

## 反商业贿赂制度探讨

# 社会组织商业贿赂行为的特点、 原因及其控制

——以越轨社会学理论为分析视角

张心向

(南开大学法学院,天津 300071)

**摘要:**以商业行贿行为为主要表现形态的社会组织商业贿赂行为,是现代商业社会中最典型的越轨行为。其相对于一般自然人实施的商业贿赂行为,具有行为主体的组织性、行为意志的整体性、行为实施的双重性、行为利益的组织独占性、行为范围的限定性等特点。社会组织实施商业贿赂行为,与其理性选择有关,并深受商业场域及商业规则的影响,是社会交换的一种结果表现形态。对社会组织的商业贿赂行为,应通过建构相应的社会控制主体系统、法律系统、手段系统进行社会控制,以使其通过合法行为进行商事交易,成为其理性选择的结果。

**关键词:**社会组织;越轨行为;商业贿赂;社会控制

**中图分类号:** C912.68 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001-4667(2006)05-0017-09

被人们称之为商事交易活动中“潜规则”的商业贿赂行为,实际上是现代商业社会中普遍存在的一种社会现象,是与商业社会相生相伴的最典型的越轨行为。商业贿赂主要由商业行贿与商业受贿构成。商业行贿与商业受贿二者之间首先存在着对合关系,即行贿和受贿之间互为条件,从行为常态看,行贿是受贿的前提,受贿是行贿的结果,有行贿必有受贿存在,有受贿必有行贿存在。当然从构成犯罪的角度看,二者之间的对合关系并不是绝对的,构成行贿罪不一定就构成相应的受贿罪,构成受贿罪也不一定就构成相应的行贿罪;其次,二者之间存在着诱发关系,即在行贿与受贿这一对关系中,行贿一方多处于主动地位,而受贿一方多处于被动地位(索贿除外),由于行贿行为而导致了受贿行为的产生。因此,从商业贿赂的社会控制角度看,商业行贿应当是控制的关键;另外,从社会组织(包括法人和非法人单位)商业贿赂的具体行为表现形态看,也主要是表现为商业行贿行为,故本文有关社会组织商业贿赂行为的研究,主要是以法人和非法人单位的商业行贿行为为分析视角展开。

## 一、社会组织商业贿赂行为的特点分析

作为社会组织实体的法人和非法人单位,不管其具体类型如何,一般都具有以下几个特征:(1)它由一定数量的自然人成员组成,不同的组织类型需要不同的自然人成员;(2)往往有自己独立

收稿日期:2006-06-21

作者简介:张心向(1963—),女,山东莒南人,南开大学法学院副教授,主要从事刑法学和刑法社会学研究。

的名称,以组织的名义而非内部成员的名义进行社会交往互动;(3)具备在社会上赖以存在的属于组织实体的财产、资源等物质基础;(4)具有不同于其内部成员个体的权利和义务,而属于组织的独立的权利和义务;(5)存在一个权威机构指挥协调组织内部各成员之间的关系和组织外部的本组织与其他社会个体、群体及组织的关系;(6)其行为既受外部社会规范的控制,又受内部规章制度的制约;(7)有组织自己特定的目标。

社会组织的这些特征,决定了其所实施的商业贿赂行为相对于一般自然人实施的商业贿赂行为,明显地呈现出以下几个特点:

#### (一)行为主体的组织性

社会组织商业贿赂行为与两个或两个以上的自然人商业贿赂行为,都表现为社会群体越轨行为,但社会组织商业贿赂行为的主体是法人和非法人单位,即具有组织性,而两个或两个以上的自然人的群体商业贿赂行为,其主体则是自然人本人,即不具有组织性。

#### (二)行为意志的整体性

社会组织商业贿赂行为意志的整体性,是指法人和非法人单位实施商业贿赂行为的意识和意志,不是组织内部单纯某个个体自然人或某几个个体自然人的意识和意志,而是作为组织的法人和非法人单位的某个个体自然人或某几个个体自然人的意识和意志,通过一系列组织的运行和管理手段,上升为或决定为整个组织意志的组织整体意志。

#### (三)行为实施的双重性

社会组织商业贿赂行为的双重性,是指法人和非法人单位的商业贿赂行为。从行为性质上看,它可分为决策性行为和遵从性行为;从行为形态上看,可分为决策性行为阶段和遵从性行为阶段。所谓决策性行为,是指由法人和非法人单位的权威机构以及作为领导的个人依据本组织的目标所决定的准备实施具体商业贿赂行为的组织管理活动。所谓遵从性行为,是指法人和非法人单位的内部自然人成员,按照权威机构或领导的决定实施的以执行组织任务为表现形态的具体商业贿赂行为。决策性行为是商业贿赂行为的预备行为,遵从性行为是商业贿赂行为的实行行为。没有决策性行为,就不会有遵从性行为;相反,没有遵从性行为,决策性行为的目标就不可能实现。

#### (四)行为利益的组织独占性

社会组织商业贿赂行为利益的组织独占性,是指作为“一组独立的权利和义务以及一组资源和利益”<sup>[1](p.356)</sup>,即独立的利益主体的法人和非法人单位,其实施商业贿赂行为并不是为了某一个或某几个内部自然人成员的利益,而是为了组织的整体利益,同时,其行为所得“既不能将其分配给单个的自然人,也不能在一批人中间进行分配”<sup>[1](p.356)</sup>。

#### (五)行为范围的限定性

社会组织商业贿赂行为范围的限定性,是指法人和非法人单位的商业贿赂行为,一般发生在法人和非法人单位的商业活动,即商事交易的过程中,也就是自然人与法人和非法人单位以及法人和非法人单位彼此之间的商事交易互动过程中。无论是决策性越轨行为还是遵从性越轨行为,都必须与法人和非法人单位的商业活动有关。

## 二、社会组织商业贿赂行为的原因分析

能够“对一般意义越轨行为或越轨行为的所有实例做出解释”<sup>[2](p.37)</sup>,是越轨社会学理论追求的目标,所以,“社会学家曾经考虑过以各种各样的根源作为对越轨行为的可能的解释,这种种根源从天文和地理到头脑的内在活动无所不包其间”<sup>[2](p.36)</sup>。但至今为止还没有一种越轨社会学理论能够完美地“对一般意义越轨行为或越轨行为的所有实例做出解释”。但几乎每一种越轨社会

学理论都为我们研究各种越轨行为提供了各自不同的研究视角和研究变量,可以使我们依据研究的需要,通过对某些变量的选取与组合、测量与分析,而对各种不同的越轨行为或某些类型的越轨行为,在社会中发生并存在的原因及其规律,以及其本质特征和表象特征做出解释。

### (一)理性选择<sup>①</sup>与社会组织商业贿赂行为

社会学中关于理性选择行为的研究,开始于霍曼斯关于小群体交换行为的研究,霍曼斯把经济学的经济人理性原则引入社会学,认为人们在交往行为中,都是以利益最大化为选择目标的,人们的交往过程实质上是利益的交换过程。在科尔曼的理性选择理论中,由于其研究的基点是个体的有选择的目的是行为,故其经济人的经济选择行为要宽泛一些。科尔曼通过个人的目的行动来研究社会的系统运动,所以在其《社会理论的基础》一书中,界定了个人行动的三个最基本的含义:即目的性、合理性和效益最大化追求。同时,扩大合理性与效益两个基本概念,即把“经济人”的合理性扩大为“理性人”的合理性。“理性人”不仅追求经济利益最大化,而且也顾及权利、地位、声望、信任和评价等等“非经济因素”,并且,这些“非经济因素”也是“理性人”追求利益最大化的目标和内容。同时,把经济行为追求的经济效益扩大为在各种社会行动中都存在、且有不同内容的广义的效益。由于“理性人”实质上就是社会人,所以理性选择不仅是个体行为,更重要的是个体之间的互动。由于现实社会中存在着诸如信任关系、权威关系、社会规范等等“社会资本”,因此,社会必然会出现个体在互动过程中为了获取社会资本而采取的“单边资源让渡”行动,即权利个体将其一部分权利转让给一个共同的权威机构,这导致了作为现代社会重要标志和显著特征的法人<sup>②</sup>的形成。在现代社会中,社会的发展使个体行动者之间的互动越来越少,而法人行动者之间的互动越来越多,“尽管法人行动者也难以真正达到帕累托最优,但它在个人竞争的残酷和集体行动的搭便车难题之间,找到一种协调个人利益和集体利益的理性选择”[3]。

当我们以理性选择理论为分析工具,解析法人和非法人单位的商业贿赂行为,并将理性选择作为一个变量因素对这一行为进行考察时,我们会发现法人和非法人单位在商业活动中实施商业贿赂行为,实际上是他们理性选择的结果。即在相同的社会情境下,在某一个可以预见的时期内,法人和非法人单位在商事交易过程中,如果选择实施商业贿赂行为比不选择实施商业贿赂行为,将会使其获得更大的经济利益和非经济因素利益,它就会选择实施商业贿赂行为。

以天津德普诊断产品有限公司(以下简称德普公司)商业行贿案[4]为分析案例。

成立于1991年的德普公司,是全球最大的诊断设备生产企业 Diagnostic Products Corporation(简称DPC)的子公司,从事免疫药盒的分装、全自动化学发光免疫分析仪销售等业务,年产值达7000万元,销售量占全国市场的三分之一。

根据美国司法部于2005年5月20日提供的报告,德普公司从1991年到2002年期间,向中国有关医院医生行贿了162.3万美元的现金,用来换取这些医疗机构购买DPC公司的产品,德普公

<sup>①</sup> 在社会科学中,几乎所有的理论都隐含着对社会行动者是理性的还是非理性的预设。在传统的经济学理论中,对人的行动持理性(经济人)的假设占据了主导地位。亚当·斯密认为人的理性在于他在各项利益的比较中选择自我的最大利益,以最小的牺牲满足自己的最大需要。新古典经济学家继承和发展了古典经济学家理性人的假定。他们对人的行为的假定包括以下几个方面的内容:个体的行动决定是合乎理性的(指为达到目的而选择的手段);个体可以获得足够充分的有关周围环境的信息(完全信息假定);个体根据所获得的各方面信息进行计算和分析,从而按最有利于自身利益的目标选择决策方案,以获得最大利润或效用(利润或效用最大化假定)。在社会学中,理性选择理论是建立在下列前提上的:第一,个人是自身最大利益的追求者。第二,在特定情境中有不同的行为策略可供选择。第三,人在理智上相信不同的选择会导致不同的结果。第四,人在主观上对不同的选择结果有不同的偏好排列。理性选择可以概括为最优化或效用最大化,即理性行动者趋向于采取最优策略,以最小代价取得最大收益。本文是在社会学语境下使用理性选择这一概念的。

<sup>②</sup> 科尔曼法人行动理论中的法人,是社会学意义上的法人,泛指一切社会组织单位。

司从中赚取了 200 万美元。德普公司在财务账面处理时,将这 162.3 万美元的行贿费用登记为“销售支出”。这笔支出相当于德普公司在发案期间内销售额的 3% - 10%。

美国司法部认为,DPC 公司违反了美国《海外反腐败法》有关“禁止美国公司向外国有关人员行贿”的规定,罚其向美国司法部和美国证券交易委员会分别交纳 200 万美元和 204 万美元的罚款,同时,还要交纳 75 万美元的预审费等费用。

(1)德普公司通过向中国有关医院医生行贿,以换取了这些医疗机构购买 DPC 公司的产品,击败了同质竞争者,赢得了医院的订单。能否击败同质竞争者,赢得更多的商业机会,进而赚取更多的商业利润,是几乎所有法人和非法人单位在商事交易过程中是否选择实施商业行贿行为首先要考虑的问题。如果预想达不到其所期待的利益要求,或者说需要行贿的数额较大或要为此承担的各种风险较大,超出了其所能承受的交易成本限额及风险承受能力,一般就会放弃行贿行为,图谋别的解决办法。但就目前我国社会的实际情况而言,选择实施商业行贿越轨行为往往是降低交易成本、增加经济效益的选择方式之一<sup>①</sup>。

(2)德普公司向中国有关医院医生行贿 162.3 万美元的现金,从中赚取了 200 万美元,行贿收益大于行贿的成本支出。当然,在每一次行贿与受贿的对合中,行贿者并不都是必然在只有收益必须大于行贿的成本支出的情况下,才会选择商业行贿行为,但在某一个行贿者可以预见的时期内,行贿者的行贿收益必然会大于行贿的成本支出,否则,行贿者就会放弃行贿行为。这也是德普公司在案发前仍在持续性行贿的原因之一。

(3)从案件的审判结果看,德普公司无论是从企业的经济利益还是从企业的社会权利、地位、声望、信任和评价等“非经济因素”看,都是失败者,但这只是由于社会情境发生了变化(由中国延伸到了美国),限制了决策者的信息处理能力而造成的选择意外。当然,理性选择也是有限的,完全理性选择是受到许多条件限制的,现实的理性选择更多的是有限理性状态<sup>②</sup>。

## (二)场域惯习与社会组织商业贿赂行为

何谓“场域”,布迪厄认为:“从分析的角度来看,一个场域可以被定义为在各位置之间存在的客观关系的一个网络(network),或一个构型(configuration)”[5](p.133),“一个场域的结构可以被看作不同位置之间的客观关系的空间,这些位置是根据他们在争夺各种权力或资本的分配中所处的地位决定的”[5](p.155)。他认为“在高度分化的社会里,社会世界是由具有相对自主性的社会小世界构成的,这些社会小世界就是具有自身逻辑和必然性的客观关系的空间,而这些小世界自身特有的逻辑和必然性也不可化约成支配其他场域运作的那些逻辑和必然性。”这些“社会小世界”就是各种不同的“场域”[5](p.134)。可见,“场域”首先是一个具有相对独立性的空间,具有“自身的逻辑、规则和常规”[5](p.142),这既是不同场域相互区别的标志,也是不同场域得以存在的依据。这种不同场域之间各自形成的且相对独立的“自身的逻辑、规则和常规”,就构成了该场域特有的内在机制和外征象。

其次,“场域”是一个有着自己惯习的建构性空间。在布迪厄看来,在场域里活动的“社会行动者并非被外力机械地推来扯去的‘粒子’。正相反,他们是资本的承载者,而且,基于他们的轨迹和

① 按照科斯的交易成本理论:“在存在交易成本的现实世界,不同的交易方式有不同的成本,因此,在具体的交易活动中,应该选取交易成本最低的交易方式,以增大交易的经济效益。”引自程宝库《商业贿赂社会危害及其治理对策》,法律出版社 2006 年版,第 37 页。

② “有限理性”理论是由 1978 年的诺贝尔经济学奖得主、美国人赫伯特·亚·西蒙(Herbert A. Simon)教授提出的,在其所著《管理行为》一书中,他认为现实生活中的人是介于完全理性与非理性之间的“有限理性”状态,即人是有限理性的。该理论被认为是“考虑限制决策者信息处理能力的约束的理论”。

他们利用自身所有的资本数量和结构在场域中所占据的位置,他们具有一种使他们积极踊跃地从事的倾向,其目的要么是竭力维持现有的资本分配格局,要么是起而颠覆它”[5](pp.148-149)。这样,每个场域都有属于自己的“性情倾向系统”——惯习(habitus)。惯习作为一个同时具备了持续性与变换可能性的性情倾向系统,它是某个共同体成员在长期的共同社会实践中所形成的高度一致、相当稳定的品味、信仰和习惯的总和,是特定共同体的集体认同和身份徽记,它体现了“行动者”的感知图式、评价图式、思维图式和行动图式的一致性。

当我们借用皮埃尔·布迪厄的这一场域—惯习理论作为分析工具对社会组织商业贿赂行为进行理论解释的时候,我们不难发现有两个基本变量对社会组织商业贿赂行为产生着巨大影响。

1. 商业场域对社会组织商业贿赂行为的影响 从我国目前社会组织商业贿赂越轨行为发生的实际情况看,明显地呈现出行业性特点,尤其是利润高、资源竞争激烈的八类行业最为猖獗[6]:

(1)医疗药品行业。据商务部的统计资料表明,在全国药品行业,作为商业贿赂的药品回扣,每年侵吞国家资产约7.72亿元,约占全国医药行业全年税收收入的16%。行贿主体:医疗用品生产、代理、销售商。受贿主体:医务人员。贿赂形式:药品回扣、劳务费、差旅费、赞助费、新药推荐费等。

(2)零售业。买方市场决定了目前中国商业零售终端对企业的发言权,进场费在超市、大卖场等现代零售渠道的利润构成中占有相当大的比重。行贿主体:供货商。受贿主体:超市、卖场的采购员、相关负责人。贿赂形式:回扣、进场费。

(3)房地产行业。目前,我国房地产管理部门相关官员掌握的权力过于集中,缺乏必要的监督机制,这给一些不法开发商以可趁之机。现在土建项目的回扣一般在造价的10%上下浮动,而一些装修等项目回扣高达20%。行贿主体:房地产商。受贿主体:房地产管理部门相关官员。贿赂形式:好处费、回扣等。

(4)保险行业。目前,我国很多保险公司为了在激烈的市场竞争中获胜,往往以公司的名义行贿,通过以高回扣、高返还为主的价格战暗箱操作,高达20%-30%的回扣进了个人腰包。行贿主体:保险公司及其职员。受贿主体:承办保险的单位负责人,购房、购车时的中介、代理人。贿赂形式:保险回扣、超标准或越范围支付高额代理手续费。

(5)旅游行业。对于旅行社及导游收取回扣,由于直接调整导游人员行为规范的行政法规及规章并没有明确予以禁止,而导致对这一回扣的收取成为旅游行业明码标价的惯例。行贿主体:商家、店主。受贿主体:旅行社及导游。贿赂形式:人头费、购物回扣等。

(6)电信行业。电信行业在竞争中之所以商业贿赂尤为突出,是因为实施商业贿赂行为比提高行业服务水平与质量更能获得资源。行贿主体:电信运营商及代理商。受贿主体:开发商、电信业务使用单位。贿赂形式:免除债务、装修住房、免电话费、利用本单位资源为对方提供商务交易机会等。

(7)银行业。在审核报批贷款、引进设备时给予回扣,低价处理不良资产变相化公为私等,在银行界已形成惯例,商业贿赂成为银行业心照不宣的潜规则。行贿主体:公司、企业及其职员。受贿主体:行长及银行内相关负责人。贿赂形式:贷款发放及设备引进中的回扣、赠送现金、股票等。

(8)教育行业。从校园商家、学校基建项目承包商、校服、教材中收取或提取回扣,是一些学校的普遍做法。行贿主体:教材出版社、校服生产厂家、基建公司等。受贿主体:学校相关负责人。贿赂形式:回扣、折扣、手续费等。

目前,我国社会组织的商业贿赂行为呈现出的这种行业性特点,如果按照布迪厄的理论进行解释就是:这是商业场域现象的必然反映。在我们的现实世界中,存在着一个相对独立的、人们进

行商事交易活动的建构性空间——商业场域,作为社会组织的法人和非法人单位是商业场域的最基本行动者,它们通过彼此之间以及与自然人之间的各种互动行为,包括越轨行为,争夺场域各种权力或资本的分配,特别是稀缺性资源,并在互动中受场域“自身的逻辑、规则和常规”的制约或影响,但同时又会不断地创制新的逻辑、规则和常规,包括越轨的逻辑、规则和常规。基于行业的不同,在商业场域中,又被分为若干不同的小场域,各小场域之间,由于场域行动者不尽相同,权力或资本性质也不尽相同,这使得各小场域之间不仅在场域的逻辑、规则和常规方面会有所不同,在行动主体受场域的逻辑、规则和常规的制约或影响方面也会有程度上的差异。认识到这一点,对于控制社会组织的商业贿赂越轨行为将会产生积极的作用。

2. 商业规则对社会组织商业贿赂行为的影响 作为社会组织的法人和非法人单位对商业场域内的贿赂行为的逐渐认同并习惯,一方面体现了作为商业场域内的行动者,为争夺场域各种权力或资本分配中的位置或空间的需要而必须付出的“对价”<sup>①</sup>,另一方面也反映了场域内不停争夺权力或资本的行动者,同时也在不断地内化场域“自身的逻辑、规则和常规”,当行动者在行动过程中,就这一越轨行为,形成了该场域所特有的“性情倾向系统”,作为行动者习惯的这种越轨行为便演变成了行动者惯习。商业贿赂行为也就由一种单纯的外在行为现象,演变成了一种特定商业场域的复杂的内在亚文化现象,而成为左右法人和非法人单位在商业场域内进行商事交易活动的潜规则。如果该场域内的个别行动者试图脱离这种规则的约束和影响,要么它有足够的资本、资源等经济因素以及足够的社会权利、地位、声望、信任和评价等“非经济因素”,能够创设新的场域逻辑、规则和常规,并能使该场域形成新的“性情倾向系统”;要么在争夺场域各种权力或资本的分配中被边缘化,最终被淘汰出局。

可见,在商业场域内行动着的法人和非法人单位,特别是在我国投资的外国企业,对待商业贿赂行为就如同“囚徒博弈”。如果“不允许子公司参与商业贿赂就意味着交易机会的丧失,致使投资收益减损,参与商业贿赂又与其母国法律和自身原有企业价值不符”[7](p.57)而进退两难。从德普公司商业行贿,到默沙东中国公司单方面解雇了杭州、广州两地工作的20多名中国区副总经理和医药代表,再到朗讯科技公司宣布解除其中国区4名高层主管,已不难发现这一点。

### (三) 社会交换与社会组织商业贿赂行为

社会交换理论主要是指霍曼斯的行为主义交换理论。该理论用10个基本概念,即行动、互动、情感、刺激、报酬、成本、投资、利润、剥夺、满足建构了该理论的“基石”,用它们互相结合组成的一系列命题,即:成功命题、刺激命题、价值命题、剥夺-满足命题、攻击-赞同命题、理性命题来解释社会行为[8](pp.194~195)。

“成功命题是其理论最基本的公理,它指出人们的行动总是追求报酬,逃避惩罚;刺激命题指出行动受到经验和情境的制约;价值命题指出人在进行行动选择时是有价值参与的;剥夺-满足命题限制了价值的时效性;攻击-赞同命题揭示了人类行动的感情色彩,行动受自我公正感的支配;理性命题则在指出行动价值的基础上,进一步指出行动的可能性问题。”[8](pp.198~199)当我们试图用这些命题解释社会组织的商业贿赂行为时,就会发现几乎所有命题都具有一定的应用价值。

依据成功命题,我们可以将商业贿赂行为解释为:一个法人和非法人单位越是经常通过商业行贿行为得到利益,就越愿意从事这种行为。依据刺激命题,我们可以将商业贿赂行为解释为:一

<sup>①</sup> 对价(consideration)又称约因,是英美契约法中的一个概念,是指由契约当事人各方,为迫使对方实现其行为或履行其诺言做出的行为或牺牲,或只为购买或换取对方许诺而支付的代价。即当事人一方为取得合同权利而向对方所作的给付。我国法律上并没有对价的概念(参见杨楨《英美契约法论》,北京大学出版社1997年版,第91页)。本文中使用的“对价”一词,实际上是对这一概念的借用。

个法人和非法人单位曾经实施商业行贿行为得到过利益的情境如果再现,它就有可能再去实施这种行为。依据价值命题,我们可以将商业贿赂行为解释为:一个法人和非法人单位所实施的商业行贿行为得到的利益越大,它就越会选择实施这种行为。依据剥夺-满足命题,我们可以将商业贿赂行为解释为:一个法人和非法人单位通过实施商业行贿行为得到的某种利益,如果不实施商业贿赂,资源就会更多地被实施商业行贿的人得到,不行贿者的正常利益会相对受到剥夺,这促使其本不想行贿,却不得不行贿。依据攻击-赞同命题,我们可以将商业贿赂行为解释为:当一个法人和非法人单位实施了商业行贿行为,得到的利益超出了它的期待或没有得到它所预料的惩罚时,它便有可能继续实施这种行为;当其实施了商业行贿行为,没有得到它所期待的利益或得到了它所没有预料到的惩罚时,它有可能采取新的更大规模的行贿行为,以期达到期望目标或挽回损失。依据理性命题,我们可以将商业贿赂行为解释为:当一个法人和非法人单位面临着是实施正当的商事交易行为还是实施商业行贿越轨行为时,它会根据其当时的认识,选择那种利于实现自我利益最大化的行为。

通过以上分析,我们可以看出,尽管社会交换理论是基于个人层面对于日常生活中某些行为的解释,很难全面准确地解释像社会组织商业贿赂这样的越轨行为,但该理论在一定程度上揭示的越轨行为得以产生发展的内在机制和越轨者实施越轨行为的内心起因,对于我们正确认识社会组织商业贿赂越轨行为发生、发展的轨迹,并对其进行有效的社会控制,还是具有较强的实际应用价值的。

### 三、社会组织商业贿赂行为的社会控制

如上所述,商业贿赂主要由商业行贿与商业受贿构成,二者之间既存在对合关系,又存在诱发关系,而商业行贿不论在哪种关系中,均始终处于主导、引起地位(除索贿外)。然而,在很长的一段时间里,这种现象被人们忽略了。从我国目前对商业贿赂的社会控制措施看,针对商业受贿的要远远多于针对商业行贿的;而且针对商业受贿的控制措施的严厉程度也都远远重于针对商业行贿的;由于商业行贿被追究刑事责任的也要远远少于商业受贿的;由于单位商业行贿被追究刑事责任的要远远少于自然人商业行贿的。在当前打击商业贿赂的专项行动中,应当重视对这种现象的矫正,应当通过必要的制度性建构,加强对法人和非法人单位商业行贿的社会控制。

基于上述有关社会组织商业贿赂行为的特点及原因分析,对法人和非法人单位的商业贿赂行为,主要是商业行贿行为如何进行社会控制,笔者谈以下几点看法:

#### (一)建构高效廉洁、协调有序的商业贿赂社会控制主体系统

社会控制主体系统的建构对社会控制起着至关重要的作用。尽管从广义讲,社会的各种机构都应当是社会控制的主体,但特定的、被社会赋予某种权力的机构对社会控制会发挥更大的作用。在上述德普公司商业行贿案中,德普公司从1991年到2002年,在长达11年的时间里,一直在持续性地向中国有关医院医生行贿,而最终却在美国案发,我国对于商业贿赂均有监督或执法权的检察院、公安局、法院、工商局、税务局、纪委、审计等如此多的部门,对德普公司长达11年的持续性违法行为,竟然没有发现。这不能不说明我们的,至少是有关商业贿赂方面的社会控制主体系统在建构方面发生了问题。

建构商业贿赂社会控制主体系统的核心目标,应该是在保证公正的前提下,最大限度的提高对商业贿赂进行社会控制的效率与效益,这样才能最大限度的增加行贿和受贿双方的交易机会风险成本,以使其由于顾忌交易风险而减少或放弃行贿和受贿的对合交易机会。

#### (二)建构宽严相济、配合有效的商业贿赂社会控制法律系统

在我国现有的法律体系架构中,并不缺少针对商业贿赂的规范内容,但由于其在总体上存在以下缺陷:(1)法律体系内部一般法与特别法之间存在断裂、冲突,没有形成协调统一、彼此配合、疏而不漏的有机整体;(2)对商业贿赂的界定不够完善,如作为一般法的反不正当竞争法(第8条)竟把商业贿赂限定在了商品销售领域;(3)法律责任形式不统一,惩罚力度偏轻;(4)主管机关不统一,职权不明确,导致多头管理,头头不管的情况经常发生;(5)现有反商业贿赂法律体系中缺乏规制海外贿赂行为的法律规则<sup>[7]</sup>(pp.104~107),这在很大程度上影响了我国对商业贿赂行为进行法律制裁的效率和效益。

就针对法人和非法人单位的商业行贿行为而言,我国现有的法律在规范内容上,主要存在以下问题:(1)对行贿者处罚偏轻。在非刑事法律规范中,表现为行政处罚力度偏轻,经济制裁数额偏低<sup>①</sup>。在刑事法律规范中,表现为对行贿犯罪的处罚明显低于对受贿犯罪的处罚。一是行贿犯罪比受贿犯罪的法定刑低<sup>②</sup>;二是单位行贿犯罪比单位受贿犯罪立案所要求的数额标准要高<sup>③</sup>;三是行贿犯罪的犯罪构成要件比受贿犯罪的犯罪构成要件要求严格,即行贿犯罪要求犯罪主体只有“为谋取不正当利益”而行贿时,才成立犯罪,而受贿犯罪则只要犯罪主体“为他人谋取利益”而受贿的,就成立犯罪。(2)对行贿者的经济制裁存在不确定性。表现为在一般非刑事法律规范中,只规定一个经济处罚幅度,不管行贿多少,也不管因行贿获利多少,均在这一处罚幅度内接受处罚;在刑事法律规范中,尽管都有加处罚金刑的规定,但罚金数额是不确定的。

上述缺陷特别是有关法人和非法人单位商业行贿行为法律规定中存在的问题,使我们对商业行贿行为的法律制裁,在增加了社会控制成本的同时,却降低了社会控制的效益。(1)为行贿者在法律的缝隙间游离,寻找交易机会提供了空间。(2)为行贿者通过非法律手段,运作减低因行贿而支付的成本提供了可能。(3)为行贿者在选择是否通过行贿这种交易行为去获取最大商业利润,提供了选择的可能性。我国法律体系中的这种对行贿者而言,通过支付较小的法律风险成本就有可能获得较大商业利益的规定,对行贿者来说根本不是一种威慑,反倒是一种刺激。这一点,是我们在建构宽严相济、配合有效的商业贿赂社会控制法律系统时首先必须要解决的问题。

建构商业贿赂社会控制法律系统的核心目标,应该是提高商业贿赂主体特别是行贿主体的法律风险成本指数,并使其能够对行贿者构成足够的利益支付威慑。

### (三)建构形式多样、行之有效的商业贿赂社会控制手段系统

社会规范系统对社会的控制主要是通过相应的手段系统完成的,经济利益、政治权威、教育文化熏陶、舆论引导等手段构成了社会控制手段系统的基本控制手段<sup>[9]</sup>(p.295)。在建构商业贿赂社会控制手段系统时,要充分认识到不同的控制手段会发挥不同的社会控制功能作用,这些手段之间在共同的价值目标基础上的协调配合,会发挥更大的社会控制效果。如最高人民检察院建立的行贿犯罪档案制度,作为一种法律控制手段,如果和舆论控制手段相结合,即将已经审结的案件的行贿者的行贿犯罪行为在媒体上公布<sup>④</sup>,这不仅会对作为行贿者的法人和非法人单位的商誉造成

① 如反不正当竞争法第22条规定:“经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品,构成犯罪的,依法追究刑事责任;不构成犯罪的,监督检查部门可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款,有违法所得的,予以没收。”

② 以单位受贿罪和对单位行贿罪为例,前者(刑法第387条)的法定最高刑是5年有期徒刑,后者(刑法第391条)的法定最高刑是3年有期徒刑。

③ 单位行贿罪的立案标准一般为20万元以上,而单位受贿罪立案标准则一般为10万元以上。参见《现行刑事诉讼法司法解释》,中国法制出版社2002年版,第487页的《最高人民法院人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》(试行)(1999年9月16日高检发释字[1999]2号)。

④ 根据《最高人民法院人民检察院关于受理行贿犯罪档案查询的暂行规定》(2006年3月4日)的规定,查询该档案,必须向检察机关提出查询申请和提供相关证明或证件,符合条件的才可以查询。



极大的负面影响,并对其预期的商业利益带来巨大的不稳定因素,从而使其因为行贿而提高了商业经营的风险指数。而且这一举措也能够在建构健康的商业场域文化,调整商业场域的“性情倾向系统”,培育健康的商业规则的过程中,发挥出其他社会控制手段难以发挥出的重大作用。

建构商业贿赂社会控制手段系统的核心目标,应该是通过形式多样且行之有效的各种社会控制手段的运用,能够在合理的范围内,最大限度地重创行贿者的经济利益<sup>①</sup>,同时,削弱其在社会互动过程中所享有的权利、地位、声望、信任和评价等“非经济因素”对其商业利益的影响,以增加潜在的或曾经的行贿者在关于商业交易方式的理性选择中,选择合法交易行为的可能性。

作为社会组织的法人和非法人单位,本身就是社会理性选择的结果形态。法人和非法人单位作为理性的经济人,在商事交易过程中,追求商业利益的最大化,永远是其不变的价值选择,成本和利润、投入和产出之间的效用能否实现最佳,永远是影响其商业决策行为的决定性因素。所以,对法人和非法人单位商业贿赂行为进行社会控制的终极目标,就是应该在严惩商业受贿行为的基础上,通过各种社会控制系统,增加其由于选择商业行贿这一非法商事交易方式而必须要多付出的成本支出,从而使以合法行为进行商事交易,成为更多的法人和非法人单位理性选择的结果。

#### 参考文献:

- [1] (美)詹姆斯·S·科尔曼. 社会理论的基础[M]. 北京:社会科学文献出版社,1999.
- [2] (美)杰克·D·道格拉斯,弗兰西斯·C·瓦克斯勒. 越轨社会学概论[M]. 石家庄:河北人民出版社,1986.
- [3] 李培林. 理性选择理论面临的挑战及其出路[J]. 社会学研究,2001,(6).
- [4] 崔世海. 中国何时启动司法程序[N]. 法制早报,2005-06-06(1).
- [5] (法)皮埃尔·布迪厄,(美)华康德. 实践与反思——反思社会学导引[M]. 北京:中央编译出版社,2004.
- [6] 刘潇潇,赵瑜. 商业贿赂行为最猖獗的八行业[EB/OL]. <http://www.99scw.com/page.asp?id=6939>,2006-03-31.
- [7] 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.
- [8] 侯均生. 西方社会学理论教程[M]. 天津:南开大学出版社,2001.
- [9] 吴鹏森. 犯罪社会学[M]. 北京:中国审计出版社、中国社会出版社,2001.

## The Characteristics, Causes and Control of Business Bribe by Social Organizations —From Perspective of Theory of Deviation Sociology

Zhang Xinxiang

(School of Law, Nankai University, Tianjin 300071, China)

**Abstract:** The business bribe by social organizations is the most typical deviated business behavior in modern society. Compared with the business bribery committed by individuals, the business bribe by social organizations has the following characteristics: a, organization is the subject; b, coordination of the intentions to act; c, the double effects of the behaviors; d, the organization is the sole beneficiary; and d, the scope of the behavior is limited. Being deeply affected by the market rules, the business bribe by social organizations is the result of careful business consideration which manifests the result of social exchange. We hold that by establishing appropriate social control systems in terms of the subject, the law and the relative means, the business bribe of social organizations can be put back to the normal track as lawful business transaction, then comes to be the result of rational selections.

**Key Words:** Social Organization; Irregular Activities; Business Bribe; Social Control

<sup>①</sup> 这也是德普公司商业行贿案给我们的另一个启示。