



世民律師事務所 SHIMIN LAW OFFICES

《反不正当竞争法》修订案送审稿出炉

商业贿赂相关条款大幅修改

一、背景

2016年2月25日，国务院法制办发布了《关于公布〈中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）〉公开征求意见的通知》并同时公布了《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》（下称“《送审稿》”）全文，向社会征求意见，截止日期为2016年3月25日。

《中华人民共和国反不正当竞争法》（下称“《反法》”）自1993年起实施，至今尚未有任何修改。鉴于《反法》实施以来，我国经济市场环境已有了很大变化，市场竞争程度和竞争状况也随市场环境发生了广泛而深刻的变化，而现行《反法》已明显不适应经济发展需要，《反法》的修订先后被列为十二届全国人大常委会立法规划预备项目、国务院2014年立法工作计划研究项目和2015年立法工作计划预备，最终确定由工商总局负责《反法》的修订起草工作，修法工作正式拉开帷幕。

2014年，工商总局组织高校专家、从事法律实务的律师和部分地方工商局组成8个课题组，对《反法》修订中的重要问题进行了深入研究，召开多次修订工作研讨会和座谈会，最终综合各方意见形成了目前的《送审稿》。

《送审稿》对现行《反法》的修改力度非常大，修改内容涉及现行《反法》33条中的30条。本所曾参与了《反法》中商业贿赂部分修订的研讨工作，结合在对应商业贿赂案件中的经验，本所对《反法》商业贿赂部分的修订内容做简要分析如下。

二、《反法》与《送审稿》中有关商业贿赂部分主要内容的对比

编号	《反法》（1993年公布实施）	《修订案送审稿》
1	第二条 经营者在<u>市场交易</u>中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。 本法所称的不正当竞争，是指经营者违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。 本法所称的经营者，是指从事商品经营或者营利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他经济组织<u>和个人</u>。	第二条 经营者在<u>经济活动</u>中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。 本法所称的不正当竞争，是指经营者违反本法规定，损害其他经营者<u>或者消费者的合法权益</u>，扰乱市场秩序的行为。 本法所称的经营者，是指从事<u>或者参与商品生产、经营或者提供服务</u>（以下所称商品包括服务）的<u>自然人</u>、法人和其他组织。

2	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。 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。	第七条 经营者不得实施下列商业贿赂行为： （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； （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； （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。 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。 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。
3	第二十二条 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。	第二十条 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。

三、本所对《送审稿》中相关内容的理解

1. 重新定义了商业贿赂行为

《反法》并未明确规定商业贿赂的概念，工商总局根据《反法》制定颁布的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》（下称“《暂行规定》”）也仅从行贿的角度对商业贿赂进行了定义，且用“贿赂”来解释“商业贿赂”，存在同语反复的问题。此次《送审稿》以“典型行为列举+定义+特殊性规定”的方式全面地、重新定义了商业贿赂行为。具体内容如下：

(1)	放弃了以“账外暗中”、“回扣”等描述商业贿赂的定义方式	近年，很多商业贿赂案例中，商业贿赂手法“花样百出”，不断出现明示、如实入账的商业贿赂行为。靠“账外暗中”、“明示如实入账”的方式判断商业贿赂行为已经难以满足现实的需求，缺乏周延性、且容易引起歧义。《反法》法条中的这种硬性表述，实际上既不利于工商部门执法，也让行政相对人难以把握商业贿赂行为的实质。
(2)	受贿主体不再仅限于“交易对方”，“可能影响交易的第三方”也可以成为受贿主体	在实际商业贿赂案例中，行贿主体不仅会向交易对方行贿，还有可能向有能力帮助行贿主体达到目的第三方行贿。受贿主体往往是与交易密切相关、并且拥有影响交易能力的人，常见的有中介机构、行纪人、政府有关部门工作人员等，这些受贿主体本质特征即体现为“可能影响交易”。因此，是否为交易对方不应当成为受贿主体的限制条件，《送审稿》引入了“可能影响交易的第三方”的概念，此概念范围非常宽泛，值得引起注意。
(3)	明确行贿主体的行为目的	《送审稿》将商业贿赂的目的从“销售或者购买商品”修改为“谋

	为“谋取交易机会或者竞争优势”	取交易机会或者竞争优势”，增强了商业贿赂定义的完整性。但从经营者的角度看，“谋取交易机会”、“谋取竞争优势”是市场竞争下的必然，任何市场主体都是在不断谋取交易机会、谋取竞争优势中生存的。所以，“谋取交易机会或者竞争优势”本身不宜单独作为法律判断商业贿赂的实质性要素。只有违反了《反法》，即损害其他经营者或者消费者的合法权益，扰乱市场秩序的，才属于《反法》禁止的行为。
(4)	“承诺给付”、“同意收受”也可能被认定为商业贿赂	贿赂不仅包括直接给付、收受，也包括承诺给付、收受，这种立法精神在《联合国反腐败公约》（下称“《公约》”）及各国立法中均有体现。《公约》中贿赂行为构成包括“许诺给予、提议给予、实际给予”三种行为方式。《送审稿》扩大了商业贿赂行为的成立范围，明确了未遂标准、有利于治理商业贿赂行为。国际上也一般采用该标准，例如美国《反海外腐败法》规定，只要提供或者承诺行贿即构成违法行为，并不要求行贿目的得逞。

2. 员工收受贿赂的行为不再当然归属于经营者的行为

《暂行规定》第三条规定，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。以此规定，经营者的职工采取商业贿赂手段视为经营者的行为。

《送审稿》一方面肯定了《暂行规定》，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”，但是增加了一条特殊情况，“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”。这条排除性规定，收紧了经营者商业受贿的责任范围。但是“违背经营者利益”的定义目前尚不明确，如合规管理严明的经营者有明确禁止商业贿赂的行为准则而员工未遵守该行为准则的情况下，是否可认定为“违背经营者利益”，有待法律法规对此进一步明确。

3. 三个典型的商业贿赂行为

可以肯定的是，《送审稿》对三个典型商业贿赂行为的规定，并不是对商业贿赂本身的定义，也并没有穷尽对商业贿赂行为的列举，而仅仅是针对新的市场环境下典型的三个行为加以描述，便于公众对法规加以理解。三个典型商业贿赂行为如下：

- ① 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
- ② 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
- ③ 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

4. 加重对商业贿赂行为的处罚力度

比较《反法》的内容，《送审稿》加重了对商业贿赂的处罚：主管机关有权“责令停止违法行为”，并有权根据情节处以“违法经营额百分之十以上百分之三十以下”的罚款，不再提“违法所得”的概念（违法所得的计算标准在实务中多有争议），以“违法经营额”为基准，也不再设罚款的最高额度。但在商业贿赂“未遂”的情况下，如何确定处罚金额，有待在《反法》正式法律案中加以明确。

四、《送审稿》上升为正式法律还有待时日

《反法》属于全国人大立法的法律。根据《中华人民共和国立法法》的规定，《反法》的《送审稿》将上报国务院，由国务院讨论决定，形成正式的法律案。法律案要上升为正式法律，还要经过“提案、审议、表决、公布”的法定程序。从以往其他法律的修订实例来看，《反法》正式被修订、公布，预计还需要 1 到 2 年的时间。

如您对本内容有任何疑问，敬请联系： info@shiminlaw.com

本资料的著作权归世民律师事务所（以下简称“世民”）所有，请勿擅自引用、更改、转印或复印本资料。

本资料是仅供理解中国法律法规内容而制作的，不包括对于中国法律法规的解释、说明或解读等。