

反不正当竞争法修订草案征求意见稿

作者：林熙翔、吴琼、傅鹏

2020年11月22日，国家市场监督管理总局（“**市场监督管理总局**”）公布了《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》**”），公开向社会征求意见¹。《反不正当竞争法》自1993年正式施行，于2017年、2019年进行了两次修订。随着新经济、新业态、新模式的层出不穷，以及在建设高效规范、公平竞争、充分开放的“全国统一大市场”的政策背景下，《反不正当竞争法》的修订提上议程²。

就《征求意见稿》反映的执法趋势，结合实务中的观察，重点提示如下：

- 数字经济领域的新型不正当竞争行为成为关注重点
- 再次引入“相对优势地位”概念，规制影响公平竞争的限制性商业安排
- 引入“商业数据”新概念，明确数据利用的正当边界
- 明确平台经营者加强竞争合规管理以及确立平台内公平竞争规则
- 完善商业贿赂的认定标准
- 完善仿冒混淆、虚假宣传、有奖销售、商业诋毁的认定标准
- 推动建立一体化的商业秘密保护体系
- 明确规制指使或协助他人实施的不正当竞争行为
- 调整行政调查程序和完善法律责任

我们关于《征求意见稿》的具体方面和简要评述如下，供读者参考。

1. 数字经济领域的新型不正当竞争行为成为关注重点

从近期的立法趋势而言，数字经济领域的竞争监管规则仍然是境外主流司法辖区和中国的关注重点。就中国而言，2021年2月7日，国务院反垄断委员会发布的《**关于平台经济领域的反垄断指南**》对中国数字经济领域中的反垄断合规问题作出具有针对性的指引（就此请见 [《海问观察：平台经济反垄断指南征求意见稿》](#) 的解读）；2021年8月17日，市场监督管理总局发布的《**禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）**》进一步拟就网络不正当竞争行为予以规制（就此请见 [《海问观察：网络反不正当竞争新规征求意见稿》](#) 的解读）；2021年10月29日，市场监督管理总局发布的《**互联网平台分类分级指南（征求意见稿）**》和《**互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）**》（合称“**《平台分类分级/责任指南》**”）拟根据用户规模、业务种类、经济体量以及限制能力等方面就互联网平台进行分级，就其中的超大型平台经营者提出系列限制和义务（涵盖竞争、广告、数据、消费者权益保护等诸多方面的主体责任）。2022年8月1日正式实施的**《修订〈反垄断法〉》**特别增加数字经济领域反垄断的相关规则，明确规定经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事垄断行为。

《征求意见稿》延续上述监管立场，于总则第4条规定，“国家健全数字经济公平竞争规则。经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事不正当竞争行为”；于分则第13-21条中，结合数字经济领域竞争行为的特点，在此前“互联网专条”的基础上，通过增补和修订的方式，对当下数字经济领域的“拒绝开放”、“数据爬取”、“大数据杀熟”、“二选一”、“反向刷单/恶意交易”、“关键词搜索关联”等热点问题作出回应，列举六类典型的损害公平交易行为，具体而言：

- “**二选一**”：新增第13条，再次引入“相对优势地位”概念，拟就具有相对优势地位的经营者无正当理由实施对交易相对方的经营活动进行不合理限制或者附加不合理条件的特定行为予以规制，该等特定行为中包括通过影响用户选择、限流、屏蔽、搜索降权、商品下架等方式，干扰正常交易。就此，请见下文第2点的进

¹ 国家市场监督管理总局关于《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》征求意见的公告，具体请见：https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202211/t20221121_351812.html。

² 根据《国务院2022年度立法工作计划》，反不正当竞争法修订草案列入“预备提请全国人大常委会审议”的法律案序列。

一步评述。

- **恶意交易/反向刷单**：新增第14条，新增“恶意交易”条款，旨在解决网络交易场景下通过恶意交易行为妨碍、破坏其他经营者的正常经营的行为：(1)故意通过短期内与其他经营者进行大规模、高频次交易、给予好评等，引发相关惩戒，使其他经营者受到搜索降权、降低信用等级、商品下架、断开链接、停止服务等处置；(2)恶意在短期内拍下大量商品不付款；(3)恶意批量购买后退货或者拒绝收货。作为实践中的示例，义乌反刷单案³中，经由某电商平台推送线索，从事反向刷单行为的当事人最终被认定构成破坏生产经营罪。
- **流量劫持/妨碍干扰/恶意不兼容**：于第15、16条完善“互联网专条”，涵盖网络实践中常见的流量劫持、妨碍干扰或恶意不兼容情形，例如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“嵌入自己或者他人的产品或服务”，“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”，“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”。作为实践中的示例，多家搜索引擎公司诉一家输入法软件公司案⁴中，用户在搜索引擎搜索框中用涉案输入法软件输入文字，该输入法软件将给出候选词列表，如用户点击该列表中的候选词，则将跳转至该输入法软件公司运营的搜索引擎的搜索结果，法院最终认定该输入法软件公司前述行为属于不正当竞争行为，判决其败诉并承担相应赔偿责任。
- **拒绝开放**：新增第17条，规定“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”。近年来，随着平台之间的竞争日益加剧，某些互联网平台通过拒绝向（潜在）竞争对手开放API接口、或设置技术障碍等屏蔽行为，使得其他应用软件无法正常使用平台的服务，也使得用户无法正常分享其他应用软件中的内容。尽管“互联互通”和增加互操作性是目前的监管价值取向，但是与“二选一”的问题相似，在《反垄断法》下规制“拒绝开放”的行为至少需满足经营者“具有市场支配地位”以及“没有正当理由”两项前提。《征求意见稿》新增的第17款将实质性降低规制的门槛，但仍需满足“违反行业惯例或者技术规范”这一前提（尽管这一前提在适用中可能面临监管的自由裁量以及可执行性的问题）；换言之，经营者拒绝开放行为的合理边界，在于能够证明其行为符合行业惯例或者技术规范，以及结合第21条的考虑因素（具体请见下文）论证其不构成不正当竞争行为，由于相关前提/考虑因素均系定性而非定量标准，合理预期将为经营者的合规工作带来不小的挑战。
- **数据爬取**：新增第18条，拟就经营者不当获取或使用其他经营者的商业数据的特定行为予以规制。就此，请见下文第3点的进一步评述。
- **大数据杀熟**：新增第19条，拟就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。就此，与上文关于“二选一”、“拒绝开放”等问题的分析相似，这一条款可能对于平台企业的合规工作带来不小的挑战，就如何细致评估地一项面向用户的差异化商业安排构成“不合理的”“差别”待遇，有待配套规则以及执法实践提供更多参考和指引。

³ 请见浙江省金华市中级人民法院(2018)浙07刑终602号裁定，具体请见：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=440d0d0ac9f44c6d8645a93300e1b92f>。

⁴ 请见北京市海淀区人民法院(2017)京0108民初7967号判决，具体请见：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=a6472e6817f14d3faf0facf1000964d6>；以及北京市海淀区人民法院(2016)京0108民初14003号判决，具体请见：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=f1ac0914fc8a48f5a9e7ab28000bdf>。

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21条规定了判断是否构成不正当竞争行为的考量因素,以期增强制度的可预期性和执法的规范性,包括:

(1) 对消费者、其他经营者合法权益以及社会公共利益的影响;(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) 对技术创新、行业发展、网络生态的影响等。前述考量因素一定程度上有助于为经营者的自我合规评估或者抗辩提供基础和思路。

2. 再次引入“相对优势地位”概念, 规制影响公平竞争秩序的限制性商业安排

《征求意见稿》第13条, 再次引入“相对优势地位”的概念, 规定具有相对优势地位的经营者无正当理由不得实施特定行为, 对交易相对方的经营活动进行不合理限制或者附加不合理条件:

- 强迫交易相对方签订排他性协议;
- 不合理限定交易相对方的交易对象或者交易条件;
- 提供商品时强制搭配其他商品;
- 不合理限定商品的价格、销售对象、销售区域、销售时间或者参与促销推广活动;
- 不合理设定扣取保证金, 削减补贴、优惠和流量资源等限制;
- 通过影响用户选择、限流、屏蔽、搜索降权、商品下架等方式, 干扰正常交易(合称“滥用相对优势地位”)。

“相对优势地位”, 包括经营者在技术、资本、用户数量、行业影响力等方面的优势, 以及其他经营者对该经营者在交易上的依赖等。

滥用相对优势地位的规则于2017年《反不正当竞争法》首次修订过程中, 于国务院法制办公开征求意见的《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》中即有规定, 但是这一规则在正式出台和实施的2017年经修订的《反不正当竞争法》中删除; 2019年经修订的《反不正当竞争法》中亦未增加这一规则。此外, 我们注意到, 2020年10月20日市场监督管理总局发布的《网络交易监督管理办法(征求意见稿)》第31条亦提及“网络交易平台经营者不得滥用优势地位干涉平台内经营者的自主经营, 不得对平台内经营者与其他平台的商业合作进行不合理限制或者附加不合理条件”⁵, 但是这一规定在正式出台和实施的《网络交易监督管理办法》中删除。前述立法沿革, 似乎侧面反映“滥用相对优势地位”作为一项执法工具颇具争议。其删除的原因可能在于(1) 认定标准在实践中可能产生较大的不确定性;(2) 与市场支配地位不同, 相对优势关注的是相对议价能力而非市场支配力量, 如何合理运用这一执法工具而避免不当干预市场正常运作, 要求更高的执法技术;(3) 与滥用市场支配地位规则竞合, 但其不要求经营者具备市场支配地位, 可能会影响《反垄断法》滥用市场支配地位条款的实用性, 并潜在地使得该条款在《反不正当竞争法》更低的标准前缺乏适用空间。

就滥用相对优势地位规则拟规制的限制或者附加不合理条件安排而言, 以典型的“二选一”行为为例, 在现行规则之下, 基于个案不同, 其可能面临不同的法律评价(当然不必然是负面评价, 具体取决于对于其他经营者、市场和消费者福利影响的综合评估):

- 《反垄断法》: 如实施“二选一”限制的主体具有市场支配地位, 可能构成滥用市场支配地位的行为; 即便不具有市场支配地位但市场份额显著, 亦可能构成与交易相对人达成的纵向非价格垄断协议;

⁵ 第31条: 网络交易平台经营者不得滥用优势地位干涉平台内经营者的自主经营, 不得对平台内经营者与其他平台的商业合作进行不合理限制或者附加不合理条件。

平台内经营者可以自主选择在多个平台开展经营活动。平台与平台内经营者建立或者变更独家经营合作关系有关的事项, 应当在平等基础上进行公平协商, 并通过书面形式对合作条件、双方义务、违约责任等予以明确约定, 平台不得通过不合理的搜索降权、下架商品、限制经营、屏蔽店铺、提高服务收费等手段强制平台内经营者接受。平台提出建立或者变更独家经营合作关系有关的事项, 造成平台内经营者损失的, 应当对平台内经营者予以合理补偿。”

- **《反不正当竞争法》**：如市场份额不显著，但利用技术手段影响用户“二选一”的，可能构成不正当竞争行为。作为实践中的示例，一家电商平台运营公司不正当竞争行为处罚案⁶中，该电商平台为获取竞争优势及交易机会，开发并使用巡检系统，获取同时在本公司和其他公司上架销售的品牌经营者信息，利用供应商平台系统、智能化组网引擎、运营中台等提供的技术手段，通过影响用户选择及限流、屏蔽、商品下架等方式，减少品牌经营者的消费注意、流量和交易机会，限制品牌经营者的销售渠道，妨碍、破坏了品牌经营者及其他经营者合法提供的网络产品和服务正常运行，被认定为违反了反不正当竞争法的规定，处300万元罚款。
- **《电子商务法》、《网络交易监督管理办法》**：不以“利用技术手段”为前提，利用服务协议、交易规则以及技术等手段实施“二选一”亦可能构成前述规则项下的违法违规行。为。

滥用相对优势地位的条款，如最终通过和实施，将取代上述《反不正当竞争法》项下的执法路径，合理预期相较于其他规制路径或可得到更广泛的适用。

3. 引入“商业数据”新概念，明确数据利用的正当边界

《征求意见稿》第18条，拟就经营者不当获取或使用其他经营者的商业数据的特定行为（包括数字经济领域广为讨论的“数据爬取”行为）予以规制：

- 以盗窃、胁迫、欺诈、电子侵入等方式，破坏技术管理措施，不正当获取其他经营者的商业数据，不合理地增加其他经营者的运营成本、影响其他经营者的正常经营；
- 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，并足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务；
- 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；
- 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。

“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。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，不属于不正当获取或者使用其他经营者商业数据。

《征求意见稿》首次引入“商业数据”的概念（及其例外），同时试图提炼和类型化违法的商业数据获取和利用行为（特别是将不法/不当/不善意的获取，以及达到足以实质性替代的程度作为评价因素和标准），以利于数据的流转和利用。

我们注意到最高人民法院于2021年8月18日发布的《关于适用〈反不正当竞争法〉若干问题的解释》（“**《新反法解释》**”）的征求意见稿第26条就“数据爬取”行为曾作出规定，在总结相关司法实践经验基础上，尝试界定“数据爬取”行为在何种情况下构成不正当竞争，包括被使用的数据需要是经营者“征得用户同意、依法收集且具有商业价值”的数据、使用达到了“足以实质性替代”的程度等。其中，根据该条第二款，经营者使用其他经营者控制的数据在满足一定条件的情况下即便未经其他经营者同意亦并不构成不正当竞争。这一条款最终没有在正式出台《新反法解释》中得以保留。最高法民三庭负责人就反不正当竞争法司法解释答记者问中提及，“考虑到互联网行业技术和商业模式更新发展快的特点，《解释》未进一步列举新的行为方式，而是严格把握立法精神和竞争政策，及时总结司法实践经验，对法律适用条件作出适当细化，为司法裁判提供必要规则指引，同时为市场的自我调节和技术创新留出空间”。由此可见，就“数据爬取”行为的解释最终未能保留，可能是最高院认为相关司法实践尚不成熟，且需要为市场留出自我调解和创新的空间。与最高院的态度不同，市场监督管理总局在征求意见稿的做法似乎更为积极。

⁶ 请见国家市场监督管理总局行政处罚决定书（国市监处〔2021〕3号），具体链接为http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/jjjzj/202102/t20210210_326097.html。

一方面，“商业数据”概念的引入，反映了“分类分级”这一优化数据治理的总体前提思路。在国家《个人信息保护法》《数据安全法》等一批法律及配套措施逐渐落地的总体背景下，在梳理并改进数据处理活动、优化提升数据治理水平、防范数据处理违法行为的工作开展之初，往往需要先对数据进行分类分级。“商业数据”这一概念的引入，如果在后续最终生效的法律中得到保持，则势必会给数据分类分级工作带来新的参考维度与要素。因此，作为数据处理者的广大机构主体有必要密切关注这一概念及其相关规则的立法动态，及时调整、更新数据分类分级参数或考量要素，进一步优化数据分类分级活动的分类维度和颗粒度。

另一方面，“商业数据”概念的引入，一定程度上补全了商业秘密保护制度无法完全触及的拼图。“商业数据”仅要求“依法收集”“具有商业价值”和“采取相应技术管理措施”三个要件，并不要求“秘密性”“价值性”和“保护性”这三个“商业秘密”的较严格的要件，因此总体保护门槛在相当一部分场景下低于“商业秘密”。这有利于保护市场竞争主体在一些场景中不属于商业秘密的数据受到侵害的情况。

但是，我们也期待立法者及业界专家对“商业数据”的概念、范围及监管规则进行进一步的讨论。例如，目前《征求意见稿》第18条规定的上述类型化的侵犯商业数据的行为，在商业数据同时构成商业秘密的情况下，也较有可能与侵犯商业秘密构成竞合，竞合的情况下的规则衔接与适用可能是实践中有待进一步明确的问题。另外，“商业数据”概念规定了“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经营者商业数据”这一例外。该例外如何理解，或是否需要进一步的立法讨论中进行改进和修订，也是值得探讨的问题。例如，目前已经出现的大量爬虫抓取数据或其他形式的数据违法处理的司法案例中，被获取的数据往往是部分公众不需要付费即可以浏览甚至使用的数据，这些公众可能是网站的注册用户，也甚至可能是不需要注册的访客，但这些案例中，被告往往因为获取这些数据并“足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务”而被判决构成不正当竞争行为。该等公众免费访问、使用的某一网站的数据，是否属于《征求意见稿》中所述的“与公众可以无偿利用的信息相同的数据”，或是否应当在《征求意见稿》规定的这一违法例外场景中进行更为精确的界定与区分，或引入“例外的例外”，都是值得在立法和实践执法过程中进一步考虑的问题。

4. 明确平台经营者加强竞争合规管理以及确立平台内公平竞争规则

《征求意见稿》第22条作为新增条款，明确平台经营者应当加强竞争合规管理，积极倡导公平竞争；应当在平台服务协议和交易规则中明确平台内公平竞争规则，引导平台内经营者依法竞争。

如第1点中提及的，加强平台主体责任，推进数字经济公平竞争近期以来的监管导向。这为平台经营者提出更高的合规要求，建议密切关注立法和执法趋势，完善和落实合规制度。有效的竞争合规体系亦将有助于提升平台治理水平以及为良好的监管沟通提供基础。有效的竞争合规体系应当关注合规项目的整体涉及及完备性、企业内部的合规文化建设、合规团队的权限及对相关事项的管控能力、风险识别、日常合规培训以及向员工传递明确的合规要求，定期修订合规项目、组织内部审计/评估、完善报告机制和奖惩机制。

5. 完善商业贿赂的认定标准

《反不正当竞争法》	《征求意见稿》
<p>第七条 经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势：</p> <p>（一）交易相对方的工作人员；</p> <p>（二）受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；</p> <p>（三）利用职权或者影响力影响交易</p>	<p>第八条 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下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势：</p> <p>（一）交易相对方或者其工作人员；</p> <p>（二）受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；</p> <p>（三）利用职权或者影响力影响交易</p>

<p>的单位或者个人。</p> <p>经营者在交易活动中，可以以明示方式向交易相对方支付折扣，或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的，应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。</p> <p>经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。</p>	<p>的单位或者个人。</p> <p>经营者在交易活动中，可以以明示方式向交易相对方支付折扣，或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的，应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。</p> <p>经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。</p> <p><u>任何单位和个人不得在交易活动中收受贿赂。</u></p>
--	---

《征求意见稿》中对于商业贿赂的修订主要集中在三处：

- (1) 明确商业贿赂的方式包括经营者自行贿赂及指使他人贿赂（详见下述第8点的评述）；
- (2) 贿赂对象之一由“交易相对方的工作人员”修改为“交易相对方或者其工作人员”：

根据《联合国反腐败公约》和许多司法管辖区的规定，“贿赂”是指向个人员工、代理或其他受托人不当提供或支付有价值物，意图诱导或鼓励收受方违反对第三人的法律义务（通常是收受人的雇主）。在官员腐败语境下，贿赂诱导政府官员和国家机关工作人员将个人利益置于公共职务之上；在商业贿赂语境下，贿赂诱导私人企业员工或代理人追求自身私人利益，而抛弃对雇主或委托人的法律义务。

在2017年《反不正当竞争法》修订之前，根据1993年出台的《反不正当竞争法》及1996年出台的《国家工商行政管理局关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》，中国立法上将收受商业贿赂的主体描述为“对方单位或个人”，这使得贿赂的定义较为宽泛。实践中经营者向交易相对方提供某些特殊的商业利益（例如在其他司法管辖区区域内视为正当竞争行为的对经销商、零售商以及其他销售渠道合作商的报酬、奖励、赠品、折扣），在《反不正当竞争法》下会被认定为商业贿赂。

2017年《反不正当竞争法》修订后，仅将交易相对方的工作人员、受委托人和有影响力的第三方作为贿赂对象，“交易相对方”不再明确列为收受商业贿赂的主体，实践中对于与交易相对方之间“公对公”的激励行为的执法关注也有所弱化。

本次《征求意见稿》再次将“交易相对方”纳入贿赂对象的范围内，是否意味着对于“公对公”的激励安排（特别是未明示如实入账的激励）再次纳入商业贿赂的执法重点，值得后续重点关注。特别是对于采用经销模式、“返利下沉”等激励方式的企业而言，或有较大影响。

- (3) 将受贿行为明确纳入规制范围：

在中国《刑法》中，行贿和受贿行为都存在相应的规制和对应的罪名，而现行的《反不正当竞争法》未明确将收受贿赂的一方纳入规制范围，这对行政执法构成了一定的限制。

《征求意见稿》增加了对受贿行为的禁止性规定，即“任何单位和个人不得在交易活动中收受贿赂”。同时《征求意见稿》在第29条中增设了收受商业贿赂行为的处罚，即“经营者或者其工作人员在交易活动中收受贿赂的，法律、行政法规有规定的，依照其规定；法律、行政法规没有规定的，依照前款规定处罚”。

实践中，企业除了防止出现行贿行为外，也需注意对自身及员工取得来自于第三方的商业利益、好处的行为施以同等的关注和管控。

6. 完善仿冒混淆、虚假宣传、有奖销售、商业诋毁的认定标准

结合今年的执法和司法实践,《征求意见稿》亦就传统的反不正当竞争行为作出如下方面的完善:

- **仿冒混淆:** 将擅自使用与他人有一定影响的市场主体名称、社会组织名称、姓名等近似的标识、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、擅自将他人有一定影响的商业标识设置为搜索关键词纳入商业混淆的范畴,补充了构成商业混淆的标识类型;
- **虚假广告:** 明确商业宣传的概念,即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。此外,为回应实践中“刷单炒信”“好评返现”“网络水军”等新型虚假宣传情形,将“虚假评价”明确为虚假宣传的行为之一;
- **有奖销售:** 将“虚假设置奖项内容”明确为违规的有奖销售行为、增补规定“有奖销售活动结束后,经营者不得变更前款第一项规定的有奖销售信息,有利于消费者的除外”;
- **商业诋毁:** 将“指使他人编造、传播”虚假信息或者误导性信息,损害竞争对手“或者其他经营者”的商业信誉、商品声誉的情形亦列为商业诋毁的情形。

7. 推动建立一体化的商业秘密保护体系

《征求意见稿》于第10条商业秘密保护条款中新增了“国家推动建立健全商业秘密自我保护、行政保护、司法保护一体的商业秘密保护体系”的规定。该条款一方面强调了对于商业秘密的全方位保护;另一方面,为落实本规定,我们预期后续有可能会进一步出台针对商业秘密保护一体化的具体政策。

8. 明确规制指使或协助他人实施的不正当竞争行为

	《反不正当竞争法》	《征求意见稿》
商业贿赂	第七条 经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人,以谋取交易机会或者竞争优势:	第八条 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下列单位或者个人,以谋取交易机会或者竞争优势:
虚假宣传	第八条第二款 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。	第九条第三款 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。
商业诋毁	第十一条 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。	第十二条 经营者不得编造、传播或者指使他人编造、传播虚假信息或者误导性信息,损害竞争对手或者其他经营者的商业信誉、商品声誉。

《征求意见稿》从三个方面对指使或协助他人实施不正当竞争行为进行了明确的规制,并加大了对不正当竞争中的协助行为的惩处力度:

(1) 明确经营者不得指使他人提供商业贿赂:

实践中,经营者通过第三方提供商业贿赂的形式较为常见。《征求意见稿》虽然明确指使他人提供商业贿赂属于商业贿赂的一种表现形式,但并未明确对于被指使的第三方,作为商业贿赂的通道,应当承担何种责任。被指使的第三方是否应当承担一定责任的问题仍值得进一步的探讨。

(2) 明确经营者不得为虚假宣传提供策划、制作、发布等服务：

本条的修改将为虚假宣传提供策划、制作、发布服务的服务提供商的协助行为纳入虚假宣传的规制中。同时，作为配套的执法措施，《征求意见稿》在第30条中增设对为虚假宣传提供策划、制作、发布服务行为的处罚，即“经营者知道或者应当知道为虚假宣传行为，仍提供策划、制作、发布等服务的，依照前款规定处罚”（“前款规定”指对通过组织虚假交易、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的处罚），进一步加大虚假宣传中的协助行为的处罚力度。

(3) 明确经营者不得指使他人编造、传播虚假或误导性信息及损害商誉：

与前述《征求意见稿》的第8条的修改类似，本条明确不得指使他人进行商业诋毁，但未明确被指使的第三方应承担的责任，有待进一步的探讨。

9. 调整行政调查程序和法律责任

(1) 调整行政调查程序

就涉嫌不正当竞争行为的调查，《征求意见稿》第23条的调整包括：(1) 在监督检查部门调查措施中增加查询涉嫌不正当竞争行为的经营者的第三方支付账户及支付记录；(2) 删除采取调查措施应向部门主要负责人书面报告并经批准的程序；(3) 将查封、扣押财物及查询账户的审批权下放至县级以上监督检查部门。

上述调整扩大了调查手段，在一定程度上放宽了监管机构调查的程序性要求，整体上加强了对不正当竞争行为的调查力度。

(2) 调整法律责任

调整违法行为的处罚额度。根据执法实践需要，为确保过罚相当，降低了虚假宣传的处罚下限；同时，对实施损害公平交易及网络不正当竞争行为，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，进一步加大打击力度。。如下请见就现行《反不正当竞争法》和《征求意见稿》项下就相关不正当竞争行为的行政处罚条款对比小结，供读者参考。

违法行为	《反不正当竞争法》	《征求意见稿》
混淆行为	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为，没收违法商品； 违法经营额超过5万元，可并处违法经营额5倍以下罚款； 没有违法经营额或违法经营额不足5万元，可并处25万元以下罚款； 情节严重的，吊销营业执照； 登记的企业名称构成混淆的，应及时变更登记。 	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为，没收违法所得、违法商品及生产工具； 违法经营额超过5万元，可并处违法经营额5倍以下罚款； 没有违法经营额或违法经营额不足5万元，可并处25万元以下罚款； 情节严重的，吊销营业执照。 知道或应知他人实施混淆行为，仍销售混淆商品，或故意为实施混淆行为提供便利，帮助他人实施混淆行为，适用前款规定； 销售不知道是混淆商品，且能证明商品为合法取得并说明提供者，责令停止销售； 登记的市场主体名称构成混淆的，应自处理决定作出之日起30日内变更登记。
商业贿赂	<ul style="list-style-type: none"> 没收违法所得；处10万元以上300万元以下罚款； 情节严重的，吊销营业执照。 	<ul style="list-style-type: none"> 没收违法所得；处10万元以上500万元以下罚款； 情节严重的，吊销营业执照； 收受贿赂，法律、行政法规有规定的，从其规定，无相关规定的，按前款规定处罚。

违法行为	《反不正当竞争法》	《征求意见稿》
虚假宣传	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为；处20万元以上100万元以下罚款； 情节严重的，处100万元以上200万元以下罚款，可吊销营业执照； 属发布虚假广告，按《广告法》处罚。 	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为；没收违法物品及违法所得；处10万元以上100万元以下罚款； 情节严重的，处100万元以上200万元以下罚款，可吊销营业执照； 知道或应知为虚假宣传，仍提供策划、制作、发布等服务的，按前款规定处罚； 属发布虚假广告，按《广告法》处罚。
侵犯商业秘密	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为；没收违法所得；处10万元以上100万元以下罚款； 情节严重的，处50万元以上500万元以下罚款。 	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为；没收违法所得；处10万元以上100万元以下罚款； 情节严重的，处100万元以上500万元以下罚款。
有奖销售	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为，处5万元以上50万元以下罚款 	<ul style="list-style-type: none"> 不涉及调整
商业诋毁	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为、消除影响，处10万元以上50万元以下罚款； 情节严重的，处50万元以上300万元以下罚款。 	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为、消除影响，处10万元以上100万元以下的罚款； 情节严重的，处100万元以上500万元以下的罚款。
滥用相对优势地位	N/A	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为，没收违法所得，处10万元以上100万元以下罚款； 情节严重的，处100万元以上500万元以下罚款。
恶意交易	N/A	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为，没收违法所得，处10万元以上100万元以下罚款； 情节严重的，处100万元以上500万元以下罚款。
网络不正当竞争行为	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为，处10万元以上50万元以下罚款； 情节严重的，处50万元以上300万元以下罚款。 	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为，没收违法所得，处10万元以上100万元以下的罚款； 情节严重的，处100万元以上500万元以下的罚款。
兜底条款：其他不正当竞争行为	N/A	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为，没收违法所得，处10万元以上100万元以下罚款； 情节严重的，处100万元以上500万元以下的罚款。
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开利益的滥用相对优势地位/网络不正当竞争行为	N/A	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为，没收违法所得，处上一年度销售额1%-5%以下的罚款，并可以责令停业、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照； 法定代表人、主要负责人和直接责任人员对不正当竞争行为负有个人责任的，处10万元以上100万元以下的罚款。
从轻或减轻/不予处罚情形	<ul style="list-style-type: none"> 主动消除或减轻危害后果等法定情形的，依法从轻或者减轻处罚； 违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果，不予处罚。 	<ul style="list-style-type: none"> 不涉及调整
失信记录	<ul style="list-style-type: none"> 记入信用记录，并予以公示 	<ul style="list-style-type: none"> 不涉及调整

违法行为	《反不正当竞争法》	《征求意见稿》
当事方已就民事责任达成和解或者得到裁决，未损害公平竞争秩序和社会公共利益	N/A	<ul style="list-style-type: none"> 可以不调查； 已经调查的可以终止调查； 调查结束的，可以免除处罚。
妨碍调查	责令改正，对个人可以处 5,000 元以下罚款，对单位可以处 5 万元以下罚款，并可以由公安机关依法给予治安管理处罚。	责令改正，对个人可以处 5 万元以下罚款，对单位可以处 50 万元以下罚款，并可以由公安机关依法给予治安管理处罚。

王丹琳、陈青青亦参与本文写作。