



漢坤律師事務所

汉坤法律评述

融贯中西·务实创新

2017年12月4日



“药法”还是“反法”？

——上海医药行业近期两大商业贿赂案件的法律解读

朱敏 | 黄颖

近日，上海市工商行政管理局网站上公布了两份有关商业贿赂的行政处罚决定，在业内引起轩然大波。考虑到两起处罚案例均是上海执法部门在差不多时间作出，但在法律适用和处罚标准上却存在很大差异，且被处罚企业的部分业务模式在业内也较为常见，因此，两个处罚案件也很自然引起了行业内企业的普遍关注。对比两个案例，我们从法律解读的角度可以挖掘一些很值得探讨的问题。

一、案件基本梳理

2017年11月27日，上海工商局发布了对中美上海施贵宝制药有限公司（“**施贵宝**”）的处罚信息。《行政处罚决定书》显示：施贵宝于2015年8月27日，支付上海交通大学医学院附属新华医院心血管内科主任参加“欧洲心脏病学会”往返英国伦敦的商务舱机票费用共计人民币57,095元。期间，新华医院心血管内科，向中美施贵宝采购“福辛普利钠片（蒙诺）”等6种药品，合计价值人民币772,536.25元。至案发，当事人违法所得为人民币772,536.25元。基于此，上海市杨浦区市场监督管理局（“**杨浦局**”）判定施贵宝的上述行为，违反了《中华人民共和国药品管理法》（“**《药品管理法》**”）第五十八条第二款的规定，对其处以没收违法所得人民币772,536.25元，再行罚款人民币10万元（“**施贵宝案**”）。

2017年12月2日，上海工商对泰凌医药信息咨询（上海）有限公司（“**泰凌医药**”）作出了处罚决定。在药品推广销售过程中，泰凌医药通过在职医药代表向采购药品医院的相关科室及其相关人员给付利益以促进药品销售数量。泰凌医药根据医院采购药品的数量核算费用，该费用以“会务费”、“推广费”等名义出账后由在职医药代表以会议赞助、科室聚餐、赠送礼品等形式给付至医院相关科室及其相关人员。从2014年至案发，泰凌医药总计向医院相关科室及其相关人员给付利益金额为人民币58,958,614元，产生的药品销售收入人民币313,144,116.30元，实际违法所得人民币11,427,014.69元。基于此，上海市工商行政管理局检查总队（“**市局检查总队**”）认定其违反了《中华人民共和国反不正当竞争法》（“**现行《反法》**”，以区别于已于2017年11月4日颁布并将于2018年1月1日正式实施的新《反法》）第八条第一款，构成了商业贿赂，对其处以没收违法所得人民币11,427,014元，罚款人民币180,000元（“**泰凌医药案**”）。

对比上海工商局近期公开的上述两起医药行业的商业贿赂案件，我们发现两案都存在以会议赞

助等形式将费用支付给医院相关科室及相关人员的情节，但在处理时，施贵宝案中杨浦局适用的是《药品管理法》，而在泰凌医药案中市局检查总队适用的则是现行《反法》。

更值得讨论的是，上述适用法律的不同，再加上食药监部门和工商行政部门对于“违法所得”存在不同认定标准（下文具体讨论），是否最终导致了处罚口径上的巨大差异。在施贵宝案中，杨浦局认定施贵宝违法所得为人民币 772,536.25 元，对其处罚也是人民币 772,536.25 万元，处罚金额与被认定违规的 6 种药品的价值总额相等。而在泰凌医药案中，市局检查总队认定泰凌医药的药品销售收入人民币 313,144,116.30 元，实际违法所得人民币 11,427,014.69 元，而最终没收的违法所得则为人民币 11,427,014 元，与实际违法所得的金额相同。

二、两起处罚案件中的几个基本法律问题

1. 《药品管理法》和《反法》：优先适用哪个法律？

现行《反法》是规范市场竞争行为的基本法，《药品管理法》则是特定的药品行业和领域的基本法律。虽然两部法律都由全国人大常委会制定，属于同一位阶上的法律，但就处理药品流通领域的商业贿赂而言，我们认为，《药品管理法》相对于现行《反法》属于特别法，按照《立法法》第九十二条的特别法优先一般法原则，应当优先适用《药品管理法》。

一个很明显的事实是，目前为止，工商行政部门在处理商业贿赂违法案件时，几乎都约定俗成地直接适用《反法》第八条和第二十二条，可以说在很大程度上已经形成了某种执法的惯性思维，从而完全忽略了《药品管理法》中居然还有这么一条也是规范商业贿赂行为的条款。实践中，也一直没有人对此提出质疑和讨论，《药品管理法》第八十九条基本沦为了一个“沉睡的条款”。[笔者注：经我们最大努力的检索，可查的少数例外是“浦市监案处字 [2015] 第 150201312766 号”行政处罚决定和“镇工商润分案字（2005）第 007 号”行政处罚决定书。]

2. 《药品管理法》和《反法》：对商业贿赂如何规定？

现行《反法》第八条规定构成商业贿赂的构成要件之一为“销售或者购买商品”目的，新修订的《反不正当竞争法》也规定“以谋取交易机会或者竞争优势”为商业贿赂的其中一项构成要件。但据《药品管理法》第五十九条的规定，药品的生产企业、经营企业和医疗机构及其代理人 and 职工只要存在收受他人利益即构成违法行为，并不要求存在“销售或者购买商品”或“谋取交易机会或者竞争优势”的商业目的。

因此，依据《药品管理法》，商业贿赂行为更加容易被认定。换言之，《药品管理法》对于商业贿赂行为的处罚门槛更低，从而使其认定的商业贿赂范围也就更大。从这个意义来说，不管是出于执法惯性还是有意忽视，工商行政部门之前一直没有援引《药品管理法》处罚商业贿赂案件，其实是抬高了自己的执法标准。

3. 食药监部门和工商行政部门：“违法所得”如何认定？

《药品管理法》第八十九条和现行《反法》第二十二条都将“没收违法所得”作为对商业贿赂的处罚，但是食药监部门和工商行政部门对“违法所得”的认定却存在不同看法。

2007 年 2 月 8 日国家食药监局在对江西省局的批复（国食药监法〔2007〕74 号）中对“违法所得”做了解释，认为：“一般情况下，《药品管理法》、《药品管理法实施条例》中的‘违法所得’，

是指‘实施违法行为的全部经营收入’。”

但在 2008 年 11 月 21 日国家工商行政管理总局发布的《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》第二条规定：“工商行政管理机关认定违法所得的基本原则是：以当事人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入扣除当事人直接用于经营活动的适当的合理支出，为违法所得。本办法有特殊规定的除外。”

上述规定已经写的很清楚，食药监部门将实施违法行为的“全部经营收入”认定为“违法所得”，而工商行政部门则认为“全部收入扣除相应的合理支出后的部分”才属于为“违法所得”。两个部门对于“违法所得”的认定标准完全不一致。

4. 食药监部门和工商行政部门：谁该适用《药品管理法》？

上述关于食药监部门和工商行政部门就“违法所得”不同标准的讨论，并不想把大家带到一个认识误区，即《药品管理法》是食药监部门的事情，而《反法》是工商行政部门的事情。换言之，《药品管理法》显然不是食药监部门一个部门的法律，它的法律适用主体可以包括食药监、工商（药品广告和不正当竞争行为管理）、发改委（药品价格管理）和卫计委（临床试验机构管理）等。

其实，从法律解释角度来说，我们认为，国家食药监局在 2007 年对江西局就“违法所得”所做的答复，并不是对现行《药品管理法》第八十九条作出立法解释，这份答复仅仅是食药监部门在协调自己的执法口径，理论上对包括工商行政部门在内的其他执法部门并无直接效力。因此，工商行政部门哪怕是援引《药品管理法》第八十九条对商业贿赂行为实施处罚，也是可以忽略食药监部门的答复意见的。

当然，施贵宝案处罚决定书中没有披露太多的案件情节，让我们无从判断施贵宝通过公益捐赠模式操作（从处罚决定书证据四和五推断）最终还是遭致处罚的内在逻辑是什么，以及杨浦局是否采用了食药监部门的“违法所得”认定标准。或许，这可能也是杨浦局适用《药品管理法》而非《反法》对施贵宝施以处罚的一个原因。

三、两起处罚案件释放的监管信号

2016 年 12 月，平安夜央视曝光上海和湖南的医药代表事件，点燃了后续政府监管部门对医药流通领域医药代表制度开展大整顿的导火索。时隔一年左右，上海市场监管部门再次放大招，接连在官网发布两起颇具影响力的商业贿赂案件的处罚结果，再一次释放了监管部门在医药流通领域严厉打击商业贿赂等违规行为的明显信号。这两起案件，其实并非是执法部门即将开展相关整顿工作的起因，而恰恰是一段时期以来严格监管下的必然结果。

从市场监管部门传递出来的信息，以及近段时间以来客观呈现的整体执法态势，无疑都体现出了执法部门对商业贿赂等违规案件在监管上日益严格的趋势。在这点上业内企业不可抱有任何侥幸心理，无论是对法律法规和政策的解读，还是内部合规制度建设和业务路径合规尺度的掌握上，我们都建议企业从严要求和把握。

最后，还是轻松一点吧，做一个关于“三局合一”的无厘头联想。在上海，区县层面已经实现了工商、食药监和质监的“三局合一”，但市局层面尚未整合。这次市局检查总队仍然适用《反法》处罚泰凌医药案，而杨浦局则是援引《药品管理法》处罚施贵宝案，不知道跟“三局合一”是否有些关联？事件中那些有趣的偶然，谁说得清楚呢……

● 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤朱敏律师(+8621-6080 0955; min.zhu@hankunlaw.com)联系。