

医药购销领域

商业贿赂罪适用解析

Yiyao Gouxiao Lingyu Shangye Huiluzui Shiyong Jiexi

刘树德 田兴洪 著



医药购销领域

商业贿赂罪适用解析

Yiyao Gouxiao Lingyu Shangye Huihuzui Shiyong Jiexi

刘树德 田兴洪 著



图书在版编目(CIP)数据

医药购销领域商业贿赂罪适用解析/刘树德、田兴洪著.

—北京:法律出版社,2007.10

ISBN 978-7-5036-7721-2

I. 医... II. ①刘...②田... III. 药品—购销—商业—贪
污贿赂罪—法律适用—中国 IV. D924.392.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 145448 号

©法律出版社·中国

责任编辑/周丽君

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/12.125 字数/283 千

版本/2007 年 10 月第 1 版

印次/2007 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7721-2

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

刘树德（又名邵新，辛劭），男，1970年10月生，湖南省新邵县人。1990~2000年于中国人民大学获得学士、硕士、博士学位。2001年9月至2003年6月进入中国人民大学财政金融学院博士后流动站从事研究工作。2000年7月至今在最高人民法院刑一庭、刑二庭、研究室工作。2004年1月至2005年6月被借调至中央司法体制改革领导小组办公室工作，2006年9月至12月受香港法律教育信托基金邀请至城市大学做访问学者。1994年通过律师资格考试；1996年通过注册会计师资格考试；2003年通过国家司法资格考试。2002年被聘为湖南大学副教授；2004年被聘为中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员；2005年被聘为北京师范大学刑事法律科学研究院研究员；2006年被聘为广州大学教授。曾在《中国法学》、《法学研究》、《中外法学》、《法律科学》、《现代法学》、《法学评论》、《当代法学》、《刑事法评论》等刊物发表论文近40篇；出版学术专著《罪状建构论》、《空白罪状》、《宪政维度的刑法思考》（荣获首届“钱端升法学研究成果奖”三等奖）、《绑架罪案解》、《宪政维度的刑法新思考》（荣获第二届“司法部优秀教材与科研成果奖”三等奖）、《牵连犯辨正》等16部；合著《规则如何提炼》（喻海松）、《保险法规监管》（孙运英等）、《在大案要案的背后》（苗有水）3部；参著《刑法学》、《刑事法总论》等20余部。

序

2006 年中央根据反腐败斗争新形势的需要, 决定开展治理商业贿赂的专项工作。随着这项工作的深入开展, 加强对商业贿赂违法犯罪的理论研究, 认真分析商业贿赂产生、蔓延的原因及其社会危害性, 准确认定犯罪和公正裁量刑罚, 对于预防和惩治商业贿赂违法犯罪, 推动治理商业贿赂专项工作的健康、顺利进行具有重要意义。

本书选择医药购销领域的商业贿赂作为研究切入点, 并进行犯罪学和刑法学两个维度的研究, 抓住了当前治理商业贿赂专项工作的重点和热点, 其研究方法也颇具新意。商业贿赂违法犯罪, 作为一种市场经济体制建立过程中频发的“毒瘤”, 其总体态势、发生领域、行为样态、社会危害、存在因由、治理策略等方面均值得作犯罪学的分析。从刑法学研究角度而言, 在查办医药购销领域的商业贿赂案件中, 许多定罪量刑方面存在的、实践中有分歧的诸多问题也亟待进行案例解说和学理研探。这既包括贿赂犯罪方面存在的有关共性问题, 例如贿赂罪对象贿赂的具体界定、为他人谋利益的构成要件体系地位、职务上的便利的具体含义、受贿故意是否存在事后故意、国家工作人员相互勾结利用各自职务上的便利共同受贿如何定性、国家工作人员与特定关系人共同受贿如何定性、国家工作人员与特定关系人以外的其他不具有职务便利的人共同受贿如何

定性、国家工作人员指定行贿人将财物送给其关系人行为如何定性、受贿罪死刑适用如何把握、介绍贿赂罪立法应然命运如何、如何结合《联合国反腐败公约》的规定完善我国刑法有关贿赂犯罪的规定等,也包括医药购销领域贿赂犯罪的有关特殊问题,例如有医院普通医生利用开处方的机会收受回扣如何定性、医生收受“红包”如何定性、医疗机构接受企业赠送医院药械样品使用行为如何定性、医疗机构收受折扣并如实入账的行为是否均合法、医疗机构等单位接受药品生产企业或者销售商“学术赞助”等赞助行为如何定性等。作者在充分吸收学术界、实务界已有相关成果的基础上,重点结合刑法修正案和最新司法解释的规定,选择具有法律适用指导意义的医药购销领域商业贿赂犯罪案例,进行“从案例中发现问题”和“以案例引出问题”两个侧面的研究,进而提出自己的见解和观点。此外,为了更好地促进我国反商业贿赂立法的完善和相关体制的建立健全,作者还从比较法的视野,分析了美国、德国、日本、韩国、我国香港等地区的相关规定以及《联合国反腐败公约》的有关规定,并对法国、德国、意大利等8个国家刑法典对受贿罪的罪状的设计进行了比较,进而提出完善我国刑法有关贿赂犯罪的相关条款的建议。

开展治理商业贿赂专项工作,是党中央为深入推进党风廉政建设和反腐败工作、推动经济社会健康发展的重大决策,是事关改革发展稳定全局的一项重要工作,需要全社会的共同积极参与。刘树德、田兴洪两位法学博士立足于这次治理商业贿赂违法犯罪活动的宏观背景,选择医药购销领域商业贿赂为切入点,就商业贿赂罪的法律适用问题进行解析,是一件非常有意义的事情。我相信,《医药购销领域商业贿赂罪适用解析》一书的出版,能够为医药行政执法部门、司法部门的具体执法或司法活动提供一些有针对性的建言,也会促进治理商业贿赂领域的理论研究走向深入。我也期待,有更

多更好的理论研究成果出台,共同为治理商业贿赂专项工作献计献策,作出贡献。

熊选国*

二〇〇七年八月

* 熊选国,最高人民法院副院长,二级大法官,法学博士。

前 言

2005年5月,经媒体曝光的德普案成为我国反商业贿赂风暴的导火线。随后,从中央到地方,从各级党委、立法机关到行政机关,反商业贿赂的工作全面展开。2006年1月5日胡锦涛总书记在中纪委第六次全会上强调,“要认真开展治理商业贿赂专项工作,坚决纠正不正当交易行为,依法查处商业贿赂案件”。中央成立了中央治理商业贿赂领导小组,中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于开展治理商业贿赂专项工作的意见》。中央确定了治理商业贿赂的三项主要工作,即开展不正当交易行为自查自纠、查办商业贿赂案件、建立健全防止商业贿赂的长效机制;治理的重点放在两个方面,即重点领域(包括工程建设、土地出让、产权交易、医药购销、政府采购以及资源开发和经销等领域,以及发生在银行信贷、证券期货、商业保险、出版发行、体育、电信、电力、质检、环保9个方面的经销环节)、重点人员(利用职权参与或干预企业、实业单位经营活动,谋取非法利益、索贿受贿的国家工作人员及重大受贿案件的行贿人员)。随着专项治理的推进,诸多商业贿赂案件被侦办和处理。2006年1~4月,中央部署开展治理商业贿赂工作以来,全国法院共受理商业贿赂案件2096件,与2005年同期受理的2080件相比,上升了0.77%。^① 中央治理

^① 熊选国:“关于治理商业贿赂的几个问题”,载《人民司法》2006年第8期;另见熊选国:“严格依法审理商业贿赂案件”,载《中国审判》2006年第7期。

II | 医药购销领域商业贿赂罪适用解析

YIYAO GOUXIAO LINGYU SHANGYE HUILUZUI SHIYONG JIEXI

商业贿赂领导小组办公室2006年7月31日发布消息称,2005年8月至2006年6月,全国共查处商业贿赂案件6972件,涉案金额19.63亿元,并同时公布了15起商业贿赂违法犯罪典型案例。^①这些都说明中央决定开展此次专项治理活动的必要性和重要性。

医药卫生行业历来是与人民群众的生命、健康安全息息相关的受人尊崇的行业,医务工作者历来是人们心中高尚、纯洁而无私奉献的白衣天使,但是在市场经济建设的大潮中,面对汹涌来袭的商业贿赂犯罪的浪潮,医药卫生行业受到前所未有的冲击,不少医药卫生行业,特别是医疗机构的行政管理人员、医生纷纷被糖衣炮弹击中、落马,个别医院由于绝大多数的医生被抓而面临因没有足够的医生排班而关门、歇业的危险!这到底是怎么了?是金钱的诱惑难以抵挡?是管理体制存在漏洞?是监督机制形同虚设?是法制建设严重滞后?是道德教化软弱无力?还是人性贪婪无可救药?我们都已知道,在中央确定的需要重点治理的6大领域中,“医药购销”领域赫然在列;医生开药拿回扣成为“地球人都知道”的公开的秘密。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%。^②但最值得反思的是,在中央痛下决心剷除腐败毒瘤,国家出重拳痛击商业贿赂,商业贿赂的治理从中央到地方、从城镇到乡村轰轰烈烈地展开的时

① 高绍安:“中央通报的十五起商业贿赂违法犯罪典型案例”,载《中国审判》2006年第7期。15起典型商业贿赂案件是:张全受贿案(工程建设);王军受贿案(产权交易、经销);张万利受贿案(工程采购招标);于庆香受贿案(办理药品批准文号);王立信等受贿案(工程项目招标投标);尹逸民受贿案(环保方面);丁杉受贿案(工程建设、医药购销);汪国栋受贿案(政府采购);林忠书等受贿案(质检方面);蔡先全受贿案(药品采购、工程建设和土地开发);李春明受贿案(资源开发);温梦杰受贿案(设备采购);薛骏公司、企业人员受贿案(经销领域);钟杰等公司、企业人员受贿案(证券期货方面);唐勇公司、企业人员受贿案。

② 本书编写组:《治理商业贿赂政策与知识问答》,中国方正出版社2006年版,第50页。

候,在少数带着各种美丽光环的院长、局长、科长、主任以及名医、专家或银铛入狱或去官丢命的时候,仍然有人作为“后继者”前赴后继、以身试法,犹如飞蛾扑火,“义无反顾”……让人费解,又让人痛心。

“医者仁术,贵在医德”。古今中外,人们对医德的要求远远胜过对医术的要求,医德是医术的决定性基础。行医治病,至少应当具备“四德”,即敬业爱岗之德、言行举止之德、不谋私利之德和严谨治学之德。^①人有利己之心,这本是很正常的事。此处所述的不谋私利之德,是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中应遵守国家法律、法规、物价政策,按标准合理收取费用,不能有多收费、乱收费或开大方、用贵药、滥检查、收贿赂等行为。对于医务工作者来说,这并非过高的要求,而是基本的职业道德约束。1981年10月18日卫生部颁发的《中华人民共和国医院工作人员守则和医德规范》第2条第7项规定:“廉洁奉公是对社会主义国家工作人员的起码要求,医务人员应具备廉洁奉公的高尚情操,不为名,不为利,一切从病人利益出发,全心全意为病人服务。医生不应接受病人馈赠。反对以医生职权为资本搞交易、走后门的不正之风。更不允许乘人之危,产生任何邪恶杂念或进行违法乱纪的活动。”1988年12月15日卫生部颁布的《中华人民共和国医务人员医德规范及实施办法》第3条第4项规定:“廉洁奉公,自觉遵纪守法,不以医谋私。”显然,那些在“糖弹”面前倒下的少数医务人员的所作所为,与上述起码的职业道德的要求相去甚远。

“依法治国,建设社会主义法治国家”,是载入我国宪法的治国方略。面对社会转型期和经济转轨期的某些带有一定必然性的社会丑恶现象和违法犯罪行为,法律武器和法治手段始终是国家根治社会顽症的良药。刑法既有惩治犯罪的功能,又有预防犯罪的功能,但是更

^① 田洪等:《医疗事故的认定及法律责任研究》,中国经济出版社2004年版,第86~87页

重要的是其预防犯罪的功能。“刑罚的目的既不是要摧残折磨一个感知者,也不是要消除业已犯下的罪行……刑罚的目的仅仅在于:阻止罪犯再重新侵害公民,并规诫其他人不要重蹈覆辙”。^① 对于已然商业贿赂犯罪,固然应当依法从严惩治,毫不姑息迁就,但对于那些未然的商业贿赂犯罪,更应当提前“打预防针”,打消其犯罪的念头,做到“防范于未然”。

^① [意]贝卡里亚:《犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第42页。

目 录

前 言 / I

第一章 医药购销领域商业贿赂 / 1

第一节 医药购销领域商业贿赂的认定 / 1

一、医药购销领域商业贿赂的界定 / 1

二、医药购销领域商业贿赂的构成要件 / 4

三、我国医药购销领域商业贿赂的现状特点 / 15

四、医药购销领域商业贿赂存在的主要原因 / 20

五、治理医药购销领域商业贿赂目前面临的困难 / 27

六、治理医药购销领域商业贿赂的对策和建议 / 29

第二节 医药购销领域商业贿赂行为的种类 / 35

一、医药购销领域的商业行贿行为 / 37

二、医药购销领域的商业受贿行为 / 44

三、医药购销领域的介绍商业贿赂行为 / 46

第三节 医药购销领域商业贿赂的主要手段 / 47

一、医药购销领域商业贿赂的财务手段 / 47

二、医药购销领域中的非财务手段 / 48

三、医药购销领域商业贿赂与附赠 / 57

第四节 医药购销领域商业贿赂发生的重要环节 / 60

第二章 医药购销领域商业贿赂行为的法律责任 / 64

第一节 法律责任概述 / 64

一、法律责任的概念与分类 / 64

二、法律责任的构成要件 / 64

三、归责与免责 / 65

四、法律制裁 / 67

第二节 医药购销领域商业贿赂行为的法律责任 / 68

一、医药购销领域商业贿赂行为的民事责任 / 68

二、医药购销领域商业贿赂行为的行政责任 / 72

三、医药购销领域商业贿赂行为的刑事责任 / 82

第三章 医药购销领域商业受贿罪的适用 / 89

第一节 医药购销领域受贿罪的定性与量刑 / 89

一、医药购销领域受贿罪的定性 / 89

二、医药购销领域受贿罪的认定 / 153

三、医药购销领域受贿罪的量刑 / 176

第二节 医药购销领域单位受贿罪的定性与量刑 / 192

一、单位受贿罪的定性 / 193

二、单位受贿罪的量刑 / 218

第三节 医药购销领域商业受贿罪的定性与量刑 / 220

一、商业受贿罪的定性 / 220

二、商业受贿罪的量刑 / 229

第四章 医药购销领域商业行贿罪的适用 / 231

第一节 医药购销领域行贿罪的定性与时刑 / 231

一、行贿罪的定性 / 231

二、行贿罪的量刑 / 241

第二节 医药购销领域对单位行贿罪的定性与时刑 / 243

一、对单位行贿罪的定性 / 243

二、对单位行贿罪的量刑 / 245

第三节 医药购销领域单位行贿罪的定性与时刑 / 246

一、单位行贿罪的定性 / 246

二、单位行贿罪的量刑 / 251

第四节 医药购销领域商业行贿罪的定性与时刑 / 254

一、商业行贿罪的定性 / 254

二、商业行贿罪的量刑 / 261

第五章 医药购销领域介绍贿赂罪的适用 / 266

第一节 介绍贿赂罪的立法渊源及存废 / 266

一、介绍贿赂罪的立法渊源 / 266

二、介绍贿赂罪的存废之争 / 267

第二节 介绍贿赂罪的定性与时刑 / 270

一、介绍贿赂罪的定性 / 270

二、介绍贿赂罪的量刑 / 285

第六章 外国及国际组织反医药购销领域商业贿赂法 / 287

第一节 外国及国际组织反医药购销领域商业贿赂法律概览 / 287

IV | 医药购销领域商业贿赂罪适用解析

YI YAO GOUXIAO LINGYU SHANGYE HUOLU ZHUI SUO YONG JIEXI

第二节 主要国家和地区反医药购销领域商业贿赂的立法与实践 / 291

一、美国反医药购销领域商业贿赂的立法与实践 / 291

二、德国反医药购销领域商业贿赂的立法与实践 / 295

三、日本反医药购销领域商业贿赂的立法与实践 / 297

四、韩国反医药购销领域商业贿赂的立法与实践 / 298

五、我国香港特别行政区反医药购销领域商业贿赂的立法与实践 / 300

第三节 国际公约与我国反医药购销领域商业贿赂的立法完善 / 301

一、《联合国反腐败公约》概述 / 301

二、《公约》与我国反商业贿赂罪的立法完善 / 304

三、《公约》与我国反公务贿赂的立法完善 / 308

附录一 比较法视野下的受贿罪罪状建构 / 312

附录二 八国刑法关于贿赂犯罪的规定 / 347

附录三 治理商业贿赂相关法律、法规目录 / 367

参考文献 / 369

后 记 / 374

第一章 医药购销领域商业贿赂

第一节 医药购销领域商业贿赂的认定

一、医药购销领域商业贿赂的界定

商业贿赂可作广义和狭义两种不同层次的理解。《布莱克法律辞典》对于商业贿赂的理解就是狭义的,“商业贿赂是贿赂的一种形式,是指竞争者通过秘密收买对方的雇员或者代理人的方式,获取优于其竞争对手的竞争优势。”^①我国学界也有在狭义上理解商业贿赂的,“商业贿赂是指经营者以排斥竞争对手为目的,为使自己在销售或购买商品或提供服务等业务活动中获得利益,而采取的向交易相对人及其职员或其代理人提供或许诺提供某种利益,从而实现交易的不正当竞争行为”。^②国家工商行政管理局《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》(1996年11月15日国家工商行政管理局令第60号公布)也采纳了典型的狭义商业贿赂的立场。该《暂行规定》第2条规定:“经营者不得违反《反不正当竞争法》第八条规定,采用商业贿赂手段销售或者购买商品。本规定所称商业贿赂,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。”

在我国,也有学者从广义上理解商业贿赂的,商业贿赂是指“以

① 本书编写组:《治理商业贿赂政策与知识问答》,中国方正出版社2006年版,第1页。

② 《开展治理商业贿赂专项工作把反腐败斗争引向深入》,红旗出版社2006年版,第140页。



获得商业交易机会为目的,在交易之外以回扣、促销费、宣传费、劳务费、报销各种费用、提供境内外旅游等各种名义直接或间接给付、收受现金、实物和其他利益的一种不正当竞争行为。商业活动中的不正当行为,如直接或变相的好处费等”。^①我国反不正当竞争法(1993年9月2日第八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过)采纳了广义的商业贿赂立场。该法第8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。在账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。接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。”

广义的商业贿赂和狭义的商业贿赂的区别主要在于行为对象的不同;狭义的商业贿赂的行为对象,仅仅限定在经营关系的对方单位或者个人;而广义的商业贿赂的行为对象,除了经营关系的对方单位或者个人外,还包括与商业活动相关的各个环节的其他人,比如,利用行政权力参与或者干预企业事业单位在商业领域的经营活动而收受贿赂的国家工作人员。笔者认为,广义的商业贿赂定义符合我国的社会现实情况,是科学的,同时也符合此次中央开展的专项治理活动的要求,而狭义的商业贿赂定义把对象限定得过于狭窄,无法涵盖发生在商业领域的所有商业贿赂犯罪。

就刑法规定而言,有些国家对商业贿赂做了明确的规定,例如,美国纽约州商业贿赂法定义的商业贿赂为:“凡未得雇主或委托人同意,商议提供或同意提供给雇员、代理人或受托人以利益,意图影响这些人实施涉及雇主或委托人的利益的行为。”该法同时还规定,雇主

① 本书编写组:《治理商业贿赂政策与知识问答》,中国方正出版社2006年版,第1页。