附件2

《深圳经济特区反不正当竞争条例

（征求意见稿）》起草说明

为进一步贯彻习近平总书记和党中央国务院有关“加强反不正当竞争执法”的一系列决策部署，进一步加强我市反不正当竞争执法工作，营造公平、竞争、有序的市场环境，深圳市市场监督管理局在调研访谈、征求意见、专家论证、多次召开座谈会和研讨会的基础上，组织起草了《深圳经济特区反不正当竞争条例（征求意见稿）》（以下简称《条例》）。目前，深圳市人民政府已将该《条例》列为2021年度立法计划预备项目。现将《条例》有关情况说明如下：

一、背景和必要性

**（一）贯彻落实中共中央、国务院战略决策的需要。**中央不断提出和强调新形势下反不正当竞争的任务。党的十九届五中全会通过的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二O三五年远景目标的建议》中关于“十四五”时期经济社会发展主要目标中就包括“公平竞争制度更加健全”，并在“全面深化改革，构建高水平社会主义市场经济体制”部分强调“加强反垄断和反不正当竞争执法司法，提升市场综合监管能力。”2020年11月30日，中共中央政治局就加强我国知识产权保护工作举行第二十五次集体学习，习近平总书记在主持学习时强调，“要完善知识产权反垄断、公平竞争相关法律法规和政策措施”。2020年12月18日结束的中央经济工作会议将“强化反垄断和防止资本无序扩张”确定为2021年的重点任务之一，并且明确提出“反垄断、反不正当竞争，是完善社会主义市场经济体制、推动高质量发展的内在要求”，“要加强规制，提升监管能力，坚决反对垄断和不正当竞争行为。”2021年1月9日召开的中央政法工作会议也提出“加强反垄断和反不正当竞争执法司法”。2021年8月30日中央全面深化改革委员会第二十一次会议审议通过了《关于强化反垄断深入推进公平竞争政策实施的意见》，习近平在主持会议时强调，“强化反垄断、深入推进公平竞争政策实施，是完善社会主义市场经济体制的内在要求”。在此背景下，深圳作为中国特色社会主义先行示范区，肩负经济特区和改革示范区所应有的历史使命。立足深圳实践，制定并实施本地区的《条例》，是贯彻落实中共中央、国务院战略决策的重要举措。

**（二）服务深圳经济特区经济与社会发展实践的需要。**长期以来，深圳经济特区地方立法根据深圳市的实际情况和客观需要，制定了一系列富有实效的地方性法规，对深圳市的经济社会发展和法治建设起到了重要的保障与引领作用。自1994年《深圳经济特区实施<中华人民共和国反不正当竞争法>规定》（以下简称《规定》）颁布实施以来，为维护深圳地方市场经济秩序，为完成建立、发展深圳地方市场经济做出了突出贡献。经过20多年的实践，深圳市市场经济得到了重大发展，市场化程度大幅提高，《规定》也难以适应新形势、新任务、新要求。因此，迫切需要研究制定《条例》以适应深圳市发展变化的市场竞争的需要。《条例》经市人大通过后，《规定》自动废止。

**（三）强化竞争政策基础地位，推动我市经济高质量发展的需要。**不正当竞争行为的表现形式多种多样，比较典型的主要有市场混淆、商业贿赂、虚假或者引人误解的商业宣传、侵犯商业秘密、不正当有奖销售、商业诋毁以及利用技术手段实施的包括“二选一”在内的互联网不正当竞争行为等。这些行为不仅直接损害了其他经营者和消费者的合法权益，而且也扭曲和破坏了正常的市场竞争机制，恶化了营商环境，最终会影响经济的高质量发展。而上位法《中华人民共和国反不正当竞争法》作为维护市场经济秩序的基础性法律，仍然较为原则和笼统，在不少方面的可操作性不强。为此，需要通过相关配套的“立改废释”工作来增强《中华人民共和国反不正当竞争法》的可操作性，维护正常的市场竞争秩序，维护消费者利益和社会公共利益，从而推动我市经济高质量发展。

二、《条例》基本结构和章节

《条例》的调整范围包括本市自然人、法人和非法人组织从事商品生产、经营或者提供服务的生产经营活动。《条例》共五章、三十二条，包括总则、不正当竞争行为、对涉嫌不正当竞争行为的调查、法律责任、附则。

三、《条例》拟解决的主要问题

**（一）设商业标识混淆规制条款。**在生产经营活动中，经营者应当通过自身努力，提高自己商品或者服务的质量，增加影响力和美誉度，从而提高市场竞争力。但实践中，有的经营者却不愿意通过自身努力提高市场竞争力，而试图通过“搭便车”、“傍名牌”的方式不劳而获。如擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识，擅自将他人有一定影响力的注册商标作为企业名称中的字号使用，擅自使用与他人有一定影响的作品（影视）名称、丛书名称、栏目名称、演员组合名称等；上述混淆行为，不但损害了被混淆对象的合法权益，欺骗、误导了消费者，而且扰乱了市场竞争秩序，是一种典型的不正当竞争行为，因此有必要在《条例》中作出禁止性规定。

**（二）设商业标识混淆判断原则条款。**在实践中，认定与有一定影响的商品特有名称、包装、装潢是否相同或者近似，存在不同的理解，造成商业标识混淆的认定标准不统一。因此，在法条中明确判断的原则，有利于商业标识混淆的认定。

**（三）设商业受贿规制条款。**经营者应当通过提高产品质量、改进售后服务等方式，取得交易相对方的认可，以赢取交易机会或者竞争优势。但是，通过商业贿赂的方式不当谋取交易机会或者竞争优势，扭曲了公平竞争的市场机制，是一种典型的应当制止的不正当竞争行为。而上位法《反不正当竞争法》对受贿方的受贿行为并没有进行规制，为进一步营造公平的市场竞争环境，在《条例》中设商业贿赂禁止性条款及受贿方处罚条款。

**（四）设商业秘密保护条款。**对商业秘密给予保护，是有关国际公约和各国法律普遍的做法。根据《与贸易有关的知识产权协定》第三十九条规定，自然人和法人应有可能防止其合法控制的信息在未经其同意的情况下违反诚实商业行为的方式向他人披露，或被他人取得、使用。世界主要国家和地区的法律中也对保护商业秘密作了规定，例如美国、日本、韩国等国家。因此，为强化经营者商业秘密保护意识，提升知识产权保护能力，促进创新发展，维护公平竞争，将商业秘密保护纳入规制范围十分必要。

**（五）设侵犯商业秘密举证责任转移条款。**实践中，对于侵犯商业秘密违法行为，投诉方往往只能提供侵犯其商业秘密的初步证据，一些关键性证据，如披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密等，无法进行举证，往往会导致侵犯商业秘密案件受理难，维权难。对此，需设侵犯商业秘密举证责任转移的条款，从而加大商业秘密的保护力度。

**（六）设商业秘密除外的情形条款。**对于通过自行开发研制或者反向工程等方式获得的商业秘密的，不认定为侵犯商业秘密的行为，有利于技术创新，也是推动我市创新驱动发展战略深入实施的有效保障，对我市经济社会高质量发展具有重大意义。

**（七）设不当有奖销售情形规制条款。**“有奖销售”受到反不正当竞争法规制的主要原因是：第一，防止消费者基于赠品，而不再基于产品或服务本身来进行商业决策，从而扰乱市场配置资源的功能；第二，“有奖销售”会降低市场中产品或服务真实价格的透明度，破坏市场运作的信息机制；第三，“有奖销售”的成本最终由消费者来承担。抽奖式有奖销售本质上是一次财富转移，将财富从参加有奖销售活动但未中奖的用户一方转移至中奖用户一方，这种财富转移缺乏充分的正当性基础。当用户注意力具有很高的商业价值继而成为经营者争夺的目标时，以吸引用户关注为目的的抽奖式有奖销售也应当被纳入规制范畴。这也与一直以来的司法实践的做法相一致。消费者及市场参与者做出理性决策的前提是获得充分信息，因此有必要对经营者课加一定的信息义务。

**（八）设不正当利用网络数据行为规制条款。**经营者开发的网络数据，往往是付出了大量的人力、财力、物力，经过分析、整理得出的。如其他经营者违背诚实信用及商业道德的原则，在不付出任何智力、劳力、财力的情况下，利用自动爬行网络程序等技术手段获取其他经营者在互联网上向公众公开的网络信息，从事与数据被爬取方有直接竞争的业务，属于典型的“搭便车”行为，会损害被爬取方的正当商业利益及竞争优势，扰乱市场经济秩序！因此，很有必要增设不正当利用网络数据行为的规制条款 。

**（九）设平台经营者排除、限制市场竞争行为条款。**本条款进一步提炼构成排除、限制市场竞争行为的构成要件，并列举3项排除、限制市场竞争行为。网络经济是一种创新型经济。网络世界中新型软件开发层出不穷，新的商业模式不断出现，繁荣了网络经济的同时，也给网络空间的秩序维护带来了难题与挑战。因此，根据网络领域反不正当竞争的客观需要，增加针对网络领域不正当竞争行为规制条款十分必要。