

SOUTHEAST UNIVERSITY

东南大学法学学术文库

商业贿赂犯罪疑难问题研究

杨志琼 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



SOUTHEAST UNIVERSITY
东南大学法学学术文库

东南大学科技出版基金资助

商业贿赂犯罪疑难问题研究

杨志琼 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商业贿赂犯罪疑难问题研究 / 杨志琼著. —北京:
法律出版社, 2010. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1394 - 7

I. ①商… II. ①杨… III. ①商业—贪污贿赂罪—研究—中国 IV. ①D924. 392. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 207978 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贾菲

装帧设计/马帅

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/学术·对外出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2010年12月第1版

印张/7.25 字数/170千
印次/2010年12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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1394 - 7

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

“大学之道，在明德，在亲民，在止于至善”——“止于至善”四字，正是百年名校东南大学的校训。在历史上，东南大学曾经赢得“北大以文史哲著称、东大以科学名世”之美誉。而今，她正秉承校训精神，不断追求，锐意进取，力图突破以往在理工科方面所取得的卓越形象，而朝着以工为特色、多学科协调发展的综合性大学方向奋力前行。1995年，东南大学恢复法学专业、成立法律系；2006年9月，东南大学在原法律系的基础上重建法学院。通过创办法学院并大力发展其他人文学科，东南大学正不断体现着集中华人文精神与希腊科学精神为一体的“止于至善”的校训之理念，不达“至善”境界，永不止步。

东南大学法学院虽然恢复重建时日尚短，然而，东大法学却已历经百年醇厚学术传统之浸润。东大法学肇始于民国时期1928年7月成立的中央大学法学院，首任院长为民国时期著名法

学家谢冠生教授。中大法学院人文荟萃,名流云集,为东南法学一时之冠。学界、政界著名人物韩忠谟、钱端升、杨兆龙、梅仲协、史尚宽、刘克鏞、曾劭勋、黄正铭、金国鼎、范馨香、韩德培等,或曾任职于中央大学法学院,或就学于中央大学法学院,缔造了东南大学法学曾经的辉煌。

感念先贤中大法学精神,激励当下东大法学学人。当今中国,政治昌明,民生安定;经济腾飞,法治发达。东大法学如何在此盛世之下为中国的法治建设添薪加火,对当下中国法治与经济建设中的重大法律课题作出创造性回应,是今日东大法学学人所面临的历史使命。“东南大学法学学术文库”作为肩负这一历史使命而推出的一套法律丛书,以为社会贡献一批有分量的法学作品为己任,以促进法学的繁荣发展为目的,勉力为我国法制现代化建设尽绵薄之力。

通过出版“东南大学法学学术文库”,亦使社会各界加深对东大法学的了解。当今中国法学出版物急剧增多,各法学院专业院校纷纷推出了体现自身学术风格的法学丛书。然而,这只表明今日社会文明之昌明和法律文化发展之鼎盛,而不代表法学理论著作的社会需求已经饱和。事实上,与飞速发展的我国政治经济生活相比,我国法学理论研究成果的质量与数量都有待提升。金陵古城作为位于当今中国经济最为发达、市场最为广阔、活力最为强盛的长江三角洲中心之腹地,也要求生于斯长于斯的东大法学在法治经济强劲发展的当下时代发出自己的声音。东大法学文库可谓应时而生!众多法学著述的存在不但使东大法学文库的出版平添了百舸争流的竞争意味,也象征着中国法学事业的锦绣篇章又添繁花。通过出版法学文库,使东大法学的学术风貌能够以一种整体的、持续的方式呈现给大家,使社会各界加深对东南大学法学的了解,使以科学名世的东南大学在法科领域再现奇葩!通过出版文库的方式,也答谢所有曾经关心和支持过东大法学发展的前辈和朋友!毕竟,无论是东大法学学人还是东大法学院本身,都需要社会和学界各方面的关

爱和帮助!

本套丛书的选题涉及法哲学与法理学、宪法与行政法、民法与商法、经济法、刑法、诉讼法、国际法等法学各个领域。选题范围面向东南大学法学院全体教师征集稿源,重点出版优秀的法学博士学位论文、省部级以上的课题结项成果以及具有创见性的专题论著。本文库坚持以质取文,拒绝平庸之作,确保文库的高品位、高质量。凡纳入文库出版的著作必须由作者本人提出书面申请,经由编委会就专著内容、学术规范等各方面意见综合确定。我们希望,本套丛书能够成为东大法学高层次理论成果得以稳定持续成长的一方园地,成为集中展现东大法学学术传统与今日法学原创力学术作品的窗口!

“百年难得百家评,郁郁文哉动石城。虎踞龙蟠今胜昔,千秋学术在金陵。”期望东大法学学术文库的出版能够成为东大法学事业恢复重建的标志,并能延续东大法学的人文传统,超越过往,引领新时代的法治精神!

《东南大学法学学术文库》编委会

2007年6月26日

前 言

在我国,商业贿赂犯罪并不是一个法定概念,而是一个法学概念或犯罪学概念。但商业贿赂犯罪概念的非法定性,并不妨碍我们对它进行研究,或者说正由于它未被确定,所以我们可以从许多不同的角度去理解它。本书正是从新的视角来研究商业贿赂,并最终落脚于它在我国刑法中的应然性规定。

从辞义学的角度讲,商业贿赂犯罪区别于其他贿赂犯罪的主要特征在于“商业”性,因此,有关商业贿赂犯罪基本内涵的研究也应从“商业”性出发。所谓“商业”,即商事活动,是一项极具广泛性的社会活动,它不仅关系到交易双方当事人的切身物质利益,而且关系到社会交易秩序的稳定,因而历来是各国法律规制的重点。一般说来,规制商事活动的部门法包括民法、商法和经济法。其中,民法调整的是以个体为本位,平等主体间的财产关系和人身关系;商法调整的是以

社会公共利益为本位,平等主体间营利性的商业流通经济关系;而经济法调整的是以社会整体为本位,国家在管理、组织和协调经济关系中所发生的经济关系。正是由于民法、商法和经济法所调整社会关系的不同以及调整社会关系时手段和原则的差异,使他们共同构成了市场经济立法中“三足鼎立”的结构体系——三者都处于市场经济法律体系中的基本法地位,互为补充,共同调整并实现社会资源的有效分配。^①其中,民法所调整的是平等主体间非营利性的财产关系,与商业贿赂“钱权交易”本质并不符合,因而不是商业贿赂的法源;而商法调整的主要是营利性的商业流通关系,与商业贿赂的营利目的相关,因而成为解读商业贿赂的法源起点,也正是在这个意义上,笔者试图从商法的角度对“商业”进行解读,以获取“商业贿赂”的最原始意义。

从商业所崇尚的精神和信奉的理念来看,商业、商人在财富取得上信奉的是以公平、自愿、等价有偿、诚信的交换方式获得财产,反对不公平竞争。然而,公平竞争意味着市场主体只能获得平均利润,而突破公平竞争,则可能获得垄断利润。对商业利润的狂热追求,使得市场主体总是试图突破现有竞争规则,从而威胁到其他竞争者的利益和公平市场竞争秩序。当这种威胁达到一定程度,就产生了超越于所有市场主体之上、出于整体本位而对商业交易进行调整的法律——经济法,确切地说是《反不正当竞争法》。为了确保市场主体能公平、公正地进行商业交易以维持市场竞争秩序,现代各国都在《反不正当竞争法》中规定了商业贿赂行为及其处罚,一旦市场主体违背公平交易原则,必然会受到竞争法的处罚。正是在这个意义上,笔者从《反不正当竞争法》的角度对商业贿赂行为进行解读。

“有利益的地方就有犯罪。”因此,商业贿赂是任何一个国家发

^① 周林彬、任先行:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第41页。

展市场经济过程中不可避免的社会现象,也是任何国家法律所不能回避的现实。虽然笔者主张应从商法角度对“商业”的基本含义进行研究,从竞争法角度对商业贿赂进行初步的法律规制,但当商业贿赂行为的社会危害性达到一定程度,超出竞争法的调整范围,必将受到更严厉的法律惩罚,这就产生商业贿赂犯罪的刑法规制。正是在这个意义上,笔者最终落脚于规范刑法来界定商业贿赂犯罪,并论证其犯罪化的必然性。

可见,商业贿赂的法律调整应依次由“商法→反不正当竞争法→刑法”来完成。这正是本书研究商业贿赂犯罪的基点,即从商法和反不正当竞争法的角度来解读商业贿赂,在厘清其内涵的基础上对其价值取向进行定位,以便确定其在刑法中的应有地位。

目 录

前 言	1
第一章 商业贿赂犯罪概述	1
第一节 商业贿赂犯罪的概念	1
一、商法中“商业”的界定	1
二、竞争法中“商业贿赂”的界定	9
三、规范刑法中商业贿赂犯罪的界定	16
第二节 商业贿赂犯罪的刑事立法	31
一、商业贿赂犯罪刑事立法的社会 根基	32
二、商业贿赂犯罪刑事立法的法律 根据	39
第二章 商业贿赂犯罪的客体和 对象	47
第一节 商业贿赂犯罪的客体	47
一、商业贿赂犯罪的复杂客体概说	48

二、商业贿赂犯罪的主要客体	52
三、商业贿赂犯罪的次要客体	58
四、商业贿赂犯罪的选择客体	60
第二节 商业贿赂犯罪的对象	63
一、贿赂犯罪中“贿赂”范围的争议	63
二、商业贿赂犯罪中“贿赂”范围的确定	67
三、商业贿赂的主要表现形式及相关概念辨析	70
第三章 商业贿赂犯罪的客观方面	80
第一节 商业贿赂犯罪的发生场所	81
一、商业贿赂犯罪必须发生在商业交易中	81
二、商业贿赂犯罪中“商业交易”的界定	83
三、“经济往来”的实质是“商业交易”	86
第二节 商业贿赂犯罪的行贿行为	89
一、商业行贿行为具有损害竞争性质	89
二、商业行贿行为的具体方式	92
第三节 商业贿赂犯罪的受贿行为	93
一、商业贿赂犯罪受贿行为的职务要件	94
二、商业贿赂犯罪受贿行为的形式要件	103
三、商业贿赂犯罪受贿行为的利益要件	104
第四章 商业贿赂犯罪的主体	111
第一节 商业贿赂犯罪的行贿主体	111
一、竞争法中“经营者”的争议及界定	111
二、经营者的范围	117
第二节 商业贿赂犯罪的受贿主体	119
一、商业贿赂犯罪中受贿主体的争议	119
二、商业受贿罪的主体概说——商人和商事辅助人	121
三、商业受贿罪中国家工作人员的范围	127
四、商业受贿罪中相关争议主体辨析	135

第五章 商业贿赂犯罪的主观方面	141
第一节 商业行贿罪的主观方面	142
一、商业行贿罪的犯罪目的	142
二、商业行贿罪的犯罪故意	146
第二节 商业受贿罪的主观方面	149
一、商业受贿罪的直接故意	149
二、商业受贿罪的间接故意	151
第六章 商业贿赂犯罪的法律责任研究	153
第一节 商业贿赂行为的行政责任	154
一、商业贿赂行为行政处罚的规定和立法精神	154
二、行政处罚中罚款问题	155
三、行政处罚中没收违法所得问题	156
四、商业贿赂行为行政处罚的反思	159
第二节 商业贿赂行为的民事责任	161
一、我国法律对商业贿赂民事责任形式规定的 不足与补充	162
二、商业贿赂中民事责任原告与被告的确定	164
三、商业贿赂中民事责任的损害范围及其赔偿	169
四、商业贿赂中民事责任的举证责任	172
第三节 商业贿赂犯罪的刑事责任	173
一、商业贿赂犯罪中刑罚处罚的重点	173
二、商业贿赂犯罪中单位犯罪的处罚	175
第七章 商业贿赂犯罪的立法建议	178
第一节 商业贿赂犯罪的立法模式	178
一、国外商业贿赂犯罪的立法模式	178
二、我国商业贿赂犯罪立法模式研究	180
第二节 刑法中商业贿赂犯罪具体立法设计	186
一、刑法中商业贿赂犯罪条款的内涵和体系地位	186

二、商业贿赂犯罪的罪状分析	190
三、商业贿赂犯罪的刑罚设计	196
参考文献	201

第一章 商业贿赂犯罪概述

第一节 商业贿赂犯罪的概念

一、商法中“商业”的界定

商业贿赂是发生在商业交易中的贿赂行为,这是它区别于政治领域公务贿赂的关键特征,对“商业”的正确理解无疑对解读商业贿赂犯罪具有重要意义,因此,本文拟对“商业”进行多视角的解读,以加强对“商业”的了解。从法律体系看,现代意义上对“商业”进行法律规制的主要是商法,商法所确定的“商业”的内涵是我们界定商业贿赂犯罪的理论基础。

(一)对“商业”的多视角解读

“由于它未被确定,我们就可以从许多完全不同的角度去处理它。”对于什么是“商业”,不同视角可以获得不同的答案。

1. 辞义学视角下的“商业”

辞义学是根据词语约定俗成的意义、字面意义或者说它在字典里具有的意义来对词语进行解释。我国古代字书《说文解字》里介绍,“商”最初是用于度量衡的一种计时单位——“商,刻也”;后指估量、推测——“商,从外之内也”。“商”一词被引入经济生活后,与贸易活动紧密联系在一起,指相互交换和互通有无,如《后汉书》里讲,“通财鬻货曰商”。而在《考工计》里讲,“商其远近,度其有无,通四方之珍异以资之谓之商”。后来,随着商品贸易的发展和交易规模的扩大,尤其是在货币出现之后,一个以从事交易活动为职业,并从中获取一定利益的行业出现了,即“商业”,而从事这种职业的阶层也随之出现,即商人阶层。

我国古代汉语对商业的最初解释,反映了当时人们对商品交换和流通活动的基本认识,这近似于各国古代社会对于简单商品交换活动的理解。如国外许多权威性词典也将“商业”解释为商品交换或买卖行为,以及泛指货物、产品或任何种类财物的交易。如美国《布莱克法律辞典》中指出,“商业”是指货物、生产品或任何种类财物的交换。《拉威尼(Lavine)当代商法》也认为“商”是指“对各种物品的交易或交换之总括。”^①可见,在外文字中,“商业”也是指与货物交易或买卖有关的事项。

概而言之,中外文字中有关“商”或“商业”的解释大体相同,指关于商品买卖或交易的事项。这正是由于“商业”所表现的商品交易这种社会经济现象是任何形态国家都具有的普遍规律。^② 辞义学上的“商”或“商业”这一特定文字符号所传递的特定含义,为我们研究法律意义上的“商业”甚至“商业贿赂”限定了文字的内涵和外延,

^① 范健、王建文:《商法的价值、源流及本体》,中国人民大学出版社2004年版,第160页。

^② 周林彬、任先行:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第4页。

是我们在刑法上研究“商业贿赂犯罪”的起点。

2. 经济学视角下的“商业”

经济学是将“商业”作为社会再生产的一个重要过程来研究的,但对于什么是“商业”的本质,经济理论界在不同历史时期存在不同观点,代表性的有:(1)交换说。它认为商业的本质就是商品交换,即脱离于商品生产过程的独立的商业行为。(2)再销售购买说。即认为单纯的销售或购买不是商业,只有再销售购买,即把在这一方购买的东西出售给另一方的买卖,才是商业。(3)职能说。这一观点从商事活动的社会职能和作用给商业下定义的。职能说产生于垄断资本主义阶段。(4)分配说。这种观点主张把商品从生产领域向消费领域转移的活动,以及由于这种活动所引起的商品的社会性转移现象称为分配;它是从这种分配过程给商业下定义的。(5)流通说。现代商业理论多主张流通说,即认为商业是商品流通中再销售购买者的买卖活动,商业是一个特殊的经济领域。^①

可以认为,经济学意义上的“商业”是对现代社会生产过程中商品流通活动的理论概括,认为“商业”是指以营利为目的的各种商品交换行为。也就是说,“商业”是介于农业、工业等生产者与消费者之间,直接媒介财货交易,调剂供需,而从中获取利润的行业。^②显然,经济学意义上的“商业”只具有“商”的最传统的意义,即“买卖商”或“固有商”。但是应该看到,随着商品经济的日益发达,传统意义上的商品概念也日益扩展,以营利为目的的经济活动范围也日益扩大,服务、信息、技术等早已成为交易对象,因而制造业、金融业、服务业、信息贸易、技术贸易与传统商业之间的实质性差异已逐渐融合,这些都要求经济学界对“商业”概念进行扩大理解,以适应社

^① 周林彬、任先行:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第4~9页。

^② 张国键:《商事法论》,中国台湾三民书局1980年版,第4页。

会经济的发展。^① 过去我们对商业贿赂的界定也采用的是这种经济学意义上的“商业”,即认为商业贿赂是发生在“经营者为商品买卖或购买商品”的过程中。如笔者后文所述,这种商业贿赂的界定过于狭窄,有必要加以扩大解释。

3. 法学意义上“商业”的界定

法学意义上的“商业”是在对商事习惯和商事实践进行法律概括的基础上逐渐形成的,认为凡以营利为目的的事业和以营业的方式从事的行为都称为“商”。所谓“无利非商”,正是法律对商业的本质概括。

从法理上讲,商业基本包括营利性和营业性两大基本属性:^②

(1) 营利性,这是商业的主观要素,即经营某项商业的目的和动机就是为了获取一定的经济利益。而最终是否获得利益以及利益的大小与此无关。

(2) 营业性,这是商业的客观要素,即经营某项商业的目的和方式及种类。在法理上一般认为营业须具备三性:经营目的的营利性、经营时间的连续性和经营空间上的同一性。因此,那些在时间上偶尔为一次营利行为和行为种类不同的行为都排除在“营业”之外。这样,经营商业的目的在于营利,商业活动体现为营业,营利性与营业性相结合,构成商业的整体。

法学意义上的“商业”,将其概括为以营利为目的的营业性活动,是法律对“商业”质的规定性的最集中概括。它既反映了商业经济的现实,也有利于法律对商事主体和商事行为进行规制。以营利为目的的交换活动,是商人的商行为区别于公务员的公务行为的一个重要特征,也是商场不同于官场的一个重要特征,由此导致了商

① 范健、王建文:《商法的价值、源流及本体》,中国人民大学出版社2004年版,第161页。

② 周林彬、任先行:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第11~12页。