

Competition Law
and
Policy Review.

王先林·主编

3

竞争法律 与政策评论

——第3卷——



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

王先林·主编

3

竞争法律 与政策评论

——第3卷——



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

竞争法律与政策评论. 第3卷 / 王先林主编. — 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1295 - 2

I. ①竞… II. ①王… III. ①反不正当竞争—经济法—研究—中国 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 205482 号

竞争法律与政策评论(第3卷)

JINGZHENG FALÜ YU ZHENGCE PINGLUN
(DI - SAN JUAN)

王先林 主编

策划编辑 何 萍
责任编辑 何 萍
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 杨昆玲

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 19.5

字数 330 千

版本 2017 年 8 月第 1 版

印次 2017 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1295 - 2

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

竞争法律 与政策评论

——第3卷——

编辑委员会

(按姓氏笔画为序)

于 左	王仁荣	王先林	王晓晔
王 健	方小敏	叶 明	宁立志
李 剑	李胜利	许光耀	乔 岳
时建中	林 平	林燕萍	郑鹏程
孟雁北	侯利阳	徐士英	黄 勇

主 任

王晓晔

主 编

王先林

本卷执行主编

侯利阳

编辑部秘书

袁 波 孙伯龙

前 言

在本卷执行主编侯利阳教授以及中心执行主任李剑教授等的精心策划和各位作者的大力支持下,《竞争法律与政策评论》(以下简称《评论》)第3卷的审稿编辑任务已经完成,本卷所载的大作很快就要面世了。

本卷共设置五个部分。本卷特别聚焦《反不正当竞争法》修订,为此设置了“热点问题笔谈”和“热点问题探讨”两个部分。在“热点问题笔谈”部分,3位专家分别就此发表了自己的看法:郑友德教授的《浅议我国〈反不正当竞争法〉的修订》,宁立志教授的《互联网不正当竞争条款浅议》,以及叶明教授的《对〈反不正当竞争法(修订草案)〉的评析》。在“热点问题探讨”部分,发表了6篇论文,分别是孔祥俊教授的《对修订〈反不正当竞争法〉的若干建议》,李友根教授的《修订法律应尊重与吸收司法经验——以〈反不正当竞争法(修订草案)〉经营者定义为例》,谢晓尧教授的《〈反不正当竞争法〉修改的限度》,孟雁北教授的《对〈反不正当竞争法(修订草案)〉的完善建议》,王先林教授的《我国〈反不正当竞争法〉修订中若干基本问题初探》,以及刘维博士的《论反不正当竞争法对知识产权补充保护之边界》。在“学术专论”部分刊载了5篇论文:分别是 Adrian Emch(孟记安)的《2016年中国反垄断法年度回顾及评论》,Mark Snyder的《最小可销售专利实施单位:避免陪审团误判的工具》,马辉的《反垄断法与消费者法的合作规制研究》,韩伟的《数据驱动型并购的反垄断审查——以欧盟微软收购领英案为例》,孙伯龙和侯利阳的《论上海市加快实施创新驱动发展的竞争战略》。在“学位论文选登”部分,发表了尚立娜博士的论文《美国和欧盟著作权集体管理组织反垄断规制的比较研究》。在“研究咨询报告”部分,发表了林文、甘蜜律师的《2016年度中国反垄断行政执法报告》和杜爱武、陈云开律师

的《中国反垄断私人诉讼的发展——以典型案例为分析基础》。在“学术动态”部分,刊登了上海交通大学竞争法律与政策研究中心近期动态(第3期)。

我们衷心感谢国内外专家学者的大力支持和无私帮助。我们希望在学界同仁的共同支持和帮助下,《评论》能够真正成为有特色、有影响的专业性的学术出版物。

本书的出版继续得到了百威英博(中国)有限公司的赞助,并得到了上海高校智库内涵建设计划的支持,主办方对此表示诚挚的感谢!

王先林

2017年5月25日

目 录

竞争法律与政策评论(第3卷)

专题研讨:《反不正当竞争法》修订

热点问题笔谈

- 浅议我国《反不正当竞争法》的修订 郑友德 / 3
- 互联网不正当竞争条款浅议 宁立志 / 7
- 对《反不正当竞争法(修订草案)》的评析 叶 明 / 11

热点问题探讨

- 对修订《反不正当竞争法》的若干建议 孔祥俊 / 15
- 修订法律应尊重与吸收司法经验
- 以《反不正当竞争法(修订草案)》经营者定义为例 李友根 / 22
- 《反不正当竞争法》修改的限度 谢晓尧 / 36
- 对《反不正当竞争法(修订草案)》的完善建议 孟雁北 / 42
- 我国《反不正当竞争法》修订中若干基本问题初探 王先林 / 53
- 论反不正当竞争法对知识产权补充保护之边界 刘 维 / 64

学术专论

2016 年中国《反垄断法》年度回顾及评论

孟记安(Adrian Emch) 著 孙伯龙 译 / 81

最小可销售专利实施单位:避免陪审团误判的工具

马克·斯奈德(Mark Snyder) 著 沈 娜 译 / 102

反垄断法与消费者法的合作规制研究

——以消费者选择为分析范式 马 辉 / 117

数据驱动型并购的反垄断审查

——以欧盟微软收购领英案为例

韩伟 / 143

论上海市加快实施创新驱动发展的竞争战略

孙伯龙 侯利阳 / 171

学位论文选登

美国和欧盟著作权集体管理组织反垄断规制的比较研究

尚丽娜 / 191

研究咨询报告

2016年度中国反垄断行政执法报告

林文 甘蜜 / 213

中国反垄断私人诉讼的发展

——以典型案例为分析基础

杜爱武 陈云开 / 281

学术动态

上海交通大学竞争法律与政策研究中心近期动态(第3期)

/ 297

TABLE OF CONTENTS

Competition Law and Policy Review (Vol. 3)

Focus on Popular Issues: Draft Anti – Unfair Competition Law

Remarks on the Draft Anti – Unfair Competition Law	<i>Youde ZHENG / 3</i>
Reviews on Unfairly Competitive Conduct on Internet	<i>Lizhi NING / 7</i>
Comments on the Draft Anti – Unfair Competition Law	<i>Ming YE / 11</i>

Comments on Popular Issues

Several Suggestions on the Draft Anti – Unfair Competition Law	<i>Xiangjun KONG / 15</i>
To Respect and to Absorb Judicial Experience When Amending Laws; From the Perspective of Business Operators within the Draft Anti – Unfair Competition Law	<i>Yougen LI / 22</i>
The Boundaries of Amending the Anti – Unfair Competition Law	<i>Xiaoyao XIE / 36</i>
To Improve the Draft Anti – Unfair Competition Law	<i>Yanbei MENG / 42</i>
Several Fundamental Problems within the Draft Anti – Unfair Competition Law	<i>Xianlin WANG / 53</i>
The Boundary of Complimentary Intellectual Property Protection under Anti – Unfair Competition Law	<i>Wei LIU / 64</i>

Articles

Chinese Competition Law; The Year 2016 in Review	<i>Adrian Emch / 81</i>
SSPPU; A Tool for Avoiding Jury Confusion	<i>Mark Snyder / 102</i>

The Callaborative Pattern between Anti – Monopoly Law and Consumer

Protection Law

Hui MA / 117

Antitrust Review in Meger Cases of Digial Economy

Wei HAN / 143

Competition Strategies to Accelerate the Innovatio – Oriented Economy in

Shanghai

Bolong SUN & Liyang HOU / 171

Dessertation

Comparative Study on Antitrust Regulation of Copyright Collective Society

in the US and the EU

Lina SHANG / 191

Consultation Report

A Big Data Analysis on Public Enforcement of China's Anti – Monopoly

Law(2016)

Wen LIN & Mi GAN / 213

New Developments of Private Antitrst Enforcement in China:A Perspective

from Classical Cases

Aiwu DU & Yunkai CHEN / 281

News

Recent Activities of SJTU Center for Comptition Law and Policy(3nd update) / 297

专题研讨:《反不正当竞争法》修订

浅议我国《反不正当竞争法》的修订

郑友德*

笔者认为,现阶段我国《反不正当竞争法》的修订至少应该围绕以下两个问题展开:一是反不正当竞争法的保护目的究竟是什么;二是怎样界定不正当竞争行为和一般条款。余下分述之。

一、关于反不正当竞争法的保护目的

从发达国家反不正当竞争法的演进趋势来看,反不正当竞争法已从主要保护竞争者利益、维护公平竞争秩序的传统模式向保护竞争者利益、消费者利益和公众利益的现代模式转变。其典型代表是20世纪70年代北欧的《市场行为法》和2004年欧盟的《不正当商业行为指令》。

我国《反不正当竞争法》第1条开宗明义规定“为了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”的立法宗旨后,必须解决反不正当竞争法保护主体即“保护谁”的问题,保护客体即“保护什么”亦即反不正当竞争法的保护利益问题。这两个问题对于解释竞争行为的构成要件以及法律责任的适用具有重要意义,如果反不正当竞争法以保护竞争者为唯一目标,那么它就不能够适用于侵害消费者的行为,因为后者不属于商业竞争行为,也只有受到直接侵害的竞争者才能享有诉权。

与现行《反不正当竞争法》第2条第2款相比,2016年《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》(以下简称《修订草案送审稿》)第2条第2款修改为:“本法所称的

* 郑友德,华中科技大学法学院教授、博士生导师,知识产权与竞争法研究中心暨知识产权与公共政策跨学科研究中心主任。

不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者或者消费者的合法权益,扰乱市场秩序的行为。”把经营者违反本法规定,损害其他经营者或消费者的合法权益,扰乱市场秩序的行为,并列为不正当竞争行为。而2017年《反不正当竞争法(修订草案)》(以下简称《修订草案》)第2条第2款又回复到现行法的原状。这样规定是否符合现行法保护经营者和消费者合法权益的立法宗旨?是否与现代反不正当竞争法的保护目标相背离?比如,德国和瑞士的《反不正当竞争法》、欧盟的《不正当商业行为指令》、WIPO反不正当竞争示范条款均主张对竞争者、相关消费者和公众及他们的利益的三重保护。

另从2017年《修订草案》整体内容来看,第6条关于混淆或误导行为的认定、第8条关于虚假表示即陈述的认定,均有赖于相关消费者,而且后者也是这两种不正当竞争行为的直接受害者。第13条禁止诋毁经营者商誉的行为必然损害相关消费者的合法权益。第14条则禁止侵害网络用户或网上消费者权益的网络不正当竞争行为。综上,《修订草案》第2章总共特别列举的9种或8种(若将第9条、10条并称“侵犯商业秘密行为”),而直接损害消费者合法权益的不正当竞争行为几乎占据一半。2016年《修订草案送审稿》第17条规定虽然不周延,但明确受到不正当竞争行为侵害的消费者享有诉权。而2017年《修订草案》第20条却撤下消费者的诉权条款,回到现行法的老路,使得受到不正当竞争直接侵害的消费者合法权益的保护在该《修订草案》中成为一句空话。因此,建议将2017年《修订草案》第2条第2款后半部修改为“不得从事损害竞争者和消费者的利益,扰乱市场公平竞争秩序的行为”,在《修订草案》第20条第2款后半部增设,与竞争利益相关的消费者受到不正当竞争行为侵害的,可以由代表其利益的依法登记的社会团体依法向人民法院提起诉讼。其理由是,不宜给消费者个人以诉权,因为此举有形成滥诉之虞,会给经营者或审判机构带来不必要的负担,且可能与《消费者权益保护法》的适用范围严重交叉,不符合两法的立法宗旨。反不正当竞争法意义上的消费者保护是通过维护公平竞争秩序而使消费者最终受益。

在经过24年的漫长等待后,我们终于迎来了《反不正当竞争法》的首次修订,但在立法目标上如此举棋不定,说明了我们至今仍然对未来反不正当竞争法的目标定位缺乏把握。在反不正当竞争法的目标定位上,存在传统与现代、本土化与全球化、中国特色与世界潮流、私益保护与私益保护兼顾公益保护等的分野与抉择。尽管我国现在已有《消费者权益保护法》《产品质量法》《广告法》等保护消费者权益,但源于不正当竞争导致直接损害消费者的行为,应该在修订的《反不正当竞争

法》中得到制止与救济。这样做既符合中国现实社会的需求,也基本顺应了世界反不正当竞争法的发展潮流。这种立法目标在保障社会公平竞争秩序、保护竞争者合法权益的同时,增加了消费者的社会福祉。

二、关于一般条款和不正当竞争行为的界定

通常认为,现行《反不正当竞争法》第2条第1款、2款合称为一般条款。一般条款适用于待决案件的前提是使“诚信”或“公认的商业道德”标准具体化为判决规范。现行《反不正当竞争法》第2条第1款、2款规定(“经营者在市场交易中,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德。”“本法所称的不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。”)一般被视为该法的一般条款或概括条款。2017年《修订草案》第2条第1款沿袭现行法规定,但对第2条第2款修改如下:“本法所称不正当竞争行为,是指经营者违反前款规定,以不正当手段从事市场交易,损害其他经营者的合法权益,扰乱竞争秩序的行为。”

首先,将“以不正当手段从事市场交易”增设为不正当竞争行为的概括性要件之一系画蛇添足;二是在列举“诚实信用”“公认的商业道德”等正当竞争要件的基础上,增加“不正当手段”这一抽象概念,使得本已清晰的不正当竞争行为的界定再度陷入扑朔迷离,至少需要在立法上大体明确之。“不正当竞争”在反不正当竞争法中原本是一个动态、弹性、开放、不确定的法律概念。尽管各国在反不正当竞争的立法、司法或判例对不正当竞争的界定有所差别,可从未有过用一个不确定的概念(“不正当手段”)去解释另一个不正当竞争的概念(“不正当竞争”)。

其次,“公认的商业道德”是诚信原则的体现。2007年2月1日起施行的最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》中,未就现行《反不正当竞争法》第2条第1款、2款进行司法解释,但在个别典型案例中认为,以违反公认的商业道德来概括不正当竞争行为是最为贴切和全面的,以此作为一般性条款来覆盖已经发生和潜在的不正当竞争行为,能够全面、有效规制不正当竞争行为。山东省食品进出口公司等诉青岛圣克达诚贸易有限公司等不正当竞争纠纷再审案(海带配额案)是里程碑式的案例。最高人民法院通过再审裁定的形式首次确立了第2条第1款、2款为一般条款的地位,并明确了独立适用该条款的严格条件。

诚信原则及公认的商业道德构成适用第2条第1款、2款的两项重要判断标

准。明确“诚实信用原则更多的是以公认的商业道德的形式体现出来的”。借鉴瑞士和意大利反不正当竞争法的一般条款,2017年《修订草案》第2条第1款、2款的修订,应在“诚信原则”或“公认的商业道德”中作出明确选择,杜绝叠加并用,以免造成立法理念上的混乱,乃至误导一般条款的司法适用。

另外,2017年《修订草案》第2条第1款和第2款割裂设置,不利于维护市场公平竞争机制。合并后的一般条款在对竞争行为正当性进行评判时应考虑行为损害的法益和造成的后果,兼顾价值判断的重要性。在维护市场公平竞争秩序的前提下,可依据反不正当竞争法的立法目的、以保障公平竞争者的利益为核心,同时分析该竞争行为是否会对其他经营者、消费者利益以及社会公共利益造成直接损害,将违反公认的商业道德或诚信原则的行为明确判定为扰乱公平竞争秩序的不正当竞争行为。