

反不正当竞争法的现代化及本土化

——《反不正当竞争法》修订的若干意见

李胜利

摘要:我国《反不正当竞争法》目前正在修订之中,需要很好地总结国际反不正当竞争法历史演化中显露的发展趋势以及我国在过去 20 多年实施过程中的经验,使该法得以现代化和本土化。据此,《反不正当竞争法》可以保留若干具有不正当性、多发于基层市场的限制竞争行为条款;为了更好地保护消费者利益,赋予消费者组织以诉权;合理设计一般条款并慎重对待其行政执行;统一不正当竞争行为的执法权;完善损害赔偿有关条款。

关键词:反不正当竞争法;立法宗旨;一般条款;行政执法权;损害赔偿

中图分类号:DF41

文献标识码:A

文章编号:1001 - 5019(2017)06 - 0138 - 10

基金项目: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)

作者简介:李胜利,安徽大学法学院暨经济法研究中心教授,博士生导师,法学博士(安徽合肥 230601)。

《反不正当竞争法》在中国经济法发展过程中有着特殊意义。其立法动议源于经济体制改革取得重大进展的 20 世纪 80 年代,颁行于我国确立社会主义市场经济体制的改革目标后不久的 1993 年。该法的制定既有我国市场经济发展到相当程度但仍有诸多障碍、市场竞争逐渐激烈因而需要更加明确的竞争规范以确保竞争机制良性运作的内在因素,也有以美国为首的西方发达国家要求中国加强保护其知识产权的外来因素。如此种种,共同造就了 1993 年的法律文本。此后 20 多年的实施过程中,针对暴露出的问题,国家工商总局、最高人民法院发布的各项法律性文件,有关行政执法机关和人民法院对该法的具体应用与实施,以及有关学者的理论研究,不断推动我国反不正当竞争法的发展。2016 年 2 月国务院法制办公布《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》(本文以下简称为 2016 年《送审稿》) 2017 年 2 月全国人大常委会审议《反不正当竞争法(修订草案)》(本文以下简称为 2017 年《修订草案》),

意味着该法的修订已经进入最后阶段。但无论理论界还是实务界仍存在不少分歧,本文不揣浅陋,拟从国际反不正当竞争法的发展看其现代化,从我国过去 20 多年实施经验看其本土化,并就若干条款的修订一抒浅见。

一、从国际经验看 反不正当竞争法的现代化

(一) 有关国际条约及区域性规则中反不正当竞争法

从全球范围来看,反不正当竞争法至少有 100 多年的历史。1883 年《保护工业产权巴黎公约》没有涉及不正当竞争问题,1900 年布鲁塞尔会议将制止不正当竞争纳入《巴黎公约》,1925 年海牙会议则进一步提出了不正当竞争的定義,即违反诚实商业习惯的竞争行为,并明确两种不正当竞争行为——仿冒和诋毁,1958 年里斯本会议增加了误导行为。该条约不但奠定了工业产权国际保护的基础,直到今天都是

“反不正当竞争法在国际层面的主要来源”^①。为了实施该条约,不少国家都制定了自己的反不正当竞争法或者通过某种方式引入不正当竞争规则,如意大利、匈牙利、日本、韩国、加拿大和巴西等国。

1995年生效的TRIPs协议是第二部国际规则,在商业秘密(未披露信息)保护和地理标志保护两个方面拓展了国际反不正当竞争规则。

作为区域一体化组织典型的欧盟,其反不正当竞争规则也具有很强的国际影响力。在确保内部市场自由流通及公平竞争的目标下,欧洲法院出台了多个重要判决,欧盟委员会也发布了多个指令,包括被视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),以及《误导和比较广告指令》(2006/114/EQ)、《保护商业秘密指令》(2016/943)等。其中,《不正当商业行为指令》适用于经营者与消费者之间的商业行为,包括一个重大一般条款(第5条第一款,禁止所有的不正当商业行为),两个小型一般条款(第6条和第7条分别禁止积极误导和遗漏误导,第8条禁止压迫型商业行为),以及一个黑名单(即附录一,列出多达31种在任何情形下均应被禁止的商业行为)。《误导和比较广告指令》旨在保护经营者不受误导广告侵害。值得注意的是“经营者不一定是竞争者”^②。

(二) 法德反不正当竞争法

最早提出不正当竞争概念的法国,其反不正当竞争法很大程度上被看作是判例法。19世纪中期法院根据《民法典》民事责任一般条款逐步形成了关于“违反诚实的商界所实行的习惯做法”的行为理论。“传统上,所谓不正当竞争意味着,商人采取‘滥用’的手段,转移或试图转移与其在相同领域内从事经营活动的另

一商人的顾客群体”,包括:贬低竞争对手、故意制造混淆、搞乱竞争对手企业的组织(窃取、泄露竞争对手的商业秘密、不正当地拉走竞争对手员工以及其他搞乱竞争对手商业活动与商业方法)等违反职业习惯的行为^③。但是随着时间的推移,对于那些不会引起顾客群体转移的诸如发生在不同工商业领域的“寄生性经营活动”以及免费赠送的商业促销活动、具有某种虚假因素的降价招引顾客行为、某些人避开商人受到的限制而从事商业行为等扰乱整体市场的行为,按照传统的不正当竞争理论很难解决,由此引起不正当竞争的范围扩张,法院也开始依据《民法典》1382条实行制裁,甚至在某些案件中判处损害赔偿^④。反不正当竞争诉讼的目的不仅仅限于保护商人,也是为了保护消费者^⑤。由上可知,作为典型的成文法国家的法国,通过判例最早提出了反不正当竞争问题,并随着经济社会发展逐步扩展了“不正当竞争”的范围。

更具影响力的是德国法。德国1896年《反不正当竞争法》是世界上第一部针对不正当竞争的专门立法,为的是解决两年前制定的《商标法》未能解决的市场竞争秩序混乱问题^⑥。面对层出不穷的新问题,该法对不正当竞争行为的列举难以达到维护市场秩序的目的,因而在1909年被全新的《反不正当竞争法》(UWG)所取代。新法最大变化就是增加了以“善良风俗”为核心的一般条款作为第一条。该法“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1条规定了三重目标:保护竞争者、消费者和公共利益。尽管之前根据一般条款判例确定的不正当竞争行为类型化后写入了新法,并且引入了欧盟

① [德]博德维希主编《全球反不正当竞争法指引》,黄武双、刘维、陈雅秋译,北京:法律出版社,2015年,第16页。

② [德]博德维希主编《全球反不正当竞争法指引》,第76页。

③ [法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,北京:法律出版社,2004年,第911~915页。

④ [法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),第921~926页。

⑤ [法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),第919页。

⑥ 我国台湾地区学者吴秀明认为该《商标法》最早对不正当竞争行为予以立法规范,1896年《反不正当竞争法》则是第一个专门以规范不正当竞争为目的的立法。参见吴秀明《竞争法研究》,台北:台湾元照出版公司,2010年,第14页。

⑦ [德]博德维希主编《全球反不正当竞争法指引》,第286页。

《不正当商业行为指令》中多达31项的不正当竞争行为黑名单,但是一般条款仍然存在,即该法第3条“如果一种商业行为损害竞争者、消费者或者其他市场参与者的利益,则此行为构成不法。”该法与德国《反限制竞争法》(即其反垄断法)之间存在交叉,诸如联合抵制、歧视、掠夺性定价等行为可能同时违反反垄断法和反不正当竞争法^①。

(三) 英美反不正当竞争法

尽管英美反不正当竞争法有相同的渊源,均源于英国普通法,但是二战后双方却渐行渐远。由于英国1973年正式加入欧共体,其法律制度不可避免地受到欧共体法的影响及约束,所以有学者提出,由于大量欧共体立法被转化为国内法,英国在竞争法方面的重大进展往往都是通过制定法取得的,一般跟普通法特别是侵权法没什么关系^②。究其反不正当竞争法,2008年《保护消费者免受不正当交易规则》和《保护经营者免受误导营销行为规则》分别是为了实施欧盟《不正当商业行为指令》和《误导与比较广告指令》^③,前者旨在保护消费者,后者旨在保护经营者,“但两部法律都不可避免地惠及两类团体”^④。

在美国,商业中不正当竞争行为的规范方面存在着大量联邦及各州判例及成文法。1946

年《兰哈姆法》第43条a款被公认为联邦反不正当竞争法的主要渊源。尽管有过允许消费者据以起诉的判例^⑤,也有学者认为其已经超越了传统的仿冒之诉而成为消费者保护的工具体^⑥,但较为普遍的看法是,该条款仅仅是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,该条款不是消费者保护法^⑦。另一项制定法《联邦贸易委员会法》第5条被认为不仅仅是反托拉斯条款,同时也具有反不正当竞争的功能^⑧。该法于1938年被《惠勒-李法》修正。该修正案的国会支持者指出“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。”^⑨反不正当竞争法与消费者保护法之间的融合在不少州表现得更为明显,例如宾夕法尼亚州有《不正当商业行为及消费者保护法》^⑩,依据加利福尼亚州《不正当竞争法》起诉的大多为消费者提起的私人诉讼^⑪。

(四) 小结

通过对有关反不正当竞争法的国际条约及主要国家法制发展的简要回顾,笔者认为可以得出如下结论:

第一,反不正当竞争法的产生与工业产权

① Hanns Ullrich, *Anti - Unfair Competition Law and Anti - Trust Law: A Continental Conundrum?*, *EUI Working Paper Law*, no. 1, 2005, pp. 35 - 36.

② Simon Deakin, Angus Johnston, Basil Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law* (6th Edition), Oxford University Press, 2007, p. 603.

③ 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, 2017-07-26.

④ [德]博德维希主编《全球反不正当竞争法指引》,第752页。

⑤ *Arnesen v. Raymond Lee Organization, Inc.*, 333 F. Supp. 116 (C. D. Cal. 1971).

⑥ *Derenberg*, *The Twenty - Fifth Year of Administration of the Lanham Trademark Act of 1946*, *Trade - Mark REP*, no. 62, 1972, pp. 393, 493.

⑦ See *Germain*, Kenneth B., *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, 1973; also see *Colligan v. Activities Club of New York*, 442 F.2d 686 (2d Cir. 1971); *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).

⑧ *FTC v. R. F. Keppel & Bro., Inc.*, 291 U.S. 304 (1934).

⑨ See H. R. Rep. No. 1613, 75th Cong., 1st Sess., 3 (1937).

⑩ *Pennsylvania Unfair Trade Practices and Consumer Protection Law*, https://www.attorneygeneral.gov/uploadedFiles/MainSite/Content/Consumers/Consumer_Protection_Law.pdf, 2017-07-27.

⑪ *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>, 2017-07-27.

保护有直接关系,此后范围开始扩张,逐渐获得独立地位。二战后随着消费者运动的发展,该法往往同时被赋予消费者保护功能。对许多学者及执法、司法机构而言,当代的反不正当竞争法远非竞争者保护法,而是直接以经营者、消费者和公共利益作为保护对象,通过公平竞争秩序的维护来达到这一目标。或许这就是从国际层面来看反不正当竞争法现代化的一个根本性标志。

第二,另一个明显的发展趋势可以从德国及欧盟反不正当竞争法的演进中看出,即对新型不正当竞争行为进行类型化、具体化,同时坚持一般条款的兜底保护功能。由于不正当竞争行为“与时俱进”,导致反不正当竞争法无法固守传统的几种不法行为,必须依靠一般条款来应对新的市场挑战。在相关新型不正当竞争行为的判例累积到一定程度,足以完成类型化时,需要及时将其固定为成文规则,以增加法律的确定性。

第三,反不正当竞争法与反垄断法之间存在重合之处。反托拉斯法或者说反垄断法最早产生于美国,其1890年《谢尔曼法》是纯粹的反垄断法,但1914年《联邦贸易委员会法》因其第5条的存在,导致该法有了规范不正当竞争行为的可能性,之后该法的实施及1938年修法则将可能性化为现实,尽管相比反托拉斯执法,反不正当竞争只能算是FTC的“副业”。比起反不正当竞争法,欧陆国家反垄断法起步较晚(一般二战之后),二者有不同的法律渊源,但其间界限远非泾渭分明,存在交叉重合之处。

二、从我国20多年实施经验看 反不正当竞争法的本土化

我国《反不正当竞争法》自1993年颁行以来,已经产生了数十万件行政执法及司法案件,有力地维护了市场公平竞争秩序,为我国社会主义市场经济体制建设提供了法治保障。这些案件中出现了不少值得研究的问题,各级人民法院和工商行政管理机关为了解决案件争议做出了巨大努力,最高人民法院和国家工商总局也发布了一些法律文件对全国范围内的法律实施进行引导、规范。

(一) 司法经验

从海外来看,反不正当竞争法基本上都带有“判例法”的色彩,无论大陆法系国家还是英美法系国家均是如此,可以说这是一个具有共性的现象。我国法院系统在过去20多年里受理了成千上万的不正当竞争案件,碰到了许多疑难问题,通过法官对法律的理解,在个案中对《反不正当竞争法》的适用存在不少创新之处,也为如今的法律修改提供了宝贵经验。

其中最为重要的首推2007年2月1日起实施的最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(法释〔2007〕2号)(本文以下简称为《解释》)。《解释》共19条,根据之前司法实践中的做法,分别对市场混淆、虚假宣传、侵犯商业秘密等行为以及一审案件管辖等问题,就《反不正当竞争法》的适用问题予以阐明、细化。值得注意的是,该《解释》比起2005年11月18日最高人民法院在中国法院网全文公布的《关于审理不正当竞争民事纠纷案件适用法律若干问题的解释(征求意见稿)》总计42个条款有了大幅缩减,显示出最高人民法院的慎重态度。

在《解释》出台之前,为了更好地适用《反不正当竞争法》,法院系统已经有过若干尝试。例如,就不正当竞争案件的损害赔偿,尽管该法第20条提供了两种赔偿数额计算方法,但实践中仍难以应用,为此最高人民法院在《关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》(法〔1998〕65号)中提出了根据案件情节在5000元至30万元之间予以法定赔偿的方法;又如,北京市高级人民法院印发《关于审理反不正当竞争案件几个问题的解答(试行)》(〔1998〕73号),就北京市各级法院审理不正当竞争案件遇到的疑难问题提出规范意见,对仿冒知名商品行为的界定、对政府及其所属部门的不正当竞争行为、引人误解的虚假宣传的诉讼主体资格、商业秘密保护,以及不正当竞争行为是否以“损害后果”为构成要件等问题提出解答。《解释》出台之后,最高人民法院《关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2008〕3号)、《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷

案件应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕3号)等法律文件也就有关问题做了进一步明确。

除了上述法律文件外,各级人民法院在个案裁决中对《反不正当竞争法》有关条款进行了发展。如“海带配额”案【(2009)民申字第1065号】中,最高人民法院阐明了适用反不正当竞争法一般条款认定不正当竞争行为的条件与标准;在双环汽车与本田确认不侵害专利权、损害赔偿纠纷案【(2014)民三终字第7号】中,最高人民法院指出,专利权人于侵权认定作出前发送侵权警告维护自身权益的行为,不构成不正当竞争,但侵权警告的发送应限于合理范围,并善尽注意义务;在奇虎与百度不正当竞争纠纷再审案【(2014)民申字第873号】中,最高人民法院指出,安全软件服务提供商在缺乏合理性与必要性的情况下,未经许可对他人搜索结果实施的干扰行为,构成不正当竞争;被最高人民法院作为十大创新性知识产权案例的百度等与奇虎等不正当竞争纠纷上诉案【北京市高级人民法院(2013)高民终字第2352号】中,二审判决书中确立了互联网产品或服务在竞争中应当遵守非公益必要不干扰原则;等等。

(二) 行政执法经验

作为《反不正当竞争法》主要行政执法部门的工商行政管理机关,出台了不少部门规章和其他规范性文件。其中颇有值得总结之处。

专门为了执行《反不正当竞争法》而制定的部门规章主要有《关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》(1993年国家工商行政管理局令第19号),《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》(1993年国家工商行政管理局令第20号),《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》(1995年国家工商行政管理局令第33号),《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》(1995年国家工商行政管理局令第41号公布、1998年国家工商行政管理局令

第86号修订),《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》(1996年国家工商行政管理局令第60号),《关于禁止串通招标投标行为的暂行规定》(1998年国家工商行政管理局令第82号),等等。

至于国家工商总局为解答各地工商机关执法活动中遇到的疑难问题所做的答复等规范性、政策性文件,则有数十项之多,对多个法律条款的适用进行了明确。例如,在《关于对〈反不正当竞争法〉第五条第(四)项所列举的行为之外的虚假表示如何定性处理问题的答复》(工商公字〔2007〕220号)中,将该法第5条对知名商品特有的名称、包装、装潢的保护扩张到非相同、非类似商品上;在《关于抽奖式有奖销售认定及国家工商行政管理局对〈反不正当竞争法〉具体应用解释权问题的答复》(工商公字〔1998〕143号)和《关于商业银行等金融企业不正当竞争管辖权问题的答复》(工商公字〔2008〕7号)等文件中,提出工商机关有权查处证券公司、金融机构的不正当竞争行为;在《关于〈反不正当竞争法〉第二十三条和第三十条“质次价高”、“滥收费用”及“违法所得”认定问题的答复》(工商公字〔1999〕313号)和《关于〈反不正当竞争法〉第二十三条滥收费用行为的构成及违法所得起算问题的答复》(工商公字〔1999〕310号)中,就该法行政处罚的有关问题予以释明。

(三) 小结

我国人民法院和工商机关在过去20多年司法及执法过程中,至少在如下方面有了一定共识:第一,对于“经营者”的扩张理解。在一系列司法及行政处罚案件中,公立学校^①、作家^②等被认定为《反不正当竞争法》中的“经营者”,尽管这些主体与“从事商品经营或者营利性服务”的法条字面意思有明显不同;第二,对竞争关系的扩张理解。在小拇指案(指导案例30号)中,法院指出,《反不正当竞争法》并未

① 参见中国药科大学诉福瑞科技公司不正当竞争纠纷案,南京市中级人民法院(2004)宁民三初字第219号《国家工商行政管理局对保险公司借助学校强制保险行为定性处罚问题的答复》(工商公字〔2001〕第211号)。

② 王跃文诉叶国军、王跃文、北京中元瑞太国际文化传播有限公司、华龄出版社著作权侵权、不正当竞争纠纷案,湖南省长沙市中级人民法院(2004)长中民三初字第221号。

要求经营者之间具有直接竞争关系^①;第三,一般条款的必要性。在相当比例的不正当竞争案件中,法院都单独援引《反不正当竞争法》第2条作为判决依据,事实上将该条作为一般条款予以运用。面对多变的不正当竞争行为,工商机关也充分肯定一般条款的作用,对获得一般条款执法权有很高的呼声。

当然,行政机关与司法机关就《反不正当竞争法》的理解亦有不一致之处。例如《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条提出“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。”但《解释》则明确提出“原告应当对其商品的市场知名度负举证责任。”应当说《解释》中的立场更加合理。又如工商机关在金融领域的执法权问题,工商总局至少在三个批复中肯定工商机关对于信用社、商业银行等金融机构不正当竞争行为的管辖权^②,而最高人民法院至少在两个批复中坚持认为应当由银行业监督管理机构行使包括银行业虚假宣传在内的不正当竞争行为的监管权^③。双方立场明显对立,表面上是对《反不正当竞争法》与《商业银行法》等有关条款的理解不同,实质上则是对包括金融市场在内的有关专业市场及其监管能力的不同认识。上述两个不一致中,如果说司法与行政的第一个分歧属于细枝末节,那么第二个分歧需要从根本上统一认识,并从立法层面予以解决。

三、从现代化及本土化看 《反不正当竞争法》有关条款之修订

(一)《反不正当竞争法》立法宗旨的实现

《反不正当竞争法》第1条立法宗旨在2016年《送审稿》和2017年《修订草案》中没有

任何改变,但仍有两个相关问题需要进一步讨论,以便为后面具体条款的修改奠定基础。

1. 该法“鼓励和保护公平竞争”与我国《反垄断法》第1条中“保护市场公平竞争”的关系

传统上来说,一般认为《反不正当竞争法》保护经营者之间的公平竞争关系,反对各种不正当的竞争行为;《反垄断法》保护市场上的自由竞争,反对各种垄断及限制竞争行为,所以才会有反不正当竞争法与反垄断法的分别立法。我国也是此种立法体例。本次修法中,较为一致的看法是应该把所有属于反垄断法部分的条款移除。因此2016年《送审稿》第6条滥用相对优势地位条款、第12条串通招投标条款以及2017年《修订草案》第11条搭售条款受到学界较为一致的批评,认为这些典型的限制竞争行为应该由《反垄断法》来调整。

由于我国已经确立了两法并行的竞争立法体例,所以让反不正当竞争条款与反垄断条款各安其位的设想当然值得赞许,但是值得思考的是,不正当竞争行为与垄断行为之间是否真的存在明显界限?《反不正当竞争法》与《反垄断法》之间应否做到泾渭分明?本文持否定态度。第一,混淆、商业贿赂、侵犯商业秘密等不正当竞争行为固然与垄断无关,但有奖销售真的无关企业的市场地位吗?经营者集中一般不会有悖于公认的商业道德,但是联合抵制等垄断协议与“以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品”等滥用市场支配地位行为,是否有悖于公认的商业道德?从概念本身来说,“滥用”一词足以说明此类行为的不公平、不正当性。不正当竞争也往往被认为是经营者滥用权利的行为。作为市场竞争手段,本

^① 兰建军、杭州小拇指汽车维修科技股份有限公司诉天津市小拇指汽车维修服务有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案(第30号指导案例,最高人民法院审判委员会讨论通过,2014年6月26日发布)。该判决书原文提出“反不正当竞争法并未限制经营者之间必须具有直接的或具体的竞争关系,也没有要求经营者从事相同行业。反不正当竞争法所规制的不正当竞争行为,是指损害其他经营者合法权益、扰乱经济秩序的行为,从直接损害对象看,受损害的是其他经营者的市场利益。”

^② 参见国家工商行政管理局《关于信用合作社限定贷款人购买其指定经营者的商品的行为定性处理问题的答复》(工商公字(1997)第170号)、国家工商行政管理局《关于信用合作社强制贷款人交纳股金行为定性处理问题的答复》(工商公字(2000)第168号)、国家工商行政管理总局《关于商业银行等金融企业不正当竞争管辖权问题的答复》(工商公字(008)7号)。

^③ 参见最高人民法院《关于工商部门对农村信用合作社的不正当竞争行为是否有权查处问题的答复》(〔2005〕行他字第10号)、最高人民法院《关于银行业虚假宣传的不正当竞争行为的处罚权由银监部门还是工商部门行使问题的答复》(〔2009〕行他字第17号)。

文以为这两个“滥用”在理论上不存在本质差别。第二,从海外竞争法制经验来看,无论德国还是美国,都难以把竞争法的两个部分截然分开,根本原因就在于不正当竞争行为与垄断或者限制竞争行为之间存在交叉重叠之处。第三,从实用主义立场出发,由于《反垄断法》严重依赖行政执法,而且执法权高度集中于中央层面,对串通招投标等多发于基层市场的不法行为的监控难免有鞭长莫及之感。在《反垄断法》修订尚需时日、反垄断执法权难以下放的情况下,把一些多发于基层市场、具有较为明显的正当性、直接侵害消费者及其他经营者利益的垄断及限制竞争行为置于《反不正当竞争法》之中,使之受到地方竞争执法部门的就近、及时监管,是符合现实需要的。

基于上述理论及实际需要,本文认为2016年《送审稿》中的滥用相对优势地位条款^①、串通招投标条款可以考虑予以保留。

2.《反不正当竞争法》应否及如何保护消费者

该法第1条提出要“保护经营者和消费者的合法权益”,下面具体制度设计方面对经营者利益保护体现的较为明显,但是对消费者合法权益的保护却体现不够。该法第2条关于不正当竞争定义条款中仅仅提到“损害其他经营者合法权益”,2016年《送审稿》将其扩张为“损害其他经营者或者消费者的合法权益”,但2017年《修订草案》却又“恢复原状”。该法第20条损害赔偿条款中仅赋予“被侵害的经营者”以诉权,2016年《送审稿》将其扩张为受到不正当竞争行为侵害的“经营者或者消费者”,但2017年《修订草案》却又回归现行制度。显然有关方面对此极为谨慎,可能觉得通过对公平竞争秩序的维护来达到保护消费者合法权益的立法目的已经足够。由此看来,无论《反不正当竞争法》还是2017年《修订草案》,都是前现代化的反不正当竞争法。

本文认为:第一,从海外反不正当竞争法发展历程来看,该法已经从最初的竞争者保护法逐渐扩张,开始对消费者的直接保护,无论欧美均是如此。20世纪60年代席卷全球的消费者运动之后,这一趋势更加明显^②。因此,中国《反不正当竞争法》的修订应该体现这一历史趋势;第二,从我国司法及执法经验来看,不少不正当竞争行为的认定必须考虑到消费者因素,《反不正当竞争法》第5条规范的市场混淆、第9条规范的虚假宣传等行为,对消费者利益的侵害甚至有过于经营者,加强该法对于消费者的直接保护符合现实需要;第三,现行法及2017《修订草案》拒绝赋予消费者以诉权的可能担心是诉讼泛滥。鉴于消费者的人数众多,这一担心是有道理的,因此可以对有关制度进行折中、谨慎的设计。

基于以上认识,本文认为,为了更好地体现保护消费者合法权益的立法目的,该法第2条的修改应回归到2016年《送审稿》,即不正当竞争是指“损害其他经营者或者消费者的合法权益”的行为;同时在民事责任条款中赋予具有法定资格的消费者组织以诉权,但限定其请求权为“停止不正当竞争行为”,而不包括损害赔偿请求权。

(二)《反不正当竞争法》一般条款问题

无论英美法国家还是大陆法国家,反不正当竞争法差不多都可以说是“判例法”——英美基于传统的仿冒之诉(passing off)发展出内容丰富的制止不正当竞争判例体系,法国、德国、奥地利、瑞士等典型的成文法国家则是通过一般条款的司法运用,发展出了自己的不正当竞争判例法。长期以来一般条款在反不正当竞争法中处于核心地位,这与市场中不正当竞争行为不断“推陈出新”有关,也与不正当竞争行为的分散化有关^③。因此,尽管各国学者尽力对已有判例进行总结归纳,力图从中归类出若干新的不正当竞争行为并使之成文化,也还

^① 关于这个问题的进一步阐述,可以参见戴龙《滥用相对优势地位的法律规制研究——兼议〈反不正当竞争法(修订草案送审稿)〉第6条的修改》,《中国政法大学学报》2017年第2期。

^② 从理论上来说,无论反垄断法还是反不正当竞争法,都可以视为现代消费者保护法体系的有机组成部分。

^③ 孔祥俊教授称之为不正当竞争“行为类型松散聚合性”。参见孔祥俊《论反不正当竞争法的新定位》,《中外法学》2017年第3期。

是难以完全取代一般条款。最为典型的就欧盟《不正当商业行为指令》,其在以附录“黑名单”列出多达31种不正当竞争行为外,仍然保留了三个一般条款。由此可见反不正当竞争法一般条款的重要性。

笔者向来认为,由于欠缺必要的构成要件,以及授予司法及行政机关如此之大的自由裁量权属于立法政策,我国《反不正当竞争法》中不存在真正意义上的一般条款。实践中各级人民法院对于该法第2条第一款、第二款(或者加上第1条)的运用,本质上应该是对法律基本原则的运用^①。当然由于理论界和实务界近乎一致地认定这是对一般条款的应用,本文不再纠结于其名义。

鉴于一般条款不可缺失,如何在修法时更好地予以设计,可以说是本次《反不正当竞争法》修订成功与否的关键之一。对此,2016年《送审稿》第2条^②和2017年《修订草案》第2条^③分别对原条款进行微调,尽管仍与具有明确构成要件的一般条款有一定差异,但根据我国立法习惯及之前法院实践,应当不会产生太大争议。其中2017年《修订草案》通过第二款中“违反前款规定”的用语,在不正当竞争的判断中直接引入公平、诚信原则,公认的商业道德等因素,可以说是更好的处理方式。

但是上述修改仍然只有司法机关可以适

用。对于行政机关应否以及如何执行一般条款,不少学者予以肯定并提出自己的对策建议^④。2016年《送审稿》第14条^⑤和2017年《修订草案》第15条^⑥以兜底条款的形式出现,意图解决行政机关依据该条款认定新型不正当竞争行为的问题。但仍有一个突出问题需要解决:依据2017年《修订草案》第15条,新型不正当竞争行为的认定需要“报国务院决定”,则该行政决定当事人利益如何保护就很成问题。尽管我国《行政复议法》和《行政诉讼法》均未明文排除对国务院行政决定的这两类救济途径^⑦,但实践中尚无先例,根据我国国情,近期也难以看到其落实前景。如果这样,就在事实上剥夺了当事人获得法律救济的基本权利,显然不合情理与法理。如果该条规定的目的是要求国家工商总局自行或者会同国务院其他有关部门研究提出方案,征询国务院意见后以自己名义作出决定,则形式上保留了当事人获得行政救济的权利,但实质上也是于事无补。因此,如果说需要授权行政机关执行一般条款,那么还是应该回到2016年《送审稿》中提出的方案,即“由国务院工商行政管理部门认定”。

当然,最为合理的做法是仍然不授权行政机关执行一般条款,让其专心执行各项明确具体的不正当竞争条款。原因在于行政权具有主动性、扩张性,对市场的干预已经令很多市场主

^① 具体论证详见李胜利《论〈反不正当竞争法〉中的“一般条款”》,《安徽大学法律评论》2004年第2期。类似观点亦可参见郑友德、范长军《反不正当竞争法一般条款具体化研究——兼论〈中华人民共和国反不正当竞争法〉的完善》,《法商研究》2005年第5期。

^② 2016年《送审稿》第2条“经营者在经济活动中,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。本法所称的不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者或者消费者的合法权益,扰乱市场秩序的行为。本法所称的经营者,是指从事或者参与商品生产、经营或者提供服务(以下所称商品包括服务)的自然人、法人和其他组织。”

^③ 2017年《修订草案》第2条“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。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,损害其他经营者的合法权益,扰乱竞争秩序的行为。本法所称经营者,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)的自然人、法人和其他组织。”

^④ 可参见王先林《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》,《中国社会科学院研究生院学报》2010年第6期;周樾平《反不正当竞争法一般条款行政实施研究——以裁量权的建构为中心》,《现代法学》2015年第1期等。

^⑤ 2016年《送审稿》第14条“经营者不得实施其他损害他人合法权益,扰乱市场秩序的不正当竞争行为。前款规定的其他不正当竞争行为,由国务院工商行政管理部门认定。”

^⑥ 2017年《修订草案》第15条“对经营者违反本法第二条规定,且本法第二章第六条至第十四条和有关法律、行政法规未作明确规定,严重破坏竞争秩序、确需查处的市场交易行为,由国务院工商行政管理部门或者国务院工商行政管理部门会同国务院有关部门研究提出应当认定为不正当竞争行为的意见,报国务院决定。”

^⑦ 亦有学者认为“《行政复议法》和《行政诉讼法》将国务院的具体行政行为排除在行政复议或者行政诉讼范围之外。”参见邹爱华《被征收人土地征收救济困难困境及其对策——以国务院土地征收决定权为视角》,《国家行政学院学报》2012年第1期。

体心存畏惧。2017年《修订草案》将依据一般条款来决定是否构成不正当竞争的权力交给国务院,应当说也是考虑到这一现实。鉴于我国一直存在着强大的国家干预传统,行政权力的行使也一直未能得到很好控制,政府在与市场的关系中处于强势地位,对极具弹性和扩张性的一般条款的行政执行理应慎重。而司法权的被动性特质,在很大程度上可以减轻或避免市场的担心。

另外,上述条款中的一个关键性概念——“经营者”的问题,本来在2016年《送审稿》中已经得到解决,但2017年《修订草案》中又恢复了对服务的“营利性”要求,令人费解。如前所述,我国人民法院和工商机关在处理不少案件时均面临“营利性”的障碍,为此采用种种方法来迂回论证,使之符合《反不正当竞争法》中“营利性服务”的要求。实践证明这一限制没有必要,而且也不符合现代反不正当竞争法更为宽泛保护目标的现状及发展趋势。鉴于我国《反垄断法》第12条没有对服务“营利性”的要求,而且多年实践中也没有因此引发任何争议,为了保持竞争法体系的统一,理应去除该“营利性”要求。

(三) 关于行政执法权的统一

根据《反不正当竞争法》第3条第二款,县级以上工商机关有权依法查处不正当竞争行为,但是由于该条款后半句“法律、行政法规规定由其他部门监督检查的依照其规定”,导致过去20多年里工商机关不正当竞争执法权逐步被蚕食,形成了如今九龙治水的局面。2017年《修订草案》基本沿袭了原有规定。

这一格局的形成应当说不利于社会主义市场经济体系建设。毕竟市场机制发挥作用首先要求有统一市场,包括统一的市场规则。如果不同的市场领域有不同的公平竞争规则,就极有可能扭曲不同领域间的资源配置,也会造成某些领域中的经营者和消费者无法得到其理应得到的保护。其危害不可谓不大。

当然,如果不同行政机关之间能够做到统

一执法尺度,执法权分散问题倒也不大。但是,从海外有关经验教训来看,不同执法机关之间往往因为种种原因很难达到统一,甚至连执法协调都很难做到^①。更为现实的是,由于长期以来存在“部门立法”现象,导致有关行政主管部门(即业务管理部门)的利益在某些法律中得到最大体现;而这些业务管理部门又与其管理对象有着千丝万缕的联系,甚至是利益关系,导致不少专业领域(市场)的一切执法权均授予了这些业务管理部门,从而将这些领域不正当竞争执法权从工商机关转移至业务管理部门,实质性地弱化了这些领域的不正当竞争执法,最终不利于该领域公平竞争秩序的维持及经营者、消费者利益的保护。

因此,从过往执法实践经验来看,2016年《送审稿》第3条第二款^②授予工商部门以统一的不正当竞争执法权,是更为合理的方案。

(四) 关于损害赔偿制度等的完善

1. 关于赔偿数额的计算方式

2017年《修订草案》第20条第一款仅规定“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”,没有像现行法律第20条那样明确了实际损失、侵权利润以及维权合理费用的计算方式。鉴于不正当竞争行为造成的损失很多时候难以举证、难以计算,多种方法可供选择更有利于受损害人维权,因此本文建议还是回归现行法律。

2. 关于法定赔偿

由于不正当竞争案件中原告方损失很多时候难以查清,实践中人民法院早就引入了法定赔偿,即在原告方所受实际损失和被告方所获侵权利润均难以查清的时候,根据侵权行为的情节判决给予5000元至30万元的赔偿。这一方式源于知识产权法,近年来不正当竞争案件中也有广泛运用,应当说是一项值得汲取的经验。建议未来《反不正当竞争法》的损害赔偿条款参照三大知识产权法的类似规定,并考虑到与其协调,增加给予100万元以下法定赔偿

^① 这方面讨论可参见李胜利《美国反托拉斯执法机构的执法冲突和协调及其启示》,《法商研究》2014年第2期。

^② 2016年《送审稿》第3条第二款“县级以上人民政府工商行政管理部门对不正当竞争行为进行监督检查;其他法律、行政法规另有规定的,相关部门也可以依照其规定进行监督检查。”

的条款。

3. 关于惩罚性赔偿

《商标法》第 63 条规定,对恶意侵犯商标专用权,情节严重的,可以给予一倍以上三倍以下的惩罚性赔偿。目前正在进行的《专利法》《著作权法》修改也有这种动议。应当说对于恶意侵权并造成严重后果的不正当竞争行为,允许受损害人请求惩罚性赔偿,有其合理性与必要性。但是鉴于不正当竞争案件中,损害赔

偿数额的认定本就非常困难,在赔偿基数难以确定的情况下,多倍赔偿究竟能产生多大意义值得怀疑。更为现实的做法是提高法定赔偿的上限。

4. 与民事责任追究有关的措施

参照我国三大知识产权法,应当增加规定,允许不正当竞争案件的原告方起诉前向民法院申请临时禁令、财产保全措施和证据保全措施等。

Modernization and Localization of Law against Unfair Competition: A Study on the Revision of Law Against Unfair Competition of China

LI Shengli

Abstract: *Law Against Unfair Competition of China* is currently being revised. It is necessary to sum up the development of international anti-unfair competition law and the experience of our country in implementation for the past 20 years. So that the law can be modernized and localized. Accordingly, *Law Against Unfair Competition* may retain a number of provisions concerning restrictive acts of conduct that are unfair and mostly seen in the primary market. In order to better protect the interests of consumers, the law should give consumers the right of action. The general clause ought to be designed rationally and its executive execution is to be treated with care. And it is necessary to unify the law enforcement power of unfair competition and to improve relevant provisions of the damages.

Keywords: *Law Against Unfair Competition*; legislative purpose; general clause; administrative enforcement power; damages

LI Shengli professor & Ph. D. supervisor of Law School, Anhui University, Hefei, Anhui, 230601.

责任编辑:徐玲英