

产权组织成员国防止不正当竞争现状报告*

撰稿：荷兰阿姆斯特丹大学信息法研究所（IViR）教授兼主任
马丁·森夫特莱本（Martin Senftleben）先生

* 本报告中所表达的观点和意见完全由作者负责。本报告无意反映成员国或产权组织秘书处的观点。

读者须知

《产权组织成员国防止不正当竞争现状报告》是受世界知识产权组织委托，由荷兰阿姆斯特丹大学信息法研究所（IViR）教授兼主任 Martin Senftleben 先生与编写国家和地区报告的国际专家组合作完成的。该报告总结并探讨了哪些类别的不正当竞争行为（市场上的不公平行为）在各地的反不正当竞争立法和实践中发挥了作用。报告澄清了《巴黎公约》第 10 条之二在国家立法和判例法中的适用方式，阐明了世界各地判例和立法中形成的各类不公平行为（包括《巴黎公约》第 10 条之二所列举的行为类别和各国确定的其他类别）。国家和地区报告撰稿人如下：

Rodrigo V. Bermeo Andrade 先生，知识产权律师，Bermeo & Bermeo 拉丁美洲部负责人，厄瓜多尔基多（关于安第斯共同体的报告）

Tammy L. Bryan 女士、Akeem D. Rowe 先生和 Okera N. Hill 女士，George Walton Payne & Co. 律师事务所，巴巴多斯布里奇敦（关于加勒比地区的报告）

Irene Calboli 女士，美国沃斯堡德克萨斯农工大学法学院教授；澳大利亚墨尔本法学院高级讲师；新加坡社会科学大学客座教授（关于东盟的报告）

Christine Haight Farley 女士，美国华盛顿特区美利坚大学法学院信息司法和知识产权项目（PIJIP）教授和学院联合主任，美国华盛顿特区（关于加拿大和美国的报告）

Dev Saif Gangjee 先生，联合王国牛津大学法学院教授；印度德里国家法律大学客座教授（关于印度的报告和关于联合王国的报告）

Roberto Garza Barbosa 先生，墨西哥蒙特雷理工大学社会科学和政府学院教授（关于中美洲的报告）

Michael Handler 先生，澳大利亚新南威尔士大学法律和司法学院私法和商法学院教授（关于澳大利亚和南太平洋的报告）

Natalia Kapryrina 女士，俄罗斯联邦莫斯科国立国际关系学院（MGIMO）一体化研究系副教授（关于独联体的报告）

Pierre El Khoury 先生，黎巴嫩贝鲁特 Sagesse 大学的知识产权/ICT 专业律师和教授（关于阿拉伯地区的报告）

Milton Luc í dio Leão Barcellos 先生，Leão 知识产权事务所合伙人，Antonio Meneghetti 法学院教授，巴西阿雷格里港（关于南方共同市场的报告）

Nari Lee 女士，芬兰赫尔辛基汉肯经济学院教授（关于日本和韩国的报告）

林秀芹女士，厦门大学法学院教授，知识产权研究所（IPRI）所长；王轩先生，厦门大学知识产权研究所博士生（关于中国的报告）

Patrick Juvet Low é Gnintedem 先生，副教授，姜城大学，喀麦隆（关于非洲知识产权组织的报告）

Tobias Schonwetter 先生，南非开普敦大学商法系副教授兼知识产权部主任（关于非洲地区知识产权组织和南非的报告）

Martin Senftleben 先生，荷兰阿姆斯特丹大学信息法研究所 (IViR) 教授兼主任 (关于欧盟的报告)

目录

一、内容提要	6
二、引言	8
三、国际保护框架	9
A. 《巴黎公约》第 10 条之二的历史发展	9
B. 工商事务中的诚信行为	10
C. 竞争关系	13
D. 《巴黎公约》第 10 条之二中的禁止行为举例	13
E. 其他不正当竞争行为	16
F. 国家和地区层面发展的意义	18
四、产权组织成员国的法律和实践	19
A. 非洲地区知识产权组织 (ARIPO) 和南非	19
1. 立法框架	20
2. 工商事务中的诚信行为	23
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	24
4. 其他不正当竞争行为	24
B. 非洲知识产权组织 (OAPI)	26
1. 立法框架	26
2. 工商事务中的诚信行为	28
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	29
4. 其他不正当竞争行为	32
C. 加拿大和美国	34
1. 立法框架	34
2. 工商事务中的诚信行为	39
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	39
4. 其他不正当竞争行为	40
D. 加勒比地区	41
1. 立法框架	41
2. 工商事务中的诚信行为	42
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	44
4. 其他不正当竞争行为	45
E. 中美洲	47
1. 立法框架	47
2. 工商事务中的诚信行为	49
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	49
4. 其他不正当竞争行为	53
F. 安第斯共同体	54
1. 立法框架	54
2. 工商事务中的诚信行为	55
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	55
4. 其他不正当竞争行为	58
G. 南方共同市场 (MERCOSUR)	61
1. 立法框架	61
2. 工商事务中的诚信行为	61
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	63
4. 其他不正当竞争行为	67
H. 阿拉伯地区	70
1. 立法框架	71
2. 工商事务中的诚信行为	73
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	74
4. 其他不正当竞争行为	76

I. 中国	78
1. 立法框架	78
2. 工商事务中的诚信行为	79
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	80
4. 其他不正当竞争行为	82
J. 印度	85
1. 立法框架	85
2. 工商事务中的诚信行为	86
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	87
4. 其他不正当竞争行为	89
K. 日本和韩国	89
1. 立法框架	89
2. 工商事务中的诚信行为	91
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	92
4. 其他不正当竞争行为	95
L. 东南亚国家联盟 (ASEAN)	98
1. 立法框架	99
2. 工商事务中的诚信行为	101
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	103
4. 其他不正当竞争行为	105
M. 澳大利亚和南太平洋	107
1. 立法框架	107
2. 工商事务中的诚信行为	112
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	113
4. 其他不正当竞争行为	116
N. 独立国家联合体 (CIS)	117
1. 立法框架	117
2. 工商事务中的诚信行为	120
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	121
4. 其他不正当竞争行为	124
O. 欧洲联盟 (欧盟)	127
1. 立法框架	127
2. 工商事务中的诚信行为	128
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	130
4. 其他不正当竞争行为	133
P. 联合王国	137
1. 立法框架	137
2. 工商事务中的诚信行为	139
3. 落实关于具体被禁止行为的规定	141
4. 其他不正当竞争行为	144
五、总结和结论	145
A. 保护的 legal 基础	145
B. 保护的理由	147
C. 诚信行为的概念	147
D. 禁止《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款所列的不公平行为	148
E. 其他不正当竞争行为	150
F. 现代技术的影响	152
G. 与知识产权的相互作用	153

一、内容提要

在产权组织的成员国中，为确保反不正当竞争而选择的法律机制反映了不同的法律传统和反不正当竞争法的历史渊源。各国各地区的实施方法从依赖一般的侵权法和假冒行为，到针对公平交易某些方面的具体法律法规不等。根据各国各地区层面选择的实施背景，具体的不正当竞争规则可能是知识产权（尤其是商标）法、国家的商法典、消费者保护法或竞争法的一部分，也可能是旨在促进自由和公平竞争的区域性立法的一部分。在一些国家，已经通过了综合立法，为竞争者和消费者提供保护，防止不正当竞争。但是，这种做法还没有普及，还不能说已经出现颁布综合性不正当竞争立法的趋势。

尽管在监管对策的设计上还存在差异，但报告清楚地表明，《巴黎公约》第 10 条之二所选择的监管模式的核心内容，在所有被审议国家和地区都以某种形式得到体现。对不正当竞争的有效禁止（第 10 条之二第(1)款），似乎需要将概括式、开放性的“一揽子”条款（第 10 条之二第(2)款在国际上发挥的作用）与解决特定形式不公平行为的具体条款或具体立法（第 10 条之二第(3)款中的例举）相结合。

除了保护商人免受不正当竞争行为的影响这一核心目标外，为消费者提供保护的目标已经进入全球的反不正当竞争法。所有的报告都反映了保护消费者免受欺骗性贸易行为侵害的意图。在拥有处理不正当竞争问题具体立法的法律体系中，可能明确提到消费者保护，这已成为立法的基本原则之一。此外，各国可能援引公平、不扭曲的竞争中隐含的公共利益为保护奠定基础。在假冒作为诉讼事由的情况下，可以说法律的重点是商人的利益，因为它们追求的救济仅仅间接地有利于消费者。为了防止市场上的虚假表示，法律关注的是对商人和消费者都有负面影响的行为，以及公平、不受干扰的竞争中隐含的更普遍的公共利益。总之，可以得出这样的结论：世界各国各地区的法律和实践都在寻求保护：

- 竞争者免受不公平行为带来的商业损害；
- 欺骗性贸易行为对消费者的影响；以及
- 通过维护公平和不扭曲的竞争，更普遍地保护公众。

鉴于这些保护原则，为认定商家在工商事务中是否遵守了诚信行为，主管当局需要依赖一般性、开放式的评估标准，这些标准可以分为不同的类别，分别是关注法律的遵守、基于相关贸易领域的习俗和对诚信的看法，以及寻求优化市场的运作。因此，在国家或区域法律和实践形成的“诚信行为”概念不同程度上包括以下内容：

- 法律实证主义标准（遵守法律）；和/或
- 经验性标准（遵守习俗或对相关领域公平性的看法）；和/或
- 功能性标准（在一个运作良好的市场中，遵守不扭曲竞争的经济先决条件）。

《报告》除了澄清诚信行为的总体概念外，还阐明了各国各地区层面以何种方式禁止《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款例举的不公平行为。分析清楚地表明，第 10 条之二第(3)款中例举的不公平行为为立法机构和法官识别不可接受的竞争行为提供了重要的参考。

关于第 10 条之二第(3)款所规定的第一类禁止行为——对竞争者的营业所、商品或工商业活动产生混淆性质的一切行为——《报告》反映出两点：首先，受保护企业标志和产品标志日益增多，包括具有显著性的产品或服务特征、地理标志、描述性品牌、商品装潢、包装设计、商品的整体外观、色彩方案、虚构人物、名人形象（的各个方面）、营销主题和网站布局。其次，达到起诉标准的混淆可

能性是指：公众可能相信商品或服务来自竞争对手的企业，对产品质量或特征作出错误的假设，或认为相关企业与竞争对手存在经济联系，如授权或许可协议，或其他形式的商业联系，包括赞助、附属和认可等。

关于第 10 条之二第 (3) 款例举的第二类行为——具有诋毁竞争者的营业所、商品或工商业活动性质的虚假说法——在各国各地区实践中，这些行为可能包括针对竞争对手的产品或服务的虚假主张，攻击其质量或价格，警告因其使用而可能产生的危险，声称其不符合广告的规格，或声称商品是假货或不适合消费。针对竞争对手的机构和活动，法律可能禁止，比如虚假宣称竞争对手濒临破产，已经退休，或实施了犯罪行为。法律也禁止对竞争对手的国籍、宗教信仰或其他私人或个人事务作出歧视性声明。除了虚假的事实性言论外，各国各地区的做法可能涵盖主观的价值判断。在是否必须证明虚假言论是不真实的、恶意的或导致特定类型损害（如金钱损失）的问题上，可以看到对不公平标准的潜在放松。最后，对诋毁、贬损或贬低行为的认定也可以基于隐瞒相关信息的事实。作为给予保护的平衡措施，法院确认，必须兼顾防止有害行为的目标与（商业）表达自由的利益。

关于第 10 条之二第 (3) 款例举的第三类不正当竞争行为——对商家自己的商品使用易于产生误解的表示或说法——调查显示，误导行为可以涉及各种因素，不仅与产品特征有关，还包括与商家或制造商或消费者权利有关的各个方面。然而，为了认定一项宣传或表示有误导性，各国各地区的法律通常会要求满足额外的不公平标准。具体适用的标准可能反映了禁止误导性宣传和标示所固有的双重保护原理：既保护竞争者，也保护消费者。因此，首先，当一种商业行为因其欺骗性而影响到消费者的经济行为时，可被视为误导。其次，当该宣传或暗示由于其影响而损害或可能损害竞争者时，就可能达到起诉要求。被禁止的误导行为还包括隐瞒信息：商家隐瞒重要信息，以不明确、不可理解、模棱两可或不及时的方式提供重要信息，或未能在必要时说明商业行为的意图。

为了认定属于第 10 条之二第 (3) 款例举范围内的不正当竞争行为，可能需要证明存在竞争关系。然而，在被审查的国家和地区，出现了放宽竞争关系标准的动向。除了在直接竞争中实施的行为，商家存在间接竞争就足够了。此外，被控侵权行为对更多的市场参与者造成损害，也算满足了竞争标准。在更高的抽象层次上，被控侵权行为对竞争状况产生影响，就可以认为满足了竞争标准。

关于不属于第 10 条之二第 (3) 款例举范围的其他保护类型，分析结果显示在盗用方面的有不同做法。在一些国家和地区，呈现一种禁止寄生性竞争行为的趋势，例如，禁止以不公平的方式将他人的大量投资或努力所取得的成果据为己有。然而，对各国各地区做法的调查并没有反映出对盗用问题的普遍共识。在防止盲目模仿（slavish imitation）方面可以找到共同点：大陆法系国家关于可避免的来源混淆要求，可以与普通法体系国家假冒分析中的虚假表示标准联系起来。在保护消费者不受伏击营销方面，一些国家的具体立法也可以提供一种思路，弥合反不正当竞争法中两大法系之间的差异。

最后，对各国各地区模式的分析发现，商业秘密盗用领域出现重要发展。所有被审查的国家和地区都一致认为需要依法保护商业秘密。然而，为此目的而采用的法律手段各不相同，包括合同的明示或默示条款、违反信任的衡平法诉讼，以及采用法定的商业秘密保护制度。在法定制度下，任何导致未经合法持有人同意而披露、获取或由未经授权的第三方使用保密信息的行为或做法都可被视为不正当竞争行为。特别是，保护制度可能涵盖：

- 工业或商业间谍活动；
- 违反合同；
- 违反信托；
- 唆使他人进行工业或商业间谍活动或违反合同或信托的行为；

- 第三方获取保密信息，但明知这种获取涉及上述行为之一，或对这一事实的无知构成重大过失。

关于新技术和相关的营销工具，《报告》反映出各国各地区日益认识到需要确立坚实的透明度义务，制定关键词广告、目标行为广告和网红营销等领域的具体透明度规则。为寻找监管新技术发展的对策，也促使各国在防止盗用领域采取新举措。鉴于数据经济和机器生成数据日益增长，其重要性和商业价值不断增加，不难想象，各国引入了诸如禁止数据盗用行为的保护，以确保不符合商业秘密或版权保护要求的累积原始数据免遭错误获取、披露和使用。

关于反不正当竞争和知识产权法之间的关系，不难想象两者之间存在不同的互动方式。一方面，知识产权领域的立法可能会在其具体适用领域排除援引反不正当竞争的一般法律机制。否则，反不正当竞争法的一般保护标准可能会损害知识产权法中发展起来的关于获得保护或认定侵权的更具体要求。另一方面，反不正当竞争可以以各种方式与知识产权互动。首先，反不正当竞争可以补充知识产权。规范两者关系的出发点可以是相互独立性——反不正当竞争独立适用，作为对知识产权保护制度的补充，而对法定知识产权的侵犯也可以同时被定性为不正当竞争行为。其次，源于反不正当竞争法的某些概念，如误导行为和“工商事务中的诚信行为”（《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款），可以用来划定知识产权保护的范围，特别是商标法。反之，在知识产权法中轮廓明确的概念，如商标法中发展起来的消费者模式或混淆概念，也可以适用于反不正当竞争法。

二、引言

市场经济的主要特征之一，是市场中各行为主体之间存在竞争。公平竞争和不可接受的竞争行为之间的界限应该划在哪里，这个问题制造了大量的辩论和文献。¹《保护工业产权巴黎公约》（《巴黎公约》）第 10 条之二是反不正当竞争法领域的基本国际规范。由于《与贸易有关的知识产权协定》（《TRIPS 协定》或 TRIPS）第 2(1)条的援引，该公约也在世贸组织成员中产生了一项义务，即确保在《TRIPS 协定》下的公平竞争保护，而 TRIPS 第 39(2)条使这项国际义务在保护商业秘密方面更加具体。

上世纪 90 年代，产权组织开展了一些反不正当竞争专题的活动，并于 1994 年发布了一份关于反不正当竞争的研究报告，反映了当时的世界状况。²1996 年，产权组织提出《反不正当竞争保护的示范规定》。³从那时起，反不正当竞争法及其与知识产权保护的关系就开始演变。一方面，禁止不正当竞争的一般保护可以补充知识产权制度的更具体保护，另一方面，工商事务中的公平概念可以为知识产权的解释和应用提供参考。因此，知识产权保护和一般的反不正当竞争法之间存在着复杂的互动关系。此外，技术发展带来新形式的营销和广告方法的演变，特别是在数字化环境中。然而，新形式的竞争行为会带来复杂的公平性问题，需要适当的监管应对。将行为数据和机器生成的消费者数据用于

¹ 参见 S. Ricketson, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property - A Commentary*, Oxford: 牛津大学出版社 2015 年, 第 13.34 段; M. Pflüger, “Article 10bis”, 载于: T. Cottier/P. Véron (主编), *Concise International and European IP Law*, 第 3 版, Alphen aan den Rijn. Wolters Kluwer 2015, 第 296 页。

² 产权组织, *Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation*, 产权组织第 725 号出版物, 产权组织: 日内瓦, 1994 年, 第 28-29 段。

³ 产权组织, *Model Provisions on Protection Against Unfair Competition*, 产权组织第 832 号出版物, 日内瓦。产权组织 1996 年。

计算广告学、产品推荐系统和产品性能的提高，也引起了新的无形资产（这些资产不构成特定知识产权保护客体，如某些类型的数据）是否有资格获得反不正当竞争法保护的问题。

在这一背景下，本报告的分析探讨了反不正当竞争的国际法律框架（第三章），然后探讨产权组织成员的法律和实践（第四章），最后第五章对报告的主要发现进行了总结。

三、国际保护框架

如前所述，第 10 条之二是反不正当竞争法领域的基本国际准则。⁴由于《TRIPS 协定》第 2(1)条的参引，该条也在世贸组织成员中创设了依据《TRIPS 协定》禁止不公平竞争的义务。在“澳大利亚——关于商标、地理标志和其他适用于烟草产品和包装的平装要求的某些措施案”（“澳大利亚 - 平装案”）中，世贸组织处理烟草产品平装的专家组指出，关于世贸组织成员执行《巴黎公约》第 10 条之二的义务，不能区分与商标、地理标志或其他特定类别知识产权有关的不正当竞争行为和其他不正当竞争行为。由于《巴黎公约》第 10 条之二中找不到这种区分，因此必须确保对所有不正当竞争的有效禁止，不能施加限制。⁵特别是，《TRIPS 协定》第 2(1)条第一款中的“就……而言”一词并不具有限制《巴黎公约》第 10 条之二规定的义务范围的作用，即只包括那些与《TRIPS 协定》第二、第三或第四部分所涉及主题有关的不正当竞争行为。⁶因此，《TRIPS 协定》第 2(1)条中提到的《巴黎公约》第 10 条之二，包含了从一般意义上对不正当竞争的遏制，以此作为的工业产权保护的目标，而没有将国际义务从根本上限制在知识产权或《TRIPS 协定》涉及的其他主题的行为。

为了给随后分析产权组织不同成员国的发展打下基础，有必要对反不正当竞争的总体国际框架做一个概述。以下 A 部分描述了《巴黎公约》第 10 条之二的历史发展，B 部分讨论了第 10 条之二第(2)款中“工商事务中的诚信行为”的核心概念，C 部分讨论了竞争关系问题，D 部分讨论了第 10 条之二第(3)款中例举的不公平行为。

A. 《巴黎公约》第 10 条之二的历史发展

一个多世纪以来，反不正当竞争一直被认为是工业产权保护的要素之一。⁷1900 年，修订《巴黎公约》的布鲁塞尔会议同意，“《公约》的国民[……]应在联盟的所有国家享有给予国民的反不正当竞

⁴ 参见 S. Ricketson, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property - A Commentary*, Oxford: 牛津大学出版社 2015 年, 第 13.33 段; M. Pflüger, “Article 10bis”, 载于: T. Cottier/P.Véron (主编), *Concise International and European IP Law*, 第 3 版, Alphen aan den Rijn. Wolters Kluwer 2015, 第 295-296 页。

⁵ 世贸组织专家组, 2018 年 6 月 28 日, 报告 WT/DS435/R、WT/DS441/R、WT/DS458/R、WT/DS467/R, *Australia - Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, 第 7.2630 段。

⁶ 世贸组织专家组, *Australia - Plain Packaging*, 第 7.2631 段。参见 W. R. Meier-Ewert, “The WTO Disputes Regarding Tobacco Plain Packaging - Selected TRIPS Findings from the Panel Stage”, 载于: C. Heath/A. Kamperman Sanders (eds.), *Intellectual Property and International Disputes Resolution*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2019, 211 (241-242)。关于世贸组织小组平装决定之前文献中的限制性解释, 见 Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 第 180 页。

⁷ 关于历史发展的简要概述, 见 Ricketson, *The Paris Convention*, 第 13.37-13.43 段; G. H. C. Bodenhausen “Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property”, 产权组织出版物第 611 号, 日内瓦: 保护知识产权联合国国际局, 1969 年, 第 142-143 页。S. Ladas 在 “Patents, Trademarks, and Related Rights - National and International Protection” (第三卷, 马萨诸塞州剑桥, 1975 年, 第 1678-1685 页) 中给出了详细的描述。关于国家层面不正当竞争法的不同历史法律来源的讨论, 见 F. Henning-Bodewig, “International Protection Against Unfair Competition - Art. 10bis Paris Convention, TRIPS and WIPO

争保护”。⁸这一新的国际准则被规定在《巴黎公约》第 10 条之二中，而随后的外交会议则超越了国民待遇的原则。⁹

1911 年的华盛顿修订会议就公约国家之间确保有效保护的义务达成一致。¹⁰1925 年，海牙修订会议在第 10 条之二中引入了不正当竞争行为的定义和两个例子，从而更具体地界定了这项义务。第一个例子澄清所有造成与竞争者产品混淆的行为都必须被禁止。根据第二个例子，诋毁竞争者产品的虚假主张必须被视为应予以禁止的不正当竞争行为。¹¹1934 年的伦敦会议扩大了例举的范围，用“竞争者的机构、货物或工业或商业活动”的表述取代了竞争者产品的表述。¹²会议没有批准德国提出的旨在禁止某些形式的比较性广告的提案。¹³丹麦、法国、挪威、瑞典和瑞士提出的一项提案，旨在禁止就产品的来源、性质、制造、销售或商业机构的质量或工业奖项提供虚假信息，也没有被会议接受。¹⁴然而，在 1958 年的里斯本会议上，奥地利提出的类似建议则被采纳，这就产生了不正当竞争行为的第三个例子，即可能导致公众对货物的性质、制造方法、特性、用途或数量产生误解的指示或说法。¹⁵

第 10 条之二的现有文本反映了上述发展阶段。¹⁶第 1 款规定了确保有效禁止不正当竞争的义务，第 2 款将不正当竞争行为定义为任何违反工商事务中的诚信行为的竞争行为，第 3 款例举了上述必须特别禁止的行为：对竞争者的机构、商品或活动造成混淆（第 1 项），诋毁竞争者的机构、商品或活动（第 2 项），以及在自己商品的性质或其他特征方面误导公众（第 3 项）。第 10 条之三补充了第 10 条之二的规定，即要求联盟成员制定有效制止不正当竞争行为的适当的法律救济措施。

B. 工商事务中的诚信行为

第 10 条之二确立了一个灵活开放的反不正当竞争最低标准。¹⁷这一概括性规定的核心是一个开放性概念“工商事务中的诚信行为”，这正是第 10 条之二第(2)款中对不正当竞争行为定义的基础。传统上，违反“诚信行为”是指违反了经验标准，即在一个特定的社会中发展起来的公平和体面的行为规范。¹⁸在“澳大利亚 - 平装案”中，世贸组织专家组即以这种方式得出结论：“如果竞争行为的方

Model Provisions”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 1999, 166(169-170)。

⁸ Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, Actes de la Conférence réunie à Bruxelles du 1^{er} au 14 décembre 1897 et du 11 au 14 décembre 1900, Berne 1901, 第 164 页 (法国的提案), 第 187-188、310、382-383 页 (讨论和通过)。

⁹ 国民待遇原则本身并没有规定巴黎联盟成员国有义务对不正当竞争的行为提供保护。参见 Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1678。

¹⁰ 保护工业产权国际联盟, Actes de la conférence réunie à Washington du 15 mai au 2 juin 1911, 伯尔尼, 1911 年, 第 53 页 (提案), 第 105、224、255、305、310 页 (意见和通过)。

¹¹ 保护工业产权国际联盟, Actes de la conférence réunie à La Haye du 8 octobre au 6 novembre 1925, 伯尔尼, 1926 年, 252、255 (提案), 348、351、472、478、525、546-547、578、581 (意见和通过)。
保护工业产权国际联盟, Actes de la conférence réunie à Londres du 1^{er} mai au 2 juin 1934, 伯尔尼 1934 年, 197-198 (提案), 418-419 (讨论和通过)。

¹³ Actes de Londres, 第 419 页。

¹⁴ Actes de Londres, 第 419 页。

¹⁵ 保护工业产权国际联盟, Actes de la conférence réunie à Lisbonne du 6 au 31 octobre 1958, 日内瓦, 1963 年, 第 725、784 页 (澳大利亚的提案), 第 106、118、725-727、789-790、852 页 (讨论和通过)。

¹⁶ 参见 Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 170-173。

¹⁷ Ricketson, *The Paris Convention*, 第 13.33 段; Pflüger, *Article 10bis*, 298。

¹⁸ Cf. E. Ulmer, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 第一卷, 慕尼黑 1965 年, 第 42-43 页; 参见 Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 第 1685-1686 页。

式违背了某一市场内通常或习惯上被视为真实、公平和没有欺骗性的行为”，则可被视为违反诚信行为。¹⁹

然而，专家组承认，这种经验模式最终形成的“诚信行为”概念取决于时间和市场参数：商业事项“惯常执行的方式可能因市场而异，并随时间变化”。²⁰因此，对确定工商事务中的诚信的看法和标准可能因市场和国家不同而不同。²¹在“如何遏制不正当竞争以及不正当竞争所涵盖的行为类型方面，各国法律体系可能存在一些多样性”。²²1994 年产权组织研究报告《防止不公平竞争：当前世界形势分析》（“产权组织研究报告”），描述了认定“工商事务中的诚信行为”的经验模式的弹性：

诚然，将不正当竞争描述为违反“诚实贸易惯例”“诚信”等的行为，并不能形成明确的、普遍接受的行为标准，因为所用术语的含义相当不稳定。竞争中的“公平”或“诚信”标准不过是一个社会的社会学、经济、道德和伦理观念的反映，因此可能因国家而异（有时甚至在一个国家内也不同）。这一标准也有可能随着时间的推移而改变。²³

然而，个别市场情况的影响并不是经验模式中可能需要特别注意的唯一方面。经验模式也被评论家批评为不精确。有人认为，相关行为标准的确定在很大程度上取决于如何界定其风俗习惯被用作分析基础法贸易圈。此外，有人认为，以自身商业惯例作为确定诚信行为基础的贸易圈事实上决定了法律标准，而这些标准又被用来评判他们自己的行为。²⁴

为了避免这种循环论证的风险，可以将“诚信行为”的概念与市场经济的核心工具——确保有效竞争这一目标相结合。除了保护竞争者和消费者之外，有效竞争中隐含的公共利益——保护市场参与者的行动和决策自由——也进入了决策者视野。²⁵本着这种精神，1994 年产权组织研究报告开始关注包括“保护广大公众，特别是保护其在竞争自由中的利益”在内的监管模式。²⁶第 10 条之二第 (2) 款中关于诚信行为的灵活表述，可以理解为给国家立法机构和法院提供了足够的空间来采用这种功能性方法。²⁷因此，市场上的诚信和公平标准必须来自确保市场经济体制自由竞争所需的条件的内在要求。²⁸这种对“诚信行为”的特殊看法，不需要排除道德、行为标准，如对市场行为的个人责任、对其他市

¹⁹ 世贸组织专家组，2018 年 6 月 28 日，报告 WT/DS435/R、WT/DS441/R、WT/DS458/R、WT/DS467/R，Australia - Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging，第 7.2666 段。

²⁰ 世贸组织专家组，Australia - Plain Packaging，第 7.2666 段。参见 Ricketson, The Paris Convention，第 13.48 段。

²¹ 参见 Meier-Ewert, WTO Disputes Regarding Tobacco Plain Packaging，242-243。

²² 世贸组织专家组，Australia - Plain Packaging，第 7.2671-7.2672 和 7.2675 段。参见 Ricketson, The Paris Convention，第 13.34 段。

²³ 产权组织，Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation，产权组织第 725 号出版物，产权组织。1994 年，日内瓦，第 28-29 段。

²⁴ 参见 Pflüger, Article 10bis, 300。关于讨论的概述，见 M. Höpperger 和 M. R. F. Senftleben, “Protection Against Unfair Competition at the International Level - The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organization”，载于：R. M. Hilty 和 F. Henning-Bodewig（主编），Law Against Unfair Competition - Towards a New Paradigm in Europe? 柏林/海德堡：Springer 2007，61 (65-68)。

²⁵ 参见 Pflüger, Article 10bis, 300-301; F. Henning-Bodewig, “A New Act Against Unfair Competition in Germany, “International Review of Intellectual Property and Competition Law 36 (2005), 421(426)。参见 E. Ullmann, “Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, “Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2003, 820 (821)，他谈到了一个额外的安全网。

²⁶ 参见产权组织，研究报告，24-26。

²⁷ 参见产权组织，研究报告，11-13，该报告在国际框架的基础上，反映了这种性质的考虑。

²⁸ 参见 Ulmer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 58-59。

场参与者需求的尊重，以及对市场中权利平等的重视。只要这些道德标准被认为适合于实现高效、不受扭曲的竞争这一总体目标，就可以毫无困难地嵌入到功能模式中。²⁹

在国际层面，世贸组织处理烟草产品平装问题的专家组为目的性、功能性的“诚信行为”认定留下了空间：专家组承认反不正当竞争“有助于保护竞争者和消费者，以及公共利益”。³⁰根据世贸组织专家组的意见，这种保护模式：

……符合《TRIPS 协定》中题为“目标”的第 7 条，该条反映了在其中提到的各种社会目标之间建立和保持平衡的意图。因此，在确定什么是违反商业诚信的行为时，可能需要视情况反映出这些利益之间的平衡。³¹

“诚信行为”涵盖消费者保护目标³²这一共识在产权组织于 1996 年提出的《关于反不正当竞争保护的示范规定》（“示范规定”）中也得到进一步支持。³³为了执行第 10 条之二³⁴，《示范规定》保留了“诚信行为”的概念。根据《示范规定》第 1(1)(a)条的概括性规定，“违反诚信行为”的行为或做法构成不正当竞争行为。

然而，《示范规定》第 1(1)(a)条把传统模式置于更广泛的背景之下：在《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款中，“诚信行为”的标准只适用于竞争行为，而《示范规定》第 1(1)(a)条却没有这样的限制。相比之下，该条注释明确指出，“省略不提行为必须为竞争行为这一条件清楚地表明，消费者亦受保护”。³⁵

纳入消费者保护可能会对第 10 条之三第 1 款规定的保证采取适当法律救济措施产生影响。一旦消费者的利益在反不正当竞争法中得到承认，似乎就应该允许消费者组织在法院或行政机关对不正当竞争行为提起诉讼，类似于第 10 条之三第 2 款对工业家、生产商或商人的联合会和协会的设想。³⁶《示范规定》第 1(1)(b)条规定了获得救济的权利，与上述做法一致：该规定涵盖任何“遭受或可能遭受不正当竞争行为损害的自然人或法人”。按照这种思路，救济措施不仅适用于竞争者及其联合会，而且适用于消费者和消费者协会。³⁷

产权组织《示范规定》既不是一项国际条约，也不是一项“软法”，而是由产权组织国际局提出的，但没有得到巴黎联盟大会或产权组织大会的正式通过。如其标题所示，这些规定旨在作为法律制定活动的模板和法院裁决的参考。³⁸因此，适用《示范规定》的实际后果可能类似于商标法领域通过

²⁹ Cf. K.-N. Peifer, “Schutz ethischer Werte im Europäischen Lauterkeitsrecht oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise?” R.M. Hilty and F. Henning-Bodewig (eds.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, Heidelberg/Dordrecht/London/New York: Springer 2009, 125.

³⁰ 世贸组织专家组, *Australia - Plain Packaging*, 第 7.2680 段。

³¹ 世贸组织专家组, *Australia - Plain Packaging*, 第 7.2680 段。参见 Meier-Ewert, *WTO Disputes Regarding Tobacco Plain Packaging*, 243。

³² 关于纳入消费者保护辩论中不同立场的概述，见 Ricketson, *The Paris Convention*, 第 13.36 段；Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 170。

³³ 产权组织, *Model Provisions on Protection Against Unfair Competition*, 产权组织第 832 号出版物, 日内瓦: 产权组织, 1996 年。《示范规定》基于产权组织国际局根据产权组织编写的 *Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation* (产权组织第 725 号出版物, 产权组织: 日内瓦, 1994 年)。

³⁴ 产权组织《示范规定》，第 6 页，注释 1.01；Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 182-183。

³⁵ 产权组织《示范规定》，第 10 页，注释 1.06。参见 Pflüger, *Article 10bis*, 297。

³⁶ WIPO Study, 第 74 页。

³⁷ 产权组织《示范规定》，第 12 页，注 1.10。

³⁸ 参见 Pflüger, *Article 10bis*, 297。

的联合建议的影响，³⁹尽管两者的法律地位并不相同。就《示范规定》的作用而言，该规定旨在提供指导。该规定通过呈现如何在反不正当竞争领域适当履行国际义务的可信示例，促进了各国做法的协调以及更多国际共同原则的发展。

C. 竞争关系

《巴黎公约》第 10 条之二对“竞争行为”的不断提及，似乎反映了对该条范围的某种限制。⁴⁰该提法在规定不正当竞争行为一般定义的第 2 款中出现，并再次出现在第 3 款中列出的第一个和第二个例子中。在这两种情况下，如何认定“竞争者”的机构、商品或活动就成为分析的核心。世贸组织处理澳大利亚烟草产品平装案的专家组根据字典中的定义，将“竞争”一词解释为“市场中的对抗，拥有相同商品的人之间争夺客户”。⁴¹专家组的结论是，“竞争行为”一词是指“市场行为主体为与市场上的其他行为主体竞争而做的事情”。⁴²

按照这种思路，《巴黎公约》第 10 条之二第(2)、(3)款的措辞似乎并不排除限制性解释，即要求实施不正当竞争行为的一方和利益受影响一方之间存在直接竞争。然而，似乎也可以淡化竞争要件的影响。除了同一细分市场的直接竞争之外，不同工业或贸易领域商人之间的竞争关系，甚至间接的竞争关系，都可以认为足以构成竞争关系。⁴³

产权组织的《示范规定》为这种灵活的方式提供示例。如前所述，《示范规定》第 1(1)条中禁止违反诚信行为的总体规定并没有提到“竞争行为”⁴⁴，同样，在第 2 至 6 条明确禁止的行为目录中，也省略了竞争关系要求。因此，反不正当竞争不再局限于竞争对手之间的关系。如前所述，竞争关系要件在《巴黎公约》第 10 条之二的范围内可以进行或多或少的限制性解释，但在《示范规定》中被放弃了。按照这种思路，在实施不正当竞争行为的一方与利益受影响一方之间没有直接的竞争关系的情况下，同样可以反不正当竞争。⁴⁵

D. 《巴黎公约》第 10 条之二中的禁止行为举例

《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款的例举是特别需要在国家层面予以禁止的不正当竞争行为。⁴⁶1994 年产权组织研究报告指出，第 10 条之二第(3)款例举的一个共同点是：“（企业家）试图

³⁹ 在商标法领域，巴黎联盟大会和产权组织大会提出并通过了三项所谓的联合建议。见 1999 年 Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks, 产权组织第 833 号出版物, 日内瓦: 产权组织, 2000 年; 2000 年 Joint Recommendation Concerning Trademark Licenses, 产权组织第 835 号出版物, 日内瓦: 产权组织, 2000 年; 2001 年 Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet, 产权组织第 845 号出版物, 日内瓦: 产权组织, 2001 年。联合建议可在因特网上查阅, 网址是 http://www.wipo.int/about-ip/en/development_iplaw/。参见 C. Wichard, “The Joint Recommendation Concerning Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet,” 载于: J. Drexler 和 A. Kur (主编), Intellectual Property and Private International Law, IIC Studies, 第 24 卷, 牛津和俄勒冈州波特兰, 2005, 257 (263)。

⁴⁰ 参见 Ricketson, The Paris Convention, 第 13.47 段。

⁴¹ 世贸组织专家组, Australia - Plain Packaging, 第 7.2664 段。

⁴² 世贸组织专家组, Australia - Plain Packaging, 第 7.2665 和 7.2698 段。

⁴³ Ricketson, The Paris Convention, 第 13.47 段; Pflüger, Article 10bis, 299; Bodenhausen, Application of the Paris Convention, 144; Ladas, Patents, Trademarks, and Related Rights, 1689。

⁴⁴ 参见 Pflüger, Article 10bis, 297。

⁴⁵ 产权组织《示范规定》, 10, 注释 1.06; Henning-Bodewig, International Protection Against Unfair Competition, 183。

⁴⁶ Ricketson, The Paris Convention, 第 3.49 段, 提到了“推定为‘不公平’的行为”。

在竞争中取得成功，但不依靠自身产品和服务在质量和价格方面的成绩，而是不适当地利用他人的成绩，或通过虚假或误导性言论影响消费者需求。”⁴⁷关于保护的目的是，研究报告根据第 10 条之二第(3)款第 1 和第 2 项中对“竞争者”的提及，指出“反不正当竞争法最初是为了保护诚实的商人”。⁴⁸考虑到第 10 条之二第(3)款第 3 项中对“公众”消费者的提及，研究报告补充说，与此同时，“消费者保护被认为是同样重要的”。⁴⁹

在通过第 10 条之二第(3)款中所含不可接受的行为之前，相关审议认为这些列举并不意味着各国义务颁布具体的国内立法。⁵⁰此外，第 3 款并没有限制第 2 款中一般定义的实施范围。正如在“澳大利亚 - 平装案”中所解释的，第 10 条之二第(3)款中列举的行为是缺乏诚信的例子。在必须禁止的不诚信行为类型方面，这些例子构成了“国际商定的最低限度”⁵¹。第 3 款中列举的不公平行为的原型，不能偏离以下事实：

……第 2 款设定了“不正当竞争行为”的范围，即包括“任何”违反商业事务中诚信行为的竞争行为。因此，本联盟各国义务有效禁止第 2 款定义范围内的任何不公平竞争行为，至少禁止第 3 款中提到的各类行为。⁵²

基于《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款谈判过程中形成的记录，世贸组织处理该条款例举不公平行为的专家组满意地发现，虽然谈判者没有具体说明所有国家都必须确保有效防范的其他具体类别的做法，但他们打算处理不正当竞争的“所有形式”，而且第 3 款中确定的具体情形是作为最低限度的例子提供的。⁵³

对《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款所规定的三个“最低限度的例子”进行分析，可以对国际保护的概念产生重要的启示。第一个例子证明，巴黎联盟成员特别强调，要明确承认一条反不正当竞争的规范，即避免造成与竞争对手机构、商品或活动的混淆⁵⁴，尽管《巴黎公约》规定了确保保护典型的商业和产品标识，如商标、服务标志和商号的具体义务。⁵⁵关于“混淆”的基本概念，世贸组织专家组在“澳大利亚 - 平装案”中阐明，禁止的重点是造成与竞争对手的产品、机构或工商业活动混淆的行为。考虑到该词的普通含义，“混淆”可被定义为“无法分辨或误认为是另一个；不能区分”。⁵⁶因此，第 10 条之二第(3)款第 1 项可以理解为包括“不正当竞争行为的性质导致了产品之间的混淆或无法区分”的情况。⁵⁷产权组织《示范规定》中关于造成混淆的注释（见《示范规定》第 2 条）说明，混淆的概念包括对附属关系或赞助关系的混淆。⁵⁸《示范规定》还确认了保护“名望权”和商

⁴⁷ WIPO Study, 24, 第 31 段。

⁴⁸ WIPO Study, 24, 第 33 段。

⁴⁹ WIPO Study, 24, 第 33 段。

⁵⁰ Actes de La Haye, 472. 参见 Pflüger, Article 10bis, 298。

⁵¹ 世贸组织专家组, Australia - Plain Packaging, 第 7.2678 段。

⁵² 世贸组织专家组, Australia - Plain Packaging, 第 7.2678 段。

⁵³ 世贸组织专家组, Australia - Plain Packaging, 第 7.2678 段。

⁵⁴ 可以说，《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款中“工业或商业活动”的广泛表述可以理解为包括提供服务。因此，不公平行为的例子既包括货物方面的混淆，也包括服务方面的混淆。参见 Ricketson, The Paris Convention, para.13.50; Pflüger, Article 10bis, 301。

⁵⁵ Actes de La Haye, 476; Ladas, Patents, Trademarks, and Related Rights, 1706-1707. 参见《巴黎公约》第 1(2)条。关于这些不同的防止混淆的保护途径之间的关系讨论，见 Henning-Bodewig, International Protection Against Unfair Competition, 174-176。

⁵⁶ 世贸组织专家组, Australia - Plain Packaging, 第 7.2714 段。

⁵⁷ 世贸组织专家组, Australia - Plain Packaging, 第 7.2714 段。

⁵⁸ 关于这一点的详细讨论，见 Henning-Bodewig, International Protection Against Unfair Competition, 185-186。

品推销权免受混淆行为影响的目标。⁵⁹在《示范规定》第 2 条中，不仅提到了典型的商业标识，如商标和厂商名称，而且还提到了产品的外观和呈现方式，以及利用名人或著名虚构人物的营销技巧。⁶⁰

关于第二个例子，即诋毁竞争对手的机构、商品或活动，值得注意的是，德国在 1934 年的伦敦会议上提出的关于禁止某些形式的比较性广告的建议没有被接受。⁶¹在国际上没有具体广告规则的情况下，可以按照第 10 条之二第(3)款的第二个例子和第 10 条之二第(2)款的一般“诚信行为”条款制定国家立法。与禁止比较性广告相比，这种灵活的国际框架为监管方式的演进留下了空间，包括出于商业表达自由等宪法保障的考虑，一些国家呈现出接受比较性广告的趋势。⁶²至于诋毁行为，产权组织《示范规定》中给出的例子特别提到了广告和促销，关注有关产品或服务的某些特征以及销售条件的虚假宣传（《示范规定》第 5(2)条）。此外，注释还澄清了相关的不正当竞争行为也可以由消费者协会或媒体实施。⁶³

第三个例子隐含视角的改变。第 10 条之二第(3)款第 1、2 项涉及与竞争者的商品相混淆或对其发表虚假言论，第 3 项没有明确提及竞争者的商品。相反，该项关注市场参与者对其自身商品的暗示和虚假宣传。⁶⁴参照“误导”的普通含义，世贸组织处理烟草产品平装案的专家组得出结论，认为该项禁止事关“通过提供不正确的信息或制造虚假印象进行欺骗”的行为。⁶⁵更具体地说，第三个例子可以理解为禁止已经误导公众或有可能误导公众的欺骗性言论。除了给出指示或发表虚假言论外，遗漏某些信息也可能构成欺骗性指示或虚假言论。换言之，“在贸易过程中，这种遗漏有可能误导消费者，即通过提供不正确的信息或错误的印象来欺骗消费者”。⁶⁶例如，如果公众在没有明确信息的情况下，期望产品存在某种特征，但事实上却没有，这就是一种欺骗行为。⁶⁷产权组织《示范规定》中关于误导行为的注释（见《示范规定》第 4 条）阐明，除了本质上虚假的指示外，字面上正确的言论以及信息的遗漏如果给人以误导，也应被禁止。相比之下，在销售员推销过程中明显的夸大其词，不一定会被定性为误导。⁶⁸《示范规定》第 4(2)条中提供的示例是指广告和促销活动，其所列产品或服务的特征清单包含了地理来源。⁶⁹然而，《示范规定》第 4 条没有提到如何确定误导性言论给受众留下的印象。在这方面，1994 年产权组织研究报告指出，《巴黎公约》将这一问题留给了成员国，并提出了不同的方法，如区分普通消费者和易受骗的消费者，以及根据经验数据或通过法官的总体估计来确定误导效果。⁷⁰

⁵⁹ 产权组织《示范规定》，第 16 和 20 页，注释 2.04 和 2.11。参见 H. Ruijsenaars, “The WIPO Report on Character Merchandising,” *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 25(1994), 532, 以及 P. Jaffey 的批评意见, “Merchandising and the Law of Trade Marks,” *Intellectual Property Quarterly* 1998, 240-266(1998); M. R. F. Senftleben, *The Copyright/Trademark Interface - How the Expansion of Trademark Protection Is Stifling Cultural Creativity*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2020, 第 152-163 和 202-205 页。

⁶⁰ 参见 Pflüger, Article 10bis, 301。

⁶¹ Actes de Londres, 第 419 页。参见 Ricketson, *The Paris Convention*, 第 13.57 段。

⁶² WIPO Study, 第 92 段。92. 参见 A. Ohly, “Das neue UWG - Mehr Freiheit für den Wettbewerb?”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2004, 889(892-894)。

⁶³ 产权组织《示范规定》，第 44 页，注释 5.06。

⁶⁴ Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.52; Pflüger, Article 10bis, 304.

⁶⁵ 世贸组织专家组, *Australia - Plain Packaging*, 第 7.2750 段。

⁶⁶ 世贸组织专家组, *Australia - Plain Packaging*, 第 7.2752 段。

⁶⁷ 世贸组织专家组, *Australia - Plain Packaging*, 第 7.2752 段。

⁶⁸ 产权组织《示范规定》，第 30 页，注释 4.02。

⁶⁹ 产权组织《示范规定》，第 38 页，注释 4.11，提供了关于这个例子的信息，并澄清了与保护地理标志和原产地名称的特别法律之间的相互作用。

⁷⁰ WIPO Study, 第 39-40 页。

如前所述，在第 10 条之二第(3)款中使用“公众”一词，意味着该禁令旨在涵盖针对消费者的欺骗指示或言论的情况。⁷¹考虑到该规定的这种结构，第三个例子对《巴黎公约》中反不正当竞争的的保护目标提供了重要启示。不可否认，第 10 条之二的重点是竞争者之间的行为。⁷²然而，插入第三个例子，规定在商品的性质或其他特征上误导公众的情形，证明公约偏离了 1958 年里斯本会议限于保护竞争者利益的原则⁷³，为保护消费者打开了一条通道。上面也提到过，保护消费者是确定工商业事项中诚信行为的一个目标。⁷⁴由于第 10 条之二第(3)款中的例举涉及特别被视为不正当竞争的行为⁷⁵，因此可用于说明第 10 条之二第(2)款中一般规定的范围。因此，第 10 条之二第(2)款中“诚信行为”这一总体概念不仅是为了保护竞争者的利益（与第 10 条之二第(3)款第 1 和第 2 项中所举的例子相一致），也是为了保护消费者（如第 10 条之二第(3)款第 3 项所举的最后一个例子），这样的解释应该是符合逻辑的。

E. 其他不正当竞争行为

鉴于竞争和竞争行为的多面性，第 10 条之二第(3)款例举的禁止行为清单——共三项——很难涵盖必须有效禁止的全部不正当竞争情形。⁷⁶因此，必须牢记，国际保护框架不仅要求禁止第 10 条之二第(3)款确定的三种特定类型的行为，而且还要求对第 10 条之二第(2)款中一般不正当竞争概念范围内的其他行为进行有效禁止。⁷⁷

关于具体的适用领域，《TRIPS 协定》提供了重要的参考。⁷⁸在地理标志方面，《TRIPS 协定》第 22(2)(b)条规定了一项义务，即为有关各方提供法律手段，以防止“构成属《巴黎公约》(1967)第 10 条之二范围内的不公平竞争行为的任何使用”。1989 年《关于集成电路的知识产权条约》第 4 条，由于《TRIPS 协定》第 35 条的提及而被纳入《TRIPS 协定》，从而在世贸组织成员国为确保对集成电路布局设计的保护而可能采用的其他法律保护形式中，承认了不正当竞争。此外，《TRIPS 协定》第 39(1)条规定：

在保证针对《巴黎公约》(1967)第 10 条之二规定的不公平竞争而采取有效保护的过程中，各成员应依照第 2 款对未披露信息和依照第 3 款提交政府或政府机构的数据进行保护。

为了在国际层面上确定不公平行为的更多例子，在商业秘密保护的背景下提及《巴黎公约》第 10 条之二特别具有指导意义。TRIPS 第 39(2)条规定：“自然人和法人应有可能防止其合法控制的信息在未经其同意的情况下以违反诚实商业行为的方式向他人披露，或被他人取得或使用。”只要有争议的信息属秘密，因属秘密而具有商业价值，并且采取合理的步骤以保持其保密性，就可以得到这种防止

⁷¹ WIPO Study, 第 24 页, 第 33 段; 世贸组织专家组, Australia - Plain Packaging, 第 33 段; 世贸组织专家组, Australia - Plain Packaging, 第 7.2750 段。

⁷² Pflüger, Article 10bis, 299; Ladas, Patents, Trademarks, and Related Rights, 1687。

⁷³ Actes de Lisbonne, 725, 784 (奥地利的提案), 106, 118, 725-727, 789-790, 852 (讨论和通过)。参见 Ladas, Patents, Trademarks, and Related Rights, 1687。

⁷⁴ 参见 Ricketson, The Paris Convention, para.13.52; Pflüger, Article 10bis, 299; Ladas, Patents, Trademarks, and Related Rights, 1735。

⁷⁵ Bodenhausen, Application of the Paris Convention, 第 143 页。

⁷⁶ 关于在《巴黎公约》修订会议上讨论的其他不公平行为形式的概述, 见 Ricketson, The Paris Convention, 第 13.54-13.59 段。

⁷⁷ 世贸组织专家组, Australia - Plain Packaging, 第 7.2679 段。

⁷⁸ 参见 WTO 小组, Australia - Plain Packaging, 第 7.2629 段; Meier-Ewert, WTO Disputes Regarding Tobacco Plain Packaging, 241; Henning-Bodewig, International Protection Against Unfair Competition, 179-181.7.2629; Meier-Ewert, WTO Disputes Regarding Tobacco Plain Packaging, 241; Henning-Bodewig, International Protection Against Unfair Competition, 179-181。

不正当竞争的保护（《TRIPS 协定》第 39 条第 2 款(a)、(b)和(c)项）。《TRIPS 协定》第 39(2)条在保护商业秘密持有者免受不正当竞争的一般义务上增加了这些概念轮廓，可以被视为一项进一步例举被禁止不正当竞争行为的国际规范。⁷⁹

产权组织《示范规定》界定了应予禁止的主要行为或做法，还试图就可能需要特别关注的其他不正当竞争行为提供了指导。《示范规定》关注对他人企业或其活动造成混淆（第 2 条），损害他人的商誉或名声（第 3 条），误导公众（第 4 条），损害他人企业或其活动的信誉（第 5 条），以及涉及保密信息的不正当竞争（第 6 条）。此外，《示范规定》第 1(1)条包含一个一般性条款，旨在作为禁止其他不正当竞争行为的基础，这些行为在随后的条款中没有具体列出。⁸⁰

因此，产权组织《示范规定》的体系遵循了《巴黎公约》第 10 条之二的模式，即确定某些必须禁止的行为（《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款和《示范规定》第 2 条至第 6 条），来补充一个总体性条款（第 10 条之二第(2)款和《示范规定》第 1 条第 1 款）。然而，《示范规定》中明确列出的不正当竞争行为的数量要多一些。除了第 10 条之二第(3)款例举的三种不正当竞争行为外，《示范规定》还包括另外两类不公平行为。⁸¹根据《示范规定》第 3(1)条的规定：

凡在工商业活动中损害或可能损害他人企业的商誉或名声的行方或做法，无论此种行为或做法是否造成混淆，均构成不正当竞争的行为。

1994 年产权组织研究报告为这一例子的增加奠定了基础，该研究报告特别关注搭便车的行为，尤其是讨论了商标的“显著特征或广告价值”的淡化问题。⁸²“淡化”这一表述作为某定义的核心要素，在《示范规定》第三条第(2)款(b)项中再次出现——该定义还概括了该款(a)项中所列相关行为的示例。根据该定义，“淡化商誉或名声系指降低商标、厂商名称或其他企业名称、产品外观或产品或服务介绍、或名人或著名虚构人物的显著特征或广告价值”。因此，《示范规定》第 3 条对盗用和淡化进行了广泛的禁止，试图包括人物形象权和商品化领域。⁸³

第二个增加的例子是在《示范规定》第 6 条中规定的，涉及保密秘密信息方面的不正当竞争，以《TRIPS 协定》第 39 条为基础。第 6 条第(3)款对“保密信息”的定义与 TRIPS 第 39 条第(2)款(a)、(b)、(c)项对“未披露的信息”的定义相同。同样，《示范规定》第 6(1)条转述了 TRIPS 第 39(2)条中确立的一般原则：

凡在工商业活动中导致他人未经合法控制秘密信息人员[……]许可并以违背诚实商业做法的方式泄露、获得或使用该信息的行为或做法，应构成不正当竞争的行为。

《示范规定》第 6(2)条例举的相关行为是指工商业间谍活动、违反合同、违反信任和相关行为。这些例子可以放在《TRIPS 协定》的脚注 10 中来理解，该脚注用以注释《TRIPS 协定》第 39(2)条中的“诚实的商业行为”：

⁷⁹ 关于《巴黎公约》第 10 条之二和《TRIPS 协定》第 39 条之间关系的更详细讨论，见 Ricketson, *The Paris Convention*, 第 13.61-13.65 段。

⁸⁰ 产权组织《示范规定》，第 6 页，注 1.01。

⁸¹ 参见 Pflüger, *Article 10bis*, 第 297 页。

⁸² WIPO Study, 第 54-58 页，特别是第 109 段。

⁸³ 参见 Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 第 186 页。

在本规定中，“违反诚实商业行为的方式”应至少包括以下做法：如违反合同、违反信任和引诱违约，并且包括第三方取得未披露的信息，而该第三方知道或因严重疏忽未能知道未披露信息的取得涉及此类做法。⁸⁴

产权组织《示范规定》并没有就信息所有者为保密而必须作出的努力提供指导。在这方面，1994年产权组织研究报告建议考虑：该信息是否包含孤立地看是否并非保密的材料；如果雇员要有效地工作，是否必须获得这些信息；以及该信息的获取权限是否仅限于高级管理层。⁸⁵关于前雇员，《示范规定》第 6 条的注释指出，常常很难划分合法使用就业中所获技能、知识和经验与不正当地泄露或使用前雇主秘密信息之间的界限。⁸⁶

总之，产权组织《示范规定》建议超越《巴黎公约》现有的例举，在《巴黎公约》第 10 条之二第 (3) 款明确提到的情况之外，增加盗用商业秘密⁸⁷以及淡化和搭便车的行为。⁸⁸

F. 国家和地区层面发展的意义

考虑到国际保护框架的变动性、开放性⁸⁹，以及新形式竞争行为的不断演变，探讨在所述国际规范和准则基础上发展起来的法律和实践就显得尤为重要。⁹⁰因此，下面对国家和地区层面发展情况的概述，将重点归纳和探讨市场上哪些类别的不公平行为，在当前的反不正当竞争法律和实践发挥了作用。以下分析试图通过这种方式，澄清第 10 条之二在国家和地区成文法和判例法中的适用方式。

更具体地说，各国家和地区的报告试图阐明国际保护框架中若干要素的执行情况，并确定相关的最新发展，如新技术带来的新的不正当竞争形式。这些报告旨在澄清：

- 《巴黎公约》第 10 条之二第 (1) 款规定的反不正当竞争的法律基础。反不正当竞争是否基于一般的侵权法或假冒规定？是否制定了具体的法律来反不正当竞争？⁹¹有哪些保护原理在各国和各地区发挥着作用？除了保护竞争者的目的之外，消费者的利益是否也被考虑在内？公平和不扭曲的竞争中包含的一般公共利益是否得到了承认？
- 反不正当竞争与为知识产权提供保护的具体法律之间的关系。知识产权和反不正当竞争的一般保护标准以何种方式互动？防止不正当竞争的保护是否是对知识产权的补充？知识产权领域的具体立法是否排除了对不正当竞争提供保护的一般法律机制的援引？
- 第 10 条之二第 (2) 款中的“工商事务中的诚信行为”这一概念在不同地区和国家的适用方式。诚信行为的定义在判例法或立法中是否有所发展？以哪种方法来确定是否符合诚信行为？基于部门习惯的经验模式是否占主导地位？经济方面的考虑，如优化市场运作的目标，是否发挥了作用？

⁸⁴ 关于脚注 10 对条约解释的影响的讨论，见 Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.77.

⁸⁵ WIPO Study, 51, 第 99 段。

⁸⁶ 产权组织《示范规定》，第 50 页，注 6.08.

⁸⁷ TRIPS 第 39 条。

⁸⁸ 关于第 10 条之二中没有明确提到的行为的概述，见 WIPO Study, 48-68。

⁸⁹ 参见 WIPO Study, 第 28-29 段。

⁹⁰ 参见 Ricketson, *The Paris Convention*, 第 13.48 段。

⁹¹ 关于这一执行问题的历史根源，见 Ricketson, *The Paris Convention*, 第 13.44 段。

- 禁止第 10 条之二第(3)款中所列不公平行为的实施方式。在国家或地区层面如何解释所谓被禁止行为是“最低限度的例子”⁹²？这种解释产生了哪些保护范围？为了获得保护，需要满足哪些要求？是否需要特定类型的竞争关系？
- 一个国家或地区提供的反不正当竞争保护是否包括不属于第 10 条之二第(3)款例举范围的其他类型的保护。现代技术使新形式的竞争行为成为可能，这是否促使人们认识到有必要防止更多类型的不公平行为？

四、产权组织成员国的法律和实践

针对上一章国际保护框架分析提出的问题（特别见第三节 F 部分），本报告对国际法律框架内若干要素在国家和地区层面的执行情况进行了评估，探讨了在产权组织成员国现行反不正当竞争法和实践中发挥作用的不公平行为的类别，并对相关的新发展，如因新技术而产生的新形式的不正当竞争进行了说明。A 节考察了非洲地区知识产权组织成员国和南非的发展，B 节探讨了非洲知识产权组织成员国的反不正当竞争法和实践，C 节涉及加拿大和美国的反不正当竞争法和实践，D 节概述了加勒比地区的发展，E 节讨论了中美洲的反不正当竞争法和实践，F 节分析了安第斯共同体的公平竞争保护，G 节涉及南方共同市场成员国的反不正当竞争法，H 节概述了阿拉伯地区的发展，I 节研究了中国的反不正当竞争法和实践，J 节讨论了印度反不正当竞争保护，K 节论述了日本和韩国的反不正当竞争法和实践，L 节涉及东盟成员国的反不正当竞争法，M 节研究了澳大利亚和南太平洋地区的发展，N 节探讨了独联体成员国的反不正当竞争法和实践，O 节概述了欧盟的发展，P 节讨论了联合王国的反不正当竞争法和实践。

A. 非洲地区知识产权组织（ARIPO）和南非*

本报告简要介绍非洲 20 个国家反不正当竞争的现状。《巴黎公约》第 10 条之二对不正当竞争广泛定义为监管广泛的非法活动提供了空间。由于没有太多人研究本报告所涉地区如何禁止不同形式的不正当竞争，因此本研究是有意义的。然而，本报告从一开始就明确区分了两套法律规则，一是规范竞争者与其他私营部门参与者和市场参与者之间关系的私法，二是保障和促进竞争的公法，后者用以防止反竞争行为，如某些并购行为、卡特尔和滥用支配地位。⁹³本报告的重点显然是前一类。它分析了南非和非洲地区知识产权组织（ARIPO）19 个成员国的现状，包括：博茨瓦纳、加纳、肯尼亚、斯威士兰王国、莱索托王国、利比里亚、马拉维、毛里求斯、莫桑比克、纳米比亚、卢旺达、圣多美和普林西比、塞拉利昂、苏丹、坦桑尼亚、冈比亚、乌干达和津巴布韦。索马里虽然也是 ARIPO 的成员国，但既不是《巴黎公约》的成员国，也不是世贸组织的成员（因此也不经由《TRIPS 协定》受到《巴黎公约》第 10 条之二的约束）。⁹⁴

更具体地说，本报告旨在：(a) 阐明对象国家为履行第 10 条之二第(1)款所规定的确保有效防止不正当竞争的义务而采取的各种方法；(b) 探讨第 10 条之二第(2)款所规定的“工商事务中的诚信行为”的概念在对象国家如何解释和应用；(c) 调查第 10 条之二第(3)款例举的被禁止不正当竞争行为在对象国家中的实施方式；以及(d) 确定其他行为是否属于对象国反不正当竞争范围（包括由现代技术促成的

* Tobias Schonwetter 先生，南非开普敦大学商法系副教授兼知识产权部主任。作者希望感谢 Nathalie Baumgart 女士对本报告的宝贵研究贡献；Shréya Dabideen 女士；Hanani Hlomani 先生（法学硕士）和 Gabriel Rybko 先生（法学学士）。

⁹² 世贸组织专家组，Australia - Plain Packaging，第 7.2678 段。

⁹³ 虽然在理论上很清楚，但在国内法的制定工作中，私法和公法规则之间的这种区别并不总是保持得清楚。

⁹⁴ 见《TRIPS 协定》第 2(1)条。

行为)。本报告最后还对侵权法的作用作了一些评论。虽然起草本报告需要对每个国家的基础立法和（如果有的话）派生立法进行逐一分析，但本报告则是把几个国家的研究结果集中呈现，以概括一般的方法和类别，以缩短篇幅，方便阅读。

在大多数研究对象国及其所属的超国家机构和组织，除了通过具体的知识产权保护制度，反不正当竞争及其监管仍然是一个没有详细展开的话题。这就说明了本报告的意义——可作为该地区本主题的总体情况介绍和未来深入研究的基础。对这一问题的最佳法律分析似乎发生在南非；然而，本报告的作者并没有由于南非的独特做法而过度凸显对该国的调查结果。对于所涉及的大多数其他国家，相关文献和判例仍然相当有限。⁹⁵因此，即使对这些国家的知识产权专家来说，这类保护的范围仍然难以捉摸，也就不足为奇了。（不足为奇也是鉴于《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款中“不正当竞争”一词的有意宽泛，以适应各国各地区在处理这一法律领域时的差异。）这使得有意义的比较变得复杂。然而，Frauke Henning-Bodewig 教授在 1999 年⁹⁶研究发现（即，发达国家通常通过某种形式的法律保护保障商业部门的公平竞争），似乎同样适用于本报告所涉及的发展中国家，但各国采用的方法不同，这将在以下各节中详细解释。

1. 立法框架

1.1 区域和次区域框架

在所研究的 20 个非洲国家中，反不正当竞争法并不统一。然而，其中一些国家是一个或多个⁹⁷区域经济共同体或关税同盟的成员国，这些国家已经引入了区域或次区域竞争制度，以推进这一领域的区域一体化。以下是对相关区域经济共同体和关税同盟的分析。

特别是东部和南部非洲共同市场（COMESA/东南非共同市场）⁹⁸根据《东南非共同市场条约》第 55(3)条，通过了一个区域竞争制度，包括 2004 年《东南非共同市场竞争条例》⁹⁹，并由《2004 年东南非共同市场竞争规则》和《指南》¹⁰⁰加以补充。《东南非共同市场条约》第 10 条第 2 款规定，任何条例对所有成员国都有约束力。¹⁰¹东南非共同市场的竞争制度由东南非共同市场竞争委员会负责执行。¹⁰²东南非共同市场竞争制度强调在跨境案件中的合并控制，以及防止限制性商业行为和滥用支配地位；然而，《东南非共同市场竞争条例》第 5 部分也包含了消费者保护条款，反对虚假或误导性的

⁹⁵ 虽然很难找到大多数国家的相关判例，但我们还是在大约四分之一的研究对象国找到了与不正当竞争问题有关的判例。

⁹⁶ Henning-Bodewig, F. 'International Protection Against Unfair Competition - Art.10bis Paris Convention, TRIPS 和产权组织《示范规定》', 载于 IIC 1999, 166。

⁹⁷ 关于非洲国家在区域经济共同体和关税同盟中重叠的成员资格的启发性概述，见 Dawar 和 Lipimile "Africa: Harmonising competition policy under the AfCFTA" *Concurrences Competition Law Review* vol 2 (2020) pp244-246。

⁹⁸ 以下研究对象国是 COMESA 的成员国：斯威士兰、肯尼亚、马拉维、毛里求斯、卢旺达、苏丹、乌干达、赞比亚和津巴布韦。

⁹⁹ 可查阅 https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2014/04/2012_Gazette_Vol_17_Annex_12-COMESA-Competition-Regulations-as-at-December-2004.pdf [2021 年 9 月 13 日访问]。

¹⁰⁰ 可查阅 https://www.comesacompetition.org/?page_id=393 [2021 年 9 月 13 日访问]。

¹⁰¹ 尽管如此，成员国还是对《COMESA 条约》和《COMESA 条例》中国产化的必要性提出了质疑，例如见 Kigwiri 和 Mwemba 'The COMESA Competition Commission (CCC), Earlier Experiences and Lessons for Regional Competition Regimes in the Global South', *AfronomicsLAW Analysis* (2021 年 8 月 30 日)，可查阅 <https://www.afronomicslaw.org/category/analysis/comesa-competition-commission-ccc-earlier-experiences-and-lessons-regional> [2021 年 9 月 13 日访问]。

¹⁰² 见 COMESA Competition Regulations 第 2 部分。

商品和服务介绍¹⁰³以及消费者和商业交易中“缺德行为 (unconscionable conduct)”¹⁰⁴，等等。《东南非共同市场竞争条例》第 27 条列出了 11 类虚假和误导性表示。根据东南非共同市场竞争委员会发布的一份解释说明，“条例中关于缺德行为的规定旨在禁止严重的不公平行为——无论是在商品和服务的供应还是获取方面。该条例包括判定缺德行为的准则，以便考虑行为的具体情况”。¹⁰⁵

在南部非洲发展共同体 (SADC/南共体) 地区¹⁰⁶，1996 年《南共体地区贸易议定书》第 25 条 (“竞争政策”) 笼统指出，“成员国应在共同体内实施禁止不公平商业行为和促进竞争的措施”。针对《议定书》第 25 条，南共体通过了一个不具约束力的《2009 年竞争和消费者政策宣言》。¹⁰⁷该宣言没有制定区域竞争法，而是提供了一个合作框架，以最终实现该领域的法律和政策协调。除其他事项外，《宣言》鼓励成员国建立“一个透明的框架，其中包含适当的保障措施，以保护各方的保密信息，并建立适当的国家司法审查制度”。¹⁰⁸

2006 年，东非共同体 (EAC/东共体)¹⁰⁹，颁布了《东非共同体竞争法》，以促进和保护东非共同体的公平竞争并为消费者提供福利；2010 年通过了《东非共同体竞争条例》。¹¹⁰东非共同体竞争法与上述东南非共同市场竞争条例的第 27 和 28 条几乎相同，在第八部分 (“消费者福利”) 禁止“虚假表示”¹¹¹以及“消费者交易中的缺德行为”¹¹²。《东非共同体竞争法》于 2014 年 12 月 1 日生效，因此，该地区现在确实存在至少两个平行的竞争法制度，即针对跨境案件的东非共同体区域框架和针对国家层面竞争问题的国内竞争法。¹¹³

就本研究而言，其他次区域的框架似乎不那么重要。虽然西非国家经济共同体 (ECOWAS/西非经共体)¹¹⁴也为该地区引入了竞争政策框架和规则¹¹⁵，但这些文书似乎并没有延伸到第 10 条之二意义上的不正当竞争问题。南部非洲关税同盟 (SACU) 2002 年的¹¹⁶协议第 8 部分承诺成员国将在这一领域实行国内竞争政策和执法合作。¹¹⁷此外，第 41 条规定，成员国义务制定和采取政策和措施来解决各国之间的不公平贸易行为。中非国家经济共同体 (ECCAS/中非经共体)¹¹⁸并没有建立一个可操作的区域竞争制度，以涵盖第 10 条之二所指的不公平行为。

¹⁰³ 见 COMESA Competition Regulations 第 27 条。

¹⁰⁴ 见 COMESA Competition Regulations 第 28 和 29 条。

¹⁰⁵ COMESA Competition Commission Consumer Protection – Explanatory Note, 可查阅 https://www.comesacompetition.org/?page_id=294[2021 年 9 月 13 日访问]。

¹⁰⁶ 以下研究对象国是南共体成员国：博茨瓦纳、斯威士兰、莱索托、马拉维、毛里求斯、莫桑比克、纳米比亚、南非、坦桑尼亚、赞比亚、津巴布韦。

¹⁰⁷ 可查阅

https://www.sadc.int/files/4813/5292/8377/SADC_Declaration_on_Competition_and_Consumer_Policies.pdf[2021 年 9 月 13 日访问]。

¹⁰⁸ 见《宣言》第 1(e) 条。

¹⁰⁹ 以下研究对象国是东非共同体的伙伴国家：肯尼亚、卢旺达、坦桑尼亚和乌干达。

¹¹⁰ 此外，2004 年《关于建立东非共同体关税同盟的议定书》(Protocol on the Establishment of the EAC Customs Union) 第 21 条规定：“伙伴国应禁止任何对自由贸易产生不利影响的做法，包括任何以防止、限制或扭曲共同体内的竞争为目标或效果的协议、承诺或协同做法。[……]本条的执行应符合东非共同体的竞争政策和法律。”

¹¹¹ 东非共同体竞争法 (EAC Competition Act) 第 28 条。

¹¹² 东非共同体竞争法第 29 条。

¹¹³ 在这些法律存在的范围内。

¹¹⁴ 以下研究对象国是西非经共体成员国：加纳、利比里亚、塞拉利昂、冈比亚。

¹¹⁵ 这些内容可以在西非经共体竞争管理局的网站上查阅：<https://www.arcc-erca.org/>，以及这里：<https://www3.nd.edu/~ggoertz/rei/rei260/rei260.35ttl.pdf>[2021 年 9 月 13 日访问]。

¹¹⁶ 以下研究对象国是南部非洲关税同盟的成员国：博茨瓦纳、莱索托王国、纳米比亚、南非和斯威士兰王国。

¹¹⁷ 第 40 条。

¹¹⁸ 以下研究对象国是中非经共体成员国：圣多美和普林西比、卢旺达。

在非洲大陆层面，非洲国家于 2021 年初开始在新的非洲大陆自由贸易区下进行贸易。非洲联盟 2018 年《建立非洲大陆自由贸易区协定》（AfCFTA 协定）第 4(c) 条规定，缔约国¹¹⁹除其他事项外，应在竞争政策方面进行合作。非洲大陆自由贸易区协定的谈判分阶段进行，根据《非洲大陆自由贸易区协定》第 7 条，竞争政策问题（和知识产权问题）构成第二阶段谈判的一部分。这些谈判将产生《建立非洲大陆自由贸易区协定》关于竞争政策的议定书。一旦完成，该议定书将成为非洲自由贸易区协定的一部分。由于 2019 冠状病毒病的原因，谈判正面临着延误。尽管如此，第二阶段的谈判仍有望在今年开始。现阶段还不清楚竞争政策议定书是否会超越核心竞争法问题，如卡特尔、兼并和滥用支配地位，并扩展到其他领域，如《巴黎公约》第 10 条之二所涉及的“违反工商事务中的诚信行为的竞争行为”。然而，关键是，非洲自由贸易区协定第 5 条澄清说，该条通常基于上述各区域经济共同体的现有最佳做法。在发生冲突的情况下，除非缔约国之间已经达到了更高的区域一体化水平，否则原则上将以非洲自贸区协定的规定为准。¹²⁰

1.2 国内框架

在国内层面，值得注意的是，非洲各国存在各种法律体系（大陆法系、普通法、大陆法与普通法的结合和/或宗教法）。这也影响了各国处理不正当竞争的方式——在技术上和实质上都是如此。因此，各国以不同的方式对第 10 条之二第(1)款所规定的义务作出回应，这些回应可以总结为以下几点：

在大多数国家，针对不正当竞争的不同方面存在各种法律依据，通常包括对某些类型（但不一定全面）的不正当竞争行为予以禁止的具体法律，以及竞争法、消费者保护法、知识产权法、部门法和/或这些法律的组合。此外，正如本报告第 6 部分所解释的，侵权和违法行为法在一些国家也仍然发挥着作用。因此，反不正当竞争的理据也不尽相同，似乎有些强调对消费者的保护。

更具体地说，大多数国家目前没有针对不正当竞争的专门法律。只有四个国家（斯威士兰、加纳、毛里求斯和纳米比亚）有这样的立法。¹²¹马拉维有一部竞争和公平交易合并立法。¹²²一些国家如肯尼亚、利比里亚、苏丹和津巴布韦在其竞争立法的标题中没有以类似的方式提及（不）公平竞争/贸易；然而，它们也在各自的竞争法中处理不正当竞争问题。¹²³其他国家（包括卢旺达和赞比亚）已经通过了竞争法和消费者保护合并立法，通常在这些法律中把不正当竞争问题作为消费者保护问题来处理。¹²⁴同样，一些国家——如博茨瓦纳、冈比亚、肯尼亚、马拉维、莫桑比克和南非的具体消费者保

¹¹⁹ “缔约国”是指已批准《非洲自由贸易区协定》或加入该协定的非盟成员国（见《非洲自由贸易区协定》第 1(v) 条）。以下研究对象国是缔约国：加纳、肯尼亚、斯威士兰王国、莱索托王国、马拉维、毛里求斯、纳米比亚、卢旺达、圣多美和普林西比、南非、塞拉利昂、冈比亚、乌干达、赞比亚和津巴布韦。

¹²⁰ 见《非洲自贸协定》（AfCFTA Agreement）第 19 条。

¹²¹ 斯威士兰：《2001 年公平交易法》（The Fair Trading Act of 2001）；加纳：《2000 年反不正当竞争保护法》（The Protection Against Unfair Competition Act of 2000）；毛里求斯：《2002 年防止不正当行为（工业产权）法案》（The Protection against Unfair Practices (Industrial Property Rights) Act of 2002）；纳米比亚：《1976 年贸易惯例法》（Trade Practices Act of 1976）。从表面上看，坦桑尼亚 2003 年的《公平竞争法》也属于这一类；然而，虽然该法在第三至第五部分确实涉及不正当竞争问题，但它更广泛地涉及竞争问题，因此不能被称为是专门针对不正当竞争的具体法律。此外，利比里亚似乎在 2014 年起草了这样的立法；然而，该立法草案似乎从未成为法律。

¹²² 1998 年第 43 号法 Competition and Fair Trading Act；该法第 43 条涉及“不公平交易”。

¹²³ 例如，肯尼亚 2010 年《竞争法》第 55 条涉及虚假和误导性陈述，第 56 和 57 条涉及“不合良知的行为”；另见：利比里亚 2016 年《竞争法》第 7 条“虚假表示”[第三部分（“不公平交易行为”）]；苏丹 2009 年《竞争和反托拉斯法》第三章[“消费者保护”]；津巴布韦 1996 年《竞争法》第 42 条（“不公平交易行为”）。

¹²⁴ 见卢旺达关于竞争和消费者保护的 36/2021 号法（第五章：消费者保护；特别是第 37 和 39 条）和赞比亚 2010 年的竞争和消费者保护法（第七部分[“消费者保护”]；特别是第 45-47 条，涉及不公平交易行为和虚假/误导性陈述）。

护法¹²⁵，也涉及不正当竞争的各个方面。此外，在许多国家的知识产权立法中也可以找到反不正当竞争的内容。¹²⁶

如本报告前文所述，与其他许多国家相比，南非拥有完善的不正当竞争制度。¹²⁷然而，与其他国家不同的是，南非的不正当竞争制度主要是基于普通法。¹²⁸然而，必须承认的是，与其他国家一样，南非也在《商标法》和《消费者保护法》等几部立法中涉及了不正当竞争的不同要素。根据南非的普通法，可基于阿奎利亚法¹²⁹认定非法竞争中的一般违法行为（侵权行为）。¹³⁰确定竞争是否非法的一个关键因素是“良俗”（boni mores）标准¹³¹，这个标准主要考虑公平、诚实、合理和公共道德，本报告第 3 节将详细解释。阿奎利亚法的重点是保护竞争者的利益，因为它主要是为了解决对吸引顾客的权利的侵犯。南非法院已经承认了一些基于普通法的具体非法竞争形式，包括假冒和“倚赖”（leaning on）、某些虚假表示、盗用商业秘密以及散布不真实或恶意的言论。此外，违反任何法定条款（例如《南非消费者保护法》）也可以为普通法概念下的非法竞争责任提供依据¹³²，而且往往是在有关立法规定的救济措施之外。¹³³

2. 工商事务中的诚信行为

一些国家——包括博茨瓦纳、冈比亚、加纳、莱索托、毛里求斯、莫桑比克、纳米比亚、卢旺达、圣多美和普林西比、塞拉利昂——在其相关法律中特别提到了商业¹³⁴“诚信行为”。

一个试图定义“违反商业诚信行为”的国家是毛里求斯。根据毛里求斯 2002 年的《反不正当行为（工业产权）保护法》，“该术语[……]应包括任何可能构成违反合同、违反信任、引诱违约的行为，或上述行为导致第三方获取未披露信息的行为，但第三方须明知或因严重疏忽而不知获取未披露信息涉及上述行为”。¹³⁵

然而，通常情况下，国内立法并没有进一步界定“诚信行为”这一术语。但具体的活动往往被明确视为不公平或非法竞争的行为，因此必然属于商业事务中的不诚信行为。¹³⁶

例如，博茨瓦纳《工业产权法》第 114(2)条规定：“任何违反工业或商业惯例的竞争行为应构成不正当竞争行为。”该法第 114(3)条继续明确列举了不正当竞争行为的具体形式，反映了《巴黎公

¹²⁵ 例如，见冈比亚 2014 年《消费者保护法》（Consumer Protection Act）第 11 条；马拉维 2003 年《消费者保护法》第 43 和 44 条；莫桑比克 2009 年《消费者权益法》第 20 条；南非 2008 年《消费者保护法》第 F 部分。

¹²⁶ 例如，见博茨瓦纳 2010 年《工业产权法》（Industrial Property Act）第 114 条；莱索托 1989 年《工业产权令》（Industrial Property Order）第 34 条（第六部分）；利比里亚 2016 年《工业产权法》（Industrial Property Act）第 10.2 条；莫桑比克 2015 年《工业产权法》第 212 和 213 条；纳米比亚 2012 年《工业产权法》第 194 条；卢旺达第 31/2009 号法《保护知识产权法》第三章（“防止不正当竞争”）；圣多美和普林西比 2016 年《知识产权法》第 277 和 278 条；塞拉利昂 2014 年《商标法》第三部分。

¹²⁷ 深入讨论见 Johann Neethling, *Unlawful Competition*, LexisNexis 2015。

¹²⁸ 其他几个研究对象国，包括莱索托、坦桑尼亚和津巴布韦，也通过普通法处理不正当竞争的问题，特别是关于假冒的问题。这也是因为从历史上看，其他几个研究对象国的法律体系是基于联合王国普通法和/或南非法律。

¹²⁹ 根据《阿奎利亚法》（lex Aquilia），责任的要求是：作为或不作为；作为或不作为的不法性；因果关系；过错；财产损失。

¹³⁰ Owen Dean & Alison Dyer *Introduction to Intellectual Property Law*, Oxford University Press South Africa (2014) at 3.1.

¹³¹ 见 Phumelela Gaming and Leisure Ltd v. Gründlingh and Others 2007(6)SA 350(CC) at 361-362。

¹³² Dean & Dyer *Introduction to Intellectual Property Law*, 3.5.2.

¹³³ 普通法中的非法竞争权与其他知识产权之间的关系要复杂一些，例如见 Payen Components SA Ltd v Bovic Gaskets CC and Others 1995(4)SA 441(A)29。

¹³⁴ 其中一些国家但不是所有国家还特别提到了“工业”事项。

¹³⁵ 见 2002 年反不正当行为（工业产权）保护法（The Protection against Unfair Practices(Industrial Property Rights)Act）第 4(4)条。

¹³⁶ 例如，见博茨瓦纳、冈比亚和莱索托。

约》第 10 条之二第(3)款的规定。同样，加纳的《反不正当竞争法》第 7 条规定：“除了第 1 至 6 条中提到的行为外，在工业或商业活动过程中，任何违反诚信的行为或做法都构成不正当竞争行为。”第 1-6 条提到了以下行为：

- 造成对他人的企业或其活动的混淆；
- 损害他人的商誉或声誉；
- 误导公众；
- 诋毁他人的企业或其活动；
- 涉及商业保密信息的不正当竞争；以及
- 在国家或国际义务方面的不正当竞争。

其他对象国家在其相关立法中使用“不公平行为”“不公平商业行为”“不正当竞争行为”或只是“不正当竞争”等术语，而不是用“工业或商业事项中的诚信行为”。同样，这些术语通常没有定义；但是，法律往往将一系列的行为定为上述行为。例如，斯威士兰 2001 年的《公平交易法》虽然没有提到“诚信行为”，但提到了不公平行为。该法第二部分规定某些形式的商业行为为非法，特别是误导性、欺骗性或虚假行为。同样，马拉维的立法提到了不公平的竞争行为，而不是诚实的商业行为，《竞争和公平交易法》第 43 条列出了可以认为是不正当竞争行为的情况，如假报事实和可能误导公众的行为。

在南非，法院在相当长的一段时间内认为，虽然贸易和竞争中的公平和诚实标准模糊而富有弹性，却是确定某种行为是否符合非法竞争的关键。但由此发展出的更细微的“良俗”标准，则强调道德和伦理以及公共政策考虑。根据 Van Dijkhorst 法官在“Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd 诉 Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd and Others 案”¹³⁷中的说法，“必须权衡竞争各方的利益，同时还要考虑到社会利益、公共利益。由于这一准则不可能凭空存在，市场的道德、适用该准则的社会群体的商业道德，对确定这一准则具有重要意义”。

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

一些国家试图通过在各自的国内法中采用与《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款相同或非常相似的语言来实施该款——当不正当竞争问题通过知识产权法或禁止不公平竞争的具体立法来解决时，情况往往就是这样。¹³⁸然而，正如本报告第 2. b. 节所述，反不正当竞争法的各个方面也经常出现在其他类型的立法中，如消费者保护法和竞争法。这使得在多层次、有时是重叠的国内法律框架中找到符合第 10 条之二第(3)款例举不公平行为的判例成为一项复杂的任务。大多数国家的相关判例仍然太少，无法(a)确定国内保护以何种方式反映第 10 条之二第(3)款（特别是如果国内立法使用的表述方法与第 10 条之二第(3)款不同），也无法(b)确定国内保护的确切范围，从而使本已复杂的任务更加复杂。

4. 其他不正当竞争行为

巴黎联盟成员可以自由超越第 10 条之二规定的最低标准。许多国家确实已经在这样做，而且这些国家已经确认相当多的额外的不正当竞争行为。

¹³⁷ 1981(2)SA 173(T)。后来宪法法院在 Phumelela Gaming and Leisure Ltd v Gründlingh and Others (2007(6)SA 350(CC))一案中确认了“良俗(boni mores)”标准。

¹³⁸ 以下研究对象国的法律规定与《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款非常相似：博茨瓦纳、冈比亚、莱索托、莫桑比克、圣多美和普林西比、塞拉利昂。

一些国家扩大了虚假和误导性言论和指示的类别。例如，斯威士兰的《公平交易法》列出了更多的虚假¹³⁹、误导性的表示，把这些都定为不正当竞争行为。虽然这些行为的许多形式都属于第 10 条之二第(3)款的范围，但有些行为可能超出了这个范围，包括：

- 关于土地的虚假表示（第 8 条）；
- 在提供礼品和奖品方面作出的虚假或误导性表示（第 11 条）；
- 提供或接受交易积分券（第 12 条）；
- 诱饵广告（第 13 条）；以及
- 禁止金字塔式销售计划（第 18 条）。

另一个例子是加纳的《反不正当竞争法》，它列出了一些超出第 10 条之二第(3)款范围的行为，如：

- 损害一个人或机构的商誉，无论该做法是否造成混淆（第 2 条）；
- 违反国家和国际义务/违反区域和国际条约义务的行为（第 6 条）。

尽管如此，应当特别注意一些国家认可了以下额外的不正当竞争行为：

- 地理标志的某些用途¹⁴⁰；以及
- 秘密信息的使用/披露¹⁴¹。

侵权法的作用

在通过立法专门处理不正当竞争问题之前，许多国家已经调整了现有法律概念，来处理不正当竞争行为。虽然大多数国家现在都有具体的立法来处理某些类型的不正当竞争行为，但侵权法或违法行为法仍然在发挥作用——在对象国也是如此。值得注意的是，这些国家中没有一个国家在引入专门立法后，废除或推翻了其以前关于不正当竞争的侵权法或违法行为法。

在一些国家，规范不正当竞争行为的侵权法或不法行为法被用来解释本报告中讨论的法律条款，例如在加纳和坦桑尼亚。更具体地说，在加纳，一家法院认为，被告的行为¹⁴²违背了诚实的工业或商业惯例，因此构成了不正当竞争行为。而在作出这一决定时，法院主要依据的是侵权法中的假冒行为。¹⁴³在“坦桑尼亚卷烟有限公司诉 Mastermind 烟草公司案”¹⁴⁴中，法院利用假冒侵权行为评估了根据《公平竞争法》提出的主张，发现没有实施不公平行为。

在其他国家，较新的立法与侵权法或不法行为法平行存在，例如在毛里求斯和纳米比亚。正如本报告前面所讨论的，毛里求斯的反不正当竞争法是由 2002 年的《反不公平行为（工业产权）保护法》具体实施的。例如，在“The Polo/Lauren Company 诉 Regent Ltd 等人案”¹⁴⁵中，毛里求斯法院承认，除了普通法上的假冒行为外，还有通过《不公平行为法》成文法规定的假冒行为。¹⁴⁶纳米比亚高等法

¹³⁹ 同样，南非《消费者保护法》第 41(3)条[“虚假、误导或欺骗性表示”]也包含一个广泛的虚假、误导或欺骗性表示的清单。

¹⁴⁰ 例如，在博茨瓦纳、利比里亚和圣多美和普林西比。

¹⁴¹ 例如，在博茨瓦纳、毛里求斯、加纳、利比里亚和纳米比亚。

¹⁴² 被告进口并分销一种草药酒，原告在其中拥有唯一的代理权。

¹⁴³ 见 Georgina Achiaa v Don Emilio Company Limited, 诉讼号：IPR/16/2010。

¹⁴⁴ Tanzania Cigarette Company Ltd v Mastermind Tobacco, 坦桑尼亚高等法院的 2005 年第 11 号案。

¹⁴⁵ 2004 SCJ 24.

¹⁴⁶ 此外，在 Empel Ltd (Empel) v The Information and Communication Technologies Authority (ICTA) 等人(2017 SCJ 294)案中，毛里求斯最高法院处理了移动无线蜂窝电话服务的排他性、不正当竞争以及侵权法在毛里求斯的适用问

院在“Southern Sun Africa 诉 Sun Square Hotel 案”¹⁴⁷中，处理了一个酒店业主提出的遭竞争对手假冒商誉的诉讼主张。法院根据假冒侵权行为（不法行为）的原则判决原告胜诉，没有提到 1976 年的《贸易惯例法》或 2012 年的《工业产权法》。由于根本没有提到立法，看来假冒侵权行为在纳米比亚法律中继续发挥着普遍的作用——这种作用不是对成文法的补充，而是与成文法并行。

B. 非洲知识产权组织 (OAPI) *

1. 立法框架

在非洲知识产权组织 (OAPI) 成员国，有几部竞争法立法，这似乎是一个普遍趋势的结果。¹⁴⁸更具体地说，这种情况可通过该地区的机构配置来理解。非洲知识产权组织有 17 个成员国¹⁴⁹，同时，这些国家也是其他区域组织的成员，这些组织制定了竞争法条例和政策，其中有两个区域组织颁布了竞争法的一般规定。

这些区域组织之一是中部非洲经济和货币共同体 (CEMAC/中非经货共同体)¹⁵⁰，在此框架下，最近经由 2019 年 4 月 7 日关于竞争的第 06/19-UEAC-639-CM-33 号条例，设立了一个新的框架。¹⁵¹上述条例的目的¹⁵²是确定关于竞争的共同规则，以促进自由竞争，控制或消除具有损害成员国之间贸易、发展或消费者福利的反竞争行为。¹⁵³它将有关反竞争协议、滥用支配地位、兼并¹⁵⁴和国家援助的规定集合在一个条例中。新条例规定在中非经货共同体委员会内设立共同体竞争委员会 (CCC)，这是一个向中非经货共同体委员会提供建议的技术机构。¹⁵⁵该条例得到 2019 年 4 月 8 日第 01-19-UEAC-639-CM-33 号指令的补充，该指令规定了中非经货共同体成员国适用区域竞争条款的体制框架。

另一个区域组织是西非经济货币联盟 (WAEMU-UEMOA)。¹⁵⁶在这个区域框架下，通过几项法律构建了竞争制度。首先，也是最重要的，是 1994 年建立西非经济货币联盟的《达喀尔条约》（《西非经济货币联盟条约》），该条约载有关于竞争的条款。实质上，这些条款包括核心竞争法对协议和滥用支

题。根据《毛里求斯民法典》第 1382 条，法院裁定被告对不正当竞争负有侵权责任。法院指出，不能指望申请人降低其价格以配合被申请人的价格。

¹⁴⁷ [2018] NAHCMD 106.

* Patrick Juvet Lowé Gnintedem 先生，喀麦隆姜城大学副教授。

¹⁴⁸ T. Büthe 和 V. K. Kigwiru, “The Spread of Competition Law and Policy in Africa: A Research Agenda”, *African Journal of International Economic Law*, volume 1 (Fall 2020), 41-83. 另见 Baker McKenzie, *Overview of Competition and Antitrust Regulations in Africa*, 2019, Johannesburg, Baker McKenzie, 156, 见: <https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/guides/2019/overview-of-competition-and-antitrust-regulations-in-africa.pdf>, 2021 年 8 月查阅。

¹⁴⁹ 这些成员国是贝宁、布基纳法索、喀麦隆、中非共和国、乍得、科摩罗、刚果、赤道几内亚、加蓬、几内亚、几内亚比绍、象牙海岸、马里、毛里塔尼亚、尼日尔、塞内加尔和多哥。

¹⁵⁰ 中非经货共同体有六个成员国：喀麦隆、中非共和国、乍得、刚果、赤道几内亚和加蓬。

¹⁵¹ 在这个独特的条例之前，竞争法主要由两部法律管辖：《经 2005 年 6 月 27 日第 12-05-UEAC-639 号条例修正的 1999 年 6 月 25 日中非经货共同体第 1/99-UEAC-CM-639 号条例》，以及《1999 年 8 月 18 日第 4/99-UEAC-639 号条例》。

¹⁵² 《2019 年 4 月 7 日中非经货共同体条例》第 2 条。

¹⁵³ 2019 年 3 月 22 日协调中非经货共同体内部的消费者保护的 02/19-UEAC-639-CM-18 号指令规定了保护消费者的监管框架。

¹⁵⁴ Tamara Dini, “Merger Notification Under the CEMAC Competition Law Regime”, 2021 年 1 月 18 日, https://www.bowmanslaw.com/insights/competition/merger-notification-under-the-cemac-competition-law-regime/#_ftnref4, 2021 年 8 月访问。

¹⁵⁵ BOWMANS, *Africa Guide - Competition*, Bowmans 律师事务所, 2021, 4. https://www.bowmanslaw.com/wp-content/uploads/2021/07/Competition_Digital.pdf

¹⁵⁶ 西非经济货币联盟由八个成员国组成：贝宁、布基纳法索、科特迪瓦、几内亚比绍、马里、尼日尔、塞内加尔和多哥。

配地位的禁止¹⁵⁷，并赋予委员会执行共同体法律的权限。¹⁵⁸进一步的条例和指令细化了主要的竞争法。¹⁵⁹其中的条例包括：2002 年 5 月 23 日第 02/2002/CM/UEMOA 号条例，规定了西非经货联盟内的反竞争行为；2002 年 5 月 23 日第 03/2002/CM/UEMOA 号条例，规定了处理西非经货联盟内卡特尔和滥用支配地位的程序；2002 年 5 月 23 日第 04/2002/CM/UEMOA 号条例，规定了西非经货联盟内的国家援助和适用条约第 88(c) 条的程序。其中的指令包括：2002 年 5 月 23 日第 01/2002/CM/UEMOA 号指令，规定了成员国与公共企业之间以及成员国与国际和外国组织之间财务关系的透明度；2002 年 5 月 23 日第 01/2002/CM/UEMOA 号指令，规定了委员会与成员国竞争机构之间在适用组成西非经济货币联盟条约第 88、89 和 90 条方面的合作。

值得注意的是，西非经货联盟的所有成员国也都是西非国家经济共同体（ECOWAS/西非经共体）的成员。¹⁶⁰西非经共体通过 2008 年 12 月 19 日《西非经共体补充法案》（A/SA.1/06/08）引入了竞争法，该法案主题是“共同体竞争规则的通过及规则在西非经共体内的适用方式”¹⁶¹，目标包括禁止任何阻止、限制或扭曲区域一级竞争的反竞争商业行为，并确保消费者的福利。法案还规定成立西非经共体竞争管理局，在西非经共体内部执行共同体标准竞争规则和条例。毫无疑问，进行机构调整，促进西非经货联盟和西非经共体联合开展工作，是西非区域一体化进程中的主要挑战之一。¹⁶²

除了区域联盟产生的竞争规则外，非洲知识产权组织有自己的¹⁶³具体竞争法规则。事实上，非洲知识产权组织的立法机构认为建立“防止不正当竞争的共同保护体系”是有好处的。¹⁶⁴因此，《关于建立非洲知识产权组织的班吉协定》¹⁶⁵通过了一个与“防止不正当竞争”有关的附件八。¹⁶⁶

关于非洲知识产权组织成员国的国内立法¹⁶⁷，竞争法和政策执行情况因国家而异。有些国家有现行的竞争法和正在运作的竞争管理机构；有些国家已经颁布了竞争法，但尚未建立竞争管理机构；还

¹⁵⁷ 《西非经济货币联盟条约》第 88 和 89 条。

¹⁵⁸ 《西非经货联盟条约》第 90 条。应该指出的是，法院裁定《达喀尔西非经济货币联盟条约》第 88-90 条涉及联盟的专属权限，成员国不能在竞争领域行使共同或并行的权限。Decision n° 003/2000, 27 June 2000, relating to the interpretation of article 88, 89 and 90 of the UEMOA Treaty: Competition rules, 载于 Cour de Justice de L'UEMOA Recueil de la jurisprudence de la Cour, 119-132。

¹⁵⁹ M. Bakhoun 和 J. Molestina, “Institutional Coherence and Effectivity of a Regional Competition Policy: The Case of the West African Economic and Monetary Union (WAEMU)” Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-17, 2011, 3。

¹⁶⁰ 组成西非经共体的 15 个成员国是：贝宁、布基纳法索、佛得角、科特迪瓦、冈比亚、加纳、几内亚、几内亚比绍、利比里亚、马里、尼日尔、尼日利亚、塞内加尔、塞拉利昂和多哥。

¹⁶¹ 还有一个关于西非经共体区域竞争管理局的建立和职能的第 A/SA.2/06/08 号补充法案。

¹⁶² 贸发会议，《西非经济和货币联盟竞争政策事后审查的筹备报告》（Preparatory Report for the Ex Post Review of the Competition Policy of the West African Economic and Monetary Union），联合国出版物，2020 年，56。

¹⁶³ 西非经货联盟与中非经货共同体一样，不严格区分反竞争行为和不正当竞争。因此，任何与这些区域实体的规则不矛盾的法规都是受欢迎的。Atchiman Joséphine Naara Koutouan, Contribution à l'étude des droits régionaux de la concurrence en Afrique de l'Ouest: cas de l'union économique et monétaire Ouest-Africaine et de la communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest, thèse de doctorat en Droit, Université de Bordeaux, 2018, 223。

¹⁶⁴ 《班吉协定》的序言。

¹⁶⁵ 源于其法语缩写，即非洲产权组织（Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle）。《班吉协定》最后一次修订是在 2015 年 12 月 14 日在巴马科。

¹⁶⁶ 附件八是按照 2020 年 10 月 27 日关于《班吉协定》（即《2015 年 12 月 14 日法》）部分附件生效的第 003/OAPI/PCA 号决定自 2020 年 11 月 14 日起生效的四个附件之一。

¹⁶⁷ 关于其中的一些国家，见贸发会议，《竞争政策自愿同行审查：西非经济和货币联盟》（Voluntary Peer Review of Competition Policy: West African Economic and Monetary Union, Benin and Senegal），贝宁和塞内加尔，联合国，纽约和日内瓦，2007。

有一些国家仍然没有竞争法，或者仍然处于制定竞争立法的早期阶段。¹⁶⁸同时，在国内法律与区域立法并存的情况下，显然有必要明确每个机构的行动范围。¹⁶⁹

2. 工商事务中的诚信行为

1977 年 3 月 2 日关于建立非洲知识产权组织的第一个《班吉协定》已经包括了范不正当竞争的规定。这些规定都是位于附件五第二部分第 17 条中，主题是“商号和反不正当竞争”。该条认为，任何违反工业、商业、手工业或农业方面的诚信行为的竞争行为都是非法的。该条第 2 款例举了违反诚信行为的竞争行为。

随着 1999 年 2 月 24 日对《班吉协定》的修订，增加了一个完整附件，即附件八，完全用于禁止不正当竞争。¹⁷⁰2015 年 12 月 14 日修订的《班吉协定》没有对这一法律框架进行实质性的改变。¹⁷¹

可以看出，如同第 10 条之二第(2)款定义的那样，在所有《班吉协定》中，“诚信行为”的概念都与不正当竞争相关，“在工业或商业活动过程中，任何违反诚信行为的行为或做法都应构成不正当竞争行为”。¹⁷²“工业或商业活动”也包含自由职业活动。¹⁷³“行为”不仅指严格意义上的行为，而且还指任何不履行行为。¹⁷⁴

2015 年《班吉协定》（如同 1999 年《班吉协定》）与 1977 年第一个《班吉协定》的不同之处在于，它澄清了禁止不正当竞争的一般保护与侵犯知识产权之间的关系。虽然附件八给出了被视为不正当竞争行为的行为清单¹⁷⁵，但还规定了一项一般原则，即列举这些行为的条款“独立于保护发明、工业设计、商标、文学和艺术作品以及其他知识产权主题的任何立法规定，并在这些规定之外适用”。¹⁷⁶这是否意味着对不正当竞争的诉讼可以类似于对侵犯知识产权的诉讼？

通常情况下，知识产权侵犯会导致侵权诉讼。基于知识产权的侵权诉讼和基于一般不正当竞争诉讼的禁止非法行为之间并没有明显的、清晰的区分。¹⁷⁷非洲知识产权组织成员国的法院在这方面采取了不同的立场。一方面，很明显，这两种诉讼是不能叠加进行的；一套行为或事实已经用来证明侵犯

¹⁶⁸ 见 K. Dawar 和 G. Lipimile, “非洲：在非洲自由贸易区下协调竞争政策”，《竞争法评论》，2-2020, 244-246。

¹⁶⁹ M. Bakhroum 和 J. Molestina, “Institutional Coherence and Effectivity of a Regional Competition Policy: The Case of the West African Economic and Monetary Union (WAEMU)”，马克斯-普朗克知识产权和竞争法研究所研究论文第 11-17 号，2011 年，3-4；M. S. Gal 和 I. Faibish Wassmer, “Regional Agreements of Developing Jurisdictions: Unleashing the Potential”，载于 J. Drexler, M. Bakhroum, E. Fox, M. Gal and D. Gerber, (主编), *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries*, Edward Elgar, 2012, 311-313。

¹⁷⁰ 1977 年只有一个反不正当竞争保护条款，修订后的协定有 8 个。

¹⁷¹ 应该指出，新协定引入了关于损害赔偿的详细规定，另补充第 9 条，明确规定 1999 年 2 月 24 日《班吉协定》附件八废止。

¹⁷² 《班吉协定》（1977 年）第 17(1)条；《班吉协定》（1999 年）第 1(1)(a)条；《班吉协定》2015 年第 1(2)(a)条。

¹⁷³ 《班吉协定》（2015 年）附件八第 1(1)(b)条。“自由职业”指的是不受商业法规范的职业。然而，由于客户的存在，以及技术手段、采用的法律形式和活动的性质，自由职业比如法律咨询或顾问行业构成了一个竞争部门。慈善服务和组织被排除在本条规定的自由职业的特征之外。

¹⁷⁴ 第 1(1)(e)条附件八，《班吉协定》（2015 年）。

¹⁷⁵ 《班吉协定》（2015 年）附件八第 2 至 6 条。

¹⁷⁶ 第 1(3)条，附件八。

¹⁷⁷ J. Schmidt-Szalewski, “La distinction entre l’action en contrefaçon et l’action en concurrence déloyale dans la jurisprudence”，RTD com, 1994, 455 et s.

知识产权，就不能再用于证明不正当竞争，这就是杜阿拉高等法院的立场。该法院在一个案件¹⁷⁸中裁定：Soparca 公司对兰蔻商标的侵犯并不构成不正当竞争行为，因为不正当竞争意味着使用违背商业惯例的不诚信行为来转移客户。因此，根据适用的商标法，被告被判定为假冒行为。另一方面，与之前的立场相反，法院又认为可以在侵犯知识产权或假冒事实的基础上，同时提出不正当竞争的诉讼。瓦加杜古高等法院¹⁷⁹即沿此思路作出决定，认为一个后来的商标模仿了合法注册和受到保护的老牌商标的显著特征，构成了假冒。同时，法院认为这种假冒行为构成了不正当竞争，因为它造成了混淆，容易误导公众。¹⁸⁰这第二种立场似乎得到了非洲知识产权组织成员国大多数法院的认同。¹⁸¹

非洲知识产权组织立法者在附件八第 1(3)条中的表述，以及大多数法院的解释，为遭受知识产权侵权的一方提供了一个额外的选择。这样的一方可以对不正当竞争和知识产权侵权提出叠加诉讼，或者只选择其中的一种诉讼。但是，很明显，只有在侵权行为的基础上才能提起不正当竞争诉讼。当然，法院既不会判双重罚没，也不会判双重赔偿。无论如何，与侵犯知识产权的诉讼相比，不正当竞争的诉讼似乎有更大的可能性（无论是否侵犯知识产权，都可以提出）。

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款具体列出了三种不正当竞争的行为。在非洲知识产权组织国家，这些不公平行为主要通过《班吉协定》加以禁止¹⁸²，包括防止引起混淆（3.1）、诋毁和贬损性言论（3.2），以及误导行为（3.3）。

3.1 引起混淆

《班吉协定》将任何在工业或商业活动中产生或可能产生与他人的企业或活动，特别是与该企业的产品或服务相混淆的行为或做法定性为不正当竞争行为。¹⁸³这条规定的标题是“与他人的企业或活动相混淆”，举例说明了以不公平方式模仿时可能引起混淆的事项，包括：¹⁸⁴

- 商标，无论注册与否；
- 商品名称；
- 除商标或商号外，企业的显著性标志；
- 产品的外观；
- 产品或服务；
- 名人或著名的虚构人物。

¹⁷⁸ T. G. I. DOUALA, jugement civil n° 013 du 6 oct. 1986, Aff.Lancôme Parfums et Beauté Cie c/ Société Soparca. Inédit.

¹⁷⁹ TGI Ouagadougou, jugement n° 139/2005 du 23 mars 2005, Revue Africaine de Propriété Intellectuelle, n° 4, décembre 2013, 39 et s., Observations Kouliga Nikiéma.

¹⁸⁰ 法院明确指出：“鉴于 MIMO 品牌的产品在档案文件中的描述与 OMO 品牌的产品有相似之处，所以两种产品在铭文和包装的颜色上都有相似之处。OMO 的商标是一个合法注册和保护商标，而 MIMO 的商标却不是，这些模仿行为构成了一种违法行为，而且 MIMO 的产品可能会给公众带来混淆和困扰，所以也构成了一种不正当竞争行为。”

¹⁸¹ 另见 T.G.I. du Wouri, jugement civil n° 192 du 15 décembre 2000, Affaire Moulinex S.A. c/ Vapsan Trading Cie, Ets Monique, Sté ONASHI SARL, SOCOPRAMAC, Observations Ndema Elongué Max-Lambert, in La Gazelle, Revue Scientifique de la Propriété Industrielle en Afrique, n° 001, novembre 2007, 57 et s.

¹⁸² I. Zougrana, Réflexions autour de la protection des consommateurs de la zone UEMOA dans sa perspective d'intégration économique communautaire: Étude comparative avec le droit européen(Français), thèse de doctorat en Droit, Université de Perpignan, 2016, 196-198.

¹⁸³ 第 2(1)条，附件八。

¹⁸⁴ 第 2(2)条，附件八。

需要注意的是，根据附件八的规定，商标不一定要注册。为了防止不正当竞争，“商标”的概念包括与产品有关的标记、与服务有关的标记以及与产品和服务都有关系的标记。¹⁸⁵这个定义的目的不是要改变具体商标立法中的商标概念。相反，它试图澄清可能受到引起混淆的不正当竞争行为影响的不同类型的商标。商标和围绕商标的具体法律制度在《班吉协定》（2015）附件三中有专门规定。¹⁸⁶

商标被注册后，根据《班吉协定》（2015 年）附件三的规定，既可以通过假冒诉讼也可以通过反不正当竞争诉讼来保护。当事人经常争辩说，造成的混淆构成了不正当竞争行为。¹⁸⁷但他们没有援引《班吉协定》的附件八，而是主要关注对商标的侵犯。在所有这些案件中，对混淆的鉴别都是由法官决定的。以前的《班吉协定》（1999 年）为商标所有人的利益确立了混淆的推定。该协定规定：“如果一个相同的标志用于相同的商品和服务，应推定存在混淆的风险。”¹⁸⁸然而，这一规定没有改变法官的裁量权。在几个判决中，非洲知识产权组织高级上诉委员会（CSR）要么承认混淆的存在¹⁸⁹，要么不承认。¹⁹⁰在这种背景下，该条款就被放弃了。

经修订的《班吉协定》（2015 年）¹⁹¹，对某些可能在公众中造成混淆的行为作出了具体的禁止规定：

- 模仿、使用或粘贴商标，以及将模仿的商标用于与注册中指定的商品或服务类似的商品或服务；
- 对商标的模仿以及将模仿的商标用于与注册中指定的商品或服务相同或相似的商品或服务。

商标没有注册时，不承认知识产权。在这种情况下，原告只能以不正当竞争为基础提起法律诉讼。

对混淆的理解同样适用于其他知识产权。就商号而言，《班吉协定》（2015 年）附件五规定：“在一个成员国境内使用与注册商号所有者从事的贸易、工业、手工业或农业活动相同的注册商号，如果这种使用有可能造成有关机构之间的混淆，则为非法。”¹⁹²该禁止性规定涵盖了任何显著性标

¹⁸⁵ 第 1(1)(d)条，附件八。

¹⁸⁶ 附件三的标题是“商标和服务商标”。

¹⁸⁷ 见高级上诉委员会（CSR）的决定，Décision OAPI/CSR du 25 avril 2013, Sur le recours en annulation formé contre la décision n° 0033/OAPI/DG/DAJ/SAJ du 06/01/2012 de Monsieur le Directeur Général de l'OAPI portant radiation de l'enregistrement de la marque « YES + Logo » n° 60839.

¹⁸⁸ 第 7(2)条，附件三，《班吉协定》（1999 年）；OAPI/CSR du 29 avril 2011, sur le Recours en annulation de la décision n° 00210/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ du 22 Juin 2010 portant radiation de l'enregistrement de la marque « EXCELLENCE » n° 56866.

¹⁸⁹ 高级上诉委员会，2017 年 10 月 31 日第 232/OAPI/CSR 号决定，Sur le recours en annulation de la décision n° 143/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ du 08 juin 2015 portant rejet de l'opposition à l'enregistrement n° 74288 de la marque « SUPER CLEAN » ; OAPI/CSR du 25 avril 2013, Sur le recours en annulation formé contre la décision n° 0025/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ du 06 Janvier 2012 de Monsieur le Directeur Général de l'OAPI portant radiation de l'enregistrement de la marque « SINOPEC(stylisé)» n° 60549 ; Décision OAPI/CSR du 25 avril 2013, Sur le recours en annulation formé contre la décision n° 0033/OAPI/DG/DAJ/SAJ du 06/01/2012 de Monsieur le Directeur Général de l'OAPI portant radiation de l'enregistrement de la marque « YES + Logo » n° 60839.

¹⁹⁰ 高级上诉委员会，2017 年 10 月 31 日第 228/OAPI/CSR 号决定，Sur le recours en annulation de la décision n° 0265/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ du 31 décembre 2015 portant rejet de l'opposition à l'enregistrement n° 75160 de la marque « LUCA BOSSI + Logo » ; OAPI/CSR du 25 avril 2013, Sur le recours en annulation formé contre la décision n° 0087/OAPI/DG/DAJ/SAJ du 29/06/2011 de Monsieur le Directeur Général de l'OAPI portant rejet de l'opposition à l'enregistrement de la marque « GOLD COW + Logo » n° 58469.

¹⁹¹ 《班吉协定》（2015 年）附件三第 6(3)条。

¹⁹² 第 5(1)条，附件五。

志，在不正当竞争的背景下，包括企业在工业或商业活动中使用的，使企业及其生产的产品或提供的服务具有某种特征所有标志、符号、徽章、标识、口号等。¹⁹³

3.2 诋毁和贬损

《巴黎公约》第 10 之二第(3)款第 2 款规定，应禁止“在贸易过程中具有损害信用性质的”虚假言论。根据这一国际法规定，《班吉协定》（2015 年）在附件八题为“诋毁他人企业或活动”的第 5 条规定：“在工业或商业活动中，旨在诋毁或可能诋毁他人企业或活动的，特别是针对企业推出的产品或服务发表的任何虚假或辱骂性言论，应构成不正当竞争行为。”¹⁹⁴非洲知识产权组织立法机关不仅禁止虚假言论（false allegations），而且还禁止辱骂性言论（abusive allegations）。这比第 10 条之二第(3)款第 2 项严格预期的更进一步，甚至可以理解为，损害信誉的陈述即使严格来说并非不真实，也可能构成不正当竞争行为。因此，在非洲知识产权组织国家，即使是诋毁或可能诋毁另一企业或活动的指控是真实的，如果被认为具有辱骂性，也会被禁止。这是对广告领域一条黄金规则的应用：“不要干涉邻家的事。”¹⁹⁵

广告或促销活动可能导致诋毁他人，特别是有关：

- 产品的制造过程；
- 产品或服务对某一特定目的的适用性；
- 产品或服务的质量、数量或其他特征；
- 产品或服务的地理来源；
- 销售或提供产品或服务的条件；以及
- 产品或服务的价格或其计算方法。¹⁹⁶

3.3 误导性标示或言论

非洲知识产权组织国家对误导行为的禁止包括在工业或商业活动中，针对企业或其活动，特别是对企业产品或服务，采取任何误导或可能误导公众的行为或做法。¹⁹⁷与其他不正当竞争行为一样，“行为”一词不仅指严格意义上的行为，还包括任何不作为。¹⁹⁸

公众可能会被广告或促销活动所误导，特别是关于以下方面：¹⁹⁹

- 产品的制造过程；
- 产品或服务对某一特定目的的适用性；
- 产品或服务的质量、数量或其他特征；
- 产品或服务的地理来源；
- 销售或提供产品或服务的条件；以及
- 产品或服务的价格或其计算方法。

¹⁹³ 第 1(1)(g)条，附件八，《班吉协定》（2015 年）。

¹⁹⁴ 第 5(1)条，附件八。

¹⁹⁵ M. Chavanne, Chronique, (1969) 22 Rev. trim. dr. com. 76, 引自 M. Goudreau, “La publicité comparative au Québec: est-ce une faute de comparer?”, Revue générale de droit, 17(3), 1986, 464.

¹⁹⁶ 第 5(2)条，附件八。

¹⁹⁷ 第 4(1)条，附件八。

¹⁹⁸ 第 1(1)(e)条，附件八。

¹⁹⁹ 第 4(2)条，附件八。

4. 其他不正当竞争行为

除了第 10 条之二第 (3) 款规定的禁止事项外，非洲知识产权组织的立法机关还规定了关于损害他人形象或声誉 (4.1)、保密信息 (4.2) 和破坏竞争企业和市场的行为 (4.3) 的额外保护。高级上诉委员会 (CSR) 的判例也经常提到盲目模仿 (4.4)。

4.1 损害他人形象或声誉的行为

根据《班吉协定》(2015 年) 附件八第 3(1) 条，“在工业或商业活动中，任何损害或可能损害他人企业形象或声誉的行为或做法，无论该行为或做法是否产生混淆，都应构成不正当竞争行为”。通常情况下，损害他人形象或声誉的行为是诋毁和贬损的后果。但由于这些行为在另一个条款中被禁止²⁰⁰，因此可以认为损害他人形象或名誉的行为可以在没有诋毁的情况下发生，是否引起混淆并不相关。因此，损害他人名誉的行为可能是为了转移客户，而不一定是为了夺走全部客户。

这种对他人形象或声誉的损害尤其可能来自“形象或声誉的削弱”。²⁰¹这个概念在附件八中有定义，指的是“削弱企业的商标、商号或其他显著性标志、产品的装潢、产品或服务的外观、名人或知名虚构人物的显著特征或广告价值”。²⁰²因此，享受保护的竞争性资产与禁止引起混淆的情况相同。

4.2 保密信息

随着 1999 年对《班吉协定》的修订，非洲知识产权组织引入了保护保密信息的规则。2015 年修订后的《班吉协定》并没有改变这些规则。因此，在工业或商业活动过程中，任何行为或做法如果导致第三方在未经合法拥有这些信息的人（“合法持有人”）同意的情况下，以违反商业诚信行为的方式披露、获取或使用保密信息，都构成不正当竞争行为。²⁰³根据《TRIPS 协定》第 39(3) 条，信息在以下情况下应被视为“保密”。(a) 就其整体或其要素的配置或准确组合而言，通常处理该类信息的圈内人一般不知道，或不容易得到；(b) 由于具有保密性，所以具有商业价值；(c) 其合法持有人已根据情况采取合理的预防措施，以保守秘密。²⁰⁴

《班吉协定》还引入了两种具体的不正当竞争行为，涉及到构成或导致如下行为的任何行为或做法：

- 在商业中不诚实地使用从试验中获得的保密数据或其他保密数据——这些数据的生产需要付出相当大的努力，并已通报给主管当局，以获得销售由新化学实体组成的医药产品或农业化学产品的授权；²⁰⁵
- 披露这些数据，除非是为了保护公众或已采取措施防止这些数据在贸易中被不诚实地使用。²⁰⁶

附件八第 6(2) 条列举了涉及第三方的可被视为不公平的行为。因此，第三方在未经合法持有人同意的情况下披露、获取或使用保密信息，尤其可能来自以下行为：

- 工业或商业间谍活动；
- 违反合同；

²⁰⁰ 见上文介绍的附件八第 5 条。

²⁰¹ 第 3(2) 条，附件八。

²⁰² 第 1(1) (a) 条，附件八。

²⁰³ 《班吉协定》(2015 年) 附件八第 6(1) 条。

²⁰⁴ 第 6(3) 条，附件八。

²⁰⁵ 第 6(4) (a) 条，附件八。

²⁰⁶ 第 6(4) (b) 条，附件八。

- 违反信托；
- 唆使他人进行工业或商业间谍活动或违反合同或信任的行为；
- 第三方获取保密信息，但知道这种获取涉及上述行为之一，或对这一事实的无知构成重大过失。

4.3 扰乱竞争对手和市场秩序

任何有可能扰乱竞争对手、其市场或相关行业市场的行为或做法，都构成不正当竞争行为。²⁰⁷该行为或做法不需要产生任何效果就可以被视为构成不正当竞争。只要它有可能扰乱竞争对手、其市场或有关职业的市场就足够了。

根据附件八第 7(2) 条的规定，通过以下方式可扰乱秩序：(a) 广告屏蔽；(b) 转移订单；(c) 实行异常低价；(d) 扰乱销售网络；(e) 偷猎员工；(f) 诱使员工罢工；以及 (g) 不遵守有关活动的管理条例。

根据中非经共体法律，实行不正常的低价也属于滥用支配地位管辖范围。2019 年 4 月 7 日的《竞争条例》规定，禁止为阻止某一企业或产品的市场准入而将价格定得异常高或低。²⁰⁸

关于扰乱销售网络²⁰⁹，科特迪瓦法院在一个案件中裁定，一家公司在数天内故意储存竞争对手的煤气罐，并以这种方式阻止这些气罐的使用，该行为构成了不正当竞争行为。²¹⁰法院解释说，这种行为扰乱了竞争者的销售网络，因为储存若干气罐将使竞争者无法满足客户需求。²¹¹

关于偷猎员工²¹²，该地区几个国家的《劳动法》都有具体规定。²¹³附件八规定，偷猎员工“可能”会扰乱竞争企业的秩序。为了评估该行为是否构成被禁止的扰乱行为，有必要考虑相关国家立法是否进一步细化了这种不正当竞争行为。例如，偷猎员工可能是非法的，因为该行为对竞争企业造成损害，也可能属于不正当违反合同义务的结果。²¹⁴

4.1 盲目模仿

《班吉协定》（2015 年）中没有具体的法律条款禁止盲目模仿。然而，这种不正当竞争的行为已被法律界确认。²¹⁵在非洲知识产权组织国家中，高级上诉委员会的一些决定中也提及盲目模仿。高级上诉委员会认为，如存在对在先注册商标的盲目模仿，可以宣告商标无效。盲目模仿的特点是，系争标志的相似性容易使具有一般注意力的消费者产生混淆，不要求同时将两个标志放在眼前对比。²¹⁶有

²⁰⁷ 《班吉协定》（2015 年）附件八第 7 条第 1 款。

²⁰⁸ 第 33.3(i) 条，《中非经共体竞争条例》。

²⁰⁹ 第 7(2)(d) 条，附件八。

²¹⁰ 阿比让商业法庭，Jugement contradictoire du 31 juillet 2015, La société AIR LIQUIDE Côte d'Ivoire SA c/ La Société d'oxygène et d'Acétylène de Côte d'Ivoire dite SOA-CI, (inédit)。

²¹¹ 同上：这种“缺乏诚信的行为使 Air Liquide 公司的分销网络陷入困境，因为 SOA-CI 储存了前者大量的空气罐，使前者无法满足客户的需求，而 SOA-CI 则拥有大量的灌装液化气，可以满足客户的需求”。

²¹² 第 7(2)(e) 条，附件八。

²¹³ 例如，见科特迪瓦《劳动法》第 14(7) 条（2015 年 7 月 20 日第 2015-532 号法）；塞内加尔《劳动法》第 57 条（1997 年 12 月 1 日第 97-17 号法）。

²¹⁴ 见前注科特迪瓦和塞内加尔的法律。

²¹⁵ L. Ndongwa et L. Talla Fotsing, “Le consommateur camerounais face à la contrefaçon: une approche typologique”, Recherches en Sciences de Gestion, n° 122, 2017/5, 77-101.

²¹⁶ 高级上诉委员会，2018 年 3 月 9 日第 0014/18/OAPI/CSR 号决定，Sur le recours en annulation de la décision n° 0033/OAPI/DG/DAJ/SAJ du 29 avril 2016, portant radiation de l'enregistrement de la marque « FOSTER CLARK' S + vignette » n° 76808; 2015 年 10 月 23 日第 192/OAPI/CSR 号决定，Sur le recours en annulation de la décision n° 0053/OAPI/DG/DAJ/SAJ du 19 décembre 2014, portant radiation de l'enregistrement de la

时，并不在这个意义上去解释盲目模仿。²¹⁷这主要是因为复制或模仿结果可能与先前注册的标志难以区分，以至于可以提出侵权指控，而不是质疑该标志的有效性。此外，原告所援引的法律依据并不总是盲目模仿。通常情况下，一般规则起着核心作用，即如果一个商标与另一个所有者的已注册商标相同，或者与申请日期或优先权日期较早并涉及相同或类似商品或服务的商标相同，或者与这样的商标如此相似以至于有可能误导消费者或造成混淆，则该商标可能无法有效注册。²¹⁸

C. 加拿大和美国**

1. 立法框架

1.1 美国和加拿大立法框架的共同点

在某种程度上，美国和加拿大对反不正当竞争法采取了类似的做法，但却得出了不同的结果。当然，这两个国家都是最近的《美国 - 墨西哥 - 加拿大协定》的缔约国²¹⁹，该贸易协定于 2020 年生效，但协定中没有涉及不正当竞争的条款，甚至没有提到这个词。

两国做法的相似性可能部分是由于这两个国家的法律制度有许多共同点。两国都是联邦制国家，可以在国家层面和州或省层面制定法律。这两个国家也都是以普通法为主的国家，各自只有一个州或省在民法体系下运作。

重要的是，美国和加拿大都没有专门针对反不正当竞争法的联邦立法。这两个国家都通过各种法律手段来处理反不正当竞争，但主要是依靠其联邦商标法中的规定。

还有一个共同点是：这两个国家的国家立法机构在商标和不正当竞争领域的立法权都受到限制，这与这些立法机构在专利和版权等方面拥有的充分立法权形成了鲜明的对比。在商标和反不正当竞争法方面，联邦监管必须与联邦政府的商业监管权挂钩，这会产生两个重要后果。首先，保护的界限，因为只能涉及触发联邦商业权力的行为。其次，这意味着在反不正当竞争法领域，各州和各省的立法机构拥有一定的立法空间。

这两个国家的商标法都是从英格兰法律演变而来的，因此，普通法中的假冒侵权行为构成了两国公平竞争保护的基础。英格兰普通法关于假冒行为的原则是，商家不应通过将其商品或服务假冒为另一商家的商品或服务来欺骗或误导消费者。因此，这两个国家的反不正当竞争法都有保护商人的商誉不被误导的动力。虽然美国和加拿大的法律最初都是以英格兰关于假冒法律的判例为蓝本，但两国的

marque « SADAGHA THE VERT DE CHINE » n° 69086; 2013 年 4 月 25 日的 OAPI/CSR 决定， Sur le recours en annulation formé contre la décision n° 0033/OAPI/DG/DAJ/SAJ du 06/01/2012 de Monsieur le Directeur Général de l' OAPI portant radiation de l' enregistrement de la marque « YES + Logo » n° 60839 ; OAPI/CSR 2011 年 4 月 29 日的决定， Recours en annulation de la décision n° 00210/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ du 22 Juin 2010 portant radiation de l' enregistrement de la marque « EXCELLENCE » n° 56866。

²¹⁷ 2005 年 10 月 28 日第 060/CSR/OAPI 号决定， Sur le recours en annulation de la décision n° 0091/OAPI/DG/DPG/SSD/SCAJ du 24 juin 2004 portant radiation de l' enregistrement de la marque « 999LORD KRISHNA PUJA 999 » n° 45924。

²¹⁸ 《班吉协定》（2015 年）附件三第 3(b) 条。

* Christine Haight Farley 女士，美国华盛顿特区美利坚大学法学院信息司法和知识产权项目（PIJIP）教授和学院联合主任，美国华盛顿特区。

** 本文内容表达了作者的意见和分析。美国政府没有对这些内容进行审核。

²¹⁹ 《美利坚合众国、墨西哥合众国和加拿大之间的协定》（Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada），2019 年 12 月 13 日，Office U. S. Trade Rep.，<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement> [<https://perma.cc/F2SS-J766>]。该协定被加拿大政府称为《加美墨协定》，被墨西哥政府称为《墨美加贸易协定》。

法律独立发展，演变成不同的版本。加拿大的法律与联合王国的法律发展更加一致。尽管如此，英格兰的假冒法仍然是两国保护公平竞争的基础。

美国和加拿大在反不正当竞争方面的政策理由也是相似的。因为这两个国家的反不正当竞争法都是从“假冒”原则演变而来，在这两个国家，法律主要针对的是原告商家，其次才是消费者和更广泛的公众。假冒法旨在禁止市场上的虚假表示，这种虚假表示不仅对商人和消费者产生负面影响，而且还通过干扰公平竞争而对更广泛的公众产生负面影响。通过这种方式，假冒行为促进了经济竞争效率。但是，法律的重点是商人的利益，他们对救济措施的追求间接有利于消费者。假冒法不是要求证明对市场的损害，而是要求商人证明他们自己受到的伤害，也就是对其商品或服务销售的伤害。当商人以这种方式追求利益时，消费者会因市场信息的可靠性提高而受益。因此，可以说这两个国家都有兴趣保护竞争者免受不公平行为的商业伤害，保护消费者免受欺骗性贸易行为的伤害，并通过维护公平和不扭曲的竞争来保护公众。

当然，在美国和加拿大，支撑反不正当竞争法的另一个重要政策理由是言论自由。在这两个司法辖区，言论自由都受到宪法的有力保护。²²⁰这一原则对反不正当竞争法的影响在于它区分了真实和虚假言论的价值，但也限制了这两个国家的保护范围，例如，在虚假广告法中就可以看到这一问题的严重性。

1.2 美国

美国于 1887 年签署了《巴黎公约》，但该公约在美国并不被认为可以自动执行。1946 年的《商标法》（《兰哈姆法》）是最直接涉及这一法律领域的联邦立法。²²¹《兰哈姆法》明确指出其意图是“保护从事[国会控制下的商业]的人免受不正当竞争”。²²²

《兰哈姆法》第 43(a)条通常被认为是不公平竞争条款，然而，“不公平”和“竞争”这两个词都没有出现在该条的文本中。第 43(a)条规定了对某些不正当竞争行为的禁止，包括假冒、虚假表示、虚假指定产地和虚假广告。²²³第 43(a)(1)(A)条涉及虚假原产地名称，而第 43(a)(1)(B)条则涉及虚假广告。

对《兰哈姆法》的第一次重大修订是 1988 年的《商标法修订法》（“TLRA”）。除其他修改外，《商标法修订法》扩大了成文法中的公平竞争保护。它扩大了“虚假表示”的类别，以纳入对普通法商标和服务商标以及商业外观的侵犯；还澄清了虚假广告主张的范围。根据《兰哈姆法》第 43(a)条修订后的表述，竞争对手对原告产品和被告产品的虚假言论都可以受到质疑。最后，修订版明确指出，《兰哈姆法》中的救济条款可用于根据第 43(a)条提出的主张。第 43(a)条关注各种虚假表示，包括原产地、地理来源、代言人、产品质量或特性。

除了上面提到的意图条款，“不正当竞争”这一短语在《兰哈姆法》中唯一出现的地方是第 44 条，共出现了四次。²²⁴这一条可以理解为将美国签署的商标法国际协定纳入了《兰哈姆法》。²²⁵第

²²⁰ U. S. Const. amend. I; Canadian Charter of Rights and Freedoms, s 2, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11 (U. K.).

²²¹ 1946 年的商标法（兰哈姆法）（Trademark Act of 1946 (Lanham Act)），Pub. L. No. 79-489, 60 Stat. 427（修订后编入 15 U. S. C. § § 1050-1129.）

²²² 15 U. S. C. § 1127.

²²³ 15 U. S. C § 1125(a).

²²⁴ 15 U. S. C. § 1126.

²²⁵ “本章旨在……提供美国 and 外国之间签订的关于商标、商号 and 不正当竞争的条约和公约所规定的权利和救济措施。” 15 U. S. C. § 1127.

44(h)条使用了《巴黎公约》的语言，规定某些被指定的人有权得到“有效的保护以防止不正当竞争”，并指出“本章中规定的对商标侵权的救济措施，只要对制止不正当竞争行为是合适的，都可以适用”。²²⁶第 44(b)条规定，有权享受第 44(h)条保护的人，其原籍国是有关商标或制止不正当竞争的任何公约的缔约国。²²⁷这样一来，《兰哈姆法》第 44 条可以被看作是纳入了《巴黎公约》的不正当竞争条款。

应该指出的是，美国也批准了其他条约，其不正当竞争条款可以以同样的方式纳入。《美洲商标和商业保护总公约》²²⁸于 1931 年在美国生效，其中有一章是关于不正当竞争的。²²⁹该协定在美国被认为是自动执行的。²³⁰

然而，对于是否有任何实质性的条约权利通过《兰哈姆法》第 44 条纳入美国国内法²³¹，或者第 44 条是否只是确保条约受益人的国民待遇，美国法院在这个问题上存在分歧。²³²到目前为止，美国法院一直不愿意在《兰哈姆法》第 43(a)条规定的范围之外适用保护公平竞争措施。这可能是由于美国法院不愿意将条约视为等同于国内法的结果。

第 44 条只提供国民待遇的结论似乎与该条的明确语言相冲突，因为该条“除了”《兰哈姆法》中包含的权利之外，还将条约权利延伸至外国国民。²³³当涉及条约权利特别是保护公平竞争时，除了国民待遇这一障碍外，一些美国法院认为，即使第 44 条纳入了实质性的条约权利，《巴黎公约》第 10 条之二也没有创造新的权利来压制不正当竞争，因为其语言过于笼统。²³⁴关于《巴黎公约》第 10 条之二是否以及在多大程度上扩展了美国有关不正当竞争的法律，这个问题似乎会继续讨论。

除了《兰哈姆法》之外，《联邦贸易委员会法》第 5 条授予联邦贸易委员会执行禁止“商业中的不正当竞争办法和不公平或欺骗性行为或做法”的权力。²³⁵与《兰哈姆法》一样，国会没有对“不正当竞争办法”进行定义，也没有明确哪些行为和做法会构成违法。被禁止的行为包括未披露相关事实、对产品的虚假或误导性描述、误导性广告和虚假代言。私人当事方无权根据第 5 条提起诉讼，只有联邦贸易委员会可以要求执行该法律。联邦贸易委员会根据这一权力提起了有限的诉讼，也许是为了节省资源，以面对反托拉斯和其他问题，否则商人和消费者无力解决。

²²⁶ 15 U.S.C. § 1126(h) (“任何在本条(b)款中被指定为有权享受本章规定的利益并受其约束的人，应有权得到有效的保护以防止不正当竞争；只要本章中规定的对商标侵权的救济措施可能适合于抑制不正当竞争的行为，应加以利用。”)

²²⁷ “任何人，如果其原籍国是任何有关商标、贸易或商业名称或制止不正当竞争的公约或条约的缔约国，而美国也是该公约或条约的缔约国，或如果其原籍国通过法律将权利对等延伸至美国国民，那么除了本章规定的任何商标所有人所享有的权利外，以使该公约、条约或对等法律的任何规定生效为限，还应在本章所表达的条件下享有本节的利益。” 15 U.S.C. § 1126(b) (强调是后加的)。

²²⁸ 《美洲商标和商业保护总公约》，1929 年 2 月 20 日，46 Stat. 2907, 124 L.N.T.S. 357。

²²⁹ 见 Christine Haight Farley, *The Lost Unfair Competition Law*, 110 Trademark Rep. 739(2020)。

²³⁰ *Bacardi Corp. of America v. Domenech*, 311 U.S. 150, 162-163(1940) (“该条约在批准后成为我国法律的一部分，美国没有必要进行特别的立法来使其生效。”)。

²³¹ 例如，见 *BP 化学有限公司诉江苏索普公司(集团)有限公司*, 429 F.Supp.2d 1179, 1188(E.D. Mo. 2006) (“我的结论是，《兰哈姆法》纳入了它所提及的条约的实体法，在本案中就是《巴黎公约》，并为外国国民提供该条约规定的权利)；*General Motors Corp. v. Ignacio Lopez de Arriortua*, 948 F. Supp. 684(E.D. Mich. 1996)。

²³² 例如，见 *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894, 908(9th Cir. 2002) (“外国国民有权获得美国人有权获得的同样的‘针对不正当竞争的有效保护’。”)；*Eli Lilly & Co. v. Roussel Corp.*, 23 F. Supp. 2d 460(D.N.J. 1998)。

²³³ 15 U.S.C. § 1126(b)。

²³⁴ 例如，见 *BP 化学有限公司诉江苏索普公司(集团)有限公司(BP Chemicals Ltd. v. Jiangsu Sopo Corporation(Group)Ltd)*, 429 F.Supp.2d 1179, 1188(E.D. Mo. 2006) (认为“《兰哈姆法》，即使与《巴黎公约》结合起来，也没有为商业秘密的盗用提供诉诸联邦法院的理由”)。

²³⁵ 15 U.S.C. § 46。

《食品药品和化妆品法》禁止在食品、药品和化妆品上使用错误标牌。²³⁶被禁止的行为包括使用虚假或误导性的标签，以及使用不包含必要信息的标签，如产品使用说明或潜在健康危险的警告。

除了这些和其他联邦立法之外，还有州和普通法的公平竞争保护。普通法中的反不正当竞争法往往与《兰哈姆法》第 43(a) 条的判例相似。《兰哈姆法》并不排除根据州法和普通法提出同等主张。州法和普通法下不正当竞争主张往往是作为《兰哈姆法》下主张的附属主张提出的。²³⁷然而，大多数情况下，这些案件仅根据联邦法律进行裁判。

已经在 12 个州颁布的《统一欺骗性贸易行为法》(UDTPA) 相当紧跟《兰哈姆法》第 43(a) 条的保护措施。它将不正当竞争的普通法成文化，并规定在采用该法的各州，实施“欺骗性贸易行为”是可以起诉的。被禁止的行为包括假冒，造成混淆的可能性，或造成对商品或服务的来源、赞助、批准或认证产生误解，使用欺骗性方法表示或指定地理来源，贬损他人的商品。

其他州的不正当竞争立法是以《联邦贸易委员会法》第 5 条为模板的。除了独立的虚假广告立法外，大多数州还通过成文法处理盗用形象权的问题。

1.3 加拿大

加拿大于 1925 年批准了《巴黎公约》，与第 10 条之二修订同年，但在修订之前。与美国一样，《巴黎公约》在没有实施法的情况下，在加拿大的法律体系中不具有法律效力。

加拿大反不正当竞争法的基础是普通法中的假冒侵权行为。今天加拿大的假冒行为法，依然按照英格兰法律，一般要求证明原告的商誉、可能导致消费者混淆的虚假表示以及对原告造成损害的可能性。与美国《兰哈姆法》第 43(a) 条一样，该侵权行为的重点是虚假表示。

正如美国法律禁止典型的假冒行为，但也扩展了保护范围（在第 43 条(a) 款中纳入了更多混淆情景——“关于该人与另一人的隶属关系、联系或关联，或关于其商品、服务或商业活动的来源、赞助或由另一人许可”的混淆），加拿大的假冒法也开始根据其反不正当竞争法，禁止类似范围的广泛混淆。

加拿大联邦《商标法》第 7 条是联邦立法机构最近成文化的假冒法实质性对等条款。²³⁸第 7 条的副标题是“不正当竞争和被禁止的标志”，非常恰当。目前的《商标法》是早期 1932 年《反不正当竞争法》的继承者，有趣的是，后者实际上是加拿大的商标法。与美国的类似法律《兰哈姆法》第 43(a) 条一样，《加拿大商标法》第 7 条为商业中使用的未注册商标提供了诉诸联邦法院的权利。

在《商标法》第 7 条中，第 7(b) 和 7(c) 款最为重要。第 7(a) 款可以理解为为普通法中的伤害性撒谎侵权行为提供了一个诉讼事由。综合来看，第 7(b) 和 7(c) 款为各种形式的假冒行为提供了救济。第 7(d) 款似乎为普通法中的欺骗性侵权行为提供了一个案由。

《商标法》还包含已于 2014 年被废除的一款——7(e)。²³⁹重要的是，该款包含了密切仿效《巴黎公约》第 10 条之二第(2) 款的语言，即“实施或采用违反加拿大诚实工商业惯例的任何其他行为或商业做法”。

²³⁶ 21 U.S.C. ch. 9 § 301 et seq.

²³⁷ 第 1338(b) 条规定：“地区法院对任何主张不正当竞争的民事诉讼，如果与版权法、专利法、植物品种保护法或商标法下的实质性和相关的诉讼主张结合在一起，应具有原始管辖权。” 28 U.S.C. § 1338(b)。

²³⁸ R.S.C., 1985, c. T-13.

²³⁹ R.S., 1985, c. T-13, s. 7; 2014, c. 32, ss. 10, 53, 56(F)

第 7(e) 款曾引发一系列挑战其合宪性的案件。最终，在“MacDonald (麦克唐纳) 诉 Vapor Canada 案”中，加拿大最高法院宣布第 7(e) 款违宪，因为它是在联邦立法机构的权力之外制定的。²⁴⁰ 该案涉及违约和盗用商业秘密的诉讼主张²⁴¹，而这些法律领域和第 7(e) 款的目标属于省级法院管辖的侵权行为，因此超出了加拿大议会的权限。

虽然第 7(e) 款后来被废除，但该判决对于确定第 7 条其他各款的保护范围仍有意义。最高法院总体上对第 7 条持怀疑态度，但最终认为其他款经得起合宪性分析。拯救其他款的原因是这些款项与联邦知识产权计划，特别是商标法存在联系。因此，法院有效地缩小了对第 7 条的解释，确保根据该条提出的不正当竞争主张与商标保护有一定联系。²⁴² 加拿大最高法院在“Kirkbi AG (柯克比) 诉 Ritvik (里特维克) Holdings Inc. 案”中再次讨论了第 7 条的合宪性，认为特别是第 7(b) 款是合宪的，因为它直接与保护商标的联邦计划有关。²⁴³ 这一判决表明，原告有义务将其假冒行为主张与商标联系起来。由于麦克唐纳案和柯克比案的判决，寻求保护与准商标权无关的不正当竞争的原告，必须根据各省的成文法或普通法提出此类主张。

第 7(a) 款可用作主张商业诽谤的工具。原告不需要证明恶意或不诚实就能在这种主张中胜诉。然而，根据第 7(b) 款提出的商业诽谤主张，确实需要存在竞争、客观的虚假或误导性言论、使原告丧失信誉的可能性，以及对原告造成损害的可能性。原告还必须证明其在被告的言论中是可以被识别出来的，包括以暗示方式识别。²⁴⁴

第 7(b) 款是提出假冒行为主张的工具。如前所述，由于宪法的原因，这种主张必须涉及注册或普通法商标。只要商业外观获得了第二含义，就可以根据第 7(b) 款提出商业外观主张。第 7(b) 款的主张者还必须证明商标是在贸易中使用的，这与普通法中的假冒主张形成对比，后者不需要有效的商标，只需要存在商誉，而且贸易过程可以是省内的。

根据第 7 条，原告必须证明损害或可能的损害是真实和实质性的。胜诉的原告可以获得损害赔偿和利润损失，并可将禁令作为一种救济措施。

与美国类似，加拿大也有一部《竞争法》²⁴⁵，主要涉及反垄断，但在第 52(1) 条中禁止虚假广告。该法规定了虚假广告的刑事和民事违法情形。与美国一样，加拿大也有一些联邦立法和条例来处理虚假广告，但《竞争法》最全面地处理了这一领域的公平竞争保护。任何“重大”方面的虚假或误导性表示都受该法管辖。只要能证明消费者会根据该表示进行购买，就能满足“重大”的要求。除刑事指控外，民事条款特别禁止未经证实的性能描述、误导性保证、虚假、误导或未经授权的推荐或测试结果、“上钩换货”销售、高于广告价格的销售以及未披露必要信息的竞赛。

加拿大也有一部联邦《食品和药品法》，对药品和食品的标签和广告进行监管。²⁴⁶ 标签或广告上的声明不得对产品的质量或特性有虚假或误导性描述，关于性能或功效的声明必须得到证实。

与美国一样，保护公平竞争也是在省一级进行的。一些省份有详细的法律来保护人们免受不正当竞争之害。例如，《安大略省消费者保护法》第三部分保护个人消费者免受某些不正当竞争行为的影

²⁴⁰ (1977) 2 S.C.R. 134 (“由于第 7(e) 条不是一个商标条款，将其纳入《商标法》并不能使其具有效力。)

²⁴¹ 同上。

²⁴² MacDonald v. Vapor Canada, (1977) 2 S.C.R. 134 (认为第 7 条被保留可以说是因为它“完善了与商标保护有关的监管方案。”))

²⁴³ (2005), 43 C.P.R. 485 (S.C.C.)

²⁴⁴ UL Canada Inc. v. Procter & Gamble Inc., (1996), 65 C.P.R. (3d) 534 (Ont. Gen. Div.).

²⁴⁵ R.S.C. 1985, c. C-34.

²⁴⁶ R.S.C., 1985, c. F-27.

响。除了消费者保护法，魁北克省还有《魁北克民法》第 1457 条，该条规定了相当于普通法中的假冒侵权行为。

2. 工商事务中的诚信行为

2.1 美国

《兰哈姆法》没有定义不正当竞争，也没有使用“工商事务中的诚信行为”这一短语。美国反不正当竞争法的立法历史和普通法判例中类似效果的表述多如牛毛，因此为这一领域使用的行话统一定义是不切实际的。相反，最好是保持这一概念的灵活性，以便可以有效地处理不断变化的市场和商业惯例。

虽然美国不允许仅仅基于“违反工商事务中的诚信行为的竞争行为”的提起诉讼，但在所有其他不正当竞争诉讼主张中，美国赞同基于经济模式，而不是规范或经验模式确定责任。《兰哈姆法》第 43(a) 条针对的是商家使用可能导致可起诉混淆的原产地名称或虚假名称，或虚假、误导性描述或事实陈述。该款要求证明原告有可能受到损害。也就是说，原告必须证明被告的欺骗行为导致了经济或名誉上的损害。通常情况下，法院的结论是，当欺骗消费者的行为导致消费者不与原告交易时，就会出现损害。

2.2 加拿大

加拿大法律也没有定义反不正当竞争法的执行条件。然而，与美国不同的是，加拿大联邦法律在《商标法》第 7(e) 条中规定了对违反“诚信行为”的诉讼事由。由于该条款现已废除（见上一节），因此没有与该短语相关的现存法律理论。

和美国一样，加拿大的判例法也采用经济模式来解决不正当竞争的诉讼主张。这可以从法律坚持要求证明原告遭受经济损失中看出。《商标法》第 7 条要求由欺骗行为造成实际或可能的损害。损害可以表现为利润的损失、市场份额的损失或对商标或商号的控制权的丧失。

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

3.1 美国

根据第 10 条之二第(3)款的规定，“特别”应该被禁止的行为似乎都与《兰哈姆法》第 43(a) 条规定的保护措施相吻合。然而，第 43(a) 条的范围可能稍有限制。

第 43(a) (1) 条包含三个相关限制。首先，第 43(a) 条提供的诉讼主张，像所有《兰哈姆法》诉讼主张一样，必须针对“商业”行为，即州际商业、外国商业，或与印第安部落的商业交往。纯粹的州内商业，如同非商业活动，是排除在外的。在后一种情况下，可以根据州的不正当竞争立法或普通法进行保护。其次，被禁止的行为必须是“与任何商品或服务有关的”。最后，被禁止的行为必须涉及符号（“词、术语、名称、符号或装置，或其任何组合”）、虚假的原产地名称，或虚假或误导性的描述或事实陈述。

关于《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款所列的不公平行为，第 43(a) (2) 条是最接近的规定。除了上面已经说过的限制外，该条款还规定被禁止的行为必须涉及“商业广告或促销”。本条所禁止的行为还必须“歪曲其本人或他人的商品、服务或商业活动的性质、特点、品质或地理来源”。

第 10 条之二第(3)款中的某些限制在《兰哈姆法》第 43(a) 条中不存在。例如，根据第 43(a) (1) 条，虚假或误导性的描述或陈述不需要像第 10 条之二第(3)款那样具体“诋毁”他人。只要该描述或

陈述以某种不明确的方式损害了他们的利益，就可以起诉。此外，第 43(a) 条规定的不正当竞争不需要涉及“竞争者”。

第 43(a) 条还要求被禁止的行为有可能造成“对该人与另一人的隶属关系、联系或关联，或对其商品、服务或商业活动的来源、赞助或由另一人批准”的混淆、错误或欺骗。这一措辞可能比第 10 条之二第(3)款中简单提及的“混淆”更广泛。

3.2 加拿大

加拿大《商标法》第 7 条比美国《兰哈姆法》第 43(a) 条更贴近第 10 之二条。第 10 之二条第 3 款与《商标法》第 7(b) 款相吻合，两个条款的重点都是混淆的可能性。然而，第 7(b) 款可能比第 10 条之二第(3)款更窄，因为它包括不寻常的要件，即违法者“促使公众注意”他们的商品、服务或业务，“以引起关注”。《商标法》第 7(c) 款规定了假冒行为的诉讼主张，也可能涉及《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款第 1 项所指出的行为。

第 10 条之二第(3)款与《加拿大商标法》第 7(a) 款相吻合，这两个条款都是针对“诋毁”竞争对手业务的虚假陈述。第 10 条之二第(3)款说的是“具有诋毁性质”的行为，而第 7(a) 款说的是“倾向于诋毁”的行为。因此，第 7(a) 款有可能规定了更高的举证责任。

第 10 条之二第(3)款与《商标法》第 7(d) 款相吻合，两者都描述了对商品质量或特征的误导性陈述。第 10 条之二第(3)款只提到了商品，而第 7(d) 款也包括服务。然而，另一个方面，第 7(d) 款可能提出了第 10 条之二第(3)款中没有的要求——前者要求错误陈述是“实质性的”，这意味着可能会影响消费者购买或使用产品或以其他方式改变其行为。

4. 其他不正当竞争行为

4.1 美国

美国的反不正当竞争法在成文法和普通法中都已经扩展到了假冒行为之外。《兰哈姆法》第 43(a) 条为挑战众多的不正当竞争行为提供了一个联邦层面的救济途径，这些行为包括侵犯未注册商标、侵犯商业外观、假冒和反向假冒²⁴⁷、虚假广告、侵犯形象权、未经授权的虚构人物商业化使用、虚假署名、被许可人使用和销售假冒商品，以及未经授权进口灰色市场商品。

TRIPS 第 39(1) 条指出，为了确保针对“第 10 条之二规定的”不正当竞争采取有效保护，成员国²⁴⁸有义务保护“未披露的信息……和提交政府或政府机构的数据”。虽然商业秘密目前在美国受到州和联邦法律的保护，但不受联邦反不正当竞争法的保护。州法和普通法规定的商业秘密保护以及 2016 年联邦《捍卫商业秘密法》²⁴⁸，为盗用商业秘密的行为提供了私人民事诉讼的理由。商业秘密是指由于不为公众所知而具有实际或潜在的独立经济价值的信息，对无法合法获取该信息的其他人具有价值，并且需要付出合理的努力来保守其秘密。

尽管《兰哈姆法》第 43(a) 条明确地将重点放在使用虚假指定原产地名称和虚假描述或指示上，但一些法院已将²⁴⁸这些条款用于涵盖更广泛的商业侵权行为。然而，到目前为止，法院还没有将第 43(a) 条适用于所有的不公平贸易行为。因此，诸如商业贿赂、操纵价格和盗用商业秘密等不公平贸易行为还没有根据第 43(a) 条成功提起诉讼。

²⁴⁷ 去掉原始商标并转售商品时，就会发生反向假冒。

²⁴⁸ 《捍卫商业秘密法》，Pub. L. 114-153, 130 Stat. 376-386 (2016)。

至少有两个案件明确提出了根据联邦反不正当竞争法实现商业秘密保护的问题。一是“Eli Lilly & Co. 诉 Roussel Corp. 案”²⁴⁹，涉及提交虚假和误导性信息以获得食品和药物管理局对一种药物的批准。原告根据《巴黎公约》第 10 条之二寻求救济，因为《兰哈姆法》第 44 条以参引方式纳入了《巴黎公约》第 10 条之二（见上文第 1.2 节），但法院拒绝超越第 43(a) 条。二是“通用汽车公司诉 Ignacio Lopez De Arriortua 案”²⁵⁰，该案涉及盗用商业秘密的行为。相比之下，该法院认为《兰哈姆法》确实纳入了“《巴黎公约》的实质性条款”，包括第 10 条之二。虽然可能根据第 44 条提出更多诉讼，但自 2016 年以来，既然商业秘密受到联邦《捍卫商业秘密法》的保护²⁵¹，涉及商业秘密保护的实质性条约权利的诉讼不可能更多。

根据《兰哈姆法》第 43(a) 条，商业外观和非传统标志，包括那些视觉上可感知的标志，都得到了强有力的保护。虽然形象权在美国不受联邦法律的保护，但它在州法律和普通法下享有强有力的保护。

4.2 加拿大

加拿大《商标法》第 7 条为未注册的商标提供保护，包括商业外观，只要它已经获得第二含义。

有趣的是，根据第 7(b) 款提出的商业诽谤诉讼主张已被成功用来对付知识产权侵权诉讼的威胁。²⁵²其理由是，对侵权的指控损害了企业的声誉。

与《兰哈姆法》不同，《加拿大商标法》还有一条专门保护地理标志，包括葡萄酒和烈酒、农产品和食品方面的地理标志。如果某商品不是原产于某地区，或者即使是原产于该地区，但不是按照该地区标准生产的，该法禁止该产品采用和使用受保护的地理标志，包括以任何语言进行的翻译。

这种保护受制于具体的例外情况。例如，对于某些地理标志的事先使用，对于已获得的权利，以及对于某些被认为是通用的术语，都有例外情况。保护也限于地理标志在同一类别产品内的使用，因此“波尔多”仍然可以用于像饼干这样的产品。

在加拿大，各省的成文法和普通法也对形象权进行保护。普通法的保护被称为盗用人格的侵权行为。这些法律为某些个人提供了控制其姓名、形象、声音、肖像和签名的商业使用的权利。虽然盗用人格的侵权行为得到承认，是由于原告在提出假冒主张时被要求证明其与被告有共同的活动领域，而这一要求很难达到，但这一要求已被放宽，因此现在可以提出虚假代言的诉讼主张。

D. 加勒比地区*

1. 立法框架

虽然加勒比地区的一些国家已经通过了具体的立法，提供了第 10 条之二第(1)款所要求的保护，来解决不正当竞争问题，但大多数国家没有具体的不正当竞争立法。²⁵³相反，它们利用消费者保护法作为防止不正当竞争的一种保护形式。由于侧重于消费者的利益，消费者保护法所提供的保护可能不

²⁴⁹ 23 F. Supp. 2d 460 (D.N.J. 1998).

²⁵⁰ 948 F. Supp. 684 (E.D. Mich. 1996).

²⁵¹ 1 S. 1890, 114th Cong. (2015-2016).

²⁵² Rowell v. S & S. Industries Inc., (1966) S.C.R. 419, 56 D.L.R. (2d) 501, 48 C.P.R. 193 (S.C.C.).

* Tammy L. Bryan 女士、Akeem D. Rowe 先生和 Okera N. Hill 女士，George Walton Payne & Co. 律师事务所，巴巴多斯布里奇敦。

²⁵³ 圣文森特和格林纳丁斯、牙买加、圭亚那、百慕大、格林纳达、圣基茨和尼维斯以及巴哈马。

如旨在保障竞争者之间“公平竞争”的一般竞争保护广泛。然而，在一些国家，消费者保护法提供的保护得到了假冒侵权行为诉讼的强化。

伯利兹和多米尼加既没有具体的立法框架，也没有消费者保护立法提供的附带保护。这两个国家依靠其知识产权立法所提供的保护。²⁵⁴安提瓜和巴布达没有具体的竞争立法。然而，其 2003 年的《地理标志法》允许任何有利害关系的个人或生产者或消费者团体在法庭上提起诉讼，以防止在地理标志方面误导公众或不正当竞争。这是对一般侵权行为所提供的保护的补充。

在具体的《反不正当竞争法》或《消费者保护法》通过之前，加勒比海地区的英语国家通过假冒侵权诉讼提供保护。为使假冒案件获得成功，原告必须证明：(1)原告在市场上建立了某种形式的商誉或声誉；(2)被告在市场上存在某种形式的错误表示；(3)原告因此而受到损害。

拥有《反不正当竞争法》的各个国家²⁵⁵，对竞争者和消费者都有保护。对竞争者的保护体现在处理引起混淆和诋毁的条款中，而处理误导行为的条款则对竞争者和消费者都提供了保护。²⁵⁶

另一方面，在只有《消费者保护法》的国家²⁵⁷，立法的重点是保护消费者。

从判例法中也可以看出各国反不正当竞争法律的基本原理：

- 对消费者的保护：圭亚那的“Mazawattee 茶叶有限公司诉 Psaila 有限公司案”²⁵⁸说明了这种保护。Berkeley 法官认为，被告产品的包装与原告采用的包装如此相似，以至于有意欺骗无法阅读或理解英语的文盲[……]。他们很可能认为自己购买的是原告的茶叶而实际消费的是被告的茶叶。
- 对竞争者的保护：在巴哈马的“Lyford Cay Company Ltd 诉 Lyford Cay Real Estate Company Ltd 案”²⁵⁹中，原告有权以假冒为由，指控被告使用与原告相同的公司名称，在相关公众心中造成混淆。然而，虽然他们在假冒问题上胜诉了，但基于禁反言原则，该诉讼主张仍然失败。

2. 工商事务中的诚信行为

加勒比地区英语国家的各种《反不正当竞争法》一般规定，“在工业或商业活动过程中，违反诚信的行为和做法……应构成不正当竞争行为”。²⁶⁰接下来，这些法又会规定构成不正当竞争的行为和做法²⁶¹，这些行为和做法默认是第 10 条之二第(2)款意义上“工商业实践中的诚信行为”的对立面。虽然规定了具体的行为，但立法中并没有“违背工商活动中的诚信行为”这一短语的定义。

安圭拉、特立尼达和多巴哥以及圣卢西亚等司法辖区都有类似的条款。巴巴多斯的《反不正当竞争法》虽然规定了构成不正当竞争的类似行为和做法，但其措辞有所不同。

²⁵⁴ 《伯利兹商标法》(Belize Trade Marks)，见《伯利兹实体法》第 257 章，2000 年修订版；《多米尼克法律汇编》中的《商标、集体商标和商号法 1999》(Marks, Collective Marks and Trade Name Act 1999)。

²⁵⁵ 安圭拉、巴巴多斯、特立尼达和多巴哥、圣卢西亚。

²⁵⁶ 产权组织国际局，《反不正当竞争保护》(Protection Against Unfair Competition)，产权组织出版物，编号 725(E) (1994)。

²⁵⁷ 牙买加，多米尼加。

²⁵⁸ [1925] Lrbg 56.

²⁵⁹ BS 1989 SC 53.

²⁶⁰ 巴巴多斯《反不正当竞争保护法》第 329A 章第 4(1)(a) 条；特立尼达和多巴哥《反不正当竞争保护法》第 82:36 章第 4(1) 条；圣卢西亚《反不正当竞争保护法》2001 第 4(1) 条。

²⁶¹ 在下面的文章中进一步提到了这一点。

大多数国家的立法对不正当竞争和贸易行为规定了刑事制裁，而巴巴多斯和安圭拉的立法则规定了民事救济措施或两者都有。由于需要平衡市场竞争者的权利和国际公认的标准，人们理解为需要对“诚信行为”的解释采取更宽泛的方法。

巴巴多斯《知识产权法》的长标题指出，该法是为了“提供保护，防止不正当竞争，以履行巴巴多斯在世界贸易组织的《TRIPS 协定》中的义务”。在“Digicel (St Lucia) Ltd and others 诉 Cable & Wireless plc and others 案”²⁶²中，法官指出：“特立尼达和多巴哥是《巴黎公约》的签署国，制定《反不正当竞争法》的原因之一是希望特立尼达和多巴哥履行该公约下的国际义务。”然而，正如议会围绕特立尼达和多巴哥《反不正当竞争法》进行的辩论所揭示的那样，对该法的解释取决于司法机构。鉴于该法不经常受到质疑，因此对该法的解释有待继续探索。²⁶³

“Digicel (St Lucia) Ltd and others 诉 Cable & Wireless plc and others 案”²⁶⁴涉及 Digicel 在圣卢西亚、巴巴多斯、格林纳达、特立尼达和多巴哥、圣文森特和格林纳丁斯的合同和电信违约行为，提供了诚信行为的定义。法官在该案中的做法是灵活看待“诚信行为”的概念，以涵盖构成“不正当竞争”的各种行为或不行为，这对于囊括立法中未提及的情况或措辞变化是必要的。法院没有采用对解释加以限制的判例法，但也考虑了该法的起草风格、法律颁布前议会的争论以及企业/部门的具体传统或普遍接受的行为。

判决书第 474 段指出，从普通意义上看，违背诚信行为是指：

不诚实的行为或不作为……。因此，根据“Royal Brunei Airlines Sdn Vhd 诉 Tan 案”中该词的含义，该词指的是工业或商业活动过程中涉及不诚实的任何行为。²⁶⁵

法官还提到了“Reed Executive Plc 诉 Reed Business Information Limited 案”²⁶⁶，后者的法官 Jacob 在提到“Gerolsteiner Brunnen v Putsch 案”²⁶⁷时指出：“诚信要求实质上构成了商标所有人的合法利益而公平行事的义务表达。”²⁶⁸该标准意味着由国家法院对所有情况进行全面评估，特别是评估被告是否“可能被视为与商标所有人进行不正当竞争”。²⁶⁹

上述立场与各法院对假冒侵权行为的立场相反。在假冒案中，法院并不关心道德视角，也不关心是否需要证明欺诈、不诚实，或欺骗或混淆消费者的意图。相反，法院关注的是假冒行为的关键因素是否存在。这是 Digicel 案（上文）中提到的一些案件的法官所采取的立场。²⁷⁰Digicel 案的法官还探讨了对“诚信行为”的客观或道德的方法，并广泛地提及欧洲和联合王国的判例，这些判例也是从道德的角度来进行解释。²⁷¹

看来，该法院似乎要通过考虑竞争者的意图和行动，以及行业内的惯例和消费者，来确定一个行为是否“违背诚信”。

²⁶² [2010] EWHC 774(Ch).

²⁶³ Digicel (St Lucia) Ltd and others v Cable & Wireless plc and others [2010] EWHC 774(Ch) 第 470 段。

²⁶⁴ [2010] EWHC 774(Ch).

²⁶⁵ Digicel(St Lucia)Ltd and others v Cable & Wireless plc and others [2010] EWHC 774(Ch) 第 474 段。

²⁶⁶ [2004] RPC 40.

²⁶⁷ [2004] RPC 39.

²⁶⁸ 同上，第 23 段。

²⁶⁹ 同上，第 26 段。

²⁷⁰ [2010] EWHC 774 (Ch).

²⁷¹ Cable & Wireless Plc v British Telecommunications Plc [1998] FSR 383; L’Oreal v Bellure [2007] EWCA Civ 968; Hotel Cipriani v Cipriani (Grosvenor Street) Limited [2008] EWHC 3032(Ch). 第[143]页。

法官认为道德主义模式相当宽泛，认为采用“违背诚实行为”的概念，将禁止大量基于“相关商业活动中涉及的各种合法利益”而被认为不公平的行为。²⁷²因此，法官指出，“违背诚信行为”这一短语是指涉及不诚实的行为或不作为，并不限于竞争者的主观角度，而是一种客观的视角。

不过，法院似乎会用经验性的见解来丰富分析，并考虑侵权方为确保其行为的审慎而作出的尝试。不审慎行为和不诚实的行为之间的区别，创造了一种保护市场竞争者的抗辩，即被告已采取措施避免被认为是“不诚实的行为”。因此，在解释“诚信行为”一词时，法院普遍采用了灵活的方法。法院会考虑任何形式的不诚信行为，但会参考市场惯例，确保平衡所有相关利益方的利益。

《反不正当竞争法》也对“工商业活动”进行了定义，以包括专业人员和其他此类人员的活动。巴巴多斯更进一步在“工商活动”的定义中包括“企业或服务，特别是这种产品和服务的购买和销售”。因此，该定义既包括企业和消费者关系，也包括竞争者和竞争者关系。法律还确定，“侵权行为”可以扩展到一系列的行为和不持续、不重复的单一行为。²⁷³

法院还认为“证据显然成立的案件”的概念已经确立²²，但在证明责任方面还不够确定，这本质上是由于一些国家法律中规定了刑事责任。²³

在加勒比地区，解释“违背诚信”概念的判例法和文献是有限的。因此，在加勒比地区，大部分的研究都基于其他司法辖区有说服地位的权威来源。

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

巴巴多斯、特立尼达和多巴哥、圣卢西亚和安圭拉的《反不正当竞争法》²⁷⁴中明确禁止的行为包括：

- 导致或可能导致与他人的企业或活动、该人提供的产品或服务有关的混淆；
- 损害或可能损害他人企业的商誉或声誉，无论是否造成混淆；
- 误导或可能误导公众对企业或其活动、产品或服务的看法；以及
- 构成虚假言论或指示，可能或很可能诋毁另一企业或其活动的信誉。

上述行为与第 10 条之二第(3)款所述的禁止行为相类似。

《反不正当竞争法》²⁷⁵解释说，误导公众的行为可能产生于涉及产品制造或服务过程、产品或服务的适用性、质量、数量或其他特征、地理来源和价格或其计算方式的各种广告或促销活动。

²⁷² Digicel (St Lucia)Ltd and others v Cable & Wireless plc and others [2010] EWHC 774(Ch)第 470 段。

²⁷³ Digicel (St Lucia)Ltd and others v Cable & Wireless plc and others [2010] EWHC 774(Ch)第 447 段。

²² Digicel (St Lucia)Ltd and others v Cable & Wireless plc and others [2010] EWHC 774(Ch)第 431 段。

²³ 《巴巴多斯防止不公平竞争法》第 4(3)和(4)条：“(3)主管局的任何官员违反第(2)款即属犯罪，经简易程序定罪后，可处以 10 000 美元罚款或两年监禁，或同时处以罚款和监禁。(4)依据本条对某人提出刑事指控，并不影响在高等法院对该人提起民事法律程序。”另见《2018 年格林纳达消费者保护法》第 74(9)条。

²⁷⁴ 特立尼达和多巴哥《反不正当竞争保护法》第 82:36 章；巴巴多斯《反不正当竞争保护法》第 329A 章；安圭拉《反不正当竞争保护法》第 P112 章；圣卢西亚反《不正当竞争保护法》第 13.38 章，2001。

²⁷⁵ 特立尼达和多巴哥《反不正当竞争保护法》第 82:36 章第 7 条；巴巴多斯《反不正当竞争保护法》第 329A 章第 7 条；安圭拉《反不正当竞争保护法》第 P112 章第 6 条；圣卢西亚反《不正当竞争保护法》第 13.38 章第 6 条，2001。

此外，在《反不正当竞争法》²⁷⁶中，有可能或很可能导致混淆或损害的不正当竞争行为可能涉及企业的商号、商标、产品或服务的介绍、产品的外观、商标以外的企业标识，以及产品、服务或活动与名人或知名虚构人物的关联。

目前，在讲英语的加勒比海地区，似乎只有一个案例解释了《反不正当竞争法》中特别禁止的行为，即“Free Telecom Incorporated 等诉 Tele (Barbados) Incorporated 案”。²⁷⁷在该案中，原告认为，该公司的行为违反了《反不正当竞争法》的规定。原告认为其以“FLOW”为商标的电信公司与被告在同一领域使用的“FLOW”之间已经出现并可能出现混淆现象。Cornelius 法官指出，尽管原告只需证明针对其“企业、活动和产品或服务”“很可能”产生的混淆，而且也可以从“企业和活动”的概念推断出可能超过假冒侵权的保护范围，但除了两个实体在市场上使用相同的名称这一简单事实外，仍然需要有混淆的证据。

此外，不需要特定类型的竞争关系，因为立法还规定了对消费者的保护。这些保护涉及被禁止的误导公众的行为，加勒比海地区所有英语国家的《反不正当竞争法》中都有此规定。

反不正当竞争法被认为是对知识产权保护的补充，而知识产权的保护通过不同的法律来实现。²⁷⁸巴巴多斯《商标法》第 319 章第 5 条规定，禁止注册与已注册的商标非常相似的商标，否则可能会误导公众。这条规定类似于《反不正当竞争法》中明确禁止的误导公众的行为。然而，与《商标法》相比，《反不正当竞争法》包含了更广泛的知识产权保护。例如，要在《商标法》下获得保护，商标必须是注册的，或者必须是众所周知的²⁷⁹，但在《反不正当竞争法》下，商标不需要注册或众所周知。

此外，根据《反不正当竞争法》，如果因商标以外的其他商业标识而产生混淆，则是一种不正当竞争行为。此外，还有针对非法传播商业秘密的保护，这将在下文中讨论。

4. 其他不正当竞争行为

在许多讲英语的加勒比国家，除了针对混淆、贬损、诋毁和误导行为提供基本保护外，还禁止其他行为，例如(1)盲目模仿；(2)搭便车；以及(3)商业秘密。值得注意的是，根据反不正当竞争法²⁸⁰提供的保护比根据各种知识产权立法提供的保护更加广泛。

4.1 盲目模仿

德国等欧盟国家的不正当竞争立法专门处理了盲目模仿问题²⁸¹，但在讲英语的加勒比海地区，不正当竞争和消费者保护立法体系中并没有具体条款提及盲目模仿。唯一提到禁止任何形式模仿的具体规定是在加勒比海英语国家的商标立法中。然而，商标立法中的保护只提供给注册商标的所有者和驰名商标的所有者。

²⁷⁶ 特立尼达和多巴哥《反不正当竞争保护法》第 82:36 章第 5(2)条；巴巴多斯《反不正当竞争保护法》第 329A 章第 5 条；安圭拉《反不正当竞争保护法》第 P112 章第 4(2)条；圣卢西亚《反不正当竞争保护法》第 13.38 章第 4(2)条，2001。

²⁷⁷ BB 2013 HC 24, Free Telecom Incorporated(t/a Flow (Barbados), Flow Communications, Flow Talk, Flow Internet, Flow tv and Flow Mobile and Vet2vu (Barbados) Incorporate(t/a Flow (Barbados)v Tele (Barbados) Incorporated.

²⁷⁸ Christopher Morcom Q.C., 'Gowever: a glimmer of hope for UK compliance with Article 10 bis of Paris Convention' [2007] EIPR 125-127

²⁷⁹ 巴巴多斯《商标法》第 319 章第 8(d) (1)条；特立尼达和多巴哥《商标法》（2015 年第 8 号法）第 9(3) (c)条；安圭拉《商标法》（R.S.A. c. T30）第 4(e)条。

²⁸⁰ 知识产权保护的领域见 2.819。

²⁸¹ 《德国反不正当竞争法》第 4(3) (a)条。

尽管没有关于盲目模仿的具体规定，但各种不正当竞争立法所提供的一般保护可以涵盖一些盲目模仿的情况。在这种情况下，盲目模仿将属于不正当竞争立法的一般规定的范围。

由于缺乏专门针对盲目模仿的立法，使得一组特定的创作者容易受到伤害，即：那些(i)没有通过注册获得设计权者；(ii)不符合版权保护的原创性要求者；或者(iii)其保护期限已失效者。²⁸²不正当竞争立法的原则性有可能无法全面覆盖所有盲目模仿的情况，这些创造者将眼看他们的创意被模仿而没有任何渠道追究。

因此，讲英语的加勒比地区目前只能依靠反不正当竞争法的一般规定和个别知识产权法来保护其免受模仿。

4.2 搭便车

搭便车行为与其他更多的不正当竞争行为有许多共同特点。然而，虽然搭便车会造成混淆和误导，但它特别关注的是盗用行为。搭便车可以被认为是最广义的基于模仿的竞争形式，因此完全属于不正当竞争。

搭便车为违法方提供了基于现有商标声誉的不公平优势。²⁸³大多数加勒比地区都规定了保护驰名商标，禁止不公平地利用该商标显著特征或声誉的行为。²⁸⁴然而，其他加勒比国家采取的立场是允许对驰名商标进行防御性注册。²⁸⁵

当两个商标之间没有商业联系时，搭便车概念的适用性是有限的。仅仅让人想起该商标是不够的，必须证明被告“明显的利用或免费搭乘著名商标的行为，或意图利用其声誉进行交易，即使被告没有对原告商标的显著特征或声誉造成损害”。²⁸⁶这种限制是在不正当竞争规则和自由市场体系原则之间的一种平衡行为。

4.3 商业秘密

安圭拉²⁸⁷、圣卢西亚²⁸⁸、特立尼达和多巴哥共和国²⁸⁹、巴巴多斯²⁹⁰这些加勒比国家通过不正当竞争立法，明确保护商业秘密不被非法传播。

立法规定反映了《TRIPS 协定》第 39(2) 条。反不正当竞争法所提供的保护是广泛的，允许保护生产和商业秘密。对秘密信息的概括性定义，意味着具体信息是否会受保护，最终取决于案件的具体事实和情况。

尽管定义很笼统，但在各国《反不正当竞争法》中对商业秘密的保护有明确规定。此外，根据《反不正当竞争法》提供的保护也有一定的限制。这些限制包括(i)披露行为必须是不诚实的；(ii)披露必须不是保护公众所必需的；(iii)没有采取任何措施来保护测试和数据免受不公平的商业使用。

²⁸² 比如，那些(1)不享有外观设计权者；(2)不符合版权保护的原创性要求者；或(3)保护期已过者。

²⁸³ 3M Company v Manufacturera 3M SA DE CV [2017] JMCA Civ 21 第 131 段。

²⁸⁴ 《巴巴多斯法律汇编》第 319 章《商标法》第 8(d)(i) 和(ii) 条；《牙买加法律汇编》《商标法》第 49 条；《特立尼达和多巴哥共和国法律汇编》《商标法》2015 (2015 年第 8 号法) 第 9(3)(c) 和(d) 条；《伯利兹法律汇编》《商标法》第 257 章第 61 条。

²⁸⁵ 《圭亚那法律汇编》第 90:01 章《商标法》第 29(1) 条；《巴哈马法律汇编》第 322 章《商标法》第 35(1) 条。

²⁸⁶ 3M Company v Manufacturera 3M SA DE CV [2017] JMCA Civ 21 第 131 段。

²⁸⁷ 《反不正当竞争保护法》第 8 条

²⁸⁸ 《反不正当竞争保护法》第 8 条。

²⁸⁹ 《反不正当竞争保护法》第 9 条。

²⁹⁰ 《反不正当竞争保护法》第 8 条。

* Roberto Garza Barbosa 先生，墨西哥蒙特雷理工大学社会科学和政府学院教授。

这些限制允许通过合法的贸易活动适当使用和披露商业秘密。因此，这些限制有利于在禁止不正当竞争与公平竞争和诚信行为中隐含的更大公共利益之间取得健康平衡。

E. 中美洲*

1. 立法框架

中美洲国家还没有制定管理不正当竞争的共同的办法。没有来自跨国、区域性条约或类似的法律移植。每个法律体系都各自定义了工商事务中的诚信行为，或根据国内具体情况确定了被禁止的行为。虽然各国通过立法或判例法各行其是，但事实是，该地区的国家似乎都支持《巴黎公约》第 10 条之二第(1)款。

在洪都拉斯，《工业产权法》(HIPA)第 170 至 173 条规定了反不正当竞争。这些条款在洪都拉斯的法律体系中执行了第 10 条之二的反不正当竞争原则。《洪都拉斯商法典》第 425 至 429 条也有关于不正当竞争的规定。《工业产权法》第 75 至 78 条规定了与商业秘密有关的条款，确立了对商业秘密的保护，防止不正当竞争。在不正当竞争案件中，规定了刑事、民事和行政救济措施。《洪都拉斯民事诉讼法》(HCCP)规定，不正当竞争诉讼将由普通民事法院审理。此外，还有一些行政程序，可宣布竞争行为不公平，并由工业产权注册局进行罚款。²⁹¹

在萨尔瓦多，不正当竞争是由其《商法典》第 491 条规定的，该条内容广泛，具体规定了构成不正当竞争的几种行为。它似乎超出了第 10 条之二所列的情形。《商法典》第 491 条区分了欺骗消费者、诋毁竞争对手、邀请竞争对手前员工的行为，以及“……任何其他直接或间接旨在从另一商家转移客户的类似行为……”。《商法典》第 493 和 497 条规定由商事法官主持不正当竞争诉讼。萨尔瓦多《商业和民事诉讼法》第 240 条规定，不正当竞争诉讼是由商事或民事法官审理的普通程序。此外，《萨尔瓦多商标和显著性标志法》第 100 至 103 条将不正当竞争和不诚信行为定义为违反诚信行为和一般违反法律的行为。因此，这些条款建立在一个基于否定性定义的开放型模式之上。

哥斯达黎加《商标和其他显著性标志法》(CRTDA)²⁹²并没有对不正当竞争进行定义。但该法第 8(k)条规定，禁止注册属于不正当竞争行为的商标；第 62(f)条有同样的禁止规定，但适用于商业广告表达或标志，这被认为是一种商标注册行为。最后，该法第 71 条禁止使用根据《巴黎公约》第 10 条之二第(1)款规定，属于不公平竞争行为的任何地理标志。

在哥斯达黎加，有一部专门用于执行知识产权的单行立法。虽然它是一部实施法，但包含了不正当竞争的定義。第 8039 号法(《知识产权实施程序法》)²⁹³第 28 条将不正当竞争定义为：“在实施或举办商业活动时进行的违反商业事务惯例和诚信行为的任何活动。”该法律条款明确列举了一些被视为不正当竞争的行为。该法第 28 条也提到了《促进竞争和有效保护消费者法》第 17 条，其中规定了一系列的不正当竞争行为。²⁹⁴

在墨西哥的法律体系中，防止不正当竞争的法律基础是由《联邦工业产权保护法》第 386 条确立的。²⁹⁵然而，在任何诉讼中都可以直接援引和适用《巴黎公约》第 10 条之二。《联邦工业产权保护

²⁹¹ Oficina de Registro de Propiedad Industrial.

²⁹² 《立法法》，第 7978 号。

²⁹³ 《立法法》，第 9524 号。

²⁹⁴ 《立法法》，第 7472 号。

²⁹⁵ 这是一部新的立法，于 2020 年 7 月 1 日在《联邦官方公报》上公布，于 2020 年 11 月 5 日生效。它废除了墨西哥《工业产权法》(1991 年 6 月 27 日)。现行的第 386 条与以前的第 213 条相当相似，条规定了 33 种构成侵权的行为。关于不正当竞争，除了现有规定外，新法还包括与未披露信息有关的保护。

法》第 386 条规定的最重要的起诉理由是第 I 款。一般来说，该款被解释为一个非独立的条款。因此，要想适用，还应该满足其他款项所定义的任何其他侵权事由。这一推理回答了下一节关于什么是工商事务中的诚信行为的问题。按照立法的定义，简单的回答是不要实施任何法定侵权行为——非常简单。该款被称为不正当竞争的一般诉讼事由。

同一法条还包含了不正当竞争的具体原因。与第 I 款不同，这些诉讼原因是独立的。因此，在墨西哥的法律体系中，不正当竞争诉讼的基础是在《联邦工业产权保护法》第 386 条第 I、II、III、XIV、XV 和 XXIV 款。²⁹⁶这些条款包含了第 10 条之二的內容。

同样，《墨西哥商法典》第 6 条之二几乎与第 10 条之二的第 2 和第 3 款逐字对应。²⁹⁷根据《商法典》第 6 条之二，不存在《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款规定的禁止行为，就构成了工商事务中的诚信行为。最后，《墨西哥消费者保护法》第 32 条载有比较性广告的规则。

大部分的不正当竞争诉讼都是基于《联邦工业产权保护法》第 386 条，更具体地说，是基于上文提及的条款。由于《联邦工业产权保护法》是一部相对较新的立法，因此普遍的判例法是基于被废除的 1991 年《工业产权法》。然而，在反不正当竞争方面，新立法没有实质性变化，只是增加了新的条款，以保护未披露信息免受不正当竞争行为的影响，这也是《TRIPS 协定》的要求。因此，现行的判例法分析仍然有效，尽管其中提到的是被废除的立法的规定。

在其他国家的法律体系中，不正当竞争和知识产权诉讼通常是在司法领域内的普通法院进行，而在墨西哥的法律体系中，侵权和不正当竞争案件是在墨西哥工业产权局（IMPI）进行诉讼，该局是负责授予专利和受理商标注册的行政机构。由于墨西哥工业产权局不能裁决损害赔偿，所以胜诉方需要向普通法院提起额外的诉讼。对于这类诉讼，需要墨西哥工业产权局先作出裁决，宣布相关行为构成行政侵权或不正当竞争。新立法解决了这个问题，授权墨西哥工业产权局作出损害赔偿，并规定不需要墨西哥工业产权局的裁决就可以在普通法院提起法律诉讼。

即使在新立法通过之前，如果不正当竞争诉讼是基于违反合同（如特许经营协议），通常的诉讼程序是直接向普通法院提起诉讼。新的法律规定由原告决定是在墨西哥工业产权局还是在普通法院启动程序。这个新的方案使不正当竞争条款与一般侵权行为原则相协调。

²⁹⁶ “第 386 条—以下属于行政违法行为：

.....

I. -进行违反工业、商业和服务方面的良好做法和习惯、隐含不正当竞争，并与本法规定的事项有关的行为；

.....

II. -在从事工业或商业活动中，欺骗公众或导致或诱使公众出现混淆、错误的行为，包括使公众相信或毫无根据的假设：a) 某机构与第三方机构之间存在关系或关联；b) 产品是根据第三方的规格、许可证或授权生产的；c) 服务是根据第三方的授权、许可证或规格提供的，或产品是根据第三方的授权、许可证或规格销售的；或 d) 有关产品来自实际原产地以外的地区、区域或地方，以诱使公众对产品的地理来源产生错误。

III. -企图或达到诋毁他人的产品、服务、工业或商业活动或机构的目的的行为。为告知公众而与受商标保护的产品或服务进行比较，不包括在本规定中，但条件是上述比较不具有《联邦消费者保护法》规定的偏见、虚假或夸大成分。

.....

XIV. -未经行使法律控制权者或其授权用户的同意，不适当地利用被认为是商业秘密的信息，以获得市场竞争优势，或实施违反工业、商业和服务业的良好做法和惯例、隐含不正当竞争的行为。

XV. -生产、发售、销售、进口、出口或储存使用包含商业秘密的产品或服务，如果进行上述活动的人知道或有合理的理由知道该商业秘密的使用未经行使法律控制权者或其授权使用者的同意，且以违反工业、商业和服务的良好做法和惯例、隐含不正当竞争的方式进行。

.....

XXIV. -使用独特的标志、操作性或图像元素的组合，使相同或类似的产品或服务在一定程度上与受本法保护的其他产品产生混淆，以及通过使用该组合导致或诱使公众相信或假设存在本不存在的……联系。”

²⁹⁷ 同样，根据《联邦工业产权保护法》第 173 条的各项，含有构成不正当竞争的显著标志不能作为商标申请注册。

根据《墨西哥民法典》第 1910 条，“任何人如果以非法的方式或违背良好的习惯，对他人造成损害，有义务进行修复……”。一个行为违反任何法律规定，就是非法的。因此，根据《联邦工业产权保护法》第 386 条，任何被认为是不正当竞争的行为，都可以根据第 1910 条起诉。尽管有这个一般的侵权行为规定，但在反不正当竞争方面没有任何发展，只能根据《联邦工业产权保护法》《巴黎公约》《TRIPS 协定》和被废除的《1991 年工业产权法》提取诉讼。总而言之，没有仅仅基于一般侵权行为原则为的进一步发展。

2. 工商事务中的诚信行为

在该地区各国，诚信行为即不从事任何被禁止的行为。

例如，在墨西哥的体系中，反不正当竞争涉及《联邦工业产权保护法》第 386 条中规定的避免侵权行为的义务和任何行动。在墨西哥最高法院（MSC）审理的关于该问题的一个最主要案件²⁹⁸中，最高法院需要对已被废除的《1991 年工业产权法》第 213 条第 I 款的合宪性作出决定。尽管该判决涉及以前的立法，但它仍然是相关的，因为 1991 年法的第 213 条第 I 款正是现在《联邦工业产权保护法》第 386 条第 I 款规定的内容。此外，它的措辞与第 10 之二(2)条完全相同。

原告的主要论点是，上述法律规定违反了《墨西哥宪法》第 14 条和第 16 条所载的合法性和正当程序原则，因为其措辞含糊不清：“违反工业、商业和服务业的良好做法和惯例的行为……。”²⁹⁹在墨西哥的法律体系中，任何将某一行为确定为非法或犯罪的立法都不能含糊，也就是说，它不能包含一个以上的行为。否则，就必须宣布其违宪。

然而，尽管法律的表述是开放的，最高法院还是拒绝了这一论点，认为第 I 款确立的构成不正当竞争的要件之一是基于它与所在法律体系的关系。这一论点很有意思，因为它证实了这一法律规定不是独立的，而是取决于它与同一法条另一款的关系：“该款不应该以字面方式解释，更不应该孤立地解释，而是必须系统地、和谐地理解其文本与其余各款的关系……。”³⁰⁰根据这种解释，任何侵权行为或任何违反法定条款的错误行为都被视为不正当竞争。这不仅包括商标，还包括专利、工业设计等等。

在墨西哥立法中，没有判例或法定条款来定义什么是诚信行为。因此，当某一行为不违反任何法律规定时，可根据最高法院采取的模式认定为诚信行为。因此，该模式是建立在消极定义基础上的：如果没有侵犯任何法定条款——通常是《联邦工业产权保护法》第 386 条——就没有不正当竞争。

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

至于洪都拉斯的法律体系，《洪都拉斯工业产权法》第 170 条对不正当竞争的行为定义如下：

(1) 任何违反诚信规则或商业事务中的诚实使用和惯例的行为；(2) 任何能够对……另一商家造成混淆的行为；(3) 使用或传播能够损害或诋毁另一商家的机构、产品、服务或活动的虚假指示；(4) 使用或传播……可能造成混淆的指示或言论；(5) 直接或径直利用第三方投放市场的产品，通过任何技术手段对该产品进行改造、拆解、抄袭或以其他方式进行不当模仿，从而以寄生和商业目的利用该第三方的努力成果；以及，(6) 获取工业秘密和其他未披露的信息，或未经其合法所有者授权使用或披露此类秘密或信息……。

²⁹⁸ 墨西哥最高法院，第二审判庭，Amparo en Revisión 2234/2009，2010 年 3 月 17 日。见 <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>（2021 年 8 月 24 日）。

²⁹⁹ 见同上，第 6 页。

³⁰⁰ 见同上，第 16 页。

洪都拉斯的法律体系对哪些行为被认为是不正当竞争有具体规定。《洪都拉斯商法典》第 425 条也规定了一套不正当竞争行为，针对不正当吸引客户，包括贿赂客户的员工，对产品的产地或质量进行虚假指示，用看似原装的包装伪造产品，以及散布虚假的价格折扣原因，如清算、破产等。

在“Laboratorios Stein S.A. 诉 Pfizer S.A. 案”中，洪都拉斯最高法院³⁰¹分析了《洪都拉斯商法典》和《洪都拉斯工业产权法》不正当竞争条款之间的相互关系，推翻了莫拉桑省民事上诉法院的裁决，该裁决认为《洪都拉斯商法典》第 425 条包含了与《工业产权法》第 170 条相同的被定义为不正当竞争的行为，因此该民事上诉法院没有考虑《洪都拉斯商法典》第 425 条规定的不正当竞争行为。然而，最高法院的裁决明确指出，这两条法律规定是以不同的表述定义不正当竞争，都适用于任何特定案件。

在编号为 50-3CM-11-A 的判决书中，萨尔瓦多第一区上诉法院第二民事庭决定了不正当竞争案件属于公法还是私法。这个问题是由一个仲裁条款引起的。在一个普通的诉讼案件中，被告辩称，由于双方之间的仲裁条款，法院不能审理不正当竞争案件。原审法院同意此观点，原告提出上诉。主要的上诉理由是，不正当竞争诉讼超出了仲裁程序的范围，因为那些是与反托拉斯条例有关的公法问题。³⁰²上诉人还认为，对方的支配地位和反竞争行为是违反《萨尔瓦多反托拉斯法》所禁止的经济自由，因此，不正当竞争在仲裁程序的私人性质之外，超出了当事人的个人承诺。

然而，第二民事庭驳回了这一论点，并确认了原审法院的判决，认为“……我们的法律制度规定，不正当竞争行为和反竞争行为是完全不同的行为，不可能确认……不正当竞争行为构成反竞争行为”。³⁰³因此，第二民事庭的结论是，不正当竞争行为可以通过仲裁程序解决。萨尔瓦多最高法院在 109-2016 号案件中认可了这一普遍标准。在该案中，最高法院将不正当竞争行为与《萨尔瓦多反托拉斯法》所禁止的行为区分开来，认为不正当竞争行为并没有超出私人领域，“因此无法影响经济秩序”。³⁰⁴

除了禁止从事违反诚实使用和惯例的行为，哥斯达黎加《知识产权实施程序法》第 28 条规定了具体的不正当竞争行为，其特征为：可能会造成对产品或服务特征的混淆，未经持有人授权复制商标或任何受保护的知识产权要素，以利用他人的努力和声誉进行商业活动，以及使用《商标和其他特殊标志法》禁止注册的标志。

《知识产权实施程序法》第 28 条也提到了《促进竞争和有效保护消费者法》第 17 条，后者规定了以下不正当竞争行为：

- a) 制造关于竞争者的混淆；
- b) 通过虚假言论诋毁竞争者；
- c) 基于虚假信息或为了夸大期待，煽动公众相信存在奖项或奖励；
- d) 非法使用、模仿、复制、替代或转让与第三方拥有的商品或服务相对应的商标、商号、原产地名称、广告表述、铭文、包装、标签、容器或任何其他识别手段。

尽管规定了这些被禁止的具体行为，《促进竞争和有效保护消费者法》第 17 条还有一个开放式的条款，禁止任何其他类似的扭曲市场透明度、损害消费者或竞争对手的不正当竞争行为。

³⁰¹ 最高法院（洪都拉斯）民字第 CC-61-12 号，2013 年 6 月 11 日。

³⁰² 根据《萨尔瓦多调解、和解和仲裁法》第 23 条，这些事项被排除在仲裁之外。

³⁰³ 判字第 50-3CM-11-A 号，第一区上诉法院第二民事庭（萨尔瓦多），2012 年 1 月 5 日。

³⁰⁴ 109-2016，最高法院（萨尔瓦多），2019 年 8 月 23 日，第 14 页。

圣何塞第二民事上诉法院在一起比较性广告上诉案中解释了《促进竞争和有效保护消费者法》第 17 条。³⁰⁵全国消费者委员会³⁰⁶最初认为这种比较性广告是不准确的、片面的、欺骗性的，因为它扭曲了信息，使消费者感到困惑。然而，第二民事上诉法院部分地推翻了这一观点，认为“笼统地认为应该审查任何广告中不准确或错误之处是一个谬误……”。法院随后承认，只有当比较性广告影响到竞争对手和混淆消费者时，才会发生不正当竞争。然而，法院将此案发回给消费者委员会，命令被告对比较性广告进行修改，发布包括这些修改的新广告，在未来的宣传中使用可确定的信息，并支付原告的律师费。

将墨西哥立法中的条款与第 10 条之二相比较，可以说第 10 条之二第 (1) 款中给出的一般保护保障已经在《联邦知识产权法》第 386 条第 2 部分中得到了落实；第 10 条之二第 (2) 款已经在《联邦知识产权法》第 386 条第 3 部分中得到了落实。³⁰⁷然而，第 10 条之二第 (3) 款列举的更具体的情况并没有出现在任何与知识产权有关的国家法律条款中。相反，这些情况被载入了《联邦消费者保护法》(FCPA) 中。³⁰⁸一个名为联邦消费者保护检察官办公室的联邦机构负责相关行政程序。另外，像任何违反法定条款的不法行为一样，基于《墨西哥商法典》第 1910 条的消费者保护侵权诉讼可以在州或联邦法院提起。然而，这些消费者保护程序通常是基于《联邦消费者保护法》，而不是基于不正当竞争原则。

要获得反不正当竞争的保护，没有任何不同或特殊的要求。其程序与其他侵权行为没有什么不同，而且实质性的保护超出了商标的范围，也包括专利或任何受保护的知识产权资产。虽然可以公平地确定，证明竞争关系的必要性在某种程度上是不明确的，但法院在以下案件中要求这样做。

这是一起因未经授权进口受保护物质而引发的专利侵权案件。³⁰⁹然而，联邦巡回法院接受了被告的一个论点，即原告没有提供证据证明存在不正当竞争。更具体地说，法院指出，原告没有提供记录在案的证据，证明原告和被告是竞争对手。这个问题变得重要，是因为原告辩称它进口受保护的物质不是为了商业目的。但是，联邦巡回法院认为，要认定不正当竞争，必须证明双方是竞争对手。

尽管如此，这项裁决不一定是关于竞争关系最后的说法。以下案例为墨西哥法律体系中反不正当竞争的实质性和程序性方面提供了更广的视角。一些案例表明，在不正当竞争案件中，表明自己是竞争对手并不是决定性的。

“Amparo Directo 406/2011 案”的判决讨论了不正当竞争和特许经营协议。³¹⁰法院认为，特许经营人的股东为避免合同义务而成立公司，此举违反了特许经营协议，应承担赔偿责任。该案涉及一家墨西哥咖啡店的特许经营权。特许经营权终止后，被告在曾经的特许经营的场所继续经营他们注册的另一个品牌。根据法院的判决，被告被要求遵守与商标有关的保密条款和不使用义务。被告还被要求支付因商业秘密泄露和商标侵权造成的损失。有第三方被传唤参加了审判。在这个意义上，法院命令刺穿

³⁰⁵ 圣何塞第二区民事上诉法院，案卷编号 12-000088-0183-CI，2021 年 9 月 6 日。该比较性广告如下：“你在使用漂白剂吗？你衣服上的大多数标签都禁止用它。氯气会破坏织物纤维，导致褪色，破坏彩色衣服。最好使用 V.，把它涂在污渍上，或者在洗涤剂中加入一定量的 V.，检查 V. 是否能去除污渍而不影响织物的颜色，因为 V. 不含氯气……。”见同上第 3 页。原告的商标是“Clorox”。在西班牙语中，漂白剂这个词被翻译为 cloro。因此，在比较广告中，Clorox 和 cloro 之间的差异很小。法院没有讨论该商标的显著性。

³⁰⁶ 全国消费者委员会。

³⁰⁷ 见注 6。

³⁰⁸ 《联邦消费者保护法》第 1 条第七项和第 32 条。

³⁰⁹ 第三区第八附属巡回法院，Amparo Directo 653/2015，2016 年 1 月 21 日。见 <http://www.cjf.gob.mx> (2021 年 8 月 31 日)。

³¹⁰ 第一巡回区第三联邦民事巡回法院，Amparo Directo 406/2011，2011 年 11 月 17 日。

了针对前特许经营商的股东的“公司面纱”。因此，该判决影响了被告公司及其股东——他们将该公司创建为一个独立的法人，以违反其合同义务。

被告辩称，原告没有提供任何证据来证明不正当竞争。该论点试图证明新机构中出售的产品，如披萨、奶昔、三明治或沙拉，并不构成不正当竞争，因为它们是合法的产品，属于公共领域。然而，联邦巡回法院驳回了这一论点，认为不正当竞争的概念来自特许经营协议。法院由此确认，双方之间具体的合同义务，构成了两者公平竞争的规则。

另一个有说服力的案例是“Amparo Directo 289/2016”，该案涉及进口、工业设计和不正当竞争。³¹¹该案讨论了被废除的《工业产权法》第 213 条第 I 款³¹²，涉及进口到本国领土的遥控器，该遥控器可以说是侵犯了原告拥有的工业设计。法院引用了被废除的《工业产权法》第 25 和 36 条。³¹³第一条规定了专利持有人的专有权，包括受保护产品的制造、使用、销售、提供销售和进口。第 36 条除其他外，规定第 25 条规定的专有权适用于工业设计。因此，法院认为，进口侵犯了工业设计的专有权之一。因此，作为一种违法行为，侵犯了被废除的《工业产权法》第 213 条第 I 款。

“Amparo Directo 218/2017 案”是一起与比较广告和三维商标有关的不正当竞争案件。³¹⁴巡回法院认为，比较性广告中使用的包装与原告注册的任何商标都不相似，包括颜色的使用等不同，但只要看一眼就可以清楚地得出结论，该广告试图唤起原告的产品。尽管如此，巡回法院的结论是：“毋庸置疑，在本案中，不允许认定构成《工业保护法》第 213 条第 I 和第 X 款中提到的[不正当竞争]侵权行为。”³¹⁵这种认定即不承认第 I 款包含的不正当竞争行为具有独立性，而是认为其需要依赖于商标侵权行为。

“Amparo Directo 152/2016”是一个与非专利药品和比较广告有关的不正当竞争案件。³¹⁶它源于一家从事非专利药品交易的制药公司根据已废除的《工业产权法》第 213 条第 I 和第 X 款提起的侵权诉讼。³¹⁷有争议的比较性广告包括以下注册的广告口号：“类似的药店”、“相同但更便宜”，以及“最多可节省 75%”。³¹⁸

巡回法院判决原告胜诉，认为在对比广告中，具体提到了原告的商标。该判决包括侵权的对比广告的图片，包括几家国际制药公司的商标和原告的商标。据巡回法院判决，该比较证实了被告通过比较来诋毁原告产品的意图，法院认为这种比较是有偏见的，因为被告在没有解释产品具体性质的情况下就说自己的产品更便宜。特别是，法院认为，被告没有在其广告中说明其产品是仿制药，只是与品牌所有者原创药相似：“因此，仿制药与创新药是不一样的……。所以，通过广告，被告传递的信息是产品相同但更便宜，这是误导、偏颇和夸大其词。”³¹⁹

在另一个案例中，一个商标甚至在注册之前就获得了保护，以防止不正当竞争。³²⁰该案中，原告在商标注册申请前之前，与被告签订了特许经营协议。被告辩称在签署特许经营合同时，原告还没有

³¹¹ 第一巡回区第一行政区巡回法院，Amparo Directo 289/2016，2016 年 7 月 7 日。

³¹² 与《联邦工业产权保护法》第 386 条第一项的规定完全相同。

³¹³ 相当于《联邦工业产权保护法》第 55 条和第 81、82 条。

³¹⁴ 第一巡回区第十行政巡回法院，Amparo Directo 218/2017，2018 年 3 月 22 日。

³¹⁵ 见同上，第 42 页。

³¹⁶ 第十一区第二附属巡回法院，Amparo Directo 152/2016，2016 年 8 月 11 日。

³¹⁷ 相当于《联邦工业产权保护法》第 386 条第一和第三项的内容。

³¹⁸ 见同上，第 26-27 页。广告语是一种特殊的商标，根据《联邦工业产权保护法》第 205 条的规定，它与商标受相同的法律规定和原则的约束；被废止的《工业产权法》第 200 条也为广告标语提供保护。

³¹⁹ 见同上，第 39 页。

³²⁰ 第一巡回区第六行政巡回法院，Amparo Directo 388/2016，2016 年 10 月 6 日。

注册商标，是后来才注册的；他是一个第三方，在注册前善意地使用了该商标。然而，巡回法院认为不存在善意，因为无论商标注册日期如何，被告都决定在特许经营协议终止后继续使用该商标，这使其无法主张善意。

在“*Amparo Directo 443/2015 案*”中，法院否认了商标侵权。³²¹但是，法院根据已废除的《工业产权法》第 213 条第 I 款的规定，认定被告对不正当竞争负有责任，因为被告在其发行的折扣券上使用了原告的商标。有趣的是，法院根据独立于第 213 条其他款项，完全基于第 I 款论证了这个不正当竞争诉讼。如前所述，这种做法可能很难与上文分析的墨西哥最高法院在“*Amparo en Revisión 2234/2009*”中确立的方法相协调。

在“*Amparo Directo 413/2013 案*”中，巡回法院坚持要证明竞争关系。³²²该案涉及一个被称为 Susana Zabaleta 的演员，她被下级法院判定为商标侵权和不正当竞争。她上传了一出戏剧，其标题与原告的商标“Kinki”相似，因为她的戏剧被称为“扭曲的 Kinki”。巡回法院推翻并发回重审，要求原审法院研究被告的论点，即她所做的是戏剧作品而不是音乐表演：“根据她提供的‘表演’的性质……，以及专家们对什么是戏剧作品的意见，可以看出它的呈现具有这样的特点……，因而不是音乐表演，但却被不适当地认为是……。”³²³不过，这种区分音乐作品和戏剧作品的方法似乎过于夸张，因为音乐作品和戏剧作品都是观赏艺术。如果以此作为确定竞争关系的主流解释，那么要证明当事人是竞争关系将是一个挑战。

4. 其他不正当竞争行为

该地区各国的立法和判例法在许多领域都普遍使用不正当竞争一词，甚至与第 10 条之二的含义无关的领域。作为例子，哥斯达黎加的一个案例涉及传统出租车司机与网约车司机之间的纠纷，其中就提到了不正当竞争一词。³²⁴但是，这与知识产权或消费者混淆无关。

在墨西哥，旨在禁止不正当竞争行为的其他保护类型涉及商业外观和商业秘密或未披露信息的保护。有几个案例确立了可基于不正当竞争条款提出商业外观保护。在“*Amparo Directo en revisión 5287/2014 案*”中，最高法院认为商业外观的保护可以从第 10 条之二推导出来。法院认为：“‘商业外观’是一组被转化为可见标志的元素；真正使产品具有显著性的元素因其独创性和与商业化的视觉关系，必须加以仔细分辨……。”³²⁵

几个下级法院已经在按照这个最高法院的判例判案。在“*Amparo Directo 642/2014 案*”中，巡回法院认定，即使是针对一个有商标注册的公司，仍可以提出商业外观保护主张，问题是是否有必要取消被告的注册商标，因为被告雄辩地指出，根据注册商标的保护规定，它不可能是实施商标侵权的行为。然而，法院作出了否定性裁决，因为这是一个不正当竞争的诉讼。然后，法院比较了当事人产品的相似性，还得出结论：“两种产品都是以 200 克的形式销售，所以很明显，这些巧合产生了非常相

³²¹ 第三区第八附属巡回法院，*Amparo Directo 154/2015*，2015 年 6 月 26 日，第 26 页。

³²² 第一巡回区第十五行政巡回法院，*Amparo Directo 413/2013*，2013 年 6 月 20 日。

³²³ 同上，第 33 页。

³²⁴ 哥斯达黎加最高法院，宪法法庭，*Dile Docket 21-018063-0007-CO*，2021 年 9 月 14 日。在本案中，上诉人是一个出租车“特许经营者”，他声称哥斯达黎加政府没有采取行动，制止司机非法使用 UBER、NOVA 等应用程序从事运输活动产生的不正当竞争，这给他带来了巨大的经济损失。由于他得了冠状病毒病和焦虑症，经济损失更加严重。最高法院驳回了上诉，认为本案不涉及认定此类平台的法律地位。

³²⁵ 墨西哥最高法院第二庭，*Amparo Directo en Revisión 5287/2014*，第 30 和 33 页。

似的视觉印象……。”³²⁶这些案例很有意思，因为被废除的立法并没有包含任何与商业外观有关的条款或定义。

《联邦工业产权保护法》第 386 条第 XIV 和 XV 款包含了对商业秘密的公平竞争保护。第 XIV 款规定了不当占有商业秘密以获得竞争优势或“实施”可能引起不正当竞争的行为的诉讼事由。第 XV 款规定的诉讼事由与提供、销售、进口或出口基于商业秘密的产品和服务有关。要在 XV 款的诉讼事由中获胜，原告必须证明侵权者知道或有“合理的理由”知道该信息在未经同意的情况下被使用，或“以违反工业、商业和服务的良好行为和习惯的方式暗中从事不正当竞争”。³²⁷如同其他法定条款一样，没有对诚信行为或不正当竞争进行定义或列举。因此，必须在每个案件中进行论证。然而，在这个问题上没有判例法的发展。

F. 安第斯共同体*

1. 立法框架

自由贸易和不正当竞争的一般概念由安第斯共同体的决定规定，而国家立法则提供更详细的规定。

安第斯共同体第 608 号决定旨在促进和保护该地区的自由竞争。³²⁸该决定的适用范围仅限于起源于一个或多个安第斯共同体国家并产生地区性影响的做法。国内的本地交易必须遵守国内立法。有一个问题是，一个当事人是否可以因同一行为被调查两次。在这方面，安第斯法院在第 484-IP-2018 号诉前司法解释中规定了安第斯跨国法律的适用范围，因为侵权者可能想利用其行为在安第斯地区产生影响的情况来避免被地方当局调查。安第斯法院的结论是，地方当局可以将其调查限制在不具有跨国界影响的做法上，但国家一级的调查不会对安第斯机关调查跨境交易的权限构成条件。最后，安第斯法院建议，如果企业主不想在地方当局之外还要面对安第斯机关的调查，他们应避免实施反竞争行为。

安第斯第 486 号决定³²⁹规定了关于工业产权的共同条款，并进一步允许知识产权局拒绝受理其认为是为了实施不正当竞争行为或属于不正当竞争行为一部分的申请。

安第斯法院解释说，不正当竞争发生在两个方面：“一方面，需要保护其他企业的利益，因为他们可能因不正当竞争者的做法而受到伤害；另一方面，需要有效地保护消费者或被要约人的利益，使其免受不公平做法（例如虚假广告）的影响。”³³⁰法院确立了识别不公平做法行为的三步检验法：

- 该行为必须是有效的竞争行为，侵权者和受害者必须是相同或类似商业活动的竞争者；
- 该行为或活动必须是不适当的；
- 该行为必须能够造成损害——存在损害竞争者的可能性就足够了。

法院认定，当一种做法的目的或效果可能有效地对竞争者造成损害时，就是不公平的。

³²⁶ 例如，见第一巡回区第七行政巡回法院，Amparo Directo 642/2014，2015 年 9 月 3 日。

³²⁷ 《联邦工业产权保护法》，第 386-XV 条。

* Rodrigo V. Bermeo Andrade 先生，知识产权律师，Bermeo & Bermeo 拉丁美洲部负责人，厄瓜多尔基多。

³²⁸ 安第斯共同体 2005 年 3 月 29 日第 608 号决定——关于保护和促进安第斯共同体自由贸易的条例。

³²⁹ 安第斯共同体 2000 年 9 月 14 日第 486 号决定——关于工业产权的共同条款。

³³⁰ 诉前司法解释 (Prejudicial Interpretation)，Process 217-IP-2015，2015 年 8 月 24 日。

随着 1996 年《反不正当竞争法》的通过，哥伦比亚成为该地区第一个颁布地方性法律来规范可能影响市场的做法的国家。³³¹秘鲁在 2008 年颁布了关于反不正当竞争法的第 1044 号立法令。³³²厄瓜多尔在 2011 年生效的《市场力量监管和控制组织法》中规定了最新的监管规则。³³³玻利维亚还没有制定总体性的国内法律框架，反不正当竞争来自《宪法》和一些特别法律中的广义概念。

2. 工商事务中的诚信行为

安第斯共同体的条例适用于发生在一个或多个国家的交易。安第斯第 608 号决定将反竞争行为分为自由贸易限制和滥用支配地位；安第斯第 486 号决定进一步涵盖了与知识产权有关的不公平行为。

安第斯第 608 号决定第 4 条禁止和制裁违反自由贸易的行为和滥用市场力量的行为，但这些行为必须是经济行为人所为。安第斯共同体总秘书处在调查过程中可责令行为人立即停止限制性行为，并在必要时采取纠正和/或惩罚性措施。

关于各国本地的交易，哥伦比亚和厄瓜多尔遵循类似的不公平行为分类，由当地法律对每一种非法行为进行界定，并进一步规范。

厄瓜多尔、哥伦比亚和秘鲁的国内立法认为，通过违反法律规则获得对竞争对手的重大竞争优势是不公平的。这些竞争优势可能来自但不限于滥用司法或行政程序、不遵守法律规则、违反环境、广告、税收、劳工、社会保障、消费者或其他立法。

在哥伦比亚，普遍禁止“在工商事务中违背健康的贸易原则、善意、诚信行为”的行为。³³⁴

在秘鲁，如果竞争行为违反了真实性、忠诚度、合法性、真实性和社会适当性的原则，则可能被定性为不公平的商业行为。关于广告活动，秘鲁《反不正当竞争法》第 17 条对违法广告进行了制裁，并对某些违反合法性原则的行为进行了分类。这些行为包括但不限于：a) 没有警告消费者使用/消费产品的风险，b) 没有告知商品/服务的总价格，即不提适用的税收和费用，c) 在促销活动广告中，没有说明促销持续时间和所提供产品的最低数量，等等。

玻利维亚《商法典》在第五章³³⁵规范违反法律和良好商业惯例的行为、侵犯知识产权的行为和诋毁竞争对手产品/服务的行为，这些行为被视为不正当竞争。《商法典》第 66 条规定，这些行为应按照《刑法典》进行惩罚。实际上，《刑法典》第二章规定了危害工商业的罪行，包括欺诈、欺骗行为和转移客户。

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

安第斯第 486 号决定第 259 条确定了几种不正当竞争行为：(a) 任何在商业来源、产品或竞争者的活动方面造成混淆的行为；(b) 诋毁商业来源、产品或竞争者活动的虚假主张；以及(c) 可能误导公众对产品的性质、制造方式、特点、质量或数量产生错误的指示或主张。

³³¹ 哥伦比亚，第 256 号法（《不正当竞争法》），1996 年。

³³² 秘鲁，《第 1044 号立法法令（Legislative Decree）》（Ley de Represión de la Competencia Desleal），2008 年 6 月 26 日。

³³³ 厄瓜多尔，《管制和控制市场权力法》，2011 年。

³³⁴ 1996 年第 256 号法（《反不正当竞争法》）第 7 条。

³³⁵ 1977 年 2 月 25 日第 14379 号法令（《玻利维亚商业法典》）第 66 条。

3.1 混淆和模仿行为

安第斯法院在诉前司法解释（217-IP-2015）³³⁶中，区分了属于知识产权保护的混淆行为和作为不公平行为处理的混淆行为。商标或产品之间的混淆并不能作为提起不正当竞争诉讼的依据，因为这些混淆行为由不同的、更具体的知识产权立法涵盖。为了确定不正当竞争行为，消费者需要被诱导并被剥夺根据其需求和愿望作出正确选择的机会，因为对竞争者的机构、产品或经济活动产生了混淆。

同样在诉前司法解释（43-IP-2018）³³⁷中，安第斯法院认为，侵权企业在没有任何努力的情况下吸引客户，例如仅仅为了节省设计成本而模仿竞争对手的包装，或者为了误导消费者而模仿他人包装，从而分流客户，就属于不公平行为。

哥伦比亚《反不正当竞争法》第 10 条特别采用了《巴黎公约》第 10 条之二第 (3) 款第 1 项，禁止“具有采用任何手段对竞争者的营业所、商品或工商业活动产生混淆性质的一切行为”。哥伦比亚在该法第 14 条中进一步禁止模仿第三方的产品/服务——如果该模仿在商业来源方面造成混淆或涉及对他人声誉的不公平优势。系统性地模仿商业活动，如果是为了防止或阻碍竞争者在市场上的竞争，也被认为是一种不公平的行为。哥伦比亚工商监管局（SIC）宣布，Alpina S.A. 公司对达能³³⁸实施了不公平的行为，因为该公司：(1) 在哥伦比亚注册了一些与达能在世界各地使用的商标相似的商标；(2) 在电视上使用达能原创的广告作品和概念为产品做广告；(3) 使用达能而非 Alpina 的商业措施来识别产品。哥伦比亚工商监管局的结论是，这种系统性模仿有效地阻止了达能在哥伦比亚的竞争。

厄瓜多尔《反垄断法》第 27(1) 条认为，所有旨在造成或可能造成与第三方的活动、特征、产品或机构相混淆的行为都是不公平行为。使用或模仿第三方的商标、标签、容器或任何识别标志被认为是不公平的。连续、系统的模仿或对商业举措的模仿也被视为不公平。³³⁹

秘鲁《反不正当竞争法》第 9 条规定，混淆行为是指那些通过错误地说明企业的来源或模仿产品的特征，对他人的来源产生实际或潜在影响的做法。

3.2 比较行为

厄瓜多尔《反托拉斯法》第 27(5) 条和哥伦比亚《反不正当竞争法》第 13 条都认为关于活动、商业服务、产品、机构的比较行为是不公平的——如果这种比较使用了不正确或虚假的陈述或忽略了准确的信息。

秘鲁《反不正当竞争法》第 12 条对比较行为和同等性主张进行了区分。比较行为包括介绍自己对竞争对手的优势。同等性声明是指通过引用第三方产品的属性来介绍自己产品的属性。秘鲁允许在真实、准确、相关和非歧视性的主张基础上发表有关比较或等同特征的声明。

在哥伦比亚，如果在不同机构的活动或优势的比较中使用虚假或不正确言论，或遗漏真实信息，则被视为不公平（《反不正当竞争法》第 13 条）。

另一方面，在厄瓜多尔，《反托拉斯法》第 27(5) 条不允许任何比较行为，没有对比较的真假进行任何区分。

³³⁶ TJCA, 2015 年 8 月 24 日, 诉前司法解释, process 217-IP-2016.

³³⁷ TJCA, 诉前司法解释, 2018 年 11 月 8 日, process 43-IP-2018.

³³⁸ 哥伦比亚工业和商业监管局 (SIC), 2015 年 8 月 24 日, 案号 1228-2016.

³³⁹ 厄瓜多尔法第 27.3 条认为, 侵犯和/或违反知识产权以及模仿性商业行为 (如造成商业来源的混淆并利用他人声望和声誉) 是一种模仿行为。

最后，关于第三方在安第斯共同体使用商标，安第斯第 486 号决定指出，比较性使用是在商标保护的范畴之外。因此，虽然从安第斯共同体法律的角度来看，第三方的商标可以在比较性广告中使用，但仍然必须遵守当地法律。因此，根据适用的国家规则，比较可能被视为不公平。

3.3 诋毁和贬损

哥伦比亚直接采用了《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款第 2 项关于诋毁的规定，而秘鲁和厄瓜多尔则将这种行为归为贬损行为。

遵循第 10 条之二第(3)款第 2 项，哥伦比亚禁止“在贸易过程中通过虚假言论，诋毁竞争对手的机构、货物或工业或商业活动”。

哥伦比亚《反不正当竞争法》第 12 条进一步发展了这种做法的概念轮廓，指出如果散布不正确或虚假的信息，或遗漏真实的信息，而其目的或效果可能使竞争者的活动、优势、机构或贸易关系丧失信誉，则被视为不公平，除非这些主张是真实、准确和相关的。

哥伦比亚工商业监管局（SIC）宣布，被告前经销商 Duna Enterprises S.L. 通过发布不准确和不相关的信息诋毁意大利产品 GA.MA 的行为是违法的。³⁴⁰被告发布了一份声明，称商标所有人一直在欺骗消费者，因为产品的原产地不是意大利，而是中国、乌拉圭或阿根廷。被告还声明，消费者可以要求将产品换成意大利原产的产品，或者要求退钱并赔偿所造成的损失。哥伦比亚工商业监管局分析说，虽然商标所有者后来受到了制裁，但在被告发表声明的时候，这只是虚假言论，工商局实施制裁的原因是产地信息不够充分。因此，被告声明(i)并不准确，(ii)与市场无关，因为它不允许消费者根据竞争的优劣形成自己的偏好并作出决定，(iii)目的是在客户中诋毁公司的信誉。

厄瓜多尔《反托拉斯法》第 27(4)条包含一个与哥伦比亚采用的定义相似的定义。如前所述，该定义将这类不公平行为称为贬损行为。然而，该定义更加严格，因为当虚假言论涉嫌歧视对方国籍、宗教信仰、亲密关系、私人或任何个人事务时，法院不接受相反的证据。当贬损言论设想嘲笑市场上的竞争者时，也适用同样的规则。

在秘鲁，诋毁或贬损行为的定义与此类似。然而，相关立法更详细规定了允许的行为。秘鲁《反不正当竞争法》第 11 条特别允许以下言论：真实、客观、可核实、与现实相关的言论；准确、清楚、相关的言论，能够提供与竞争者或其报价相关的准确事实，没有歧义；不使用讽刺、反语或挖苦；避免任何基于国籍、信仰、亲密关系或任何与经济效率无关的严格个人情况的歧视。

3.4 虚假言论

哥伦比亚、厄瓜多尔和秘鲁对虚假言论和欺骗行为有明确规定。

哥伦比亚再次直接采用了《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款的规定，该款禁止“在经营商业中使用会使公众对商品的性质、制造方法、特点、用途或数量易于产生误解的表示或说法”。如果使用不正确或虚假的言论，遗漏真实的事实，或实施任何其他可能导致公众误判的行为，将被推定为不公平行为（哥伦比亚《反不正当竞争法》第 11 条）。

厄瓜多尔和秘鲁对欺骗行为的定义是，作为一种目的或效果，可能诱使公众对产品、机构或交易的性质、制造方法、特征、用途、质量、数量、价格、销售条件、地理来源以及任何利益或特征产生

³⁴⁰ 哥伦比亚工业和商业监管局（SIC），2012 年 8 月 30 日，第 4851-2012 号决定。

误判的每一种行为。³⁴¹在厄瓜多尔和秘鲁，广告商有责任证明所有的主张是真实的，广告商应该在作出主张之前用证据来证明。³⁴²在秘鲁，虚假评价也被列入欺骗行为的概念。³⁴³这些行为属于秘鲁的违反真实性原则的行为。³⁴⁴

秘鲁国家竞争与知识产权保护局（INDECOPI）解释了真实性原则的应用：某企业广告宣称其产品含有最低数量的反式脂肪，该局需要决定“不含反式脂肪”一词是否属实。根据秘鲁《反不正当竞争法》第 8.3 条，广告商负有举证责任，证明在使用该术语之前必须有证据证明所说为真。证据显示，该产品中的反式脂肪含量低于美国食品和药物管理局以及食品法典的国际标准。然而，实验室的结果是在使用该广告词的日期之后，因此不符合第 8.3 条的要求。虽然没有事先掌握证据存在侵权行为，但竞争法庭取消了该处罚，并警告说事后的实验结果证实了该说法是真实的，对消费者或市场没有损害。³⁴⁵秘鲁国家竞争与知识产权保护局保护自由竞争委员会决定³⁴⁶，在适用关于促进儿童和青少年健康食品的第 30021 号法³⁴⁷及其条例时，根据合法性原则认定了不公平做法。³⁴⁸

秘鲁《反不正当竞争法》第 17 条将以下行为定性为违反合法性原则的不正当竞争行为：传播不符合广告强制性规则的广告（第 17.1 条）；违反任何规范广告活动的内容、传播或推广的规定（第 17.2 条）。

秘鲁国家竞争与知识产权保护局保护自由竞争委员会的技术秘书依职权对一个当事人进行了制裁，该当事人显然没有按照《促进健康食品法》的要求，在其明胶产品中加入警告³⁴⁹——该法要求就食品或非酒精饮料中钠、糖和饱和或反式脂肪超过限制的情况发出警告。

该产品的钠含量似乎超标，但保护自由竞争委员会分析了所有相关的法律标准。由于产品（明胶）需要与水混合才能食用，而从适用的立法和解释来看，需要对制备完成的产品进行分析，因此，不存在不法行为；由于不存在违法行为，处罚被撤销。

4. 其他不正当竞争行为

4.1 不公平搭便车

关于对盗用行为的禁止，安第斯法院在诉前司法解释（67-IP-2015）中定义了利用其他经营者声誉的不公平行为。³⁵⁰法院重申了先前的解释，并确认“商业定位是一项强有力的后勤工作。允许另一个竞争者利用他人市场上的定位，会导致他人的声誉受到系统侵蚀。利用其他经济经营者的声望必须受到制裁，因为它导致企业在市场上地位的恶化”。³⁵¹

³⁴¹ 《厄瓜多尔反托拉斯法》第 27.2 条，《秘鲁反不正当竞争法》第 8 条。

³⁴² 《秘鲁的不正当竞争法》第 8.3 条。

³⁴³ 《秘鲁反不正当竞争法》第 8 条。

³⁴⁴ 《秘鲁反不正当竞争法》第 16 条。

³⁴⁵ 秘鲁 INDECOPI，2018 年 4 月 24 日，第 091-2015/SDC-INDECOPI 号决定。

³⁴⁶ 第 108-2021/CCD-INDECOPI 号决定，2021 年 6 月 1 日

³⁴⁷ 秘鲁，《第 30021 号法》（Ley N° 30021 - Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes）（促进儿童和青少年健康食品法），2013 年。

³⁴⁸ 秘鲁，第 017 SA 号最高法令——《第 30021 号法实施条例》。

³⁴⁹ 《健康食品促进法》第 10 条——广告警告。“在为含有反式脂肪、高糖或饱和脂肪的食品和非酒精饮料做广告时，应以清晰、可读、醒目和可理解的方式放置以下标签：‘高含量（钠-糖-饱和脂肪），避免过多食用’、‘含有反式脂肪，避免食用’。本警告适用于超过规定的技术参数的食品和非酒精饮料。”

³⁵⁰ TJCA，2015 年 5 月 13 日，诉前司法解释，process 67-IP-2016。

³⁵¹ TJCA，2013 年 7 月 24 日，诉前司法解释，process 54-IP-2013。

哥伦比亚和秘鲁都认为从第三方的声誉中获益是一种不公平行为。哥伦比亚《反不正当竞争法》第 15 条规定，利用第三方的良好声誉或获得的优势为自己谋利是一种不公平行为，包括未经授权使用任何标记、虚假或欺骗性的原产地名称，甚至包括指出产品的真正原产地或使用诸如“模式”“系统”“类似”“类别”“模仿”“相似”等术语。

哥伦比亚工商业监管局规定确立了一项基本原则：“市场参与者应根据自己的努力而不是竞争对手之前作出的努力来建立客户群。”³⁵²

秘鲁《反不正当竞争法》第 10 条定义了不属于混淆行为的行为，包括其目的或效果是利用第三方的良好形象、信用、名声、声望或专业或行业声誉的行为。这些行为可能包括未经授权使用知识产权的行为。

在厄瓜多尔，这些行为属于与知识产权保护有关的一般规则³⁵³，或民法中禁止此类行为的一般不当得利规则。

4.2 保护商业秘密

在安第斯共同体，商业秘密受到安第斯第 486 号决定第 260 条的保护。只要所谓秘密确实是秘密，具有保密的商业价值，并且所有者采取了必要的保密措施，这些秘密就受到保护。

商业秘密的持有者可以将其转让或授权给第三方使用。被授权方必须对该信息保密。任何因工作、职位、专业或商业关系而获得秘密信息的人都有责任对其保密，并且只将其用于合理的目的，即使在工作或商业关系结束后也是如此。

为获得销售许可而向机构提交的商业秘密也应受到保护；使用该信息来获得以上许可不被认为不公平。

厄瓜多尔《反托拉斯法》第 27(7) 条与安第斯决定相当相似，并补充称商业秘密可以装在一个密封的信封里，存放在公证处，以作为证据使用。

厄瓜多尔、哥伦比亚和秘鲁的执法机制非常相似。厄瓜多尔《反托拉斯法》第 27(7) 条，哥伦比亚《反不正当竞争法》第 18 条和秘鲁《反不正当竞争法》第 13 条将侵犯商业秘密定义为未经同意披露或使用第三方的商业秘密，无论获取保密信息是非法的还是合法获取但需要保守秘密的。这些司法辖区还对通过间谍活动或引诱违反保密规定等手段获取商业秘密的行为进行处罚。

4.3 现代技术的新规则

在哥伦比亚，只要符合客观、主观和地域要件，网络广告就属于反不正当竞争法管辖的范畴。无论使用何种媒体进行发布，各种行为都可能被视为不公平。这也适用于人工智能和新技术的使用。可以说，立法还没有准备好规范新的、快速变化的行为。然而，如果使用人工智能或其他新技术的行为属于获得反不正当竞争的客体要求，并且其影响导致或意图影响买方或消费者的决定，或影响市场，则可能受到惩罚。

4.4 针对竞争者的做法

在秘鲁，《反不正当竞争法》第 15 条明确禁止商业破坏行为，将其定义为通过干扰竞争对手与客户、供应商、工人的合同关系而可能无理损害其生产或商业活动的行为。

³⁵² 哥伦比亚工业和商业监管局 (SIC)，2005 年 12 月，案号 009-2006。

³⁵³ 《厄瓜多尔反不正当竞争法》第 27.3.a 条。

在厄瓜多尔，《反托拉斯法》第 11(15)条禁止以限制其他公司的市场准入或竞争为目的的抵制行为。

在秘鲁和厄瓜多尔，只要一项行为不妨碍或阻碍现有或潜在竞争者进入有效运行的市场，都是法律允许的行为。秘鲁将允许的行为扩展到可以为工人和供应商提供更好的条件的行为。

哥伦比亚和厄瓜多尔也认为引诱违约是一种非法行为。哥伦比亚《反不正当竞争法》第 17 条认为，诱使工人、供应商、客户或任何一方违反与竞争对手的合同是一种不公平行为。哥伦比亚工商监管局（SIC）在上述案件中³⁵⁴，也对 GA.MA 的前经销商进行了处罚，因为该局认定：(i) 双方过去存在合同关系，(ii) 向零售商发出的声明是旨在违反合同的积极行动，(iii) 一些零售商事实上违反了合同，因为他们将 GA.MA 的产品下架。

厄瓜多尔《反托拉斯法》第 27(8)条非常类似。然而，该款补充了构成不正当竞争的几个条件：违反合同的基本条款，目的是为了泄露商业秘密，或存在欺诈行为或旨在将一方排除在竞争之外的行为。两个司法辖区都允许引诱按正常期限终止合同。

4.5 对自由竞争的限制

根据安第斯第 608 号决定第 7 条，如果一项协议的目的或效果导致：(a) 直接或间接定价，(b) 限制商品/服务的供应或需求，(c) 分割商品或服务市场，(d) 阻止竞争者进入，或 (e) 干扰公开招标或投标的结果，则在法律上推定为限制自由竞争。

哥伦比亚、厄瓜多尔和秘鲁都有一个一般性条款，规定即使没有明确定义的行为，仍然可能被认定为不正当竞争行为。

《厄瓜多尔反垄断法》第 11 条对限制自由贸易的反竞争行为进行了定义。第 11 条中列出的一些非法行为涉及协议，如将客户/供应商分配到不同地理区域的协议，或附带有利于第三方的条件的协议；劝阻竞争对手进入市场或协会的协议；固定产品质量或特性的协议。其他不公平行为包括限制，如干扰商品的制造、分销或贸易过程；限制供应来源；限制技术发展；增加退出壁垒；或暂停垄断服务。

哥伦比亚《反不正当竞争法》第 19 条禁止供应协议中通过排他性条款，达到限制竞争对手进入市场或垄断产品或服务分销的目的或效果。

³⁵⁴ 哥伦比亚工业和商业监管局（SIC），2012 年 8 月 30 日，第 4851-2012 号决定。

G. 南方共同市场 (MERCOSUR) *

1. 立法框架

南方共同市场没有一个超国家的权力机构。南方共同市场不同国家的立法框架并不统一。每个南方共同市场国家都有自己的不正当竞争框架。阿根廷³⁵⁵、巴西³⁵⁶、巴拉圭³⁵⁷、乌拉圭³⁵⁸都通过自己的方法来确保遵守第 10 条之二第(1)款。

例如，巴西既有具体条款，如“将未获得的奖励或表彰作为广告手段”³⁵⁹，也有一般条款，如“因侵犯工业产权和本法未规定的不正当竞争行为造成损失者，如果这些行为倾向于损害他人的声誉或阻碍他人的业务，并在商业设施、工业设施或服务提供商之间，或在商业化的产品和服务之间造成混淆，则……”³⁶⁰。阿根廷有具体的条款，如“引诱违约：引诱雇员、供应商、客户或其他相关方违反与竞争对手签订的合同义务”³⁶¹；巴拉圭则既有一般条款，如“直接或间接使用任何违反职业道德原则的手段，可能对竞争对手造成伤害”³⁶²，也有具体条款，如“传播有关竞争对手的产品或活动的新闻或评价，使其丧失信誉，或盗用该竞争对手的产品的优点”。³⁶³

除了主要的反不正当竞争立法外，巴西还规定了与不正当竞争行为有关的具体监管办法，这些办法在《消费者法》³⁶⁴《竞争法》³⁶⁵和《宣传法》³⁶⁶中进行了规定。阿根廷³⁶⁷、巴拉圭³⁶⁸、乌拉圭³⁶⁹也规定了针对不正当竞争行为的具体管理办法。

尽管南方共同市场不同国家的不正当竞争框架的主要目的集中在保护竞争者免受市场上的不公平行为影响，但消费者保护也是法律框架的一部分，并在法院裁决中发挥了作用。³⁷⁰

2. 工商事务中的诚信行为

《巴黎公约》³⁷¹第 10 条之二第(2)款的开放性概念被纳入巴拉圭第 1294/98 号法第 80 条，该条规定“在工商事务中违反良好做法和体面使用的任何行为”都构成不正当竞争行为。除了这个一般条款

* Milton Lucidio Leão Barcellos 先生，Leão 知识产权公司合伙人，Antonio Meneghetti 法学院教授，巴西阿雷格里港。

³⁵⁵ 第 274/2019 号法令，弱化了《公平贸易法》（第 22.802 号法）。

³⁵⁶ 《工业产权法》（第 9279/96 号法）。

³⁵⁷ 《商标法》（第 1294/98 号法）。

³⁵⁸ 第 14910 号法令—法（decree-law）（批准了《巴黎公约》第 10 条之二）。

³⁵⁹ 《工业产权法》（第 9279/96 号法）第 195(VII)条。

³⁶⁰ 《工业产权法》（第 9279/96 号法）第 209 条。

³⁶¹ 274/2019 号法令第 10(k)条。

³⁶² 《商法》（第 1034/83 号法）第 108(d)条。

³⁶³ 《商法》（第 1034/83 号法）第 108(c)条。

³⁶⁴ 《消费者法》（第 8078/90 号法）。

³⁶⁵ 《竞争法》（第 12529/2011 号法）。

³⁶⁶ 巴西国家广告自律委员会——《巴西广告自律条例》。

³⁶⁷ 《消费者法》（第 24.240/93 号法）；《竞争法》（第 27.442/2018 号法）；阿根廷广告自律委员会《阿根廷广告自律条例》。

³⁶⁸ 《商业法》（第 1034/83 号法）。

³⁶⁹ 《竞争法》（第 18159/07 号法）和《商标法》（第 17011/98 号法）。

³⁷⁰ 巴西最高法院—STJ，2021 年 3 月 23 日，案号 REsp 1679192/SP, Editora Musical Amigos Ltda v. Imobiliária e Construtora Roberto Carlos. 另见 STJ，2013 年 12 月 5 日案 REsp 1190341/RJ, Harrods Buenos Aires Ltd. v. Harrods Limited.

³⁷¹ “……违反工商事务中的诚信行为的竞争……。”

外，该法第 81 条还提供了一个竞争中典型不公平行为清单，包括但不限于造成混淆或关联的行为、虚假地理标志、虚假或误导性广告。

在巴西，《巴西工业产权法》（9279/96）第 195 条列举了 14 种不公平行为的具体情形，对正当竞争提供保护。³⁷²此外，该法第 209 条还为禁止“本法未规定的其他不正当竞争行为”提供了空间。由于《巴黎公约》本身被认为是巴西法律体系中可直接适用的规定，因此在巴西的立法中没有加入额外的一般性条款。³⁷³同时，零散的立法，如巴西《消费者法》、巴西《竞争法》和巴西《自律法》中都有相关条款，抑制市场中的不诚信行为。这些法律规定是对促进自由竞争、工业产权、消费者权利和诚实竞争这一统一和主要目标的补充。³⁷⁴

在阿根廷，最近的立法模式是将与不正当竞争和竞争法有关的条款集中在同一法令中，以确保商业关系的公平性和透明度，并保证明确传递关于产品和服务的基本信息。³⁷⁵除了阿根廷第 274/2019 号法令第 8 条和第 9 条的一般性条款外，第 10 条禁止欺骗行为、模仿行为和混淆行为等不诚信行为。第 9 条概括性的开放条款禁止任何“通过不正当手段，客观上能够影响某人的竞争地位或竞争过程正常运作的行为或不作为”。

为了确定是否符合诚信行为，南方共同市场的成员遵循一种规范性模式。³⁷⁶《巴西工业产权法》（9279/96）³⁷⁷、阿根廷第 274/2019 号法令³⁷⁸、《巴拉圭商业法》（1034/83）³⁷⁹、判例法³⁸⁰和学说³⁸¹通过使用非穷尽列举条款，确认“不诚实”行为概念的开放性。此外，该部门的习惯做法和经济模式的影响也得到了认可。正如 Barbosa 所说：“……不是法律规定了竞争的界限，而是竞争者在时间、地点和具体市场上的做法将决定什么是合法的或非合法的。当每个竞争者进入一个特定的市场时，会发现某些竞争标准的激烈程度，这将确定其风险。虽然这种标准可能会随着时间或地点的变化而变化，但存在着预期的竞争标准和不可接受的标准。在这样的标准中，人们可以制定一个对未来收入的合理预

³⁷² 十四种不正当竞争行为可归纳为：一、虚假陈述；二、关于竞争对手的虚假信息；三、使用欺诈手段转移客户；四、使用的口号或表达方式造成混淆；五、不适当地使用竞争对手的商品或商业名称；六、未经同意用自己的名称或公司名称代替竞争对手名称或公司名称；七、不适当地宣传自己获得了奖项/荣誉；八、使用第三方包装或容器销售掺假或伪造的产品；九、向竞争者提供金钱或其他利益（贿赂）以获得非法利益；十、接受竞争者的金钱或其他利益（贿赂）以提供非法利益；十一、未经授权披露或使用商业秘密；十二、未经授权披露或使用非法获得或通过欺诈获得的商业秘密；十三、谎称产品受专利/设计保护；十四、未经授权使用测试结果或其他未披露的数据。

³⁷³ 根据巴西法律，《巴黎公约》被接受为巴西法律体系的一部分（第 635/1992 号法令），曾被直接用作几个法院判决的法律依据。见巴西最高法院-STJ，2019 年 10 月 15 日，案号 AgInt in REsp 1527232/SP, SS Industrial S/A. v. Natura Cosméticos S/A.

³⁷⁴ 巴西最高法院-STJ，2014 年 2 月 28 日，案号 REsp 1190341/RJ, 21。

³⁷⁵ 在阿根廷颁布第 274/2019 号法令之前，该理论认为需要对不正当竞争行为采取更好、更深入的监管方法。见 Guillermo Cabanellas, “El derecho argentino de la competencia desleal”, 载于: Derechos Intelectuales, n. 10, ASIPI, Buenos Aires, Astrea 2003, 113-133. .

³⁷⁶ 《巴西工业产权法》第 195 条。阿根廷第 274/2019 号法令-法 (Decree-Law) 第 10 条。《商标法》（第 1294/98 号法）第 81 条。乌拉圭第 14910 号法令（批准了巴黎公约第 10 条之二）。

³⁷⁷ 见第 209 条：“受害方保留获得损失和损害赔偿的权利，以补偿因遭受侵犯工业产权和本法未规定的不正当竞争行为而造成的损失，条件是这些行为可能损害他人的声誉或业务，或造成商业或工业机构或服务提供者之间，或投放市场的产品和服务之间的混淆。”

³⁷⁸ 见第 10 条的规定。“……前面的列举对于执法机关实施制裁来说是穷尽列举，对于促进受网红采取法律行动来说是说明性列举，在这种情况下，法官也可以对本条中没有明确规定的情况适用本法令第 9 条规定的一般条款。”

³⁷⁹ 见第 108 条。“尽管有关于商标、专利和其他类似权利的特别规则作出规定，除其他外，下列行为也属于不正当竞争的行为：（……）(d) 直接或间接使用任何可以对竞争者造成伤害的违反职业道德原则的手段。”

³⁸⁰ 见圣保罗州上诉法院-TJSP，2020 年 3 月 12 日，案号 APC 1009266-14.2016.8.26.0008, Seguroo Administradora e Corretora de Seguros Eirelli v. Alper Consultoria e Corretora de Seguros S/A.

³⁸¹ Wilson Pinheiro Jabur, “Pressupostos do ato de concorrência desleal”, 载于: Manoel J. Pereira dos Santos 和 Wilson Pinheiro Jabur, Criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal, Sao Paulo, Saraiva 2007, 335-386.

期”。³⁸²传统上，对某一特定领域常见做法的这种认识，为诚信行为的概念和定义提供了依据，并影响到其消极方面——对不正当竞争行为的识别——正如 Pontes de Miranda 所言。³⁸³

有两个南方共同市场³⁸⁴国家在刑事事项上使用封闭、穷尽的禁止行为列举，在与反不正当竞争有关的民事事项中，则纳入相同的不公平行为作为说明性例举。³⁸⁵由于乌拉圭采取了将《巴黎公约》条款直接纳入国家法律的立法模式，而不是通过更具体的国家立法，因此它在国内保持了第 10 条之二的开放性。³⁸⁶

总之，必须看到，南方共同市场国家在对工商事务中的诚信进行评估时，集中于解释与《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款可比的开放条款和若干更具体条款，这些具体条款包含对个别形式的不公平行为的描述。因此，南方共同市场国家的立法反映了不公平行为的开放性，并试图在成员国的国家法律体系中实施足够灵活的监管解决方案。³⁸⁷不正当竞争领域的灵活规范在法院判决中得到了进一步发展。³⁸⁸

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款所列的三项内容在南方共同市场国家的国家立法中得到执行，或者直接执行³⁸⁹，或者在每个成员国³⁹⁰通过具体的附加立法体现第 10 条之二第(3)款的内容。

³⁸² Denis Borges Barbosa, *Uma introdução à propriedade intelectual*, 2nd ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro 2003, 258 (作者的译文)。

³⁸³ Pontes de Miranda 在 1956 年指出，“通过刑事和私法手段压制不正当竞争的技术发展，类似于一个领域——搏击及其变种。首先是允许搏击发生，渐渐地，会禁止一些招式和打击方法，以便搏击不至于达到极端” (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Book XVII, second edition, Rio de Janeiro, Borsoi 1956, 272)。

³⁸⁴ 阿根廷和巴西。

³⁸⁵ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. “Fundamentos jurídicos y económicos del régimen de competencia desleal”, 载于: Demetrio A. Chamatropulos; Miguel del Pino (Eds.), *Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019*, Buenos Aires: La Ley, 2019, (4-6)。

³⁸⁶ Jorge Achard 和 Pablo Monsuárez. “La competencia desleal en el Uruguay. Ámbito de aplicación, alcance, configuración y nuevas tendencias en materia de daños y perjuicios”, 载于: Demetrio A. Chamatropulos; Miguel del Pino (Eds.), *Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019*, Buenos Aires: La Ley, 2019, (629)。

³⁸⁷ 《巴西工业产权法》(第 9279/96 号法)第 195(III)条;《巴拉圭商标法》(第 1294/98 号法)第 81(a)条;《巴拉圭商业法》(第 1034/83 号法)第 108(b)(d)条;《阿根廷商业忠诚法令》(274/2019 号法令)第 8 条和第 9 条。

³⁸⁸ 见巴西最高法院-STJ, 2015 年 5 月 27 日, 案号 REsp 1237752/PR, *Auto Shopping Curitiba Administradora de Bens Ltda v. CM Comércio de Veículos Ltda*, 指出:“(……)不公平竞争法律论坛声称,由经济主体发起并在特定产品或服务的商业领域中诊断出的行为设计违背了在客户竞争中需要遵守的行为-责任,挑战了其在市场中的适用性,有效地或潜在地对竞争对手造成损害。鉴于不公平竞争/寄生竞争的特征,其依据是《民法》第 884 条规定的正当得利概念,必须以证据要素为基础,根据每个具体案件进行评估”,32-33。另见乌拉圭国家上诉委员会,2019 年 6 月 10 日,案号 99/219(2-23472/2016),*Doralet S.A.、Satonil S.A. 和 Motenix S.A.(NETCOM)诉 Mauricio Quintana、Juan Correa、Marcelo Ramírez、Miguel Otegui y Colkey S.A.*,关于不正当竞争,该案指出:“它的构成需要包括:a)竞争者之间的竞争情况;b)违反商业忠诚规则的行为(诋毁,造成对手公司内部分裂);c)这种行为有可能对竞争者造成伤害。”另见巴拉圭最高法院,2020 年 10 月 30 日,案号 99/2020,*Multilaser Industrial S.A. v. Mohamad Moustapha Jebai*,该案指出法院在审理与不正当竞争有关的案件时,要求原告“毫无疑问地证明被告的行为有损于商业上的良好做法,因为其行为有可能对原告产品而言造成混淆或最低关联风险,即使不是间接的。(……)因此,按照《商标法》(第 294/98 号法)第 81(a)条和《巴黎公约》第 10 条之二显然构成不正当竞争行为。”

³⁸⁹ 乌拉圭直接适用《巴黎公约》,没有其他具体立法。

³⁹⁰ 阿根廷、巴西和巴拉圭在国内法(《工业产权法》《消费者法》《商标法》《商法》《竞争法》)中作了具体规定,以符合《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款。

3.1 引起混淆

造成混淆的概念在南方共同市场并不完全统一。然而，一般条款³⁹¹、法律学说³⁹²中的阐述以及判例法对混淆的概念作了一些说明。例如，阿根廷民事事联邦法院“评估相互冲突的包装时看整体，先后进行而不是同时，并评估专家和图形设计师的意见，然后认定两者的相似性并没有导致混淆的合理机会”。³⁹³

鉴于反不正当竞争法与商标法在防止混淆方面接近，在相关的判例法中已经形成了与制止混淆行为有关的类似分析。³⁹⁴在“Peixe Urbano/Hotel Urbano 案”中，巴西最高法院（STJ）确认，不应抽象考虑基于混淆行为的不正当竞争行为，而应该根据旨在引起混淆的具体行为来考虑。正如 Ricardo Villas Bôas Cueva 部长所裁定的：“被告以非正统的手段，利用了原告（PEIXE URBANO）在网络市场上取得的声望，或者至少是利用了她的名字——这一结论也得到了 HOTEL URBANO 网站设计者本人在采访中言论的支持。”州法院的裁决得到了最高法院³⁹⁵的确认。

在南方共同市场，如果比较性广告符合南方共同市场关于广告的决议中规定的具体规则（涉及明确性、真实性、误导性宣传和比较性广告），则允许比较性广告。³⁹⁶特别是，这些广告规则力求确保：“a) 比较不具有误导性；b) 比较的主要目的是澄清消费信息；c) 作为一项基本原则，比较坚持客观性，避免主观、心理或情感因素；d) 比较基于可核实的证据；e) 比较不通过诋毁其他公司的产品、服务或品牌的形象，从事不正当竞争；f) 比较不引起与其他公司的产品、服务或品牌有关的混淆”。³⁹⁷

一般来说，当竞争者具有“在产品来源方面造成混淆的目标和潜力且有可能转移客户”³⁹⁸时，便可证明与不正当竞争有关的混淆可能性。³⁹⁹

³⁹¹ 《巴西工业产权法》（第 9279/96 号法）第 195（III-IV）条，《阿根廷商业忠诚法令》（第 274/2019 号法令）第 10(b) 条，《巴拉圭商业法》（第 1034/83 号法）第 108(b) 条。

³⁹² Alberto Luis Camelier da Silva, *Concorrência desleal: atos de confusão*, 圣保罗, Saraiva 2013, 54/135. 另见 José Henrique Pierangeli, *Crimes contra a Propriedade Industrial & Crimes de Concorrência Desleal*, 圣保罗, Revista dos Tribunais 2003, 269/297. 另见 Hermano Duval, *Concorrência Desleal*, 圣保罗, Saraiva, 1976, 224.

³⁹³ 见阿根廷民事和商业联邦法院，2018 年 3 月 26 日，案号 11.864/2005, *General Sweet S.A. v. Victoria Cream S.A.*

³⁹⁴ Demetrio A. Chamatropulos, *La publicidad engañosa em el nuevo Régimen de Lealtad Comercial*, 载于: Demetrio A. Chamatropulos; Miguel del Pino (Eds.), *Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019*, Buenos Aires: La Ley, 2019, 307.

³⁹⁵ 巴西最高法院—STJ, 2016 年 10 月 10 日，案号 REsp 1606781/RJ, *Hotel Urbano Serviços Digitais S.A. v. Peixe Urbano Web Serviços Digitais Ltda.*

³⁹⁶ mercosur/gmc/res.126/96, 附件中的第三项。

³⁹⁷ 另见巴西最高法院—STJ, 2017 年 5 月 26 日，案号 REsp 1668550/RJ, *The Gillette Company/Procter & Gamble do Brasil S/A v. Spectrum Brands Brasil Indústria e Comércio de Bens de Consumo Ltda.*, 重申《南方共同市场比较广告条例》在 *Duracell/Rayovac* 案中的适用，并充分考虑了《巴西消费者法》、《巴西广告自律条例》、《巴西工业产权法》和《巴西竞争法》。

³⁹⁸ 见巴西最高法院—STJ, 1997 年 8 月 18 日，案号 REsp 70015/SP, *Soppil Sociedade Paulista de Produtos Industriais Ltda. v. Apolo Objetos de Arte Ltda.*

³⁹⁹ 见圣保罗州上诉法院—TJSP, 2021 年 8 月 25 日，案号 APC 1002701-05.2019.8.26.0404, *Farmácia Orlandia Ltda EPP v. Roberta Garrido Manfio Morelli & Cia Ltda Me.* 第 7 页。

根据巴西最高法院，为了评估混淆的可能性，应该考虑所谓的“普通消费者”或“普通人（homo medius）的观点”，即合理谨慎、知情和有见识的人的观点，这不排除根据所提供的产品或服务的消费者的专业化程度进行有区别的评估。⁴⁰⁰

3.2 诋毁和贬损

一般来说，阿根廷、巴西和巴拉圭的国家反不正当竞争法和相关规定确实有具体的条款来处理竞争环境中的诋毁和贬损⁴⁰¹，符合《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款第 2 项。

南方共同市场成员国的国家法律将有关竞争对手的虚假信息或言论作为不正当竞争行为进行管理⁴⁰²，在此基础上，处理贸易过程中的虚假主张的判例法也得到了发展。“Oeste Gráfica 诉 Editora Imprensa 案”就是一个例子。在该案中，被告选择性、不精确和虚假地利用一家出版公司的商业增长信息，通过与其他出版公司的数据比较，显示自身虚假的优势。在该案中，法院通过事实分析，确定竞争对手的具体研究和商业比较是否“没有说明所使用的方法，没有提到原告是市场上的绝对领导者，也没有提及与以往调查的比较数据，因为该调查只证明被告相较于主要竞争对手的所谓增长”。⁴⁰³即使其目的是展示产品/服务的比较优势，赞美自己的产品/服务，竞争者也应避免使用诋毁和贬损。⁴⁰⁴在诋毁或贬损的案件中，需要在充分的商业表达自由和防止不正当竞争之间找到一个平衡点，这在评估使用讽刺的宣传活动中也起到了重要作用。在“Rio Carioca 诉 Cervejaria Petrópolis 案”中，被告涉及了一个讽刺性的宣传活动，称“如果你不好好表现，圣诞老人会把 Itaipava 送给你”，其中“Itaipava”是竞争对手的一个品牌。最终法院判原告胜诉，授予了禁令和赔偿。⁴⁰⁵

另外，巴西国家广告自律委员会（CONAR）也处理了与诋毁和贬损虚有关的其他案件。⁴⁰⁶该委员会负责处理违反《巴西广告自律规范》和《巴西工业产权法》的问题。

例如，在“麦当劳诉汉堡王”一案中⁴⁰⁷，汉堡王在宣传中使用与周知的麦当劳小丑相似的邪恶小丑被认为是一种贬损性宣传，违反了巴西国家广告自律委员会有关贬损性比较广告的规则⁴⁰⁸和知识产权⁴⁰⁹。

⁴⁰⁰ 巴西最高法院—STJ，2019 年 11 月 7 日，案号 REsp 1336164/SP, Bombril Mercosul S/A v. Tecbril Indústria Química Ltda.

⁴⁰¹ 《巴西工业产权法》（第 9279/96 号法）第 195 条（I、II 和 III），《阿根廷商业忠诚法令》（第 274/2019 号法令）第 10 条（“i”和“m”），《巴拉圭商业法》（第 1034/83 号法）第 108 条（“c”和“d”）。

⁴⁰² 《巴西工业产权法》（第 9279/96 号法）第 195 条（I 和 II），《阿根廷商业忠诚法令》（274/2019 号法令）第 10 条（“i”），《巴拉圭商业法》（第 1034/83 号法）第 108 条（“c”）。

⁴⁰³ 见圣保罗州上诉法院—TJSP，2014 年 10 月 1 日，案号 APC 0011391-83.2008.8.26.0482, Oeste Gráfica e Editora Ltda v. Editora Imprensa Ltda. 第 5 页。

⁴⁰⁴ Marcus Elidius Michelli de Almeida, Abuso do direito e concorrência desleal, São Paulo, Quartir Latin, 2004, 130.

⁴⁰⁵ 见：圣保罗州上诉法院—TJSP，2018 年 1 月 18 日，案号 APC 1002219-58.2016.8.26.0082, Rio Carioca Alimentos Distribuição Ltda Me v. Cervejaria Petrópolis S/A.

⁴⁰⁶ 见巴西国家广告自律委员会，2018 年 5 月，案号 085/18 和 086/18（TIM/NEXTEL）；巴西国家广告自律委员会，2018 年 7 月，案号 276/17（麦当劳和 DPZ&T/汉堡王）；巴西国家广告自律委员会，2021 年 5 月，案号 056/21（KFC/Popeyes Brasil）；巴西国家广告自律委员会，2016 年 2 月，案号 240/15（Reckitt Benckiser Brasil/Lima&Perguer）。

⁴⁰⁷ 见巴西国家广告自律委员会，2018 年 7 月，案号 276/17（麦当劳和 DPZ&T/汉堡王）。

⁴⁰⁸ 见巴西国家广告自律委员会——《巴西广告自律规范》第 32 条(f)：“考虑到现代国际趋势并遵守《工业产权法》的适用规则，应接受比较性广告，但必须遵守以下原则和限制：(f) 不得有不正当竞争、贬低其他公司产品形象或其他公司的行为。”

⁴⁰⁹ 见巴西国家广告自律委员会——《巴西广告自律规范》第 43 条：“任何广告都不得侵犯第三方广告的标志、外观、概念和权利，即使是那些在国外使用的与另一广告商有适当关系或联系的标志、外观、概念和权利。”

3.3 误导性标示或言论

在南方共同市场国家，判例法也认为误导性的标示或言论是不正当竞争的行为。最近的判决⁴¹⁰确认了不正当竞争规则的适用，以确保禁止《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款第 3 项所列的误导行为。在“Minalba Alimentos e Bebidas Ltda 诉 Danone Ltda 案”中，讨论重点是有证据证明的两个误导性口号：“Minalba Less Sodium - Prove (Minalba 少盐——确证)”和“Less Sodium (少盐)”，以及竞争对手（原告）在本案中就消费者保护提起诉讼的合法性，因为本案讨论的是被告的误导宣传——它的水含钠少。法院按照证据（其他两种矿泉水的钠含量低于被告），授予了禁令并确认原告主张的合法性，因为案件涉及反不正当竞争法⁴¹¹和误导性广告⁴¹²。同样，在“Laboratorios Bago S.A 诉 Bristol Myers Squibb Argentina S.R.L.S 案”中，考虑到不同产品之间不合理的价格比较（每个产品的药片数量不同），法院认为该行为是不正当竞争行为，指出“只要关于竞争对手的信息是严格真实的，并且是在忠诚和不打击对手的情况下提出的，比较性广告就是合法的”。⁴¹³

阿根廷、巴西和巴拉圭的具体立法中涉及了一些与贸易过程中可能误导公众的标示或言论有关的具体行为。例如，阿根廷第 274/2019 号法令第 10(a) 条将“欺骗行为”定义为在“产品或服务的存在或性质、制造或分销方式、主要特征、纯度、混合物、使用的适宜性、质量、数量、价格、销售或购买条件、可用性、使用后可预期的结果以及一般来说，在商品和服务的属性、利益或条件等方面误导公众的行为”。在巴西，《工业产权法》（第 9279/96 号法）第 195(I)、(VII)和(XIII)条列出了误导行为的几种具体情形，包括：

- “以任何方式发布虚假声明，损害竞争对手的利益，以获得某种好处”（I）；
- “为了广告的目的，把自己没有得到的奖励或荣誉归于自己”（VII）；
- “销售、展示或要约销售产品，谎称该产品是已申请或授予的专利的对象，或已注册的工业设计的对象，或在广告或商业文件中谎称该产品已申请或获得专利，或已注册”（XIII）。

此外，还有可能包括第 195（III）条规定的开放条款，该款可涵盖不同类型的不公平行为，因为它笼统地指出，当一个竞争者“采用欺诈手段将另一个人的客户转移到自己或另一方的利益上”时，就构成了不正当竞争行为。

巴拉圭《商标法》（第 1294/98 号法）第 81(b)和(f)条列出了不正当竞争的行为：

- “通过使用可能在性质、质量或效用方面误导公众的文字、符号或其他手段，对产品或服务进行虚假描述”（b）；
- “针对自己或他人商品或服务的来源、制造、使用或消费的可能性或其他特征，使用或传播可能造成错误或混淆的标示或言论”（f）。

⁴¹⁰ 见圣保罗州上诉法院-TJSP，2015 年 2 月 3 日，案号 APC 1074419-14.2013.8.26.0100, Minalba Alimentos e Bebidas Ltda v. Danone Ltda., 11/12。另见巴西国家广告自律委员会，2021 年 2 月，案号 265/20 (Claro/Vivo)；巴西国家广告自律委员会，2021 年 2 月，案号 258/20 (Unilever Brasil/Salon Line Devintex)；巴西国家广告自律委员会，2021 年 3 月，案号 032/21 (Claro/TIM)；巴西国家广告自律委员会，2021 年 5 月，案号 261/20 (Costumer and CONAR/Companhia Hering)。

⁴¹¹ 见《工业产权法》9279/96，第 195(I)条：不正当竞争罪包括：I. 以任何方式发表虚假声明，损害竞争者的利益，以获取某种利益。

⁴¹² 见巴西国家广告自律委员会——《巴西广告自律规范》第 32 条(f)：“考虑到现代国际趋势并遵守《工业产权法》的适用规则，应接受比较性广告，但必须符合以下原则和限制：(f) 不得有不正当竞争、诋毁产品形象或其他公司产品的行为。”

⁴¹³ 见阿根廷民事和商业联邦法院，2011 年 9 月 8 日，案号 520111117, Laboratorios Bago S.A v. Bristol Myers Squibb Argentina S.R.L.S。

然而，必须补充的是，涉及潜在误导性言论的案件时，需要法院细心区分什么是构成误导性不诚信行为的虚假广告⁴¹⁴，什么是在广告中可以使用的夸张。例如，在“*Heinz (亨氏) Brasil S/A 诉 Unilever (联合利华) Brasil Ltda 案*”中，被告亨氏公司成功地辩称，在广告宣传中使用的“用来做什么都行”和“世界上消费最多的番茄酱”的表述是夸张。然而，圣保罗州上诉法院认为这些夸张的使用是可以接受的。法院认为，这些夸张不会欺骗特定市场的消费者。原告联合利华在其以 Hellmann’s 品牌销售的产品上也采用了同样的策略。⁴¹⁵

4. 其他不正当竞争行为

南方共同市场国家已经认识到有必要在其具体的国家立法中防止更多的不正当竞争行为。⁴¹⁶例如，南方共同市场的不正当竞争制度也禁止盲目模仿。⁴¹⁷

为了总结不同的不正当竞争行为及其多种形式的特征，有必要讨论旨在禁止其他不正当竞争行为的保护（4.1）、商业秘密保护（4.2）、商业外观保护（4.3）和当前使用新技术的不诚信行为，这些行为在南方共同市场国家也被视为不正当竞争行为（4.4）。

4.1 其他不正当竞争的行为

在评估模仿和盗用领域的其他不正当竞争行为时，重要的是要理解公共领域的边界——这通常是不明确的——以及相应的自由竞争空间，以此作为导向。正如 Barbosa 所说：“因此，法律在模仿层面的全部使命不是禁止模仿，而是在允许模仿的效率和不允许模仿的效率之间进行谨慎的平衡，确保这种决定发挥了社会功能。而根据法律规范的规定去区分这两种假设是一种艺术。”⁴¹⁸

根据以上原则，在南方共同市场国家，法院认为寄生性的搭便车行为是一种不公平竞争，但应根据每个案件提供的证据，在适当的法律程序中进行仔细评估。例如，在“*Flávia Versiani Aragão 诉 Friedman S/A 案*”中，巴西最高法院宣布州法院的判决无效，因为它没有分析全部证据。该案涉及一名前雇员开始为一个竞争者工作时，使用其在为原告工作时撰写的手册和内容。该判决的平衡点是，被告对当时根据劳动协议制作的手册，享有有限版权，而地区法院法官和州法院的判决没有充分评估

⁴¹⁴ 见巴西国家广告自律委员会，2015 年 10 月，案号 177/17 (Imifarma/Distribuidora Big Benn)，该案中 Distribuidora Big Benn 声称其“价格最优”；决定指出，这种做法不能被视为吹嘘，因为只有当消费者可以很容易地识别信息中包含的夸张内容时才算是吹嘘。

⁴¹⁵ 圣保罗州上诉法院—TJSP，2016 年 2 月 12 日，案号 APC 1004301-65.2013.8.26.0309, *Heinz Brasil S/A v. Unilever Brasil Ltda.*

⁴¹⁶ 除了《巴西工业产权法》（第 9279/96 号法）第 195 条的 14 个具体项目所规定的不正当竞争外，该法第 209 条提到“本法未规定的其他不正当竞争行为”的开放性，这清楚地表明了巴西选择完成《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款的法律开放性目标。与巴西一样，阿根廷第 274/2019 号法令（第 9 条）也有关于其他不正当竞争行为的开放条款，其中（与第 10 条的行为清单一起）承认任何“通过不正当手段，客观上能够影响某人的竞争地位或竞争过程的正常运作的行为或不行为”。同样，在巴拉圭第 1294/98 号法（第 80 条）中规定，“在工业或商业事务中违反良好做法和信誉的每一个行为”。第 81 条中的不正当竞争行为清单只是作为示范性的。由于乌拉圭遵循《巴黎公约》第 10 条之二的表述，它也具有涵盖不同和新的不正当竞争行为的开放性。

⁴¹⁷ Newton Silveira, “A propósito da imitação servil”, 圣保罗, Migalhas, 2015 年 10 月 14 日, 可访问 <https://www.migalhas.com.br/depeso/228322/a-proposito-da-imitacao-servil>。另见 Mariano Peruzzotti 和 María Milagros Astesiano, “La imitación como supuesto de competencia desleal”, 载于: Demetrio A. Chamatropulos; Miguel del Pino(Eds.), *Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019*, Buenos Aires: La Ley, 2019, 231-239。

⁴¹⁸ Denis Borges Barbosa, *A concorrência desleal e sua vertente parasitária*, Rio de Janeiro, Revista da ABPI n. 116, Jan/Fev 2012, 21.

与不正当竞争主张有关的证据。最高法院指出：“因此，最好的解决办法似乎是取消责任认定和州法院的判决，以便更好地评估与不正当竞争和诚信侵权主张有关的证据。”⁴¹⁹

4.2 商业秘密保护

南方共同市场国家的立法⁴²⁰和判例法⁴²¹，都与保护商业秘密这一重要资产的目标相一致。⁴²²保护商业秘密的主要目标是“维护受到不公平披露侵犯的自由竞争，但也要牢记不诚实的行为对创新的所有者造成的损害或可能造成的损害”。⁴²³例如，在阿根廷、巴西和巴拉圭，国家立法对不公平行为有明确的概念规定：

- 未经所有者授权，披露或利用合法获得但有义务保密的商业秘密或非法获取的商业秘密。为了这些目的，通过间谍活动或类似的程序获得商业秘密将被视为不公平，但不影响其他法律规定的制裁。侵权行为必须是以服务自身利益或第三方利益为目的，或以伤害秘密所有者为目的（《阿根廷商业忠诚法令》（274/2019 号法令）第 10(j) 条）。
- 未经授权，泄露、开发或利用通过合同或雇佣关系获得的可用于工业、商业或提供服务的保密知识、信息或数据，即使在合同终止后也是如此，但不包括公共知识或对该领域的熟练人员来说显而易见的知识。在未经授权的情况下，泄露、利用或使用通过非法手段的或欺诈获得的前一项提到的知识或信息（《巴西工业产权法》（9279/96），第 195 条，第 XI 和 XII 款）。
- 非公开信息：所有种类的技术、商业或业务信息，但此类信息必须：1) 是秘密的，即该信息作为一个整体或其元素的精确配置和组成，不为通常使用这类信息的圈里人所了解或轻易获得；2) 具有商业价值，因为是秘密的；3) 已经由生产该信息的自然人或法人，或在其控制下，合法地采取了合理的保密措施。违反诚实的商业用途的信息获取：违反合同中的保密条款、违反信托、未保守秘密、第三方明知获取信息的行为涉及上述行为但仍唆使侵犯和获取未披露信息（《巴拉圭未披露信息法》（3283/2007）第 2 条和第 3 条）。

必须强调，《巴黎公约》第 10 条之二和《TRIPS 协定》第 39 条都在巴西法院有关侵犯商业秘密的裁决得到考虑。⁴²⁴在“Honda Motor Co.Ltda 诉 Toyama do Brasil Máquinas Ltda. 案”中，原告声称被告存在基于不正当竞争的恶意行为，因为被告使用的工业设计和一个马达的总体外观与原告产品非常相似，欺骗了消费者并在消费者之间产生了混淆。法院谈到不正当竞争行为定性的证据标准时强

⁴¹⁹ 见巴西最高法院-STJ，2015 年 10 月 27 日，案号 REsp 1380630/RJ，Flávia Versiani Aragão v. Friedman S/A。

⁴²⁰ 《巴西工业产权法》（第 9279/96 号法）第 195 条（XI、XII、XIV）和《巴西劳动法》（第 5452/43 号法）第 482 条(g)。《阿根廷商业忠诚法令》（274/2019 号法令）第 10(j) 条。巴拉圭《未披露信息法》（第 3283/2007 号法）第 2 条和第 3 条。

⁴²¹ 即使有了承认商业秘密保护的立法，由于在收集、使用和评估（专家）有效证据方面存在公认的困难，判例法也不多。见巴西最高法院-STJ，2019 年 12 月 11 日，case REsp 1792449/RJ，Sicpa S/A v. Valid Soluções S/A。根据该判决，针对受商业秘密保护的技术/方法/信息，如果没有足够的证据和明确的技术比较，就无法得出原告的前雇员引导被告获取商业秘密的结论。而这一判决与南方共同市场国家对商业秘密条款的解释是一致的，即原告有义务提供关于侵权者行为的明确证据（见《巴西工业产权法》（第 9279/96 号法）第 195 条、第 11 条和第 12 条），以及侵权者有通过侵权行为获得利益的意图（见《阿根廷商业忠诚法令》（274/2019 号法令）第 10(j) 条）。

⁴²² 见：Cesar Flores, Segredo Industrial e o Know-How: Aspectos jurídicos internacionais, Lumen Juris, Rio de Janeiro 2008, 33。另见：José Henrique Pierangeli, Crimes contra a Propriedade Industrial & Crimes de Concorrência Desleal, 圣保罗, Revista dos Tribunais 2003, 364。

⁴²³ Pierangelli, Crimes contra a propriedade industrial, 第 365 页。

⁴²⁴ 见巴西最高法院-STJ，2014 年 3 月 18 日，案号 ARES 467797/PR，Honda Motor Company Ltda v. Toyama do Brasil Maquinas Ltda。

调：“在为竞争中的不忠诚定性时，参数不是法律，而是事实。竞争行为必须违反‘工商事务中的诚信行为’（《巴黎公约》第 10 条之二）或‘正当的商业使用’（《TRIPS 协定》第 39 条）——这总是要根据每个市场、每个地方、每个时间的实际情况来确定。”

4.3 商业外观保护

南方共同市场国家规定侵犯商业外观的行为属于不正当竞争的行为，法律予以禁止。⁴²⁵最近有很多法院判决承认对商业外观的保护。⁴²⁶例如，在“Athletic Way Com. Equip. para Ginastica e Fisioterapia Ltda 诉 Technogym Equip. de Ginástica e Solução para Bem-Estar Ltda 案”中（该案涉及基于体操器材整体外观相似性的商业外观侵权行为），巴西高级法院宣称：“‘商业外观’包括用于识别服务或产品的图像集，目的是吸引客户，使商业外观在视觉上与品牌相关联。商业外观的保护可以通过混合商标、三维图形或工业设计的注册来实现，甚至可以通过反不正当竞争机构来实现——如果属于非注册的视觉组合（颜色、图形元素、包装、文字等）。因此，法院认为，不正当竞争问题是知识产权法下的剩余保护问题，从而使其失去了客观性。必须强调的是，无论存在任何其他形式上的要求，产品的视觉组合都值得法律保护，因为主张保护并不需要以注册为前提⁴²⁷，从而确认了国家法院对商业外观侵权的裁决和与之相关的损害赔偿。

必须强调的是，最近的判例法确认，需要由正式的专家，来分析显著性、功能性、消费习惯以及特定市场普通消费者的关注程度，以便获得市场眼中的不公平行为的明确证据。⁴²⁸例如，在“Ritter Alimentos S/A 诉 Kiviks Masknad Indústrias Alimentícias S.A 案”中，最高法院裁定：“模仿行为的发生和不正当竞争的结论必须在逐案分析中作出。因此，专家的协助是至关重要的，他可以评估与市场、消费习惯、广告和营销技术、相关产品的平均或典型消费者关注程度、产品在市场上的销售时间，以及其他赋予产品或服务整体外观特征的因素等方面。”⁴²⁹

4.4 其他利用新技术的不诚信行为

最近，由于使用互联网等新技术所带来的挑战，导致南方共同市场国家制定了与网络自由、隐私、透明义务和中立性⁴³⁰有关的新立法⁴³¹。在“Insulfilm Do Brasil Ltda./Google Brasil Internet

⁴²⁵ José Carlos Tinoco Soares, *Concorrência desleal vs. Trade Dress e/ou Conjunto-Imagem*, 圣保罗, Editora do Autor, 2004.

⁴²⁶ 见巴西最高法院—STJ, 2021 年 4 月 16 日, 案号 REsp 1697466/RJ, *Athletic Way Com. Equip. para Ginastica e Fisioterapia Ltda v. Technogym Equip. de Ginástica e Solução para Bem-Estar Ltda*. 类似的, 还可参见 STJ 的其他案件: 2018 年 12 月 18 日, 案号 Resp. 1527232/SP, *Natura Cosméticos S.A. v. SS Industrial S.A.*; 2019 年 12 月 5 日, 案号 Resp. 1843339/SP, *Laboratorio Catarinense Ltda v. Hypera S/A*.

⁴²⁷ 巴西最高法院—STJ, 2021 年 4 月 16 日, 案号 REsp 1697466/RJ, *Athletic Way Com. Equip. para Ginastica e Fisioterapia Ltda v. Technogym Equip. de Ginástica e Solução para Bem-Estar Ltda*. 另见乌拉圭国家上诉法院, 2013 年 7 月 24 日, 案号 SEF-0009-000124/2013 (0002-031564/2011), *Ferrero SPA v. Merfix S.A.*, 涉及模仿巧克力软糖的整体外观。认定商业外观侵权, 依据: “这不是 Ferrero Rocher 和 Love Story 名称之间的混淆问题—众所周知, 两者不会混淆—而是在展示产品的方式上存在相似之处, 给消费者带来混淆。很明显, 一部分公众可能被误导购买 Love Story 巧克力, 而他们本想购买 Ferrero Rocher 巧克力。产品本身的名称不会被混淆, 但其表现形式(商业外观)会被混淆。”

⁴²⁸ 见巴西最高法院—STJ, 2017 年 9 月 28 日, REsp 1353451/MG 案, *S/A Fábrica de Tecidos São João Evangelista v. Companhia Manufatora de Tecidos de Algodão*. 与此类似, 还可参见 STJ 的其他案件: 2018 年 3 月 13 日, 第 1591294/PR 号案, *BRF Brasil Foods S/A v. Sociéte des Produits Nestlé S/A*, 以及和 2018 年 12 月 19 日, 第 1778910/SP 号案, *Ritter Alimentos S/A v. Kiviks Masknad Indústrias Alimentícias S.A.*

⁴²⁹ 见巴西最高法院—STJ, 2018 年 12 月 19 日, 案号 1778910/SP, *Ritter Alimentos S/A v. Kiviks Masknad Indústrias Alimentícias S.A.*

⁴³⁰ 见巴西《互联网权利法案》(第 12965/2014 号法)第 3 条 (I-IV)。

⁴³¹ 见巴西的《互联网权利法案》(第 12965/2014 号法)及其第 8771/2016 号监管法令。

Ltda. 案”中，在巴西最高法院裁决指出需要对案件的各个事实进行审查后，圣保罗州法院最终认定 Google 必须着手删除含有竞争对手使用的 Insulfilm 商标的关键词广告。同时，由于广告内容是由广告商提供的，而不是由谷歌⁴³²，因此谷歌不负责赔偿损失。

南方共同市场国家的另一个热点讨论与在线市场上发生的不正当竞争行为有关，并提出了在线市场的提供者是否可以对其多个卖家的不公平行为负责的问题。⁴³³

最近，巴西国家广告自律委员会发布了一份关于网红营销的指南⁴³⁴，为这一活动建立了更有条理监管规范。该指南强调了透明度原则，强调“在帖子中澄清与广告商和/或代理机构的关系是非常重要的”。阿根廷广告自律委员会在 2020 年也发布了类似的准则⁴³⁵，强调：“信息必须真实，避免任何违反公众信任、滥用信任或利用受众缺乏文化、知识或经验的欺骗或夸大。任何信息传递，不管是直接还是间接，都不能包含迷惑消费者的描述、图像或文字，或者让消费者相信广告产品具备本来没有的功能，但用于娱乐或吸引眼球的明显夸张除外。”

H. 阿拉伯地区*

阿拉伯世界远远不是单一和同质化世界，而是由 22 个国家组成⁴³⁶，地理上分布在三个主要地区⁴³⁷，并以共同的阿拉伯语为特征。它们都是发展中国家，其中六个属于最不发达国家。⁴³⁸

伴随着中央集权的阿拉伯民族国家的出现，各国的法律体系也发生了根本性变化⁴³⁹，司法形式形成了鲜明的对比⁴⁴⁰，不能认为阿拉伯文化是司法机构特定组织的基础。⁴⁴¹

大多数阿拉伯国家都采用了类似于法国的司法体系⁴⁴²，这主要是由于殖民主义的影响⁴⁴³，如阿尔及利亚、吉布提、黎巴嫩、摩洛哥、毛里塔尼亚、叙利亚和突尼斯。

⁴³² 见巴西最高法院—STJ，2019 年 5 月 29 日，案号 AREsp 1383651, Insulfilm do Brasil Ltda v. Google Brasil Internet Ltda., 3-4。另见 STJ，2019 年 4 月 9 日，案号 AREsp 1450872/SP, Google Brasil Internet Ltda v. Estok Comércio e Representações S.A.。

⁴³³ 虽然基于《消费者法》（第 8078/90 号法）的判例在供应链所有成员的客观责任方面是一致的（见巴西最高法院—STJ，2020 年 5 月 27 日，案号 REsp 1552080/G0, Paulo Horto Leilões Ltda v. Mario Ribeiro de Castro），但市场（B2W）对第三方销售的商品/服务的不正当竞争行为的责任还不明确（市场有责任应要求取消广告，但在符合第 12965/2014 号法第 19(I)条的情况下不承担赔偿责任。见圣保罗州上诉法院—TJSP，2021 年 5 月 4 日，案号 APC 1000500-63.2019.8.26.0073, B2W Companhia Digital v. A. Israel-EPP, 8）。

⁴³⁴ 巴西国家广告自律委员会《数字网红广告指南》（2021）。可查阅 http://conar.org.br/pdf/CONAR_Digital-Influencer-Advertising-Guidelines_2021-03-11.pdf。

⁴³⁵ 阿根廷广告自律委员会《网红指南与商业目的的沟通》。可查阅 <http://www.conarp.org.ar/docs/Conarp-PaperInfluencers-ju2020.pdf>。

* Pierre El Khoury 先生，黎巴嫩贝鲁特 Sagesse 大学的知识产权/ICT 专家律师和教授。

⁴³⁶ 所有阿拉伯国家都是阿拉伯国家联盟的成员。

⁴³⁷ 北非、东地中海或中东和阿拉伯半岛。

⁴³⁸ 科摩罗、吉布提、毛里塔尼亚、索马里、苏丹和也门。

⁴³⁹ 接受法国和联合王国的委任统治之后，新的阿拉伯民族国家再次努力实现其各自法律和司法机构的现代化。

⁴⁴⁰ 19 世纪末以来，阿拉伯地区各国对法律改革大潮作出了不同反应，一些国家建立了新的法律体系和司法制度。

⁴⁴¹ 阿拉伯地区有三类法律制度。首先是继续采用不成文的伊斯兰教法国家，沙特阿拉伯是最好的例子；第二种是 19 世纪下半叶奥斯曼帝国控制下的国家，这些国家在奥斯曼帝国灭亡后接受了法国和联合王国委任统治，但继续适用 Mejlle 法[1869 年土耳其旧《民法典》]；第三种是借用法国法律的国家，如黎巴嫩；由于埃及学者桑胡里（Sanhuri）的贡献，该地区还出现了第四种法律制度。见 Enid Hill, “Sanhūrī and Islamic Law: The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of ‘Abd al-Razzaq Ahmad Sanhūrī, Egyptian Jurist and Scholar: 1895-1971”, Arab Law Quarterly Vol. 3, No. 1 (Feb., 1988), 第 33-64 页。

⁴⁴² 除了沙特阿拉伯（该国司法体系自成一体，是由宗教法院和有司法权限的行政机构组成的混合制度）；同时各海湾国家存在细微但重要的差别（宗教法院在家庭和刑事事务中发挥更大作用）。

⁴⁴³ 但也是因为在法律合作传统中存在抵制不列颠的倾向。

不存在适用于所有或部分阿拉伯世界的法律文本。本报告将重点介绍一些国家的法律和判例，特别是每个地区的一个或多个国家代表性国家。⁴⁴⁴在适当的地方会加入其他国家的例子，以说明阿拉伯地区产权组织成员国反不正当竞争情况。

1. 立法框架

阿拉伯国家发展水平和经济结构的多样性，以及全球化的发展，带来了不同程度的经济、社会和法律变化。然而，大多数阿拉伯国家都崇尚市场和商业自由的理念，尽管没有统一的立法来应对反垄断和不正当竞争的挑战。在国家层面，已创设立法、政策措施和专门的机构，促进监管制度改革⁴⁴⁵，规范各国市场竞争，保护消费者免受误导和激进行为的影响。⁴⁴⁶除了利用竞争法维护各国经济公共秩序外⁴⁴⁷，还通过各种手段维护正当竞争，实现各种监管目标。阿拉伯世界各国法律在不同层面上制裁那些对竞争对手实施不正当商业行为的商人。

鉴于与知识产权法的密切关系，一些国家在其知识产权立法中纳入了具体的不正当竞争条款。在黎巴嫩，只有两个条款涉及不正当竞争，该条款并授权法院决定一个行为是否构成不正当竞争。⁴⁴⁸规定虽然不多，但范围很广，足以涵盖涉及工业产权及其侵权的案件，这种侵权可以被看作是不正当竞争的一种形式。黎巴嫩学者对不正当竞争行为总结如下：例如，通过伪造商业名称、商标、设计或模型，在消费者心目中造成两个竞争者、其业务或其产品之间的混淆；诽谤；以及通过比较性广告在市场上引起混淆。此外，还有一种相对较新的不正当竞争理论，即“寄生”。⁴⁴⁹

在摩洛哥⁴⁵⁰、阿曼⁴⁵¹、叙利亚⁴⁵²，都基于一般标准，通过了类似的规定，监管任何违背工业或商业领域诚信行为的行为，包括所有可能以任何方式导致与竞争对手的企业、其产品或其工业或商业活动相混淆的行为；在贸易行为中的任何虚假言论——如果该言论可能损害竞争对手的企业、产品或工业或商业活动的声誉；在贸易行为中的任何陈述或言论——如果该陈述或言论会在商品的性质、制造方法、其特征、可用性或数量方面误导公众。⁴⁵³

⁴⁴⁴ 主要是埃及（埃及在中东特别是阿拉伯半岛的立法和法理上占有主导地位）、黎巴嫩（黎巴嫩的工业产权法是目前该地区最古老的法律，包括关于不正当竞争的具体规定）、摩洛哥（摩洛哥的立法机构已经翻译了第 10 条之二并将其纳入知识产权法）以及阿联酋（阿联酋与海合会国家有着某种类似的政治制度和共同的社会和文化观）。关于埃及法律对阿拉伯国家的影响，见 Ian Edge, “Comparative Commercial Law of Egypt and the Arabian Gulf”, 34 Clev. St. St. L. Rev. 129-144 (1985-1986)。

⁴⁴⁵ 沙特根据 2019 年第 M/75 号皇家法令颁布了新的《竞争法》，旨在打击影响消费者利益的不公平行为，促进经济发展，实现市场公平竞争；巴林颁布了 2018 年第 31 号法，涉及竞争促进和保护，以进一步促进其经济多样化和自由化；约旦颁布了 2004 年第 33 号法《竞争法》，涉及反竞争串通、滥用支配地位和确保经济交易公平。约旦颁布了 2004 年第 33 号法《竞争法》，涵盖了反竞争串通、滥用支配地位、规范并购和确保经济交易的公平性；埃及颁布了 2005 年第 3 号法《竞争法》，确保经济活动不妨碍限制或损害竞争自由。

⁴⁴⁶ 除黎巴嫩和利比亚外，所有阿拉伯国家都有法律或政策和/或专门机构或理事会来消除反竞争行为，以进一步推动其经济多样化和自由化。一项主要借鉴法国立法的竞争法草案已于 2019 年提交给黎巴嫩议会，但仍有待颁布。

⁴⁴⁷ 由于竞争法可能没有全面涵盖消费者问题，所以只有竞争法，没有配套的消费者法，无法保护消费者免受公司的伤害。Hassan Qaqaya and George Lipimile, *The Effects of Anti-Competitive Business Practices on Developing Countries and their Development Prospects*, UNCTAD, 2008, 68. 请查阅 https://unctad.org/en/docs/ditcclp20082_en.pdf

⁴⁴⁸ 黎巴嫩 1924 年第 2385 号法《商业和工业产权法》，第 5 节：非法竞争，第 97 和 98 条。

⁴⁴⁹ “寄生”行为包括竞争者借用对手的努力和行为，而自己不为完成上述努力和行为进行必要投资。

⁴⁵⁰ 2000 年第 17-97 号法《摩洛哥工业产权法》，第六章，第 3 节：不正当竞争。

⁴⁵¹ 2008 年第 67 号阿曼皇家法令，颁布了《工业产权法》，第三部分：反不正当竞争。

⁴⁵² 叙利亚 2007 年第 8 号法，关于商标、地理标志、工业品外观设计和不正当竞争，第六章：反不正当竞争和保护商业秘密。

⁴⁵³ 摩洛哥 2000 年第 17-97 号法第 184 条，以及上述叙利亚 2007 年第 8 号法第 116 条。

其他国家将不正当竞争条款纳入不同的法律。阿拉伯联合酋长国的《打击商业交易中的欺诈和欺骗行为法》⁴⁵⁴包括具体禁止商家、制造商或生产商直接或间接使用关于货物的原产地或来源或关于提供货物的生产商或制造商身份的不正确或误导性陈述。法律还禁止以下行为：

- 直接或间接使用不正确或误导性的原产地名称，或模仿该原产地名称，即使提到了商品的真实来源；或使用他人产品原产地名称的译文，包括在译文中添加诸如“类”“型”“仿”等字眼；
- 故意使用伪造或模仿的商标或以任何方式改变商标；
- 开展导致以任何方式对竞争对手的商业名称、其产品或其工业或商业活动造成混淆或混淆的行动。

同样，在阿拉伯联合酋长国，《商业交易法》⁴⁵⁵禁止商人诱使竞争对手的雇员或工人出卖客户，或泄露竞争对手的秘密。此外，商人在推销其商品时不得采用欺诈和欺骗手段，也不得散布或公布有损于另一竞争商户利益的虚假信息；如有违反，应承担赔偿责任。

约旦颁布了一项专门的法律，以提高《巴黎公约》中反不正当竞争规定的可执行性。该法采用了第 10 条之二第 (1) 款的规定，并在此基础上增加了更多应被禁止的行为⁴⁵⁶，主要是指任何降低他人产品声誉的行为，与他人产品的一般形状或表现形式造成混淆的行为，或在宣布产品价格或计算方法方面误导公众的行为；任何导致淡化产品显著特征或模仿其三维形状、重量、尺寸、表现形式和包装，以及其图纸和装潢的行为。这部法律还保护在约旦使用的商标不受误导公众的不正当竞争行为的影响，无论该商标是否已注册。该法涵盖任何显著性商标，无论它是否是商标法意义上的驰名商标。因此，当商标所有人声称其商标受到侵犯时，除了商标法定的救济措施外，商标所有人还可以选择起诉要求赔偿。

《埃及商法典》规定了不正当竞争的一般标准，它认为任何违反交易中遵守的惯例和原则的行为都是不公平行为，尤其包括侵犯第三方的商标、商号、专利或商业秘密，煽动员工泄露商业秘密或辞职，以及每一个会造成企业或产品混淆的行为或主张，或削弱对企业所有者、管理人或产品的信心。⁴⁵⁷此外，埃及的《消费者保护法》谴责那些会给消费者造成不正确或误导性印象或导致消费者陷入混淆或错误的行为。⁴⁵⁸

阿尔及利亚立法机构没有颁布不正当竞争诉讼的具体条件。《商业习惯规则法》禁止所有违反诚实和公平的不正当商业行为，前提是经济主体通过这些行为损害一个或多个其他经济主体的利益，如

⁴⁵⁴ 1984 年第 26 号部长决定，关于 1979 年第 4 号法（打击商业交易中的欺诈和欺骗行为）的实施条例（修订至 2003 年第 26 号部长决定），第一章：贸易数据和不正当竞争，第 5 条。可查阅

<https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/19818>

⁴⁵⁵ 由 1993 年第 18 号联邦法颁布的《阿联酋商业交易法》，第二部分，第一章：商业场所、商号和不公平竞争，第 64 至 70 条。可查阅 <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/10465>

⁴⁵⁶ 约旦 2000 年第 15 号法，关于不正当竞争和商业秘密，第 2 条。可查阅

<https://wipolex.wipo.int/en/text/128321>

⁴⁵⁷ 由 1999 年第 17 号法颁布的《埃及商法典》，第二部分：商业义务和合同，第 66 条。可查阅

<https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/13558>

⁴⁵⁸ 由 2006 年第 67 号法颁布的《埃及消费者保护法》，第 6 条。可查阅

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/eg/eg012en.pdf>

传播诋毁竞争对手产品或服务的恶意信息；模仿竞争对手的显著性标志、产品或服务或广告，以通过引起混淆风险来拉拢客户。⁴⁵⁹

在大多数阿拉伯国家，不正当竞争理论是在民事责任或一般侵权条款的基础上发展起来的判例法。⁴⁶⁰ 认定不正当竞争必须满足三个条件：过错或违反法律规定的法律义务；损害；以及损害与过错之间的因果关系。

阿拉伯国家的不正当竞争规则在防止和制止竞争损害（包括对经济主体造成的干扰和对竞争的损害），确保对市场进行一定的监管的同时，还保护消费者的利益，即使这不是其主要目标。一般来说，不正当竞争行为的目的是保护商人，而不是消费者，除非应受谴责的行为被载入消费者保护法或规则或与之有关。在这种情况下，消费者也受到保护，可以向法院提出对侵权方的诉讼。

2. 工商事务中的诚信行为

第 10 条之二第(2)款在阿拉伯世界并没有形成统一的执行方法，更不用说对反不正当竞争的的含义的解释。确定是否遵守诚信行为的方法主要是以商业中的诚信观念为基础的规范性方法。这种标准依赖于阿拉伯国家法律中灵活的一般性条款。成文法中没有规定“工商事务中的诚信行为”这一表述的确切含义。诚实或不诚信行为没有一般的定义，而是源于判例法的标准。

尽管各国之间存在差异，但某些行为方式可以被认为是不公平的。一些阿拉伯国家的法律明确列举并禁止具体行为，如埃及、阿尔及利亚、约旦、阿拉伯联合酋长国和摩洛哥。其他国家没有详细列出不正当竞争行为的类型，如黎巴嫩。然而，在大多数阿拉伯国家，司法机构有权逐案决定某一行为是“公平”还是“不公平”。

例如，黎巴嫩的法律规定了一个全面而灵活的诉讼制度，而不是界定具体的不正当竞争行为。这种制度适用于任何可能的不正当竞争活动。一方面，可通过知识产权法保护专有权，主要是商标；符合刑事起诉条件的，根据黎巴嫩《刑法典》予以刑事追究。另一方面，没有具体立法可以适用的情况下，允许法官自由裁量⁴⁶¹，决定适当判决。

阿拉伯世界的法院试图为不正当竞争下一个定义，而定义也各不相同，有的侧重于不正当竞争中使用的手段，有的则侧重于其目的。例如，埃及最高上诉法院将不正当竞争定义为行为人须对由此产生的损害进行赔偿的违法行为。根据这种方法，违反法律或习俗的行为，或在交易过程中使用违反信任和荣誉原则的手段，如果其目的是在两个商业实体之间造成混淆，或将其中一个实体的客户吸引到另一个实体，或导致其中一个实体的客户流失，则应被视为违反公平竞争的行为。⁴⁶²

⁴⁵⁹ 阿尔及利亚 2004 年第 04-02 号法，关于商业惯例规则，第四章，第 26 条。可查阅 <https://wipolex.wipo.int/en/text/333918>

⁴⁶⁰ 不正当竞争诉讼可以基于滥用权利的概念。在规范层面上，公平竞争被认为是根据商业惯例赋予商人的权利，而不正当竞争是对这种权利的滥用。无论如何，法院适用过错原则来谴责滥用权利的行为。

⁴⁶¹ 黎巴嫩 1924 年第 2385 号法《商业和工业产权法》，第 5 节：非法竞争，第 97 条。“以下情况应被视为不正当竞争。1. 任何违反本法的行为，但须缺少以下第 6 节规定的适用制裁的要求之一；2. 任何法院可以自由裁量并认定不正当竞争的行为。”

⁴⁶² 埃及最高上诉法院 1959 年 6 月 25 日的第 62 号决定，引自 Ramzi Madi and Mohammad Almistarehi, “The Unfair Competition Lawsuit for Protecting the Unregistered Trademark”, *Int. J. Economics and Business Research* Vol. 19, No. 1, (2020), 46。

阿拉伯联合酋长国的法院在许多判决中提到了不正当竞争，但没有对其进行定义。⁴⁶³例如，阿拉伯联合酋长国联邦最高法院指出，如果商标与先前注册的商标相同或相似，则不得注册，这意味着拒绝商标注册申请应是由于存在以另一名称注册的类似或相同的商标，这种拒绝应保护他人并防止不正当竞争。在另一个案例中，法院使用了“违反公平竞争原则”的说法。⁴⁶⁴

黎巴嫩最高上诉法院指出：“商人必须遵循法律诚信原则，包括在商人之间的竞争中。商人在竞争中使用可疑的或扭曲的方法，可以视为不正当竞争。”⁴⁶⁵

通过考察不同的判例法定义，会发现界定不正当竞争的一般特征：在竞争中实施不符合商业社会普遍接受的诚实、荣誉和道义要求及商业习惯的行为，无论这些行为是出于恶意还是善意；这种竞争是在从事类似或密切商业活动的人之间进行的，对竞争关系的评估由法院决定；这些行为造成的损害违背了违反商业法律和习惯。

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

法院对不正当竞争行为的认定设定了以下三个标准：双方之间存在竞争状态；一方实施了不正当竞争行为（法院通常会寻找被告一方是否存在这种行为）；以及受害方所遭受的损害。

关于《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款列举的不公平行为，一些阿拉伯国家的法律普遍谴责引起混淆(3.1)、诋毁和贬损(3.2)和误导(3.3)的行为。

3.1 引起混淆

混淆造成的不正当竞争一般是由竞争关系导致的，目的是吸引类似活动领域、产品或服务的竞争者的客户。无竞争关系，很难证实混淆的可能性。混淆不仅是对注册商标的混淆，也可能是对产品或服务其他显著性要素的混淆，如其显著性外观、其来源或其特征。在约旦，法院将一种行为定性为不正当竞争的标准之一是，该行为在两个商标之间造成了混淆⁴⁶⁶，或者至少有混淆的风险。⁴⁶⁷在黎巴嫩，许多法院判决指出，在两个产品或服务之间给普通消费者造成混淆的风险构成不正当竞争，混淆不限于具体两个注册商标。⁴⁶⁸在摩洛哥，最高上诉法院决定，重要的是两个商标之间的相似性，而不是差异⁴⁶⁹，但只有当两个竞争者在地理上接近对方时，混淆才应受到谴责⁴⁷⁰，除非一个商标是远近皆知的知名商标。⁴⁷¹阿布扎比最高上诉法院在其一些判决中提到了不正当竞争，指出：“法院还认定，

⁴⁶³ 在阿联酋，《商业交易法》和法院都没有提到不正当竞争概念的定义。法院在许多判决中使用了上述法典中所载的与商业领域的不正当竞争有关的规定，以保护未注册的商标。《阿联酋商业交易法》由 1993 年第 18 号联邦法颁布，可查阅 <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/10465>

⁴⁶⁴ 分别是 2010 年第 509 号判决和 2015 年第 586 号判决，引自 Madi and Almistarehi, “The Unfair Competition Lawsuit for Protecting the Unregistered Trademark”, 46。

⁴⁶⁵ 黎巴嫩最高上诉法院 1969 年 10 月 23 日第 116 号判决书，阿拉伯文本可查阅 <http://legallaw.ul.edu.lb/>。

⁴⁶⁶ 约旦最高上诉法院，第 355 号案，2002 年 2 月 27 日，全员合议庭 (Value Plus 案)，引自 Antoine Nacheh, *The Legal Regime of Advertising and Trademarks in Lebanon, Arab Countries, and France*, AlGhazal, Beirut, 2009, 530。

⁴⁶⁷ 约旦高级法院，第 427 号案，2000 年 1 月 7 日，*Judicial Journal* (2000), 366。

⁴⁶⁸ 黎巴嫩最高上诉法院，2002 年 2 月 7 日第 7 号案 (Gezairi 案)；贝鲁特初审法院，1998 年 10 月 28 日第 1080 号裁决 (Sodeco 案)；贝鲁特上诉法院，1968 年 6 月 13 日第 916 号案；1971 年 5 月 8 日第 571 号案；以及 1987 年 6 月 16 日第 124 号案。阿拉伯文版可查阅 <http://www.legallaw.ul.edu.lb>。

⁴⁶⁹ 摩洛哥最高法院，2007 年 2 月 7 日第 142 号案，2006 年 1 月 3 日第 1430 号商业案卷，转引自 *Trademark Guide*, OMPIC, 第 66 页。

⁴⁷⁰ 卡萨布兰卡商业法院，第 3420 号案，2008 年 3 月 24 日，商业案卷号 9993/61/2007，发表于 *Commercial Court Gazette*, II, September 2011, Association for the dissemination of legal and judicial information, 第 37 页。

⁴⁷¹ 丹吉尔商业法院，第 58 号案，2008 年 1 月 24 日，商业案卷号 1596/33/2006。

对商业名称的法律保护是反不正当竞争，因为这可能会混淆另一个竞争者、他的产品或他的商业活动。”⁴⁷²

在其他混淆案件中，法院认定，重要的是印在消费者脑海中的一般形象；两个商标之间的差异必须是明确的，不留下任何混淆或模糊之处。⁴⁷³

3.2 诋毁和贬损

这类行为包括通过攻击竞争对手的产品或服务的质量、定价或使用这些产品或服务可能带来的危险来诋毁竞争对手的产品或服务。即使没有明确提到竞争产品，诋毁产品不符合广告中的规格也是不公平行为。即使是间接的暗示也足以构成诋毁，特别是如果公众很容易知道哪个产品是诋毁的目标。⁴⁷⁴通过声称竞争对手濒临破产或有毒瘾而损害其声誉，或散布虚假信息以贬低商品的价值，认为其质量差，或声称商品是假的，或不适合消费或对消费者的健康有害，都构成不公平行为。⁴⁷⁵在阿联酋，虚假言论和诋毁行为可作为不正当竞争行为予以处罚。⁴⁷⁶

阿拉伯联合酋长国最高联邦法院在 1994 年发布的一项判决中决定⁴⁷⁷，如果任何人模仿、伪造或使用商标并将其应用于类似的产品或服务，应被视为对商标所有者权利的攻击，由于削弱了人们对与该商标相区别的商品或服务的信任而对其造成损害。⁴⁷⁸

3.3 误导性标示或言论

在一些阿拉伯国家，如阿联酋，有一种法律推定，即比较性广告的行为是被允许的，因为没有具体的法律来规范它；但对其中的不公平贸易行为有一定限制。⁴⁷⁹此外，还有其他一些因素可能会影响比较性广告在该地区的存在。例如，沙特阿拉伯和科威特禁止比较性广告，因为它不符合伊斯兰教法的规定。⁴⁸⁰在摩洛哥，法院禁止误导性广告，因为它使人们对产品的来源产生了怀疑，并损害了产品所有者的商业信誉。⁴⁸¹

误导性行为可以与阿拉伯各国法律中的不同规定联系起来：

⁴⁷² 2013 年 12 月 13 日第 7 司法年度第 752 号上诉案，A collection of judgments by Abu Dhabi Court of Cassation in 2013, 第 2479-2484 页。

⁴⁷³ 迪拜一审民事法院，第 123 号案，1990 年 5 月 30 日 (LifeBuoy 案)；以及迪拜一审民事法院，第 683 号案，1990 年 10 月 22 日 (Lipton 案)；以及迪拜一审民事法院，第 1157 号案，1990 年 10 月 18 日 (Sunsilk 案)，引自 Nacheff, *The Legal Regime of Advertising and Trademarks in Lebanon, Arab Countries, and France*, 532-537。

⁴⁷⁴ Beirut Judge of Expedited Matters, 1998, 转引自 Nacheff, *The Legal Regime of Advertising and Trademarks in Lebanon, Arab Countries, and France*, 220。

⁴⁷⁵ Mohamad Ali Helalat 和 Murad Ali Al-Tarawneh, “Cases of Unfair Competition under the Unfair Competition and Trade Secrets Law and the Jordanian Judiciary”, *International Journal of Business and Social Science* Vol. 6, No. 11, (November 2015), 64.

⁴⁷⁶ 由 1993 年第 18 号联邦法颁布的《阿联酋商业交易法》，第二部分，第一章：商业场所、商号和不公平竞争，第 66 条。

⁴⁷⁷ 阿联酋最高上诉法院，第 60 号案，1994 年 7 月 4 日，Collection of judgments passed by the Federal Supreme Court in 1994, 第 590 页，引自 Madi and Almistarehi, *The Unfair Competition Lawsuit for Protecting the Unregistered Trademark*, 第 52 页。

⁴⁷⁸ 根据《民事交易法》第 282 条和《商业交易法》第 66 条的规定，商标所有人有权向法院提起不正当竞争诉讼。

⁴⁷⁹ 虽然阿联酋 1992 年第 37 号法《联邦商标法》的规定禁止非法使用注册商标，但对合理使用竞争对手的名称或商标没有具体规定。

⁴⁸⁰ 在沙里亚法（伊斯兰宗教法的主体）的教义中，鼓励人们不要以伤害他人作为代价进行竞争，因此，比较广告在沙特阿拉伯和科威特被认为是一种侮辱性的对抗和吹嘘的例子。

⁴⁸¹ 在公众中制造对产品来源和所有者的怀疑，卡萨布兰卡商业法院，第 768 号案，2010 年 1 月 25 日，商业案卷号 3867/16/2009。

- 在贸易活动中的任何虚假言论；
- 在贸易活动中使用可能在商品性质、制造方法、特征、可用性或数量方面误导公众的任何陈述或主张；⁴⁸²
- 直接或间接使用不正确或误导性的语言描述货物原产地、来源或关于提供货物的生产商或制造商身份；
- 直接或间接使用不正确或误导性的原产地名称，以及模仿原产地名称的行为，即使提到了商品的真实来源；或使用他人产品原产地名称的译文，包括在译文中添加诸如“类”“型”“仿”等字眼；
- 故意使用伪造或模仿的商标，或以任何方式改变商标；⁴⁸³
- 虚报身份、学位或奖项，或以任何其他误导性手段，意图侵占竞争对手的客户或其他资源；⁴⁸⁴
- 在宣布产品价格或其计算方法方面误导公众的任何做法。⁴⁸⁵
- 任何会给消费者造成不正确或误导性印象或导致消费者陷入混淆或错误的行为。⁴⁸⁶

在阿拉伯联合酋长国第一个处理商标的法院裁决中⁴⁸⁷，确认商标保护是落实反不正当竞争法的方式之一。该案中，原告是一家荷兰公司的代理人，该公司以“Rainbow”商标生产知名的罐装牛奶。被告公司进口销售一种名为“Rainshow”的劣质产品。阿布扎比民事法院决定，商标侵权是一种不正当竞争的形式。国家必须保护其公民免受虚假的、可能是危险的消费品的侵害。衡量标准是所用名称的相似性。法院不仅认识到不公平搭便车行为所带来的伤害，还认识到需要保护消费者免受误导行为的影响，因此决定：

如果来了制造商或贸易商，利用别人的努力和金钱为自己谋取利益，并且为了获得利益和利润，开始模仿或模拟知名的商标或品牌，那他不仅侵犯了个人的合法权利，而且故意欺骗消费者[……]。本院的职责不仅是保护前来伸张正义的当事人的权利，而且也要保护公民的权利，是公民为制造商和贸易商提供了赚钱的机会。公民有权用他支付的钱购买他喜欢的东西。

4. 其他不正当竞争行为

除了第 10 条之二第 (3) 款提到的三种情况外，其他行为也可被视为不正当竞争，包括盲目模仿 (4.1)，不公平搭便车行为 (4.2)，以及侵犯商业秘密 (4.3)。在新技术和相关的营销工具领域，没有一个阿拉伯国家通过了具体的规则。

⁴⁸² 摩洛哥 2000 年第 17-97 号法第 184 条，以及上述叙利亚 2007 年第 8 号法第 116 条。

⁴⁸³ 阿联酋 1984 年第 26 号部长决定，涉及 1979 年关于打击商业交易中的欺诈和欺骗行为的第 4 号法的实施条例（修订至 2003 年第 26 号部长决定），第一章：贸易数据和不正当竞争，第 5 条。可查阅 <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/19818>

⁴⁸⁴ 由 1993 年第 18 号联邦法颁布的《阿联酋商业交易法》，第二部分，第一章：商业场所、商号和不公平竞争，第 65 条。

⁴⁸⁵ 如食品的信息（天然产品、生物、无脂或低脂），或香烟包装上包含的尼古丁和焦油比例的信息。约旦 2000 年第 15 号法，关于不正当竞争和商业秘密，第 2 条。可查阅 <https://wipolex.wipo.int/en/text/128321>

⁴⁸⁶ 由 2006 年第 67 号法颁布的《埃及消费者保护法》，第 6 条。可查阅 <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/eg/eg012en.pdf>

⁴⁸⁷ Thani ben Murshid & Co. & The African Co. v. Refrigerator Al-Nawis Co. (1973) (Civil Court of Abu Dhabi), aff'd, (1973) (Court of Appeal), I. I. C. 883 (1981), 引自 Ian Edge, Comparative Commercial Law of Egypt and the Arabian Gulf, 34 Clev. St. L. Rev. 129 (1985-1986), 142.

4.1 盲目模仿

阿拉伯国家的法律并没有提到禁止产品或服务的盲目模仿或抄袭本身。但即使不符合知识产权保护的条件，法院也有可能通过其在不正当竞争方面的自由裁量权来制裁盲目模仿行为。这就是黎巴嫩 1924 年第 2385 号法《商业和工业产权法》第 97 条所明确规定的“任何达不到以下第 6 条所述制裁条件之一的违反本法的行为”。⁴⁸⁸

4.2 不公平搭便车行为

阿拉伯商标法没有规定任何明确的保护措施，以防止模糊化、玷污商标或不公平搭便车行为。尽管如此，商标所有人可以根据不正当竞争规则享受民事保护。⁴⁸⁹

在一些阿拉伯国家，有一种相对较新的不正当竞争理论的应用，称为“寄生”。例如，黎巴嫩法院将“寄生”行为定义为：某项目已经获得了一定的名声，相对于其他人的项目具有竞争优势，而另一个人企图利用该项目所实现的经济价值为自己服务。寄生者是活在他人阴影下的人，他们从别人的努力、声誉和名声中获益。⁴⁹⁰贝鲁特上诉法院在 1993 年“Chandon Paris（内衣和服装产品）诉 Moët & Chandon（酒精）案”中的判决，是明确确立寄生竞争属于不正当竞争概念的典型案例之一。⁴⁹¹该案明确认为，当被假冒的商标具有国际知名度时，商品类型的不同并不妨碍对不正当竞争的认定。上诉人利用了该著名商标，而自己却没有作出任何努力，这构成了不公平的寄生竞争行为。法院认为，上诉人违背了体面、健康的贸易原则，从顾客心中消除了知名品牌的独特形象，使其成为涵盖市场上许多商品交易的流行品牌，造成了物质和精神上的伤害。法院补充说，即使上诉人的商品不同，也必须认定存在不正当竞争。

4.3 保护商业秘密

只有少数阿拉伯国家有保护商业秘密的具体法律。⁴⁹²对商业秘密的法律保护基于保护保密信息的具体规定或判例法。⁴⁹³

在约旦，《反不正当竞争和商业秘密法》禁止违反保密义务的几种形式。⁴⁹⁴根据该法第 6 条，滥用商业秘密信息，包括违反与保密信息有关的合同义务和根据协议共享的商业秘密，可被视为违反商业诚信行为。该法规定，商业秘密所有者有权就滥用商业秘密造成的任何损失要求赔偿，要求停止滥用，以及要求扣押包含滥用商业秘密的材料或滥用商业秘密的产品。

⁴⁸⁸ 在黎巴嫩，还没有基于该条款适用的司法案件报告。

⁴⁸⁹ 见贝鲁特上诉法院，民事第一巡回区，第 571 号案，1971 年 5 月 8 日，Rani Sader, The Reference on IP Cases, Sader, 黎巴嫩，2006，275；埃及最高法院，第 436 号案，司法年度 22，1956 年 6 月 14 日；埃及最高法院，第 877 号案，司法年度 36，1966 年 5 月 23 日，转引自 Samiha Al Kalioubi, Industrial Property, 6th ed., Dar Al Nahda El Arabia, Egypt, 2007, 580。

⁴⁹⁰ 黎巴嫩山一审法院，第 23 号案，2000 年 10 月 30 日，阿拉伯文版本可查阅 <http://www.legallaw.ul.edu.lb>。

⁴⁹¹ 贝鲁特上诉法院，第 264 号案，1993 年 5 月 3 日，Sader, The Reference on IP Cases, 127。

⁴⁹² 巴林（《商业秘密法》，2003 年第 7 号法），约旦（《不正当竞争和商业秘密法》，2000 年第 15 号法），卡塔尔（《商业秘密法》，2005 年第 5 号法），沙特阿拉伯（部长令，2005 年第 50 号），阿联酋（DIFC 法，2019 年第 4 号法），也门（《专利、实用新型、集成电路布局和未披露信息法》，2011 年第 2 号）。可查阅 <https://wipolex.wipo.int>

⁴⁹³ 例如，摩洛哥（2003 年第 35 号法《劳动法》）、阿曼（2008 年第 67 号法《知识产权法》）、叙利亚（2004 年第 17 号法《劳动法》）、阿联酋（1985 年第 5 号法《民事交易法》和 2015 年第 2 号法《商业公司法》）。

⁴⁹⁴ 约旦 2000 年关于不正当竞争和商业秘密的第 15 号法，可在以下网站查阅：<https://wipolex.wipo.int/en/text/128321>。

在阿曼，针对不正当竞争，商业秘密受到明确的保护，补充并独立于任何保护知识产权立法。《阿曼知识产权法》（2008 年第 67 号阿曼皇家法令）第 60 条规定，以违反合同、违反信任和引诱违约等方式（包括以此种方式通过第三方）获取未披露信息，构成不正当竞争行为，但第三方须知道或严重疏忽未能知道获取该信息涉及上述方式。⁴⁹⁵

I. 中国*

1. 立法框架

在中国，反不正当竞争基本立法是专门的《反不正当竞争法》，该法于 1993 年颁布，并分别于 2017 年和 2019 年修订。2017 年的修订是重大修改⁴⁹⁶，其中调整了关于造成混淆的规定，并增加了一个专门的条款（第 12 条），来规范特别是在互联网市场上发生的不正当竞争。而 2019 年的修订主要是为了加强商业秘密保护，规定了惩罚性损害赔偿和举证责任转移制度。

在中国的法律体系中，有关不正当竞争的法律规范还包括：国家市场监督管理总局的规定⁴⁹⁷，各省市的立法，如《上海市反不正当竞争条例》⁴⁹⁸，以及最高人民法院的司法解释。⁴⁹⁹值得注意的是，根据中国《立法法》规定的立法层次，上述立法、规章或司法解释不得与《反不正当竞争法》相抵触。⁵⁰⁰

《反不正当竞争法》的立法目的不仅是为了保障公平竞争，避免市场扭曲，也是为了保护竞争对手的合法利益。值得注意的是，在 2017 年的修订中，增加了消费者利益保护。⁵⁰¹总体而言，《反不正当竞争法》在维护市场公平环境方面发挥了重要作用，同时也是对中国保护知识产权具体法律制度的补充。⁵⁰²遭受侵权行为的当事人无法通过知识产权立法获得保护时，可以援引《反不正当竞争法》的规定来获得救济。⁵⁰³

⁴⁹⁵ 2008 年第 67 号阿曼皇家法令颁布了《工业产权法》，第 60 条第 2(B) 款。

* 林秀芹女士，法学院教授，知识产权研究所（IPRI）所长；王轩先生，厦门大学知识产权研究所博士生。

⁴⁹⁶ 2017 年的修订涉及 1993 年《反不正当竞争法》的全部三十三条规定，但仍有学者认为，2017 年《反不正当竞争法》的修订远远没有跟上中国的贸易实践和市场环境的步伐。宁立志：《〈反不正当竞争法〉修订的得与失》，《法商研究》2018，104（118）。

⁴⁹⁷ 市监总局 2020 年发布了《商业秘密保护规定》修订草案，表明这一条例不久将修订。可查阅 <http://www.moj.gov.cn/news/content/2020-09/04/zlk3255343.html>。

⁴⁹⁸ 截至 2021 年 3 月，至少有 12 部省级立法专门规范不正当竞争。

⁴⁹⁹ 最高人民法院关于不正当竞争的司法解释主要有两个。一是《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件具体应用法律若干问题的解释》（《反法解释》，2007）；二是《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的解释》（《商业秘密司法解释》，2020）。最近，最高人民法院于 2021 年 8 月 19 日公布了关于适用《中华人民共和国反不正当竞争法》若干问题的解释（征求意见稿）（《反法解释》草案，2021）。

⁵⁰⁰ 中国《立法法》第八十八条规定：“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章。”

⁵⁰¹ 《反不正当竞争法》（2017 年和 2019 年）第二条第二款规定：“本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。”

⁵⁰² 见吴汉东，“论反不正当竞争中的知识产权问题”，《现代法学》2013，35（37-43）。

⁵⁰³ 最高人民法院 2009 年第 23 号公告第 11 条规定：“凡专门法已作穷尽规定的，原则上不再以反不正当竞争法作扩展保护。凡反不正当竞争法已在特别规定中作穷尽性保护的行为，一般不再按照原则规定扩展其保护范围；对于其未作特别规定的竞争行为，只有按照公认的商业标准和普遍认识能够认定违反原则规定时，才可以认定构成不正当竞争行为，防止因不适当地扩大不正当竞争范围而妨碍自由、公平竞争。”

2. 工商事务中的诚信行为

中国 1993 年的《反不正当竞争法》规定，企业经营者在市场交易中应遵守自愿、平等、公平、诚信的原则，以及公认的商业道德。⁵⁰⁴然而，这些原则是否能直接应用于司法审判并不清楚。2010 年，最高人民法院对这一点进行了说明，提出独立适用《反不正当竞争法》第二条中的“一般条款”⁵⁰⁵应满足以下三个条件：第一，《反不正当竞争法》没有对所涉特定类型的不正当竞争行为作出特别规定；第二，其他经营者的合法权益因该竞争行为而实际受到损害；第三，该竞争行为违反了工商业的诚实信用原则，具有不正当性。⁵⁰⁶自这一判决以来，出现了大量适用“一般条款”的案件，特别是涉及互联网市场竞争的案件。⁵⁰⁷值得注意的是，2017 年的修订并没有要求“商业道德”必须是“普遍接受”的。修订后的第 2 条规定：“经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。”该条被认为是一个一般性条款，也是“工商企业诚信行为”的运用。⁵⁰⁸但最高人民法院最新发布的《反不正当竞争法司法解释》（《反法解释》）草案，将“商业道德”定义为特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范。⁵⁰⁹

随着互联网业务的迅速发展，出现了各种不道德竞争行为，中国的法院也通过多个案件，解释了“商业道德”的具体内涵。在备受瞩目的“360 诉腾讯案”中⁵¹⁰，最高人民法院认为，判断 360 的行为是否构成不正当竞争，关键在于被控侵权行为是否违反诚信原则和互联网行业“公认”的商业道德，是否损害了腾讯的合法利益。最高人民法院以 360 公司破坏了腾讯公司软件及其服务的安全性和完整性，减少了腾讯公司的经济利益和增值服务交易机会，从而违背诚信原则和普遍接受的商业道德，干扰了腾讯公司的经营活动为由，判决支持腾讯公司。在该案中，最高人民法院还肯定了互联网行业的“自律协议”可以作为确定行业通常行为标准和普遍接受的商业道德的事实依据。在“百度诉 360 案”中⁵¹¹，北京市高级人民法院提出了“非公益必要不干涉”原则，认为互联网服务经营者只有在公共利益需要的情况下，才能在互联网用户和其他互联网服务提供者不知情和不同意的情况下，干涉其他经营者的互联网产品或服务的运营；但应确保干预的必要性和合理性，并说明理由。

⁵⁰⁴ 《反不正当竞争法》（1993）第二条。

⁵⁰⁵ 《反不正当竞争法》（2017 年和 2019 年）第二条规定“经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。”在本法中，“不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。”在本法中，经营者“是指从事商品生产、经营或者提供服务（以下所称商品包括服务）的自然人、法人和非法人组织。”

⁵⁰⁶ 山东省食品进出口公司、山东山孚集团有限公司、山东山孚日水有限公司与马达庆、青岛圣克达诚贸易有限公司不正当竞争纠纷案，最高人民法院（2009）民申字第 1065 号民事裁定书。

⁵⁰⁷ 截至 2021 年 8 月 10 日，可以找到 8255 个涉及第二条应用的判例，来源：www.pkulaw.com。

⁵⁰⁸ 见吴峻：“反不正当竞争法一般条款的司法适用模式”，《法学研究》2016，38(02)。

⁵⁰⁹ 最新的 2022 年《反法解释》草案第三条规定：“人民法院应当结合案件具体情况，综合考虑行业规则或者商业惯例、经营者的主观状态、交易相对人的选择意愿、对消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益的影响等因素，依法判断经营者是否违反商业道德。”

⁵¹⁰ “360”是指北京奇虎科技有限公司和奇智软件（北京）有限公司。本案中，360 先后发布了 360 隐私保护器和 360 扣扣保镖两款软件，直指腾讯的 QQ 这款大作。360 公司称，其上述软件可以保护 QQ 用户的隐私和安全。随后，腾讯宣布，不允许用户同时运行 QQ 游戏和 360 的上述软件，这意味着用户只能选择这两家公司的产品之一。随后，两家公司相互发起多起诉讼。详情见最高人民法院（2013）民三终字第 5 号民事判决书。

⁵¹¹ 北京市高级人民法院（2013）高民终字第 2352 号。2012 年，奇虎公司的 360 安全卫士在百度网盘（www.baidu.com）的搜索结果页面上有选择地插入了一个红底白字的感叹号图标作为警示标志，提醒用户该搜索结果对应的网站存在风险。奇虎公司通过插入标签逐步引导用户点击安装 360 安全浏览器，并通过百度搜索引擎服务推广其浏览器产品。此外，奇虎公司还在其网址导航网站（hao.360.cn）上嵌入了百度搜索框，改变了百度网盘在搜索框上提供给用户的下拉提示，引导用户访问奇虎公司的网站。

最近，中国法院在处理许多涉及大数据的不正当竞争案时⁵¹²，在法律没有明确禁止可疑行为前提下，引用了《反垄断法》第二条的“商业道德”条款。⁵¹³总的来说，中国法院在解释“商业道德”或“诚实信用”原则时，主要是采取实证方法来评估特定商业领域的诚信观感。然而，最近的《反法解释》草案则采取了更严格的立场，提出《反不正当竞争法》明确列举的行为，以及只损害竞争者利益而不损害市场秩序的行为，不允许适用一般条款。⁵¹⁴

关于“竞争”的定义，中国的实践已经从严格的横向竞争概念转变为对间接竞争的认可。最高人民法院 2014 年公布的第 30 号指导案例指出，当一方违反《反不正当竞争法》的规定，损害了其他竞争者的合法利益，即使竞争双方只是间接竞争，也应视为不正当竞争行为。⁵¹⁵2017 年的修订删除了“竞争关系”的要求，因此在不正当竞争案件中，尤其是涉及大数据时，“竞争”的概念更加灵活。⁵¹⁶最新的《反法解释》草案采取了更广的解释，将竞争关系定义为争夺交易机会、损害竞争优势的可能性。⁵¹⁷

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

《反不正当竞争法》提供了几个保护途径，以防止引起混淆（3.1）、诋毁和贬损（3.2）和误导行为（3.3）。

3.1 引起混淆

《反不正当竞争法》（1993）第五条规定了几种可能造成混淆的不正当竞争行为：（一）未经许可使用他人的注册商标；（二）未经许可使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品相似的名称、包装、装潢，造成与他人商品的混淆，使购买者将其商品误认为知名商品；（三）未经许可使用其他企业或者个人的名称，使人们将其商品误认为他人的商品。但是，这些规定被认为存在一些问题，如与《商标法》的规定重叠、逻辑问题、混淆行为的类型列举不全等。⁵¹⁸2017 年，第五条进行了大幅修订，主要包括以下内容：第一，对第六条中的“混淆行为”概念进行了定义，并对四类混淆行为进行了界定；第二，删除了与商标法重叠的条款；第三，扩大了受保护的商业标识的范围，包括名称、网站布局及其主要构成部分，以及其他任何足以造成混淆的标识。⁵¹⁹值得注意的是，新的《反不正当竞争法》第六条规定的受保护标识应具有“一定的影响”，这是指该标识的声誉和公众认可的范围，无论是注册还是未注册的标识。最新的《反法解释》草案似乎遵循了《商标法》的逻辑，明确了受保护的标识应当具有区别商品来源的显著特征。⁵²⁰草案还明确了不构成不正当竞争的几

⁵¹² 2016 年底，北京知识产权法院审结了被称为“首例大数据不正当竞争纠纷案”的新浪微博诉茅台案。此后，北京、上海、杭州等地的法院陆续审理了大量涉及大数据不正当竞争的案件。

⁵¹³ 见蒋舸，“竞争行为正当性评价中的商业惯例因素”，《法学评论》2019，37（02）。

⁵¹⁴ 《反法解释》草案第一条。

⁵¹⁵ 兰建军、杭州小拇指汽车维修技术有限公司诉天津小拇指汽车维修服务有限公司等商标侵权及不正当竞争纠纷案，天津市高级人民法院（2012）津高民三终字第 46 号民事判决书。

⁵¹⁶ 参见仲春：“数据不正当竞争案件的裁判规则”，《人民司法》2019 年第 10 期（16-21）。

⁵¹⁷ 《反法解释》草案第 1 条。

⁵¹⁸ 参见宁立志：“反不正当竞争法修订中的得与失”，《法商研究》2018，104（118）。

⁵¹⁹ 《反不正当竞争法》（2017 和 2019）第六条规定：“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；（四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。”

⁵²⁰ 《反法解释》草案第五条。

种情况，如为客观描述、说明自己的商品而使用类似的标识；⁵²¹或者在不同地区“善意”地使用类似的标识。⁵²²

关于混淆的概念，可以确定，《反不正当竞争法》中的“混淆”包括实际混淆和混淆的可能性。当被控不公平行为有可能造成误解，导致人们认为不同企业经营者的产品之间存在特定的联系时，就达到了证明标准。⁵²³修订后的《反不正当竞争法》中对“混淆”的这种解释与商标法中的解释相似。

实践中，涉及企业名称与商标权冲突的案件很多，中国倾向于根据《商标法》解决这一问题。⁵²⁴根据《商标法》（2019 年）第五十八条规定，任何单位在其企业名称中使用他人的注册商标或者未注册的驰名商标作为商号，误导公众，构成不正当竞争的，按照《反不正当竞争法》处理。此外，《企业名称登记管理规定》（2020 年修订）也规定，利用企业名称进行不正当竞争或者其他行为的，应当依照有关法律、行政法规的规定处理。⁵²⁵然而，《反不正当竞争法》第六条第二项只涉及到未经授权使用其他企业名称的行为。因此，在实践中，应该适用哪一部法律来处理商号侵权的问题还没有定论。最新的《反法解释》草案在这方面规定，可以采用《反不正当竞争法》第六条第 4 项来解决这种冲突。⁵²⁶

3.2 诋毁和贬损

《反不正当竞争法》第十一条规定：“经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。”根据“360 诉腾讯案”的判决，第十一条明确了即使传播的信息是真实的，也可能损害竞争对手的商业信誉或产品声誉。⁵²⁷真实但有误导性的信息可能与歪曲真实情况一样有害。核心问题是，企业经营者的诋毁行为是否足以导致相关消费者差评其竞争对手的企业或产品。⁵²⁸

诋毁和贬损（中国称“商业诽谤”）的规范性要素，通过更多的案例得到了澄清。在“宁波中源信息科技有限公司诉宁波中晟信息科技有限公司案”中，法院认为被告不公平地诋毁了原告，尽管虚假信息只是以一对一的方式发送给一个人。⁵²⁹在“黄骅市恒泰水产养殖有限公司诉潍坊安景水产开发有限公司案”中，法院认为企业经营者对竞争对手的评论必须有合法的目的，评论必须客观、真实、公正、中立，不得误导公众，不得损害他人的商誉，并善尽谨慎注意义务。⁵³⁰在发送律师函或侵权警告函时，经营者不能超越权利行使的界限，减损竞争对手的商誉。⁵³¹然而，原告和被告之间是否需要

⁵²¹ 《反法解释》草案第七条。

⁵²² 根据《反法解释》草案第十五条的规定，在不同地域使用相同或类似的具有一定影响的标志，如果后来者能够证明其善意，则不构成不正当竞争。

⁵²³ 中国平安保险（集团）股份有限公司诉深圳亿民平安国际大酒店有限公司，见广东省高级人民法院（2019）粤民终字 1853 号。

⁵²⁴ 见原法官苏志甫提供的综述，“与他人企业名称、注册商标双重近似时的侵权认定规则，”《人民司法》2016 年第（26）期，第 96-100 页。

⁵²⁵ 《中华人民共和国刑法》第二十二条。

⁵²⁶ 《反法解释》草案第十三条。

⁵²⁷ 北京奇虎科技有限公司、奇志软件（北京）有限公司诉腾讯公司，最高人民法院（2013）民三终字第 5 号。在这个案件中，360 公司的软件对用户安装的腾讯软件进行了分析，并警告用户腾讯软件的红色字体存在严重的安全漏洞，并推动用户安装和升级 360 公司的软件以应对安全风险。

⁵²⁸ 陕西白水杜康酒业有限责任公司诉洛阳杜康控股有限公司案，最高人民法院（2017）民申字第 4643 号。

⁵²⁹ 为最高人民法院（2015）民申 3340 号。

⁵³⁰ 广东省高级人民法院（2018）粤民终字第 613 号。

⁵³¹ 上海市高级人民法院认为，尤其当函件的发送对象为产品的销售商、使用者或潜在使用者时，由于受函者对产品是否侵权的判断能力较弱、避险意识较强，容易受到侵权警告的影响从而拒绝交易相关产品，因此发函者应当善尽谨慎注意义务，客观、充分地披露据以判断涉嫌侵权的必要信息，避免误导受函者。见无锡海斯凯尔医学技术有限公司诉上海回波医疗器械技术有限公司，上海市高级人民法院民事判决书（2016）沪民终字 274 号。

有直接和具体的竞争关系来确定商业诋毁，一直存在争议。《反不正当竞争法》似乎采取了肯定的态度，因为《反不正当竞争法》第十一条使用了“竞争对手”一词。然而，一些司法判决否定了具体竞争关系的要求，认为某种类型的非具体竞争关系可能足以确立不正当竞争。⁵³²此外，损害可以是实际发生的，也可以是可能发生的。⁵³³

此外，不是直接编造虚假或误导性信息，而是在互联网上故意传播此类信息，这显然也是有害的。最新的《反法解释》草案规定，经营者传播他人编造的虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉的，构成不正当竞争。⁵³⁴

3.3 误导性标示或言论

《反不正当竞争法》第八条第一款规定：“经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。”为了规范网络市场上普遍存在的虚假用户评价这一突出问题，《反不正当竞争法》第八条第二款明确规定，经营者不得通过组织虚假交易等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。

最新的《反法解释》草案将“引人误解的商业宣传”分为以下四类：一是对商品作片面的宣传或者对比；二是将科学上未定论的观点、现象等当作定论的事实用于商品宣传；三是使用歧义性语言进行商业宣传；四是其他足以引人误解的商业宣传行为。⁵³⁵

值得注意的是，中国的行政机关在防止误导性标示或宣传方面发挥了重要作用。⁵³⁶所以，有关误导性宣传的民事案件数量相对较少。⁵³⁷

4. 其他不正当竞争行为

除了上述针对混淆、诋毁、贬损和误导行为带来的不公平伤害提供保护外，中国还针对商业外观（4.1）和其他盗用行为（4.2）提供保护。此外，2019 年修订的《反不正当竞争法》和 2020 年的司法解释对加强商业秘密的保护作出了详细规定（4.3）。该法还增加了一个“互联网专条”，以规范特别是发生在网络市场的不正当竞争行为（4.4）。根据全国人民代表大会常务委员会（“人大常委会”）发布的 2020 年执法检查报告，中国的不正当竞争行为主要包括以下几个方面：假冒和混淆（41.3%），虚假宣传（18.8%），以及侵犯商业秘密（17.7%）。⁵³⁸

4.1 商业外观的保护

尽管中国的《反不正当竞争法》没有明确涉及“盲目模仿”，但《反不正当竞争法》第六条第一项对具有“一定影响”的商业标识提供保护。《反不正当竞争法》将受保护标识的范围扩大到了网站、网页的布局和其他具有一定影响力的标识。

⁵³² 佛山市威特公路养护设备有限公司与南京英达公路养护车制造有限公司商业诋毁纠纷案，见江苏省高级人民法院（2011）苏知民终字第 0112 号。

⁵³³ 同上。

⁵³⁴ 《反法解释》草案第二十一条。

⁵³⁵ 《反法解释》草案第十八条。

⁵³⁶ 截至 2021 年 8 月 15 日，可以在 <https://law.wkinfo.com.cn/> 查到 2882 项行政处罚决定。

⁵³⁷ 截至 2021 年 8 月 15 日，在 <https://wenshu.court.gov.cn/> 只能查到 314 个民事案件，包括一审和二审。

⁵³⁸ 可查阅 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202012/817b260b67384bac8682684c56460c63.shtml>。

在晨光文具案中⁵³⁹，最高人民法院认为，如果某产品的外观已经获得了外观设计专利，并且该产品已经成为知名产品，那么在外设计专利终止后，如果他人使用该设计足以导致相关公众混淆该产品的来源，则构成不正当竞争。最高人民法院还总结了这种情况下的四个保护条件：第一，使用该外观设计的产品成为知名商品；第二，该外观设计具有区分商品来源的功能，因此可以作为知名商品的独特包装或装饰；第三，该外观设计既不是由产品本身的性质决定的，也不是为了达到某种技术效果或赋予产品实质性价值所必需的；第四，他人使用该外观设计会引起相关公众的混淆或误解。在目前的《商标法》中，第一个条件“知名”已经放宽了；只要有争议的标识具有“一定的影响”就可以了。⁵⁴⁰

最新的《反法解释》草案对商业外观的保护作出了更详细的规定，包括包装和装潢的显著性和市场知名度要求⁵⁴¹，以及《反不正当竞争法》不提供保护的情形。⁵⁴²此外，草案还规定，由经营者营业场所的装饰、营业用具的式样、营业人员的服饰等构成的具有独特风格的整体营业形象，可以构成《反不正当竞争法》第六条第一项意义上的相关“装潢”。⁵⁴³

4.2 有奖销售中的商业贿赂和非法行为

《反不正当竞争法》第七条第一款禁止商业贿赂，包括任何通过行使权力或影响力，来影响特定交易的组织或个人。⁵⁴⁴但只要这些行为被如实入账，交易各方秘密支付和接受折扣就不再被推定为构成商业贿赂。⁵⁴⁵关于有奖销售，2017 年修订的《反不正当竞争法》提高了最高奖的金额，明确了禁止经营者有奖销售的一些行为。⁵⁴⁶

值得一提的是，一些学者认为，《反不正当竞争法》中关于商业贿赂的规定可能会造成不必要的执法重叠，因为《刑法》中对商业贿赂有明确规定。然而，并不是所有由《反不正当竞争法》规范的商业贿赂都构成犯罪，《反不正当竞争法》的重点是这些行为是否会扭曲公平竞争。⁵⁴⁷

4.3 保护商业秘密

在中国，对商业秘密的保护近年来已经有了很大的改善。⁵⁴⁸根据《反不正当竞争法》第九条第四款的规定，相关信息必须满足三个条件才能成为商业秘密：（一）必须不为公众所知（保密要求）；

⁵³⁹ 上海中韩晨光文具股份有限公司、宁波微亚达制笔有限公司诉等不正当竞争纠纷案，见最高人民法院（2010）民提字第 16 号。

⁵⁴⁰ 例如，在“路虎诉陆风”案中，法院认为，路虎揽胜极光车的造型和装饰意义重大，与捷豹路虎建立了稳定的市场联系，路虎揽胜极光车的造型和装饰在中国取得了一定的知名度和影响力。案号为北京知识产权法院（2019）京 73 民终第 2033 号。

⁵⁴¹ 《反法解释》草案第四条。

⁵⁴² 《反法解释》草案第八条规定：“由经营者营业场所的装饰、营业用具的式样、营业人员的服饰等构成的具有独特风格的整体营业形象，人民法院可以认定为反不正当竞争法第六条第一项规定的‘装潢’。”

⁵⁴³ 《反法解释》草案第六条。

⁵⁴⁴ 《反不正当竞争法》（2017 和 2019）第七条第一款规定：“经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势：（一）交易相对方的工作人员；（二）受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；（三）利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。”

⁵⁴⁵ 《反不正当竞争法》（2017 和 2019）第七条第二款。

⁵⁴⁶ 《反不正当竞争法》（2017 和 2019）第十条。

⁵⁴⁷ 宁立志：“反不正当竞争法修订中的得与失”，《法商研究》2018，104（123）。

⁵⁴⁸ 见 Xiuqin Lin, “Trade Secret Law in China”, in: Kung-Chung Liu, Reto Hilty (eds.), Trade Secret Protection: Asia at a Crossroads, Kluwer Law International 2021, Chapter 3.

(二) 必须具有商业价值(价值要求); 以及(三) 必须是权利人采取保密措施的对象(相应措施要求)。⁵⁴⁹ 经过 2017 年的修订,《反不正当竞争法》现在主要规定了四种侵犯商业秘密的类型。⁵⁵⁰

随后,为了解决权利人的举证困难,中国在 2019 年修订了《反不正当竞争法》,并在第三十二条规定了举证责任转移。如果权利人提供初步证据证明其所主张的商业秘密采取了保密措施,并合理地表明该商业秘密已遭受侵犯,则被控侵权人应证明权利人所主张的商业秘密不属于《反不正当竞争法》所定义的商业秘密。在“*嘉兴市中华化工有限公司等诉王国军等案*”⁵⁵¹中,最高人民法院认为,由于被告拒绝提交侵权产品的销售量等证据,也没有提供自己独立研发的有效证据,因此被告的行为构成了举证妨碍和不诚信诉讼。此外,根据第三十二条第二款的规定,商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密遭受侵犯,且提供法律规定证据之一的,被控侵权人应反过来证明不存在这种侵权行为。⁵⁵²

最高人民法院 2020 年公布的《商业秘密解释》,对商业秘密的保护作出了更详细的规定,并可能改善审判实践。首先,该解释明确规定结构、原料、样式、算法和数据等信息可以被认定为新型商业秘密。⁵⁵³ 其次,该解释加强了对商业秘密保护的执法力度。⁵⁵⁴ 此外,《反不正当竞争法》第十七条第四款对恶意侵犯商业秘密的行为规定了惩罚性赔偿。⁵⁵⁵

4.4 互联网条款

作为最大的电子商务经济体之一,中国遇到了各种涉及互联网的不正当竞争行为。经过“360 诉腾讯案”和其他有影响的案件,中国在 2017 年修订《反不正当竞争法》时引入了专门的“互联网条款”。⁵⁵⁶ 第十二条第二款规定了三种具体的不正当竞争行为和一个兜底条款。⁵⁵⁷

⁵⁴⁹ 林,同上,第 120 段,第 120 页。

⁵⁵⁰ 《反不正当竞争法》(2017 和 2019)第九条第一款规定:“经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为:(一)以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;(二)披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密;(三)违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密;(四)教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。”此外,根据《反不正当竞争法》第 9 条第三款,第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第一款所列违法行为,仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的,视为侵犯商业秘密。

⁵⁵¹ 嘉兴市中华化工有限责任公司等与王国军等侵害技术秘密纠纷上诉案,案号为(2020)最高法知民终 1667 号。

⁵⁵² 《反不正当竞争法》(2019)第三十二条第二款规定了以下三个条件:(一)有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密,且其使用的信息与该商业秘密实质上相同;(二)有证据表明商业秘密已经被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险;(三)有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。

⁵⁵³ 商业秘密司法解释第一条规定:“与技术有关的结构、原料、组分、配方、材料、样品、样式、植物新品种繁殖材料、工艺、方法或其步骤、算法、数据、计算机程序及其有关文档等信息,人民法院可以认定构成反不正当竞争法第九条第四款所称的技术信息。与经营活动有关的创意、管理、销售、财务、计划、样本、招投标材料、客户信息、数据等信息,人民法院可以认定构成反不正当竞争法第九条第四款所称的经营信息。前款所称的客户信息,包括客户的名称、地址、联系方式以及交易习惯、意向、内容等信息。”

⁵⁵⁴ 例如,《商业秘密司法解释》第十五条规定:“被申请人试图或者已经以不正当手段获取、披露、使用或者允许他人使用权利人所主张的商业秘密,不采取行为保全措施会使判决难以执行或者造成当事人其他损害,或者将会使权利人的合法权益受到难以弥补的损害的,人民法院可以依法裁定采取行为保全措施。前款规定的情形属于民事诉讼法第一百条、第一百零一条所称情况紧急的,人民法院应当在四十八小时内作出裁定。”

⁵⁵⁵ 《反不正当竞争法》(2017 和 2019)第十七条第四款规定:“经营者违反本法第六条、第九条规定,权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的,由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿。”

⁵⁵⁶ 涉及互联网的不正当竞争行为大致可分为两类:一类是传统的不正当竞争行为在互联网领域的延伸,另一类是网络领域特有的利用技术手段实施的不正当竞争行为。而“互联网条款”主要针对的是后者。

⁵⁵⁷ 《反不正当竞争法》(2017 和 2019)第十二条第二款规定“经营者不得利用技术手段,通过影响用户选择或者其他方式,实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为:(一)未经其他经营者同意,在其合法提供的网络产品或者服务中,插入链接、强制进行目标跳转;(二)误导、欺骗、强迫用户修改、关

然而，由于规范缺乏抽象性和互联网的快速发展，互联网条款的影响相当有限，大多数新型不正当竞争行为的受害者不得不根据《反不正当竞争法》第二条的“一般条款”寻求救济。⁵⁵⁸另外，一些法院已经转向《反不正当竞争法》第十二条第二款第（四）项。⁵⁵⁹最新的《反法解释》草案规定了《反不正当竞争法》第十二条第二款第（四）项规定的不正当竞争行为的五个认定条件，即（一）经营者利用网络技术实施；（二）违背其他经营者意愿，导致其依法提供的网络产品或者服务不能正常运行；（三）违背诚实信用原则和商业道德；（四）扰乱市场竞争秩序，损害消费者合法权益；（五）无正当理由。⁵⁶⁰此外，草案还对近年来频发的涉大数据不正当行为进行了规定和指引。根据征求意见稿，经营者在使用他人从用户处获得的数据时，需要再次征得用户同意，在不损害市场公平竞争秩序和消费者合法权益的前提下，合法、适当地使用其他经营者控制的数据。⁵⁶¹

最近，国家市场监管总局公布了《禁止网络不正当竞争行为规定》（征求意见稿），其中对互联网上新的不正当竞争行为表现形式进行了总结和列举。⁵⁶²例如，建议对虚假交易、广告屏蔽、强制选择某种销售平台⁵⁶³、数据抓取、数据歧视⁵⁶⁴等新型不正当竞争行为进行规范。

虽然该草案主要是作为行政执法的依据而设计的，但它很可能会影响互联网上的商业运作，并作为司法案件的重要参考。

J. 印度*

1. 立法框架

与其他普通法辖区一样，印度缺乏一部统一的法律来禁止不正当竞争。印度既没有单一的立法参照，也没有独立的不正当竞争侵权行为。然而，在印度的合同法、侵权法和刑法以及知识产权立法中，都有关于防止不公平行为的内容。⁵⁶⁵在本报告中，如果将这些广泛的领域包括在内，就会显得过于宽泛，将包括反托拉斯（竞争）法、食品标签条例、电信和消费者保护法等。相反，本报告的重点将放在商人或其他商业方通过提出不正当竞争主张，保护无形利益的法律选择上，作为知识产权法的补充。

“不正当竞争”是在特定的立法背景下，作为一个独特概念提及的。有一个例子涉及椰子纤维委员会的职责：宣传用椰子壳制成的绳索、纤维和纱线，促进此类产品的销售并防止“不正当竞争”。⁵⁶⁶另一个例子是中央政府有权监管报纸的价格和版面，以确保出版商之间有一个公平的竞争环

闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；（三）恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；（四）其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。”

⁵⁵⁸ 刁云芸，“商事领域中反不正当竞争法互联网专条的适用困境及出路”，《法学杂志》2021年第132-140期。

⁵⁵⁹ 第十二条第二款第（四）项被适用于最高人民法院2021年5月31日公布的十个典型互联网案例中的两个。在一起案件中，法院提出了判断是否构成互联网不正当竞争四个因素：一是双方是否存在竞争关系；二是被告的行为是否妨碍或破坏了其他经营者合法提供的网络产品或服务的正常经营；三是被告是否扰乱了市场竞争秩序，损害了其他经营者的合法权益或消费者权益；四是被告是否违反了自愿、平等、公平、诚实信用和商业道德原则。

⁵⁶⁰ 《反法解释》草案第25条。

⁵⁶¹ 《反法解释》草案第26条。

⁵⁶² 可查阅 http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zlk/202108/t20210817_434868.html。

⁵⁶³ 这个问题主要发生在互联网电商领域，是指某一平台行使权力，强迫商家只在自己的平台上销售商品，以阻止不同平台的竞争的情况。

⁵⁶⁴ 这种情况主要是指平台通过大数据算法对不同消费者进行价格歧视。

* Dev Saif Gangjee 先生，联合王国牛津大学法学院教授，印度德里国家法律大学客座教授。

⁵⁶⁵ 有关综述，见 R-Mittal, 'India' in F Henning-Bodewig (ed), *International Handbook on Unfair Competition Law* (Beck/Hart/Nomos, 2013), 285。

⁵⁶⁶ 1953年《椰树工业法》第10(1)(f)条，1953年第45号法。

境，并防止“不正当竞争”。⁵⁶⁷最相关的规定可能是在地理标志保护方面：侵犯地理标志的行为包括“以构成不正当竞争行为的方式”未经授权使用注册地理标志，“包括假冒注册地理标志”。⁵⁶⁸对这一条款的解释采用了第 10 条之二第(2)款的语言：该款适用于“任何违反工商事务中的诚信行为的竞争行为”。至少有一家法院将此解释为：如果诉讼当事人之间没有直接的竞争关系，就不可能出现假冒行为，因为任何虚假表示都是不可能的。⁵⁶⁹比如，一家豪华酒店经营“大吉岭休息室”，而印度茶叶委员会——大吉岭地理标志的权利人——提出异议，在此情况下，法院认为前者的使用是地理上的描述，用来指印度东部著名的避暑山庄，用于一种不同的产品（一个为酒店客人提供的休息室服务，一个是销售高品质的茶叶），因此不属于不正当竞争。⁵⁷⁰这也清楚地表明，不正当竞争是一个属，而假冒是一个种（见下文 3.1 节）。此外，印度的商标立法明确地保留了对“未注册”的商标提出假冒诉讼的权利。⁵⁷¹

2. 工商事务中的诚信行为

作为《巴黎公约》的签署国，印度承诺根据第 10 条之二第(2)款维护“工商事务中的诚信行为”。⁵⁷²然而，印度的做法与其他普通法辖区一样，没有单一的立法参照或不正当竞争侵权行为。相反，印度混合采用成文法规定和普通法侵权行为的方法来满足其国际义务。

假冒侵权诉讼是印度最常用的防止不正当竞争的形式。正如德里高等法院所指出的，打击假冒行为“旨在保护商人免受不正当竞争的影响，这种不正当竞争包括通过虚假和误导性的手段，为自己获得对手商人已经取得的声誉的利益。被告试图通过将自己的商品冒充为原告的商品来获得这种利益”。⁵⁷³尽管有这种狭义的表述，在知识产权诉讼中，人们可能会经常遇到不正当竞争这一概括性诉讼主张，就如同它是印度法律中公认的独立主张依据。例如，当被告销售的产品的设计与原告的生活和家居装饰产品相似时，原告会声称被告“直接参与了假冒、不正当竞争和淡化的非法行为”。⁵⁷⁴或者举一个更近的例子：“提起诉讼的目的是寻求一个永久禁令，以限制商标侵权、假冒、贬损、淡化和污蔑、盗用商标、不正当竞争，勒令交出账目、赔偿损害并交出侵权商品等。”⁵⁷⁵

由于假冒行为受到虚假表示要件的限制，原告似乎在要求印度法院承认纯粹的盗用或搭便车。然而，德里高等法院在涉及时间敏感信息或“热点新闻”的纠纷中，明确拒绝了创造新的盗用侵权行为的请求。⁵⁷⁶被告就法院禁止传播板球比赛信息的临时禁令提出的上诉取得成功。本案中，作为一种付费服务，被告以短信的形式提供逐球比分更新，但事先没有得到拥有比赛独家广播权的原告的许可。法院的结论是，（事实性）体育比分不存在产权，承认这种权利将推翻版权法，因为版权法不保护事

⁵⁶⁷ 《报纸（价格和版面）法》第 3(1)条，1956 年，1956 年第 45 号法；1961 年通过后续立法延长。

⁵⁶⁸ 《商品地理标志（注册和保护）法》第 22(1)(b)条，1999 年第 48 号法。

⁵⁶⁹ *Tea Board India v. ITC Ltd.*, 2011(5)CHN 1 (Calcutta HC).

⁵⁷⁰ *Tea Board India v. ITC Ltd.*, 2011(5)CHN 1; 随后的尝试也没有成功：*Tea Board, India vs. ITC Limited*, 04 February 2019, (Calcutta HC).

⁵⁷¹ 《商标法》1999 第 27(2)条，1999 年第 47 号法。

⁵⁷² 印度于 1998 年 9 月 7 日加入，从 1998 年 12 月 7 日起生效。可查阅

https://www.wipo.int/treaties/en/notifications/paris/treaty_paris_188.html。

⁵⁷³ *B.K. Engineering Co. vs Ubhi Enterprises* AIR 1985 Delhi 210, 见[13](Avadh Behari, J)。

⁵⁷⁴ *Eicher Goodearth Pvt Ltd vs Krishna Mehta & Ors*, 2015 年 6 月 29 日（德里高等法院），at [3b]。

⁵⁷⁵ *Cerveceria Modelo Demexico v. The Origin Ventures & Ors*, 2021 年 9 月 30 日（德里高等法院），at [2]。

⁵⁷⁶ *Akuate Internet Services Pvt. Ltd. and Ors. v Star India Pvt. Ltd. and Ors* 2013 3(1)MIPR。另见 *Claudio De Simone and Ors. v. Actial Farmaceutica SRL. and Ors*, 2020 年 3 月 17 日，（德里高等法院）（当专利到期且因信息已进入公共领域而不适用商业保密保护时，不能再以保护信息为名提出不正当竞争主张）。

实；承认这种权利还会抑制宪法权利，特别是表达和信息传播的自由。因此，尽管诉讼人主张更广泛的“不正当竞争”，但印度法院倾向于在假冒的范畴内分析这种主张。

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

关于第 10 条之二第 (3) 款例举的具体行为，印度法律明确规定了防止混淆 (3.1)、诋毁和贬损 (3.2) 以及误导行为 (3.3) 的选项。以下调查不包括知识产权，如商标法 (防止其他形式的混淆) 和工业设计或版权法 (防止特定类型的模仿或盗用)。⁵⁷⁷

3.1 引起混淆

假冒侵权诉讼是对第 10 条之二第 (3) 款规定义务即禁止“具有造成混淆性质的行为”的主要回应。假冒侵权遵循联合王国法律在这方面的总体轮廓。⁵⁷⁸该侵权行为所依据的原则是：“一个人不得把自己的货物当作别人的货物来销售。”⁵⁷⁹印度最高法院曾多次明确承认这一侵权行为的普通法渊源。例如，最高法院认为“假冒理论是一种普通法的救济措施，据此可以防止一个人试图通过假冒他人的商品来欺骗公众，从而错误地利用他人的声誉和商誉”。⁵⁸⁰认定标准如下：

假冒诉讼取决于以下原则：任何人都无权将自己的货物说成是他人的货物。……现代假冒行为有五个要素，即 (1) 商人在贸易过程中，(2) 作出虚假表示，(3) 受众为潜在客户或其货物或服务的最终消费者，(4) 旨在损害另一商人的业务或商誉 (这是一个可以合理预见的后果)，(5) 对提起诉讼的商人的业务或商誉造成或 (在预防性诉讼中) 可能造成实际损害。⁵⁸¹

最高法院还提到了大家比较熟悉的“商誉、虚假表示和损害”这一“经典三位一体”认定标准。⁵⁸²尽管存在注册商标的成文法制度，但假冒行为仍然是一个独立的诉讼事由。⁵⁸³然而，商标法确实提供了程序规则和救济措施。几十年来，印度法院在这一领域形成了大量的判例。从历史上看，侵权行为的三个要件是相互关联的，⁵⁸⁴这些累积性标准在传统上起到了构建和限制假冒行为的作用。诉讼主张的核心是，从普通消费者的角度来看，被告使用相同或类似的标志，误导性地将其产品冒充成原告的产品。这些标志 (通常是商标，但也延伸到商业外观或包装) 必须作为商誉的标志获得显著性。印度最高法院推翻了一系列下级法院的判决，这些判决认为，在没有顾客和商誉的情况下，只要具备跨国界的声誉就够了。⁵⁸⁵但最高法院认为，商誉是有地域性的，需要印度境内的客户。因此，在相关时间内如果在印度市场上没有商业存在和实际销售，仅仅证明人们听说过丰田普锐斯混合动力汽车，并不足以主张假冒行为。⁵⁸⁶

⁵⁷⁷ 分别参见《商标法 1999》；《外观设计法 2000》，2000 年第 16 号法；《版权法 1957》，1957 年第 14 号法。

⁵⁷⁸ 见 Gangjee, Report on the United Kingdom, P. 3.1。

⁵⁷⁹ N. R. Dongre v. Whirlpool Corporation (1996)5 SCC 714 (维持了下级法院的判决)。

⁵⁸⁰ Ramdev Food Prod.Pvt. Ltd. v. Arvindbhai Rambhai Patel & Ors AIR 2006 SC 3304, at [50].

⁵⁸¹ Cadila Healthcare Ltd. v. Cadila Pharm.Ltd AIR 2001 SC 1952, at [10].

⁵⁸² Satyam Infoway Ltd. v. Sifynet Solutions Pvt Ltd., AIR 2004 SC 3540, at [13]-[15].

⁵⁸³ RK Patel & Co. & Ors. v. Shri Rajdhar Kalu Patil & Ors., 2007 Bom LR 739, at [22].

⁵⁸⁴ 见 P Naryanan, Law of Trade Marks & Passing Off (Eastern Law House, 2018)第 25 章; KC Kailasam (主编), Venkateswaran on Trade Marks and Passing Off, 6th ed (Lexis Nexis 2015)1044-1060。

⁵⁸⁵ 2017 年 12 月 14 日, Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha v Prius Auto Industries Ltd & Ors, 14 December 2017 (SC)。

⁵⁸⁶ 2017 年 12 月 14 日, Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha v Prius Auto Industries Ltd & Ors (SC)。

3.2 诋毁和贬损

评估一个商人对另一个商人的贬低或贬损时，依据的是“恶意或伤害性撒谎（malicious or injurious falsehood）”这一侵权行为，后者也称为贬低（disparagement）。⁵⁸⁷联合王国的法院一直不愿意认定恶意，即与不诚实动机有关的心理因素，而印度法院近年来已经降低了这一侵权行为的门槛。⁵⁸⁸该侵权行为经常用于比较性广告，即一个商人声称自己的产品更好，并直接或间接地暗示竞争对手的产品在某些方面不好。在这种情况下，竞争对手产品之间的明显对比使得产地混淆站不住脚，因此需要指控假冒。在联合王国，恶意撒谎有更高的门槛要求——原告的产品必须被具体指明，必须存在客观的虚假陈述，必须存在恶意因素，并且需要具备具体的损害（或依靠法定推定）。⁵⁸⁹相比之下，在印度，对于贬低行为，即说原告的产品在某种程度上是劣质的（例如，说原告的漂白剂不如被告的洗得净，或者说原告的饮料没有营养），就足以引发诉讼。法院不再要求原告证明被告的声明是不真实的，是出于恶意的，并导致了实际或具体的损害。⁵⁹⁰法院也认可概括性贬低的概念，即被告将整个类别的竞争对手产品说成一钱不值，而不需要指明具体的竞争者。⁵⁹¹英格兰法院历史上一直认为商人的“吹嘘”或夸大（这被理解为意见陈述而不是事实）是可以接受的，包括夸自己的优点，指出竞争者的缺点。然而，印度法院认为吹嘘本身是不可取的。这在多大程度上与商业表达自由和竞争自由相一致，受到了人们的质疑。⁵⁹²

3.3 误导性标示或言论

关于商家自身产品的误导性陈述，主要由 2019 年《消费者保护法》监管。⁵⁹³这一制度规范了不公平的合同条款以及不公平的贸易行为。后者被定义为“为促进任何商品的销售、使用或供应，或为提供任何服务，而采取任何不公平的方法或不公平或欺骗性的做法的商业行为”，⁵⁹⁴包括与商品的标准、质量、数量、等级、成分、风格或型号有关的虚假表示；谎称商品有赞助、得到批准或有某种附属关系；以及对销售价格的重大误导。法律也单独承认误导性和虚假广告。⁵⁹⁵新成立的中央消费者保护局被授权监管、调查和裁决消费案件。可以提出投诉的人包括个人消费者、提出集体或代表性诉讼的个人消费者、消费者协会和政府。⁵⁹⁶新立法的目的是通过允许电子申请、鼓励调解、取消对小额主张的收费要求、实施更严格的处罚以及监管通过电子商务进行的商品销售来加强消费者权益。⁵⁹⁷

⁵⁸⁷ Colgate-Palmolive v. Anchor (2004)40 PTC 653 (Madras HC), at [25].

⁵⁸⁸ A. Banerjee, 'Comparative advertising and the tort of generic disparagement' (2010)5 (11) JIPLP 791.

⁵⁸⁹ 见 Gangjee, Report on the United Kingdom, P.3.2.

⁵⁹⁰ Reckitt Colman v Ramachandran (1999)19 PTC 741; Pepsi v Coca Cola (2003)27 PTC 305; Dabur India Ltd v. Colortek Meghalaya Pvt. Ltd (2010)167 DLT 278 (Delhi DB); Reckitt Benckiser v Hindustan Unilever Ltd, 2021 年 7 月 30 日（德里高等法院）。

⁵⁹¹ Dabur v. Emami (2004)29 PTC 1; Dabur v. Colgate-Palmolive (2005) AIR Delhi 102.

⁵⁹² A. Banerjee, 'Comparative advertising and the tort of generic disparagement' (2010)5 (11) JIPLP 791.

⁵⁹³ 2019 年第 35 号法，取代了《1986 年消费者保护法》。

⁵⁹⁴ 《2019 年消费者保护法》第 2(47)条。

⁵⁹⁵ 《2019 年消费者保护法》第 2(28)条。

⁵⁹⁶ 《2019 年消费者保护法》第 35 条。

⁵⁹⁷ 见 <https://consumeraffairs.nic.in/acts-and-rules/consumer-protection>. See also N Chawla and B Kumar, 'E-Commerce and Consumer Protection in India: The Emerging Trend' (2021)Journal of Business Ethics [即将出版]。

4. 其他不正当竞争行为

在结束本报告时，再讲一下另外两种防止不正当竞争的形式。第一种是对商业秘密和保密信息的保护。⁵⁹⁸商业秘密可以通过合同法规定的保密义务来保护（例如，违反保密协议、雇佣合同、咨询协议中的保密条款）。此外，还可以通过违反信任的衡平法诉讼来独立保护。⁵⁹⁹要想成为秘密或保密信息，信息必须具有必要的保密性，具有商业价值，并且所有者必须作出合理的努力来保持这种保密性。⁶⁰⁰

第二个新兴领域与形象权保护有关。形象权涉及对人格标志的控制，包括一个人的姓名、绰号、相似特征、形象或照片、签名、声音和其他个人特征。原告——通常是名人或知名人士——必须可以从被告的使用中识别出来。⁶⁰¹印度法院仍在探索这项权利的基础，目前看来，权利基础是保护隐私，而不是对个人形象的所有权主张。⁶⁰²

K. 日本和韩国*

1. 立法框架

日本和韩国有专门针对不正当竞争立法：日本《不正当竞争防止法》⁶⁰³、韩国《防止不正当竞争和商业秘密保护法》⁶⁰⁴。两者规定了具体的诉讼事由，并对不公平行为作出了详细的定义。这两部法律都明确地执行了第 10 条之二第(1)款。除了利用不正当竞争法，也可以利用知识产权法，处理不正当竞争同时构成侵犯知识产权（如商标）的行为。《民法》对非法行为的禁止，也可以用来禁止不属于具体类别的不公平行为，这时可援引侵权和不当得利法的诉讼主张。⁶⁰⁵在日本和韩国，不正当竞争立法中的具体诉讼事由已经通过多次的法律修订得到扩展，包括针对技术变革和国际协议的监管回应。因此，法院现在一般都会谨慎地受理基于民法一般条款的主张，特别是如果有相应的反不正当竞争法条款处理有争议的具体行为（见第 3 和 4 节）。

日本和韩国都没有在具体的国家反不正当竞争立法中加入一般性规定。日本的《不正当竞争防止法》只规定了一份穷尽性不正当行为清单，没有一般性条款，几乎没有开放解释的可能性。在 1993 年修订的法律过程中，由于担心法律的不确定性，对引入一般性条款进行了辩论，但没有通过。⁶⁰⁶

⁵⁹⁸ A Kumar and A Mishra, ‘Protecting Trade Secrets in India’ (2015)18 (6)JWIP 335.

⁵⁹⁹ John Richard Brady & Ors v Chemical Process Equipment P Ltd & Anr AIR 1987 Delhi 372; Diljeet Titus v Alfred Adevare & Ors 2006 (32)PTC 609 Del.

⁶⁰⁰ Bombay Dyeing v. Mehar Karan Singh, 2010 年 8 月 24 日（孟买高等法院）。

⁶⁰¹ Titan Industries Ltd v. M/S Ramkumar Jewelers, 2012 年 4 月 26 日（德里高等法院）。

⁶⁰² Krishna Kishore Singh v. Sarla A Saraogi, 2021 年 6 月 10 日（德里高等法院）；见 V. Jhavar, ‘Vempati Ravi Shankar - Facebook Copyright Dispute’ 9 July 2021, at: <https://spicyip.com/2021/07/copyright-infringement-moral-rights-and-posthumous-enforcement-of-celebrity-rights.html>.

* Nari Lee 女士，芬兰赫尔辛基汉肯经济学院教授。

⁶⁰³ 《不正競争防止法》，1993 年第 47 号法，日本所有的法规和译文都可以在可搜索的日本法律数据库中找到：<http://www.japaneselawtranslation.go.jp>（最后访问时间：1.9.2021）

⁶⁰⁴ 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률. 2019 年第 16024 号法。本报告中引用的所有韩国法律和判例法均可在可搜索的韩国法律数据库中查找：<http://www.law.go.kr>（最后访问时间为 2021 年 9 月 1 日）。

⁶⁰⁵ 日本民法，1896 年 4 月 27 日第 89 号法，第 709 条及以下；韩国民法，민법，第 17905 号法，2021 年 1 月 26 日修订，第 750 条及以下。

⁶⁰⁶ 见田村（2003），《不正当竞争防止法》，2 版，Yuhikaku，第 7 页。

韩国《防止不正当竞争和商业秘密保护法》规定了不公平行为的具体清单，包括 2013 年法律修订后产生的针对不公平搭便车行为的概括性诉讼事由（见下文 4.5）。⁶⁰⁷

两国立法中，都明确规定了反不正当竞争的目的。在日本，《不正当竞争防止法》第 1 条中规定，立法目的是“采取措施防止不正当竞争，赔偿不正当竞争造成的损失或损害等，确保企业之间的公平竞争，确保相关国际协议的正确执行，促进国民经济的健康发展”。因此，其目的不仅是保护竞争者和一般的竞争，而且还通过这样做来保护消费者的利益以及作为一个政策问题的公共利益。⁶⁰⁸同样，韩国《反不正当竞争法》第 1 条规定，该法的目的是通过防止不正当竞争的行为，如不公平使用韩国知名的贸易标志，以及通过防止盗用商业秘密的行为，来维护良好的贸易秩序。该法没有更详细地定义什么是“良好的贸易秩序”。尽管如此，似乎可以认为这个概念既包括诚实的商业行为，也包括竞争自由的概念。评论家解释说，不公平行为针对的是企业、竞争对手以及消费者的利益。⁶⁰⁹

由于日本和韩国的不正当竞争法规定了盗用他人成果的诉讼事由，因此不可避免地与保护创造和创新成果的知识产权法有重叠。为了避免双重保护，立法和判例法将知识产权法的保护与反不正当竞争法区分开来。根据日本法律，这个问题可能没有那么尖锐，因为《反不正当竞争法》只适用于第 2 条所列的具体禁止行为。日本的学者认为，《不正当竞争防止法》只规范了四类行为中的某些行为，这四类行为是：减少或消除竞争的行为，不公平地增加需求的行为，模仿或盗用他人成果的行为，以及制造外部低效的行为。⁶¹⁰因此，与其他法律和立法的重叠或交叉可能是不可避免的。例如，产品的形状和配置（见 4.2）不仅可以在反不正当竞争法的基础上享受保护，也可以在专利、实用新型和工业设计注册法下享受保护。这种保护可以从监管的目的和救济措施方面进行区分。⁶¹¹日本《民法》第 709 条规定了针对侵权行为（不公平行为）的保护措施。然而，如果没有基于立法如知识产权法的具体违法行为，法院不愿意适用这一点。⁶¹²《不正当竞争防止法》本身还正式规定说，在法律冲突中要优先考虑知识产权或其他法定规则。因此，对保护基础的确定，似乎要逐案进行。例如，在判例法中逐渐形成了一种方法，即如果商标权与未注册的标志同时被援引，则商标权将优先于未注册的标志。⁶¹³

法院⁶¹⁴似乎也认为，专利或外观设计权利人试图最大限度地保护驰名形状的做法，可能构成民法一般规则意义上的权利滥用，尽管《不正当竞争防止法》中没有具体的法定规则来防止这种情况。⁶¹⁵

韩国《防止不正当竞争和商业秘密保护法》将知识产权法和反不正当竞争法置于相互补充的关系中，明确规定了几部法律的优先权，包括《专利法》《实用新型法》《设计保护法》《商标法》《农渔产品质量管理法》《版权法》《垄断管理和公平交易法》《公平标签和广告法》（AFLA）和《分包

⁶⁰⁷ 然而，法院被认为是谨慎的，仅将此适用于没有相应具体行为，但根据不正当竞争法的目的，该行为被认为明显不公平的情况。例如，见首尔中央地区法院，2014 年 8 月 28 日，Ga Hap 552431 号裁决。

⁶⁰⁸ 田村，《不正当竞争防止法》，第 10 页。

⁶⁰⁹ SJ Jung (2020) 'General: Article 1'，载于 SJ Jung 等编，Commentary on the Unfair Competition Prevention Act, Pakyoungsa, 第 13-16 页。

⁶¹⁰ 田村，《不正当竞争防止法》，第 17-21 页。

⁶¹¹ 例如，《日本商法》，1899 年 3 月 9 日第 48 号法，第 12.1 条规定了反对出于不公正的目的使用相同或类似的注册商业名称的诉讼理由，并在第 12.2 条规定了禁令救济。

⁶¹² 见 Y Tamura (2014) 'Protection of First Mover advantage - regulation against imitation of the product configuration in Japan,' in Lee, Westkamp, Kur, Ohly (主编) Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity at 217。

⁶¹³ 例如，见日本最高法院，1981 年 10 月 12 日，案号 Showa 54(o)145，汇编于 35 Minshu 7，第 1129 页，基于旧《不正当竞争防止法》的第 6 条，该条已不再是《不正当竞争防止法》的一部分。

⁶¹⁴ 例如，日本最高法院 1984 年 5 月 29 日，汇编于 38 Minshu 7 at 920。

⁶¹⁵ 田村，《不正当竞争防止法》，第 233-235 页。

合同公平交易法》。⁶¹⁶然而，韩国法院认为，法定优先权并不排除适用《防止不正当竞争和商业秘密保护法》来限制那些可能被视为不公平的行为，即使这些行为在形式上符合其他法律的规定。例如，按照商标法的注册要求进行的商标注册，如果其目的是为了在他人未注册标志的声誉上搭便车，则仍可能被认定为违反不正当竞争法。⁶¹⁷同样，对与他人产品相似或相同的外观设计的注册也被认定为违反不正当竞争法，尽管该注册是按照《外观设计保护法》规定的注册要求进行的。⁶¹⁸韩国宪法法院确认了这一结果，认为《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 15 条的优先权规则并不意味着只适用一种法律而排除其他。⁶¹⁹然而，首尔高等法院裁定，鉴于保护的目的是，在版权法下被认定为合法和不侵权的行为，在反不正当竞争法下也不应被认定为不公平。⁶²⁰综合来看，判例法表明，第 15 条应该是指只有在法律发生冲突时，其他列举的法律才会被优先考虑，但只要不发生冲突，考虑到法律的目的和受保护法益，反不正当竞争法也可以适用于由特定知识产权立法监管的相同行为。

违反不正当竞争法的行为有民事和刑事救济措施。然而，日本和韩国都将私法（反不正当竞争法）的执行与公法如反垄断、公平贸易和标签立法的执行区分开来。虽然这些法律和立法的动机相似，但为私人提供的救济措施的类型和要求，以及行政机构的参与，使这些诉讼的原因不同。⁶²¹尽管如此，一些重叠是不可避免的。日本的《禁止私人垄断和维护公平贸易法》是一项公法，明确禁止不公平的贸易行为，但允许对违反该法的行为进行私人救济（禁止令）。⁶²²相比之下，韩国的主流意见是，根据《垄断管理和公平贸易法》的现行规则，私人不一定能得到禁令救济。⁶²³

2. 工商事务中的诚信行为

在日本和韩国都没有概括性禁止不正当竞争的规定，这意味着第 10 条之二第 (2) 款工商事务中的诚信行为概念并没有在一般性立法中实施。相反，诚信行为的概念导致了某些形式的行为被特别排除在不正当竞争法的监管之外。

在日本，有一种看法是，只有商业利益受到损害的人才有可能提起不正当竞争诉讼。因此，与商业无关的行为（即不具商业目的的行为）会被认为是诚实的，或者至少是属于《反不正当竞争法》范围之外的行为。此外，还有一些具体的例外情况，说明什么是被禁止的行为，什么是诚实商业行为。⁶²⁴例如，在引起混淆的行为方面（见 3.1），有具体的规则豁免使用通用名称或专属名称，并允许主张先前使用。换句话说，将一个标志作为通用的、普通的名字或者作为自己的名字使用，在没有错误的目的和没有对他人造成损害的情况下，或者在标志广为人知或出名之前作为表明来源的标志使

⁶¹⁶ 《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 15 条

⁶¹⁷ 韩国最高法院 1993 年 1 月 19 日的判决，第 92 Do 2054 号。

⁶¹⁸ 韩国最高法院 2013 年 3 月 14 日的判决，第 2010 Do 15512 号。

⁶¹⁹ 韩国宪法法院 2001 年 9 月 27 日的判决，第 99 Hun Ba 77 号。法院认为，法律并不意味着只有不受商标法保护的标志才能得到《防止不正当竞争和商业秘密保护法》的保护，也不意味着对已注册标志的侵权行为可以排除该法的适用。

⁶²⁰ 例如，首尔高等法院 2014 年 12 月 4 日，2014 Na 2011480 号判决。在一起争议自然景观类似照片版权侵权案中，法院以没有实质性的相似为由不认定版权侵权，并拒绝适用不正当竞争法。同样，在一起涉及游戏规则的案件中，法院裁定，只要不存在版权侵权，模仿游戏的非版权元素就不违反不正当竞争法。见首尔高等法院，2017 年 1 月 12 日，第 2015 Na2063761 号判决。在上诉中，最高法院认定版权侵权，推翻了原判，但没有提及不正当竞争法。见最高法院 2019.6 月 27 日的判决，第 2017 Da212095 号。

⁶²¹ Tamura, *Unfair Competition Law*, 14, 309-411 in Japan.S Choi 'Relation of Unfair Competition Prevention Law and Monopoly Regulation and Fair Trade Act' in Jung eds (2020), *Commentary on the Unfair Competition Prevention Act*, 第 239-251 页。

⁶²² 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（1947 年 4 月 14 日第 54 号法）第 19 条和 24 条。

⁶²³ SH Kwak (2007), 'Antitrust Enforcement and Injunctive Relief', 56 *Korean Lawyer's Association Journal* 4 at 80-145.

⁶²⁴ 《不正当竞争防止法》第 19 条。

用，或者由继承企业的人在没有错误目的的情况下使用，都可以得到豁免。日本的反不正当竞争法还规定了禁止盲目模仿、非法使用商业秘密和数据盗用以及规避技术保护措施的保护（见第 4 节）。然而，无论这些保护形式如何，对于商品、商业秘密和数据，都允许善意使用（即在不知情和严重疏忽的情况下使用）。至于技术保护措施，法律允许为研究和测试目的使用。这些具体的例外情况似乎意味着，除其他因素外，使用的非商业目的，以及在不知情、没有严重疏忽和有害意图的情况下进行的善意竞争，可被视为日本法律中商业诚信概念的一部分。

在韩国《防止不正当竞争和商业秘密保护法》中，非商业行为被认为是合法的。该法在几个具体地方明确了这一点。⁶²⁵此外，法院在规定反不正当竞争法的目的（见第 1 节）和细化概括性禁止不公平搭便车行为中的具体行为（见第 4.5 节）时，确实提到了公平贸易行为，以平衡特定情况下的不同利益。例如，根据《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1(c) 条以及《执行令》第 1-2 条，出于非商业目的使用知名标志被认为是合法的。⁶²⁶根据第 2.1(c) 条进行非商业性使用评估时，需要对该行为是否为使用者带来任何商业利益以及使用的目的进行事实判断。⁶²⁷此外，在新闻报道或评论中，允许使用知名标志。只要使用符合“公平商业交易的标准做法”，也允许在没有不正当目的的情况下事先和持续使用。在这种情况下，提及公平商业交易的标准做法被视为对公平使用概念的采纳。⁶²⁸《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 13 条还规定了一个善意的例外，即在有限的范围内，允许使用或披露通过交易合法获得的商业秘密。这一规定受到了学者的批评，例如，一个善意销售盲目模仿商品交易者仍然可能会受到基于《防止不正当竞争和商业秘密保护法》的指控。⁶²⁹

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

在日本和韩国，各自的反不正当竞争法第 2 条包含了对不正当竞争的定义，并列出了具体的不公平经济行为。商业利益受到或可能受到所列行为侵害的人，有权寻求禁止令和补偿性赔偿。由于诉讼事由仅限于商业利益受到影响的商人，消费者和消费者利益团体被排除在外。⁶³⁰在日本和韩国，引起混淆的行为（第 3.1 节）、在贸易过程中诋毁和贬损竞争对手的行为（第 3.2 节）以及误导行为（第 3.3 节）都被列入不正当竞争行为的定义。这两个国家还实施了《巴黎公约》第 6 条之七，禁止未经代理人或代表人授权注册标志，把此种注册视为不正当竞争的一种具体形式。正如第 4 节所述，也有其他情形可援引禁止不正当竞争行为规定。根据反不正当竞争法，名誉标志受到保护，不被淡化。盲目模仿和盗用商业秘密也被定义为不正当竞争。

3.1 引起混淆

根据《不正当竞争防止法》第 2.1. i 条和《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1. a 和 b 条，禁止通过使用他人知名标志或商业标识引起混淆的行为。这种针对所谓的“产品或商业标识混淆”的

⁶²⁵ 《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1. (c) 条和《防止不正当竞争和商业秘密保护法实施法令》第 1-2 条 [施行日期：2019 年 1 月 1 日][总统令第 29421 号，2018 年 12 月 24 日，根据其他法律修正]

⁶²⁶ 《防止不正当竞争和商业秘密保护法的实施令》 [施行日期：2019 年 1 月 1 日][总统令第 29421 号，2018 年 12 月 24 日，根据其他法律修正]。

⁶²⁷ JS Song (2006) Interpretation and Application of Trademark Dilution Theory. PhD Thesis, Seoul National University. http://www.clt.re.kr/V1/data/file/Thesis/200602_D_Song%20Jae%20Sup.pdf, 第 230 页

⁶²⁸ 见 JS Song (2020), 'Article 2.1. (c)' 载于 Jung (主编), Commentary on the Unfair Competition Prevention Act, 第 53-54 页。

⁶²⁹ 见 JY Choi and KH Lee (2019), Unfair Competition Law, 3rd edition. Jinwonsa at 21. 另见 SY Moon (2020) 'Article 2.1 (k)' in Jung, Commentary on the Unfair Competition Prevention Act, 第 238 页。

⁶³⁰ 见 KJ Paek (2020), 'Article 2.2 Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Business', 载于 Jung, Commentary on the Unfair Competition Prevention Act, 400-401. 在日本，见 Tamura, Unfair Competition Law, 第 7-8 页。

保护与《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款第 1 项一致。从这些立法中可以推断出，认定混淆必须满足三个要求，即：(1)所使用的标志或标识应该是相同或相似的；(2)相关标志或标识应该是知名的；⁶³¹(3)应该有混淆现象。根据这一监管方案，只要不使用他人的产品或商号标识来表示广告商自己的产品或商号，就允许比较性广告。⁶³²

在这两个国家，对什么构成商业标志标识或受保护产品或服务标志的解释是广泛的。不正当竞争立法包括了一个可能构成相关标志或标识的非穷尽列举清单，其中包括开展业务的方法以及产品的形状和外观，只要这些可以作为商业来源的标识。⁶³³《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1.b 条进一步阐述了“任何其他商业标示”的概念，并明确地将保护范围扩大到经营方法和商店装潢上。因此，该法把禁止使用他人商业外观的判例法纳入了法律。⁶³⁴在一个关于模仿歌手外貌的案件中，韩国最高法院裁定，一个名字可以是一个标志，从而享有保护，而歌手的外貌不能被视为有资格获得保护以防止模仿的标示。⁶³⁵然而，根据《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1.k 条的规定，这一点现在可以得到保护（见第 4.4 节）。

引起混淆被理解是指造成混淆可能性的行为，而不要求实际混淆。⁶³⁶混淆被理解为一个广泛的概念，包括如果使用类似的标志，可造成不同类型的商品或服务之间的关联和从属关系的混淆。⁶³⁷韩国最高法院裁定，在适用《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1.c 条规定的主张时，只要标识相似，商品或服务就可以是不同的。⁶³⁸日本最高法院甚至走得更远，认为考虑到奢侈品品牌的声誉和时尚界的多元化趋势，不同的企业，即一家当地的酒吧和法国奢侈品品牌香奈儿之间存在着混淆的可能性。⁶³⁹

标识之间的相似性概念与商标法中使用的概念相一致，要求根据交易的背景进行整体比较。⁶⁴⁰“知名”或“驰名”的概念需要作一些澄清。日本法律特别要求一个标志在消费者中被广泛知晓。因此，它为保护国外知名的标识留下了可能性。⁶⁴¹在韩国，《防止不正当竞争和商业秘密保护法》明确地将评估的地域范围限制在韩国境内知名的标识。最高法院认为，消费者或竞争者之间必须存在相关的知识。⁶⁴²在日本，“知名”的门槛被认为很低，以至于可以说，只要存在因使用类似标识而产生的混淆，“知名”的概念几乎不会阻止原告根据《不正当竞争防止法》主张保护。⁶⁴³当注册商标和未注册的知名标志之间发生冲突，并得到《不正当竞争防止法》的保护时，日本现行《商标法》规定，第 32.2

⁶³¹ 直译是“广为人知的”，日语和韩语的表达在语言上对等，但官方英译不同。

⁶³² 在日本，见东京高等法院，1981年2月25日，汇编于13 Mutaishu 1，第134页，“香精类型”。在韩国，学术观点认为，比较性广告不构成适用不正当竞争法的相关使用。见 Song (2020)，《第2.1.(c)条》，第44页。

⁶³³ 例如，见日本最高法院，1985年4月9日，'来自大阪高等法院的上诉，1983年3月3日的判决，汇编于 Hanji 1084，第12页2。'电话营销目录'。另见田村，《不正当竞争防止法》，第119-136页。

⁶³⁴ 例如韩国最高法院，2016年9月21日的判决，第2016 Da 229058号。另见 DH Lee 'Article 2.1.(a)&(b)' (2020)，载于 Jung (主编)，Commentary on the Unfair Competition Prevention Act，第24-28页。

⁶³⁵ 韩国最高法院2009年1月30日第2008 Do 5897号判决。

⁶³⁶ 李(2020)，《第2.1.(a)和(b)条》，第34-35页，田村，《不正当竞争防止法》，第86-91页。

⁶³⁷ 例如，在日本，日本最高法院1998年9月10日的判决，汇编于1655 Hanji，第160页，'香奈儿小吃店'。在韩国，韩国最高法院2004年5月14日的判决，第2002 Da 13782号。

⁶³⁸ 在韩国，最高法院在2004年5月14日的判决（第2002 Da 13782号）中裁定，保健品企业将辉瑞公司著名商标“伟哥”用作销售根茎汁的域名是不公平的。

⁶³⁹ 日本最高法院1998年9月10日的判决，汇编于1655 Hanji，第160页'香奈儿小吃店'。

⁶⁴⁰ 韩国最高法院2001年2月23日的判决，第98 Da 63674号。日本最高法院1983年1月7日的判决，汇编于37 Minshu 8，第1082页，“日本女权”。

⁶⁴¹ 大阪地方法院，1999年8月29日的判决，案号：平成12(wa)2435' SPARK-S'

⁶⁴² 例如，见韩国最高法院2002年6月14日第2002 Do 1613号判决。

⁶⁴³ 田村，《不正当竞争防止法》，第47、50-54页。

条意义上的注册商标持有人可以要求未注册的竞争性标志的持有人贴上一个标志以防止混淆，从而意味着注册商标的保护优先。⁶⁴⁴

3.2 诋毁和贬损

《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款规定的诋毁和贬损是指损害竞争对手的行为，因此与误导性使用或投机性使用他人的标志作为自己的业务或产品和服务的标志不同。在日本，《不正当竞争防止法》第 2.1.xxi 条具体落实了第 10 条之二第(3)款，明确了对竞争对手的业务进行虚假主张或传播以造成其名誉损害的行为是可诉的。在这种情况下，需要满足三个条件：(1)描述的虚假性；(2)通知或传播的行为；以及(3)竞争者的商业声誉。法院认为，将竞争者的产品描述为“仿制品”或“劣质品”符合这一要求。⁶⁴⁵诋毁性的比较同样如此。然而，在比较性销售中提到竞争对手的产品具有著名品牌的声誉，而自己的产品知名度不高但质量更好，这被认为是合法的。⁶⁴⁶法院在这些案件中对利益进行了平衡，考虑了接受信息者的知识水平。⁶⁴⁷通知或传播虚假描述的行为需要针对公众，而不仅仅是原告，但不一定是对广大公众的大规模传播。⁶⁴⁸最后，受损害的声誉应与商业有关，这一要件排除了对个人声誉的损害。关于个人声誉，日本《民法》第 709 条在适用侵权法的基础上提供了救济措施，但没有规定禁令救济。⁶⁴⁹竞争关系的要求并不排除对非营利实体的不正当竞争诉讼。⁶⁵⁰

与日本的情况不同，韩国《防止不正当竞争和商业秘密保护法》没有将诋毁和贬损列为单独的诉讼事由。法律预想诋毁或贬损行为将对竞争者的声誉造成伤害。如果造成伤害，《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 6 条提供的救济措施可以用来恢复名誉。在实践中，这些措施包括发送书面道歉信、在公开的法庭上道歉、在新闻媒体上发表道歉声明、在媒体上撤回声明以及公布针对不法行为人的决定等等。由于《防止不正当竞争和商业秘密保护法》中所列的大多数不公平行为仅限于与自己的商品和服务有关的行为，因此似乎没有直接针对诋毁或贬损竞争对手企业的诉讼事由。故意损害性使用名誉商标（见第 4 节）是这一规则的一个例外。此外，《公平标签和广告法》还对在标签和广告方面的诋毁行为进行了规范。法律禁止，除其他外，不公平的比较性标签或广告以及贬损性标签或广告⁶⁵¹，比如没有明确标准的比较，或没有提供客观理由的比较。⁶⁵²例如，韩国最高法院裁定，在广告中根据有限的交通事故数据指出竞争对手提供的车辆不安全，构成了不公平的比较。⁶⁵³执行《公平标签和广告法》规则需要韩国公平贸易委员会进行调查，因为救济措施是行政纠正令，包括临时禁令，也可能追究刑事责任。违反《公平标签和广告法》的行为也会导致赔偿主张的产生。⁶⁵⁴

⁶⁴⁴ 旧的《不正当竞争防止法》第 6 条更明确地规定，任何基于不正当竞争法的主张都应被驳回，但判例法的发展使法院可以受理这两种主张。评论家们认为，这意味着商标持有人可以依据不正当竞争法，为主张进行辩护。见 Tamura, 《不正当竞争法》，第 229 页。

⁶⁴⁵ 大阪地方法院，1974 年 9 月 10 日，汇编于 6 Mutaishu 2, 第 217 页 'Kewpie'。

⁶⁴⁶ 名古屋地方法院 1982 年 10 月 15 日，汇编于 Hanta 190, 第 155 页 'Yamaha'。

⁶⁴⁷ 东京高等法院 2002 年 6 月 26 日，汇编于 Hanji 1795, 第 115 页，柏青哥机器专利池

⁶⁴⁸ 大阪高等法院 1980 年 7 月 15 日，汇编于 Hanta 427, 第 174 页，认为被告与原告的两个商业伙伴的沟通属于向大众传播。

⁶⁴⁹ 田村，《不正当竞争防止法》，第 444 页。

⁶⁵⁰ 东京地方法院，1994 年 12 月 6 日，汇编于 Hanfukyo1250/172, 第 169 页。

⁶⁵¹ 《韩国公平标签和广告法》第 3.1.(3)和(4)条。

⁶⁵² 《公平标签和广告法实施令》第 3.3 和 3.4 条[总统令第 25050 号，2013 年 12 月 30 日]

⁶⁵³ 最高法院，2003 年 2 月 26 日的判决，第 2002 Da 67062 号。

⁶⁵⁴ 第 7 至 11 条。公平标签和广告法

3.3 误导性标示或言论

日本和韩国在反不正当竞争法中规定了针对误导性标示或虚假主张的诉讼事由。上一节所讨论的诋毁和虚假主张是针对竞争者的不公平行为，而禁止误导性标示或言论则是为了保护消费者。⁶⁵⁵在日本，《不正当竞争防止法》第 2.1.xx 条中关于误导性标示的规则执行了《巴黎公约》第 10 款之二第(3)款第 3 项。⁶⁵⁶该款禁止对商品的原产地、质量、内容、制造工艺、目的或数量，或对服务的质量、内容、目的或数量进行误导性标示。在韩国，《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1.d 至 2.1.f 条规定，对原产地、生产地等使用误导性标示，以及对产品的质量、内容、制造工艺、用途或数量使用误导性标示的行为属于不公平的。这与《公平标签和广告法》第 3.1(1)和(2)条中关于虚假或夸大宣传的规定有一些重叠。然而，如上所述，《公平标签和广告法》是一项公法，授权韩国公平贸易委员会执法，而反不正当竞争法规定了对违法行为的私人追索权。

在这两个国家，“使用”标示的概念不仅包括在产品或服务上作为标识使用，还包括在广告和贸易文件及通信中使用。立法中提供的清单允许对贸易包括进出口中的使用提起广泛的诉讼。值得注意的是，日本《不正当竞争防止法》明确规定，通过电信线路提供商品或服务构成一种不公平行为。韩国法律增加了“以使公众了解商标的方式”的表述，以明确执行《马德里协定》第 3 条之二。⁶⁵⁷与日本的情况相反，对韩国立法的字面限制性理解可能会导致只涉及商品而不涉及服务的做法，这一点受到评论者的批评。⁶⁵⁸

“误导性”标示的概念包括将某一地理标志用于该地区以外生产的商品。⁶⁵⁹除了假冒⁶⁶⁰，在韩国还可能包括所谓的“反向假冒”，即省略自己产品的相关信息。⁶⁶¹日本的判例法禁止一些做法，如诱饵和转换广告，即用品牌产品作为诱饵来销售其他商品⁶⁶²，或双重价格标示，即用原价或标准销售价格来代替展示价格。⁶⁶³

4. 其他不正当竞争行为

4.1 淡化名誉标志

在日本（《不正当竞争防止法》第 2.1(iii) 条）和韩国（《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1(c) 条），即使没有造成混淆，有声誉的标志也受反不正当竞争法的保护，以防止淡化。韩国立法将其适用范围限制在损害该标志的特定显著性或声誉的行为。日本法律则要求有证据证明对商标所有人的商业利益造成损害，以便根据《不正当竞争防止法》第 3 条提出救济要求。该项禁止性规定适用于通过玷污和模糊化进行的淡化。⁶⁶⁴在韩国，该条款的保护范围延伸至《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1(a)和(b)条意义上的“知名”标志。至于防止淡化和防止混淆之间的关系，韩国最高

⁶⁵⁵ KH Lee (2020)'Article 2.1. (d)' in Jung(ed), Commentary on Unfair Competition Prevention Act, 56; Tamura, Unfair Competition Law, 415

⁶⁵⁶ 见 Yamamoto (山本) 第 218 页

⁶⁵⁷ 1891 年 4 月 14 日《制止商品来源虚假或欺骗性标记马德里协定》。

⁶⁵⁸ 见 KH Lee (2020), Article 2.1. (d), 第 63-66 页。

⁶⁵⁹ 韩国最高法院 2006 年 1 月 26 日的判决，第 2004 Do 5124 号。

⁶⁶⁰ 首尔高等法院 2010 年 8 月 26 日的判决，第 2009 Na 122394 号。

⁶⁶¹ 韩国最高法院 1989 年 6 月 27 日的判决，第 87 Do 1565 号。

⁶⁶² 名古屋地方法院 1982 年 10 月 15 日，汇编于 Hanta 190, 第 155 页，'Yamaha'。

⁶⁶³ 田村，《不正当竞争防止法》，第 416-417 页

⁶⁶⁴ 田村，《不正当竞争防止法》，第 236-240 和 248-250 页，JS Song (2020)'Article 2.1. (c)' in Jung (主编)，Commentary on Unfair Competition Prevention Act, 第 45-46 页。

法院认为，基于第 2.1(a)(b)和(c)条的法定语言，所列举的一些与混淆形式有关的不公平行为可能与造成淡化的行为重叠。

在这种重叠的情况下，两种诉讼事由可能同时提出；对此，法院澄清说——按照学术界的意见——《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1(c)条应被理解为只包括著名标识，不仅在目标消费者和商人当中被知晓，而且在整个消费者当中也应当是知名的。⁶⁶⁵

4.2 对产品形态的盲目模仿

在《不正当竞争防止法》第 2.1(iii)条和《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1(i)条中，日本和韩国法律禁止对产品形态的盲目模仿，认为这属于不公平行为。这些条款规定的保护期为三年。⁶⁶⁶从法律文本中可以看出，该保护并不延伸到服务。此外，保护不包括对产品功能不可或缺的形状，或对该类产品来说常见或不可避免的形状。⁶⁶⁷在判例法中，法院认为这种形状应是实现产品功能和效用（因此与技术功能有关）或在该领域竞争所不可或缺的⁶⁶⁸，例如该形状是事实上的市场标准，没有个体特色。⁶⁶⁹对盲目模仿的禁止延伸到了非注册外观设计，即注册外观设计的法律保护范围之外。对于没有新颖性的产品，也可以援用这种保护。在这方面，可以与外观设计或版权保护区分开来。在日本，《不正当竞争防止法》第 2.4 条规定了“商品形态”的定义，包括“商品的外部 and 内部形状……”。因此，“商品的形态”被广泛定义，为保护在正常使用中可能不可见的内部形状留下了空间。受保护的形态包括二维元素，如产品上的图案⁶⁷⁰，也包括产品的部件，只要这些部件对产品的整体形态至关重要并具有独立的市场价值。⁶⁷¹这个概念也很宽泛，足以涵盖一套产品的组合展示。⁶⁷²然而，单纯的产品创意被排除在保护之外。

4.3 盗用商业保密

日本和韩国都在反不正当竞争法中规定了对商业秘密的保护。在这两个国家，商业秘密保护一直是反不正当竞争法中立法机构积极参与并扩大保护范围的一个领域。在日本，《不正当竞争防止法》第 2.6 条将商业秘密定义为“对商业活动有用的技术或商业信息，如制造或营销方法，是保密的，不为公众所知”。该定义没有提到该秘密的价值，但要求有实用性。

与日本的做法不同，韩国的定义既要求有独立的经济价值，也要求有实用性（《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.2 条）。在实践中，韩国最高法院似乎强调了独立经济价值的标准，而不是效用。⁶⁷³盗用（商业秘密侵权）延伸至第三方，因此，包括主要行为人（《不正当竞争防止法》第 2.1(iv)条，《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.3(a)条）以及在明知或因重大过失而未知的情况下从主要行为人那里不当获得、使用和披露商业秘密的次要和后续行为人（《不正当竞争防止法》第 2.1.(v)至(x)条和《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.3.(b)至(f)条）。这两个国家都规定了民事和刑事责任。值得注意的是，由于 2015 年日本对商业秘密法的修订，在《不正当竞争防止法》第

⁶⁶⁵ 韩国最高法院 2004 年 5 月 14 日的判决，第 2002 Da 13782 号。

⁶⁶⁶ 《不正当竞争防止法》第 19.v.(a)条，《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1(i)(i)条

⁶⁶⁷ 在日本，2005 年的修正案把“货物类型的共同形状”这一表述，替换为“功能上不可或缺的形状”，其中包括货物类型的共同形状。

⁶⁶⁸ 韩国最高法院 2017 年 1 月 24 日的判决，第 2015 Da 216758 号。

⁶⁶⁹ 韩国首尔高等法院 2014 年 4 月 24 日的判决，第 2013Na63211 号。

⁶⁷⁰ 韩国最高法院 2002 年 2 月 8 日的判决，第 2000Da 67839 号，东京高等法院，1991 年 12 月 17 日，汇编于 22 Mutaishu 2, 第 443 页

⁶⁷¹ SH Park (2020)'Article 2.1(i)' in Jung(主编), Commentary on Unfair Competition Prevention Act, 171-173.

⁶⁷² 大阪地方法院 1997 年 9 月 19 日，30 Chizaishuu 3, 第 501 页，“小熊毛巾套装”。

⁶⁷³ 韩国最高法院 2011 年 8 月 25 日的判决，第 2011Do 139 号。

2.1.x 条的不公平行为清单中明确加入了因盗用技术秘密而产生的物品交易（包括计算机程序）。民法对商业秘密的保护在时间上是有限的。例如，在日本，请求禁令的权利在 20 年后失效，在韩国则在 10 年后失效，时间从不法行为发生时算起；如果商业秘密持有人不主张其权利，则在商业秘密持有人得知不法行为事实和不法行为人的身份后 3 年内失效。（《不正当竞争防止法》第 15(1)条，《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 14 条）。要求损害赔偿的权利没有单独规定，但根据日本《民法》第 724 条和韩国《民法》第 766 条中的侵权损害赔偿要求，可以适用同样的诉讼时效。根据韩国法律，善意（不知情和无重大过失）使用或披露通过交易合法获得的商业秘密，可免于承担民事责任（《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 13 条）。日本的豁免范围更广，豁免不局限于民事责任，还包括盗用技术秘密生产物品的交易。在这两个国家，对在国外滥用商业秘密的行为都规定了刑事处罚（《不正当竞争防止法》第 21.6 条，《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 18 条），表明在域外适用法律的可能性。

4.4 对新技术的反应

针对新技术发展的不正当竞争行为有三类行为，即有关域名的不公平行为（包括在两国的法律中）、技术保护措施（日本）和直接数据保护（日本）。

更具体地说，网站的域名受到保护，不能被“抢注”（《不正当竞争防止法》第 2.1.xix 条和《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1.h 条）。日本的规定要求证明抢注行为是为了获得不法利益或意图伤害他人，只规定了民事救济措施。韩国的立法将保护范围限制在韩国知名标识上。然而，韩国法律禁止为更广泛的不公平目的抢注域名，包括以获得商业利润为目的的抢注。

关于技术保护措施，日本详细规定了禁止交易用于规避技术保护措施的装置和软件（《不正当竞争防止法》第 2.1.xvii 至 xviii 条）。相比之下，韩国的反不正当竞争法并没有针对规避装置交易的具体规定。相反，这是版权法的一部分，该法禁止交易规避技术保护措施的装置（韩国《版权法》第 104 条之二）。

为了应对数据驱动的经济，日本引入了一种新的保护形式，防止数据被盗用，涵盖了主要或次要行为人对数据的错误获取、披露和使用（《不正当竞争防止法》第 2.1.xi 至 xvi 条）。保护范围扩大到限制访问的共享数据，《不正当竞争防止法》第 2.7 条将限制访问的共享数据定义为“积累到相当程度的技术或商业信息，并通过电子或磁性手段管理，作为定期提供给特定人员的信息”（不包括保密的信息）。该定义涵盖了具有访问控制的大数据，这些数据不满足商业秘密或版权保护的要求，可以采取民事救济措施（禁止令和损害赔偿），但没有刑事救济措施。韩国法律没有相当的具体保护形式。然而，正如在下面第 4.5 节中所看到的，韩国有一项关于不公平搭便车的一般性禁止规定，可以用来禁止与数据有关的类似行为。

4.5 盗用商业创意和不公平搭便车行为（韩国）

在韩国，不公平地使用或分享在谈判或交易过程中泄露的有价值技术或商业想法，是一种被列为不公平的行为（《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1(j)条）。这种保护适用于在谈判或交易中分享的具体想法。然而，要使一个具体的想法得到保护，该想法应该是有价值的，并且不为接受者所熟知。

除此之外，韩国还普遍禁止不公平搭便车行为。《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1(k)条禁止“以违反公平商业惯例或竞争秩序的方式，未经允许将他人通过大量投资或努力取得的成果用于自己的业务，从而侵犯他人的经济利益的任何其他行为”。在某种程度上，这是对以前判例法的成

文化，在这些判例中，最高法院⁶⁷⁴认为不公平地利用他人的成果——作为投资的结构——服务于自己的利益而损害他人的利益，构成韩国民法中的不法侵权行为。该条款中“任何其他行为”的表述表明，它涵盖了不属于任何其他所列不正当竞争行为范围的行为。因此，该条款被用作一种补充性的保护形式。对《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1(k) 条文本反过来解释表明，不需要大量投资或努力的成果不属于保护范围，因此不会损害公平竞争。要确定一种行为是否违反公平商业惯例或竞争秩序，最终需要对贸易标准和习惯以及社会效用进行具体的事实考量。法院似乎很谨慎，以避免过于宽泛地适用一般条款。例如，首尔高等法院认为，在关键词广告中使用艺术家的名字作为搜索词，并不违背《防止不正当竞争和商业秘密保护法》第 2.1(k) 条意义上的公平商业惯例。⁶⁷⁵

L. 东南亚国家联盟 (ASEAN) *

东南亚国家联盟 (东盟) 最初成立于 1967 年⁶⁷⁶，由印度尼西亚、马来西亚、菲律宾、新加坡和泰国组成。其成员后来扩大到文莱达鲁萨兰国 (1984)、越南 (1995)、缅甸 (1997)、老挝人民民主共和国 (1997) 和柬埔寨 (1999)。在撰写本报告时，所有东盟成员国都是产权组织和世界贸易组织 (世贸组织) 的成员，除缅甸外，都是《保护工业产权巴黎公约》(《巴黎公约》) 的缔约国。⁶⁷⁷

东盟的成立是为了建立一个区域经济组织，并在 2015 年推出了东盟经济共同体 (AEC)。⁶⁷⁸ 然而，与欧洲联盟 (EU) 不同，东盟并不寻求通过区域性文书来协调国家法律。⁶⁷⁹ 因此，没有一个区域性的协调系统来规范东盟成员国的知识产权法和反不正当竞争。相反，东盟成员国遵循共识原则和不干涉国家内政的原则，被称为“东盟方式”。⁶⁸⁰

特别是，东盟成员国的主要目标是在若干领域建立更强大的区域合作，并制定了若干举措来促进这一目标。⁶⁸¹ 这些倡议包括在知识产权法、竞争法和消费者保护领域的具体行动计划。⁶⁸² 尽管这些计划对东盟成员国没有法律约束力，但它们在促进整个地区通过和更新国家知识产权法方面发挥了重要作用。

⁶⁷⁴ 最高法院 2010 年 8 月 25 日的判决，第 2008 Ma 1541 号，最高法院 2012 年 3 月 29 日的判决，第 2010 Da 20044 号。

⁶⁷⁵ 首尔高等法院 2015 年 1 月 30 日的判决，第 2014 Na 2006129 号。

* Irene Calboli 女士，美国沃斯堡德克萨斯农工大学法学院教授；澳大利亚墨尔本法学院高级讲师；新加坡社会科学大学客座教授。作者要感谢东盟各国的几位同事帮她收集与不正当竞争专题有关的法律规定和判例，但作者对所有的错误和遗漏负责。

⁶⁷⁶ 1967 年《东南亚国家联盟宣言》(《曼谷宣言》)，1967 年 8 月 8 日，I.L.M. 1233。

⁶⁷⁷ 尽管缅甸尚未加入《巴黎公约》，但作为世界贸易组织 (WTO) 和《TRIPS 协定》的成员，它仍然遵循公约原则。

⁶⁷⁸ 东盟共同体由东盟安全共同体、东盟经济共同体和东盟社会文化共同体三大支柱组成，共同构成《2009-2015 年东盟共同体路线图》。

⁶⁷⁹ 关于创建东盟经济共同体的详细分析，见 Stefano Inama & Edmund W. Sim, *The Foundation of the ASEAN Economic Community: An Institutional and Legal Profile*, 剑桥大学出版社，2015 年。

⁶⁸⁰ 1976 年《东南亚友好合作条约》，1976 年 2 月 24 日。

⁶⁸¹ 《东盟经济共同体蓝图宣言》[以下简称东盟 AEC 蓝图]，2007 年。

⁶⁸² 东盟 AEC 蓝图，2007，B1 “竞争政策”；B2 “消费者保护”；B3 “知识产权”。在知识产权方面，东盟成员国通过了《东盟知识产权合作框架协议》，并根据该协议成立了东盟知识产权合作工作组 (AWGIPC)。见《东盟知识产权合作框架协议》，1995 年 12 月 15 日，WIPO Lex. No. TRT/ASEAN-IP/001。工作组通过的最新倡议是《2016-2025 年东盟知识产权行动计划》，该计划侧重于促进区域数据库的建立和促进区域。在竞争法领域，东盟成员创建了一个由国家竞争主管部门代表组成的工作组 (AEGC)，该工作组通过了《东盟竞争行动计划》(ACAP)。东盟成员国还设立了东盟消费者保护委员会，负责执行东盟消费者保护行动计划。

然而，在撰写本报告时，规范不正当竞争行为的主要和唯一法律来源仍然是东盟各成员国的国家法律。这些法律是本报告的重点，即对东盟成员国用来执行《竞争法》第 10 条之二的国家机制进行总体和有限的回顾。本报告还强调了东盟成员国不同的法律传统，这增加了协调工作的复杂性。特别是，文莱达鲁萨兰国、马来西亚、缅甸和新加坡属于普通法系；柬埔寨、印度尼西亚、老挝人民民主共和国和越南属于大陆法系；而菲律宾和泰国术语混合法系，主要是大陆法系，但也受到普通法的影响。总的来说，各组国家对不正当竞争的监管往往有着密切的相似性。这并不奇怪，因为这些国家中的许多国家有着共同的历史和传统。⁶⁸³

1. 立法框架

尽管东盟并没有在区域层面对不正当竞争进行监管，但在 2007 年，第一版《东盟经共同体蓝图》强调，“[东盟]竞争政策的主要目标是培养公平竞争的文化”。⁶⁸⁴2015 - 2025 年版蓝图确认了制定“可执行的竞争规则，禁止反竞争活动”的重要性，以此支持“形成一个更具竞争力和创新力的地区”。⁶⁸⁵从这些一般准则可以看出，东盟成员国认为公平竞争是促进该地区经济一体化的基本工具。

如前所述，与东盟的反不正当竞争法有关的规定可以在东盟成员国各自的国内法律中找到。总的来说，大陆法系国家和普通法系国家在这一领域有一些相似之处，尽管每个东盟成员国都有一些不同的特点。

值得注意的是，到目前为止，没有一个东盟成员国通过了专门的、独立的《反不正当竞争法》。相反，每个东盟成员国都通过一系列其他规定来反不正当竞争，这些规定散见于国家知识产权法、消费者保护和竞争法以及与广告监管有关的法律。一些东盟成员国还通过经济侵权行为来处理不正当竞争，特别是假冒、伤害性和恶意撒谎、违反信任和诽谤。除越南外⁶⁸⁶，东盟成员国也没有通过具体的广告法，而通常根据消费者保护法来管理广告。

具体到大陆法系国家，在柬埔寨、印度尼西亚、老挝人民民主共和国和越南，反不正当竞争的保护被部分地纳入国家知识产权法（老挝人民民主共和国⁶⁸⁷）、知识产权法典（越南⁶⁸⁸）和商标法（柬埔寨⁶⁸⁹和印度尼西亚⁶⁹⁰）。这种模式紧跟大陆法系国家的传统，经常将反不正当竞争作为国家知识产权法的一部分。⁶⁹¹

⁶⁸³ 一般介绍见 Mohamad Faisol Keling, Mohamad Nasir Saludin & Shukri Shuib, “The Development of ASEAN from Historical Approach”, Canadian Centre of Science and Education”, 2011 年，可查阅 repo.um.edu.my/7270/1/6426.pdf。

⁶⁸⁴ 东盟 AEC 蓝图，2007 年，第 41 页。

⁶⁸⁵ 东盟 AEC 蓝图，2025 年。

⁶⁸⁶ 关于广告的第 16/2012/QH13 号法（越南）[以下简称《越南广告法》]。

⁶⁸⁷ 2017 年知识产权法（修订）（第 322/P 号法）（老挝人民民主共和国）[以下简称《老挝知识产权法》]。

⁶⁸⁸ 关于知识产权的第 50/2005/QH11 号法（越南）[以下简称《越南知识产权法》]。

⁶⁸⁹ 商标、商号和不公平竞争行为法（2006）NS/RKM/0202/006（柬埔寨）[以下简称《柬埔寨商标和地理标志法》]。

⁶⁹⁰ 关于商标和地理标志的 2016 年第 20 号法（印度尼西亚）[以下简称《印度尼西亚商标和地理标志法》]。

⁶⁹¹ 参见本卷中总结欧盟（EU）和其他大陆法系国家不正当竞争保护的报告。

另一方面，普通法东盟成员国通过经济侵权行为实施反不正当竞争。这主要是遵循联合王国的法律传统，这也是这些司法辖区的共同模式。⁶⁹²值得注意的是，在文莱达鲁萨兰国⁶⁹³、马来西亚⁶⁹⁴、缅甸⁶⁹⁵和新加坡⁶⁹⁶，未经授权使用与未经注册的商标相似的标志和其他造成混淆或误导消费者的行为，以及使用违背诚实贸易惯例的手段，都在侵权行为的禁止范围之内。除了假冒侵权诉讼，普通法东盟成员国还通过伤害性和恶意撒谎和诽谤这样的侵权诉讼保护公平竞争。⁶⁹⁷

有趣的是，在东盟的混合司法辖区——菲律宾和泰国，通过菲律宾《知识产权法》⁶⁹⁸和泰国《民法》和《商法》的具体规定，假冒也是一种诉讼事由。⁶⁹⁹这再次反映了这些国家的历史发展以及这些发展对国家立法的影响。

此外，所有东盟成员国——大陆法系、普通法系和混合法系——都在各自的国家竞争法中加入了与反不正当竞争有关的条款。⁷⁰⁰竞争法是东盟最发达的法律领域之一，在很大程度上受到欧盟传统的影响。⁷⁰¹同样，所有东盟成员国都通过了国家消费者保护法，其中包括与不正当竞争监管有关的条款，特别是与禁止误导性广告和类似非法行为有关的条款。⁷⁰²同样在这方面，欧盟传统对该地区和东盟国家的消费者保护立法模式带来了影响。⁷⁰³

总的来说，根据现行法律，东盟各成员国反不正当竞争既基于保障市场竞争的考虑，也基于保护消费者免受扭曲竞争的考虑。然而，竞争问题似乎在国家和区域经济发展中发挥着更重要的作用，这

⁶⁹² 参见例如 Kwai Hang Ng & Brynna Jacobson, “How Global is the Common Law? A Comparative Study of Asian Common Law Systems - Hong Kong, Malaysia, and Singapore”, *Asian Journal of Comparative Law* 12 (2017), 209.

⁶⁹³ 见 “Country: Brunei Darussalam”, 可查阅 <https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/en/pdf/asean/brunei.pdf>

⁶⁹⁴ 见 Tay Pek San, *Intellectual property Law in Malaysia*, 2d. ed., Sweet & Maxwell 2020 (49-117).

⁶⁹⁵ 见 Akin Gump, *Myanmar: Protection of Trademarks in Myanmar*, April 25, 2000, Mondaq, available at <https://www.mondaq.com/trademark/8597/protection-of-trade-marks-in-myanmarsuplsup>

⁶⁹⁶ 见 Ng-Loy Wee Loon, *Law of Intellectual Property in Singapore*, 2d ed., Sweet & Maxwell 2014 (237-307)。

⁶⁹⁷ 例如，见 Gerald Tan, *Legal Systems in ASEAN - Singapore*, Chapter 5—Business Law (Part 3): The Law of Torts, 可查阅 <https://www.aseanlawassociation.org/wp-content/uploads/2019/11/ALA-SG-legal-system-Part-5-3.pdf>

⁶⁹⁸ 《知识产权法典》，RA 第 8293 号（1997 年），经修订，第 168 条（菲律宾）[以下简称《菲律宾知识产权法典》]。

⁶⁹⁹ 经修订的《民商法》第 18 条（泰国）；经《商标法》（第 2 号）B.E. 2543 和《商标法》（第 3 号）B.E. 2559 修正的《商标法》B.E. 2534 第 46 条（泰国）[以下简称泰国《商标法》]。另见 Surutchada Reekie & Adam Reekie, “A Comparative Analysis of the Protection of Trade Names Under the English Tort of Passing Off and Section 18 of Thailand’s Civil and Commercial Code”, *Asian Journal of Comparative Law* 11 (1) (2016), 1-26。

⁷⁰⁰ 国家立法清单，见 “Competition Policy in ASEAN”, <https://www.asean-competition.org>（此外，柬埔寨已于 2021 年 10 月颁布了《国家竞争法》）。

⁷⁰¹ 见，例如，Burton Ong, “Competition Law and Policy in the ASEAN Region: Origins, Objectives and Opportunities”, in Burton Ong (ed.), *The Regionalisation of Competition Law and Policy within the ASEAN Economic Community*, Cambridge: Cambridge University Press 2018 (1-30); Josef Drexler, “The Transplantability of the EU’s Competition Law Framework into the ASEAN Region”, in Burton Ong (ed.), *The Regionalisation of Competition Law and Policy within the ASEAN Economic Community*, Cambridge: Cambridge University Press 2018 (210-235)。

⁷⁰² 关于国家立法的清单，见 “Consumer Protection in ASEAN: Latest Country Updates”, <https://aseanconsumer.org>

⁷⁰³ 见 Luke Nottage, Justin Malbon, Jeannie Paterson, & Caron Beaton-Wells, *ASEAN Consumer Law Harmonisation and Cooperation* 中的文章，剑桥大学出版社，2019 年。

与东盟各成员国⁷⁰⁴和整个东盟的主要目标是一致的。在这方面，如前所述，反对不正当竞争的措施被认为是建立竞争性商业环境的重要手段，这反过来也有助于东盟和东盟成员国的经济发展。

2. 工商事务中的诚信行为

东盟成员国按以上所说，采取了不同的措施来实施《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款——该款引入了“工商事务中的诚信行为”的概念。如上一节所述，大陆法系的东盟成员国和普通法系的东盟成员国对该款的实施是相似的，尽管不尽相同。特别是，大陆法系国家倾向于或多或少地将第 10 条之二第(2)款直接落实到其国家法律中，而普通法系国家则不然。

特别是大陆法系国家，柬埔寨和老挝人民共和国在其各自的知识产权和反不正当竞争法中实施了逐字重复《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款的条款。该条款规定：“任何违反工业、商业、服务领域的诚信行为的竞争行为都应被视为不正当竞争行为。”⁷⁰⁵然而，在撰写本报告时，这两个国家都没有详细说明这些条款的含义，也没有对“诚信行为”这一概念作出司法解释。这并不令人惊讶，因为柬埔寨和老挝人民共和国的知识产权法都是最近才通过的。

菲律宾的《知识产权法》是主要遵循大陆法系的混合体系之一，其中对“农业、商业或工业企业或劳动中的不正当竞争”作了具体定义”。⁷⁰⁶特别是，“不正当竞争”被定义为在竞争中“使用武力、恐吓、欺骗、诡计或任何其他不公正、压迫性或高压手段”。⁷⁰⁷菲律宾《知识产权法》还规定，“任何人”使用“欺骗或任何其他违背诚信的手段”制造或经营“冒充”他人的商品者，被视为“实施了不正当竞争”。⁷⁰⁸

另一方面，印度尼西亚和越南似乎没有作为在知识产权法中加入任何正式条款，专门处理所谓“诚实和不诚实行为”。⁷⁰⁹然而，这两个国家的立法都使用“诚实”或“公平”作为形容词，描述法律主体为保障公平竞争应该遵循的行动。例如，印度尼西亚的《反垄断和不公平商业竞争法》将“不公平商业竞争”称为“企业家之间在进行生产活动和/或销售商品和/或服务时，以不公平或违背法律或妨碍商业竞争的方式进行的竞争”。⁷¹⁰同样，2018 年《越南竞争法》提到了“不正当竞争行为”，将其定义为“企业违背诚实、信用、商业规范和标准的原则所实施的竞争行为”。⁷¹¹

在泰国——另一个主要遵循大陆法传统的混合体系——《贸易竞争法》的若干条款中也使用了“公平”一词，尽管该用法是指“防止垄断和不公平贸易”，与垄断或其他反竞争行为有关。⁷¹²除了这个例子，“诚实和不诚实行为”这一措辞似乎并没有被特别列入泰国知识产权条款中。

⁷⁰⁴ 例如，《越南知识产权法》第 6(d)条明确规定：“防止不正当竞争的权利应建立在商业竞争的基础上。”

⁷⁰⁵ 《柬埔寨商标和地理标志法》第 22 条；老挝《知识产权法》第 124 条。

⁷⁰⁶ 《菲律宾知识产权法典》第 28 条。

⁷⁰⁷ 同上。

⁷⁰⁸ 同上，Art. 168. 2. 另见 Co v. Spouses Yeung, G.R.No. 212705, 2014 年 9 月 10 日；San Miguel Pure Foods Co., Inc. v. Foodsphere, Inc., G.R.No. 217781 & 217788, 2018 年 6 月 20 日；Petron Corp. v. Yao, Sr., G.R.No. 243328, 2021 年 3 月 18 日。

⁷⁰⁹ 《老挝知识产权法释义》第 124 条.. 21. “申请”。

⁷¹⁰ 1999 年关于禁止反垄断和不公平商业竞争的第 5 号法，第 1(6)条（印度尼西亚）[以下简称《印度尼西亚竞争法》]。

⁷¹¹ 2018 年竞争法（取代 2004 年的法律）第 3.6 条（越南）。此外，第 5.2 条规定：“竞争必须在诚实、公平、不侵犯利益的原则下进行。5.2 条规定：“竞争必须在诚实、公平、不侵犯国家利益、公共利益、企业和消费者的合法权益的原则下进行。”同上。

⁷¹² 贸易竞争法 B.E. 2560 (2017) 第 3 章（泰国）[以下简称《泰国竞争法》]。

在普通法系东盟成员国的相关知识产权立法中，也没有对“不正当竞争”或违反“工商事务中的诚信行为”的行为进行定义。相反，在这些国家的商标和地理标志立法中，关于商标和地理标志所赋予的权利的例外和限制，特别引入了“工商事务中的诚信行为”这一表述。⁷¹³换句话说，国家法律用这个概念描述不经知识产权所有者同意能够采取的行为。

特别是，文莱达鲁萨兰国、马来西亚和新加坡在其法律中以似乎相同的语言，规定某些行为不构成商标侵权。这些行为涉及第三方使用该商标来识别：a) 自己的名字或地址；b) 商品或服务的种类、质量、数量、预期目的、价值、地理来源、生产商品或提供服务的时间或其他特征；或 c) 产品或服务的预期目的——“只要该使用符合工业或商业事项的诚信行为”。⁷¹⁴但是，在尚未生效的 2019 年《缅甸商标法》中，没有包括类似的规定。⁷¹⁵

在商标权的例外和限制方面使用“工商事务中的诚信行为”这一表述并不限于普通法东盟成员国。文莱达鲁萨兰国、马来西亚和新加坡的国家法律中都使用了同样的语言，在越南的《知识产权法》的具体条款中也可以找到。⁷¹⁶菲律宾的《知识产权法》包含了与商标抗辩有关的类似条款；尽管法律文本没有直接提到“诚信行为”，但指出商标的使用“不能误导公众对产品来源的认识”。⁷¹⁷另一方面，柬埔寨、老挝人民民主共和国和泰国的国内立法似乎没有包括类似的规定。

总的来说，对东盟各成员国现有规定的审查表明，决策者和司法部门在确定遵守诚信行为方面采取了综合模式，但如前所述，这些规定的应用实例仍然有限。特别是，主管当局似乎采用了一种基于该部门诚信观念的规范模式，同时还采用了基于该部门习惯的经验模式和侧重于优化市场运作的经济模式。⁷¹⁸

例如，在新加坡，上诉法院解释了“工商事务中的诚信行为”的概念，指出它包括主观和客观因素，在评估事实时，法院“必须考虑到该行业或企业普遍适用的标准和做法”。⁷¹⁹最相关的是，法院认为，任何“不符合工业或商业惯例的使用将被视为侵犯注册商标，前提是该使用无正当理由，且不公平地利用或损害了商标的显著特征或声誉”。⁷²⁰再举一个例子，在菲律宾，国家法院强调“不公平行为”有“两个特点：(1) 必须涉及对竞争者或贸易对手的伤害，以及(2) 必须涉及被定性为违背‘良知’‘震惊司法感受’或其他非法的行为”。⁷²¹菲律宾的法院还指出，不正当竞争诉讼的基本要素是：a) 商品外观的混淆性相似；b) 欺骗公众和欺诈竞争者的客观意图——并不要求有主观的欺诈意图。⁷²²

总的来说，对“工商事务中的诚信行为”这一概念的解释似乎再次证实，东盟成员国主要并始终关注基于经济概念和保护竞争者的关切，以此界定什么代表贸易过程中的“诚实”。

⁷¹³ 2000 年商标法（2014 年和 2017 年修订）第 14 条和证明商标和集体商标的附表（文莱达鲁萨兰国）[以下简称《文莱达鲁萨兰国商标法》]；商标法（2019 年），第 55(1) 和 77 条，以及证明商标和集体商标的附表（马来西亚）[以下简称《马来西亚商标法》]；1998 年商标法（2005 年修订）第 28(1) 条（新加坡）[以下简称《新加坡商标法》]。

⁷¹⁴ 见上一注释。在这方面，这些国家的规定紧跟欧盟采用的方法，特别是 EUTMR 第 14(2) 条，TMD 第 14(2) 条。

⁷¹⁵ Pyidaungsu Hluttaw Law（第 3/2019 号法），《商标法》（缅甸）。

⁷¹⁶ 《越南知识产权法》第 125.2.g 和 125.2.h 条。

⁷¹⁷ 《菲律宾知识产权法典》第 148 条。

⁷¹⁸ 这似乎也是作者在起草本报告时咨询过的相关国家从业者、学者和部分官员的观点。

⁷¹⁹ Audience Motivation Company Asta v. AMC Live Group China, 216 SGCA 25.

⁷²⁰ 同上。

⁷²¹ 例如，见 Willaware Products Corp. v. Jesichris Manufacturing Corp., G.R. No. 195549, 2014 年 9 月 3 日。

⁷²² 见 Petron Corp. v. Yao, Sr., G.R.No.243328, 2021 年 3 月 18 日；San Miguel Pure Foods Co., Inc. v. Foodsphere, Inc., G.R.No.217781 和 217788, 2018 年 6 月 20 日。

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

东盟成员国根据《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款针对具体的不正当竞争行为——特别是：1) 对竞争对手造成混淆的行为；2) 虚假、诋毁和贬损性言论；以及 3) 其他误导行为——的执法情况也有不同。一方面，大陆法系国家也倾向于将对特定不正当竞争行为的执法作为其国家知识产权法的一部分来实施，尽管这种实施方式也因国家不同而不同。另一方面，英美法系国家主要依靠假冒和恶意撒谎这两种侵权行为。

特别是，在大陆法系国家中，柬埔寨和老挝再次在各自的国家法律中逐字重复第 10 条之二第(3)款的规定。⁷²³然而，柬埔寨和老挝的立法都没有详细说明对所列行为的解释或提供例子。同样，在撰写本报告时，这两个国家的法院也没有对这些条款进行解释。有趣的是，老挝人民民主共和国的知识产权法在《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款的列表中增加了第四类，即“直接或间接使用虚假的商品来源或生产者、制造商或商人的身份”。⁷²⁴这种保护延伸到所有商业“标志”，包括非注册商标和地理标志。然而，目前还没有发布解释该条款的决定。

印度尼西亚现行的《商标和地理标志法》中也有类似的保护“来源标志”的规定。⁷²⁵同样，印度尼西亚的立法没有详细说明保护这些标志不受哪些行为侵害，只是提到受保护“标志”包括“没有强制注册的标志和在贸易过程中使用的没有声明作为表明商品和/或服务的真正来源的标志”。⁷²⁶印度尼西亚知识产权法律中也似乎没有使用类似于《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款的语言。相反，印度尼西亚在《竞争法》和最近的《2021 年政府反垄断和不正当竞争条例》中提及不公平的商业行为。⁷²⁷如前文所述，印度尼西亚《竞争法》对“不正当商业竞争”进行了定义，并涉及各种反竞争行为，这些行为通常包括相当于《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款例举的行为。⁷²⁸

与印度尼西亚类似，泰国并没有将《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款例举的具体类别作为其知识产权法的一部分来实施。这方面唯一相关的迹象是《商标法》的规定，其中承认未注册的商标所有者有权对任何人冒充商标所有者的商品提出法律诉讼。⁷²⁹

另一方面，同样在泰国，有关不正当竞争的法律是《贸易竞争法》，该法概括性限制市场上的反竞争行为。⁷³⁰

越南《知识产权法》对不正当竞争行为进行了详细的描述。主要是以下行为构成不正当竞争：a) 利用商业标识混淆商业实体、活动或产品的来源；b) 利用商业标识造成对产品来源和特性的混淆。⁷³¹“商业标识”被定义为“作为商品或服务交易指引的标志和信息，包括商标、商号、商业符号、商业口号、地理标志、商品包装和/或标签的设计”⁷³²；“使用商业标识的行为”包括“在商品、商品包装、提供服务的手段、商业交易文件或广告手段上粘贴此类商业标识；以及销售、广告推销、存储销

⁷²³ 《柬埔寨商标和地理标志法》第 22 条；《老挝知识产权法》第 124 条。

⁷²⁴ 《老挝知识产权法》第 124 条。

⁷²⁵ 《老挝知识产权法》第 65 条。

⁷²⁶ 同上。

⁷²⁷ 《印度尼西亚竞争法》第 1(6)条。另一方面，2021 年 2 月 2 日颁布的关于实施禁止垄断行为和不公平商业竞争的 2021 年第 44 号政府条例没有官方翻译（或其他翻译）。

⁷²⁸ 《印度尼西亚竞争法》，第 1(6)条。

⁷²⁹ 《泰国商标法》第 46 条。

⁷³⁰ 《泰国竞争法》。

⁷³¹ 《越南知识产权法》，第 130(1)(a)-(c)条。

⁷³² 同上，第 130(2)条。

售和进口粘贴有此类商业标识的商品”。⁷³³被禁止的行为超出了《巴黎公约》的清单，包括：c) 使用在越南加入的条约成员国中受保护的商标，且根据这些条约，如果使用者作为商标所有者的代表或代理人，既没有得到商标所有者的同意，也没有正当理由，则禁止使用这些商标；⁷³⁴以及 d) 无权使用但却注册或拥有与原产地标志相同或易造成混淆的域名，目的是“从有关商标、商号或地理标志的声誉和知名度中获益或对其造成损害”。⁷³⁵

虽然越南的《知识产权法》禁止造成竞争者混淆和其他误导的行为——第 10 之二第(3)款第 1 和第 3 项——但越南的《广告法》禁止贸易过程中的虚假言论——第 10 之二第(3)款第 2 项所列行为。特别是，《广告法》禁止以下行为：“使用冒犯其他组织和个人的声望、荣誉和尊严的广告”和“错误地宣传业务能力、提供产品的能力或造成对这些能力”和产品特性的混淆。⁷³⁶

菲律宾的《知识产权法》也详细描述了不正当竞争的行为。特别是，以下行为“应被视为不正当竞争”：a) 销售具有另一制造商或经销商的商品的一般外观，包括包装和其他特征的商品；b) 采用手段诱使人们错误地认为该人正在提供另一个人的服务；或(c) 在贸易过程中作出虚假陈述或实施任何其他违背诚信的行为，以诋毁竞争者的商品、业务或服务。⁷³⁷各国法院对这些条款进行了解释，并确认认定不正当竞争的标准是“被告的行为是否有欺骗的意图，或有意欺骗系争行业正常条件下进行购买的普通买方”。⁷³⁸

另一方面，东盟的普通法国家——布鲁内达鲁萨兰国、马来西亚、缅甸和新加坡——则依赖于假冒侵权诉讼，并没有实施类似《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款的规定。假冒诉讼独立于对注册知识产权的保护，并可以与之共存。一般来说，要在这种诉讼中获胜，必须证明三个要素：a) 商誉，一般是在争议所在国家；b) 虚假表示；以及 c) 损害。这些要素认可了联合王国法院对假冒行为基本要素的表述。⁷³⁹在这方面，在东盟国家的法律中，商誉和声誉是有区别的，就像在联合王国一样。商誉是专有的，而声誉则不是。商誉是“带来客户的吸引力”，存在于商品和服务中。⁷⁴⁰

在撰写本报告时，新加坡⁷⁴¹和马来西亚⁷⁴²是该领域判例最发达的国家。⁷⁴³在这两个国家，原告必须证明在该国的商誉才能认定为假冒行为。相反，在新加坡或马来西亚没有商业活动的外国企业无权主张假冒行为。2014 年，新加坡上诉法院在“Staywell Hospitality Group 案”⁷⁴⁴中表示，可以承认著名的外国企业也可以拥有商誉，但在 2015 年在“Ku De Ta 案”⁷⁴⁵中，上诉法院再次确认，外国商人必须在新加坡有商业活动。马来西亚上诉法院也采取了这样的立场，即外国商人需要证明在马来西亚有

⁷³³ 同上，第 130(3)条。

⁷³⁴ 同上，第 130(1)(d)条。

⁷³⁵ 同上，第 130(1)(e)条。

⁷³⁶ 《越南的广告法》第 8 条。

⁷³⁷ 《菲律宾知识产权法典》第 168 条。

⁷³⁸ *Petron Corp. v. Yao, Sr.*, G.R. No. 243328, March 18, 2021. 另见 *San Miguel Pure Foods Co., Inc. v. Foodsphere, Inc.*, G.R. Nos. 217781 & 217788, 2018 年 6 月 20 日。

⁷³⁹ *Leather Cloth Co. v. American Cloth Co.* (1865), 11 HL Cas 523.

⁷⁴⁰ *IRC v. Muller & Co Margarine Ltd* (1901)AC217.

⁷⁴¹ *Lifestyle 1.99 Pte Ltd v. S\$1.99 Pte Ltd* (交易名称 ONE.99 SHOP)。[2000] SGCA 19; *Ingenohl v. El Oriente Fabrica De Tabacos* [1928] S.S.L.R. 212.

⁷⁴² *Tee Yih Jia Food Manufacturing Pte Ltd v Seet Chuan Seng & Anor* [1993] 2 CLJ 354; *Pakai Industries Bhd v. Chew Yew Industries Sdn Bhd* [1991] 3 CLJ 383.

⁷⁴³ 在文莱达鲁萨兰国，见 *Canon Kabushiki Kaisha v Lee Unison Company* (1993)；在缅甸，见 *K.E. Mohamed Ebrahimord Another v. The Tajmahal Stationery Mart*, [1952] B. L. R. 204.

⁷⁴⁴ *Staywell Hospitality Group Pty Ltd v. Starwood Hotels & Resort Worldwide, Inc* [2014] 1 SLR 911.

⁷⁴⁵ *Guy Neale v. Ku De Ta SG Pte Ltd* [2015] 4 SLR 283.

商誉才能认定为假冒行为⁷⁴⁶，尽管在这方面“少量”的业务已经足够。⁷⁴⁷正如下一节所指出的，驰名商标所有人仍然可以根据国家商标法找到救济，这些商标法执行了《巴黎公约》第 6 条之二，为未注册的驰名商标提供保护。⁷⁴⁸

除了假冒，贸易过程中的误导性和虚假言论也可以基于恶意撒谎的侵权行为来处理。当有人发布可能严重损害商人的地位或声誉的信息时，就会发生恶意撒谎行为。由于这种侵权行为旨在保护商人的声誉，而不是像假冒行为那样保护商人对其商品的商誉，因此这种侵权行为也被称为“商业诽谤”。恶意撒谎的本质是虚假和恶意。在确立这种侵权行为时，原告需要证明：a) 被告发表了关于原告的虚假言论；b) 这些言论是恶意发表的；c) 作为发表的直接和自然结果，发生具体损害。⁷⁴⁹在东盟的普通法国家，恶意撒谎侵权行为一般由普通法管辖，但经过国家诽谤法修改。⁷⁵⁰

最后，对《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款在东盟实施情况的分析似乎显示，即使具体的竞争关系不是认定不正当竞争的必要条件，但这种关系往往是所有东盟成员国禁止行为的基本组成部分。换句话说，对防止不正当竞争的具体行为的审查表明，东盟各成员国的主要关切是国家和区域竞争。

4. 其他不正当竞争行为

除了前几节所述的规定外，一方面，东盟成员国还可以提供以下额外的保护：a) 禁止不公平搭便车行为，以防止对驰名商标（包括商业外观）和未注册的地理标志的撤销/盗用；b) 禁止对商业秘密和保密信息的盗用。另一方面，禁止盲目模仿似乎包括在前几节所分析的禁止不正当竞争或假冒的一般规定中。

特别是，关于不公平搭便车和保护驰名商标不被盗用或模仿，有几个东盟成员国为驰名商标提供保护，无论该商标是否已在该国注册并开展业务。这种保护超出了类似产品的范围，并且不要求有混淆的可能性。相反，这些国家根据 TRIPS 第 16(3)条的措辞，为驰名商标提供保护，防止他人商品与之建立联系、赞助或附属关系，损害商标所有人的合法利益。文莱达鲁萨兰国⁷⁵¹、马来西亚⁷⁵²、菲律宾⁷⁵³、新加坡⁷⁵⁴和越南⁷⁵⁵的商标法都包括这种保护。在新加坡，这种诉讼可以基于可能“以不公平的方式淡化所有人商标的显著特征”或“不公平地利用所有人的商标的显著特征”。⁷⁵⁶另一方面，柬埔寨

⁷⁴⁶ Lim Yew Sing v. Hummel International Sports & Leisure [1996] 3 MLJ 7.

⁷⁴⁷ Thrifty Rent-A-Car System, Inc v. Thrifty Rent-A-Car Sdn Bhd & Anor [2004] 7 MLJ 567.

⁷⁴⁸ 见下文第 4 节。

⁷⁴⁹ 例如，见 Per Kamalanathan Ratnam 法官在 Tan Chong & Sons Motor Co Sdn Bhd v. Borneo Motors (M) Sdn Bhd & Anor [2001] 3 AMR 3789 一案中。

⁷⁵⁰ 例如，见《诽谤法》，2014 年修订版（新加坡）；《诽谤法》，1957 年修订版（马来西亚）；《诽谤法》，2000 年修订（文莱达鲁萨兰国）。

⁷⁵¹ 《文莱达鲁萨兰国商标法》第 54 条。

⁷⁵² 《马来西亚商标法》，第 76 条。在马来西亚，根据以前的商标法判决的相关判例包括 Y-Teq Auto Parts (M) Sdn Bhd v. X1R Global Holdings & Anor [2017] 2 MLJ 609; Warmal Wil Heavy Duty Pumps Sdn Bhd v. Pump Matrix Engineering Sdn Bhd [2018] MLJU 86; Colliers International Property Consultants Inc v. Colliers International Property Consultants Sdn Bhd [2015] MLJU 2348。

⁷⁵³ 《菲律宾知识产权法典》第 169 条。见 Forietrans Manufacturing Corp. v. Davidoff Et.Cie Sa & Japan Tobacco, Inc., G.R. No. 197482, 2017 年 3 月 6 日。

⁷⁵⁴ 《新加坡商标法》第 55 条。

⁷⁵⁵ 《越南知识产权法》第 129(d) 条。

⁷⁵⁶ 《新加坡商标法》第 55 条。

寨⁷⁵⁷、老挝人民民主共和国⁷⁵⁸和印度尼西亚⁷⁵⁹只对类似商品和服务的未注册驰名商标进行保护，并以确实存在的混淆可能性为条件。此外，泰国立法的语言并没有在一般的假冒条款之外对未注册的驰名商标规定任何保护。⁷⁶⁰

关于未注册的地理标志，在新加坡规定了对这种标志的保护。根据原新加坡《1998 年地理标志法》，任何在贸易中用于识别商品原产于某地的标志都可以在《TRIPS 协定》的要求下得到保护。⁷⁶¹1998 年的《地理标志法》没有规定注册制度，地理标志持有人可以对任何其认为的违法行为提起民事诉讼，这不仅包括对混淆性使用的保护，而且还为葡萄酒和烈酒的地理标志提供反盗用保护。⁷⁶²尽管新加坡通过新的《2014 年地理标志法》采用了地理标志登记制度⁷⁶³，但国家法律仍然没有规定地理标志的登记，并继续保护未登记的地理标志，这也包括对葡萄酒和烈酒的地理标志的保护，防止盗用。

此外，东盟成员国提供保护措施，防止商业秘密和保密信息的盗用，这是各国执行《TRIPS 协定》第 39 条的义务之一。与其他国家一样，东盟成员国保护商业秘密，只要：a) 该信息不向公众提供；b) 具有商业价值；c) 采取了措施保护其保密性。然而，东盟各成员国在保护商业秘密的手段上并不统一。特别是，东盟的大陆法系国家通过具体的法律规定来保护商业秘密，而普通法系国家则遵循联合王国的传统，根据违反信任的行为来保护商业秘密。⁷⁶⁴与其他司法辖区类似，商业秘密也受到其他规定的保护，如合同法、就业法和刑法。

更具体地说，印度尼西亚⁷⁶⁵、泰国⁷⁶⁶通过具体的商业秘密立法保护商业秘密。柬埔寨已经起草了类似的专门保护商业秘密的立法，目前正在等待立法机构的批准。⁷⁶⁷相反，老挝人民民主共和国⁷⁶⁸、菲律宾⁷⁶⁹和越南⁷⁷⁰，在其一般的知识产权法中包含了对商业秘密的保护。如前所述，文莱达鲁萨兰国⁷⁷¹、马来西亚⁷⁷²和新加坡⁷⁷³，根据普通法中违反保密信息的行为来保护商业秘密。最后，在撰写本报

⁷⁵⁷ 《柬埔寨商标和地理标志法》第 26 条。

⁷⁵⁸ 《老挝知识产权法》第 58(3)条。

⁷⁵⁹ 《印度尼西亚商标和地理标志法》，第 83(2)条。例如，见雅加达中央商业法院 72/Pdt.Sus-Merek/2014/PN Niaga Jkt.Pst 号判决和最高法院 164 K/Pdt.Sus-HKI/2016 (Prada) 号判决；雅加达中央商业法院 15/Pdt.Sus-Merek/2015/PN Niaga Jkt.Pst 号判决和最高法院第 K/Pdt.Sus-HKI/2015 (Pierre Cardin) 号判决。

⁷⁶⁰ 《泰国商标法》第 46 条。

⁷⁶¹ 《地理标志法》(1998 年第 44 号法)第 2 条(新加坡)(生效日期：1999 年 1 月 15 日)。

⁷⁶² 同上，第 3(2)(c)条。

⁷⁶³ 《地理标志法》(2014 年第 19 号法)(新加坡)。

⁷⁶⁴ 这些司法辖区基本遵循联合王国的主导判例 *Coco v A.N. Clark (Engineers)Ltd* [1969] R.P.C. 41。

⁷⁶⁵ 2000 年第 30 号法，关于商业秘密(印度尼西亚)。

⁷⁶⁶ 《商业秘密法》B.E. 2545 (2002)(泰国)。

⁷⁶⁷ 在编写本报告时，商业秘密在柬埔寨只能根据 1998 年《合同法》中关于不正当竞争或合同法中关于违反合同的一般规定来保护。

⁷⁶⁸ 《老挝知识产权法》，第 20 条。不符合商业秘密保护条件的信息包括个人秘密、国家和国家行政部门的秘密，以及其他与商业无关的秘密信息。

⁷⁶⁹ 《菲律宾知识产权法典》，第 4(1)(g)条。该法将“未披露的信息”列为知识产权，但没有对其进行定义。最高法院在 *Air Philippines Corp. v. Pennswell Inc.* G.R. 172835 案中，通过了 G.R. 172835 号判决(2007 年 12 月 13 日)，采用了 *Black's Law Dictionary* 对该术语的定义。

⁷⁷⁰ 《越南知识产权法》，第 127 条：以下信息不得作为商业秘密保护：1) 个人身份秘密；2) 国家管理秘密；3) 其他与商业无关的保密信息。

⁷⁷¹ 文莱达鲁萨兰国还通过了《官方保密法》(1940 年)。

⁷⁷² 例如，见 *Dynacast (Melaka)Sdn Bhd v. Vision Cast Sdn Bhd* [2016] 3 MLJ 417。

⁷⁷³ 见 *I-Admin (Singapore)Pte Ltd v Hong Ying Ting & Others* [2020] SGCA 32; *Clearlab SG Pte Ltd v Ting Chong Chai & Others* [2015] 1 SLR 163。

告时，缅甸没有对商业秘密进行具体保护，尽管 2015 年的《竞争法》禁止将披露保密信息作为不正当竞争行为。⁷⁷⁴

此外，由于所有东盟成员国的就业或其他合同中都包含了具体的商业秘密义务，商业秘密保护一般可以根据国家合同法来执行。与此相关的还有与计算机等电子设备的控制有关的立法。例如，在新加坡，《滥用计算机法》规定，未经授权进入雇主的计算机以检索或下载信息是一种犯罪。⁷⁷⁵由于大量的保密信息存储在电脑中，该法也是保护商业秘密的有用工具。最后但同样重要的是，电子存储信息中的商业秘密可以根据国家版权立法中有关数字权利管理和技术保护措施的义务得到保护。⁷⁷⁶在 2016 年通过《东盟数据保护框架》之后，一些国家也在实施数据保护，并且在保护商业秘密方面也可以发挥作用。⁷⁷⁷

总结

由于其范围有限，本报告无法囊括东盟实施反不正当竞争的所有细节。然而，本报告显示，尽管东盟成员国在各自的国家法律体系中仍然存在着一些差异，但东盟成员国采用了符合《巴黎公约》要求的相关规则。报告还显示，虽然东盟没有寻求全面的协调，但在知识产权、竞争法和消费者法领域的一些区域性倡议在促进法律发展方面起到了作用，并且对于进一步促进在该地区更有力地实施反不正当竞争仍然非常重要。

M. 澳大利亚和南太平洋*

1. 立法框架

本报告讨论了澳大利亚、新西兰和一些属英美法系的南太平洋国家（斐济、基里巴斯、巴布亚新几内亚、萨摩亚、所罗门群岛、汤加和瓦努阿图）禁止不公平竞争的法律。

在澳大利亚、新西兰和上述南太平洋国家，反不正当竞争是利用普通法中的假冒侵权诉讼（1.1）。在巴布亚新几内亚和瓦努阿图以外的所有被调查国家中，都可以通过涉及消费者保护和/或更广泛定义的“不正当竞争”立法来单独提供保护（1.2）。假冒侵权行为与法定的消费者保护制度之间有着复杂的关系，后者禁止商人从事误导或欺骗性行为（1.3），但在这两种制度下，只有在受影响的商人已经建立了足够的商誉或声誉的情况下，才能对涉及使用受影响商人标志的案件提供保护（1.4）。在考虑下文第 2 和第 3 节中构成不正当竞争并在澳大利亚、新西兰和南太平洋地区被特别禁止的行为类型之前，理解这一点很重要。⁷⁷⁸最后，尽管对公平竞争的保护超出了假冒的情况，但澳大利亚法院一直不愿意创设新的普通法侵权行为——不正当竞争（1.5）。

⁷⁷⁴ Pyidaungsu Hluttaw Law No. 9/2015 - 《竞争法》（缅甸）。此外，假冒行为可能对保护商业秘密有帮助，该保护基于 1861 年的《缅甸刑法典》。

⁷⁷⁵ 《计算机滥用法》（1993 年），2007 年修订，第 2 条和第 5 条（新加坡）。

⁷⁷⁶ 有关东盟成员国国家版权立法的参考和信息，请参见东盟知识产权门户网站，<https://www.aseanip.org>。

⁷⁷⁷ 关于东盟成员国国家立法的最新回顾，见 Data and Privacy Protection in ASEAN, 2018, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/sg/Documents/risk/sea-risk-data-privacy-in-asean.pdf>。

* Michael Handler 先生，澳大利亚新南威尔士大学法律和司法学院私法和商法学院教授。

⁷⁷⁸ 除了第 3 节所考虑的法律之外，这些国家还通过一系列其他侵权行为，如诽谤、伤害性撒谎、干扰合同关系，以及成文的版权、设计、专利和商标制度来禁止不正当竞争。

1.1 假冒

澳大利亚、新西兰和南太平洋地区的假冒侵权行为基于并在很大程度上反映了联合王国法律。该地区的法院将遵循联合王国上议院制定的关于假冒行为的两项测试中的一项或两项。⁷⁷⁹这些测试的关键要素是：

- 原告必须在其提供的商品或服务上有可保护的商誉或声誉，这反映在其使用的商标、外观或其他标志上。
- 被告必须对大量的消费者实施了虚假表示行为（例如，被告采用与原告类似的标志、外观或营销主题，或虚假地暗示与原告有商业联系）；以及
- 被告的虚假表示已经或可能对原告的商誉或声誉造成损害。⁷⁸⁰

打击侵权行为的理由是保护商人的商誉财产不受所谓针对消费者的虚假表示的伤害（见第 3 节），从而防止“商业上的不诚实”。⁷⁸¹

1.2 消费者保护和不正当竞争立法

从 20 世纪 70 年代中期开始，澳大利亚的消费者保护立法对假冒侵权制度进行了补充。⁷⁸²目前的制度载于《2010 年联邦竞争和消费者法》的附件 2，名为《澳大利亚消费者法》。⁷⁸³《澳大利亚消费者法》包含了一系列反不正当竞争的规定，其中最重要的是第 18(1)条，该条规定“任何人不得在贸易或商业中从事误导或欺骗或可能误导或欺骗的行为”。⁷⁸⁴这条规定的范围很广，足以涵盖涉及误导性使用其他商人已经建立了声誉的标志或外观的行为。该规定还超越了假冒，涵盖了不涉及滥用另一商家的商业标志或直接针对其他商家的误导性行为，如在广告或社交媒体上作出误导性声明，或对商品或服务的质量或特点作出虚假声明。

尽管第 18(1)条的范围很广，但《澳大利亚消费者法》还载有额外的禁止性规定，禁止各方在贸易或商业中从事可能在任何货物或服务的性质、特点、用途的适合性或数量方面误导公众的行为⁷⁸⁵，或在任何货物的制造过程方面误导公众。⁷⁸⁶

此外，法律禁止在供应或可能供应商品或服务时，作出如下“虚假或误导性”表示：

⁷⁷⁹ 上议院，1979 年 6 月 21 日，Erven Warnink BV v. J Townend & Sons (Hull)Ltd [1979] AC 731, 742；上议院，1990 年 2 月 8 日，Reckitt & Colman Products Ltd v. Borden Inc [1990] 1 WLR 491, 499-500。

⁷⁸⁰ 关于假冒诉讼的关键要素，例如，澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1992 年 4 月 14 日，ConAgra Inc v. McCain Foods (Aust) Pty Ltd (1992)33 FCR 302, 355；新西兰高等法院，1992 年 7 月 15 日，Tot Toys Ltd v. Mitchell [1993] 1 NZLR 325, 334；斐济高等法院，2018 年 6 月 4 日，Luxury Cosmetics Ltd v. Royal Mokosoi Pty Ltd [2018] FJHC 514, 第 67 段；巴布亚新几内亚国家法院，2020 年 5 月 4 日，Mara v. Bagre Nui [2020] PGNC 128, 第 4 段。

⁷⁸¹ 澳大利亚高等法院，2012 年 10 月 5 日，JT International SA v. Commonwealth (2012)250 CLR 1, 第 39 段；澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1992 年 4 月 14 日，ConAgra Inc v. McCain Foods (Aust) Pty Ltd (1992)33 FCR 302、308、340-342、353。

⁷⁸² 这项立法补充了一项更早的法规，即《1905 年商业（商品说明）法》，该法第 9 条禁止进口使用虚假商品说明的货物。第 3 条对“虚假”商品描述的定义是：“对于适用该描述的货物，在重大方面是虚假的或可能误导的。”

⁷⁸³ 根据《2010 年竞争和消费者法》第十一编，《澳大利亚消费者法》作为联邦法律运作，并根据第 XIAA 部分作为州/地区法律运作。

⁷⁸⁴ 《澳大利亚消费者法》第 18(1)条作为联邦法律的适用范围包括公司和个人在一系列“扩展”情况下的行为。见 Australian Trade Mark Law, Melbourne: 第二版，牛津大学出版社 2016 年，第 459-460 页。

⁷⁸⁵ 《澳大利亚消费者法》第 33-34 条。

⁷⁸⁶ 《澳大利亚消费者法》第 33 条。

- 货物是新的⁷⁸⁷，或具有特定的标准、质量、价值、等级、成分、风格或型号，或具有特定的历史或特定历史用途；⁷⁸⁸
- 货物原产某地；⁷⁸⁹
- 服务具有特定的标准、质量、价值或等级；⁷⁹⁰或
- 该商品或服务具有某种赞助、批准、性能特点、附件、用途或好处。⁷⁹¹

这些条款的核心目标是制定一个商人必须遵守的“行为准则”⁷⁹²，以“保护作为商品和服务消费者的公众”。⁷⁹³尽管有人说，第 18(1)条并不直接涉及“两个商人之间的不公平贸易竞争”⁷⁹⁴，但《澳大利亚消费者法》中的这一禁止性规定和其他禁止性规定可以用于商业竞争对手⁷⁹⁵，从而发挥针对不正当竞争行为的保护作用。

该地区许多国家效仿澳大利亚，通过了消费者保护立法，其中包含类似的禁止性规定，禁止贸易或商业中的误导或欺骗性行为⁷⁹⁶，或可能在商品或服务的性质、特点等方面误导公众的行为⁷⁹⁷，或对商品或服务的质量、特点、来源地等作出虚假或误导性表示。⁷⁹⁸

汤加的不寻常之处在于，除了维持假冒侵权制度和拥有一般的消费者保护立法外，还有两项立法专门规范“不正当竞争”。首先，汤加 1994 年的《工业产权法》规定，“任何违反工业或商业诚信行为的竞争行为都是非法的”，将《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款所规定的行为视为“不正当竞争行为”。⁷⁹⁹其次，汤加 2002 年《不正当竞争防止法》规定：“任何因本法意义上的不正当竞争行为而受到损害或可能受到损害的人，都有权获得汤加法律规定的救济。”⁸⁰⁰

该法规定了各种构成不正当竞争的行为，包括：

- 造成对他人企业的混淆；⁸⁰¹

⁷⁸⁷ 《澳大利亚消费者法》第 29(1)(c)条。

⁷⁸⁸ 《澳大利亚消费者法》第 29(1)(a)条。

⁷⁸⁹ 第《澳大利亚消费者法》29(1)(k)条。

⁷⁹⁰ 《澳大利亚消费者法》第 29(1)(b)条。

⁷⁹¹ 《澳大利亚消费者法》第 29(1)(g)条。《澳大利亚消费者法》第 29 条中的“虚假或误导性”与《澳大利亚消费者法》第 18 条中的“误导性或欺骗性”没有实质性区别：Federal Court of Australia, 24 June 2009, Australian Competition and Consumer Commission v Dukemaster Pty Ltd [2009] FCA 682 第 14 段。

⁷⁹² 澳大利亚高等法院，2004 年 12 月 2 日，Butcher v. Lachlan Elder Realty Pty Ltd (2004)218 CLR 592，第 112 段。

⁷⁹³ 澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1980 年 12 月 16 日，McWilliam's Wines Pty Ltd v. McDonald's System of Australia Pty Ltd (1980)33 ALR 394，第 405 页。

⁷⁹⁴ 澳大利亚高等法院，1978 年 4 月 19 日，Hornsby Building Information Centre Pty Ltd v Sydney Building Information Centre Ltd (1978)140 CLR 216，227。

⁷⁹⁵ 《澳大利亚消费者法》第 232(2)条（任何人都可以申请强制令）；《澳大利亚消费者法》第 236(1)条（因违反《澳大利亚消费者法》而遭受损失或损害的人可以获得赔偿）。违反《澳大利亚消费者法》第 29(1)条的行为也是一种严格责任的违法：《澳大利亚消费者法》第 151(1)条。

⁷⁹⁶ 1986 年《新西兰公平交易法》第 9 条；1995 年《所罗门群岛消费者保护法》第 24 条；2000 年汤加《消费者保护法》第 22 条；2001 年《基里巴斯消费者保护法》第 20 条；2010 年《斐济竞争与消费者法》第 75 条；2016 年萨摩亚《竞争与消费者法》第 55 条。

⁷⁹⁷ 《新西兰自由贸易协定》第 10-11 条；《所罗门群岛协定》第 30 条；《汤加协定》第 28 条（仅服务）；《基里巴斯协定》第 22 条（仅服务）；《斐济协定》第 80、83 和 84 条。

⁷⁹⁸ 《新西兰自由贸易协定》第 13 条；《所罗门群岛协议》第 25 条；《汤加协议》第 23 条；《斐济协议》第 77 条。

⁷⁹⁹ 1994 年《汤加工业产权法》第 34 条。

⁸⁰⁰ 2002 年《汤加反不正当竞争法》第 4(2)条。

⁸⁰¹ 汤加《反不正当竞争法》第 5 条。

- 损害他人的商誉或声誉（包括通过淡化商誉）；⁸⁰²
- 误导公众；⁸⁰³和
- 诋毁他人的企业。⁸⁰⁴

1.3 假冒与成文法消费者保护制度之间的关系

自 20 世纪 70 年代中期澳大利亚通过消费者保护立法以来，一个困难的问题是如何处理法定禁止事项“误导或欺骗性行为”与假冒侵权行为（两者在诉答活动中经常被并列且明显重叠）之间的关系。有时，澳大利亚法院试图强调这两种行为之间的区别，指出它们有不同的起源和截然不同的目的——具体而言，假冒侵权诉讼旨在保护商人的商誉，而成文法诉讼则旨在保护消费者。⁸⁰⁵法院还警告说，不要将假冒行为的原则“不加区别地引入”成文法诉讼中⁸⁰⁶，并认为成文法诉讼“比普通法更广泛地保护公众免受欺骗”。⁸⁰⁷然而，在应用中，澳大利亚法院在很大程度上倾向于将假冒侵权行为和成文法诉讼合并处理，并依靠法院在假冒案件中制定的原则和限制来确定措辞宽泛的成文法诉讼的范围，两者之间只留下相对微小的差异。⁸⁰⁸这似乎也反映了新西兰的立场。⁸⁰⁹澳大利亚法院愿意采用这种合并的方法，受到了评论家的欢迎。⁸¹⁰

1.4 商誉或声誉作为假冒行为和相关消费者保护诉讼的“门槛”要求

这种合并方法最明显的例子是澳大利亚法院明确承认，如果被告违反法律，使用与原告有关的标志或符号从事“误导或欺骗性行为”，原告提起假冒诉讼和相关诉讼时，必须证明自己有足够的声誉或商誉，才会根据这两种诉讼事由取得成功。⁸¹¹即使法律的禁止性规定中没有这样的要求，也要达到这样的证明标准。

⁸⁰² 汤加《反不正当竞争法》第 6 条。“商誉或声誉的淡化”在第 3 条中被定义为“商标、商号或其他商业标识、产品的外观或产品或服务的介绍或名人或知名虚构人物的独特性质或广告价值的减弱。”

⁸⁰³ 汤加《反不正当竞争法》第 7 条。

⁸⁰⁴ 汤加反不正当竞争法第 8 条。还包括任何其他“在工业或商业活动中违反诚实商业惯例的行为或做法”：第 4(1)条。

⁸⁰⁵ 例如，见澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1982 年 8 月 23 日，Taco Co of Australia Inc v. Taco Bell Pty Ltd (1982)42 ALR 177, 197；澳大利亚联邦法院（全员合议庭），2007 年 5 月 21 日，Cadbury Schweppes Pty Ltd v. Darrell Lea Chocolate Shops Pty Ltd (2007)159 FCR 397, 第 98 段。另见新西兰上诉法院，1998 年 5 月 13 日，Neumegen v. Neumegen & Co [1998] 3 NZLR 310, 325。

⁸⁰⁶ 澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1982 年 8 月 23 日，Taco Co of Australia Inc v. Taco Bell Pty Ltd (1982)42 ALR 177, 197。另见新西兰上诉法院，1988 年 3 月 4 日，Taylor Bros Ltd v Taylor Group Ltd [1988] 2 NZLR 1。

⁸⁰⁷ 澳大利亚高等法院，1982 年 8 月 11 日，Parkdale Custom Built Furniture Pty Ltd v. Puxu Pty Ltd (1982)149 CLR 191, 205。

⁸⁰⁸ 关于主要的区别，见 Burrell and Handler, Australian Trade Mark Law, 第 505-513 页。

⁸⁰⁹ Paul Sumpter, Intellectual Property Law: Principles in Practice, Auckland: 3rd ed, CCH New Zealand 2017, 第 271-274 页。

⁸¹⁰ Jill McKeough et al, Intellectual Property in Australia, Sydney: 3rd ed, LexisNexis Butterworths 2004, 455; Burrell and Handler, Australian Trade Mark Law, at 462-464, 505-534。关于新西兰的更多批评观点，J.C. Lai and S.I. Becher, “Protecting Consumer Protection”, Victoria University of Wellington Law Review 49 (2018), 259。

⁸¹¹ 澳大利亚联邦法院，1989 年 12 月 12 日，Equity Access Pty Ltd v Westpac Banking Group (1989)16 IPR 431, 441；澳大利亚联邦法院，2009 年 6 月 5 日，Mars Australia Pty Ltd v. Sweet Rewards Pty Ltd (2009)81 IPR 354, 第 22 段。

在澳大利亚、新西兰和整个南太平洋地区，除了针对固有的显著性贸易标志，还有可以针对更广泛的标志证明存在商誉或声誉。后者包括描述性的品牌名称⁸¹²、包装设计⁸¹³、色彩方案⁸¹⁴、商品的整体外观⁸¹⁵、虚构的人物⁸¹⁶、名人形象⁸¹⁷和营销主题。⁸¹⁸然而，要证明这些标志中存在声誉，可能需要有令人信服的证据证明消费者的广泛认可。

在澳大利亚，“商誉”和“声誉”是可以互换使用的。⁸¹⁹这样做的结果是，与联合王国的外国商人相比，澳大利亚的外国商人可以得到更广泛的公平竞争保护。在联合王国，提起假冒诉讼需要有严格的当地商誉要求，即外国原告必须在联合王国境内从事贸易，而在澳大利亚⁸²⁰，只要外国商人在澳大利亚境内有“溢出”的声誉，“足以证明有可能欺骗……潜在的消费者并损害[该商人]的声誉”就足够了。⁸²¹在新西兰，为了确定一个商人是否有足够的商誉，使其能够提起假冒诉讼，人们认识到澳大利亚和新西兰可能需要被视为同一个市场。⁸²²另一方面，在斐济，法院似乎有可能遵循联合王国的做法，维持对当地贸易的商誉的要求。⁸²³

⁸¹² 见，例如，澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1994年9月30日，Apand Pty Ltd v. The Kettle Chip Co Pty Ltd (1994) 52 FCR 474（“Kettle”指水壶煮的马铃薯脆片）。新西兰高等法院，1983年11月21日，Shotover Gorge Jet Boats Ltd v. Marine Enterprises Ltd [1984] 2 NZLR 154（“Shotover Jet”指在Shotover峡谷经营的喷气船业务）；斐济上诉法院，2004年11月26日，Natural Waters of Viti Ltd v. Crystal Clear Mineral Water (Fiji)Ltd [2004] FLR 545（“Fiji”指斐济的瓶装水）。

⁸¹³ 见，例如，澳大利亚联邦法院（全员合议庭），2002年6月4日，Sydneywide Distributors Pty Ltd v. Red Bull Australia Pty Ltd (2002) 55 IPR 354（红牛罐的包装）。汤加上诉法院，1998年8月7日，Nestle (Fiji)Ltd v Tonga Cooperative Federation [1998] Tonga LR 120（休闲食品的包装和标签）；斐济高等法院，2003年10月7日，Vo-Ko Industries Ltd v Fish Cannery (Fiji)Ltd [2003] FJHC 295（鱼罐头产品的外观）。

⁸¹⁴ 例如，见澳大利亚联邦法院，2014年5月30日，Telstra Corporation Ltd v. Phone Directories Co Pty Ltd (2014) 107 IPR 333（用于分类电话目录的黄色）；新西兰高等法院，1997年11月20日，Tui Foods Ltd v. New Zealand Milk Corporation Ltd [1997] 2 NZLR 214（牛奶瓶的黄色瓶盖）；巴布亚新几内亚国家法院，2020年5月4日，Mara v. Bagre Nui [2020] PGNC 128（出租车涂装）。

⁸¹⁵ 例如，见澳大利亚联邦法院（全员合议庭），2011年8月5日，Peter Bodum A/S v. DKSH Australia Pty Ltd (2011) 92 IPR 222（法式咖啡滤压壶的形状）；新西兰高等法院，1992年7月15日，Tot Toys Ltd v. Mitchell [1993] 1 NZLR 325（一种儿童玩具的“蜜蜂”造型）。

⁸¹⁶ 例如，见澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1989年5月25日，Pacific Dunlop Ltd v. Hogan (1989) 23 FCR 533（“鳄鱼邓迪”角色）。

⁸¹⁷ 例如，见昆士兰上诉法院，1996年10月25日，Talmax Pty Ltd v. Telstra Corp Ltd [1997] 2 Qd R 444（澳大利亚奥运游泳选手Kieren Perkins的形象）。

⁸¹⁸ 枢密院，1980年10月13日，Cadbury Schweppes Pty Ltd v. Pub Squash Co Pty Ltd [1980] 2 NSWLR 851（原则上接受）。

⁸¹⁹ 澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1992年4月14日，ConAgra Inc v. McCain Foods (Aust) Pty Ltd (1992) 33 FCR 302, 340。

⁸²⁰ 联合王国最高法院，2015年5月13日，Starbucks (HK)Ltd v British Sky Broadcasting Group Plc [2015] 1 WLR 2628。

⁸²¹ 澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1992年4月14日，ConAgra Inc v. McCain Foods (Aust) Pty Ltd (1992) 33 FCR 302, 341-342, 353。原告不需要打算在澳大利亚开始交易。澳大利亚联邦法院（全员合议庭），2013年6月7日，Knott Investments Pty Ltd v. Winnebago Industries Inc (2013) 211 FCR 449, para. 14。对于联合王国和澳大利亚立场的批判性分析，见Catherine W. Ng, Goodwill in Passing Off: A Common Law Perspective, Cheltenham, UK: Edward Elgar 2021, 70-80, 219-220。

⁸²² 新西兰上诉法院，1987年3月27日，Dominion Rent A Car Ltd v. Budget Rent A Car Systems (1970)Ltd [1987] 2 NZLR 395, 406；新西兰高等法院，2013年6月28日，Muzz Buzz Franchising Pty Ltd v. JB Holdings (2010)Ltd [2013] NZHC 1599, 第74页。概述见Graeme W. Austin, “The Consumer in Cross-Border Passing Off Cases”, Victoria University of Wellington Law Review 47 (2016), 209。

⁸²³ 斐济高等法院，2018年6月4日，Luxury Cosmetics Ltd v. Royal Mokosoi Pty Ltd [2018] FJHC 514, 第58, 65段。汤加也可能是这种情况：汤加最高法院，2015年10月8日，Tongan Supreme Court, 8 October 2015, Leiola Group Ltd v Aho [2015] TOSC 44, 第15段。

与此相关的一点是，在澳大利亚，受影响的一方有可能在本身歇业后仍就假冒行为和违反禁止从事误导或欺骗性行为提起诉讼，只要该方在消费者中仍有剩余的声誉。⁸²⁴

1.5 没有不正当竞争侵权

如上文第 1.2 节所述，该地区法定的消费者保护制度的广泛性，意味着反不正当竞争行为已经超出了假冒的范围。然而，需要注意的是，澳大利亚高等法院拒绝在普通法中设立不正当竞争侵权诉讼来弥补假冒侵权诉讼和消费者保护及知识产权立法所留下的任何空白的要求。在“Moorgate Tobacco Co Ltd 诉 Philip Morris Ltd [No 2]”一案中，法院指出：

拒绝为“不正当竞争”创设概括性诉讼，不过是承认这样一个事实，即这种诉讼打破了商人在竞争者造成或威胁造成损害时可以利用的传统和法定诉讼事由之间的既定界限。这些界限区分了法律或衡平法限制和保护领域与不受约束的竞争领域，越来越多地反映了负责任的……议会确定的相互竞争的主张和政策之间的适当平衡。⁸²⁵

这一说法也被认为代表了新西兰的法律。⁸²⁶

2. 工商事务中的诚信行为

除了汤加（其法律见 1.2），没有一个接受调查的南太平洋国家、澳大利亚或新西兰在其反不正当竞争的法律中具体提到“违反工商事务中的诚信行为”。相反，这些国家都是通过假冒侵权行为和/或涉及消费者保护和/或更广泛定义的不正当竞争法中所包含的要求，来履行《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款的义务。

在所有国家，履行防止“违反诚信行为”的义务的方式，是在假冒侵权行为中要求被告停止从事可能损害原告声誉或商誉的“虚假表示”。正是这一要求使该侵权诉讼有效地成为防止澳大利亚法官所描述的“商业上的不诚实”的方式。⁸²⁷其必然结果是，不会误导消费者的行为不会被禁止，因为该侵权诉讼不是为了“进入诚实竞争的领域”。⁸²⁸同样，消费者保护法中禁止当事人在贸易或商业中从事“误导或欺骗性行为”，或在商品或服务供应中作出“虚假或误导性表示”，旨在落实“道德标准”⁸²⁹，不属于这些法定禁止范围的商业行为，被认为是可以接受的。

换句话说，在澳大利亚、新西兰或该地区其他拥有类似法律的国家，“盗用”行为本身不被视为违反商业诚信行为。被告“盲目模仿”（例如，通过产品模拟行为，或使用虚构人物、名人形象或广告主题等标志）原告已建立商业价值的东西的行为，不被认为是一种固有的“不诚实”做法。相反，

⁸²⁴ 维多利亚州最高法院，1956年8月16日，Ballarat Products Ltd v. Farmers Smallgoods Co Pty Ltd [1957] VR 104；澳大利亚联邦法院（全员合议庭），2000年11月15日，Mark Foys Pty Ltd v TVSN (Pacific)Ltd (2000)104 FCR 61。

⁸²⁵ 澳大利亚高等法院，1984年11月22日，Moorgate Tobacco Co Ltd v. Philip Morris Ltd [No 2] (1984)156 CLR 414、445-446。

⁸²⁶ 桑普特，《知识产权法》，第 283 页。另见巴布亚新几内亚国家法院，1978年4月11日，CBS Inc v Ranu Investments [1978] PNGLR 66（认识到采用不正当竞争的侵权行为会扩大法律适用，但对该问题未作硬性规定）。

⁸²⁷ 澳大利亚高等法院，2012年10月5日，JT International SA v. Commonwealth (2012)250 CLR 1, para. 39；澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1992年4月14日，ConAgra Inc v. McCain Foods (Aust)Pty Ltd (1992)33 FCR 第 302、308、340-342、353 页。

⁸²⁸ 英格兰和威尔士高等法院，1994年7月20日，Hodgkinson & Corby Ltd v Wards Mobility Services Ltd [1995] FSR 169, 175。

⁸²⁹ Russell V. Miller, Miller's Australian Competition and Consumer Law Annotated, Sydney: 43rd ed, Thomson Reuters 2021, 第 18.20 段。

这种行为只有在误导消费者认为被告与原告存在足够的贸易联系（例如，原告提供了被告的商品或服务，或赞助了被告的商品或服务，或与被告有某种商业联系）时，才违反商业行为的法律规范。⁸³⁰

尽管如此，在澳大利亚和新西兰的假冒诉讼中，“诚实”至少在两个方面发挥了更直接的作用。首先，人们早就认识到，虽然欺骗的意图不是诉讼的必要条件，但如果存在这种意图，就可以更容易地推断出这种意图是有效的，从而更有可能认定为虚假表示。⁸³¹其次，在一个企业已经开始诚实交易的情况下，一旦该企业已经经营了相当长的一段时间，并成功地建立了自己的宝贵声誉，就可以免受在先使用者在类似的商标或包装上的名誉主张。⁸³²

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

3.1 使《巴黎公约》第 10 条之二第 (3) 款第 1 和第 3 项生效的法律

正如第 1 节和第 2 节所指出的，无论是假冒侵权行为，还是同时禁止从事“误导或欺骗性行为”的成文法禁止性规定，其核心要求都是消费者有可能被被告误导，认为被告与原告存在某种形式的贸易联系。在考虑被告的行为是否构成此类案件中的虚假表示或误导或欺骗性行为时，法院将考虑原告的声誉程度、被告使用任何相关标志、装潢或其他标志的全部背景、双方商品或服务的性质及其向公众提供的方式，以及这些商品或服务的典型消费者特征。法院还可以考虑具有营销或消费心理学专业知识的人提供的证据、调查证据以及声称被误导的个人提供的证据。⁸³³

根据这两种诉讼事由，澳大利亚和新西兰的法院已经指出，造成“单纯的混淆”，即对两种产品是否来自同一来源感到疑惑的行为是不够的⁸³⁴，即使它可以成为有用的证据，从中推断出欺骗的可能性。⁸³⁵对于假冒行为，原告必须证明“大量”消费者已经或有可能被被告的行为所误导。⁸³⁶对于根据消费者保护制度提起的诉讼，法院认为，责任认定取决于相关言论所针对的消费者类别中假设的“普通”或“理性”成员的可能反应，不考虑那些可能被认为是“极端或虚幻”的反应。⁸³⁷法院没有要求该类消费者中的某一特定比例（如“大量”或“数量不小”的消费者）必须被误导。⁸³⁸

⁸³⁰ 这也说明，即使被告能够证明其行为不是为了误导，并且相信其行为是诚实和合理的，但如果其行为确实或可能产生误导，被告仍可能违反《澳大利亚消费者法》。澳大利亚高等法院，1982年8月11日，Parkdale Custom Built Furniture Pty Ltd v. Puxu Pty Ltd (1982)149 CLR 191, 197。

⁸³¹ 澳大利亚高等法院，1937年9月2日，Australian Woollen Mills Ltd v FS Walton & Co Ltd (1937)58 CLR 641, 657；澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1989年7月21日，Telmak Teleproducts (Australia) Pty Ltd v Coles Myer Ltd (1988)84 ALR 437, 445。新西兰上诉法院，1927年10月18日，Black and White Cabs Ltd v McEneaney [1927] NZLR 862；新西兰上诉法院，2013年3月27日，NZ Tax Refunds Ltd v Brooks Homes Ltd [2013] NZCA 90，第 17、32 段。

⁸³² 澳大利亚联邦法院（全员合议庭），2007年11月28日，Colorado Group Ltd v. Strandbags Group Pty Ltd (2007)164 FCR 506，第 221 页。关于根据《澳大利亚消费者法》采取的行动，见 Burrell and Handler, Australian Trade Mark Law 第 517-518 页，第 526-527 页。

⁸³³ 见 Burrell and Handler, Australian Trade Mark Law, 第 484-487 页。

⁸³⁴ 澳大利亚高等法院，1982年8月11日，Parkdale Custom Built Furniture Pty Ltd v. Puxu Pty Ltd (1982)149 CLR 191、198、210；新西兰上诉法院，2002年9月19日，Anheuser Busch Inc v. Budweiser Budvar National Corporation [2003] 1 NZLR 472，第 130 段。

⁸³⁵ 澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1989年7月21日，Telmak Teleproducts (Australia) Pty Ltd v. Coles Myer Ltd (1988)84 ALR 437, 448。

⁸³⁶ 见上议院，1941年4月2日，Saville Perfumery Ltd v. June Perfect Ltd (1941)58 RPC 147。

⁸³⁷ 澳大利亚高等法院，2000年3月9日，Campomar Sociedad Limitada v. Nike International Ltd (2000)202 CLR 45，第 101-105 段；澳大利亚高等法院，2013年2月6日，Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission (2013)249 CLR 435，第 7 段。另见新西兰上诉法院，2015年12月16日，Tasman Insulation New Zealand Ltd v Knauf Insulation Ltd [2016] 3 NZLR 145，第 225 段（采用澳大利亚在 Campomar 案中采取的方法）。

⁸³⁸ 澳大利亚联邦法院（全员合议庭），2020年7月30日，Australian Competition and Consumer Commission v TPG Internet Pty Ltd (2020)278 FCR 450，第 23-24 段。

在涉及使用原告名誉标志或其他标志方面，该地区的法院已经认识到存在各种类型的虚假表示或可能产生误导或欺骗性的行为。最常见的类型是对原产地的虚假表示：也就是说，被告虚假地表示其商品或服务是原告的商品或服务。⁸³⁹原告要证明他们在描述性词语或非文字性标志（如装潢或产品形状）方面有足够的声誉往往是很困难的；同样，原告要证明被告使用这些标志或标志是误导性的也很困难⁸⁴⁰，特别是当这些标识或标志因其描述性特性而被使用并与其他品牌一起使用时。⁸⁴¹当被告使用与原告有关的描述性标志来产生互联网搜索结果，将消费者引向被告的网站时，澳大利亚和新西兰的法院不愿意认定这种行为构成虚假表示或误导或欺骗性行为——即使它最初可能造成某种形式的利益混淆。⁸⁴²

另一种已被法院认可的虚假表示是关于质量的虚假表示。这可能发生在被告销售原告的实际货物，但对其质量或特性进行了误导（例如，将老一代产品作为新产品进行宣传⁸⁴³）。这也可能发生在被告使用地理标志：一些当事方在该地理标志上有“集体”商誉，但被告的货物并非来自该地理区域，也不具有与该地理标志相关的质量或特征。⁸⁴⁴

另一种类型的虚假表示是，被告的商品或服务由原告赞助或认可，或与原告有其他关联。在这种情况下，澳大利亚法院长期以来一直回避原告和被告必须从事“共同活动领域”的任何要求。⁸⁴⁵这使得原告能够成功地提起诉讼，以防止被告：销售未经授权的带有与原告有关的图像或人物的商品；⁸⁴⁶

⁸³⁹ 一个现代的例子涉及关键词广告，即被告购买原告享有声誉的词汇，并在其广告中显示该词汇，虚假地暗示该广告与原告的商品或服务有关。例如，见澳大利亚联邦法院，2011年9月22日，*Australian Competition and Consumer Commission v Trading Post Australia Pty Ltd* (2011)197 FCR 498；新西兰高等法院，2014年2月12日，*InterCity Group (NZ)Ltd v. Nakedbus NZ Ltd* [2014] 3 NZLR 177。

⁸⁴⁰ 在这种情况下，法院往往会重视原告和被告的标志之间的微小差异：例如，见澳大利亚联邦法院，2013年6月7日，*REA Group Ltd v. Real Estate 1 Ltd* (2013)217 FCR 327（知名的“realestate.com.au”网站的所有者无法限制在搜索结果和赞助链接中使用“realestatel.com.au”，理由是消费者会注意到“1”，并因此认为被告的网站是在与原告竞争而不是作为一个品牌的延伸）。关于成功诉讼的例子，见新西兰最高法院，1976年3月11日，*New Zealand Insurance Ltd v New Zealand Insurance Brokers Ltd* [1976] 2 NZLR 40（鉴于原告在“新西兰保险”这一名称和缩写“NZI”中的广泛声誉，限制使用“新西兰保险”和“NZIB”）。汤加上诉法院，1998年8月7日，*Nestle (Fiji)Ltd v Tonga Cooperative Federation* [1998] Tonga LR 120（授予中间禁令，禁止被告使用与原告类似的包装和标签销售其休闲食品）；巴布亚新几内亚国家法院，2020年5月4日，*Mara v. Bagre Nui* [2020] PGNC 128（被告使用与原告类似的出租车涂装，构成虚假表示）。

⁸⁴¹ 见，例如，澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1996年2月15日，*Pepsico Australia Pty Ltd v. Kettle Chip Co Pty Ltd* (1996)33 IPR 161（“Kettle”薯片的制造商不能限制被告在其薯片上使用“Kettle Cooked”，因为被告在其包装上醒目地显示其“Thins”品牌）。澳大利亚联邦法院，1999年4月16日，*Dr Martens Australia Pty Ltd v. Figgins Holdings Pty Ltd* (1999)44 IPR 281（Doc Martens鞋的制造商无法限制外观相似的鞋子的销售，因为被告为其鞋子采用了不同的品牌名称）。相反，见澳大利亚联邦法院（全员合议庭），2011年8月5日，*Peter Bodum A/S v. DKSH Australia Pty Ltd* (2011)92 IPR 222（咖啡滤压壶制造商能够限制被告销售类似形状的咖啡滤压壶，因为法院认为被告的“Euroline”商标不够突出，不会被消费者认为是一个品牌名称）。斐济高等法院，2007年3月9日，*Rewa Co-op Dairy Co Ltd v. Eagle Ridge Investment (Fiji)Ltd* [2007] FLR 127（被告在其包装上突出使用“full cream long Life Milk”，误导了与原告的“Life”品牌牛奶的联系）。

⁸⁴² 例如，见澳大利亚联邦法院（全员合议庭），2014年7月21日，*Kosciuszko Thredbo Pty Ltd v. ThredboNet Marketing Pty Ltd* (2014)223 FCR 517，第48段；新西兰高等法院，2017年7月31日，*National Mini Storage Ltd v National Storage Ltd* [2017] NZHC 1775，第91-92段。

⁸⁴³ 上议院，1915年6月9日，*AG Spalding & Bros v. AW Gamage Ltd* (1915)32 RPC 273。

⁸⁴⁴ 例如，新西兰上诉法院，1991年12月5日，*Wineworths Group Ltd v. Comite Interprofessionel du Vin de Champagne* [1992] 2 NZLR 327（澳大利亚“香槟酒”的销售因违反新西兰自由贸易协定第9条而被限制）。这是该地区国家实施《TRIPS协定》第22.2条的一种方式。

⁸⁴⁵ 新南威尔士州最高法院，1960年6月14日，*Radio Corporation Pty Ltd v. Henderson* [1960] NSW 279。

⁸⁴⁶ 例如，澳大利亚联邦法院，1996年5月17日，*Twentieth Century Fox Film Corporation v. South Australian Brewing Co Ltd* (1996)66 FCR 451（“辛普森一家”的生产商能够限制销售未经授权的“达夫”啤酒）。

在不相关的促销背景下使用虚构的人物或广告活动的氛围；⁸⁴⁷以暗示该名人对被告不相关的商品或服务给予认可的方式使用名人的形象⁸⁴⁸，甚至脱离通常使用该形象或人物的商业背景，使用名人的模拟像或虚构的人物来宣传或销售被告的非竞争性商品或服务。⁸⁴⁹

虽然澳大利亚关于虚构人物商品化的一些结论因涉及范围广，在新西兰受到批评⁸⁵⁰，但那里的法院已经表明愿意通过其消费者保护立法防止在未经授权的商业背景下使用名人形象。⁸⁵¹

在所调查的国家中，仅仅让消费者“联想到”竞争者的产品，但不以上述方式之一误导或欺骗消费者的行为，在任何国家都没有被禁止。

最后，如第 1.2 节所述，澳大利亚、新西兰和其他一些南太平洋国家在其消费者保护立法中还禁止在贸易或商业中对商品或服务的质量、特性、原产地和赞助人作出虚假或误导性表示，以及禁止在商品和/或服务的性质、特性、用途的适合性、数量或制造过程方面可能误导公众的行为。然而，关于这些额外被禁止行为的独立判例很少。这主要是因为认定一方在贸易或商业中从事了“误导或欺骗性行为”将不可避免地导致认定其违反了关于作出“虚假或误导性”表示的更具体的额外被禁止行为⁸⁵²，并且这种认定比认定一个行为“倾向于 (liable to) 误导”公众更容易——“倾向于”是指“公众有被被告行为误导的实际可能性”。⁸⁵³

3.2 使《巴黎公约》第 10 条之二第 (3) 款第 2 项生效的法律

禁止从事误导性或欺骗行为的一般法律规定也为受影响商人提供了一种保护手段，以防止其商品或商号遭受贬损。⁸⁵⁴这一禁止性规定发挥重大作用的一个领域就是比较性广告，可被用以防止企业“诋毁”竞争对手的商品或业务。在澳大利亚和新西兰，比较性广告并不被认为是一种“本质上不光彩的商业行为”；只要广告商的“事实主张不假，或者不是误导性的半真半假，广告商就可以合法地将其产品或服务的某一方面与竞争对手的产品或服务的相同方面进行有利于自己的比较”。⁸⁵⁵法院认为，重点在于被告主张的准确性，并认为如果被告“不仅肯定自己的产品，而且[还]将其与另一产品

⁸⁴⁷ 例如，见澳大利亚联邦法院，2003 年 8 月 1 日，Telstra Corporation Ltd v. Royal & Sun Alliance Insurance Australia Ltd (2003)57 IPR 453（该企业的知名电视广告中出现了—个被称为“Goggmobil 先生”的角色，该企业能够限制由同一演员在与原广告类似的情况下扮演 Goggmobil 先生的广告）。

⁸⁴⁸ 例如，见昆士兰上诉法院，1996 年 10 月 25 日，Talmax Pty Ltd v. Telstra Corp Ltd [1997] 2 Qd R 444（在未经授权的宣传中使用澳大利亚奥林匹克游泳运动员的形象）。参考澳大利亚联邦法院，1986 年 5 月 29 日，Newton-John v. Scholl-Plough (Australia)Ltd (1986)11 FCR 233（在化妆品广告中使用与艺人 Olivia Newton-John 外形相似的演员，广告语为“Olivia? 不，是 Maybelline”；法院认定不至于让人误以为该广告是由纽顿-约翰授权的）。

⁸⁴⁹ 例如，见澳大利亚联邦法院（全员合议庭），1989 年 5 月 25 日，Pacific Dunlop Ltd v. Hogan (1989)23 FCR 533（认定被告在鞋子广告中影射“鳄鱼邓迪”的角色和电影“鳄鱼邓迪”的著名场景属于误导，因为被告的行为被认为可能对其消费者的购买行为产生一些影响）。

⁸⁵⁰ 例如，见新西兰高等法院，1992 年 7 月 15 日，Tot Toys Ltd v Mitchell [1993] 1 NZLR 325, 362-363。

⁸⁵¹ 新西兰高等法院，2001 年 10 月 2 日，New Zealand Rugby Football Union v Saint Publishing Ltd，未进入案例汇编，HC Auckland M1458/01（限制在未经授权的商业背景下使用新西兰橄榄球运动员的形象）。

⁸⁵² 澳大利亚联邦法院，2014 年 5 月 30 日，Telstra Corporation Ltd v. Phone Directories Co Pty Ltd (2014)107 IPR 333，第 389 段。

⁸⁵³ 澳大利亚联邦法院，2014 年 6 月 18 日，Australian Competition and Consumer Commission v Coles Supermarkets Australia Pty Ltd (2014)317 ALR 73，第 44 段。

⁸⁵⁴ 它提供了一个比伤害性撒谎这一侵权行为更有用的手段，后者要求发布关于原告的业务或商品的虚假和恶意的声明，并对原告造成实际损害：例如，见澳大利亚高等法院，2001 年 12 月 6 日，Palmer-Bruyn & Parker Pty Ltd v. Parsons (2001)208 CLR 388，第 52 段。

⁸⁵⁵ 澳大利亚联邦法院（全员合议庭），2002 年 7 月 26 日，Gillette Australia Pty Ltd v. Energiser Australia Pty Ltd (2002)193 ALR 629，第 20 和 22 段。

进行比较，使后者在比较中显示出不利的一面，则被告应特别注意确保比较的正确性”⁸⁵⁶，以避免法院认定其实施了误导或欺骗性行为。

4. 其他不正当竞争行为

澳大利亚、新西兰和其他接受调查的南太平洋国家都禁止《巴黎公约》第 10 条之二规定以外的不正当竞争行为。这是由于“误导性和欺骗性行为”这一法律概念含义宽泛，可以包括使用新技术形式的新型商业和营销行为。例如，在澳大利亚，法院最近认定一个医疗预订平台违反了《澳大利亚消费者法》第 18(1) 条，因为它没有披露自己隐瞒了病人的负面评论以及与保险经纪人共享病人信息的情况⁸⁵⁷；法院还认定谷歌违反了《澳大利亚消费者法》第 18(1) 条，因为它从关闭“位置历史”设置的安卓设备用户那里收集位置数据。⁸⁵⁸

除了消费者保护制度之外，澳大利亚和新西兰还制定了具体的立法，防止“伏击营销”。在澳大利亚，《2014 年重大体育赛事（标志物和图像）法》禁止在有限的“保护期”内，未经授权在商品或服务上使用与特定赛事相关的受保护标志物或图像，向普通人暗示其与该赛事存在赞助关系或商业安排。⁸⁵⁹值得注意的是，为宣传、推广或提高商品或服务的需求为主要目的的使用就足以表明存在这种安排。⁸⁶⁰在新西兰，《2007 年重大活动管理法》更进一步。该法允许把一个事件宣布为“重大事件”，指定该“重大事件的标志和文字”⁸⁶¹，并超越传统的假冒和消费者保护标准，禁止企业以某种方式表示该重大事件与某些商品或服务或个人之间存在“关联”；⁸⁶²如果企业使用了该重大事件的文字或标志或相近的变体，即使采用了免责声明，也推定为违反。⁸⁶³该法还限制在某些“清洁区”或附近以及在“清洁交通路线”上进行未经授权的广告和街头交易。⁸⁶⁴

最后，该地区所有国家都禁止不当使用商业秘密。⁸⁶⁵这种禁止主要是通过合同的明示或默示条款，或通过违反信任这一衡平法诉讼来实现的。⁸⁶⁶这种诉讼并不承认商业秘密本身的产权。⁸⁶⁷相反，如果信息可以被足够具体地确定，具有必要的保密性，在有保密义务的情况下被接收，且该信息被实际不当使用或有被不当使用的威胁，就可以提起违反信任的诉讼。⁸⁶⁸在职场背景下，澳大利亚法院试

⁸⁵⁶ 澳大利亚联邦法院，1981 年 10 月 8 日，Stuart Alexander & Co (Interstate) Pty Ltd v. Blenders Pty Ltd (1981) 37 ALR 161, 163。

⁸⁵⁷ 澳大利亚联邦法院，2020 年 8 月 20 日，Australian Competition and Consumer Commission v. HealthEngine Pty Ltd [2020] FCA 1203。

⁸⁵⁸ 澳大利亚联邦法院，2021 年 4 月 16 日，Australian Competition and Consumer Commission v. Google LLC (No 2) [2021] FCA 367。

⁸⁵⁹ 2014 年澳大利亚重大体育赛事（标志和图像）法第 16(1) 条。该法的设计使新的“重大事件”可以随着时间的推移而增加。

⁸⁶⁰ 2014 年澳大利亚《重大体育赛事（标志物和图像）法》第 13 条。

⁸⁶¹ 2007 年《新西兰重大活动管理法》第 7-8 条。

⁸⁶² 《新西兰重大活动管理法》第 10 条。

⁸⁶³ 《新西兰重大活动管理法》第 11 条。

⁸⁶⁴ 《新西兰重大活动管理法》第 17-20 条。关于批评，见 Louise Longdin, “Public Law Solutions to Private Law Problems: Major Event Regulation Subverts IP’s Internal Balance”, *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 4 (2009), 726。

⁸⁶⁵ 这样做也同时落实了《TRIPS 协定》第 39 条。

⁸⁶⁶ 新南威尔士州最高法院，2002 年 5 月 3 日，AG Australia Holdings Ltd v Burton (2002) 58 NSWLR 464, 第 73-75 段。

⁸⁶⁷ 澳大利亚高等法院，2007 年 5 月 24 日，Farah Constructions Pty Ltd v. Say-Dee Pty Ltd (2007) 230 CLR 89, para. 118。

⁸⁶⁸ 澳大利亚联邦法院（全员合议庭），2010 年 3 月 4 日，Optus Networks Pty Ltd v. Telstra Corporation Ltd (2010) 265 ALR 281, 第 39 段；新西兰上诉法院，1978 年 5 月 2 日，AB Consolidated Ltd v Europe Strength Food Co Pty Ltd [1978] 2 NZLR 515。

图区分以下两种情况：一种是除为了雇主利益外不能合法使用的特定商业秘密（因此在雇员离职后必须保密），另一种是雇员在离职前必须将其视为保密的信息，但一旦得知，就会被雇员保有，成为其技能和知识的一部分，可以在离职后自由使用。⁸⁶⁹值得注意的是，一些南太平洋国家为商业秘密提供成文法保护。在汤加和瓦努阿图，对商业秘密的不当使用可以通过禁令来保护，或通过损害赔偿来补偿；⁸⁷⁰而在萨摩亚，如果一个人“明知其包含或体现商业秘密而不诚实地盗取、获得或复制任何文件或任何模型或其他对包含或体现任何商业秘密的事物或过程的描述”，则构成刑事犯罪。⁸⁷¹

N. 独立国家联合体（CIS）*

1. 立法框架

继《巴黎公约》和《世贸组织协议》，特别是《TRIPS 协定》中规定的国际标准之后⁸⁷²，有两部主要的法律在区域层面上为独立国家联合体（独联体）现有成员规定了共同的不正当竞争标准。首先是 2000 年 1 月 25 日《独联体协调反垄断政策条约》⁸⁷³，该条约更新了 1993 年 12 月 23 日首次通过的独联体文书。其次，是 2014 年 5 月 29 日通过的《欧亚经济联盟条约》⁸⁷⁴，及其关于竞争的一般原则和规则的议定书。⁸⁷⁵

该地区的一些国家在其国家宪法中明确提到反不正当竞争，主要放在在有关经济活动自由的条款中。⁸⁷⁶因此，从宪法的角度来看，至少对这些国家来说，反不正当竞争显然是为了促进一般意义上的

⁸⁶⁹ 新南威尔士州最高上诉法院，1991 年 3 月 6 日，Wright v. Gasweld Pty Ltd (1991)22 NSWLR 317, 339。

⁸⁷⁰ 汤加商业秘密法第 9 条；瓦努阿图《商业秘密法》2000 第 3 条。根据第 1 条，“商业秘密”被定义为“任何符合以下条件的信息：(a) 在通常处理此类信息的人中不为人所知，或不容易获得；或 (b) 关于某人的商业或专业事务，并且披露后会或可合理预期会对该人的合法商业或专业事务造成不合理的负面影响；并因此而具有商业价值。”

⁸⁷¹ 2013 年萨摩亚《犯罪法》第 171(1) 条；“商业秘密”的定义见第 171(2) 条。

* Natalia Kapryrina 女士，俄罗斯联邦莫斯科国立国际关系学院（MGIMO）一体化研究系副教授。

⁸⁷² 本报告中的所有国家都是《巴黎公约》的成员。世贸组织成员包括亚美尼亚、格鲁吉亚、哈萨克斯坦、吉尔吉斯共和国、摩尔多瓦共和国、俄罗斯联邦、塔吉克斯坦、乌克兰；非成员包括阿塞拜疆、白俄罗斯、土库曼斯坦、乌兹别克斯坦。

⁸⁷³ 第 1 条规定了一般定义，第 3.2.3) 条列出了被界定为不正当竞争的行为。该协议由亚美尼亚、阿塞拜疆、白俄罗斯、格鲁吉亚（有保留，自 2009 年 8 月起退出独联体）、哈萨克斯坦、吉尔吉斯共和国、摩尔多瓦共和国（有保留）、俄罗斯联邦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦、乌克兰（有保留，自 2020 年 11 月起退出该协议）签署。土库曼斯坦没有签署该协议。

⁸⁷⁴ 第 75 条（竞争的一般原则）；第 76 条（竞争的一般规则）。该条约于 2015 年 1 月 1 日开始生效，由亚美尼亚、白俄罗斯、哈萨克斯坦、吉尔吉斯共和国、俄罗斯联邦签署。

⁸⁷⁵ 《欧亚经济联盟条约》附件 19《关于竞争的一般原则和规则的议定书》第 1 条，第 2.14 条）。关于保护和落实知识产权的第 26 号议定书中也提到了反不正当竞争，该议定书涉及构成《巴黎公约》第 10 条之二所指的不正当竞争行为的商品原产地名称的使用。（《欧亚经济联盟条约》附件 26 第 21 条）。在欧亚经济联盟成立之前，白俄罗斯、哈萨克斯坦和俄罗斯已于 2013 年 9 月 17 日通过了关于竞争的示范法，由各国元首于 2013 年 10 月 24 日第 50 号决定批准。一般性定义见第 4.15；第 16 条为具体行为，涵盖了《欧亚经济联盟条约》的更多方面。

⁸⁷⁶ 《亚美尼亚共和国宪法》第 59 条（截至 2015 年 12 月 6 日修订）；《阿塞拜疆共和国宪法》第 15 条第二款（2009 年 3 月 18 日最后一次修订）；《阿塞拜疆共和国宪法》第 15 条第三款（2009 年 3 月 18 日最后一次修订）；《阿塞拜疆共和国宪法》第 15 条第二款（2009 年 3 月 18 日最后一次修订）；《哈萨克斯坦共和国宪法》第 26.4 条（2019 年 3 月 25 日最后一次修订）；《哈萨克斯坦共和国宪法》第 26.4 条（最后一次修订截止至 2019 年 3 月 25 日）；《哈萨克斯坦共和国宪法》第 34 条第 2 款；《俄罗斯联邦宪法》第 34 条第 2 款（修正至 2020 年 7 月）；《乌克兰宪法》第 42 条（修正至 2020 年 7 月）；《乌克兰宪法》第 42 条（修订至 2016 年）。以下国家在其宪法中没有提到不正当竞争：1994 年《白俄罗斯共和国宪法》（最后一次修正至 2004 年 10 月 17 日）；《格鲁吉亚宪法》（最后一次修正至 2018 年 3 月 23 日）；《摩尔多瓦共和国宪法》（修正至 2016 年；在第 9 条第 3 款中提到了“公平竞争”）；塔吉克斯坦共和国宪法（修正至 2003 年）；土库曼斯坦宪法（修正至 2008 年）；乌兹别克斯坦共和国宪法（修正至 2017 年 8 月 29 日）。《阿塞拜疆共和国宪法》在题为“经济发展和国家”的条款中提到，但该条款的一般含义是关于市场经济、自由商业活动、防止经济关系中的垄断和不正当竞争。

公平竞争，防止市场扭曲。⁸⁷⁷这一假设的进一步证据是不正当竞争在上述区域性协议中的地位（作为反垄断标准的一部分）以及在具体国家立法中的地位（不正当竞争与其他竞争相关领域合并处理）。⁸⁷⁸只有乌克兰和阿塞拜疆有关于不正当竞争的具体法律。⁸⁷⁹白俄罗斯将《民法》中的一般规定与竞争法中的具体规定相结合。⁸⁸⁰哈萨克斯坦在其《企业法》中纳入了关于不正当竞争的条款。⁸⁸¹土库曼斯坦似乎没有这方面的具体立法。⁸⁸²

现有国家立法采用了详加规定的立法方法，既提供了不正当竞争的一般定义，又提供了具体禁止行为的清单。与此同时，许多国家还通过了一套更具体的立法，特别是关于广告⁸⁸³、重大体育赛事⁸⁸⁴和商业秘密的立法。⁸⁸⁵

自 1990 年代后半期以来，独联体国家已转向市场经济。在此背景下，有必要通过反不正当竞争立法，作为建立有效竞争手段的一部分。通过保护竞争者来促进公平竞争，仍然是这种立法和实践的一般原理。然而，支持总体经济发展的目标似乎也是一个有效的理由，因为国家通过行政程序以及（在

⁸⁷⁷ 关于将不正当竞争纳入竞争领域的批判，见 Unctad, Assessment of the Eurasian Economic Union Competition Rules and Regulations, United Nations, 2020, 10; 国内文献中也讨论了这个话题。

⁸⁷⁸ 亚美尼亚共和国 2000 年 11 月 6 日颁布的《保护经济竞争法》第五章（修订至 2014 年 7 月 1 日）[HTTPS://WIPOLEX.WIPO.INT/EN/TEXT/434741](https://wipo.int/en/text/434741); 吉尔吉斯共和国 2011 年 7 月 22 日颁布的第 116 号法《竞争法》第 3 条和第 8 条（修订至 2017 年 7 月 28 日第 153 号法）（[HTTPS://WIPOLEX.WIPO.INT/EN/TEXT/457090](https://wipo.int/en/text/457090)）；《摩尔多瓦共和国竞争法》第 4 条和第 3 章（2012 年 7 月 11 日第 183 号法，修订至 2013 年 8 月 2 日）（[HTTPS://WIPOLEX.WIPO.INT/EN/TEXT/457090](https://wipo.int/en/text/457090)）；俄罗斯 2006 年 7 月 26 日第 135-FZ 号联邦竞争保护法（修订至 2021 年）第 4 条和第 2.1 章（第 14.1 至 14.8 条）（[HTTP://EN.FAS.GOV.RU/DOCUMENTS/DOCUMENTDETAILS.HTML?ID=15366](http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=15366)）；2006 年 7 月 28 日塔吉克斯坦共和国《商品市场竞争和限制垄断活动法》第 3 条和第 7 条（修订至 2008 年）（[HTTPS://WIPOLEX.WIPO.INT/EN/TEXT/235995](https://wipo.int/en/text/235995)）；2012 年 1 月 6 日乌兹别克斯坦共和国第 ZRU-319 号法《竞争法》（修订至 2018 年）第 4 条和第 13 条（[HTTPS://WIPOLEX.WIPO.INT/EN/TEXT/477206](https://wipo.int/en/text/477206)）。

⁸⁷⁹ 《阿塞拜疆共和国反不正当竞争法》（第 1049 号法），1995 年 6 月 2 日通过（修改至 2003 年 12 月 30 日）<https://wipo.int/en/text/365135>；《乌克兰反不正当竞争法》，1996 年 6 月 7 日，第 236/96-VR 号（修改至 2019 年）。

⁸⁸⁰ 1998 年 12 月 7 日《民法典》（第 218-3 号法）第 68 章（第 1029 和 1030 条）（修订至 2021 年）；白俄罗斯共和国 2013 年 12 月 12 日《反垄断活动和促进竞争法》（第 94-Z 号法）（修订至 2013 年 12 月 12 日）第 1 和第 16 条（<https://wipo.int/en/text/337119>）。

⁸⁸¹ 2015 年 10 月 29 日《哈萨克斯坦共和国企业法》（第 375-V 号法）（修订至 2019 年 7 月 3 日第 262-VI 号法）[HTTPS://WIPOLEX.WIPO.INT/EN/TEXT/545642](https://wipo.int/en/text/545642)。在此之前，不正当竞争由一部专门法规定，后来与其他竞争相关法律合并并在竞争法中（2009 年生效）。

⁸⁸² 但 1997 年 6 月 12 日《民法典》（第 222-I 号法）（修订至 2020 年）第 1068 条提及不正当竞争的行为，但涉及知识产权的条款仅指出，不正当竞争可以提供替代性的救济措施；1992 年 5 月 19 日第 698-XII 号法《土库曼斯坦投资活动法》第 16 条；2016 年 3 月 26 日第 374-V 号《广告法》第 4 和 32 条。

⁸⁸³ 例如，格鲁吉亚 1998 年 2 月 18 日第 1228-IIS 号《广告法》；哈萨克斯坦 2003 年 12 月 19 日第 508-P 号法《广告法》（第 174 条）；吉尔吉斯共和国 1998 年 12 月 24 日第 155 号法《广告法》；俄罗斯联邦 2006 年 3 月 13 日第 38-FZ 号法《联邦广告法》；塔吉克斯坦共和国 2003 年 8 月 1 日《广告法》。

⁸⁸⁴ 例如，2007 年 12 月 4 日第 329-FZ 号《俄罗斯联邦体育运动法》第 20.1 条（经 2013 年 6 月 7 日第 108-FZ 号联邦法律修订），以及有关体育运动的具体法律。2007 年 12 月 4 日第 329-FZ 号《俄罗斯联邦体育运动法》（经 2013 年 6 月 7 日第 108-FZ 号联邦法律修订）第 20.1 条，以及关于奥林匹克运动会、国际足联赛事的具体法律等。

⁸⁸⁵ 例如，2004 年 7 月 29 日俄罗斯联邦法第 98-FZ 号，关于商业秘密。

有条件时)通过利益相关者对话积极参与行政管理。以保护消费者利益为由禁止不正当竞争的趋势也在上升。⁸⁸⁶尽管如此,在所有独联体国家,保护消费者仍然是一个独特的立法领域。⁸⁸⁷

关于不正当竞争的立法和关于知识产权的立法位阶相同,因为知识产权保护也植根于国际和区域协议,又通常规定在国家宪法⁸⁸⁸和具体法律中。虽然追求不同的目标,涵盖不同的行为,但两者是相互补充和相互联系的。独联体和欧亚经济联盟国家关于不正当竞争的规定,禁止不公平注册和使用商标,不公平地使用各种知识产权保护客体,包括模仿他人商品的外观。各国普遍承认,使用知识产权保护客体本身并不被认为是违反了反不正当竞争法。⁸⁸⁹知识产权和不正当竞争之间的关系也可能是冲突的,正如平行进口问题所显示的那样(见第 4 节)。

由于这两套法律下的一些违法行为非常接近或重叠,可以在实体法律方面(保护资格、要求、范围和可用抗辩)做一些概念性区分,也可以在可用和适用的程序和救济措施方面做一些区分。大体上,虽然这两套规则都可以使用私法和公法执法机制,而且可以两者并用,但在不正当竞争规定下,明显倾向于使用行政程序,采用行政和刑事罚款,而寻求知识产权保护者则倾向于通过民商事法院寻求救济,采用损害赔偿和补偿的方式。⁸⁹⁰

2000 年独联体通过关于不正当竞争的协议,此后各国都愿意在国际层面上合作并协调政策。⁸⁹¹自 2015 年以来,竞争法,包括不正当竞争,已经成为一个超国家监管的领域,欧亚经济联盟内部实现更高层次的一体化。欧亚经济委员会(EAEC)有权调查跨境不正当竞争的指控申请。由于该程序涉及与成员国的协商,其结果即使不具有协调效应,也可视为建立在某种共识之上。⁸⁹²在缺乏超国家的司法或准司法机构来处理知识产权争端的情况下,这种执法机制为权利人提供了一个有意义的途径,来处理涉及显著性标志的边缘行为(误导行为、不公平的商标注册、造成混淆)。

⁸⁸⁶ 乌克兰《反不正当竞争法》的序言将其目标定义为保护经济经营者和消费者免受不正当竞争。俄罗斯联邦最高法院 2021 年 3 月 4 日第 2 号全员裁决“关于反垄断法的司法适用中出现的某些问题”第 10 段强调了保护作为市场主体的消费者的权益以及他们在不正当竞争行为面前的脆弱性的目标。在 2019 年 4 月 26 日的第 303-KG18-23327 号裁决中,俄罗斯最高法院还表示:“反不正当竞争是为了确保经济主体可以公平(平等)地在相关商品市场上经营,也是为了保护消费者的行为不因商业实体的不公平商业行为而遭到扭曲。”

⁸⁸⁷ 在独联体层面,2000 年 1 月 25 日通过了关于消费者保护领域主要合作方向的协议(2011 年 5 月 19 日修订),其中提到针对经济实体的不公平活动、违反消费者保护立法或商业惯例、在经济上或非经济上损害消费者和/或环境的反措施(第 1 条)。

⁸⁸⁸ 《俄罗斯宪法》第 44.1 条。关于亚美尼亚、吉尔吉斯共和国、塔吉克斯坦、阿塞拜疆、摩尔多瓦的宪法规定,见 C. Geiger, “Implementing Intellectual Property Provisions in Human Rights Instruments: Towards a New Social Contract for the Protection of Intangibles”, 载于: C. Geiger (主编), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, 661 (Cheltenham, UK/Northampton, MA, Edward Elgar, 2015), 脚注 23、24、30; 另见脚注 15, 指出哈萨克斯坦和乌兹别克斯坦的宪法没有提到知识产权。

⁸⁸⁹ 见俄罗斯联邦最高法院 2021 年 3 月 4 日第 2 号全员裁决“关于反垄断法的司法适用中出现的某些问题”第 30 段。

⁸⁹⁰ 这可以从原告诉讼费用的角度加以解释,但主要是由于行政诉讼中的证明标准较低,加上调查权较广。常见的情况是,知识产权权利人在收到行政机构的积极决定后,向商业法院提出损害赔偿要求,或者以认定不公平使用商标的行政决定为证据,提出知识产权侵权的要求(E. P. Gavrilov, “Glava 12: Pravovaia zashita ot nedobrosovestnoi konkurencii” (第 12 章: 不正当竞争的法律保护), 载于 Novoselova (主编), *Pravo Intellektual'noi Sobstvennosti (Intellectual Property Law)*, Vol. 1, Statut, Moscow, 2017, 427 (下称 Gavrilov, 2017))。

⁸⁹¹ 独联体政府间反垄断政策委员会和欧亚经济委员会已于 2013 年 9 月签署了反垄断政策领域的合作备忘录。

⁸⁹² 2019 年欧亚经委会共收到 5 份不正当竞争申请,2018 年为 11 份,2017 年为 3 份(来源:欧亚经委会网站)。对欧亚经委会的决定,需先经过强制性调解,然后可以向欧亚经济联盟法院提出上诉。目前欧亚经济联盟法院还没有审理过任何不正当竞争案件。

2. 工商事务中的诚信行为

根据 2000 年独联体协议，认定不正当竞争时，所涉行为或不作为需要满足三个基本条件：旨在获得商业优势，造成或可能造成对其他经济实体或商誉的损害，以及违反国家反垄断立法或商业惯例。⁸⁹³随着《欧亚经济联盟条约》的通过，对这一标准进行了修改：不正当竞争需要存在积极作为（有例外）⁸⁹⁴，发生在竞争者之间，并违反国家立法、商业惯例，或违反诚信、合理和公平的道德和伦理要求。⁸⁹⁵

因此，独联体和欧亚联盟成员国立法移植《巴黎公约》第 10 条之二“工商事务中的诚信行为”的概念可以说是广义的，因为移置超越了非法行为，包括了商业习惯或做法以及道德规范。它不仅扩大了反不正当竞争范围，而且还为法官提供了更广泛的自由裁量权。⁸⁹⁶另一方面，必须提到的是，这样的不正当竞争定义，即要求行为造成损害和提供不公平的优势，可能被认为比《巴黎公约》第 10 条之二的“工商事务中的诚信行为”概念更具体。⁸⁹⁷至少在俄罗斯，《巴黎公约》第 10 条之二有直接的效力，经常被法院与更具体的国家立法结合起来适用。⁸⁹⁸

此外，一些学者指出，如果只看商业习惯，这些习惯对俄罗斯市场来说是比较新的，对其他独联体国家来说也是如此。因此，在实践中，法院并不经常用习惯作为确定行为是否不公平的参考。⁸⁹⁹

当指出一方不遵守商业习惯时，可以通过书面文件作出推定⁹⁰⁰，或通过实践作出推定（根据调查、研究等）。⁹⁰¹

该地区定义不正当竞争的若干立法中，纳入了道德和伦理原则，即一般民法原则。⁹⁰²对这些原则的评估主要采用规范性方法，即根据对市场环境中所述行为规范的主观认知作出判断。这种不公平行为往往被置于侵权法下的权利滥用背景下考察。例如，在一个有关不公平商标注册的案件中，俄罗斯

⁸⁹³ 独联体 2000 年协议第 1 条（定义）。

⁸⁹⁴ 从《乌克兰反不正当竞争法》第 1 条来看（该法只提到了“作为”（acts）），该规则得到了普遍认同。然而，在其他国家却存在明显不一致。例如，虽然俄罗斯法律在不正当竞争的一般定义中仅提到了“作为”（第 4.9 条），但《竞争保护法》第 14.6 条提及“不作为”可能会导致混淆。因此，在区域性的文书中，“作为”（acts）最好理解为一种“行为”（conduct）。

⁸⁹⁴ 《〈欧亚经济联盟条约〉关于竞争的一般原则和规则的议定书》附件 19 第 2.14 条，该条体现在《俄罗斯竞争保护法》第 4.19 条。

⁸⁹⁵ 《〈欧亚经济联盟条约〉关于竞争的一般原则和规则的议定书》附件 19 第 2.14 条，该条体现在《俄罗斯竞争保护法》第 4.19 条。

⁸⁹⁶ O. A. Gorodov, A. B. Petrov, H. A. Schmigel'skaïa, *Nedobrovestnaïa konkurentzia*, Justizinform, Moscow, 2020, 第 25 页（下称 Gorodov 等，2020）。

⁸⁹⁷ Gorodov 等，2020 年，第 26 页，关于俄罗斯不正当竞争定义的规定，这些规则在独联体和欧亚经济联盟的法律框架中是通用的。

⁸⁹⁸ 特别是《巴黎公约》第 10 条之二第 (2) 款和《竞争保护法》第 9.4 条被认为是不正当竞争的并行定义。Gavrilov, 2017, 前引作品，第 390 页。但对于两者的等同性存在争议（正方 Gavrilov, 同上，第 392 页（俄罗斯的定义更详细）；反方 Gorodov 等，2020, 第 20 页（两个概念不同））。

⁸⁹⁹ 例如，在俄罗斯就是这种情况，见 I. Yu. Artemiev (ed.), *Nauchno-prakticheskiï kommentarii k Federalnomu zakonu "O zashite konkurentsyi"* (Theoretical and practical commentary to the Federal Law "On the protection of competition"), MGIMO, FAS of Russia, Moscow, Statut, 2016, 第 307 页（以下简称 Russian Commentary, 2016）。

⁹⁰⁰ 在审理一个实体不公平地注册了几十个域名的案件中，反垄断机构提到关于 P Φ 地区域名注册认证和认证规则的协议中所包含的商业惯例（俄罗斯联邦最高商业法院判决，2013 年 4 月 2 日，第 11980/12 号）。

⁹⁰¹ 在一起分类广告网站的案件中，法院认定，原告所指控的违反市场标准和商业惯例的行为是竞争对手普遍采用的做法。在第 A 40-183412/19-122-1521 号案 (Avito.ru / Avto.ru) 中，联邦反垄断局的决定得到了莫斯科商业法院 2019 年 12 月 19 日的裁判的支持。法院在评议中还采用了关于用户在此类网站上的行为的研究。

⁹⁰² Russian Commentary, 2016, 第 307 页。一些学者强调了评估一种行为时遇到的一个问题：该行为在商业惯例或立法要求中是允许的（这种要求通常比较低），但被更高的道德标准所禁止。Gorodov 等，2020, 第 26 页。

最高商业法院提到了《巴黎公约》第 10 条之二和《民法》第 10 条第 1 部分，以帮助认定是否存在不正当竞争。后者对无节制地行使民事权利设定了限制，特别是当某种形式的行为损害了竞争并构成不公平行为时，这种行为就等同于滥用权利。⁹⁰³

考虑到反不正当竞争是蕴含在竞争法中的，上述市场背景在界定什么是违法行为时仍然处于主导地位。最近，在一项重要的裁决中，俄罗斯最高法院使用了以下表述：除其他要素外，法院必须确定“市场经营者选择的竞争方式与任何追求经济利益的经营者在类似情况下的应有行为之间的差异，但该差异不能超过行使公民权利和公平商业惯例的限度”。⁹⁰⁴

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

独联体地区的国家对构成不正当竞争的行为进行了详细而非穷尽的列举。⁹⁰⁵《巴黎公约》第 10 条之二第 (3) 款中提到的行为都出现立法中，只是在进一步扩展的方式上有所不同。在《欧亚经济联盟条约》中，非穷尽行为清单与《巴黎公约》第 10 条之二第 (3) 款不同，因为该清单没有明确提到由“引起混淆”构成的违法行为，但列举了“经济实体或商品之间不正确的比较”（第 76.2 条欧亚经济联盟条约）。然而，这并不妨碍对混淆行为采取法律行动，因为该清单并非穷尽。⁹⁰⁶在大多数立法框架下，必须满足两个要求：行为必须符合不正当竞争的一般标准，而且必须是在竞争者之间进行。

首先，任何不正当竞争行为都必须符合前述标准（旨在获得不公平的优势，真实或可能的损害，不符合立法、商业惯例或道德和伦理原则）。根据被禁止的行为，立法或法院允许更灵活的评估。在哈萨克斯坦，不正当竞争行为的主要标准是以实现或获得非法利益为目的。有些行为需要单独证明其非法性（非法使用显著性标志）。其他行为本身即将被认为是非法的（模仿商品的外观并造成混淆；强买强卖；呼吁抵制竞争对手）。⁹⁰⁷虽然上述三个标准在俄罗斯都是必不可少的，但其中一些标准可以被推定，就像有时关于真实或可能损害的要件一样。⁹⁰⁸此外，某些特定立法中列出的行为也不必符合一般标准，因为这些行为是法定不正当竞争行为。⁹⁰⁹

第二，作为一般规则，涉及不正当竞争案件的实体必须是竞争对手。在俄罗斯，这意味着他们应该在相同的产品市场（可替代商品或没有其他竞争商品）和共同的地理边界（至少有一个共同的地理区域）内经营。⁹¹⁰虽然需要对相关市场的竞争状况进行分析，但与其他竞争领域相比，不需要进行深

⁹⁰³ 2008 年 7 月 1 日俄罗斯联邦最高商业法院的裁决，第 3565/08 号 (AKAI)。一家位于香港的公司试图注册 AKAI 商标，并称自己是这个创建于 1929 年的日本公司的继承者。

⁹⁰⁴ 见第 30 段。见俄罗斯联邦最高法院 2021 年 3 月 4 日第 2 号全员裁决“关于反垄断法司法适用中出现的某些问题”第 30 段。

⁹⁰⁵ 只有哈萨克斯坦规定了一份包含 13 种不正当竞争行为的穷尽性清单（《企业法》第 177.2 条）。

⁹⁰⁶ M. A. Kusainov 等（主编），*Konkurentnoïe pravo v Evraziïskom ekonomicheskom soïuze*（欧亚经济联盟的竞争法），欧亚经委会，莫斯科，2019 年，第 59 页（以下简称《欧亚经委会竞争法手册》，2019）。目前欧亚经委会正在协商一个关于乳酸饮料包装设计的案件，该案被认为违反了不得引起混淆的规定，见 EAEC, Annual report on the competition on cross-border markets and on the measures taken to suppress violations of the general rules for 2020, 2021, 48-51（该报告以下简称《欧亚经委会年度报告》）。

⁹⁰⁷ 《哈萨克斯坦共和国企业法》第 177 条。

⁹⁰⁸ 虽然必须证明不公平竞争带来的优势，但不正当竞争的后果（对商业信誉的损害或伤害）是推定的：俄罗斯知识产权法院 2018 年 10 月 12 日对第 A56-92760/2017 号案作出的裁决。

⁹⁰⁹ 例如，2007 年 12 月 1 日第 310-FZ 号《俄罗斯联邦关于组织和举办 2014 年第 22 届冬季奥运会和第 11 届冬季残奥会（……）的法》第 8 条所列的行为，如使用“奥林匹克”、“2014 年索契”等字样本身，就被认为就是不正当竞争（见 2011 年 7 月 19 日俄罗斯最高商业法院的裁决，第 3255/11 号；Russian Commentary, 2016, 第 363 页）。

⁹¹⁰ 2010 年 4 月 28 日俄罗斯联邦安全局法令第 220 号（修正至 2020 年 3 月 3 日）第 10.6 段，关于产品市场竞争状况的评估程序，2010 年 8 月 2 日在俄罗斯司法部注册，第 18026 号，Bulletin' normativnykh aktov federalnykh organov ispolnitelnoï vlasti, 第 34 号，23.08/2010；见 Russian Commentary, 2016, 第 309 页。

入的评估。在特殊情况下，很大程度上放宽了对竞争关系的评估。⁹¹¹例如，引起混淆的具体行为或寄生行为可能被视为对更广泛的经济经营者造成了损害，而不是专门以损害指控侵权的原告为目的，因为原告可能与被控侵权者没有直接的竞争关系。⁹¹²因此，最高法院最近将这一标准从单纯的竞争者扩展到对竞争状态有影响的行为。⁹¹³

在欧亚经济联盟的跨境执法机制中，在案件受理阶段，就对对主张不正当竞争的申请进行评估，以核实经济经营者是否确为竞争对手，是否在至少覆盖两个成员国领土的同一产品市场上经营，以及是否都在不同的成员国注册。⁹¹⁴

3.1 引起混淆

引起混淆的概念涵盖了非常广泛的行为，这些行为与知识产权的使用密切相关。⁹¹⁵在独联体国家，混淆性使用的类别已经超出了使用显著性标志的范围，涵盖了对商品的模仿，甚至是商业外观。⁹¹⁶在区域层面上对引起混淆的使用这个类别的承认似乎是模糊的，因为独联体协议只是提到了“未经授权使用商标、公司名称或产品标签，模仿另一经济实体产品的形式、包装、外观设计”（第 3.2.3 条），而没有提到混淆行为，而欧亚经济联盟协议根本没有提到这种行为。⁹¹⁷然而，在不同的国家立法中都有对混淆行为的禁止性规定；如上所述，法律中直接提及《巴黎公约》第 10 条之二混淆风险的情况就很常见。国家规定通常包括非法使用显著性标志（商标、商号、域名、地理标志），以及复制或模仿产品、其包装和其他未受知识产权法具体保护的元素。⁹¹⁸造成混淆的违法行为有时与误导消费者的违法行为没有明确的区分，特别是由于商标的原产地功能而被商标被竞争对手不公平地使用时。⁹¹⁹

在反不正当竞争法中，混淆的定义接近于商标法中的混淆概念，是根据各种参数通过消费者视角进行评估的，包括权利人使用商标的参数、商标的知名度以及消费者的关注程度等。⁹²⁰此外，使用民意调查来显示消费者的看法，在纠纷当事人中也很普遍。根据俄罗斯反不正当竞争的做法⁹²¹，混淆被定义为“一种产品的消费者将该产品与另一生产商的产品等同，或者尽管两者有差异，但消费者认为

⁹¹¹ Russian Commentary, 2016 年, 第 310 页; Gavrilov, 2017 年, 前引作品, 第 397 页。

⁹¹² Russian Commentary, 2016, 第 310, 355 页; Gavrilov, 2017, 第 397-398 页。关于混淆的风险, 法院判例是不稳定的: 在知识产权法院 2019 年 9 月 5 日对 A66-12330/2018 (俄罗斯) 案的裁决中, 竞争关系的存在是确立混淆的必要条件。

⁹¹³ 见俄罗斯联邦最高法院 2021 年 3 月 4 日第 2 号全员裁决“关于反垄断法司法适用中出现的某些问题”第 30 段; 知识产权法院主席团[审委会]2022 年 2 月 3 日的裁决, 案号 SIP-143/2021。

⁹¹⁴ 分别见 2012 年 12 月 19 日欧亚经济最高理事会第 29 号决定通过的“跨境市场界定标准”第 3、2 和 4 条(修订至 2016 年 12 月 26 日)。欧亚经委会驳回了一起反对两家公司使用相同名称、网站风格和照片的案件, 这两家公司分别在俄罗斯和哈萨克斯坦注册, 都提供设计师服务, 但在不同的市场上经营, 一个在俄罗斯, 另一个在哈萨克斯坦(欧亚经委会 2018 年 2 月 9 日关于拒绝对违反跨境市场共同竞争规则的行为发起调查的决定, 见《欧亚经委会 2018 年度报告》, 第 35-36 段)。不存在竞争关系, 以及不存在混淆风险和不存在损害、损害风险或损害声誉的情况, 也可能有助于认定不存在违反行为(欧亚经委会合议庭, 2018 年 7 月 9 日第 109 号决定, 认定不存在违反 2014 年 5 月 29 日《欧共同体协定》第 76 条的情况(Stahlbau 案), 汇编于《欧亚经委会 2017 年度报告》和《欧亚经委会 2018 年度报告》, 第 36-37 页)。

⁹¹⁵ Gavrilov, 2017 年, 前引作品, 第 410 页。

⁹¹⁶ 见俄罗斯关于加油站设计的几个判例, 例如, 知识产权法院 2021 年 7 月 15 日的裁决, 案号 A27-5932/2020。

⁹¹⁷ 然而, 见 Kusainov, 《欧亚经济联盟竞争法手册》, 第 59 页, 以及《欧亚经委会年度报告》, 第 48-51 页。欧亚经委会强调, 不正当竞争行为的清单并不是穷尽列举。

⁹¹⁸ 例如, 见《亚美尼亚保护经济竞争法》第 12 条, 《俄罗斯保护竞争法》第 14.6 条。

⁹¹⁹ 联邦反垄断局, 2018 年 8 月函, 第 AD/66643/18 号, 关于《保护竞争法》第 14.2 和 14.6 条的适用范围划定。

⁹²⁰ 俄罗斯联邦最高法院 2019 年 4 月 23 日第 10 号关于俄罗斯联邦民法典第四编适用的法令第 162 段, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht- International 69 (2020), 第 925-927 页。

⁹²¹ 《竞争保护法》第 14.6 条。

这些产品可能是由同一个厂家生产的”，而“这种行为在市场上的后果是，由于消费者错误地购买了侵权者的商品，可能将消费者的需求从原生产商重新分配给侵权的竞争者，因为包装的相似性使其错误地认为商品属于同一个生产商”。⁹²²

竞争关系的要求可能特别严格，俄罗斯知识产权法院的一项裁决就证明了这一点——该裁决维持了不存在不正当竞争的结论。本案中，陶瓷工艺品原产地名称的持有人宣称，一家公司销售袋装茶，附带促销用陶瓷制品，该陶瓷制品模仿了受原产地名称保护的陶瓷制品，其包装上也使用原产地名称的标记，从而构成致了不正当竞争。⁹²³

陶瓷制造商和茶叶销售商并不是竞争对手，因此，尽管有抄袭行为，也没有认定不正当竞争。

为了说明一个更具体的情况，有必要强调，在俄罗斯，根据《广告法》和《竞争保护法》第 14.6 条（造成混淆），未经持有人同意，在销售或提供维修服务中使用合法进入市场的商品的商标，不被认为是侵权行为。⁹²⁴但是，如果消费者可能认为卖家是官方分销商，而事实并非如此，则俄罗斯联邦反垄断局（以下简称反垄断局）可以认为这种行为误导了消费者（《竞争保护法》第 14.2 条）。

3.2 诋毁和贬损

诋毁或贬损行为的危害来自于虚假利用信息破坏消费者对竞争对手商品的信任，并将消费者的注意力引向自己的商品。⁹²⁵除了普遍禁止传播关于竞争对手的虚假、不准确或负面信息外，各国有时还采取了额外的禁止措施。例如，在阿塞拜疆和吉尔吉斯共和国，法律并列禁止“以歪曲的形式披露竞争对手的科技能力和生产能力的的数据”的具体行为和传播虚假和歪曲的信息的一般行为。⁹²⁶

在欧亚经济联盟层面，满足三个要素，就可以认为是一种诋毁行为：传播信息、虚假信息（或扭曲信息、不准确信息）、造成损害/破坏竞争对手的声誉。⁹²⁷据此，一个商业协会的行为就显然违法：该协会的成员向潜在的消费者发送了一封信，在信中称申请人造假，而该申请人生产的产品中只有一个被白俄罗斯国家标准委员会认定为不符合特定的技术立法。⁹²⁸与此不同的是，欧亚经委会驳回了一项申请，该申请称，一家俄罗斯经济运营商向白俄罗斯各政府机构发送了关于申请人在白俄罗斯进口的电子和电信设备的报关单上有虚假信息的信函。欧亚经委会认为，这种行为不能被视为不正当竞争，因为根据国家立法，法人和自然人有权向政府机构发出这样的信函。⁹²⁹

在一些国家，还有一些规定属于诋毁行为的一般概念，也接近于贬损的概念。这些行为包括：“呼吁抵制竞争对手”，“鼓励市场参与者终止与竞争对手的合同”⁹³⁰，“为阻碍、破坏或终止竞争对手的业务关系，包括为了与对手的其业务伙伴建立业务关系，而呼吁其他商业经营者阻碍竞争对手

⁹²² 联邦反垄断局，2018 年 8 月函，第 AD/66643/18 号，关于《保护竞争法》第 14.2 和 14.6 条适用范围的划定。

⁹²³ 俄罗斯知识产权法院 2021 年 3 月 25 日对 A40-87606/2020 号案作出的裁决。

⁹²⁴ 联邦反垄断局，2018 年 8 月函，第 AD/66643/18 号，关于《保护竞争法》第 14.2 条和 14.6 条适用范围的划定，3，提及俄罗斯联邦最高商业法院 2012 年 10 月 8 日第 58 号全员裁决第 31 点，关于商业法院适用联邦广告法实践中的一些问题。

⁹²⁵ Kusainov，欧亚经济联盟竞争法手册，第 58-59 页。

⁹²⁶ 《阿塞拜疆共和国反不正当竞争法》第 5 条，1995 年 6 月 2 日通过（修订至 2003 年 12 月 30 日）；吉尔吉斯共和国 2011 年 7 月 22 日第 116 号法《竞争法》第 8.1.6 条。

⁹²⁷ Kusainov，《欧亚经济联盟竞争法手册》，第 58-59 页。

⁹²⁸ 2019 年 7 月 23 日欧亚经委会关于启动调查的第 38/opr 号决定（Rzhevskoi kabelny zavod vs Assotsiatsia predpriiatii kabelnoi promyshlennosti Belkabel），汇编于欧亚经委会 2019 年年度报告，第 57-62 页。

⁹²⁹ 2019 年 4 月 12 日欧亚经委会第 17/opr 号决定，关于缺乏理由启动对违反跨境市场一般竞争规则的调查（Relpol-Eltim (Russia) vs Overdrive-Electro (Belarus)），汇编于欧亚经委会 2019 年年度报告，第 56-57 页。

⁹³⁰ 例如，《哈萨克斯坦企业法》第 177 条第 7 款和第 9 款。

在特定市场的经营或进入该市场”。⁹³¹进一步的干扰行为，可援引关于商业信誉的民法规定⁹³²或广告法⁹³³。

3.3 误导公众

与通过提供负面或不准确的信息来诋毁竞争者的行为不同，误导公众的行为包括提供关于自己企业或产品的虚假正面信息。⁹³⁴这是一种非常常见的侵权行为，需采取广泛措施，防止此类不正当竞争（《独联体协议》第 3.2.3 条；《欧亚经济联盟条约》第 76.2.2 条）。传播误导性信息是乌克兰反垄断委员会发现的主要违法原因。⁹³⁵在俄罗斯，联邦反垄断局受理的申请中，这类违法行为也最多⁹³⁶，其次是混淆，然后是诋毁行为。⁹³⁷

在适用处理误导行为的条款方面，最近的一个趋势是俄罗斯联邦反垄断局采取的方法，即打击在俄罗斯销售的商品和在欧盟销售的商品的“双标”行为。在俄罗斯销售的商品质量可能较差，有违买方的期望，这被认为是一种误导行为，相当于不正当竞争行为。⁹³⁸

纵观这一领域的发展，可以说独联体国家的立法采用了详细列举不正当竞争行为的模式，超出了《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款或区域协议的范围⁹³⁹，而行政和司法实践则在不正当竞争的一般定义基础上进一步扩大了现有的保护范围。由此产生的保护范围是比较广泛的。然而，上述的一般要求，特别是当事人必须是竞争者，可能会缩小保护范围。

4. 其他不正当竞争行为

如前所述，各国禁止的不正当竞争行为的清单相对宽泛，有子类和扩展。特别是，与广告、商业秘密、寄生行为和阻碍平行贸易有关的规则可以被认定为明确的类别。其他形式的不正当竞争如贿赂工人或贿赂供应商也会在报告中顺带提及⁹⁴⁰，属于保罗 - 鲁比埃 1948 年提出的破坏秩序类。⁹⁴¹

⁹³¹ 例如，白俄罗斯共和国 2013 年 12 月 12 日第 94-Z 号法《反垄断活动和促进竞争法》第 16.1.4 条；《阿塞拜疆共和国反不正当竞争法》第 6 条（干扰竞争者的经济活动）。

⁹³² 例如，《俄罗斯民法典》第 150 条提到了非物质资产中的商业信誉（如生命、健康、尊严等），第 152 条规定了应如何保护商业信誉。

⁹³³ 例如，《俄罗斯广告法》第 5 条规定，禁止诋毁他人（包括竞争对手）的荣誉、尊严或商业信誉的不公平广告。《欧亚经济联盟竞争法手册》，2019 年，第 59 页。

⁹³⁴ 《乌克兰反不正当竞争法》第 15¹ 条。在 2019 年的 168 个案件中，有 141 个是基于这一条。其他报告中的数字大致相同，见 Table 5, Annual Report on Competition Policy developments in Ukraine, OECD, 27 May 2020, DAF/COMP/AR (2020) 55 号文件，第 11 页。该报告中没有提供关于不正当竞争的司法案件信息。

⁹³⁵ 《竞争保护法》第 14.2 条。

⁹³⁶ 不考虑《竞争保护法》第 14.6 条的“兜底”条款。所有的统计数据，见 FAS Doklad o sostoianii konkurencii v Rossiiskoi Federacii za 2020 god (2020 年俄罗斯联邦竞争状况报告，FAS, 2021, 304-307 (链接))。

⁹³⁷ 俄罗斯联邦反垄断局发布了一系列通知，如 2019 年 12 月 3 日向 Henkel Rus 公司发出的第 IA/106146/19 号通知（Persil 洗衣粉）、向宝洁公司发出的第 IA/106145/19 号通知（Ariel 洗衣粉）、向 Lindt 和 Sprüngli 公司发出法第 IA/106147/19 号通知（巧克力），要求其停止含有不正当竞争特征的行为。值得强调的是，这些通知是根据俄罗斯联邦消费者保护局的申请通过的。

⁹³⁸ 可能是借鉴了保护知识产权联合国国际局《发展中国家商标、商号和不正当竞争行为示范法》，1967 年，见注 78。

⁹³⁹ 《哈萨克斯坦共和国企业法》第 177.2.10/11 条、第 187 条和第 188 条；《白俄罗斯共和国反垄断活动和促进竞争法》第 16 条第 1.6 款；《吉尔吉斯共和国竞争法》第 8.1.8 条；《塔吉克斯坦共和国商品市场竞争和限制垄断活动法》第 7 条。

⁹⁴⁰ P. Roubier, “Théorie générale de la concurrence déloyale”, RTD com. 1948, 51: risk of confusion, denigration, disorganization.

4.1 不正确的比较、广告和保密信息

如前所述，不正确的比较有时在立法中被称为不正当竞争的一种形式（《欧亚经济联盟条约》第 76.2 条；《独联体协议》，第 3.2.3 条）⁹⁴²。在俄罗斯，这一类错误行为包括基于非客观标准与竞争对手或其商品进行比较，包括非实质方面的比较，或者使用“最好”“第一”“唯一”等字眼，而没有说明比较的是什么特征。⁹⁴³然而，这种比较可能更接近于误导公众，而不是不公平的广告；在俄罗斯的公平竞争保护体系中，不公平广告有特别法加以规范。⁹⁴⁴

在广告领域，各国关于不正当竞争的立法将这一领域的不法行为确定为一种不正当竞争行为。⁹⁴⁵一些国家还另外通过了规范广告的法律⁹⁴⁶，其中特定类型的不公平行为被称为不正当竞争。在独联体层面，2003 年通过了一项关于该问题的协议，主要目的是组织成员国之间的合作。⁹⁴⁷

保密信息尤其受到重叠保护。在区域性协议（《独联体协议》第 3.2.3 条）的基础上，各国通过了关于非法收集和披露保密信息的具体条款，作为反不正当竞争的一部分。⁹⁴⁸各国还通过了关于保护商业秘密和/或专有技术的具体法律或规定，通常与知识产权法相关，涵盖了广泛的工业、技术、组织或商业信息。⁹⁴⁹此外，其他类型的信息也受到其他保密制度的约束。⁹⁵⁰

4.2 寄生行为

亚美尼亚立法中规定了独立于引起混淆的寄生或利用他人声誉的行为。⁹⁵¹在国家立法没有直接规定寄生行为时，这一类的不公平行为可能被归于法律禁止的引起混淆的行为⁹⁵²、对商标的不公平注册和使用，或对其他知识产权的不公平使用。另外，也可以根据一般的不正当竞争条款进行分析。

例如，在俄罗斯的实践中，各种规定，包括《竞争保护法》第 14.8 条的一般兜底条款，涵盖了利用他人声誉获得不公平优势的情况，即使被指侵权者不能被视为竞争者，也不一定造成混淆或损害原告。⁹⁵³

⁹⁴² 另见塔吉克斯坦共和国《商品市场竞争和限制垄断活动法》第 7 条。

⁹⁴³ 《竞争保护法》第 14.3.1 条。

⁹⁴⁴ Gavrilov, 2017 年，前引作品，第 405 页。

⁹⁴⁵ 归入引起混淆类的，包括《塔吉克斯坦共和国商品市场竞争和限制垄断活动法》第 7 条；《乌兹别克斯坦竞争法》第 15 条；《亚美尼亚保护经济竞争法》第 12.2.7 条；《乌克兰保护竞争法》第 7 条。归入误导公众类的，包括《阿塞拜疆共和国反不正当竞争法》第 9 条。归入诋毁行为类的，包括《亚美尼亚保护经济竞争法》第 13.2 条。

⁹⁴⁶ 例如，1998 年 2 月 18 日《格鲁吉亚广告法》（第 1228-II 号法）；2003 年 12 月 19 日《哈萨克斯坦广告法》（第 508-P 号法）（第 174 条）；1998 年 12 月 24 日《吉尔吉斯共和国广告法》（第 155 号法）；2006 年 3 月 13 日《俄罗斯联邦广告法》（第 38-FZ 号法）；2003 年 8 月 1 日《塔吉克斯坦共和国广告法》。

⁹⁴⁷ 2003 年 12 月 19 日关于广告领域合作的协议，其中提到不适当的广告是不公平广告（第 5 条）。

⁹⁴⁸ 例如，《乌克兰反不正当竞争法》第 16-19 条；《哈萨克斯坦企业家法》第 189 条；《亚美尼亚经济竞争保护法》第 16 条；《俄罗斯保护竞争法》第 14.7 条。

⁹⁴⁹ 《〈欧亚经济联盟条约〉关于保护和执行知识产权的第 26 号议定书》第 39 条和第 40 条；《俄罗斯联邦民法典》第 75 章将生产秘密（技术诀窍）纳入知识产权法所涵盖的保护客体，独立于 2004 年 7 月 29 日第 98-FZ 号法《俄罗斯联邦商业秘密法》。在乌克兰，商业秘密作为知识产权受到《民法典》第 48 章和《商法典》第 155 和 162 条的保护。

⁹⁵⁰ 如信息法，如 2001 年 8 月 6 日《塔吉克斯坦共和国信息化法》，1992 年 10 月 2 日《乌克兰信息法》（第 2657-XII 号法），2006 年 7 月 27 日俄罗斯联邦第 149-FZ 号法《信息、信息技术和信息保护法》，以及各种专业秘密保护法，包括银行信息（《俄罗斯民法典》第 857 条和附加立法）、税收信息（俄罗斯《税法典》第 102 条）、审计信息（《俄罗斯联邦审计活动法》第 8 条）等。

⁹⁵¹ 《经济竞争保护法》第 15 条第 1 款：商业中所有损害或可能损害经济主体的声誉或名声的行为或举动，不论是否造成混淆，都被认为是不正当竞争的行为。

⁹⁵² 《欧亚经济联盟竞争法手册》，2019 年，第 63 页。

⁹⁵³ Russian Commentary, 2016 年，366 页及以下。

有时，禁止寄生行为可能是根据不公平商标注册法定条款（目前是《俄罗斯竞争保护法》第 14.4 条）作出的认定，特别是在商品和服务不相同或相似而无法适用常规的商标法时。⁹⁵⁴在“Vacheron Constantin 案”中，最高商业法院主席团指出，将含有“Vacheron”一词的标志注册为服装、鞋帽的商标是一种不正当竞争的行为，尽管原告没有在俄罗斯为这些商品注册该标志；因为该标志作为原告在瑞士制造的高级手表上使用的名称，已经获得了国际声誉。在本案中，法院认为可能会出现混淆的风险，而且被告没有表现出必要的谨慎，避免导致对原告获得经济优势的不公平使用，而这些经济优势来自于原告在消费者信中的声誉。⁹⁵⁵

4.3 对平行进口的限制

自 2017 年以来，在俄罗斯可以观察到另一个趋势，即商标权利人如果限制未经其同意而平行进口注册商标商品，可能被定性为不正当竞争行为。在“戴姆勒案”中，该汽车制造商没有回复独立零部件进口商提出的同意进口请求，反垄断局认为戴姆勒的行为构成了不正当竞争行为。这一决定最近得到了莫斯科商业法院的支持。⁹⁵⁶这个案件目前是独一无二的，起决定源于宪法法院 2018 年就知识产权法下的商标用尽问题作出的澄清。⁹⁵⁷宪法法院特别指出，相关规定必须“在平等和公平的一般法律原则的背景下适用，并考虑这些原则所要求的相称性和不同权益之间的平衡”；宪法法院还指出，对用尽机制的不公平限制包括，例如，“限制特定商品进口到俄罗斯，或为俄罗斯市场制定比其他市场更高的价格，且价差超过正常经济活动的特点和权利人合理经济利益的实现，以至于导致俄罗斯消费者获得相关商品受到限制”。⁹⁵⁸因此，通过平行进口促进竞争的目标与保护消费者的利益是相互关联的。

4.4 现代技术

目前，针对使用现代技术展开的不正当竞争行为，还没有出现专门法律义务。然而，在欧亚经济联盟层面，已经根据对数字市场反垄断监管最佳做法的审查，通过了一项建议。⁹⁵⁹

有几个案例显示了俄罗斯联邦反垄断局和法院是如何处理这种新行为的。关于使用第三方显著性标志作为关键词的在线广告系统，最高法院认为，根据《反不正当竞争法》第 14.6 条和《巴黎公约》第 10 条之二，这种行为可以被定性为不正当竞争。⁹⁶⁰随后，俄罗斯反垄断局正式建议对这一问题采取更严格的方法，指出为了认定违法行为时，仅仅使用关键词是不够的。相反，必须满足《竞争保护法》第 4.9 条和第 14.6 条的所有标准，特别是混淆的风险。⁹⁶¹

⁹⁵⁴ 《俄罗斯竞争保护法》第 14.2 条。注：俄罗斯商标法没有类似于欧盟“名誉商标”的概念。基于《巴黎公约》第 6 条之二的规定，名誉商标可以通过俄罗斯知识产权局（Rospatent）的特定注册程序得到认可。

⁹⁵⁵ 俄罗斯最高商业法院 2012 年 4 月第 16912/11 号判决书。

⁹⁵⁶ 莫斯科商业法院，2021 年 8 月 11 日，并案号 A 40-222446/20-144-1667 (Daimler A.G.)。在俄罗斯消费者对原装商品有需求的情况下，进口商申请权利人同意平行进口，但权利人却缺乏审查申请的程序，法院根据《巴黎公约》第 10 条之二第 (2) 款，认定存在不公平行为。

⁹⁵⁷ 俄罗斯联邦宪法法院 2018 年 2 月 13 日第 8-P 号裁决第 5 段 (“PAG LLC”)，Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - International 2018, 685。

⁹⁵⁸ 同上，第 5 段。

⁹⁵⁹ 2021 年 5 月 25 日欧亚经委会委员会议庭会关于审查“数字市场的竞争（反垄断）法规”的建议。该审查见：<http://www.eurasiancommission.org/ru/act/caa/cpol/konkurentpol/Documents/O630p.pdf>（俄语）。

⁹⁶⁰ 2019 年 4 月 23 日俄罗斯联邦最高法院关于适用《俄罗斯联邦民法典》第四编的第 10 号全员裁决第 172 段。

⁹⁶¹ 反垄断局 2019 年 10 月 21 日《关于在关键词中使用显著标志的建议》（第 AK/91352/19 号）。知识产权法院维持了反垄断局作出的仅仅在关键词中使用商标还不够的决定。法院表示，这是因为搜索引擎的关键词可以由公司选择或自动添加。见知识产权法院的裁决，2021 年 2 月 12 日，第 A13-1228/2019 号。一般来说，在关键词中使用第三方的商标并不侵犯专有权，这一点已由俄罗斯知识产权法院一再澄清，例如，2021 年 8 月 16 日第 A41-88433/2018 号案的裁决；2019 年 4 月 25 日第 A40-167611/2018 号案的裁决。

在两个广告网站⁹⁶²Avito.ru 和 Avto.ru 的争议中，前者以各种法律理由声称后者在复制其用户的二手车广告。Avto.ru 的操作包括给每个在 Avito.ru 上发布广告的用户打电话，要求他们同意在 Avto.ru 上也发布广告，并附上 Avito.ru 上隐藏的其他细节。反垄断局利用对广告网站市场以及用户行为和认知的研究来评估这一情况。在此基础上，反垄断局驳回了 Avito 关于被告不符合“市场标准”和“商业惯例”的主张，还驳回了 Avto.ru 通过复制广告从“网络效应”中获益的论点。⁹⁶³反垄断局没有认定不正当竞争，这一点在随后的法院判决中得到了证实。该判决强调，从本质上讲，Avito 声称对用户发布的广告具有独占性，然而，这违背了个人卖家的利益和一般的竞争。

0. 欧洲联盟（欧盟）*

1. 立法框架

在欧洲联盟（欧盟），反不正当竞争法并不完全一致。实现《巴黎公约》第 10 条之二第(1)款要求的有效禁止不正当竞争，是欧盟某些反不正当竞争法领域的立法以及成员国的法律和实践之间相互作用的结果。在欧盟层面，《不公平商业行为指令》（UCPD）⁹⁶⁴协调了各国关于企业与消费者关系中不公平行为的处理方法，保护消费者免受误导和激进行为的影响。《关于误导和比较性广告指令》（MCAD）⁹⁶⁵，规定了广告领域的协调规则。《商业秘密指令》（TSD）则对未披露技术和商业信息的保护进行了协调。⁹⁶⁶

在这些具体的立法文书之外，国内立法负责对实体性反不正当竞争法的重要领域进行监管。⁹⁶⁷但欧盟成员国的监管方式有很大的不同。一些国家，如奥地利、比利时、丹麦、德国、希腊、匈牙利、斯洛文尼亚、西班牙和瑞典，已经颁布了具体的反不正当竞争法，以保护所有市场参与者的利益，包括竞争者和消费者，并维护公众享受不扭曲竞争的普遍利益。⁹⁶⁸反不正当竞争也可能构成《知识产权法》（葡萄牙）、《商业法》（捷克共和国和斯洛伐克）或含有反托拉斯条款的《竞争法》（爱沙尼

⁹⁶² 莫斯科商业法院 2019 年 12 月 19 日对第 A 40-183412/19-122-1521 号案（Avito/Avto.ru）的裁决。

⁹⁶³ 关于这一点的评论，见 Aleksey V. Petrov, “Network effects and unfair competition in the digital platforms markets: Avito vs. Avto.ru Case”, *Predprinimatel'skoie pravo*, 2020, No. 4, 43-50。“网络效应”的概念将在第五套反垄断方案（Fifth Antimonopoly Package）中定义。

* Martin Senftleben 先生，荷兰阿姆斯特丹大学知识产权教授和信息法研究所（IViR）所长。作者希望感谢 Luna Schumacher 的研究协助，以及 Ilaria Buri、João Pedro Quintais、Ole-Andreas Rognstad、Morten Rosenmeier 和 Nuno Sousa e Silva 提供的宝贵信息和建议判例。所有错误和遗漏均由作者负责。

⁹⁶⁴ 欧洲议会和理事会 2005 年 5 月 11 日关于内部市场中企业对消费者不公平商业行为的第 2005/29/EC 号指令，Official Journal L 149, 22。

⁹⁶⁵ 欧洲议会和理事会 2006 年 12 月 12 日关于误导和比较性广告的第 2006/114/EC 号指令（整理版），Official Journal L 376, 21。

⁹⁶⁶ 欧洲议会和理事会 2016 年 6 月 8 日关于保护未披露的专有技术和商业信息（商业秘密）以防止其被非法获取、使用和披露的指令（欧盟）第 2016/943 号，Official Journal L 157, 1。

⁹⁶⁷ Ansgar Ohly, “Trademark Law and Advertising Law in the European Union: Conflicts and Convergence”, 载于: Irene Calboli & Jane C. Ginsburg (eds.), *Cambridge Handbook on International and Comparative Trademark Law*, Cambridge: 剑桥大学出版社 2020 年, 323(323-324)。

⁹⁶⁸ 《丹麦营销行为法》第 3(1)条；《德国反不正当竞争法》第 1 条；《西班牙反不正当竞争法》第 1 条。关于丹麦、芬兰、挪威和瑞典，也见 Monica Viken, “The Borderline Between Legitimate and Unfair Copying of Products - A Unified Scandinavian Approach?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 51 (2020), 1033 (1036)。

亚、拉脱维亚和立陶宛)的一部分。⁹⁶⁹其他国家,如法国、意大利和荷兰,则区分了消费者保护法和相关的执法机制与基于一般侵权法的对不正当竞争行为的一般民事责任。⁹⁷⁰

2. 工商事务中的诚信行为

欧盟认识到需要一个灵活的监管框架,使法律能够跟上不断变化的贸易实践和市场环境⁹⁷¹,因此,欧盟的反不正当竞争法依赖于灵活的一般条款。《不公平商业行为指令》第 5(1)条规定:“应禁止不公平的商业行为。”欧盟成员国的反不正当竞争法中也有针对企业对企的关系的类似一般性禁止规定。⁹⁷²对不公平商业行为的普遍禁止,也可能通过适用一般侵权法实现。⁹⁷³从适用这些一般条款的法院判决中,出现了一些判例群,各类判例法规则又进入立法中不公平行为的非穷尽列举清单。⁹⁷⁴因此,欧盟反不正当竞争法的特点是,禁止一般不公平商业行为的开放、灵活条款与不诚信行为更具体的法律例举之间的相互作用(见第 3 和第 4 节)。

至于“工商事务中的诚信行为”这一总体概念,可以观察到欧盟在观念上已偏离传统上对特定社群中公平道德标准的关注。⁹⁷⁵这一发展的核心是对循环论证的关切。如果重点放在特定部门的习惯和对诚实的看法上,那么商业惯例作为确定诚信行为的参考事实上形成了法律标准,然后又根据这些标准来评估行为的不公正性。⁹⁷⁶为了摆脱这种循环论证,可以将诚信行为的概念与确保竞争的有效运作这一目标结合起来,以此作为市场经济的核心工具。⁹⁷⁷

⁹⁶⁹ 概述见 Frauke Henning-Bodewig, “Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in den EU-Mitgliedstaaten: eine Bestandsaufnahme”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - International* 2010, 273 (283-284).

⁹⁷⁰ Ohly, *Trademark Law and Advertising Law*, 325.

⁹⁷¹ 西班牙最高法院 (Tribunal Supremo), 2014 年 4 月 7 日, ECLI:ES:TS:2014:1876, Rumba/Ryanair, 8 (quinto), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - International* 2015, 1047 (1049).

⁹⁷² 《奥地利联邦反不正当竞争法》第 1 条第(1)款旨在防止市场参与者使用“不公平的商业惯例或其他不公平的行为影响竞争,且对公司的损害超过微不足道的程度。”根据《丹麦营销习惯法》第 3(1)条,“经销商应采取良好的营销习惯。”德国《反不正当竞争法》第 3(1)条规定,“不正当的商业行为是非法的。”西班牙《反不正当竞争法》第 4 条第 1 款规定,“任何客观上违背诚信要求的行为都被视为不公平。”《瑞典营销法》第 5 条要求营销要“符合良好的营销习惯。”至于损害竞争的程度超过了微不足道的要求,见 Frauke Henning-Bodewig, *Unfair Competition Law - European Union and Member States*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2006, 129. 另见《保加利亚保护竞争法》第 30 条;《捷克商法典》第 44 条;《爱沙尼亚竞争法》第 50 条;《希腊打击不正当竞争法》第 1 条;《拉脱维亚竞争法》第 18(1)和(2)条;《立陶宛竞争法》第 16 条;《匈牙利打击不正当竞争法》第 2 条;《卢森堡商业行为法》第 14 条;《波兰打击不正当竞争法》第 3(1)条;《葡萄牙知识产权法》第 317 条;《罗马尼亚打击不正当竞争法》第 1 条;《斯洛伐克商业法》第 44 条;《斯洛文尼亚保护竞争法》第 13(2)条。在欧洲经济区 (European Economic Area),《挪威营销控制法》第 25 条规定:“在贸易过程中,不得实施任何与商人之间良好商业惯例相冲突的行为。”

⁹⁷³ 《法国民法典》第 1240 条,《荷兰民法典》第 6:162 条。

⁹⁷⁴ Ansgar Ohly, “A Fairness-Based Approach to Economic Rights”, 载于: P. Bernt Hugenholtz (ed.), *Copyright Reconstructed - Rethinking Copyright's Economic Rights in a Time of High Dynamic Technological and Economic Change*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018, 83 (89-90).

⁹⁷⁵ Cf. Karl-Nikolaus Peifer, “Schutz ethischer Werte im Europäischen Lauterkeitsrecht oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise? Reto M. Hilty & Frauke Henning-Bodewig (eds.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, Heidelberg/Dordrecht/London/New York: Springer 2009, 125 (125-128); Eugen Ulmer, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Vol. I, Munich 1965, 42-43; Stephen P. Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights - National and International Protection*, Vol. Third, Cambridge, Massachusetts, 1975, 1685-1686.

⁹⁷⁶ Ulmer, *Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 249; Hans-Wolfgang Micklitz et al., *Study on the Feasibility of a General Legislative Framework on Fair Trading*, Volumes I-II, Institut für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V. 2000, 13 and 467.

⁹⁷⁷ Rupprecht Podszun, “Spezielle Wettbewerbsförderung durch Europäisches Lauterkeitsrecht. Plädoyer für ein allgemeines Europäisches Wettbewerbsrecht”, 载于: Reto M. Hilty 和 Frauke Henning-Bodewig (主编), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, Heidelberg/Dordrecht/London/New York. Springer 2009, 151 (156-157 和 163-168)。关于因考虑自由市场经济整体运作而引起的视角转换,见 Anselm Kamperman Sanders,

欧盟成员国的发展情况证明了这一趋势。⁹⁷⁸在 2004 年德国《反不正当竞争法》通过之前，德国联邦最高法院认为，如果竞争行为“让通情达理的普通商人感到没有面子，或者为一般公众所不齿或不容忍”，则该行为为不正当行为。⁹⁷⁹这种道德评判模式已被放弃，转而来分析该行为是否保障竞争者在公平、不扭曲的竞争环境中自由发展业务。⁹⁸⁰法院谈及故意阻挠竞争问题时指出⁹⁸¹，“如果损害的目的在于阻止竞争者发展业务，从而取代他们，或者如果损害导致被损害的竞争者不再能够通过自己的努力充分维护自己在市场上的表现”，⁹⁸²则该损害还是不公平的。在处理道德和经济考虑之间的优先问题时，西班牙最高法院认为，一般性质的道德考虑要服从于直接来自经济竞争的要求。援引道德界限来压制“被证明具有竞争效率的行为，以及在不造成竞争结构或市场正常运作改变的基础上促进个人或第三方的业绩”的行为是错误的。⁹⁸³

至于认定不正当竞争所需的竞争关系，在一些成员国出现了弹性概念——仅仅要求商家以某种方式将自己置于与原告的竞争中。⁹⁸⁴因此，商品或服务之间的间接竞争或替代关系已经足够。⁹⁸⁵例如，可以认为一方打算为自己或第三方实现的商业利益与原告遭受的不利因素（在竞争受损的意义上）之间存在着相互依存的关系就足够了。⁹⁸⁶

可被视为不诚实行为的具体表现可以从欧盟法院在商标法领域的判例中得出。在欧盟，只有系争商标使用属于工商事务中的诚信行为时，才能援引对商标专有权的限制。⁹⁸⁷

在此背景下，欧盟法院在“吉列案”中认定不符合诚信行为的商标使用情况包括（这显然是依赖《关于误导和比较性广告的指令》的标准来认定比较性广告的合法性）：

“Unfair Competition: Complementary or Alternative to Intellectual Property in the EU?”，载于：Christophe Geiger（主编），Constructing European Intellectual Property - Achievements and New Perspectives, Cheltenham: Edward Elgar 2013, 329 (338); Rudolf Callmann, “Unlauterer Wettbewerb zum Wohl der Allgemeinheit?”, Markenschutz und Wettbewerb 1926/1927, 378; Rudolf Callmann, Der unlautere Wettbewerb, Mannheim: Bensheimer 1929.

⁹⁷⁸ 参见 Viken, Legitimate and Unfair Copying, 1045.

⁹⁷⁹ 德国联邦最高法院，1993 年 10 月 14 日，案号 I ZR 40/93, “PS-Werbung II”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1994, 220 (222); 德国联邦最高法院，1995 年 5 月 18 日，案号 I ZR 91/93, “Busengrapscher”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1995, 592 (593-594); 德国联邦最高法院，2001 年 1 月 25 日，案号 I ZR 53/99, “Telefonwerbung für Blindenwaren”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2001, 1181 (1182)。参见 Peifer, Schutz ethischer Werte, 134-137.

⁹⁸⁰ Rupprecht Podszun, “UWG § 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen”, 载于：Henning Harte-Bavendamm 和 Frauke Henning-Bodewig（主编），Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 第四版，慕尼黑。Beck 2016, 第 142 段。

⁹⁸¹ 《德国反不正当竞争法》第 4 条第 4 款。

⁹⁸² 德国联邦最高法院，2011 年 6 月 22 日，案号 I ZR 159/10, “Automobil-Onlinebörse”, 第 65 段。

⁹⁸³ 西班牙最高法院（Tribunal Supremo），2007 年 10 月 8 日，ECLI:ES:TS:2007:6143, Schindler/Ascensores Pruertollano, 6 (séptimo)。参见 Rafael García Pérez, comment on Spanish Supreme Court (Tribunal Supremo), 2014 年 4 月 7 日，ECLI:ES:TS:2014:1876, Rumba/Ryanair, Quinto, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - International 2015, 1049 (1051)。

⁹⁸⁴ Wolfgang Büscher, “Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Lauterkeitsrecht seit Ende 2015”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2017, 105 (105-106)。

⁹⁸⁵ 关于各种方法的描述，见 Henning-Bodewig, Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, 273-287。关于在直接竞争之外保护的历史演变，见 Kamperman Sanders, Unfair Competition: Complementary or Alternative, 338。

⁹⁸⁶ 德国联邦最高法院（Bundesgerichtshof），2016 年 4 月 21 日，案号 I ZR 151/15, “Ansprechpartner”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016, 1193, 第 15 段。

⁹⁸⁷ 第 14(2)条，欧洲议会和理事会 2017 年 6 月 14 日关于欧盟商标的条例（整理版）(EU) 2017/1001, Official Journal 2017 L 154, 1 (“EUTMR”)；第 14(2)条，欧洲议会和理事会 2015 年 12 月 16 日关于拉近成员国商标相关法律的指令(EU) 2015/2436, Official Journal 2015 L 336, 1 (“TMD”)。

该行为的方式让人觉得第三方与商标权人之间存在商业联系；通过不公平地利用商标的显著特征或声誉来影响商标的价值；造成对该商标的贬损或诋毁；或第三方不是商标的所有人，但却将其产品呈现为该商标标记产品的仿制品或复制品。⁹⁸⁸

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

关于《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款列举的不公平行为，欧盟法律提供了若干途径，以防止引起混淆(3.1)、诋毁和贬损(3.2)以及误导行为(3.3)。关于第 10 条之二第(3)款，欧盟法律提供了若干途径，以针对引起混淆(3.1)、诋毁和贬损(3.2)和误导行为(3.3)获得保护。

3.1 引起混淆

在欧盟，遵照《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款第 1 项，如果比较性广告在商人之间、在广告商和竞争者之间或者在竞争者的商标、商号、其他识别性标志、商品或服务方面造成混淆，则是不允许的。⁹⁸⁹在“Toshiba/Katun 案”中，欧盟法院(CJEU)澄清道，如果公众“将一个标志识别为属于某个特定企业”，则这个标志就属于“其他区别性标志”的范畴。⁹⁹⁰因此，禁止混淆性贸易行为所带来的保护超越了商标和商号，还包括其他商业标识。关于设备制造商用于识别备件和消耗品的产品编号，如果单独使用这些编号而不标明制造商的商标，那么作为“其他识别性标志”的资格可能会受到怀疑。⁹⁹¹

关于混淆的概念，欧盟法院采用了类似欧盟商标法中的混淆测试。⁹⁹²原则上，在欧洲⁹⁹³和国家层面⁹⁹⁴，对混淆的解释是相同的。当“公众可能认为有关商品或服务来自同一企业，或视情况来自有经济联系的企业”时，就达到了起诉标准的混淆可能性。⁹⁹⁵有争议的来源标识符越具有显著性，混淆的可能性就越大。⁹⁹⁶然而，如果未经授权的使用只是让人想起竞争者的商标，而没有造成直接(产品)或间接(来源)的混淆，则通不过混淆测试。⁹⁹⁷

在企业与消费者关系领域，只有当混淆性做法导致或可能导致普通消费者本来不会作出的交易决定时，才达到起诉标准。⁹⁹⁸虽然引起混淆往往会影响消费者的决定，但当广告将购买产品与慈善目标

⁹⁸⁸ 欧盟法院，2005 年 3 月 17 日，C-228/03 号案，Gillette/L.A.-Laboratories，第 49 段。关于欧盟商标法中诚信行为要件的更详细讨论，见 Annette Kur and Martin Senftleben, *European Trade Mark Law - A Commentary*, 牛津大学出版社 2017 年，第 6.71-6.77 段。

⁹⁸⁹ 《关于误导和比较性广告指令》第 4(h) 条。

⁹⁹⁰ 欧盟法院，2001 年 10 月 25 日，C-112/99 号案，Toshiba/Katun，第 49 段。

⁹⁹¹ 欧盟法院，同上，第 50-51 段。

⁹⁹² EUTMR 第 9(2)(b) 条；TMD 第 10(2)(b) 条。参见 Kur/Senftleben, *European Trade Mark Law*, 第 5.105-5.110 段。

⁹⁹³ 欧盟法院，2008 年 6 月 12 日，C-533/06 号案，O2/Hutchison，第 49 段；欧盟委员会，1999 年 6 月 22 日，C-342/97 号案，Lloyd Schuhfabrik Meyer，第 49 段；欧盟法院，1999 年 6 月 22 日，C-342/97 号案，Lloyd Schuhfabrik Meyer，第 17 段。

⁹⁹⁴ 关于这一点的明确确认，见奥地利最高法院(Oberster Gerichtshof)，2011 年 5 月 10 日，案号 17 Ob 10/11m, *Jungle Man*, 8. Cf. Böscher, *Rechtsprechung EuGH und BGH*, 116。

⁹⁹⁵ 欧盟法院，同上，第 59 段。

⁹⁹⁶ 欧盟法院，1997 年 11 月 11 日，C-251/95 号案，Puma/Sabel，第 24 段。

⁹⁹⁷ 欧盟法院，同上，第 16 和 26 段。

⁹⁹⁸ 《不公平商业行为指令》第 6(2)(a) 条。关于在误导性价格标示这一领域对该要件的评估，见欧盟法院，2016 年 10 月 26 日，案号 C-611/14, *ECLI:EU:C:2016:800, Canal Digital Danmark*, 第 45-47 段。

结合起来时，这种影响就打上了问号。⁹⁹⁹例如，广告企业承诺保护一平方米雨林，就会引起一个问题：消费者作出购买决定，是出于关心这一个平方米的雨林，还是希望总体上支持环境项目？¹⁰⁰⁰

3.2 诋毁和贬损

《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款所述的虚假言论的具体危害，在国内规定中得到了体现。一些国家国内立法规定，除非事实明显属实，否则主张或传播关于竞争对手商品、服务或业务，或企业家或企业管理层成员的相关事实，可能损害企业的运营或企业家信用的，属于不公平竞争。¹⁰⁰¹为了评估一项声明是否涉及被禁止的相关“事实”，可以对主观的价值判断和事实陈述进行区分。¹⁰⁰²为了涵盖单纯的价值判断，国家法律可以用普遍禁止诋毁和贬损的规定来补充对虚假事实陈述的禁止。¹⁰⁰³对诋毁和贬损（例如，映射犯罪行为）的评估，需要参照对言论自由的保障，作出利益权衡。¹⁰⁰⁴在“Rumba/Ryanair 案”中，西班牙最高法院审理了一则媒体声明，声明中 Ryanair（瑞安航空）除了宣称在线航班预订公司非法销售机票、偷窃消费者之外，还称它们是“行业的寄生虫”。¹⁰⁰⁵法院强调，市场参与者荣誉和声誉受到尊重的权利必须与瑞安航空的言论自由进行权衡。¹⁰⁰⁶然而，根据相称性原则进行的利益平衡，并没有为客观上诋毁竞争对手的侮辱性信息提供支持。由于瑞安航空的言论并不构成对旅行社专业活动的批评，而是以“侮辱性和不必要的方式剥夺其从业资格”，该行为构成了不公平的商业行为。¹⁰⁰⁷

关于诋毁和贬损的进一步规则可以在比较性广告领域找到。¹⁰⁰⁸在“Pippig/Hartlauer 案”中，欧盟法院澄清说，与竞争对手的报价进行比较，特别是在价格方面，是比较性广告的核心。因此，价格比较本身并不意味着对价格较高的竞争者的诋毁或贬损。¹⁰⁰⁹广告商还可以自由选择与多少产品进行比较，且没有义务将价格比较限制在广告商提供的产品和竞争者的产品的平均价格上。¹⁰¹⁰为了进行合法的比较，广告商也可以自由地模仿竞争者的标志和店面的图片。¹⁰¹¹

3.3 误导性标示或言论

反不正当竞争法的协调使得按照《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款规定禁止误导行为显著具体化。如果一种商业行为欺骗了或可能欺骗行为对象，并可能因其欺骗性而影响对象的经济行为时，就

⁹⁹⁹ 关于在这种产品营销方式之后重新引入道德考虑，见 Peifer, Schutz ethischer Werte, 137-141。

¹⁰⁰⁰ 德国最高法院（Bundesgerichtshof），2006 年 10 月 26 日，案号 I ZR 33/04，“Regenwaldprojekt I”，第 34 段。

¹⁰⁰¹ 《奥地利联邦反不正当竞争法》第 7(1)条；《德国反不正当竞争法》第 4(2)条；《西班牙不正当竞争法》第 9 条。

¹⁰⁰² 参见德国最高法院（Bundesgerichtshof），2016 年 3 月 31 日，案号 I ZR 160/14，“Im Immobiliensumpf”，Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016, 710, 第 28-31 段。

¹⁰⁰³ 《德国反不正当竞争法》第 4(1)条。

¹⁰⁰⁴ 德国最高法院，同上，第 51-57 段。

¹⁰⁰⁵ 西班牙最高法院（Tribunal Supremo），2014 年 4 月 7 日，案号 ECLI:ES:TS:2014:1876, Rumba/Ryanair, 3 (Primero)。

¹⁰⁰⁶ 西班牙最高法院，同上，8(quinto)。

¹⁰⁰⁷ 西班牙最高法院，同上，8(quinto)。

¹⁰⁰⁸ 《关于误导和比较性广告指令》第 4(d)条。在广告之外，国家法律可以更广泛地适用这一规则，见德国反不正当竞争法第 4(1)条。

¹⁰⁰⁹ 欧盟法院，2003 年 4 月 8 日，案号 C-44/01, ECLI:EU:C:2003:205, Pippig/Hartlauer, 第 80 段。

¹⁰¹⁰ 欧盟法院，同上，第 81 段。

¹⁰¹¹ 欧盟法院，同上，第 83-84 段。

被视为误导。当误导行为因其影响而损害或可能损害竞争者时，也同样达到起诉标准。¹⁰¹² 误导行为可以涉及各种要素，包括：

- 产品特性，如可用性、性质、执行、组成、制造方法和日期、用途的适合性、数量、规格、地理或商业来源；
- 交易者的承诺、动机、赞助或批准，包括对行为准则的遵守；
- 价格计算或特定的价格优势，对服务、部件、更换或维修的需求；
- 商人或其代理人的性质、属性和权利，包括身份、资产、资格、奖项和荣誉、从属关系、工业、商业或知识产权的所有权；
- 消费者的权利，包括更换或偿还的权利。¹⁰¹³

关于不同服务价格的呈现方式，欧盟法院在“Canal Digital Danmark 案”中认为，如果一项服务的价格被特别强调，而另一项服务的价格部分被完全省略或不那么突出，那么广告可能会产生误导。普通消费者可能会错误地认为，他只需要支付被突出显示的价格。¹⁰¹⁴ 《不公平商业行为指令》附件一中列举了 23 种误导行为，对企业与消费者的关系作了进一步规定。这份法定的“黑名单”包括一些对不公平行为的详细描述，例如：

- 以某一特定价格发出购买产品的邀请，但考虑到产品、产品的广告规模和报价的情况，该商人未披露是否有合理的根据让人相信他可以在合理的时期内以该价格提供或促使其他商人提供这些产品或同等产品（诱饵广告）；¹⁰¹⁵
- 谎称产品只在非常有限的时间内提供，或只在非常有限的时间内以特定条件提供，以引起消费者立即作出决定，剥夺消费者作出知情选择的充足机会或时间；¹⁰¹⁶
- 花钱购买媒体社论来推广产品，但没有在内容中或通过消费者可明确识别的图像或声音来表明这一点（广告社论）；¹⁰¹⁷
- 建立、经营或推广金字塔式促销计划，在该计划中，消费者帮助促销可获得报酬，但报酬主要来自介绍其他消费者加入该计划，而不是来自产品的销售或消费；¹⁰¹⁸
- 在商业行为中声称进行竞赛或有奖促销，而不颁发所述的奖品或合理的等价物；¹⁰¹⁹
- 在营销材料中包括一张催款单或类似的付款文件，使消费者认为他已经订购了所推销的产品，而实际上他并没有订购。¹⁰²⁰

《不公平商业行为指令》附件一中所列的做法本身就被认为是不公平的。因此，不需要证明对消费者或市场的特殊影响，来确定其不公平性和不允许性。¹⁰²¹

¹⁰¹² 《关于误导和比较性广告指令》第 2(b) 条；《不公平商业行为指令》第 6(1) 条。

¹⁰¹³ 《关于误导和比较性广告指令》第 3 条；《不公平商业行为指令》第 6(2) 条。

¹⁰¹⁴ 欧盟法院，2016 年 10 月 26 日，C-611/14 号案，ECLI:EU:C:2016:800, Canal Digital Danmark, 第 1 段，第 43-44 页。

¹⁰¹⁵ 《不公平商业行为指令》附件一第 5 项。根据国家判例，该条款的重点不是充足的存货，而是存货信息不充分。信息不充分的风险只能通过提供解释性说明来消除，该说明必须“表述清楚，易于阅读，易于识别”。见德国联邦最高法院（Bundesgerichtshof），2015 年 9 月 17 日，案号 I ZR 92/14, “Smartphone-Werbung”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016, 395, 第 20 段。

¹⁰¹⁶ 附件一《不公平商业行为指令》，第 7 项。

¹⁰¹⁷ 附件一《不公平商业行为指令》，第 11 项。

¹⁰¹⁸ 附件一《不公平商业行为指令》，第 14 项。

¹⁰¹⁹ 附件一《不公平商业行为指令》，第 19 项。

¹⁰²⁰ 附件一《不公平商业行为指令》，第 21 项。

¹⁰²¹ Ohly, Fairness-Based Approach, 90

被禁止的误导行为还包括不作为，如商家隐瞒重要信息，以不明确、不可理解、模棱两可或不及时的方式提供此类信息，或在上下文不明显的情况下未能言明商业行为的商业意图。¹⁰²²所谓商家隐瞒信息，是指消费者没有收到信息，或收到的方式不能让他作出商业决定时考虑这些信息。¹⁰²³在评价不作为时，必须考虑事实背景和情况，包括所涉及的传播媒介的限制。¹⁰²⁴欧盟委员会在“Pippig/Hartlauer 案”中明确指出，如果品牌信息可能极大地影响购买者的选择，而两个竞争对手产品的品牌在知名度上有很大差异时，在比较广告中遗漏更知名的品牌属于误导。¹⁰²⁵

4. 其他不正当竞争行为

除了以上所述禁止混淆、诋毁、贬损和误导行为引起的伤害外，欧盟成员国还提供额外的保护，以禁止盲目模仿（4.1）和其他盗用行为（4.2）。《商业秘密指令》规定了详细的规则以确保商业秘密的保护（4.3）。此外，新技术的使用可能产生新的透明度义务（4.4）。

4.1 盲目模仿

许多欧盟成员国都禁止盲目模仿产品¹⁰²⁶或服务¹⁰²⁷。由于这种类型的保护可能破坏知识产权的具体概念轮廓和保护要求¹⁰²⁸，未经授权的模仿只有在满足特定不公平标准的情况下才达到起诉要求。¹⁰²⁹特别是，当模仿导致商品或服务的商业来源出现可避免的混淆时，模仿被认为是不公平竞争。¹⁰³⁰“可避免的”混淆要件保障了知识产权到期后的竞争自由。对技术或美学产品特征的模仿，只有在竞争者本可以通过技术或设计避免盲目模仿以前享有专利或工业设计保护的产品的情况下，才达到起诉标准。¹⁰³¹

为了使盲目模仿诉讼的主张获得成功，国家法律可能要求被模仿的商品或服务在相关市场上获得个性化的竞争地位——即具备“独特的面孔”。¹⁰³²该商品或服务必须能与其他类似的产品或服务区分

¹⁰²² 《不公平商业行为指令》第 7(1) 和 (2) 条。

¹⁰²³ 参见德国联邦法院 (Bundesgerichtshof)，2016 年 7 月 21 日，案号 I ZR 26/15，“LDA tested”，Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016，1076，第 27 段。

¹⁰²⁴ 《不公平商业行为指令》第 7(2) 条。

¹⁰²⁵ 欧盟法院，2003 年 4 月 8 日，C-44/01 号案，ECLI:EU:C:2003:205，Pippig/Hartlauer，第 53 段。

¹⁰²⁶ 参见 Ole-Andreas Rognstad，“Om forholdet mellom retten til parallellimport og nasjonale regler om markedsføring”，Nordiskt immateriellt rättsskydd 2000，320 (326-327)。关于尽管可能干扰商品和服务的自由流动，但仍允许在国家一级防止“盲目模仿 (slavish imitation)”，见欧盟法院，2010 年 9 月 14 日，案号 C-48/09 P，ECLI:EU:C:2010:516，Lego/Mega Brands，第 61 段；欧盟法院，1982 年 3 月 2 日，案号 6/81，ECLI:EU:C:1982:72，BV Diensten Groep/Beele，第 15 段。参见 Henning-Bodewig，Unfair Competition Law，29。

¹⁰²⁷ 关于向服务的扩展，参见 Viken，Legitimate and Unfair Copying，1042。

¹⁰²⁸ 参见 Anselm Kamperman Sanders，“Do Whiffs of Misappropriation and Standards for Slavish Imitation Weaken the Foundations of IP Law?”，in: Estelle Derclaye (ed.)，Research Handbook on the Future of EU Copyright，Cheltenham: Edward Elgar，567。

¹⁰²⁹ 参见德国最高法院 (Bundesgerichtshof)，2015 年 11 月 19 日，案号 I ZR 149/14，“Pippi-Langstrumpf-Kostüm II”，Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016，725，第 22-28 段。本案中，法院根据德国《反不正当竞争法》第 3(1) 条的一般条款，并参照提供保护途径的具体知识产权立法，拒绝对虚构人物提供额外保护。

¹⁰³⁰ 德国《反不正当竞争法》第 4(3) (a) 条；挪威《营销控制法》第 30 条；瑞典《营销法》第 14 条。

¹⁰³¹ 荷兰最高法院 (Hoge Raad)，2009 年 11 月 20 日，ECLI:NL:HR:2009:BJ6999，Lego，Nederlandse Jurisprudentie 2011，302 (Lego)；荷兰最高法院 (Hoge Raad)，1991 年 5 月 31 日，ECLI:NL:HR:1991:ZC0259，Borsumij/Stenman，Nederlandse Jurisprudentie 1992，391。关于丹麦法律中“接近精确模仿”的要求，见 Morten Rosenmeier and Jens H. Schovsbo，“Brugskunstbeskyttelsen mod” meget nærgående efterligninger”。Er Højesterets praksis på kant med EU-retten? U2015B.181”，Ugeskrift for Retsvæsen 2015，第 181-185 页。

¹⁰³² 荷兰最高法院 (Hoge Raad)，2017 年 5 月 19 日，ECLI:NL:HR:2017:938，Mi Moneda，Nederlandse Jurisprudentie 2017，315，第 3.4.2 段。参见德国联邦法院 (Bundesgerichtshof)，2016 年 5 月 4 日，案号 I ZR 58/14，“Segmentstruktur”，Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2017，79，第 58-59 段；挪威最高法

开来。¹⁰³³至于混淆的概念，有一种趋势是遵循统一的欧盟商标法（3.1）中发展的标准进行分析。¹⁰³⁴因此，公众是否认为仿制品是原件，或认为有关产品来自相同或有经济联系的企业，并不重要。即使两个产品不完全相同，但给人的整体类似印象也算。¹⁰³⁵

除了可避免的混淆外，如果提供仿制品时不合理地利用或损害对被仿制品或服务的评估，或以不诚实的方式获得制作仿制品的知识或文件，也可以基于盲目模仿提起保护诉讼。¹⁰³⁶

4.2 不公平搭便车

在广义的盗用理论意义上，不公平搭便车行为是指唤起竞争对手的产品、服务或其他商业成就的行为。该行为在欧盟层面部分协调法律之前，已经是大陆法系国家规制的一种行为。¹⁰³⁷这些国家的传统影响了统一的欧盟法律的演变。例如，《关于误导和比较性广告指令》第 4(f) 条禁止利用“竞争者的商标、商号或其他区别性标志的声誉或竞争对手产品的原产地名称”进行不公平的比较广告。法律保护名誉商标的显著特征或声誉不被不公平利用。¹⁰³⁸

在讨论欧盟商标法中的“寄生”概念时，欧盟法院解释说，这一概念涵盖的情况是，侵权人通过转移他人商标形象或唤起他人产品特征，“利用名誉商标的声誉进行显而易见的剥削”。¹⁰³⁹更具体地说，如果第三方行为唤起名誉商标形象¹⁰⁴⁰，并试图搭上该商标的顺风车，“以便从其吸引力、声誉和声望中获益，并不支付任何经济补偿和不需要自己在这方面作出努力的情况下，利用该商标所有人所付出的营销努力”，商标权人就可以得到保护。¹⁰⁴¹

若在具体的知识产权立法（如商标法）中纳入禁止不公平搭便车行为的规定，就会提出在哪些情况下可以根据一般的反不正当竞争法提供类似保护的问题。¹⁰⁴²欧盟成员国的发展情况表明，只有在特殊情况下才有可能基于不正当竞争提出诉讼。例如，根据荷兰法律，法院确认，不属于知识产权法范畴的成果，如果能够与符合知识产权保护条件的创造性或发明性工作相提并论，就可以享受防止不公平搭便车的保护。¹⁰⁴³然而，在实践中，可比性的问题几乎没有得到肯定的回答。例如，在“KNVB/NOS

院，2005 年 11 月 29 日，HR-2005-1857-A 号案，Viet Thai Mat AS/Hong Kong Frukt Tobakk og Asiamat（“米袋”），Norsk Retstidende 2005，第 1560 页，第 30 段。

¹⁰³³ 见《瑞典营销法》第 14 条，要求产品必须是“知名和独特的”。参见丹麦最高法院，2013 年 6 月 19 日，U2013.2636H 案，2012 年 3 月 7 日，U2012.1983H 案，2001 年 2 月 9 日，U2001.1006H 案；意大利最高法院，2009 年 2 月 12 日，第 3478 号再审案，2008 年 11 月 26 日，第 28215 号再审案，2006 年 1 月 19 日，第 1062 号再审案。

¹⁰³⁴ 参见 Viken, Legitimate and Unfair Copying, 1042-1043 页。

¹⁰³⁵ 荷兰最高法院，同上，第 3.4.5 段。参见 Viken, Legitimate and Unfair Copying, 第 1039-1040 页，1043-1044 页。

¹⁰³⁶ 《德国反不正当竞争法》第 4(3) (b) 和 (c) 条。

¹⁰³⁷ 关于不公平“侵占名誉”的国家立法范围的讨论，见意大利最高法院，2021 年 7 月 13 日，第 19954 号再审案。参见 Ansgar Ohly, “Is the Unauthorised Commercial Exploitation of Sports Events Unfair?”, 载于: Martin Senftleben, Joost Poort 等 (主编), Intellectual Property and Sports - Essays in Honour of Bernt Hugenholtz, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2021, 197(200)。

¹⁰³⁸ EUTMR 第 9(2) (c) 条; TMD 第 10(2) (c) 条。

¹⁰³⁹ 欧盟法院，2009 年 6 月 18 日，C-487/07 号案，ECLI:EU:C:2009:378, L' Oréal/Bellure, 第 41 段。

¹⁰⁴⁰ 欧盟法院，2003 年 10 月 23 日，C-408/01 号案，Adidas/Fitnessworld, ECLI:EU:C:2003:582, 第 29 段。

¹⁰⁴¹ 欧盟法院，2009 年 6 月 18 日，C-487/07 号案，ECLI:EU:C:2009:378, L' Oréal/Bellure, 第 49 段。

¹⁰⁴² 参见 Annette Kur, “(No)Freedom to Copy? Protection of Technical Features under Unfair Competition Law”, in: Martin Adelman, Robert Brauneis, Josef Drexler and Ralph Nack (eds.), Patents and Technological Progress in a Globalized World, Berlin: Springer 2009, 521(522)。

¹⁰⁴³ 荷兰最高法院 (Hoge Raad), 1986 年 6 月 27 日，ECLI:NL:PHR:1986:AD7158, Holland Nautica/Decca, Nederlandse Jurisprudentie 1987, 191, 第 4.2 段; 荷兰最高法院 (Hoge Raad), 1987 年 11 月 20 日，ECLI:NL:HR:1987:AD0056, Staat/Den Ouden, Nederlandse Jurisprudentie 1988, 311。

案”中，荷兰最高法院认为，为职业俱乐部组织英超联赛和全国足球比赛并不构成等同于获得知识产权所需努力的成就。¹⁰⁴⁴

其他欧盟成员国的发展证实了此种保护的的特殊性。德国的“Hartplatzhelden.de 案”涉及一个广告的网站，用于分享业余足球比赛精彩场面的视频剪辑。¹⁰⁴⁵德国的一个地区足球协会起诉网站经营者从其组织和培训工作中不公平获利；德国联邦最高法院讨论了该协会是否可以从德国反不正当竞争法中对不公平商业行为的一般性禁止中获得保护。¹⁰⁴⁶结论是只有在满足了严格的条件下，才可以按此提供保护，而且必须证明其他保护途径如知识产权保护还不足以发挥作用。保护还必须是必要的，以确保对原告的组织活动的持续投资。最后，法院权衡了原告的保护利益与网站经营者和公众的保护利益。¹⁰⁴⁷根据这些标准，法院认为没有必要根据反不正当竞争法进行保护。业余俱乐部可以援引他们的场地权来控制体育场的进入和录像。¹⁰⁴⁸由于该网站是有关业余足球比赛的重要信息来源，平台用户的信息自由和竞争自由的公共利益使天平倾向于不作出不公平搭便车的裁决。¹⁰⁴⁹

在有关打击营销的法院判决中，法院也确认了防止盗用的特殊性质。在“FFR/菲亚特案”中，法国最高法院处理了菲亚特 500 的广告活动，其中汽车生产商暗示了法国和英格兰在六国锦标赛中的橄榄球比赛以及法国和意大利即将进行的比赛。¹⁰⁵⁰法国橄榄球联合会援引法国反不正当竞争法中对寄生竞争的禁止¹⁰⁵¹，认为菲亚特不公平地利用了其努力、投资和名声。然而，法院强调，菲亚特只是提及一个比赛结果和未来的比赛，使用这样的事实不能被定性为截获橄榄球比赛产生的经济流量的不公平活动。¹⁰⁵²法院还驳回了关于引起混淆的指控：菲亚特并没有给人以官方赞助商的印象。¹⁰⁵³

4.3 保护商业秘密

随着 2016 年《商业秘密指令》的通过，欧盟在商业秘密保护领域出现了详细的协调规则。¹⁰⁵⁴基于 TRIPS 第 39(2)条，《商业秘密指令》第 2(1)条将“商业秘密”定义为：(a)在相关范围内不为人所知的秘密信息；(b)因其为秘密而具有商业价值；(c)已采取合理步骤将其保密。有权援引保护的商业秘密持有者，不仅包括专有技术的原始开发者，还包括任何其他“合法控制商业秘密”的自然人或法人¹⁰⁵⁵，如在研究、生产或分销协议框架内获得该秘密的被许可人。禁止的范围包括：

¹⁰⁴⁴ 荷兰最高法院 (Hoge Raad)，1987 年 10 月 23 日，ECLI:NL:HR:1987:AD0055, Koninklijke Nederlandse Voetbalbond/Nederlandse Omroep Stichting, Nederlandse Jurisprudentie 1987, 310, 第 5.1 段。参见 Asser Institute and Institute for Information Law, Study on Sports Organisers' Rights in the European Union, Amsterdam/The Hague 2014, 35-36, 可查阅 https://www.asser.nl/media/2624/final-report_sor-2014.pdf。

¹⁰⁴⁵ 德国联邦最高法院 (Bundesgerichtshof)，2010 年 10 月 28 日，案号 I ZR 60/09, “Hartplatzhelden.de”，Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2011, 第 436 页，1-3 段。

¹⁰⁴⁶ 《德国反不正当竞争法》第 3(1)条。

¹⁰⁴⁷ 德国联邦最高法院，同上，第 24-28 页。参见 Ohly, Exploitation of Sports Events, 200-202 页。

¹⁰⁴⁸ 德国联邦最高法院，同上，第 24 和 27 页。

¹⁰⁴⁹ 德国联邦最高法院，同上，第 25 和 27 页。

¹⁰⁵⁰ 法国最高法院 (Cour de cassation)，2014 年 5 月 20 日，ECLI:FR:CCASS:2014:C000515, Fédération française de rugby/Fiat, premier moyen。

¹⁰⁵¹ 《民法典》第 1240 条。参见 Sylvie Nérison, “France”，载于：Frauke Henning-Bodewig(ed.)，International Handbook on Unfair Competition, Munich:C.H. Beck 2013, 207(§ 11), 第 62-69 段。

¹⁰⁵² 法国最高法院，同上，premier moyen。

¹⁰⁵³ 法国最高法院，同上，second moyen。

¹⁰⁵⁴ 关于以前基于一般侵权法的国家实践，例如见荷兰最高法院 (Hoge Raad)，1919 年 1 月 31 日，案号 ECLI:NL:HR:1919:AG1776, Lindenbaum/Cohen, Nederlandse Jurisprudentie 1919, 161。

¹⁰⁵⁵ 《商业秘密指令》第 2(2)条和第 4(1)条。

- 违反商业诚信行为进行非法获取，特别是未经授权获取、占有或复制任何揭示秘密信息的文件、物体、材料、物质或电子文件；¹⁰⁵⁶
- 由非法获得商业秘密的人非法使用或披露；违反保密协议或任何其他不披露商业秘密的义务；或违反合同或任何其他限制使用商业秘密的义务。¹⁰⁵⁷

在这种情况下，“侵权商品”被定义为“其设计、特征、功能、生产过程或销售明显受益于非法获得、使用或披露的商业秘密的商品”。¹⁰⁵⁸这一定义可以理解为将保护范围扩大到可观察到的产品特征之外。可以说，当秘密商业数据，如客户和供应商的信息、商业计划、市场研究和战略等¹⁰⁵⁹被用于生产或营销目的时，也构成产品侵权。

然而，欧盟商业秘密保护也规定了限制，不包括源于诚实的商业行为的获取，如独立的发现或创造，或逆向工程（基于观察、研究、拆卸或测试已向公众提供的产品或物品），也不包括不受法律约束的人合法获取。¹⁰⁶⁰行使言论和信息自由权，包括新闻自由和媒体多元化，不受商业秘密持有人的控制。此外，商业秘密保护并不影响“举报人”揭发不当行为、不法行为或非法活动的特权，只要这样做是为了保护公众的利益。¹⁰⁶¹

4.4 现代技术的新规则

在新技术和相关营销工具领域，欧盟商标法和反不正当竞争法对关键词广告的讨论表明，为确保公平行为和良好的市场运作，可能需要采取额外的透明度措施。在“谷歌/路易威登案”中，欧盟法院认为，如果广告信息虽然没有暗示存在经济联系，但对广告商品或服务的来源模糊到一定程度，以至于通常知情和合理注意的互联网用户无法根据广告链接及其所附的商业信息确定广告商是第三方还是与商标所有人有经济联系，则关键词广告构成了商标侵权。¹⁰⁶²这一决定表明，从原告负责证明混淆可能性转变为被告承担确保市场透明度的积极义务。¹⁰⁶³

在网红营销方面，具体的透明度规则也有所发展。例如，德国联邦最高法院认为，网红为了第三方公司的利益而在社交媒体上发布广告的商业目的，不能从网红被期待不仅为了纯粹的私人目的，而且为了她自己公司的利益而行动这一事实中推断出来。从当时的情况来看，商业目的很明显——光有这一点还不够。相反，网红必须积极确保消费者能够在第一时间毫无疑问地识别出任何商业目的。至于如何认定商业目的的存在，法院澄清说，当网红的帖子不仅像通常那样以私人身份评价对产品的积极体验，还“多出一广告”时，才可被视为具有商业性。要认定存在“多出的广告”，网红通常只

¹⁰⁵⁶ 《商业秘密指令》第 4(2) 条。

¹⁰⁵⁷ 《商业秘密指令》第 4(3) 条。

¹⁰⁵⁸ 《商业秘密指令》第 2(4) 条。

¹⁰⁵⁹ 《商业秘密指令》叙文第 2 项。

¹⁰⁶⁰ 《商业秘密指令》第 3(1)(a) 和 (b) 条。

¹⁰⁶¹ 《商业秘密指令》第 5(a) 和 (b) 条。

¹⁰⁶² 欧盟委员会，2010 年 3 月 23 日，案号 C-236/08-238/08, Google France and Google/Louis Vuitton et al. 第 90 段；欧盟委员会，2010 年 3 月 25 日，案号 C-278/08, BergSpechte/Trekking.at, 第 90 段；CJEU, 25 March 2010, 案号 C-278/08, BergSpechte/Trekking.at, 第 36 和 38-40 段。

¹⁰⁶³ Martin Senftleben, “Adapting EU Trademark Law to New Technologies – Back to Basics?” Christophe Geiger (ed.), *Constructing European Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, 137 (162-163); Ansgar Ohly, “Keyword Advertising auf dem Weg zurück von Luxemburg nach Paris, Wien, Karlsruhe und Den Haag”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2010, 776 (780); Nicole van de Laan, “Die markenrechtliche Lage des Keyword Advertising” in: J. Taeger (ed.), *Digitale Evolution – Herausforderungen für das Informations- und Medienrecht*, Oldenburg: Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht 2010, 597 (605).

需在社交媒体帖子中添加一个超链接，链接到她描述的产品制造商的网站——即使在制造商的链接页面上不可能直接购买产品。¹⁰⁶⁴

越来越多的定向广告和算法营销工具的使用也可能导致具体的透明度和信息义务。¹⁰⁶⁵在其《数字服务法》(DSA)提案中¹⁰⁶⁶，欧盟委员会强调了透明度和信息义务的必要性，以此实现负责任的数字服务¹⁰⁶⁷，确保经济运营商的公平环境¹⁰⁶⁸，并赋予消费者权力。¹⁰⁶⁹根据《数字服务法》提案，在线市场等平台必须确保向平台用户发送信息，使用户了解何时、以谁的名义显示广告，以及向他们投送广告的参数，包括有意义地解释定向广告系统的基本逻辑。¹⁰⁷⁰

P. 联合王国*

1. 立法框架

联合王国缺乏一个统一的反不正当竞争法律基础；既没有单一的法律参照，也没有独立的不正当竞争侵权行为。因此有人认为，“联合王国没有反不正当竞争法”¹⁰⁷¹；也有人说，这个领域，联合王国“在很大程度上必须被认为是个未知的世界”。¹⁰⁷²虽然反不正当竞争在普通法侵权和成文法中没有单一的来源，但联合王国有一系列反不正当竞争的措施，包括禁止单个侵权行为或衡平法上的不法行为（主要是假冒、伤害性撒谎、诽谤和违反信任），禁止消费者保护法下的误导行为，商标法和广告监管守则。¹⁰⁷³

就其累积覆盖面而言，这些制度与大陆法系不正当竞争制度下的保护有很大的重叠。因此，更准确的说法是，联合王国不是有一项反对不正当竞争的法律，而是多项。

除了可能缺乏连贯性之外，多发并存的做法还产生了三个后果。首先，人们对联合王国是否符合《巴黎公约》第 10 条之二第(1)和(2)款所包含的对不正当竞争的一般禁止性规定定期表示怀疑。¹⁰⁷⁴根据《巴黎公约》第 10 条之二的文本、背景、目的和谈判历史，联合王国在历次修订会议上一直主张

¹⁰⁶⁴ 德国联邦最高法院，2021 年 9 月 9 日，案号 I ZR 90/20，“网红 I”，Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2021, 1400 (1400)。

¹⁰⁶⁵ Stefan Scheuerer, “Artificial Intelligence and Unfair Competition - Unveiling an Underestimated Building Block of the AI Regulation Landscape”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - International* 2020, 1 (3-4).

¹⁰⁶⁶ 欧盟委员会，2020 年 12 月 15 日，欧洲议会和理事会关于制定数字服务单一市场（数字服务法）和修正指令 2000/31/EC 的条例的建议，文件 COM(2020)825 final 2020/0361。

¹⁰⁶⁷ 欧盟委员会，同上，解释性备忘录，1-2。

¹⁰⁶⁸ 欧盟委员会，同上，解释性备忘录，5-7。

¹⁰⁶⁹ 欧盟委员会，同上，解释性备忘录，9。至于减少数字环境中消费者脆弱性的进一步建议，见 Natali Helberger, Orla Lynskey, Hans-Wolfgang Micklitz et al., *EU Consumer Protection 2.0 - Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets*, Brussels: BEUC 2021, 78-79。

¹⁰⁷⁰ 欧盟委员会，同上，第 24 条和第 30 条；叙文第 52 和 63 项。

* Dev Saif Gangjee 先生，联合王国牛津大学法学院教授；印度德里国家法律大学客座教授。

¹⁰⁷¹ Rogier W. De Vrey, *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash between Legal Families* (Martinus Nijhoff, The Hague 2006) 4.

¹⁰⁷² F. K. Beier ‘The Law of Unfair Competition in the European Community: Its Development and Present Status’ [1985] *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 139, 161.

¹⁰⁷³ R. Arnold, ‘English Unfair Competition Law’ [2013] *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 63; J. Davis, ‘Unfair Competition: The United Kingdom’, in F. Henning-Bodewig (ed), *International Handbook on Unfair Competition* (C H Beck: Hart, 2013), 600.

¹⁰⁷⁴ 例如，见 *L’Oréal SA & Ors v Bellure NV & Ors* [2007] EWCA Civ 968, [135]-[142] (Jacob LJ) (拒绝了以下论点：假冒侵权行为应予以扩大，应超越虚假表示而包括盗用，以履行巴黎公约规定的国际义务。)

(没有人反对)其各种国内制度符合这一义务。事实上, 联合王国是这一条款的最初倡导者之一。¹⁰⁷⁵除了第 10 条之二第(3)款的三个强制性类别外, 该条款的起草历史证实了其意图是在不公平竞争法的形式和内容方面遵从国内立法的做法。¹⁰⁷⁶由于《TRIPS 协定》通过第 2.1 条纳入了《巴黎公约》第 10 条之二, 最近的“澳大利亚 - 平装”案世贸组织专家组报告对一般义务进行了进一步的澄清。¹⁰⁷⁷《巴黎公约》第 10 条之二第(1)款要求“有效禁止”不正当竞争, 但并没有规定禁止的形式或手段。¹⁰⁷⁸专家组报告还明确指出, 《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款中的不正当竞争是指“市场行为人为与市场中的其他行为人竞争而作出的某种事情, 其方式与某一市场内通常或习惯上被认为是真实、公平和没有欺骗性的事情相反”(强调为后加)。¹⁰⁷⁹因此, 任何这种对不公平的客观判断必须以当地为基础, 是属于国内法的一个问题。¹⁰⁸⁰因此, “世贸组织成员不仅要禁止《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款中确定的三种具体行为, 而且要求有效禁止第 2 款范围内的所有行为……。[然而,][任何成员]有义务确保结合有关国内市场的法律制度和观念(即什么构成了与通常或习惯上被认为是真实、公平和没有欺骗的行为相反的行为), 来考虑有效禁止的工商事项中其他行为的范围。¹⁰⁸¹虽然容易受到比较或多边影响, 但什么构成不公平的问题, 不可避免地要在国内回答。

这种分散保护方法带来的第二个后果是要超越民事救济措施。联合王国在历史上选择了刑事法律制裁, 作为“有效禁止”的手段。这主要是由 1887 年至 1953 年的《商品商标法》来实现的。这一制度特别允许政府部门或地方当局对商品的虚假和误导性描述以及商标的错误应用提起公诉。在收到合法商人或消费者的投诉后, 也可以提起诉讼。¹⁰⁸²对这一现象的解释, 是在此期间, 缺乏能够提供低价、快速的民事司法服务的地方法院系统, 以及人们认为有效杜绝欺诈行为需要追究刑事责任。¹⁰⁸³这提醒我们, 刑事制裁与民事诉讼、行政措施和自律规范一起, 共同构成了反不正当竞争措施。¹⁰⁸⁴因此, 对《巴黎公约》第 10 条之二在联合王国的执行情况的探讨, 如果只关注民事主张, 就会忽略这一重要方面。

第三个后果是, 联合王国的反不正当竞争法没有一个总体的理论框架, 因为这个保护措施清单中的每个制度都有自己的原理和重点。人们普遍认为: “反不正当竞争是为了保护竞争者和消费者, 同时也是为了保护[运作良好的市场]的公共利益。”¹⁰⁸⁵正如本报告的其余部分所详述的那样, 联合王国保护措施中的不同制度在不同程度上对这三组利益作出了回应。侵权行为诉讼承认商人对其商业商誉的专有利益, 而消费者保护制度则公开优先考虑消费者的利益及向他们提供的信息的质量。每种制度

¹⁰⁷⁵ C. Wadlow, *Wadlow on the Law of Passing Off*, 6th ed (Sweet & Maxwell 2021), 第 2 章。

¹⁰⁷⁶ GHCBodenhausen, *GuidetotheApplicationoftheParisConventionfortheProtectionofIndustrialProperty* (Bureau del'Union, 1968)142-148; Wadlow, *PassingOff*, 54-78;SRicketson, *TheParisConventionfortheProtectionofIndustrialProperty: ACommentary* (OUP, 2015), [13.33]-[13.59].

¹⁰⁷⁷ 专家组报告, 澳大利亚-关于商标、地理标志和其他适用于烟草产品和包装的平装要求的某些措施(澳大利亚-烟草平装), WT/DS458/R, WT/DS457/R (2018 年 6 月 28 日通知, 2018 年 8 月 27 日通过)。这一点没有向上诉小组提出上诉。WT/DS435/AB/R 和 WT/DS441/AB/R (2020 年 6 月 9 日)。

¹⁰⁷⁸ 同上, [7.2663]

¹⁰⁷⁹ 同上, [7.2667]。

¹⁰⁸⁰ 同上, [7.2672]-[7.2675]。

¹⁰⁸¹ 同上, [7.2679]。

¹⁰⁸² 在消费者保护委员会的最后报告中得到了审查, 1962 (Cmnd. 1781) [573]-[725]。

¹⁰⁸³ Wadlow, *Passing Off*, 第 56-57 页。

¹⁰⁸⁴ WIPO, *Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation* (1994), 第 69-81 页。

¹⁰⁸⁵ WTO Panels, *Australia - Plain Packaging*, [7.2680]。另见 Recital 21 of the EU 'Rome II' Regulation No 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (“在不正当竞争问题上, 法律冲突规则应保护竞争者、消费者和公众, 并确保市场经济正常运行”)。

的受保护群体又体现在关于诉讼资格的规则上，即谁有资格提出主张。在消费者保护制度下，贸易商不被承认为直接受影响的一方，而消费者则不能对假冒行为提出主张。

从知识产权的角度来看，这有助于区分“纯粹”的消费者保护法和商人借以保护宝贵的无形资产（如商业秘密或市场声誉）的不正当竞争规则。这也提醒我们，从知识产权的角度来看，在反不正当竞争法这一广泛的制度类别中，并不是每一项制度都与知识产权有关。一个竞争者贿赂竞争对手的代理人或雇员，或者系统地引诱对方违反合同协议，可能构成公认的不正当竞争行为，而不会直接影响到任何有价值的无形资产。¹⁰⁸⁶因此，保护的对象是什么（有价值的无形资产？）以及谁可以就哪些利益提出主张（商人、消费者、市场监管者或其他行政机构？）是确定一个司法辖区内具有“知识产权意义”的不正当竞争规则子集的有用问题。因此，本报告的重点是商业主体为保护无形利益而提出的不正当竞争诉讼，以此作为知识产权法的补充。

2. 工商事务中的诚信行为

由于联合王国没有单一的反不正当竞争法，所以缺乏对“违反工商事务中的诚信行为”的竞争行为的概括性禁止。显然，人们更倾向于确切的诉讼事由，每项事由都有自己的标准和限度。¹⁰⁸⁷联合王国以前作为欧盟成员国的地位并没有改变这种情况，因为只有企业与消费者关系（优先考虑不公平的商业行为）和企业与企业关系（优先考虑误导和比较性广告）的某些方面得到了协调。¹⁰⁸⁸关于民事主张，一位评论家指出：

普通法没有不正当竞争这一一般侵权行为。普通法中用来打击过度竞争或过火经济行为（而不是简单的激烈竞争）的手段是经济侵权，无论是通过转移客户还是攻击商业联系。¹⁰⁸⁹

经济侵权包括引诱违约的侵权行为、以非法手段造成损失的侵权行为、恐吓、以合法手段共谋（各被告联合起来实施有害但合法的行为）、以非法手段共谋（各被告联合起来实施非法行为）、欺骗和恶意撒谎，以及假冒。从知识产权的角度来看，假冒被广泛认为是最突出的侵权行为；假冒诉讼用来应对被告对产品的来源进行虚假表示造成的不正当竞争（见下文第 3.1 节）。

然而，自 20 世纪 60 年代以来，人们一直试图将假冒的范围从基于虚假表示的侵权行为扩大为更广泛的不正当竞争侵权。¹⁰⁹⁰更具体地说，人们认为法院应该承认对盗用或搭便车的主张，即使没有虚假表示。¹⁰⁹¹在这个意义上，“不正当竞争侵权行为”与盗用同义，但这仍然没有达到法国侵权法或德国立法中开放性一般条款的广度。尽管在司法上有一些接受扩大解释的暗示，但枢密院在“Cadbury Schweppes 诉 Pub Squash 案”¹⁰⁹²中得出的结论是，早期提到“不正当竞争”的判例最终归结为对一类产品的错误描述（例如“西班牙香槟”），而不是对商业来源的虚假表示。换句话说，这些案件处理

¹⁰⁸⁶ WIPO, World Situation, 第 68 页。

¹⁰⁸⁷ 这可以追溯到普通法传统中对侵权行为采取的更加具体化、针对事实和伤害的做法，而大陆法系国家的做法则更加抽象和原则化。Gerhard Wagner, ‘Comparative Tort Law’ in Mathia Reimann & Reinhard Zimmermann (eds), The Oxford Handbook of Comparative Law (OUP, 2006), 1005.

¹⁰⁸⁸ 见 Senftleben, EU Report, section 0.1. See also Christopher Wadlow ‘The Emergent European Law of Unfair Competition and its Consumer Law Origins’ (2012) Intellectual Property Quarterly 1.

¹⁰⁸⁹ H. Carty, An Analysis of the Economic Torts (OUP, 2010), 2.

¹⁰⁹⁰ 联合王国法院在过去偶尔也会表现出同情心。例如，Vine Products Ltd. v. MacKenzie & Co Ltd [1969] R.P.C. 1, 23（称假冒行为侵入了“不公平交易”或“非法竞争”的未知领域）；Arsenal Football Club Plc v Reed [2003] EWCA Civ 696, [70]–[71]（Aldous 法官的附带评论赞成扩展）。G. Dworkin, ‘Unfair Competition: Is the Common Law Developing a New Tort’ [1979] EIPR 242.

¹⁰⁹¹ M. Spence, ‘Passing Off and the Misappropriation of Valuable Intangibles’ [1996] LQR 472.

¹⁰⁹² [1981] RPC 429, 461–464.

的是一种与产品特性有关的新形式的虚假表示。随后的判决确认，假冒行为不应扩展为更广泛的侵权行为，用来反对盗用或仅仅模仿他人的努力：

不存在抄袭的侵权行为。不存在抢夺他人市场或客户的侵权行为。市场和客户都不是原告所拥有的。不存在利用他人的商誉的侵权行为。没有不正当竞争的侵权行为……。假冒的核心在于欺骗或欺骗可能性，特别是对最终消费者的欺骗……。侵权行为从未显示出哪怕是轻微的偏离欺骗案例的趋势。如果侵权这么发展，就会进入由于欺骗之外的某个原因而被宣布为非法的诚实竞争领域；为什么应该有这个原因，我无法想象；它只做会扼杀竞争。¹⁰⁹³

侵权法的目的不是为了保护一个人免受不公平竞争的影响，也不禁止他人出售相同的商品或甚至是模仿的商品。它所保护的是商誉，防止一个人把他的商品或服务当作另一个人的商品或服务。¹⁰⁹⁴

还有必要牢记作为假冒法基础的平衡工作，它被称为“两个相互冲突的目标之间的妥协：一方面是自由竞争中的公共利益，另一方面是保护商人免受他人的不正当竞争”。……除了假冒造必须成对原告的损害这一小点之外，原告仅仅证明抄袭，还不足以胜诉。所有的发展，无论是在商业、艺术、专业或科学领域，都是在别人的想法的基础上进行的：抄袭往往是进步的一个重要步骤。¹⁰⁹⁵

这种对将假冒行为扩展为更广泛的盗用（misappropriation）侵权行为的抵制，说明了普通法的一般做法，即倾向于保护具体利益，避免无限制的禁止。这其中有几个关键原因。首先，侵权行为法倾向于通过与现有诉讼类比渐进发展。¹⁰⁹⁶通过侵权行为施加（非合意的）义务，会抑制被施加义务一方的自主性。人们认为，如果要防止抄袭或承认新的伤害形式，议会更有条件通过定制和平衡的立法进行干预，如各种知识产权立法。其次，正如上面的司法判决摘录所显示的，有人担心无限制的诉讼会抑制自由公平竞争。他们认为“如果法院自行对个体商户的竞争自由施加任意的、可能是奇怪的限制，不管是为了满足特定的情况，还是以‘公平’等模糊的、所谓总体原则的名义，通常都是得不偿失的”。¹⁰⁹⁷第三，还有制度方面的问题：司法部门不愿意来决定什么是可接受的市场行为，因为有效的竞争总是会给一些当事人带来经济损失。¹⁰⁹⁸普通法传统上不愿意参与制定公平竞争的规则……。普通法国家很大程度上让议会来规定这种规则。¹⁰⁹⁹综合起来看，这就解释了为什么普通法辖区缺乏反对不正当竞争的一般性、开放式规定。这种不愿意采用一般原则的做法有其批评者，他们认为灵活性是一种美德。如果缺乏灵活性，法院就会通过承认牵强附会的虚假表示和新的损害形式，间接地承认盗用的主张，从而可疑地扩大了假冒行为的界限。¹¹⁰⁰然而，也有人坚定地支持现状，他们重视在不产生有意义损害的前提下自由抄袭和竞争。¹¹⁰¹

¹⁰⁹³ Hodgkinson & Corby Ltd v. Wards Mobility Ltd [1994] 1 WLR 1564, 1569-1570 (Jacob J).

¹⁰⁹⁴ Robyn Rihanna Fenty v. Arcadia Group Brands Ltd [2015] EWCA Civ 3, [33] (Kitchin LJ).

¹⁰⁹⁵ Starbucks (HK) Ltd & Anor v British Sky Broadcasting Group Plc & Ors [2015] UKSC 31, [61] (Neuberger J).

¹⁰⁹⁶ Carty, *Analysis of the Economic Torts*, 8.

¹⁰⁹⁷ Wadlow, *Emergent European Law*, 3.

¹⁰⁹⁸ *Mogul v McGregor Gow* (1889) L.R. 23 QBD 598, 625-626 (CA) (Fry LJ) (“在公平和不正当竞争之间，在合理和不合理之间划出一条界限，是法院的权力”）。

¹⁰⁹⁹ *OBG Ltd v Allan* [2007] UKHL 21, [56] (Hoffmann L).

¹¹⁰⁰ J Davis 'Why the United Kingdom Should Have a Law Against Misappropriation' [2010] CLJ 561

¹¹⁰¹ H Carty 'The Common Law and the Quest for the IP Effect' [2007] *Intellectual Property Quarterly* 237; C Wadlow 'Rudolf Callmann and the Misappropriation Doctrine in the Common Law of Unfair Competition' [2011] *Intellectual Property Quarterly* 111.

3. 落实关于具体被禁止行为的规定

关于《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款例举的具体行为，联合王国法律有防止引起混淆(3.1)、诋毁和贬损(3.2)以及误导行为(3.3)的规定。以下调查不包括知识产权，如商标法，该法在其他方面对防止混淆有意义。¹¹⁰²

3.1 引起混淆

假冒侵权行为诉讼是对《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款规定义务的主要回应，该款禁止“对竞争者的营业所、商品或工商业活动产生混淆性质的一切行为”。假冒侵权概念被描述为“未注册商标法”。¹¹⁰³假冒侵权概念“可以概括为一个简短的一般命题——任何人都不得将自己的商品冒充为他人的商品”。¹¹⁰⁴一个成功的主张需要证明“经典的三要素”：(1)受保护的商誉，(2)虚假的表示，(3)造成实际损害或可能造成损害。¹¹⁰⁵虚假表示构成了这一侵权行为的核心，法官抵制以淡化或盗用概念独立替代虚假表示的呼声。

必须证明“客户的信赖，客户依赖来自被告的虚假表示，虚假表示损害了原告的商誉”。¹¹⁰⁶

谈到第一个要件，商誉(goodwill)被认为是假冒诉讼中受保护的利益。MacNaghten 勋爵将其描述为“企业的良好名声、声誉和联系带来的利益和好处。商誉是为企业带来业务的力量，……商誉不独立存在。商誉不能单独存在，必须依附于一个企业”。¹¹⁰⁷至关重要的是，商誉被认为是一种无形财产形式，受到被告虚假表示的损害。¹¹⁰⁸正是这种所有权利益使受影响的商人，而不是受骗的消费者，能够提出主张。可以作为这种专有利益加以保护的符号有很多，包括商号、标识、商业外观，甚至是名人形象的各个方面。¹¹⁰⁹虽然存在不同的声音，但传统的观念是，商誉不等于单纯的声誉(reputation)，光有后者是不够的。因此，联合王国法院坚持这样的立场：“一个企业如果想建立与商标有关的商誉，无论其商标在联合王国的声誉有多大，除非它在联合王国的公众中拥有这些产品的客户，否则无法建立相关商誉。”¹¹¹⁰这个问题在普通法辖区产生了分歧。一些法院承认，“溢出”或跨境声誉本身是主张商誉的充分依据，即使该企业在相关辖区没有贸易活动；而其他法院则坚持对这种贸易活动的历史要求。¹¹¹¹

作为假冒行为核心的不法行为是虚假表示。这是比单纯的混淆更苛刻的标准。它要求具有实质性，即购买者的相关混淆对他们的经济行为产生影响，从而引起损害。¹¹¹²典型的案例是来源混淆：由

¹¹⁰² 参见《商标法 1994》。

¹¹⁰³ Davis, *The United Kingdom*, 600。关于这种关系的历史，见 Bently, L Bently, 'From Communication to Thing: Historical Aspects of the Conceptualization of Trade Marks as Property' in GB Dinwoodie and MD Janis (eds), *Trade Mark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research* (Edward Elgar, 2008)1。

¹¹⁰⁴ Reckitt & Colman Products Ltd v. Borden Inc [1990] 1 WLR 491, 499 (Lord Oliver)。

¹¹⁰⁵ 同上；另见 Warnink (Erven)BV v. Townend and Sons Ltd [1979] AC 731 (HL) ('Advocaat')，了解该测试方法的更详细版本。

¹¹⁰⁶ H Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, 2nd ed (OUP, 2010)266。

¹¹⁰⁷ Commissioner of Inland Revenue v Muller & Co's Margarine Ltd [1901] AC 217, 223 (HL)。

¹¹⁰⁸ RG Bone, 'Hunting Goodwill: A History of the Concept of Goodwill in Trade Mark Law' (2006)86 Boston University Law Review 547。

¹¹⁰⁹ Fenty & Ors v Arcadia Group Brands Ltd & Anor [2013] EWHC 2310 (Ch)；维持原判，[2015] EWCA Civ 3 (全球知名音乐明星 Rihanna 照片未经授权被用于 T 恤衫，法院承认照片中的形象具有商誉)。

¹¹¹⁰ 正如 Hotel Cipriani SRL v Cipriani (Grosvenor Street) [2010] EWCA Civ 110 at [106] (Lloyd, LJ) 中确认的那样。

¹¹¹¹ Starbucks (HK) Ltd & Anor v British Sky Broadcasting Group PLC & Ors [2015] UKSC 31 中回顾了这些不同观点。详细的评论见 C Ng, *Goodwill in Passing Off* (Edward Elgar, 2021)。

¹¹¹² 例如，Argos Ltd v Argos Systems Inc [2017] EWHC 231 (Ch) (无实质性虚假表示)。

于商家 B 的虚假表示，公众认为她的产品是商家 A 的产品。虚假表示可以采取各种形式，比如，商家 B 在其商品上使用与 A 相似或相同的商标或标识——与商标侵权的思路一致——或采取更微妙的行为，如在客户要求提供 A 的商品时却提供 B 的商品，或采取误导性的营销方法来制造来源混淆。¹¹¹³根据虚假表示性质的不同，产生不同子类的假冒行为，如下两个子类所示：第一类是扩大的假冒行为，用以描述“近 50 年来的一系列案件，在这些案件中，符合特定描述的产品的供应商试图限制竞争对手在不符该描述的商品上使用该描述或令人混淆的类似描述”。¹¹¹⁴与传统的假冒行为不同的是，这里的虚假表示不是与特定的商业来源有关，而是与产品类别的成员资格有关，该类别表明产品具有某些品质。因此，在不是瑞士制造的巧克力上使用“Swiss Chalet”被认为是一种可起诉的虚假表示。¹¹¹⁵在有关香槟酒和苏格兰威士忌的纠纷中，扩展的假冒行为这一诉讼事由被置于显著地位，这是普通法辖区保护地理标志的可行方法。¹¹¹⁶第二类是赞助或附属关系的混淆，其中一些主要案例涉及名人代言或虚构人物商品化。¹¹¹⁷虚假表示必须使顾客相信（通常是著名的）原告授权了被告的行为，使其觉得两者之间有许可协议或其他形式的商业联系。

侵权行为的第三个要件要求这种虚假表示引起了损害。最传统的损害是由混淆引起的销售损失。损害可以证明，也可以推定，因为“当顾客或潜在顾客经常将一家企业与另一个经营者拥有的企业相混淆或错误地与该企业联系在一起时，该企业内在地可能遭受损害”。¹¹¹⁸除了这种典型的伤害形式外，通常需要更有说服力的证据来证实以下损害的主张：¹¹¹⁹

- 名誉贬值（例如，劣质商品被冒充为原告的商品，或者被告的企业形象与原告不相符）。
- 限制了向新业务领域扩张的潜力，而这个领域的扩张是有可能的。
- （初步）对自己的声誉普遍“失去控制”；以及
- 淡化，也被称为侵蚀显著性，但这必须是源于虚假表示。因此，侵蚀显著性不是诉讼主张的独立依据。

3.2 诋毁和贬损

一个商人对另一个商人的诋毁或贬损，是按照恶意或伤害性撒谎的侵权行为评估的。尽管诋毁或贬损是一种独立于诽谤的侵权行为，但也被称为商业诽谤。诽谤涉及对名誉的损害，而恶意撒谎则涉及对企业的损害。谎称某人已从其企业退休可能会损害企业，但不一定会损害其声誉。这种损失或损害通常是贸易损失。该侵权行为有三个主要成分：虚假表示或撒谎、恶意和损害。¹¹²⁰

这种侵权行为的要件是，被告发表了关于原告的虚假言论，这些言论是恶意发表的，而且发表这些言论的直接和自然结果是造成了特定损害。至于特定损害的证明标准，1952 年《诽谤法》第 3(1)条的规定是，如果以书面形式发表的言论是为了给原告造成金钱上的损害，这就足够了。如

¹¹¹³ Wadlow, *Passing Off*, 第五章和第七章。

¹¹¹⁴ *Diageo v Intercontinental Brands* [2010] EWHC 17 at [1] (Arnold J).

¹¹¹⁵ *Chocosuisse Union des Fabricants Suisses de Chocolat v. Cadbury Ltd* [1998] RPC 117, 127 (Ch D); 维持原判[1999] RPC 826 (CA)。

¹¹¹⁶ DS Gangjee, 'Spanish Champagne: An Unfair Competition Approach to GI Protection', 载于 RC Dreyfuss & JC Ginsburg (主编), *Intellectual Property at the Edge: The Contested Contours of IP* (CUP, 2014)105。

¹¹¹⁷ 见 *Irvine v Talksport* [2002] FSR 60; *Fenty v Arcadia* [2015] EWCA Civ 3。

¹¹¹⁸ *Chelsea Man Menswear Ltd v. Chelsea Girl Ltd* [1987] RPC 189 at 202 (Slade, LJ)。

¹¹¹⁹ Wadlow, *Passing Off*, 第 4 章。

¹¹²⁰ Wadlow, *Passing Off*, 第 6 章; A Tettenborn (ed), *Clerk & Lindsell on Torts* 23rd edn (Sweet and Maxwell, 2021)第 22 章。

果能证明这些话是为了产生损害，而且被告在发表这些言论时知道是假的，或者明知虚假但不计后果，那么就可以推断出恶意。¹¹²¹

就需要满足的主要标准而言，虚假表示必须是发布出来的，并直接或间接地提到原告或其业务。¹¹²²除了客观虚假的明显要求（以及恶意的外在要求），虚假表示必须与原告货物有关，或更广泛地与他的个人、业务、机构或服务有关；而且必须是造成金钱性质的损害，而不是诽谤法所禁止的对原告的荣誉和名誉的损害。¹¹²³因此，虚假表示和恶意是两个独立的要求。前者包括谎称原告货物是假的、劣质的或危险的。¹¹²⁴后者要求有不正当的动机，或对所做表示的虚假性知情或不计后果。¹¹²⁵恶意这一主观故意因素通常是成功主张的瓶颈。“当然，潜在原告的问题在于需要证明恶意。”¹¹²⁶这种侵权行为相对不引人瞩目的其他原因包括：在虚假表示要件方面，它与不需要恶意的假冒行为重叠；出现了一个单独的制度来规范涉及不公平比较的比较性广告（见下文）；以及司法部门不愿意禁止单纯的“吹嘘”，即声称一个商人的商品比另一个商人的更好。¹¹²⁷

3.3 误导性标示或言论

关于商家自身产品的误导性陈述是根据欧盟法基本统一的制度来监管的。这些制度在联合王国脱欧后继续作为保留法律运作。

企业对企业（B2B）背景下的误导性广告受《2008年保护企业免于误导性营销条例》（BPR 2008）监管。¹¹²⁸这是《误导和比较性广告指令》的国内实施立法。¹¹²⁹该制度禁止误导性的 B2B 广告，“这种广告以任何方式，包括其呈现方式，欺骗或可能欺骗其所针对的或触及的交易者；并且由于其欺骗性，很可能影响他们的经济行为”。¹¹³⁰广告可以是误导性的，例如，误导一个产品的特点，如其可用性、成分、方法和提供日期或使用。比较性广告包括任何指明竞争对手或竞争对手产品的广告，必须符合一系列条件，包括禁止相关广告产生误导、不客观地比较产品特征、在商人中造成混淆（包括与商标有关的混淆）或不公平地利用商标声誉。¹¹³¹该条例由拥有调查权的公共机构，如贸易标准服务部门负责执行。执法方式包括刑事起诉以及强制令和承诺，以确保遵守《2008年商标条例》。虽然其中一些活动构成商标侵权，但公共机构资源有限，权利人必须说服公共机构，后者才会采取行动。

企业对消费者（B2C）的误导行为受《2008年保护消费者免受不公平交易条例》（UTR 2008）监管¹¹³²，这是为执行《不公平商业惯例指令》（UCPD）而制定的。¹¹³³值得注意的是，《不公平商业惯例指令》直接保护消费者利益，只是间接保护合法企业免遭不当行为。损害竞争对手而非消费者的不正

¹¹²¹ Kaye v. Robertson [1991] FSR 62 CA; 另见 Ratcliffe v. Evans [1892] 2 QB 524 CA。

¹¹²² Marathon Mutual Ltd v Waters [2009] EWHC 1931 (QB)。

¹¹²³ Wadlow, *Passing Off*, 第 373 页。

¹¹²⁴ 同上。

¹¹²⁵ Spring v. Guardian Assurance Plc [1993] 2 All E.R. 273 CA。上议院随后的决定没有改变上诉法院对恶意行为的定性。

¹¹²⁶ Arnold, *English Unfair Competition Law*, 第 75 页。

¹¹²⁷ Davis, *The United Kingdom*, 第 608-609 页。

¹¹²⁸ Statutory Instrument (SI) 2008/1276.

¹¹²⁹ 欧洲议会和理事会 2006 年 12 月 12 日关于误导和比较性广告的第 2006/114/EC 号指令，[2006] OJ L376/21。另见 Senftleben, *Report on the European Union*, 0.3.3。

¹¹³⁰ Regulation 3, BPR 2008.

¹¹³¹ Regulation 4, BPR 2008. 关于这一制度对商标执法的意义，见 J Smith and R Montagnon, ‘The New Consumer and Business Protection Regulations: Another String to the Brand Owner’s Bow?’ (2009)4 JIPLP 33。

¹¹³² SI 2008/1277.

¹¹³³ 欧洲议会和理事会 2005 年 5 月 11 日关于内部市场中企业对消费者不公平商业行为的第 2005/29/EC 号指令 [2005] OJ L149/22。另见 Senftleben, *Report on the European Union*, 0.3.3。

当竞争形式，如纯粹的搭便车或盗用，不在其监管范围之内。¹¹³⁴2008 年的《保护消费者免受不公平交易条例》是一项重要的立法改革，因为它有效地取代了之前的 23 项立法，包括 1968 年的《商品描述法》的大部分内容和 1967 年的《虚假表示法》的部分内容。这些立法中的许多内容在普通法辖区都有相似之处，所以这标志着联合王国背离了以前的做法。《保护消费者免受不公平交易条例》全面禁止所有行业的商人对消费者采取不公平的商业行为。具体而言，它保护消费者免受误导性贸易行为的影响，并禁止误导性遗漏以及激进的销售方法。除了对误导性或激进行为的一般认定标准（条例 9 - 11），还有一个附表，补充列出了 31 种在任何情况下都被视为不公平的商业行为。这份清单包括诱饵和转换广告、虚假的“免费”报价和压力销售。认定一般性禁止行为的标准是该不公平行为是否可能严重扭曲消费者决策，导致“普通消费者作出他否则不会作出的交易决定”（第 5(2)(b) 条），例如签订合同或付款。而“普通消费者”（条例第 2(2) 条）概念又是欧盟商标法下设定的法律主体或典型人物。¹¹³⁵在某些情况下，这一概念可以换成各类弱势消费者（条例 2(5)）。2008 年的《保护消费者免受不公平交易条例》是由公共机构，即竞争和市场管理局，与其他机构，如地方贸易标准机构合作，以行政方式执行的。该制度依赖于刑事制裁和（民事）执行令。自 2014 年以来，消费者获得了一项私人救济权。¹¹³⁶受害的消费者现在可以解除合同，要求对所支付的价格打折或要求赔偿。

最后，为获得一个整体概念，必须提及联合王国的自我监管，即通过广告标准管理局（ASA），执行与广播和非广播广告有关的《广告守则》。¹¹³⁷为产品或服务做广告时，公司必须遵守《广告守则》中的规则。这些规则包含了上述联合王国立法中的禁止条款。广告标准管理局对违反这些守则的投诉进行裁决，并在其网站上公布裁决结果。¹¹³⁸对违规行为的制裁包括将违规者移交给法定监管机构，如贸易标准服务部门，公开批评和取消参与行业评奖的资格。

4. 其他不正当竞争行为

除了本报告中指出的经济侵权诉讼和各种消费者保护制度外，还有一种诉讼与保护有价值的无形资产直接相关——违反信任。该诉讼以衡平法原则为基础，产生了一种独立于任何合同关系的保密义务。¹¹³⁹商业秘密是保密信息的一种特殊形式，受到衡平法诉讼的保护，但也受到一个具体法定制度的保护¹¹⁴⁰，后者用以落实欧盟商业秘密指令。¹¹⁴¹衡平法诉讼的基础被描述如下：“收到保密信息的人不得公平地利用该信息，不得在未获得同意的情况下利用该信息来损害提供信息者的利益。”¹¹⁴²对这一义务的违反是通过三步测试法来评估的：¹¹⁴³

- 信息本身必须具有必要的保密性质；为了确定这一点，法院将考虑该信息是在公共领域还是被标为“秘密”；这方面的例子包括秘密配方、谷歌的搜索算法或敏感的财务信息；

¹¹³⁴ 《不公平商业惯例指令》的第 6 和第 8 条。

¹¹³⁵ G.B. Dinwoodie 和 D.S. Gangjee, “The Image of the Consumer in European Trade Mark Law” in Dorota Leczykiewicz and Steve Weatherill (eds), *The Image (s) of the Consumer in EU Law* (Hart 2016) 339.

¹¹³⁶ 《消费者保护（修订）条例》2014, SI 2014/870.

¹¹³⁷ 可查阅 <https://www.asa.org.uk/>

¹¹³⁸ 可查阅 <https://www.asa.org.uk/codes-and-rulings/rulings.html>

¹¹³⁹ T Aplin, L Bently, P Johnson, and S Malynicz, *Gurry on Breach of Confidence: The Protection of Confidential Information* (OUP, 2012).

¹¹⁴⁰ Trade Secrets (Enforcement, etc) Regulations 2018, SI 2018/597.

¹¹⁴¹ 欧洲议会和理事会 2016 年 6 月 8 日关于保护未披露的技术和商业信息（商业秘密）以防止其被非法获取、使用和披露的指令（欧盟）2016/943[2016] OJ L157/1。另见 Senftleben, *Report on the European Union*, 0.4.

¹¹⁴² *Seager v Copydex* [1967] FSR 211, 220.

¹¹⁴³ *Coco v AN Clark (Engineers)Ltd* [1968] FSR 415.

- 该信息必须是在有保密义务的情况下传递的，这一点要客观地评估，可以由合同规定，但也可能在没有任何现有合同关系的情况下产生；信息接收人应该实际知道或根据披露时的情景推知信息是保密的（例如，与前雇员的特殊关系）；
- 必须有未经授权使用该信息并造成权利人的利益损害。

在人工智能和机器学习的背景下，特别是在算法和训练数据有可能受到保护的情况下，人们对商业秘密和更广泛的违反信任行为重新产生了兴趣。¹¹⁴⁴

最后，如果没有虚假表示，盲目模仿本身不是提起诉讼的理由。如果一个产品的外观或包装被模仿，并且具有实质性的误导性，可以根据假冒行为提起诉讼。¹¹⁴⁵尽管那些抱怨山寨包装的人长期以来一直在哀叹，但联合王国并不承认在既定的知识产权类别（如设计或商标保护）之外，可以对产品或其商业外观的模仿提出盲目模仿主张。¹¹⁴⁶因此，“英格兰法律坚持这样的观点，即在没有任何可适用的知识产权，也没有引起消费者混淆的情况下，没有理由将对竞争对手产品的盲目模仿视为不公平或非法的。相反，这对消费者来说是有益的。在这方面，普通法几乎没有改变的可能’。¹¹⁴⁷

五、总结和结论

根据国际保护框架（第三节 F 部分），重新审视上述讨论要点，本部分提出以下主要发现，作为世界各国各地区发展状况的归纳，包括有效禁止不正当竞争的法律基础（A 部分）、保护的原理（B 部分）、对《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款规定的“工商事务中的诚信行为”这一总体概念的解释和操作（C 部分），禁止属于第 10 条之二第(3)款列举不公平行为的要求（D 节），识别不公平行为的其他例子（E 节），技术发展的影响（F 节），以及与知识产权保护的相互作用（G 节）。

A. 保护的 legal 基础

如第三节 F 部分所述，在各国各地区实施反不正当竞争举措时，第一个问题是反不正当竞争的法律基础是什么。《巴黎公约》第 10 条之二第(1)款所规定的确保有效保护的义务并不一定要求颁布具体的立法。¹¹⁴⁸正如世贸组织专家组在“澳大利亚 - 平装案”中提及《TRIPS 协定》第 2(1)条将《巴黎公约》第 10 条之二纳入该协定时指出的，世贸组织成员可以自由决定“如何在自己的法律体系范围内最好地履行《TRIPS 协定》的义务”。根据《TRIPS 协定》第 1(1)条的第三句话，每个成员的任务是确定“在其法律制度和实践中制止任何这种不诚信行为的适当方法”。¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁴ S.K. Sandeen and T Aplin, 'Trade Secrecy, Factual Secrecy and the Hype Surrounding AI' in R. Abott (主编), *Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence* (Edward Elgar, 2022 即将出版)。

¹¹⁴⁵ 例如, *Moroccanoil Israel Ltd v. Aldi Stores Ltd* [2014] EWHC 1686 (IPEC) (一家大型连锁超市采用了某发油的外观包装, 但没有被认定存在虚假表示)。

¹¹⁴⁶ Don Edwards and Associates, *A study into the impact of similar packaging on consumer behaviour* (British Brands Group, 2009); P Johnson, J Gibson and J Freeman, *The Impact of Lookalikes: Similar packaging and fast-moving consumer goods* (UKIPO Report 2013/18).

¹¹⁴⁷ Arnold, *English Unfair Competition Law*, 77.

¹¹⁴⁸ M. Pflüger, "Article 10bis", 载于: T. Cottier/P. Véron (主编), *Concise International and European IP Law*, 3rd ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2015, 298.

¹¹⁴⁹ 世贸组织专家组, 2018 年 6 月 28 日, 报告 WT/DS435/R、WT/DS441/R WT/DS458/R、WT/DS467/R, 澳大利亚一关于商标、地理标志和其他适用于烟草产品和包装的平装要求的某些措施, 第 7.2682 段。

在此背景下，关于全球各国各地区实施方法的报告显示，为确保反不正当竞争而选择的法律机制反映了不同的法律传统和反不正当竞争法的历史渊源。¹¹⁵⁰ 各国各地区的实施方法包括：依靠一般侵权法（阿拉伯地区：H. 1；非洲地区知识产权组织和南非：A. 5；欧盟：O. 1），英美法传统中的普通法诉讼，特别是假冒行为（东盟：L. 1；澳大利亚和南太平洋：M. 1；加拿大和美国：C. 1；印度：J. 1；联合王国：P. 1），以及针对公平交易某些方面的具体立法或条例。根据国家或地区层面选择的实施背景，具体的不正当竞争规则可能分散在知识产权（尤其是商标）立法、国家的商业法典、消费者法或竞争法，和/或旨在促进自由和公平竞争的区域性立法（东盟：F. 1；阿拉伯地区：H. 1；非洲地区知识产权组织和南非：A. 1. 1；东盟：L. 1；澳大利亚和南太平洋：M. 1. 2；加拿大和美国：C. 1；中美洲：E. 1；独联体：N. 1；欧盟：O. 1；南方共同市场：G. 2；非洲知识产权组织：B. 1）。一些国家通过了全面的立法，为竞争者和消费者提供保护，防止不正当竞争（澳大利亚和南太平洋：M. 1. 2；加勒比地区：D. 1；中国：I. 1；独联体：N. 1；欧盟：O. 1；日本和韩国：K. 1）。¹¹⁵¹ 然而，后一种方法似乎还没有全方位普及，不能说已经出现颁布全面的反不正当竞争立法的大趋势。

尽管在监管对策的设计上仍有差异，但报告清楚地表明，所有被审查的国家和地区都以某种形式体现了第 10 条之二所选择监管模式的核心成分。¹¹⁵² 对不正当竞争的有效禁止（《竞争法》第 10 条之二第(1)款）似乎需要将一般性开放式“兜底”条款（《竞争法》第 10 条之二第(2)款在国际上发挥的作用）与若干更具体的条款——或具体的立法——结合起来，解决具体形式的不公平行为，以保护竞争者（《巴黎公约》第 10 条之二第(1)和(2)款）和消费者（第 10 条之二第(3)款第 3 项）。¹¹⁵³

以这个监管模式为分析框架，可以确定过去十年间各国和各地区在反不正当竞争法和实践方面的以下总体趋势：

关于总括性的一般性条款：

- 一般性条款通常是以《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款中的开放式“诚信行为”表述为模板，甚至直接以该款为基础（非洲地区知识产权组织和南非：A. 2；东盟：L. 2；加勒比地区：D. 2；中美洲：E. 1；中国：I. 2；欧盟：O. 2；南方共同市场：G. 2；非洲知识产权组织：B. 2）。可以说，“工商事务中的诚信行为”要求是国内实施方法的蓝图和参照。
- 在沿用普通法传统的国家和地区，综合运用假冒和其他侵权行为——引诱违约、以非法手段造成损失、恐吓、以合法和非法手段实施共谋、欺骗和恶意撒谎——对不属于具体形式不公平行为立法范围的不正当竞争进行监管（澳大利亚和南太平洋：M. 2；东盟：L. 1；加勒比地区：D. 1；联合王国：P. 2）。《巴黎公约》第 10 条之二对反不正当竞争法的国际协调并没有产生不正当竞争这一普通法侵权行为（澳大利亚和南太平洋：M. 1. 5；印度：J. 2；联合王国：P. 2；然而，也见非洲地区知识产权组织和南非：A. 1. 2）。

关于一般性条款与处理具体形式不正当竞争的更具体条款的关系：

¹¹⁵⁰ 参见 Pflüger, Article 10bis, 298; F. Henning-Bodewig, “International Protection Against Unfair Competition - Art. 10bis Paris Convention, TRIPS and WIPO Model Provisions”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 1999, 166 (166-170)。关于不正当竞争法不同传统的概述，见 WIPO, *Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation*, WIPO Publication No. 725, WIPO: Geneva 1994, 15-17。

¹¹⁵¹ 对国家模式的简要概述，见 WIPO Study, 20-21。

¹¹⁵² Pflüger, Article 10bis, 第 298 页。

¹¹⁵³ 关于《巴黎公约》第 10 条之二作为国家立法蓝图的讨论，见 Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 第 188 页。

- 监管不正当竞争的具体方面可能会促进涵盖相关具体领域的专门立法。区域性协调举措也可能集中在反不正当竞争法的具体方面，如对企业与消费者关系或广告行为的监管（欧盟：0.2；南方共同市场：G.3）。
- 将具有更广泛概念轮廓的法律机制，如假冒侵权行为，与具体的法定规则如禁止误导和欺骗行为的法定消费者保护制度相结合，可能最终形成一种混合模式，在事实上合并证明不正当竞争的要求（澳大利亚和南太平洋：M.1.3；加勒比地区：D.1）。
- 识别不正当竞争损害的具体情形可能会导致高度细分的禁止行为体系，从而使增加单独的一般性条款几乎失去意义。一方面，这一结果可以通过详细多样的禁止行为清单实现，另一方面，列举的被禁止行为可能包括相当不具体的情况，使得操作余地相对较大。为了弥补禁止行为清单中的潜在空白，可能会援引侵权法和不当得利法的一般规定（欧盟：0.3.3；日本和韩国：K.1）。

B. 保护的理 由

通过对各国各地区报告的梳理，似乎可以认为，除了保护商人免受不正当竞争行为侵害这一核心目标外，消费者保护目标也已经进入了全球的反不正当竞争法。所有报告都反映了保护消费者免受欺骗性贸易行为侵害的意图。在有反不正当竞争具体立法的法律体系中，可能明确提到消费者保护，以此作为立法的理论基础之一。此外，可能援引公平、不扭曲的竞争中隐含的公共利益为法律保护奠定基础（东盟：F.1；非洲地区知识产权组织和南非：A.1；加勒比地区：D.1；中国：I.1；独联体：N.1；欧盟：0.1；日本和韩国：K.1；南共市：G.1）。在假冒的情况下，可以说法律的重点是商人的利益，他们追求的救济措施间接地使消费者受益。当商人提起假冒诉讼时，消费者会受益于市场信息可靠性的提高。虽然法律可能主要是为了保护竞争者，但消费者和广大公众的利益也进入了视野。为了防止市场上的不实表示，法律重点关注对商人和消费者产生负面影响的行为，以及公平、不受干扰的竞争中隐含的更普遍的公共利益。通过这种方式，假冒行为促进了经济竞争效率（非洲地区知识产权组织和南非：A.2；加拿大和美国：C.1.1）。

总之，可以得出这样的结论——无论采取大陆法还是普通法的方式来提供反不正当竞争，世界各国各地区的法律和实践都在寻求保护（澳大利亚和南太平洋：M.1.3；加勒比地区：D.1；加拿大和美国：C.1.1；中国：I.1；独联体：N.1；欧盟：0.1；日本和韩国：K.1；联合王国：P.1）：

- 竞争者免受不公平行为带来的商业损害；
- 欺骗性贸易行为对消费者的影响；以及
- 通过维护公平和不扭曲的竞争，更普遍地保护公众。¹¹⁵⁴

C. 诚信行为的概念

如前所述，禁止不公平商业行为的一般性条款是被调研国家和地区做法的核心支柱。如果没有一个开放、灵活的监管工具，反不正当竞争法就可能无法跟上不断发展的商业模式和营销工具（加拿大和美国：C.2.1；欧盟：0.2）。调查证实，《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款中规定的“工商事务中的诚信行为”概念，是在国家和地区层面设计和发展灵活解决方案的重要参照，即使新形式的不正当竞争行为超越了现有具体的禁止范围，也能确保对不正当竞争的有效禁止（非洲地区知识产权组织和

¹¹⁵⁴ 参见世贸组织专家组，2018 年 6 月 28 日，报告 WT/DS435/R、WT/DS441/R、WT/DS458/R、WT/DS467/R，澳大利亚—关于商标、地理标志和其他适用于烟草产品和包装的平装要求的某些措施，第 7.2680 段，指出“对不正当竞争的保护是为了保护竞争者和消费者，以及公共利益。”

南非：A. 2；东盟：L. 2；加勒比地区：D. 2；中美洲：E. 1；中国：I. 2；欧盟：O. 2；南方共同市场：G. 2；非洲知识产权组织：B. 2）。

鉴于一般性、开放式规范的上述优势——特别是对新形式不公平行为作出快速反应的可能性¹¹⁵⁵，前述对反不正当竞争法发展的梳理并没有带来对“诚信行为”概念的精确定义，这并不令人惊讶。显然，各国都意识到，任何试图固定“诚信行为”含义的做法，都会牺牲对市场上新的、不可预见的发展作出快速反应的优势，可能会使反不正当竞争法失去必要的灵活性，无法在新的竞争行为为了市场份额，扰乱市场公平竞争秩序时，根据《巴黎公约》第 10 条之二第(1)款进行有效保护。

因此，各国各地区认定诚信行为的方法是基于概括性、开放式的评估标准。从法律实证主义的角度来看，不正当竞争——在工商事务中违背诚信行为的行为——可以等同于违法行为（东盟：F. 2；中美洲：E. 2；独联体 N. 2）。提出不公平和不扭曲的竞争的观念，有助于禁止一些行为，包括以不公平或违法方式进行的行为，阻碍商业竞争或市场有效运作的行为，或造成经济损害的行为（东盟：F. 2；东盟：L. 2；加拿大和美国：C. 2；欧盟：O. 2）。诚信行为的另一个要件可能涉及特定领域的习惯和贸易惯例，以及对道德规范、公平、诚实、合理和诚信的相应看法。纳入这一经验要素有助于认识到不正当竞争的概念包括任何违反国家立法、商业惯例或诚实、正直、合理和公平的道德和伦理要求的行为（东盟：F. 2；非洲地区知识产权组织和南非：A. 1. 2；加勒比地区：D. 2；中国：I. 2；独联体：N. 2；南共市：G. 2）。

总的来说，本《报告》显示，为认定违反“工商事项中的诚信行为”的行为而采用的评估标准可以分为不同类别。主管部门采用的模式可能会关注遵守法律的情况，基于该部门的习俗和对诚信的主观看法，和/或旨在寻求优化市场的运作。因此，在国家或地区法律和实践形成的“诚信行为”概念在不同程度上包括以下内容：

- 法律实证主义标准（遵守法律）；和/或
- 经验性标准（遵守习俗或对相关领域公平性的看法）；和/或
- 功能性标准（在一个运行良好的市场中，遵守不扭曲竞争的经济先决条件）。

D. 禁止《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款所列的不公平行为

除了诚信行为的总体概念外，上述调查还试图澄清《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款明确禁止的不公平行为在国家或地区层面的实施方式。分析清楚地表明，第 10 条之二第(3)款例举的不公平行为为立法机构和法官认定不可接受的竞争行为提供了重要参考。传统的禁止行为类别——造成混淆（第 1 项）、虚假言论（第 2 项）、误导性主张或指示（第 3 项）——在世界各地发展起来的反不正当竞争体系中发挥着重要作用。

关于《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款规定的第一类禁止行为——造成对竞争对手的机构、商品或商业活动的混淆——报告首先反映了一种涵盖广泛的公司和产品标志的趋势。保护范围超出了商标和商号立法意义上的来源标识，进而涵盖其他区别性的产品和服务特征，这些特征被公众认为代表了某一特定企业。例如，可保护的标志范围可能包括具有显著性的产品或服务特征、地理标志、描述性品牌名称、商业外观、包装设计、商品的整体外观、色彩方案、虚构的人物、名人形象（的某些方面）、营销主题以及网站的布局和设计（东盟：F. 3. 1；阿拉伯地区：H. 3. 1；澳大利亚和南太平洋：M. 1. 4；加拿大和美国：C. 4. 1；加勒比地区：D. 3；中国：I. 3. 1；欧盟：O. 3. 1；南共市：G. 4. 3；非

¹¹⁵⁵ 参见 Pflüger, Article 10bis, 第 298-299 页。

洲知识产权组织：B. 3； 联合国：P. 3. 1）。其次，要认定混淆——或认定假冒行为中的“虚假表示”——仅仅在公众中唤起与竞争者对手关联的标志，或使消费者怀疑两个产品是否来自同一家厂商是不够的，这一点似乎很清楚。只有公众可能相信商品或服务来自于竞争者的企业，对产品质量或特征作出错误的假设，或者认为厂家与竞争者有经济联系，如授权或许可协议，或其他形式的商业联系，包括赞助、附属和认可时，才会产生可诉的混淆可能性（澳大利亚和南太平洋：M. 3. 1； 加拿大和美国：C. 3. 1； 中国：I. 3. 1； 独联体：N. 3. 1； 欧盟：O. 3. 1； 日本和韩国：K. 3. 1； 联合国：P. 3. 1）。

关于《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款例举的第二类行为——具有诋毁竞争对手的机构、商品或商业活动性质的虚假表示——在国家或地区实践中，可能包括针对竞争对手的产品或服务的虚假表示，攻击其质量或价格，警告使用这些产品产生的所谓危险，声称产品不符合广告中的规格，或声称商品是假的或不适合消费（东盟：F. 3. 2； 阿拉伯地区：H. 3. 2； 日本和韩国：K. 3. 2； 联合国：P. 3. 2）。虚假表示即使没有明确提到竞争对手的产品，也可能遭到起诉。暗示或间接提及对手可能就足够了，特别是当公众很容易知道哪个产品是攻击对象时。不公平行为提及全部竞争者的产品或服务类别，而不直接或间接指出某个特定竞争者的产品，也可能足以达到起诉标准（阿拉伯地区：H. 3. 2； 加拿大和美国：C. 3. 1； 印度：J. 3. 2； 欧盟：O. 3. 2）。关于竞争对手的业务和活动，禁止的行为可能包括，例如，虚假表示竞争对手濒临破产、已经退休、显示出犯罪行为或有吸毒倾向。对竞争对手的国籍、宗教信仰或其他私人或个人事务发表歧视性言论时，竞争对手也可以得到保护（东盟：F. 3. 2； 阿拉伯地区，H. 3. 2； 欧盟：O. 3. 2； 联合国：P. 3. 2）。作为对虚假事实陈述类别的补充，国家或地区的做法可能有助于更广义地理解诉讼事由或带来诉讼事由的演变，以涵盖反映主观价值判断的诋毁和贬损行为（阿拉伯地区：H. 3. 2； 欧盟：O. 3. 2； 联合国：P. 3. 2）。例如，恶意或伤害性撒谎行为可能会演变成门槛较低的诋毁侵权行为，包括例如在比较性广告中对商家产品的负面评价（印度：J. 3. 2）。在是否必须证明虚假表示是不真实的、出于恶意或导致特定类型的损害（如金钱损失）这一问题上，也可以看到不公平标准的潜在放松。在某种程度上，报告反映了对这些标准的严格适用的偏离（加拿大和美国：C. 3. 1； 印度：J. 3. 2）。最后，对诋毁或贬损行为的认定也可以基于遗漏相关信息的事实（东盟：F. 3. 2； 南方共同市场：G. 3. 2）。作为给予保护的一种平衡，各国认识到，防止有害的诋毁和贬损行为的目标必须与（商业）表达自由的利益相权衡（加拿大和美国：C. 1. 1； 欧盟：O. 3. 2； 南方共同市场：G. 3. 2）。

至于《巴黎公约》第 10 条之二第(3)款所列的第三类被禁止的不正当竞争行为——对商家自己的商品使用误导性标示或虚假宣传——调查显示，误导行为可以涉及各个方面，除了产品特征外，还可以涉及生产者、制造商或商家或消费者权利等方面。在国家或地区层面上，这种更广泛的禁止范围可能是执行第 10 条之二第(3)款（关注商品）和第 10 条第 1 款（关注商品来源和生产者、制造商或商人的身份）的结果。¹¹⁵⁶例如，反不正当竞争法可能涵盖（东盟：F. 3. 3； 非洲地区知识产权组织和南非：A. 3； 东盟：L. 3； 阿拉伯地区：H. 3. 3； 澳大利亚和南太平洋：M. 1. 2 和 M. 3. 1； 加拿大和美国：C. 3； 加勒比地区：D. 3； 中美洲：E. 3； 中国：I. 3. 3； 欧盟：O. 3. 3； 日本和韩国：K. 3. 3； 南共市：G. 3. 3； 非洲知识产权组织：3. 3； 联合国：P. 3. 3）：

- 产品特征，如可用性、性质、执行、组成、制造或提供的方法和日期；
- 产品更新或特定的标准、质量、价值、等级、样式或型号，或具有特定的历史或曾经的特定用途；

¹¹⁵⁶ 关于各国际规定之间的这种相互作用的讨论，见 S. Ricketson, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property - A Commentary*, Oxford: 牛津大学出版社 2015 年，第 13.52 和 13.09 段。

- 产品的地理或商业来源，包括任何直接或间接使用虚假、不正确或误导性的来源指示；
- 性能特点，如使用形式、目的适用性、附件、数量、规格；
- 服务具有特定的标准、质量、价值或等级；
- 价格计算，包括特定的礼品或价格优势，或因所谓的清算或破产而产生的折扣；
- 计算产品的方法；
- 对服务、部件、更换或维修的需求；
- 该商品或服务获得赞助或批准；
- 销售或提供产品或服务的条件；
- 生产者、制造商或交易商的身份；
- 交易者或其代理人的性质、属性和权利，包括资产、资格、学位、奖项和荣誉、附属关系、工业、商业或知识产权的所有权；
- 交易者的承诺、动机、赞助或批准，包括对行为准则的遵守；
- 消费者的权利，包括更换或偿还的权利。

然而，对于被认为误导的主张或表示，各国各地区法律通常要求满足额外的不公平标准。适用的标准可能反映了禁止误导性言论和表示所固有的双重保护原理：禁止这一领域的不公平行为可以达到保护竞争者和消费者的双向目标（联合王国：P. 3. 3）。例如，广告中的误导性陈述可能构成不正当竞争行为，因为它误导了消费者，同时也伤害了竞争对手。因此，当一种商业行为由于其欺骗性而影响消费者的经济行为时，当这种行为可能会严重扭曲消费决策，导致消费者签订合同或付款时，或者当它造成不正确或误导性印象并最终导致消费者陷入混淆或错误时，就可以被视为误导（阿拉伯地区：H. 3. 3；加拿大和美国：C. 1. 3；欧盟：0. 3. 3；联合王国：3. 3）。其次，当某一言论或表示由于其影响而损害或可能损害竞争者时，可能会达到起诉标准（加拿大和美国：C. 2；欧盟：0. 3. 3）。对误导行为的禁止还包括不作为：商家隐藏重要信息，以不明确、不可理解、模棱两可或不及时的方式提供此类信息，或在商业行为的商业意图并非显而易见时不指出商业意图（东盟：F. 2；加勒比地区：D. 2；欧盟：0. 3. 3；日本和韩国：K. 3. 3）的情况。

为了认定《巴黎公约》第 10 条之二第 (3) 款例举之一的不正当竞争行为，可能有必要证明存在竞争关系。特别是，原告可能需要证明被控侵权者在相同或相关的市场上经营（类似的活动领域、产品或服务；可替代或以其他方式竞争的商品或服务），并在与原告有商业活动的领土至少部分重叠的地理区域活动（阿拉伯地区：H. 3. 1；中美洲：E. 3；独联体：N. 3；欧盟：0. 2）。然而，在被审查的国家和地区，某些发展呈现放宽竞争关系标准的趋势。除了在直接竞争中实施的行为之外，商家以某种间接的方式将自己置于竞争之中就足够了。例如，只要证明一方试图为自己或第三方实现的商业利益与原告遭受的不利因素——即竞争或商业机会的损害——之间存在相互依存关系，就可以认定存在相关竞争关系（加勒比地区：D. 3；中国：I. 2；欧盟：0. 2）。被控侵权行为对更广泛的市场参与者造成损害也足以证明竞争关系。按照这种方法，没有必要证明被控侵权行为的目的是专门破坏原告的业务。在更高的抽象层次上，只要被控侵权行为对竞争状况产生影响就可以了（独联体：N. 3）。

E. 其他不正当竞争行为

至于不属于第 10 条之二第 (3) 款例举范围的其他保护类型，分析结果显示在盗用方面有不同做法。在一些国家和地区，呈现一种禁止寄生性竞争行为的趋势，例如，禁止以不公平方式将他人大量投资或努力的成果据为己有（东盟：F. 4. 1；阿拉伯地区：H. 4. 2；中美洲：E. 3；独联体：N. 4. 2；日本和韩国：K. 4. 5；南方共同市场：G. 4. 1；非洲知识产权组织：B. 4. 1）。在广告领域，该项禁止可能

包括不公平利用竞争对手的商标或其他商业或产品标志的声誉（欧盟：0.4.2）。然而，如前所述，对各国各地区做法的调查并没有反映出对盗用问题的普遍共识。在具有普通法传统的国家，讨论得出的结论是，不应该将假冒行为扩展为更广泛的侵权行为，以涵盖盗用或仅仅是模仿他人的努力（澳大利亚和南太平洋：M.2；印度：J.2；联合王国：P.2）。

然而，在防止盗用的一般性保护方面缺乏一致做法，并不排除禁止特定形式寄生性竞争方面的共同之处，例如，针对因虚假表示而可能造成混淆的盲目模仿方面和（东盟：F.3.1；阿拉伯地区：H.3.1；日本和韩国：K.4.2；非洲知识产权组织：B.4.4；联合王国：P.4）。从普通法传统的视角来看，拒绝创设广义的不正当竞争侵权行为（包括不公平搭便车），并不排除在相关情形下认定被告实施了不正当竞争，例如，被告盲目模仿（例如，通过产品模拟行为，或使用虚构人物、名人形象或广告主题等标志物）原告已经确立商业价值的东西，导致消费者误以为被告与原告存在贸易联系——例如，附属关系或赞助关系——（澳大利亚和南太平洋：M.2）。在大陆法系国家，尽管更倾向于针对盗用行为提供普遍的保护，但在盲目模仿方面的立场可能非常相似。为了使“盲目模仿的主张获得成功，国家法律可能要求被模仿的商品或服务已经获得了独立的竞争地位，具备“独特的面孔”，使其与相关市场领域的其他产品或服务相区别。此外，可能有必要证明满足了特定的不公平标准。更具体地说，为认定不公平，可能需要发现可避免的混淆——即公众认为仿制品是原件，或相信产品或服务来自相同或有经济联系的企业（中国：I.4.1；欧盟：0.4.1）。鉴于《巴黎公约》第10条之二的国际协调，混淆和虚假表示的标准打通了普通法和大陆法国家的规定，这一点并不令人惊讶。鉴于这一国际要求，针对盲目模仿行为实施的保护可以说是《巴黎公约》第10条之二第(3)款第1项的表现形式。

在盗用的情况下，另一种保护形式可能是禁止伏击营销行为。在这方面，分析表明，具有普通法传统的国家可以选择通过具体立法，在有限的时间内提供保护，防止未经授权在商品或服务上使用与重大体育赛事有关的受保护标志或图像，避免产生存在赞助或其他商业联系的印象。特别是，这种保护可以涵盖以广告、促销或以提高商品或服务需求为目的的使用，包括街头交易。该保护超越了传统的假冒行为的范围，只要给人留下与体育赛事有关的印象就可以了（澳大利亚和南太平洋：M.4）。可以说，这种禁止伏击营销行为的做法接近于大陆法系国家在禁止搭便车和寄生竞争的基础上达成的现状。

在大陆法系国家，重点是禁止不公平地利用活动组织者的努力、投资和名声，试图不公平地获取重大体育赛事的经济流量，以及造成错误的赞助安排印象（欧盟：0.4.2）。

最后，对各国各地区做法的调查反映了商业秘密盗用领域的重要发展。在所有接受调查的国家和地区，都对通过保护措施防止滥用商业秘密的必要性达成了共识。然而，为此目的而采用的法律手段可能有所不同。商业秘密的保护主要来自与保密信息有关的合同的明示或默示条款，以及对违约或引诱违约的禁止（东盟：F.4.4；阿拉伯地区：H.4.3；澳大利亚和南太平洋：M.4）。在普通法国家，可以利用违反信任的衡平法诉讼，且这一途径可能越来越重要。这种形式的保护可能适用于以下情况：可以足够具体地识别相关信息，信息具有必要的保密性，信息是在有保密义务的情况下收到的，以及实际或威胁滥用该信息对合法持有人造成了损害（东盟：L.4；澳大利亚和南太平洋：M.4；联合王国：P.4）。除了这些保护工具外，对各国各地区的调查显示了采用法定商业秘密保护制度的趋势（东盟：L.4；独联体：N.1；加拿大和美国：C.4.1；加勒比地区：D.4.3；中国：I.4.3；日本和韩国：K.4.3；欧盟：0.4.3；联合王国：P.4）。根据这些法律制度，任何导致未经合法持有人同意而披露、获取或由未经授权的第三方使用保密信息的行为或做法都可被视为不正当竞争行为。非法获取的概念可能包括，例如未经授权获取、占有或复制任何揭示秘密信息的文件、物品、材料、物质或电子文件

（东盟：F. 4. 2；东盟：L. 4；澳大利亚和南太平洋：M. 4；中美洲：E. 4；中国：I. 4. 3；日本和韩国：K. 4. 3；欧盟：O. 4. 3；MERCOSUR：G. 4. 2；非洲知识产权组织：B. 4. 2）。根据《TRIPS 协定》的脚注 10（见《TRIPS 协定》第 39(2) 条），法定保护制度可以特别涵盖：

- 工业或商业间谍活动；
- 违反合同；
- 违反信任；
- 诱使实施工业或商业间谍活动或违反合同或信任；
- 第三方获取保密信息，且知道这种获取涉及上述行为之一，或对这一事实的无知构成重大过失（欧盟：O. 4. 3；日本和韩国：K. 4. 3；南方共同市场：G. 4. 2；非洲知识产权组织：B. 4. 2）。

关于非法使用受保护保密信息衍生的商品或服务，成文的商业秘密法中的诉讼事由可以涵盖提供、销售、进口或出口使用商业秘密的产品或服务，前提是被告知道或有合理的理由知道相关信息是未经同意或以违背诚信的方式使用。更具体地说，“侵权商品”的概念可能涉及明显受益于非法获得、使用或披露的商业秘密的商品、商品设计、特性、功能、生产过程或营销（中美洲：E. 4；欧盟：O. 4. 3）。

F. 现代技术的影响

关于新技术和相关的营销工具，商标法和反不正当竞争法中关于关键词广告的讨论表明，为了确保公平的行为和良好的市场运作，可能需要额外的透明度措施。例如，当广告信息虽然没有暗示存在经济联系，但在广告商品或服务的来源方面含糊不清，以至于互联网用户无法确定广告商是否为第三方时，就可能被认定为商标侵权或不公平竞争行为（欧盟：O. 4. 4；南方共同市场：G. 4. 4）。

越来越多得使用定向广告和算法营销工具，也可能带来透明和信息披露义务，以便为竞争对手和消费者创造一个公平的环境。例如，该调查显示，一些国家采取措施，确保在线平台的供应商，如在线市场，向平台用户提供信息，使他们了解何时以及以谁的名义显示广告，以及用哪些参数向他们投放广告，包括对定向广告系统的基本逻辑进行有意义的解释。当运营商使用他人从用户那里获得的数据时，也可能有义务再次获得用户的同意，并在不损害公平竞争或危及消费者合法利益的情况下重新使用这些数据。对比较性广告的监管可能包括禁止基于主观因素的产品推广，包括心理或情感数据（中国：I. 4. 4；欧盟：O. 4. 4；南方共同市场：G. 3. 1）。

透明义务也可能在网红营销领域发挥作用。报告中的准则和判例法强调，网红必须披露对社交媒体发文产生影响的广告或赞助协议。例如，网红可能有义务确保消费者能够第一时间识别出讨论第三方产品的社交媒体发文所蕴含的任何商业目的（南方共同市场：G. 4. 4；欧盟：O. 4. 4）。

为寻找对新技术发展的监管对策，也可能催生在防止盗用领域的新举措。为了应对数字经济以及机器生成数据的日益重要性和商业价值，一些国家引入了禁止数据盗用行为的保护，涵盖数据的违法获取、披露和使用。重点可能是“大数据”——即积累到相当程度并通过电子或磁性手段管理的技术或商业信息——这些数据不符合商业秘密或版权保护的要求（中国：I. 2；日本和韩国：K. 4. 4）。

G. 与知识产权的相互作用

可以想象，各国各地区反不正当竞争的一般标准与知识产权保护具体法律之间存在不同的互动方式。

一方面，知识产权领域的立法可能会在其具体适用领域中排除对反不正当竞争一般法律机制的援引（东盟：F.3.1；日本和韩国：K.1）。否则，反不正当竞争法领域的一般保护标准可能会破坏知识产权法中发展起来的关于获得保护或确定侵权的更具体要求。例如，如果一个国家要求注册一个标志才能享受商标保护，那么，如果允许以防止不公平竞争的形式获得同样范围的保护，就会使商标保护依赖于注册的立法决定失去意义。同样，如果作为替代途径，可以援引不太严格的不公平竞争认定标准来获得相同的保护范围，知识产权法中确定侵权的具体标准可能会变得毫无意义。¹¹⁵⁷在实践中，这可能会导致这样一种情况：尽管普遍承认需要禁止不公平搭便车，但要获得禁止寄生竞争保护，适用条件却很严格。例如，根据反不正当竞争规则给予保护时，可能需要对原告的保护利益与信息 and 竞争自由的普遍利益进行平衡（欧盟：O.4.2）。在防止盲目模仿方面，只有在满足特定的不公平标准，如可避免的混淆的要求时，未经授权的模仿才可能达到起诉条件（欧盟：O.4.1）。

但是，允许知识产权立法优先的规则，不需要排除将反不正当竞争法适用于那些即使符合获得知识产权保护的正式要求也可能被认为是不公平的行为。例如，虽然完全符合正式申请要求的商标注册申请，但如果申请人试图从他人未注册的标志的声誉中获得不公平的利益，则仍然可能构成不正当竞争行为（日本和韩国：K.1）。

另一方面，似乎也很清楚，反不正当竞争与知识产权互动的方式多种多样。首先，反不正当竞争可以补充知识产权，例如，为标示商业来源的未注册标识和其他不属于商标立法范围的商业和产品标识提供保护，例如商号、商业外观、名人形象、营销主题和网站布局（阿拉伯地区：H.3.1；澳大利亚和南太平洋：M.1.4；加拿大和美国：C.4.1；加勒比地区：D.3；中国：I.1；独联体：N.1；非洲知识产权组织：B.3；联合王国：P.3.1）。规范两种法律制度之间的相互作用的出发点可能是独立性——反不正当竞争是独立适用的，是对知识产权保护制度的补充（中国：I.1；非洲知识产权组织：B.2）；对法定知识产权的侵犯也可以同时被定性为不正当竞争行为（阿拉伯地区：H.3.1；中美洲：E.2）。出于宪法的原因，甚至可能有义务将联邦法律下的假冒主张与注册商标或普通法商标联系起来（加拿大和美国：C.1.3）。

其次，源于反不正当竞争法的某些概念，如误导行为，或“工商事项中的诚信行为”（《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款），可以用来厘定知识产权保护领域的保护范围，特别是商标法（东盟：L.2；加勒比地区：D.3；欧盟：O.2）。例如，在商标法中，诚信使用要件可以作为确定被告是否可以合法援引商标保护限制的标准（东盟：L.2；欧盟：O.2）。反之亦然，在商标法中形成特定轮廓的概念，如消费者模式或混淆概念，也可以适用于反不正当竞争法（澳大利亚和南太平洋：M.3.1；加拿大和美国：C.3.1；加勒比地区：D.3；中国：I.3.1；独联体：N.3.1；欧盟：O.3.1；日本和韩国：K.3.1；南共市：G.3；联合王国：P.3.1）。

[文件完]

¹¹⁵⁷ 参见 Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 第 174-175 和 184 页，他还讨论了作为产权组织《示范规定》（WIPO Model Provisions）基础的独立和补充保护方法。