



新《反法》新在哪里？——商业贿赂篇

唐志华 | 韦薇

2017年11月4日，全国人大常委会通过了修订后的《中华人民共和国反不正当竞争法》（下称“新《反法》”），对原1993年颁布、现行有效的《中华人民共和国反不正当竞争法》（下称“现行《反法》”）进行了大幅修改。针对现行《反法》实施24年来市场上经营模式的巨大变化，除主要对旧规定中的混淆行为、虚假宣传、侵犯商业秘密等进行重新界定和规制以外，新《反法》还增加了对利用互联网和技术手段进行不正当竞争行为的规制，以适应互联网经济发展的现状。新《反法》将于2018年1月1日实施。

这次修订中最重要也是最为显著的变化之一是对现行《反法》第八条（新《反法》中为第七条）规制的商业贿赂进行大幅修订。新《反法》下的商业贿赂的外延不再仅限于“以销售或者购买商品”为目的，而是扩大到了“以谋取交易机会或者竞争优势”为目的。同时，新《反法》对商业贿赂的对象、内容及罚则¹等都做了重新界定。新旧规定中的商业贿赂条款对比如下，其中红色为修改或删除的内容：

现行 1993 年《反不正当竞争法》	2017 年《反不正当竞争法》修正案
<p>第八条 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。</p> <p>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>第七条 经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势：</p> <p>（一）交易相对方的工作人员；</p> <p>（二）受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；</p> <p>（三）利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。</p> <p>经营者在交易活动中，可以以明示方式向交易相对方支付折扣，或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的，应当如实入帐。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入帐。</p>

¹ 对于商业贿赂的罚则，新《反不正当竞争法》第十九条将罚款幅度由原先的一万元以上二十万元以下提高到十万元以上三百万元以下，同时还增加了情节严重可吊销营业执照的罚则，且新法还增加了企业受到行政处罚将计入信用记录的规定。这一改动更加贴合目前的经济水平，同时增加吊销执照和计入信用记录处的处罚手段也提高了企业的违法成本。

	经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。
--	--

针对新《反法》于商业贿赂条款的修改，我们总结了经营者可能关心的几个问题，并结合案例进行初步解析，以期对今后商业贿赂监管的趋势作出预判，供企业参考。

问题一：向交易相对方给予“好处”是否不构成商业贿赂？

本次修订关于商业贿赂条款的最大变化，是将交易相对方排除在商业贿赂的对象之外，明确商业贿赂仅限于向：（一）交易相对方的工作人员；（二）受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；以及（三）利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人进行的贿赂行为。² 这一修订打破了现行《反法》及工商总局 1996 年《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》（下称“《暂行规定》”）下对商业贿赂客体的认定。

现行《反法》并未明确商业贿赂的对象，但《暂行规定》把交易相对方单位列入商业贿赂对象中。因此长期以来执法机构倾向于将企业或单位向交易对方给予好处的行为或某些商业安排均作为不正当的利益转移处理，将其认定为商业贿赂。

事实上，一直以来学术界和实践中都存在另一种声音，即认为商业贿赂的本质应涉及到三方主体，是代表交易相对方的第三人（“代理人”）利用其对交易或交易相对方的影响力收受行贿一方好处后，出让或促使出让原本属于交易相对方利益的行为。例如，代理人通过其影响力排除其他竞争对手，或者使交易相对方以高于市场价的价格与行贿一方签订合同。商业贿赂的特点是满足了代理人的私利，损害了交易相对方、同业竞争者或消费者的利益。这与《刑法》中行贿罪和受贿罪所保护的法益一脉相承，即贿赂行为造成了对其他方利益的损害，所以应当制止。在《刑法》中主要是对公共利益的危害，而在反不正当竞争法下对应的则是对交易相对方、同业竞争者或消费者利益的损害。因此，交易双方作为自负盈亏的商业主体，他们之间正常的让利、优惠等商业安排并未直接损害其他方的利益，不应认定为商业贿赂。

新《反法》第七条是对这种观点的回应和肯定。我们认为，根据新《反法》，今后向交易相对方给予好处的行为原则上都不应再视为新《反法》下的商业贿赂。例如，供应商与商场或大卖场之间的场地费、赞助费、陈列费，医疗器械单位向医院提供的各种赞助或实行买耗材送大型医疗设备的营销策略，洋酒公司向商店或娱乐场所赠送陈列柜或者按空瓶数量给予返点等均属于经营者之间的商业安排，都不应认定为新《反法》下的商业贿赂。但请注意，在现行《刑法》的框架下，交易一方向其相对方的国有企业、公立医院等国有性质的单位给予好处，仍可能会构成《刑法》第 391 条项下的对单位行贿罪，而接受好处的国有企业、公立医院等则可能会构成《刑法》第 387 条项下的单位受贿罪。

显然，新《反法》与《暂行规定》之间存在不一致，《暂行规定》目前仍然有效且其仍将交易相对方作为商业贿赂客体处理，如何协调新旧法规的冲突目前尚不明确。我们相信工商部门将会根据新《反法》的条款和精神，对《暂行规定》进行调整和梳理。

2 《反不正当竞争法》（2017 年修订）第七条第一款。对于第（三）项，请见本文第二个问题中的进一步分析。

问题二：如何理解“利用影响力的单位或个人”？

新《反法》颁布后，业内就如何理解商业贿赂对象的第三项——“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”的范围展开了广泛讨论，主要集中在两点，一是如何界定影响力的内容，二是交易相对方本身是否属于利用影响力影响交易的单位。

何为“利用影响力”？新《反法》并未作出进一步明确。我们认为，影响力应该指可对交易产生重要的、决定性作用的影响力，譬如行政机关、行业组织或其中的工作人员利用其管理职权或者导向作用对交易进行的干预，这种影响几乎可以左右甚至决定交易达成与否，或者达成的条件。结合《刑法》第388条之一对“影响力”的界定，即“利用职权或者地位形成的便利条件”，新《反法》中的利用影响力应该是借鉴了《刑法》中的概念，是指一种职权或者地位上的影响力，而非交易中的一般参与单位或个人对交易的影响力。但也有观点认为，影响力包括对交易可能产生的所有影响，不管这一影响是大是小，是物质还是非物质的，只要利用了其影响力的单位或个人都可能被列入商业贿赂的对象中。这种观点与现行《反法》及其他规定，以及实践操作中大多数执法部门所秉持的观点类似。

上述法条理解上的分歧造成实践中很难判断一些具体情况是否构成新《反法》下的商业贿赂。例如，生产商和经销商之间有一份经销协议，约定经销商向下游客户销售产品，生产商作为激励，按照经销商业务员的销售业绩额外给业务员个人予奖励。我们理解，在生产商和经销商已存在经销协议的前提下，业务员虽然是经销商的工作人员，但给予业务员奖励并不会增加生产商的竞争优势或者交易机会，因此在这一交易关系中生产商向业务员的奖励不构成商业贿赂；在经销商与下游客户可能达成的交易中，尽管业务员的推销行为一定程度上影响与下游客户交易的达成，但根据我们的理解，这种影响对交易的作用尚不足以称之为“影响力”，因而在这一交易关系中生产商对业务员奖励的行为亦不构成向新《反法》下向具有影响力的个人进行贿赂。然而，也有观点认为在第二个交易关系中业务员的影响构成新《反法》下的影响力，而生产商对其奖励也构成商业贿赂。此外，诸如医生的医嘱对于患者购买药品的指导性作用、导游规划的行程对旅行团路线的决定性作用等是否可以认为构成“利用影响力”也很难单从新《反法》条文上判定。对此，期待工商部门进一步出台实施意见对影响力的具体含义进一步明确。

交易相对方是否属于“利用影响力影响交易的单位”？从字面理解，交易相对方当然能对交易产生影响力，并且也未被排除在该项之外，因此也可以理解为交易相对方属于该项所包含的商业贿赂对象。但是，这样一来便违背了新《反法》修改商业贿赂这一条的初衷，即立法者已认可商业贿赂本质是第三方对交易相对方权利的出让和损害。同时，如前所述，利用影响力应该是指职权上或地位上产生的对交易的影响力，不包括交易相对方本身基于经济利益大小考量而对交易所作的决策。因此，只要是交易双方之间的安排，无论交易一方给予相对方的是折扣、回扣、现金、实物还是任何其他方式的好处，都不属于新《反法》规制的范围。由于修改后“利用影响力影响交易的单位”这一项内容语义的模糊，实践中各地执法部门对该条的理解也可能不尽相同，我们也期待工商部门对此作出进一步细化。

问题三：删除了“账外暗中”回扣，是否意味着这一行为不再违法？

新《反法》对商业贿赂规定的另一个大的改动，就是删除了现行《反法》中对账外暗中给予交易对方或个人回扣视为商业贿赂的规定，仅保留了现行法规中对折扣和佣金应明示并如实入账的要求。那么，是否这一删除表明账外暗中回扣不再违反反不正当竞争法？我们认为，这一改动是正视了现实

中存在的一些虽未明示、未如实入账或入账不当、但仍具有商业合理性的企业间的回扣现象。删除旧的规定仅仅是反对简单地将所有这一类行为“一刀切”地定性为商业贿赂，对于企业来说，给予回扣仍应遵守明示并如实入账的要求。

即便如此，我们理解是否明示和如实入账也不应是判断构成商业贿赂的要件。对于未明示和如实入账的回扣行为，如果是针对交易相对方以外的第三方，执法部门应在个案中对交易背景和回扣的合理性进行审查及取证，如该等行为确是基于“谋取交易机会或者竞争优势”的目的而作出，则执法部门仍可依据新《反法》第七条的规定按商业贿赂进行查处，赋予执法部门一定的裁量权。然而，新《反法》第十九条规定的处罚前提是“违反本法第七条规定贿赂他人的”，而新法第七条中并未明确不如实入账是否应定性为贿赂。因此，不如实入账是否应受制于商业贿赂的行政处罚，还需要工商部门进一步澄清。

如果未明示入账的回扣是给予交易相对方的，根据我们在问题一中的讨论，应属于交易双方的商业安排，不应视为商业贿赂，但该等行为仍然可能违反其他法规，如未明示入账可能违反税收监管法规。

问题四：明确员工行为雇主“买单”，企业的责任更大了吗？

新《反法》第七条新增了一款，“经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外”，该款首次明确雇主要为员工的贿赂行为买单。但该内容并非首创，事实上《暂行规定》第三条早已明确“经营者的职工采用商业贿赂手段为经营者销售或者购买商品的行为，应当认定为经营者的行为”，并且该《暂行规定》没有但书条款。对比新《反法》中雇主对员工贿赂行为的责任，新法将“职工”概念扩大到了“工作人员”，同时不再将贿赂目的只限定为“为经营者销售或者购买商品”。毫无疑问，员工贿赂行为的范围在扩大，对企业管理员工行为提出了更高要求。

其实，新《反法》第七条修订的亮点在后半句的但书中，其明确了雇主能证明工作人员的行为与雇主无关时则可以免责，这相当于给雇主设置了一个“安全港”制度，是值得肯定的一大进步。但是，实践中如何证明雇员行为与雇主谋取交易机会或者竞争优势无关？我们相信这将会是实操中的一个难点。雇主不仅需要证明其对雇员的贿赂行为不知情，还要证明雇主未从中获得交易机会或竞争优势，或其获得交易机会或竞争优势与雇员的贿赂行为无关。因此，新法无疑对雇主对员工管理和企业风控提出了更高的要求。

小结

新《反法》在反商业贿赂制度的创新上值得肯定，体现了政府对企业间正常市场行为的干预弱化，是对现有市场上经营模式的回应和肯定。然而，新制度需要与旧法规进行梳理衔接，新《反法》也存在诸多亟待进一步明确和完善的地方。我们期待执法部门尽快出台配套的实施细则，并将持续跟进相关法规的进展。

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）联系。