

旅游回扣之商业贿赂属性分析

■王玉松 上海师范大学旅游学院 上海旅游法制研究室 吕巍 上海市旅游委政策法规处

本文“上海旅游资源与文化发展创新基地”资助

[摘要] 旅游各环节的回扣越来越普遍地影响着旅行社或导游的选择,也深深损害着旅游者的合法权益。而由于法律界定不清,人们对旅游回扣之商业贿赂属性并没有清晰的认识,而将其等同于合法的折扣或佣金。实际上,旅行社或导游并不具备收取折扣的合法身份,旅行社业的佣金制度也有待完善。

[关键词] 旅游回扣 佣金 商业贿赂

一、旅游回扣的法律界定和成因

根据国家工商局发布的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》,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,旅游回扣即是旅游单项产品供给方为了推销其产品,在账外暗中给予旅行社或导游等的各种名目好处费。目前我国旅游业的回扣主要发生在购物、餐饮等环节,比较常见的旅游回扣有:(1)购物回扣。这是旅游回扣的主要形式,其直接来源是“商品购销差价与偷漏税所得”。(2)景点参观回扣。旅行社或导游采取“线外加点”的办法,通过在规定的景点之外增加游览项目并向项目经营者收取回扣来增加利润或收入。(3)餐饮回扣。旅行社或导游安排旅游团在餐馆用餐,餐馆给予旅行社或导游回扣。(4)游乐项目回扣。目前在出境游中有许多领队和地接社导游热衷于向游客推销自费游乐项目,其目的之一就是从经营者处获取高额回扣。(5)其他类型回扣。如近年来逐渐成为旅游投诉热点的烧香拜佛中的回扣。以上回扣的给付形式也日益翻新,最直接的就是按旅游者的消费额比例返现给旅行社或导游,其次便是“人头费”、“茶水费”、“停车费”等名目繁多的好处费。

我国旅游业的高额回扣问题自八十年代出现到今天,经历了由暗到明的漫长发展过程,如今已成为旅游界不成文的“潜规则”。旅游回扣的出现和迅速蔓延,并不能归咎于个别旅行社或导游,它有深刻复杂的历史和体制等方面的原因。

1. 旅游商店的超高标价是源头

上个世纪90年代后,我国旅游业开始实施旅游定点单位制度,并且实行价格上的双轨制。后来虽然价格双轨制取消了,旅游者的结构也发生了很大变化,但旅游商店高标价的做法却一直沿袭了下来。在旅游市场的激烈竞争中,各个旅游购物商店为了提高自身的竞争力不断花样翻新地对手中把握着客源的导游、旅行社许以各种好处。目前,商品购销差价与偷漏税所得是构成购物回扣的主要来源。

2. 旅行社的恶性价格竞争是罪魁

目前我国大多数旅行社仍处于小、散、弱、差的状况,没有形成科学的垂直市场分工体系,产品差异化程度很低,竞争手段非常单一。旅行社竞相以削价作为主要手段来销售产品,这使得其利润微乎其微。为保证必需的组团利润,旅行社唯有或取消导游薪酬、或降低接待标准,甚至纵容、怂恿导游带团购物,以获得“人头费”、“茶水费”、“停车费”或其他名目的好处费。

3. 不合理的导游薪金制度是帮凶

目前,我国导游员由于没有底薪或工资少得可怜,小费又只

在部分境外或国内少数经济发达地区旅游团中有,其他旅游团中基本不多见,如此一来,回扣就成了大多数导游人员的主要收入来源。不仅如此,在“零团费”或“负团费”的操作中,导游还得靠这些回扣先赚到团费,节余部分才是收入,这就不难理解为什么导游变成了“导购”了。

4. 旅游者消费心理不成熟是土壤

旅游产品的异地性和生产消费的同时性使得旅游者在消费旅游产品之前不能确切了解其所购买的产品品质,因此价格高低往住是其首选。这使得价位稍高但服务更好的“无购物”旅游团少人响应。业内对旅游者的评价是“旅游之前讲价格、旅游过程讲质量、旅游结束讲投诉”。旅游者的低价喜好直接影响了旅行社的经营方式。

二、旅游回扣的商业贿赂属性分析

旅游回扣在市场上大行其道,而旅游回扣的法律属性却不甚清晰。有些业内人士认为旅游回扣属于正当的商业折扣或佣金,与商业贿赂无关。笔者以为这是混淆了回扣、折扣和佣金的概念,而且这种观点是十分错误的。

回扣、折扣和佣金在法律上并不能等同。折扣即商品购销中的让利,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。佣金是指经营者在市场交易中以明示并如实入账的方式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。依照我国法律、法规、规章之规定,折扣或佣金是合法的,而回扣缺乏合法性。

那么,旅行社或者导游向旅游产品供应者收取的返款可否定性为折扣呢?笔者认为,无法作此定性。因为旅行社或导游并不具备收取折扣的合法身份。根据《企业财务通则》、《企业会计准则》、《反不正当竞争法》和《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》等的规定,折扣作为互惠互利、促产促销的商业惯例是合法的,但其支付方是固定的,只能是卖方;接受者一般是买方,个人成为买方时(即独立民事主体),折扣归个人所有。并且折扣是公开明示的,一般在合同上或发票上标明,买卖双方均如实入账。显然,在旅游服务关系中,虽然有些产品(景点、住宿、游览项目等)从形式上看是由旅行社从供应商那里批量购得的,但实质上这些产品的真正买受人是旅游者,尤其是在购物和餐饮环节,旅游者就是直接的买方。因此,旅游产品供应单位提供的促销折扣,受益人应当是旅游者而非旅行社,更不是导游人员。旅行社和导游人员都不具备收取折扣的合法身份。

旅行社或者导游向旅游产品供应者收取的返款又可否定性为

佣金?笔者认为,需要具体情况具体分析。《反不正当竞争法》和《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》赋予佣金合法地位,但规定:佣金的收受方是独立于买卖双方之外的第三人,一般称为中间人、居间人或经纪人,是独立的主体,要有合法的经营资格。并且,给予和接收佣金的都必须如实入账。对照以上规定,旅行社或导游是否具备合法的中间人身份呢?《旅行社管理条例》第3条明确规定:本条例所称旅行社,是指有营利目的,从事旅游业务的企业。本条例所称旅游业务,是指为旅游者代办出境、入境和签证手续、招揽、接待旅游者,为旅游者安排食宿等有偿服务的经营活动。从该规定可以看出,旅行社所起的作用类似于中间人。并且2002年国家旅游局明确要建立公开合法的佣金收授制度,允许旅行社收取佣金,并纳入税务财务管理。这实际上等于认可了“旅行社是中间人”的合法身份。笔者亦认为,旅行社应当具备中间人的合法身份。因为:第一,旅行社在旅游过程中所起的作用类似于中间人(或居间人、中介人);第二,《合同法》对委托合同、居间合同的受托人、居间人的身份资格并无明确的限制。当然,笔者也认为,旅行社收取佣金也应当合法:第一,应当事先通过协议约定佣金支付;第二,收授方都应当在正规的财务账上明白显示。第三,导游个人私下收取佣金肯定是违法的。

综合上述分析,我们可以得出这样的结论:旅行社或者导游人员向旅游产品供应者收取的返款只要不符合折扣或佣金的法定条件,不如实入账,即属于非法回扣,涉嫌构成商业贿赂。《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》对商业贿赂的定义是:经营者以排斥竞争对手为目的,为使自己在销售或购买商品或提供服务等业务活动中获得利益,而采取的向交易相对人及其职员或其代理人提供或许诺提供某种利益,从而实现交易的不正当竞争行为。

目前旅游界还有一种观点认为,只要旅行社或导游收取的“人头费”、“购物提成”等入账了,就完全合法了,就不存在商业贿赂之嫌疑了。实际上这种认识仍存在一定的偏差。首先,“入账”应是合法正规的财务账。根据《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》,帐外暗中,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。明示和入账,是指根据合同约定的金额和支付方式,在依法设立反映其生产经营活动或者行政事业经费收支的财务上按照财务会计制度规定明确如实记载。其次,帐内还是帐外并不是界定商业贿赂的惟一标准。从《反不正当竞争法》的立法精神和宗旨看,它所禁止的是经营者为销售或购买商品而采用财物或其他手段进行贿赂的行为,其实质是禁止经营者以不正当的利益引诱交易。经营者无论将这种利诱给予交易对方单位或个人,还是给予与交易行为密切相关的其他人,也不论给予或收受这种利益是否入账,只要这种利诱行为以争取交易为目的,且影响了其他竞争者开展质量、价格、服务等方面的公平竞争,就构成《反不正当竞争法》禁止的商业贿赂。国家工商行政管理局《关于旅行社或导游人员接受商场支付的“人头费”、“停车费”等费用定性处理问题的答复》(工商公字[1999]第170号)也认定:商场以吸引旅行社和导游人员组织旅行团到商场购物,按旅行团人数以“人头费”、“停车费”等名义或按游客购物成交额的一定比例给付旅行社或导游人员一定的财物,属于以不正当利益争取交易,给予方和收受方均违反了《反不正当竞争法》第八条的规定,构成商业

贿赂行为,应当依法予以查处。

三、根治旅游回扣的建议

对于旅游回扣的危害性,国内各方面倒是形成了比较一致的共识。首先,给回扣、吃回扣的做法在旅游行业造成了不正当竞争,引起了混乱。其次,回扣潜流多在账外运行,造成了国家税收的流失。其三,最为严重的是,因为导游大吃回扣,旅游变成了购物的过程,导游异化成为导购,严重侵害了旅游者的合法权益。因此,我国政府对非法旅游回扣一直是坚决禁止并严厉打击的,同时对旅游行业公对公的佣金制度则给予了明确的肯定。

笔者认为,解决旅游回扣问题,一方面要“堵截”,另一方面还要“疏导”。前者需要做到的包括:(1)划清界限。因为整个社会对旅游回扣、佣金的认识都比较模糊,所以有必要首先在行业内划清非法回扣与合法佣金的界限,对非法回扣全面封杀,对合法佣金应当予以扶持和保护。(2)溯本清源。因为非法回扣问题主要集中在购物环节,所以商业管理部门和物价部门应当联合制定旅游商店的指导价格或限定最高标价,并要求明码标价、实价销售,出具合法购物凭证。(3)健全家规。对旅游回扣的违法性应在相关旅游立法中明确指出,并明确相应防范和惩罚机制。(4)理顺关系。首先要彻底改革导游管理体制。实现导游的工资与客人计划外消费回扣的彻底脱钩,全面反映导游的工作质量与工作量,并建立相应的社会保障制度。旅游团的购物佣金应该像旅行社的其他佣金一样统一纳入旅行社利润,最终在导游的工资中体现。其次,平衡好定点接待单位、旅行社、导游、国家和旅游者五方面利益关系。(5)严格治理。一方面对非法回扣应当综合行政、民事、刑事的手段综合打击;另一方面应由旅游、工商、商业、物价、公安、交通、质检等部门齐心协力,密切配合,共同进行综合治理。

从“疏导”的角度而言,就是要完善旅游佣金制度。(1)明确旅行社中间人(经纪人)地位。在修改《旅行社管理条例》时进一步明确旅行社的中间人地位;或者上报国务院,由国务院发文予以明确。(2)指导佣金支付比例。佣金的支付比例直接关系到旅游产品的价格,关系到旅游者的切身利益,因此,物价部门应当出台指导性的政策,限定这一比例。(3)健全单位财务账册。合法的公对公佣金制度是以完整合法的财务账册为基础的,因此,各相关单位应规范建账,让佣金在账册内明白显示。(4)严格贯彻合同制度。旅行社和相关旅游经营单位之间应实现以合同约定的方式将有关佣金收授的问题明确下来,合同的约定一定要符合国家或地方有关佣金的政策规定,然后严格履行合同。

参考文献:

- [1]姚媛:从旅游商品的高标价谈旅游业高额回扣。《甘肃科技》,2004年4月
- [2]苗学玲:对旅游业回扣现象的反思。《旅游学刊》,2001年第2期
- [3]吴书锋:正确看待旅游回扣现象。《湖北教育学报》,2002年2月
- [4]张颖军:我国对商业贿赂行为的立法解析。《中国法院网》2005年7月
- [5]邵建东:论折扣与不正当竞争。《依法治市综合网》,2005年9月