

反不正当竞争法的创 新性适用

孔祥俊 著

(kindle 笔记)

整理：王晶律师（www.wangjinglvshi.com）

时间：2018年5月6日

目录

前言.....	1
第1章 正当竞争与不正当竞争.....	1
一、从竞争机制上界定正当性.....	1
二、不正当竞争的认定标准.....	2
第2章 自由竞争与公平竞争.....	2
一、自由以公平为前提和条件.....	3
二、模仿自由与不正当竞争.....	3
三、一般知识技能的利用自由和择业自由.....	3
四、3Q大战案对于公平与自由关系的阐释.....	3
第3章 日常道德与商业伦理.....	4
一、商业伦理标准.....	4
二、公认的商业道德.....	5
三、效率取向的“正当性”判断标准.....	5
第4章 经营者保护与消费者保护.....	5
一、经营者保护、消费者保护与不受扭曲的竞争.....	6
二、经营者的行为标准.....	6
三、消费者福利.....	6
第5章 一般条款与特别规定.....	6
一、定义性条款与一般条款.....	6
二、一般条款的可单独适用性.....	7
三、一般条款限制性适用的取向.....	7
四、一般条款与类型化行为规定.....	7
五、一般条款的适用条件.....	7
六、适用一般条款的司法实践.....	7
第6章 狭义与广义的竞争关系.....	9
一、竞争关系的广义化发展.....	9
二、竞争关系原则上是经营者之间的关系.....	10
三、竞争关系不限于同业经营者之间的关系.....	10
四、民事救济必须以受到损害为前提.....	10

第7章 遏制行为与保护法益	10
一、权利与法益的区分	10
二、法意保护的的特殊性	10
三、违法行为不产生法益	10
四、法益与法益意思	11
五、竞争优势与商业机会	11
六、制止行为与保护法益的关系	11
第8章 条文性适用与精神性适用	11
一、以立法精神指导条文适用	11
二、关于实质性司法	12
三、关于类推适用	12
四、关于扩张与限缩性适用	12
第9章 专门保护与补充保护	12
一、有限的补充（兜底）保护	13
二、必要的和有益的补充	13
附录1 反不正当竞争法司法解释解读	14
附录2 商业标识权利冲突司法解释解读	15

前言

我国反不正当竞争法以原则和抽象著称，这既增加了其适用的难度，又留有大量创造性适用的余地。这种特点恰恰成就了该法，使其能够与时俱进地适应新情况和解决新问题，反而成为其长处和优势。究其原因，一是该法关于各类不正当竞争行为的规定具有较大的灵活性和包容性，有较大的解释和适用余地；二是该法第2条充分发挥了一般条款的作用，使该法能够及时延及新领域（如立法时尚未出现的互联网及其他新兴市场领域）和规范新行为；三是该法关于竞争原则和不正当竞争行为的规定源于巴黎公约，并与国外的同类立法较为一致，反映了一般性的市场竞争标准和要求，具有准确的预见性、强大的概括力和旺盛的生命力。

如巴拉克所说：“法律的含义在司法决定之前与之后是不同的。就疑难案件来说，在裁决之前存在若干可能的选择。在裁决之后，裁决说什么法律就是什么。法律的含义发生了变化，新法律被创造出来。”

不仅是创设本不存在的规则属于创造，对于不明晰的规则进行明晰，或者改变已明晰规则的含义，同样都是创造或者创新。

第1章 正当竞争与不正当竞争

正当竞争与不正当竞争的划定标准是多角度和多层次的，需要全方位把握，本文以下内容实质上都是从不同角度和层面对于划定标准的分析，如公平与自由、商业道德与日常生活道德以及经营者利益与消费者利益都是其重要体现，但首先要从竞争机制和竞争目的上进行划定和衡量。

一、从竞争机制上界定正当性

在市场竞争中，正当的竞争应当是以最低的价格和最高的质量提供商品或者服务，健康的竞争机制就是鼓励以质优价低的方式从事竞争的机制。偏离这种轨

道的市场竞争就是不正当竞争。

竞争正当性判断的定位点在于效能竞争理论，即是否以自己的商品或服务的优质优价即自己经营活动的业绩去展开竞争

根据国外发展历程和国外学者的归纳，随着市场经济的发展，反不正当竞争法的基础先后经历了由竞争者保护、消费者保护再到维护不受扭曲的竞争的扩展性变化，即最初的着眼点是保护竞争者，后来扩展到保护消费者，再后来扩展到在保护消费者利益的基础上保护公众利益，体现为保护不受扭曲的竞争。

反不正当竞争法所确立的主要是先合同（订立合同之前）领域的商业行为规则（后来有的国家的反不正当竞争法又介入了合同中的行为）

健康的竞争机制是衡量竞争行为正当性的根本标准。

巴黎公约将不正当竞争行为界定为在工商业活动中违反诚实商业惯例的行为。

二、不正当竞争的认定标准

我国反不正当竞争法第 2 条第 1 款以竞争原则的方式对于竞争行为正当性的基本标准做出了规定，尽管使用了多个措辞，但是其核心是竞争行为的公平性标准。

现代竞争法具有三种目的，即保护竞争者、保护消费者以及为保护一般公众利益的维护竞争”。

第 2 章 自由竞争与公平竞争

反不正当竞争法更侧重于维护市场竞争的公平，不正当竞争就是不公平竞争。

一、自由以公平为前提和条件

竞争自由是原则，不正当竞争为由对于竞争行为进行限制是例外。

知识产权尤其是工业产权多与市场竞争有关，各类知识产权都是一种独占权，独占本身既具有抑制竞争的属性，又具有促进竞争的属性。

凡专门法已作穷尽规定的法律领域，原则上不再运用反不正当竞争法扩展保护，为自由竞争留下空间。

二、模仿自由与不正当竞争

这条界线的移动，不仅因特定法官而异，也随着各个国家以及文化上的态度而变。”

对商品包装、装潢的设计，不同经营者之间可以相互学习、借鉴，并在此基础上进行创新设计形成有明显区别的各自商品的包装、装潢。这种做法是市场经营和竞争的必然要求。

三、一般知识技能的利用自由和择业自由

妥善处理保护商业秘密与自由择业、涉密者竞业限制和人才合理流动的关系，维护劳动者正当就业、创业的合法权益，依法促进劳动力的合理流动。职工在工作中掌握和积累的知识、经验和技能，除属于单位的商业秘密的情形外，构成其人格的组成部分，职工离职后有自主利用的自由。在既没有违反竞业限制义务，又没有侵犯商业秘密的情况下，劳动者运用自己在原用人单位学习的知识、经验与技能为其他与原单位存在竞争关系的单位服务的，不宜简单地以反不正当竞争法的原则规定认定构成不正当竞争。”

四、3Q 大战案对于公平与自由关系的阐释

经营者对于他人的产品、服务或者其他经营活动并非不能评论或者批评，但

评论或者批评必须有正当目的，必须客观、真实、公允和中立，不能误导公众和损人商誉。经营者为竞争目的对他人进行商业评论或者批评，尤其要善尽谨慎注意义务。”

技术本身虽然是中立的，但技术也可以成为进行不正当竞争的工具

反不正当竞争法旨在维护市场竞争的公平，而反垄断法则在于维护竞争自由

第 3 章 日常道德与商业伦理

认定竞争行为是否违背诚信或者商业伦理，往往需要综合考虑经营者、消费者和社会公众的利益，需要在各种利益之间进行平衡。

我国反不正当竞争法综合考量（兼顾）经营者、消费者和社会公共利益，但在不同利益冲突时，通常应当更多地考虑消费者和社会公共利益。

可以说，商业上的诚信是最大的商业伦理。

一、商业伦理标准

“反不正当竞争法是维护商业伦理的法律。”

首先，这里的商业伦理显然不是日常生活意义或一般社会价值判断上的善恶美丑，不是经营者品德是否良善之类的日常道德评判，而是商业社会或者市场竞争的公平性。

其次，仅仅是商人行为标准有时又是不够的。商人行为标准有时还需要从消费者或者社会公众的角度进行判断，进行必要的伦理矫正。“

再次，商业道德标准是一种不同于日常生活道德的经济伦理标准。

最高人民法院在山东食品公司与马达庆等不正当竞争案件中首次明确提出经济人伦理标准[16]，即以特定商业领域普遍认识和接受的伦理标准，认定是

否违反公认的商业道德，防止将商业道德简单等同于个人道德或者社会公德，不适当地扩张不正当竞争行为的范围。

即：“正确把握诚实信用原则和公认的商业道德的评判标准，以特定商业领域普遍认同和接受的经济人伦理标准为尺度，避免把诚实信用原则和公认的商业道德简单等同于个人道德或者社会公德。”

二、公认的商业道德

首先，这意味着，合乎商业道德的判断所依据的是商业活动中实际的或者客观的做法或者惯例。

商业（行业）惯行和消费者福利是认定商业伦理的重要依据。

其次，公认的商业道德可以追求实际的商业良好行为，但不能理想化。

公认的商业道德需要根据特定商业领域和个案情形具体确定，特定行业的一般实践、行为后果、交易双方的主观状态和交易相对人的自愿选择等都可能成为考虑因素。

三、效率取向的“正当性”判断标准

在不正当竞争行为的判断中，有两种典型的“正当性”标准：一种是社会价值意义上的正当性，另一种是基于“经济”理论的“效率”观念，为英美国家所信奉。

第 4 章 经营者保护与消费者保护

经营者的诚实商业（行业）惯例和消费者福利是认定不正当竞争行为的双重角度。

一、经营者保护、消费者保护与不受扭曲的竞争

在保护对象上，反不正当竞争法经历了由保护诚实经营者到消费者的发展过程。

二、经营者的行为标准

巴黎公约将不正当竞争行为界定为违反工商业惯例的行为。世界知识产权组织（WIPO）组织撰写的《反不正当竞争示范法》[13]将不正当竞争行为界定为工商业活动中违反诚实商业惯例（honest practices）的任何行为或者做法（any actor practice）。

行业协会的公约等无疑是一个认知行业惯例的重要途径。

三、消费者福利

在依据一般条款认定不正当竞争行为时，应当将是否损害消费者利益作为重要判断标准，包括将其作为认定是否违反诚实商业惯例的重要标准。

如在黄金假日旅行社与携程公司不正当竞争案件中，法院认为：“由于消费者并不属于《中华人民共和国反不正当竞争法》所规定的经营者的范畴，消费者的权益受到侵害应当由其他法律关系调整，因此，黄金假日旅行社以消费者合法权益受损为由对携程公司提起的不正当竞争诉讼，没有法律依据，在本案中亦不作审查。”[25]这段论述似乎混淆了直接保护与间接保护的界限，从消费者受损的角度判断竞争行为的不正当性本身并无问题。

第 5 章 一般条款与特别规定

一、定义性条款与一般条款

我国反不正当竞争法以我国的特殊方式界定了不正当竞争行为。

二、一般条款的可单独适用性

司法解释、司法实践和理论界的主流态度支持该条规定作为一般条款。

三、一般条款限制性适用的取向

对于一般条款的适用要适当，适用标准太宽松会导致不适当干预市场竞争，适用标准太严格会不能发挥应有作用。

四、一般条款与类型化行为规定

在一般规定与特别规定的关系上，如果特别规定穷尽了保护事项，就会排斥一般规定的适用。

五、一般条款的适用条件

最高人民法院裁定对于反不正当竞争法第 2 条作为一般条款的适用条件进行了阐释，即总体而言，适用反不正当竞争法第 2 条第 1 款和第 2 款认定构成不正当竞争应当同时具备以下条件：一是法律对该种竞争行为未作出特别规定；二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害；三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性，这也是问题的关键和判断的重点。

六、适用一般条款的司法实践

（一）不正当谋取竞争优势的行为：

1、涉及商业标识权利冲突的不正当竞争行为。

北京国民保险代理有限公司速国民人寿保险股份有限公司案。（2006）一中民初字第 1727 号民事判决书。北京市第一中级人民法院。

2、恶意设置网络搜索关键词。

华盖创意（北京）图像技术有限公司诉上海映脉文化传播有限公司、北百度网讯科技有限公司、百度在线网络技术（北京）有限公司、上海市展宇网络图片设计有限公司不正当竞争案。（2011）一中民终字第 1137 号民事判决书。北京市第一中级人民法院。

3、抄袭广告宣传。

青岛海龙保健品研究所诉北京御生堂保健品有限公司等案。（2004）海民初字第 578 号民事判决书。北京市海淀区人民法院。

4、抄袭网页内容。

北京安泰科信息开发有限公司诉亿特网华信息技术（北京）有限公司案。（2005）二中民终字第 00045 号民事判决书。北京市第二中级人民法院。

5、篡改商品（服务）的联系信息。

北京国信创新科技有限公司诉北京金鑫众力有限公司。（2009）海民初字第 21800 号民事判决书。北京市海淀区人民法院。

6、利用其他经营者的信息。

北京世涛防腐材料有限公司诉北京帅臻高科技有限公司。（2006）一中民初字第 1727 号民事判决书。北京市第一中级人民法院。

（二）破坏他人竞争优势的行为

1、破解技术措施。

北京世纪超星信息科技技术发展有限公司诉北京书生数字图书馆软件技术有限公司不正当竞争案。（2009）一中民终字第 4658 号民事判决书。北京市第一中级人民法院

2、抵制或干扰软件运行。

百度在线网络技术（北京）有限公司诉北京三七二一科技有限公司不正当竞争案。（2005）一中民终字第 4543 号民事判决书。北京市第一中级人民法院

（三）其他不正当竞争行为

1、特有艺术品的名称。

北京泥人张艺术开发有限公司诉北京泥人张艺术品有限公司不正当竞争。（2006）二中民初字第 01017 号民事判决书。北京市第二中级人民法院。

2、涉嫌冒充他人作品。

湖南王跃文诉河北王跃文著作权侵权及不正当竞争案。（2004）长中民初字第 221 号民事判决书，湖南省长沙市中级人民法院。

3、数据库。

北京精有时代信息技术发展有限公司诉都邦财产保险有限公司。（2010）朝民初字第 23542 号民事判决书。北京市朝阳区人民法院。

第 6 章 狭义与广义的竞争关系

笔者的基本见解是区分狭义的和广义的竞争关系，反不正当竞争法一般应做广义的理解。

鉴于实践中有时对竞争关系的理解过于狭窄和严格，最高人民法院要求“准确理解反不正当竞争法所调整的竞争关系” [5]，并曾对此予以澄清。

一、竞争关系的广义化发展

在许多情况下对于竞争关系的理解不宜如此狭义，只要实质上是以损人利己、食人而肥、搭车模仿等不正当手段进行竞争、获取竞争优势，就可以认定构成不正当竞争行为。

二、竞争关系原则上是经营者之间的关系

凡参与经营活动的人都可以视为经营者。

三、竞争关系不限于同业经营者之间的关系

笔者曾经将竞争关系划分为三种类型，即同业者之间的竞争关系、为自己或者他人争取交易机会所产生的竞争关系以及因破坏他人竞争优势所产生的竞争关系。

四、民事救济必须以受到损害为前提

“有权提起不正当竞争诉讼的人须与被告之间存在特定、具体的竞争关系

当事人可以主张民事权利的虚假宣传行为，应当符合经营者之间具有竞争关系、有关宣传内容足以造成相关公众误解、对经营者造成了直接损害这三个基本条件。

第 7 章 遏制行为与保护法益

一、权利与法益的区分

民法理论则是区分权利与利益的。

二、法意保护的的特殊性

三、违法行为不产生法益

即使被诉行为人对其使用的商品包装装潢拥有外观设计专利权，人民法院仍应以诚实信用原则、保护在先权利等为指引，对被诉行为实质上是否构成擅自使用知名商品特有包装装潢的不正当竞争行为作出裁决。

四、法益与法益意思

例如,《中华人民共和国商标法》第 31 条(新法第 32 条)规定的“不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标”,所要求的是“他人已经使用”,即自己的使用。如果客观上被他人用作称呼自己商品的名称,自己并未作商标使用,应当不能算作“已经使用”,不能产生商标权益。

五、竞争优势与商业机会

六、制止行为与保护法益的关系

有的西方学者指出,许多可诉的不正当竞争行为多是基于市场参与者的权利以及其商誉和营业的保护,而不是这些权利的侵权者的可责行为。

按学者的解释,财产与准财产的区别是,财产赋予排斥其他所有人的权利,而准财产仅赋予排斥特定人的权利,即所排斥的是通过侵占他人率先经劳动获取的成果权益而食人而肥的那些人。

对于反不正当竞争法第 2 条第 2 款规定的“损害其他经营者的合法权益”中的“合法权益”,不能简单地作特定权利或者权益的理解,凡不具有特定权益基础而行为具有不正当竞争性的,同样可以通过遏制行为的方式保护法益,此时损害的法益可能具有一般性和特定性,不同于权利保护型的法律要求,不以保护特定(特定化)权益为基础。

第 8 章 条文性适用与精神性适用

一、以立法精神指导条文适用

(一) 禁止食人而肥和搭便车

(二) 禁止不正当地投机取巧和巧取豪夺

（三）维护商业伦理

反不正当竞争法的精髓是维护商业伦理或者商业道德，这与维护竞争自由的反垄断法形成鲜明的对比。

（四）刺激革新与鼓励竞争

二、关于实质性司法

最高人民法院在裁定中认为，反不正当竞争法调整的商业诋毁行为并不要求行为人必须直接指明诋毁的具体对象的名称，但商业诋毁指向的对象应当是可辨别的；反不正当竞争法没有对商业诋毁的语言作出限制，诋毁语言并不一定要求有感情色彩。

三、关于类推适用

其一，知名商品特有名称、包装和装潢适用商标的一般法律规定。其二，对于一些商业标识是否纳入知名商品特有名称、包装和装潢保护，要立足于商业标识的本质，不仅仅拘泥于形式。其三，根据未注册商业标识保护的本质共通性，可以将知名商品特有名称等规定作为体系解释用。

四、关于扩张与限缩性适用

首先，反不正当竞争法所规制的引人误解的虚假宣传行为，主要针对的是商品或服务市场。

将片面陈述真实事实而引人误解的情形纳入引人误解的虚假宣传的调整范围，也是从实质上认定引人误解的虚假宣传行为的一种典型情形。

第9章 专门保护与补充保护

反不正当竞争法与商标法的关系尤其密切，有些国家甚至将商标法作为反不

正当竞争法的一部分。

一、有限的补充（兜底）保护

反不正当竞争法也可以在知识产权法之外，在特定条件下对于某些民事权益提供有限的、附加的补充性保护。

指出：“商品的装潢的字面含义是指商品的装饰，它起着美化商品的作用。一般而言，凡是具有美化商品作用、外部可视的装饰，都属于装潢。在外延上，商品的装潢一般可以分为如下两种类型：一类是文字图案类装潢，即外在于商品之上的文字、图案、色彩及其排列组合；另一类是形状构造类装潢，即内在于物品之中，属于物品本体但具有装饰作用的物品的整体或者局部外观构造，但仅由商品自身的性质所决定的形状、为实现某种技术效果所必需的形状以及使商品具有实质性价值的形状除外。

认定形状构造类装潢构成知名商品特有装潢，需要有更加充分的证据证明该种形状构造起到了区别商品来源的作用。

这些条件一般至少包括：1. 该形状构造应该具有区别于一般常见设计的显著特征。2. 通过在市场上的使用，相关公众已经将该形状构造与特定生产者、提供者联系起来，即该形状构造通过使用获得了第二含义。

之所以强调反不正当竞争法附加保护的有限性而限制其适用范围，尤其是限制以一般条款个案认定不正当竞争行为的适用，主要是为了维护竞争自由和防止过多侵占公有领域（公有领域因过多的独占性保护而被侵占）。

二、必要的和有益的补充

笔者认为，一般情况下在非类似商品上使用与知名商品相同近似的商品名称或者包装装潢，不构成不正当竞争，但确实足以导致误认误购（市场混淆）、搭便车而情节严重，构成以不正当手段谋取竞争优势，显然具有不正当性的，依据反不正当竞争法第 2 条（甚至第 5 条第（2）项）认定为不正当竞争行为，似乎

合乎反不正当竞争法的精神，也可以发挥其对于商标法的灵活的、有益的和必要的补充作用。

附录 1 反不正当竞争法司法解释解读

二、关于仿冒行为

对于如何认定商品是否知名，曾经有两种主要的不同意见。一种意见主张推定知名，即只要商品特有的名称、包装和装潢被他人擅自使用，就推定其具有知名度。另一种意见主张举证证明，即知名商品既然是此类不正当竞争行为的构成要件，按照“谁主张、谁举证”的原则，是否知名仍需要通过举证证明。司法实践中大多数法院采取的是该种意见。《解释》采纳了第二种意见，

据此，《解释》立足于制止不正当竞争和防止市场混淆的立法意图，采取了一种折中性的思路。首先，对于知名商品特有的名称、包装和装潢主要在其知名的地域范围内进行保护，但并不以此为限。即使在他人知名的地域范围之外，倘若恶意使用（擅自使用）他人知名商品特有的名称、包装和装潢，也可以认定构成不正当竞争行为。因为，这种行为可能恶意阻碍他人潜在的市场进入。其次，不知道他人先存在的知名商品特有的名称、包装和装潢，在不同的地域使用相同或者近似的商品名称、包装和装潢的，构成善意使用，不应当认定为不正当竞争行为。

对外国企业名称的保护，则不要求其必须已在我国登记注册，但应要求已在我国作商业使用。

四、关于侵犯商业秘密行为

这意味着“不为公众所知悉”应当同时具备不为“普遍知悉”和“并非容易获得”两个具体条件。

实际上，那种具有直接的应用价值、能够积极地提高权利人竞争优势的信息，学理上可以称为积极信息；那种对于权利人而言不再能够创造新价值，但保守秘

密仍可以使其维持竞争优势的信息，可以称为消极信息。

商业秘密中的客户名单，不能是简单的客户名称，而通常必须有名称以外的深度信息。

附录 2 商业标识权利冲突司法解释解读

二、关于注册商标与在先权利冲突民事纠纷的受理

当事人虽已提出商标的注册申请，但该商标并未由商标行政主管部门核准注册的，他人对该使用行为可以提起民事诉讼。

对那些实际使用行为在先而获得商标注册在后的被诉侵权行为，人民法院可以直接受理并对获得商标注册前后的全部被诉侵权行为一并作出审查判断。如果不允许人民法院对获得商标注册前后的全部被诉侵权行为一并作出审查判断，必然会导致对权利人民事权利救济的不及时和对侵权人规避侵权责任的放纵。

三、关于企业名称之间冲突纠纷的解决>位置 4641 当某一企业名称字号的知名度超出登记注册机关的辖区时，对其名称的反不正当竞争保护就应超出登记注册的辖区范围，在其知名度的区域内给予保护，以制止擅自登记使用他人具有知名度的企业名称字号，造成市场混淆和利用他人声誉的不正当竞争行为。换言之，知名度超出登记机关辖区的，在其知名地域内受反不正当竞争法的保护。

四、关于权利冲突民事案件案由的确定

又如涉及企业名称之间的权利冲突的案件，原告请求依据反不正当竞争法第 5 条规定保护其企业名称权的，案由可以确定为“擅自使用他人企业名称纠纷”。