

【法学研究】

跨国公司在华行贿犯罪的原因及其对策

张阿红

(中国人民大学法学院, 北京 100872)

摘要: 为打击贪污贿赂类犯罪、整顿市场交易秩序、更好地提升跨国公司的信誉与形象, 利用案例分析、理论分析等方法并结合比较分析法学的研究手段, 根据国际条约及中外刑事法律对跨国公司在华行贿犯罪进行深入剖析。分析认为, 跨国公司行贿犯罪具有经济实力、公司治理、企业文化建构等方面的内因, 并受中国法治、权力制度及商业潜规则等方面的外因影响, 且具有高发性特点。因此, 应当依据公约谋求中国贿赂类刑事法律的改进: 完善实体法, 明确刑事权利义务; 完备程序法, 增强司法可操作性。

关键词: 刑法; 中国刑事法律; 跨国公司; 行贿犯罪; 反腐败; 犯罪构成

中图分类号: D997.9

文献标志码: A

文章编号: 1671-6248(2007)04-0078-05

Causes and solutions to bribery of transnational companies

ZHANG A-hong

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: In order to combat corruption and bribery crimes, rectify the market order, and better enhance the credibility and image of multinational companies, this paper uses the methods of case analysis, theoretical analysis and comparative analysis to study the bribery crimes in multinational companies. The author conducts in-depth analysis in accordance with international treaties, foreign and Chinese criminal law. The analysis indicates that transnational corporation bribery has economic strength, corporate governance, corporate culture and other aspects of the internal reasons, and it is also affected by the Chinese laws, the power system, the unspoken commercial rules, and other aspects of external factors, which are the reasons. Therefore, China should, on the basis of Bribery Convention, for higher occurrences improve the criminal law; perfect substantive law, clarify criminal rights and obligations, perfect procedures, and strengthen their judicial operability.

Key words: criminal law; Chinese criminal law; transnational companies; bribery; anti-corruption; the crime constituent elements

0 引言

随着中国加入 WTO 和经济全球化浪潮的不断推进, 跨国公司在国际经济生活中的地位进一步凸显, 对中国经济的发展发挥了巨大的推动作用。但

是, 由于经济生活的错综复杂和法律法规的不尽完善等复杂原因, 跨国公司在华大肆进行行贿犯罪。“中国在 10 年内调查的至少 50 万件腐败案件中 64% 与跨国公司有关, 且跨国公司在华行贿事件近 10 年来均呈上升趋势”^[1]。为了维护中国政府的整

体廉洁形象和市场公平竞争秩序、推动中国经济的可持续发展与构建和谐社会,研究跨国公司在华行贿犯罪的原因和表现手段势在必行。

目前,中国贿赂犯罪的刑法学研究体系趋于规范与完备,但对跨国公司作为特定犯罪主体的行贿类犯罪研究不足。面对跨国公司在华行贿犯罪案件迭起的状况,学界大多注重对涉及跨国公司的贿赂类犯罪进行现象描述,忽略了定性、原因与对策的深层次分析。因此,本文基于中国境内跨国公司行贿犯罪现状和公司治理特点,依托国际条约和国内外刑事立法深入研究跨国公司在华行贿犯罪的构成要件和产生原因,并提出切实可行的立法建议,对规范中国经济环境、促进经济快速健康发展具有重大的理论意义和深远的现实意义。

1 跨国公司在华行贿犯罪构成

所谓犯罪构成,是指决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切主观要件和客观要件的有机统一^[2]。犯罪构成是犯罪基本特征的具体化,是区分罪与非罪的标准。跨国公司在华行贿犯罪作为一类犯罪行为,必然具有相同或相似的犯罪构成。因此,要认定和深入分析跨国公司行贿犯罪,必须结合中国刑法理论和《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》)分析其构成要件,包括犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面。

1.1 犯罪客体

根据《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)的相关规定,跨国公司行贿犯罪涉及3种具体罪名:一是“单位行贿罪”,即跨国公司的母公司或子公司(或共同)以国家工作人员为对象实施的行贿犯罪;二是“对单位行贿罪”,即跨国母、子公司以国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体为对象实施的行贿犯罪;三是“对公司企业人员行贿罪”,即跨国母、子公司以非国有公司、企业的工作人员为对象实施的行贿犯罪。以上3种犯罪的犯罪客体大致相同,都是职务行为(公务行为)的廉洁性。

而跨国公司行贿犯罪根据《公约》涉及4种情况,包括贿赂本国公职人员罪、贿赂外国公职人员或者国际组织公职人员罪、影响力交易罪、私营部门内的贿赂罪,其犯罪客体都是职务行为(公务行为)的廉洁性,但犯罪对象的范围明显更广,包括外国公职人员和国际组织公职人员。可见,跨国公司行贿犯罪的犯罪客体都是职务行为(公务行为)的廉洁性,

但是犯罪对象的范围大小不同,势必在确定犯罪与刑罚的司法操作过程中造成巨大差别。

1.2 犯罪客观方面

根据中国刑法的相关规定,跨国公司行贿犯罪的客观方面表现为给与财物或给与各种名义的回扣、手续费;而《公约》规定跨国公司行贿犯罪的客观方面为:直接或间接向受贿人许诺给与、提议给与或实际给与该行贿人本人或其他人员以实体不正当好处。对比之下,两者之间存在明显差别。《公约》中的“好处或利益”一般包括两类:物质性利益和非物质性利益;而中国刑法中的“财产、回扣、手续费”均属于物质性利益。于是,满足受贿对象某种需要或欲望的非物质性利益,如介绍职业等,则被排除于《刑法》行贿犯罪的范围,这无疑是《刑法》的法律漏洞。国际上诸多国家的刑法中都规定了广泛的行贿手段,任何有价值的事物都可以被纳入行贿手段。这种做法得到了实践的肯定,中国司法界可以借鉴。目前在华跨国公司的行贿手段主要集中于给与物质性利益^[3],但是非物质性利益比重日益加大、隐蔽性增强,甚至被业内人士称为“完美贿赂”。因此,中国应当在遵守条约义务的前提下,对《刑法》进行相应调整与修订,扩展贿赂的客观表现方式。

1.3 犯罪主体

《刑法》在“单位行贿罪”、“对单位行贿罪”和“对公司企业人员行贿罪”中都确立了单位的适格主体身份;《公约》在贿赂犯罪方面也明确了法人责任制度,因此,母、子公司可以构成跨国公司行贿犯罪的主体确定无疑。

另外,跨国公司行贿犯罪主体的确定涉及2个重要问题:第一,单位犯罪的确定。根据刑法学理论,单位犯罪是指在单位意志支配下由单位内部成员实施的犯罪,而跨国公司治理结构中的股东大会、董事会、CEO或其他拥有专项权力的负责人决定的,并为公司利益实施的行贿犯罪,才能归结为单位犯罪或法人犯罪,而普通工人或个别负责人的私人行为不应强加于公司名义之上,使单位承担法律责任。第二,母、子公司之间法律责任的分摊。跨国公司的母公司与子公司关系方面存在“有限责任说”、“单一经济体说”和“揭开法人面纱说”3种理论^[4]。

本文认为刑事司法领域应当采用“有限责任说”,将母、子公司拆分,判断其是否犯罪及承担多大责任。其理由如下:第一,从经济学角度看,跨国公司虽然是由母公司、子公司所组成的单一经济实体,但经济学视角并不适用于刑事司法领域,因此“单一

经济体说”适用的领域不当;第二,根据刑法学理论,犯罪主体的确定应当考查决定权的分配、可能利益的获得者及行为的实施者等因素,并具体分析母、子公司作为独立法人在跨国公司行贿犯罪中发挥的作用。因此,“揭开法人面纱”理论也无用武之处。第三,从公司法角度看,分析刑事责任的分摊必须从法律角度将跨国公司的母公司、各子公司视为各自独立的法人实体。可见,采用“有限责任说”是比较恰当的。

1.4 犯罪主观方面

跨国公司行贿犯罪的主观方面具体表现为:第一,犯罪罪过为故意。《刑法》及《公约》都规定各种行贿犯罪必须是故意实施的,并且《公约》规定了是否“故意”可根据实际情况予以推定。第二,犯罪目的复杂。《刑法》针对行贿类犯罪均规定了谋取不正当利益的共同犯罪目的;而《公约》根据不同的犯罪类型规定了相异的犯罪目的:贿赂本国公职人员罪和私营部门的贿赂罪以行贿人执行职务时作为或不作为为目的;而贿赂外国公职人员或者国际组织官员罪和影响力交易罪以获得不正当好处为犯罪目的。相比之下,《公约》规定更加严密,如为谋取正当、合法利益而给与财物或其他利益的行为在《刑法》中为非罪,但可能构成《公约》中的贿赂本国公职人员罪。可见,《刑法》中以谋取不正当利益为行贿罪共同犯罪主观方面的做法不仅构成对条约的不完全履行,还可能成为法律漏洞。

2 跨国公司在华行贿犯罪的原因

跨国公司在华行贿犯罪多发化趋势的产生,必然存在跨国公司内部和外部环境的双重原因。跨国公司在全球不断爆出贿赂丑闻,说明跨国公司母、子公司本身存在行贿犯罪的可能性;而跨国公司在华的行贿犯罪日益严重,显示中国的社会环境便于犯罪从可能性成为现实。

2.1 跨国公司行贿犯罪的内因

跨国公司在华实施行贿犯罪行为,必须从跨国公司或其子公司本身寻找原因。从犯罪成本理论和企业文化学角度看,巨大的经济实力和企业文化建构的偏差,为跨国公司在华实施行贿犯罪提供了物质和心理基础;从公司治理理论分析,公司治理漏洞为跨国公司在华行贿减少了决策阻力。

首先,巨大的经济实力为跨国公司在华实施行贿犯罪提供了坚实的物质基础。“目前世界上100个最大经济实体中,51个是跨国公司,49个是主权

国家”^[5]。巨大的资金支持和广泛的经销网络使其行贿所得的预期收益比一般公司更大、行贿犯罪动机更强烈,因而更具有行贿的可能性。巨大的经济实力也使跨国公司比一般公司更加具有忽视犯罪成本的可能性,致使行贿犯罪决策成本更低,因而更具有行贿的现实性。另外,跨国公司巨大的经济实力使其拥有更好的途径和办法在华贿赂,使其在华贿赂成为更为隐蔽的“完美贿赂”,有效降低被查处的可能性,进而降低了可能性犯罪成本。

其次,跨国公司存在的公司治理漏洞为跨国公司在华行贿减少了决策阻力。跨国公司普遍采用的本土化战略,使跨国母公司与在华子公司之间在行政决策方面出现一定程度的背离,显现公司治理方面的漏洞。由“默沙东”、“朗讯”等具体案例^[6]可知,股东会、董事会、监事会组成的三层治理结构存在诸多漏洞:第一,股东会地位弱化导致母公司忽视对子公司的监管,使子公司拥有过大的独立决策权;第二,子公司的董事会中少数董事过度集权,监事会形同虚设,致使其他董事、监事无法对公司的违法决定提出异议,或提出的建议得不到采纳;第三,过度集权致使子公司的外部董事、会计师事务所等无法发挥独立的外部财务监督义务。于是,个别掌握在华跨国子公司决策权力的高级管理人员可以在几乎无任何阻力的情况下,轻易行贿。

最后,跨国公司企业文化建构的偏差为跨国公司在华行贿提供了心理基础。近年来在华跨国公司的子公司与母公司在企业文化方面出现分裂化趋向:一方面表现为企业文化的弱化,如压低薪资、超时加班等;另一方面表现为子公司企业文化的恶化,最典型的表现就是行贿犯罪。

2.2 跨国公司行贿犯罪的外因

虽然中国并非是一个“酱缸社会”,但是中国的社会环境确实具有行贿的便利性,这从透明国际组织的调查可略见一斑。2006年透明国际为了评定30个国家或地区在从事国际贸易时的行贿机率,调查了大约1.1万名国际贸易商人,确定了一个行贿指数(BPI);而在满分10分的情况下,中国仅得到4.49分,名列倒数第二^[7]。中国的法律规制不足、对公权力约束宽松、存在商业潜规则等,最终促成跨国公司在华行贿犯罪行为的实施。

首先,中国法律规制不健全,为跨国公司在华行贿降低了预期犯罪成本。跨国公司决定在华实施行贿犯罪之前必然要分析经济成本与收益。犯罪的经济成本包括:一是工具性成本,如贿金;二是可能性

成本,如被惩罚的程度及被惩罚的可能性。其中可能性成本是犯罪人考虑的重心。因而,此类犯罪的查处率和惩罚力度可能直接决定犯罪是否实施。清华大学任建明教授研究表明:“目前中国针对商业贿赂的经济处罚数额太小,与美国相差100倍;如果通过贿赂所得的利润为10分,美国的经济处罚可能高达100分,中国的经济处罚可能只有1分”^[8]。

其次,中国对公权力约束宽松,为跨国公司行贿犯罪提供了实施空间。在转轨经济下,中国各级政府控制和左右资源配置的权力仍然广泛存在权力稀缺、准入标准不明确、程序不透明等问题,这无疑为跨国公司行贿犯罪提供了有利时机。

最后,潜规则的存在为跨国公司行贿提供了犯罪环境。回扣早已成为中国的商业潜规则,如导游拉客有“提成”、药品购销有“回扣”、物品采购有“手续费”等。此类潜规则造成的影响为:第一,跨国公司参与国内同等竞争,必须按照潜规则交纳回扣,这无疑促成了跨国公司对于行贿的心理认同;第二,实施行贿犯罪的部分在华跨国子公司能得到行业的默许而不被揭发或作证,这无疑加重了查处难度。中国是一个典型的熟人社会,在华跨国子公司为了尽快融入这种人际关系网中,更加倾向于采用行贿等“灰色公关”措施。

3 跨国公司在华行贿犯罪的对策

跨国公司经济实力、公司治理、企业文化建构等方面的内因是跨国公司行贿的根本原因。为此,当前中国应当根据标本兼治、综合治理的原则,探索建立防治跨国公司行贿犯罪的长效机制。在外因方面,法律规制需要加强、公权力需要约束、商业潜规则需要消除,这些都要求中国通过立法与执法活动加以引导和干预。因此,中国应当通过贪污贿赂类单行刑事立法寻求《公约》的间接适用,从实体与程序方面细化成文法,使追究与惩治跨国公司行贿犯罪的司法行为有法可依、有章可循。

3.1 完善实体法,明确刑事权利义务

实体法是刑事法律的灵魂,是刑事立法环节的重中之重。由于贪污贿赂类犯罪对国家机体造成了极大损害,因此防治跨国公司行贿犯罪乃至贪污贿赂犯罪,必须在贪污贿赂犯罪的单行刑法中强化实体法的规定。根据《公约》,以下应是单行刑法内容的重中之重。

首先,明确犯罪构成,增强震慑作用。在跨国公司行贿犯罪构成的确定方面,《刑法》相对于《公约》

存在诸多不足之处,应当扩充与细化。第一,除了国内机构或人员及其他单位的兜底性规定外,还应根据《公约》将犯罪对象的范围扩展至外国政府、国际组织、外国公职人员、国际公共组织官员等。第二,扩展犯罪客观方面,确定贿赂本国公职人员、贿赂外国公职人员或国际公共组织官员行为、私营部门内的贿赂均为犯罪行为,并将非物质性利益的行贿手段纳入。第三,跨国公司在华行贿犯罪的定罪量刑中拆分决定母、子公司的法律责任,仅将分公司或分支机构的犯罪行为归咎于母公司。第四,在确定犯罪罪过为故意的前提下,根据不同罪名及犯罪客观表现细化犯罪目的。总之,通过立法准确恰当地规定犯罪构成,指导司法实践中对跨国公司行贿犯罪的不枉不纵。

其次,强化刑事责任,减小成本收益差。防治行贿等经济类犯罪的核心在于加大行贿成本与降低犯罪收益。具体而言,通过加强冻结、扣押和没收犯罪收益或与犯罪有关的收益以减少犯罪实际收入;确保法人受到有效、适度而且具有警戒性的刑事或者非刑事制裁,包括金钱制裁;追究实施犯罪的自然人的刑事责任。另外,还应当根据中国国情,改进与切实贯彻《反洗钱法》,特别加强反洗钱工作力度,限制贿赂收益的流转,加强犯罪资产追回力度;加强行贿犯罪的经济、刑事、行政惩罚力度;完善单位犯罪中自然人的追究制度,提高刑事责任强度等。总之,当犯罪成本与收益差额达到一定数额时,跨国公司行贿犯罪就会得到有效控制。

最后,调整刑罚裁量制度,提高破案率。《刑法》虽然规定了对于自首和立功者的“恤刑”制度,但未规定污点证人制度,减轻了分化瓦解犯罪嫌疑人和快速提取证据的力度。中国应当尽快建立污点证人制度,对关键性证明作用的行贿犯罪中的从犯、胁从犯给与适当的罪行豁免或减轻量刑。其理由如下:第一,行贿犯罪是一种典型的“无被害人犯罪”,缺乏目击证人和被害人,因而证据稀缺,通过污点证人的举证,可以使国家追诉机关能够利用有限的司法资源迅速有效地追究与打击重大犯罪及有严重社会危害的犯罪分子。第二,《公约》肯定了污点证人制度的合法性与必要性,中国应当遵守此项条约义务。第三,当前美国、加拿大、英国、德国等许多国家和地区都已普遍采用这一制度,并且在司法实践中取得了积极效果^[9]。总之,如果中国增加污点证人的刑罚裁量制度,必然有利于提高跨国公司行贿犯罪的破案率与查处率,使“完美贿赂”得到打击。

3.2 完备程序法, 增强司法可操作性

程序法相对于实体法而存在, 具有确保实体法目标实现的工具性价值, 并具有体现程序正义的独立内在价值。《公约》是首部注重程序与实施的公约, 因此, 中国要间接适用《公约》并打击行贿犯罪(尤其是跨国公司行贿犯罪)必须注重程序立法。

首先, 厘清管辖权, 排除诉前追责障碍。明确管辖权有助于对跨国公司各实体的事前监督与预防, 也有助于对犯罪的事后及时惩处。《公约》将属地管辖权作为义务性规则, 而将属人原则和保护性原则作为选择性的管辖原则; 同时确立了“或引渡或起诉”原则的强制效力, 这可以作为中国管辖权确立的原则性参考。具体而言, 一方面根据跨国公司中各法律实体国籍的特殊性, 中国应当与其他国家通过双边协定、多边协定或国际条约进行协调和规范, 明确中国对于跨国公司行贿犯罪的管辖范围; 另一方面, 中国立法机关应当针对跨国公司行贿犯罪做出细节方面的特殊规定, 如通过明确母、子公司责任的分摊确定地区管辖。

其次, 改革反贪机构, 加强执法力度。虽然各级人民检察院基本建立了反贪污贿赂局, 并以行贿犯罪作为侦查与惩治的重要对象, 但行贿犯罪并未得到根本遏制, 这说明反贪污贿赂机构的调整性改革势在必行。借鉴新加坡的经验^[10], 其改革方向应该是: 提高反贪机构地位、加强反贪机构的调查等特别权力、反贪机构独立于地方政府等。另外, 切实加强国家新建的预防腐败局及其下属机构的权责, 加强预防腐败机构的工作力度、注重反监督(即对反贪污贿赂机构的监督)也是反腐机构改革的题中之义。

最后, 采用特殊侦查手段, 提高查处率。由于贿赂等犯罪行为具有高智能性和高隐秘性的特点, 运用常规侦查手段很难获得有效证据, 因此采用特殊侦查方法就成为惩治行贿犯罪的重要手段。《公约》肯定了特殊侦查手段, 并允许各国主管机关在其领域内酌情使用控制下交付, 也可以在其认为适当时使用诸如电子或者其他监视形式、特工行动等其他特殊侦查手段, 并允许法庭采信由这些手段产生的证据。所以, 从行贿犯罪的特点和履行公约义务来看, 中国应当通过立法允许司法机关及其他主管机关采用《公约》规定的特殊侦查手段, 允许法院采信

由特殊侦查手段产生的证据。

4 结 语

在经济全球化和一体化的历史进程中, 跨国公司必将成为推动世界经济发展的主要动力; 而中国作为国际贸易大国之一, 其广阔的市场空间必将成为众多跨国公司投资发展的平台。但如果没有法律的监督和约束, 以利益最大化为目标的企业行为往往会成为破坏社会公平、阻碍社会发展的重要因素。纵观跨国公司在华投资行为发现, 某些跨国公司为了获取更多的企业资源, 往往采用违法手段实施行贿行为, 这样会扰乱社会公平竞争秩序、破坏公务行为的廉洁性, 不利于良好投资环境的形成, 给国民经济的长远发展带来了不利影响。因此, 中国应当探索建立防治跨国公司行贿犯罪的长效机制, 还应当通过颁布贪污贿赂类的单行刑法间接适用《公约》, 从实体和程序方面促进反贿赂方面刑事法律制度的一体化, 从而推动刑事司法工作的一体化, 最终重塑中国良好的国际投资环境 and 市场空间。

参考文献:

- [1] 董大焕. 跨国公司为何在中国自甘堕落[J]. 中国对外贸易, 2006, 51(12): 11-13.
- [2] 王作富. 刑法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999.
- [3] 罗雪峰, 牛方礼. 跨国行贿风暴[J]. 中国对外贸易, 2005, 51(7): 8-15.
- [4] 郭寿康, 赵秀文. 国际经济法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2000.
- [5] 李长久. 关注全球化中的跨国公司[N]. 国际金融报, 2002-05-17(4).
- [6] 高骥远. 商业贿赂击倒国际巨头[N]. 通信信息报, 2007-01-03(A12).
- [7] Transparency International. Bribe Payers Index (BPI) 2006 Analysis Report[EB/OL]. (2006-10-04) [2007-08-13]. <http://www.greaterzuricharea.ch>.
- [8] 欧阳波. 反商业贿赂不能离开重罚和峻法[N]. 第一财经日报, 2006-01-03(A2).
- [9] 崔雪梅. 谈污点证人作证豁免制度[J]. 辽宁警专学报, 2007, 14(2): 22-24.
- [10] 谢鹏程. 国际反腐败经验揭秘[J]. 人民论坛, 2006, 15(17): 78-80.