

美巨额罚款 公正还是勒索？

美国一些监管机构作为执法司法并不像我们想象得那么公正。它们的许多处罚决定，不仅有损司法尊严，而且还构成了事实上的敲诈勒索

余永定 | 中国社会科学院学部委员

随着中国改革开放的深化，中国金融体系与美国主导的国际金融体系的进一步融合，中国金融安全形势变得日益复杂。经常热议的金融安全问题包括：热钱流入导致资产泡沫化、资本外逃导致货币危机和金融危机以及外汇储备积累产生的美元陷阱（美元指数贬值、美国通胀、美联储货币超发、美国扣押中国美元资产）等。在这里，我想谈一个现在还未被学界和媒体充分重视的问题：美国以制裁相要挟，对中国企业实施敲诈勒索。

2018年4月16日，美商务部宣布对中兴通讯施加严厉制裁，引发社会的广泛关注和热议。本文完全无意对美国政府这一做法的目的和正当性提出评判，但是，通过对其他具体案例的研究，可以发现，美国一些监管机构作为执法司法并不像我们想象得那么公正。它们的许多处罚决定，不仅有损司法尊严，而且还构成了事实上的敲诈勒索。国内分析人士不应当将美国司法过于理想化，简单认为它就是公平正义的化身。

进入21世纪以来，美国政府对企业定罪数量和罚款金额都大幅上升，尤其是2008年金融危机之后处罚金额更是惊人。根据相关数据统计，2009年至2015年7月间，美国监管机构对在美经营的银行处以罚款1610亿美元。一些银行为误导投资者投资有毒债券支付了超过500亿美元的罚款，其中，美国银行、摩根大通分别被处以166.5亿美元、130亿美元的高额罚款，花旗银行70亿美元，高盛50亿美元，巴克莱20亿美元；在反洗钱方面，法国巴黎银行（BNP）被处以90亿美元的巨额罚款，汇丰银行19.2亿美元，德意志商业银行17亿美元，渣打银行先后共被处以10亿美元的罚款；2014年，瑞士信贷因帮助其客户逃税被处以28.8

亿美元的罚款。德意志银行更是遭美国政府的重点关注，近年来屡屡受罚：2010年，该行因协助美国富人逃税而被处以5.5亿美元罚款，因反洗钱被罚2.58亿美元，因操控 Libor 被美国和英国金融监管机构开出25亿美元罚单；更有甚者，2016年9月，美国司法部等监管机构认为该行在2008年金融危机前参与违规金融活动，要求对其处以140亿美元的罚款。除金融机构，其他企业被罚金额也非常惊人：2016年，英国石油公司因墨西哥湾石油泄漏事件被处以208亿美元的罚款；同年，大众汽车因排放测试作弊事件被罚款147亿美元；2012年，葛兰素史克因产品安全信息方面的问题被处以30亿美元的罚款；2014年，丰田公司由于汽车设计缺陷的和解金额为12亿美元，等等。企业在美经营可谓如履薄冰，非常危险。

对美国政府的做法是否出于匡扶正义和公正，我们需要有一个全面的认识。2014年8月30日出版的《经济学家》杂志上一篇题为《美国的公司庭外和解：构陷企业违法犯罪之路》(Corporate settlements in the United States: The criminalisation of American business)给出了一个不为常人所知的判断和结论：“是谁在运营世界上获利最多的敲诈勒索生意？意大利黑手党？还是克里姆林宫的窃国者？如果你是一个大企业，所有这些家伙都不如美国监管体系贪得无厌。他们的套路非常简单：找到一家可能有（或者可能没有）不当行为的企业；威胁其管理层让其公司无法经营，最好辅以刑事指控；强迫这家公司用股东的钱交付巨额罚款，以达成旨在最终撤销这些指控的秘密庭外和解（没人能知道和解的细节）。然后，再寻找下一个目标。”下面我们来看看其勒索的手段和行为模式。



2016年，大众汽车因排放测试作弊事件被罚款147亿美元。

利用不公开的和解，行敲诈勒索之便

美国执法机构和监管者对在美经营的企业“大开杀戒”，离不开它们的两个“秘密武器”：暂缓起诉协议（Deferred Prosecution Agreement, DPA）和不起诉协议（Non-Prosecution Agreement, NPA）。

在传统模式下，必须通过法院的审判，才能对违法犯罪的企业定罪。公诉人必须扎实地收集证据，细致地分析法律依据，严密论证，并极力避免程序瑕疵，然后与被告的辩护人对簿公堂，最后由法院裁决。即使是公诉人证据在握，被诉人接受认罪协议，这个协议的内容也要经过法院的审查后方可生效。在司法审判的过程中法官应当始终处于公正的中立位置，不偏袒任何一方。然而，通过DPA和NPA与调查对象达

成和解，基本上不需要经过法官的审查。一些专家认为，很多以DPA和NPA方式了结的案件如果经过法庭的司法审判程序，无论是证据还是法律依据都存在较多有待商榷之处。以DPA和NPA方式和解最大的问题就在于和解的秘密性和不透明性：公众从来不知道这些案例的全部事实。由于未经过法庭审判，公众也不清楚这些案件中到底公司的哪些行为触犯了法律，更不能保障其结果是公正的。可以说，在DPA和NPA履行过程中的每一步，执法机构都是既扮演公诉人的角色，又扮演法官甚至是陪审团的角色。这就为被《经济学人》称为的“敲诈勒索”提供了便利条件。

企业违法必须受罚，这是天经地义的。对于一些

真正为涉恐涉黑融资、以有毒资产欺骗消费者以及像污染了墨西哥湾的英国石油公司等企业，的确应该受到惩罚。但是，正如《经济学人》所说，正义不应当建立在闭门的勒索之上。由于可定罪的法规多达30万条，美国的刑事诉讼制度赋予执法者很大的自由裁量权，使他们可以选择性执法。一旦对企业提起诉讼，他们就只能赢，不能输。因此，在一些实际案例中，如果对企业提起诉讼，不管是否有证据，不管证据是否充足，执法者会利用手上一切可以利用的杠杆，来敲开企业防卫和抵抗的大门。

于此，有些人可能会问：如果企业清楚自身不存在被指控的问题，为什么还要接受和解，而不是通过法庭抗争？答案在于这些公司都不愿意重复德崇证券（Drexel Burnham Lambert）破产和安达信销声匿迹的老路。《华尔街日报》两名记者的纪实小说《贼巢》（Den of Thieves）详尽叙述了上世纪80年代美国执法当局（包括美国联邦检察官办公室、SEC等）如何使用一切可以使用的手段，将华尔街投行中排名第五的德崇证券推入破产的境地。面对强势的美国司法部和监管者，即使是美国最有影响力的大企业，如JP摩根、谷歌，也只能选择和解。2013年，面对美国司法部指控并要求缴纳创记录的和解金时，一贯指责监管部门管得过宽的JP摩根CEO Jamie Dimon向时任美国司法部部长Eric Holder表示投降。双方签署了130亿美元的和解协议。事后，他在接受彭博采访时表示：“司法部对JP摩根的处罚是不公正的，但鉴于司法部既是法官，又是陪审团，我别无选择。”在选择上法庭对抗还是和解时，即便是全球性银行也需要考虑以下冲击：

（一）能不能保住经营执照？执照是政府手上非常有力的王牌，随时会被政府打出来。对于一些全球性银行（尤其是欧洲的银行）来说，美国是最重要的市场，失去这个市场将危及其生存。执法机构威逼被监管者就范最重要的武器就是挥舞着手中“暂停业务或吊销执照”这根大棒。弗吉尼亚大学法学院教授Brandon Garret指出，执法者行使暂停业务和吊销执照的规则也是模糊不清的。由此，最可能被联想到的机构是纽约金融服务局（下称NYDFS）。2015年5月21日《纽约时报》一文指出，NYDFS收取大额罚金的能力源自其撤销银行执照的权力，这一权力是

NYDFS独有的武器。当面临失去执照的威胁时，银行只能选择“和解”或“死亡”。因此，银行“除交罚金别无选择”。2014年“法巴案”中，即使法国央行行长、财长、外长甚至总统纷纷亲自出面，也没能阻挡纽约州长Cuomo和NYDFS以吊销该行执照要挟以获取巨额罚款。2012年“渣打案”中，即便英国政客、央行行长、议员纷纷出面，渣打最后还是在NYDFS挥舞“牌照”这一利器下被逼就范，选择和解妥协，甚至出现过渣打与纽约金融服务局间通过媒体互骂“无赖机构”（rogue）的事情。

（二）如何留住市场、客户和员工？2002年的3月，美国司法部指控安达信会计事务所在安然（Enron）破产事件中阻碍司法，对安达信提起刑事起诉。公诉人提出，如果安达信接受和解，就可免于被起诉和定罪。但是，安达信决定选择上法庭，而不是签署暂缓起诉协议。两年后，虽然美国最高法院最后认为证据不足而驳回公诉人起诉，但是，作为五大会计事务所之一的安达信却仍因市场、客户和员工的流失而遭受重创，从此销声匿迹，退出历史舞台。

（三）如何面对股价大幅下挫？执法机构完全可以如其威胁的那样，放出不利信息，使被指控的企业股票价格大幅下挫，比如“渣打案”和“美林案”。

（四）如何应对后续可能出现的恶意监管？在整个谈判过程中，代理律师将不断提醒，要注意这个问题。美国的法律程序和规则赋予了执法者很大的自由裁量权，存在很多灰色地带和人为因素。如遭遇长期恶意监管，企业前景无疑极为堪忧。

因此，一旦被美国执法者咬上，你就别指望它松口（Once sinks their teeth into something, do not expect them to let go），企业很难幸免于难。

构陷企业，使其成为执法者的利润中心

Margaret Lemos和Max Minzner在《哈佛法律评论》2014年1月期刊文也指出：“公众执法者常常出于自身利益而寻求获取大额的罚金，而这与公众期望执法的初衷是相背离的。尤其是当执法机构被允许保留所有或部分罚款时，这些激励才是隐藏在背后的驱动力。这种制度安排在州一级普遍存在，目前开始出现在联邦的执法行动中。”需要关注的一点是，美国执

法机构对外国企业的打击力度比以往任何时候都要大，对外国企业的平均罚款金额远高于其国内企业。Garret 教授考察了2001年—2011年十年间被美国执法机构提起公诉的2250家企业，他发现外国公司的平均被罚金额是3500万美元，平均支付了将近6600万美元。与此形成鲜明对比的是，国内公司平均被罚470万美元，平均支付了1200万美元。外国公司的罚金比国内公司高出7倍以上，且其总支付金额是国内公司的9倍。国内有些人认为，美国监管当局铁面无私，对国内外公司一视同仁。事实说明，这种看法是缺乏根据的。

2014年1月，时任美国司法部长 Eric Holder 宣布，2013年司法部通过单独对公司提起刑事诉讼直接获取的罚金达55亿美元，与其他联邦、州机构等合作获取的罚金达26亿美元。同年2月，曼哈顿联邦法官 Preet Bharara 宣告说，2013年财务年度曼哈顿联邦检察官办公室获取的罚金达到了29亿美元。另据彭博社报道，2011年—2015年间 NYDFS 通过处罚全球性大型金融机构（主要为欧洲大银行）为纽约州创下超过60亿美元的收入。

《福布斯》将 NYDFS 称为“池塘里的小梭鱼”，而对华尔街（尤其是在美的外资银行）来说，这条“小梭鱼”恰是最为凶猛的食肉动物。美国财政部和司法部等对渣打银行违反美国对伊朗、苏丹和古巴制裁的行为展开了多年的调查。2012年8月，NYDFS 在最后的时间段出人意料地介入，并抢在这些联邦机构前对银行提出指控，要求渣打银行付罚金，否则威胁撤销其银行执照。仅一个月后，渣打银行便同意向 NYDFS 支付3.40亿美元罚金。六个月后，司法部、美联储、财政部和曼哈顿地区检察官办公室也与渣打银行达成和解，渣打对这四个机构支付的罚金仅为3.27亿美元。同样，2013年6月，NYDFS 就反洗钱问题对东京三菱银行处以2.5亿美元的罚款，而首先发起对东京三菱银行调查的美国财政部，罚款金额仅为820万美元，NYDFS 获取的罚金是美国财政部的30倍之多。2014年，NYDFS 指控渣打银行和东京三菱银行整改不到位，对两家银行又分别处以3亿美元和3.15亿美元的第二次罚款。2014年6月，美国司法部及其曼哈顿联邦检察官办公室、美联储、美国财政部、NYDFS 以及曼哈顿地区检察官办公室等五个机构对

法国巴黎银行处以89.7亿美元巨额罚款。其中，22亿美元被 NYDFS 拿走，美联储为5.08亿美元，不到 NYDFS 金额的四分之一。对此，《经济学人》提出的质疑说：“我们弄不清楚，为什么一个州政府会从对违反联邦政府外交政策的外国银行的罚款中获取如此高的利益。”

NYDFS 获取的罚款成为州政府重要的收入来源，纽约州长 Andrew Cuomo 曾将此宣称为“天上掉下的馅饼”（basically a gift from above）。NYDFS 所使用的手段和做法被《纽约时报》《新闻周刊》等称作“敲诈”和“勒索”（extortion、shakedown or screw）。原因就在于，美国是世界第一大经济体，美元是全球最主要的清算货币，纽约是全球最重要的国际金融中心，而且，美国执法者手握霸王条款“长臂法则”。因此，NYDFS 手中之锐器尤为锋利。这也是即便是渣打银行、法国巴黎银行，最终也没能避免被 NYDFS 拉下马命运的原因。

提升公正形象，博取政治资本

长期以来，具有远大政治抱负的执法者，总是把华尔街看成一个极具吸引力的目标，通过对大企业，尤其是华尔街的金融机构提起刑事诉讼，来提升自身形象，扩大公众知名度，博取政治资本。

20世纪80年代末，时任联邦检察官的鲁迪·朱利安尼提起的著名刑事诉讼经常成为晚间新闻的头条。在《贼巢》中，我们可以看到朱利安尼的硬朗形象，他的强制执法措施给华尔街许多人和公司带来了累累伤痕。1994年，朱利安尼竞选成为纽约市市长。1999年至2006年，时任纽约总检察长的埃利奥特·斯皮策在追讨白领犯罪方面复制了朱利安尼的做法。斯皮策颠覆正常的监管程序，对刑事指控情有独钟，并主动利用媒体，借助来自公众舆论的压力，依靠纽约州不同寻常的法律，胁迫一些大公司尤其是华尔街的金融机构就范，形成极大的威慑力。2007年，斯皮策乘势竞选为纽约州州长（15个月后的2008年3月因招妓事件黯然辞职）。对此，当时有人提出，应该通过一项法律，禁止任何检察官在离职后的三到五年内竞选公职，否则有失公允。

2011年后，纽约州州长 Andrew Cuomo 和纽约金

融服务局局长 Benjamin Lawsky 频频重拳出击，恐怕也不是出于所谓的匡扶正义，而更多是在乎权力和选票。面临2012年11月的州长竞选连任时，Cuomo 多次亲自出马，对法国巴黎银行挥舞撤销其经营执照的大棒，威逼银行增加了10亿美元的罚金。从外资银行获取巨额罚金对纽约纳税人来说不是一件坏事，对州长来说就是纳税人的支持和选票。2011年，Cuomo 将纽约州银行和保险监管机构合二为一，组建新的金融服务局，并将大权交给了其长期助手、前幕僚长 Lawsky。《纽约时报》指出，Cuomo 在此玩的是权谋，意在建立一个平行执法机构，从政治对手、纽约州总检察长 Eric T. Schneiderman 手中夺取权力和新闻头条，从而削弱对手的势力和影响。从一开始，Lawsky 就采取了一种检察官的心态，立即扩大了刑事执法部门的规模，并建立了一个1400名雇员的机构。年轻的 Lawsky 曾是参议员查克·舒默（Chuck Schume）和 Cuomo 的助手，怀有政治抱负，其辛辣的执法手段和作风，也常被媒体与斯皮策做比较。

在此，我们可以用一个同中国有关的案例来说明美国某监管机构是如何整治一家中国全球性企业的。某日，企业 C 突然接到由中介机构转来监管机构 B 的非正式口信，指控 C 在合规方面存在严重问题，要求交付 X 亿美元的罚款。这一指控对 C 来说是突如其来的，因此 C 希望拜访 B，当面了解监管者的指控和要求，在弄清事实真相的基础上再商谈具体事项。但事实情况并非如此。在闭门和解的方式下，C 陷入与当时渣打银行、法国巴黎银行相同的、非常艰难的境地（由于整个磋商涉密，我们无法获知和披露具体过程）。B 手里拽着 C 的经营牌照，并握有“长臂法则”这一霸王条款，C 只能在生与死之间作出抉择。

对于是“和”还是“打”的问题，专业律师强调：一旦被监管咬上，就别指望它松口。所以，一定要“和”，而且要速速“和”。惟一可以谈判的不是事实，不是道理，只有价格。只有速速交“赎金”才能保牌照，才能避免因被认为对抗造成今后的恶意监管。而且，如果走诉讼程序，从已有的案例来看，几乎没有赢的可能：一是美国政府赋予监管者比较大的自由裁量权，法律存在大片灰色地带和人为因素；二是此案诉讼打官司适用的法律以及相关程序会将 C 推入

极为被动的境地。不难看出，在这里监管者不仅是自己民事诉讼案子的原告，还是这个案子的法官和陪审员（也就是说它们自己的案子自己审，完全可以为所欲为，还可以用刑法惩罚作为威胁）。

B 催逼 C 在某一时点上完成所有程序。而这一时点同美国的某一重要政治事件有关。在当时的政治形势下，对全球性企业 C 处以非常严厉的监管处罚措施，可以彰显 B 强硬“鹰派”作风，既可以取得政治上的好处，又可以为当地政府创造一定金额的收入，可谓“一举两得”。

B 从未向 C 或公众出示任何事实依据。面对 B 的百般威胁，虽然 C 最终同意和解，并缴纳了罚金，但自始至终并未认罪，而 B 自始至终也未说清为什么要给 C 定罪。我和同事对 B 最后公布的新闻通稿与 C 签署的协议原件做了比较，发现两者之间存在较大出入。C 为什么没有要求 B 依据实际协议作出更改？在我看来，可能是 C 怕再次遭受 B 新的威胁。

在整个过程中，美国媒体依据 B 的口径对 C 作出了众口一词的控诉。与美国媒体普遍跟随 B 对 C 发起攻击不同，有一本世界权威经济杂志对事件进行了独立报道和评论。该杂志指出：在此次 B 对 C 的罚款中，由于 B 并不具备任何事实证据，才对 C 开出了一个与其他机构巨额罚款相比，相对有所保留的罚款金额。在整个事件的发展过程中，C 也只能“打碎牙往肚子里咽”。不难看出，华尔街也是一个陷阱，外国投资者在那里投资越多，退出的机会成本就越高，就越容易陷入进退两难的境地。

维护正义需要一个合理、公正、统一和透明的执法体系，而绝不应当建立在闭门的勒索之上。从近些年的案例来看，美国政府部门越来越多地采取闭门审判的方式，不断增加对企业行为构陷定罪，惩罚由政治交易来决定，由此损害作为法治基础的可预见性和透明度，从而滋生一个孕育腐败因素的司法体系。我们往往只看到美国作为法治国家的积极面，而忽略他的阴暗面。中国的舆论往往只指责自己工作人员的失误（失误肯定是有，有些可能还很大），而不知道美国政府部门和监管机构有时也可能蛮不讲理。我们往往因自己的天真和疏忽大意而吃大亏（有意钻空子，最后“偷鸡不得反蚀一把米”的企业也是有的）。C

公司等企业的教训值得汲取。

(一) 对外资在美机构来说,从未遇到过执法者具有如此广泛权力的情况。而且,虽然外资机构在美纳税,创造一些就业,但因没有选票,没有政治影响力,没有政治代言人,因此,在美始终是当地市场的弱势群体。从已有的案例来看,当外资机构试图反击,其后果往往是糟糕的。因此,当外资机构决定通过法庭对监管者发起反击时,一定要统筹各方力量和各种资源,夯实后方支持力量,在被停止某些业务、客户和员工流失、事后遭受恶意监管甚至是牌照被撤销等方面充分应对,做持久战的准备。

(二) 中资企业要填补合规管理这块短板。应该看到,我们的合规反洗钱能力跟不上欧美等国家强势监管需要,在一定程度上容易授人以柄。虽然中资银行在理念上已高度重视合规反洗钱工作,但是没有深入了解以美国为首的西方国家的合规反洗钱内核。客观地说,无论是合规文化建设,还是制度建设以及人才队伍培养方面,中资企业还有大量的功课要补。

(三) 美国在全球范围运用金融权力,这已经成为一种新的监管趋势。从美国监管机构的处罚对象来看,越来越多地直接指向各全球性银行总部。近些年美国出台的一些监管法案,其监管对象明确指向商业银行母行和集团层面。在这种情况下,过去依靠中资银行境外机构单打独斗,碎片化、菜单化应对美国监管的方法难以继,需要在集团层面整体应对。我们以往所熟悉的“各管一摊、守土有责”的作法难以继。因此,在应对海外机构被冲击的问题时,我国监管机构及其集团应拥有更宏观的视角,看到深层次的原因,这样才不会对形势出现误判,失去解决问题的正确方向。

(四) 在当前中美关系这种特定情境下,除了关注目前紧张的贸易冲突,也要积极研究和准备金融制裁和冲突,甚至是金融战争(Financial War)。面对中美间可能出现的金融摩擦和冲突,我们要避免应急式、个案处理的方式,而应上升到国家安全战略的高度来应对。时任法国经济部长阿尔诺·蒙特布尔将美国对BNP的惩罚比作“经济战争”。美国财政部负责恐怖主义融资和金融犯罪事务的前部长助理、美国国家安全委员会高级顾问胡安·萨拉特(Juan Zarate)在其

撰写的《Treasury War》一书中指出,美国多年前就制定了“金融战争”蓝图,并成为其国家安全战略的核心内容。这场“金融战争”就是利用纽约作为全球金融中心、美元作为全球最重要的交易货币、美国监管机构发挥重大影响以及美国作为全球规则制定者的能力等金融手段,来撬动银行业、资本市场、私人部门以及其同盟利益的市场力量,达到将其所谓的“敌对势力”从国际金融和商业体系中孤立出来,掐断其资金来源,以达到保护其国家安全和利益的目的。在整个“金融战争”的蓝图中,银行体系是其行使金融霸权的关键环节和最核心的部分,需要牢牢控制住。这些介于外交手段和战争行动之间的方法,更多地被美国在应对艰难复杂的国际安全问题时采用。制定全新的“金融战争”蓝图应成为美国对中国挑战的重要砝码。

最后,我们要问所有准备走出去的企业:你们准备好了吗? ■

参考资料:

Brandon Garret, “Too Big To Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations”, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2014

Juan Zarate, “Treasury’s War: The Unleashing of a New Era of Financial Warfare”, New York: PublicAffair, 2013.

Margaret H. Lemos and Max Minzner, “For-Profit Public Enforcement”, The Harvard Law Review, January 2014.

“Criminalising the American company: A mammoth guilt trip”, Economist, Aug 28th 2014.

“Corporate settlements in the United States: The criminalisation of American business”, Aug 30th 2014.

“Regulator Benjamin Lawsky Is the Man Banks Fear Most,” Newsweek, June 30, 2014.)

“Benjamin Lawsky, Sheriff of Wall Street, Is Taking Off His Badge,” New York Times, May 21, 2015.

“A Small Barracuda in a Big Pond: New York’s Department of Financial Services,” Forbus, 2/26/2015.

“Cuomo intervened in BNP deal to get \$1 billion more for NY state fund”, Reuters, Wed Jul 30, 2014.

“BNP Paribas in the dock: No way to treat a criminal”, Economist, Jul 5th 2014.