

2017年度国家社科基金项目“反不正当竞争立法问题研究”（17BFX010）

N E W P R I N C I P L E S

O 反不正当竞争法 F

新 原 理

A N T I - U N F A I R

原 论

C O M P E T I T I O N L A W

孔祥俊——著

法律出版社 | LAW PRESS

2017年度国家社科基金项目“反不正当竞争立法问题研究”（17BFX010）

NEW PRINCIPLES

反不正当竞争法
新原理

ANTI-UNFAIR

原论

COMPETITION

孔祥俊——著

法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

反不正当竞争法新原理·原论 / 孔祥俊著. — 北京:
法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3021 - 5

I. ①反… II. ①孔… III. ①反不正当竞争—经济法
—法的理论—中国 IV. ①D922.294.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 018823 号

反不正当竞争法新原理·原论

FAN BU ZHENG DANG JING ZHENG FA XIN YUAN LI · YUAN LUN

孔祥俊 著

策划编辑 周洁

责任编辑 周洁

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 天津嘉恒印务有限公司

责任校对 李景美

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 司法实务出版分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 26

字数 385 千

版本 2019 年 3 月第 1 版

印次 2019 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

编辑电话/010-83938103

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

第一法律书店/010-83938334/8335

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-3021-5

定价:86.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



孔祥俊

现任上海交通大学凯原讲席教授，博士生导师，上海交通大学凯原法学院院长，上海交通大学知识产权与竞争法研究院院长。曾任最高人民法院审判委员会委员，知识产权庭庭长，第一巡回法庭副庭长，行政审判庭副庭长，一级高级法官。曾任国家工商行政管理局公平交易局副局长。曾兼任中国知识产权法研究会副会长，中国科技法学会副会长，中国知识产权研究会副理事长，中国市场监督管理研究会副会长，国际保护知识产权协会中国分会副会长。2006年入选中国法学会“第五届全国杰出青年法学家”，2009年入选最高人民法院“全国法院首届审判业务专家”，三度入选英国《知识产权管理》杂志评选的“全球最具影响力50位知识产权人物”。

著有《反不正当竞争法的适用与完善》（1998年）、《商业秘密保护法原理》（1999年）、《反垄断法原理》（2000年）、《反不正当竞争法新论》（2001年）、《反不正当竞争法原理》（2005年）、《商标与反不正当竞争法：原理与判例》（2008年）等学术著作近30部。在《中国法学》《法学研究》等刊物发表学术论文数十篇。

前言

诚如《大学》所言：“物有本末，事有始终。知所先后，则近道矣。”《汉书·刘般传》亦云：“浊其源而望其流，曲其形而欲其直，不可得也。”深刻理解和把握反不正当竞争法，必须处理好源与流、本与末、“道”与“术”以及变与不变的关系；既要洞悉其万变不离其宗的“宗”，又要时刻注意当下的“万变”。正是基于如此考量，本书对于反不正当竞争制度的一些本源问题进行了专题性研究，或者以此种方法研究了一些实践中的热点专题，在此基础上整合了本书。

我国反不正当竞争法是在借鉴国外经验和结合国情需求的基础上形成的。近现代反不正当竞争法已有150年左右的历史，经历了产生和发展的历程，并具有发展过程中的阶段性标志。无论是我国反不正当竞争法的适用还是完善，都必须深刻了解和理解反不正当竞争制度的由来、发展和现状，必须结合国外和国际反不正当竞争法的发展历程和现代精神。2016年国务院有关部门正式启动《反不正当竞争法》修订工作以后，为配合和参与法律的修订，廓清对于反不正当竞争法的认识，我先后撰写了有关反不正当竞争法的历史由来、发展节点和现代精神的文章。在这些文章的基础上，经整合、扩张并增加新资料，尤其是结合新修订法律和新近裁判，形成了本书。

反不正当竞争法与民法的关系是该法适用中必须首先梳理清楚的基础关系。反不正当竞争法既有相对于民法的独立性，又以民法为基本法。本书结合《民法总则》和新修订《反不正当竞争法》的有关规定，紧密结合司法实践，就两

法之间的一般关系、反不正当竞争法在法益保护、行为判断方式等方面与民事制度的连接点进行了探讨,从中能够既看到联系又看到区别。

由于我国特殊的司法和理论背景,多年来反不正当竞争法的适用存在定位和取向上的偏向,尤其是不能准确处理反不正当竞争法与有关专门法之间的关系,使其“兜底”的范围过宽,且竞争行为正当性判断具有明显的绝对权侵权行为判断色彩,忽略了竞争法意义上的利益衡量。这些现象和偏向严重影响了反不正当竞争法的准确适用。最近两年以来,我通过撰文和演讲,呼吁找准反不正当竞争法的法律定位和适用取向,尤其是搞准竞争行为正当性的判断范式。这些呼吁似乎得到了司法实践中的积极回应,近来越来越多的裁判已更多地以竞争法思维判断竞争行为的正当性和裁判案件。本书对于反不正当竞争法的现代定位、竞争法取向以及判断范式等进行了专题研究。

新修订《反不正当竞争法》颁布之后,我结合参与立法过程中的所思所想以及20年来对于该法的实务经历和理论研究的体会,撰文阐释新修订法律的精神和内容,并结合具体制度和行为进行了深度探讨。这些成果也收入本书。另外,本书还涉及一些热点实践问题的研究。

相比较而言,本书的内容是非系统性而是专题性的深度探讨,尤其是追根溯源性的研究,既有历史之源,又有制度之基,还有定位和取向之本。因此,将本书命名为“原论”,以区别于“总论”和“分论”。本书虽然探讨的是制度的本原,但立足于实践素材,研究实务动向,仍是接地气的研究。

反不正当竞争法虽然看似专门化,但其理论与实务都是博大精深的。笔者虽从事多年的理论研究和实务工作,但深感只是知其皮毛,在许多问题上未必窥其堂奥。本书仍然是一些初步的和肤浅的研究,不足之处甚多,深望同行不吝赐教。

目 录

第一章 反不正当竞争法要义 / 1

第一节 扑面而来的市场精神与现代气息 / 1

一、继承基础上的创新 / 2

二、浓郁的时代意识与现代化定位 / 4

三、强烈的竞争自由意识和自觉 / 5

四、竞争法定位的名副其实 / 10

第二节 一般条款的定位与适用:开放与节制 / 12

一、一般条款的定位 / 12

二、第 2 条规定的基本精神 / 13

三、一般条款的构成元素与适用方式 / 15

四、法益保护的“三元叠加” / 17

五、竞争关系与不正当竞争行为 / 22

六、一般条款的限制适用 / 27

第三节 现代性和时代性的行为制度建构 / 28

一、列举性行为的适度增设和着重细化 / 28

二、仿冒混淆行为:商业标识的全覆盖 / 29

三、虚假宣传:误导性本质的回归 / 35

- 四、商业秘密保护的形同实异 / 37
- 五、互联网条款:宣示意义大于实用价值 / 41
- 六、商业贿赂行为:适用范围上的明晰 / 43

第四节 结语 / 45

第二章 民法视野中的反不正当竞争法 / 46

第一节 国际视野下的“两法”关系 / 47

- 一、反不正当竞争法与民法的历史渊源 / 47
- 二、反不正当竞争法的独立或者相对独立性 / 50
- 三、我国“两法”的一般关系 / 53

第二节 反不正当竞争法益保护的民事定位 / 55

- 一、民事权利、知识产权与反不正当竞争保护 / 55
- 二、民事利益:反不正当竞争法所保护法益的基本形态 / 57
- 三、民事利益与一般竞争利益 / 66
- 四、竞争利益与竞争性损害 / 71
- 五、违法行为不产生法益 / 74

第三节 行为法属性与非“权利侵害”性判断范式 / 77

- 一、与侵权认定模式的对照:权利侵害式与行为谴责式 / 77
- 二、营业权与不正当竞争行为的判断 / 84
- 三、考量元素与竞争法特质 / 88

第四节 结语 / 101

第三章 反不正当竞争法的新定位 / 102

第一节 反不正当竞争法新定位的多重反思 / 103

- 一、由知识产权辅助保护法到竞争法功能日趋强化的非知识产权法 / 104
- 二、由经营者保护法到兼及消费者保护的社会法 / 108
- 三、由市场竞争法到市场行为法 / 110
- 四、由公平的竞争观到效率和创新的竞争观 / 112

- 第二节 法律的新定位与竞争关系的新界定 / 114
 - 一、竞争行为与竞争关系的争议 / 115
 - 二、竞争关系的扩张与虚置 / 116
 - 三、市场竞争法的定位与放弃竞争关系的要件地位 / 117
- 第三节 反不正当竞争法的竞争法特质与不正当竞争的定性 / 121
 - 一、当代反不正当竞争法的基本特质 / 122
 - 二、“非公益不干扰”原则与效率的竞争观 / 124
- 第四节 调整行为的定位 / 127
 - 一、不正当竞争行为的“杂烩性” / 127
 - 二、“杂烩性”特点的特别价值 / 129
- 第五节 结语 / 131

第四章 反不正当竞争法的现代化 / 132

- 第一节 由传统到现代:历史阶段及现代化特征 / 133
 - 一、前《巴黎公约》工业化时期 / 133
 - 二、《巴黎公约》推动发展时期 / 134
 - 三、后《巴黎公约》现代化时期 / 138
- 第二节 反不正当竞争法现代化的理念与制度架构 / 141
 - 一、在法律体系中的定位问题 / 141
 - 二、由公平到效率的目标追求 / 148
 - 三、多元保护目标 / 151
 - 四、竞争关系的宽解释与弃置 / 154
 - 五、具体制度层面的现代化 / 155
- 第三节 我国反不正当竞争制度的现代化 / 156
 - 一、在我国法律体系中的角色定位 / 156
 - 二、保护对象的“三叠加”与行为法定位 / 160
 - 三、具体制度的现代化设计 / 163

第五章 反不正当竞争法的竞争法取向 / 166

第一节 历史与现实中的竞争法定位 / 167

一、竞争法取向的历史与现实 / 167

二、竞争法取向的几点启示 / 172

三、两种取向的相互关系 / 175

第二节 我国《反不正当竞争法》的竞争法取向 / 177

一、当前理论与实践中的知识产权化倾向 / 177

二、竞争法取向的基本定位 / 179

三、竞争法取向与知识产权保护取向的主从关系 / 182

第三节 竞争法取向的实现方式 / 184

一、竞争行为正当性的判断模式 / 184

二、竞争行为正当性判断的商业伦理标准 / 186

三、不能将“合法权益”专有权化 / 189

第六章 反不正当竞争的基本范式 / 192

第一节 竞争行为正当性判断的竞争观 / 194

一、动态的而非静态的竞争观 / 194

二、竞争属性与竞争观 / 195

第二节 法益损害中性的损害观 / 198

一、损害观:竞争性损害的中性 / 198

二、损害中性源于竞争属性 / 202

第三节 法益损害中性的法益观 / 204

一、正当性判断并非立足于可诉的“法益” / 205

二、行为特性是正当性判断的基点 / 207

第四节 行为規制范式与权衡性利益衡量路径 / 209

一、判断不正当竞争行为的利益衡量特性 / 209

二、美、德类似裁判分析 / 211

三、中外不正当竞争判断范式比较 / 215

四、当前司法中的判断范式转向 / 221

五、小结 / 230

第五节 余论：市场生态与司法谦抑 / 231

第七章 论姓名权与姓名的商品化权益 / 233

第一节 乔丹案的几点思考 / 234

第二节 名不副实的姓名权保护 / 237

一、姓名权的保护思路 / 238

二、乔丹案在姓名权保护上的额外考量 / 238

第三节 姓名权与姓名的商品化权益之二元分立保护 / 240

一、三种代表性的保护模式 / 240

二、我国法律采取二元分立保护模式之分析 / 244

第四节 二元分立保护的必要性与正当性 / 252

一、保护路径的选择取决于权利性质的差异 / 253

二、姓名的商品化法益具有独立构成元素 / 255

三、定位为受法律保护的民事利益 / 257

第五节 商品化权益保护中的形式主义与功能主义 / 258

一、形式主义与功能主义 / 258

二、商品化权益保护的公共政策性 / 261

三、两种因素与外国人姓名的商品化权益 / 262

四、两种因素与道德评价和道义观 / 265

第六节 结语 / 267

第八章 作品名称与角色名称商品化权益的反思与重构 / 269

第一节 作品名称和角色名称司法保护态度的演变 / 270

一、由全面的否定保护到反不正当竞争保护 / 271

二、商标授权确权中的商品化权益保护 / 273

三、由个案裁判到一般规则：司法解释的明确规定 / 276

四、保护态度在演变中的质变 / 277

第二节 保护正当性之主流观点的质疑 / 278

一、先存的还是后生的在先权利 / 278

二、对于“两类作品”商品化权益正当性的主流认识 / 281

三、不是著作权的延伸保护和衍生权利 / 283

四、劳动价值论和商业价值侵占论能否为正当化理由 / 285

五、遏制混淆的正当性理由 / 287

六、对于保护正当性主流观点的总体评价 / 287

第三节 “两类作品”商业标志性权益的定性及制度设计 / 289

一、商品化行为(活动):保护的基础和桥梁 / 289

二、纳入商业标志性权益的正当性和必要性 / 293

三、纳入商业标志性权益的制度构造 / 297

第九章 商品名称、包装、装潢法益的属性与归属 / 299

第一节 问题之提出 / 300

一、纠纷解决的完美与法律精神的缺失 / 300

二、最高法院裁判的应有定位问题 / 303

三、直觉与理性和经验与逻辑的关系 / 304

第二节 商品名称、包装、装潢的民事利益属性 / 307

一、商品名称、包装、装潢的利益属性 / 307

二、从法益的特性看“红罐凉茶”案判决 / 311

第三节 特有名称、包装、装潢的生成机制与归属判定 / 323

一、一、二审判决确定归属的依据 / 323

二、特有名称、包装、装潢法益的生成机制 / 325

三、以独立的识别性为保护基础 / 328

四、商誉的溢出效应、反射利益与道德性的“背景权利” / 335

五、商标使用许可合同在确定包装、装潢归属中的价值 / 338

六、基于历史因素的裁判问题 / 340

七、法律原则和一般概念需依赖具体的规则 / 342

八、共同享有的潜在问题与冲突 / 344

第四节 结语:司法的逻辑与限度 / 346

第十章 商业外观的法律保护 / 350

第一节 商业外观的界定 / 350

一、商业外观的含义 / 350

二、商业外观的特殊情形 / 353

第二节 商业外观的特性 / 356

一、商业外观的标识性 / 356

二、商业外观的整体性 / 357

三、商业外观的独立性 / 366

第三节 保护商业外观的基本法例 / 367

一、商业外观保护的两种立法例 / 367

二、立足于混淆的商业标识保护 / 367

三、立足于商业成果的法律保护 / 382

四、保护商业外观的其他国际性看法 / 386

五、保护商业外观的法理分析 / 386

第四节 我国商业外观的法律保护 / 388

一、知识产权法律体系中的商业外观保护 / 388

二、反不正当竞争法保护商业外观的可能性 / 389

三、保护商业外观的条件 / 392

四、竞争自由与商业外观保护 / 395

五、我国商业外观法律保护之展望 / 397

后 记 / 399

第一章 反不正当竞争法要义

新修订的《反不正当竞争法》对于 1993 年法律进行了较大幅度的增删修改和优化,其中有新观念的创立、新制度的创新以及对于原法律规定的增删细化。新修订法律强化了问题意识和可操作性,吸收了一系列反不正当竞争法的现代理念和现代元素,实现了法律制度的除旧布新、继往开来和与时俱进。新修订法律肯定了一般条款开放性适用的定位,完善了其构成元素,并突出了“扰乱市场竞争秩序”优先性和增加保护消费者的元素。一般条款的开放性适用既必要,又要适度 and 谦抑。新修订法律增设和完善了不正当竞争行为,尤其增设了具有时代特色的互联网专条。准确适用新修订法律必须深入理解其精神实质和深层理念,尤其要统筹协调好公共利益、经营者权益和消费者权益的多元保护,着重体现市场取向和竞争思维,既强化对于市场竞争的必要干预,又保持干预的有限和有度,注重以维护竞争自由为基本价值。

第一节 扑面而来的市场精神与现代气息

当今世界范围内的反不正当竞争法出现了一些新发展和新动向。比较突出的是,首先,反不正当竞争法(主要是欧陆国家)由维护公序良俗和社会和谐的传统目标,转向强化竞争自由和市场效率的现代观念。例如,2004 年德国

《反不正当竞争法》修订由公序良俗标准转向扭曲市场标准。英美国家传统上则是一直重视竞争自由和效率的取向。其次,由传统的保护经营者的法律定位,转变为同时保护消费者和社会公共利益,形成保护目标上的“三位一体”或者“三驾马车”。^[1]最后,一些传统的法律构成标准转变为现代法律标准,如仿冒混淆行为中的市场混淆概念广义化。我国1993年《反不正当竞争法》具有鲜明的市场取向色彩,但在有些关键具体制度设计上仍坚持了传统观念。此次法律修订总体上体现了问题意识和市场竞争规律,具有很强的针对性,既更加契合国际趋势,又更为重视适应实际需求,进一步实现了法律调整的与时俱进和现代化。比较突出地体现为以下几个方面:

一、继承基础上的创新

新修订《反不正当竞争法》是在总结和吸收以前的司法和行政执法实践的基础上制定的,准确解读该法需要正视其与以前实践的继承关系。新修订法律更加充分地贯彻了竞争自由的理念和精神,维护竞争公平的最终目的是维护竞争自由。该法第2条具有一般条款和总则规定的双重功能,对于司法和行政执法均具有重要的适用价值。新修订法律的适用需要把握好一些关键界限,尤其是不能简单地以措辞变化而误解其实质内容。

法律修订都是总结过去而面向未来的。过去的做法和经验行之有效而需要继续发扬光大的,通过提炼升华而摇身一变为新修订法律规则,并开辟法律适用的新前景。过去的事情是确定和具象而经过检验的,将来的事情则变幻莫测,因而大多数法律修订总结和继承已有做法的多,创设全新规则的少。对于未来的规范对象,通常通过法律原则、一般条款和高度裁量性兜底条款等解决,主要是为执行者创造性适用提供一般性指引,并留足量体裁衣的裁量空间。这是各种主客观条件局限的必然结果。

新修订《反不正当竞争法》创设了新类型不正当竞争行为,完善了有关条款,拓展了有关条款的适用边界。这些新修订内容虽在立法意义上属于法律上

[1] Rogier W. de Very, *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 45-46.

的新创制,但实质内容却大多属于对于已有司法和行政执法经验的总结和升华,是继承基础上的创新和发展,与此前的司法和行政执法实践存在很强的连续性,而多未进行跳跃式创新和发展。准确解读该法,不能忽视和隔断其历史的延续性,同时也要看到其变化、创新和提升。就其主要修订和变化而言,主要有以下情形:(1)明确确立了第2条一般条款的定位,并完善其构成元素。(2)增设了新的不正当竞争行为类型,主要是增加第12条所谓的“互联网”条款,以及帮助实施误导性宣传行为。(3)细化、拓展和丰富了既有不正当竞争行为的内容。有些修订是扩张了原法律规定的调整内容,或者克服原法律规定的缺陷。例如,第6条第1项以“等”字将原穷尽性的列举性规定,修改为“列举加概括”式的例示性规定;第6条第2项增加“社会组织名称”的仿冒行为;第6条第3项增加了域名等商业标识的仿冒行为。有些修订是细化和具体化行为特征或者内容,使法律规定更有可操作性。例如,第6条第2项以括号内注释性规定的独特方式解释企业名称等含义;第7条对商业贿赂的主体进行了列举性规定;第11条进一步明确了商业诋毁行为的构成要件。(4)有些修订使条文内容更为严谨和准确。例如,第6条去除了原法律第5条第4项“引人误解的虚假表示”行为,使其成为调整纯粹的仿冒混淆行为的条文,而不再是仿冒混淆与虚假宣传的混合体。第8条将不周延的“引人误解的虚假宣传”,修订为“虚假或者引人误解的商业宣传”。(5)完善了法律责任条款,其中仿冒混淆和侵犯商业秘密行为的法定赔偿,以及新设定的行政强制措施和行政处罚,都是创设性的。

值得注意的是,无论是细化完善性规定还是创设性规定,新修订法律更多是基于过去实践做法和总结实践经验,而不是凭空产生。因此,这些规定通常与以前的司法解释、司法裁判以及地方性法规、行政规章等实践做法有连续性,在理解和适用上不能割断联系。

例如,有些行为以前虽无明文规定,但司法实践将其归入一般条款进行认定。如涉及商业标识权利冲突的不正当竞争行为、涉及互联网不正当竞争的一些行为,以前在司法中经常通过适用第2条一般条款的方式解决。新修订法律则是将其归入类型化的行为,如涉及商业标识权利冲突的行为,纳入新法第6条相关规定之中;涉及互联网不正当竞争的行为,纳入新法第12条规定之中。

一些行为已为1993年法律列举行为的概括性规定所涵盖,只是新法将其规定得更为突出和清晰。例如,电商刷单等虚假宣传行为,依据1993年法律也可以归入第9条第1款以“其他方法”进行虚假宣传的行为之中。正如不久前判决的“电商起诉刷单平台第一案”,就是依照1993年法律裁判的。^[1]诸如此类的规定所在多有。

鉴于此,以前的实践做法在新法适用中仍具有相应的参考价值,在法律适用中仍有其应有的连续性。

二、浓郁的时代意识与现代化定位

新修订法律的时代气息扑面而来。1993年立法之后的经济、社会和技术背景已发生翻天覆地的变化,修订法律的重要意图是除旧布新,使其反映时代精神和适应时代需求,实现法律调整的与时俱进。无论是理念层面还是制度层面,此次法律修订都体现了鲜明的时代特点,具有浓厚的现代气息。例如,第12条互联网条款直接是互联网时代的产物;仿冒混淆、虚假宣传等行为中增加了涉互联网、电子商务等新技术和新经济的内容(如第6条第3项和第8条),如域名、网站名称、网页等成为新的商业标识,互联网技术的便利所带来的虚假交易等虚假宣传新问题。^[2]有些问题涉及传统规则的新延伸,传统规则需要扩

[1] 即阿里巴巴诉杭州简世网络科技有限公司不正当竞争纠纷案。该案中,杭州简世公司于2014年成立傻推网,主要业务是从事网络刷单炒信等,商家在此平台上发布刷单任务,“刷手”接单并提供服务,在此过程中,商家支付给“刷手”费用的20%将作为佣金被傻推网收入囊中。此外,长期有刷单需求的商家可以“入会”,会费有268元/月和1980元/年两种选择。一直以来,该公司的主要利润来源就是佣金和会费。杭州西湖区法院认为,被告简世公司经营的傻推网组织刷单,显然违背了公平、诚实信用原则和公认的商业道德,影响到淘宝、天猫两大平台的信用评价体系,从而破坏原告努力营造的公平、透明、诚信的网络购物环境,损害了原告的利益。一审判决简世公司赔偿阿里巴巴经济损失20.2万元,目前该判决已经生效。

[2] 如三次审议稿审议结果的报告所说,修订草案二次审议稿第8条规定,经营者不得对其商品做虚假或者引人误解的商业宣传,欺骗、误导消费者。有的常委会组成人员提出,电子商务领域虚假宣传的问题较为严重,甚至出现了专门组织虚假交易帮助他人进行虚假宣传以牟取不正当利益的情况,严重扰乱了正常的市场竞争秩序,建议针对上述情况对相关规定进行充实完善。法律委员会经研究,建议对这一条作以下修改:一是对虚假宣传的具体内容予以细化,明确经营者不得对其商品的“销售状况”“用户评价”等做虚假或者引人误解的商业宣传,欺骗、误导消费者;二是增加一款规定,明确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。参见《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案)〉审议结果的报告》(2017年10月31日)。

展到新的经济技术领域;有些则需要另行创设新规则。

尤其是《反不正当竞争法》第2条第2款将损害消费者权益纳入考虑范围,彻底实现反不正当竞争基本范式的变革,直接导致该法跨入现代反不正当竞争法的行列,并必然深刻地影响到不正当竞争行为的认定、竞争关系的定位等问题。这些修订看似平常,却是该法在法律定位上的重大变革,表象背后有着深刻的甚至革命性的意蕴变化,在法律适用上有待深入展开和发掘。

三、强烈的竞争自由意识和自觉

在市场经济条件下,自由竞争是基础,反不正当竞争只是必要的国家干预。《反不正当竞争法》整体基调仍然是遵循市场发挥基础作用,政府发挥关键作用,而不是干预越多、管制越多越好。^[1]新修订法律通过列举性规定和限制一般条款的开放性适用,以竞争自由为基调,高度重视和充分贯彻有限干预与自由竞争的理念,谨慎划定不正当竞争与竞争自由的法律界限,防止过多干预竞争自由。新修订法律的许多规定,都应该从市场取向、市场意识和有限干预的角度进行解读。

(一) 限制不正当竞争行为的范围

不正当竞争行为的范围直接体现国家干预市场竞争的程度。1993年《反不正当竞争法》在调整范围上比较克制,只规定了《巴黎公约》规定的三类行为(仿冒、虚假宣传和商业诋毁行为)及有较高国内外共识的行为(如商业贿赂、商业秘密和不正当有奖销售),这些行为都是遏制扭曲市场、降低交易成本和增强市场透明度所必须禁止的行为。同时,其本意也是不允许依据第2条认定未列举的行为。这种对于调整行为采取的列举式和封闭式规定的立法态度,体现了对于市场竞争进行审慎干预和有限干预的市场精神。

新修订法律并未大量增加不正当竞争行为,且虽然承认一般条款的民事适用,但通过完善一般条款的构成元素,力图确保其适用方向和限制其适用范围,

[1] 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过)指出:“建设统一开放、竞争有序的市场体系,是使市场在资源配置中起决定性作用的基础。”“经济体制改革是全面深化改革的重点,核心问题是处理好政府和市场的关系,使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用。市场决定资源配置是市场经济的一般规律,健全社会主义市场经济体制必须遵循这条规律,着力解决市场体系不完善、政府干预过多和监管不到位问题。”

体现了对于一般条款既保持开放又适当限制的精神。例如,新修订法律第2条第2款将“扰乱市场竞争秩序”放在了损害合法权益之前,显然突出了维护竞争秩序和公共利益的要求。这种利益衡量序位的变化,体现了对于按照一般条款开放式认定不正当竞争行为的限制性态度,即需要首先考虑对于竞争秩序的伤害,而不是将损害私益放在首位。尤其是,认定法律未列举的不正当竞争行为,恰恰有点“非公益必要不干扰(预)”的色彩,即非因扰乱市场竞争秩序,就不认定其构成不正当竞争行为。

此外,对于公法干预和行政执法采取了严格的职权法定原则,取消了行政机关依照开放性条款认定法律未列举行为的权力。《反不正当竞争法(修订草案)》(以下简称《修订草案》)第15条曾规定行政执法的授权性一般条款,拟授权行政机关认定未列举行为的职权,但即便设定如此严格的条件和程序,立法者仍认为如此规定不合时宜,而予以删除。这也足以说明立法者刻意限制扩张不正当竞争行为的取向。

(二)重视对于竞争自由的实质性维护

新修订法律强化了遏制非法干预竞争自由和实质性维护竞争自由的倾向。例如,第7条第1款以列举方式规定了被贿赂单位和个人,尤其将“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”纳入其范围,使商业贿赂的外延清晰化,且并未拘泥于经营者之间的商业贿赂关系,显然充分考虑了国情和实际。第8条禁止误导性宣传、第10条禁止不正当有奖销售行为等规定,均旨在增强市场透明度。《修订草案》第16条第4项曾规定,监督检查部门在调查不正当竞争行为时,有权“责令被调查的经营者停止涉嫌不正当竞争行为,说明有关财物的来源和数量”。在对行为并未正式定性的情况下责令停止涉嫌行为,并将其作为一种一般性的行政强制措施规定,且未规定相应的严格条件,失之轻率。《修订草案》第18条第2款规定:“监督检查部门抽查不正当竞争行为,应当随机抽取检查对象、随机选派执法检查人员,抽查情况及查处结果及时向社会公开。”这种规定的传统“管理”色彩过重,为防止行政执法机关随意干预经营者的正常经营活动,最好在没有任何举报和其他线索时不搞随机抽查。鉴于反不正当竞争法的基本定位是维护竞争自由,制止不正当竞争也是为了使自由竞争更健

康,而不能过多妨碍竞争自由。在公权力介入的情况下,更应防止不正当竞争行为扩大化。特别是,我国行政权力和行政执法素有浓厚的“家长”情结,有干预市场的惯性和偏好,因而而努力在制度设计上防止公权力过多干预竞争。因此,新修订法律最终删除了该两项规定。

(三) 充分发挥市场机制的作用

市场竞争毕竟具有固有的机制和规律,能够纳入市场调节的行为尽可能交给市场去解决。市场机制具有强有力的自我修复和调整能力,竞争自由能够确保资源优化配置和市场效率最大化,只有那些市场自身不能解决的问题,才需要国家和法律予以干预。因此,需要从最小程度干预的原则出发,确定构成不正当竞争的行为范围。例如,法律只禁止引人误解的宣传,真实而引人误解的宣传需要禁止,但虚假而不引人误解的宣传,就交给市场去识别和解决;市场竞争具有天然的对抗性,市场利益的争夺经常是此消彼长和损人利己,相互“干扰”是常态,法律只禁止极端的“干扰”行为,而并不奉行经营者之间的“非公益不干扰”。

新修订法律坚持了市场竞争的效率取向。世界范围内的反不正当竞争法传统取向有两大分支:一种是以英美法国家为代表的效率取向,其奉行最低限度干预市场竞争原则;另一种是以欧洲大陆法系国家为代表的公平取向,其追求社会和谐意义上的公平,对于市场竞争有较多的干预。体现两种传统典型的典型事例是对待仿冒模仿的态度,即英美法国家强调以市场混淆为构成要件,对于不构成混淆的“搭车”模仿持宽容态度;法国等欧洲大陆法国家对于“搭车”模仿持宽泛禁止的态度,一些不构成市场混淆的“搭车”模仿也可以认定为不正当竞争行为。例如,欧陆国家以“搭便车”之类的词语描述不涉欺骗的不正当竞争行为。^[1]用以衡量复制他人商业成果的不正当竞争行为的“搭便车”、“寄生行为”(parastic behaviour),通常都是基于正义感,也即认为这些行为有悖于正义感。偏重效率取向的国家不太主张此类行为构成不正当竞争,而偏重伦理意义上的公平考量的国家,则认定其构成不正当竞争。世界知识产权组织将该类行为界定为,“竞争者或者其他市场参与者以直接从他人工商成

[1] See *Intellectual Property in Common Law and Civil Law*, Edward Elgar, 2013, p. 202.