

FANBUZHENGDANGJINGZHENGFA YIBANTIAOKUAN DE SHIYONG

《反不正当竞争法》 一般条款的适用

董晓敏 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

FANBUZHENGDANGJINGZHENGFA YIBANTIAOKUAN DE SHIYONG

《反不正当竞争法》 一般条款的适用

董晓敏 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

《反不正当竞争法》一般条款的适用/董晓敏著. —北京: 知识产权出版社, 2019. 1

ISBN 978-7-5130-6028-8

I. ①反… II. ①董… III. ①反不正当竞争—经济法—法律适用—中国 IV. ①D922. 294. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 299488 号

内容提要

反不正当竞争法一般条款近年来在司法实践中适用较多, 也引发了较大争议。本书针对实践中存在的“有损害即有救济”的误区、过于宽松的兜底保护观念以及对不正当性的论述缺乏实质性考量因素等问题, 借鉴侵权责任法中对于权利和权益区分保护的理论和实践中的典型案例, 对一般条款的适用进行了具体化研究。对于与知识产权相关权益有关的纠纷, 本书强调反不正当竞争法一般条款不能对知识产权法的保护对象提供与知识产权法同等的保护; 对于其他与知识产权权益保护无关、纯粹涉及行为正当性判断的纠纷, 如网络新型不正当竞争纠纷, 本书提出建立若干因素组成的“动态系统”综合评估判断。

本书适用于知识产权和反不正当竞争法研究者、法官、律师以及企业知识产权管理人员。

责任编辑: 龚卫李叶

责任印制: 刘译文

封面设计: 段维东

《反不正当竞争法》一般条款的适用

董晓敏 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

电 话: 010-82004826

<http://www.laichushu.com>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8120

责编邮箱: gongwei@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101

发行传真: 010-82000893

印 刷: 三河市国英印务有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 6.75

版 次: 2019 年 1 月第 1 版

印 次: 2019 年 1 月第 1 次印刷

字 数: 170 千字

定 价: 30.00 元

ISBN 978-7-5130-6028-8

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

前 言

“一般条款”在反不正当竞争法中具有重要地位和作用。对不正当竞争行为进行一一列举既不可能也无必要，多数国家的反不正当竞争法中都规定了一般条款。如1909年《德国反不正当竞争法》在世界上第一次采用了一般条款的立法模式，并在近100年的时间内发挥了重要作用，成为反不正当竞争法的“帝王条款”。《保护知识产权巴黎公约》（以下简称《巴黎公约》）和世界知识产权组织发布的《反不正当竞争示范规定》也有相应规定。我国2017年新修订的《反不正当竞争法》明确了第2条是一般条款，解决了1993年法律关于是否存在一般条款的争议。一般条款的灵活性使得反不正当竞争法的外延更加周密的同时，也带来了适用上的不确定性。

法国模式和德国模式是侵权责任法一般条款的两种代表。我国《侵权责任法》第6条第1款虽然形式上类似于法国的概括模式，但学者们普遍认为不能将其解释为对权利和利益提供了同等保护，即实质上采用了德国模式。该模式下，对于权利之外的纯粹经济利益损失，以不赔偿为原则，赔偿为例外，条件即为《德国民法典》第826条规定的悖俗侵权。《德国反不正当竞争法》一般条款亦起源于该条款。考虑到这种历史起源关

系，又考虑到反不正当竞争法面对的是具有天然冲突性的竞争行为，适用一般条款确认不正当竞争行为更需谨慎和限制。应该以竞争自由作为其适用的逻辑起点，只有采取了不正当手段的竞争行为才构成非法、是例外。

一般条款需借助司法裁判将其具体化为判决的基准。一般条款具体化的途径一般有两种，一为价值补充，二为类型化。价值补充方面，反不正当竞争法一般条款采用的多是如“诚实信用”“善良风俗”“诚实惯例”“商业道德”之类具有某种道德色彩的术语。但正如最高人民法院在“海带配额案”中所指出，公认的商业道德是指具有客观性的、在商业领域中为经营者所普遍接受的行为标准。所谓的“道德标准”和“竞争效果标准”之间并不存在本质冲突。总体上“不正当”的判断标准呈现出客观化的趋势，竞争本身的标准，即竞争行为的效果评估更加重要。关于类型化，我国相关研究总体尚处于较为初级的阶段，缺少广为接受的类型化总结。案件本身的特点决定了类型化具有较高难度，我国社会的急速变化更增加了这一难度，《反不正当竞争法》修订过程中“互联网条款”所引发的争议充分证明了这一点。我国适用一般条款的案件中有相当多的部分与知识产权相关权益保护有关，反不正当竞争法一般条款可以在何种程度和范围内对知识产权法提供补充保护，是一般条款适用中需要明确的重大问题。目前基本达成共识的观点是，一般条款提供的补充保护是有限的，而且该保护不能违背知识产权法的立法政策。

“劳动学说”和“功利主义学说”是两种比较有影响的知识产权正当性理论。劳动理论具有天然的道德吸引力，但未对人类社会其他重要价值给予充分考虑。功利主义论更符合目前制定法的规定实践。将“促进社会科技和文化进步，维护和扩

大公有领域”作为专利和版权等智力成果权法的制度目标和立法政策，借鉴美国法下联邦知识产权法的先占原则，以“保护对象”和“同等权利”两个条件，作为判断反不正当竞争法一般条款的保护是否违反知识产权法立法政策的具体依据。反不正当竞争法一般条款不应对专利法和版权法的保护对象提供与该法同等的保护是否“同等”可以参考“额外要件”标准来判断。以有利于实现知识产权法的立法政策为导向，立法意图有模糊之处的，倾向于不保护。根据上述原则，本书分别对著作权法保护的作品、超过保护期的作品、通常不受保护的作品名称以及可能受保护的人物形象等作品元素是否能够适用反不正当竞争法一般条款进行保护以及如何适用进行了讨论。

在商业标识保护方面，商标法对注册商标提供了较为完善的保护，反不正当竞争法对符合一定条件的其他商业标识提供保护，二者一起构成了我国对商业标识的保护体系。目前我国商标法以及反不正当竞争法的相关规定还存在一定的不协调和不明确之处。商标法和反不正当竞争法具体条款已经基本涵盖对商业标识的保护，而且均有兜底性条款。本书认为对于商业标识一般无需再适用反不正当竞争法一般条款进行保护，除非商标法对所涉及的利益关系完全未予调整。对于注册商标，反不正当竞争法一方面没有必要给予重复保护，另一方面如果某行为依据商标法不构成侵权，一般情况下是已认定该行为应为他人可自由实施，反不正当竞争法也不应再行介入，否则可能与商标法的立法政策相冲突。以竞价排名纠纷为例，在搜索引擎服务商将自然搜索结果与付费搜索结果进行明确区分的情况下，将他人商标设置为竞价排名的搜索关键词，如果在搜索结果页面中显示的链接标题或者链接描述中亦使用了他人商标，容易造成混淆的，不需要引入所谓的初始兴趣混淆理论，即可

认定构成侵犯商标权。如果仅有设置关键词的行为，网络用户不会产生混淆，则不构成侵犯商标权，亦不违反诚信原则，不构成不正当竞争。以该行为是否为商标性使用为标准，对其分别适用商标法和反不正当竞争法的作法不妥。商标性使用不是区分商标法和反不正当竞争法适用的好的标准，其容易导致“商标法不调整非商标性的使用，故反不正当竞争法一般条款可以自由进行评价”的误解。在现代社会，商标等商业标识可能具有多重含义，著名商标由于所蕴含的表达性含义可能已经成为公共话语的组成部分，对其保护不应阻碍公众在表达和信息流通方面的利益。

涉及网络的不正当竞争案件是目前适用一般条款的重要类型，不仅案件数量多，影响和争议也较大。2017年《反不正当竞争法》中互联网条款能解决的问题有限，对于比较宽泛的第（三）项以及作为兜底的第（四）项，该条本身并未规定可以指引适用的考虑因素和价值导向，实际适用时仍需结合一般条款的规定来对特定行为进行正当性评价。互联网领域创新密集，竞争激烈，适用一般条款认定不正当竞争行为既需要及时对新型竞争行为作出回应，保证市场良性发展，又需特别谨慎，以防不适当地干预竞争。法院尤其需要树立“竞争带来的损害是中性的”这一观念，避免由损害直接推论至“行为不正当”。在判断行为正当与否时，本书借鉴奥地利学者威尔勃格的“动态系统”理论，综合考虑若干因素并考虑因素之间的相互影响，最终得出结论。影响行为正当性判断的因素，首先是各方经营者的利益考量，包括原告所要求保护的利益、被告行为对原告利益的影响、原告采取避免损害措施的可能性及成本、被告正当的竞争需求、被告的行为是否歧视性针对原告等。在此基础上，还需考虑被告行为对消费者利益以及公共利益的影响。行

业内被广泛接受的行业规范、自律公约或者技术规范等，在确认其合理性之后可以作为评价行为正当性的参考性依据。关于竞争关系，司法实践中关于广义竞争关系的论述，事实上已经不再要求双方具有竞争关系，勉强冠之以“竞争关系”的名义徒增论证负担且并无益处。反不正当竞争法的适用不以当事人之间存在竞争关系为前提，行为是否构成不正当竞争也不以竞争关系为前提。不以竞争关系来限制不正当竞争案件原告主体资格亦不会导致诉讼的泛滥。

目 录

导论	1
一、研究的意义 / 1	
二、文献综述 / 4	
三、研究思路与方法 / 10	
第 1 章 反不正当竞争法一般条款概论	15
1.1 反不正当竞争法一般条款的基本概念及典型立法 / 15	
1.1.1 一般条款的概念和特征 / 15	
1.1.2 反不正当竞争法的一般条款及其典型 立法 / 17	
1.2 我国《反不正当竞争法》一般条款适用状况及立法 变化 / 30	
1.2.1 关于 1993 年《反不正当竞争法》一般条款的 争论 / 30	
1.2.2 司法政策及司法实践对一般条款的态度及适 用概况 / 33	
1.2.3 一般条款适用的主要案件类型 / 35	
1.2.4 2017 年《反不正当竞争法》的相关修改及简 要评价 / 39	

1.3 我国反不正当竞争法一般条款适用存在的主要问题 / 46

1.3.1 “有损害即有救济”的误区 / 47

1.3.2 过于宽松的兜底保护观念 / 48

1.3.3 对不正当性的论证缺乏实质性考量因素 / 50

小结 / 51

第2章 反不正当竞争法一般条款适用的总体要求 53

2.1 一般条款适用的前提 / 53

2.1.1 行为确有不正当性 / 54

2.1.2 穷尽具体规则方能适用一般条款 / 55

2.2 侵权责任法一般条款关于权益区分保护的启示 / 57

2.2.1 侵权责任法一般条款的两种模式 / 57

2.2.2 我国侵权责任法的一般条款 / 60

2.2.3 对反不正当竞争法一般条款适用的启示 / 63

2.3 一般条款对知识产权法的有限补充 / 66

小结 / 70

第3章 智力成果保护中反不正当竞争法一般条款的适用 73

3.1 智力成果类知识产权的立法政策与一般条款的适用 / 73

3.1.1 关于权利正当性的两种代表性理论 / 73

3.1.2 两种学说对于一般条款适用的影响 / 76

3.2 美国法下盗用原则与先占问题的启发 / 78

3.2.1 INS案所反映出的盗用与知识产权法立法政策问题 / 79

3.2.2 美国最高法院关于先占问题的系列判决 / 81

3.2.3 美国1976年版权法明确的先占原则 / 86

3.2.4	对反不正当竞争法一般条款适用的启示 / 89
3.3	与作品保护有关的一般条款适用问题 / 90
3.3.1	认定侵犯著作权的,不应同时适用反不正当竞争法一般条款 / 91
3.3.2	对于不侵犯著作权或者未主张著作权的情形如何适用一般条款 / 93
3.3.3	影视作品中可视化人物形象:著作权法还是一般条款保护 / 97
3.4	与作品名称等作品要素保护相关的一般条款适用问题 / 101
3.4.1	对作品名称的保护 / 102
3.4.2	对人物及其他作品要素的保护 / 109
	小结 / 115
第4章	商业标识保护中反不正当竞争法一般条款的适用 ... 117
4.1	我国现行法下商业标识保护的制度体系 / 119
4.1.1	制度现状 / 119
4.1.2	存在的问题及其解决方案 / 121
4.2	商标侵权还是不正当竞争:以竞价排名纠纷为例 / 126
4.2.1	司法实践中处理竞价排名纠纷的不同路径 / 127
4.2.2	将他人商标设置为搜索关键词与所谓的初始兴趣混淆 / 132
4.2.3	商标使用是否是区分适用商标法或反不正当竞争法的标准 / 138
4.3	对商标表达性含义的使用既不侵犯商标权也不构成不正当竞争 / 144

4 || 《反不正当竞争法》一般条款的适用

4.3.1 LV 房地产广告案反映出的问题 / 144

4.3.2 商标保护不应限制对其表达性含义的
使用 / 146

小结 / 149

第5章 涉及网络的新型不正当竞争纠纷中一般条款的 适用 152

5.1 在缺乏类型化参照的领域对一般条款进行价值
补充 / 152

5.1.1 反不正当竞争法一般条款的价值补充 / 153

5.1.2 以涉及网络的新型不正当竞争纠纷为讨论
背景 / 159

5.2 适用一般条款的考量因素——构建网络不正当竞争案
件的动态分析系统 / 163

5.2.1 经营者利益考量 / 163

5.2.2 消费者利益及公共利益衡量 / 171

5.2.3 行业规范、技术规范等体现的商业道德 / 173

5.3 竞争关系 / 176

5.3.1 竞争关系是否是认定不正当竞争行为的前
提 / 178

5.3.2 竞争关系与竞争行为 / 179

5.3.3 竞争关系与原告主体资格以及损害赔偿 / 180

小结 / 183

结 语 186

主要参考文献 191

一、研究的意义

一般条款在反不正当竞争法中具有重要地位，被称为“帝王条款”。^①反不正当竞争法的调整对象是变化多端的市场竞争行为，正如世界知识产权组织报告中所说：“竞争世界是千变万化的，立法者不可能预测出将来可能出现的所有的不正当竞争行为，最有预见力的立法者也不能。”^②故关于反不正当竞争的法律中应该包含能够解决此种灵活性问题的制度设计，而设置一般条款则是多数国家，尤其是具有成文的反不正当竞争法的国家的选择。一般认为，一般条款的设立是在法定主义与自由裁量之间进行折中的产物。列举式的立法不可避免具有不周延性和滞后性等，一般条款可以克服这些局限性，但同时也带来了法律适用上的不确定性。一般条款多使用“诚实信用”“善良风俗”“工商业领域诚实惯例”“不正当”等宽泛用语，一方面造成其内涵和外延的不确定，另一方面也使得它的适用高度依赖于法官的判断。不正当竞争法的成功主要依赖于法院对

① 范长军. 德国反不正当竞争法研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2010: 106.

② 世界知识产权组织国际局. 世界反不公平竞争法的新进展 [M] // 漆多俊. 经济法论丛: 第1卷. 北京: 中国方正出版社, 1998: 279-337.

它的解释。^①我国《反不正当竞争法》2017年刚刚进行过修订,修订后的法律明确了第2条属于一般条款。虽然对于修订前的《反不正当竞争法》第2条是否属于一般条款以及哪一款是一般条款,一直存在争论^②,但司法实践中一直将该条(主要是第1、2款)视为一般条款,最高人民法院在相关司法政策^③以及具体案件^④中均明确,对于反不正当竞争法没有明确列举的行为,可以依据该法第2条认定为不正当竞争行为。各级法院亦在大量案件中适用了《反不正当竞争法》第2条,对于在具体案件中如何适用一般条款,如何判断特定行为是否符合诚信原则和商业道德,实践中已经积累了一定的经验和共识。比如,最高人民法院在“海带配额案”中对适用一般条款的条件总结为如下3个:(1)法律对该竞争行为没有明确规定;(2)该行为确实对其他经营者的合法权益造成了实际的损害;(3)该竞争行为违反了诚实信用原则和公认的商业道德,从而具有不正当性或者说可责性。上述条件在许多案件中得到了引用。但总体来说,一般条款的适用依赖于法官在个案中对裁判规范的发

① 世界知识产权组织国际局.世界反不公平竞争法的新进展[M]//漆多俊.经济法论丛:第1卷.北京:中国方正出版社,1998:279-337.

② 关于学者不同观点较为全面的归纳,可参见:周捍平.反不正当竞争法一般条款具体化研究[D].南京:南京大学,2013.

③ 《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》(法发〔2011〕18号)第24条:妥善处理反不正当竞争法的原则规定与特别规定之间的关系,既要充分利用原则规定的灵活性和适应性,有效制止各种花样翻新、层出不穷的不正当竞争行为,又要防止原则规定适用的随意性,避免妨碍市场自由公平竞争。

④ (2009)民申字第1065号山东省食品进出口公司等与青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷:在具体案件中,人民法院可以根据《反不正当竞争法》第2条第1款和第2款的一般规定对那些不属于《反不正当竞争法》第2章列举规定的市场竞争行为予以调整,以保障市场公平竞争。

现, 目前在我国, 这一过程的确定性受到较为普遍的质疑。^① 甚至有学者称“第 2 条成为一个无所不包、无所不能的巨大黑洞”。^② 另有学者认为当前一般条款司法适用存在两个突出问题: 一是对于适用条件把握不够准确和严格, 对市场竞争不适当地干预过多; 二是对其与知识产权法的关系认识混乱, 或者不当扩张专有权的保护范围, 或者削弱知识产权法的调整功能。^③ 应当说该观点具有一定的代表性。关于反不正当竞争法与知识产权法的关系, 最高人民法院相关司法政策已经有十分明确的认识, 即“反不正当竞争法补充保护作用的发挥不得抵触知识产权法的立法政策, 凡是知识产权法已作穷尽性规定的领域, 反不正当竞争法原则上不再提供附加保护, 允许自由利用和自由竞争, 但在与知识产权法的立法政策相兼容的范围内, 仍可以从制止不正当竞争的角度给予保护”^④。但在实践应用中, 如何判断通过一般条款提供的保护是否与知识产权法的立法政策相冲突, 仍然比较模糊。而在涉及网络的不正当竞争纠纷案件中, 尤其引发了较多关于“反不正当竞争法一般条款的适用是否不适当地干预了竞争”的争议。本书从解决实践中的突出问题出发, 讨论一般条款的适用问题, 明确一般条款审慎适用的总体要求; 划清其对知识产权法的补充保护范围, 提出具体判断反不正当竞争法一般条款的保护是否与知识产权法的立法政策相冲突的方法; 以涉及网络的新型不正当竞争行为为例, 讨

① 谢晓尧, 吴思罕. 论一般条款的确定性 [J]. 法学评论, 2004 (3): 21-28.

② 李扬. 堵住《反法》二条的黑洞 [EB/OL]. 微信公众号“知产力”, [2015-11-13].

③ 孔祥俊. 论反不正当竞争法修订的若干问题——评《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案)》[J]. 东方法学, 2017 (3): 2-17.

④ 《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》(法发〔2011〕18号)第24条。

论一般条款适用中的价值补充和行为正当性的具体判断问题。

二、文献综述

本书写作主要参考了如下几类文献：（1）关于反不正当竞争法总体方面的研究；（2）关于民法和侵权责任法一般条款方面；（3）关于反不正当竞争法一般条款方面；（4）关于反不正当竞争法与知识产权法的关系以及知识产权制度正当性方面；（5）关于反不正当竞争法一般条款适用的具体问题方面，如竞价排名问题、商品化权问题、屏蔽视频广告问题等；（6）相关裁判文书。以下对文献中与本书主旨关系较为密切的相关内容做如下几个方面的归纳。

1. 权利保护和权益保护应有区别的观点得到普遍接受

如王利明教授认为：“权利与利益在民法中享有的地位是不同的。与对民事权利的保护相比，对民事利益的保护应受到必要的限制。^①”在2009年民法学年会上，参加会议的学者一致认为：“侵权法中，与绝对权相比，债权和利益所受到的保护程度和构成要件都是不同的。”^{②③}对于绝对权以外的其他利益，法

① 王利明. 侵权法一般条款的保护范围 [J]. 法学家, 2009 (3): 19-31.

② 中国法学会民法学研究会秘书处. 关于《侵权责任法草案·二次审议稿》的若干建议. <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=45683>, 转引自: 于飞. 违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护 [J]. 法学研究, 2012 (4): 43-60.

③ 关于侵权责任法一般条款对权利和权益的区分保护, 民法学者有较多的研究和论述, 尤其在我国《侵权责任法》制定和颁布前后。可参见: 梁慧星. 我国《侵权责任法》的几个问题 [J]. 暨南学报 (哲学社会科学版), 2010 (3): 2-15; 葛云松. 纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款 [J]. 中外法学, 2009 (5): 689-736; 于飞. 侵权法中权利与利益的区分方法 [J]. 法学研究, 2011 (4): 104-119; 王成. 侵权之“权”的认定与民事主体利益的规范途径——兼论《侵权责任法》的一般条款 [J]. 清华法学, 2011 (2): 48-70; 葛云松. 《侵权责任法》保护的民事权益 [J]. 中国法学, 2010 (3): 37-51; 龙俊. 权益损害之要件化 [J]. 法

律提供的是有一定条件限制的、低于权利的保护。反不正当竞争法和知识产权法正好体现了对于智力成果和商业成就的两种不同保护方式。^①

2. 反不正当竞争法的目标是促进和鼓励竞争

“自由竞争是最好的促进社会福利的方式”这一假定被普遍接受。^② 自由竞争被视为满足经济供需平衡、维护消费者利益和整体经济利益的最佳手段。^③ “这类法律的理论基础是经济学上的帕累托效应，即自由的完全竞争环境是达到社会资源最优化配置的有效手段。”^④ 以自由竞争为原则，得出的结论是“模仿

(接上注)

学研究, 2010 (4): 24-39; 阳庚德. 侵权法对权利和利益区别保护论 [J]. 政法论坛, 2013 (1): 99-106.

① 如李琛教授将二者分别称为“设权模式”和“竞争法模式”, 参见: 李琛. 论知识产权法的体系化 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 168-174.

② McCarthy J. Thomes. McCarthy on Trademarks and Unfair Competition [M]. 4th ed. Westlaw. © 2012 Thomson Reuters, § 1: 1. 美国第三次反不正当竞争法重述第1条即强调了竞争自由原则 (freedom to compete), 参见: Restatement of The Law, Third: Unfair Competition, ST. PAUL. MINN., American Law Institute Publishers, 1995, § 1, Comment a. 谢晓尧教授在对竞争秩序进行解读时也以“市场本位”作为基本立场, 政府干预是维护自由竞争的干预。参见: 谢晓尧. 竞争秩序的道德解读——反不正当竞争法研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2005: 引言.

③ 世界知识产权组织国际局. 世界反不公平竞争法的新进展 [M] // 漆多俊. 经济法论丛: 第1卷. 北京: 中国方正出版社, 1998: 279-337. 竞争自由的重要性必然要求对反不正当竞争法一般条款的适用需要高度慎重, 参见: 蒋舸. 反不正当竞争法一般条款的形式功能与实质功能 [J]. 法商研究, 2014 (6): 140-148.

④ 郭禾. 公平竞争与知识产权保护的协调 [J]. 河南社会科学, 2005 (11): 5-8.