

从两个关系看《反不正当竞争法》的修订

李胜利*

内容提要 我国《反不正当竞争法》目前正处于修订之中。该法与知识产权法和消费者保护法之间存在着什么样的关系，以及如何处理这两对关系，直接影响到有关条款的修订工作。把反不正当竞争法完全作为知识产权法子部门的观点不妥，应该回归“反不正当竞争法为知识产权法补漏”的经典认识，改写该法的商业混淆行为条款。消费者保护法源于现代消费者运动。早期的反不正当竞争法并不保护消费者利益，但随着历史演进逐渐把消费者作为直接保护对象。我国《反不正当竞争法》的修订亦应体现这一潮流。

关键词 反不正当竞争法 知识产权法 消费者保护法

一、引言

反不正当竞争法基于公认的商业道德，以维护良好的市场竞争秩序为己任。反不正当竞争法 19 世纪产生于欧美国家，发展至今，已经从单纯保护具有直接竞争关系的竞争者，扩展到对于未必具有直接竞争关系的竞争者、消费者、公共利益（公共秩序）的保护。由于市场竞争是现代社会的普遍现象，规范公平竞争关系的反不正当竞争法也就与知识产权法、消费者保护法等相关法律发生了千丝万缕的联系。如何认识它们之间的关系，对于《反不正当竞争法》的修订有着直接影响。本文拟基于对反不正当竞争法与知识产权法、反不正当竞争法与消费者保护法这两组关系的认识，就 2017 年 2 月全国人大常委会审议的《反不正当竞争法（修订草案）》（以下简称《修订草案》）提出一点拙见。

二、反不正当竞争法与知识产权法的关系

针对我国《反不正当竞争法》目前正在进行的修订，有知识产权法学者认为，“按照相关的国际公约，反不正当竞争法属于知识产权法”，因此“应当删除与反垄断、与消费者权益保护、与商业贿赂和与

* 安徽大学法学院暨经济法制研究中心教授、博士生导师，法学博士。本文系国家社科基金一般项目“反不正当竞争法与反垄断法的关系研究”（15BFX123）的阶段成果。

技术措施保护有关的条文。”^①这种把反不正当竞争法完全作为知识产权法子部门的观点，既不符合反不正当竞争法的发展趋势，也存在着不少理论问题，更与我国 20 多年反不正当竞争实践经验及现实需要相悖。

（一）关于知识产权外延的认识并不统一

知识产权法是保护知识产权的专门立法。对于何为知识产权，应该说远非毫无争议。至少有广义与狭义之分。郑成思先生指出：广义的知识产权差不多就是《建立世界知识产权组织公约》中所划的范围，可以包括一切人类智力创作的成果。这一通过列举进行的界定，不但在学术上存在较大争议，各国立法中，真正把世界知识产权组织所列举的都当作知识产权对待的国家，也并不多。^②因此，尽管《保护工业产权巴黎公约》《建立世界知识产权组织公约》《与贸易有关的知识产权协议》（“TRIPS”协议）等有关国际公约对知识产权做了极为广泛的理解与界定，但是从各国立法及司法实践来看，很难说如此广义的知识产权概念能够得到普遍认同。

例如，尽管《巴黎公约》“没有单独提及商业秘密概念，但《巴黎公约》1967 年文本却成为以后几个国际公约关于商业秘密保护的基准性法案”。“TRIPS”协议对“未披露信息”的保护“实际上完成了商业秘密保护的国际化任务”。^③就此可以看到，有关国际条约将商业秘密保护纳入了知识产权范畴。我国知识产权法学界更是普遍如此认识。^④但是，2016 年 6 月 8 日通过的欧盟《保护商业秘密指令》却这么说：“企业对于其取得的创新性成果，利用知识产权如专利权、外观设计权或版权进行保护是一种方法，将其作为商业秘密加以利用则是另一种方法……无论是作为对知识产权的补充或是替代，商业秘密使得其创造者享受由此带来的利润，这对于企业竞争力、研发以及其他与创新有关的活动来说尤其重要。”^⑤这里显然把商业秘密作为知识产权之外的另一种无形财产。

（二）反不正当竞争法与知识产权法特点不同

反不正当竞争法与知识产权法关系密切，内容有相当高的重合度，但仍各有其独立的宗旨和制度。知识产权法是保护知识产权的专门法，其保护的主要手段是赋予当事人对其智力成果以民事权利，如专利权、商标权、著作权，等等。随着经济社会的发展，诸如商品化权、地理标志、商誉、商业秘密等也被逐渐纳入知识产权法的保护范畴，这些得到保护的对象可能因其具有重大价值、能够明确界定其内涵外延而被赋予权利外观，也可能仍因不具备条件而作为合法的、值得保护的利益存在。^⑥无论如何，知识产权法的主要任务是通过正面赋权的方式来保护这些智力成果，作为民法的有机组成部分，知识产权法是典型的“权利法”。法律上的权利需要明确的内涵与外延，否则难以主张、难以判断。

① 李明德：《关于〈反不正当竞争法〉修订的几个问题》，载《知识产权》2017 年第 6 期。

② 郑成思：《知识产权论》，法律出版社 2003 年版，第 58 页。

③ 崔明霞、罗超：《论商业秘密的国际保护》，载《中南财经政法大学学报》2005 年第 4 期。

④ 例如，我国代表性的知识产权法教材中一般均有关于商业秘密保护的内容。

⑤ Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure.

⑥ 本文以为，正是因为人们对于这些目前尚无法上升为某种权利智力成果的看法，才产生了知识产权认识中的广义和狭义问题。

反不正当竞争法则不然,是典型的“行为法”,通过认定、制止不正当竞争行为的方式来保护当事人的合法利益(包括智力成果方面的利益)和公共利益。该法不会、也不可能赋予当事人任何民事权利。当然,目前学界、特别是不少经济法学者提出了“公平竞争权”这一概念,甚至出现在有关的司法解释之中。^⑦其中最具代表性的是李友根教授的观点,他基于我国人民法院适用《反不正当竞争法》的大量案例研究,认为“竞争利益是市场竞争中经营者的基本法益。此种法益虽然在现有法律框架上得到一定程度的有效保护,但还存在一定的缺陷。因此,鉴于此种法益的极端重要性和易受侵害性,有必要将其法定化为‘公平竞争权’。最高人民法院关于行政诉讼法的司法解释以及部分法院在有关判例中对公平竞争权的确认,初步说明了竞争法益权利化的必要性与可行性。”^⑧但是质疑该权利成立的声音也一直不绝于耳,有学者提出,“公平竞争权”的创设将限制反不正当竞争法的保护主体。……容易导致将不正当竞争行为仅仅看作是损害经营者(竞争者)利益的行为,而忽视对其他主体的利益的损害,从而与现代反不正当竞争法的多重保护功能相悖。^⑨“公平竞争权在竞争法理论上难以自圆其说,在司法实践中也未真正生成。”^⑩从反不正当竞争法在海外的实践情况来看,基于民族性格,德国人相当热衷于权利体系的理论构建,在反不正当竞争法的理论及实践方面也一直居于世界前列,但德国学界也普遍认为,要从理论上构建一项类似“公平竞争权”的受反不正当竞争法保护的经营者权利是不可能的,因为既不存在也不需要。^⑪

笔者倾向于否定公平竞争权的存在。除上述学者的不同意见外,最主要的原因在于理论上无法很好地阐明该权利的内涵与外延,即使赋予其“公平竞争权”的外观,也很难把握其具体内容,从而形成一个类似民法上“一般人格权”的概念。但是经营者在公平竞争方面的利益是否达到了自然人在人格方面的利益的高度和重要性,非常值得怀疑。另外,不正当竞争行为本身具有多变性,市场表现形态极其多样,以至于无论是英美法国家还是大陆法国家,其反不正当竞争法都可以说是“判例法”,依赖一般条款来进行“法官造法”,一百多年来一直如此。这一现象至少从一个侧面反映出,从多样的不正当竞争行为中归纳出一个具有共性的权利出来,是很难做到的事情。因此,更为现实的做法是,承认反不正当竞争法仅仅保护合法存在的利益,对于商誉权、商业秘密权等(如果经过法律共同体的努力明确了其内涵外延的话),“成熟一个认定一个”,而不是从总体上归纳出一个模糊不清的“公平竞争权”来。

在具体制度设计上,知识产权法对于知识产权的保护体现了“强而窄”的特点,赋予知识产权人以排他性、独占性权利,但是权利客体的范围上则较为狭窄;反不正当竞争法则正好相反,对于当事人之间的利益纷争(往往与智力成果、知识产权有关),提供了“宽而弱”的保护,较之知识产权法更容易认定存在某种值得保护的当事人合法权益,但是其保护强度则低于知识产权法对于类似事物的

⑦ 最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释[2000]8号)第13条:“有下列情形之一的,公民、法人或者其他组织可以依法提起行政诉讼:(一)被诉的具体行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的;……”。

⑧ 李友根:《经营者公平竞争权初论——基于判例的整理与研究》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版)2009年第4期。关于公平竞争权的讨论,另可参见邵建东:《竞争法教程》,知识产权出版社2003年版;王显勇:《公平竞争权论》,人民法院出版社2007年版;唐兆凡、曹前有:《公平竞争权与科斯定律的潜在前提——论公平竞争权的应然性及其本质属性》,载《现代法学》2005年第2期,等。

⑨ 郑友德、胡承浩、万志前:《论反不正当竞争法的保护对象——兼评“公平竞争权”》,载《知识产权》2008年第5期。

⑩ 刘训峰:《公平竞争权之质疑——对〈最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释〉第13条的重新审视》,载《行政法学研究》2011年第3期。

⑪ 参见邵建东:《德国反不正当竞争法研究》,中国人民大学出版社2001年版,第16-18页。

保护。在知识产权法难以为所有智力成果或者知识产品提供保护的情况下，反不正当竞争法基于公平市场竞争秩序维护而提供的这种“宽而弱”的保护不可或缺。至于世界各国反不正当竞争法普遍存在的误导性广告、不法阻碍竞争对手的正常经营活动等制度，更是知识产权法难以涵盖的。

另外，反不正当竞争法的一项重要任务就是解决当事人不同知识产权或其他合法权益之间的冲突，通过商业道德、诚实信用、公平竞争等因素的考量，来决定特定条件下，究竟应该保护哪一方的利益。最高人民法院“狗不理集团有限公司与济南市大观园商场天丰园饭店侵犯商标权纠纷再审案”中对天丰园饭店使用“狗不理”商品名称是否侵犯狗不理集团公司的“狗不理”服务商标专用权的裁定就非常典型地体现了这一特点。^⑫对于不同知识产权之间的冲突，如果依靠知识产权法自身来解决，似乎缺少支点。

（三）理论归纳与立法实践之间存在差异

如果将凡是与保护知识产权有关的法律规范均视为知识产权法的组成部分，进而使之成为该体系的有机组成部分，没有问题。反不正当竞争法中有大量的知识产权保护规定，把这些法律规范列入知识产权法体系，理论上当然可以。^⑬而且不独《反不正当竞争法》，我国其他法律中，包括《民法总则》《侵权责任法》《合同法》《促进科技成果转化法》《标准化法》《民事诉讼法》等法律中的有关条款亦可列入。但是，从立法角度看，把所有相关内容都纳入某一部法律之中是不现实的。

（四）从反不正当竞争法为知识产权法补漏的立场看修法

在反不正当竞争法与知识产权法的关系上，应当回归“反不正当竞争法为知识产权提供附加保护、为知识产权法补漏”的经典认识，“至于反不正当竞争法在此之外还应当有什么其他内容，则是知识产权法不加过问，也不应过问的”。世界上也没有哪一个国家仅仅规定反不正当竞争法只具有“为知识产权保护补漏”的功能，并因此取消该法的其他功能，将其全部融入单行的或者综合性的知识产权法典之中。^⑭

如何更好地发挥反不正当竞争法对知识产权兜底保护的作用？在中国经济逐渐摆脱单纯模仿、走上创新驱动道路的时候，需要进一步探索“通过模仿促进技术扩散”和“通过保护创新促进技术进步”的关系，而这很大程度上需要从维持市场竞争秩序、促进公平竞争的角度去考察；对于那些难以纳入传统知识产权保护范畴的创新性成果，通过反不正当竞争法予以较低强度的适当保护，无疑有利于社会整体利益的提升。

因此，从反不正当竞争法为知识产权法补漏的立场观察，本文认为：

第一，不属于知识产权保护范畴的，与反垄断、消费者权益保护、商业贿赂和与技术措施保护有关的条文，不能简单地一删了之，而应看其是否违反诚实信用、善良风俗、公认的商业道德，是否属于破坏市场公平竞争的行为。因此至少商业贿赂、破坏他人技术保护措施的行为应该毫无疑问地列入《反不正当竞争法》。

^⑫ 具体案情及各级人民法院的裁判理由见最高人民法院（2008）民三监字第10-1号民事裁定书。

^⑬ 反过来的理解也不是没有，如有外国学者提到，反不正当竞争法的目标是保护市场竞争的公正并确保竞争结构的自由，从而维持作为自由企业制度基础的良好市场竞争秩序。从这个意义上看，反不正当竞争法包容着工业产权法的所有方面。See Kamperman Sanders, *Unfair Competition Law: The Protection of Intellectual and Industrial Creativity*, Clarendon Press (1997), pp. 22-23.

^⑭ 郑成思：《知识产权论》，法律出版社2003年版，第265-266页。

第二,对于《修订草案》第6条(现行《反不正当竞争法》第5条)“市场混淆行为”条款,将企业名称的简称、字号,姓名、笔名、艺名,社会组织名称及其简称等商业标识,域名主体部分、网站名称、网页以及频道、节目、栏目的名称及标识等纳入反不正当竞争法保护,并禁止将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用,可以说吸收了我国之前的司法及执法经验,是一大进步。但是该条款仍有进一步优化的空间:(1)对于驰名商标来说,我国《商标法》第13和14条以及第45条第一款为其提供了保护,第58条则规定将未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用,误导公众,构成不正当竞争行为的,依照《反不正当竞争法》处理。由此可见,我国更多依赖《商标法》来对驰名商标提供保护。其实这并非最佳选择。因为商标法最主要的功能是通过辨识同类商品或者服务的来源来防止混淆,至于对驰名商标提供的“反淡化”保护,已经超出了防止混淆的领域,鉴于淡化与反淡化含义的模糊性,依靠《反不正当竞争法》来为其提供“宽而弱”的保护,是一个更为合理的选择。(2)与驰名商标保护近似的是未注册商标保护问题。一般而言,主要国家(地区)均对未注册商标进行一定法律保护,除了德国外,大多由反不正当竞争法承担。我国《商标法》第15条^⑮为未注册商标提供了极为有限的保护,原因在于作为典型知识产权法的《商标法》,是在建立商标注册制度基础上的“赋权法”,其核心是对商标权的取得、行使及保护进行规定,对未注册商标只能提供有限的附带保护。因此,通过反不正当竞争法从维护市场公平竞争秩序角度来保护未注册商标,既符合理论认识,也可以满足实践需要。(3)关于反向假冒行为,我国《商标法》第57条将其认定为侵犯注册商标专用权行为,但这种认识理论上较为勉强,究其本质应该是不正当竞争行为。因为《商标法》的基础是反混淆理论,而反向假冒行为并未造成市场混淆,如果说其具有社会危害性,其危害的是被假冒者的竞争利益,因此将其纳入《反不正当竞争法》加以调整更为合理。^⑯(4)为其他商业标识的保护留下余地。《修订草案》第6条本质上是防止商业标识混淆条款,现有的列举已经相当丰富,但仍有不足。毕竟当代社会能够表征一个企业或者某种商品或服务的符号绝不止现已列举的这些,随着技术经济的发展,还会产生更多。这一问题的解决可以留给“反不正当竞争法”一般条款,也可以在第6条之(二)中加入一个“等”字,以待将来必要时作出弹性解释。

第三,依靠《反不正当竞争法》解决不同经营者之间知识产权冲突问题,以及新的应予以保护的商业成果及利益。这部分更多地需要依赖《反不正当竞争法》一般条款来解决当事人之间的纠纷。

三、反不正当竞争法与消费者保护法的关系

现代各国往往同时制定有反不正当竞争法与消费者保护法。我国《反不正当竞争法》1993年9月2日通过、1993年12月1日起施行,而《消费者权益保护法》1993年10月31日通过、1994年1月1日起施行,二者几乎同步。由于《反不正当竞争法》第1条(立法目的或宗旨)中含有“保护消费者的合法权益”字样,但第2条关于不正当竞争行为的定义中仅仅提出经营者违反该法规定“损害其

^⑮ 《商标法》第15条第2款规定:“就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人先使用的未注册商标相同或者近似,申请人与该他人具有前款规定以外的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在,该他人提出异议的,不予注册。”

^⑯ 参见李胜利:《三种涉及商标的不正当竞争行为的法律规制》,载《社会科学家》2011年第12期。

他经营者的合法权益”，由此形成了反不正当竞争法是否保护以及如何保护消费者利益的问题。在该法修订之际，如何认识两法之间关系、处理有关条款，需要进一步的考察。

（一）消费者运动及消费者保护立法

消费者保护法是现代化大工业生产的产物，系由消费者运动推动而来。可以说没有现代化的大规模工业生产及流通，就不会有大规模的消费者致害问题，也就不会形成大规模的消费者运动，消费者保护法的制定也就缺乏必要的动力和压力。对于消费者运动及消费者保护法源于何时，学界看法不一。有人认为源于19世纪左右，“美国国会自1867年以来，即先后制定甚多之消费者保护法案”，涉及防止不公平交易、低劣的食品药品、制止价格垄断及独占等。^①持有类似观点的不乏其人，如大陆有学者提出1890年谢尔曼反托拉斯法是最早的现代消费者保护法，其理由在于尽管该法是反垄断法，但是由于垄断行为不仅会破坏市场竞争，损害经营者利益，也会严重损害消费者利益，因此该法也被认为是第一部现代意义的消费者保护法。^②

对于上述说法笔者觉得不无疑问。从谢尔曼法立法历史及早期实施来看，其诞生主要是因为巨大的托拉斯组织以中小企业、农场主等为牺牲品，取得了几乎是史无前例的经济成功。垄断资本家为了保护既得利益，积极参与到政治活动之中，导致从联邦政府到各州政府严重的政治腐败，引起了社会公众的强烈反感和愤怒，反托拉斯成为当时的社会主流思潮。^③由此可见，该法当时制定的背景决定了其保护对象主要是处于弱势地位、受托拉斯组织盘剥的中小企业、农场主、工人阶级等，而不是普通消费者。至于此后随着经济社会变迁，谢尔曼法逐渐具有了消费者保护的色彩，也往往不是对个体消费者的直接保护，而是通过自由竞争秩序的维持来保护作为整体的消费者利益。更早的1887年《州际商务法》事实上也是如此。

有美国学者指出，“20世纪60年代肯尼迪总统提出的消费者权利法案才开启了现代消费者保护运动。”^④因此，如果说针对为了家庭生活需要而购买、接受商品及服务的立法，时间可以上溯到很早，但是只有到了1960年前后，才开创了大量生产、大量销售、大量消费的“消费时代”。1962年，美国总统肯尼迪向国会提交的保护消费者特别咨文中提出消费者四项权利（安全权、知情权、选择权、建议权），以及此后尼克松总统补入了求偿权，围绕上述权利制定的法律才是消费时代特有的消费者保护法，“它是继资本主义劳资关系之后所成立，有别于市民法的另一个社会法。”^⑤本文以为这种认识更符合实际。

（二）欧洲反不正当竞争法与消费者保护法的关系

基于上述认识，如果说一开始反不正当竞争法与知识产权法之间就相互缠绕，甚至反不正当竞争法的产生主要是源于保护知识产权的需要，那么反不正当竞争法与消费者保护法之间发生关系要晚一

^① 林益山：《消费者保护法》，台北五南图书出版股份有限公司2009年版，第5页。

^② 参见李昌麒、许明月编著：《消费者保护法》，法律出版社2005年版，第21-22页。

^③ 参见李胜利：《美国联邦反托拉斯法百年：历史经验与世界性影响》，法律出版社2015年版，第5-19页。

^④ Spencer Weber Waller, Jillian G. Brady, R.J. Acosta, Consumer Protection in the United States: An Overview, <http://www.luc.edu/media/lucedu/law/centers/antitrust/pdfs/publications/workingpapers/USConsumerProtectionFormatted.pdf>. 最后访问日期：2017年7月18日。

^⑤ 朱柏松：《消费者保护论》，台北翰芦图书出版有限公司2004年版，第1-3页。

些。一般认为最早的反不正当竞争法仅仅是为了制止同业竞争者之间的欺诈、仿冒、诋毁，大多源于民事侵权责任法。直到现在，在具有大陆法系传统的国家，该法还往往被视为特殊的侵权行为法。在其早期客观上并不具有消费者保护的目及功能。但是随着时间的推移，由于市场竞争本就是企业争夺顾客的过程，争夺顾客手段的正当与否与消费者利益有着直接关联，因此二者间的关系越来越紧密，以至于很多时候发生了深度融合。

如2005年通过的、作为欧盟反不正当竞争法核心的《不正当商业行为指令》(2005/29/CE) (*Unfair Commercial Practices Directive*, UCPD),^②其适用范围限定于针对消费者(B2C)的各种不正当的商业行为,显然该指令不仅仅是反不正当竞争法,同时也是消费者保护法,显示出当代社会经济条件下三者关系之密切。当然,除该指令外,欧盟尚有其他涉及不正当竞争行为管制的立法,如《误导和比较广告指令》(2006/114/EC) (*The Misleading and Comparative Advertising Directive*, MCAD),该指令仅保护经营者(不一定是竞争者),规范的是经营者之间关系(B2B),可以说该指令更近于传统意义上的反不正当竞争法。对此,欧盟2016年的一份报告中指出,“《误导和比较广告指令》为比较广告的规制提供了一个一般意义的测试,其准则与该比较广告在经营者与消费者(B2C)交易中的合法性考察完全协调。”例如根据《不正当商业行为指令》第6(2)(a)条款予以禁止的误导性广告,同样会被《误导和比较广告指令》认定为非法。“(在适用时)这两个指令是相互参照的。”^③由此可见,在欧盟层面,就不正当的商业行为而言,无论是规范B2B的、还是规范B2C的指令,均同时具有保护经营者和消费者的功能。在上述指令之外,欧盟还发布了不少专门保护消费者的指令,如《消费者权利指令》(2011/83/EU)、《关于保护消费者利益禁令的指令》(2009/22/EC)等,这些指令的主要目的在于为消费者提供高水平保护,而不解决不正当竞争问题。

除此之外,在法国,基于1804年《民法典》第1382条、第1383条一般侵权责任条款发展出不正当竞争之诉或不诚信之诉,由此形成了作为“法官造法”的反不正当竞争法。严格意义上的不正当竞争的主要构成要件是,因竞争对手采取了“违反诚实的商界所实行的习惯做法”而引起顾客转移。^④该法传统上保护贸易,不考虑消费者利益,“仅仅在最近的年代,消费者才首次作为一个新的角色出现在法条中”。^⑤就世界上第一部成文法——德国1896年《反不正当竞争法》而言,不正当竞争行为的制止也被认为是侵权法的问题,“然而,德国法院不太愿意遵循法国方式,……基于理论上的主张,德国立法者采取了单独立法方式。”^⑥由于实践中发现单纯的不正当竞争行为的列举难以涵盖所有应予制止的不法行为,很快被增加了以“善良风俗”为核心的一般条款的1909年《反不正当竞争法》取代,“1909年UWG(即德国《反不正当竞争法》——引者注)起初仅保护‘诚实的商业惯例’;但是很快也开始保护公共利益和消费者利益。”^⑦目前,经过多次修订的德国《反不正当竞争法》第3条(一般条款)中把竞争者、消费者和其他市场参与者并列作为保护对象。

^② 参见[德]博德维希主编:《全球反不正当竞争法指引》,黄武双等译,法律出版社2015年版,第57页。

^③ See Guidance on the application of the Unfair Commercial Practices Directive, Brussels, 25.5.2016 SWD(2016) 163 final.

^④ [法]伊夫·居荣:《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第911-912页。

^⑤ 前引②,博德维希主编书,第255页。

^⑥ 前引②,博德维希主编书,第284页。

^⑦ 前引②,博德维希主编书,第286页。

(三) 英美反不正当竞争法与消费者保护法的关系

至于英美法系国家，历史上通过仿冒之诉发展起来的判例法来规范不正当竞争行为，但美国和英国均没有一部综合性、一般性的反不正当竞争法。在英国，2008年《保护经营者免受误导营销行为规则》规制经营者之间的不正当竞争行为，同时期的《保护消费者免受不正当交易规则》则保护消费者利益，“但两部法律都不可避免地惠及两类团体”。^⑳而后者也是英国为了实施欧盟《不正当商业行为指令》所制定的。^㉑

在美国，关于商业中的不正当竞争行为存在着大量联邦及各州判例及成文法。至于两法之间关系，有学者提出，“反不正当竞争与消费者保护被划分为两个独立的法律领域……反不正当竞争相关的主要专著及文本都没有探讨消费者保护问题，反之亦然”。^㉒但是这一说法未必十分正确。

就1946年《兰哈姆法》（*the Lanham Trademark Act of 1946*）来说，在其通过的头十年，依据该法第43条a款（被普遍视为联邦反不正当竞争法主要渊源）提起的诉讼寥寥无几，^㉓此后案件数量有了大幅增长，适用范围也有了显著的拓展，以至于被一些学者视为消费者保护的工具体并超越典型的仿冒之诉的尝试。^㉔对于20世纪70年代以来的这种发展，在包括赋予消费者以原告资格等方面，有学者认为走得过远，已经偏离了法条本意。^㉕在较早时期，依据该条款起诉的原被告基本上是同业竞争者，诉讼资格不成为问题。此后原告的范围逐渐扩大，从同业竞争者扩大到同业公会，^㉖乃至州政府。^㉗之后还有法庭赋予消费者以诉权：在一起起诉虚假商业陈述的案件中，被告方提出原告作为消费者没有诉讼资格的抗辩被法院拒绝，法庭认为《兰哈姆法》第43条a款的字面意思非常明确，从立法意图来看，没有任何理由否定消费者为了保护自己而提起诉讼。^㉘然而将《兰哈姆法》第43条a款扩张至消费者私人诉讼的做法受到了挑战。同时期的另外一些案件中，联邦第二巡回法庭给出了相反的答案：目前较为普遍的看法是根据立法历史，国会的意图是创设一个专门而有限的反不正当竞争救济条款，用以保护商业利益免受不正当的商业行为的侵害，但是该法并不保护消费者利益。^㉙联邦第二巡回法庭的立场后来得到广泛追随。如20年后针对上诉到第三巡回法庭的两起案件，法庭以消费者不存在受控虚假广告侵害其“合理的、可辨识的商业利益”为由，拒绝用《兰哈姆法》第43条a款提供保护。法院认为，如果赋予消费者以诉权，将会把《兰哈姆法》从反不正当竞争法扩展为一个无所不包的消

⑳ 前引⑫，博德维希主编书，第752页。

㉑ OFT, A quick guide to competition and consumer protection laws that affect your business, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284428/of911.pdf. 最后访问日期：2017年7月18日。

㉒ 前引⑫，博德维希主编书，第765-766页。

㉓ Peterson, The Legislative Mandate of Sears and Compco: A Plea for a Federal Law of Unfair Competition, 69 DICK. L. REV. 347, 371 (1965).

㉔ Derenberg, The Twenty-Fifth Year of Administration of the Lanham Trademark Act of 1946, 62 TRADE-MARK REP. 393, 493 (1972).

㉕ Germain, Kenneth B. (1973) "Unfair Trade Practices Under Section 43(a) Lanham Act: You've Come a Long Way, Baby, Too Far, Maybe?," Indiana Law Journal: Vol. 49 : Iss. 1 , Article 6.

㉖ Mutation Mink Breeders Ass'n v. Lou Nierenberg Corp., 23 F.R.D. 155, 161-62 (S.D.N.Y. 1959).

㉗ Florida v. Real Juices, Inc., 330 F. Supp. 428 (M.D. Fla. 1971).

㉘ Arnesen v. Raymond Lee Organization, Inc., 333 F. Supp. 116 (C.D. Cal. 1971).

㉙ Colligan v. Activities Club of New York, 442 F.2d 686 (2d Cir. 1971).

费者保护法,而这应该由国会来决定。^⑳

除了《兰哈姆法》第43条a款外,有学者提出,《联邦贸易委员会法》第5条不公平竞争方法条款,不仅仅是反垄断条款,也是规范不公平竞争行为的条款。^㉑例如在1934年的一起案件中,联邦最高法院支持联邦贸易委员会适用《联邦贸易委员会法》第5条的行为,认为一家企业利用博彩式营销方法面向儿童销售糖果的行为事实上刺激儿童进行赌博;该企业也从不愿采取这种应受谴责的营销方法的其他糖果经营者那里拉走了大量顾客,导致后者处于不利的竞争地位;加之不少州视赌博为刑事犯罪,可以说这种营销手段违反了公共政策。法院指出如果某种行为长久以来被普通法和刑事法视为违反公共政策,并且该行业中很大一部分人视其为不道德的,那么该行为基本上可以清楚地认定为“不正当的”。^㉒这种对违反公共政策及商业道德行为的规范,可以说是典型的反不正当竞争法。至于《联邦贸易委员会法》第5条的消费者保护功能更是显而易见。在另外一起案件中,联邦最高法院明确指出,该条款既保护竞争者,也保护消费者。^㉓

在美国,如果说联邦层面上反不正当竞争法与消费者保护法的关系在不同的法令中有着不同表现的话,那么在州一级,情况则很不相同,例如宾夕法尼亚州制定有《不正当商业行为及消费者保护法》(*Unfair Trade Practices and Consumer Protection Law*);^㉔依据加利福尼亚州《不正当竞争法》(*Unfair Competition Law*)提起的诉讼大多为消费者提起的私人诉讼。^㉕可以说,在这些州二者是融为一体的。

(四) 从当代反不正当竞争法与消费者保护法的应有关系看修法

从上述国家或者地区的法律历史发展来看,大致可以得出两个结论:第一,最早时期的反不正当竞争法聚焦于同业竞争者的利益,从维护善良风俗、良好的商业道德、公共政策出发,维护公平竞争的市场环境。消费者如果因此得益,也完全是一种“反射利益”即得益于公平竞争带来的良好市场环境,并非对消费者、特别是个体消费者的直接保护。第二,至少在相当多的国家或地区,其反不正当竞争法发展至今非常注重对消费者的保护,例如欧盟及德国。可以说在这些国家或者地区,反不正当竞争法已经成为广义的消费者保护法的重要组成部分。在美国和英国,这一说法在理论上也是可以成立的。所以有学者提出,现代反不正当竞争法在保护对象上存在着“三叠加”现象——同时保护竞争者、消

^⑳ Sara G. Serbin and George Baker, v. Ziebart International Corporation, Inc. and Ziebart corporation, sheilah Guarino, v. Sun Company, Inc., Sun Refining & Marketing Company, Robertmclements, Jr., David Zebley and Wells, Rich, Andgreene, Inc., 11 F.3d 1163 (3d Cir. 1993).

^㉑ Neil W. Averitt, The Meaning of "Unfair Methods of Competition" in Section 5 of the Federal Trade Commission Act, 21 B.C.L. Rev. 227 (1980). 转引自周樾平:《论我国〈反不正当竞争法〉的消费者保护功能》,载《竞争政策研究》2017年第2期。

^㉒ FTC v. R. F. Keppel & Bro., Inc., 291 U.S. 304 (1934). 在该判决书中,联邦最高法院还在一个注释中引用了立法时一位参议员回复对“不正当竞争”概念的批评时,提到需要建立贸易中的道德标准(a standard of morals in trade),并提到德国人毫不犹豫地禁止违反善良风俗(contra bonos mores)行为,并由法院来决定何种行为是违反良好道德的(good morals)。

^㉓ FTC v. Sperry & Hutchinson Co., 405 U.S. 233 (1972). 该判决书中的一个注释中,联邦最高法院提到了1938年《惠勒-李法》对《联邦贸易委员会法》第5条进行修正时的国会意图:“本修正案使得被不正当商业行为侵害的消费者与被不诚实竞争者用不正当方法侵害的经销商或制造商得到同样关怀。” See H.R. Rep. No. 1613, 75th Cong., 1st Sess., 3 (1937).

^㉔ PENNSYLVANIA UNFAIR TRADE PRACTICES AND CONSUMER PROTECTION LAW, https://www.attorneygeneral.gov/uploadedFiles/MainSite/Content/Consumers/Consumer_Protection_Law.pdf, 最后访问日期:2017年7月18日。

^㉕ Julia B. Strickland etc., 2015 ANNUAL OVERVIEW OF CALIFORNIA'S UNFAIR COMPETITION LAW AND CONSUMERS LEGAL REMEDIES ACT, <http://www.stroock.com/siteFiles/Publications/UCLAnnualUpdate2015.pdf>, 最后访问日期:2017年7月18日。

费者和公共利益。^{④④}

当然二者存在不同之处，例如，我国《消费者权益保护法》主要是权利保护法，而非行为规制法，侧重于保护消费者个体利益，而《反不正当竞争法》侧重于保护消费者整体利益。^{④⑤}消费者保护法作为“赋权法”与反不正当竞争法作为“行为法”的关系，某种角度看近似于知识产权法与反不正当竞争法的关系：消费者权利的维护不仅有赖于消费者依法行使自己的权利，也从反不正当竞争法对各种不正当竞争行为的禁止中获益。

就如何更好地处理二者间关系，理论界有不同看法，并直接影响到本次《反不正当竞争法》的修订。有学者指出：“从侵害对象来看，不正当竞争行为可以分为直接侵害竞争者的不正当竞争行为、直接侵害消费者的不正当竞争行为和直接侵害其他经营者（主要是交易相对人）的不正当竞争行为。……有关不正当竞争行为侵害对象的多元性的观点，在国际上已经取得了共识，我国《反不正当竞争法》对此也是持肯定态度的。”认为反不正当竞争行政执法机关有权依法制止那些直接损害消费者利益的不正当竞争行为，并在修订后的《反不正当竞争法》中赋予消费者团体代表消费者提起公益诉讼的权利。^{④⑥}在我国竞争法学界，类似主张将反不正当竞争法扩大到直接保护消费者的学者不在少数。^{④⑦}

对于上述扩大《反不正当竞争法》调整范围的提议，有学者批评道：这是典型的法律实用主义（法律工具主义）倾向。只有发生在竞争对手之间，并直接或间接损害了竞争对手利益，进而损害了正当竞争秩序的行为，才适合被认定为不正当竞争行为。“2016版修订稿将不正当竞争行为扩大到经营者损害消费者合法权益的行为，是一种因果颠倒的做法。”^{④⑧}对于这一颇有见地的批评意见，前文及有关学者的观点及论证对此已经有所回应。

除此之外，本文认为：（1）源自美国实用主义哲学的法律实用主义（法律工具主义）并不是一个不可接受的概念，法学界耳熟能详的霍姆斯、卡多佐、布兰代斯等大法官基于这种理念做出的判决，在各法律领域做出了创造性贡献，法律实用主义不是毁灭而是成就了如今的美国法治。（2）法律反映了一个国家或者民族的历史及文化，中国社会及文化传统不乏实用主义的因素，孔子“敬鬼神而远之”的言论以及后世儒家“经世致用”的观点就很能体现这一点。（3）技术经济的飞速发展带来剧烈的社会变革，要求身处其中的人们必须采取这一立场，也正因为如此，“中国新法律工具主义的出现与运用已成为主导法治建设进程的重要事实”。^{④⑨}（4）从比较法的角度来看，无论欧美都存在相对独立的消费者保护立法，但随着经济社会的发展几乎都赋予了其反不正当竞争法以保护消费者功能，个中缘由值得深思。当然最具比较意义的应该是我国台湾地区，目前有单行的“消费者保护规定”以及专门机关（“行政院消费者保护委员会”及地方的消费者保护官），也有将反不正当竞争法与反垄断法合二为一的“公平竞规定法”，该“规定”第24条作为一般条款禁止足以影响交易秩序的“欺罔”或“显

^{④④} 孔祥俊：《论反不正当竞争法的现代化》，载《比较法研究》2017年第3期。

^{④⑤} 前引^{③⑨}，周樾平文。

^{④⑥} 前引^{③⑨}，周樾平文。

^{④⑦} 参见王先林：《论反不正当竞争法调整范围的扩展——我国〈反不正当竞争法〉第2条的完善》，载《中国社会科学院研究生院学报》2010年第6期；前引^{③⑨}，郑友德等文。

^{④⑧} 焦海涛：《不正当竞争行为认定中的实用主义批判》，载《中国法学》2017年第1期。

^{④⑨} 焦海博：《美国工具主义法律观研究》，山东大学2012年博士学位论文，第151页。差不多可以算是反面的意见，可以参见柯岚：《罗纳德·科斯的法律经济学——兼谈理查德·波斯纳与非其所愿的中国法律实用主义》，载《东方法学》2013年第3期。

失公平”的行为。对此2002年公平交易委员会在“公平交易法第二十四条案件处理原则”中提出：关于“维护消费者权益”方面，则应检视系争事业是否系以其相对优势地位，利用“欺罔”或“显失公平”之销售手段，使消费者权益遭受损害，而合致“足以影响交易秩序”之要件，以为是否适用本条规定之判断准据。而实践中无论公平会还是法院，均在有关案件中确认了该第24条对消费者保护性质案件的适用。^⑩（5）“现代法律均为抽象规定，并从各种不同角度规律社会生活，故常发生同一事实符合数个规范之要件，致该数个规范皆得适用的现象，学上说称为规范竞合。”^⑪“规范竞合是现代社会常见的法律现象，它可以发生在不同法律部门的法律规范之间，也可以发生在同一法律部门内部的不同法律规范之间。”^⑫现代社会提出了许多需要法律应对的极为复杂的问题，立法者面对不同法律课题时看待问题、解决问题的思路及方法不一，当同一种行为出现在不同的法律课题之中时，就出现了规范竞合。就此来说反不正当竞争法与消费者保护法之间发生竞合，既不是难以理解的理论问题，也存在着大量海外实例，我国《反不正当竞争法》没有必要避之如虎蝎，关键在于有无必要。本文认为至少有两种必要的情形：一是借助反不正当竞争法一般条款的兜底效果加强对消费者保护；二是对于某些同时损害消费者和其他经营者的商业行为，如果认为对市场公平竞争秩序的破坏更为严重，则完全可以在《反不正当竞争法》中设定较之于《消费者权益保护法》更重的法律责任。

具体到反不正当竞争法的本次修订，《修订草案》第1条立法目的中提出“保护经营者和消费者的合法权益”，但后面第2条不正当竞争行为的定义、第20条民事责任等条款中完全忽视了消费者的存在。^⑬这意味着该草案仍是一部较为传统的反不正当竞争法，仅仅通过对正当竞争秩序的维持来保护消费者利益。但是从海外历史发展以及我国《反不正当竞争法》实施的经验来看，对于消费者利益的直接保护有其必要性。而且该草案第6条（市场混淆）、第8条（虚假宣传）、第11条（搭售）、第12条（有奖销售）、第14条（互联网不正当竞争）等条款所列不正当竞争行为，往往同时侵害了其他经营者和消费者利益，甚至消费者利益受损更为严重。这种情况下，在不法行为的认定过程中，是否以及在多大程度上侵害消费者利益应当成为一个重要的考量因素。事实上，我国司法及行政执法过去20多年的实践中，对消费者的侵害已经在不少案件中已经是判断是否构成不正当竞争行为的必要考虑因素。为了更好地避免此类不法行为、保护消费者合法权益，除了继续赋予行政机关对于上述侵害消费者利益的不正当竞争行为以执法权外，赋予消费者组织以诉权，是一个可行的办法。同时为了减轻企业界对于扩大诉讼资格的疑虑，可以对消费者组织提起的诉讼请求作出一定限制。有鉴于此，相关条款可做如下修订。

第2条第二款：本法所称不正当竞争行为，是指经营者违反前款规定，以不正当手段从事市场交易，损害其他经营者和消费者的合法权益，扰乱竞争秩序的行为。

第20条第三款（增加）：对侵害众多消费者合法权益的不正当竞争行为，中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会，可以向人民法院提起诉讼要求停止不正当竞争行为。

^⑩ 参见吴秀明：《竞争法研究》，台北元照出版公司2010年版，第46页。

^⑪ 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第1卷），中国政法大学出版社1998年版，第371页。

^⑫ 刘士心：《法规竞合论争分析与概念重构》，载《国家检察官学院学报》2002年第2期。

^⑬ 《修订草案》第20条规定：“经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事赔偿责任。经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。”尽管该条第一款用语为“他人”而非现行法中的“其他经营者”，但是结合该草案第2条及第20条第二款，事实上拒绝赋予消费者或者消费者团体依据该法起诉并获得赔偿的权利。

四、结 语

在与反不正当竞争法的关系方面,知识产权法和消费者保护法有着近似之处:它们都是“赋权法”,分别赋予知识产品的创造者和商品及服务的消费者以各种知识产权和消费者权利,这些权利的构成可以说是知识产权法和消费者保护法的核心内容。反不正当竞争法则不然,是典型的“行为法”,以各种不正当竞争行为的发现及制止为立法的目的,各种不正当竞争行为的罗列构成了其核心内容。由于各有侧重,导致我们不应该将其混为一谈;由于彼此间存在着大量的重合之处,这需要我们在修订《反不正当竞争法》时慎重决定究竟如何取舍。反不正当竞争法不仅需要知识产权法及消费者保护法所保护的项权利提供补充保护,也要保护市场竞争中那些客观存在、应予保护的利益,以及当上述权利及利益发生冲突时,提供衡量裁处的依据。“反不正当竞争法则需要在考量多种因素的基础上进行利益衡量,因而具有天然的灵活性和不确定性。”^④这是反不正当竞争法对保护合法存在的各种权利及利益带来的必然结果。我国《反不正当竞争法》的修订需要在充分认识其与知识产权法和消费者保护法关系的基础上,对有关条款予以调整。

Abstract: China's Law Against Unfair Competition is currently under revision. How it is related to the intellectual property law and the consumer protection law and how we should deal with such relationships directly affect the amendments to the relevant provisions of the law. On the one hand, it is inappropriate to regard the law against unfair competition just as a section of the intellectual property law. We should return to the classic understanding that the law against unfair competition provides supplementary protection for the intellectual property law, and thus rewrite its clause concerning the commercial conducts which mislead the market. On the other hand, the consumer protection law came from the modern consumer movement. The early unfair competition law did not protect the interests of consumers. But with the gradual evolution in history, the consumer has become a direct object for protection targeted by the consumer protection law. Therefore, this trend should also be reflected in the revision of the Law Against Unfair Competition.

Key words: law against unfair competition; intellectual property law; consumer protection law

[学科编辑: 倪 斐 责任编辑: 赵 嫻]

^④ 前引④, 孔祥俊文。