



NEWSLETTER

LIFANG & PARTNERS **立方观评**

No.55

2018.01



国内知产动态

国知局加强专利行政执法复议和行政应诉工作

工商总局改进商标注册证发放方式

立方新闻

立方2个业务领域4位合伙人入选钱伯斯《2018亚太法律指南》

谢冠斌律师再度荣获《亚洲法律杂志》“中国15佳知识产权律师”

立方观评

深度分析：新《反不正当竞争法》涉及互联网的不正当竞争条款

国内知产动态

国知局加强专利行政执法复议和行政应诉工作

日前，国家知识产权局印发《专利行政执法复议指南（试行）》（下称《指南》）和《专利行政执法应诉指引（试行）》。

《指南》涵盖专利行政执法复议的应对、办理、期间和送达等内容。《指南》明确，专利行政执法复议的事项可分为“对查处假冒专利行为时作出的责令改正、罚款、没收违法所得等行政处罚不服的”等6类。《指南》提出，原则上，专利行政执法复议期间被复议的具体行政行为不停止执行，但是有“被申请人认为需要停止执行的”等4种情形之一的，可以停止执行。根据《指南》，专利行政执法复议的审理期限原则上为60日。对于情况复杂的案件，审理期限可以延长，最多不超过30日，并应及时通知申请人和第三人。

工商总局改进商标注册证发放方式

近日，国家工商行政管理总局商标局发布《关于改进商标注册证发放方式的公告》（下称《公告》）。

《公告》提出，根据《关于改进商标注册证发文方式和内容版式等事宜的公告》的要求，商标注册申请人自2017年1月1日起直接提交或网上提交的商标注册申请（不包括地方商标受理窗口接受的商标注册申请），该商标核准注册后，将直接向商标注册申请人寄发《商标注册证》，不再寄发《领取商标注册证通知书》。通过商标代理机构及地方商标受理窗口提交商标申请的，其商标注册证继续由代理机构和地方商标受理窗口代发。商标注册证新的发放方式自2018年1月11日起开始实施。

立方新闻

立方2个业务领域4位合伙人入选钱伯斯《2018亚太法律指南》

2017年12月7日晚，著名法律评级机构钱伯斯(Chambers & Partners)发布了《2018亚太法律指南》，立方律师事务所在“知识产权：诉讼”和“竞争法/反垄断”领域获得领先排名，4位合伙人荣登律师评级榜单。其中，谢冠斌律师蝉联知识产权诉讼领域第一等级律师。

知识产权：诉讼



谢冠斌



孙喜



张斌

知识产权：非诉讼



黄雅君

立方律师事务所在钱伯斯评级中取得的成绩，证明了我们法律服务团队的业务实力和斐然成绩，正如钱伯斯引用主要客户评价的那样：

“该团队经验丰富、投入和高效。他们对于中国法律和经济发展有着深入了解，有助于我们及时和经济高效地实现我们的法律及业务目标。”

谢冠斌律师再度荣获《亚洲法律杂志》“中国15佳知识产权律师”

2017年12月，立方律师事务所合伙人谢冠斌律师荣获《亚洲法律杂志》（ALB）颁发的“2017年中国15佳知识产权律师”大奖。

ALB是世界领先的商业信息服务提供商——汤森路透集团旗下的尖端法律杂志，是全球最具影响力的法律媒体之一，旨在为客户和读者提供前沿的法律商业资讯和律所法务评级，其颁发的法律奖项为法律界所广泛认可。

谢冠斌律师曾先后就职于国家科委政策法规司和国务院知识产权办公会议办公室，参与国家知识产权及科技立法与政策的起草与修订，并参与对美国、日本、欧盟、俄罗斯等外国政府的知识产权谈判，2002年创办北京市立方律师事务所。其主要业务领域为知识产权纠纷、反垄断与竞争法、高科技公司法律顾问等。

谢律师擅长处理各类知识产权纠纷，凭借深厚的理论基础、经验积淀、敬业精神，以及敏捷的思路和出众的法庭答辩技巧，成功代理了大量有影响力的知识产权案件，客户涵盖众多跨国公司及其国内外著名厂商。

谢律师认为，作为一名优秀的知识产权律师，成功的关键要素在于对客户商业战略的精准把握和对细节完美的极致追求。在谢律师的引领下，立方律师事务所的知识产权服务团队代理了众多复杂疑难、有影响力和典型意义的案件，为客户量身设计出最优的解决方案，在业界累积了颇高的声望。

立方观评

深度分析：新《反不正当竞争法》涉及互联网的不正当竞争条款

日前，修订后的《反不正当竞争法》通过，其中多处涉及互联网领域的内容，可以说这些条文是在目前所处的互联网大背景下应运而生的。互联网领域的不正当竞争行为，一部分属于传统不正当竞争行为在互联网领域的延伸，一部分则属于互联网领域中特有的、利用技术手段进行的不正当竞争行为。对于前者，《反不正当竞争法》（2017）在相应条款中增加了新情况，对于后者，该法专设一条进行规制。笔者将结合案例对该法修订后体现的互联网元素进行全面梳理。

一、禁止互联网领域中的仿冒混淆行为

《反不正当竞争法》（2017）第六条第三项规定，擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的，构成商业混淆的不正当竞争行为。

当前互联网已经成为越来越多的市场主体进行宣传甚至经营的重要领地，与互联网相关的标识，如域名、网站名称、页面等，已经能够起到区分和识别市场主体的作用。例如，在北京五八信息技术有限公司（以下简称“五八信息公司”）与五八同城（北京）房地产经纪有限责任公司不正当竞争纠纷案【1】中，法院认为，“58同城”一词已与五八信息公司所经营网站以及网站所提供的服务建立了特定而稳固的联系，取得了足以区分商品或服务来源的较强的显著性。可见，互联网领域的市场标识也极易被商业混淆所侵蚀。该条专门单独将此作为一种类型，是肯定了这类新型市场标识的区分和识别作用。不仅如此，该条中以“等”字概括，表明其开放性，为将来因技术的进步和发展而在互联网领域内出现的新标识类型得到保护预留空间。

二、禁止互联网领域中的虚假宣传行为

《反不正当竞争法》（2017）第八条规定，经营者不得对其商品的“销售状况”、“用户评价”等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。经营者也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。

新增的“销售状况”、“用户评价”直指虚假宣传泛滥的电子商务领域。消费者在网络购物中做出选择的重要依据是商家的销售量和购买者的评价。而电子商务平台的不少经营者线下“雇水军”、线上“刷单、刷评价”，不但使自己迅速提升所谓的商业信誉，还使消费者在接收错误信息的情况下做出交易选择，更使其竞争对手在按销售量、评分等排序时排后，并且损失大量的交易机会。

该条的规定主要体现了两大意义：其一，对于电子商务领域经营者的提供虚假的销售状况、不真实的用户评价等行为，过去多是消费者依据《消费者权益保护法》开展维权。而如今《反不正当竞争法》（2017）给予了平台中的经营者针对此类违法行为采取维权措施明确依据，增加了虚假宣传经营者的违法成本。其二，尽管2014年国家工商行政管理总局出台的《网络交易管理办法》对上述现象已有所规制，但行政规章的层级不够高。《反不正当竞争法》与《网络交易管理办法》相比而言，不仅仅是法律的位阶提高了，还特别增加了规制帮助虚假宣传的“网络水军”。今后，帮助他人刷单炒信、虚构交易等行为也构成违法。这样能够有效净化网络购物的环境，规范电子商务领域的经营活动。

三、禁止互联网领域中的新型不正当竞争行为

《反不正当竞争法》（2017）第十二条对利用技术手段在互联网领域从事妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的不正当竞争行为作了列举规定，被称为“互联网专条”。这一条款是作为互联网时代的标志，而志在必定的。【2】在《反不正当竞争法》（1993）下，对于互联网领域内新型的不正当竞争行为，司法实践中往往是通过第二条一般条款予以规制。而互联网领域技术快速革新更迭，商业模式更新快，相关经营者难以预见其利用新技术进行的竞争行为是否构成违法。对一般条款的过度适用、对商业道德解释的任意性，常常被诟病。

究竟互联网领域中什么类型的竞争行为才能构成不正当竞争？该条概括了互联网领域特有的不正当竞争行为，主要包括：1、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，插入链接、强制进行目标跳转等流量劫持行为；2、误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务等不当干扰行为；3、恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容行为。这些不正当竞争行为的类型都是从个案中归纳提炼而得。此外，该条还设置了兜底条款，以覆盖和应对未来出现的新类型互联网不正当竞争行为。

（一）插入链接、强制进行目标跳转等流量劫持行为

浙江天猫网络有限公司与上海载和网络科技有限公司、载信软件(上海)有限公司不正当竞争纠纷案是上述第一种“插入链接、强制进行目标跳转”行为的典型案例。在该案中，被告通过“帮5淘”购物助手在原告页面中插入相应标识，并以减价标识引导用户至“帮5买”网站购物。法院认为该行为会降低原告网站的用户粘性，违反了诚实信用原则和购物助手这一领域公认的商业道德，从而构成不正当竞争。【3】在他人的网络产品中插入链接、强制跳转的行为，也被认为是典型的流量劫持行为。有观点认为，其中“未经经营者同意”过于片面宽泛，还应当考虑消费者是否同意。对此，笔者认为，经营者采取的某些商业方式并不都是消费者所希望或愿意的。而市场可以检验经营行为和商业方式，消费者可以自由选择那些同等情况下愿意“舍弃”自身某些利益以顺应其意愿的经营者。若完全考虑消费者的意愿，很可能会使经营者通过某些“违背”消费者意愿的商业方式获取的合法利益受损。这样消费者的意愿反而可能会成为不正当竞争行为的保护伞。

（二）误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务等不当干扰行为

关于上述第二种行为，在腾讯科技（深圳）有限公司与北京搜狗科技发展有限公司、北京搜狗信息服务有限公司不正当竞争纠纷案中，被告的搜狗拼音输入法采用定时和不定时弹出“搜狗输入法管理器 - 输入法修复”窗口的方式，引导用户在“修复”输入法时删除QQ拼音输入法在语言栏的快捷方式，造成用户无法再行选择使用QQ拼音输入法。这一行为最终被法院认为构成不正当竞争。【4】该项规定针对的是不当干扰其它经营者合法的互联网经营行为，归纳了司法实践中常见的“误导”、“欺骗”、“强迫”的干扰手段，限定得较为严格明确的，在适用上可以比较统一。

（三）恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容行为

对于该项规定，孔祥俊教授认为，虽有“恶意”的限定，且恶意看似具有否定评价色彩，但由于市场竞争固有的损人利己（甚至损人不利己）性，如何界定恶意与有意的界限仍是一个难题，稍有不慎即会事与愿违。【5】诚然，每每遇到“恶意”就很难认定。但我们可以从不具有“恶意”的情况中思考“恶意”的认定方法。北京奇虎科技有限公司、奇智软件（北京）有限公司与北京金山安全软件有限公司、珠海金山软件有限公司不正当竞争纠纷案的判决可以给我们一个不构成“恶意”的参考方向。在该案中，原告诉称被告的金山网盾阻止其360安全卫士运行的行

构成不正当竞争。北京市第一中级人民法院认为，对于经营者并非恶意造成的软件冲突，尤其是在经营者发现后于合理时间内采取措施解决了软件冲突的情况下，因为该经营者并不具有主观上的恶意，其行为不应认定为不正当竞争行为。【6】法院的判理至少可以告诉我们，经营者及时采取措施修复不兼容情况可以推定为“非恶意”。关于“恶意”的认定，还有待司法解释进一步明确。

上述三项条文基本规定得比较清楚，限定的类型范围也比较窄，所体现的是这些年认定几类典型互联网不正当竞争行为形成的共识和归纳出的成熟经验。上述三个案件在认定构成不正当竞争行为时均依据了《反不正当竞争法》的原则条款，现在这三类行为有了具体明确的法条予以规制，表明了对其实质性的肯定。然而，仍然还有一些司法实践中已认定为不正当竞争的常见类型，如未经授权或同意地抓取其它网络经营者数据和内容等，法条没有对此进行回应。仅具体规定了三项行为限定得很明确，也可能造成这一互联网专条从实施开始就落后于现实，难以满足现实需要。实际上，现在这几类行为在互联网领域中已比较少见。立法的滞后性难以避免，互联网技术更是发展迅猛，商业方式随之不断更新，新类型的竞争行为层出不穷。很可能最终这又变成了一条名义上的互联网专条，因为，对于互联网新型不正当竞争行为，真正发挥作用的仅有第四项笼统的兜底条款。那么互联网专条的意义可能会是形式大于实质了。

文/张斌 立方律师事务所高级合伙人

参考文献：

【1】参见北京市朝阳区人民法院(2014)朝民初字第07566号判决书，北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第11197号判决书。

【2】孔祥俊：《新修订反不正当竞争法释评》，上海交大知识产权与竞争法研究院，<http://mp.weixin.qq.com/s/NZ9O-xNaLeY6edGLNW3uPg>

【3】王治国：《首例涉网购助手不正当竞争案一审宣判 法院认定“帮5淘”侵权 向天猫、淘宝共赔偿220万元》，<http://shfy.chinacourt.org/article/detail/2017/04/id/2742423.shtml>

【4】参见北京市第一中级人民法院（2009）一中民初字第16849号民事判决书。

【5】孔祥俊：《新修订反不正当竞争法释评》，上海交大知识产权与竞争法研究院，<http://mp.weixin.qq.com/s/NZ9O-xNaLeY6edGLNW3uPg>

【6】参见北京市第一中级人民法院（2011）一中民初字第136号民事判决书。

立方律师事务所编写《立方观评》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

有关我所详细介绍请登录网站 <http://www.lifanglaw.com>，或请联系我们：

北京：北京市东四十条甲22号南新仓商务大厦A1105室（100007）

电话：+86 10 64096099

传真：+86 10 64096260

广州：广州市天河区珠江新城珠江东路16号高德置地广场G座3806

电话：+86 20 85561566/85561660/38898535

传真：+86 20 38690070

武汉：湖北省武汉市武昌区中北路171号汉街总部国际c座1002室

电话：+86 27 87301677

传真：+86 27 86652877

首尔：首尔市钟路区新门内路92 OFFICIA大厦1416号

电话：+0082 02 69590780

传真：+0082 02 21799332

