

完善我国打击商业贿赂法治体系的法律思考

屈学武

(中国社会科学院 法学研究所,北京 100720)

摘要: 首先介绍现行于我国的打击商业贿赂的法律体系;进而比较分析中国与境外关于商业贿赂的法律规定及其运作状况,最后,就完善我国打击商业贿赂法治体系问题,提出自己的法律构想。

关键词: 商业贿赂;法治体系;法律思考

中图分类号: DF636 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3933(2006)06-0002-04

Legal Thinking on Advancing System of Rule by Law Combating Business Bribery in China

QU Xue-wu

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720 China)

Abstract: First of all, this article expatiates the existing system of law against business bribery in China. Then it compares China with abroad regarding status of law provision to combating business bribe as well as carrying out for it. Finally, to issues advancing system of rule by law combating business bribery in China, the auther puts forward her own legal suggestion.

Key words: business bribery; system of rule by law; legal thinking

众所周知,商业贿赂不仅影响到企业间的公平竞争,影响到社会经营成本的高效、廉洁投入,影响到消费者的合理支出和我国国库的收入;而且,随着联合国《反腐败公约》的出台以及美国、欧盟等国分别针对美国《反海外腐败法》(Foreign Corrupt Practices Act, FCPA)、《国际商业交易中反对向外国公共官员贿赂公约》(Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction)和美国、欧盟间的《腐败问题刑法公约》(Criminal Law Convention on Corruption)在世界范围内的大力推行,如今,商业贿赂问题已经恶化成为严重制约我国贸易特别是外贸良性发展的恶瘤,国家因而已到痛下决心、彻底根治之的紧要关头。

一、我国打击商业贿赂的法律体系简介

所谓商业贿赂,指商业活动中,有关商品或者商业性服务的买受人、销售人或使用人等,为了购买、销售商品,或为了接受或提供服务而给予对方单位或者个人财物或其他利益的行为,抑或接受对方单位或者个人给付的财物或其他利益的行为^[1]。

我国打击商业贿赂的法律体系主要由行政法、商法、刑法和国际刑法构成。

首先,就行政法体系看,我国1993年颁行的《反不正当竞争法》第一次对商业贿赂做出了明确的禁止性、罚则性规定,即:“经营者不得采用财物或其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的,以行贿赂;对方单位或个人在账外暗中收受回扣的,以受贿论处”;“经营者销售或者购买商品,可以以明示方式给对方折扣,可以给中间人佣金,经营者给对方折扣,给中间人佣金的,必须如实入账。”但是,该法并未明确何谓“商业贿赂”。此后,1996年11月国家工商行政管理总局颁发的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》才第一次明确规制了商业贿赂的内涵与外延。根据该规定第2条的规定,“商业贿赂,是指经营者为销售或者购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位或者个人的行为”;该条第2款又规定,“前款所指财物,是指现金和实物,包括经营者为销售或者购买商品,假借促销费、宣传费、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义,或者以报销各种费用等方式,给付对

收稿日期:2006-02-24

作者简介:屈学武,中国社会科学院法学研究所研究员、刑法研究室主任、中国社科院研究生院刑法博士生导师。

方单位或者个人的财物”。

与此同时,国内还相继颁行了中华人民共和国《经济合同法》、《商业银行法》、《土地管理法》、《药品管理法》、《城市房地产管理法》、《对外贸易法》、《电信条例》,等等。上述经济行政法都对商业贿赂行为制定出了针对诸此行为的禁止性、罚则性规范。例如:依据《禁止商业贿赂行为的暂行规定》第9条,对尚未构成犯罪的商业贿赂行为,可处以“1万元以上20万元以下的罚款,有违法所得的,依法予以没收”;依《中华人民共和国药品管理法》的规定,对实施商业贿赂的药品企业、医疗机构可“吊销企业营业执照、药品生产许可证、药品经营许可证,对执业医师吊销执业证书”等。

除此而外,早年国务院颁行的《国家行政机关工作人员贪污贿赂行政处分暂行规定》、《国家行政机关及其工作人员在国内公务活动中不得赠送和接受礼品的规定》等,在性质上属于国家针对贿赂行为所做的禁止与惩处性行政法规,可划属于广义的打击商业贿赂的“法律”体系。

其次,就商事法体系看,一般认为,我国商法主要由公司法、证券法、票据法、保险法、破产法、海商法构成。其中,《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国证券法》均置有打击商业贿赂的禁止性规范。如《公司法》第59条明文规定:“董事、监事、经理不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入,不得侵占公司的财产”;第198条规定:“清算组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入”;《证券法》第22条规定:“公开发行证券的发行人有权依法自主选择承销的证券公司。证券公司不得以不正当竞争手段招揽证券承销业务”,等等。

再次,就刑法体系看,我国现行刑法中虽然从未出现过商业贿赂的字眼,但实质上应属商业贿赂的犯罪规定不少。包括现行刑法第163条规定的公司、企业人员受贿罪,第164条规定的对公司、企业人员行贿罪,第184条规定的金融机构工作人员受贿罪,第385条—第393条所规定的受贿罪、单位受贿罪、行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪、单位行贿罪等。

按照现行刑法的规定,对各种具体的贿赂犯罪,应根据其所触犯罪名的不同定罪量刑。其刑罚种类包括罚金、拘役、有期徒刑、无期徒刑等。犯受贿罪情节特别严重者,还可判处死刑。

最后,从国际公约角度看,2005年10月27日,第十届全国人民代表大会常务委员会第18次会议批准了2003年10月31日在第58届联合国大会上通过的《联合国反腐败公约》,其间仅声明我国不受该《公约》第66条第2款的约束(主要牵涉国别争端的解决方案问题)。由此可见,除我国现行经济法、商法、刑法规定外,该《公约》所规制的其他多种惩治商业贿赂规范,迟早应当通过照应或转换立法的方式,纳入到我国的打击商业贿赂法律体系。

二、中外打击商业贿赂法治体系比较分析

中外,在此不限于国外,还包括香港、澳门等境外地区。从打击商业贿赂的法律体系上看,应当说,有关此类规范,我国已相对完备。但此一完备,其一,还仅仅限于形式意义看;其二,还是就静态的法律体系上看。如从实质意义、从动态的法治体系看,与境外比较,我国在打击商业贿赂的法

治体系方面还存在诸多不足。主要表现在:

第一,缺失专门的反贪污贿赂法案,更不用说专门的打击商业贿赂的立法了。而就世界立法例看,不少国家特别是发达国家早就制定了多种类型的打击贪污贿赂的专门性法律、法规。例如早在1925年,美国国会就通过了《贪污对策联邦法》,这一法律的重点是预防公职人员收受贿赂;1970年,美国开始实施《有组织的勒索、贿赂和贪污法》。这部法律除加大了对贪污受贿官员的处罚力度外,还赋予执法机关调查腐败犯罪的特权,即一经法院授权,在根据该法进行案件调查过程中,有关人员还可使用联邦执法机关的窃听和电子监控设备。此外,在美国,根据《联邦贸易委员会法》和《鲁宾逊——帕特曼法》,联邦执法机构还可将商业贿赂作为不正当的竞争行为提出指控。1977年,美国又制定了《反海外腐败法》,这是一部专门禁止美国跨国公司向外国政府公职或商务人员行贿的法律。此外,美国《廉政法》还对政府有关官员必须定期而如实地填写财产和收入申报问题做了专项规定。根据该规定,凡逾期不报的政府官员,将遭致司法机关的起诉。

法国、德国也设有专门的《反腐败法》;新加坡议会则早在1960年就通过了一部强有力的反贪法律——《防止贪污法》,继后又陆续出台了《没收贪污所得利益法》、《公务员惩戒规则》等。我国香港地区则先后颁行了《防止贿赂条例》、《廉政公署条例》、《舞弊及非法行为条例》等;韩国也相继制定了《腐败防止法》、《反洗钱法》和《政治资金法》,等等。

由此可见,为有利遏制商业贿赂,制定专门的打击贪污贿赂或商业贿赂的法律,非常必要。

第二,在关注打击受贿行为的同时,轻忽了对行贿人的打击。美国的《反海外腐败法》就是专门规范总部设在美国本土的美国海外子公司或分公司的“行贿”行为的专门法案。表明美国方面非常注重对贿赂的重要源头——行贿人的严厉惩治。惟其如此,根据美国《反海外腐败法》规定,任何“公司(包括公司官员、董事、雇员、公司的代理人或为了公司利益而行为的任何持股人)为了获得或保持业务或将业务给予某人,而给予任何外国官员(外国政党、政党官员或政治机构的候选人)金钱,或为其支付或承诺为其支付(包括授权做出此类承诺)任何财物;或明知第三人为了协助其获得或保持业务,会将向其支付的金钱的一部或全部直接、间接或承诺给予外国官员(外国政党、政党候选人或政党官员),而向该第三人支付的”,都构成应予惩处的商业贿赂行为。可见,美国方面,不仅打击已然行贿既遂者,还惩处“承诺”支付的尚未真正行贿完毕者。中国则不然,长期以来,中国媒体披露的大量的贿赂行为大多集中在受贿贪官身上,而忽略了对行贿人的打击与惩处。实际上,在中国,无论从立法、司法还是执法层面看,我们对行贿行为的规制、规范与惩处均不够、不力。特别是,就商业贿赂角度讲,某种意义上看,打击导致不公平竞争的源头——“行贿人”的行贿行为,倍加重要。

第三,不严不厉的反贿赂法治体系导致贿赂黑洞过大。与发达国家的反贿赂法治体系比较,我国的反贿赂法治体系确实可谓既不严、又不厉。

说其不严,主要是就我国针对商业贿赂的财产罚与资

质罚设置看。在西方国家,一俟发现贿赂,往往处以倾家荡产式的财产罚,或者,取消上市公司资格、取消证券交易资格、取消经营某项产品的资格等各种严厉的资格罚。而我国,即便作为其他各种商事、经济法规的最后保障法的刑法,其惩处力度也是非常不力的。例如,无论是现行刑法第163条、第164条的规定,还是《刑法修正案六(草案)》第3条、第4条的规定,都无罚金刑规定,更无取消经营资格的资格刑规定。

说其不厉,从立法上看,我国的贿赂犯罪防线本身就过于靠后:就受贿罪而言,既要求收受贿赂,还要求受贿人务必是利用职务之便,为他人谋取了利益;此外,贿赂的标的也只能是“财物”。就行贿罪而言,我国刑法之行贿标的也只能是“财物”,而且仅是承诺交付财物绝对够不上行贿,得实际交付财物完毕才能构成刑法意义的行贿。可见我国反贿赂法网确实过于粗疏、宽泛。漏网之“鱼”因而大且多。再从司法层面看,目前国家正摸着石头过河的不完备的经济政策,致使贿赂行为已经逐渐衍生而为暗行于贸易各方的“潜规则”,而此一恶行在国内的大面积泛化,又反过来大大牵拽了国内警方的侦破力及其他司法资源,从而导致案件侦破率、处置率均过于低下,犯罪黑洞因而过大。

而实践中,对行为人而言,即便其所面临的刑罚不重,但若其发案的风险率非常之高,如高达70%甚而85%以上,则其作案决意的启动可能性会很小。反之,如若其逃脱惩罚的概率高达85%、甚而90%以上,则其作案决意会随之上涨到90%甚而100%。然而,我国目前面临的境况恰恰是此既不严、又不厉的法治体系。从而导致其既作案风险低下、难于发案(愈是身居要职者,其作案风险率愈低);而即便发案,无论是行政处罚、商事罚还是刑罚,也是不痛不痒的罚款、罚金数万、数十万元而已,这对那些身家千万、亿万富翁而言,此一九牛一毛的“处罚”,反倒会削弱我国法治的功力。

第四,欠缺富有成效的认罪与举报犯罪激励机制。美国早在20世纪70年代中期,就有400多家公司自动承认非法行贿3亿多元资金,近期,更有美国卫神公司等多家公司自动认罪。2004年10月,一位戴克公司的前会计师也向美国联邦法院举报该公司曾利用40多个银行账号向外国政府官员行贿^[2]。与此相比较,在我国,迄今为止,可以说未曾发现任何一家公司或个人“自动地”去披露自己曾经有过的行贿、受贿行为。此外,我国有关执法、司法机关对举报违法犯罪行径的应对措施——无论是在积极查对、确认犯罪还是对举报者的有效保护、积极奖励方面都做得不尽如人意。想必这也是我国商业贿赂案破案率不高、打击力度偏弱的重要缘由之一。

三、完善我国打击商业贿赂法治体系的法律构想

法治体系不同于法律体系的主要点在于:法律体系可谓法治体系的静态横向图谱照;法治体系则是法律体系之动态运作体。因而,就应然意义看,打击商业贿赂之“法治”,应为各类实体法、程序法之设计及其配套机构、设施、措施之运作与操控的统一体。

(一)立法问题。近期我们宜当重点关注下述事项:

1. 为了有力惩处商业贿赂及其他贪污腐败行径,我国

立法机关理当创设专门的《反贪污贿赂法》或《反商业贿赂法》。鉴于“钱”与“权”的密切关联性,毋宁将商业贿赂与其他贿赂合而一体地规定在《反贪污贿赂法》中,这样,既方便查证案件,也便于打击以权谋私的贪污贿赂与商业贿赂行为。同时,从法律性质上看,此一《反贪污贿赂法》应属集民商、经济、行政、刑事实体法与程序法、行政处罚、商事罚与刑罚为一体的综合性法律规范。

2. 我国立法机关有必要提高和扩大我国商事、经济行政法、刑法中惩处商业贿赂行为的力度和种类。“力度”,在此是指应大大提高现行经济行政处罚、刑罚中的财产罚和财产刑的额度,特别是对主动行贿一方,一旦案情曝光、定性,应一次性地“痛罚”,从而达到既惩戒违法行贿当事人,也杀一儆百的法律功效。扩大处罚种类,则是指应当增加更多的资格罚或资格刑。例如上文提及的吊销营业执照、取消上市公司资格、取消从事期货或证券买卖的资格,等等。

3. 对现行刑法的完善与修改。显然,无论是否设立专门的《反贪污贿赂法》或《反商业贿赂法》,有关打击商事贿赂的刑法规范始终必要且必须,而无论其是否置于现行刑法典之中。但是,现行刑法中最典型的两条商业贿赂罪,即《刑法》第163条、第164条的犯罪规定,仍存在财产刑力度不够,资格刑缺失问题。我们主张,将来或可通过刑法总则的修改,将永久性地取缔某些技术性或经营性资格扩大为刑罚种类。它与作为行政处罚的资格罚的主要区别在于:前者为刑罚,且多为永久性的资格丧失;后者为行政处罚,在条件成就时,或可获得复权。前者的适用机关为人民法院,后者多由国家行政机关适用。例如现行法国刑法典中就有不少此类资格刑规定。

4. 国内立法机关应系统地梳理《联合国反腐败公约》的有关刑事犯罪构成要件及其种类规定,并就此问题开展国内刑法上的照应性、补充性立法活动。例如修改受贿罪的构成要件,取消其中的必须“为他人谋取利益”的规定;将贿赂的“标的”由现行刑法的“财物”扩大为“财物或其他不正当好处”。此外,按照我国现行刑法第385条的规定,贿赂罪乃“复行为犯”,即本罪要求行为人务必实施了两个行为:须既“受贿”,又“为他人谋取利益”,行为方才成立受贿罪。这样,收受贿赂并“为他人谋取利益”乃行为成立受贿罪的法定“要件”。然而,公约规定则不然,行为人只要以此为收受贿赂的“条件”,无论其是否真的为他人谋取了利益,都构成受贿罪。再者,我国刑法上还应根据《联合国反腐败公约》有关洗钱罪的规定扩大我国现行刑法法定的洗钱罪的上游罪。目前,洗钱罪的上游罪在我国仅限为毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪和走私犯罪。而联合国《反腐败国际公约》第23条第2款明确规定:“各缔约国均应当寻求将本条第一款适用于范围最为广泛的上游犯罪;各缔约国均应当至少将其根据本公约确立的各类犯罪列为上游犯罪”。可见,按照上述公约的规定,我国起码应将现行刑法中有关打击腐败犯罪的个罪规定,包括贪污罪、受贿罪、挪用公款罪、单位受贿罪、巨额财产来源不明罪、私分国有资产罪、私分罚没财物罪、逃汇罪等等,都设定为洗钱罪的上游罪,才能强有力地遏制商业贿赂及其有关公共权力腐败问题。另外,根据《反腐败公约》的有关规定,我国

刑法上还应增设“贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员罪”、“外国公职人员或者国际公共组织官员受贿罪”、“影响力交易”犯罪等。

5. 废除我国刑法上关于受贿罪的死刑设置。目前,我国刑法上对贪污贿赂犯罪的死刑设置已成为我国难以引渡职务经济犯罪嫌疑人回国受审的重大缘由。我们主张:逐步废除我国刑法对贪污贿赂犯罪的死刑设置。基本理由是:其一,从有效行使国家刑罚权的效能性上看,目前,由于世界通行“死刑犯不引渡”的政策,我国对此类经济犯罪的死刑设置,直接导致了我国针对此类外逃贪官的国家刑罚权难以实现不说,贪官们“卷财出逃”的后果还会致令国家很难追回数千亿犯罪赃款,从而导致更大的经济损失。此外,携巨款外逃的贪官不能回国受审,也会给国内不少尚未发案的虞犯分子提供十分恶劣的示范效应,不利于针对此类犯罪分子的特殊预防与一般预防。再者,对引渡回国的贪脏上亿的犯罪分子不判死刑,对国内贪财数额仅止千万甚至百万的犯罪分子却判极刑,显然有失刑法的公正、公平性。其二,废除贪污、受贿等经济犯罪的死刑设置,也与此类犯罪本身的性质有关。众所周知,纵然亿万黄金,也难买人的一分钟生命——人的生命原本无价,千金万富也难以质换得来。因而,经济犯罪之害与死刑之害是“不等价”的——人之生命价值永远高于财产价值。由是,因为导致了一定经济损害而剥夺经济犯罪分子生命的刑罚,既有违刑法的“罪责刑相适应”原则,也有悖于刑罚的“罪刑等价”原则。而这种“失衡”与“不等价”,势必反过来消蚀刑罚的“正义”性能。想必,这也是世界上绝大多数国家早已废弃经济犯罪死刑设置的重大原由之一。其三,从效益性能看,无论从罪刑等价还是就非常单纯的功利角度看,经济犯罪分子既然肇致了对国家经济法律秩序乃至国家经济建设的危害,就应较多地或者主要地以“经济惩罚”的手段来“等价”惩罚之,非此即不能有力地遏制其实施经济犯罪的“贪财”犯意。事实上,刑罚只是“事后罚”,死刑更未必“万能”。要大幅度地遏制贪污贿赂犯罪,应更多地依靠事前预防、事中堵塞、事后惩治的全方位的“廉政机制及其法律措施”的健全与畅行。香港早在1993年就全面废弃了所有犯罪的死刑,然而,香港的廉政公署并未因此降低其工作效率,恰恰相反,香港、芬兰、瑞典等早早废弃了死刑的地区和国家,倒是廉政效能最高的地方。

6. 加强对商业贿赂关联犯罪的打击。就中国现行实践

看,与商业贿赂关联性最强的犯罪主要表现为赌博罪(以赌博的方式行贿、受贿)、洗钱罪、非法吸收公众存款罪等。立法机关应适度强化针对此类犯罪的打击。

(二) 司法与执法问题

1. 打击力度配置。在司法方面,从长远看,对商业贿赂中的行贿人与受贿人的打击力度配置应大致相当。但目前,鉴于我国一直重打击受贿、轻忽对行贿行为的打击,因而,起码在一定时间内,出于矫枉即须“过正”的考量,我们宜着意侧重打击行贿行为。特别是在经济行政法、商法领域,更应像美国打击其美国公司在海外的行贿行为那样,对参与贿赂的双方,或可一次性地处以“数百万、数千万罚款,使其面临倾家荡产的危险,从而不敢轻举妄动”^[2]。

2. 宽严相济的司法与执法。在此方面,我们也可借鉴国外的经验,即但凡“企业自己举报的从轻处罚,被别人举报或者被执法机关查出的,严厉处罚。同时,对举报商业贿赂的单位和个人,则给予重奖”。

3. 统一的执法体系。所谓统一,是相对于打击商业贿赂的体系而言。因而,其执法机构并不仅限于一家;但各家又须统一于一个法治体系。具体而言,国家各级经济行政管理机关,理所当然地应为各类商业贿赂行为的执法机关,包括国务院下设的工商行政管理机关、证券行政管理机关、金融行政管理机关等。但是,鉴于此类机关每天还有其他多种行政业务亟待处理,因而,将处理商业贿赂的全副重担都交付他们,势必因人力上的不济导致难于发案的犯罪黑洞人为增加。有鉴于此,在诸此行政机关之上,似应有一个统一协调处理此类贿赂案件的专门性机关。如韩国设有“反腐败委员会”;新加坡设有“腐败行为调查局”,这都是国家级廉政工作机构;香港则设有直属于特首的廉政公署等。在中国,虽然国务院也曾下设监察局;检察系统也设有各级反贪局,但此类机构不是立案视点主要在党政工作干部及其他国家机关工作人员上,就是仅查处进入刑事领域的贪污贿赂案件,商业贿赂中的不少行为人因而会被屏蔽于此类机构之外。有鉴于此,在我国设立专门的“反对贪污贿赂工作委员会”,很有必要。我们设想,可将此类机构设置为直属全国人大的工作机构。它的主要职责是立案侦查一切贪污贿赂案件,再根据行为主体或案件性质的不同,将有关案件直接送达相关机构进一步处理。相信通过此类专门机构的专职努力,必将大大提高商业贿赂案件的曝光率、案发率和查处率。

注释:

例如医院中医疗器材或药品的使用人等,虽然不是该器材的直接受人,却也可以通过承诺批量使用某种药物而获贿赂。

狭义的即严格意义的“法律”仅指由国家立法机关制定的各项法律,不包括国家最高行政机关颁发的行政法规。

See Foreign Corrupt Practices Act Anti-bribery Provisions, at <http://www.bisnis.doc.gov/bisnis/fcp1.htm>.

See Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, Foreign Corrupt Practices Act Update (Jan. 5, 2005), available at <http://www.wilmerhale.com/publications/>.

同注释。

参考文献:

[1] 沈德咏. 关于治理商业贿赂的法律思考[J]. 新华文摘, 2006, (1).

[2] 侯国云. 遏制商业贿赂泛滥 还需专业立法[N]. 中国经济周刊, 2005 - 08 - 01.