



漢坤律師事務所

汉坤法律评述



融贯中西 · 务实创新

2016年3月2日

知识产权法

《反不正当竞争法》修订草案送审稿解读之知识产权篇

陈容 | 李绮慧 | 张艳冰

我国现行《反不正当竞争法》（“**现行法**”）于1993年开始实施，至今已逾二十年，如今迎来首次大修。国务院法制办于2月25日公布《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》（“**《修订草案》**”）向社会征集意见。此次修订是一个大手术、涉及了知识产权、反垄断、商业贿赂、广告等多个方面，本文主要从知识产权角度做简要介绍。

1. 修订基本概念，突破现行法框架

《修订草案》在总则部分第2条分别对不正当竞争行为和经营者的概念进行了修订。首先，《修订草案》将损害消费者合法权益的行为纳入不正当竞争范畴，突破了现行法框架下反法只调整经营者之间法律关系的基本原则，体现了此次修法的根本目的“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”。

与对不正当竞争行为定义的修订相对应，《修订草案》第17条第2款还赋予了消费者提出反不正当竞争之诉的适格主体地位，也突破了在现行法下只有经营者才可以提出反不正当竞争之诉的基本规定。而根据《修订草案》第18条的文义，消费者也应当有权要求行政监管部门对不正当竞争行为进行处理。

在现行法立法时，中国采取二元论的立法宗旨，在制定保护经营者的《反不正当竞争法》同年，也制定了保护消费者的《消费者权益保护法》。因此，自然就在《反不正当竞争法》中明确排除了消费者提出诉讼和行政投诉的可能性，而是从维护市场竞争秩序的结果角度间接保护消费者权益。而在现行法实施20多年后，由于社会形势出现了巨大的变化，特别是互联网、电子商务的发展壮大，使得消费者日益成为网络不正当竞争行为的最大受害者，而又无法通过《消费者权益保护法》直接寻求保护，因此立法者此次希望通过基本制度的革新，加强对消费者的保护力度。

而从保护公平竞争的角度，《修订草案》删除了对现行法中对经营者的“营利性”要求，并将参与商品生产和服务提供过程的主体纳入经营者的概念中，扩大了《反不正当竞争法》在经济领域的适用范围。而与此相对应，《修订草案》在第28条中增加了对不正当竞争行为提供便利条件的主体进行行政处罚的规定。

2. 引入“商业标识”概念，明确市场混淆行为的类型

《修订草案》在第5条详细规定了4种市场混淆行为，包括：

（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。

从以上条文可以看出，《修订草案》在第1项首先删除了现行法规定的假冒他人注册商标的行为，意图更好地与修改后的《商标法》相衔接。但是，我们可以看到，由于《修订草案》在第2款对商业标识的定义采取概括加开放列举的方式大大扩展了现行法的保护范围，尤其是将“商标”仍规定为商标标识的一种，因此第1种市场混淆行为似乎仍可能与《商标法》规定的商标侵权行为存在重复。

而上文规定的第2种市场混淆行为，似乎意在规制不规范使用自身商业标识的行为，即通过突出使用自身商业标识全部或部分，从而产生与他人知名的商业标识相同或近似的效果，而导致市场混淆的行为。但我们理解，本项用语似乎有引人误解之嫌。对于自身享有正当权利的商业标识，权利人自然当然有权对其进行突出使用（比如使用自己的姓名、自己的注册商标等），而且商业标识的功能就在于突出使用以使得消费者能够更好地辨识产品/服务的来源。我们理解，立法者的本意应为当且仅当该标识突出使用的效果或目的是造成误解和引起市场混淆，才落入本项规制的范畴之中，但本项使用不得“突出使用自己的商业标识”的表述，似乎在字面上并未准确传达出立法本意。

上文规定的第3项、第4项市场混淆行为均为与企业名称、字号和简称相关的两种不正当竞争行为，是对现行法第5条第3项以及《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“《反法司法解释》”）第6条第1款的总结与延伸。此外，本条还删除了现行法第4项，即伪造或冒用认证标志的规定，统一由《修订草案》第8条规定虚假宣传的行为进行规制。

需要注意的是，本条规定的4种市场混淆行为均将“导致市场混淆”作为构成不正当竞争行为的要件，似乎适用的标准为事实上的混淆。然而，由于《修订草案》中对商业标识的定义包括“商标”，而《商标法》中对构成商标侵权的判断标准是“混淆可能性”。也就是说，仅从混淆标准而言，《修订草案》的侵权标准似乎要高于《商标法》的规定。

3. 总结侵犯商业秘密案件的有益司法实践

《修订草案》在第9条第2款略微调整了“商业秘密”的定义，将原作为判断“商业秘密”标准的经济性和实用性统一修改为“具有商业价值性”，而非公知性和保密性继续保持不变。我们理解，《修订草案》此处的修改并未导致认定“商业秘密”的判断标准发生改变。采用“价值性”这一标准不仅与现行的司法审判实践更为贴切，而且也更易于法官在具体案件中进行把握。此外，第1款也并未对侵犯商业秘密行为的各种表现进行任何实质性修改。

《修订草案》对侵犯商业秘密案件最突出指引意义，是在第 22 条第 2 款明确了举证责任倒置情形的适用。这一倒置情形与新产品制造方法专利侵犯案件相似，使得在侵犯商业秘密案件中，在权利人能够证明被告使用的信息与其商业秘密实质相同且被告有获取商业秘密的条件时，由被告承担其使用的信息具有合法来源的举证责任。也就是说，在商业秘密案件中，原告的举证责任在于证明“接触可能性”和“实质性相同”两个要件，在此基础上，举证责任将倒置于被告，如果被告举证不能，则应当承担败诉的后果。这种举证责任的分配机制实际上并非此次《修订草案》独创，而是对长期司法实践的提炼和确认。

4. 新增不得利用网络技术干扰用户选择

《修订草案》第 13 条将利用网络技术干扰消费者选择、干扰其他经营者的行为作为一种新类型的不正当竞争行为加以规定，是对当今互联网不正当竞争行为新类型的有益总结。本条规定了以下四种干扰行为：一是，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。本项在实践中的突出表现是，用户安装的一种软件与另一种软件“不兼容”，而这种不兼容是因经营者故意使用了技术措施导致。二是，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。本项主要指向流量劫持行为，通过在其他经营者的应用服务中插入链接的方式，减少他人的网络流量，增加自身流量。三是，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。本项意图规制通过误导、诱导、欺骗等手段，使用户主动停止使用他人的网络服务，如在“修复”、“体检”程序中，建议用户卸载某应用的行为。四是，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。如屏蔽他人正常的广告内容，或植入插件干扰他人应用服务正常运行等行为。本条规定的 4 项新型不正当竞争行为基本来自近期司法实践的总结，适应了技术更迭给经营行为带来的新变化，也避免法官在司法实践中一味使用原则性条款进行裁判的尴尬。

5. 删除维权合理费用的相关规定

《修订草案》第 17 条删除了现行法第 20 条要求被告承担权利人维权合理费用的相关规定。因此，从字面上理解，在反不正当竞争案件中，原告只能要求被告承担损害赔偿责任，无法要求被告支付为制止侵权所付出的合理费用。但是《反法司法解释》第 17 条又规定，侵犯商业秘密行为的损害赔偿计算方法应当参照侵犯专利权的损害赔偿计算方法进行确定，市场混淆、虚假宣传、商业诋毁行为的损害赔偿计算方法应当参照侵犯商标权的损害赔偿计算方法进行确定。而《专利法》、《商标法》又都赋予了原告请求维权合理费用的权利。这么说来，在知识产权类的反不正当竞争案件中，原告又应当似乎可以通过引用现行有效的《反法司法解释》主张被告支付其为制止侵权所发生的合理费用。但是，如果《修订草案》获得通过，相较于《反法司法解释》，其为新法和高位阶法律。《反法司法解释》相关解释似乎将与其字面含义有所冲突。因此，反不正当竞争案件中的损害赔偿究竟如何计算、原告是否可以主张合理费用这两大问题还需要后续配套的司法解释进行明确。

综上，《修订草案》在总结司法经验、反映市场经济发展情况的基础上，在知识产权领域做出了有益的创新与革新。但在文字表达、与其他知识产权基本法以及司法解释的衔接上，可能还需要进一步完善。我们将继续关注《修订草案》的后续修订情况和正式法律文本的出台。

希望以上对您有所帮助，若有任何问题，欢迎随时联系我们。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所**陈容律师**（+86-10-8525 5541; estella.chen@hankunlaw.com）联系。