

新经济下商业贿赂中的“影响力影响交易”究竟为何?(上)

作者：潘永建 | 黄文捷

自 2017 年《反不正当竞争法》商业贿赂条款修订以来，商业贿赂领域的执法发生了重大改变。《反不正当竞争法》(2017 年)将“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”列为贿赂收受方之一。然而，这类主体的认定在实践中存在极大的不确定性。新兴市场经济背景下，不断有新的营销模式、商业模式涌现，给商业贿赂的认定进一步增加了难度。“影响力影响交易”这一概念的内涵及外延亟待澄清，否则，商业贿赂将成为一个“口袋罪名”，扼杀市场的创新力、挫伤企业的积极性。笔者试图通过上下两篇文章，从执法实践、立法沿革、国外立法等角度对“影响力影响交易”这一概念的内涵与外延进行梳理和解释，厘清商业贿赂中“影响力影响交易”的范围并提出相关制度完善建议。本文为《新经济下商业贿赂中的“影响力影响交易”究竟为何?(上)》。

一. 执法实践中的困惑

笔者对适用“影响力影响交易”相关的条款即《反不正当竞争法》(2017年)及《反不正当竞争法》(2019年)第七条第一款第三项的行政裁判文书和行政处罚案例进行了检索，归纳了案例中的行贿方、贿赂收受方(即影响交易的单位或个人)、被影响方。在这些案例中，“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”多为医药、家装、美容、旅游行业的单位或个人，这些单位和个人与被影响方(一般是消费者)之间通常存在交易关系，在与被影响方接触的过程中通过向被影响方推荐行贿方的商品或服务的方式达到影响行贿方与被影响方之间交易的目的。贿赂收受方通常在其推荐的商品或服务领域具有专业知识、行业经验或了解市场行情，使得被影响方信赖贿赂收受方的推荐。例如医生在药品领域具有专业知识、家装公司在家装材料领域具有专业知识和经验。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

然而，我们在上述执法案例中还发现一些非典型的商业贿赂，例如商户向消费者推荐代驾公司、学校向学生家长推荐学生信息推送的付费服务(学生家长通过微信公众号的推送获取学生进出校园信息、作业信息等)。这些案例中“影响力影响交易”的认定，值得商榷。

- (1) 将“普通介绍人”认定为贿赂收受方。这是否意味着，与消费者无任何交易关系、无任何专业知识或行业经验的人不得收受经营者财物向消费者推荐经营者的商品或服务？
- (2) 将授课专家认定为贿赂收受方，认为药企向授课专家提供财物、使其在向参会医生授课的过程中推荐药企药品构成商业贿赂。暂且不论此处被影响的交易是什么，授课专家向参会医生的推荐药品，而医生同样具备专业知识和行业经验，授课专家究竟能如何影响医生、影响力有多大，值得商榷。
- (3) 认为医药营销企业向医药代表提供财物、使其促使相关医院及医生多开该企业推广的药品构成商业贿赂。该案中未说明医药代表是如何影响交易的，直接认定医药代表能够影响药品交易。同上，医药代表究竟能如何影响医生、影响力有多大，值得商榷。
- (4) 认为代驾企业向商户提供财物、约定代驾企业为商户独家代驾服务提供方、禁止其他代驾企业进店宣传构成商业贿赂，此案中商户并不能直接影响代驾企业与消费者之间的交易，商户与代驾企业独家合作仅能为消费者选择代驾企业提供便利，消费者仍有自由选择其他代驾企业。
- (5) 将交易相对方前员工认定为贿赂收受方，认为混凝土公司向交易相对方前员工提供财物、使其促使混凝土公司与交易相对方之间的交易构成商业贿赂。交易相对方前员工不同于交易相对方工作人员，其已经无法利用在交易相对方的职权促成交易。本案中也未说明交易相对方的前员工是如何影响交易的。此案例是否意味着，交易相对方前员工通过其在交易相对方的人脉关系促成交易属于违法？这种影响力对交易的影响有多大？是否正当？《反不正当竞争法》第七条第一款第一项为何仅列举“交易相对方的工作人员”作为贿赂收受方？
- (6) 将经销商认定为贿赂收受方，认为酒公司以旅游方式向二级经销商支付销售奖励构成商业贿赂。该案中未说明经销商是如何影响交易的，直接认定经销商能够影响交易。经销商是否属于贿赂收受方？对经销商进行销售激励是否存在商业贿赂风险？

二. 国内立法关于影响力影响交易的内容

1. 《反不正当竞争法》贿赂条款

回顾 2017 年以来《反不正当竞争法》商业贿赂条款的修订历程有助于我们理解“影响力影响交易”。2017 年 2 月的《反不正当竞争法(修订草案)》中的商业贿赂条款第七条第一款将贿赂收受方限定为“交易相对方或者可能影响交易的第三方”，并在第七条第四款中将“可能影响交易的第三方”定义为“可能利用职权对交易产生影响的单位和个人”。为了与刑法的规定相衔接，在 2017 年 9 月的《反不正当竞争法(修订草案)(二次审议稿)》(以下简称“二次审议稿”)中，原第七条第一款与第四款被合并，贿赂收受方被分为四类“(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)国家机关、国有公司和企业、事业单位、人民团体，或者国

家工作人员；(四)可能利用国家工作人员的职权影响交易的其他单位或者个人。”¹在全国人民代表大会法律委员会对二次审议稿审议的过程中，针对上述第(三)类和第(四)类贿赂收受方，有的常委委员提出“在商业贿赂的对象中单独强调国有单位不合适”，还有委员提出“这两类主体实际上都属于利用自己的职权和影响力对交易施加影响，建议合并”。²于是，《反不正当竞争法》(2017年)的商业贿赂条款在二次审议稿的基础上，将上述第(三)类和第(四)类贿赂收受方合并为“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”，并于2017年11月4日正式通过。

从商业贿赂条款上述立法沿革中，可以看出当时立法对于“影响力”旨在重点规制公有领域的职权，所谓的影响力是指影响国家工作人员使得国家工作人员利用其职权。二次审议稿的规定与刑法的规定相衔接，将行贿罪、单位行贿罪、向单位行贿罪、对有影响力的人行贿罪相对应的行为予以规制，加入《反不正当竞争法》禁止的行为中。然而，对二次审议稿进行审议后，立法将“影响力”扩大到私营领域，却未指出私营领域“影响力”的具体含义。

2. 对有影响力的人行贿罪

《刑法》对于影响力行贿仅规定了对有影响力的人行贿罪。该罪名下的“有影响力的人”限于与国家工作人员(包括离职的国家工作人员)关系密切的人。“有影响力的人”并不是直接影响行贿方的相关交易，而是通过影响国家工作人员使其利用职务上的行为/职权或地位形成的便利条件进而影响行贿方的相关交易。换言之，向“有影响力的人”行贿之所以构成犯罪，并不是因为“有影响力的人”能够影响行贿方的相关交易，而是因为“有影响力的人”能够影响国家工作人员、使得国家工作人员能够影响行贿方的相关交易。

3. 私营领域的“影响力”

尽管《刑法》并未规定私营领域的“影响力”，根据对有影响力的人行贿罪的逻辑，可以得出以下结论，私营领域的“影响力”也不是直接影响行贿方的相关交易，而是通过影响非国家工作人员使其利用职务上的便利影响行贿方的相关交易。因此，“有影响力的人”应当限于与非国家工作人员关系密切的人。

¹ 《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案)〉修改情况的汇报》提到，“修订草案第七条第一款规定，经营者不得采用财物或者其他手段贿赂交易相对方或者可能影响交易的第三方；第四款规定，本条第一款所称可能影响交易的第三方，是指可能利用职权对交易产生影响的单位和个人。有的常委会组成人员和地方、部门提出，“可能利用职权对交易产生影响的单位和个人”的范围不清楚，建议进一步予以明确界定；有的意见提出，刑法对向国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体或者国家工作人员行贿，以及向非国家工作人员行贿等都作了规定，建议本条在界定时与刑法的规定相衔接。法律委员会经研究，建议将修订草案第七条第一款与第四款合并，修改为：经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势：(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)国家机关、国有公司和企业、事业单位、人民团体，或者国家工作人员；(四)可能利用国家工作人员的职权影响交易的其他单位或者个人。”

² 《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案)〉审议结果的报告》提到，“修订草案二次审议稿第七条第一款与刑法相关规定相衔接，对商业贿赂的对象作了界定，其中第三项是“国家机关、国有公司和企业、事业单位、人民团体，或者国家工作人员”；第四项是“可能利用国家工作人员的职权影响交易的其他单位或者个人”。有的常委委员提出，市场主体在市场竞争中处于平等地位，在商业贿赂的对象中单独强调国有单位不合适；有的提出，这两类主体实际上都属于利用自己的职权和影响力对交易施加影响，建议合并。法律委员会经研究，建议将这两项合并修改为：利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。”

严格根据《刑法》对有影响力的人行贿罪的逻辑来理解私营领域的“影响力”具有合理性。根据理论界和实务界的共识，贿赂的本质是受贿人违反其对利益受损方的忠实义务、出卖利益受损方的利益。如果某人能够在自身没有职权也不通过拥有职权的人影响交易的情况下直接影响交易，执法机关将该人认定为“有影响力的人”，则这种认定可能违背贿赂本质。如上文案例中提到的普通介绍人，介绍人收受经营者的财物向消费者推荐的行为被执法机关认定为商业贿赂。介绍人的推荐行为对消费者购买经营者产品或服务的影响力是否足够强，消费者是否具备选择的自由，消费者的利益是否因此被出卖，这些问题都存在疑问。

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



潘永建
+86 21 3135 8701
david.pan@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

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

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 2022