

学者书屋系列

商业贿赂治理 的结构、范式 与中国之选择

丁震翔 穆伯祥 陈兵◎主编



哈尔滨工程大学出版社
Harbin Engineering University Press

学者书屋系列

商业贿赂治理的结构、范式与 中国之选择

丁寰翔 穆伯祥 陈 兵 主编

哈尔滨工程大学出版社

内 容 简 介

商业贿赂严重危害一国经济的健康发展、国家的廉政建设以及良好社会风气的培育。商业贿赂的滋生有其深刻的个体原因、经济体制原因和社会层面的诱发因素,对其治理必须确定科学的目标与合理的理念。在全球视野,一些国家与国际组织已经开展了卓有成效的商业贿赂治理活动,其经验与做法值得借鉴。我国在长期的反商业贿赂实践中积累了良好的经验,但随着经济、社会的发展,商业贿赂治理的体系也亟需进一步完善。

图书在版编目(CIP)数据

商业贿赂治理的结构、范式与中国之选择/丁寰翔,穆伯祥,陈兵主编. —哈尔滨:哈尔滨工程大学出版社,2007

ISBN 978 - 7 - 81133 - 034 - 2

I. 商… II. ①丁… ②穆… ③陈… III. ①商业 - 贪污贿赂罪 - 研究 - 中国 IV. D924.392.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 137122 号

出版发行 哈尔滨工程大学出版社
社 址 哈尔滨市南岗区东大直街 124 号
邮政编码 150001
发行电话 0451 - 82519328
传 真 0451 - 82519699
经 销 新华书店
印 刷 哈尔滨工业大学印刷厂
开 本 787mm × 960mm 1/16
印 张 16.5
字 数 280 千字
版 次 2007 年 10 月第 2 版
印 次 2007 年 10 月第 2 次印刷
定 价 29.00 元
[http : //press. hrbeu. edu. cn](http://press.hrbeu.edu.cn)
E - mail: heupress@hrbeu. edu. cn

目 录

第一章 商业贿赂的形式:揭开商业贿赂的面纱	1
第一节 商业贿赂的概念剖析	1
第二节 商业贿赂的种类	9
第三节 我国商业贿赂在主要领域的表现	12
第二章 恶重自当除:商业贿赂的危害剖析	18
第一节 商业贿赂对市场调节机制的破坏	18
第二节 商业贿赂破坏商事组织的健康发展	24
第三节 商业贿赂腐蚀一国的廉政	26
第四节 商业贿赂损害良好的社会风气	27
第三章 商业贿赂谁之过:商业贿赂的原因探析	30
第一节 商业贿赂产生的个体原因	30
第二节 商业贿赂产生的经济体制原因	31
第三节 商业贿赂产生的社会原因	33
第四章 寻找破解之道:商业贿赂的治理结构	37
第一节 商业贿赂治理的方向	37
第二节 商业贿赂的治理结构	39
第三节 商业贿赂治理的主要措施	42
第五章 美国:对商业贿赂全面说“不”	48
第一节 概览	48
第二节 美国反商业贿赂中的公司治理	51
第三节 美国反商业贿赂主要立法	61
第六章 日本:强化公司治理与立法	73
第一节 日本商业贿赂的公司内部治理	74
第二节 日本反商业贿赂的主要立法	76
第七章 联合国:反商业贿赂大步前行	82
第一节 《联合国反腐败公约》中的反商业贿赂	83

目 录

第二节 《联合国反对国际商业交易中的贪污贿赂行为宣言》	97
第三节 联合国其他反商业贿赂立法	101
第八章 地区性国际组织:地区反商业贿赂的纽带	114
第一节 欧盟的反商业贿赂	114
第二节 美洲国家组织的反商业贿赂	117
第三节 非洲联盟组织的反商业贿赂	120
第四节 亚太经济合作组织的反商业贿赂	124
第五节 经济合作与发展组织的反商业贿赂	131
第九章 洒向世间一片情:国际民间组织的反商业贿赂活动	149
第一节 透明国际的反商业贿赂	149
第二节 国际商会的反商业贿赂	154
第三节 世界经济论坛的反商业贿赂	156
第十章 路在何方:我国的商业贿赂治理	161
第一节 我国的商业贿赂治理现状	161
第二节 我国商业贿赂治理的完善	181
附录一 《联合国反腐败公约》	206
附录二 联合国反对国际商业交易中的贪污贿赂行为宣言	241
参考文献	256

第一章 商业贿赂的形式：揭开商业贿赂的面纱

商业贿赂是近年“曝光率”较高的一个名词，这既可能源于其对经济、社会的巨大危害，也可能来自于世人对其存在特点以及防控效果的日益关注。不仅仅在一个国家，其实，凡在商品经济存在的国度，商业贿赂就会可能滋生。商业贿赂会像“幽灵”般与商品经济的发展、市场的繁荣“形影不离”了吗？商业贿赂产生的原因究竟何在呢？难道对其无计可施？回答上述种种问题之前，我们不妨首先打开商业贿赂的认识之门，认识一下商业贿赂的表现情状。惟此，我们才可能此次为基点，由现象至本质，探寻商业贿赂的治理之道。

第一节 商业贿赂的概念剖析

商业贿赂是一种反社会现象，对其的研究离不开概念、范畴的使用以及相应内涵的确定。“商业贿赂”这一概念，在不同的语境下以及不同的学科使用中存在着语义的差异和变动。对于该词的涵义，我们不妨从“贿赂”以及“商业”的词义说起。

一、贿赂

从汉语语法使用看，贿赂可用作名词、动词。作为名词，贿赂，义为“财物”。贿赂虽义为财物，但这种财物因目的与手段的不正当性而区别于一般意义上的金钱或财产，具有了贬义的价值评价色彩。做动词使用时，义为“给与他人财物”，也即“行贿”。由此看，无论作何词性，贿赂均是与财物密切相关的。在现代语境中，贿赂是行为人非正当地给与他人一定利益的行为。贿赂是伴随社会竞争加剧在社会机制不够顺畅、发达的情境中出现的，它见于生活的各种领域，发生在各种制度架构的社会之中。

贿赂有多种表现形式，依据一定标准我们可以从多角度认识这些纷繁复杂的贿赂现象。按照贿赂发生的领域，我们可以将贿赂分为政治贿赂、商业贿赂与其他贿赂；根据贿赂行为中所使用的贿赂物样态，我们可以将贿赂分为财产性贿赂与非

财产性贿赂;依据贿赂行为指向对象的不同,我们可以将贿赂分为对国家公职人员的贿赂、对社会组织贿赂和对公民个体的贿赂。由此也可以看出,贿赂行为可以渗透于社会的各个领域,表现形式也是多重的。

贿赂是一种反社会行为,各国也都在积极加强贿赂的预防、惩治,积极推动本国的反贿赂工作开展。但从法律防控看,世界各国就已依据本国实际,出台了反贿赂法律、法规。例如,《新加坡防止腐败法》、《菲律宾反对受贿和贪污法》、《韩国实名法》、《越南反贪污法》、《冈比亚财产评估和防止腐败行为法》、《博茨瓦纳贿赂和经济犯罪法》、《肯尼亚防止腐败法》、《赞比亚反腐败行为法》、《尼日利亚腐败行为和其他相关犯罪行为防止法》、《爱沙尼亚反腐败法》、《白俄罗斯共和国关于打击有组织的犯罪和贪污的措施》、《德国联邦政府关于联邦管理部门反腐败的行政条例》、《美国反海外腐败法》、《乌拉圭反对滥用公共职权(腐败)法》、《伯利兹防止公共生活中的贪污法》、《巴布亚新几内亚领导人员义务与责任组织法》、《日本国家公务员伦理法》、《韩国公职人员伦理法》、《美国1978年政府伦理法》、《美国地方政府法典》、《波多黎各自由联邦政府道德法》解释性附录、《阿根廷共和国公务员道德法典》等众多法律就是这些国家治理该国贿赂行为的重要法律武器。

鉴于贿赂行为对国际社会的毒害性日益增大和促进国际治理协调,一些国际机构和国际民间组织也大力倡导国际或地区间的反贿赂事业,为一些国家或企业组织的反贿赂活动提供防治措施、技术方案建议以及其他援助活动。《联合国公务员行为的国际准则草案》、《联合国大会采取反腐败行动决议》、《在国际商业交易中反腐败和反贿赂的联合国宣言》、《联合国大会在国际商业交易中反腐败和反贿赂行动决议》、《世界海关组织声明(海关合作理事会)》、《经合组织抵制国际商务交往中贿赂外国公务员行为公约》、《美洲国家组织反腐败公约》、《美洲国家组织非法所得和跨国贿赂的示范法决议》、《欧洲理事会反腐败刑法公约》、《欧洲联盟反腐败公约》、《欧洲议会欧洲反腐败决议》、《欧洲委员会部长理事会关于反腐败指导原则的第24号决议》、《波罗的海国家反腐败决议》、透明国际组织、社会问责组织的《反商业贿赂守则》等文件的不断推出都是对国际反贿赂事业中的重大实践活动。

二、“商业贿赂”在国外的涵义

商业贿赂是经济发展到一定历史阶段的产物,是伴随经济竞争加剧而产生的一种不正当竞争行为。作为当今被规制的对象,商业贿赂有其自身的发展演变历

程。在市场经济出现之初,商业贿赂行为曾被视为商业习惯广泛存在,国家通常并不专门加以干预或打击。在相当长的时期内,商业行贿作为商业经营的传统作法被国家所默许、认可。但是随着商品经济的发展和促进市场健康有序竞争的需要,商业贿赂对于自由竞争的损害、破坏开始为国家对市场经济构建的期望和宏观调控的目标所不容。在这一时期,“有形之手”频频对一些习以为常的商业贿赂作出了强力反应。德国《反不正当竞争法》第12条规定,在商业交易中,行为人以竞争为目的对工业企业的职员或受贿人作出许诺或给予一定利益,以此作为在取得货物或工业给付时以不正当的方式给自己或第三人换取优惠的相应给付的种种行为是非法的。工业企业的职员或受任人在商业交易中要求、索要或接受该利益并为对方提供对方所要求的优惠的行为,也是非法的。

有些国家存在“商业贿赂”这一专业术语,而有的国家则是将商业贿赂这一现象纳入贿赂罪中,并未有一个类似于“商业贿赂”的相应词语。商业贿赂是经济社会运行中的伴生物,它存在于各国之中。但是,由于商业贿赂又是一种社会规制下的产物,故不同国家对商业贿赂的内容及范围的理解也各有不同。在瑞士,商业贿赂是指为争取交易机会和获得有利的结果,暗中许诺、给予对方有关人员和能够影响交易的其他相关人员以财物或其他好处的行为。美国纽约州的商业贿赂法规定:凡商谈提供、提供或同意提供给雇员、代理人或受委托人利益,且未得到雇主或委托人同意,意图影响上述人实施涉及雇主或委托人利益的行为为犯罪行为。美国《布莱克法律词典》对商业贿赂的解释是:行贿潜在买方的代理人或雇员以在商业竞争中取得优势。

一些国际组织和民间机构也给出了对商业贿赂行为方式及范围的理解。《在国际商业交易中反腐败和反贿赂的联合国宣言》是联合国治理国际商业贿赂的一部重要文件,该宣言认为,贿赂尤其可能包括以下因素:(1)任何私人或公共企业,包括跨国公司在内,或一个国家的个人提供、许诺或给予任何公务员或另一个国家的被选举的代表任何直接的或间接的报偿、礼物或其他好处,以使该公务员或该代表在相关国际商业交易中履行不正当的行为或不去履行职责;(2)任何公务员或一个国家的被选举的代表直接或间接索取、要求、主动或被动接受任何私人或公共企业,包括跨国公司在内,或另一个国家的个人的报偿、礼物或其他好处,以使该公务员或该代表在相关国际商业交易中履行不正当的行为或不去履行职责。

《国际商会关于国际商务活动中的欺诈和贿赂的行为规则》第二部分第2条在规规定贿赂与回扣时,针对贿赂予以规制:任何公司不准直接或间接行贿,要拒绝一

切索贿要求。其《反勒索及贿赂行为规则及意见》(2005年版)是一份由企业自愿采纳的文件,该文件第1条规定:贿赂指提供、允诺、交付或接受任何不正当的金钱或其他利益。

经合组织在其《对2000年经合组织关于跨国公司的指导方针的回顾》中间接地指出了商业贿赂的含义。该文件指出:企业不应该,直接或者间接地提供、允诺、给予或者要求贿赂或者其他不正当的利益以获得或保持商业或其他非正当利益。透明国际、社会问责国际组织则在其《商业反贿赂守则》的导言中就规定了贿赂的含义:“(本《守则》所指的)贿赂,是指在企业的商业活动中给予任何人或从任何人那里接受任何礼物、借款、费用、报酬或其他好处,以促使发生那些不诚实、非法或背信的行为。”^①

由上我们不难看出,在国外有关法律规范中,商业贿赂的含义是有差异的,由此也决定了不同语境下商业贿赂治理方式与路径选择上的个性化要求。

三、“商业贿赂”一词在我国的使用

“商业贿赂”一词在我国出现较晚。尽管1993年的《反不正当竞争法》首次对经济生活中的商业贿赂行为作了明确规定,但该法本身并没有使用“商业贿赂”这一概念。“商业贿赂”这一术语在我国的使用,首现于理论界。《反不正当竞争法》颁布实施后,一批关于竞争法的著作问世,学者们在自己的著述中用“商业贿赂”一词概括了《反不正当竞争法》第8条所规定的不正当竞争行为,一些学者还明确就商业贿赂的含义进行了界定。1996年11月15日,原国家工商行政管理局发布了《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》,该规定在我国立法中第一次正式使用了“商业贿赂”这一概念,并指明该法中“商业贿赂”的含义:“本规定所称商业贿赂,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。”从此,商业贿赂这一法律概念开始在我国正式登堂入室,成了公众的口诛笔伐和法律的利剑所指。

那么,究竟什么是商业贿赂呢?我们可以从其词语构成和词汇基本的语义谈起。

商业贿赂一词由“商业”与“贿赂”两个词相组合而成。何谓商业?前苏联及东欧国家的经济学家一般认为,商业是组织消费品的流通行业,但并不包含对外贸

^① 清华大学廉政与治理研究中心译:《商业反贿赂守则》,中国方正出版社,2005年版,第1页。

易、生产企业销售和生產资料流通等。我国受其影响,曾一直使用类似的划分方法。在我国现行的统计指标体系中,“商业”为“批发零售贸易和餐饮业”所取代,进出口业和商业经纪代理业亦包括在内。而西方学者则认为,商业包括所有的交易形式——批发业、零售业、进出口贸易、转口贸易以及为进行交易而存在的一切服务业,如银行业、储运业、保险业及相关的中介服务等。2004年,联合国《国家及其财产豁免公约》第2条给出了“商业交易”的解释。该解释认为,商业交易是指:(1)为销售货物或者提供服务而订立的任何商业合同或交易;(2)任何贷款或其他金融性质之交易的合同,包括涉及任何此类贷款或交易的任何担保业务或补偿义务;(3)商业、工业、贸易或专业性质的任何其他合同或者交易,但不包括雇用人员的合同。我国《辞海》中的“商业”定义则是:商业是指连接工业同农业、城市同农村、生产和消费的桥梁和纽带,其职能是收购、销售、调拨和储存,其任务是为生产和消费服务。从上述对商业的定义可以看出,中外对商业的理解是不同的,由此,可以肯定的是,对商业贿赂的内容理解肯定也会存在多种差异。从有利于防范、治理商业贿赂这一现象出发,我们认为应将商业理解为,商业是市场主体参与下的商品与服务经营的经济活动总称。

据此,我们可以简单勾勒出“商业贿赂”一词的概貌了:所谓商业贿赂,就是发生于市场交易中的贿赂行为,有其存在的特定领域。

(一)我国理论界关于商业贿赂含义的几种表述

任何一种学术名词都应该有其确定的含义,这不仅有利于对这一现象的科学揭示与准确说明,也会有利于推动这一学科中的基本范畴科学化。商业贿赂作为指称经济现象、法律现象的一个专业术语,毫无疑问,也应当有其科学的界定和相应的范围。随着国家与社会对商业贿赂现象的日渐重视,学术界日益重视对商业贿赂基本问题的研究,商业贿赂的基本含义如何,成为了商业贿赂学科研究的前置性问题。那么,商业贿赂的含义究竟应该如何界定呢?我们不妨首先梳理下目前学术界及实践机构所给予的含义。

1. 单向性行为的定义

所谓单向性行为的定义是指该类定义毫无例外,均将商业贿赂界定为单向的行贿行为,受贿行为被排除在商业贿赂的概念之外。根据对商业贿赂存在领域及范围的理解不同,该类定义又可以分为两种:

(1)源自行政法规的定义

这种定义无论如何具体表述,均来自于国家工商行政管理总局1996年11月

15日颁布的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》。该法规第2条规定: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。此法规公布后的一段时间内,众多竞争法教材均将此定义作为商业贿赂的学理定义。该定义中的商业贿赂仅产生于商品交易中,对于服务等市场交易形式中的贿赂未加干预。

该类定义的突出特点是指明了商业贿赂的行为主体和行为存在空间,为惩治商业贿赂行为提供了一定的法律依据。但是,该类定义也具有致命的缺陷:其一,它仅规定了商品交易中的贿赂,对于其他市场交易中的贿赂行为无法适用。其二,任何定义都应当是明确清晰的,不能同语反复。用“商业贿赂是……贿赂对方单位或者个人的行为”的定义方式,实际并未真正揭示出商业贿赂的内涵。

(2) 抽象概括的定义

该种定义将各种商业贿赂现象予以概括,不再于单一的商品交易领域中认识商业贿赂,意图从整个市场交易或商业交往中为纷繁的商业贿赂进行统一定义。如有人认为,“从上述规定可知,商业贿赂是指经营者在商业活动中为销售或者购买商品、提供或者接受服务,采用给予对方单位或者个人财物或者其他利益的不正当交易行为”^①、“商业贿赂,是指经营者在市场交易中,为争取交易机会,特别是为争得相对于竞争对手的市场优势,通过秘密给付财物或其他报偿等不正当手段收买客户的负责人、雇员、合伙人、代理人和政府有关部门工作人员等能够影响市场交易的有关人员的行为。”^②这些定义将商业贿赂界定为经营者给予他方不当利益的行为,是坚持了单向性行为定义的观点。

2. 对行性行为的定义

此类定义将商业行贿与商业受贿均纳入商业贿赂的概念之中,故称对行性行为的定义。如有学者认为,“商业贿赂包括行贿和受贿,……”^③、“商业贿赂行为分为商业行贿和商业受贿两种基本类型。”^④

3. 单向性行为与对行性行为并行的定义

此类定义也即狭义与广义并行的定义方式。持此类论者认为,认识商业贿赂

① 詹复亮:《治理商业贿赂简明读本》,人民出版社,2006年版,第11页。

② 杨紫烜、徐杰:《经济法学》,北京大学出版社,1998年版,第251页。

③ 程宝库:《商业贿赂社会危害及治理对策》,法律出版社,2006年版,第10页。

④ 种明钊:《竞争法》,法律出版社,1999年版,第242页。

必须从狭义与广义两个角度去认识,不同的语境下,商业贿赂的涵义不同。如有论者认为:“商业贿赂的概念有狭义和广义之分。狭义的商业贿赂的概念,或者称为商业行贿,是指根据1996年11月15日国家工商行政管理局颁发的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第2条所规定的商业贿赂概念。即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。”“广义的商业贿赂的概念,是指根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第8条规定的所禁止行为的统称。该条规定:‘经营者不得采用财物或者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,以行贿处;对方单位或者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回扣,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。接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。’显而易见,这里所禁止的行为除了包括狭义上的商业贿赂行为以外,还包括商业贿赂的相对方接受商业贿赂的行为,即在商业活动中,为帮助经营者销售或购买商品,接受或索取经营者财物或其他不正当好处的行为,或者称为商业受贿。”“在一般情况下,对商业贿赂主要从狭义的概念上来理解,即单纯指商业行贿行为。但应当注意的是,从治理商业贿赂的角度而言,有时也须从广义的概念来理解,即包括商业行贿和商业受贿两方面的行为(本书中所使用的商业贿赂概念,根据不同的语境,有时仅指商业行贿,有时则既指商业行贿行为,也包括商业受贿行为。)”^①

(二) 国家有关机构对商业贿赂含义的表述

国家工商行政管理总局1996年11月15日颁布了《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》,该法第2条列出了商业贿赂的含义: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。由该规定可以看出,此处的商业贿赂一词含义,是单指商品交易中行贿人的行贿行为,既不包含其他商业领域中的商业贿赂行为,也不规制商品交易中受贿者的受贿行为。

最高人民检察院在其2006年下发的《关于为更好惩治商业贿赂犯罪专项工作开展专题调研的通知》中指出:检察机关打击的商业贿赂犯罪,特指在商业活动领域中发生的国家工作人员或国有单位的贿赂犯罪,并列出国家工作人员或国有单位在商业活动领域中触及的贿赂罪名,即在商业活动领域发生的国家工作人员或国有单位行贿、受贿、介绍贿赂、单位行贿、单位受贿、对单位行贿罪。从中可以看

^① 彭阳春:《治理商业贿赂文艺解答语案例点评》,法律出版社,2006年版,第3-4页。

出,最高人民检察院将商业中的受贿纳入了商业贿赂概念之中。

四、本书中的“商业贿赂”含义

由上述定义方式可以看出,不同的定义方式下商业贿赂的内涵与外延也差异颇多。各类定义方式的区别主要集中在以下三个方面:第一,商业贿赂是否仅存在于商品交易中?第二,商业贿赂这一概念是单指商业行贿还是同时包含商业受贿?第三,能否用“贿赂”一词来界定“商业贿赂”?第一个问题的答案在当前是明确的:商业贿赂存在于所有的商业交易中,商品买卖仅仅是其常见的存在领域,将商业贿赂局限于商品买卖中的定义是不够科学的。

商业贿赂是单指商业行贿还是应同时包括商业受贿呢?我们认为,商业贿赂一词仅指商业行贿,不包括商业受贿。理由主要有二:第一,贿赂一词作动词时,其涵义就是单指行贿他人,不包括受贿。语义的相对稳定性和传承性应当得到尊重,我们不必无谓地去扩张贿赂的本来涵义。商业贿赂由贿赂组合而来,商业贿赂的涵义应建立在对贿赂的正确理解基础上。第二,将商业贿赂界定为商业行贿行为,并不碍于对商业贿赂行为的治理。对任何不良现象的治理,均需要综合性地、多途径地进行。治理商业贿赂,不仅仅要打击、防范行贿行为,同时也要惩治受贿行为,既要推进经济体制改革,也要促进企业自身的内部改造,多管齐下,我们不能因为治理商业贿赂需要惩治商业受贿就因此而将商业贿赂界定为商业行贿与商业受贿,我们不能因为需要多种治理措施就将这些措施赋予商业贿赂本身的概念之中。一种事物的自身确定性与对其治理是两个不同的问题,不能混淆。

综合上述分析,我们认为,商业贿赂是指在市场交易中市场交易主体为获得商业利益而非法给予对方不正当好处的行为。这一概念包括如下内容:

第一,商业贿赂发生于一切市场交易中。商业贿赂是发生于商业领域的反社会行为,对商业的理解不宜过窄,必须合理确定商业贿赂的存在空间。鉴于商业贿赂在整个市场经济运行领域蔓延、游荡的严峻形势和规范市场交易秩序的迫切需要,应当将发生于市场交易中的以财物或其他非法手段贿赂交易对方的各种不正当行为纳入本概念之列。

第二,商业贿赂是一种不正当交易行为。商业贿赂是受到价值否定评价的行为,但,是应当将其界定为一种不正当交易行为还是应当将其认识为是一种不正当竞争行为或犯罪行为呢?我们认为,不宜将商业贿赂单纯地认识为一种不正当竞争行为。从某种角度看,商业贿赂的确也是一种不正当竞争行为,我国1993年《反不正当竞争

法》也对商业贿赂行为进行了明令禁止,但是将商业贿赂界定为“是……的不正当竞争行为”,有仅从单独的一部《反不正当竞争法》理解的嫌疑。随着经济活动的密切和经济要素的流动性日益加强,商业贿赂的现实存在空间扩大了,宜将商业贿赂的含义界定为可以使用于多种法律语境和执法、司法场合的概念,“商业贿赂是……的不正当交易行为”之表述似乎可以解决这一要求。

第三,商业贿赂是一种为获得商业利益而非法给予对方不正当好处的行为。这里应当明确,商业贿赂的本质是通过给予对方不正当好处来获取经济利益,行为者主观动机上的牟利性和行为手段上的非法性是其重要特点。但是,动机的牟利性和行为手段的非法性并不意味着商业贿赂行为本身的非法性。法律语境中的商业贿赂都是非法行为,但是非法性的构成需要法定的多种要素,并且任何的性质评介也总是在事后对某一行为的评定。实践中,行为主体意志的牟利性比较容易认定,手段方式的不合法性也较容易进行判断,但是行为本身的非法性判断却并不能轻易做出。某甲以偷送给某公司食堂采购员 10 元人民币为代价请求其采购自己质量合格的 10 斤鲜虾为例,甲的行为是否非法应当由有关机关依据具体认定标准予以最终认定,但是我们相信,主管机关的认定标准中不会网及这一危害性极低的行为。^①

第四,商业贿赂是一种行贿行为,也即是指行为主体贿赂对方的行为。相对方接受贿赂是治理体系中的重要一环,但非商业贿赂这一概念本身的应有涵义。

第二节 商业贿赂的种类

依据不同的标准,可以对商业贿赂作不同的分类,由此,我们也可以从多角度进一步认识商业贿赂这一现象。

① 任何反社会行为都有危害性,危害性的阶梯性大小决定了其所适用的社会规范强制性的大小。任何法律都有自己的专属调整范围,它不会、也不能规制其调控范围外的行为。行贿 10 元,从手段看,显然是不正当、不合法律要求,但是该行为本身的危害性显著很低,应由非法律规范,如商业职业道德、社会舆论等予以约束。由此,可以说,类似行贿 10 元的商业贿赂行为虽也是商业贿赂,但并不非法。

一、一般商业贿赂行为、商业贿赂违法行为与商业贿赂犯罪

这是根据商业贿赂行为社会危害性的大小和法律的拟制不同而划分的。

一般商业贿赂行为是指具有较小社会危害性、不具有法律否定性的商业贿赂行为。该类商业贿赂行为虽同属商业贿赂,但是因其危害程度显著轻微,危害不大,故并未被法律强力规制,往往是受到商业道德规范、社会伦理规范、社会舆论等的否定评价,其否定后果往往是自身商誉的贬低。

商业贿赂违法行为是指具有一定社会危害性,由国家非刑法的法律规范予以调整的商业贿赂行为。也即是危害性介于一般商业贿赂行为与商业贿赂犯罪之间的犯罪。商业贿赂违法行为在实践中,表现形式多样,发生的频率较高,发生的数量众多,对正当交易秩序的维护破坏极大。

商业贿赂犯罪是具有严重的社会危害性,应当受到刑事制裁的商业贿赂行为。这类商业贿赂行为发生量大、危害重,严重地破坏着正常的市场交易秩序,是商业贿赂中的最大毒瘤。

这种分类方法有助于我们明了商业贿赂现象存在与表现的复杂性,有助于我们厘定不同商业贿赂行为的社会危害性,以便有的放矢地确立商业贿赂治理的重点及有效途径。

二、财物型商业贿赂与非财物型商业贿赂

这是根据商业贿赂行为中贿赂物的性质进行的分类。

财物型商业贿赂是指以财物作为贿赂物的商业贿赂行为。这类商业贿赂也是实践中最为常见的商业贿赂行为形式。此处的财物包括货币、有价证券、贵重物品,也包括减免债务、提供免费娱乐、考察、旅游、居住、留学等财产性利益。

非财物型商业贿赂是以非财物作为贿赂的商业贿赂行为。该类商业贿赂与财物型商业贿赂相比,行为更为隐蔽,表现形式也更多样化。常见的表现形式有提供就业、就学、荣誉和特殊性服务、待遇等非财物型利益。^①

该种分类有助于我们认识到商业贿赂存在的多样化,有助于我们充分认识到

^① 理论与实践中所关注的性贿赂是一种非财物型贿赂,其毒害性某种程度上远高于财物型的贿赂。如果说对于受贿罪中的贿赂是否包含性贿赂值得关注与思考,那么对于商业领域的性贿赂更应受到瞩目,因为商业中的性贿赂比之前者似乎还更为多见。

非财物型商业贿赂的危害性,从而避免非财物型商业贿赂防治上的盲点。

三、回扣型商业贿赂与非回扣型商业贿赂

这是依据商业贿赂的行为是否为给予回扣而进行划分的。

回扣型商业贿赂是指以提供回扣为表现形式的商业贿赂。所谓回扣,是指市场交易者交易时在账外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或个人的一定比例的财物。市场交易主体之间给与一定的折扣或者返还一定财物通常是其自主经营行为,法律不予干涉,但是,若在交易中,有关交易方账外暗中给与对方一定返还,也即不在依法设立的反映其生产经营活动或者行政事业收费收支的财物账中依据财物会计制度作明确如实地记载,它则不仅直接妨碍了市场的公平竞争,损害交易中相关竞争方的经济利益,同时也会破坏交易双方的财务管理制度,易于滋生违法、犯罪,为现在经济社会所不容。

非回扣型商业贿赂是除回扣类型以外的其他所有形式的商业贿赂。就商业贿赂的行为表现形式看,除回扣外,常见的还有直接赠送财物、免费提供特定服务等等。

提供回扣是市场交易中行贿人行贿对方的最常见形式,以此为标准进行认识商业贿赂,有助于我们充分认识回扣型商业贿赂的极端危害,从而加强对其防治的有效措施研究。

四、主动型商业贿赂与被动型商业贿赂

这是依据行贿者在商业贿赂中的作用大小而划分的。

主动型商业贿赂是指在市场交易中,行贿者积极主动地实施贿赂的行为。市场交易主体在交易时,为获取更好经济利益,不择手段,积极贿赂他人,对良好的经济竞争秩序破坏深重。由此,主动型商业贿赂也成为商业贿赂治理的重点。被动型商业贿赂是指行贿人在市场交易中受到交易方或其控制人、代理人索贿时所实施的贿赂对方、获得不正当经济利益的行为。面对索贿,行贿人此时所实施的贿赂并非完全被动而无奈,他完全可以因索贿而拒绝此次商业交易,但是,其为了获取一定经济利益,而依然按照相关方意思要求,给与一定非分满足,破坏了公平的经济秩序,侵害了潜在交易方的经济利益。被动型商业贿赂较主动型商业贿赂危害虽然较小,但是不可忽视。

这一划分方法有助于帮助我们认清在不同商业贿赂环境下,行贿者对于贿赂的推动完成所起之作用,从而有利于在不同经济交往背景下,寻求到治理商业贿赂

的有效治理途径。

五、国内商业贿赂与国际商业贿赂

这是依据商业贿赂发生的国别范围大小进行划分的。

国内商业贿赂是指行贿者在本国所实施的商业贿赂。通常意义上我们所言的商业贿赂即是国内商业贿赂。每个国家都存在着程度不同的商业贿赂现象,国内商业贿赂成为各国商业交易中的毒瘤和羁绊,因此,加强国家之间商业贿赂治理经验的交流,对于促进各自国家商业贿赂治理水平的提高,颇有必要。国际商业贿赂是指行贿人在国籍国之外实施的商业贿赂,包括在一国或多国所实施的贿赂。这一贿赂形式是随着国际经济交往的日益加深和对外投资方在当地国面临的竞争加大所出现的。一些跨国企业为在当地国取得更好经济效益,便采取商业贿赂形式取得更多交易机会或其他交易利益。随着国际间跨国投资的增多和国际间反商业贿赂的需要,国际商业贿赂的遏制已越来越为人们所重视。

这种分类方法有助于帮助我们认识到商业贿赂存在的地域性差别及其案件特点,有助于维护国家执法、司法主权,有利于国际间治理商业贿赂经验的相互交流和国际执法、司法合作。

第三节 我国商业贿赂在主要领域的表现

我国商业贿赂是随着社会主义计划经济转向市场经济的转型过程中发生并逐步扩散起来,随着市场经济的逐步深化,商业可涉及利益的领域逐步扩大,商业贿赂也从传统的商品购销领域发展到能够获得商业利益的其他领域。由于我国市场经济不是很成熟,公权力涉及市场经济的领域还比较广,所以,我国商业贿赂往往与公权力有密切的联系。商业贿赂的“重灾区”,许多都是权力垄断部门和经济决策部门。可以说,哪里涉及商业审批,哪里就有商业受贿的“机会”;哪里有购销权,哪里就有商业受贿的可能。从这几年治理商业贿赂情况来看,我国商业贿赂的主要领域集中在工程建设、土地出让、产权交易、医药购销和政府采购等领域,涉及面也越来越广泛。为此,2006年年初,党中央、国务院要求各级政府将治理商业贿赂专项工作作为2006年廉政建设的重点,并将工程建设、土地出让、产权交易、医药购销和政府采购等领域的商业贿赂行为列为治理的重点。