

论商业贿赂的软法治理

沈亚平 宋心然

(南开大学 周恩来政府管理学院, 天津 300071)

摘要: 伴随市场经济的发展,商业贿赂已成为亟待解决的社会难题。对此,国家逐步加强了反商业贿赂的立法和管理力度,但收效并不明显。软法具有多元性、协商性、开放性等特点,可以在联合体内部建立一套统一的价值体系,从而有利于从源头上治理商业贿赂。透明国际、日本、韩国等国际组织和国家用软法治理商业贿赂方面取得的成功经验可以为我们提供有益的启示。我国也应通过软法在企业、行业和社会范围内建立统一的反商业贿赂的规则体系,抵制商业贿赂的滋生和蔓延。

关键词: 商业贿赂; 反腐败; 软法治理

中图分类号: DF414 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2011)05-0065-06

The Commercial Bribery Governed by Soft Law

SHEN Ya-ping, SONG Xin-ran

(Zhou Enlai School of Government, Nankai University, Tianjin 300071 China)

Abstract: With the development of market economy, commercial bribery has gradually become a hard nut to crack for society. As a result, the legislation and the management against the commercial bribery were reinforced by the government. However, the effect was not remarkable. The soft law, which is multidimensional, negotiable and open, can build a unified value system to facilitate eradicating commercial bribery. The successful experience of soft law governance on commercial bribery from foreign organizations and countries, such as Transparency International, Japan, South Korea and so on, can bring us a beneficial enlightenment. Therefore, China should take advantage of soft law to construct a unified set of rules against the commercial bribery, in order to combat the breeding and spreading of commercial bribery.

Key words: commercial bribery; anti-corruption; governance by the soft law

20世纪80年代以来,中国的市场化改革取得了突飞猛进的发展,但同时商业贿赂行为也逐渐蔓延开来,逐渐成为制约经济社会发展的一项重要因素。为了规制这种不正当的经济行为,1993年国家颁布了《反不正当竞争法》,对商品购销中的贿赂行为做出了禁止性规定;1996年11月原国家工商行

收稿日期: 2011-01-14 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2011年4月18日数字出版,全球发行

作者简介: 沈亚平(1956-),男,河北保定人,南开大学周恩来政府管理学院教授、博士生导师,研究方向:公共管理;

宋心然(1982-),女,河北邯郸人,南开大学周恩来政府管理学院博士研究生,研究方向:公共管理、行政法学。

政管理局发布了《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》。根据该规定,商业贿赂行为是指“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”。然而,这种规定并不完善,仅将商业贿赂界定为商品交易中的行贿行为,大大缩小了商业贿赂的范围,不利于制约和打击商业贿赂行为。因此,研究商业贿赂治理的学者们更倾向于从广义上理解商业贿赂行为,认为存在于所有商业交易过程中的行贿行为都应视为商业贿赂。

商业贿赂行为的最大特点,就在于它的广泛性。商业贿赂存在于商业交易领域之中,而商业交易可以包括:(1)为销售货物或为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义务或补偿义务;(3)商业、工业、贸易或专业性质的任何其他合同或交易,但不包括雇用人员的合同。”^①也就是说,商业贿赂涉及与商品和服务交易相关的一切领域,范围十分广泛。根据关于就商业贿赂的普遍性问题所做的一项问卷调查显示,72.72%的人认为商业贿赂现象在我国已很普遍,90%以上的人认为在我国不进行贿赂是做不好生意的^[1]。可见,在我国,商业贿赂已通过回扣、好处费、送礼等多种形式渗透在了与市场交易相关的各个行业和领域中,逐渐演化成为一种市场潜规则,不仅严重破坏了正常的市场交易秩序,而且给社会生活的相关领域带来了一系列负面效应。

一、当前商业贿赂治理手段及其不足

由于商业贿赂具有涉及范围广、手段复杂等特点,其治理对策就应坚持综合治理的原则。所谓综合治理,就是通过政府和社会各界力量,运用立法、行政、社会监督和社会自律等多种方式,来发挥对商业贿赂的治理作用。也就是说,对商业贿赂的综合治理,既包括以国家机关为主体采取的立法、行政手段,也包括公民、社会组织单独或联合采取的监督和自律手段。但是,目前我国对商业贿赂现象所采取的措施主要以国家立法和行政管理为主,由此带来一些难以回避的结构性问题。

针对商业贿赂日益严重的现象,国家主要通过完善立法来制约这种腐败的蔓延。其中涉及刑法、行政法、经济法等各方面法律法规,从行贿和受贿两个环节直接和间接地规制商业贿赂行为。例如,经济法中的《反不正当竞争法》第8条,《中华人民共和国招标投标法》第32、53、56条,行政法中的《国家行政机关工作人员贪污贿赂行政处分暂行规定》第7、8条,以及现行刑法典第163、164条等多部法律法规都对此作出了规定。此外,国家行政机关在日常工作中也更加重视对商业贿赂行为的治理,依法对一些企业的业务行为进行监督、指导,并对一些容易滋生腐败的行业开展专项调研,制定和完善相关制度;对违法的商业贿赂行为进行严肃查处,以期起到一定的防控作用。

以上这些手段是打击商业贿赂的重要措施,一定程度上对商业贿赂起到了威慑和制约作用。但对于以各种形式广泛渗透在各种商业交往中的商业贿赂而言,单纯依靠国家公权力的外部治理显然是不够的。

第一,依靠公共权力进行外部治理的手段被动、单一。无论法律规制还是行政管理,其作用都是有限的,它们只能针对社会上已出现的突出的商业贿赂现象予以规制。然而,人们现实中的行为是复杂的、多样的,是法律和管理手段无法穷尽的。为了获取高额的商业利润,不法者可以铤而走险,冒犯法律;或者挖空心思、想尽办法规避法律,逃脱法律的制裁。总之,虽然国家治理商业贿赂的力度越来越大,但是实际的腐败行径并未减少,手段则越发隐蔽,由“公开”转为“私下”、由“直接”变为“间接”、由“现货”变为“期权”。因此,立法的滞后和局限使得其在治理商业贿赂方面存在着难以克服的缺陷。

第二,治标不治本。从个体角度分析,商业贿赂产生的重要原因在于某些生产经营者商业伦理淡漠,社会责任感差,并且在公司治理机制上存在疏漏,从而在利益诱惑下会采用不正当手段谋取商业利益。立法和行政手段就是从约束商业贿赂的外部行为入手,来抑制商业贿赂的产生。对违法行为的惩处,固然能对不法之徒产生震慑作用,起到一定的预防犯罪的功能,但是,只要有利可图,有空可钻,单纯的外部约束手段不能杜绝商业贿赂现象的存在。因此,现有治理措施只能对贿赂行为形成外

部约束,而欠缺从内因上预防并尽可能根除腐败的办法。

那么,如何弥补现有手段的不足,调动社会各方面因素对商业贿赂进行综合、有效的治理呢?软法作为公共治理的重要工具,是否也可以成为商业贿赂综合治理的重要手段?

二、软法及其在商业贿赂治理中的重要作用

软法(soft law),也称软规则、无约束力规范、自我规制、志愿规制等,与“硬法”^②相对。它是我国公法学新近关注的一个概念,其含义是一种没有国家强制力保障实施,但通过社会实体共同协商并制定认可,能够对社会成员的外在行为起到实际约束作用的成文的行为规则。它主要包括政府机关、企业、社会自治组织以及社会团体等社会实体单独或联合制定的有约束力的行为规范,具有法律规则性质的公共政策,法律、法规、规章中没有明确法律责任的弹性条款等。

随着上个世纪90年代新公共管理的兴起,软法的平等性、民主性和参与性吻合了“善治”的基本精神,成为一种探索新时代公共事务治理的重要模式。那么,这种新型的治理模式具有什么样的特点呢?

首先,就主体而言,软法治理强调多元化,私营机构、志愿团体、非政府组织等,只要适宜提供公共物品或服务,就能够成为公共管理的主体,而不拘泥于传统的只有政府才能提供公共产品的理念。其次,就治理参与者之间的关系而言,它是一种平等、自愿、协商的互动合作关系,不同于传统的自上而下的统治模式。新型的治理模式建立在合作伙伴关系之上,公共以及私人组织机构各自利用所拥有的资源,与其他主体协作,共同致力于公共目标的实现。再次,就所依托的力量而言,软法治理依赖于各主体对治理目标、规则、原则和决策程序的普遍认可和接受,而不只是依靠政府发号施令、运用国家的强制力保障政策的推行。只有对于整体规则体系形成共识,不同主体之间才能自愿展开合作,治理这一管理过程才能真正发挥效用。最后,就治理运行机制而言,它将依靠一种自主自治的网络体系。所谓治理网络,指的是各主体,包括政府、企业、非政府组织和个人等,基于各自所拥有的资源而在治理过程中形成的一种相互依赖的稳定的关系形态。它是一种自我规范的组织,与国家机关保持着相当的独立性。

软法治理作为一种新型的治理手段,为解决社会上存在的许多问题提供了有益的思路。它的多元性、参与性等特点吻合了综合治理原则的要求,自当在治理商业贿赂过程中发挥更重要的作用。

(一) 软法是硬法的重要补充

如上文所言,行政和立法手段是政府治理商业贿赂的常用工具,而其中所立之法也正是我们所说的硬法。然而事实上,作为软治理手段的软法至少可以在以下三个方面有效地补充硬法的不足:

第一,预立法功能。在缺乏相应硬法或硬法立法条件尚不成熟的条件下,可以通过白皮书、行动纲领等软法形式先期制定出来,而不必急于制定硬法。这样,作为先导性、实验性的软法可以在实践中测试立法的必要性以及可行性,并及时做出修正,从而通过先行立法试验为日后硬法的制定作好准备。

第二,支持补充功能。这一功能主要是指通过解释性、决策性软法为现行法律的解释和适用提供指导。在通常情况下,硬法由于过于原则和抽象,往往存在一些模糊概念,而不便于实践中的应用,因而需要软法对其条文进行重新表述和阐释,从而保证法律工作者正确理解法律。

第三,协作共生功能。由于公共治理中的网络体系要求主体之间具有一种更加和谐、相互合作的关系,传统的过于强硬的法律治理手段已难以担当这一重任。相反,相对柔性的软法可以通过行动准则、决议、建议等非强制形式,确保网络体系的主体以平等、协商、开放、对话的方式参与到治理中来,从而形成相互依存的合作伙伴关系。

(二) 软法有利于综合治理的实现

软法的制定主体是多元化的,不只局限于政府机关,而是包括了行业组织、企业等社会实体。所以,采用软法的手段治理商业贿赂,就可以使更多的社会主体参与到治理中来,调动了社会各方面的力量,有利于发挥它们的积极性和主动性,并为软法的执行提供良好的民意基础。

(三) 软法治理有助于形成良好的社会文化

软法规则的形成是其规则体系所在范围内全体成员通过协商一致而获得普遍认可和服从的过程。因此,软法治理是以获得群体广泛认可、自愿接受为基础的,其治理过程是由内而外的,并非国家从上而下的强制推行。所以,商业贿赂治理可以借助软法手段,如倡导建立反商业贿赂的社会公约,可以避免传统立法、行政手段的不足,标本兼治,在社会群体范围内形成对商业贿赂腐败问题的共同认识,从而有利于形成反腐败的社会文化,进而控制腐败的蔓延。

三、域外反商业贿赂的软法治理实践

凡市场存在之处,就有商业贿赂存在之可能。我国并非是存在商业贿赂现象的唯一国家,事实上商业贿赂问题早已引起很多国际组织和经济发达国家的重视,对其进行了研究和治理,成效明显。这些成功经验中就不乏利用软法对商业贿赂进行治理的实践。

(一) 透明国际对企业的具体指导

透明国际是致力于遏制腐败的影响力最大的非政府性国际组织。它每年所发布的各国清廉指数及排名,备受世人瞩目。事实上,2003年透明国际组织与社会问责组织联合制定的《商业反贿赂守则》(Business Principles For Countering Bribery)更是为企业的反商业贿赂实践提供了具体可循的指导。该守则汇总了大量世界知名企业在自我控制、防范商业贿赂方面的成功经验,为企业制定了一整套能有效促进其自律的制度规范。守则中详细规定了反商业贿赂的范围,即贿赂、政治献金、慈善捐赠和赞助、好处费、礼物、款待和报销等,并提出了具体的实施要求,如组织责任、商业关系、人力资源、培训、沟通、内部控制审计、监督审查等,形成了一整套反贿赂方案。

在方案的具体实施方面,《商业反贿赂守则》尤其强调企业员工及商业伙伴对反贿赂方案的知悉和认同。具体措施如下:在组织与责任方面,它规定“董事会、首席执行官和高级管理人员对反贿赂方案的执行要做出明确、积极的承诺”。在商业关系中,它强调“其子公司、合资伙伴、代理商、承包商或其他与其存在商业关系的第三方都应遵守该方案”。在培训方面,“应就方案的具体细节对管理人员、雇员和代理商进行培训”。在唤起关注和寻求指引方面,“方案的有效实施,有赖于员工其他人尽早提出疑虑和检举。为达到此目的,企业必须提供安全、便宜的途径,使员工及他人可以在秘密地、没有报复风险的情况下提出疑虑和举报(揭发)”。在交流方面,“企业应建立关于方案的内部和外部的沟通机制;企业应当,或经要求,公开披露其实施的反贿赂的管理体系”^[2]。

这一自律性守则已得到各国企业越来越多的自觉采用,对推动公平有序的商业环境的形成以及树立健康积极的企业形象都产生了显著的促进作用。

(二) 日本的公司内部治理

高额的经济利益是诱使许多企业采取贿赂手段的根源。企业若以追逐商业利益最大化为目标,则很难摆脱商业贿赂所带来利益的诱惑。而企业若以国家和民族兴衰为己任,又怎会不惜毁坏名誉、采用不正当手段获取经济利益呢?在这个意义上讲,强调社会责任的企业文化是从源头上治理商业贿赂的重要举措。日本企业长期坚持以“经济报国”、“诚信经营”为理念和主导文化,以成为有社会责任感的企业为目标,已在行业范围内形成了反腐败的企业文化。

除了正面的积极倡导外,日本企业之所以畏惧商业贿赂,还在于事件败露的严重后果。日本企业的贿赂或腐败行为如果被查知,即刻会被该行业以及相关行业内的所有企业,甚至社会公众列入黑名单,其诚信遭到社会各界质疑,商业伙伴拒绝与该企业继续商业往来,普通民众也会自觉抵制该企业产品。所以,即使面对激烈的市场竞争,日本企业也始终不敢背弃反腐败的企业文化,而选择贿赂手段以换取交易机会,因为一旦丑闻败露,它们在日本企业界将永无立足之地。

(三) 韩国反腐败社会协议

反腐败治理不仅针对国家机关和企业,而且还要重视每个公民的廉政教育,从而在全社会范围内形成公平、诚信、守法的廉政文化。2006年3月9日,韩国政府、政党、工商界和市民团体等各界代表

签订了《反腐败—透明社会协议》,其目标是建立没有腐败的先进型透明社会。协议内容主要包括:非法政治资金上缴国库,修改国会议员不受拘捕的特权制度,严格管理腐败公职人员的再就业,清除账务欺诈惯例及加强会计透明度,引入股票全权信托制度,鼓励居民参与立法等^[3]。

从以上组织和国家针对商业的贿赂的治理实践可以看出,反商业贿赂的关键在于在社会群体内部建立一种以“腐败为耻,廉洁为荣”的共同价值认知。透明国际的反贿赂守则中,反复强调的是在企业内部及商业伙伴之间实现一种反商业贿赂的共识,使员工和商业伙伴都能够自觉遵守这一方案;日本的案例则表明,在该国企业界已经形成了一种反贿赂的企业文化。因此,如果有哪家企业敢于与这种文化背道而驰,必然受到整个业界的谴责和驱逐,该企业将永无立足之地。而韩国的廉政教育也已经拓展到在整个社会范围内营造一种诚实守信的廉洁文化,使腐败者失去进一步生存发展的可能,从而在根本上减少甚至铲除腐败的机会。

四、商业贿赂软法治理的具体途径

综上所述,关于如何利用软法有效治理商业贿赂,我们得到两点启示:一是在组织内部达成反商业贿赂的普遍共识;二是以组织的公约力保障软法规则的执行。

软法治理的效力不来自于国家的强制力,而在于制定它的社会群体形成的共同约束力。罗西瑙就认为“治理是只有被多数人接受(或者至少被它所影响的那些最有权势的人接受)才会生效的规则体系”^[4]。所以,软法效力的强弱源自组织内对规则认同程度的高低。因此,反商业贿赂的软法治理首先应使组织成员对此形成统一认识。其次,软法的实现虽然没有强制力的保障,但并非没有任何保障。“软法不仅可以规定法律后果,而且还可以依靠组织自治力来追究软法责任”^[5]。正如法律社会学的创始人尤根·埃利希所言“规范所产生的所有强制都是基于个人实际上从来都不是一个孤立的个体这一事实;他被招收、被安置、被包裹、被楔进到众多的联合体中,以至于脱离这些联合体而存在对他来说是无法忍受的、甚至经常是不可能的。……一个人若需要他所归属圈子给予支持,至少通常情况下,则他遵守该圈子的规范就是明智的。”^[6]对于群体形成的一套普遍认同的规则体系,一旦有人违反,等于表明了他疏离这一群体的意愿,那么他将遭受其他社会成员的谴责、鄙夷甚至驱逐。然而,鉴于社会群体对于个体的重要意义,被其所不容是人们极力避免的,因此遵从社会规范就成为他们的理智选择。所以,组织应当利用组织的公约力规定违反软法的责任形式,以此推动组织成员遵守反商业贿赂的组织规范。

所以,通过软法实现减少商业贿赂行为的目的,重点在于在企业、行业内部甚至社会范围内形成一套反商业贿赂的规则体系,并规定明确的责任形式以确保其实施。具体而言,这一目标的实现需要从企业、行业组织和社会三个层面努力。

(一) 公司内部的反贿赂规则体系的构建

利用软法手段在公司内部建立起一套行之有效的反商业贿赂的规则体系,其重点在于取得公司内部员工和商业伙伴的价值共识。

首先,公司的主要领导或高级管理人员要在反对商业贿赂问题做出明确、积极的态度表示,表明坚决抵制商业贿赂行为的立场。在组织内部,有权势的人是否接受规则约束对其他人执行规则能够产生巨大的影响力。所以,公司高层领导的态度直接影响了反贿赂规章能否得到切实贯彻和执行。为保证高层管理者的意图能够得到实现,公司董事会可以成立一个监督审计小组,专门负责审查和报告员工的腐败行为。对于易产生腐败的特殊项目或环节,如会计审计、招投标等,公司应进行专门的调查研究,给予特别关注。

其次,通过各种制度措施,在公司员工之间形成一种反腐败的价值共识。这里的员工还应扩展到子公司、代理商等与公司存在密切关系的公司员工。从员工培训开始,就应使其知悉公司反商业贿赂的规章制度;商业贿赂行为也要成为公司审计、评查的主要内容之一;然后在公司的奖惩规定中应明确体现反商业贿赂的立场,例如,在评查中表现良好的员工应当得到奖励,而存有贿赂行为的员工则

应严惩,如开除、降职、减薪等;对于举报贿赂行为的员工也应当给予奖励,并对其检举行为严格保密,即实行“密告制度”。

再次,对于与公司有业务往来的所有企业组织,也都应使其知悉公司对商业贿赂行为的态度和制度规范。对于公司员工的腐败行为,其商业伙伴可以直接向公司高级主管进行投诉,而其举报行为也会同样受到公司的秘密保护。

最后,将“产业报国”、“服务社会”、“为民族争光”等体现社会责任感的理念作为企业发展的目标之一写入公司章程。公司章程所设定的企业目标,是企业存在的目的、发展的方向。利润自然是每个企业之所求,然而,仅仅将经济利益作为整个公司的经营目标未免肤浅。如果将企业的发展与民族、国家乃至全人类的发展联系起来,树立崇高的发展目标,就会赋予企业庄严的使命感,为长远发展提供不竭的源泉和动力。

(二) 行业组织内制定反商业贿赂的自律规范

行业协会应积极致力于在本行业范围内宣传和推广诚实信用、公平交易的经营理念,为全行业的秩序规范做出贡献。具体而言,行业协会要积极开展调查研究,针对行业特点,制定相应有效的反商业贿赂的自律公约和行业标准,并进一步形成具体化的自律办法,以约束业内企业的生产经营行为,营造公平守信的市场环境。为此,行业组织应当建立相应的监督机制,并对于从事贿赂行为的商业组织实施严厉的制裁措施。行业协会可以对企业进行定期评查,并公开接受举报、投诉。一经查实,协会应对有关企业做出处罚,如对该企业的行为进行通报批评,使其他企业和社会各界了解该企业的不良行为;视情况严重程度决定是否取消其从业资格;将该企业列入黑名单,号召相关企业拒绝与该企业发生任何业务往来等。对于房地产、金融等腐败现象严重的行业,相关协会更应加强管理,出台相关监督办法,以加强行业内部的监督制约,净化行业风气。

(三) 倡议社会公众遵守道德公约

从源头上治理腐败,就要建设廉洁的社会文化。这种社会文化的建设,离不开对每个公民的廉洁教育和培养。公民可以在群众组织或政府的倡议下制定反腐败的社会公约,明确公民在治理腐败中的社会责任,建立社会举报监控机制,并承诺自觉遵守和维护公约内容。社会公约的形式看似无力,但事实上却可以起到推广和宣传廉洁经营的作用,长期坚持便会使“廉洁为荣、腐败为耻”的观念深入人心,敦促人们自觉践行。一旦企业的腐败行径遭到曝光,公众将自发抵制该企业产品,使该企业遭受严重打击,并对其他企业产生震慑作用,不敢再越雷池一步。

综上所述,软法治理可以调动公司、社会组织以及公民的力量来预防和抑制商业贿赂行为,通过社会不同实体之间的协作,形成腐败治理的巨大网络,从而配合立法、行政等手段形成全社会治理腐败的有效合力,最大限度地遏制和消除腐败行为的滋生和蔓延。

注释:

- ① 参见联合国《国家及其财产管辖豁免公约》第2条第1款。
- ② 硬法,指的是国家机关制定或认可,并由国家强制力保障实施的法律规范。

参考文献:

- [1] 程宝库. 商业贿赂: 社会危害及其治理对策[M]. 北京: 法律出版社, 2006. 95 - 96.
- [2] Transparency International. Business Principles for Countering Bribery: Guidance Document [M]. Issue III November 2004. 33 - 54.
- [3] 任勇. 韩国反腐败进程及其经验[J]. 国际资料信息, 2007 (4): 12.
- [4] [美]詹姆斯·N·罗西瑙. 没有政府的治理[M]. 南昌: 江西人民出版社, 2001. 5.
- [5] 罗豪才. 宋功德. 软法亦法——公共治理呼唤软法之治[M]. 北京: 法律出版社, 2009. 377.
- [6] [奥]尤根·埃利希. 叶名怡, 袁震译. 法律社会学基本原理[M]. 九州出版社, 2007. 129 - 131.

(全文共9 842 字)