

企业反商业贿赂合规新动向分析——商业贿赂之行贿篇

作者：辜鸿鹄 | 王凤阳 | 沙莎

2021 年 9 月，中央纪委国家监委与中央组织部、中央统战部、中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院联合印发了《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》（“《意见》”），对进一步推进受贿行贿一起查作出部署。《意见》为企业反商业贿赂合规制度的建立和完善提出了新指向。为此，通力大合规业务组特别撰写 [【企业反商业贿赂合规新动向分析——商业贿赂之受贿篇】](#) [【企业反商业贿赂合规新动向分析——商业贿赂之行贿篇】](#) 对商业受贿和商业行贿行为及其风险进行分析讨论。本文将围绕《意见》，从构成要件、监管动向、法律责任出发，就商业贿赂中的“行贿”行为展开分析，以期为企业防范商业贿赂行贿行为建言献策。

一. 商业贿赂行贿行为要点解析

在《意见》答记者问中，中央纪委国家监委案件监督管理室负责人表示，行贿是受贿的源头，行贿不查，受贿不止。为有效避免企业因商业贿赂带来的法律责任和不良后果，准确理解商业贿赂中行贿行为的内涵至关重要。

1. 商业贿赂行贿行为的内涵

2017 年新《反不正当竞争法》生效后，商业贿赂被定义为“经营者为谋取交易机会或者竞争优势，通过财物或者其他手段贿赂交易相对方的工作人员、受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人、利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”。新法甫一出台便引起广泛关注，这不仅由于商业贿赂中受贿方的范围得以明确，还在于商业贿赂的本质得以充分体现；而在刑事领域，根据《刑法》的规定，贿赂相关的罪名有 11 种¹，其中以市场主体中的非国家工作人员身份作为受贿方的相关罪

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@linkslaw.com

¹ 包括非国家工作人员受贿罪，对非国家工作人员行贿罪，受贿罪，单位受贿罪，行贿罪，对单位行贿罪，介绍贿赂罪，单位行贿罪，利用影响力受贿罪，对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪，对有影响力的人行贿罪。

名为“对非国家工作人员行贿罪”和“非国家工作人员受贿罪”，前者为针对行贿方设置的罪名。对商业贿赂中行贿行为的理解，应当注意以下四个方面：

(1) 主体：商业贿赂行贿人

商业贿赂中行贿行为的主体为“经营者”，即从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和非法人组织。此外，根据《反不正当竞争法》的规定，经营者的工作人员的行贿行为被推定为经营者的行为，除非经营者能够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。这也意味着企业必须建立并有效执行反腐败规章制度与合规体系，并对员工进行充分培训，强化员工的反腐败合规意识。

就《刑法》规定的对非国家工作人员行贿罪而言，个人和单位均有可能构成犯罪。但根据《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》，该罪对单位和个人的追诉标准并不相同，对个人的追诉标准为行贿数额一万元以上；对单位的追诉标准为行贿数额二十万元以上。因此，在多起个人实施的的对非国家工作人员行贿案件中，员工常以其行为属于单位犯罪进行抗辩。

刑事司法实践中，认定单位是否构成对非国家工作人员行贿罪则需要判断单位行为是否符合单位犯罪的要件：1) 为本单位利益而故意实施；2) 由单位集体研究决定或由有关负责人员代表单位决定；3) 违法利益归单位所有；4) 应当负刑事责任。例如，在 (2018)沪 0115 刑初 142 号一案中，法院认为行贿人的行为未向领导上报，不能体现单位意志，因行贿获得的利益由行贿人所有，行贿款虽然由行贿人以工资的名义支取，但单位并不清楚款项的用途，最终认定单位不构成犯罪。

(2) 目的：“谋取不正当利益”的认定

“谋取不正当利益”可以理解为行贿人谋取违反法律、法规、规章或者政策规定的利益，或者要求对方违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件。²例如，在招标投标、政府采购等商业活动中，违背公平原则，给予相关人员财物以谋取竞争优势的，属于“谋取不正当利益”。

商业贿赂中行贿的目的是谋取交易机会或者竞争优势，行为人是否已经获得不正当利益并不重要，只要行为人以明示或暗示方式向受贿人表达其意图即满足该要件。2017 年修订的《反不正当竞争法》相比旧法规定的“为销售或购买商品”，更加契合商业贿赂的本质与现实状况。相似地，《刑法》对非国家工作人员行贿罪所规定的犯罪目的亦为“为谋取不正当利益”，行贿一方是否实际获得金钱利益不影响犯罪行为的认定，例如，(2017)粤 0111 刑初 2536 号等案件判决显示，在行贿人未获利的前提下，其为了谋取不正当利益而进行的行贿行为，已经构成对非国家工作人员行贿罪。

² 《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第 9 条

(3) 表现形式: 对“财物或其他手段”的认定

“通过采用财物或者其他手段”一般是指提供超越正常商业往来范畴的财物或者其他利益, 如一切具有金钱价值的物质性利益, 既包括各种现行流通的货币、金银珠宝、古玩字画、房屋、汽车等, 也包括具有财产利益性质的各种权利和服务, 如房屋、车船等的使用权、债权、宾馆酒店服务、旅游消费。

商业贿赂的表现形式往往还具有“行业特点”, 如医药领域提供的“财物”可以表现为医疗器械消毒费、医生讲课费等。实践中, 医疗器械销售企业为获取竞争优势, 以免费投放设备、捆绑销售耗材的方式进行配套耗材的销售, 构成《反不正当竞争法》禁止的商业贿赂行为, 这也一度成为市场监督管理部门的执法重点。

(4) 行贿对象

现行《反不正当竞争法》将商业贿赂的受贿方明确规定为三类主体, 即交易相对方的工作人员、受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人、利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人, 不包括交易相对方本身, 但给予交易相对方的任何佣金和折扣, 均应当如实入账。相比而言, 《刑法》中对非国家工作人员行贿罪的受贿主体规定为“公司、企业、其他单位的工作人员”。

2. 《意见》要求重点查处的五类行贿行为

《意见》此次提出将重点查处主观恶性大、后果严重的五类行贿行为, 分别为:

- (1) 多次行贿、巨额行贿以及向多人行贿。《意见》从次数、金额、人数强调行贿行为对政治生态、法治环境、营商环境和市场规则的破坏性。
- (2) 党员和国家工作人员行贿。该类行为应关注行贿行为人的特殊身份, 党员和国家工作人员理应在遵纪守法方面发挥模范带头作用, 如果知纪违纪、知法犯法, 将对党政机关及社会公众带来严重不良影响。
- (3) 在国家重要工作、重点工程、重大项目中行贿。该类行贿行为主要强调交易及竞争项目的重大性, 行贿不仅扰乱正常市场经济秩序, 直接造成国家巨额经济损失, 而且危害国家经济安全, 影响党和国家工作大局。
- (4) 在组织人事、执纪执法司法、生态环保、财政金融、安全生产、食品药品、帮扶救灾、养老社保、教育医疗等领域行贿。该类行贿行为主要强调的是行贿的行业及领域。该类行贿行为扰乱了相关领域的正常秩序, 严重影响人民群众的获得感、幸福感、安全感。
- (5) 实施重大商业贿赂的行为。该类行贿行为主要针对商业领域中的重大行贿行为, 这既是落实《联合国反腐败公约》的要求, 也是顺应广大市场主体呼声、营造公平竞争市场环境的重要举措。

二. 行贿人“黑名单”制度

《意见》提出，要探索推行行贿人“黑名单”制度，由多部门联合对行贿人开展惩戒，这意味着企业一旦被列入行贿“黑名单”，可能面临多部门联合惩戒，其业务活动将“处处受制”。

1. 试点及发展

行贿人“黑名单”制度并非《意见》首创，早在 2002 年，浙江宁波北仑区检察院就在全中国率先推出行贿人“黑名单”。此后，广东、福建、陕西、江苏、湖南等地均已试水行贿人“黑名单”机制，以实现行贿不良记录的动态监管。2004 年 4 月，最高人民检察院等四部门联合下发《关于在工程建设领域开展行贿犯罪档案查询试点工作的通知》，在江苏、浙江、重庆、四川、广西五地开始试点行贿犯罪档案查询，以遏制和减少工程建设领域的腐败行为。2006 年，最高检就针对建设、金融、医药卫生、教育、政府采购五个领域的行贿犯罪，制作了行贿犯罪档案，2009 年又将录入和查询范围扩大到所有领域。到了 2012 年，全国行贿犯罪档案查询系统实现了全国联网。³随后，由于检察机关的反贪反渎和职务犯罪预防部门逐渐转至监察委员会，全国检察机关自 2018 年 8 月 1 日起停止行贿犯罪档案查询工作。

2. 重点行业实践

(1) 医药领域

2010 年 6 月 21 日生效的《卫生部关于进一步深化治理医药购销领域商业贿赂工作的通知》要求建立医药购销领域商业贿赂不良记录，坚决打击商业贿赂行贿行为。2014 年 3 月 1 日，原国家卫生与计划生育委员会发布的《关于建立医药购销领域商业贿赂不良记录的规定》生效，其中规定：“对一次列入当地商业贿赂不良记录的医药生产经营企业及其代理人，本省级区域内公立医疗机构或接受财政资金的医疗卫生机构在不良记录名单公布后两年内不得购入其药品、医用设备和医用耗材，其他省级区域内公立医疗机构或接受财政资金的医疗卫生机构两年内在招标、采购评分时对该企业产品作减分处理。对五年内二次及以上列入商业贿赂不良记录的，全国所有公立医疗机构或接受财政资金的医疗卫生机构两年内不得购入其药品、医用设备和医用耗材。”这意味着医药企业因商业贿赂不良记录被列入黑名单后，医药企业在一定期限内将遭受被公立医疗机构等禁止参与招标采购、降低信用评级等不利后果。此前，江苏某医药公司就因被列入内蒙古医药购销领域商业贿赂“黑名单”被禁入内蒙古医药采购市场两年。

(2) 工程建设领域

2020 年，湖南开展工程建设项目招投标突出问题专项整治，以公布工程建设领域行贿人“黑名单”为突破口，将包括行贿人在内的 211 名对象列入失信行为“黑名单”，采取限制从事

³ 参见《揭秘行贿“黑名单”——全国行贿犯罪档案库》，http://www.gov.cn/xinwen/2014-12/24/content_2796033.htm，最后访问时间为 2021 年 9 月 17 日。

招投标活动、取消财政补贴资格、强化税收监控管理、提高贷款利率等措施实施联合惩戒。与之类似，福建等地也建立了建筑市场行贿主体黑名单，该等主体在市场准入、资质资格管理、招标投标等方面均可能受到限制。⁴

三. 法律责任

1. 行政违法责任

2017 年《反不正当竞争法》修订后，商业贿赂行政罚款额度大幅提高，违法后果更为严重，包括 10 万元以上 300 万元以下的罚款处罚、没收违法所得，情节严重的，可能被吊销营业执照。值得注意的是，《反不正当竞争法》第 26 条还规定，“经营者违反本法规定从事不正当竞争，受到行政处罚的，由监督检查部门记入信用记录，并依照有关法律、行政法规的规定予以公示”，这也为行贿“黑名单”制度进一步提供了依据。

根据行政执法实践，小额行贿亦可能触发严重后果，在 2020 年上海浦东市场监督管理局查处的一起医药行业商业贿赂案件中，药房为促进药品销售向快递“跑腿员”支付回扣，药房的行贿金额仅为 169 元，违法所得仅 180 元，但该药房最终被处以 10 万元罚款。⁵此外，当事人是否有违法所得也不是影响行政罚款金额的唯一因素，2020 年，某重庆 CRO 公司向时任上海市公共卫生临床中心主任赠送 30 万元现金红包、公司股份等，以帮助其临床项目顺利开展，该公司在这一案件中并无违法所得，最终，上海金山市场监督管理局对该公司作出罚款 60 万元的处罚。⁶以上案例也表明，医药行业始终是商业贿赂的重灾区，也是行政执法人员的执法重点。

2020 年，厦门市场监督管理局对某商贸公司作出吊销营业执照的处罚，⁷原因是该公司采用“返佣”的形式贿赂旅行社、导游、大巴司机等对交易有影响力的人，严重扰乱公平竞争的市场经济秩序，成为“鼓浪屿威胁游客舆情事件”发生的主要原因之一。这再次说明商业贿赂事关企业的“生死存亡”，企业必须予以重视并严格杜绝。

2. 刑事违法责任

我们在下表中总结了对非国家工作人员行贿罪的具体规定和定罪量刑标准，如果单位构成对非国家工作人员行贿罪，则采取双罚制，对单位判处罚金，对于直接负责的主管人员和其他直接责任人员，法院将会按照个人犯罪的规定进行处罚。

⁴ 参见《被列入行贿人黑名单后...》，https://mp.weixin.qq.com/s/cupXlr2ho1KR_SDx9ER8Z，最后访问时间为 2021 年 9 月 17 日。

⁵ 沪市监浦处〔2020〕152020000196 号

⁶ 沪市监金处〔2020〕282019014657 号

⁷ 厦市监处〔2020〕19 号

罪名	具体规定	定罪量刑标准	主刑	附加刑
对非国家工作人员行贿罪	《刑法》第 164 条: 为谋取不正当利益, 给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物	行贿罪二倍: • 数额较大: 6 万元以上 • 数额巨大: 200 万元以上	• 数额较大: $x \leq 3$ 年 • 数额巨大: $3 \leq x < 10$ 年	并处罚金

如《意见》所述, 建设、金融、医药卫生、教育、政府采购是腐败治理的重点, 但在不同的案件中, 同一个受贿方可能同时具有国家工作人员和非国家工作人员的双重身份, 如果受贿方属于国家工作人员, 行贿方的行贿行为可能构成“行贿罪”“单位行贿罪”, 其定罪量刑的标准也会发生重大变化。(2017)苏 0507 刑初 398 号一案中, 法院对受贿人的身份进行了分析, 法院认为受贿的医生虽然同时具有骨科主任、副主任、诊疗小组组长等职务(即“国家工作人员”), 但涉案医疗器械进入医院与他们的职务无关; 受贿的医生主要是在从事诊疗活动中使用耗材, 应当视同开处方, 其收受贿赂也主要利用的是医务人员的处方权(而非职务, 即“非国家工作人员”), 因此行贿人属于对非国家工作人员行贿, 而非对“国家工作人员”行贿, 因此不构成行贿罪或者单位行贿罪。

3. 民事责任

《反不正当竞争法》规定, “经营者违反本法规定, 给他人造成损害的, 应当依法承担民事责任; 经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的, 可以向人民法院提起诉讼”, 由此可见, 除前述行政和刑事违法责任外, 商业贿赂行为还可能引发民事侵权责任。对商业贿赂行贿方来说, 如果行贿行为造成其他经营者的合法利益受到损害, 可能需要对受侵害方进行赔偿。以(2012)沪一中民五(知)终字第 287 号案为例, 某 A 公司为取得业务行贿竞争对手 B 公司员工, B 公司以商业贿赂不正当竞争纠纷起诉 A 公司, 法院最终判决 A 公司赔偿 B 公司经济损失 25 万元。

此外, 商业实践中, 交易双方可能时常通过签署《反商业贿赂协议书》降低商业贿赂风险, 一旦发生行贿、索贿等行为, 守约方可以此要求违约方承担违约金。在(2018)粤 20 民终 705 号案件中, 格兰仕公司发现交易相对方向其员工支付了 6,000 元贿赂, 违反双方签订的《反商业贿赂协议书》, 要求交易相对方按照协议约定支付最近一年累计交易金额作为违约金, 最终法院支持这一主张, 判决行贿方支付高达 100 余万元的违约金。需要注意的是, 即便是在交易相对方索贿的情况下, 行贿方仍可能承担民事违约责任, 在(2019)京 03 民终 14252 号一案中, 某公司事业部客户副总监向交易相对方索要好处费, 法院综合行贿方的行贿行为、获利情况以及双方《反商业贿赂》协议的约定, 判决商业贿赂行贿方支付违约金。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



辜鸿鹄
+86 21 3135 8722
patrick.gu@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2021