

## 简析《反不正当竞争法（修订草案送审稿）》

近期，中国国务院法制办公室公布了《[反不正当竞争法（修订草案送审稿）](#)》（以下简称“反法送审稿”），向社会公开征求意见。若该反法送审稿最终生效施行，将改变现行《[反不正当竞争法](#)》（以下简称“现行反法”）的诸多不足。本文拟对反法送审稿作初步评析，简要介绍修改缘由、要点以及对防范经营者合规风险进行重要提示等。

### 一、修订缘由

现行反法自 1993 年颁布、施行，已历经 20 多年，期间，中国经济格局发生了极为深刻的变化，现行反法显现出较为严重的滞后性，存在法律内容狭窄陈旧、条款缺失、执法标准不统一、处罚力度过弱等问题。同时，随着《反垄断法》出台及《商标法》、《广告法》的修订，有关法律条文存在交叉、竞合的问题。在此背景下，修订现行反法势在必行。

### 二、修订要点

反法送审稿的修订涉及现行反法 33 条中的 30 条，其中，删除 7 条、新增 9 条，共 35 条，修订要点如下：

- 1) **协调其他法律中的已有规定：**如，反法送审稿删除了《反垄断法》已经规范的 4 种限制竞争行为，即，“公用企业滥用独占地位、政府及其所属部门滥用行政权力排除限制竞争、掠夺性定价、搭售”；删除了应由《商标法》规范的“假冒注册商标”行为；删除了应由《广告法》规范的“广告经营者不得代理、设计、制作、发布虚假广告”行为等。
- 2) **进一步明确“不正当竞争行为”和“经营者”的定义：**反法送审稿规范的不正当竞争行为不再限于“损害其他经营者合法权益”的行为，将“损害消费者合法权益”的行为同样视为不正当竞争行为，这意味着合法权益受到侵害的消

## 「不正当竞争防止法(改正草案送审稿)」を考察する

先頃、中国国务院法制事務室は、「[不正当竞争防止法\(改正草案送审稿\)](#)」(以下、「不正当竞争防止法(送审稿)」)を公布し、社会に向けてパブリックコメントを募集した。本不正当竞争防止法(送审稿)が最終的に発効し施行されれば、現行の「[不正当竞争防止法](#)」が抱えていた数多くの問題点が改善されることになる。本稿では不正当竞争防止法(送审稿)を考察し、改正が行われた経緯、ポイント及び事業者がコンプライアンスリスクを回避するうえでの要点などについて簡潔に紹介する。

### 一、改正の経緯

現行の不正当竞争防止法が 1993 年に公布、施行されてから 20 年余り経過したが、その間、中国の経済構造に極めて大きな変化が生じたことで、現行の不正当竞争防止法では、時代の流れに即さなくなっており、法律の内容が古いままで必要条項が不足、法執行の基準も統一されておらず、罰則の程度があまりにも軽すぎるなどの問題が顕在化していた。同時に「独占禁止法」の公布や「商標法」、「広告法」の改正に伴い、他の法律条文との間で内容が重複し合うといった問題が存在していた。このような背景の下、現行の不正当竞争防止法をどうしても改正する必要があった。

### 二、改正のポイント

不正当竞争防止法(送审稿)の改正は、現行の不正当竞争防止法 33 条のうち 30 条に対して行われたが、このうち、7 つの条文が削除され、9 つの条文が新たに追加され、結果として、不正当竞争防止法(送审稿)は計 35 条での構成となった。

- 1) **他の法律にすでに存在する規定を調整した。**例えば、不正当竞争防止法(送审稿)では、「独占禁止法」で規範化されている 4 つの競争制限行為、即ち、「公共事業企業による独占的地位の濫用、政府及びその所属部門が行政権力を濫用し競争を排除・制限すること、略奪的価格の設定、抱き合わせ販売」を削除しており、「商標法」で規範化すべき「登録商標の詐称」行為を削除し、そして、「広告法」で規範化すべき「広告事業者による虚偽広告の代理、設計、製作、配信」行為なども削除している。
- 2) **「不正当竞争行為」及び「事業者」の定義をさらに明確にした。**不正当竞争防止法(送审稿)で規範化する不正当竞争行為は、「その他の事業者の適法な権益を毀損する」行為だけに限定されず、「消費者の適法な権益を毀損する」行為も同様に不正競争

費者也可以作为适格的当事人依据反法起诉或者投诉从事或参与不正当竞争行为的经营者，追究其法律责任；同时，反法送审稿将经营者的定义调整为与《反垄断法》的规定基本一致，在行为方式上在“从事”之外又增加了“参与”商品生产、经营或提供服务，扩大了调整范围。

- 3) **统一反不正当竞争执法体系：**现行反法第3条规定，法律、行政法规规定由其他部门监督检查的，依照其规定。按此规定操作，导致相关部门对不同行业涉嫌不正当竞争行为的认定标准、处罚尺度存在不尽相同等问题。反法送审稿则明确由工商行政管理部门行使对不正当竞争行为的一般管辖权（即，工商行政管理部门享有统一的管辖权），同时规定相关部门可以依照法律、行政法规的规定进行监督检查。
- 4) **细化若干典型不正当竞争行为的规定：**反法送审稿对“市场混淆行为，商业贿赂，引人误解的宣传，侵犯商业秘密，有奖促销行为和损害商誉”等六种行为进行了相对细化的规定，使得相关条款更具周延性以及操作上的指引性。
- 5) **增加两种不正当竞争行为：**一是，不具有市场支配地位但在交易中具有相对优势地位经营者的不公平交易行为；二是，利用软件等技术手段在互联网领域干扰、限制、影响其他经营者及用户的行为。同时，鉴于反法具有保护市场竞争的基础性作用，增加了“兜底条款”，以此规范未来可能出现但目前未在反法中明确列举的新型不正当竞争行为。
- 6) **强化行政执法手段和法律责任：**反法送审稿新增的行政执法手段包括允许行政执法部门进入与被调查行为有关的营业场所或者其他场所进行检查；对涉嫌不正当竞争行为的财物实施查封、扣押；对有证据证明转移或者隐匿违法资金的申请司法机关予以冻结等。另外，反法送审稿对所有不正当竞争行为均规定了相应的行政法律责任，同时提高了罚款的最高数额（可达人民币300万元）。

行為として見なすことから、適法な權益が侵害された消費者も適格な当事者となって、不正競争防止法に基づき、不正競争行為に従事し若しくは参与した事業者を相手に提訴し又は苦情を申し立て、法的責任を追及できることになる。また、不正競争防止法（送审稿）では事業者の定義が「独占禁止法」における定義とほぼ同じ内容へと調整され、不正競争行為の行為態様については、現行規定における商品の生産、経営又はサービス提供への「従事」だけでなく、「参与」も追加されたことで、適用範囲が拡大されている。

- 3) **不正競争防止法の執行体制を統一した。**現行の不正競争防止法の第3条では、法律、行政法规上、他の部門が監督検査を行うとの規定がある場合、その規定に従うよう定められている。この規定に従い実施した場合、各業種間で発生した不正競争の疑いがある行為に対する認定基準、処罰の尺度が各関係部門によって異なる場合があった。そのため、不正競争防止法（送审稿）では、工商行政管理部门が不正競争行為に対する一般管轄権を行使する（即ち、工商行政管理部门が統一管轄権を有する）ことが明確にされ、同時に、関係部門は法律、行政法规の規定に依拠して監督検査を行うことができると定めている。
- 4) **幾つかの典型的な不正競争行為の規定を詳細化した。**不正競争防止法（送审稿）では、「市場混同行為、商業賄賂、誤認を招く宣伝、商業秘密の侵害、懸賞付き販促行為、営業上の信用の毀損」という6つの行為について詳細化した規定を設けることで、係る条項の適用範囲のアウトラインが明確になり、実務上の指針を示すものとなっている。
- 5) **2つの不正競争行為を追加した。**1つは、市場支配的地位を有さないものの、取引において相対的に優位な地位を有する事業者による不公平な取引行為、もう1つは、ソフトウェアなどの技術手段を利用してインターネット分野において他の事業者及びユーザーを妨害し、制限し、影響を与える行為であり、この2つの行為が不正競争行為として追加された。また、同時に不正競争防止法は、市場競争を保護するうえで基本的な役割を担うことから、「雑則的条項」を追加し、将来発生する可能性があるけれども、現行の不正競争防止法では明確に列挙されていない新しいタイプの不正競争行為までも規範化する形になっている。
- 6) **行政法執行手段及び法的責任を強化した。**不正競争防止法（送审稿）では、行政法執行手段として、行政法執行部門が調査対象行為と関係のある営業場所若しくは他の場所に立ち入り検査すること、不正競争の疑いがある行為の財物に対する封印及び差押え、違法資金を移転し若しくは隠匿したことを示す証拠がある場合、司法機関に差押えを申請することなどが新たに認められている。このほか、不正競争防止法（送审稿）では、全ての不正競争行為に対して、行政上の法的責任を規定し、同時に過料の最高金額（最高金額300万元）を引き上げている。

### 三、重点关注“商业贿赂”行为的界定

反法送审稿目前明确列举并禁止的不正当竞争行为共计 8 类，其中，最受关注的应属对“商业贿赂”的界定。实务操作中，商业贿赂也是各类经营者在日常经营活动中最容易碰触、也最难以把握、难以防范的违法行为。

反法送审稿第七条规定：

经营者不得实施下列商业贿赂行为：

- (一) 在公共服务中或者依靠公共服务谋取本单位、部门或个人经济利益；
- (二) 经营者之间未在合同及会计凭证中如实记载而给付经济利益；
- (三) 给付或者承诺给付对交易有影响的第三方以经济利益，损害其他经营者或消费者合法权益。

商业贿赂是指经营者向交易对方或者可能影响交易的第三方，给付或者承诺给付经济利益，诱使其为经营者谋取交易机会或者竞争优势。给付或者承诺给付经济利益的，是商业行贿；收受或者同意收受经济利益的，是商业受贿。

员工利用商业贿赂为经营者争取交易机会或竞争优势的，应当认定为经营者的行为。有证据证明员工违背经营者利益收受贿赂的，不视为经营者的行为。

与现行反法相比，反法送审稿的上述规定采取“列举+定义”的方式进一步明确了商业贿赂行为的内涵和外延，理论上，该修订对经营者防范商业贿赂风险以及采取恰当的反商业贿赂措施将更加具有指导和警示作用。律师从以下几方面对本次修订内容予以关注：

#### 1) 贿赂对象从“交易对方”扩展至“交易对方或者对交易有影响的第三方”

与现行反法相比，反法送审稿将贿赂对象从“交易对象”扩展至“交易对方或者交易有影响的第三方”。因此，实务操作中，如果经营者给付或承诺给付第三方经济利益，且该第三方能够对交易价格、交易条件等实质性内容产生影响的，将可能被认定构成商业贿赂。

反法送审稿目前未对何为“第三方”作出明确定义。因此，实务操作中，行政执法检查机构可能具有较大的自由裁量权。律师认为，采用文义和目的解释的方法，该等第三方可能包括招标代理机构，评估机构或评级机构，审计机构，交易平台类网站，

### 三、「商業賄賂」行為の画定に重点的に注意を払う

不正競争防止法(送审稿)で現在、明確に列挙し禁止されている不正競争行為は合計で 8 種類ある。このうち、最も注目されているのは、「商業賄賂」の画定であると思われる。実務において、商業賄賂は各事業者が日常経営において最も犯しやすい違法行為でありながらも、その認識と回避が難しい違法行為でもある。

不正競争防止法(送审稿)の第七条では、次のように定められている。

事業者は以下に列挙する商業賄賂行為を行ってはならない。

- (一) 公共サービスにおいて、又は公共サービスに頼って当該組織、部門又は個人の経済的利益を図ること。
- (二) 事業者間において契約及び会計証憑上でありのままに記載せずに、経済的利益を供与すること。
- (三) 取引に影響を及ぼす第三者に対して、経済的利益を供与し又は供与を約束し、その他の事業者又は消費者の適法な権益を毀損すること。

商業賄賂とは、事業者が取引相手又は取引に影響を及ぼす可能性のある第三者に対して、経済的利益を供与し、又は供与を約束し、事業者のために取引機会又は競争上の優位性を獲得するように仕向けることを言う。経済的利益を供与し又は供与を約束した場合には商業賄賂となり、経済的利益を收受した又は收受に同意した場合には商業賄賂となる。

従業員が商業賄賂を利用し事業者のために取引機会又は競争上の優位性の獲得を図った場合には、事業者の行為であると認定しなければならない。従業員が事業者の利益に違背して賄賂を收受したことを証明する証拠がある場合には、事業者の行為とはみなさない。

現行の不正競争防止法と比べると、不正競争防止法(送审稿)では、「列挙+定義」の形で商業賄賂行為の特徴的概念と該当事例をさらに明確にしておき、理論的には、当該改正内容は、事業者が商業賄賂リスクを回避し、商業賄賂防止措置を適切に講じるうえで、これまで以上に指導及び注意喚起の意味合いの強いものになっている。以下、いくつかの方面から今回の改正内容について考察する。

#### 1) 賄賂の対象が「取引相手」から「取引相手又は取引に影響を及ぼす第三者」へと拡大された

現行の不正競争防止法と比べて、不正競争防止法(送审稿)では、賄賂の対象を「取引相手」から「取引相手又は取引に影響を及ぼす第三者」へと拡大している。従って、実務において事業者が第三者に対して、経済的利益を供与し又は供与することを約束し、かつ当該第三者が取引価格、取引条件などの実質的内容に影響を及ぼすことができる場合、商業賄賂と認定される可能性がある。

不正競争防止法(送审稿)では、「第三者」について明確に定義されていないため、実務上、行政法執行検査機関にやや大きな自由裁量権が与えられる可能性があるが、本法の文脈及び立法の目的から解釈するならば、当該第三者には代理入札機関、評価機関、又は格

交易对方的关联公司、代理商、经销商，交易对方决策者的近亲属等在内的各类主体。只要该等第三方可能对交易价格、质量、数量等方面产生实质性影响，经营者向该等第三方给付或承诺给付经济利益就有可能被认定为商业行贿。

律师认为，在反法送审稿的后期审查过程中，立法机关可能会进一步明确“第三方”的内涵和外延。在反法送审稿审批通过、生效施行之后，随着执法实践的丰富，“第三方”的判断标准也可能会进一步加以明确。在反法送审稿征求意见期间，律师已经通过相关渠道向立法机关反映了意见，提请立法机关在后续审查反法送审稿的过程中注意对“第三方”的定义予以明确。

## 2) 员工实施的商业贿赂原则上会被视为经营者行为，经营者需要为员工的行为承担法律责任

根据反法送审稿第七条第三款的规定，员工实施的商业贿赂原则上会被认定为经营者自身的行为，经营者须为之负责并承担相应的法律后果。若经营者希望豁免责任，撇清员工行为与经营者之间的关联，则需承担相应的举证责任，证明员工的行为“违背经营者的利益”。

但是，实务操作中，经营者要对员工实施的商业贿赂的行为提出相反证据、以证明该行为“违背经营者的利益”是较为困难的。根据以往的实务经验，律师建议经营者应当制订、完善内部合规制度，包括要求员工及时保存交易记录、交易过程中定期汇报以及严格财务审批等。根据前述制度形成的相关证据，将有助于经营者降低因员工个人行为面临的合规风险，强化豁免责任、抗辩的理由等。

在反法送审稿征求意见期间，律师已通过相关渠道向立法机关反映，建议将“违背经营者利益”改为“**违背经营者意志**或违背经营者利益”。若此意见最终被采纳，则一旦发生员工实施商业贿赂的情形，经营者可以通过举证（如内部建立了合规制度等），证明经营者主观上并不知晓、也没有授意员工实施商业贿赂行为，而是一贯反对或禁止商业贿赂行为，因此员工实施的商业贿赂行为违背了经营者意志，经营者可以因此免责。

付け機関、監査機関、取引の場となるウェブサイト、取引相手の関連会社、代理店、取次販売店、取引相手の政策決定者の近親者などを含む主体が含まれると考えられる。当該第三者が取引価格、品質、数量などの方面で実質的影響を及ぼす可能性があり、事業者が当該「第三者」に対して、経済的利益を供与し又は供与を約束した場合、商業贈賄と認定される可能性がある。

不正競争防止法(送審稿)の後期における審査過程において、立法機関は「第三者」の特徴的概念と該当事例をさらに明確にしていくであろうと思われる。不正競争防止法(送審稿)が可決され、発効し施行された後、法執行の実践経験を豊富に積むにつれて、「第三者」の判断基準もさらに明確にされることが期待される。不正競争防止法(送審稿)の意見募集期間中、筆者も関係ルートを通じて意見を提出し、不正競争防止法(送審稿)の後期における審査過程で「第三者」の定義が明確にされるよう立法機関に要請している。

## 2) 従業員による商業賄賂は、原則として事業者の行為とみなされ、事業者は従業員の行為に対し法的責任を負う必要がある

不正競争防止法(送審稿)の第七条第三項の規定によると、従業員による商業賄賂は、原則として事業者自身の行為であると認定され、事業者はその行為によってもたらされる法的責任を引き受けなければならない。事業者の責任を免除し、従業員の行為が企業と無関係であることを明確にするには、従業員の行為は「事業者の利益に背く」ものであることを事業者が立証する必要がある。

しかし、実務では、事業者が従業員による贈収賄行為について反対事実の証明を提出し、当該行為が「事業者の利益に背くものである」ことを証明することはやや困難である。これまでの実務経験から言えば、事業者は社内のコンプライアンス制度を制定、整備し、日頃から従業員に対して、取引の記録を残し、取引過程で定期的に報告するよう求め、財務上の承認手続きを厳格に行うなどして対処できるようにしておくことが望ましい。前述の制度に基づき形成された係る証拠は、従業員個人の行為により引き起こされるコンプライアンスリスクの軽減、免責強化、抗弁理由の強化などに有益である。

不正競争防止法(送審稿)の意見募集期間中、筆者は関係ルートを通じて、立法機関に意見を提出し、「事業者の利益に背く」を「**事業者の意志に反し**又は事業者の利益に背く」へと変更するよう立法機関に提案している。本意見が最終的に採用されれば、従業員が商業賄賂を行ったという状況が発覚した場合でも、事業者は(例えば、社内でコンプライアンス制度を制定していることなどを)立証を通じて、従業員が商業賄賂を行ったことを事業者は主観的に知らなかったこと、従業員に商業賄賂を示唆していないこと、事業者は一貫して商業賄賂行為に反対し当該行為を禁止しており、従業員が行った商業賄賂は事業者の意志に反するものあることを証明できれば、事業者の責任が免除されることになる。

### 3) 未被明确列举但具有“不正当”属性的行为仍可能认定为商业贿赂

反法送审稿第七条未明确第一款列举的三类具体行为与第二款概括的法律定义之间的关系。概括定义究竟是对三类具体行为的兜底（以规范其他可能的违法行为），还是针对三类具体行为违法特征和违法性质的归纳解释（除列举的三类具体行为外，其他行为均不属于商业贿赂行为），亦或是二者兼而有之，目前并不明确。

对此，律师认为，结合反法送审稿的修订缘由、背景等，上述概括定义应该兼具归纳解释已明确列举的三类具体行为和兜底功能。但是，被兜底的行为只有具有“不正当”属性才可以被认定构成商业贿赂。

在反法送审稿征求意见期间，律师已通过相关渠道向立法机关反映，希望将反法送审稿第七条第二款的“概括定义”修改为“商业贿赂是指经营者向交易对方或者可能影响交易的第三方，不当地给付或者承诺给付经济利益，诱使其为经营者谋取交易机会或者竞争优势。不当地给付或者承诺给付经济利益的，是商业行贿；不当地收受或者同意收受经济利益的，是商业受贿。”若此意见最终被采纳，则一方面，商业贿赂的“不正当”属性将得以明确；另一方面，可以避免行政执法检查机构对目前的概括定义做任意的扩大解释，将经营者之间一些正当的经济利益给付行为（例如，给予交易对方且如实入账的明折明扣、给予交易中间人且如实入账的佣金等）认定为商业贿赂。

反法的修订已经列入中国十二届人大常委会（任期 2013 年 03 月至 2018 年 03 月）的立法计划之中，属于“需要抓紧工作、条件成熟时提请审议的法律草案”。按照中国法律的立法流程，国务院法制办完成反法送审稿的征求意见之后，将提交国务院审议，再由国务院报全国人大常委会表决通过。目前来看，立法进展相对较为顺利。后续，我们也会持续关注。

（里兆律师事务所 2016 年 04 月 29 日编写）

### 3) 明確に列挙されていないが「不正」の性質を有する行為も商業賄賂に認定される可能性がある

不正競争防止法（送審稿）の第七条では、第一項で具体的に列挙している 3 つの具体的行為と第二項で概念化されている法的定義との間の関係を明確にしていない。この概念化された定義は、はたして第一項で列挙している 3 つの具体的行為の雑則的なものであるのか（生じ得る他の違法行為についても規範化するため）、それとも 3 つの具体的行為がもつ違法性の特徴と性質に着眼して規則性を説明したものなのか、それとも両者の意味合いを兼ね備えたものなのかについて、現時点では明確にされていない。

この点については、筆者の認識によれば、不正競争防止法（送審稿）の改正の経緯、背景などを踏まえると、上述した第七条第二項の概念化された定義は、第一項で明確に列挙されている 3 つの具体的行為の規則性の説明でもあり、また雑則的な役割も有すると考えられる。しかし、この雑則として括られる行為は、「不正」の性質を有したときにはじめて、商業賄賂と認定することができるものである。

不正競争防止法（送審稿）の意見募集期間中、筆者は関係ルートを通じて、立法機関に意見を提出し、不正競争防止法（送審稿）の第七条第二項の「概念化された定義」を次のように改めるよう提案している。つまり、「商業賄賂とは、事業者が取引相手又は取引に影響を及ぼす可能性のある第三者に対して、経済的利益を不正に供与し、又は不正供与を約束し、事業者のために取引機会又は競争上の優位性を獲得するように仕向けることを言う。経済的利益を不正に供与し又は不正供与を約束した場合には商業贈賄となり、経済的利益を不正に收受した又は不正に收受することに同意した場合には商業収賄となる。」本意見が最終的に採用されれば、商業賄賂の「不正」という性質を明確にできる一方で、行政法執行検査機関が現時点における概念化された定義を任意に拡大解釈し、事業者間で行われる正当な経済的利益の供与行為（例えば、明示的方式で取引相手に割引きを行い、取引の実態に即して記帳している場合、取引の仲介人に明示的方式でコミッションを供与し、取引の実態に即して記帳している場合など）までもが商業賄賂に認定されてしまうことを防ぐことができる。

不正競争防止法の改正は中国の第十二期人民代表大会常務委員会（任期は 2013 年 3 月から 2018 年 3 月まで）の立法計画に組み入れられており、「作業を急ぎ、条件が整い次第、審議にかけられる法律草案」に該当する。中国法律の立法手続きによれば、國務院法制事務室による不正競争防止法（送審稿）の意見募集が完了した後、國務院の審議にかけられ、國務院が全国人民代表大会常務委員会に提出し、全国人民代表大会常務委員会で審議されることになる。現状を見る限り、立法手続きは比較的順調に進められている。筆者は引き続き本件動向に注意を払いたい。

（里兆法律事務所が 2016 年 4 月 29 日付で作成）