

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）》 的修改意见

鉴于国家市场监督管理总局起草了《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“征求意见稿”，直接引用条文若无特别说明均指征求意见稿条文），并予以公布向社会公开征求意见，我们结合已有的司法案例，以及我们办理不正当竞争案件的相关经验，就征求意见稿部分条款提出以下修改意见：

一、第七条

征求意见稿	修改意见
<p>第七条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：</p> <p>（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识或者包装、装潢；</p> <p>（二）擅自使用与他人有一定影响的市场主体名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、</p>	<p>第七条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：</p> <p>（一）擅自使用与他人有一定影响的商品或服务名称、包装、装潢等相同或者近似的标识或者包装、装潢；</p> <p>（二）擅自使用与他人有一定影响的市场主体名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、</p>

<p>译名等）等相同或者近似的标识；</p> <p>（三）擅自使用与他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、页面设计、自媒体名称、应用软件名称或者图标等相同或者近似的标识或者页面；</p> <p>（四）擅自将他人有一定影响的商业标识设置为搜索关键词，误导相关公众；</p> <p>（五）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。</p> <p>经营者不得销售构成本条第一款规定的混淆商品，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。</p>	<p>姓名（包括笔名、艺名、译名等）、获得独占授权的商业称号等相同或者近似的标识；</p> <p>（三）擅自使用与他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、页面设计、自媒体名称、应用软件名称或者图标等相同或者近似的标识或者页面；</p> <p>（四）擅自将他人有一定影响的名称、商业标识设置为搜索关键词，误导相关公众；</p> <p>（五）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。</p> <p>经营者不得销售构成本条第一款规定的混淆商品，不得为实施混淆行为提供仓储、运输、邮寄、印制、隐</p>
--	---

	匿、经营场所等便利条件。
--	-------------------------

修改理由：

- 1、不仅商品名称可能面临不正当竞争，服务名称同样可能面临不正当竞争，故第一款中增加“服务”；
- 2、除市场主体名称、社会组织名称、姓名外，商业主体基于独占授权协议获得的商业称号（例如xxx官方合作伙伴）也应当受到《反不正当竞争法》的保护，故第二款中增加“获得独占授权的商业称号”；
- 3、设置搜索关键词的行为，一般会将具有影响的商业名称也作为搜索关键词，故第四款增加“名称”；
- 4、是否构成混淆行为，并非能够简单判断，对于提供仓储、运输、邮寄、印制、隐匿、经营场所等条件的主体，如其本身并非混淆行为的实施者，其难以判断混淆行为成立，如要求这些主体也需要承担不正当竞争相关义务、面临潜在的责任，则过于严苛；且第二十八条已经增加了对这些主体在明知或应知情情形下的行政处罚责任，故建议在第九条中予以删除相应的内容，以避免这些主体因该法条导致潜在的侵权责任而被经营者不当提起诉讼或采取保全措施。

二、第九条

征求意见稿	修改意见
第九条 经营者不得对商品或者商品经营者的性能、功能、质量、类别、来源、销售状况、用户评价、曾获荣誉、交易信息、经营数据、资格资质等相关信息作虚假或者引人误解	第九条 经营者不得对商品或者商品经营者的性能、功能、质量、类别、来源、销售状况、用户评价、曾获荣誉、交易信息、经营数据、资格资质等相关信息作虚假或者引人误解

的商业宣传，欺骗、误导相关公众。 前款所称商业宣传主要包括通过经营场所、展览活动、网站、自媒体、电话、宣传单等方式对商品进行展示、演示、说明、解释、推介或者文字标注等不构成广告的商业宣传活动。 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。	的商业宣传，欺骗、误导相关公众。 前款所称商业宣传主要包括通过经营场所、展览活动、网站、自媒体、电话、宣传单等方式对商品进行展示、演示、说明、解释、推介或者文字标注等 不构成广告 的商业宣传活动。 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。
---	--

修改理由：

- 1、不建议特别排除广告，如在广告中进行虚假宣传，从民事责任的角度而言，同样是不正当竞争行为；排除广告的目的仅在于区分广告和不正当竞争行为的行政处罚，就此，第三十条第二款已经明确构成虚假广告的依照广告法的规定予以处罚，故此无需特别排除广告，建议删除；
- 2、是否构成虚假宣传，并非能够简单判断，对于提供策划、制作、发布等服务的主体，如其本身并非虚假宣传行为的实施者，其难以判断虚假宣传行为成立，如要求这些主体也需要承担不正当竞争相关义务、面临潜在的侵权责任，则过于严苛；且第三十条已经增加了对这些主体在明知或应知情情形下的行政处罚责任，故建议在第九条中予以删除相应的内容，以避免这些主体因该法条导致潜在的侵权责任而被经营者不当提起诉讼或采取保全措施。

三、第十四条

征求意见稿	修改意见
第十四条：经营者不得为了牟取不正当利益，实施下列恶意交易行为，妨碍、破坏其他经营者的正常经营……	第十四条：经营者不得为了牟取不正当利益，实施下列恶意交易行为，妨碍、破坏其他经营者的正常经营……

修改理由：

从整个《反不正当竞争法》的立法目的和拟规制的市场行为来看，恶意交易行为侵害的法益是公平的市场秩序以及其他经营者的正常经营，对恶意交易行为作出负面评价和禁止性规定无需以行为实施人是为了牟取不正当利益为前提，且实践中受到妨碍和不利影响的一方也难以举证证明恶意交易行为实施者的主观目的，建议删除该表述。

四、第十五、十六和十七条

征求意见稿	修改意见
第十五条：经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。 经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等，通过影响用户选择或者其他方式，扰乱市场公平竞争秩序。 前款所称影响用户选择，包括违背用户意愿和选择权、增加操作复杂性、破坏使用连贯性等。 第十六条：经营者不得利用技术手段，实施下列流量劫持、不当干扰、恶意不兼容等行为，影响用户选择，妨碍、破坏其他经营者合法提供	第十五条：经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。 经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等， <u>或违反行业惯例或者技术规范</u> ，通过影响用户选择或者其他方式， <u>实施下列行为，不当排斥、妨碍、破坏其他经营者合法提供的产品或者服务的接入、交易及正常运行等</u> ，扰乱市场公平竞争秩序： (一) 未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目

的网络产品或者服务正常运行：

(一) 未经其他经营者同意，在其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、嵌入自己或者他人的产品或者服务；

(二) 利用关键词联想、设置虚假操作选项等方式，设置指向自身产品或者服务的链接，欺骗或者误导用户点击；

(三) 误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；

(四) 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；

(五) 无正当理由，对其他经营者合法提供的产品或者服务的内容、页面实施拦截、屏蔽等；

(六) 其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

第十七条：经营者不得利用技术手段、平台规则等，违反行业惯例或者技术规范，不当排斥、妨碍其他经营者合法提供的产品或者服务的接入和交易等，扰乱市场公平竞争秩序。

标跳转、嵌入自己或者他人的产品或者服务；

(二) 利用关键词联想、设置虚假操作选项等方式，设置指向自身产品或者服务的链接，欺骗或者误导用户点击；

(三) 误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务，或篡改用户电子设备中的设置数据，将用户选择优先使用或默认使用的同类或相似网络产品或服务更换为自身网络产品或服务；

(四) 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；

(五) 无正当理由，对其他经营者合法提供的产品或者服务的内容、页面实施拦截、屏蔽等；

(六) 其他排斥、妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务的接入、交易及正常运行等的行为。

前款所称影响用户选择，包括违背用户意愿、剥夺或限制用户选择权、增加操作复杂性、破坏使用连贯性等。

修改理由：

1、征求意见稿第十五至第十七条是对原《反不正当竞争法》第十二条的扩充与修订，旨在结合数字经济领域竞争行为的特点，针对利用算法、技术手段、平台规则等实施的不正当竞争行为作出详细规定；然而，目前的第十五条至第十七条体现出来的层次感和逻辑感稍显不足，比如对“影响用户选择”的含义界定在第十五条中，是否当然适用于第十六条中出现的“影响用户选择”并不明确，可能引发争议，如果当事人正好面临的是用户选择被影响的情况，具体适用第十五条还是第十六条也可能存在交叉；又如第十五条第二款禁止经营者利用的是“数据和算法、技术以及平台规则等”，但第十七条中禁止利用的是“技术手段、平台规则”而不包括“数据和算法”，第十七条同时禁止经营者“违反行业惯例或者技术规范”。因此，建议将三条进行整合编排成同一条，规定概括性、原则性的禁止内容，同时通过“列举+兜底”的方式规范数字经济领域竞争行为。

2、实践中，存在一些经营者的网络产品恶意篡改用户电脑设置，将用户选择默认的浏览器、默认使用的软件篡改为己方的产品，故将第三款内容增加“或篡改用户电子设备中的设置数据，将用户选择优先使用或默认使用的同类或相似网络产品或服务更换为自身网络产品或服务”。

五、第十八条第一款

征求意见稿	修改意见
<p>第十八条 经营者不得实施下列行为，不正当获取或者使用其他经营者的商业数据，损害其他经营者和消费者的合法权益，扰乱市场公平竞争秩序：</p> <p>……</p> <p>（二）违反约定或者合理、正当的数据抓取协议，获取和使用他人商业数据，并足以实质性</p>	<p>第十八条 经营者不得实施下列行为，不正当获取或者使用其他经营者的商业数据，损害其他经营者和消费者的合法权益，扰乱市场公平竞争秩序：</p> <p>……</p> <p>（二）违反约定或者合理、正当的数据抓取协议，获取或使用他人商业数据，并足以实质性</p>

<p>替代其他经营者提供的相关产品或者服务；</p> <p>（三）披露、转让或者使用以不正当手段获取的其他经营者的商业数据，并足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务；</p> <p>（四）以违反诚实信用和商业道德的其他方式不正当获取和使用他人商业数据，严重损害其他经营者和消费者的合法权益，扰乱市场公平竞争秩序。</p>	<p>替代其他经营者提供的相关产品或者服务；</p> <p>（三）披露、转让或者使用以不正当手段获取的其他经营者的商业数据，并足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务；</p> <p>（四）以违反诚实信用和商业道德或违反数据权益人事先发布的禁止或限制抓取或使用声明的其他方式不正当获取或使用他人商业数据，严重损害其他经营者和消费者的合法权益，扰乱市场公平竞争秩序。</p>
--	--

修改理由：

1、原则上，如果当事人之间存在特殊约定，或者存在合理、正当的数据抓取协议（如 Robots 协议），则应当按照该等协议约定获取和使用他人商业数据，只要违反了协议约定，本身就足以构成不正当的手段和方式。“实质性替代”的要求是结果要件，是对抓取行为之后的具体使用进行的再评价，不仅没有解决获取阶段的正当性问题，此外实质上也会架空原本的协议约定。可以预见的是，当潜在的纠纷发生，持有人或将需要举证证明构成“实质性替代”，不利于保护持有人对商业数据享有的权利；

2、根据目前的一些司法案例，有一些数据抓取行为可能并未违反 Robots 协议，例如抓取网络直播平台中大量主播的打赏数据，但是，即便抓取行为本身不构成不正当行为，相应使用数据的行为也可能构成不正当竞争，故将“获取和使用”的表述，修改为“获取或使用”；

3、另外，建议允许数据权益人在平台中对于他人抓取数据的行为发布禁止声明，数据权益人明

确禁止情形下，尽管抓取本身是复合 Robots 协议的，但相应的使用行为仍然可能构成对于数据权益人的侵害，因此，应当允许数据权益人以发布禁止或限制抓取或使用声明的方式保护自身的数据权益，故将“违反数据权益人事先发布的禁止或限制抓取或使用声明”也列为一种不正当的方式。

六、第十八条第二款

征求意见稿	修改意见
第十八条第二款：本法所称商业数据，是指经营者依法收集、具有商业价值并采取相应技术管理措施的数据。	第十八条第二款：本法所称商业数据，是指经营者依法收集、具有商业价值并采取相应 技术保护 措施的数据。

修改理由：

将采取相应保护措施作为商业数据受保护的先决条件之一与我国立法、司法对于商业秘密的保护要件相类似，这也是商业数据区别于未经采取任何保护措施、他人可以无限制获取的公开数据之特征。然而，学术通说和司法实践中均认为，对于保护措施的保护要求不宜太高，只要足以表达权利意思并能够加以识别的程度即可。如果将保护措施限定为“技术管理措施”，则无疑把通过协议方式（如 Robots 协议）保护的商业数据排除在了保护范围之外，与本条第一款第（二）项¹存在矛盾之处，此外还给商业数据的持有人设定了过高的门槛，不当增加了权利保护的成本。故建议将“技术管理措施”修改为“技术保护措施”、

征求意见稿	修改意见
第十八条第三款：获取、使用或者披露与公众可以无偿利用的信息相同的数据，不属于本条第一款所称不正当获取或者使用其他	建议整款删除

¹ 征求意见稿第十八条第一款第（二）项禁止经营者“违反约定或者合理、正当的数据抓取协议，获取和使用他人

经营者商业数据。	
----------	--

修改理由：

什么是“公众可以无偿利用的信息相同的数据”较容易发生歧义，反而使得保护边界更加模糊。首先，根据本条第二款，“获取、使用或者披露”的有偿性并非商业数据受保护的先决条件之一，并非所有的商业数据在获取和使用时都需要支付对价，只要符合本条第二款的要求就都应当纳入保护范围。其次，“信息”和“数据”并非等同的概念，通说认为数据是信息的载体，“与……信息相同的数据”本身在表述上对两个概念进行了混同。建议删除。

七、第十九条

征求意见稿	修改意见
第十九条 经营者不得利用算法，通过分析用户偏好、交易习惯等特征，在交易条件上对交易相对方实施不合理的差别待遇或者进行不合理限制，损害消费者、其他经营者的合法权益和社会公共利益，扰乱市场公平竞争秩序。	第十九条 经营者不得利用算法，通过分析用户偏好、交易习惯等特征，在交易条件上对交易相对方实施不合理的差别待遇或者进行不合理限制，损害消费者、其他经营者的合法权益 或 社会公共利益，扰乱市场公平竞争秩序。

修改理由：

对消费者、其他经营者的合法权益或社会公共利益的侵害，都可能构成不正当竞争行为，故将“和”修改为“或”。

八、第二十三条

征求意见稿	修改意见

商业数据，并足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务”。

第二十三条第一款：监督检查部门调查涉嫌不正当竞争行为，可以采取下列措施： …… （五）查询涉嫌不正当竞争行为的经营者的银行账户和第三方支付账户以及支付记录。	第二十三条第一款：监督检查部门调查涉嫌不正当竞争行为，可以采取下列措施： …… （五）查询涉嫌不正当竞争行为的经营者的银行账户和第三方支付账户以及 交易 记录。
--	---

修改理由：

经营者的收款记录等亦可由监督检查部门在进行调查时查询，且属于非常重要的记录，“交易记录”的范围广于“支付记录”。

九、第四十六条

征求意见稿	修改意见
第四十六条第一款：在侵犯商业秘密的民事审判程序中，商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密	第四十六条第一款：在侵犯商业秘密的民事审判程序 或商业秘密权利人向市场监督管理部门提出的举报程序 中，商业秘密权利人

措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。 第四十六条第二款：商业秘密权利人认为其商业秘密受到侵犯，向市场监督管理部门举报侵权行为时，可以提供商业秘密以及侵权行为存在的初步证据。	提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。
--	--

修改理由：

征求意见稿第四十六条第二款规定的是权利人向市场监督管理部门举报是“可以”（而非应当）提供商业秘密以及侵权行为存在的初步证据，但实践中如果权利人不提供任何初步证据，市场监督管理部门或将难以开展调查。从该意义上讲，第四十六条规定的举证规则应当不仅适用于商业秘密侵权的民事审判程序，也应当适用于行政举报程序。

刘佳迪 合伙人 电话：86-21-2208 6399 邮箱地址：liujd@junhe.com
王 锦 电话：86-21 2208 6169 邮箱地址：wangj_Roxanne@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

