



德国知识产权与竞争法研究丛书

总主编·郑友德

Das deutsche Gesetz gegen den
unlauteren Wettbewerb

德国反不正当竞争法研究

范长军·著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



德国法律，基于严谨科学的理性思维和博大精深的历史沉淀，为各国法律发展提供了有益的借鉴，而其成熟健全的现代知识产权法，则为国际知识产权制度不断注入新的活力。

“法律不是逻辑，而是社会生活。”德国《反不正当竞争法》或许有助于增加我们对这句话的理解：虽然其条文数量极少，但是却关照并维系着行为主体的丰富的社会关系，当事人也经常以该法为依据提起诉讼，法官依据该法所作出的判决也异常庞大，以至于对该法简单的二十余条进行逐条解释的“评注”，动辄多达三四千页。



独角兽工作室

装帧设计

上架建议 | 法学学术·反不正当竞争

ISBN 978-7-5118-1136-3



9 787511 811363 >

定价：39.00元

本书得到广州华进联合专利商标代理有限公司资助，谨此致谢！



德国知识产权与竞争法研究丛书

总主编·郑友德

Das deutsche Gesetz gegen den
unlauteren Wettbewerb

德国反不正当竞争法研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

德国反不正当竞争法研究 / 郑友德主编; 范长军著.
—北京: 法律出版社, 2010. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1136 - 3

I. ①德… II. ①郑… ②范… III. ①反不正当竞争
法—研究—德国 IV. ①D951. 622. 9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 163049 号

德国反不正当竞争法研究

总主编 郑友德

范长军 著

编辑统筹 法律应用出版分社

责任编辑 何海刚

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

开本 A5

印张 16

字数 398 千

版本 2010 年 11 月第 1 版

印次 2010 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@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(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

上海公司 / 021 - 62071010/1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1136 - 3 定价: 39.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会
Committee

《德国知识产权与竞争法研究丛书》
Germany IPR and Competition Law Series

1. 编委会顾问 Advisory Board

田力普 中国国家知识产权局局长,教授

Prof. Li-Pu Tian State Intellectual Property Office, P. R. China

约瑟夫·德雷克斯 德国马克斯·普朗克外国暨国际知识产权、竞争法与税法研究所所长,教授

Prof. Dr. Josef Drexl Director of Max-Planck Institute for International and Foreign Intellectual Property, Competition Law and Tax Law, Germany

2. 主编 Editorial Director

郑友德 华中科技大学知识产权与竞争法中心暨知识产权与公共政策跨学科中心主任,教授

Prof. You-De Zheng Director of Center for IPR and Competition Law & Interdisciplinary Center for IPR and Public Policy of Huazhong University of Science and Technology, P. R. China

3. 编委 Committee(按姓氏笔画排序):

安斯加尔·奥利 德国拜罗伊特大学法律与经济学系教授

Prof. Dr. Ansgar Ohly Department of Law and Economics of
Bayreuth University, Germany

单晓光 同济大学法学院院长,教授

Prof. Dr. Xiao-Guang Shan Dean of School of Law of Tongji
University, P. R. China

邵建东 南京大学中德法学研究所教授

Prof. Dr. Jian-Dong Shao Germany-China Institute for Law of
Nanjing University, P. R. China

王晓晔 中国社会科学院法学研究所教授

Prof. Dr. Xiao-Ye Wang Institute of Law of Chinese Academy
of Social Science, P. R. China

韦 之 广西师范大学法学院副教授

A. Prof. Dr. Zhi Wei School of Law of Guangxi Normal
University, P. R. China

4. 编辑部 Editorial Staff(按姓氏笔画排序)

蔡祖国 武汉科技大学中南分校,副教授

A. Prof. Zu-Guo Cai Wuhan University of Science and
Technology Zhongnan Branch, P. R. China

范长军 华中科技大学法学院,讲师

Lecturer Chang-Jun Fan School of Law of Huazhong University
of Science and Technology, P. R. China

焦洪涛 华中科技大学法学院,副教授

A. Prof. Hong-Tao Jiao School of Law of Huazhong University
of Science and Technology, P. R. China

金明浩 武汉工程大学法商学院,副教授

A. Prof. Dr. Ming-Hao Jin School of Law and Business of
Wuhan Institute of Technology, P. R. China

李薇薇 华中科技大学法学院,讲师

Lecturer Wei-Wei Li School of Law of Huazhong University of Science and Technology, P. R. China

李雅琴 华中科技大学法学院, 讲师

Lecturer Ya-Qin Li School of Law of Huazhong University of Science and Technology, P. R. China

刘雪凤 中国矿业大学文学与政法学院, 讲师

Lecturer Xue-Feng Liu College of Literature, Law and Politics of China University of Mining and Technology, P. R. China

罗莉 中国人民大学法学院, 副教授

A. Prof. Dr. Li Luo School of Law of Renmin University of China, P. R. China

万志前 华中科技大学知识产权与竞争法中心暨知识产权与公共政策跨学科中心, 讲师

Lecturer Dr. Zhi-Qian Wan Center for IPR and Competition Law & Interdisciplinary Center for IPR and Public Policy of Huazhong University of Science and Technology, P. R. China

伍春艳 华中科技大学法学院, 讲师

Lecturer Chun-Yan Wu School of Law of Huazhong University of Science and Technology, P. R. China

喻玲 湖南大学法学院, 副教授

A. Prof. Dr. Ling Yu School of Law of Hunan University, P. R. China

用心去感受德国知识产权法的脉动

德国法律,基于严谨科学的理性思维和博大精深的历史沉淀,为各国法律发展提供了有益的借鉴,而其成熟健全的现代知识产权法,则为国际知识产权制度不断注入新的活力。德国的知识产权立法,除 1896 年首创世界第一部反不正当竞争法外,其商标法(1874 年)、外观设计法(1876 年)、专利法(1877 年)和实用新型法(1892 年)等工业产权法的起步晚于英、法、美等国。反垄断法规甚至可以追溯到罗马法。1890 年美国通过了世界上第一部现代意义的反垄断法——《谢尔曼法》;而德国直到 1957 年才制定《反限制竞争法》。反垄断法尽管不属于工业产权法的组成部分,但两法关系密切,均有着通过保护公平竞争促进经济长足发展的最终目标。在著作权法方面,由于自然权利论的影响,作者对作品享有知识产权(早期“intellectual property”仅及于著作权保护,不涵盖工业产权)的观念早在 18 世纪欧洲启蒙运动中就得以发展。在此背景下,英国 1709 年制定了世界第一部著作权法《安娜女王法令》;在这一时期,德国由于地区分割阻碍了著作权法的发展,直到 1845 年当时的北德意志联邦才完成基本统一的著作权法,1871 年著作权法始纳入德意志帝国法律体系中。

在德语区,知识产权理论的探讨最早可以追溯至 1726 年,当时德国学者贡丁(Gundling)在所有权(Eigentum)概念与作者法律地位之间创立了一种横向联系。这一时期的经典著作是瑞士人约翰·

鲁道夫·图奈泽(Johann Rudolf Thurneisen)1738年出版的学位论文《论图书不法翻印》,他在该书中阐释了所有权与著作者之间的一种全新关系:(著作者)权利的实现不再与主权行为(特许权授予)有关,而依赖于直接由著作者创作作品所产生的防卫权(Abwehrrechte)。作品所有权属于著作者。

至今仍对德国知识产权法学界有着深远影响的是德国著名法学家约瑟夫·科勒(Joseph Kohler),他出于专业术语的准确性原因也赞成狭义的所有权概念,并指出:geistiges Eigentum(智力所有权)概念的构建,将如此扩大并进而消解所有权概念……最终导致所有权概念不再适于促进法律科学,赋予法律科学以支撑体系。为此,科勒1907年创造了“无体财产权”(Immaterialgüterrecht)学说。他在当年出版的《书面作品著作权与出版权》一书中,创设了一种“对人以外存在的、非有体的、不可触摸的权利客体所享有的权利”。这一学说是法国知识产权理论的进一步发展,超越了1895年奥托·冯·吉尔克(Otto v. Gierke)提出的著作人格权(Urheberpersoenlichkeitsrecht)说,逐渐为德国以外的国家和地区所继受。

科勒创造的无体财产权学说,多年来颇受瑞士、奥地利和日本青睐,却在德国知识产权立法和司法中难觅芳踪。德国法中过去并无英美法中“intellectual property”和法国法中“propriété intellectual”之类的知识产权的上位概念,通常使用“工商业权保护与著作权”(gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht)合称之。这种格局维系到20世纪70年代末方才打破。1978年,德国宪法法院在判决中首次使用“geistiges Eigentum”术语;1990年,随着德国《强化知识产权保护和制止盗版产品法》的颁行,“geistiges Eigentum”作为法律概念又进入德国立法的视野。“geistiges Eigentum”直译为“智力所有权”,现在在德国近乎于“intellectual property”的同义词。可是,在德国法学界,几乎没有一个术语像“geistiges Eigentum”那样从诞生之日起直到现在依然众说纷纭、莫衷一是。根据德国《民法典》第903条,所有权保护限于民法典意义上的物;而依据德国《民法典》第90条,法律意义上的物仅为有体物。所有权概念只与罗马法中的有体

物(res corporales/biens/Sachen)关联。综合这两条规定,让人不禁对“geistiges Eigentum”的概念心生疑窦,在智力产品上如何能创设所有权(Eigentum)?不过,既然德国《民法典》第90a条为保护动物福利,对于“动物”这种权利客体可以破天荒地否认:“动物不是物”,那么,对智力产品设定所有权就不足为奇了。尽管对“geistiges Eigentum”的说法疑虑重重,但自1978年至今,“geistiges Eigentum”反复出现在德国法学文献中;马普知识产权法研究所全称原为“马克斯·普朗克外国暨国际专利法、著作权法与竞争法研究所”,现改名为“马克斯·普朗克外国暨国际知识产权、竞争法与税法研究所”(Max-Planck-Institut für auslaendisches und internationales geistiges Eigentum, Wettbewerbs-und Steuerrecht);该所主办的英文期刊IIC,原称International Review of Industrial Property and Copyright Law(IIC)、后亦改称International Review of Intellectual Property and Competition Law(IIC)。可见,“geistiges Eigentum”与“intellectual property”的互用已在德国约定俗成、屡见不鲜。

从历史的角度看,德国知识产权的某些立法虽然落后于法国、英国甚至美国,但其与时俱进的创新精神却是令人称道的。比如,德国1994年修正通过的商标法,原名为Warenzeichengesetz,“Warenzeichen”多指商品标记,在概念上不能涵盖服务商标和集体商标,故新修法改称其为与英语“mark”同义的“Marke”。该法把分散于反不正当竞争法调整的“商业标识”(geschaefftliche Bezeichnungen)(含企业标识和作品标题)和“地理来源标示”(geographische Herkunftsangaben),一并纳入其保护客体,还明确保护“众所周知的著名商标”(notorisch bekannte Marke),该法名称也随之改为《商标和其他标识保护法》(Gesetz zum Schutz der Marken und sonstiger Kennzeichen)。商标法保护范围如此之广,或许没有一个国家的商标法能与之比肩。另外,虽然“不正当竞争”(concurrency déloyale)的概念由法国首创,世界上第一部反不正当竞争法却诞生于同属大陆法系的德国而非法国。德国《反不正当竞争法》的立法模式曾为部分欧洲国家、日本、韩国乃至我国反不正当竞争法立法所效仿,该法于1909年设立的关于为经济竞争目的违背

善良风俗始构成不正当竞争的“一般条款”(Generalklausel)(第1条),更是备受各国学者和司法界推崇。然而,2004年,为与欧盟法同步发展,德国立法者借鉴瑞士《联邦反不正当竞争法》的结构体系,对实施了百余年的反不正当竞争法进行大刀阔斧的改革。在新法第1条中首设保护竞争者、消费者和其他市场参与者的“保护目的”(Zweck des Gesetzes)条款,旧法中被誉为“皇冠”的“一般条款”由第3条取代,在其核心判断标准上用“不公平性”(Unlauterkeit)置换“善良风俗”(gute Sitten)。虽然这种对“一般条款”的改造是否是“换汤不换药”目前尚存争议,但是德国法律人顺应欧盟自由化的潮流,锐意改革反不正当竞争法的做法确是无可置疑的。由于早在2001年就废除了受人诟病的《折扣法》(Rabattgesetz)和《附送赠品条例》(Zugabeverordnung)(均属旧反不正当竞争法的附属法),加之放松对搭售和比较广告的规制,德国由此一举摆脱了“欧洲最严厉反不正当竞争法”的恶名。德国现行反不正当竞争法理念先进、结构新颖、内容丰富、严谨而又不失灵活性等特点,为我国反不正当竞争法的修订树立了榜样。

德国的知识产权法中心,自“二战”后由柏林转移至慕尼黑,这里是德国专利与商标局和德国联邦专利法院的所在地。1977年,熠熠生辉的欧洲专利局大楼与德国专利与商标局毗邻而立;马普知识产权法研究所也位于慕尼黑;2003年,马普知识产权法研究所、德国奥格斯堡大学、慕尼黑工业大学和美国华盛顿大学法学院通力合作,在慕尼黑建立了专门从事国际知识产权中高级人才培养的“慕尼黑知识产权法中心”(MIPLC)。此外,在德国专利与商标局和欧洲专利局周边聚集了近百家专利事务所和律师事务所;著名的慕尼黑大学和慕尼黑工业大学与马普朗克知识产权法研究所相距不过几站之遥;如果再加上总部设在慕尼黑的宝马公司和西门子公司,以及30多万家有关汽车制造、机械、电气、化工和文化创意领域的中小企业,将慕尼黑誉为欧洲乃至全球的“知识产权产学研中心”绝不为过。漫步于慕尼黑,未进啤酒馆先醉三分,未入马普所先闻书香。作为德国和欧盟知识产权法“智库”的马普知识产权法研究所的“知识”(Wissen),宛如慕尼黑的绝味啤酒,令各国学人心驰神往。

德国当今知识产权法和科技事业的彪炳荣光,并非与生俱来。虽然同属欧洲传统列强,德国第一部专利法问世却晚了英国一个多世纪(世界首部专利法 1624 年诞生于英国)。再如,自 19 世纪中期,德国工业在很大程度上仿造英国产品,或者直接冒用英国品牌。相比英国的优良原产品,这些侵权产品虽价格低廉,但品质低劣。1887 年,英国通过的《贸易品牌法》规定:凡是进口到英国的商品,必须标注生产国国名,这样迫使德国产品必须加贴“德国制造”(Made in Germany)的原产地标记。时至今日,事过境迁,“德国制造”成为全球品质精良和崇尚创新的代名词。这足以说明,继承日耳曼民族优良传统的德国的认真品格和坚强意志固然重要,但不守陈规、敢于反省、勇于创新的德国精神,更是德国持续创造科技奇迹和德国知识产权法引领欧洲的源泉。因此,通过模仿、模仿创新走向原始创新,是包括中国在内的发展中国家从事自主创新和知识产权法创新,进而建设创新型国家的必由之路。

中德知识产权交流与合作的大门开启于 20 世纪 70 年代末,当时正值我国改革开放初期,知识产权法律制度几近空白。从 1978 年起,德方为中国专利局的筹建从人员培训、技术指导、资金支持等方面提供了大量宝贵的援助。80 年代中期,经德国专利局前局长埃里希·豪依赛尔(Erich Haeusser)倡导举荐,在德国阿登纳基金会的资助下,我和复旦、清华、西安交大的五位中青年教师在德国和世界知识产权组织(WIPO)较系统地研修了知识产权法。这为我们回国后从事知识产权法的教学与研究奠定了坚实的基础。其间,在豪依赛尔的大力支持和精心组织下,我和时任中国专利局复审委员会委员的田力普(现国家知识产权局局长),首次在德国合编出版了《德汉汉德工业产权词典》(Woerterbuch Gewerblicher Rechtsschutz, Deutsch/Chinesisch-Chinesisch/ Deutsch)。豪依赛尔先生虽然离我们而去,但是他对中国知识产权人的深情厚谊,将永远存留在我们心中。近 30 年来,中德知识产权的交流与合作,从最初两国知识产权行政管理部门,渐次扩展到高等学校、科研院所、司法审判机关之间。比如,从 2003 年起,我校与德国拜罗伊特大学合作,在法学院开办德语班,除了向国内高校输送以德语为第一外语的研究生外,同

时向德国拜罗伊特大学、慕尼黑大学、哥廷根大学、柏林自由大学等输送了一批学生攻读学位。在知识产权领域,德国为中国知识产权事业做出了重要贡献,中德双方建立的密切而友好的合作关系,堪称国际合作的典范。本丛书旨在为进一步促进这种合作关系,搭建一座广泛深入了解德国知识产权与公平竞争法律制度的信息平台。

TRIPs 的签订标志着一个知识产权新话语时代的到来。在全球化背景下,知识产权被很多人视为后殖民主义的看门人之一。它跨越时空的羁绊,淡化纯技术纯法律的色彩,日益成为一个与国际贸易、公共健康、粮食安全、环境保护、气候变化等全球化话题挂钩的超载概念。然而,不容忽视的是,“北方”知识产权不断肆虐、侵蚀公共领域,危及“南方”公众健康,近期越来越多地表现在气候变化和环境保护方面。譬如,在缓解全球变暖上,相对拥有大量核心气候友好专利技术的“北方”而言,“南方”处于贫穷甚至赤贫状态。为了保护人类共有的地球,“北方”本应在气候友好专利技术的南移上提供便利,但是哥本哈根会议关于知识产权转移的谈判无果而终。面对这种严峻局面,在国际知识产权保护广度(新的保护对象,如数据库、生物技术发明、商业方法等)和深度(延长保护期、不断强化执法)急剧扩张之际,我国知识产权制度究竟应怎样应对?反观德国知识产权法近 30 年来的变迁历程,它向人们展现了一幅该法如何以欧盟化为目标自我解构,逐步走向区域融合,因势顺变并最终示范欧盟的精彩画卷。倘若我们循着德国知识产权法的发展路径,深入解析德国知识产权制度面临全球化和高新技术挑战所做的回应,或许会从中得到些许的启发和借鉴。这也是出版本丛书的期待之一。

本丛书的出版,要特别感谢华进联合专利商标代理有限公司提供的重要赞助。对国家知识产权局田力普局长和马普知识产权法研究所所长约瑟夫·德雷克斯(Josef Drexl)教授欣然应邀担任丛书顾问表示由衷的谢意。同时感谢广西师范大学韦之教授和德国拜罗伊特大学安斯加尔·奥利(Ansgar Ohly)教授提供的帮助。

德国伟大诗人约翰·沃尔夫冈·冯·歌德(Johann Wolfgang von Goethe)在《我的财富》(1813)一诗中写道:

“我本一无所有,

除了源自心灵的思泉，
无可阻扰，
延绵流淌……”

但愿知识产权制度作为催化剂，能够激活人们的无限创造潜力，使其在文化创新、科技创新和经营创新中释放出最大的能量，从而转化为催生精神财富和物质财富的沃土，孕育出更多更新的创意，以丰富我们的多彩生活。

是为序。

郑友德

2010年7月于东湖之畔喻园小区

引文中的主要德文与中译名

Auflage	版次	
BAG	Bundesarbeitsgericht	联邦劳动法院
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts	《联邦劳动法院裁判集》
BB	Betriebsberater	《企业顾问》
Begr	Begründung	理由
Begr RegE	Begründung des Regierungsentwurfs	政府立法草案理由
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	民法典
BGH	Bundesgerichtshof	联邦最高法院
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen	《联邦最高法院刑事裁判集》
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen	《联邦最高法院民事裁判集》

BT	Bundestag	联邦国会
BT – Drucks		联邦国会印刷品
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	联邦宪法法院
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	《联邦宪法法院裁判集》
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht	联邦行政法院
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts	《联邦行政法院裁判集》
Drucks	Drucksache	印刷品
Einf	Einführung	导论
Einl	Einleitung	导论
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften	欧洲法院
EuGHE	Entscheidungen des EuGH	《欧洲法院裁判集》
f, ff	folgende	以下
FS	Festschrift	纪念文集
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht	《工业产权保护与著作 权》
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und	《工业产权保护与著作 权》(国际部分)

	Urheberrecht – Auslands-und International Teil	
GRUR – RR	GRUR – Rechtsprechungs – Report	《工业产权保护与著作 权》(裁判集)
Hrsg	Herausgeber	主编
JuS	Juristische Schulung	《法学教育》
JZ	Juristenzeitung	《法学家报》
Kommentar		评注
LG	Landgericht	州法院
MuR	Medien und Recht	《媒体与法律》
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	《新法学周报》
NJWE – WettbR	NJW – Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht	《新法学周报》(竞争法 裁判集)
NJW – RR	NJW – Rechtsprechungs – Report Zivilrecht	《新法学周报》(民事裁 判集)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht	新行政法报
OLG	Oberlandesgericht	州高等法院
Rn.	Randnummer	边码
RG	Reichsgericht	帝国法院