

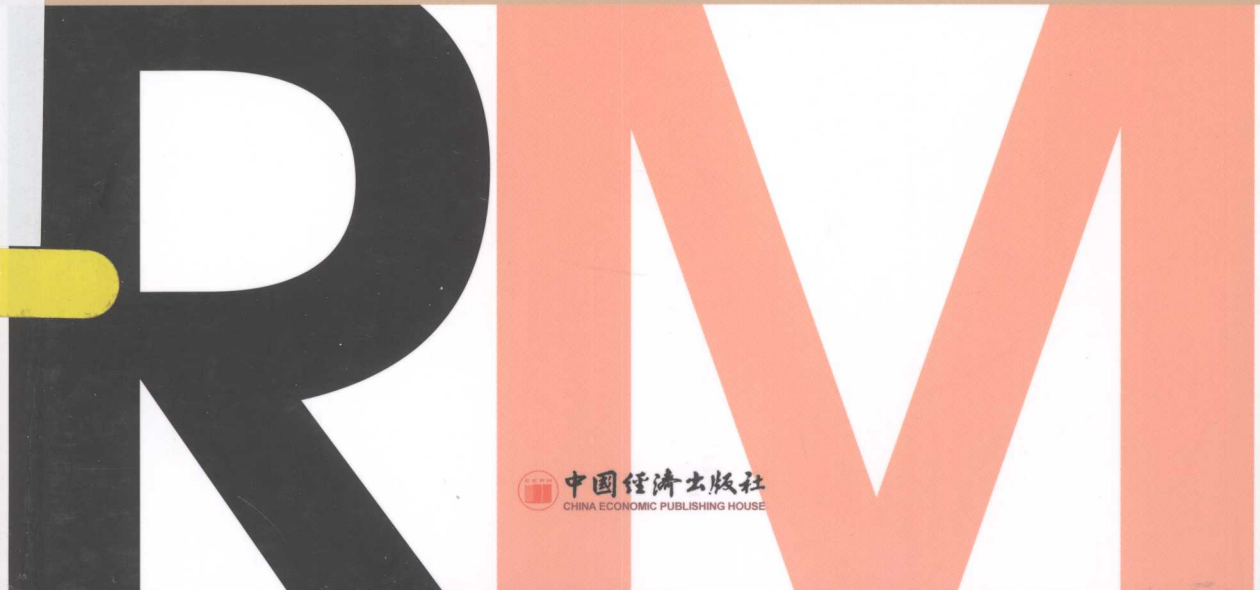


中国合规网强烈推荐

**Commercial
Bribery Risk
Management**

商业贿赂 风险管理

陈立彤◎著



 中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

014039988

D924.392.4
33

Commercial
Bribery Risk
Management

商业贿赂 风险管理

陈立彤◎著



D924.392.4
33

中国经济出版社



北航

C1727370

889880210

图书在版编目(CIP)数据

商业贿赂风险管理 / 陈立彤著.

北京: 中国经济出版社, 2014. 4

ISBN 978 - 7 - 5136 - 2862 - 4

I. ①商… II. ①陈… III. ①商业—贪污贿赂罪—预防犯罪—研究—中国 IV. ①D924. 392. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 255658 号

责任编辑 余静宜

责任审读 霍宏涛

责任印制 马小宾

封面设计 久品轩设计工作室

出版发行 中国经济出版社

印刷者 三河市佳星印装有限公司

经销者 各地新华书店

开本 710mm × 1000mm 1/16

印张 18.75

字数 282 千字

版次 2014 年 4 月第 1 版

印次 2014 年 4 月第 1 次

书号 ISBN 978 - 7 - 5136 - 2862 - 4/C · 445

定价 38.00 元

中国经济出版社 网址 www.economyph.com 社址 北京市西城区百万庄北街 3 号 邮编 100037

本版图书如存在印装质量问题, 请与本社发行中心联系调换(联系电话: 010 - 68319116)

版权所有 盗版必究(举报电话: 010 - 68359418 010 - 68319282)

国家版权局反盗版举报中心(举报电话: 12390) 服务热线: 010 - 68344225 88386794

献给父亲、母亲！

本人首先要声明的是本书中的内容仅供参考,不构成本人对任何机构或个人的法律意见,也不代表本人所在单位和机构的观点。

商业贿赂在中国是一个非常错综复杂的法律、社会及政治问题。其错综复杂首先表现在各个领域的法律(如刑法与行政法,各个行政部门之间)及各个层级的法律(如中央与地方)缺乏统一的立法构架,导致有些法律、法规之间得不到统筹,有时彼此矛盾,让当事人无所适从。

商业贿赂的复杂性还表现在各地的执法部门对法律的理解不一致,导致执法在很多情况下因人而异。前面所说的各地执法部门不仅包括中国不同地区和/或不同部门的执法部门,而且包括不同国家和/或不同地区的执法部门,比如美国《反海外腐败法》下的美国司法部和证监会,又比如英国《反贿赂法》下的英国相关执法部门。这些差异性往往会导致同一个法律问题在不同的地方的处理结果不同,或者同一个法律问题因为当事人身份的不同而导致处理结果出现差异。

为了达到化繁为简的目的,本书试图换一个角度来对商业贿赂进行讨论——不仅讨论与商业贿赂相关的法律,而且进一步探讨如何帮助公司或企业管理与贿赂相关的风险。这些风险包括但不限于合规风险、欺诈风险、名誉风险、诉讼风险、刑事风险、执法差异风险以及系统性风险。法律虽然繁复,理解也可能不同,但其所揭示的风险特征却有一定的相似性。

为了让本书读起来更加具有趣味性,本书结合大量的案例对中国的商业贿赂法律进行了探讨——在介绍法律、案例的同时又对公司或企业所面临的法律风险进行了相应的分析和提示。

当然,本人知道公司或企业要做好风险管理工作只靠这一本书是不够的。试举一例,我们国家对商业贿赂的调整不仅有法律,还有大量的政策,法律相较政策而言有时候是滞后的。换言之,我们只有充分熟悉政策,才能对风险管理具有前瞻性。因此,我们既要看到法律、法规,同时要看到政策的变更。我们应当用法律做一把合规的尺子,同时用政策进行微调。法律所规定的、政策所体现的风险就是这把尺子上的刻度。如果不能正确地理解法律和政策,尺子就会量不准——不是过长就是过短。如果这把合规的尺子做得过短,就会量不到风险,企业一切经营管理活动似乎合乎规范;如果这把合规的尺子做得过长,就会夸大风险,从而让企业难以正常开展业务。

为了把这把合规的尺子调整得更加准确,我在 www.linkedin.com 上创立了一个 Compliance in China 的小组。组员以公司或企业的内部法律顾问为主,人数已经达到了近 2000 名。在这里我呼吁广大读者能加入该小组并积极地参加该小组所发起的讨论和活动,让我们对商业贿赂风险(及其他风险)的管理在我们的共同努力之下变得更加及时和准确。

最后,借此机会向中国合规网表示感谢。正是中国合规网的大力资助,本书才得以顺利出版。中国合规网的官网是:www.compliance.com.cn;微信号是:Compliance。

本书耗时五年完成,但仍不可避免地存有疏漏之处,请大家斧正,我将在下一版中予以修订。当然,大家如果在合规方面有法律需求,也可联系本人。就本书涉及的法律服务项目而言,本人可以帮助广大企业草拟、优化企业合规手册,提供美国《反海外腐败法》及中国反贿赂法的内训、风险管理技能培训,对雇员进行背景审查、对第三方服务机构做尽职调查,提供兼并收购反腐败、反贿赂尽职调查(即其他尽职调查),协助企业配合政府调查及做好危机公共关系处理。

本人的微信号为 [henrychenlitong](https://www.linkedin.com/company/compliance-in-china), 欢迎交流。

陈立彤

2013 年 12 月 8 日

CONTENTS

>> 目录

前言/001

第1章 与闫丘露薇有关贿赂的争论 001

- 1.1 闫丘露薇:如何看待行贿者? / 002
- 1.2 陈立彤:也谈行贿:与闫丘露薇商榷 / 003
- 1.3 闫丘露薇:为何觉得行贿可以原谅? / 005
- 1.4 陈立彤:有些“行贿”是可以原谅的:再与闫丘露薇商榷 / 007

第2章 商业贿赂与贿赂 011

- 2.1 什么是商业贿赂、公职贿赂和贿赂? / 011
- 2.2 商业贿赂起源于商品经济的发展 / 013
- 2.3 从贿赂到商业贿赂 / 014
- 2.4 商业贿赂的政策界定 / 015
- 2.5 商业贿赂在《刑法》下的发展 / 018
- 2.6 对商业贿赂的正确理解 / 019

第3章 商业贿赂的危害 020

- 3.1 美国《反海外腐败法》 / 020
- 3.2 《美国反海外腐败法信息指引》 / 023
- 3.3 商业贿赂危害的社会解读 / 024

第4章 商业贿赂的风险 028

- 4.1 合规风险 / 029
- 4.2 欺诈风险 / 035
- 4.3 名誉风险 / 038
- 4.4 诉讼风险 / 042
- 4.5 刑事风险 / 043
- 4.6 执法差异风险 / 044
- 4.7 系统性风险 / 045

第5章 风险管理的必要性 048

- 5.1 贿赂风险是挥之不去的梦魇 / 048
- 5.2 贿赂问题在中国非常严重 / 050
- 5.3 贿赂猖獗有其文化、经济原因 / 057
- 5.4 政府打击商业贿赂的经济动力会造成疑似错案 / 059
- 5.5 好的风险管理可以大幅降低合规风险敞口 / 060

第6章 风险管理 064

- 6.1 确认风险 / 065
- 6.2 评估风险 / 066
- 6.3 监控风险 / 067
- 6.4 剔除风险根源 / 069
- 6.5 减少损失 / 070
- 6.6 加强廉洁文化建设 / 072
- 6.7 谁来管理风险? / 074
- 6.8 《企业法律风险管理指南》 / 074
- 6.9 《企业反腐败道德和合规手册》 / 076

第7章 行政法下的商业贿赂 077

- 7.1 商业贿赂在行政法下的定义 / 077
- 7.2 竞争性贿赂与腐败性贿赂 / 077

7.3 什么是腐败性贿赂? / 079

7.4 什么是反竞争贿赂? / 084

第8章 刑法下的商业贿赂 092

8.1 非国家工作人员受贿罪 / 092

8.2 对非国家工作人员行贿罪 / 097

8.3 受贿罪 / 104

8.4 单位受贿罪 / 107

8.5 利用影响力受贿罪 / 111

8.6 行贿罪 / 113

8.7 对单位行贿罪 / 116

8.8 介绍贿赂罪 / 119

8.9 单位行贿罪 / 121

第9章 刑法的修改对贿赂罪的影响 126

9.1 《决定》在理论上增大了商业贿赂案件调查的难度 / 126

9.2 “双规”合法化 / 129

9.3 加大对贿赂犯罪嫌疑人侦查措施 / 131

9.4 加大追缴违法所得的力度 / 131

第10章 贿赂手段——财物 132

10.1 财物是贿赂的基本手段 / 132

10.2 法律所辨识的其他贿赂手段 / 135

10.3 行贿与受贿的“新”的特点 / 145

10.4 立法的误区 / 149

第11章 回扣与折扣 153

11.1 回扣 / 153

11.2 折扣 / 155

11.3 明示入账的也可能构成贿赂 / 161

11.4 药品折扣如实入账的重要性 / 162

第 12 章 礼物和赠与 165

12.1 给个人的礼物和赠与 / 165

12.2 给公司的礼物和赠与 / 173

第 13 章 旅游、考察、访问 181

13.1 旅游、考察是法律所辨识的贿赂手段之一 / 181

13.2 访问不是法律所直接辨识的贿赂手段,但公职人员的访问应当符合法律规定 / 181

第 14 章 佣金、中介费 185

14.1 个人接受佣金 / 185

14.2 个人不能违背其所负的忠诚尽责义务而收取佣金 / 186

14.3 给单位的佣金 / 188

14.4 给单位的佣金必须如实入账 / 189

第 15 章 独家经(促)销协议 191

15.1 关于独家经(促)销协议的法律解读 / 191

15.2 有的执法部门不把独家销售协议认定为商业贿赂 / 195

15.3 医药行业独家销售协议被认定为商业贿赂 / 203

15.4 对于独家销售是否构成商业贿赂各地执法不一 / 204

第 16 章 零售中的商业贿赂 205

16.1 被定为商业贿赂的陈列费 / 205

16.2 被定为商业贿赂的返点、入场费、堆头费 / 207

16.3 商务部认为超市进场费有其合理性 / 210

16.4 餐馆等企业的进场费 / 211

第 17 章 建筑工程中的商业贿赂	218
17.1 法律规定 / 218	
17.2 合规风险指数 / 219	
17.3 招投标商业贿赂风险 / 223	
17.4 部门检查 / 224	
第 18 章 医药、医疗器械购销	226
18.1 治理机构 / 226	
18.2 重灾区的贿赂问题继续加重 / 229	
第 19 章 银行、金融机构	233
19.1 治理机构 / 233	
19.2 银行业的有关规定 / 234	
19.3 证券业的有关规定 / 234	
19.4 保险业的有关规定 / 235	
第 20 章 贿赂与反洗钱	236
20.1 法律规定 / 236	
20.2 反洗钱的义务人 / 237	
20.3 反洗钱的风险管理 / 238	
第 21 章 行政执法	241
21.1 工商部门的执法 / 241	
21.2 其他行政部门的执法 / 246	
第 22 章 刑事执法	248
22.1 案件移送 / 248	
22.2 由公安部门侦察的贿赂案件 / 249	
22.3 由检察院侦察的贿赂案件 / 250	

第23章 法律责任	253
23.1 刑事责任 / 253	
23.2 时效 / 255	
23.3 民事责任 / 259	
23.4 行政责任 / 259	
23.5 其他相关行政法规规定了有关责任人的行政责任 / 259	
第24章 黑名单制度	260
24.1 检察机关行贿犯罪档案查询 / 260	
24.2 医疗卫生系统“黑名单” / 266	
24.3 被录入黑名单的有知情权和听证权 / 267	
24.4 被录入黑名单的被拒参与地方政府采购 / 267	
24.5 总公司和子公司不互相牵连 / 267	
24.6 黑名单制度的执行得到进一步加强 / 270	
第25章 FCPA 及反贿赂尽责调查	271
25.1 FCPA 及反贿赂尽责调查的重要性 / 271	
25.2 并购中的双反调查对象 / 273	
25.3 风险信号识别 / 273	
25.4 双反调查的程序 / 275	
25.5 与第三方调查公司的合作 / 276	
25.6 是否向政府机关举报 / 277	
25.7 合规政策重整 / 278	

第1章 与闫丘露薇有关贿赂的争论

贿赂是一个常用词,也是一个常见的社会与法律现象。但就是这样一个常见用语以及常见的现象却存在着很多的争议,比如什么是行贿?什么是贿赂?公司收取的佣金是否是贿赂?一个自然人居间撮合一笔交易是不是可以收取佣金?如果答案是肯定的,那么这笔佣金是否是贿赂?我们怎么看待受贿以及那些受贿的人?我们又应当怎样看待行贿以及相应的行贿者?这些争论不仅经常发生在法律人之间,也经常在法律工作者与其他职业人士之间,比如笔者在2013年的3月就与闫丘露薇老师发生了一场如何看待行贿的争论。那么就以这种争论作为本书开篇的引子,为“枯燥”的法律问题增加一点趣味性。

与闫丘老师的争论源于2013年3月20日她在财新网所登载的一篇文章《如何看待行贿者?》。闫丘老师提到“要反贪,其实最重要的,还是要改变人们的观念,让所有人都明白,行贿、受贿是一种罪行”。“香港的反贪之所以成功,是因为从源头抓起,从一开始就把送钱的行为和收钱的行为看得一样严重……一个商人举报官员收了自己的钱,如果只是处理了官员,放过了商人,那么这个商人还会再向其他的官员送钱……”笔者对闫丘露薇在其文章所倡导的反贪、反贿赂的主旨没有异议,但对其在文中所提到的一些具体观点持有不同的意见。于是在2013年3月24日,笔者作《也谈行贿:与闫丘露薇商榷》一文回应;2013年4月5日,闫丘老师又回应了一篇《为何觉得行贿可以原谅?》;2013年4月10日笔者再作《有些“行贿”是可以原谅的:再与闫丘露薇商榷》一文以对。

1.1 闫丘露薇：如何看待行贿者？^①

20 世纪 80 年代末开始，有机会看香港电视节目，对于廉政公署的广告印象深刻。到现在，我还记得那张惊恐的脸：一个生活优越的中年商人，正在和家人吃早餐的时候，门铃响了，商人的脸上充满了惊恐，妻子打开门，门口站着的是拿出廉政公署证件的调查员。当然，印象最深刻的，是宣传片最后的那句：香港，胜在有 ICAC（廉政公署的英文简称）。

开始看港产片时，发现里面很喜欢提的一个词，就是去廉署（廉政公署的中文简称）“喝咖啡”，而且显然这不是受欢迎的款待，20 世纪 90 年代到了香港，我开始在电视台工作，才知道，原来“喝咖啡”就是被请到廉政公署接受调查的意思，据说，到了那里，廉政公署的调查员会端上一杯咖啡，和你慢慢聊。而且行贿和受贿在香港，是同样严重的罪行，因为如果没有人送钱，就不存在受贿的问题。

10 年前参加过一场记者会，内地宣布，出售盗版软件和光碟还有仿冒商品是违法行为，我举手问了官员一个问题：那买的人呢？被告知，还没有考虑对购买的人采取法律行动。其实当时我是舒了一口气，因为必须承认，在北京常驻，买盗版碟看电影打发时间，已经是生活的一部分，但是我也有担忧，觉得这样的措施，一定打击不了盗版，只要需求还在那里。

而在香港，在打击盗版软件的时候，对于使用者也同样惩罚严厉。购买盗版软件是非法行为，所以让买卖变得非常隐蔽：我还曾经想要贪一次便宜，结果先在商店付了款，然后店员告诉我说：“上天桥，右拐，会看到一个黑衣服的人，把收据给他，就可以收货了。”听上去就好像在做毒品生意，让人充满了罪恶感，所以最后，当我走上天桥，最终还是没有去找那个交货人，那笔钱，也算是自己交了一笔学费——提醒自己，一定要做一个遵纪守法的人。

我不知道有多少人和我一样，观念的转变，是因为受法律的威慑。和一名前廉政公署专员聊天，他说，要反贪，其实最重要的，还是要改变人们的观念，让所有人都明白，行贿和受贿是一种罪行。而在他看来，香港的反贪之所以成

^①闫丘露薇. 如何看待行贿者? [EB/OL] [2013-08-11] <http://luqiuluwei.blog.caixin.com/archives/54414>.

功,是因为从源头抓起,从一开始就把送钱的行为和收钱的行为视为一样严重。他举了这样一个例子:一个商人举报官员收了自己的钱,如果只是处理了官员,放过了商人,那么这个商人还会再向其他的官员送钱。

听土生土长的香港朋友讲述20世纪六七十年代的香港,那个时候,贪污是生活的一部分。去公立医院看病,如果不给清洁阿婶送所谓的“红包”,那可能连一杯水都喝不上,想要做小生意,就需要准备一笔钱打点警察,更不要说去政府部门办事,如果不送钱,即便不会受到刁难,也会迟迟办不下来。就是这样的社会,现在已经成为全球最廉政的城市之一。这让人看到希望,只要社会有共识——贪污是阻碍社会公平发展的,贪污是一种犯罪,那就有采取行动对抗贪污的基础。

在内地,官员受贿,是民众深恶痛绝的事情,认定违法,也没有任何异议。但是对于送钱的人呢?如果送钱的人是大家眼中的普通人、小市民,是不是不但不觉得这是罪行,还会觉得他是一名受害者,因为官员或者其他手中握有资源的人的贪心,才会逼着这些人送礼送钱,而且,别人也都这样。

会不会这样想呢?

1.2 陈立彤:也谈行贿:与闫丘露薇商榷^①

闫丘露薇在她的文章《如何看待行贿者?》中提到“要反贪,其实最重要的,还是要改变人们的观念,让所有人都明白,行贿和受贿是一种罪行”。“香港的反贪之所以成功,是因为从源头抓起,从一开始就把送钱的行为和收钱的行为看得一样严重……一个商人举报官员收了自己的钱,如果只是处理了官员,放过了商人,那么这个商人还会再向其他的官员送钱……”我本人对闫丘露薇在其文章中所倡导的反贪、反贿赂的主旨无异议,但其在文中所提到的一些具体观点似乎值得商榷。

(1) 反腐最重要的是“打大老虎”,以挽回民众对政府廉政的信心。

反贪防腐有很多事情要做,要改变人们的观念,让所有人都明白,行贿和受贿是一种罪行固然重要,但最重要的是“打大老虎”,以挽回民众对政府廉政

^①陈立彤. 也谈行贿:与闫丘露薇商榷[EB/OL][2013-08-11] <http://chenlitong.blog.caixin.com/archives/54558>.

的信心。以香港为例。在廉政公署成立之前,香港贪污、腐败非常严重,如救护人员把病人送往医院前向病人索取“茶钱”、消防员开水喉救火要收“开喉费”、病人要“打赏”医院的亚婶(清洁工),才可取得开水或便盆,甚至是轮候公共房屋、申请入学或各种公共服务,也要贿赂有关官员。直至,一名外籍总警司的贪污案,令民怨升达沸点,政府不得不立即采取行动。1973年,总警司葛柏被发现拥有逾430多万港元的财富,被怀疑是贪污得来。律政司要求葛柏在一周内解释其财富来源,然而,在此期间葛柏竟轻易逃离香港到英国。葛柏的潜逃令积聚已久的民怨爆发,学生们在维多利亚公园举行集会,抗议和批评政府未能恰当处理贪污问题,集会获得民众响应。市民又手持写着“反贪污、捉葛柏”的横额到街头示威,要求政府缉拿潜逃的葛柏归案,促使廉政公署在1974年2月正式成立,以执法、预防及教育三管齐下的方式打击贪污。廉署成立后的第一个重要任务,就是要把葛柏逮捕返港。1975年初,廉署成功将葛柏由英国引渡回港受审。结果,葛柏被控串谋贪污及受贿,罪名成立,判处入狱四年。葛柏案件充分反映廉署打击贪污的决心,在香港掀起了一场廉政风暴。可见,如果以打击那些在医院里索要“打赏”的亚婶开始,香港的廉政风暴肯定就刮不起来了。而且,香港的廉政风暴的最直接的推手就是香港的老百姓——在这一点上,老百姓似乎不需要教育,他们完全知道行贿和受贿是不对的,是罪行。在这一点,中国内地的老百姓恐怕也不需要教育。

(2) 全民皆贪反映出我们的体制急需变革。

好的体制不能保证没有贪腐,但是不好的体制往往会诱导并加剧贪腐的发生,这种情况以我国公立医院为例最恰当不过了。比如国家对公立医院的投入不足,导致了医院被迫用药养医,甚至于用贿赂所得增加自己的收入。国家对公立医院的投入不足,一方面导致医院不得不在药品价格上加成以创收,另一方面导致部分医生因付出的劳动与收入不成比例,心理失衡而收受贿赂,并在收取贿赂的同时优先就行贿人所供应的药品出具处方。正如医改方案撰写人之一、北京大学中国经济研究中心李玲教授在2010年3月7日接受中央电视台采访时所说的:“一定要保障医务人员的待遇,因为这样才能从根本上解决问题,否则你是控制不了他那只笔的。”

(3) 贿赂离不开法制环境的完善和提高。

我国有着世界历史上似乎最为严厉的反贿赂法——严厉到3.8元就可以

构成行贿。2010年初,安徽省青阳县工商局在青阳火车站查处11家摊贩。其中有一个叫陈志刚的个体工商户以批发价52元批发一箱可乐给相关的零售商,陈志刚送给对方3瓶矿泉水(0.6元/瓶)和1瓶可乐(2元/瓶)。2010年3月24日,青阳县工商局以商业贿赂为理由,发布青阳县工商局行政处罚决定书(青工商字[2010]4号),决定处罚陈志刚1万元人民币。处罚书规定,如果被处罚人过期不交罚金则罚日滞纳金3%(见本书第7章第4节)。在中国有着类似处罚经历的不仅仅包括像陈志刚这样的小企业,还包括很多国际及国内公司。但我认为陈志刚一案是反腐中的“冤案”——详见本人的文章《3.8元:史上最小额的商业贿赂》。如果像陈志刚这样的正常交易一再被当做商业贿赂来查处,说明我们的反腐走入了歧途,同时说明我们的法制及法治环境亟待改善。

总而言之,行贿是不对的,严重的行贿是犯罪。但是,打击贪腐必须抓大(如果不放小),同时要改善法制和经济环境,这才是反贪防腐的重中之重,否则行贿只会愈演愈烈,而受贿也会水涨船高。

1.3 闫丘露薇:为何觉得行贿可以原谅?①

还记得是2006年,香港发生过这样一件事情:一所大学的教授,发现自己的信箱里面有一万元现金,一看才知道,原来是自己的博士生放的,希望教授能够把考题和试卷卖给自己。当然,教授报警,这位来自内地的学生最后入狱,行贿在香港和受贿一样,同样也是严重罪行。

这件事情在香港引发很多议论,尤其是在校园中,香港土生土长的学生们都觉得不可思议,不是不敢这样做,而是连想都没有这样想过,想不通为何有人敢公然挑战法律。原因很简单,用廉政公署前官员的话来说,就连幼儿园的小朋友都知道,行贿是不对的,不应该做的事情。

一些来自内地的学生同样也觉得不可思议,认为这个教授过于的不近人情,居然举报此事,这是不是害了这个学生。如果对内地有所了解,都知道在高校中,学生这样做,是一种潜规则,即便是不接受,也不需要如此绝情。

①闫丘露薇. 为何觉得行贿可以原谅? [EB/OL] [2013-08-11] <http://luqiuluwei.blog.caixin.com/archives/55057>.