



《反不正当竞争法》修订草案送审稿解读之商业贿赂篇

唐志华 | 朱敏

2016年2月25日，国务院法制办公布了《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》（“《修订草案》”），实施23年的现行《中华人民共和国反不正当竞争法》（“现行法”）迎来首次大修。现行法是在1993年国家由计划经济向市场经济转轨的大背景下出台的，随着改革的不断深入，许多规定已无法适应我国市场经济的发展。国家工商总局于2003年就已启动现行法的修订工作，但此后一直在修改完善中。此次修改内容涉及现行法33条中的30条，其中删除7条，新增9条，共35条，其中一大亮点是修订了商业贿赂的有关规定。

一、 修订对比

相关条款修订前后对比如下表：

现行法律法规	修订草案
<p>现行法第8条：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。经营者销售或者购买商品，可以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。</p> <p>《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》（“《暂行规定》”）第2条：商业贿赂是指经营者为销售或购买商品为采用财务或者其他手段贿赂对方单位或者个人的行为。</p>	<p>第7条：经营者不得实施下列商业贿赂行为：</p> <p>（一）在公共服务中或者依靠公共服务谋取本单位、部门或个人经济利益；</p> <p>（二）经营者之间未在合同及会计凭证中如实记载而给付经济利益；</p> <p>（三）给付或者承诺给付对交易有影响的第三方以经济利益，损害其他经营者或消费者合法权益。</p> <p>商业贿赂是指经营者向交易对方或者可能影响交易的第三方，给付或者承诺给付经济利益，诱使其为经营者谋取交易机会或者竞争优势。给付或者承诺给付经济利益的，是商业行贿；收受或者同意收受经济利益的，是商业受贿。</p> <p>员工利用商业贿赂为经营者争取交易机会或竞争优势的，应当认定为经营者的行为。有证据证明员工违背经营者利益收受贿赂的，不视为经营者的行为。</p>

<p>现行法第 22 条：经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，监督检查部门可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款，有违法所得的，予以没收。</p>	<p>第 20 条：经营者违反本法第七条规定的，监督检查部门应当责令停止违法行为，根据情节处以违法经营额百分之十以上百分之三十以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。</p>
---	--

二、《修订草案》解读

1. 贿赂“第三方”的曲线途径明确违法

现行法及《暂行规定》仅将商业贿赂的认定范围指向“对方单位或个人”，而《修订草案》则不仅包括“交易对方”，即传统意义上的受贿主体，也纳入了“可能影响交易的第三方”，例如交易对方的上级或亲属，母公司或关联公司的管理人员，对交易活动有相关决策权的公务人员等等。在实践中，一些利诱影响交易第三方的行为已由工商总局和最高院先后以答复等形式，明确定性为商业贿赂，此次以立法形式予以确定。例如：医院通过给付“介绍费”、“处方费”等诱使其他医院的医生介绍病人到本院做 CT 检查的行为；商场为吸引旅行社和导游人员组织旅行团到商场购物，以“人头费”、“停车费”等名义给付旅行社和导游一定财物的行为；啤酒公司以给付现金等方式向酒店服务员回收啤酒瓶盖，诱使服务员向顾客推销其产品的行为；保险公司向学校支付保险“代办手续费”并诱使学校向学生推销保险的行为等等。值得注意的是，这里只要具有这种“可能影响交易”的因素存在即可，经济利益实现与否在所不论。这就在一定程度上扩大了认定和打击商业贿赂的范围，赋予了执法机构更大的自由裁量权。

2. “员工行为”不再是抗辩理由

在执法实践中，很多被处罚对象往往会以相关行为系员工个人行为为由进行抗辩，试图据此规避公司的商业贿赂责任。《修订草案》采用了类似于民事责任追究中过错推定原则的逻辑，规定员工利用商业贿赂为经营者争取交易机会或竞争优势的，应当认定为经营者的行为；若有证据证明员工违背其利益收受贿赂的，经营者则无需为员工的受贿行为承担责任。而如何通过“证据证明”员工行为违背其利益，则对公司的内部合规制度建设和要求，提出了更多的挑战。我们预计这也将成为市场主体加强内部合规政策的制定和合规的培训的推动力。

3. “承诺给付”也是商业贿赂

现行法规定实际给予、收受商业贿赂的要承担法律责任，但对承诺、提议给予商业贿赂的行为未作出规定。《修订草案》则将商业贿赂的行为方式统一概括为“给付或承诺给付经济利益”，借鉴了美国《海外反腐败法案》的类似认定原则，将“承诺给付经济利益的”行为也认定为商业贿赂，扩大了商业贿赂行为的范围。

《修订草案》的规定使得一些备受争议但却没有明确法律适用的商业模式也被纳入商业贿赂的规制范围。例如在食药行业相当普遍的“赠设备+卖耗材/原材料”的商业模式，根据《修订草案》，医械企业向医院赠送医疗设备换取医院采购其医疗耗材或者食品企业向零售商赠送食品加工设备换取零售商独家购买食品原材料的行为，很大程度上将被认定为是通过给付经济利益谋取交易机会的商业贿赂行为。

4. “未如实记载”即存在风险

在实践中，很多公司的合同制备（尤其是格式商业条款和业务合同）非常完善，但实际履约行为却并不完全相符；会计做账和账目处理中也存在财务记账科目与实际经营行为不能完全匹配的情形。合同条款或会计凭证与事实的不一致，有可能是工作疏漏所致，但也不排除故意而为。例如医药产品的购货方将其获得的商业折扣明示并入账，但并未用于冲减购货成本，而是将其计入“其他应收款”、“其他收入”等科目并用于其他开支目的。这一行为存在借商业折扣之名而行收受回扣之实的嫌疑，执法实践中已经广泛被工商部门认定为商业贿赂，此次在《修订草案》中予以明确。

根据《修订草案》，无论折扣、佣金还是回扣，只要是经营者之间未在合同及会计凭证中如实记载而给付经济利益的，都有可能被认定为商业贿赂行为。这一规定旨在区分商业贿赂和经营者之间正常的利益折让，也意在打击利用合同条款约定或会计科目处理方式掩饰商业贿赂之实的违法行为，而客观上同时加大了经营者的违规风险。

5. 按比例罚款：过罚相当

根据现行法，商业贿赂行为的行政责任主要包括罚款和没收违法所得两种方式。《修订草案》取消了没收违法所得的处罚方式，同时将现行法规定的“一万元以上二十万元以下的罚款”的处罚额度修改为“违法经营额百分之十以上百分之三十以下的罚款”，按照违法经营额的比例而不是确定的数额幅度来确定罚款额度，体现了行政执法中过罚相当的原则。

《修正草案》取消没收违法所得的处罚方式，主要是因为执法实践中，商业贿赂的违法所得数额有时难以准确计算，且不易取证，存在有违法所得但无法计算的情形。将计算基数修订为“违法经营额”，很大程度上可以便利执法，减少争议。这也和近一两年《食品安全法》和《医疗器械管理条例》等法律法规的修订中将“违法所得”调整为“货值金额”的立法趋势相一致。

三、 监管趋势

《修订草案》虽然尚处于征求意见阶段，但其反映了我国重视并加强反不正当竞争领域的监管与执法力度的趋势。2015年12月，全国反不正当竞争法案例分析会和案例点评会召开，会议指出在新形势下，各地工商、市场监管部门要增强大局意识、查办危害市场秩序的大要案件，加强重点领域市场监管执法。近年来，我国在商业贿赂高发的重点行业加强了行政监管与处罚的力度。截止去年，《〈关于建立医药购销领域商业贿赂不良记录的规定〉的通知》已经在几十个省市具体实施。这种“黑名单”式的处罚模式未来也可能在其他商业贿赂高发的重点行业中实施。因此提醒相关企业重视商业贿赂风险，加强内部合规政策的制定、经营方式的调整以及内部员工的培训，尽早采取应对措施以避免相应的法律风险。

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，请与汉坤律师事务所**唐志华**律师（+86-21-6080 0905; david.tang@hankunlaw.com）或**朱敏**律师（+86-21-6080 0955; min.zhu@hankunlaw.com）联系。