



筑梦十五载
邀风再远航
盈科律师事务所
15周年

盈科律师事务所
YINGKE LAW FIRM

Competition Law rules and cases

竞争法

规则与案例

论商业标识混淆认定中的证据化问题——以注册商标为基础

国有企业合并的反垄断法审查的制度价值——以南北车合并为例

奔驰汽车纵向垄断协议案

奇虎公司诉腾讯公司滥用市场支配地位纠纷案

南京途牛诉途牛天下商标侵权及不正当竞争案

腾讯诉奇虎“360隐私保护器”不正当竞争案

韩寒诉百度科技互联网著作权侵权案

“QQ”商标争议行政诉讼案

刘继峰 王俊林 主编

Law Review Vol.01

第 1 辑

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Competition Law
rules and cases



竞争法

规则与案例

刘继峰 王俊林 主编

Law Review Vol.01

第 1 辑

图书在版编目(CIP)数据

竞争法:规则与案例.第1辑/刘继峰,王俊林主编.
—北京:法律出版社,2016.10
ISBN 978-7-5197-0080-5

I. ①竞… II. ①刘…②王… III. ①反不正当竞争
—经济法—研究—中国 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第237436号

竞争法:规则与案例(第一辑)
刘继峰 王俊林 主编

策划编辑 朱海波
责任编辑 朱海波 夏旭日
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 710毫米×1000毫米 1/16
版本 2016年10月第1版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
责任校对 杨昆玲
印刷 固安华明印业有限公司

印张 18.75 字数 292千
印次 2016年10月第1次印刷
编辑统筹 大众出版分社
经销 新华书店
责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话:
第一法律书店/010-63939781/9782
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0080-5
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

定价:45.00元

编 委 会

主 编

刘继峰 王俊林

撰稿人（以姓氏笔画为序）

弋 谦 王俊林 申冠飞 仲文婷 刘继峰

刘 铮 李小东 李世佳 张绍鑫 张 珊

李 莹 李凌飞 李 睿 郑 阳 赵 奔

侯彦娜 徐 倩 韩雅华

出版说明

对于中国(无论是专门机构还是普通民众)而言,竞争法属于一项新生事物。由于竞争法的调整对象具有特殊性——竞争,其抽象性与其他部门法相比,有过之而无不及。无疑,这将增加理解和运用该法的难度。先立法国家(姑且将19世纪末至20世纪初完成此立法的国家作此称谓)至少用了半个世纪的时间理顺竞争法从抽象的规范到具体的运作的过程。

在竞争法上,判例法和成文法的界限时常变得模糊不清,英美法国家和大陆法国家的竞争法都是如此。美国的《谢尔曼法》是成文法,后来的《克莱顿法》《联邦贸易委员会法》也都是成文法形式。但是《谢尔曼法》的起草者借用了普通法的术语,原本其并未打算把有关竞争和垄断的法律法典化,所以每当看到律师或法官援引一些其认为是被《谢尔曼法》吸收到反托拉斯法中去的普通法原则来支持其反托拉斯理论时,记住规范贸易的普通法跟《谢尔曼法》之间的不连续性是非常重要的。^① 由于《谢尔曼法》具有高度抽象性,将抽象的规范转化为具体规则只能依赖个别案件。1911年美孚石油公司案是根据《谢尔曼法》第1条和第2条认定的,该案件判决以后,引申出一个分析框架,即仅仅取得独占并不必然违反法律,只有通过非“正常的产业发展方式”所导致的独占,才是法律所禁止的。大量的案件和有关法案融合生长共同构筑起美国反托拉斯法体系。同为判例法国家的英国,其竞争立法虽取道相反——判例先于成文立法,但殊途同归。

一般而言,大陆法系与英美法系的主要区别在于是否以成文法为主要法律渊源,在大陆法系国家和地区,判例法不是正式的法律渊源。历史上,

^① [美]波斯纳:《反托拉斯法》(第2版),孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第39页。

随着法典编纂越来越完备,法典一度成为大陆法的理想形式。尽管如此,判例法的优越性无时无刻不在吸引大陆法立法者和司法者的目光,而且这种持久的引力所发生的潜移默化的影响已经从观念上到立法实践上逐渐显现出来。在观念上,“制定法的优先地位和把判决看作技术性的自动制作的谬见正在衰退,人们确信制定法不过是一种可以广泛解释的概括性基本观点的表现,并且确信法院实务以持续的判例形态将成为一种独立的法源。”^①德国在其《反不正当竞争法》近百年的司法实践中,司法机关根据一般条款,适应不断变化的经济竞争关系,开发出了一套内容包罗万象,但堪称结构严谨且手法灵活实用的判例规范体系,形成了众多典型的案例类型。以至于法官可以直接到这个规范体系中找出某类规范,然后将待决案件同先前作出的主导性裁判所涉及的案情做比较,以决定是否将此类的规范适用于待决案件。许多新规则由一般条款引出,例如,未经许可上门推销产品或服务,属于强迫。在德国司法实践中,约1/3的不正当竞争纠纷以行为人违反一般条款为由,要求行为人承担民事责任。可以毫不夸张地说,德国的《反不正当竞争法》,其主要渊源已不是成文法,而是判例,特别是法院依据《德国反不正当竞争法》第1条一般条款所作出的各类判例。^②

在竞争法实施的成文法和判例法融合的前提下,案例越来越成为理论与实践的沟通平台,立法和立法完善的必经之路。具体而言,对竞争法案例的研究可以实现如下目的:

首先,彰显竞争法实施上的特点。抽象的规范通过判例可以演绎出其所包含的具体规则。竞争法的模糊性并不意味着法律实施的被动性。法律的模糊规定关涉的具体情况出现后,依据有关规则和原则进行认定,这恰恰是主动一种控制的方法。正如我国台湾地区学者所言:“此时,法律规定的模糊性就体现为法律的弹性了。以法律的弹性应付认识对象的复杂性、变动不居性和连续性,属于正常的法律漏洞。”^③近年来,我国最高人民法院颁

① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第134页。

② 转引自邵建东:《德国反不正当竞争法研究》,中国人民大学出版社2001年版,第42页。

③ 转引自徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1992年版,第29页。

布的指导性案例,虽然不能说其就是判例法,但其指导思想和判例法的“抽象—具体”的关系是一致的,功能也是相同的。

其次,引发理论界和实务界进一步加大对竞争法案例的重视。一些案件的认定,逻辑环节不够紧密:仅仅从事实出发,直接跳转到法律条文上,缺少中间环节的推理。说理之理在于表达的逻辑性和实证性。缺乏说理的案件其结论的公正性便值得怀疑。

最后,促进竞争立法的完善。经济发展的变动性决定了竞争法应该具有很强的回应性。应对经济环境中不断“更新”的反竞争行为,常规的手段是不断修改立法,完善相关内容,但修改法律的前提应该是出现足以形成相关立法内容的影响广泛的案件(或事件),并对案件中的问题进行了广泛而深入的讨论。

我国竞争法实施效率的提高,依赖于制度的完善,而制度是否完善体现为能否适应规制的需要。对于我国竞争法的实施,不管是从制度效率的角度,还是从制度完善的角度,案例的作用不可忽视。

正是基于上述观念,我们编写了这本案例。在编写中,我们尽可能选取发生在我国的案件(事件),并力求加大案件分析的说理性。希望通过这种实践与理论的对应关系分析,解析竞争法的宗旨、结构,展示其特殊规制手法,指出相关制度的不足。

书中的问题在所难免,希望同人不吝指正。

目 录

第一章 法律实践问题

- | | |
|-------------------------------|----|
| 1. 论商业标识混淆认定中的证据化问题——以注册商标为基础 | 3 |
| 2. 美国中心辐射型卡特尔的认定与借鉴 | 20 |
| 3. Robots 协议在互联网搜索中的竞争分析 | 29 |

第二章 热点问题探讨

- | | |
|---------------------------------|----|
| 4. 国有企业合并的反垄断法审查的制度价值——以南北车合并为例 | 39 |
| 5. 进口汽车中国式暴利的背后 | 52 |
| 6. 超市“进场费”问题的症结与出路 | 57 |

第三章 反垄断法典型案例评析

- | | |
|-------------------------|-----|
| 7. 奔驰汽车纵向垄断协议案 | 67 |
| 8. 奇虎公司诉腾讯公司滥用市场支配地位纠纷案 | 82 |
| 9. 唐山人人公司诉北京百度垄断纠纷案 | 99 |
| 10. 海南东方自来水公司垄断案 | 113 |
| 11. 高通滥用知识产权案 | 128 |
| 12. 携程收购艺龙的反垄断问题分析 | 144 |
| 13. 斯维尔诉广东省教育厅行政垄断案 | 161 |

第四章 反不正当竞争法典型案件评析

- | | |
|----------------------------|-----|
| 14. 南京途牛诉途牛天下商标侵权及不正当竞争案 | 179 |
| 15. 腾讯诉奇虎“360 隐私保护器”不正当竞争案 | 196 |
| 16. 合一公司诉猎豹相关公司不正当竞争案 | 213 |
| 17. 搜狗诉 360 不正当竞争案 | 231 |

2 竞争法:规则与案例(第一辑)

18. 爱奇艺诉“电视猫”不正当竞争案	245
---------------------	-----

第五章 知识产权法案例

19. 韩寒诉百度科技互联网著作侵权	263
20. “QQ”商标争议行政诉讼案	283

第一章 法律实践问题

论商业标识混淆认定中的证据化问题

——以注册商标为基础

商业标识既是买方进行购买所依赖的有效信息资源,同时也是卖方的无形资产。当然,其还可能成为竞争者截取他人竞争优势进行不正当竞争的工具。判断商业标识不正当竞争的标准是致使相关公众混淆。实践中,混淆往往只是法官从自己的认识出发代表公众得出结论。限于专业、经验等因素的影响,法官的认识并不等同于相关公众的认识,需要建立一种社会调查的方法来使相关公众混淆证据化,只有这样才能使案件符合立法的本意。

一、商业标识混淆的证据化在案件认定中的作用

由图案、词语、词组等创建的商业标识能够传递其所代表的商品或者服务的来源、信誉、质量等相关信息的功能,并给消费者提供一种区分竞争商品的便利。为了更好地发挥这种功能,有关国际公约或国内立法尽可能地扩张标识的形态,如在《保护工业产权的巴黎公约》中将标记、牌子、标语、包装、商品的形状、颜色以及其他任何区别性的标识等纳入商业标识的范围;再如日本在其《不正当竞争防止法》中又添加了与经营者有关的姓名、商号、容器及商品与商业的任何其他标识。在我国《反不正当竞争法》中比较有特色的是装潢、名优标志、产地等。当然,标识扩展还在继续,当互联网逐渐扩展成为社会生活中不可缺少的工具时,域名也将被引入商业标识的范围内。

企业在发展的过程中,其生产工艺、产品质量、服务品质、商业信誉等都凝聚在商品标识中并外在地表现企业的形象。因此,商业标识的价值在于可以由此生成企业的无形资产。福布斯在2014年11月7日发布的全球品牌价值排行中,苹果以1242亿美元的市值居首,微软以630亿美元的市值居第二,谷歌以566亿美元的市值居第三。可见,一个企业的商业标识对其生存的意义有多大。同时,巨大的商业价值也给经营者仿冒他人的商业标识

以攫取暴利提供了巨大的诱惑。

在学术界,通常将“擅自使用他人商业标识”称为仿冒行为。仿冒行为是指行为人未经商业标识权利人的许可,故意、擅自将相似或者相同的商业标识用于相似或者相同的商品或者服务上,最终导致消费者混淆购买对象的行为。以上述特点为主线的不正当竞争行为在我国市场经济的竞争领域可谓占据了“半壁江山”。擅自使用他人的商业标识这一不正当竞争行为所造成的社会后果主要有两个方面:一是加诸擅自使用他人的商业标识的经营者之外的与其存在竞争关系的相关经营者的不利影响。经营者通过不正当手段擅自使用他人的商业标识,扭曲交易行为,使得在正常交易的情形下应该由商业标识所有人享有的利益流失。二是针对接受仿冒他人商业标识行为的最终承受者的不利影响。经营者通过擅自使用他人商业标识直接结果是将质量差、不合格甚至是有害的商品或者服务带入市场中,严重威胁市场上相同产品的质量水平及可信度。同时,使得处在交易中的购买者,因受信息不对称的影响而陷入误认、误购。

可见,商业标识所引发的的问题并不在于其标识形态的扩张,而在于商业标识使用中所引出的问题。在我国《反不正当竞争法》规范的领域内,判断禁止仿冒的4种不正当竞争行为的构成上,不仅要考察经营者自身行为的特性,更重要的是要评价购买者对经营者行为的认识,即只有确定购买者产生或可能产生“混淆”的,才构成不正当竞争行为。对于在我国《反不正当竞争法》所提及的“引人误解”这一概念,同样应该理解为“致使相关公众混淆”。因为“人”应当指的是和市场经济有关的消费者和经营者或其他与商品或服务在生产——消费过程中相关的其他人员,这三者显然是包含在相关公众的范围之内的;而“误解”和“混淆”都有将某物错认为他物的含义。

混淆是判定仿冒行为的关键性指标。这在国内外的法律法规中都能找到显而易见的证据。美国《1946年兰哈姆法》,通过不断地发展与完善,逐步在美国成文法和判例法领域内确立了可供遵循的规则——商标侵权人可依法提请民事诉讼,法院最终的判断依据是使用他人商业标识是否能够只是相关公众混淆、误认或被欺骗。《日本不正当竞争防止法》在规范不正当竞争行为时,除限定标准“有损他人经营上的利益”之外,凡涉及与经营者有关的姓名、商号、标记、容器或者商品的包装以及商品与商业的任何其他标识

的不正当竞争行为时都以混淆作为判定的依据。在我国《反不正当竞争法》明确地将混淆纳入不正当竞争行为的规范用语中之后,国家工商行政管理总局及最高人民法院相继颁布了《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》和《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》两个法律文件来重申混淆标准。

混淆与否直接关系到案件诉求能否得到支持。美国历史上的经典案例 The University of Notre Dame Du Lac v. J. C. Courmet Food Imports, Co., Inc. 中,因奶酪商采用的商标 Notre Dame 与大学名称相同而引发的争议,法院在判定时即采用了混淆理论——认为虽然商标与大学名称相同,但大学所提供的商品和服务与奶酪有着天壤之别,消费者在购买奶酪时不可能发生混淆,因此,驳回了大学的诉求。^① 2006 年国家工商行政管理总局关于“美国加州牛肉面大王”有关问题的答复中提到金筷子公司在其网站页面上擅自使用“美国加州牛肉面大王”名称,足以造成消费者将其与“美国加州牛肉面大王”的知名服务特有名称相混淆,应属于《反不正当竞争法》中规定的不正当竞争行为。^②

可见,混淆在立法及实践中都非常重要。那么,什么是混淆呢?

在我国《反不正当竞争法》中,“混淆”体现在该法的第 5 条第 2 款中,并且用“使购买者误认为是该知名商品”来进一步解释其含义。然而仅此一句简单概括的条文并不能深刻揭露混淆的本质属性,因为这是一种客观情况引起的外部主体的主观认知状态。这使得判定混淆时既不能像认定商标侵权那样仅确认行为(客观要件)存在即可,也不能像一般民事侵权那样需要考察侵害人的客观行为、主观状态、结果、因果关系。混淆的特殊性在于,它是一种主体通过主观意识对客观对象的结果反应。因此,理论上和实践中对混淆的认定需要研究并明晰下列要素:

1. 主体范围

法律上将混淆主体确定为具有一般知识水平和认知能力,并对目标商

^① 杜颖:《社会进步与商标观念:商标法律制度的过去、现在和未来》,北京大学出版社 2012 年版,第 145 页。

^② 载 http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=144546&keyword=&EncodingName=&Search_Mode=,访问日期:2016 年 4 月 12 日。

品的基本信息有常识性了解的相关公众。最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第8条对“相关公众”作了一个大致的界定。“相关公众”是指与知名商品的销售市场、销售对象相对应的消费人群和参与营销的经营者。同时,2014年修订的《驰名商标认定和保护规定》第2条第2款规定:“相关公众包括与使用商标所标示的某类商品或服务有关的消费者,生产前述商品或者提供服务的其他经营者以及经销渠道中所涉及的销售者,生产前述商品或者提供服务的其他经营者以及经销渠道中所涉及的销售者和相关人员等。”从这两项解释规定中我们发现,相关公众主体的范围随其所针对的客体对象的“生产—销售”环节的增多而不断扩展,这体现出相关公众这一主体范围不断拓宽的趋势。而相关公众范围的拓宽也为混淆范围的整体扩大奠定了基础。

2. 混淆的内容

从内容上讲,混淆包括三方面的内涵:一是使相关公众发生“客体—主体”或“主体—客体”间错误性关联。二是使公众产生“客体—客体”(商品或服务)间的错误对应,包括基于商品功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面使相关公众认为其与另一商品存在特定联系,或在服务的目的、内容、方式、对象等方面使相关公众认为其与另一服务存在特定联系,造成或可能造成认识错误。三是使相关公众对“主体—主体”之间存在某种关联关系的错误认识。

3. 混淆的状态

混淆包括两种状态:产生混淆和可能产生混淆。前者是一种既定的事实,后者是一种可预测的事实即混淆的可能性。在混淆可能性的规定上,美国法和德国法有两种不同的规定。德国法采用了抽象的规定,指出在判定混淆的可能性时只要存在公众因商品标识发生联想的可能的,便满足混淆的可能性。此举大大拓宽了混淆的空间范围,从源头上有效遏制了混淆的发生。美国法除了要求有真实的混淆事实或者混淆可能性的存在外,也将混淆的范围进一步细化——为保护商标自身所具有的广告宣传功效——拓宽导致混淆的联系方式及路径,主要体现在时间维度上即不仅包括购买商品或服务时,也包括商品或服务购买前及购买后。商品或服务购买前这一时间段主要针对最初关注并检索商品或服务所发生的混淆,即在购买者选择或确定购买商品或服务等的过程中所发生并最终导致误购的结果。购买

后这一时间段主要针对间接混淆,即受直接购买者影响的间接购买者(潜在消费者)在其购买商品或服务的过程中所发生的混淆。^①我国在混淆的扩张方面应当向美国和德国学习,但具体借鉴哪个国家的做法还须结合我国实际做深入研究。

综上,擅自使用他人商业标识行为无论是在立法还是在司法实践中所贯穿的“主线”都是对“相关公众混淆”的确认。一旦这一事实被证明,相关案件的性质就将明朗。但在具体案件中,相关公众混淆是否都有相关证据支持呢?并不尽然。

二、现行执法中“相关公众混淆”的证据化之不足

(一)证据规则的应用

从法律的角度来讲,凡是作为证据的事实都会涉及证明力的问题。所谓证明力,即指证据在证明案件事实方面的作用。尽管证据的提出是为了证明案件事实,但是并不是所有的证据都能够起到强有力的证明作用。证据因其内容及取证过程的不同,其证明力的强弱也是不同的。证据证明力的有无和大小的确定主要基于两方面的因素:一是依据法律的规定;二是依靠法官的判断。根据法律的规定来确定或者判定证据证明力的有无和大小的原则,在诉讼法理论上被称为“法定证据原则”;证据证明力的有无和大小的认定依赖于法官的自由判断,则被称为“自由心证原则”或者“自由心证原则”。

根据法定证据原则,证据证明力的有无和大小必须预先在法律中加以规定,不允许法官在诉讼过程中根据自己的判断加以改变。而在采取自由心证原则的国家,在法律修改或制定中取消了关于证明力的法律规定,允许法官在证据运用方面凭自己的“良心”和“理性”自由地作出判断。然而无论是“自由心证原则”还是“法定证据原则”都是建立在已有的证据的基础之上的,如果基本证据没有形成,那么证据证明力的大小也就没有讨论的基础了。证据应当怎么样形成呢?什么样的证明案件事实的材料或者实物才能够被称为证据呢?现以商标侵权案件的构成要件来说明。

^① 杜颖:《社会进步与商标观念:商标法律制度的过去、现在和未来》,北京大学出版社2012年版,第144~150页。

依据商标特有的登记注册程序及本身特性,商标侵权既不属于“四要件”的构成范围又不属于“三要件”的构成范围。因商标注册后须履行特别公示程序,在主观因素方面采取反向推定的方式认定行为人主观恶意成立;商标无形财产价值难以估算故不要求损害结果的存在证明,故因果关系也无从谈起。在整个过程中只需对违法行为进行证明即可。这便是证据的核心“论点”。只有证据向着“论点”不断地靠拢,才能够保证证据的证明力,才不至于使得证据偏离“中心思想”。

结合我国有关反不正当竞争的相关法律规定及司法实践的现状,可以发现,在《反不正当竞争法》第5条列举的擅自使用他人商业标识的行为中,依据我国的现行法只有第一类仿冒他人注册商标的行为在《商标法》第57条^①中通过列举的方式进行了相对明确的界定,而其余三类行为则必须对“引人误解”这一要素进行充分地论证。尽管由国家工商局行政管理局印发的《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》及最高人民法院出台的《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》都对不正当竞争案件审理问题作出了细化规定,然而并未在其内容中找到准确的、具体的界定“引人误解”的依据。

(二) 司法实践中,“相关公众混淆”证据化的不足

我们在“北大法宝”及 Chinalawinfo. com 中的“司法案例”的搜索范围内进行了在线搜索。符合上述《反不正当竞争法》第5条所规定的不正当竞争行为的案件有1823件,再键入“混淆”,在结果中进行全文检索,获得案例与判决书1805份,公报案例36份;^②把相关公众混淆或者消费者混淆因素考

^① 《商标法》第57条规定:“有下列行为之一的,均属侵犯注册商标专用权:(一)未经商标注册人的许可,在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的;(二)未经商标注册人的许可,在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标,或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标,容易导致混淆的;(三)销售侵犯注册商标专用权的商品的;(四)伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的;(五)未经商标注册人同意,更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的;(六)故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件,帮助他人实施侵犯商标专用权行为的;(七)给他人的注册商标专用权造成其他损害的。”

^② 此数据皆是截止到我们查询的日期:2015年1月27日(此数据并没有将一审与二审重复计算排除在外,且包括行政案件)。