

从“各自为政”到“一股合力”，（西方）反腐领域新举措：企业合规法律制度，公诉人自由裁量权以及国家主权投资人制度 *[From a “Two Thrust Approach” to a “Two Sword One Thrust Strategy” to Combat Criminal Corruption: Corporate Compliance, Prosecutorial Discretion, and Sovereign Investor Oversight]*

Larry Catá Backer 白轲¹

摘要：近些年来，政府机关、国际组织以及企业对打击腐败犯罪所做的承诺不断加强。政府机关和社会组织似乎同时形成了两股打击腐败犯罪的力量：这些努力体现在政府机关通过利用、发展和实施公法权力，而社会组织通过利用、发展和实施私法制度来对抗腐败犯罪。然而这两股力量却未能相互配合共同打击腐败。最近西方社会上出现了打击腐败犯罪的新模式，“双剑反腐，同时出力”，以补充传统的反腐手段。这一模式融合了国家司法人员拥有执行反腐败法律的自由裁量权和金融机构控制企业投资融资渠道以及施加股东权利来制约和规范市场交易行为。本文通过介绍西方国家经验向中国反腐制度发展提出新的思路以及思考。首先，本文将介绍西方国家通过实施公诉人自由裁量权制度来迫使企业革新内部管理，进行自我约束、避免腐败。其次，本文将介绍另一种约束腐败的举措：即在公诉人向企业施压的同时，通过主权投资人的资本权力来加强和影响企业的内部管理。最后，本文将讨论中国结合公诉人追诉权和主权基金投资人资本权力规范和制约企业交易行为，形成反腐“组合拳”。

一，背景简介

阿尔瓦罗卡苏拉在2006年写到“谁在意腐败？”²2017年9月，媒体报道阿塞拜疆通过向欧洲理事会内部的人权事务机构行贿使其不再对阿政府进行批评。³同月，法国金

¹ 白轲威廉理查德和玛丽学者，宾州州立大学法学院，国际关系学院教授。非常感谢北京师范大学的张磊对本文的启发。非常感谢研究助理高山对本文提供中文翻译。

² 参见 Alvaro Cuervo-Cazurra, Who Cares About Corruption, 37(6) *Journal of International Business Studies* 807-822 (2006) 该文作者认为海外反腐败制度也许可以遏制域外的腐败行为，但是海外直接投资密集地也是腐败高频发生的地方。

³ 参见 “Azerbaijan revelations spark ‘great concern’ at Council of Europe: News of country’s \$2.9bn lobbying and money-laundering scheme could herald shake-up at rights body,” *The Guardian* Sept. 5, 2017, available <https://www.theguardian.com/world/2017/sep/05/azerbaijan-revelations-could-herald->

融犯罪公诉人宣布对前国际田径联合会主席之子展开腐败调查，调查其涉嫌利用影响力左右国际体育赛事的举办权。⁴同期，巴西当局宣布展开一项刑事调查，调查 2016 年奥林匹克举办权贿选罪行。⁵8 月份，越南法院宣判贪污国有银行资产的银行家死刑。⁶

“河内湄公河经济区顾问公司首席经济学家亚当麦卡锡谈到‘越南法院的这一判决向贪婪的失控的商业交易者传递了一个信息。’即：‘违法行为被抓住的风险在加大，不要以为背后的靠山可以帮你。因为还有比这些靠山级别更高的人，这些靠山自身难保。’”⁷

值得注意的是在达成和平协议，结束长达 15 年的内战后，哥伦比亚政府将注意力投向了反腐领域，以回应跨国企业涉嫌向总统行贿的问题。⁸这一案件已经造成“7 人入狱，包括前参议院，交通部副部长。检察总长已经要求最高法院调查国会的 5 名成员。”⁹在中国，e 租宝”平台实际控制人、钰诚集团董事会执行局主席丁宁由于网上集资诈骗被法院判处

[shake-up-at-council-of-europe?CMP=share_btn_fb](http://www.france24.com/en/20170905-france-french-prosecutor-pins-corruption-iaaf-son-ex-president?ref=fb) 欧洲议会非公开听证会上调查了这些有关腐败的指控。

⁴ 参见 法国检方调查国际田联腐败，France 24 Sept. 5, 2017, available <http://www.france24.com/en/20170905-france-french-prosecutor-pins-corruption-iaaf-son-ex-president?ref=fb>.

⁵ 参见巴西检方调查 2016 年奥林匹克贿选 France 24 (Sept. 5, 2017), available <http://www.france24.com/en/20170905-brazil-police-launch-raid-probe-vote-buying-2016-olympics?ref=fb>.

⁶ 参见 “Vietnam is Sentencing Corrupt Bankers To DEATH, by firing squad,” Underground Journalist (Aug. 7, 2017), available <http://undergroundjournalist.org/2017/08/07/vietnam-sentencing-corrupt-bankers-death-firing-squad/> (“In March, a 57-year-old former regional boss from Vietnam Development Bank, another government-run bank, was sentenced to death over a \$93-million swindling job”), 3 月份 57 岁的前越南发展银行地区负责人因 930 万美元诈骗被判处死刑。

⁷ 同上

⁸ 参见 Juan Manuel Bedoya-Palacio, “Columbia Enters the Age of Enforcement,” The FCPA Blog (Aug. 31, 2017), available <http://www.fcpablog.com/blog/2017/8/31/juan-manuel-bedoya-palacio-colombia-enters-the-era-of-enforc.html>

⁹ 同上

无期徒刑。¹⁰在 2017 年 8 月中国最高检察院提到，“中国将严打任何扰乱金融秩序的犯罪。”¹¹

腐败，尤其是行贿已成为国际社会共同关注的问题。联合国全球契约是一项自愿项目。大型企业自愿承诺遵守在联合国倡导下构建的十项原则以施行可持续发展原则并支持联合国发展目标。¹²这十项原则之一就提出“商业机构应当反对任何形式的腐败，以及避免实施敲诈以及行贿行为。”全球契约明确指出“腐败，在全球被视为经济和社会发展的阻碍。腐败对可持续发展，尤其是贫弱地区造成负面影响。”¹³由此，全球契约特别强调了“双剑反腐”。“新型的，更加严格的反腐规范将在全球范围内出现。所有的企业应当实施积极的反腐举措以维护其商业信誉以及投资人的利益。”¹⁴

“双剑”反腐的策略首先包括在国家层面上通过刑事和民事方面的立法打击腐败，其次包括企业自我约束来打击腐败。这两者互相构成了当代反腐制度的基础，尤其是面对那些居于大型国营或者私营企业中的腐败犯罪分子。目前国际合作、国内立法的反腐行动是较为普遍的。¹⁵例如 2017 年英国就实施了《英国金融犯罪法案》。¹⁶而国际上的诸多反

¹⁰ 参见 “Ding Ning: China’s biggest Ponzi scheme mastermind sentenced to life in prison,” The Independent (12 Sept. 2017), available <http://www.independent.co.uk/news/business/news/china-ponzi-scheme-ding-ning-yucheng-group-prison-sentence-ezubo-beijing-a7941811.html>.

¹¹ 参见 “China’s top prosecutor to intensify crackdown on financial crimes,” Reuters, available 今年诸多高级别的监管官员落入习近平的反腐运动之中，例如前保监会的负责人，前证监会的副主席以及银监会的前助理主席。

¹² 参见 The Ten Principles of the UN Global Compact, available <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. The ten principles are derived from: the [Universal Declaration of Human Rights](#), the [International Labour Organization’s Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work](#), the [Rio Declaration on Environment and Development](#), and the [United Nations Convention Against Corruption](#). 同上

¹³ 同上

¹⁴ 同上

¹⁵ 参见 Dimitri Vlassis, The United Nations Convention Against Corruption Origins And Negotiation Process, in United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (UNAFEI), Annual Report For 2004 and Resource Material Series No. 66 (available http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no66/H_p126-p131.pdf).

¹⁶ 参见 U.K. Criminal Finances Act of 2017, ch. 22, available http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/22/pdfs/ukpga_20170022_en.pdf.

腐败犯罪协议几乎覆盖了所有的国家。¹⁷ 国际社会采取“软法”举措发展国际惯例和标准从而来约束经济活动的关系。¹⁸ 美国的《海外反腐败法》成为了一个标杆，使得其他地区发展类似的法律。¹⁹ 中国刑法既反对国家公务人员的腐败行为，也反对商业贿赂行为。²⁰ 世界上其他国家和地区也有类似的反腐败立法。²¹

近期国际金融领域的行业报告显示“双剑”反腐的策略已经在金融资本市场上发生了作用：尤其是那些在世界范围内上参与投资，融资交易的商业机构当中。例如：

一家美国投资公司的经理在向美国证监会披露的文件中透露，由于英国“严重欺诈办公室”对英国派特法 PETROFAC 石油工程公司展开反腐败调查，该“共同基金”已经出售了其所有该公司的全部股份。这一调查主要涉及到派

¹⁷ 参见《非洲联盟预防和打击腐败公约》，该于 1999 年 6 月 14 日在阿尔及利亚首都阿尔及订立。1999 年 11 月 4 日在法国斯特拉斯堡通过《腐败民法公约》，2003 年 11 月 1 日生效并向非成员国开放。1999 年 1 月 27 日在法国斯特拉斯堡通过的《腐败刑法公约》并于 2002 年 7 月 1 日生效（向非成员国开放）。该公约的附则在 2003 年 5 月 15 日通过，并于 2005 年 2 月 1 日生效。公约规定睦邻国家在国家刑法中纳入了对公私营部门主动和被动贿赂行为的定罪，包括贿赂外国和国内议会成员大会和国际组织官员。《美洲国家反腐败公约》委内瑞拉的加拉加斯 1996 年 3 月通过，创立了政府间的反腐合作。经合组织 1997 年 12 月 17 日签署的《经合组织关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约》于 1999 年 2 月 15 日生效（对所有经合组织国家和一些非成员国开放。）《联合国反腐败公约》于 2005 年 12 月 14 日第 58/4 号决议生效。《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书》于 2003 年 9 月 29 日第 55/25 号决议生效）

¹⁸ 参见《联合国反对国际商业交易中的贪污贿赂行为宣言》于 1996 年 12 月通过。为了审查这一宣言如何适用于反腐败的更广泛的背景下 参见，e.g., Vlassis, *The United Nations Convention Against Corruption Origins And Negotiation Process*, supra.

¹⁹ 1977 年《海外反腐败法》(15 U.S.C. § 78dd-1, et seq.). 参见，D. Michael Crites, “The Foreign Corrupt Practices Act at Thirty-Five: A Practitioner’s Guide,” 73 *Ohio St. L.J.* 1049 (2012).

²⁰ 参见 Discussed in China: Bribery and Corruption 2017, Global Legal Insights, available <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption/global-legal-insights---bribery-and-corruption/china>. 参见，Ron Cheng, “Why US Companies Should be Paying Attention to China’s New Anti-Corruption Laws,” *Forbes* (July 27, 2016), available <https://www.forbes.com/sites/roncheng/2016/07/27/why-us-companies-should-be-paying-attention-to-chinas-new-anti-corruption-laws/#6905e4a41db1>.

²¹ 国际律师协会创建了一个有关反腐败法律的数据库，包含了 56 个国家的法律以及相关的国际协定。 available [https://www.ibanet.org/LPD/Criminal Law Section/AntiCorruption Committee/Resources.aspx](https://www.ibanet.org/LPD/Criminal%20Law%20Section/AntiCorruption%20Committee/Resources.aspx)

特法石油工程公司同 Unaoil 公司的商业关系。Ohio National Fund（俄亥俄国家基金）谈到“我们出售股份的决定是由于反腐调查所引发的。”²²

美国证监会表明了其对于涉及到《海外反腐败法》案件的重视程度。对于这类案件，美国证监会强调了现在的罚金措施。²³ 人们已经注意到海外腐败行为所带来的复杂的法律责任以及为逃脱责任所作辩护的无力之处。²⁴ 因此金融机构，特别是国家主权基金开始更加积极的通过内部制度建立，改善投资要求，策略以及股东政策来打击腐败。

同上述新举措相关的则是企业正式或者非正式的自身加强自我监管。²⁵ 基于政府暂不起诉协议的实践，受到腐败调查的企业愿意通过与政府合作来换取避免潜在的刑事惩罚。²⁶ 这一情形在美国和英国较为明显。²⁷ 此种做法的新颖之处就在于，尽管企业属于受

²² 参见 Richard L. Cassin, Fund dumps Petrofac shares on SFO probe concerns, The FCPA Blog (8 Sept. 2017), available <http://www.fcpcblogger.com/blog/2017/9/8/fund-dumps-petrofac-shares-on-sfo-probe-concerns.html>. 参见 Petrofac designs, builds, operates, and maintains oil and gas facilities worldwide. Petrofac, Our Story, available <https://www.petrofac.com/en-gb/about-us/our-story/>.

Unaoil 为中东，中亚和非洲的能源行业提供了“工业解决方案”。这些包括绿色和棕色的工程和建筑，劳动力解决方案，运营和维护，以及提供特殊设备和产品，如生产化学品。” Unaoil, Chairman’s Message, available <http://www.unaoil.com/about/chairman-s-message/>. 2016年7月19日，英国严重欺诈办公室（SFO）发布新闻稿，宣布依照《证券及期货条例》对涉嫌违反贿赂罪的 Unaoil 及其职员及其代理人的活动进行有关腐败和洗钱的刑事调查，“。SFO Press Release 19 July 2016 available <https://www.sfo.gov.uk/2016/07/19/unaoil-investigation/>. See generally SFO Unaoil Investigation, available <https://www.sfo.gov.uk/cases/unaoil/>.

²³ 参见 U.S. Securities and Exchange Commission, “SEC Enforcement Actions: FCPA Cases,” available <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml> (listing companies and amounts of civil penalties from 2017 back to 1978).

²⁴ 参见 Larry Catá Backer, “Soft Extra Territorialism and Anti-Corruption Campaigns: On the Perverse Folly of Corrupt States,” Law at the End of the Day, (Sept. 15, 2006), available <http://lcbackerblog.blogspot.com/2006/09/soft-extra-territorialism-and-anti.html>.

²⁵ 参见 Alun Milford on Deferred Prosecution Agreements, Remarks delivered at the Cambridge Symposium on Economic Crime 2017, Jesus College, Cambridge, available <https://www.sfo.gov.uk/2017/09/05/alun-milford-on-deferred-prosecution-agreements/>.

²⁶ 关乎英国，美国和加南大如何看待有效的公司治理制度，参见 U.S. at <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf>, Canada, available at <http://www.international.gc.ca/crime/corruption.aspx>, and U.K., available at <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. 参见美国司法部诈骗行动部门，评估公司内部管理制度。2017年2月。available <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. See generally,

刑事法律制约的主体，传统上西方政府仍尊重企业的自主权。然而在刑事调查中，西方政府开始把整个企业的供应链（包含其他居于供应关系的供应商）视为一个单一刑事法律主体。例如美国司法部在 2016 年 4 月推出的一项试点计划。²⁸ 这一计划旨在向相关企业或者其雇员追究刑事责任。²⁹ 英国的《2017 年金融犯罪法案》则设立了企业拥有实施尽职调查的刑事法律义务。³⁰ 在这一法案下，企业的供应商若卷入政府官员腐败案件可导致相关企业违反相关的刑事和民事法律义务。³¹ 巴西的《廉洁公司》法案则包含宽厚从轻处理的政策。企业可以通过与公诉人达成“暂缓起诉协议来认罪并从轻解决相应的起诉罪名。”³² 在新的举措下，企业之间的法律关系，包括供应商以及企业之间的关系将成为刑事犯罪责任中的关联因素。

二，公诉人追诉权以及企业合规制度

United States Department of Justice, 9-28.000 – Principles of Federal Prosecution Of Business Organizations, available <https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. 同时参见 U.K. Bribery Act 2010, c. 23, § 7.

²⁸ 参见 States Department of Justice, The Fraud Section’s Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance, April 5, 2016, available <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/838416/download>;

²⁹ 参见 United States Department of Justice, The Fraud Section’s Foreign Corrupt Practices Act

Enforcement Plan and Guidance, *supra*. 媒体解释道试点项目意图在于设计一套鼓励企业自愿向监管者透露同《反海外腐败》相关的违规行为，配合监管者的调查，并实施补救措施。参见美国司法部新闻稿 U.S. Dept. of Justice Press Release, Criminal Division Launches New FCPA Pilot Program (April 5, 2016), available <https://www.justice.gov/archives/opa/blog/criminal-division-launches-new-fcpa-pilot-program>.

³⁰ 参见 U.K. Criminal Finances Act of 2017, *supra*., 同时参见 Richard J. Rogers and Sasho Todorov, Compliance Alert: Due Diligence Under the U.K.’s Critical Finances Act of 2017, The FCPA Blog (Sept. 7, 2017), available <http://www.fcpablog.com/blog/2017/9/7/compliance-alert-due-diligence-under-the-uks-criminal-financ.html>.

³¹ 同上，“若公司不幸发现了与其相关联的违反人权行为，公司需要考虑积极的调查相关指控。这将帮助公司避免受到社会组织的批判，并展示公司积极的应对态度。”

³² 参见 Clean Companies Act or CCA (Law No. 12, 846/13). Also see Felipe Rocha dos Santos, New Guidance for Brazil Anti-Corruption Settlements, The FCPA Blog (Sept. 7, 2017), available <http://www.fcpablog.com/blog/2017/9/7/felipe-rocha-dos-santos-new-guidance-for-brazil-anti-corrupt.html>. 双方的调解协议被巴西联邦检察官办公室制止，因为担心过于从轻处罚。

一国的法律尊严，以及一定程度上国际法的尊严受到国家司法人员执行司法裁量度的考验。尽管滥用司法权的情形普遍存在于许多制度，³³并成为系统性腐败的标志，³⁴然而还未严重到需要彻底取消司法人员自由裁量制度。³⁵ 公诉人的自由裁量权通常被视为个人具有裁定具体犯罪个人或者组织是否受制刑事调查。许多国家在实践当中设立了规则和制度来规范和约束公诉人的自由裁量权。这些旨在规范操作公诉人追诉权的制度有诸多益处。例如，追诉权指导原则可以指导公诉人追诉行为，避免公诉人以个人主观意见而非组织原则来执行检务工作。追诉权指导原则同时可以向社会个人和组织起到警示作用，使其依照这些原则来规范自身行为以避免违法犯罪。因此，追诉权指导原则在美国实践当中起到了避风港的作用，使社会个人和组织可以自我约束以避免受制于公诉人的司法追诉。

在有的国家中，例如美国和巴西就将这种追溯裁量权下的避风港制度化。一项新的刑事追诉制度使得检察官可以设立协议以换取有条件的推迟刑事追诉。³⁶ “检察官不仅可以利用暂不追诉来惩戒相关组织，同时可以利用有条件的暂不追诉来要求相关组织改变组织内部管理，或者交易行为。这些有条件的暂不追诉设定了新的法律义务，违反协议中的义务将导致刑事责任。”³⁷ 暂不追诉协议被指责为检察权的滥用和扩张，因为检察权依靠暂不起诉协议实际上行使了立法机关约束了被监管人的行为。³⁸ 然而由此而认为检察官的

³³ 参见 Donald A. Daugherty, “The Separation of Powers and Abuses in Prosecutorial Discretion,” 79 J. Crim. L. & Criminology 953 (1988-1989)

³⁴ 参见 Elizabeth Price Foley, “Allowing Some Illegal Immigrants to Stay Abuses Prosecutorial Discretion,” New York Times (Sept. 6, 2016, available <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/11/18/constitutional-limits-of-presidential-action-on-immigration-12/allowing-some-illegal-immigrants-to-stay-abuses-prosecutorial-discretion?mcubz=0> 然而这是否意味着总统可以指示联邦检察官仅仅追诉有关海洛因的案件，而忽视其他被联邦法律所禁止的毒品，例如可卡因, P.C.P. 或冰毒? 大多数人会认为这一行为意味着总统形式立法权，违反总统职权。”参见 Angela J. Davis, *Arbitrary Justice: The Power of the American Prosecutor* (Oxford, 2009)

³⁵ 参见 Bennett L. Gershman, “A Moral Standard for the Prosecutor’s Exercise of the Charging Discretion,” 20(3) Fordham Urban Law Journal 513 (1992); American Bar Association, *Criminal Justice Standards For The Prosecution Function* (4th Ed.), available https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/ProsecutionFunctionFourthEdition.html.

³⁶ 参见 Jennifer Arlen, “Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements,” 8(1) Journal of Legal Analysis 191-234 (2016) (criticizing this trend as in violation of rule of law principles).

³⁷ 同上，第 192 页。

³⁸ 参见 Jennifer Arlen, and Reinier Kraakman, “Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes,” 72 N. Y. Univ. L. Rev. 687 (1997); Richard

暂不起诉协议毫无依据也是有失偏颇的。对于检察官的自由裁量权以及追诉权制度化可以理解为一种将社会制度合法化的方式。具体而言，检察官的暂不起诉协议，以及其他有关民间配合检方公务的政策反映了一种新的刑事追诉思维。

英国实施的暂不起诉制度“建立在美国模式的基础之上，其本质的区别在于暂不起诉协议需要获得司法机关的确认，即该协议符合正义的原则，公正，合理，恰当。法庭做出决定的理由必须公开发布。若发布会影响当事人获得公正裁决，则会推迟公布。”³⁹巴西暂不起诉的制度同英国一样。⁴⁰至于检察官是否滥用职权或者暂不起诉协议是否超出法律所赋予的权力，这一问题则属于美国宪法范围内的议题。⁴¹作为一项反腐举措，暂不起诉协议利用国家公权力来制约企业的交易行为，在美国正有效的改变了国家同企业间的关系。这种变化将公权力和私人企业间对抗性关系转变为一种合作性关系。不过这种合作实际上是一种强迫性的合作，并且合作的程度完全由国家控制。通过合规制度来增强交易行为的透明性，政府打击了腐败和行贿并推行了其坚持的政治原则和价值观。

暂缓起诉协议有何意义，如何促使企业改善内部规定，打击腐败在此也许可以通过美国的经验得到解答。自从1999年起，美国司法部开始设立起诉公司以及其他商业组织的起诉指南。这些指南为联邦检察官提供了指引但是并不产生任何具有法律效力的诉讼权利。⁴²美国司法部现行的指南为《美国检察官守则9-28.000》关于起诉商业机构部分。⁴³

Epstein, “Deferred Prosecution Agreements on Trial: Lessons from the Law of Unconstitutional Conditions,” in *Prosecutor in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, (Anthony Barkow & Rachel Barkow, eds., New York, NY: New York University Press., 2011).

³⁹ 同上

⁴⁰ 同上

⁴¹ 参见 Miriam Baer, “Governing Corporate Governance,” 50 *Boston Coll. L. Rev.* 949 (2009); Laurence Cunningham, “Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform,” 66 *Florida L. Rev.* 1 (2014); David M. Uhlmann, “Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability,” 72 *Md. L. Rev.* 1295 (2013).

⁴² 参见 “Corporate Prosecution Principles Resource Page,” *Federal Evidence Review*, accessed by September 13, 2017, <http://federalevidence.com/corporate-prosecution-principles#aug2008>.

⁴³ 参见 U.S. Justice Department, U.S. Attorney Manual, Title 9 (Criminal)-28.000—Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, available <https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>.

检察官守则的目的在于指导检察官的自由裁量权。检察官的起诉将取决于个体以及企业对案件的配合程度。⁴⁴

起诉守则开篇申明了起诉的原则：“起诉追究企业的刑事责任是检察官的首要义务。”⁴⁵因此检察官将依照罪行严重程度进行起诉。⁴⁶这一原则的基础在于追究个人而非个人所代表的组织的刑事责任。⁴⁷

检察官起诉商业机构守则积累了一套对州“忠实勤勉”义务法律制度的解读。联邦起诉守则将这一义务拆开成两部分：首先，公司的负责人对于公司的股东，“即公司的所有者负有忠实勤勉义务。”⁴⁸其次，公司的负责人通过公开披露制度对外承担诚实义务。⁴⁹公司对联邦政府的法律责任关键在于联邦政府可以自行对州内相关的“忠实勤勉”义务作出自己的解读。“联邦检察官应当注意到联邦政府同公司的负责人共同提倡公信。”⁵⁰检察官起诉的一部分原因在于保证经济秩序的良好运行。这一点不仅仅需要刑法和公诉人，同时需要企业自身加强自我监管和配合。⁵¹

在这一基础之上，起诉商业机构守则设建立了基础核心的起诉原则：“对于腐败不能手软。。。涉腐企业使得政府成为改善企业文化的积极力量，同时也是发现，打击和惩处犯罪的主力。”⁵²检察官的起诉书成为一项迫使企业配合司法工作，加强自我管理的有效途径。这一过程不需要立法者以及行政机关的介入。⁵³ 检察官考虑是否存在民事或者其

⁴⁴ 司法部评论道：“由于联邦检察官在打击刑事犯罪的检务工作中拥有宽泛的自由裁量权，为了司法公正和效率，所有的检察官应当按照起诉守则中设立的原则来开展工作，履行职责。”参见 9-27.110 Principles Of Federal Prosecution.

⁴⁵ “这些原则仅提供内部司法部指导。任何一方在任何民事或刑事事宜中，不得依照任何一方在法律上强制执行任何权利，实质性或程序性，也不得依赖该等权利。律政司律政司司长的诉讼特权不具有任何限制”参见 § 9-28.1500.

⁴⁶ 同上，§ 9-28.1400.

⁴⁷ 同上这种方法有三个原因。第一是通过跟踪个人的不正之风来更容易地识别企业的不法行为。第二，针对个人的做法是一种简单的方式，因为他可以使得公司更容易提供个人的不当行为的证据。第三，“我们最大限度地发挥最终决议的可能性，其中包括对有罪个人而不仅仅是公司的指控。”同上在 § 9-28.1300 中强调了“检控机关在决定是否向公司追究责任时，应考虑针对公司违法行为负责的个人责任是否足以满足联邦起诉的目的。”

⁴⁸ 同上，§ 9-28.100

⁴⁹ 同上。

⁵⁰ 同上。

⁵¹ 同上。

⁵² 同上，§ 9-28.200(A).

⁵³ 同上，§ 9-28.200(B) Commentary. The Commentary explains:

例如，当一个人被起诉在特定行业中普遍存在的犯罪行为时，公司很可能会立即采取补救措施。。。此外，对公司起诉可能会产生具体的威慑，使得起诉公司改变企业文化和其雇员的行为。最后，。。。在这种情况下，检方具有起诉公司的利益。当然检方还可以延迟起诉，将不

他替代性监管手段可以更好的处理企业的不法行为。检察官必须考虑这些手段是否“恰当地阻却，惩戒以及遏制了企业的不法行为。”⁵⁴ 检察官选择惩罚的目的在于“阻却，惩戒以及遏制。”⁵⁵

在美国的起诉商业机构守则制度下，检察官的“暂缓起诉”制度具有半立法半行政的特征。核心原则在于联邦检察官的决定权，并影响了公司的法律人格理论。在这一制度下，公司主体是诸多个人行为的综合，检察官首先侦查的是个人行为而非整个组织。⁵⁶

此外，起诉商业机构守则还设立了一系列供检察官参考决定是否起诉的因素。⁵⁷ 这些因素包括罪行的性质和严重程度；该行为在公司的普遍性；不法行为的历史记录；公司配合检察官的程度；公司内部管理制度的成效；罪行的后果；补救措施是否恰当；起诉个人是否恰当。⁵⁸ 守则的评论部分表明这所列的因素只是说明性的，并不意味着列举了所有因素。检察官是否参考这些因素属于其自由裁量权的部分。⁵⁹ 守则还设立了涉及到跨国公司的特殊原则，同“联邦政府的经济，税收以及刑法实施相关。”⁶⁰ 其中，不法行为的普遍性是触发公诉人起诉决定的关键，以改善企业的内部管理。因此存在即使是非常微小的不法行为，若存在普遍性时，检察官应当进行起诉。⁶¹ 守则同时坚持了这一观点，“即企业同自然人一样都需要从错误中吸取教训。”⁶² 配合检方工作同样可以作为一个从轻处理的因素。⁶³ 但是守则对配合的性质做了明确的规定：涉案企业必须透露所有涉案人员的不

法行为转移给监管当局做出行政或者民事处罚。 . 同上, citing USAM 9-28.1200 (Civil or Regulatory Alternatives), available <http://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations#9-28.1100>.

⁵⁴ 参见 U. S. Justice Department, U. S. Attorney Manual, supra, § 9-28.1200(A).

⁵⁵ 同上, § 9-28.1200(B) 处理公司调查的刑事检察机关应在法律允许的范围内, 保持与民间对口单位和监管机构的及时沟通, 即使不确定最终结果是否为民事或刑事处分。

⁵⁶ 同上, § 9-28.210 (“应该追究个人的责任, 特别是涉及高层次的公务员时, 即使面对公司认罪或其他对公司的指控的提出, 包括递延起诉或不起诉协议或民事解决。

然而, 评论表明, 倾向于尽可能地将个人和实体责任放在一边, 从而对企业行为者的个人行为进行推断的法律规则进行了广泛的解释。

⁵⁷ 同上, § 9-28.300(A).

⁵⁸ 同上, 请注意这些因素对建立激励机制的影响, 结果是国家与其科目之间传统关系传统结构的削弱, 同时提高了执法行为规范的力量效率。

⁵⁹ 同上, § 9-28.300(B).

⁶⁰ 同上, § 9-28.400(A). 同上, § 9-28.400(B)

⁶¹ 同上, § 9-28.500(A)

⁶² 同上, § 9-28.600(B) Comment.

⁶³ 同上, § 9-28.700. “起诉守则指出, “不合作本身并不支持或要求对公司提出的任何指控, 而不是针对个人”。

同上

法行为并提供所有有关不法行为的信息。⁶⁴不过这些要求似乎不可避免的同美国司法制度下鼓励犯罪嫌疑人配合司法工作而提供的宪法保护制度相冲突。例如尊重律师客户保密特权以及律师工作成果隐私保护权。⁶⁵这一立场使得企业和个人藏于法律之后,以避免法律的惩处。⁶⁶并且强调了政府机关强行推行其自己的利益和目的,按照自己的意愿来惩处不法行径。⁶⁷因此这种冲突也体现在起诉守则中检方具有定义何为配合检方工作的自由裁量权的权力。⁶⁸起诉守则介于鼓励检方获取和掌握犯罪信息与违反犯罪嫌疑人的宪法权利的边界之间。因此,起诉守则强调了现代行政国家制度与文化同建立在自由民主之上的普通法制度以及个人和组织自由权力之间的冲突。⁶⁹

正如同信息披露一样,遵守规定,同检方合作可以起到暂缓起诉的效用。⁷⁰而阻碍检方的行为包括:“向雇员或者律师提供不恰当的指示使得他们提供不真实的信息或者隐瞒相关信息,提供误导性信息,或者存在实质性的遗漏,信息不完整或者延迟。”⁷¹这里具有讽刺意味的是,政府希望企业向检方提供所有完整的有关的信息,但是却不许企业对外透露企业和政府之间的沟通,尤其是当这些沟通涉及到政府对第三方不法行为的调查。⁷²此外,同检方合作不意味着豁免权。合作只是政府行使行政裁量权可考虑从轻处理的一个因素,而非确保逃脱法律责任的保证。⁷³

起诉商业机构守则使用不少篇幅来解释企业合规项目。⁷⁴“司法部鼓励企业自我监管,包括自愿向政府透露企业自身发现的不法行为。”⁷⁵此外,部分判例表明,即使企业设立了相应的企业制度以阻止不法行为,这些内部制度本身不足以成为避免起诉的理由。⁷⁶企业内部制度的价值,或者检方在决定暂缓起诉时考虑这类制度“是否恰当的设计以最大程度避免不法行为以及发现员工的问题行为,企业的管理层是否实施这类制度或者暗自

⁶⁴ 同上, § 9-28. 700(A). 对合作程度的评估将取决于所有各种因素(例如合作的及时性,内部调查的勤勉,彻底和速度以及合作的主动性)同上

⁶⁵ 同上, § 9-28. 710.

⁶⁶ 同上

⁶⁷ 在调解涉嫌豁免律师客户特权或律师调查文件豁免时,紧张局势特别明显。同上, § 9-28. 750.

⁶⁸ 同上, § 9-28. 720.

⁶⁹ 参见本文作者“Reifying Law - Government, Law and the Rule of Law in Governance Systems,” 26 Penn St. Int'l L. Rev. 521 (2008).

⁷⁰ U.S. Justice Department, U.S. Attorney Manual, *supra*, § 9-28. 730.

⁷¹ 同上

⁷² 同上 例如,披露此类信息可能导致个人逃逸,破坏证据或散布或隐藏资产

⁷³ 同上, § 9-28. 740.

⁷⁴ 同上, § 9-28. 800.

⁷⁵ 同上, § 9-28. 800(A).

⁷⁶ 同上, § 9-28. 800(B).

向员工试压，要求员工实施不法行为以实现商业利益。”⁷⁷ 检察官的起诉守则针对的是那些做表面功夫的“纸上的制度”。这类制度不光需要建立，同时需要人员和经费来实施。⁷⁸ 企业合规项目的义务在于自愿信息披露。企业定期向相应的政府机构分享信息供其审查。⁷⁹ 这类“自我申报加时候补救措施”的做法已经在其他政府机构中实施。⁸⁰ 即使没有正式自愿申报信息的做法，只要及时分享信息也是可以接受的。⁸¹ 类似的做法还考虑企业是否提供了相应的补救措施弥补问题行为。⁸² 补救措施必须是有实际意义并且包括对不法行为的个人的惩罚措施并且提供补救以及改善内部制度。⁸³ 这些补救行为是不法行为的事后措施，检方将具有自由裁量权考虑是否追诉还是和解。⁸⁴ 起诉守则提到“检方可以考虑暂缓起诉如果起诉将很可能导致第三方无辜者受到严重影响，并且暂缓起诉在设定的条件下可以改善企业的合规以及避免再犯。”⁸⁵ 这一制度的核心在于检方具有达成认罪协议或者决定暂缓起诉的权力。⁸⁶ 起诉守则为这一制度提供了一个制度框架和实施标准。认罪协议本身就包含承认罪行。这一制度包含了惩戒和再教育的原则。⁸⁷

起诉守则起诉企业腐败行为中提供了基础性的指导，指导推迟起诉的工作。这些原则由海外反腐败行动试点项目实施，由司法部欺诈部门来推行。⁸⁸ 该部门认为“行贿属于一个全球性难题，损害了那些遵守规则的人的权益，转移了资源，以及法治的尊严。”⁸⁹ 为了杜绝这些威胁，《海外反腐败法实施计划和指导原则》具体的列举了三项步骤来加强反行贿。首先，政府加强调查和起诉工作。第二，政府加强打击腐败的跨部门合作。政府强调“加强国际合作产生了诸多益处，当局起诉了许多个人和企业，例如 Archer

⁷⁷ 同上 “虽然没有公式，但 PBO 规定了一些因素。这些包括“合规方案的全面性；刑事不端行为的程度和普遍性；涉及的企业员工人数和水平；不当行为的严重性，持续时间和频率；以及公司采取的任何补救行动，包括例如针对先前合规计划发现的过去违规者的纪律处分，以及根据经验教训对企业合规计划的修订。” 同上

⁷⁸ 同上

⁷⁹ 同上， § 9-28. 900.

⁸⁰ 同上

⁸¹ 同上

⁸² 同上， § 9-28. 1000 (A) “检察官也许可以考虑其他的补救措施，例如在考虑是否追诉时问题企业是否可以改善内部管理打击不法行为。”

⁸³ 同上， § 9-28. 1000 (B).

⁸⁴ 同上， § 9-28. 1100 (A).

⁸⁵ 同上， § 9-28. 1100 (B).

⁸⁶ 同上， § 9-28. 1500.

⁸⁷ 同上

⁸⁸ 参见 United States Department of Justice, Criminal Division, “The Fraud Section’s Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance” (5 April 2016), available <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/838416/download>.

⁸⁹ 同上

Daniels Midland, 美国铝业, 阿尔斯通, 达拉斯航空公司, 惠普, IAP, Marubeni, Vadim Mikerin, Parker Drilling, PetroTiger, Total, and VimpelCom。”⁹⁰

《海外反腐败法实施计划和指导原则》的第三项举措最为重要：发展试点项目来“促使个人和企业承担企业商业犯罪责任，促使企业自愿同监管当局分享信息，同司法部欺诈部门合作。。。并改善企业内部管理。”⁹¹这一试点工作的目的在于转变联邦检察官起诉守则中关于自由裁量权的关键因素。⁹²将这些追诉决定因素转换成信用点数，从而影响有关听证，罚款，以及监视等检察决定。”⁹³试点项目并无打算替代检查官起诉守则，而且是自愿参与。⁹⁴“试点项目设立了相关原则，确定了在何种情形下企业在《海外反腐败法》下针对罚款，听证等处罚可以获得相关的从轻处理。”⁹⁵

构成《海外反腐败法》试点项目的三个要求是：自愿信息披露，全面合作以及及时恰当的补救措施。自愿信息披露不包括依照法律必须披露的信息。为了满足这三个要求，信息披露必须发生在马上面临政府调查之前；当所披露事项发生后的合理期间内，必须马上做出披露。企业必须披露其所知道的所有有关信息，包括有关的当事人和不法行为。⁹⁶为了满足合作的要求，除了符合起诉守则中所定义的合作要求外，合作方必须统一全面配合当局。企业的配合包括（1）及时和全面的披露，（2）积极的配合，⁹⁷（3）必须保留，收集并披露所有相关的文件，（4）必须及时跟进内部调查，（5）在当局的要求下确保内部调查和当局的调查不发生冲突，⁹⁸（6）必须提供所有有关的信息，以及可能涉及刑事责任的第三方企业的信息，（7）必须确保个人接受官方的询问，（8）必须将内部调查获得的信息提交给当局，（9）必须披露海外的文件以及保管的地点、保管的人员，（10）必须协助第三方提供文件，（11）提供相应文件的翻译。⁹⁹评估这些项目是依据每一个案情

⁹⁰ 同上

⁹¹ 同上

⁹² 参见 U.S. Justice Department, U.S. Attorney Manual, Title 9 (Criminal)-28.000—Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, available <https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>.

⁹³ 参见 FCPA Enforcement Plan and Guidance, *supra*。将起诉守则和联邦量刑守则作为试点计划的基础。

⁹⁴ 同上，“本守则中没有任何内容旨在表明政府可以要求商业机构自愿自我披露，合作或采取补救措施，公司可以自由拒绝这些选择并放弃试点计划提供的机会。”

⁹⁵ 同上

⁹⁶ 同上

⁹⁷ 同上“即公司必须披露与调查有关的事实，即使没有具体要求这样做，也必须确保政府有机会获得相关的非公司所掌握的材料。”

⁹⁸ 同上

⁹⁹ 同上

的具体情况而定。¹⁰⁰最后涉及到补救措施。为了评估补救措施，首先要确定企业是否真正配合调查。企业必须提供证据表明合规项目的有效性。¹⁰¹除此之外企业将提供证据表明内部制度的有效性。企业必须展示其内部制度存在恰当的惩罚措施，惩处员工的不当行为。当局需要审查企业不法行为的严重程度，相应的责任，以及杜绝责任的举措。¹⁰²

《海外反腐败法实施计划和指导原则》为企业遵守法律法规提供了实质的激励措施。即使在没有自愿透露信息时，全面企业配合检方工作以及实施恰当的补救措施可以为其加分。¹⁰³当然在自愿透露信息，全面配合检方工作以及实施恰当的补救措施时获得更多的从轻处理考虑。若检方认为按照联邦量刑指南应当或刑罚时，在这种情况下可以量刑减半。¹⁰⁴司法部的欺诈部门可以考虑不起诉处理。¹⁰⁵这些决定取决于部门内部的考虑：“该试点计划旨在鼓励企业向当局透露那些从来不可能被检方发现的不法行为，从而追诉不法行为的个人。”¹⁰⁶截止于6月29日，司法部的试点计划已经同意免于追究7家企业的法律责任。¹⁰⁷

在这一做法下我们可以发现一种新型的国家监管制度。监管的重点不在于设立标准或者解释规则，而是在于调控监管者的自由裁量权以确立可以接受的企业行为。这是一种强有力的反腐利器。其重点从法和规则转移到合规制度之上。此外监管的重点在于刑事调查和检察的方面。不过企业并非强制需要遵守这些新的监管举措。企业可以选择不配合，不适用从轻处理的激励措施。或者可以选择改善企业的表现以避免未来的刑事调查。无论怎样，国家依然拥有权力来监管企业，行使刑事监督权。国家依然具有责任来解释检察权。腐败刑事制度由成文法确立，但是由习惯和实践而形成。需要注意的是，检察官追诉指导原则的制度建立同时也挑战了国家立法机构的职责。在美国，这是同国家管理企业的权力相冲突。在此之前的证券法的实施已经为此做了铺垫。在这一试点计划中，行政权下的检察权同立法权相冲突。

¹⁰⁰ 同上，“ 欺诈部门应根据每个案件的情况评估合作范围，数量，质量和时机。”

¹⁰¹ 同上，“ 一个有效的企业内部管理制度要求拥有遵守规章的企业文化，拥有足够的人员，资源来实施制度，独立的制度监督，采取有效的风险评估，恰当的提拔以及补偿机制保护遵守规则的雇员，恰当的审计功能以及内部违规报告制度。”

¹⁰² 同上

¹⁰³ 同上，追诉时，在“量刑指南罚款范围中至少25%的减刑。”

¹⁰⁴ 同上

¹⁰⁵ 同上

¹⁰⁶ 同上

¹⁰⁷ 参见，[In re: Nortek, Inc.](#); [In re: Akamai Technologies, Inc.](#); [In re: Johnson Controls, Inc.](#); [In re: HMT LLC](#); [In re: NCH Corporation](#); [In re: Linde North America Inc.](#); [In re: CDM Smith, Inc.](#) See generally DoJ, Declinations, available <https://www.justice.gov/criminal-fraud/pilot-program/declinations>.

尽管如此，试点计划同新兴的监管型管理思路相一致。¹⁰⁸ 美国司法部的实践，以及一定程度上巴西和英国的实践，在规则制度上同样符合处理企业社会责任，人权义务以及国家所倡导的企业责任这些实践所提倡的原则。¹⁰⁹ 对于商业机构而言，新的监管措施意味着合作，合规，信息披露和补救措施，以及其他同当局合作的举措。

三，挪威主权基金模式及其影响

利用公诉人自由裁量权来迫使企业加强内部管理的手段奠定了以自我约束，公开披露以及时候救济为基础的反腐政策和措施。公诉权扩张了政府在市场中的角色。最具成效的事例莫过于国家主权基金，通过资本力量控制融资投资渠道，以约束市场行为。本部分将讨论挪威全球养老基金是如何加强企业的反腐力度。¹¹⁰

¹⁰⁸ 参见 Larry Catá Backer, “Theorizing Regulatory Governance Within Its Ecology: The Structure of Management in an Age of Globalization” (December 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2783018>.

其核心在于对人际交往行为的管理，以及对人际交往方式实施中所基于的意识形态的管理。管理性政府与良好治理紧密联系。至少在方式和目的层面。。。但是同时这种管理意味着同有效治理和制度权威遵守相契合。这一管理方式通过私人自我治理延伸了民主行政的可能性。

¹⁰⁹ 参见 U.N. Guiding Principles for Business and Human Rights (N.Y and Geneva, 2011) (endorsed by the People’s Republic of China), available http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf. 参见 Larry Catá Backer, “Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law That Might Bind Them All,” 38(2) Fordham International Law Journal 457 (2015).

¹¹⁰ 有关挪威主权基金的运行，请参见 Larry Catá Backer, “Sovereign Investing and Markets-Based Transnational Rule of Law Building: The Norwegian Sovereign Wealth Fund in Global Markets,” 29(1) American University International Law Review 1-121 (2013), 参见 Larry Catá Backer, “Sovereign Wealth Funds as Regulatory Chameleons: The Norwegian Sovereign Wealth Funds and Public Global Governance Through Private Global Investment,” 41(2) Georgetown Journal Of International Law 425-500 (2010).

挪威全球养老基金是在《政府养老金法案》下创立。¹¹¹按照这一法案,该养老金由财政部来管理。财政部负责出台规章制度来管理养老金基金。¹¹²通过这些规章制度,财政部将具体的投资权授权给挪威中央银行及其相关部门。¹¹³中央银行必须遵守财政部设立的一系列投资目标。¹¹⁴中央银行的目标为:在可能的情形下投资人通过可以投资的机会(排除特定的企业)以获得最高的投资回报。挪威中央银行必须进行负责任投资。有责任的投资是指遵循挪威政府以及国际社会设立的相关标准。¹¹⁵这其中就包括了反对腐败的原则。

挪威中央银行行使投资权,监督相关企业是否遵循了基金设立的标准,并决定是否将特定企业排除其投资目标。¹¹⁶这些要求都写入到《政府全球养老金监督与筛选指南》之

¹¹¹ 参见 Provisions on the management of the Government Pension Fund (As of 8 October 2012), available <https://www.regjeringen.no/contentassets/9d68c55c272c41e99f0bf45d24397d8c/governmentpensionfundact.pdf>.

¹¹² 参见 Management Mandate for the Government Pension Fund Global, Adopted by the Ministry of Finance on 8 November 2010 pursuant to section 2, second paragraph, and section 7 of Act no. 123 of 21 December 2005 relating to the Government Pension Fund. Amendments: Amended by decision no. 1792 of 21 Dec. 2010, no. 901 of 5 Sept. 2011, no. 689 of 27 June 2012, no. 943 of 4 Oct. 2012, no. 1338 of 18 Dec. 2012, no. 383 of 15 April 2013, no. 401 of 25 March 2014, no. 1783 of 18 Dec. 2014, no. 15 of 7 Jan. 2015, no. 773 of 26 June 2015, no. 1367 of 30 Nov. 2015, no. 78 of 1 Feb. 2016, no. 1036 of 5 Sept. 2016, no. 116 of 30 Sept. 2016, no. 1781 of 20 Dec. 2016. Available https://www.regjeringen.no/contentassets/9d68c55c272c41e99f0bf45d24397d8c/gpfg_mandate_20122016.pdf.

¹¹³ The relationship between the Norges Bank and the Ministry of Finance is established in 同上, 第七章。

¹¹⁴ 同上, Section 1-3 The management objective.

¹¹⁵ 同上, Section 2-2 Responsible management principles. 包括了:

- (1) 银行应当确立一系列原则以指导有责任的投资管理
- (2) 在涉及上一段所提及的原则时, 银行应当注意投资的长远发展, 以及投资项目应当多元。
- (3) 前述原则应当建立在良好的公司治理和投资环境以及投资条件以及其他依照国际认可的原则, 例如联合国全球契约, 经合组织跨国企业指导原则。

¹¹⁶ 同上, § 2-5.

中。¹¹⁷ “基金的道德委员会将实施该指南，中央银行将筛选剔除特定公司。”¹¹⁸ 委员会的 5 名成员来自于中央银行推荐，并由财政部指定。¹¹⁹ 委员会的职责为评估具体的投资行为是否符合指南。¹²⁰ 道德委员会在做出调查后推荐中央银行将某一企业排除在投资范围之外，或者将该企业置于观察期之中，或者没有任何处理意见。这些意见非强制，基金的管理者中央银行有决定权。

将公司置于观察期同将公司排除在投资范围之外是两种不同的决定。当问题企业被排除在投资范围之外后，该企业同基金的关系被切断。基金将不向该公司或者其关联单位进行投资。这一决定将被公之于众，并可能影响公司的名誉以及其融资的能力。这意味着投资决定将影响公司的社会信誉。¹²¹

和剔除投资范围考虑的处理形成鲜明的对比，观察期的处理方式同“暂缓起诉”较为类似。这一处理方式建立在这样一种认识之上：合作，公开披露，事后弥补救济以及内部制度改革对于社会和企业的发展在长期具有积极效用。

被道德委员会置于观察期处理的企业意味着委员会将监督该企业的发展动态。一旦任何新的违规被发现，或者未能实施有效措施来降低违规风险将被委员会视为满足剔除投资范围处理的条件。¹²²

企业自身仍然承担遵守制度的义务，这包括采取补救措施以及实施相关制度来打击违规行为。¹²³ 在观察期中，投资基金将监督问题企业。投资基金将派遣自己的调查人员展开独立调查并审计问题企业的公司报告。¹²⁴ 不过这些监管举措都是企业自愿选择参与的，正如同

¹¹⁷ 挪威财政部依照 2003 年皇家法令第二项第二段，2005 年 12 月 21 号皇家法令第七项，第 123 条，于 2014 年 12 月 18 日颁布 Guidelines for observation and exclusion from the Government Pension Fund Global。参见 https://www.regjeringen.no/contentassets/7c9a364d2d1c474f8220965065695a4a/guidelines_observation_exclusion2016.pdf。

¹¹⁸ 同上，§ 1(1)。

¹¹⁹ 同上，§ 4(1)。

¹²⁰ 同上，§ 5。

¹²¹ 社会信用在这里被理解为更普遍意义上的排名和声誉。但也可以从更正式的意义理解为评级，中国目前正在积极发展和激励这一制度。参见《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020)》。

¹²² 参见 Council on Ethics for the Norwegian Government Pension Fund Global Annual Report 2016, at p. 13, available https://nettsteder.regjeringen.no/etikkradet-2017/files/2017/03/Etikkradet_annual_report_2016_web.pdf。

¹²³ 同上（“道德委员会的立场是由公司来证明其有系统地采取制度来防止引发被剔除投资的行为”）

¹²⁴ 同上

问题企业配合美国司法部刑事调查也是自愿行为。¹²⁵但是拒绝配合将导致投资基金作出决定剔除问题企业。剔除决定将向公众告知，从而影响问题企业未来通过资本市场获得融资。这一决定的公布同时可能引发政府监管者展开对问题企业的调查。

指导原则中确立了相关的实体原则以指导挪威中央银行作出剔除问题企业或者观察期处理的决定。剔除的原因包括两类情况：第一种是问题企业的问题产品。¹²⁶第二种是问题企业的问题行径。¹²⁷这两种情况都包含了另一种风险——“如果存在企业导致或者为严重腐败负责的风险，而风险程度不可接受，该问题企业将被剔除投资考虑或者获得观察期的处理。”¹²⁸ 这里的腐败包括主动和被动的腐败。¹²⁹需要注意的是，这里对腐败的定义标准同时来自于挪威本国以及国际社会的定义。这一点对于打击跨国公司的腐败极为重要¹³⁰ 指导原则中设立的原则同时帮助中央银行细化操作的标准。¹³¹

挪威全球养老金传统上并不针对腐败，尽管腐败属于撤资以及剔除投资考虑的一个类别。截至2016年，9宗案件至2015年被处理。¹³²道德委员会指出2015年工作的主要精力在腐败案件。这也是工作人员在做了内部研究后总结得出。¹³³不过对腐败问题的关注是

¹²⁵ 参见注释 75-90.

¹²⁶ 参见 Guidelines, supra., § 2 (例如某些武器, 煤炭以及香烟制品).

¹²⁷ 同上, § 3.

¹²⁸ 同上, § 3(e)

¹²⁹ 参见 Council on Ethics Annual Report 2015, supra, at. 19.

¹³⁰ 同上, p. 23. 该报告承认了一系列国际标准, 例如 Foreign Corruption Prevention Act (FCPA) and the UK Bribery Act, as well as The United Nations Global Compact (The Ten Principles), the Asia-Pacific Economic Council (Anti-Corruption Code of Conduct for Business), the International Chamber of Commerce (ICC Rules on Combating Corruption), the World Bank (Integrity Compliance Guidelines), and The World Economic Forum (Partnering Against Corruption-Principles for Countering Bribery).

¹³¹ 同上, 此处还包括了 UN' s anti-corruption portal TRACK (Tools and Resources for Anti-Corruption Knowledge), available at <http://www.track.unodc.org/Pages/home.aspx>, Global Compact: A guide for anti-corruption risk-assessment (2013), available at <https://www.unglobalcompact.org/resources/411> and The OECD' s Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance (2010), available at <http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/44884389.pdf>.

¹³² 参见 For a listing of the cases with links to original sources, see Ethics Council, Gross Corruption, available <http://etikkradet.no/en/gross-corruption-2/>.

¹³³ 参见 Johan H. Andresen, The Chair' s Report, in Council on Ethics for the Norwegian Government Pension Fund Global Annual Report 2016, at p. 5, available [https://nettsteder.regjeringen.no/etikkradet-2017/files/2017/03/Etikkradet annual report 2016 web.pdf](https://nettsteder.regjeringen.no/etikkradet-2017/files/2017/03/Etikkradet%20annual%20report%202016%20web.pdf).

从 2013 年开始的。据国际组织报道，“自 2013 年起，道德委员会不仅仅评估经新闻媒体披露的跨国腐败公司，同时还自行审查处于腐败频发行业的企业。”¹³⁴

在以腐败作为对问题企业做出观察期或者提出投资考虑处理决定时，基金不仅考虑当前行径，同时也会考虑未来问题行为的风险。对未来风险的评估建立在问题企业对基金会调查的配合程度，以及问题企业最初采取的补救措施。¹³⁵ 一个重要的因素在于问题企业承认错误行径并愿意在“内部和外部做出改善。”¹³⁶ 基金会同时观察企业内部规章制度和反腐举措的成效。¹³⁷ 投资基金会采取国际标准来做出评估，这包括审查问题企业是否推行了恰当的公司制度和行为准则。这一点通过“高层的态度”来评价，即公司高层管理人员是否声明重视打击腐败。同时投资评估制度的有效性，这一点通过前问题员工的行为来评级。¹³⁸ 为了满足这些要求，问题企业需要同投资基金进行交流，并愿意改善内部管理以避免未来的腐败风险。¹³⁹ 投资基金可以设立相关的条件已帮助问题企业来实现这些要求。¹⁴⁰ 投资基金还做出相关推荐，建议问题企业同第三方共同合作，实现跨国公开披露（包括内部员工隐名举报制度），调查以及处理制度。¹⁴¹

挪威全球养老基金同时发展了一套组织原则供企业内部反腐制度建立参考。正如同“暂缓起诉”制度一样，挪威全球养老基金解释道：

具有一定规模的跨国企业最好设立一个独立的合规部门，管理所有的地区及公司分支机构，并拥有足够的资源和恰当的经费。该部门的负责人向管理层以及董事会汇报。该部门的监管功能一般同反腐败，反不正当竞争风控部门相重合，并且同其他部门保持沟通和合作。合规部门的总负责人应当具有权力以加强企业内部的反腐力度。¹⁴²

¹³⁴ 参见 Council on Ethics Annual Report 2015, supra 第 20 页

¹³⁵ 同上 “首先，委员会重视公司对腐败指控的回应方式，以及对知道或应该知道发生了什么事情的个人是否采取措施，被移除岗位。”

¹³⁶ 同上

¹³⁷ 同上 “委员会特别强调了公司反腐败制度的程序以及实际执行的内容。委员会对公司制度进行重点评价”

¹³⁸ 同上，第 20-21 页。

¹³⁹ 同上 第 21 页 “许多公司同委员会进行面对面的交流，还包括了第三方的员工培训。”

¹⁴⁰ 同上，第 21 页 “根据委员会与某些公司的交流，良好员工培训计划的先决条件取决于员工感觉到他们已经获得的培训能够处理他们可能遇到的情况的程度。”

¹⁴¹ 同上

¹⁴² 同上，第 21-22 页

问题企业自愿向基金会披露信息以作补充对于道德委员会及其秘书处独立评估极为关键。若没有这些披露，投资基金也许会更易的得出结论认为问题企业的腐败风险没有降低。

¹⁴³

投资基金的评估和审查通常由政府主导的正在进行的腐败调查所引发。因此这里存在一个实质的联系，即政府的反腐措施同主权基金投资人，例如挪威全球养老金，利用私人资本力量来推动反腐事业。然而这两者之间不存在协同。两把反腐利剑同时存在，但是却被不同的组织，不同的行业所使用。两者的关联在于其针对的跨国企业腐败问题，以及企业合规问题。的确，国家主导的反腐制度，甚至那些基于公诉方自由裁量权的制度同主权投资人（例如挪威主权基金以及中国的主权基金）基于资本市场权力的制度之间不存在很强的关联。

挪威全球养老金的反腐之剑在德国西门子公司的调查中得以显现。¹⁴⁴在 2007 年投资基金的道德委员会做出建议，基于严重的系统性腐败问题而将西门子公司剔除投资考虑范围之外。¹⁴⁵道德委员会申明道“西门子的腐败问题极其严重。多年以来，西门子公司存在过多起的，反复的腐败事件，涉案金额巨大，内部管理不严。”¹⁴⁶投资基金对西门子公司展开的调查由诸多起政府主导的行贿受贿刑事调查触发。毫无疑问，道德委员会调查的中心围绕着诸多庭审文件，包括许多国家可执行的最终庭审裁判以及行政处罚决定。¹⁴⁷这些公权力所做的裁决涉及到德国，挪威，新加坡以及意大利的司法或者行政机关。¹⁴⁸投资基金同时使用了其他渠道的信息，包括一些知名的非政府组织以及美国司法部对西门子展开的调查。¹⁴⁹西门子对这一调查予以配合，并开始加强制度建设。西门子的配合并不局限于已经发生调查的某个国家或地区，并且不局限于国家的司法行政机关。西门子对非政府组织，例如经合组织展开的调查予以配合。¹⁵⁰这些配合都被投资基金记录，并成为西门子自愿披露，以及加强管理的证据。¹⁵¹2007 年道德委员会建议将西门子剔除投资考虑。¹⁵²挪威财政部拒绝了这一处理而是将西门子公司置于观察期。¹⁵³不过道德委员会继续坚持，

¹⁴³ 同上，第 22 页。

¹⁴⁴ 更所情况，请参见 <https://www.siemens.com/global/en/home.html>。

¹⁴⁵ 请参见 Council of Ethics, Recommendation Siemens AG (15 Nov. 2007), available <http://etikkradet.no/files/2017/05/Recommendation-on-Siemens-2007.pdf>。

¹⁴⁶ 同上，第 2 页。

¹⁴⁷ 同上，第 5 页。

¹⁴⁸ 同上，第 5-9 页。

¹⁴⁹ 同上，第 13 页。

¹⁵⁰ 同上，第 14-16 页。

¹⁵¹ 同上，16-17。

¹⁵² 同上，20。

¹⁵³ 参见 NPF, Siemens AG, available <http://etikkradet.no/en/siemens-ag-english/>。

在 2008 年 9 月 3 日的公函中指出西门子公司的补救措施仍然未能满足其设定的标准。¹⁵⁴因此挪威财政部做出决定，提议道德委员会和挪威央行将西门子公司置于特殊观察期，并每年向财政部报告事态进展。”¹⁵⁵ 基于新的制度改善，2012 年 6 月道德委员会建议财政部将西门子公司移出观察期。¹⁵⁶道德委员会审查了西门子公司 2008 年后应对腐败的举措，尤其是在科威特以及其他地区的交易，评估这些应对措施的有效性，企业的制度，披露以及事后措施。¹⁵⁷ 挪威主权基金对西门子公司腐败问题的监管清楚的反映了国家监管同资本监管之间的联系。

以下通过介绍两个实例来表明两者相互合作可以更好的打击腐败，而互不关联的情形下反腐成效受到打击。第一个案例涉及到中国中兴通讯公司。¹⁵⁸第二个案例涉及到巴西石油公司。¹⁵⁹在第二个案例中，本文将指出改革的建议以及行业发展的趋势。

A. 中兴公通讯公司¹⁶⁰

2016 年 1 月 7 日，挪威中央银行决定将世界五大通讯设备和网络服务供应商，中国中兴通讯公司剔除投资考虑范围外。该决定是基于 2015 年 1 月 24 日道德委员会做出的建议，评估认为该公司存在严重的腐败问题。这一决定反映了投资人对腐败问题的重视。这一决定同时反映了投资人的差别对待：欧洲公司一般受制于观察期的处理。

中兴通讯是一家私人运营的拥有相当数量国家资本的公司。至少在表面上，中兴通讯深入的融入到国际规则之中，其网站上提到：

¹⁵⁴ 参见 Council of Ethics, Letter of 2 Sept. 2008, available http://etikkradet.no/files/2017/05/Svarbrev-til-Finansdepartementet_ENG-2008.pdf.

¹⁵⁵ 参见 Ethics Council, Recommendation to remove Siemens AG from the watch list of the Norwegian Government Pension Fund Global, 15 June 2012, available http://etikkradet.no/files/2017/05/Siemens-2012_eng.pdf, 第 1 页

¹⁵⁶ 参见 Recommendation to Remove Siemens, *supra*.

¹⁵⁷ 同上，第 2-6 页

¹⁵⁸ 参见 Council on Ethics, Recommendation to exclude ZTE Corp. from the Government Pension Fund Global (24 June 2015) available <http://etikkradet.no/files/2017/05/ENG-Tilr%C3%A5dning-ZTE-24.-juni-2015-ENGELSK-amended-Nov.-2016.pdf>.

¹⁵⁹ 参见 Council on Ethics, Recommendation to put a company in the Government Pension Fund Global under observation: Petroleo Brasileiro SA (21 Dec. 2015), available <http://etikkradet.no/files/2017/05/Recommendation-Petrobras-21-December-2015.pdf>.

¹⁶⁰ 参见 <http://lcbackerblog.blogspot.com/2016/01/corruption-and-investment-chinese.html>.

2009年2月，中兴通讯股份有限公司正式成为联合国全球契约组织的成员。中兴通讯将以此为新的起点，把全球契约及其十项原则纳入企业经营和文化，努力推进经济、环境与社会和谐发展，致力于成为全球优秀企业公民的典范。。。中兴通讯CSR战略为在整个ZTE和供应链，基于行业的最佳实践，通过持续的学习和不断的提升，积极地发展、实施和改善CSR的符合性。ZTE的目标是长期成为全球的CSR领导者。¹⁶¹

作为一家典型的中国企业，企业社会责任围绕着慈善，社会事业以及相关的国家经济，社会和文化发展政策。¹⁶²中兴公司强调了其在“2004年印尼海啸，2008年四川地震以及2010年海底地震中积极参与地方社会事业。建立了中国最大的慈善项目，儿童基金。”

¹⁶³

企业传统上并不一定被视为社会责任的中心。企业社会责任涉及到企业对国家的义务，但是这一义务却并非明确的视为法律义务。¹⁶⁴中国近期有关腐败的政策以及法律将腐败问题置于舆论的前线。腐败被视为严重违反党的基本路线，并严重违反国法和政府规范。中国的反腐行动中打击了大型国企中涉及到腐败的领导人。¹⁶⁵由于许多国企领导人同时是

¹⁶¹ 中兴公司企业社会责任 http://wwen.zte.com.cn/en/about/corporate_citizenship/.

¹⁶² 参见“China’s Corporate Social Responsibility With National Characteristics: Coherence and Dissonance With the Global Business and Human Rights Project,” in *Human Rights and Business: Moving Forward, Looking Back* 530-558 (Jena Martin and Karen Erica Bravo, eds., Cambridge University Press, 2015); Larry Catá Backer, “Realizing Socio-Economic Rights Under Emerging Global Regulatory Frameworks: The Potential Impact of Privatization and the Role of Companies in China and India,” 45(4) *The George Washington International Law Review* 615-680 (2013).

¹⁶³ 中兴公司企业简介 http://wwen.zte.com.cn/en/about/corporate_information/.

¹⁶⁴ 参见 Lin, Li-Wen, “Corporate Social Responsibility in China: Window Dressing or Structural Change?,” *Berkeley Journal of International Law*, 28(1) (2010); available <https://ssrn.com/abstract=1419667>; Larry Catá Backer, *Corporate Social Responsibility with Chinese Characteristics, Part I*, *Law at the End of the Day* (9 Nov. 2011), available <http://lbackerblog.blogspot.com/2011/11/corporate-social-responsibility-with.html>; Larry Catá Backer, “Corporate Social Responsibility With Chinese Characteristics—Part II,” *Law at the End of the Day*, available <http://lbackerblog.blogspot.com/2012/07/corporate-social-responsibility-with.html>.

¹⁶⁵ 参见“China corruption purge snares 115 SOE ‘tigers’,” available <https://www.ft.com/content/ad997d5c-fd3c-11e4-9e96-00144feabdc0#axzz3wZZJgcel>; Shannon Tiezzi, “China’s State-Owned Companies Sweat as ‘Graft-Busters’ Converge: China’s anti-corruption body announced a major probe in SOEs in the first half of 2015,” *The Diplomat* (13 Feb. 2015), available <http://thediplomat.com/2015/02/chinas-state-owned-companies-sweat-as-graft-busters-converge/>; Gordon Orr, “5 Ways China’s State-Owned Enterprises Are Adapting to the Downturn,” *Blog, Gordon’s View* (McKinsey

共产党员，反腐调查通常以双规调查为开始。¹⁶⁶ 这些调查和反腐标准的核心都是建立在本国和内部的政策之上，正如傅华伶的文章所讲。¹⁶⁷

中央纪律检查委员会的网站上于昨日刊文批评国有企业打击腐败，要求“国有企业严格遵守党的纪律。”中央纪律检查委员会将国有企业作为今年反腐的重点。在今年的巡查中有 26 家企业接受了纪委的寻访，而 17 家企业正在接受检查。¹⁶⁸

不过目前仍然还不明了企业的海外的行为，即使在反腐法律之下是否会引发国内法的法律责任。¹⁶⁹ 尽管中国当局官方并没有排除法律责任的可能性，中国当局的注意力仍然是集中在内部事务之上，由投资的东道国以及国际社会来负责处理中国投资者的行为。这一做法的问题在于，当国企的国内运行受到海外行为的影响，中国当局将在何种程度上继续延迟国际社会对中国国企的监督？挪威央行对中兴通讯公司做的处理便体现了这一问题。换言之，中国在何种程度上接受国际监督制度对其国内事务的影响。挪威中央银行的决定使得这一问题更加需要解决。

挪威主权基金对中兴公司做出处理的并非由于其在中国运营的腐败问题而是其在海外运营中出现的腐败问题。卷入腐败问题的国家包括阿尔及利亚，肯尼亚，巴布亚新几内亚，赞比亚，菲律宾。¹⁷⁰ 其他罪行较轻的涉及到马来西亚、缅甸、尼日利亚和利比里亚。这是中兴公司首次涉及到同挪威银行的问题。在 2009 年，“据国际通讯社报道，挪威电信巨头 Telenor 因为据称违反其采购程序行为准则而被禁止六个月参与政府投标。”财经媒体报道，据内部人士透露，“问题主要源自中兴公司的代表人试图贿赂 Telenor 官员。”

/ Co.) (13 Oct. 2015), available <http://mckinseychina.com/5-ways-chinas-state-owned-enterprises-are-adapting-to-the-downturn/>.

¹⁶⁶ 参见 “China corruption purge snares 115 SOE ‘tigers’,” available <https://www.ft.com/content/ad997d5c-fd3c-11e4-9e96-00144feabdc0#axzz3wZZJgcel>

¹⁶⁷ 参见 Hualing, Fu, “Wielding the Sword: President Xi’s New Anti-Corruption Campaign,” in Greed, corruption, and the modern state (Susan Rose-Ackerman and Paul Felipe Lagunes (eds), Edward Elgar, 2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2492407> (“中国是否正在制定一个特殊的反腐执法模式，依赖于不同控制机制。引用王先生的话，党正在运用反腐运动来争取时间，以建立起恰当的反腐机制从根源上解决腐败。”)。

¹⁶⁸ 参见 Nectar Gan, and Keira Lu Huang, “China’s state-owned enterprises slammed for ‘entrapping’ officials into corruption,” South China Morning Post (13 July, 2015), available <http://www.scmp.com/news/china/policies-politics/article/1838514/chinas-state-owned-enterprises-slammed-entrapping>.

¹⁶⁹ 参见 Catá Backer, “Chinese SOEs in Latin America—CSR and Culture” Law at the End of the Day (May 20, 2013), available <http://lcbackerblog.blogspot.com/2013/05/chinese-soes-in-latin-america-csr-and.html>.

¹⁷⁰ 参见 Ethics Council Recommendation ZTE Corp., 6-10 页。

中兴公司则提出问题是员工自发个人行为。供应商的 CEO 尹义敏强调“中兴公司有明确的行为准则，我们的员工必须坚持最高的业务标准。”¹⁷¹

出于管理的习惯，道德委员会采纳了国际惯例并按照挪威国家的政策来进行解读。¹⁷²道德委员会并没有采纳挪威的法律来处理这些腐败问题，而是依照国际监管的惯例来追究企业跨国供应链上的腐败问题。

当前联合国反腐通道（反腐资源和知识），全球盟约：反腐和风控手册（2013）以及经合组织良好内控，道德和合规指导原则（2010），国际透明组织的打击商业贿赂原则都提供了良好的监管惯例。¹⁷³

不过道德委员会同时也通过采纳中国的法律和政策来强化其裁决的合法性。¹⁷⁴ 但是，道德委员会并没有意图通过适用中国法来裁决中兴公司的海外行为。这一做法同道德委员会一贯遵循国际惯例是一致的。也因此，道德委员会继续努力建立有关跨国企业监管制度。¹⁷⁵

正如同许多其他跨国公司以及国有企业低估了道德委员会这样的机构，中兴公司不当的应对也是导致这一处理决定的原因之一。中兴公司对道德委员会的询问置若罔闻。

在九月份，道德委员会同中兴公司证券与投资关系部门以及公司法务部门的成员展开了电话会议。公司随后在电子邮件中回复了额外的询问。在这些回复中，中兴公司没有回应任何腐败问题的指控，而仅是讨论其内部合规与反腐举措。¹⁷⁶

¹⁷¹ 参见 Ray Le Maistre, “Telenor Bans ZTE From New Deals,” *Light Reading* (Oct. 13, 2008), available <http://www.lightreading.com/mobile/telenor-bans-zte-from-new-deals/d/d-id/662089#discuss>.

¹⁷² 参见 Larry Catá Backer, Backer, Larry Catá. “Sovereign Investing and Markets-Based Transnational Rule of Law Building: The Norwegian Sovereign Wealth Fund in Global Markets.” 29 *American University International Law Review* 1-122 (2013).

¹⁷³ 参见 Ethics Council Recommendation ZTE, *supra* 12 页

¹⁷⁴ 同上 12-13 页.

¹⁷⁵ 参见 Larry Catá Backer, “Are Supply Chains Transnational Legal Orders?: What We Can Learn From the Rana Plaza Factory Building Collapse,” 1(1) *University of California Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law* 11-66 (2016); Larry Catá Backer, “The Emerging Normative Structures of Transnational Law: Non-State Enterprises in Polycentric Asymmetric Global Orders,” 31(1) *Brigham Young University Journal of Public Law* 1-52 (2016).

¹⁷⁶ 参见 Ethics Council Recommendation ZTE, *supra*, 第 13-14 页.

中兴公司保持沉默可能也是事出有因。中兴公司的负责人会考虑向境外组织分享信息存在两点风险。首先，向非司法机关分享信息可能会触犯国内的保密法。第二，分享的信息也许会被纪委作为证据用于双规调查，第二个风险尤为对中兴公司的高管不利。然而中兴公司面临的难题在于，由于挪威央行做出处理决定，这对中国的国家声誉造成了负面影响，同样可能引发纪委的关注。因此中兴公司面临双重处罚的难题：违反国际监管制度或者引发国内监管者的调查。

腐败的广度，补救措施的不明，以及中国政策的变化都导致了道德委员会得出风险不可接受，需要剔除投资考虑的范围。¹⁷⁷然而这一决定仍然引人侧目，因为这一决定同其他案件，例如西门子的处理结果完全不同。另一方面，这一决定同时类似于对中国中铁集团的处理。¹⁷⁸

值得注意的是道德委员会接受中国政府展开的反腐运动作为企业改善内部制度的依据。例如中国政府在 2011 年动车事故后加强对铁路系统的反腐力度。然而中国政府的反腐运动并没有给挪威央行对中铁集团的审查加分。中铁集团同样面临被剔除投资范围的决定。不过挪威央行的审查中将中国共产党纪委加强反腐力度作为企业改善腐败问题的依据之一。这对于西方社会而言是不寻常的，因为西方社会对双规曾进行过批评。¹⁷⁹

道德委员会的决定反映了务实的态度。其务实指出体现在监管者评价企业是否愿意合作，接受挪威主权投资人的监管。西门子的案例中，跨国企业愿意灵活变通接受投资人利用股东权利进行监管。而中国国企或者公私合营企业例如中兴则难以变通。这一不同并不足以认为主权基金存在国籍区别对待，但是值得关注。

¹⁷⁷ 同上第 15-16 页。

¹⁷⁸ 参见 Ethics Council, Recommendation to exclude China Railway Group Ltd. from the investment universe of the Government Pension Fund Global (GPF) (10 October 2014), available <http://etikkradet.no/files/2017/02/Recommendation-CRG-10-October-2014.pdf>.

¹⁷⁹ 参见 Larry Catá Backer, “Change Comes to the Norwegian Sovereign Wealth Fund Global,” Law at the End of the Day (Jan. 30, 2015), available <http://lcbackerblog.blogspot.com/2015/01/change-comes-to-norwegian-sovereign.html>. 有关宪法方面的讨论，请参见 Larry Catá Backer and Keren Wang, The Emerging Structures of Socialist Constitutionalism With Chinese Characteristics: Extra-Judicial Detention (Laojiao and Shuanggui) and the Chinese Constitutional Order, Pacific Rim Law & Policy Journal 23(2):251-341 (2014) Chinese language version 白轲 王可任 著，依宪治国与从严治党格局下党内反腐惩戒制度的法治考察，中国法律评论 China Law Review 207-234 (2015 年 第 4 期 (总第 8 期)) available <http://www.chinalawreview.com.cn/article/20151117170703.html>).

也许有人会疑问挪威央行的行为有利于打击腐败。挪威央行可以借反腐问题行使自己的股东权利，从而可以从长远上最大化企业的投资价值。

西门子的配合实质上接受挪威当局成为企业的监管者，设立监管的范围，内容和实施。这一做法同企业传统上由国家司法当局管理完全不同。如今，企业接受海外机构来实施内部监管措施。以往由国家通过法律来实施的监管现在由市场来接手，替代法律的功能。¹⁸⁰

西门子公司的做法使得挪威当局通过挪威央行的监管触及企业供应链中各方的交易行为，特别是许多处于发展中国家的供应链企业。在某种程度上这一做法类似于中国的反腐运动。不过道德委员会剔除投资范围的决定使得该机构丧失了施展监管权力的机会，有违其所倡导的反腐新风向。

C. Petrobras 巴西石油¹⁸¹

由于腐败问题的风险以及向巴西政要，包括总统行贿达到 20 亿美元，挪威中央银行在道德委员会的建议下，决定对巴西石油公司¹⁸²做出“观察期”的处理。

这一决定同 2016 年 1 月 7 日对中兴通讯公司做出剔除投资考虑范围决定形成了鲜明的对比。¹⁸³这两起案件处理有助于我们理解挪威主权基金在国际标准下如何实施其内部监管打击腐败。尤其是在怎样的情形下，主权基金会动用股东投票权将问题企业剔除投资

¹⁸⁰ 参见 Backer, Larry Catá, “Governance Without Government: An Overview and Application of Interactions Between Law-State and Governance-Corporate Systems,” in *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization* 87-123 (Günther Handl, Joachim Zekoll, Peer Zumbansen, editors, Leiden, Netherlands & Boston, MA: Martinus Nijhoff, 2012)

¹⁸¹ 参见 First discussed in Larry Catá Backer, *Law at the End of the Day*, available <http://lbackerblog.blogspot.com/2016/02/incoherence-in-corruption-and.html>.

¹⁸² 参见 <http://lbackerblog.blogspot.com/2016/01/should-financial-institutions-have.html>. 参见 “Corruption in Brazil; The big oily: The Petrobras scandal explained,” *The Economist* (30 Dec. 2014), available <https://www.economist.com/news/americas/21637437-petrobras-scandal-explained-big-oily>; Paul Kiernan, “Brazil’s Petrobras Reports Nearly \$17 Billion in Asset and Corruption Charges: State-run oil company writes off \$2.1 billion of alleged bribe payments,” *The Wall Street Journal* (April 22, 2015) available <https://www.wsj.com/articles/brazils-petrobras-reports-nearly-17-billion-impairment-on-assets-corruption-1429744336>.

¹⁸³ 参见本文第二部分讨论

考虑范围。尽管这些决定并未设立清晰的标准，但是可以为发展国际联合反腐提供帮助，并促使发展相关的投资人政策。

巴西石油的案例展示了挪威中央银行道德委员会以及金融机构挪威央行如何通过国际监管制度，例如联合国《工商企业和人权原则》来实施投资人道德准则。至少在经合组织的制度下，跨国企业拥有一定程度上为其客户的反人权行为负有责任。¹⁸⁴挪威主权基金推行的反腐败也属于这一系列国家制度原则的一部分。

不过这些内部行为还未能形成一个连贯的制度。并且更难以认定这些投资决定可以形成一套行为准则。中兴公司和巴西石油公司两者不同的处理结果说明了这一点。道德委员会裁决的一个重要方面即利用国际标准来促使企业打击腐败。¹⁸⁵在裁决中，使用的标准并非巴西的国家法律而是国际软法和原则。在本文中就特别讲到了道德指导原则所形成的监管制度。这里的启示是面对跨国企业，监管者不需要考虑适用法的问题。在建立监管跨国企业的制度时，不需要去担心国家的立法，国际条约或者国际行为准则，判例在打击腐败之间的区别。这里的关键，正如同传统上欧洲人权法院的“裁量余地”原则一样，用于解决共识问题。¹⁸⁶这一做法似乎提供了更多的裁量余地，而对于一国内部的反腐制度似乎提供了更少的裁量余地。

更为重要的是，也许这一做法的目的并非完全消除腐败而是抑制腐败，实现可以接受的交易行为。这一情形将为道德委员会的裁决提供两种策略。第一个强调了形式主义。例如特拉华州的法院判例要求董事会成员负有监督义务。道德委员会强调企业应当设立积极的内部监管制度。这一制度的效用将按照国际惯例来评估而非某一国的法律来评估。第二个强调了如何实施。

¹⁸⁴ 参见 Larry Catá Backer, Should Financial Institutions Have Obligations to Manage the Human Rights Impacts of their Clients?: “Final Statement Friends of the Earth Europe and Friends of the Earth Netherlands/Milieudefensie - Rabobank,” Law at the End of the Day (January 2016), available <http://lcbackerblog.blogspot.com/2016/01/should-financial-institutions-have.html>.

¹⁸⁵ 参见 Council on Ethics, Recommendation to put a company in the Government Pension Fund Global under observation: Petroleo Brasileiro SA, supra.

¹⁸⁶ 参见 Larry Catá Backer, “Inscribing Judicial Preferences into Our Basic Law: The Political Jurisprudence of European Margins of Appreciation As Constitutional Jurisprudence in the U.S.,” 7 Tulsa Comparative & International Law Journal 327-373 (2000), available <http://www.backerinlaw.com/Site/wp-content/uploads/2012/07/7TulsaJCompIntlL3272000-Inscribing-Judicial-Pref..pdf>.

本案体现出了一些关于合规和打击腐败的国际惯例，问题企业展示了全面的腐败风险评估。企业采取了对腐败零容忍的政策。所有的雇员都拥有避免腐败的途径和手段，并且不断发展和改善内部管理来打击腐败。¹⁸⁷

道德委员会并不是寻求彻底消灭腐败而是企业是否愿意配合开发反腐制度，以及企业是否愿意采纳道德委员会的建议。这也是巴西石油和中兴公司两者面临截然不同的处理决定的原因。

但是同样重要的是监管当局的自由裁量权。巴西石油和中兴公司的运营都涉及一些管理薄弱或者腐败易滋生地区。采纳国际通行标准在这一情况下成为企业改善内部管理的特殊手段。例如道德委员会在巴西石油公司处理决定中提到在面临国内国际社会的压力下，在市场和国家的双重促使下，该企业 2013 年反腐制度的革新成效显著。对中兴公司的评估认为缺乏强有力的内部和外部监管制度。巴西石油公司被认为更愿意配合和接受国际反腐制度；中兴企业则与之相反。需要注意的是，两个公司都面临同样的腐败问题，但是两个公司处理腐败的策略是不同的。

不过出人意料的是关于巴西石油和中兴公司处理决定的讨论都没有涉及公司参与内部制度建设在何种程度上可以改善制度管理，从而可以获得观察期的处理决定。道德委员会间接地将观察期作为一种消极处理手段。在观察期内，若情形未能获得改善，委员会则会做出剔除投资考虑范围的处理决定。西门子公司的案例清晰的展现了观察期处理的监管价值。观察期并非只是去观察，观察期为主权基金提供了一个机会去参与企业的内部管理，从而有利于双方达成一致，实现主权基金所提倡的国际商业道德管理。

究竟哪些因素导致了挪威主权基金监管部门对巴西公司做出观察期的处理而对中国公司在做出剔除投资考虑范围的决定。在某种层面上，有人会以为这种不同是基于问题公司是否愿意为打击腐败做出改变。不过这种观点不过是一种偏见。挪威主权基金监管举措展示了投资人同国企之间的关系，投资人利用资本力量来推行投资人的权力。基金作为投资人会认为比起中兴公司，巴西公司更加尊重挪威基金的投资人权利。对于希望从海外融资的中国企业和国企而言，他们必须意识到有的投资人严格坚持某些中国企业并不认同的国际规则和制度。

挪威主权基金监管当局做出不同的处理决定也许是因为问题企业向道德委员会提供信息量不同，或者配合程度不同。巴西石油公司似乎更愿意同道德委员会合作，并提供了更丰富的信息。这些都成为道德委员会决定的充分理由，即问题企业流露出了配合监管当

¹⁸⁷ 参见 Council on Ethics, Recommendation to put a company in the Government Pension Fund Global under observation: Petroleo Brasileiro SA, supra. See also OECD, Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business (2013), available <https://www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf>.

局监管举措的意愿。可是比较西门子公司，可以发现巴西石油公司的配合程度并不高，并且难以令人满意。此处挪威主权基金道德委员可以开发出一套更加完善的制度来评价问题企业的配合程度以处理问题企业触犯道德准则的行为。

C. 以投资人资本力量作为反腐利器的制度发展趋势及其特点

挪威主权基金利用投资人在问题企业中的股权作为其促使问题企业打击腐败的这一做法并不出奇。值得人们关注的是道德委员会同挪威央行之间利用投资人资本权力改善企业内部管理不同职责。如今可以明确的是，道德委员会关注于规则和目标，而挪威央行则关注于实施这些规则和实现这些目标。两者不同的职责并没有质的不同而是共同提升挪威在投资中同时推行其价值观和挪威主权基金的盈利能力。

这一共同之处清楚的反映在反腐领域。道德委员会向公众解释其处理决定的依据，以及公布问题企业违背挪威央行所秉持的投资原则。挪威主权基金的举措可以成为反腐领域的新思路。一方面道德委员会的行为受制于挪威的法律，其建议处理权只有三种：不做出处理，观察期或者剔除投资考虑范围。挪威央行作为挪威主权基金的执行人似乎拥有一种类似于美国公诉人的检察权，通过行使股东权利来推行公共政策。

2016年，道德委员曾两次建议央行做出剔除投资考虑的决定，而央行拒绝了这些建议而决定实施灵活的观察期处理。¹⁸⁸另有两次道德委员会建议央行做出观察期处理而央行最后决定做出剔除投资考虑的决定。¹⁸⁹不过尽管道德委员会意识到观察期处理和剔除投资考虑决定有极为相似的地方，但是道德委员会负责监督观察期而央行负责实施股东权力。

¹⁹⁰

¹⁸⁸ 参见 PetroChina Co Ltd and Leonardo SpA. See, Ethics Council, Recommendation to exclude PetroChina Co Ltd from the GPF (8 Dec. 2016), available <https://nettsteder.regjeringen.no/etikkradet-2017/files/2017/05/PetroChina-Tilr%C3%A5dning-ENG-2016.pdf>; Ethics Council, Recommendation to exclude Leonardo SpA from the GPF (Dec. 2016), available <https://nettsteder.regjeringen.no/etikkradet-2017/files/2017/05/Leonardo-Tilr%C3%A5dning-ENG-2016.pdf>.

¹⁸⁹ 参见 Eni SpA and Saipem SpA. See, Ethics Council, Recommendation to place Eni SpA under observation (20 Dec. 2016), available <https://nettsteder.regjeringen.no/etikkradet-2017/files/2017/05/Eni-Tilr%C3%A5dning-ENG-2016.pdf>; Ethics Council, Recommendation to place Saipem SpA under observation (20 Dec. 2016), available <https://nettsteder.regjeringen.no/etikkradet-2017/files/2017/05/Saipem-Tilr%C3%A5dning-ENG-2016-.pdf>.

¹⁹⁰ 参见 NBIM, Responsibility, “We are an Active Owner,” available <https://www.nbim.no/en/responsibility/> (“我们积极行使股东权利的方式是通过与公司，投资者，监管机构和其他标准制定者进行对话，在股东大会上投票并提交股东提案”)。See also 参

挪威主权基金形成了以道德委员会发展道德投资规范为主的监管之道。道德委员会同央行之间形成了类似于立法者和行政者之间的关系，并受之于这种关系。因此道德委员会的行为缺乏灵活性与自由裁量权。这种半司法行政特征自然的体现在其所做的决定之中。道德委员会契合了挪威的公法文化。另一方面，挪威央行类似于行政机关，其行为体现了灵活性，并契合了私营企业的私法文化。在传统政治与法律制度下，市场经济中的两个机构形成了鲜明的对比。

道德委员会和挪威央行风格迥异的处理方式体现在意大利 Eni SpA 和 Saipem SpA 公司的处理决定之上。¹⁹¹道德委员会建议采取观察期的处理。这一建议既有制度依据也有政治原因。在功能上，观察期的处理和股东权力的行使都有惩罚的效用，但是实质上却涉及到不同的监管方式和政治制度。从监管的角度而言，其后果是不同的。观察期的处理带有政治行为的意味而剔除投资考虑的处理带有市场经济的意味。

四：从各自为政到双剑合力反腐，对中国反腐的启示

那么中国的监管者又能从西方社会中新兴的依靠整合企业内部制度管理来打击商业腐败，特别是跨国商业行贿有何借鉴呢？腐败已经成为国内以及国际社会的难题。这一问题的难点在于如何使得企业供应链中所有的供应商共同努力来避免腐败的侵蚀。为了打击跨国商业腐败，这就需要整合统一的，跨国的反腐战线，以及坚持私人打击腐败的努力。国家反腐举措通过掌握追诉权来追究供应商的腐败行为可能成效较差。但是主权国家可以额外的使用主权投资人的工具，例如挪威主权基金，利用国际反腐标准来打击腐败。反腐既可以通过直接的手段，法律或者间接的手段，例如市场投资行为来向企业施压。

这一策略便可以总结为“双剑反腐”，通过检察官的裁量权来建设强有力的企业合规制度，提升企业的检察工作配合，以及促使国家通过主权投资人的市场力量来向问题企业施压。可是这两股力量各自为政并不统一，无法互补增强反腐力量。主权投资人的市场施压行为可能不如检察官的刑事追诉权更有效力。但是两者之间的互补是有价值的。两者的互补意味着检察官的刑事追诉以及投资人的施压应该集中针对于企业与监管者合作，自愿信息公开，补救措施以及最为重要的，企业的内部制度管理以加强企业的反腐文化建设。

见 Norges Bank, Responsible Investment: Government Pension Fund Global 2016, available <https://www.nbim.no/contentassets/2c3377d07c5a4c4fbd442b345e7cfd67/government-pension-fund-global---responsible-investment-2016.pdf> , pp. 32-68.

¹⁹¹ 参见 Ethics Council, Recommendation to place Eni SpA under observation (20 Dec. 2016), available <https://nettsteder.regjeringen.no/etikkradet-2017/files/2017/05/Eni-Tilr%C3%A5dning-ENG-2016.pdf>.

两者的互补将提供重大的激励，减少腐败的刑事调查以及促使主权投资人通过监督来改善企业的管理，杜绝降低腐败犯罪的可能性。¹⁹²

这一做法对中国具有启示意义。中国拥有强大的检察系统以及主权投资工具。美国司法部的检察官追诉试点以及挪威主权基金的企业信息分享，合作以及事后救济制度都为中国提供了监督腐败经验。这些试验都起到了刑法的功效：惩罚不法行为者，杜绝不法行为的发生。同时这些做法实现了政治和社会目标，改善了企业经营管理。通过合作，这些目标改善了企业同监管者之间的关系。¹⁹³

中国的监管者可以尝试将两种制度结合起来共同打击腐败。这就要求中国的主权基金通过投资人的市场资本权力来保证企业合规制度，监管者企业合作制度以及信息披露制度的建设。同时，监管者需要反腐的新思路，不仅仅针对于恰当的惩罚手段，还应当关注从制度源头上杜绝腐败的源头。这也是发展社会主义特色的刑事侦查合作，从轻处理的追诉制度。这一策略的落脚点在于如何整合政治和经济力量来实质的提升企业管理，从而打击腐败。

中国实施这一策略具有独到的优势。中国的检察系统可以通过主权投资基金的社会信用系统来实施这一策略。通过社会信用制度来加强企业管理早已在西方社会中实施。¹⁹⁴西方社会中的社会信用制度建立在数据获取，专利性算法以及相应的奖惩制度之上，正逐渐成为社会管理的一个重要元素。¹⁹⁵中国的监管者可以将社会信用制度结合检察系统的追诉权，以及主权投资人的市场投资决定。监管者可以要求企业支持建立在信用评级和算法之上的监管举措。企业对信用评级的配合可以成为检察系统在刑事追诉下考察企业配合程

¹⁹² 参见 U.S: Department of Justice, Declinations, available <https://www.justice.gov/criminal-fraud/pilot-program/declinations>; see also Richard L. Cassin, “Hey, Declinations WITHOUT Disgorgement Are Still Popular, too,” in The FCPA Blog (8 Sept. 2017), available <https://www.fcpablog.com/blog/2017/9/8/hey-declinations-without-disgorgement-are-still-popular-too.html>.

¹⁹³ 参见 Andrew Brady Spalding, “Restoring Pre-Existing Compliance Through the FCPA Pilot Program,” 48 University of Toledo Law Review 2017) available <https://ssrn.com/abstract=3029452>.

¹⁹⁴ 参见 EcoVadis, First Annual CSR Performance Index (2017), discussed in Larry Catá Backer, “Social Credit in the West: Non-State Rating Systems for CSR Compliance,” Law at the End of the Day (16 Sept. 2017), available <http://lbackerblog.blogspot.com/2017/09/social-credit-in-west-non-state-rating.html#more>.

¹⁹⁵ 参见 “Credit ratings: how Fitch, Moody’s and S&P rate each country,” DataBlog, The Guradian (2010 and updated), available <https://www.theguardian.com/news/datablog/2010/apr/30/credit-ratings-country-fitch-moodys-standard>.

度的一个因素。而投资人也可以利用此来参考是否进行投资。这样一来可以大大的降低个人滥用信用评级的可能性。例如不同的社会评级标准可以导致不同的追诉策略，以及量刑参考，同时可以降低投资人的投资风险。

当然以上的建议仅是初步观察的结果。每一个建议都需要系统的深入的学习。因此这些建议也可能是不恰当的。但是，可以明确的是西方社会中的经验表明了政策相互配合互补可以实现更加有效的公私合作监管制度以及反腐制度。这也是符合政治领导坚持的法治原则。在新的时代环境下，也许更加适合尝试调整并适应新的习惯和实践。