

当 / 代 / 国 / 际 / 惯 / 例 / 丛 / 书

主 编 周文彰
副主编 符策震

当代国际惯例

INTERNATIONAL
PRACTICE

反不正当竞争

编 著 孔祥俊

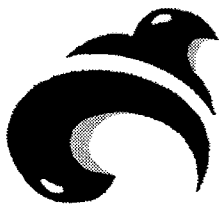
2. 294. 1
9908
K

海南出版社

当代国际惯例丛书 主 编 周文彰
副主编 符策震

反不正当竞争

海南出版社



目 录

第一章	反不正当竞争的法律渊源	1
○	竞争法与反不正当竞争法	1
○	英美法系国家的竞争法	3
○	大陆法系国家的竞争法	15
第二章	仿冒行为	41
○	仿冒行为概说	41
○	大陆法系国家禁止仿冒制度	43
○	英美法系国家禁止仿冒制度	48
○	《保护工业产权巴黎公约》的 禁止仿冒制度	54
第三章	虚假宣传行为	58
○	禁止虚假宣传的基本制度	58

○	“引人误解的虚假表示”与 “引人误解的表示”	72
○	“引人误解”的判断标准	78
○	产地及伪造产地	85
○	虚假宣传的典型类型	100
第四章	侵犯商业秘密行为	114
○	各国保护商业秘密的立法概况	114
○	美国保护商业秘密的法律制度	116
○	英国商业秘密保护制度	127
○	德国商业秘密保护制度	132
○	日本商业秘密保护制度	133
○	国际公约中的商业秘密制度	137
○	侵犯商业秘密的行为类型	140
○	侵犯商业秘密的救济方法	150
第五章	执法机关与执法程序	159
○	美国的执法机关和执法程序	159
○	德国的联邦卡特尔局	166
○	日本的公正交易委员会	167

第一章

反不正当竞争的法律渊源

○ 竞争法与反不正当竞争法

竞争法是调整市场竞争关系的法律规范的总称。从内容上看，竞争法有两大基本组成部分：一是禁止市场竞争过程中的不正当竞争行为的法律规范；二是禁止垄断或者限制竞争行为的法律规范。

从各国关于竞争法的立法来看，将法的门类直接称为“竞争法”的情况还少有，而且，在法的称谓上颇不相同，如反不正当竞争法、反垄断法、反限制竞争法等等。从法律所调整的内容来看，竞争法是由反不正当竞争行为的规范和反限制竞争行为（反垄断）的规范构成的。

各国竞争法的立法体例有两大基本类型：一是合并立法，即将反不正当竞争行为与反垄断行为或者反限制竞争行为的法律规范纳入到一个法律部门之中，不再区分为反不正当竞争法与反垄断法或者反限制竞争法。二是分别立法，即将反不正当竞争

行为与反垄断行为或者反限制竞争行为的内容分别规定在不同的法律部门之中，从而由反不正当竞争法和反垄断法或者反限制竞争法共同构成竞争法体系。

大体上说，以美国为主要代表的英美法系国家的竞争法主要采取了合并立法的形式。例如，美国的竞争法往往通称为反托拉斯法，在其由多部法律构成的反托拉斯法之中，虽然立法调整的对象不尽一致，但似乎并未刻意区分反垄断与反不正当竞争的内容，更没有按这些内容的不同将竞争法区分为反不正当竞争的法律和反垄断的法律。以美国反托拉斯法为蓝本的澳大利亚 1974 年《贸易行为法》也是典型的合并立法，即将反垄断与反不正当竞争的内容融合在同一部法律之中。

匈牙利 1990 年颁布的《禁止不正当竞争法》是一部合并立法，规定了禁止不正当竞争、禁止欺骗消费者、禁止限制竞争的协议以及禁止滥用经济优势的内容。

德国、日本、韩国等国家采取了分别立法的立法体例。例如，德国的竞争法由《反不正当竞争法》和《反限制竞争法》（《卡特尔法》）所构成；日本竞争法由《反不正当竞争法》和《关于禁止私人独占及确保公正交易的法律》（简称独占禁止法）等法律所组成；韩国竞争法主要由《反不正当竞争法》和《限制垄断及公平交易法》所组成。

本书的主题是介绍反不正当竞争法的国际立法情况，但为一窥各国竞争立法的全貌，本章对各国竞争立法的基本情况作些简要概括的介绍。

○ 英美法系国家的竞争法

一、美国的竞争法

(一) 美国竞争法概述

一般认为，美国是现代竞争法的发源地，但这主要是从反托拉斯法意义上而言的。大体上说，美国的竞争法有两大源流，一是判例法，涉及到不正当竞争行为和垄断行为，如禁止不正当竞争行为的法律在早期来源于判例法，以后制定法逐渐增多；二是制定法，反托拉斯法主要是制定法，其中反垄断的内容是主体，但也包含反不正当竞争的内容。由于美国反托拉斯法的条款都非常原则，法院的判例占有重要的地位，许多反托拉斯的原则和规范都是由判例创设和发展的。

现代反垄断法率先由美国创设，始于美国的 1890 年《谢尔曼反托拉斯法》，并对其他国家的反垄断法产生了决定性的影响。美国不像大陆法系国家那样在法律部门上区分为反垄断法和反不正当竞争法，其竞争法主要存在于其反托拉斯法之中。美国反垄断法称为“反托拉斯法”，该名称的得来与“托拉斯”(trust)的由来有关。在 19 世纪，美国标准石油公司的律师们从股东信托投票理论(the theory of stockholders' voting trusts)中创造了托拉斯，即几个公司的股票所有人将其股票转让给一些受信托人(trustees)，收到一个证书，凭此证书有权获取联合经营企业的集合基金收益的份额。从此，信托的标签被贴在所有涉嫌的经营联合上(参见 ERNEST GELLHORN: "ANTITRUST LAW AND ECONOMICS IN A NUTSHELL", p6.)。

由于托拉斯危害竞争，遂在 19 世纪末期以后陆续出台了一系列反托拉斯法，这些法律就是反对各种限制或者消除竞争的联合的。如果按照德国等国家的标准来看，美国的反托拉斯法包含了反垄断和反不正当竞争的内容，而更主要的是反垄断的内容，只是各个法律的侧重点不尽相同。当然，其他一些法律也有反不正当竞争的规定，最为典型的是《联邦商标法》—《兰哈姆法》。

值得一提的是，近年来美国的法学著作中出现了不公平交易行为（*unfair trade practices*）的概念，而且出现了不公平交易行为法的概念，并认为其应当属于一个独立的学科。不公平交易行为是指威胁交易和竞争安全的一系列行为，包括对契约关系的干预、对商品标识的混淆行为、对无形资产的侵害行为、侵害性促销和定价行为等。这些行为大体上相当于反不正当竞争法意义上的不正当竞争行为。当然，尽管学说上出现了将这些行为作为单独的学科进行研究的倾向，但其法律规范仍然散见于包括反托拉斯法、商标法在内的各种有关竞争的联邦法律、州法律和普通法之中，而不存在独立的部门法意义上的反不正当竞争法。

美国是联邦制国家，联邦和州都有竞争法。在此主要是介绍一下美国联邦的制定法意义上的竞争法。

（二）美国主要的反托拉斯法

1. 1890 年《谢尔曼反托拉斯法》

该法是美国反托拉斯法的基础，是作为“保护贸易和商业免受非法限制和垄断之害的法案”被通过的。其第 1 条和第 2 条是关键条款，即“任何以托拉斯或其他形式作出的契约，或者与他人联合或共谋，以限制州际之间或者与外国之间的贸易或者商业，均属违法”。“任何垄断或者企图垄断，或者与他人

联合或共谋垄断州际之间或与外国之间的贸易或者商业的任何部分的，均被认定为重罪”。

该法规定联邦司法部长和地方检察官有义务禁止和限制违反《谢尔曼反托拉斯法》的行为，并赋予受害人提起三倍损害赔偿诉讼的权利。联邦司法部反托拉斯司是执行该法的政府机构。但是，私人根据该法提起的诉讼要比政府提起的诉讼多。

该法的规定过于抽象和原则，如“任何契约”的含义是什么？例如，按照约定，一个厂商在以后的30日内向另一家厂商供应材料，此时其他厂商都被排斥在与那个买主做生意的可能性之外。此时如果认为构成了限制贸易的契约，那么就过于极端，会使大部分商业交易陷入困境。因此，在1911年标准石油公司案中，最高法院通过适用“合理原则”，解决了这个问题，即合理的限制为合法，不合理的限制为非法。

从该法的规定来看，该法是一部纯粹的反垄断行为的法。

2.1914年《联邦贸易委员会法》

《联邦贸易委员会法》(FTCA)体现了与《克莱顿法》不同的观念。在该法之前许多改革者就已建议创设一个行政机构，通过其专家去决定，什么时候有必要进行政府干预，以维护市场竞争，以及对此种情况采取适当的救济措施。当时认为，与法院相比，这种行政机构能够实现经济专业化，并更灵活地行使救济权力。联邦贸易委员会法就是这种主张的产物。该法确立了由5个委员组成的联邦贸易委员会(FTC)，并在《联邦贸易委员会法》第5条中，赋予联邦贸易委员会在听证以后可以命令企业停止“不公平的竞争方法”的权力。该法第5条规定：“对于商业活动中的各种不正当的竞争方法，均就此宣布为非法”。显然，这种规定是不明确的，如“不正当的”竞争方法是非常不明确的，需要联邦贸易委员会根据各种不同

的原因和不断变化的情况确定其含义。任何违反《谢尔曼反托拉斯法》和《克莱顿法》的行为也同样违反《联邦贸易委员会法》第5条，联邦贸易委员会所适用的该第5条就相当于司法部反托拉斯司所适用的《谢尔曼反托拉斯法》。因此，可以说是联邦贸易委员会的《谢尔曼反托拉斯法》（参见“利帕公司诉雷诺克斯公司案”，《联邦地区法院判例补编》第305卷，第182页、186页，1966年）。

从理论上说，《联邦贸易委员会法》通过确保竞争以实现对消费者的保护。如果存在着有效的竞争，该过程本身就能保证消费者在对价格和质量具有多种选择的情况下，以最低的价格买到最好的商品。但是，最高法院在1931年的判决认为，一种贸易行为虽然损害了消费者的利益，但并不能表明它实际上损害了任何竞争者的利益，此时就不能根据第5条的规定宣布这种贸易行为是不正当的竞争方法（“联邦贸易委员会诉罗来丹姆公司案”，《美国最高法院判例汇编》，第283页，第643页，1931年）。在此案中，法院承认消费者受到了减肥产品广告的欺骗，但判定这种虚假的广告宣传在销售这种产品的竞争者中是很普遍的，因此竞争者并未受到损害。于是，1938年颁布的《惠勒—李法》（Wheeler - Lee Act）将《联邦贸易委员会法》第5条扩大为“在商业中各种不正当的竞争方法和不公正或欺骗性的行为或做法，均就此宣布为非法”。根据这一修改，如果联邦贸易委员会认为消费者直接受到了卖方行为的欺骗，就可以对厂商采取行动，而不必首先查明卖方之间的竞争。这种做法确立了对消费者的双轨保护制度——通过维护竞争的间接保护和保护消费者的直接保护。

对于一些不公正的和欺骗性的行为或做法，“在商业中”这个短语限制了联邦贸易委员会有效地行使管辖权。对于各地的

此类做法,联邦贸易委员会要么无管辖权,要么需要花费大量的时间和精力去收集证据,以证明其管辖符合该短语的要求。于是,1975年通过的法案修正了这一缺陷,即将“在商业中”修改为“在商业中或影响商业的”。至此,《联邦贸易委员会法》第5条的规定是:“在商业中或者影响商业的各种不正当的竞争方法以及不公正或者欺骗性的行为或做法,均宣布为非法”。

为贯彻立法意图,法院已经认为,经济上高度专业化的联邦贸易委员会,根据《联邦贸易委员会法》第5条的规定,不仅有权禁止违反《谢尔曼法》和《克莱顿法》的经营行为,而且有权禁止违反这些法律的禁止性规定的精神的行为。

3. 《克莱顿法》

1912年民主党的施政纲领保证寻求更严厉的反托拉斯立法。1914年,在威尔逊总统的坚决支持下,民主党因通过《克莱顿法》和《联邦贸易委员会法》而兑现了诺言。《克莱顿法》规定了一些协议和活动,并宣布这些协议和活动是非法的,如果它们可能产生反竞争的后果的话。因此,如果在相关市场上竞争可能遭受实质性的减少、价格歧视、排他性交易协议以及取得股份式的合并都会被禁止(《克莱顿法》第2条、第3条和第7条)。司法部和联邦贸易委员会都有权实施该法。

《克莱顿法》所禁止的价格歧视、排他性交易协议以及取得股份式的合并都不是自动违法(当然违法、自身违法),而必须符合“其结果……可能实质性地削弱竞争或者有助于在任何商业部门形成垄断”的条件,才构成违法。这种要求是非常笼统的,其中“可能”一词对于认定此类违法行为作用最大,因为它所针对的是早期的(且尚无结果)的商业行为。执法机关和法院都不必证明已经存在实际上的损害,也不必依靠过去的的数据资料来证明对竞争的有害影响,但却可以根据预期会发

生的最后后果来确定一个判例，该原则被称为“早期原则”（doctrine of incipency）。

“早期原则”的确立表明了《谢尔曼法》和《克莱顿法》的基本区别。根据《谢尔曼法》，宣布为违法的行为必须是被证明损害了竞争的行为；根据《克莱顿法》，不要求发生实际损害。因此，美国有将该两法用枪支法进行形象的比喻。根据谢尔曼法型的枪支法，只要不对人或物射击，一个人可以携带枪支而不必担心因此会被逮捕；根据克莱顿法型的枪支法，只要认为这个人是有危险的，很可能对某人或者某物射击，法警就可以没收这个人的枪支。如果某种特殊做法被《谢尔曼法》视为对贸易的限制，并同时可以适用《克莱顿法》的某条规定，司法部反托拉斯司有时会根据该两法提起诉讼。但是，如果该行为被宣布违反了《克莱顿法》，就不必根据《谢尔曼法》起诉（参见“加利福尼亚标准石油公司和标准加油公司诉美国案”。最高法院认为，“由于以下执行令已通过《克莱顿法》第3条的解释而得到确认，因此不必再考虑它是否也应通过《谢尔曼法》第1条予以确认”。《美国最高法院判例汇编》第337卷，第293页，第314页，1949年）。

二、英国的竞争法

（一）英国竞争法概述

英国公平交易局认为，竞争政策的总体目标是促进竞争，而不是保护受到竞争损害的特定厂商。在竞争过程中不可避免地存在赢家和输家，只有当竞争过程本身被破坏时，干预才是正当的。法律为确定这种状态并在必要时改变这种状态提供了一系列方法。竞争不被作为目标本身。除少数例外情况外，英国法律没有下列设想，即减少竞争的特定类型的行为或者特定

状态本身是违法的，对特定市场的竞争程度的确定灵敏地反映很少静止不变的市场。立法要求根据个案情况予以判断，只有当某种情况已经或者可能损害公共利益，才予以禁止。“公共利益”一词是宽泛的，尽管法律对于应当考虑的因素提供了指导。它也不限于消费者利益，尽管这当然是最为重要的。

除普通法有关竞争的法律渊源外，英国还有一系列调整竞争关系的制定法，最基本的是1973年《公平交易法》、1976年和1977年《限制性贸易行为法》(RTPA)、1976年《转售价格法》以及1980年《竞争法》。这些法律由下列机构执行：贸易和工业部(DTI)、公平交易局(OFT)以及垄断和合并委员会(MMC)。普通法的规定在以下各章再作介绍，在此只对上列制定法的基本内容加以介绍。

(二) 1976年和1977年《限制性贸易行为法》

该法确立了限制性商品和服务协议以及有关商品信息的协议的登记制度。该法已经有多个修正案加以补充。

许多无害的协议必须登记，而一些实际上具有反竞争后果的协议通常可以利用巧妙的起草技术逃避登记。这种重形式而轻实质的法律是与现代竞争立法不协调的。而且，格式性免责条款(如有关职业服务的协议)不再被认为是合理的。废除该法而采纳与欧共同体法相一致的立法已经讨论了多年，后者重协议的后果而轻其形式。尽管经济界和法律界有着许多的批评，修改反竞争协议的有关法律蓝白报告也提出了许多建议，但该法仍然未动。不过，该法已经由几个修正案进行了修改。

该法适用于限制贸易的安排和协议。该法确立了对此类协议提请公平交易局登记的制度，以便在必要时提交限制性行为法庭，由其决定此类协议是否违反公共利益。

根据该法，决定协议是否登记不是基于判断协议的经济效

果，而是基于其技术性的形式。因此，一些对竞争具有较小的影响的协议也必须登记。另外，一些可能具有相当大的反竞争后果的协议也许不受该法的调整。因此，在进行签约谈判时，对于可能涉及到登记的协议，如果避开登记，可以在开始时就研究是否能够避开，如何小心地起草协议。如果一个协议登记了，就要求遵守一些该法所规定的额外的义务。

之所以要进行登记，是因为不登记会产生许多不利的后果。诸如，所有限制性内容无效；履行或者支持任何限制性协议都是非法的；受害的第三人可以请求损害赔偿金；法院可以命令当事人停止执行协议中的限制性内容；公平交易局可以着手调查应当登记而没有登记的协议，也可以根据受害人的申诉进行调查；继续调查可以导致向没有登记的当事人发布禁止的命令，违反命令可以导致藐视法庭的诉讼程序，可能被判罚金或者监禁。

《限制性贸易行为法》所调整的主要协议类型是有关商品、服务、关于商品信息的经营协议，以及贸易或服务供应协会的协议，或者此类协会成员之间的协议。该法对这些协议分别加以规定。该法适用于下列协议：两个或者两个以上的人之间在英国从事生产、提供商品或者提供服务所签订的协议，在该协议中两个或者两个以上的当事人接受了该法所列举的限制类型。

《限制性贸易行为法》适用于所有类型的协议。协议的概念（the concept of agreement）在解释上是极为宽泛的，它包括任何安排（arrangement）或协议（understanding），不管是多么的不正式，包括口头协议和没有法律效力的协议。有关商品的信息协议是可以登记的，该法不适用于只是关于服务的信息协议。为确定是否登记，有必要看一下没有连在一起并形成“整

体协议”的一部分协议。例如，在有一个股份认购的“主协议”的情况下，还涉及到作为前提条款的其他协议（股东协议、服务协议等），然后根据该法对所有这些协议一并进行分析，确定是否予以登记。

作为协议的当事人的人（persons）是指哪些人？这种人是指个人、公司或者合伙。在该法确定人的时候，关联公司（connected companies）被作为一个人。母公司和子公司的协议不必登记，因为协议的当事人只有一个。同样，通常情况下（但不总是如此），如果同一集团的两个或者两个以上的子公司接受了限制，或者母公司代表其自身及其子公司接受了限制，那么该法认为只有一个“当事人”（only one party）接受了限制。这对于整体分析是非常重要的。

在英国，经营（business）被解释得很宽泛。“从事经营”的标准是一个事实问题。在英国设立的公司通常在英国从事经营，不管其母公司的国籍如何。一个外国公司也许在英国从事经营，即使其在英国没有分支机构。

需要登记的协议包括限制价格或者收费的协议，分割市场的协议，对人们从事经营行为的条件的限制，对地理区域或者交易对象的限制。但是，限制性协议也有除外情形，如法律授权的协议，有关商标和版权的协议。国务大臣也可以在限定一定的条件下豁免一些协议。甚至，一些对于国民经济必不可少的、有着重要作用的协议，也被作为例外。

（三）1976年《转售价格法》

该法禁止限制转售价格，不管集体性的还是单个的。限制转售价格所危害的原则是商人应当自由确定其自己的转售价格。

1. 集体性的限制转售价格

该法第 1 条和第 2 条禁止集体性的限制转售价格。禁止供应者之间的任何下列协议或者安排：①对违反限制转售价格条件而转售或者已经转售商品的商人拒绝供应商品（商人的联合抵制）；②除非接受不如通常适用于同类商人的条件（如赊帐、折扣），否则，对这些商人拒绝供应商品（商人歧视）；③只向同意对上列商人进行歧视或者联合抵制的其他人供应商品。

贸易协会受《转售价格法》调整，其有关价格的建议也可以根据《限制性贸易行为法》进行登记。如果商人们协议拒绝向对降价的零售商供货的供应商订货，他们也受《转售价格法》的调整。参与任何实施上述行为的过程的，也是非法的。

2. 单个的限制转售价格

该法第 9 条规定了单个的限制转售价格。供应者和商人在英国确定商品的最低转售价格的合同条款是无效的。在合同的条款中，或者以通知商人的方式，算定能使其明白确定最低价格的意图，也是非法的。如果商人事实上显然享有以低于确定的价格转售商品的自由，那么法律不禁止供应者所确定的最高价格和建议转售价格。

3. 法律救济

该法规定，对于限制转售价格的供应商可以在法院提起诉讼。但是，通常的情况是，不满的商人向公平交易局投诉，由公平交易局予以调查。如果公平交易局发现投诉有理，就会依法对供应商采取行动。例如，可以要求供应商告知其所有的商人可以在销售、广告或者展销商品时完全自由定价。

（四）1973 年《公平交易法》

该法规定了合并和独占两方面内容。

1. 合并控制。

该法包含了控制涉及一个或者多个英国企业的合并控制。

该法适用于涉及两个或者两个以上企业的合并情形，其中至少一个企业在英国从事经营活动，或者由在英国设立的公司控制。两个英国公司之间的合并自然符合这种要求，即使一个美国公司或者日本公司取得英国公司也是如此。也许不太明确的是，该法也适用于两个非英国公司的合并而涉及到转让其在英国的分支机构的合并情形。如果是这样的话，一个法国公司购买了一个意大利公司，而意大利公司在英国有一个分支机构，那么该法可以适用于该交易。

该法界定了一种“合乎调查条件的合并情形”（a “merger situation qualifying for investigation”），不合乎该条件的合并不受该法的调整。由此产生了两个问题：“合并情形”（“merger situation”）是什么？合并情形存在时，使其符合调查的条件是什么？调查首先由公平交易局进行，如果有必要，然后提交独占和合并委员会。向独占和合并委员会提交的时间要么是提出合并的时候，要么是合并开始实施后的限定时间内。

为确定合并情形，合并被宽泛地界定为：“企业不再独立存在”时即发生合并。这发生于下列情形：企业（enterprises）被置于共有或者控制之下，或者有着一个或者多个企业停止经营的安排，以防止竞争。“企业”是指一个营业（business）的活动或者活动的一部分。出售资产，其中并不包括任何营业活动、合同或者商誉的，不受该法调整。在公司的控制发生变化（如股份的出售或发行）时，或者在营业的控制或者所有权发生变化时，可能因此而发生合并。

该法规定了两个独立的标准，即符合其一，就成为合乎调查条件的合并：一是市场份额标准，即作为合并的结果，在英国的特定市场上占有 25% 的市场份额；二是资产规模标准，即目标企业的资产总值超过 7000 万英镑（1994 年 2 月以前为