

反不正当竞争规制之路

——专家学者谈反不正当竞争立法

本报记者 陈和秋

近年来,我国反不正当竞争制度不断完善。今年8月,最高人民法院发布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释(征求意见稿)》(以下简称《司法解释》),国家市场监督管理总局发布《禁止网络不正当竞争行为规定(征求意见稿)》(以下简称《规定》),广东省推出《广东省实施〈中华人民共和国反不正当竞争法〉办法(草案建议稿)》(以下简称《广东办法》),分别对外公开征求意见。

上述征求意见稿之间如何协调?如何更好地规范反不正当竞争行为?近日,民主与法制社记者采访了武汉大学法学院竞争法与竞争政策研究中心主任孙晋、华东政法大学竞争法研究中心执行主任翟巍、清华大学国家战略研究院特约研究员刘旭。

新增互联网领域规制

受访专家表示,补充对互联网行业的规制是《司法解释》的一大亮点。现行《中华人民共和国反不正当竞争法》的司法解释——《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》关注重点在于传统行业。2017年,反不正当竞争法进行修订,第十二条对互联网行业不正当竞争行为进行了专门规制。

孙晋说,该条款相对抽象,使得司法实践中适用的案例相对较少。

刘旭表示,当下,移动互联网、物联网不断发展,衍生出个人数据保护、互联网生态等新问题,这需要对反不正当竞争法的配套性规范进行修订。此《司法解释》对移动端互联网反不正当竞争行为进行明确规制,特别是第二十六条回应了获取竞争对手数据是否属于不正当竞争行为的问题。

数据所有权归属问题目前仍存在争议,尤其在移动端,用户、手机应用、手机操作系统开发商,谁拥有数据所有权?刘旭认为,《司法解释》第二十六条强调了“经营者征得用户同意”的首要条件,肯定了用户对数据优先享有所有权。具体到实际应用场景中,不同平台通过用户授权获得同一数据,或者用户主动将信息同步到多个平台,应当得到允许。

刘旭表示,《司法解释》第二十六条第二款关注了市场主体的利益,提出:“经营者征得用户同意,合法、适度使用其他经营者控制的数据,且无证据证明使用行为可能损害公平竞争的市场秩序和消费者合法权益,控制该数据的经营者主张属于反不正当竞争法第十二条第二款第四项规定的行为的,人民法院一般不予支持。”

“这避免了‘数据孤岛’现象。”刘旭说,如果每个App都紧握各自的用户数据不放,可能会不利于用大数据分析为公众生活提供大量便利。

明确商业道德定义及司法管辖区域

此外,《司法解释》还对“商业道德”的释义和对反不正当竞争案件的司法管辖区域进行了规范。《司法解释》第三条对反不正当竞争法第二条规定的“商业道德”给出了具体定义。

“这是一种积极尝试。”孙晋说,实践中,“商业道德”是一个经常被提及的概念,但由于反不正当竞争法规定的“商业道德”过于模糊,司法机关往往难以把握。《司法解释》对此加以释义,有助于司法机关更好地引据相关条款。

翟巍建议,《司法解释》第三条加入对商业道德的评估程序。只有综合社会公共利益、市场

可持续发展等因素，验证相关商业道德合理合法，才能将其作为正当性的认定标准。因为符合商业道德并不等于正当。

另外，《司法解释》第三条第二款规定：“人民法院认定经营者是否违反商业道德时，还可以参考行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、自律公约、技术规范等。”刘旭认为，这不够全面。有的行业行规保护的是既有企业的利益，实际不利于公平竞争，或者已落后于现行法律和市场发展。因此，对于行业规范，也要结合现行法律和市场发展情况加以评估。

同时，《司法解释》第三十一条对因不正当竞争行为提起的民事诉讼中的侵权结果发生地作出限制，规定当事人主张以网络购买者可以任意选择的网络收货地作为侵权结果发生地的，法院不予支持。翟巍、刘旭认为，这是一大亮点。

翟巍表示，网购纠纷中，消费者通常会选择向自己所在的收货地法院提起诉讼，但这可能导致滥用诉讼，甚至虚假诉讼。因此，限定管辖法院区域十分有必要。但这也增加了消费者的诉讼成本。

刘旭提议，在制度之外，可以考虑将相关案件归入互联网法院的审理范围，并通过技术改进和普及，完善远程开庭程序，以平衡消费者与经营者双方的利益。

加强法律法规协调统一

今年8月，《司法解释》《规定》《广东办法》多部征求意见稿发布，孙晋认为，这有利于不同法律法规之间加强协调。需要注意的是，《司法解释》和《规定》在不少热点问题的规范上存在竞合。

刘旭举例说，对“非法抓取”数据问题，《规定》第二十条规定：“经营者不得利用技术手段，非法抓取、使用其他经营者的数据，并对其他经营者合法提供的网络产品或者服务的主要内容或者部分内容构成实质性替代，或者不合理增加其他经营者的运营成本，减损其他经营者用户数据的安全性，妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务的正常运行。”

其中，“非法抓取”“实质性替代”这些概念《司法解释》第二十六条未提及，而《规定》也未对进一步释义，应进一步完善。相比之下，《司法解释》以用户意愿为判断标准，更具有操作性，也与个人信息保护法的理念相一致。

对比两项条款，不难发现，《规定》为禁止性条款，更严苛和具体，而《司法解释》更具有包容性和前瞻性。“因为当先入市场的企业积累了大量用户和数据时，允许用户授权获得数据，实际为初创企业预留了更多市场空间，有利于促进市场正向竞争。”刘旭说。

在“二选一”“流量劫持”等问题上，《规定》相关条款较《司法解释》更细致。“总体而言，两部征求意见稿各有千秋。前者推出的规则效力更直接，后者的落实效果还要取决于个案的审理和举证。”刘旭说。

对此，翟巍认为，上述征求意见稿应当协调统一，否则会使执法机关和司法机关在实践中对相关不正当竞争行为的定性产生分歧。

刘旭认为，上述征求意见稿没有必要对同一问题进行重复规制，二者表述不同也不利于企业明晰合法边界。他提议，可以先推出部门法规，对一些新问题和原则性问题进行具体规定，根据其落实情况，积累一定审判经验后，再补充司法解释。

在上述两部征求意见稿之外，8月18日，《广东办法》也向社会公开征求意见。刘旭注意到，其中第十六条第二款设置了对互联网不正当竞争行为的例外情形，包括：有利于改进技术、提升服务质量；有利于保障用户信息安全或者增进用户福利；有利于提高经济效能；有利于实现社会公共利益。

刘旭认为，该条款超出了反不正当竞争法及其配套规则的规制，且其标准设置模糊。“我更倾向于地方取消相关配套立法。”刘旭表示，目前全国已建立统一市场，在业态违规行为上已不存在区域性差异，特别是互联网打破了空间障碍，地方进行专门立法的理由不再充分。此外，若多地标准不一，还可能影响企业开展跨区域业务。

转变思路加强反不正当竞争规制

在《司法解释》已有内容之外，翟巍提出，当前互联网领域不正当竞争行为具有极高的隐蔽性和专业性，消费者很难掌握证据。对此，《司法解释》应适当变革反不正当竞争司法诉讼举证责任分配机制，在举证上弱化原告责任，强化被告责任。同时，推动反不正当竞争和反垄断领域的公益诉讼。

但孙晋表示，当前公益诉讼更多地体现在环境保护和食品安全领域，在反不正当竞争领域的应用十分有限。此外，要求被告自证其罪并不现实。

刘旭提出，在这个问题上应当让法院发挥能动性，承担起主动调查的责任，或者允许法院要求执法部门出具相关信息。

孙晋认为，在通过相关法律法规维护市场竞争秩序的同时，还应看到，反不正当竞争法的价值追求与知识产权保护法有着根本差异。目前，实践中许多涉及不正当竞争和垄断的案件被归入知识产权法庭的审理范围，建议在知识产权审判庭之外，探索设立竞争法庭，对不正当竞争案件进行专门审理。