

君合专题研究报告



2019年11月4日

《反不正当竞争法》反商业贿赂条款再观察——聚焦受贿主体

2017年11月4日，新《反不正当竞争法》（下称“《反法》”）经第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议修订通过，并于2018年1月1日正式实施。2019年4月23日，部分条文再经全国人大常委会修正、实施。相较于1993年版《反法》，2017年版《反法》对反商业贿赂条款作出了进一步修改。其实施近两年来，随着经济形式的多样化与执法实践的丰富，反商业贿赂条款之内涵亦得到愈加详尽的解读。

本文旨在结合实践经验，对《反法》语境下反商业贿赂条款之适用，尤其是受贿主体相关实务问题展开探讨。

一、新《反法》与新反商业贿赂条款

早在2017年《反法》实施之前，1993年版《反法》第八条、第二十二条已对商业贿赂行为作出规制。然而，由于条文出台时间较早，市场经济形势在20余年间发生巨大变化，机械地理解1993年版《反法》下反商业贿赂条款已难以满足规范市场竞争秩序、促进市场公平发展的需求。基于这一背景，2017年版《反法》将反商业贿赂条款作为一项重点修订内容，对商业贿赂之范围、目的等进行了补充完善。

1、受贿主体之明确

根据1993年版《反法》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。”，仅从法律条文本身出发，“交易相对方”并未被排除在受贿主体之外。实践中，因机械理解该第八条的条文字面含义，导致诸多经营者正常开展的促销活动被划入商业贿赂进而遭到行政处罚。针对这一情况，2017年版《反法》以列举形式详细规定了受贿主体。根据新《反法》第七条的规定，商业贿赂之受贿主体包括“（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；（三）利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。”该修订文义上将交易相对方排除在了行贿对象之外，系对《反法》下商业贿赂规制思路的重大调整，体现了新《反法》对于正常商业安排的尊重与保护。

同时，第七条第一款第（二）、（三）项之交易相对方之受托人、利用职权或者影响力影响交易的主体，亦被视为针对实际情况所作的明确规定，对之后的执法实践产生了显著的影响。

2、明确商业贿赂的目的要件

1993年版《反法》将商业贿赂之目的规定为“销售或者购买商品”；但2017年版《反法》将这一主观要件调整为“谋取交易机会或者竞争优势”。相较于旧条款浮于形式且并不充分的阐述，这一修改进一步靠近商业贿赂的实质。然而，修改内容并未规定“交易机会或者竞争优势”应具“不正当性”。根据全国人大常委会法工委对该条文的解释，即便经营者给付利益具有正当性，亦不影响商业贿赂主观要件的

成就。如，“经营者的竞争力强于其竞争者，按照正当的市场规律必然本应取得交易机会”¹的情况。然而，这一观点似模糊了《反法》遏制市场主体间“不正当”竞争的核心目的，亦在后来的执法实践与学术探讨中被广泛推敲。

3、经营者员工行为的例外情形

根据 2017 年版《反法》第七条第三款，经营者员工进行贿赂的，推定为经营者的贿赂行为；但若经营者可证明员工贿赂行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关，则该等行为不属于经营者行为。此修订明确为经营者维护自身合法权益留存了余地，虽然实践中对于证明“与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关”的标准尚无统一标准，但这一修改已体现了立法者区分经营者行为和员工行为的态度，进一步明确了《反法》规制的情形。

二、受贿主体相关实务探讨

如上文所述，2017 年版《反法》对受贿主体的修改主要体现在，排除向交易相对方给付利益的情形，并以列举方式详细规定了三类主体。实践中，围绕三类主体认定产生的讨论屡见不鲜。

1、受贿主体范围的重叠

2017 年版《反法》虽明确列举了三类商业贿赂的对象，但该三类对象并非是互斥的。某一主体既可以是交易相对方的员工，也可以是受交易相对方委托办理相关事务的个人或利用影响力影响交易的个人。执法实践中，主管部门亦认可某一主体在《反法》反商业贿赂条款中的多重身份，即第七条所列举的三类受贿主体并不互斥，在对某一具体行为是否构成商业贿赂时，应逐一分析在每一类受贿主体下是否构成商业贿赂。此外，主管部门对确定受贿主体的法律地位

具有一定的自由裁量权。

2、“利用职权或影响力影响交易的单位或者个人”的具体适用

相比于经营者将利益直接返送给交易相对方的工作人员或受托人，在实践中，更为常见并易引起探讨的安排经常发生于经营者将利益或便利给予非合同相对方的第三方。

在行政执法实践中，因向非合同相对方的第三方给付利益而被认定为构成商业贿赂进而被行政处罚案例层出不穷。例如，药品推广企业向相关自然人支付产品推广费用让其向上海地区的医院推广产品的，被认定构成向利用影响力影响交易的个人行贿²；家装公司向设计师支付返利以获得设计师客户的采购业务订单同样被认定为构成向利用影响力影响交易的个人行贿³等。

结合上述行政处罚案例，随之产生的问题是，在经营者开展经营活动中，将利益或便利给予非合同相对方的第三方，是否必然构成《反法》第七条第一款第（三）项所规制的商业贿赂行为？

3、“穿透原则”适用性的思考

2017 年 11 月，原国家工商总局反垄断与反不正当竞争执法局局长杨红灿曾接受采访称，反商业贿赂条款中的“交易相对方应当分析实际交易的双方”；例如学校受全体学生委托与校服供应商签订校服购买合同，此时交易的双方应当是供应商和学生，交易的法律后果实际由学生承担。如果供应商给予学校财物或者其他经济利益，则涉嫌构成商业贿赂。该观点被称为商业贿赂主体判断的“穿透原则”。

对于“穿透原则”的适用，应当注意的是，“穿

¹ 王瑞贺主编：《中华人民共和国反不正当竞争法释义》，法律出版社，2018 年版，第 21 页。

² 沪监管普处字（2019）第 072019004799 号《行政处罚决定书》

³ 沪监管普处字（2018）第 072018000355 号《行政处罚决定书》

透原则”本身并未以行政法规、部门规章的方式固定，在具体案件中，根据我们从多地主管部门得到的答复，“穿透原则”的思路虽有一定参考意义，但在实践中仍很难直接作为处理案件的依据。但我们发现，在实际执法中，似有主管部门适用与“穿透原则”类似的思路。如某医疗器械销售企业与医院签订《购销协议》，为其提供医疗器械产品，企业与医院签订《服务（消毒灭菌）合同》以向医院支付“消毒费用”的名义，获取交易机会，增加产品销量。主管部门认定医院属于利用影响力影响交易的单位，企业支付“消毒费用”的行为构成商业贿赂⁴。该案例的潜在逻辑实际突破了合同相对性，认定病人为医疗器械企业实际的“交易相对方”。

实践中，“穿透原则”的适用是否可以推而广之，作为潜在商业贿赂行政处罚的抗辩理由，值得商榷。

以我们不时遇到的贴牌加工合作安排为例。诸多企业（下称“品牌方”）主要以委托第三方（Original Equipment Manufacturer，下称“OEM企业”）进行产品贴牌加工（下称“OEM模式”）。在OEM模式下，品牌方对零部件供应商的选择通常具有主导地位，由品牌方负责对于零部件产品质量和供应商资质审核并确定采购数量，OEM企业对于零部件产品和供应商选择并无决定权，但因出于物流成本、税务成本的考虑，常由OEM企业而非品牌方作为合同相对方与零部件供应商签订零部件采购合同。在部分行业内，品牌方甚至直接与供应商进行零部件交易的谈判、合同条款的拟定等。因此，实践中为了促进商业合作，普遍存在供应商根据OEM企业采购零部件的数量给予品牌方一定返利的情况（下称“返利安排”）。在该返利安排下，由于品牌方并非合同法意义上的交易相对方，却对零部件供应商的选择和采购数量往往具有决定权，实践中产生了该类返利安排是否构成商业

贿赂的疑问。

在OEM模式中，虽然买卖合同双方为OEM企业与供应商，但OEM企业的交易行为实际受到品牌方的控制甚至由品牌方亲自落实供应商、采购数量、采购类型等合同实质性条款内容。

鉴于此，一种观点认为，对于OEM模式，可尝试突破合同相对性，要求根据实际的交易安排判断实际交易相对方。品牌方事实上实际控制交易安排；OEM企业仅按照品牌方授权的范围与供应商签订采购合同，对于合同实质性条款并无任何自主修改的权利。参照《合同法》第402条的规定，在该情况下，OEM企业具备受托人的特点，品牌方具备隐名委托人的特点。因此，品牌方应当被认定为实际的零部件采购合同交易相对方。根据2017年版《反法》第七条的条文规定，交易相对人不构成商业贿赂的受贿主体，在返利安排下，若品牌方将相关返利如实入账，则不应认定为商业贿赂的情形。

另一种观点认为，在该返利安排下，因品牌方对于OEM企业与供应商间的零部件交易具有较大影响，在个案具体分析的前提下，相关主管部门可能仍以书面合同签署的双方作为交易相对方，供应商给予品牌方返利的行为，则有可能被理解为谋取交易机会或竞争优势，仍可能构成2017年版《反法》第一款下“利用职权或者影响力影响交易的单位”。因此，即便品牌方与供应商就返利安排签订合同并如实入账，主管部门仍可能倾向于认为返利安排可构成商业贿赂行为。该思路曾在类似案例中得到适用。如船运公司向客户指定堆场进行提还柜，堆场经营者根据提还柜客户箱型箱量向船运公司支付返利，主管部门认为，虽交易相对方为堆场与客户，但船运公司对于交易具有决定性影响，该返利系为谋取竞争优势与交易机会，

⁴ 沪监管金处字（2019）第282018013620号《行政处罚决定书》

构成商业贿赂⁵。

我们认为，“穿透原则”是否可作为有效的抗辩仍需要结合具体案件进行分析判断，除需考虑相关主管部门对于“穿透原则”效力的自由裁量外，关键在于对实际交易相对方的认定。在学校受学生委托与校服供应商签订校服购买合同的例子中，应考虑到这一委托人-受托人的关系已由《关于规范中小学服务性收费和代收费管理有关问题的通知》明确定性为“中小学代收费”，即学校为方便学生在校学习和生活，

在学生或学生家长自愿的前提下，为提供服务的单位代收代付的费用，且中小学应遵守自愿和非营利性原则。对于 OEM 模式，品牌方可否被认定为实际交易相对方，仍需考虑品牌方与 OEM 企业之间所签订的相关协议是否明确排除了 OEM 企业受托人的身份、OEM 企业的盈利模式等多个因素。

三、我们的方向

《反法》修订两周年，有关反商业贿赂条款的认识持续更新。尤其是如何针对不同行业、不同交易模式的特点理解与适用条款，帮助企业解决合规难题，将是我们持续关注的话题

⁵ 沪工商检处字（2018）第 320201710079 号《行政处罚决定书》

祁 达 合 伙 人 电 话： 86 21 2208 6347 邮 箱 地 址： qid@junhe.com
陈 懿 律 师 电 话： 86 21 2283 8226 邮 箱 地 址： chenyi_Yvette@junhe.com
刘 晨 昕 电 话： 86 21 2283 8220 邮 箱 地 址： liuchx@junhe.com



本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”