

2017年度国家社科基金项目“反不正当竞争立法问题研究”（17BFX010）

N E W P R I N C I P L E S

O 反不正当竞争法 F
新 原 理

A N T I - U N F A I R

分 论

C O M P E T I T I O N L A W

孔祥俊——著

2017年度国家社科基金项目“反不正当竞争立法问题研究”（17BFX010）

NEW PRINCIPLES

反不正当竞争法
新原理

ANTI-UNFAIR

分论

COMPETITION

孔祥俊——著

法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

反不正当竞争法新原理·分论 / 孔祥俊著. -- 北京:
法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3022 - 2

I. ①反… II. ①孔… III. ①反不正当竞争—经济法
—法的理论—中国 IV. ①D922.294.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 018824 号

反不正当竞争法新原理·分论

FAN BU ZHENGDANG JINGZHENGFA XIN YUANLI · FENLUN

孔祥俊 著

策划编辑 周洁

责任编辑 周洁

装帧设计 汪奇峰

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 天津嘉恒印务有限公司

责任校对 晁明慧

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 司法实务出版分社

开本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16

印张 36.5

字数 548 千

版本 2019 年 3 月第 1 版

印次 2019 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 83938336

编辑电话 / 010 - 83938103

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

西安分公司 / 029 - 85330678

上海分公司 / 021 - 62071639/1636

第一法律书店 / 010 - 83938334/8335

重庆分公司 / 023 - 67453036

深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 3022 - 2

定价: 108.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



孔祥俊

现任上海交通大学凯原讲席教授，博士生导师，上海交通大学凯原法学院院长，上海交通大学知识产权与竞争法研究院院长。曾任最高人民法院审判委员会委员，知识产权庭庭长，第一巡回法庭副庭长，行政审判庭副庭长，一级高级法官。曾任国家工商行政管理局公平交易局副局长。曾兼任中国知识产权法研究会副会长，中国科技法学会副会长，中国知识产权研究会副理事长，中国市场监督管理研究会副会长，国际保护知识产权协会中国分会副会长。2006年入选中国法学会“第五届全国杰出青年法学家”，2009年入选最高人民法院“全国法院首届审判业务专家”，三度入选英国《知识产权管理》杂志评选的“全球最具影响力50位知识产权人物”。

著有《反不正当竞争法的适用与完善》（1998年）、《商业秘密保护法原理》（1999年）、《反垄断法原理》（2000年）、《反不正当竞争法新论》（2001年）、《反不正当竞争法原理》（2005年）、《商标与反不正当竞争法：原理与判例》（2008年）等学术著作近30部。在《中国法学》《法学研究》等刊物发表学术论文数十篇。

前 言

本书对于《反不正当竞争法》列举性规定的各类不正当竞争行为进行了系统研究,尤其是对于2017年《反不正当竞争法》修订的内容进行了重点研究。

仿冒混淆行为是传统的和经典的不正当竞争行为,但随着时代的发展,而不断被赋予新的内容。2017年《反不正当竞争法》修订不仅使所涉各类商业标识保护体系化,使其逻辑关系更为清晰和覆盖内容更为广泛(注册商标以外的商业标识全覆盖),而且以兜底性规定遏制更多的市场混淆行为,甚至使混淆行为规定的调整范围超出了通常的商业标识保护。这些新修改的内容将会有重大意义,尤其是兜底性规定会在制止市场混淆行为上发挥独特作用。

商业标识权利冲突问题是多年来知识产权保护中的突出问题,司法和行政执法均做了一系列探索,尤其是法院制定了一些司法解释和裁判了大量的案件。在总结经验的基础上,《商标法》对于企业名称与商标之间的冲突作出了可以适用《反不正当竞争法》处理的指引性规定。此次《反不正当竞争法》修订中该问题受到关注,修订后的法律虽然对于商业标识权利冲突未做类型化明确规定,但已将其涵盖在第6条之内,只是在具体解释和适用上仍应甄别情况和区别对待。鉴于商业标识权利冲突问题的复杂历史演变和现实情形,本书特基于笔者以前的研究和结合新修订《反不正当竞争法》的规定,设专章探讨这一问题。

新修订的《反不正当竞争法》对于商业贿赂行为做了重要修改,如将受贿

方进行了类型化处理,特别是将交易对方的受贿主体限定为交易相对方的工作人员;删除了回扣的规定,但保留了与之关系密切的折扣和佣金规定,等等。这些规定的界限与相互关系如何认定,已在实践中产生诸多疑问。这些问题需要加强研究,更需要决策机关协调出明确的界限。

2017年《反不正当竞争法》修订整合了原法律中的相关内容,并将“引人误解的虚假宣传(表示)”修改为误导性宣传行为,使其适用范围覆盖到任何形式的误导性宣传,并使法律定位和判断标准更为清晰明确。而且,还通过禁止“刷单买信”等的规定使法律规定适应互联网环境下商业宣传的发展需求。

新修订的《反不正当竞争法》对于商业秘密保护只进行了文字修改,仅从文字而言没有实质性变化。当然,修改过程中对于职工的侵权地位曾经进行了探讨,立法说明也曾提出了明确的定位,但按照立法说明的定位会产生重要问题。职工在侵权中的定位问题仍值得认真研讨。

新修订的《反不正当竞争法》互联网专条(第12条)是此次法律修订新增设的内容,也是修订的亮点。该条规定是在总结实践经验的基础上,类型化一些互联网不正当竞争行为,并采取了概括性规定。这些规定在精确性上仍存在不少问题,适用中需要通过限缩解释、结合一般条款精神等方法确保其准确性。

当然,上述概览主要是立足于新修订的《反不正当竞争法》主要修改点进行的介绍,但本书内容更为丰富,远不是法条注释。

目 录

第一章 仿冒混淆行为 / 1

第一节 商业标志的反不正当竞争保护 / 1

一、商业标志的三种类型 / 1

二、商业标识的仿冒混淆行为 / 2

第二节 仿冒商品名称、包装和装潢等标识的混淆行为 / 7

一、与未注册商标的关系 / 7

二、2017 年法律修订的内容 / 13

三、商品标识的范围 / 14

四、“有一定影响”的含义和认定标准 / 26

五、“一定影响”的中性与价值性 / 42

六、特有性与显著性 / 46

七、相同或近似使用 / 52

八、混淆、误认 / 61

九、主观要件：擅自使用 / 76

十、商品标识的禁用规定 / 77

第三节 企业名称或姓名的仿冒混淆行为 / 77

一、企业名称与姓名的反仿冒保护 / 77

二、企业名称的范围和属性 / 79

三、国内企业名称的反仿冒保护 / 88

四、外国企业名称的保护 / 96

五、仿冒自然人姓名的行为 / 103

六、仿冒企业名称等行为的构成要件 / 107

第四节 域名等互联网标识的混淆行为 / 110

一、域名等互联网标识的独立保护 / 110

二、域名等仿冒混淆行为的构成 / 112

第五节 仿冒混淆行为的兜底条款 / 117

一、兜底条款中的三种情形 / 117

二、其他商业标识的仿冒混淆行为 / 118

三、整体行为性的仿冒混淆行为 / 119

第二章 商业标识冲突与不正当竞争行为 / 121

第一节 仿冒混淆中的商业标识权利冲突 / 121

一、商业标识权利冲突概述 / 121

二、商业标识权利冲突的仿冒混淆属性 / 124

第二节 商业标识权利冲突的定性标准 / 125

一、商业标识权利冲突定性的演变 / 125

二、商业标识权利冲突司法政策的演化 / 133

三、商业标识权利冲突的司法解释 / 138

四、小结 / 142

第三节 解决商业标识权利冲突的原则 / 143

一、解决商业标识权利冲突的原则概述 / 143

二、保护在先权利原则 / 145

三、维护公平竞争原则 / 151

第四节 商业标识冲突的具体类型 / 152

一、构成侵权或者不正当竞争的行为 / 152

二、在后字号与在先注册商标的冲突 / 153

三、将他人注册商标用作字号的不正当竞争行为 / 162

四、注册、使用域名侵犯注册商标专用权 / 185	
五、涉及在先企业名称的权利冲突 / 188	
六、域名之间及针对域名的侵权行为 / 194	
七、境外注册的商业标识与境内商业标识的冲突 / 195	
八、历史原因形成的权利冲突 / 202	
第五节 不构成违法的商业标识冲突 / 210	
一、不构成违法的权利冲突概述 / 210	
二、行政授权程序中的权利冲突 / 210	
三、行使合法权利行为或者善意使用行为 / 211	
四、有正当理由或者正当使用行为 / 212	
第六节 认定是否构成侵权的考量因素 / 218	
一、主观意图:善意和恶意 / 219	
二、商业标识的知名度 / 221	
三、权利的行使方式 / 222	
四、形式上的合法与实质上的合法 / 227	
第三章 误导性宣传行为 / 231	
第一节 法律条文修订前后的变化 / 231	
一、法律条文的合并 / 231	
二、例示性规定内容的变化 / 232	
三、由“引人误解”到“虚假或者引人误解” / 233	
四、明确规定后果要件 / 233	
五、误导性宣传的帮助行为 / 234	
第二节 误导性宣传的构成要素 / 236	
一、商业宣传的方式 / 237	
二、误导性宣传的两种形态 / 241	
三、误导性宣传的对象 / 243	
四、误导、欺骗的后果要件 / 245	
第三节 误导性宣传的判断标准 / 246	

一、修订前后法律标准的对比 / 246

二、判断误导性宣传的特殊情形 / 249

三、误导性宣传的判断标准 / 262

第四节 管制误导性宣传行为制度之比较 / 277

一、行为界定之比较 / 277

二、误导性宣传行为的判断标准之比较 / 284

三、实际受骗与可能受骗问题 / 291

第五节 误导性宣传的原告资格与赔偿责任 / 292

一、误导性宣传的原告资格 / 292

二、误导性宣传行为的赔偿责任 / 296

第四章 商业诋毁行为 / 300

第一节 商业诋毁行为概述 / 300

一、商业诋毁行为的含义 / 300

二、商业诋毁与误导性宣传 / 307

第二节 商业诋毁行为的构成 / 311

一、商业诋毁行为构成要件概述 / 311

二、商业诋毁行为的主体是经营者 / 314

三、商业诋毁行为的手段 / 315

四、商业诋毁的内容 / 319

五、商业诋毁行为的对象 / 321

六、主观意图和实际损害 / 323

第三节 涉知识产权的侵权警告与商业诋毁 / 325

一、侵权警告与自助行为 / 325

二、知识产权侵权警告的正当性 / 329

三、侵权警告的市场竞争属性 / 333

四、保护权利与维护公平竞争的利益平衡机制 / 340

五、侵权警告与商业诋毁 / 343

- 第五章 侵犯商业秘密行为 / 352
 - 第一节 商业秘密的权利属性 / 352
 - 一、不具有排他的独占性 / 352
 - 二、一种法定的权利 / 352
 - 三、具有资格限定性 / 355
 - 第二节 商业秘密保护的理论基础 / 356
 - 一、概述 / 356
 - 二、合同义务 / 357
 - 三、信任关系 / 358
 - 四、不当得利、侵占行为与不正当竞争 / 359
 - 第三节 商业秘密的构成要件 / 360
 - 一、商业秘密构成要件概述 / 360
 - 二、不为公众所知悉 / 363
 - 三、具有商业价值 / 377
 - 四、相应的保密措施 / 380
 - 第四节 技术信息和经营信息 / 392
 - 一、技术信息 / 392
 - 二、经营信息 / 395
 - 三、商业秘密中的客户名单 / 395
 - 第五节 侵犯商业秘密的事实认定与证据规则 / 406
 - 一、侵犯商业秘密案件的事实认定 / 406
 - 二、举证责任的分配 / 412
 - 三、“接触加近似”方式的可适用性 / 418
 - 四、侵犯商业秘密行为的推定 / 423
 - 五、举证责任的转换 / 427
 - 六、侵犯商业秘密案件中的鉴定 / 430
 - 七、涉及商业秘密的证据可否不经质证问题 / 439
 - 第六节 侵犯商业秘密的行为类型 / 441
 - 一、法定的行为类型 / 441

- 二、职工能否成为侵犯商业秘密的法律主体 / 442
- 三、以不正当手段获取商业秘密的行为 / 448
- 四、对不正当取得的商业秘密的披露等行为 / 449
- 五、来源正当但使用等不正当的行为 / 450
- 六、第三人的恶意或重大过失获取、使用或披露行为 / 452
- 七、不侵犯商业秘密的合法行为 / 454

第七节 职工“跳槽”与商业秘密保护 / 454

- 一、职工“跳槽”引起的商业秘密保护问题 / 454
- 二、劳动力自由流动与鼓励知识创新 / 457

第八节 竞业禁止与商业秘密保护 / 463

- 一、竞业禁止的含义 / 463
- 二、商业秘密保护中的竞业禁止 / 464
- 三、违反竞业禁止义务的法律后果与救济途径 / 468
- 四、商业秘密保护与择业自由和竞业自由 / 469

第九节 加强商业秘密保护的国际趋势 / 470

- 一、商业秘密成为知识产权 / 470
- 二、商业秘密保护法律的专门化 / 471
- 三、商业秘密保护的刑事化 / 471
- 四、商业秘密保护的国际化 / 472

第十节 侵犯商业秘密的民事责任 / 476

- 一、停止侵害的具体适用 / 476
- 二、确定损害赔偿额的方法 / 478

第六章 商业贿赂行为 / 480

第一节 商业贿赂行为概述 / 480

- 一、商业贿赂的不正当竞争性 / 480
- 二、商业贿赂法律规定的由来与修订 / 481
- 三、法律规定的三层含义 / 486

第二节 商业贿赂的构成要件 / 487

一、商业贿赂的主体要件 / 487	
二、商业贿赂的手段要件 / 492	
三、商业贿赂的目的要件 / 493	
四、回扣与商业贿赂 / 496	
第三节 折扣、佣金与商业贿赂 / 502	
一、折扣与商业贿赂的关系 / 502	
二、佣金与商业贿赂 / 502	
第七章 不正当有奖销售行为 / 505	
第一节 有奖销售及其类型 / 505	
一、有奖销售的界定 / 505	
二、有奖销售的类型 / 507	
第二节 不正当有奖销售行为的禁止 / 511	
一、法律规定的演变 / 511	
二、法律规定的修订 / 513	
三、禁止有奖销售的立法根据 / 514	
第三节 不正当有奖销售行为的类型 / 514	
一、不透明的有奖销售 / 514	
二、欺骗性有奖销售行为 / 515	
三、巨额抽奖式有奖销售 / 515	
第八章 互联网不正当竞争行为 / 517	
第一节 互联网不正当竞争行为概述 / 517	
一、互联网领域的市场竞争特性 / 517	
二、互联网特性对反不正当竞争的影响 / 519	
第二节 互联网专条的理解与适用 / 528	
一、互联网专条的形成与内容构成 / 528	
二、插入链接和强制进行目标跳转的行为 / 533	
三、误导、欺骗、强迫类行为 / 538	

四、恶意不兼容行为 / 542

五、其他妨碍、破坏行为 / 544

第三节 互联网不正当竞争行为的利益衡量 / 554

一、当前司法中侵权判断范式 / 554

二、多元素利益衡量的裁判方式 / 563

三、互联网不正当竞争的行为法判断范式 / 567

后 记 / 569

第一章 仿冒混淆行为

第一节 商业标志的反不正当竞争保护

一、商业标志的三种类型

商业标志(商业标识)是一个宽泛的概念,泛指在商业活动中具有识别性或者区分性的标识,也即用于区分商品(服务)、经营主体或者经营活动的市场标识。可以将这些区分商品或者服务、经营主体和经营活动的标识统称为商业标识。

根据标识对象的不同,商业标识分为区分商品(包括服务)来源的标识、区分经营主体的标识和区分经营活动的标识,这三类商业标识分别为商标(商品标识)、商号(营业主体标识)和域名(域名等)。例如,《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)第10条之二第1款第1项所列举的是商业标识混淆行为,包括以任何手段对于竞争者的营业主体(establishment)、商品(goods)或者工商业活动(industrial or commercial activities)造成混淆的行为。^[1]巴黎公约联盟总部和世界知识产权组织(WIPO)拟订的《关于保护驰名商标规定的联合建议》就是将商标、营业标识(business identifier)与域名(domain name)作

[1] Establishment 原来经常被翻译为营业所,但实质上应当是营业主体。比较流行的前者的中文翻译参见[奥地利]博登浩森:《保护工业产权巴黎公约指南》,汤宗舜、段瑞林译,中国人民大学出版社2003年版,第96页(中译文),第327页(英文)。后者参见[美]弗雷德里克·M.阿伯特等:《世界经济一体化进程中的国际知识产权法》(下册),王清译,商务印书馆2014年版,第904~905页。

为三种不同的标识。

商标泛指区别商品或者服务来源的所有标识,包括注册商标和未注册商标。而未注册商标则泛指注册商标以外的具有识别或者区分商品来源作用的任何标识,如《反不正当竞争法》第6条第1项规定的他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等标识。营业标识是区分生产经营主体即营业主体的标识,是生产经营者的表征或者标识。商号、企业名称都属于营业标识。

域名可以具有商业标识意义,但具有与营业标识和商标均不相同的特殊性。域名与他人营业标识(如他人的商标或者字号)的相同或者近似可以导致与其他经营主体产生联想或者混淆,与营业标识有其相近的一面,但其本身仍然表示经营活动,而不是直接标识营业主体;域名可以包括他人商标的内容,可以与他人商标产生联想或者混淆,但域名有其独特的构成内容和标识意义,不同于一般的商标。因此,域名被作为一种独立的商业标识。

商标、商号(或者企业名称)和域名(域名等),同样是我国市场中的三种基本商业标识。

二、商业标识的仿冒混淆行为

仿冒混淆行为是因使用与他人商业标识相同或者近似的商业标识,而容易产生市场混淆的行为。2017年修订的《反不正当竞争法》第6条序文中将其表述为“混淆行为”,但这显然是从结果角度界定的,从行为特征与结果相结合的角度表达这种行为,就是仿冒混淆行为。“仿冒”是擅自使用相同或者近似的商业标识;“混淆”是“引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”(《反不正当竞争法》第6条序文)。两者结合起来称为“仿冒混淆行为”,该称谓对该类行为特征的表述更为周全。

(一)禁止仿冒混淆行为的由来

对商业标识的仿冒混淆行为,是反不正当竞争法所禁止的最基本和最古老的传统不正当竞争行为。在一定意义上说,反不正当竞争法是从禁止商业标识的仿冒混淆行为开始的,商标法甚至是从其中发展和独立出来的。

例如,仿冒混淆行为是《巴黎公约》最先列举出来的不正当竞争行为类型。1900年修订该条约时引进反不正当竞争条款,但未设列举性规定。1925年海

牙修订会议之前,制止欺诈性商业竞争行为是一个重要关注点。此次会议形成了一般条款与例举特定行为的条文结构,基本形成了现在这种模式;但不正当竞争的规定还仅限于针对商品的行为,且只规定了市场混淆和商业诋毁行为。例如,其中第10条,第1项、第2项分别为,“以任何方式造成与竞争者的商品(goods)混淆的所有行为”,“在商业中诋毁竞争者商品的虚假表示”。1934年伦敦修订会议就广泛的修订内容进行了讨论,但收效甚微,最后只是扩展了行为的作用对象,即认为1925年海牙文本只适用于对商品的混淆和诋毁,而服务、企业或者工商业活动本身也需要如此保护,因而将“商品”扩展为“企业、商品或者工商业活动”。^[1]其中,此类混淆可由使用相同或者近似商标或者商号所造成,且经常由这方面的特别立法所禁止。使用包装、宣传语、企业的地址和其他特性等所造成的混淆,也是如此。^[2]

我国《反不正当竞争法》对于仿冒混淆行为的规定本身具有落实《巴黎公约》规定的意蕴,^[3]当然也是遏制国内市场上假冒行为的需要。1993年《反不正当竞争法》第5条第1项、第2项、第3项涉及仿冒注册商标、未注册商标(知名商品特有名称、包装、装潢)和市场主体标识(企业名称和姓名)。但是,注册商标已另由商标法进行规定;而未注册商标又不限于这些类型,且除此之外还有经营活动的标识(如域名)。司法实践中已将域名、网站名称等纳入反不正当竞争范围。这些标志不属于传统的未注册商标和市场主体标识。例如,最高人民法院专门就涉及计算机网络域名注册、使用等行为的民事纠纷制定了《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2001]24号)。其中第7条第1款规定,“构成不正当竞争的,可以适用民法通则第四条、反不正当竞争法第二条第一款的规定”。在总结司法实践经验的基础上,根据现实需求,2017年修订的《反不正当竞争法》第6条对于未注册商标、市场主体标识和经营活动标识分别作出规定。修订后的法律与巴黎公约的规范范围更加一致。

[1] 参见孔祥俊:《论反不正当竞争法的现代化》,载《比较法研究》2017年第3期。

[2] 参见[奥地利]博登浩森:《保护工业产权巴黎公约指南》,汤宗舜、段瑞林译,中国人民大学出版社2003年版,第96页(中译文),第327页(英文)。

[3] 参见黄宇蓝:《中美知识产权三十年》,广西人民出版社2013年版,第78~79页。