

反不正当竞争法 比较研究

——以我国《反不正当竞争法》修改为背景



FAN BUZHENGDANG JINGZHENGFA BILIAO YANJIU

吕来明 熊英◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

反不正当竞争法 比较研究

——以我国《反不正当竞争法》修改为背景



FAN BUZHENGDANG JINGZHENGFA BUIAO YANJIU

吕米明
熊英◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

责任编辑：牛洁颖
特约编辑：李克朋

责任校对：董志英
责任出版：卢运霞

图书在版编目 (CIP) 数据

反不正当竞争法比较研究——以我国《反不正当竞争法》修改为背景 / 吕来明, 熊英著. —北京: 知识产权出版社, 2014. 2

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0333 - 9

I. ①反… II. ①吕…②熊… 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 (2014) 第 024177 号

反不正当竞争法比较研究

——以我国《反不正当竞争法》修改为背景

吕来明 熊英 著

出版发行：知识产权出版社有限责任公司

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.cnipr.com>

发行电话：010 - 82000860 转 8101/8102

责编电话：010 - 82000860 转 8109

印 刷：北京中献拓方科技发展有限公司

开 本：787mm × 1092mm 1/16

版 次：2014 年 3 月第 1 版

字 数：265 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0333 - 9

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010 - 82005070/82000893

责编邮箱：niujieying@sina.com

经 销：新华书店及相关销售网点

印 张：20.5

印 次：2014 年 3 月第 1 次印刷

定 价：39.00 元

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

《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称为《反不正当竞争法》）自 1993 年制定以来，在促进公平交易、维护市场秩序方面取得了很大成效。但是，随着市场竞争的日趋活跃和激烈，技术的进步导致交易形态的多样化，不正当竞争行为日趋多样化和复杂化，《反不正当竞争法》在多方面滞后于社会经济发展的需要。2006 年以来，有关部门就着手修订《反不正当竞争法》。2008 年 4 月 16 日，国家工商总局在网上就《反不正当竞争法（修订稿）》公开征求意见和建议（以下简称《修订意见稿意见》）。据媒体报道，2011 年国家工商总局完成了《修订稿》的起草，已上报国务院法制办。2010~2011 年间，笔者参加了国家工商总局组织的反不正当竞争法修改的课题论证，负责中外反不正当竞争法律制度的比较研究项目。在我国反不正当竞争法修改的讨论中，比较集中的问题包括以下几个方面。

在立法模式上，国际上竞争立法有分别立法、合并立法、分散立法等模式，我国反不正当竞争法与反垄断法采取分别立法的模式。反不正当竞争立法中规定的若干不正当竞争行为从性质上属于和反垄断法交叉的部分，如公用企业限制竞争行为、低于成本价销售行为、搭售行为等。修改反不正当竞争法时，对相应部分的条款如何处理，涉及反不正当竞争法与反垄断法协调的问题，也与在竞争政策上如何认识上述行为的性质有关。

在立法目的方面，我国现行立法体现了保护公平竞争、制止不正当竞争，保护经营者、消费者权益的立法目的，而不仅仅限于保

护经营者的利益，体现了现代反不正当竞争立法的趋势。但是否如同德国、波兰、瑞士等国一样，把对公众利益的保护写入反不正当竞争法的目的条款，值得探讨。

在调整范围方面，我国现行《反不正当竞争法》第2条规定：“经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。本法所称的不正当竞争，是指经营者违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。”如何确定我国反不正当竞争法的调整范围，一般条款如何予以确定，经营者的范围如何界定、反不正当竞争法的适用是否需要以竞争关系为前提，在理论中有较多的探讨和争论。

现行《反不正当竞争法》对不正当竞争行为的具体类型进行了规定，但随着时代的发展，对各种不正当竞争行为的界定和认识不断深化，新型不正当竞争行为不断出现，如何对不正当竞争行为的具体类型及其构成要件予以更加科学合理的规定，是反不正当竞争法修改的主要内容之一。

不正当竞争法律控制模式中，司法控制模式和行政控制与司法控制相结合的模式各有优劣，在不同的国家都有采用。我国反不正当竞争法尽管采取了分别立法模式，但仅仅是从操作便利的角度出发的，并不意味着我国反不正当竞争法的地位仅仅是民事特别法。实际上，我国反不正当竞争法对不正当竞争的规制目的，恰恰和实行合并或交叉立法模式的国家相同，不正当竞争行为始终被认为是一种扰乱社会经济秩序的行为，而不仅仅是对经营者、消费者私权的侵害，反不正当竞争法在我国中的地位并不是民事特别法，而是经济法的范畴。在行政控制与司法控制相结合的模式中，采用行政主导模式还是司法主导模式，关键取决于一个国家的具体国情。对此，理论中有不同的认识。

在不正当竞争行为的私法救济方面，国际上反不正当竞争法的

趋势是在保护经营者、保护正常竞争的基础上加强对消费者的保护。如何完善我国反不正当竞争法中民事责任制度,是修改反不正当竞争法的重要方面。在请求权主体方面,尽管现代反不正当竞争法的特征是强调对竞争秩序和消费者利益的共同保护,在此意义上,不排除某些情形下竞争法对消费者的直接的具体的保护。但是,划分不同的法律部门本身就是为了满足法律实施的可操作性和科学性的需要,如何划分反不正当竞争法和消费者权益保护法在保护消费者权益保护方面的不同界限,是反不正当竞争法修改的讨论中关注的焦点问题之一。在归责原则上,对不正当竞争民事责任的归责原则,国外及我国台湾地区有不同规定,在德国和日本、韩国,停止侵害和排除妨害救济,不以行为人有过失为要件,实行无过失责任原则,而赔偿损失、恢复信用救济则以行为人有过失为要件,特定情况下的责任承担,还以行为人存在故意为要件。而按瑞士、我国台湾地区的规定,似乎不以行为人存在过错为归责原则。我国现行法没有规定行为人承担责任以存在过错为条件。但从不正当竞争行为的特性来看,一般都是存在过失或故意的,因此,究竟采用何种归责原则,还需斟酌。在赔偿范围与举证责任上,从德国、日本等国的规定看,实行的是补偿性赔偿原则。而美国、我国台湾地区的规定中,则在行为人故意的情形下,可以实施惩罚性赔偿。我国现行法规定的赔偿原则是补偿性赔偿。是否应引入惩罚性赔偿制度,以及损害赔偿的范围如何确定,是修改反不正当竞争法的讨论中争论的主要问题之一。

本书在项目研究的基础上,通过分析比较国外及我国台湾地区的相关制度,归纳总结国际组织、国外及我国台湾地区在反不正当竞争相关法律制度方面的共同特点和差异之处,并结合我国现行立法、司法实践和行政执法实践,提出对我国修改反不正当竞争法有借鉴意义的若干意见。吕来明撰写第一、二、七、八章,熊英撰写

第三、四、五、六章。因水平有限，缺点错误在所难免，请读者批评指正。在写作过程中，北京工商大学民商法专业研究生李蓓、姚悦、赵茜、孙硕、刘萧、马静等帮助收集了相关资料，翻译了部分法条，在此表示感谢。

目 录

第一章 反不正当竞争法立法模式 1

- 第一节 专门立法模式 3
- 第二节 合并立法模式 10
- 第三节 分散立法模式 15
- 第四节 国际公约以及国际组织反不正当竞争法律制度概况 18
- 第五节 我国反不正当竞争法立法模式 23

第二章 反不正当竞争法立法目的与适用范围 29

- 第一节 立法目的比较 31
- 第二节 不正当竞争行为的界定及一般条款的域外法比较 39
- 第三节 我国反不正当竞争法的调整范围及其制度完善 53
- 第四节 适用除外制度比较 81

第三章 直接损害竞争对手权益之不正当竞争行为比较 87

- 第一节 假冒混淆行为 89
- 第二节 商业诋毁行为 111
- 第三节 侵犯商业秘密权行为 128

第四章 未直接损害竞争对手权益之不正当竞争行为比较 143

- 第一节 虚假宣传行为 145

第二节 商业贿赂行为 163

第五章 特殊情形下限制、排挤竞争之不正当竞争行为 181

第一节 低价销售、强制搭售、欺骗性有奖销售以排挤
公平竞争 183

第二节 恶意串标排挤公平竞争 197

第三节 利用市场优势排挤公平竞争 207

第六章 我国网络环境下不正当竞争行为 219

第一节 网络环境下不正当竞争行为概述 221

第二节 我国网络环境下不正当竞争行为表现 245

第三节 我国网络环境下不正当竞争行为规制建议 253

第七章 不正当竞争法律控制模式及监管权限 257

第一节 法律控制模式概述 259

第二节 双重控制模式下行政执法机构及其权限比较 260

第三节 我国不正当竞争法律控制模式的选择与制度完善 272

第八章 反不正当竞争法的私法救济制度比较 283

第一节 救济措施与条件 285

第二节 请求权主体 292

第三节 损害赔偿的原则及赔偿额的确定 294

第四节 我国现行法律规定及制度完善 297

主要参考文献 343

第一章

反不正当竞争法 立法模式

一般来说,广义的不正当竞争包括垄断、限制竞争和狭义的不正当竞争三类。狭义的不正当竞争行为,主要是指经营者用欺骗、利诱以及其他违反诚实信用原则的手段从事经济活动的行为。竞争法是国家确立竞争在市场经济中的地位,规范各种竞争行为,建立公平合理竞争秩序的法律体系。反不正当竞争法的立法模式,是指一国在制定狭义的不正当竞争的法律制度时,所采取的立法形式。各国有关反不正当竞争立法模式主要有以下三种类型。

第一节 专门立法模式

专门立法模式也称分别立法,即分别制定专门的反垄断法和反不正当竞争法,把垄断与限制竞争行为和狭义的不正当竞争行为分别通过专门的法律予以规制。专门立法模式下,存在形式意义上的反不正当竞争法。采用分别立法的代表性国家有德国、瑞士、日本、希腊、波兰、韩国等。这种模式大多把反不正当竞争法定位为民事特别法,从而和反垄断法相区别。以下分别介绍采用分别立法模式的若干国家反不正当竞争的立法概况。

一、《德国反不正当竞争法》

德国于1896年制定了世界上第一部专门的《德国反不正当竞争法》,该法于1909年进行了第一次重大修订,此后又经过了十多次修订。2004年以前的修订,都是在1909年法的基础上进行的局部修改。2004年,德国对原《德国反不正当竞争法》进行了根本性的修改,被称为新《德国反不正当竞争法》。2004年新《德国反不

正当竞争法》的修法背景主要包括以下几个方面。^①

一是 1909 年版的法律经过长期发展，形成了大量判例，判例避免了僵化，但也有不可预期性、混乱与复杂等缺陷，后虽经多次修改，但小的修改使法律体系严重不协调。为了提供更加明确的法律，有必要重新制定一部新的反不正当竞争法。

二是 1909 年反不正当竞争法颁布后，德国分别于 1932 年和 1933 年制定了《德国折扣法》和《德国附赠法》，这些法律中有减价销售等严格限制的规定，这些规定限制了企业的自由竞争。2001 年，《德国折扣法》和《德国附赠法》被废除，对德国反不正当竞争法自由化产生了重要影响，最终导致修改反不正当竞争法。

三是欧洲竞争法的发展。欧洲法院最近在司法中发展出了一种崭新的消费者主导（Verbraucherleitbild），即在判断一项竞争行为正当与否时，“信息灵通的、专心的、理智的普通消费者”的观念起着决定性作用。这种参照标准不久被德国法院所接受，从而导致德国法院在严格适用误导条款上开始迈向自由化之路。德国旧法修订之际，欧洲委员会正在讨论两项立法草案：一是关于规制国内市场促销的条例，二是关于企业与消费者经营交易中的不正当商业行为指令。在这种背景下，德国也尝试以一部新的反不正当竞争法回应欧洲委员会在反不正当竞争法欧洲化进程中所作的种种努力。新法留下了欧盟法规则和价值标准的深刻印痕。

此后，德国于 2008 年对 2004 年新《德国反不正当竞争法》进行了个别修改。2009 年 12 月 18 日，《欧共体公报》L 号 337 刊载了《德国反不正当竞争法》的最近一次修订，新法于 2010 年 3 月 3 日正式发布。其中与时俱进地对时下新的发展、新问题做出了详细的

^① 郑友德、万志前：“德国反不正当竞争法的发展与创新”，载《法商研究》2007 年第 1 期。

规定。修订的目的在于转换欧洲议会和理事会 2005 年 5 月 11 日《关于在国内市场中商家对消费者的不公平竞争行为第 2005/29 号指令》、欧洲国会和理事会 2006 年 11 月 12 日《关于引人误解的和对比较性广告的行为的第 2006/114 号指令（法典版）》和 2002 年 7 月 12 日《关于在电子交易中与个人相关的数据的处理以及私人领域保护的 2002/58 号指令》。一是对经营者“行为规范”“经营者”“职业勤勉”等进行了界定。“行为规范”，是指明确经营者所从事的、受与商业部门或个体的竞争行为相关的规范的约束的行为的合议或规则，而法律或行政法规中并没有相应的规定。“经营者”，是指在自己的贸易、商业、工艺或行业框架内从事竞争行为的自然人或法人，以及其他以该自然人或法人名义，或代表该自然人或法人而从事竞争行为的主体。“职业勤勉”，是指在经营者的行为范围内，为消费者服务时所需要的、可以合理期待其遵从的，与其良好的信誉相当并且与市场行为相关的特别技能和应尽的谨慎义务。二是在 2004 年新《德国反不正当竞争法》第 3 条基础上增加了第 2 款和第 3 款，补充了对针对消费者的不正当竞争行为范围认定的条款。第 3 条第 2 款规定，以下针对消费者的竞争行为应当是非法的：相关经营者在任何情况下不遵守职业勤勉，不提供必要的信息而妨碍消费者做出决定，因此导致消费者做出原本并不会做出的交易决定。这里所说的消费者应该是指一般消费者，或者当不正当竞争行为直接针对特殊的消费者群体时，也指该特殊群体中的一般消费者。第 3 条第 3 款规定，本法附件中所列的针对消费者的不正当竞争行为在任何情况下都应当是违法的。三是地理标志，工业品外观设计，未披露的信息（商业秘密），知识产权及相关法律法规的执行，竞争与披露商业秘密相关的条款，见第 17 节至第 19 节。主要是对关于远程合同和其他与消费者有关的相关法律规定和关于改革与商人和公司有关的法律相关条款进行了修改。四是除对引人误解的广告问题进

行扩充外，还增加了第 5a 条“因隐瞒而引人误解”的内容。五是就第 3 条第 3 款的适用增加了附则，具体列举了针对消费者的不正当竞争行为。

2010 年版《德国反不正当竞争法》共分为四章 20 条。其中，第一章为总则，规定了立法目的、定义、不正当竞争行为的一般条款、不正当竞争的列举性条款、引人误解的广告、比较广告、不可合理期待的骚扰；第二章为救济措施；第三章为强制执行与程序；第四章为刑事规定；最后是附则。

二、《日本不正当竞争防止法》

日本竞争法深受德国竞争法和美国竞争法的影响。1934 年 3 月，日本颁布了《日本不正当竞争防止法》。此后，多次修改《日本不正当竞争防止法》。第二次世界大战以前，日本各项立法主要是借鉴和效仿德国法。第二次世界大战以后，日本竞争法律制度多体现了美国法的色彩。这些修改主要是为了适应《保护工业产权巴黎公约》（以下简称《巴黎公约》）以及《国际商标注册马德里协定》等国际条约的不断修改和完善、解决因知识产权保护而不断出现的贸易摩擦问题、世界各国不断强化对知识产权的保护等客观形势的需要而进行的。

最为全面的修改是 1993 年所作的修改。这次修改的主要内容包括以下几个方面。

(1) 一是增加了不正当竞争的类型，扩大了不正当竞争行为的范围。增加的类型主要是不正当模仿行为、未经允许而使用他人著名商业标识的行为和对服务作令人误解的虚假表示行为。

(2) 增加了有关损害赔偿额的推定内容。

(3) 增加了恢复信用请求权的民事救济措施。

(4) 加重对不正当竞争行为的制裁。

1993年版《日本不正当竞争防止法》的主要内容如下：第1条立法目的，第2条定义，其中列举了12种不正当竞争行为，第3条停止损害请求权，第4条损害赔偿，第5条损害额的推定等，第6条文书的提出，第7条恢复信用的措施，第8条消灭时效，第9条外国国旗等在商业上禁止使用，第10条国际机构的徽章在商业上禁止使用，第11条适用的例外等，第12条过渡措施，第13条罚则，第14条两罚规定。^①

在1993年之后，《日本不正当竞争防止法》又有个别修改。如1998年、2001年都对个别条款作了修改。另外，1962年日本制定了《日本不当赠品及不正当表示防止法》（又名《景表法》）防止经营者在商品和劳务的交易中利用不当的赠品和表示来引诱顾客，后来在1972年经过一次修订，解决有奖销售中的不正当竞争问题。2006年又对《日本不正当竞争防止法》进行了多处修改。主要包括以下几个方面：

一是在不正当竞争行为的列举条款中在1993年文本的基础上增加了以下几点，主要有：经营者采用技术限制手段，通过阻碍效果的技术限制方法来限制具有图像展示、声音播放、程序运行或者录制图片、声音和程序的唯一功能的设备以及只具有记录或提供电传视讯唯一功能的数据存储设备或机器（包括其他有联接程序的机器）的转让、交付或者为转让、支付目的而展览、输出或输入；为了不正当的利益或者达到损害他人的目的，使用与他人特定产品或者服务表示（这是指名称、商号、商标、印章或者其他商品表示）相同或者相似的域名或者相类似的行为等。

二是细化了损害赔偿额的推定条款，增加了计算因不正当竞争

① 宋锡祥、俞敏：“论日本《不正当竞争防止法》的最新修正”，载《外国经济与管理》1998年第6期。

遭受损失的计算方法的规定。即按照侵权人售出或者转让的物品数量（以下简称转让数）乘以每单位物品受侵害人在没有受到侵害时获得的利润确定受害人商业利益受损数额。如果侵害者因侵害行为获得利益，则推定该利益额为受侵害者在经营上所受的损害额。此外，还增加了专家推定损害赔偿的条款和法官确定合理的损害赔偿数额的规定。在因不正当竞争使商业利益受到侵害的诉讼中，根据当事人的请求，法庭可以要求专家根据不正当竞争行为而进行损害赔偿的推定，当事人应当如实向专家提供专家作出估算所需的事项。在损害发生之时，若证明上述损害事实中的损害数额是十分困难的，法庭可以在审查证据和口头讨论的基础上提出一个合理的赔偿数额。

三是规定了被告阐述侵权行为的义务的条款。即在一方当事人提请因对方当事人的不正当竞争使其商业利益上受到或者可能受符合该法所规定的侵害的诉讼，为了否认侵权行为的存在，对方当事人应自己阐明其行为的特定模式。但是，这并不适用对方当事人有正当理由不能提供的情形。

四是增加了商业秘密保护令的规定。在因不正当竞争侵害商业利益的诉讼中，有初步的证据显示商业秘密存在并非为了诉讼目的而被他人使用披露的可能，法庭可以根据当事人的申请规定对方当事人、律师或者律师助理不得在诉讼之外为了其他目的而使用该商业秘密或者泄露给接受命令规定的其他人。

五是对文书的提出、诉讼记录的阅览、请求以及通知、罚则等进行了补充规定。

三、《韩国反不正当竞争法》

《韩国反不正当竞争法》于1951年12月31日生效。它是以1934年《日本反不正当竞争法》为蓝本制定的。除了添加了立法目