

## 不正當競爭案件審判疑難問題 研討會綜述

由北京市第一中級人民法院、中國知識產權培訓中心主辦的“不正當競爭案件審判疑難問題研討會”於2012年10月31日在北京中國知識產權培訓中心舉行。《反不正當競爭法》自1993年頒佈以來，在實施的近20年中從未進行過修訂，相比其他知識產權部門法，其立法修訂工作明顯滯後；同時，市場經濟不斷發展，市場行為不斷翻新，給競爭領域的審判實踐不斷帶來挑戰和衝擊。為此，北京市第一中級人民法院知識產權庭於2011年底專門成立了“不正當競爭審判疑難問題研究”課題組，針對實際案件中的疑難問題進行梳理和研究，試圖摸索出符合此類案件內在規律的行之有效的審理標準。此次研討會對課題報告的初步研究成果進行了論證，參會的法律專家和實務工作者就研究課題中所提出的問題進行了積極而富有成效的探討。以下簡要介紹課題組的研究成果和與會者的觀點：

### 1. 《反不正當競爭法》的基本理論

首先，《反不正當競爭法》(簡稱“反法”)是一部行為法，並非設權法，其基本價值是要保護公平競爭。其欲制止的行為主要包括兩類：一是利用或削弱其他經營者競爭優勢的行為；二是擾亂正常的市場競爭秩序的行為。其次，只有符合《民事訴訟法》第108條的規定，能夠證明其因不正當競爭行為受到現實損害，即屬於與不正當競爭行為具有“直接利害關係”的主體，才能具備原告資格。而對於“經營者”的概念應該作寬泛的理解，不論是否進行了商業登記或是否以營利為目的。再次，關於被告主體資格的確定，一種觀點認為，被告必須與原告存在競爭關係；另一種觀點認為，只要有損害行為即可，不考慮競爭關係。

#### 與會者主要觀點：

- 關於“反法”的基本價值，近些年有人提出“反法”一方面要維護公平競爭，另一方面要保護投資和投資人。但“反法”最根本的價值還是鼓勵和保護公平競爭。

- 贊成報告對“經營者”作更寬泛的解釋，以彌補“反法”制定時的局限性，且現行相關司法解釋已經突破了傳統“經營者”的範圍。

- 原告主體不應僅限於經營實體，例如當事人依據其有知名度的筆名和姓名，應當可以提起反不正當競爭訴訟。

### 2. “反法”第二條原則條款的適用

司法機關適用“反法”第二條認定除第二章規定的十一種具體行為以外的不正當競爭行為，這種做法符合立法宗旨，具備法理基礎，具有實踐價值，應當得到肯定。但適用第二條認定不正當競爭行為很難找到可以統一適用的標準或要件，因而應當通過具體案件類型化的方法使其核心含義更加清晰。這部分案件可以分為兩類。一類是利用他人競爭優勢的案件，例如直接利用稅務登記等信息冒充他人的案件、惡意設置搜索關鍵詞的案件、抄襲他人廣告文案或網頁內容的案件等。另外一類是破壞他人競爭優勢的案件，例如破解他人技術措施的案件以及抵制或干擾他人軟件運行的案件等。適用第二條的重點應當是判斷涉案行為是否違反了誠實信用原則和公認的商業道德，從這個角度出發，“惡意”應當是這類案件的主觀要件。當然，適用第二條認定不正當競爭行為也應當受到必要的限制。首先，具體條款能夠調整的行為不應當適用原則條款；其次，有觀點認為，“反法”是其他知識產權法的補充，凡是知識產權法已經做出專門規定的，就不應在“反法”中尋求保護，只有在傳統知識產權法不能提供救濟時，才能適用“反法”原則條款予以調整。

#### 與會者主要觀點：

- 適用原則條款認定不正當競爭行為非常必要，即使將來“反法”修改後，原則條款仍是必要的。

- 適用原則條款的行為是否必須以惡意為要件值得斟酌。從消費者角度來看，惡意與否不是很重要，發生混淆並不以惡意為條件。

- 應當通過審判實踐劃清正當競爭行為與不正當競爭行為的界限。建議法院在適當時候以典型案例的形式總結經驗。

### 3. 商業標記的《反不正當競爭法》保護

首先，關於假冒註冊商標，“反法”與《商標法》的規定並無不同，因此建議“反法”取消對於假冒註冊商標的規定，統一適用《商標法》的規定。其次，關於知名商品或服務的特有的名稱、包裝、裝潢，課題組認為，應當考慮特有的名稱或包裝、裝潢是否知名，而並非商品、服務是否知名；只要可以起到識別作用，不論其形式如何，都應當比照未註冊商標予以保護，適用混淆原則，

但不能給予跨類保護。另外，應當考慮主觀惡意要件，即考慮行為人主觀上是否明知或應知，可以根據實際情況進行推定。最後，關於企業名稱的保護。企業名稱並非登記即獲保護，應以使用為前提，對於其保護的範圍，應限定在使用於相同或類似商品或服務上，同時在主觀要件上，也應當考慮是否惡意。此外，對於企業名稱與其他權利的衝突，現有做法是保護在先權利。

與會者主要觀點：

- 同意報告中關於知名的應當是特有名稱、包裝、裝潢，而並非商品、服務知名的觀點。晨光筆案即可佐證，知名的是“晨光筆”這一特有名稱，而並非筆這種商品。

- 在企業名稱權與在先其他權利衝突的問題上，不宜將在先權利看得過於重要，因為現實中可能存在權利上睡覺的情況，應結合利益平衡的原則和具體案情，作出更有利於市場競爭的裁判。

- 課題組在對商品特有名稱、包裝裝潢的研究外，應當對於“服務”給予更多關注。

#### 4. 商業秘密的反不正當競爭法保護

商業秘密案件的一般審理思路，是首先要求原告明確要保護的商業秘密的具體內容；接下來法院認定涉案商業秘密是否符合三性的要求；然後是對侵權行為的認定；最後由法院確定責任承擔。目前大量案件的難點都在第一步，即原告明確商業秘密的具體內容。在商業秘密的祕密性、保密性、實用性和價值性中，祕密性是重點。對於認定存在需要保護的商業秘密的舉證問題上，目前存在兩種思路，一是原告舉證，二是由於原告對“不為公眾知悉”的消極事實舉證非常困難，因此，被告應當舉出反證。在審理客戶名單這類案件時，應當考察客戶名單整體的祕密性和是否包含“深度信息”。對於侵犯商業秘密的指控，常見的抗辯理由包括合法來源抗辯、反向工程抗辯、個人信賴抗辯等。此外，在商業秘密案件中刑事和民事程序的交叉問題也值得關注。

與會者主要觀點：

- 在對商業秘密內容的審查中，應當由原告舉證，但實踐中，權利人及代理人往往缺乏對商業秘密內容的認知和舉證能力，因此應當適當降低權利人的舉證責任。

- 目前大多企業商業秘密的形式都是公司的動態的信

息，往往是案發後才會發現商業秘密被侵犯。因此，原告訴訟時只能臨時組織證據，故不應對原告舉證要求過高。

- 對於商業秘密到底應當遵循權利規則，還是義務規則的問題，應當繼續探討。

- 第三人善意取得商業秘密是否是不正當競爭行為，報告尚未涉及，應當予以補充和完善。

- 新《刑事訴訟法》對於鑒定的質證程序進行了調整，建議民事和刑事程序最好統一，加強兩個部門法的銜接，避免司法資源浪費。

- 法官應更注重對商業秘密的形式審查，過多關注實質審查可能會進入誤區，如著名的杜邦案就是更多地對形式（如獲取商業秘密的方式等）進行審查。如此判斷更為準確、便捷，且易於判斷被告是否存在主觀惡意。

#### 5. 商業秘密與競業禁止的關係

企業存在商業秘密，職工知悉其商業秘密，並負有保密義務，這是離職競業禁止協議有效的前提條件。如果離職職工同時違反競業禁止協議和侵犯商業秘密的，存在競合的可能。根據英國的判例，有針對性地招募競爭對手的離職員工，原則上不屬於不正當競爭行為。在我國現有的法律制度下若不存在離職競業禁止協議，則不能以保護商業秘密或制止不正當競爭行為為由，責令當事人在離職後禁止從事特定商業活動。

與會者主要觀點：

- 企業與員工簽訂競業禁止協議是一個減少成本的方法，如果競業禁止協議的效力要以存在商業秘密為前提，可能起不到其應有的作用。

- 競業禁止協議只有以存在商業秘密為前提才有效力，否則可能影響人才自由流動，有損其帶來的價值。以美國為例，協議中限制人才流動的條款都是無效的，除非事關商業秘密。

#### 6. 對虛假宣傳、商業詆毀、比較廣告的不正當競爭規制

對虛假宣傳行為提起民事訴訟的原告應該是虛假宣傳直接針對的對象或遭受損害的同業經營者，曾有案例認定行業協會也屬於同業競爭者。虛假宣傳的重點是“引人誤解”而並非“虛假”，即只要“引人誤解”，那麼即便宣傳內容是真實的，仍可能構成“虛假宣傳”。

商業詆毀行為的構成要件，一是雙方為具有競爭關係的經

營者，二是捏造、散佈虛偽事實，因此，引人誤解的事實不構成商業詆毀。此外，商業詆毀與侵犯法人名譽權也存在區別。其主觀狀態不同：商業詆毀是故意，侵犯法人名譽權是故意或過失；其主體不同：商業詆毀是具有競爭關係的經營者，侵犯法人名譽權是其他主體。

比較廣告是希望通過比較顯示自己的商品或服務優於其他競爭者的商品或服務的廣告。其類型包括直接或間接比較、批評性或依附性比較、客觀性或“反法”性比較。“反法”中涉及比較廣告的條款有第九條和第十四條，即虛假宣傳和商業詆毀。對於未構成虛假宣傳和商業詆毀的引人誤解的比較廣告如何規制，目前還是法律上的空白。建議修改“反法”第九條，將引人誤解的虛假宣傳中的“虛假”刪除，則該條規定亦可適用於比較廣告。

與會者主要觀點：

- 誠實信用原則是《民法》的根本原則，虛假廣告和商業詆毀都是《巴黎公約》規定的示例，應該遵循。上述行為的核心仍然是不實陳述。因此，只要內容是真實的，就不宜認定為虛假宣傳。

- 不可能存在不引人誤解的比較廣告，只是程度的問題，即誤解到什麼程度才應該被禁止。如果消費者在做消費決定時可以參考比較廣告收集儘可能多的信息，那麼，對比較廣告應當採取更容忍的態度。

#### 7. 不正當競爭行為的民事責任

目前，司法實踐中關於不正當競爭行為的民事責任以損害賠償為主，但在具體認定中，仍存在標準不一致的問題，主要原因是“反法”和司法解釋的相關規定不夠完備。課題組認為，在這種情況下，司法審判中應當可以借鑒《民法通則》、《侵權責任法》、《商標法》、《專利法》及司法解釋的相關規定。主要責任形式應當包括停止侵害、消除危險、排除妨礙、消除影響和恢復名譽、支付合理費用和損害賠償。

與會者主要觀點：

- 不正當競爭的民事責任中，重點在於制止不正當競爭行為，因此停止侵權是最重要的責任形式。

- 不正當競爭行為的民事救濟中，損害賠償並非總是必要的，例如虛假宣傳案件，就並非必須賠償損失。

- 關於停止侵權，要考慮案件的特殊性，例如客戶名單的商業秘密案件，不能停止和客戶進行交易，只能用賠償代替。

- 在不正當競爭行為能否歸於侵權行為尚未確定的情況下，不應機械套用侵權案件的思路，“反法”沒有提到的民事救濟措施亦不宜直接套用《民法通則》和《侵權責任法》的規定採用。

- 《民事訴訟法》修改後，“反法”的救濟也會更加完整。《新民法》增加的行為保全不只是禁止某種行為，也有命令實施某種行為的情況，對制止不正當競爭行為能夠起到助推作用。

#### 8. 《反不正當競爭法》與《反壟斷法》的關係

“反法”中有關低於成本價格銷售、非法搭售行為、公用企業濫用市場支配地位的規定，對於經營者的市場地位並沒有予以限定，課題組認為，在當事人不具備市場支配地位時，法律並無禁止的必要。因此，在《反壟斷法》實施後“反法”的上述規定已缺乏必要，建議刪除。

與會者主要觀點：

- 原則上同意報告的觀點，但是有些極端情況，例如在一家超市旁邊另開一家超市，低價銷售直到對方倒閉為止，這種行為是否無禁止的必要還需要探討。“反法”與《反壟斷法》在立法本意上可能對經營者市場地位的要求有所區別。

- 搭售行為對於消費者是有利的，從這個角度上考慮，如果搭售行為不違反《反壟斷法》的規定，那麼“反法”不應再禁止。■

(北京市第一中級人民法院知識產權庭 穆穎)