

商業賄賂恐觸及反不正當競爭法

文／徐雪舫、李小明

2017年11月4日，中國大陸頒布了新版《反不正當競爭法》，並於2018年1月1日起開始施行。新版《反不正當競爭法》完善了對新型態不正當競爭行為的認定和處罰，解決了部分條款與《反壟斷法》等的競合問題，強調公共利益、經營者權益和消費者權益的協同保護，既追求市場效率也維護公平競爭。其中，修訂後的第七條、第十九條「反商業賄賂條款」對新常態下企業合規經營的影響更是至關重要。

中國大陸舊版《反不正當競爭法》的反商業賄賂條款禁止企業或個人採用財務或其他手段賄賂交易相對人，不論交易相對人為國企或民企。嚴格意義上，贈送客戶禮品、招待宴飲娛樂等，皆有可能構成違反舊版《反不正當競爭法》，此與台灣法規不同。在台灣，私人企業的員工接受客戶饋贈或招待並不屬於賄賂，通常係屬員工是否違反公司工作規則的範疇。根據中國大陸新版《反不正當競爭法》規定，經營者在交易活動中，可以明示方式向交易相對方支付折扣，或者向交易中間人支付傭金。經營者向交易相對方支付折扣、向交易中間人支付傭金的，應當如實入帳。接受折扣、傭金的經營者也應當如實入帳。

反商業賄賂條款解析

依據大陸國家工商行政管理局《關於禁止商業賄賂行為的暫行規定》，折扣係指商品購銷中的讓利，是指經營者在銷售商品時，以明示並如實入帳的方式給予對方的價格優惠，包括支付價款時對價款總額按一定比例即時予以扣除和支付價款總額後再按一定比例予以退還兩種形式。明示和入帳，是指根據合同約定的金額和支付方式，在依法設立的反映其生產經營活動或者行政事業經費收支的財務帳上按照財務會計制度規定明確如實記載。

如上所述，新版《反不正當競爭法》的出台改變了大陸地區商業實務中商業賄賂與正常商業交往折扣、優惠、讓利等的界限與認定，企業應當據此重新評估、調整自身的商業行為。台商應特別留意新版《反不正當競爭法》中關於商業賄賂條款的事項如下。

一、受賄主體標準大翻修

新版《反不正當競爭法》規定，經營者不得採用財務或者其他手段賄賂下列單位或者個人，以謀取交易機會或者競爭優勢：(1) 交易相對方的工作人員；(2) 受交易相對方委託辦理相關事務的單位或者個人。應當明確的是，此處之交易相對方的認定應當以實際交易的雙方為準，例如，學校受全體學生委託與校服供應商簽訂校服購買合同，此時交易的雙方應當是供應商和學生，交易的法律後果實際由學生承擔，如果供應商給予學校財務或者其他經濟利益，則涉嫌構成商業賄賂；(3) 利用職權或者影響力影響交易的單位或者個人，如為了謀取交易機會或者競爭優勢賄賂交易相對方的投資人等。

舊版《反不正當競爭法》規定「經營者不得採用財物或者其他手段進行賄賂以銷售或者購買商品。在帳外暗中給予對方單位或者個人回扣的，以行賄論處；對方單位或者個人在帳外暗中收受回扣的，以受賄論處」。因此，在新版《反不正當競爭法》實施前，收受商業賄賂的法定主體是「對方單位或個人」。新版《反不正當競爭法》新增了交易相對方以外的協力廠商，這呼應並肯定了工商主管機關執法長期以來對經營者向交易協力廠商給予好處認定為商業賄賂的做法。

本次受賄主體標準修訂是關於商業賄賂條款的最大變化，其將所有的「交易相對方」都排除在商業受賄的主體之外，改變了對商業賄賂的傳統認定。一直以來，經營者向「交易相對方」尤其是作為單位的「交易相對方」提供利益都是大陸工商機關調查的重點。然而，將「交易相對方」排除在商業受賄的主體之外，意味著向「交易相對方」給予好處的行為，無論給予的好處以何種形式例如折扣、返利、促銷、贊助、贈品等和金額大小，只要如實入帳，根據新版《反不正當競爭法》的規定，原則上都不落入商業賄賂的範疇。

因此，諸如醫藥企業向有直接業務往來的醫院提供的各種贊助，或實行買耗材送大型醫療設備的銷售方案、輪胎企業向其經銷商提供的銷售獎勵、啤酒供應商向商店贈送冰箱或者按啤酒瓶蓋數量給予商店返利等過去被工商部門傾向於認定為商業賄賂的行為，在新版《反不正當競爭法》實施後，原則上都不應當再按商業賄賂查處。

綜上，本次商業賄賂受賄主體標準的變化對於企業商業模式而言，屬於利好消息，大大降低了企業正常

的商業饋贈或折扣行為被認定為商業賄賂的法律風險。

二、商業賄賂標準擴大

在舊版《反不正當競爭法》中，商業賄賂的目的僅局限為「銷售或購買商品」，而新反法中，商業賄賂的目的擴展至「謀取交易機會或者競爭優勢」。此處的交易機會，不僅僅指「銷售或購買商品」的「商品交易機會」，也包括了服務合同、許可合同等在內的所有交易的「交易機會」。此外，只要是為了謀取「經濟利益」，哪怕和具體的交易機會無關，也有可能構成商業賄賂。

三、謹慎防範員工商業賄賂

根據新版《反不正當競爭法》新增之規定，經營者的工作人員進行賄賂行為的，應當認定為經營者的行為；但是，經營者有證據證明該工作人員的行為與為經營者謀取交易機會或者競爭優勢無關的情況除外。該點規定的言外之意為，企業的工作人員的行為均被推定為作為經營者的企業自身的行為，哪怕該工作人員的行為明顯超出其職權範圍，新版《反不正當競爭法》依舊將舉證責任倒置給經營者。

此種情況下，經營者要提供證據證明該工作人員的行為與為企業謀取交易機會或者競爭優勢無關方可免責。因此，在企業日常經營管理及規章制度建設層面，企業應積極進行諸如內部培訓、不定期抽查等反商業賄賂合規建設，及時發現並保存員工私自進行商業賄賂的證據，對商業賄賂行為進行了有效的制度防範和打擊，以有效減低企業因員工的賄賂行為導致的經營者商業賄賂責任的法律風險。

四、處罰力度加大

舊版《反不正當競爭法》規定對於違反商業賄賂條款的經營者，罰款限額為一萬元以上二十萬元以下；但新版《反不正當競爭法》的處罰更為嚴厲，經營者違反規定賄賂他人的，由監督檢查部門沒收違法所得，處十萬元以上三百萬元以下罰款。

結語

商業賄賂行為隨著交易方式的不斷更新而不斷變化，企業應通過內部加大宣傳商業賄賂的危害性，並建立完備的舉報機制，鼓勵內部員工及交易向對方共同對商業賄賂行為進行監督，一旦發現可疑行為，立即進行處理，從而杜絕商業賄賂行為的發生，確保企業不因商業賄賂而遭受不必要的處罰和損失。

（作者徐雪舫是理律法律事務所資深顧問；李小明是上海律同衡律師事務所合夥律師。本文不代表理律法律事務所及律同衡律師事務所意見。）