

商业贿赂概念的界定与把握 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_95_86_E4_B8_9A_E8_B4_BF_E8_c122_484967.htm

【摘要】 赂的本质是作为代理人的受贿人因收受行贿人所给予的好处，背离其应负的忠实义务对交易产生了不正当的影响。商业贿赂包括商业行贿和商业受贿两种行为，所谓商业行贿，是指在商业活动中向代理人支付好处诱使其背离忠实义务的行为；所谓商业受贿，是指在商业活动中代理人收受他人好处背离忠实义务的行为。这是我们研究分析商业贿赂问题的起点和基础，我们应该根据商业贿赂的本质来界定和把握商业贿赂行为的界限。现行法规过于关注是否如实入账等形式问题，实际上是避实就虚，舍本逐末的做法，是不足取的。应该让商业贿赂归商业贿赂，让会计违法归会计违法，不能将两者混为一谈，也不能以一个代替另一个。 【关键词】 商业贿赂；回扣；概念；法律 正确界定商业贿赂的概念，准确把握商业贿赂行为与相关行为之间的关系，是深入开展治理商业贿赂专项工作的重要前提和保障，也是我们研究商业贿赂问题的起点和基础。本文想就如何正确界定和把握商业贿赂的概念作一些粗浅的探讨。作为一篇研讨性的论文，本文想努力做到理性和客观，虽然在论述中会参阅现行的有关法规文件，但本文不以任何现行法规文件作为自己的立论基础，因此一些观点和论述难免会和现行法规文件的一些规定不符甚至矛盾。

一、商业贿赂的概念（一）现行法律关于商业贿赂的规定 1993年施行的《反不正当竞争法》被公认是我国第一部对商业贿赂做出明确规定的法律，也是目前打击商业贿赂行为最

重要的依据之一。该法第八条第一款规定：“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。”该法虽然实质涉及商业贿赂行为的定性及处理，但并没有明确规定商业贿赂的法律概念，甚至没有提到商业贿赂这个词。我国的《药品管理法》、《公司法》、《对外贸易法》、《建筑法》、《刑法》等许多法律法规也从不同角度对商业贿赂做了规定，但同样没有给商业贿赂作明确的定义。2006年中办发布《关于开展治理商业贿赂专项工作的意见》，在全国掀起了治理商业贿赂的高潮，但《意见》并没有具体界定商业贿赂的含义。第一次明确对商业贿赂做出明确界定的法律文件应该是国家工商总局1996年颁布的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》（以下简称《暂行规定》），其第二条规定如下：经营者不得违反《反不正当竞争法》第八条规定，采用商业贿赂手段销售或者购买商品。本规定所称商业贿赂，是指经营者为销售或者购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位或者个人的行为。前款所称财物，是指现金和实物，包括经营者为销售或者购买商品，假借促销费、宣传费、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义，或者以报销各种费用等方式，给付对方单位或者个人的财物。第二款所称其他手段，是指提供国内外各种名义的旅游、考察等给付财物以外的其他利益的手段。除此之外，《暂行规定》还对商业贿赂与折扣、回扣、佣金、附赠之间的联系与区别做了具体规定，方便了执法人员对商业贿赂行为的理解和把握。对商业贿赂概念的做出界定的最新文件是中央治理商业贿

赂领导小组五月份印发的《关于治理商业贿赂专项工作中正确把握政策界限的意见》（以下简称《政策界限意见》），该意见的第二部分对商业贿赂的本质特征和行为界限做出了明确的界定。其中对商业贿赂的本质特征是这么表述的，“商业贿赂是在商业活动中违反公平竞争原则，采用给予、收受财物或者其他利益等手段，以提供或获取交易机会或者其他经济利益的行为。”类似《暂行规定》的定义。《政策界限意见》关于行为界限的表述也基本类似于《暂行规定》及工商总局的有关答复。所不同的是《政策界限意见》规定的商业贿赂的主体范围较宽，既包括经营者，也包括国家机关、事业单位、人民团体及其工作人员等。应该说《暂行规定》和《政策界限意见》等现行法规对商业贿赂概念的界定，比较全面地涵盖了商业贿赂行为的主体、主观方面、客体和客观方面。但它并不完美，甚至有着重大缺陷。对它的批评主要集中在以下几个方面，首先，对商业贿赂的界定实际上是以贿赂来解释贿赂的同义反复，并没有揭示出商业贿赂的本质所在；其次，对商业贿赂行为的认定过于避实就虚，如折扣、回扣、佣金是否合法的关键在于是否“入实入账”，使得反商业贿赂执法异化为财务会计审查过程；再次，对商业贿赂的主体规定得过于笼统，没有区分行贿主体和受贿主体的不同，甚至将“对方单位”不加区分地规定为受贿主体，不符合反商业贿赂的立法本意；最后，关于附赠的禁止性规定与《反不正当竞争法》和工商总局颁布的《关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》相矛盾。（二）贿赂的本质“贿赂”是商业贿赂一词的核心构词要素，准确把握“贿赂”的概念，是界定“商业贿赂”的前提和基础。

因此，我们首先看一看贿赂的概念。现代汉语中，贿赂一词成为一个固定词组，同时具有名词和动词的双重词性，是贬义词。贿赂作名词讲时，指“用来收买某人的报酬”。贿赂作动词讲时，指“用给予报酬(如金钱、财产、利益或方便)来收买某人(如政府官员)。”为了禁止和惩罚各级官吏贪污贿赂行为，贿赂很早就作为一种违法行为和犯罪行为被引入了法律领域，包括行贿和受贿两种行为。在很长时期内，法律都只是禁止公职人员收受贿赂以及对公职人员进行贿赂。久而久之，在人们的心目中和用语习惯中，法律上的贿赂成了专指对公职人员的贿赂。随着经济社会的不断发展，不同领域不同种类的贿赂行为越来越多，并逐渐被纳入法律的调整范围，比如对公司管理层和员工的贿赂行为，目前在世界各国都被禁止，法律中贿赂的概念也随着经济社会的发展在不断扩大，所涵盖的范围越来越广，不再仅仅局限于对公职人员的贿赂。为了区分不同种类的贿赂行为，法律条文以及有关的论文开始在贿赂前面加上不同的定语，如一般贿赂与商业贿赂、公共部门的贿赂和私营部门的贿赂等等。我们解释贿赂行为时，总是用“收买”、“买通”等更通俗的词语来解释，虽然有助于我们理解贿赂的含义，但也只不过是一种同义反复而已，并不能帮助我们真正地理解贿赂的本质，不能告诉我们什么情况下的支付或者收受行为会构成贿赂或收买行为。同时用“收买”、“买通”等词解释贿赂，容易使我们站在行贿人的角度去思考贿赂的概念，其实站在受贿人的立场上分析贿赂问题才是最有效的方法。行贿是以小恩换大惠，予少取多，任何人理论上都可以成为行贿人。但不是任何人都能成为受贿人，因为受贿人收取较少的报酬给予较大

的对价，予多取少，只有具有特殊身份的人才能做到，受贿人所具有的特殊身份才是理解贿赂的关键所在。受贿人必须有管理事务的权力或影响力，这样他才能给予行贿人实惠，同时，受贿人所管理的事务应该是他人的事务，因为理性的管理自己事务的人是不会去作取少予多的赔本买卖。由此可知，受贿人只能是管理他人事务的“代理人”。当然，这里是在最宽泛的意义上使用“代理人”这一概念的，既包括民法中的代理人、经纪人、居间人、受托人等，也包括公司管理层及雇员、政府机构及其公务人员、律师等职业顾问、仲裁员等居间裁判人员等等。这些人员都有一个共同的特点，都是受人之托代人处理事务，并对委托人负有忠实义务，应该忠实于委托人的本意进深善意地处理事务。正是由于存在处理他人事务的代理人，贿赂才有可能发生；当代理人接受了好处背离忠实义务时，贿赂就切实发生了。因此，本文认为，贿赂的本质是作为代理人的受贿人因收受行贿人所给予的好处，背离其应负的忠实义务对交易产生了不正当的影响。

（三）商业贿赂的概念 当我们知晓贿赂的概念和本质之后，商业贿赂的概念也很容易表达。因为商业贿赂只是在贿赂之前加了“商业”这个贿赂发生领域的限定词。商业贿赂包括商业行贿和商业受贿两种行为，所谓商业行贿，是指在商业活动中向代理人支付好处诱使其背离忠实义务的行为；所谓商业受贿，是指在商业活动中代理人收受他人好处背离忠实义务的行为。因为对“商业”一词理解的不同，商业贿赂的概念还有狭义和广义之分，狭义定义和广义定义的根本区别在于受贿对象的范围不同。狭义的商业贿赂是指为市场参与者谋取商业利益对商业人士的贿赂，广义的商业贿赂是指

市场参与者为谋取商业利益而采取的一切贿赂行为。《反不正当竞争法》以及工商总局的有关规章和答复采纳的都是狭义的商业贿赂概念，中办《关于开展治理商业贿赂专项工作的意见》以及中央治理商业贿赂领导小组的系列文件中采纳的都是广义的商业贿赂概念。我们不能武断地说两种对商业贿赂的界定那种更好，在《反不正当竞争法》的框架内讨论商业贿赂问题，采取狭义定义应该更合适，因为那比较符合《反不正当竞争法》自身的特点和使命。从中央决定开展治理商业贿赂专项工作的角度来讨论商业贿赂问题，广义的定义应该更可取，应为采取广义的商业贿赂概念能更有效地达到治理的社会效果和目的。本文在下面的分析中将采用广义的商业贿赂概念。但即使采取狭义的商业贿赂概念来分析，相应得出的观点和结论也不会有太大的差异。因为“贿赂”才是商业贿赂的核心构词要素，“商业”只是“贿赂”范围限定词而已，狭义定义和广义定义的区别主要是外延上的区别，而不是本质上的不同。

（四）商业贿赂的基本分类

商业贿赂首先可以分为商业行贿和商业受贿两种行为。中央治理商业贿赂领导小组下发的《政策界限意见》根据事实、情节以及处罚依据的不同，将商业贿赂分为不正当交易行为、一般违法行为和犯罪行为。商业贿赂还有一个重要的分类，即直接贿赂和间接贿赂，分类的标准是贿赂是否通过第三方进行，不通过第三方的贿赂为直接贿赂，通过第三方实施的贿赂为间接贿赂。无论是商业行贿还是商业受贿都存在间接贿赂的形式。如不少行贿人通过专门的财务公司向受贿人支付报酬，很多生产企业通过经销商实施行贿行为，这些都是间接的行贿行为。公务人员通过其子女、亲属等收受贿赂，牙

防组织通过牙病防治基金会收取牙膏生产企业的赞助等，这些都是间接的受贿行为。间接贿赂中的第三方应该作为行贿人或者受贿人的共犯或从犯一并予以处罚。

二、商业贿赂的具体界定

在明确了商业贿赂的基本概念之后，我们还需要对商业贿赂做出更具体的界定，以便于更准确地理解商业贿赂的概念。

（一）商业贿赂的主体

商业贿赂包括商业行贿和商业受贿两种行为，相应地商业贿赂的主体也包括两种，即行贿主体和受贿主体，也就是行贿人和受贿人。而且行贿人和受贿人有很大差异，笼统地讲商业贿赂的主体会给人们的理解造成混乱。

1. 行贿人

前文已经分析过，商业贿赂的行贿人并没有什么特别之处，行贿人可以是为了获取交易机会的任何人。但是，由于现行法规的不完善和人们的一些误解，有必要对行贿人作以下几点说明：

第一，商业活动中的一切参与者为获取交易机会都有可能成为行贿人，而不仅仅是现行法律所规定的“经营者”，消费者等其他市场参与者同样可以成为行贿人。如果消费者为了购买某种商品而给付商场的销售人员好处以换取更优惠的价格，同样构成商业贿赂行为。

第二，雇员执行职务时的行贿行为应视为雇主的行贿行为，而无论事先是否经过雇主的同意或默许。虽然单纯从理论上说，雇员未经雇主同意或默许而实施的行贿行为不应视为雇主的行为，但由于实践中要查证雇员的行为是否经过了雇主的同意相当困难，而且多数情况下雇员都是在雇主同意、默许甚至指使下行贿的，为节省执法资源提高执法效率不考虑事先雇主是否同意更为可取，况且雇主对雇员的行为负有监督责任，这样规定也可以增强雇主的责任心。

第三，国家机关、事业单位作为民事主体参与市场交易活动时同样

有可能成为行贿人。第四，虽然实践中单位是最常见行贿人，但商业贿赂的行贿人可以是单位，也可以是个人。

2. 受贿人。

前面我们说过，商业贿赂的受贿人只能是管理他人事务的“代理人”。这里还需从以下几个方面对受贿人作进一步的解释：第一，这里的“代理人”泛指一切管理他人事务或者对他人事务有着重要影响的第三人。至少应该包括以下几类人：从事居间、经纪服务的代理人或中间人，受托人、保护人、监护人、财产管理人、破产清算人等，各类单位（包括企业、事业单位、国家机关和社团组织）的管理层人员以及雇员，律师、医生、会计、鉴定人员等专业人员，仲裁员等居间裁判人员，与交易当事人有密切关系，能对交易当事人施加重要影响的单位和个人，如教育行政部门对于学校教材采购的影响力使得图书销售者乐意向教育行政部门或其工作人员行贿，那些根据法律规定需要就商品或服务向公众作出公正的选择、鉴定或者评论的单位和个人，应当是为公众的代理人，这类单位或个人收受可能影响其公正性的好处也应构成受贿，全国牙防组织的案例就是典型。第二，“对方单位”不能成为受贿人。《暂行规定》第二条第二款规定受贿人是“对方单位和个人”，背离了商业贿赂的本质。这里的对方单位显然是指作为交易当事人一方的单位，是管理自己事务的人，而不是管理他人事务的代理人，不对别人负有忠实义务。作为交易的一方当事人，会理性而忠实地管理自己的事务，怎么可能去做得小惠丢大利的蠢事呢？受贿人只能是交易双方当事人之外的“代理人”，而不能是参与交易的当事人。第三，受贿人可以是单位，也可以是个人，但多数情况下受贿人一般都是个人，

是各类单位的雇员。单位只有在作为其他单位或个人的“代理人”时才能成为受贿人，如各类中介机构在从事中介服务时。第四，雇员的受贿行为是个人行为，由雇员本人承担有关责任，而不应追究其所在单位的责任，因为单位本身也是贿赂行为的受害者。如果雇员的接受他人好处的行为得到所在单位的同意或默许，则雇员的行为合法，不构成受贿，因为贿赂的本质在于对忠实义务的违反。

（二）商业贿赂的主观方面 商业贿赂的主观方面，是指商业贿赂行为主体的主观心态，主要涉及以下两个方面：第一，无论是商业行贿还是商业受贿，都应该是行为人故意和自愿的行为。被勒索的不得已的给付行为不构成商业行贿，没有收受贿赂故意的不构成商业受贿。但有一点需要指出，当我们要求雇主单位对其雇员的行贿行为承担法律责任时，并不要求单位存在主观上的故意，过失仍然构成违法。第二，商业行贿必须是行为人为达到商业目的进行的，一般是以获取交易机会或者竞争优势为目的，这是商业贿赂与其他贿赂的重要区别之一。如果不是为了商业目的，而是为了升学、晋升、出国、调动工作等其他目的贿赂有关人员，则不构成商业贿赂。

（三）商业贿赂的客体 商业贿赂的客体是指商业贿赂行为所侵犯的社会关系。商业贿赂作为贿赂的属概念，其客体与其他贿赂的客体有着共同之处。所有的贿赂都侵犯了各类“代理关系”的纯洁性，如使雇员违背了对雇主的忠实义务，使中介机构和人员违背了对当事人的忠实义务，使公务人员违背了对国家和人民的忠实义务等等。同时，商业贿赂作为一种特殊的贿赂形式，又有自己独特的客体。商业贿赂行为除了侵犯各类“代理关系”纯洁性之外，更主要的是商业贿赂行为损害

了公平竞争的市场经济秩序，损害了竞争对手和消费者的经营利益。这也是许多国家将商业贿赂行为规定在反不正当竞争法的主要原因。在一个公平竞争的市场环境中，市场主体生存和发展的关键在于产品质量、价格和售后服务的吸引力。在一个商业贿赂盛行的市场环境下，竞争规则被异化，行贿、拉关系成了市场主体生存和发展的重要因素，使得市场价值规律和市场竞争规律无法正常发挥作用，破坏了社会资源的合理配置。

（四）商业贿赂的客观方面 商业贿赂的客观方面是指商业贿赂行为的表现形式和危害后果。商业行贿的表现形式为给予、提供或者承诺给予他人好处，商业受贿的表现形式为索要、接收或者承诺接受他人好处。我国现行法规对商业贿赂的表现形式规定的比较狭窄，没有明确规定承诺给予或接受他人好处是否为商业贿赂行为，这样规定虽然便于调查取证，但不利于有效地打击商业贿赂行为，尤其不能有效地禁止各类“期权腐败”行为。商业贿赂中给付或收受的好处包含范围广泛，包括财物或者其他手段，现行法规对此也做了比较全面的规定。《暂行规定》第二条第三、四款规定：“前款所称财物，是指现金和实物，包括经营者为销售或者购买商品，假借促销费、宣传费、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义，或者以报销各种费用等方式，给付对方单位或者个人的财物。第二款所称其他手段，是指提供国内外各种名义的旅游、考察等给付财物以外的其他利益的手段。”《政策界限意见》规定：“商业活动中，提供、接受违反公平竞争原则的商业赞助或者旅游、考察以及其他活动；提供、收受各种会员卡、消费卡（券）、购物卡（券）和其他有价证券；提供、使用房屋、汽车等物品；

提供、收受干股或红利；通过赌博，以及假借促销费、宣传费、广告费、培训费、顾问费、咨询费、技术服务费、科研费、临床费等名义给予、收受财物或者其他利益，以提供、获取交易、服务机会、优惠条件或者其他经济利益的，属于商业贿赂。”商业贿赂的危害后果只是决定行为人法律责任轻重的情节，并不影响商业贿赂行为的成立。

三、商业贿赂行为界限的把握

要准确把握商业贿赂，还需要弄清商业贿赂与有关的几个重要概念的联系与区别。

（一）商业贿赂与折扣

根据《暂行规定》第六条第二款的规定，所谓折扣，“既商品购销中的让利，是指经营者在销售商品时，以明示并如实入账的方式给予对方的价格优惠，包括支付价款时对价款总额按一定比例即时予以扣除和支付价款总额后再按一定比例予以退还两种形式。”该条第一款规定，“经营者销售商品，可以以明示方式给予对方折扣。经营者给予对方折扣的，必须如实入账；经营者或者其他单位接受折扣的，必须如实入账。”由此可见折扣是合法行为，是一种价格让利。基于企业有定价的自由权，目前各国竞争法基本都对折扣持认可态度，视为一种合法的价格促销手段。折扣具有以下特征：

- 第一、折扣之发生在交易双方当事人之间，折扣是卖方给买方的，而且只能给交易相对人，即买方单位，而不能是买方的代理人或其内部工作人员。
- 第二，折扣是节省下来的商品价款的一部分。
- 第三，给予或接受折扣都必须如实入账，以明示的方式公开支付。
- 第四，许多国家规定折扣数额或比例不能超过一定限度，但我国《反不正当竞争法》及有关法规没有折扣的比例作出明文规定。不过折扣作为一种价格促销手段，应遵守价格法的有关规定，并且不得以排挤竞争对

手为目的低于成本价销售。那么折扣和商业贿赂是一种什么关系呢？根据《暂行规定》，折扣如果没有明示并如实入账就构成商业贿赂。规定所称明示和入账，是指根据合同约定的金额和支付方式，在依法设立的反映其生产经营活动或者行政事业经费收支的财务账上按照财务会计制度规定明确如实记载。本文认为，《暂行规定》将没有明示并如实入账的折扣作为商业贿赂处理不妥。理由如下：第一，折扣无论是否如实入账，都是卖方给予买方的，而买方在交易中是在处理自己的事务，并不对任何人负忠实义务，也不是任何的代理人，将没有如实入账的折扣作为商业贿赂，与商业贿赂的本质不符。第二，将是否如实入账作为认定商业贿赂的标准，甚至于细致到是否记入了相应的会计细目，实际上是避实就虚，舍本逐末，使商业贿赂执法异化为复杂的财务会计审查过程。财务会计制度关于折扣折让的规定与《暂行规定》中的折扣不能一一对应，财务会计制度关于折扣折让有三类，现金折让、商业折让和销售折让，《暂行规定》中的折扣有两类，及时扣除的折扣和事后退还的折扣，甚至于会计准则和有关税务制度关于折扣的财务处理规定也不一致。如果严格按照如实入账的标准审查，几乎所有的合理折扣都不符合如实入账的标准，都成了商业贿赂，使企业无所适从。而且经常出现交易双方有一方如实入账了，另一方没有如实入账（多数情况下是入账了但没有在应记得会计科目上），于是就出现了没有行贿人的受贿行为或者没有受贿人的行贿行为这一类的怪事。第三，折扣不如实入账当然是一种违法行为，但不应该是商业贿赂这种违法行为，而应是违法会计法规和税务法规的违法行为，并应该依照相应的法规予以处理

。（二）商业贿赂与回扣 关于回扣的性质，一直有着不同的认识。在现实生活中，回扣一词用得越来越滥，常将回扣等同于商业贿赂，把不属于回扣范畴的折扣、佣金等费用也视为回扣，其实回扣不过是商业贿赂的一种典型形式罢了。《反不正当竞争法》第八条第一款规定：“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。”这里提到了回扣，但没有给出界定。《暂行规定》第五条第二款对回扣作出了这样的界定，所谓回扣是指“是指经营者销售商品时在账外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或者个人的一定比例的商品价款。”按照《暂行规定》，回扣具有以下法律特征：一是回扣必须是在“账外暗中”给予的，所谓账外暗中是指“是指未在依法设立的反映其生产经营活动或者行政事业经费收支的财务账上按照财务会计制度规定明确如实记载，包括不记入财务账、转入其他财务账或者做假账等。”“账外暗中”是回扣的重要法律特征和法定要件，是合法与非法的本质要件。二是回扣所用的款项或实物必须是“商品价款”的一部分，是以返还部分商品价款的形式给予的。三是回扣是卖方退给买方单位或者个人的。本文认为，《暂行规定》对回扣的定义不够完善，不能正确反映回扣的本质特点。理由如下：第一，将“账外暗中”作为回扣的重要法律特征和法定要件，作为其合法与非法的本质要件，同样是避实就虚，舍本逐末的做法。如果“账外暗中”是回扣的本质特征，那么经营者如果将给对方单位雇员的好处如实入账是不是就合法了呢？这样规定其实是给贿赂大开绿灯

。贿赂的本质不在于如实入账与否，而在于“代理人”是否违背其忠实义务收受了他人的好处。第二，回扣只能是卖方退给买方员工个人的，不能是退给买方单位的。退给买方单位的是折扣。第三，如果买方员工收受卖方价款返还的行为得到了买方单位的认可或默许，这种收受和支付行为都不构成商业贿赂。基于上述理由，本文认为回扣的概念可以这样表述，所谓回扣是指卖方销售商品时，为诱使买方员工背离其对买方的忠实义务，以现金、实物或者其他方式退给买方员工个人（包括管理层）的一定比例的商品价款。回扣与商业贿赂既有联系，又有区别。二者的联系表现为回扣是商业贿赂的从属概念，是商业贿赂的表现形式之一，除回扣以外，商业贿赂还有许多表现形式。二者的区别主要表现在，回扣是一定比例的商品价款，而其他商业贿赂是在商品价款之外给付的财物。回扣受贿人只能是买方员工个人，其他商业贿赂受贿人可以是卖方的员工，也可以是买方的员工。（三）商业贿赂与佣金 根据《暂行规定》第七条第二款的规定，所谓佣金，“是指经营者在市场交易中给予为其提供服务的具有合法经营资格的中间人的劳务报酬。”该条第一款规定，“经营者销售或者购买商品，可以以明示方式给中间人佣金。经营者给中间人佣金的，必须如实入账；中间人接受佣金的，必须如实入账。”由此可见，我国的法律对佣金是认可的，但要求给付双方都必须如实入账。佣金主要有以下特征：第一，佣金是商业活动中间人所得的劳务报酬。与折扣不同，佣金不发生在交易双方之间，而是给提供中介服务的中间人的报酬。佣金可以卖方或买方的一方给予，也可以双方共同给予。第二，中间人必须具有合法的经营资格，所提

供的服务必须是合法的服务。第三，给付或收受佣金应该如实入账。关于没有如实入账的佣金的性质，执法实践中将其视为商业贿赂予以查处。本文认为，没有如实入账的佣金和没有如实入账的折扣类似，虽然是违法行为，但不构成商业贿赂，只是一种财务会计违法行为。决定一笔佣金是否是商业贿赂的关键不是看它记账与否，而是应该看佣金背后的服务是否真实存在，如果没有相应的服务发生，只是假借佣金之名行商业贿赂之实，即使如实入账了也是商业贿赂。（四）商业贿赂与附赠 所谓附赠，是指经营者在商品交易中，附带性地向交易对方无偿提供一定数量的现金或物品的行为。本质上说附赠是有奖促销方式的一种。附赠具有以下特征：第一，附赠是商品交易行为的从行为，交易行为是主行为，这也是被称为附赠的原因，是附赠与其他单纯的捐赠的重要区别。第二，附赠的赠品种类没有特殊的限制，现金、物品、其他经济利益等可以作为赠品出现。第三，附赠的主体交易双方当事人，一般是由卖方赠与买方。根据赠送对象的不同，附赠分为经营者之间的附赠和经营者向消费者的附赠两种。在现代商业活动中，附赠是一种普遍存在的促销手段。为了防止这种促销手段不正当地引诱交易对方，确保公平竞争和保护经营者、消费者的合法权益，许多国家对附赠行为作了限制性规定。我国规定附赠行为的法律是《反不正当竞争法》，同时国家工商总局颁布两个规章《关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》和《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》也都对附赠进行了规定。《反不正当竞争法》没有明确提到附赠行为，只是对有奖销售行为作了一般规定，并没有禁止附赠行为。《关于禁止有奖销售活动中

不正当竞争行为的若干规定》明确规定了附赠行为，该规定第二条规定，“本规定所称有奖销售，是指经营者销售商品或者提供服务，附带性地向购买者提供物品、金钱或者其他经济上的利益的行为。包括：奖励所有购买者的附赠式有奖销售和奖励部分购买者的抽奖式有奖销售。”该规定除了要求经营者开展附赠活动不能有欺骗行为、推销质次价高商品行为外，对附赠没有进行限制。但是，《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第八条规定：“经营者在商品交易中不得向对方单位或者其个人附赠现金或者物品。但按照商业惯例赠送小额广告礼品的除外。违反前款规定的，视为商业贿赂行为。”这一规定与《关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》有关规定大相径庭，甚至矛盾，基本禁止了经营者之间的附赠，并将其视为商业贿赂行为。根据这一规定，经营者之间“买十赠一”的促销行为被认定为商业贿赂。本文认为，《暂行规定》关于附赠的有关规定不妥，违反了《反不正当竞争法》第十三条的立法精神，将附赠视为有奖销售方式的一种加以规范，更符合附赠本身的性质和特点，也更符合《反不正当竞争法》第十三条的立法精神。附赠作为一种促销行为，无论是经营者之间的附赠还是经营者向消费者的附赠，都是利弊兼有，法律应该规范附赠行为，扬利除弊，而不应该一棍子打死。需要说明的事，对交易对方雇员的任何形式的给付和赠与，都不是附赠，而是典型的商业贿赂行为。

四、总结 综上所述，贿赂的本质是作为代理人的受贿人因收受行贿人所给予的好处，背离其应负的忠实义务对交易产生了不正当的影响。商业贿赂包括商业行贿和商业受贿两种行为，所谓商业行贿，是指在商业活动中向代

理人支付好处诱使其背离忠实义务的行为；所谓商业受贿，是指在商业活动中代理人收受他人好处背离忠实义务的行为。这是我们研究分析商业贿赂问题的起点和基础，我们应该根据商业贿赂的本质来界定和把握商业贿赂行为的界限。现行法规过于关注是否如实入账等形式问题，实际上是避实就虚，舍本逐末的做法，是不足取的。应该让商业贿赂归商业贿赂，让会计违法归会计违法，不能将两者混为一谈，也不能以一个代替另一个。诚然，反商业贿赂需要严格执行会计制度。为有效地打击商业贿赂行为，各国都要求企业严格遵守会计账簿管理、财务状况披露、会计审计标准等有关法律法规，都禁止设立账外账、进行账外交易、记假账等行为。但这些规定与制度都是和打击商业贿赂并行的制度，违背有关会计制度不是构成商业贿赂的前提条件，严格执行会计方面的制度只是防范商业贿赂的一个措施而已。

100Test 下载
频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com