

【经济法学】

# 论商业贿赂行为的类型化处理

## ——兼论《反不正当竞争法》相关条款的修订

侯利阳

**【摘要】**《反不正当竞争法》对于商业贿赂的定义存在同义反复,导致执法实践中乱象频发。2022年《反不正当竞争法(修订草案)》不但未回应此问题,甚至还将更为含糊的“交易相对方”纳入了受贿主体的范畴。明晰商业贿赂定义的关键在于通过执法实践探究该行为在不同场景中的侵害客体。以相关执法案件为基础,可将商业贿赂作类型化处理,分为代理人型商业贿赂、非代理人型商业贿赂和账外暗中型商业贿赂三类。代理人型商业贿赂的核心侵害客体为代理人忠诚义务,在例外情形中辅以侵害竞争秩序。非代理人型商业贿赂虽是通过秘密推销来侵犯消费者对秘密推销方的信赖关系,但不宜将之直接认定为违法,而应设置信息披露的前置义务。将账外暗中型商业贿赂认定违法属于执法实践中的便宜处理,但是,账外暗中是实施商业贿赂的必要而非充分条件,故而应将其与商业贿赂的关系设定为可反驳的法律推定。

**【关键词】**商业贿赂;代理人忠诚义务;秘密推销;账外暗中

**【作者简介】**侯利阳,上海交通大学凯原法学院。

**【原文出处】**《法学》(沪),2024.5.161~177

商业贿赂是《反不正当竞争法》(以下简称《反法》)中一个非常重要的行为,也是我国重点打击的不正当竞争行为,但对其的法律定义至今不甚明晰。无论是1993年的《反法》还是2017年修订的《反法》,都在立法中直接使用“贿赂”一词,将商业贿赂界定为“采用财物或者其他手段进行贿赂”的行为。这种同义反复的现象不仅让我们无法把握商业贿赂的本质,而且造成了实践中执法扩张的乱象。<sup>①</sup>2017年修订《反法》时曾尝试通过列举受贿人类型的方式来明晰商业贿赂的定义,但“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”这个模糊概念的引入反而加剧了争议。<sup>②</sup>为此,全国人大常委会执法检查组在2020年底向全国人大

常委会汇报《反法》实施情况时将商业贿赂的法律适用争议作为难点问题予以着重指出。<sup>③</sup>然而,国家市场监督管理总局(以下简称“总局”)于2022年11月22日发布的《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》(以下简称《修订草案》)<sup>④</sup>不仅未对这些问题予以回应,还在商业贿赂受贿主体中引入了更有争议的“交易相对方”。鉴此,本文尝试由商业贿赂的法律定义切入,同时结合相关执法实践,将侵害不同客体的商业贿赂行为进行类型化处理,并在此基础上提出修法思路。

### 一、反不正当竞争立法与执法中的商业贿赂

#### (一)《反法》对商业贿赂的定义及问题

在语词学上,贿赂往往被界定为“私赠财物有

所请托”。那么,商业贿赂则应当是商业领域中私赠财物有所请托。但此定义难以被直接应用至法学领域。为此,1993年的《反法》第8条将商业贿赂界定为“采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品”。此定义存在两个问题:其一,将商业贿赂的发生场景界定为“销售或者购买商品”,存在界定场景不周延的情形。商业贿赂依其本意应当是发生在商业领域的行为,但商业领域不仅仅包括销售或者购买商品等所有权转移的场景,也包括所有权不转移的场景,比如租赁等。其二,贿赂作为名词的本意即为财物或者其他利益。该定义存在同义反复,未能真正揭示此种行为的本质。针对此问题,2017年《反法》对商业贿赂的定义进行了重大修订。一是将商业贿赂的发生场景从“销售或者购买商品”修订为“谋取交易机会或者竞争优势”,把商业领域的定义进行了抽象化处理,解决了1993年《反法》界定场景的不周延问题。二是仍采用了1993年《反法》对商业贿赂的定义,同时为了明晰该种行为的定义,增设了三种具体的受贿人类型——交易相对方的工作人员、受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人、利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。其中,前两类主体看似明确,实则依然宽泛,比如,我们通常不会认为交易相对方中与涉案交易完全无关的工作人员可以构成受贿人。因此,真正能起到明晰受贿人范围的是存在一般性描述的第三类主体——“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”,也就是说,并非交易相对方所有的工作人员或其所有的受委托人均可构成行贿人,只是那些拥有与涉案交易相关的职权或能够影响交易的主体才可成为受贿人。

无论是交易相对方的工作人员,还是交易相对方的受委托人,均与交易相对方存在直接的关联,将这些主体认定为“利用职权或者影响力影响

交易的单位或个人”在实践中争议不大,而且对其的行为认定亦不复杂,争议最大的是其他能够“利用职权或者影响力影响交易”的主体。在商业活动中,能够对交易产生影响的主体非常广泛。比如,甲为了压低与乙交易的价格,给予乙的竞争者丙以财物,邀请丙假意参与竞争,最终使乙迫于“竞争压力”而降价。在该行为中,丙确实对甲和乙之间的交易具有一定的影响力,并且也收受了甲的财物,但我们并不会据此认为丙构成受贿人。可见,2017年修订的《反法》对“利用职权或者影响力影响交易”的增设存在“范围太宽且无法操作”之风险。<sup>⑤</sup>

2022年《修订草案》出台的目的之一就是“针对监管执法实践中存在的突出问题,对现有不正当竞争行为的表现形式进行补充完善”。<sup>⑥</sup>针对商业贿赂定义模糊的情况,《修订草案》作了两点补充:一是明确商业贿赂的违法主体除了既有《反法》规定的行贿主体外,增加了受贿主体的禁止性规定。不过这个修订既未对商业贿赂进行理论上的拓展,也未超越实务界对商业贿赂的认知。虽然1993年颁行、2017年修订的《反法》未直接规定受贿主体,但实务部门早就对受贿行为作出了禁止性的实践。<sup>⑦</sup>二是将2017年修订的《反法》中“交易相对方的工作人员”修订为“交易相对方或其工作人员”,本质上是增加了“交易相对方”这个新型的受贿主体,却使商业贿赂的定义变得更加扑朔迷离。交易相对方与所谓的“行贿人”是直接的交易关系,“行贿人”给予交易相对方的财物均可能被纳入最终交易货款的范畴,即任何给予交易相对方的财物均可被认定为“行贿人”的降价行为。那么,其中难以理解的问题是:缘何给予交易相对方的降价行为可以被定性为商业贿赂?为何作出如此规定,《修订草案》未能给予进一步的解释。

## (二)商业贿赂案件类型的初步梳理

法解释学研究的起点是概念及其定义。法律概念与定义应当具有周延性,否则法律的可预见性将大打折扣。<sup>⑧</sup>但《反法》对商业贿赂定义的不周延性迫使各方主体不得不以自己的理解对之进行填补。从广义上说,我国对于商业贿赂定义进行填充的主体主要有三:权力机构、学者、社会公众。各方主体对商业贿赂定义的理解存在差异。比如,社会公众多认为小费属于商业贿赂,而权力机构和学者对之则予以否定。又如,学者所批评的执法乱象与权力机构对于商业贿赂存在不同的理解。“法律发现的方法论过程包括两个方面,一是针对规范调适生活事实,二是针对生活事实调适规范。”<sup>⑨</sup>既然《反法》本身的规范存在不周延的问题,那么调适此规范效力最高的生活事实莫过于权力机构出台的具有法律约束力的文件。该方法常见于《反法》的立法活动中,比如,2017年修订的《反法》新增的“互联网条款”即建立在对相关司法判例的总结梳理之上。<sup>⑩</sup>

由于我国商业贿赂的民事司法案件极少,<sup>⑪</sup>且大多以行政处罚决定书的形式结案,故此,笔者拟借助对行政执法机构相关实践的梳理,从中总结商业贿赂在实践中的定义。为此,笔者在“市场监管行政处罚文书网”以“商业贿赂”为关键词共检索出2021年至今的行政处罚决定书108份。<sup>⑫</sup>其中,涉及交易相对人代理人受贿的案件最多,共计59个,应能代表行政执法机构对于商业贿赂定义最基本的理解。分析这些案件可知,行政执法机构对于商业贿赂的理解应当是参考了刑法的贿赂罪。刑法上的受贿罪是指“国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的行为”。<sup>⑬</sup>循此定义,受贿罪中的贿赂是指与执行职务存在明确因果关系的财物收受行为。<sup>⑭</sup>将其推导至商业领域,

商业贿赂可被理解为代理人在执行委托事项时收受他人财物的行为,或曰代理人型商业贿赂。典型案例如“某医药公司与顾某的商业贿赂案”,在该案中,某医药公司为了销售业务的顺利开展,向时任某医院新药临床研究中心主任顾某赠送现金两万元。<sup>⑮</sup>顾某在执行委托事务的过程中收受现金,与其执行委托事务的行为之间存在因果关系,故该行为可被认定为商业贿赂。但是,刑法对贿赂的定义对于《反法》而言并无真正的约束力。况且,《反法》对于商业贿赂的限定性表述也未能完全排除一些合法性的商业行为,反映在实践中就是行政部门对于“利用职权或者影响力影响交易的单位和个人”的理解并不局限于代理人,这也是执法乱象纷生的主要原因。

具体而言,我国行政执法机构超越代理人型商业贿赂的执法扩张主要表现在两个方面:第一,非代理人型的商业贿赂案件,这些案件中的受贿主体或者是交易相对人,或者是其他独立的市场主体。该类案件共计46个。最为典型的就是礼品店给予旅行社或导游的“人头费”“停车费”。原国家工商行政管理总局明确要求,“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”<sup>⑯</sup>就构成商业贿赂。推而广之,此类行为还包括经销商给超市支付的“通道费”(也称“入场费”)、<sup>⑰</sup>啤酒公司给饭店服务员支付的“瓶盖费”、<sup>⑱</sup>一级经销商给二级经销商提供的“旅游优惠”<sup>⑲</sup>等。这些案件中的主体与消费者(比如,礼品店与导游、超市与消费者、饭店服务员与顾客、司机与旅游者、经销商与客户等)并非严格意义上的委托关系,在行为表现上与代理人型商业贿赂相去甚远。此类案件为数不少,或许正是基于这个原因,《修订草案》才将交易相对方列为受贿人之一。第二,账外暗中型的商业贿赂案件。在账外暗中给予交易相对方财物的

行为曾被1993年的《反法》直接认定为商业贿赂,即“在帐外暗中给予对方单位或者个人回扣的,以行贿论处;对方单位或者个人在帐外暗中收受回扣的,以受贿论处。”<sup>③</sup>但账外暗中与执行委托事项本身并无直接的联系,未入账也可能是当事人为了逃税而为之,所以对此行为的认定我国学者多有批评。<sup>④</sup>2017年修订的《反法》删除了这一规定,但对账外暗中的重新定性却非常隐晦——“经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的,应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。”从该规定看,应当只是对交易双方提出了如实入账的要求,并未明确将之认定为商业贿赂。对此,2022年的《修订草案》也未作进一步的回应。

综上,可将我国执法实践中的商业贿赂分为代理人型商业贿赂、非代理人型商业贿赂和账外暗中型商业贿赂三种类型。对于代理人型商业贿赂,学界不存在争议,主要的争议集中在后两种类型的案件中。解决商业贿赂执法乱象的关键不是要否认既往三十多年的执法经验,而是要深入执法实践,探究不同类型的商业贿赂行为的侵害客体。若其侵犯相同的客体,则尽管这三类案件在行为表现上存在差异,依然属于同种类型的商业贿赂;若其侵犯不同的客体,则意味着执法机构在执法中对于商业贿赂的定义作出了区分和细化,或可言之执法机构在实践中对商业贿赂进行了类型化处理。类型化处理是解决法律概念空洞化的思维方法,其在法律概念缺乏清晰界定时能够保持法律规范的开放性与确定性的良性平衡。<sup>⑤</sup>鉴于此,下文将对这三种商业贿赂案件展开类型化分析,以进一步厘清每种商业贿赂行为的侵害客体。

## 二、代理人型商业贿赂

### (一) 代理人型商业贿赂的侵害客体

代理人型商业贿赂案件在实践中数量最多,

将之认定违法不存在任何实务与理论争议,只是对该类行为究竟侵犯了何种客体尚无定论。作为案件数量最多且又不存在争议的商业贿赂类型,代理人型商业贿赂代表着社会各界对于商业贿赂定义最为基本的理解。只有厘清其侵害客体,才能以此为中心审视其他两种商业贿赂类型。执法机构从未解读过代理人型商业贿赂的侵害客体,对于这个问题,学界主要有代理人忠诚义务说、雇主财产说、竞争秩序说三种理论。

代理人忠诚义务说主张商业贿赂侵犯了代理人对于委托人的忠诚义务。委托代理合同内含代理人在进行委托事项时必须以服务委托人的最大利益为准则的基本义务。收受贿赂会导致代理人义务的异化(Alienation of Agency)。<sup>⑥</sup>因此,该说认为商业贿赂本质上是合同违约行为。持此观点的国家包括美国、英国、荷兰、瑞典、日本、韩国等。<sup>⑦</sup>雇主财产说主张商业贿赂会带来损害雇主财产的危险。代理人实施职务行为本质上是处分委托人的财产,而收受贿赂的代理人在处分财产时会偏向行贿人,而这部分利益为委托人所有。因此,该说视商业贿赂为侵权行为。持此观点的国家包括意大利、瑞士、西班牙、波兰等。<sup>⑧</sup>竞争秩序说是我国的主流学说,即禁止商业贿赂是为了维护公平竞争的市场秩序。商业贿赂对竞争秩序的损害主要有二:从竞争者的角度看,商业贿赂给予行贿主体不正当的竞争优势,排挤其他竞争者,导致市场机制无法发挥正常作用;从消费者的角度看,商业贿赂代表着额外的成本,这种成本必然会反映到商品或服务的最终价格上,从而使得价格上升或质量下降。<sup>⑨</sup>

不宜将竞争秩序作为代理人型商业贿赂的唯一侵害客体的理由主要有三:其一,从理论层面上说,竞争秩序的含义非常模糊,任何不正当竞争行为均涉嫌侵害竞争秩序。该学说无法具体指出代

理人型商业贿赂究竟侵犯了何种竞争秩序,因此,将代理人型商业贿赂的侵害客体设定为竞争秩序不利于揭示商业贿赂的本质。其二,从实践层面上看,并非所有的代理人型商业贿赂都会损害竞争秩序。比如,受贿人收取报价最低、质量最好的买方的财物,很难说该行为对其他竞争者造成了具体损害。其三,从国际经验来看,虽然多数国家将竞争秩序作为代理人型商业贿赂的侵害客体,但该客体往往不独立,而是与代理人忠诚义务说或雇主财产说结合执行。<sup>②</sup>故此,代理人型商业贿赂的侵害客体需要从代理人忠诚义务说与雇主财产说中寻找,竞争秩序只宜作为此类商业贿赂行为的附属性侵害客体。

代理人忠诚义务说与雇主财产说的本质差异在于当收受财物的行为不损害雇主利益时,是否构成商业贿赂?其典型场景是代理人收取报价最低、质量最好的买方的财物。根据代理人忠诚义务说,商业贿赂是对合同义务的违反,无须以对委托人造成损害为构成要件。而根据雇主财产说,商业贿赂是侵权行为,因此必须证明该行为对委托人造成了实际、具体的损害。在上述场景中,代理人虽违反了忠诚义务,但委托人的利益并未因此受到具体损害,若依据代理人忠诚义务说,该行为成立商业贿赂;若依据雇主财产说,则不成立商业贿赂。而在我国商业贿赂的立法规定及执法实践中,从未将对委托人造成具体的损害作为商业贿赂的构成要件,故采用雇主财产说会对我国既有的执法体系造成较为严重的冲击,雇主财产也不应成为代理人型商业贿赂的侵害客体。

基于上述分析,我国似应采取代理人忠诚义务说。然而,完全采用该说又会涉及一个经常被学界忽视的问题,即在获得委托人同意的情况下,代理人收受交易相对方财物的行为是否构成商业贿赂?该问题在我国并非空穴来风。比如,在导游

收受“人头费”案件中,导游的委托人旅游公司对此不仅知悉,甚至在多数情况下是默许导游收受财物的。<sup>③</sup>在商业领域,委托人对其所委托的事项具有完全、独立的处分权,其中应当包含允许代理人就委托事项收受交易相对人财物的内容。因此,如果委托人已经事先许可,那么依据代理人忠诚义务说代理人收受他人财物的行为就不违反忠诚义务,也就不构成商业贿赂。在国际层面,支持代理人忠诚义务说的国家大都接受经委托人同意的收受财物行为不构成商业贿赂,如美国、法国、韩国、瑞典等。<sup>④</sup>但这与我国的执法实践不相符。

因此,虽然我国可以采取代理人忠诚义务说,但是必须对之进行限制。为了防止违法主体滥用该说,此时委托人的同意必须是事先的、明确的,而且必须为交易相对方知悉。此处凸显了在代理人忠诚义务说之余引入竞争秩序作为附属性侵害客体的必要性。因为商业贿赂除了侵犯委托人的私益外,还会对竞争秩序造成不良的示范效应。若执法机构启动调查程序后允许受贿人以获得委托人的事后许可进行免责,则商业贿赂的行政执法将被视为儿戏。因此,笔者主张委托人的事后许可不得作为商业贿赂免于处罚的考量因素。鉴于此,从理论层面上而言,我国可以将代理人忠诚义务作为代理人型商业贿赂的核心侵害客体,代理人型商业贿赂是指代理人未经委托人同意收受交易相对人财物的行为。但是,仅将代理人型商业贿赂的侵害客体设定为代理人忠诚义务存在不周延的情况,应当在委托人许可代理人收受他人财物的场景中引入竞争秩序说,即若该行为侵害了竞争秩序,则认定违法;若其对竞争秩序无明显的影响,则不认定其违法。

## (二)“代理人忠诚义务说”在我国的证成

将代理人忠诚义务作为代理人型商业贿赂的核心侵害客体是否符合我国《反法》的立法目的?

对此问题可先从《反法》条文及相关立法资料入手展开分析。2017年修订的《反法》将受贿人的主体范围限定为交易相对方的工作人员、受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人、利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。可以明确的是,交易相对方的工作人员与受交易相对方委托办理相关事务的单位或个人均为广义的代理人范畴。这些主体在执行委托事项的过程中自然须负有对委托人的忠诚义务,不得就委托事项的执行收受财物。那么,接下来的问题是:其他“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”是否也符合代理人忠诚义务说的要求?

2017年8月21日,全国人大法律委员会向全国人大常委会提交的《反法(修订草案)》二次审议稿中的受贿主体是:“(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。”<sup>⑧</sup>与最后修订通过的《反法》对比,“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”对应的是审议稿中第三项和第四项的内容,该两项的主体可以抽象为具有公权力或者“类公权力”的主体,或可统称为国家工作人员。有学者指出,审议稿中对此类受贿主体的列举是想与《刑法》中商业贿赂罪产生联动。<sup>⑨</sup>《刑法》中的商业贿赂罪既包括纯商业活动中的贿赂行为,也包括私主体因商业利益对国家工作人员的行贿行为。从审议稿的措辞推断,“利用职权或者影响力”很有可能指的是受贿人为国家工作人员、行贿人为经营者的商业贿赂。若如此,则“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”指向的就是国家与国家工作人员的委托代理关系。笔者认为,从立法者的本意看,商业贿赂的核心侵害客体确实是委托代理关

系中的代理人忠诚义务。具体分为经营者内部的雇佣合同关系、经营者外部的代理合同关系及受贿主体为国家工作人员的公共职务关系三大类。

将代理人型商业贿赂的核心侵害客体界定为代理人忠诚义务,可以解决我国立法和执法对于商业贿赂用词混乱的现象。由于缺乏完善的定义,《反法》未对商业贿赂的表现形式进行抽象性规定,而是列举了三种具体的表现形式——回扣、非法折扣、非法佣金。回扣是指在交易货款中给予对方单位或者个人一定比例的交易货款,<sup>⑩</sup>是较为典型的商业贿赂的表现形式。在国际上,回扣(Kickback)是商业贿赂的同义词。<sup>⑪</sup>但我国还存在直接给予对方单位的账外暗中型商业贿赂。对于折扣和佣金而言,二者均为市场经济中的合法行为,将二者纳入商业贿赂的规制射程令人难以理解。此外,我国执法机构还对接受佣金的中介人存在具有合法经营资格的要求。<sup>⑫</sup>换言之,没有合法经营资格的中介人收取的佣金是商业贿赂,但何为合法经营资格却令人疑惑。我国实践并未对所有的市场主体都有经营资格的明确要求,故这三个概念经常被混用,但若采用代理人忠诚义务说则能够很好地区分这些概念。商业贿赂是在存在代理人的交易中交易一方给予另一方代理人财物的行为,因此,无论行贿主体采用何种形式(回扣、折扣、佣金)给予财物,只要属于违反代理人忠诚义务的行为,均可将之认定为商业贿赂。

### (三)“谋取交易机会或者竞争优势”的理解

以代理人忠诚义务说来解释商业贿赂,那么与委托事项相关的所有行为都可纳入代理人忠诚义务的范畴,如此,与委托事项相关的任何收受财物的行为都可纳入商业贿赂的规制射程。这会引出另外一个问题:《反法》对于商业贿赂作了目的性限定,即收受商业贿赂的目的必须是“谋取交易机会或者竞争优势”,但若采用代理人忠诚义务

说,代理人在执行代理事务过程中无论是否存在谋取交易机会或竞争优势的主观故意,或者实现了谋取交易机会或竞争优势的客观效果,只要因此收受了财物,均可构成商业贿赂。

该争议在贿赂罪的学术讨论中也被刑法学界所关注。贿赂罪被定义为“国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的行为”。那么,如何理解其中的“为他人谋取利益”?主流刑法学观点认为,国家工作人员在履行职务过程中收受财物的任何行为,无论是为他人谋取不正当利益还是正当利益,均可构成贿赂罪。为此,我国主张在行贿罪的认定中取消“谋取不正当利益”要件的呼声一直存在。<sup>⑤</sup>笔者认为,商业贿赂的违法性认定无须以“谋取交易机会或者竞争优势”为要件。否则,代理人若基于客观评判选定行贿人作为交易对象,其虽收受财物但并未谋取超越市场条件的交易机会或竞争优势,就可不被认定为商业贿赂。

以此分析为基础,可用以解释商业实践中的小费现象。小费是指消费者在接受服务并支付经营者服务费后给予服务员的费用。小费不是直接给经营者的费用,给予经营者的费用属于商品对价的范畴,在此无须多议。小费往往被理解为消费者对于服务员的赠与行为,是消费者主动给予服务员高质量服务的奖励。<sup>⑥</sup>在西方国家(尤其是美国),小费是常见的市场现象。我国虽无小费文化,但长期以来存在“医生红包”“教师红包”的社会风气,此种行为当可纳入小费的范畴,所以研究小费的法律定性在我国具有强烈的现实意义。笔者认为,小费的收取可分为主动索取与被动给予两种情况。第一,在主动索取小费的场景中,若消费者不存在支付小费的义务,则主动索取与被动给予的区别不大,二者为消费者的自愿行为。不

过,若小费的支付存在强迫性,则小费就会与商业贿赂发生较强的关联。这种情况在美国较为常见,很多行业存在强迫支付小费的情况,如出租车、酒店、餐厅等。我国虽不存在强迫支付小费的传统,但随着市场经济的发展,某些行业也开始出现“强制性”收取小费的市场现象。<sup>⑦</sup>为何消费者在支付经营者服务费之余还必须给予服务员小费?这是赠与行为,还是索贿行为?鉴于小费的诸多争议,美国纽约市政府曾在2018年提议取缔小费。<sup>⑧</sup>当然,美国也不是每个行业都有小费强制制度,其主要存在于服务质量难以被标准化的行业,如餐厅、理发店、酒店等。在这些行业实施小费强制制度具有经济学上的合理性,可以让消费者直接监督服务质量,也会更容易督促服务员提升服务质量。<sup>⑨</sup>对此还可从商业贿赂侵犯代理人忠诚义务的角度展开分析。委托人事先许可服务员的小费没有侵犯代理人忠诚义务,应属于合法行为,但若服务员在经营者未事先许可的情况下主动向消费者索取小费,则是对代理人忠诚义务的违反,应当认定为商业贿赂。因此,医生或教师主动索取红包的行为应当被定性为商业贿赂。第二,消费者主动给予小费的行为原则上应被认定为赠与行为,不宜认定为商业贿赂。对于“医生红包”与“教师红包”来说,依据代理人忠诚义务说,在医生和教师被动接受红包的场景中,二者均未构成对代理人忠诚义务的违反。而且这两个行业均是服务质量难以被标准化的行业,通过“红包”来督促医生或者教师提供更为优质的服务,确实具有一定的正面意义。无论是哪种情况,都不宜将之认定为商业贿赂,这也与我国在实践中对“红包”的执法实践保持一致。<sup>⑩</sup>不过,若医院或学校(委托人)明令禁止医生或老师收取“红包”,则被动收受“红包”的行为也会违反代理人忠诚义务,从而也可被认定为商业贿赂。

### 三、非代理人型商业贿赂

#### (一)非代理人型商业贿赂的侵害客体

依据代理人忠诚义务说,商业贿赂的发生场景为存在代理人的间接交易。直接交易只有交易双方,任何给予财物的行为都可纳入货款的范畴,不构成商业贿赂。各界对于代理人属于“利用职权或者影响力影响交易”的主体不存在争议,但我国的执法实践对“利用职权或者影响力影响交易”的主体范围有所突破,呈现大量不存在严格意义代理人的非代理人型商业贿赂案件,甚至是直接发生在交易相对方之间的商业贿赂案件。涉及其他“利用职权或者影响力影响交易”的商业贿赂案件主要包括经销商给超市支付的“通道费”、啤酒公司给饭店服务员支付的“瓶盖费”、旅游景点给出租车或者黄包车司机支付的“拉人佣金”、商店给导游支付的“人头费”或“停车费”等。应当说,2022年《修订草案》中增加“交易相对方”作为受贿主体可能也是对实践执法的回应。那么,该如何理解此类商业贿赂的侵害客体?

在涉及商业贿赂的所有立法性文件中,唯一明确过的侵害客体出现在1993年《反法》立法之时。在国务院提交全国人大审议的《反法(草案)》中,商业贿赂被定义为“经营者不得以金钱、物品或者其他利益为诱饵,推销商品”。<sup>①</sup>虽然该条最终未被立法所采纳,但是可据此推断当时立法者的意图。将商业贿赂定性为推销商品的方式,那么推销的对象既包括代理人,也包括交易相对人和其他能够影响交易的主体。若从此角度理解,前述案件中的超市、服务员、司机、导游、二级经销商等都属于被提供诱饵向消费者实施推销行为的对象。比如,经销商给超市支付“通道费”的目的是让超市将其商品放置在显著位置,从而实现对消费者推销之目的。<sup>②</sup>

但是,若将商业贿赂简单理解为通过利益诱

惑推销商品的话,商业贿赂便会与广告、有奖销售、搭售等其他合法的推销方式发生混淆,因为并非所有的推销方式都会被禁止。那么,非代理人型商业贿赂禁止的推销方式是什么?将涉嫌商业贿赂的推销方式与合法的推销方式进行对比可知:非代理人型商业贿赂所禁止的推销方式为秘密推销,也就是说,消费者对于这种推销并不知情,甚至认为这些推销行为是受贿主体按照自己的专业能力做出的最优选择。而合法的推销方式为公开推销,消费者知道或应当知道这些推销行为属于受资助的行为。比如,我国规制广告代言人的理论基础是该行为是“可引发信赖的表意行为”,<sup>③</sup>但付费代言可能会侵害这种信赖关系,因此要求广告代言人就其推销行为承担责任。<sup>④</sup>虽然我国并未将付费代言认定为商业贿赂,但二者背后的逻辑大体相似。

鉴于此,此类商业贿赂应当被定义为通过秘密推销侵害交易相对人信赖利益的行为。所谓秘密推销是交易一方受第三方资助实施推销行为,却向购买者隐瞒了受资助的信息。非代理人型商业贿赂与代理人型商业贿赂侵犯的均是信赖关系,不同之处在于,代理人型商业贿赂侵害的客体是委托人对代理人的信赖;非代理人型商业贿赂侵害的客体是购买者对秘密推销方的信赖。从执法实践来看,非代理人型商业贿赂侵犯的对象主要是消费者,消费者认为交易相对方受资助的推销行为是依据自己的专业能力作出的决定,这可以解释为何我国对非法佣金中的中介人存在“合法经营资格”的要求。<sup>⑤</sup>合法中介人的中介身份应当为交易相对方所知悉,而在秘密推销中,推销方却向消费者隐瞒了推销身份。因此,此处的经营资格不是指是否具有相关权力机关颁发的经营资格证,而是中介人的中介身份是否为消费者所知悉。

## (二)秘密推销的理论争议

虽然秘密推销可以解释此类商业贿赂的侵害客体,但依然存在规制射程过宽的问题。其中的问题主要有二:其一,从经济学的角度理解,秘密推销涉及非对称信息问题。此时,交易一方(秘密推销方)比另外一方(消费者)掌握更多的信息,并以此从交易之外的第三方(赞助方)处盈利。比如,超市比消费者更了解产品的质量,原则上应当按照产品的质量排列商品,而不是通过向经销商征收“通道费”的方式盈利。问题在于,在无第三方介入时,交易一方利用其所掌握的信息与另一方进行交易,只要不属于隐瞒重大信息的行为,就是正常的合同行为。那么,为何我们允许掌握更多信息的一方直接盈利,而不允许其通过交易之外的第三方盈利呢?其二,实践中也存在诸多秘密推销不被认定为商业贿赂的情形,如免费媒体在秘密收受第三方资助后为其发表嵌入式广告报道,并向公众免费传播等。这些行为同样符合秘密推销的定义,但无论是在我国还是在国际上,都将其置于道德谴责的范畴。<sup>④</sup>

非代理人型商业贿赂的侵害客体为交易相对方的信赖利益,会导致社会公众在感情上难以接受。由于秘密推销存在上述难以解决的问题,将之归类为道德谴责行为还是法律禁止行为在国际学界长期以来充满争议。历史上最为知名的论战为美国20世纪60年代关于“播费”(Payola)的争论。“播费”是唱片公司为让电台的音乐主播播放指定歌曲而向后者支付的费用。“播费”符合秘密推销的定义。支持“播费”构成商业贿赂的学者认为其危害主要有三:(1)“播费”是对消费者的欺骗。消费者以为电台选择歌曲的标准是品质,但实际上是“播费”;(2)“播费”会弱化唱片行业的竞争机制,导致质量低下的产品在竞争中胜出,进而驱逐中小型唱片公司;(3)“播费”会使消费者对媒

体的公正性与真实性产生怀疑,进而导致社会信任体系的崩溃。<sup>⑤</sup>反对“播费”构成商业贿赂的学者理由是:其一,商业贿赂是代理人对委托人忠诚义务的违反,而“播费”是电台默许的行为,因此不构成商业贿赂。<sup>⑥</sup>其二,针对欺骗消费者的论点,科斯指出电台的竞争非常激烈,如果主播为了收受“播费”而导致听众数量下降,那么将很快被电台解雇,因此主播不会为了“播费”而播放质量低下的歌曲。<sup>⑦</sup>其三,针对限制竞争的论点,科斯认为“播费”不仅没有限制中小型唱片公司的竞争,反而促进了中小型唱片公司的竞争。中小型唱片公司因缺乏著名歌星及销售网络,反而是支付“播费”的主要群体,认定“播费”违法,中小型唱片公司需要在其他渠道支付更多的广告费用,从而在竞争中失势于大型唱片公司。<sup>⑧</sup>美国国会最终偏向支持者的观点,在1960年修订《联邦通讯法》时将“播费”纳入了商业贿赂的范畴。<sup>⑨</sup>但因上述争议的存在,并未将“播费”直接认定为商业贿赂,而是为之设置了两项前置义务:一为雇主的事先许可。《联邦通讯法》第508条规定,电台的任何雇员不得在获得电台同意前收受他人财物播放任何事项,否则构成商业贿赂。<sup>⑩</sup>二为信息披露。《联邦通讯法》第317条规定,电台就播出事项可以收受他人财物,但必须在播出时公开相关信息,否则构成商业贿赂。<sup>⑪</sup>这两项前置义务使得“播费”的最终责任承担主体为电台。同理,电台并非电台听众的委托人,因此收受“播费”并不侵犯代理人的忠诚义务。但鉴于秘密推销的社会危害性,美国最终采用了较为缓和的方式将其纳入商业贿赂的规制射程。

在我国,关于秘密推销的学术争议主要围绕超市的“通道费”展开。最早将“通道费”认定为违法的法律文件是《零售商供应商公平交易管理办法》,<sup>⑫</sup>虽然该办法未明确“通道费”属于何种不正

当竞争行为,但是执法机构与司法机构在实践中均将其视为商业贿赂。学界对此则有两种对立观点。支持者认为,“通道费”可以让供货商争取到交易机会和更优惠的交易条件,符合商业贿赂的定义。<sup>⑤</sup>同时,“通道费”使得大型供货商排挤中小型供货商,还会提高商品的零售价格,损害消费者的选择权。<sup>⑥</sup>反对者的主要观点是,“通道费”缺乏明确的委托代理关系,不符合商业贿赂的构成要件。<sup>⑦</sup>此外,“通道费”可以保障超市对有限的货架空间进行最优配置,能够解决超市与供应商之间的信息不对称问题,并通过与供应商分担成本的方式降低超市的经营风险。<sup>⑧</sup>《修订草案》对之也有涉及,但将其纳为一种新型的不正当竞争行为——滥用相对优势地位。<sup>⑨</sup>

### (三)非代理人型商业贿赂的规制建议

我国学界对于“通道费”的争议与美国学界关于“播费”的争议大体类似,因此,认为所有的秘密推销均能对交易产生商业贿赂中的“影响力”难免失之偏颇。比如,我国长期以来将饭店服务员收取“瓶盖费”的行为认定为商业贿赂,但若顾客已经有了事先中意的啤酒品牌,那么服务员的秘密推销也很难奏效;若顾客无事先中意的啤酒品牌,那么选择何种啤酒可能并非顾客关注的事项,这至少很难说服务员的秘密推销严重侵犯了顾客的选择权。

鉴于中外学界对于秘密推销的理论争议,笔者认为虽然非代理人型商业贿赂具有一定的社会危害性,但是不宜将之直接认定为违法。实施秘密推销的主体可能会对交易产生一定的影响,但该影响在程度上要远低于代理人对交易的影响。不过,鉴于秘密推销确实会侵犯购买方对推销方的信赖,且确实会对竞争产生一定程度的负面影响,故建议对秘密推销者增加信息披露义务。若秘密推销者未在实施推销行为时披露资助方的相

关信息,则可认定为商业贿赂。采用该举措的优势有三:第一,秘密推销的侵害客体是交易相对方的信赖,而对之公开则会缓解该问题。第二,秘密推销的社会危害程度要低于侵犯代理人忠诚义务的商业贿赂,增加信息披露的豁免性要求符合行政处罚的比例性要求。第三,信息披露义务本质上是将秘密推销做公开化管理。在我国,已有将秘密推销进行公开化管理的先例。比如,超市的“通道费”问题随着零售业向互联网经济的转型,早已不是社会热点问题。而作为传统超市继承者的电子商务平台实际上也在实施类似于“通道费”的行为,只是这些行为以付费的首页展示、搜索排名等形式存在。2016年的《互联网广告管理暂行办法》将这些行为定性为广告,要求互联网公司对于“付费搜索广告应当与自然搜索结果明显区分”,<sup>⑩</sup>这本质上是对电子商务平台施加的一种信息披露义务。

因此,事先的信息披露义务可以推广适用于所有的秘密推销行为,作为此类商业贿赂行为的前置义务。只要交易相对人事先知悉秘密推销行为,其权益即可自然得到保障。比如,在“瓶盖费”案件中,只要服务员对于顾客公开其从推销行为中获益,顾客是否接受推销当属意思自治的范畴,无须施以商业贿赂的加强保护。同理,在涉及导游(含司机)“拉人佣金”案件中,只要游客对于拉客背后的推销行为事先了解,也不涉及侵犯游客选择权的问题,则不宜将之认定为商业贿赂。进而,即便导游在拉客时存在增加购物时间而缩短旅游时间、甚至强迫游客购买商品的行为,<sup>⑪</sup>也应当将之认定为侵犯消费者权益的行为,更适合适用《消费者权益保护法》来解决,<sup>⑫</sup>而非通过商业贿赂进行处理。

此外,信息披露义务的设置还涉及实施范围的问题。对所有的秘密推销都要求信息披露义务

可能无法在某些情形中实现。比如,某不知名品牌的零部件生产商为了打造声誉,给其下游的某知名产品生产商支付巨额折扣,使其产品纳入后者的生产流程。该行为也符合秘密推销的定义,但若让生产商公开其所有生产要素的质量、价格、来源等信息,一来对生产商而言过于繁重,二来若信息量过大,对消费者亦无任何意义。回答该问题需要回归信息披露义务的经济理论层面。信息披露只是解决信息不对称问题的方式之一,其他方式还包括信息少的一方自行获取信息、通过中立的第三方提供信息以及声誉机制等。<sup>③</sup>信息披露义务仅在市场机制无法自行提供相关信息的场景中才会促进社会福利;当市场机制能够提供相关信息时,反而会增加交易成本。<sup>④</sup>因此,在决定对某个行业中的秘密推销进行规制时,还需要考虑该行业的竞争程度。若该行业的竞争非常充分,交易相对方能够自行了解到市场中的秘密推销行为,则无设置信息披露义务之必要。

#### (四)特殊主体的严格责任

原则上,信息披露可以缓解甚至消除非代理人型商业贿赂的社会危害。但在我国,还存在一些特殊主体实施的秘密推销被认定为商业贿赂的案件,这主要是指医院和学校。<sup>⑤</sup>在医院类商业贿赂案件中,行贿主体主要为药品销售商或医疗器材销售商,其行为表现有三:(1)在销售过程中给予医院回扣;<sup>⑥</sup>(2)免费或低价赠送医院医疗器材,要求后者只能使用这些经销商的试剂或者耗材;<sup>⑦</sup>(3)赠送医院财物(如汽车<sup>⑧</sup>等)或者其他财产性服务(如旅游服务<sup>⑨</sup>)。学校类商业贿赂案件主要是教材经销商在销售教材时向学校支付回扣,学校最终将教材按原价卖给学生。<sup>⑩</sup>这些领域的行政执法已经开始影响立法,相信随着此类案件的不断增多,国家会逐步在医疗领域<sup>⑪</sup>和教育领域<sup>⑫</sup>以立法的方式明确此类行为的商业贿赂定性。

在这些案件中,医院与学校是患者或学生的直接交易相对方,二者不存在严格意义上的代理关系,所以此类商业贿赂并非代理人型商业贿赂。对此,有学者主张,可以将公立医院认定为国有资产的代理人,从而使其行为构成对代理人忠诚义务的侵犯,进而认定为代理人型商业贿赂。<sup>⑬</sup>若照此进行解释,民营医院或民办学校的相同行为就无法构成商业贿赂。<sup>⑭</sup>事实上,民营医院(民办学校)在实施上述行为时与公立医院(学校)并无本质差异。我国立法在禁止这类商业贿赂行为时也未有公立与民营之分,并且在执法实践中也存在认定民营医院涉嫌商业贿赂的案件。<sup>⑮</sup>在域外,虽无学校类商业贿赂的案件,但很多国家都将医院的类似行为纳入商业贿赂的范畴,<sup>⑯</sup>而这些医院基本上都是民营医院。因此,该观点难以成立。

从非代理人型商业贿赂的角度进行剖析,医院或学校收受他人财物的行为符合秘密推销的相关特征。医疗、教育行业与其他行业存在巨大差异,因此信息披露无法解决这些行业中的商业贿赂问题。下文仅以医疗行业为例进行分析。根据国际组织U4反腐败资源中心的研究,医疗行业与其他行业相比存在四大问题:(1)医院与患者之间存在巨大的信息不对称,并且医疗服务的需求弹性非常低;(2)医疗机构在治疗过程中享有极大的自主权,而患者则处于弱势的被动地位;(3)医疗保险制度使得医疗行业缺乏充分的竞争机制,尤其是发展中国家存在医疗资源严重供应不足的情况;(4)医疗服务为个性化的特殊服务,无法进行标准化管理,极大地增加了监管难度。<sup>⑰</sup>这些问题使医院在提供医疗服务时对患者拥有较强的影响力,从而使之异于其他行业中的秘密推销。同理,这些问题也可应用到教育行业。医院和学校不但对患者或学生拥有较强的影响力,而且他们收受的财物最终都要转移给患者或学生来支付。鉴

此,有必要对这些主体施以严格责任,这些行业中的秘密推销(即《修订草案》中的交易相对方)应当被直接认定为违法。

#### 四、账外暗中型商业贿赂

##### (一)既有理论的质疑

除了非代理人型商业贿赂的执法扩张外,我国还存在账外暗中型(即“未如实入账”)商业贿赂的执法扩张。账外暗中既可以与代理人型商业贿赂及非代理人型商业贿赂结合进行,也可以成为单独的违法行为类型。前者被认定为商业贿赂不存在争议,后者的违法性基础仅仅是存在未如实入账的行为,将其也认定为商业贿赂引发了诸多学术争议。

实际上,《反法》第7条并未明确将未如实入账的行为定性为商业贿赂,其立法定性出现在1993年《反法》关于回扣的规定中,实践中将未如实入账的折扣与佣金视为商业贿赂正是由此规定衍生而来。之所以将回扣作为商业贿赂的表现形式明文列举,是因为当时社会上的回扣问题特别严重;2017年修订的《反法》将之删除,是因为其时回扣已不再是商业贿赂中的突出问题。<sup>⑧</sup>虽然回扣在改革开放之后成为突出问题,但1993年的《反法》对其并未给出定义,直至1996年才由原国家工商行政管理总局给出,即“经营者销售商品时在账外暗中以现金、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。”<sup>⑨</sup>此定义包含两种行为:一是支付给交易相对方的回扣(单位型回扣);二是支付给对方单位员工的回扣(员工型回扣)。后者属于典型的代理人型商业贿赂,无论是否如实入账都不影响其行为的定性,<sup>⑩</sup>而前者发生在交易双方之间,未涉及代理人忠诚义务,故较难从理论层面将其认定为商业贿赂。因此,研究账外暗中型商业贿赂的关键为单位型回扣。

对于为何将未如实入账视为商业贿赂,我国

学界主要存在两种学说。第一种学说从公有制经济的角度出发,认为在公有制经济体系中,公有制单位并非是独立的个体,而是国有资产或集体资产的代理人,此时的委托人是国家。未如实入账的回扣就进入了单位的“小金库”,从而使涉案资产脱离了国家或集体的控制,属于侵吞国有资产或集体资产的不正当竞争行为。<sup>⑪</sup>该观点与前述证明公立医院(学校)违法的观点相似,均为将这些行为解释成代理人型商业贿赂,但缺陷也相同——难以解释非公有制经济中单位型回扣也被认定为商业贿赂的现象。此外,1993年《反法》颁布时,公有制经济占我国经济总量的比重超过九成,<sup>⑫</sup>因此,将对公有制单位的严格要求适用于非公有制单位尚不会产生结构失衡问题。但时至今日,非公有制经济在国民经济中的比重日趋升高,<sup>⑬</sup>若再对其施以公有制单位的相同责任,则会产生对非公有制单位施加责任过重的问题。第二种学说从妨害财务制度的角度切入,认为未如实入账的行为会导致政府核算失实、减少国家税收。一方面,违法者通过少缴税的方式实质性地获得了超越其他经营者的竞争优势;另一方面,国家税收的减少会影响公共财政资金的分配和再分配,以及国家宏观经济管理政策的制定。<sup>⑭</sup>此说的有二:第一,未如实入账并不总会导致国家税收的减少。对于受贿单位来说,贿赂相当于利润,不入账确实会出现少缴税的情况。但对于行贿人来说,不入账实际上是提高了成本;不但不会少缴税,反而需要缴纳更多的税。若受贿人与行贿人的纳税税率一致,国家不会因此而少征税。加上我国还存在大量免税的情形,是否如实入账也不一定就会影响国家税收。<sup>⑮</sup>第二,将未如实入账视为商业贿赂存在法律责任过重的问题。我国《会计法》对于不如实入账的行政罚款为5000元至5万元,<sup>⑯</sup>而《反法》对于商业贿赂的行政罚款为10

万元至300万元,<sup>⑧</sup>二者的差别最低为20倍,最高可达600倍。将《会计法》中的未如实入账认定为《反法》中的商业贿赂,不但会出现定性不准的问题,还会导致违法行为与处罚结果完全失衡。

总体而言,上述两种学说均无法完美解释账外暗中型商业贿赂的侵害客体。鉴于此,我国不少学者呼吁在《反法》中废除未如实入账之规定。<sup>⑨</sup>

## (二)可反驳推定的证成

未如实入账的违法性与商业贿赂的秘密性要件相关。我国有学者将商业贿赂的秘密性要件理解为未如实入账,<sup>⑩</sup>认为未如实入账使商业贿赂具有“隐蔽性与迷惑性”。<sup>⑪</sup>此种理解并不准确,因为任何违法行为的实施均有其秘密性,但实施方式的秘密性与行为的违法性之间并无直接的逻辑关联。诚如前述,商业贿赂的秘密性应当被理解为不为委托方知悉(代理人型商业贿赂)或者不为交易相对方知悉(非代理人型商业贿赂)。以此来认定商业贿赂的秘密性不但易于揭示该行为的侵害客体,更与国际实践相匹配,如新西兰的商业贿赂法就以雇主是否知悉作为商业贿赂秘密性的认定方式。<sup>⑫</sup>

上述认知揭示了将未如实入账认定为商业贿赂的原因——在实施商业贿赂的过程中,行贿人或受贿人必须在会计账簿中隐藏涉案财物的流转信息,而这些行为只能通过未如实入账的方式实施。如此,虽然未如实入账不是商业贿赂成立的充分条件,但却是商业贿赂实施的必要条件。不过这种必要非充分的逻辑关联无法严密地推导出未如实入账的行为一定属于商业贿赂。因此,将未如实入账视为商业贿赂的执法实践本质上是一种执法程序上的便宜处理,或者说是不可反驳的法律推定。<sup>⑬</sup>

由于未如实入账是商业贿赂实施的必要条

件,我国执法机构在查办商业贿赂案件时一直将清查财务账簿作为重点突破对象。不过,将所有未如实入账的行为均直接认定为违法确实会造成执法范围的过度扩张。比如,在“内蒙古伊德清牛肉业食品有限公司诉包头市工商局案”<sup>⑭</sup>中,原告为了吸引更多的送牛人为其供应活牛,除了支付送牛人购牛款外,还提供了现金补助,且二者均如实入账。但审理法院认为:“经营者在经营活动中为了销售或者购买商品,没有采用账外暗中的方式,也不是以现金、实物或者其他方式退给对方单位或者个人一定比例的商品价款,而是采用了商品价款之外的额外支付现金和实物的方式,亦构成商业贿赂行为。”<sup>⑮</sup>此类案件既未侵犯代理人的忠诚义务,也未侵犯交易相对人的信赖利益,将其认定为违法完全脱离了立法本意。

将未如实入账作为商业贿赂案件的调查突破口不只在我国存在,在其他国家、组织的实践中也是主要采用的手段。<sup>⑯</sup>比如,经合组织(OECD)要求成员国采取法律措施让公司明晰账目管理及财务决算,严格禁止公司设立账外账、进行账外或性质不明的交易活动、记录未发生的支出、记录对其对象无正确说明的债务、使用虚假单据等。<sup>⑰</sup>不过,将账外暗中型商业贿赂直接认定为违法缺乏充分的国际实践经验支持。绝大多数国家都只是将清查财务账簿作为认定商业贿赂的突破口,而不是将其直接认定为商业贿赂。若发现商业贿赂行为的同时知晓未如实入账的情形,这些国家也是采取“双罪并罚”的方式将这两类行为分别认定为商业贿赂与伪造账目(false accounting)。<sup>⑱</sup>唯一的例外是美国,其在《反海外腐败法》中要求所有的证券发行者必须“维持和保留账簿、记录和账目的合理的细节,足以准确而公正地反映发行者资产的交易和处置情况”,否则可被认为是商业贿赂。<sup>⑲</sup>这是与我国最为接近的一种操作方式。只不过,

美国将其适用的主体仅限于证券发行者,对于其他行业则是按照伪造账目的行为进行处理。<sup>⑨</sup>

鉴于未如实入账与商业贿赂之间的必要非充分关系,且国际上也缺乏相关的操作方式,我国也不宜在后续执法中继续坚持将账外暗中型商业贿赂直接认定为违法。但同时也应考虑,将未如实入账作为商业贿赂案件的突破口是执法机构近三十年以来形成的执法经验,贸然完全取消可能会让缺乏执法资源的基层执法机构无所适从。故此,建议可将未如实入账的行为推定为商业贿赂,但是该推定应当被设定为可反驳的推定,行政相对人可通过证明涉案行为没有违反代理人忠诚义务或秘密推销的方式进行反驳。

## 五、结语

商业贿赂执法乱象的根源是该行为立法定义的模糊。具体而言,2017年《反法》新增的“利用职权或者影响力影响交易的单位或个人”过于宽泛,而《修订草案》又新增了“交易相对人”这个争议更大的受贿主体。立法的模糊使得在实践中商业贿赂呈现“口袋罪”的演变趋势。当需对某个经营者进行调查而又不确定其具体违法行为时,商业贿赂往往成为此类调查的起点与重点。营商环境的优化确实需要对商业贿赂保持零容忍的执法态度。但是,我们在不能放掉任何一个商业贿赂行为,以此净化市场竞争环境的同时,也不能过度扩张商业贿赂的执法范围,盲目制造寒蝉效应。

对于商业贿赂的立法细化,需要明确何为“利用职权或者影响力影响交易的单位或个人”。我国各界对于代理人属于“利用职权或者影响力影响交易”的主体不存在争议,即代理人型商业贿赂。此类商业贿赂应当被定义为代理人在执行委托事项时未经委托人事先同意收受交易相对方财物的行为。其受贿主体包括现行《反法》列举的“交易相对方的工作人员”与“受交易相对方委托

办理相关事务的单位或者个人”。此外,代理人型商业贿赂中的受贿主体还应当包括与交易相对人存在行政管理关系的国家工作人员。若该贿赂行为未达到《刑法》中的定罪标准,则可通过《反法》进行规制,从而实现《反法》与《刑法》的联动。

但争议最大的为是否存在其他能够“利用职权或者影响力影响交易”的主体,也即非代理人型商业贿赂。执法实践表明,我国的执法机构并未将之扩张至所有能够影响交易的主体,其关注的只是通过秘密推销影响交易的非代理人型商业贿赂。我们应当对近三十年执法扩张的实际现象(或者说执法经验)予以认可,在一定程度上保留此类商业贿赂的实践认知。《修订草案》中的交易相对人受贿主体也应当仅从秘密推销的角度进行理解。但非代理人型商业贿赂的社会危害性远低于代理人型商业贿赂。对此,可通过设置信息披露前置义务的方式进行缓解,即只有未对交易相对方事先披露赞助信息的行为,方可认定为商业贿赂。鉴于医院和学校的特殊情况,建议对此两类主体的秘密推销设置严格责任。

此外,我国执法机构还格外关注账外暗中型商业贿赂。账外暗中是绝大多数商业贿赂案件的执法起点。现行《反法》未明确账外暗中的法律定性,导致实践中还存在将账外暗中直接认定为商业贿赂的扩张操作。前述分析显示,账外暗中只是商业贿赂成立的必要而非充分条件,因此只宜被推定为商业贿赂,并允许行政相对方提供证据进行反驳。若未如实入账的行为既不符合侵犯代理人忠诚义务的代理人型商业贿赂,也不属于涉及秘密推销的非代理人型商业贿赂,则不构成商业贿赂。

## 注释:

<sup>①</sup>参见丁茂中:《〈反不正当竞争法〉对商业贿赂规定修订

的得失》，载《中国市场监管研究》2018年第1期，第36页。

②参见宁立志：《〈反不正当竞争法〉修订的得与失》，载《法商研究》2018年第4期，第123页。

③参见《全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查〈中华人民共和国反不正当竞争法〉实施情况的报告——2020年12月23日在第十三届全国人大常委会第二十四次会议上》，载中国人大网，[http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202012/t20201226\\_309461.html](http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202012/t20201226_309461.html)，2023年10月12日访问。

④参见《市场监管总局关于公开征求〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)〉意见的公告》，载中华人民共和国中央人民政府网站，[https://www.gov.cn/xinwen/2022-11/27/content\\_5729081.htm](https://www.gov.cn/xinwen/2022-11/27/content_5729081.htm)，2023年12月12日访问。

⑤孔祥俊：《论反不正当竞争法修订的若干问题》，载《东方法学》2017年第3期，第14页。

⑥《市场监管总局关于〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)〉的说明》，载中华人民共和国中央人民政府网站，[https://www.gov.cn/xinwen/2022-11/27/content\\_5729081.htm](https://www.gov.cn/xinwen/2022-11/27/content_5729081.htm)，2023年10月12日访问。

⑦参见《国家工商行政管理总局关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第4、9条。

⑧参见蒋舸：《〈反不正当竞争法〉网络条款的反思与解释：以类型化原理为中心》，载《中外法学》2019年第1期，第183页。

⑨刘士国：《类型化与民法解释》，载《法学研究》2006年第6期，第13页。

⑩参见孔祥俊：《网络恶意不兼容的法律构造与规制逻辑——基于〈反不正当竞争法〉互联网专条的展开》，载《现代法学》2021年第5期，第125页。

⑪笔者在“中国裁判文书网”仅搜索到7件关于商业贿赂的民事案件，数据检索截止日期为2023年7月24日。

⑫“中国市场监管行政处罚文书网”的网址为<https://cfws.samr.gov.cn/list.html>，数据检索截止日期为2023年7月24日。

⑬张明楷：《刑法学》(下)，法律出版社2016年版，第1199页。

⑭参见陈兴良：《为他人谋取利益的性质与认定：以两高贪污贿赂司法解释为中心》，载《法学评论》2016年第4期，第7页。

⑮参见沪市监金处[2022]282020000047号行政处罚决定书。

⑯《国家工商总局在给福建省工商局〈关于旅行社或导游人员接受“人头费”“停车费”等费用是否按商业贿赂行为定性的请示〉的答复》，工商公字[1999]第170号。

⑰关于行政执法案件，参见辽丹工商处字[2015]第104号

行政处罚决定书、京工商石处字[2014]第24号行政处罚决定书；关于司法案件，参见江苏省常州市钟楼区法院(2010)钟民初字第1561号民事判决书。

⑱参见市监行罚字[2020]4389号行政处罚决定书。

⑲参见沪市监自贸处字[2019]第152019030620号行政处罚决定书。

⑳《反不正当竞争法》(1993)第8条。

㉑参见郑鹏程：《论商业贿赂的构成要件——基于比较法的视角》，载江平主编：《比较法在中国》，法律出版社2004年版，第291页。

㉒参见张斌峰、陈西茜：《试论类型化思维及其法律适用价值》，载《政法论丛》2017年第3期，第120页。

㉓See Kendall D' Andrade, Bribery, *Journal of Business Ethics*, Vol. 4, No. 4, 1985, p. 239.

㉔See Gunter Heine and Thomas Rose, *Private Commercial Bribery: A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, 2003, p. 12, [https://pure.mpg.de/rest/items/item\\_3014483\\_1/component/file\\_3014484/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_3014483_1/component/file_3014484/content), last visit on Dec. 12, 2023.

㉕Ibid., p. 11.

㉖See Jeffrey Boles, *The Two Faces of Bribery: International Corruption Pathways Meet Conflicting Regimes*, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 35, Issue 4, 2014, p. 683.

㉗See Gunter Heine and Thomas Rose, *Private Commercial Bribery: A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, 2003, p. 13, [https://pure.mpg.de/rest/items/item\\_3014483\\_1/component/file\\_3014484/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_3014483_1/component/file_3014484/content), last visit on Dec. 12, 2023.

㉘参见刘云：《基于旅游产业交易链下导游回扣现象对策分析》，载《经济问题探索》2008年第7期，第116页。

㉙See Gunter Heine and Thomas Rose, *Private Commercial Bribery: A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, 2003, p. 12, [https://pure.mpg.de/rest/items/item\\_3014483\\_1/component/file\\_3014484/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_3014483_1/component/file_3014484/content), last visit on Dec. 12, 2023.

㉚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》，载中国人大网，[http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2017-11/04/content\\_2031357.htm](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2017-11/04/content_2031357.htm)，2023年12月12日访问。

㉛参见李明德：《关于〈反不正当竞争法〉修订的几个问题》，载《知识产权》2017年第6期，第18页。

㉜参见石磊：《简论商业贿赂犯罪中的回扣》，载《法学论坛》2006年第5期，第15页。

③See Mark Pauly, The Ethics and Economics of Kickbacks and Fee Splitting, The Bell Journal of Economics, Vol. 10, No. 1, 1979, p. 344.

③④参见《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》，原国家工商行政管理局令第60号，第5条。

⑤参见赵舫：《行贿罪中“谋取不正当利益”之要件》，载《华东政法学院学报》2005年第2期，第104页；何显兵：《行贿罪“谋取不正当利益”要件研究》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2007年第1期，第29页。

⑥See Iniobong Udoidem, Tips in Business Transaction: A Moral Issue, Journal of Business Ethics, Vol. 6, No. 8, 1987, p. 613.

⑦比如，鼎泰丰除了向消费者征收餐费外，还加收10%~15%的服务费，该服务费与小费非常相似。

⑧See Joseph Spector, NY May End the Tipped Wage, What to Know?(2018), <https://www.wgrz.com/article/news/politics/nymay-end-the-tipped-wage-what-to-know/71-528218920>, last visit on Dec. 12, 2023.

⑨See Ofer Azar, The Economics of Tipping, Journal of Economic Perspectives, Vol. 34, No. 2, 2020, p. 221.

⑩参见康瑛：《医药购销领域有关商业贿赂行为的定性研究》，载《法律适用》2006年第9期，第23页。

⑪刘敏学：《关于〈中华人民共和国反不正当竞争法(草案)〉的说明》，载全国人大常委会法制工作委员会民法室主编：《〈中华人民共和国反不正当竞争法〉讲话》，法律出版社1994年版，第131页。

⑫参见李剑：《“家乐福”超市收费的法律分析》，载《法学论坛》2004年第5期，第59页。

⑬宋亚辉：《广告代言的法律解释论》，载《法学》2016年第9期，第48页。

⑭参见《广告法》第61条。

⑮参见《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第5条。

⑯See J. Gregory Sidak and David E. Kronemyer, The "New Payola" and the American Record Industry: Transaction Costs and Precautionary Ignorance in Contracts for Illicit Services, Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 10, No. 3, 1981, p. 522.

⑰See Ellen P. Goodman, Stealth Marketing and Editorial Integrity, Texas Law Review, Vol. 85, No. 1, 2006, p. 100.

⑱See Ronald Coase, Payola in Radio and Television Broadcasting, Journal of Law and Economics, Vol. 22, No. 2, 1979, p. 307.

⑲Ibid., p. 309.

⑳See Ronald Coase, Payola in Radio and Television Broadcasting, Journal of Law and Economics, Vol. 22, No. 2, 1979, p. 306.

㉑See 47 U. S. C. § 508(a)(1982).

㉒Ibid.

㉓See 47 U. S. C. § 317(1982).

㉔参见商务部2006年第17号令。

㉕参见刘凤：《竞争法视野中的“通道费现象”》，载《经济与社会发展》2004年第7期，第102页。

㉖参见杨凯：《“通道费现象”的性质和法律规制》，载《法学》2003年第4期，第34页。

㉗参见李剑：《零售垄断的竞争法规制——以超市入场费为视角》，法律出版社2020年版，第71页。

㉘参见岳中刚、赵玻：《通道费与大型零售商盈利模式研究：基于双边市场的视角》，载《商业经济与管理》2008年第8期，第3页。

㉙参见《市场监管总局关于公开征求〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)〉意见的公告》第13条。

㉚《互联网广告管理暂行办法》第7条。

㉛参见苗学玲：《对旅游业回扣现象的反思》，载《旅游学刊》2001年第2期，第32页。

㉜参见《消费者权益保护法》第9、56条。

㉝参见张维迎：《经济学原理》，西北大学出版社2015年版，第335-336页。

㉞See Anthony Ogus, Regulation: Legal Form and Economic Theory, Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 121-25.

㉟在医生或老师收受贿赂的案件中，医生或老师都不是独立的经营者，其市场行为必须依附于医院或学校这类独立的经营主体。因此，医生或老师均可被认为是执行职务的代理行为。若就职务行为收受第三方财物，则属于侵犯代理人忠诚义务的商业贿赂。

㊱参见沪市监金处[2019]282019002703号行政处罚决定书。

㊲参见沪市监浦处[2019]152019002423号行政处罚决定书、沪市监长处[2020]052020000077号行政处罚决定书。

㊳参见丁茂中：《〈反不正当竞争法〉对商业贿赂规定修订的得失》，载《中国市场监管研究》2018年第1期，第36页。

㊴参见沪市监杨处[2017]100201610002号行政处罚决定书。

⑦参见湖南省湘西土家族苗族自治州中院(2018)湘31行终43号行政判决书。

⑧参见《中华人民共和国药品管理法》,2019年第2次修订,第86条;《中共中央国务院关于深化医药卫生体制改革的意见》,2009年3月17日。

⑨参见《教育部 国家发展改革委 财政部关于在全国义务教育阶段学校推行“一费制”收费办法的意见》(教财[2004]7号)。

⑩参见杨威:《“从事公务”问题刍议——由医生利用处方权收取回扣行为定性问题引发的思考》,载《中国刑事法杂志》2004年第6期,第52页。

⑪参见李翔:《对商业贿赂犯罪司法解释的若干质疑》,载《政治与法律》2009年第6期,第44页。

⑫参见淄博市监行处字[2019]93号行政处罚决定书。

⑬See Taryn Vian, Review of Corruption in the Health Sector: Theory, Methods and Interventions, Health Policy and Planning, Vol. 23, Issue 2, 2008, p. 83.

⑭See U4 Anti-corruption Resource Center, Corruption in the Health Sector(2008), p. 4, <https://www.u4.no/publications/corruption-in-the-health-sector-2.pdf>, last visit on Dec. 12, 2023.

⑮参见孔祥俊:《论新修订〈反不正当竞争法〉的时代精神》,载《东方法学》2018年第1期,第79页。

⑯《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第5条。

⑰参见赵冬燕:《回扣详议——以商业贿赂罪为视角》,载《河南社会科学》2007年第4期,第72页。

⑱参见孔祥俊:《反不正当竞争法新原理:分论》,法律出版社2019年版,第501页。

⑲参见郭振英、卢建、宋宁、张泰:《关于我国所有制结构的几个问题》,载《管理世界》1992年第2期,第4页。

⑳关于非公有制经济在我国经济体系中的比重,目前说法不一,但通说认为至少超过五成。参见陈宗胜、高玉伟:《我国公有经济规模测度与深化混合经济改革潜力》,载《经济社会体制比较》2015年第1期,第18页。

㉑参见李卫红、王国宏:《论商业贿赂犯罪》,载《中外法学》1996年第2期,第28页。

㉒比如,在“吴丽霞诉海口市市场监管局琼山分局案”中,原告就主张其经营行为免税,因此入不入账都不对财务制度产生实质性的影响。参见海南省海口市中院(2019)琼01行终

101号行政判决书。

㉓参见《会计法》(2017)第45条。

㉔参见《反不正当竞争法》第19条。

㉕参见李剑:《反思“雪花”啤酒案:商业贿赂本质的误读》,载《上海财经大学学报》2009年第3期,第39页;郑鹏程:《论商业贿赂的构成要件——基于比较法的视角》,载江平主编:《比较法在中国》,法律出版社2004年版,第291页。

㉖参见张丹:《商业贿赂行为研究》,载《实践与思考——2004年学会文集》,第69页。

㉗王先林:《竞争法学》,中国人民大学出版社2015年版,第113页。

㉘See New Zealand Secret Commissions Act 1910, Article 3.

㉙关于法律拟制的定义及其与不可反驳的法律推定之间的关系,参见卢鹏:《法律拟制正名》,载《比较法研究》2005年第1期,第140页。

㉚参见内蒙古自治区包头市中级人民法院(2015)包行终字第9号行政判决书。

㉛同上注。

㉜See Audrey S. Paterson, Fredrick Changwony and Peter B. Miller, Accounting Control, Governance and Anti-Corruption Initiatives in Public Sector Organisations, British Accounting Review, Vol. 51, Issue 5, 2019, 100844.

㉝参见OECD:《关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约》,1997年11月21日通过,第8条, <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/47429828.pdf>, 2023年12月12日访问。

㉞See Mark F. Mendelsohn, The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review(2001), <https://thelawreviews.co.uk/title/the-anti-bribery-and-anti-corruption-review>, last visit on Dec. 12, 2023.

㉟参见美国《反海外腐败法》,1998年11月10日通过公法105-366更新,第78m(b)条, <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/04/25/fcpa-simplifiedchinese.pdf>, 2023年12月12日访问。

㊱See David Lawler, What Accounting Records Should Be Kept to Satisfy International Bribery Regulations?(2013), [https://www.forensicrisk.com/wp-content/uploads/Accountancy\\_feature\\_July\\_13.pdf](https://www.forensicrisk.com/wp-content/uploads/Accountancy_feature_July_13.pdf), last visit on Dec. 12, 2023.