

绪论	5
一、经济法学的研究对象.....	5
二、经济法的产生与发展.....	5
(一) 经济法产生的基本条件 (经济法产生的社会根源)	5
(二) 经济法产生和发展沿革	6
三、经济法学的体系	8
第一章 经济法的概念和历史.....	9
一、经济法的概念	9
二、经济法的定义	10
三、经济法的本质和特征.....	10
(一)经济性.....	11
(二)国家干预性	11
(三)社会性.....	11
四、经济法的调整对象.....	12
(一) 经济法的调整对象	12
(二) 经济法调整对象的特征	13
五、经济法的基本原则.....	13
(一) 经济法基本原则的确立依据.....	13
(二) 经济法基本原则的概念	13
(三) 经济法原则的特征	13
(四) 经济法基本原则的内容和要求	14
六、经济法的体系与地位.....	17

(一) 经济法体系的基本构成	17
(二) 经济法体系的核心	18
七、经济法的责任制度与实施机制	19
(一) 经济法的责任制度	19
(二) 经济法的遵守	19
(三) 经济法的适用	19
(四) 经济法的诉讼	20
八、经济法主体概念和特征	20
(一) 经济性	20
(二) 独立性	20
(三) 组织性	21
九、经济法主体的种类	21
(一) 国家经济调节主体	21
(二) 基本被管理主体	21
第二章 反垄断法	22
第一节 反垄断法概述	22
一、垄断与反垄断法	22
二、反垄断法的基本制度框架	25
三、反垄断法的实体制度	25
四、反垄断法的实施制度	27
第二节 垄断协议	31
一、垄断协议的含义	31

二、横向垄断协议.....	33
三、纵向垄断协议.....	36
四、垄断协议的豁免.....	39
第三节 滥用市场支配地位	43
一、滥用市场支配地位的构成要件.....	43
第四节 经营者集中	61
一、经营者集中的含义、基本途径和分类	61
二、经营者集中的法律规制方式.....	64
三、我国经营者集中申报审查制度.....	64
第五节 行政性垄断.....	70
第六节 反垄断法的实施	71
第三章 反不正当竞争法	74
第一节 反不正当竞争法概述	74
一、不正当竞争行为的概念与构成要件	74
二、反不正当竞争法的概念与性质.....	81
三、反不正当竞争法的一般条款.....	83
第二节 典型不正当竞争行为的确认.....	85
一、仿冒混淆行为.....	85
二、商业贿赂行为.....	95
三、虚假宣传行为.....	99
四、侵犯商业秘密行为	107
五、不正当有奖销售行为	113

六、诋毁商誉行为.....	115
七、网络不正当竞争行为	118
第四章 消费者权益保护法.....	121
第一节 消费者权益保护法基本原理.....	121
一、消费者	121
二、消费者权益保护法	123
第二节 消费者的权利和经营者的义务.....	124
一、消费者的权利.....	124
二、经营者的义务.....	140
三、国家的义务	153
第三节消费者权益保护体系	153
一、消费者权益争议的解决.....	154
二、惩罚性赔偿责任.....	157
第十六章 产品质量法.....	161
第一节 产品质量法概述.....	161
一、产品	161
二、产品质量	165
三、产品质量法.....	166
第二节 产品质量责任制度	167
一、产品质量责任.....	167
二、生产者、销售者的产品质量.....	168

绪论

一、经济法学的研究对象

经济法学以经济法为研究对象，以经济法的产生和发展规律为研究内容。由于生产社会化、市场机制不能完全有效地调节社会经济，出现了国家调节，产生了经济法。换句话说，国家调节需要法律授权，需要法律规制和保障，经济法应运而生。

历史发展中的经济法学：相比刑法、民法而言，经济法是一个相当年轻的学科。最初出现于 20 实际 20 年代的德国。

二、经济法的产生与发展

（一）经济法产生的基本条件（经济法产生的社会根源）

1、市场缺陷与市场失灵

市场经济最本质特征是以市场调节为基础性调节机制。

市场不是万能的，市场有缺陷，缺陷造成严重后果，称之为“市场失灵”。

市场缺陷由以下三个原因造成：市场障碍、唯利性、事后性。

生产社会化与市场失灵：上述缺陷后来爆发了严重后果。这大致出现于 19 世纪末期。

国家干预经济运行的主要理论是市场失灵论。

市场失灵通常表现为：

（1）市场障碍(不完全竞争)。经济出现垄断，经营者限制市场竞争，实施不正当竞争行为，扭曲价值规律。

（2）市场信息失灵(信息不对称)。市场供求双方对于交易信息掌握程度不对称，可能会降低竞争强度，损害消费者利益，造成交易行为“非正常”。

（3）市场负外部性(唯利性)。有关国计民生及经济长远发展的行业、公共公益事业投资不

足，环保及治理污染行业缺乏投资，市场失灵缺陷显露。（“市场机制的三大缺陷”）

劳动力→解放；产品→研发；组织→创新；体制→改革

2、国家调节机制与国家经济职能

（1）国家调节机制的救济

市场障碍——市场规制

市场机制的唯利性——国家直接参与投资经营

市场调节的事后性——宏观调控

国家调节和市场调节的出现，是社会经济调节机制的二元化。

（2）国家职能的演进

政治国家转向社会国家

（3）法律体系的演变规律

早期社会——封建社会，诸法合一，以刑法为主；自由资本主义社会，民商法分立出来，三权分立，政府不能干预市场，重视行政立法，行政法发达起来；垄断资本主义，经济法应运而生。

（二）经济法产生和发展沿革

1、早期经济法

经济调节较少实行，不甚发达。

国家的经济管理主要涉及以下这些方面：土地、农业、森林和矿业、手工业商业和市场的管理、赋税。

这是经济法的萌芽阶段。

摩莱里在 1755 年出版的《自然法典》最早提出“经济法”一词，其意为：在未来理想的

公有制社会，用以“调整自然产品或人工产品的分配”的法律。在 1842 年《公有法典》

中，德萨米也提出了经济法，其含义与摩莱里的大致相同，即分配法。在 1865 年《工人阶级的政治能力》中，蒲鲁东提出，“经济法是政治法和民法的补充和必然产物”，是未来社会实现“普遍和解”的法律基础。

2、现代经济法

现代经济法滥觞于 20 世纪初，随人类文明进入到一个新阶段而遽然问世，它是欧美社会经济发展的法律结晶。实质意义的经济法规肇始于美国，如美国 1890 年的《谢尔曼法》，但英美判例法传统并未使美国给它以“经济法”的命名。

只是在第一次世界大战以后，德国学术界才开始使用“经济法”一词，并由此推动了世界范围内的经济法的法制构筑和法学研究。世界各主要国家从各自的社会政治、经济制度出发，依据现实的经济、社会化、历史、法律传统，形成了各具特色的经济法理论。

德国是现代经济法的母国，现代经济法概念的形成始于第一次世界大战前后的德国。当时德国颁布了一系列国家干预、调节经济的法规，有些法规直接以“经济法”命名，如《煤炭经济法》和《碳酸钾经济法》。一开始，有些学者将其称为“战时经济统制法”。后来学者们认识到，这类法规的出现并不只是同当时的战争相关联，而有着更为深刻的社会经济根源。于是许多学者把这类法规统称为“经济法”。继“战时经济统制法”之后，又出现集成说、对象说、机能说、世界观说和方法论说等。这些学说反映了不同时期的经济法理论，对近世各国经济法理论均产生过巨大影响，尤其是大陆法系国家，其经济法理论在不同程度上几乎都可以在德国诸说中寻找到共通之处。

德国《魏玛宪法》151 条规定，经济生活之组织，应与公平之原则及人类生存维持之目的相适应。在此范围内，各人之经济自由，应予保障。法律强制，仅得行使于恢复受害者之权利及维持公共幸福之紧急需要。工商业之自由，应依联邦法律之规定，予以保障。

3、资本主义国家经济法的产生和发展

19 世纪末至一次大战后——经济法的初创时期

1929 年——1933 年经济危机至二次大战后——经济法迅速发展时期。具有危机和战争对策性质

50 年代至 80 年代——经济法的成熟期

80 年代至今——经济法的完善与扩张期

4、社会主义国家经济法的产生和发展

(1) 背景与途径

与资本主义经济法的区别：

两者发生的原因不同：资本主义，弥补缺陷；社会主义，通过革命重建经济。

经济职能的性质不同：资本主义，国家调节与市场调节相配合；社会主义，全面调节经济，不尊重市场调节。

经济职能的范围、程序和行使方式不同：资本主义，国家调节范围有限，受到控制；社会主义，范围很广，依靠革命措施、执政党和国家命令进行管理。

两条不同的轨迹：

资本主义经济法，由国家放任市场到加强国家调节，由单一的民商法到经济法产生与发达；

社会主义经济法，由国家包揽市场到逐渐引入市场，转变国家职能，经济法同党指令相伴生，同行政法为一体，并且它们共同排斥民商法，到经济法逐渐排斥异己因素而性质日趋纯正，立法日益发达。

三、经济法学的体系

经济法体系，是指各类经济法规范所构成的和谐统一的整体。经济法学的体系可分为经济法总论和经济法分论两大部分。经济法总论，是经济法学总体上的、具有共通性的理论。

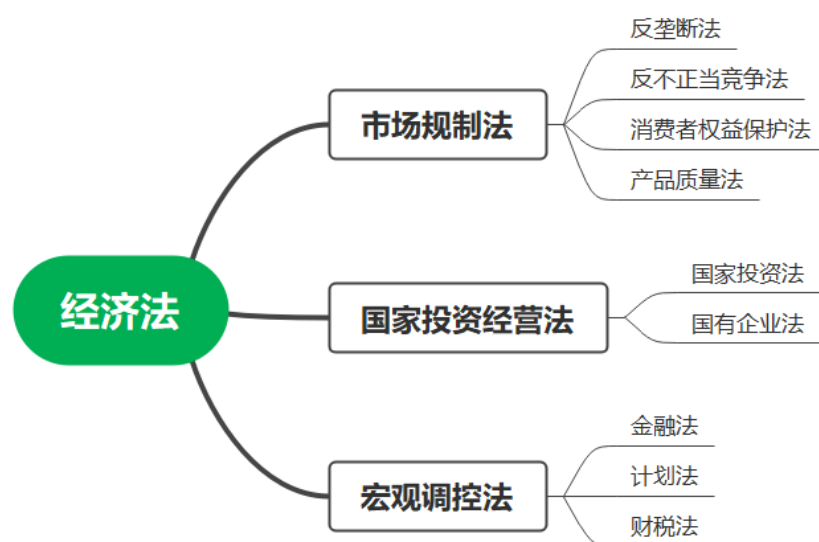
经济法分论，是对经济法各类具体制度的基本原理和基本理论的分析 and 分解。针对市场机

制的三大缺陷，国家通过三种基本方式对经济活动进行调节，由此经济法分论主要包括三个方面：

(1)市场规制法：主要包括反垄断(限制竞争)法、反不正当竞争法和其他不公平交易规制法(如消费者权益保护法、产品质量法)。

(2)国家投资经营法：主要包括国家投资法、国有企业法和国家企业改革法。

(3)宏观调控法：主要包括金融法、计划法、财政法、税法、产业政策法、价格法



第一章 经济法的概念和历史

一、经济法的概念

- (一) 西方资本主义国家经济法概念：德国、日本
- (二) 前苏联和东欧国家的经济法概念：前苏联、东欧
- (三) 中国经济法的概念
- (四) 经济法概念的比较研究

两类：肯定、否定

肯定说的分歧

中国初期的研究，同前苏联的学者接近；中国经济法的概念，同经济体制有关

从发展趋势看，认识趋同

二、经济法的定义

经济是通过生产和分配紧缺的产品，从而有计划地满足人们需求的设施和措施的总和。

经济的目的是借助经济原则(合理性原则、经济性原则)，运用生产因素，从而减缓所存在的
的产品紧缺状况。以此相应，经济法是调整需求满足的法律规范。

经济法是指为了克服市场机制缺陷、维护良好的市场环境、实现经济协调可持续发展，
国家对经济结构和经济运行过程中所产生的经济关系进行调整而形成的法律规范的总称。

定义由两部分构成：揭示经济法的调整对象和揭示其基本功能和基本任务。

定义揭示经济法的调整对象，是在国家调节社会经济过程中发生的各种社会关系。

定义揭示经济法的基本功能和任务，是保障国家调节，促进社会经济协调、稳定和发展。

三、经济法的本质和特征

1、经济法的本质

国家调节社会经济之法；或者说，是规范和保障国家经济调节之法。

经济法的特征包括经济性、国家干预性和社会性。

2、经济法的特征

经济法的社会性；经济法规范内容有变动性；经济法在法律形式上存在大量单行法规；经
济法规范方式的指导性；经济法实施保障的非强制性成分较多

(1) 应当能够反映经济法的本质，而不应仅反映表象；(2)应当是经济法所独有的，而不
应是与其他部门法乃至所有法律或规范所共有的；(3) 应当是在经济法领域具有普遍性、
包容性和基础性的特征，而不应是局部性的个别特征；(4) 应当是以与之最相邻近的部

部门法为参照，来加以比对相较之最突出者。

(一)经济性

经济法的经济性，是指经济法以国家经济调节关系为研究对象，以经济规律为考量标准，谋求经济的效率性。

经济法的经济性贯穿于经济法的宗旨、原则以及各类经济规范的制定和实施中，具体体现：

①经济法直接调整特定的经济关系。调整的目标是节约交易成本，提高市场运行的效率。

②经济法反映经济规律，包括价值规律、竞争规律等。③经济法是经济政策的法律化。④

经济法运用的是法律化的经济手段，包括金融、财政、税收、产业政策等刺激或限制市场机制的措施。⑤经济法追求的是总体上的经济效益。

(二)国家干预性

经济法国家干预性，又称国家调节性，是指经济法通过调整经济结构和经济运行活动来规范经营者的行为，促进经济资源的最适当配置。

经济法是依据经济规律对经济关系进行整体协调，以解决各种矛盾，保障社会经济良性运行和协调发展。作为调整现代市场经济条件下的市场规制关系、国家投资经营关系和宏观调控关系的法，经济法的国家调节性是其他部门法不具有的，是经济法的本质属性。

(三)社会性

经济法的社会性，是指经济法通过优化经济结构，规范经济运行，致力于维护和增进社会正义。

经济法坚持社会利益本位，而不是国家本位或者权力本位。在资本主义国家，社会本位诉诸社会契约和功利主义。社会契约认为，社会上的每个人都是自由、平等的，都可以通过契约自由谋取经济利益，把握自己的命运。亚当·斯密认为，“一只看不见的手能成功地引导着自私追求自己利益的个人来促进社会公共利益”。功利主义认为，只要社会总体上得

大于失，就合乎社会正义。

实践证明，追求自己利益的人们大多并不能自发地促进社会公共利益；相反，他们往往破坏社会公共利益，诸如垄断、不正当竞争等。运用“国家之手”的着眼点就是强调国家调节经济的社会效果。

通过反思社会契约论和功利主义，罗尔斯提出了社会正义的两个基本原则：（1）平等原则。即公民的基本权利和自由一律平等，任何人和任何组织不得以任何理由侵犯公民的基本权利和自由。（2）差别原则。公民在经济利益方面可以存在差别，但这种差别要符合每一个人的利益，尤其是要符合地位最不利的人、境况最差的人的最大利益。当代社会正义原则是关爱境况最差者的原则。问题最终要归结为人权问题。

四、经济法的调整对象

（一）经济法的调整对象

经济法调整对象是在国家调节经济结构和经济运行过程中发生的有关主体之间的经济关系，即国家经济干预关系。这一社会关系，就是国家在以市场机制为基础的市场经济条件下，为了克服市场失灵而对经济进行有限调整所形成的社会关系。在具体范围上，包含了市场规制关系、国家投资经营关系和宏观调控关系。

1、经济法调整对象的特定性

经济法调整对象的范围和种类：国家经济调节关系在不同的国家、不同的时期其发达程度是不同的。

国家经济调节关系与民间社会经济关系——经济法与民商法；

国家经济调节关系与国家行政管理关系——经济法与行政法

2、经济法调整对象学说

关于 80 年代经济法调整对象诸说概览：全、大、小、无四类；关于“纵横说”、“密切

联系说”和“管理—协作说”的评述

中国大经济法观点产生的根源：1992年以来中国出现的经济法新诸论

(二) 经济法调整对象的特征

(1)国家干预性：这种社会关系发生在国家调节经济过程中，是由国家干预引起的社会关系；

(2)不平等性：这种社会关系的主体一方为国家或代表国家的机关，双方地位具有不平等性；

(3)非自愿性(强制性)：这种社会关系不以平等自愿为原则，具有一定强制性。

五、经济法的基本原则

(一) 经济法基本原则的确立依据

经济法基本原则的确立既受到经济法的应有价值、功能及经济法的应有理念的制约，也受到现实中人们对于经济法价值、功能的把握及人们实际形成的理念等的影响。

(二) 经济法基本原则的概念

经济法的原则，是指由经济法所确立的，在其调整特定的社会关系时所遵循的准则。经济法的原则，是作为经济法具体规则的基础的原理和准则。

经济法基本原则，是集中体现经济法的特性，对经济立法、经济执法、经济司法和经济守法活动具有全局性的指导意义和普遍适用价值的根本准则。经济法基本原则是经济法本质属性的集中体现，是经济立法的基础。

(三) 经济法原则的特征

(1)普遍性：是规范国家经济调节过程中各有关主体行为的准则，对经济立法、执法、司法、守法具有指导意义，在经济法全部或一定范围内具有普遍适用性。

(2)抽象性：经济法基本原则是经济法价值取向和精神实质的高度概括和抽象，能够帮助人们正确领会经济法律规范的立法目的和立法精神。

(3)特定性：为经济法所特有，不适用于其他部门法。体现经济法应然的价值取向，是经济

法存在的基础。

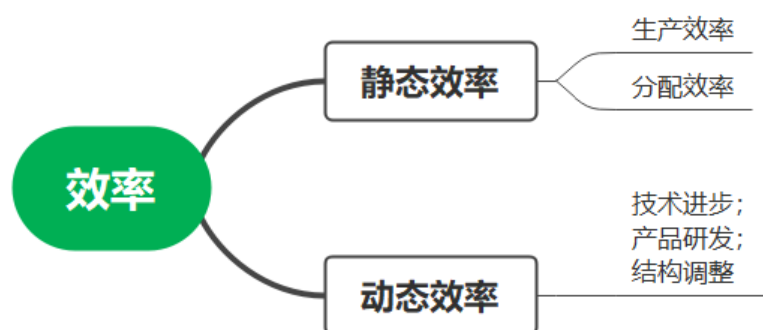
宪法原则	经济管理原则	依法治国原则	社会国家原则
经济法原则	经济效率原则	适度干预原则	社会本位原则

（四）经济法基本原则的内容和要求

（1）经济效率原则

通常而言，效率包括静态效率和动态效率。静态效率可以从资源生产和分配的经济性角度来理解。生产效率的基本含义是投入和产出的比率，即以尽可能少的劳动占用和劳动耗费获得尽可能大的有效产出。

在资源分配角度，运用最广和影响最大的效率概念是帕累托效率。帕累托最优是指资源分配的一种理想状态，它假定固有的一群人和可分配的资源，如果能够在改善某些人的境况时不使任何其他入受损，那么这种状态就是帕累托效率。即在不损害其他人经济福利的前提下，已无法再增进某个人的经济福利，可以说实现了经济效率。



经济效率原则至少结合了这两个层面，可以表述为通过经济法的规制、引导和保障，以最少社会资源消耗，取得最大利益，实现社会资源合理配置，推动技术创新，从而促进整个社会发展。

经济效率原则中的“效率”主要指社会总体经济效率。这种效率是由个体效率和团体经济

效率构成。有时为了总体效率，可能需要限制、牺牲某些个体和团体效率。并且，这种效率不仅指经济数量的增长，也包括经济质量的提高。

(2) 适度干预原则

适度干预是指国家干预措施应与干预目的成比例，如果干预措施影响到市场主体自由，应将这种干预限定在维护公共利益必需的最低限度。

国家干预的基本目的，是为了克服因为市场失灵所造成的损失。但是，必须注意到的是，国家本身也是一个有限理性的主体，在克服市场失灵时同样可能因为政府失灵而导致效率的损失。

政府失灵的主要原因是：①政府低效性。政府各个部门的职责独立唯一，大部分工作人员是职业公务员，不会面临其他部门或人员的竞争，没有激励提高效率。②政府扩张性。政府的自我扩张性主要表现为政府权力的膨胀、机构的庞大及其组成人员的增加、支出水平的增长等。③政府自利性。政府是由公务员组成，他们都是理性的人，会追求自身利益。由于他们也是普通人，也会有人性的弱点和认知上的局限。

权力本身具有侵略性质，必须限制在一定的范围以内。适度干预的核心是处理好国家的有效干预权和市场主体的自主经营权之间的关系。首先需要国家尊重市场，只有在市场可能产生问题的领域进行干预，而不能任意扩大干预的范围与程度。其次，市场主体应自我约束，以正当手段获取经济利益，不得滥用权利。

为了确保国家适度干预能以最低的效率损失挽回最大的效率损失，必须对干预的程度、方式等给予必要的限制。这种限制体现在主体的辅助原则和手段的比例原则中。

1、辅助原则

概念：只要更小的单位能够有效而可靠地完成经济任务，更小的单位具有优先自治权。

(1)辅助性涉及国家和私人经济之间的关系。辅助性意味着经济上的自我责任和合作优先于

国家责任，私人经济中的经营者的经济活动优先于国家自身的经济活动。只有在私人经济不能够正常而有效地完成任务时，作为最后的手段，或者在保障责任的框架内，作为其保留功能，国家才能够直接干预经济。

(2)辅助性涉及国家经济行政组织及其内部职权划分。作为更小的单位，各省市的经济行政优先于国家的活动，各街道乡镇的自治又优先于各省市的经济行政。

2、比例原则

概念：又称禁止过度原则，是指国家干预应成比例，即只有当国家干预行为所得利益超过给公众带来的不利益时，才可以进行干预。同时，干预的内容和形式不得超出实现干预目标所必需的范围。比例原则源于以维护和发展公民权以为最终归宿的法治国原则，即只有当为了保护公共利益时，公权力才能按比例地干预公民权。

比例原则一般包括三个子原则：

一是必要性原则，即除所采取的措施外，无其他给关系人或公众造成更少损害的适当措施；

二是可行性原则，即所采取的措施可以实现所追求的目的；

三是相称性原则，即所采取的措施(手段)与其追求的目的之间应成比例(狭义的比例性)“不可用大炮击麻雀”

(3) 社会本位原则

社会本位原则是指经济法的立法、司法和执法实践应从社会整体利益出发，以维护社会整体利益为己任，把社会整体利益作为衡量一切经济行为的标准。

“竞争并不总是意味着敌意”。经济法是一种社会本位法，旨在以社会上每个人、所有人为本，通过国家和社会保障社会弱者能够有人格尊严地生存发展。社会本位原则包含经济自由原则和经济公平原则。前者是指经营者依法经营，不受他方控制。后者是指经营者经济机会均等，国家合法控制经济力量，强调结果公平、分配公平和代际公平。

调整社会经济法律有三种法律本位思想：①行政法以国家利益为主导的“国家本位” ②民法以当事人利益为主导的“个人本位”；③经济法以社会整体利益为主导的“社会本位”。社会本位原则是经济法的基石。社会本位原则要求经济法对各种利益进行平衡保护，实现经济主体权利平等、机会平等、规则平等。因此，“社会本位”是对“国家本位”和“个人本位”的协调，三者相辅相成。社会本位原则是社会国原则在经济法中的体现。

(4) 社会国原则

概念：为防止和消除社会矛盾，实现社会公正，国家应当创造条件促进经济增长，保护弱者和中小企业，保障人们生存所必需的最低经济条件。

①在高度分工、经济高度分化的现代工业国家中，仅仅依靠社会力量内部的平衡，已经不能够消除或者防止社会问题和弊端，社会国原则确立。

②社会国原则的伦理基础和核心组成部分是团结原则。这条原则是从博爱思想(我为人人，人人为我)引申出来，着眼于社会平衡和重新分配。其出发点是国民经济大于个人经济的总和。

③社会国原则侧重于国家运用公权力追求实质公正的动态；法治国原则侧重于国家维护既有现状的静态。社会国实践必须在法治国的框架内实现。

六、经济法的体系与地位

(一) 经济法体系的基本构成

1、经济法体系基本构成的认定

结构说；干预领域说；干预（调节）方式说

2、经济法三个基本法律构成的关系

市场规制法；国家投资经营法；宏观调控法

（二）经济法体系的核心

1、经济法体系核心的过去

从 1978 年到 1992 年在我国“旧经济法”时期，有关经济法体系核心理论的研究是相当活跃的，先后提出了四种学说：经济合同法说、企业法说、计划法说、计划法与市场法说。

2、经济法体系核心的现在

1993 年，我国开始驶入发展市场经济的快车道，经济法理论进一步深化。在经济法体系核心的研究中，学者们到现在为止共提出了四种学说：财政金融法说、竞争法说、反垄断法和计划法说、国家投资经营法说。

3、经济法体系核心的未来

宏观调控法必将成为未来经济法体系的核心。宏观调控地位的日显重要，是使宏观调控法成为未来经济法体系核心的直接推动力。

反垄断法、国家投资经营法赖以存在的国家调节经济方式有着固有的缺陷。反垄断法、国家投资经营法有融合于宏观调控法的趋势。

宏观调控法成为未来经济法体系的核心符合法律发展的趋势。

（三）经济法的地位

1、经济法形成独立部门法的条件与标志

（1）独立的前提条件

国家经济调节职能较为发达；法制比较健全

（2）独立的标志

重要的经济法法律的颁布；经济法基本法律制度的确立；较为成熟的学说

法典？《宏观调控基本法》《经济法通则》的制定

2、经济法同其他部门法的关系

与宪法；刑法；劳动法、环境法、诉讼法的关系；与国际经济法

七、经济法的责任制度与实施机制

（一）经济法的责任制度

1、法律责任和法律制裁

2、责任形式

财产和其他经济利益方面的责任； 经济行为方面的责任； 经济信誉责任； 经济管理行为责任

（二）经济法的遵守

经济法的遵守，是指各国家机关、政党和其他社会组织和个人依照经济法的规定履行义务的活动。

1、影响经济法的遵守的因素

经济法本身； 经济法的适用情况； 经济法意识

2、经济法合规制度

（三）经济法的适用

含义：经济法的适用，是指有关国家经济调节机关、法律法规授权行使国家经济调节权的组织和国家司法机关依照经济法的规定，并按照法律规定的程序，对当事人具体行为遵守或违反经济法以及遵守或违反经济法的情节进行认定，并决定行为人是否和怎样承担具体的法律后果的活动。包括执法和司法两种形式。

1、经济法执法和经济法司法

2、经济法适用的路径选择

行政适用型；司法适用型；准司法适用型

(四) 经济法的诉讼

1、经济法的可诉性

纠纷解决模式

接近司法的理由：“法官知法”、“司法独立”、程序保障

中国经济法纠纷接近司法问题

2、经济法诉讼模式

综合经济诉讼说；独立经济诉讼说；经济公益诉讼说；“大民事”诉讼说

八、经济法主体概念和特征

经济法主体是经济法法律关系中享有经济权利和承担经济义务的组织和个人。

经济法主体具有以下特征：

(一) 经济性

经济法主体参加国家经济调节活动，是国家经济调节关系的当事人。根据经济法律和经济政策实施经济行为，尊重经济规律。

(二) 独立性

经济法主体具有专门立法授予的经济权利能力和经济行为能力，依法独立享有经济权利和承担经济义务。例如，美国联邦贸易委员会实行委员会领导制，在经济领域行使职权，不受总统权力的直接影响。尽管总统有权任命其官员，但无教行动 权罢免。联邦贸易委员会不仅有权对具体情况作出决定，而且因为受国会的委托，也有权发布具有普遍约束力的法

令，被称为立法、行政和司法权力之外的“第四种权力机关”。

(三) 组织性

组织性又称集体性，是指进行经济活动的主体主要是组织，经济法是组织主体的法。由于市场经济体系是一个完整的整体，国家或社会对经济进行干预时，必然涉及市场体系内的一切主体。尽管自然人可以是经济法主体，但法人和其他组织更可能成为经济法主体。

九、经济法主体的种类

(一) 国家经济调节主体

在经济法中，国家往往是作为抽象主体出现在其中。虽然国家干预经济是以国家的名义进行的，但通常国家不会直接参与具体的干预活动，而是由特定的国家机关出面进行干预。

1、国家权力机关和行政机关

国家最高权力机关和最高行政机关，以及地方各级国家权力机关和行政机关，是经常性的经济调节管理主体。

2、国家经济管理机关

指中央及各级地方各级政府中设立的行使经济管理职能的行政机关，如计划、财政、税务、金融、物价、外贸、外汇等职能机构和工业、农业、商业等经济类行业部门管理机构

3、特别设立专司经济法实施的机构

最为典型的是许多国家专设的反垄断主管机构，如英国的竞争和市场管理局，德国的卡特尔局等。另外，在国家投资经营法和宏观调控法实施方面，各国也设立了一些专门机构。如英国的议会下院设立国有化工业特别委员会，专门对国有企业进行监督。

(二) 基本被管理主体

基本被管理主体，是指企业、事业单位和社会团体、个体经营者和其他个人等社会经济活动参加者。市场主体进行市场活动主要由民法加以规范，但在某些情况下，经济法也可介

入。例如，对于消费者与经营者之间的关系，经济法可以进行调整。具体来讲，消费者与经营者之间原本是平等主体之间的关系，但考虑到消费者的弱势地位，国家制定了《消费者权益保护法》，对消费者实行倾斜保护。这意味着，对于市场主体之间形成的经济关系，经济法有选择地进行干预，以纠正其中的不公或实现其他的政策目标。

第二章 反垄断法

第一节 反垄断法概述

一、垄断与反垄断法

垄断状态——垄断行为

市场垄断——自然垄断——国家垄断（第7条）——行政垄断（第8条，第五章）

法律上的垄断——法律上没有明确的界定

反垄断法的百年争议

《谢尔曼法》的依据的前提是自由竞争将产生最经济的资源配置、最低的价格、最高的质量和最大的物质进步，同时创造一个有助于维护民主的政治和社会制度的环境（美最高院）

(一)垄断的含义

垄断的概念来自经济学，经济学者认为垄断是特定经济主体为了特定目的，通过构筑市场壁垒，从而对目标市场所做的一种排他性控制状态。在法学上，垄断通常是指排除或限制竞争的行为或状态。市场经济发展过程中产生的垄断，是自由竞争带来的副产品。特征：

(1)形态既包括垄断行为，也包括垄断状态：

(2)主体是经营者或其利益的代表者。

(3)行为的目的或后果是排除限制竞争。

1、狭义理解：垄断状态

与经济学的理解基本相同，是从市场结构的角度对垄断加以界定。作为一种结构状态，垄断是指经济力高度集中，是企业的资本、生产经营规模和市场占有份额的大规模化。结构性的垄断既包括单个企业具有垄断地位(独占)，也包括少数几家企业共同享有垄断地位(寡占)。

从表现形式上看，经济学上的垄断形式主要有卡特尔、托拉斯、辛迪加、康采恩等。

卡特尔主要是市场主体通过协议的方式来划分市场范围、统一销售价格、产品产量等。卡特尔的突出特点是通过垄断协议的方式来限制竞争，它是反垄断法的规制重点。

托拉斯是生产同类产品或联系密切的企业之间形成的从生产到销售的全面的联合，因而也是美国最早制定反垄断法时的规制重点。

辛迪加主要是同行企业协议建立的共同的销售商品或采购原料的联盟。

康采恩通常是指不同经济部门的许多企业为消除内部竞争获取垄断利润而组成的企业集团。

2、广义理解：垄断状态+垄断行为

垄断包括垄断状态和垄断行为两个方面。作为垄断行为，是指经营者通过协议等方式联合限制竞争的行为，以及经营者滥用垄断结构状态(垄断地位)限制竞争的行为。

我国《反垄断法》规范的垄断行为包括：

- (1)经营者达成垄断协议；(ex post)
- (2)经营者滥用市场支配地位；(ex post)
- (3)具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中（如并购等行为）。(ex ante)

(二)反垄断法

1、含义：反垄断法是调整国家在反对垄断和限制竞争行为过程中发生的社会关系的法律规范的总称。反垄断法所规范的是国家反垄断主管机关的反垄断(管理)行为及经营者的垄断和限制竞争行为。

19 世纪末期，随着工业化、收入两极分化和大企业出现，美国颁布了《谢尔曼法》(1890 年)、《克莱顿法》(1914 年)和《联邦贸易委员会法》(1914 年)。

不同国家对反垄断法有不同的称谓：美国称为反托拉斯法；德国称为反限制竞争法，又称卡特尔法；日本叫禁止私人垄断法；台湾地区叫公平交易法。

2、规制对象

(1) 一般规制对象

市场垄断

学理上的分类（卡特尔、市场支配地位滥用、企业合并）

我国法律上的分类（垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中，第 3 条）

(2) 特殊规制对象

行政性垄断（第 8 条，第五章）、知识产权垄断（第 55 条）

3、调整主体

(1) 各国的不同做法：各国竞争法对其主体称谓不同，如美国法采用的是“人”

(person)，欧共体竞争法的术语是“企业”(undertaking)，日本法上称“事业者和事业者团体”。

(2) 中国

一般主体——经营者、行业协会（第 12 条，第 11 条）

经营者的判断标准：营利性、合法性？（从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织）

特殊主体——行政机关

4、基本原则

(1) 美国：本身违法原则和合理原则

(2) 中国

原则违法原则：垄断协议

本身违法原则：行政垄断

合理原则：市场支配地位滥用（第 17 条）、经营者集中（第 27 条）

5、反垄断法中的相关市场

(1) 法律规定

《反垄断法》第 12 条第 2 款：本法所称相关市场，是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务（以下统称商品）进行竞争的商品范围和地域范围。

《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》（2009 年 5 月 24 日）

(2) 相关商品市场

是根据商品的特性、用途及价格等因素，由需求者认为具有较为紧密替代关系的一组或一类商品所构成的市场。这些商品表现出较强的竞争关系，在反垄断执法中可以作为经营者进行竞争的商品范围。

(3) 相关地域市场

是指需求者获取具有较为紧密替代关系的商品的地理区域。这些地域表现出较强的竞争关系，在反垄断执法中可以作为经营者进行竞争的地域范围。

二、反垄断法的基本制度框架

反垄断法包括实体法和程序法两个方面，这是经济法自足性的突出体现。

三、反垄断法的实体制度

反垄断法的一般规制对象包括垄断协议(联合限制竞争行为)、滥用市场支配地位及经营者集中(企业结合等)三类行为，这三类行为也被叫做反垄断法的三大支柱。

少数国家反垄断法也包含对行政垄断的规制。除了上述基本内容，为了进一步体现反垄断法律制度的规制性或政策性，更好地体现区别对待的精神，反垄断法还包含一些附随性的内容，主要是适用除外制度和豁免制度。

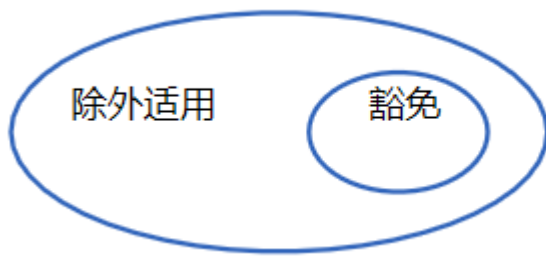
(1)适用除外制度

反垄断法中的适用除外，是指基于某种政策考虑，对特定行业、特定组织或特定行为不适用反垄断法的一项法律制度。各国反垄断法的适用除外规定主要采取两种方式：一是由反垄断法本身直接加以规定，二是在有关特别法中加以规定。此外，个别国家还通过司法判例确定某些领域不适用反垄断法。

我国的适用除外制度：①特定行业经营者的垄断状态的适用除外；②特定的垄断协议的豁免；③经营者集中的豁免；④知识产权正当行使行为的适用除外；⑤农业生产经营活动的适用除外。

(2)豁免制度

从广义上讲，豁免是适用除外的一种情形。但从严格意义上讲，反垄断法的适用除外和豁免是不同的。适用除外是指在反垄断法中或者通过其他法律特别规定某些行业或者领域不适用反垄断法，它无须任何机关的许可，它又被称为“本来的适用除外”；而豁免则是依照反垄断法应当或者可以禁止的行为，基于法律规定的免责条件，而不认定其违法，不追究其行为责任。豁免有时需要向特别机关申报并获得批准，它又被称为“后退的适用除外”。



四、反垄断法的实施制度

反垄断法的实施制度包括：反垄断法执行机构的设置，反垄断法法律责任制度，反垄断法实施程序制度和域外适用制度。

(1) 反垄断法执行机构的设置

1、专门反垄断机关

多国特别设立专司反垄断实施的机关，如：美国的联邦贸易委员会，德国的联邦卡特尔局，日本的公正交易委员会，英国的公平贸易局、垄断与兼并委员会。它们一般都享有广泛的权力，并处于规制主体的地位。国务院反垄断委员会是我国的专门反垄断实施机关，但不属于反垄断执法机构。

国外反垄断执法机关的特点：①设立较高层次的具有独立地位的专门机关，以切实保障执法效果。例如，美国联邦贸易委员会有 5 名委员，他们由总统任命，并经国会批准。委员的任期为 7 年，可以连任，但 5 名委员中属于同一政党的委员不得超过 3 名。联邦贸易委员会不附属任何政府部门，但其工作受众议院和参议院下设的商业委员会的监督；②反垄断执法机构享有较为广泛的职权；例如，美国联邦贸易委员会和日本的公平交易委员会享有准立法权和准司法权；③执法过程中，行政机构与司法机关既分工又合作；例如，如果被告或其他当事人对欧盟委员会所作出的行政裁决不服的，可以到欧盟普通法院提出上诉。

2、赋予原有国家行政机关反垄断职能有些国家机关在承担原有职能的同时，在反垄断法

实施后，开始承担实施反垄断法的职能。如根据 2018 年《国务院机构改革方案》，我国将国家工商行政管理总局的职责，国家发展和改革委员会的价格监督检查与反垄断执法职责，商务部的经营者集中反垄断执法以及国务院反垄断委员会办公室等职责整合，组建国家市场监督管理总局，作为国务院直属机构。保留国务院反垄断委员会，具体工作由国家市场监督管理总局承担。

3、司法机关

法院在反垄断执法中居于重要地位，尤其表现在反垄断私人诉讼方面。多数国家普通司法机关兼司反垄断职能，如德国在联邦和州高级法院中设置卡特尔庭。有的国家特别设立专司反垄断案件审理的法院，如英国的限制性商业行为法院。

(2) 反垄断法法律责任制度

1、民事责任：排除侵害及损害赔偿

美国反托拉斯法规定了三倍损害赔偿(trebledamages)制度。我国《反垄断法》没有列明具体的责任方式。但最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第 14 条规定，被告实施垄断行为，给原告造成损失的，人民法院可以依法判令被告承担停止侵害、赔偿损失等民事责任。

2、行政责任：行政罚款和拆分企业等

拆分企业是反垄断法特有的行政责任方式，指的是当市场上存在具有市场支配地位的企业，限制或可能限制市场竞争时，反垄断法执行机构为了恢复市场的正常竞争状态，要求该企业拆分为两家以上的独立企业或者向其他企业出让一定的营业资产。拆分企业应该是分业拆分，尤其是拆分需要专业监管的业务。

适用情形：①在结构规制中，为消除垄断状态而对垄断企业予以拆分；②为制止滥用市场支配地位行为而对垄断企业予以拆分；③为制止违规的经营者集中而对企业进行拆分。

美国反垄断法上最著名的两次拆分企业的行为一次是 1911 年洛克菲勒标准石油公司被拆分为 34 个独立石油公司，另一次是 1984 年美国电话电报公司(AT&T)被拆分成 8 个公司。我国《反垄断法》中的行政责任主要包括行政罚款、责令停止违法行为、没收违法所得和拆分企业等四种责任方式。2021 年 7 月 24 日，国家市场监管总局责令腾讯解除网络音乐独家版权。

3、刑事责任：罚金和监禁

例如，美国《谢尔曼法》第 1 条规定，任何契约、以托拉斯形式或其它形式的联合、共谋，用来限制州际间或与外国之间的贸易或商业，是非法的。任何人签订上述契约或从事上述联合或共谋，是严重犯罪。如果参与人是公司，将处以不超过 1 亿美元的罚款。如果参与人是个人，将处以不超过 100 万美元的罚款，或 10 年以下监禁，或由法院酌情并用两种处罚。第 2 条规定，任何人垄断或企图垄断，或与他人联合、共谋垄断州际间或与外国间的商业和贸易，是严重犯罪。如果参与人是公司，将处以不超过 1 亿美元以下罚款；如果参与人是个人，将处以不超过 100 万美元以下的罚款，或 10 年以下监禁，也可由法院酌情并用两种处罚。

我国《反垄断法》没有针对垄断行为的刑事责任。

(3) 反垄断法实施程序制度

从执法主体来看，反垄断法实施程序包括行政程序和诉讼程序；从执法对象来看，反垄断法实施程序可分为认定垄断协议的程序、认定滥用市场支配地位的程序、审查经营者集中的程序，以及认定行政垄断的程序。

《反垄断法》第六章规定对涉嫌垄断行为的调查，确立了垄断案件调查的基本程序制度。

《反垄断法》第四章关于经营者集中控制制度中有很多是程序问题，第 46 条第 2 款关于垄断协议法律责任制度中宽大规则也涉及相应的程序问题。此外，《反垄断法》第 45 条

还规定了垄断案件的协商和解的程序制度(经营者的承诺制度)。

1、反垄断宽大制度

反垄断宽大制度，也称宽恕制度或者反垄断赦免制度，是指经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据，执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者处罚的制度。它是由美国司法部于 1978 年最先创立，随后欧盟、日本、加拿大等国家或地区也纷纷建立此制度。2020 年 9 月 18 日，国务院反垄断委员会发布《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》。

2、反垄断承诺制度

反垄断承诺制度，是指在垄断案件调查中，被调查的经营者提出承诺，采取具体措施消除其行为后果，反垄断执法机构可以接受经营者的承诺，决定中止调查和终止调查的制度。

反垄断执法机构决定中止调查的，应对经营者履行承诺的情况进行监督。经营者履行承诺的，反垄断执法机构可以决定终止调查。反垄断承诺制度的限制：①一般适用于对市场竞争损害不大的案件；如欧盟理事会第 1/2003 号条例指出，“接受承诺的决定不适宜于委员会打算处以罚款的案件”。②应考虑比例原则；③应当向社会公告。2020 年 9 月 18 日，国务院反垄断委员会发布《垄断案件经营者承诺指南》。

(2011 年 11 月中国移动、中国电信申请中止调查，承诺进行整改)

出于维护市场竞争秩序的目的，执法机关还应当考虑，它接受的承诺是否能够切实解决被调查企业的反竞争问题。为了准确评价被调查企业所作承诺的必要性和可行性，执法机关应当征求第三方以及原告的意见。欧盟委员会 2013 年 3 月对微软公司处以 5.61 亿欧元的罚款，理由就是微软未能兑现其承诺，即在个人电脑安装其视窗操作系统时未提供选择互联网浏览器的机会。

(4) 域外适用制度

反垄断法的域外适用制度，是指反垄断法对国外发生但对国内有影响的一切垄断和限制竞争行为适用的法律制度。《反垄断法》第 2 条确立该制度。

1911 年美国最高法院审理“美国烟草公司案”时确立了美国反托拉斯法的域外适用。后来在“麦国诉美国铝公司案”中，美国法院正式确立了“效果原则”，即只要限制竞争行为对美国国内市场产生了影响，就可以适用美国反托拉斯法。根据该原则，在国外订立的合同或实施的行为，如果事实上影响了国内的商业或贸易，那么就可以对该行为行使管辖权，根据反垄断法追究有关经营者的法律责任，不论行为者是否是该国经营者。

第二节 垄断协议

一、垄断协议的含义

1、概念

第 13 条第 2 款 本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。

2、类型

横向垄断协议（第 13 条）、纵向垄断协议（第 14 条）

垄断协议（协议）、事实垄断协议（协同行为）、行业协会垄断协议

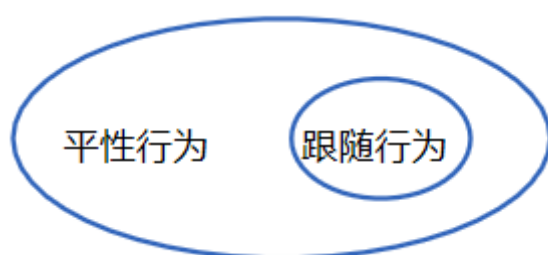
(一)垄断协议的界定

垄断协议，通常也被称为卡特尔，是企业为了在一定的领域排除或限制竞争，就产量、价格和市场划分等所达成的正式或非正式的协议。简言之，垄断协议是指经营者之间达成的或者行业协会组织本行业经营者达成的排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。垄断协议或者决定包括书面形式和口头形式。垄断协议并非仅指具有正式法律约束力的合同，也可以是非正式的安排，如口头约定，没有语言表示的双方之间的默契。“决定”主要指行业协会等作出的决议。

“其他协同行为”是指经营者之间虽未明确订立协议或者决定，但实质上存在协调一致的行为。认定其他协同行为，应当考虑下列因素：(1)经营者的市场行为是否具有一致性；

(2) 经营者之间是否进行过意思联络或者信息交流；(3)经营者能否对行为的一致性作出合理解释；(4) 相关市场的市场结构、竞争状况、市场变化等情况。

可见，判断协同行为的基本要件是“一致行为+意思联络”，意思联络是其与跟随行为和平行行为最本质的区别，后两者通常是合法行为。跟随行为指市场主体根据竞争对手的市场行为，在特定的竞争条件下为适应竞争环境变化而采取相同或者相似的策略性应对措施。狭义上的平行行为指市场主体之间在没有任何沟通的前提下做出相同或相似的市场行为，广义上的平行行为包括跟随行为。



(二)垄断协议的特征

1.主体是经营者和经营者团体

经营者在法律和经济上具有独立性，可以是以营利为目的的企业，也可以是不以营利为目的的企业，甚至可以是政府部门。

2.方式是协议、决定或者其他协同行为

3.目的和后果是排除、限制市场竞争

垄断协议限制了经营者之间的竞争，或者限制了经营者以外的其他人的交易。亚当·斯密在《国富论》中指出，进行同一种贸易活动的人们甚至为了娱乐或消遣也很少聚集在一起，

但他们聚会的结果，不是阴谋对付公众便是筹划抬高价格。

二、横向垄断协议

横向垄断协议是指具有竞争关系的经营者达成的垄断协议。也就是说，参与垄断协议的各个经营者处于某一种商品生产经营链条的同一个环节或阶段。横向垄断协议实质上是一种横向的联合限制竞争的行为。横向联合限制竞争行为是各国反垄断规制的重中之重。

被诉垄断行为属于横向垄断协议的，实行举证责任倒置原则，被告应对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任。

我国《反垄断法》第 13 条规定，横向垄断协议主要包括：

价格卡特尔：固定或者变更商品价格；

数量卡特尔：限制商品的生产数量或者销售数量；

地域卡特尔：分割销售市场或者原材料采购市场；

限制创新卡特尔：限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；

联合抵制卡特尔：联合抵制交易；

国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

（一）价格卡特尔

价格卡特尔，又称固定价格，是指直接或间接固定买卖价格或其他交易条件的协议、决定或安排。例如，华中药业等经营者约定，产品供货价格统一。供货价零售价协商制定统一执行，任何一方不得擅自降价。

禁止具有竞争关系的经营者就商品或者服务价格达成下列垄断协议：

①固定或者变更价格水平、价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用，

②约定采用据以计算价格的标准公式：

③限制参与协议的经营者的自主定价权；

④通过其他方式固定或者变更价格。

(二) 数量卡特尔

数量卡特尔，指经营者限制商品生产数量或者销售数量的协议。数量卡特尔与价格卡特尔是双胞胎，两者的结合更会导致参与卡特尔的企业间失去竞争。

禁止具有竞争关系的经营者就限制商品的生产数量或者销售数量达成下列垄断协议：

①限制生产数量：以限制产量、固定产量、停止生产等方式限制商品的生产数量，或者限制特定品种、型号商品的生产数量；

②限制销售数量：以限制商品投放量等方式限制商品的销售数量，或者限制特定品种、型号商品的销售数量

③通过其他方式限制商品的生产数量或者销售数量。

(三) 地域卡特尔

地域卡特尔，又称划分市场，是指分割销售市场或者原材料采购市场的协议。例如，华中药业等经营者约定，市场区域各自按原有区域市场销售成品。地域卡特尔的实质是在各个被分割的局部市场内形成了垄断，会造成限制竞争、排除竞争的后果。

禁止具有竞争关系的经营者就分割销售市场或者原材料采购市场达成下列垄断协议：

①分割销售市场：划分商品销售地域、市场份额、销售对象、销售收入、销售利润或者销售商品的种类、数量、时间；

②分割产品市场：划分原料、半成品、零部件、相关设备等原材料的采购区域、种类、数量、时间或者供应商；

③通过其他方式分割销售市场或者原材料采购市场。

(四) 限制创新卡特尔

限制创新卡特尔，是指限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品的协议。

在实践中，创新卡特尔一般发生在专利或者技术转让的协议中，即许可人对被许可人的限制或者被许可人对许可人的限制。出于保护知识产权人正当利益的考虑，这样的限制一般适用合理原则。然而，如果竞争者之间的创新卡特尔是变相地限制生产和销售，其结果就是限制市场的供给，是严重损害市场竞争的行为，适用本身违法原则。

禁止具有竞争关系的经营者就限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品达成下列垄断协议：

①限制购买、使用新技术、新工艺；②限制购买、租赁、使用新设备、新产品；③限制投资、研发新技术、新工艺、新产品；④拒绝使用新技术、新工艺、新设备、新产品；⑤通过其他方式限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品。

(五) 联合抵制卡特尔

联合抵制，又称联合拒绝交易，指同行业的一些共谋者出于将特定竞争者驱逐出市场的目的，而集体拒绝与市场上具有直接竞争关系的经营者进行交易的行为。例如，华中药业等经营者约定，三个厂家自合作之日起，一律不能向第四生产方销售本原料。

1、根据抵制行为人与抵制的目标对象之间的经济关系不同，联合抵制可分为横向联合抵制和纵向联合抵制。横向联合抵制是指抵制行为人与抵制的目标对象处于同一市场的抵制。纵向联合抵制是指抵制行为人与抵制的目标对象处于不同市场的抵制。

禁止具有竞争关系的经营者就联合抵制交易达成下列垄断协议：

①联合拒绝向特定经营者供应或者销售商品；②联合拒绝采购或者销售特定经营者的商品；③联合限定特定经营者不得与其具有竞争关系的经营者进行交易；④通过其他方式联合抵制交易。

2、根据抵制的目的或效果不同，联合抵制可分为两类：

(1)为了排挤或惩罚某些竞争者而进行联合抵制；

(2)为了促进社会共同利益而进行联合抵制。对于第一类联合抵制，各国竞争法均予以严格禁止。但对于第二种情形，各国大都适用具体案例具体分析的原则。

(六)其他横向垄断协议

共同采购协议或共同销售协议。共同采购协议也称联合购买协议，或直接称为购买协议，是指若干企业间为联合购买某种产品而订立的协议。共同销售协议也称联合销售协议，是当事人之间为了在产品的销售与促销方面进行合作而订立的协议。

信息交换协议。信息交换协议是指处于竞争状态的两家或两家以上的企业订立协议约定相互交换或传递其各自的商业信息。

三、纵向垄断协议

纵向垄断协议是指经营者与交易相对人达成的垄断协议。签订协议的经营者处于市场的不同经济阶段，如钢材的卖方与买方。质言之，纵向垄断协议是指参与垄断协议的各个经营者处于某一种商品生产经营链条的不同环节或阶段，是一种上游与下游经营者之间的关系。

纵向垄断协议包括纵向价格协议和纵向非价格协议，它们的特点是协议双方的给付具有互补性，即一方提供商品，另一个支付价格。纵向非价格协议，如对销售地域、销售对象、销售渠道的限制等。

我国《反垄断法》第 14 条规定，纵向垄断协议主要包括：

(1)维持转售价格：固定向第三人转售商品的价格（建议零售价问题）；

(2)限定最低转售价格：限定向第三人转售商品的最低价格（不禁止限定最高售价）；

(3)国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议（限定销售区域、独家交易等）。

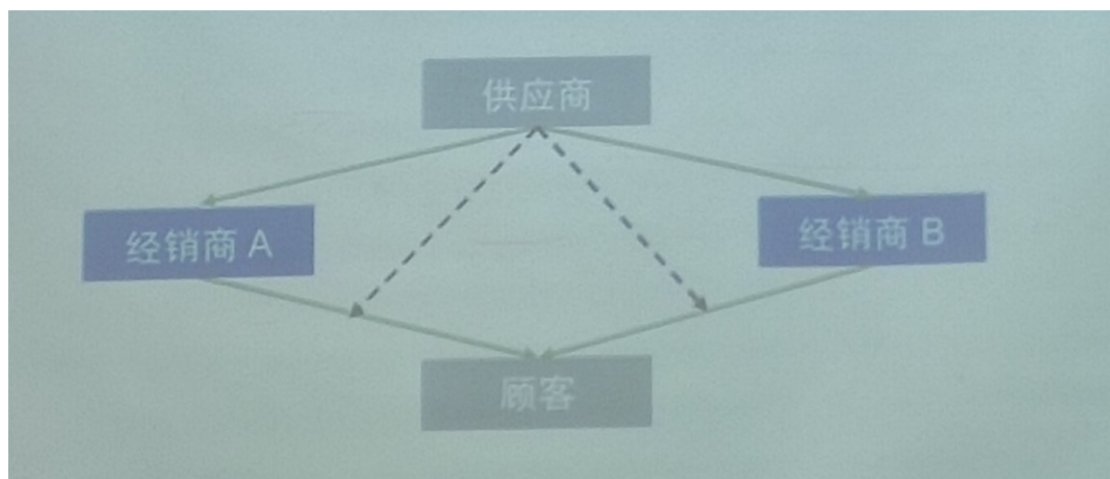
上述垄断协议，是涉及第三人利益的协议，是经营者基于自身利益考虑而采取的限制竞争

的做法。

(一)维持转售价格协议

维持转售价格，又称固定转售价格，是指供应商(生产商或批发商)销售产品给下游经销商时，要求下游经销商再销售该产品时，必须按照规定的价格和价格区间定价。

(能够促进新的产品进入市场；防止“搭便车”的行为)



维持转售价格存在两个构成要素：(1)存在两个以上的独立交易关系，即“初次销售”和再销售”；（2）初次销售中的卖方固定再销售价格。维持转售价格协议除了规定价格外，还必须约定监督机制和奖惩办法，如拒绝供货、减少或推迟供货、取消授权、没收保证金等。如果只是单纯规定一个销售价，而没有规定监督和奖惩条款，仅构成价格建议，不构成维持转售价格。

欧美过去普遍把维持转售价格视为违法的行为。但是，自美国联邦最高法院 2007 年 Leegin 案判决以来，美国反托拉斯法对维持转售价格的协议开始适用合理原则。

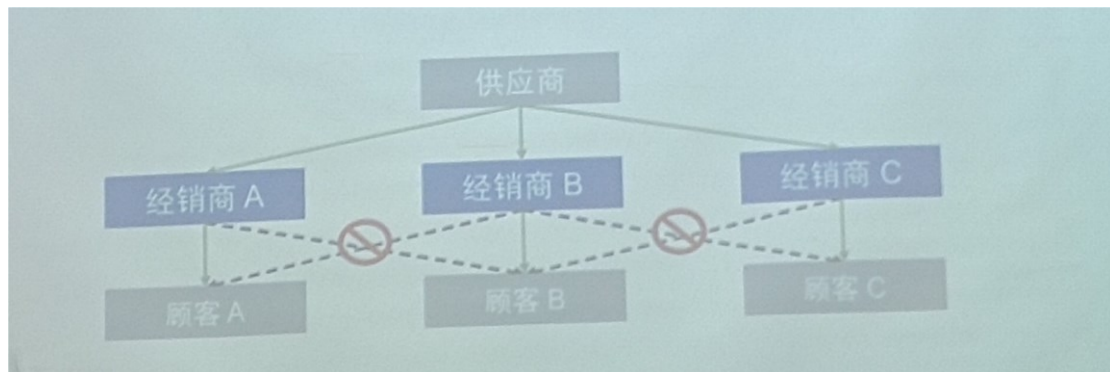
(二)限定最低转售价格协议

限定最低转售价格，是指经营者限定向第三人转售商品的最低价格。如果限制最低转售价格协议不具有排除、限制竞争效果，不属于反垄断法所禁止的纵向垄断协议。限制最低转售价格协议的经济效果可以从相关市场竞争是否充分、被告是否具有很强的市场地位、被

告实施最低转售价格限制的动机、限制最低转售价格的竞争效果等方面进行分析判定。

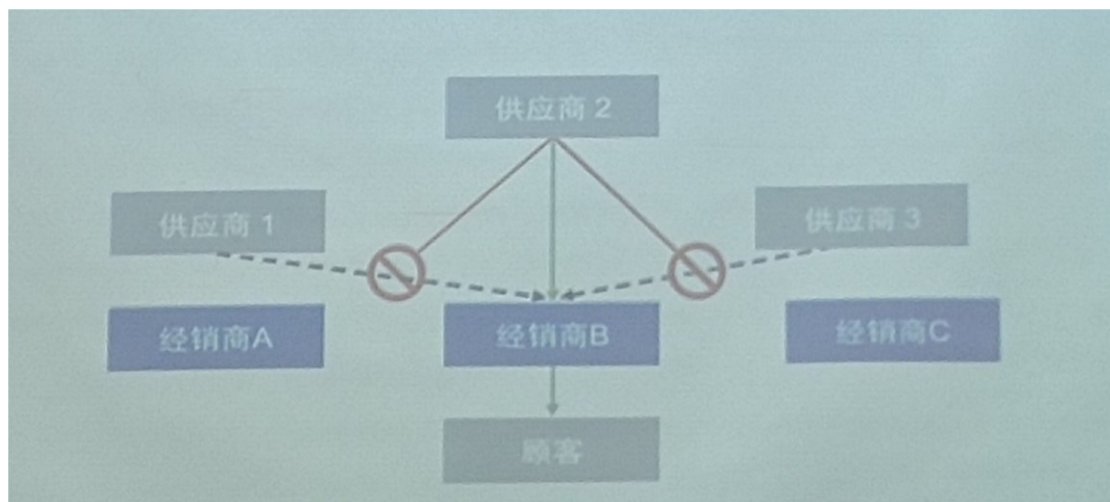
(三)独家交易协议

独家交易协议，又称排他性交易协议，是指在同一产业链上下游环节的经营者，约定不与对方或双方有竞争关系的第三方进行交易的协议。包括独家购买协议和独家销售协议。



(四)特许协议

特许协议，又称特许连锁，是指经营者将其已投入流通的产品和服务的商标、企业形象标识、经营方式、专用技术等整体或部分有偿地准许其他经营者在特定地区使用的协议。



在欧盟，如果特许人和被特许人的市场份额都没有超过 30%，则可予以豁免。如果超过 30%，应根据它们的后果进行评价。总的来说，如果特许人限制被特许人的活动地域或者对被特许人提出竞业限制要求有合理商业理由的，一般能得到豁免。相反，如果规定协议期限届满后被特许人仍然不得从第三方购买竞争性产品，或者限制被特许人的销售价格，

则因为具有严重的反竞争后果，不能得到豁免。

四、垄断协议的豁免

(外部平衡)

基于规制的考虑，对那些有利于社会公共利益，有利于经济社会发展的不具有危害性或违法性的卡特尔，各国反垄断法一般予以豁免。《反垄断法》要禁止的垄断协议是以垄断为目的，对于那些没有垄断意图的协议，《反垄断法》不应加以禁止。

1、可豁免的垄断协议

垄断协议又称卡特尔，依据我国《反垄断法》的规定，经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不予禁止：

(一) 研发卡特尔：为改进技术、研究开发新产品的

研发卡特尔是指经营者之间为改进技术、研究开发新产品而订立的协议。一般来说，如果研发合作发生在研发成果即将被推向市场或已经推向市场阶段，因为这时的合作存在共谋价格、限制数量或者分割市场的可能性，可能得不到豁免。

这个阶段的合作能否得到豁免，一般要考虑两个因素：（1）合作的内容。即协议中如果存在固定价格、限制数量或者分割销售市场的条款，这个协议总体上可被视为违法；（2）参与合作研发的当事人的市场份额，欧盟规定，如果参与合作的协议当事人的市场份额总共不超过 25%，这个协议可以得到豁免。

(二) 标准化卡特尔：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

标准化卡特尔，又称专业化卡特尔，是指经营者之间为提高产品质量、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而订立的协议。规格和标准一般指各种原材料、半成品或者成品在性能、规格、质量、等级等方面的要求。

欧盟规定，如果参与专业化卡特尔的企业在相关市场上的份额共计不超过 20%，则可以推定这个协议能够产生规模经济和范围经济，或者可以改进生产技术，并且消费者能够公平地分享由此产生的利益。

(三) 中小企业卡特尔：为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的

中小企业卡特尔是指中小企业为提高经营效率，增强竞争力而订立的协议。这类协议有利于中小企业实现生产经营合理化，降低企业单位产品的成本。

这类协议要得到豁免，一般需要考虑两个因素：（1）这样的合作能否导致市场势力。（2）中小企业合作的方式、程度和市场上现有的合作等因素。德国《反对限制竞争法》第 3 条规定，中小企业之间的协议或中小企业组织的决议可以得到豁免的前提条件有两个：（1）市场上的竞争不会因此遭受实质性的损害；（2）协议或决议有利于改善中小企业的竞争能力。

(四) 公共利益卡特尔：为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的

公共利益是指建立、维持市场经济体制和维护市场竞争功能所构成的利益。公共利益卡特尔是指经营者之间为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益而订立的协议。

在德国，公共利益卡特尔又称为部长卡特尔，部长卡特尔的批准需要两个程序：（1）向联邦卡特尔局提出申请，但联邦卡特尔局只是出于市场竞争法的考虑来决定是否批准；

(2) 向联邦经济部长提出申请，经济部长出于整体经济和社会公共利益的考虑，特别是出于产业政策的考虑，决定是否批准卡特尔。

(五) 不景气卡特尔或结构危机卡特尔：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

不景气卡特尔又称为经济危机卡特尔，是指经营者因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩而订立的协议。

批准这种卡特尔的前提条件是市场结构长期性地发生了变化，而不仅仅是市场的不景气。

德国《反对限制竞争法》第 6 条规定，因销售减少致需求持续变化的，从事生产、制造、加工或处理的企业达成的协议或作出的决议，可以豁免适用垄断协议禁令，但以该协议或决议为使生产能力有计划地适应需求所必需，并且有关规定顾及了相关行业的竞争条件为限。(本条已删除)

(六) 出口卡特尔：为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的

出口卡特尔是指经营者为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益而订立的协议。豁免出口卡特尔是因为反垄断法保护的是本国的市场竞争，出口卡特尔不影响国内市场。

在其他国家反垄断法与我国反垄断法一样具有域外适用效力的情况下，反垄断法豁免出口卡特尔的规定对我国出口企业没有实质性的帮助。例如，我国生产和出口维生素的四家制药企业 2005 年在美国遭遇了反托拉斯诉讼，且被美国一家地方法院开出金额 1.62 亿美元的罚单，用于民事损害赔偿。

案例

2005 年 1 月，美国动物科学产品公司、拉尼公司等在美国起诉，称中国四家主要维生素 C 生产企业在中国医药保健品进出口商会的组织下，达成固定价格协议。据此，原告请求法院禁止被告“协调”，并按照“三倍损害赔偿”原则支付 1.5 亿-2 亿美元的赔偿金。被告则认为，该项实践遵循的是中国政府采取的“预核签章”制度，应当根据国家行为豁免原则免于处罚。这是中国企业首次在境外遭遇反垄断诉讼。为避免判决风险，石家庄制药集团维生药业公司、华源集团江山制药公司与原告达成庭前和解，分别向原告支付了 2250 万美元和 1050 万美元。东北制药公司因与美方的购销合同约定了仲裁条款而不受法院管辖，原告因而撤销了对该公司的指控。

2013 年 3 月 14 日，美国纽约州东区布鲁克林联邦法院作出初审判决：河北维尔康药业有限公司及其母公司华北制药集团，连带赔偿美国购货方 1.5323 亿美元。2016 年 9 月 20 日，美国联邦第二巡回法院认为原审法院判决违反国际礼让原则，判令原审法院撤销案件。2018 年 6 月 14 日，美国联邦最高法院以 9-0 裁定，下级法院就该案对中国监管政策进行解释时过度尊重，并将该案发回联邦第二巡回上诉法院重审。2021 年 8 月 10 日，美国第二一三巡回上诉法院作出二审判决，撤销纽约南区法院一审判决并将案件发回重审，要求地区法院驳回该案原告诉讼请求。11 月 3 日，美国纽约东区联邦地方法院作出判决，驳回原告起诉，撤销案件目不得以相同理由再次起诉。

上述卡特尔在经济或社会层面上有其合理性和积极意义，且并非以排除、限制竞争为直接目的，反垄断法才不予禁止。德国《反对限制竞争法》第 2 条规定，企业之间协议、企业

联合组织作出的决议以及联合一致的行为，如果有利于改善商品生产或销售，或有利于促进技术或经济进步，同时能够以适当方式使消费者分享因此产生的利益，并且没有对有关企业施加对于实现这些目标不属于必不可少的限制，或为此类企业提供消除有关产品重要竞争的可能性，可以豁免适用垄断协议禁令。此外，上述协议虽然不以垄断为直接目的，但在客观上也可能产生限制竞争或损害消费者利益的后果，因此，反垄断法并非绝对排除适用。

(七) 其他卡特尔：法律和国务院规定的其他情形

2、豁免的标准

消极条件：经营者应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争

积极条件：能够使消费者分享由此产生的利益

第三节 滥用市场支配地位

一、滥用市场支配地位的构成要件

(一) 拥有市场支配地位

1、概念：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。

注意：(1)占支配地位的经营者不一定是垄断企业；(2)对于企业是否具有市场支配地位，需要结合市场结构、市场行为、市场绩效等作综合判断，尤其要以市场份额为主，兼顾市场行为等因素来确定。

案例：

利乐是一家在全球范围内提供液体食品包装设备、技术服务、包装材料，以及为液体食品生产企业提供生产线设计方案的大型跨国集团，于1951年在瑞典成立。利乐在销售设备过程中，限制了设备客户在绩效确认期(指确认设备性能时间)、保证期(相当于质保期)以及经营租赁期内使用利乐包材或“经利乐认可”的包材。利乐在技术服务中采用了干包协议，即客户必须在使用利乐提供的包材前提条件下，通过使用包

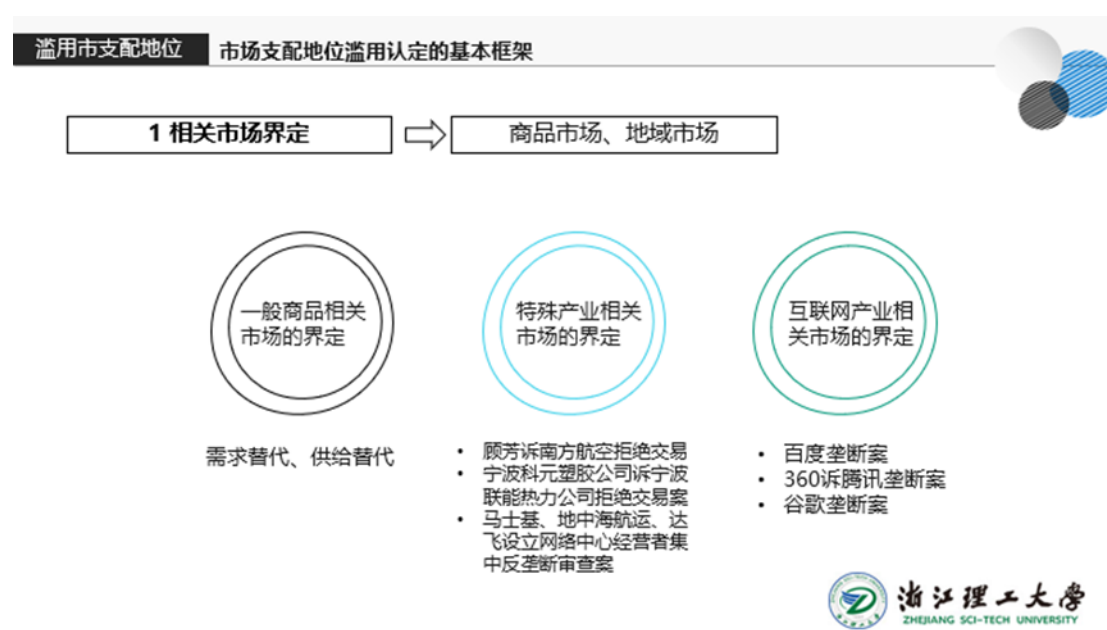
材的数量(千包)为计量依据并设置固定服务费率,利乐提供设备维护。

经过调查,工商总局认为,2009-2013年期间,利乐在中国大陆液体食品纸基无菌包装设备(简称设备)、纸基无菌包装设备的技术服务(简称技术服务)、纸基无菌包装材料(简称包材)三个市场,均具有市场支配地位。2009-2013年期间,利乐凭借其在设备市场、技术服务市场的支配地位,在提供设备和技术服务过程中搭售包材;凭借其在包材市场的支配地位,通过限制原料纸供应商与其竞争对手合作、限制原料纸供应商使用有关技术信息,妨碍原料纸供应商向其竞争对手提供原料纸;凭借其在包材市场的支配地位实施追溯性累计销量折扣和个性化采购量目标折扣等排除、限制竞争的忠诚折扣,妨碍包材市场的公平竞争。2016年11月16日,工商总局认定,利乐的上述行为违反了《中华人民共和国反垄断法》的有关规定,构成了该法第十七条第一款第(四)项、第(五)项和第(七)项规定的没有正当理由搭售、没有正当理由限定交易和其他滥用市场支配地位行为。依据《中华人民共和国反垄断法》,工商总局责令利乐停止违法行为,包括不得在提供设备和技术服务时无正当理由搭售包材,不得无正当理由限制包材原纸供应商向第三方供应牛底涂布液包白卡纸,不得制定和实施排除、限制包材市场竞争的忠诚折扣;处罚款计667724176.88元人民币。

(1) 相关市场的界定

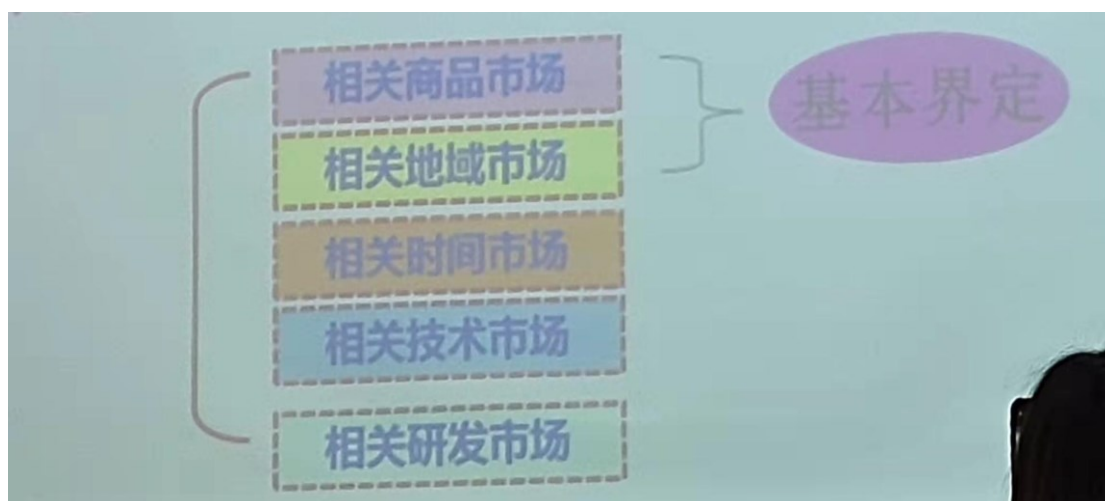
相关市场,是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务进行竞争的商品范围和地域范围。

在反垄断执法实践中,通常需要界定相关商品市场和相关地域市场。市场界定的作用是隔离问题。



1、产品功能界定法

产品功能界定法是依据产品功能上的替代性或用途上的合理互换性来界定相关市场的方法。



①相关商品市场

相关商品市场，又称为相关产品市场，是指根据商品的特性、用途及价格等因素，由需求者认为具有较为紧密替代关系的一组或一类商品所构成的市场。界定市场的目的是识别商品之间合理的替代性，分析竞争者，进而判断经营者所面临的竞争约束。

界定相关商品市场的方法主要有需求替代分析、供给替代和假定垄断者测试等。在反垄断实践中，根据实际情况可能使用不同的方法。界定相关商品市场一般可考虑经营者在市场上可以感受到的三种竞争压力，即需求替代、供给替代和潜在竞争。

需求替代是指根据需求者对商品功能用途的需求、质量的认可、价格的接受以及获取的难易程度等因素，从需求者的角度确定不同商品之间的替代程度。供给替代是指根据其他经营者改造生产设施的投入、承担的风险、进入目标市场的时间等因素，从经营者角度确定不同商品之间的替代程度。潜在竞争是指一种产品在市场上有利可图时，市场外的企业会在短时间内采取必要投资或其他转换成本措施，进入市场，参与竞争。

欧盟委员会认为，一个企业即使不具有市场支配地位，但至少也占有显著的市场地位时，它才会分析潜在竞争。供给替代与潜在竞争关系密切，供给替代可以被视为一种潜在竞争。

②相关地域市场

相关地域市场，是指需求者获取具有较为紧密替代关系的商品的地理区域。这些地域表现出较强的竞争关系，在反垄断执法中可以作为经营者进行竞争的地域范围。在这个地域范围内，竞争条件基本相同。如果超出这个地域，即使是邻近的地域，其竞争条件也存在明显差异。

从这个定义来看，相关地域市场既可以从需求的角度进行分析，也可以从供给的角度进行分析。界定相关地域市场时一般应考虑地区间差异、产品价格、消费者喜好、运输费用等因素。

③相关时间市场

相关时间市场是指在既定法律框架下，应考虑合理时间段内可能性的替代市场。相关时间市场界定一般出现在季节性产品、消费峰谷型产品和知识产权产品等特殊类型的产品中。

例如，有些产品因为时间的差异所形成的市场需求可能出现很大的变化，呈现出高峰期和非高峰期两种局面。从消费者或者客户的消费需求来看，高峰期的产品和非高峰期的产品在有些情况下不具有替代性或者替代性程度非常低。在这种情况下，它们可能被划入两个不同的相关时间市场。

④相关技术市场

在技术贸易、许可协议等涉及知识产权的反垄断执法工作中，可能还需要界定相关技术市场，考虑知识产权、创新等因素的影响。相关技术市场是指由行使知识产权所涉及的技术和可以相互替代的同类技术之间相互竞争所构成的市场。可见，这里的技术市场不仅涵盖被许可的专利技术，也涵盖不受知识产权保护的替代技术。

在华为诉 IDC 滥用市场支配案中，广东省高院指出，在标准技术条件下，每一个 3G 无线通信领域内的必要专利许可市场，均是唯一和不可替代的。同时，2G、3G 和 4G 标准是

技术升级关系，2G、3G 和 4G 标准下的每一必要专利都是唯一的、不可替代的。因此，鉴于 3G 标准（包括 WCDMA、CDMA2000、TD—SCDMA）每一个必要专利的唯一性和不可替代性，故本案相关商品市场为交互数字为专利权人的必要专利的许可市场，相关地域市场为全球必要专利许可市场中的中国市场和美国市场。

⑤相关研发市场

相关研发市场又称相关创新市场，是指对特定新产品或者改良产品及其制作流程的研发，以及该研发的近似替代所构成的市场。也就是说，相关研发市场是经营者之间就某一领域中未来新技术或者新产品的研发进行竞争所形成的市场。

其中近似替代指的是可以显著地限制该研究发展实施市场力量的研发投入、技术及产品。

显著地限制研发的市场力量，是指可以对假设垄断经营者的研发速度、能力及诱因加以限制。

2、假定垄断者测试法

假定垄断者测试，又称为 SSNIP 测试，即通过“小幅显著且非临时性涨价”测试，检验假定的垄断者是否有利可图，由此确定相关市场。假定垄断者测试是美国司法部在 1982 年《横向并购指南》中首次提出的一种界定相关市场的方法。欧盟在 1997 年（次级）欧盟委员会关于相关市场界定的通告中也采用了这一方法。在经营者竞争的市场范围不够清晰或不易确定时，可以按照 SSNIP 测试的分析思路界定相关市场。

“假定垄断者测试”首先假设经营者是垄断者，如果将其商品的价格持续（一般为 1 年）提高到竞争条件下的价格水平之上（一般为 5%—10%），该垄断者在销售量下降的情况下仍然有利可图，则目标商品就构成相关商品市场。如果涨价引起需求者转向其他替代品，使该垄断者无利可图，则需要把该替代品增加到相关商品市场中，该替代品与目标商品形成商品集合。接下来分析如果该商品集合涨价，该垄断者仍然有利可图，那么该商品集合

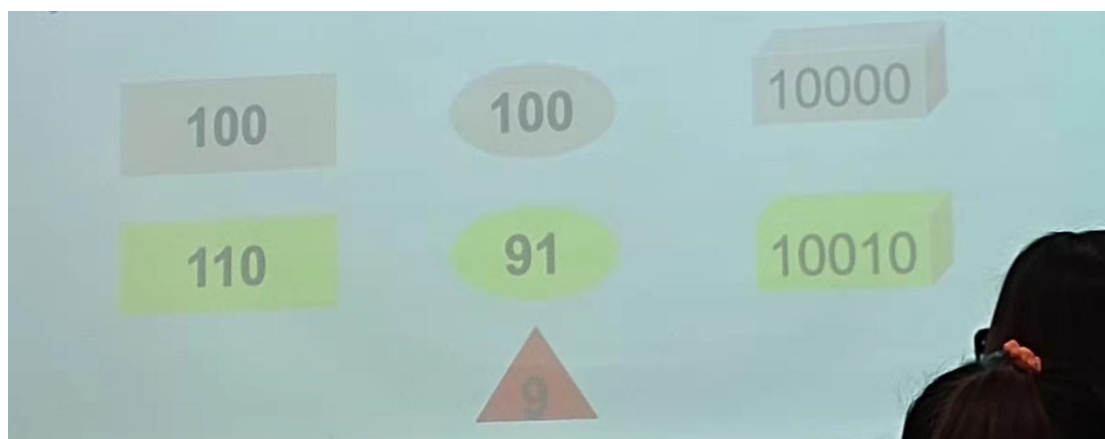
就构成相关商品市场；否则还需要继续进行上述分析过程。随着商品集合越来越大，集合内商品与集合外商品的替代性越来越小，最终会出现某一商品集合，假定垄断者可以通过涨价实现盈利，由此便界定出相关商品市场。

以可口可乐为例，如果价格上涨，消费者会转而购买其他同类产品(比如百事可乐)。相应地，因为消费者多买了百事可乐，从需求方面来看百事可乐是可口可乐的替代产品，因此可口可乐与百事可乐构成一个相关产品市场。如果可口可乐与百事可乐同时涨价，并且市场上没有其他类似的可乐产品可以买，想喝可乐的消费者只能乖乖地多掏钱。这样，可乐产品(包括可口可乐和百事可乐)本身就构成了一个独立的相关市场。

按照 SSNIP 方法确定的相关市场可能过宽，使一些明显具有反竞争效应的反垄断案件逃过处罚。这在反垄断司法中被称为“玻璃纸谬误”。在 1956 年美国政府指控杜邦公司垄断玻璃纸(一种塑料包装纸)生产案中，因为玻璃纸为杜邦公司独家生产和销售，政府认定该公司在玻璃纸产品市场上占有 100%的市场份额，并且实行了垄断价格。美国最高法院在这个案件中将玻璃纸看作包装材料（其他包装材料如防油纸)中的一种材料，而在包装材料产品市场上，杜邦公司仅占 18%的市场份额。因此，政府在该案中败诉。

3、临界损失分析法

假定垄断者测试法没有给出如何判定所谓的价格上涨是否“有利可图”，美国 Harris 和 Simons 首次提出了临界损失分析法。临界损失是指假定垄断者决定实施小幅显著且非临时性涨价仍然有利可图时，销售量(额)减少的最大值。



临界损失分析法的基本思路是以目标商品为待测试商品集合，假定垄断者控制着市场上所有的目标商品，且在一段时期内小幅提高目标商品价格(一般为 5%-10%)，通过比较目标商品涨价时的临界损失率和实际损失率来判断假定垄断者的涨价行为是否有利可图。如果实际损失率超过临界损失率，则表明假定垄断者的涨价行为为无利可图，目标商品无法单独构成相关市场。相反，如果实际损失率小于临界损失率，则表明该涨价有利可图，目标商品可以构成相关市场。

(2) 市场支配地位的判断

反垄断分析的核心问题是市场支配地位认定。在竞争法理论上，认定经营者是否具有市场支配地位有三个标准：市场绩效、市场行为和市场结构。市场绩效标准是根据经营者在市场上的获利程度认定；市场行为标准是根据企业的市场行为是否受竞争对手市场行为的影响认定；市场结构标准是根据企业的市场份额大小认定。我国主要采取市场结构标准认定经营者的市场支配地位。

认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素：

①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；②该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；③该经营者的财力和技术条件；④其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；⑤其他经营者进入相关市场的难易程度；⑥与认定该经营者市场支配

地位有关的其他因素。

1、市场份额。《反垄断法》第 19 条规定了可以推定经营者具有市场支配地位的情形：

- ①一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；
- ②两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；
- ③三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(共同市场支配地位：只有这些经营者之间不存在实质上的竞争时才可以认定具有市场支配地位)，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。

在利乐案中，不论是按存量设备灌装能力还是已销售设备数量计算，利乐的份额均超过 50%。

市场支配地位：①单一支配地位——一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；
②共同支配地位——两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的

2、市场控制力。即控制销售市场或者原材料采购市场的能力。一般说来，一个企业与供应其原材料、半成品以及购买其产品的企业联系得越紧密，该企业在市场上的竞争力就越强。例如，如果某一企业与其上下游企业订立了独家购买协议或者独家销售协议，企业市场份额越大，市场地位越强。

在利乐案中，利乐在设备销售过程中，会根据客户综合情况包括包材使用等因素对客户进行评估打分，确定设备折扣水平。利乐在租售设备时对于交易期限、交易费用、损害赔偿及备件、包材使用等附加诸多的交易条件。这种对交易价格和其他交易条件的控制也表明利乐具有较强的市场控制力。

3、财力技术条件。企业财力既表现为企业的自有资金，也表现为企业筹集资金的能力。

一般来说，企业筹集渠道越畅通，财力资源就越大，市场竞争力越强。企业技术条件主要指企业所拥有的专利、专有技术、商标、著作权和其他知识产权的占有情况。

在利乐案中，作为市场份额最大的设备厂商，利乐拥有关键备件制造能力和相关核心技术，一般仅向设备用户提供备件。备件供应的封闭性阻碍了经营者进入技术服务市场，使得独立维修保养服务商难以立足。

4、交易依赖性。即其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度。交易依赖性，尤其表现在供货商与大型零售商之间的关系上。如果零售商的市场份额很大，货物品种齐全，供货商往往对其有很大的依赖性。反垄断执法机关不是考虑个别企业之间的依赖关系，而是市场的整体状况。

在利乐案中，使用纸基无菌包装设备的液体食品生产商，特别是大型企业和使用高速机的用户对利乐具有较强的依赖性。

5、进入壁垒。进入壁垒指潜在企业、新企业与既存企业竞争可能遇到的种种不利因素。

认定经营者是否真正占市场支配地位，还需要考虑其他企业进入市场的可能性，即市场上的潜在竞争。实践中，进入壁垒主要有法律障碍、网络或者其他基础设施、进入市场的资金要求、规模经济、产品差别优势和消费者喜好(用户忠诚度)等。

在利乐案中，纸基无菌包装设备行业具有很高的进入壁垒，包括巨大的资金要求和研发费用，以及专有核心元器件、专利技术等。纸基无菌包装设备精密复杂，维修保养需要经验丰富的专业团队及专用设备工具，以及与之相适应的销售体系，这进一步提高了潜在竞争者的进入门槛。

6、其他因素。例如，认定互联网等新经济业态经营者具有市场支配地位，可以考虑相关行业竞争特点、经营模式、用户数量、网络效应、锁定效应、技术特性、市场创新、掌握

和处理相关数据的能力及经营者在关联市场的市场力量等因素。认定知识产权领域经营者具有市场支配地位，可以考虑知识产权的替代性、下游市场对利用知识产权所提供商品的依赖程度、交易相对人对经营者的制衡能力等因素。

(二)存在滥用行为

(1) 滥用行为的含义

滥用行为是指少数大企业为了排除或限制竞争，而凭借自身的经济实力，对其他企业施加影响和控制的行为。它实质上是拥有垄断地位的企业滥用垄断优势地位的行为，对于此类滥用行为，各国反垄断法一般均予以禁止。

欧共体法院曾提到：“滥用支配地位的概念有关企业由于存在市场支配地位，不仅影响了市场结构，削弱了竞争程度，而且通过采取与商业交易中产品和服务的正常竞争所不同的手段，具有妨碍现存市场上竞争程度的维持或者竞争发展的作用”

(2) 滥用行为的分类

1、根据滥用行为与价格的关系不同，分为：价格行为和非价格行为。价格行为是指通过价格手段实施的滥用行为。如索要垄断价格、价格歧视等；非价格行为是指通过非价格手段实施的滥用行为。如搭售、拒绝交易等。

2、以滥用行为的性质不同，分为：剥削性滥用行为和妨碍性(排他性)滥用行为。剥削性滥用行为是指拥有市场支配地位企业通过某种行为获得了在正常、有效竞争情况下不会获得的收益(针对的是交易相对人)。妨碍性滥用是指拥有市场支配地位的企业为了维持或进一步加强其市场地位，凭借其已获得的市场支配地位，实施各种妨碍公平竞争的行为(针对的是同业竞争者)。通过实施妨碍性滥用行为，企业想方设法使其竞争者难以接近交易对手，或者封锁竞争者接近买方或者卖方的渠道。

滥用市场支配地位的主要表现

一、我国《反垄断法》的相关规定

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：

- (1) (索要垄断价格) 以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；
- (2) (掠夺性定价) 没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；
- (3) (拒绝交易) 没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；
- (4) (限定交易) 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；
- (5) (搭售) 没有正当理由搭售商品，在交易时附加其他不合理的交易条件；
- (6) (差别待遇) 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；
- (7) 附加不合理交易条件行为
- (8) 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（忠诚折扣）。

(三)对典型滥用行为的具体分析

(1) 索要垄断价格

索要垄断价格是指以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品。因为高价销售和低价购买都是针对交易对象，所以这种滥用行为是剥削性滥用。认定垄断价格的基础是确定可比价格，若明显低于或高于可比价格就可被认定为垄断价格。

在高通垄断案中，国家发改委认为，对于被迫接受高通公司一揽子专利许可的被许可人，高通公司在坚持较高许可费率的同时，以超出高通公司持有的无线标准必要专利覆盖范围的整机批发净售价作为计费基础，显失公平，导致专利许可费过高。

确定可比价格的方法主要有：

- 1、产品比较：销售价格或者购买价格是否明显高于或者明显低于其他经营者在相同或者

相似市场条件下销售或者购买同种商品或者可比较商品的价格；（与具有可比性的产品价格比较）

2、时间比较：销售价格或者购买价格是否明显高于或者明显低于同一经营者在其他相同或者相似市场条件区域销售或者购买商品的价格；（与过去尚未取得市场支配地位时的价格比较）

3、空间比较：在成本基本稳定的情况下，是否超过正常幅度提高销售价格或者降低购买价格；（与竞争状态下的其他市场价格比较）

4、成本加合理利润比较：销售商品的提价幅度是否明显高于成本增长幅度，或者购买商品的降价幅度是否明显高于交易相对人成本降低幅度。

（2）掠夺性定价

掠夺性定价是指没有正当理由，以低于成本的价格销售商品。（如滴滴）

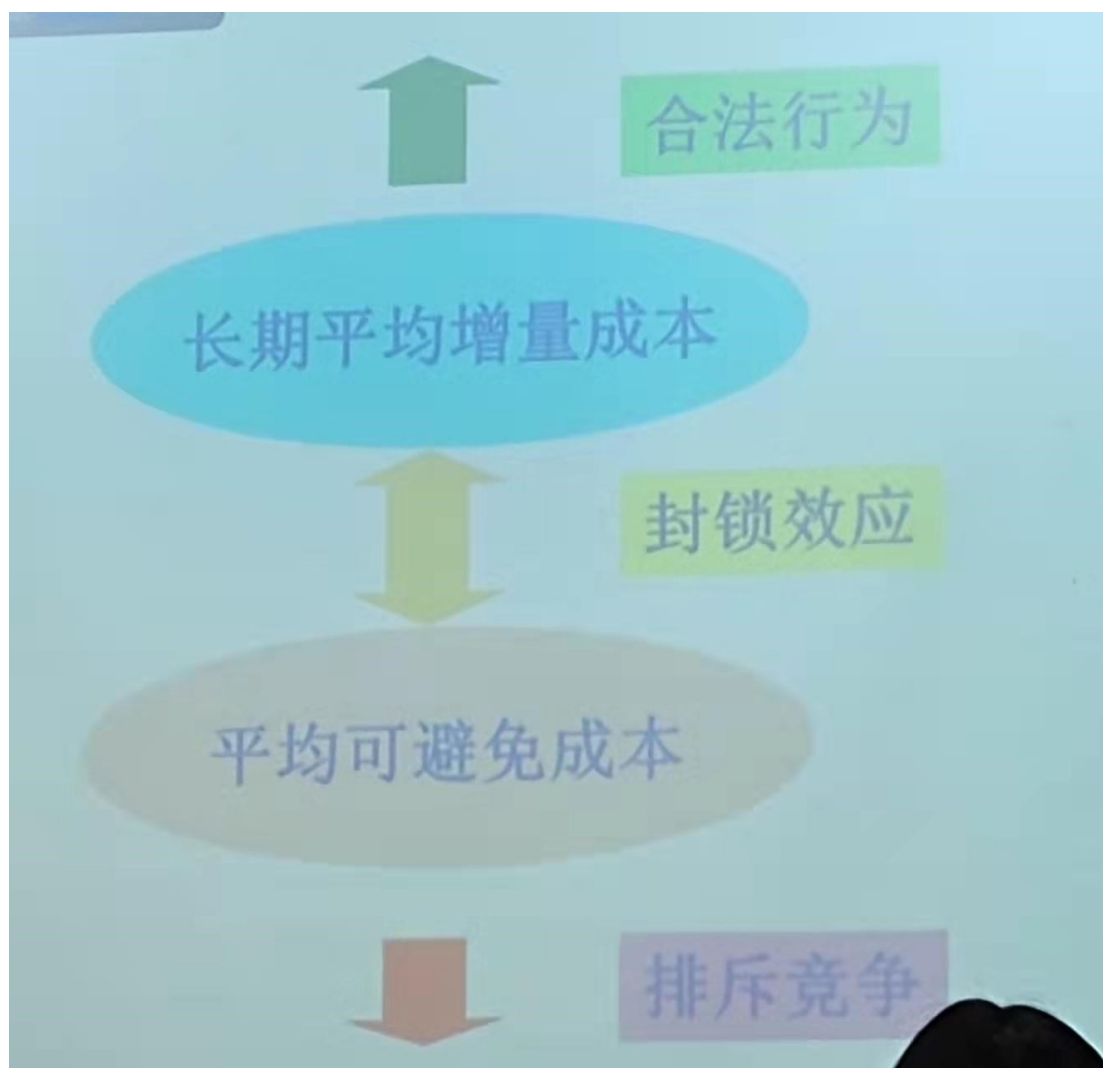
构成要件：

1、以低于成本的价格销售商品；2、排挤竞争对手的可能性(反垄断损害)；3、回收损失或获取垄断利润可能性；4、低于成本销售没有正当理由。

欧盟实践：根据《欧洲委员会适用欧共同体条约第 82 条查处支配地位企业滥用排挤行为的执法重点指南》，如果支配地位企业的定价低于平均可避免成本（AAC），意味着亏本销售和排斥竞争。如果定价低于长期平均增量成本（LRAIC），可对同等效率竞争对手产生封锁效应。当价格高于长期平均增量成本，既不会亏本销售，也没有排斥竞争。价格在平均可避免成本和长期平均增量成本之间的，委员会若要确定占市场支配地位企业的定价行为是否构成滥用，需要调查其他因素。

中国实践：认定低于成本的价格销售商品，应当重点考虑价格是否低于平均可变成本。平

均可变成本是指随着生产的商品数量变化而变动的每单位成本。涉及互联网等新经济业态中的免费模式，应当综合考虑经营者提供的免费商品以及相关收费商品等情况。



美国实践：如果企业产品价格低于平均可避免成本时，表明企业在赔本销售，而且也表明它具有排他意图，因此可发起反托拉斯调查。

注：平均可避免成本是指经营者如果不生产一定数量的(额外)产品就可以节省的成本。同等效率竞争对手是指成本结构同等、价格同样的竞争者。增量成本(incremental cost)是由产量增加而导致的总成本的变化量，等于生产增量之后的总成本减去生产增量前的总成本。长期平均增量成本则是企业生产特定产品时付出的全部成本(包括可变成本与固定成本)。可变成本指随着产品的生产数量变化而发生变化的成本，如劳动工资、原材料或半成品。

品的购买价格等。与可变成本相对的是固定成本，如厂房和机器设备。边际成本是厂商每增加一个单位产量所增加的成本。

具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得以低于成本的价格销售商品。这里的“正当理由”包括：

降价处理鲜活商品、季节性商品、有效期限即将到期的商品和积压商品的；因清偿债务、转产、歇业降价销售商品的；在合理期限内为推广新商品进行促销的；能够证明行为具有正当性的其他理由。

(3) 拒绝交易（企业处于支配/垄断地位时，负有交易的义务）

拒绝交易，指具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易。

例如，供电企业以产品质量不合格或不了解安装技术等借口，对用户自行提供的合格设备和材料，不提供或拖延提供电服务等。

拒绝交易的方式：1、实质性削减与交易相对人的现有交易数量；2、拖延、中断与交易相对人的现有交易；3、拒绝与交易相对人进行新的交易；4、设置限制性条件，使交易相对人难以与其进行交易；5、拒绝交易相对人在生产经营活动中，以合理条件使用其必需设施。

这里所称“正当理由”包括：

因不可抗力等客观原因无法进行交易；交易相对人有不良信用记录或者出现经营状况恶化等情况，影响交易安全（预期违约）；与交易相对人进行交易将使经营者利益发生不当减损；能够证明行为具有正当性的其他理由。

(4) 限定交易

限定交易是指经营者没有正当理由，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。

在利乐案中，包材原纸主要有牛底纸和白底纸，比较而言，牛底纸比白底纸具有成本和性能上的优势。中国大陆市场仅有佛山华新包装股份有限公司及其子公司珠海经济特区红塔仁恒纸业有限公司(二者统称红塔)批量生产销售牛底纸，其牛底纸的唯一客户是利乐；除利乐外，中国大陆市场上大部分包材厂商长期以来无法批量采购牛底纸，均使用白底纸生产包材。经查，利乐限制红塔与其他包材厂商就牛底纸项目进行合作。

禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由，从事下列限定交易行为：（1）限定交易相对人只能与其进行交易；（2）限定交易相对人只能与其指定的经营者进行交易；（3）限定交易相对人不得与特定经营者进行交易。

“正当理由”包括：(1)为满足产品安全要求所必须；（2）为保护知识产权所必须；(3)为保护针对交易进行的特定投资所必须；(4)能够证明行为具有正当性的其他理由。

实践中，具有市场支配地位企业实施强制交易的法律手段是订立独家购买或者独家销售等独家交易的协议。此外，具有市场支配地位企业还通过给予交易对手“忠实折扣”来阻止竞争对手向其客户销售产品。

独家交易和限定交易不同，但独家交易可以成为限定交易的一种手段。

（5）搭售

搭售是指卖方在向买方提供某种商品或者服务时，通过合同规定或者其他手段，要求买方同时购买另一种或几种商品或者服务。前者被称为结卖品，后者被称为搭卖品或搭售品。

在利乐案中，利乐提供纸基无菌包装设备过程中搭售包材，提供技术服务过程中搭售包材。

搭售的危害：

(1)对竞争的影响：将竞争者排挤出市场，不公平地限制这些产品或者服务的竞争。

(2)损害买方的利益：从买方角度而言，购买搭售产品也许是一种多余，造成其资金的浪费。

优点：

在市场交易中，经营者从事搭售行为的动机是复杂的。

(1) 节约成本或者开支，如把鞋子和鞋带一起出售可以节约销售时间，也有利于消费者。

(2) 保障产品的安全性或提高产品的使用寿命，如供货商出售含有高科技的机器、设备或者其他产品时，往往要求买方一并购买其所需的零部件或者辅助材料。

违法搭售行为的构成要件：

(1) 结卖品和搭卖品可分开销售

直接证据：(需求角度)

人们在有权进行选择的情况下，是否会从不同的供货商手中分别购买结卖品和搭卖品。

间接证据：(供给角度)

① 市场上存在专门生产结卖品而不生产搭卖品的企业；

② 同时生产两种产品的不具有市场支配地位的其他企业不愿意捆绑销售。

(2) 长期封锁市场的效应

如果占支配地位的企业将搭售作为一种长期的销售策略，特别是通过技术手段使搭卖品市场不可能开展竞争，就会产生封锁市场的效应。

(3) 搭售不存在客观合理性

企业可以通过两种方式证明合理性：

① 证明搭售行为具有客观的必要性。例如为满足产品安全要求所必须或为实现特定技术所必须。② 证明搭售行为可以大幅度提高经济效率。然而，只有当企业经济效率提高的好处大于消费者因搭售行为而受到的损害时，反垄断执法机关才可能考虑这个效率。

(6) 差别待遇 (大数据杀熟)

差别待遇是指具有市场支配地位的企业对相同的交易采用不同的交易条件，从而使某些交易对手处于不利竞争地位的行为。合法差别待遇与违法差别待遇的重大区别是，在前者情形下，交易相对人有选择自由。

差别待遇包括价格差别待遇和非价格差别待遇。由于价格是主要的交易条件，差别待遇主要表现为价格差别待遇，即价格歧视。价格歧视既有对相同的交易对象适用不同的价格，也有对供给成本不同的交易对象适用相同的价格。

①一级价格歧视：一级价格歧视，又称完全价格歧视，就是每一单位产品都有不同的价格，即假定垄断者知道每一个消费者对任何数量的产品所要支付的最大货币量，并以此决定其价格，所确定的价正好等于对产品的需求价格，因而获得每个消费者的全部消费剩余。

②二级价格歧视：二级价格歧视是指垄断厂商按不同的价格出售不同单位的产品，但是购买相同数量产品的每个人都支付相同的价格。一个垄断的卖方还可以根据买方购买量的不同，收取不同的价格。比如，电信公司对客户每月上网时间的不同，收取不同的价格，对于使用量小的客户，收取较高的价格；对于使用量大的客户，收取较低的价格。垄断卖方通过这种方式把买方的一部分消费者剩余据为己有。因此，不是不同的人之间，而是不同的产量之间存在价格歧视。二级价格歧视也称作非线性定价。

③三级价格歧视：即对于同一商品，完全垄断厂商根据不同市场上的需求价格弹性不同，实施不同的价格。如电厂对于弹性较大的工业用电实行低价格，而对弹性较小的家庭用电采用高价格。三级价格歧视中，制造商对每个群体内部不同的消费者收取相同的价格，但不同群体的价格不同。在每一个群体内部与统一定价相似，存在正的社会福利净损失，与完全竞争相比降低了社会总福利。

违法价格歧视的构成要件：

(1)存在价格歧视行为

捆绑折扣：针对两种或者两种以上产品而给予的价格折扣。在这种情况下，将可以单独销售的产品进行捆绑销售，并以低于各个单件产品价格的总和而给予的价格折扣。

增量折扣：针对买方超过门槛购买数量而给予的折扣。

追溯折扣：针对买方的全部购买数量而给予的折扣。

(2)严重损害市场竞争

为了争取到更多的订单，经营者常常使用价格歧视的方法。这样既可以刺激需求，也可以使消费者获益。但是，如果支配地位企业给予这种附条件折扣，则有可能产生现实或潜在的封锁效应，其结果与独家购买非常类似。而且，附条件折扣有可能在不牺牲支配地位企业利益的情况下产生封锁效应。

（如果同等效率竞争对手将其产品价格定得高于支配地位企业的平均可避免成本，但低于其长期平均增量成本，欧盟委员会就开始调查同等效率竞争对手在扩大产能或者新进入市场是否存在实质性的阻碍。此时，欧盟委员会将调查同等效率竞争对手是否握有可行而且有效的反击武器，例如他们是否也可以利用自己客户的“无法替代的部分订单作为杠杆，来降低相关订单的价格如果同等效率竞争对手并不掌握这样的武器。委员会便有可能认定支配地位企业的折扣制度能够对与其具有同等效率的竞争对手产生封锁效应）

(3)价格歧视不具有合理性

企业可以通过两种方式证明合理性：

- ①证明价格折扣具有客观的必要性。例如，根据交易相对人实际需求且符合正当的交易习惯和行业惯例，实行不同交易条件；针对新用户的首次交易在合理期限内开展的优惠活动。
- ②证明价格折扣可以提高经济效率。然而，只有当企业经济效率提高的程度超过了因其限制竞争而对消费者造成的不利影响，才能证明具有合理性。

(四) 承诺制度

《反垄断法》第 45 条：对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为，被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的，反垄断执法机构可以决定中止调查。中止调查的决定应当载明被调查的经营者承诺的具体内容。反垄断执法机构决定中止调查的，应当对经营者履行承诺的情况进行监督。

经营者履行承诺的，反垄断执法机构可以决定终止调查

第四节 经营者集中

一、经营者集中的含义、基本途径和分类

(一)经营者集中的含义

经营者集中是指两个或两个以上的经营者相互合并，或者一个或多个经营者通过收购或其他方式对其他经营者进行控制，从而导致相互关系上的持久变迁的行为。

《反垄断法》第 20 条规定，经营者集中是指下列情形：（1）经营者合并；（2）经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；（3）经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。

(二)经营者集中的基本途径

1、企业合并

企业合并是指相互独立的两个或两个以上的企业合并为一个企业。这里的“独立”是指合并前的企业在法律和经济上相互独立。所以，同属一个康采恩的企业因为经济上不是相互独立，它们之间的合并不能视为企业合并。

《反垄断法》第 22 条规定，经营者集中有下列情形之一的，可以不向国务院反垄断执法

机构申报：

(1)母公司对子公司的并购：参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者 50%以上有表决权的股份或者资产的；

(2)企业集团内部子公司之间的并购：参与集中的每个经营者 50%以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

(母公司和子公司是两个法人；总公司和分公司里，分公司没有法人地位)

2、股份持有

股份持有是指一个企业持有另一企业一定比例的股份，获得对该企业的控制权。德国《反对限制竞争法》规定，一个企业取得另一个企业的股份，如果这些股份达到被取得企业 25% 的资本或者表决权，或者这些股份与该企业以往所持有的股份合并达到被取得企业 50% 的资本或者表决权，这两个企业便可视为实现了合并。

例如，2016 年 7 月 12 日，腾讯以估值的业务(主要是 QQ 音乐业务)投入中国音乐集团，获得中国音乐集团 61.64%股权，取得对中国音乐集团的单独控制权。

案例

2020 年 12 月 14 日，市场监管总局公布阿里巴巴投资有限公司(阿里巴巴投资)收购银泰商业(集团)有限公司(银泰商业)股权等三起未依法申报违法实施集中案的行政处罚决定书。2014 年 3 月至 2017 年 6 月，阿里巴巴投资先后三次合计收购银泰商业 73.79%股权，成为银泰商业控股股东。2018 年 2 月，阿里巴巴投资持股比例进一步提高。阿里巴巴投资有限公司的母公司阿里巴巴集团控股有限公司主要从事由天猫、淘宝、聚划算构成的中国网络销售平台业务、全球和中国批发贸易平台业务以及全球零售市场业务等。银泰商业(集团)有限公司主要在中国从事百货店及购物中心的经营和管理业务等。

3、取得财产

取得财产是指一企业通过购买、租赁、承包等方式取得另一企业核心财产的所有权或使用权。例如，一个企业取得另一企业商标所有权，就可以对被取得企业施加支配性的影响。

4、建立合营企业

集中型合营企业(✓)：为取得另一企业的控制权而组建的合营企业，类似于欧盟的全功能

合营企业全功能合营企业需符合三个条件：(1)两个或两个以上的母公司共同控制一个合营企业；(2)合营企业是作为独立的经济实体从事经营活动；(3)合营企业的建立是长期性的。

合作型合营企业：为方便进行协调行动而组建的合营企业，类似于欧盟的非全功能合营企业。在建立非全功能合营企业的情况下，如两个母公司共同建立一个销售企业，这个合营企业的建立可被视为卡特尔，即可能依据垄断协议的规定进行审查。

5、契约式取得

企业可以通过订立合同来影响另一企业的独立性，如企业间关于组建康采恩或扩大康采恩的合同、管理或盈利划归合同以及委托经营的合同等。

企业还可以通过其他方式来影响市场竞争。实践中比较重要的是企业间的人事联合，如一个企业的监事会、董事会或者其他管理机构的成员同时受聘另一企业，担任其他企业管理机构的成员，从而使这两家企业在市场竞争中如同相互参股一样成为一个竞争体。

(三) 经营者集中的分类：

根据集中涉及企业所处的产品或服务供应链位置关系不同分为横向集中、纵向集中和混合集中

横向集中(horizontal merger)是指处于某种产品或服务的供应链条的同一阶段的企业之间的集中；

纵向集中(vertical merger)是指处于某种产品或服务的供应链条的不同阶段的企业之间的集中，也即上下游企业之间的集中；

混合集中 (conglomerate merger)则是指参与集中的企业来自不同的市场，即它们既不是竞争者，也不存在买卖关系。

二、经营者集中的法律规制方式

(一)事前规制

事前规制方式是指经营者集中须向有关主管机关申报，经审查许可后方可进行集中，若审查后未经许可而擅自集中，则会被命令取消，并要受到相应的处罚。

对经营者集中的事前规制，一般采用事前申报审查制。《反垄断法》规定，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。

(二)事后规制

事后规制方式是指在经营者集中之前，反垄断执行机构不予干预，全由经营者自行判断是否违法。经营者集中完成后，当反垄断主管机构发现该经营者集中存在违法事由时，或者私人对该经营者集中提起诉讼时，行政主管机构或司法机构才予以审查，若判定违法，则取消该集中，并可能对有关经营者进行处罚。

多数国家的反垄断法将二者结合，以事先的申报审查制为主，辅之以事后规制方式。

三、我国经营者集中申报审查制度

(一)经营者集中申报的标准

经营者集中达到下列标准之一的，经营者应当事先向国务院商务主管部门申报，未申报的不得实施集中：

(1)国际集中：参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过 100 亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币。

(2)国内集中：参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过 20 亿元

人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币。

经营者集中未达到规定的申报标准，但按照规定程序收集的事实和证据表明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院商务主管部门应当依法进行调查。

反垄断法控制经营者集中的目的是维护有效竞争的市场结构，使市场保持一定数目的竞争者。

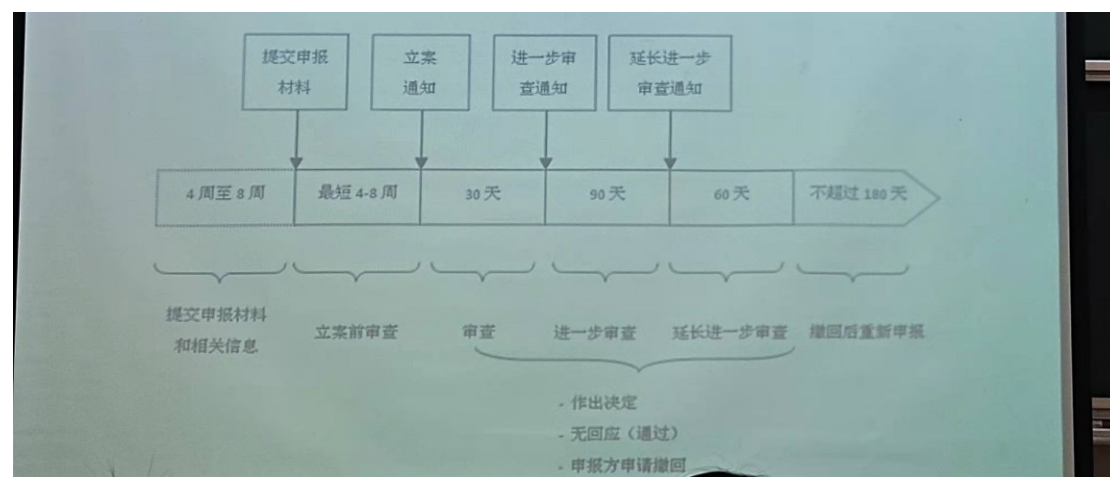
(二)可以不申报的经营者集中：

法律规定：参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产的；参与集中的每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

案例：华峰氨纶收购华峰新材料，撤回经营者集中申报。理由：本次收购属于同一控制下的合并，且收购前后公司实际控制人并未发生变化。【新疆天业收购天能化工、安徽辉隆收购安徽海华科技】

(二)经营者集中的审查

经营者集中审查程序，是指反垄断执法机关对经营者集中进行实质性审查和最终作出批准决定或者禁止决定的程序。我国的经营者集中审查程序包括初步审查和进一步审查两个阶段。



经营者集中审查期限：

《反垄断法》第 25、26 条：30 天-90 天-60 天

《经营者集中审查暂行规定》第 19 条

市场监管总局应当自立案之日起三十日内，对申报的经营者集中进行初步审查，作出是否实施进一步审查的决定，并书面通知经营者。

市场监管总局决定实施进一步审查的，应当自决定之日起九十日内审查完毕，作出是否禁止经营者集中的决定，并书面通知经营者。符合反垄断法第二十六条第二款规定情形的，市场监管总局可以延长本款规定的审查期限，最长不得超过六十日。

审查的决定：

1、决定的种类：

第一，禁止；第二，不予禁止：具体包括无条件批准和附加限制性条件批准。

2、附加限制性条件的决定

①结构性条件：剥离有形资产、知识产权等无形资产或者相关权益等

②行为性条件开放其网络或者平台等基础设施、许可关键技术（包括专利、专有技术或者其他知识产权）、终止排他性协议等

③综合性条件：结构性条件和行为性条件相结合

美国《横向并购指南》规定了并购审查程序的五个步骤，即“市场界定—竞争效应分析—市场进入分析—效率权衡—破产企业抗辩”。在实践中，反垄断审查并非必须严格按照这五个步骤进行。

1、审查经营者集中的影响因素

《反垄断法》第 27 条规定了审查经营者集中应考虑的因素：（1）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；（2）相关市场的市场集中度；（3）经营者集中对市场进入、技术进步的影响；（4）经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响；（5）经营者集中对国民经济发展的影响；（6）国务院反垄断执法机构认为应当考虑的其他因素。

此外，对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中，涉及国家安全的，除依照《反垄断法》规定进行经营者集中审查外，还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。

（1）参与集中经营者的市场份额及其市场控制力

欧盟控制企业合并条例规定，如果因相关企业有限的市场份额可以确定合并不会损害有效竞争时，可推断合并与共同体市场相协调。在不违反欧盟条约相关条款的前提下，特别是当相关企业在共同体市场或其重大部分的市场份额不超过 25%(安全港)时，可推断该合并与共同体市场相协调。

在雅培收购圣犹达案中，在中国小腔血管闭合器市场，雅培和圣犹达的市场份额分别为 71.3%、23.9%，合计市场份额超过 95%，其他竞争对手的市场份额合计不足 5%。

（2）市场集中度

市场集中度是对相关市场的结构所作的一种描述，体现相关市场内经营者的集中程度，可以用赫芬达尔-赫希曼指数(HHI 指数，Herfindahl-Hirschman Index 指数，简称赫氏指数)和行业前 N 家企业联合市场份额(CRn 指数，ConcentrationRatio 指数，简称行业集中度指数)衡量。

赫氏指数等于集中所涉相关市场中每个经营者市场份额的平方之和。行业集中度指数等于集中所涉相关市场中前 N 家经营者市场份额之和。

表1

合并前	合并后	竞争影响
	$HHI \leq 1500$	尚未集中市场 不会损害市场竞争
	$1500 < HHI \leq 2500$	中度集中市场 合并后增加的HHI 不超过100点，不 会损害市场竞争
	$HHI > 2500$	高度集中市场 合并后增加的HHI 超过200点，视为 提高了市场势力

表2

集中度 市场类型	CR_4 值 (%)	CR_8 值 (%)
寡占 I 型	$85 \leq CR_4$	
寡占 II 型	$75 \leq CR_4 < 85$	$85 \leq CR_8$
寡占 III 型	$50 \leq CR_4 < 75$	$75 \leq CR_8 < 85$
寡占 IV 型	$35 \leq CR_4 < 50$	$45 \leq CR_8 < 75$
寡占 V 型	$30 \leq CR_4 < 35$	$40 \leq CR_8 < 45$
竞争型	$CR_4 < 30$	$CR_8 < 40$

(3) 对市场进入和技术进步的影响

一般来说，企业进入市场最重要的障碍是法律障碍、技术障碍、进入市场的最低投资和沉没成本、生产与销售的一体化经营、开辟销售渠道的复杂性、进入核心设施的难度以及在位企业的竞争优势，等等。

在雅培收购圣犹达案中，商务部注意到小腔血管闭合器技术含量较高，且获得相关监管部门的准入许可需要较长时间，短时间内在中国市场难以出现有竞争力的新市场参与者，无法对雅培形成有效竞争约束，难以消除此项集中所产生的竞争问题。

（4）对消费者和其他有关经营者的影响过度集中会损害消费者在市场竞争中可以享受的各种好处，特别是优质低价的产品和服务，以及选择多种产品和服务的可能性等。

在雅培收购圣犹达案中，审查表明，在中国小腔血管闭合器市场，雅培和圣犹达是最紧密的竞争对手，双方的产品性能相似，具有相近的客户群和相似的销售渠道，竞争激烈、互相制约。这次交易将消灭相关市场最领先的两个紧密竞争者之间的竞争。交易完成后，雅培将拥有更强的市场控制力，存在提高相关商品价格或延缓价格下降、降低服务质量的动机。

在判断标准侧重消费者福利的欧盟，如果并购后产品价格上涨，并购难以获得批准。在判断标准侧重社会总福利的美国，消费者利益受损也是负面信号。并购双方需要论证合并带来的生产者福利提升，能够覆盖消费者福利遭受的负面影响，同时采取措施，和消费者分享这部分福利。

（5）对国民经济发展的影响

从长远来看，竞争会调节市场供求，优化资源配置，促进国民经济发展。但是，传统上国家比较注重通过产业政策影响国民经济发展。在这种情况下，反垄断执法机构审查经济者集中的时候，除了依据竞争政策，个别情况下也会考虑国家的产业政策。

2、评估竞争损害的方法

反垄断执法机构使用单边效应、协调效应和封锁效应三种方法评估集中是否可能对市场竞争产生不利的影响。横向并购注重单边效应和协调效应，非横向并购注重封锁效应。

①单边效应是指集中可能产生或加强某个交易当事人单方面在市场上排除、限制竞争的能

力，如单方面的涨价能力。在思科收购阿卡夏案中，在全球和中国相干数字信号处理器市场上，阿卡夏市场份额分别为 45—50%和 40—45%，均排名第一，与其他竞争者相比优势明显，集中后思科可以凭借公司较强实力，加大资金支持力度，巩固或者增强其市场力量。

②协调效应，又称协同效应，是指集中可能增加行业内企业进行共谋的机会，从而具有共同排除、限制竞争的可能性。检验协调效应(共同市场支配地位)的四个要件：一是形成了协调机制；二是能够监测背离行为；三是具备惩戒机制；四是能够对抗外部力量。在西部数据收购日立存储案中，由于硬盘市场透明度较高，硬盘厂商有能力预判其他竞争者的行为，此项集中也将进一步增加市场竞争者通过协调从事排除、限制竞争行为的可能性。

③封锁效应是指因上下游企业的合并，导致未参与交易的企业被迫退出市场或者新的企业难以进入市场的情况。在谷歌收购摩托罗拉移动案件中，鉴于谷歌在移动智能终端操作系统上具有的市场支配地位，谷歌有动机也有能力给予摩托罗拉移动优于其他移动智能终端制造商的待遇，如先于其他制造商向摩托罗拉移动提供最新开发的安卓系统。此项集中完成后，谷歌将有可能仅选择摩托罗拉移动作为测试对象。

第五节 行政性垄断

1、概念：滥用行政权力排除限制竞争

《反垄断法》第八条规定：行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，排除、限制竞争。

2、行政性垄断的主体：

行政机关、具有管理公共事务职能的组织

北京市住房公积金管理中心：承办北京住房公积金管理委员会决定的有关事项，依法履行

本市住房公积金管理运作及执法监督等职责，是法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织。

中国证券业协会：非营利性社会团体法人，接受中国证监会和国家民政部的业务指导和监督管理，是法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织。

3、行政性垄断的主要表现形式：

①行政限定交易行为：限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品

②妨碍商品流通行为：妨碍商品在地区之间自由流通和充分竞争

③排斥或限制招投标活动：排斥或限制外地经营者参加本地的招投标活动

④排除或限制投资：排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构

⑤行政强制经营者从事垄断行为：强制经营者从事本法规定的垄断行为

⑥制定含有排除、限制竞争内容的规定

4、行政性垄断的法律责任：

《反垄断法》第 51 条对于行政垄断，由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。

责任形式：责令改正；行政处分；建议依法处理

第六节 反垄断法的实施

一、反垄断执法

（一）执法机关

国务院规定的承担反垄断执法职责的机构依照本法规定，负责反垄断执法工作。国务院反

垄断执法机构根据工作需要，可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构，依照本法规定负责有关反垄断执法工作。

国务院反垄断执法机构：国家市场监管总局

国务院反垄断委员会：负责组织、协调、指导反垄断工作

（二）一般性授权执法

垄断协议、市场支配地位滥用、滥用行政权力排除限制竞争。市场监管总局根据反垄断法第十条第二款规定，授权各省、自治区、直辖市市场监督管理部门负责本行政区域内垄断协议、滥用市场支配地位行为、滥用行政权力排除、限制竞争行为的反垄断执法工作。

（三）委托执法

《经营者集中审查暂行规定》第2条第2款：市场监管总局根据工作需要，可以委托省、自治区、直辖市市场监管部门实施经营者集中审查。

（四）反垄断执法程序

举报；调查；处理和公布

（五）执法机关的权力

1. 实施宽恕政策

《反垄断法》第46条：经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。

《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》

2. 没收违法所得+罚款

第46条、第47条规定：经营者违反本法规定，达成并实施垄断协议/滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。

尚未实施所达成的垄断协议的，可以处五十万元以下的罚款。

行业协会违反本法规定，组织本行业的经营者达成垄断协议的，反垄断执法机构可以处五十万元以下的罚款；情节严重的，社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。

二、反垄断司法

（一）法律规定

《反垄断法》第 50 条：经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任。

最高法院司法解释：《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》

（二）诉讼方式

直接诉讼和跟随诉讼

《司法解释》第二条，原告直接向人民法院提起民事诉讼，或者在反垄断执法机构认定构成垄断行为的处理决定发生法律效力后向人民法院提起民事诉讼，并符合法律规定的其他受理条件的，人民法院应当受理。

（三）管辖法院

1.集中管辖

《司法解释》第三条：第一审垄断民事纠纷案件，由知识产权法院，省、自治区、直辖市人民政府所在地的市、计划单列市中级人民法院以及最高人民法院指定的中级人民法院管辖。

2.飞跃上诉

根据《全国人民代表大会常务委员会关于专利等知识产权案件诉讼程序若干问题的决定》的规定，垄断等专业技术性较强的知识产权民事案件第一审判决、裁定不服，提起上诉的，由最高人民法院审理。《最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定》第 2 条规定，

不服高级人民法院、知识产权法院、中级人民法院作出的垄断第一审民事案件判决、裁定而提起上诉的案件，直接由最高人民法院知识产权法庭审理。

（四）民事责任

《司法解释》第十四条：被告实施垄断行为，给原告造成损失的，根据原告的诉讼请求和查明的事实，人民法院可以依法判令被告承担停止侵害、赔偿损失等民事责任。

《司法解释》第十五条：被诉合同内容、行业协会的章程等违反反垄断法或者其他法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应当依法认定其无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

（五）赔偿损失

单倍损害赔偿、双倍损害赔偿、三倍损害赔偿、惩罚性赔偿

损失如何确定：是否包括判决前利息

《司法解释》第十四条第二款 根据原告的请求，人民法院可以将原告因调查、制止垄断行为所支付的合理开支计入损失赔偿范围。

（六）反垄断行政诉讼

行政复议和行政诉讼并行模式：对垄断协议、滥用市场支配地位的行为作出的调查处理决定

行政复议前置模式：对经营者集中的决定

第三章 反不正当竞争法

第一节 反不正当竞争法概述

一、不正当竞争行为的概念与构成要件

（一）不正当竞争行为的界定

以道德评价为标准，竞争可分为正当竞争与不正当竞争。正当竞争行为是指市场主体之间

为了争夺商品生产、销售的有利地位，采取符合法律、商业道德和社会公共利益的手段(手段正当)，遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，谋取最大利益的市场行为(目的正当)。

不正当竞争行为的概念内容广泛，不易界定，被称之为“海神”。

原因：1、竞争手段多变；2、和其他违法行为交织在一起；3、不同国家的立法和理论的不不断发展对定义产生不同的影响。

《反不正当竞争法》第2条将不正当竞争行为定义为，“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（本法：列举的七种），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。”该法第6条至第12条以列举方式指出了7种不正当竞争行为。它们是：(1)仿冒混淆行为(2)商业贿赂行为；(3)虚假宣传行为；(4)侵犯商业秘密行为；(5)不正当有奖销售行为(6)商业诋毁行为；(7)网络不正当竞争行为。

案例：

焦作市明仁天然药物有限责任公司(简称焦作明仁公司)为“名仁”商标专用权的合法持有者，持有“名仁”系列商标。2009年以来，焦作明仁公司“名仁”苏打水等产品在央视一套朝闻天下、今日说法等栏目及多家省级媒体投入大量广告进行宣传，使“名仁”苏打水享有很高的知名度和美誉度。河南名仁食品有限公司(简称河南名仁公司)成立于2011年，将“名仁”注册为其企业字号。焦作明仁公司认为，河南名仁公司的这种行为构成不正当竞争，应停止使用“名仁”作为其企业名称。

法院认为，“名仁”商标、“名仁苏打水”经过焦作明仁公司的经营和宣传，具有较高的市场知名度和美誉度，2016年“名仁”商标被国家工商行政管理总局商标局认定为驰名商标。河南名仁公司将“名仁”作为企业字号使用的同时，还经营与焦作明仁公司相同的商品，在相同商品上将涉案商标相同的“名仁”文字作为商标使用，产品系列的区分也与焦作明仁公司的产品系列相同，不同系列产品的包装分别与焦作明仁公司的产品包装基本相同或相近似。河南名仁公司的上述行为明显有攀附涉案名仁商标商誉的主观故意，违反诚实信用原则及公认的商业道德，系不正当竞争行为。

(二) 不正当竞争行为的构成要件

1.主体是经营者（即不正当竞争行为的实施主体是各类市场交易活动的参加者）

本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和非法人组织。

该规定从权利能力和行为能力角度对经营者进行了界定。

权利能力：从事商品经营或者营利性服务的资格

行为能力：实施经营行为的资格

权利能力是法律赋予民事主体享有民事权利和承担民事义务的资格。行为能力是指民事主体通过自己的行为取得民事权利，承担民事义务的资格。行为能力不仅是民事主体独立的实施各种合法行为的能力，也包括民事主体对其违法行为承担民事责任的能力。如药剂科收受回扣，医院承担责任。

(1)从权利能力（主体资格）角度的解释只有**具有经营(商品经营和营利性服务)的法定资格的人才**可以成为经营者。按照这种解释，经营者包括：

- ①自然人。自然人是基于自然出生而依法在民事上享有民事权利和承担民事义务的个人。
- ②法人。法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。
- ③非法人组织。非法人组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织。

非法人组织包括：第一，依法登记领取营业执照的个人独资企业；第二，依法登记领取营业执照的合伙企业；第三，依法登记领取我国营业执照的外商投资企业；第四，依法成立的社会团体的分支机构、代表机构；第五，依法设立并领取营业执照的法人的分支机构；第六，依法设立并领取营业执照的商业银行、政策性银行和非银行金融机构的分支机构；第七，经依法登记领取营业执照的乡镇企业、街道企业；第八，其他符合本条规定条件的组织。（《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五十二条）

(2) 从行为能力(行为)角度的解释

只要参与或从事经营行为，不论是否具有法定的经营主体资格，都可以属于反不正当竞争法上的经营者。

经营行为是指从事商品经营或者营利性服务的活动。经营行为包含两个构成要素：一是行

为的内容是提供商品或者服务。二是行为的目的是为了营利，即提供商品或者服务的目的是为了赚取利润。例如，无论是营利性医疗机构，还是非营利性医疗机构，只要在购买药品或者其他医疗用品中收受回扣的，都应当按照《反不正当竞争法》的规定依法查处。

从行为角度界定经营者，可以将《反不正当竞争法》上的经营者分为：

①具有合法经营资格的经营者，主要是

领取营业执照、具有经营资格的经营者。这是最为主要的、基本的经营者。

②没有营业执照而从事经营活动的无照

经营者。这类经营者可包括下列情形：一是可以办理营业执照，但没有办理营业执照的无照经营者。二是曾经领取营业执照，但后来没有了执照(如营业执照过期或者被吊销)，仍从事经营活动的经营者。三是不具有营业执照申办资格而从事经营活动的经营者，如机关法人。

③不是经营关系(合同关系)当事人，但实施了妨害竞争的行为人，如代表人或者代理人。

代表人或者代理人是一种竞争关系的辅助人，有些国家的竞争法将其视为经营者。如日本《禁止私人垄断法》第二条规定，本法所说的“事业者”，是指经营商业、工业、金融业等的事业者。为事业者的利益而进行活动的干部、从业人员、代理人及其他人，也视为事业者。在我国，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。

2、客观方面表现为行为人实施了不正当竞争行为

即行为人实施了与诚信原则或其他公认的商业道德相悖的行为。不正当竞争行为**以行为的不正当性为根本要件**，利益受损方要获得民事救济，还必须证明竞争对手的行为具有不正

当性，导致其已经无法通过自身的努力，以适宜的方式在市场上生存。

大陆法系国家的反不正当竞争法通常以诚信原则为立法基础，不以竞争关系作为考虑因素。

不正当竞争行为是违反诚实信用的行为，诚实信用原则是认定不正当竞争行为的“帝王规则”。

不过，相对于一般侵权行为，《反不正当竞争法》针对的是市场竞争中的侵权行为。也就是说，行为人和受害人之间存在竞争关系，或者行为人出于市场竞争的目的，以某种方式不公平地影响了其他经营者的利益，从而使行为人与受害人之间产生了一种法律关系。与

《反垄断法》要求的狭义上的竞争关系不同，《反不正当竞争法》要求的竞争关系是广义上的竞争关系，包括**具体竞争关系和抽象竞争关系**。

案例：

《一起来捉妖》是一款增强现实（AR）探索手机游戏，依托手机即时定位，它将 AR 探索和实景展示相结合，让玩家在现实生活中可以随时随地捕捉身边的“妖灵”。然而，一款定位修改“神器”却可以让玩家足不出户就能随意定位，“想捉什么妖就捉什么妖”。重庆腾讯信息技术有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司以其构成不正当竞争为由，将涉案虚拟定位插件推广、销售方谌某起诉至上海市浦东新区人民法院。2020 年 12 月 30 日下午，上海浦东法院一审判决谌某立即停止不正当竞争行为，并赔偿两原告经济损失及维权合理开支 100 万元。

法院经审理认为，随着互联网产业的兴起，竞争模式从最初的同业竞争发展为平台竞争、生态竞争，市场竞争边界和竞争关系趋于模糊。某一法律关系是否属于《反不正当竞争法》调整的范围不取决于经营者之间是否存在同业竞争，而取决于经营者之间是否存在因破坏他人竞争优势而产生的竞争法律关系。涉案虚拟定位插件随意修改玩家地理位置，严重破坏了游戏的公平性，大大降低了游戏玩家对网络游戏时间和金钱投入，剥夺了两原告与游戏玩家的交易机会；亦降低正常玩家的游戏体验，损害正常游戏玩家的合法权益。谌某的涉案被诉行为不仅破坏了网络游戏领域的竞争秩序，亦给作为网络游戏经营者的原告以及游戏玩家的合法权益带来损害。

(1)具体竞争关系

又称狭义竞争关系，是指替代性商品或者服务经营者之间存在的相互争夺交易机会关系。

这种具体竞争关系是反不正当竞争法明确规定的行为人和受害人之间存在的竞争关系。例

如，①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；②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); ③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; 4 窃取商业秘密; ⑤捏造、散布虚伪事实, 损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

(2)抽象竞争关系:

反不正当竞争法没有明确规定, 但可以推断出来行为人和竞争者之间存在竞争关系。司法实践认为, 凡是参与市场经济活动、受到他人不正当竞争行为影响的竞争者, 均可认定存在竞争关系, 不以直接竞争关系为限。①虚假宣传; 2 商业贿赂; 3 不正当有奖销售。

《反不正当竞争法》上的竞争关系是经营者之间因不正当竞争行为而形成的侵害与被侵害关系, 不限于同一相关市场上的经营者之间关系。在奥地利, IKEA 是一家家具商店。由于 IKEA 建议人们不要吸烟而用积蓄购买家具, 被烟草企业告到法院。法院认为, 尽管它们在经营范围上毫不相干, 但争取的是相同的公众, 因此存在竞争关系。

从理论上说, 《反不正当竞争法》的根本目的是要建立和维护诚信和遵守公认商业道德的竞争秩序, 其对竞争秩序的维护可分为两个层面:

①维护具有直接竞争关系的经营者之间的正当竞争, 即禁止具有狭义的竞争关系的经营者之间以不正当竞争方式获取竞争优势或者破坏他人竞争优势的行为, 在具有狭义的经营者之间形成正当的竞争关系和健康的竞争秩序。

②维护整个市场而不是相关市场的市场竞争秩序, 即禁止经营者通过不正当手段获取顾客的“惠顾”, 而不正当地取得了比其他诚实正当的经营者更多的交易机会。

从广义的竞争关系角度来看, 我国《反不正当竞争法》规定的不正当竞争行为可以归为三种基本类型:

(1)行为人与他人之间存在着狭义的竞争关系, 不正当竞争行为是一种不正当地排斥竞争对

手的商业行为。例如，仿冒具有竞争对手关系的其他经营者的商品标识，使人误认，从而挤占其他经营者的市场份额。

(2)经营者虽未排斥竞争对手的竞争，但通过不正当竞争手段获取竞争优势的行为。例如，在特定市场上的虚假宣传行为，虽然没有损害具有竞争关系的经营者的利益，却因误导消费者而不正当地获取了有利的竞争优势。

(3)以不正当手段损害他人竞争优势的行为。例如，职工为泄私愤披露所在企业的商业秘密，职工本身既不是为了营利，也不是为了与企业竞争，但其行为破坏了企业的竞争优势，从而同样可以构成扰乱竞争秩序的不正当竞争行为。

3、行为人主观上具有过错

认定不正当竞争行为采用的是过错责任原则，该项行为违反了自愿、平等、公平、诚实信用的原则和公认的商业道德。行为人的主观过错一般可以从是否具有损害竞争对手的目的和动机、是否具有自己牟取利益的目的和动机、是否或应否知道损害他人利益以及是否违反合同或商业习惯等方面来判断。

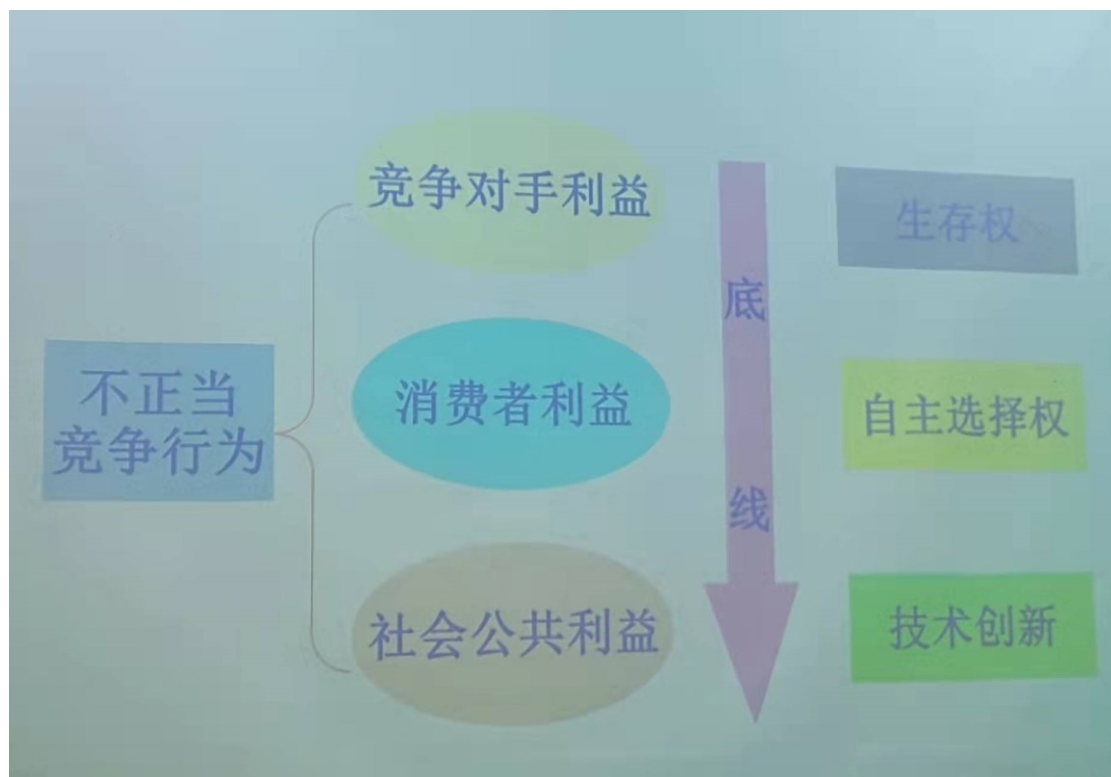
例如，在不同地域范围内使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识，在后使用者能够证明其善意使用的，不构成不正当竞争行为。再如，人民法院在审理域名纠纷案件时，要求被告对该域名的注册、使用具有恶意。

4、所侵害的客体是经营者利益、消费者利益和社会公共利益（市场竞争秩序，其他经营者或者消费者的合法权益）

(1)侵害特定竞争对手的利益，如仿冒混淆、商业诋毁、侵犯商业秘密等。重点不在于竞争对手现有经营活动(权益)是否被破坏，而在于破坏的程度，以及在多种利益因素背景下如何评价该损害；

(2)侵害不特定竞争对手的利益，如商业贿赂、不当有奖销售等；

(3)侵害消费者的利益，如虚假宣传等。重点是消费者的自由选择(决定)权和消费体验。



【我国《反不正当竞争法》并未授权消费者和消费者协会对不正当竞争行为提起诉讼的资格(消费者没有独立的诉权)。可见，反不正当竞争法更侧重于对个体经营者利益的保护。

不过，在美国，根据一些州的《反不正当竞争和欺诈行为法》，不仅经营者有权提起不作为之诉和损害赔偿之诉，而且消费者也有权提起这样的诉讼。

二、反不正当竞争法的概念与性质

(一)反不正当竞争法的概念

反不正当竞争法是指为了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，而由国家制定的调整竞争关系和竞争监管关系的法律规范的总称。

(反不正当竞争法是禁止以违反诚实信用原则或商业道德的手段从事市场竞争行为，维护公平竞争秩序的一类法律制度的统称。)

反不正当竞争法的核心内容：市场竞争道德原则的法律化

发展：现代意义的反不正当竞争法：19 世纪中期《法国民法典》中的规定和英国关于“冒充”诉讼（action for passing off）所确定的一些原则

1986 年 德国制定了世界上第一部专门的反不正当竞争法。

1883 年的《巴黎公约》也在 1900 年的布鲁塞尔修订本中增加了反不正当竞争的条款。

我国反不正当竞争法立法历史：

1987 年 国务院首次提出要制定全国性的制止不正当竞争法

1989 年《禁止不正当竞争暂行条例》

1991 年《反不正当竞争法（征求意见稿）（草案）》

1993 年《中华人民共和国反不正当竞争法（草案）》，1993 年 9 月正式通过，并于

1993 年 12 月 1 日起实施

2017 年 11 月第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议对《反法》进行了修订

根据 2019 年 4 月第十三届全国人民代表大会常务委员会第十次会议对《反法》进行了修正

(二)反不正当竞争法的性质

反不正当竞争法是侵权行为法在竞争领域的延伸和专门化，属于行为规制法。现代反不正当竞争法并非单纯的私法，而是越来越多地渗入了公法的因素，兼具公法和私法的性质，属于经济法的范畴。

反不正当竞争行为不同于一般民事侵权行为：

(1)侵害客体不同。一般侵权行为以特定私权为损害对象；反不正当竞争除损害经营者和消费者利益外，还直接破坏市场竞争机制。从经济法的观点来看，不正当竞争属于但不限于民事侵权行为。这是认识反不正当竞争法性质的基础。

(2)法律责任不同。行为人除承担停止侵害、赔偿损失等民事责任外，构成侵权的还要系相形

(3)法律适用不同。在反不正当竞争法与侵权法发生竞合时，根据特别法优于一般法的原则，优先适用反不正当竞争法的规定；在反不正当竞争法没有规定，则可适用侵权法和民法的一般性规范。

反不正当竞争法的性质与其利益保护结构有密切联系。现代反不正当竞争法的利益保护呈结构状态，是三重的，即经营者的利益、消费者的利益以及竞争所代表的社会公众或整体利益。

反不正当竞争法与反垄断法：

反不正当竞争法主要是保障具体交易中特定当事人的利益平衡，侧重维护微观的竞争秩序，追求个案公正，保障静态的财产权和人身权。

反垄断法则是维护宏观的竞争秩序，侧重追求整体和宏观的效率，实现动态的交易安全，侧重维护自由竞争，因此该法涉及的问题更具有全局性和宏观性，与整体的经济效率和社会公正息息相关。

三、反不正当竞争法的一般条款

(一)反不正当竞争法一般条款的含义与功能

反不正当竞争法的一般条款是相对于具体条款而言的，是指反不正当竞争法中设立的包含了不正当竞争行为构成要件的概括规范。它并不指向某种特定的不正当竞争行为，而是将法律中没有列举的行为全部归入该条款而加以禁止。

功能：补充法律具体条款的漏洞，起到兜底的作用，从而增强法律的适应性和稳定性。人民法院运用一般条款认定市场竞争行为正当与否，核心是判断经营者是否违反了商业道德。德国 1909 年修订反不正当竞争法，增加了一般条款，被称为“帝王条款”。

我国台湾地区“公平交易法”第 24 条规定：“除本法另有规定者外，事业亦不得为其他

足以影响交易秩序的欺罔或显示公平之行为”。

(二)我国《反不正当竞争法》中的一般条款问题

我国《反不正当竞争法》的一般条款，是指在法律具体列举的不正当竞争行为以外，竞争执法机关或者人民法院认定其他不正当竞争行为所依据的抽象性或者概括性规范。

一般条款具有下列特点：(1)规定了不正当竞争行为的构成要件；(2)竞争执法机关或者人民法院可以据此认定法律具体列举之外的其他不正当竞争行为；(3)是一个开放性的条款，具有广泛适用性。

《反不正当竞争法》第2条第1款明确规定：“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。”这就确定了该法包括诚信在内的基本原则。该条第2款却规定：“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。”(一般条款=适用原则+行为界定)

经营者扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者合法权益，且属于违反反不正当竞争法第二章及专利法、商标法、著作权法等规定之外情形的，人民法院可以适用反不正当竞争法第二条予以认定。(我国反不正当竞争法一般条款的功能)【有其他法律保护的，适用其他法律，不适用反不正当竞争法】

被上诉人(一审原告)泰盛公司从原始权利人华特·迪士尼公司处取得了美国电影 Alice in Wonderland(《爱丽丝梦游仙境》)在中国境内复制、发行该影片的音像制品(包括 VCD、DVD、BD)的权利。上诉人(一审被告)暴风公司在其网站对涉案电影进行了在线播放行为。一审原告泰盛公司认为暴风公司的行为违背了公认的商业道德，侵害了其因影片发行所享

有的合法权益，构成了不正当竞争。法院认为，暴风公司通过互联网在线播放涉案电影的行为实际仅涉及是否侵犯涉案电影著作权人的信息网络传播权，属于《著作权法》和《信息网络传播权保护条例》的适用范围。在此情况下，暴风公司的上述行为不属于反法的调整范围，也不具备适用反法第二条的前提要件。

商业道德：

商业道德指特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范。在对商业道德进行认定时，应当以特定行业普遍认同和接受的经济人伦理标准为尺度，且应当符合反不正当竞争法第一条所规定的立法目的。

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。

人民法院认定经营者是否违反商业道德时，可以参考行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约等。（网络）

第二节 典型不正当竞争行为的确认

一、仿冒混淆行为

(一)仿冒混淆行为的概念

仿冒混淆行为，又称市场混淆行为、仿冒行为。“傍名牌”或“傍大牌”，是指经营者擅自使用与他人有一定影响的商业标识相同或者近似的标识，导致或者可能导致引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的行为。商业性标识分为商品类标识、主体类标识和互联网标识三类(互联网标识与前二者间有交叉)。

仿冒混淆行为的本质特征是擅自使用他人的商业标识，盗用他人商业标识上所凝结的商业信誉或商品声誉，导致市场上相关商品或者服务的混淆以及消费者的误认误购。

(二) 仿冒混淆行为的主要类型

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：

(1)商品类标识：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：

(2)主体类标识：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)：

(3)互联网标识：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；

(4)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。

案例：

原告“饿了么”公司是2008年创立的本地生活平台，主营在线外卖、新零售、即时配送和餐饮供应链等业务。被告“饿了么”餐饮管理(北京)有限公司成立于2016年12月，经营范围包括销售初级食用农产品、工艺品、日用品、电子产品、机械设备；餐饮管理(不含餐饮服务)；票务代理；技术推广、技术服务；经济贸易咨询；承办展览展示活动；企业管理咨询；企业策划等。2020年9月8日，该公司名称变更为饿不饿餐饮管理(北京)有限公司；2020年11月19日，该公司名称又改为北京御膳房主食厨房有限公司。法院认为，本案中，涉案系列商标注册在先，而被告的字号“饿了么”与原告注册商标相比，字形、读音和含义均极为相近，应当认定为近似标识。被告将与原告注册商标极为近似的“饿了么”作为其字号登记注册企业名称，具有明显的主观恶意，客观上容易产生仿冒混淆，构成不正当竞争。2020年5月29日，法院判决被告饿了么公司于本判决生效之日立即变更其企业名称，变更后的企业名称中不得含有与“饿了么”相同或者近似的文字；被告饿了么公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告合理费用10000元；驳回原告其他诉讼请求。

1、擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等

商品标识是指具有识别力(固有显著性)或次要意义(通过“第二含义”获得显著性)，相关公众可以用以区分不同商品或服务来源的商品特征。识别力是指相关公众知悉该商品或服务为特定经营者生产或销售的特别显著特征。次要意义是指原本不具有识别力的特征，因长期使用，为相关公众所知悉，并与特定商品或者经营者产生联系，该特征因而具有区分商

品或服务来源的第二含义，如“怕上火喝王老吉”广告语。相关公众包括相关经营者和消费者。

商品标识的三种类型：区分商品（包括服务）来源的标识，如商标等；区分经营主体的标识，如商号等；区分经营活动的标识，如域名等。

《反不正当竞争法》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。

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 第五条：《反不正当竞争法》第六条规定的标识有下列情形之一的，人民法院应当认定其不具有区别商品来源的显著特征：(1)商品的通用名称、图形、型号；(2)仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的标识；(3)仅由商品自身的性质产生的形状，为获得技术效果而需有的商品形状以及使商品具有实质性价值的形状；(4)其他缺乏显著特征的标识。前款第一项、第二项、第四项规定的标识经过使用取得显著特征，并具有一定的市场知名度，当事人请求依据反不正当竞争法第六条规定予以保护的，人民法院应予支持。

通用名称：

通用名称包括法定的商品名称和约定俗成的商品名称。前者是指依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品通用名称。后者是指相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品。被专业工具书、辞典等列为商品名称的，可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。约定

俗成的通用名称一般以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准。对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场固定的商品，在该相关市场内通用的称谓，可以认定为通用名称。

因客观描述、说明商品而正当使用下列标识，当事人主张属于反不正当竞争法第六条规定的情形的，人民法院不予支持：(1)含有本商品的通用名称、图形、型号；(2)直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量以及其他特点；(3)含有地名。

反不正当竞争法第六条规定的标识或者其显著识别部分属于商标法第十条第一款规定的不得作为商标使用的标志，当事人请求依据反不正当竞争法第六条规定予以保护的，人民法院不予支持。(属于商标法禁用禁注范围的标志也不能获得反不正当竞争法的保护)

(1)有一定影响的商品

有一定影响的商品，指具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉的商品。《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》第3条指出：“知名商品，是指在市场上具有一定知名度，为相关公众所知悉的商品。”

人民法院认定反不正当竞争法第六条规定的标识是否具有一定的市场知名度，应当综合考虑中国境内相关公众的知悉程度，商品销售的时间、区域、数额和对象，宣传的持续时间、程度和地域范围，标识受保护的情况等因素。

“有一定影响的商品”的特点：

①有一定影响的商品是客观事实
有一定影响的商品是客观事实，需要个案认定，而不具有普遍效力。

②有一定影响的商品在市场上具有一定的知名度

这种知名度涉及到两个因素，即市场的**地域因素**和**人的因素**。市场的地域因素指在多大的市场范围内享有知名度才是有一定影响的商品。

③有一定影响的商品是相关公众所知悉的商品即须有“周知性”。从人的因素来看，有一定影响的商品是相关公众所知悉的商品，对此可以从两个方面进行理解：一是相关公众是指一定地域范围内的相关大众。二是相关公众是指与该商品有交易关系的特定人。相关公众的认定根据商品性质的不同而不同，也可能包括同行业的其他生产经营者。有一定影响的商品的认定标准：①在本地区或者国内外为用户、消费者所熟悉的商品；②擅自使用或者近似使用他人的商品名称、包装、装潢，就可推定他人的商品是有一定影响的商品。(√)

竞争执法机构的认定标准：(低度标准) 根据《国家工商局关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》第4条，商品的名称、包装、装潢被他人擅自作相同或者近似使用，足以造成购买者误认的，该商品即可认定为知名商品。

司法机关的认定标准：(直接认定) 具有一定的市场知名度并具有区别商品来源的显著特征的标识，人民法院可以认定为反不正当竞争法第六条规定的“有一定影响的”标识。人民法院认定反不正当竞争法第六条规定的标识是否具有一定的市场知名度，应当综合考虑中国境内相关公众的知悉程度，商品销售的时间、区域、数额和对象，宣传的持续时间、程度和地域范围，标识受保护的情况等因素。

(2)相同或近似

“相同或者近似”，是指整体上相同或近似使用。这里的“使用”包括：

- ①擅自制造他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等并用于自己制造或销售的商品上；
- ②单纯地擅自制造、销售他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等但并不自用。

这种“使用”分为四种：一是为销售目的而擅自制造他人有一定影响的商品名称、包装、

装潢等；二是擅自销售他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等；三是既擅自制造又擅自销售他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等；四是明知或应知是他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等而仍受侵权人委托承担该商品名称、包装、装潢等的制造。

在中国境内进行商业使用，包括在中国境内将有一定影响的标识用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为，应当认定为“使用”。

经营者销售带有违反反不正当竞争法第六条规定的标识的商品，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系，当事人主张构成反不正当竞争法

第六条规定的情形的，人民法院应予支持。销售不知道是前款规定的侵权商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者，经营者主张不承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

（销售者责任）

故意为他人实施混淆行为提供仓储、运输、邮寄、印制、隐匿、经营场所等便利条件，当事人请求依据民法典第一千一百六十九条第一款予以认定的，人民法院应予支持。

仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为一般发生在相同或类似商品上，但经营者在非相同、非类似商品上，擅自将他人知名商品特有的名称、包装、装潢作相同或者近似的使用，造成或者足以造成混淆或者误认的，也违反《反不正当竞争法》第二条规定的市场竞争原则，可以按照《反不正当竞争法》第六条认定为不正当竞争行为。

“相同”是指所使用的商品的名称、包装、装潢与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等一模一样，即在文字、图形、记号及联合形式，以及其外观、排列、色彩完全相同。

“近似”即相似，是指因袭他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等的主要部分，加以不妨碍总体形象的增删或变动，使购买者在购买时施以普通注意力而不免产生混同或者误

认的情形。欧洲法院认为，近似性是混淆可能性的前提条件。

《国家工商局关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》第5条规定，对使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，可以根据主要部分和整体印象相近，一般购买者施以普通注意力会发生误认等综合分析认定。一般购买者已经发生误认或者混淆的，可以认定为近似。

认定“近似”的原则：

1、一般购买者施以普通注意义务原则

是否构成近似使用，应当以一般的普通人施以普通注意为标准进行判断。第一，一般购买者是根据地域和购买对象确定的购买者；第二，一般购买者不是个别购买者；第三，一般购买者不是所有购买者。

2、整体观察和主要部分比较原则

主要部分是指商标标识最显著、最醒目、最易引起购买者注意的部分。比较主要部分原则是指只要标识的主要部分近似并足以引起误认的，就可以认定为近似。

3、隔离观察原则

应当在比对对象异时异地分别并在整体上(整体印象)进行观察，仿冒品与被仿冒品的标识的差别不易区分，在施以一般注意力时不免误认的，即可认定为近似。

(3)引人误认(混淆可能性)

“引人误认”是混淆行为的核心判断标准，新法将其作为各类混淆行为的共同要件。“引人误认”与《商标法》中的“容易导致混淆”相衔接，更强调混淆误认的可能性。

误认的两种形态：

①实际误认：业已引起误认

②可能误认：有误认的危险尚未实际引起误认新法扩大了误认的范围。旧法中“误认”仅针对商品的来源，而新法中“误认”还包括“引人误认为与他人存在特定联系”，如与有一定影响商品经营者具有商业联合、许可使用、商业冠名、广告代言等特定联系。

在相同商品上使用相同或者视觉上基本无差别的商品名称、包装、装潢等标识，应当视为足以造成与他人有一定影响的标识相混淆。

对于混淆的判断首先是根据一般购买者的注意能力，相同或近似的商品标识足以引起一般购买者误认的，即构成混淆。此外，有关的商品标识及其所标识的商品或服务的特点、差异大小、价格高低、知名度、标识的独特性等，都可以作为判断能否发生混淆的参考因素。

(4)商品的名称、包装和装潢

有一定影响的商品名称，是指有一定影响商品独有的与通用名称有显著区别的商品名称。但该名称已经作为商标注册的除外。

包装，是指为识别商品以及方便携带、储运而使用在商品上的辅助物和容器。

装潢，从语源上讲，是指“装裱”，即古代书画用潢纸(以潢染的纸)装裱，现指为识别与美化商品而在商品或者其包装上附加的文字、图案、色彩及其排列组合。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“装潢”例如，在餐饮服务中，对服务起到美化和识别作用的装饰设计、装修风格，属于餐饮服务的装潢。

2.擅自使用他人有一定影响的企业名称、社会组织名称、姓名

企业名称指企业用以表征其商品的主体及来源，具有商业价值的名称，包括简称、字号等。市场主体登记管理部门依法登记的企业名称，以及在中国境内进行商业使用的境外企业名称，人民法院可以认定为“企业名称”。

有一定影响的个体工商户、农民专业合作社(联合社)以及法律、行政法规规定的其他市场主体的名称(包括简称、字号等), 人民法院可以予以认定。(细化了名称可以受到保护的 market 主体的范围)

擅自使用他人企业名称、社会组织名称、姓名不正当竞争行为的基本特征:

(1)擅自使用他人企业名称、社会组织名称、姓名

擅自使用他人企业名称、社会组织名称、姓名有两种表现形式: 一是未经权利人许可而使用其企业名称、社会组织名称、姓名; 二是虽然经过权利人的许可, 但在使用中超出了权利人许可使用的范围或者方式, 或者这种许可本身就是违法的行为。

《反不正当竞争法》不但保护企业名称的全称, 而且也保护企业名称的简称或其字号等。企业名称中的字号应当由两个以上汉字组成。有一定影响的企业名称中的字号, 如北京大栅栏的老字号绸布店“瑞蚨祥”, 可以认定为“企业名称”。

企业的名称和姓名没有本质区别, 一些个体工商户或者合伙企业开业时是家庭式或者家族式企业, 企业创建人的姓名就成为企业名称或者字号, 如张小泉剪刀等。

本项“姓名”与《民法典》中的姓名权既有联系又有区别, 前者用作经营者的表征, 基础是姓名积累的声誉以及长期或大量使用产生的一定影响。后者更多的是人与生俱来的权利, 属于人格权。如果相关公众认为该姓名指代了该自然人, 容易认为标记有该姓名的商品是经过该自然人许可或者与该自然人存在特定联系的, 应当认定该姓名损害了该自然人的姓名权。

当事人以其笔名、艺名、译名等特定名称主张姓名权, 该特定名称具有一定的知名度, 与该自然人建立了稳定的对应关系, 相关公众以其指代该自然人的, 人民法院予以支持。

(2)引人误认为是他人的商品

即在市场交易中混淆商品或者服务的来源。同假冒行为一样，这里的“混淆”并不要求行为人在事实上已经造成了混淆的实际后果。只要存在着混淆消费者关于商品或者服务来源的可能性，就足以构成不正当竞争行为。

3.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

(网络混淆行为)

互联网商业标识表述为“域名主体部分、网站名称、网页等”，采取了列举性规定，“等”字概括规定应作出与列举事项相一致的类似解释。网络域名为网络用户的特有名称，指互联网络上识别和定位计算机的层次结构式的字符标识，与该计算机的互联网协议(IP)地址相对应，如 taobao.com。独立网站，包括在各种电商平台上开设的网店都可归入本项名下，微博号、微信号名称以及应用程序(APP)名称也可归入本类规范之列。

法条链接：人民法院审理域名纠纷案件，对符合以下各项条件的，应当认定被告注册、使用域名等行为构成侵权或者不正当竞争：

(1)原告请求保护的民事权益合法有效；

(2)被告域名或其主要部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译；或者与原告的注册商标、域名等相同或近似，足以造成相关公众的误认；

(3)被告对该域名或其主要部分不享有权益，也无注册、使用该域名的正当理由；

(4)被告对该域名的注册、使用具有恶意。

《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》)

下列行为属于商标法规定的给他人注册商标专用权造成其他损害的行为：（1）将与他人

注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用，容易使

相关公众产生误认的；（2）复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不相类似商品上作为商标使用，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的；（3）将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的。（《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》）

4.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

经营者实施下列混淆行为之一，足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的，人民法院可以依照反不正当竞争法第六条第四项予以认定：（1）擅自使用反不正当竞争法第六条第一项、第二项、第三项规定以外“有一定影响的”标识；（2）将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众。

总结：将被诉侵权标识作为企业字号突出使用，即作为独立识别因素的，属于商标法调整范畴；如作为企业名称整体使用的，则属反不正当竞争法调整范畴。

二、商业贿赂行为

（一）商业贿赂行为的概念

商业贿赂，是指经营者为销售或者购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势的行为。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：（1）交易相对方的工作人员；（2）受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；（3）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。

(二)商业贿赂行为的具体认定

1、主体是经营者

从主体方面看，商业贿赂的主体包括行贿主体和受贿主体。行贿主体的经营者包括三种：

（1）为销售或者购买商品而进行贿赂的经营者；(2)经营者以外的组织或者个人；(3)经营者的职工。

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。

受贿主体是能够影响交易的非交易相对方，即管理他人事务的“代理人”。

旧法	新法
交易相对方	
交易相对方的工作人员	交易相对方的工作人员
与交易行为密切相关的其他人	受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人
	利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人

这三类主体是直接交易对方以外的第三方单位或者人员。商业贿赂的本质是作为代理人的受贿人因收受行贿人所给予的好处，违反其应负的忠实义务，利用职务之便进行利益交换，破坏市场竞争。根据《反不正当竞争法》第七条的规定，如果不存在忠实义务的违反或职务利益的交换，就不构成商业贿赂。将“交易相对方”排除在商业受贿的主体之外，意味着向“交易相对方”给予好处的行为，比如超市向供应商收取的“入门费”、医院向医药企业收取的各类赞助(包括常见的赠送医疗器械以促销医疗耗材的营销模式)、轮胎行业给

付销售奖励的营销模式等，无论给予的好处以何种形式，如折扣、返利、促销、赞助、赠品等和金额大小，根据新反不正当竞争法的规定，原则上都不属于商业贿赂

2、主观是为谋取交易机会或者竞争优势故意实施贿赂行为

行贿者为了争取本不应当或不可能或不一定得到的交易机会或者竞争优势，而给付相关单位或者个人财物或利益。受贿者则利用职权或者影响力，索取或者非法接受他人财物或利益，为他人提供交易机会或者竞争优势。

3、客观是采用财物或者其他手段实施贿赂财物是指现金和实物，包括经营者为销售或者购买商品，假借促销费、宣传费、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义，或者以报销各种费用等方式，给付交易相对方单位或者个人的财物。

理解：（1）后段是对前段（现金和实物）的例示性解释，不是对财物手段的外延界定，而只是其中的一部分；（2）这些手段试图以合法的方式规避法律。

其他手段是指提供国内外各种名义的旅游、考察等给付财物以外的其他利益的手段。财物手段一般是以转移财物的所有权的方式进行贿赂，受贿人因此增加了财产；其他手段是由受贿人直接享受财产以外的利益，即使这种利益是由行贿人通过花费钱财达成的，但受贿人直接得到的不是钱财本身，而是直接享受了行贿人以钱财所换取的其他利益。

4、客体是基于商品质量、价格和服务等方面公平竞争的市场秩序

例如，医院利用自身优势资源，为A公司提供了便利条件，施加了影响力，客观上增加了A公司与孕产妇的交易机会，促进了二者之间的交易。当事人的上述行为干扰了正常的市

市场经济秩序，扰乱了市场交易中自愿、平等、有偿的基本原则。

(三) 推定的经营者行为

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。

认定工作人员的商业贿赂，应注意：

(1)须是职务行为：按照单位的内部规定或者单位的委托从事职务时实施的行为；

(2)须是代表单位实施的：在代表单位购销商品时向交易相对方行贿，或者代表单位受贿并将受贿物品交给单位。

例外情形：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，例如，经营者已制定合法合规合理的措施，采取有效措施进行监管。

(四) 折扣与商业贿赂

折扣，即商品购销中的让利，是指经营者在销售商品时，以明示并如实入帐的方式给予对方的价格优惠。简言之，折扣是经营者以明示如实入账方式给予交易相对方的让利，是“明扣”而

1.当事人不同。折扣发生在购销双方当事人之间，只能给交易相对方；商业贿赂既可能给交易相对方的工作人员，也可能给受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人，或者利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。

2.款物给付方向不同。折扣是卖方给买方的优惠，而商业贿赂不仅包括卖方给买方工作人员等，而且还包括买方给卖方的工作人员等。

（五）佣金与商业贿赂

佣金是指经营者在市场交易中给予为其提供服务的具有合法经营资格的中间人的劳务报酬。

经营者销售或者购买商品，可以以明示方式给中间人佣金。经营者给中间人佣金的，必须如实入帐；中间人接受佣金的，必须如实入帐

1、中间人具有合法经营资格。接受佣金的中间人必须具备从事商业中间活动的合法资格。

例如，为保险公司招徕业务的学校、教师及建筑工程管理部门的公务员不具备中间人的资格，不得收取佣金。

2、佣金必须以明示的方式给付。佣金必须是透明的，如实入帐。作为商业贿赂没有此要求。

（六）商业贿赂与贿赂罪

	商业贿赂
主体	行贿人：经营者或者其代表人、代理人； 受贿人：交易相对方的工作人员；受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。
目的	谋取交易机会或竞争优势
对象	规范的重心是行贿人对象
客体	社会主义市场经济秩序

三、虚假宣传行为

（一）虚假宣传行为的概念和种类

虚假宣传是指经营者对其商品的性能、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，或者经营者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。

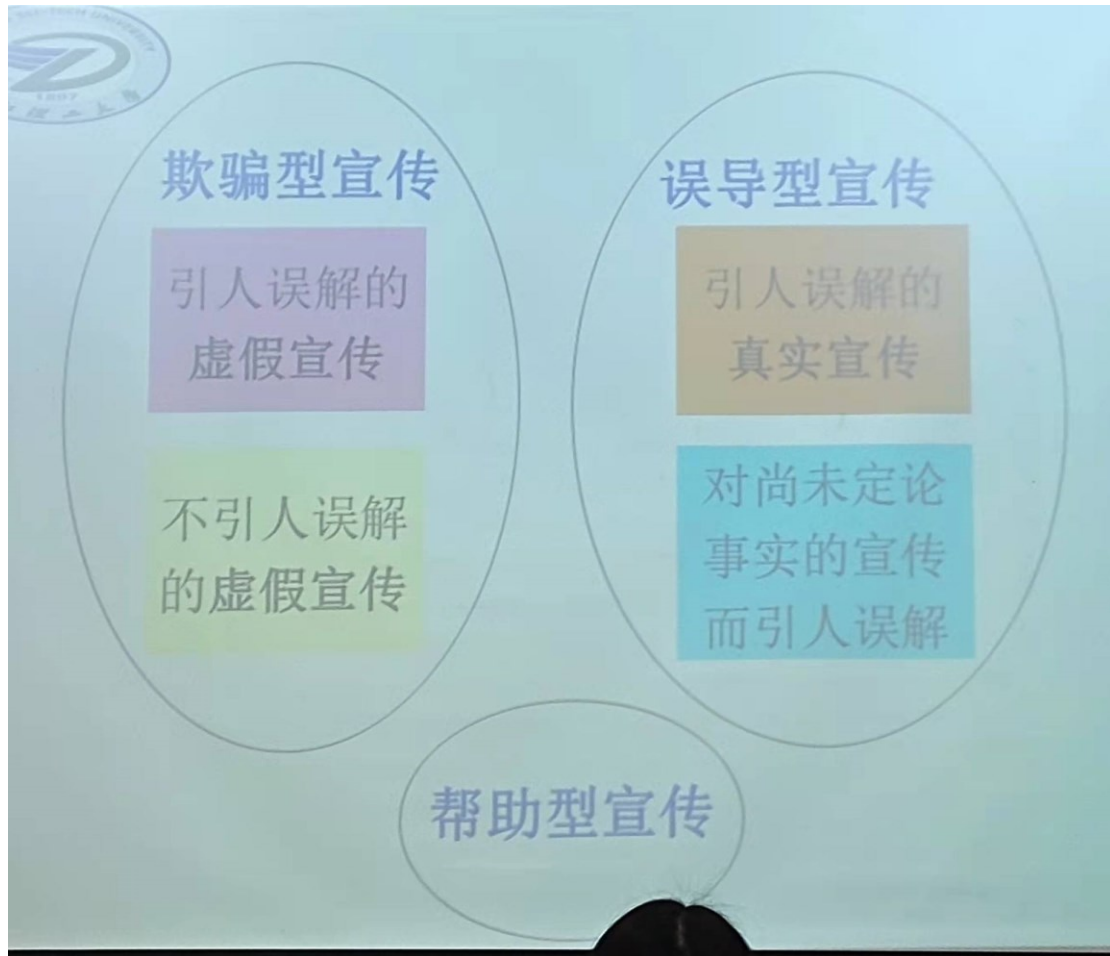
一、注意与新反不正当竞争法第六条规定的混淆行为的区分。虚假宣传行为与混淆行为都对消费者产生误导，但误导的情形不同，虚假宣传侧重于对商品的性能、功能等方面的误导宣传，混淆行为则侧重于对商品来源的误导，通常是使用他人商业标识引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系。

二、注意和第十一条规定的诋毁行为的区分。虚假宣传行为和诋毁行为的表现都是传播虚假信息或者误导性信息，但虚假宣传行为侧重与对经营者自身商品进行虚假宣传，诋毁行为则侧重于损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

欺骗型宣传：对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假的商业宣传。

误导型宣传：对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作引人误解的商业宣传。

帮助型宣传：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。



1、欺骗型宣传

欺骗型宣传，即狭义的虚假宣传，是指商品宣传的内容不真实，与实际情况不符。经营者在商业宣传过程中，提供不真实的商品相关信息，欺骗、误导相关公众的，人民法院应当认定为虚假的商业宣传。

(1)商品信息虚假

即商品或者服务是不存在的。诱饵式广告是此类宣传的典型，表现为以宣传的商品或服务为诱饵吸引消费者前来购买，当消费者想购买时则以所宣传商品已经售完为由表示不能出售，同时向消费者推荐其他商品。诱饵式广告宣传在房地产中介市场上大量存在。

(2)性能信息虚假

对商品的性能、功能、产地、用途、质量、规格、成分、价格、生产者、有效期限、销售

状况、曾获荣誉等信息，或者服务的内容、提供者、形式、质量、价格、销售状况、曾获荣誉等信息，以及与商品或者服务有关的允诺等信息与实际情况不符，对购买行为有实质性影响。例如，实际是经营普通食品或保健品，却以一定形式宣传非所卖产品所有功能的其他调理内容。

(3) 证明信息虚假

即宣传中使用虚构、伪造或者无法验证的科研成果、统计资料、调查结果、文摘、引用语等信息作证明材料。这种情况较为常见的如很多宣传中常用“权威机构研究表明……”字样。这种研究如果是虚构、伪造或者无法验证的，属于虚假宣传。常见的还有虚构品牌故事进行宣传。

(4) 效果信息虚假

即虚构使用商品或接受服务的效果，常用方法：①瞒天过海。例如，台湾艺人徐熙娣作为代言人在镜头前巧笑嫣然，唇红齿白。“使用佳洁士双效炫白牙膏，只需一天，牙齿真的白了”。根据工商部门调查，画面中突出显示的美白效果是后期通过电脑修图软件处理生成的，并非牙膏的实际使用效果。

②无中生有。例如，宣城市康福滋源公司通过赠送鸡蛋、麻油等小件生活用品吸引中老年群体，采取刻意隐瞒、混淆等手段，拼接、伪造、编辑所售产品具有治疗疾病及提高生理机能等功效。

③树上开花。例如，有洗涤产品请明星代言，先拍脏衣服的画面，再拍一件全新的衣服，清洁效果完全是伪造的，靠明星效应误导消费者。

不引人误解的虚假宣传

即使宣传不符合客观情况，若消费者能正确理解其含义，就不属于引人误解的宣传。例如，

以明显的夸张方式宣传商品，不足以造成相关公众误解的，不属于引人误解的虚假宣传行为。“天天吃旺旺、运气一定旺！”“天才第一步，雀氏纸尿裤”“炫迈口香糖，美味持久，久到离谱！嚼炫迈，根本停不下来！”这些宣传用语不宜认定为引人误解的虚假宣传行为。

2、误导型宣传

误导型宣传，是指宣传虽然真实，但是仅陈述了部分事实，容易引发错误联想的宣传。

欺骗型宣传是以客观事实为认定标准，误导型宣传是以广大的普通消费者、用户的主观认识为判断依据。只要被告的宣传内容本身可能或足以造成相关公众产生歧义或错误认识，不管事实上是否已经产生了误导后果，就应当认定为误导型宣传(误导可能性规则)。

(1)引人误解的判断标准

德国根据“一般交易见解”进行判断，斟酌广告的整体内容是否对消费者大众产生误解，若其意思足以使人产生误解，即受法律规范；对于营业状况进行虚假表示时，只需要接受宣传者有陷入错误及致其作出购买商品或者接受服务的可能就足够了，不以实际受骗为必要。

德国实务甚至将引人误解的标准量化，即导致 10%—20%的消费者有误解的可能时，就可以作出引人误解的认定。①从专家的角度看，争议的标志有什么意义；②争议标志如果陈述的是性质，其时间和范围；③使用的合法性；④自由使用所需要的范围；⑤禁止当事人使用该标示的后果；⑥对竞争影响。

经营者具有下列行为之一，欺骗、误导相关公众的，人民法院可以认定为“引人误解的商业宣传”：①对商品作片面的宣传或者对比；②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。比如，一些经营者宣传喝碱性水更健康的观点，其实并没有科学依据。③使用歧义性语言进行商业宣传；④其他足以引人误解的商业宣传行为。

(2)引人误解的真实宣传

内容真实但不全面的宣传在客观上造成或足以造成相关公众产生错误理解的，也构成虚假宣传行为。这通常发生在字面上的真实陈述有虚假的第二层含义的时候。如某家具宣传手册注明“瑞士聚酯漆家具”，字面看来是全套进口家具，实际上第二层虚假的含义是仅家具漆是从瑞士进口的；商家承诺“假一赔百”，出现纠纷后成了“赔偿 100 元。”

3、帮助型宣传

帮助型宣传，是指经营者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。这一新增规定是针对线上“刷单”、线下“雇托”炒作等虚假宣传行为新增加的条款。新法施行后，除经营者对自己产品进行虚假宣传外，帮助他人“刷单炒信”、删除差评、虚构交易等行为，也将受到查处，网络水军、职业差评师等不法经营者将受到处罚。

“刷单炒信”是指在电商平台上的卖家通过安排刷手进行虚假交易，提高商品销量、好评率和店铺的信誉，从而提升商品或店铺检索排名，增加被消费者选择的交易机会的行为。根据目的不同，“刷单炒信”可分为“正向刷单炒信”与“反向刷单炒信”。前者即商家在不引起电商平台监管的前提下，给自己刷销量刷好评，以提升自己的信誉；后者以损害竞争对手信誉为目的，或者通过给竞争对手刷“恶评”，或者通过恶意刷单购买竞争对手的商品，引起电商平台的监管注意，误认为是竞争对手刷单炒信，而对其作出信用降级、

搜索降级等处罚。

(二)虚假宣传行为的具体认定

1、主体是经营者

行为主体包括两种：(1)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商业宣传的经营者；(2)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商业宣传的经营者。

2、行为人在主观上表现为故意

虚假的或者引人误解的商业宣传是故意行为，并且行为人具有谋取交易机会或者竞争优势的动机，具有误导他人购买商品的目的。

3、行为人在客观方面对商品作了虚假或者引人误解的商业宣传，并产生了欺骗、误导消费者的后果或者可能性

判定的基本规则：相关公众施以一般注意力原则。人民法院应当根据日常生活经验、相关公众一般注意力、发生误解的事实和被宣传对象的实际情况等因素，对引人误解的商业宣传行为进行认定。内容虽然虚假，但不会产生欺骗、误导后果的商业宣传，即不引人误解的虚假宣传，不构成本条的虚假宣传。

(1)主体标准：相关公众

虚假宣传的主体标准是相关公众，不仅包括消费者，也包括经营者。并且，只包括与宣传内容有关的消费者和经营者，是否虚假要以相关公众的感受为准。

这个“相关公众”，是建立在普通消费者和经营者的一般概念基础上，往往需要执法者根据自身的经验，按“平均智商水平”来假想一类“相关公众”，以帮助其内心确认。一般商品或服务以普通民众的普通注意力为准；专业性产品则以专业人士的普通注意力为准。

(2)情境标准：一般注意力原则

一般消费大众在购买商品或者接受服务时，欠缺仔细分析广告内容的注意力，只是以普通注意所得到的印象作为选购的基础，故应当以相关公众的一般注意力作为认定标准。这一原则又可具体化为整体观察原则和比较主要部分原则。整体观察原则：是指以广告在整体上给消费者的印象为标准解释广告内容，判断该广告是否会造成消费者误解。主要部分是指在广告的构成要素中最醒目或最引人注意的部分，比较主要部分原则：是指如果主要部分在外观、名称、观念上使人陷入错误，即使附属部分真实，仍应认定为引人误解的宣传。

(3)后果标准：欺骗、误导消费者后果标准又称程度标准，要求当事人主张经营者违反反不正当竞争法第八条第一款的规定并请求赔偿损失的，应当举证证明其因虚假或者引人误解的商业宣传行为受到损失。

(三) 虚假宣传和虚假广告区别

《反不正当竞争法》明确区分了虚假广告和虚假宣传。发布虚假广告，依照《广告法》处罚。

(1)主体不同。广告主体是介绍自己所推销商品或者服务的商品经营者或者服务提供者，包括广告主、广告经营者、广告发布者和广告代言人。商业宣传的主体是经营者，包括宣传他人商品或服务的其他经营者。

(2)形式不同。广告形式具体、直接，内容是通过一定媒介和形式发布，具有可复制性。商业宣传不一定针对商品或服务，内容宽泛、宏观，不一定具有可复制性。宣传企业文化、介绍企业情况，以及在互联网上发布企业简介信息等，属于商业宣传。

(3)方式不同。广告一般不包括“在商品上”和广告之外的“其他方式”。商品包装上除法律、国家标准要求必须标注的事项外，其他内容若符合广告特征的，适用广告法进行监管。广告之外的“其他方式”主要包括：

①雇托诱导，即雇佣或者伙同他人进行欺骗性的销售诱导；②虚假演示，即作虚假的现场

演示和说明；③虚假标注，即在经营场所对商品作虚假的文字标注；④虚假讲座，即举办讲座，进行虚假宣传；⑤其他虚假宣传，如为吸引消费者关注自己网站，擅自对他人商品或服务进行虚假宣传；张贴、散发、邮寄虚假的商品说明书、使用手册、图片或者其他资料等。

四、侵犯商业秘密行为

(一)商业秘密的概念和构成要件

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。商业秘密构成要件包括秘密性、商业价值性和保密性。

1、秘密性(客观秘密性)

秘密性即“不为公众所知悉”，是指有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得。它应当同时具备不为“普遍知悉”（新颖性）和“并非容易获得”（相对秘密性）两个具体条件。

(1)新颖性

作为商业秘密的信息要有一定的新颖性，但这种新颖性的要求较低。

(1) 具有相对性，只是在相关技术或者经营领域内不为相关人员普遍知悉即可；

(2) 处于秘密状态，不易于获得；

(3) 各个部分不具有新颖性不影响整体信息的新颖性。

商业秘密的新颖性只有一个“不为公众所知悉”的否定性条件，即不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得的信息。新颖性更强调技术水准，即技术信息或者经营信息等商业信息是非常识性的，与通行的技术或经营存在差异。新颖性将商业秘密与“公有领域”、“公知技术”或“公知信息”划分开来。在角色、功能和地位上，新颖性对于商业秘密是与创造性对于专利。《专利法》对创造性的要求“是指与现有技术相比，该发明具有突出

的实质性特点和显著的进步，该实用新型具有实质性特点和进步”，这种要求是很高的。

(2)相对秘密性

在秘密性上，“不为公众所知悉”含有“相对秘密”的意义。所谓相对秘密性，是指商业秘密并非在本行业内众所周知，而不是说除所有人以外在国内或者国际上绝对的没有人知悉。从积极角度讲，商业秘密可以为一定限度的必须知道的人(或者说负有保密义务的人)知悉；从消极角度讲，商业秘密不能为不负有义务的人所知悉。更一般地说，只要该信息没有因广泛共享而使权利人失去竞争优势，就应当受到法律保护。

所谓的一定限度的人，最常见的情况：

(1)所有人为实施商业秘密而将其告知负责实施工作的雇员或者员工，这些人知悉不影响商业秘密的成立；

(2)按照技术合同、协作协议等的约定负有保密义务的人，如所有人许可他人实施技术信息，并约定了被许可人保守秘密的；

(3)由于法律规定或者行为的性质决定了负有保密义务的人知悉的，如庭审中知悉商业秘密的人。

判断某项事实是否为公众所知悉，很重要的一个因素是考察获得此事实的难易程度。不为公众所知悉，是指该信息是不能从公开渠道直接获取。

权利人请求保护的信息在涉诉侵权行为发生时不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得的，人民法院应当认定为不为公众所知悉。

具有下列情形之一的，人民法院可以认定有关信息为公众所知悉：（1）该信息在所属领域属于一般常识或者行业惯例的；（2）该信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单

组合等内容，所属领域的相关人员通过观察上市产品即可直接获得的；（3）该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露的；（4）该信息已通过公开的报告会、展览等方式公开的；（5）所属领域的相关人员从其他公开渠道可以获得该信息的。将为公众所知悉的信息进行整理、改进、加工后形成的新信息，符合不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得的，应当认定该新信息不为公众所知悉。

2、价值性

价值性是指通过现在的或者将来的使用，商业秘密能够给所有人带来独立的实际或者潜在经济利益。这是商业秘密与政治秘密或个人隐私的显著区别。商业价值性最本质的体现是所有人因掌握商业秘密而保持竞争优势。新法通过引入“具有商业价值”这一概念，将尚处于研发的技术和失败的实验数据等都纳入了保护范围。

注意：（1）价值包括现实价值和潜在价值。也就是说，该信息能够为权利人带来现实或者潜在经济利益或者竞争优势；（2）有价值性的积极信息或者消极信息；（3）有用的继续使用信息或者短暂信息。短暂信息如招投标中的标底及标书内容。

3、保密性(主观秘密性)

保密性是指权利人为防止信息泄露，所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施。

（1）保密措施。从内容上来看，有软件措施和硬件措施两种。前者是指非物理性措施，即制度上的保密措施，如签订保密合同(合同限制)、制定保密制度、在保密资料上加印“机密”、“秘密”之类的字样、限制文件的发放范围和数量、加强保密教育等。后者是指物理措施，如隔离机器设备、加强门卫、为资料上锁等。

（2）保密程度。美国法院只要求是“在特定条件下的合理性”，不要求采取极端的和过分昂贵的措施保护商业秘密。我国采取的是合理标准，即权利人采取保密措施，包括订立保密

协议，建立保密制度及采取其他合理的保密措施”。

(二) 侵犯商业秘密行为的认定

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。

商业秘密的权利客体：

- 1、技术信息：在生产经营中具有实用价值的技术诀窍、技术方案等应用技术性方法或知识。
- 2、经营信息：能够促进经营活动、带来竞争优势的信息。

商业秘密的权利属性：

- 1、不具有排他的独占性：不同权利主体可以同时拥有相同或近似的商业秘密。
- 2、一种法定的权利：《民法典》第 123 条

3、具有资格限定性：商业秘密必须符合特定的法定条件，符合条件的技术信息和经营信息才可成为商业秘密。

经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密：

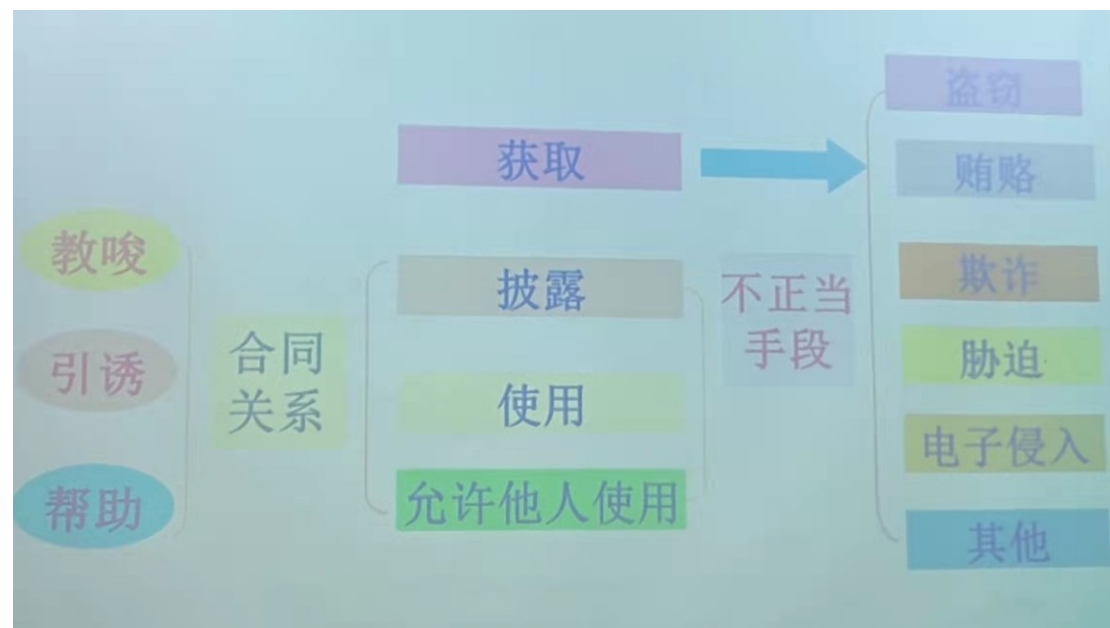
(1)来源不正当

①不正当手段获取：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；

②不正当使用：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；

(2)来源正当使用不正当：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。

(3)来源不正当且使用不正当：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。



1、不正当手段获取行为

禁止不正当获取他人的商业秘密，即不正当行为本身就是违法的，是否披露、使用不影响违法性的认定。

被诉侵权人以违反法律规定或者公认的商业道德的方式获取权利人的商业秘密的，人民法院应当认定属于反不正当竞争法第九条第一款所称的以其他不正当手段获取权利人的商业秘密。

不正当手段包括盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入和其他手段。盗窃是指秘密窃取他人的商业秘密；贿赂是以给付财物或者其他手段促使他人告知商业秘密；欺诈是用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取他人告知商业秘密；胁迫是以给他人的财产或者人身造成损害为要挟，迫使他人告知商业秘密；电子侵入是指未经授权进入存储有他人商业秘密信息的电子载体，如数字化办公系统、服务器、邮箱、云盘、应用账户等，获取商业秘密；其他手段，如利诱、非法接触等。

2、不正当使用行为

披露是指不正当获取商业秘密的人向他人扩散商业秘密，包括在要求对方保密的条件下向特定人、少数人透露商业秘密，以及向社会公开商业秘密。

使用是指不正当获取商业秘密的人将商业秘密用于自己的生产经营。

允许他人使用是指不正当获取商业秘密的人以有偿或者无偿的方式将商业秘密提供给第三人使用。

被诉侵权人在生产经营活动中直接使用商业秘密，或者对商业秘密进行修改、改进后使用，或者根据商业秘密调整、优化、改进有关生产经营活动的，人民法院应当认定属于反不正当竞争法第九条所称的使用商业秘密。

3、来源正当但使用不正当行为

构成要件：

(1)行为人是商业秘密权利人以外的人。主要包括两类：①与权利人订有许可使用合同的经营者；2 权利人的员工、前员工。

(2)被侵犯的对象是行为人合法知悉或者掌握的商业秘密。

(3)行为人负有保密义务。保密义务包括法定的保密义务，约定的保密义务和单方要求的保密义务，此条款没有包括法定的保密义务。

4、来源不正当且恶意使用

第三人明知或者应知商业秘密是权利人的员工、前员工或者其他单位、个人通过非法手段取得，仍获取、披露、使用或者允许他人使用的，视为侵犯商业秘密。

明知是一种恶意(故意)状态，应知(应当知道而因为过失不知道)是一种重大过失的主观状态。

在民法上，过失包括具体过失、抽象过失和重大过失。具体过失是指行为人欠缺平常处理自己的事务所具有的注意；抽象过失是指欠缺日常生活的必要注意，罗马法称其为欠缺善良家父的注意；重大过失是指显著地欠缺善良管理人的注意。

五、不正当有奖销售行为

(一)不正当有奖销售行为的概念

不正当有奖销售行为，又称为利诱行为、重奖销售行为，是指经营者违反诚实信用等原则，利用物质、金钱或者其他经济利益引诱购买者与之交易，损害竞争对手公平竞争权的行为。

经营者不得从事下列有奖销售：

(1)信息不明有奖销售：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；

(2)欺骗性有奖销售：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；

(3)巨额抽奖式有奖销售：抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过五万元。

有奖销售，是指经营者以销售商品或者获取竞争优势为目的，向消费者提供奖金、物品或者其他利益的行为。根据是否存在偶然性和不确定性，有奖销售包括抽奖式和附赠式等有

奖销售。

抽奖式有奖销售是指经营者以抽签、摇号、游戏等带有偶然性或者不确定性的方法，决定消费者是否中奖的有奖销售行为。附赠式有奖销售是指经营者向满足一定条件的消费者提供奖金、物品或者其他利益的有奖销售行为。经营者为了推广移动客户端、招揽客户、提高知名度、获取流量、提高点击率等，附带性地提供物品、奖金或者其他利益的行为，属于《规范促销行为暂行规定》所称的有奖销售。

(二)不正当有奖销售行为的种类

1、信息不明的有奖销售

信息不明的有奖销售，是指所设奖的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等有奖销售信息不明确，影响兑奖的有奖销售。

经营者在有奖销售前，应当明确公布奖项种类、参与条件、参与方式、开奖时间、开奖方式、奖金金额或者奖品价格、奖品品名、奖品种类、奖品数量或者中奖概率、兑奖时间、兑奖条件、兑奖方式、奖品交付方式、弃奖条件、主办方及其联系方式等信息，不得变更，不得附加条件，不得影响兑奖，但有利于消费者的除外。在现场即时开奖的有奖销售活动中，对超过五百元奖项的兑奖情况，应当随时公示。

2、欺骗性有奖销售行为

欺骗性有奖销售，是指采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行的有奖销售。

经营者进行有奖销售，不得采用以下谎称有奖的方式：(1)虚构奖项、奖品、奖金金额等；(2)仅在活动范围中的特定区域投放奖品；(3)在活动期间将带有中奖标志的商品、奖券不投放、未全部投放市场；(4)将带有不同奖金金额或者奖品标志的商品、奖券按不同

时间投放市场；（5）未按照向消费者明示的信息兑奖；（6）其他谎称有奖的方式。经营者进行有奖销售，不得采用让内部员工、指定单位或者个人中奖等故意让内定人员中奖的欺骗方式。

3、巨额抽奖式有奖销售

抽奖式有奖销售最高奖的金额不得超过五万元。有下列情形之一的，认定为最高奖的金额超过五万元：

- （1）最高奖设置多个中奖者的，其中任意一个中奖者的最高奖金额超过五万元；
- （2）同一奖券或者购买一次商品具有两次或者两次以上获奖机会的，累计金额超过五万元；
- （3）以物品使用权、服务等形式作为奖品的，该物品使用权、服务等市场价格超过五万元；
- （4）以游戏装备、账户等网络虚拟物品作为奖品的，该物品市场价格超过五万元；

六、诋毁商誉行为

（一）诋毁商誉行为的概念

诋毁商誉，或称商业诋毁、商业诽谤，指在市场交易中，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、商品声誉的行为。

1.、编造、传播

编造是指是指虚构、编造不符合真相或并不存在的事实。编造既有全部编造，也包括部分编造，既可以是完全的子虚乌有，也可以是对真实情况的歪曲。编造事实，必须是违背商业伦理和商业基本秩序的行为，也就是从一般商人的角度来看，应当是显而易见的挑弄是非、污人清白的行为。

传播是指将所编造的虚假信息或者误导性信息向不特定多数人或者特定的共同客户或同行业的其他竞争者进行散布的行为。传播包括主动传播和将材料置于可被传播的媒介。向相关政府职能部门举报的行为本身也是一种传播信息的行为。

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，人民法院应当依照诋毁商誉予以认定。

“编造、传播”的行为方式：

- (1) “编造并传播”，即捏造损害他人名誉的事实并散布，或者组织、指使他人散布。
- (2) “篡改并传播”，即将涉及他人的原始信息内容篡改为损害他人名誉的事实并散布，或者组织、指使人员散布。
- (3) “明知虚假事实而传播”，即明知是捏造的损害他人名誉的事实并散布。

注：仅仅捏造虚伪事实但没有传播并不构成商业诋毁行为。

2、虚假信息或者误导性信息

虚假信息是指关于客观事实的不实主张或者声明，不包括完全无涉事实的价值判断或意见表达。事实和价值判断的区别在于，前者有真伪可言，后者较难判断，不易举证。

虚假信息不限于过去或现在的事实。应采用客观标准来判断“虚假”与否，即应根据客观上的事实认定其是否属实，而不是通过行为人单方面主观上的认识来判定。也就是说，应考察交易相对人或者潜在交易相对人对虚假事实内容的客观评价。例如，如果虚假事实对商品、经营者、企业所有人或者负责人的诋毁，导致交易相对人或者潜在交易相对人对被侵害的经营者产生严重不信任感，并有拒绝交易或者减少交易的可能，则成立商业诋毁。

3、商业信誉、商品声誉

商业信誉指经营者通过公平竞争和诚实经营所取得的良好社会综合评价。商业信誉又可分为商业信用与商业名誉。商业信用是指商业行为与经济能力在经济活动中所受到的信赖；商业名誉是指社会对他人在商业活动中的价值和地位的客观评价。商品声誉是指经营者制造或销售的某种特定商品的良好社会评价。取得良好的经营业绩，可以推定拥有良好的商业信誉、商品声誉。

(二) 诋毁商誉行为的认定

- 1、行为的主体是具有竞争关系的经营者。行为人与受害者之间应具有竞争关系。如果双方之间不存在竞争关系，不属于诋毁商誉行为。甲汽车厂不满乙钢铁厂起诉其拖欠货款，散布乙钢铁厂产品质量低劣的虚假事实不构成诋毁商誉，可以成立毁谤或者其他民事侵权行为。当事人主张经营者实施了反不正当竞争法商业诋毁行为的，应当举证证明其为该商业诋毁行为的特定损害对象。
- 2、行为人主观上存在故意。经营者过失造成竞争对手商誉的损害，不构成诋毁商誉。
- 3、行为人在客观上有诋毁行为，即编造、传播虚假信息或者误导性信息；
- 4、行为的后果是损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。即被诋毁者的商业形象或商品形象方面的社会评价降低或有降低的可能性。

批评、评论权与诋毁商誉

消费者对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论，不应当认定为侵害他人名誉权。但借机诽谤、诋毁，损害其名誉的，应当认定为侵害名誉权。

新闻单位对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论，内容基本

属实，没有侮辱内容的，不应当认定为侵害其名誉权；主要内容失实，损害其名誉的，应当认定为侵害名誉权。

诋毁商誉与虚假宣传

相同点：经营者通过传播某种不真实信息来影响消费者购买商品或者消费服务的决定，从而获得市场竞争优势和经济利益的不正当竞争行为(手段)。虚假地抬高自身商品或者服务的声誉，使消费者误认误购，选择其提供的产品或服务(落脚点)。

不同点：

(1)宣传对象不同。诋毁商誉行为人向被诋毁方的客户或者潜在的消费者散布虚伪事实；虚假宣传经营者向自己的客户或潜在的消费者传播相应的信息。

(2)损害的对象不同。诋毁商誉行为损害了同类竞争者中某一特定竞争者的利益，而虚假宣传损害的是消费者利益和公众利益，不一定损害特定竞争者的利益。

七、网络不正当竞争行为

网络不正当竞争行为，是指经营者利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施妨碍、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。(互联网专条)

(1)流量劫持：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；

(2)网络干扰：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；

(3)恶意不兼容：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；

(4)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。

(一)流量劫持

流量劫持，是指经营者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、强制进行目标跳转的行为。流量是应用服务商用来统计用户行为的方式，其基本指标包括独立 IP 地址数、独立访客数、页面浏览量、访问次数和访问时长。流量劫持就是将他人的将得流量通过技术手段或商业模式引流到劫持者名下，并且引流行为具有不正当性。将得流量是指按照用户使用习惯和互联网商业惯例，互联网产品或服务的提供者因其提供的产品或服务行为即将获得的准流量。

以是否经用户同意，流量劫持行为分为两种“强制跳转”和“设链跳转”。

强制跳转：未经其他经营者和用户同意而直接发生的目标跳转。

设链跳转：仅插入链接，由用户触发的目标跳转。对该类跳转，人民法院应当综合考虑插入链接的具体方式、是否具有合理理由以及对用户利益和其他经营者利益的影响等因素。

可见，如果插入链接的方式不过分，有合理的理由，有利于增进用户福利，对其他经营者也没有多少负面影响，司法应当宽容对待。

ex：在支付宝诉家政加案中，家政加 App 中设置了与支付宝 App 一致的 URL Scheme alipay://(设链方式不正当)，该行为导致用户在使用支付宝 App 付款结算时，点击跳转进入家政加 App(符合用户同意外观但未充分尊重用户的选择权)，法院认定斑马软件公司作为“家政加”App 的开发者，与“alipay”标识之间并无关联，其选择“alipay”作为其 App 的 URL Scheme,不具有合理理由，最终判定构成不正当竞争。

(二) 网络干扰

网络干扰是指经营者误导、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。(3×3)

误导是指经营者借助文字、图案等信息，让用户对其他经营者合法提供的网络产品或者服务的真实情况产生错误认识，从而作出修改、关闭、卸载该产品或者服务的决定。

欺骗是指经营者故意告知用户虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务。

强迫是指经营者违背用户意愿，迫使用户作出修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务的决定。

经营者事前未明确提示并经用户同意，以误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载等方式，恶意干扰或者破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务，人民法院应当依照反不正当竞争法第十二条第二款第二项予以认定。

(三) 恶意不兼容

兼容，是指计算机硬件或者软件之间相互配合的程度，以及软件之间无需复杂转换即可共享数据的性能。恶意不兼容是指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。

不兼容是一种市场行为，是市场竞争的常态。在自由竞争的市场经济中，参与市场竞争的经营者享有充分的自主经营权，在没有扰乱市场竞争秩序及损害社会公共利益的前提下，市场竞争者并无“兼容”其他竞争者产品或者服务的义务。根据反垄断法，只有经营者在市场上具有了支配地位，才有能力采取不兼容的做法，对其他经营者、消费者权益以

及市场竞争秩序带来恶劣影响，才需要法律进行规制。

(四)其他网络不正当竞争行为

在分时段出租视频网站 VIP 账号不正当竞争案中，涉案 APP 对爱奇艺 VIP 账号进行分时出租的行为使得涉案 APP 用户无需向爱奇艺付费即可接受爱奇艺 VIP 视频服务，并通过技术手段对爱奇艺 APP 中的部分功能进行限制。被诉行为为上诉人(原审被告)增加了交易机会，干扰了爱奇艺视频网站的运营模式和盈利方式，直接损害了爱奇艺基于 VIP 视频服务所产生的经营收益，还会阻碍网络视频市场的正常、有序发展，并最终造成消费者福祉的减损，已构成不正当竞争。

在“边录边播”“一键分享”不正当竞争案中，上诉人与被上诉人均为互联网业务经营主体，360 浏览器提供的“边播边录”和“一键分享 99 功能，诱导用户避开“禁止下载”等技术措施，并对作品实现免费传播，导致被上诉人的经营资源受损，进而造成其用户流量的流失，使被上诉人合法提供的网络服务的正常运行受到破坏，构成不正当竞争行为。

第四章 消费者权益保护法

第一节 消费者权益保护法基本原理

一、消费者

消费是经济增长的核心力量。消费者，是指为生活消费需要而购买、使用商品或接受服务的人。

(一)主体形态：自然人

消费者的主体形态即消费者的主体范围。消费者是个人，是购买、使用商品或接受服务的

自然人。

原因：(1)生活消费的终极主体只能是自然人；(2)对于经营者来说，消费者处于弱者地位；(3)国际上通常也把消费者理解为个人。

经营者，是以营利为目的，为消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务的单位和个人。

从经营形态上看，经营者可以分为三种：一是生产者，即商品的制造者；二是销售者，即自己不生产商品，专门从事为消费者提供他人生产的商品的人，通常称之为经销商；三是服务者，即为消费者提供有偿服务活动的经营者。

注：①消费者的主体范围只能是自然人；

②单位主体购买商品或服务的行为应当受《民法典》的调整；

③单位购买，交付自然人使用的仍受《消费者权益保护法》的调整。

（二）活动范围

活动范围即消费活动发生的领域。国际社会普遍认为，消费活动发生在**商品(购买、使用)**和**服务(接受)**两大领域。

商品是指生活商品，包括生存商品、发展商品和享受商品。农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，参照执行。服务是指生活服务，即个人或社会组织直接或凭借某种工具、设备、设施、媒体等所作的工作或进行的一种经济活动。

职业打假人

1.按照《消费者权益保护法》第五十五条的规定，在普通消费产品领域，消费者获得惩罚性赔偿的前提是经营者的欺诈行为。而对于知假买假人而言，不存在其主观上受到欺诈的情形。

2.从打击的效果来看，牟利性打假的对象主要是大型超市和企业的产品标识、说明等方面，

而对于真正对市场危害较大的假冒伪劣产品及不规范的小规模经营主体打击效果不明显。

3.从目前消费维权司法实践中，知假买假行为有形成商业化的趋势，出现了越来越多的职业打假人、打假公司(集团)，其动机并非为了净化市场，而是利用惩罚性赔偿为自身牟利或借机对商家进行敲诈勒索。

(三)活动方式

活动方式即消费活动发生的具体形式，包括购买、使用商品或接受服务。不能将无偿的赠品、奖品、试用品等排除在《消费者权益保护法》之外。

赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担赔偿责任。(《民法典》第 662 条)

(四) 活动目的

活动的目的是狭义上的为生活消费需要，即购买、使用生活商品或接受生活服务的目的。

广义的消费泛指人类社会生产、生活中对物质产品的消耗和对服务产品的享受，包括生产消费和生活消费两大方面。

“为生活消费需要”的具体判断标准：

(1)在生活商品的购买、使用中，应当以购买、使用的商品数量为判断标准；

(2)在服务的接受中，应以“合法的生存与发展所必需”为判断标准。

二、消费者权益保护法

(一) 消费者权益保护法的概念

消费者权益保护法，是调整在保护消费者权益的过程中发生的经济关系的法律规范的总称。

这种社会关系具体表现为：

(1)消费者与经营者之间的关系：消费者与经营者之间所结成的商品和服务提供关系。(基础消费关系)

(2)国家机关与经营者之间的关系：国家、政府部门、社会组织和个人与经营者之间所结成的消费监督管理关系。

(3)国家机关与消费者之间的关系：消费者与国家、政府部门和社会组织所结成的消费者权益保护关系。

调整对象：（1）消费关系（2）与消费关系相关关系或称消费辅助关系

原则：（1）自愿、平等、公平、诚信和依法交易原则（2）对消费者予以特别保护原则

（3）国家保护和社会监管相结合的原则

对于消费者权益保护，不能仅从调整消费者和经营者之间的个体关系这一狭隘角度去理解，还应该站在人权、经济与社会秩序的高度，加强市场监管，维护市场秩序，切实保障消费者的合法权益。

第二节 消费者的权利和经营者的义务

一、消费者的权利

消费者权利是复合性质的权利：从宏观上看，消费者权利具有普遍性、基础性和内容的广泛性，是生存权的重要组成部分，是人权在新的历史时期的新发展。

从微观上看，部分消费者权利，如安全权、选择权等具有私权的特征，而结社权、受教育权等则明显具有社会权的属性。因此，诸项消费者权利存在着宪法、民法、经济法、乃至社会法多重属性交错的情况。

从制度设置目的这一整体角度看，消费者权利则完全可以视为经济法意义上的权利。

消费者的权利是指消费者在消费中享有的作为或不作为或者要求他人作为或不作为的一种

资格。

消费者权益是我国消费者保护法的特有概念，包括消费者权利和消费者利益。消费者利益是消费者在社会分配、交换、消费中可以获得的物质收入和有利于自身物质、文化消费的条件。

消费者权利的特点：

(1)消费者权利是一项弱势性权利

消费者的弱势主要表现在经济和信息两个方面：

①经济方面。消费者经济上的弱势表现在经济发展、购买力、经济承受能力、抗通胀、议价能力方面的弱势和经济救济方面的弱势等；

②信息方面。消费者信息获取上的弱势地位主要表现在获取手段的弱势性和获取内容的弱势性。

(2)消费者权利是一项无差别性权利

消费者在享有、行使消费者权利时，不受民法自然人行为能力的限制，同时不受性别、年龄、民族、职业、职务(称)、文化程度、居住状况、经济状况、婚姻状况、宗教信仰等的限制，只考虑其自然人的属性，这就是消费者权利的无差别性。

(3)消费者权利是一项非义务性的权利

相对于经营者，消费者权利是一项非义务性权利，消费者始终是权利主体，无对应的义务。

当然，消费者享有消费者权利的同时，对社会也应当承担相应义务；

①不得滥用权利义务；如消费者外出就餐时根据个人健康状况、饮食习惯和用餐需求合理点餐、取餐。（《反食品浪费法》）

②承担社会责任的义务。如学习与消费有关的知识、保护与消费生活相关的环境安全和知识产权。

（一）安全保障权（k）

安全保障权是指消费者在购买、使用商品或接受服务时所享有的保障其人身、财产不受损害的权利。安全权是消费者最基本的权利。

消费者的安全保障权包括人身安全保障权和财产保障安全权两个方面。

(1)人身安全保障权是指消费者的生命权、健康权，即消费者享有保持身体各器官及其机能的完整以及生命不受危害的权利。

(2)财产安全保障权是指消费者享有财产不受侵害的权利。

案例：

2017年1月26日下午，浙江省中医院报告，因该院生殖免疫治疗室一位技术人员在某次封闭抗体抽血化验技术操作中严重违反规程，该次操作涉及的治疗者可能存在感染艾滋病病毒风险。经查，此次传染源为一名治疗者在治疗过程中因个人原因在医院外感染艾滋病病毒，浙江省中医院一名技术人员违反“一人一管一抛弃”操作规程，在操作中重复使用吸管造成交叉污染，导致部分治疗者感染艾滋病病毒，造成重大医疗事故。经疾控机构检测，确诊5例。

专家认为，事件发生的主要原因是个别医疗机构及医务人员医疗安全意识缺失，医院感染防控管理制度不健全、制度规范落实不力，没有严格遵守技术规范和标准化操作规程开展诊疗工作。有关部门对浙江省中医院相关责任人做出严肃处理：免去院长的行政职务和党委副书记职务，给予党内严重警告处分；免去党委书记的党内职务和副院长的行政职务；撤销分管副院长职务，免去其党委委员并给予党内严重警告处分；撤销检验科主任职务；免去医务部主任职务；免去院感科科长职务。直接责任人以涉嫌医疗事故罪，由公安机关立案侦查，并已采取刑事强制措施。

安全保障权的特点：

(1)涵盖整个消费环节和消费方面

①贯穿于整个消费环节。包括售前、售中和售后的合理期间，具有时间的一贯性和空间的立体性。

②涵括所有消费方面。安全权不仅指向消费者购买和使用的商品，而且指向消费环境，包括硬环境和软环境。

(2)不以消费合同为必要条件

在消费合同订立前的阶段、消费者的家庭成员、受赠予人、共同使用人等，以及虽然无意

进行消费、但进入经营场所的自然人，都应受到安全权的保障。

(3)与经营者安全保障义务互为表里

与安全保障权相对应的是经营者对消费者的安全保障义务。经营者的安全保障义务既包括硬件方面(如场地、场所、设备、设施、装饰物、悬挂物、绿化物、景区护栏、电子支付系统中的加密措施、安全措施等)的安全保障义务，也包括软件(如管理规章制度)；既包括商品或者服务自身的安全，也包括经营场所的安全。

(二)知悉真情权 (k)

知悉真情权，或称知情权、获取信息权、了解权，是指消费者享有的知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。

知悉真情权的特点：

- (1)从行为状态上来看，贯穿于购买(使用)前、购买(使用)中和购买(使用)后全过程：
- (2)从知情事项来看，包括商品或者服务的基本情况、有关技术状况的表示以及有关销售状况等内容。
- (3)从法律保障手段来看，涉及民事、行政和刑事多方面的法律保护。

主体：（1）消费者本人；（2）消费者的家庭成员；(3)消费者所在的单位。

内容：（1）有关商品或服务的一些基本信息；（2）商品或服务的相关技术信息；（3）售后服务信息。

实现方式：(1)经营者告知：①信息告知；②警示说明；③瑕疵告知义务；（2）消费者了

解：①咨询；②查阅；③观看。

行使限制：消费者知情权与经营者商业秘密权的冲突，解决方法是明确规定经营者享有商业秘密权应负的责任和义务，即经营者应当保证依据商业秘密生产的商品和服务对消费者

没有危害，否则，就应当披露其商业秘密。

(三)自主选择权 (k)

消费者的自主选择权是消费者享有的自主选择商品或者服务的权利。这实际上是民法的意思自治、契约自由原则在消费领域中的具体体现。任何人不得违背消费者的真实意思，强行推销商品和服务。消费者的自主选择权是消费者权利的核心。

自主选择权的特点：

(1)选择的自愿性(主观自愿权)。消费者有权根据自己的主观意愿选择商品和服务，经营者不得强迫；

(2)选择的自由性(客观自由权)。消费者有权按照自己的实际需要选择商品和服务，经营者不得禁止、剥夺、限制或者干涉。

自主选择权的内容：

(1)自主选择提供商品或者服务的经营者；

(2)自主选择商品品种或者服务方式；

(3)自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务；

(4)在自主选择商品或者服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。

自主选择权的行使限制

(1)商品的自然属性。消费者应遵守“最小化规则”，即当商品处于自然状态下的最小值时，就不能以行使选择权为由要求经营者再分割；

(2)经营者有明确规定或告知的。如经营者出于保守商业秘密、保证消费者安全等原因的考虑，明确规定“谢绝参观”、“不得拍摄”等。

(3)商业惯例和商业习惯要求。如“坐、站票同价”。

(4)超越经营对象、范围、时间、条件和风险的。

(四)公平交易权

消费者的公平交易权是指消费者在购买、使用商品或者接受服务时所享有的获得公平交易条件的权利。这也是平等自愿法律原则的具体体现。

公平交易权的特点：

(1)公平性。公平交易权核心是消费者以一定数量的货币可以获取同等价值的商品或者服务，具体体现为交易过程和交易结果公平。

(2)合法性。双方的交易应符合法律、法规规定，以平等自愿、等价有偿、互惠互利为基础。

案例：

据报道，青岛-长沙南的 G290 次、荣成-上海的 G458 次列车餐车设消费专座，乘客需花高价喝茶才能入座。不仅如此，这些茶叶还涉嫌标注虚假生产商和电话等信息。从本质上讲，高铁餐厅是为不特定乘客服务的公共场所，高铁方面为了商业营利，以餐厅公共服务的舒适性为“饵”迫使乘客接受更高的商品价格，损害的是消费者的公平交易权。消费专座提供的茶叶，原本一百多的卖到了二百多，还标注虚假生产商和电话，这是“以次充好”，甚至是“以假乱真”。

公平交易权的内容：

(1)有权获得公平交易条件

即消费者有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件。质量保障要求经营者提供的商品或服务的质量符合国家规定的标准；价格合理要求经营者的定价应当遵循公平、合法和诚实信用原则；计量正确要求：一是计量器具的使用必须符合法律、法规的规定；

二是计量准确、数量充足。

(2)有权拒绝强制交易

即消费者有权拒绝经营者的强制交易行为。强制交易，指交易一方当事人利用自己的优势地位，强迫另一方当事人与自己进行交易。

公平交易权的实现:

(1)竞争法律制度。(2)价格法律制度。(3)计量管理制度。(4)消费合同管理法律制度。(缺斤少两：电子秤)

(五)依法求偿权

依法求偿权是指消费者在因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害时所享有的救济。

依法求偿权的基本内容:

(1)人身损害赔偿。①医疗费；②护理费；③交通费；④误工费；⑤残疾生活辅助具费；⑥残疾赔偿金；⑦丧葬费；⑧死亡赔偿金；⑨住院伙食补助费、被扶养人生活费和住宿费等合理费用。

(2)财产损害赔偿。既包括直接损害(实际损失)，也包括间接损失(可得利益损失)

案例:

2014年末，辽宁省绥化市明水县大货司机李海峰在运货途中，购买了四包“诱惑酸辣牛肉面”当午餐，打开包装后发现其中的醋包中含有异物，随后向今麦郎公司索赔450万。在双方商讨赔偿金额过程中，今麦郎于今年5月向公安机关报案。5月29日，河北省邢台市隆尧县公安局以“李海峰涉嫌敲诈勒索”立案侦查，随后李海峰被河北警方列入网上追逃犯罪嫌疑人名录。2016年1月，河北隆尧县法院一审以敲诈勒索罪(未遂)判处其有期徒刑8年6个月，并处罚金2万元。

依法求偿权的行使主体：因购买、使用商品或者接受服务而受到人身、财产损害的消费者。

(1)商品的购买者；(2)商品使用者；(3)服务的接受者；(4)第三人。

依法求偿权的行使范围：(1)因商品或者服务不合格给消费者造成损害的情况；(2)因销售商品或者提供服务的场地、场所、设备、设施、装饰物、悬挂物、绿化物等给消费者造成损害的情况；(3)因第三人的故意行为给消费者造成损害的。

(六)依法结社权

依法结社权是指消费者享有的依法成立维护自身合法权益的社会组织的权利。宪法规定公民享有依法结社的政治权利，消费者的结社权正是这一公民权利在消费者问题上的具体体现。

依法结社权的行使：

(1)依法成立社会组织：成立社会组织应当依法向国家有关主管部门办理登记手续。我国已经成立了中国消费者协会和地方各级消费者协会。

(2)依法参加社会组织活动

(七) 接受教育权

接受教育权是指消费者享有的获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利，又称获得消费教育权。它是从消费者知情权发展出来的一种权利，是知情权的升华，是对消费者的进一步保护。如 2019 年 1 月美联储发布一款名为“货币冒险”的移动 APP，并公布相关配套指引，纳入小学课堂。

接受教育权的基本内容：

(1)获取消费知识权；(2)获取消费者权益保护知识权。

(八)获得尊重权

获得尊重权，又称维护尊严权，是指消费者在购买、使用商品和接受服务时所享有的其人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。

获得尊重权的基本内容：

(1)人格尊严受尊重权。即人身权，包括人格权、身体权、人身自由权受到保护。

(2)民族风俗习惯受尊重权。

侵犯消费者获得尊重权行为的认定：

(1)行为客观上表现为经营者以侮辱和诽谤等方式损害消费者的尊严；

(2)经营者主观上存在过失，不以故意为条件；

(3)结果造成消费者尊严受到损害，不以消费者的社会评价实际降低作为认定标准。

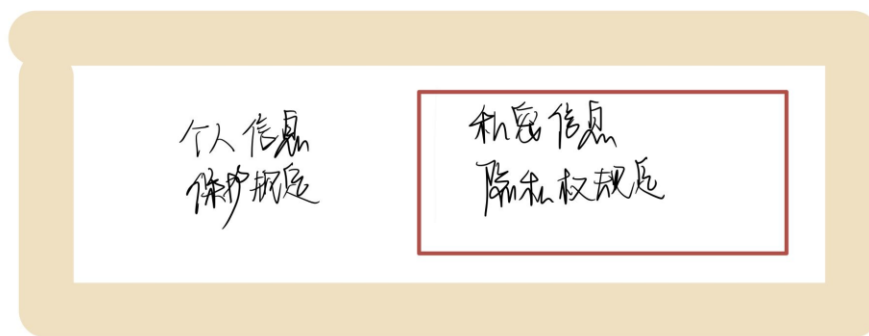
案例：

2020年4月25日，在湖南省常德市亲和力国际旅行社有限公司对外发布的旅游产品宣传中，该公司声称“对记者、导游、孕妇等群体恕不接待，并对年龄在24-69岁以外和不进店购物的消费者加收200元/人团费”。28日下午，常德市消费者委员会组织常德市工商局消保科、法制科、经检支队相关负责人以及湖南劲鸣律师事务所消费维权律师对其进行约谈。约谈过程中，公司负责人承诺：一是立即下架该旅游产品进行整改，删除相关宣传文稿，并向社会公开道歉；二是严肃处理相关责任人，加强内部管理，提高服务水平；三是加强与旅游监督管理部门以及消费者组织的密切联系，不断改进服务质量和管理水平。

(九)个人信息受保护权

1.个人信息的内涵

个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。人脸信息属于“生物识别信息”。



个人信息的特征：

- (1)个人性。个人信息的主体是自然人；(2)可识别性。个人信息可确定一个人的身份；
- (3)价值性。个人信息是具有价值的资源；(4)可控制性。决定是否让他人收集、使用个人信息的权利和能力。

2.个人信息与个人隐私

隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。

- (1)内涵不同：个人信息包括隐私信息(秘密信息)和非隐私信息，并且隐私具有主观色彩。

例如，有些人视身高为隐私，有些人不视为隐私。

- (2)目的不同：保护个人信息兼顾消费者维护个人信息权益和有效利用信息资源双重目的；

保护个人隐私多着眼于保护权利人的的人格权益，限制他人的搜集与利用。

- (3)救济不同：个人信息权是一种积极主动的请求权；个人隐私权是消极被动的权利。

案例：

郑某与其配偶在某公司开设的照相馆拍摄了一组亲密照。订立合同时，郑某并未同意拍摄作品可由照相馆作商业宣传使用。2019年11月1日，某公司在其经营所用的两个微信的朋友圈，使用郑某与其配偶的亲密照宣传业务。郑某认为某公司侵害其肖像权、隐私权，向人民法院起诉要求某公司赔礼道歉、赔偿损失72000元。

解析：法院认为，某公司未经郑某同意，在其经营所用微信的朋友圈使用郑某肖像用于商业宣传，构成利

用网络侵害郑某的肖像权。案涉照片属于郑某及其配偶的亲密照，某公司亦侵害郑某的隐私权。结合郑某的合理维权开支、某公司主观过错程度等情况，法院判令某公司向郑某赔礼道歉、赔偿损失 15000 元。

解析：法院认为，某公司未经郑某同意，在其经营所用微信的朋友圈使用郑某肖像用于商业宣传，构成利用网络侵害郑某的肖像权。案涉照片属于郑某及其配偶的亲密照，某公司亦侵害郑某的隐私权。结合郑某的合理维权开支、某公司主观过错程度等情况，法院判令某公司向郑某赔礼道歉、赔偿损失 15000 元。

3、个人信息与商业秘密

(1)权利主体不同：个人信息的权利主体是自然人；商业秘密的权利主体一般是企业。

(2)内容不同：个人信息权主要是人格权；商业秘密主要是财产权。

(3)转让方式：个人信息原则上不能转让，商业秘密可以通过合同转让。

4.个人信息权受保护权的基本内容

个人信息权，又称个人信息受保护权，是指自然人对其个人信息所享有的支配、控制和排除他人侵害的权利。

(1)信息决定权。又称为信息自决权，即本人可以直接控制与支配其个人信息，并决定其个人信息是否被收集、处理与利用，以及以何种方式、目的、范围收集、处理与利用的权利。

(2)信息保密权。即本人可以请求个人信息处理者保持其个人信息隐秘性的权利。

(3)信息查询权。又称为访问权，即本人可以查询其个人信息及有关处理情况，并要求答复的权利。

(4)信息更正权。即本人可以请求个人信息处理者对不正确、不全面的信息进行更正与补充的权利。

(5)信息封锁权。即在法定或约定事由出现时，本人可请求个人信息处理者以一定方式暂时停止信息处理的权利。

(6)信息可携权。又称为数据可携权、数据迁移权，即本人有权以结构化的、通常使用的、

机器可读的、可互操作的形式接收其提供给数据控制者的个人信息，并有权将之传输给其他控制者。

(7)信息删除权。又称为被遗忘权，即在法定或约定事由出现时，本人可请求个人信息处理者删除其个人信息的权利。被遗忘权是指本人对已经被发布在网络上有关自身不恰当的、过时的、继续保留会导致其社会评价降低的信息，要求信息控制者予以删除的权利。

(8)信息报酬请求权。即本人因其个人信息被商业性利用而可向个人信息处理者请求支付对价的权利。

5.侵犯个人信息权的构成要件

(1)主体是个人和企业。

(2)客体是消费者的个人信息。

(2)主观是故意。审查经营者主观上过错时，考虑的因素经营者主观上是否有泄露消费者个人信息的故意，是否对个人信息尽到了管理、保密职责等。

(3)客观是经营者实施侵权行为，给消费者造成损害，并且侵权行为与损害事实之间具有因果关系。损害是指经营者的行为对消费者的合法权益造成的不利后果，既包括财产损失，还包括精神损害。

(十) 监督批评权 (k)

消费者的监督批评权是指消费者享有的对商品或者服务以及保护消费者权益工作进行监督批评的权利。消费者有权监督批评经营者的各种不良做法，例如在粮食中掺假、销售时作出虚假或欺骗宣传以及提供欺诈性服务等。

监督批评权的基本内容：(1)批评、建议权；(2)控告、检举权；(3)申诉权。

侵犯监督批评权的行为：(1) 阻扰消费者行使监督权；(2) 泄露举报人的相关信息；

(3) 对举报人实施打击报复。

十一 远程交易反悔权

反悔权又称撤回权，是指经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品，消费者在实际履行了合同之后的冷静期内，对完好的商品享有的无需说明理由即可予以退货的合同解除权。（七天无理由）

1.反悔权的性质

反悔权在学说上被称作撤回权或者后悔权、反悔权、经营者接受退货义务。在我国台湾地区被称作消费者之犹豫权，在欧盟其被称作撤销权。在英美法系，类似的相关制度被称为冷静期制度，源于英国 1964 年《租赁买卖法》针对上门推销制定的冷静期条款。美国 1974 年的《消费者信贷保护法》第 125 条规定了消费者无条件解除合同的权力。

《消费者权益保护法》保护了网购消费者的“后悔权”，即用户在收到商品后 7 日内享有无理由退货的权利，但应保证所退货物的完好。同时规定了包括定制商品在内的四种商品，作为例外，不适用后悔权的保障。经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，否则相应内容无效。

2.反悔权的特征

反悔权在性质上是法定的单方解除权。

(1)无因性：无需说明理由；(2)限制性：仅适用于“采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品”的领域(适用范围)(3)免责性：不需要承担违约责任；(4)单方性：反悔权属于形成权，可依消费者单方的意思表示而使法律关系发生、变更或消灭；(5)直接性：消费者可直

接依法撤销合同，无需仲裁裁决或法院裁判。(6)期限性：消费者需要在法定的反悔期限内行使反悔权。

3.反悔权的行使条件

(1)消费者退货的商品应当完好(商品条件)对于“商品应当完好”，有高标准、中等标准和低标准的不同。

- 高标准：商品本身及包装、装潢等全都完好，没有任何开拆、使用的痕迹。
- 中等标准：商品本身完好。由于包装不属于商品本身，尽管商品包装已经被拆封，或者包装不完好，但只要商品本身是完好的，并且附属于商品的标识、标牌等也保持完好，就是商品完好。
- 低标准：商品只要没有特别的改变，即使类似于标牌、标识等附属部分不完好也属于商品完好。同时，消费者应出示消费凭证。

消费者因检查商品的必要对商品进行拆封查验且不影响商品完好，电子商务经营者以商品已拆封为由主张不适用消费者权益保护法第二十五条规定的无理由退货制度的，人民法院不予支持，但法律另有规定的除外。

(《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定(一)》)

(2) 无理由退货权应在合理期间内行使(期间条件)

冷静期，又称反悔期、冷却期，是法律赋予消费者无理由解除合同的除斥期间。如果消费者在该期间反悔，可以无理由退货，商家必须接受消费者的反悔，解除买卖合同。由于反悔权行使的方式是退货，在退回商品到达经营者时发生解除合同的效力。如果商品在退还

给经营者的运送途中意外灭失，经营者没有收到该商品，不发生合同解除的法律后果；如果商品在退还途中毁损，经营者收到的商品是不完好的也不发生解除合同的法律后果。这类损害应由消费者按照标的物意外灭失、毁损的风险负担规则处理。消费者为了避免造成这类损失，退货时应进行保价或者保险。

消费者有权自收到商品之日起七日内退货。其中的“日”应当是指自然日，包括周六、周日和节假日。起始日为收到商品之日。自然日不是工作日的，在计算反悔权冷静期的终止日时，如果终止之日为节假日，则期间延长至该日之次日。如果终止日后仍然为节假日，则应当顺延到节假日之后的第一个工作日。

(3)消费者承担退回商品的运费（运费条件）

①如果消费者因商品种类、品质等不符合合同约定的要求而拒收，这是典型的拒绝受领，是消费者认为经营者合同义务履行不适当，经营者应当继续并适当履行，不存在行使反悔权的问题。

②如果消费者对于商品质量没有异议，坚持无理由拒收，符合反悔权行使要件的，视为消费者行使反悔权，消费者不承担违约责任。

4.反悔权的行使限制

(1)法定的不适用反悔权的商品。下列商品不得行使反悔权：①消费者定作的；2 鲜活易腐的；③在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品；④交付的报纸、期刊。

(2)约定的不适用反悔权的商品。除前款所列商品外，其他根据商品性质并经消费者在购买

时确认不宜退货的商品，不适用无理由退货。该项规定的适用须具备两个要件：①所购商品在性质上应属于不宜退货的商品。例如，贴身内衣、图书、饮料、化妆品等，依照习惯都属于不宜退货的商品。②消费者在购买时已确认所购商品不宜退货。

5.反悔权行使的法律后果

(1)经营者接受消费者退回的商品。只要退回的商品符合法律规定的要求的，经营者必须接受不得予以拒绝。

(2)经营者退回商品价款。经营者应当自收到退回商品之日起七日内返还消费者支付的商品价款。

消费者权利	经营者义务
安全保障权	保障人身和财产安全
知悉真情权	不作虚假或引人误解的宣传★
自主选择权	依法定或约定履行义务
公平交易权	不得从事不公平、不合理交易
依法求偿权	出具相应凭证和单据
依法结社权	
接受教育权	品质担保义务★
获得尊重权	尊重消费者人格尊严
个人信息权	信息提供与个人信息保护
监督批评权	听取意见和接受监督
远程交易反悔权	承担退货、更换或修理等义务★

消费者的救济权利：

1、监督权：消费者享有的对商品或者服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。

2、索赔权：消费者在因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害时，所享有的获得赔偿的权利。

3、结社权：消费者享有的依法成立维护自身合法权益的社会组织的权利。

二、经营者的义务

经营者的义务是与消费者的权利相对应的概念。消费者权利的有效实现依赖于经营者义务的履行。《消费者权益保护法》对经营者的义务作了规定。

(一)依法定或约定履行义务

1.法定义务。经营者为消费者提供商品或者服务应当依照《消费者权益保护法》、《产品质量法》和其他有关法律、法规的规定履行义务。

该项义务包括：(1)经营资格合法；(2)经营内容合法；(3)经营程序合法。

2.约定义务。经营者和消费者有约定的，经营者应当按照约定履行义务，但双方的约定不得违背法律、法规的规定。

注意：

(1)合同约定不得违反法律、法规的规定；

(2)经营者向消费者提供商品或者服务，应当恪守社会公德，诚信经营，保障消费者的合法权益。

(二)听取意见和接受监督的义务

经营者应当听取消费者对其提供的商品或服务的意见，接受消费者的监督。这是与消费者的监督批评权相对应的经营者的义务。法律规定经营者的这一义务，有利于提高和改善消费者的地位。

接受消费者监督义务的基本内容：

(1)主动接受消费者监督。①消费者评价；②消费者回访；③调查问卷；④消费者座谈会。

(2)被动接受消费者监督。①设立复秤台；②设立 12315 投诉台；③设立举报箱。

(三)保障人身和财产安全的义务

保障消费者安全的义务与消费者安全保障权相对应。

(1)消费本身安保义务。经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。

(2)消费附属安保义务。宾馆、商场、餐馆、银行、机场、车站、港口、影剧院等经营场所的经营者，应当对消费者尽到安全保障义务。

(3)缺陷产品召回义务。经营者发现其提供的商品或者服务存在缺陷，有危及人身、财产安全危险的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，采取停止销售、警示、召回、无害化处理、销毁、停止生产或者服务等措施。

1.消费本身安保义务

消费本身安保义务要求：

①经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。

②对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。

分析：本案中争议的焦点在于，对于赠送的洗面奶超市是否应承担质量保证责任及安全保障义务。洗面奶作为化妆品应属于关系消费者生命健康的重要商品，经营者应承担的义务和责任应更重。《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》明

明确规定食品、药品生产者、销售者对提供给消费者的赠品与正品应承担相同的质量保证责任及安全保障义务，同时规定，化妆品、保健品可以参照适用，所以本案中超市赠送的化妆品过期，损害了消费者的合法权益，超市应该承担损害赔偿责任。李佳佳的主张应被支持，超市的抗辩理由不能接受。

2、消费附属安保义务

(1) 基本内容

消费附属安保义务是指从事住宿、餐馆、娱乐等经营活动或其他群众性活动的自然人、法人、其他组织，应尽的合理限度范围内的使他人免受人身及财产损害的义务。包括危险预防的义务、危险消除的义务和救助的义务三项内容。

①危险预防的义务。第一，物的安全保障；第二，人的安全保障；第三，行为方面的安全保障。如经营者自身的经营行为的安全保障、设置必要的警示标志、对外部不安全因素的预防。

②危险消除的义务。经营者应尽最大努力制止第三人的侵害行为。

③救助的义务。经营者应采取一切必要措施对消费者进行救助、防止危害进一步扩大。

最高法院《民事案件案由规定》将违反安全保障义务责任纠纷分为经营场所、公共场所的经营者、管理者责任纠纷和群众性活动组织者责任纠纷两种。

(2) 归责原则

过错责任。《民法典》第一千一百九十八条规定，宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的，

由第三人承担侵权责任；经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿。

3.缺陷产品召回义务

(1)产品召回的概念

产品召回，是指对于流通中存在设计、制造系统性缺陷的产品，在可能导致损害发生的情况下，经营者采取发布公告、通知等措施收回缺陷产品，并免费修理或更换的制度。产品召回制度诞生于美国，广泛适用于运输、公共健康与福利、食品与药品、农业等方面的产品，如玩具、儿童产品等。2009年《侵权责任法》首次以基本法律的形式规定了产品召回制度，《民法典》第1206条再次明确了该制度。我国产品召回制度主要适用于汽车、食品领域。

《民法典》第一千二百零六条规定，产品投入流通后发现存在缺陷的，生产者、销售者应当及时采取停止销售、警示、召回等补救措施；未及时采取补救措施或者补救措施不力造成损害扩大的，对扩大的损害也应当承担侵权责任。依据前款规定采取召回措施的，生产者、销售者应当负担被侵权人因此支出的必要费用。

(2)产品召回的特征

①产品召回的对象是缺陷产品

缺陷产品是指存在危及人身、财产安全不合理危险的产品；产品存在保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准的产品。

②产品召回的原因是产品存在不合理的危险合理危险是指消费者可以发现并予以预防的危

险，如啤酒中含有酒精。不合理危险是指一种潜在的、难以发现、难以预防，极易甚至是必然给消费者的人身或财产造成损害的危险，如刹车失灵。

③产品召回的基础是严格赔偿责任（严格责任就是无过错责任）

免责事由是客观的，而且是法定的。《产品责任法》第 41 条规定，因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产(以下简称他人财产)损害的，生产者应当承担赔偿责任。

④产品召回的最终义务主体特定

承担缺陷产品召回责任的最终义务主体是生产者。召回是以消除缺陷、避免伤害为目的，具体召回活动由生产者组织完成并承担相应费用。

(3)产品召回的类型

召回主要包括主动召回与强制召回两种方式。主动召回，又称自愿召回，指生产者一旦发现其生产的某类产品具有可能导致他人人身和财产损害的缺陷，主动将该类产品召回并进行修理、换货、退货等。被动召回，指在经营者应当召回而没有召回的情况下，由主管机关强制经营者进行的召回。实际上是主管机关采取的一种行政措施。

(四)不作虚假或引人误解宣传的义务《消费者权益保护法》规定经营者对消费者必须提供真实、明确的商品和服务信息的义务，是为了保障消费者的知悉真情权的充分实现。如果经营者作引人误解的虚假宣传，即构成侵犯消费者权益的行为和不正当竞争行为。

这一义务包括：

(1)经营者应当向消费者提供有关商品或服务的真实信息，不得作引人误解的虚假宣传；

(2)经营者对消费者就其提供的商品或者服务质量和使用方法等问题所提出的询问，应当作出真实、明确的答复；

(3)商店提供商品应当明码标价：

(4)经营者应当标明其真实名称和标记：

(5)租赁他人柜台或者场地的经营者，应当标明其真实名称和标记；

(6)强制信息披露义务：采用**网络、电视、电话、邮购**等方式提供商品或者服务的经营者，以及提供证券、保险、银行等金融服务的经营者，应当向消费者提供经营地址、联系方式、商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等信息。

经营者信息披露义务与生产者的产品质量说明义务的关系

(1)义务主体：前者既包括生产者，也包括销售者；后者仅包括生产者。

(2)义务内容：前者披露的信息内容广泛，包括后者。后者的内容是产品本身的说明及可能对消费者人身及财产安全造成损害的警示。

(五)出具相应凭证和单据的义务

经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具发票等购货凭证或者服务单据；消费者索要发票等购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具。

1.购货凭证和单据的价值

(1)购货凭证或者服务单据是消费法律关系是否存在的重要证据； (2) 购货凭证或者服务单据是“三包”的重要凭证； (3) 购货凭证或者服务单据是确定产品责任期限的重要凭证。 (4) 购货凭证或者服务单据是消费者寻找失物的重要凭证。

2.出具凭证和单据义务的基本内容

(1)出具凭证或服务单据是经营者的法定义务,

(2)经营者必须无条件出具购货凭证或服务单据需要注意的是,在没有国家规定,且商业惯例也不要求必须出具的情况下,经营者没有主动向消费者出具购货凭证或服务单据,不应视作对消费者权益的侵害,例如集贸市场上蔬菜、水果等商品的销售,理发、修鞋等服务的提供。

(六) 品质担保义务

品质担保义务来源于传统民法中的物之瑕疵担保义务。在传统民法中,瑕疵担保包括两种,一为权利瑕疵担保,即经营者应向消费者担保标的物不存在权利上的瑕疵,不至因第三人主张权利而使消费者利益受到损害;二为物的瑕疵担保,即经营者担保其出卖物具有通常应具有的或经营者所保证的品质。

经营者品质担保义务分为**默示担保**和**明示担保**。《消费者权益保护法》第23条的规定不仅涉及商品而且还包括服务,与传统民法中物的瑕疵担保义务相比,其在外延上更广。

1、经营者的默示担保义务

默示担保是指经营者应当保证在正常使用商品或者接受服务的情况下,其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限。

正常使用商品或者接受服务是指按照经营者说明或者商品、服务说明书表明的方式、方法、要求等使用商品或者接受服务;在经营者没有说明并且商品、服务没有说明书时,按照普通消费者通常采用的方式、方法等使用商品或接受服务。在 Cushing v. Rodman 案中,原告刚咬了一口早餐面包卷,就被隐藏在面包中的一个小石子崩断了牙齿,从而受到了伤害,他认为出售面包卷的餐馆违背了有益健康的默示保证,因此要求其进行赔偿。

默示担保义务的内容：(1)产品不存在缺陷(不存在危及人身、财产安全的不合理的危险)(2)

产品具备应当具备的使用性能，但是，对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外。

经营者免除责任的条件：(1)消费者在购买商品或者接受服务前已经知道存在瑕疵；(2)存在该瑕疵不违反法律的强制性规定。

2、经营者的明示担保义务

明示担保是指经营者以广告、产品说明、实物样品或者其他方式表明商品或者服务的质量状况的，应当保证其提供的商品或者服务的实际质量与表明的质量状况一致。

《民法典》第 582 条规定，履行不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依据本法第 510 条的规定(当事人就质量没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定)仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

3、特殊商品、服务特定期间内的瑕疵举证责任倒置

经营者提供的机动车、计算机、电视机、电冰箱、空调器、洗衣机等耐用商品或者装饰装修等服务，消费者自接受商品或者服务之日起六个月内发现瑕疵，发生争议的，由经营者承担有关瑕疵的举证责任。

耐用商品是指使用寿命较长，一般可多次使用的消费品。经营者不仅要提供商品出厂合格证明，还要证明商品在物流、仓储、移交等环节完好。

(1) 适用范围：机动车、计算机、电视机、电冰箱、空调器、洗衣机等耐用商品或者装饰装修等服务。

(2) 适用前提：消费者证明其向经营者购买了产品或者服务，且该商品不能正常使用或服务出现瑕疵。(消费者的举证责任)

(3) 适用条件：产品或者服务有瑕疵(目前通行的做法是由质检机构进行商品或者服务质量检验和鉴定)。

(4) 适用期限：自接受商品或者服务之日起六个月内。对于商品的接受应当对应于物权法上的交付，包括现实交付和观念交付两类。**观念交付包括简易交付、占有改定、指示交付和拟制交付。**对于装饰装修类服务的“接受”，指的是消费者与经营者就装饰装修工程竣工验收完毕。

观念交付分为简易交付、占有改定、指示交付和拟制交付。

①简易交付：是指动产早就为受让人占有，出让人与受让人确认动产已交付。例如：甲先借用了乙的手机，而后甲和乙同意变借为买。

②指示交付，是指在动产被第三人合法占有的条件下，出让人与买受人约定，由第三人直接将动产交给买受人。例如：甲将手机出借给丙，而后又将手机卖给乙，甲可指示丙把手手机交给乙。

③占有改定，是指动产交易中双方约定，该动产所有权移转给受让人，但由出让人继续占有该动产。例如：甲出售手机给乙，但仍需使用，故与乙订立借用契约，约定由甲继续使用手机。

④拟制交付，是指以交付某项动产的物权凭证代替交付动产本身，如仓单、提单的交付。

（七）承担退货、更换或修理等义务

（“三包”义务、再履行义务）经营者提供的商品或者服务不符合质量要求的，消费者可以依照国家规定、当事人约定退货，或者要求经营者履行更换、修理等义务。没有国家规定和当事人约定的，消费者可以自收到商品之日起七日内退货；七日后符合法定解除合同条件的，消费者可以及时退货，不符合法定解除合同条件的，可以要求经营者履行更换、修理等义务。依照前款规定进行退货、更换、修理的，经营者应当承担运输等必要费用。

（八）不得从事不公平、不合理交易的义务

经营者在经营活动中使用格式条款的，应当以显著方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容，并按照消费者的要求予以说明。

经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。格式条款、通知、声明、店堂告示等含有对消费者不公平、不合理规定的，其内容无效。

1、保障性义务

使用格式条款的经营者承担提请注意和说明的义务

（1）经营者在经营活动中使用格式条款的，应当以显著方式提请消费者注意的义务

①提示说明义务的范围（10项）：商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任；

②提示说明义务的方式：显著方式

(2)经营者应当按照消费者的要求予以说明。

2、禁止性义务

(1)不得作出对消费者不公平、不合理的规定；

(2)不得进行强制交易。

消费者权益保护法针对现实中消费领域的复杂情况，作出两点创新：一是扩张了利用预先拟定的条款损害消费者权益的情形，即经营者向消费者发布的通知、声明、店堂告示如果也含有前述内容的，同样无效；二是新消费者权益保护法禁止如网络交易中经营者利用技术手段要求消费者必须同意所列格式条款否则无法交易的行为。例如，某些智能手机内置消费者无法删除的恶意软件

（九）尊重消费者人格尊严的义务

消费者的人身自由、人格尊严不受侵犯。经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。规定经营者的这项义务是为了维护消费者的尊严权。

1、不得对消费者进行侮辱、诽谤

侮辱是指以言语、动作、表情等损害消费者的人格或者名誉，使其蒙受耻辱。诽谤是指以故意捏造事实或者夸大事实真相等方式污蔑消费者、中伤消费者，损害消费者的名誉。

2、不得搜查消费者的身体及其携带的物品

搜查是指侦查人员依法对于犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者罪证的人的身体、物品、住处和其他有关地方进行搜寻、检查的一种侦查方式。对公民的人身、财产实施检查或者搜查，只能由被法律赋予这种权力的执法机关依照严格的法律依据和程序来执行，其他任何

单位和个人均无权进行。

3、不得侵犯消费者的人身自由

消费者的人身自由，是消费者依法享有的人身行动完全受自己自由支配，不受任何非法的强制性限制或剥夺。

（十）信息提供与个人信息保护的义务

经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。经营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时，应立即采取补救措施。经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。

1、应当遵循合法、正当、必要的原则

合法包括主体合法、程序合法和信息内容合法。主体合法是指只有主体资格合格的经营者才能够收集、使用消费者个人信息。程序合法是指收集、使用消费者个人信息必须征得消费者个人的明示同意，不得强迫或以不正当手段获取消费者的个人信息。信息内容合法是指消费者个人信息必须是法律未禁止征集的信息。

正当是指经营或工作的客观。如经营者利用收集来的用户的地理位置信息对需要用户进行价格歧视，则属于不当使用。

必要是指如果不收集、使用消费者的这些个人信息将影响甚至无法开展正常的经营活动或

基本工作。这是对经营者收集个人信息范围作出的限定和界定。

2、应当公开其收集、使用规则

经营者收集、使用个人信息，必须事先明示其收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。收集是收拢和聚合个人在电子信息系统载体上已经留下的个人信息(数据)。

(1)目的：收集、使用消费者个人信息所想要达到的结果。

(2)方式：收集、使用消费者个人信息所采用的方法和形式。

(3)范围：收集、使用消费者个人信息的一定界限。

3、不得泄露、出售或者非法向他人提供

(1)经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。

(2)经营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。

(3)在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时，应立即采取补救措施。

4、不得主动向消费者发送商业性信息

即经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。商业性信息也称为垃圾信息或垃圾短信，下列商业信息应当坚决禁止发布：(1)具有违法犯罪信息内容的短信；(2)未经接受者同意发布的具有广告性质的信息；(3)以具有骚扰、报复等性质的信息。

三、国家的义务

1、保护消费者权益是国家的职责

2、《消费者权益保护法》所规定的国家义务

立法方面的保护义务；在行政管理方面的保护义务；惩治违法犯罪行为方面的保护义务

四、社会的义务

保护消费者权益，不仅是国家的责任，也是全社会的共同职责。

大众传播媒介应当做好维护消费者合法权益的宣传，对损害消费者合法权益的行为进行舆论监督。

消费者组织应担负起履行消费者权益维护及宣传教育的职责。

根据《消费者权益保护法》的有关规定，消费者协会履行下列职能：（1）向消费者提供消费信息和咨询服务；（2）参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查；（3）就有关消费者合法权益问题，向有关行政部门反映、查询，提出建议；（4）受理消费者投诉，并对投诉事项进行调查、调解；（5）对商品和服务的质量问题提请鉴定部门鉴定；（6）支持受损害的消费者起诉；（7）通过大众传播媒介对损害消费者合法权益的行为予以揭露批评；（8）参与制定有关消费者权益的法律、法规、规章和强制性标准等。

第三节消费者权益保护体系

消费者权益争议（消费争议/消费纠纷）是指消费者与经营者在购买、使用商品或接受服务过程中发生的权益争议。

小额性、多样性、复杂性、群体性

一、消费者权益争议的解决

(一)争议的解决途径

《消费者权益保护法》第 39 条规定了解决争议的五种途径：

(1)与经营者协商和解；(2)请求消费者协会或者依法成立的其他调解组织调解；(3)向有关行政部门投诉；(4)向仲裁机构申请仲裁；(5)向人民法院起诉。

(二)确定损害赔偿主体责任的原则

1、由生产者、销售者、服务者、柜台的出租者、网络交易平台承担

(1)生产者（生产者和销售者的连带责任）

①商品或者服务存在缺陷的；②在商品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格商品冒充合格商品的；③生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；④伪造商品的产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址，篡改生产日期，伪造或者冒用认证标志等质量标志的。

因产品存在缺陷造成他人损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。（《民法典》第 1203 条）

不真正连带责任是指各债务人基于不同的发生原因而对于同一债权人负有以同一给付为标的的数个债务，因一个债务人的履行而使全体债务均归于消灭，此时数个债务人之间所负的责任即为不真正连带责任。如甲将其 A 车出租并交付乙，嗣后该车为丙所偷，租期届满乙不能归还 A 车属于违约，丙偷盗车辆构成侵权，乙、丙返还 A 车的责任同一竞合，而其责任发生原因则分别为违约与侵权。

(2) 销售者（销售者的先行赔付义务）

销售者应承担民事责任的情形：①商品或者服务存在缺陷的；②不具备商品应当具备的使用性能而出售时未作说明的；③不符合在商品或者其包装上注明采用的商品标准的；④不符合商品说明、实物样品等方式表明的质量状况的；⑤销售的商品数量不足的；⑥服务的内容和费用违反约定的；⑦对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的；⑧法律、法规规定的其他损害消费者权益的情形。（《消费者权益保护法》第 48 条）

(3) 服务者

①消费者在接受服务时，其合法权益受到损害的；

②服务的内容和费用违反约定的。

(4) 展销会的举办者、柜台的出租者展销会结束或者柜台租赁期满后，合法权益受到损害的消费者可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。

(5) 网络交易平台

网络交易平台，是指专门为网络消费提供相关交易服务的电子商务平台，包括网络直播营销平台经营者、网络餐饮服务平台经营者等。可以分为两类：一是自营型，即平台提供者就是与消费者发生交易关系的经营者；二是第三方经营型，即平台提供者自身并不参与交易，只是提供技术服务以保证网上交易的顺利进行。

下列情形中，网络交易平台应当承担民事责任：①不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式；②应当履行作出更有利于消费者的承诺；③明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益，未采取必要措施。

《美国千禧年数字版权法》确立了“避风港”与“红旗”规则

“避风港”规则：又称通知—删除规则，是指如果网络服务提供者在接到权利人的有效通

知后，及时采取删除信息、中断链接甚至终止网络用户账号等必要措施，防止了损失的扩大，那么就不需要承担法律责任。(平台有限责任)

“红旗”规则：如果侵权事实像鲜艳的红旗一样明显，即使没有接到权利人的有效通知，网络服务提供者也应主动采取必要措施制止侵权行为，否则应当承担相应的法律责任。换句话说，只有当网络服务提供者明知或者不应知晓自己传播的信息属于侵权信息或者链接的作品、表演、录音录像制品是侵权作品时，才能适用避风港原则免于处罚。(“红旗”规则是对“避风港”规则的合理限制)

《民法典》第 1195 条、第 1197 条规定，网络用户利用网络服务实施侵权行为的，权利人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后，应当及时将该通知转送相关网络用户，并根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。(帮助侵权)

网络服务提供者：

互联网基础服务提供商(ISP)；互联网内容提供商 (ICP) ； 互联网应用服务提供商 (ASP) ； 互联网数据中心提供商(IDC)

(6)平台内经营者

注册网络经营账号开设网络店铺的平台内经营者，通过协议等方式将网络账号及店铺转让给其他经营者，但未依法进行相关经营主体信息变更公示，实际经营者的经营活动给消费者造成损害，消费者主张注册经营者、实际经营者承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

2、由变更后的企业承担

消费者在购买、使用商品或者接受服务时，其合法权益受到损害，因原企业分立、合并的，可以向变更后承受其权利义务的企业要求赔偿。

3、由营业执照的使用人或持有人承担

使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务，损害消费者合法权益的，消费者可以向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿。

4、由从事虚假广告行为的经营者和广告的经营者承担

消费者因经营者利用虚假广告或者其他虚假宣传方式提供商品或者服务，其合法权益受到损害的，可以向经营者要求赔偿。广告经营者、发布者发布虚假广告的，消费者可以请求行政主管部门予以惩处。广告经营者、发布者不能提供经营者的真实名称、地址和有效联系方式的，应当承担赔偿责任。广告经营者、发布者设计、制作、发布关系消费者生命健康商品或者服务的虚假广告，造成消费者损害的，应当与提供该商品或者服务的经营者承担连带责任。

5、社会团体、社会中介机构承担

社会团体或者其他组织、个人在关系消费者生命健康商品或者服务的虚假广告或者其他虚假宣传中向消费者推荐商品或者服务，造成消费者损害的，应当与提供该商品或者服务的经营者承担连带责任。

二、惩罚性赔偿责任

（一）惩罚性赔偿责任的含义

惩罚性赔偿是指当被告以恶意、故意、欺诈或放任的方式实施加害行为，致使原告受损时，法院判决被告赔偿原告数倍于实际损害的损害赔偿。惩罚性赔偿由赔偿和惩罚两部分组成，

其功能不仅在于弥补受害人的损失，还在于惩罚和遏制不法行为，同时还有激励受害人与不法行为作斗争的功能。在美国，19 世纪以前的惩罚性赔偿基本上是对精神损害的赔偿，如诽谤、诱奸、恶意攻击、诬告、非法拘禁等使受害人遭受名誉损失及精神痛苦的案件。19 世纪以后，主要转向制裁和遏制极其恶意的不法行为。20 世纪以来，逐渐被用于产品责任。

产生依据：由法律法规规定，或者由法官和陪审团决定

主观构成：要求加害人主观上存在故意或重大过失

惩罚性赔偿与补偿性赔偿的区别：

- (1)目的功能不同。前者是惩罚、遏制和预防；后者是弥补受害人的损失。
- (2)产生依据不同。前者由法律法规规定，或者由法官和陪审团决定；后者允许当事人约定。
- (3)主观构成不同。前者要求加害人主观上存在故意或重大过失；后者没有这种要求。
- (4)赔偿数额不同。前者远高于实际损失；后者以实际损失为限。

(二) 产品欺诈和服务欺诈的违约惩罚性赔偿

我国惩罚性赔偿立法主要表现在《消费者权益保护法》第 55 条、《食品安全法》第 148 条和《民法典》第 1207 条。《消费者权益保护法》确定了两种惩罚性赔偿责任：违约惩罚性赔偿和侵权惩罚性赔偿。

违约惩罚性赔偿：经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。(退一赔三)。

违约惩罚性赔偿的构成要件

(1)经营者客观上实施了欺诈行为

欺诈行为在法律上分为积极欺诈与消极欺诈两种情形。积极欺诈是指欺诈者以积极的言辞，提供虚假情况。消极欺诈是指行为人具有告知的义务，但其故意不告知或者隐瞒。

(2)消费者遭受损失

(3)经营者的欺诈行为与消费者遭受的损失之间存在因果关系，对方因欺诈而作出错误意思表示

(4)经营者主观上是故意的

经营者明知提供的商品或服务在数量、质量、价格、品牌、功效等方面存在虚假情况仍向消费者作出不实陈述的主观心理状态。

(三) 恶意致人死亡或者健康严重损害的侵权惩罚性赔偿

侵权惩罚性赔偿：经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。

《民法典》也规定，明知产品存在缺陷仍然生产、销售，或者没有采取有效补救措施，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

(1)实际损害的计算

造成人身损害的，赔偿人身损害造成的损失和精神损害赔偿数额；只造成精神损害的，承担精神损害赔偿责任。

经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当赔偿医疗费、护

理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

经营者有侮辱诽谤、搜查身体、侵犯人身自由等侵害消费者或者其他受害人人身权益的行为，造成严重精神损害的，受害人可以要求精神损害赔偿。

(2)适用侵权惩罚性赔偿责任的要件

第一，商品或者服务有缺陷。产品缺陷不仅指其在经济意义上、在生产过程中即已形成和存在的事实上的不合理危险，而且也包括在法律上因违反有关保障产品质量标准的产品，以及因违反有关法律、法规和质量标准所确定的告知义务，因而使本属合理的危险转化为危险的产品。

第二，受害人遭受损害。缺陷造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害。

第三，缺陷与受害人损害之间具有因果关系。

第四，经营者主观上具有故意。经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供。

(3)侵权惩罚性赔偿数额的确定

实际损失的“二倍以下”

第一，计算基准：人身损害赔偿数额+精神损害赔偿数额。

第二，比例原则：实际损失的“二倍以下”

第三，考量因素：①经营者的故意程度；②受害人的受害程度。即受害人或其近亲属所受伤害、所受痛苦或者精神损害程度；③实际赔偿数额；④经营者的财产状况；⑤经营者的非法所得。

(四)食品安全惩罚性赔偿

生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要

求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元的，为一千元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。（《食品安全法》第148条第2款）

食品经营者具有下列情形之一，消费者主张构成食品安全法第一百四十八条规定的“明知”的，人民法院应予支持：（1）已过食品标明的保质期但仍然销售的；（2）未能提供所售食品的合法进货来源的；（3）以明显不合理的低价进货且无合理原因的；（4）未依法履行进货查验义务的；（5）虚假标注、更改食品生产日期、批号的；（6）转移、隐匿、非法销毁食品进销货记录或者故意提供虚假信息的；（7）其他能够认定为明知的情形。（《最高人民法院关于审理食品安全民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》）

对生产者实施的是无过错责任原则，被侵权的消费者无需证明生产者具有主观过错；对销售者实施的是过错责任原则，消费者要证明销售者存在主观过错。食品的生产者与销售者应当对于食品符合质量标准承担举证责任。

认定食品是否合格，应以国家标准为依据；没有国家标准的，应当以地方标准为依据；没有国家标准、地方标准的，应当以企业标准为依据。食品的生产者采用的标准高于国家标准、地方标准的，应当以企业标准为依据。没有前述标准的，应当以食品安全法的相关规定为依据。

第十六章 产品质量法

第一节 产品质量法概述

一、产品

(一)产品的界定

产品可从自然属性和法律属性两方面界定。就自然属性而言，产品指自然物之外的人类劳

动产生的一切物质资料，它是人类生存和发展的物质条件，用于满足人类的生产和生活需要。就法律属性而言，产品是指经过加工、制作，用于销售的物品。

我国《产品质量法》仅适用于处于生产和销售环节上的产品，运输、仓储过程中发生的产品质量问题，由受害人依照《民法典》的规定向运输人或保管人请求赔偿。

搜寻产品：消费者通过搜寻、比较同类产品就能买到符合其质量要求的产品。如服装、蔬菜等。

经验产品：消费者使用后才能了解其质量水平的产品。如家电产品、药品、照像机等。

对产品质量的信息不对称主要发生在经验产品上，国家通过对广告、名牌产品和产品“三包”等售后服务的管制，弥补这种市场失灵。

(二) 产品的范围

《产品质量法》对“产品”界定为经过加工、制作、用于销售的物品。

第一，必须是经过加工、制作的物品。“加工、制作”是改变原材料、毛坯或半成品形状、性质或表面形态，使之达到规定要求的工作。既包括机械化、工业化生产，也包括手工的操作。

(1)天然物品(如原矿、原煤、石油、天然气、狩猎产品、采集产品等)和初级农产品，不属于“产品”范围。

(2)服务产品等非物质产品并非加工、制作出来，应排除在“产品”之外。

《农产品质量安全法》第二条规定，本法所称农产品，指来源于农业的初级产品，即在农业活动中获得的植物、动物、微生物及其产品。根据该法第五十四条规定，农产品致害责

任适用无过错责任原则。

初级农产品的具体范围，应包括一切未经加工或只经初级加工的动植物产品，包括畜牧业、种植业、渔猎业在内，而其他各种动植物产品制品(如面包、饼干、火腿肠等)由于满足《产品质量法》的“加工、制作”要件，应纳入调整对象范围。

第二，必须是用于销售的物品。也就是通常所说的商品，是用以交易的加工物或制作物。

如果生产者出于自己消费、进行科学实验等其他目的而特制某些物品，不属于产品。其实，产品被投入市场进入消费领域，既可以通过销售方式，也可以通过租赁、借用等方式。在商业促销的免费赠予中，买方通常先购买卖方商品，付出对价后才能享有取得赠品的权利；买方即使是完全免费获得赠予，也是基于经营者的产品销售目的。因此，经营者应对免费样品或为其他促销目的而赠送的产品中的缺陷承担责任，即使最终使缺陷产品到达原告手中的交易并非商业销售。

1、不动产不作为“产品”对待

建设工程不适用《产品质量法》的规定；但是，建设工程使用的建筑材料、建筑构配件和设备，属于经过加工、制作、用于销售物品的，适用《产品质量法》规定。可见，这里的产品限于动产。因建设工程等不动产具有缺陷致人损害的案件，主要分为两类：一是建设工程发生倒塌造成他人损害的情形；二是建设工程的建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害的情形。《民法典》对这两种情形已经作出了规定。如果是建设工程使用的建筑材料、建筑构配件和设备，例如砖石、电线、水泥等具有缺陷导致建筑物损失的，仍然应该适用产品责任。

《民法典》第 1252 条 建筑物、构筑物或者其他设施倒塌、塌陷造成他人损害的，由建设单位与施工单位承担连带责任，但是建设单位与施工单位能够证明不存在质量缺陷的除外。建设单位、施工单位赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。因所有人、管理人、使用人或者第三人的原因，建筑物、构筑物或者其他设施倒塌、塌陷造成他人损害的，由所有人、管理人、使用人或者第三人承担侵权责任。（无过错责任原则）

第 1253 条 建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。所有人、管理人或者使用人赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。（过错推定原则）

2、服务、信息等不是“产品”

产品是具有生产或生活方面使用价值的物质载体，单纯的服务、信息，因为不具有物质载体，难以被称为物品。从比较法角度看，大多数国家和地区均对因服务缺陷引起的损害赔偿采用过错责任原则。

作品、商标、专利和商业秘密等无形财产受知识产权法保护，并受《民法典》一般条款的保护，适用过错责任原则。依据信息咨询协议为他人提供的智力成果，如调查报告、咨询意见等，即使承载于一定的物质载体，仍被认为是构成提供智力服务而非供应智力产品。

出版物，是指用传统印刷手段或其他非印刷手段生产制造的记录人类知识、传递信息的载体，是精神创作与物质生产的统一体，例如图书、绘画、雕刻、录音带、录像带等。出版物通常不具有危险性，实践中如果由于出版物自身的品质具有瑕疵而给消费者带来损失，属于合同责任而非侵权责任的范畴。美国法院对涉及地图和航海图中的错误信息施加了无过错责任。法官认为，航空地图属于有体物产品而不是信息产品。根据《侵权重述法》，针对无形财产，例如错误信息，包括地图和航海图中的错误信息，受害人可以依据过失或

某种形式的错误陈述，向出版商寻求补偿。

3、部分电、天然气等能源是“产品”

以电为例，只有高压电，即1千伏(KV)及其以上电压等级的电才是“产品”。造成用电人损失的，首先是违约责任；如果造成用电人人身或者其他财产损害的，成立侵权责任。违约责任实行无过错责任，侵权责任实行无过错责任。供电人的免责事由有：不可抗力；受害人以触电方式自杀、自伤；受害人盗窃电能，盗窃、破坏电力设施或者因其他犯罪行为而引起触电事故；受害人在电力设施保护区从事法律、行政法规所禁止的行为。低于1千伏(KV)及其以上电压等级的电为非高压电，不属于高度危险作业，供电人仅负过错责任。

《民法典》第1240条规定，从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的，经营者应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻经营者的责任。

4、军工产品、核设施、核产品适用特别法规定

军工产品质量监督管理办法，由国务院、中央军事委员会另行制定。因核设施、核产品造成损害的赔偿责任，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

二、产品质量

(一)产品质量的概念

产品质量，指产品性能在正常使用条件下，满足人们合理需要所必须具备的各种物质、技术、心理和社会特性的总和。

(二)产品质量的特性

- ①实用性，指产品具有消费者预期的物理、感官、时间等方面的功能和性能。
- ③经济性，指消费者正常使用产品时可以获得经济价值和受益。
- ④安全性，产品在适用过程中不存在危及人身、财产安全的危险。
- ⑤可靠性，产品在正常使用条件下和规定时间内完成预定功能、实现预定目的。
- ⑥可维修性，产品发生故障后能被迅速修好并恢复功能。

三、产品质量法

(一)产品质量法的概念

产品质量法是调整产品质量关系的法律规范的总称。按其本质来说，产品质量法属于侵权法的范畴。侵权法的原则是“不能给任何人造成损害”。

产品质量关系，包括两个方面：

- (1)产品质量监管关系：国家产品质量监督管理部门在实施产品质量法的过程中与生产者、销售者之间发生的管理与被管理关系。
- (2)产品质量责任关系：产品的生产者、销售者和产品的用户、消费者之间因产品缺陷产生的损害赔偿关系。

(二)我国《产品质量法》的发展我国于 1993 年出台了《产品质量法》，2002 年、2009 年对该法作了修订。

《产品质量法》是我国产品质量领域的基本法律。

产品质量法在内容上分为五类：

- (1)产品质量基本法；(2)产品质量标准法；(3)产品质量监督法；(4)产品质量检验法；(5)产品责任法。

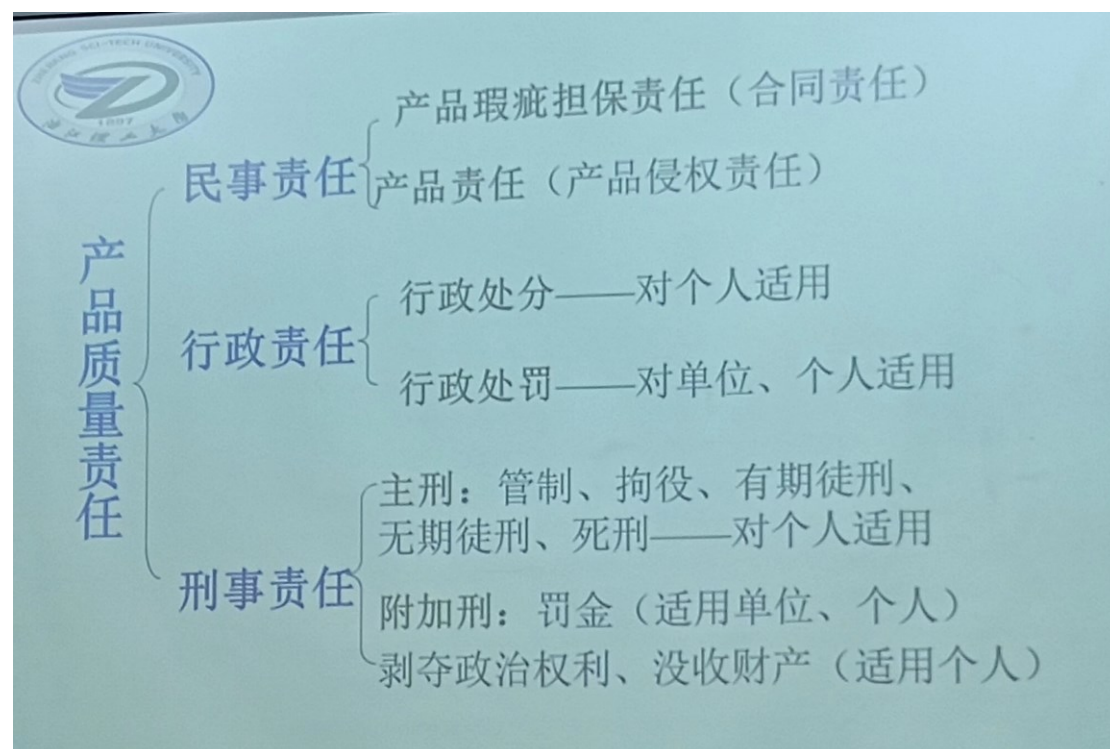
第二节 产品质量责任制度

一、产品质量责任

(一) 产品质量责任的概念

产品质量责任，是指生产者、销售者以及其他对产品质量负有义务者违反产品质量法规定的义务应受到的法律制裁，包括产品质量的民事制裁、行政制裁和刑事制裁。

产品责任包括产品的生产者、销售者因生产、销售有缺陷产品致他人人身伤害、财产损失所应承担的民事赔偿责任。产品责任是 19 世纪中期英、美两国通过判例形成并在日后为各国所普遍实行的一种民事责任制度。



(二) 产品质量责任的特征

1. 强制性。产品质量责任是法律强制生产者、销售者对其违法行为承担的法律后果，除法律规定明确外，其责任不得被免除、减轻，也不能以事先约定加以限制或排除。
2. 补偿性。产品质量责任要求生产者、销售者对其违法行为给他人造成的损害予以赔偿，对受害人是一种补偿。它具有积极防御功能，贯穿于产品的设计、销售、使用等环节的全

过程责任。

3.制裁性。产品质量责任既包括产品质量违约和侵权责任，又包括产品质量的行政和刑事责任。并且，经营者承担民事责任后，并不免除其应当承担的行政责任和刑事责任。

二、生产者、销售者的产品质量

民事责任

生产者、销售者的民事责任可分为产品瑕疵担保责任和产品缺陷损害赔偿责任。

(一)产品瑕疵担保责任

1.概念

产品瑕疵担保责任是指因生产或销售的产品存在瑕疵，即产品质量不符合法律规定或当事人约定的质量标准，生产者或销售者承担的责任。瑕疵包括狭义的瑕疵和广义的瑕疵。狭义瑕疵是指《产品质量法》中定义的“瑕疵”，即产品质量不符合法律规定或当事人约定的质量标准。在欧盟，瑕疵被定义为：缺乏大众以合理方式可以期待的安全。广义的瑕疵还包括缺陷。

2.承担责任的主体（最终责任人）

销售者先行赔付。

售出的产品不符合要求的，销售者应当负责修理、更换、退货；给购买产品的消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失。销售者依照前款规定负责修理、更换、退货、赔偿损失后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者(以下简称供货者)的责任的，销售者有权向生产者、供货者追偿。

(二)产品缺陷损害赔偿责任

产品缺陷损害赔偿责任，又称产品责任，是指因缺陷产品侵害了他人的人身、财产权，依法应承担的民事赔偿责任。

1、产品责任的归责原则

我国《产品质量法》对产品责任采用了“以无过错责任原则为主，以过错责任为辅”的立法形式。该法第 41 条规定生产者承担无过错责任。作为无过错责任原则的例外，该法第 42 条规定了销售者的过错责任。

2、产品责任的构成要件

(1)产品存在缺陷(违法性)

产品责任核心是产品缺陷。所谓产品缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。

衡量标准有两项：其一，基本标准，指是否存在危及人身、财产安全的危险性；其二，具体标准，是否符合产品的国家标准或行业标准。

如果产品不符合国家标准、行业标准，可以直接追究产品责任；如果产品符合国家标准、行业标准，但仍存在不合理危险，生产者仍应承担产品责任。

产品缺陷一般表现为四种：

①设计缺陷。即产品因设计不当产生的不合理危险，是整个产品系列的设计具有缺陷。

②制造缺陷。即产品因工艺操作失误或质量管理不善产生的不合理危险，是个别产品存在缺陷。

③警示缺陷。又称说明缺陷，即产品因缺少必要的说明和警示而对使用者构成的不合理危险。

④跟踪观察缺陷。即产品在推向市场时的科学技术不能发现该产品是否存在缺陷的，生产者应当负有跟踪观察义务。生产者如果发现缺陷应及时召回产品，应当发现而没有发现，或者已经发现没有及时召回的，则构成跟踪观察缺陷。(提供商品后的注意义务)

产品缺陷和产品瑕疵的区别

- ①概念不同：产品缺陷是指产品存在危及人身与财产安全的不合理危险；产品瑕疵是指不符合法律规定或当事人约定的质量标准；
- ②性质不同：产品缺陷责任是一种特殊侵权责任；产品瑕疵责任是一种合同责任；
- ③法律要求不同：缺陷产品属于禁止流通产品；瑕疵产品可在消费者知悉的前提下由消费者自行决定是否接受；
- ④承担方式不同：产品缺陷责任以损害赔偿为主要责任承担方式；产品瑕疵责任主要是“三包”责任加损害赔偿。

(2)有损害事实存在

即产品存在人身伤害、财产损害的事实。下列两种情形，不构成产品责任：

- ①产品虽然有缺陷，但并未造成现实的损害结果；
- ②缺陷产品发生了损害结果，但造成的损害仅仅是缺陷产品本身，并未造成人身、缺陷产品以外的其他产品的损害。

(3)产品缺陷与损害事实之间存在因果关系

损害事实是由产品缺陷造成的，生产者、销售者才承担赔偿责任。《民法典》规定了销售者一般侵权抗辩事由包括被侵权人本身存在过错、受害人故意、损害由第三人造成、不可抗力、正当防卫、紧急避险等六类。

产品责任的免责事由：①未将产品投入流通的；②产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不

存在的；③将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的(发展风险)；④受害人故意造成的。

3、生产者的产品责任

《产品质量法》第 41 条规定：“因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产(以下简称他人财产)损害的，生产者应当承担赔偿责任。”

产品的缺陷由生产者造成的，生产者承担无过错责任，销售者赔偿受害人后可以向生产者追偿；产品的缺陷由销售者造成的，销售者承担过错责任，生产者先行赔付之后，向销售者追偿时必须证明销售者存在过错。

4、销售者的产品责任

根据《产品质量法》第 42 条，销售者对受害人承担过错责任，以主观存在故意或过失为承担责任的前提条件。

销售者应对受害人承担责任的情形：（1）由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成他人人身、财产损害；（2）销售者不能指明缺陷产品的生产者，也不能指明缺陷产品的供货者。

产品投入流通后发现存在缺陷的，生产者、销售者应当及时采取停止销售、警示、召回等补救措施；未及时采取补救措施或者补救措施不力造成损害扩大的，对扩大的损害也应当承担侵权责任。依据前款规定采取召回措施的，生产者、销售者应当负担被侵权人因此支出的必要费用。（《民法典》第 1206 条）

5.诉讼时效与争议解决途径

因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为 2 年，自当事人知道或应当知道其权益受到侵害时起算。因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权自造成损害的缺陷产品交付最初消费者满 10 年丧失，但尚未超过明示安全使用期的除外。

《民法典》第 188 条规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是，自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护，有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。

解决产品质量民事纠纷的途径主要有四种：协商、调解、仲裁与诉讼。