

《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》要点解读

作者：龚雅玲 | 史昭君 | 严瑾丽 | 陈枫眠

2022年11月22日，国家市场监督管理总局发布《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》（“《征求意见稿》”），向社会公开征求意见。面对日新月异的市场和层出不穷的新经济、新业态、新模式，新型不正当竞争行为亟待规制¹。

《反不正当竞争法》自1993年正式施行以来，于2017年、2019年进行了两次修订，本次修订草案《征求意见稿》拟对现行的《反不正当竞争法》进行第三次大幅修订，由目前的三十三条增加到四十八条，修改的内容主要包括：完善数字经济反不正当竞争规则；对现有不正当竞争行为的表现形式进行补充完善，包括完善商业混淆条款、对商业贿赂中的受贿行为做出禁止性规定、细化虚假宣传条款、加强商业秘密保护等；新增不正当竞争行为的类型，包括损害公平交易行为和恶意交易行为；完善法律责任，增设了部分违法行为的法律责任，科学调整违法行为的处罚额度。《反不正当竞争法》的每次修订都有其亮点和重点，如2017年修法的亮点是受贿主体，仅包含交易相对方的工作人员等，排除了原有的交易相对方、增设网络不正当竞争的规制条款以提高罚金数额，2019年修订的亮点是强化商业秘密保护条款，下文将对本次修订的重点和亮点进行概述和解读。

一、完善数字经济领域反不正当竞争规则

此次《征求意见稿》最引人瞩目的修改是对数字经济领域中的不正当竞争行为进行了细化，针对数据获取和使用、利用算法和技术实施的网络不正当竞争行为做出详细规定。《征求意见稿》针对该主题新增和修改了约十个条款，可见立法部门对数字经济领域公平竞争秩序、数据保护的重视。《征求意见稿》在总则部分新增的第四条，开门见山地提出国家健全数字经济公平竞争规则，并禁止利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事不正当竞争行为。在具体条款和行为类型上，《征求意见稿》在现行《反不正当竞争法》对流量劫持、不当干扰行为、恶意不兼容进行规制的基础上，新增了恶意交易、影响用户选择、通过关键词联想、设置虚假操作选项等方式误导用户、不当拦截或屏蔽他人页面、阻碍网络服务和产品开放共享、不正当获取或使用商业数据、以及大数据杀熟等违法行为类型。

同时，考虑到数字经济领域不正当竞争行为认定的复杂性，《征求意见稿》第二十一条规定了判断是否构成不正当竞争行为的考虑因素，增强制度的可预期性和执法的规范性，这些因素包括：（1）是否对消费者、其他经营者合法权益以及社会公共利益造成影响；（2）是否采取强制、胁迫、欺诈等手段；（3）是否违背行业惯例、商业伦理、商业道德；（4）是否违背公平、合理、无歧视的原则；（5）是否对技术创新、行业发展、

¹ 参见国家市场监督管理总局关于《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。

网络生态产生影响等。

综上，该部分的诸多条款体现了对数字经济领域新型不正当竞争行为的规制，值得平台经营者及平台上的店家予以关注，对之前合同签订、目前执行或将来日常运营中的相关问题，重新逐一进行合规性评估。

二、加强对商业贿赂的规制

本次《征求意见稿》进一步加强了对商业贿赂的规制，主要体现在以下四个方面：

1. 将交易相对方重新纳入受贿对象范围。《征求意见稿》第八条规定的受贿主体中包含了经营者不得自行或者指使他人采用财物或者其他手段贿赂交易相对方或者其工作人员，即恢复交易相对方“单位”也是受贿对象。在1993年的《反不正当竞争法》中规定，在帐外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；对方单位或者个人在帐外暗中收受回扣或其他好处的，以受贿论处。相较之下，2017年的《反不正当竞争法》中列举了受贿主体，仅包含交易相对方的工作人员等，排除了原有的交易相对方。“交易相对方”一直是反不正当竞争法执法逻辑上的难点，一方面公对公的互相给付通常带有市场的属性，是平等、自愿的双方通过商业谈判的结果，不涉及贿赂行为本质上的“权钱交易”的安排不宜被认定为商业贿赂（例如：仅因财务处理不当而导致的“账外暗中”的支付行为）；另一方面，对特定的市场主体（例如：医院），即便是公对公的安排仍然可能会导致其他的问题（例如：免费投放捆绑耗材可能导致逃避招标采购、甚至串通投标、医院内部的腐败等），对于解决这类特殊主体的系统性问题，反不正当竞争法仍然是有效的工具之一。新修订的征求意见稿将“交易相对方”重新纳入，仍需在这两方面进行平衡，期待通过实施层面的配套规定进一步明确违法行为认定的要件。
2. 明确收受商业贿赂的行为亦可构成不正当竞争，设置了对于受贿行为的禁止性规定和罚则。《征求意见稿》第八条商业贿赂条款中新增“任何单位和个人不得在交易活动中收受贿赂”的禁止性规定，并在第二十九条第二款中规定了“经营者或者其工作人员在交易活动中收受贿赂”的法律责任。如法律、行政法规对某类交易活动中的受贿行为有规定的，依照其规定；法律、行政法规没有规定的，依照对于行贿方的规定进行处罚。对受贿主体的处罚，会使得行刑衔接、双向移送更为流畅，填补了受贿人不构成刑事追溯标准即无法可管的空白。
3. 《征求意见稿》第八条强调“指使他人”进行贿赂的行为同样构成商业贿赂，为实践中厂家通过经销商或其他第三方行贿的情形提供了更为明确的处罚依据。
4. 对商业贿赂行为的罚款金额上限从三百万元提高到五百万元。

上述四项变化可见执法机关对商业贿赂的打击力度加大，若最终正式成文，则可能预示着反商业贿赂执法将迎来新的高潮。

三、不正当竞争的帮助行为被纳入监管

本次《征求意见稿》的亮点之一是加强了对帮助实施不正当竞争行为的规制。此前，市场监管总局在2021年8月公布的《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》中，亦规定了经营者不得帮助实施网络不正当竞争行为，本次《征求意见稿》再次强调了对间接实施不正当行为帮助者的监管。

《征求意见稿》总则部分的第二条原则性地规定了经营者不得帮助他人实施不正当竞争行为，并在具体条款中增设相应的规定：（1）不得帮助实施商业混淆行为：经营者不得销售构成混淆的商品，不得为实施混

淆行为提供仓储、运输、邮寄、印制、隐匿、经营场所等便利条件（第七条第二款）；（2）不得帮助实施虚假商业宣传：经营者不得通过组织虚假交易、虚构评价等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传，不得为虚假宣传提供策划、制作、发布等服务（第九条第三款）；（3）**不得帮助获取商业秘密**：不得帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密（第十条）。对于帮助实施不正当竞争行为的经营者，其法律责任与直接实施不正当竞争行为的经营者一致，可能会被责令停止违法行为、没收违法所得及用于违法行为的物品、罚款、吊销营业执照等。

上述规定对于平台企业而言，意味着更多的监督和审核义务；对于一般企业服务提供商而言，意味着需对服务事项更审慎地合规审查。对于商业秘密的保护，更加确定。

四、完善法律责任，提高违法成本

在法律责任方面，《征求意见稿》增设了部分不正当竞争行为的法律责任，科学地调整了违法行为的处罚额度，具体如下：

（一）扩大惩罚性赔偿和法定赔偿的适用范围

现行《反不正当竞争法》规定的惩罚性赔偿制度，仅适用于“经营者恶意实施侵犯商业秘密行为”，情节严重的，可以按照权利人因被侵权受到实际损失或侵权人侵权获利的一倍以上五倍以下确定赔偿数额（第十七条第三款）。本次《征求意见稿》将惩罚性赔偿的适用范围扩大至“违反本法规定的”全部不正当竞争行为。同时，现行《反不正当竞争法》规定的五百万元以下的法定赔偿制度仅适用于商业混淆行为和侵害商业秘密行为（第十七条第四款），本次《征求意见稿》将其适用范围扩大至全部不正当竞争行为。

（二）增设了部分违法行为的法律责任

《征求意见稿》对损害公平交易、实施恶意交易，以及新型网络不正当竞争行为等新增违法行为设定了相应的处罚；对帮助实施混淆行为、虚假宣传规定了法律责任；《征求意见稿》第二十九条在现行规定基础上，对商业贿赂中收受贿赂的行为设定了处罚，增加了收受商业贿赂者的法律责任。

（三）加重部分违法行为的法律责任

《征求意见稿》总体上提高了罚款的上限，对于侵犯商业秘密、商业诋毁、滥用相对优势地位、恶意交易、网络不正当竞争行为等，其罚款上限提高到五百万人民币。对于情节特别严重，性质特别恶劣，严重损害公平竞争秩序或者社会公共利益的部分不正当竞争行为，经营者还可能面临没收违法所得、处上一年度销售额百分之一以上百分之五以下的罚款、责令停业、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照等处罚；经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员，也可能被处以十万元以上一百万元以下的罚款。

（四）减轻部分不正当竞争行为的法律责任

《征求意见稿》根据执法实践需要，为确保过罚相当，将虚假宣传的处罚下限由罚款二十万元下调至十万元。此外，《征求意见稿》第四十一条规定了可免于处罚的特殊情况：如相关经营者之间就不正当竞争行为的民事责任承担达成和解，或者人民法院已经就民事责任做出裁决，且经营者的行为对公平竞争秩序和社会公共利益没有造成损害的，可以不进行调查，已经调查的可以终止调查，调查结束的，可以免除处罚。

除以上几大亮点和重点外，《征求意见稿》还定义了商业宣传的行为特征，并将商业宣传与广告进行区分（第九条）；提出“相对优势地位”概念，强化对中小市场主体的权益保护（第十三条、第四十七条）；加强对个人隐私和个人信息的保护（第二十五条）等等，本次《征求意见稿》对《反不正当竞争法》的修改可谓是大改，完善了对近年来出现的新型不正当竞争行为的规制，体现了《反不正当竞争法》除了对经营者、消费者权益的保护外，对社会公共利益和商业道德的重新审视制约。我们也期待《征求意见稿》经过充分论证并正式通过后，《反不正当竞争法》历年来为执法最为活跃的依据，此番与时俱进的大幅度修改将会进一步优化工商业界全链条的监管范围、保障营商环境，和促进公平竞争的社会秩序。

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或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

龚雅玲

电话： +86 21 6080 0559

Email: michelle.gon@hankunlaw.com

史昭君

电话： +86 21 6080 0556

Email: sophie.shi@hankunlaw.com