

# 西门子医疗商业模式的法律困境

上海市恒业律师事务所 施扬 律师

根据路透社 5 月 3 日报道，西门子旗下医疗部门涉嫌在中国大陆贿赂医院使用其高价医疗产品，遭到国家工商总局调查。5 月 4 日晚间，国家工商总局新闻发言人表示，“国家工商总局没有展开对西门子公司商业贿赂的调查，也没有接受相关媒体的采访。”而西门子公司也通过官方渠道表示，“事实情况是：上海市工商行政管理部门的一个分支机构正在对西门子医疗实验室诊断业务的市场与业务模式进行了解，该模式在全球行业内被普遍采用。与最近媒体报道的情况相反，这一工作并未涉及任何腐败问题，也与任何个人利益无关。西门子已经在积极配合工商部门开展工作，以期尽快消除有关部门的疑虑，完成这一工作。”

虽然国家工商总局和西门子公司均对商业贿赂的调查予以了否认，但是在遭受了葛兰素史克事件的冲击后，外资公司在医疗领域的一举一动均格外引人关注。那么，西门子公司具体做了什么让市场格外关注，它的这一商业模式是否涉嫌商业贿赂呢？

## 备受争议的“卖耗材送设备”模式

根据相关媒体报道以及对相关业内人士的询问，我们了解到上述新闻报道中提到的业务模式是一种“卖耗材送设备”的模式，即医疗设备企业通过赠送医疗设备或给予医疗机构免费使用来换取向其独家提供设备耗材的权利。

据业内人士介绍，这是一种在这个行业比较普遍的商业模式。对于医疗机构而言，由于很多医疗设备的价格高昂，如需要购买的话则需要前期投入很大的资金。随着医疗需求的日益提高，越来越多的医疗机构需要购买这些设施，因此很多地方的卫生行政部门也乐于见到有企业免费赠送设备。另一方面，对于医疗设备的供应商，通过赠送设备而取得长期稳定地供应耗材的权利，虽然会让短期内的利润吃紧，但长期而言仍能够获得巨大利益。

那么这样一种看似“共赢”的合作模式，为何备受争议，陷入到了商业贿赂

的漩涡中呢？让我们回归到商业贿赂的相关法律规定上来进行分析。

## 商业贿赂的法律定义

根据 1993 年实施的《反不正当竞争法》第八条的规定，“经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在帐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帐外暗中收受回扣的，以受贿论处。”在 1996 年国家工商总局发布的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》（以下简称“暂行规定”），其第一条就对商业贿赂进行了明确的定义：“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。”在 2007 年中央治理商业贿赂领导小组发布的《关于在治理商业贿赂专项工作中正确把握政策界限的实施意见》（以下简称“实施意见”）中，则对商业贿赂定性为：“在商业活动中违反公平竞争原则，采用给予、收受财物或者其他利益等手段，以提供或者获取交易机会或者其他经济利益的行为。”

根据上述现行的法律定义，“卖耗材送设备”的商业模式与商业贿赂具有一定的相似性。在这种商业模式中，医疗设备供应商为了销售其耗材而采用通过赠与医疗设备等方式“贿赂”医院。而供应商往往会要求其拥有排他的耗材供应权利，不允许其他第三方向医院供应耗材，这的确在一定程度上有违公平竞争的原则。

在上述法规中的，也有条款明确了商业贿赂和普通赠送的界限。《暂行规定》第八条规定，“经营者在商品交易中不得向对方单位或者其个人附赠现金或者物品。但按照商业惯例赠送小额广告礼品的除外。违反前款规定的，视为商业贿赂行为。”《实施意见》中也明确了附赠与商业贿赂的界限：“商业活动中，可以依据商业惯例送小额广告礼品。违反规定以附赠形式向对方单位及其有关人员给予现金或者物品的，属于商业贿赂。”由此可见，赠送价格高昂的医疗设备则明显不属于“依据商业惯例送小额广告礼品”。

## 特殊的“商业贿赂”

虽然“卖耗材送设备”的商业模式看似有着商业贿赂的高度嫌疑，但是是否认定却一直备受争议。不同于普通理解中的商业贿赂，在这种模式中并没有任何个人受贿，只有医院作为交易主体之一进行了所谓的“受贿”。而在我国的商业贿赂法律体系中，交易对象也的确可以作为受贿的主体，这是我国这一法律体系中的一个独特之处。

在我国刑法中，受贿的主体大多是个人。唯一的例外是单位受贿罪，但其也仅限于国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，并不存在非国有单位的受贿定罪。但是在商业贿赂的相关法律体系中，无论交易主体是属于国有亦或是民营，均可以是商业贿赂的受贿对象。

我国的这一做法也与世界其他国家和地区有着明显的区别。德国《反不正当竞争法》第 12 条对商业贿赂的规定中，明确接受贿赂的主体是经营企业的雇员或者受托人<sup>1</sup>。而在中国参与的《联合国反腐败公约》中，其规定“直接或间接向以任何身份领导私营部门实体或者为该实体工作的任何人许诺给予、提议给予或者实际给予该人本人或者他人不正当好处，以使该人违背职责作为或者不作为”均应认定为对私营部门的贿赂。之所以其他国家和地区的立法强调受贿的主体是企业的领导实体、雇员或者受托者而不是企业本身，主要是因为立法者认为企业本身完全有权对自己的商业经营作出特别安排，即以接受所谓的“商业贿赂”来给予特定交易对手相对于其他潜在的交易对手更加优惠的交易条件。而企业本身的这种行为，与其称为商业贿赂，不如说是以不同的交易条件对待交易对手<sup>2</sup>。

## 反不正当竞争法的革新需求

从现在的角度来看，出台于 1993 年的反不正当竞争法有着先天的立法缺陷。1993 年召开的中共十四届三中全会通过了《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》，标志着社会主义市场经济体制的确立。而随着市场经济的确立及发展，有着“经济宪法”之称的反不正当竞争法对于规范市场行为，维护市场稳定具有重要的作用。但由于当时社会正处于从传统计划经济转向市场经济的过

---

<sup>1</sup> 根据 1997 年 8 月 31 日的《反腐败法》规定，商业贿赂改由《刑法典》规定，《反不正当竞争法》第 12 条被删除，但《刑法典》在实体规定方面基本上未做变动。

<sup>2</sup> 唐晋伟：《德国商业贿赂的经济法规制极其对我国的启示》

程中，对市场经济的了解并不全面深入，因此导致了当初的立法显得简陋过时。而我国市场经济在这二十多年来迅猛发展，各种商业模式不断创新、层出不穷，让原有的立法更加难以适应。

回顾商业贿赂的立法体系，原有立法过于注重贿赂的外部行为要件，即只要有财物或其他手段进行馈赠来获取交易机会，即构成商业贿赂。但反观其他国家和地区的立法，可以发现定义商业贿赂或其他不正当竞争的手段时均会将外部行为与内在动因有机的结合在一起。《瑞士联邦反不正当竞争法》在第2条中将不正当竞争的行为定义为：“每种影响竞争者之间或者供需方之间的欺罔的或者以其他方式违背诚实信用原则的行为。”而《保护工业产权巴黎公约》和《反不正当竞争示范条款》一般条款的构成也以工商业诚实惯例为核心。因此，我们可以发现其他国家或地区的相关立法均从民法上引入或新创出诸如“忠诚勤勉义务”、“诚实信用”、“诚实惯例”、“职业道德”、“职业审慎要求”、“专业审慎要求”等规范性概念，构成条款的内核，彰显其核心价值<sup>3</sup>。而在商业贿赂立法中，这些均是对企业的领导实体、雇员或是受托人的内在要求。

反观我国的商业贿赂法律体系，恰恰是忽视了上述不正当竞争行为的内核，从而导致了立法不适宜地将企业本身也作为了受贿的主体。在这样的立法体系下，我们将很难区分企业的正常商业模式以及商业贿赂。如果我们将企业让渡自身的某些利益来换取更大的商业空间均视作为商业贿赂，那么将会对企业的自我控制权产生根本性的破坏，任何非等价的交易均会受到商业贿赂的指控，这对市场经济的健康稳定发展将会产生不利的影响，而这并不是《反不正当竞争法》的立法初衷。

（完）

2016年1月8日

---

<sup>3</sup> 郑友德、伍春艳：《我国反不正当竞争法修订十问》。