

论我国反不正当竞争法之修订： 包容、增减与细化*

中国人民大学副教授 孟雁北

摘要:我国《反不正当竞争法》修订的理论探讨具有重要的立法价值和实践意义。在我国《反不正当竞争法》修订中,建议通过立法目的条款、基本原则条款以及“经营者”、“不正当竞争”概念条款的修订以实现《反不正当竞争法》的开放性和包容性,使其能够对所有的市场竞争行为进行正当和不正当的法律判断。建议通过增加关于“其他不正当竞争行为”的一般或弹性条款,删除或修改相应的不正当竞争行为条款,增加新的不正当竞争行为条款来实现《反不正当竞争法》对不正当竞争行为类型列举的准确性和典型性,并妥善处理《反不正当竞争法》与《反垄断法》的关系。建议修改市场混淆行为、商业贿赂行为、不正当宣传行为、侵犯商业秘密行为、不正当有奖销售行为、商业诋毁行为的条款,以实现我国《反不正当竞争法》禁止的典型不正当竞争行为构成要件的合理化。

关键词:反不正当竞争法 不正当竞争 商业道德

一、问题的提出

随着市场经济中新类型不正当竞争行为的不断涌现,以及《反垄断法》实施后如何协调《反垄断法》与《反不正当竞争法》关系问题的提出,我国相关机构和部门正在加快《反不正当竞争法》的立法修订步伐,^①也因此凸显了《反不正当竞争法》修订的理论探讨的立法价值和实践意义。《反不正当竞争法》修订涉及诸多理论和实践问题,但其中首先需要解决的三个关键问题是:1.如何保证《反不正当竞争法》的开放性和包容性,使其不仅能够对新类型的不正当竞争行为进行有效规制,而且能够对所有的市场竞争行为进行正当和不正当的法律判断。2.增减现有法律列举的不正当竞争行为类型以保证列举的准确性和典型性,进而厘清《反不正当竞争法》与《反垄断法》的关系。3.完善予以保留的典型不正当竞争行为的法律规定,使《反不正当竞争法》关于典型不正当竞争行为构成要件的规定更趋科学合理。这三个关键问题的思考有助于我国

《反不正当竞争法》修订思路的确定、修订重点的选择以及修订疑难问题的破解。

二、保持并完善我国《反不正当竞争法》的开放性和包容性

近年来,3Q大战、蒙牛伊利大战、三一重工对阵中联重科、王老吉对阵加多宝等不胜枚举的市场竞争行为,促使我国《反不正当竞争法》在修订时需要思考其现有的法律规定能否对层出不穷的市场竞争行为进行正当与不正当的判断。而之所以有观点认为,我国《反不正当竞争法》实施的20多年来,市场环境和竞争状况发生了翻天覆地的变化,尽管在此期间知识产权等法律进行了多次修改,但是《反不正当竞争法》却以其高度的灵活性适应着变化的市场竞争需求,迄今仍未达到非修改不可的地步,^②其主要原因在于1993年《反不正当竞争法》法律规定的原则和抽象具有一定的开放性和包容性。因此,在修法过程中,《反

* 本文系国家社会科学基金2012年一般项目《垄断行业反垄断执法问题研究》(项目批准号:12BFX097)的阶段性成果。

① 我国《反不正当竞争法》的修订已列入十二届全国人大常委会立法规划第二类立法项目。来源:http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/sywx/2013-10/31/content_1812101.htm,访问日期:2014年10月10日。

② 孔祥俊:《反不正当竞争法的创新性适用》,中国法制出版社2014年版,前言第2页。

不正当竞争法》立法的开放性和包容性仍需保持并完善,除了通过在第二章“不正当竞争行为”中增加“其他不正当竞争行为”的一般条款之外,更需要通过对第一章“总则”部分立法目的条款、基本原则条款、经营者和不正当竞争的概念条款的完善来实现。

(一)立法目的条款的修订可以实现《反不正当竞争法》的开放性和包容性

立法目的条款是立法者通过立法希望获得的最终结果,立法目的是贯穿法律的灵魂,并对其具体适用起着最高的指导作用,是有别于其他法律的主要标志之一。^③我国《反不正当竞争法》第一条“为保障社会主义市场经济健康发展,鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者和消费者的合法权益,制定本法”的法律规定存在某些不完善之处,需要修订。首先,虽然现代反不正当竞争法强调对竞争秩序和消费者整体利益的共同保护,但是竞争秩序的维护仍是反不正当竞争法的核心价值目标,需要在立法目的条款中予以凸显。其次,《反不正当竞争法》在禁止经营者不正当竞争行为的同时,也应通过保护经营者的合法权益来保证经营者的商业自由并鼓励创新,这种对经营者规制和保护并存的立法目标在一定程度上可以体现出《反不正当竞争法》的利益平衡理念。再次,反不正当竞争法的立法目标应是多元的,我国《反不正当竞争法》现有的立法目的条款没有具体规定保护社会公共利益,而现代反不正当竞争法日益重视通过保护“未受扭曲的竞争”以达致对社会公共利益的维护,^④因此,建议我国《反不正当竞争法》第一条立法目的条款修订为:“为保障社会主义市场经济健康发展,制止不正当竞争行为,维护公平竞争秩序,保护经营者和消费者的合法权益,保护社会公共利益,制定本法。”需要另外关注的是,立法目的条款的选择会影响我国《反不正当竞争法》相关制度的设计。例如,当立法目的条款明确规定“保护经营者和

消费者的合法权益”时,我国现行《反不正当竞争法》第二十条只规定了“给被侵害的经营者造成损害的,应当承担损害赔偿责任”,而没有规定对消费者的民事救济,在一定程度上缺少与立法目的条款的呼应和契合。^⑤

(二)基本原则条款的修订可以实现《反不正当竞争法》的开放性和包容性

法的基本原则条款可以体现法律价值,在效力上贯穿立法、执法、守法活动的全过程,并在功能上具有补救性,即通过基本原则的解释和运用使成文法局限得以克服。^⑥我国《反不正当竞争法》第二条规定:“经营者在市场交易中,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德。”在修法过程中,需要思考《反不正当竞争法》的基本原则是多元的还是一元的,什么样的原则才是该法的基本原则。首先,反不正当竞争法的核心是建立和维护与市场竞争秩序相适应的商业道德,遵守公认的商业道德的原则与民法公序良俗的原则相似,并包含了诚实信用原则的内容,应成为《反不正当竞争法》的基本原则。其次,商业道德作为建立在商业利益共同体基础之上的行为准则,广泛存在于市场竞争之中并调整着市场竞争行为。反不正当竞争法律制度本身天然就蕴含了商业道德的要素,且应该在我国《反不正当竞争法》中被法律化,而自愿、平等、公平原则更多是市场交易的基本原则,并不是市场竞争的基本原则,也正是因为这个原因,自愿、平等、公平原则无法成为认定正当竞争与不正当竞争的标准,从而很难成为《反不正当竞争法》的基本原则。再次,反不正当竞争法开始是保护诚实商人的特别法,商人的行为标准被作为起点,因此,所有商人都责难为不正当的行为,很难被称得上是“正当”的竞争行为。^⑦在市场竞争中,符合公认的商业道德标准,意味着经营者实施市场竞争行为的出发点是善意的,竞争手段是诚实的、公正的、正当的,反之,则是不

③ 王巍、张军建:《论我国反垄断法的立法目的》,《湖南社会科学》2006年第1期。

④ 范长军:《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,第61页。

⑤ 关于消费者是否可以依据《反不正当竞争法》提起民事损害赔偿诉讼存在不同观点。有观点认为消费者主要应根据《消费者权益保护法》、《产品质量法》、《合同法》、《侵权责任法》等法律来提起民事损害赔偿诉讼;也有观点认为对于侵犯消费者合法权益的不正当竞争行为,如果与消费者整体利益(消费者福利)相关,也可以根据《反不正当竞争法》提起民事损害赔偿诉讼。

⑥ 江帆:《经济法的价值理念和基本原则》,《现代法学》2005年第5期。

⑦ 类似观点在世界知识产权组织的文献中也有体现,可参见 Protection against Unfair Competition, presented by the International Bureau of WIPO (Geneva 1994), p.25。

正当的。基于此,我国《反不正当竞争法》的基本原则是一元的,而在遵守公认的商业道德这一基本原则的基础上,可以突出诚实信用原则的作用,因此,建议我国《反不正当竞争法》第二条基本原则条款应单列为一条并修订为:“经营者在市场竞争中,应当遵守诚实信用的原则,遵守公认的商业道德。”

(三)“经营者”概念条款的修订可以实现《反不正当竞争法》的开放性和包容性

我国《反不正当竞争法》第二条规定:“本法所称的经营者,是指从事商品经营或者营利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他经济组织和个人。”我国《反不正当竞争法》的实践由于“经营者”界定的范围较狭窄而产生了诸多的问题,例如,侵犯单位商业秘密的职工是否属于经营者,作家是否属于经营者,非营利性组织如学校、医院、律师事务所、行业协会是否属于经营者,等等。事实上,在我国《反不正当竞争法》的司法和执法中,已经对“经营者”进行了广义的界定和解读,凡是参与市场经营活动的人都会被视为经营者。例如,职工泄露企业商业秘密的,即便是没有获取报酬,仍可以认定其侵犯商业秘密,此时企业职工因破坏他人竞争优势而参与了市场竞争,会被视作特殊的经营者。^⑧在湖南王跃文诉河北王跃文不正当竞争纠纷一案中,法院提出了作品是作者经营的商品的观点,最后得出作家是竞争主体,是文化市场中的商品经营者的结论。^⑨在艾志工业公司诉中国摩擦密封材料协会案中,法院认为:“摩擦协会发出涉案声明的行为已介入市场竞争,虽协会章程明示该协会具有非营利性,但该协会会员均系反不正当竞争法所规范的经营者,且多与艾志工业公司存在同业竞争关系,该协会作为全体会员组成的全国性行业组织,作出涉案声明的行为应适用反不正当竞争法规范经营者行为的相关规定进行调整。”^⑩再如,国家工商总局明确指出,中小学校在从事营利性活动时,可以认定为《反不正当竞争法》第二条规定的经营者;^⑪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,就应当按照《反不正当竞争法》的规定依法查处。^⑫世界知识产权组织国际局也在其《反不正当竞争示范法》注释中指出,工商业活动一词应当在广义上理解,即不仅适用企业提供商品或者服务的活动,特别是此类商品或者服务的买卖,而且包括职业活动,如律师、医生,不管是私人形式还是其他形式。因此,建议我国《反不正当竞争法》将“经营者”的概念修订为:“经营者是指从事商品生产、经营或者提供服务的个人、法人和其他组织。”

我国《反不正当竞争法》修订时甚至可以考虑以“市场主体”的概念取代“经营者”的概念,因为经营者的概念虽然是我国多部法律都采用的主体概念,但在《反不正当竞争法》中似乎没有一定要采用经营者这一概念的法律内在要求,《反不正当竞争法》是行为规制法,在乎市场主体行使的权利来源和行为方式的正当性,没有必要一定拘泥于经营者的界定,甚至可以说主体要件不是不正当竞争行为主要的构成要件,是可以被淡化的,用“市场主体”来替代并无不可,而采用经营者的概念可能只是一种下意识的习惯用法,并未进行严谨的理论分析和立法必要性的探讨。《浙江省反不正当竞争条例》规定:“经营者以外的其他组织和个人,从事与市场竞争相关活动的,应当遵守本条例。”也可以从另一个视角印证经营者概念在目前立法中的不严谨和非必要性。

(四)“不正当竞争行为”概念条款的修订可以实现《反不正当竞争法》的开放性和包容性

我国《反不正当竞争法》第二条规定:“本法所称的不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为”。该概念并没有凸显不正当竞争行为的个性特征,也无法为不正当竞争行为的认定提供标准,因此需要在修法时重新界定。关于不正当竞争行为的概念,已经有诸多的立法经验可以借鉴。《保护工业产权巴黎公约》将不正当竞争行为界定为“在工商业活动中违反诚实商业惯例的行为”,至于何为“商业上的诚实性(commercial

⑧ 孔祥俊:《反不正当竞争法的司法创新和发展(下)》,《知识产权》2013年第12期。

⑨ 湖南王跃文诉河北王跃文不正当竞争纠纷案情可参见《最高人民法院公报》2005年第10期。

⑩ 艾志工业公司诉中国摩擦密封材料协会不正当竞争纠纷案情可参见北京市海淀区人民法院[2005]海民初字第16146号民事判决书。

⑪ 参见国家工商行政管理总局工商公字[2001]第211号“对保险公司借助学校强制保险行为定性处罚问题的答复”。

⑫ 参见国家工商总局工商法字[2001]第248号“关于非营利性医疗机构是否属于反不正当竞争法规范主体问题的答复”。

honesty)”则由成员国法院和行政机关去决定。各国立法在界定不正当竞争行为时采用了“诚实商业惯例”(比利时、卢森堡)、“诚实信用原则”(西班牙、瑞士)、“职业正当性”(意大利)、“善良风俗”(希腊、波兰)。^⑬德国2010年《反不正当竞争法》第3条第1款规定:“如足以损害竞争者、消费者或其他市场参与人的利益,而对竞争造成并非轻微的破坏的,则是非法的不正当竞争行为”;美国《联邦贸易委员会法》第5条规定:“对于商业中或影响商业的(in or affecting commerce)各种不公正的竞争方法和不公正或欺骗性的行为或做法,均就此宣布为非法”;瑞士的《反不正当竞争法》第2条规定:“具有欺骗性或者以各种方式违反诚实信用原则,并影响竞争者之间或者供应商与客户之间关系的所有行为或者商业做法,是不公平的和非合法的。”总之,不正当竞争行为是经营者以不正当方式与竞争对手或者其他经营者直接或者间接地争夺交易机会的行为。^⑭在我国,由于诚实信用原则和公认的商业道德是评判不正当竞争行为的重要标准,因此,建议我国《反不正当竞争法》关于“不正当竞争行为”的概念条款修订为:“本法所称的不正当竞争,是指经营者违反诚实信用原则或公认的商业道德,损害其他经营者、消费者的合法权益和社会公共利益,扰乱市场竞争秩序的行为。”

三、增减不正当竞争行为条款且兼顾与《反垄断法》的协调

从内容上看,我国现行《反不正当竞争法》属于综合立法模式,不仅禁止了典型的不正当竞争行为,而且还禁止了部分限制竞争行为。随着我国《反垄断法》的出台和实施,《反不正当竞争法》第二章列举的11种不正当竞争行为中的企业滥用独占地位行为、政府及所属部门的限制竞争行为、掠夺性定价行为、搭售或附加不合理条件行为、串通招投标行为已经分别被《反垄断法》通过禁止滥用市场支配地位行为、禁止行政性垄断行为和禁止垄断协议行为所规制,因此,《反不正当竞争法》修订时需要重新思考两法的关系问题

并对典型不正当竞争行为类型重新进行选择,增补新的不正当竞争行为类型并删减应该由《反垄断法》规制的行为,以实现《反不正当竞争法》对不正当竞争行为类型列举的准确性和典型性,进而厘清《反不正当竞争法》与《反垄断法》的关系。

(一)建议增加关于“其他不正当竞争行为”的一般或弹性条款

新型不正当竞争行为的不断出现对我国《反不正当竞争法》修订提出了要求。例如,随着互联网经济的方兴未艾,如何规制恶意软件、秒杀、超文本链接、弹出式广告、域名抢注、技术隔离、竞价排名、篡改或覆盖网页等竞争行为就是反不正当竞争执法和司法实践需要面对的问题并应有立法的回应。而“一般条款存在的必要,是因为人类在规范的设计上尚有力不从心之处。他们尚不能完全知道:哪些是应加以规范的,以及对已认为应加规范者,应如何才能清楚地加以规范?于是乞灵于开放性的概念,期能弹性地、演变地对生活事实加以规范,而不至于挂一漏万。”^⑮美国《侵权法重述》也指出:“列出所有的不正当手段是不可能的。总的来说,它们是低于一般商业道德标准和合理性为准则的手段。”

英美法国家将“不劳而获”、“不播种而收获”作为认定不公平竞争行为的基石,大陆法国家将诚实信用作为《反不正当竞争法》的最基本的原则。无论是“不劳而获”、“不播种而收获”还是诚实信用原则,都具有浓厚的商业道德色彩。在我国,诚实信用原则和公认的商业道德也是市场交易参与者共同和普遍认可的行为标准,是正当竞争与不正当竞争的判定标准。鉴于我国现行《反不正当竞争法》中关于不正当竞争行为的概念条款和基本原则条款尽管在一定程度上发挥了不正当竞争行为一般条款的作用,但都不是标准的关于不正当竞争行为的一般条款,因此,建议我国《反不正当竞争法》在第二章关于“不正当竞争行为”的法律规定中增加一条“禁止经营者从事其他违反诚实信用原则或公认的商业道德,损害公平竞争秩序的不正当竞争行为”的法律规定,并且在“法律责任”的

^⑬ 同前注②,第9页。

^⑭ 同前注⑧。

^⑮ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第301页。

章节,对“其他的不正当竞争行为”规定相应的行政责任条款,以完成我国《反不正当竞争法》总则—行为—法律责任的呼应。

(二)建议删除或修改相应的不正当竞争行为条款以妥善处理《反不正当竞争法》与《反垄断法》的关系

面对我国《反垄断法》和《反不正当竞争法》规制重合的行为,我国《反不正当竞争法》在修订时不能简单地以删除相应条款的方式来处理而应该具体分析。

首先,我国现行《反不正当竞争法》第六条关于禁止滥用独占地位行为的规定^⑩,第七条关于禁止行政垄断行为的规定^⑪,第十五条关于禁止串通招标投标行为的规定^⑫,由于《反垄断法》对禁止滥用市场支配地位行为、禁止行政垄断行为、禁止垄断协议行为的规范更加具体、科学,并且能够对上述行为进行有效规制,因此,建议我国《反不正当竞争法》在修订时删除上述条款。

其次,关于《反不正当竞争法》第十一条:“经营者不得以排挤竞争对手为目的,以低于成本的价格销售商品。有下列情形之一的,不属于不正当竞争行为:(1)销售鲜活商品;(2)处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品;(3)季节性降价;(4)因清偿债务、转产、歇业降价销售商品”的法律规定需要进一步思考是否保留以及如何修订的问题。尽管我国《反垄断法》第十七条将“具有市场支配地位的经营者没有正当理由,以低于成本的价格销售商品的行为”作为滥用市场支配地位行为的具体表现进行了规制,但是却有比较严格的主体条件要求,即经营者必须“具有市场支配地位”^⑬。《反不正当竞争法》的修订需要关注不具有市场支配地位的经营者是否有低于成本价定价的经营自主权,尤其是市场主体的超低定价行为导致恶性竞争并影响到市场竞争秩序时,是否可以将其作为不正当竞争行为予以规制的问题。从维护公平

竞争秩序和遵守公认的商业道德的视角来看,《反不正当竞争法》对该种行为存在着规制的必要性。因此,建议将我国《反不正当竞争法》第十一条修订为:“经营者不得没有正当理由,以低于成本的价格销售商品,损害公平竞争秩序。有下列情形之一的,不属于不正当竞争行为:(1)销售鲜活商品;(2)处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品;(3)季节性降价;(4)因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。”

再次,关于《反不正当竞争法》第十二条:“经营者销售商品,不得违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件”的规定也需要进一步思考是否保留以及如何修订的问题。由于《反垄断法》第十七条对搭售行为的禁止需要具备市场支配地位这一主体要件,第十四条对纵向垄断协议行为的禁止需要进行合理分析并具备排除、限制竞争的后果,因此《反不正当竞争法》的修订就需要关注是否以及如何规制经营者滥用相对优势地位搭售或附加不合理交易条件的行为问题。笔者认为,《反不正当竞争法》应发挥补充性调整《反垄断法》规制不足的功能,通过禁止滥用优势地位损害公平竞争的行为来补充《反垄断法》禁止滥用市场支配地位行为和纵向垄断协议的不足。2006年商务部等五部委发布的《零售商供应商公平交易管理办法》对零售商滥用优势地位的行为进行了归纳,较为详细地列数了零售商和供应商两者的不公平交易的行为表现,也从另一侧面反映出规制滥用相对优势地位行为的必要性。因此,建议我国《反不正当竞争法》第十二条修订为:“具有经济优势地位的经营者没有正当理由,不得在销售商品或提供服务时搭售其他商品(服务)或者附加其他不合理的条件。”

(三)建议增加新的不正当竞争行为条款

为了实现《反不正当竞争法》对公平竞争秩序、消费者整体利益以及社会公共利益的维护,我国《反不

^⑩ 《反不正当竞争法》第六条:“公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者,不得限定他人购买其指定的经营者的商品,以排挤其他经营者的公平竞争”。

^⑪ 《反不正当竞争法》第七条:“政府及其所属部门不得滥用行政权力,限定他人购买其指定的经营者的商品,限制其他经营者正当的经营活动。政府及其所属部门不得滥用行政权力,限制外地商品进入本地市场,或者本地商品流向外地市场”。

^⑫ 《反不正当竞争法》第十五条:“投标者不得串通投标,抬高标价或者压低标价。投标者和招标者不得相互勾结,以排挤竞争对手的公平竞争”。

^⑬ 认定经营者具有市场支配地位对证据、论证以及经济学分析的要求很高,反垄断民事诉讼原告或反垄断执法机构在认定这一主体要件时会面临诸多挑战。例如,2014年10月8日最高人民法院在关于北京奇虎科技有限公司(360)诉腾讯科技有限公司(QQ)反垄断纠纷的二审判决书中认为,该案现有证据并不足以支持腾讯公司具有市场支配地位的结论,由此可见认定经营者具有市场支配地位的难度。该案具体论述可参见最高人民法院(2013)民三终字第4号民事判决书。

《反不正当竞争法》修订时应关注具有竞争关系的经营者滥发警告函、恶意诉讼等行为。建议我国《反不正当竞争法》在第二章增加一条：“经营者不得滥发侵权警告函，或滥用行政、司法程序，损害具有竞争关系的经营者的商业信誉，损害公平竞争秩序。”另外，我国《反不正当竞争法》修订时还需要关注不正当促销，不正当滋扰等新型不正当竞争行为，而德国《反不正当竞争法》曾将“不可期待的烦扰”列为不正当竞争行为，用以规制那些电话营销、侵扰性广告以及不正当的上门推销等行为就值得我国《反不正当竞争法》修订时借鉴。

除此之外，建议我国《反不正当竞争法》修订第二章时，列举受到禁止的不正当竞争行为的顺序应与《反不正当竞争法》的立法目的形成逻辑上的契合，依次按照损害经营者尤其竞争者合法权益的不正当竞争行为、损害消费者整体利益的不正当竞争行为和损害社会公共利益的不正当竞争行为来排序。

四、我国《反不正当竞争法》典型不正当竞争行为构成要件的合理化

不同的不正当竞争行为构成要件应该具有差别性。例如，不是所有的不正当竞争行为都需要发生在具有竞争关系的经营者之间，在商业诋毁行为和可能新出现的滥发警告函、恶意诉讼等不正当竞争行为中，需要将上述不正当竞争行为的主体局限在具有竞争关系的经营者之间，而在市场混淆、不正当宣传、侵犯商业秘密等不正当竞争行为中，就不需要将不正当竞争行为的主体局限在具有竞争关系的经营者之间。^②因此，我国《反不正当竞争法》在修订时应对第二章中不同的不正当竞争行为的构成要件重新进行思考并予以完善。

(一)关于《反不正当竞争法》第五条市场混淆行为条款的修订建议^③

《反不正当竞争法》第五条禁止的是通过搭便车行为利用其他经营者竞争优势的市场混淆行为。在禁止“搭便车”理念的指导下，鉴于“市场混淆”的后果意味着无法进行公平竞争，“擅自使用”“知名”的商品、营业或服务的“商业标识”容易引发竞争秩序的混乱和误导性后果的产生，建议以“擅自使用”、“知名商品、营业或服务”、“商业标识”、“市场混淆”为核心构成要件重塑我国《反不正当竞争法》第五条对市场混淆行为的禁止，

首先，《反不正当竞争法》在对市场混淆行为进行禁止时，没有必要把商业标识的不同构成要素以不同条款分别列举进行规定，而应该在商业标识的整体视野下统一规范。这里的商业标识类似于美国判例和法学著作中的“trade dress”，^②即由特定元素（如外形、样式、包装、颜色及其组合等）构成的商品、营业或者服务的整体形象。^③商业标识在市场经济生活中的作用越来越多地引起经营者的重视，从而产生法律对其进行保护的迫切需要，商业标识作用的多样性也促成了多部法律都能对商业标识进行不同程度、不同视角保护的格局，《反不正当竞争法》应从禁止造成市场混淆，损害公平竞争秩序的视角出发，对知名商品、营业或服务的商业标识进行保护。

其次，由于不同的商业标识会产生不同的法律权利，也会有不同的权利产生路径，不可避免会存在权利冲突的情形，所以，《反不正当竞争法》第五条在修订时应关注具体的商业标识权利冲突的平衡协调问题，并建议以“不视为市场混淆”的方式予以法律规定。

再次，我国《反不正当竞争法》第五条第四项的规定，禁止在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示行为，由于对自己的商品作引人误解的虚假表示行为，不存在与他人的商品、营业或服务相混淆的问题，其行为的实质是不正当宣传，因此，建议我国

^② 关于不正当竞争行为是否需要“具有竞争关系的经营者之间”这一主体要件，理论界和实务界存在不同的观点。

^③ 《反不正当竞争法》第五条：“经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手：(1)假冒他人的注册商标；(2)擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品；(3)擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品；(4)在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示。”

^② 也有学者将其翻译为“商业外观”。

^③ 目前各国对于商业标识还没有相对权威或统一的定义。

《反不正当竞争法》第五条在修订时直接删去第四项规定,并由《反不正当竞争法》将这种虚假表示行为作为不正当宣传行为的表现之一予以规范。

综上,建议我国《反不正当竞争法》第五条修订为:“经营者不得擅自使用与知名商品、营业或服务特有的商标、字号、商品名称、商品形状、包装、装潢、企业名称、域名以及其他特有的商业标识相同或者近似的商业标识,造成或者足以造成与他人的商品、营业或服务产生混淆。经营者不得在经营中使用与知名姓名相同或近似的姓名,造成或者足以造成与该知名姓名产生混淆。下列行为一般不被视为市场混淆行为:(1)使用的商业标识是商品、营业、服务的通用名称或惯用标示;(2)善意地使用自己的姓名;(3)他人的商业标识在社会公众所普遍认知前的善意使用行为;(4)其他根据利益平衡原则不被视为市场混淆行为的行为。”^{②1}

(二)关于《反不正当竞争法》第八条商业贿赂行为条款的修订建议

商业贿赂行为对公平竞争秩序和公认商业道德的损害不言而喻,但《反不正当竞争法》关于商业贿赂行为的法律规定却存在一些不足。首先,在对商业贿赂行为进行规制时已经没有必要进行回扣、折扣和佣金行为的界定,尤其不必强调折扣和佣金的合法性,反而应该关注对“名为折扣实为商业贿赂行为”和“名为佣金实为商业贿赂行为”的禁止。其次,由于商业贿赂行为的隐蔽性,需要关注“名为赠与实为商业贿赂行为”的禁止。再次,观察我国多年禁止商业贿赂行为的实践,商业贿赂行为的主体越来越隐蔽化和间接化,行贿主体不仅包括在我国境内的居民个人、公司、董事、雇员、股东,还会涉及境外母公司、受母公司指示或者控制的境外子公司,以及第三方中介机构等,因此与市场经营活动密切相关的机构和个人都需要受到法律的规制。因此,建议我国《反不正当竞争法》第八条修订为:“经营者或者与经营活动密切相关的组织、个人不得采用财物或者其他手段进行贿赂来从

事损害公平竞争秩序的活动。”

(三)关于《反不正当竞争法》第九条虚假宣传行为条款的修订建议

经营者以各种手段和方法对商品(服务)的质量、价格等情况作引人误解或虚假宣传,误导购买者选购商品或接受服务,是违背诚实信用原则和公认商业道德的典型的不正当竞争行为。我国《反不正当竞争法》所规范的不正当宣传行为,就是该法第五条第四项的虚假表示行为与第九条的虚假宣传行为。^{②2}需要关注的是,虚假宣传行为与引人误解宣传行为的含义是不同的,虚假主要是以客观事实即宣传内容作为认定标准,引人误解是以受众的主观判断即宣传后果作为认定标准,从维护公平竞争秩序的视角出发,我国《反不正当竞争法》在修订时应将对宣传行为的规制重点放在“引人误解”而不是“虚假”上,^{②3}并进而解决《反不正当竞争法》是否禁止“引人误解的真实宣传行为”、“不引人误解的虚假宣传行为”、“以未定论的事实作引人误解的宣传行为”的争论。另外,《反不正当竞争法》需规制的不正当宣传的内容也不会仅局限于商品内容上,也可能包括对企业的宣传等。因此,建议我国《反不正当竞争法》第九条修订为:“经营者不得在商品上,或者以广告或其他方法,对商品、营业或服务的情况以及企业本身作引人误解的宣传。广告及相关经营者不得在明知或者应知的情况下,代理、设计、制作、发布引人误解的广告或进行引人误解的宣传。”

(四)关于《反不正当竞争法》第十条侵犯商业秘密行为条款的修订建议

商业秘密保护法是随着商品经济的发展,在法律意义上作为对专利制度的补充而出现的,商业秘密保护的法律制度对知识产权制度有非常重要的弥补和补充作用。现代意义上的商业秘密保护法发源于19世纪的英格兰,美国也在19世纪末确立了现代的商业秘密保护法律制度,而德国是最早通过反不正当竞争法保护商业秘密的国家。我国反不正当竞争法施行之前的专有技术或者技术诀窍等信息,因无相应的法

^{②1} 孟雁北:《论市场混淆行为中的“购买者”问题—兼谈我国〈反不正当竞争法〉第5条的修改》,《成人高教学刊》2004年第1期。

^{②2} 我国《反不正当竞争法》第五条第四项规定:经营者不得在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志,伪造产地,对商品质量作引人误解的虚假表示。第九条规定:经营者不得利用广告或者其他方法,对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。广告经营者不得在明知或者应知的情况下,代理、设计、制作、发布虚假广告。

^{②3} 此观点与2007年施行的《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第八条规定的观点相同。

律规定而主要是受合同约定的债权保护,相对缺乏侵权法的保护。^{②7}因此,侵犯商业秘密行为是否由《反不正当竞争法》进行调整取决于我国是否有专门的关于商业秘密保护的法律规定,在我国《商业秘密法》没有出台的情形下,《反不正当竞争法》在修订时需要进一步完善关于侵犯商业秘密行为的规定。

首先,侵犯商业秘密的行为方式很多,立法修订时可以增加侵犯商业秘密行为的一般规定,即未经商业秘密权利人许可,经营者或相关人员不得违反诚实信用原则和公认的商业道德,披露、获取或使用权利人的商业秘密。^{②8}其次,尽管关于我国最高法院并无创制法律的权限,以及最高法院的司法解释存在分不清哪些是解释,哪些是创制,哪些是补漏的问题,^{②9}但是我国修订《反不正当竞争法》侵犯商业秘密条款时还是应当吸收《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》中的司法经验,尤其是关于侵犯商业秘密行为中举证责任的规定。再次,《反不正当竞争法》关于对商业秘密的概念应当完善,以突出其秘密性、价值性和保密性的构成要件。因此,建议我国《反不正当竞争法》第十条修订为:“经营者及相关人员不得未经商业秘密权利人许可,违反诚实信用原则和公认的商业道德,披露、获取或使用权利人的商业秘密。商业秘密是指不为公众所知悉、具有现实或潜在的市场价值并经权利人采取保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。侵犯商业秘密的具体情形包括:(1)以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;(2)披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密;(3)违反约定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。第三人明知或者应知前款所列违法行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密,视为侵犯商业秘密。当事人认为他人侵犯其商业秘密的,应当对其拥有的商业秘密符合法定条件、对方当事人的信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实负举证责任。”

(五)关于第十三条不正当有奖销售行为条款的修订建议

有奖销售是指经营者在销售商品或提供服务时,为营利的目的,附带性地向购买者或与购买相关的人提供物品、金钱或者其他经济利益的行为。有奖销售包括奖励所有购买者的附赠式有奖销售和奖励部分购买者的抽奖式有奖销售。不正当有奖销售行为在各国都普遍存在,只是表现形式和程度有所不同。由于抽奖式的有奖销售行为具有不确定性,更易于助长投机心理,掩盖欺骗行为,因此抽奖式有奖销售行为常常被许多国家的法律所禁止;而对于附赠式有奖销售行为则会进行一定程度的限制以尽量避免该行为对消费者的误导和利诱。为了维护公平竞争秩序,我国应禁止抽奖式有奖销售行为,^{③0}进一步严格规制附赠式有奖销售行为以防止利诱的形成。因此,建议我国《反不正当竞争法》第十三条修订为:“经营者不得从事抽奖式有奖销售。经营者从事附赠式有奖销售应合理确定赠品与商品之间的价值比例,以避免误导购买者,损害公平竞争秩序。”

(六)关于《反不正当竞争法》第十四条商业诋毁行为条款的修订建议

商誉不仅是一种精神上的名誉或荣誉,而且具有财产价值,是一种重要的无形资产。商业诋毁行为不仅降低了被诋毁的经营者参与竞争的能力,使其蒙受巨大的精神损失和财产损失,而且严重破坏了公平竞争秩序。我国《反不正当竞争法》在修订时需要关注的是,只有经营者所实施的损害具有竞争关系的经营者商誉的行为才是不正当竞争行为,而不具有竞争关系的经营者、组织或个人所实施的商业侮辱、诽谤、诋毁行为仅是名誉侵权行为。另外,经营者商誉的损害不仅来源于虚伪事实,也可能来源于误导性信息。因此,建议我国《反不正当竞争法》第十四条修订为:“经营者不得捏造、散布虚伪事实或引人误解的信息,损害具有竞争关系的经营者的商业信誉、商品声誉。”

责任编辑 邢 森

^{②7} 同前注②,第292页。

^{②8} 吕来明、熊英:《反不正当竞争法比较研究》,知识产权出版社2014年版,第138页。

^{②9} 陈春龙:《中国司法解释的地位与功能》,《中国法学》2003年第1期。

^{③0} 销售彩票等是从公益的角度存在的抽奖式有奖销售行为,法律另行对其进行规制。