



上海市学术著作出版基金

商业贿赂犯罪研究

卢勤忠 著



上海世纪出版集团

D924.392.4

15



上海市学术著作出版基金

商业贿赂犯罪研究

卢勤忠 著

世纪出版集团 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

商业贿赂犯罪研究/卢勤忠著. —上海:上海人民出版社,2009

ISBN 978-7-208-08652-4

I. 商… II. 卢… III. 商业-贪污贿赂罪-研究-中国
IV. D924.392.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 104630 号

责任编辑 罗 湘

商业贿赂犯罪研究

卢勤忠 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 31.25 插页 4 字数 384,000

2009 年 7 月第 1 版 2009 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-08652-4/D·1564

定价 48.00 元

序 言

卢勤忠教授的《商业贿赂犯罪研究》一书即将出版,我们作为他的同事对他表示由衷的祝贺。商业贿赂是我国目前比较突出的一种腐败现象,由于涉及国家工作人员犯罪,它严重地危害到党和政府在人民群众中的形象,败坏社会风气,扰乱正常的经济秩序,并引发其他违法犯罪。商业贿赂犯罪的社会危害性已引起国家决策层的高度重视,规范和治理商业贿赂是近期国家一项重要的政治任务。卢勤忠教授能够选择此课题展开理论研究,是有重要现实意义的。

《商业贿赂犯罪研究》是作者历经数年时间研究而形成的著作。作者通过对此课题认真、细致、深入的调查和分析,对我国当前社会中商业贿赂犯罪的存在现状、产生原因、定罪和量刑方面存在的难题以及防治对策进行了全面而系统的论述,采用刑法学、证据学、社会学、刑事政策学等多种学科理论对商业贿赂中的相关问题作了深入的探讨。特别是对当前我国刑事司法中新出现的颇有争议的疑难问题展开详细研究,提出了不少具有理论价值的创新意义的真知灼见,对于司法机关正确处理商业贿赂案件,对于未来立法机关完善相关法律,对于社会防治商业贿赂,都有积极作用。

应该说,有关贪污贿赂类犯罪在我国刑法界已出版过不少著作,有关论文则更多,但我们认为,本书值得一读,它与其他贿赂类著作

相比具有以下鲜明特点：

（一）紧扣时代主题，具有现实性。商业贿赂既与一般贿赂有共同之处，也有别于其他贿赂。它是商业领域中的贿赂，但又与其他贿赂有关。因此，正确界定和厘清商业贿赂的含义和范围有重要现实意义。作者针对此问题指出，商业贿赂在我国的有关行政规范性文件中作出规定，最初仅仅是指商业行贿，后演变为包括受贿和介绍贿赂在内的有关贿赂。商业贿赂犯罪不同于商业贿赂，两者既有联系，又有区别。商业贿赂犯罪是指经营单位或个人为了销售或者购买商品、提供或者接受服务而给予对方单位或者个人财物的不正当竞争行为，或者有关单位或职务人员在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，索取、非法收受其他单位或个人的财物，以及介绍贿赂，依照刑法规定，应受刑罚处罚的行为。从现行法律规定看，商业贿赂犯罪的范围，应当包括《刑法》第 163 条的非国家工作人员受贿罪、第 164 条的对非国家工作人员行贿罪和刑法分则第八章“贪污贿赂罪”中的 6 个贿赂犯罪——受贿罪、单位受贿罪、行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪、单位行贿罪。这种概念和范围的界定是符合我国当前商业贿赂犯罪发展现状的，有利于司法实践对于商业贿赂犯罪的惩治。

（二）采用专题形式，有理论深度。该著作紧紧围绕商业贿赂犯罪认定及处罚中的疑难问题而作深入探讨，并不是商业贿赂知识的一般性介绍，也不是教科书式的平铺直叙。采用专题形式，着力解决目前理论界和实务中分歧较大、认识模糊的问题。如对于医生收受药商回扣或病人红包行为，各种新型商业受贿犯罪的认定，商业贿赂犯罪各种犯罪形态的确定都有详尽而具体的分析。关于每一个专题的阐述都有大量的引证资料，能够站在总揽全局的高度，进行充分的论证和评析，说理透彻。可以肯定，该书是目前有关商业贿赂犯罪理论研究中有一定影响的代表作。

(三) 研究全面、系统,重点突出。该著作共包括十二个专题,涉及多个学科领域,这些专题不仅涉及刑法学中的许多基本理论问题,而且包括刑事政策学、刑事证据学以及经济法、行政法学科等内容。就刑事法学科说,则真正体现了“刑事一体化”的思路。专题研究中,采用中外比较方法,使得内容更为全面、系统。当然,作者作为一个长期从事刑法学教学和科研工作的学者,其研究重点侧重于刑法学,因此,著作中大多数专题围绕刑法学内容而展开。这些内容涉及刑法总论中的单位犯罪、共同犯罪、犯罪停止形态、罪数形态和刑罚处罚问题,以及刑法分论中贿赂犯罪的各个罪名,运用这些刑法的基本理论,结合商业贿赂犯罪,从抽象到具体,融会贯通,表现了作者深厚的刑法学术理论功底和剖析实践问题的能力。

(四) 关注前沿问题,有助立法、司法。在经济全球化背景下,商业贿赂并不仅仅是中国社会存在的孤立问题,而是国际社会普遍存在的现象。国际社会及许多国家都有比较完善的反商业贿赂法律、法规体系和治理对策。我国也加入了联合国《反腐败公约》及《打击跨国有组织犯罪公约》等有关反商业贿赂的国际公约,根据“条约必须遵守”的原则,国际条约中的有关规定应该在中国得到贯彻和落实。我国通常采用转化适用的立法原则,因此,中国刑法应该根据国际公约的要求增设有关商业贿赂新罪。该著作从学术前沿的角度,运用比较研究的方法,对照国外商业贿赂犯罪的立法规定,就我国商业贿赂犯罪立法和司法完善提出了许多有价值的意见和建议。如建议我国刑法应增设非公职人员的间接受贿和利用影响力交易罪以及向外国公职人员及国际组织官员行贿罪,应扩大贿赂内容的范围,修改受贿罪“为他人谋取利益”要件和行贿罪中“为谋取不正当利益”要件等。在司法对策上,我国应加强国际司法合作,构建腐败资产的追回制度和缺席审判制度。类似建设性意见和建议很多。这些观点对于我国完善刑事立法和司法制度都有重要的参考价值和促进作用。

商业贿赂并非是暂时的社会现象,可以说,商品社会的发展必然会伴生该种违法犯罪问题,因此,研究商业贿赂及犯罪是一个长远的课题。卢勤忠教授的《商业贿赂犯罪研究》一书的出版将会有助于推动和深化我国刑法学界关于商业贿赂犯罪的理论研究,相信该书能成为高校师生、科研单位等广大法学理论工作者和司法实践部门重要的参考书籍。

薛进展、何萍

于华东政法大学

2008年10月20日

自 序

商业贿赂就是指在市场交易中,经营者在账外暗中给予对方单位或者个人财物或采用其他手段,以获得交易机会或有利于交易条件的不正当竞争行为。作为市场经济的顽疾——商业贿赂现象不仅在我国普遍存在,而且在法制较为健全、经济发达的资本主义国家也屡见不鲜。这种现象既不是“中国传统社会的遗留症”,也不是“市场经济的怪胎”,正如“有阳光的地方总会有黑影”一样,市场经济作为以“竞争”为核心的体制,其功利特点必然导致人们实施经济行为时带有趋利性。商业贿赂作为阳光下的黑影,伴随着市场经济的产生而产生,伴随着市场经济的发展而发展,其存在也具有必然性。当前,我国商业贿赂犯罪已成为严重破坏市场经济秩序,腐蚀国家干部队伍,侵蚀党的肌体的社会公害。

我国自改革开放以来,在由长期实行的计划经济体制向建立和完善社会主义市场经济体制转型的过程中,随着市场化进程的加快,经济成分多样化、利益主体多元化,市场竞争日益激烈,商业贿赂在一些行业和领域滋生蔓延开来,表现形式多种多样,有的还较为严重。我国政府历来高度重视依法打击各种经济违法犯罪活动,大力整顿和规范市场经济秩序,将其作为保证社会主义现代化建设顺利进行的一项重要的、长期的、经常的工作。早在 20 多年前,我国就已

开始对商业贿赂进行经济法规方面的规制。1980年10月国务院《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》提出,竞争要严格遵守国家的政策和法令,采取合法的手段进行,不得弄虚作假、行贿受贿。1981年12月《中华人民共和国合同法》第53条明确禁止利用经济合同行贿受贿。1986年6月国务院办公厅《关于严禁社会经济活动中牟取非法利益的通知》强调,国家工作人员不准在社会经济活动中非法接受任何名义的“酬金”或“馈赠”;任何单位、个人,不准向上级机关,有关单位或其工作人员“馈赠”现金或实物,不准以低于国家规定价格或象征性收费办法向其“出售”各种物品。1993年9月2日通过、同年12月1日施行的《反不正当竞争法》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。”这一法律条款明文禁止商业贿赂行为,明确了回扣的法律性质是贿赂,并且区分了折扣、佣金与回扣的法律界限,被认为是我国第一次明确规制商业贿赂的立法。1996年11月15日发布的国家工商行政管理局《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》,根据《反不正当竞争法》的有关规定,具体界定了商业贿赂的含义,即“经营者不得违反《反不正当竞争法》第8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”。“经营者在商品交易中不得向对方单位或者其个人附赠现金或者物品。但按照商业惯例赠送小额广告礼品的除外。违反前款规定的,视为商业贿赂行为”。1995年2月28日全国人大常委会通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》,真正把公司人员的受贿罪从普通受贿罪中科学

地分离出来,独立论罪。1997年《刑法》在总结以往立法、司法实践的基础上,专门设立了“贪污贿赂罪”一章,对贿赂犯罪作了全面的规定。2006年6月29日,第十届全国人大常委会第二十二次会议通过的《刑法修正案(六)》第7条、第8条将《刑法》第163条规定的公司、企业人员受贿罪的主体和第164条规定的对公司、企业人员行贿罪的对象,从公司、企业的工作人员扩大到公司、企业和其他单位的工作人员。并且在公司、企业或者其他单位人员在经济活动中收受回扣、手续费的商业贿赂行为中增加了“利用职务上的便利”的要素,从而消除了原来刑法规定中经济受贿行为是否需要具备“利用职务之便”的不明确而带来的模糊认识,罪名也相应地改变为非国家工作人员受贿罪和对非国家工作人员行贿罪。2009年2月28日,第十一届全国人大常委会第七次会议通过的《刑法修正案(七)》增设了有关“影响力交易”犯罪。

虽然我国立法一直对于商业贿赂犯罪规制较为重视,但目前我国商业贿赂犯罪发展态势仍有愈演愈烈之势,其中一个重要原因是,无论理论界和实务界,对于商业贿赂这种犯罪现象还存在着认识和理解上的困惑和障碍,理论上缺乏较为深入和充分的研讨,从而在对商业贿赂犯罪定罪量刑时难以正确把握入罪界限、准确适用刑罚。本书正是基于这种目的,对于我国商业贿赂犯罪问题特别是一些疑难和前沿问题进行了分析,以使该问题能受到充分的关注和重视,为我国惩治商业贿赂犯罪提供理论上的帮助。

本书共分为十二章。包括:第一章“我国商业贿赂犯罪概述”;第二章“我国商业贿赂犯罪的概念及其界限”;第三章“我国商业贿赂犯罪的刑事政策取向”;第四章“我国商业贿赂单位犯罪的认定及其刑事责任”;第五章“我国商业贿赂共同犯罪的认定”;第六章“我国商业贿赂犯罪停止形态的认定”;第七章“我国商业贿赂犯罪罪数形态的认定”;第八章“我国商业贿赂犯罪定罪的若干争议问题分析”;第九

章“我国当前新型商业受贿犯罪的认定”；第十章“我国商业贿赂犯罪的刑罚适用”；第十一章“我国商业贿赂犯罪的证据认定”；第十二章“我国治理商业贿赂犯罪的对策”。

本书对于商业贿赂犯罪作了全面而系统的论述，不仅着重于刑法理论上的角度，而且也涉及我国商业贿赂的刑事政策和刑事证据问题，可以说是对于商业贿赂进行刑事一体化的研究。本书也具有专题研究的性质，虽有对我国商业贿赂犯罪一般问题阐述，但更侧重于我国商业贿赂犯罪认定过程中疑难问题的剖析，如商业贿赂的单位犯罪、共同犯罪、犯罪形态、罪数形态等，从而使得研究较有理论深度。本书也紧贴当前司法实践，具有较强的现实意义和司法针对性，不仅涉及我国贿赂犯罪理论上一些较为传统的问题，如受贿罪中“为他人谋取利益”的要件属性，贿赂内容的范围及贿赂既遂、未遂等，而且也专门设立一章分析我国当前新型受贿犯罪的特点及司法认定，从而使得本书不脱离司法现实，不泛泛而谈。本书不仅对于我国商业贿赂存在的问题加以研究，而且作了中外商业贿赂犯罪的立法比较研究，通过比较，结合我国实际，找出问题，扬长避短，并在最后提出了相应的防治对策，从而为立法机关和司法部门制定相关法律、政策提供依据。

当然，由于对商业贿赂犯罪问题的认识需要随着时间推移而不断深化，目前所作研究中的某些观点和看法只是一家之言，不够成熟，对某些问题的探讨还有待进一步深入，以请学界同仁指正。特别是由于出版周期关系，书稿形成于《刑法修正案（七）》之前，目前《刑法修正案（七）》已增设了“影响力交易”等犯罪，无法进行全面研究，只能在个别地方作适当修改和调整。

本书是上海市教委重点课题项目“我国商业贿赂犯罪研究”的研究成果。本书的出版得到上海市教委的大力资助，也得到上海市哲学社会科学学术著作出版基金资助。我的硕士研究生高强、

陈小芳、张海峰、金雁、黄玲、郝斌斌、李振林等同学及高校教师班在职研究生孙绍伟、郭建华等参与课题部分研究工作,并进行初步整理和部分章节的前期写作准备,对他们的参与表示感谢。同时本书的出版也得到上海人民出版社及编辑罗湘的帮助,他们为此付出了辛勤劳动,作为编辑同仁,对于他们默默无闻地为他人作嫁衣的奉献精神表示由衷感谢。

目 录

序言	1
自序	1
第一章 我国商业贿赂犯罪概述	1
一、我国商业贿赂犯罪的社会危害	2
二、当前我国商业贿赂犯罪的特点	6
三、我国商业贿赂犯罪产生的原因	11
四、我国商业贿赂犯罪的立法演变	15
五、当前司法机关处理商业贿赂案件存在的困难	21
第二章 我国商业贿赂犯罪的概念及其界限	28
一、关于商业贿赂概念的争议	28
二、关于商业贿赂概念的剖析	30
三、商业贿赂与商业贿赂犯罪的区别	38
四、商业贿赂犯罪的构成要件问题	43
五、商业贿赂犯罪与非罪的界限	46
第三章 我国商业贿赂犯罪的刑事政策取向	50
一、治理商业贿赂的刑事政策	50
二、我国现行商业贿赂刑事政策的问题与评价	59

三、我国商业贿赂刑事政策的价值取向	64
第四章 我国商业贿赂单位犯罪的认定及其刑事责任	73
一、商业贿赂单位犯罪的认定问题	74
二、商业贿赂单位犯罪自首的认定	108
三、商业贿赂单位犯罪的刑事责任问题	117
第五章 我国商业贿赂共同犯罪的认定	125
一、自然人与自然人构成商业贿赂共同犯罪的认定	126
二、单位与单位构成商业贿赂共同犯罪的认定	149
三、自然人与单位构成商业贿赂共同犯罪的认定	162
第六章 我国商业贿赂犯罪停止形态的认定	175
一、受贿罪和非国家工作人员受贿罪停止形态的认定	176
二、单位受贿罪停止形态的认定	187
三、行贿罪、单位行贿罪和对单位行贿罪停止形态的认定	193
四、介绍贿赂罪停止形态的认定	203
第七章 我国商业贿赂犯罪罪数形态的认定	210
一、我国刑法理论关于罪数形态的认定标准	210
二、我国商业贿赂具体个罪罪数形态的认定	213
第八章 我国商业贿赂犯罪定罪的若干争议问题分析	233
一、医生收受药商回扣或病人红包行为的性质认定	233
二、任职前收受财物行为是否构成受贿罪	243
三、离职后收受财物及事后酬谢型收受财物如何认定	246
四、受贿案发前退回款项的行为如何认定	256

五、廉政账户设置是否合理的问题	262
六、接受不具体、明确请托事项的“感情投资”如何认定	269
七、“为他人谋取利益”的要件属性及其立法完善	272
八、性贿赂是否应作为贿赂的内容在刑法上加以规定	281
第九章 我国当前新型商业受贿犯罪的认定	290
一、交易型受贿的认定	290
二、收受干股型受贿的认定	303
三、合作投资型受贿的认定	313
四、委托理财型受贿的认定	318
五、赌博型受贿的认定	326
六、挂名领薪型受贿的认定	330
七、特定关系人收受财物型受贿的认定	332
第十章 我国商业贿赂犯罪的刑罚适用	348
一、受贿罪是否可以废除死刑	348
二、受贿罪设置起刑数额是否合理	362
三、行贿能否与受贿同罚	369
四、受贿罪与贪污罪同罚是否合理	377
五、商业贿赂犯罪适用罚金刑和资格刑的问题	386
第十一章 我国商业贿赂犯罪的证据认定	406
一、商业贿赂犯罪案件的证据特点	406
二、商业贿赂犯罪案件的证据分类	408
三、商业贿赂犯罪案件的诉讼证明	415
四、商业贿赂案件证据运用的问题及改进	422

第十二章 我国治理商业贿赂犯罪的对策	434
一、观点培育对策	435
二、制度完善	436
三、国际合作对策	462
参考文献	467
后记——编辑是什么?	480

第一章

我国商业贿赂犯罪概述

商业贿赂是贿赂的一种形式,即发生在商业交易活动中的贿赂,是指经营者通过给予财物等手段获取交易机会或者其他利益的不正当交易行为。一般认为,凡是在商业交易活动中,经营者及对方为了销售商品或者购买商品、提供服务或者接受服务,违反国家规定,索取、收受、约定或者给予对方财物或者其他利益,以及在双方之间介绍贿赂的,都属于商业贿赂行为。恩格斯曾指出,“商业所产生的第一个后果就是互不信任,以及为这种互不信任辩护,采取不道德的手段达到不道德的目的。”^[1]作为商业内幕的一部分,商业贿赂在世界上许多国家市场经济的产生初期,一般被视为商业习惯,甚至被称为“标准商业的传统做法”和“保证商业交易得以顺利进行的润滑剂”。1918年,美国联邦委员会向国会提交的一份报告称,该委员会查明,对职员商业性行贿,是许多行业中普遍流行的做法。随着市场经济的快速发展,现代社会已经全面成为商业社会,商业活动十分繁荣,商业竞争空前激烈,经营者在高额利润的刺激下,往往会不择手段,大量采用贿赂等不正当竞争行为。特别是20世纪70年代以来,商业贿赂愈演愈烈,肆虐全球,其金额之巨大,影响之广泛,后果之严重,是前所未有的。1977年9月28日,美国众议院向第95届国会提交的一份名为《1977年公司非法支付法案》(《UNLAWFUL COR-