

本刊特稿

外商看好中国（上海） 自贸试验区新机遇

Foreign Investors Look Forward
to the New Opportunities in China
(Shanghai) Pilot Free Trade Zone

要政策还是要改革

Policy, or reform

纵谈博论

2012年世界投资新态势

2012 World investment new
situation

政策法规

电子货币正向我们走来

E-currency is coming up

亚什兰高性能材料亚太区副总裁、上海市外商投资企业
协会副会长张保昌

Zhang Baochang, Vice President of Asia Pacific of Ashland
Performance Materials, Vice Chairman of SAEFI



Based from a recent case, this article narrated the definition of commercial bribes, the legal provisions in China and relevant implementation rules (including the implementing people and the object to be implemented, the convicted bribery scope and objective scope, etc.), and how to distinguish the border of commercial bribery and normal courtesy gift-presenting, and introduced Anti Bribery Rules issued by the world famous anti-corruption NGO Transparency International.

从某跨国药企案看 中国商业贿赂犯罪的法律规定

上海市世民律师事务所顾问 张洁敏



2013年7月11日，公安部网站刊登消息，因涉嫌商业贿赂等严重经济犯罪，某大型跨国药企（中国）投资有限

公司（以下简称“G公司”）部分高管被公安机关立案侦查。据称，G公司为达到打开药品销售渠道、提高药品售价

等目的，利用旅行社等渠道，采取直接行贿或赞助项目等形式，向个别政府部门官员、少数医药行业协会和基金会、医院、医生等大肆行贿。另据媒体报道，2013年6月27日G公司中国副总裁、法务部总监等4名中国籍高管被警方带走接受调查。

本案发生后在社会上引起很大的震动和反响，下面就中国刑法上有关商业贿赂的法律规定进行解读。

一、为什么这次被立案侦查的是G公司？

本案发生以后，有许多网民认为，在医药行业，商业贿赂问题是一个普遍存在的现象，如果不行贿就无法生存，相比国内的药企，外企已经好很多了。所以，有人就会产生这样

一个疑问，为什么这次被立案侦查的是G公司、为什么不调查其他公司？作为外国跨国公司有一种被“选择性敲打”的感觉。

要回答这个问题，我们可以通过2006年2月8日《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》（中办发[2006]9号）（以下简称“专项意见”）中的有关内容来帮助理解这个问题。

（1）中共中央在《专项意见》中提出，要明确工作重点，解决突出问题。要着力解决公益性强、与人民群众切身利益密切相关、严重破坏市场秩序的问题，重点治理工程建设、土地出让、产权交易、医药购销和政府采购等领域的商业贿赂行为。G公司所属的医药行业，正是属于符合上述条件需要被重点整治的领域。

（2）《专项意见》还指出，要突出查办大案要案，对性质恶劣、情节严重、涉案范围广、影响面大的商业贿赂案件，要依法从严惩处。在医药行业，相对于国内药企而言，跨国药企知名度高，影响大，在合规方面普遍比国内企业要做得好，所以跨国药企被选择出来做典型也就不奇怪了。

（3）同时《专项意见》还指出，要严格把握政策，维护发展大局。要从大局出发，坚持政治、经济和社会效果的统一；既要治理商业贿赂，又要保持正常生产经营，促进经济发展，维护社会稳定，推动改革和对外开放。要坚持宽严相济的政策。

综上，我们可以看出，执法部门挑选什么案件，既有政治、经济和社会效果方面的考量，还有维稳的

考虑。

因此，在中国目前的社会背景下，还无法完全做到法治。有人形容这是一种非制度化下的生存，即外资企业处在一种生存制度缺少确定性的环境，在遇到需要解决的问题时，不是依照明确而稳定的法律制度解决，而是依靠一次次的具体博弈，结果取决于每一次具体博弈的特定结果。但是尽管如此，通过这次事件，每一家外国跨国公司都应该认真反思，从中吸取教训，思考一下在进入中国这个“异乡”后，如何做到不“入乡随俗”，做到“出污泥而不染”。

二、什么是商业贿赂罪？

商业贿赂实际上属于一个法律上的术语，无论是现行的《刑法》还是《反不正当竞争法》，都未直接使用“商业贿赂”这个名称。2008年11月20日公布的《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》第一条规定，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）。

1. 商业贿赂犯罪的行贿人和受贿人

为了帮助理解，以下从犯罪的主体和客体角度出发，对上述罪名整理成如下表格：

以上所谓的“国家工作人员”，根据《刑法》第93条规定，本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。

罪名	行贿人	受贿人
非国家工作人员受贿罪 对非国家工作人员行贿罪	个人或单位	非国家工作人员
受贿罪	个人或单位	国家工作人员
单位受贿罪		国家机关
行贿罪	个人	国家工作人员
对单位行贿罪	个人或单位	国家机关
介绍贿赂罪	个人或单位	国家工作人员
单位行贿罪	单位	国家工作人员

对于什么是“公务”活动，法律上并没有明确的定义，根据2003年11月13日最高人民法院印发的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》在认定国家机关、国有公司等委派到非国有公司从事公务的人员时的解释，可以归纳为是一种从事组织、领导、监督、管理等方面的活动。

2. 商业贿赂犯罪的贿赂范围

《刑法》将贿赂的范围限于财物，但随着贿赂犯罪手段的不断变化，有些人为了规避法律，采取货币、物品以外的方式行贿、受贿。为了适应新形势下惩治贿赂犯罪的客观需要，2008年11月20日公布的《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》第七条将贿赂的范围由财物扩大至特定的财产性利益，规定“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。”但非财产性利益目前在中国还没有被作为贿赂的范围。

社会上最近对“性行贿”问题谈论得比较多，对于“性行贿”问题如何定罪，可以从以下角度去认定。如果行贿人本人或者通过他人提供性服务但没有支付财物的，不应认定为行贿罪、受贿罪。如果行贿人通过支付财物的方式提供性服务给受贿人，就应当认定为行贿罪、受贿罪。2007年1月，浙江首例嫖娼费计入受贿额案例被曝光。浙江省丽水市城市建设发展有限公司副总经理温某收受丁某包括嫖娼费在内合计3.4万元，结果作为受贿罪被判处有期徒刑一年零六个月，缓刑2年。

受贿罪	(1) 利用职务上的便利，索取他人财物；(2) 非法收受他人财物，为他人谋取利益；(3) 经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有。
非国家工作人员受贿罪	(1) 利用职务上的便利，索取他人财物；(2) 非法收受他人财物，为他人谋取利益。
单位受贿罪	索取、非法收受他人财物，为他人谋取利益。
行贿罪	为谋取不正当利益，给予国家工作人员财物。
对非国家工作人员行贿罪	为谋取不正当利益，给予非国家工作人员财物。
单位行贿罪	(1) 为谋取不正当利益而行贿；(2) 违反国家规定，给予国家工作人员回扣、手续费。
对单位行贿罪	(1) 为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业事业单位、人民团体等国有单位以财物；(2) 在经济往来中，违反国家规定，给予上述单位各种名义的回扣、手续费。
介绍贿赂罪	行为人为国家工作人员介绍贿赂。

3. 商业贿赂犯罪的客观方面

对于各种商业贿赂罪名的客观方面，可以整理成以上表格（见本页右上方）。

从这份表格可以看出，对于是否构成商业犯罪的客观方面条件，受贿方是国家机关、国家工作人员与一般的企业、非国家工作人员相比，两者并没有什么很大的区别。两者的区别主要在与构成犯罪的门槛条件以及量刑方面，前者更严格，处罚更重。

以下就是否构成商业贿赂犯罪的几个关键要点进行说明。

(1) 利用职务上的便利

最高人民法院和最高人民检察院曾经对国家工作人员的受贿罪做过多次司法解释，归纳起来有以下两点：

- a) 利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权。
- b) 利用职务上有隶属、制约关

系的其他国家工作人员的职权。

(2) 索取他人财物，或者非法收受他人财物为他人谋取利益

索取是主动的行为，无论是明示或暗示，也不管是否“为他人谋取利益”，都可以构成受贿。

非法收受他人财物是被动的行为，须同时具备“为他人谋取利益”的条件为他人所谋取的利益是否正当，为他人谋取的利益是否实现，不影响受贿的构成。只要在承诺、实施、实现三个阶段的中的任何一个阶段，都具备为他人谋取利益的要件。

(3) 谋取不正当利益

对于什么是“谋取不正当利益”，在过去公布的司法解释中曾有过多次解释规定。最新公布的司法解释，2008年11月20日公布的《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》第九条规定，

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。

三、在医药领域中如何认定商业贿赂犯罪？

过去，对于国有医院的医生利用开处方的便利收取医药公司回扣或其他利益行为的定性，在理论界和实务界都存在很大分歧。2008年11月20日公布的《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》第四条规定，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。

另外，对于医生在临床诊疗活动中收取患者红包行为如何定性的问题，目前在理论界还存在争议，上述2008年的司法解释中，没有把这类问题进行规定。

四、如何区分商业贿赂犯罪与正常的礼尚往来之间的界限

在目前，中国的相关法律规定还不是非常明确，并且处在中国这样一个崇尚礼仪的礼仪之邦，“关系”盛行，如何做到既不失礼，又不违法，相信是所有外国跨国公司所面临的一个难题。如何区分两者的界限，可能并没有一条非常清晰的红线可遵循，以下提供的资料可供参考：

1. 司法解释规定

2008年11月20日公布的《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》第十条规定，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。

最后两点：提供财物方对于接受方有无职务上的请托；接受方是否利用职务上的便利为提供方谋取利益是两个很好的判断标准。

2. 透明国际《反商业贿赂守则》

国际著名的反腐败民间组织透明国际所公布的《反商业贿赂守则》，可以为我们提供一个很好的标准。《反商业贿赂守则》在馈赠、招待方面确定了以下十条原则：

(1) 理由正当

给予礼物或招待应被作为明确的

感激行为。

(2) 不附带义务

馈赠、招待不会对接收者产生义务。

(3) 不期望回报

馈赠者或相关者不应创造任何期望，馈赠者也不应赋予馈赠过多的重要性，超过接收者的接受程度。

(4) 公开进行

馈赠如果是秘密进行，就应质疑其目的。

(5) 记录报告

馈赠、招待应予以记录并向管理层报告。

(6) 价值合理

礼物规模小；招待价值符合一般商业习惯。

(7) 适当对等

馈赠、招待性质合乎双方关系程度，符合一般商业惯例。

(8) 合法

符合当事国的法律。

(9) 符合接收方的规则

馈赠、招待符合接受组织的规则或行为规范。

(10) 适度

这种给予或接受不是送礼者和接收者之间经常发生的事情。

最后，尽管上述标准已经比较详细，但现实生活千变万化，在遇到具体问题时，有时候还会产生疑惑，在这个时候，我们应该事先及时向公司的法务合规部门确认，也可咨询外部专业的律师事务所；或者我们也可以这样扪心自问：我的这次馈赠和招待是否存在对业务关系施加不正当影响的企图？我的行为如被公众知悉，会不会令公司或员工陷入尴尬境地？如果回答是会的话，就应该避免这样做。▲