

法治湖北论丛



知识产权与市场竞争 (第一辑)

主 编◎宁立志

 长江出版传媒
© 湖北人民出版社

法 治 湖 北 论 丛



知识产权与市场竞争 (第一辑)

主 编◎宁立志

副主编◎朱亚萍 孙 晋

图书在版编目(CIP)数据

知识产权与市场竞争(第一辑)/宁立志主编.

武汉:湖北人民出版社,2015.6

ISBN 978-7-216-08618-9

I. 知… II. 宁… III. ①知识产权—研究②反不正当竞争—研究

IV. ①D913.04②D912.294

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第137126号

出品人:袁定坤

责任部门:高等教育分社

责任编辑:黄 沙

封面设计:张 弦

责任校对:范承勇

责任印制:谢 清

法律顾问:王在刚

出版发行:湖北人民出版社

印刷:湖北新华印务有限公司

开本:787毫米×1092毫米 1/16

字数:393千字

版次:2015年6月第1版

书号:ISBN 978-7-216-08618-9

地址:武汉市雄楚大道268号

邮编:430070

印张:21.25

插页:2

印次:2015年6月第1次印刷

定价:60.00元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店:<http://hbrmcbs.tmall.com>

读者服务部电话:027-87679656

投诉举报电话:027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

“法治湖北论丛”编委会

主 任 郑少三

副主任 彭方明 李 龙

委 员 (按姓氏笔画排列)

王 龙	王 晨	王亚平	王瑞龙	方世荣
冯 果	吕忠梅	刘大洪	齐文远	李 龙
李长健	李仁真	肖伯符	吴汉东	汪习根
陈小君	周叶中	郑少三	赵 钢	胡兴儒
俞 江	姚 莉	姚仁安	秦前红	徐汉明
曹诗权	康均心	彭方明	彭真明	曾令良
温世扬	雷兴虎	熊 伟	熊世忠	魏纪林

总 编 彭方明

副总编 王 龙 陈志伟

《知识产权与市场竞争(第一辑)》

编委会

主 编 宁立志

副主编 朱亚萍 孙 晋

编 委 (按姓氏笔画排列)

王瑞龙 邓社民 刘 华 刘旭霞 范长军

秦天宝 聂建强 彭学龙

前 言

市场经济是竞争经济，也是法治经济，竞争法的重要性不言而喻。我国《反不正当竞争法》和《反垄断法》虽已颁布实施多年，但法律完善和细化的任务仍十分艰巨。同时，知识产权作为一种竞争工具，也是一种法定垄断权，内含着垄断和竞争两种基因和取向，与竞争法的关系十分复杂，需要谨慎对待。湖北省法学界和实务界，无论对竞争法的研究还是对知识产权法的研究，抑或对竞争法与知识产权法的交叉研究，都在学界占有十分重要的地位。多所学校的学者以及部分实务专家多年研究和探索，在这一领域取得了丰硕的成果。《知识产权与市场竞争（第一辑）》一书旨在展示这些成果，并搭建一个进一步探索和交流的平台。

武汉大学知识产权法研究所自 2008 年成立以来，一直将竞争法、知识产权法，尤其是二者的交叉，纳入研究范围，多次以竞争法为主题举办学术论坛，积累了一批较有见地的学术成果。本辑就是从这些成果中精选汇编而成。同时，这次集结得到了多位学术大家的支持，同意将他们在这一领域的力作收录其中；湖北省政法委和湖北省法学会组织出版“法治湖北论丛”，将该论文集纳入论丛范围并给予出版经费支持，是本书得以出版的关键性条件；湖北省工商行政管理局公平交易局作为重要的竞争执法部门，曾以共同承担课题、合作举办论坛等形式与武汉大学进行深度合作，为诸多成果的形成提供契机和助推；湖北人民出版社黄沙编辑对书稿仔细的审阅是本书顺利出版的保障，在此一并表示诚挚的感谢。

由于时间仓促，稿件选择、录入、校阅过程中仍存在诸多不足，祈望读者批评指正。

宁立志

2015 年 6 月于武汉大学

目 录



论反不正当竞争中的知识产权问题	吴汉东	(1)
论公平竞争权		
——竞争法基石范畴研究	刘大洪 殷继国	(13)
论“漂绿”营销及其法律规制	郑友德 李薇薇	(23)
法律语境下的“山寨明星”现象	彭学龙	(41)
我国行政垄断的现状与执法思考	朱亚萍 苏 宇	(51)
规制广告骚扰：广告法抑或竞争法？		
——从《广告法》修正案说起	宁立志 董 维	(59)
论反倾销法与反垄断法的冲突与协调		
——以中国光伏产业诉讼为视角	孙 晋 孔天悦	(72)
违法行为与不正当竞争	范长军	(82)
论商业诋毁诉讼的赔礼道歉和消除影响责任	李国庆	(96)
论地方政府招商引资优惠政策的定性及治理回应	李晓鸿	(114)
专利联营许可条款的类型化研究	饶爱民	(123)
专利权地域性之省思	徐升权	(135)
对我国计算机软件的可专利性分析	刘莹佳 王德夫	(146)
标准的著作权法保护问题探析		
——关注美国司法判例	于连超	(159)

论集体管理组织的性质定位

——以营利性 and 去行政化为中心	王 华	(170)
--------------------------	-----	-------

论作品冒名行为法律规制的路径选择	邬 跃	(190)
------------------------	-----	-------

注册商标成为商品通用名称的认定

——评金骏眉商标成为茶叶通用名称案	刘 毅	(200)
-------------------------	-----	-------

伏击营销的商标法审思	周 围	(205)
------------------	-----	-------

我国商标合理使用之理论检讨与制度构建	凌洪斌	(216)
--------------------------	-----	-------

转售价格维持的违法性认定

——美国、欧盟之比较及我国制度的完善	王 贵	(227)
--------------------------	-----	-------

垄断国企的反垄断规制路径

——从两篇文章说开	段丙华	(251)
-----------------	-----	-------

互联网即时通讯市场的相关市场界定

——以奇虎诉腾讯案为例	夏红梅	(264)
-------------------	-----	-------

《反不正当竞争法》的执法困境及对策建议	黄 恩	(273)
---------------------------	-----	-------

从执法实践看《反不正当竞争法》的修订	姚 秀	(280)
--------------------------	-----	-------

浅论县域经济中商业贿赂的规制	曹登科	(287)
----------------------	-----	-------

浅析锐邦诉强生案中原告的诉讼资格问题	易柔池	(295)
--------------------------	-----	-------

“简单”回收利用中的知识产权权利穷竭原则适用研究

——基于实证的分析	李 强	(304)
-----------------	-----	-------

传统中医药知识获取和惠益分享法律机制构建问题初探

——以拟订《中医药法》为契机	李一丁	(320)
----------------------	-----	-------

论反不正当竞争中的知识产权问题

吴汉东^①

在私法领域探究知识产权法与反不正当竞争法的关系，意在说明反不正当竞争法的特殊功能作用，即对知识产权行使的保护和对知识产权滥用的规制。从法律形式来看，知识产权法与反不正当竞争法似乎是两种相互冲突的制度设计，前者旨在维护知识财产所有人的“垄断权利”，而后者则是限制或消除某种“垄断地位”。^②其实，两者有着共同的立法目标，即保护合法权益，促进社会进步。其不同之处在于，知识产权法是通过保护知识财产所有人合法权益、鼓励知识创新来实现这一目标；而反不正当竞争法则是通过制止非法竞争行为、维护市场竞争秩序来达到上述目的。所以，我们应当处理好具有独占属性的知识产权与反不正当竞争的关系。

一、知识产权法与反不正当竞争法的一般关系

关于反不正当竞争法与知识产权法两者之关系，涉及他们在私法领域中的地位及其关联性问题，这是我国近年来法学理论研究的一个热点问题。相关法律的一般关系分析，有必要从权利属性以及与权利有关的行为属性出发，即以知识产权与反不正当竞争的法律品性作为问题研究的基点。知识产权是特定主体对知识财产所享有的一种专有权。权利的“专有性”，在英文中通常表示为

^① 吴汉东，中南财经政法大学教授、博士生导师、法学博士。本文原发表于《现代法学》2013年第1期。

^② 富田彻男认为，“从本质上说，知识产权是为了不让竞争对手销售自己的产品或商品而拥有的一种垄断顾客的权利。在实施这种权利的过程中，需要有主动购买自己产品的顾客和廉价销售同样商品的竞争对手”。授予这种垄断权的根据，“限于在发明者或创作者付出相当劳动，公开其成果，用于服务社会目的等情况下承认其垄断”。参见〔日〕富田彻男《市场竞争中的知识产权》，廖正衡译，商务印书馆2000年版，第13、20页。

“exclusive”或“monopoly”，我国知识产权著述将其译为“独占性”或“垄断性”。基于专有性即法定垄断性的特性，知识产权在形式上可视为一种合法的垄断权。这种合法垄断表现在两个方面：第一，知识产权是国家为激励创新、促进知识财富增长而创设的制度产品，其“存在”本身即竞争法的除外领域，即知识产权作为合法垄断，不是反不正当竞争法的规制对象；第二，知识产权是基于智力创造成果所设置的私人产权，其权利主体进行智力劳动或投资是为竞争目的，或在竞争过程中产生智力成果，知识产权保护有助于增强权利主体的市场竞争力^①。但是，知识产权的“使用”如果构成滥用行为，就会受到反不正当竞争法的制裁。

反不正当竞争是经营者遭受利益损害时得以请求救济的权利。1967年《成立世界知识产权组织公约》在第2条“知识产权”项下，列举了作品、发明、标记等智力活动领域产生的权利，其中包括“制止不正当竞争”。受公约影响，在一段时期，我国一些学者采用“反不正当竞争权”或“禁止不正当竞争权”的说法，强调反不正当竞争权是知识产权的一部分，与专利权、商标权、著作权处于并列位置^②。对“反不正当竞争权”，有学者提出质疑，认为其曲解了反不正当竞争的法律性质，“既无特定的客体，又无积极的权利内容”，不宜作为著作权、专利权、商标权以外的一种新的权利^③。笔者认为，“反不正当竞争权”在语义上容易产生误解，如果作为“权利”看待也只能在规定意义上使用。这是因为，反不正当竞争只是一种救济权，它是基于原权利（如基于有体财产而产生的所有权、基于知识财产而产生的知识产权、基于合同而产生的债权）而派生的权利，其目的在于救济被侵害的原权利^④。就其实质属性而言，所谓反不正当竞争权是权利受到侵害后，权利人请求侵权人承担民事责任的主张或诉求。此外，反不正当竞争法对知识产权的保护，只是其法律调整功能的有限部分，受该法规制的不正当竞争行为许多与知识产权无涉。因此，将反不正当竞争视为一种积极权利，甚至将其归类为知识产权本身，这种观点是值得商榷的。

尽管知识产权与反不正当竞争具有本原权利与救济权利之分，但两部法律无论是在功能目标，还是在保护对象方面都有相通之处，其一般关系在学术界有不同认识，主要有以下两种代表性观点：

一是独立说。该学说认为知识产权法与反不正当竞争法虽然有紧密联系，

① 王源扩：《浅论与知识产权有关的反竞争行为及其法律控制》，《政法论坛》1996年第4期。

② 文希凯：《制止不正当竞争与工业产权》，《知识产权》1991年第3期。

③ 韦之：《论不正当竞争法与知识产权法的关系》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》1999年第6期。

④ 魏振瀛：《民法》，北京大学出版社2000年版，第40页。

但两法并不能因此融为一体,即知识产权法不能涵盖反不正当竞争法的全部,反不正当竞争法也不可能囊括知识产权法的所有内容^①;有学者进一步指出,两法在价值取向、作用机制、立法技术等方面各具特色,反不正当竞争法属于经济法,知识产权法属于民商法^②;也有学者将反不正当竞争法归类为与专利法、商标法相平行的“第三工业产权法”^③;还有学者从商标权益保护着手,认为知识产权法和反不正当竞争法是并列与同位关系,它们分别有独立的保护对象、规制方式、效力范围和保护重点^④。

二是补充说。该学说认为知识产权法与反不正当竞争法形成了相辅相成的互动关系,在某种意义上,反不正当竞争即知识产权法律体系的有机制度构成,换言之,知识产权也是反不正当竞争法的重要规制内容。我国诸多学者认为反不正当竞争法为知识产权提供“兜底保护”^⑤。日本学者满田重昭认为反不正当竞争法是商标法的补充保护法,即该法为不受商标法保护的未注册商标提供补充保护^⑥。

笔者赞成补充说,即反不正当竞争法具有对知识产权提供保护的补充功能,这在德国法中被称为是“竞争法上的智力成果保护”。在这个意义上说,反不正当竞争法可以归类于知识产权法律体系之中,其理由是:第一,反不正当竞争法以其他知识产权法的调整对象作为自己的保护对象,即对于侵犯著作权、专利权、商标权的行为予以法律制裁。因此,在某些情况下会出现法条竞合及优先适用何种法律的问题。第二,反不正当竞争法对与各类知识产权有关而相关法律不能管辖的客体给予保护,以此弥补单一法律制度产生的“真空地带”。第三,反不正当竞争法对各类知识产权客体的交叉部分给予“兜底保护”,使知识产权的保护对象连结起来形成一个整体。可以说,该法是知识产权领域所涉内容更为广泛的一种法律制度。尽管在当前的立法例中,反不正当竞争法的调整范围已越来越广,扩大到许多与知识产权毫无关系的其他领域。但是,保护知识产权仍是反不正当竞争法的重要任务。

反不正当竞争法与知识产权法的关系,不是等同关系,不能相互替代,而

① 马文耀:《知识产权法评述和展望》,专利文献出版社1997年版,第156页。

② 孙颖:《论反不正当竞争法对知识产权的保护》,《政法论坛》2004年第6期。

③ 李顺德:《试论反不正当竞争法的客体和法律属性》,载唐广良《知识产权研究》(第8卷),中国方正出版社1999年版。

④ 郑友德、万志前:《论商标法和反不正当竞争法对商标权益的平行保护》,《法商研究》2009年第6期。

⑤ 杨明:《试论反不正当竞争法对知识产权的兜底保护》,《法商研究》2003年第3期。

⑥ 郑友德、万志前:《论商标法和反不正当竞争法对商标权益的平行保护》,《法商研究》2009年第6期。

是相互配合、补充地发挥法律功能。正如世界知识产权组织 1988 年所宣传的那样，“反不正当竞争法实际保护着专利法、商标法等专门法所保护不到的那些应予保护的权利”。^①反不正当竞争法在对知识产权提供保护时与专门的知识产权制度有所不同：专门制度是“基本权利法”，即以专有权利为中心，形成主体、客体、内容、取得、行使、限制以及救济的规范体系；而反不正当竞争法是“行为规制法”，即以维护市场竞争秩序为核心，对各种利用知识产权的行为作为市场行为进行规范，构建了一个“不正当竞争行为”与“反不正当竞争行为”的规范体系。现将反不正当竞争法与专门知识产权法的关系简述如下：

（1）反不正当竞争法与商标法。在知识产权法律体系中，两者关系最为密切也最为重要。以至于有学者说，商标法与反不正当竞争法在商标权益的保护上呈并列关系。反不正当竞争法主要是对未注册知名商标提供反混同保护，而商标法偏重于对驰名商标的反淡化保护。^②在商业标记领域，反不正当竞争不仅对假冒商标行为进行规制，而且包括擅自使用知名商品的特有名称、包装、装潢以及与此相类似的标记。此外，在非类似商品上使用他人注册商标（包括注册商标和非注册知名商标），或在商品销售中以自己的商标取代相关商品的他人商标（即“反向假冒”行为），都可以依据反不正当竞争法进行处理。

（2）反不正当竞争法与专利法。就技术领域的法律保护而言，专利法与反不正当竞争有着不同的功能，前者对技术成果授予专利权，后者则对技术成果采取商业秘密保护；此外，两者也有交叉之处，当一项技术发明申请专利后，获得授权前，可以援用反不正当竞争法给予“临时保护”；当一项外观设计保护期间届满，如果属于知名的产品外观，可以请求反不正当竞争法提供“继续保护”。需要注意的是，当技术成果权益纠纷遇有法律竞合时，一般应先适用专利法，在专利法未作规定时才考虑使用反不正当竞争法。

（3）反不正当竞争法与著作权法。较之商标法、专利法与反不正当竞争法的关系而言，著作权法与反不正当竞争法的关联性较弱。在有些国家中，冒用他人的作品名称或标题、对作品中的虚构形象进行商业利用等，都可认定为与著作权有关的不正当竞争行为。

① 王先林：《竞争法学》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 49 页。

② 郑友德：《万志前》，论商标法和反不正当竞争法对商标权益的平行保护》，《法商研究》2009 年第 6 期。

二、反不正当竞争立法中的知识产权制度安排

我国《反不正当竞争法》自 1993 年实施以来，对于鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为（包括与知识产权有关的不正当竞争行为），保护经营者和消费者的合法权益，保障市场经济的健康发展，无疑起到了积极的作用。但是，《反不正当竞争法》实施几近二十年，一直未及修改。由于法律文本原来存在的问题以及竞争法律新近的发展，该法不敷使用而需要完善的地方日益凸显。现就反不正当竞争立法中的知识产权问题略作如下分析：

（一）竞争法分别立法模式与禁止知识产权滥用

我国反不正当竞争法立法之初，奉行的理论基础是“综合调整模式”。根据这种立法模式，反不正当竞争法并不是单一的规制不正当竞争行为的专门法，而是一部包括反不正当竞争、反限制竞争以及某些反垄断行为的综合性法律。在该法所列举的 11 种不正当竞争行为中，通常认为公用企业限制竞争、行政性限制竞争、低价倾销、搭售行为、串通投标行为归属于反限制竞争和反垄断的范畴。随着我国于 2007 年出台反垄断法，专门规制限制竞争和垄断行为，我国竞争法立法模式已经进入分别式立法模式。有鉴于此，知识产权滥用问题应该交由作为公法的反垄断法规制，而不应由反不正当竞争法调整。对知识产权的法律规制，包括私法规制和公法规制两种：前者首先表现为知识产权法自身规范（如地域限制、时间限制、权能限制）对知识产权行使的限制，同时也体现在民法基本原则（如诚实信用原则、权利滥用禁止原则、公序良俗原则）对知识产权滥用进行约束；后者则是在反垄断法的框架内来解决知识产权滥用问题。知识产权虽然被视为“合法垄断权”，其权利本身当然不能假定为反垄断法所指向的“市场支配力”。但是，知识产权与其他财产权一样，在适用法律上并不特别地免于反垄断审查，即知识产权不能构成反垄断法的“除外领域”。概言之，根据我国竞争立法模式，知识产权滥用问题应交由反垄断法处理。

（二）经营者资格限定与竞争法调整的主体范围

现行反不正当竞争法规定不正当竞争行为的主体是“经营者”，即从事商品经营或营利性服务的法人、其他经济组织和个人。将侵权行为主体限定为经营者，这一规定的不足之处已遭到学界的批评。对此有学者认为，对何为经营

者可分别从主体资格和主体行为的不同角度进行界定。前者是为经营活动的法定资格。依此观点，侵犯商业秘密的企业职工、商业贿赂的法定代表人或者经办人、无照经营者则不能包括在内；后者强调从事经营活动的行为，行为人即是“经营者”。依后者理解更具合理性和可行性^①。这种扩大解释，有助于对现行法的适用。但是，未来的反不正当竞争法的修改，应在调整的主体范围方面作出全面的修改。首先，将侵权责任主体即不正当竞争行为主体，从“经营者”扩大到所有从事市场经济活动的主体，即从事市场交易行为者，就是反不正当竞争法规制的对象；同时对权利或权益主体即不正当竞争行为的受害人，不必强调其“经营者”资格，而泛指拥有知识产权的一切主体（包括作品名称或标题的创作者、非专有技术成果的发明者、未注册商标的所有者等）。对权利主体资格与侵权责任主体资格不作限定，可以使反不正当竞争法真正成为“不管法”，发挥其对知识产权“兜底”保护的作用^②。

（三）侵权行为列举式规定与概括式条款的增列

反不正当竞争法关于不正当竞争行为采取列举式规定，既没有一般性适用的概括条款，也没有扩展适用空间的“兜底”条款，存在着明显的封闭性缺陷。从立法技术而言，概括式与列举式并举是现代各国相关立法的通行模式，即在开列典型侵权行为类型清单的同时，规定一个关于侵权行为的概括条款，并授权执法机关根据该条款认定社会生活中新出现而法律未能详尽列举的侵权行为。有的学者认为，我国《反不正当竞争法》第二条第二款规定，“本法所称的不正当竞争，是指经营者违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为”，就是一个一般性条款。笔者认为，该项条款缺乏一般性条款的必备要素。这是因为，根据该款规定，只有“违反本法规定”的行为，即该法明确规定的 11 种行为，才是不正当竞争行为。可以认为，该款规定只是一个定义性规范，不足以在侵权行为类型清单外作扩大解释之用。因此，未来的反不正当竞争法在侵权行为一章中，可删除反垄断法已规定的限制竞争行为和垄断行为，列举规定典型的不正当竞争行为类型，同时增加关于不正当竞争行为认定的一般性条款。

（四）反不正当竞争法与相关民事立法的衔接、协调

基于公平与正义的共同立法目标，知识产权与反不正当竞争法在调整功能

^① 王先林：《竞争法学》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 97 页。

^② 郑成思：《知识产权论》，法律出版社 2003 年版，第 262~267 页。

上表现了互动与协调。在这里,知识产权保护是两部法律功能互补的连接点。郑成思教授曾经说道,“单行的知识产权法与反不正当竞争法之间并不存在一个谁挤占了谁的位置的关系问题,而是后者(或后一部分内容)对前者如何给予补充的问题”。就知识产权保护来说,单行知识产权法在水平上是“强保护”,在范围上是“窄保护”;而反不正当竞争法在水平上是某种“弱保护”,在范围上则是“宽保护”^①。这说明两部法律在功能上是互补的,但在法律形式上是独立的。在我国,反不正当竞争法对知识产权保护的规定,有三种类型:一是知识产权本身(如商标权),已有单行立法规定,反不正当竞争法仅提供补充保护;二是与知识产权有关的其他权利(如商业秘密权、商誉权、形象权等),尚无单行法规定,反不正当竞争法提供了专门保护;三是与知识产权有关的财产权益(如作品名称、标题,知识商品的名称、包装、装潢等),相关单行法未作规定的,反不正当竞争法提供了“兜底保护”。上述分析表明,反不正当竞争法所涉及的知识产权及相关权益,在民事立法中可作出如下制度安排,有的需另行制定专门法律、法规,如商业秘密保护法规;有的可在民法基本法中作出原则规定,如商誉权;有的则交由反不正当竞争法作出列举式规定。

三、网络知识产权中的反不正当竞争规制

网络技术与基因技术是 21 世纪最具代表、最具影响力的新技术。网络技术的出现,不但改变了人类的生活方式和经济社会发展模式,而且对当代各国的法律制度提出了挑战。正是在这个意义上,人们赋予知识产权制度以鲜明的时代技术特征,将其称为“网络知识产权”。由于网络具有高科技性、虚拟性与即时性的特点,网络环境下不正当竞争行为技术特性明显、实施速度快、所涉危害范围广泛且结果严重。有学者指出了其中必须解决的诸多问题,如屏幕显示和网络界面的商业包装、对网上商业秘密的保密措施、网上虚假宣传等^②。这些问题不仅损害了相关经营者的合法利益,而且严重地破坏了网络经济秩序,需要各国反不正当竞争法给予回应。当下问题的研究,重点在于解决网络环境下反不正当竞争法面临的知识产权保护新问题,现择其要而述之:

① 郑成思:《知识产权论》,法律出版社,2003 年版,第 264 页。

② 张平:《网上知识产权及相关法律问题透析》,广州出版社 2000 年版。

（一）侵害网络域名的行为

与域名有关的不正当竞争有两种表现形式：一是域名抢注行为，二是域名指引失灵行为。这两种行为都与网络上的域名使用有关，其后果即对他人商标、商号或者商誉等商业标志权益的损害。

域名抢注行为，是指域名申请人将他人享有在先合法权益的商业标志作为其域名注册使用的行为。域名是经营者在网络空间的身份代码。在电子商务活动中，由于其具有某种标志识别功能和商业利用价值，域名已经成为企业在互联网上争夺的资源和财富。现实生活中的域名抢注者，多次针对他人知名商标、商号或其他商业标记而抢注，且抢注数量众多，并以公开出让而谋取利益为目的。域名抢注行为构成网络环境下的不正当竞争：首先，域名抢注行为严重损害了正常的竞争秩序和交易秩序。对于行为人而言，抢注行为即投机行为，注而不用，注而为卖，旨在谋求域名出让所带来的经济利益；对受害人而言，抢注行为即侵权行为，商业标志的合法所有人往往会陷入商业被动，无法将其品牌效应延伸至网络空间。其次，域名抢注行为构成了对驰名商标及其他知名商业标志的淡化。所谓商业标志的淡化，是指对于他人的驰名商标、商号的商业性使用，不正当地降低或弱化了该标志指示和区别有关商品或者服务的能力^①。反淡化的法律措施，即将驰名商业标志的保护扩展到非类似的商品或服务上。当前司法实践已经将抢注域名而导致商业标志淡化作为一种不正当竞争行为加以规制。总之，域名抢注行为具有明显的非正当性和违法性，是一种损害商业标志权利人合法权利、谋取非法商业利益的不正当竞争行为。域名指引失灵行为，是指通过“埋设”技术手段，如超文本链接、加框技术、Meta标记等，以削弱他人域名指引作用，不正当地利用他人商业信誉的行为。超文本链接、加框技术、Meta标记等是网络技术发展与应用产物。在网络不正当竞争领域，行为人利用上述技术手段，或是通过超链接使得用户在无需通过域名访问网站即可在互联网上获取信息，弱化域名指引功能；或是通过加框链接，将他人信息“拉进”自己的网页，损害他人商业利益；或是通过无标记设置方法，埋置他人商业标志的关键词，在用户查询中“搭便车”，造成信息搜索的误导。当然，使用上述网络技术并不当然构成不正当竞争行为。在司法实践中，对网络经营者不正当竞争的认定通常要考虑两个因素：一是设链者与被链者之间是否存在竞争关系，二是是否造成用户的混淆，即是否对被链信息来源发生误认，或者误以为设链词与被链词之间存在关联。

^① 李明德：《美国反不正当竞争法研究》，方正出版社2003年版，第267页。

（二）网络虚假宣传行为

网络虚假宣传行为是虚假宣传的特殊形式，且在当下是不正当竞争的主要形式。与传统的虚假宣传相比较而言，网络虚假宣传具有以下两个特点：一是行为责任主体。一般而言，虚假宣传行为的主体构成有两类，即商品或服务的经营者（广告主）和广告业务的经营者（广告人）。反不正当竞争法意义上的“广告业务的经营者”包括了代理、涉及、制作、发布广告的经营者。在网络条件下，作为虚假宣传行为的主体之一，传统广告业务的经营者已为网络服务商所代替。网络平台现已成为极具价值的广告发布平台，网络服务商取代传统媒体而担任了广告经营者的角色。因此，在不正当竞争的网络虚假宣传行为中，网络服务商就成为侵权主体之一。二是行为表现形式。网络广告的宣传形式不同于传统媒体形式。诸如报纸、杂志、广播、电视等媒体一般是直接将广告内容展现在消费者面前，而网络广告可采用多种形式，除弹出窗口广告、网页广告外，随着搜索引擎技术的兴起，出现了竞价排名、主题推广等搜索广告形式。这些广告形式，既是一种网络商业服务模式，也可能引发不正当竞争。总之，搜索引擎服务商应视为广告业务经营者，即具有行为主体资格；搜索广告形式即网络环境下的广告宣传形式。至于其是否承担不正当竞争行为的连带责任，应适用“通知—删除”^①规则以判断其主观过错，进而认定其应该承担的法律任。

（三）网络商业诋毁行为

在网络信息时代，互联网技术平台成为重要的信息平台，诸如 BBS、博客、微博等都是提供信息内容的传播手段；同时也是实施商业诋毁的主要载体，信息接收者往往成为信息的发布者，使得网络商业诋毁行为难以控制。商业诋毁的不正当竞争行为在网络空间的出现和蔓延，对现行法律带来了挑战，其主要问题是：第一，网络传播具有双向互动的特性，其发生的商业诋毁行为主体已不局限于有竞争关系的经营者，网络用户、网络服务商或主动或被动参与，使得侵权法律关系十分复杂。我国反不正当竞争法似可借鉴瑞典、比利时等国的做法，将并无竞争关系的行为主体也作为法律规制的对象。第二，商业诋毁表现形式限定过窄，无法规制网上诸多商誉侵权行为。世界知识产权组织

^① 我国《侵权责任法》第三十六条第二款规定了网络服务商的“通知—删除”义务，即网络服务提供者在接到侵权通知后，应按照通知及时删除相关侵权信息，否则应承担任。参见吴汉东《论网络服务提供者的著作权侵权责任》，《中国法学》2011年第2期。