

商业反腐的结构性治理和模式

杨 力*

内容提要 近年来,商业反腐的结构性治理出现了新的特点、格局和问题意识。围绕打击和预防商业腐败,在“供给侧”的相关立法和执法策略上,国际商业反腐的责任规则、基本立场和制度供应都产生了令人瞩目的重要转变和新动向,也对中国的改革和发展产生了非常深远的影响。基于这些转变和动向,更全面、更深入的商业反腐研究,不仅应从微观层面谋取政府与企业之间合法化的利益交换,还应从宏观层面进一步深究社会支持系统之上的结构性治理之道,构建起一套商业反腐的模式。其中,中国商业反腐的结构性治理实际上更为复杂和微妙,它有着跨境移植难以应对的本土化特定议题和立场;同时,中国商业反腐的模式不仅应有制度改革等基本应对的治标之策,还要留下足够的空间,为商业反腐更高目标的实现和深层治本之道的获取,做出更全面、更精密的架构和设计。

关键词 商业反腐 结构性治理 利益交换 社会支持

问题的提出

伴随中国反腐进入权力基石的深水区并朝政治生态重构的方向发展,基于持续性的观察和评估,中国公司法务研究院已连续七年推出《中国企业家犯罪研究报告》(2009-2015,以下简称《犯罪报告》),并在此基础上,连续两年发布《中国反商业贿赂调研报告》(2014-2015,以下简称《商贿调研》)。这两个系列的报告分别依据“整体连续”和“单点突破”的逻辑,以时序为“线”大跨度精选了超过2000起典型案例,又聚焦于“点”,围绕若干相互关联的重点问题,先后完成400多份高质量的有效问卷。可以说,两个系列报告汇总并分析了历年企业家犯罪现象的数据、特征及所处领域的变化,并对犯罪预防和未来走势进行了全面梳理,形成了比较客观的中国商业反腐研究数据库,得到了企业界、监管机构、法学界和舆论界的高度关注。

* 上海交通大学凯原法学院教授,博士生导师。本文系季卫东教授主持的清华大学产业发展与环境治理研究中心资助的“法治与问责”重大研究项目的阶段性成果,同时得到了上海市社科规划重大项目“企业社会责任立法”(项目批准号:2015DFX001)的资助。

以上两个系列报告的数据显示,目前中国商业腐败主要有以下五大特点:(1)基于零容忍的严厉打击,国企贪腐案件的总量屡创新高,且“窝案串案”数量急剧上升,具体的表现形式包括:国企的经营管理人员从重大商业决策中寻租、擅自转移或私分国资谋利、渎职滥权、弄虚作假,以及为亲友经商提供便利或关联经营等。(2)源于国企长期把持之垄断型行业市场准入门槛的高筑、以制造业为主的中国经济增速的放缓、劳动力成本的大幅上升以及持续受到欧美经济不振的拖累等累积的叠加效应影响,基数放大的民企较以往更难获取足够的市场和利润,导致类似“脐带”捆绑官员的个人或单位行贿、利用影响力受贿、巨额财产来源不明等腐败问题愈加突出。(3)在华外企受到海外母公司或控股公司总政策影响,更多响应海外反腐法案而忽视中国反腐要求,缺乏对在华企业所属行业上下游交易、渠道营销以及隐蔽的、具有潜在风险的“行业惯例”型商业行为的有效管控,导致近年来外企涉嫌单位行贿及高额罚单事件不断出现。(4)涉案企业相对集中在东部发达地区,但案件多发现象正在向中西部地区蔓延。尤其是面临当下高利润行业普遍将结束暴利和粗放式经营的前景,新一轮“供给侧”改革中被“甩出去”的部分既得利益群体亟待突围,这使得市场要素重新配置过程中的商业腐败产生新动向,且开始在全国范围内高发。(5)商业腐败的行业特征比较鲜明,同时行业之间的腐败驱动机制差别较大。比较突出的是,金融业的中小企业“资本堰塞湖”、能源业雁过拔毛的“渡口经济”现象趋于严重,会同制造业、房地产与建筑业、快消品和食品业,已形成当下商业腐败的“重灾区”。基于此,当下中国需要进行相关的行业性风险合规指数评估,以及改变“一刀切”的平面化商业反腐格局。

为了有效应对,中国商业反腐的结构性治理已形成“法网渐密、刑罚趋重”的格局。一方面,经过多年的累积,中共中央、全国人大常委会、国家政府职能部门都以不同形式推出党纪和国法予以治理,形成了商业反腐的渐密法网。当下中国商业反腐已进入新纪元,但商业反腐的结构性治理仍待进一步加强。当下中国的腐败具有制度性和社会性的特点,屡见不鲜的窝案串案尤其突显了这些特点。^①除了刚性的刑法底线,商业反腐的规则在中国基本上散见于法律、法规、规章和“两高”的司法解释,缺乏统一专门性商业反腐法案;商业腐败形式更为灵活多样,产生了以交易形式收受财物、通过支付进场费排他竞争、商业机构人员收受干股、借助于合作投资支付金钱等“非典型化”的趋向;商业反腐的行政执法在包括调查权与审议权分立、相对人程序救济权、当事人参与案件的审议、举报激励和反报复机制等问题上存在牴牾,受到质疑;此外,企业合规定位、范围和程序具有稳定性和共通性,因而涉及企业内部风险评估的基准、商贿违规强制报告的义务、商业惯例合法性的尽职调查和潜在违规的指控单据应对,构成商业反腐不可或缺的部件。面对以上问题,本研究拟在借助于社会利益交换、社会支持理论等剖析商业腐败发生机理的基础上,借助于梳理和比较商业反腐的国际经验,提出中国商业反腐的结构性治理之策和模式。

^① 参见何家弘《中国腐败犯罪的现状评估》,载《现代法学》2014年第6期。

一、商业反腐的利益交换模式

商业反腐的结构性治理背后,本质上是政府与企业微观互动的行为发生、利益交换和法律规制的连续过程。其中,“利益交换”作为发生学上的关键变量,具有举足轻重的地位,已成为经济学、政治学和社会学对这一法律问题进行交叉研究的基石。

(一) 商业反腐的动力学机制

国际上商业反腐的立场一般有两种取向:“市场化”与“监管化”。它提供了探讨政府与企业之间利益交换的逻辑起点。

目前许多国家讨论商业反腐,更多关注政府影响企业的方式。不少国家对商业腐败的结构性治理,基本经历了从监管化走向市场化,又回到监管化的螺旋过程。然而,目前的研究和经验较少探索企业反过来影响政府的模式,即企业对国家改革方向和步伐、政治和经济制度设计、公平竞争环境构建等的“俘获”功能。

正如柯提斯·米尔霍普(Curtis J. Milhaupt)所说的那样,国家治理需要提供一种未来变革走向的重要信息,它有利于“提高人们对于法律保护性功能的社會期待”。^②商业反腐的本质就是行为发生、利益交换与法律规则的连续过程,结构性治理对这种“俘获”的关注,就是不再停留于政府监管企业的“监管竞次”之议,而是从企业影响政府的视角,认知“监管俘获”所产生的负面效应。而正是这一政府与企业之间利益交换的认知短板造就了商业反腐的单一平面格局,阻碍了结构性治理的形成。

世界银行、欧洲复兴开发银行曾发起著名的对22个转轨国家的“BEEPS调查”。^③其数据表明,前苏联和东欧转轨改革的失败在于,只是一味削弱政府在经济中的作用,没有把改革的重点放在有效解决政府与企业的互动关系战略上,这一错误导致政府官员被“俘获”,陷于与企业之间长期私下的非法利益交换。这些国家的商业反腐只以打击政府官员接受商业上的贿赂为重点,期待树立“清廉政府指数”,防止政府官员通过与企业合谋来操纵权力和提取租金,没有意识到不少新兴的、最具活力的企业参与市场竞争的策略,就是期待直接向政府购买被传统有影响力企业垄断而政府又供应不足的关键公共物品。当然,它们俘获政府官员并非要取代其在市场上的竞争,而只是为了弥补其所处之相对弱势地位的不足。然而,正是新兴企业俘获政府官员的强烈动机,进一步弱化了政府提高财产和契约权利保障的能力,并不断刺激其它的新兴企业参与俘获政府官员,由此产生了恶性循环,成为市场化改革的强大阻却因素。

可以说,包括上述国家在内的许多转型经济体,实际上没有意识到政府与企业之间

② [美]柯提斯·J. 米尔霍普、[德]卡塔琳娜·皮斯托《法律与资本主义:全球公司危机揭示的法律制度》,罗培新译,北京大学出版社2010年版,第41页。

③ 商业环境与企业绩效调查(Business Environment and Enterprise Performance Survey, BEEPS),参见[美]乔尔·赫尔曼、杰林特·琼斯、丹尼尔·考夫曼《转轨国家的政府俘获、腐败以及企业影响力》,周军华译,载《经济社会体制比较》2009年第1期。

经过长期、复杂的沉淀,已经打上了有别于市场发展水平较高国家的“俘获经济”烙印。所以商业结构性反腐的模式,已不仅是一味借助于严刑峻法来打击,而是还必须从企业影响政府的角度,更多引导企业在制订战略上就从习惯于俘获政府官员转向合法的影响力形式,而且这种企业对政府施加影响力方式的转向,还必须通过将社会声音、透明改革、政治责任和经济竞争等要素有效结合起来才行。否则,如果受强势政治利益所支持的垄断结构仍然被长期没有任何改变地保留下去,那么,即使国家在短时间内的集中收益较多,但由于企业的平均增长率和相应产生的社会成本依然庞大,进一步改革所面临的挑战就必定还是会让人望而却步。因此,不拘泥于政府的监管,更多转向从企业视角反过来合法影响政府的可能性空间,为探讨商业反腐的结构性治理和模式提供了逻辑起点。

(二) 政企之间利益交换类型

政府与企业之间利益交换分析工具的引入,让我们摆脱了政治行为理论中缺乏企业视角的缺憾,同时又能避免企业委托代理的理论抹杀政府积极作用的不足,尤其可以弥补设租、寻租理论中所予规避的“福利”行为,^④更有利于概括政府与企业博弈行为的特征,为商业反腐的结构性治理和模式构建提供了基石。

接下来问题是,政府与企业之间利益交换模式的类型化,它是实现商业反腐“层次化治理”的前提。归纳起来,影响商业结构性反腐的利益交换类型,主要包括以下五种:

第一,“资源控制和让渡”类型。政府自利性与企业谋利性的实现,本质上就是被对方赏识及带去报酬的资源交换过程。这里,可交换的资源包括政府财政、信息供应、自然资源,以及企业利税、对外投资、市场地位等。当拥有的资源量低于或超过平衡点时,政府或企业就会产生交换资源的动机。比如,政府在国企改制中对资产的定价权,长期垄断着市场、资源和配额等产业链的上游,保留实行计划与市场的价格双轨制,享有石油、电信、矿产等特定资源的开发许可权,定向“点对点”传送信息的不对称信息公开,在政策敲定与发布之间留有时间的空档,以及对于企业滥用限价权是否发起反垄断审查等。它们共同构成该类型商业结构性反腐的“元要素”。^⑤

第二,“改革不确定性”类型。世界范围内政企之间的“庇护/依附”关系,正逐步走向以市场为导向的“委托/代理”关系;同时,政府主导企业的超经济强制,也在向政府与企业相适应的关系性合意转型。然而,转型过程中的政府与企业并非都能流畅完成预期的利益交换,改革不确定性让政府价值的前后差异性较大,权力运行呈现复杂性,法律底线往往被以改革为借口而随意突破,让政府行为更加不稳定和不可预期。于是机会主义开始盛行,政府对国企控制权消长、绩效评价标准模糊、国有资产被低估、税收规避或偷漏税、关联资本混同、企业内部人控制权抢夺等问题,形成了这一类型商业结构

④ 参见[美]戈登·塔洛克《寻租——对寻租活动的经济学分析》,李政军译,西南政法大学出版社1999年版,第27页。

⑤ 参见杨力《认真对待法治思维》,载《政法论丛》2015年第2期。

性反腐的“核心维度”。

第三,“行使自由裁量权”类型。把权力关进笼子只是让行政权力受到羁束,但权力实施的时间、方式和程度仍握于政府;同时,企业也有根据市场法则进行判断、选择和决定的权利,只是企业是以成本收益为红线。虽然走向市场化让权力趋于规范化运行,但规范化也产生了高成本,且过分的规范化甚至还会由于刻板而降低效率。所以,税收杠杆变通执行、法定优惠政策实施、官员入股或配股、信贷的超国民待遇、界定企业合规与否、监管空白或多头共管、行政程序存在瑕疵、特殊经营许可发放等,构成了讨论这种商业结构性反腐的“重点议题”。

第四,“寻找权利和财产安全”类型。相对于大型企业控制较多资源,拥有更多与政府议价的能力,进而更有能力俘获政府,中小型企业则在“政府掠夺之手”中比较脆弱,更有动机为获取公平竞争的机会而沦为商业腐败的参与者。同样的情况也出现在不同所有权和出身的企业身上。区别于国企与政府的天然接触而施加对政府的影响,私企尤其是新兴企业更可能付出高昂的腐败代价,投资于俘获政府官员,使之成为对应于影响力的替代品。尤其是政府随意干预企业,导致了企业的财产权保障不断减弱,更会让这些企业更加通过向政府官员的私人支付,使其此类权利获得“基于菜单的特别保护”,此为商业结构性反腐“极易忽视的领域”。

第五,“谋取制度供应”类型。无论是转型中政府价值不那么稳定和一致,还是改革走向深入后,政府政策和制度的可预期性大大增强,都激发了企业谋求从不确定性走向确定性持续交换的积极性。这一类型离不开对权力变通的关注,但与前面的四种类型已有明显区别,它不再是政府对企业的具体行政行为,而是指向了政府的抽象行政行为。在政府与企业交换之前,制度本不属于哪一方,而是以资源的形式存在,关键是谁能争取到制度创设权,并切实转化为制度形式。其中,政府官员的有限理性、自利性和信息不对称等都会不同程度地影响政府的有效制度供应行为,它们为政府官员以商业立法寻租的方式隐性地侵犯市场提供了契机。

(三) 基于利益交换的商业反腐维度

影响商业反腐的利益交换类型的整理,使得对商业反腐的结构性要素认知变得丰富和全面。基于这一分析,政府俘获指数、权力的透明度、企业内部合规性、企业影响力、求助官僚的空间、企业所有权和身份符号认定等,需要被纳入商业结构性反腐的体系化过程。

1. 政府俘获指数。这里的俘获是指为商业利益交换“谋取制度供应”的腐败。俘获指数强度,主要指向政府官员是否已经为供给不足的关键公共产品等寻租利益,建立起足够庞大的私人市场,并藉此与俘获政府者共享部分租金。在高俘获经济体中企业普遍有参与俘获政府的强烈动机,即使新兴企业也同样如此,这种现象导致的恶性循环

进一步破坏了政府对必要公共产品的供给能力。^⑥ 另外值得一提的是,衡量它的一个关键问题在于,政府机构被俘获的程度并不必然是参与政府俘获的企业数量函数,因为可能会出现极少数垄断企业所可能造成的俘获政府程度,要比许多力量较差的竞相收买官员的企业所造成的俘获程度更高。

2. 权力的透明度。政府与企业之间利益交换的实质,就是依附于权力而产生的信息不对称,其交换就是依托“关系网”,以权力运行空间内关键性信息的获得/遮蔽来换取相应的利益。“信息不是权力,但它是通往权力的必由之路。”^⑦ 政府信息的内部控制程度、文件从确立到发布的周期、政府权力的正面清单和负面信息披露的状况、行政决策程度的听证等,都构成了判断权力透明度的重要维度。

3. 企业内部合规性。“制度环境中强制性压力对防止商业结构性腐败有正向影响。”^⑧ 在组织边界内运行的企业管理者,不可避免地受到所处网络内规范的影响,这些网络内规范指导他们采取何种具体行动,去适应环境中的合规性要求。^⑨ 因此,尽管缺乏法律等制度强制性惩罚功能,企业内部的合规性压力依然能影响到商业腐败的决策作出。毕竟企业一旦抵触来自所处环境中的合规性压力,那么可能遭受到被商业客户停止交易行为、被逐出行业组织或失去未来交易机会等方式的惩罚。^⑩

4. 企业影响力。该标准旨在判定企业是否可以不通过对政府官员的私人支付,就能影响与自己密切相关的法律、法规和政策。一般而言,市场力量大的企业可能更具影响力,更有可能参与政府俘获。当然,也较难区分其因果关系的方向,因为企业通过提高自身的影响力去俘获政府官员,反而可能是整个企业的市场力量有所增强的体现。因此,这里将这一因素列入考量的意义在于,借助于提高企业的影响力去俘获政府官员,而不再是基于私人利益交换的勾结合谋,进而为商业结构性反腐治理提供了另一种可能性。

5. 求助官僚的空间。有些企业拥有接近政府官员的更好机会,并能利用这些机会确保公平的待遇,确保政府权力不会越界。比如,当面对有些政府官员违反规则,企业能够很快从另一位政府官员中获得公正待遇,而无须选择对前一位政府官员的私人支付。这样的企业拥有充分机会保护自己免受此类越权的干预,被认为拥有比较大的官

⑥ 根据 BEEPS 调查报告,俘获指数,就是由议会立法、总统政令、中央银行、刑事法院、商业法院和政党筹资六个指数构成的非加权平均数。具体而言,就是让受访企业评估以下六种行为对其业务的直接影响程度:出售影响私人利益之法律的议会赞成票、出售影响私人利益的总统政令、中央银行不正当地使用资金、出售法院对刑事案件的判决、出售法院对商业案件的判决、私人利益暗中向政党和竞选活动捐款。参见[美]乔尔·赫尔曼、马克·施克曼《转轨国家的政府干预、腐败与政府被控——转型国家中企业与政府交易关系研究》,王新颖译,载孙宽平主编《转轨、规制与制度选择》,社会科学文献出版社2004年版,第295-309页。

⑦ [美]詹姆斯·卢卡斯《企业权力的学问》,刘永涛译,上海人民出版社2000年版,第104页。

⑧ See Liang H. and Xuo Y., Coping with ERP-Related Contextual Issue in SMEs, A Vendor's Perspective, *Journal of Strategic Information Systems*, 2004, 13(4), p. 399-415.

⑨ 参见郭晓薇《权力距离感对公平感与组织公民行为关系的调节作用研究》,载《心理科学》2006年第2期。

⑩ See Ingram P. and Silverman B. S., The New Institutionalism in Strategic Management, *Advances in Strategic Management*, 2002(19), p. 1-30.

僚求助空间。可求助官僚的多少跟影响力大小存在正相关。参与俘获政府的企业可求助的官僚可能较少,因为它们与政府官员的联系往往基于私人支付。另外,可求助官僚较少的企业也会更加倾向于商业腐败。

6. 企业所有权。企业所有权在相当程度上决定了企业与政府关系,也决定了企业管理者与政府官员之间往来互动的方式。传统大型国企所占市场份额一般高于平均水平,相当程度上拥有支配稀缺资源的权力,跟政府有着密切联系,其所表现的商业腐败形式多数是以侵占国有资产,抑或以半官方名义寻租,支配稀缺资源在计划外流转。相对而言,私企和外企与政府关系较弱,面临着来自传统国企的强大竞争力,所以它们更倾向于借助对政府官员的私人支付以换取政府公共产品的增加供应,从而成为商业反腐的兴奋点。

7. 身份符号认定。随着政府与企业之间资源交换效益的边际递减,政府必须提供更具吸引力的资源,通过认定让企业拥有一种新的身份符号,比如,人大代表、政协委员、“质量信得过单位”等。这些不仅是企业家追求在“政治中的表达性维度”,^⑪而且也是能为企业带来丰厚利润的软资源,已成为政府官员与企业交换逐利的新空间。这种身份符号实质上就是以非正式规则来分解、重组或抵销正式规则,它“作为对疲软的正式规则的回应而存在”,^⑫影响了市场中参与各方的行为,甚至在相当程度上决定了谁该得到什么,谁又该失去什么,增加了获取身份符号者与政府进行利益交换的筹码,因而成为商业反腐的新关注。

二、商业反腐的社会支持理论

商业反腐的利益交换模式从政府与企业之间互动的微观角度,相当程度上丰富了讨论结构性反腐的维度。那么,把商业腐败作为结果变量,从更为宏观的社会支持理论跟进探讨,又会进一步产生什么样的新空间呢?

(一) 二阶观察: 社会支持理论

商业腐败的深刻根源在于社会结构本身,它与一个国家的体制、社会分层、经济发展状况和整体文化认知紧密相关。^⑬正是由于商业腐败是在不同的环境和氛围中形成和发展的,同时腐败案件的数量和类型也不尽一致,商业腐败程度才会有所差别。^⑭

如果说前文有关商业腐败的利益交换研究,侧重于导致犯罪的不良或负面因素,那

⑪ [英]安德鲁·甘布尔《政治与命运》,胡晓进、罗珊珍译,江苏人民出版社2003年版,第7页。

⑫ 公婷、周娜《腐败与市场化: 中国公共采购中的正式与非正式规则》,杨晋译,载《公共管理与政策评论》2014年第3期。

⑬ See Rose-Ackerman S., *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, New York: Cambridge University Press, 1999. P. 31.

⑭ See Benson M. L. and Cullen F. T., *Combating Corporate Crime: Local Prosecutors at Works*, Boston: Northeastern University Press, 1998, p. 110.

么卡伦“社会支持理论”的目标则相反,^⑮它更关注于预防或隔离犯罪发生的因素。该理论借鉴了芝加哥学派的社会学理论、布纳斯怀特的“融合性羞辱学说”和林南的“精神疾病结构论”,认为犯罪率因其社会支持程度的不同而有所差别。社会支持程度越高的社会,其犯罪率越低。该研究结果被提出后,许多学者跟踪使用不同的度量方法进行了实证检验,绝大部分的数据结果已验证了该命题的可靠性。^⑯

较之于商业反腐的利益交换模式,社会支持理论跳出了政府与企业之间的简单二元结构,采取了更深层次的“二阶观察”视角,^⑰从商业结构性反腐的原初发生学入手,剖析了它背后更为错综复杂的关系和社会机理。简单地说,商业结构性反腐的逻辑出发点又借此向前一步,探讨利益交换背后更深刻的共识规律和基础原因。

长期以来,面对政府与企业之间利益交换导致商业腐败的驱动力,主要有两种截然相反的观点:企业主动腐败与被迫腐败。具有代表性的研究显示,企业绩效与商业腐败呈负相关,并解释这是由于企业在政府官员逼迫下腐败。基于此,企业是否要进行商业腐败,取决于前文提到的政府与企业之间利益交换的若干维度,其中企业行贿数额的多少,取决于企业的“支付能力”(企业绩效水平)和“拒绝的力量”(企业转移到其他地区或行业的成本)。它解释了企业行贿动机(受政府逼迫)、腐败与企业绩效关系(负相关)、相同地区和产业里不同企业之间行贿数额的差异(源于不同企业谈判力量的不同)等三个关键问题。^⑱其他一些实证数据又显示,企业绩效与贿赂呈正相关,且被解释为行贿是企业为了竞争政府资源而向官员行贿,得到政府资源越多,绩效水平就越好。

可见,尽管对基于政府与企业之间利益交换的商业腐败已有深入研究,但现有成果尚未达成利益交换的一致共识,且不论腐败与绩效呈正相关或负相关,都无法断言企业是否应该进行商业腐败。更为重要的是,因为缺乏对腐败驱动力的二阶观察,商业腐败背后发生的宏观原因长期未得到揭示。比如,当把视角转向进行社会支持理论之上的实证研究,就会发现不一致问题的解决依赖于对“企业增长与腐败程度之间存在明显的倒U型曲线关系”的发现。^⑲由于腐败对企业增长存在积极影响,因而企业会主动向官员行贿,而不是在官员的逼迫下被动行贿;但倒U型曲线的共识规律提示了问题会出现另一端,就是尽管企业的腐败是一种主动行为,也并不是说腐败程度越高,企业绩效就

^⑮ See Cullen F. T., Social Support as an Organizing Concept for Criminology, *Justice Quarterly*, 1994(11), pp. 527-559.

^⑯ See Barro R. J., Determinants of Democracy, *Journal of Political Economy*, 1999(107), pp. 158-183. Pratt T. C., & Godsey T. W., Social Support and Homicide: A Cross-national Test of an Emerging Criminological Theory, *Journal of Criminal Justice*, 2002(30), pp. 589-601. Pratt T. C. and Cullen F. T., Assessing Macro-Level Predictors Predictors and Theories of Crime: A Meta-analysis, *Crime and Justice*, 2005(32), pp. 373-450. Zhang Y., Cao L. Q. and Vaughn M., Social Support and Corruption: Structural Determinants of Corruption in the World, *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2009(42), pp. 204-217.

^⑰ 参见宾凯《二阶观察、悖论与法律的系统建构:卢曼法律社会理论研究》,载《北大法律评论》第7卷第2辑。

^⑱ See Svensson J., Who Must Pay Bribes and How Much? Evidence from a Cross Section of Firms, *The Quarterly Journal of Economics*, 2003, 118(1), pp. 207-230.

^⑲ 徐雷《应对市场还是应对政府:权衡选择、经营绩效与国民财富》,中国社会科学出版社2013年版,第23-41页。

会越好,而是存在拐点。当企业应对政府的资源耗费跨越拐点,企业将因为其应对市场能力的不足,导致整体竞争力的匮乏,进而降低整体绩效水平。简言之,若企业一味追求政治关系,它必将减少在应对市场上的资源投入,那么,该企业的竞争优势有可能由于它应对市场能力的弱小反而显得不足,也许这才是以上文献没有得到一致结论的真正原因。这样,商业结构性反腐为了实现政府与企业之间的简政放权,以及“让市场在资源配置中起决定作用”,即可以尝试以降低企业应对政府的“拐点”为改革方向。

很显然,商业结构性反腐要推动吉尔兹那种基于参与式观察的“深描”,贴上那种令理论用户放心的客观标识。比如,前文论述政府与企业之间利益交换的显微镜,可以丰富我们对商业结构性反腐在法律与社会问题上的细部和直观的知识。但是,当商业结构性腐败这一世界性难题的破解需要更具纵深和横向的相关知识,抑或有赖于更深入理解结构性治理的复杂机理及其内部相互作用时,我们却要借助于“社会支持理论”这个犯罪学望远镜。可以肯定,若没有这一理论社会学宏观层面上的反省,这些能够推进商业结构性反腐研究深度的问题就得不到清晰的回答,那些所谓的实证方法和经验方法就会变成没有头脑的经验主义,就会丧失对商业结构性反腐“从社会学出发的想像力”。^⑩一旦这样,只能是跟着国外去研究那些对于当今中国来说根本就不是紧要之处的“鸡毛蒜皮”问题。

(二) 基于社会支持的商业反腐维度

那么,根据社会支持理论之上的“二阶观察”,什么才是有份量的大问题呢?已有实证研究结果表明,社会经济的不平等、^⑪国家对福利支出和以人为本发展指数、^⑫民主程度、^⑬市场成熟度^⑭等关联因素,构成了导致商业腐败的宏观变量。这些研究不仅为商业反腐上的“法律如何可能”,提供了理论社会学上的证据,同时,也为更深程度地讨论商业反腐提供了坚实基础。

1. 社会经济的不平等。世界范围内的商业腐败何以迅速蔓延,社会学上的主要理由在于“不平等状况正变得日益严重”。里根和撒切尔时代提出过“涓滴经济学”,即认为政府不应该救助穷人,而应该让富人得到他们所需要的。因为通过经济增长使社会总财富增加,最终穷人也会受益。但这一预测并未发生,实际状况是贫富差距拉大,许多国家已远超基尼系数的警戒线,商业结构性腐败趋于严重。目前,许多研究已验证不

^⑩ 参见[美]C·赖特·米尔斯《社会学的想像力》陈强、张永强译,生活·读书·新知三联书店2001年版,第三章。

^⑪ See You J. & Khagram S., A Comparative Study of Inequality and Corruption, *American Sociological Review*, 2005(70), pp. 136-157.

^⑫ See Pratt T. C. & Godsey F. T., Social Support, Inequality and Homicide: A Cross-national Test of an Integrated Theoretical Model, *Criminology*, 2003(41), pp. 611-643. *Human Development Report 2010 by the United Nations Development Program (UNDP)*, 2010, Available online at: http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_EN_complete_reprint.pdf.

^⑬ See McNair B., *Journalism and Democracy: An Evaluation of the Political Sphere*, New York: Routledge.

^⑭ 参见杨力《企业社会责任的制度化》,载《法学研究》2014年第5期;叶小忠、李修辞、彭冰、李文军《中国上市公司法律风险指数研究》,载《中国企业法务观察》2014年总第1辑,法律出版社2014年版,第183-202页。

平等与腐败之间的强烈正相关。^⑤ 其理论上的解释是,根据“失范理论”,当社会的整体文化强烈支持物质追求时,用于规范社会行为的规则开始失去效力,引发包括商业腐败在内的犯罪。^⑥ 在此基础上,“机会理论”揭示了人们适应不同的社会环境采取的不同应对行为:社会底层可能付诸于街头犯罪,中上阶层却可能通过腐败满足对物质的追求,毕竟其所处的社会职位有更多这样的机会。^⑦ 随着阶层之间的差距逐步拉大,处于社会阶层两端的人 would 趋向于不择手段追逐金钱,形成一种认同并接受商业腐败的社会规则。^⑧ 在这种情况下,拥有丰富资源的富人随意购买各种合法和非法的影响力,这就是由于社会经济的不平等形成了接受腐败行为的社会规则。因此社会不平等的程度越高,商业腐败就会越严重。

事实上,中国的社会经济不平等与商业腐败的迅速发展经历,恰好印证了上述实证研究的结论。因为改革开放以来,不少人的财富积累要么依赖于攫取土地、林地、矿藏、国企资产等公共资源,要么是被放任疯狂过度炒作投资性商品的财富洗掠,要么是利用内幕信息通过低买高卖等形式操纵股市获利,要么是处于国企权力顶层的管理者给自己开出过高薪酬,因此他们财产的获得具有极大的不合法性,其背后都隐藏着以坐收渔利、利益输送、洗劫财富、政企合谋为表象的商业腐败问题。这种腐败和社会的极不平等,会严重地导致社会纷争甚至引发动乱和社会的四分五裂。因此,削弱贫富差距就成为遏制商业腐败的题中应有之义,否则整个社会正常运行将无法继续。

2. 国家对福利支出和人本发展。社会支持,本质上就是政府把稀缺的资源用于扶助民众。已有的全球性评估表明,借助于增加以公民的医疗保健支出来衡量的社会支持,客观上会让商业腐败程度下降。^⑨ 在此基础上,世界达成一致的旨在激发人类潜能的人本发展指数(HDI),是除了GDP以外另一个强有力的广泛衡量民众福祉的综合指数。该指数包含了人本发展的各个重要方面的信息,它帮助国家建立集体良知,降低商业腐败的程度。^⑩ 这一结果意味着商业反腐可以采取积极措施,而不只是依靠惩罚,这是社会支持的重要发现。

那么到底原因何在呢?比如,作为民众福利的社会保障制度在中国受到质疑,源于机关事业单位与企业的缴费方式不同,以及城市与农村分割、私人与公共部门分立的制

^⑤ See Gupta S., Davoodi H. R. and Alonso-Terme R., Does Corruption Affect Income Inequality and Poverty? *Economics of Government*, 2002, 3(1), p. 23-45. Li, H. Xu, L. C. and Zou, H., Corruption, Income Distribution and Growth, *Economics and Politics*, 2000, 12(2), pp. 155-182.

^⑥ See Merton R., Social Structure and Anomie, *American Sociological Review*, 1938, 3(5), pp. 672-682.

^⑦ See Schoepfer A. and Piquero N. L., Exploring White-Collar Crime and the American Dream: A Partial Test Institutional Anomic Theory, *Journal of Criminal Justice*, 2006, 34(3), pp. 227-235.

^⑧ See You J. and Khagram S., A Comparative Study of Inequality and Corruption, *American Sociological Review*, 2005, 70(1), pp. 136-157.

^⑨ 参见张焰、曹立群《社会支持理论与腐败:影响腐败的结构性决定因素的再检验》,载《青少年犯罪问题》2012年第2期。

^⑩ See Cao L., Ruohui Zhao Ling Ren and Zhao Jihong, Social Support and Anomie: A Multilevel Analysis of Anomie in Europe and North America, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2010, 54(4), pp. 625-639.

度割据,“等级化、多轨制、碎片化”已成为中国社会保障的标签。它让既得利益者倾向于阻碍变革,以及借助于腐败破坏竞争,使得阶层之间的差距被拉大。因此,国家对福利的合理支出和人本发展就是为避免陷入恶性循环。

3. 民主程度。民主程度对商业腐败有着直接影响,民主的发展孕育其社会经济的发展,以及赋予公民参与决策过程的权利。已有大量数据研究表明,民主程度越高的国家,商业腐败的程度越低。同时,民主还通过作用于人本发展而影响腐败,民主程度较高的国家在公共福利等人本发展维度上的投入更多,因而会降低腐败发生的机率。因此,“缺乏适当的监督和制衡的不民主政府,以及不发达的民间社会有助于滋生腐败。”^⑩不过值得警惕的是,民主同样充满了“暴力”色彩,被腐败了的民主会导致“制度上的腐败”,这也是美国宪法只字不提民主,同时借助于“分割立法权”削弱议会权力,赋予美国总统“帝王般的行政权”的核心所在。

4. 市场成熟度。商业腐败给企业带来的收益程度,高度依赖于企业所在的更广阔环境性质。绝大多数情况下,当整体社会绩效与腐败程度在相当长的时间内呈正相关时,市场成熟度相对较低,反之市场成熟度则较高。面对商业结构性反腐的市场成熟度衡量,具有实质意义的标准包括政府提供公共产品的范围、立法过程是否受制度约束、中小企业倾斜性扶持边界、整体市场公平竞争程度、转型社会的公民监督水平等。

三、国外商业反腐的梳理和分析

接下来,国际经验是否可丰富和加深思考?目前,国际上尚未形成商业腐败的精准概念,只列出了能清晰定义的若干形式。不过,根据国际社会达成的共识是,商业腐败在定位上是指违反“委托或法定信任”,损害了市场公平竞争的“不正当行为”。这种不正当行为具体表现为借助于给予、收受、侵占财物或其他利益等手段,提供或获取商业交易机会或其他利益。^⑪

(一) 国际商业反腐的责任规则

国际商业反腐责任规则的体系构建肇端于20世纪70年代,之后分别在主权国家、国际行业组织和联合国推进。其商业反腐的治理方式主要是降低政府被俘获的指数、增加权力的透明度、压缩企业求助官僚的空间以及加强企业内部的合规性建设等。

1976年美国的“洛克希德丑闻”,通常被当成商业腐败开始受到世界关注的起点。^⑫

^⑩ 张焰、曹立群:《社会支持理论与腐败:影响腐败的结构性决定因素的再检验》,载《青少年犯罪问题》2012年第2期。

^⑪ 这一基本共识,乃是透明国际组织(Transparency International)、世界银行和世界多数国家所认可的。See Gong T., *The Politics of Corruption in Contemporary China: An Analysis of Policy Outcomes*, Westport, Conn: Praeger, 1994. Zimring F. E. and Johnson D. T., *On the Comparative Study of Corruption*, *British Journal of Criminology*, 2005, 45(6), pp. 793-809.

^⑫ 当时美国最大的飞机制造公司和军火供应商洛克希德公司,被曝光通过向日本政要行贿来对日销售航空产品,涉案金额高达1000多万美元。随后,参议院全国公司调查委员会的调查发现,通过雇佣中间人向决策者行贿的手段,实际上被洛克希德公司在日本、沙特、土耳其、西班牙、巴西和菲律宾等10多个国家普遍使用。

美国参议院全国公司调查委员会在对于这一事件进行针对性调查,以及之后制订特赦计划过程中,竟然发现有400多家美国公司承认为发展业务而向海外相关人员付过可疑款项。这极大震惊了美国政府和民众,并直接促使1977年美国《反海外腐败法》(FCPA)的出台。这是极为典型的为了避免政府与企业利益交换而强力阻止政府被俘获的立法范例。不过2002年,美国国会高票通过《萨班斯法案》,超越了以往只是一味以外部强硬的规则为基础的商业反腐模式,更为强调应通过直接与企业董监事会、高级管理人员等进行对话,促使其承担包括反商贿在内的合规社会责任;与之相应,由美国500强上市公司提出的“首席合规官”(CCO)和更名成立的“道德与合规官协会”(ECO)随后开始出现。简言之,进一步从企业内部合规建设角度进行商业反腐,已成为国际上的新动向。

同样,已有越来越多西方国家和标杆企业推出商业反腐规则。包括:德国推出了《反腐败法》2000年,该国的巴斯夫公司又发布了声誉卓著的内部合规计划;新加坡“淡马锡”董事会被规定,无条件接受政府派驻监督并设立内部的审计委员会;2008年,丹麦“刑法修正案”更是“零容忍”提出,企业向官员提供旅行、特殊服务和赠送礼品,即使遭受拒绝也一律构罪。2008年底,西门子公司因涉赚商贿,以14亿美元的代价与美国和德国执法部门进行和解,成为全球反腐的里程碑,让更多跨国公司意识到“商业社会责任”的意义。2010年,英国力推的《反贿赂法》刷新了商业反腐力度的全球记录,构建起有预防性的商业反腐体系,反映了相对成熟商业社会反腐治理的基本思路。可以说,国外越来越多的专门指向商业反腐的综合性立法例出现,更多覆盖到基于利益交换的多数维度。

同时,早在20世纪70年代,国际组织也开始关注商业腐败问题。1977年,国际商业协会(ICC)发表了《国际商业交易勒索和贿赂的报告》和《商事交易中打击勒索和贿赂行为准则》,第一次明确提出打击商业贿赂是政府、国际政府组织的联合行为。到了90年代中期,国际社会商业反腐迈入“立法快车道”:(1)1996年,联合国推出《反对国际商业交易中的贪污贿赂行为宣言》;2004年,联合国全球契约组织在企业社会责任九个原则之后增加“反商业腐败”;次年,该组织又发布《联合国反腐败公约》,进一步要求缔约国加强“商业贿赂治理”,敲定了世界性商业反腐的基本方向。(2)1997年,经合组织(OECD)出台《关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约》;2009年,该组织又通过《关于进一步打击国际商业交往中贿赂外国官员的建议》;之后,更是连续出台《内控、道德与合规最佳行为指南》,以及对《跨国公司行为准则》加以修订,比较完整地从事务协作和公司合规两个视角引导了商业反腐的结构性治理。(3)亚太经合组织(APEC)则在其发布的《预防贿赂和反贿赂执行准则》中就“商贿”问题指出,行贿和索贿“会加重中小企业的市场壁垒和成本负担”;该组织又进一步发布《反腐败商业行为准则》、《私营部门商业诚信与透明度准则》和《高效率公司合规项目基本要素》,在更多细节上发掘出关键议题,并提供了商业反腐的更多责任规则,让国际商业反腐开始走向深水区。显而易见,相较于国家内部的商业反腐,国际组织更加全面地关注于政府

俘获指数、权力的透明度、企业内部合规性、企业影响力、压缩求助官僚的空间、企业所有权等维度。

(二) 商业反腐方向: 市场化与监管化

商业反腐的国外理论和实践取得了不少成就,但不同国家和地区在敲定对商业腐败进行结构性治理的主要方向上仍存在分歧,这主要表现在是否有必要引入基于社会支持的商业反腐维度上。

许多观点认为,日益推动经济市场化的程度,应成为减少腐败的主要方向。支撑性证据是,不少实证研究发现,相较于拥有完善的市场机制、政府干预有限的国家,商业腐败在政府阻碍市场竞争的国家发展更加迅速和猖獗。^{③④}简言之,商业腐败的下降与市场发展之间存在强相关性,提高市场成熟度是关键举措。^{③⑤}因此,这些研究成果提出,坚定推动“市场化”才是商业反腐的结构性治理方向,包括政府应当削弱管制、简化监管规则、减少行政裁量权和推动更大程度的贸易开放。

区别于以上观点,不少针对东亚国家的实证研究显示,市场化与商业腐败之间的关系呈现出另一种结果,即市场化程度较高并不必然降低商业腐败,国家民主程度的提高、社会经济不平等的消除和国家对福利的更多支出,才是解决问题的关键。这在以“关系商人”为特征的东南亚得到充分印证,那里的富豪们习惯于通过“垄断、操纵价格、避免竞争、围标政府合约”,而不是依赖于技术创新攫取财富。^{③⑥}他们不偏好竞争水平高的进出口业,而是通过控制能源、原材料、地产、商业超市、码头和运输等上游行业,甚至拥有自己的银行,以极低成本的资本要素稳定地提取巨额利润,导致了这些国家中真正进入国际竞争的多数只是中小企业。所以,深受这种“关系型、低竞争”的垄断资本主义影响,那种以市场化来抑制商业腐败的法则,并未在东南亚得到简单复制和遵循。^{③⑦}同样的问题重复出现在俄罗斯和前苏联一些地区,其共性都是国家徒具市场化的外在形式,与之相关的市场合规建设却相当脆弱,易被强大的既得利益集团及伴生的商业腐败俘获。^{③⑧}

很显然,围绕社会支持的商业反腐在不同国家之间出现了不同的表现。但更多研究成果表明,惟以“市场化之锚”进行商业反腐的政府一味放松监管的方式,只能是超越

^{③④} See Ades A. and Tella R., Rents, Competition and Corruption, *American Economic Review*, 1999, 89(4), pp. 982-993.

^{③⑤} See Ades A. and Di T., National Champions and Corruption: Some Unpleasant Interventionist Arithmetic, *Economic Journal*, 2009, 107(443), pp. 1023-1042. Broadman H. G and Recanatini F., Seeds of Corruption-Do Market Institutions Matter? Most: *Economic Policy in Transitional Economics*, 2001, 11(4), pp. 359-392. Montinola G. R, & Jackman R. W., Sources of Corruption: A Cross-country Study, *British Journal of Political Science*, 2002, 32(01), pp. 147-170. Goel R. & Nelson, M. A., Economic Freedom Versus Political Freedom: Cross-country Influence on Corruption, *Australian Economic Papers*, 2005, 44(2), pp. 121-133.

^{③⑥} 参见[英]乔·斯塔威尔《亚洲教父:香港、东南亚的金钱和权力》史钰军译,复旦大学出版社2011年版,第68页。

^{③⑦} See Goldsmith, A. A., Slapping the Grasping Hand, *American Journal of Economics and Sociology*, 1999, 58(4), pp. 865-883. Giavazzi, F. & Tabellini, G., Economic and Political Liberalizations, *Journal of Monetary Economics*, 2005, 52(7), pp. 1297-1330.

^{③⑧} See Karkins, R., *The System Made Me Do It*, New York: M. E. Sharpe, 2005.

了实际的“休克疗法”。它不仅让商业反腐的结构性问题难以解决,而且其单向度的发酵还会产生灾难性后果,甚至威胁到国家政权的合法性。

于是,中、韩、日“国家控制经济自由化”的东北亚模式开始受到高度关注。东北亚三国进行市场化改革的共性在于,“推动国家政策引导下的土地改革和工业化、劳动密集型的制造业重点扶持和大发展,以及让国企更易获得融资支持的资本管制”。^{③⑨}这种“公开宣告自由市场的重要性、低调奉行国家控制之实”的国家主导型政策,客观上取得了巨大经济成就。同样,其背后的“监管化”国家治理逻辑,在商业反腐上也体现得淋漓尽致。比如,日本早在1976年“洛克希德丑闻”发生后就高调介入,与美方签订涉及商贿执法信息交换的国际合作协议;^{④⑩}随之继“金丸信案”后,1999年日本又推出《国家公务员伦理法》,把商贿打击范围扩大到提供性服务、高规格宴请和接待;接下来,日本又陆续推出了《公益举报人保护法》、《政治资金规正法》、《日本经济产业省公司合规指南》等,商业反腐体系初步形成。^{④⑪}韩国则在2015年公布了《禁止不正当请托及公职人员利害冲突防止法》(又称“金英兰法”),通过引入高透明度的制度、高级官员严格的行为标准和预防举报及处罚制度,构建起极严密的商业反腐体系。^{④⑫}

其实从前文的论述可知,除了进一步推动市场公平竞争,商业反腐走向凯恩斯主义的加强国家“监管化”,此等现象即使是在那些市场化较成熟的发达国家也十分明显。所以,商业反腐的立场在“市场化”和“监管化”两个方向平行推向深入,已成为对之进行结构性治理的基本共识,这为从社会支持角度进行商业反腐的结构性治理,提供了极有价值的参考。

(三) 国际立法和执法的新动向

目前,预防和打击商业腐败已成国际社会关注的重点战略。在此基础上,国际上相关立法和执法策略在“供给侧”上也出现了新的动向。

首先,商业反腐的范围和力度被不断扩大和加强。国外理论界对商业腐败的定义,已从为谋取私利而“违规”滥用权力,扩张到损害企业可持续发展的不负责任行为。这意味着国际商业反腐立法,除了打击传统的商业贿赂、职务侵占、关联交易、违规资产操

^{③⑨} 公婷、周娜《腐败和市场化:中国公共采购中的正式与非正式规则》,杨晋译,载《公共管理与政策评论》2014年第3期。

^{④⑩} 参见[日]原田明夫(日本前检察总长:《美日之间的洛克希德事件(1976)》)2015年11月18日在上海交通大学凯原法学院主办的中、日、韩、美四国结构性反腐败国际研讨会上的主旨发言。

^{④⑪} 参见[日]小杉丈夫(亚洲法律协会前会长:《日本与贿赂》)2015年11月18日在上海交通大学凯原法学院主办的中、日、韩、美四国结构性反腐败国际研讨会上的主旨发言。

^{④⑫} 比如,极为详尽地给出了判断不正当请托的15种判断标准,包括:授权和许可等业务处理、减缓或赦免行政处罚或处罚行为、介入任命或晋升的人事管理、非法操纵公共机构的职位任免、介入对公共组织颁发的奖项评选;泄露基于职权获得的拍卖或招标等机密、介入特定人选签约的任免、介入津贴分配援助和投资等、对公共组织制造或提供的物品服务进行非正常交易、处理或操纵入学或成绩、处理兵役有关事务、介入由公共组织进行的评定、操纵行政指令或控制结果或默认违规、介入案件的调查与审判、针对前面所有类型滥用职位或职权的行为。参见[韩]金英兰(韩国前大法官:《关于禁止接受不正当请托和财物的法律制定案》)2015年11月18日在上海交通大学凯原法学院主办的中、日、韩、美四国结构性反腐败国际研讨会上的主旨发言。其中,许多内容直接涉及商业结构性反腐。

作等“显性”腐败,已更多扩张到奢靡在职消费、获取超额薪酬、构建商业帝国等“隐蔽”腐败。同时,商业反腐的法律打击力度也在逐步加大,包括:降低刑事或行政处罚的起点,控方只承担严格责任而不必对贿赂意图举证,“陡坡式”拉高对人身刑或财产刑的适用,以往许多司空见惯的进场费和顾问费等商业习惯被列为商贿而受到调整,企业对通过代理人或关联账户进行资金周转的流向负有法定解释义务,商业腐败打击对象从只是调整个人发展到规范商业组织,法律所规定的商贿执法和解金或罚金刑标准被不断刷新,商业腐败认定的标准逐步走向精细和类型化等。

其次,商业反腐的结构性治理正在出现“上游取向”。一方面,更多打击行贿。行贿人相对比受贿人更精于利益权衡和计算,更知道怎么借商业腐败让自己利益最大化,这使得“积极”行贿实际上远远超过“消极”行贿。国际社会对此达成了共识,认为行贿是以“不公平竞争”极大弱化了市场赖以信的制度基础,因此,法律对于行贿的责任豁免应趋于严苛。另一方面,把预防贿赂的责任加以法律化。许多商业反腐开始更多强调合规责任指引的事前性。2009年,联合国全球契约组织和透明国际组织制定了《反腐败第10项原则的报告指引》,并成立第10项原则专家组,推动全球化的企业合规反腐;美国则根据对象是否拥有“稳健的内控预防体系”,在商业反腐执法中可以酌情减免对公司最终责任的追究;英国则直截了当地把商业组织不建立“预防贿赂”的责任视为构成犯罪,公司对此所进行的抗辩只有借助于“充足程序”才能获得豁免。

第三,更为普遍的海外商业反腐“长臂管辖”日益兴起。随着国际反腐形势趋紧,除美国FCPA之外,许多国家先后设立了对海外反腐的“长臂管辖权”,比如,英国的《反贿赂法》、日本的《关于在国际商务活动中防止贿赂外国公职人员的公约》、中国的《刑法修正案(九)》,以及瑞典对海外雇员立法增设的“对资金管理不善或过于滥用资金”罪名等。同时,这种跨境管辖的范围几乎实现“全覆盖”,囊括了与国家有密切联系的任何个人或公司。所以,即使那些并非在国内注册的公司,只要其在该国内设有分支机构、经营业务、券所上市,抑或只是聘请该国居民,都会受到长臂法案的管辖。

最后,严厉打击商业腐败与设立商业自由“缓冲地带”的合理平衡。不少国家在把控制刑事政策的严厉程度上持以审慎,毕竟它会损害商业自由和本国企业利益。比如,美国近年来的FCPA执法案件数由激增趋于平缓,高额罚款则集中在非美国企业。英国在借助于《反贿赂法》刷新了商业反腐程度记录同时,又在《联合起诉指导意见》中提出,对立法未列举商业惯例费用,若属于合理的、比例性的、善意的招待费和促销费,则可以适当宽宥,只有过于奢华、与合法商业活动没有明确关系,以及隐匿招待费、促销费和通融费,才被视为不合法,为留下商业自由空间预设了“缓冲地带”。

四、更复杂和微妙的中国治理

商业结构性反腐指向的政府官员与企业之间的利益交换,本质上是双方合目的性地谋取共享租金的行为,反映了双方价值实现中资源的使用和相互影响。交换的结果

又成为持续交换的前提。所以,政府与企业最初缺乏规则约束的随意性行为,逐步受到交换带来的社会性后果的约束。然而,这种社会性后果的约束在中国实际上更为复杂和微妙。

(一) 本土化治理的议题和立场

当下中国推动商业反腐的本土化关键议题涉及基于利益交换和社会支持的两大领域,而且出现了与国际形势类似的新动向,主要包括:

第一,国有企业内部的商业反腐合规性不强。主要表现为对国企“一把手”缺少监督,企业治理结构存在重大缺陷。现行体制下的国企高管保留行政级别,由组织部门任免,本质上是在企业任职的官员,使得他们可能把国企当成贪腐和买官的阶梯;同时,不少国企为实现决策力而让“两权合一”甚至“三权合一”(董事长、总经理、党委书记),让“一把手”处于绝对支配地位。国企权力结构的这种金字塔构造导致了重大决策的程式化,内部监督形同虚设,“内部人控制”情况严重。

第二,企业所有权差别导致的商业腐败严重。民企缺少资源、项目和资金,竞争劣势驱动了腐败。相对于国企拥有各类优质资源的垄断,中小民企难以借助市场竞争获得企业赖以生存的市场资源,交易机会和资源配额都会受非市场因素的挤压,更加容易陷入被动局面。所以,为了能够实现利益的定向输送,民企主动或被动以一定利益作为商贿成本,以换取权力控制下的市场准入、交易机会、资源配额、生存空间、信贷额度、经营范围和政策优惠等。近年来,即使国内外的商业反腐长臂管辖权的威力渐增,在华外企也有步民企后尘加入商业腐败的较大风险。

第三,权力面对新型商业模式的透明度不够清晰。互联网等新型商业模式缺乏清晰政策导向而带来设租空间。互联网的跨界融合带来了接口准入、公平交易、大数据使用等极为复杂、新兴和前沿的问题,涉及这些领域的政府政策导向还不够明朗,相关法律法规滞后程度较大,这种前瞻性不足使得“一行三会”出台的规则多为事后补救型规定,导致握有大量流动资产和内部信息的主体因管制失控,出现了类似“老鼠仓”、“内幕交易”、“泄露内幕信息”、“IPO发审寻租”等以权谋私或串通作案现象。同时,乱局中不断洗牌的互联网“二八定律”已成业内共识,主要的交易量将集中在20%的平台,这又给借助虚拟交易中的不公平竞争而谋取暴利的侵占式商业腐败预设了无限广阔的新空间。

第四,谋取制度供应的俘获政府现象依然存在。目前,中国缺少能源和金融产业竞争的“渡口逻辑”日益明显。事实上,“供给侧”改革从商业反腐的角度来看,就是降低入行的门槛、鼓励更充分的市场竞争、培育更成熟的商业模式。无疑,这种改革的方向会压缩本就在商业腐败风险低位徘徊的生产型制造业寻租的空间,但原来那些高度依赖资源优势获取垄断利润的权贵资本,肯定又会把关注点更多从生产领域转移到流通环节中的交易节点,以政府名义和行政手段进行管制,以牌照、指标、特许经营等方式设租,就像占据渡口而雁过拔毛。“渡口”会集中出现在两大领域:能源型产业和金融领域,当然,次之的房地产行业仍会随之在产业贡献率上的份量轻重而呈现不同风险度。

整体来说,政府与企业的关系仍未理顺、非公企业融资难和市场准入受限、政府转型后仍存在的职能交叉、规则缺失和监管不力导致的官商勾结、刑法打击万能的错误倾向、公司治理结构不完善和内部监督缺失等,构成了中国商业结构性反腐的本土化问题意识。对此,中国采取了市场化和监管化均衡配置、两不偏废的立场。因为以往改革为了确保“国家控制经济自由化”,缺乏在商业交换中对政府的有效监管和控制,同时,权力分散化的放权改革又让分权后的权力边界未被清晰划定,所以,这种“不完全的市场改革”连锁反应,就是借助市场竞争抑制商业腐败的规则未被遵守,反而造成了商业腐败的迅速增加与市场化同步的现象。于是,新一轮深水区改革出现“简政放权”与“权力清单”、“简化规则”与“减少政府自由裁量”之间的权衡之策,就成为题中应有之义。

(二) 治标: 结构性反腐的基本应对

根据以上商业反腐本土化的问题意识和基本立场,借鉴国际社会的经验和教训,当下中国推进结构性反腐过程中作为“治标”之策的政策维度是什么?

1. 以国企改革推动缩减俘获政府之可能。以国企负责人“权力改造”、“薪酬待遇”为切入点,将国企纳入公司法调整范围。目前,中共中央出台了党政干部不得在企业兼职获酬的规定,从政策上堵塞了国企负责人转换政治频道的路径。以往唯一界定国资委与国企关系的《企业国有资产管理法》对国企负责人却未有明确规定,使得对国企负责人的监督处于真空,即只要负责人能实现国资保值增值,监管部门难以直接对之行使人事任免权。所以,国企改革的关键在于理顺权力关系,改革国有资产经营管理体制。通过深化行政体制改革真正实现政企分开,健全监管制度、产权制度、融资制度、福利制度;进一步明确董事会、监事会和经理层的职责,使之各负其责、协调运作和有效制衡;此外建立廉洁激励机制,将廉洁由被动形态转化为主动形态,通过名誉、地位、薪酬、福利、资源等方面的激励,增加廉洁的收益,从认知心理上放大廉洁的正效应。另外,在国企改革过程中“还可以统一、细化的预算为平台,优先实现国企的公共财产公开,并密切关注官员私人财产公示的跟进,探寻一种冲突相对较小、认识较为统一、效果较显著的改革策略”,^⑬构建起完整的权力规范和监督体系。

2. 打破“国企垄断”和“金融垄断”为主导的经济结构,营建非公经济公平竞争环境。民企、外企的困境很大程度上源于国有企业的垄断挤压,它造成资源的人为短缺,产生了经济租金。挤压程度越高,经济租金则越高;经济租金越高,寻租激励就越大,让商业腐败更严重。非公经济通过技术创新、提高生产效率的方式改善经营,无疑会消耗大量成本,其成效仍具有很大的不确定性,而借助于政府官员的审批、特许、配额和许可证等的商业腐败,以及依附于国企操纵资源开采的规模数量和独一无二的上游定价权,参与直接分配垄断超额利润,获利空间更大更可靠,因而被逼迫选择依附于权力,以垄断风暴眼维持其经营帝国。在相当程度上,民企外企的商业腐败发生与国企的垄断乃至国企的强弱存在紧密的关联性。所以,除了极少数涉及国家经济和安全命脉的国企

^⑬ 刘剑文、耿颖《论反腐败进路中的公共财产公开》,载《江淮论坛》2014年第1期。

豁免于垄断责任,绝大多数国企一律不得利用支配地位排斥竞争或通过兼并实施垄断,应当成为商业反腐的新常态。

3. 以信息公开提高权力运行透明度。政府应当及时供应导向清晰的新商业模式发展政策,让市场主体根据公开透明的规则产生更加清晰的预期。面对中国当下方兴未艾的互联网经济和金融的繁荣,政府若不能对之进行审慎和积极引导,尽快供应行之有效的监管规则,而是一味盲目助推或任由其发展,那么依靠经验复制而短暂发展的企业将面临巨大经营风险,深陷其中的高管完全可能会前仆后继地铤而走险,正如中国国内证券期货市场曾遭遇的巨幅波动:券商龙头与证监会官员里应外合,举救市之旗号而行做空之不义,以享有信息优势的“救市主力”摇身变成“套利先锋”,出现了上千股涨停、跌停和停牌的难忘奇观。其实,中国资本市场的许多规则只是表面借鉴了美国、香港地区等做法,但由于法治理念存在本质差别,监管核心制度出现了“积生淮北”现象,使得治市之道游离于“政策市”与“法治市”之间。因此,破解之道的关键在于构建内外有制约的权力监督和问责机制,核心是解决谁来监督证监会。而对之深化改革的切入点,又在于让政策信息的公开和解读基于公开透明的规则,让市场主体获得相对确定的预期。

4. 以软法性行业自治提高企业影响力。改变以强制性硬法的个别化调整为主,而软法的指引性调整不足的缺陷,推动行业性治理。商业腐败的根本危害在于市场的非公平竞争,中国式商业腐败的重灾区基本上分布在竞争环境不公平、不充分和“行业性”商业规则不完备的若干重点领域。目前,中国“自上而下”在刑事法律、行政法规和部门规章等“硬法”意义上的规则符号已相当完备,不过法律的意义更多只是体现在对自然人或单位机构的个别化刑事或行政处罚调整上,“自下而上”推动整个行业走向竞争合规的政府“事前性指引”商业规则比较少见。在这里,美国 FCPA 的合规责任豁免有较强启示,毕竟商业结构性反腐强调的是全员参与、布局商业过程的整体合规性,而不只是树立“红旗标识”那样的个别指向、专项打击。对此,中国的商业结构性反腐除了推动企业内部合规化治理,还应改变政府与企业之间合法性程度较低、谈判成本较大的一对一谈判,转向更多借助于行业性组织,更多推出“点对面、面对面”交换、以行业性商业规则为核心产品的指引性软法,以谋求政府与企业之间交换的高合法性,并克服交换的高成本弊端。

显然,即使是商业结构性反腐的基本应对之策,在中国也有着自己更为复杂和微妙之处,无法也不能对国外商业反腐经验进行简单的异体移植,而区别的根本点就在于政府与企业之间利益交换更为本土化的细致考量和调适。

(三) 目标: 谋求利益交换合法化

当下中国政府与企业之间的利益交换,覆盖了“资源控制与让渡”、“改革不确定性”、“行政自由裁量权”、“寻找权利和财产安全”四种类型,谋求合法化交换目标的结构性反腐维度亟待进行整合,突破口是解决好以下三个重点问题:

1. 以压缩求助官僚的空间,解决政府一端的“地方差异过大”和“权力层级链条过

长”两大问题。目前,中央政府的理念和政策趋于稳定成熟,但地方政府以差异为由不确定性仍然很强,给谋取不合法交换带来空间。^④随着改革深入,中央政府的政策逐步平稳,制度的可预期性大大增强,激发了企业谋求确定性交换的积极性。然而,地方政府却因为历史条件、地理环境、经济发展和领导水平等,既有贯彻执行中央精神的,也有刻意造成制度的不确定性,以此为契机与企业合谋寻租牟利。相应地,面向政府的问责制经常被弱化至只看“政绩”,即仅从技术层面来看结果,忽略了对地方政府肩负营造公平竞争环境的职责之思。不仅如此,权力体制过长的“委托/代理”链条,又造成中央目标和任务向下分解过程由于层级过多而传导阻塞,代理人可能会藉委托人之名而谋一己之私利,同时层级过多还造成了对代理链末端代理人的监督失效,“强政治庇护的指向”使得责任审计、绩效考核、财产公开、严格问责、权力回收机制的监督成本大幅增加。这样,地方保护主义得以为本地企业提供保护,缓解其与外地企业间的竞争,给本地企业带来超额收益,又激励本地企业贿赂地方官员,更多设置市场进入壁垒,导致地区市场分割程度进一步加重。

2. 以更彻底的内部合规性预防,致力于解决企业一端的“机构腐败”和“隐性腐败”造成的合规标准局限性。根据2014年的盖洛普民调,3/4的美国人认为美国政府普遍存在商业腐败现象。它不是传统的贿赂,而是一整套“非法操纵系统”,譬如类似于中国企业高管中间存在的“专机、专车和俱乐部会员在职消费”、“薪酬操纵和控制”、“内部研发取得突破之前通过内幕交易谋取信息租金”,而且出现了“实施非关联并购产生垄断效应”、“放弃净价值为正的投资和实施净价值为负的投资”、“投资不足与管理卸责构建商业帝国”等隐匿于职责履行之内的隐性腐败。以往,这种问题未受重视,使得不少企业借助与政府交换谋取私利的过程被挂上了貌似合理的幌子,俨然成为商业腐败亚类型的所谓“合法腐败”,潜在导致了企业价值下降和投资者利益受损。因此,面对中国对显性腐败的惩罚力度已大为强化,机构或隐性腐败也许并不违法,但却比传统商业腐败更加复杂,具有系统性、内部操作性和不易被发现的特点,又表现为企业一端漠视民众信任,只谋求自身利益,而民众对内幕一无所知。因此,应该迅速改变商业反腐只侧重法律等基础制度建设,而忽视结构性反腐所赖以存在和持续开展之层次化治理问题的局面。

3. 以弱化身份符号等非正式规则功能,致力于解决政府与企业之间交换习惯的惯性和不断兴盛之“非正式规则”的扭曲。固然当下中国对商业结构性反腐的认知,已发展到“简政放权”以尽可能减少对企业干预的阶段,但中国经济所处的结构转型期、市场不成熟、市场自发与行政指令共同配置资源的格局,仍会通过习惯的惯性和不断兴盛的“非正式规则”,影响政府与企业之间交换的细枝末节。这些非正式规则主要表现为“规避正式规则”、“转换正式规则”、“正式规则空心化”、“勾结以对抗正式规则”四种比较典型的方式。置身这样的体制之下,国企与非公经济、普通企业与支付“经济租金”的

^④ 参见王春业《论地方行政权力清单制度及其法制化》,载《政法论丛》2014年第6期。

企业之间外部竞争的环境并不一致,这使得非正式规则兴盛的范围和程度无悬念地成为评判商业腐败的重要标准。当然,商业领域的“非正式规则”不是所谓的商业交易惯例,而是指在商业交易中形成的游离于合规之外的边缘化或不合法的行为习惯或方式。显然,商业反腐的结构性治理需对之给予高度关注。

(四) 体系: 社会支持系统的构建

接下来,围绕政府与企业之间谋取合法化交换这一目标,以及商业结构性反腐在中国的基本趋向,需要改变当下刑事和行政处罚从严趋重,但体系化“治本”的社会支持系统相对薄弱的状况。

1. 借助打破垄断的竞争中立培育市场成熟度。打破“国企垄断”和“金融垄断”为主导的经济结构,营建非公经济公平竞争环境。民企、外企的困境很大程度上源于国有企业的垄断挤压,它造成资源的人为短缺,产生了经济租金。挤压程度越高,经济租金就越高;经济租金越高,寻租激励就越大,让商业腐败更严重。非公经济通过技术创新、提高生产效率的方式改善经营,无疑会消耗大量成本,其成效仍具有很大的不确定性,而借助于政府官员的审批、特许、配额和许可证等的商业腐败,以及依附于国企操纵资源开采的规模数量和独一无二的上游定价权,参与直接分配垄断超额利润,获利空间更大更可靠,因而被逼迫选择依附于权力,以垄断风暴眼、维持其经营帝国。在相当程度上,民企外企的商业腐败发生与国企的垄断乃至国企的强弱存在紧密的关联性。所以,除了极少数涉及国家经济和安全命脉的国企豁免于垄断责任,绝大多数国企一律不得利用支配地位排斥竞争或通过兼并实施垄断,应当成为商业反腐的新常态。

2. 降低社会经济的不平等和增加国家对福利的支出。根植对中国现实的深度认知,构建起结构性反腐的广角维度。近10年来,中国刑法修正案出现了商业腐败的罪名翻倍、中国式海外长臂管辖、非公共权力领域延伸、单位犯罪、财产私分和挪用、“三档刑罚”、商贿黑名单等商业反腐的基本趋向;同时,又开始通过单行法或标准化持续地扩张版图,比如,借助于招投标法实施条例、公立医疗机构廉洁风控、法律风险管理指数、旅游法、企业社会责任国标、零售商供应商交易监管、药品管理法、政府采购法等,“包裹式”地围剿商业腐败。然而,中国的基尼系统早就超过临界线,“围猎”稀缺资源导致在产业链上游已形成既得利益集团,国企高管与政府官员之间“双向交流”,人口老龄化造成公共福利水平降低,官员出于GDP增长而干预企业过度,政府信息公开“点对点”定向控制性传播的痕迹依然明显、行政监管不完善使得改革中机会主义盛行,中国文化中利己观念对商业组织中个体腐败行为的回归等,都导致商业结构性反腐的社会支持系统偏弱,与日益趋重的刑事和行政处罚形成倒置反差。显而易见,加强结构性反腐与社会经济不平等、国家对福利支出和人本发展,这将是商业反腐治本的长远治理之策。

3. 顺应全球化商业反腐潮流,高度关注国际新动向。通过对金融危机爆发原因的反思及应对,英美发达国家以及联合国、OECD等国际组织目前已在全球范围内加大商业反腐的力度。除了“透明国际”公布的外贸行贿指数,曾把俄罗斯、中国、印度和巴西

列为“出口贿赂最严重”四个国家,世界银行也曾有所发布的黑名单里,列入不少中国企业因涉嫌贿赂而在一定时期内禁止承接该行资助项目,都让中国成为全球反腐的重点关注地区。无疑,目前中国的刑法修正案(八)、(九)在形成商业反腐之渐密法网上的功能不可低估,但下一步要更加侧重于解决难点症结问题,包括:面对商业腐败易发、高发的行业和领域,面对更为隐秘的通过第三方从事商业腐败的行为(以咨询费、服务费、律师费、劳务费、工程发包等方式直接给付或承诺给付),面对新出现的“阿里元老模式”、“普通的特殊合伙”等日益复杂和多元化的公司治理结构,面对企业是否应对其产业链上下游、合作伙伴的商业腐败行为负责、面对“走出去”企业如何建立起风险预警和控制等,构建出层次更丰富、内控规格更高、风险点更清晰的结构性的反腐体系,甚至在必要时对当下中国能否建立起统一专门性的商业反腐法案展开探讨。

五、余论

毫无疑问,“制度套不住老虎,将是对制度建设的最大伤害”。然而,除了依赖于日益趋严从密的法律制度之网的刚性拘束力,中国仍应一视同仁地清算旧账和高压反腐,并更进一步地关注制度本身的公平性,乃至深化体制的合理性改革,如此才是中长期商业反腐的结构性的治理更重要的核心所在。

正是从这个意义上,中国的执政高层已意识到“贫富差距、不平等必须解决,否则中国社会无法继续”。基于这一认识,借助于西部大开发、财政转移支付、打破城乡分割、取消户籍制度、资源有效配置等,阻缓和逐步消解早已超过警戒线的中国基尼系数和恩格尔系数。同时,深水区改革带来的中国四大自贸区的先后设立、上万件行政审批事项的取消和下放、营改增扩展到全国范围内、金融和监管改革向深水区发展、持续不断的政府高压反腐、权力的负面清单设计、企业内部治理结构的重大改革、国际社会合规惯例和海外反腐的倒逼、刑事和行政处罚不断刷新的制度供应、国企混改、面向央企和跨国公司的反垄断、放宽对金融、石油、电力、铁路、电信、能源开发、公用事业和服务业等领域的市场准入,实际上都是从不同的侧面给当下中国的商业结构性的反腐带来了推动政府与企业之间谋取合法化交换的更多机遇,以及改进社会支持系统的更多空间。

需要进一步指出的是,除了国内外已趋于达成共识的立法、执法层面的变化,基于利益交换和社会支持的商业结构性的反腐的维度,是一个“卢曼意义上的社会系统工程”,而不应只是以其中的单一维度成效论改革成败。这样,就会很容易理解印度这个世界上最大的民主国家为什么商业腐败现象远超我们,因为这不是印度的制度造成的,而是社会文化的惯性使然。商业结构性的反腐应该正视这一背后的本质。比如,从导致商业腐败的政府一方来看,如果马斯洛的五个层次需求都能依次递进满足,那么似乎并不应该出现腐败问题。然而,关键是满足需求的标准大幅上升,体制内的官员在进行比较后又会产生相对剥夺感,原来稳定的需求体系会开始发生紊乱甚至变异,于是采取行动满足新的需求成为商业腐败的原始动机。

所以,商业结构性反腐不仅在于提高腐败的成本和风险、降低贪腐者的收益预期,以及谋取合法化交换和社会支持的体系化改革,其延伸的触角还应对“放大利他”的一面和“缩减利己”的另一面给予平衡性考量,这正是国际经验提供的最大启迪。简言之,所谓结构性反腐的更深涵义在于,在反对商业腐败和推进社会进步之间保持“价值平衡”,在充分考虑商业腐败深层原因的基础上,实现社会价值的最大化,而其根本目标又在于让人性的“正动力”和腐败负能量相对平衡。沿着这一逻辑,商业反腐的结构性反腐的“度”就是保持整体的反腐原则不变,同时,因势利导的具体商业反腐标准和措施又应当保持在一个动态的“区间”内,用这个缓冲区间里的面和结构来重新观察和控制商业腐败,这才是对商业结构性反腐最深刻的理解。否则,就将会看到这样一个事实:随着商业反腐走向深入,社会进步的内生驱动力反而出现下降。

Abstract: In recent years, the structural governance of commercial anti-corruption presents new traits, patterns and problematic consciousness. By means of focusing on combating and preventing commercial corruption, the liability rules, basic standpoint and institutional supply of internationally commercial anti-corruption have displayed remarkably important changes and trends and constituted a profound influence on China's reform and development in terms of the related legislation and enforcement strategy of the "supplier side". Based on the foresaid changes, a more comprehensive and thorough research on commercial anti-corruption is not only expected to seek the legitimate exchange of interests between the government and enterprises from the micro perspective, but also further explore the structural governance and establish a mode of commercial corruption from the macro perspective. Actually, the structural governance of commercial anti-corruption in China is more complex and subtle as it encompasses special issues and positions of localization which is hard to transplant. At the same time, apart from the temporary solutions like system reform, there should be enough room for the mode of commercial anti-corruption in China to make more comprehensive and delicate systemic structure and designs for the realization of higher objectives and acquisition of fundamental solution of commercial anti-corruption.

(责任编辑: 李小明)