

《反不正当竞争法》修改的司法视角

安杰律师事务所顾正平、向文磊¹

2017年2月24日，全国人民代表大会常务委员会会议第一次审议了《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案）》（以下简称“《修订草案》”）。时隔24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》”）终于将迎来首次大修。目前，该《修订草案》正处于公开征求意见的阶段，并将于2017年3月25日截止。本次修订的一大突出特点在于试图解决司法实践中存在的无法可依或重大争议性问题，为近年不断涌现的新类型不正当竞争行为的认定提供明确的指引，有利于统一执法思路和公平适用《反不正当竞争法》。因此，本文拟从司法实践的视角，解读与评价《修订草案》的修改内容。

一、 新增互联网领域不正当竞争的规定

本次修订中最引人关注的，无疑是新增一系列关于互联网领域反不正当竞争的规定。《修订草案》第六条第三项中增加了“擅自使用他人的域名主体部分、网站名称、网页以及频道、节目、栏目的名称及标识等，引人误认为是他人的商品。”《修订草案》第十四条则列出了在互联网领域中不正当竞争的四种行为，规定经营者不得利用技术手段在互联网领域从事影响用户选择、干扰其他经营者正常经营。

这些规定从立法的角度弥补了1993年制定的《反不正当竞争法》在应对日新月异的互联网商业模式及新型竞争形态时所呈现的时代局限性与滞后性。同时，这些规定也体现了近些年法院在相关的司法判例中所总结的要旨，并将为司法审判提供相对明确和统一的标准。

在过往的司法判例中，对于在反不正当竞争法中没有明文列举的网络不正当竞争行为，法院通常只能依照《反不正当竞争法》第二条的原则性规定²进行分析和认定。例如，在最高人民法院公布的指导案例第45号百度诉奥商公司案中³，法院认定奥商公司在未经许可的情况下，利用技术手段在百度的正常搜索结果前强行弹出奥商公司发布的与搜索的关键词及内容有紧密关系的广告页面，诱使百度的搜索用户点击该广告页面，损害了百度的合法权益。法院认为奥商公司的行为违反诚实信用原则和公认的商业道德，妨碍其他经营者正当经营并损害其合法权益，可以依照《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条的原则性规定

¹顾正平律师是北京安杰律师事务所的创始合伙人，专长于竞争法、互联网法律及并购业务。联系顾正平律师可通过电邮：michaelgu@anjielaw.com 或致电（8610）85675959。向文磊为安杰律师事务所反垄断和反不正当竞争业务部的律师助理。

²反不正当竞争法第二条规定，经营者在市场交易中，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。

³参见北京百度网讯科技有限公司诉青岛奥商网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案，<http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-14243.html>，访问时间：2017年3月2日。

认定为不正当竞争。而如果适用《修订草案》，则该案中涉及的强制链接行为可以依照《修订草案》第十四条第一项中规定的“未经同意，在其他经营者合法提供的网络产品或者服务中插入链接，强制进行目标跳转”认定为不正当竞争行为。

再如，奇虎与百度商标权权属纠纷案⁴中争议较大的“插标”行为⁵，如法院依据《修订草案》判决，则可认定为《修订草案》第十四条第三项中规定的“干扰或者破坏他人合法提供的网络产品或者服务的正常运行”的不正当竞争行为。在该案中，最高人民法院认为，奇虎公司难以证明其为百度的部分搜索结果页面添加警示标志的行为具有合理性及必要性，且奇虎公司在未经许可的情况下直接对他人所提供的服务进行干预的行为，既不利于促进竞争秩序，也不能保障消费者福利，因此构成不正当竞争。值得注意的是，从目前《修订草案》第十四条第三项条文⁶的表述来看，干扰与破坏均属客观行为的表达，并没有规定主观故意的内容及豁免干扰/破坏行为的正当化事由，因而似乎没有采纳法院在该案中确立和认可的“非公益必要不干扰原则”。

此外，《修订草案》第十四条第二项规定的“误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载他人合法提供的网络产品或者服务”与第四项规定的“恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容”也可以用来规制实践中遇到类似奇虎诉腾讯垄断纠纷案⁷中腾讯所实施的“二选一”行为⁸。事实上，以不兼容等排除竞争的手段侵犯消费者选择权的行为正日益成为世界各国竞争执法的关注重点之一。《反不正当竞争法》的此次修订无疑为《反垄断法》提供了有益的“供给补足”（complementary supply），使得一些较难以《反垄断法》进行规制的反竞争行为“无处遁形”。

在 2017 年 2 月 24 日第一次审议《修订草案》的过程中，一些代表提出，虽然目前对网络不正当竞争行为进行了规定，但仍不足以规制层出不穷的网络不正当竞争行为，并建议设专章大幅度增加规制网络不正当竞争行为的内容⁹。另一些代表则指出，《反不正当竞争法》需要明确增加涉及网络竞价排名及刷单等行为的条款¹⁰。笔者认为，刷单行为本质上属于虚

⁴参见北京奇虎科技有限公司与北京百度网讯科技有限公司、百度在线网络技术（北京）有限公司商标权权属纠纷再审案，

<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=ec8c35a1-b492-4cb0-946e-692f454261cc&KeyWord=奇虎科技有限公司|百度网讯科技有限公司>，访问时间：2017 年 3 月 2 日。

⁵本案中法院认定的“插标”是指奇虎的安全软件在百度搜索引擎部分搜索结果中添加警示图标。

⁶《修订草案》第十四条第三项规定为“干扰或者破坏他人合法提供的网络产品或者服务的正常运行”。

⁷参见奇虎公司与腾讯公司垄断纠纷上诉案，

<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=4fe3cab6-8698-4f8f-9131-3ec8b921b96c&KeyWord=奇虎公司|腾讯公司>，访问时间：2017 年 3 月 2 日。

⁸本案中的“二选一”行为是指 QQ 软件对 360 安全卫士采取不兼容措施，在装有 360 软件的电脑上停止运行 QQ 软件，强迫用户在使用 QQ 软件与使用 360 安全卫士中做出选择。若选择使用 QQ 软件，则按指示需要卸载 360 软件。

⁹参见证券时报网：“反不正当竞争法 24 年后迎首修拟设专章规制网络恶性竞争”，

<http://www.stcn.com/2017/0227/13069310.shtml>，访问时间：2017 年 3 月 2 日。

¹⁰参见人民日报：“人大常委会分组审议反不正当竞争法修订草案”，

假交易。因此，《修订草案》第八条规定的“经营者不得利用广告或者其他方法，从事虚假或者引人误解的商业宣传，不得进行虚假交易”，应该就可以规制刷单行为。但就网络竞价排名而言，由于不同的行政及司法机构之间对竞价排名究竟构成信息检索服务还是广告尚无统一的定论，况且考虑到目前的商业惯例，似乎很难一概而论地否定其合理性。

值得一提的是，北京市高级人民法院（以下简称“北京高院”）在 2016 年发布了《北京市高级人民法院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》（以下简称“《审理指南》”），并基于相关司法实践，形成了统一适用的意见。该《审理指南》中关于网络不正当竞争的部分对涉及网络不正当竞争的具体行为进行了类型化的规定，并对竞价排名着墨较多。笔者认为，相较于《修订草案》第十四条语义有所重叠和含糊的表述而言，《审理指南》第三十五条¹¹归纳总结了五类典型的互联网不正当竞争行为，并辅以兜底条款，表述相对清晰，具有较强的实操性。但是这种类型化的列举手段很难穷尽技术上的一切可能，而且从技术特征的角度进行分类的方式是否合理也值得商榷。此外，北京高院认为竞价排名属于信息检索服务。根据《审理指南》，竞价排名是否构成不正当竞争可综合考虑利害关系人的许可、使用他人商业标识的正当性、损害交易机会或竞争优势的程度等因素的观点，也值得进一步探讨。

二、 知识产权保护与反不正当竞争的衔接

本次修订的另一大亮点，当属对于各类仿冒和混淆商标、名称和字号等行为的细化。为了与《商标法》中的有关规定进行衔接，《修订草案》第六条新增了将他人未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用行为视为不正当竞争的规定。另外，《修订草案》第六条还新增了擅自使用他人的域名主体部分、网站名称、网页以及频道、节目、栏目的名称及标识等构成不正当竞争的规定。而且《修订草案》还将擅自使用他人企业简称、个人的笔名和艺名等行为均纳入不正当竞争的范围。这些修订体现了《反不正当竞争法》对于未注册的驰名商标、域名、网页、节目等名称或标识的特别保护和姓名和名称权的扩大保护，一定程度上填补法律的空白，有利于协调和理顺知识产权保护与竞争之间的关系。

与网络领域的不正当竞争一样，上述新增的知识产权领域的不正当竞争之规定也吸收了以往的司法判例中体现的相关理念。早在 2001 年的杜邦诉国网案¹²中，一审法院即认为，

http://www.qstheory.cn/yaowen/2017-02/25/c_1120528067.htm，访问时间：2017 年 3 月 2 日。

¹¹本条规定的五类互联网不正当竞争行为包括：（1）未经许可且无正当理由，使用能够为原告增加交易机会和竞争优势的网站内容，并足以替代消费者访问内容来源网站的；（2）未经许可且无正当理由，使用反不正当竞争法第五条所规定之外的原告商业标识，导致消费者误认的；（3）未经许可且无正当理由，修改原告搜索栏中的下拉提示词，直接影响原告交易机会的；（4）未经许可且无正当理由，利用原告网站的访问量，在其界面插入广告的；（5）无正当理由，中断、阻止或者以其他方式破坏原告经营活动的。

¹²参见美国杜邦公司诉北京国网信息有限公司计算机网络域名侵权纠纷案，

<http://www.chinalaw.gov.cn/article/fgkd/xfg/aljx/200303/20030300052464.shtml>，访问时间：2017 年 3 月 2 日。

域名具有识别功能，商标权人应有权以域名的方式使用自己的驰名商标，而国网公司恶意将杜邦公司的驰名商标注册为域名，无偿占有他人的商誉为自己谋取不当利益，构成不正当竞争。而近年来的北京趣拿（去哪儿网）与广州去哪公司不正当竞争纠纷案¹³、谷歌与爱思美公司著作权权属纠纷案¹⁴等多起案例均表明，实践中确实需要对域名抢注、傍名牌等不正当竞争行为予以立法规范。

同样，对于商标权的反不正当竞争法的保护也有诸多司法判例作为佐证。例如在松冈机电与雀友科技公司商标权纠纷案¹⁵中，法院认为，任何人登记注册企业名称，均应遵守诚实信用和尊重在先权利的公平竞争规则，不得以合法的形式掩盖不正当竞争的目的。若将他人先注册商标作为企业字号予以登记注册，即使规范使用仍足以产生市场混淆的，可以按照不正当竞争处理，判决变更企业名称。因此，为协调与《商标法》之间关系，在《修订草案》第六条第四项中增加了将未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众的行为构成不正当竞争的规定，彰显了我国对于知识产权的重视。正如国家工商总局竞争执法局反不正当竞争处处长杜长红所说¹⁶，本次修订体现了使用在先与公平竞争并重的原则，有利于对恶意仿冒行为进行制止和查处。

法院曾在凯悦与金凯悦商标权纠纷案¹⁷中认为，当企业名称权、商标权等合法权益已经根据《商标法》等知识产权专门法予以保护时，一般情况下不再根据《反不正当竞争法》给予双重保护。但《修订草案》实际上扩大了对广义上的商标标识（如节目名称、栏目标识等）的保护。目前正在审理中的备受瞩目的“中国好声音”节目名称归属案¹⁸中，法院初步认为，由于第1季至第4季的热播使得“中国好声音”和“TheVoiceofChina”名称已具有较高的识别度，并且考虑到 Talpa 公司在前四季的深度参与和所享有的节目名称权益，上海灿星公司和世纪丽亮公司对“中国好声音”节目名称的使用将可能造成相关公众的混淆误认，从而可

¹³参见广州市去哪信息技术有限公司与北京趣拿信息技术有限公司不正当竞争纠纷案，<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=4c978239-c1c0-4fac-b3b5-019c40c5ab38&KeyWord=去哪信息技术有限公司|趣拿信息技术有限公司>，访问时间：2017年3月2日。

¹⁴参见谷歌公司与爱思美（北京）信息科技有限公司其他著作权权属侵权纠纷案，<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=aefc742b-689b-4534-ac17-b05e2b653ed5&KeyWord=谷歌公司|爱思美（北京）信息科技有限公司>，访问时间：2017年3月2日。

¹⁵参见松冈机电（中国）有限公司与雀友科技有限公司侵害商标权纠纷案，<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=65dbddaa-7e0b-4cf4-bc8c-b7bb6c54981e&KeyWord=松冈机电（中国）有限公司|雀友科技有限公司>，访问时间：2017年3月2日。

¹⁶参见新华社：“鼓励和保护市场公平竞争——反不正当竞争法首次修订凸显四大亮点”，http://news.xinhuanet.com/legal/2017-02/22/c_1120512789.htm，访问时间：2017年3月3日。

¹⁷参见凯悦国际酒店集团与广东名冠集团有限公司、广东金凯悦酒店集团有限公司等侵害商标权纠纷案，<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=220b0b40-49bb-4fe3-bb2f-aabcf77803db&KeyWord=凯悦国际酒店集团>

¹⁸参见浙江唐德影视股份有限公司与世纪丽亮（北京）国际文化传媒有限公司申请保全案件一案，<http://www.itslaw.com/detail?judgementId=f4ba0b28-c1a3-49ea-af1f-dce76b43aa4b&area=1&index=2&sortType=1&count=163&conditions=searchWord%E4%B8%AD%E5%9B%BD%E5%A5%BD%E5%A3%B0%E9%9F%B3%2B1%2B%E4%B8%AD%E5%9B%BD%E5%A5%BD%E5%A3%B0%E9%9F%B3>，访问时间：2017年3月3日。

能导致 Talpa 公司的独家授权合作伙伴浙江唐德公司在后续依约开发制作该类型节目时失去竞争优势¹⁹。由此，法院认为上海灿星公司和世纪丽亮公司的节目名称使用行为可能构成不正当竞争。该案中法院对于节目名称“中国好声音”和“TheVoiceofChina”的倾向性保护态度，恰与《修订草案》中的相关规定契合，降低了被侵权人的举证责任，加大了侵权人的违法成本，使得节目名称、栏目标识这样的知识产权能够获得《反不正当竞争法》的跨类保护。

三、 扩大商业贿赂的规制范围

商业贿赂作为工商主管机关执法的重点之一，在实践中不仅存在举证难的问题，而且由于现行《反不正当竞争法》中关于商业贿赂对象的规定较为局限，使得实践中出现了法律适用与解释的争议。

其实，一些司法判例已经对现行的《反不正当竞争法》中商业贿赂的对象进行了扩大解释。例如在晖隆源公司与高明区工商局行政处罚纠纷案²⁰中，法院认为，禁止商业贿赂的实质是禁止经营者以不正当的利益引诱交易。经营者无论是利诱交易对方单位或个人，还是利诱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，即构成《反不正当竞争法》所禁止的商业贿赂。法院进一步认为，只要被利诱方的身份关系能为利诱方争取交易机会、排除其他竞争，即构成商业贿赂。

《修订草案》采纳司法实务的观点，在第七条第一款将商业贿赂的对象扩展至“可能影响交易的第三方”，而这也符合工商部门在实务工作中所持的观点²¹。当然，此前也有少数专家认为应将商业贿赂的条款彻底删除，而改由《刑法》来调整²²。因此，对于商业贿赂有关条款的最终走向还取决于后续审议的结果。

四、 商业秘密的保护

¹⁹值得一提的是，香港国际仲裁中心仲裁庭于 2017 年 2 月 27 日作出最终裁决，裁定拼音‘zhongguohao sheng yin’和汉字‘中国好声音’的名称权均属于 Talpa 公司及唐德影视。参见浙江唐德影视股份有限公司澄清暨复牌公告，

<http://www.cninfo.com.cn/finalpage/2017-03-02/1203121408.PDF>，访问时间：2017 年 3 月 13 日。

²⁰参见佛山市高明区工商行政管理局与佛山市高明晖隆源燃料有限公司工商行政处罚纠纷案，<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=805c64bc-e3dd-4c5f-b0ac-3ae00aa22ebc&Keyword=佛山市高明区工商行政管理局|佛山市高明晖隆源燃料有限公司>，访问时间：2017 年 3 月 3 日。

²¹参见中国工商报：“对四起典型商业贿赂案例的评析”，http://www.saic.gov.cn/fldyfbzdjz/dxal/201601/t20160111_165861.html，访问时间：2017 年 3 月 3 日。

²²陈立彤：“商业贿赂应当从《反不正当竞争法》删除”，<http://opinion.caixin.com/2016-03-04/100915876.html>，访问时间：2017 年 3 月 3 日。

《修订草案》中关于商业秘密部分的修改也值得关注。例如，《修订草案》第十条第一项中新增的“商业秘密权利人的员工或前员工”禁止以盗窃、贿赂、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密，明确地规制了实践中在职或离职员工侵犯雇主商业秘密的行为。在薛振标与嘉田公司侵犯商业秘密纠纷案²³中，法院即认为，薛振标在辞职时采取不正当的手段，在未经许可的情况下，擅自拷贝并带走记载有经营信息秘密的客户通讯录，并在与原雇主有竞争关系的新雇主工作时使用这些经营信息，使原雇主丧失了竞争优势。法院认定作为雇员，薛振标违反了对雇主的忠诚义务，属于利用不正当的手段侵犯了原雇主的商业秘密。

《修订草案》第十条第二款则强调了国家机关工作人员和律师、注册会计师等特定职业保护商业秘密的义务。这个条款可能会在实践中导致对律师和注册会计师的不公平适用。律师事务所和会计师事务所在接受委托时通常与客户签订委托协议和保密协议，而且行业也有相关的严守客户秘密的职业规范。如果律师或会计师泄露商业秘密，则其客户可以通过委托合同及保密协议主张索赔责任，也可向其行业主管部门进行投诉。因此，笔者认为完全没有必要在《反不正当竞争法》中单独针对特定群体设定保密责任。

五、 总结与建议

正如国家工商总局局长张茅所言²⁴，《修订草案》针对新业态和新的商业模式，根据治理商业贿赂、保护商业秘密和适应互联网领域反不正当竞争的需要，补充完善了相关规定。对于未作明确规定但严重破坏竞争秩序、确需查处的市场交易行为，《修订草案》增加了兜底条款，由国务院工商行政管理部门或者国务院工商行政管理部门会同国务院有关部门研究提出应当认定为不正当竞争行为的意见，报国务院决定，由此确立了国务院及工商行政管理部门的执法权威。但是，考虑到历次重要法律修改中各部门之间的权力博弈，由工商行政管理部门主导下认定不正当竞争行为的兜底规定能否最终成立值得关注。

此外，《修订草案》遵循与其他法律相协调的原则，删除了一些本应由《反垄断法》、《招标投标法》等法律管辖的事项，进一步明确了《反不正当竞争法》的规制界限。

本次修订采纳吸收了司法实务部门所处理的案件中的相关经验和观点，并弥补了诸多法律漏洞，为保护市场竞争，维持良好的市场竞争秩序能起到一定的规范引导作用。但《修订草案》中部分条款的完整性、可操作性以及合理性还有待进一步论证和完善。例如本文讨论的重点内容之一即网络不正当竞争的行为，笔者认为不能仅仅拘泥于列举四种行为，而应采用更为全面和灵活的概括式描述方式，在列举的行为类型上需更具代表性，并增加一个综合

²³参见温州嘉田电雕制版有限公司与薛振标等侵犯商业秘密纠纷上诉案，

http://ipr.court.gov.cn/gx/bzdjz/200807/t20080731_103390.html，访问时间：2017年3月3日。

²⁴张茅：关于《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案）》的说明，

http://www.npc.gov.cn/COBRS_LFYJNEW/user/UserIndex.jsp?ID=8227601，访问时间：2017年3月11日。

性的兜底条款。对于网络不正当竞争行为的规定，尤其要考虑技术的迅速发展和变化，可以淡化技术特征的描述，建议从行为的目的和正当理由及潜在的损害公平竞争的后果角度进行描述和分类，这样可避免《反不正当竞争法》在未来面对技术迭代更新后的网络不正当竞争行为再次陷入捉襟见肘的窘境。