

使用大字体察看本文
阅读次数: 749

关于知识产权领域不正当竞争行为的研究

曹新明

不正当竞争,是指竞争对手一方或多方在市场竞争中违反诚实、公平、平等和信用的竞争规则,以混淆、误导、诋毁等各种不正当的手段损害其他经营者的合法权益,扰乱社会主义经济秩序的行为。它具有欺骗性、攻击性、误导性和损害性等显著特征。为了保障社会主义市场经济的健康发展,鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者和消费者的合法权益,我国制订了《反不正当竞争法》。

不正当竞争这种违反公平竞争规则的行为,不仅仅在有形商品市场的竞争中广泛地存在,而且在无形商品市场即知识产品市场的竞争中也大量的存在,因此,早在1883年缔结的世界上第一个国际知识产权保护公约《保护工业产权巴黎公约》中就对此作了明确规定,该公约第10条之2第1款规定:“本联盟成员国必须对各国国民保证予以取缔不正当竞争的有效保护”。此后,在1967年于瑞典的斯德哥尔摩缔结的《成立世界知识产权组织公约》中也将“制止不正当竞争”作为知识产权的一项技能,在西方发达的市场经济国家,如日本、德国、美国、英国、意大利等国家,除了相当完备的知识产权保护制度外,都颁行了反不正当竞争法,用以保护包括知识产权和知识产品在内的市场公平交易,制止知识产权领域中的不正当竞争行为。

事实上,仅仅依靠完备的知识产权法律制度来保护知识产权和知识产品是远远不够的。因为知识产权法只能给予那些能够获得知识产权的作品、发明创造、商标等知识产品以法律保护,而不能保护那些由智力劳动者付出了相当智力创造性劳动所获得的但不能或者没有获得知识产权的知识产品;在某些情况下,即使是获得知识产权的知识产品也不是其各个方面都能获得知识产权法的保护,例如,作品本身能够获得著作权法的保护,但是作品的标题、作品的装璜等却并不能受著作权法的保护。而这些不受知识产权法保护的方面正是不正当竞争者可钻的空子。因此,只有寻求反不正当竞争法的保护,才能使知识产品创造者的合法权益和消费者的合法权益得到有效的保护。才能维护社会主义市场经济的正常秩序。

一、著作权领域中的不正当竞争行为

著作权是著作权法授予作品之创作者或者作者的合法继受人对其作品享有的一定期限的专有权。这些权利包括作者人身权和经济使用权以及获得报酬权等。它的客体是文学、艺术和科学领域内的作品,具有独创性或原创性,即是作者运用自己的技能、技巧和智力独立创作完成的,完全不是或者主要不是对他人现有作品的抄袭、剽窃,也不是对他人现有作品的仿冒。如果创作者在创作过程中复制或仿冒他人的作品,以欺骗公众,达到与他人现有作品的混淆,使公众误认的,就构成不正当竞争。不正当的创作行为主要有:

(一)借用他人现有作品之角色或者典型艺术形象、场景、线索等进行时空延拓的不正当竞争行为。

所谓对作品进行时空延拓,就是指借用现有作品的主要人物或艺术形象、场景、线索等,在时间上和(或)空间上进行的延伸和拓展,使其向前或向后发展而进行的创作行为。延拓作品与原作品有以下三个方面的关系:(1)两者在时间先后顺序上相衔接。这是指延拓作品所描述的人物或者所叙述的事件与原作品所描述的人物或者所叙述的事件的发生或活动时间相连接。(2)两者所描述之人物的活动、生活空间环境或者所叙述之事件所发生、发展的空间环境是相同的或者是相关的或者是相衔接的;(3)人物的既定关系或内容方面是相联系的。显然,延拓之创作行为是与改编、翻译、编辑等演绎创作行为是完全不同的。一般而言,演绎创作行为是以改变作品的形式、内容、用途或者语言文字表术为目的,但是延拓创作行为却是以延伸或拓展原作品的形式或内容为目的的。各国著作权(或者版权法)几乎都对演绎创作行为作了规定,即演绎权是原作品之著作权人的经济使用权,但是,几乎还没有一个国家的著作权法明确规定保护著作权人的时空延拓权。据《中国时报》1986年7月28日报道,美国米高梅电影公司与《飘》的作者玛格丽特·米切尔的继承人,因拍摄《乱世佳人》续集而诉讼,法院判决认为电影续集之权利属米切尔的继承人,故

米高梅公司不得拍摄该电影之续集。而我国，因《围城之后·围城续集》引起的纠纷，却表明未经原作品之作者的许可擅自对原作品进行时空延拓创作的行为，属于一种“擅自使用知名商品特有名称或者使用与知名商品特有的名称相似的名称”导致混淆的不正当竞争行为，这里所指的“知名商品”就是他人的名著、名作；“特有的名称”就是他人名著或名作的标题。

当然，并不是任何情况下，他人人都不得对现有作品进行延拓。因为，延拓之创作行为如果使用得当，不仅不会侵犯原作者的权利，不会构成不正当竞争，而且还会使原作品所塑造的艺术形象、所叙述的事件等得以完善和发展。例如，倘若没有高17-先生对《红楼梦》的续作，恐怕曹先生的《红楼梦》不会有今天的影响。另一个方面，由于创作题材、线索、场景等是非保护要素，所以，一般情况下不能为在先的创作者垄断。只有在符合下列条件的情况下，未经原作品著作权人的许可擅自对他人作品进行时空延拓，才构成不正当竞争行为：(1)原作品是知名作品，至少在一个相当广泛的区域内为一般公众所认知；(2)原作品所塑造的艺术形象是非现实生活中的真实人物。如果原作品所塑造的艺术形象或主角是现实中的真实人物，那么由于“创作源”和“素材”不受保护，不能被任何人垄断，故他人可以续作；(3)原作品必须仍在著作权法所规定的保护期内，否则任何人都可以对它进行时空延拓。(4)如果原作者在其作品首次发表时已明确表示将对该作品进行续作，或者原作品是以册次、卷次、集次、编次等形式发表的，那么在著作权保护期内他人人都不得擅自对作品进行续作。

(二)仿制他人同类作品的标志，致使与原作品或者原作者相混淆的行为属于不正当竞争行为

作品的标志，主要是指作品的标题、标志、装饰等同类作品，是指文字、艺术、戏剧、音乐、科学等各类作品中的文学类作品、艺术类作品、戏剧类作品、音乐类作品和科学类作品。意大利版权法第102条明确规定：“复制或仿制他人的同类作棍：，或者作品的标题、标志、装饰、印刷符号或字体的编排，或者作品外表的其他特殊形式或色彩，致使与原作品或原作者相混淆，这种复制或仿制行为应视为不公平竞争行为”。关于作品的名称，是否受著作权法保护，在美国，著作权法没有规定。而法院判决均认为不受著作权保护”。但它可依契约或者反不正当竞争等规定。的保护。日本著作权法也未加以规定，德、英版权法也与美、日之规定相同，但因为作品的标志常常表现出作品的特征而且有个性特征，对于消费者有吸引力，因此法国就具有特征的标志，便当作作品加以保护，由于保护期限届满后，就有混淆之虞的同种类作品，仍禁止使用该标志。在我国，著作权法对作品的标志没有规定。但在国家工商行政管理局和新闻出版署发布的《关于报纸杂志名称作为商标注册的几项规定》中规定报纸杂志名称可以作为商标申请注册取得商标专用权。出版单位使用的特有标志可以作为商标注册取得商标专用权。对其他的作品标志，则没有规定。我国的《反不正当竞争法》第5条第2项规定，可以将作品的名称、标志、装饰等作为“知名商品特有的名称、标志和装璜”予以保护。当他人擅自使用作品的名称、标志、装饰。造成混淆，使购买者误认的，即构成不正当竞争行为。

(三)故意使用与其他作者姓名相同或者相似的姓名，引人误认为是该他作者的作品行为属于不正当竞争行为

《中华人民共和国民法通则》第99条规定：“公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、仿冒。”因此，作者依此规定享有的姓名权，是一项人格权。具有绝对性，与公民的民事权利能力和民事行为能力联系在一起。当作者的姓名被他人盗用或假冒时，仿冒者或者假冒者不仅侵犯了该作者的姓名权，而且当仿k03者的这种仿冒行为，使人误认为仿胃者的作品是原作者的作品，或者是与原作者有关的作品时，就构成不正当竞争行为。我国的《反不正当竞争法》第5条第3项规定：“擅自使用他人的企业名称或姓名，引人误以为是他人的商品”的行为是不正当竞争行为。这种不正当竞争行为主要特点是仿冒者或假冒者或盗用者为了获取不正当的利益故意使用他人的姓名或者使用与他人的姓名相似的姓名于自己的作品上使消费者误认，其意图是借用他人的声誉或名誉。而不是为了损害被仿冒者的声誉或信誉。

在认定“仿冒他人姓名”的行为是否构成不正当竞争行为时应当注意：第一，使用与他人姓名相同或者相似的行为是故意的，还是无意的，如果使用人具有故意诱使公众误认的目的，才可能构成不正当竞争行为，如果某人本来就是这个姓名，或者他尽管原本不是这个姓名，而在“法改变日己的姓名”时无意地、巧合地使用了一个与他人姓名相同或者相似的姓名，无论是否造成了公众的误认，也不构成不正当竞争。因为公民享有决定、使用和依法变更自己姓名权利。第二，故意使用与他人姓名相同或者相似的姓名，导致了公众的误认。即公众将假冒者或者仿冒者错误地当成为被假冒者或仿冒者，或者将仿冒者或假冒者的作品误认为该被仿臂者或者被假冒者的作品，才可能构成此种不正当竞争行为。由于中国人同姓同名的人很多，故即使故意实施仿冒或假冒他人姓名的人所使用的姓名同时与多个人的姓名相同或相似，也只能构成对其主观意图的被假冒者或仿冒者的权利的侵犯。而且公众也正好将假冒者或者仿冒者的姓名与其主观意图，所指向的被假冒者或被仿冒者的作品或者其人相混淆。对其他的同姓同名者，不构成侵权。

技术,包括专利技术、专有技术(技术秘密)和公有技术。专利技术,是指受专利法保护的享有专利权的技术。专有技术,也称技术秘密,是指不为公众所知悉,能为权利人带来经济效益,具有实用性并经权利人采取保密措施的技术。而公有技术就是为公众所知的不受法律保护的技术。本文讨论的技术,仅指专利技术和专有技术,而不包括公有技术。

专利技术和专有技术都是其所有人的一种无形财产。受法律保护,但是,技术秘密与专利技术不同。技术秘密以保密为其生命,一旦泄密就丧失其价值,而专利技术则是以公开其技术内容为代价换取一定期限的独占权。因此,对技术秘密的保护方式与对专利技术的保护方式不同。对专利技术的保护主要是依据专利法,其次是依据反不正当竞争法,而对技术秘密的保护却依各国的实际情况不同而不同。例如,在英国,主要是通过判例法来保护技术秘密;在日本,承认合同关系以外的技术秘密是与企业的信誉财产类似的无体财产或者事实上的财产。用来保护技术秘密的是不当得利和侵权行为观念。当技术秘密受到他人侵害时,权利人有“损害赔偿请求权”,但没有“禁止实施请求权”,理由是“技术秘密虽然具有财产价值,但不能作为权利性质的东西,强迫第三人承认其效力”。在德国,用禁止不正当竞争法来保护技术秘密。德国禁止不正当竞争法第17条规定:“(1)企业的职员、工人或学徒将因工作关系而知得的营业或企业秘密在二作关系存续期间内未经授权即为竞争目的或个人打算,或存心伤害企业主的目的私自向他人透露者,处以三年以下徒刑或罚金;(2)为竞争目的或者个人打算,私自利用或向他人透露因第1款所指原因,或因违法活动或因违反善良风俗的活动而知得的关于营业秘密和企业秘密的信声息,处以同样的刑罚”。而我国,在《反不正当竞争法》实施以前,只有《技术合同法》第39条规定非专利技术转让合同的转让方和受让方均应承担合同约定的保密义务。如果违反保密义务,应当支付违约金或者赔偿损失,受让方未经转让方的同意擅自许可第三方使用该非专利技术的,应当停止违反合同的行为,支付违约金或者赔偿损失。但是,第三人未经许可泄露,使用这种技术秘密,是否应负责任,我国法律没有规定。现在,刚刚颁布实施的《中华人民共和国反不正当竞争法》明确规定给技术秘密以法律保护。第25条规定:“违反本法第十条规定侵犯商业秘密的,监督检查部门应当责令停止违法行为,可以根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款”。

我国《反不正当竞争法》第10条规定的侵犯技术秘密的不正当手段有三种:1.以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当竞争手段获取权利人的商业秘密;2.披露、使用或者允许他人使用以前项规定的不正当手段获取的权利人的商业秘密;3.违反约定或者违反权利入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。第三人明知或者应知前款所列违法行为,获取、使用或者披露他人商业秘密,视为侵犯商业秘密。应当注意灼是我国反不正当竞争法所指的商业秘密包括技术秘密和经营信息。一项未取得专利权的技术是不是技术秘密的唯一重要的标准就是看该项技术的所有人是否采取了相应约保密措施。如果技术所有人对某项未取得专利权的技术采取了相应的、有效的保密措施,那么这项技术就是专有技术或技术秘密。例如,美国法院认为,为商业秘密提供保护的一个前提条件就是在发生侵权行为之前,商业秘密所有人是否已经采取了一切必要的合理的措施来保护自己的商业秘密。如果商业秘密所有人在发生侵权行为之前未曾采取这样的保密措施,那么就不能获得保护。只要商业秘密所有人采取了相应的有效措施,那么非法获得商业秘密或者非法披露或使用他人商业秘密的行为就是不正当竞争行为。

在专利技术方面的不正当竞争行为主要有:

1.未经专利权人同意,他人入在其制造、使用或出售的物品上,标注、缀附或者在与该物品有关的广告中使用专利权人的姓名或者姓名的仿造、专利号或“专利”、“专利权人”等类似字样的标记,意图仿造或仿造专利权人的标记,或意图欺骗公众使其相信该物品是经专利权人同意而制造或出售。

2.他人为欺骗公众,在未取得专利权的物品上标注、缀附或者在与该物品有关的广告中使用“专利”字样或任何含有该物已取得专利权之意的其他字样或号码。

3.他人为了欺骗公众,在其并未申请专利,或已申请而并未在审查时,就在物品上标注、缀附或者在有关广告中使用“已申请专利”、“专利审查中”字样,或者任何含有已经申请之含意的其他字样。

这些不正当的竞争行为有一个共同特征:即经营者在自己的物品「上使用虚伪标志,以欺骗消费者。根据专利法的规定,只有专利权人、受让人或者继承人或者经专利权人许可的人等才有权在专利产品上或在以专利方法直接生产的产品上使用专利标记,即“专利”、专利号或者其他专利标记,或者在广告中使用这些标记宣传其产品,或者表明自己的专利权人的身份或者自己的发明人身份,以外的任何人在自己的产品上做上这样的标记或者在广告中做这样的宣传,就能造成公众的误认,从而构成不正当竞争。

并不妨碍认定假冒他人专利或以非专利产品冒充专利产品的行为是不正当竞争行为。因为仿冒他人专利、冒充专利的行为完全符合欺骗性、损害性和误导性的特征，故它们属于损害其他经营者和消费者的合法权益，扰乱社会经济秩序的不正当竞争行为。

三、商标权领域内的不正当竞争行为

商标法给予注册商标所有人专用权以保护的目的是，使其所制造、生产、加工、拣选的商品或者提供的服务与他人进入流通、销售领域的商品或者提供的服务相区别，使注册商标所有人的权益和消费者的利益得到保护，从而保证公平、正当、合理的市场竞争。

在商标权领域内构成对注册商标专用权人权利损害的行为有两种，一是侵犯商标权的行为；一是不正当竞争行为。侵犯商标权的行为包括在同一种或者类似商品上使用与他人注册商标相同或者近似的商标，或擅自制造销售他人商标标识，或者假冒他人注册商标的行为等；不正当竞争行为除了对他人的注册商标进行假冒之外，还包括擅自使用与他人知名商标特有的名称，包装、装潢等商品标志相同或相似的商品的名称，包装或装潢，造成和他人知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品的行为。显然侵犯商标权的行为与不正当竞争行为是有区别的。具体表现在以下三个方面：1. 侵犯商标权的行为是一种未经授权而使用他人注册商标的行为，而不正当竞争行为是将自己的商品假冒成他人的商品；2. 侵犯商标权的行为不必具有欺骗性的故意，而不正当竞争却以欺骗性的故意为实质条件；3. 在侵犯商标权的案件中，被侵犯的商标必须是事先已经注册，而不正当竞争行为所涉及到的商标不必注册。仿冒他人的注册商标，既是一种侵权行为，又是一种不正当竞争行为。情节严重的，还构成犯罪。反不正当竞争法之所以将仿冒他人注册商标的行为规定为一种不正当竞争行为，是因为该行为明显地具有欺骗性，容易导致消费者将仿冒的商品或者服务误以为被假冒者的商品或服务，致使注册商标所有人的合法权益和消费者的利益受到损害。

第二个方面的不正当竞争行为是擅自使用与知名商品特有的名称、包装、装潢相同或者相似的商品名称、包装、装潢，造成消费者误认的行为。我们知道，商品的名称、包装、装潢等不是商标，但是它们具有与商标同样的作用，即区别作用，尤其是知名商品特有的名称、包装、装潢更是如此。

商品的名称可分为一般名称或者普通名称，如收音机、自行车、手表等，和特有名称，如“章光101毛发再生精”等，就前者而言，是所有同类商品共有的名称，故不具有识别性和区别性，因此，不可能为任何生产者、制造者或服务者专有，可以为公众任意使用。但是，对于商品特有的名称，由于它具有典型的个性特征，能够为一般的公众所识别，并能够与其他的同类商品相区别，特别是知名商品特有的名称，当被他人擅自使用时，就有可能造成消费者的误认，从而就导致不正当竞争。

在反不正当竞争法中所指的知名商品特有的包装主要是指在一定的地区内为购买者普遍接受的商品之特有的销售包装。在一般情况下，商品的销售活动与购买者的购物环境有密切关系。购买者的购物环境一般包括货架、灯光以及众多的同类商品，但其中起主要作用的是商品本身及其包装，即众多商品及其包装相互竞争的环境。一个好的销售包装就能在众多的同类商品相互竞争的环境中，以无声的推销员身份激发购买者的购买行为。当购买者见到其所熟知的包装时，便会产生购买欲望，因此，当他人故意使用与知名商品特有的包装相同或相似的包装时，便会因消费者的误认而购买与其意欲购买的知名商品品质不同的商品，造成知名商品生产者或者销售者以及公众利益的损害。

装潢是与商品的包装有密切联系但却又具有区别的商品的另一个重要部分。装潢是商品的表面设计，属于实用艺术范围。一般说来，它是由三个方面的要素构成：外形、构图和色彩结合而成的。知名商品特有的装潢就是指在一定的地域范围内能为一般公众所熟知商品的与同类商品之一般装潢不同的装潢。它既能使商品产生美感，又能使此商品与彼商品相区别。同时还代表为该商品的生产者、制造者、材料构成或质量，因此，不允许他人擅自使用与这种装潢相同或相似的装潢使公众误认为该商品是知名商品的不正当竞争行为。

以普通方式使用商品的普通名称或交易中通常在同种类商品上习惯使用的标志的商品的行为，或者以普通方式使用交易中通常在同种营业上习惯使用的名称或其他标志的行为等不构成不正当竞争行为。

来源：《法商研究》中南政法学院学报1994年第2期

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720