

## 如何认定商业贿赂中的回扣

<http://www.criifs.org.cn> 2006年5月15日 余少峰

作为我国当前商业贿赂的主要形式之一——回扣,是治理商业贿赂专项活动整治的重点。因此,如何识别回扣与非回扣、合法回扣和非法回扣以及回扣的罪和非罪就显得益发重要。

### 回扣与非回扣

回扣作为一种市场营销手段,是经营者销售商品时以现金、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。

由此看来,回扣首先是发生在卖方和买方单位或者个人之间,不能是此外的第三人。而一般商业贿赂不仅包括卖方给买方,也包括买方给卖方,有时还可以给有关的第三人如佣金收受人。这也区别于折扣,折扣是指经营者在销售商品时,以明示并如实入帐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。

其次,回扣性质上属于销售给对方的商品价款的一部分。回扣不是卖方额外从别处拿出物品或金钱给予买方,而是返还一定比例的商品价款,回扣款是商品价款的一部分,一般发生在交易达成之后。而一般商业贿赂不是商品价款的一部分,也未必发生在交易达成之后。

再次,回扣的表现形式不限于现金,也可以是实物,还可以是其他方式,如让利、广告费、包装费、会议费等名义出现。

### 回扣的合法和非法

我国对回扣采取允许并限制的办法。中国工商行政管理总局发布的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第五条规定,回扣是指经营者销售商品时在帐外暗中以现金、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。

由此可以得知,我国仅将在帐外暗中给予或收受回扣的行为视为非法。所谓帐外暗中就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帐上按照财务会计制度规定明确如实记载,包括不记入财务帐、转入其他财务帐或者做假帐等。帐外暗中是区别回扣和折扣的重要特征。折扣是以明示并如实入帐的方式给予对方的价格优惠。折扣是惯常的商业习惯,是公开的,明示的,并且依法在财务帐中反映出来的。

### 回扣的罪与非罪

《中华人民共和国反不正当竞争法》第8条规定:“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个人回扣的，以行贿论处；对方单位或个人在帐外暗中收受回扣的，以受贿论处。”这是我国第一次以立法的形式对帐外暗中给予或收受回扣的行为引起的刑事犯罪予以定性。1996年颁布的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》也做了相同的规定。从以上的规定可以看出，给予或收受回扣的行为构成行贿罪或受贿罪的条件是帐外暗中给予或收受回扣。

不过，按照我国刑法规定，给予或收受回扣的行为构成行贿罪或受贿罪至少还必须具备以下条件：一是回扣的金额必须达到一定数额。最高人民法院规定，贿赂财物数额在5000元至20000元以上属于“数额较大”，贿赂财物数额在10万元以上属于“数额巨大”。行为人给予或收受、索取的财物必须达到较大的数额时才构成犯罪。但是基于各个地方的经济发展水平不同，各省都确定了各自的标准，如上海规定15000元以上属于“数额较大”。值得注意的是，在认定帐外暗中给予或收受回扣的数额时，应该采取累计计算的原则。即帐外暗中给予或收受回扣的数额就是卖方帐外暗中给予任何卖方或买方在帐外暗中收受任何卖方的、未被依法追究责任的回扣总和。二是给予回扣的卖方必须是为了谋取不正当利益而给予对方单位或个人以较大数额的财物才构成行贿犯罪，而对于对方单位或个人而言，只要是索取或收受了他人数额较大的财物，利用职务上的便利进行权钱交易，不论为他人谋取的利益是否正当，都构成受贿罪。

本文章仅代表作者个人观点。

文章来源：上海国资           （责任编辑： zfy）