

司法实践视角下的跨国商业贿赂域外管辖

——兼论我国域外管辖制度的完善

冉 刚*

摘 要：《联合国反腐败公约》《经合组织反贿赂公约》等国际条约都规定缔约方应当合理确立对跨国商业贿赂的域外管辖权。跨国商业贿赂域外管辖主要源于国际法上的属地管辖、属人管辖、保护管辖原则，管辖模式包括有限域外管辖和综合域外管辖。随着各国纷纷扩大管辖权，域外管辖往往造成管辖权冲突，这就需要加强自我限制和国际协调。我国作为负责任的全球经贸大国，应当在国际法基础上制定具体可行的管辖规则，进一步完善跨国商业贿赂域外管辖制度。

关键词：跨国商业贿赂 域外管辖模式 法律依据 国际协调 工作建议

引 言

跨国商业贿赂是国际商业活动的伴生物，不仅会导致涉案公司合同被取消、资产被没收，而且损害全球市场秩序和国际贸易环境，影响国家政治形象和双边外交关系。据世界银行评估，全球每年商业贿赂金额约为1万亿美元，69个国家的3600多家跨国企业有近40%存在商业贿赂行为。^①随着跨国商业贿赂愈演愈烈，美国于1977年首次制定《美国反海外腐败法》，开创了立法治理跨国商业贿赂的先河。20世纪90年代以来，联合国、经济合作与发展组织、美洲国家组织、欧洲委员会、非洲联盟等国际组织以及英国、德国、法国、加拿大、俄罗斯、巴西等国家纷纷加强反跨国商业贿赂立法，探索扩大域外管辖的路径和方法。

跨国商业贿赂行为涉及不同国家的行为主体和适用法律。司法实践中，许多国家的大部分被制裁对象都是外国实体和外国人。据美国斯坦福大学法学院统计，1979年以来，美国执法部门对违反《美国反海外腐败法》案件的平均调查时间长达38个月，个人被判处的刑期平均为27个月，66%的被调查对象为外国企业。^②本文首先围绕反跨国商业贿赂司法实践，分析域外管辖的历史脉络、国际法依据和主要目的。其次，从跨国商业贿赂域外管辖的扩张、限缩、协调三个维度，考察

* 二十国集团反腐败追逃追赃研究中心研究员，法学博士。

① 黄风、赵卿：《跨国商业贿赂治理机制若干问题探析》，载《中共浙江省委党校学报》2017年第5期，第114—142页。

② Stanford Law School, “*Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse*”, <http://fcpa.stanford.edu/statistics-keys.html> (last visited May 22, 2020).

司法实践中的国际主流模式和方法，阐释域外管辖的内在逻辑和影响因素。最后，基于我国对《联合国反腐败公约》的履约义务和现实国情，对完善我国的跨国商业贿赂域外管辖制度提出建议。

一 跨国商业贿赂域外管辖的背景与基础

域外管辖指将法律适用范围、司法管辖范围和执法管辖范围扩展至领土的实体疆界以外，包括域外立法管辖、司法管辖和执法管辖。^①管辖权基于国家主权，一国在其领域内的管辖权是排他的和绝对的，所以域外管辖在理论上一般只有经过他国允许才能行使。^②但在全球化时代，国际经济利益的扩展导致经贸大国越来越重视海外利益，从而不断扩大其域外管辖范围。

（一）跨国商业贿赂域外管辖的历史演进

1976年以前，各国立法禁止向本国公职人员行贿，但不禁止本国企业向外国官员行贿，甚至认为跨国商业贿赂能够促进本国对外经济活动的开展。随着世界政治经济形势的发展，跨国商业贿赂的负面作用逐渐显现出来。^③

1972年至1976年，美国洛克希德公司对日本首相和荷兰女王的丈夫进行贿赂的事件发生后，当地民众借此攻击美国和本国政府，认为美国公司的腐败行为“污染”了当地政治。为了改善国家形象，促进国际商业业务，美国于1977年制定了《美国反海外腐败法》，成为第一个立法禁止跨国商业贿赂的国家，最初的管辖权被限制为美国发行人、美国国内企业以及美国公民和居民。美国众议院最初提出“将管辖权延伸至驻地不在美国的美国境外子公司”，但考虑到管辖权、执法和外交上的困难，美国国会立法时放弃了这一规定。^④1978年，美国佩吉航空公司和凯蒂工业公司因海外行贿行为，被美国证券交易委员会颁布禁止令，成为首批因跨国商业贿赂行为受到法律制裁的跨国企业。^⑤在美国早期司法实践中，被处罚的个人基本都限于涉案美国公司的董事长、副董事长、董事等高级管理人员，普通员工仅仅根据管理层指示向外国官员提供“礼物”的行为不属于“腐败”行为。^⑥在美国诉国际收割机公司案件中，美国法院认为，公司员工受处罚的前提是公司被定罪且实质性违反《美国反海外腐败法》，由于国际收割机公司仅因共谋行为被判处1万美元罚金，公司副总裁麦克莱恩不应当被起诉。^⑦

① 李庆明：《论美国域外管辖：概念、实践及中国因应》，载《国际法研究》2019年第3期，第4页。

② 周鲠生：《国际法》，商务印书馆1981年版，第229页。

③ 美国众议院在《1977年公司非法支付法案》中关于“立法必要性”的阐述，全面、深入地说明了跨国商业贿赂对美国的危害，指出“超过400家公司承认曾进行过可疑或非法支付。这些公司包括一些美国最大和被最广泛持有的上市公司，其中超过117家位列世界500强”。The U. S. House of Representatives, *Unlawful Corporate Payments Act of 1977*, Report No. 95-640, September 28, 1977.

④ H. R. Rep. No. 95-831, at 14 (1997), 转引自刘宵仑、赵金萍编译：《美国反海外贿赂行为法》，中国财政经济出版社2006年版，第9页。

⑤ *SEC v. Page Airways, Inc.*, Gerald G. Wilmot, Douglas W. Juston, Ross C. Chapin, James P. Lawler, T. Richard Olnev (D. D. C., Civil Action No. 78-0645, commenced Apr. 12, 1978); *SEC v. Katv Industries, Inc. et al.* N. D. III. (Civil Action No. 78c-3476), commenced Aug. 30, 1978, Lit Rel. No. 8519).

⑥ *U. S. v. Liebo*, 923 F.2d 1308 (8th Cir. 1991).

⑦ *U. S. v. McLean*, 738 F.2d 655 (5th Cir. 1984), cert. denied, 470 U.S. 1050 (1985); *McLean v. International Harvester Co.*, 817 F.2d 1214 (5th Cir. 1987).

1988年,为缩小管辖范围,美国首次修订《美国反海外腐败法》,规定发行人有权以尽到善意监管义务为由,对其持股50%以下的国内外子公司相关会计违法行为免除责任,相关支付行为符合当地成文法时也不予处罚,同时要求美国总统就打击跨国商业贿赂行为与经合组织成员国谈判达成协议。1977年至1997年,因违反《美国反海外腐败法》被处罚的公司以美国公司为主,公司罚金为1万美元至345万美元。在这些案件中,贿赂金额从1.6万美元快速上升至990万美元,贿赂款大多被支付给指定的第三国银行账户,有的贿赂金额甚至高达总交易额的40%,美国随之加大了域外管辖力度。^①1996年,意大利蒙特爱迪生集团前高管因贿赂意大利官员,被意大利法院判处刑罚。该贿赂行为完全发生在美国境外,但由于蒙特爱迪生集团在美国上市,美国证券交易委员会指控蒙特爱迪生集团违反《美国反海外腐败法》,最后以蒙特爱迪生集团向美国证券交易委员会支付30万美元民事罚金结案。^②

经济合作与发展组织于1997年制定《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》^③(简称“《经合组织反贿赂公约》”)后,1998年,美国再次修订《美国反海外腐败法》,主要从三个方面扩展域外管辖权:一是将在美国境内实施促进海外贿赂行为的外国人纳入管辖范围;二是将美国公民和实体完全在美国境外实施的促进跨国商业贿赂行为纳入管辖范围;三是确立对美国公司的外国雇员或外国代理人的刑事管辖权。此后,美国对越来越多的外国人和外国实体实施管辖。据统计,截至2020年9月,美国处罚的前10大海外腐败案件均发生于2008年以后,除一家企业为美国公司外,其他9家非美国企业被处罚罚金120.86亿美元,这些企业来自于俄罗斯、巴西、法国、德国、瑞典、荷兰、英国,被处罚的主要原因是其境外子公司在美国领域以外地区贿赂非美国官员。^④

英国与美国、德国一样,很长一段时间内都对跨国商业贿赂十分宽容,管辖上也以属地管辖为主,重点惩治境内违法行为。1889年《英国反公共机构腐败行为法》和1906年《英国防止腐败法》都没有提及域外管辖问题。2001年《英国反恐怖、犯罪和安全法案》首次规定,英国可以对英国法人、国民在境外实施的腐败犯罪行为行使管辖权。2010年《英国反贿赂法》进一步扩大了域外管辖范围,不仅创设了商业机构预防贿赂失职罪,还规定了比美国更宽泛的域外管辖范围。对于发生在英国境外的贿赂行为,如果行为人在实施时与英国有密切联系,且相同行为在

① Danforth Newcomb, “The Foreign Corruption Practices Act of 1977 (as of January 31, 2002)”, <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/12/03/response2-appx-a.pdf> (last visited May 12, 2020).

② SEC v. Montedison, S. p. a., Civil Action No. 1: 96CV02631 (RWR) (D. D. C.), Litigation Release No. 16948, March 30, 2001.

③ 截至2020年5月,《经合组织反贿赂公约》共有44个缔约国,包括经合组织36个成员国以及俄罗斯、南非、巴西、阿根廷、保加利亚、哥伦比亚、哥斯达黎加、秘鲁等8个非成员国,基本覆盖除我国以外的所有出口大国。OECD, “Discover the OECD—Together We Create Better Policies for Better Lives”, <http://www.oecd.org/general/Key-information-about-the-OECD.pdf> (last visited September 27, 2020).

④ 根据美国司法部和证券交易委员会网站发布的公告,1977年至2020年9月,在美国调查的涉及海外腐败案件中,按照处罚金额,美国前10大反海外腐败案件依次为:1. 空客公司39亿美元(2020年);2. 巴西石油公司17.8亿美元(2018年);3. 瑞典爱立信公司10.6亿美元(2019年);4. 瑞典电信公司(Telia)9.65亿美元(2017年);5. 俄罗斯移动通信公司(MTS)8.5亿美元(2019年);6. 德国西门子公司8亿美元(2008年);7. 荷兰维佩尔通讯公司(VimpelCom)7.95亿美元(2016年);8. 法国阿尔斯通公司7.72亿美元(2014年);9. 法国兴业银行5.85亿美元(2018年);10. 美国KBR/哈里伯顿公司5.79亿美元(2009年)。U. S. Department of Justice, “Enforcement Actions”, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/enforcement-actions>; U. S. Securities and Exchange Commission, “SEC Enforcement Actions: FCPA Cases”, <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml> (last visited September 30, 2020).

英国境内也构成对外国公职人员行贿罪的，英国就有管辖权。^① 对于商业机构预防贿赂失职罪，在英国开展全部或部分业务的外国机构，都应当就其董事、高级管理人员、职员以及国内外分支机构、子公司、代理商、分销商的贿赂行为承担预防贿赂责任，否则将被追究刑事责任。2016年2月，伟历信集团为获得160万英镑合同，通过其阿联酋子公司行贿68万英镑，被处以罚金225万英镑，这是英国首例针对跨国商业贿赂行为作出的预防贿赂失职罪判决。^②

在国际法层面，1996年，美洲地区国家签署《美洲国家组织反腐败公约》，这是国际反腐败条约中首次规定治理跨国商业贿赂条款。1997年12月，在美国推动下，经合组织29个成员国和5个非成员国缔结的《经合组织反贿赂公约》是第一个旨在专门打击跨国商业贿赂行为的国际条约。《经合组织反贿赂公约》以宽泛的属地管辖和属人管辖为主，要求缔约方将管辖范围延伸至在境外的所有本国人以及仅有部分行为发生在本国境内的跨国商业贿赂行为。联合国于1996年、1997年和1998年相继通过《联合国反对国际商事交易中的贪污贿赂行为宣言》《联合国关于打击国际商事交易中贪污贿赂的宣言》和《联合国关于通过国际合作打击国际商事交易中贪污贿赂行为的决议》。2003年，联合国大会通过《联合国反腐败公约》，这是联合国历史上第一个用于指导包括打击跨国商业贿赂在内的国际反腐败公约。与《经合组织反贿赂公约》不同，《联合国反腐败公约》不再要求行贿目的是“为了获取或维持业务”。此外，1999年《欧洲委员会反腐败刑法公约》和《欧洲委员会反腐败民法公约》以及2003年《非洲联盟预防和打击腐败公约》均把跨国商业贿赂作为重要治理对象。

（二）跨国商业贿赂域外管辖的国际法依据

跨国商业贿赂的域外管辖源于属地管辖、属人管辖和保护管辖。属地管辖可细分为主观属地管辖、客观属地管辖和效果原则，即以领土为范围，以犯罪行为地、犯罪结果地、犯罪效果地作为确立管辖权的连接点。属地管辖是最古老也最无可争议的一项管辖原则。^③ 属人管辖是指一国有权对其公民和实体进行管辖，无论其位于本国领域内还是本国领域外。属人管辖主要是指积极属人管辖，即一个主权国家有权以本国法律约束本国公民和实体。^④ 保护管辖是指为保护本国利益，凡侵犯本国国家或公民利益的，不论犯罪行为人是否本国公民还是外国人，也不论犯罪地在本国领域内还是领域外，都受本国法律管辖。其中，因侵犯本国国家利益而适用本国刑法的，称为国家保护主义；因侵犯本国公民权益而适用本国刑法的，称为国民保护主义或消极的属人管辖原则。例如，《荷兰刑法典》规定，包括外国人在内的任何人在国外贿赂荷兰官员，如果该贿赂行为在外国犯罪地也可以被科处刑罚，则应当适用荷兰刑法。

《联合国反腐败公约》规定了属地管辖、属人管辖和保护管辖原则。根据该公约第42条，缔约国对腐败犯罪确立管辖权的情形有4种，包括：犯罪发生在本国领域内，犯罪由本国国民或居住在本国的无国籍人实施，犯罪针对本国国民，犯罪针对本国。其中，属地管辖是缔约国的义

① 王君祥编译：《英国反贿赂法》，中国方正出版社2014年版，第9页。

② SFO, “Sweett Group PLC sentenced and ordered to pay £ 2.25 million after Bribery Act conviction, February”, February 19, 2016, <https://www.sfo.gov.uk/2016/02/19/sweett-group-plc-sentenced-and-ordered-to-pay-2-3-million-after-bribery-act-conviction/> (last visited April 3, 2020).

③ 陈光中：《联合国打击跨国组织犯罪公约和反腐败程序问题研究》，中国政法大学出版社2007年版，第84页。

④ Ian Brownie, Q. C., *Principles of Public International Law* (New York: Oxford University Press, U. S. A), 2008, p. 303.

务，缔约国“应当”确立管辖权，而属人管辖和保护管辖是缔约国“可以”确立管辖权的依据。

《经合组织反贿赂公约》采纳属地管辖和属人管辖原则。第4条规定，缔约方应当对犯罪行为部分或全部发生在本国领域内的跨国商业贿赂行为，以及本国公民在外国实施跨国商业贿赂犯罪的行为，确立管辖权。可以看出，《经合组织反贿赂公约》规定的属地管辖原则采纳了部分行为理论，认为如果某犯罪行为的其中一环发生在一国领域范围内，该国就有权对整个犯罪行为进行域外管辖，这为美国、英国等国大幅度扩张域外管辖提供了国际法依据。

在区域性反腐败公约层面，《美洲国家组织反腐败公约》第5条规定缔约国应当对本国境内的犯罪和本国人实施的犯罪确立管辖权。《欧洲委员会反腐败刑法公约》的管辖原则与《经合组织反贿赂公约》类似，其第17条要求缔约国对部分或全部行为发生在本国领土内以及本国人实施的犯罪行为确立管辖权。《非洲联盟预防和打击腐败公约》采用了最宽泛的管辖规则，其第13条规定缔约国可以实施属地管辖、属人管辖、保护管辖，同时不排除缔约国根据国内法行使管辖权，列出的具体管辖情形包括：全部或部分违法行为发生在本国境内，本国人或在本国有居所的人实施的犯罪，外国犯罪影响到本国重大利益或对本国造成损害性后果。

（三）跨国商业贿赂域外管辖的主要目标

1. 体现公平性，保障公平竞争的國際经贸秩序

跨国商业贿赂本质上是商业领域的不正当竞争行为。跨国商业贿赂行为一旦普遍化，将严重破坏信用体系，提高交易成本，间接地损害民众对市场经济和自由贸易的支持和拥护，进而导致市场经济和国际贸易的无序、混乱。2014年，经合组织汇总分析17个成员国自《经合组织反贿赂公约》1999年生效以来的427起跨国商业贿赂案件后发现，跨国商业贿赂案件以大型跨国企业为主，公司管理层大多知晓行贿行为，行贿金额平均占所涉交易总额的10.9%、利润的34.5%，平均每次行贿金额高达1380万美元，平均罚金为犯罪收益的1—2倍。^①《经合组织反贿赂公约》指出，行贿行为已成为国际商业交易活动中的普遍形象，破坏了经济发展和政府治理，扭曲了国际竞争。《联合国反腐败公约》虽然未直接提及维护市场经济秩序，但在内容上贯彻了维护全球市场经济秩序的基本理念，指出腐败已经不再是局部问题，而是一种影响所有社会和经济的跨国现象。美国把跨国商业贿赂问题视为国际贸易问题，《美国反海外腐败法》1988年修正案、1998年修正案的标题分别为《美国全面贸易与竞争法》和《美国国际反贿赂与公平竞争法》。

2. 体现正义性，维护清正廉洁的国际政治环境

在国际商业活动中，实施行贿行为的往往是大型跨国企业。这些企业游说议价能力强，其贿赂行为很可能导致当地政府把原本用于饮水、医疗卫生、交通、住房等国计民生的资金挪用于其他利润丰厚的项目，从而损坏自由贸易，加剧贫困。更为严重的是，贿赂行为为了特定少数人利益，损害的却是整个国家和民众的利益，这必然会影响公共权力的正当行使，增强民众的被背叛感和被剥夺感，极大地削弱政府公信力，危及政治体制的廉洁性。对此，《联合国反腐败公约》指出，腐败破坏民主体制以及价值观、道德观、社会正义，危害全人类可持续发展和法治。《经合组织反贿赂公约》强调，行贿行为引起了道德和政治方面的严重忧虑，所有国家都在国际商业交易

^① OECD, *Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials* (Paris: OECD Publishing), 2014, p. 8–12, <https://doi.org/10.1787/9789264226616-en> (last visited March 15, 2020).

活动中负有反贿赂责任。

3. 体现合理性，有效维护国家利益

尽管《经合组织反贿赂公约》第5条规定，调查起诉跨国商业贿赂行为时，不应受到本国经济利益影响，但各国普遍立法确认跨国商业贿赂的域外管辖应当符合国家利益或公共利益。从实践看，跨国商业贿赂是经济贸易问题，但更深层次的是政治和外交问题，因为贿赂丑闻将对涉案公司母国的营商环境、制度吸引力、价值观认同感和软实力产生重大影响。在国际法基础上，合理扩大跨国商业贿赂域外管辖范围，有利于主动抢占道义制高点和法律制高点，维护本国利益和国际经贸秩序。

二 跨国商业贿赂域外管辖的扩张与限缩

行使域外管辖权，既要确保境内外当事人得到平等保护，维护本国政治、经济、外交、社会利益，又要尊重他国司法主权，对域外管辖进行严格限制。随着跨国商业活动的日益频繁，属地管辖不再是国际法上的绝对原则。从立法和司法实践看，跨国商业贿赂域外管辖的影响因素包括相关国际条约的约束、本国法律传统、历史文化、司法资源和法益保护目标等。

（一）有限域外管辖模式——以德国和加拿大为例

跨国商业贿赂的有限域外管辖分为以属人管辖为主和以属地管辖为主。德国尚未建立法人刑事责任制度，认为法人是由自然人运营的，自身没有独立的主观意识，只能因自然人行为引发刑事责任。因此，德国实行以属人管辖为主的域外管辖规则，以追究自然人责任间接地追究法人责任。加拿大实行以属地管辖为主的域外管辖制度，一般要求跨国商业贿赂行为与加拿大具有真实和实质性联系，外国人完全在境外发生的行为不受《加拿大反贿赂外国公共官员法》管辖。

1. 以属人管辖为主、其他管辖为辅的德国模式

2015年，德国制定新的反腐败法律，原来的《德国打击跨国贿赂法》条款被整体并入到《德国刑法》中。德国的跨国商业贿赂域外管辖以对人管辖为主，管辖对象包括：德国领域内的德国人或外国人；德国领域外的德国人；任何人在任何地方贿赂的官员为德国人。1999年至2018年，在结案的67件跨国商业贿赂案件中，德国对328名个人予以惩处，但只有18家企业被追究法律责任。^①

德国建立以属人管辖为主的域外管辖规则，本质上是因为德国尚未建立法人独立承担刑事责任的法律责任制度，法人承担的是跨国商业贿赂行政责任。实践中，法人在相关自然人未被定罪情况下依然可能承担法律责任，即自然人和法人有可能受处罚的事实是相同的，但法律后果可能并不一样。在西门子公司跨国商业贿赂案件中，德国对西门子的处罚理由是行贿行为，而对相关自然人处罚理由是建立行贿基金和从事行贿行为，属于滥用职权，违背对公司的信义义务。^②

^① OECD Working Group on Bribery, *Phase 4 Report on of Implementing the OECD Anti-bribery Convention in Germany*, June 2018, p. 66.

^② *Decision of the Munich I Public Prosecution Office of 15 December 2008 pursuant to Section 130 and 30 OWiG-Against Siemens-Fine 395 million*, cited from OECD Working Group on Bribery, *Phase 4 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in Germany*, 2018, pp. 22 - 23.

根据《德国违反秩序法》第30条，代表法人的自然人发生行贿行为后，检察机关需要证明法人违反了监管义务，或者法人从中获利或应当已经从中获利。根据《德国违反秩序法》第30条和第130条，如果公司管理层未能忠实履行监管义务，导致发生贿赂行为，公司将因为未履行监管义务承担法律责任。在此情况下，公司不是为自身行为承担法律责任，而是为相关管理层或自然人故意或过失地违反监管义务承担责任。在公司高管存在监管过失情况下，公司雇员的刑事犯罪行为将可能导致公司承担行政责任。2009年，德国著名机械和汽车制造商曼恩集团旗下的商用车公司因为多次发生行贿行为，履行监管职责不力，被处以行政处罚款7530万欧元，原因是德国检察机关认定曼恩商用车公司合规制度不足以预防潜在行贿行为。^① 值得关注的是，在德国，存在监管过失的公司将会为其子公司、代理商等第三方贿赂行为承担法律责任。2016年，德国联邦铁路公司被德国法院判处200万欧元罚款，原因是其物流供应商在通关过程中向俄罗斯海关官员行贿170万欧元。^②

2. 以附条件属地管辖为主、属人管辖为辅的加拿大模式

早在1999年，加拿大就制定了《加拿大反贿赂外国公共官员法》。加拿大除对境外加拿大人和永久居民违法行为有管辖权外，还对部分行为发生在加拿大的跨国商业贿赂行为享有管辖权，前提是该行为必须与加拿大具有真实和实质性联系。根据判例，为避免违反礼让原则，犯罪行为与加拿大必须具有“真实和实质性的联系”。^③ 在纳齐尔·卡利加行贿案件中，为获得合同，加拿大公民卡利加与其所在公司共谋贿赂印度航空公司的招标负责人，但没有任何证据表明印度官员收受了贿赂款，该合同最后也没有被授予给卡利加所在公司。由于事发时加拿大尚未立法确立对境外公民跨国商业贿赂行为的管辖权，根据法不溯及既往原则，卡利加辩称，共谋向印度官员行贿时他正在印度，加拿大对该犯罪行为没有属地管辖权，况且贿赂在印度是司空见惯的事情。2017年6月，加拿大安大略省上诉法院作出判决，认为《加拿大反贿赂外国公共官员法》是根据国际公约制定的，根据国际公约要求，理应对向外国公共官员允诺行贿的行为进行惩处。关于真实和实质性联系的认定标准，法院认为，卡利加是加拿大公民，代表的是加拿大公司，这就与加拿大构成真实和实质性联系，从而加拿大法院享有管辖权。最终，卡利加被判处3年监禁，成为《加拿大反贿赂外国公共官员法》生效以来首名被判刑的个人。^④

关于附条件的属人管辖。2013年，《加拿大反贿赂外国公共官员法》进行修订，将为贿赂外国公共官员目的的虚假会计记录、销毁账簿或虚增支出行为规定为刑事犯罪，加拿大公司、公民在境外的跨国商业贿赂行为和虚假登记账簿行为将被视为在加拿大境内的违法行为，受加拿大管辖，但加拿大行使属人管辖权的前提是符合“一事不再理”原则。换言之，如果该行为人在加拿大领域外已经被处以刑罚，加拿大将不再因相同行为追究其刑事责任。

关于对外国人境外违法行为的管辖。根据加拿大以往判例，违反《加拿大反贿赂外国公共官员法》的外国人如果从未到过加拿大，且该外国人的违法行为完全发生在加拿大领域外，加拿大法院将不会行使管辖权。但一旦该外国人抵达加拿大，将可以被起诉。在加拿大三万灵集团

① OECD Working Group on Bribery, *Phase 4 Report of Implementing the OECD Anti-bribery Convention in Germany*, June 2018, p. 24.

② *ibid*, pp. 132 – 135.

③ *R. v. Libman* [1985] 2 S. C. R. 178.

④ *R. v. Karigar*, 2017 ONCA 576 (appeal of conviction).

贿赂孟加拉国前内政部长阿布·哈桑·乔杜里案件中，加拿大安大略省高等法院认为，乔杜里从来不是加拿大公民或居民，从未到过加拿大，也没证据表明他将前往加拿大，且他本人的违法行为没有发生在加拿大境内。由于大部分贿赂行为和证据位于加拿大，该案件与加拿大具有真实和实质性联系，加拿大行使管辖权具有正当利益，但对犯罪行为有管辖权不等于对所有犯罪行为人都拥有管辖权，除非乔杜里前往加拿大或孟加拉国将其引渡至加拿大。^①

（二）综合域外管辖模式——以美国为例

美国对跨国商业贿赂行为的域外管辖范围较广，特别是对属地管辖和属人管辖均作宽泛解释。理论上，任何美国人、美国实体、美国发行人以及相关雇员在任何地点的跨国商业贿赂行为都属于美国管辖范围。任何人从事或共谋、协助从事在美国境内的促进跨国商业贿赂行为都会受到《美国反海外腐败法》管辖，即使该人没有与美国发生任何物理接触。本世纪以来，美国执法部门持续扩大域外执法管辖范围，企图将仅仅使用美国邮件系统或通过美国银行转账等与美国联系微弱行为纳入管辖范围，但这种宽泛解释越来越受到美国法院的挑战。

1. 美国的域外管辖规定

《美国反海外腐败法》域外管辖原则主要体现为属人管辖、属地管辖、效果原则和单一经济体原则。

关于属人管辖。根据《美国反海外腐败法》，管辖对象包括美国发行人和国内主体，所有美国发行人、美国人、美国实体的行为都被纳入了美国管辖范围。实践中，任何在美国全国性证券交易所上市的公司，以及在美国证券市场场外交易且被美国证券交易委员会要求定期提交报告的公司，都属于证券发行人。在2008年法国阿尔卡特公司贿赂案件中，在哥斯达黎加行贿的阿尔卡特公司法国籍高管克里斯蒂安·萨普斯奇安被判处30个月监禁，美国的主要管辖依据是阿尔卡特公司在美国有存托凭证以及汇出贿赂款的银行账户位于纽约。^② 美国国内主体可以是美国人或美国实体。第一类是美国公民、国民或永久居民。第二类是主要营业地在美国或根据美国法律设立的公司、合伙企业、协会、股份公司、商业信托、团体组织、非法人组织。对于外国实体，不论其组织形式、母国所在地如何，只要其主营业地位于美国，该外国实体就属于《美国反海外腐败法》所规定的美国国内主体。在美国诉迈德案件中，1999年，仕宝有限公司首席执行官戴维·迈德因授权一名下属向巴拿马矿业资源部部长行贿5万美元，被美国法院判处4个月监禁，这是非美国人被指控违反《美国反海外腐败法》的第一起刑事案件，美国的管辖依据包括英国人迈德持有美国绿卡，仕宝有限公司的母公司总部虽位于荷兰，但仕宝有限公司依据美国法律注册成立。^③

关于属地管辖。根据《美国反海外腐败法》，除美国发行人和国内主体以外的其他人或主体，如果在美国领域范围内，或者使用美国邮件系统或州际商务手段促进贿赂行为，就应当适用该法。州际商务是指美国不同州之间以及州与外国或境外之间的贸易、商业、交通或通讯，包括跨州使用通讯或其他设施。例如，向美国或通过美国打电话、发短信、传真、向美国银行转账或

① *Chowdhury v. H. M. Q.* 2014 ONSC 2635.

② *United States v. Christian Sapsizian*, USDC FLSD 245B (Rev. 12/03).

③ *United States v. David H. Mead and Frerik Plummers*, (Cr. 98-240-01) D. N. J., Trenton Div. 1998.

使用美国银行系统、跨州旅行、进出美国等都属于州际商务。美国司法部在其《刑事指南》中对“领域”进行扩大解释,认为如果外国实体、外国人教唆其代理人、雇员,或者与他人共谋在美国境内从事违法行为,美国就能对该外国实体或者外国人确立管辖权。在2002年美国诉巴苏案件中,印度人拉门德拉·巴苏被指控在位于美国境内的世界银行担任雇员期间,协助他人通过一家瑞典咨询公司向负责世界银行融资项目的肯尼亚政府官员和世界银行项目经理支付贿赂款,该5万美元贿赂款被支付给在英国开立的银行账户。美国司法部认为,巴苏于1999年1月通过邮件将该肯尼亚收款账户从华盛顿特区发送给瑞典咨询公司,巴苏承认发送电子邮件时知悉该账户将被用于转移贿赂款,因此,美国根据属地管辖原则行使管辖权。除被要求返还12.7万美元不当所得外,2008年巴苏还被美国法院判处15个月监禁。^①

关于效果原则。对于在美国领域外发生的跨国商业贿赂行为,即使非美国人或者非美国实体所为,但只要会对美国商业利益产生可预见的实质性影响,美国法院就可以行使管辖权。《美国多德·弗兰克法》第929(P)条规定,美国证券交易委员会对以下两类案件享有管辖权:一是证券交易行为虽然发生在美国境外且从事交易的是外国投资者,但构成违法行为的关键行为发生在美国领域内;二是虽发生在美国境外,但对美国境内造成了可预见的实质性效果的违法行为。

关于单一经济体原则。美国实施《美国反海外腐败法》域外管辖时,重点考察母公司对子公司的控制方式、程度及其内控效果,关键判断标准是母公司是否知道或应当知道境外子公司的腐败性支付行为。“知道”不仅指实际知道相当大程度会发生,也包括“有意识地忽视”“有意无视”或“故意忽略”。母公司为免于为境外子公司承担法律责任,必须证明其境外子公司独自实施了违法行为,且母公司已尽到监管义务。在伯乐生命医学产品公司贿赂案件中,美国证券交易委员会认定,为向俄罗斯推销价值3860万美元的产品,伯乐生命医学产品公司的子公司向第三方支付460万美元佣金的行为违反了《美国反海外腐败法》。美国证券交易委员会根据以下事实,认定伯乐生命医学产品公司对子公司的监管出现了疏忽,包括:该第三方并不位于俄罗斯;该第三方没有履行合同的资源和能力;其子公司向拉脱维亚和立陶宛的银行支付过高的佣金,占比高达交易总额的15%—30%;该第三方服务对公司开展业务而言不是必需的。^②值得注意的是,如果美国发行人授权、指示、参与、知悉、蓄意漠视境外子公司的腐败性支付行为,并将境外子公司虚假会计记录一并纳入发行人(母公司)的财务合并报表,则该境外子公司将与美国发行人(母公司)视为一个整体,从而使美国发行人为其境外子公司行为承担法律责任。但如果发行人持有境外子公司50%或更少的投票权,不拥有对境外子公司的控制权,且能证明已尽最大善意对境外子公司遵守会计与内部控制条款施加影响,该发行人可以被认为遵守了《美国反海外腐败法》,从而不需要为其境外子公司承担法律责任。

2. 美国域外管辖的法律限制

近年来,美国急剧扩张其反海外腐败法的域外管辖范围,与英国、德国等许多国家都产生了管辖权冲突。例如,英国法院曾否认英国母公司应为境外子公司违法行为承担责任,拒绝承认美国针对英国母公司的判决。^③

^① *United States v. Basu, D. D. C.*, Docket No. 02 - CR - 475 - RWR (Rev. DC 12/15/05).

^② *Bio-Rad Labs., Inc.*, Admin. Proc. File No. 3 - 16231 (Nov. 3, 2014) and Press Release, DOJ, *Bio-Rad Laboratories Resolves Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agrees to Pay MYM14.35 Million Penalty*, Nov. 3, 2014.

^③ 张利民:《国际民诉中禁诉令的运用及我国禁诉令制度的构建》,载《法学》2007年第3期,第122—130页。

司法实践中,美国法院行使域外管辖权时往往首先援引美国成文法中的域外管辖条款。如果美国法律没有具体的域外管辖规定时,美国法院如行使管辖权,应当综合考虑各种因素,包括:美国境内和境外主体是否受到同样的法律约束;是否影响到《美国宪法》保护的基本人权;案件与美国的关联程度;美国法院是否方便审理该案;外国政府对美国行使管辖权的态度;美国政府对法院行使管辖权的态度。^① 根据国际鞋业公司诉华盛顿案件的判决,为符合《美国宪法》正当程序要求,被告不在美国境内时,美国法院行使管辖权的前提是该案必须与美国有最低限度的联系,相关管辖具有合理性,且满足公平审判、实质正义等基本要求。^②

关于最低限度联系标准,指被告与美国有满足正当程序要求所必需的最低限度联系。在2016年美国证券交易委员会诉斯特劳博案件中,匈牙利电信公司3名主管向马其顿政府官员行贿并作出虚假会计记录,匈牙利电信公司向审计人员提交了公司首席执行官签字确认的虚假陈述文件,包含该虚假陈述文件内容的审计报告被提交给美国证券交易委员会。美国纽约南区联邦法院认为,根据2002年《美国萨班斯·奥克斯利法案》,美国发行人的首席执行官、首席财务官等公司主要管理人员应当每个季度证明其公司财务报告的完整性并对此负责,被告故意利用美国证券交易掩盖其违法行为,所以美国法院拥有管辖权。^③

关于合理性原则。美国司法实践中,合理性原则有两个基本判断尺度:一是行使管辖权的本国利益大于外国利益;二是行使管辖权不会不合理地损害其他国家的利益。2013年,在美国证券交易委员会诉沙里夫案件中,西门子集团阿根廷公司前高管乌列·沙里夫被指控鼓励他人贿赂阿根廷政府官员并伪造财务报表,但他本人并没有参与或授权他人进行行贿和财务报表造假行为。美国纽约南区联邦法院认为,被告沙里夫作为德国人,与美国的联系太微弱,即使满足最低限度联系标准,考虑到沙里夫年龄太大、距离美国太远、英语能力欠缺以及美国法院审理该案的利益很小,对其进行司法管辖也是不合理的。^④

值得注意的是,外国主体违反《美国反海外腐败法》的同时往往也违反美国反洗钱相关法律,而2011年“9·11”事件后美国反洗钱法律的域外管辖范围变得更为宽泛。在美国诉霍金斯案件中,英国人霍金斯为法国阿尔斯通集团工作,曾与阿尔斯通美国公司员工沟通贿赂印尼官员,但发生贿赂行为期间从未去过美国。2018年和2020年,美国第二巡回法院和康涅狄格联邦地区法院分别裁定霍金斯不属于《美国反海外腐败法》管辖的主体,但认定霍金斯属于美国反洗钱相关法律的域外管辖对象,其在美国境外协助美国公司支付贿赂款行为构成了洗钱罪。^⑤

三 跨国商业贿赂域外管辖的冲突与协调

跨国商业贿赂行为往往涉及到不同国家的母公司以及境外子公司、代理人、经销商等。这些

① Tonya L. Putnam, *Courts Without Borders: Law, Politics and U. S. Extraterritoriality* (New York: Cambridge University Press), 2016, p. 31 - 45.

② *International Shoe v. Washington*, 326 U. S. 310, 316 (1945).

③ *SEC v. Straub*, 921 F. Supp. 2d 244, 249 (S. D. N. Y. 2013).

④ *SEC v. Sharef*, 924 F. Supp. 2d 539, 540 (S. D. N. Y. 2013).

⑤ *United States v. Hoskins*, No. 16 - 1010 (2d Cir. 2018); *United States v. Hoskins*, Case No. 3: 12 - cr - 00238 (D. Conn. Feb, 26, 2020).

主体受不同国家法律的管辖，很容易造成多个国家对同一跨国商业贿赂行为都有管辖权，从而形成管辖权冲突。管辖权冲突本质上是各国在司法主权上的国家利益冲突，解决冲突的关键是平衡各方利益。在司法实践中，针对外国将域外管辖不受限制地扩展至本国的情形，一个国家可以选择进行消极抵制，如拒绝承认外国判决，也可以主动加强国际协调，缓解管辖权冲突。^① 总体看，为解决管辖权冲突，国际社会采取了优先适用属地管辖、利益衡量（合理性原则）、单边自我克制（礼让原则）、国际法规制、个案协调等措施。

（一）属地管辖优先原则

属地管辖优先是国际公认的国际法基本原则，因为犯罪地与犯罪行为之间有密切联系，犯罪地国在控制犯罪嫌疑人和调查犯罪行为方面更为方便。在跨国商业贿赂领域，跨国企业的子公司在东道国合法注册和生产运营，是东道国的独立法人，理应受到东道国法律的约束。联合国国际贸易法委员会原主席施米托夫表示，跨国企业的母国利益和境外子公司的东道国利益无论何时发生冲突，作为一条原则，东道国的管辖必须优先。^②

在刑事司法领域，属地管辖优先具有多方面含义。第一，一个国家对全部或部分发生在本国领域内的犯罪行为，不论犯罪行为人是否属于本国公民，都可以拥有刑事管辖权。第二，在境外发现犯罪行为人时，犯罪地国有优先提出司法协助请求的权利，包括请求从犯罪行为人所在地引渡犯罪行为人以及对其财产予以冻结、查封、扣押、没收。第三，在境外发现犯罪行为人时，如果多个犯罪地国提出引渡请求，主要犯罪地国拥有引渡的优先请求权。^③ 在美国诉霍金斯案件中，美国法院对《美国反海外腐败法》域外管辖范围作出了限制。2018年8月，美国第二巡回法院就共谋指控作出裁定，认为美国发行人和美国国内主体以外的外国公司中的外国雇员，如果在美国境外违反《美国反海外腐败法》，则该雇员不属于该法管辖主体。^④ 换言之，外国人实施贿赂行为时，只要其不属于美国发行人或者美国国内公司的代理人、员工、董事、高管、股东，且其行为发生在美国境外，就可以不受《美国反海外腐败法》管辖。

（二）合理性原则

合理性原则要求法院权衡利弊得失，谨慎地把域外管辖的结果合理性作为法院行使域外管辖权的重要依据，在行使管辖的本国利益和外国利益之间实现合理平衡，如果判定外国利益明显大于本国利益，则不应当行使域外管辖权。合理性原则通过自我限制，缓和了不同国家之间管辖权冲突的矛盾，得到了越来越广泛的认同和运用。

根据《美国对外关系法重述（第三次）》，判定美国管辖权的合理性时，应当重点考虑以下因素，包括：违法行为与美国领土的联系；美国与违法行为人在国籍、住所、商业活动等方面的联系；违法行为的性质和严重程度；行使管辖权对美国的重要性；违法行为与其他国家利益关系的紧密程度；与其他国家的管辖权可能存在的实质性冲突。^⑤

① 张利民：《国际民事诉讼中禁诉令的运用及我国禁诉令制度的构建》，载《法学》2007年第3期，第126—128页。

② 余劲松：《跨国公司法律问题专论》，法律出版社2001年版，第330页。

③ 赵秉志、陈弘毅：《国际刑法与国际犯罪专题探索》，中国人民大学出版社2003年版，第367页。

④ *United States v. Hoskins*, No. 16-1010 (2d Cir. 2018).

⑤ *Restatement of Law (Third), The Foreign Relations Law of the United States*, § 403, 2 (a) - (h), 1987.

在以往个别执法中,美国司法部和证券交易委员会行使管辖权的依据仅仅是被告曾利用美国服务器或通过美国银行结算系统从事跨国商业贿赂行为,这种宽泛管辖在司法实践中日益受到限制。在2018年约瑟夫·杰斯纳诉阿拉伯银行案件中,一些以色列人以阿拉伯银行资助中东恐怖组织为由,在美国对阿拉伯银行提起民事诉讼。美国法院审理后认为,该案件与美国的唯一联系是阿拉伯银行使用了“纽约清算所银行间支付系统”,这不足以确立美国的管辖权。尽管该判例与《美国反海外腐败法》不直接相关,但会对美国执法部门对外国企业和外国人广泛地行使管辖权形成一定制约。

2020年,美国法院对依据最低联系原则行使管辖权作出进一步限制。美国康涅狄格联邦地区法院在审理针对法国阿尔斯通集团前雇员霍金斯的“代理人”指控时,认为霍金斯只是协助执行阿尔斯通美国公司贿赂外国官员的决策,阿尔斯通美国公司对霍金斯达不到控制程度,单纯的沟通往来不足以证明构成代理关系,进而无法根据代理理论确立对霍金斯的管辖权。^①

(三) 国际礼让原则

国际礼让学说最早由荷兰学者胡伯提出,核心思想是法院管辖权基于主权,要出于礼让原则互惠地适用外国法律,体现了国家之间的善意、合作和相互尊重。^② 礼让原则是一种自愿合作协调机制,可以避免不同国家之间域外管辖产生的管辖权冲突。在希尔顿诉古约特案件中,美国联邦最高法院认为,从法律上看,礼让不是国家之间纯粹的礼貌和好意,也不是国家的绝对义务,而是考虑到国际义务和管辖便利,一个国家承认另一个国家在本国领域内对本国法律保护的人实行保护。^③ 因此,礼让不仅具有法律意义,而且还有强烈的政治含义。^④

(四) “一事不再理”原则

“一事不再理”原则是指除法律规定外,法院不得再受理已经作出生效判决或裁定的案件,同一被告不得因为同一事实受到两次或两次以上的审判或刑事处罚。^⑤ 根据“一事不再理”原则,对于本国和外国都可以行使管辖权的犯罪行为,如果外国法院已经作出合理的有罪判决,本国法院在条件具备的情况下应当执行外国生效判决。如果外国对同一行为的生效判决已被执行完毕,或者该被告被法院裁定罪名成立但免于刑事处罚,本国法院不应当再进行追诉。

1997年《欧洲联盟打击涉及欧洲共同体官员或欧洲联盟成员国官员的腐败行为公约》第10条规定了“一事不再理”原则,对于一个成员国已经作出终局性裁定的违法行为人,在已经执行、正在执行或依法不再执行所判处刑罚情况下,不得因为同一事实在其他成员国内再次被起诉。有原则就有例外,进一步追诉的例外情形包括:外国判决针对的事实全部发生在本国境内;外国判决针对的事实构成直接针对成员国国家安全或其他同等重要利益的犯罪;外国判决针对的

① *United States v. Hoskins*, No. 3: 12-cr-238, 2020 WL 914302 (D. Conn. Feb. 26, 2020)。

② 马倩:《跨国商业贿赂管辖权冲突的应对》,载《检察日报》2014年11月24日第3版。

③ *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895)。

④ 余劲松:《跨国公司法律问题专论》,法律出版社2001年版,第330页。

⑤ 黄风、赵琳娜等:《国际刑事司法合作:研究与文献》,中国政法大学出版社2009年版,第207页。

事实是该成员国违反其职责所为。成员国就同样事实进行的进一步追诉，应当将因同一事实被另一成员国执行的监禁刑在本国判处的刑罚中予以减免。^①

（五）适用国际条约的管辖规定

一般而言，国家行使管辖权是国际法上的一种权利而不是义务，但其管辖权的行使不能与国际法上的强制性规定相抵触。《联合国反腐败公约》第42条第5款规定，国家之间因腐败犯罪的刑事管辖权重叠发生管辖权冲突时，各国应当酌情协商。《经合组织反贿赂公约》要求各缔约方应当确保其管辖权依据充分、有效。该公约第4条第3款规定，多个缔约方出现管辖权冲突时，应当通过协商来行使管辖权，例如一个缔约方提出协商的请求时，其他相关方可以参与协商，共同确定哪一个国家行使管辖权最为合适。

2008年，韩国人郑基焕为获得商业合同贿赂美国官员，被韩国以对外国公职人员行贿罪定罪。郑基焕随后前往美国时被美国逮捕。韩国司法部向美国法院提交的司法陈述书称，美国此前在提供给韩国的刑事司法协助请求中明确表示不会寻求起诉郑基焕，这表明美国放弃了起诉权利，同时美国与韩国同为《经合组织反贿赂公约》缔约方，美国起诉行为违反了公约第4条第3款。2009年，美国法院作出判决，认为《经合组织反贿赂公约》第4条只要求一个缔约方在另一缔约方提出请求时就管辖权进行协商，本案中任何一方都没有就起诉郑基焕提出协商要求，所以美国没有违反《经合组织反贿赂公约》。即使该公约要求对此进行协商，协商不意味着需要答复，也不意味着对任何缔约方的行为形成约束，同一犯罪行为可以受到不同主权国家的法律追究。^②同时，美国法院认为，在美国诉维兰纽瓦案件和美国诉马丁案件中已经明确，《美国宪法》第五修正案的“一事不再理”条款仅仅禁止在同一主权国家内受到重复起诉，而对国际上的重复起诉未作规定。^③美国法院的观点值得商榷，这是因为《经合组织反贿赂公约》第4条第3款建立了“一事不再理”机制。一是该公约规定各缔约方“应当”通过协商来行使管辖权，“应当”表明协商是各缔约方的义务。二是该公约第4条第3款的法语版本显示，请求协商的法律后果是完成对“最佳起诉方”的选择，这意味着协商的结果是决定合适的诉讼管辖权。^④2007年，经合组织反贿赂工作组主席明确表示，《经合组织反贿赂公约》第4条第3款建立了“一事不再理”机制，“一旦某个缔约方法院作出判决，其他所有国家正在进行的诉讼程序都应当停止，否则将会违反‘一事不再理’原则”。^⑤

（六）加强个案协调

近年来，为化解管辖权冲突，国际联合执法行动越来越普遍。2017年，淡马锡旗下吉宝公司因贿赂巴西石油公司等国有企业官员，被美国、新加坡、巴西进行联合调查。吉宝公司同意向

① 外交部条约法律司编译：《联合国反腐败公约及相关法律文件》，法律出版社2004年版，第125页。

② *United States v. Jeong*, 624 F.3d 706-708 (5th Cir. 2010).

③ *United States v. Villanueva*, 408 F.3d 193, 201 (5th Cir. 2005); *United States v. Martin*, 574 F.2d 1359, 1360 (5th Cir. 1978).

④ Michael P. Van Alstine, "Treaty Double Jeopardy: the OECD Anti-bribery Convention and the FCPA", (2012) 5 Ohio State Law Journal 73, p. 1347-1348.

⑤ Mark Pieth and Juliette Leliuer, "Strengthening International Coordination and Cooperation", Nov 21, 2007, <http://www.oecd.org/daf/bribery/internationalbusiness/anti-briberyconvention/39691044.pdf> (last visited March 19, 2020).

三国缴纳4.22亿美元罚金，其中，3.17亿美元归巴西和新加坡政府。^①2018年9月，巴西石油公司因在美国、巴西、新加坡等国的行贿行为，被美国处以8.532亿美元巨额罚款。在美国调查过程中，巴西启动刑事调查并对巴西石油公司多名高管提起诉讼。最后，美国司法部将刑事罚金的80%（约6.8亿美元）返还给巴西。^②2020年1月，空客公司因利用第三方商业合作伙伴贿赂外国官员，被美国、法国、英国处以39亿美元罚款，包括法国20亿欧元、英国9.9亿欧元、美国5.97亿美元，美国司法部称案件调查过程中得到了法国和英国的大力协助。^③

四 完善我国跨国商业贿赂域外管辖制度的建议

1993年，我国首次制定《反不正当竞争法》，这是我国第一部明确规定商业贿赂法律责任的法律。2011年，根据《联合国反腐败公约》要求，我国《刑法修正案（八）》规定，对外国公职人员或国际公共组织官员行贿构成刑事犯罪。2018年1月，我国新修订的《反不正当竞争法》正式施行，对商业贿赂概念进行重新定义，建立了抗辩和损害赔偿制度。2017年和2019年，国家主席习近平在首届和第二届“一带一路”国际合作高峰论坛上，倡导把“一带一路”建成“廉洁之路”，让廉洁与开放、绿色共同成为“一带一路”建设的三大理念。为维护国家利益，履行《联合国反腐败公约》，推进“一带一路”廉洁建设，我国亟待完善跨国商业贿赂域外管辖制度。

（一）新形势下我国域外管辖面临的主要挑战

我国的跨国商业贿赂域外管辖主要适用我国《刑法》中的管辖规则，包括属地管辖、属人管辖、保护管辖。这些原则比较完整但缺乏具体性，且一直沿袭我国1979年《刑法》规定，不能完全适应全球化时代治理跨国商业贿赂的新形势。

1. 我国域外管辖规则不够明晰，法益保护力度有待加强

我国《刑法》第6条规定，犯罪的行为或者结果有一项发生在我国领域内的，就认为是在我国领域内犯罪。第7条规定，我国公民在领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。第8条规定，外国人在我国领域外对我国国家或者公民犯罪，而最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。第10条规定，凡在我国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。总体看，我国刑事领域的域外管辖在具体运用上尚存在以下问题：

① U. S. Department of Justice, “*Keppel Offshore & Marine Ltd. and U. S. -Based Subsidiary Agree to Pay MYM422 Million in Global Penalties to Resolve Foreign Bribery Case*”, December 22, 2017”, <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/keppel-offshore-marine-ltd-and-us-based-subsidiary-agree-pay-422-million-global> (last visited March 21, 2020).

② U. S. Department of Justice, “*Petróleo Brasileiro S. A. - Petrobras Agrees to Pay More Than MYM850 Million for FCPA Violations Reaches Agreement with Brazilian Authorities in Related Investigation*”, September 27, 2018, <https://www.justice.gov/opa/pr/pe-tr-leo-brasileiro-sa-petrobras-agrees-pay-more-850-million-fcpa-violations> (last visited March 20, 2020).

③ U. S. Department of Justice, “*Airbus Agrees to Pay over MYM3.9 Billion in Global Penalties to Resolve Foreign Bribery and ITAR Case*”, January 31, 2020, <https://www.justice.gov/opa/pr/airbus-agrees-pay-over-39-billion-global-penalties-resolve-foreign-bribery-and-itar-case> (last visited March 20, 2020).

一是属地管辖范围偏窄。根据我国刑法，无论犯罪行为地还是犯罪结果地在我国境内，我国都可以确立管辖权。但是，对于部分行为发生在我国境内的跨国商业贿赂行为，我国法律未作出明确规定，这导致属地管辖的范围容易偏窄。

二是属人管辖范围模糊。我国公民在领域外实施犯罪的，原则上适用我国《刑法》，但我国《刑法》规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不追究。国家工作人员和军人在我国领域外犯罪的，直接适用我国《刑法》，没有不追究责任的例外情形。从法律上看，我国域外管辖领域的属人管辖存在两个问题。一方面，只规定了对个人的管辖权，未明确规定对我国企业在领域外的违法犯罪是否具有管辖权。另一方面，对个人的域外管辖范围不够明晰。例如，对于我国公民在领域外实施的可被科处三年以下有期徒刑的较轻罪行，我国保留追究行为人刑事责任的权力，但可以不追究责任。这种管辖规定不考虑行为地的法律评价问题，也不考虑所侵害的对象和所保护的法益，可能会导致我国公民承担过高的法律义务。

三是保护管辖范围失衡。外国人在我国领域外对我国国家和公民犯罪，按照我国《刑法》规定最低刑为3年以上有期徒刑的，可以适用我国《刑法》，但按照犯罪地的法律不受处罚的除外。可以看出，如果我国公民和外国人同时在境外实施危害我国利益的跨国商业贿赂行为，我国公民将被追究刑事责任，而外国人则可能会被免责，这容易导致法益保护失衡。

2. 跨国企业“洋贿赂”屡禁不止，极大损害我国营商环境和公共利益

2011年至2019年，《美国反海外腐败法》执法行动中，所有涉案企业中有31%在我国开展业务，但这些几乎都是跨国企业在华分支机构或合资企业，而不是我国本土企业。2016年，美国调查的海外腐败案件中有48%涉及到在华企业贿赂我国官员。2018年，美国调查的16家企业中有6家涉及在华行贿。^①在葛兰素史克贿赂案件中，葛兰素史克通过大规模行贿排挤国内医药企业，在华贿赂款占药品成本30%左右，贺普丁等药品的内地出厂价是韩国的7.8倍、加拿大的5.4倍、英国的4.7倍。^②在我国郭京毅案件中，商务部条法司原巡视员郭京毅受贿后，在草拟外资企业并购我国企业的法规时，特意为外资企业留“后门”，他照顾的不是特定外资并购项目，而是涉及外资并购的法律法规和司法解释，这种立法腐败危害极大。^③

3. 重个人责任，轻法人责任，难以追究母公司责任

我国反跨国商业贿赂执法的突出问题是重个人责任、轻法人责任，导致最终受益的公司不受惩处，这与国际上有过错的母公司应当为境外子公司承担跨国商业贿赂法律责任的普遍做法存在差距。例如，在建设银行前行长张恩照受贿案中，2003年至2004年，美国IBM公司通过北京东藤货运服务有限公司、北京共业科技有限公司以及香港商人邹建华控制的香港衡创科技有限公司账户，间接地向张恩照行贿。由于我国法人刑事责任制度不完善，即使IBM公司员工证词和银行转账记录都证明了IBM公司的间接贿赂行为，最后法院也只认定了邹建华构成行贿罪，美国

① U. S. Department of Justice, “*Enforcement Actions*”, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/enforcement-actions>; U. S. Securities and Exchange Commission, “*SEC Enforcement Actions; FCPA Cases*”, <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml> (last visited September 29, 2020).

② 《GSK定罪曝光五条贿赂链：行贿数千万保贺普丁地位》，新浪网，<https://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/20140515/053019111910.shtml>，最后访问时间：2020年7月5日。

③ 《规避立法腐败要有制度安排》，最高人民检察院检察日报网，http://www.jcrb.com/zhuanti/ffzt/gjyan/lffbz/200810/t20081008_79074.html，最后访问时间：2020年7月1日。

IBM公司未受到我国法律制裁。^①在云南省外经贸厅原厅长彭木裕受贿案件中,昆明沃尔玛管理服务公司负责人为了沃尔玛公司利益向彭木裕行贿,沃尔玛公司通过宣布对员工贿赂行为不知情就脱身,最终该行贿只被认定为中间人的个人行为。^②

4. 境外投资迅猛增长,我国企业面临前所未有的跨国商业贿赂风险

对于企业而言,一旦被认定构成跨国商业贿赂行为,将被处以巨额罚款甚至被禁止参与国际市场竞争,这相当于被从经济上判处“极刑”。2018年,美国根据《美国反海外腐败法》处罚了16家企业,平均每家企业被处罚款1.8亿美元。巴西奥德布莱切特建筑公司是拉丁美洲最大的工程承包商,年收入超过450亿美元,员工超过20万人,但因为向12个拉美国家官员行贿,被美国罚款26亿美元,面临数十个国家市场禁入,2019年6月不得不向巴西圣保罗法院提交破产申请,公司负责人也被判处19年监禁。^③随着“一带一路”深入推进和我国越来越多企业走出去,我国海外企业日益成为外国反腐败调查的目标。2018年11月,美国司法部长塞申斯公布所谓“中国倡议”,称要重点调查涉及我国的10大目标对象,其中之一是“调查与美国企业存在竞争关系的中国企业涉嫌违反《美国反海外腐败法》情况”。^④

(二) 我国进一步完善域外管辖制度的若干建议

跨国商业贿赂涉及国内外不同领域,其行为的复杂性、主体的多样性、法律的多元化,决定了必须对域外管辖制度进行统筹谋划,兼顾短期需求和长期战略,建议从保护法益和价值目标入手,聚焦作为市场经济主体的法人责任,充分总结国内外成熟经验和失败教训,建立健全符合我国国情的跨国商业贿赂域外管辖制度。

1. 坚持国家主权原则,建立以《联合国反腐败公约》为基础的管辖模式

首先,我国不应当盲目模仿美国全方位地扩大域外管辖范围。宽泛的域外管辖制度必然与其他国家产生管辖冲突,强行行使管辖权往往是司法霸权的体现,很可能对他国司法主权形成侵蚀,从而引发外交争端和破坏法律安定性。《联合国反腐败公约》第42条第6款规定,缔约国可以行使根据本国法律确立的任何刑事管辖权,前提是不影响一般国际法准则。《联合国反腐败公约》虽未规定一般国际法准则的具体内容,但该公约第4条强调,缔约国履行反腐败义务时,应当恪守各国主权、领土平等原则以及不干涉他国内政原则。

其次,有必要实行有限的综合域外管辖制度。我国是《联合国反腐败公约》缔约国,不适当扩大域外管辖范围就难以履行公约义务,难以维护公平竞争的营商环境。在《联合国反腐败公约》确立的管辖权基础上,我国域外管辖应当既符合国际法一般原则,充分考虑国际接受度,又循序渐进,形成有限度地行使域外管辖权的完整规则。一是对于犯罪行为地或者犯罪结果地发生在我国境内的跨国商业贿赂行为,优先适用属地管辖。二是对于境内子公司(分支机构)受外国母公司指示或控制从事商业贿赂行为,应当合理追究母公司的法律责任。在经济法领域,母

① 田雨、李京华:《建行原董事长张恩照一审被判15年》,载《新华每日电讯》2006年11月4日第2版。

② 程宝库、孙佳颖:《跨国商业贿赂法制缺陷的根源及完善》,载《法学》2010年第7期,第135—141页。

③ Bryan Harris, “Odebrecht files for bankruptcy protection after corruption probe”, Jun 18, 2019, <https://www.ft.com/content/e2ed401e-9154-11e9-aeal-2b1d33ac3271> (last visited March 27, 2020).

④ DOJ Press Release, “Attorney General Jeff Session’s China Initiative Fact Sheet”, Nov. 1, 2018, <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1107256/download> (last visited March 27, 2020).

公司往往是最终控制人和受益人，这种管辖权符合国际社会预期，容易被管辖对象、母公司所在国和国际社会接受和认可。三是对于我国领域外发生但对我国利益产生重大影响的跨国商业贿赂行为，根据实质性联系和合理性原则，附条件地适用属人管辖和保护管辖。四是探索建立行政执法域外管辖制度。参照我国2020年正式施行的新《证券法》行政执法域外管辖规定，建议在我国《反不正当竞争法》中引入保护管辖和效果原则，对在我国境外实施的跨国商业贿赂行为，扰乱我国境内市场秩序，损害境内合法权益的，依照有关规定处理并追究法律责任。

2. 以维护国家利益为核心目标，加强对我国法益的保护力度

在全球化时代，国家利益的对外扩展必然导致各经贸大国越来越重视海外利益，从而不断扩展域外管辖权。在英国，对于跨国商业贿赂案件，除案件证据外，检察机关还必须根据公共利益，逐案评估是否行使管辖权。^① 犯罪性质越严重，管辖和起诉越符合社会公共利益，犯罪性质的严重程度不仅仅取决于涉案金额，还包括对英国和相关国家的社会、股东、雇员、国际贸易、经济金融秩序造成的危害和损失。

我国对跨国商业贿赂个案行使管辖权时，应对有利于域外管辖的公共利益和不利于域外管辖的公共利益进行权衡。有利于管辖的公共利益情形主要包括：（1）犯罪行为直接侵害我国公共利益，损害其他商业主体的合法权益；（2）贿赂犯罪针对我国高级公职人员，严重危害我国廉政制度和和经济社会秩序；（3）犯罪行为人位于我国境内，或者犯罪行为与我国有实质性联系；（4）犯罪是有计划、有预谋的，犯罪性质恶劣，持续时间长，涉案金额大，社会影响恶劣；（5）行使管辖权符合我国执法司法、经济管理等国家政策导向，可以在国际上产生有效的震慑、预防和救济作用；（6）贿赂目的是为了便于实施其他更为严重的犯罪。不利于域外管辖的公共利益情形主要包括：（1）法院可能仅仅判处轻微的刑罚；（2）对我国国家和个人利益的损害较小；（3）与其他国家的管辖权可能存在实质性冲突，或该犯罪行为已经被其他国家定罪处罚；（4）存在民事等非刑事诉讼替代方案，涉案公司已采取赔偿损失、配合调查等救济措施。（5）行使管辖权将影响到我国国家安全或者不符合我国重大国家利益。

3. 根据单一经济体原则，制定对跨国企业母公司行使管辖权的合理规则

在跨国商业贿赂案件中，许多跨国企业利用其海外子公司、第三方中介代理人从事贿赂行为。根据单一经济体原则，母公司对子公司构成充分的“控制”时，受害国可以就子公司行为对母公司进行域外管辖。实践中，如果母公司对海外子公司、分支机构在商业战略、经营决策、资本控制、人事控制、对外名义等方面构成控制或支配，或者参与、批准、教唆海外子公司、分支机构从事跨国商业贿赂行为，就应当为子公司、分支机构的行为承担法律责任。从公司法角度看，单一经济体原则似乎不合法人人格独立的法律规定，但这样规定实质上是惩罚母公司监管不力、未履行监督义务，而非子公司的违法行为。

4. 按照合理性标准，明确行使域外管辖的合理限制条件

域外管辖的合理性是社会正义的体现，结合通行的国际做法，建议谨慎节制地行使域外管辖权。一是符合当地成文法的行为应当构成不进行管辖的例外情形。二是我国领域外的犯罪行为与我国具有实质性联系时，一般才行使管辖权。在全球化时代，实质性联系标准应当适当做宽泛解释，有弹性地行使管辖权。无论跨国商业贿赂的行为人是我国公民，最终受益人是我国公民或单

^① 王君祥编译：《英国反贿赂法》，中国方正出版社2014年版，第118—119页。

位,还是犯罪行为的关键环节发生在我国境内,都足以说明该境外犯罪行为与我国具有实质性联系。三是坚持“一事不再理”原则。无论对我国领域外的犯罪行为进行属地管辖、属人管辖还是进行保护管辖,都应当使同一人因同一行为被重复执行刑罚。即使特殊情况下需要行使管辖权,也应当对已被外国执行监禁的刑期予以折抵或减免。

5. 注重加强国际协调

跨国商业贿赂的域外管辖涉及到国家主权和国家间关系,发生管辖权冲突时原则上应当遵循礼让原则,对其他国家的管辖权给予“充分和善意的考虑”。近年来,我国反腐败国际合作成果丰硕,可以进一步以《联合国反腐败公约》为基础,坚持和弘扬《亚太经合组织北京反腐败宣言》《二十国集团追逃追赃高级原则》等重要反腐败合作理念,加强亚太经合组织、二十国集团等多边框架下的反跨国商业贿赂合作,探索适时加入《经合组织反贿赂公约》,建立中美、中英、中德、中法、中澳等双边执法合作机制。随着反跨国商业贿赂日益成为国际反腐败合作的重点,在尚未加入经合组织情况下,俄罗斯、巴西、南非等新兴经济体均已加入《经合组织反贿赂公约》。2016年6月,我国在第八轮中美战略与经济对话时承诺“考虑在不远的将来加入经合组织反贿赂工作组”^①,加入该工作组的同时意味着需要加入《经合组织反贿赂公约》。

Extraterritorial Jurisdiction of Transnational Commercial Bribery In the Perspective of Judicial Practice

Ran Gang

Abstract: In accordance with *United Nations Convention Against Corruption* and *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, the parties shall establish reasonable extraterritorial jurisdiction over transnational commercial bribery cases in order to curb international bribery. These jurisdiction principles originated from territorial jurisdiction, nationality jurisdiction and protective jurisdiction in international law, and the jurisdiction could be divided into limited mode and comprehensive mode in practice. With rapid expansion of extraterritorial rights, conflict of jurisdiction will inevitably occur, so it is required to limit and coordinate extraterritorial jurisdiction among different states. As a global economic and trade power, China shall establish its treaty-based extraterritorial jurisdiction and clarify applicable rules of transnational commercial bribery.

Keywords: Transnational Commercial Bribery, Legal Basis, Extraterritorial Jurisdiction Mode, International Coordination, Suggestions

(责任编辑:罗欢欣)

^① 第八轮中美战略与经济对话框架下战略对话具体成果清单第7项“中方承诺考虑在不远的将来加入经济合作与发展组织反贿赂工作组”,新华网 http://www.xinhuanet.com/world/2016-06/08/c_1119007842.htm, 最后访问日期:2020年5月12日。