

商业贿赂犯罪研究

【内容摘要】 商业贿赂犯罪近年来在经济领域中呈现上升势头,并造成严重的社会危害,因而被列入国家近期重点打击的对象。然而,对何谓商业贿赂,商业贿赂违法与犯罪的界限等一些理论问题必须从理论上加以澄清,本专题就商业贿赂与商业贿赂犯罪的区别、商业贿赂罪与非罪的界限等展开讨论。

【关键词】 商业贿赂 罪与非罪 立法比较 立法完善

商业贿赂与商业贿赂犯罪的区别

● 龚培华*

商业贿赂是伴随着商品经济的发展而出现的一种社会现象。治理商业贿赂、惩治商业贿赂犯罪,首要的前提是准确界定商业贿赂以及商业贿赂犯罪的概念。本文拟在梳理理论界各种观点的基础上,结合立法规定,探讨商业贿赂与商业贿赂犯罪的概念。

一、商业贿赂的概念界定

商业贿赂作为经济活动中的一种现象,据学者考证,最早出现在 19 世纪中叶,其起源是西方国家的铁路运输部门为增加货运量而付给托运方或其代理人一定数额的回扣。^① 作为学理概念,商业贿赂一词则是竞争法上的一个术语。对于商业贿赂的概念表述,主要有理论层面与立法

* 作者单位:上海市人民检察院。

① 马松建:《论商业贿赂犯罪的立法完善》,《检察理论研究》总第 24 期。

层面两方面。

(一)商业贿赂概念的理论表述

理论界对于商业贿赂概念的表述,可谓众说纷纭,有的学者认为商业贿赂是指在经济活动中经营者为争取交易机会而采用财物或其他物质性手段收买特定的单位或个人,使其利用便利条件与之成交,为其牟利的行为。^①有的学者认为商业贿赂行为是指经营者在市场交易中,采取秘密手段向交易相对方的负责人、代理人、采购人员以及对交易业务具有决定权的人给付财物或其他利益,以引诱他们在交易活动中作出有利于行贿者的决定,达到促成交易或取得经营上的便利,以挤掉同业竞争者或使自己占有经营优势的竞争行为。^②此外,有学者认为,商业贿赂仅仅指我国《刑法》第385条第2款规定的受贿罪,也可称为经济受贿。^③有学者认为,商业贿赂应当沿用国外惯例,仅指我国刑法第三章中的公司、企业人员受贿罪、中介组织人员受贿罪、对公司、企业人员行贿罪。^④

从以上理论界对商业贿赂概念的各种表述可以看出,在商业贿赂概念表述上既有共同点,也存在不同点。对以下几方面的问题,则需要进一步明确:

一是商业贿赂的主体。上述有关商业贿赂的概念界定大多将商业贿赂的主体限定为包括个人和单位在内的经营者,但也有观点认为,商业贿赂主体包括商业行贿人、商业受贿人和介绍贿赂人。商业贿赂的主体是单一的还是多元的,成为商业贿赂概念中的一个争议问题。笔者认为,商业贿赂的主体应当包括行贿和受贿两方面,且都包括单位法人在内。至于介绍贿赂的个人与单位,可以成为依附于商业贿赂一方的非独立主体。

二是商业贿赂的目的。上述有关商业贿赂的概念界定大多明确了商业贿赂的目的。商业贿赂是否应当具有特定目的,成为一个需要明确的问题。笔者认为,商业贿赂作为一种直接故意行为,总是有其目的的。商业贿赂概念中未明确其行为目的,并非表示行为目的不存在。至于具体的商业贿赂行为,可能有各种各样的目的。并且,商业贿赂的行贿方与受贿方各自的目的不同的。但是,行贿方的目的可以概括为在商业交易活动中取得利益,而受贿方的行为目的就是获取贿赂。

三是商业贿赂的行为特征。笔者认为,商业贿赂的行为特征,从行贿方说,就是给予交易相对人以财物或其他利益。而受贿方的行为特征,是索取或收受财物或其他利益。双方的行为相对于其他第三方,一般是隐蔽的,但并非必须具有隐蔽性。

四是商业贿赂的行为领域。上述有关商业贿赂的概念界定大多将商业贿赂的行为领域限定为市场交易、经营活动或商业活动等特定领域。问题是商业贿赂的行为领域,是否必须是具有竞争性的商业领域。笔者认为,商业贿赂是发生在商业领域,具体而言是商业交易领域的不正当竞争行为,但并不要求商业贿赂行为只能存在于竞争性的商业领域。在垄断性领域同样可能存在商业贿赂。

五是商业贿赂的行为性质。笔者认为,商业贿赂与商业贿赂犯罪并非违法行为与犯罪行为的简单对应。商业贿赂是具有特定法律意义的独立的法律概念,而商业贿赂犯罪只能说是犯罪

① 陈春建:《对商业贿赂行为的再认识》,《工商行政管理》2001年第21期。

② 邓启惠:《对商业贿赂行为的探析》,《山东经济》1996年第2期。

③ 童伟华:《受贿罪的构造》,兰州大学出版社2004年版,第89页。

④ 陈兴实、付东阳:《论新刑法中受贿罪的分类》,《求是学刊》1997年第6期。

学意义上的某类犯罪概念,并非是刑法上独立的犯罪概念。

(二)商业贿赂的立法规定

在我国,关于商业贿赂的法律是在市场经济体制初步确立、市场竞争机制基本形成的背景下逐步建立起来的。1993年9月2日第八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过的《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》),第一次规定了商业贿赂。该法第8条规定:“经营者不得采用财物或其他手段进行贿赂以销售或购买商品。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,必须如实入帐。接受折扣、佣金的经营者必须如实入帐。”在《反不正当竞争法》出台以后,1996年11月,国家工商行政管理局发布《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》(以下简称《暂行规定》),第一次以部门规章的形式明确了商业贿赂的概念。该规定第2条明确:“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。前款所称财物,是指现金和实物,包括经营者为销售或者购买商品,假借促销费、宣传费、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义,或者以报销各种费用等方式,给付对方单位或者个人的财物。第二款所称其他手段,是指提供国内外各种名义的旅游、考察等给付财物以外的其他利益的手段。”

应当说上述有关商业贿赂的法律以及部门规章的规定,基本明确了商业贿赂的概念。但仍然有以下两个问题需要进一步明确:

一是商业贿赂的范围。《反不正当竞争法》将行贿与受贿一并纳入商业贿赂的范围,而《暂行规定》对商业贿赂概念的界定,单从文字表述来看,主要是指经营者的行为,即行贿行为。并且,无论是《反不正当竞争法》,还是《暂行规定》,都没有明确商业贿赂是否包括介绍贿赂行为。笔者认为,尽管《暂行规定》第2条对商业贿赂概念的表述只是指经营者的行贿行为。但是,联系《暂行规定》的第4条规定,即“任何单位或个人在销售或者购买商品时不得收受或者索取贿赂”,表明商业贿赂既包括行贿,也包括受贿。至于商业贿赂是否包括介绍贿赂,由于立法没有明确规定,因此,从法律上说,介绍商业贿赂并不具有独立的法律地位。

二是商业贿赂的内容。《反不正当竞争法》明确,商业贿赂是“采用财物或其他手段进行贿赂”。《暂行规定》进一步对“财物”和“其他手段”作了解释,其中,其他手段的内容,是指提供国内外各种名义的旅游、考察等给付财物以外的其他利益。问题是财物以外的其他利益,仅指财产性利益,还是包括其他非财产性利益。笔者认为,从文字上理解,“贿”即财物。“赂”即赠送财物。“贿赂”即私赠财物而行请托。因此,贿赂的内容在文字上是指财物。但是,《反不正当竞争法》对商业贿赂的内容,在财物之外又列举了其他手段,说明商业贿赂的内容不限于财物。而《暂行规定》解释的财物以外的其他利益,从其列举的旅游、考察等,尚难以确定是否包括非财产性利益。但是,从反不正当竞争的原理理解,其他利益应当既包括财产性利益,又包括其他非财产性利益。

(三)商业贿赂的概念界定

通过对以上有关商业贿赂理论观点的汇总、立法规定的描述,以及存在争议问题的分析,笔者认为,在我国,对于商业贿赂概念的界定,应当注意把握以下几点:首先,要立足于立法的规定。既然立法已对商业贿赂及其法律责任作了规定,商业贿赂就不仅仅是理论层面的问题,而是具有法律后果的具体法律行为。对于立法明确的法律术语,离开法律规定讨论其概念,是不合适的。

其次,要体现立法的目的。既然立法是从反不正当竞争的角度对商业贿赂作出设定,并且,立法的目的是为了制止商业领域的不正当竞争行为。因此,违背立法目的对商业贿赂的概念进行界定,会不适当地扩大或缩小商业贿赂的范围。再次,要符合贿赂的本质特征。商业贿赂是反映在商业领域的贿赂,是贿赂的一种表现形式,其本质还是贿赂。对商业贿赂概念的界定,应当反映贿赂的本质特征。

基于以上三点,笔者认为,商业贿赂是指在商业活动中,交易的一方为取得交易而给予对方以财物或其他利益的不正当竞争行为,以及交易的另一方利用职权索取、或为他人谋取利益,收受财物或其他利益的违背职权行为。商业贿赂是商业行贿与商业受贿的集合概念。商业贿赂具有五方面的基本特征:

一是商业贿赂的主体不是单一的,而是多元的。商业贿赂中,商业活动交易的双方,一方是商业行贿或被索贿方,另一方是商业受贿或索贿方;并且,商业贿赂的双方既可以是单一的个人或单位,也可以是复数的个人或单位。

二是商业贿赂的范围既包括行贿,又包括受贿,这是有商业贿赂主体多元性决定的。介绍商业贿赂存在于商业贿赂中,但并不具有独立的法律意义与地位。

三是商业贿赂双方都是直接故意行为:行贿方为了在商业交易活动中取得利益而给予财物或其他利益;受贿方索取财物或其他利益,或收受财物或其他利益而为他人谋取利益。

四是商业贿赂的内容具有广泛性。商业贿赂的内容既包括财物,也包括财产性利益以及其他非财产性利益。

五是商业贿赂是具有法律意义的概念。尽管商业贿赂的概念仅为部门规章所确立,但《反不正当竞争法》是商业贿赂的基本法律渊源。商业贿赂具有独立的法律意义。

二、商业贿赂犯罪的概念界定

明确了商业贿赂的概念,并不意味着同时也就明确了商业贿赂犯罪的概念。如上所述,商业贿赂是具有特定法律意义的独立的法律概念,而商业贿赂犯罪并非是刑法上独立的某种具体犯罪的概念。

(一)商业贿赂犯罪与商业贿赂罪

犯罪是指具有社会危害性、由刑法明文规定、应受刑罚处罚的行为。“犯罪”这一概念较为强调抽象的否定评价意义。“罪”,是指某个具体的刑法分则规定的犯罪,或某一种类的犯罪。其中,某个具体的犯罪,称为个罪。某一种类的犯罪,称为类罪。刑法分则中的具体罪名,即为个罪,如盗窃罪、抢劫罪等。而刑法分则中的类罪,也表述为某某罪,而非某某犯罪,如侵犯财产罪、渎职罪等。理论与实务中,我们习惯将商业贿赂构成犯罪的称为商业贿赂犯罪或商业贿赂罪。事实上,在我国刑法中商业贿赂罪并不独立存在。因此,商业贿赂罪的提法是没有刑法根据的。而商业贿赂犯罪的提法,如果作为与商业贿赂违法相对应的概念,并无不当。但是,如果作为刑法意义上的类罪,同样是没有刑法根据的。由此可见,商业贿赂罪或商业贿赂犯罪的概念,在刑法罪名体系中,无论是个罪罪名,还是类罪罪名都是不存在的。当然,将与商业贿赂有关的犯罪统称为商业贿赂犯罪,在学理上也并非不可以。如同人们习惯将与经济有关的犯罪称为经济犯罪,商业贿赂犯罪的概念,在学理上还是可以接受的。但是,称为商业贿赂罪是不合适的。并且,不能将商业贿赂犯罪简单地理解或对应于刑法中的某一类或某几种罪。

(二)商业贿赂犯罪的概念

由于商业贿赂犯罪既非规范的法律术语,又非刑法上具有个罪或类罪意义的规范的法定罪名概念。因此,对商业贿赂犯罪的概念,在犯罪名称内涵层面上作出明确的界定,既是困难的,也是没有必要的。当然,这并不妨碍在学理上对商业贿赂犯罪的概念进行界定。事实上,我国刑法学界对商业贿赂犯罪的概念作出了多种归纳与解释。如“商业贿赂犯罪是指发生在商品购销过程中的犯罪”^①,等等。只是这些对商业贿赂犯罪概念的界定,对于理解商业贿赂犯罪的范围、准确认定商业贿赂犯罪并无实际意义。因此,笔者主张,对商业贿赂犯罪给出一个明确的概念并无必要,或者可以简单地认为,商业贿赂行为构成犯罪的就是商业贿赂犯罪。商业贿赂犯罪的概念本身在刑法意义上并不重要,重要的是明确商业贿赂犯罪的范围,明确商业贿赂成立条件与商业贿赂犯罪构成要件的区别。

(三)商业贿赂犯罪的范围及其构成要件

关于商业贿赂犯罪的范围,刑法学界大多认为,既包括刑法分则第八章国家工作人员受贿犯罪,也包括刑法分则第三章公司、企业人员行贿、受贿犯罪。但也有观点认为,商业贿赂犯罪仅指公司、企业人员行贿、受贿犯罪。笔者认为,作为犯罪的商业贿赂,其范围应当对应于刑法中全部的贿赂犯罪。因为刑法中的国家工作人员受贿与公司企业人员受贿是以犯罪主体身份划分的,而商业交易领域的贿赂犯罪,其主体既可以是国家工作人员,也可以是公司、企业人员。因此,商业贿赂犯罪在范围上具体应当包括受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪、单位受贿罪、单位行贿罪、对单位行贿罪、公司企业人员受贿罪、对公司企业人员行贿罪,以及《刑法》第229条第2款规定的中介组织提供虚假证明文件(受贿)罪。需要说明的是,在商业贿赂违法行为中,法律对介绍贿赂行为并没有单独予以规定,可以按共同违法行为认定。但是,刑法对于介绍贿赂行为构成犯罪的,单独作为犯罪予以规定。因此,商业贿赂犯罪包含介绍贿赂罪。

最后,需要简要说明的是,商业贿赂违法行为与商业贿赂犯罪行为,在具体构成要件上是有差别的。根本差异在于贿赂的内容,商业贿赂违法行为包括非财产性利益,而商业贿赂犯罪只限于财物及财产性利益;并且,商业贿赂行贿不以谋取不正当利益为前提,但商业贿赂犯罪中的行贿罪必须以谋取不正当利益或违反国家规定为前提。

^① 李卫红、王国宏:《论商业贿赂犯罪》,《中外法学》1996年第2期。