

# 新反不正当竞争法的主要进步

肖江平

**摘要:**2017年修订通过的《反不正当竞争法》,其立法进步是多方面的:在立法宗旨上彰显了所处经济体制和作用方式的进步;在不正当竞争行为的法律界定上,更聚焦于“市场竞争”这个规制的重心;在若干行为的界定上,更好地吸纳了20多年的执法司法经验,较好地把握了行为的“竞争性”,同时适应了互联网普遍应用的现实和未来;在体制和程序设计上,有助于增进未来执法的协调和执法效能。在高度评价立法进步的同时,也要看到立法的局限性,这有待于配套立法等工作加以弥补。

**关键词:**《反不正当竞争法》修订 立法宗旨 不正当竞争行为 中国竞争法

《中华人民共和国反不正当竞争法》修订草案经全国人大常委会三次审议,于2017年11月4日通过。这次修订距该法制定之时,已历24年。无论从哪

些角度分析、解读新《反不正当竞争法》(以下简称“新反法”),其重大进步都是需要高度重视的。分析新法的重大进步,有助于揭示新法区别、突现其宗旨理念

作者:肖江平,北京大学竞争法中心主任,国家工商总局市场监管专家委员会委员。

进行衡量,以划清正当交易与不正当交易的界限。不正当性始终是根本衡量标准,维护交易自由仍是其根本目的。

例如,某酒业公司在销售华夏长城葡萄酒过程中,与某城市7家单位(即销售终端)签订了专场协议或合作协议,通过向该7家单位支付“专场费”,获取在长城系列葡萄酒中的独家销售权,排斥其他品牌葡萄酒。该行为在业内称为“买场”。上述协议约定的“专场费”总额为43.8万元。当地工商行政管理机关认为该行为构成商业贿赂行为,依据《反不正当竞争法》有关规定给予行政处罚。将以给付报偿而换取独家销售的行为定性为商业贿赂,是一种形式化的定性。但实际上,该行为涉及反垄断法与反不正当竞争法的深层关系,即如果独家销售协议不构成垄断行为,通常都属于自由竞争和自由交易的范畴,不再构成不正当竞争行为。独家销售是一种旨在限制或者消除竞争自由的行为,应当首先纳入反垄断法的范围进行衡量,即在反垄断法上这种行为构成违法的前提是行为人(经营者)必须有市场支配地位,也即有市场支配地位的企业实施的独家交易行为,才可以实质性损害竞争自

由而构成垄断行为。倘若实施“买场”之类独家交易行为的经营者不具有市场支配地位,且相关市场的竞争比较充分,如销售单位远多于7家,某酒业公司买断7家单位的销售权之后,长城系列葡萄酒仍然具有充分的市场竞争,它不可能买断全部或者大部分销售单位的独家销售权,那么就很难构成反垄断法禁止的独家销售行为,包括支付“专场费”在内的交易条件都是合同自由的范围,其行为就不具有违法性。

## 五、结语

无论是新增规定还是完善细化性规定,新修订法律都有其现实的实践基础,已有实践做法显然构成准确理解和适用新修订法律的重要根据。同时,实践又是迅速发展变化的,反不正当竞争法必然会不断开辟新的实践领域和确立新的适用标准,因而又不能简单拘泥于过去的实践做法。新修订法律的实施必须不断适应新的市场竞争实际和需求,归根结底必须能够恰当地以符合竞争规律和属性的方式,有效解决实际问题。

责任编辑:邢 淼

上的变化,更有助于未来制度的实施和完善。通览新反法全文,至少在理念宗旨的宗奉、基本概念的定义、主要行为的界定、体制程序的设计四个方面体现出本次修法的重大进步。

### 一、宗旨理念有进步

法的宗旨,是法所欲实现的目的,或欲达到的效果的追求。<sup>①</sup>基于我国的立法惯例,立法宗旨,集中体现在法律文本的第一条。本次修法,第一条改动篇幅不大,虽只有一个两字词,但已足见立法宗旨的重要变化。1993年《反不正当竞争法》(以下简称“1993年反法”,)第一条规定,“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。”新反法,将第一句中的“保障”改为“促进”。这样修改,较好地体现了新反法与1993年反法所处的经济体制背景、在经济体制建设和经济发展上所追求的目标,以至于在所秉承的理念上的重要不同。众所周知,1992年党中央提出社会主义市场经济体制作为改革的目标模式,次年3月全国人大会议上将“建立社会主义市场经济体制”向国家行为全面转化。进而,在1993年12月,通过了包括1993年反法在内的多部在建立社会主义市场经济体制中具有重要作用的法律。24年间,经济体制上的目标早已由“建立”变为“完善”。国家的社会经济发展水平已经有了重大提升,社会的主要矛盾也已经发生重大变化,此时修法,“保障”固仍具备,但已不敷用,“促进”乃为必需。一词之更,既有层次的提升,还有主动性的增强、理念的进步。

作为宗旨及其实现途径的基本观念<sup>②</sup>,理念蕴含宗旨之意,较之宗旨又更具观念、倾向的色彩。一部法律的理念,既总体体现在其立法宗旨条款之中,并具体体现在法律定义、法律原则、行为界定、法律责任及相关程序性的条款之中。新反法在理念上的进步,可以概括为三个方面:一是更集中地聚焦到不正当竞争行为规制;二是更恰当地明确政府与市场的关系;三是在实体和程序制度的设计上更均衡地体现公平、效率与秩序及其协调。比如,在“不正当竞争行为”的基

本定义中,将“社会经济秩序”改为“市场竞争秩序”,在商业贿赂、商业混淆、商业诋毁等行为的界定中若干词句的修改,均体现出将反不正当竞争法规制的行为更聚焦于市场竞争行为,将所调整的社会关系更聚焦于竞争规制关系,进而,将新反法回归为更纯粹的竞争法中来。比如,新反法在第四章“法律责任”部分增加了第二十七条规定:“经营者违反本法规定,应当承担民事责任、行政责任和刑事责任,其财产不足以支付的,优先用于承担民事责任。”在第三章“对涉嫌不正当竞争行为的调查”部分,增强调查权的强制性。这些都既体现了充分尊重市场主体的权利和市场体制的决定性作用,又赋予了规制主体较充分的规制权,从而总体上更好地体现了完善社会主义市场经济体制时期政府与市场的关系。再比如,在商业混淆行为、侵犯商业秘密行为、误导性虚假宣传界定的细化和完善上,较好地体现了经营者与经营者、经营者与消费者之间利益的均衡。在不当附奖赠绝对额度上提高标准、在互联网领域不正当竞争方面增设特殊规定、在查处程序上增加规定等方面,更好地体现了对效率(包括立法效率、执法效率和总体运行效率)的追求。进而,使得在整部法律的修改上,更好地体现了公平、效率,以及对“促进社会主义市场经济健康发展”的市场竞争秩序目标的追求。

### 二、反法基本概念的法律定义更准确

反不正当竞争法中的概念并不少,至少一种不正当竞争行为就是一个法律概念,但能够称之为基本概念的并不多,比如“不正当竞争行为”,比如“经营者”。前者是嵌入法律名称中的概念,并且关乎所有不正当竞争具体界定的导向、定位和兜底。后者能称为基本概念,源于反不正当竞争法的市场规制法属性。反不正当竞争行为属于市场规制行为,经营者则是市场规制对象。准确界定经营者,有利于更好地摆正规制主体与规制对象之间的关系,更好地调整市场规制关系、实现本法应然宗旨。

在不正当竞争行为的法律定义上,仅从第二条第

<sup>①</sup> 肖江平:《中国经济法学史研究》,人民法院出版社2002年版,第226页。

<sup>②</sup> 杨紫烜:《国家协调论》,北京大学出版社2009年版,第339页。

二款的修订来看<sup>③</sup>,新反法主要进行了三个方面的修改:一是将“社会经济秩序”改为“市场竞争秩序”;二是将“经营者的合法权益”改为“经营者或者消费者的合法权益”;三是将“市场竞争秩序”位置提前。这三处修改,可以认为,有利于新反法更聚焦于不正当竞争规制,有利于新反法实现加强消费者权益保护的功能。将“社会经济秩序”限缩并调整为“市场竞争秩序”,既是向反不正当竞争法宗旨的凝聚,也是将反不正当竞争法从生产经营一般监管法向市场竞争法的重要矫正,是重大的进步。如果把“市场竞争秩序”理解为“市场公平有效竞争的秩序”,那么,将“市场竞争秩序”置于法益保护内容之前,更好地回应了那句耳熟能详的竞争法宗旨的论断:“竞争法保护的是竞争而不是竞争者”。也就是说,本法所规定的不正当竞争行为,是经营者实施了本法其他禁止的规定,并且在目的或效果上破坏了市场的公平竞争、有效竞争和有序竞争,损害了竞争对手的合法权益和消费者权益。对经营者、消费者权益的损害源于对市场竞争的破坏。这一变化,还可以从1993年反法第五条、第八条、第九条、第十四条的修改中获得印证。简言之,本次修改,使得反不正当竞争法的竞争法属性更纯粹了。

至于法益保护上增加消费者权益,从理论上可以伸发到反法的法益保护是“二元论”还是“一元论”等诸多问题,限于篇幅,不宜展开。至少从立法实践看,消费者权益保护这一宗旨的加强,是近几十年反不正当竞争法立法变化的重要趋势。德国反不正当竞争法是世界反不正当竞争法的立法鼻祖。其初期并没有直接提及消费者,但在后来特别是2004年立法中明确

规定(第一条):“不正当行为,不利于竞争者、消费者或其他市场参与者而足以不仅非显著地损害竞争的,是不合法的。”将消费者法益保护作为其一般条款不可或缺的内容。其2008年立法保留并强化了消费者保护的篇幅,2015年立法又延伸了这一趋势。<sup>④</sup>欧盟《不正当商业行为指令》和澳大利亚、丹麦、瑞典等国的反不正当竞争法也体现了这个趋势。

在经营者的定义上,尽管在竞争法或市场规制法属性契合度上还有改进的空间,但在“两反”(反不正当竞争法和反垄断法)统一即竞争法统一性增强的方向上也算是一个进步。<sup>⑤</sup>

### 三、不正当竞争行为的法律界定更合理

本次修法,对不正当竞争行为界定的修改,是又一个重要亮点。修改幅度大、学界业界关注度高、进步也非常显著。限于篇幅,举三种行为的界定作简要论述。

(一)商业贿赂的修订,修正了受贿主体,补充明确了行贿目的,实现了竞争法和不正当的要义

在诸多行为界定的修改完善之中,1993年反法第八条成为需要做重大修改的一项。本人在主持国家工商总局反不正当竞争法修订系列课题之一的研究报告及修改建议稿中,将受贿人范围从现行规定的“对方单位和个人”改为除交易双方以外的“能够影响交易的人”,并将受贿目的明确为“为了获取交易机会或竞争优势”。<sup>⑥</sup>

这是涉及对商业贿赂定位正本清源、回归竞争的一个重要转变。过去,将许多显然不具备贿赂属性的行为定为商业贿赂,或者将一些可能具有不公平高价

<sup>③</sup> 严格意义上讲,我国《反不正当竞争法》无论是1993年的还是2017年的,“不正当竞争行为”的法律定义都不能认为仅在第二条,更不认为仅在第二条第二款中,而应该将第二款中“本法”所涉及的其他密切相关条款都纳入进来,包括本条第三款中对“经营者”的解释也可以纳进来。因此,全面考察“不正当竞争行为”法律定义的变化,无异于全面分析新反法和1993年反法的变化。

<sup>④</sup> 详见德国2008年《反不正当竞争法》第三条第1、2、3项的具体规定、2015年《反不正当竞争法》第三条第1、2、3、4项规定的具体表述及其变化。

<sup>⑤</sup> 营利性是否以及如何体现在定义之中,经营者的中心词如何表述,还是一种很有意义的讨论话题。此类的案例也有不少,张钊、张宏岳、北京泥人张艺术开发有限责任公司诉张铁成、北京泥人张博古陶艺厂、北京泥人张艺术品有限公司不正当竞争纠纷案(最高人民法院(2010)民提字第113号民事判决书)就是例证之一。

<sup>⑥</sup> 这也源于本人多年前对商业贿赂的研究和认识。参见张守文主编:《经济法学》(第一版),北京大学出版社2005年版,第278-282页。我在撰写其中的第十三章《反不正当竞争法律制度》中的第五节“商业贿赂行为”时提出,“商业贿赂,是指经营者为了获取交易机会或竞争优势,向能够影响交易的人秘密给付财物或其他经济利益的行为”,并详细阐述了其法律特征和构成要件。这一观点,在承担修法课题的研究中,通过对国内外大量商业贿赂案件特别是疑难案件的分析,得到了印证、细化。

属性的行为定为商业贿赂,大多源于该规定在法理上的矛盾。送审稿和几次审议以至新反法,渐次向将受贿人的范围界定为“影响交易的单位或者个人”靠近并基本实现,为未来商业贿赂的真正有效治理奠定了重要的法律基础。将行贿目的规定进来,可以将满足其他要件,但显然不具有不正当竞争特征的行为排除在外,同时也有利于区分商业领域贿赂、商业贿赂、刑法禁止的其他贿赂。

同时,对商业贿赂行为法律责任加重,有利于增加违法成本,提高商业贿赂规制效益。当然,应当如何加重,是否还有更有效的办法,还有不少探讨、改进的空间。

(二)在商业诋毁的修订中,增加了误导性信息的情形,突显了商业诋毁行为的竞争性特质,更好地适应了互联网背景

1993年反法第十四条有关商业诋毁的规定是:“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。”这一规定,仅仅从信息的虚假性一个方面规定行为中信息的要件。事实上,市场竞争中,虚假的信息会损害竞争对手商誉,真实的信息也可能损害竞争对手的商誉。比如,在某相关市场中,市场份额、产品质量声誉等方面,某经营者甲的综合排名总是在某经营者乙之后。甲从国家有关主管或较权威的其他第三方公布的信息中,仅摘取甲高于乙的若干细项指标向公众公布,并注明信息出处。虽然信息是真实的,但给一般公众的印象就是甲比乙更优。这显然与总排名不符。新反法将该条修改为“经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息,损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。”实质上是将信息的真实与否不作为区分的要件,把那些虽然并非虚假,但能够给公众以误导,进而损害竞争对手商誉的信息也囊括进来,突出了其竞争性、反道德性等不正当竞争属性。

在该条的修改中,将“捏造”改为“编造”,以与真实信息的情形相应;将“散布”改为“传播”,以适应已经高度普及的互联网条件,等等,这些都是该条修改的重要亮点。

(三)误导性宣传条文的修改,较好地厘清引人误解和虚假在立法规制中的关系,较好地协调了反法与广告法在立法上的关系,也适应了电子商务中此类行为规制需求

1993年反法第九条第一款规定:“经营者不得利用广告或者其他方法,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。”对其中的“引人误解的虚假宣传”作何理解,学界曾有引人误解与虚假排列组合成四种情形、只有既引人误解又虚假一种情形的争论,还有所谓普通的虚假与引人误解的虚假之别的观点。<sup>⑦</sup>新反法将“引人误解的虚假宣传”改为“虚假或者引人误解的商业宣传”。这样修改,直接解决了前一争论:二者不是排列组合的四种情形,也不是交集那一种情形,而是将二者作为并集均规制进来。

我国广告法后于1993年反法制定,又先于2017年反法进行修改,如何处理好两法之间的关系,这显然是一个问题。从法理上讲,误导性宣传行为,显然应当是违反广告法的行为,不然综合性广告法就存在立法疏漏;同时,误导性宣传,作为不正当的市场竞争行为,显然也应当是违反反不正当竞争法的行为,不然反不正当竞争法也存在立法疏漏。本次修法在广告法修法之后,将二者对该行为的规制一致起来,既可以减少法律协调上的成本,又可以预防经营者的规避行为。删除第九条第二款、删除第一款仅属于质量内容的规定,有助于更好地协调与广告法、产品质量法的关系,在语言表述上也更符合逻辑。

新反法在误导性宣传规定上被舆论大加点赞的是增加了对电商刷单、炒信行为的规定。应当讲,在近10年电子商务经济的发展中,刷单、炒信行为严重地危害了电商市场的公平竞争,损害了竞争对手和消费者的利益,影响了电商经济的健康发展,必须严加禁止。基于电商的特点,电商平台商户的信誉值,以及用户对商户商品和服务的评价,实际上起到了商业宣传的作用。为此,在反法修法中增加该条款,可以起到突出强调的作用。因为,从法条文本的文义来看,新反法第八条第一款规定的是经营者不得对“自己经营的”

<sup>⑦</sup> 张守文主编:《经济法学》,北京大学出版社2005年版,第270-274页。在该部分,还提出认定引人误解的虚假的“五性”。

商品和服务进行误导性宣传,第二款规定经营者不得通过组织虚假交易等方式,帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。第一款的规定,是可以包括第二款所规定的情形的。经营者自己亲自实施刷单炒信是“对其……”,经营者委托、组织其他经营者通过刷单炒信,也是前述的“对其……”,只不过具体实施人发生变化,行为主体并不根本改变。当然第二款这样规定,并在法律责任中规定具体的罚则,可以更清晰、更明确,更利于反不正当竞争执法。如果不站在这个层面理解第一款和第二款在法理和实践中的作用,极有可能将第二款规定的行为作为独立的行为,这样,第二款实施该行为的经营者与受损害的经营者的竞争关系如何界定就是一个问题。

这些进步,在其他4种不正当竞争行为(含互联网特殊不正当竞争行为)的规定中也同样存在,每一种行为规定或修改都具有明显或显著的进步意义。

#### 四、体制程序的规定有一定的改进

反不正当竞争法作为市场规制法中的重要子部门法,其执法体制是关乎实施效果和效益的重要问题。过去24年的实践表明,1993年反法第三条在实施效果的促进上是有局限性的。国务院部门、直属机构和直属事业单位中,有市场规制权的部门、机构和单位至少有35个。按照原第三条第二款的规定,“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;法律、行政法规规定由其他部门监督检查的,依照其规定。”从文义上讲,如果根据专业性的市场监管法律、法规的规定由工商部门之外的部门监管的,工商部门可能无权监管。而事实上,过去曾发生过工商部门接到投诉、举报和控告,依该款规定转给其他有关部门,均成为杳无音信的情况。

基于实践中存在的问题,在送审稿的第三条、第十五条和议案稿等草案中,都有努力解决上述问题的修订方案。比如,由工商部门作为兜底部门,在其他部门不作为时,行使工商行政管理职能的部门有权监管;或者再增加规定,在行为的兜底条款上,由行使工商行政管理职能的部门认定,或者由行使工商行政管

理职能的部门报国务院认定,等等。但在后来的草案和最后的通过稿中,上述方案没有采纳,倒是在第三条增加了第二款的规定:“国务院建立反不正当竞争工作协调机制,研究决定反不正当竞争重大政策,协调处理维护市场竞争秩序的重大问题。”将1993年反法第三条第二款的基本内容改在新反法第三条第三款中规定。实际上,国务院建立反不正当竞争工作协调机制,可以参照今年1月中旬建立的市场监管部际联席会议制度理解。该联席会议的牵头单位为国家工商行政管理总局。<sup>⑧</sup>部际联席会议机制,作为折衷方案,较好地解决了分别执法与统一执法的关系,在权威性、知识性、执法性等方面的兼顾上,也算是一种值得肯定的进步。

关于涉嫌不正当竞争行为的调查规定的修改,主要变化是强化了调查权的强制性,同时也对权利制约作了规定。客观上看,与《反垄断法》在执法权上的差距在缩小。

#### 五、结语:既有重大进步也有局限性

本文以我国《反不正当竞争法》立法重大进步为选题,绝不是要将文章做成赞歌。前四部分的标题用词,实际上已经蕴含了对立法存在局限性的表达和担忧。无论是比较法典的文本,研究分析24年来各有关法律、法规、规章、司法解释、地方性法规以及重要案例,还是综观20多年来反不正当竞争法以至竞争法的理论研究,都可以得出这样两句结论:2017年反法有重大进步;和24年来的执法、司法实践经验、理论研究成果和市场规制需求相比,2017年反法的进步还很不够。肯定进步,既是总结和挖掘立法研究和立法实践的成果,也是企图将立法中的小缺憾朝着更完善的方向去解释,如果因此对未来配套规章的制订和修改起到一定作用,则这一企图当是善莫大焉。2017年新反法的局限性,既需要未来相关法律法规制定和修改、规章的立改废、司法解释的更新等实现,也需要有反不正当竞争法制度和理论研究的推动。

责任编辑:邢 淼

<sup>⑧</sup> 《国务院办公厅关于同意建立市场监管部际联席会议制度的函》(发布时间:2017年11月14日),信息来源:中国政府网。联席会议由工商总局作为牵头单位,国家发展改革委、商务部、国家质检总局等35个部门组成。