

论我国反海外商业贿赂犯罪的立法完善

练泰霖 于改之

摘要:在经济全球化背景下,海外商业贿赂已经成为全球性治理难题。对此,英美等国通过制定单行立法形成了一套完备高效的法律体系。与之相比,我国反海外商业贿赂犯罪的立法尚存在法网不严、刑罚设置过宽、审前分流机制缺失等问题。当前,我国对外投资正面临从快速增长阶段向高质量发展阶段的关键转变,进一步完善相关立法具有提升对外投资治理能力、净化海外市场秩序等方面的重要意义。借鉴国际立法经验,以预防与惩治并重的法治理念为指导,完善并细化反海外商业贿赂犯罪的立法规定,加大刑罚处罚力度,并谨慎适用附条件不起诉等审前分流制度,是规制我国企业海外商业贿赂犯罪问题的可行路径。

关键词:商业贿赂;罚金刑;管辖权;暂缓起诉

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2020.06.016

近年来,我国对外投资总额一直稳居世界前三^①。作为贸易投资大国,商业贿赂犯罪也是一个伴随我国海外投资企业的重要问题。当前,英美等发达国家纷纷完善本国立法,推进《联合国反腐败公约》等国际性公约的实施,力图打造对治海外商业贿赂问题的国际法律框架和通行规则。但相对这一大趋势,我国反海外商业贿赂犯罪的立法进程比较缓慢,主动性不足,不断增长的对外投资规模和反海外商业贿赂法治建设明显脱节。当前,如何建立健全我国反海外商业贿赂犯罪的立法,培养企业知法守法的自觉意识,是我国必须直面的问题和考验。

一、完善我国反海外商业贿赂犯罪立法的必要性与法治意义

(一)海外商业贿赂犯罪的基本概念

海外商业贿赂犯罪本质上是发生在海外商业活动中的一种权钱交易行为。从广义上来说,商业贿赂犯罪作为对合犯罪,应当同时包括行贿行为和受贿行为,但海外商业活动中的受贿主体往往是外国公职人员,按照国家主权原则,一国立法不具有直接处罚外国公职人员的法理基础和可操作性。因此,海外商业贿赂犯罪一般指本国商业主体的海外行贿行为。从行贿的主体来看,贿赂活动虽然都是由个人实施,但个人行为既可能代表了单位的意志,也可能是为了个人利益所为,所以单位和自然人都可以成为海外商业贿赂犯罪的主体。从行贿的对象来看,海外商业贿赂活动中既有对公职人员的贿赂行为,也有对私营部门等非公职人员的贿赂行为。《联合国反腐败公约》作为最具权威性的国际性反腐败公约,并没有在条文中明确商业贿赂犯罪的概念,但在定罪条文中分别规定了对外国公职人员贿赂犯罪以及私营部门之间的贿赂犯罪,而大多数国家的立法并未将私营部门间的贿赂行为纳入其中。究其原因,《联合国反腐败公约》作为国际性的反腐败框架性公约,应将现实海外商业贿赂中可能发生的各种主体间的贿赂行为纳入其中,从而进行全面严密的规定。但各国立法需要考虑规制犯罪的现实紧迫性和法律的可执行性,海外商业贿赂本就是难以取证的犯罪活动,而私营部门之间的贿

收稿日期:2020-06-10

作者简介:练泰霖,华东政法大学法律学院博士研究生(北京 100062;799892108@qq.com);于改之,华东政法大学法律学院教授,博士生导师(上海 200042;yugz@hotmail.com)

① 参见商务部等部门联合公布的《2018年度中国对外直接投资统计公报》,http://fec.mofcom.gov.cn/article/tjsj/tjgb/201910/20191002907954.shtml,访问日期:2020年4月10日。

贿赂行为往往隐藏于正常的商业活动之中,以商业回扣、虚开发票、虚增合同价值等方式实施,难以发现和取证。因此本文认为,海外商业贿赂犯罪的行贿对象仅应包括外国公职人员及国际公共组织官员。综上,海外商业贿赂犯罪应当是指在海外商业活动中直接或间接给予外国公职人员或国际公共组织官员财物或其他不正当好处,以谋取不正当利益的行为。

(二)完善我国反海外商业贿赂犯罪立法的现实必要性

从商务部等部门联合公布的对外投资数据来看,我国2018年的对外投资额达到1430.4亿美元,境外投资企业4.3万家,遍布全球188个国家和地区^①。如此规模的企业数量和投资覆盖面之下,极易滋生海外商业贿赂等商业活动中常见的犯罪行为。如果不能完善立法,加大对相关犯罪的惩处范围和打击力度,就会使海外商业贿赂犯罪愈演愈烈。长此以往,不仅会破坏海外市场秩序,助长企业的不良风气,还会损害中国企业形象,进而降低我国企业的核心竞争力。

另一方面,在经济全球化背景下,一些国家打着反海外商业贿赂的名义,以长臂管辖等方式打击对本国造成威胁的他国企业。在我国企业被他国发起商业贿赂调查时,国内立法的不健全会使我国无法及时做出有效应对,主张本应由我国行使的司法管辖权;同时,也无法在我国企业被国外以所谓“不正当目的”处罚时做出反制措施。因此,如何更好地制定规制海外商业贿赂犯罪的国内立法,是紧迫的现实问题。

(三)完善我国反海外商业贿赂犯罪立法的法治意义

市场经济是法治经济,经济发展到哪里,立法就应该跟进到哪里。对外投资贸易作为我国市场经济的重要组成部分,不应成为法外之地,不能因为海外犯罪的调查时间长、取证困难、司法成本高等原因就放松对我国企业海外活动的立法监管。在英美等发达国家发展海外贸易的初期,也曾放松对企业海外活动的监管。从短期来看,这些企业的确取得了一定的经济利益,但是随着跨国企业海外贿赂事件被频频曝光,不仅在其国内引起民众的强烈反响,导致跨国企业形象崩塌、公信力降低,而且还使海外市场陷入不正当竞争的恶性循环,严重损害了市场的公平与公正。

我国对外投资正在面临从快速增长阶段向高质量发展阶段的关键转变,对海外企业的管理应当更加体系化和精细化,而依法治理是构建对外投资治理体系和提高对外投资治理能力的重要一环。法治所具有的刚性、强度与威慑力有助于降低海外企业违法犯罪风险,培养企业守法与规则意识。刑法作为所有立法中最为严厉的法律,尤其要发挥对我国企业海外活动的监督和净化作用。我们应通过完善刑事立法对海外商业贿赂犯罪构成的规定,扩大刑法的覆盖面,使所有海外商业贿赂犯罪难逃法网,形成对潜在犯罪的强大威慑,以法治来确立对外投资的行为边界,在警示与处罚中养成我国海外投资企业知法守法的自觉意识。

二、我国反海外商业贿赂犯罪立法存在的问题

我国在很长时间内都不存在反海外商业贿赂犯罪的刑事立法。2003年我国签署《联合国反腐败公约》后,因公约明确要求“各国立即采取必要措施将贿赂外国公职人员和国际公共组织官员的行为规定为犯罪”,才于2011年通过《刑法修正案八》将对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪纳入刑法规制的范围,但至今没有出台配套的司法解释和实施细则。由于立法不够完备,缺乏可执行性,从2011年立法至今,我国尚无对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪的司法判例,从而造成对海外企业法律监管的缺位。

^① 参见商务部等部门联合公布的《2018年度中国对外直接投资统计公报》, <http://fec.mofcom.gov.cn/article/tjsj/tjgb/201910/20191002907954.shtml>, 访问日期:2020年4月10日。

(一)立法不完备,法网不严

我国目前只有刑法第 164 条对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪一个条文直接规定了海外商业贿赂犯罪,将罪状描述为“为谋取不正当商业利益,给予外国公职人员或者国际公共组织官员以财物”。但是,对于海外商业贿赂犯罪的管辖权、行为对象、行为方式等缺乏进一步的解释,难以应对纷繁复杂的海外商业贿赂局面。

首先,海外商业贿赂犯罪的管辖权不明。根据刑法第 164 条规定,对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪的主体为自然人和单位。问题在于,如果行贿行为发生在中国境内,固然可以通过属地管辖原则行使我国的司法管辖权,但是大部分对外国公职人员、国际公共组织官员的行贿行为发生在海外,此时只能援引刑法第 7 条的属人管辖原则进行管辖,而按照我国刑法的规定,属人管辖的范围只包括“公民”,不包括单位^①。这就意味着,在海外商业贿赂行为构成单位犯罪的情况下,我国司法机关是无法通过现有刑法规定进行追责的。

其次,行贿对象缺乏清晰定义。外国公职人员和国际公共组织官员是刑法第 164 条规定的行贿对象。根据我国刑法第 93 条的规定,受贿罪的主体“国家工作人员”包括国家机关、国有公司、企事业单位等从事公务的人员和其他依照法律从事公务的人员。该规定通过列举的方式划定了“国家工作人员”的范围,并明确了国家工作人员“从事公务”的实质属性。但是其他国家与我国的国情不同,公职人员的定义和范围也不同。因此,在处理海外商业贿赂案件时,不能直接援引刑法第 93 条对“国家工作人员”的规定来解释外国公职人员和国际公共组织官员。此外,我国所参加的《联合国反腐败公约》虽然对外国公职人员和国际公共组织官员有明确的定义^②,但是国际条约未经过国内立法的转化是不能直接在我国适用的,因此上述规定只具有参考价值而没有法律效力。

最后,犯罪行为界定过于狭窄。目前我国对海外商业贿赂犯罪规定的行为方式是“给予财物”,而未包括允诺但没有实际给予的行为,以及通过第三方机构间接给予财物的行为。在现实中,为了规避执法风险,很多海外商业贿赂行为都是通过第三方支付完成的。如果不对海外商业贿赂给付财物的方式进行扩张解释,会让一些实质违法的行为逃脱处罚。

(二)刑事处罚力度不足

刑罚的设置是刑法惩治、预防犯罪的关键因素。目前,我国对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪的刑罚有两种:自由刑和罚金刑。其中自由刑最高刑期为有期徒刑 10 年,罚金刑则采取的是无限额规定的方式。总体来看,当前立法对海外商业贿赂犯罪的处罚力度尚存在欠缺。海外商业贿赂行为属于典型的贪利性犯罪,犯罪主体主要以追求不正当商业利益为目的,此时财产刑的设置尤为重要,只有当犯罪主体缴纳的罚金或者被罚没的财产超过其违法所得,使得贿赂行为得不偿失时,才能真正起到震慑犯罪的作用。我国刑法的罚金刑主要有普通罚金、倍比罚金和无限额罚金三种方式。刑法第 164 条采取的是无限额罚金的方式,即不设定罚金的上限。无限额罚金制表面上给予法官充足的自由裁量权,但是因为我国的行贿、受贿处罚主要以自由刑为核心,使得法官在司法裁判时往往对罚金的判处较轻。笔者在裁判文书网上选取了 2019 年对 20 个单位行贿罪的判决书,汇总后发现对单位判处的罚金在 10 万元至 1000 万元区间,对个人的罚金上限普遍在犯罪数额的一倍以内。但是,司法实践中行贿人通过行贿所获得的不正当利益往往远大于行贿的数额,仅以行贿数额为处罚上限难以实现罪责刑相适应的法律效果。

(三)审前分流机制缺乏

目前我国处理贿赂型犯罪主要还是通过刑事追诉和法院审判的单一司法程序,案件的其他解决

^① 贺志军、胡江涛:《海外商业贿赂刑事规制比较与完善——以中、美、英相关立法为中心》,《经济刑法》2019 年第 19 辑。

^② 《联合国反腐败公约》第 1 章第 2 条规定:“外国公职人员”系指外国无论是经任命还是经选举而担任立法、行政、行政管理或者司法职务的任何人员,以及为外国,包括为公共机构或者营企业行使公共职能的任何人员;“国际公共组织官员”系指国际公务员或者经此种组织授权代表该组织行事的任何人员。

机制不足。通过严格的司法程序对商业贿赂案件定罪处罚,固然可以限制司法人员的自由裁量权,确保立法条款在司法程序中得到贯彻执行,并通过刑罚的实施起到打击和预防犯罪的目的。但海外商业贿赂案件的特殊性在于,针对海外商业贿赂行为的取证困难、司法程序复杂冗长,每一个海外商业贿赂案件的处理都要耗费大量的司法资源;同时,刑罚的严厉性决定了对企业的司法审判可能会直接导致其垮台,造成企业员工、股东等第三方利益受损。如果坚持以刑事追诉的方式对每一个海外商业贿赂主体定罪处罚,虽然使违法者付出了相应的代价,但也会造成一系列不利的衍生后果。

海外商业贿赂案件的特殊性决定了我们需要一种既能惩罚企业又能保护企业、兼顾法律效果和社会效果的审前分流机制。我国《刑事诉讼法》的附条件不起诉制度规定,对满足一定条件的犯罪嫌疑人可以由检察机关作出不起诉决定,其设置的主要目的是为了保护未成年嫌疑人,监督他们改过自新以重返社会。而对于海外商业贿赂案件中主动认罪伏法、改过态度良好的企业,我们同样需要给予其一定的保护,这与附条件不起诉的立法目的相吻合。问题在于,附条件不起诉目前仅适用于未成年人犯罪,对于能否将适用范围扩大至海外商业贿赂犯罪,还需要进一步研究和讨论。

三、反海外商业贿赂犯罪立法的国际经验与做法

《联合国反腐败公约》制定的国际法律框架和通行规则,在一定程度上为各国反海外商业贿赂的国内立法指明了方向。目前,很多国家都制定了反海外商业贿赂的专门立法,并配合司法、执法形成了一套成熟的法治体系。总体来看,当前反海外商业贿赂犯罪的国际立法呈现出扩大犯罪成立范围、加大刑罚处罚力度,以及引入审前分流机制的基本特点。

(一)扩大海外商业贿赂犯罪的成立范围

《联合国反腐败公约》对商业贿赂犯罪的各构成要件,均采取了较为宽泛的定义,从而扩大了商业贿赂犯罪的成立范围。各国的立法规定虽然有所差别,但大都通过修改国内法来逐渐与《联合国反腐败公约》相统一,主要表现为:

首先,明确行贿对象的范围。世界大多数国家的立法如德国《反腐败法》、法国《萨潘 II 法案》,均将私营部门间的贿赂行为排除在外,仅处罚对外国公职人员的贿赂行为。而英国《反贿赂法》不仅惩处贿赂外国公职人员的行为,还对私营部门间的贿赂行为予以规制^①。美国《反海外腐败法》对行贿对象的定义不仅涵盖了《联合国反腐败公约》所指的外国公职人员和国际公共组织官员,还将外国政党及候选人以及引诱贿赂的中间人纳入其中。

其次,增加行贿的方式。《联合国反腐败公约》不仅要求处罚实际给予外国公职人员不正当好处的行为,还要求处罚许诺给予、提议给予但未实际支付的行为。英国《反贿赂法》及美国《反海外腐败法》,直接将许诺但未实际支付不正当好处的行为也纳入立法处罚的范围;德国《反腐败法》则将许诺支付的行为作为犯罪未遂形态进行处罚^②。同时,因为海外商业贿赂行为大多通过第三方中介实施,因此通过第三方的支付行为也成为一些国家的立法规制对象。

最后,对贿赂范围做扩张解释。我国刑法中规定的贿赂范围仅包括财物,司法解释将“财物”解释为可以用金钱计算的财产性利益。但一些非财产性利益,如性贿赂、安置就业等也可能影响公职人员的职务行为。对此,《联合国反腐败公约》直接将贿赂的范围划定为不正当好处,其范围明显宽于“财物”。而英德等国家的立法也都倾向于对贿赂范围做扩张性解释,以免出现法律漏洞。如《德国刑法典》将贿赂的范围界定为“利益”,但立法并未限制利益的范围,而是交由法院在司法审判中自由裁量,

^① 王君祥编译:《英国反贿赂法》,北京:中国方正出版社,2014年,第31-32页。

^② 田坤:《国际反腐新趋势——2016年全球腐败治理报告》,北京:中国社会科学出版社,2017年,第56页。

这就无形中扩大了贿赂的范围;英国《反贿赂法》在以列举的方式规定贿赂范围的同时,还以“其他好处”作为兜底条款,防止实践中出现法律无法处罚的变相贿赂行为。

(二)加大刑事处罚力度

加大对商业贿赂中行贿方的处罚已经成为世界大多数国家的共识。德国的《反腐败法》对行贿、受贿者等同视之,行贿数额超过 35 欧元就可以立案,对行贿者的罚金也十分高昂,最高可达 1000 万欧元。新加坡的《反贿赂法》则把行贿和受贿行为规定在同一罪名中,以相同的标准处罚,并且秉承“主惩小恶,以戒大恶”的立法理念,对于贿赂犯罪没有设置最低行贿限额,即使只行贿 1 元也可能构成犯罪。美国《反海外腐败法》也对海外商业活动中的行贿者施以重罚,根据美国《选择性罚金法案》,如果违法行为获得了利益或者导致他人受损,罚款数额最高可以达到犯罪所得或者造成损失的两倍,除非对罚金的追缴会无限期地延长审判程序。

(三)建立审前分流机制

2003 年,时任美国司法部副部长汤普森以签署备忘录的形式,将暂缓起诉协议(Deferred Prosecution Agreements,简称“DPAs”)和不起诉协议(Non-Prosecution Agreements,简称“NPAs”)正式明确为美国反海外商业贿赂的案件解决机制^①,以求用更加缓和的方式来解决公司违法问题。其中暂缓起诉已经成为美国处理海外商业贿赂案件时最常用的结案方式。暂缓起诉协议是检察官与违法企业签订的正式协议,协议签订后,检察官仍会向法院提交指控材料,但是在被告同意和遵守协议内容的情况下会暂缓起诉。暂缓起诉协议一般会要求被告提交一定数量的罚金,承认违法事实并积极配合执法部门。暂缓起诉的期限一般是 1 年至 3 年,期限届满如果被告没有违反协议内容的话,检察官将取消指控,被告将不会留下定罪或认罪的不良记录。法国 2016 年颁布的《萨潘 II 法案》中也建立了类似的延迟起诉制度。按照规定,企业在因涉嫌商业贿赂犯罪被调查时可以与检察机关达成和解协议,达成和解的条件是企业需要缴纳过去三年平均营业额 1/3 的和解金,并在三年之内建立行之有效的企业合规体系。在满足了和解协议规定的条件之后,检察机关将会放弃对企业的调查和起诉。实践中,以暂缓起诉为代表的审前分流机制在提高司法效率、降低再犯可能、保护第三方利益等方面均取得了一定的效果,并被越来越多的国家接受和推行。

四、借鉴国际经验完善我国反海外商业贿赂犯罪立法的路径

在我国对外投资规模不断加大、“走出去”企业数量日益增多的形势下,亟须借鉴国际经验,完善我国反海外商业贿赂犯罪立法,在打击企业海外商业贿赂行为、规制海外市场秩序方面发挥关键作用。

(一)借鉴国外立法经验的限度

鉴于我国实际,能否借鉴以及如何借鉴国外反海外商业贿赂的立法经验,是首先需要讨论分析的问题。

1. 反海外商业贿赂的单独立法模式不适合我国。从立法模式来看,英国、美国对海外商业贿赂行为的规制,集中规定在单行法中。这种专门立法的模式对反海外商业贿赂法的适用主体、行为要件、制裁措施等各方面规定得较为详尽,能够根据该类犯罪特点更细致、系统地完善立法体系。我国关于海外商业贿赂犯罪的罪名直接规定在“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章第 164 条,法条的规定较为简单,对犯罪主体、行为要件等方面都缺乏具体解释。而我国自 1997 年刑法修订以后,只在 1998

^① 引自美国司法部原副部长罗森斯坦 2017 年 11 月在第 34 届反海外腐败国际会议上的讲话, <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rosenstein-delivers-remarks-34th-international-conference-foreign>, 访问日期:2020 年 4 月 10 日。

年出台过《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》一部单行规定,在之后已经实际上停止了单行刑法的制定。因此,针对反海外商业贿赂犯罪出台单行刑法规定并不现实,但是可以通过立法解释、司法解释,以及制定实施细则等方式,对反海外商业贿赂刑法条文做具体阐释和说明。

2. 国外的暂缓起诉制度与我国的附条件不起诉制度具有一定相同性,可以适当借鉴。从程序立法来看,美国的审前分流机制较具特色,其通过立法给予司法机关较大的自由裁量权,司法机关可以通过暂缓起诉、刑罚减免等激励措施来换取企业的认罪认罚,更早更快地结束司法程序。在审前阶段,美国的检察机关可以与涉案企业签订不起诉或暂缓起诉协议,企业以认罪和缴纳高额罚金等方式来避免被起诉的结果;在审判阶段,美国的审判机关可以通过《联邦量刑指南》赋予的自由裁量权给予涉案企业极大的刑罚减免,促使犯罪主体尽早认罪,降低庭审的对抗性。与美国不同的是,我国司法机关的自由裁量权较小,《刑事诉讼法》严格限制了检察机关适用不起诉以及附条件不起诉的范围,而审判机关也只能在《刑法》有限的量刑幅度和减轻、从轻情节内对犯罪主体定罪量刑。但同时也应看到,我国的附条件不起诉制度与美国反海外商业贿赂执法常用的暂缓起诉制度具有一定的相同性,我国完全可以在不破坏现有立法体系的前提下,以扩大附条件不起诉适用范围、放宽限制条件等方式借鉴美国的暂缓起诉等审前分流机制。

(二)借鉴国际经验完善我国反海外商业贿赂犯罪立法的路径设计

我国的法律体系决定了我国无法像英美等国那样出台单行法规对海外商业贿赂行为进行集中细致的规制,但是完全可以在现有的法律框架内,通过修订现有法律条文、出台相关司法解释及实施细则等途径,达到完善反海外商业贿赂犯罪立法的目的。

1. 明确管辖范围。明确的管辖范围是司法机关行使海外商业贿赂案件管辖权的前提。目前,我国刑法第7条规定的域外管辖范围仅包括我国公民,但海外商业贿赂犯罪的主体以公司等单位主体居多,因此应考虑将单位纳入我国刑法的域外管辖中。以此为基础,立法可以通过代理理论进一步扩大海外商业贿赂犯罪的域外管辖范围。在现实中,很多中国企业是通过控股国外公司或在外国建立子公司等方式开展海外业务的,虽然这些海外公司不属于我国法人企业,但中国企业是其实际控制人。为了避免中国企业通过海外子公司和控股公司实施海外商业贿赂行为,规避国内执法,有必要将上述主体纳入管辖范围。

2. 扩大犯罪行为要件。刑事立法应当清晰而明确,从而为执法者提供有力的指导。我国刑法第164条只是笼统地规定了对“为谋取不正当商业利益,给予外国公职人员或者国际公共组织官员以财物”的行为予以定罪处罚,对于行贿对象以及行贿方式等犯罪行为要件缺乏明确的解释。首先,对于行贿对象“外国公职人员和国际公共组织官员”的阐释,可以借鉴《联合国反腐败公约》的规定,将其定义为既包括外国政府、国际组织的官员或职员,也包括代表该政府或者国际组织行使公共职权的任何人。不同的国家行使公权力的主体和行使权力的方式会存在一定的差异,对行贿对象采取较为宽泛的解释,可以更好地适应国外不同的市场环境,使惩治海外商业贿赂行为的法网更加严密。其次,对于行贿方式的定义应当依据企业海外贿赂行为的新特点,将允诺支付、第三方支付等海外行贿常见的方式纳入刑法规制的范畴。这样既符合国际立法趋势,也能与《联合国反腐败公约》对于腐败行为的定义保持一致。

3. 完善和细化刑罚设置。海外商业贿赂是典型的贪利性犯罪,因此财产刑的设置尤为重要。美国《反海外腐败法》为海外商业贿赂行为设置了高额罚金,最高可达犯罪收益的两倍。本希望通过贿赂行为获取高额利益的违法企业一旦被查处,往往会招致“负收益”的结果,这在很大程度上威慑了海外商业活动的主体。我国虽然规定了对海外商业贿赂行为处以罚金,但没有确定具体的幅度。根据“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第19条的规定,我国司法机关倾向于以犯罪数额而不是犯罪收益作为贿赂型犯罪的罚金处罚上限基准。海外商业贿赂是典型的“以小谋大”的犯罪行为,单纯以犯罪数额作为罚金处罚上限基准远远达不到威慑犯罪的目的。因此,建议提

高海外商业贿赂犯罪的罚金数额,并以犯罪收益而不是犯罪数额为罚金处罚上限基准。

4. 谨慎适用附条件不起诉制度。我国《刑事诉讼法》中的附条件不起诉制度与美国暂缓起诉制度具有一定的相同性,但适用主体仍局限于未成年人。本文认为,针对海外商业贿赂犯罪,我国完全具有适用附条件不起诉的条件。附条件不起诉与暂缓起诉的实质,都是对符合一定条件的特定违法行为暂缓提起诉讼。将附条件不起诉扩大适用于海外商业贿赂犯罪并不会破坏我国现有的刑事诉讼法律体系,只是对原有的适用主体和适用方式作出一定的修改。

我国可以考虑通过以下方式适用附条件不起诉制度:第一,严格限制附条件不起诉的适用条件。附条件不起诉是对原本符合起诉条件的犯罪行为暂缓起诉,因此应严格限制适用范围,只对认罪态度较好、积极配合执法且犯罪危害性不大的海外商业贿赂犯罪主体予以适用。第二,根据海外商业贿赂犯罪的特点为违法企业设定相应的不起诉条件。不起诉条件应同时兼顾刑法预防和惩治犯罪的目的。一方面,贿赂犯罪为典型的贪利性犯罪,应当对违法企业处以重额罚金,使犯罪的成本大于收益,这样才能从根本上威慑犯罪;另一方面,为企业设置一定的合规条件,要求企业在不起诉考验期内对企业内部进行合规化改造,当企业的内部治理达到要求时才对其作出不起起诉决定,降低再犯可能性。第三,附条件不起诉应当与其他执法措施配合,形成一套立体化和层次化的执法体系。比如在犯罪被发现前企业主动承认海外商业贿赂行为的,可以援引刑法第164条“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”的规定,对涉案企业减轻或者免除处罚,并在罚金等处罚措施上予以减免;而对于犯罪危害性较大,不符合附条件不起诉条件的企业,仍然要依法对其提起公诉,以严格的司法审判程序对其定罪处罚。只有建立这样一种多元化的执法机制,才能针对不同的违法情形,量体裁衣,施以最科学合理的刑事制裁措施。

Legal Construction of Anti-overseas Commercial Bribery System in China

Lian Tailin Yu Gaizhi

(College of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, P. R. China)

Abstract: Under the background of economic globalization, overseas commercial bribery has become a worldwide problem. UK and USA have established a mature legal system through special legislation. In contrast, there are still some problems in the legislation of anti-overseas commercial bribery in China, such as the lax legal net, the wide penalty setting, and the lack of pre-trial diversion mechanism. Our investments abroad are changing from rapid expansion to high-quality development. Anti-commercial bribery law plays an important role in regulation of foreign investment and market order. We may find a right way to regulate the commercial bribery of Chinese companies by learning from international experience, paying equal attention to prevention and punishment, perfecting the legislation of foreign corruption prevention and prudently applying pretrial diversion program like conditional non-prosecution.

Keywords: Commercial bribery; Pecuniary penalty; Jurisdiction; Suspension of prosecution

[责任编辑:李春明]