

目 录

完善反不正当竞争法的若干问题(代前言)	1
一、完善的必要性	2
二、完善的可能性	5
三、完善的主要问题	6
第一章 反不正当竞争法概述	1
第一节 反不正当竞争法的法律特征.....	1
一、行为法属性	1
二、诸法合体性与行政干预性	2
三、补充性	4
四、不确定性	6
五、概括加列举的立法体例	7
第二节 反不正当竞争的配套规章与行政解释.....	8
一、配套的行政规章	8
二、行政解释.....	10
第三节 反不正当竞争的地方性法规	11
一、对反不正当竞争法的细化性规定.....	11
二、对反不正当竞争法的补充性规定.....	15
三、细化及突破性规定的原因及启示.....	18
第四节 反不正当竞争法的行政执法	20
一、行之有效的执法措施.....	20
二、大量案件的查处.....	21
三、执法队伍的建设.....	22

四、行政执法的国际影响·····	22
第五节 行政规章与行政解释的法律地位·····	23
一、行政规章的法律地位·····	23
二、行政解释是有权解释·····	28
第六节 行政执法中的误区与对策·····	34
一、认识误区举要·····	35
二、法律操作性的相对性与行政裁量权·····	37
三、法律授权不可能“大而全、小而全”·····	43
四、地方性立法不能作茧自缚·····	45
五、几点对策性结论·····	47
第二章 反不正当竞争法的适用范围 ·····	49
第一节 适用于哪些不正当竞争行为·····	49
一、不正当竞争行为的界定·····	49
二、法定主义与一般条款的分歧·····	50
三、有限的一般条款：现行规定的理解·····	53
四、一般条款：完善适用范围的立法取向·····	57
第二节 “经营者”的法律解释·····	63
一、法律界定的两个要点·····	63
二、两个角度的不同理解·····	64
三、从主体资格角度的解释·····	66
四、根据行为(经营行为)解释的主体(经营者)·····	70
第三节 经营者的范围·····	77
一、法人·····	77
二、其他经济组织·····	78
三、个人·····	90
四、对经营者理解上的几个误区·····	91
五、责任主体必须具有责任能力·····	94
第四节 涉外案件的法律适用·····	94

一、巴黎公约的国民待遇原则	95
二、TRIPS 的最惠国待遇原则	100
第三章 市场混淆行为	101
第一节 市场混淆行为概述	101
一、市场混淆行为的概念和特征	101
二、禁止市场混淆行为制度比较	102
三、我国禁止市场混淆行为的制度	113
第二节 我国现行规定的由来和现状	116
一、现行规定的修改过程与立法意图	116
二、立法体例上的问题及完善方案	118
第三节 假冒他人注册商标行为	128
一、假冒他人注册商标的含义	128
二、法律的适用与立法的完善	132
三、未注册商标的保护问题	136
四、“知名”是竞争法保护商标的要件	139
第四节 知名商品特有的名称、包装和装潢的仿冒行为	140
一、概念的界定	140
二、知名商品的含义、特征与认定标准	141
三、相同或近似使用及其认定标准	165
四、引起误认(混淆)的认定	173
五、侵害客体:商品的名称、包装和装潢	179
六、主观要件:仿冒行为人的故意	183
七、商品标示保护的“度”	184
八、构成混淆的制造、销售及其他相关行为形态	184
九、与相关法律的适用关系	186
第五节 使用他人企业名称或姓名的行为	191
一、企业名称或者姓名的界定	191
二、企业名称或者姓名的混淆行为	192

第四章 虚假表示与虚假宣传行为	194
第一节 禁止虚假宣传的立法理由	194
一、商品宣传的一般意义与竞争意义	194
二、禁止虚假宣传的立法根据	195
第二节 虚假宣传的立法例比较	196
一、巴黎公约及反不正当竞争示范法的规定	196
二、英美法系国家的法律规范	200
三、大陆法系国家的法律规范	205
第三节 商品宣传方式	208
一、宣传商品的三种方式	208
二、广告的内涵与外延	209
三、“在商品上”的宣传方式	213
四、“其他方法”的界定	214
第四节 虚假表示与虚假宣传的合一性问题	219
一、现行立法体例的问题	219
二、如何进行完善	222
第五节 第5条第4项的前后关系	223
一、手段与目的关系的理解	223
二、并列关系的理解	225
三、本书的见解	227
第六节 “引人误解的虚假表示”与“引人误解的表示”	229
一、引言	229
二、两者的基本关系	229
三、我国的“作引人误解的虚假表示”如何理解	235
第七节 “引人误解”的判断标准	237
一、国外的立法、学说和判例	237
二、判断标准(原则)分析	239
三、商品表示内容歧义的引人误解问题	245

四、实际受骗和可能受骗与引入误解	246
第八节 伪造或者冒用质量标志问题	247
一、质量标志的界定	247
二、伪造或者冒用认证标志行为	248
三、伪造或者冒用名优标志行为	250
第九节 产地及伪造产地的认定	254
一、引言：众说纷纭话产地	254
二、产地、产地标示的概念与意义	255
三、产地标示的基本类型	259
四、各国有关产地标示保护的立法例	262
五、产地与国际公约上原产地的关系	265
六、产地的具体认定：国外的标准	267
七、我国产地认定的最终形成地原则及产地的具体类 型	270
八、产地与厂址的关系	276
九、附论：如何认定产地的欺诈行为	277
第十节 虚假表示与虚假宣传的行为类型例解	281
一、对商品质量的虚假宣传	282
二、对行为主体(经营者)的虚假宣传	288
三、对商品价格的虚假宣传	291
四、对商品数量的虚假宣传	301
五、对赠品的虚假宣传	302
六、诱饵广告	305
七、荐证广告	308
八、比较广告	316
九、消极不表示与引入误解的真实表示	320
第十一节 虚假表示(宣传)行为的法律责任	322
一、法律责任转致适用产品质量法的问题	322
二、不能适用产品质量法的虚假表示行为的责任确定	326

三、利用广告作引人误解的虚假宣传的法律责任	328
-----------------------------	-----

第五章 商业贿赂行为	332
-------------------------	-----

第一节 商业贿赂行为的理解和认定	332
------------------------	-----

一、商业贿赂是一种不正当竞争行为	332
------------------------	-----

二、法律规定的由来及三层含义	335
----------------------	-----

三、商业贿赂的含义和要件	337
--------------------	-----

四、商业贿赂行为的主体	340
-------------------	-----

五、商业贿赂行为的财物手段和其他手段	342
--------------------------	-----

六、“帐外暗中”不是商业贿赂的一般要件	349
---------------------------	-----

第二节 回扣	350
--------------	-----

一、回扣的法律概念	350
-----------------	-----

二、回扣的法律要件	352
-----------------	-----

三、回扣与折扣的区别	362
------------------	-----

四、回扣与一般商业贿赂的区别	362
----------------------	-----

第三节 附赠与商业贿赂	365
-------------------	-----

一、在商业贿赂中规范附赠的原因	365
-----------------------	-----

二、附赠的概念和特征	366
------------------	-----

三、作为商业贿赂行为的附赠	367
---------------------	-----

第四节 佣金与商业贿赂	368
-------------------	-----

一、佣金与商业贿赂的关系	368
--------------------	-----

二、佣金的概念和法律特征	369
--------------------	-----

第五节 折扣与商业贿赂	370
-------------------	-----

一、折扣与商业贿赂的关系	370
--------------------	-----

二、折扣的概念和类型	371
------------------	-----

第六节 商业贿赂的法律责任	375
---------------------	-----

一、商业贿赂的行政处罚	375
-------------------	-----

二、违法行为一并处理问题	380
--------------------	-----

第七节 禁止商业贿赂规章的制定背景和精神	381
----------------------------	-----

一、暂行规定的制定背景和意义	381
二、暂行规定的基本内容	383
三、依法定性与执法政策的关系	385
第六章 侵犯商业秘密行为	387
第一节 商业秘密的法律保护	387
一、保护商业秘密的立法理由	387
二、保护商业秘密的立法例	391
三、我国保护商业秘密的立法与实务	392
第二节 商业秘密的含义和构成要件比较	397
一、美国法上的商业秘密	398
二、英国法上的商业秘密	408
三、德国法上的商业秘密	411
四、日本法上的商业秘密	412
五、墨西哥法上的商业秘密	415
六、我国台湾法上的商业秘密(营业秘密)	416
七、TRIPS 和北美自由贸易协定中的商业秘密	418
八、反不正当竞争示范法上的商业秘密	420
第三节 我国商业秘密的含义	421
一、反不正当竞争法的定义性规范	421
二、商业秘密与专有技术	422
第四节 商业秘密的法律性质	423
一、国外有关商业秘密性质的学说	423
二、我国商业秘密的法律性质	426
第五节 商业秘密的权利人	429
一、商业秘密的权利主体	429
二、商业秘密的权利主体的范围	429
三、技术秘密的归属主体	430
四、商业秘密的其他权利人	432

第六节 商业秘密的消灭	433
一、消灭的事由	433
二、消灭的法律后果	435
第七节 我国商业秘密的构成要件	438
一、概述	438
二、新颖性和相对秘密性:“不为公众所知悉”	439
三、价值性:“能为权利人带来经济利益”	443
四、实用性:“具有实用性”	444
五、秘密性:“采取保密措施”	445
六、商业秘密的构成要件例解	448
第八节 商业秘密的范围:技术信息和经营信息	464
一、信息及作为商业秘密的信息	464
二、技术信息	468
三、经营信息	468
四、商业秘密与公共利益的冲突	477
第九节 侵犯商业秘密的行为类型	478
一、侵犯商业秘密行为类型比较	478
二、我国侵犯商业秘密的行为类型	485
三、以不正当手段获取商业秘密的行为	491
四、对不正当取得的商业秘密的披露等行为	493
五、来源正当但使用等不正当的行为	493
六、恶意或重大过失第三人的获取、使用或披露行为	496
第十节 侵犯商业秘密的法律推定与保全措施	498
一、侵犯商业秘密行为的推定:配套规章的重大突破	498
二、司法实践中的推定做法	499
三、法律推定的一般原理	507
四、侵犯商业秘密行为法律推定的合理性	508
五、行政执法中的保全措施	509
第十一节 劳动(雇佣)关系与商业秘密保护	510

一、概说	510
二、商业秘密与受雇人的一般知识、经验和技能	511
三、保密义务与保密协议	513
四、竞业禁止问题	518
第十二节 侵犯商业秘密的法律责任	527
一、外国法上的救济方法	527
二、我国侵犯商业秘密行为的法律责任	533
第七章 四类限制竞争行为	545
第一节 行业垄断与行政垄断行为概说	545
一、立法过程中的争论	545
二、法律的规定	546
第二节 行业垄断行为	548
一、公用企业和其他经营者的界定	548
二、限制竞争行为的类型	556
第三节 行政垄断行为	560
一、行为特征和法律责任	560
二、实践做法及其启示	563
第四节 搭售及附加其他不合理条件的行为	565
一、法律规定及权威性解释	565
二、搭售是垂直非价格限制竞争行为的一种形式	566
三、搭售的条件、类型和法律后果	569
第五节 低于成本价销售行为	570
一、低于成本价销售行为的理解和认定	570
二、低于成本价销售行为的法律责任	572
三、低于成本价销售行为与倾销行为	573
第八章 不正当有奖销售行为	575
第一节 有奖销售及其类型	575

一、现行有奖销售界定的解释	575
二、完善有奖销售的界定	576
三、有奖销售的类型	579
第二节 立法例比较及我国的立法选择	581
一、有奖销售的立法例	581
二、我国的立法选择	585
第三节 不正当有奖销售行为的类型	589
一、当前有奖销售的发展态势	589
二、不正当有奖销售行为的法定类型	593
第九章 商业诋毁行为	597
第一节 概说	597
一、商业信誉的界定	597
二、禁止商业诋毁行为的立法理由	597
第二节 立法例比较	598
一、巴黎公约及反不正当竞争示范法的立法例	598
二、一些国家的立法例	600
第三节 我国商业诋毁行为的构成要件与法律责任	601
一、商业诋毁行为的构成要件	601
二、法律责任	602
三、构成要件与法律责任例解	602
第十章 串通招标投标行为	607
第一节 招标投标的界定	607
一、招标投标的概念	607
二、招标投标的法律性质	610
三、招标投标与拍卖的区别	610
第二节 串通招标投标行为的类型	612
一、禁止串通招标投标行为的由来	612

二、串通招标投标行为的法定类型	613
第三节 串通招标投标案件的类型和特征	616
一、串通招标投标案件的类型例举	616
二、串通投标案件的特征	620
第四节 串通招标投标行为的法律责任	621
一、“中标无效”的法律性质	621
二、罚款的适用及其不足	622
三、责任主体的确定及其问题	623
第十一章 监督检查	625
第一节 一些国家的行政执法机关	625
一、美国的联邦贸易委员会	625
二、德国的联邦卡特尔局	632
三、日本的公正交易委员会	633
四、从行政权力强化的国际趋势看执法机关的地位	634
第二节 我国的监督检查部门	646
一、现行法律规定的监督检查部门	646
二、涉及到产品质量法的监督检查问题	649
三、“其他部门”除外规定的严格控制问题	652
四、地方性法规或规章另外确定监督检查部门问题	654
五、厘清职权范围与避免多头执法问题	656
第三节 监督检查权述评	658
一、监督检查部门的职权	658
二、监督检查权评析	659
三、附随于检查权的搜查权	662
第四节 从行政权力的重塑看监督检查权的强化	662
一、我国行政权力的强化和弱化	662
二、监督检查部门法律地位的定位	666
三、监督检查机关的行政权	667

四、监督检查机关的准立法权	669
五、监督检查机关的准司法权	673
第十二章 法律责任	683
第一节 法律责任概说	683
一、法律责任的含义	683
二、反不正当竞争法上的法律责任	683
第二节 民事责任	685
一、民事责任的一般根据	685
二、不正当竞争行为的民事责任评析	686
三、不正当竞争行为民事责任类型	688
第三节 行政责任	690
一、行政违法、行政责任与行政处罚	690
二、行政处罚的种类	695
三、行政处罚的适用	697
四、责令停止违法行为的性质和适用	705
五、法院能否行使处罚权	709
第四节 不正当竞争行为的刑事责任	712
一、刑法有关刑事责任的规定	712
二、刑事责任与行政责任的适用关系	712
第五节 行政告诫(劝告)制度	718
一、三则案例与一则通知的启示	718
二、行政指导制度的一般原理	722
三、反不正当竞争执法中的行政告诫(劝告)	725
四、如何建立行政告诫或行政劝告制度	728
附录	731
中华人民共和国反不正当竞争法	731
关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定	738

关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定·····	740
关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正 当竞争行为的若干规定·····	742
关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定·····	745
关于禁止商业贿赂行为的暂行规定·····	748
关于禁止串通招标投标行为的暂行规定·····	751
<u>后记</u> ·····	753

第一章 反不正当竞争法概述

第一节 反不正当竞争法的法律特征

在对《反不正当竞争法》的具体制度进行研究之前,我们首先把握一下该法的基本法律特征。把握好该法的基本特征对于正确理解其属性、特点并吃透其精神,恰当地搞好立法、执法和守法的定位,都是必不可少的。这些特征的归纳立足于我国《反不正当竞争法》,同时兼顾了国外的相应法律制度。

一、行为法属性

近年来我国出现了一批诸法合体的经济类立法,最为典型的当属《产品质量法》、《反不正当竞争法》和《消费者权益保护法》,三者分别从标的、行为和主体角度规范着经营者的行为,共同构筑了手段相像、多种规范并存、立法内容和目标互有交叉而侧重点各有不同的市场主体的行为规则体系。但是,与其他法律相比,《反不正当竞争法》又有其特点。

突出的表现是,《消费者权益保护法》是保护为生活需要购买、使用商品或者接受服务的消费者的合法权益的法律,是从保护主体的角度立法的,而《产品质量法》是规范和管理产品质量、从标的角度进行调整的法律,《反不正当竞争法》则是以禁止不正当竞争行为、维护市场竞争秩序为立法目的的,是从行为角度进行的立法,三者的立法

基点不同。

二、诸法合体性与行政干预性

《反不正当竞争法》是一部诸法合体的法,即其突出的表现是集公法与私法于一身,具体说就是集行政法(行政法规范)、民法(民事规范)甚至刑法(刑事规范)于一身。

《反不正当竞争法》、《产品质量法》和《消费者权益保护法》熔公法与私法于一炉,但三者的重点不尽相同。公法是调整国家权力的行使和限制之类的公共关系的法律,私法则是调整平等地位的主体之间的权利义务关系的法律。《产品质量法》的私法规范与公法规范的比例是相差不大的,是基本上平衡的;《消费者权益保护法》既有民事规范之类的私法规范,又有行政处罚之类的公法规范,并以民事规范为主,行政规范为辅。因为,保护消费者主要是填补其损害,填补方式当然主要是赔偿等民事责任,行政处罚则系为达到维护行政管理秩序的目的。《反不正当竞争法》是以公法规范最为突出的规范,其行政规范尤其突出,也即该法特别强调了行政干预、行政监督管理和行政处罚。

《反不正当竞争法》还合实体规范与程序规范于一体。《反不正当竞争法》既有所禁止的不正当竞争行为及其法律责任的实体性规范,又有监督检查的程序性规定。

《反不正当竞争法》的公法色彩的浓厚是有其深刻的历史渊源和时代背景的。诸法合体本来是近代资本主义法律体系确立之前的法律现象,是资本主义以前的法律制度的产物,既反映了法律制度不发达,又反映了政治国家与市民社会不分、政治与经济不分的社会历史条件,是法律和社会文明程度落后的象征。资本主义制度建立后,对法律部门进行明确分类、严格划分公法和私法等等,被认为是法律制度上的一大进步。而在本世纪初的世纪之交的政治、经济和社会体制的格局转换中,又出现了诸法合体的回归,最为典型的的就是竞争法

的出现。但是,这种诸法合体的法的出现不是法律制度的倒退和简单回归,而是在新的社会经济条件下的扬弃和进步,代表了一种新的价值取向。

19世纪以后在西方国家陆续出现的竞争法(反不正当竞争法、反限制竞争法或者反垄断法)之所以被称为经济法、“经济宪法”,是因为这些法律是适应国家调控经济的需要而产生的。此前,国家是“夜警”而市场自由放任是居主导地位的思潮和行动,“管得越少、政府越好”,政府对市场基本上不作干涉,此时的公法和私法大体上泾渭分明。随着不正当竞争行为的猖獗和垄断的愈演愈烈,政府一改消极被动的角色,对市场积极加以干预,遂有竞争法的产生。这种竞争法本身不过是公法和私法的一种揉和,即用公法和私法双重手段积极主动地调节经济关系和维护自由市场竞争秩序。而此前公法基本上不直接调整市场经济关系,因为这些关系属于市民生活的范畴,作为调节政治国家关系的公法对此不予染指,而纯粹由作为市民法的私法加以调整;私法虽以调整市民生活关系为己任,却奉行自由放任政策,广泛采取意思自治和契约自由,广设任意性规范而极少设强制性规范。但是,竞争法为维护自由竞争秩序,对有碍自由竞争的契约等私法关系和行为也予以干预,设强制性规范,从而不同于传统的私法规范。正是由于竞争法在公法和私法的交汇点找到了生存空间,才使人耳目一新而将其定性为经济法。但是,对其规范认真加以分析,可以看出,它并未脱出公法和私法的巢臼,只不过在排列组合上有点新鲜感罢了。明确这一点,有助于加深对竞争法诸法合体的性质的认识。

《反不正当竞争法》的行政干预色彩浓厚也是与现代社会行政权力的强化趋势分不开的。由于现代社会关系日趋复杂,而行政权力又具有简便、主动、及时、效率等优势,对社会关系的调控能力较强,因此,行政权力在调控社会关系中的作用越来越重要,其地位越来越突出。竞争关系是一种错综复杂的市场经济关系,维护市场竞争秩序是一项极为艰巨复杂的任务,需要强化行政手段的作用。因

此,《反不正当竞争法》具有浓厚的行政特色也就不言而喻了。不但我国《反不正当竞争法》的行政特色鲜明,其他许多国家也加强了竞争法的行政干预。尤其值得一提的是,象 TRIPS 这样的国际公约也强调了反不正当竞争的行政保护。因此,可以说,加强行政干预是反不正当竞争的一种国际趋势。

我国《反不正当竞争法》采取了行政执法机关与司法机关共同执法的执法双轨制。日本不正当竞争防止法是作为一部民事特别法,由法院执行的,不正当竞争行为的受害者只能根据该法向法院提起民事诉讼,以寻求救济。德国的反不正当竞争法也是由法院从民事和刑事两个角度进行司法的。我国《反不正当竞争法》作为公法与私法合体的法律,体现在执法机关上,追究行政责任是由行政执法机关来承担的,追究民事责任是由法院承担的。对于不正当竞争行为,受害者以及其他任何人可以向行政执法机关投诉,或者行政执法机关可以主动检查,行政执法机关可以责令不正当竞争行为人停止违法行为,并给予行政处罚;受害人也可以向法院提起民事诉讼,请求损害赔偿等。

我国《反不正当竞争法》规定了多元的法律责任。《反不正当竞争法》主要规定了行政责任和民事责任。前者是由行政执法机关执行的,除责令停止违法行为外,主要是处以罚款、没收违法所得,个别的还可以吊销营业执照;后者是由法院判处的,主要是赔偿损失。1997 年年初修订的刑法还规定了一些不正当竞争行为的刑事责任,如侵犯商业秘密罪、串通招标罪等。

三、补 充 性

在知识产权法领域有一个著名而又生动的比喻,即传统知识产权的三个主要法律——专利法、商标法和版权法好比是浮在海面上的三座冰山,反不正当竞争法则是托着冰山的海水。意思是说,凡专利法、商标法和版权法所管不到的领域,都由反不正当竞争法来兜