

企业反商业贿赂合规义务的理论证成与制度构建

罗世杰(西南政法大学 经济法学院,重庆 401120)

摘要:随着数字经济时代的到来,商业贿赂乱象频发,对市场公平竞争和行业经济都产生了明显的负外部性,遂遏制企业商业贿赂行为一跃成为反不正当竞争领域中一大重要议题。企业反商业贿赂合规义务的正当性被公平竞争原则、负外部性理论以及企业合规理论所证成。基于新时代企业反商业贿赂合规的特殊性质和要求,针对我国反商业贿赂合规的现实困境和立法需求,可以通过统一立法模式、明确履行主体、完善配套制度等路径进行克服与满足,从而确保该义务的制度构想更具有可行性。企业反商业贿赂合规义务的提出,既满足了我国商业贿赂乱象治理的紧急需要,也从企业合规的角度促进企业的良性、健康发展,从而实现市场竞争的公平与行业经济的勃兴。

关键词:反不正当竞争;商业贿赂;企业合规;反商业贿赂合规义务;合规法律化

一、企业反商业贿赂合规义务的提出

2022年12月15日,马化腾在腾讯内部员工大会上作出强调,腾讯企业内部的商业贿赂问题严重,并表示贪腐形势严峻,已经影响到业务开展:贪腐缺陷太大,业务被掏空。现今,诸如此类的商业贿赂乱象迭生,属于企业行为负外部性的向外蔓延。一方面对市场竞争秩序和行业经济健康造成严重危害,如给企业的正常管理秩序、声誉甚至行业的经济利益和持续、健康发展带来了较显著的负外部性;另一方面,对我国的反商业贿赂立法与监管体系发起了新的挑战,相关的规制理念和配套制度均难以实现对该乱象进行有效治理。但当前我国企业反商业贿赂治理体系的建设尚处于起步与探索阶段,既没有形成统一且成熟的立法模式,相应的配套制度也稍显滞后。

针对该问题,学界已提出诸多对策。主要体现为国家外部治理和企业内部控制两个方面。一是国家外部治理方面:其一,从反不正当竞争法角度阐述立法对反商业贿赂合规治理的作用,并从提高反商业贿赂合规的立法速度和效度、明确商业贿赂中的受贿主体的责任、综合理解行贿主体和受贿主体的定位和“分工”、对商业贿赂中入账行为的准确定位以及企业免责条款等方面进行立法建议和司法指引^[1];其二,从企业合规管理的角度出发,实现对企业反商业贿赂合规的治理和制度完善,比如加强对企业反商业贿赂合规的制度激励、完善新兴企业反商业贿

赂合规的制度体系建设^[2];其三:在制定和完善反商业贿赂合规的外部制度系统时,需要兼顾企业私内部监督部门与国家的公外部监管部门有效衔接与结合,对企业反商业贿赂合规的治理和打击保持在合理的限度之内,从而实现内部优化与外部治理融洽发展^[3]。

二是企业内部控制方面:其一,企业内部反商业贿赂合规控制的优化,比如反商业贿赂合规企业文化建设、精准定位内部控制活动的重点、追踪企业内部收入账的路径等^[4];其二,应当在优化内部审计的基础上加入外部审计,并且可通过成立或加入反商业贿赂合规联盟,从而提升企业反商业贿赂合规的效率^[5]。然在笔者看来,该部分学者并没有直接根据不同经济背景下的新兴行业反商业贿赂治理的目的来确定相应的企业合规义务,也没有将法律制度的介入与企业内部控制紧密结合起来,以满足反商业贿赂有效治理的要求。

目前反商业贿赂治理的桎梏与阻碍,并不影响以合规法律化工具对其进行破题之思路。笔者以此为基础提出企业反商业贿赂合规义务一说,该义务背后蕴含的法律激励与约束功能可实现反商业贿赂合规目标。何为反商业贿赂合规义务?其旨在将企业作为法律规制的对象,对其施加反商业贿赂合规的义务,将其融入进企业的设立、经营与监管中,若企业违反该义务,则按规定应承担相应的法律责任。此举通过法律义务上的规定,一方面使企业内部文化

基金项目:重庆市研究生科研创新项目“行为经济学视角下算法防沉迷义务的理论证成与制度构建”(CYS23292);西南政法大学经济法学院2022年度学生科研创新项目(2022-XZJF-016)

作者简介:罗世杰(1999-),男,四川内江人,西南政法大学经济法学院硕士研究生,研究方向为经济法学理论、财税金融法。

与规定的设计以该义务为指引和强制性原则,另一方面在立法、司法和执法过程中给予相关主体法律制度的指引,并以该义务反向为司法与执法赋能。由于该义务构想首次被提出,因此必须对其正当性和可行性加以更严格论证,以确保其契合立法之现实和实践之需要。

二、企业反商业贿赂合规义务的理论证成

企业反商业贿赂合规义务作为一项重要的法律义务,可能扩展融入众多部门法,故不可能毫无理论根据地出现。非常有必要以丰富的理论对其必要性和可行性进行严格的证成。

(一)以公平竞争原则证成企业反商业贿赂合规义务

公平竞争原则强调每个参与竞争的主体在相同的市场条件下一并接受价值规律和优胜劣汰的影响与评价,并应独自承担参与竞争的结果。数字经济时代,以互联网行业为代表的商业贿赂的特殊性与复杂性进一步增强,对公平竞争原则的适用提出了更高、更新的要求。

具体到反商业贿赂合规治理而言,一是是否需要引入企业反商业贿赂合规义务以更好地实现公平竞争。在各相关主体贯彻公平竞争原则的行为过程中,对其制度文件有被认定具有规避反商业贿赂合规义务因素的,企业应当提前做好全面预估并做好应对措施。而企业反商业贿赂合规义务的引入能够为其提供这样一个标准,使其充分认识到自身的权利和义务应该如何平衡;二是引入企业反商业贿赂合规义务以实现怎样的公平竞争局面。基于市场公平竞争秩序的客观要求,应当确保企业反商业贿赂合规义务的设立不会影响原有的良性发展一面的市场竞争秩序,而应将矛头指向恶性蔓延一面的市场竞争局面。在公平竞争的大环境下,借助该义务对非公平竞争的蝇营狗苟进行甄别与剔除,作为对反商业贿赂合规进行有效治理的理论和制度支撑。

(二)以负外部性理论证成企业反商业贿赂合规义务

负外部性为外部性的一种,区别于经济学对负外部性的定义,从法学角度上看,负外部性是指经济主体在行使权利时,表现为权利义务不对等以至于利益的失衡。具体而言,负外部性是一个经济主体在行使其权利时将本应该由自己承担的义务施加给其他经济主体^①。如果不准确并及时地对这种负外部性进行治理或者消除,将会对经济和社会造成严重的不良影响。而从企业行为负外部性视角来看,可以映射到企业商业贿赂行为具有显著的负外部性,对包

括企业在内的市场环境、行业经济以及涉及的反商业贿赂法律制度都造成了较大的冲击。

基于企业的商业贿赂行为具有较强的负外部性,设定企业反商业贿赂合规义务的必要性和正当性便得到了外部性理论的证成。通过设定法定义务来约束上述的负外部性,将企业的“灵活作案”的可能性大大降低,强制性、法定性迫使企业不得不履行企业反商业贿赂合规。具体而言:一方面,对于企业的商业贿赂行为,从企业主体的角度进行义务设定,企业以该义务为企业规定设置与经营行为指导和约束,主动防止其行为外部性的产生与向外蔓延,从而得以遏制商业贿赂源头、有效实现反商业贿赂合规;另一方面,从商业贿赂行为负外部性的治理主体来看,该义务反向赋予了立法、司法、执法和监督管理部门相应的追责和惩戒权力,从而能够从事中监督和事后追责方面实现对企业商业贿赂行为的规制,并最终实现其与企业行为负外部性约束的逻辑闭环。

(三)以企业合规理论证成企业反商业贿赂合规义务

企业合规,既要合法律之规,又要合行业之规、道德之规以及企业之规。尽管商业贿赂现象已在各大新兴领域蔓延,但是目前我国针对反商业贿赂合规治理的法律规定还较少,仅体现在《刑法》《反不正当竞争法》和一些专项合规条例如《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》和《药品管理法》的条文中。恢复性司法理念、公共利益保护与积极特殊预防理论赋予了公司合规正当性,而当前我国公司合规理论绝大部分也仅在在刑事法律和行政法规中得到体现。通过提出企业反商业贿赂合规义务,可以充分弥补该不足,解决此现象在企业合规中的理论突破和逻辑自洽,同时可以丰富公司合规理论在公司法、反不正当竞争法中的理论视角和广度。

从企业合规理论的实践进路视角来看,企业反商业贿赂合规义务有助于规范专项合规管理在反商业贿赂治理中的治理路径和实现方式。专项合规管理是企业在日常的运行过程中,结合特定的风险,申明组织的态度、配置特别的资源并推进落实全方位的监管措施。具体到本文而言,通过设定企业反商业贿赂合规义务,促使企业将此项义务融入企业的日常合规管理制度体系中,为我国各类企业反商业贿赂提供制度参考和设置法定义务上的约束。

三、企业反商业贿赂合规义务的现实困境

企业反商业贿赂合规义务作为企业设立与经营的原有法定义务之延伸,自然而然地可以沿用或类

比使用相关的义务设定模式与规则,但反商业贿赂合规的特殊要求导致相关制度移植过程中可能会面临以下现实困境。

(一)反商业贿赂合规义务的立法模式分散

目前,我国对反商业贿赂行为进行规制的法律制度相当缺少,在“北大法宝”按照全文检索“商业贿赂”也仅能搜索到现行有效的法律文件801份,其中直接对企业商业贿赂行为进行规制的法律只有1项,而与企业合规联系起来的法律制度鲜少。我国针对反商业贿赂合规的立法模式较为分散,且相关的概念和特征格外模糊。一方面,以刑事法律作为立法核心,1997年3月修改的《刑法》针对国家工作人员在商业活动中的贿赂行为,刑法规定有“行贿罪”“受贿罪”“介绍贿赂罪”;对于公司、企业中的非国家工作人员,规定有“公司、企业人员受贿罪”和“对公司、企业人员行贿罪”。另一方面,辅以经济法、行政法和商法的相关规定,如我国《反不正当竞争法》第8条明确规定:“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,以行贿论;对方单位或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折扣,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。”我国《公司法》《土地管理法》等经济法律法规也从不同角度对禁止商业贿赂行为作了规定。

如上所述,我国当前反商业贿赂合规方面的立法模式呈现出规定抽象、体系分离和管辖权多头并行等问题,难以满足数字经济时代企业反商业贿赂合规的治理需要。但是目前我国出台专门的《反商业贿赂合规法》的可行性不大,遂提出企业反商业贿赂合规义务暂时得以解决其立法模式分散、混乱的问题,以精确治理企业的商业贿赂乱象。

(二)反商业贿赂合规义务的责任主体不明

在近年来企业商业贿赂的泥泞中,往往存在一些严重的问题牵扯着对其进行有效治理的脚步。其中就包括治理对象的不明确问题,也即反商业贿赂合规的责任主体不明,相应的义务分配自然也就没法落实到具体的主体之上。主要体现为以下几个方面:

一是企业没有违反反商业贿赂合规义务时,成员不受约束。与欧美等域外国家通常采取的“不约束企业,约束责任人”理念不同,在我国当前企业反商业贿赂合规不起诉改革进程中,比较普遍地采取了“企业、企业主两头不约束”的做法^[6]。此做法实则将企业组织体履行了反商业贿赂合规义务作为其成员的免责事由,与反商业贿赂合规义务所首要秉承的公平原则难以契合,从而造成了企业合规不起诉改

革的现实障碍,也造成了反商业贿赂合规义务落实和履行的桎梏。正确的做法应当是摒弃企业商业贿赂治理中企业与成员相分离的态度,将反商业贿赂合规的观念融入企业组织体之下的成员日常行为规范中,继而形成企业组织体反商业贿赂的合规意识和合规表现。

二是企业相较自然人触及相同违反行为时,约束力度更轻。在对企业商业贿赂行为的追责中,往往是由企业组织体将商业贿赂的法律责任承担完毕后,再由其下成员对剩余法律责任进行分配和承担^[7],此为“剩余罪责论”^[8]在企业商业贿赂治理中的延伸。很明显,这是一种错误的做法,在大多企业商业贿赂案件中,其直接责任人员才是这场违法竞争闹剧的始作俑者。如果对其法律责任的追究即商业贿赂行为的约束力度弱于实施商业贿赂的一般自然人,难以满足在提出反商业贿赂合规义务提出之初,企业商业贿赂行为负外部性治理的法律理念和现实需要。

三是企业违反反商业贿赂合规义务时,责任人员难以确定。在企业组织体已经被明确认定为违反企业反商业贿赂合规义务时,其责任人员的确定涉及最终责任的分配,并且直接关系到能够实现反商业贿赂合规义务设定的目标与价值。但是根据商业贿赂治理的理论研究和实践经验来看,不管是从相关人员的涉案行为,还是从其职权大小,抑或是从其发挥的作用大小来考察其是否能够被确定为责任人员,都具有一定的偏颇和不足。故还需从其违反商业贿赂合规义务的思想根源出发,有效评价并完善应受法律约束的组织体成员的认定标准^[9]。

总之,要想从根本上治理企业商业贿赂乱象就要着重厘清主体不清问题,以免使得反商业贿赂合规的法律制定和实施过程中视线无法集中在关键弊病上,从而防止“错误企业”在此乱象中“声东击西”“围魏救赵”以规避反商业贿赂不合规的法律责任。因而,如果要对企业反商业贿赂合规义务进行科学、合理的制度构建,就要在确定立法模式的基础上,捋清其责任主体,以保障将该义务更有效地落实。

(三)反商业贿赂合规义务的配套制度缺失

如果说前面论述的立法模式和责任主体是企业反商业贿赂合规义务设立的“骨”和“髓”,那么接下来要讨论的反商业贿赂合规义务的配套制度就是“筋”和“肉”,以协调保障该义务得到履行和落实。但是目前反商业贿赂合规的配套制度仍与反商业贿赂治理的立法和执法需求相脱离,犹如“骨”“肉”分离,看似连在一起,但是已经没有了黏合性,即配套制度与法律制度的制定和实施没有贴合性和适应性。其中比较显著的问题有以下几点。

一是反商业贿赂合规信息披露机制不够透明和及时。一方面,信息披露机制的不透明和不及时容易给企业的暗中行贿提供时机,使其“明修栈道,暗度陈仓”,特别是在数字经济时代下,数字技术也为企业组织体及其成员提供了逃避反商业贿赂合规义务的新型智慧工具;另一方面,企业反商业贿赂合规信息的披露情况关系到相关的法律部门与监管部门能否迅速、直接对企业的反商业贿赂合规情况进行把握和评价,大大影响该部门对违规企业及时地进行制裁和约束,并最终影响到商业贿赂的治理进程有序、顺利地进行。

二是企业组织体和其成员反商业贿赂合规的激励机制不健全。如前文所说,企业反商业贿赂合规义务需要外部性理论来证成。一方面,企业的商业贿赂行为对关联企业、行业经济、市场环境以及现有的反商业贿赂法律结构均具有显著的负外部性,遂需制定系统性的企业反商业贿赂合规义务相关法律制度对其进行治理与约束。但另一方面,企业的反商业贿赂合规行为是具有正外部性的,可以保证市场竞争的公平、行业经济的稳定以及法律资源的节约。故而对该正外部性反而可以进行适当激励,即对企业组织体及其成员进行一定的激励,促使其将企业反商业贿赂合规义务“内化于心,外化于行”,最终增强企业反商业贿赂合规行为的正外部性。但是目前我国有关于此的配套制度还处于空白,亟待建立与健全。

三是企业反商业贿赂合规监管机制不完善。要想反商业贿赂合规义务得到真正地落实与贯彻,除了立法、执法和司法须紧扣其进行,还需要完善的监管机制作为有力保障。由于企业反商业贿赂合规义务涉及反商业贿赂和企业合规两层内涵,故企业反商业贿赂合规的监管也涉及两方面的监管。一方面,缺乏对反商业贿赂的监管。我国目前尚未出台反商业贿赂监管直接相关的法律,只是在《反不正当竞争法》中提及了商业贿赂行为的行政部门监管;另一方面,缺乏对企业合规的监管。我国对企业合规的监管制度也不完善,缺乏核心的监管部门以及第三方监管机构的介入。

四、企业反商业贿赂合规义务的制度构建

从企业反商业贿赂合规义务的提出与适用出发,结合当前我国反商业贿赂合规方面的法律制度的缺失问题,将其融入进各项部门法中,提出设定该项义务并落实于具体制度构建的构想。

(一)统一反商业贿赂合规义务的立法模式

通过整合型立法的方式来设定企业商业贿赂合规义务,整合型立法具有法律效率高、立法成本低的优势。具体要求为:首先,以“企业法”^①为核心进行修

改立法,再辅助以刑事法律、行政法律和经济法等部门法律的相应修改;其次,工商登记部门和相关监管机构需要制定一些具体条例,明确企业反商业贿赂合规义务和责任的设定和实施程序,并配以监督机制。

企业反商业贿赂合规义务整合型立法的具体实现路径为——在《公司法》第一章“总则”部分中,增加公司反商业贿赂合规义务的一般性条款,明确规定:公司及其股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,依法履行反商业贿赂合规义务,不得行使与接受贿赂,发现商业贿赂行为,应当及时进行披露与报告。公司在作出重大决策或者实施经营中时,明知所实施的行为违反反商业贿赂合规义务的,或者公司未尽到事前合规审查或是事中监督义务,则公司需要承担相关责任,由相关主管部门或者监管机构责令改正,情节严重的并处罚款,对直接负责的高级主管人员和其他责任人,应给予处分;特别严重的,追究公司及其直接复制的高级主管人员的刑事责任。此规定应类比适用于其他经济组织体,如普通合伙企业、有限合伙企业以及一人独资企业等。

(二)明确反商业贿赂合规义务的履行主体

明确企业反商业贿赂合规义务履行的责任主体,有助于在司法和行政执法中整体把握商业贿赂行为治理的思路和规律。要严格区分企业组织体和组织体成员的地位和责任,本文仅以“公司”为例。《公司法(修订草案)》明确了国家出资公司“加强合规管理”的义务要求,采取概括规定方式,对其合规内容未作具体规定。根据目前我国商业贿赂乱象频发、治理困难的现状,公司反商业贿赂合规义务的履行主体,应当定位于公司、董事会、监事会。

一是公司法、刑事法律、行政法律、经济法等相关法律法规对公司主体进行义务设定和专门规制,摆正公司的独立责任主体的地位。

二是董事会作为公司治理的核心承担公司商业贿赂合规的最终责任。故当公司的经营行为对内、对外违反反商业贿赂合规义务时,董事会应最终承担该法律责任与后果。这样将有效督促董事会对公司行为作出决策时,就出于遵守该项义务的原则。董事会履行合规义务、承担违反该义务的责任,至于其是否需要设定特别的合规机构,应由其自身判断。但是,董事并不能简单将其监督责任分配出去,其仍然要对公司业务行为承担最终的监督责任。董事会在反商业贿赂合规事项上承担最终职责,这也决定了董事会在该事项上应当享有最终意义上的决策权,从而形成权利与义务相匹配的逻辑闭环,也方便事后责任的追究。

三是对于董事会履行反商业贿赂合规义务的行

为,监事会在其职权范围内进行监督,无需另行规定。首先,常规性监督,包括阅知公司领导机构提交的反商业贿赂合规报告以及对现有反商业贿赂合规管理制度进行定期分析;其次,促进性监督,如果发现反商业贿赂合规管理制度或其执行存在瑕疵,监事会即应强化其监督力度;最后,塑造性监督,即如果通过前述监督发现反商业贿赂合规管理制度无效或推定无效,监事会有义务自行采取调查措施。

总之,其他类型的企业组织体及其内部人员和机构的义务也应当参照以上“公司”相应的角色和责任分配。

(三)完善反商业贿赂合规义务的配套制度

完善的企业反商业贿赂合规义务需要相关配套制度给予支持。如前文所述,信息披露制度是企业履行反商业贿赂合规义务的基础条件之一,激励机制有助于企业增加内驱力履行反商业贿赂合规义务,监督机制督促相关主体履行反商业贿赂合规义务。

一是需要构建透明的反商业贿赂合规信息披露制度。首先,企业需要定期与主管部门交换商业贿赂治理最新信息,及时更新企业的义务履行情况。同时,企业需要定期向社会公众披露反商业贿赂合规信息;其次,主管部门需要对公众公布商业贿赂企业“黑名单”,并将相关企业名录散发所主管的企业,有利于避免企业在商业贿赂审查中出现信息不对称的情况;最后,监管机构可以协助企业建立反商业贿赂合规信息披露制度,形成更加完善的信息披露制度。

二是设置企业履行反商业贿赂合规义务的激励机制。激励机制表现为对行为本身的激励和对行为背后利益的调控,引导社会成员形成积极的法律秩序。可以通过下列措施设立激励机制:首先,政府应加大反商业贿赂合规的财政贴息。一方面,有助于减轻企业压力,降低企业的管理成本,另一方面,财政贴息反映了政府的经济意图,对企业有正向引导和激励作用;其次,对于积极履行反商业贿赂合规义务的企业可予以部分税收减免,发挥税收杠杆作用,激励企业履行反商业贿赂合规义务。

三是完善企业履行反商业贿赂合规义务的监管机制。2021年9月,最高检、全国工商联等九部门共同成立第三方监督评估机制管委会。同年11月,九部门联合下发了有关涉案企业合规第三方监督评估机制的两个配套规定。第三方组织及其人员的客观性和权威性,更有利于保障企业反商业贿赂合规工作的公信力。具体包括:首先,要确立监管标准体系,

细化评价标准;其次,要求企业提交履行合规义务报告,促进对企业履行反商业贿赂合规义务评价和考核量化;最后,加强与主管部门的合作,促进信息交流,与主管部门定期交换商业贿赂的信息,加强对企业反商业贿赂合规信息披露的监督。

五、结语

党的二十大报告再次就反商业贿赂问题做出重大部署——明确打击行贿受贿的重点,其中就包括在新兴领域行贿以及实施重大商业贿赂^[10]。数字经济时代,我们要将反商业贿赂立法与企业合规建设有机结合起来,以求有效解决当前反商业贿赂合规方面立法模式混乱、责任主体不清等突出问题。企业反商业贿赂合规义务便是破解困境的一大出路,其具有理论与实践上的正当性与可行性。该义务的提出能有机融合“反商业贿赂”与“企业合规”两大视角,能够有效治理企业商业贿赂行为对行业经济、市场竞争和法律制度产生的负外部性,并有利于维护市场竞争的公平与行业经济的稳定。坦言之,虽然其具备法律效果和经济效益的双重叠加,但其只是反商业贿赂合规建设下的一种新探索,故仍需更多的研究和发现以支撑其落地^[2]。

注 释:

① 此处的“企业法”,是指调整企业在设立、组织形式、管理和运行过程中发生的经济关系的法律规范的总称。

参考文献:

- [1] 施祖东.医疗机构反商业贿赂专项合规监管的设想[J].中国卫生法制,2022,30(4):44-47.
- [2] 汪承昊,廖文辉.企业如何做好反商业贿赂合规[J].法人,2022(5):50-52.
- [3] 何芸颖.企业反商业贿赂中内部控制的优化研究[J].现代商贸工业,2020,41(36):113-114.
- [4] 周宏波,张金海.反不正当竞争法中的商业贿赂条款解读[J].武汉公安干部学院学报,2022,36(3):48-52.
- [5] 胡元聪.法与经济学视野中的外部性及其解决方法分析[J].现代法学,2007(6):128-135.
- [6] 刘艳红.企业合规不起诉改革的刑法教义学根基[J].中国刑事法杂志,2022(1):107-123.
- [7] 赵能文.单位犯罪与自然入犯罪的处罚标准宜统一[J].法学,2015(1):142-150.
- [8] 杨春洗,丁泽芸.试论单位犯罪的刑事责任[J].中央检察官管理学院学报,1998(1):14-19.
- [9] 王志远.企业合规改革视野下单位犯罪主体分离论与归咎责任论之提倡[J].比较法研究,2022(5):104-117.
- [10] 黄文艺.推进中国式法治现代化 构建人类法治文明新形态——对党的二十大报告的法治要义阐释[J].中国法学,2022(6):5-26.