



环球律师事务所
GLOBAL LAW OFFICE

关于：反不正当竞争法专题系列研究文章合集

版本：第一版

中国竞争法研究系列

《反不正当竞争法（修订草案送审稿）》 专题系列研究文章合集

北京市朝阳区建国路81号华贸中心
1号写字楼15层&20层 邮编: 100025
15 & 20/F Tower 1, China Central Place,
No. 81 Jianguo Road Chaoyang District,
Beijing 100025, China
电话/T. (86 10) 6584 6688
传真/F. (86 10) 6584 6666

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地
5号楼26层 邮编: 200021
26F, 5 Corporate Avenue,
No. 150 Hubin Road, Huangpu District,
Shanghai 200021, China
电话/T. (86 21) 2310 8288
传真/F. (86 21) 2310 8299

深圳市南山区铜鼓路39号大冲国际中心
5号楼26层B/C单元 邮编: 518055
Units B/C, 26F, Tower 5,
Dachong International Center, No. 39 Tonggu Road,
Nanshan District, Shenzhen 518055, China
电话/T. (86 755) 8388 5988
传真/F. (86 755) 8388 5987

《反不正当竞争法（修订草案送审稿）》

专题系列研究文章合集

前言

2016年2月25日，国务院法制办在其官方网站征求意见系统公布了《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》。环球律师事务所就该《修订草案送审稿》组织了专题系列研究，并就该《修订草案送审稿》第二章中列及的如下不正当竞争行为分别进行了介绍、分析和讨论：

- 利用商业标识实施市场混淆行为；
- 利用相对优势地位，实施不公平交易行为；
- 商业贿赂行为；
- 引人误解的商业宣传行为；
- 侵犯商业秘密行为；
- 不当有奖促销行为；
- 商业诋毁行为；以及
- 利用网络技术或者应用服务实施影响用户选择、干扰其他经营者正常经营的行为。

环球律师事务所共有十七位律师参与了此次专题系列研究，撰写并完成了九篇专题研究文章。目前这九篇文章已经通过环球律师事务所的微信公众平台（微信公众号：globallawoffice）发表。同时，为方便读者阅读和参考，我们特别将这九篇文章汇编成册，以飨读者。祝您阅读愉快！

环球律师事务所

二〇一六年三月

《反不正当竞争法（修订草案送审稿）》

专题系列研究文章合集

作者

第一篇	关于反商业贿赂领域的最新修订及对执法与商业实践的影响	周磊 顾龙
第二篇	关于反商业贿赂条款修订对企业合规之挑战	方建伟 买峥峥
第三篇	关于利用商业标识实施市场混淆行为规定的解读及若干建议	乔平
第四篇	关于经营者侵犯商业秘密行为规定的解读及若干建议	沈春晖 桂佳 谷丰
第五篇	关于新增“不得利用相对优势地位”的条款解读及其对商业实践的影响浅析	刘展 李会广
第六篇	关于商业诋毁行为的修订及对执法和审判实践的影响	顾巍巍 曹思思
第七篇	关于商业宣传行为规定的分析	朱健飞 陈雅薇
第八篇	关于有奖销售行为的修订及对商业、执法及司法实践的影响	郁雷 丁韵
第九篇	关于第十三条第四项干扰或者破坏他人网络应用服务的解读和思考	张宏斌

《反不正当竞争法（修订草案送审稿）》

专题系列研究文章合集

目录

1	关于反商业贿赂领域的最新修订及对执法与商业实践的影响	6
1.1	修订草案送审稿就反商业贿赂领域的最新修订	6
1.1.1	首次从法律层面对商业贿赂行为进行了定义	6
1.1.2	以列举的形式明确了三种典型的商业贿赂行为及其各自的构成要件	6
1.1.3	首次明确经营者员工的商业贿赂行为将被认定为经营者行为	7
1.1.4	加重了商业贿赂行为的法律责任	7
1.2	解读修订草案送审稿之该修订将对执法及商业实践产生的可能影响	7
1.2.1	在行政执法阶段对经营者举证责任的加重	7
1.2.2	经营者需注意首次提出的“第三方”概念	8
1.2.3	在法律层面明确经营者员工行为性质的实践意义	8
1.2.4	改变处罚依据加重法律责任	9
1.3	结论与建议	9
2	关于反商业贿赂条款修订对企业合规之挑战	10
2.1	合同及会计凭证需如实记载	10
2.2	区分员工行为与经营者行为	10
2.3	谨慎防控不同形式的利益	11
2.4	贿赂第三方与第三方协助纳入监管范围	11
2.5	识别可能构成商业贿赂的其他手段	12
3	关于利用商业标识实施市场混淆行为规定的解读及若干建议	13
3.1	对修订草案送审稿反混淆条款的整体评价	13
3.2	对修订草案送审稿反混淆条款的解读	13
3.2.1	删除了假冒他人注册商标的规定	13
3.2.2	删除了对商品质量做虚假宣传的规定	13
3.2.3	拓宽了商业标识的保护种类和范围	14
3.2.4	将导致市场混淆作为统一的保护要件	15
3.2.5	明确列举了四种市场混淆行为	15
3.2.6	加重了经营者违反本条规定的行政责任，加大了行政机关对其处罚的力度	16
3.2.7	对不当登记和使用企业名称的行为制定了针对性的纠正措施	16
3.3	对修订草案送审稿中反混淆条款的若干建议	17
3.3.1	关于商业标识的定义和分类	17
3.3.2	关于导致市场混淆的要件	17
3.3.3	应增加禁止将他人已注册驰名商标作为企业名称中的字号使用的规定	18
4	关于经营者侵犯商业秘密行为规定的解读及若干建议	19
4.1	修订草案送审稿对于经营者侵犯商业秘密行为的相关修订	19
4.1.1	增加“欺诈”作为典型的侵犯商业秘密的不正当手段	19

4.1.2 增加第三人商业秘密保护义务	19
4.1.3 精简商业秘密的经济属性为“具有商业价值”	19
4.1.4 明确保密措施须与商业秘密相适应	20
4.1.5 加大侵犯商业秘密行为的处罚力度	20
4.1.6 明确侵犯商业秘密案件中举证责任倒置原则的适用	20
4.2 修订草案送审稿对于经营者侵犯商业秘密行为的相关修订可能产生的实践影响	21
4.2.1 商业秘密保护效果整体提高	21
4.2.2 第三人的“消极”侵权将被禁止	21
4.2.3 商业秘密权利人举证责任减轻	22
4.3 结论与建议	23
5 关于新增“不得利用相对优势地位”的条款解读及其对商业实践的影响浅析	24
5.1 修订草案送审稿新增“不得利用相对优势地位”条款的背景	24
5.2 修订草案送审稿中“不得利用相对优势地位”条款的解读	24
5.2.1 “相对优势地位”的定义	25
5.2.2 四种滥用相对优势地位的行为	25
5.2.3 “相对优势地位”和“市场支配地位”的联系和区别	26
5.3 新增“不得利用市场优势地位”条款对商业实践的可能影响	26
5.3.1 可以在一定程度上遏制滥用相对优势地位的行为	27
5.3.2 可能会加重企业的合规审查负担	27
5.4 结论与建议	27
6 关于商业诋毁行为的修订及对执法和审判实践的影响	29
6.1 修订草案送审稿对商业诋毁行为的修订	29
6.1.1 修订草案送审稿具体列举了商业诋毁的违法行为，更具实践指导意义	29
6.1.2 被侵权人需负担的举证责任及主管部门的认定标准	29
6.1.3 修订草案送审稿对商业诋毁行为所侵犯客体的范围进行了扩大	30
6.1.4 修订草案送审稿新增了商业诋毁行为的法律责任	30
6.2 实例分析	30
6.2.1 实例背景简述	30
6.2.2 适用现行反不正当竞争法	31
6.2.3 适用修订草案送审稿	31
6.3 结论与建议	31
7 关于商业宣传行为规定的分析	32
7.1 修订草案送审稿第八条的对于司法解释和广告法修订的沿袭	32
7.2 修订草案送审稿第八条相对于现行反不正当竞争法第九条的主要变化	33
7.2.1 删除了特别列举的“广告”	33
7.2.2 引人误解的虚假宣传的对象不再仅限于“商品”及“商品生产”	34
7.2.3 删除了限定语“虚假”	35
7.2.4 列举“引人误解”的情形	35
7.3 对于修订草案送审稿第八条的评述	35

8	关于有奖销售行为的修订及对商业、执法及司法实践的影响.....	37
8.1	修订草案送审稿对有奖销售行为的修订	37
8.1.1	将“有奖销售”改为“有奖促销”.....	37
8.1.2	从法律层面对有奖销售进行了分类并对该分类进行了定义.....	38
8.1.3	将原列举的三类典型不正当有奖销售行为改成了四类	38
8.1.4	新增有奖销售的处罚类型并加重了违法者的法律责任	40
8.2	对修订草案送审稿关于有奖销售行为规则的总结和建议.....	40
9	关于第十三条第四项干扰或者破坏他人网络应用服务的解读和思考.....	41
9.1	第十三条第四项背后的历史和司法的传统	41
9.2	对第十三条第四项的解读和评论	42
9.3	建议	43
	《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》	44
	《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》起草说明	52
	环球简介	55
	版权与免责.....	56

《反不正当竞争法（修订草案送审稿）》

专题系列研究文章合集

2016年2月25日，国务院法制办在其官方网站征求意见系统公布了《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》（以下简称“修订草案送审稿”）。修订草案送审稿对现行《反不正当竞争法》（以下简称“现行反不正当竞争法”）进行了全面的修订与完善，相关内容涉及现行反不正当竞争法33个条款中的30条，删除7条的同时新增9条，修订后条款共计35条。

1 关于反商业贿赂领域的最新修订及对执法与商业实践的影响

1.1 修订草案送审稿就反商业贿赂领域的最新修订

修订草案送审稿对商业贿赂行为的规定集中于第七条，同时在第二十条明确了相应的法律责任。与现行反不正当竞争法相比，主要修订及完善内容如下：

1.1.1 首次从法律层面对商业贿赂行为进行了定义

现行反不正当竞争法仅原则性规定，“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”，但就贿赂行为的具体含义及形式，现行反不正当竞争法除规定“在帐外暗中给付或收受回扣”将被认定为商业贿赂之外，未做进一步说明。而修订草案送审稿则对商业贿赂行为作了较为完整和直接的定义，“商业贿赂是指经营者向交易对方或者可能影响交易的第三方，给付或者承诺给付经济利益，诱使其为经营者谋取交易机会或者竞争优势。给付或者承诺给付经济利益的，是商业行贿；收受或者同意收受经济利益的，是商业受贿。”（见修订草案送审稿第七条）

1.1.2 以列举的形式明确了三种典型的商业贿赂行为及其各自的构成要件

修订草案送审稿在对商业贿赂行为进行完整定义的基础上，同时以列举方式明确了三种典型的商业贿赂行为及其构成要件，包括：1）在公共服务中或者依靠公共服务谋取本单位、部门或个人经济利益；2）经营者之间未在合同及会计凭证中如实记载而给付经济利益；3）给付或者承诺给付对交易有影响的第三方以经济利益，损害其他经营者或消费者合法权益。

1.1.3 首次明确经营者员工的商业贿赂行为将被认定为经营者行为

修订草案送审稿进一步明确，“员工利用商业贿赂为经营者争取交易机会或竞争优势的，应当认定为经营者的行为。有证据证明员工违背经营者利益收受贿赂的，不视为经营者的行为。”这是首次从法律层面明确这一认定原则。

1.1.4 加重了商业贿赂行为的法律责任

针对商业贿赂行为的法律责任，现行反不正当竞争法规定，“经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，监督检查部门可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款，有违法所得的，予以没收。”而修订草案送审稿则对上述内容进行了修订，实质性地加重了违法经营者的法律责任，“经营者违反本法第七条规定的，监督检查部门应当责令停止违法行为，根据情节处以违法经营额百分之十以上百分之三十以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

1.2 解读修订草案送审稿之该修订将对执法及商业实践产生的可能影响

就修订草案送审稿在反商业贿赂领域的上述修订，我们将根据对其文意的解读，我们以往处理类似案件及与监管机构沟通的经验，从以下几方面探讨其对执法及商业实践活动可能带来的重大影响。当然，修订草案送审稿最终生效内容及其适用还依赖于最后的生效版本及相关部门发布的实施细则或司法解释。

1.2.1 在行政执法阶段对经营者举证责任的加重

修订草案送审稿以列举形式明确了三种典型商业贿赂行为的表现形式及构成要件，若经营者的行为被监管机构确认符合上述任一典型商业贿赂行为的构成要件，监管机构即可推定该企业存在商业贿赂行为。换言之，在符合任一典型商业贿赂行为的情形下，相关企业将承担额外证明责任，以举证其行为的正当性与合理性，并说明该等行为不构成商业贿赂的理由。

以第 2) 类典型行为为例，修订草案送审稿规定“经营者之间未在合同及会计凭证中如实记载而给付经济利益”构成商业贿赂行为。因此，在监管机构有合理理由认定企业存在上述情形时，即可做出行政法律上的处罚，而无须进一步证明该等未如实记载的经济利益的来源、去向、目的和排除竞争效果等。相关企业将就其未如实记载给付利益的原因或已完成如实记载，向监管机

构进行说明，并举证证明其行为不构成商业贿赂。该等规定将便利行政机关对商业贿赂行为的界定，实质性加重经营者的举证责任。

1.2.2 经营者需注意首次提出的“第三方”概念

修订草案送审稿在对商业贿赂行为进行定义及列举时首次使用了“第三方”概念，即经营者向“可能影响交易的第三方”给付或承诺给付经济利益，在符合商业贿赂特征的情况下，同样可被认定为商业贿赂行为。而该等“可能影响交易的第三方”之表述此前从未出现于现行《反不正当竞争法》及工商总局于 1996 年施行的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》等法律法规中。该等概念的加入体现了监管机构对经营者通过向非交易对方的其他方给付经济利益，以期影响交易程序或结果，或间接影响交易对方商业决策的间接商业贿赂行为已产生足够重视并有了较为成熟的判定标准。

各商业企业在商业实践中需特别注意该“第三方”的具体适用范围及监管机构的判断标准，该等“第三方”可能包括招标代理机构、评估机构或评级机构、审计机构、平台类网站以及交易对方的关联公司、代理商、经销商等。

1.2.3 在法律层面明确经营者员工行为性质的实践意义

如第一部分所述，修订草案送审稿首次在法律层面明确经营者员工的商业贿赂行为将被认定为经营者行为，从而降低了监管机构的执法难度，对企业的合规工作提出了更高要求。

一方面，经营者员工行为被认定为经营者行为并非与当前执法实践相矛盾。《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》即明确“经营者的职工采用商业贿赂手段为经营者销售或者购买商品的行为，应当认定为经营者的行为”。同时，根据近几年各重大处罚案例，由于员工在行使职务行为时其在身份关系上对公司具有依附性，在公司确因员工的商业贿赂行为获取额外利益或竞争优势的情况下，即便缺乏直接证据证明员工行为取得了公司高级管理层的指示，监管执法机构通常会据此认定公司已触犯与反商业贿赂有关的法律规定。另一方面，将该原则确定于法律中，可强化监管机构在执法过程中进行事实判断的法理基础，便于监管机构更为便利地锁定执法目标，并提升其行政处罚决定的公信力。

而从经营者角度，修订草案送审稿的修订对经营者的内部合规工作提出了更高的要求，经营

者不能仅以企业及企业管理层没有指示或者知晓员工从事商业贿赂行为进行抗辩。企业应当建立或开展更为严格的合规培训、合规制度、内部合规审计和调查，并保存相关活动的开展记录、员工的参与记录及员工签署的相关承诺，该等书面记录凭证需达到证明企业以及企业管理者明确禁止员工任何商业贿赂行为之效果，同时应载明员工任何商业贿赂行为系与企业利益相违背且应受到内部合规处罚。

1.2.4 改变处罚依据加重法律责任

修订草案送审稿将违反商业贿赂行为的处罚依据由“可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款，有违法所得的，予以没收”修订为“监督检查部门应当责令停止违法行为，根据情节处以违法经营额百分之十以上百分之三十以下的罚款”。

现行反不正当竞争法的处罚依据为企业的“违法所得”，“违法所得”一般为涉案企业在作出该处罚的监管机构所在地因违法行为所产生的销售额减去合理成本后的金额。由于合理成本的认定存在不确定性，使得涉案企业被没收的违法所得也存在不确定性及交涉空间。而根据修订草案送审稿的规定，处罚的计算依据将修订为“违法经营额”的百分之十至百分之三十。由于“违法经营额”的认定更多直接并且不存在抵扣费用，因此该等处罚方式很可能会实质性加重违法经营者的被处罚金额，提高其违法成本。

1.3 结论与建议

我们认为，尽管部分修订内容，并不与当前司法实践相冲突，但修订草案送审稿于法律增面作出的一系列修订，将很大程度使得执法机构在认定违法行为时有更为明确的法律依据，并可更为直接地作出处罚决定。同时，于法律层面确定的原则与依据将增强处罚决定的公信力。与之对应，在修订草案送审稿的规制框架下，经营者将会承担额外的举证负担及更重的法律责任，从而使得经营者需提升其在商业贿赂合规领域的工作要求。

我们将继续关注修订草案送审稿可能的进一步修订，并建议经营者在专业合规律师的帮助下，强化内部合规培训，完善合规制度，加强内审内控，以在最大范围内避免可能被认定为商业贿赂的行为。

2 关于反商业贿赂条款修订对企业合规之挑战

继上一篇对商业贿赂条款的修改进行解读和分析后,本篇拟择要剖析该调整给企业风险控制所带来的影响和挑战,以期为企业逐步完善自身合规制度提供一定参考。

2.1 合同及会计凭证需如实记载

现行反不正当竞争法规定,“在帐外暗中给予对方单位或者个人回扣的,以行贿论处”,“折扣、给中间人佣金的,必须如实入帐”。对此,修订草案送审稿调整为“经营者之间未在合同及会计凭证中如实记载而给付经济利益”将被认定为商业贿赂行为。

对于部分企业提出“是否在合同及会计凭证中进行记载即不会被认定为商业贿赂”的疑问,我们理解,修订草案送审稿强调的是“如实记载”,即不仅应真实记载给付的利益内容,亦应真实记载给付的缘由和形式,否则将可能被认定为商业贿赂。

实践中,无论内资还是外资企业,多已制定严格的内部政策以确保合同及会计凭证记录的准确性。企业尤其要求员工与合同对方的任何承诺、约定均应完整反映在双方签订的书面协议中,不得存在任何口头或其他形式的额外协议(side agreement)。因此,本次修订无疑进一步强化了企业在日后合规和风控中的核查重点,区分商业上的合理折让与贿赂,禁止以处理合同及会计凭证的方式掩饰背后的非法目的。

2.2 区分员工行为与经营者行为

修订草案送审稿对员工和经营者的行为进行了区分,“员工利用商业贿赂为经营者争取交易机会或竞争优势的,应当认定为经营者的行为。有证据证明员工违背经营者利益收受贿赂的,不视为经营者的行为”。

虽然诸多企业已力图通过强力监管避免员工出现不当或违法行为,但修订草案送审稿显然赋予企业更重的责任:即使员工未经企业允许,甚至企业并未知晓,只要员工的贿赂行为能够为企业争取交易机会或竞争优势,则都将被认定为企业的行为。这一变化势必导致企业在合规工作中面临极大挑战:不仅加大了企业的违规风险,同时也使得企业在面临行政管理部门检查或处罚时难以用“员工行为”作为理由免除企业自身的责任。

另一方面，如果企业认为员工的受贿行为不属于经营者行为，则企业需要承担举证责任，证明员工的该等行为违背经营者利益。依据该条款，企业应及时针对自身情况，提出更为谨慎严苛的员工行为规范要求，建立和完善企业的相关制度性文件，并以适当方式妥善收集保管企业运营及交易过程中的信息和资料。

2.3 谨慎防控不同形式的利益

现行反不正当竞争法对有关贿赂的形式表述为“经营者不得采用财物或者其他手段”，对此，国家工商行政管理局于 1996 年 11 月 15 日发布的《国家工商行政管理局关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》（“《暂行规定》”）解释称，“其他手段”系指“提供国内外各种名义的旅游、考察等给付财物以外的其他利益的手段”。《暂行规定》另限制，“经营者在商品交易中不得向对方单位或者其个人附赠现金或者物品。但按照商业惯例赠送小额广告礼品的除外”。而在现实的交易过程中，给付“好处费”、“通行费”或者其他小额利益的情形较为常见。

尽管在修订草案送审稿中，对商业贿赂的内容均限缩为“经济利益”，但事实上企业却可能给予其他形式的好处，如提供相关自然人某种就业、求学机会或者提供对方某种便利或服务，上述行为均会严重影响决策者，进而便于经营者谋取交易机会或者竞争优势。因此，企业在合规过程中仍应谨慎监管，避免给予或收受各种形式的利益，我们也将密切关注正式修订版本中的规定。

2.4 贿赂第三方与第三方协助纳入监管范围

修订草案送审稿的另一重要修改是将行贿的对象扩展到“对交易有影响的第三方”。这意味着，如果向交易关键对象的相关方（如决策者的配偶、子女、父母或者经营者的关联公司）进行给付或者承诺给付经济利益，并损害了其他经营者或消费者合法权益，都会被认定为商业贿赂。

而除了贿赂第三方外，如企业作为第三方，对“明知或者应知有违反本法规定的不正当竞争行为，仍为其提供生产、销售、仓储、运输、网络服务、技术支持、广告推广、支付结算等便利条件”，亦将承担责任并被处以罚款。这大大增加了企业被认定构成商业贿赂的风险，即企业在对不正当竞争（包括商业贿赂）行为存在明知或应知的主观认识时，如仍为该等违法行为提供便利条件，则企业难辞其咎。因此，企业同样亟需强化内部政策，加强对雇员的合规培训，尽快向雇员及合作方提示并更新反腐败领域的信息。

2.5 识别可能构成商业贿赂的其他手段

除修订草案送审稿第七条明确规定外，企业亦应识别可能被认定为商业贿赂的其他手段。修订草案送审稿第十条修改了现行反不正当竞争法有关“有奖促销”行为的规定，将有奖促销最高奖价值提升至两万元，而不正当竞争亦包括“未明示促销信息而影响兑奖”以及“对兑奖设定不合理条件”的有奖促销行为。例如企业通常通过举行客户招待会、品牌推广等活动进行宣传以促进产品销售，并在活动中设立相关抽奖式或附赠式有奖销售。企业为合规之需求，在后续举办该种类型活动时，除应审查该行为是否符合有奖促销的条件外，亦需审查该奖项的存在是否会被行政管理部门认定为以合法方式规避贿赂之实。

同时，修订草案送审稿虽然删除了现行反不正当竞争法第十一条“以低于成本价格销售商品”的情形，但又增加了兜底条款，即“经营者不得实施其他损害他人合法权益，扰乱市场秩序的不正当竞争行为”。我们理解，以低于成本价格销售商品等其他手段仍存在被认定构成商业贿赂等不正当竞争行为的风险。

目前我国不少企业已制定较为详尽的商业行为准则和监控措施，以确保企业行为符合我国及相关国家和地区的法律法规。尤其在反商业贿赂领域，许多企业除内部管控外，往往还要求合作方签订《反腐败协议》，甚至向对方提供自己的反商业贿赂政策，以寻求外部监督并接受举报。修订草案送审稿虽尚在征求意见阶段，但已彰显出修订后的《反不正当竞争法》将赋予企业更多责任。而这也将促进企业提高其在商业贿赂合规领域的要求，以更好地控制法律风险。

3 关于利用商业标识实施市场混淆行为规定的解读及若干建议

本文中主要就修订草案送审稿中第五条的相关规定（即经营者不得利用商业标识实施市场混淆行为）作一定的解读，并提出相关建议。

3.1 对修订草案送审稿反混淆条款的整体评价

修订草案送审稿第五条规定禁止利用商业标识实施市场混淆行为，第十八条规定了利用商业标识实施市场混淆行为的行政法律责任，上述条款可以概括称之为反混淆条款。

反混淆条款是各国反不正当竞争法规范的主要对象之一，我国此次修订反不正当竞争法，对反混淆条款作了重要修订，不仅重新概括归纳了主要的市场混淆行为，而且对可以保护的商业标识作了抽象的概括和充分的列举。可以预见的是，未来围绕该条款产生的具体行政执法细则及最高法院的司法解释，将会与现行的《商标法》共同结合，形成一个较为全面的反商业标识混淆的法律制度。

3.2 对修订草案送审稿反混淆条款的解读

3.2.1 删除了假冒他人注册商标的规定

现行反不正当竞争法第五条将“假冒他人的注册商标”作为禁止实施的不正当竞争行为之一。假冒他人的注册商标，是指未经商标注册人同意，擅自在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标。根据商标法规定，这种行为属于侵害注册商标专用权的行为，鉴于商标法已明确予以规范，因此，在此次反法修订中将其删除也是情理之中，且并未造成保护水平上的降低。

3.2.2 删除了对商品质量做虚假宣传的规定

现行反不正当竞争法第五条第（四）项规定：“在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量做引人误解的虚假表示。”这种不正当竞争行为从行为方式上看，并未不当利用他人的商业标识；行为结果上，产生的不良后果并非导致市场混淆或者相关公众的误认，因此，该内容在性质上并非属于利用他人商业标识实施的市场混淆行为，而是属于现行反不正当竞争法第九条规范的引人误解的虚假宣传行为。此次修订草案送审稿在第五条中删除了此项规定，使得第五条逻辑更为清晰，内容更为统一。

3.2.3 拓宽了商业标识的保护种类和范围

现行反不正当竞争法第五条主要将受保护的商业标识限定在知名商品特有的名称、包装和装潢及市场经营者的企业名称和姓名,此次修订草案送审稿在保护范围和种类上大大拓宽了原有规定。

首先,以商业标识的概念作为各种商业经营性标识的统称,并从功能性角度对商业标识给予定义,“本法所称商业标识,是指区分商品生产者或者经营者的标志”。

其次,商业标识的范围和种类是开放性的,凡是能够区分商品生产者或者经营者的标志,均属于该条所述的商业标识,与现行反不正当竞争法规定的“特有的名称、包装、装潢”和“企业名称或者姓名”相比,可以受到保护的商业标识范围大大拓宽,同时为将来由于新技术或新的经营方式发展所产生新的商业标识留下了充足的保护空间。

(1) 知名商品特有的名称、包装、装潢. 其表述与现行法律用语相同,其含义应做相同理解,此处不赘。

(2) 知名商品特有的商品形状. 商品形状与商品的包装、装潢不同,前者是指商品本身在三维空间中形成的自身形状;后者则是在实现对商品的包装功能、装潢功能的材质、文字或者图案等。知名商品特有的商品形状,实质上属于一种具有区分商品来源功能的三维标志商标,即我们通常意义上所述的立体商标。对知名商品特有的商品形状进行认定时,可以参照《商标法》关于三维标志商标显著特征的认定标准,应当排除仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状。

(3) 企业和企业集团名称及其简称、字号. 简称既不同于企业和企业集团正式注册的企业名称,也不同于其注册企业名称中起显著识别作用的字号。企业和企业集团的简称是对企业正式名称的简略性称呼,通常会省去正式名称中的特定组成要素。司法实践中,将企业名称的简称适用反不正当竞争法进行保护已有大量案例可资借鉴。

(4) 姓名、笔名及艺名. 自然人从事提供商品或者服务的经营行为,其同样属于市场经营者,属于反不正当竞争法调整的对象。自然人经营者提供商品或者服务主要依靠其自身的姓名、笔名或者艺名,这些姓名、笔名或者艺名自然也属于受保护的商业标识的范围。

（5）与互联网有关的域名主体部分、网站名称、网页。互联网技术的应用极大拓宽了市场经营者的经营范围，特别是电子商务的快速发展，客观上使得域名、网站名称和部分网页同样有了保护的必要性。

（6）频道节目栏目的名称、标识。如电视台的频道名称、栏目名称；各种综艺节目、选秀节目的名称等，如具有区分商品生产者或者经营者的功能，则也属于本条保护的商业标识。

3.2.4 将导致市场混淆作为统一的保护要件

现行反不正当竞争法第五条各项中涉及相关公众混淆或者误认的要件时，各项规定的表述并不相同，有的表述为“造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品”，也有的表述为“引人误认是他人的商品”。此次修订草案送审稿统一将“导致市场混淆”作为构成不正当竞争行为的结果要件，不仅体现了法律用语的准确性及简洁性，而且更是反映了此条的立法目的和核心意义所在。

修订草案送审稿认为：所谓的市场混淆，是指使相关公众对商品生产者、经营者或者商品生产者、经营者存在特定联系产生误认。

3.2.5 明确列举了四种市场混淆行为

具体包括：（1）擅自使用他人知名的商业标识，或者使用与他人知名商业标识近似的商业标识导致市场混淆的；（2）突出使用自己的商业标识，与他人知名的商业标识相同或者近似，误导公众，导致市场混淆的；（3）将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，导致市场混淆的；（4）将与知名企业和企业集团名称中的字号或其简称，作为商标中的文字标识或者域名主体部分等使用，误导公众，导致市场混淆的。

第（1）和第（2）项属于概括性规定，调整范围十分广泛；第（3）和第（4）项均与企业名称登记和使用有关。特别是第（3）项主要针对的是我国目前大量存在的不当登记或者使用企业名称的行为。

将他人注册商标或者未注册的驰名商标作为企业名称中的字号进行登记和使用，在我国市场经营中是一种已经长期存在但又未得到有效遏制的不正当竞争行为。在司法实践中，制止此种行为通常有两种做法：一种是将其作为侵害商标权的行为，认为将他人注册商标或者未注册驰名商标

标作为企业名称中的字号加以登记并使用，容易导致混淆的，适用或者类推适用 2001 年商标法第五十二条第（五）项规定的“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”；另一种做法是认为将他人注册商标或者未注册驰名商标登记为企业名称中的字号并使用的行为，属于违反《反不正当竞争法》第二条第一项的诚实信用原则，构成不正当竞争行为。以上两种做法在司法实践中都有大量存在，在行为后果上均可以责令侵权行为人停止使用或者规范使用其企业名称。

2014 年《商标法》第五十八条规定，“将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，构成不正当竞争行为的，依照《反不正当竞争法》处理。”因此，新《商标法》于 2014 年 5 月 1 日实施后，此种行为不再适用《商标法》有关侵犯商标专用权的规定，而是统一作为不正当竞争行为进行处理。此次修订草案送审稿第五条第一款第（三）项的规定即是对《商标法》第五十八条的回应。

除此之外，该条第（4）项还对知名企业和企业集团名称中的字号或者简称被他人用作商标中的文字部分或者域名中的主体部分予以禁止。

3.2.6 加重了经营者违反本条规定的行政责任，加大了行政机关对其处罚的力度

修订草案送审稿第十八条增加了监督检查部门有权没收违法商品的规定，对现行反不正当竞争法中关于没收违法所得与罚款的比例进行了合并：违法经营额五万元以上的，处违法经营额五倍以下的罚款，情节严重的，可以吊销营业执照；没有违法经营额或者违法经营额不足五万的，处以二十五万元以下的罚款；违法经营额无法计算的，根据情节处以十万元以上一百万元以下的罚款。与现行反不正当竞争法对应的罚则相比，违法经营者的侵权成本明显大幅度提升。

3.2.7 对不当登记和使用企业名称的行为制定了针对性的纠正措施

对于将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，导致市场混淆的情形，监督检查部门应当责令当事人在一个月内进行企业名称变更登记；期满未提出变更申请的，监督检查部门适用前款规定进行处罚，并由企业登记注册地的监督检查部门将该企业名称从企业信用信息公示系统中删除，以注册号或者统一社会信用代码代替该企业名称，并将该企业列入经营异常名录；情节严重的，可以直接吊销营业执照。

原有的企业名称登记及变更的规范性文件，对于如何纠正不当登记的企业名称缺乏具体的

可操作性的规定，通常依赖于侵权行为人主动进行企业名称变更。如侵权行为人未主动申请变更原有不当登记的企业名称，企业登记机关及行政处罚机关往往无具体依据进行主动处理。此次修订草案送审稿第十八条第三款借鉴了香港特别行政区《公司条例》第 108 条及 110 条的有关规定，不仅明确了侵权人承担在限定期限内变更登记义务，而且侵权人拒绝履行的罚则也更加明确；负责查处的工商部门与负责企业登记的工商部门各有明确的分工，实际可操作性大大加强。

3.3 对修订草案送审稿中反混淆条款的若干建议

由于修订草案送审稿对第五条的改动较大，无论是该条内部自身的逻辑性还是与现行《商标法》的一致性上，均有进一步修订的空间。

3.3.1 关于商业标识的定义和分类

根据现有的法律理论与实践，商业标识可以分为区分商品或者服务来源的商业标识和区别商品生产者或者经营者的商业标识。前者包括注册商标、未注册商标、知名商品的特有名称、包装、装潢等，具有财产权属性，可以许可使用和转让；后者则主要是指代企业和自然人主体的企业名称、字号、姓名、笔名及艺名等，具有人身属性和专用属性，通常不可转让。

修订草案送审稿对“商业标识”的定义仅涵盖后一类商业标识，显然过于狭窄，没有全面涵盖其所列举的商业标识的属性，因此建议在商业标识定义中增加有关区分商品或者服务来源的内容；或者将前述两种商业标识分别定义并进行列举，使各项商业标识各归其类。

3.3.2 关于导致市场混淆的要件

从修订草案送审稿第五条措辞来看，无论是“导致混淆”还是“误导公众，导致混淆”，均是指混淆为实际发生的结果，这实际上是抬高了不正当竞争侵权认定的标准和门槛，不利于制止不正当竞争行为，而且与现行其他法律及司法实践不符。无论是 2007 年最高法院《关于审理反不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》还是现行《商标法》均是采取“混淆可能性”的标准，而非实际混淆标准。如《商标法》第十三条第二款表述为“容易导致混淆”，第五十七条第（二）项表述为“容易导致混淆”；2007 年最高法院《关于审理反不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第四条的表述是“足以使相关公众对商品的来源产生误认”，采取的均是“混淆的可能性”标准。因此建议改实际混淆标准为混淆可能性的标准。

3.3.3 应增加禁止将他人已注册驰名商标作为企业名称中的字号使用的规定

现有草案虽然有“将他人注册商标作为企业名称使用，误导公众，导致市场混淆的”的规定，但是鉴于将他人已注册驰名商标用于不相同或不类似的行业领域的企业名称中，通常不会产生市场混淆可能性的损害后果，更多地体现为减弱驰名商标的显著性、贬损驰名商标的市场声誉、或者不正当地利用驰名商标的市场声誉，因此现有第五条限定在“导致市场混淆”的各项规定很难适用于此种情况，因此，建议在第五条中适当增加禁止将他人已经注册驰名商标作为企业名称中的字号使用的内容，损害后果要件可以借鉴现行《商标法》第十三条第三款，表述为“误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害”，这样可以适当地扩大已注册驰名商标在反不正当竞争领域中的保护范围，有效制止针对驰名商标的不正当竞争行为。

4 关于经营者侵犯商业秘密行为规定的解读及若干建议

4.1 修订草案送审稿对于经营者侵犯商业秘密行为的相关修订

4.1.1 增加“欺诈”作为典型的侵犯商业秘密的不正当手段

现行反不正当竞争法第十条第一项规定，以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人商业秘密的属于侵犯商业秘密行为。修订草案送审稿在前述规定的基础上，增加“欺诈”作为一种典型的侵犯商业秘密的不正当手段。由于现行反不正当竞争法已通过“其他不正当手段”的表述方式，对于侵犯商业秘密的手段进行了概括性的规定，因而欺诈作为典型的侵犯商业秘密的不正当手段也是题中应有之意，故修订草案送审稿的条款并不会实质性改变现行反不正当竞争法第十条第一款的内涵及外延，并未对商业秘密保护力度和限度产生实际影响。

4.1.2 增加第三人商业秘密保护义务

现行反不正当竞争法第十条第二款规定，第三人明知或者应知前款所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。修订草案送审稿在前述规定的基础上，增加“允许他人使用”作为第三人侵犯权利人商业秘密的方式。现行反不正当竞争法已明确规定“允许他人使用”为违法取得商业秘密的经营者、以及合法取得商业秘密的经营者在违反有关保守商业秘密约定的情况下典型的侵犯商业秘密的行为。此次修订后，第三人将与违法取得商业秘密的经营者、违反有关保守商业秘密约定的合法取得商业秘密的经营者具有相同的保护商业秘密的义务，明显增加了第三人对于商业秘密的保护义务。

4.1.3 精简商业秘密的经济属性为“具有商业价值”

修订草案送审稿第九条将现行反不正当竞争法规定的商业秘密构成要件——“能为权利人带来经济利益、具有实用性”——修改为“具有商业价值”。根据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（以下简称“《审理不正当竞争民事案件司法解释》”）第十条，有关信息具有现实的或者潜在的商业价值，能为权利人带来竞争优势的，应当认定为“能为权利人带来经济利益、具有实用性”。因此，是否“具有商业价值”已然成为判断是否为商业秘密的要素之一，从具体适用的角度而言，该等修订并不会导致原有法条适用的实质性改变，但以“具有商业价值”的表述方式代替“能为权利人带来经济利益、具有实用性”将使得法条用词更为精炼，

也更体现了商业秘密的经济价值属性。

4.1.4 明确保密措施须与商业秘密相适应

修订草案送审稿第九条将现行反不正当竞争法规定的商业秘密构成要件——“经权利人采取保密措施”——修改为“经权利人采取相应保密措施”，进一步限定了保密措施的解释范围。根据《审理不正当竞争民事案件司法解释》第十一条，权利人为防止信息泄漏所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施，应当认定为“保密措施”。因此，从司法解释的条文来看，对于现行反不正当竞争法中规定的“保密措施”已经增加了“与其商业价值等具体情况相适应”的限定条件。同时，《审理不正当竞争民事案件司法解释》还罗列了所涉信息载体的特性、权利人保密的意愿、保密措施的可识别程度、他人通过正当方式获得的难易程度等多种判断保密措施的参考要素。故，与上述商业秘密的经济属性表述方式修订一致，该等修订并不会导致原有法条适用的实质性改变。这从另一方面也体现了立法与司法实践的互动和相辅相成。

4.1.5 加大侵犯商业秘密行为的处罚力度

修订草案送审稿第二十二条将现行反不正当竞争法规定的侵犯商业秘密行为的罚款金额由“一万元以上二十万元以下”修改为“十万元以上三百万元以下”，并增加了“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的条款。鉴于现行反不正当竞争法系于 1993 年 12 月正式实施，距今已有二十二年之久，在此期间，国家整体经济状况已取得了长足发展，加之实践中侵犯商业秘密造成的损失及赔偿金额相比现行反不正当竞争法实施之初亦有相当大的增长，因此，于本次修订中提高罚款金额是合乎情理和必要的。同时，现行《刑法》自 1997 年颁布伊始，即对侵犯商业秘密行为入罪标准有所规定，因此，本次修订中明确“侵犯商业秘密构成犯罪的，依法追究刑事责任”亦系顺理成章，有利于我国法律体系的完整性。

4.1.6 明确侵犯商业秘密案件中举证责任倒置原则的适用

修订草案送审稿第二十二条新增加第二款“商业秘密权利人能够证明他人使用的信息与其商业秘密实质相同以及他人有获得其商业秘密条件的，他人应当对其使用的信息具有合法来源承担举证责任”，该条款明确规定了在侵犯商业秘密的有关案件中可以适用举证责任倒置的原则。根据国家工商行政管理总局于 1998 年发布的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》（以下简称“《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》”），权利人能证明被申请人所使用的信息与自己

的商业秘密具有一致性或者相同性，同时能证明被申请人有获取其商业秘密的条件，而被申请人不能提供或者拒不提供其所使用的信息是合法获得或者使用的证据的，工商行政管理机关可以根据有关证据，认定被申请人有侵权行为。因此，举证责任倒置原则已在工商行政管理机关判断侵犯商业秘密有关问题时可以得以适用。但《审理不正当竞争民事案件司法解释》第十四条规定，当事人指称他人侵犯其商业秘密的，应当对其拥有的商业秘密符合法定条件、对方当事人的信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实负举证责任。从修订草案送审稿的条文来看，其明显承继了《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》对举证责任倒置规定的有关框架与逻辑，而将《审理不正当竞争民事案件司法解释》中对“对方当事人采取不正当手段的事实负举证责任”修改为“他人应当对其使用的信息具有合法来源承担举证责任”。由于《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》仅为工商行政管理部门的判断依据，且效力层级较低，因此，本次修订实际对有关侵犯商业秘密案件的审理产生了较大影响。这也反映了立法层面充分考虑到在商业秘密保护领域受害人举证难的问题，更有助于商业秘密的保护，亦体现了立法与执法的正反馈功效。

4.2 修订草案送审稿对于经营者侵犯商业秘密行为的相关修订可能产生的实践影响

4.2.1 商业秘密保护效果整体提高

从上述六点修订的内容来看，本次修订无疑体现了国家对于商业秘密保护力度的增强。其中第一、三、四点虽未扩大商业秘密保护的范 围，但提高了商业秘密保护相关法律法规的层级，并在立法技术上更进一步精简、明确了有关条文，使得有关条文在具体实践中释义更加明确，也对于权利人商业秘密的维护有了更强的指向性。而第二、五、六点则对权利人商业秘密的保护具有更为实际深刻的影响，其中第二点增加了第三人对于商业秘密的保护义务，第五点大大加强了对 于侵犯商业秘密行为的处罚力度，第六点则减轻了商业秘密权利人对于侵权行为的举证责任，使得商业秘密权利人在诉讼中得以更好地维护自身的权利。综上所述，如《反不正当竞争法》以本稿修订草案的内容生效，从社会整体而言，商业秘密保护效果将会得到较大的提高。

4.2.2 第三人的“消极”侵权将被禁止

在现行反不正当竞争法的规定下，由于并未规定“允许他人使用”作为第三人侵犯权利人商业秘密的方式，故，如第三人在不知商业秘密系违法方式取得的情况下，获得并向他人披露商业秘

密后，知晓或应当知晓该等商业秘密系违法方式取得，其并无义务停止或促使停止从其处获得商业秘密的经营者对于商业秘密的使用，其获得商业秘密时虽为“善意”，但知晓存在侵权事宜后，其放任行为对于后续商业秘密的违法流转起到了“恶意”的推动作用，不利于商业秘密权利人有关权利的保护。如《反不正当竞争法》以本稿修订草案的内容生效，第三人再行对于上述情形下的商业秘密流转采取放任态度，其将因“允许他人使用”被认定为侵犯权利人商业秘密的行为。如此一来，无论第三人于何时明知或应知其所获得、使用或披露的商业秘密存在违法情况，其均有义务保护权利人的商业秘密，使权利人避免遭受进一步的侵害。

4.2.3 商业秘密权利人举证责任减轻

根据现行反不正当竞争法及相关判例，在通常情况下，商业秘密权利人的举证责任主要为五点：1、涉案信息符合商业秘密的法定条件，此类证据包括商业秘密的载体、具体内容、商业价值、对商业秘密采取保密措施等；2、权利人是否确为权利人；3、对方的信息与其商业秘密相同或者实质相同（秘点+同一性）；4、对方采取不正当手段的事实（最低要求：接触+排除合法来源）；5、损害赔偿等。其中对于商业秘密权利人是否应当证明潜在侵权人使用不正当手段获取商业秘密在实践中存在一定争议，较为典型的案例为武汉中院于（2006）武知初字第 142 号判决书中以原告无法证明被告使用不正当手段为由判定原告指称被告侵犯其商业秘密不成立，而黑龙江省高院则在（2008）黑知终字第 45 号判决书中以被告无法合理说明其商业秘密合法来源为由判定被告违法取得原告商业秘密。从上述两则案例中，可以较为清晰地看出，在现行反不正当竞争法的规定下，对于潜在侵权人是否采取了不正当手段获取商业秘密的举证责任的义务方的认定存在一定模糊性。

另外，值得注意的是，在最高人民法院审理的北京一得阁墨业有限责任公司与高辛茂侵犯商业秘密纠纷一案（最高人民法院（2011）民监字第 414 号）中，最高人民法院并未严格要求商业秘密权利人就被告使用不正当手段侵犯商业秘密进行举证，而采用“接触+推定”的法逻辑规则。即在原告举证被告知晓商业秘密后，在被告未能举证其商业秘密合法来源的情况下，推定被告侵犯商业秘密。我国虽并非判例法国家，但最高人民法院的案例对于下级人民法院的司法实践具有较强的指导意义。本次修订恰恰将最高人民法院在上述判例的中的审判精神及对法条的理解以成文法修订案的形式进行固化，为以后商业秘密案件的审理提供了更为明确的法律依据。

如《反不正当竞争法》以本稿修订草案的内容生效，商业秘密权利人的举证责任将产生一定

变化，即在权利人证明了上述第 1、2、3 点及第 4 点中的“接触”事实后，是否存在不正当手段的举证责任转移至被控潜在侵权人，以大大减轻了商业秘密权利人的举证责任，使得权利人的商业秘密得以更加完善的保护。

4.3 结论与建议

综上，我们认为，修订草案送审稿加强了商业秘密的保护力度，使得司法机关在审理有关案件时具有更为明确的法律依据；同时，于法律层面建立了更为完善的商业秘密保护体系，进一步明晰了权利人、潜在侵权人以及第三人的权利义务边界，使得法律规定得以在具体实践中更为高效地落实，降低了当事人的诉讼成本。

5 关于新增“不得利用相对优势地位”的条款解读及其对商业实践的影响浅析

5.1 修订草案送审稿新增“不得利用相对优势地位”条款的背景

近年来，经营者在交易过程中滥用相对优势地位实施不公平交易的现象愈演愈烈，引起公众广泛关注。其中，例如某些大型零售商不合理地向供应商收取“进场费”的现象。这些大型零售商虽然不具有很高的市场份额，但是通常拥有雄厚的资金储备和广泛的门店分布，因而把控着供应商赖以生存的销售渠道。同时，向这些大型零售商供货的供应商之间的竞争十分激烈，尤其是中小供应商为了获得大型零售商的销售渠道，其竞争激烈程度更是难以想象。正因如此，这些大型零售商虽然不具备市场支配地位，但却在与供应商的交易过程中处于优势地位，从而会在交易中附加很多不合理的交易条件，诸如收取进场费、店庆费等费用甚至拖欠货款不付，而处于劣势地位的供应商出于维护销售渠道的考虑只能被迫接受。

我国《反垄断法》只规制滥用市场“支配地位”的行为，而“相对优势地位”并不等同于市场支配地位，且其本质属于交易双方的相互博弈，而不涉及整个市场结构，将其纳入《反垄断法》调整范围可能也并不非常合适。因此，对于上述滥用相对优势地位的行为在我国其实属于立法上的空白。但是鉴于此类行为的严重干扰了市场秩序，执法部门一直在积极寻求解决办法。2006年10月12日，商务部等五部委发布了《零售商供应商公平交易管理办法》，对零售商滥用优势地位的行为进行了归纳，较为详细地列举了零售商向供应商实施的不公平交易行为。2011年12月26日，五部委联合发布《<清理整顿大型零售企业向供应商违规收费工作方案>的通知》，决定自2011年12月至2012年6月，在全国集中开展清理整顿大型零售企业向供应商违规收费工作。令人遗憾的是，尽管这些规范性文件的实施于短期内取得一定成效，但由于这些规定的规制范围相对狭窄，并且也仅是从部门行业管理的角度进行规范，因此，无法对滥用市场优势地位这一类行为进行全面有效的规制。

修订草案送审稿新增“不得利用相对优势地位”条款，正是出于对上述现实的积极回应，对保护在市场中处于弱势方的利益和维护公平的竞争环境具有重要意义。

5.2 修订草案送审稿中“不得利用相对优势地位”条款的解读

5.2.1 “相对优势地位”的定义

修订草案送审稿第六条对“相对优势地位”进行了界定：在具体交易过程中，交易一方在资金、技术、市场准入、销售渠道、原材料采购等方面处于优势地位，交易相对方对该经营者具有依赖性，难以转向其他经营者。

正如修订草案送审稿的起草说明而言，相对优势地位是区别于《反垄断法》中市场支配地位的概念，通常是指市场中不具有绝对优势地位的企业，在特殊情况下，对于依赖其进行交易的相对人具有类似于垄断企业的支配性影响力，因此该企业对于依赖其生存的企业就具有“相对”的强势地位。相对优势地位的核心在于交易一方对另一方的依赖性，这种依赖性主要体现为交易一方可供选择的交易对象十分有限，且更换交易对象不具备可行性或需付出较高的成本。由此可见，相对优势地位产生于交易双方市场力量的博弈，它并不指市场主体对于其横向竞争对手的优势，而是一种产业上下游企业之间垂直交易中的优势，如零售商在交易过程中相对中小供应商具有的相对优势。当交易一方具有这样的经济优势时，交易相对方就在谈判和交易过程中处于劣势，甚至被迫接受优势主体提出的不合理的交易条件。

5.2.2 四种滥用相对优势地位的行为

修订草案送审稿以列举的方式，明确禁止了四种典型的利用相对优势地位实施的不公平交易行为，包括：

- （1）限定交易相对方的交易对象；
- （2）限定交易相对方购买其指定的商品；
- （3）限定交易相对方与其他经营者的交易条件；
- （4）滥收费用或者不合理地要求交易相对方提供其他经济利益；

其中，前三项行为不包括存在正当理由的情形，但修订草案送审稿并未对“正当理由”作出进一步说明，因此在什么情形下实施这些行为可以免于处罚还是不明确的。第四项行为就是针对目前大型零售商乱收费的现象作出的规定，且该项行为较前三项行为的规制更为严苛，不得适用正当理由进行抗辩，这意味着只要处于优势地位的交易方实施了这类行为，就会认定违反了该项规

定。此外，除上述四种典型行为之外，送审稿还设置了兜底条款，规定具有经营者不得利用相对优势地位，附加其他不合理交易条件。因此，即使不属于上述四种行为，只要经营者利用优势地位实施了不公平交易行为，就有可能被认定为属于滥用相对优势地位的行为而受到规制。

5.2.3 “相对优势地位”和“市场支配地位”的联系和区别

“市场支配地位”是《反垄断法》中的概念，《反垄断法》第十七条中关于“市场支配地位”的定义为：经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

相对优势地位与市场支配地位表面看来具有一定的相似性，具有相对优势地位或市场支配地位的经营者往往都能凭借这种地位上的“优越性”对交易或市场施加一定的控制，但是，相对优势地位是不同于市场支配的地位的概念。相对优势地位强调“相对性”，而“相对性”可以理解为包含了两层含义：一方面，这种优势地位是相对交易方而言的一种状态，是一种纵向的比较；另一方面，这种“相对性”暗含着这种优势地位的不稳定性。

首先，相对优势地位是具体交易中经营者与交易相对方之间的市场力量比较，是一种纵向的比较，对于它的认定不需要对整个市场进行评价，而只需要着眼于单个交易；而判定一个经营者是否具有“市场支配地位”，既要关注它与其他竞争者之间关系，如是否能够“影响其他经营者进入相关市场”，同时也要关注它与交易相对人之间的力量比较，即能否对交易条件施加控制，因此，市场支配地位的视角更为宏观，通常需要主要是从整个行业或产业的角度来进行分析的。

其次，相对优势地位着眼点在“具体交易”，这就意味着相对优势地位是否存在是因人而异的。举例来说，现实中可能出现同一主体与甲交易时拥有相对优势地位，但与乙交易时却不具备相对优势地位的情形。因此，判断企业是否享有相对市场优势地位则需要进行个案分析；但是，市场支配地位通常表现为经营者控制其所在行业的市场结构状态，这种状态在一定时期内是稳定的，其支配地位不仅仅针对某一个交易人，而是针对几乎所有的交易人而言的。从这一点也可以看出，相对优势地位的认定标准远远低于市场支配地位，因为市场支配地位意味着经营者相对于绝大部分交易中的相对方都具有“优势地位”。

5.3 新增“不得利用市场优势地位”条款对商业实践的可能影响

5.3.1 可以在一定程度上遏制滥用相对优势地位的行为

修订草案送审稿第十九条规定了滥用相对优势地位行为的法律责任：“经营者违反本法第六条规定的，由地市级以上的监督检查部门责令改正，处以违法经营额一倍以上五倍以下的罚款；没有违法经营额或者违法经营额无法计算的，根据情节处以十万元以上三百万元以下的罚款。”

修订草案送审稿明确了经营者滥用相对优势行为的法律责任，除了使执法机关查处类似行为有法可依之外，也会市场中产生一定的威慑力，使那些在交易中具有优势地位的经营者自觉回避此类行为，从而使这类现象得到有效遏制。此外，那些在交易中出于劣势地位的企业，如果被强加不合理交易条件，可以向人民法院提起诉讼，维护自身合法权益。

5.3.2 可能会加重企业的合规审查负担

由于相对优势地位的认定具有很大的不确定性，例如，修订草案送审稿中并未进一步明确“正当理由”指代的内容，也未说明如何认定交易条件的“不合理性”，这些很大程度上依赖于执法机关的自由裁量，而执法机关在此类案件上经验的缺乏，更是加剧了此种不确定性。因此，若修订草案送审稿真正施行之后，交易中具有相对优势地位的企业面临很大的风险，特别是涉及修订草案送审稿明确列举的第四类行为“滥收费用或者不合理地要求交易相对方提供其他经济利益收取费用”的时候需要格外谨慎，因为这类行为不适用“正当理由”抗辩。为避免涉嫌滥用相对优势地位而受到处罚，可能居于优势地位的企业在与每个交易对象进行谈判时，均需要判断自身是否确实具有相对优势地位以及其行为是否有可能构成滥用。因此，这将可能加重企业的合规审查负担。

5.4 结论与建议

我们认为，新增“不得利用市场优势地位”条款对于规制市场参与者滥用其相对优势地位强制、胁迫交易对象接受其不合理交易条件的现象具有重要意义，使执法机关在查处此类行为的时候有更明确的法律依据，并可以直接根据滥用相对优势地位相关法律责任的规定作出行政处罚决定。此外，修订草案送审稿也赋予了居于劣势地位的中小企业自行起诉的权利，从而也加强了他们自我保护的力度。但同时，在修订草案送审稿规制的框架下，经营者也将面临更高的合规性审查要求，从而才能避免被认定为此类违法行为的风险。

我们将继续关注修订草案送审稿可能的进一步修订，并建议经营者在专业合规律师的帮助下

强化内部合规培训，完善合规制度，加强内审内控，以在最大范围内避免可能在交易中被认定为滥用相对优势地位的行为。

6 关于商业诋毁行为的修订及对执法和审判实践的影响

6.1 修订草案送审稿对商业诋毁行为的修订

修订草案送审稿对商业诋毁行为及其法律责任的规定主要集中于第十一条和第二十四条。修订草案送审稿第十一条对商业诋毁进行了重新定义和范围界定：“经营者不得捏造、散布虚假信息、恶意评价信息，散布不完整或者无法证实的信息，损害他人的商业信誉、商品声誉。”修订草案送审稿第二十四条是关于法律责任的规定。相比现行反不正当竞争法，本次修订草案送审稿作出了如下几点调整：

6.1.1 修订草案送审稿具体列举了商业诋毁的违法行为，更具实践指导意义

现行反不正当竞争法第十四条对商业诋毁行为的规定是，“经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。”该条强调不得捏造、散布“虚伪事实”，而修订草案送审稿第十一条删除了“虚伪事实”的表述，替代为更具体化的“虚假信息”、“恶意评价信息”以及“不完整或者无法证实的信息”。

根据现行反不正当竞争法的规定，被侵权人须通过证明侵权人所捏造、散布的信息为“虚伪事实”，即侵权人散布的信息是虚假或伪造的才能证明侵权人构成商业诋毁行为。而修订草案送审稿的重新界定明确了该信息可以是“虚假信息”、“恶意评价信息”或者“不完整或无法证实的信息”。具体来看，侵权人所捏造、散布的信息可以是任意一类信息：第一类，“虚假信息”，即虚假、不真实的客观信息；第二类，带有明显恶意的 subjective 评价类信息；第三类，带有倾向性观点的不完整信息，或者使用客观上无法被证实的信息。可见，本次修订结合了客观实践的变化，将诋毁方式进行了归纳和总结，具有更强的实践指导意义。

6.1.2 被侵权人需负担的举证责任及主管部门的认定标准

首先，现行反不正当竞争法中的“虚伪事实”被替换为修订草案送审稿的“虚假信息”，用语更为专业、准确，被侵权人及主管部门只需证明该信息是虚假即可。

其次，“恶意评价信息”相比较于“虚假信息”属于个人对商品的评价，具有很强的主观性。这种利用差评打压竞争对手的方式，屡见不鲜。因此，本次修订草案送审稿也将这类具有很强主观性的恶意评价纳入了商业诋毁的调整范围。但是，对于这类主观评价的举证责任，修订草案送审

稿似乎更加强调侵权人的评价信息需具有损害被侵权人的商业信誉、商品声誉的主观恶意。对于被侵权人和主管部门而言，如没有一个更加细化的“恶意”认定标准，实际执行时可能会难以落实。

第三，关于“不完整或者无法证实的信息”，我们理解需要将“不完整的信息”和“无法证实的信息”区分讨论。“不完整的信息”的举证责任应更多落在被侵权人通过提供完整信息进行论证；而“无法证实的信息”的举证责任，采取举证责任倒置似乎更为妥当，即要求侵权人举证证明自己公布的信息可被证实，属于客观、真实的信息。

6.1.3 修订草案送审稿对商业诋毁行为所侵犯客体的范围进行了扩大

相较现行反不正当竞争法第十四条对商业诋毁行为的规定，修订草案送审稿将“损害竞争对手的商业信誉、商品声誉”变更为“侵害他人的商业信誉、商品声誉”，扩大了商业诋毁行为所侵犯客体的范围。据此，依据修订草案送审稿，经营者对任意市场主体的商业信誉、商品声誉造成损害即满足商业诋毁行为的侵犯客体这一构成要素。从该角度来看，法律对商业诋毁行为所侵犯的客体范围作出了更为宽泛的规定，并不局限于与侵权人具有竞争关系的主体才可被认定为被侵权人，今后也可能出现“躺枪”的被侵权人据此提出权利主张或者向相关主管部门举报。

6.1.4 修订草案送审稿新增了商业诋毁行为的法律责任

修订草案送审稿新增了商业诋毁行为的法律责任，即修订草案送审稿第二十四条，“经营者违反本法第十一条规定的，监督检查部门应当责令停止违法行为，消除影响，根据情节处以十万元以上三百万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”使得监督检查部门在确定商业诋毁行为损害赔偿额时有了明确的法律依据。同时，修订草案送审稿对商业诋毁行为损害赔偿额的罚款范围规定为十万元以上三百万元以下，较现行反不正当竞争法而言可谓大幅度增大了处罚力度。

6.2 实例分析

结合我所处理过的一例商业诋毁案件实务来看，修订草案送审稿较现行反不正当竞争法，能够为执法部门提供更具执行性的法律依据。

6.2.1 实例背景简述

A 企业在大型商场销售过程中发现 B 企业的销售人员通过向消费者比较 A、B 两家企业产品不同的方式，强调 A 企业类似产品“不行”，“不是真正的某标准产品”，“只是在某一点上好”，“实际用起来不是那么回事”等方式提高 B 企业的销售量；同时，还印制了宣传材料对比较内容进行汇总，援引具体数据以求更佳效果，但引用时不慎出现了错误和遗漏。

6.2.2 适用现行反不正当竞争法

根据现行反不正当竞争法的规定，“经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。”B 企业销售人员的行为是，通过向消费者客观比较 A、B 两家企业产品差异的方式向消费者例证 B 企业产品更为优秀，显然不是捏造、散布“虚伪事实”，但 B 企业的销售的确通过打压 A 企业商品声誉的方式，达到了提高销售量的目的。但仅据此，主管部门无法直接处罚 B 企业，因为，其并没有捏造、散布“虚伪事实”。

最终，在案件处理过程中，直到我们发现 B 企业还印刷了宣传材料，并且在其中一份材料中发现了 B 企业的“低级错误”后，才确定其散布了“虚伪事实”，最终成功迫使 B 企业和解结案。

6.2.3 适用修订草案送审稿

如果适用修订草案送审稿，B 企业的行为就是典型的通过捏造、散布 A 企业产品的恶意评价信息来诋毁 A 企业的商业信誉和商品声誉，主管部门可以直接据此对 B 企业进行处罚。由此可以看到，仅就该实例而言，修订草案送审稿对“恶意评价信息”的明确，为认定该类型商业诋毁行为提供了法律基础，具有很强的实践指导意义。

6.3 结论与建议

总体来看，修订草案送审稿对商业诋毁进行了调整和细化，具有更强的实践指导意义，同时赋予行政主管部门更大的处罚权限。但由于其部分法律条文十分精炼，也给实践操作带来了一定影响，建议在立法中进一步细化或制定相关实施细则，以便执行。

7 关于商业宣传行为规定的分析

现行反不正当竞争法第九条关于虚假宣传的规定经较大修订后，列为修订草案送审稿第八条。本文将对该项修订进行分析。

7.1 修订草案送审稿第八条的对于司法解释和广告法修订的沿袭

修订草案送审稿第八条总体上沿袭了 2007 年最高人民法院颁布的《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（以下简称“司法解释”）中对虚假宣传行为的定义，但与 2015 年修订的《广告法》中对虚假广告的定义则大异其趣（几个相关条文见下表）。从文字上看，修订草案送审稿相对于现行反不正当竞争法扩张了构成不正当竞争的商业宣传行为的范围，相对于广告法及司法解释都简化了虚假宣传的评判标准。

现行《反不正当竞争法》第九条	经营者不得利用广告或其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。 广告经营者不得在明知或者应知的情况下，代理、设计、制作、发布虚假广告。
《广告法》第二十八条	广告以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的，构成虚假广告。 广告有下列情形之一的，为虚假广告： （一）商品或者服务不存在的； （二）商品的性能、功能、产地、用途、质量、规格、成分、价格、生产者、有效期限、销售状况、曾获荣誉等信息，或者服务的内容、提供者、形式、质量、价格、销售状况、曾获荣誉等信息，以及与商品或者服务有关的允诺等信息与实际情况不符，对购买行为有实质性影响的； （三）使用虚构、伪造或者无法验证的科研成果、统计资料、调查结果、文摘、引用语等信息作证明材料的；

	(四) 虚构使用商品或者接受服务的效果的; (五) 以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的其他情形。
最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释(2007)2号第8条	经营者具有下列行为之一, 足以造成相关公众误解的, 可以认定为反不正当竞争法第九条第一款规定的引人误解的虚假宣传行为: (一) 对商品作片面的宣传或者对比的; (二) 将科学上未定论的观点、现象等当作定论的事实用于商品宣传的; (三) 以歧义性语言或者其他引人误解的方式进行商品宣传的。 以明显的夸张方式宣传商品, 不足以造成相关公众误解的, 不属于引人误解的虚假宣传行为。 人民法院应当根据日常生活经验、相关公众一般注意力、发生误解的事实和被宣传对象的实际情况等因素, 对引人误解的虚假宣传行为进行认定。
《<反不正当竞争法>修订草案》 第八条	经营者不得实施以下引人误解的商业宣传行为: (一) 进行虚假宣传或片面宣传; (二) 将科学上未定论的观点、现象作为定论的事实用于宣传; (三) 以歧义性的语言或者其他引人误解的方式进行宣传。

7.2 修订草案送审稿第八条相对于现行反不正当竞争法第九条的主要变化

7.2.1 删除了特别列举的“广告”

现行反不正当竞争法所规制的宣传方法为“广告或其他方法”。而现行《广告法》已有对广告

主和广告经营者的行为进行规制，要求“广告不得含有虚假或者引人误解的内容，不得欺骗、误导消费者”（《广告法》第4条）。根据与修订草案送审稿同时发布的起草说明，本次修订的一个重要问题是厘清与《广告法》的区别，因此删除了关于广告的经营者的表述，将规制对象明确为“商业宣传行为”。这一变动也与《消费者权益保护法修正案》（草案二审稿）“将第十九条改为第二十条，第一款修改为：‘经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得作虚假或者引人误解的宣传’”相呼应。

但这个修改并没有解决老问题，即执法机关对虚假或引人误解的广告是直接适用广告法予以规制还是适用反不正当竞争法予以规制。为达到厘清之目的，从立法技术上，似乎应当明确反不正当竞争法规制的商业宣传行为属于广告法规定的违法广告行为以外的其他行为。

目前在司法案例中被法院判定为属于现行反不正当竞争法第九条的“其他方法”的宣传方法包括：公开的《招股说明书》、官网登载文章、推广链接、名片和工作服、宣传册等。

例如在天津某混凝土桩杆有限公司与上海某桩业股份有限公司虚假宣传纠纷案（2012）杨民三（知）初字第277号一案中，法院在判决中肯定了，公布《招股说明书》属于“商业宣传行为”的一种，和另一种商业宣传行为“广告”一起受到现行反不正当竞争法第九条的规制：“商业广告是典型的商业宣传行为，但并非商业宣传的唯一形态，除广告之外的通过一定媒介公开传递商品信息的其他方法亦属于商业宣传。本案中，被告在中国证监会的网站上公布《招股说明书》（申报稿），客观上起到了向社会公众公开传递其商品、技术和经营管理等信息的宣传效果，可以认定属于《反不正当竞争法》第九条第一款规定的‘其他方法’。”

7.2.2 引人误解的虚假宣传的对象不再仅限于“商品”及“商品生产”

与现行反不正当竞争法第九条相比，修订草案送审稿第八条不再将“商品”作为引人误解的商业宣传之唯一客体，而扩大为范围更广的商业宣传。这一修订呼应了行政执法和司法的实践。

如南京某建筑材料股份有限公司诉南京某建材科技有限公司不正当竞争纠纷案（2013）宁知字第97号判决书所言，“在市场交易中，经营者可以通过宣传资料等方式对自身的经营状况、提供的商品或服务进行宣传，但必须真实、客观，不应产生误导性。尤其是在涉及他人企业信息、商业信誉时应当对相关事实作全面、客观的介绍，并采取适当措施避免相关公众产生歧义或误认。”

7.2.3 删除了限定语“虚假”

修订草案送审稿删去了现行反不正当竞争法中对“引人误解”的额外限定语“虚假”。根据起草说明，现行反不正当竞争法所说的引人误解的虚假宣传既包括虚假宣传，也包括造成相关公众误解的宣传。暂且不论起草者的理解是否符合现行反不正当竞争法的立法本意，这个修订的效果是明确扩大了该条文的适用范围。

7.2.4 列举“引人误解”的情形

修订草案送审稿引用了《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（法释（2007）2号）第八条规定的、除“片面对比”以外的三种“引人误解”情形。但是修订草案送审稿又与司法解释的规定有以下两点不同之处：

（1）司法解释较为牵强地将片面宣传列为虚假宣传的一种。修订草案送审稿则将虚假宣传与片面宣传并列，更符合两者的字面含义。

（2）司法解释明确要求“根据日常生活经验、相关公众一般注意力、发生误解的事实和被宣传对象的实际情况等因素，对引人误解的虚假宣传行为进行认定”，并且明确排除不足以造成公众误解的行为，意味着必须结合行为实际效果判断列举行为是否构成虚假宣传。而修订草案送审稿的表述则只字未提将行为效果作为判断标准，容易引起歧义，即所列举的情形本身即构成引人误解的商业宣传行为。

7.3 对于修订草案送审稿第八条的评述

综上所述，修订草案送审稿第八条扩大了对商业宣传行为的规制范围，赋予行政机关较大自由裁量权，亦减轻了市场竞争者和消费者依据该条提起诉讼时的举证责任。修订草案送审稿第二十一条更规定对于该条项下违法行为，可处以违法经营额三倍以上五倍以下的罚款或高至人民币一百万元的罚款，严重的可吊销营业执照及追究刑事责任。笔者认为，对市场中不正当竞争行为的约束，主要需依赖于合同法与侵权法之下的私法救济进行。具体到引人误解的商业宣传，亦可以通过市场提供的第三方信息评价机制予以抑制——在传播自由的网络时代，不正当竞争的商业宣传已较容易被揭发。如确需由行政机关对不正当竞争行为予以行政规制或允许市场主体直接对不正当竞争行为提起诉讼，则必须明确界定不正当竞争行为的范围，避免行政和司法对市场竞争

的不当干预。现行反不正当竞争法施行多年，司法机关已积累起较多审判实践。对于引人误解的商业宣传行为，笔者建议，本次修订理当吸收司法实践中形成的重要判断标准，即明确所规制行为应足以造成相关公众的误解，并明确如何判断是否造成误解的考量因素。

8 关于有奖销售行为的修订及对商业、执法及司法实践的影响

8.1 修订草案送审稿对有奖销售行为的修订

修订草案送审稿对于有奖销售的修订主要集中在第十条（不正当有奖销售的行为规范）和第二十三条（不正当有奖销售的法律后果）。相比于现行反不正当竞争法中对于有奖销售行为的规定，修订草案送审稿对有关行为重新命名、进行了分类和定义、更改了原列举的几项典型不正当行为，并在整体上加重了该等行为的法律责任。针对上述修订，笔者将依次对其进行介绍，探求其修改意图并分析其对商业、执法及司法实践可能产生的影响。

8.1.1 将“有奖销售”改为“有奖促销”

修订草案送审稿对现行反不正当竞争法中所有“有奖销售”的概念改用“有奖促销”来代替。笔者认为，其修改意图是为了进一步明确该类不正当行为的构成要素。结合有奖销售的长期商业和执法实践来看，构成有奖销售行为的首要前提是“经营者以促销商品为目的”¹；只要经营者在该行为动机下向购买者提供金钱、物品或其他利益，均应落入“有奖促销”的活动范围，而不以商家与顾客之间已实际发生售卖行为或结果为条件。修订草案送审稿以“有奖促销”取代“有奖销售”，强调了经营者的行为动机对于构成该类不正当行为认定的重要性，在一定程度上明确了执法标准，降低了执法难度。

但是，修订草案送审稿并未对“有奖促销”进行直接定义。虽然 1993 年颁布实施的《国家工商行政管理局关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》（以下简称“《有奖销售规定》”）第二条对有奖销售进行定义（“本规定所称有奖销售，是指经营者销售商品或者提供服务，附带性地向购买者提供物品、金钱或者其他经济上的利益的行为”），但上述定义并未突出“以促销商品为目的”。因此，笔者认为，修订草案送审稿或国家工商总局的有关规定似有必要对“有奖促销”进一步界定。

¹ 《国家工商行政管理局关于有线电视台在提供电视节目服务中进行有奖竞猜是否构成不正当竞争行为的答复》（国家工商行政管理局工商公字[1998]第 55 号文）中提及“《反不正当竞争法》第十三条所称的有奖销售，是指经营者以附带性地提供金钱、物品或者其他利益（统称奖品）的引诱方式，促销其商品（包括服务）的行为。不论向商品的购买者提供奖品还是向其他有关当事人提供奖品，只要经营者以促销商品为目的，均可构成有奖销售，受《反不正当竞争法》第十三条调整”。

8.1.2 从法律层面对有奖销售进行了分类并对该分类进行了定义

修订草案送审稿在现行反不正当竞争法的基础上，将有奖销售²分成两类，即“抽奖式”和“附赠式”，并为之定义：“在同等条件下，给予确定奖励的，是附赠式”有奖销售，“以偶然性的方法确定奖励种类或者是否给予奖励的，是抽奖式”有奖销售。

上述新增并非首次提出，早在《有奖销售规定》第二条中就针对有奖销售进行了分类和定义，即有奖销售包括“奖励所有购买者的附赠式有奖销售和奖励部分购买者的抽奖式有奖销售；凡以抽签、摇号等带有偶然性的方法决定购买者是否中奖的，均属于抽奖方式”。

经对比后笔者发现，不同于《有奖销售规定》，修订草案送审稿将一类目前仍属于附赠式有奖销售的行为纳入了抽奖式有奖销售行为的范围。这类行为即：给予所有购买者奖励，但是以偶尔性的方法确定该奖励的不同种类的。

上述修订将提高商家进行正当有奖销售的实操的难度和合规要求，现行立法对于抽奖方式有奖销售的限制多于附赠式有奖销售，而修订草案送审稿进一步扩大了抽奖方式有奖销售的范围，这意味着以往商家若采取类似“人人有奖，最高金额可达####”的有奖销售，其正当性须受制于适用于抽奖式有奖销售的相应规范（例如最高奖的价值金额）。

8.1.3 将原列举的三类典型不正当有奖销售行为改成了四类

首先，修订草案送审稿删除了现行反不正当竞争法规定的第二类不正当有奖销售行为，即利用有奖销售的手段推销质次价高的商品。

该项修改取消了以是否推销质次价高的商品作为判断构成某类不正当有奖销售行为的动机标准，同时区分了推销质次价高的商品和不正当有奖销售两种性质的行为应适用不同的法律调整规范：即只要商家采取正当的有奖销售行为的方式，即便其推销质次价高的商品，未来将不受《反不正当竞争法》中有关有奖销售规定的调整并承担与之有关的法律后果；而对于销售质次价高的商品的行为则应依法由《消费者权益保护法》、《产品质量法》等相关法律或《反不正当竞争法》的其他章节来规范。笔者认为，“质次价高”³涉及商品性价比，其缺乏严格的法律内涵，容易造成

² 注：由于修订草案送审稿仍未生效，并且为了避免不必要的混淆，除了修订草案送审稿引文以外，本文仍以“有奖销售”对该类不正当行为进行论述。

³ 《有奖销售规定》第五条规定：“前款所称‘质次价高’，由工商行政管理机关根据同期市场同类商品的价格、质量和购买者的投诉进行认定，必要时会同有关部门认定”。

执法人员主观裁量并引发执法环节当事方之间的争议,修订草案送审稿放弃这一提法在一定程度上有助于明确执法分工、提高执法效率。

其次,修订草案送审稿新增了两类不正当有奖销售行为,即第一类“未明示其所设奖的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等有奖促销信息,影响消费者兑奖”和第三类“对兑奖设定不合理条件”。

上述修改分别明确规定了经营者举办有奖销售时兑奖前和兑奖后的相关义务。不难看出,新增的第一类不正当有奖销售行为参照了《有奖销售规定》第六条⁴,但是,相比《有奖销售规定》第七条规定构成不正当有奖销售的标准(即除未履行有关信息明示的义务外,构成“欺骗性有奖销售”还须有“隐瞒事实真相”的情节),修订草案送审稿的不同之处是将经营者未履行有关信息明示义务是否构成不正当有奖销售的判断依据从经营者是否“隐瞒事实真相”⁵转变为是否影响了消费者兑奖。从司法实践角度来看,如修订草案送审稿通过,则目前要求消费者举证经营者是否具有主观欺骗性未来将转移到消费者只需举证是否客观上产生了兑奖困难,故降低了消费者的举证责任,极大地保护了消费者的兑奖权益。

对于新增的第三类不正当有奖销售行为,其合法与否的着眼点也在于消费者是否能够顺利兑奖,从而对经营者从事有奖销售的程序提出规范性要求。但是,修订草案送审稿对“不合理条件”的判断因素并无进一步的指导原则或规定,实践中可能带来执法依据的模糊性和执法效果的不确定性。

最后,修订草案送审稿将现行反不正当竞争法中抽奖式有奖销售的最高奖的价值从原来的人民币五千元提高至两万元,顺应了商业实践发展对立法尺度提出的要求,在一定程度上将促进商家按照市场规律自主开展有奖销售活动。

⁴ 《有奖销售规定》第六条规定:“经营者举办有奖销售,应当向购买者明示其所设奖的种类、中奖概率、奖金金额或者奖品种类、兑奖时间、方式等事项,属于非现场即时开奖的抽奖式有奖销售,告知事项还应当包括开奖的时间、地点、方式和通知中奖者的时间、方式……”。《有奖销售规定》第七条规定:“违反本规定第六条,隐瞒事实真相的,视为欺骗性有奖销售,比照前款规定处理。”

⁵ 根据上海市第一中级人民法院(2012)沪一中行终字第20号判决,“经营者举办有奖销售,未向购买者明示中奖概率,并不一定或并不当然构成欺骗性有奖销售。未明示中奖概率的有奖销售行为是否构成欺骗性有奖销售的前提是经营者在有奖销售活动中是否隐瞒事实真相。乙公司在有奖销售活动中未隐瞒事实真相,不构成欺骗性有奖销售。”

8.1.4 新增有奖销售的处罚类型并加重了违法者的法律责任

对于构成不正当有奖销售的行为,修订草案送审稿在现行反不正当竞争法原有基础上新增了“没收违法商品”的处罚,同时罚款金额从原有的“(人民币)一万元以上十万元以下”增至“(人民币)十万元以上一百万元以下”。该修订提高了经营者从事有奖销售的违法成本,在一定程度上将有助于遏制不正当有奖销售行为。

然而,对于新增的“没收违法商品”的处罚仍有待进一步的细化规定,例如:违法商品是否包含商家促销的商品或兑奖所换取的商品,后者若兑奖商品已由消费者获得是否需要从消费者手中没收,或若因没收违法商品损害了消费者利益的应当如何进一步处理等等。

8.2 对修订草案送审稿关于有奖销售行为规则的总结和建议

从商业实践看,修订草案送审稿如获通过,将加重经营者在经营有奖销售程序方面的合规义务并提高违法经营者的违法成本,同时亦鼓励经营者进行正当的有奖销售行为,参与市场良性竞争。

从执法环节看,修订草案送审稿为执法者提供了更明确客观的法律依据,降低了执法中认定不正当有奖销售行为的难度,然而在处罚量刑上,虽然整体加大了处罚力度,但是对于“没收违法商品”的处罚认定过于模糊,可能会产生损害消费者的利益的“副作用”。

从司法角度出发,修订草案送审稿将某些违法行为的认定由主观认定标准转变为客观认定标准,减弱了消费者的举证责任,降低了司法判决的不确定性。

9 关于第十三条第四项干扰或者破坏他人网络应用服务的解读和思考

修订草案送审稿第十三条第四项规定：“经营者不得利用网络技术或者应用服务实施下列影响用户选择、干扰其他经营者正常经营的行为：……（四）未经许可或者授权，干扰或者破坏他人合法提供的网络应用服务的正常运行。”

这一条款对互联网企业的影响意义重大，不仅有关其产品和服务的设计，而且也可能关乎其赖以生存的商业模式，同时，这一条款本身的抽象性和不确定性也引起了业界普遍的关注和思考。

9.1 第十三条第四项背后的历史和司法的传统

第十三条第四项不是“横空出世”，在此之前，法院已经审理了众多互联网企业之间彼此“影响”产品和服务的案件，由于现行《反不正当竞争法》没有对这些行为作出具体规定，法院通常通过适用现行《反不正当竞争法》第二条的一般条款中的“诚实信用原则”来调整，第十三条第四项的出台似乎是在立法上来回应这些案件，通过这样相对具体的规定，立法者也许意在使今后类似的案件不用再适用现行《反不正当竞争法》第二条的一般条款，以增强法律的明确性和可预测性。考虑到这样到历史渊源，有必要回顾一下历史，这样也许可以更深刻地理解和评价第十三条第四项。

最高人民法院在腾讯与奇虎不正当竞争一案中体现了“商业模式”受保护的观点，在该案中，最高人民法院认为，QQ软件“这种免费平台与广告或增值服务相结合的商业模式是本案争议发生时，互联网行业惯常的经营方式，……。被上诉人以此谋求商业利益的行为应受保护，他人不得以不正当干扰方式损害其正当权益”。

在猎豹浏览器一案中，法院认为违反现行《反不正当竞争法》第二条所称的“诚实信用”原则的行为包括两类：破坏其他经营者正当经营活动的行为，以及不正当利用其他经营者经营利益的行为。

在〔原告〕与〔被告〕一案中，最高人民法院似乎肯定了“非公益必要不干扰原则”，就〔被告〕的安全软件影响〔原告〕搜索结果的事实，最高人民法院认为，被告的行为“干扰了〔原告〕网站正常的搜索服务以及用户对〔原告〕搜索结果的正常使用，……而该行为不出于任何公共利

益的需要，而仅仅为[被告]网站获取更多用户访问量的手段，超出了正当的商业竞争的限度。”

即使是如此粗线条的回顾历史，也可以清晰的看到第十三条第四项与之前的司法案例之间的渊源关系。

根据以上的司法案例，在判断被告的行为是否构成不正当竞争时，标准在于被告实施的行为是否是“正当”的，换句话说，法院禁止的是“不正当”的“干扰”行为，而对于“正当”的“影响”相对方产品或服务的行为是不禁止的。这样的原则对于互联网产业的发展非常重要，这是因为，互联网是一个复杂的生态系统，各个参与者所提供的内容和服务不可避免的彼此相联系和相交互，比如，安全软件和其针对的软件之间存在影响和被影响的关系，播放器软件和被播放文件之间存在交互的关系，浏览器和网页之间存在交互关系；在这样一个复杂系统内，每一个节点上的主体都希望利润最大化自己的产品或服务，进而不可避免的会影响到相交互的其他主体的产品或服务，这正是互联网领域技术创新的动力所在，如果对于相互影响的行为一概禁止，必然会抑制整个互联网产业的创新和发展，因此，有必要对“正当”的“影响”行为和“不正当”的“干扰”行为作出区分，平衡好各方的利益以促进互联网产业的发展。在以上案例中，法院孜孜不倦的论证具体行为的“正当”还是“不正当”，也足以体现出其在个案中小心翼翼般寻求利益平衡的“良苦用心”。

9.2 对第十三条第四项的解读和评论

回到第十三条第四项本身上，相比较上述的案例，一个显著的区别是：前者评价的标准落在“正常运行”上，而后者评价的标准在于行为本身的“正当”与否，“正常”与“正当”一字之差别，但含义很可能是完全不同的：判断“正常”的标准更可能是依据被影响一方自己设定的标准，而判断“正当”与否的标准则是客观的行为标准乃至诚实信用的原则。

这里来举一个生活中的例子，电影在院线播放的时候通常之前会播放一段广告，如果院线为了提升用户的体验将这段广告跳过，如果按照第十三条第四项规定的“正常”的标准，站在电影提供方的角度，在电影中嵌入广告是其“正常”的经营活动，而院线跳过广告的行为就是干扰或者破坏了电影提供方“正常”的经营模式，那么院线的行为就是不正当的；不同的是，如果采用案例中确定的“正当”的标准，院线的行为是否正当可能就值得探讨了，院线完全可以主张，在自己的空间里院线有自主决定的权力，因此，跳过广告的行为是院线采取的经营模式，如果电影提供方不认同院线的这种经营模式，完全可以不向院线提供影片，从院线的角度看，跳过广告的行为也难说“不正当”。

通过以上的解读，倾向于的结论是，相比较之前的案例中确定的“正当”与否的标准，第十三条第四项采用的“正常运行”的措辞似乎是对在先案例确立的“正当”标准的突破，很可能的结果是，按照在先案例中的“正当”与否的标准而认定为是“正当”的竞争行为，可能会因为干扰或破坏了他经营者网络应用服务的“正常运行”而被反不正当竞争法禁止，当法院在采用“正当”与否的标准去谨小慎微的平衡各方利益时，采用第十三条第四项的“正常运行”的标准后是否会让天平过度的偏向某一方呢？这个问题值得思考。

9.3 建议

建议延续并采用“正当”与否的标准来判断影响其他经营者互联网应用服务的行为是否构成不正当竞争，首先，这是对司法惯例的延续和尊重；其次，采用“正当”的标准，赋予了法院根据具体案件平衡各方利益的裁量空间，相比较，目前采用“正常运行”的措辞可能会将标准更多的交给“原告”一方进而挤压了法院裁量的空间，减损了司法在具体案件中平衡各方利益的机能；最后，从立法权和司法权分配的角度看，立法采用相对弹性的“正当”的原则性规定，而由司法在实践中根据具体案件的情况对“正当”进行诠释并且通过积累形成可预测性的尺度，这或许是条更好的路径。

《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》

第一章 总 则

第一条 为保障社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益，制定本法。

第二条 经营者在经济活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。

本法所称的不正当竞争，是指经营者违反本法规定，损害其他经营者或者消费者的合法权益，扰乱市场秩序的行为。

本法所称的经营者，是指从事或者参与商品生产、经营或者提供服务（以下所称商品包括服务）的自然人、法人和其他组织。

第三条 各级人民政府应当采取措施，制止不正当竞争行为，为公平竞争创造良好的环境和条件。

县级以上人民政府工商行政管理部门对不正当竞争行为进行监督检查；其他法律、行政法规另有规定的，相关部门也可以依照其规定进行监督检查。

第四条 国家鼓励、支持和保护一切组织和个人对不正当竞争行为进行社会监督。

国家工作人员不得参与、支持、包庇不正当竞争行为。

第二章 不正当竞争行为

第五条 经营者不得利用商业标识实施下列市场混淆行为：

（一）擅自使用他人知名的商业标识，或者使用与他人知名商业标识近似的商业标识导致市场混淆的；

（二）突出使用自己的商业标识，与他人知名的商业标识相同或者近似，误导公众，导致市场混淆的；

（三）将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，导致市场混淆的；

（四）将与知名企业和企业集团名称中的字号或其简称，作为商标中的文字标识或者域名主体部分等使用，误导公众，导致市场混淆的。

本法所称的商业标识，是指区分商品生产者或者经营者的标志，包括但不限于知名商品特有的名称、包装、装潢、商品形状、商标、企业和企业集团的名称及其简称、字号、域名主体部分、网站名称、网页、姓名、笔名、艺名、频道节目栏目的名称、标识等。

本法所称的市场混淆，是指使相关公众对商品生产者、经营者或者商品生产者、经营者存在特定联系产生误认。

第六条 经营者不得利用相对优势地位，实施下列不公平交易行为：

- （一）没有正当理由，限定交易相对方的交易对象；
- （二）没有正当理由，限定交易相对方购买其指定的商品；
- （三）没有正当理由，限定交易相对方与其他经营者的交易条件；
- （四）滥收费用或者不合理地要求交易相对方提供其他经济利益；
- （五）附加其他不合理的交易条件。

本法所称的相对优势地位，是指在具体交易过程中，交易一方在资金、技术、市场准入、销售渠道、原材料采购等方面处于优势地位，交易相对方对该经营者具有依赖性，难以转向其他经营者。

第七条 经营者不得实施下列商业贿赂行为：

- （一）在公共服务中或者依靠公共服务谋取本单位、部门或个人经济利益；
- （二）经营者之间未在合同及会计凭证中如实记载而给付经济利益；

（三）给付或者承诺给付对交易有影响的第三方以经济利益，损害其他经营者或者消费者合法权益。

商业贿赂是指经营者向交易对方或者可能影响交易的第三方，给付或者承诺给付经济利益，诱使其为经营者谋取交易机会或者竞争优势。给付或者承诺给付经济利益的，是商业行贿；收受或者同意收受经济利益的，是商业受贿。

员工利用商业贿赂为经营者争取交易机会或竞争优势的，应当认定为经营者的行为。有证据证明员工违背经营者利益收受贿赂的，不视为经营者的行为。

第八条 经营者不得实施下列引人误解的商业宣传行为：

- （一）进行虚假宣传或者片面宣传；
- （二）将科学上未定论的观点、现象作为定论的事实用于宣传；
- （三）以歧义性的语言或者其他引人误解的方式进行宣传。

第九条 经营者不得实施下列侵犯商业秘密行为：

- （一）以盗窃、利诱、胁迫、欺诈或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；
- （二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；
- （三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。

第三人明知或者应知前款所列违法行为，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。

本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。

第十条 经营者不得向消费者实施下列有奖促销行为：

- （一）未明示其所设奖的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等有奖促销信息，影响

消费者兑奖；

（二）采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖等欺骗方式进行有奖销售；

（三）对兑奖设定不合理条件；

（四）抽奖式有奖促销，最高奖的价值超过两万元。

本法所称的有奖促销包括抽奖式有奖促销和附赠式有奖促销。在同等条件下，给予确定奖励的，是附赠式有奖促销；以偶然性的方法确定奖励种类或者是否给予奖励的，是抽奖式有奖促销。

第十一条 经营者不得捏造、散布虚假信息、恶意评价信息，散布不完整或者无法证实的信息，损害他人的商业信誉、商品声誉。

第十二条 投标者不得串通投标，抬高标价或者压低标价。

投标者和招标者不得相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争。

第十三条 经营者不得利用网络技术或者应用服务实施下列影响用户选择、干扰其他经营者正常经营的行为：

（一）未经用户同意，通过技术手段阻止用户正常使用其他经营者的网络应用服务；

（二）未经许可或者授权，在其他经营者提供的网络应用服务中插入链接，强制进行目标跳转；

（三）误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载或者不能正常使用他人合法提供的网络应用服务；

（四）未经许可或者授权，干扰或者破坏他人合法提供的网络应用服务的正常运行。

第十四条 经营者不得实施其他损害他人合法权益，扰乱市场秩序的不正当竞争行为。

前款规定的其他不正当竞争行为，由国务院工商行政管理部门认定。

第三章 监督检查

第十五条 监督检查部门在调查不正当竞争行为时，有权行使下列职权：

- （一）进入与被调查行为有关的营业场所或者其他场所进行检查；
- （二）询问被调查的经营者、利害关系人或者其他有关单位、个人，并要求提供证明材料、数据和技术支持或者与不正当竞争行为有关的其他资料；
- （三）查询、复制与被调查行为有关的协议、帐册、单据、文件、记录、业务函电、电子数据、视听资料和其他资料；
- （四）责令被调查的经营者暂停涉嫌违法的行为，说明与被调查行为有关财物的来源和数量，不得转移、隐匿、销毁该财物；
- （五）对涉嫌不正当竞争行为的财物实施查封、扣押；
- （六）查询涉嫌不正当竞争行为的经营者的银行账户及与存款有关的会计凭证、账簿、对账单等；
- （七）对有证据证明转移或者隐匿违法资金的，可以申请司法机关予以冻结。

第十六条 监督检查部门在调查不正当竞争行为时，被调查的经营者、利害关系人或者其他有关单位、个人应当如实提供有关资料或者情况，配合监督检查部门依法履行职责，不得拒绝、阻碍监督检查。

第四章 法律责任

第十七条 经营者违反本法规定，损害他人合法权益的，应当停止侵害；给他人造成损害的，应当承担损害赔偿责任。

经营者或者消费者受到不正当竞争行为侵害的，可以依法向人民法院提起诉讼。

第十八条 有本法第五条所列行为之一，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，当事人可以向人民法院起诉，也可以请求监督检查部门处理。

经营者违反本法第五条规定的，监督检查部门应当责令停止违法行为，没收违法商品，违法经营额五万元以上的，处违法经营额五倍以下的罚款，情节严重的，可以吊销营业执照；没有违法经营额或者违法经营额不足五万元的，处以二十五万元以下的罚款；违法经营额无法计算的，根据情节处以十万元以上一百万元以下的罚款。

违反本法第五条第一款第（三）项规定的，监督检查部门应当责令当事人在一个月内进行企业名称变更登记；期满未提出变更申请的，监督检查部门适用前款规定进行处罚，并由企业登记注册地的监督检查部门将该企业名称从企业信用信息公示系统中删除，以注册号或者统一社会信用代码代替该企业名称，并将该企业列入经营异常名录；情节严重的，可以直接吊销营业执照。

第十九条 经营者违反本法第六条规定的，由地市级以上的监督检查部门责令改正，处以违法经营额一倍以上五倍以下的罚款；没有违法经营额或者违法经营额无法计算的，根据情节处以十万元以上三百万元以下的罚款。

被指定商品的经营者有违反本法第六条规定情形的，比照前款规定进行处罚。

第二十条 经营者违反本法第七条规定的，监督检查部门应当责令停止违法行为，根据情节处以违法经营额百分之十以上百分之三十以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二十一条 经营者违反本法第八条规定的，监督检查部门应当责令停止违法行为，处以违法经营额三倍以上五倍以下的罚款；没有违法经营额或者违法经营额无法计算的，根据情节处以十万元以上一百万元以下的罚款；情节严重的，可以吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二十二条 经营者违反本法第九条规定的，监督检查部门应当责令停止违法行为，根据情节处以十万元以上三百万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

商业秘密权利人能够证明他人使用的信息与其商业秘密实质相同以及他人有获取其商业秘密条件的，他人应当对其使用的信息具有合法来源承担举证责任。

第二十三条 经营者违反本法第十条规定的，监督检查部门应当责令停止违法行为，没收违法商品，根据情节处以十万元以上一百万元以下的罚款。

- 第二十四条** 经营者违反本法第十一条规定的，监督检查部门应当责令停止违法行为，消除影响，根据情节处以十万元以上三百万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。
- 第二十五条** 经营者违反本法第十二条规定的，监督检查部门应当责令停止违法行为，根据情节处以十万元以上三百万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。
- 第二十六条** 经营者违反本法第十三条规定的，监督检查部门责令停止违法行为，根据情节处以十万元以上三百万元以下的罚款。
- 第二十七条** 经营者违反本法第十四条规定进行不正当竞争行为的，监督检查部门责令停止违法行为，根据情节处以十万元以上三百万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。
- 第二十八条** 明知或者应知有违反本法规定的不正当竞争行为，仍为其提供生产、销售、仓储、运输、网络服务、技术支持、广告推广、支付结算等便利条件的，根据情节处以十万元以上一百万元以下的罚款。主动配合监督检查部门调查，如实说明情况、提供证据的，可以从轻或者减轻处罚。
- 第二十九条** 违反本法规定转移、隐匿、销毁或者销售被查封、扣押、责令暂停销售商品的，监督检查部门可以没收涉案商品，处涉案商品价款一倍以上三倍以下的罚款；价款无法计算的，处以十万元以上一百万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。
- 第三十条** 对监督检查部门依法实施的调查，非因法定事由拒绝提供有关资料、情况，提供虚假资料、情况，隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为的，由监督检查部门责令改正，处以二万元以上二十万元以下的罚款。
- 第三十一条** 对监督检查部门作出的决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。
- 第三十二条** 监督检查不正当竞争行为的国家工作人员滥用职权、玩忽职守的，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第三十三条 监督检查不正当竞争行为的国家工作人员徇私舞弊，对明知有违反本法规定构成犯罪的经营者故意包庇不使其受追诉的，依法追究刑事责任。

第五章 附 则

第三十四条 本法规定的“以上”、“以下”，均包括本数。

第三十五条 本法自 年 月 日起施行。

《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》起草说明

一、修订《反不正当竞争法》的必要性

自1993年《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》）实施以来，经过20多年的发展，我国经济市场化程度大幅提高，经济总量、市场规模、市场竞争程度和竞争状况都发生了极为广泛而深刻的变化。现行《反不正当竞争法》已明显不适应经济发展需要，存在法律内容狭窄陈旧、法律空白点多、条款缺失、行政执法分散、执法标准不统一、法律责任制度不完善、处罚力度过弱等问题。随着《中华人民共和国反垄断法》出台及《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国广告法》的修订，有关法律条文又存在交叉、重复的问题。近年来，社会各界要求修订《反不正当竞争法》的呼声和要求十分强烈，全国人大代表和政协委员都提出了修订《反不正当竞争法》的议案和提案。为实现党中央、国务院关于发挥市场在资源配置中的决定作用，建立公平开放透明的市场规则，建设统一开放、竞争有序的市场体系的目标，更好地维护公平竞争市场秩序，更好地保护消费者合法权益，尽快修订《反不正当竞争法》十分必要。

二、《反不正当竞争法》的修订过程

2010年，国家工商总局与国务院法制办公室联合组织专家对修法工作进行专题调研。《反不正当竞争法》修订先后被列为十二届全国人大常委会立法规划预备项目，国务院2014年立法工作计划研究项目和2015年立法工作计划预备，由工商总局负责修订起草工作。2014年，工商总局组织高校专家、从事法律实务的律师和部分地方工商局组成8个课题组，对《反不正当竞争法》修订中的重要问题进行了深入研究，召开多次修订工作研讨会和座谈会。2015年，工商总局召开多次修订工作研讨会和座谈会听取专家学者、地方工商和市场监管部门等各方意见，书面征求了发展改革委、商务部等38个国务院部委意见。在深入调研和广泛征求意见的基础上，综合各方意见形成了目前的《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》（以下简称《修订草案送审稿》）。

三、《修订草案送审稿》重要问题的说明

现行《反不正当竞争法》共5章33条，《修订草案送审稿》修改内容涉及现行法30条，其中删除7条，新增9条，共35条。

（一）在总则部分主要修订了“经营者”的概念，明确了监管执法权限。

1、将《反不正当竞争法》中“经营者”概念修订为“从事或者参与商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织”，扩大了调整范围，与《反垄断法》的有关规定基本一致。

2、统一反不正当竞争执法体系。现行《反不正当竞争法》第三条规定，法律、行政法规规定由其他部门监督检查的，依照其规定。这一规定对不同行业的涉嫌不正当竞争行为的认定标准、处罚尺度存在不尽相同等问题，社会反应强烈，影响了法律的权威性和公平性。《修订草案送审稿》在总则部分明确工商行政管理部门对不正当竞争行为的一般管辖权，同时规定了相关部门也可以依照法律、行政法规的规定进行监督检查。

（二）在不正当竞争行为部分，修订完善了相关条款，增加了两种不正当竞争行为，删除了4个条款。

1、在修订完善的行为中：一是衔接《商标法》，删除现行《反不正当竞争法》第五条第（一）项的假冒他人注册商标行为；对将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，造成市场混淆的不正当竞争行为进行了规制；二是采用概念加列举的方式明确商业贿赂概念及典型的商业贿赂行为，有利于正确区别商业贿赂和经营者之间的利益折让，鼓励和促进公平竞争；三是厘清与《广告法》的区别，删除了关于广告的经营者等规定；现行《反不正当竞争法》用引人误解修饰虚假宣传，实际上造成对不正当竞争中宣传行为的缩小。《修订草案送审稿》明确引人误解的虚假宣传既包括虚假宣传，也包括造成相关公众误解的宣传；四是删除现行《反不正当竞争法》第五条第（四）项有关“在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示”的规定，对此种行为可以适用《修订草案送审稿》有关引人误解的宣传等规定进行查处；五是补充完善了商业秘密案件的举证责任规定；六是将有奖销售的概念修订为有奖促销，补充完善了不正当有奖销售的表现形式。根据经济发展情况，提高了抽奖式有奖促销的最高奖金额。

2、增加了两种行为：一是对不具有市场支配地位但在交易中具有相对优势地位经营者的不公平交易行为进行规范；二是对利用软件等技术手段在互联网领域干扰、限制、影响其他经营者及用户的行为作了规定。此外，考虑到《反不正当竞争法》保护市场竞争的基础性作用，以及对将来可能出现的新型不正当竞争行为进行规范，还增加了第十四条兜底条款。

3、与《反垄断法》相衔接，删除了公用企业限制竞争行为、搭售行为、低于成本价销售行为、行政性垄断行为等规定。

（三）在监督检查和法律责任部分，强化了关于监督检查的手段，加大了法律责任的规定。

针对现行《反不正当竞争法》监督检查手段不足、力度弱，违法责任偏轻、震慑力不强等情况，《修订草案送审稿》完善了执法机关的监督检查权限和职责，赋予执法机关查封扣押权等行政强制措施；同时增加了当事人配合调查的义务以及对拒不配合、拒绝接受调查的当事人规定了责任追究。考虑到经济发展情况以及借鉴新出台或者新修订法律有关法律责任的规定，《修订草案送审稿》坚持过罚相当的原则，加重了对违法行为的处罚力度。

环球简介

环球律师事务所（“我们”）是一家在中国处于领先地位的综合性商事律师事务所，为中国及外国客户就各类跨境及境内交易以及争议解决提供高质量的法律服务。

历史. 作为中国改革开放后成立的第一家律师事务所，我们成立于 1984 年，前身为 1979 年设立的中国国际贸易促进委员会法律顾问处。

荣誉. 作为公认领先的中国律师事务所之一，我们连续多年获得由国际著名的法律评级机构评选的奖项，如《亚太法律 500 强》（*The Legal 500 Asia Pacific*）、《钱伯斯杂志》（*Chambers & Partners*）、《亚洲法律杂志》（*Asian Legal Business*）等评选的奖项。

规模. 我们在北京、上海、深圳三地办公室总计拥有近 300 名的法律专业人才。我们的律师均毕业于中国一流的法学院，其中绝大多数律师拥有法学硕士以上的学历，多数律师还曾学习或工作于北美、欧洲、澳洲和亚洲等地一流的法学院和国际性律师事务所，多数合伙人还拥有美国、英国、德国、瑞士和澳大利亚等地的律师执业资格。

专业. 我们能够将精湛的法律知识和丰富的执业经验结合起来，采用务实和建设性的方法解决法律问题。我们还拥有领先的专业创新能力，善于创造性地设计交易结构和细节。在过去的三十多年里，我们凭借对法律的深刻理解和运用，创造性地完成了许多堪称“中国第一例”的项目和案件。

服务. 我们秉承服务质量至上和客户满意至上的理念，致力于为客户提供个性化、细致入微和全方位的专业服务。在专业质量、合伙人参与程度、客户满意度方面，我们在中国同行中名列前茅。在《钱伯斯杂志》2012 年举办的“客户服务”这个类别的评比中，我们名列中国律师事务所首位。

版权与免责

版权。 环球律师事务所保留对本文档合集的所有权利。未经环球律师事务所书面许可，任何人不得以任何形式或通过任何方式复制或转载本文档合集任何受版权保护的内容。

免责。 本文档合集及其内容不代表环球律师事务所对有关法律问题的法律意见，任何仅依照本文档合集的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见，应该向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。

联系我们。 如您欲进一步了解本文档合集所涉及的内容，您可以通过下列联系方式联系我们。

环球律师事务所（北京总部）

北京市朝阳区建国路 81 号华贸中心 1 号写字楼 15 层&20 层 邮编：100025

电话：(86 10) 6584 6688

传真：(86 10) 6584 6666

电邮：global@glo.com.cn

环球律师事务所（上海）

上海市黄浦区湖滨路 150 号企业天地 5 号楼 26 层 邮编：200021

电话：(86 21) 2310 8288

传真：(86 21) 2310 8299

电邮：shanghai@glo.com.cn

环球律师事务所（深圳）

深圳市南山区铜鼓路 39 号大冲国际中心 5 号楼 26 层 B/C 单元 邮编：518055

电话：(86 755) 8388 5988

传真：(86 755) 8388 5987

电邮：shenzhen@glo.com.cn

北京市朝阳区建国路81号华贸中心
1号写字楼15层&20层 邮编: 100025
15 & 20/F Tower 1, China Central Place,
No. 81 Jianguo Road Chaoyang District,
Beijing 100025, China
电话/T. (86 10) 6584 6688
传真/F. (86 10) 6584 6666

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地
5号楼26层 邮编: 200021
26F, 5 Corporate Avenue,
No. 150 Hubin Road, Huangpu District,
Shanghai 200021, China
电话/T. (86 21) 2310 8288
传真/F. (86 21) 2310 8299

深圳市南山区铜鼓路39号大冲国际中心
5号楼26层B/C单元 邮编: 518055
Units B/C, 26F, Tower 5,
Dachong International Center, No. 39 Tonggu Road,
Nanshan District, Shenzhen 518055, China
电话/T. (86 755) 8388 5988
传真/F. (86 755) 8388 5987