



最新法律文件解读丛书

刑事法律文件解读

【司法解释、司法解释性文件与解读】

最高人民法院 最高人民检察院关于印发《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》的通知

解读《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》

〔链接〕

解读《关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重行贿犯罪分子的通知》

解读《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》

解读《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》

解读《审理商业贿赂犯罪案件适用法律指导意见（试行）》

【审判热点问题研究】

论刑法解释的合理性

【新类型疑难案例选评】

赵军等故意杀人、抢劫案

——预谋抢劫和杀人灭口并实施的行为应如何定性

主编 / 万鄂湘 张军

2008年·第12辑
(总第42辑)

人民法院出版社

【新类型疑难案例选评】

赵军等故意杀人、抢劫案

——预谋抢劫和杀人灭口并实施的行为应如何定性

..... 黄应生 戴忠华 108

《刑事法律文件解读》2008 年总目录..... 113

图书在版编目(CIP)数据

刑事法律文件解读. 2008 年/万鄂湘, 张军主编. —北京: 人民法院出版社, 2008

(最新法律文件解读丛书)

ISBN978-7-80217-632-4

I. 刑… II. ①万…②张… III. ①刑法-法律解释-中

国②刑事诉讼法-法律解释-中国 IV. D924.05 D925.205

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 013421 号

北京人卫印刷厂印刷

787×1092 毫米 16 开 8 印张 130 千字

2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷

定价: 16.00 元

卷首语

2005年元月,《最新法律文件解读》系列(下称《解读》系列)正式出版。

《解读》系列以“解读”为重点,通过对最新出台的法律、法规、司法解释、部门规章以及重要地方性法规进行同步动态解读,为广大读者学习理解最新法律规范,正确贯彻执行法律文件,及时解决实践中的新情况新问题,提供一个全方位、多层面的法律信息平台。

《解读》系列与《司法文件选》相配套,优势互补,同时又是对《司法文件选》的拓展与深化,弥补了法规汇编类出版物没有同步阐释、解读内容的不足,突出全、新、快、准等特点,解读权威、时效迅速。

为了更好地为立法、司法和行政执法机关,特别是法院系统服务,提升《解读》系列的实用性、针对性,2008年将本着“贴近审判,服务司法”的宗旨,按照刑事、民事、商事、行政四大审判专业分立四个分册按月出版。

2008年11月20日,最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》,进一步明确了有关办理惩治商业贿赂犯罪问题。这是依法推进党风廉政建设和社会风气好转,正确理解和适用该意见,本辑特约请该意见的相关起草人进行深入而详尽的解读,以飨读者。此外,本辑还特意链接了相关的部分重要法律文件及解读,以帮助读者进一步全面掌握和了解该类型案件的法律规定。同时,也约请了一些资深法官就当前审判热点问题进行探讨,并对审判中的疑难案例作深度点评,以便读者参考和研究。

主 编 万鄂湘 张 军

特邀顾问 (按姓氏笔画为序)

王胜明 王振川 甘国屏 李子彬 张 穹 陈冀平 罗 锋 袁曙宏

专家委员 (按姓氏笔画为序)

方 向 王 晋 王运声 王利明 刘学文 刘德权 任卫华

杜万华 杜 春 宋晓明 李忠信 邵文虹 沈四宝 应松年

张益民 杨万明 杨亚平 杨传春 怀效锋 官晋东 宫 鸣

青 锋 柯良栋 胡安福 赵大光 赵秉志 姜明安 俞灵雨

高憬宏 高贵君 蒋志培 蔡稼立 樊崇义 戴玉忠

责任编辑:兰丽专

电 话:(010)67550626 邮箱:lanlizhuan@sohu.com

目 录

【司法解释、司法解释性文件与解读】

最高人民法院 最高人民检察院

关于印发《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的
意见》的通知

(2008年11月20日) 1

解读《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》

..... 逢锦温 4

【链接】

中华人民共和国刑法(节录)

(1997年3月14日) 18

中华人民共和国刑法修正案(六)(节录)

(2006年6月29日) 20

中共中央办公厅 国务院办公厅

关于开展治理商业贿赂专项工作的意见

(2006年2月8日) 21

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) 27

最高人民法院 最高人民检察院

关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重行贿 犯罪分子的通知 (1999年3月4日)	29
解读《关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重 行贿犯罪分子的通知》	30
最高人民法院 关于印发《最高人民法院关于检察机关反贪污贿赂工作若干 问题的决定》的通知 (1999年11月8日)	35
附:最高人民法院关于检察机关反贪污贿赂工作若干 问题的决定 (1999年9月17日)	36
最高人民法院 关于印发《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的通知 (2003年11月13日)	42
附:全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要	43
解读《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》... 郭清国	50
最高人民法院 最高人民检察院 关于印发《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的 意见》的通知 (2007年7月8日)	67
附:最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件 适用法律若干问题的意见	67
解读《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的 意见》	刘为波 70
广东省高级人民法院刑事审判第二庭审理商业贿赂犯罪 案件适用法律指导意见(试行) (2006年12月25日)	86
解读《审理商业贿赂犯罪案件适用法律指导意见(试行)》 丁金亮 蒋倩倩	90
【审判热点问题研究】	
论刑法解释的合理性	周德金 98

司法解释、司法解释性文件与解读

最高人民法院 最高人民检察院 关于印发《关于办理商业贿赂刑事案件 适用法律若干问题的意见》的通知

(2008年11月20日)

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院，解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院：

现将《最高人民法院、最高人民检察院关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》印发给你们，请认真贯彻执行。

附：

关于办理商业贿赂刑事案件 适用法律若干问题的意见

为依法惩治商业贿赂犯罪，根据刑法有关规定，结合办案工作实际，现就办理商业贿赂刑事案件适用法律的若干问题，提出如下意见：

一、商业贿赂犯罪涉及刑法规定的以下八种罪名：（1）非国家工作人员受贿罪（刑法第一百六十三条）；（2）对非国家工作人员行贿罪（刑法第一百六十四条）；（3）受贿罪（刑法第三百八十五条）；（4）单位受贿

罪（刑法第三百八十七条）；（5）行贿罪（刑法第三百八十九条）；（6）对单位行贿罪（刑法第三百九十一条）；（7）介绍贿赂罪（刑法第三百九十二条）；（8）单位行贿罪（刑法第三百九十三条）。

二、刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的“其他单位”，既包括事业单位、社会团体、村民委员会、居民委员会、村民小组等常设性的组织，也包括为组织体育赛事、文艺演出或者其他正当活动而成立的组委会、筹委会、工程承包队等非常设性的组织。

三、刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的“公司、企业或者其他单位的工作人员”，包括国有公司、企业以及其他国有单位中的非国家工作人员。

四、医疗机构中的国家工作人员，在药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品采购活动中，利用职务上的便利，索取销售方财物，或者非法收受销售方财物，为销售方谋取利益，构成犯罪的，依照刑法第三百八十五条的规定，以受贿罪定罪处罚。

医疗机构中的非国家工作人员，有前款行为，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

医疗机构中的医务人员，利用开处方的职务便利，以各种名义非法收受药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品销售方财物，为医药产品销售方谋取利益，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

五、学校及其他教育机构中的国家工作人员，在教材、教具、校服或者其他物品的采购等活动中，利用职务上的便利，索取销售方财物，或者非法收受销售方财物，为销售方谋取利益，构成犯罪的，依照刑法第三百八十五条的规定，以受贿罪定罪处罚。

学校及其他教育机构中的非国家工作人员，有前款行为，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

学校及其他教育机构中的教师，利用教学活动的职务便利，以各种名义非法收受教材、教具、校服或者其他物品销售方财物，为教材、教具、校服或者其他物品销售方谋取利益，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

六、依法组建的评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组的组成人员，在招标、政府采购等事项的评标或者采购活动

中,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额较大的,依照刑法第一百六十三条的规定,以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

依法组建的评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组中国家机关或者其他国有单位的代表有前款行为的,依照刑法第三百八十五条的规定,以受贿罪定罪处罚。

七、商业贿赂中的财物,既包括金钱和实物,也包括可以用金钱计算数额的财产性利益,如提供房屋装修、含有金额的会员卡、代币卡(券)、旅游费用等。具体数额以实际支付的资费为准。

八、收受银行卡的,不论受贿人是否实际取出或者消费,卡内的存款数额一般应全额认定为受贿数额。使用银行卡透支的,如果由给予银行卡的一方承担还款责任,透支数额也应当认定为受贿数额。

九、在行贿犯罪中,“谋取不正当利益”,是指行贿人谋取违反法律、法规、规章或者政策规定的利益,或者要求对方违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件。

在招标投标、政府采购等商业活动中,违背公平原则,给予相关人员财物以谋取竞争优势的,属于“谋取不正当利益”。

十、办理商业贿赂犯罪案件,要注意区分贿赂与馈赠的界限。主要应当结合以下因素全面分析、综合判断:(1)发生财物往来的背景,如双方是否存在亲友关系及历史上交往的情形和程度;(2)往来财物的价值;(3)财物往来的缘由、时机和方式,提供财物方对于接受方有无职务上的请托;(4)接受方是否利用职务上的便利为提供方谋取利益。

十一、非国家工作人员与国家工作人员通谋,共同收受他人财物,构成共同犯罪的,根据双方利用职务便利的具体情形分别定罪追究刑事责任:

(1)利用国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的,以受贿罪追究刑事责任。

(2)利用非国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的,以非国家工作人员受贿罪追究刑事责任。

(3)分别利用各自的职务便利为他人谋取利益的,按照主犯的犯罪性质追究刑事责任,不能分清主从犯的,可以受贿罪追究刑事责任。

解读

《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》

逢锦温*

2008年11月20日,最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《意见》),进一步明确了有关办理商业贿赂刑事案件的法律适用问题。这是依法惩治商业贿赂犯罪,维护市场经济公平竞争秩序,推进党风廉政建设和社会风气好转的重要举措,受到社会广泛关注。为便于理解和适用,现对《意见》的起草背景和主要内容作一解读。

一、制定《意见》的背景及意义

近年来,商业贿赂在一些领域和行业滋生繁衍并有愈演愈烈之势,严重危害我国市场经济的健康发展,危害党风廉政建设和社会风气,引起党中央、国务院的高度重视。2005年7月27日,胡锦涛总书记就治理商业贿赂作出重要批示。2006年2月8日,中办、国办

印发《关于开展治理商业贿赂专项工作的意见》。治理商业贿赂专项工作由此展开。做好这项工作,既是完善社会主义市场经济体制、维护市场经济公平竞争秩序的必然要求,也是预防与惩治腐败、推进党风廉政建设的重要内容,对于促进社会和谐稳定、实现经济社会又好又快发展具有十分重要的意义。最高人民法院高度重视此项工作,成立治理商业贿赂专项工作领导小组,将商业贿赂刑事案件法律适用疑难问题的调研作为工作的一项重要内容,适时制定司法解释或司法解释性文件。

2006年6月29日,十届全国人大常委会第二十二次会议通过了《中华人民共和国刑法修正案(六)》,对刑法有关商业贿赂犯罪的条款作了补充修改和完善,为司法机关及时有效惩治此类犯罪提供了法律依据。但是,由于商业贿赂

* 最高人民法院刑二庭审判长。

犯罪案件的特殊性和复杂性,司法机关在办案过程中仍然面临许多法律适用疑难问题,实践中因有关定罪量刑标准不明确而影响案件办理的情形也时有发生。对于治理商业贿赂专项工作面临的严峻形势和商业贿赂犯罪的严重危害,广大群众和社会各界非常关注,迫切希望采取更加有力的措施加以解决。最高人民法院、最高人民检察院根据经济社会发展和司法实践的需要,结合治理商业贿赂专项工作的要求,在深入调研、广泛征求意见的基础上制定了该《意见》。

《意见》主要明确了七个方面的问题:一是明确了商业贿赂犯罪的范围;二是在明确刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的“其他单位”范围的同时,进一步明确了“公司、企业或者其他单位的工作人员”的认定;三是明确了医药购销、工程建设、政府采购等领域中商业贿赂犯罪的刑事责任,特别是对医生“开单提成”等群众反映强烈的贿赂行为的定性问题作出明确规定;四是明确了商业贿赂犯罪的犯罪对象及其数额的认定;五是明确了商业贿赂犯罪中不正当利益的认定;六是区分了商业贿赂犯罪罪与非罪的界限;七是明确了商业贿赂犯罪共同犯罪的处理依据。

《意见》的制定和实施顺应了

社会发展要求,适应了司法实践的迫切需要,有利于依法惩治商业贿赂犯罪活动,维护市场公平竞争秩序,推进党风廉政建设和社会风气的好转,有利于促进社会和谐稳定,推动经济社会又好又快发展。

二、关于商业贿赂犯罪的范围

治理商业贿赂专项工作开展之初,对商业贿赂犯罪的范围存在不同认识,一定程度上影响着专项治理工作的开展及其效果。有的同志认为,商业贿赂犯罪仅指刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的非国家工作人员受贿罪、对非国家工作人员行贿罪。^①理由是:我国历来重视对国家工作人员贿赂犯罪的打击而轻对公司、企业人员贿赂犯罪的治理,引发这次商业贿赂专项治理风暴的导火索即“德普回扣门”事件发生在公司、企业商业活动中,八届全国人大常委会第十二次会议于1995年2月28日通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第九条对公司人员受贿犯罪作了规定,1996年1月24日最高人民法院《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》将该条罪名确定为商业受贿罪,因此,将商业贿

^① 在2007年8月27日最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(三)》通过前,该两条的罪名分别为“公司、企业人员受贿罪”、“对公司、企业人员行贿罪”。

贿赂犯罪限定在刑法第一百六十三条、第一百六十四条有充分的事实和法律根据。也有同志认为,上述理解过于偏狭,不利于专项治理工作的开展及目标的实现,商业贿赂犯罪既包括公司、企业或者其他单位人员即非国家工作人员实施的贿赂犯罪,也包括国家工作人员实施的贿赂犯罪。

经研究认为,商业贿赂犯罪并非刑法规定的独立罪名或类罪名,而是对与商业活动有关的贿赂犯罪的统称。商业活动既包括平等主体之间的商业交易活动,也包括行政管理人对相对人的商业管理活动。理解和认识我国的商业贿赂犯罪,必须立足于我国商业贿赂犯罪的现状,司法实践的客观需要及专项治理工作的要求。商业贿赂虽然发生在商业、贸易和投资等领域,但是与整个社会的现状、尤其是与政府部门的廉政程度紧密联系的。当前我国政府部门拥有相当大的经济管理职权,对社会经济生活各个领域的管理都起着重要作用,商业贿赂犯罪有相当一部分发生在国家机关(国家工作人员)从事经济管理、经济性行政审批的活动中。因而,我国的商业贿赂犯罪突出表现为商业活动主体与国家工作人员利用职权的权钱交易上。从这一点讲,治理商业贿赂的成败与否首先在于政府部门能否消除腐败,做到清正廉

洁。换句话说,商业活动领域商业贿赂行为的普遍存在,与政府官员的腐败是紧密联系的。因此,党中央、国务院把在商业活动领域发生的国家工作人员利用职权参与或干预企业事业单位经营、谋取非法利益、索贿受贿的行为作为治理商业贿赂专项工作查处的重点,既符合实际,也更有利于从整体层面加强对商业贿赂的依法治理。由此可见,商业贿赂犯罪并不局限于刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的非国家工作人员贿赂犯罪,而是涉及刑法规定的全部八种贿赂犯罪。因此,《意见》第一条对此予以明确,有利于专项治理工作的深入开展及良好效果的实现。

三、关于刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的“公司、企业或者其他单位的工作人员”的认定

刑法修正案(六)将刑法第一百六十三条、第一百六十四条犯罪的主体范围扩大到公司、企业以外的其他单位的工作人员,从而使“其他单位”的认定问题成为认定公司、企业以外的其他单位工作人员的基础性问题。我国民法通则没有对非法人组织作出系统的规定,只是规定了个体工商户、农村承包经营户、个人合伙以及企业之间不具有法人资格的联营组织体,没有对其作出相应的规定。最高人民法

院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第四十条规定：其他组织包括：（1）依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织；（2）依法登记领取营业执照的合伙型联营企业；（3）依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；（4）经民政部门批准登记领取社会团体登记证的社会团体；（5）法人依法设立并领取营业执照的分支机构；（6）中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构；（7）中国人民保险公司设在各地的分支机构；（8）经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业；（9）符合本条规定的其他组织。随着经济社会的发展，一些新兴的组织体也在不断涌现。一般意义上讲，单位是相对于自然人的组织体，但并非所有的组织体都属于刑法中的单位。刑法中的单位，既有作为犯罪主体的犯罪单位，也有作为被害人的被害单位。从刑法第一百六十三条、第一百六十四条的规定看，这里的“其他单位”，是被告人所在的单位，可以看作是被害单位。单位犯罪的主体刑法有明确规定，作为被害人的单位则法无明文，对此有的同志认为两者范围相同，有的则认为前者小于后者。我们认为，两者在内涵和外延上不尽相同，作为被害人的单位，其成立条件、形式要

件较之作为犯罪主体的单位相对宽松，因而范围也相对广泛。由于单位的形式多样，组织结构不尽相同，全面、准确抽象其一般性特征从而对“其他单位”作一般性定义存在一定困难，因而在《意见》起草过程中，吸收了有关部门的意见，只对没有争议大家形成共识的“其他单位”加以列举。从司法实践看，刑法第一百六十三条、第一百六十四条中的“其他单位”，既包括事业单位、社会团体、村民委员会、居民委员会、村民小组等常设性的组织，也包括为组织体育赛事、文艺演出或者其他正当活动而成立的组委会、筹委会、工程承包队等临时性的组织。其他没有列举的临时性组织，如债权人会议、清算组等是否属于其他单位，需要在实践中具体把握。

应当注意的是，根据最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第二条规定的“个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处”的司法精神，刑法第一百六十三条、第一百六十四条中的单位即公司、企业或者其他单位不包括从事非正当活动的组织。此外，在具体认定中，由于单位的组织形式多样，对

单位成立的要求不尽相同，那些完全具备单位的实质特征，只是由于没有依法登记或者没有经主管部门依法批准或备案，形式上存在瑕疵的，不影响对其属于“其他单位”的认定。

刑法第一百六十三条第三款规定：“国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前两款行为的，依照本法第三百八十五条、第三百八十六条的规定定罪处罚。”据此可知，国有公司、企业或者其他国有单位中的工作人员并非全都属于国家工作人员，他们虽然拥有一定的职务，具有职务上的便利，但所从事的事务并非全都属于公务，其职务便利有履行公务的职务便利和非履行公务的职务便利之分，因而就其主体身份而言，国有单位中还有一些工作人员属于非国家工作人员。《意见》第三条对此作了明确规定。从文义上讲，其他国有单位包括国家机关、国有事业单位、国有社会团体等单位。

四、关于医疗机构中商业贿赂犯罪的认定

医疗卫生事业与人民群众切身利益密切相关。近几年来，社会上关于“看病难”、“看病贵”的议论越来越多，人们对于发生在医疗

卫生领域内的商业贿赂犯罪越来越关注。司法实践中，认定医疗机构中商业贿赂犯罪面临的疑难问题，主要是医生特别是国有医院的医生利用开处方的便利收取医药产品销售方回扣或者其他利益的行为的定性问题，即通常所说的“开单提成”的定性问题。

医生利用开处方的便利收受药品回扣由来已久，已经成为医药行业见惯不怪的行规，人人皆知的陋规，是医药购销领域商业贿赂的主要表现形式之一。应当说，医务人员“开单提成”这种现象在当前具有普遍性、群体性。在查处的一些案件中，有的是从院长到普通医生都涉及其中，有的科室是医师、护士全员参与或集体收受提成。如2005年江门市新会区医院141人主动交代收受提成，其中科主任、副主任23人，支部书记1人，医师117人，占医院医师总数的70%，时间从2000年到2005年，总计110余万元。又如河北顺平县人民医院2年多时间70多名医师收受7家药商提成20多万元，涉及医院全部有处方权的科室和90%以上有处方权的医师，药房司药帮助药商统计处方也有劳务费。据不完全统计，2005年全国医务人员主动上交提成金额1050余万元，查处医药购销中的违法违纪案件216件，涉案金额约1100万元。这还不包括

一些地方搞自查自纠中上缴的钱款。如江苏泰州市纪委在2004年底2005年初查处一起案件时,组织当地医疗机构自查自纠,1120多名医师,涉案金额256万余元,又上缴了800多万元。而且,医术越好、职称越高的医生,前来求诊问医的就越多,开出的处方就越多,收受的回扣数额就越大。如天津市胸科医院一位做心脏介入手术非常有名的医生,4年中收受提成160万元。一些医生在利益驱动下,不顾患者病情需要,乱开药,开贵药,这不仅严重扰乱了市场公平竞争秩序,而且加重了患者就医负担,有的甚至危及患者生命健康和安全,人民群众及社会各界对此反映强烈。随着治理商业贿赂专项工作的深入开展,如何依法惩治此类人员成为社会关心的热点问题。

刑法修正案(六)实施前,对收取药品回扣的医生,司法机关以受贿罪追究了一些国有医院医生的刑事责任,但是,多数此类案件,检察机关没有提起公诉,实践中一般作为不正之风按违纪行为处理。究其原因,一是刑事政策方面的考量。由于牵涉医务人员数量众多,如果都因此而被追究,医疗服务必定会受到一定程度的影响,担心可能会影响到医疗队伍的稳定和医疗服务的开展;二是法律适用方面的困惑。主要是理论界和实务部门对

于医生收取药品回扣的定性分歧较大,最为突出的,就是对国有医院的医生利用处方权收取药品回扣的行为,能否接受贿罪追究刑事责任。换言之,国有医院的医生开处方的行为是否属于从事公务,从而认定国有医院的医生是否属于国家工作人员,其利用开处方的便利收取药品回扣是否利用了职务上的便利。

一种意见认为,临床医生不属于刑法规定的国家工作人员,医生处方行为是技术性的公共服务活动,而非职务性的公共管理活动,我国刑法也无关于医生利用处方权收受回扣构成犯罪的规定,因此,根据罪刑法定原则,不构成受贿罪。刑法修正案(六)实施后,由于医生的处方行为不具有职务性,因而不论医院的性质如何,医生“开单提成”的行为也不构成非国家工作人员受贿罪。

另一种意见则认为,医生开处方从表面上看是技术工作,但实质上是对药品的管理行为,因为医生不仅对药品的采购有建议权,而且对药品的使用有决定权,因此,对国有医院的医生应以受贿定罪,对非国有医院的医生则按非国家工作人员受贿罪处理。

经研究认为,《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《纪要》)规定:“从事

公务，是指代表国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体履行组织、领导、监督、管理等职责。公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。如国家机关工作人员依法履行职责，国有公司的董事、经理、监事、会计、出纳人员等管理、监督国有财产等活动，属于从事公务。那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作，如售货员、售票员等所从事的工作，一般不认为是公务。”根据《纪要》对“从事公务”的规定，医生的处方行为虽然是一种职务行为，但不具有从事公务的性质，因而不符合受贿罪的主体特征，应当按非国家工作人员受贿论处。因此，《意见》第四条根据主体身份的不同，对在药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品购销领域中发生的商业贿赂犯罪行为分别作出规定，并且对医疗机构中的医务人员，利用开处方的职务便利，以各种名义非法收受药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品销售方财物，为医药产品销售方谋取利益，数额较大的行为的定性问题作出明确规定。根据刑法第十二条规定的“从旧兼从轻”原则，刑法修正案（六）颁布实施以前医生“开单提成”的行为，依法不构成犯罪。

应当注意的是，这里的处方行

为，不包括科室主任在接受医药产品销售方请托向院里推荐或者建议采购该医药产品的行为。这种行为对国有医院的科室主任而言，属于从事公务的行为。对非国有医院而言，除认定为国家工作人员的外，均应按非国家工作人员受贿罪处理。

根据《医疗机构管理条例》、《医疗机构基本标准》的规定，医疗机构包括医院、卫生院、疗养院、妇幼保健院、门诊部、诊所、卫生所（室）以及急救站、临床检验中心、护理院（站）等机构。医务人员的范围较广，包括医疗防疫人员、药剂人员、护理人员、其他技术人员，但在这里仅限于医疗机构中享有处方权的医务人员。

五、关于教育机构中商业贿赂犯罪的认定

教材、教具、校服或者教辅资料等其他物品，在各级教育机构中属于经常性的大宗采购物品，通常由教育机构中的特定部门或者有关负责人决定或者办理。由于巨大的市场和利润诱惑，上述物品的销售商为了能够顺利达成交易，常常以回扣、劳务费、奖励等名义给予相关人员以财物。一般情况下，根据收受财物人员所在的学校和职责，可以较为顺利地解决其行为的定性问题：对具有采购职责的工作人员而言，在公立学校属于国家工作人

员,在非公立学校除委派的以外属于非国家工作人员,分别接受受贿罪和非国家工作人员受贿罪处理。存在的问题是,不具有采购职责的普通教师,在特定情形下参与或实际实施了帮助销售方销售的行为,如应销售方请托,指定学生购买某种教材或者教辅材料,或者向学校建议购买某种教材、教辅材料、教具或校服,因而收受销售方数额较大的财物。对这种行为能否追究刑事责任不无争议。

经研究认为,教学活动虽然不是从事公务的活动,但却是教师的职务活动,其利用教学活动的职务便利,以各种名义非法收受教材、教具、校服或者其他物品销售方财物,为教材、教具、校服或者其他物品销售方谋取利益,数额较大的,不论是否公立学校,均应按非国家工作人员受贿处理。当然,上述按非国家工作人员受贿罪处理的行为,应当是发生在刑法修正案(六)颁布实施后的行为。因此,《意见》第五条针对教育机构中在教材、教具、校服或者其他物品的采购等活动发生的商业贿赂犯罪,区分不同情形,分别作出规定。

六、关于工程建设、政府采购领域商业贿赂犯罪的认定

工程建设和政府采购是当前商业贿赂专项治理的重点领域。认定该领域内的商业贿赂犯罪,存在的

突出问题是如何认定评标委员会等组织的组成人员的身份,如何处理有关组成人员收受投标人或供应商财物并为其谋取利益的行为。

之所以成为问题,主要在于评标委员会等组织组成人员的特殊性,即其中包括并非招标人或采购单位工作人员的专家成员。如根据《中华人民共和国招标投标法》第三十七条规定:评标由招标人依法组建的评标委员会负责。依法必须进行招标的项目,其评标委员会由招标人的代表和有关技术、经济等方面的专家组成,成员人数为5人以上单数,其中技术、经济等方面的专家不得少于成员总数的2/3。前款专家应当从事相关领域工作满8年并具有高级职称或者具有同等专业水平,由招标人从国务院有关部门或者省、自治区、直辖市人民政府有关部门提供的专家名册或者招标代理机构的专家库内的相关专业的专家名单中确定;一般招标项目可以采取随机抽取方式,特殊招标项目可以由招标人直接确定。又如,《中华人民共和国政府采购法》规定,采用竞争性谈判方式采购的,应当成立谈判小组。谈判小组由采购人的代表和有关专家共3人以上的单数组成,其中专家的人数不得少于成员总数的2/3。采取询价方式采购的,应当成立询价小组。询价小组由采购人的代表和有

关专家共3人以上的单数组成,其中专家的人数不得少于成员总数的2/3。在招投标和政府采购中,评标委员会等组织经过评标、谈判或者询价,确定或者推荐中标候选人和成交候选人,招标人根据评标委员会提出的书面评标报告和推荐的中标候选人确定中标人。招标人也可以授权评标委员会直接确定中标人。在政府采购中,公开招标应作为政府采购的主要采购方式。采用竞争性谈判、询价等其他方式采购的,采购人根据相关竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组推荐的成交候选人确定成交供应商。因此,评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组的组成人员,在招标、政府采购等事项的评标或者采购活动中,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额较大的行为如何处理,《意见》起草过程中存在较大争论。

关于评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组的组成人员,在招标、政府采购等事项的评标或者采购活动中,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额较大的行为如何处理,《意见》起草过程中存在较大争论。

一种意见认为,国有单位依法组建的专家评审委员会中的专家成员,在评审委员会中行使评审职责的过程中,属于在国有单位中从事公务的人员,应当认定为国家工作

人员。理由是:(1)国有单位依法组建的评审委员会是国有单位针对特定事项依法成立的临时性机构,属于国有单位。(2)评审活动是国有单位管理活动的重要组成部分,属于公务活动。(3)评审专家,不论其原先身份如何,其在国有单位依法组建的评审委员会中的评审活动,属于在国有单位中从事公务活动,依法应当认定为国家工作人员。(4)行为人的身份认定与其履行职责的单位的性质密切相关,因单位性质差异导致身份差异的情形是客观存在的,符合法律规定。(5)专家成员的独立身份,一方面是指其所参与的评审活动与其原所在单位无关,尽管其中有些专家成员是由其所在单位推荐的,在评审中,除了专家自己,不代表推荐单位和其他个人。另一方面,其独立身份也是相对于评审委员会中招标人或采购人代表而言的。不能以独立身份否定其国家工作人员身份。

另一种意见认为,应当区别评标委员会等组织中代表国有单位的采购人代表和随机抽取的专家两种成员的身份,对于代表国有单位的采购人代表受贿的,按照刑法第三百八十五条受贿罪的规定处理,对于非代表国有单位的评审专家受贿的,不论其本身身份如何,均按照第一百六十三条规定处理。理由是: