

中国反海外腐败执法障碍的类型化及其应对

敖博*

内容提要：自《刑法修正案（八）》将“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿”入罪以来，尚无以该罪定罪的刑事案件，由此形成了规范文本与刑事司法间的“执法落差”。这一现象由实体法、程序法及“外源性”障碍共同导致。实体法层面的执法障碍主要表现为刑事管辖权依据的部分缺失、单位刑事归责基础的弊端以及对该罪社会危害性评价的不足，对此应主要从立法论与解释论层面作适应性调整，并引入组织体刑事责任理念。程序法层面的执法障碍主要集中于线索获取、证据收集、刑事审判三个阶段，对此可通过以“公司警务”与“刑事合规”为核心的非庭审解决模式来解决。“外源性”执法障碍主要表现为经济场域对刑事司法场域运作逻辑的塑造，但在国际反海外腐败执法发生重大变化的背景下，应重新评估“囚徒困境”对我国企业“走出去”所能产生的经济红利。

关键词：对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪 海外腐败 执法障碍 合规建设

一、问题的提出：我国反海外腐败中的“执法落差”

腐败损害民主和法治，导致侵犯人权，扭曲市场，破坏生活质量，并且使得有组织犯罪、恐怖主义和其他对人类安全的威胁泛滥。^{〔1〕}海外腐败作为腐败的一种特殊形式，破坏公平竞争的市场规则，影响正常的商业秩序，不利于经济发展，特别是国际经济交往。^{〔2〕}基于这一背景，国际

* 敖博，中国人民大学刑事法律科学研究中心与美国纽约大学法学院联合培养博士研究生。

本文为国家社会科学基金重大项目“健全支持民营经济发展的刑事法治研究”（20&ZD198）阶段性成果，并得到国家留学基金资助。

〔1〕 参见《联合国反腐败公约》前言，载 https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50025_C.pdf，最后访问时间：2022年12月10日。

〔2〕 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室：《中华人民共和国刑法修正案（八）条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2011年版，第112页。本文所称的海外腐败，特指对外国公职人员、国际公共组织官员行贿。选取“海外腐败”一词，旨在与国内学界对美国《反海外腐败法》的通常翻译表述相一致。

社会近年来对海外腐败行为采取了一种硬法与软法相结合，主权国家、国际组织、非政府间国际组织相协作的“积少成多”（every little bit helps）的治理逻辑。^{〔3〕} 与国际社会趋势相一致，近年来，我国在对国内腐败犯罪采取“零容忍”态度的同时，加入了《联合国反腐败公约》这一反腐败领域最具代表性的国际公约，通过了《北京反腐败宣言》《金砖国家拒绝腐败避风港倡议》等多边文件，发起了《廉洁丝绸之路北京倡议》等主张，制定了《企业境外经营合规管理指引》等文件，体现了对海外腐败问题的关注。习近平总书记在第三次“一带一路”建设座谈会上更是明确指出：“要教育引导我国在海外企业和公民自觉遵守当地法律，尊重当地风俗习惯。要加快形成系统完备的反腐败涉外法律法规体系，加大跨境腐败治理力度。各类企业要规范经营行为，决不允许损害国家声誉。对违纪违法问题，发现一起就严肃处理一起。”^{〔4〕}

2011年，《中华人民共和国刑法修正案（八）》[以下简称《刑法修正案（八）》]新增“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”作为第164条第2款，以刑事立法的方式表明了我国在海外腐败问题上的立场，并使《联合国反腐败公约》下的国际法义务落地。^{〔5〕} 然而，公开数据显示，自2011年“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿行为”入罪至今，尚没有以该罪定罪的刑事案件。^{〔6〕} 对此，可能的解释有二：一是，实践中没有对外国公职人员、国际公共组织官员行贿的犯罪行为发生，因此当然不会有以该罪定罪的刑事案件；二是，实践中发生的海外行贿行为未能进入我国刑事司法系统的“法眼”，或者我国刑事司法系统未对这一问题予以积极关注，形成了反海外腐败领域的“犯罪黑数”与“执法落差”。笔者倾向于后一认识，理由在于：通常来说，海外投资的规模、对象、领域与海外腐败行为的发生概率密切相关。据此，首先，我国近年来对外投资规模稳健发展，对外投资合作大国地位持续巩固，对外直接投资流量蝉联全球第二。^{〔7〕} 其次，我国许多主要投资对象国系腐败较为严重的国家，如2019年我国“一带一路”投资流量最大的10个国家在全球180个国家和地区中对应的廉洁指数排名为新加坡（4）、印尼（96）、越南（87）、泰国（110）、阿联酋（24）、老挝（128）、马来西亚（62）、伊拉克（157）、哈萨克斯坦（102）和柬埔寨（157）。^{〔8〕} 再次，我国近年来对外承包工程大项目增多并主要集中于交通运输等基础设施领域，^{〔9〕} 这与经济合作与发展组织（以下简称“经合组织”）观测到的海外腐败主要发生领域高度重合。^{〔10〕} 问卷调查^{〔11〕}及一些铁

〔3〕 See Kevin E. Davis, *Between Impunity and Imperialism: The Regulation of Transnational Bribery*, Oxford University Press, 2019, p. 5.

〔4〕 《习近平出席第三次“一带一路”建设座谈会并发表重要讲话》，载 http://www.gov.cn/xinwen/2021-11/19/content_5652067.htm，最后访问时间：2022年12月16日。

〔5〕 《联合国反腐败公约》第16条第1款规定缔约国应将海外腐败行为规定为犯罪。

〔6〕 笔者于“中国裁判文书网”输入关键词“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”，未发现相关判决。

〔7〕 参见《中国对外投资合作发展报告（2020）》，载 <http://images.mofcom.gov.cn/fec/202102/20210202162924888.pdf>，最后访问时间：2022年12月16日。

〔8〕 腐败指数由透明国际（Transparency International）发布，对180个国家和地区的廉洁情况进行评估与排名。具体国家的廉洁指数参见 https://www.transparency.org/en/cpi/2021?gclid=EAIaIQobChMizryslaia9wIvbgalCR3PdADNEAAYASAAEgKqqfD_BwE。

〔9〕 参见《商务部就2021年我国对外投资合作有关情况等答问》，载 http://www.gov.cn/xinwen/2022-01/20/content_5669535.htm，最后访问时间：2022年12月18日。

〔10〕 See OECD, *Foreign Bribery Factsheet*, available at https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Foreign_Bribery_Factsheet_ENGLISH.pdf, last visited on Dec. 18, 2022.

〔11〕 2018—2019年的一项问卷调查显示，反腐败是2018至2019年中国企业受境外执法第二主要的原因。参见《中国年度企业合规蓝皮书（2018—2019）》，第57页，载 <https://www.fangdalaw.com/insights/latest-edition-of-chinas-compliance-guide-out-now/?lang=zh-hans>，最后访问时间：2022年12月18日。

事证据^[12]也表明，我国企业存在跨境商业贿赂的行为。可见，我国海外腐败行为的易发风险与对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪的“零执法”记录形成对比，我国海外腐败犯罪存在执法落差。

对于罪刑规范立而不用的“执法落差”现象，需要思考其背后的原因、理解其运作的逻辑，并尝试给出解决方案。遗憾的是，从既有研究来看，与境内腐败犯罪、民营企业治理与合规等问题相比，反海外腐败显然受到了学界极大的“冷落”。尽管近年来少数学者意识到了我国反海外腐败中的“执法落差”问题，但具体研究仍存在诸多缺憾：一是实操性建议不足，如有学者建议应强化刑事司法打击力度和国际司法合作，^[13]但如果缺乏对“执法落差”现象的成因进行全面梳理，这样的主张可能仅具有宣言性。二是本土性探讨不强，有学者认为我国反海外腐败制度未被完全激活，并建议参照域外立法对我国反海外腐败立法加以完善，但相关建议（如将“加速费”作为反海外腐败的特殊出罪事由^[14]）的本土性实践价值较弱且难以缓解“执法落差”问题。^[15]三是体系性思考不够，如有学者意识到暂缓起诉协议制度对解决“执法落差”问题可能的积极作用，^[16]然而，暂缓起诉协议的价值主要体现于缓解反海外腐败执法的程序性障碍层面，对于缓解实体性障碍、政策性障碍所能起到的作用不大。可以说，到目前为止，学界对我国反海外腐败中“执法落差”的原因与对策的系统性研究是相对缺失的。

本文围绕我国反海外腐败中的“执法落差”旨在解决两个问题：一是对造成反海外腐败“执法落差”的可能原因进行系统性梳理；二是对不同类型的执法障碍进一步展开讨论，探讨可能的解决方案。据此，本文将分别从实体、程序及外部场域三个角度出发进行分析。

二、我国反海外腐败实体性执法障碍及其应对

我国实体法对反海外腐败执法可能形成的障碍主要在于三个方面：一是刑事管辖权层面的障碍；二是单位犯罪层面的障碍；三是刑法解释层面的障碍。

（一）刑事管辖权层面的障碍及其应对

《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）设置了属地、属人、保护、普遍管辖四种管辖权类型。既有管辖权规定对执法可能产生的阻碍主要表现在三个方面。（1）从属人管辖的对象要件来看，《刑法》第7条第1款明确将属人管辖的对象限定为“公民”。刑法用语的射程范围决定

[12] 参见高斌：《刑法修正案（八）施行 反海外贿赂有法可依》，载《检察日报》2011年5月17日，第5版。

[13] 参见于冲：《中资企业海外商业贿赂的现状考察与刑法应对》，载《江西警察学院学报》2012年第3期。

[14] 参见张馨文、刘恒东：《论我国反海外腐败制度的完善进路——以国际反海外腐败立法经验为视角》，载《山东警察学院学报》2021年第1期。所谓“加速费”（facilitating payment），是指向行政官员支付的、旨在加速其非自由裁量性行政业务办理速度的小额费用，目的在于使付款人依法有权获得的服务流程顺利、快速进行。

[15] 笔者不认同将“加速费”作为特殊出罪事由：一是因为我国并无“加速费”文化传统，将其作为明文规定的出罪事由将导致与境内行贿犯罪构成要件的差异并带来价值上的冲突；二是向存在“加速费”规定国家的公职人员行贿的，完全可以基于双重犯罪原则等考量，通过《中华人民共和国刑法》第13条出罪；三是否定将“加速费”作为出罪事由已成为国际主流，不仅为经合组织所倡导，也在英国等国家的国内立法中得到了体现。

[16] 参见童德华、贺晓红：《美国〈反海外腐败法〉执法对中国治理海外商业贿赂的借鉴》，载《学习与实践》2014年第4期。

了刑法解释的最大空间，考虑到“公民”一语的通常含义、宪法意涵，以及公民与“单位”概念的互斥关系，我国《刑法》绝对排除了对单位行使属人管辖权的可能。由此，尽管《刑法》第164条第3款规定单位可以作为该罪的犯罪主体，但从总则规定出发，我国无法对中国企业在境外实施的行贿行为行使属人管辖权。(2)从属人管辖的危害性要件来看，《刑法》第7条排斥属人管辖权在轻罪刑事案件中的适用。《刑法》第164条第2款设置了两档法定刑，即“数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役”“数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”，由此，事实上将该罪中属人管辖的罪量要素起点由分则规定的“数额较大”变成了经总则调整后的“数额巨大”。同时，现有司法解释仅对该罪“数额较大”的判断标准予以明确，^[17]并未对“数额巨大”作出解释，由此使得实践中对何为“数额巨大”很难把握，而在“数额较大”的情形下又无法行使属人管辖权，进一步压缩了该罪的适用空间。(3)从管辖权的整体设定来看，近年来，为有效打击海外腐败行为，经合组织强调缔约国应穷尽所有合法管辖权，^[18]许多国家也积极扩张刑事管辖权。面对这一趋势，考虑到打击腐败犯罪与参与国际治理的需要，同时为对等行使管辖权、反制他国干涉我国主权，有学者提出应拓展我国行使管辖权的范围。^[19]但是，现行刑法是否为管辖权的适度扩张提供了充分依据还需进一步探讨，换言之，若在反海外腐败问题上将管辖权扩张，而非传统意义上管辖权的克制视为“理想状态”，则需要讨论现有规定本身是否对这种“理想状态”构成了阻碍。

对于上述三个管辖权方面的障碍，可从以下四方面出发加以解决。

第一，应着手修订我国《刑法》中的属人管辖条款，将单位犯罪纳入属人管辖范围（对应“问题一”）。从规范沿革来看，现行《刑法》的属人管辖规定由1979年《刑法》第4条、第5条沿革而来，而当时《刑法》并不承认单位犯罪的概念，因此1979年《刑法》稿本将属人管辖中的“人”限定于公民完全是合理的。在1997年《刑法》修订过程中，或许是因为属人管辖中的“人”是否包含法人并非立法者关注的重点，也没有太大的实践争议，^[20]所以应否对单位行使属人管辖的问题，便被修订者忽略了。考虑到我国刑法中的犯罪主体本身就包括自然人与单位，在属人管辖问题上没有排除单位作为犯罪主体的特别理由。在单位犯罪越来越普遍，国际交往也不断加深的今天，这一立法上的疏漏理应通过修订法律的方式加以解决。就反海外腐败而言，鉴于国际公约对单位作为本罪犯罪主体作出了明确规定，^[21]修订总则中的属人管辖条款也是全面贯彻我国国际法义务的体现。

第二，应合理拓宽属地管辖范围（对应“问题一、三”）。即，应将《刑法》第6条第3款

[17] 参见《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（2022年修订）第12条。

[18] See OECD, Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, p. 19, available at <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/2021-oecd-anti-bribery-recommendation.htm>, last visited on Jun. 10, 2022.

[19] 参见陈宇：《从Petrobras案看美国〈反海外腐败法〉的域外管辖问题》，载《河北法学》2020年第5期。

[20] 比如，高铭暄教授在《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》一书中就1997年刑法典修订过程中对属人管辖项下主要争议问题进行了梳理，并不包括单位犯罪问题。参见高铭暄：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第177-180页。

[21] 《联合国反腐败公约》第26条明确提出缔约国应在不违反本国法律原则的前提下对腐败犯罪确立法人责任，我国也并不存在如德国一样反对对法人刑事责任的法律原则。

“行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内”中的“一项行为”理解为任何促进结果发生的行为（包括预备行为、实行行为、教唆行为、帮助行为的全部或者一部分），以最大限度拓宽与我国领土的连结点。其合理性在于：首先，从文义来看，这一解释并未明显超出文义范围，不属于为法律所禁止的类推解释；其次，从体系来看，我国在网络犯罪等问题上均对属地管辖进行了拓展性认定，正是因为部分此类行为的跨国性质；再次，从国际法与比较法来看，这种解释与《关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约》（以下简称《经合组织公约》）以及英国、美国等国国内法的规定相一致；复次，如此解释能够在《刑法》第7条尚未修订期间弥补一部分处罚漏洞，也合理回应了部分学者关于拓宽我国管辖权整体设定范围的呼吁；最后，通过扩张属地管辖范围，能够在国际法允许的范围内，为使我国从反海外腐败的消极执法国变为全球反海外腐败公共产品的积极提供国提出依据，承担大国责任，也与“廉洁一带一路”等主张相一致。事实上，被普遍认为拓宽了美国《反海外腐败法》管辖权范围的第78dd—3条，正是关于属地管辖的规定，而我国《刑法》并不排斥对第6条做类似于该条的扩张解释。对于拓宽管辖权后可能引发的管辖权冲突问题，则可以通过协商等途径，通过寻找最密切联系国、最利益相关国等方式加以解决。

第三，考虑利用普遍管辖条款（对应“问题一、三”）。长期以来，普遍管辖条款在司法实践中并未被充分激活，部分源于对许多与我国存在连结点的国际条约项下罪行，我国都以属地或属人原则进行了管辖。然而，在属地、属人管辖权不明确，或规定有疏漏的语境下，应允许普遍管辖承担补充性、权宜性作用，以治理海外腐败行为。理由在于：首先，从规范文本上看，我国是《联合国反腐败公约》的缔约国，海外腐败是该公约明文规定的罪行，该公约第30条对缔约国施加了“使根据本公约确立的犯罪受到与其严重性相当的制裁”的义务，符合《刑法》明文规定的普遍管辖权发动依据；其次，从规范目的上看，普遍管辖权的设立初衷在于惩治危害全人类共同利益的犯罪，而海外腐败犯罪对人类共同利益的损害已成为国际社会共识；再次，《联合国反腐败公约》强调缔约国追究法人责任的义务，支持行使普遍管辖权可以很好地弥补我国《刑法》第7条在法人责任问题上的规范漏洞。不过，基于尊重他国主权的需要，以及考虑到证据收集、刑事执行等方面可能存在的障碍，在针对海外腐败行为行使普遍管辖权时，仍应强调该腐败行为与我国存在连结点。

第四，对属人管辖的危害性要件问题（对应“问题二”），首先应以司法解释方式明确对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪中“数额巨大”的标准，否则该罪在实践中将很难把握。当前，绝大多数以“价值”作为社会危害性评价核心的犯罪，既有司法解释均有关于不同法定刑幅度所对应之“价值”的规定，以便在实践中得以适用，对其他腐败犯罪也是如此。然而，既有司法解释未能明确对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪中“数额巨大”的判断标准，不得不说是一种缺憾。在此基础上，针对属人管辖中危害性要件架空该罪第一档法定刑的现象，解决方案之一是在充分进行社会危害性评估的基础上考虑上调该罪第一档法定刑幅度，解决方案之二则是从《刑法》解释出发，由于《刑法》第7条规定的是“可以不予追究”而非“应当不予追究”，在具有处罚必要性的场合，例外地追究法定最高刑为三年以下有期徒刑的犯罪行为的刑事责任，也并不违反我国《刑法》。就当前而言，后一方案较前一方案更加合理可行。

(二) 单位犯罪层面的障碍及其应对

1987年《中华人民共和国海关法》中的单位犯罪规定拉开了我国将单位作为犯罪主体的序幕，并于1997年被正式纳入刑法典。然而，《刑法》第30条仅明确了“单位”之概念，却并未对单位刑事责任的要件做详细规定。为此，2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》明确了单位犯罪“二要件说”，即“以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有”。或许是考虑到如此设置使单位犯罪成立要件过宽，2017年《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》将涉互联网金融单位犯罪的成立要件调整为“三要件说”，即“犯罪活动经单位决策实施；单位的员工主要按照单位的决策实施具体犯罪活动；违法所得归单位所有，经单位决策使用，收益亦归单位所有”。然而，上述两种归责模式在海外腐败犯罪治理中均存在缺憾：（1）对于“二要件说”，其类似于美国法下的“雇主责任理论”，即以利益归属作为认定犯罪主体的关键。但一方面，从法理与实践上看，以单位是否获利（包括减少支出、减少成本）作为单位犯罪的主要成立依据过于粗疏，使单位犯罪成立要件过宽，也无法使单位弃恶从善，还引发了实践中自然人拉法人“垫背”的现象，^[22]有违反责任主义原则之嫌，并使单位处于不利地位，不当地威胁其他利益相关人（如投资人、员工等）利益；另一方面，从政策上讲，考虑到海外腐败行为的隐蔽性以及犯罪治理需要，“让公司对任何层级、任何员工实施的任何犯罪负责，而不论公司有无有效的合规计划、是否主动报告与寻求合作，不是大公司内最好的预防犯罪的形式”^[23]，“二要件说”过大的犯罪成立范围、对单位责任的过度追究以及缺失对单位阻止犯罪的激励机制，不利于犯罪预防及私营部门的协同治理。由此，在海外腐败场景下，“二要件说”在归责的广泛性与处罚的正当性间形成了紧张关系，使得司法实践更倾向于不处罚此类案件。（2）对于“三要件说”，其类似于英国法下的“同一视理论”，即以单位决策层作为认定犯罪的关键。但一方面，在大企业，尤其是跨国企业中，管理链通常较为复杂，作为单位决策层的高级管理人员一般较少亲自参与具体管理、发出具体指令，由此，如果在反海外腐败案件中执意寻求“经单位决策实施”，将目光局限于公司决策层，将不合理地限缩处罚范围；另一方面，由于行贿是一种相对秘密的行为，寻求“单位决策”本身也将面临证据收集上的困难。可见，当前关于单位犯罪成立要件的模式，均难以较好处理海外腐败案件。

对于上述单位刑事归责方面的障碍，应对核心在于引入组织体刑事责任模式。从比较法上看，对法人的刑事归责，经历了将目光由企业中的自然人移至企业自身的转向。在美国，法人刑事责任的传统通说是雇主责任理论，其归责根据是，法人中的任何代理人在职务范围内基于为公司谋取利益的故意实施犯罪行为的，其行为即可归责于法人。然而，由于雇主责任原则归责范围过广，同时考虑到企业自身作为犯罪预防资源，而不仅仅是犯罪实施主体的特殊地位，实践中，检察官开始利用自由裁量权限缩法人处罚范围，并以侯德备忘录、汤普森备忘录等形式将目光聚焦于组织体自身运营。^[24]由此，美国对法人犯罪的刑事归责，经历了“以事实上的制裁与控制

[22] 参见时延安：《合规计划实施与单位的刑事归责》，载《法学杂志》2019年第9期。

[23] Jennifer Arlen & Samuel W. Buell, *The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*, 93 *University of Southern California Law Review* 697, 707 (2020).

[24] See Sanford H. Kadish et al., *Criminal Law and Its Processes: Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 785 - 789.

法人犯罪，取代规范上的雇主责任理论”〔25〕的嬗变。与此相似，英国传统上对法人犯罪采“同一视理论”，这遭到了经合组织的批评，因为同一视理论“似乎永远不可能适用于分散运营或远离公司总部的大公司”，并建议扩大法人责任的归咎范围。〔26〕在此背景下，《2010反贿赂法案》新设“商业组织预防贿赂失职罪”这一严格责任犯罪，并将“充分合规程序”作为法定抗辩事由，体现了在贿赂犯罪问题上对法人课以合规义务，而非延续传统的“同一视理论”的立场，以鼓励公司参与腐败治理。可见，英美两国在法人刑事责任问题上的共同特点均表现为将单位的可责性根据更多地立足于组织体自身的治理结构、合规计划等方面，有学者称其为“回应性失误”（reactive fault）。〔27〕

近年来，我国许多学者通过重塑归责模式等方式，试图引入组织体刑事责任模式。〔28〕就反海外腐败而言，这种以组织体为核心的单位犯罪归责模式具有显著优势：（1）能够避免“二要件说”无限扩张单位犯罪成立要件的弊端。从一定程度上讲，由于实施海外腐败行为的员工基本全部或部分地、显性或隐性地以单位名义实施犯罪行为，且较容易认定单位从中获取不正当利益（如不正当竞争优势），如此将使得绝大多数海外腐败行为都可以被解释为单位犯罪，这种极度扩张单位犯罪成立范围的做法是值得检讨的。特别是，即使单位已经建构了较为完善的合规机制甚至是良好的企业文化，但由于海外经营过程中员工行为的广泛性、分散性、不确定性，依然发生了腐败行为，若在此情形下，仅因员工以单位名义实施犯罪，且单位从中受益，便让单位对员工的行为负责，在法理上有违责任主义的原理，在政策上也将不合理地挫败企业参与犯罪预防的积极性。（2）能够避免“三要件说”不合理限缩单位犯罪成立要件的弊端。在跨国企业商业贿赂案件中，行贿的故意往往存在于公司管理链的下方，且很难找到上级的指令与授权，如果严格采取“三要件说”，则相当多的海外腐败行为都无法被解释为单位犯罪行为。（3）考虑到海外腐败案件的跨国性质，以及后文所述的在线索获取、证据收集等方面所需的大量成本，从现实立场出发，通过单位刑事归责模式的重塑，确立组织体刑事责任模式，促使单位自身主动发挥犯罪预防功能，从而将犯罪预防的一部分责任和压力转移给企业，推动企业合规经营、避免犯罪并防止被起诉，同时保护利益相关人权益，〔29〕也是海外腐败犯罪特殊治理背景下的一种理性的选择。

（三）刑法解释层面的障碍及其应对：以社会危害性为核心

立足《刑法》第13条的规定，对海外腐败行为的社会危害性评价，将直接影响刑事司法实践是否对此类行为作犯罪处理。然而，对腐败行为的社会危害性评价，我国长期以来存在两种倾向。（1）对行贿罪的社会危害性评价低于受贿罪。与许多国家不在危害程度上区分受贿与行贿不

〔25〕 前引〔23〕，Jennifer Arlen、Samuel W. Buell文，第707-708页。

〔26〕 See OECD, United Kingdom's Phase 2 Monitoring Report, pp. 65 - 66, available at <https://www.oecd.org/corruption/unitedkingdom-oecdanti-briberyconvention.htm>, last visited on Jun. 15, 2022.

〔27〕 See Federico Mazzacava, *Justifications and Purposes of Negotiated Justice for Corporate Offenders: Deferred and Non-Prosecution Agreements in the UK and US Systems of Criminal Justice*, 78 *Journal of Criminal Law* 249, 262 (2014).

〔28〕 参见前引〔22〕，时延安文；黎宏：《组织体刑事责任论及其应用》，载《法学研究》2020年第2期；史蔚：《组织体罪责理念下单位故意的认定：以污染环境罪为例》，载《政治与法律》2020年第5期；耿佳宁：《单位固有刑事责任的提倡及其教义学形塑》，载《中外法学》2020年第6期等。尽管学者们在具体的论证进路以及制度设计上有所差别，但均在归责层面重点关注组织体自身。

〔29〕 See Andrew Weissmann & David Newman, *Rethinking Corporate Criminal Liability*, 82 *Indiana Law Journal* 411 (2007).

同,我国长期存在重受贿、轻行贿的传统,这体现在:首先,在1979年《刑法》制定时,立法者便为行贿罪配置了较受贿罪轻的法定刑,其原因在于受贿是国家工作人员利用职务实施的犯罪,一般认为其社会危害性比行贿罪更大,^[30]这背后体现的是我国对国家工作人员赋予了较一般公民更高的法律与道德要求。其次,1997年以来,《刑法》虽对行贿与受贿犯罪的法定刑进行了修改,但从立法者至今仍为受贿罪配置死刑与终身监禁,而行贿罪最高刑为无期徒刑来看,“重受贿轻行贿”的立场仍未转变。再次,司法实践中,职务犯罪案件中大量行贿人未被追究刑事责任,法院审理的行贿犯罪案件数远远低于受贿犯罪案件数,法院判决行贿案件刑罚适用量过低、缓刑适用量过高,这都体现了我国长期以来在社会危害性评价上重受贿而轻行贿的特点。^[31]

(2) 对非公共领域贿赂犯罪的社会危害性评价整体低于公共领域贿赂犯罪的社会危害性评价。比如,非国家工作人员受贿罪与受贿罪行为模式基本相同,核心区别在于是否涉及公共领域,据此,在刑罚设置上,立法者为两罪设定了不同的法定最高刑,司法解释为两罪不同法定刑幅度对应的数额起点作出了差异性规定。相似地,由于对非国家工作人员行贿罪与行贿罪分别涉及非公共领域与公共领域,《刑法》及司法解释对两罪的法定刑设置、立案追诉标准以及主动交代贿赂行为下的减免处罚规定,^[32]均作了差异化安排。此外,尽管对非国家工作人员行贿罪的单位犯罪较单位行贿罪法定刑高,但既有研究表明,实践中对前者的量刑显著低于后者。^[33]这均体现出我国刑法整体上“重涉公贿赂、轻商事贿赂”^[34]的特点。在上述“重受贿、轻行贿”“重涉公贿赂、轻商事贿赂”的背景下,增设对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪时,立法者在该罪涉及他国公共领域的前提下,将其置于《刑法》分则第三章,与商事贿赂犯罪相并列,事实上是将该罪置于整个贿赂犯罪治理体系中相对末端的位置,认为其社会危害性较小。对于一个社会危害性较小、治理难度又极大的犯罪,在实践中出现“执法落差”,便不难理解。

从社会危害性的角度来看,另一个导致本罪在实践中出现“执法落差”的原因或许在于本罪所保护的同类客体。立法者将本罪置于“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章,因此,其社会危害性是借由侵犯“社会主义市场经济秩序”这一同类客体来实现的。然而,我国企业在海外实施的腐败行为,对社会主义市场经济秩序的威胁即使有也极其微弱、间接。由此,一方面,《刑法》第13条要求对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪的成立以破坏社会主义市场经济秩序且情节严重为前提,另一方面,海外腐败行为通常不会对上述犯罪客体构成直接、严重的威胁,由此同样可以解释“执法落差”的出现。

对于上述社会危害性层面的障碍,应从以下两方面加以解决。一是,应积极推进“受贿行贿一起查”并将其在商事贿赂领域落到实处。对海外腐败行为社会危害性评价的不足,已不仅仅是

[30] 参见前引[20],高铭喧书,第159页。

[31] 参见李少平:《行贿犯罪执法困局及其对策》,载《中国法学》2015年第1期。

[32] 在对非国家工作人员行贿罪下,行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的,可以减轻处罚或者免除处罚;而行贿罪下,行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的,可以从轻或者减轻处罚,仅在特殊情况下才可减轻或者免除处罚。

[33] 参见李本灿:《对非国家工作人员行贿罪的立法论思考》,载《国家检察官学院学报》2021年第3期。

[34] 由于《最高人民法院、最高人民检察院关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》对“商业贿赂”作了较为宽泛的认定,包含了当时所有的贿赂犯罪类型,故笔者在此处采“商事贿赂”的表述以示与“涉公贿赂”的区别,前者特指《刑法》分则第三章规定的贿赂犯罪,后者特指与前者相对应的《刑法》分则第八章规定的贿赂犯罪。

立法论层面的困境，而涉及刑事政策、执法传统、民众观念等多方面内容。由此，尽管修订法律是可以考虑的一个选项，比如，可以建议将行贿与受贿的法定刑、商事贿赂犯罪与涉公贿赂犯罪的法定刑提升至同一水平，并将对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪移至“贪污贿赂罪”一章，但一方面，这样系统性修订腐败犯罪格局的倡议合理性仍有争论空间，立法者未必有足够的动力做如此修改，民众也未必支持做如此修改，另一方面，立法对贿赂犯罪法定刑的调整未必能够带来司法实践的改变，因为长期以来“重受贿轻行贿”的做法，在一定程度上也是由司法实践而非立法差异推动的。在此背景下，更加合理的选项是继续且全面地推进“受贿行贿一起查”。近年来，我国积极加强行贿与受贿协同治理，以进一步推进反腐败斗争，^{〔35〕}这契合了两种犯罪对向犯的规范属性，以及实践中两类犯罪“互为线索”的特点。在这一背景下，应继续坚持“受贿行贿一起查”，同时应认识到市场经济是法治经济，良好的商业环境对社会主义市场经济建设具有重要意义，进一步将“受贿行贿一起查”在商事贿赂领域落到实处。从一定意义上讲，在政策上与观念上重视行贿犯罪、商事贿赂犯罪治理，对于激活海外腐败犯罪执法的意义大于法律修改。

二是，需要技术性地解决本罪保护客体的问题。本罪对社会主义市场经济秩序的侵害具有微弱性、间接性，社会主义市场经济秩序只能理解为本罪保护的次要客体，而本罪保护的主要客体应当是外国公职人员、国际公共组织官员职务行为的公平性。这一理解需要回答的问题是：一方面，他国官员职务行为的公平性为何应受我国刑法保护；另一方面，旨在保护他国官员职务行为公平性的犯罪为何被规定于分则第三章而非第八章。对此，本文的回应是：（1）之所以需要保护他国官员职务行为的公平性，是因为经济建设不是零和博弈，在经济全球化深入发展的背景下，任何一国公权力机关在国际经济领域的行为，事实上都一定程度地扮演着为全球经济发展提供公共产品的角色，良好的国际公共产品将服务于我国发展。而且，随着我国企业越来越多地“走出去”，他国官员不公平的职务行为既可能使我国受益，也可能使我国受害，从“无知之幕”的角度出发，保护他国官员职务行为的公平性也能够以正义的方式保护我国企业的合法权益。（2）之所以将以他国官员职务行为公平性作为主要保护客体的犯罪规定于次要客体所在的第三章而非主要客体所在的第八章，或许是出于互相尊重主权的考量，因为他国公职人员部分地行使他国主权。因此，如果将海外腐败犯罪置于第八章，以他国公职人员职务行为的公平性作为我国《刑法》明文肯定的保护客体，会在一定程度上介入他国的主权行为，与我国外交政策以及国际法上的基本原则存在一定的矛盾之处，这也部分地回答了为什么国际社会在海外腐败问题上仅针对行贿，而将对受贿的处理交由母国政府。由此，《刑法》第164条第2款保护的复杂客体包含外国公职人员、国际公共组织官员职务行为的公平性（主要客体），以及社会主义市场经济秩序（次要客体）；外交政策与国际法方面的考量会影响立法者形式上的体例选择，但不应影响实质层面对特定犯罪行为类型社会危害性的评价。这一解释路径能够让我们重新评价本罪保护客体的内容与程度，对于技术性地缓和“执法落差”问题具有一定助益。

〔35〕 比如，“受贿行贿一起查”被写入党的二十大报告及2022最高人民法院、最高人民检察院工作报告，中央纪委国家监委会同有关单位联合印发的《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》，国家监察委员会、最高人民检察院发布的行贿犯罪典型案例等。

三、我国反海外腐败程序性执法障碍及其应对

我国反海外腐败的程序性执法障碍主要在于线索获取、证据收集、刑事审判等三个方面，对此应考虑以非庭审解决模式加以应对。

（一）程序性执法障碍的来源

一起腐败犯罪案件通常需要经过线索获取、证据收集、刑事审判等多个环节，然而，就海外腐败犯罪而言，上述环节均充满程序性执法挑战。

在线索获取方面：（1）职务犯罪案件线索大量来源于行受贿案件的相互牵出，然而，在海外腐败犯罪案件中，由于受贿方系跨越司法辖区的他国公职人员或国际公共组织官员，其受贿行为出于种种原因未必受到追查，即使受到追查，受贿人所在国也未必将犯罪线索移交至行贿人所在国，且双方的信息流通速度往往相对缓慢，致使行贿人所在国无法及时获取行贿案件线索。经合组织关于行贿、受贿端的执法调查显示，双方信息交流渠道缓慢，行贿端即使受到追查，与受贿端执法时间差也常常多达几十个月，且案件的相互牵出往往不是基于两端的官方信息交换，绝大多数案件依赖媒体报道。^{〔36〕}可见，在海外腐败犯罪案件的实践中很难及时产生行贿端与受贿端的“牵出”效应。（2）国内行受贿犯罪案件相互牵出通常是在调查阶段且线索移送较快，因此多不会突破追诉时效的限制；但在海外腐败犯罪案件中，由于涉及相互间信息沟通不畅的多个司法辖区，行受贿犯罪的相互牵出更可能发生于一方已结案的情况下，而“数额较大”的海外腐败犯罪案件追诉时效为五年，由此，即使发生“牵出”效应，也很可能已过追诉时效，致使我国无法对案件进行处理。可见，海外腐败犯罪案件的线索来源渠道远窄于国内腐败犯罪案件，并更可能受到追诉时效的限制。

在证据收集方面，职务犯罪证据通常包括银行交易、通话记录、活动轨迹、项目材料等书证、证人证言等。但在海外腐败犯罪案件中，证据收集存在如下困境：（1）可由我国直接掌握、获取、控制的证据相对较少。在海外腐败犯罪案件中，大量行为发生于境外，许多证据并不在我国的直接控制之下，或不能为我国直接调取。（2）异常交易活动识别困难。海外腐败犯罪的成立要件决定了必须对行贿人向受贿人提供“财物”的行为加以证明。然而，第一，许多不正当利益通过隐性方式提供，如留学、旅游等，并可能涉及第三国；第二，跨国公司银行流水往往较大，在其中识别异常的交易活动本就相当困难；第三，跨国公司交易可能涉及多个币种、多国银行，致使财物走向更加复杂。（3）获取境外证据依赖刑事司法协助渠道。为应对长臂管辖，《刑事司法协助法》第4条第3款明确规定刑事司法协助系唯一合法对外提供协助的渠道；基于对等原则，我国通常也会在刑事司法协助的框架下从他国获取证据，具体经过“提出请求、境外审查、境外处理”等多个阶段。这一流程不仅耗时很长，而且会附带产生一定费用，同时，对没有与我国订立双边刑事司法协助条约的国家，还需对外作出互惠承诺。由此，鉴于跨境腐败犯罪案件中

〔36〕 See OECD, Foreign Bribery Enforcement: What Happens to the Public Officials on the Receiving End?, p. 7, available at <https://www.oecd.org/fr/corruption/foreign-bribery-enforcement-what-happens-to-the-public-officials-on-the-receiving-end.htm>, last visited on Jun. 22, 2022.

相关证据大量、复杂、分散、难获取的特点，从成本收益分析的角度出发，要求我国耗费大量的时间成本、经济成本并在无双边条约时对外作互惠承诺，通过刑事司法协助渠道获取证据，以追查发生于境外、可由他国管辖、未对我国造成较大直接影响的海外腐败行为，执法者执法动力不足便可以理解。

从刑事审判的角度来看：（1）刑事诉讼需要对案件证据进行审查并达到排除合理怀疑的程度，且《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）及相关司法解释对各类证据的证据能力做了详细规定。由于各国对证据与证据收集的要求不一，对于通过刑事司法协助渠道获取的证据，未必符合我国《刑事诉讼法》对证据能力的要求。比如，不同国家对电子数据及其存储介质的原始性、真实性、完整性的要求可能不同，对证据的形式要件，如采集的法定程序与相应文书要求可能不同等。我国对跨境电信网络诈骗犯罪案件的处理常常面临上述问题，为此，实践中，我国执法人员可能通过警务合作渠道赴境外参与跨境电信网络诈骗犯罪的证据收集工作，相关司法解释也对此类案件中的证据瑕疵做了例外的补救性规定。然而，考虑到海外腐败涉及他国公职人员，他国未必同意在这一领域开展类似的警务合作或监察机关合作，且海外腐败犯罪在我国通常无直接受害人及较大社会影响，跨境电信诈骗犯罪案件在证明上的特殊安排难以复制于海外腐败犯罪。（2）刑事诉讼还需要“被告人”的存在。对于国内犯罪，被告人出现在刑事法庭通常理所当然，但在海外腐败犯罪案件中却未必如此，这主要涉及引渡问题。对于自然人海外腐败犯罪，行贿人可能居于其国籍国，如A国国籍的中国公司海外员工在A国行贿，此时，根据本国国民不引渡原则，我国无法将其引渡至境内受审。对于单位海外腐败犯罪也可能存在直接责任人居于其国籍国的情况，而且，由于部分国家刑法并不存在单位犯罪规定，以单位犯罪为依据引渡直接责任人也可能因违反双重犯罪原则而遭拒绝。

（二）程序性执法障碍的应对路径：以非庭审解决模式为核心

反海外腐败的程序性执法障碍并非我国独有，而国际社会应对上述困境的一个重要措施是通过非庭审解决模式（non-trial resolutions），如美国暂缓起诉协议、不起诉协议制度等，激励公司参与犯罪治理。其背后的运作逻辑在于，通过运用严厉的企业刑事制裁“大棒”，以及在企业采取合作态度的情况下部分或完全消除刑事制裁的“胡萝卜”，从公司提取有关不当行为、犯罪者身份、犯罪性质等方面证据，同时鼓励公司合规经营、自我报告、积极合作，寻求解决问题的方案。^[37]

非庭审解决模式已成为世界范围内反海外腐败的主要执法模式。经合组织2019年进行的一项研究表明，截至2018年年中，非庭审解决模式在反海外腐败执法中占比高达78.2%，其中，针对自然人的非庭审解决模式占比72%，针对法人的非庭审解决模式占比91%。^[38]非庭审解决模式对反海外腐败犯罪执法的促进作用是显著的，以英国为例，该国在2010年出台《2010反贿赂法案》后，于2013年出台《2013犯罪与法院法案》并引入暂缓起诉协议制度，这直接带来了此后英国反海外腐败执法的大幅增长（执法数据见图1）。美国学者也指出，美国之所以能够成为

[37] 参见前引[23]，Jennifer Arlen、Samuel W. Buell文，第699-700、708页。

[38] See OECD, Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions, pp. 22-23, available at <https://www.oecd.org/corruption/resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.htm>, last visited on Jun. 23, 2022.

反海外腐败执法中的佼佼者，主要是因为其法人刑事责任规则以及旨在鼓励公司自我报告、积极合作、寻求解决方案的执法政策。^{〔39〕}在此背景下，近年来，许多国家均引入类似措施用于海外腐败犯罪执法，如巴西宽大处理协议制度、加拿大补救协议制度等，经合组织也明确建议各缔约国采取多种形式的非庭审解决模式应对海外腐败犯罪。^{〔40〕}整体来看，以非庭审模式解决海外腐败犯罪问题存在以下优势。

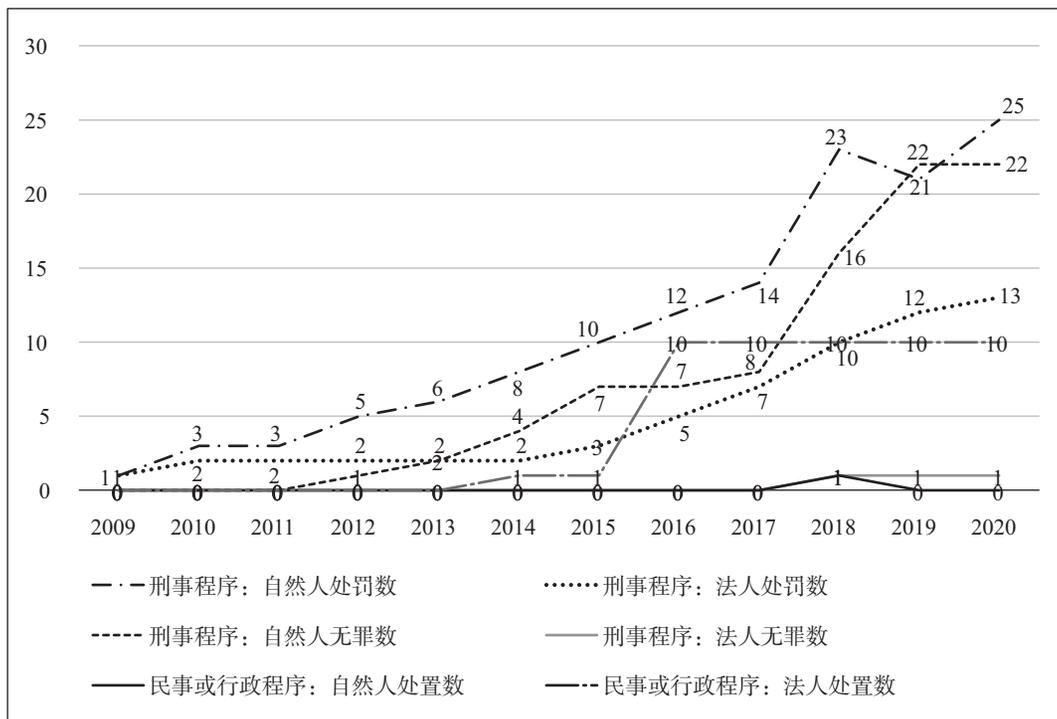


图1 英国反海外腐败执法数据

(历年数据均为1999年《经合组织公约》生效至当年年底数据)^{〔41〕}

一方面，对刑事司法系统而言，将非庭审解决模式运用于反海外腐败领域，能够以最小的执法成本获取最大的执法收益，且符合刑事司法的正义诉求。(1)在线索获取方面，海外腐败案件的跨国性质使调查机关难以通过传统的“牵出”效应获得犯罪线索并启动调查程序，而大型、复杂的跨国公司比位于公司外部的调查人员更能获得有关公司内部不当行为的线索与证据，因此，以合规为媒介推动“公司警务”，鼓励公司自我监测、自我调查、自我报告，将公司作为主动识别犯罪线索的“合作者”而非可能掩盖犯罪线索的“犯罪人”，便成为一个相对理性的选择。经合组织调查显示，自我报告是1999—2017反海外腐败犯罪案件最主要的线索来源。^{〔42〕}(2)在证

〔39〕 参见前引〔23〕，Jennifer Arlen、Samuel W. Buell文，第699—700页。

〔40〕 参见前引〔18〕，OECD文，第9页。

〔41〕 数据来源于经合组织历年年度执法报告中英国的数据。See OECD, Data on enforcement of the Anti-Bribery Convention, available at <https://www.oecd.org/corruption/data-on-enforcement-of-the-anti-bribery-convention.htm>, last visited on Apr. 15, 2023.

〔42〕 See OECD, The Detection of Foreign Bribery, p. 10, available at <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/The-Detection-of-Foreign-Bribery-ENG.pdf>, last visited on Jun. 23, 2022.

据收集方面，非庭审解决模式能够减少对海外证据的依赖，避免传统国际刑事司法协助渠道在取证上的迟滞，节约大量司法资源，使调查机关能够在单位时间内处理更多海外腐败案件，也能够将更多资源置于其他犯罪领域。而且，由于海外腐败犯罪证据往往存在于公司内部邮件往来、财务明细中，这使得公司事实上处于更容易调取、识别相关信息的地位。(3) 非庭审解决模式可以因公司的合作而避开刑事审判环节，由此使得海外腐败犯罪案件中可能的证据瑕疵问题得以缓解，克服了庭审所需的大量时间、资源，还能够促进被告人配合有权机关执行相关承诺，如追缴非法利润等。(4) 从刑事司法的正义诉求来看，公司没有事实上的主观故意，对其施以报应没有意义，而非庭审解决模式能够更好地服务于犯罪预防的功利主义目标。而且，通过非庭审解决模式，能够减少因刑事起诉、定罪而产生的对投资人、合同相对方、企业员工的影响，最大限度地降低对无辜者的附带性损害。

另一方面，跨国企业有足够动机选择非庭审解决模式并从中受益。(1) 企业有主动合作的强大动机：首先，声誉对企业极为重要，而刑事定罪往往会使企业声誉受到极大损害，特别是对大型跨国公司、上市公司来说，卷入刑事案件常常会使公司股价下跌。“即使公司只是被宣布成为海外腐败调查的对象，都可以对公司带来巨大的声誉损失”^[43]，“起诉与定罪对企业的巨大代价使他们常常只考虑非庭审解决模式这一个选项”^[44]。其次，刑事审判往往具有较大不确定性，且刑事程序所需时间往往较长，因此对公司产生的负面影响也相应更为持续，并可能导致企业经营的中断。再次，正式而全面的调查、起诉与定罪还可能给企业带来其他附带后果，如可能的高管变动与潜在的民事诉讼。(2) 大型跨国公司尤其有动机参与合作。研究显示，小型企业与调查机关合作的可能性更小，因为小型企业高层对企业日常经营的参与度更高，也更可能卷入不当行为，且非庭审解决模式下被课以的罚款往往超过资本薄弱的小公司的支付能力。^[45] 相比之下，海外腐败犯罪案件常常涉及大型跨国公司，其往往更关注企业声誉及股价，而非掩盖公司员工的罪行或支付罚款，因此更有动力选择与调查机关合作而非对抗。(3) 企业能够通过合作获得收益。对可能涉嫌犯罪的企业，首先，在主动披露犯罪环节，企业一方面能够通过自查及时发现实施不法行为的个人，如果企业已经做了充分的合规努力，该行为系员工个人行为，则企业的自查与披露能够避免卷入与单位犯罪有关的任何调查，最大限度防止可能的声誉损失；另一方面，即使企业员工的行为可被归责于单位，企业的主动报告也类似于自然人犯罪中“自首”，使企业在后续处置过程中处于相对有利的地位。其次，在达成协议过程中，鉴于调查机关仍享有相当的调查资源，且宣布调查本身即可能对企业造成影响，企业此时主动寻求合作，缓解了定罪风险，在最后达成协议时可能得到一定“宽宥”，且能够向公众展示其“主动配合、改过自新”的立场，挽回公司声誉，增强股东、员工及其他利益相关人的信心。最后，在执行协议时，企业通过执行协议内容、改善公司环境、加强公司治理，能够营造良好企业文化、承担犯罪预防责任、减少日

[43] Joseph W. Yockey, *FCPA Settlement, Internal Strife, and the "Culture of Compliance"*, 2012 Wisconsin Law Review 689, 696 (2012).

[44] 前引 [43], Joseph W. Yockey 文, 第 691 页。

[45] See Jennifer Arlen, *Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence*, in Alon Harel & Keith N. Hylton eds., *Research Handbook on The Economics of Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 148, 152 - 153.

后公司运营过程中涉刑事犯罪的“风险点”。

综合上述分析,通过引入非庭审解决模式,发挥“公司警务”与“刑事合规”功能,能够较好地化解海外腐败犯罪案件中的程序性障碍。近年来,我国已有一些学者从民营企业保护、犯罪预防、企业治理等角度出发积极主张引入附条件不起诉制度,^[46]设计《刑事诉讼法》中对应的具体赋权条款,^[47]合规试点工作也已在我国全面推开,这一转变对于加强反海外腐败执法亦具有重要意义。然而,与国内涉民营企业犯罪不同的是,基于前述程序性障碍,特别是调查机关在获取线索与证据方面力所不逮,在海外腐败犯罪中运用“胡萝卜加大棒”的治理模式,需要特别注意两个问题:(1)考虑到“自我报告”在海外腐败线索获取中的重要性,应特别强调“自我报告”对进入非庭审解决模式的关键性作用。正如英国《暂缓起诉协议实践指南》指出,企业是否自我报告不当行为并不当然获取暂缓起诉协议,但“未在发现不当行为后的合理时间内报告”却常常是进行公共利益衡量、评估是否进入暂缓起诉协议的重要理由。^[48]这在海外腐败领域尤为重要。(2)一些配套的制度与机制也应相应加以完善,如加强对举报人的激励与保护机制,使监察机关、公安机关更可能获取腐败犯罪案件线索。

四、我国反海外腐败“外源性”执法障碍及其反思

刑事司法系统并非一个与外界隔绝的独立场域,其在运作过程中不可避免地会与其他外源性场域产生互动,并在互动中进一步形塑其运作逻辑,如民营经济领域国家经济政策会对刑事政策与刑事法制产生重要影响,^[49]这体现了经济场域对法律场域的塑造。在反海外腐败执法中,需要特别讨论经济场域对法律场域的影响,即经济考虑可能对反海外腐败形成的“外源性”执法阻碍,这突出表现为“囚徒困境”问题。

打击腐败对促进经济增长、优化竞争环境具有重要意义,发生于一国内部的腐败行为,其消极经济影响也发生于国内,因此各国多予以严厉打击,但在海外腐败领域行贿者较非行贿者更可能在商业竞争中获得比较优势并赢得合同,而产生的对经济的负面影响则主要发生于境外,由此使得对行贿者所在国来说,不积极治理海外腐败犯罪不仅能够节约司法资源,还能使本土企业在海外竞争中处于优势地位,其营收也能为国家带来更多税收。因此,许多国家在历史上甚至允许将海外行贿企业的行贿款在税收中予以扣除。^[50]尽管税收抵扣近年来已基本被取消,但上述经济场域的运作逻辑仍可能以其他“隐性”的形式发挥影响,特别是使许多国家在反海外腐败执法中相对“克制”。对此,正如有学者所说:“在他国执行海外腐败禁令时,每个国家都有背叛动

[46] 参见时延安:《单位刑事案件的附条件不起诉与企业治理理论探讨》,载《中国刑事法杂志》2020年第3期;陈瑞华:《刑事诉讼的合规激励模式》,载《中国法学》2020年第6期。

[47] 参见李奋飞:《“单位刑事案件诉讼程序”立法建议条文设计与论证》,载《中国刑事法杂志》2022年第2期。

[48] See SFO, Deferred Prosecution Agreements Code of Practice, p. 5, available at <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/guidance-for-corporates/deferred-prosecution-agreements/>, last visited on Jun. 27, 2022.

[49] 参见时延安、敖博:《民营经济刑事法制保护的的政策目标及实现》,载《中国人民大学学报》2021年第4期。

[50] See John Brademas & Fritz Heimann, *Tackling International Corruption: No Longer Taboo*, 77 *Foreign Affairs* 17, 19 (1998).

机。背叛的国家可以受益，因为如果该国企业可以继续行贿，而其他国家企业不能，将增加其在外国合同中的比例。这是一个经典的囚徒困境问题：合作的结果是对非合作结果的改进，但每个玩家都能通过不遵从合作协议而优化自己的结果。”^[51]

上述经济场域的运作逻辑同样可能成为我国在反海外腐败问题上消极执法的潜在理由。然而，应当注意到当前反海外腐败执法领域的变化对传统“囚徒困境”的影响，即反海外腐败越来越多地表现出“以单边执法扩张促进多边执法实施”的特点。反海外腐败整体历经三个阶段：（1）单边执法阶段，即美国于1977年率先制定《反海外腐败法》。然而，最初版本的《反海外腐败法》将美国置于不公平的竞争环境，导致每年损失估计300亿美元的国际合同。^[52] 尽管1988年，美国通过在《反海外腐败法》中增设抗辩事由，将投资国特定的法律与文化背景融入反海外腐败执法中，对美国企业平等参与海外竞争具有一定“润滑作用”，但仍无法较好解决单边执法所产生的将美国企业置于不公正地位的问题。（2）多边执法的探索阶段，20世纪80年代，美国开始致力于搭建反海外腐败多边平台。此后，以《经合组织公约》为代表的多个反海外腐败多边框架得以建立，许多缔约国在国内法中设立了相应反海外腐败犯罪条款，但很长一段时间里，相当多国家并无反海外腐败执法记录。（3）以单边执法扩张促进多边执法实施阶段。美国近年来反海外腐败执法活动突出表现出以下特点：一是借助微弱连结点广泛管辖外国公司在海外的行贿行为，二是对外国公司施以与美国国内公司不同的严厉的制裁。^[53] 对于这一现象，美国有学者将其总结为一种“以单边执法扩张促进多边执法实施”的运作逻辑，即：经合组织之所以能够成为反海外腐败的有效机制，不是因为其多数缔约国都是强有力的执法者，而是因为它通过鼓励管辖权的扩张而使少数国家成为强有力的单边执法者。^[54] 曾经由于反海外腐败执法中的“囚徒困境”，外国政府的首选是对反海外腐败执法不力，但美国等少数国家的积极介入使这一选项不复存在，则外国政府更可能选择“次优解”，即加强本国执法，而非将对本国企业（特别是如“西门子”一类的龙头企业）刑事犯罪的管辖权“拱手让人”。在这一背景下，近年来，德国、英国、法国等均已成为积极的执法者。^[55]

这一变化对我国的启示主要在于，需要重新评估反海外腐败中的“囚徒困境”效应。首先，以英国为代表的许多国家越来越多地效仿“美国模式”，扩张传统的刑事管辖权边界，将许多仅有较低联系的连结点作为行使管辖权的根据。在此背景下，许多我国企业在外行贿的行为事实上

[51] Rachel Brewster, *The Domestic and International Enforcement of the OECD anti-Bribery Convention*, 15 Chicago Journal of International Law 84, 96 (2014).

[52] See Statement by the President for Amendments 1998, available at <https://www.justice.gov/criminal-fraud/legislative-history>, last visited on Jun. 28, 2022.

[53] 调查显示，美国证交会与司法部对美国公司施以的罚金明显低于非美国公司。See Stephen J. Choi & Kevin E. Davis, *Foreign Affairs and Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act*, 11 Journal of Empirical Legal Studies 409, 423, 425 (2014). 另一项研究也表明，与《反海外腐败法》相关的最大的和解与罚款主要针对的是非美国公司。See Annalisa Leibold, *Extraterritorial Application of the FCPA under International Law*, 51 Willamette Law Review 225, 238 (2015). 还有学者指出，外国企业受到的罚款平均是美国企业的22倍。See Brandon L. Garrett, *Globalized Corporate Prosecutions*, 97 Virginia Law Review 1775, 1780 (2011).

[54] See Rachel Brewster & Christine Dryden, *Building Multilateral Anticorruption Enforcement: Analogies between International Trade & Anti-Bribery Law*, 57 Virginia Journal of International Law 221, 247 (2018).

[55] 参见前引 [54], Rachel Brewster, Christine Dryden 文, 第253-261页。

可由他国进行管辖。其次，如图2所示，近十年来，反海外腐败总执法数量有明显升高，经合组织成员国中参与执法的国家数也较十年前增长了一倍。再次，与21世纪初反海外腐败犯罪执法主要由美国主导不同，近年来，出现越来越多的反海外腐败积极执法国。根据透明国际发布的数据，2016年至2019年，美国、英国、瑞士、以色列四国系强执法国，另有德国等九国为中等执法国。^[56]最后，随着中美竞争的加剧，“识别涉及与美国企业竞争的中国公司的《反海外腐败法》案件”已被纳入美国对中国的行动计划，^[57]近年来，中国企业是美国《反海外腐败法》执法的重点对象。^[58]

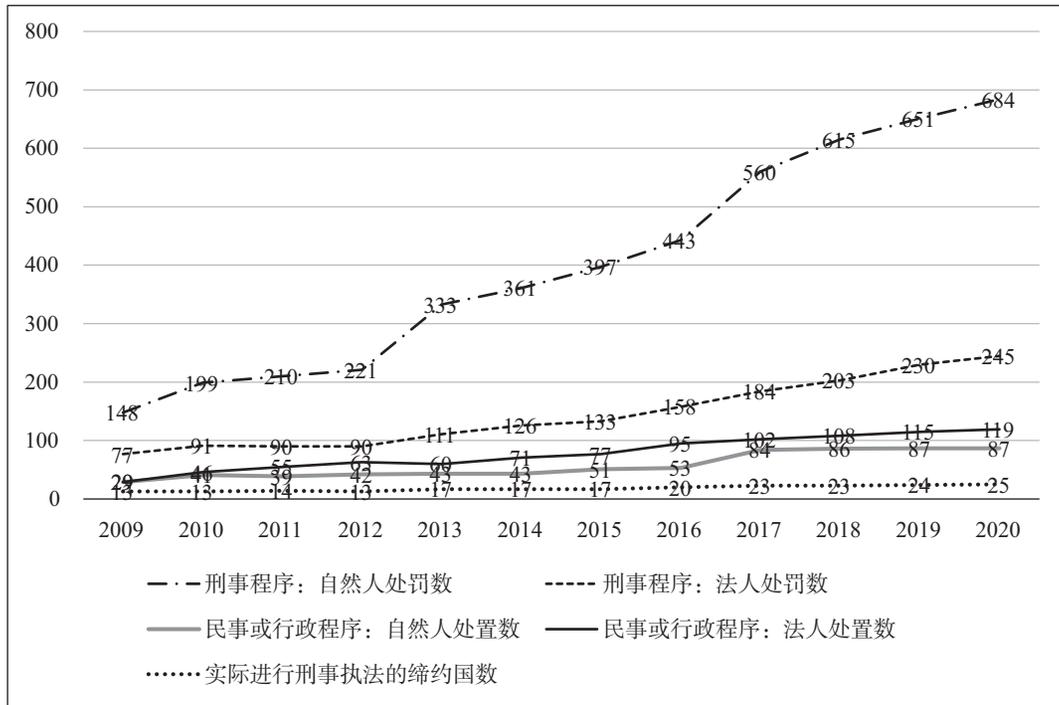


图2 经合组织成员国反海外腐败执法数据
(历年数据均为1999年《经合组织公约》生效至当年年底总数)^[59]

因此，在“以单边执法扩张促进多边执法实施”这一新的反海外腐败国际执法逻辑下，曾经基于“囚徒困境”而产生的反海外腐败执法中的“最优解”已被很大程度地消解，以“次优解”，即以“胡萝卜加大棒”的模式加强反海外腐败执法，强调跨国企业合规建设，维护本国大型跨国企业的声誉与利益，同时将与涉罪企业展开协商的权力握于我国手中，或将成为新执法形势下一

[56] See Transparency International, Exporting Corruption 2020, available at <https://www.transparency.org/en/publications/exporting-corruption-2020>, last visited on Jun. 29, 2022.

[57] See Information About the Department of Justice’s China Initiative and a Compilation of China-related Prosecutions Since 2018, available at <https://www.justice.gov/archives/nsd/information-about-department-justice-s-china-initiative-and-compilation-china-related>, last visited on Jun. 29, 2022.

[58] See Location of Misconduct Alleged in FCPA-Related Enforcement Actions (by FCPA Matter), available at <https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html?tab=8>, last visited on Jun. 29, 2022.

[59] 数据来源于经合组织历年年度执法报告。参见前引 [41]，OECD文。

个更为理性的选择。这种相对积极的执法模式，也能够更好地契合我国“廉洁一带一路”等主张。

党的二十大报告指出：“推进高水平对外开放”，“稳步扩大规则、规制、管理、标准等制度型开放”，“加快建设贸易强国”，“推动共建‘一带一路’高质量发展”，“维护多元稳定的国际经济格局和经贸关系”〔60〕。加强海外腐败领域犯罪治理，对响应上述战略要求具有重要意义；而当前的研究任务之一，即在于对反海外腐败中“执法落差”的形成原因进行全面梳理，并就可能的解决方案展开讨论。本文认为，反海外腐败中的执法落差由实体性、程序性、“外源性”障碍共同导致。其中，实体性障碍主要涉及刑事管辖权根据、单位刑事责任、社会危害性评价三个方面；程序性障碍主要源于线索获取、证据收集、案件审理三个方面；“外源性”障碍主要表现为经济场域对刑事司法场域运作逻辑的塑造，并突出表现为“囚徒困境”问题。在此基础上，本文对可能的解决方案进一步展开讨论，并注意与已有改革议题如刑事合规与暂缓起诉协议制度相呼应。

Abstract: Since the introduction of the Chinese FCPA in the Eighth Amendment to the Criminal Law, there has been no public record of law enforcement by Chinese courts, thus creating an enforcement gap between law in books and law in actions in the field of anti-foreign corruption, which is a phenomenon that needs to be explained. This paper argues that the enforcement gap is caused by a combination of barriers in substantial criminal law, criminal procedure and the exogenous field. The substantial criminal law barriers are related to jurisdiction, corporate liability and evaluation of harm, which can be dealt with by legislative activities and statutory interpretations, as well as the introduction of the inherent corporate criminal liability. The procedural barriers include obstacles in getting clues, collecting evidence and criminal trial, which can be solved by non-trial resolution with self-policing and corporate compliance as the core. The exogenous law enforcement barrier is mainly a result of the economic field shaping the operation logic of the criminal justice field. However, under the context of significant changes in anti-foreign corruption law enforcement worldwide, the prisoner's dilemma effect should be re-evaluated.

Key Words: FCPA in China, anti-foreign corruption, enforcement gap, corporate compliance

(责任编辑：简 爱 赵建蕊)

〔60〕 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》（2022年10月16日），人民出版社2022年版，第32-33页。