

商业贿赂对象及本质演变对企业合规的影响——实证解读反不正当竞争法修订系列一

2022年11月22日，国家市场监督管理总局（下称“市监总局”）发布《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》（下称“征求意见稿”），值得关注的是，此番修订第八条将“交易相对方”重新纳入商业贿赂的对象范围。

梳理法规修订历史可以看到，《中华人民共和国反不正当竞争法（1993）》（下称“《1993年反法》”）首次出台时，商业贿赂的对方包括“对方单位或者个人”，但在《中华人民共和国反不正当竞争法（2017）》（下称“《2017年反法》”）修订时，除关于明示折扣的情形外，立法机构删除了“对方单位”，只留下“交易相对方的工作人员”，并增加“受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”及“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”两类主体。此次征求意见稿再次添加“交易相对方”，是否沿用《1993年反法》的思路，无疑令人瞩目。我们将结合实践经验，从征求意见稿的修订出发，探讨商业贿赂对象及本质的演变对企业合规可能产生的影响。

一、立法及思路演变

1、“利益引诱”观点

1996年《国家工商行政管理局关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》规定，商业贿赂的对象包括“对

方单位或者个人”。在《国家工商行政管理局关于旅行社或导游人员接受商场支付的“人头费”、“停车费”等费用定性处理问题的答复》[工商公字(1999)第170号，下称“《关于旅行社“人头费”的答复》”]中，市监总局对“商业贿赂”的实质予以进一步阐释，即商业贿赂“其实质是禁止经营者以不正当的利益引诱交易。经营者无论将这种利诱给予交易对方单位或个人，还是给予与交易行为密切相关的其他人，也不论给予或收受这种利益是否入帐，只要这种利诱行为以争取交易为目的，且影响了其他竞争者开展质量、价格、服务等方面的公平竞争，就构成《反不正当竞争法》第八条禁止的商业贿赂。”该答复体现的即所谓“利益引诱”观点，在该观点的指导下，即使是交易双方的“公对公”安排，也可能构成《反不正当竞争法》项下的商业贿赂。

然而，在以“利益引诱”观点为指导的执法实践中，执法部门容易出现过于严格、矫枉过正的情况，导致一些正常的市场营销、推广行为被认为构成商业贿赂。例如，市监总局将商品交易市场开办者以给付业户优惠金形式招揽业户定性

为商业贿赂¹，被质疑完全忽视在自由协商基础上，开办者借给付优惠金形式达到激励经营者承租摊位的合理商业需求。再例如，在杭州苏宁案²

以及巴奴火锅案³等“进场费”争议中，法院与执法部门认定门店向供应商收取“进场费”构成商业贿赂。但是诸多业内人士认为，在激烈市场竞争中，供应商通过支付“进场费”可获得门店提供的客户资源，供应商自愿支付相关费用符合意思自治原则，并不等同于商业贿赂。诸如此类的质疑与反思层出不穷。越来越多的声音认为“商业利益诱惑是市场交易应有之义”⁴，并认为“利益引诱”标准过于“泛商业贿赂化”⁵“模糊了商业促销与商业贿赂的界限”⁶，从而影响经营者之间的商业安排，不利于交易模式和市场创新。

2、“权钱交易”观点

基于前述背景，在2016年《工商总局对政协十二届全国委员会第三次会议关于在我国传统产业领域开展商业贿赂专项治理的提案的答复》中，市监总局进一步对“商业贿赂”的本质予以阐释，提出了“权钱交易”观点，即：“商业贿赂的实质都是‘权钱交易’，查处的重点应该放在对交易有决定权、执行权及影响力的环节和主体上”⁷也即，“权钱交易”必须存在“三方关系”模式中，实质上的受贿人，仅能是对交易有决定权、执行权及影响力的代理人，而代理人因收受贿赂而违背忠实义务，而使得提供商品/服务一方获得本不属于其应当获得的竞争优势。“权钱交易”损害的是代理人“职务纯洁性和公平竞争的秩序”⁸。

根据“权钱交易”观点，由于交易双方并不存在“违背忠实义务”的情形，更不存在“三方关系”，而被认为不可能存在“权钱交易”。因此，除根据现实需求保留明示折扣这一情形外，《2017年反法》修订将“对方单位”从商业贿赂对象中删除，并增加“受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”及“利

用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”两类主体。

二、征求意见稿再次加入“交易相对方”之背景及原因探讨

在“权钱交易”观点指导下，除明示折扣的情形外，《2017年反法》及2019年进一步修订版本（下称“《2019年反法》”）不再将“交易相对方”纳入商业贿赂对象。但实践中，由于维护市场竞争秩序的客观需要，执法部门依据“穿透原则”，将合同关系中的“交易相对方”认定为商业贿赂对象。所谓“穿透原则”，即通过分析交易的实际交易方以判断是否存在商业贿赂及商业贿赂的主体。我们在此前的文章《<反不正当竞争法>反商业贿赂条款再观察——聚焦受贿主体》一文中已有专门讨论。

经过数年实践与发展，围绕“交易相对方”究竟是否可以作为商业贿赂对象这一争议，出现了如下值得关注的情况，也一定程度为将“交易相对方”重新写入法律作出铺垫：

1、通过传统“穿透原则”识别“交易相对方”存在解释困境

2017年以来，常见执法部门根据“穿透原则”，通过套用《反不正当竞争法》第七条第一款第二项、第三项之规定，认定合同关系下的“交易相对方”实际为“受交易相对方委托办理相关事务的单位”或“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”，从而认定经营单位与该“交易相对方”之间的商业推广合作、返利安排构成“商业贿赂”。

然而，由于“穿透原则”本身并未被法律法规所规定，依此认定“交易相对方”并无明确依据，且认定标准较为模糊、不统一。此种解释路径在具体适用中存在一定问题，我们试举例说明如下：

例如在2021年上海市金山区市场监督管理局一行政处罚案例中⁹，医疗器械公司与医院签署购销合同，约定其向医院免费提供全自动血液细胞分析仪，但同时约定排他性条款，即不得向第三方采

购血常规试剂。执法部门认为上述行为违反了《反不正当竞争法》第七条第一款第（二）项，构成商业贿赂。

在该案中，执法部门即按照“穿透原则”，认定医院属于“受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”，医疗器械公司构成向“受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”行贿。

例如在 2020 年上海市虹口区市场监督管理局一行政处罚案例中 10，某工程造价公司以招标形式获得上海 XX 大学的造价审价资格，但是由于其后续向上海 XX 大学支付的项目协办费既未列入《建设工程造价咨询合同》，也未签订其他补充协议，且在实际审价过程中上海 XX 大学也未提供收费明细和等值服务，当事人却不提出异议和拒付，而是以“咨询费”名义从公司管理费用中支出。执法部门认为，该工程造价公司的目的是借“咨询费”的名义向上海 XX 大学输送财务利益，最终以违反《反不正当竞争法》第七条第一款第（三）项为由予以处罚。

该案中，执法部门的逻辑是，将上海 XX 大学视为对交易有影响力的单位，不将其视为交易主体。但是，行政处罚决定书载明《建设工程造价咨询合同》的签署主体为上海 XX 大学，亦无任何内容对否定其交易主体地位进行解释或证明。

我们理解，上述两案例均参考适用了“穿透原则”，具体可见中国工商出版社《<反不正当竞争法>理解与适用》的相关观点，也即“在特殊情况下，行纪人、隐名代理人、实报实销专款专用的财政专项资金使用者、药品零差价销售或限定加价率销售的公立医院、为学生代购学习用品或校服的中小学校等，他们以自己名义参与市场交易，但实质上是相关利益方的代理人、受托人或代表人，也可能成为商业贿赂受贿主体。”

但是，参考《<反不正当竞争法>理解与适用》的观点，紧随的问题是，如果案例一二当中接受免费投放和咨询费的是自负盈亏、不使用财政专项资金的私立医院和私立学校，是否当然就不构成商业贿赂？是否因此私立医院、私立学校或其他非财政专项资金使用者就可以收受供应商的好处从而排除私立医院患者或者私立学校学生的知情权和选择权（价格更低、质量更好的产品或服务）？我们认为答案显然是否定的。

另一方面，究竟在什么情况下可以适用“穿透原则”，实践中往往也会产生不同理解。如我们在之前的文章中所提及的，以贴牌加工合作安排为例，品牌方委托 OEM 企业进行产品贴牌加工，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。因此，实践中普遍存在供应商根据 OEM 企业采购零部件的数量直接给予品牌方返利的情况（见下图示例）。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。我们就曾在真实商务场景中碰到，零部件供

应商以不存在经销关系，支付品牌方返利可能构成商业贿赂为由拒绝返利。与之相对应的，品牌方则根据“穿透原则”主张其才是真正的交易相对方，有权接受零部件供应商的返利，双方因此引发争议（因篇幅有限，如何解决类似问题不在本文中详述）。

综上，我们理解，鉴于“穿透原则”并非是一项明确的法律规定，在上述情形中依据“穿透原则”适用《反不正当竞争法》第七条第一款第（二）项、第（三）项均存在诸多不通顺之处，若将“交易相对方”重新纳入商业贿赂主体范围，有可能反倒为上述困境提供了解决路径。

2、市场竞争现实情况导致相对方之间合作安排仍频繁产生损害公平竞争的结果并为执法部门所认定

虽然《2017年反法》采纳了“权钱交易”观点、剔除了“交易相对方”作为行贿对象，但近年来，交易相对方之间通过各种“灵活”合作安排、达成不正当竞争目的的情况不断涌现。实践中，执法部门仍频繁认定交易相对方之间合作可能产生损害公平竞争的结果。

例如在昆明市西山区市场监督管理局查处的某汽车信息咨询服务公司商业贿赂案 11 中，汽车贷款咨询服务企业与某汽车销售公司签订《经营管理合作协议》，汽车贷款咨询服务企业凭借该汽车销售公司提供有贷款需求的客户信息，为客户办理贷款手续，将所办贷款服务收取贷款客户车贷手续费的 80% 作为“协助经营管理费”支付给该汽车销售公司。然而，针对此“公对公”的安排，行政机关最终认定：“双方之间没有正常的业务关系，以所谓协助经营管理费列支“买卖”车贷客户的信息具有非法性。同时汽车销售公司因由此合作存在排挤其他从事车贷咨询服务企业公平竞争的机会，又限制了车贷客户只能与当事人达成车贷服务的关

系，才能在该汽车销售公司按揭购车。”

上述执法思路与第一部分讨论的《关于旅行社“人头费”的答复》中“利益引诱”观点存在一定程度的一致性，也即：“无论利益是否入账，只要引诱行为以争取交易为目的，且影响其他竞争者开展公平竞争”，即构成商业贿赂。也就是说，实践中，执法部门充分意识到，在特定安排下，即便是交易相对方之间明确入账的合作，仍有可能极大地增加一方的竞争地位，造成该方与市场上其他竞争者竞争地位显著不公的情况。数年来执法部门“努力”适用“穿透原则”的现象，更是证明通过该等手段实现不正当竞争目之情形的高发。

基于上述背景，我们理解，市场竞争的客观情况使得执法机关对“交易相对方”之间合作安排的违法可能性进行认定，并再次参考《1993年反法》相关理论处理案件。此次征求意见稿对受贿对象作出补充，也是基于执法实践情况的一种回应。

3、已有现行法规明确规定不得向交易相对方提供回扣或不正当利益

除上述实践内容外，现行法规实际也已明确禁止向交易相对方提供回扣或不正当利益。

根据 2019 年修订、且现行有效的《中华人民共和国药品管理法》（下称“《药品管理法》”）第八十八条第一款：“禁止药品上市许可持有人、药品生产企业、药品经营企业和医疗机构在药品购销中给予、收受回扣或者其他不正当利益”¹²；第八十八条第二款进一步对上述主体相关工作人员、代理人行受贿作出禁止性规定。也就是说，上述第八十八条已有区分地、明确禁止购销关系中向医疗机构等交易相对方行贿或该等主体受贿的行为。

在萍乡市市场监督管理局一行政处罚决定书 13 中，执法部门明确认定某医院“以其他收入等名义违规收取供货商回扣让利”的行为违反《药品管理法》第八十八条第一款之规定，构成“违规收受商业贿赂”。

有鉴于上述，现行法律实际已将向“交易相对方”提供不正当利益作为商业贿赂行为进行规制。因此，征求意见稿将“交易相对方”重新纳入受贿对象，符合立法趋势及部分行业的实际情况，亦与现行法律法规保持一致、相互补充与支持。

三、判断是否属于商业贿赂的关键考量因素

虽然“交易相对方”是否会在最终的反法修订中予以保留可能还存在不确定性，但我们理解，通过此次征求意见稿已可以看出，立法、执法机关试图进一步强调维护市场“公平竞争”，更好地保护经

营者和消费者的合法权益的态度。执法部门后续在商业贿赂领域的执法将更为活跃，并在实践执法中更强调相关行为是否实质性产生排除、限制公平竞争的效果，以损害经营者和消费者合法竞争权益。

例如就第一部分提及的医药企业与终端医疗机构涉及的设备投放而言，如医药企业向终端医疗机构免费提供全自动血液细胞分析仪时，约定了排他性条款，有可能被认定为所谓的“捆绑销售”从而构成商业贿赂。但是我们认为，医疗设备并非“一刀切”地不能免费投放、或者不能与试剂一并予以投放。根据我们的实践经验，若医药企业采取“联动销售”模式，例如基于平等协商谈判的前提，相关仪器投放合同中不存在以采购一定数量的试剂作为仪器投放或销售前提条件的条款，避免其商业模式产生“免费投放绕过招投标、锁定最低采购量、排除其他竞争者进入相关市场、提高价格等反竞争效果”，相关违法风险会明显进一步降低。关于医疗设备投放所涉及商业贿赂问题，我们此前的文章《在医疗设备投放的“是”与“非”——新《反不正当竞争法》下医疗设备投放所涉商业贿赂问题辨析》一文中有更具体讨论。

四、 结语

综上，基于现行法律法规、征求意见稿体现的立法趋势以及执法实践情况，我们理解企业应更重视与交易相对方之间合作安排的合法性，避免产生排斥其他经营者公平竞争及对消费者权益产生不利影响之后果。具体而言，建议企业从以下方面同步审查已采取的合作模式：

(1) 注意评估双方合作模式是否具有合理性、是否支付合理对价，判断“第三人”的影响力以及“穿透原则”是否可能会被适用；

(2) 注意评估相关合作模式是否会排除其他经营者公平竞争，以及损害消费者的合法权益；

(3) 如在认定实际“交易相对方”、“是否可能损害公平竞争”等问题过程中存在不确定性，应及时寻求建议，以便更好的应对可能的执法。

在我们处理过的商业贿赂合规案件中，很多情况下对“商业贿赂”的认定并不是简单的非黑即白，如何在市场营销和商业合规中寻找动态平衡和最佳实践，是我们持续专注的方向。

祁 达 合 伙 人 电 话：86-21 2208 6347 邮 箱 地 址：qid@junhe.com
刘晨昕 律 师 电 话：86-21 2283 8220 邮 箱 地 址：liuchx@junhe.com
赵怡青 律 师 电 话：86-21 2208 6046 邮 箱 地 址：zhaoyq@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”。

