

商业贿赂犯罪疑难问题的司法适用

郑高键 郜占川

(甘肃政法学院 甘肃 兰州 730070)

【内容摘要】《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》对“谋取不正当利益”作出明确规定,但由于实践中“谋取不正当利益”形式的多样性,该司法解释的规定仍然过于原则,导致在具体案例适用中理解的差异。本文针对“谋取不正当利益”的规定提出细化适用的思考,即受贿人在接受行贿人财物后提供了违反法律、法规、规章、政策、行业规范规定的帮助,但行贿人没有提出要求的,不能认定为“谋取不正当利益”。同时,司法解释对医生构成商业贿赂犯罪在“为销售方谋取利益”方面的规定,与现行立法存在矛盾,降低了该罪的构成门槛,扩大了适用范围,值得商榷。

【关键词】商业贿赂犯罪 谋取不正当利益 司法适用
中图分类号:DF636 文献标识码:A

文章编号:1007-9106(2010)01-0074-03

2008年11月20日,最高人民法院、最高人民检察院联合发布了社会各界广泛关注的《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《商业贿赂犯罪意见》)。《商业贿赂犯罪意见》的出台有利于司法机关合法有效惩治商业贿赂犯罪,维护社会主义市场经济的公平竞争秩序。在深入分析《商业贿赂犯罪意见》的基础上,本文针对商业贿赂犯罪刑法适用过程中的若干疑难问题提出细化判断规则,期待为实务部门贯彻最新商业贿赂犯罪司法解释提供参考,对商业贿赂犯罪司法认定有所裨益。

一、商业贿赂犯罪案件“谋取不正当利益”要件认定问题

“为谋取不正当利益”要件的认定长期以来属于行贿犯罪司法实务最为困惑的问题。《商业贿赂犯罪意见》第九条对“谋取不正当利益”的内涵作出全新规定,有必要对之进行细化分析,为实务部门认定“谋取不正当利益”要件提供参考。

(一)“谋取不正当利益”要件司法解释核心内容的梳理

在早前的公务贿赂犯罪司法实践中,对于何谓“谋取不正当利益”始终存在较大争议。最高人民法院、最高人民检察院于1999年3月联合发布的《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》(以下简称《行贿犯罪通知》)第二条规定:“谋取不正当利益,是指谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益,以及要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件。但《行贿犯罪通知》的出台并未消解行贿犯罪“谋取不正当利益”的认识分歧。

基于实践中的认识分歧,新出台的《商业贿赂犯罪意见》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。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’”。《商业贿赂犯罪意见》对商业贿赂犯罪案件“谋取不正当利益”的认识进行了全新的刑法解释,对于司法机关认定行贿犯罪具有极其重大的意义^[2]。

《商业贿赂犯罪意见》第九条拓展了“谋取不正当利益”的范围,增加规定两种类型的不正当利益:(1)谋取违反规章、政策规定的利益;(2)要求对方违反规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件。可见,谋取不正当利益仍以违法性(违规性)判断为基础,第一种不正当利益类型属于违法性(违规性)利益,第二种不正当利益类型属于违法性(违规性)帮助。该种违法性(违规性)的前置规范基础可以拓展至党的政策、地方政府规章、行业规范。特别应当指出的是,行业规范应当是由全国性行业协会根据法律授权或者职责制定的规范行业行为的准则。在解释上将“行业规范”的制定主体范围限定于全国性行业协会是合理的,有利于统一违反行业规范提供帮助或者方便条件的认定,避免地区性行业协会规范差异而导致行贿犯罪法律适用上的地域性差异。

(二)行贿人“要求”对方提供违法性(违规性)帮助认定

由于“谋取不正当利益”要件对行贿目的的违法性(违规性)内涵进行了明确的说明,且范围有所扩大,故当前实

* 本文为甘肃省教育厅2009年硕士研究生导师项目“新型受贿犯罪认定若干问题研究”(项目编号:0907-03)的研究成果之一。

* 作者简介:郑高键,甘肃政法学院副教授,硕士生导师,主要从事刑事法学研究。

务部门有观点指出,刑法第389条第1款的“谋取不正当利益”要件的广义违法性内容及其判断标准,可以推而广之,适用于刑法第389条第2款“违反国家规定”的判断。我们认为,刑法第389条第2款的违法性范围,具有特定的内容,应当严格根据刑法第96条的概念解释,只包括全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令,不包括地方性法规、部门规章、政策、行业规范。并且,刑法第389条第1款“谋取不正当利益”的违法性指向不正当利益的认定,刑法第389条第2款的“违反国家规定”指向的是给付回扣、手续费的贿赂行为的性质认定,两者不能混同。

《商业贿赂犯罪意见》第九条根据惩治商业贿赂犯罪的客观需要,对不正当利益范围进行了适当调整。由于认定违法性(违规性)利益与违法性(违规性)帮助应当以前置性规范判断为依据,在刑法适用上并不存在特别的困难。难点问题在于,认定违法性(违规性)帮助的前提条件是,行贿人向职务帮助者提出“要求”。司法实践必须明确认定行贿人提出“要求”的判断规则。

谋取违反法律、法规、规章、政策规定的利益,是从行贿人的角度对谋取不正当利益进行刑法解释,而要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件,同样是以行贿人的行为作为判断依据,而非从受贿人是否实际提供帮助的角度分析不正当利益问题。“为谋取不正当利益”是行贿罪的主观构成要件,强调的是行贿人实施某种行为的目的,只能从行贿人的角度出发分析谋取不正当利益,而不能从受贿人的角度进行解释^[3]。

因此,如果行贿人谋取的利益本身并没有违反国家规定,受贿人在接受行贿人财物后提供了违反法律、法规、规章、政策、行业规范规定的帮助或者方便条件,但行贿人没有提出要求的,不能认定为“谋取不正当利益”。这意味着受贿人是否实际利用职务便利提供违法性帮助对于认定行贿罪“谋取不正当利益”并不具有决定作用,关键是必须确定——(1)行贿人明示要求受贿人提供违法性帮助;或者(2)在受贿人已提供违法性帮助的情况下行贿人具有“明知”的犯罪主观构成要件要素。

因为商业贿赂犯罪的刑事归责不能将认定行贿人主观内容的行为完全受制于他所不能掌控的受贿人的行为状况。如果受贿人的行为是合法的,行贿人就不是“谋取不正当利益”;如果受贿人违反法律,行贿人就是“谋取不正当利益”——这显然违背了犯罪故意的刑法基础理论。仅仅因为受贿人实施了违反法律的行为,就认定行贿人“谋取不正当利益”缺乏刑事证明的正当性与关联性。当然,应当重点注意的是,行贿人给付贿赂的事实足以表明其对受贿人为了其谋取不正当利益具有明知或者一定的预期,给付贿赂具有推定明知效果。故只有在行贿人提供确实的证据证明自己明示受贿人不要提供为法律、法规、规章、政策、行业规范所禁止的便利,才能证明谋取不正当利益的追求在行贿人的主观上是缺位的。

(三)特定经济环节商业贿赂犯罪案件“谋取不正当利益”的认定

《商业贿赂犯罪意见》第九条第二款将招投标与政府采

购从商业环节中抽离,独立规定该种环节发生商业贿赂案件“谋取不正当利益”的认定规则,行为人违背公平原则提供贿赂以谋取竞争优势的,应当认定为属于“谋取不正当利益”。对于该项司法认定规则,现阶段实务部门存在两种不同的理解。

实践中有观点认为,《商业贿赂犯罪意见》第九条第二款的规定意味着,在招投标与政府采购环节中,只要使用了行贿手段就是谋取不正当利益,使用行贿手段等同于谋取违法性帮助。反对意见认为,从行贿行为直接认定属于为谋取不正当利益的主观要件,在法理上并没有依据。

我们认为,《商业贿赂犯罪意见》第九条第二款独立规定了招投标与政府采购环节中的商业贿赂犯罪案件“谋取不正当利益”要件的认定规则,显然具有区别于第一款的判断模式。“两高”有关部门负责人在答记者问中亦强调《商业贿赂犯罪意见》第九条第二款属于“特别增加规定”^[4]。因此,在司法实践中不能否定招投标与政府采购环节“谋取不正当利益”判断的特殊性,即不以第一款所列举的违法性(违规性)利益或者违法性(违规性)帮助为前提。因此,在招投标等特定商业环节,商业贿赂犯罪案件“谋取不正当利益”的认定标准较其他普通环节案件而言,显然更为宽松。这不仅表现为招投标等特定环节的不正当利益判断不强调以法律或者规范为前置性违法性(违规性)判断为条件,而且认可实务部门通过行贿犯罪法益的实质解释功能对“谋取不正当利益”进行能动性解释。

当然,《商业贿赂犯罪意见》第九条第二款认定规则的特殊性并不意味着行贿即属于谋取不正当利益。商业贿赂犯罪案件“谋取不正当利益”要件核心的判断基础在于行贿人是否在“违背公平原则”的情况下通过给付财物“以谋取竞争优势”。

招投标法与政府采购法属于反不正当竞争法律规范体系,其法益在于保护公开竞标的合理竞争秩序。故投标单位采用给付贿赂手段具有违背公认的商业道德与公平原则、扰乱竞争秩序、损害竞争参与者合法权益的法益侵害性,推定符合“谋取不正当利益”要件。但是,投标单位证明其符合投标条件,尽管其向招标单位负责人、评标小组成员等送去了财物,但如果职务人员并没有泄露投标秘密,或者没有暗中提供帮助,或者没有实施倾向性的投票行为,行贿单位在竞标中符合最优中标条件,投标单位就不能属于《商业贿赂犯罪意见》第九条第二款中所指的“给予相关人员财物以谋取竞争优势”,因为其竞争优势是客观存在的。如果行贿行为与中标结果没有因果关系,行贿目的并非在于投标单位意图妨碍竞争,而是因社会不良风气的客观存在而求得心理安稳,则中标结果不能认定为不正当商业利益。绝对地以行贿手段的非法性来推论谋取商业利益的不正当性,等于完全否定了行贿犯罪“谋取不正当利益”的构成要件,故不能采纳该种认定规则。在此类行贿犯罪案件的司法认定中,应当允许存在合理反驳推定的“敞口”,以有效控制打击面,避免将没有明显妨害公平竞争的行贿人作为犯罪处理。

二、对医生构成商业贿赂犯罪在“为销售方谋取利益”要件上的认识

《商业贿赂犯罪意见》第四条第一款和第二款规定,医疗机构中的国家工作人员,在药品、医疗器(下转第79页)

3.形成大阵地、大兵团作战格局,准备打持久战

靠孤军奋战,德育难以取得好的效果。阵地战适合大兵团、多兵种作战。大兵团就是形成人人都是德育工作者的共识,把做好思想政治工作当成每个人的职责。所谓多兵种就是各个部门齐抓共管,作为一个系统工程来建设。从教师系统看,除了思想政治教育课程外,每门课程都要发挥自身的育人功能。从课程目标体系看,根据不同阶段构建不同的德育内容体系目标,内容前后保持整体的一致与和谐。从组织系统看,学校、社会、家庭分别担负起自己的职责,党委、政府和有关部门及全社会共同参与,形成工作合力。必须坚持标本兼治,满足大学生的精神文化需要,筑起抵制低俗的长堤^[5]。马克思指出:“人创造环境,同样,环境也创造人。”^[6]人是环境的产物,近朱者赤、近墨者黑。从众、上行下效、从枉走邪的现象时有发生。净化社会环境是一项长期战略任务,实践证明社会综合治理是净化社会风气,最大限度消除不利于青少年健康成长的社会因素,为青少年创造良好的生活、娱乐环境的有效办法。这项工作需要常抓不懈。建立长效工作机制,不要一时紧,一时松,要持之以恒。思想政治教

育是事关国家前途和民族命运的战略工程、基础工程,每一个思想战线的勇士们都要从这个战略高度来认识加强思想政治阵地建设的重要性。树立守土有责的观念,既要勇敢又灵要活地坚守好阵地,既要防御又要把握时机主动出击,使我们的阵地坚不可摧,越来越大。

参考文献:

- [1]李卫东.统一思想 明确任务扎实工作高质量实施高校思想政治理论课新课程方案[J].思想政治理论教育导刊 2006(增):2.
- [2]袁敏.增强高校思想政治教育的实效性[N].光明日报, 2009-05-06(11).
- [3]阎高程,李东才.用社会主义核心价值体系统领大学生思想政治教育[N].光明日报, 2009-05-9(07).
- [4]刘芳.用社会主义核心价值体系引领意识形态建设的战略思考[J].中国特设社会主义理论, 2009(4):81.
- [5]闫玉清.为了健康的文化环境[J].求是, 2009(8):50.
- [6]马克思恩格斯选集(第一卷)[M].北京:人民出版社, 1995:92.

(上接第75页)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385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,应当依照刑法第163条的规定,以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

《商业贿赂犯罪意见》第四条第一款涉及到医药产品采购过程中的受贿行为,其具体表述为“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,以受贿罪论处”。根据刑法理论的通说与汉字标点符号用法理解,该规定中“索取”和“非法收受”行为属于受贿犯罪的两种情形,按照传统刑法解释原理和司法实践中的适用,索取他人财物可以直接认定为受贿罪,不需要具备“为他人谋取利益”的犯罪构成要件,“非法收受”必须同时具备“为销售方谋取利益”的要件才能构成受贿罪,刑法采用此解释原理,是基于索贿行为的社会危害性,对国家工作人员索贿行为的主动性和收受行为的被动性在主观恶性上进行区别,一直被刑法理论界和实践界所认同,同时,《商业贿赂犯罪意见》第四条第一款的规定与刑法383条受贿罪的规定是一致的^[5]。但《商业贿赂犯罪意见》第四条第二款规定“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163条的规定,以非国家工作人员受贿罪定罪处罚”,即医疗机构非国家工作人员利用职务上的便利,索取销售方财物,或者非法收受销售方财物,为销售方谋取利益的行为,以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。刑法理论界和实务界主流观点认为,非国家工作人员受贿罪与受贿罪在客观行为方面的主要区别为,非国家工作人员受贿罪客观行为方面的“索取”和“收受财物”的行为都需要具备“为他人谋取利益”的构成要件,才能定罪。但

《商业贿赂犯罪意见》第四条第二款的规定造成刑法适用上的矛盾,即医疗机构的非国家工作人员索取销售方财物后,是否需要满足“为销售方谋利益”的要件?根据刑法关于非国家工作人员受贿罪的规定,医疗机构的非国家工作人员索取销售方财物,只有具备“为销售方谋利益”的要件才能构成非国家工作人员受贿罪,但按照《商业贿赂犯罪意见》第四条第二款的条文意思理解,医疗机构的非国家工作人员索取销售方财物,不需要其“为销售方谋利益”的要件就可以构成非国家工作人员受贿罪。

作者认为,《商业贿赂犯罪意见》中对于医生、教师构成非国家工作人员受贿罪的模式显然超越了原来该罪构成模式的限制。根据刑法文本中第163条规定,即使是在“索贿”的场合,也仍然需要以“为他人谋取利益”为要件,而《商业贿赂犯罪意见》中取消了该要件,降低了该罪的构成门槛,扩大了适用范围。《商业贿赂犯罪意见》第四条第二款的解释属扩大性解释,与刑法文本第163条规定相矛盾,违背了罪刑法定原则,应属于无效解释。

参考文献:

- [1]徐盈雁.“两高”有关部门负责人就商业贿赂刑案适用法律意见答记者问[N].检察日报, 2008-11-25-3.
- [2]徐岱,马宁.商业贿赂犯罪的刑事实体法完善[J].当代法学, 2009(2).
- [3]卢勤忠.我国商业贿赂犯罪的立法与完善[J].东方法学, 2008(4).
- [4]最高人民法院、最高人民检察院有关部门负责人就《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》答记者问[N].人民法院报, 2008-11-25-4.
- [5]李翔.对商业贿赂犯罪司法解释的若干质疑[J].政治与法律, 2009(6).