

似是而非的潜规则 ——商业贿赂法律风险漫谈

当腐败成为经济生活中不可或缺的一部分而不可挽回时，整个社会就会成为无望的社会

文 / 吴江水

吴江水，浙江天册律师事务所高级律师，中华全国律协经济专业委员会委员，浙江大学企业管理硕士。主要从事非诉讼法律事务，致力于企业法律风险防范体系、合同应用及管理、法律语言等研究。曾出版《完美的合同》等专业书籍

记得早年在课堂上，当教授问起关系营销的概念时，一位来自企业的同学不无调侃道：“就是吃饭、喝酒”，回答引起满堂哄笑。虽然只是调侃，但在中国，营销需要依靠一定的关系却是不争的事实。

在中国的传统习惯中，为了友情甚至亲情而请客、吃饭、送礼实在是太过平常，甚至还是必需的礼仪。在“我的地盘”，理所当然我要尽地主之谊，吃、喝、送理所当然。至于给你添了麻烦或是你帮了我的大忙，我更要表示一下，否则会显得我太没心没肺……。如此等等，这就是中国的文化传统。

在计划经济时代，几乎所有产品都是稀缺资源，调拨单比合同还要过硬。调拨给你还是调拨给他一个样，但为什么给你有时就要看你我之间的交情。而到了今天买方市场的时代，买家的订单反而成了稀缺资源，为了争夺订单而请客、送礼，小恩小惠以及商业回扣早已不足为奇。甚至那些大名鼎鼎、貌似正规的跨国公司，在中国大陆的贿赂丑闻方面也同样赫赫有名。

一些跨国公司在中国通过劣迹取得业绩，拿走的是利润，留下的是腐败的规则和社会的堕落，以及被其贿赂手段排挤掉的民族企业。

根据中国民间经济分析机构安邦集团提供的数据，在10年内，中国至少调查了50万件腐败案件，其中64%与国际贸易和外商有关。从行业上看，进出口贸易、市场准入、招商引资、医药行业是跨国公司行贿的重点。然而令国人汗颜的是，其中的某些案件是在国外事发才逐渐出现在我们的视野、才引起人们的关注。

反贿赂，海内外皆有法可依

无论是国内还是国外，反商业贿赂的法律随处可见。张恩照案事发引起国人关注的《海外反腐败法》也叫《海外反贿赂法》，简称FCPA(Foreign Corrupt Practices Act)。该法于1977年制定、前后经历了3次修订（1976年、1988年、1998年），旨在限制在美国上市的公司及其海外分支机构采取贿赂等手段获取交易。它所规范的对象并不限于美国公司，也不限于美国人。哪怕是中国的一些著名大公司，只要是在美国上市，其相关行为就必须受到这部法律的约束。而且，这部法律的立法目的不在于维护社会的清正廉洁，而在于防止因腐败而破坏市场经济的公平竞争原则，以及防止损害美国在国际上的形象。如果触犯该法，对公司可处以最高200万美元的罚金，对自然人可处以最高10万美元的罚金和5年以下的监禁，且可引用与之竞合的其他法律而进行处罚或索赔。

美国在本世纪初出台的《萨班斯法案》(Sarbanes-Oxley Act)，进一步促进了这部反跨国商业贿赂的专门性法律的发展。联合国也于2003年10月31日通过了《联合国反腐败公约》，使整个国际社会开始形成反跨国腐败行为的合力。全国人大常委会也于2005年10月批准了这一公约，但声明不受该公约中关于由国际法院处理争议条款的约束。

中国对于这类贿赂的处罚分为两个序列。一是属于行政处罚范畴的《反不正当竞争法》和《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》，以工商部门为主管，目标是维护公平的竞争秩序；二是属于刑事处罚范畴的刑法条款及最高人民法院的司法解释，这些规范的目的是为这类行为“封顶”。

《反不正当竞争法》第八条规定，“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。在帐外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；对方单位或者个人在帐外暗中收受回扣的，以受贿论处。”该法并不禁止以明示方式给对方折扣或给中间人佣金，但双方都必须如实入帐。而《暂行规定》则将商业贿赂明确为“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”，并对“财物”、“其他手段”做了解释。对于商业贿赂行为，除了构成犯罪依法追究刑事责任外，不构成犯罪的可处以二十万元以下的罚款并没收违法所得。如果认真加以对照，其实许多企业在采购或销售过程中的“潜规则”已经突破了这一界限，并使企业处于法律风险之中。

而在《刑法》方面，经过第六次修正后，《刑法》对公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务便利索取财物或非法收受财物，并为他人谋取利益且数额较大的行为，以及利用职务上的便利违反国家规定收受各种名义的回扣、手续费归个人所有的行为，均做了刑事处罚的规定。同时，还规定为谋取不正当利益而给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物且数额较大的行为，也做了刑事处罚的规定。需要说明的是，这些刑法条文并非雷声大、雨点小的纸老虎，单位行贿、商业贿赂类的案例并不鲜见。

制订有尊严的制度对抗“潜规则”

商业贿赂的目的，其实无非是想以更小的代价取得更多的商业利益或商业机会。行贿者与受贿者之间并无“友谊”可言，有的只是利益上的交换，所达成的共识也常常导致第三方合法利益的受损。

需要关注的是，商业贿赂的动机往往有所不同。除了为取得不正当利益或机会外，在某些存在“潜规则”的市场，有时企业还不得不以行贿这一非法的手段去维护自己既得的合法权益，或者为了取得平等的竞争机会。而在某些交易中，商业贿赂并非交易双方的本意，只是某方的下属人员索取利益，而另一方为了整体利益而不得不破财消灾、息事宁人。

虽然后两种贿赂多少显得有些无奈和无辜，但无论是主动的投怀送抱还是并非情愿的半推半就，即使是“行”、“受”双方达成了一致，也未必就能美梦成真。因为依照我国《合同法》的规定，如果合同双方“恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益”、“以合法形式掩盖非法目的”、“损害社会公共利益”、“违反法律、行政法规的强制性规定”，则法院可根据任何一条认定合同无效。在现实的案例中，许多改制、收购等合同就是被法院以这一法律依据而认定为无效，企业虽然机关算尽，到头来却是鸡飞蛋打、赔了夫人又折兵。

在商品经济的威力日益强大、人们越来越“以经济建设为中心”的时代，经营中的“礼尚往来”似乎已经成了一种“规定动作”。这种习惯有维护稳定的积极意义，但某些行为在不知不觉中实际上已经跨越了企业应该遵守的红线。如果企业将这一手段当成了救命稻草，总会有一天必需面对无法承受之痛。因此，除了习以为常，还要明白法律在商业贿赂上的尺度、明白自己行为的底线，防止为了一点蝇头小利而耽误了大好的前程。

不过，需要反思的还有我们的制度以及这些制度的执行问题。如果制度不能剔除那些“有缝蛋”、不能让擅越雷池者付出高昂的代价，我们所能关注的也只有到底是哪只苍蝇来叮的问题，因为结果是必然的。

面对诸如此类的社会问题，任何要求人们活得有尊严的呼吁都会显得苍白无力，关键

是要建立起让人活得有尊严的制度并严格地加以执行。否则，当腐败成为经济生活中不可或缺的一部分而不可挽回时，整个社会就会成为无望的社会。

背景资料：

2004年3月，世界500强之一的默沙东(MSD)公司解雇了20多名中国分区副经理和医药代表，理由是“假以学术推广的名义报销娱乐费”。

2004年4月6日，朗讯在华商业贿赂案件在美国审结。美国司法部称，朗讯采用违规手段将资助涉及中国官员的314次访美旅行的支出计入经营成本，而且没有对同旅行和赠送给中国政府官员礼物相关的准备金实施有效的内部控制。

2004年12月9日，一家名为 Grace & Digital Information Technology Co. Ltd. 的公司在美国起诉原建行副行长、行长、中国建设银行股份有限公司董事长张恩照违反了美国1977年《反海外贿赂法》。2006年11月3日，北京市第一中级人民法院经审理查明，2000年至2004年期间，张恩照利用其担任原建行副行长、行长、中国建设银行股份有限公司董事长的职务便利，为他人牟取利益，多次非法收受他人给予的款物共计人民币400余万元。以受贿罪判处张恩照有期徒刑15年。

2007年8月13日，西门子贿赂案审查人员宣布，自上世纪90年代中期起，西门子非法贿赂支出资金已超过10亿欧元。8月20日，西门子总部发言人安德里亚斯·施瓦伯称，内部调查表明，西门子中国市场的确存在不正当的商业行为，目前正接受调查。

资料来源于《上海证券报》

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。