



## 弼兴每月速递|7月刊



微信公众号：弼兴 法律及知识产权

上海弼兴律师事务所总部位于上海，同时具有专利和商标代理资格，以提供以知识产权为核心的全方位的法律服务为特色，业务领域主要包括：知识产权、公司治理、外商与境外投资、企业并购以及劳动法务等方面。我们的专家团队深刻理解企业的需求，谙熟国内外的法律实务体系、监管环境以及商业惯例，并且能够熟练运用多国语言与客户交流。我们已经与上百个国家和地区的律所和知识产权代理公司建立了业务合作关系，能够在全球范围内充分利用各地的法律资源解决当地的法律问题，为客户提供及时、切实且有创意的法律服务。

我们密切关注最新立法与政策动态，致力于研究实务动向，并且注重分享，我们推出此刊物以帮助客户了解法律走向，及时准确的作出预判。如果您有具体的法律服务需求，欢迎与我们联系，我们将以优质高效的法律服务、切实严谨的工作态度以及奋发协作的团队精神，弼助您的事业兴旺成功！



## 目录

● 新规速递.....	3
全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国反垄断法》的决定.....	3
市场监管总局关于公开征求《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》意见的通知.....	8
关于就《集体商标、证明商标管理和保护办法（征求意见稿）》公开征求意见的通知.....	18
国家知识产权局关于知识产权政策实施提速增效 促进经济平稳健康发展的通知.....	20
● 典型案例摘要.....	24
上海知识产权法院对一起涉“中医面诊分析与诊断系统”的发明专利侵权纠纷案作出判决.....	24
上海知产法院对侵害“五芳斋”等商标权上诉案作出终审判决.....	28
擅自使用与“东阿阿胶”红黑铁盒近似的包装、装潢，构成不正当竞争... ..	32
【上知案例洞察】第 29 期：公司与其法定代表人共同侵权责任的认定..	35
● 实务研究.....	42
最高法：关于申请再审的六个实务解答.....	42
2022 年第 4 期   电子商务平台“二选一”行为法律规制研究.....	46

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 新规速递

# 全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国反垄断法》的决定



全国人民代表大会

The National People's Congress of the People's Republic of China

首页 | 宪法 | 人大机构 | 栗战书委员长 | 代表大会会议 | 常委会会议 | 委员长会议 | 权威发布 | 立法 | 监督 | 代表  
对外交往 | 选举任免 | 法律研究 | 理论 | 机关工作 | 地方人大 | 图片 | 视频 | 直播 | 专题 | 资料库 | 国旗 | 国歌 | 国徽

当前位置： 首页

## 全国人民代表大会常务委员会关于修改 《中华人民共和国反垄断法》的决定

(2022年6月24日第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十五次会议通过)

来源： 中国人大网 浏览字号： 大 中 小

2022年06月24日 15:57:35

(2022年6月24日第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十五次会议通过)

第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十五次会议决定对《中华人民共和国反垄断法》作如下修改：

一、将第四条修改为：“反垄断工作坚持中国共产党的领导。

“国家坚持市场化、法治化原则，强化竞争政策基础地位，制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则，完善宏观调控，健全统一、开放、竞争、有序的市场体系。”

二、增加一条，作为第五条：“国家建立健全公平竞争审查制度。

“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织在制定涉及市场主体经济活动的规定时，应当进行公平竞争审查。”

地址：上海市徐汇区小木桥路681号外经大厦21楼、26楼、29楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





三、增加一条，作为第九条：“经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法禁止的垄断行为。”

四、增加一条，作为第十一条：“国家健全完善反垄断规则制度，强化反垄断监管力量，提高监管能力和监管体系现代化水平，加强反垄断执法司法，依法公正高效审理垄断案件，健全行政法和司法衔接机制，维护公平竞争秩序。”

五、将第十条改为第十三条，第一款修改为：“国务院反垄断执法机构负责反垄断统一执法工作。”

六、将第十三条第二款改为第十六条，第一款改为第十七条。

七、将第十四条改为第十八条，增加二款，作为第二款、第三款：“对前款第一项和第二项规定的协议，经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止。

“经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，不予禁止。”

八、增加一条，作为第十九条：“经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。”

九、将第十七条改为第二十二条，增加一款，作为第二款：“具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事前款规定的滥用市场支配地位的行为。”

十、将第二十一条改为第二十六条，增加二款，作为第二款、第三款：“经营者集中未达到国务院规定的申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构可以要求经营者申报。

“经营者未依照前两款规定进行申报的，国务院反垄断执法机构应当依法进行调查。”

十一、增加一条，作为第三十二条：“有下列情形之一的，国务院反垄断执法机构可以决定中止计算经营者集中的审查期限，并书面通知经营者：

“（一）经营者未按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行；

“（二）出现对经营者集中审查具有重大影响的新情况、新事实，不经核实将导致审查工作无法进行；

“（三）需要对经营者集中附加的限制性条件进一步评估，且经营者提出中止请求。”

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





“自中止计算审查期限的情形消除之日起，审查期限继续计算，国务院反垄断执法机构应当书面通知经营者。”

十二、增加一条，作为第三十七条：“国务院反垄断执法机构应当健全经营者集中分类分级审查制度，依法加强对涉及国计民生等重要领域的经营者集中的审查，提高审查质量和效率。”

十三、增加一条，作为第四十条：“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，通过与经营者签订合作协议、备忘录等方式，妨碍其他经营者进入相关市场或者对其他经营者实行不平等待遇，排除、限制竞争。”

十四、增加一条，作为第五十四条：“反垄断执法机构依法对涉嫌滥用行政权力排除、限制竞争的行为进行调查，有关单位或者个人应当配合。”

十五、增加一条，作为第五十五条：“经营者、行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，涉嫌违反本法规定的，反垄断执法机构可以对其法定代表人或者负责人进行约谈，要求其提出改进措施。”

十六、将第四十六条改为第五十六条，第一款修改为：“经营者违反本法规定，达成并实施垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款，上一年度没有销售额的，处五百万元以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处三百万元以下的罚款。经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的，可以处一百万元以下的罚款。”

增加一款，作为第二款：“经营者组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助的，适用前款规定。”

将第三款改为第四款，其中的“反垄断执法机构可以处五十万元以下的罚款”修改为“由反垄断执法机构责令改正，可以处三百万元以下的罚款”。

十七、将第四十八条改为第五十八条，修改为：“经营者违反本法规定实施集中，且具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额百分之十以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款。”







十八、将第五十条改为第六十条，增加一款，作为第二款：“经营者实施垄断行为，损害社会公共利益的，设区的市级以上人民检察院可以依法向人民法院提起民事公益诉讼。”

十九、将第五十一条改为第六十一条，在第一款最后增加“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织应当将有关改正情况书面报告上级机关和反垄断执法机构。”

二十、将第五十二条改为第六十二条，其中的“对个人可以处二万元以下的罚款，对单位可以处二十万元以下的罚款；情节严重的，对个人处二万元以上十万元以下的罚款，对单位处二十万元以上一百万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任”修改为“对单位处上一年度销售额百分之一以下的罚款，上一年度没有销售额或者销售额难以计算的，处五百万元以下的罚款；对个人处五十万元以下的罚款”。

二十一、增加一条，作为第六十三条：“违反本法规定，情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，国务院反垄断执法机构可以在本法第五十六条、第五十七条、第五十八条、第六十二条规定的罚款数额的二倍以上五倍以下确定具体罚款数额。”

二十二、增加一条，作为第六十四条：“经营者因违反本法规定受到行政处罚的，按照国家有关规定记入信用记录，并向社会公示。”

二十三、将第五十四条改为第六十六条，修改为：“反垄断执法机构工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露执法过程中知悉的商业秘密、个人隐私和个人信息的，依法给予处分。”

二十四、增加一条，作为第六十七条：“违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

二十五、对部分条文作以下修改：

（一）在第一条中的“保护市场公平竞争”后增加“鼓励创新”。

（二）将第十一条改为第十四条，在“引导本行业的经营者依法竞争”后增加“合规经营”。

（三）将第十二条改为第十五条，第一款中的“其他组织”修改为“非法人组织”。





(四)将第十五条改为第二十条,其中的“不适用本法第十三条、第十四条”修改为“不适用本法第十七条、第十八条第一款、第十九条”。

(五)将第三十四条改为第四十二条,其中的“排斥或者限制外地经营者参加本地的招标投标活动”修改为“排斥或者限制经营者参加招标投标以及其他经营活动”。

(六)将第三十五条改为第四十三条,其中的“排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构”修改为“排斥、限制、强制或者变相强制外地经营者在本地投资或者设立分支机构”。

(七)将第三十六条改为第四十四条,其中的“强制经营者从事本法规定的垄断行为”修改为“强制或者变相强制经营者从事本法规定的垄断行为”。

(八)将第三十七条改为第四十五条,在“行政机关”后增加“和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织”。

(九)将第四十一条改为第四十九条,在“商业秘密”后增加“个人隐私和个人信息”,将“负有保密义务”修改为“依法负有保密义务”。

(十)将第四十九条改为第五十九条,其中的“性质、程度和持续的时间”修改为“性质、程度、持续时间和消除违法行为后果的情况”。

本决定自 2022 年 8 月 1 日起施行。

《中华人民共和国反垄断法》根据本决定作相应修改并对条文顺序作相应调整,重新公布。

来源: 全国人民代表大会官网

链接 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202206/e42c256faf7049449cdfaafb374a3595.shtml>

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱: [law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址: [www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



# 市场监管总局关于公开征求《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》意见的通知



## 国家市场监督管理总局

State Administration for Market Regulation

### 市场监管总局关于公开征求《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》意见的通知

为贯彻落实修改后的《反垄断法》，市场监管总局研究起草了《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》，现向社会公开征求意见。公众可通过以下途径和方式提出意见：

1. 登录中华人民共和国司法部中国政府法制信息网（网址：[www.moj.gov.cn](http://www.moj.gov.cn)、[www.chinalaw.gov.cn](http://www.chinalaw.gov.cn)），进入首页主菜单的“立法意见征集”栏目提出意见。
2. 登录市场监管总局网站（网址：[www.samr.gov.cn](http://www.samr.gov.cn)），通过首页“互动”栏目中的“征集调查”提出意见。
3. 通过电子邮件将意见发送至：[fldys@samr.gov.cn](mailto:fldys@samr.gov.cn)。邮件主题请注明“《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》征求意见”字样。
4. 通过信函将意见邮寄至：北京市西城区三里河东路 8 号市场监管总局反垄断一司，邮政编码：100820。信封上请注明“《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》征求意见”字样。

意见反馈截止日期为 2022 年 7 月 27 日。

市场监管总局  
2022 年 6 月 27 日

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







## 禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定 (征求意见稿)

第一条 为了保护市场公平竞争，鼓励创新，预防和制止经营者滥用知识产权排除、限制竞争的行为，根据《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》），制定本规定。

第二条 反垄断与保护知识产权具有共同的目标，即促进竞争和创新，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益。

经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为，不适用《反垄断法》；但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用《反垄断法》。

第三条 本规定所称滥用知识产权排除、限制竞争行为，是指经营者违反《反垄断法》的规定行使知识产权，达成垄断协议、滥用市场支配地位、具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中等垄断行为。

第四条 本规定所称相关市场，包括相关商品市场和地域市场，依据《反垄断法》和《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》进行界定。

在涉及知识产权许可等反垄断执法工作中，相关商品市场可以是技术市场，也可以是含有特定知识产权的产品市场，还可能涉及创新（研发）市场。

相关技术市场是指由具有较为紧密替代关系的一组或者一类技术所构成的市场。相关创新（研发）市场是指经营者之间就未来新技术或者新产品的研究与开发进行竞争所形成的市场。

第五条 经营者之间不得利用行使知识产权的方式达成《反垄断法》第十七条、第十八条第一款所禁止的垄断协议。

经营者不得利用行使知识产权的方式，组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。

经营者能够证明所达成的协议符合《反垄断法》第二十条规定的，不适用本条第一款、第二款的规定。

第六条 具有市场支配地位的经营者不得在行使知识产权的过程中滥用市场支配地位，排除、限制竞争。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





市场支配地位根据《反垄断法》和《禁止滥用市场支配地位行为规定》的规定进行认定和推定。经营者拥有知识产权可以构成认定其市场支配地位的因素之一，但不能仅根据经营者拥有知识产权推定其在相关市场上具有市场支配地位。

认定知识产权领域经营者具有市场支配地位，可以考虑知识产权的替代性、下游市场对利用知识产权所提供商品的依赖程度、交易相对人对经营者的制衡能力等因素。

**第七条** 具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在其知识产权构成生产经营活动必需设施的情况下，拒绝许可其他经营者以合理条件使用该知识产权，排除、限制竞争。

认定前款行为，应当考虑下列因素：

（一）该项知识产权在相关市场上不能被合理替代，为其他经营者参与相关市场的竞争所必需；

（二）拒绝许可该知识产权将会导致相关市场上的竞争或者创新受到不利影响，损害消费者利益或者公共利益；

（三）许可该知识产权对该经营者不会造成不合理的损害。

**第八条** 具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，实施下列限定交易行为，排除、限制竞争：

（一）限定交易相对人只能与其进行交易；

（二）限定交易相对人只能与其指定的经营者进行交易；

（三）限定交易相对人不得与特定经营者进行交易。

**第九条** 具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，违背交易惯例、消费习惯等或者无视商品的功能，实施下列搭售行为，排除、限制竞争：

（一）在知识产权许可时强制被许可人购买其他不必要的商品；

（二）在知识产权许可时强制被许可人接受一揽子许可。

**第十条** 具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，实施下列附加不合理限制条件的行为，排除、限制竞争：

（一）要求交易相对人将其改进的技术进行排他性回授或者独占性回授；

（二）禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑；





(三) 限制交易相对人在许可协议期限届满后, 在不侵犯知识产权的情况下利用竞争性的商品或者技术;

(四) 对保护期已经届满或者被认定无效的知识产权继续行使权利;

(五) 禁止交易相对人与第三方进行交易;

(六) 对交易相对人附加其他不合理的限制条件。

第十一条 具有市场支配地位的经营者没有正当理由, 不得在行使知识产权的过程中, 对条件相同的交易相对人实行差别待遇, 排除、限制竞争。

第十二条 经营者通过涉及知识产权的交易取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响, 构成经营者集中的, 应当按照《反垄断法》和《国务院关于经营者集中申报标准的规定》进行申报, 未申报的不得实施集中。

第十三条 经营者涉及知识产权的安排是集中交易的实质性组成部分或者对交易目的的实现具有重要意义的, 国家市场监督管理总局在审查过程中, 应当考虑《反垄断法》第三十三条规定的因素, 同时考虑知识产权转让、许可的情形和特点。

涉及知识产权的经营者集中限制性条件包括以下情形:

(一) 剥离知识产权或者知识产权所涉业务;

(二) 保持知识产权相关业务的独立运营;

(三) 以合理条件许可知识产权;

(四) 其他限制性条件。

第十四条 经营者不得在行使知识产权的过程中, 利用专利联营从事排除、限制竞争的行为。

专利联营的成员不得利用专利联营交换价格、产量、市场划分等有关竞争的敏感信息, 达成《反垄断法》第十七条、第十八条第一款、第十九条所禁止的垄断协议。但是, 经营者能够证明所达成的协议符合《反垄断法》第二十条规定的除外。

具有市场支配地位的专利联营实体不得利用专利联营实施下列滥用市场支配地位的行为, 排除、限制竞争:

(一) 以不公平的高价许可联营专利;

(二) 没有正当理由, 限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利;





(三) 没有正当理由, 限制联营成员或者被许可人独立或者与第三方联合研发与联营专利相竞争的技术;

(四) 没有正当理由, 强迫被许可人将其改进或者研发的技术排他性或者独占性地回授给专利联营实体或者联营成员;

(五) 没有正当理由, 禁止被许可人质疑联营专利的有效性;

(六) 没有正当理由, 对条件相同的联营成员或者同一相关市场的被许可人在交易条件上实行差别待遇;

(七) 国家市场监督管理总局认定的其他滥用市场支配地位的行为。

第十五条 经营者不得在行使知识产权的过程中, 利用标准的制定和实施从事下列行为, 排除、限制竞争:

(一) 没有正当理由, 与具有竞争关系的经营者联合排斥特定经营者参与标准制定, 或者排斥特定经营者的相关标准技术方案;

(二) 没有正当理由, 与具有竞争关系的经营者联合排除其他特定经营者实施相关标准;

(三) 与具有竞争关系的经营者约定不实施其他竞争性标准;

(四) 国家市场监督管理总局认定的其他垄断协议。

第十六条 具有市场支配地位的经营者不得在标准的制定和实施过程中从事下列行为, 排除、限制竞争:

(一) 在参与标准制定的过程中, 故意不向标准制定组织披露其权利信息, 或者明确放弃其权利, 但是在某项标准涉及该专利后却对该标准的实施者主张其专利权;

(二) 在其专利成为标准必要专利后, 违背公平、合理和无歧视许可的承诺, 以不公平的高价许可, 没有正当理由拒绝许可、搭售商品、实行差别待遇或者附加其他不合理的限制条件;

(三) 在标准必要专利许可过程中, 违背公平、合理、无歧视许可的承诺, 未经善意谈判程序, 不正当地请求法院或者相关部门作出或者颁发禁止使用相关知识产权的判决、裁定或者决定, 迫使被许可方接受其不公平的高价或者其他不合理的限制条件;

(四) 国家市场监督管理总局认定的其他滥用市场支配地位的行为。







本规定所称标准必要专利，是指实施该项标准所必不可少的专利。

第十七条 著作权集体管理组织不得在开展活动的过程中滥用知识产权，排除、限制竞争。

著作权集体管理组织在与权利人、使用者或者其他著作权集体管理组织之间达成的相关协议中，不得交换有关竞争的敏感信息，不合理地实施会员资格、地域范围等限制，或者联合抵制特定权利人或者使用者等。

具有市场支配地位的著作权集体管理组织，不得实施下列滥用市场支配地位的行为，排除、限制竞争：

(一) 以不公平的高价向特定权利人收取管理费或者向特定使用者收取使用费；

(二) 没有正当理由，拒绝特定使用者使用著作权或者与著作权有关的权利；

(三) 没有正当理由，限制特定权利人加入或者退出该组织；

(四) 没有正当理由，强迫使用者接受一揽子许可；

(五) 没有正当理由，对条件相同的权利人或者使用者实行差别待遇；

(六) 国家市场监督管理总局认定的其他滥用市场支配地位的行为。

第十八条 经营者涉嫌滥用知识产权排除、限制竞争行为的，反垄断执法机构依据《反垄断法》和《禁止垄断协议规定》、《禁止滥用市场支配地位行为规定》、《经营者集中审查规定》进行调查。

本规定所称反垄断执法机构包括国家市场监督管理总局和各省、自治区、直辖市市场监督管理部门。

第十九条 分析认定经营者涉嫌滥用知识产权排除、限制竞争行为，可以采取以下步骤：

(一) 确定经营者行使知识产权行为的性质和表现形式；

(二) 确定行使知识产权的经营者之间相互关系的性质；

(三) 界定行使知识产权所涉及的相关市场；

(四) 认定行使知识产权的经营者的市场地位；

(五) 分析经营者行使知识产权的行为对相关市场竞争的影响。

分析认定经营者之间关系的性质需要考虑行使知识产权行为本身的特点。在涉及知识产权许可的情况下，原本具有竞争关系的经营者之间在许可合同中是交







易关系，而在许可人和被许可人都利用该知识产权生产产品的市场上则又是竞争关系。但是，如果当事人之间在订立许可协议时不是竞争关系，在协议订立之后才产生竞争关系的，则仍然不视为竞争者之间的协议，除非原协议发生实质性的变更。

第二十条 分析认定经营者行使知识产权的行为对竞争的影响，应当考虑下列因素：

- (一) 经营者与交易相对人的市场地位；
- (二) 相关市场的市场集中度；
- (三) 进入相关市场的难易程度；
- (四) 产业惯例与产业的发展阶段；
- (五) 在产量、区域、消费者等方面进行限制的时间和效力范围；
- (六) 对促进创新和技术推广的影响；
- (七) 经营者的创新能力和技术变化的速度；
- (八) 与认定行使知识产权的行为对竞争影响有关的其他因素。

第二十一条 经营者滥用知识产权排除、限制竞争的行为构成垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款，上一年度没有销售额的，处五百万元以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处三百万元以下的罚款。经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的，可以处一百万元以下的罚款。

经营者利用行使知识产权的方式，组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助的，适用前款规定。

第二十二条 经营者滥用知识产权排除、限制竞争的行为构成滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。

第二十三条 经营者滥用知识产权违法实施集中，且具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，由国家市场监督管理总局责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额百分之十以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





第二十四条 反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、情节、程度、持续时间和消除违法行为后果的情况等因素。

第二十五条 经营者滥用知识产权排除、限制竞争情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，国家市场监督管理总局可以在《反垄断法》第五十六条、第五十七条、第五十八条、第六十二条规定的罚款数额的两倍以上五倍以下确定具体罚款数额。

第二十六条 反垄断执法机构工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露执法过程中知悉的商业秘密、个人隐私和个人信息的，依照有关规定处理。

反垄断执法机构在调查期间发现的公职人员职务违法、职务犯罪问题线索，应及时移交有管辖权的纪检监察机关。

第二十七条 本规定由国家市场监督管理总局负责解释。

第二十八条 本规定自 年 月 日起施行。2015 年 4 月 7 日原国家工商行政管理总局令第 74 号公布的《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》同时废止。

## 关于《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》的起草说明

为贯彻落实修改后的《反垄断法》，市场监管总局对《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》（以下简称《规定》）进行了修订，形成草案。现作出说明如下：

### 一、修订的必要性

《规定》实施以来，在制止滥用知识产权排除、限制竞争行为，保护市场公平竞争和激励创新等方面发挥了积极作用。贯彻落实党中央、国务院关于强化反垄断、深入推进公平竞争政策实施的重要决策部署，落实修改后的《反垄断法》最新要求，有必要对原《规定》进行修订，进一步完善知识产权领域反垄断制度体系，健全竞争治理规则；进一步统筹做好知识产权保护和反垄断工作；进一步为知识产权领域市场主体提供公平、透明、可预期的行为指引，夯实公平的竞争的

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





法治基础，更好促进竞争和创新，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益。

## 二、修订的主要过程

2021 年 9 月以来，为做好《规定》修订工作，市场监管总局充分落实科学立法、民主立法、依法立法、开门立法的工作要求，以提高立法质量是关键，组织深入开展理论研究和调研，认真总结反垄断执法实践，广泛征求有关方面意见，充分借鉴国外立法执法经验，扎实推进修订工作，起草了《规定》（征求意见稿）。

## 三、修订的主要内容

修订后的《规定》共 28 条，主要修改内容包括：

（一）**修改规章名称**。将规章名称修改为“禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定”。

（二）**落实修改后的《反垄断法》最新制度规定**。准确把握和全面落实修改后的《反垄断法》规定，结合知识产权领域反垄断实际，一是落实鼓励创新的立法目的，将“激励创新”修改为“鼓励创新”（第一条）。增加“创新（研发）市场”的规定（第四条）。二是增加“经营者不得利用行使知识产权的方式，组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助”的规定（第五条）。三是强化法律责任，修改法律责任条款（第二十一条至第二十六条）。

（三）**健全知识产权领域反垄断制度规则**。落实《反垄断法》基本制度，正确处理与其他反垄断规章、指南关系，一是明确知识产权领域垄断行为包括达成垄断协议、滥用市场支配地位和具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中（第三条）。二是细化知识产权领域滥用市场支配地位行为制度规则，增加认定市场支配地位的考量因素（第六条），完善限定交易、搭售、附加不合理限

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





制条件等行为认定规则（第八条至第十条）。三是增加涉及知识产权的经营者集中申报、审查和附加限制性条件的具体规定（第十二条、第十三条）。

**（四）完善标准必要专利等重点领域反垄断规则。**积极回应知识产权领域反垄断重点难点问题，完善细化制度规则，增强规定前瞻性、针对性、有效性，一是完善有关专利联营的垄断协议、滥用市场支配地位行为规定（第十四条）。二是明确标准制定和实施中的垄断协议情形，完善标准必要专利许可中的滥用市场支配地位行为规定（第十五条、第十六条）。三是增加对著作权集体管理组织垄断行为的规定（第十七条）。

来源：国家市场监督管理总局官方微信公众号（市说新语）

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/0-p6E0Lhr0QNrR6oiZblaQ>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 关于就《集体商标、证明商标管理和保护办法（征求意见稿）》公开征求意见的通知



为增强立法公开性和透明度，提高立法质量，国家知识产权局将修改的《集体商标、证明商标管理和保护办法（征求意见稿）》及其修改说明公布，征求社会各界意见。公众可以登录司法部中国政府法制信息网，国家知识产权局网站，关注国家知识产权局微信公众号，查看征求意见稿及其修改说明。有关单位和各界人士可以在 2022 年 7 月 21 日前，通过以下四种方式，围绕征求意见稿的修改完善提出具体意见：

一、登录中华人民共和国司法部 中国政府法制信息网 (<http://www.moj.gov.cn>、<http://www.chinalaw.gov.cn>)，进入首页菜单的“立法意见征集”栏目提出意见。

二、通过电子邮件将意见发送至：[tiaofasi@cnipa.gov.cn](mailto:tiaofasi@cnipa.gov.cn)。

三、传真：（010）62083681。

四、通过信函方式寄至：北京市海淀区西土城路 6 号国家知识产权局条法司条法二处，邮编 100088（请于信封左下角注明“集证商标办法”）。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







附件：

1. 《集体商标、证明商标管理和保护办法》（征求意见稿）.doc
2. 《集体商标、证明商标管理和保护办法（征求意见稿）》修改说明.doc
3. 《集体商标、证明商标管理和保护办法》（征求意见稿）修改对照表.doc

国家知识产权局

2022 年 6 月 7 日

来源：国家知识产权局官网

链接：[https://www.cnipa.gov.cn/art/2022/6/7/art\\_75\\_175908.html](https://www.cnipa.gov.cn/art/2022/6/7/art_75_175908.html)

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 国家知识产权局关于知识产权政策实施提速增效 促进经济平稳健康发展的通知



各省、自治区、直辖市和新疆生产建设兵团知识产权局，四川省知识产权服务促进中心，各地方有关中心：

为深入贯彻习近平总书记“疫情要防住、经济要稳住、发展要安全”的重要指示精神，全面落实全国稳住经济大盘电视电话会议部署要求，高效统筹疫情防控和经济社会发展，以更强的紧迫感、更高的主动性抢抓当前关键时间窗口，进一步推进知识产权政策实施提速增效，促进经济平稳健康发展。现就相关工作通知如下。

### 一、加速释放知识产权资金政策效应，稳定预期提振发展信心

**（一）实施专利年费缴纳延期政策。**对于专利年费（不含授权后首年年费）缴纳期限届满日在 2022 年 6 月 15 日至 2022 年 12 月 31 日之间，且享受我国专利费用减缴政策的专利权，将该专利年费缴纳期限届满日自动延长至 2023 年 6 月 15 日，期间不产生滞纳金。

**（二）推动专利转化专项计划奖补资金迅速落地。**专利转化专项计划奖补省份要加紧制定资金使用方案，第一时间提前开展项目征集储备，重点支持具有专利转化需求、符合相关项目支持条件、受疫情影响较大存在短期困难的市场主体，力争在中央财政资金下达一个月内启动项目实施。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



**(三)充分利用知识产权运营项目存量资金。**有关地方要积极盘活股权投资、基金等市场化方式支持的知识产权运营相关项目资金，对于到期退出的中央和地方财政资金，及时协调同级财政部门统筹用于知识产权运用促进工作，重点向直接惠企纾困的支出方面倾斜，力争在 2022 年上半年应支尽支。尚有结转资金的第三批、第四批知识产权运营服务体系建设重点城市要切实加快资金执行进度、提升使用绩效，直接惠企的项目要先行落地，在 2022 年底前将全部资金执行完毕。

## 二、有效发挥知识产权制度效能，支撑发展服务实体经济

**(四)便利知识产权申请注册和权利救济。**继续执行好《关于专利、商标、集成电路布图设计受疫情影响相关期限事项的公告》（国家知识产权局公告第三五零号），以便利受疫情影响市场主体办理知识产权事务、减轻市场主体负担为原则，放宽恢复权利请求证明材料的要求。充分发挥专利优先审查、商标注册申请快速审查、知识产权保护中心等机制作用，建立涉及新冠肺炎防治的专利申请绿色通道，全力支持疫情防控和经济社会发展。对受疫情影响较大地区提出的有助于当地特色经济发展的集体商标、证明商标和地理标志商标注册、地理标志产品认定、地理标志专用标志核准，在符合相关条件下提前审查。用好在我国正式生效的《工业品外观设计国际注册海牙协定》，大幅提升市场主体外观设计全球布局效率。

**(五)加快提升市场主体知识产权行政保护效能。**各地要加强知识产权保护规范化市场建设，开展知识产权保护规范化市场认定，充分发挥商贸流通领域知识产权保护引领示范作用。加大对侵犯各类市场主体专利权的行政裁决工作力度，增强市场主体创新发展的恒心和信心。开展知识产权纠纷快速处理试点，依托知识产权保护中心和快速维权中心，促进知识产权纠纷高效、快速解决，助力市场主体降低知识产权保护成本。加强海外知识产权纠纷应对和维权援助，为“走出去”企业提供高水平专业化公益性指导服务，帮助企业降低海外知识产权维权成本。

**(六)发挥商标和地理标志品牌作用引导促进消费。**各地要指导商标品牌指导站、地理标志展示推广中心对餐饮、文旅等受疫情影响较大行业开展重点帮扶，组织品牌集中宣传推介等公益服务，提升品牌声誉，引领带动消费，形成一批以商标和地理标志品牌助力企业渡过难关的典型案例。总结借鉴参与 5 月初“双品网购节”经验，继续巩固加强与商务等部门密切配合，用好电商展销媒介，拓展

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



品牌消费渠道，紧抓重点节日营销热点，大力推动地理标志产品销售在“双品网购节”38 亿元销售额基础上再接再厉，全年持续推进品牌消费升级。

### 三、加快推动知识产权价值实现，畅通循环增强发展动力

**(七) 用好知识产权质押途径支持中小微企业融资。**各地要深入开展知识产权质押融资入园惠企行动，集中组织政策宣讲、需求调研、银企对接等系列活动，以知识产权、信用数据为基础，综合知识产权获奖、试点示范称号、贷款偿还等情况，推动建立企业“白名单”筛选机制。重点发挥商标质押独特作用，摸清受疫情影响较大的餐饮、文旅等行业融资需求，一体推进“快评、快审、快登、快贷”。充分利用普惠金融政策利好，做好知识产权质押贷款存量企业还款能力调查，加大受困市场主体知识产权质押贷款利息、评估、保险等有关费用补贴力度。各地要多措并举、持续发力，在一季度全国知识产权质押融资金额增长 48.6% 的基础上，力争下半年势头不减，实现全年知识产权质押融资稳中有进，稳中向好。

**(八) 实施专利开放许可试点降低企业获取专利技术成本。**各地要积极开展专利开放许可试点，鼓励高校院所、国有企业筛选有市场化前景、应用广泛、实用性较强的专利技术参与开放许可，引导通过免费许可、分阶段许可等多种定价模式，降低市场主体技术获取成本和交易成本。达成专利许可后，鼓励继续为企业 提供专利实施的公益性技术指导，帮助快速完成技术升级或新产品投产，加快推动复工达产。

**(九) 运用专利导航帮助企业提高研发创新效率。**各地要针对产业发展特点和需求，支持面向中小企业开展专利导航专项服务，切实帮助企业在信息获取、合作对接、产品开发、风险规避等环节少走弯路、节约成本，支撑企业在困难条件下研发不断、创新不停，助力提升市场控制力与核心竞争力。向社会推出一批专利导航公益性服务产品，加快专利导航示范项目成果共享和推广应用，避免企业重复投入。

### 四、持续优化知识产权服务机制，便民利企激发发展活力

**(十) 降低知识产权信息获取成本。**上线运行面向公众的智能化专利检索及分析系统，在国务院客户端增加专利公布和商标公告手机端查询功能，提高知识产权信息获取便利度。强化知识产权基础数据普惠性供给，将专利数据服务试验系统数据下载带宽扩充一倍增至 200M。建设新兴重点产业知识产权专题数据库，探索向具备数据加工及分析利用能力的市场主体按需免费提供知识产权标准化数据，降低数据再加工成本。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







**（十一）便利知识产权业务受理办理。**各知识产权业务受理窗口要动态调整服务措施，畅通电话咨询和网上办理渠道，积极提供少跑腿、少接触的便利化服务。扩大企业变更登记和商标变更申请同步受理、银行业金融机构专利权质押登记线上办理试点范围，提高业务办理的便利度和即时性。开通专利商标质押登记绿色通道，将专利质押登记电子化申请和商标质押登记审查周期压缩至一个工作日。

**（十二）丰富知识产权服务供给。**各地要深入开展“知识产权服务万里行活动”，引导服务机构对受困市场主体提供专利商标代理援助等公益服务，切实解决实际困难。鼓励产业知识产权运营中心、知识产权保护中心、公共服务节点网点等载体发挥资源优势，对受困市场主体免费开放知识产权便利化服务工具。依托中国知识产权远程教育平台等载体，推出更多网络精品课程，更好满足疫情环境下市场主体对培训的迫切需求。

国家知识产权局将进一步加强统筹协调、政策供给和信息共享，及时协调解决突出问题，加大典型案例宣传力度，对措施得力、成效突出的省份，将在知识产权有关项目名额分配和遴选评审时予以倾斜，并在相关督查激励考核评审中予以加分。各地知识产权管理部门要紧抓知识产权强省强市启动建设的重要契机，更大力度争取地方党委政府支持，加大知识产权工作保障力度，力争知识产权惠企利民资金总盘子只增不减。在知识产权项目立项、遴选和资金拨付上，要加快节奏、优化流程、便捷办理，让政策更快惠及市场主体。要深入落实本通知要求，结合实际细化具体措施，扎实推动各项政策落地见效。2022 年 6 月底前，与促进经济平稳健康发展密切相关的知识产权政策措施要应出尽出，相关政策措施出台后请抄送国家知识产权局知识产权运用促进司。

特此通知。

国家知识产权局  
2022 年 5 月 30 日

来源：国家知识产权局官网

链接：[https://www.cnipa.gov.cn/art/2022/6/10/art\\_75\\_175973.html](https://www.cnipa.gov.cn/art/2022/6/10/art_75_175973.html)

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 典型案例摘要

### 上海知识产权法院对一起涉“中医面诊分析与诊断系统”的发明专利侵权纠纷案作出判决



## 上海知识产权法院

近日，上海知识产权法院（以下简称上海知产法院）对原告上海祉云医疗科技有限公司（以下简称祉云公司）诉被告上海泰怡健康科技有限公司（以下简称泰怡公司）侵害发明专利权纠纷案作出判决。

#### 【基本案情】

原告祉云公司诉称，其从上海中医药大学受让了涉案发明专利“中医面诊分析与诊断系统”，该专利记载了中医面诊分析和诊断系统的七个模块以及相应的功能。祉云公司对比了被告泰怡公司对外销售产品的运行过程和结果，发现被告销售的产品技术特征与涉案发明专利权利要求 1 描述的七个模块相同或等同。原告祉云公司认为，被告生产和销售的产品侵犯了原告的专利权，故诉至法院，请求判令被告立即停止侵权行为，刊登声明消除影响，赔偿经济损失 50 万元、承担惩罚性赔偿 150 万元并赔偿合理开支 11.04 万元。

被告泰怡公司辩称，其对被诉侵权产品享有自主知识产权，被诉侵权产品采用的技术方案与涉案专利不同，未落入涉案专利权保护范围，原告提供的证据不足以认定被诉侵权产品构成侵权。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





▲ 被诉侵权产品诊疗界面

图片来源：上海知产法院官方微信公众号

### 【上海知产法院经审理认为】

上海知产法院经审理后认为，本案的争议焦点主要在于：被诉侵权产品是否落入涉案专利权保护范围。

首先，关于被诉侵权产品是否具有权利要求 1 中“和中医望诊检测装置相连”的技术特征。被告认为被诉侵权产品人脸图像采集是在开放环境下由受检者自行实施，无需与中医望诊检测装置相连。结合涉案专利说明书背景技术部分、实施例的相关记载及中国专利 CN101999881A 授权文本的相关记载，法院认为，涉案专利的技术方案实际上受“中医望诊检测装置”所形成的拍摄环境所限定，涉案专利权利要求 1 中的“和中医望诊检测装置相连”属于权利要求中的使用环境特征。本案中，被诉侵权产品人脸图像采集系在开放环境下由受检者自行实施，受涉案专

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



利背景技术提到的光线、温度等外部客观条件影响。被诉侵权产品人脸图像采集并不与“中医望诊检测装置相连”，因此，被诉侵权产品人脸图像采集不受“中医望诊检测装置”所形成的拍摄环境所限定，不具有权利要求 1 中“和中医望诊检测装置相连”的技术特征。

**其次，被诉侵权产品是否具有与涉案发明专利权利要求 1 中的七个模块。**涉案专利系一种中医面诊分析与诊断系统，实质系涉及计算机程序的发明专利。计算机程序是指为了能够得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列，或者可被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列，包括源程序和目标程序，一般包含有算法和用户显示界面。本案中，权利要求 1 包含信息采集模块、图像分割模块、面部颜色分析模块、面部光泽分析模块、口唇分析模块、数据管理与综合分析模块、诊断报告模块七个模块，各个模块系以其实现的功能来界定，同时限定了各个模块间的通讯连接关系以及各个模块的子功能或者说是运行步骤，但均未涉及各模块的具体结构，本领域普通技术人员仅通过阅读权利要求亦无法确定实现上述功能的具体实施方式，故前述模块应认定为功能性特征。根据涉案专利说明书可知，附图 2-20 实质均系计算机系统在模块指令下的显示，也即用户显示界面，说明书中并未涉及实现前述模块功能的算法。本领域普通技术人员结合权利要求书、说明书，虽无法确定实现该功能的具体算法，但一般认为涉案计算机程序应包括与前述用户显示界面类似的界面。被诉侵权产品的使用过程不存在与前述用户显示界面对应的类似界面，两者亦无法进行算法的比对，甚至亦无法证明被诉侵权产品具有相应模块的子功能或者运行步骤。在此情况下，原告提供的证据不能证明被诉侵权产品具有权利要求 1 中的七个模块。

综上，上海知产法院认为，被诉侵权技术方案不具有涉案专利权利要求 1 中“和中医望诊检测装置相连”的技术特征，原告亦无法证明被诉侵权技术方案具有权利要求 1 中的七个模块，故原告关于被诉侵权产品落入原告涉案专利权的指控不能成立。**据此，上海知产法院判决驳回原**

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





告的诉讼请求。该案判决后，双方当事人均未提起上诉，判决目前已生效。

作者：陈瑶瑶 张宗滨

来源：上海知产法院官方微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/MxzgQp4PI0d099L6035ECQ>



地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 上海知产法院对侵害“五芳斋”等商标权上诉案作出终审判决

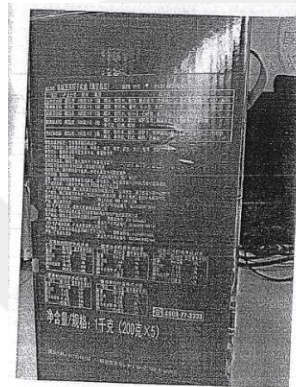
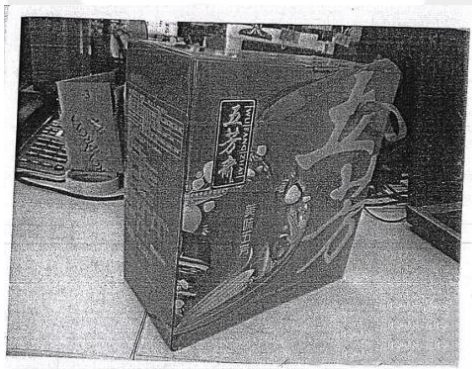


### 上海知识产权法院

近日，上海知识产权法院（以下简称上海知产法院）对上诉人浙江五芳斋实业股份有限公司（以下简称五芳斋公司）与被上诉人上海苏蟹阁实业有限公司（以下简称苏蟹阁公司）、上海赢礼实业有限公司（以下简称赢礼公司）侵害商标权纠纷上诉案作出驳回上诉，维持原判的终审判决。

#### 【基本案情】

五芳斋公司向一审法院诉称，“五芳斋”创始于 1921 年，其注册商标具有较高知名度，曾被认定为“中华老字号”、驰名商标等。2018 年，上海市静安区市场监督管理局执法人员对苏蟹阁公司销售印有“五芳斋”等文字和图形商标的礼盒进行查处。涉案礼盒内的粽子来自五芳斋授权代理商，但五芳斋公司从未生产或授权许可其他公司生产、销售该类礼盒。



▲ 权利人产品

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







▲ 侵权产品

图片来源：上海知产法院官方微信公众号

据查，赢礼公司提供了粽子及礼盒，苏蟹阁公司进行组合销售，故苏蟹阁公司、赢礼公司的行为侵犯了五芳斋公司第 9720610 号“五芳”商标、第 10379873 号“美味五芳”商标、第 331907 号“五芳斋”商标专用权，应共同承担责任。此外，赢礼公司销售粽子礼盒，系在相同商品上使用相同商标，侵犯第 3781249 号“五芳斋”商标专用权。五芳斋公司请求法院判令苏蟹阁公司、赢礼公司立即停止生产、销售并销毁含上述商标标识的包装盒及商品，共同赔偿经济损失及合理开支共计 30 万元。

五芳斋

▲ 权利人商标 1  
(第 30 类:粽子)

五芳

▲ 权利人商标 2

美味五芳

▲ 权利人商标 3

五芳斋

▲ 权利人商标 4  
(第 16 类: 包装盒)

图片来源：上海知产法院官方微信公众号

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





### 【一审法院经审理认为】

一审法院经审理认为，涉案礼盒内的粽子来源于五芳斋授权销售商，系正品，五芳斋公司在审理中确认散装真空包装粽子上印有五芳斋老人圆形图案和生产日期，散装粽子包装、保质期、品质等与礼盒内所装粽子并无区别。可见，在涉案礼盒包装上使用与注册商标基本相同标识的行为既未破坏商标指示来源的功能，又未破坏商标品质保证的功能，故苏蟹阁公司、赢礼公司的行为并未侵犯第 9720610、10379873、331907 号注册商标的权利。苏蟹阁公司在销售的涉案礼盒上突出标注“五芳”“美味五芳”“五芳斋”标识，构成商标法意义上的使用行为，其未经商标注册人许可，在同一种商品上使用与注册商标相同的商标，侵犯五芳斋公司第 3781249 号注册商标专用权。综合考虑涉案商标的知名度、侵权人的主观过错程度、侵权行为的影响、五芳斋公司支付的律师费等因素，并考虑到涉案礼盒内的粽子确实来源于五芳斋公司，酌定赔偿金额和合理开支共计 3 万元。

五芳斋公司不服一审判决，向上海知产法院提起上诉，认为：一审判决认定苏蟹阁公司、赢礼公司的行为并未侵犯第 9720610、10379873、331907 号注册商标的权利错误，且赔偿数额过低，请求依法改判苏蟹阁公司、赢礼公司共同赔偿经济损失 15 万元。

### 【上海知产法院经审理认为】

本案中，苏蟹阁公司、赢礼公司将来源于五芳斋公司的散装粽子分装入来源不明但外观与五芳斋公司的正品礼盒近似的涉案礼盒中，再以五芳斋粽子礼盒的名义对外销售，涉案礼盒外包装上使用了“五芳斋”“美味五芳”“五芳”等与注册商标近似或基本相同的字样，侵害了五芳斋公司第 9720610、10379873、331907 号注册商标专用权，应当承担赔偿责任。

#### 理由如下：

1.虽然散装粽子是来源于五芳斋公司的正品，但被控侵权的粽子礼盒与五芳斋公司的正品粽子礼盒并不一样，外包装和销售价格均有区别；

2.从注册商标核定使用的商品类别来看，礼盒粽也属粽子类商品，故苏蟹阁公司、赢礼公司的行为属于在同一种商品上使用与注册商标近似的商标；

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





3.将散装粽装入假冒礼盒中对外销售，会使相关公众对礼盒粽商品产生混淆误认，破坏礼盒上的注册商标与礼盒内商品的来源指示关系，侵占正品礼盒粽的市场份额，对于五芳斋公司的商业声誉产生影响。

因此，一审法院认定苏蟹阁公司、赢礼公司的行为并未侵犯第 9720610、10379873、331907 号注册商标的权利，属于适用法律错误，应予纠正。此外，根据现有证据，苏蟹阁公司、赢礼公司的销售数量较少，获利不高，五芳斋公司的散装粽和礼盒粽之间的平均差价不大，且苏蟹阁公司、赢礼公司确实购买了五芳斋公司的散装粽，未对五芳斋公司造成较大损失。

综上，上海知产法院认为，对“五芳斋”正品粽进行分装销售的行为构成商标侵权，但综合考量案情后对于原审判决金额予以维持，故作出如上判决。

作者：胡宓 叶明鑫

来源：上海知产法院官方微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/kQBt1NN3aYPDSbPexZQsWg>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 擅自使用与“东阿阿胶”红黑铁盒近似的包装、装潢，构成不正当竞争



### 上海知识产权法院

近日，上海知识产权法院（以下简称上海知产法院）对上诉人南京同仁堂绿金家园保健品有限公司（以下简称同仁堂公司）与被上诉人东阿阿胶股份有限公司（以下简称东阿阿胶公司）等不正当竞争纠纷上诉案作出驳回上诉、维持原判的终审判决。

#### 【基本案情】

东阿阿胶公司向一审法院诉称，其系国内最大的阿胶及系列产品生产企业，“东阿”“东阿阿胶”均为中国驰名商标，曾获得全国重点保护品牌、中国行业标志性品牌等。在不断提升产品质量的同时，东阿阿胶公司不断创新产品包装，于 2010 年 9 月将使用多年的阿胶包装盒由纸质包装更换为铁盒包装，并就该产品包装申请了外观设计专利及美术作品著作权登记。经东阿阿胶公司长期以来的持续性使用和大范围、高投入的广告宣传，该包装、装潢已被公众所熟知并将其与阿胶产品相关联，起到了区别商品来源的作用，具有极强的显著性和较高的商业价值，属于知名商品特有包装、装潢。现东阿阿胶公司发现，郑州冲锋舟商贸有限公司（以下简称冲锋舟公司）在某电商平台大量销售与“东阿阿胶”牌阿胶包装、装潢近似的阿胶片。该产品包装显示，保定赛行阿胶有限公司（以下简称赛行公司）为生产单位，同仁堂公司为总销售，双方还签订了合作协议，约定就阿胶片销售事宜达成合作，产品包装材料由同仁堂公司提供。东阿阿胶公司认为，其“东阿阿胶”牌阿胶产品的红黑铁盒包装、装潢构成有一定影响的商品包装、装潢，同仁堂公司、赛行公司、冲锋舟公司的行为构成了不正当竞争，故请求法院判令三公司停止侵权并承担相应的赔偿责任。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





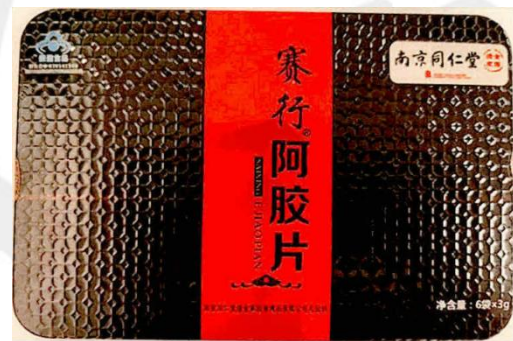
### 【一审法院经审理后认为】

一审法院经审理后认为，根据在案证据，东阿阿胶产品的红黑铁盒包装、装潢经过长期、稳定的使用，产生了识别商品来源的作用，可以使相关公众通过该包装、装潢与东阿阿胶公司之间建立起固定联系，从而与其他经营者的商品相区别，并在全国范围内具有了一定的知名度。据此，一审法院认定东阿阿胶公司“东阿阿胶”牌阿胶的红黑铁盒包装、装潢为有一定影响的商品包装、装潢。经比对，被诉侵权的赛行阿胶片与原告“东阿阿胶”牌 250 克阿胶的包装均为黑色长方体扁铁盒，且大小大致相当，盒体各角采用倒圆角设计，盒盖表面均有规则凸起底纹，盒盖上均有较宽红色矩形竖条，矩形竖条上均以竖排形式、黑色较大字体印有产品名称。虽然红色矩形竖条在盒盖上的位置存在差异，且红色矩形竖条上的产品名称等信息不同，**但两者在整体形状、材质、黑红颜色配比、文字布局等方面基本一致。赛行公司和同仁堂公司共同生产了赛行阿胶片，并由同仁堂公司进行销售，其行为构成不正当竞争。一审法院遂判令赛行公司、同仁堂公司停止侵权，并连带赔偿东阿阿胶公司经济损失 20 万元及合理开支 2,600 元。**

一审判决后，同仁堂公司提起上诉，认为被诉包装、装潢与东阿阿胶公司的涉案商标、包装、装潢既不相同也不近似；阿胶产品与阿胶片分属药品和保健品类别，产品价格相差甚远；其对东阿阿胶公司的商品包装、装潢尽到了合理避让，一般消费者无论是直接观察，还是在网络平台上搜索，都不会对商品来源产生混淆。



▲“东阿阿胶”牌阿胶的包装、装潢



▲被诉侵权赛行阿胶片的包装、装潢

图片来源：上海知产法院官方微信公众号

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







### 【上海知识产权法院审理后认为】

上海知产法院经审理后认为，阿胶产品和阿胶片虽分属药品和保健食品，但二者名称极为相似，在原料、消费对象方面存在重合，在功能、用途方面亦存在密切关联。根据相关公众的通常认知，容易认为二者存在特定联系，可认定二者构成类似商品。经比对，被诉商品的包装、装潢在整体形状、颜色配比、主要文字的布局等方面均与东阿阿胶公司的商品包装、装潢极为相似，仅在盒盖上的商标及产品信息及盒盖底纹等方面的细节设计存在差别，但该差别对整体视觉效果的影响较为有限。同时，考虑到东阿阿胶公司的商品包装、装潢经多年使用、宣传而具有较高的知名度，同仁堂公司在类似商品上使用被诉包装装潢，容易导致相关公众对商品来源产生混淆，或误认为二者存在特定联系。在此情况下，被诉商品及网店中使用其他商业标识并不足以阻却涉案行为构成不正当竞争的认定。据此，上海知产法院作出上述判决。

作者：叶菊芬 邵望蕴

来源：上海知产法院官方微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/Bz1mLbRD3nP4d6Mk3dKHtA>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 【上知案例洞察】第 29 期：公司与其法定代表人共同侵权责任的认定



上海知识产权法院

### 公司与其法定代表人共同侵权责任的认定

——上海尔广餐饮管理有限公司与上海再高餐饮管理有限公司等仿冒、虚假宣传和商业诋毁纠纷上诉案

#### 【裁判要旨】

法人的法定代表人或者主要负责人明知法人实施的行为是侵权行为，且该法定代表人或者主要负责人自身积极参与侵权行为的实施，则该侵权行为既体现了法人的意志又体现了其法定代表人或者主要负责人的意志，此时可以认定该法定代表人或者主要负责人与法人共同实施了侵权行为，应依法承担相应的法律责任。

#### 【基本案情】

潘国仙于 1997 年起承租上海市黄浦区肇周路 209 号的房屋，潘国仙、潘南云姐弟在该处经营小吃店，使用“耳光馄饨”的店招。自 2011 年起，网络用户、媒体对“耳光馄饨”进行报道，称“打耳光都不放过”的荠菜鲜肉馄饨是肇周路上网红小吃。2016 年 3 月，因肇周路房子拆迁，“耳光馄饨”小吃店搬到附近的黄家阙路 109 号继续经营。上海尔广餐饮管理有限公司（以下简称尔广公司）成立于 2016 年 11 月 30 日，法定代表人为潘南云。2018 年 8 月 13 日，潘国仙与其弟潘南云共同签署《“耳光馄饨”正本清源之声明》，载明：尔广公司自成立之日起即为唯一享有“耳光馄饨”有关的无形资产及其衍生权利的主体。2018 年 8 月，尔广公司的“耳光馄饨—辣肉冷馄饨”被上海市餐饮烹饪行业协

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





会授予“2018 年冷面、冷馄饨金牌奖”。

美亚投资控股有限公司（以下简称美亚公司）是一家在香港特别行政区注册的公司，于 2008 年 4 月 15 日成立，原唯一投资人为王军。2015 年 7 月 27 日，王军将所持有的全部公司股权出让给王伟。美亚公司于 2012 年 10 月 29 日在第 43 类服务上申请注册第 11665486 号“耳光”文字商标，此后又在第 30 类、第 43 类的商品或服务上申请注册多个含“耳光”字样的商标。美亚公司将其申请注册的“耳光”等商标许可给上海再高餐饮管理有限公司（以下简称再高公司）使用。

2018 年 8 月 15 日，进入再高公司网站，网页载有“好吃到打耳光都不放手—耳光馄饨是上海本地知名小吃品牌”等宣传内容。网站《郑重申明》载明：耳光馄饨品牌是由商标持有方授权我司独家使用，并独家运营该品牌在全国的连锁体系。目前市场上出现了假冒的耳光馄饨店以及不法分子擅用我司名义，在互联网发布诈骗信息或擅自发布虚假加盟资讯，意图骗取个人信息和金钱……另有山寨品牌鱼目混珠，仿冒我司，意图骗取加盟金……。网站“品牌简介”中载明：耳光馄饨是源自民国时期上海本地的小吃，后经美亚公司重新收购与包装后打造的一个馄饨连锁餐厅品牌。网站“品牌故事”刊载了所谓杜月笙与“耳光馄饨”的轶事。网站“新闻资讯”栏于 2018 年 8 月 6 日发布的《耳光馄饨老板朱晓寅专访》一文中，朱晓寅称：现在外面仿冒的人也很多，肇州（周）路我也是最近听说的，还特地去肇州（周）路找过，没找到。不过在黄埔（浦）区找到一个自称是耳光创始人的无锡人，但是据了解也跟民国期间的耳光馄饨没什么关系，是一个民工夫妻自己开的排挡店……

再高公司的门店或其授权的加盟店使用“耳光”“耳光馄饨”等商标。再高公司陈述，其授权开设的“耳光馄饨”店铺共计 70 余家。

再高公司于 2016 年 8 月 2 日成立。再高公司原股东为高逸峰、玖客公司，法定代表人为高逸峰；2018 年 1 月 16 日，再高公司股东变更为高逸峰、王伟，法定代表人变更为王伟；2020 年 9 月 9 日，再高公司股东变更为李钢、上海歌娜餐饮管理有限公司，法定代表人变更为李钢。2020 年 9 月 1 日，上海市第三中级人民法院作出（2020）沪 03 破 257 号民事裁定，受理案外人对再高公司的破产清算申请。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





**另查明**，上海市第二中级人民法院曾审结张盛与王伟、美亚公司（时任投资人为王军）及案外人王勇、上海面道餐饮管理有限公司（以下简称面道公司）、上海记盛餐饮管理有限公司（以下简称记盛公司，王伟时任该公司法定代表人）不正当竞争纠纷案，案号为（2009）沪二中民五（知）初字第 146 号（以下简称“盛记一品”案）。上海市第二中级人民法院经审理认定，该案原告张盛在先使用的“盛记一品”商品名称构成知名商品的特有名称，而被告王勇、面道公司将在后申请注册的“盛记及盛记一品”商标转让给被告美亚公司，美亚公司又将该商标授权记盛公司在经营活动中实际使用，该系列行为给张盛及其关联企业的经营造成损害。面道公司、美亚公司、记盛公司共同策划、分工实施了上述行为，且已造成误认、混淆，构成仿冒。记盛公司、美亚公司对“盛记一品”名称或品牌并不享有任何合法民事权益，但两者各自或联合发出的律师函、《声明函》中却声称系为“盛记一品”的合法权利拥有者，指责“张某”发布虚假信息、仿冒等，记盛公司构成商业诋毁。王伟系记盛公司的法定代表人，其相应民事责任依法应由记盛公司承担。**一审判决：面道公司、记盛公司、美亚公司停止擅自使用知名商品特有名称不正当竞争行为；记盛公司停止商业诋毁不正当竞争行为；面道公司、记盛公司、美亚公司刊登声明、消除影响；面道公司、记盛公司、美亚公司连带赔偿张盛经济损失 10 万元。**嗣后，面道公司、记盛公司不服，向上海市高级人民法院提出上诉，上海市高级人民法院于 2011 年 6 月 21 日作出（2011）沪高民三（知）终字第 13 号**终审判决：驳回上诉，维持原判。**

### 【一审法院经审理后认为】

潘国仙、潘南云最早在上海市黄浦区肇周路 209 号店面内标注“耳光馄饨”从事经营活动。经过长期使用，“耳光馄饨”已构成有一定影响的商品和服务名称。根据潘国仙、潘南云共同签署的《耳光馄饨正本清源之声明》，尔广公司有权提起本案诉讼。美亚公司、再高公司使用“耳光馄饨”，导致相关公众的混淆、误认，构成仿冒。再高网站发布“耳光馄饨”源出于民国杜月笙轶事的文章，文章撰者不详，其内容没有事实根据。文章内容足以误导相关公众，对象直指尔广公司，再高公司的行为已构成虚假宣传。再高公司网站中发布的《郑重申明》中，除

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







自诩为“耳光馄饨”品牌独家使用者外，还使用了“假冒的耳光馄饨店”“意图骗取个人信息和金钱”“未经授权的山寨和仿冒门店”等意有所指的表述，损害了尔广公司的商业信誉，构成商业诋毁。同理，《耳光馄饨老板朱晓寅专访》，亦属于商业诋毁。

关于民事法律责任。美亚公司与再高公司共同构成仿冒，应承担停止仿冒行为、消除影响、赔偿损失的法律 responsibility。美亚公司单一的股权结构，决定了其所作出的任何决策，均系源于王伟个人意志。王伟在主导全部仿冒实施过程中发挥着协调美亚公司与再高公司的核心作用，应与再高公司、美亚公司一并承担仿冒法律责任。再高公司作为虚假宣传和商业诋毁行为的实施者，应承担停止不正当竞争行为、消除影响、赔偿损失的法律 responsibility。综合全案证据情况，考虑侵权人主观恶意程度、不正当竞争行为影响范围、再高公司加盟店数量、涉及多种不正当竞争行为、经营规模等因素，对尔广公司赔偿损失及合理费用的诉讼请求全额予以支持。

上海市徐汇区人民法院依照《中华人民共和国侵权责任法》第二条、第十五条第一款第一项、第六项、第八项、第二款，《中华人民共和国商标法》第七条，《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条第一项、第八条第一款、第十一条、第十七条，《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》第十七条第一款规定，判决：王伟、再高公司、美亚公司于判决生效之日起停止涉案仿冒行为；再高公司于判决生效之日起停止涉案虚假宣传和商业诋毁行为；王伟、再高公司、美亚公司于判决生效之日起十日内，共同赔偿尔广公司因涉案仿冒行为造成的经济损失 1,411,500 元；再高公司于判决生效之日起十日内，赔偿尔广公司因涉案虚假宣传和商业诋毁行为造成的经济损失 500,000 元；王伟、再高公司、美亚公司于判决生效之日起十日内，就涉案仿冒行为共同于《新民晚报》上刊载声明、消除影响；再高公司于判决生效之日起十日内，就涉案虚假宣传和商业诋毁行为于网址为 [www.erguanghd.com](http://www.erguanghd.com) 的网站首页连续 72 小时刊载声明、消除影响；王伟、再高公司、美亚公司于判决生效之日起十日内，共同赔偿尔广公司为制止侵权支出的合理费用 88,500 元；驳回尔广公司的其余诉讼请求。案件保全申请费 3,020 元，由王伟、再高公司、美亚公司共同负担。一审案件受理费 22,800 元，由尔广公司负担 800 元，王伟、再高公司、

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







美亚公司共同负担 22,000 元。王伟、再高公司、美亚公司不服，向上海知识产权法院提起上诉。

### 【上海知识产权法院审理后认为】

潘国仙、潘南云在先使用的“耳光馄饨”标识属于有一定影响的商品及餐饮服务标识，经潘国仙与潘南云授权，尔广公司享有“耳光馄饨”标识的相关权益，有权提起本案诉讼。美亚公司以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的“耳光”等商标，又将商标许可给再高公司使用，美亚公司和再高公司分工合作实施仿冒行为，构成共同侵权。王伟作为再高公司、美亚公司的控股股东、主要负责人，其主观上有实施仿冒行为的故意，客观上通过其控制的美亚公司、再高公司实施了仿冒行为，其与美亚公司、再高公司构成共同侵权。

根据现有证据可以认定，尔广公司使用的“耳光馄饨”源自俗语“打耳光都不肯放手”。再高公司网站发布的所谓杜月笙与耳光馄饨的故事系杜撰的故事，再高公司对“耳光馄饨”含义及起源等进行虚假的商业宣传，欺骗、误导消费者，构成虚假宣传。

再高公司在其网站发布的《郑重申明》虽未明确指明尔广公司，但由于尔广公司和再高公司均使用“尔广馄饨”等标识，阅读了《郑重申明》的相关公众自然会将该声明与尔广公司联系起来，进而对尔广公司使用“耳光”等标识的正当性、提供的商品和服务的质量等产生质疑。《耳光馄饨老板朱晓寅专访》一文亦是如此。再高公司上述行为，损害了尔广公司的商业信誉、商品声誉，构成商业诋毁。

上海知识产权法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，**判决：驳回上诉，维持原判。二审案件受理费 22,000 元，由上诉人再高公司、美亚公司、王伟共同负担。**

### 【典型意义】

本案法律适用的难点是王伟是否需承担侵权责任。根据民法相关规定，法人以其全部财产独立承担民事责任，法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。通常情况下，法定代表人或者公司主要负责人对履行职务的行

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





为不承担责任，但法定代表人并非对所有与公司经营活动有关的行为都不承担责任。我们认为，法人的法定代表人或者主要负责人明知法人实施的行为是侵权行为，且该法定代表人或者主要负责人自身积极参与侵权行为的实施，则该侵权行为既体现了法人的意志又体现了其法定代表人或者主要负责人的意志，此时可以认定该法定代表人或者主要负责人与法人共同实施了侵权行为，应当依法承担相应的法律责任。

本案中，王伟主观上有侵权故意。首先，王伟长期在上海从事餐饮经营活动，其有条件接触到上海本地知名小吃“耳光馄饨”，应当知道“耳光馄饨”是他人在先使用有一定影响的标识。其次，上海市高级人民法院于 2011 年 6 月 21 日对“盛记一品”案作出终审判决，认定记盛公司、美亚公司等实施了仿冒及商业诋毁不正当竞争行为。王伟时任记盛公司的法定代表人，“盛记一品”案判决生效后，其应当知道记盛公司、美亚公司等所实施的和本案类似的行为系不正当竞争行为。最后，再高公司、美亚公司在本案中所实施的不正当竞争行为与“盛记一品”案件中记盛公司、美亚公司等所实施的不正当竞争行为如出一辙。两者都由美亚公司以不正当手段抢注他人在先使用有一定影响的商标，再将商标授权给在上海注册的公司用于招商加盟；公司在经营过程中，都通过发布所谓声明，诋毁涉案标识在先使用人的商业信誉、商品声誉。

王伟作为再高公司的控股股东及法定代表人、美亚公司的唯一股东，其对再高公司、美亚公司实施的涉案行为系不正当竞争行为，不但在主观上明知，而且在行动上积极参与实施。首先，再高公司在王伟担任法定代表人期间，主要经营活动是“耳光馄饨”的招商加盟活动。美亚公司除了在大陆注册商标外，不能证明其在香港特别行政区还有其他的正当经营活动。其次，美亚公司和再高公司涉案的不正当竞争行为主要发生在王伟作为两公司控股股东期间。最后，“盛记一品”案判决后，王伟不但没有吸取教训、诚信经营，反而通过受让美亚公司股权，由再高公司使用涉案商标，以与“盛记一品”案相同的手段再次实施不正当竞争行为。

综上，本案证据足以认定王伟主观上有实施仿冒行为的故意，客观上通过其控制的美亚公司、再高公司实施了仿冒行为，涉案不正当竞争行为体现了王伟的个人意志，美亚公司和再高公司客观上成为王伟实施涉案不正当竞争行为的工

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





具，故其与美亚公司、再高公司构成共同侵权，并应当与美亚公司、再高公司承担连带责任。

作者：邵勋

来源：上海知产法院官方微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/qWrPrmGW2LgzMEX2YyomsA>



地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 实务研究

### 最高法：关于申请再审的六个实务解答

**一、一方针对二审判决申请再审，法院作出再审判决后，另一方不服的，能否向法院申请再审？**

**最高院答：不能，应向检察院申请再审检察建议或者抗诉。**

释法说理：《民事诉讼法》第 199 条（2021 年修正后为第 206 条）规定，当事人对已经发生法律效力判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审。这里所称当事人是案件的全部当事人，均依法享有申请再审的权利。一方当事人在法定期间内申请再审，另一方当事人在法定期间内未提出再审申请的，在审判监督程序终结后，所有当事人针对该已经发生法律效力的一审或二审判决、裁定申请再审的诉讼程序权利已经消灭，并不会因另一方未在法定期间内行使申请再审的权利而为其另行保留一次向作出再审裁判法院申请再审的权利。人民法院针对一方当事人的再审申请，经过审查，裁定进入再审程序的，虽然再审程序是按照二审程序审理的，但所形成的法律文书并非二审判决，而是再审判决，两者因所处的诉讼程序不同而性质有别。此时，由于当事人相应诉讼权利所指向的对象是再审判决而非二审判决，故根据《民事诉讼法》第 209 条（2021 年修正后为第 216 条）第 1 款第 3 项的规定，当事人可以“再审判决、裁定有明显错误的”为法定事由，向人民检察院申请检察建议或者抗诉。因为在再审审理程序中，法院对于“两造”都是平等对待的，在实体处理上，是对于申请再审人的再审请求和被申请人的抗辩依法作出裁判。民诉法及司法解释规定，其他当事人均可在法定辩论终结前提出再审请求，以求在再审审理范围内尽可能覆盖当事人之间的所有争议，故没有必要再专门赋予被申请人对再审裁判的申请再审权。

观点来源：2015 年第 2 辑（总第 62 辑）《民事审判信箱》及该辑《民事诉讼法司法解释审判监督程序重点问题的理解与适用》。

**二、一审生效的裁判经再审、上诉后作出的裁判，能否向人民法院申请再审？**

**最高院答：不能，应向检察院申请再审检察建议或者抗诉。**

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





释法说理：（1）已生效裁判在启动再审，进入再审审理程序后作出的裁判，不论是一审后直接生效，还是经上诉审后才生效，均属于再审救济程序作出的生效裁判。（2）再审裁判的审理对象是已生效裁判，二审裁判的对象是未生效的裁判。一审生效后的裁判经再审、上诉，从形式上看似乎是针对未生效的一审裁判，但再审一审裁判已经对原生效的裁判正确与否作出了评判，那么二审裁判对其审理的再审一审裁判无论改判与否，均实质包含了对原生效裁判正确与否的认定。（3）有限再审原则是民事诉讼法的价值取向。（4）民诉法及司法解释规定，其他当事人在法定辩论终结前提出再审请求的，人民法院应当一并审理和裁判，故将此类裁判理解为再审裁判，对未申请再审一方当事人的诉讼权利的行使并不失公允。因此，一审生效的裁判经再审、上诉后作出的裁判属民事诉讼法第 209 条（2021 年修正后为第 216 条）第 1 款第 3 项规定的再审裁判，当事人对此类裁判不服的，不能向人民法院申请再审，而应当依法向人民检察院申请检察监督。

观点来源：《民事审判指导与参考》2016 年第 4 辑（总第 68 辑）

### 三、对经检察院抗诉，法院指令再审后重新形成的生效判决，当事人能否再次申请再审？

**最高院答：不能，法院不应受理，如已经受理的，裁定终结审查再审申请。**

释法说理：因再审查发回重审后形成的重审生效判决，因其系在再审程序中形成的判决，故在性质上属于民诉法司法解释第 383 条（2022 年修正后为第 381 条）规定的再审判决即“当事人申请再审，有下列情形之一的，人民法院不予受理：…（二）对再审判决、裁定提出申请的；…”。如允许当事人申请再审，则在实质上违反 2012 年修订后的民事诉讼法所确立的“一审、二审、再审及检察院抗诉”的“3+1”模式。因此，对该判决申请再审的，人民法院不应予以受理。如果已经受理的，则应当依据民诉法司法解释第 402 条（2022 年修正后为第 400 条）第 6 项规定，裁定终结审查当事人的再审申请。

观点来源：《民事审判指导与参考》（总第 72 辑）《民事审判信箱》

### 四、对于驳回再审申请的案件，在其他方式无法送达被申请人时，是否有必要进行公告？

**最高院答：无必要，送达与否其实无损被申请人的权利。**

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







释法说理：在处理申请再审案件过程中，出现较多的被申请人联系不上、邮寄被退件、原审律师以不代理为由拒收等无法有效送达的情形。按照最高人民法院关于加强送达工作的规定，当事人在送达地址确认书中确认的送达地址，适用于第一审程序、第二审程序和执行程序，但未扩大到再审审查和再审审理程序。对于驳回再审申请的案件，送达与否其实无损被申请人的权利，在其他方式无法送达的情况下，没有必要再进行公告。一是送达与否并不影响被申请人的权利。二是因为没有改变生效文书的状态，再审针对的是已生效的法律文书，不同于二审程序，即使二审是维持原判的结果，如果送达不到依然要公告。

观点来源：《民事审判指导与参考》（总第 73 辑）《民事审判信箱》

### 五、当事人对一审判决已认定问题，未作为上诉理由而作为申请再审理由，能否成立？

最高院答：不能成立。

释法说理：审判监督程序应当是纠错程序，即已经生效的判决、裁定、调解书确有错误的，才可进入再审。一审程序后，是否上诉、针对哪些问题上诉、提出哪些上诉理由，均属于当事人对自己民事权利和诉讼权利的处分。对于一审判决中已经作出认定的问题，如果当事人在上诉时没有提出异议，应视为对一审判决相关认定的认可。申请再审时再对此问题提出异议，有违诚实信用原则。另一方面，根据《民事诉讼法》第 168 条（2021 年修正后为第 175 条）规定：“第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查”，二审程序中，若当事人对此问题未提起上诉，双方未形成争议，二审法院即不必对此问题进行审查，更谈不上错误与否的问题。所以，当事人再以此为由主张二审判决错误并申请再审，显然不能成立。

观点来源：《民事审判指导与参考》（总第 74 辑）《民事审判信箱》

### 六、当事人对按撤回上诉处理的民事裁定申请再审，能否受理？

最高院答：不应予受理，如进入审查程序应裁定驳回再审申请。

释法说理：《民事诉讼法》及其司法解释虽仅规定了不予受理、驳回起诉两类裁定可以申请再审，但从立法技术及司法解释的原意来看，有且只有这两类裁定可以申请再审。《民事诉讼法》规定了十一种裁定类型，在审判实践中，裁定

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





种类更是繁多，如特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序等非诉程序均适用裁定结案，对管辖权异议、保全和不予执行、准许和不准许撤诉、中止和终结诉讼、补正判决书中的笔误等亦由法院作出裁定。上述裁定一般是解决诉讼或非诉讼的程序性问题，不涉及案件的实体审理，而且有相应救济途径，如提出复议、异议等，此类裁定申请再审既无必要也缺乏依据。

**观点来源：**《民事审判指导与参考》（总第 76 辑）

**备注：**《民事诉讼法司法解释审判监督程序重点问题的理解与适用》一文也提到该问题，认为如果不能对该类裁定再审，让当事人转而对生效的实体一审判决申请再审，似乎能保护当事人权利，但此时当事人往往会面临 6 个月申请再审的障碍。考虑到该类裁定错误的原因往往是二审法院在开庭通知送达、诉讼费交纳、庭审处理不当等存在明显错误，可对其申请再审予以适当放宽处理。

来源：最高人民法院司法案例研究院官方微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/OEUcINQVuGXi3fyjTG746w>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 2022 年第 4 期 | 电子商务平台“二选一”行为法律 规制研究

### 引 言

伴随阿里“二选一”案、食派士“二选一”、美团“二选一”案处罚决定书的公布，电子商务平台“二选一”行为受到越来越多的关注，大量“二选一”案件也正处于调查之中。尽管上述案件为“二选一”行为的规制提供了参考，但不能解释所有情形，尤其在不满足反垄断法适用条件的情况下。实际上，理论和实务界对如何界定“二选一”行为、如何确定其违法性以及如何选择适用的法律等方面还存在诸多争议。

国内已有大量针对“二选一”行为的研究，为实践中规制“二选一”行为提供了理论支撑，但在上述问题上未能得出较为一致的结论。王先林认为，在“二选一”行为涉及技术手段时存在适用《反不正当竞争法》第 12 条的空间，但更多的还是要在《反垄断法》的分析框架下进行适用，《电子商务法》则是在进行这种具体分析时的特别考虑因素。王晓晔认为，反垄断法适用门槛较高，可通过制定规范中介平台与商户之间交易关系的专门法，并完善《电子商务法》第 35 条，以完善对“二选一”行为的规制。焦海涛认为，“二选一”应该适用滥用市场支配地位行为或者纵向垄断协议行为进行规制，依据何种规则，取决于是否存在明确的协议以及行为人的市场地位。王健、季豪峥认为，如果是主要影响了消费者利益的，可以考虑适用《反不正当竞争法》；如果主要是利用优势地位影响了平台内经营者利益的，则可以直接适用《电子商务法》；如果主要目的是影响电子商务平台公平竞争的，则建议优先适用《反垄断法》。袁波认为，应当通过《电子商务法》第 35 条和《反垄断法》第 14 条、第 17 条进行规制，但应该对《电子商务法》第 35 条进行限缩解释，限定其适用范围和适用条件。张义成、蒙杰认为，对于违法性严重的“二选一”行为应适用反垄断法，违法性较轻的“二选一”行为电子商务法应当优先于反不正当竞争法适用。

当前的研究多从理论角度解读“二选一”行为违法性及其规制选择，但对该行为的具体内涵缺乏深入解读，也未能与商业实践紧密结合，视角不够全面、客观。为此，本文拟在深入剖析平台商业模式以及“二选一”行为运行逻辑的基础上，结合国内外规制理论研究与实践，进一步解读“二选一”行为的内涵、性质，

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



力图找出规制“二选一”行为的最优路径、理清法律适用的冲突，为我国“二选一”行为相关执法、司法以及立法工作提供有益参考。

## 一、电商平台“二选一”行为的含义及其规制现状

“二选一”行为虽然早已存在，但对于该概念的具体指向仍不清楚，以至于各种行为都被归入“二选一”，为执法、司法实践带来困惑。为此，首先需要明确“二选一”概念内涵、特征和类别，并对其规制现状进行分析和梳理。

### （一）电商平台“二选一”行为的含义

“二选一”最早可追溯至 2010 年，当时京东、当当、天猫、苏宁、饿了么、美团、拼多多等平台之间互相限制商家参与其他平台的促销活动，引起平台之间的“隔空骂战”。随后“3Q 大战”的出现，将“二选一”行为带入公众视野，成为学术研究和媒体关注的热点，但此时尚未有正式的案件出现。至 2015 年，京东以滥用市场支配地位为由起诉天猫“二选一”行为，拼多多和唯品会四年后申请作为第三人加入诉讼，该案目前仍然在审理当中。此期间“二选一”行为不断发展、升温，商家、企业以及各路媒体纷纷表示“二选一”损害经营自由、破坏竞争秩序，学者、专家也多认为该行为损害竞争和消费者利益，应当被处罚，但将“二选一”行为正式推向高潮的是阿里“二选一”案处罚决定书的出台，该案件一经发布，就引起广泛关注。随后，食派士“二选一”案、美团“二选一”案陆续出现，“二选一”行为相关的反不正当竞争法案件也不断增加。

从四起反垄断案件来看，“二选一”行为似乎是明确的，即要求相对人在两个平台之间择一经营，但其概念内涵不限于此。“二选一”实际上指向的是独家交易行为，只要涉及独家交易，“二选一”、“三选一”还是“多选一”在所不问。“二选一”也并非“网络时代”或者“数字时代”所独有，在与互联网等信息技术相对“遥远”的市场中也时有发生。在限制对象上，尽管多数“二选一”均针对平台内经营者，但也不排除针对消费者的“二选一”行为，如“3Q 大战”就是这种情况。此外，“二选一”并非一定需要明确提出独家要求，如果没有直接提出必须独家的要求，而是通过其他方式造成了等同或者近似于独家的效果，也可以归入“二选一”行为。因此，“二选一”行为可以界定为通过回扣、降低费率、奖励等激励性手段，或者惩罚、技术限制等强制性手段限制相对人选择交易对象的行为。从实践来看，电子商务平台“二选一”行为的主要形式有三：一是要求平台内经营者仅在自己的电商平台上开展商业活动，并关闭在其他电商平台开展商业活动的渠道；二是允许平台内经营者在其他电商平台开展商业活动，

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





但只能在自己的平台开展相应的营销活动；三是允许平台内经营者在其他电商平台开展商业活动和营销活动，但电商平台大促或电商节庆等特殊节日期间，只能参与自己平台的营销活动。

## （二）电商平台“二选一”行为的类别

### 1. 惩罚型与激励型

按照《关于平台经济领域的反垄断指南》（以下简称《平台指南》），“二选一”行为有惩罚型与激励型两种，惩罚型是指“平台经营者通过屏蔽店铺、搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金等惩罚性措施实施的限制”，激励型是指“平台经营者通过补贴、折扣、优惠、流量资源支持等激励性方式实施的限制”，前者“对市场竞争和消费者利益产生直接损害，一般可以认定构成限定交易行为”，后者“可能对平台内经营者、消费者利益和社会整体福利具有一定积极效果，但如果有证据证明对市场竞争产生明显的排除、限制影响，也可能被认定构成限定交易行为。”可见，激励型“二选一”危害性相对更小，这种行为“一般属于当事人意思自治和经营自由范围”，对其干预应当更加谨慎，需要深入考察其限制竞争效果。

### 2. 技术型与协议型

依据“二选一”的形式，可以分为技术型与协议型。协议型的独家交易比较容易判断，交易双方往往存在独家交易协议；技术型的独家交易往往更加隐蔽、难以发现和证明。技术型的独家交易是平台企业利用技术优势强制商户接受“二选一”，如限制流量、降低排序等。二者并非泾渭分明，实践中许多“二选一”行为可能兼具这两种特性，但对于可辨别的技术型“二选一”或协议型“二选一”，其法律适用存在一定区别，后文将对此进一步展开分析。

### 3. 直接限制型与间接限制型

根据限定交易行为方式的不同，可以将限定交易行为分为直接限定和间接限定两种。直接限定通常是一方对另一方施以强制性要求，此处的限定方一般具备一定的市场势力，即具有优势地位或市场支配地位，否则相对方没有必要服从其指令。间接限定即通过利诱的方式诱导限定交易相对人主动放弃与行为人的竞争对手合作，忠诚折扣（loyalty discounts）就是典型的间接限定行为，主要指行为人根据交易相对人的忠诚度给予不同比例的折扣，忠诚度越高，获得的折扣就越低，其最终效果与独家交易相似。我国利乐案就将利乐的行为界定为忠诚折

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





扣并进行了处罚。间接限制的竞争效果更为复杂，因而在规制时需要更加谨慎的考察其正面效果和负面效果。

### (三) 电商平台“二选一”行为的规制现状

#### 1. 《反垄断法》规制

案例名称	时间	适用法条	结果
360 诉腾讯案	一 审 2011 年；二 审 2013 年	《反垄断法》第十七条第一款第（四）项、第（五）项	一审认定无支配地位，未违法；二审维持原判。
食派士“二选一”案	2020 年	《反垄断法》第十七条第一款第（四）项	处以销售额 3% 的罚款，计 1168644.90 元。
阿里巴巴集团二选一案	2021 年	《反垄断法》第十七条第一款第（四）项	处以销售额 4% 的罚款，计 182.28 亿元。
美团外卖二选一案	2021 年	《反垄断法》第十七条第一款第（四）项	处以销售额 3% 的罚款，计 3,442,439,866 元。

“二选一”行为可能构成纵向垄断协议行为或者滥用市场支配地位行为。如上表所示，目前我国对电子商务平台“二选一”行为的反垄断规制以滥用市场支配地位为主，尚未出现按照垄断协议行为处罚的案件。最早的一起平台“二选一”案件是 360 诉腾讯案，但该案法院认定腾讯没有市场支配地位，因而未支持原告诉求。而近期的阿里“二选一”案、食派士“二选一”案、美团“二选一”案均认定“二选一”行为违反反垄断法，处以高额罚金。从处罚决定书来看，执法机构认为“二选一”行为具有减少竞争性平台供给、阻碍资源优化配置、限制平台经济创新发展、损害经营者和消费者利益等反竞争效果；遗憾的是，由于被告未能提出合理抗辩，处罚决定书未充分考察“二选一”行为可能存在的效率。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 2. 《反不正当竞争法》 规制

名称	时间	适用法条	处理结果
浙江金华美团“二选一”案（（金）市监稽字（2017）22号）	2017年	《浙江省反不正当竞争条例》第17条	罚没52.6万元。
上海拉扎斯信息科技有限公司诉北京三快科技有限公司、北京三快科技有限公司金华分公司不正当竞争纠纷案（（2019）浙07民初402号）	2018年	《反不正当竞争法》第2条	判决北京三快科技有限公司（美团经营主体）金华分公司赔偿饿了么100万元。
洞洞拐公司“二选一”案（盐市监处字[2018]160号）	2018年	《反不正当竞争法》第12条第2款第2项	责令当事人停止违法行为，并处罚款20万元。
浦江县五牛网络科技有限公司二选一案（浦市监案字（2018）151号）	2018年	未说明所依据的法律条款	罚款10万元。
四川省巴中市江县飞达电子商务有限公司、“北京三快在线科技有限公司”二选一案（通市监管罚字（2019）3037号）	2019年	《反不正当竞争法》第12条第2款第2项	责令停止违法行为，并处罚款25万元。
江苏省淮安市清江浦区市场监管局对美团“二选一”行为的处罚决定 <sup>12</sup>	2019年	《江苏省〈反不正当竞争法〉条例》	对美团罚款7万元。

地址：上海市徐汇区小木桥路681号外经大厦21楼、26楼、29楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



安徽省天长市饿了么“二选一”案 <sup>13</sup>	2019 年	《反不正当竞争法》 第 2 条	天长市市场监管局依法责令其停止违法行为，并对其罚款 10 万元。
贵州省黔西县人民检察院督促整治网络餐饮平台不正当竞争行为行政公益诉讼案 <sup>14</sup>	2020 年	《反不正当竞争法》 《电子商务法》	要求其对照《中华人民共和国反不正当竞争法》《中华人民共和国电子商务法》等相关法律法规尽快自行整改。
唯品会“二选一”案（国市监处（2021）3 号处罚决定书）	2021 年	《反不正当竞争法》 第 12 条第 2 款第 4 项	罚款 300 万。
安徽省滁州市中级人民法院饿了么不正当竞争行为案 <sup>15</sup>	2021 年	未说明所依据的法律条款	判定饿了么赔偿美团经济损失 80000 元。
山东省青岛市中级人民法院“饿了么”诉“美团”不正当竞争纠纷案 <sup>16</sup>	2021 年	《反不正当竞争法》 第 12 条第 2 款第 4 项	“美团”被判赔偿“饿了么”经济损失及合理开支 100 万元并停止涉案互联网不正当竞争行为。

如上表所示，目前对“二选一”行为按照《反不正当竞争法》进行处理的案例数量较多。事实上，早在阿里“二选一”案处罚决定作出之前，就有不少适用《反不正当竞争法》或地方性反不正当竞争条例对“二选一”行为进行处罚的案例。虽然“二选一”反垄断案件的出现为如何处理“二选一”行为提供了指导，但由于反垄断法的适用门槛较高，涉及“二选一”行为的反垄断法案件仍然较少。相比之下，近年来越来越多的原告以违反《反不正当竞争法》为由起诉被告实施“二选一”行为，并且已经有不少法院依据《反不正当竞争法》对“二选一”行为作出处理。然而，这些处罚所依据的法律条款存在较大差异，存在同时适用《反不正当竞争法》第 2 条、第 12 条第 2 项、第 12 条第 4 项以及地方性反不正当竞争条例的做法。对于适用的情形、理由也存在较大的差异，这为“二选一”行为的法律适用带来了疑虑和困惑，有待进一步澄清。

### 3. 《电子商务法》规制

从法条来看，理论上《电子商务法》第 22 条、第 35 条均可适用于“二选一”行为的规制，但由于规定不明、定位不清，《电子商务法》适用的情形较为少见。目前尚未出现适用《电子商务法》第 22 条的情形，适用《电子商务法》第 35 条的案件也较少；在少数适用该条的案件中，也并未对适用理由、适用条件进行阐明。例如，四川省南充市南部县市场监督管理局处罚美团“二选一”案，执法机

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



构在调查中认为：“当事人在经营活动中，对入驻美团平台商户提供相同服务情况下，对只入驻美团外卖平台的商户按 18% 的标准收取平台服务费，对既入驻美团外卖平台又入驻‘饿了么’外卖平台的商户按 23% 的标准收取平台服务费。当事人的行为违反了《电子商务法》第 35 条之规定。”但该案对于该条款是否要求“相对优势地位”以及如何认定“不合理”，均未进行说明。

## 二、电商平台“二选一”行为规制现状的成因及问题

### （一）《反垄断法》的适用存在困境

#### 1. 滥用市场支配地位行为适用门槛较高

以《反垄断法》滥用市场支配地位规则对“二选一”行为进行处罚的门槛较高，因为适用该规则的前提是经营者具有市场支配地位。而对于电商平台来说，目前认定其具有市场支配地位较为困难。按照当前的规制框架，认定市场支配地位主要依靠市场份额，但在创新驱动、动态竞争的数字经济领域，通过高市场份额认定平台市场支配地位存在很大的争议，多数学者甚至认为市场份额方法已面临失效。此外，这种方法还存在悖论，即只有市场份额最高的平台能够被认定具有市场支配地位，在阿里巴巴已经被处罚的情况下，其他电商平台的“二选一”不太可能被认定为滥用市场支配地位；而京东、拼多多、唯品会的“二选一”未必不会损害竞争，这可能会造成选择性执法的问题。事实上，越来越多学者主张依靠传统方法考察平台市场力量是不充分、不准确的。《平台指南》虽然对市场支配地位认定规则进行了细化，但指南列举了大量因素，且并未明确其主次关系，实际上导致了市场支配地位认定更加复杂。因此，在正在修订中的反垄断法中进一步完善市场支配地位认定规则可能是必要的。

#### 2. 纵向垄断协议兜底条款适用存在困难

由于第 14 条并未规定纵向非价格垄断协议，因而要适用纵向垄断协议对“二选一”行为进行规制须求助第 14 条第 3 项。但该项不仅是一款兜底性条款，还是一款授权性条款，授权国务院反垄断执法机构认定除第 1、2 项以外的纵向垄断协议。这意味着只有国务院反垄断执法机构能够认定其他纵向垄断协议，基本阻断了当事人通过纵向垄断协议兜底条款寻求司法救济的可能。对于执法机构来说，通过纵向垄断协议规制“二选一”也较为困难，因为适用兜底条款要进行严密的分析与推导，对执法机构的能力要求较高；为尽可能地规避执法错误之考



虑，反垄断执法机构适用纵向垄断协议兜底条款的热情和积极性并不高，甚至存在刻意回避的情况。

## （二）《反不正当竞争法》规制存在的问题

对于“二选一”行为，目前存在适用《反不正当竞争法》第 2 条、第 12 条的情形，也存在适用地方性反不正当竞争条例的情形。在《反不正当竞争法》修订之后，适用地方性反不正当竞争条例适用缺乏正当性；而对于第 2 条、第 12 条的适用，目前也存在说理不清、适用条件不明的情形，甚至有过度规制的倾向。

### 1. 适用地方性反不正当竞争条例缺乏正当性

我国反不正当竞争法修订后，省级反不正当竞争条例首先面临合法性的法理拷问。此外，各地条例本身也存在逻辑混乱之处。《浙江省反不正当竞争条例》第 17 条规定，“经营者不得采取下列不正当手段，操纵市场、妨碍公平竞争：……”其中，第 2 款“胁迫他人放弃与竞争对手进行交易”、第 3 款“阻碍他人与竞争对手正常交易”属于限定交易行为的表现方式之一。但此处的经营者若不具备市场优势地位甚至市场支配地位，如何实施胁迫行为？若具备上述市场势力，经营者的限定交易行为亦属于《反垄断法》《电子商务法》的调整范围。类似的，《江苏省实施〈中华人民共和国反不正当竞争法〉办法》第 15 条第（4）项：“经营者在经营活动中不得实施下列行为：…（四）阻碍他人之间建立正常的交易关系”，也面临与相关法律存在交叉规制但又没有较为清晰的执法指引的情况。

总之，适用地方性反不正当竞争条例不具有正当性、一般性、可推广性，存在与上位法相抵触的可能，因而应当避免适用。

### 2. 对《反不正当竞争法》适用条件解释过于宽泛

首先，对于第二条能否适用于“二选一”，学术上一直存在争议。实践中适用第二条的情形并不少见，这主要是对高度抽象的《反不正当竞争法》第二条理解不准确导致的。《反不正当竞争法》适用门槛低虽然为执法、司法提供了便利，但也容易造成问题，这也是当前《反不正当竞争法》执法和司法领域被批评最多的问题——向一般条款逃逸。最高人民法院提出《反不正当竞争法》一般条款的适用条件有三：一是反不正当竞争法对该种竞争行为未作出特别规定；二是该种竞争行为给其他经营者的合法权益造成了损害；三是该种竞争行为确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性，不制止不足以维护公平竞争的市场秩序。《电子商务法》第 35 条属于反不正当竞争条款，是针对电子商务领域“二选一”行为的特殊规定，由此便不符合第一个条件要求。而实践中不仅未考虑到

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





这一点，而且未充分说明“二选一”行为本身的不正当性，即如何违反了诚实信用原则和公认的商业道德。事实上，尽管“二选一”行为有损害竞争和消费者利益的可能，但“二选一”未必构成对诚实信用原则和公认的商业道德的违反，这一点已经在一定意义上被我国立法者所认同或曰背书，不应该为司法、执法所忽略。从商业实践来看，独家交易是一个常见的商业行为，并非天然“有害”，某些情况下还具有促进效率的效果。即使在反垄断法中，也要进行经济分析，平衡其反竞争效果与正面效果，才能判断是否需要规制。直接将此类行为认定为不正当，有不当扩大规制范围、过度干预市场运行的危险。

其次，实践中对于《反不正当竞争法》第 12 条第 2 款第 2 项的适用也存在误判的情形。一是利用技术手段并非电商平台经营者实施“二选一”行为的惯常手段。《反不正当竞争法》第 12 条第 2 款第 2 项要求经营者“利用技术手段”，对此的正确解释应是所涉行为是通过某种技术措施抑或是仰仗技术力量实施的，若无这种技术的介入就无法从事所涉行为，而非只要所涉行为牵扯到网络技术就落入第 2 项适用范围，而许多适用该项规则的“二选一”案件并未深入分析案涉行为是否符合这一点，往往宽泛的认为只要涉及技术限制就符合第 2 项的要求。二是在电子商务环境下，“二选一”行为难以满足“误导、欺骗、强迫”这一行为要件。事实上，“互联网条款”在很大程度上是对既有司法实践的归纳和总结，根据主流观点，该条主要涵摄范围包括：网络连接中的不正当竞争行为、违背用户意愿的网络不正当竞争行为、恶意不兼容的不正当竞争行为和其他妨碍、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行为。而《反不正当竞争法》第 12 条第 2 款第 2 项主要表现为以冲突提示和安装失败、强制卸载、系统蓝屏、死机故障等恶意诱导、欺骗、强迫用户卸载或者关闭其他合法软件的情形，但现实中平台“二选一”主要是通过强行关店、提高佣金、降低排名、缩小配送范围等方式实施，不一定符合该项规制要求。事实上，已有论者指出，因为《反不正当竞争法》第 12 条第 2 款的规定有部分词不达意和字面含义太宽的问题，可能涵盖正当竞争行为，在适用时有必要进行更多的目的性限缩解释，避免在适用范围上扩大化。

最后，对于反不正当竞争法 12 条第 2 款第 4 项的兜底条款，其涵摄的行为应当与前三项大致保持一致，大体上可以分成两类行为：“其一是利用技术手段不正当搭便车的行为；其二则是利用技术手段妨碍破坏他人经营的行为。”司法实务中普遍观点也认为：“互联网专条的调整适用范围可以限定在‘专门针对争

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



议行为所主动采取网络技术措施,并破坏他人正常经营活动这一适度抽象的行为形式。’”而实践中按照 12 条第 2 款第 4 项处理的案件没有完全按照立法本意,背离了立法精神。事实上,反不正当竞争法第 12 条第 2 款第 4 项作为兜底条款本身即存在缺陷,因为该条未根据妨碍、破坏行为的性质作出正当与否的区分,导致执法人员在实践中具有极大的自由裁量空间,容易产生过度规定的风险。

### 3. 忽略“二选一”行为商业合理性导致“打击面过宽”

尽管当前我国对“二选一”多持批评态度,但并非所有“二选一”都是违法的,不应该“一禁了之”。经济学研究已经充分证明了“二选一”行为促进效率的可能性:一是解决“套牢”问题(hold-up problem)。有时企业为了达成某项交易,行为人可能需要针对特定相对人进行专属投资,在投资完成后,如果不通过某些限制条款来确保投资人利益,投资人就很可能被“套牢”。通过相关限制性安排,企业能够确保交易达成,提升其进入市场、进行投资的动力。二是有助于改善销售体系,提高质量。限制交易对象也有可能是为了建立更好的销售体系,保障消费者和供应商得到稳定、可靠的供应渠道,这有助于提高产品的质量,保护品牌的声誉。三是解决搭便车问题。防止对提供服务的零售商的搭便车行为,以促使经销商提供必要的服务。分销商提供促销服务的激励往往不足,生产商需要额外购买促销服务,并提供相应的报酬,其形式多种多样。然而,分销商有动力把生产商购买的促销服务转向促销其他生产商的替代品,以获得更大的分销利润率。独家交易能够防止此种搭便车,从而以合同方式保证生产商将获得其付费购买的促销服务,并且通过鼓励生产商与经销商订立买卖促销服务的合同,实现分销商就促销服务获得报酬的最大化。

正因为存在上述合理性,反垄断法对“二选一”的规制往往会详细考虑其正当理由,而反不正当竞争法既不要求主体具有市场力量,也不考虑其商业合理性,不仅可能导致“打击面过宽”,还有可能造成反垄断法被规避。依蒙嘎教授(U. Immenga)指出,虽然判定一个行为“不合理”(Unbilligkeitsurteil)和判定这个行为不正当(Unlauterkeitsurteil)是一样的,从而不能说这个案件不能适用反不正当竞争法,但这种案件优先适用反不正当竞争法会损害反垄断的立法目的。因此,不可随意将一个限制竞争行为适用反不正当竞争法,因为反不正当竞争法和反垄断法有着不同的立法目,将限制竞争行为适用反不正当竞争法一方面会存在逻辑的问题,另一方面也会弱化反垄断法。经济法对实质公平的追

地址:上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼(200032)

电话:021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱:[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址:[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



求具有现实意义,但也很容易越过“适度干预”的边界而导致过度干预。尤其针对“二选一”这样的行为,经由直观的不公平感知,法官和执法人员很容易戴上感性的有色眼镜,使“二选一”行为生而自带“恶”的阴霾。实际上,将公平感知带入到执法活动中未必具有正当性,因为主观感受受到多种因素、场景的影响,将法律判断交由对公平感的直观回应不仅可能有失偏颇,而且可能会导致问题激化。

### (三) 《电子商务法》适用的现实障碍

#### 1. 《电子商务法》第 22 条没有直接的责任条款

电子商务平台“二选一”行为理论上可以适用《电子商务法》第 22 条,但实际上没有适用的必要。《电子商务法》第 22 条规定:“电子商务经营者因其技术优势、用户数量、对相关行业的控制能力以及其他经营者对该电子商务经营者在交易上的依赖程度等因素而具有市场支配地位的,不得滥用市场支配地位,排除、限制竞争。”该条明显是对电子商务经营者不得滥用市场支配地位的重申,而且该条没有直接的责任条款,适用该条款最终依旧转至《反垄断法》进行进一步分析,因此直接适用该条款的实践意义不大。

#### 2. 《电子商务法》第 35 条的适用欠缺理论基础

《电子商务法》第 35 条也可适用于电商平台的“二选一”行为,但该条款存在明显缺陷:一方面,第 35 条并未明确规定“优势地位”一词,也跳过了优势地位的分析,径直指向了平台经营者的“进行不合理限制、附加不合理条件、收取不合理费用”行为,不符合“滥用相对优势地位”理论基础。另一方面,第 35 条规定的“不合理限制”“不合理条件”以及“不合理费用”均缺乏明确的解释,即它们只是表明立法者对这些“不合理”持反对态度,在实务中可操作性不够。《电子商务法》第 35 条实质上确立了范围极度宽泛的对滥用相对优势地位行为的规制,要么可能侵入《反不正当竞争法》的规制领域,要么可能侵入《反垄断法》的规制领域,导致体系逻辑的混乱,势必破坏已经形成的竞争法规制体系。因此,在适用《电子商务法》处理“二选一”问题时,还必须对“不合理限制”的内涵进行科学限定,保持与《反垄断法》现有条文适用口径的衔接,从而明确电子商务平台经营者实施不合理限制行为的认定要件,确立判定“不合理性”的明确标准。

地址:上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼(200032)

电话:021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱:[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址:[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



### 三、域外“二选一”行为规制经验

#### (一) 美国对“二选一”行为的规制

##### 1. 立法规定

美国反托拉斯法律规范由成文法和判例法两部分构成。对“二选一”行为的规定体现在《谢尔曼法》第 1 条、第 2 条，《克莱顿法》第 3 条，美国《联邦贸易委员会法》第 5 条以及 1985 年美国司法部发布的《纵向限制指南》。对于“二选一”行为的豁免规则主要来源于最高法院的几个经典判例。美国反垄断法在芝加哥学派的影响下，对“二选一”行为的干预一直持较为谨慎的态度，这在最近的美国运通案也有所体现。但值得注意的是，美国目前正在推进新的立法，在其最新的法案《终止平台垄断法》（Ending Platform Monopolies Act）中制定了新的规则，将市值超过 6000 亿美元、在美国境内月活跃达到特定规模（5 千万/在线平台；10 万/传统平台）且被视为“关键贸易伙伴”（critical trading partner）的平台企业进行事前监管。如果该法案得以最终通过，将大大降低对平台“二选一”行为的规制门槛。

##### 2. 规制实践

美国早期对“二选一”行为适用本身违法原则规制。联邦最高法院 1951 年判决的“《洛雷恩日报》案”（Lorain Journal）就是一个著名案例。该案法院认为《洛雷恩日报》的强制性“二选一”行为对 WEOL 的广告业务产生了严重不利影响，直接威胁到 WEOL 的生死存亡，美国法院将《洛雷恩日报》的“二选一”描述为“大胆、无情和掠夺性的商业行为”。

美国 1982 年的 Beltone Electronics 案是“二选一”行为从市场封锁程度分析转化为竞争合理性分析的里程碑。联邦贸易委员会不认为合同所覆盖的市场百分比（即市场封锁程度）是该协议是否违法的主要决定因素，并认为对“二选一”行为的合理性分析应考虑：参与排他性交易厂商的市场支配地位；相关市场被封锁的程度；合同期限；阻止市场进入的程度；以及（若有）排他性交易的合理性。在合理分析原则的分析框架下，联邦贸易委员会认为，由于助听器制造市场进入门槛较低，市场封锁程度并没有阻碍竞争，而且合同规定的限制促进了品牌间竞争，导致“搭便车”减少，销量增加，因而并未违法。1983 年的 Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp. 案中，法官继续遵循了这种分析思路，并基于以下原因认为该案独家交易行为合法：协议的期限相对较短；协议通过有

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







吸引力的价格保证了供货来源的稳定；协议通过促进使用过剩的产能和降低成本的生产计划给卖方带来利益；此协议不太可能将原告作为竞争对手予以排除。

Visa 案和美国运通案是美国关于平台“二选一”行为的两个典型案件。Visa 案核心内容是，Visa 作为美国信用卡网络服务市场上占支配地位的企业，强制发卡银行在信用卡支付网络之间进行“二选一”，并提出如果发卡行存在多归属，即同时在 Amex 的网络发行信用卡，就必须退出 Visa 网络服务平台。法院认为，该排他行为减少了消费者和发卡行使用信用卡网络服务的数量，妨碍了几家网络服务企业之间的价格竞争，总体上“减少了信用卡发行数量，降低了信用卡应当发挥的效能”。尽管存在这样的先例，美国运通案却得出了不同的结论。该案法官认为，原告并未正面反转条款对双边信用卡市场之整体造成了反竞争影响，而且该协议具有遏制了信用卡市场负外部性、促进了品牌间竞争的正面效果。可见，对于“二选一”行为的违法性必须逐案考察，不能一概而论。

总之，美国总体上承认“二选一”行为的商业合理性及其效率，包括搭便车、解决“套牢”、提高质量等。正因为“二选一”行为可能具有的合理性，美国对其进行规制时，逐渐形成了一套以市场力量、封锁率、持续时间为核心的衡量方法，区分限制竞争和有利于竞争的“二选一”行为。

## （二）欧盟对“二选一”行为的规制

### 1. 立法规定

欧盟竞争法对“二选一”行为具体的规范性文件有：《关于适用欧盟条约 82 条规制支配企业实施排他性滥用行为的执法重点指引》（2009）、《欧盟纵向限制指南》（2010）。《欧共同体条约》（TFEU）101 条普遍针对所有“扭曲市场竞争”的协议，早在 1983 年欧盟委员会颁布了《独家销售协议机体适用条约 101 条第 3 款的第 1983/83 号条例》，但这个条例因 1999 年颁布的《纵向协议和协调行为适用条约第 101 条第 3 款的 2790/99 号条例》而废止。2010 年欧盟委员会针对排他性交易引起的滥用市场支配地位的问题颁布了《欧盟委员会适用欧共同体条约第 102 条查处市场支配地位企业滥用性排他行为的执法重点指引》，对 1999 年的指南进行了细化和修改。

在豁免方面，欧盟 2010 年《纵向限制集体豁免条例》创造了一个较为广阔的安全港制度：当纵向协议双方在相关市场上的市场份额均不超过 30% 时，通常会改善商品的生产或者销售状况，并使消费者公平地享受因此而产生的利益，可推定符合《欧盟运行条约》第 101(3) 条规定的豁免条件。分析竞争影响时，还应

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





当考虑累积效果：单个或者少数经营者实施某类纵向限制，只会减少品牌内的竞争，当相关市场上多数甚至全部经营者均实施相似的纵向限制时，这些纵向限制覆盖全部或者大部分相关市场，品牌间竞争的约束力将被削弱，品牌内的竞争就变得特别重要。所以，当纵向垄断协议形成累积效果时，原本并不明显的限制竞争风险就会被放大。值得注意的是，欧盟最新的《数字服务法案》确定了“守门人”制度，对部分平台进行更加严格的事前监管。这将使得执法机构能够更加及时、快速的对电商平台“二选一”行为进行调查和处罚。

## 2. 规制实践

欧盟早期将独家交易认定为具有限制竞争目的的协议，即按照本身违法进行处理。而自 1969 年 *Völk* 案起，欧洲法院在一系列判决中确立了一项基本原则，即“经营者之间的协议如果对市场仅产生微不足道的影响，该协议不落入第 1 款的禁止范围。”在 *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG* (1991) 案中，法院在本案中进行了两部分测试，以确定该协议是否违反了 TFEU 第 101(1) 条：首先是该协议是否让那些有能力进入市场或有能力增加市场份额的竞争者的市场介入变得困难。其次，有关协议必须对全部协议在经济和法律上所带来的封锁效应起到重要作用。同样，欧盟也较为注重考察独家交易协议的持续实践和封锁率。

在近年的平台“二选一”案件中，欧盟更加注重对创新的考察，并总体上对大型平台的“二选一”行为持更为严厉的态度。在微软案中，欧盟没有采纳微软关于防止搭便车的抗辩，而是认为微软公司的独家交易提高了其产品的市场占有率，产生了垄断相应市场的消极竞争效应，因而对其进行处罚。在 *Google Android* 案中，欧盟认为谷歌的独家交易剥夺了其竞争对手创新和根据实力进行竞争的机会，并通过扼杀竞争和在更广阔的移动空间中限制创新损害了消费者，剥夺了消费者对更多移动应用和服务的选择权。在 *Google AdSense* 中，欧盟委员会认为，谷歌通过在与第三方网站的合同中强加大量的限制性条款，剥夺了谷歌竞争者们在这个重要的商业市场上的机会，进而减少了第三方网站在向消费者提供选择和 innovation 服务方面的投资能力，人为地减少了选择并妨害了市场创新，剥夺了消费者的选择权和源于创新的福利。

因为独家交易可能同时构成纵向垄断协议和滥用行为，欧盟也存在选择适用 101 还是 102 条的问题。对此，欧盟委员会的态度是，如果可以证明排他性交易行为在违反了 101 条的同时也违反了 102 条的规定，则处罚比只违反第 101 条更

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





重。而欧洲法院的传统态度是，只有在一种情况下，对于本应适用第 101 条的协议，也可根据 102 条予以追究——即协议当事人此前已经取得了市场支配地位，因而协议的效果只是加强其地位与力量。在实践方面，欧洲法院在 Continental Can 案中首次对于两个条款之间的关系予以阐述。法院认为两个条文应被视为一个整体的两个有机部分，对其中一条的解释不能损害另一条所追求的目标。

### （三）小结与启示

从以上比较研究可以发现：（1）对“二选一”行为的规制需要逐案分析其反竞争效果，并与其正面效果进行平衡；在考察时，需要着重分析市场份额、排斥率、持续时间、进入壁垒等因素。（2）对市场份额较小的经营者所实施的独家交易行为进行干预应该更加谨慎，在没有累积效应的情况下，一般不应认定其具有反竞争效果。（3）纵向协议和滥用行为规则可以同时适用于“二选一”行为，在择一适用的情况，对其中一条的解释不能和另一条法律所追求的目标相互冲突。（4）数字领域的竞争法适用需要重点考虑对创新以及消费者利益的影响。

（5）反垄断法对平台市场力量的评估可能需要新的框架，以更加完整的评估其平台的实际市场控制能力。这对我国“二选一”的规制提供了有益参考，应适当借鉴，以对我国“二选一”行为相关的立法、司法以及执法进行完善。

## 四、完善电商平台“二选一”行为规制的建议

### （一）当下：明确“二选一”行为的法律适用

#### 1. 《反垄断法》14 条、17 条可以择一适用

垄断协议制度更适用于平台经营者与商家之间的共同行为，若可以证明平台经营者与商家之间存在服务协议等约定限制或禁止在其他平台经营的，则可以考虑适用纵向垄断协议规则。滥用市场支配地位规则更倾向适用于平台经营者的单方行为，若平台经营者具有市场支配地位又未发现独家协议的，则可以考虑适用滥用市场支配地位制度进行判定。两者在特定情况下也可能发生竞合，例如，在平台经营者既具有市场支配地位，又能证明达成了独家交易协议情况下，反垄断法第 14 条与第 17 条都可适用。此时，由于二者法律后果是类似的，可以择一规则进行适用。但适用过程存在一定区别：适用纵向垄断协议规则需要证明当事人之间存在某种意思联结，并且由于对市场力量要求更低，对竞争效果的证明责任应当相应更高；适用 102 条时对市场力量要求更高，对反竞争效果证明要求相对低一些。在责任的认定上，适用纵向垄断协议也不一定要对协议所有方进行处罚，

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



而是要依据经营者与交易相对人的客观参与程度和主观状态作类型化区分,以保证各路径责任主体认定的一致性。对于 14 条的适用,执法机构应该将独家交易解释为纵向垄断协议兜底条款的一种适用情形;在司法中,法院虽然没有直接进行解释适用的权力,但可以告知当事人向执法机构举报,待执法机构作出认定之后再进行处理。

需要注意的是,在规制过程中,认定反竞争效果应重点考虑几个方面:(1) 市场份额。《反垄断法》第 17 条本身就要求具有市场支配地位,而 14 条虽然没有明确的份额要求,但实际上也要对此进行考虑,因为市场份额对独家交易的反竞争效果有重要影响。欧盟在《纵向限制指南》中规定,实施独家交易行为的供应商或经销商的市场份额不足 30%,且实施该行为的时限并未超过 5 年,其对反垄断规制是可以豁免的。当然,在具有积累效应的情况下,不能进行豁免。(2) 市场封锁率(the degree of foreclosure)。“市场封锁”是排他交易的违法根源所在,欧美在认定市场锁定份额方面,均要求达到一定的市场锁定率,才能认定独家交易行为具有违法性;一般而言,市场封锁份额达到 40%以上,足以产生限制竞争的怀疑。(3) 确定独家交易行为实施的时限。长期的独家交易协议比短期协议更容易引起关注。事实上,短期协议因为时间短,到期之后需要重新谈判、缔约或投标竞价。在这个过程中本身是存在竞争的,竞争行为的出现可以消除短期独家交易协议带来的负面影响。美国法院通常也认定 1 年之内的短期独家合同是合法的。(4) 市场进入壁垒。认定独家交易行为是否具有违法性,市场准入壁垒是需要考量的基本因素。如果竞争性供应商能够为其产品或服务确定新的购买商,此时并不会产生反竞争效果;同样地,如果竞争性的购买商通过供应链能够发现新的上游供应商为自身提供产品或服务,反竞争效果也不大可能出现。

## 2. 正确理解与适用《反不正当竞争法》第 12 条

正如前文第二章的分析,《反不正当竞争法》第二条不具有可适用性,如果要在目前的司法实践中适用《反不正当竞争法》,应当首先考虑 12 条。在适用 12 条的过程中,应该对其进行正确理解与适用,避免造成过度规制。实际上,学术界一直在讨论网络条款的宽泛化适用风险,甚至有学者提出应该删除《反不正当竞争法》的网络条款以克服适用困境。相比之下,正确理解与适用该条是更具操作性的做法。法律解释的任务在于清除可能的规范矛盾。在法律解释方法论的运用上,文义解释体现了对制定法的尊重而具有优先性。

地址:上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼(200032)

电话:021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱:[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址:[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





按照文义解释，首先，适用第 12 条第 2 款的“二选一”行为必须符合技术限制要件，即仅限于电子商务平台采取搜索降级、流量限制、店铺屏蔽、强制下线、关闭入口等技术惩戒措施，或者从后台修改参数、数据，让平台内的经营者迅速断流等方式强制商户“二选一”的情形。这意味着《反不正当竞争法》只适用于技术型的“二选一”行为，一般不能适用于纯粹的协议型的“二选一”行为。必需指出的是，此处的技术条件并不只是一般性的“涉及技术”，而需要说明技术限制是实施“二选一”行为所必须的。

其次，关于“强迫”的理解。由于“二选一”行为一般不存在误导、欺骗的情形，唯一可能的是构成强迫。而互联网竞争中什么是强迫则难以界定。日常竞争中经营者普遍希望使用己方产品的消费者排斥对竞品的使用，这种“损人利己”的特点是竞争的本性，并不能构成法条中表述的“强迫”；只有当一个企业的某种产品具备较大的市场份额，利用手中的市场力量胁迫消费者进行“二选一”，才具有可责难性。因此，所谓的强迫必须是经营者具有市场力量，即具有支配地位或者优势地位。实际上，实践中也有案件依循这种分析思路对不正当性进行证成。例如，浙江金华美团“二选一”案中强调“‘美团’所掌握的资源以及在合作中占据的优势地位十分明显，其金华分公司利用优势地位，违背商户的真实意愿，严重限制商户的自主选择权”。可见，虽然并未明确作出说明，但该案实际借用了《电子商务法》第 35 条的滥用相对优势地位规则。在《电子商务法》尚未进行修改的当下，这未尝不是一种解决思路。既能一定程度上解决反不正当竞争法第 12 条第 2 款适用宽泛化的难题，又为未来“相对优势地位”规则的适用创造了基础，也有助于缓解法律之间的冲突。

## （二）未来：完善《电子商务法》和《反垄断法》

### 1. 改进《反垄断法》滥用市场支配地位规则

市场支配地位认定困难已经成为滥用市场支配地位规则适用最大的障碍。在数字经济领域，各国均认为平台市场力量被严重低估，传统方法不能继续用于分析平台是否具有市场支配地位。我国也应当借鉴这种方法，从而更为全面的评估平台的市场力量。

欧盟在《数字服务法》中规定了较为明确的认定标准，按照该法案的规定，“守门人”是指服务人数超过 4500 万，过去三年中收入超过 65 亿欧元，或在上一个财政年度中拥有平均市值或等效公平市值至少 650 亿欧元的公司；德国将“跨市场重要性平台”描述为拥有跨市场的、压倒性的市场力量的平台；美国将

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



“关键贸易伙伴”的标准定位为 5000 万以上用户，或者月活跃企业用户 10 万以上的线上平台，且年销售净额或市值超过 6000 亿美元；日本则制定了一个相对弹性的认定标准，主要考虑保护的必要性、对经济的影响程度、平台的规模来认定“特定平台”。我国可以借鉴上述做法，同时结合我国的推定制度，以适当降低平台支配地位的证明标准。具体而言，应当规定：对于用户数量和市值超过一定限度的超大型平台，可以直接推定其具有市场支配地位。至于具体的限度，可以由国务院执法机构根据我国数字市场发展情况来确定。我国过去对公用企业也存在类似的制度，《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第九条规定：“被诉垄断行为属于公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者滥用市场支配地位的，人民法院可以根据市场结构和竞争状况的具体情况，认定被告在相关市场内具有支配地位，但有相反证据足以推翻的除外。”该条实际上免除了原告对作为被告的公用企业市场支配地位的举证责任。制定对互联网平台的市场支配地位推定制度，与该条规定背后的原理是相同的：公用企业具有自然垄断属性，一般都具有足够的市场力量；而超大型平台已经成为无数企业、消费者、劳动者、个体户依赖的经济中枢，也具有越来越强的公共属性，也应该在符合特定条件下，推定其具有市场支配地位。通过这种方法，避免了在数字经济领域必须根据“不可靠”的相关市场和“市场份额”来分析市场支配地位，可以更及时、有效的规制互联网平台的滥用行为，防范其无序扩张。

## 2. 对纵向非价格垄断协议进行类型化规整

纵向协议兜底条款适用的争议持续已久，唯有在立法上进行更完善的类型化规定，才能彻底解决这一难题。立法疏漏给实践中案件的处理造成了许多不便，所以对纵向非价格垄断协议的类型化列举十分必要。需要规制的纵向垄断协议不止价格方面，那些典型的、多见的、限制竞争风险较大的纵向非价格垄断协议，也应在反垄断法规范中体现。“垄断协议行为的类型化可以为执法提供参考，虽然新类型垄断协议的出现会挑战原有的分类原则，但是这也促使着新的类型化原则的出台。”具体来说，应当在《反垄断法》第 14 条中增加非价格垄断协议类型，包括纵向地域与客户限制、独家交易协议等。这种典型化的列举不仅可以减少法律适用的争议，也可以为经营者的经济活动提供更为确定的指引。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





### 3. 完善《电商法》滥用相对优势地位条款

按照现行规定适用《电子商务法》第 35 条，无疑将给执法造成多种困境，存在“打击过宽”的风险。为此，需要进一步明确 35 条的条件。

首先，需要明确适用《电子商务法》第 35 条的条件是具有相对优势地位。在相对优势地位制度较为成熟的日本，滥用相对优势地位的行为之所以受到规制，一方面，是因为滥用优势地位的行为可以让优势经营者不正当地积累市场力量，从而获取市场支配地位；另一方面，则是因为这种行为在“意思自治”的外表下掩盖了实质上的意思不自由，因而破坏了“自由竞争的基盘”。从《电子商务法》第 35 条的规制目的来看，只有行为主体具备优势地位，才能实现侵害竞争的效果。对于相对优势地位的条件，可以借鉴日本《关于数字平台经营者和提供个人信息的消费者的交易中滥用优势谈判地位的指南》，该指南列举了三类情形：（1）当没有其他数字平台经营者为消费者提供所述服务替代的服务时；（2）存在提供替代服务的其他数字平台经营者，但消费者实际上很难停止使用所述（数字平台经营者的）服务时；或（3）提供所述服务的数字平台经营者能够较自由地控制贸易条件，例如价格、质量和数量。我国可以借鉴该规定，明确规定如何判断具有相对优势地位。

其次，应当明确“不合理”的含义是具有限制竞争效果，且无正当理由。借鉴外国经验，“不合理”至少要达到能破坏和妨碍市场公平秩序的程度。将“不合理”界定为具有反竞争效果，不仅有助于确定其具体范围，也能够更好的化解《反垄断法》与《电子商务法》之间的冲突。在具体分析时，可以通过对平台内商家与具有优势地位的平台以及与其他平台签订的协议进行比较，结合合同具体条款确定是否对市场竞争和交易秩序产生了不利影响。在确定“不合理”时，除了考量市场竞争或交易秩序之外，另一个应当纳入考量的因素是消费者福利。《电子商务法》的许多条款具有明显的竞争法属性，而保护消费者权益是竞争法的重要价值取向之一，《电子商务法》第 5 条也以宣示性条款的形式要求电子商务经营者保护消费者利益，因此，在确定涉嫌滥用相对优势行为的合理性时，对消费者福利的影响应当作为执法机关纳入考虑的另一个重要因素。

## 五、结语

“二选一”的法律适用看似是技术问题，实际上涉及《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》功能定位和体系化协调。分散立法的方式、立法机构

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



的差异，以及回应现实问题的直观判断，造成了立法上对于法律体系逻辑的理解缺失。这不可避免的造成法律适用的疑惑与混乱，也为未来立法、学术研究留下了体系解释和法律统归的难题。就当下而言，更应该思考的是如何进行协调，除了在立法、法律解释上的努力之外，在司法和执法中更应该注重法律适用的准确性、合理性、体系性，唯有如此，才能在一致努力下促进经济法的体系化规整。在将来的立法中，则需要对《反垄断法》《反不正当竞争法》《电商法》功能、逻辑、定位进行更为清晰的界定，减少误用和混用，但这远非一朝一夕能够完成。当下，要正确理解与适用《反不正当竞争法》第 12 条，以减少法律适用的冲突。在修法之后，对于类似于“二选一”的行为，三法的适用应先考虑行为与法条的契合：当实施者有较高的市场力量且行为可能严重扭曲竞争时，应首先考虑反垄断法；实施者拥有相对优势地位的情况下，可以考虑适用《电子商务法》；在不符合前述条件，且采用了不正当技术限制手段的情况下，可以考虑适用《反不正当竞争法》规制。在三法竞合的情况下，应按照行为的危害性、严重性来选择适用不同的法律；在适用的过程中，还需要注意不同法条逻辑的协调，避免与其他法律的目标相冲突。

来源：中国上海司法智库官方微信公众号



链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/Qmbnd5YtdNW1j8sqUUEHmw>

#### ◆ 特别声明：

此刊物以分享为本，仅供学习研究参阅，不视为弼兴律师事务所正式法律意见或建议。所有内容摘自政府、法院的官微、官网等，仅供参考使用。如有任何问题，欢迎随时与我们联系。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)

