

新经济下商业贿赂中的“影响力影响交易”究竟为何?(下)

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?(下)》。

三. 国外立法的相关分析与借鉴

1. 如何认定贿赂

国际上特别是英美法系对贿赂的定义多是围绕三方关系展开的，贿赂需以贿赂收受方对利益受损方负有信托义务为前提¹，贿赂收受方收受行贿方的财物而损害利益受损方的利益才构成贿赂。《联合国反腐败公约》第十八条规定的“影响力交易”，即禁止向任何人进行贿赂以使其滥用本人的影响力为行贿人或其他任何人从行政部门或者公共机关获得不正当好处，属于公有领域的影响力范畴，以公共部门对公众负有的信托义务为前提。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@linksllaw.com

¹ 李炜、叶俊清，《商业贿赂刑事立法的全球考察》，载于《湖南公安高等专科学校学报》2009年6月第21卷第3期，第24-25页。

2. 如何规范非职权类影响力

不可否认，执法案例中，某些利用非职权类影响力的行为确实违反公平正当原则或商业道德，但是鉴于非职权类影响力并不涉及忠实义务，将此类影响力置于商业贿赂的法律框架下予以规制有错位之嫌。

参考国外立法，美国在其规制广告的法律法规中对利用非职权类影响力进行不正当竞争的行为进行了规范。美国联邦贸易委员会曾发布《广告行为中的背书与推荐指南》(以下简称“指南”)。

《指南》要求背书人在向公众推荐产品时应当向公众披露其与广告主之间的实质关系，并要求背书应当真实地反映背书人的观点、发现或经验。其中，背书人包括个人、团体或机构；“实质关系”既包括私人、家庭、雇佣等人身关系，也包括财产关系，例如赞助品牌向背书人支付费用、赞助品牌向背书人免费或以优惠价格提供产品。若背书人通过背书作出虚假或无事实依据的陈述、或未披露其与广告主之间的实质关系，广告主将承担法律责任，背书人也可能需要对其在背书过程中所作的陈述承担责任。此外，《指南》并未禁止专家作为背书人向公众推荐产品，但是要求专家的背书应当是其运用专业知识对产品特点进行评估后作出的。《指南》中对专家的定义是“由于经验、学习、培训而在某一领域比公众掌握更多知识的个人、团体或机构”。

四. 基于执法实践、国内立法、国外立法的分类梳理

综合国内立法和国外立法，可根据影响力的来源将商业贿赂中的影响力分为两类：职权类影响力与非职权类影响力。职权类影响力是基于贿赂收受方的职务、权利、社会地位形成的优势地位对交易产生影响。非职权影响力则是基于贿赂收受方的专业知识、与利益被出卖方的亲密关系等条件对交易产生影响。在下文中，我们将基于执法实践、国内立法、国外立法分类论述职权类影响力与非职权类影响力是否足以构成商业贿赂中的影响力。

1. 职权类影响力

从上述《反不正当竞争法》的修订历程可知，在公有领域，《反不正当竞争法》所述“利用职权影响交易”与《刑法》中的行贿罪、单位行贿罪、向单位行贿罪相对应，而“利用影响力影响交易”则与“向有影响力的人受贿罪”一脉相承。一言以蔽之，公有领域的影响力是作用于国家工作人员的，即通过影响国家工作人员而利用该国家工作人员的职权。将职权类影响力认定为商业贿赂领域的影响力完全符合商业贿赂的内涵。

2. 非职权类影响力

(1) 专业人员

执法实践中，非职权类影响力中有一类较为典型的是贿赂收受方基于自身的专业知识对交易施加影响，医生、医院、导游、设计师、设计公司、老师、美容师等即属于此列。执法机

关将此类人员认定为有影响力的逻辑在于，此类人员因其自身掌握的专业知识或职业的专业性而受到消费者的信赖，或者对消费者选择某种的交易具有一定的引导作用，进而能够影响消费者决定是否进行交易。一方面，因为存在信息不对称的情形，消费者难以在短时间内全面了解某一行业的商品或服务消费状况；另一方面，大众比较倾向于信赖此类专业人员推荐商品或服务时的公正立场。医药、旅游、家装、教育、美容行业从业人员利用其影响力的案例层出不穷。

究其实质，此类专业人员利用其职业上的便利条件获得了消费者的信赖，但其收受贿赂款进行推荐的行为又违背了职业要求的客观、中立的立场，利用消费者的信赖损害消费者利益。早在《反不正当竞争法》(2017年)出台前，市场监管部门就已经对此类案例进行处罚，此类执法思路也可见于此前国家工商总局出台的各类答复。例如，国家工商总局《关于医院非法收受保险公司给予的“劳务费”定性处理问题的答复》(工商公字〔2000〕第97号)明确：“医院违反国家有关规定从事保险代理业务，收取保险公司给予的‘劳务费’，利用自己的便利条件为保险公司向患者推销保险，属于非法收受经营者给予的财物并为其牟取交易机会的行为。医院无论是否将收取的‘劳务费’入账，其行为均违反了《反不正当竞争法》第八条和国家工商行政管理局《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》，构成商业贿赂行为，应当依法予以查处。”

将此类专业人员的影响力认定为商业贿赂领域的影响力具有合理性。不过，需要重点关注专业人员使用影响力的方式。单纯的推荐行为对于交易的影响有限，因为交易实质的决定权还是在交易相对方。例如，医生向病人推荐药品以影响交易的行为并不等同于医生通过处方权影响交易的行为，在后者的情形下病人既无决定权又无知情权，完全由医生决定处方上开何种药品。

此外，还需特别指出的是，不宜将专业人员收受财物进行推荐的行为一概认定为商业贿赂。假设某药企以某医生向病人推荐药品为条件向医生给付财物，但是该医生确实通过自己的专业知识和经历判断该药品能够有效治疗病人的疾病，并且向病人如实披露药企与医生之间的委托关系，病人在充分了解推荐背景之后仍然选择使用该药。此种情形下，病人的利益并未受到损害，不宜一概认为药企向医生给付财物的成本通过药品涨价的方式被转嫁到病人身上。

(2) 特殊身份关系人员

贿赂收受方利用其与利益受损方之间存在的亲属、朋友、同学、同事等社会关系影响行贿方与利益受损方之间的交易，不过此时的贿赂收受方并非借助任何职权影响交易。将此类人员的影响力认定为商业贿赂领域的影响力并无必要，实际情况中，利用此类社会关系影响交易的情形十分有限，并且我们检索到的案例中也并未见有类似情形。

(3) KOL(关键意见领袖)

KOL 因为其本身的号召力而在一定程度上对其推荐的商品起着广告的作用。少数 KOL 会向公众明示或暗示其推荐产品是基于广告主的委托，大部分 KOL 并不会对公众作出上述表示。KOL 隐形的“广告代言”行为不仅受众较广，而且其“软广告”的性质使得消费者更容易解除对传统广告的戒备，因而应对 KOL 宣传加强监管。不过，KOL 宣传的违法本质在于宣传的内容违法，而非 KOL 接受品牌商等的委托进行宣传。《广告法》《反不正当竞争法》《消费者保护法》已经能够有效对 KOL 接受委托进行不当宣传、不明确标注广告的行为进行规制，现有案例中也未见将 KOL 认定为“有影响力的个人”的情形，故无需将 KOL 的影响力认定为商业贿赂领域的影响力。

(4) 普通介绍人

除专业人员外，我们还检索到普通介绍人被认定为“有影响力的个人”的执法案例。在腾冲市腾越镇许灿梅日用品店案中²，处罚机关腾冲市市场监督管理局认为，当事人腾冲市腾越镇许灿梅日用品店在销售翡翠过程中，按照客人购物金额 30%至 40%的比例给付介绍人及客栈返款，获取优越于其他经营者的交易机会，向有影响力影响交易的单位或者个人行贿以达到销售商品目的的行为，违背了公平竞争的原则，扰乱了社会经济秩序，并由此认定当事人的行为构成向有影响力的单位或个人行贿。然而，从行政处罚决定书内容来看，本案中的介绍人和客栈只是将客人带至当事人商店进行购物，无法得知介绍人和客栈除了介绍行为以外对本案交易施加了何种不正当的影响。如上文所述，将普通介绍人的推荐行为认定为商业贿赂的影响力，将使得商业贿赂的影响力认定没有边界。

五. 结语

在我国行政法律框架下，规制贿赂行为的法律为《反不正当竞争法》，而该法的立法目的是保护公平竞争及消费者合法权益。1993年《反不正当竞争法》实施之初，商业贿赂的概念还是基于刚刚起步的市场环境，其中各种促销模式尚未发展成熟、也未得到市场检验认可。³因此，一些违反公平竞争或损害消费者合法权益、但是其他法律又未明文禁止的行为可能就被执法机关扩大范围定性为商业贿赂。尽管《反不正当竞争法》的商业贿赂条款已于2017年进行修订，执法实践中对于商业贿赂还或多或少保留着传统的以商业利益引诱为基础的认定思路。按照现行《反不正当竞争法》的字面规定，商业贿赂只需要满足“为谋取交易机会或者竞争优势”并且“向利用影响力影响交易的单位或个人支付财物”。根据这一定义，除单纯发布交易信息的第三方以外，任何一个能促成、撮合交易的第三方都可以被认为是对交易有影响力的。因此，确定“影响力影响交易”的内涵和外延的重中之重在于判断相关行为是否违反公平竞争或损害消费者合法权益，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。

² 行政处罚决定书文号：腾市监罚（2019）45号。

³ 孙百昌，《浅析新<反不正当竞争法>中的商业贿赂》，载于《中国市场监管研究》2018年第3期，第48页。

当然，解决“影响力影响交易”具体含义的问题最根本的还是厘清商业贿赂的定义，与国际接轨，将贿赂局限于为违背忠实义务的行为。不论是上述专业人员、特殊身份关系人员、KOL，还是普通介绍人，虽然不可否认此类人员对相关交易存在着或大或小的影响力，但是其以推荐的方式使用影响力是否足以构成商业贿赂上的“影响力”？对此，笔者认为法律并无必要将此类人员的推荐行为认定为商业贿赂中的影响力。尽管这些人员接受了经营者的财物，继而帮助经营者从事不正当竞争行为，表面上看与典型的违背忠实义务的贿赂的行为模式相似，但是这些人员对于交易相对方其实并不负有忠实义务，或者即便负有忠实义务，单纯的推荐行为也不构成对忠实义务的违反。如果一律将此类行为认定为商业贿赂，无疑极大拓宽了商业贿赂的认定范围，增加了法律的不确定性。

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