

新编21世纪法学系列教材

竞争法（第三版）

·····徐孟洲 著 ·····
孟雁北

第一章 竞争和竞争相关理论

本章概要

- ◆ 第一节 竞争概述
- ◆ 第二节 竞争理论
- ◆ 第三节 市场规制理论

◆ 第一节 竞争概述

● 一、竞争的概念与特征

● (一) 竞争的概念

- 竞争是宇宙中的普遍现象。在自然界中，物竞天择是自然法则，人们无法改变它。而竞争同样存在于人类社会中，如商业竞争、体育竞争等。竞争已成为当今世界最基本的社会现象，市场上大多数企业的相互关系都具有竞争的特征，即使出现企业合作的情形，我们也会发现，许多企业的结盟也是出于对抗竞争的需要。
- 经济学上竞争的概念
- 法学上竞争的概念

◆ 第一节 竞争概述

- 一、竞争的概念与特征

- (二) 竞争的特征

- 1.竞争是独立的商品生产经营者之间的竞争
- 2.竞争是由双方经济力量的互相抗衡而引起的
- 3.竞争是经营者追逐、实现自身经济利益最大化的过程
- 4.竞争的结果必然是优胜劣汰

◆ 第一节 竞争概述

● 二、竞争的种类

● (一) 正当竞争和不正当竞争

● 第二章 不正当竞争行为

第六条 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。

第七条 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。**

经营者在交易活动中，可以以明示方式向交易相对方支付折扣，或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的，应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。

经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。

第八条 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。

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。

第九条 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。经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。

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。

本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。

第十条 经营者进行有奖销售不得存在下列情形：

（一）所设奖的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等有奖销售信息不明确，影响兑奖；

（二）采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；

（三）抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过五万元。

第十一条 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。

第十二条 经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。

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。

- **(二) 自由竞争与限制竞争**
- **(三) 国内竞争和国际竞争**

- **三、竞争的功能**

- 竞争是经营者为了追求和实现利益最大化而进行的技术、经济、社会等方面的角逐过程。从生产力的角度来看，竞争引起了技术创新和组织创新，提高了劳动生产率，促进了社会生产力的发展，但同时竞争又存在破坏经济发展的负面力量。

◆ 第一节 竞争概述

● 四、竞争与竞争法

- 竞争往往与限制竞争、不正当竞争相伴而生。克服限制竞争、不正当竞争带来的消极后果，仅靠竞争自身是无法解决的，它需要通过国家强制力即法律来加以排除。放任限制竞争、不正当竞争现象自由蔓延，会使市场缺陷周期性出现，造成社会财富的分配不公和巨大浪费；单纯依靠商业道德约束来纠正市场缺陷是不现实的，成熟的市场规则和良性的交易惯例应上升为法律规范，因此，竞争法是市场经济健康发展的客观要求。

◆ 第二节 竞争理论

- 一、现代竞争理论的产生
 - （一）有效竞争（workable competition）理论
 - （二）哈佛学派的产业组织理论
- 二、最佳竞争强度理论
- 三、竞争自由理论
- 四、芝加哥学派的竞争理论
- 五、新产业组织理论

◆ 第三节 市场规制理论

- 一、市场规制及其特征

- (一) 市场规制的定义

- (二) 市场规制的特征

- 1.调整方法的直接性
- 2.调整内容的法定性
- 3.调整领域的特定性

◆ 第三节 市场规制理论

- **二、市场规制理论的发展**

- (一) 市场规制公共利益理论
- (二) 市场规制俘虏理论
- (三) 新兴市场规制理论

- **三、市场规制与竞争秩序**

- (一) 市场失灵与市场规制
- (二) 政府失灵与市场规制

◆ 问题与思考

1 1865年美国南北战争结束后，随着全美铁路网的建立和扩大，原来地方性和区域性的小市场被迅速融为全国统一的大市场。大市场的建立一方面推动了美国经济的迅速发展，另一方面也推动了垄断组织即托拉斯的产生和发展。1879年美孚石油公司即美国石油业第一个托拉斯的建立，标志着美国历史上第一次企业兼并浪潮的开始，托拉斯在美国从而成为不受控制的经济势力。过度的经济集中不仅使社会中下层人民饱受垄断组织滥用市场势力之苦，而且使市场普遍失去活力，从而直接危及资本主义市场经济赖以存在的前提，即自由竞争。在这种背景下，美国在19世纪80年代爆发了一场抵制托拉斯的大规模群众运动。这种反垄断的思潮最后导致美国在1890年颁布了《保护贸易与商业不受非法限制与垄断侵害法》（即《谢尔曼法》）。

针对上述历史事实，请思考下列问题：

- （1）自由竞争与市场经济有何关系？
- （2）竞争法产生的客观基础是什么？
- （3）为什么竞争法在推动市场经济发展中具有重大的作用？

◆ 问题与思考

2.在1962年的布朗鞋 (Brown Shoe) 案中，美国联邦最高法院认定，共同占有5%市场份额的两个企业的合并违反了美国反垄断法。当时美国法院认为合并的经济效益应从属于对美国的社会民主、政治民主和经济民主的考虑。从1977年的西尔维尼阿 (Sylvania) 案开始，美国法院在反垄断案件中开始注重经济分析，特别是注重价格分析。在美国联邦最高法院关于1992年的柯达 (Kodak) 公司案的判决说明中，美国联邦最高法院驳斥了下级法院判案时所采用的芝加哥学派的观点，首次大篇幅地引用了新产业组织理论的分析，并且认为用简单的经济学理论来代替对“市场现实”的分析是危险的。从此，新产业组织理论开始在反垄断执法与司法的实践中发挥重要作用。

根据上述美国竞争法的历史演变，请思考下列问题：

- (1) 竞争理论与竞争法之间有何关系？
- (2) 我国现阶段的竞争立法、执法和司法实践应当如何选择竞争理论作为指导？

第二章 竞争法的概念、原则与地位

本章概要

- ◆ 第一节 竞争法的概念与调整对象
- ◆ 第二节 竞争法的立法模式
- ◆ 第三节 竞争法的基本原则
- ◆ 第四节 竞争法的作用
- ◆ 第五节 竞争法的地位

◆ 第一节 竞争法的概念与调整对象

● 一、竞争法的概念和特征

- 1.竞争法规制对象的特殊性
- 2.竞争法法益目标的多元性
- 3.竞争法是实体法与程序法相融合的法

● 二、竞争法的调整对象

- (一) 竞争关系
- (二) 竞争管理关系

◆ 第二节 竞争法的立法模式

● 一、法群式立法模式

- 法群式立法模式，也称综合式立法模式，是指反垄断法和反不正当竞争法规范的内容分别由若干单行法律、法规来进行综合调整的立法模式。法群式立法模式是相对法典式立法模式而言的，法群式的立法模式在对意图垄断行为、限制竞争行为和不正当竞争行为进行规范时，并不作反垄断法或反不正当竞争法的明确划分，轻法典重单行法规，没有法典性质的独立的竞争法，司法判例也是竞争法的重要内容。

◆ 第二节 竞争法的立法模式

● 二、法典式立法模式

● (一) 二元立法例 (分立式立法模式, 分别立法模式)

- 二元立法例, 也称分立式立法模式或分别立法模式, 是指反垄断法和反不正当竞争法分别单独立法的竞争法立法模式。德国和日本的竞争法就是二元立法例的典型代表。优点

● (二) 单一立法例 (统一式立法模式, 合并立法模式)

- 单一立法例, 也称统一式立法模式或合并立法模式, 是指将反垄断法和反不正当竞争法合并统一立法的立法模式。

◆ 第二节 竞争法的立法模式

● 三、我国竞争法的立法模式

- 从本国国情出发进行竞争立法已成为各国（地区）竞争立法的一条共同经验，因此，各国（地区）的竞争立法模式不尽相同。我国竞争法的立法工作始于1987年反不正当竞争国际研讨会的召开，我国作为《保护工业产权巴黎公约》（简称《巴黎公约》）的成员国之—，为了履行公约中规定的反不正当竞争的义务，便着手制定竞争法。

◆ 第三节 竞争法的基本原则

● 一、保护竞争主体平等竞争地位的原则

- 第一，不能用歧视性措施和手段将竞争主体排除在竞争范围之外，也不能给予某类竞争主体以特别优惠，使其在市场竞争中无理地占有优势。
- 第二，国家创造平等的竞争条件和环境，使经营者享有同样的法律保护与适用，拥有同样的救济途径和手段。
- 第三，防止并制裁破坏平等竞争的行为。

◆ 第三节 竞争法的基本原则

● 二、维护自由、公平竞争的原则

● （一）维护自由竞争的原则

- 自由竞争是指竞争主体有权在国家法律、法规和政策许可的范围内，以各种合法的手段和方法，根据自己的意愿自由地从事各种竞争活动，不受他人非法干预和限制。自由竞争是市场经济的客观要求。

◆ 第三节 竞争法的基本原则

● 二、维护自由、公平竞争的原则

● (二) 维护公平竞争的原则

- 维护公平竞争原则作为竞争法的基本原则，其内容主要有：（1）竞争机会公平。竞争机会是参与市场经济的权利，竞争机会公平要求每个竞争者与其他的竞争者有相同的竞争权利。当然，这里的竞争机会公平也不是绝对的，有时政府出于管理经济的需要，对竞争主体进行合理的资格限制是必要的。这种竞争资格限制的目的在于维护有序的竞争秩序，但政府主管部门不能滥用经济职权。（2）适用法律公平。法律应该对竞争主体一视同仁，不应有所偏向。这是市场机制的内在要求。

◆ 第三节 竞争法的基本原则

● 三、社会整体利益优先的原则

- 竞争是在现代社会经济联系日趋紧密、经济关系日趋复杂的状态下进行的。竞争的激烈程度及市场主体对最大利润的追求，可能会使一部分竞争者以社会整体利益为代价换取个人私利。实践证明，放任自由，会使市场缺陷周期性出现，造成社会财富的分配不公和巨大浪费；单纯依靠商业道德约束防止和纠正市场缺陷在目前只能是一种幻想。竞争规则应时时关注社会整体利益，必要时应限制个人私利，为国家和人类的长远利益留下发展的空间。

◆ 第四节 竞争法的作用

● 一、竞争法作用的相关学说

- 1.政治权力分散论
- 2.经济效益论
- 3.所得重新分配论
- 4.保护中小企业说

● 二、各国（地区）竞争法的立法目的

◆ 第四节 竞争法的作用

● 三、竞争法的作用

- **（一）发挥经济竞争的积极作用，抑制经济竞争的消极作用，保障并促进社会生产力的发展**
- 在市场经济中，经营者对自身经济利益最大化的追求是产生竞争的重要原因，而竞争对社会生产力的发展既有积极功能，也有消极功能。竞争法的作用就是保障竞争积极功能的发挥，而对竞争的消极功能进行制约和规制。当竞争的积极功能得到加强、竞争的消极功能受到制约时，竞争对经济发展的推动作用就会得到发挥，社会生产力的发展也会得到促进。

◆ 第四节 竞争法的作用

● 三、竞争法的作用

● （二）维护自由、公平竞争，保证市场调节机能的正常运行

- 在市场经济中，市场调节机制要想发挥其特有的资源配置作用是需要前提的，这个前提就是竞争是存在的，竞争是自由的，竞争是公平的。

● （三）保护消费者的利益，为消费者提供最大可能、最优质量、最廉价格的消费实惠

- 在市场经济体制下，良性竞争的开展将带动最优商品和服务的供给，从而促进消费者福利的提高。竞争法正是通过对限制竞争行为、不正当竞争行为的规制和对正当竞争行为的激励来实现对消费者权益的保护的。

◆ 第四节 竞争法的作用

● 三、竞争法的作用

● （四）保护社会公共利益，促进技术进步和国民经济的稳步增长

- 竞争中的市场主体都是在追求自身利益最大化，在逐利的过程中并不考虑自己的行为对社会公共利益是有益还是无益，因此在激烈的市场竞争中，会有一些市场主体通过采用新技术、加强产品质量管理、创造名牌商品、研制新兴技术等来获得竞争优势。

● （五）促进国际贸易的健康发展

- 当一个国家的竞争秩序良好，竞争机制有效运作的时候，这种公平有序的竞争大环境本身就会推动国际贸易的发展；反之，则会阻碍国际贸易的发展。

◆ 第五节 竞争法的地位

● 一、竞争法是经济法的重要组成部分

● （一）现代经济法起源于国家对竞争的规制

● （二）竞争法具有经济法的典型特征

- 第一，竞争法体现了国家对传统私法领域的干预。现代社会中竞争行为已经成为普遍的社会问题，经营者的不法经营行为往往并非仅仅针对某一具体的竞争者，而是针对不特定多数的竞争者，危害了市场机制和竞争秩序。事实证明，这种危害单纯依靠传统的民事私法救济途径是难以克服的，国家必须运用自身的权力，通过适度干预才能实现维护公平、自由竞争的目的。第二，经济法创立并倡导社会本位的法律体系，创制了一系列公权对私权进行有效干预、公私兼容的法律，而竞争法的规范中，也体现出公权力通过直接介入私人领域的方式，建立有效和有序的竞争秩序。第三，竞争法同经济法一样，综合运用多种调整方法，对反竞争行为进行规范，体现了经济法综合性的特征。

● （三）竞争法在经济法中占有重要地位

◆ 第五节 竞争法的地位

● 二、竞争法与相关法的关系

- (一) 竞争法与价格法
- (二) 竞争法与广告法
- (三) 竞争法与侵权责任法
- (四) 竞争法与宏观调控法
- (五) 竞争法与知识产权法

◆ 问题与思考

立法模式是指一国在立法时所采取的、与调整范围有关的法律类型。竞争立法方面也采取两类不同的立法模式，即法群式立法模式和法典式立法模式。在法典式立法模式中又分二元立法例和单一立法例。二元立法例，也称分立式立法模式或分别立法模式，是指反垄断法和反不正当竞争法分别单独立法的竞争法立法模式。德国和日本的竞争法就是二元立法例的典型代表。单一立法例，也称统一式立法模式或合并立法模式，是指将反垄断法和反不正当竞争法合并统一立法的立法模式。单一立法例的立法模式以匈牙利、加拿大、法国、俄罗斯等国家和我国台湾地区的竞争法为代表。

(1) 有学者认为，单一立法例的兴起，是民主政治、弱势群体保护和世界经济一体化多种因素作用的结果。请运用竞争法理论对上述观点作出自己的评析。

(2) 世界各国由于历史、社会条件、政治制度、经济制度等存在的差异，所属法系的不同，立法背景的不同，在竞争立法方面会采取不同的立法模式。请问目前我国竞争法选择的二元立法例模式的依据是什么？

第三章

竞争法的历史沿革

本章概要

- ◆ 第一节 各国竞争法的历史沿革
- ◆ 第二节 我国竞争法的产生和发展
- ◆ 第三节 国际竞争法的产生与发展

◆ 第一节 各国竞争法的历史沿革

● 一、美国竞争法

● (一) 美国竞争法的产生和发展

- 1. 《谢尔曼法》
- 2. 《联邦贸易委员会法》
- 3. 《克莱顿法》
- 4. 《鲁宾逊帕特曼法》

◆ 第一节 各国竞争法的历史沿革

● 一、美国竞争法

● (二) 美国竞争法规范的主要内容

- 1.美国反托拉斯法规范的对象
 - (1) 垄断与图谋垄断。
 - (2) 联合限制竞争行为。
 - (3) 企业合并行为。
- 2.不正当竞争行为
 - (1) 商业贿赂行为。
 - (2) 侵犯商业秘密行为。
 - (3) 欺骗性不正当竞争行为。
- 3.竞争法的适用除外
- 4.竞争法的域外效力

◆ 第一节 各国竞争法的历史沿革

● 二、德国竞争法

● (一) 德国竞争法的产生和发展

● (二) 德国反不正当竞争法规范的主要内容

- (1) 虚假宣传行为。
- (2) 不当身份说明行为。
- (3) 不当广告行为。
- (4) 不当价格说明行为。
- (5) 不当清仓销售行为。
- (6) 商业贿赂行为。
- (7) 商业诽谤行为。
- (8) 滥用营业标志行为。
- (9) 侵犯商业秘密行为。
- (10) 其他不正当竞争行为。

◆ 第一节 各国竞争法的历史沿革

● 二、德国竞争法

● (三) 德国《反对限制竞争法》规范的主要内容

- 1.卡特尔行为
- 2.滥用市场支配地位行为
- 3.滥用相对优势地位行为
- 4.企业合并行为

◆ 第一节 各国竞争法的历史沿革

● 三、日本竞争法

● (一) 日本竞争法的产生和发展

● (二) 《不正当竞争防止法》规范的主要内容

- (1) 混淆商品行为
- (2) 混淆营业行为
- (3) 虚假原产地表示行为
- (4) 引起误认的商品生产地表示行为
- (5) 虚假宣传行为
- (6) 贬低他人行为

◆ 第一节 各国竞争法的历史沿革

● 三、日本竞争法

● （三）《禁止垄断法》规范的主要内容

- 1. 垄断
- 2. 经济力量过度集中
- 3. 协议限制竞争行为
- 4. 不公正的交易方法

◆ 第一节 各国竞争法的历史沿革

● 四、其他国家的竞争法

● (一) 英国

- 英国竞争法规范的行为主要有：(1) 限制竞争的协议和行为；(2) 滥用市场支配地位行为；(3) 企业合并行为。

● (二) 法国

- 法国《公平交易法》规制的主要行为有：(1) 限制竞争协议和行为，即企业之间具有阻碍、限制或者扭曲竞争的目的或者后果的任何协议或者协同行为；(2) 滥用市场支配地位行为；(3) 滥用经济依赖状态行为；(4) 企业集中行为；(5) 特定的限制贸易行为，如拒绝销售行为、维持转售价格行为、商业歧视行为、低于成本价销售行为、搭售行为、不诚实与不公平的竞争行为等。

◆ 第二节 我国竞争法的产生和发展

- 一、我国反不正当竞争法的产生和发展
- 二、我国反垄断法的产生和发展
- 三、我国台湾地区竞争法

◆ 第三节 国际竞争法的产生与发展

● 一、《巴黎公约》

- 《巴黎公约》关于反不正当竞争的具体性规定，主要体现在公约的第9条、第10条关于不正当竞争的定義、表现形式、救济程序等方面。《巴黎公约》认为，凡在工商业事务中违反诚实经营的习惯做法的竞争行为即构成不正当竞争的行为，其中典型的不正当竞争行为主要为：（1）非法标注商标、厂商名称行为，即未经权利人许可，擅自在商品上标注其商标、厂商名称的行为。（2）假标记行为，即直接或间接使用假的货源标记或者生产者、制造者或商人标记的行为。（3）特别应予以禁止的行为，包括用各种手段对竞争对手的企业、商品或工商业活动制造混淆的行为；在经营商业中用虚假事实损害竞争对手的企业、商品或工业活动的信誉；在商业活动中使用致使公众对商品的性质、制造方法、特点、使用目的或数量发生误解的表示或说法。

◆ 第三节 国际竞争法的产生与发展

● 二、欧盟竞争法

- 1.禁止联合限制竞争行为
- 2.禁止滥用市场支配地位行为
- 3.规制企业并购行为

◆ 第三节 国际竞争法的产生与发展

- **三、联合国《控制限制性商业惯例的多边协议的公平原则和规则》**
- **（一）《规则》的适用范围**
 - 《规则》适用于对国际贸易，特别是对发展中国家的国际贸易及经济发展有不利影响的一切企业的限制性商业惯例，包括跨国公司的这种限制性商业惯例。《规则》不适用于政府间协定或这种协定直接造成的限制性商业惯例。
- **（二）《规则》的主要内容**
 - 《规则》的主要内容包括：控制限制性商业惯例的公平原则；为包括跨国公司在内的企业制定的原则和规则；为各国在国家、区域和地区规定的原则和规则；消除和阻止限制性商业行为的国际措施。

◆ 第三节 国际竞争法的产生与发展

● 四、世界贸易组织法中的竞争法律制度

- 1. 倾销与反倾销、补贴与反补贴
- 2. 关税限制
- 3. 数量限制
- 4. 国营贸易
- 5. 与知识产权有关的不正当竞争行为

● 五、竞争法的国际化趋势

◆ 问题与思考

1.德国立法机关在1909年对原《反不正当竞争法》作了修订，其中最重要的内容便是加入了第1条“一般条款”，即“在商业交易中以竞争为目的而违背善良风俗者，可向其请求停止侵害和损害赔偿”。从此，该一般条款变成了“整个竞争法领域之帝王规范”。在实践中，约三分之一的不正当竞争纠纷中，其原告就是以行为人违反该一般条款为由，要求行为人承担民事责任的。德国司法机关越来越注重运用“违背善良风俗”的一般条款，对实践中所出现的各种不正当竞争行为诸如误导顾客、诱惑顾客等，予以制裁。参见邵建东：《德国反不正当竞争法》，36页，北京，中国人民大学出版社，2001。

根据上述材料，请思考下列问题：

(1) 对于未在《反不正当竞争法》中予以列举的不正当竞争行为，可根据一般条款予以制裁的规定有何重要意义？

(2) 学术界认为，“一般条款”应支配整部《反不正当竞争法》，在法律规定的具体事实构成难以适用的所有地方，都应适用该一般条款。请思考并评析这一观点的合理性。

◆ 问题与思考

2.美国《联邦贸易委员会法》规定设立具有准司法性质的联邦贸易委员会行使反对贸易限制和保护消费者的权利。据此，请思考下列问题：

- (1) 美国《联邦贸易委员会法》确立联邦贸易委员会为反托拉斯的专门执法机构的意义。
- (2) 美国《联邦贸易委员会法》对我国反垄断法执法机构的设置有何影响？

3.美国1890年的《谢尔曼法》、1914年的《克莱顿法》和《联邦贸易委员会法》等法律确立了美国现代竞争法律制度框架体系。《谢尔曼法》是现代竞争法产生的标志。根据美国竞争法的产生和发展历史，请思考并回答现代竞争法为什么最早在美国出现。

第四章

竞争主体

本章概要

- ◆ 第一节 竞争主体概述
- ◆ 第二节 经营者
- ◆ 第三节 经营者团体
- ◆ 第四节 除国务院以外的行政主体

◆ 第一节 竞争主体概述

● 一、各国（地区）竞争法对竞争主体的称谓

- 1.美国《谢尔曼法》的规定
- 2.德国《反对限制竞争法》的规定
- 3.俄罗斯《关于竞争和在商品市场中限制垄断活动的法律》的规定
- 4.日本的《禁止垄断法》的规定
- 5.欧盟竞争法的规定
- 6.世界知识产权组织《关于反不正当竞争保护的示范规定》的规定

◆ 第一节 竞争主体概述

● 二、我国竞争法对竞争主体的称谓

- 1. 《反不正当竞争法》的规定
- 2. 《反垄断法》的规定
- 3. 我国台湾地区“公平交易法”的规定

◆ 第二节 经营者

● 一、普通商事企业

- 1. 公司企业
- 2. 合伙企业
- 3. 个人独资企业
- 4. 外商投资企业

● 二、特殊企业

- (1) 政策性经营或在经营中承担一定的政府或公共管理职能的领域。
- (2) 非竞争性的合法垄断领域。
- (3) 竞争性领域和公用事业的特许经营。
- (4) 国有农场、林场、建设兵团等具有社区性、地域性、政权组织性的某些经营领域。
- (5) 为完成特殊任务而设立的特殊企业或法人。

◆ 第二节 经营者

- 三、个人

- (一) 特定职业者

- 律师、注册会计师，这些自然人虽然可以通过提供服务获得很高的报酬，但营利性不应该是这类主体唯一的目标。个体演员、我国允许个人执业以后的医生、建筑师也具有这类主体的性质。这类主体可以被统称为“特定职业者”

- (二) 其他参与经济活动的个人

◆ 第三节 经营者团体

● 一、行业协会与竞争

- 行业协会是指以同一行业的共同利益为目的，以为同行经营者提供各种服务为对象，以政府监督下的自主行为为准则，以非官方机构的民间活动为方式的非营利的法人组织。

● 二、竞争法对行业协会维护竞争行为的鼓励

● 三、竞争法对行业协会反竞争行为的制约

- 行业协会是为了维护一定行业的特定多数主体的利益而设立的，当特定的行业利益与社会整体利益发生矛盾时，行业协会选择的可能是为会员企业或行业的局部利益服务。一旦行业协会被从事联合限制竞争行为的主体所利用，或行业协会本身试图组织竞争者进行联合限制竞争行为，那么行业协会就是竞争者进行讨论和形成协议的天然、隐蔽的场所。行业协会的组织统一，相对于一般的联合限制竞争行为，行业协会决议的执行更富有效率，对社会的危害也就越大，因此行业协会成为竞争法必须规范的主体。

◆ 第四节 除国务院以外的行政主体

● 一、行政主体概述

● （一）行政主体的界定

- 1.行政主体是社会组织
- 2.行政主体是享有行政权力的组织
- 3.行政主体是能以自己的名义行使行政权的组织
- 4.行政主体是能够独立承担法律责任的组织

◆ 第四节 除国务院以外的行政主体

● 一、行政主体概述

● （二）行政主体与行政性垄断行为

- 行政主体具有行政职权，这些行政职权包括行政立法权、行政决策权、行政决定权、行政许可权、行政命令权、行政执行权、行政检查权、行政强制权、行政处罚权、行政司法权等。如果行政主体违反法律规定的职权范围和行使职权的程序来行使行政职权，则属于行政职权的滥用。这种权力的滥用在一些情形下会限制竞争。

◆ 第四节 除国务院以外的行政主体

● 二、除国务院以外的行政机关

● (一) 中央行政机关

- 1. 国务院组成部分
- 2. 国务院直属机构
- 3. 国务院部委管理的国家局

● (二) 地方行政机关

- 1. 地方各级人民政府
- 2. 地方各级人民政府的职能部门
- 3. 地方人民政府的派出机关

◆ 第四节 除国务院以外的行政主体

● 三、法律、法规授权的组织

- 1. 行政机构
- 2. 特殊企业
- 3. 事业单位
- 4. 社会团体
- 5. 其他组织

◆ 问题与思考

1 2008年8月1日，我国《反垄断法》正式实施，实施的当天以北京兆信为首的四家防伪企业，以行政性垄断为由向北京市第一中级人民法院对国家质检总局提起诉讼。据此，请思考下列问题：

- (1) 以北京兆信为首的四家防伪企业在竞争法律关系中属于哪一类竞争主体？
- (2) 国家质检总局在竞争法律关系中的主体地位如何？

◆ 问题与思考

- 2 反垄断法对普通商事企业（经营者）的规范与反不正当竞争法的不同之处在于反不正当竞争法不会对经营者进行任何规模、领域上的区分，只要经营者从事了不正当竞争行为就是非法行为；而反垄断法在对普通商事企业进行规范时会针对不同规模、不同市场势力的企业分别进行规范，尽管这种规模和市场势力的区分本身是相对的，但各国的反垄断法由于国情、经济背景、经济政策和经济发展水平的不同，对所谓的“大企业”和“有一定的市场势力的企业”的界定是不同的。反垄断法主要规范大企业和有一定市场势力的企业，而反垄断法很少规范中小企业的行为。参见孟雁北：《反垄断法主体制度研究》，载吴志攀主编：《经济法学家》（2003），北京，北京大学出版社，2004。据此，请思考下列问题：
- （1）反垄断法为什么对经营者行为进行规制时要考虑其规模、市场势力等情况，而反不正当竞争法无须对经营者进行任何规模、领域上的区分？
 - （2）反垄断法为什么对具有自然垄断性质的经营者不论其规模、领域均予以特别规制？

第五章

竞争法的执法机构和执法程序

本章概要

- ◆ 第一节 竞争法的执法机构
- ◆ 第二节 竞争法的执法程序

◆ 第一节 竞争法的执法机构

- 一、西方主要国家（地区）竞争法的执法机构
- （一）美国竞争法的主要执法机构
 - 1 美国司法部反托拉斯局
 - 2 美国联邦贸易委员会
 - （1）行政权。
 - （2）准立法权。
 - （3）准司法权。
- （二）德国竞争法的执法机构

◆ 第一节 竞争法的执法机构

- 一、西方主要国家（地区）竞争法的执法机构
- （三）日本竞争法的执法机构
 - （1）有关私人垄断的规制；（2）有关不正当交易限制的规制；（3）有关不正当交易方法的规制；（4）有关垄断状态的规制；（5）就实质性限制一定交易领域竞争的行为的规制，对可能会妨害公平竞争的行为的规制，为防止事业支配力过度集中的规制以及其他对事业活动不正当限制的规制，而进行有关事业活动及经济实际状况的调查或者调整经济法令等；（6）除以上各项规定外，依据法律规定属于公正交易委员会掌管的事务。

◆ 第一节 竞争法的执法机构

● 一、西方主要国家（地区）竞争法的执法机构

● （四）欧盟竞争法的执法机构

- 欧盟委员会执行竞争法时的职权主要有：（1）调查权。欧盟委员会为了履行其职能首先需要对进入市场的企业与企业组织是否违反了相关反垄断法进行了解与调查，这是欧盟委员会的一项基础性权力，也是使职权能够得到公正实施的前提。（2）审查权。这是指对涉及合并的企业或者企业组织的协议进行调查后作出批准或者不批准的权力，以及是否符合法定豁免的权力。（3）罚款权。

◆ 第一节 竞争法的执法机构

● 二、我国竞争法的执法机构

● （一）我国竞争法的执法机构的现状

- 我国于2018年1月1日起正式实施新修订的《反不正当竞争法》，该法第4条规定：县级以上人民政府履行工商行政管理职责的部门对不正当竞争行为进行查处；法律、行政法规规定由其他部门查处的，依照其规定。我国《反垄断法》第9条规定，国务院设立反垄断委员会，负责组织、协调、指导反垄断工作，履行下列职责：（1）研究拟订有关竞争政策；（2）组织调查、评估市场总体竞争状况，发布评估报告；（3）制定、发布反垄断指南；（4）协调反垄断行政执法工作；（5）国务院规定的其他职责。

◆ 第一节 竞争法的执法机构

● 二、我国竞争法的执法机构

● (二) 我国竞争执法机构的职权

● 1 调查检查权

- 竞争法执法机构为履行其职能，对市场竞争参与者的行为是否违反竞争法的规定进行调查了解和检查监督，是其最基本的权力，也是行使其他职权的前提。

● 2 审核批准权

- 竞争执法机构具有对企业合并等行为进行调查并作出批准或者不批准决定的权力，以及审查被调查的企业的限制竞争行为是否构成法定豁免或除外的权力。

◆ 第一节 竞争法的执法机构

● 二、我国竞争法的执法机构

● (二) 我国竞争执法机构的职权

● 3 行政处罚权

- 竞争法执法机构在依法经调查确认行为人违反竞争法的情况下，有权依法对违法者施加行政制裁措施，如罚款、没收非法所得等。

● 4 行政强制措施权

- 为保障竞争法执法机构各项职权的行使和职能的实现，应赋予其在特定情况下采取行政强制措施权力，如查封、扣押等。这种强制措施对相对人的生产经营影响较大，因此应严格规定其行使的条件。

◆ 第一节 竞争法的执法机构

● 二、我国竞争法的执法机构

● (二) 我国竞争执法机构的职权

● 5 行政裁决权

- 这是竞争法执法机构对某些违法行为进行裁决的权力，是其作为行政执法机构所享有的一种准司法权。

● 6 规章制定权

- 竞争法执法机构（主要是反垄断执法机构）应有权在反垄断法规定的范围内就具体实施反垄断法制定行政规章，以利于反垄断法的实施，指导和规范市场主体的竞争行为。这可以称为反垄断执法机构的准立法权。

◆ 第一节 竞争法的执法机构

● 二、我国竞争法的执法机构

● （三）我国台湾地区“公平交易法”的执法机构

- 我国台湾地区“公平交易法”第25条规定，为处理本“法”有关公平交易事项，“行政院”应设置“公平交易委员会”，其主要负责以下事项：
 - （1）关于公平交易政策及“法规”之拟订事项；
 - （2）关于审议本“法”有关公平交易事项；
 - （3）关于事业活动及经济情况之调查事项；
 - （4）关于违反本“法”案件之调查、处分事项；
 - （5）关于公平交易之其他事项。

◆ 第二节 竞争法的执法程序

● 一、西方主要国家竞争法的执法程序

● （一）美国竞争法的执法程序

- （1）司法部反托拉斯局既可以提起禁止继续违法的民事诉讼，又可以提起对单位处以罚金、对个人处以监禁和罚金的刑事诉讼。
- （2）联邦贸易委员会可以对违反某种反托拉斯法的行为作出行政裁决，也可以提起民事诉讼，但不能提起刑事诉讼。

◆ 第二节 竞争法的执法程序

- 一、西方主要国家竞争法的执法程序
- （二）德国竞争法的执法程序
 - 1. 程序的开始
 - 2. 关于管辖权的先行裁定
 - 3. 询问、口头辩论
 - 4. 调查、取证
 - 5. 搜查、扣押
 - 6. 要求提供情况
 - 7. 发布中间命令
 - 8. 作出处理决定

◆ 第二节 竞争法的执法程序

- 一、西方主要国家竞争法的执法程序
- （三）日本竞争法的执法程序
 - 1. 违法案件的发现与调查
 - 2. 劝告审决
 - 3. 同意审决
 - 4. 审决
 - 5. 提起诉讼

◆ 第二节 竞争法的执法程序

● 二、我国竞争法的执法程序

● (一) 反不正当竞争法执法程序

● 1. 立案与管辖

- 竞争法执法机构查处不正当竞争行为应当立案。县级以上监督检查部门对不正当竞争行为，可以进行监督检查。

● 2. 调查与检查

- 立案以后，竞争法执法机构应进行调查、检查以收集与不正当竞争行为有关的证据，办案人员在行使职权时应遵守有关的程序。

◆ 第二节 竞争法的执法程序

● 二、我国竞争法的执法程序

● (一) 反不正当竞争法执法程序

● 3. 行政处罚

- 经营者违反法律规定从事不正当竞争，有主动消除或者减轻违法行为危害后果等法定情形的，依法从轻或者减轻行政处罚；违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。

● 4. 行政复议或行政诉讼

- 当事人对竞争法执法机构作出的处罚决定不服的，可以自收到处罚决定书之日起15日内向上一级主管机关申请复议；对复议决定不服的，可以自收到复议决定书之日起15日内向人民法院提起诉讼，也可以直接向人民法院提起诉讼。

◆ 第二节 竞争法的执法程序

● 二、我国竞争法的执法程序

● （一）反不正当竞争法执法程序

● 3. 行政处罚

- 经营者违反法律规定从事不正当竞争，有主动消除或者减轻违法行为危害后果等法定情形的，依法从轻或者减轻行政处罚；违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。

● 4. 行政复议或行政诉讼

- 当事人对竞争法执法机构作出的处罚决定不服的，可以自收到处罚决定书之日起15日内向上一级主管机关申请复议；对复议决定不服的，可以自收到复议决定书之日起15日内向人民法院提起诉讼，也可以直接向人民法院提起诉讼。

● 5. 执行

◆ 第二节 竞争法的执法程序

- 二、我国竞争法的执法程序
- （二）反垄断执法机构对涉嫌垄断行为的调查程序
 - 1. 反垄断调查的一般程序
 - （1）调查程序的启动。
 - （2）反垄断执法机构实施调查。
 - （3）作出处理决定。
 - 2. 反垄断调查的特别处理程序
 - （1）中止调查。
 - （2）终止调查。
 - （3）恢复调查。

◆ 第二节 竞争法的执法程序

● 三、竞争法实施的司法程序

● (一) 民事诉讼程序

- 竞争法的民事诉讼程序主要涉及两大内容：其一，是否在竞争法中规定受损害的竞争者或消费者作为一般民事主体的民事诉权和民事诉讼程序。
- 其二，是否规定行政机关的民事诉讼程序，即竞争法执法机构是否对特定的某些违反竞争法的行为具有民事诉权。

● (二) 行政执法程序

● (三) 刑事诉讼程序

◆ 问题与思考

欧盟委员会于2007年7月30日宣布，对于涉嫌垄断各自国家相关市场的德国能源企业意昂集团和法国天然气公用事业公司正式启动反垄断调查程序。此案起源于2006年的一项市场调查，欧盟委员会调查人员根据所获信息初步认定，德国能源企业意昂集团和法国天然气公用事业公司两家企业订下协议：互不进入对方国内能源市场以确保垄断地位。此举严重违反了欧盟条约中有关限制性经营行为的规定。据此，欧盟委员会宣布对德国能源企业意昂集团和法国天然气公用事业公司启动反垄断调查程序。参见史际春等：《反垄断法理解与适用》，280页，北京，中国法制出版社，2007。

根据上述案例请思考下列问题：

- (1) 欧盟委员会在欧盟竞争执法体系中处于何种地位？
- (2) 反垄断执法机构调查的启动方式有哪些？欧盟委员会对德国能源企业意昂集团和法国天然气公用事业公司反垄断调查程序的启动属于哪一种方式？

第六章

反垄断法总论

本章概要

- ◆ 第一节 垄断和垄断行为概述
- ◆ 第二节 反垄断法的概念与调整对象
- ◆ 第三节 反垄断法的特征
- ◆ 第四节 反垄断法实施的原则
- ◆ 第五节 反垄断法的域外管辖权

◆ 第一节 垄断和垄断行为概述

- 一、垄断和垄断行为的概念
- 二、垄断行为的传统分类
 - （一）依垄断组织的具体表现形式不同进行分类
 - （1）短期价格协定。
 - （2）卡特尔（Cartel）。
 - （3）辛迪加（Syndicat）。
 - （4）托拉斯（Trust）。
 - （5）康采恩（Konzern）。
 - （6）其他垄断组织形式。

◆ 第一节 垄断和垄断行为概述

- 二、垄断行为的传统分类
- (二) 依垄断行为特征的不同进行分类
 - (1) 协议垄断。
 - (2) 经济优势的滥用。
 - (3) 经营者集中。

◆ 第一节 垄断和垄断行为概述

- **二、垄断行为的传统分类**
- **(二) 依垄断行为特征的不同进行分类**
 - (1) 协议垄断。
 - (2) 经济优势的滥用。
 - (3) 经营者集中。
- **(三) 依垄断发生的地域不同进行分类**
 - (1) 国内垄断。
 - (2) 国际垄断。

◆ 第一节 垄断和垄断行为概述

● 二、垄断行为的传统分类

● (四) 依垄断的产生与行政权力关系的不同进行分类

- (1) 经济性垄断。
- (2) 行政性垄断。

● 三、垄断行为和限制竞争行为的比较

- 关于垄断行为和限制竞争行为是否为同一种行为，我国理论界在对垄断行为和限制竞争行为进行研究的过程中，出现了意见不同的“合并说”和“分别说”的观点。

◆ 第二节 反垄断法的概念与调整对象

● 一、反垄断法的概念

- 反垄断法的概念，有形式意义上的反垄断法和实质意义上的反垄断法之分。形式意义上的反垄断法，一般是指以“反垄断法”或“反对限制竞争法”等命名的法律规范性文件（成文法律或法典）。
- 实质意义上的反垄断法，一般是指调整因规制垄断和限制竞争行为而产生的社会关系的法律规范系统（法律规范总称）。

◆ 第二节 反垄断法的概念与调整对象

● 二、反垄断法的调整对象

- 各国反垄断法所规制的垄断的侧重点和具体形式不完全相同，但它们的重点一般均不放在市场结构上，而是放在市场行为上，并且主要着眼于其消极后果，因而受到法律禁止或限制的垄断行为要同时具备危害性和违法性的构成要件。
- (一) 垄断状态
- (二) 垄断行为
 - (1) 具备市场支配地位的企业滥用其垄断地位的限制竞争行为。
 - (2) 以谋求获得垄断利益为目的的限制竞争行为。

◆ 第二节 反垄断法的概念与调整对象

● 三、我国垄断行为的具体表现

● （一）经济性垄断行为

- 1.垄断协议
- 2.滥用市场支配地位行为
- 3.经营者集中行为

● （二）行政性垄断行为

◆ 第三节 反垄断法的特征

● (一) 国家干预性

- 反垄断法的国家干预不是为了干预而干预，也不是为了限制、消除经济自由而干预，而是为了排除对经济自由的不正当限制以实现自由、公平的竞争而干预。

● (二) 社会本位性

- 反垄断法的社会本位是指它对竞争关系的调整立足于社会整体利益，在任何情况下都以大多数人的意志和利益为本位。反垄断法重点保护的是竞争机制和竞争秩序，维护广大消费者利益和社会公共利益，而不是单纯保护作为竞争者的某一经营者的利益。

◆ 第三节 反垄断法的特征

- **(三) 经济政策性**
- 从历史的角度考察，发达市场经济国家最初的竞争政策或反垄断政策主要是通过法律的形式表现出来的，在很多情况下，反垄断政策同时就是反垄断法的内容。在许多国家，反垄断法往往被称为竞争政策法。

◆ 第四节 反垄断法实施的原则

- 一、本身违法原则和合理原则的由来
- 二、本身违法原则
 - （一）适用本身违法原则的优点
 - （1）适用本身违法原则可以给企业一个确定的合法性标准，使企业在计划和实施商业行为时不必担心可能招致突如其来的反托拉斯法律打击，包括3倍损害赔偿，从而提高了法律的稳定性和当事人的可预见性。
 - （2）适用本身违法原则可以减少竞争法执法机构和法院进行调查和取证的程序，从而可以节约反垄断诉讼的时间和费用。
 - （3）适用本身违法原则对市场主体具有威慑力。

◆ 第四节 反垄断法实施的原则

● 二、本身违法原则

● (二) 适用本身违法原则的缺陷

- 1.适用本身违法原则可能会损害公平和正义
- 2.本身违法原则的简单化使其在适用时不可避免存在失误

● 三、合理原则

- 合理原则 (rule of reason) 是指某些对竞争的限制比较模糊的行为是否构成违法，必须在慎重考察企业的目的、行为的方式及后果等因素后才能作出判断，只有在企业存在谋求垄断的意图，并通过不属“企业发展的正常方式”来实现目的，造成对竞争的实质性限制的情况下，其行为才构成违法，否则便是合理的行为。

合理原则最早由美最高法院在“美孚标准石油案”中提出。合理原则是一种衡量方法，用来确定案件中的行为是否属于法律禁止的行为。即在案件的所有情况下决定限制性行为是否对竞争有不合理的限制。某些市场行为虽然含有一些限制竞争因素，但如果没有超过法律上、商业上认定合理的限度，不会实质导致消弱或消灭市场上的竞争，就不判定为垄断行为，也不进行法律制裁。意味着限制竞争的行为并不必然地受到法律的谴责，只能在分析限制竞争是不合理的情况下对其予以规制。

◆ 第四节 反垄断法实施的原则

● 三、合理原则

● (一) 适用合理原则的优点

- 1.适用合理原则对联合限制竞争行为的违法性作出的判断更公正
- 2.适用合理原则可以使国家的整体利益更容易实现

● (二) 适用合理原则的缺陷

- 1.适用合理原则增加了竞争法执法和司法的成本
- 2.适用合理原则阻碍了竞争法执法和司法效率的实现
- 3.适用合理原则增加了权力被滥用的可能性
- 4.适用合理原则使行为的合法与否具有不确定性

◆ 第五节 反垄断法的域外管辖权

● 一、国际法确定管辖权的基本原则

- 管辖权通常是指一个国家在规规定和实施其权利与义务以及在管理自然人和法人、其他组织的行为等方面的法律权力。国际法上的一个重要问题就是准确划分国家间对某些问题的管辖权，从而维护一个国家的独立和主权平等。
- 根据国家与被管辖客体之间的联系方式，国际法上确定管辖权的主要方式有以下几种。
 - 1.属地管辖
 - 2.属人管辖
 - 3.效果原则

◆ 第五节 反垄断法的域外管辖权

- 二、美国反垄断法的域外管辖权——“效果原则”
- 三、欧盟竞争法的域外管辖权
 - 2.结果地原则
 - 3.履行地原则

◆ 第五节 反垄断法的域外管辖权

- 四、适用域外管辖权面临的司法障碍及解决路径
 - 1.被指控企业的所在国的态度
 - 2.反垄断诉讼中取证的障碍
 - 3.适用域外管辖权的国家在反垄断法立法内容上的逻辑障碍
 - 4.反垄断法是国内法这一基本特征对域外管辖权的适用构成障碍
 - 5.反垄断诉讼中判决执行的障碍

◆ 第五节 反垄断法的域外管辖权

● 五、我国《反垄断法》对域外管辖权的规定

- 我国《反垄断法》第2条规定，中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为，适用本法；中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。这意味着：一是对于符合该条规定的境外垄断行为，我国反垄断执法机构享有域外管辖权，有权依据我国《反垄断法》的规定予以处理；二是外国在处理影响我国境内市场竞争的垄断行为时，应当以我国《反垄断法》作为准据法。由此可见，我国的态度是：对于域外的垄断行为，只要其对我国的竞争产生排除、限制影响，就可以对其行使管辖权。

◆ 问题与思考

波音公司与麦道公司原本是美国航空制造业的老大和老二。1996年，波音公司用133亿美元兼并了麦道公司，使波音公司成为全球最大的民用大型客机制造商，也是美国大型客机市场唯一的供应商，所占市场份额上升为100%。对此，美国反垄断执法机构并没有阻止波音公司兼并麦道公司。

请依据波音公司兼并麦道公司一案，思考下列问题：

- (1) 什么是垄断状态?波音公司兼并麦道公司形成了“独家经营”是否形成了垄断状态?哪些国家明确对垄断状态本身进行直接规制?
- (2) 从美国反垄断执法机构对波音公司兼并麦道公司案的执法看，集中体现了反垄断法的哪些特征?
- (3) 如何理解、适用反垄断法的本身违法原则?

第七章

垄断协议行为规制

本章概要

- ◆ 第一节 垄断协议行为概述
- ◆ 第二节 横向垄断协议行为
- ◆ 第三节 纵向垄断协议行为
- ◆ 第四节 垄断协议豁免制度

方便面案

2007年8月16日，国家发改委经过调查认定：方便面中国分会(中国食品科学技术学会)多次组织、策划、协调企业商议方便面涨价幅度、步骤、时间；印刷会议纪要在《中国面制品》杂志刊发，向全行业传递龙头企业上调价格的信息；通过媒体发布方便面涨价信息，致使部分地区不明真相的群众排队抢购。上述行为，严重扰乱了市场价格秩序，阻碍了经营者之间的正当竞争。责令方便面中国分会立即改正错误；公开向社会作出正面说明，消除不良影响；宣布撤销三次会议纪要中有关集体涨价的内容。

8月20日，民政部对中国食品科学技术学会作出停止活动两个月的行政处罚。

◆ 第一节 垄断协议行为概述

● 一、垄断协议行为的概念和特征

- 垄断协议行为主要有以下特征。
- 1.从事垄断协议行为的主体必须为两个或两个以上的独立经营者
- 2.垄断协议行为主体采用的方式是协议、决定或者其他协同方式
- 3.垄断协议行为人基于共同的限制竞争目的而形成共同行动
- 4.垄断协议行为人的联合常常是在有限的期限内存续
- 5.垄断协议行为具有阻碍、扭曲市场竞争和市场交易的后果以及存在被豁免的可能性

◆ 第一节 垄断协议行为概述

● 二、垄断协议行为的具体表现形式

- （一）横向垄断协议行为、纵向垄断协议行为和混合垄断协议行为
- （二）协议限制竞争行为、决议限制竞争行为和联合一致（事实上的）限制竞争行为
 - 1.协议限制竞争行为
 - 2.决议限制竞争行为
 - 3.联合一致、建议或策划的限制竞争行为

◆ 第一节 垄断协议行为概述

● 三、反垄断法规制垄断协议行为的理念

● （一）反垄断法禁止损害社会整体利益的垄断协议行为

- 1. 反垄断法禁止损害竞争的联合行为
- 2. 反垄断法规制的是总体上对竞争的损害大于对竞争的促进的联合行为

● （二）反垄断法对部分垄断协议行为适用豁免制度

- 1. 反垄断法对促进竞争的垄断协议行为适用豁免制度
- 2. 反垄断法对不影响竞争的垄断协议行为适用豁免制度
- 3. 反垄断法对总体上对竞争的损害小于对竞争的促进的垄断协议行为适用豁免制度

◆ 第一节 垄断协议行为概述

- **四、各国（地区）反垄断法对垄断协议行为的规制**
 - **（一）对垄断协议行为作原则性或者一般性的禁止规定，对垄断协议行为的种类未作列举或者例示性规定**
 - **（二）在定义性规范中例示了垄断协议行为的种类**
 - **（三）一般禁止规定与类型列举相结合的立法例**

◆ 第二节 横向垄断协议行为

● 一、横向垄断协议行为概述

- 横向垄断协议行为，又称为横向限制竞争行为，是指两个或两个以上因生产或销售同一类型产品或提供同一类服务而处于相互直接竞争中的经营者，通过共谋而实施的限制竞争行为。企业间的横向垄断协议行为也被称作卡特尔，而在欧盟竞争法中被称为“通谋的反竞争经营行为”（collusive anti competitive practices）。我国《反垄断法》第13条第1款列举了受到禁止的横向垄断协议行为。

◆ 第二节 横向垄断协议行为

● 一、横向垄断协议行为概述

- 横向垄断协议行为的特征主要有以下几点。
- (1) 横向垄断协议行为的主体是在生产或者销售过程中具有直接或间接竞争关系的经营者，同时也包括经营者团体。
- (2) 横向垄断协议行为的主体有从事限制竞争行为的故意，即主体明知其行为会带来限制和排除竞争的后果，却希望或放任这种后果的发生。对故意的认定有主观标准说、客观标准说和折中说三种观点。
- (3) 横向垄断协议行为是行为主体以口头、书面或其他方式来订立协议或实施其他共谋行为，并在实质上损害或限制了市场竞争。

◆ 第二节 横向垄断协议行为

● 二、固定价格行为

● （一）固定价格行为的概念

● （二）固定价格行为的具体表现

- 最简单的固定价格方式是竞争者达成协议，向某些或者全部的客户收取特定的价格。如果此时客户对被固定价格的商品没有其他的选择，不能寻找到其他商品进行替代，也不能轻易地减少自己的消费量，那么被协议确定的价格就可能会有很大幅度的提高。当然，竞争者最低也会将协商的价格确定在该市场上效率最低的生产者的价格之上。

◆ 第二节 横向垄断协议行为

● 二、固定价格行为

● （三）禁止固定价格行为

- 禁止固定价格行为的理论基础是，在现实的经济生活中，能够提高效率的固定价格行为是极其少见的，由执法机构和法院去识别并许可提高效率的固定价格行为，其执法和司法的认定成本会远远超过这些行为能给社会带来的收益，因此，对固定价格行为采取当然禁止是各国反垄断法的基本精神。

◆ 第二节 横向垄断协议行为

● 三、限制数量行为

- 限制数量的垄断协议行为实际上可以作扩大化解释，即包括限制产量、限制销量、限制库存、限制原材料、限制技术的垄断协议行为。

● 四、市场划分协议行为

- 市场划分协议行为，是指具有竞争关系的经营者之间通过协议、决议或者其他协同行为，分割产品销售市场或者原材料采购市场的行为。市场划分协议可以成为间接控制价格的一种方式，即经营者不仅可以通过直接的固定价格协议控制价格，而且可以通过经营者之间的相互不竞争来间接控制价格。但无论是固定价格行为还是市场划分协议行为，对竞争的危害都是同样的。

◆ 第二节 横向垄断协议行为

● 五、联合抵制交易行为

- 联合抵制交易行为，又称为集体拒绝交易，是指竞争者之间联合起来不与其他竞争对手、供应商或者客户交易的行为。联合抵制交易行为具有多种情况。例如，有时是针对竞争者实施，有时是针对垂直关系的其他企业实施，有时是数量相当大的竞争者将特定的企业排挤出市场，有时却不是这种情况。当竞争者们联合起来迫使供应商或者客户停止与其他任何竞争对手进行交易，这就是非常典型的横向垄断协议行为。

◆ 第三节 纵向垄断协议行为

● 一、纵向垄断协议行为概述

- 纵向垄断协议行为也被称作垂直限制协议，是指两个或两个以上在同一产业中处于不同阶段而有买卖关系的经营者，通过共谋而实施的限制竞争行为。其主要类型有维持转售价格以及其他限制交易方营业自由的行为。
- （1）纵向垄断协议行为的主体处于不同的市场层次，这些行为主体之间并不是真正意义上的竞争者。
- （2）纵向垄断协议行为可以采用多种方式进行。
- （3）纵向垄断协议行为的目的是保障商品或服务的销售，从而卖方对买方销售或者转售所购买的商品进行限制。
- （4）纵向垄断协议行为的上、下游经营者之间在决策上可能具有程度不同的事实上的统一和协调，从而可能利用这种统一和协调使某一市场层次的竞争受到限制。

◆ 第三节 纵向垄断协议行为

● 二、限制转售价格行为

- 限制转售价格行为（ resale price maintenance , RPM ） ，是指制造商在向商品批发商或商品零售商提供产品时，要求它们必须按照制造商所限定的固定价格向第三人销售其产品的行为。实施这种行为的后果，就是剥夺了商品批发商或商品零售商，根据市场竞争状况作出相应价格调整以更好地进行竞争的权利。以生产经营者限定的价格销售，导致了不同经销商在产品价格上竞争力的减弱，甚至消除了同一生产经营者的产品在不同的经销商手中应当存在的价格竞争。

◆ 第四节 垄断协议豁免制度

● 一、垄断协议豁免制度的概念

- 垄断协议豁免制度，是指反垄断法本应限制或禁止某些行为，但根据法律认可或依法定程序认可，允许这些行为合法进行而不予制止或不追究行为主体法律责任的制度。

● 二、垄断协议豁免制度的具体情形

- 1.出口的垄断协议行为
- 2.确定标准的垄断协议行为
- 3.实现合理化的垄断协议行为
- 4.进口的垄断协议行为
- 5.经济危机时的垄断协议行为
- 6.中小企业的垄断协议行为

◆ 第四节 垄断协议豁免制度

● 三、我国垄断协议豁免制度

第十五条 经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用本法第十三条、第十四条的规定：

- (一) 为改进技术、研究开发新产品的；
- (二) 为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；
- (三) 为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；
- (四) 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；
- (五) 因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；
- (六) 为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；
- (七) 法律和国务院规定的其他情形。

属于前款第一项至第五项情形，不适用本法第十三条、第十四条规定的，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。

● 三、我国垄断协议豁免制度

- 1.研发协议
- 2.标准化或专业化协议
- 3.中小企业合作协议
- 4.公共利益合作协议
- 5.经济危机合作协议
- 6.进出口合作协议
- 7.其他合作协议

◆ 问题与思考

据美国《纽约时报》2001年6月3日报道参见王先林：《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究》，257~258页，北京，法律出版社，2001。 ，1992年，石墨电极的主要制造商委派高级经理在伦敦市郊外的一家机场饭店秘密会晤，最后达成全球石墨电极的固定价格协议。其主要内容包括：必须迅速提高价格，较小的公司就迅速跟上主要市场厂商的模式；不准提供折扣；市场份额仍然维持现状。此后5年中，这些公司的执行官和经理在一系列会议中实施划分市场、确定价格的秘密协议。1997年，石墨电极的价格增长了60%以上。该固定价格联盟后因其中一家石墨电极公司为争取政府的特赦向政府提供重要线索而告瓦解。

根据上述案例，请思考下列问题：

- (1) 石墨电极的主要制造商所达成的固定价格协议属于何种垄断协议行为？
- (2) 凡属不同经营者的同类产品价格的同步上浮或下降的价格变化行为都是固定价格协议行为，应当为反垄断法所禁止。这种判断是否符合反垄断法的规定？为什么？
- (3) 反垄断法禁止固定价格行为的理论基础是什么？

第八章 滥用市场支配地位行为规制

本章概要

- ◆ 第一节 禁止滥用市场支配地位行为制度概述
- ◆ 第二节 市场支配地位的认定
- ◆ 第三节 滥用市场支配地位行为及法律规制

百度遭遇中国网络反垄断调查第一案



唐山人王冠珏创办了一个普及医药知识及招商的网站——全民医药网。全民医药网和百度河北代理商签了一个《竞价排名协议》，参与时间为**2008年3月至9月份**，金额**8.9万元**，排位于**第3名**。点击一次最低价格为**0.55元**，最高为**3.8元**。

最初几个月，在百度搜索排第一名。他们网站高峰时日浏览量达8000次。6月至8月因为全民医药网要改版，全民医药网把竞价支付价格调到最低时。7月5日在百度里输入全民医药网的网址，链接一下子突然少了，以前的八万多条信息，只剩下了一个页面4条记录。被百度“屏蔽”。

律师认为：百度的屏蔽行为对其他网站之所以构成封杀是基于其获得的市场支配地位。

据相关资料表明，2008年第2季度，百度占据中国搜索引擎市场份额的64.4%。第3季度，坐拥中国搜索市场近2/3份额。到今年10月23日，百度网站发布公司新闻，已经在中国搜索引擎市场稳稳占据70%以上市场份额。

- 2007年百度年收入为17.444亿元人民币，2008年第二季度收入突破一亿美元。
- 百度对其他网站的封杀，造成两个严重的社会后果：其一、百度的封杀行为在实际上消灭了许多网络经济中的市场竞争主体，从根本上破坏了公平的市场竞争秩序，严重损害了社会主义市场经济的活力；
- 其二、出于商业目的的人工干预搜索结果的行为损害了社会大众的利益，不符合公众对于信息公开、客观的要求。
- 要求：1. **执法机构**对百度使用的搜索技术规则和搜索过程**进行调查**；
- **2. 制定**搜索技术规范 and 搜索市场服务**规范**，**强化**对搜索引擎服务的管理；
- **3. 责令**百度停止其滥用市场支配地位封杀其他网站的违法行为，并处以**1.7444**亿元人民币的**罚款**。

◆ 第一节 禁止滥用市场支配地位行为制度概述

● 一、独占、寡占与市场效果

● 1. 独占或寡占的正面效果

- (1) 独占或寡占能够发挥生产的大规模经济效益。
- (2) 独占或寡占能够促进创新活动的发展。

● 2. 独占或寡占的负面效果

- (1) 独占或寡占降低了资源使用效率。
- (2) 独占或寡占利润损害了所得分配的公平性。
- (3) 长期独占或寡占能够阻碍技术进步。
- (4) 独占或寡占特权心理改变社会的价值观。

◆ 第一节 禁止滥用市场支配地位行为制度概述

● 二、结构主义立法和行为主义立法

● （一）结构主义立法

- 结构主义的立法是指反垄断法通过控制行业集中度或规范行业集中状态，以维护竞争性的市场结构。结构主义的立法为了维护有效的市场竞争，不仅对具有市场支配地位的企业限制竞争行为进行规制，而且对不利于展开有效竞争的市场结构予以调整。

◆ 第一节 禁止滥用市场支配地位行为制度概述

● 二、结构主义立法和行为主义立法

● （二）行为主义立法

- 行为主义的立法是指反垄断法通过规范具有市场支配地位的企业的市场行为，来排除或减少滥用市场支配地位行为对竞争的危害。行为主义的立法只规范行为主体的限制竞争的行为，单纯的垄断状态并不当然构成反垄断法上的禁止。

◆ 第一节 禁止滥用市场支配地位行为制度概述

● 三、禁止滥用市场支配地位制度的宗旨

- 反垄断法创设禁止滥用市场支配地位制度的宗旨主要是：
- (1)防止占有市场支配地位的企业滥用其支配地位，对其他的、尚未取得支配地位的市场也进行垄断。
- (2)在已经存在支配地位的市场，禁止有关企业实施滥用支配地位的行为，以使其他现实的竞争者能够享有充分的竞争自由，潜在的竞争者能够自由进入该市场，保证该市场一定程度的开放和自由，而不致进一步被支配或被控制。
- (3)对于与占有市场支配地位的企业之间存在交易关系的交易相对人而言，禁止滥用市场支配地位，是为了保护他们免受对方当事人的不当剥削，保证他们享有充分的意思自由和公平交易的权利。

◆ 第二节 市场支配地位的认定

● 一、市场支配地位概述

● （一）市场支配地位的含义

- 市场支配地位（market dominant position），又称市场优势地位或市场控制地位，我国《反垄断法》将其界定为“经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位”。

● （二）市场支配地位的形态

- 1. 独占
- 2. 准独占
- 3. 绝对优势
- 4. 寡占

◆ 第二节 市场支配地位的认定

● 二、各国（地区）反垄断法对市场支配地位的界定

- （一）美国
- （二）德国
- （三）日本
- （四）欧盟

● 三、我国竞争法对市场支配地位的界定

- （一）我国《反垄断法》对市场支配地位的界定
- （二）我国台湾地区“公平交易法”对市场支配地位的界定

第十七条 禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：

- （一）以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；
- （二）没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；
- （三）没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；
- （四）没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；
- （五）没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；
- （六）没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇；
- （七）国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。

本法所称市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

第十八条 认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素：

- （一）该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；
- （二）该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；
- （三）该经营者的财力和技术条件；
- （四）其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；
- （五）其他经营者进入相关市场的难易程度；
- （六）与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。

第十九条 有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：

- （一）一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；
- （二）两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；
- （三）三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。

有前款第二项、第三项规定的情形，其中有的经营者市场份额不足十分之一的，不应当推定该经营者具有市场支配地位。

被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。

◆ 第二节 市场支配地位的认定

- 四、市场支配地位的认定标准和方法
 - （一）以市场份额为主，兼顾其他因素的市场支配地位认定标准
 - （二）市场支配地位的认定方法
 - 1.相关市场的界定
 - （1）相关产品市场。
 - （2）相关地理市场。
 - （3）相关时间市场。
 - 2.企业市场支配力的确定

◆ 第三节 滥用市场支配地位行为及法律规制

● 一、滥用市场支配地位行为概述

● （一）滥用市场支配地位行为的特征

- 滥用市场支配地位行为的特征主要表现为：
 - （1）滥用市场支配地位行为的主体是特殊主体，即只有具有市场支配地位的企业，才需要对其进行是否滥用的考量。
 - （2）滥用市场支配地位行为具有限制竞争性。现代反垄断法并不禁止市场支配地位本身，而是禁止滥用市场支配地位，消除或限制竞争，损害公平的竞争秩序的行为。
 - （3）市场支配地位与损害竞争的滥用行为之间有着必然的联系，两个要件缺一不可。

◆ 第三节 滥用市场支配地位行为及法律规制

- 一、滥用市场支配地位行为概述
- （二）各国（地区）反垄断法对滥用市场支配地位行为的规定
 - 1.美国
 - 2.德国
 - 3.欧盟竞争法
- （三）我国反垄断法对滥用市场支配地位行为的规定

◆ 第三节 滥用市场支配地位行为及法律规制

● 一、滥用市场支配地位行为概述

● （四）滥用市场支配地位行为的种类

- 1. 剥削性的滥用行为
- 2. 排挤性的滥用行为

● 二、剥削性定价行为及法律规制

- （一）垄断性高价（销售）行为
- （二）不公平的垄断性低价购买行为
- （三）剥削性定价行为的认定

◆ 第三节 滥用市场支配地位行为及法律规制

● 三、掠夺性定价行为及法律规制

- (一) 各国(地区)反垄断法对掠夺性定价行为的规定
- (二) 成本价的界定
- (三) 掠夺性定价行为与倾销行为的区别
- (四) 掠夺性定价行为的判定

● 四、附条件交易行为及法律规制

- (一) 搭售行为
- (二) 在销售商品时附加其他不合理的条件
- (三) 在技术转让中附加不合理条件

◆ 第三节 滥用市场支配地位行为及法律规制

● 五、其他滥用市场支配地位行为及其法律规制

● （一）拒绝交易行为

- 反垄断法禁止的拒绝交易行为的构成要件是：
 - （1）经营者具有市场支配地位。
 - （2）经营者直接或间接地从事了拒绝交易行为
 - （3）拒绝交易行为没有正当理由。
 - （4）拒绝交易行为已经造成或可能造成排除、限制竞争的后果。
- 该排除、限制竞争的后果，可以是立即发生的，也可以是一个逐步发生的过程。

◆ 第三节 滥用市场支配地位行为及法律规制

● 五、其他滥用市场支配地位行为及其法律规制

● (二) 限定交易行为

● (三) 差别待遇行为

- 反垄断法禁止的差别待遇行为的构成要件是：(1) 经营者必须具有市场支配地位。(2) 经营者对条件相同的交易相对人实行不同的交易价格或交易条件。这是指经营者所提供的商品或服务的质量、状态、级别、型号等都相同，只是由于交易相对人不同而给予不同的待遇。差别待遇的具体表现为：实行不同的交易数量、品种、品质等级；实行不同的数量折扣等优惠条件；实行不同的付款条件、交付方式；实行不同的保修内容和期限、维修内容和时间、零配件供应、技术指导等售后服务条件等。(3) 经营者从事差别待遇行为没有正当理由。(4) 差别待遇行为已经造成或可能造成排除、限制竞争的后果。

◆ 问题与思考

利乐国际集团公司诉欧共体委员会案参见上书，139页。

瑞典的利乐国际集团公司（Tetra Pak International SA，以下简称利乐公司）是专门从事无菌纸质软包装经营的跨国公司，其生产的产品主要包括两类：一是包装液态和半液态食品的纸盒，其中包括防腐的和非防腐的；二是与纸盒配套的罐装设备。埃罗帕科（Elopak）公司是该公司在非防腐液体食品包装上的主要竞争对手。1983年，埃罗帕科公司向欧共体委员会提起诉讼，称利乐的意大利分公司及其关联公司试图在特种纸盒销售方面进行掠夺性定价，而且在提供罐装设备的时候提出不合理的交易条件。1988年，欧共体委员会启动了调查程序。1991年7月24日，欧共体委员会在其决定中认定利乐公司的滥用行为涉及欧共体范围内四个相关市场：一是使用防腐纸盒包装液体食品的设备市场；二是与之配套的防腐纸盒市场；三是使用非防腐纸盒包装液体食品的设备市场；四是与之配套的非防腐纸盒市场。利乐公司在第一个和第二个相关市场上拥有90%~95%的市场份额，应该说具有准独占地位。第三个和第四个相关市场的竞争程度虽然较高，但依然呈现寡头垄断的结构，其中利乐公司占据50%~55%的市场份额。

◆ 问题与思考

欧共同体委员会指出，利乐公司实施了违反《欧共同体条约》第86条（即《欧盟运行条约》第102条）的下列限制竞争行为：（1）搭售行为。利乐公司在同客户签订的合同中包含限制性条款，尤其是将利乐公司的包装纸盒与包装设备搭售，限制了市场的潜在竞争。

（2）掠夺性定价。利乐公司在意大利销售其Tatra Rex非防腐纸盒时，实施掠夺性价格以排挤竞争对手，同时，在英国销售包装设备时采取掠夺性定价措施。（3）价格歧视。利乐公司在不同的成员国市场上销售包装纸盒和包装设备时推行歧视性价格。

利乐公司不服欧共同体委员会的决定，向初审法院起诉，要求撤销该决定。初审法院在1994年10月6日作出的判决中支持了委员会的观点。利乐公司遂向欧洲法院提起上诉。然而，欧洲法院在最终判决中依然判定利乐公司败诉。

根据上述案例，请思考下列问题：

- (1)什么是市场支配地位？
- (2)滥用市场支配地位行为有哪些具体表现？
- (3)如何界定相关市场？

第九章 经营者集中行为规制

本章概要

- ◆ 第一节 经营者集中行为法律规制概述
- ◆ 第二节 控制经营者集中的标准
- ◆ 第三节 控制经营者集中的程序

商务部驳回可口可乐收购计划

www.news.cn



可口可乐并购汇源遭禁

汇源收购案遭否决 中国反垄断法首次交卷

可口可乐收购汇源

2008年9月3日，可口可乐公司和中国汇源果汁集团有限公司发布公告，可口可乐旗下全资附属公司将以179.2亿港元收购汇源果汁全部已发行股份及全部未行使可换股债券。

网上资料：

汇源100%果汁占据了国内纯果汁46%的市场份额，中高浓度果汁占据39.8%的市场份额。2007年，汇源果汁销售79万吨，营业额26.56亿元。

可口可乐旗下的“酷儿”、“美汁源”等果汁饮料在中国果汁饮料市场也有一定消费影响力。全部可口可乐品牌在中国的销售额早在2005年就已超过了100亿元。

2008年9月18日，可口可乐公司向商务部递交了申报材料。9月25日、10月9日、10月16日和11月19日，可口可乐公司根据商务部要求对申报材料进行了补充。

《反垄断法》第21条：经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中。

国务院关于经营者集中申报标准的规定

经营者集中申报办法

2008年11月20日，商务部认为可口可乐公司提交的申报材料达到了《反垄断法》第23条规定的标准，对此项申报进行立案审查，并通知了可口可乐公司。

由于此项集中规模较大、影响复杂，2008年12月20日，初步阶段审查工作结束后，商务部决定实施进一步审查，书面通知了可口可乐公司。在进一步审查过程中，商务部对集中造成的各种影响进行了评估，并于2009年3月20日前完成了审查工作。

审查内容：

商务部从以下几个方面进行全面审查：

- （一）参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力；
- （二）相关市场的市场集中度；
- （三）经营者集中对市场进入、技术进步的影响；
- （四）经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响；
- （五）经营者集中对国民经济发展的影响；
- （六）汇源品牌对果汁饮料市场竞争产生的影响。

审查工作：

立案后，商务部对此项申报依法进行了审查，对申报材料进行了认真核实，对此项申报涉及的重要问题进行了深入分析，并通过书面征求意见、论证会、座谈会、听证会、实地调查、委托调查以及约谈当事人等方式，先后征求了相关政府部门、相关行业协会、果汁饮料企业、上游果汁浓缩汁供应商、下游果汁饮料销售商、集中交易双方、可口可乐公司中方合作伙伴以及相关法律、经济和农业专家等方面意见。

竞争问题评估：

确认集中将产生如下不利影响：

- 1、集中完成后，可口可乐公司有能力将其在碳酸软饮料市场上的支配地位传导到果汁饮料市场，对现有果汁饮料企业产生排除、限制竞争效果，进而损害饮料消费者的合法权益。

2、品牌是影响饮料市场有效竞争的关键因素，集中完成后，可口可乐公司通过控制“美汁源”和“汇源”两个知名果汁品牌，对果汁市场控制力将明显增强，加之其在碳酸饮料市场已有的支配地位以及相应的传导效应，集中将使潜在竞争对手进入果汁饮料市场的障碍明显提高。

3、集中挤压了国内中小型果汁企业生存空间，抑制了国内企业在果汁饮料市场参与竞争和自主创新的能力，给中国果汁饮料市场有效竞争格局造成不良影响，不利于中国果汁行业的持续健康发展。

附加限制性条件的商谈：

为了减少审查中发现的不利影响，商务部与可口可乐公司就附加限制性条件进行了商谈。商谈中，商务部就审查中发现的问题，要求可口可乐公司提出可行解决方案。可口可乐公司对商务部提出的问题表述自己的看法，并先后提出了初步解决方案及其修改方案。经过评估，商务部认为可口可乐公司针对影响竞争问题提出的救济方案，仍不能有效减少此项集中产生的不利影响。

审查决定：

根据《反垄断法》第二十八条和第二十九条，商务部认为，此项经营者集中具有排除、限制竞争效果，将对中国果汁饮料市场有效竞争和果汁产业健康发展产生不利影响。鉴于参与集中的经营者没有提供充足的证据证明集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响或者符合社会公共利益，在规定的时间内，可口可乐公司也没有提出可行的减少不利影响的解决方案，因此，决定禁止此项经营者集中。

◆ 第一节 经营者集中行为法律规制概述

● 一、经营者集中的界定

- “经营者集中”中的“集中”包括民法或者公司法意义上的合并，但又限于这种合并。反垄断法上的集中主要有三种情况：（1）狭义的合并，即民法或者公司法意义上的合并，英语“merger”通常指这种含义。（2）通过收购股份获取对其他企业的控制，即在收购企业与被收购企业（目标企业）不改变各自的法律主体资格的前提下，收购企业通过改变股权的方式取得对被收购企业的实际控制，成为事实上（而不是法律上）的同一主体。一项收购即使发生了控制权的完全转移，可能仍然使有关企业继续作为一个独立的实体从事经营。但是，共同控制意味着共同利润最大化，是反托拉斯机关的潜在的案源。（3）两个或者两个以上的企业在保留各自独立法律人格的前提下，通过合同、联营等方式形成控制与被控制的关系。

◆ 第一节 经营者集中行为法律规制概述

● 二、经营者集中行为的具体表现

● （一）横向集中

- 横向集中，又称水平集中，是指处于相同市场层次的或者说具有竞争关系的企业之间的集中。换言之，横向集中是指因生产或销售同一类型产品或提供同种服务而处于相互直接竞争中的企业之间的集中，是销售同样或者具有密切替代关系的产品的实际的或者潜在的竞争者之间的集中。

● （二）纵向集中

- 纵向集中，又称为垂直集中，是指处于不同市场层次的企业之间的集中，实际上是相互间有买卖关系的各个企业联系在一起。垂直集中本身并不影响市场集中度，但能够使以前相互独立的企业之间的交易不再受市场的制约，典型的表现方式即为工业与商业的集中。

◆ 第一节 经营者集中行为法律规制概述

● 二、经营者集中行为的具体表现

● （三）混合集中

- 混合集中是指处于不同市场的企业之间的集中行为。混合集中一般不会影响和改变市场结构，而且由于生产不同产品的企业可以使用共同的销售渠道或在共同研制和开发新产品中得到好处，因而可以改善企业间的资金流通，企业通过多样化的生产还可以降低市场风险。一般情况下，混合集中没有太多的不利影响，因此，混合集中大多数是被允许的，只有在混合集中产生和加强企业的市场支配地位的时候，才会出现反垄断法上的问题。

◆ 第一节 经营者集中行为法律规制概述

- **三、各国（地区）反垄断法对经营者集中行为的规制**
 - （一）美国反垄断法对经营者集中行为的规制
 - （二）德国反垄断法对经营者集中行为的规制
 - （三）日本反垄断法对经营者集中行为的规制
 - （四）欧盟竞争法对经营者集中行为的规制
- **四、我国反垄断法对经营者集中行为的法律规制**
 - （一）我国《反垄断法》对经营者集中行为的规定
 - （二）我国台湾地区“公平交易法”的规定

◆ 第二节 控制经营者集中的标准

- 一、我国对经营者集中申报标准的规定
- 二、各国(地区)反垄断法规定的控制经营者集中的审查标准
 - (一) “市场支配地位”标准
 - (二) “严重损害竞争”标准
- 三、经营者集中行为的抗辩
 - (一) 效率抗辩
 - (二) 公共利益抗辩
 - (三) 国际竞争力抗辩
 - (四) 破产抗辩

◆ 第三节 控制经营者集中的程序

- 一、经营者集中的申报
- 二、经营者集中的审查
 - （一）相关市场的界定
 - （二）认定介入相关市场的企业及其市场份额
 - （三）认定集中产生的潜在的不利后果
 - （四）市场进入障碍
 - （五）效率等抗辩

◆ 第三节 控制经营者集中的程序

- **三、经营者集中的审查决定**
 - (一) 禁止经营者集中和不予禁止经营者集中
 - (二) 附加限制性条件

- **四、违反申报义务的法律后果**

◆ 问题与思考

1986年在美国发生了可口可乐公司打算收购Dr Pepper公司以及合并其经营一案。该两家公司各自制造味道不同的含二氧化碳的饮料。如果对相关市场作出相对狭窄的界定，如将相关市场界定为只包括可乐饮料，则这两家公司就不会是实际的竞争者，该合并就不会具有反竞争性。如果将相关市场界定得非常宽泛，包括多种类型的饮料，如含二氧化碳的饮料、咖啡和茶，那么该两家公司就具有竞争关系，但由于市场太大，其合并不被认为具有反竞争性。美国联邦贸易委员会在调查这些建议后得出的结论是：贴有“含二氧化碳软饮料”标签的产品在市场上属于具有竞争关系的产品。在该市场上，可口可乐公司是最大的企业，1985年在美国的总销售额中超过了37%，而Dr Pepper公司是第四大企业，拥有5%的销售额。美国联邦贸易委员会认为该合并会实质性地减少竞争，请求法院予以阻止。法院认为，尽管几种不同类型的饮料之间可能存在着某种竞争，但事实上可口可乐的主要竞争者其他的“含二氧化碳软饮料”，因而这些饮料构成一个市场。最终法院命令禁止该合并。

根据上述案例，请回答下列问题：

- (1)美国是怎样对经营者集中行为进行控制的？
- (2)为什么说界定相关市场是规制经营者集中行为的基础？
- (3)以美国为例简述反垄断法控制经营者集中的程序。

第十章 行政性垄断行为规制

本章概要

- ◆ 第一节 行政性垄断行为规制概述
- ◆ 第二节 行政性垄断行为的具体表现形式
- ◆ 第三节 行政性垄断行为的法律规制

◆ 第一节 行政性垄断行为规制概述

● 一、行政性垄断行为的概念

● 二、行政性垄断行为的特征

- 1. 实施行政性垄断行为的主体是除中央政府以外的行政主体
- 2. 行政性垄断行为是行政主体对行政权力的滥用
- 3. 行政性垄断行为客观上可能或已经“实质性地”限制了其他市场主体的公平竞争
- 4. 行政性垄断行为具有抽象性、强制性和隐蔽性的特点

◆ 第一节 行政性垄断行为规制概述

● 三、行政性垄断行为的危害

● 1.行政性垄断行为的经济性危害

- 行政性垄断行为抑制了正常的市场自由竞争，压抑了企业创新的动力，阻碍了优势企业正常的发展，降低了整个社会的经济效益，阻碍了经济进步。此外，行政性垄断行为还打乱了公平竞争的市场秩序，是一种典型的政治国家滥用权力侵害市民社会的不当行为。
- 行政性垄断行为不仅损害了公平和自由的竞争，而且直接损害了被庇护企业之外的其他经营者的合法权益，直接或间接地损害了消费者的利益。

◆ 第一节 行政性垄断行为规制概述

● 三、行政性垄断行为的危害

● 2.行政性垄断行为的政治性危害

- “权力寻租”理论是公共选择学派将经济理论在政治活动或政府选择领域中运用后的一个重大发现，而行政性垄断行为往往是“权力寻租”的衍生物。而且，行政性垄断行为导致政企不分、政府效率低下，阻碍政治体制改革进程。

◆ 第二节 行政性垄断行为的具体表现形式

● 一、地区垄断

- 地区垄断是指某一地区的政府及其他政府职能部门为保护本地企业和经济利益而实施的排除、限制或阻碍外地企业参与本地市场竞争或本地企业参与外地市场竞争的行为。

● 二、部门垄断

- 部门垄断是指政府或政府主管部门为保护某特定行业的企业及其经济利益而实施的排除、限制或阻碍其他行业参与竞争的行为。

◆ 第二节 行政性垄断行为的具体表现形式

● 三、强制联合限制竞争

- 强制联合限制竞争是指政府或政府主管部门强制本地区或本部门的企业联合行动以排除、限制或阻碍其他经营者参与竞争的行为。

● 四、行政性强制交易行为

- 行政性强制交易行为是指政府或政府部门滥用行政权力限定他人购买其指定的经营者的商品，从而排挤其他经营者公平竞争的行为。

◆ 第三节 行政性垄断行为的法律规制

- 一、规制行政性垄断行为的几种不同观点
- 二、各国（地区）反垄断法对行政性垄断行为的规制
 - （一）发达国家（地区）反垄断法对行政性垄断行为的规制
 - 1.美国反托拉斯法对行政性垄断行为的规制
 - 2.欧盟竞争法对行政性垄断行为的规制

◆ 第三节 行政性垄断行为的法律规制

- 二、各国（地区）反垄断法对行政性垄断行为的规制
 - （二）发展中国家和经济转型国家（地区）反垄断法对行政性垄断行为的规制
 - 1.匈牙利禁止不正当竞争法对行政性垄断行为的规制
 - 2.保加利亚保护竞争法对行政性垄断行为的规制
 - 3.俄罗斯限制垄断活动法对行政性垄断行为的规制
 - 4.乌克兰禁止垄断和不正当竞争行为法对行政性垄断行为的规制

◆ 第三节 行政性垄断行为的法律规制

- 三、我国竞争立法对行政性垄断行为的规制
 - （一）《招标投标法》和《药品管理法》对行政性垄断行为的规制
 - （二）国务院文件对行政性垄断行为的规制
 - （三）我国《反垄断法》对行政性垄断行为的规制

◆ 问题与思考

2 2008年8月11日，上海中网网络有限公司、江苏南大数码科技有限公司两家防伪企业，通过同一代理律师周泽，分别以同样的事实和理由，向北京市第一中级人民法院对国家质检总局再次提起诉讼。这是2008年8月1日《反垄断法》实施以来，以北京兆信为首的四家防伪企业，以行政性垄断为由将国家质检总局告上法庭后，国家质检总局遭遇的第二起反垄断诉讼。据了解，从2005年4月开始，国家质检总局不断推广一家名为中信国检的企业经营的中国产品质量电子监管网（以下简称电子监管网）的经营业务，要求我国69类产品的生产企业对所生产的产品必须赋码加入电子监管网，供消费者向该网站查询。入网企业需缴纳数据维护费，消费者查询需支付查询信息费和电话费。与此前的四家防伪企业一样，两原告对国家质检总局联名起诉的理由是，国家质检总局强推自己持有30%干股的中信国检经营的电子监管网经营业务，在防伪行业限制和排除竞争，违反了《反垄断法》的规定，损害了包括原告在内的其他防伪企业的正当竞争权益。见人民网，《京华时报》讯（记者胡笑红），访问日期：20080812。

根据上述材料，请回答下列问题：

- （1）国家质检总局强推中信国检经营的电子监管网经营业务的行为是否构成行政性垄断行为？
- （2）行政性垄断行为是否应该由反垄断法来规制？

第十一章 反不正当竞争法总论

本章概要

- ◆ 第一节 不正当竞争行为的界定
- ◆ 第二节 反不正当竞争法的概念和特征
- ◆ 第三节 反不正当竞争法的立法目的与一般条款
- ◆ 第四节 反不正当竞争法与反垄断法的关系

◆ 第一节 不正当竞争行为的界定

● 一、不正当竞争行为的概念和特征

- 1.不正当竞争行为是经营者的行为
- 2.不正当竞争行为是违法的行为
- 3.不正当竞争行为是违反商业道德的行为
- 4.不正当竞争行为是侵犯其他经营者合法权益的行为
- 5.不正当竞争行为是扰乱市场竞争秩序的行为

◆ 第一节 不正当竞争行为的界定

● 二、不正当竞争行为的种类

● （一）侵害特定同业者利益的行为和侵害全体同业者利益的行为

- 以侵害对象是否特定为标准，不正当竞争行为可以划分为侵害特定同业者利益的行为和侵害全体同业者利益的行为。
- 侵害特定同业者利益的行为主要是指市场混淆行为、商誉诋毁行为等，而侵害全体同业者利益的行为主要包括误导性宣传行为、虚假标示行为等。

◆ 第一节 不正当竞争行为的界定

● 二、不正当竞争行为的种类

● （二）欺骗性市场交易行为和利诱性市场交易行为

- 根据行为采取手段的性质不同，不正当竞争行为可以划分为欺骗性市场交易行为和利诱性市场交易行为。

● （三）列举式的不正当竞争行为和概括加列举式的不正当竞争行为

- 以各国（地区）竞争法对不正当竞争行为的界定模式区分，不正当竞争行为可以划分为列举式的不正当竞争行为和概括加列举式的不正当竞争行为。

◆ 第一节 不正当竞争行为的界定

● 二、不正当竞争行为的种类

● （四）我国《反不正当竞争法》对不正当竞争行为的分类

- 1.混淆行为
- 2.商业贿赂行为
- 3.误导性宣传行为
- 4.侵犯商业秘密行为
- 5.不正当有奖销售行为
- 6.诋毁商誉行为
- 7.互联网领域不正当竞争行为

◆ 第一节 不正当竞争行为的界定

● 三、不正当竞争行为的危害

- (1)不正当竞争行为损害了合法经营者的权益，使合法经营者蒙受巨大的经济损失。
- (2)不正当竞争行为直接或间接损害了用户或消费者的正当权益。
- (3)不正当竞争行为破坏了正常的竞争秩序，败坏了商业道德。
- (4)不正当竞争行为损害了社会整体利益。

◆ 第二节 反不正当竞争法的概念和特征

● 一、反不正当竞争法的概念

- 反不正当竞争法是指制止经营者采用欺骗、胁迫、利诱以及其他违背诚信原则的手段从事市场交易的各种不正当竞争行为，维护公平竞争的商业道德和交易秩序的法律制度。反不正当竞争法与维护自由竞争的反垄断法一起，共同构成现代竞争法的两大重要组成部分。

◆ 第二节 反不正当竞争法的概念和特征

● 二、反不正当竞争法的特征

- 1.调整范围具有针对性
- 2.调整手段具有综合性，并且以行政手段为主、其他手段为辅
- 3.实体法与程序法相结合
- 4.弥补性

◆ 第三节 反不正当竞争法的立法目的与一般条款

● 一、反不正当竞争法的立法目的

● 二、反不正当竞争法的一般条款

● （一）一般条款的界定

● （二）各国（地区）反不正当竞争法中的一般条款

● 1.德国《反不正当竞争法》的一般条款

● 2.瑞士《反不正当竞争法》的一般条款

● 3.我国《反不正当竞争法》的一般条款

- 第二条 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。

- 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。

- 本法所称的经营者，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。

◆ 第四节 反不正当竞争法与反垄断法的关系

● 一、反不正当竞争法与反垄断法的区别

- 1.目的不同
- 2.作用不同
- 3.调整对象不同
- 4.规范方式不完全相同
- 5.调整方法和救济措施不同

● 二、反不正当竞争法与反垄断法的联系

- 1.调整范围存在交叉和重叠
- 2.立法存在合并和交叉
- 3.执法机构的统一
- 4.违法制裁近似

◆ 问题与思考

北京金融城网络有限公司诉成都财智软件有限公司不正当竞争纠纷案转引自徐孟洲：《经济法学原理与案例教程》，184～185页，北京，中国人民大学出版社，2006。案情参见北京市第二中级人民法院（2000）二中初字第122号民事判决书。

原告北京金融城网络有限公司（以下简称金融城公司）与被告成都财智软件有限公司（以下简称财智公司）均为经营计算机网络信息服务的企业法人。金融城公司于2000年2月与中国建设银行北京市分行（以下简称建行北京分行）合作开设了295金融城网站（网址为：<http://www.295net.cn>），财智公司此前开设了财智网（网址为：<http://www.imoney.com.cn>）。在这两家公司开设的网站中均有金融信息服务内容。为向公众提供外汇交易服务信息，金融城公司通过与建行北京分行合作，制作了“中国建设银行北京市分行外汇币种走势图”，并在295金融城网“外汇频道”中发布。金融城公司通过自己开发的专用软件对建行北京分行提供的外汇交易牌价数据进行处理后，以曲线图的形式在网上发布，交易走势图上反映的外汇行情变化曲线每30秒钟刷新一次。

（接下页）

该交易走势图在295金融城网站页面上的显示状态是一幅独立于页面背景内容的图形，标题即为“中国建设银行北京市分行外汇币种走势图”，图页本身没有制作者标志。2000年6月中旬，财智公司在所开设的财智网上，越过295金融城网站主页，直接对在该网外汇中心频道下的交易走势图进行了链接，将其链至财智网外汇中心栏目下。在链接期间财智公司没有对被链走势图整体显示状态进行修改。同年8月中旬，财智公司经与金融城公司联系，在得知金融城公司不同意此链接行为后，随即自行取消了链接。然而，金融城公司还是将财智公司推上了被告席，认为“财智公司未经本公司许可，在其开设的财智网上越过295金融城网站主页，直接对‘交易走势图’建立链接，其行为足以使访问者误以为财智网是‘交易走势图’的开发制作者，已构成不正当竞争”。

根据上述案例请思考下列问题：

- (1)财智公司的行为是否构成不正当竞争行为?如果是，它属于我国反不正当竞争法规定的哪一类不正当竞争行为?
- (2)如何看待反不正当竞争法中的一般条款，其价值与意义如何?

第十二章 市场混淆行为规制

第六条 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。



本章概要

- ◆ 第一节 市场混淆行为概述
- ◆ 第二节 假冒他人注册商标行为
- ◆ 第三节 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的行为
- ◆ 第四节 擅自使用他人有一定影响的企业名称、社会组织名称或姓名的行为
- ◆ 第五节 擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页的行为

◆ 第一节 市场混淆行为概述

● 一、市场混淆行为的概念和特征

● （一）市场混淆行为的概念

- 市场混淆行为也被称为欺骗性交易行为或仿冒行为，是指经营者采用擅自使用他人有一定影响的标识或名称等的不正当竞争手段，使其商品、营业或服务与他人的商品、营业或服务相混同，而导致或者足以导致购买者误认的不正当竞争行为。

◆ 第一节 市场混淆行为概述

● 一、市场混淆行为的概念和特征

● （二）市场混淆行为的特征

- (1)市场混淆行为涉及三方当事人，即混淆行为的实施者、被混淆的经营者和购买者。
- (2)被混淆的客体是其他经营者的商品或服务的特定的标识。
- (3)市场混淆行为的目的是造成与其他经营者的商品或服务的混淆，行为的后果是已经或者可能造成市场混淆。

◆ 第一节 市场混淆行为概述

- 二、“误认”或“混淆”结果的认定
 - （一）“误认”和“混淆”结果的发生应作广义的解释
 - （二）“误认”和“混淆”结果的发生需要进行综合平衡
- 三、市场混淆行为的法律规制
 - （一）《巴黎公约》及《反不正当竞争示范条款》
 - （二）大陆法系国家的相关规定
 - （三）英国禁止仿冒制度
 - （四）我国反不正当竞争法对市场混淆行为的规制

◆ 第二节 假冒他人注册商标行为

● 一、假冒他人注册商标行为的界定

● （一）假冒他人注册商标行为的法律规制

- （1）未经商标注册人的许可，在同一种商品或类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；（2）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或近似的商标，容易导致混淆的；（3）销售侵犯注册商标专用权的商品的；（4）伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；（5）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；（6）故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的；（7）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

◆ 第二节 假冒他人注册商标行为

● 一、假冒他人注册商标行为的界定

● （二）假冒他人注册商标行为的具体表现形式

- 1.在同一商品或服务上使用与他人注册商标相同的商标
- 2.在同一商品或服务上使用与他人注册商标近似的商标
- 3.在类似商品或服务上使用与他人注册商标相同的商标
- 4.在类似商品或服务上使用与他人注册商标近似的商标

◆ 第二节 假冒他人注册商标行为

● 一、假冒他人注册商标行为的界定

● （二）假冒他人注册商标行为的具体表现形式

- 1.在同一商品或服务上使用与他人注册商标相同的商标
- 2.在同一商品或服务上使用与他人注册商标近似的商标
- 3.在类似商品或服务上使用与他人注册商标相同的商标
- 4.在类似商品或服务上使用与他人注册商标近似的商标

● 二、假冒未注册商标行为的法律规制

- **一、被使用的商品名称、包装、装潢，必须是他人的且有一定影响**
- **二、擅自使用标识的行为不限于对商品的名称、包装、装潢作相同或近似的使用**
- **三、擅自使用标识的行为必须造成与他人的商品相混淆**
- **四、擅自使用标识的行为必须是对他人商品的有关标识的擅自使用**

◆ 第四节

擅自使用他人有一定影响的企业名称、社会组织名称或姓名的行为

- 一、企业名称、社会组织名称或姓名
- 二、擅自使用他人有一定影响的的企业名称、社会组织名称或姓名的行为的构成要件

- 2013年6月，先后28次访问中国的法国著名服装设计师皮尔·卡丹先生出席了南京国际服装节。在展厅里，一个高达2米的“意大利皮尔·卡丹（香港）国际有限公司”的广告牌赫然而立。卡丹先生摊开双手，一副困惑和吃惊的样子：“我没有这个公司！”



浙江宁波的一家企业将驰名商标“苏泊尔”在香港注册了“苏泊尔集团（香港）有限公司”的企业名称，然后以“苏泊尔集团（香港）有限公司”的名义授权宁海一心金属电器有限公司使用其企业名称，收取企业名称使用费。宁海一心金属电器有限公司则在其生产的压力锅产品及包装、装潢上突出使用“苏泊尔集团（香港）有限公司”的企业名称，使消费者误认为是“浙江苏泊尔集团有限公司”在香港投资的公司生产的压力锅产品。

- 1.被冒用的对象是他人域名主体部分、网站名称、网页
- 2.行为人未经权利人许可而对他人的域名主体部分、网站名称、网页加以利用
- 3.擅自使用行为引人误认为是他人的商品或服务

◆ 问题与思考

2012年7月6日，广药集团与加多宝公司分别向法院提起诉讼，均主张享有“红罐王老吉凉茶”知名商品特有包装、装潢的权益，并据此诉指对方生产、销售的红罐凉茶商品的包装、装潢构成侵权。广东省高级人民法院一审认为，“红罐王老吉凉茶”包装、装潢的权益享有者应为广药集团，大健康公司经广药集团授权生产、销售的红罐凉茶不构成侵权。由于加多宝公司不享有涉案包装、装潢的权益，故其生产、销售的一面“王老吉”、一面“加多宝”和两面“加多宝”的红罐凉茶均构成侵权。广东省高级人民法院判令加多宝公司停止侵权行为，刊登声明消除影响，并赔偿广药集团经济损失1.5亿元及合理维权费用26万余元。

加多宝公司不服一审判决，向最高人民法院提起上诉。最高人民法院终审判决认为，本案中的知名商品为“红罐王老吉凉茶”，在“红罐王老吉凉茶”产品的罐体上包括“黄色王老吉文字、红色底色等色彩、图案及其排列组合等组成部分在内的整体内容”，为知名商品的特有包装、装潢。广药集团与加多宝公司均主张对“红罐王老吉凉茶”的特有包装、装潢享有权益，具体而言：作为“王老吉”注册商标的权利人，广药集团认为，因“王老吉”商标是包装、装潢不可分割的组成部分，并发挥了指示商品来源的显著识别作用，消费者当然会认为“红罐王老吉凉茶”来源于“王老吉”商标的权利人，而配方、口味并不会影响消费者对商品的识别和判断。作为“红罐王老吉凉茶”曾经的实际经营者，加多宝公司认为，包装、装潢的权益与“王老吉”商标权的归属问题各自独立，互不影响。

◆ 问题与思考

消费者喜爱的是由加多宝公司生产并选用特定配方的“红罐王老吉凉茶”，本案包装、装潢由加多宝公司使用并与前述商品紧密结合，包装、装潢的相关权益应属于加多宝公司。最高人民法院对此认为，结合“红罐王老吉凉茶”的历史发展过程、双方的合作背景、消费者的认知及公平原则的考量，因广药集团及其前身、加多宝公司及其关联企业，均对涉案包装、装潢权益的形成、发展和商誉建树发挥了积极的作用，将涉案包装、装潢的权益完全判归一方所有，均会导致显失公平的结果，并可能损及社会公众利益。因此，涉案知名商品特有包装、装潢的权益，在遵循诚实信用原则和尊重消费者认知并不损害他人合法权益的前提下，可由广药集团与加多宝公司共同享有。在此基础上，广药集团所称加多宝公司生产销售的红罐凉茶商品，以及加多宝公司所称大健康公司根据广药集团授权生产销售的红罐凉茶商品构成擅自使用他人知名商品特有包装、装潢的主张，均不能成立，对广药集团及加多宝公司的诉讼请求均予以驳回。

根据上述案例请思考下列问题：

- (1)请结合新修订的《反不正当竞争法》第6条，分析本案中涉及的各项法律关系。
- (2)如何确定该案中的赔偿数额？

第十三章 商业贿赂行为规制

第七条 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。

经营者在交易活动中，可以以明示方式向交易相对方支付折扣，或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的，应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。

经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。

本章概要

- ◆ 第一节 商业贿赂行为概述
- ◆ 第二节 商业贿赂行为的法律规制
- ◆ 第三节 商业贿赂行为的表现形式

◆ 第一节 商业贿赂行为概述

● 一、商业贿赂行为的概念

- 商业贿赂行为是指经营者为获得交易机会或有利的交易条件，为获取优于其竞争对手的竞争优势，而采用财物或其他手段贿赂特定经营者或者与经营活动密切相关的个人的行为。
- 商业贿赂行为包括商业行贿与商业受贿两个方面。

◆ 第一节 商业贿赂行为概述

● 二、商业贿赂行为的特征

- 1.商业贿赂行为的主体是经营者或与经营活动密切相关的个人
- 2.商业贿赂行为在主观上是故意和自愿的，行贿者的目的是获得交易机会和竞争优势
- 3.商业贿赂行为采取隐蔽的方式进行
- 4.商业贿赂行为采取的不正当竞争手段具有多样性
- 5.商业贿赂行为具有违法性和极大的社会危害性

◆ 第二节 商业贿赂行为的法律规制

- 一、各国对商业贿赂行为的法律规制
 - (一) 美国
 - (二) 德国
 - (三) 奥地利
- 二、我国对商业贿赂行为的法律规制
 - (一) 禁止商业贿赂行为的《反不正当竞争法》及相关规章
 - (二) 禁止商业贿赂行为的相关立法
 - (三) 禁止商业贿赂行为的刑事立法

◆ 第三节 商业贿赂行为的表现形式

- 一、商业贿赂行为与回扣行为
- 二、商业贿赂行为与佣金行为
- 三、商业贿赂行为与附赠行为
- 四、其他商业贿赂行为
- 五、单位员工贿赂行为及其例外情况

郑州市金水区是河南省重要的汽配集散地和汽修集中地。长期以来，郑州市汽修汽配市场价格混乱，表现之一就是：修车厂给前来修车的司机回扣或馈赠高档礼品等。在某些汽车修理厂里竟挂着一件件高档西装，柜台内摆者一块块进口手表。在经三路的一家汽车修理厂，一位开公车的司机修完车后，获赠了一块价值2000多元的进口手表和一条1000多元的高级皮带。这两件东西自然全部开到修车发票里拿到单位报销了。

- 谢氏父子在长达**10**年非法给付旅游业**1.7**亿港元回扣一事随之曝光。谢瑞麟珠宝为每名进入其珠宝陈列室的游客，向导游支付**30**港元的回扣，若有游客消费，则其回扣将上升到**50**港元。此外，若消费钻石首饰，导游的回扣将高达相关首饰售价的近三成。每辆开往谢瑞麟珠宝店的旅游巴士也有价码：一辆小巴**50**港元，一辆大巴**100**港元。回扣金额在数年间不断积累，最终成为**1.7**亿港元的巨额商业贿赂，涉及**200**多家旅行社。



葛兰素史克中国是在华规模最大的跨国制药企业之一。 **2013年7月11日**，公安部的一则通报成为国内外医药界的一枚重磅炸弹：因涉嫌严重商业贿赂等经济犯罪，葛兰素史克(中国)投资有限公司部分高管被依法立案侦查。其中包括葛兰素史克中国**4**名高管在内的超过**20**名药企和旅行社工作人员。

涉案高管利用旅行社虚增会议规模和虚报会议两种模式套取资金进行行贿。例如:某个会议，比如原本只组织了**30**个人，报账时，旅行社按药企的意思，虚增**20**人，按**50**个人报账。这些虚增套取的现金，一部分被高管非法侵占，据为己有；一部分留在旅行社账上，成为葛兰素史克用来行贿的“备用金”，用以维护医院领导、医生关系，或者对政府职能部门个别官员行贿，或用于消费、旅游。

葛兰素史克中国涉案高管受访时坦陈，包括行贿费用在内的各种运营成本助推了药价虚高，保守估计“运营成本”占到药价成本的**20%~30%**。“

◆ 问题与思考

近年来跨国公司在中国进行商业贿赂的事件详细报道见

<http://news.csdn.net/n/20071012/109501.html>。

2003年12月，沃尔玛曝出“行贿”丑闻。昆明沃尔玛管理服务有限公司董事邹某在报审昆明沃尔玛管理服务有限公司项目时，为云南省对外贸易经济合作厅原党组书记、厅长彭某的妻子程某在香港导购，并为其支付了十余万元人民币的购物费。

2004年3月，世界500强之一、知名制药企业默沙东（MSD）公司解雇了二十多名中国分区副经理和医药代表，理由是“假以学术推广的名义报销娱乐费”。

2004年4月6日，电信设备生产商朗讯科技中国地区四高官因“在企业运营中存在财务舞弊及内部管理控制不力”而集体翻船，其中包括中国区总裁戚某、首席运营官关某和财务主管、市场部经理。朗讯表示，该公司在针对《反海外贿赂法》的执行情况对其23个国家和地区的业务部门进行审查时，发现了中国区存在的问题。

◆ 问题与思考

2005年5月，全球最大的诊断设备生产企业DPC中国子公司天津德普公司被告发从1991年到2002年期间，向中国的实验室工作人员及公立医院医生行贿现金162 3万美元，用来换取这些医疗机构购买DPC公司的产品和服务，天津德普公司从中赚取200万美元的利润。

2006年1月，日本著名油漆厂商立邦漆也身陷“贿赂”丑闻。长春油漆市场工商管理人员发现，选用立邦漆的一些油漆工会得到额外的补助或者奖励。也就是说，立邦漆利用隐性的“回扣”收买施工人员，增加其销售业绩。

2006年9月，中国建设银行股份有限公司原董事长张某涉嫌在批准信息技术（IT）合同时收受贿赂，知名IT厂商IBM公司被卷入此案。北京市第一中级人民法院在判决书中提到，IBM曾向一个协助行贿张某的销售代理支付了22 5万美元。

思考：根据上述事件，结合我国国情，从法学角度，谈谈如何完善商业贿赂的法律规制。

第十四章 误导性宣传行为规制

第八条 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。

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。

本章概要

- ◆ 第一节 误导性宣传行为概述
- ◆ 第二节 误导性宣传行为的界定
- ◆ 第三节 误导性宣传行为的表现形式

◆ 第一节 误导性宣传行为概述

● 一、误导性宣传行为的概念

● 二、误导性宣传行为的特征

- 1.误导性宣传行为的宣传内容涉及商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等情况
- 2.误导性宣传行为的宣传形式不限于“在商品上”、“通过广告”和其他方法等
- 3.经营者进行宣传时从事的是虚假或引人误解的宣传行为
- 4. 误导性宣传的帮助行为亦构成不正当竞争行为

下列“广告词”你熟悉吗？

- 1、使用十天即可使人增高十公分的“人体增高器”；
- 2、只花二十元“资料费”即可使人一年成为万元户的“技术资料”；
- 3、一次使用即可更换老化皮肤，十次使用即可使人改变容颜的“换肤霜”；
- 4、声称市场上其他儿童浴皂都有刺激性，唯有自己的商品没有副作用；
- 5、用过许多其他商品，只有某某商品才是最好的；
- 6、吃了好多药总不见好，吃了某某药一次就灵之类的广告。

◆ 第一节 误导性宣传行为概述

● 三、误导性宣传行为的法律规制

● （一）各国法律对误导性宣传行为的规制

- 1.美国
- 2.德国
- 3.日本
- 4.《巴黎公约》

● （二）我国相关的法律规定

◆ 第二节 误导性宣传行为的界定

- 一、虚假宣传行为的界定
 - 1.后果原则
 - 2.积极宣传与消极宣传兼顾的原则
 - 3.产生误导可能性原则

◆ 第二节 误导性宣传行为的界定

● 二、引人误解宣传行为的界定

● （一）一般消费者施以普通注意原则

- 1.根据受宣传引导的人进行判断
- 2.根据一般消费者施以普通注意的通常理解进行判断

● （二）整体观察原则及比较主要部分原则

- 1.整体观察原则
- 2.比较主要部分原则

● （三）异时异地隔离观察原则

◆ 第三节 误导性宣传行为的表现形式

- 一、**虚假或引人误解的广告宣传行为**
 - (一) 诱饵广告
 - (二) 荐证广告
 - (三) 比较广告
- 二、**对商品或服务价格的虚假或引人误解的宣传行为**
- 三、**对商品质量的虚假或引人误解的宣传行为**

• 2013年4月21日，国家工商总局等11个部门联合发布了《虚假社会广告整治工作方案》，明确提出了在药品、保健食品、化妆品、医疗器械、药品、化妆品、保健品、医疗服务、专家介绍、商品推介、评优、特点、性能、效果等，如“我用、我吃、我喝……”等台词，都属于虚假违法广告行为。

• 而在“藏秘排油”的广告中，不但有医学专家，甚至还有各类人士的现身说法，而且夸大了减肥和调节血脂的保健功能。

• 2007年8月23日，国务院召开全国产品质量和食品安全专项整治工作会议，明确禁止以虚假广告、专家名

◆ 第三节 误导性宣传行为的表现形式

- 四、对商品产地的虚假或引人误解的宣传行为
- 五、对评价性状况的虚假或引人误解的宣传行为
- 六、误导性宣传的帮助行为
- 七、其他虚假或引人误解的宣传行为

◆ 问题与思考

宁夏现代通讯有限公司手机销售涉嫌虚假宣传案见

[http://www people com cn/GB/guandian/183/6103/6104/2677792 html](http://www.people.com.cn/GB/guandian/183/6103/6104/2677792.html)。

2004年2月6日至18日，宁夏现代通讯有限公司为吸引顾客，在情人节期间为增加市场销售量而推出的“手机总动员”促销活动中，分别在银川一些媒体做了如下宣传：凡活动期间在现代通讯旗舰店购买任意一款手机满1 000元者送100元消费卡，满2 000元者送200元消费卡，依此类推。顾客可持所领消费卡到“九龙海浴”进行洗浴，去“梦巴黎婚纱摄影”拍照留念，去“摩登丝休闲服饰专卖”购买休闲牛仔，到“郑青青美容美发”换个新形象，或到“周景世荣鲜花礼品”购买鲜花，到“名典西餐咖啡茶语”进行消费。但在上述促销宣传中只提到购买手机返消费卡，并未告知消费卡使用的相关限制条件，消费卡上也未注明相关限制条件。而众多消费者正是在活动期间看到广告，以为100元的消费卡就等同于100元现金，才去购买手机的。当消费者拿着消费卡去指定地点进行消费时，却被告知只能购买指定商品、接受限定服务，如在“九龙海浴”只能消费浴资，在“周景世荣鲜花礼品”只限购买鲜花，在“郑青青美容美发”只限美容美发项目，在“名典西餐咖啡茶语”只限购买吧台的饮品。消费者据此向活动单位宁夏现代通讯有限公司及银川市工商局12315消费投诉举报中心进行投诉，认为商家损害了自己的消费权益。

◆ 问题与思考

宁夏现代通讯有限公司也向银川市工商局提供了在该活动开展期间接到的7名消费者投诉名单。该公司工作人员同时证实，该活动从促销效果看，达到了公司的促销目的，销量增加，也给竞争对手的促销活动造成了一定影响，但也导致了消费者的投诉。

根据上述案例，请思考下列问题：

- (1)宁夏现代通讯有限公司的行为是否构成反不正当竞争行为？具体属于哪一类反不正当竞争行为？
- (2)如该公司行为构成误导性宣传，其具体表现形式是什么？
- (3)结合该案例，谈谈如何界定引人误解或虚假宣传的不正当竞争行为。

第十五章 侵犯商业秘密行为规制

第九条 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。

经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。

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。

本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。

本章概要

- ◆ 第一节 侵犯商业秘密行为概述
- ◆ 第二节 商业秘密的界定
- ◆ 第三节 侵犯商业秘密行为的表现形式

◆ 第一节 侵犯商业秘密行为概述

● 一、侵犯商业秘密行为及其危害

- 1.侵犯商业秘密行为严重损害了商业秘密权利人的合法权益
- 2.侵犯商业秘密行为扰乱了市场经济秩序
- 3.侵犯商业秘密行为破坏了公平竞争的法律环境

◆ 第一节 误导性宣传行为概述

● 二、各国法律对侵犯商业秘密行为的规制

- (一) 美国
- (二) 德国
- (三) 日本

● 三、我国法律对侵犯商业秘密行为的规制

- (一) 民事手段的规制
- (二) 行政手段的规制
- (三) 刑事手段的规制

◆ 第二节 商业秘密的界定

● 一、商业秘密的概念和特征

● (一) 商业秘密的概念

● (二) 商业秘密的特征

- 1.商业秘密是人类智力活动的产物，具有非物质属性
- 2.商业秘密具有可传授性和可转让性
- 3.商业秘密无法得到传统的知识产权法的直接保护
- 4.商业秘密具有秘密性
- 5.商业秘密具有价值性
- 6.商业秘密具有保密性

◆ 第二节 商业秘密的界定

● 二、商业秘密的构成要件

- (一) 秘密性
- (二) 价值性
- (三) 保密性

● 三、商业秘密与客户名单

- (一) 美国判例所确定的认定标准
- (二) 日本判例所确定的认定标准
- (三) 我国确定的基本认定标准

◆ 第三节 侵犯商业秘密行为的表现形式

● 一、不正当获取商业秘密的行为

- 1.以盗窃手段获取商业秘密行为
- 2.以贿赂手段获取商业秘密行为
- 3.以欺诈手段获取商业秘密行为
- 4.以胁迫手段获取商业秘密行为
- 5.以其他不正当手段获取商业秘密行为

◆ 第三节 侵犯商业秘密行为的表现形式

● 二、不当披露、使用、允许他人使用商业秘密的行为

- 1.不当披露行为
- 2.不当使用行为
- 3.不当允许他人使用行为

● 三、合法持有但违反义务或要求的侵犯商业秘密行为

- 1.合法持有但擅自披露商业秘密的行为
- 2.合法持有但擅自使用商业秘密的行为
- 3.合法持有但擅自允许他人使用商业秘密的行为

◆ 第三节 侵犯商业秘密行为的表现形式

- **四、第三人恶意获取、披露、使用或允许他人使用商业秘密的行为**
- **五、禁止侵犯商业秘密行为中应注意的几个问题**
 - **（一）商业秘密与公共利益的冲突**
 - 1.违反公共利益的商业秘密不受法律保护
 - 2.履行符合公共利益的义务不受商业秘密保护的限制
 - **（二）商业秘密保护中的竞业禁止条款**

工业间谍，防不胜防

报载，安插“工业间谍”是当前国际上非常常见的窃取商业秘密的方式。美国两家大型汽车集团彼此竞争激烈。甲集团在一次新型汽车产品投入生产前召开一次绝密会议。为防泄密，甲集团动用最先进的电子检测仪器，对天花板、地板、墙壁作了一次精心的检查，甚至地上一只死苍蝇的尸体也不放过。因为当时最高级的窃听装置可以安装在一只苍蝇的尸体内。谁知百密还有一疏，第二天产品的制作工艺就被竞争对手获得而提前投入生产。原来，甲内部一名高级职员竟是对方派来潜伏近十年的间谍！

有调查显示，名列《财富》全球**1000**强的大公司，平均每年发生**2.45**次的商业间谍事件，损失总数高达**450**亿美元。其中，位于硅谷的高科技公司首当其冲，发生的窃密案件中，有**54%**个别损失高达**1.2**亿美元。

◆ 问题与思考

深圳市润天智图像技术有限公司（以下简称润天智公司）于2000年3月8日成立。2001年4月17日，润天智公司任命徐某为副总经理。2001年5月，润天智公司聘任龚某为机械开发部工程师。2001年10月10日，润天智公司自主研发的“润天智超宽幅彩色数码喷绘系统V1 0”经深圳市信息化办公室发出软件产品登记证书。同年11月5日，润天智公司委托首山雄开发XJ500喷墨打印头控制卡。2002年4月间，沈阳市辽宁金龙电脑喷绘广告有限公司总经理李某通过向润天智公司购买喷绘机认识徐某后与其联系，提议徐某获取润天智公司的喷绘机生产技术资料并带该公司技术人员一起前往沈阳工作，初步商议徐某的报酬为年薪人民币30万元或公司20%的股份。其后，徐某利用工作之便复制润天智公司喷绘机生产相关技术资料，同时怂恿龚某及该公司电子开发部工程师马某一起前往沈阳为李某的公司生产喷绘机，龚某及马某均表示赞同。同年5月10日晚下班后，徐某指使龚某在润天智公司拷贝了软件工程师赵某、机械工程师颜某电脑上的喷绘机生产相关技术资料。5月12日，龚某将拷贝好的硬盘交给徐某。5月13日，徐某、龚某及马某三人未办理辞职手续即乘飞机前往李某正在筹备的沈阳市辽宁柯宝科技实业发展有限公司（以下简称柯宝公司）。徐某将内含润天智公司喷绘机的相关技术资料的硬盘交给李某。其后龚某及马某开始在柯宝公司工作。同年5月，柯宝公司登记申请成立，法定代表人为李某。同年8月，生产出“赛特”3200数码彩色喷绘机。

◆ 问题与思考

2002年8月，润天智公司向公安机关报案。

经深圳市知识产权研究会鉴定，润天智公司、柯宝公司两家公司产品涉及光盘所载的软件技术内容相同，具体为：核心算法参数文件完全一样；控制打印头板动态连接库相似，而来源完全一样；核心技术的源代码相似，且来源于相同的初始源代码。润天智公司在深圳市信息化办公室登记的喷绘机系统软件和首山雄两者源代码同源；润天智公司和柯宝公司两者源程序相同；首山雄和柯宝公司两者源程序相同。鉴定意见说明“彩神”源代码是润天智公司的技术秘密，柯宝公司生产“赛特”3200数码彩色喷绘机使用了“彩神”源代码。经深圳市中衡信资产评估有限公司评估“彩神数码喷绘机”生产有技术的无形资产价值为人民币630万元，“FLORA3204彩色数码喷绘机”技术许可使用费的价值为人民币300万元，单机利润为人民币26万元。详情参见广东省深圳市中级人民法院（2004）深中法刑二终字第258号民事判决书。

根据上述案例请思考下列问题：

- (1) 李某、徐某、龚某等人的行为是否侵犯了商业秘密？如何认定？
- (2) 保护商业秘密与竞业禁止条款有什么关系？
- (3) 谈谈如何从法律角度更好地保护商业秘密。

第十六章 不正当有奖销售行为规制

第十条 经营者进行有奖销售不得存在下列情形：

（一）所设奖的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等有奖销售信息不明确，影响兑奖；

（二）采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；

（三）抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过五万元。

本章概要

- ◆ 第一节 不正当有奖销售行为概述
- ◆ 第二节 不正当有奖销售行为的法律规制
- ◆ 第三节 不正当有奖销售行为的表现形式

◆ 第一节 不正当有奖销售行为概述

● 一、有奖销售行为

● （一）有奖销售行为的概念和特征

- 有奖销售行为是指经营者在销售商品或提供服务时，为了营利的目的，附带性地向购买者或与购买相关的人提供物品、金钱或者其他经济利益的行为。
- 有奖销售行为主要具有以下几个特征：
 - (1)有奖销售行为是在经营者与购买者或与购买相关的人之间进行的目的在于促销商品或服务的特殊销售行为。
 - (2)有奖销售行为采用向购买者无偿提供物品、金钱或者其他经济利益的方式进行。
 - (3)有奖销售行为存在双重法律关系。
 - (4)有奖销售行为中提供赠品的不一定是商品的经营者，在很多情形下，附赠的赠品是由商品的制造商提供的。
 - (5)有奖销售行为是市场经营行为，应以营利为目的。

◆ 第一节 不正当有奖销售行为概述

● 一、有奖销售行为

● (二) 我国有奖销售行为的现状和影响

- 在我国市场经济的活动中，无论是提供商品还是提供服务，有奖销售行为比比皆是。到了节假日，各种有奖销售行为更是层出不穷。我国目前的有奖销售行为有如下的一些发展趋势：
 - (1) 从一般商品的有奖销售到特殊商品的有奖销售；
 - (2) 从商品销售中的有奖销售到售后服务中的有奖销售；
 - (3) 从直接的有奖销售到迂回的有奖销售；
 - (4) 从明示超过奖金限额到隐瞒违法事实对奖金限额有意进行“合法”标注；
 - (5) 奖励由现金、实物到提供活动（行为）；
 - (6) 经营者不披露有奖销售的必要信息，有奖销售的透明度很低，以此欺骗、愚弄消费者，进行欺骗性有奖销售行为。

● 二、不正当有奖销售行为

不正当有奖销售行为

2014年1月13日至2014年3月1日期间，广东省江门市某全国连锁购物中心在其经营场所大堂内和门前悬挂及放置广告牌，同时向行人和消费者派发印有此次活动内容的购物宣传单，其内容是“新年路路发大奖日日送，1. 无需消费抽奔驰，2. 消费满100元抽摩托车，3. 消费满100元家电日日送，活动时间为“2014.1.13-2014.3.1”。此次“无需消费抽奔驰”活动的规则如下：消费者免费领取抽奖券一张，详细填写资料后投入抽奖箱中，该购物中心将在3月2日抽取100张抽奖券，并将这100张抽奖券邮寄回其上海总公司于3月8日最后抽奖，全国范围内只设一个中奖名额，奖品为“E200K型”奔驰车一辆。该行为于2014年1月23日被江门市工商行政管理局蓬江分局查获。

◆ 第二节 不正当有奖销售行为的法律规制

- 一、各国竞争法对不正当有奖销售行为的法律规制
 - (一) 日本
 - (二) 德国
 - (三) 法国
- 二、我国法律对不正当有奖销售行为的规制
 - 1. 不正当有奖销售行为的民事责任
 - 2. 不正当有奖销售行为的行政责任
 - 3. 不正当有奖销售行为的刑事责任

◆ 第三节 不正当有奖销售行为的表现形式

- 一、附赠式有奖销售行为
- 二、抽奖式有奖销售行为
- 三、我国不正当有奖销售行为的主要表现形式
 - （一）欺骗性有奖销售行为
 - （二）巨奖销售行为
 - （三）视为欺骗性有奖销售行为

◆ 问题与思考

四川省某县第一百货公司经营不善，连年亏损，公司决定采取有奖销售的办法推销商品。经研究决定，按以下规定开奖：凡购买百货公司的商品额达到100元即有兑奖机会。奖品如下：（1）特等奖1名，夏利车一部；（2）一等奖1名，两室一厅住房一套；（3）二等奖1名，一室一厅住房一套；（4）三等奖1名，松下摄像机和电视机各一台；（5）四等奖2名，联想电脑一台；（6）五等奖2名，组合音响一套；（7）六等奖2名，冰箱一台；（8）七等奖3名，VCD一台；（9）八等奖5名，山地车一辆；（10）九等奖5名，抽油烟机一台。另外规定，兑奖的解释权属于百货公司。开奖后的第二天即有人中了三等奖，一下子轰动了整个县城，吸引了许多消费者。百货公司的销售额日增，有一天创纪录地销售了100万元。但自开始到结束也没有出现特等及一、二等奖。后有人告到监管部门，经查明，该百货公司根本未设特等奖和一、二等奖，是一场骗局。监管部门根据《反不正当竞争法》的规定，对该百货公司处以10万元罚款。

根据上述案例请思考下列问题：

- (1)该百货公司的行为属于哪种不正当竞争行为?说明理由。
- (2)本案中的不正当竞争行为采用了何种表现形式?
- (3)本案中对该百货公司的处理是否正确?说明理由。

第十七章 商誉诋毁行为规制

第十一条 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。

本章概要

- ◆ 第一节 商誉诋毁行为概述
- ◆ 第二节 商誉诋毁行为的法律规制

◆ 第一节 商誉诋毁行为概述

● 一、商誉诋毁行为的概念和特征

- 商誉诋毁行为也称商业诽谤行为，是指经营者自己或利用他人，通过编造、传播虚假信息或者误导性信息等不正当手段，对竞争对手的商业信誉、商品声誉进行恶意的诋毁、贬低，以削弱其市场竞争能力，并为自己谋取不正当利益的行为。
- 据此，我们认为，商誉诋毁行为的特征主要有以下几个方面。
- 1.商誉诋毁行为是处于竞争关系的经营者从事的不正当竞争行为
- 2.商誉诋毁行为的主观方面主要是故意，但并不排除过失
- 3.商誉诋毁行为主要表现为通过编造、传播虚假信息或者误导性等不正当手段对竞争对手的商誉进行诋毁、贬低
- 4.商誉诋毁行为可能造成或已经造成对竞争对手商誉的损害和对竞争秩序的破坏

◆ 第一节 商誉诋毁行为概述

● 二、商誉诋毁行为的表现形式

- (1)利用召开新闻发布会、刊登对比广告、散发公开信等形式，编造、传播有损竞争对手商业信誉、商品声誉的虚假或误导性事实。
- (2)在对外经营过程中，向业务客户及消费者编造、传播有损竞争对手商业信誉、商品声誉的虚假或误导性事实。
- (3)利用商品说明书编造、传播有损竞争对手商业信誉、商品声誉的虚假或误导性事实。
- (4)利用虚假广告或比较广告，对自己的商品进行不符合事实的宣传，以贬低竞争对手的商品声誉，抬高自己企业或商品的地位。
- (5)其他诋毁商誉的行为。

◆ 第一节 商誉诋毁行为概述

● 三、商誉诋毁行为的危害

- (1)商誉诋毁行为损害了竞争对手的商业信誉，也造成了竞争对手的经济利益上的损失。
- (2)商誉诋毁行为破坏了公平竞争的秩序。
- (3)商誉诋毁行为违反了商业道德。

甲乙两厂均为某市生产饮料的企业，使用在饮料上的商标分别注册为A和B，其中，甲厂是老牌企业，乙厂是后起之秀。由于乙厂饮料质优价廉，销路很好，导致甲厂的经济效益下降，甲厂为在竞争中取胜，在该市电视台加大广告宣传力度，广告词中称：目前，本市有一些厂家生产的同类商品与本厂生产的保健饮料在质量上有根本差别，系本厂产品的仿制品，惟有本厂生产的A牌饮料不含化学成分，才是正宗，特提请广大消费者注意，购买保健饮料时，请认准A牌商标，谨防上当受骗。甲厂的广告在市电视台播出后，许多经营乙厂保健饮料的客户纷纷找乙厂退货，称其为仿制产品，致使乙厂生产严重滑坡，造成近十万元的经济损失。于是，乙厂向工商行政管理机关反映，要求处理。

问题：

(1) 甲厂行为的性质是什么？

(2) 乙厂是否有权要求赔偿损失？损失额应当如何计算？

参考答案：(1) 根据规定，经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量，制作成份，性能，用途，生产者，有效期限，产地等作引人误解的虚假宣传。经营者不得捏造，散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉，商品声誉。根据上述事实和法律规定，甲厂的行为既是一种引人误解的不正当竞争行为，同时也是一种诋毁他人商誉的不正当竞争行为。

(2) 根据规定，经营者违反法律规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任。被侵害的经营者损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润；并应承担被侵害经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。依据上述规定，乙厂的近10万元损失可以要求甲厂赔偿。

◆ 第二节 商誉诋毁行为的法律规制

- 一、各国对商誉诋毁行为的法律规制
 - (一) 美国
 - (二) 德国
 - (三) 日本
 - (四) 瑞士
 - (五) 《巴黎公约》和《反不正当竞争示范条款》

◆ 第二节 商誉诋毁行为的法律规制

- 二、我国对商誉诋毁行为的法律规制
 - （一）商誉诋毁行为的民事责任
 - （二）商誉诋毁行为的刑事责任
 - （三）我国台湾地区对商誉诋毁行为的法律规制

- 案例：南京轰动一时的“金胆银胆风波”。南京东方玻璃总厂于某年夏季召开新闻发布会，向社会宣布：该厂已首家研制出了无毒金色瓶胆，而无毒金色瓶胆必将淘汰长期以来使用的有毒有害的“银色瓶胆”。为了增强宣传效果，该厂还制造了“砸银荐金”事件，将本厂库存的三万余只银胆瓶当众砸毁，这些举措达到了目的，新闻界广为报导，给全国保温瓶生产行业造成强烈冲击，消费者一时将信将疑，不再购买银胆。

◆ 问题与思考

农夫山泉是中国水行业中排名第三的大企业。2000年5月，该公司在中央电视台黄金时段播发了一个广告。在这个广告中，农夫山泉使用“农夫牌”天然水和“农夫牌”纯净水作了对比，方式是通过老师用这两种水养水仙的试验后，学生得出了该喝什么水的结论。该公司在1999年也拍过纯净水和矿泉水的对比广告。广告表达的意思是：虽然被污染的水可以提纯净水，但水质已经发生了根本变化，这就像一件白衬衣弄脏以后，很难恢复到原来的样子。在这个广告中，农夫山泉还宣布将停止生产纯净水，因为纯净水对健康无益。

这些广告如同一石激起千层浪，不仅消费者面对纯净水和矿泉水举棋不定，许多生产纯净水的厂家更是口诛笔伐“农夫山泉”，说该公司是有意贬低纯净水的品质。

根据上述案例请思考下列问题：

- (1) 农夫山泉的行为是否构成商誉诋毁行为？如何认定？
- (2) 谈谈对商誉诋毁行为法律规制之完善。

第十八章 互联网领域不正当竞争

第十二条 经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。

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。

本章概要

- ◆ 第一节 互联网领域不正当竞争行为概述
- ◆ 第二节 互联网领域不正当竞争行为的法律规制

◆ 第一节 互联网领域不正当竞争行为概述

● 一、互联网领域不正当竞争行为的概念和特征

- 互联网领域的不正当竞争行为，是指在网络环境下，经营者违反诚信原则或商业道德，侵害其他经营者的合法权益，对市场经济秩序构成破坏的不正当竞争行为。经营者通常利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务的正常运行。
- 1.互联网领域不正当竞争行为具有极强的技术性
- 2.互联网领域不正当竞争行为的手段具有多样性
- 3.互联网领域不正当竞争侵权行为具有复杂性
- 4.互联网领域不正当竞争行为具有严重的危害性

◆ 第一节 互联网领域不正当竞争行为概述

● 二、互联网领域不正当竞争行为的表现形式

- (1)流量劫持。
- (2)广告拦截。
- (4)客户端干扰。
- (5)软件捆绑。
- (6)违反ROBOTS协议。
- (7)竞价排名。
- (8)其他互联网领域不正当竞争行为。

◆ 第一节 互联网领域不正当竞争行为概述

● 三、互联网领域不正当竞争行为的危害

- (1)互联网领域不正当竞争行为损害了竞争对手的商业利益，造成了竞争对手的经济利益上的损失。
- (2)互联网领域不正当竞争行为损害了消费者的利益。
- (3)互联网领域不正当竞争行为扰乱了公平的市场竞争秩序。
- (4)互联网领域不正当竞争行为违反了商业道德。

◆ 第二节 互联网领域不正当竞争行为的法律规制

- 一、各国对互联网领域不正当竞争行为的法律规制
 - (一) 美国
 - (二) 德国
 - (三) 日本
 - (四) 欧盟
- 二、我国对互联网领域不正当竞争行为的法律规制
 - (一) 互联网领域不正当竞争行为的民事责任
 - (二) 互联网领域不正当竞争行为的行政责任
 - (三) 互联网领域不正当竞争行为的刑事责任

◆ 问题与思考

2012年，奇虎公司和奇智公司经营的360安全卫士在百度网搜索结果页面上有选择地插入了红底白色感叹号图标作为警告标识，以警示用户该搜索结果对应的网站存在风险，但是，360卫士对谷歌等搜索结果中出现的相同网站没有进行插标，而且，奇虎公司不仅进行了“插标”，还逐步引导用户点击安装360安全浏览器，通过百度搜索引擎服务对其浏览器产品进行推广。2012年，奇虎公司将其网址导航网站网页上嵌入百度搜索框，改变了百度网在其搜索框中向用户提供的下拉提示词，引导用户访问本不在相关关键词搜索结果中靠前位置的，甚至与用户搜索目的完全不同的奇虎公司经营的影视、游戏等页面，获得更多的用户访问量，并且网络用户在仅设置搜索方向并未输入相关关键词的时候也进入奇虎公司的相关网页。百度公司认为360卫士的上述行为构成不正当竞争，因此向北京市第一中级人民法院起诉，要求赔偿1 000万元。本案经北京市第一中级人民法院、北京市高级人民法院审理，认定360卫士被诉的“插标”行为和修改搜索框提示词的行为干扰了百度搜索的正常运行，而且奇虎公司并未证明上述行为确系保护网络用户的安全所必需，故构成不正当竞争。法院据此判决：奇虎公司立即停止涉案不正当竞争行为，连续15日在360网站首页显著位置刊载消除影响的声明，赔偿百度网讯公司、百度在线公司经济损失40万元、合理支出5万元。

根据上述案例请思考下列问题：

请分析该案中的违法行为性质及相关法律责任。

- 感谢您对本教材的关注，有关本教材的任何问题，请致电010-62515955/5536或发邮件至cruplaw@163.com，同时真诚邀请您加入我们的法学教师QQ群：83961183 祝您一切顺利