

# 医药行业商业贿赂风险分析和防范——民事责任风险篇

2022-02-14

《反不正当竞争法》第七条被称为“反商业贿赂条款”，该条款在2017年有了较大的修改，明确了商业贿赂的三类对象，给行政执法和民事审判提供了依据。在反商业贿赂的民事责任方面，审判机关会首先判断原告所诉行为是否属于商业贿赂，其次若双方签订了《廉洁协议》，审核是否有损失赔偿或者违约金的约定，如没有相关约定，则大部分情况下，法院根据案件具体情况进行酌定。同时，在个别案件中，不管是否是刻意为之，商业贿赂会成为供应商违约、采购方少付货款的理由。

商业贿赂民事赔偿案件的法律依据主要是《反不正当竞争法》和《民法典》的合同编。《反不正当竞争法》修订时，对第七条“反商业贿赂条款”进行了大幅修订，包含了以下几方面重要内容：

## 1、规定了商业贿赂的行贿主体和受贿主体

商业贿赂的行贿主体是提供产品或者服务的经营者，受贿主体是单位或个人，具体有以下几类：

- (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。

这里并没有把“交易相对方”放到受贿主体中去，是2017年该条款主要修订之一。但行政执法过程中，往往会把“给与交易相对方好处”归入第三类“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”中去，从而同样认定为属于商业贿赂。具体内容在“行政风险篇”中阐述。

## 2、交易相对方的折扣和中间人的佣金，均需入账

理论上讲，交易相对方的折扣和中间人的佣金，如果没有明确入账，不代表必然是商业贿赂，因为商业贿赂的目的是谋取交易机会或者竞争优势，跟折扣和佣金是否入账没有必然关系，需要从实质上进行认定，但是实践中，法官往往把是否入账作为商业贿赂的重要判断标准之一。

## 3、经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为，并且规定了例外情形。

我国《刑法》对单位犯罪实施“双罚制”，一旦单位构成犯罪，不仅对单位处以刑罚，也对直接负责的主管人员、直接责任人员处以刑罚。实践中，员工进行商业贿赂，可以是企业行为，也可能是员工为了完成业绩的个人行为。法律首先规定了，一般情况下经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为，同时规定了例外情况，如果企业能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的除外，即如果企业能证明有一套完善的反商业贿赂的合规体系，则可能会被认定为个人犯罪而非单位犯罪，此时企业和企业负责人、主管人员可以无需承担刑事责任，典型案例如（2017）甘01刑终89号。但民事责任是否要承担，要看具体《廉洁协议》的约定。

从法律规定的本质来说，商业贿赂事实所产生的损害实质上属于侵权责任的范畴，侵权人是行贿者和受贿的员工，被侵权人是受贿员工所在的企业。从共同侵权的角度来说，原告方为受贿员工所在的企业，而被告方一般为行贿员工所在的企业，实践中因为种种原因，一般不会把受贿员工作为被告。个别情况下，当行贿企业的法定代表人或实际控制人通过管理职权积极推动商业贿赂行为的实施的，与履行职务行为存在较大区别，也可以作为被告。

什么情况下经营者会承担商业贿赂的民事责任？民事责任有多大？下面我们从几个方面对企业违反“商业贿赂条款”的民事责任进行阐述。

## 1、商业贿赂的构成要件

商业贿赂不正当竞争纠纷的案由是民事诉讼案由中的第15大类“不正当竞争纠纷”中的下一级案由，该案由按照一般侵权案件确定管辖，即由侵权行为地或者被告住所地管辖。如果双方签订有相关的采购协议和《廉洁协议》，案由可以选择为相应的合同纠纷。

因此，这里存在两种请求权的竞合，不同的请求权基础，对应着不同的构成要件和举证责任，如果案由是商业贿赂不正当竞争纠纷，则构成要件是：

1) 经营者采用财物或其他手段实施了贿赂，且目的是谋取交易机会或竞争优势；

2) 受贿员工的企业因上述行为受到损失。

若案由是合同纠纷，则构成要件是：

1) 双方签订的合同合法有效；

2) 存在违反《廉洁协议》的违约行为和相应的损失。

## 2、区分商业贿赂和正常商业竞争

在市场经济活动中，经常会看到合作被第三方“撬单”的情况，比如案件(2020)京73民终1501号中，明星A和公司B签订了专属合同书，约定B为A在全世界范围内独家代理和经营管理乙方在唱片制作、企宣发行、无线、互联网和数位等领域涉及的各项经纪活动，B委托C为A录制唱片，在录制过程中，A被C撬走，直接与C进行各项经纪活动的合作。以上情况可以看作正常的商业竞争方式，因此，《反不正当竞争法》只是禁止不正当竞争，对于商业主体为了追求更大的利益而与合作方违约的行为，不管是否是第三方诱导，都不做干预，从市场角度看属于资源配置的过程，相关的民事违约责任，由《民法典》合同编规制。

实践中，也经常看到一方为另一方“引流”，并且收取一定费用的情况，比如案件(2021)湘01民终8686号中，公司A为汽车销售公司，其掌握需要车贷服务的客户群，于是介绍给车贷服务公司B，B在成单之后，给A一定的返点。虽然在该案中被认定为正常的商业合作，但在实践中，此类案例有可能被监管部门认为构成商业贿赂中的第三种情形，即“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”。因此还是需要注意此类情况，参考案例见(2019)鲁08行终108号行政诉讼。但笔者认为，对于企业之间相互“引流”，对于是否选择推荐企业的权力仍然在消费者手中的商业合作，并未给市场竞争秩序造成不利影响，认定为属于正常的商业合作为佳。

## 3、合同已经履行的部分产品质量没有问题，价格也合理，此时受贿员工所在单位是否存在损失？

案件(2020)京0108民初2472号中，关于案涉《采购协议》采购款情况，双方均认可该价款系正常价格，没有过高或过低情形，采购价格系经过双方多次反复议价达成。采购活动正常履行未造成实际损失是否成为违反廉洁协议免责条款？法院认为，答案是否定的。《供应商廉洁协议》所保护的利益为廉洁和诚信，上述法益，并非仅基于交易中的商品或者货币损失，而是无形利益。违反廉洁和诚信，并非仅损害货物买卖本身，而损害的是供应商选择活动的公平性，以及其他参选供应商的平等被选择权等经济秩序。但是，采购活动的正常进行，可以作为违约金下调范围的考虑因素。

## 4、刑事案件中，商业贿赂认定为个人犯罪，是否可以免除企业的民事责任？

刑事案件中，个人犯罪还是单位犯罪的认定，主要从犯罪决定的形成是否是单位意志以及犯罪收益的分配来看。如果企业有一套完善的合规体系，则刑事案件可以认定为员工个人犯罪，从而企业以及企业的高管免于刑事处罚。

在这种情况下，民事责任如何划分？该问题我们分两种情况进行讨论，如果案由是合同纠纷，若根据合同约定需要承担相应违约责任，则需要根据合同履行；如果是侵权纠纷，如果行贿员工所在单位能举证证明已经在企业建立了比较完善的反商业贿赂的合规体系，笔者认为，可以在相当程度上减轻民事责任。

## 5、诱使供应商违反商业贿赂，可否达到更换供应商和减少应付款的目的？

案件(2019)粤0404民初2230号中，甲乙双方签订《采购协议》和《廉洁协议》。甲方采购后应付货款没有支付，此时采购部有一位新人入职。此时发生了乙方向甲方微信转账事件，但没有发生实际采购金额，并且这位采购部新人告知了用人单位，即甲方公司。于是甲方起诉乙方，主张依据《廉洁协议》，甲方无需支付货款，并且要求乙方承担违约责任。根据法院查明的事实，无证据表明这位采购部新人在原、被告的交易往来中身处重要或关键的角色和地位，更无证据表明其为原告在被告处谋取了不正当的利益。法院最终酌定，甲方仍需支付货款，但是乙方违法《廉洁协议》，需要承担一定的违约责任。

该案不免让笔者质疑，究竟这起甲方所谓的“供应商行贿事件”，是真实发生的，还是为了免付货款而甲方自导自演？真相无从考证。但总之，身正不怕影子斜，只有建立一套反腐败合规体系，才能避免类似事件。

## 6、商业贿赂民事责任的赔偿数额

《反不正当竞争法》第十七条第三款规定，因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。

因此，赔偿数额的确定，主要是损失金额的确定。在实践中，如果合同中没有约定损失的计算方式，则部分法院会以受贿员工实际受贿金额为基础（认为员工受贿，抬高了货物价款，即受贿金额是损失金额的一部分），结合案情，进行酌定；部分法院会询问行贿企业的利润率，查明行贿企业获取的利润，以此为基础来酌定。在司法实践中，也可以尝试寻求行业协会的协助，部分盈利数据可使用上市公司公开的相关财务数据做佐证。

来源：

---

作者：柯蓉

---

相关标签

---

生命科学与医疗健康