提升公司的合规性(Gray and Scholz 1991; Aoki and Coiffi 2000; Gray and Shadbegian 2005; Gunningham et al. 2005; Mendelhoff and Gray 2005; Shimshack and Ward 2005).”Jodi L. Short and Michael W. Toffel, Coerced confessions: Self-policing in the shadow of the regulator. Journal of Law, Economics, and Organization, vol. 24, no. 1 (August 2008), p. 48.

[29] Sally Simpson et al., “Corporate Crime Deterrence: A Systematic Review,” Campbell Systematic Reviews, vol. 10, no. 4 (May 2014), p. 29.

[30] 检查的威慑作用可在以下文献中找到: Jodi L. Short and Michael W. Toffel, Coerced confessions: Self-policing in the shadow of the regulator. Journal of Law, Economics, and Organization, vol. 24, no. 1 (August 2008), pp. 45–71; Wesley A. Magat and W. Kip Viscusi, “Effectiveness of the Epa’s Regulatory Enforcement: The Case of Industrial Effluent Standards,” The Journal of Law & Economics, vol. 33, no. 2 (October 1990), pp. 331–360; Benoit Laplante and Paul Rilstone, “Environmental Inspections and Emissions of the Pulp and Paper Industry in Quebec,” Journal of Environmental Economics and Management, vol. 31, no. 1 (July 1996), pp. 19–36.

[31] Sally Simpson et al., “Corporate Crime Deterrence: A Systematic Review,” Campbell Systematic Reviews, vol. 10, no. 4 (May 2014).

[32] See for instance K. Kuperan and J.G. Sutinen, “Blue Water Crime: Deterrence, Legitimacy, and Compliance in Fisheries,” Law & Society Review, vol. 32, no. 2 (January 1998).

[33] See for instance Jodi L. Short and Michael W. Toffel, Coerced confessions: Self-policing in the shadow of the regulator. Journal of Law, Economics, and Organization, vol. 24, no. 1 (August 2008), pp. 45–71; Wesley A. Magat and W. Kip Viscusi, “Effectiveness of the Epa’s Regulatory Enforcement: The Case of Industrial Effluent Standards,” The Journal of Law & Economics, vol. 33, no. 2 (October 1990), pp. 331–360; Benoit Laplante and Paul Rilstone, “Environmental Inspections and Emissions of the Pulp and Paper Industry in Quebec,” Journal of Environmental Economics and Management, vol. 31, no. 1 (July 1996), pp. 19–36.

[34] Sally Simpson et al., “Corporate Crime Deterrence: A Systematic Review,” Campbell Systematic Reviews, vol. 10, no. 4 (May 2014).

[35] 纽约时报:《伊丽莎白·沃伦:重建我们制度的一条道路》,2016年1月29日, <https://www.nytimes.com/2016/01/29/opinion/elizabeth-warren-one-way-to-rebuild-our-institutions.html>, 2016年5月10日。

罚,就会侵蚀整个国家的根基。公平并不是仅仅意味着少年偷车获刑,而且也无非是关注默默策划盗取数十亿美元的 CEO。”^[36] 她指出,在她研究的 20 个公司违法的案件中,仅在一个案子中一名高管因在事故中造成 29 人死亡被判刑 3 个月。^[37] 因此很显然,当前司法制度不公平,过度惩罚底层公民而未能采取行动打击顶层高管的犯罪。高管若经常违反法律,往往会对区域、对其糟糕的财务及健康生态效应产生深远影响,他们应直接承担责任。这是毫无疑问的。

然而论文中对已有威慑力的研究提出了不同的论点:不是公司犯罪是否应当受到惩罚,而是我们期待从惩罚中实现什么。我们可能期望通过惩罚高管和公司,对被惩罚者建立起某种程度的问责;更多地惩罚精英和权贵犯罪能提高整个刑事司法系统及如美国环保局(EPA)、美国国税局(IRS)和美国证券交易委员会(SEC)等专门监管机构的合法性。强有力的惩罚在这里只是一个公平公正的问题,是一个在刑事司法和监管系统中平等对待以及减少特权和豁免的问题。然而,对我们而言,真正重要的是,惩罚是否会改变其未来行为并有助于预防其他案件中公司中个人或公司的违法犯罪行为。我们能否期待这是正确的,即大力惩罚构成非暴力犯罪的高管和公司,从而威慑公司改变其非法行为?

然而,现有文献并未就此继续深入。总体而言,现有证据是相互矛盾的、微不足道的,甚至是负面的。Simpson 和同事们的论文并非一项单一研究,而是由该领域内最权威的专家所做的研究项目,从已有的最佳研究中分析研究结果。我们应当注意到 Simpson 和同事们也发现审查的研究越严格,他们通过实验设计的惩罚与违法行为之间因果关系的证据越来越多,而发现的威慑作用也越小。^[38] 此外,越是近期的研究,越是使用了前沿的社会科学方法进行更好的研究设计,越选取更具代表性的现行做法,发现的威慑作用也越小。

因此,即使有诸多理由惩罚公司违规行为,尤其是对高管和公司加大惩罚力度,惩罚对减少未来犯罪和违规行为的威慑作用却并不明确。最糟糕的是,还必须在维护公平正义和制度合法性及寻求有效路径以减少公司未来犯罪和违规行为中做出选择。

在如何应对公司违规行为的激烈争论中,惩罚能否真正改造违法行为似乎依然退居幕后。已有的关于公司刑事犯罪惩罚的威慑效应的科学认知并未成为公众辩论的一部分,也并未直接影响司法部的政策决定。科学仅仅是作为一种“麻烦的真相”,在认为终结公司违法行为逍遥法外乃理所当然的人中并不被认可。这种情况在这场争论中表现得甚至要比在当前街头暴力犯罪辩论中更为突出。当然科学并不就是真相,特别是 Simpson 和同事们的研究在很大程度上并未从极其可靠的研究设计中获得明确的统计学意义上的研究结论。

我们可能会认为上述研究结论中威慑效应证据的不足是源于更深层的背景,即惩罚的威慑力非常小,实际惩罚的力度很低。可能当惩罚趋向于确定及严厉时,整体研究结果也会发生变化。然而值得怀疑的事实却是,由于街头暴力犯罪的惩罚确定性特别是惩罚力度远高于公司犯罪,但多数情况下证明威慑作用的证据确实有限。

关于如何应对公司犯罪和违规行为的讨论至少应当围绕预防问题,并凭借威慑效应和已有事实

[36] 上周,我在参议院中提及了政府部门对大型公司及其高管执法不力的问题。摩根士丹利的和解就充分说明了这点。整个国家有两套司法体系:一套适用于知道如何盗取财富的富人和权贵,另一套则适用于余下的所有人。这种情况该适可而止了。

[37] 赫芬顿邮报:《伊丽莎白·沃伦:美国司法被“操纵”,偏袒富人》,2016年2月3日, http://www.huffingtonpost.com/entry/elizabeth-warren-american-justice-rigged-for-rich_us_56b205a2e4b04f9b57d7e5fe, 2016年5月10日。

[38] Sally Simpson et al., Corporate Crime Deterrence: A Systematic Review, Campbell Systematic Reviews, vol. 10, no. 4 (May 2014), pp.34, 39.

解决新惩罚政策的合法性。这样对于惩罚如何发挥作用及提醒我们如何依赖惩罚改造公司犯罪行为,我们会有更合理的期待。

五、惩罚确定性的质疑

惩罚对经济犯罪的威慑效果之所以并不显著,或许最重要的原因在于违法行为受到制裁的确定性仍很低。而惩罚的确定性是威慑街头暴力犯罪最为重要的因素。在经济犯罪中,这种确定性的研究结果却并不明朗。Simpson 和同事们研究确定性时,发现愈发确定的惩罚会对个人产生威慑作用,但公司行为却不受影响,而且在更深层次的纵向研究中由于证据不充分,未能更好地继续分析确定性和实际违法行为的因果关系。

惩罚的确定性在某些情况下可以促进守法行为。一些研究发现增加检查甚至是简单的威胁对于减少公司犯罪都非常重要。Laplane 和 Rilstone 以魁北克州环境污染违法行为为例:“特别是,检查或是以检查威胁对于污染排放都能产生负面影响,而且检查使得该行业自我报告更为频繁。”^[39] Magat 和 Viscusini 在研究美国环境保护局(EPA)减少环境污染的工作时也有高度相似的结论:“检查及有关的执法行为对污染程度和守法程度都有很大影响,另外,检查也能减少污染排放的不报告行为。”^[40] Short 和 Toffel 在研究美国环保局的检查对美国工业公司违反环境自我报告制度行为的影响时也有类似发现,在检查中是否真正违法并不重要:“检查员的出现,或者检查员的到来并通过针对性的合规举措产生的威胁,不论检查员收获如何,明显有利于自我报告。”^[41]

然而,确定性并不总能促进守法行为。Gray 和 Mendeloff 在研究美国职业安全健康局(OSHA)的检查对工伤的影响时发现,在 1979—1985 年,施有惩罚的检查使得“损失工作日”(days-away-from-work)工伤(系指伤害严重程度使工人无法继续工作的工伤)降低了 19%,1987—1991 年惩罚只降低了 11%的“损失工作日”工伤,1992—1998 年该比例再无显著降低。^[42] 而且作者发现,检查对“工作受限工伤”(restricted work injuries,系指受伤员工在有限范围内仍可继续工作的工伤)并无威慑作用。作者还预测检查的作用会越来越小,因为雇主有其他激励措施来增强对员工安全的关注,包括增强对工人补偿费用的关注及从保险公司获得更多帮助以减少工作场所的危害。^[43,44]

更为确定的惩罚在某些特定情况下是奏效的。对公司违规行为而言,确定性的惩罚不仅仅是对产品做更多的检测、审计和调查,更重要的是如何对这些违法行为进行的侦查活动。Gray 和

[39] Benoit Laplane and Paul Rilstone, “Environmental Inspections and Emissions of the Pulp and Paper Industry in Quebec,” *Journal of Environmental Economics and Management*, vol. 31, no. 1 (July 1996), p. 19.

[40] Wesley A. Magat and W. Kip Viscusi, “Effectiveness of the EPA’s Regulatory Enforcement: The Case of Industrial Effluent Standards,” *The Journal of Law & Economics*, vol. 33, no. 2 (October 1990), p. 359.

[41] Jodi L. Short and Michael W. Toffel, Coerced confessions: Self-policing in the shadow of the regulator. *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 24, no. 1 (August 2008), p. 64.

[42] Wayne B. Gray and John M. Mendeloff, “The Declining Effects of Osha Inspections on Manufacturing Injuries, 1979 - 1998,” *Industrial & Labor Relations Review*, vol. 58, no. 4 (July 2005), p. 571.

[43] Wayne B. Gray and John M. Mendeloff, “The Declining Effects of Osha Inspections on Manufacturing Injuries, 1979 - 1998,” *Industrial & Labor Relations Review*, vol. 58, no. 4 (July 2005), pp. 571 - 587.

[44] 发现 OSHA 的检查没有效果的相关研究,参见 Wayne B. Gray and John M. Mendeloff, “The Declining Effects of Osha Inspections on Manufacturing Injuries, 1979 - 1998,” *Industrial & Labor Relations Review*, vol. 58, no. 4 (July 2005), p. 571; 大部分此类研究——包括 Viscusi (1979) 与 Bartel & Thomas (1985) 所做的行业层面研究以及 Smith (1979)、McCaffrey (1983) 和 Ruser & Smith (1991) 所做的工厂层面的研究——均发现检查对于减少工伤的作用很微弱。

Mendeloff 在研究美国职业安全健康局检查的影响时发现,只有深层次检查才能减少工伤和促进守法行为,而高频次的检查并无益处:“仅仅核查公司工伤记录这种表面的检查是无效的,卫生检查看似更为严格,也可以减少工伤,但是每年重复此类检查就达不到效果。”^[45]

Short 和 Toffel 在研究美国环保局(EPA)的检查对违反环境自我报告制度行为的影响时认为,检查的效果仅在针对性的检查项目中有效,“检查往往通过信函、行业协会直接针对特定公司,并同时提供技术合规协助以及审计激励机制”^[46]。当不直接针对某公司以及没有协助守法行动时,检查就不发挥作用:“另一方面,我们并未发现被美国环保局纳入国家优先发展的行业范围内的公司,会比其他行业更愿意自我披露违法行为。”^[47] 这种情况下,似乎是更多的检查带来的效果,而这种效果实际上可能来自针对性的沟通及监管人员提供的协助守法行动,并非仅仅是威慑作用的结果。因此,检查可能不仅仅通过威慑,还通过教育和劝诫在改进公司的行为,这一点将在后文详细讨论。

对违法经济行为实现足够程度的惩罚确定性非常困难。为产生威慑效应,惩罚必须有特定基准的确定性。街头暴力犯罪中惩罚确定性的基准大约在 25%—40%,^[48] 然而诸多类型的街头暴力犯罪并未达到这种基准。目前研究尚未涉及经济犯罪的惩罚确定性的基准问题,也未有关于侦查、起诉及判决比例的可靠数据。目前从研究中可以发现,公众认为街头犯罪被捕的概率高于白领犯罪。^[49] 美国联邦调查局(FBI)提供了一些关于白领犯罪结案率的数据,提供的案件包括查处的诈骗、侵占、贿赂及伪造等案件,整体结案率高达 32%。^[50] 然而,FBI 最早注意到,多数案件是由监管机构处理,FBI 只接收较为严重的少量案件及属于其管辖权范围的案件,通常不会涉及环境、职业健康安全及食品安全等案件。而且即便有涵盖了不同监管机构结案率的完整报告,这也无法反映真实查明比例的惩罚,因为有大量少报或不报的违法经济行为。

虽然我们缺乏违法经济行为被捕和被惩罚概率的具体信息,但实现和维持高基准的惩罚确定性的确很困难。对于侦查经济犯罪的调查人员而言,首个挑战即是很多案件能报告的违法行为有限。对于逃税、污染、违法和高风险的银行操作及内幕交易这类行为而言,要么是无直接受害者,要么是有关的违法行为过于分散。例如,所有人均因逃税受害,但无直接受害者。当城市中的人们遭受雾霾之害时,他们无法知晓具体是哪些公司引起了雾霾及他们的行为是否违法。当金融机构参与诈骗从而导致重大金融危机时,世界各地的公民均受到影响,却无法将他们的损失和痛苦直接归咎于特定金融机构,即便危机发生后他们可能也做不到。更重要的是,第一次犯罪发生时他们也不可能这么做,因为他们根本不了解也无法直接归咎于这些金融机构,因为这些行为最终导致的损害是全球性的。

在违法经济行为中,加害人与受害者之间存在着极大的权利不平衡,两者之间通常存在着严重的

[45] Wayne B. Gray and John T. Scholz, “Analyzing the Equity and Efficiency of OSHA Enforcement,” *Law & Policy*, vol. 13, no.3 (July 1991), p. 185.

[46][47] Jodi L. Short and Michael W. Toffel, Coerced confessions: Self-policing in the shadow of the regulator, *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 24, no. 1 (August 2008), p. 64.

[48] Don W. Brown, “Arrest Rates and Crime Rates: When Does a Tipping Effect Occur?,” *Social Forces*, vol. 57, no. 2 (December 1978), pp. 671–682; Mitchell B. Chamlin, “A Longitudinal Analysis of the Arrest-Crime Relationship: A Further Examination of the Tipping Effect,” *Justice Quarterly*, vol. 8, no. 2 (June 1991), pp. 187–199.

[49] Andrea Schoepfer, Stephanie Carmichael and Nicole Leeper Piquero, “Do perceptions of punishment vary between white-collar and street crimes?,” *Journal of Criminal Justice*, vol. 35, no. 2 (March/April 2007), pp. 151–163.

[50] 美国联邦调查局:《基于统一犯罪报告(UCR)数据的白领犯罪度量》,https://www.fbi.gov/stats-services/about-us/cjis/ucr/nibrs/nibrs_wcc.pdf,2016年5月10日。

信息不对称。由于未充分了解污染的有害作用,人们很容易形成对自身遭遇的理解。即便他们充分了解,也缺乏相应的法律知识鉴别违法污染。一些复杂的金融交易也是如此,没有人(包括专业投资者以及信用评级机构)完全了解新型高风险的实质及那些彻头彻尾的欺骗手段,最终导致了2008年金融危机,也没有人了解具体而错综复杂的法律规定,而这本可以引导他们在危机发生时上报违法行为。^[51] 因此,伯纳德·麦道夫得以一如从前地继续其庞氏骗局欺骗客户,其中很多客户还是专业投资者,仅仅是因为他握有绝大部分的信息。^[52]

其他案件面临的则是层级制度的挑战。Garry Gray 关于工伤的人类学研究表明,即使工人们知悉工作场所的风险并且有权举报危险,既存的层级观念容易使他们选择沉默,^[53] 这不仅存在蓝领工人中。Gray 随后研究了医务人员公开谈论同事医疗错误的情况,他发现既存的层级观念及工作场所中的社会规范,使得医生护士在面对医疗事故和可预防的医疗错误时会保持缄默。

由于以上原因,很多工作中的违法行为长时间不报和严重少报,因而侦查违法经济行为的重任落在了监管机构身上。然而监管机构经常缺乏充足的检查资源,尤其是与他们应当监管的公司及其营业场所的数量相比时。人员匮乏造成巨大的工作量,使监管机构几乎不可能发现足够比例的违法行为。Henry Pontell 和同事们发现监管机构在侦查金融诈骗犯罪时面临的巨大压力。^[54] 他们采访的某一金融监管人员表示:“世界范围内无足够的执法人员和调查人员去搜寻每一个涉案当事人,即便抓获当事人,也耗不起三年。监管人员和审计人员都很匮乏……案件量摆在那儿,而我们却没有资源……”Pontell 和同事们采访的另一位线人提供了一个很好的比喻:“这就如同阿拉斯加漏油,我拿着一卷卷纸巾在那儿,这样我能近距离接触。庞大的任务量让我必须考虑哪里才能得到更多的纸巾?我如何能分配到?我一边用纸巾擦拭,一边看着海洋中的石油逼近我,漏出的石油太多,与此同时岸上的人们还在大声呼喊:‘鱼和鸟都死了!行动起来!快点啊!’而我已经尽力了。”^[55]

监管机构人员的数量相较其工作量而言有很大的差别。Bardach 和 Kagan 早期研究的实例表明,例如美国职业安全健康局(OSHA)中一名检查员平均需要检查 1 515 个工作场所,而美国核管理委员会(NRC)每名检查员平均需要检查的场所是 6 处。^[56] 这其中有两个原因,一是需要检查的违法者或违法场所的数量,二是政府优先考虑的特定监管问题数量和配给检查员的资源。政治直接的作用在此显而易见。一些行政机构反对政府监管,并试图通过裁减执法人员废除或削弱其作用。例如,Wood 曾研究执法资源的财政经费如何影响里根政府对环保局的财政支持。他发现里根政府削减了环保局 24% 的预算,由此导致监管活动减少了 41%。^[57] 显然,分配资源的当局可通过财政权促

[51] Michael Lewis, *The Big Short: Inside the Doomsday Machine*, New York: WW Norton & Company, 2010.

[52] Diana B Henriques, *The Wizard of Lies: Bernie Madoff and the Death of Trust*, New York: Macmillan, 2011.

[53] Garry C. Gray, "The Regulation of Corporate Violations Punishment, Compliance, and the Blurring of Responsibility," *The British Journal of Criminology*, vol. 46, no. 5 (September 2006), pp. 875-892; Garry C. Gray and Susan S. Silbey, "The Other Side of the Compliance Relationship," in Christine Parker and Vibeke Lehmann Nielsen, eds., *Explaining Regulatory Compliance: Business Responses to Regulation*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011, pp. 123-138.

[54] Henry N. Pontell, Kitty Calavita and Robert Tillman, "Corporate Crime and Criminal Justice System Capacity: Government Response to Financial Institution Fraud," *Justice Quarterly*, vol. 11, no. 3 (August 1994), pp. 383-410.

[55] Henry N. Pontell, Kitty Calavita and Robert Tillman, "Corporate Crime and Criminal Justice System Capacity: Government Response to Financial Institution Fraud," *Justice Quarterly*, vol. 11, no. 3 (August 1994), p. 400.

[56] E. Bardach and R.A. Kagan, *Going by the Book, the Problem of Regulatory Unreasonableness*, Philadelphia: Temple University Press, 1982, p.161.

[57] B. Dan Wood, "Principals, Bureaucrats, and Responsiveness in Clean Air Enforcement," *American Political Science Review*, vol. 82, no. 1 (March 1988), pp. 213-234.