

论商业贿赂违法行为与犯罪行为的界限 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_AE_BA_E5_95_86_E4_B8_9A_E8_c122_485342.htm 【摘要】

在集中治理商业贿赂的刑事政策指导下，对于商业贿赂的司法治理与理论研究深入进行。正确界定商业贿赂违法行为与犯罪行为的界限不仅从宏观上对和谐社会建设有重要意义，而且从微观上对遏制、惩罚洗钱犯罪 also 具有重要意义。正确处理商业贿赂违法行为与犯罪行为之间的关系必须顺应和谐社会建设要求，贯彻宽严相济的刑事政策。 【关键词】商业贿赂；违法行为；犯罪行为；界限 根据新世纪新阶段中国经济社会发展的新要求和社会出现的新趋势、新特点，我们所要建设的社会主义和谐社会，应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。和谐社会六个方面的内容都需要法治予以保障，而刑事法治是重要的也是最终的保障。“和谐”是动态的，是内含着犯罪、违法等不和谐因素的和谐状态。和谐社会与犯罪并不直接发生作用，二者通过刑事法治实现对接。2005年12月20日，胡锦涛主持召开中共中央政治局会议，研究部署2006年党风廉政建设和反腐败工作，首次公开明确地提出要集中开展商业贿赂专项治理行动，由此开始了对商业贿赂的重点整治。惩治商业贿赂，必须正确界定商业贿赂违法行为与犯罪行为的界限，这不仅从宏观上对建设和谐社会有重要意义，而且从微观上对遏制、惩罚洗钱犯罪 also 具有重要意义。商业贿赂对和谐社会建设的危害非常严重。从经济层面上看，商业贿赂违背社会主义市场经济的基本原则，破坏市场秩序，妨碍公平

竞争和资源的合理配置，增加企业经济成本，不利于经济健康发展。从政治层面看，商业贿赂腐蚀国家机关工作人员和企业事业从业人员，滋生腐败现象和经济犯罪，严重损害党和政府的形象。2006年10月31日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过的《中华人民共和国反洗钱法》和《刑法修正案（六）》的规定保持一致，也将贪污贿赂犯罪列为洗钱犯罪的上游犯罪。商业贿赂作为一种在司法实践和刑法理论中广泛运用的概念，刑法分则并没有规定以其为罪名的个罪。商业贿赂犯罪是由散布于刑法分则特定章节中的若干罪名组成的。依法享有公共管理权的单位及其工作人员是商业贿赂的主体，其在经济交往中实施的商业贿赂行为以受贿罪等贪污贿赂犯罪罪名处罚。贪污贿赂犯罪可以成为洗钱罪的上游犯罪，也就是说商业贿赂犯罪中的某些具体罪名可以构成洗钱罪的上游犯罪。正确界定商业贿赂违法行为与犯罪行为的界限，对遏制、惩罚洗钱犯罪也具有重要意义。

一、商业贿赂违法行为的内涵（一）商业贿赂违法行为的相关立法 商业贿赂违法行为是伴随着商品经济的发展而出现的一种社会现象。新中国第一次使用“商业贿赂”概念的立法是1993年9月2日公布的《中华人民共和国反不正当竞争法》。其中，第8条规定了商业贿赂违法行为的性质，第22条规定了商业贿赂违法行为的法律责任。1996年11月15日国家工商局令第60号公布的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》对违法意义上的商业贿赂概念进行了界定：“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。”（二）商业贿赂违法行为的内涵 根据《元照英美法词典》的解释，违法意义上的商业贿赂(Commercial bribery)是指在不公平的商业活动中，买卖一方以给付对方雇员或代理人利益的方式击败其他竞争对手的行为。商业贿赂违法行为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。商业贿赂违法行为具有以下特征：1、商业贿赂违法行为发生在经济交往中。此“经济交往”应参考2004年《联合国国家及其财产豁免公约》关于经济交往的相关规定。所谓经济交往是指：(1)为销售货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易；(2)任何贷款或其他金融性质之交易的合同，包括涉及任何此类贷款或交易的任何担保义务或补偿义务；(3)商业、工业、贸易或专业性质的任何其他合同或交易，但不包括雇用人员的合同。2、商业贿赂违法行为的主体。商业贿赂违法的主体具有多元性。商业贿赂违法行为的行贿主体是商主体及其工作人员，行贿对象表现为经济交往中行贿主体以外的其他主体，其中不仅包括经济交往中的其他商主体及其工作人员、享有公共管理权的单位及其工作人员，也包括消费者。3、商业贿赂违法行为的目的。商业贿赂违法行为的目的表现为多种形式，且行贿者与受贿者之间的目的不同。但是，实质上，行贿者的目的可归纳为在商业交易活动中取得利益，而受贿者的目的则表现为获取非法利益。

商业贿赂违法行为的构成要件要求行贿者与受贿者主观上具有一定的目的才能认定其成立。二、商业贿赂犯罪行为的内涵

（一）商业贿赂犯罪行为的相关立法 中华人民共和国关于商业贿赂犯罪行为的立法肇始于1952年中央人民政府颁布的《中华人民共和国惩治贪污条例》。1979年刑法中规定了受贿罪和行贿罪。二者虽没有使用“商业贿赂犯罪”的概念，但对于惩治商业贿赂犯罪都进行了规定。1995年2月28日通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》将公司董事、监事或职工的受贿罪从公职受贿罪中分离出来，立法进一步细化。1997年《中华人民共和国刑法》（以下简称刑法）第163条关于公司企业人员受贿罪、第164条关于对公司、企业人员行贿罪的规定，是针对商业贿赂犯罪的立法，但是其仍不能满足司法实践中治理商业贿赂犯罪的需要。2006年6月29日全国人民代表大会通过的《刑法修正案（六）》分别对1997年刑法第163条规定的公司、企业人员受贿罪的犯罪主体作了扩大的修改和对第164条规定的对公司、企业人员行贿罪的犯罪对象进行了扩大的修改。将受贿主体和行贿对象由“公司、企业人员”修改扩大至“公司、企业或者其他单位的人员”。

（三）商业贿赂犯罪行为的内涵 商业贿赂犯罪不是严格以法律规定为前提的概念，它既不是一个具体的个罪名称，也不是一个类罪名称，而是发生在经济领域中的贿赂犯罪的集合名称。商业贿赂犯罪行为是商主体及其工作人员在经济交往中，为销售或购买有形商品或无形服务而向商主体及其工作人员或依法享有公共管理权的单位及其工作人员许诺或提供不正当好处，以获取交易机会或有利交易条件，严重危害社会而应受到刑法处罚的行为。商业贿赂犯罪行为具有以下特

征：1、商业贿赂犯罪行为侵犯的客体是复杂客体，是主要客体和次要客体的统一。商业贿赂犯罪侵犯的主要客体是商主体及其工作人员、依法享有公共管理权的单位及其工作人员的职务廉洁性。商业贿赂犯罪行为侵害的次要客体是公平的市场经济秩序。商业贿赂犯罪正是通过对商主体及其工作人员、依法享有公共管理权的单位及其工作人员职务廉洁性的直接侵犯，实现了对公平的市场秩序的侵犯。2、商业贿赂犯罪行为的客观方面表现为商主体及其工作人员向其他商主体及其工作人员或依法享有公共管理权的单位及其工作人员许诺或提供不正当好处，以获取交易机会或有利交易条件，严重危害社会而应受到刑法处罚的行为。商业贿赂犯罪行为既要符合具有“严重的社会危害性”这一实质的犯罪特征，又要符合刑事法律的规定这一形式上的犯罪要件。3、商业贿赂犯罪行为的主体。商业贿赂犯罪的受贿主体为商主体及其工作人员以及享有公共管理权的单位及其工作人员。商主体是商事法律关系主体，是指依法参与商事法律关系，能够以自己的名义从事商业行为，享有权利、承担义务的人。商主体及其工作人员，包括商自然人、商合伙、商法人及其工作人员。享有公共管理权单位的工作人员的范围，包括机关法人、事业单位、法律法规授权的享有公共管理权的组织中的工作人员。商业贿赂犯罪的受贿主体是否包括享有公共管理权的单位及其工作人员的探讨对于理清商业贿赂犯罪的界限具有重要意义。从理论上讲，认为商业贿赂犯罪与公职贿赂犯罪是交叉关系的学者，一般认为商业贿赂犯罪受贿的主体包括依法享有公共管理权的单位及其工作人员；认为二者是全异关系的学者，一般认为商业贿赂犯罪受贿的主体不

包括依法享有公共管理权的单位及其工作人员。从刑事政策层面看，治理商业贿赂犯罪是作为反公职腐败的重点提出的，因而依法享有公共管理权的单位及其工作人员是商业贿赂犯罪的受贿主体，这有利于商业贿赂治理过程中各方的统筹、协调。从司法实践看，见诸媒体的商业贿赂犯罪案件的受贿主体相当一部分是依法享有公共管理权的单位及其工作人员。法律的生命在于运用，良好的法律和将良好的法律付诸实施是法治的要件。法治离不开法律的实施，其最终形态也必然是法律的实施，因此必须重视法律实施的重要样态??司法实践。司法实践是执行较高层次刑事政策的必然物质结果。刑法理论来源于司法实践，也必须服务于司法实践。商业贿赂犯罪主体的确定应充分尊重司法实践，因而商业受贿的主体不仅包括其他商主体及其工作人员，而且包括依法享有公共管理权的单位及其工作人员。

三、商业贿赂违法行为与犯罪行为的界分标准

（一）商业贿赂违法行为与犯罪行为界分的原则

1、顺应和谐社会建设的要求 集中开展商业贿赂专项治理的刑事政策是国家与社会针对商业贿赂行为发展到不能容忍阶段的现实而提出的原则、方针或具体措施。作为刑事政策保障的刑事法治是尊重基本道德权利的正义要求。刑事法治的正义性是以尊重基本道德权利为基础的。在建设社会主义和谐社会的过程中，刑事政策与刑事法治对基本道德权利的尊重有特殊意义。作为和谐社会的特征，充满活力、安定有序为刑事法治厘定了界限要求：刑事法治要保障安定有序的局面以确保经济活力的充沛。这就要求在集中治理商业贿赂的刑事政策下，以刑事法治确保秩序的维护，从而为社会主义市场经济发展提供宽松、稳定的环境，最终实现保

障经济自由的目的。商业贿赂惩治过程中违法行为与犯罪行为的界分，既要注重刑事法律对经济发展保驾护航的作用，同时也要防止刑罚的严厉性对于商业活动统得过死，不必要的增加商业活动管理的成本。这就要求既要重视刑法的保障性，又要符合刑法的谦抑性，防止不必要的扩大犯罪圈，最终实现经济稳定、高效的发展。

2、贯彻宽严相济的刑事政策

商业贿赂违法行为与犯罪行为的界分应宽严相济，区别对待。所谓“宽严相济”的刑事政策，是指针对犯罪的不同情况，区别对待，该宽则宽，该严则严，有宽有严，宽严适度。“宽”不是法外施恩，“严”也不是无限加重，而是要严格依照《刑法》、《刑事诉讼法》以及相关的刑事法律，根据具体的案件情况来惩罚犯罪，做到“宽严相济，罚当其罪”。“宽严”必须根据社会情况的不同而灵活掌握，而不能与当时的社会情况相脱离。在界分商业贿赂违法行为与犯罪行为的过程中，应严格按照刑法与刑事诉讼法的规定，将符合商业贿赂犯罪具体罪名的行为作为犯罪处理。对于不符合其犯罪构成的行为，如果符合商业贿赂违法行为的条件则应对其予以行政处罚。商业贿赂行为构成犯罪抑或违法的标准应与当下的社会环境相适应，与正在进行的商业贿赂专项治理行动的要求和背景相结合。例如，对于一些领域和行业中带有一定普遍性、涉案人数众多的案件，要充分考虑办案的政治影响和社会效果，坚持打击少数，教育和警示大多数。

（二）商业贿赂违法行为与犯罪行为在构成上的界分

1、二者侵犯的客体不同。

商业贿赂违法行为主要侵害的是社会主义市场经济中公平竞争的原则。对商业贿赂违法行为进行规制的行政法律，侧重的是对于公平竞争秩序的保护，通过行

政手段惩治商业竞争中违背公平原则的行为，实现经济的良好运行。商业贿赂犯罪的各具体罪名侵害的客体是复杂客体，其主要客体是商主体及其工作人员、依法享有公共管理权的单位及其工作人员的职务廉洁性，打击商业贿赂犯罪的刑事法律侧重的是对公务活动廉洁性的保护。2、二者客观行为表现方式不同。商业贿赂犯罪除了主动索取贿赂构成受贿罪或者构成公司、企业人员受贿罪的以外，被动受贿情形下的受贿罪以及公司、企业人员受贿罪的成立必须以受贿者利用职务之便为他人谋利益为要件。“为他人谋取利益”，是指行为人收受他人财物，利用职务之便为他人或者许诺为他人实现某种利益，该利益合法与否、是物质利益抑或非物质利益等均不影响相关犯罪的成立。商业贿赂违法行为的构成则并不要求必须具备“为他人谋取利益”的条件，只要收受者主观上明知是他人给与自己的贿赂而收取，商业受贿违法行为即可成立。3、二者主体不同。商业贿赂违法行为中的行贿主体，一般表现为经济交往中参与市场竞争的单位或个人。商业贿赂违法行为的构成要件对行贿对象没有过多限制，只要是处于经济交往之中的单位或个人，均可成为商业贿赂违法行为的行贿对象。甚至针对消费者实行商业行贿也可以构成商业贿赂违法行为。即商业贿赂违法行为的行贿对象不仅包括其他商主体的工作人员、依法享有公共管理权的单位及其工作人员，而且还包括广大不特定的消费者。商业贿赂犯罪的行贿主体，一般表现为经济交往中参与市场竞争的单位或个人即商主体及其工作人员。商业贿赂犯罪的受贿主体则较之商业贿赂违法中的受贿主体范围较窄，包括其他商主体及其工作人员、依法享有公共管理权的单位及其工作人

员。4、二者构成的数额标准不同。商业贿赂相关犯罪，例如公司、企业人员受贿罪，对公司、企业人员行贿罪等罪名属于结果犯中的数额犯，达到法定数额是犯罪构成的要件。如果商业贿赂行为犯罪情节显著轻微，危害不大的，依照刑法第13条的但书规定，该行为不认为是犯罪，而仅仅构成商业贿赂违法行为。商业贿赂违法行为对于数额的要求要低于商业贿赂犯罪行为。（三）数额标准作为商业贿赂违法行为与犯罪行为界分的要素 - 以折扣为例 鉴于数额标准作为商业贿赂违法行为与犯罪行为界分的要素在司法实践中运用的混乱，此处特别对其予以探讨。商业贿赂的表现形式多种多样。其中，折扣在市场经济交往中所占比例较大，是常见的商业资金往来形式。为准确、有力地打击商业贿赂，理清商业贿赂违法与犯罪的界限，拟以折扣为例对商业贿赂违法行为与犯罪行为予以界分。折扣是指在经济交往中，由于交易数量较大、货物存在瑕疵或为及时收回货款等原因，商主体在所成交的价款或实物上，给买方一定比例减让的优惠。《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第6条规定：“经营者销售商品，可以以明示方式给予对方折扣。经营者给予对方折扣的，必须如实入帐；经营者或者其他单位接受折扣的，必须如实入帐。”依照该项规定，区分作为正常商业行为的折扣和作为商业贿赂表现形式的折扣，其标准是是否“如实入帐”。如果经济交往双方对于折扣没有如实入账，“数额较大”成为界分商业贿赂违法行为与犯罪行为的一个重要指标。折扣分为折扣销售、销售折扣和销售折让。（1）折扣销售是指卖方在销售货物或提供劳务时因买方购货数量较大等原因而给予买方的价格优惠。给与或者收受折扣销售是否构成商

业贿赂犯罪，其中的一个指标是是否达到“数额较大”。由于折扣销售是一种经济交往手段，这里数额的认定不能采用简单的成本核算法，即不能简单地以成本作为判断折扣销售和商业贿赂的界限，而应综合考虑折扣销售中交易的具体背景、交易的频率、获得价格优惠的一方交易主体对于优惠价款的处理情况、给予价格优惠的交易方与对方的关系、交易成本等情形予以具体判断。（2）销售折扣是指销售环节完成后的折扣，是为了鼓励买方及早偿还货款而协议许诺给予买方的一种优惠。销售折扣与其说是一种价格优惠，不如说是一种商业妥协。这种妥协是在双方合意已经形成、交易价格已经确定后双方就货款的优惠达成的另一合意，是一种融资关系而不仅仅是一种买卖合同关系。因此，销售折扣的目的和功能在于金融融资。销售折扣的“数额”是否达到商业贿赂犯罪的标准，应以此目的与功能为目标和界限，以金融融资的必要性和合理性作为商业贿赂犯罪界限的衡量判断标准。销售折扣给予对方的优惠应以同期银行利率为参照，上浮不得超过一定比例，法律应对此比例予以明确规定，以提供法律标准。（3）销售折让是卖方由于质量问题而给予买方的优惠，此种优惠也是发生于货物销售以后。认定销售折让中的“数额”，重点在于将交易标的物可允许存在的质量问题控制在一定范围之内，同时因卖方销售的商品或服务的质量问题而享有销售折让的主体也必须符合一定的比例。通过一定单位数量的标的物允许存在的质量问题的比例和因商品、服务存在的质量问题而享有销售折让的买方的比例两重标准确定销售折让构成商业贿赂犯罪的“数额”标准。四、结语

正确、合理的界定商业贿赂违法行为与犯罪行为，对于更有

力的开展当前正在进行的治理商业贿赂专项斗争、构建社会主义和谐社会有着重大意义。商业贿赂违法行为与犯罪行为的界分，要注重将刑法的保障性与谦抑性相结合，顺应社会主义和谐社会建设的需要，贯彻宽严相济的刑事政策。商业贿赂违法行为与犯罪行为的界分，既要准确区分商业贿赂违法行为与犯罪行为在构成上的差别，同时在司法实践中，对于“数额较大”作为商业贿赂违法行为与犯罪行为界分的要素也要予以充分重视。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com