

对跨国商业贿赂说“不”

商业贿赂盛行的原因，究其外部，是由于政府职能异化，公共权力异化所造成的；究其内部，则是由于企业内部机制不健全，没有有效的监督制约环境所造成

文 / 王熔 戎文宏

王熔，上海锦天城律师事务所刑事专职律师，曾在上海市黄浦区人民检察院反贪污局和公诉科工作，执业领域主要为公司型犯罪预防、职务犯罪（贪污、受贿、挪用公款）、商业贿赂、走私、诈骗、重大恶性刑事犯罪的辩护

戎文宏，上海锦天城律师事务所律师，执业领域宽广，实务经验丰富，曾担任上海机场（集团）、爱普生（中国）有限公司等多家大型企业法律顾问，并以房地产诉讼为专长

2004年朗讯事件在中国曝光后，一位外方官员曾感慨道：“现在很难让我相信，一个外国公司能够在中国获得成功的同时保持手脚干净。”

商业贿赂不只发生于跨国公司身上。反商业贿赂领域的真空，使商业贿赂俨然已成为了中国市场运行中的一个痼疾。

商业贿赂不仅影响了公司声誉，扰乱并恶化了中国市场秩序，而且引起了国际舆论对中国商务环境的不利评论，影响中国国际形象，存在危害中国国家利益的可能。

笔者试图从商业贿赂泛滥的因素分析出发，给予一些公司企业内部防范商业贿赂的意见与措施。

商业贿赂五大释因

造成商业贿赂违法犯罪案件泛滥的因素主要有以下五个方面的因素：

法律因素一法律体系不完善

商业贿赂的立法局限，对商业贿赂行为的威慑力度和惩罚力度不强，主要表现在一

（1）商业贿赂概念模糊。目前看，“商业贿赂”或者“商业贿赂罪”既不是规范的法律术语，也不是法定罪名。商业贿赂犯罪与公职贿赂犯罪混淆不清。商业贿赂犯罪并未从公职贿赂犯罪中真正分离出来，中国以往刑法规定的主体范围过窄，涉及领域少，受贿主要是追究国家工作人员以及公司的经营行为，对于事业单位、国有独资公司、控股公司等个人受贿行为缺乏相应的法律约束。

（2）尚未形成反商业贿赂的法律体系。目前，中国的立法中，《反不正当竞争法》比较笼统，商业贿赂仅作为“不正当竞争手段”的一种散见其中。

而《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》虽然有了系统的规定，但该规定由国家工商行政管理局发布，属于部门规章，法律层级低，法律效力弱，无法有效地打击商业贿赂行为。

此外，有关反商业贿赂的配套规定，如举报人奖励、保护制度等尚无法律涉及。

（3）有关商业贿赂的民商、经济、行政领域立法滞后，《反不正当竞争法》是1993年公布的，《暂行规定》是1996年出台的，距今均已10余年，市场环境已大大不同，难以彻底判定花样翻新的商业贿赂行为，对其表现形式、当事人主体认定缺乏明确完善的界定；

公司商事——对跨国商业贿赂说“不”——王熔 戎文宏

难以正确界定正当商业行为与不正当交易、商业贿赂违法行为与商业贿赂犯罪之间的界限。

(4)法律规定简单、模糊，不能适应当前打击商业贿赂的形势需要。《反不正当竞争法》将“贿赂”仅仅限定在“商品购销环节”，范围过窄，明显不能适应现阶段治理商业贿赂的要求。

《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》对商业贿赂的概念性表述仅仅限于“行贿”行为，明显无法解释后续条文中出现的“对方单位或者个人在帐外暗中收受回扣的，以受贿论处”，而且该法条与《反不正当竞争法》一样将商业贿赂限定在“商品购销”领域，面对实践中早已扩散到工程建设、土地转让、医药购销、产权交易、政府采购和资源开发等各个行业的商业贿赂，该规定过于简单、模糊，适用性低。

(5)法定行政性处罚措施力度不强，不利于有效遏制商业贿赂行为的蔓延。我国对商业贿赂的行政性惩罚手段单一，力度不够。表现在：一是罚款数额过低；二是单位商业贿赂中个人以及总公司或母公司对下属单位的商业贿赂应当承担何种责任规定不明，导致个人责任和上级公司监管责任全部落空；三是行政制裁种类单一。除《药品管理法》外，我国目前的行政法规均未规定商业贿赂行为的资质罚（取消从事某种职业或业务的资格处罚）。

经济（体制）因素——市场体制不健全

现有市场经济体制不完善以及产权制度缺失，为商业贿赂滋生蔓延提供了土壤和条件。

中国加入 WTO 后，市场的竞争主体不仅有国内企业还加入了跨国公司，竞争日趋激烈。

由于整体市场准入开放制度建设不足，部分产业领域存在行政背景下的竞争缺失，使得通过贿赂手段获取批文、物资成为谋利的“捷径”。随着商品市场的逐渐开放，商业贿赂成了企业推销产品的手段，而一些行业、领域内的强势企业在凭借着垄断地位及财力的支持从而影响市场正常交易和发展，这是商业贿赂泛滥的根本原因。

权力因素——公共权力异化

公共权力异化是导致商业贿赂的诱因。即具体表现为：

(1)支配市场基础资源的公共权力利益化，形成“权力经济”。原本应该为公众利益服务的政府部门，千方百计地利用手中的公权力从事各种赢利活动，故意把政府理应无偿的服务变为有偿服务，甚至公然循私舞弊、贪污腐败。

(2)“权利寻租”，公共权力变为令人垂涎欲滴的待租物，一旦想谋求不正当利益的单位和个人迎合了掌握公共权力的国家公职人员的膨胀的私欲，公共权力便通过权钱交易或权色交易的方式完成出租。

(3)权力滥用，以权力行为代替法律行为，违背法定程序，自我授权、随意裁剪法律的行为屡见不鲜，商业贿赂之所以成为权力腐败与社会腐败相互交织的现象，根源就在于公共权力滥用。

(4)权力监督机制异化，自我授权、自我监督，缺乏公开透明的外部监督渠道，特别是民众对公共权力进行有效监督的机制还没有建立起来，使得目前的监督更象是自我辩解、自我保护。

文化因素——“熟人社会”文化

由于传统文化中没有形成一般意义上的商业文化，起源于自然经济的熟人社会，在中国的市场经济中依然发挥着重要作用。

市场经济条件下，中国的“熟人社会”逐渐演化为“熟人经济”等文化现象。这种文化语境下，大家都是“自己人”。一方面，提供帮助者觉得自己收取好处天经地义；另一方面，接受帮助者觉得自己的回报理所当然。而恰恰在这种“天经地义”和“理所当然”中，人们普遍的遵守熟人社会的互惠行为准则，对腐败的容忍性大大提高，从而削弱了监督机制的作用，最终引发腐败。

“熟人经济”成为扭曲市场竞争、滋生商业贿赂的因素。以“人情、关系”为核心的社会文化现象被费孝通先生称之为“熟人社会”，其特点是人与人之间有着一种私人关系，人与人通过这种关系联系起来，构成一张张关系网。

心理因素——社会普适性心理

由于东方文化重亲情礼法、迎来送往、请客送礼的习俗紧密纠缠在一起，生意人着眼长远更是推崇“有钱大家一起赚”。疏不知，当“礼尚往来”和“有钱大家一起赚”，成为商业人际关系不可缺少的“润滑剂”时，商业贿赂就成为市场交易的“潜规则”。

这种过度依赖人情因素而不信奉契约、遵循规则的中国传统习惯，对商业贿赂这种腐败现象有着普适性的认同心理，并将其作为社会普适性的“潜规则”予以传播。

社会错误意识的趋向，使商业贿赂行为在一定程度上被相当数量的社会成员所认同和接受，在商业交易中“给回扣”，遵循“潜规则”以获取交易机会，已成为许多公司包括知名的跨国公司“竞争”的一个法宝。

反商业贿赂四大秘笈

“解铃还须系铃人”。在仔细分析商业贿赂产生的因素后，如何防微杜渐，变得迎刃而解：

政府运作方面——限制、减少权力寻租

追本溯源，权力寻租的本质在于“政府服务的有偿化”。胡锦涛同志曾在十七大报告上指出“必须让权力在阳光下运行”，因此，当今社会解决政府“公共权力异化”的根本途径在于力促“权力运行的阳光化”。

政府的作用举足轻重。解决的关键点在于循序渐进地去打破政府现所持有的职能理念，真正做到让政府成为“无形的手”，发挥宏观经济管理这一职能，而不以公权力硬性干涉市场经济活动。这样，商业贿赂就从根本上被彻底堵住。同时，一个服务型政府，受监督的政府，也使得商业贿赂失去了“滋生的沃土”。

公司运作方面——完善内部财务管理制度

在以资本为纽带的公司企业面临的财务风险中，很重要的一个组成部分是商业贿赂。而商业贿赂极易在公司企业内部财务管理失控的情况下发生，这就需要我们根据新出台的《企业财务通则》完善财务管理制度，加强财务控制和财务信息管理。主要措施有：

(1)完善资金控制系统。包括现金控制系统、筹资控制系统和投资控制系统等。这3个系统必须在公司企业中集中统一管理，每一笔业务都应该受到有效的控制和监管。

(2)建立财务信息控制系统。包括制定财务信息报告制度、制定内部审计制度、利用财务联网监控。建立健全财务信息控制系统，可以保证公司企业间财务信息畅通。

公司控制方面——优化企业内部控制

重视企业内部管理，已成为各企业目前公认的存续并壮大的主要因素。因此，企业内部控制也是防止商业贿赂的主要手段。

存在商业贿赂，往往可归结为企业内部控制系统在商业贿赂的大环境下，系统功能的失调。具体表现为：企业控制环境恶化；风险评估机制缺失；企业控制活动弱化；信息沟通不畅与阻塞；监控的缺失等。

为此，在优化企业内部控制系统时，可以从以三个方面加以考虑——

首先，建立良好的控制环境。企业核心管理层要能对防范商业贿赂的具体决策起到真正的监督引导作用。加强员工反商业贿赂的意识，明确商业贿赂给企业及个人带来的危害。

其次，加大高风险舞弊区域的控制强度。在实际商务中，企业采购、销售部门发生商业贿赂这一舞弊行为的几率要远大于企业的其他相关职能部门。因此，须规范采购环节；完善采购、付款的岗位责任；明确各岗位的职能；对采购环节进行有效的权力制约和权力监督。

最后，完善财务监督体系。根据中国现有公司治理结构的情况，考虑股东大会—董事会—总经理—部门经理的委托代理链，在每个代理关系中依次设置监事会、财务总监、内部审计三个监督机构，并在监事会下设立审计委员会与外部独立审计进行沟通，形成以监事会为中心、三位一体的内部财务监督体系。以期削弱商务贿赂行为发生的可能性。

公司监督方面——重新定位内部审计

“在其位，司其职”。企业高管的责任在于优化企业内部控制，而内部审计师的责任则在于审查及监督管理及规章制度，并有效披露各经营部门存在的各种风险。

受计划经济的影响，部分企业领导对内部审计认识不足，认为内部审计就是检查内部经济问题，会影响职工的团结和稳定，分散管理人员的精力，有的认为内部审计限制了自己的经营自主权，削弱了自己的权威，有的将内审机构形同虚设，使内审人员无职无权。

因此，重新定位内部审计是箭在弦上、必须解决的问题。重新定位内部审计具体表现在五个方面——

首先，建立完善的企业内部控制结构，提高企业内部审计的地位和层次。在规范运作的企业，建立由董事会或审计委员会直接领导的内部审计体制，使内部审计不受管理层的制约，独立客观地开展工作。

其次，建立健全企业各项内部审计工作规范或内部审计实物标准。加强内部审计行业管理，完善内部审计道德规范体系，使内部审计纳入规范化、制度化、法制化的轨道。转换经营观念，科学定位企业内部审计的职能。

再次，随着现代企业制度的建立和企业经营管理水平的提高，企业内部审计应冲破制约作用的范围，扩展到促进企业改善经营管理和提高盈利水平等作用的方面，通过评价企业组织内部的控制，揭示企业内部存在的潜在风险，确保企业高效发展，顺利实现目标和战略。

第四，建立上下结合、下审一级的内部审计体系。由上级内审部门负责对下级管理层的审计，多层次开展企业内部审计工作、对各级管理层进行有效的监督和控制，充分发挥内部审计的作用。

第五，加强内部审计人员队伍建设，不断提高企业内部审计人员的素质。同时，建立内部审计人员的从业资格考试和考核制度，使内审人员成为既懂财务会计、熟悉审计业务，又具备经营管理、工程技术、经济法律等方面知识的复合型人才，提高企业审计工作质量。

通过内部审计人员的相关工作，开辟了除监事会、财务总监之外的另一新途径，与监事会、财务总监一起成为防范商业贿赂的三大“有力屏障”。

商业贿赂盛行的原因，究其外部，是由于政府职能异化，公共权力异化所造成的；究其内部，则是由于公司企业内部机制的不规范健全，没有有效的监督制约环境所造成的。一个内部原因、外部原因的结合使商业贿赂有了“名正言顺”存在的理由；但千万个内部原因、外部原因结合起来，则形成产生了一个“扭曲”的市场体系。

因此，学习、借鉴并研究各国家立法者的相关经验，如美国的《海外反腐败法》、《联合国反腐败公约》，“洋为中用”，加快填补中国在这一领域的空白，完善相关市场环境，为投资者、企业家创造良好的市场氛围已刻不容缓。

在这一形势下，政府当即需要从事反腐立法、反腐宣传、打击商业贿赂、追缴贿赂资金，使商业贿赂失去滋长的土壤。而企业内部制度的规范、提升企业的财务管理水平、内部审计与内部控制执行力度则使商业贿赂最终被连根拔起，使商业贿赂这一痼疾如天花般彻底绝于世于当今建设和谐社会环境下的中国。

版权所有 © SGLA 2008。

此出版物仅供阁下参考和兴趣阅读之用，无意作为完整全面的信息，并不构成亦不应予以依赖为法律意见。请根据自身情况寻求专门咨询。