

我国治理商业贿赂的法律对策研究

——以国外反商业贿赂立法实践为视角

高爱萍

(厦门大学法学院 福建·厦门 361005)

摘要 商业贿赂行为是一种不正当竞争行为,不仅在一国范围内存在,还发生在国际经济交往中,对公平、自由的经济秩序造成危害。我国当前的治理商业贿赂的法律体系已经发挥一定作用,但是仍然存在其需要完善和修正的地方,如法律界定不明确,责任体系不完善等。借鉴美国、德国、日本以及《联合国反腐败公约》对于反商业贿赂的立法实践,笔者从三方面来完善我国的治理商业贿赂法律体系,一是明确商业贿赂的法律界定,扩大其范围;二是增加对附赠式商业贿赂行为的規制;三是完善法律责任体系。

关键词 商业贿赂 治理 法律体系

中图分类号 D920.4

文献标识码 A

文章编号 1009-0592(2007)-013-03

一、我国反商业贿赂的法律体系现状及其存在问题

(一)法律体系现状

商业贿赂是贿赂的一种不正当竞争形式。2006年,我国首次把反商业贿赂作为反腐败工作的重点,这表明商业贿赂在我国已经侵犯了公平、自由的经济秩序,对维护经营者之间的自由竞争和保障消费者的权益已经构成威胁,同时也更突出了我国治理商业贿赂的迫切性和必要性。纵观我国的反商业贿赂法律体系,依其适用效用和针对性,可以做以下分类:

1 核心领域,即适用性和针对性最强的,是由《反不正当竞争法》《国家工商行政管理局关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》(以下简称《暂行规定》)和《刑法》(包括刑法修正案)构成。主要体现在《反不正当竞争法》第8、12条和《暂行规定》以及1997年《刑法》第163条和164条。

2 协作领域,即在所属行业中具有权威性和规范性,涉及治理商业贿赂内容的法律规范,例如《药品管理法》《保险法》《政府采购法》《反洗钱法》等法律及其相关司法解释。

3 外部环境,即适用性较弱,但对我国反商业贿赂的立法、执法具有重要影响的法律规范,主要是《联合国反腐败公约》。我国已于2005年10月正式批准了该公约。这将对我国政府履行公约,治理商业贿赂提供外部参照和约束力,有利于推进我国反商业贿赂法律体系的构建和完善。

(二)存在问题

我国当前的反商业贿赂法律体系,在抑制不正当竞争行为和商业贿赂方面发挥了重要作用,不过也仍然存在一些立法、执法上的缺陷和空白,以致我国治理商业贿赂的力度缺乏,绩效不佳。对于其存在的问题,可总结如下:

1 对商业贿赂的法律规定立法技术落后。(1)关于商业贿赂主体范围的规定,存在疏漏。《暂行规定》第2条(二)款对商业贿赂的界定是“经营者为销售或者购买商品,而采用财物手段或者其他手段贿赂对方单位和个人的行为。行贿主体是经营者,即从事商品经营或营利性服务的法人、其他经济组织和个人。这种界定有利于突出行贿主体的特征,但是却忽视了同为经营者的控股股东、董事和经理的法律责任,而这些人往往是行贿活动的策划人。另一方面,对贿赂的对象仅界定为“对方单位和个人”,这忽略了现实交易操作中存在的与交易行为密切相关的第三人(包括单位和个人),尤其是拥有公共权力的国家机关、国有企事业单位、其他组织及其工作人员。这种界定缩小了受

贿主体的范围。而《刑法修正案(六)》虽然将商业行贿罪和商业受贿罪的主体范围从“公司、企业人员”扩大为“公司、企业或其他单位的工作人员”。但是,这样的修正并不能包括非国家机关人员但拥有一定公共权力的人、外国公职人员和国际公共组织工作人员的贿赂行为。

(2)关于商业贿赂内容范围的规定。《反不正当竞争法》第8条、《暂行规定》第2条(二)款规定贿赂的范围为财物手段和其他手段,“其他手段”如提供国内外各种名义的旅游、考察、安排工作、留学等给付财物以外的财产性利益。而《刑法》仅将“财物”作为商业贿赂罪的内容,抛弃了“其他手段”以及荣誉称号、职称等具有隐蔽性和欺骗性的非财产性利益。这种规定,使得商业贿赂的当事人偏好于采取隐蔽性更强的非财产性手段,以逃避法律的制裁。

(3)关于商业贿赂行为范围的规定。依据《反不正当竞争法》,我国的商业贿赂行为包括商业行贿和商业受贿行为,而对介绍、促成商业贿赂的违法行为没有界定。然而,在现实中,却存在大量的以洗钱的方式贿赂的情形,例如借于画廊、古玩店、茶叶店等载体(经营者为国家工作人员的亲属、好友)通过向该店以超乎合理价格的高价购买商品,从而到达间接地向国家工作人员行贿的效果。可是,我国对间接受贿、介绍商业贿赂、提议、许诺给予商业贿赂等商业贿赂活动形式的规定均为空白。

2 对附赠式商业贿赂行为规定的缺陷,缺乏量化标准。《暂行规定》第8条规定:“经营者在商品交易中,不得向对方单位或者个人附赠现金或者物品。但按照商业惯例赠送小额广告礼品的除外。违反前款规定的视为商业贿赂行为。”由此得出,附赠的对象是“对方单位或者对方单位的个人”,而不包括一般消费者的个人,即该规定禁止的是经营者之间的附赠,而对一般消费者的附赠不被视为商业贿赂。事实上,对一般消费者附赠也有严重的危害性。表面看来,附赠使得消费者无须支付对价而获取额外利益,这对消费者是百利而无一害的。实际上,对消费者的附赠价值可能已经被摊入到消费者所购买的商品或服务的价格中,从而导致消费者须以更大的成本购买商品或服务,同时购买其本来没有支付意愿或者无须购买的商品或服务。这是一种以隐蔽、友好的手段欺骗消费者,变相搭售,掠夺消费者利益的行为。一般而言,这种手段难以被消费者察觉。此外,由于附赠缺乏量化标准,没有规定具体比例,这使得经营者容易以附赠之名变相对一般消费者进行行贿,以争取消费者跟他进行交易,促使交易的达成。这就潜在地减少了消费者与其他经营者进行交易的几率,导致经济学

上的“挤出效应”,从而实质性地损害其他经营者的公平竞争权。

3 法律责任的规范化程度较低,惩罚力度较弱。(1)行政责任的设置不科学。根据《反不正当竞争法》第2条,对尚未构成犯罪的商业贿赂行为处以1万元以上20万元以下的罚款,有违法所得的,应当予以没收。行政责任的形式较单一,注重罚款和没收违法所得,除《药品管理法》对商业贿赂的经营者实施吊销执照、许可证,对执业医师吊销执业证书外,其他治理商业贿赂的法律规范尚未设定资格刑。

(2)民事制裁措施不明确,缺乏可操作性。依据《反不正当竞争法》第20条的规定,遭受商业贿赂行为侵害的经营者,可以追究行为人的民事责任。但是,该条款没有界定符合什么条件的经营者才是“被侵害的经营者”,而且由于商业贿赂行为所造成的损害后果不是直接的,很多时候只是表现为丧失了一个公平竞争的机会,这种损失如何量化,在法律上也没有规定。

(3)刑法对财产刑的设置明显不足,适用范围太窄。刑法关于贿赂犯罪的刑罚设计中,一是规定单处财产刑的情况,二是罪行较轻时未规定适用财产刑,只是在罪行较重时才附加财产刑。这种规定不能抑制犯罪者贪财图利的动机,也不符合对商业贿赂犯罪这种贪利性犯罪适用财产刑增多的世界刑罚发展趋势。

二、国外治理商业贿赂的立法

商业贿赂行为是在经济往来中普遍存在的一种现象,不仅存在于中国,也存在于美、日、德等发达国家。商业贿赂愈演愈烈,使得世界各国政府和组织不得不加强立法研究,制定一系列相关的法律法规。下面将着重介绍美、日、德三个国家以及《联合国反腐败公约》对商业贿赂的立法规制。

(一)美国

美国明确禁止商业贿赂等不正当竞争行为的是1914年《克莱顿法》。《克莱顿法》第2条规定:“商人在其商业过程中,支付、准许、收取、接受佣金、回扣或其他补偿是非法的。”《克莱顿法》第3条则具体界定商业活动者给予回扣和折扣影响到公平竞争的属于违法行为,即如果回扣行为减少竞争或旨在形成商业垄断,则属于违法行为。《克莱顿法》还从“价格歧视”的角度,将商业贿赂行为归属不正当竞争。之后,1936年《罗宾逊·帕特法案》对《克莱顿法》作了修改和补充规定。《罗宾逊·帕特法案》第二条(d)项规定不得对特定的交易对象或顾客提供佣金或签订支付佣金合同。而对商业贿赂提起诉讼,可以根据《联邦贸易委员会法》第5条的规定,该委员会可以将商业贿赂作为不正当竞争提出指控,也可以根据《罗宾逊·帕特法案》第2条的规定提出指控。

美国的反商业贿赂法律,不仅针对本国的贿赂现象,还扩展到反对向外国政府官员行贿的行为。1977年美国制定了《反海外贿赂法》,1988年修订。该法规定,任何美国企业为了获得或保持业务而向任何外国官员、政党或政党官员支付金额或送礼或允诺的行为都是违法的,违者企业将被处以直至100万美元的罚款,个人将被处以至少1万美元的罚款,或被判处5年以下的监禁。对于公司账目的管理,该法要求公司设立明晰的账目,明令禁止公司留有“贿赂基金”以及虚报收入支出。

(二)德国

德国对商业贿赂及其相关行为进行规制的法律法规,有其变化和发展的过程。对商业贿赂的禁止始于《反对不正当竞争法》第12条的规定,而1997年《反腐败法》的颁布,使得《反对不正当竞争法》第12条被废除,改由新修订的《刑法典》26章中的299条和300条进行调整。而《折扣法》《附送赠品条例》于2001年被废止了。^⑥所以,当前德国对商业贿赂行为的规制的法律依据主要是《反对限制竞争法》第3条对回扣的规定,以及《刑法典》的规定。

而在法律责任上,德国采取的是司法执法模式,注重民事责任和刑事责任的承担。民事责任承担方式包括停止侵害和赔偿损失,而刑

事责任追究则采取“告诉罪”的方式。商业贿赂行为告诉的主体包括:(1)受商业贿赂行为直接侵害的受害人,既可以是受贿行为人雇主的竞争对手,也可以是受贿行为人的雇主;(2)其他与商业贿赂行为人在同一市场上经销同类或类似商品或服务的经营者;(3)工商利益促进团体和工商业公会等。

(三)日本

日本有关反商业贿赂的法律规范之一是《不当赠品及不当表示防止法》。该法第3条规定,公正交易委员会为了防止不当地引诱顾客,必要时,可以就赠礼金额的最高额、总额、赠礼的种类、提供方法或其它有关提供赠礼的事项作出限制,或者禁止提供赠礼。附赠式销售是企业吸引顾客的一种营销策略,利用消费者的侥幸心理促使其购买商品。不过,不适当的附赠式销售牵制了消费者正常选择商品的自由,并且可能导致价格上涨质量下降的后果,从而损害一般消费者的利益。关于对消费者的附赠,我国反商业贿赂法律体系中,在《反不正当竞争法》的修改中,应借鉴日本竞争立法对赠礼所进行的限制和禁止的做法。

(四)《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》)

《公约》涉及商业贿赂的条文主要有第15、16、18、21条。这四个条文分别规定了商业贿赂犯罪的四类行为:(1)贿赂本国公职人员;(2)贿赂外国公职人员或国际公共组织官员;(3)影响力交易;(4)私营部门内的贿赂。这些条文呈现的特点有:第一,贿赂主体比较广泛,涉及本国公职人员、外国公职人员或国际公共组织官员、公职人员或其他工作人员、私营部门工作人员,特别是影响力交易行为的界定,扩大了治理商业贿赂的主体。^⑦第二,贿赂方式规定比较全面,包括许诺给予、提议给予或者实际给予三种,而且可以是“直接给予”,也可以是“间接给予”。这样规定,可以对商业贿赂的多样性进行规制,有利于破除商业贿赂的隐蔽性。第三,贿赂内容的外延比较大,《公约》把贿赂内容界定为“不正当好处”。“不正当好处”的外延大大超过了我国《刑法》所规定的“财物”的范围,包括财产性利益和非财产性利益。

三、我国治理商业贿赂法律体系的完善

(一)明确商业贿赂的法律界定,扩大其范围

1 扩大商业受贿主体的范围。我国当前法律规范中对商业贿赂受贿主体的规定过于狭窄,只规定为“对方单位或个人”。笔者认为,在《反不正当竞争法》的修改中,将商业贿赂受贿主体扩展为“对方单位或个人及与交易有关的第三人”,将“与交易有关的第三人”纳入,有利于规制间接受贿的情形,而且也与《联合国反腐败公约》中的“影响力交易罪”的理念一致。另外,借鉴《公约》,应该在《刑法》中,将受贿主体扩大到“外国公职人员或者国际公共组织官员”。

2 修正商业贿赂的内容范围。《刑法》仅将财物作为商业贿赂的内容,这不仅与《反不正当竞争法》规定的“财物手段和其他手段”不符合,也缩小了《公约》的“不正当好处”的规定。对于商业贿赂的内容,应该将《反不正当竞争法》和《刑法》中的规定修正为“不正当好处”,并对“不正当好处”做例示性规定,概括加列举,以应对商业贿赂内容的万种形态。

3 增加商业贿赂的行为方式。商业贿赂的行贿方式,不仅是现期的“实际给予”,还有远期的给予。所以,在商业行贿方式上,应包括“实际给予”“许诺给予”“提议给予”,并且对介绍商业贿赂、促成商业贿赂等行为也应该在《刑法》中加以规定。

(二)增加对附赠式商业贿赂行为的规制

前文已经对向消费者进行附赠的危害性进行阐释。鉴于此,笔者认为,在我国的《反不正当竞争法》的修改中,必须对附赠式商业贿赂进行规范,尤其要对赠礼的数额限制在合理的范围内。借鉴日本对赠礼价格的最高额、总额、赠礼种类的规定,从两方面来完善:

其一,将《暂行规定》中对附赠式商业贿赂的规定上升为《反不正当竞争法》中商业贿赂的一种形式,并且禁止的附赠行为应该包括经

营者之间的附赠行为和对消费者的附赠行为两种,明确将对消费者的附赠作为商业贿赂加以规定。但是,允许附赠小额广告礼品或没有超过一定比例价值的礼品,作为例外规定。

其二,对于附赠价值额度,采取比例原则和最高额相结合的原则。根据赠品与商品之间的相对价格,赠品价格在商品价格的一定比例之内才是合理的。但是,单纯依靠一定比例,仍无法防止赠品价格的畸高。因此,还应该对赠品的价格做最高额限制的规定。这两项原则相结合,使得附赠可以在合理的范围内存在,符合商业习惯,但是又对其加以限制,防止以附赠之名行行贿之实的商业贿赂行为的存在。

(三)完善法律责任体系

1. 丰富和完善行政责任的制裁体制。一方面,使行政责任的形式多样化,除了罚款和没收违法所得外,还应该增加资格刑,对商业贿赂行为人在一定期限内从事特定职业的能力和资格进行限制或取消。具体而言,对进行商业贿赂的单位,可以处以责令停产、停业,限制经营范围,暂扣或吊销许可证、营业执照等;对个人可处以禁止一定期限内从事经营活动或者担任经济组织之管理人员等。^⑨另一方面,对于罚款数额,应该提高罚款幅度,并且除没收违法所得外,还可以并处违法所得 1-3 倍的罚款。

2. 细化民事责任的承担形式。依据《反不正当竞争法》第 20 条,被侵害的经营者有损害赔偿请求权。但是,“被侵害的经营者”如何认定?在商业贿赂案件中,哪些受害人才是适格的诉讼当事人?依据德国的实践,享有告诉权的主体必须与某一起商业贿赂案有利害关系。而考察是否具有利害关系,主要参照以下的因素:^⑩(1)受害人是否与商业贿赂案有利害关系;(2)是否与商业行业人在同一区域内经营同类(种)商品或服务;(3)是否因为贿赂行为而丧失显示存在的公平竞

(上接第 12 页)争机会,或丧失显示存在的获利机会或使得已有的经济关系不正常地终止。赋予受害人实体的告诉权,可鼓励受害人提起诉讼,及时查处商业贿赂行为,因为受害人往往能比行政管理机关更敏感地发现商业贿赂行为的存在。此外,对于原告律师费等费用的承担,若原告败诉,由原告自己承担,以防止原告滥用告诉权,提起恶意诉讼;若被告败诉,则由被告承担,以实现对被告的惩罚。

对于损害赔偿额的确定,由于在商业贿赂案中实际损害的非直接性,难以量化。所以,受害人的实际损失或者商业贿赂行为人在侵权期间所获得的利润无法确定时,可采取固定赔偿额的方式。

(四)局部的“检警一体化”模式有利于检察机关更好的履行其侦查监督的职能

在商业贿赂犯罪领域内,我国目前的侦查监督可分为两大部分:(1)检察机关对其自身的反贪局在立案侦查六类商业贿赂犯罪过程中所开展的侦查监督;(2)检察机关对公安机关在立案侦查两类商业贿赂犯罪过程中所开展的侦查监督。对于前一部分,存在内部监督与外部监督两套机制,由于这种监督具有较高的权威性,因此监督的有效性是显而易见的。外部监督即人民监督员制度,作为一种外部监督机制,亦发挥了一定的作用,而对于后一部分案件的侦查监督,在目前处于一种中空状态,如何加强对后一部分案件的侦查监督,是检察监督中亟待解决的一个难点。笔者认为,侦查监督制度只要达到以下两项条件之一即可:(1)侦查权与侦查监督权具有同步性;或(2)侦查监督权相较于侦查权具有上位性(或称权威性)。不“同步”而有“权威”,在一定程度上能够达到监督的效果。从我国的现实情况考虑,侦查权(主要指公安机关的侦查权)与公诉权作为刑事诉讼的两大职权,几乎被视为同等重要,因此,欲在检察机关与公安机关这两大平行的权力主体之间建立一种具有上下位制约作用的“隶属”关系,至少在目前不具有现实的探讨性。因此,在这种监督者与被监督者几乎平起平坐的现状下,要完善侦查监督制度,就要构建一种现实的侦查监督模式,要求监督者必须深入被监督者的侦查工作之中,随时掌握被监督者的

侦查动态。

(五)局部的“检警一体化”模式有利于缓冲外界(特别是行政权力)的不当压力

在侦查“公职型”商业贿赂犯罪中,侦查对象往往会利用自己手中的权力向检察机关施压,同时,亦会动员自己在社会上的其它关系干扰侦查,而其它尚未引起侦查机关关注的潜在侦查对象,也会千方百计阻碍侦查的进展。在面对多方面的压力下,难保检察机关不会徇私枉法,屈服于这些压力之下;同样,在侦查“私职型”的商业贿赂犯罪中,这些“白领”们大都与国家权力机关的重要领导人交好,或者手中掌握着对方不能见光的秘密,不管是利己还是利他,这些官员们总会在关键时刻介入侦查。在此等高压下,身为行政机关的公安机关一般难以“独善其身”。以上问题在局部的“检警一体化”模式下可以被很好的化解。由于公安机关在法律上并非侦查主体,其在任何情况下都无法摆脱检察机关而单独决定撤销案件或放弃对案件在深度和广度上的扩展,而尽管法律上的侦查主体为检察机关,但公安机关在实际上也参与了案件的侦查过程,如果检察机关单方面的决定撤销案件或放弃对案件在某些方面的扩展侦查而不提供正当理由,这就免不了会遭到来自公安机关一方的质疑。考虑到侦查人员同样是处于社会这张交错复杂的关系网络中的一员,为了维持自身关系网络的稳定,在很多情况下都难以直接回绝其关系网络中的某个分子,如亲友、上司或同事等提出的在侦查上“高抬贵手”的请求,而在检警二元模式下,以上说情人很清楚,不必经过太复杂的程序,检察机关或公安机关主管侦查的负责人只要愿意帮忙,单方就可以对案件侦查做出此类指示。而在局部的“检警一体化”模式下,由于“高抬贵手”并非一方所能单独决定的,检警双方实际都在一种互相“监督”的状态下。因此,向前来说情者表示该类案件的侦查还涉及到另一个机关,其并无权力单独对案件作出“高抬贵手”的处理方式,从现实考虑,局部的“检警一体化”模式无疑极具人情味,在实践中当然更为受用。

注释:

① 庄德水,我国治理商业贿赂法律体系的现状及其立法建议——以《联合国反腐败公约》为参照,求实 2007(3)第 62 页,第 64 页。

关于这两个罪名,有不同的观点,有的主张是公司、企业、其他单位人员行贿罪和受贿罪,有的主张是商业行贿罪和受贿罪,笔者借鉴司法考试辅导教材,采用后一种观点。

吴喆,论《反不正当竞争法》对商业贿赂的规制, Cnki 数据库,中国优秀博士硕士学位论文,第 27 页,第 38 页,第 26 页。

王晓航,商业贿赂的法律规制研究, Cnki 数据库,中国优秀博士硕士学位论文,第 16 页,李昌麒,经济法学,北京:中国政法大学出版社,2002 年,第 280 页。

于晋,论市场竞争中的商业贿赂行为, Cnki 数据库,中国优秀博士硕士学位论文,第 17-18 页。

④ 沈健,商业贿赂及其治理对策研究, Cnki 数据库,中国优秀博士硕士学位论文,第 15 页,第 33 页,第 34 页。

⑤ 郑友德,万志前,德国《反对不正当竞争法》的发展与创新,法商研究 2007(1)第 126 页。

注释:

① ② 刘远,商业贿赂犯罪问题研究,华东政法学院学报 2006(5)。

③ 游伟,商业贿赂犯罪的侦查管辖与证据效力,华东政法学院学报 2006(5)。