

论新修订《反不正当竞争法》的时代精神

孔祥俊*

内容摘要 新修订的《反不正当竞争法》对 1993 年版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。新修法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。新修法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。新修法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。准确适用新修法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。

关键词 反不正当竞争法修订 时代精神 市场竞争秩序 不正当竞争行为 一般条款

DOI:10.19404/j.cnki.dffx.2018.01.008

紧锣密鼓的《反不正当竞争法》修订(以下简称“新修法”)已画上句号,新修法即将开启,进入法律适用和理论探索的新时期。随着修法的落幕,对于新修法的解读又成为新的热点,其中不乏歧见纷呈。对于法律解释和适用而言,精神和理念是根本,是“纲”,纲举则目张。因此,在该法旧去新来和承前启后之际,探索其精神内涵和实质内容尤为必要。

一、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。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]再次,一些传统的法律构成

*上海交通大学凯原法学院讲席教授,博士生导师,知识产权与竞争法研究院研究员。

本文是2017年国家社科基金资助项目“反不正当竞争立法研究”的阶段性成果。

[1] Rogier W. de Very, “Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families”, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS (2006), 45—46.

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,但在有些关键的具体制度设计上仍坚持了传统观念。此次修法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,又更为重视反映时代特色和适应实际需求,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)浓郁的时代意识与现代化定位

新修法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,新修法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,传统规则需要扩展至新的经济技术领域,有些则需要另行创设新规则。

尤其是新修法第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。

(二)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使市场资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用,而不是干预越多、管制越多越好。^[3]新修法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。新修法的许多规定,都应该从市场取向、市场意识和有限干预的角度进行解读。

第一,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。

新修法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,体现了对于一般条款既保持开放又适当限制的精神。例如,新修法第2条第2款“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危害,而不是将损害私益放在首位。尤其

[2]如三次审议稿审议结果的报告所说,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”等作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)。

[3]《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:“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。”

是,认定法律未列举的不正当竞争行为,恰恰有点“非公益不干扰(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。“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。

第二,重视对于竞争自由的实质性维护。新修法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。这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”曾规定,监督检查部门在调查时,有权“责令被调查的经营者停止涉嫌不正当竞争行为”,以及监督检查部门随机抽查不正当竞争行为。这种“管理”色彩过重的条款最终被删除。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,有必要在制度设计上防止公权力过多干预竞争。因此,新修法最终删除了该两项规定。

第三,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”。

新修法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,即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于仿冒模仿的态度。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。^[4]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”,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。这些行为更多源于道德标准。像法国那样,大多数民法法系国家认定不正当竞争行为时不需要存在欺骗和混淆。当然,欧陆国家反不正当竞争法逐渐转向效率取向。我国反不正当竞争法总体奉行有限干预市场的原则,体现了效率取向。例如,对于仿冒行为强调以混淆为要件,并不一般性地禁止商业标识淡化和“搭车”模仿行为。有关司法政策也明确强调,“制止一切非诚信的仿冒搭车行为,避免市场混淆和误导公众,切实维护权利人和消费者的合法权益,确保诚信竞争和有序竞争。”^[5]在修法过程中,一些学者曾建议将淡化、“搭车”模仿引入仿冒行为之中,不再强调混淆要件,但实际上这背后涉及更为深刻的价值取向问题。新修法未采纳这种态度,显然是有意选择的结果。

第四,保持垄断与不正当竞争的适当空间。反不正当竞争法本质上仍以维护竞争自由为目的,但它是通过制止不公平行为的方式实现市场竞争的自由。它首先体现为对于公平的维护,而深层价值取向则是竞争自由。这恰是反不正当竞争法与反垄断法既有共性又有差异的原因所在,而差异是通

[4] See “Intellectual property in Common Law and Civil Law” Edward Elgar(2013),p202.

[5] 最高人民法院《关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》(2009年3月23日印发,法发[2009]16号)。

过规制行为的界限体现出来的。例如,“修订草案送审稿”曾规定禁止滥用相对优势地位的行为,“修订草案”第11条仍保留搭售的规定,但因为模糊了自由竞争与公平竞争的界限,降低了反垄断门槛和架空了反垄断法相应规定,其结果会不适当妨碍竞争自由,而最终被删除。反垄断法旨在维护竞争自由,禁止消除或者限制竞争自由的行为,如只限制具有市场支配地位的经营者的滥用行为,即同样的行为可以由普通的经营者的实施,这属于自由竞争的范畴,但具有市场支配地位的经营者的行为却不能实施。反不正当竞争法与反垄断法应当保持适当的距离,给竞争自由留下相应的空间。新修法实现了与反垄断法的完全切割。

(三) 竞争法定位的名副其实

各国和各地区反不正当竞争法的传统、定位、内容和体例均差异极大。有的在判例法基础上形成(如法国、英国),有的制定了反不正当竞争专门法(如德国、日本、韩国),有的与反垄断法合并立法(如澳大利亚、我国台湾地区);有的以维护竞争秩序为立足点(德国、法国等多数国家),有的更多是以补充保护知识产权为主要意图(如日本)。《保护工业产权巴黎公约》第10条反不正当竞争条款,也主要限于涉及知识产权保护并达成国际共识的行为,并不是反不正当竞争的全景图。因此,对于反不正当竞争法的属性和定位不宜一概而论。我国反不正当竞争法与反垄断法采取分立立法模式,且其立法目的、利益衡量标准以及行为规范模式都以维护市场竞争秩序为基点,是一部市场竞争法。^[6]

首先,新修法更加突出了对于竞争秩序和公共利益的维护。如第2条第2款将“扰乱市场竞争秩序”放在保护权益之前,有突出竞争秩序和公共利益的意图。而且,修订过程中将“修订草案”中“市场交易”的表述,修改为“竞争秩序”,其本身就突出了竞争元素。在认定不正当竞争行为时,竞争秩序和公共利益是首要的考量因素。这就使该法有更强的公法或者经济法色彩,^[7]即便是从民事的角度而言,也与知识产权专有权保护之类的法律在基本理念、思维方式和判断模式上有根本区别。

其次,新修法更加突出了行为法特性。事实上,反不正当竞争法不同于一般的侵权行为法,具有行为法属性,即重在根据行为特征及其对竞争秩序(保护客体)的损害性规定和认定其行为,行为的构成不是或者首先不是基于对特定权益的损害。对此,1993年《反不正当竞争法》制定之时立法者就已有意识。例如,参与立法者认为:“既然是竞争法,所调整的行为自然主要是竞争行为,侧重保护的是竞争对手的利益,以致最终达到维护公平竞争秩序的目的。公平竞争的秩序是竞争法的根本性目的,保护消费者实际上只是本法的副产品,甚至保护竞争对手的利益,也是竞争法的副产品。乍一看,竞争法中处处写着保护经营者和消费者,似乎把私益作为保护的主体,但这不能改变竞争法保护公益的基本性质。保护私益是为保护公益服务的,如不保护私益,公益也很难进行保护,但目的是保护公益。”^[8]这些论述大体上讲清了反不正当竞争法的行为法属性和行为构成的特性,但所谓消费者和竞争对手保护为副产品之说失之妥当。因为这种保护是衡量不正当竞争行为的实质性因素。新修法通过在第2条第2款完善不正当竞争行为构成元素的方式,更加凸显了其行为法特性,也因修订以后的判断依据更加完全和明确而具有更为全面的行为法制度支撑。

再次,适用新修法更应突出其竞争法属性。实践中尤其要注意防止反不正当竞争法知识产权化的倾向。^[9]反不正当竞争法有保护知识产权的内容和功能,但却是以竞争法方式实现保护。例如,它没有采取专有权(绝对权)的保护思路,而采取遏制行为的方式,竞争行为正当性的判断需要竞争法

[6]参见孔祥俊:《论反不正当竞争法的竞争法取向》,《法学评论》2017年第5期。

[7]经济法或者公法属性是该法对于所列举行为规定行政处罚的理论依据。但是,法律又不允许行政机关依据第2条第2款认定未列举的不正当竞争行为。这又说明,在第2条第2款作为民事一般条款适用时,应当将“扰乱市场竞争秩序”作为认定是否构成不正当竞争行为的首当其冲的考量。如二次审议稿的修改报告所说:“有些常委会组成人员和地方、部门、单位、企业提出,不正当竞争行为属于民事侵权行为,不宜授权行政机关对本法未明确列举的不正当竞争行为进行认定。”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)〉修改情况的汇报》(2017年8月28日)。

[8]参见孙琬钟主编《反不正当竞争法实用全书》,中国法律年鉴社1993年版,第26—27页。

[9]参见前引[6],孔祥俊文。

的理念和思维,需要多元化的利益衡量,它对于知识产权的补充保护功能有限。

二、一般条款的定位与适用:开放与节制

一般条款是认定法律未列举行为的开放性依据。它能够确保法律对于新发展和新需求的适应性,确保法律调整的灵活和及时。法律实施时间越长和社会经济情势变化越大,一般条款的适用空间越大。一般条款不是纯粹空洞抽象的行使裁量权的名目,而是具有指引和约束裁量权行使的实质性内涵和要素。一般条款的适用模式是判断竞争行为正当性的最基本范式,承载、体现和贯彻着反不正当竞争和认定不正当竞争行为的基本理念、思维方式和构成要素。

(一)一般条款的定位

1993年《反不正当竞争法》第2条第2款规定,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。”“修订草案送审稿”将其修改为“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。”“修订草案”修改为:“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。”最后修订的条文是:“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。”在此增加了行为构成要素并调整了其序位。该界定不仅是一种定义性规范,同时是可以援引的一般条款,即法院可据以开放性认定未列举不正当竞争行为的条款。因此,对其构成要素需要审慎确定,否则会造成适用上的困扰。

按照1993年《反不正当竞争法》当时的本意,并非将第2条作为开放性规范意义上的一般条款。后来因为实践的需求,法院在裁判中赋予其一般条款地位。

此次修法自始即意欲改弦更张,使其成为能够认定未列举行为的一般条款。为避免仍将“违反本法规定”理解为违反第二章的规定,“修订草案”遂刻意将其修改为“违反前款规定”,而“前款规定”是竞争原则的规定。但是,这种修改非但不必要,也不准确。因为,倘若新修法旨在承认第2条第2款的一般条款定位,在新法的语境下不会仅因延续“违反本法规定”的措辞而发生误解。而且,第2条还属于总则性规定,“违反本法规定”既可以是违反原则规定,又可以是违反第二章的行为列举性规定,在表达上更为周延。因此,最后修订的文本仍使用“违反本法规定”的表达,但已不再是1993年版当时暗含的意思,立法者事实上已肯定其作为一般条款。

(二)一般条款的构成元素与适用方式

以新修法第2条第2款认定法律未列举的不正当竞争行为时,必须以该规定的构成元素进行衡量和判断。这些要素既具有自由裁量性,又构成必要的约束和指引。

除行为主体为经营者外,第2条第2款的不正当竞争行为构成元素可以划分为三项:(1)在生产经营活动中发生的行为;(2)违反本法的规定,在将其用于认定法律未列举的不正当竞争行为时,它主要是指违反该法第1条竞争原则的规定;(3)损害三种利益,即扰乱市场竞争秩序(公共利益)、损害其他经营者或者消费者的合法权益。其中第(2)(3)项元素可能涉及复杂的利益衡量,属于实质性判断标准。

第(2)项元素是决定其合法与否的基本标准,也即是竞争行为是与非的根本判断标准。就第(2)项元素而言,其核心是如何把握违反诚实信用原则和商业道德。司法实践中已进行了较多的操作性探索,不断对该抽象原则赋予具体内涵和适用标准,尤其是总结出区别于日常道德标准的商业伦理标准,用以判断竞争行为的正当性。^[10]这说明,反不正当竞争法不是维护一般意义上的社会和谐和公

[10]如在“马达庆案”中,最高人民法院指出:“商业道德要按照特定商业领域中市场交易参与者即经济人的伦理标准来加以评判,它既不同于个人品德,也不能等同于一般的社会公德,所体现的是一种商业伦理。经济人追名逐利符合商业道德的基本要求,但不一定合于个人品德的高尚标准。”参见最高人民法院在(2009)民申字第1065号民事裁定书。

序良俗(世俗伦理道德),而是更取向于维护竞争自由和市场效率。

第(3)项相当于一项门槛性要件,就是无损害即无不正当性,在有损害的前提下,才判断其是非。首先,不正当竞争损害必须是竞争利益尤其是竞争机制的损害。我国有的判决已经开始对于损害问题有比较准确的认识。例如,“大众点评诉百度不正当竞争案”^[11]一审判决认为:“认定行为是否构成不正当竞争行为,需以该行为是否会给行为人带来竞争优势或者足以给其他经营者造成损害为条件。对于不会造成实际损害或者损害极其轻微的行为,司法不应予以干预。因汉涛公司的证据尚不足以证明其因百度公司的微博回复而受到了损害,故汉涛公司关于百度公司构成虚假宣传的主张,本院不予支持。”^[12]这种明确以不具有损害或者损害轻微为由,不认定构成不正当竞争,在我国不正当竞争案裁判中很少见,但确实契合适用竞争法的思维和方式。当然,损害对象是多元的,经常需要统筹考虑。新修法第25条规定:“经营者违反本法规定从事不正当竞争,有主动消除或者减轻违法行为危害后果等法定情形的,依法从轻或者减轻行政处罚;违法行为轻微并及时纠正,没有造成危害后果的,不予行政处罚。”该规定表明,不正当竞争行为虽然重在考量竞争行为的不正当性,但危害后果仍具有意义。不过,没有危害后果的行为通常不能认定为不正当竞争行为,而不是不予处罚的问题。其次,第(3)项涉及多种利益之间的关系,既要兼顾,又有偏重和需要取舍。由于保护利益的多元性,损害问题又较为复杂,在损益情况不一时需要做好利益平衡。况且,损害只是一个要素,还需要与其他要素结合起来认定竞争行为的正当性。

以往的司法实践对于一般条款的适用方式进行了逐渐深入的探索。例如,最高人民法院在“山东省食品进出口公司等与青岛圣克达诚贸易有限公司等不正当竞争纠纷再审案”^[13]中提出,适用《反不正当竞争法》第2条认定构成不正当竞争应当同时具备以下条件:1.法律对该种竞争行为未作出特别规定;2.其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害;3.该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性。其中,第1项条件是形式性的,第2、3项条件是实质性的,前者为损害条件,后者为判断是非的标准。但是,即便是依据1993年版法,将损害对象仅界定为经营者并不全面,至少忽略了对于市场竞争秩序的损害。而且,这种归纳更多是基于个案情况,未必是为了全面性的概括,有其局限性,但已被此后的裁判奉为范本。当然,此后的裁判仍继续探索。例如,北京知识产权法院在“北京淘友天下技术有限公司、北京淘友天下科技发展有限公司与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷案”的二审判决中指出,基于互联网行业中技术形态和市场竞争模式与传统行业存在显著差别,为保障新技术和市场竞争模式的发展空间,在互联网行业中适用《反不正当竞争法》第2条更应秉持谦抑的司法态度,在满足上述三个条件外还需满足以下三个条件才可适用:……4.该竞争行为所采用的技术手段确实损害了消费者的利益,例如,限制消费者的自主选择权、未保障消费者的知情权、损害消费者的隐私权等;5.该竞争行为破坏了互联网环境中的公开、公平、公正的市场竞争秩序,从而引发恶性竞争或者具备这样的可能性;6.对于互联网中利用新技术手段或新商业模式的竞争行为,应首先推定具有正当性,不正当性需要证据加以证明。^[14]该归纳补充了对于消费者利益和市场竞争秩序的损害,并强调了推定竞争行为合法的有限干预和司法克制理念。在1993年版法施行时期有如此全面的认识实属难能可贵,当然这种认识是长期以来理论总结和实践探索的结果。

新修法对于构成要件作出了更全面更明确的规定,此后的一般条款适用照此行事即可,只不过在不同的个案或者不同行业领域的个案中在考量元素上可能各有侧重。

(三)法益保护的“三元叠加”

竞争行为之所以具有不正当性,首先是因为它具有损害性,即损害一定的利益。因为涉及利益的多

[11]参见上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第528号民事判决书。

[12]上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第528号民事判决书。

[13]最高人民法院在(2009)民申字第1065号民事裁定书。

[14]北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。

元性和损害的多面性,确定损害又是一个复杂的问题。对于这些利益的不同把握,直接影响裁判结论。

与1993年《反不正当竞争法》相比,新修法第2条第2款在不正当竞争行为的界定上发生重大变化。首先是“扰乱市场竞争秩序”置于经营者和消费者权益之前,这表明不正当竞争行为的界定首先须考量市场竞争秩序,这是一种对于竞争机制和公共利益意义上的损害。其次是引入消费者利益,使利益衡量的法律结构更加完善。至此,从法益保护的角度看,新修法实现了公共利益、经营者利益与消费者利益“三元叠加”的保护目标;从损害的角度,该三种利益成为其损害对象,也成为判断竞争行为正当性的基本依据。

首先,制度定位的现代化。1993年《反不正当竞争法》制定之时,立法者已认识到消费者保护问题。如参与立法者所说:“关于保护消费者的合法权益,只是现代反不正当竞争法的问题。早期的反不正当竞争法只调整经营者之间的竞争关系,着眼于公平竞争秩序。”“不正当竞争行为所侵犯的客体往往包括消费者。从反不正当竞争立法总的目的上看,维持了公平竞争的秩序也就保护了消费者的利益。”但该版法第2条第2款对于不正当竞争行为的界定,没有提及消费者权益,乃是因为“这是一个不正当竞争传统概念的定义,主要表现在这里。一个行为如果损害了经营者的权益,或消费者的权益,但如果没有对公平竞争秩序构成损害,则不是不正当竞争行为,而是其他侵权行为,不正当竞争必然与竞争联系起来。”^[15]可见,1993年版法对于不正当竞争行为的界定仍然采取了损害竞争者权益的传统定义,立法者对此心知肚明;当时将消费者保护作为附带处理的问题,且认为维护了公平竞争秩序就保护了消费者权益。

此次修订法律过程中,“修订草案送审稿”第2条第2款即采纳了现代做法,将消费者问题纳入不正当竞争行为的界定之中,但“修订草案”又回到了传统定义,删除了消费者元素。最后的修订仍纳入消费者元素,将消费者权益作为认定不正当竞争行为的独立构成元素,而不再是附带的问题。这一修订具有重要价值。

其次,法益关系结构的变化决定着竞争行为正当性判断范式的定位。这种保护或者损害的利益结构的变化,更加明确地意味着竞争行为正当性判断范式必须转变。调整法益保护序位和增加消费者法益元素,不是文字游戏和纸上谈兵,更具有重要的实践价值。“三元叠加”的利益保护格局,是认定竞争行为正当性的利益衡量基本结构。其一,它表明该法重在维护市场竞争机制和公共利益,强调对于竞争机制的保护优于对具体利益的保护。这使其在理念上更加倾向于“保护竞争而不是竞争者”。^[16]其二,它要求对于多元法益进行统筹兼顾和综合考量,不能抓住一点不及其余和顾此失彼。既要看到不同利益之间的序位和权重,又要看到其内在联系。例如,维护健康有效的竞争机制,就是从根本上保护了经营者和消费者的利益,维护消费者利益更接近于维护公共利益。其三,它意味着竞争行为正当性的判断与绝对权保护的差异。就侵犯绝对权的构成而言,因过错而致他人权利损害,没有免责事由即构成侵权。这种侵权判断结构简单和边界清晰。以一般条款认定不正当竞争行为,关键在于以《反不正当竞争法》第2条第2款规定的构成元素进行全面衡量,而不能像绝对权侵权判断那样简单清晰,尤其是不能简单以经营者权益受到竞争行为的损害,反推竞争行为不正当,而必须综合考量竞争秩序和消费者利益等各种关系。但是,当前司法实践中,确实存在有意无意将竞争行为正当性认定等同于绝对权侵权判断模式的倾向。

新修法第2条第2款对于不正当竞争行为构成元素的规定,应当成为反思以前一般侵权裁判模式

[15]参见前引[10]孙琬钟主编书,第26、27页。

[16]在Brown Shoe案(1962)判决意见中,美国最高法院大法官瑟古德·马歇尔提出“反垄断法是要保护竞争,而不是竞争者”的观点,首席大法官华伦重复了该格言,即“国会关心的是对竞争的保护,而不是对竞争者的保护。”该格言体现的是追求效率的竞争观。Brunswick案(1977)以后,美国法院越来越倾向于效率目标。当今美国法院反垄断分析是以效率目标为主导的。而且,“在可以预见的未来时间范围内,效率目标可能将长期至高主导地位。原因更可能在于法院对全球经济状况的认识,而不是立法当时的原始目的或行政能力的考虑”。[美]欧内斯特·盖尔霍恩等《反垄断法与经济学》,任勇等译,法律出版社2009年版,第38—39页。

和树立竞争法裁判理念的契机,应当适当校正权利保护性的判断范式,回归竞争行为正当性判断的多元利益衡量范式。

(四)竞争关系与不正当竞争行为

司法实践一直将竞争关系作为不正当竞争行为的构成元素,诉讼中竞争关系时常成为争点,且裁判通常首先在竞争关系上下足笔墨。但是,新旧《反不正当竞争法》均无竞争关系的只言片语,一般条款的着眼点恰是不正当竞争行为及其构成元素。因此,竞争关系与不正当竞争行为的关系是需要澄清的一个重要问题。

司法实践中通常首先从竞争关系的角度界定竞争和不正当竞争行为,即将存在竞争关系作为构成竞争和不正当竞争的前提。例如,最高人民法院曾指出,要“准确理解反不正当竞争法所调整的竞争关系。竞争关系是取得经营资格的平等市场主体之间在竞争过程中形成的社会关系。认定不正当竞争,除了要具备一般民事侵权行为的构成要件以外,还要注意审查是否存在竞争关系。存在竞争关系是认定构成不正当竞争的条件之一”。^[17]而且,对竞争关系的理解通常是指,行为人与受害人经营相同或者类似的商品,不同行业的经营者之间不存在竞争关系,从而不会发生不正当竞争行为。如“猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案”二审判决指出,“竞争关系的存在是判断不正当竞争行为的前提条件”。^[18]“创磁公司、恒业公司与搜狐公司不正当竞争案”二审判决指出,“按照通常理解,不正当竞争行为必须限于竞争者之间实施的行为,以行为人和受害人之间为同业竞争者(相同或类似商品服务的经营者)为前提”。^[19]这种观点具有广泛的代表性。一些裁判甚至将竞争关系作为适用《反不正当竞争法》的前提条件,也即不具有竞争关系就不能适用该法调整。^[20]此外,对于竞争关系的界定纷繁多样。例如,实践中有狭义的与广义的、抽象的与具体的以及直接的与间接的竞争关系之类的说法。^[21]其中,狭义的竞争关系仅限于同业竞争者之间的关系。但是,狭义界定必然大大限制法律的适用范围,对于那些看起来很可以纳入不正当竞争范围的情形就无法纳入其中,必然不符合实际需求。

为解决实践问题,又不想或者认为不能够抛弃竞争关系,司法开始想方设法以其他方式或理论从广义上进行解读,甚至有时不惜进行扭曲性解释。^[22]广义解释虽然部分地解决了实际问题,但仍是在“竞争关系”的束缚和影子下解决问题和进行论证。例如,许多不正当竞争案件的裁判理由通常首先界定当事人之间是否存在竞争关系,以此作为不正当竞争行为的构成要件,但因仅将竞争关系限于同业竞争者之间的关系又过于狭窄,而不能规范许多事实上的竞争行为,因而以各种方式和理由扩张竞争关系的界定。

在不正当竞争行为认定中,司法实践中的广义理解虽然并未抛弃竞争关系的外衣,但实质上已达到了不再要求竞争关系的效果。例如,最高人民法院将竞争关系界定为:“一般是指经营者经营同类商品或服务,经营业务虽不相同,但其行为违背了《反不正当竞争法》第2条规定的竞争原则,也可以认定具有竞争关系。”^[23]这种界定本质上已立足于行为的性质即违背竞争原则的属性,据此认定其是否构成不正当竞争行为,也就在定性上自觉或不自觉地回归了竞争行为本身,而并不在构成同业

[17] 最高人民法院副院长曹建明《知识产权司法保护力度,依法规范市场竞争秩序——在全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话》(2004年11月11日)。

[18] 北京市第一中级人民法院(2014)一中民终字第3283号民事判决书。

[19] 参见北京知识产权法院(2016)京73民终156号民事判决书。

[20] 如“极路由”屏蔽视频广告不正当竞争纠纷案,参见北京知识产权法院(2014)京知民终字第79号民事判决书。

[21] 例如,在“易廷公司与中广金桥公司案”中,二审判决提到了抽象的与具体的、直接的与间接的竞争关系。参见北京知识产权法院(2016)京民终78号民事判决书。

[22] 多年前笔者对此即进行过比较系统的探讨。参见孔祥俊《反不正当竞争法新论》,人民法院出版社2001年版,第五章《反不正当竞争法原理》,知识产权出版社2005年版,第二章第三节。从此后一些裁判对于竞争关系的阐述来看,笔者的观点产生了比较广泛的影响。

[23] 前引[17],曹建明文。

竞争关系的前提下认定行为属性。例如,猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案二审判决指出:“竞争关系的构成不取决于经营者之间是否属于同业竞争,亦不取决于是否属于现实存在的竞争,而应取决于经营者的经营行为是否具有‘损人利己的可能性’。具体而言,取决于以下两个条件:该经营者的行为是否具有损害其他经营者经营利益的得可能性,该经营者是否会基于这一行为而获得现实或潜在的经营利益(即是否具有利己的可能性)。也就是说,如果经营者的行为不仅具有对其他经营者利益造成损害的可能性,且该经营者同时会基于该行为获得现实或潜在的经济利益,则可以认定两者具有竞争关系。”^[24]在“极路由”屏蔽视频广告不正当竞争纠纷案中,法院认为,爱奇艺公司主营业务是视频播放服务,极科极客公司主营业务是硬件设备生产销售,双方貌似没有竞争关系,但极科极客公司综合利用“屏蔽视频广告”插件和“极路由”屏蔽爱奇艺网站视频的片前广告,此行为必将吸引爱奇艺网站的用户采用上述方法屏蔽该站视频片前广告,从而增加极科极客公司的商业利益,减少爱奇艺公司的视频广告收入,导致爱奇艺公司和极科极客公司在商业利益上此消彼长,使本不存在竞争关系的爱奇艺公司与极科极客公司因此形成了竞争关系。^[25]个别裁判还从反不正当竞争法现代化演化的角度,认定广义竞争关系。例如,“竞争关系的广义化,是反不正当竞争法本身变化的结果。反不正当竞争法由民事侵权法发展而来,起初仅仅保护竞争者利益,但在其发展过程中,其立法目标已经由保护竞争者利益不断向保护消费者权益和维护公共利益方面拓宽,由单纯的私权保护不断向实现市场管制目标发展。这就使不正当竞争行为的界定不限于同业竞争者之间的竞争行为,而拓展到非同业竞争者的竞争损害。”^[26]这些裁判都是想方设法变通竞争关系的解释,以便将意欲纳入调整的行为涵摄进来。

我国反不正当竞争法恰是以竞争行为为规范对象,以认定不正当竞争行为为规范基础。它本身并无预定竞争关系的框框和限制,解决实践中的困境所需要的恰恰是回归法律规定和立法本意。新修法进一步实现了法律的现代化,更应该按照现代趋势和理念进行解释,尤其应当在宽阔的市场竞争框架内,更加关注行为本身是否具有市场竞争属性和不正当性,是否扰乱“市场竞争秩序”和其他经营者合法权益,而不再纠结于竞争关系等的界定,不再将其作为构成不正当竞争和适用《反不正当竞争法》的前提要件。或者说分为两个步骤,即竞争行为的定性不需要考虑当事人之间是否具有竞争关系,只需要考虑是否为市场竞争行为,然后根据诸如第2条第1、2款之列的要件认定其是否正当。但是,在不正当竞争民事诉讼中,原告必须证明因被告的行为受到损害,是否存在同业竞争关系可以作为认定是否可能造成损害的重要考量因素,在此基础上确定原被告之间是否有法律上的利害关系,即原告资格的适格性。^[27]事实上大多数不正当竞争确实发生于同业竞争者之间。即便如此,竞争关系的复杂性决定了,确定是否具有损害并不一定是限于同业竞争。行政执法只考虑是否构成竞争和不正当竞争行为,更无需特别界定竞争关系了。

总之,竞争关系与不正当竞争行为的关系之所以重要,是因为它涉及反不正当竞争法的基点和调整范围,尤其涉及一般条款的适用宽度。将其基点放在竞争行为上,可以清晰地确定法律适用的边界,即不正当竞争行为首先是竞争行为,然后再按照相关构成元素认定其不正当性。以竞争行为为调整对象,并以特殊的构成元素界定不正当竞争,可以使该法区别于其他法律。

[24]北京市第一中级人民法院(2014)一中民终字第3283号民事判决书。

[25]参见北京知识产权法院(2014)京知民终字第79号民事判决书,以及北京市高级人民法院4月13日发布的“2015年度北京市法院知识产权司法保护十大创新性案例”之案例二。该案因对竞争关系的如此界定而被认为具有创新性。

[26]北京知识产权法院(2016)京73民终156号民事判决书。

[27]当前司法实践恰恰把该问题搞“错位”和颠倒了。例如《北京高院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》第31条规定:“经营者之间具有下列关系之一,可能损害原告合法权益,造成交易机会和竞争优势变化的,可以认定具有竞争关系:(1)经营的商品或者服务具有直接或间接的替代关系;(2)经营活动存在相互交叉、依存或者其他关联的关系。”该规定将可能损害作为认定竞争关系的原因(因素),而不是相反,这就把因果关系搞反了。这显然仍然是因为坚持了将竞争关系作为构成不正当竞争的前提条件的传统认识的结果。

(五) 从严把握一般条款的适用

司法实践中虽有对于一般条款有明显的适当扩张其适用范围甚至滥用的倾向,但司法政策和主流裁判始终强调限制适用态度。“防止因不适当扩大不正当竞争行为方式范围而妨碍自由、公平竞争。”^[28]“对于其未作特别规定的竞争行为,只有按照公认的商业标准和普遍认识能够认定违反原则规定时,才可以认定构成不正当竞争行为,防止因不当地扩大不正当竞争范围而妨碍自由、公平竞争。”^[29]“妥善处理好反不正当竞争法的原则规定与特别规定之间的关系,既要充分利用原则规定的灵活性和适应性,有效制止各种花样翻新、层出不穷的不正当竞争行为,又要防止原则规定适用的随意性,避免妨碍市场自由公平竞争。”“反不正当竞争法未作特别规定予以禁止的行为,如果给其他经营者的合法权益造成损害,确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性,不制止不足以维护公平竞争秩序的,可以适用原则规定予以规制。”^[30]在“马达庆案”中,最高人民法院认为:“虽然人民法院可以适用反不正当竞争法的一般条款来维护市场公平竞争,但同时应当注意严格把握适用条件,以避免不适当干预而阻碍市场自由竞争。”^[31]依照新修法的立法精神,依照一般条款认定不正当竞争行为仍应适当从严把握适用条件,适当限制其适用范围。

三、现代性和时代性的行为制度建构

针对1993年版法规定的不足和缺陷,以及适应新的发展需求,新修法着重完善了所列举行为的具体规定,总体上使相关制度更为严谨和完善。

(一) 列举性行为的适度增设和着重细化

《反不正当竞争法》是在施行24年之后首次进行修订,其间我国经济社会状况发生巨大变化,反不正当竞争情况也今非昔比。例如,法院依照该法第2条认定了大量的新经济领域和新类型的不正当竞争行为,如涉及域名、企业名称与注册商标权利冲突的不正当竞争行为,互联网领域的不正当竞争行为等。在修法过程中曾经进行过类型化归纳,但多未成为独立的行为类型。新修订的法律在增设行为类型上没有太多的作为,只是增加了第12条所谓的“互联网”条款,其中列举了几种具体行为,并进行了概括性规定。究其原因,大量的新类型不正当竞争行为更多是根据案件具体事实认定的,很难进行稳定的类型化归纳。这些行为更适合留给原则性的一般条款,根据个案进行情境性和开放式的认定。

新修法细化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,使法律规定更具有可操作性。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。

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物。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”。

[28] 最高人民法院《关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》(法发[2009]16号)。

[29] 最高人民法院《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》(法发[2009]23号)。

[30] 《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》(法发[2011]18号)。

[31] 最高人民法院在(2009)民申字第1065号民事裁定书。

值得注意的是,无论是细化性规定还是创设性规定,新修法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实践做法有连续性,在理解和适用上不能隔断联系。

(二)仿冒混淆行为:商业标识的全覆盖

无论是在实质内容还是文字处理上,新修法第6条均有重大变化。主要如下:

一是将法条修订为纯粹的禁止仿冒混淆行为的条款。对于仿冒他人商业标识、导致市场混淆的仿冒混淆行为(新修法称其为“混淆行为”),新修法第6条删除了1993年版法第5条第1项假冒注册商标和第4项引人误解的虚假表示的内容,成为禁止注册商标以外的仿冒混淆行为的专条。原法规定的假冒注册商标行为无任何实质意义,是一个具文,应当删除,并由此划分了与商标法的界限和关系,原法第4项规定的引人误解的虚假表示与虚假宣传性质相同,均归入新修法第8条误导性宣传之中。

二是统一各类仿冒混淆行为的共同要件。首先《反不正当竞争法》立足于仿冒和混淆,对于仿冒商业标识的行为进行制止,因而第6条序言将“引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”规定为共同要件。新修法以此种混淆性要件的表述,替代原法律规定的“造成和他人的知名商品相混淆,引人误认为是他人的商品”,明确扩张了混淆的类型和范围。因为,仿冒行为的结果性要件是引起市场混淆,“修订草案”第6条以“引人误认为是该知名商品”和“引人误认为是他人的商品”表达这种结果要件,这是一种传统的表达方式,限于最狭义的市场混淆即对商品本身的混淆误认。现代反不正当竞争实践已采取广义的市场混淆概念,除狭义的商品混淆外,还包括主体关联关系、认可关系等外延广泛的混淆。^[32]而且,为了适应实践需求,司法解释已采取扩张解释,如《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4条第1款规定:“足以使相关公众对商品的来源产生误认,包括误认为与知名商品的经营者具有许可使用、关联企业关系等特定联系的,应当认定为反不正当竞争法第五条第(二)项规定的‘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’。”新修法显然借鉴吸收了司法实践经验。与《商标法》第57条以“容易导致混淆”的规定相比,新修法直接规定了混淆的含义和类型。其次,统一了“一定影响”的要件。反不正当竞争法对于商业标识的保护不以是否注册为条件,只立足于是否构成商业标识和是否容易导致市场混淆。无论是未注册商标、企业名称和姓名还是域名等标识,只有其具有实际的市场知名度,才能发挥识别商业来源的作用,且才可能导致市场混淆。因此,具有一定知名度是反不正当竞争保护商业标识的前提条件。^[33]鉴于1993年版法“知名商品”之类的措辞,容易被人滥用为追求荣誉称号,且此类标识本质上属于未注册商标,与《商标法》第32条“一定影响的商标”具有相同性质,有必要在称谓上保持一致,故新修法以“有一定影响”表达对于商业标识的知名度要求。^[34]在解释上,应与此前的“知名商品”的认定标准没

[32]现代法上的市场混淆被划分为多种类型,虽然具体说法存在差异,但大体上的划分是比较一致的。例如,按照世界知识产权组织有关资料的说法,反不正当竞争法中的混淆分为三种类型,即商品来源的混淆、关联关系的混淆和认可关系的混淆。商品来源的混淆是指商业标识近似到足以是一般消费者对商品来源产生混淆,包括对商品的误认或者误认为商品来源于相同市场主体;关联公司的混淆是指误认为相同类似商品的使用者存在密切的商业联系;认可关系的混淆是指虽不被误认为具有同一来源或者具有密切联系,但因商业标识的近似而认为此种协议认可使用的关系。“Protection Against Unfair Competition”, presented by the International Bureau of WIPO (1994), P28—29. See “Model On Protection Against Unfair Competition”, presented by the International WIPO (1996), P.16.

[33]二次审议稿对经营者擅自使用他人商品特有的名称、包装、装潢等混淆商品来源的不正当竞争行为作了禁止性规定,有的常委会委员提出,仿冒他人商业标识构成混淆商品来源的不正当竞争行为,一般以被仿冒的标识在相关领域中有一定影响、为相关公众所知悉为前提,建议对此予以明确。为此,三审稿在相关标识前增加了“有一定影响”的限定。参见《全国人大法律委员会关于〈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)。

[34]《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》(2010年4月20日)将当时的《商标法》第31条规定的“一定影响的商标”界定为“为一定范围的相关公众所知晓的商标”,且有证据证明“有一定的持续使用时间、区域、销售量或者广告宣传等的,可以认定其有一定影响。”当时实质上是参照《反不正当竞争法》知名商品标准进行界定的。《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》(2016年12月12日)第23条第2款:“在先使用人举证证明其在先商标有一定的持续使用时间、区域、销售量或者广告宣传的,人民法院可以认定为有一定影响。”此处“一定影响”的认定标准未变。

有实质性区别。有人将修改为“有一定影响”解读为提升了保护门槛,相当于《商标法》第10条规定的认定驰名商标的“为相关公众所熟知的商标”,但无论是立法过程、立法背景还是措辞本身的一致性,均不能如此解读。而且,以“一定影响”作为反不正当竞争保护的条件,体现了此类保护的实质和特性。例如,对于具有市场价值的自然人姓名和社会组织名称的保护,不再是立足于民法意义上的人身权保护,而是作为商业标识或者从商业标识角度进行保护,这属于所谓的商品化权益之列。

三是将各类商业标识由穷尽性的列举性规定修订为开放式的例示性规定。《巴黎公约》第10条之2禁止“以任何方式对竞争者的营业主体、商品或者工商业活动造成混淆的一切行为”,但1993年版法只列举性规定了几种仿冒混淆行为,显然与条约规定和制止仿冒需求不符合。商业标识主要划分为商品(包括服务)标志与市场主体标志(营业标志),前者是识别和区分不同商品或者服务来源的标志,即商标;后者为识别和区分从事生产经营活动的市场主体的标志,如企业名称、商号(字号)等。除此之外,还可能存在不宜纳入上述两类之内的标志,即识别其他经营活动的标志,如域名。例如,世界知识产权组织编写的《反不正当竞争示范条款》第2条第(2)项,将商业标识划分为商标、商号和其他商业标识。^[35]1993年《反不正当竞争法》第5条前3项分别规定了商标和市场主体标志,而并未涉及其他经营活动的标志,其结果是,司法实践中遇到的其他标志有时纳入第(2)(3)项之中,如将商品形状纳入包装装潢保护,^[36]或者依据一般条款保护,或者在保护上产生争议,将企业名称字号^[37]和企业简称^[38]先后纳入企业名称进行保护。为适应保护需求,有必要扩张和明确商业标识的范围。“修订草案”针对实践中的问题和新情况,进行了完善。例如,“修订草案”第6条第3项增设的“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。”但是,这些商业标志并不属于同一类别,有必要在属性上进行甄别,如“域名主体部分、网站名称、网页”可以纳入其他经营活动的标志,而“频道、节目、栏目的名称及标识”当属于服务标志,应当纳入第1项的范围。鉴此,新修法第6条第1、2、3项分别对未注册商标、市场主体标识以及互联网领域的市场活动标识进行了规定,且以列举加“等”字概括的方式,取代了原法律的列举性规定,使各类商业标识均能保持开放性。

三是未注册商标仿冒混淆行为的特殊构成。首先,新修法第6条第1项规定的标识属于未注册商标。《商标法》有保护未注册商标的规定,但基本上属于涉及商标授权确权程序中的保护。未注册商标的民事保护主要由反不正当竞争法实施。未注册商标不限于商品名称、包装、装潢,因而新修法以“等”字进行概括,以保护列举以外的其他未注册商标。例如,司法实践中已涉及商品的形状(如“晨光笔”案)、具有标识意义的广告语(如“怕上火喝王老吉”案)等。^[39]以前因为法律规定的局限,2017年新修法遂以“等”字扩张了相应的商业标识的范围。其次,新修法第6条第1项删除了原法律规定的“特

[35]其中,商号是用以识别企业及其活动并与其他企业及其活动区别开来的标识。“其他商业标识”包括企业的象征符号、徽章、标识语和广告口号之类的多种标识。See “Model On Protection Against Unfair Competition”, presented by the International WIPO (1996), P.18—19.

[36]最高人民法院在起草2007年《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》时,曾经在草稿中提出将商品形状视同《反不正当竞争法》第5条第2项规定的“包装装潢”,但后来经征求意见并慎重研究,认为既然商品形状与“包装装潢”仍有其差别,在法律未作规定的情况下,暂不宜扩张解释。后来在“晨光笔”申请再审案中,最高人民法院裁定认为,“晨光笔”形状构造受知名商品特有包装装潢的保护。参见“宁波微亚达制笔有限公司与上海中韩晨光文具制造有限公司擅自使用知名商品特有装潢纠纷再审案”,最高人民法院(2010)民提字第16号民事裁定书。

[37]《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6条第1款规定:“具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的企业名称中的字号,可以认定为反不正当竞争法第五条第(三)项规定的‘企业名称’。”

[38]在“山起企业简称案”中,最高人民法院首次明确,经过使用和社会公众认同,企业的特定简称已经在特定领域内为相关社会公众所认可,具有相应的市场知名度,与该企业建立了稳定的关联关系,具有识别经营者主体的商业标识意义,可视为企业名称,按照《反不正当竞争法》第5条第3项企业名称进行保护。参见最高人民法院(2008)民申字第758号民事裁定书。

[39]修订审议过程中,“有的提出这一条(第6条第1项)对商品标识仅列举了名称、包装、装潢,不够全面,建议增加商品‘形状’、设计‘等标识’”,最后修改为“‘名称、包装、装潢等相同或者近似的标识’”,以涵盖实践中的其他商业标识”。参见《全国人大法律委员会关于〈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)。

有”要求,这应当是一种疏忽。无论是注册商标还是未注册商标,显著性都是其积极要件,有保护适格性上的独特价值,反不正当竞争法以“特有”体现显著性要件,是必要的。删除的原因可能是认为混淆要件包含了“特有”的含义,但忽视了“特有”的独立意义。因此,司法实践仍可以考量“特有”要求。再次,新修法第6条第1项仍未要求在相同类似商品上的使用,这恰恰体现了反不正当竞争保护的特性,即此类仿冒混淆行为原则上限于相同类似商品上的使用,但如果非类似商品上的使用足以引人误认为具有关联关系,仍可按照反不正当竞争法保护,如“大湖饮料”案。这说明反不正当竞争保护立足于竞争行为的正当性,而不像《商标法》那样因保护专有权和确定专有权边界的需要,需要限定相同类似商品上。此外,由于未注册商标与注册商标具有较多共通性,在必要时可以参照《商标法》有关规定,如禁用标志的规定。

四是其他商业标识仿冒混淆行为的规定。首先,新修法第6条第2项对市场主体的仿冒混淆行为的规定,既有在原法律规定基础上的细化和扩张,如括号之内独特的解释性规定;又有创新,如将社会组织名称包含在内。其中,简称、字号、笔名、艺名、译名等保护均已为以前的司法解释或者司法实践所承认。^[40]反不正当竞争司法解释起草中曾将“相关公众所熟知的企业名称的简称、缩略语、外文名称和字号(商号)、代号、标志、图形等”,以及“从事或者参与经营的事业单位、社团组织、政府机关等的名称”纳入1993年版法第5条第3项之中。^[41]司法解释只是进行有限的扩展,但这种实践探索的过程表明,新修法的相应规定有其充分的实践基础。其次,新修法第6条第3项将域名等互联网领域的市场标识作为一种单独类型。此前有关域名的司法解释曾经以反不正当竞争法一般条款解决涉及此类商业标识的权利冲突,且通常针对的是域名抢注其他商业标识的情形。新修法从反不正当竞争法的角度解决了域名等的法律地位和保护问题。该规定采取了列举性规定,“等”字概括规定应作出与列举事项相一致的类似解释,即不属于域名主体部分、网页和网站名称的范围,但仍属于类似的互联网领域的特殊商业标识。再次,第6条第4项还设定了兜底条款,以防挂万漏一。所规范的只能是不属于第6条第1、2、3项范围的任何市场活动标识和仿冒混淆行为。^[42]此外,“修订草案”为与《商标法》第58条相协调,规定了“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”,因该类行为可以归入最终稿第6条相关规定中,故未再作专门规定。

(二) 虚假宣传:误导性本质的回归

新修法第8条第1款使用了“虚假或者引人误解的商业宣传”概念,因而可以简称为误导性宣传行为。该条规定有丰富的内容。

一是法律条文的合并。1993年《反不正当竞争法》第5条第4项与第6条规定的都是虚假宣传行为,即第5条第4项规定的“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”,可以并入第9条之中。新修法将第6条纯化为仿冒混淆行为,而拿掉引人误解的虚假表示规定,也是将该种情形并入第8条虚假宣传行为之中。而且,新修法未再明确规定“在商品上”、“广告”和“其他方式”之类的宣传方式,但宣传方式无非就这些。

二是例示性规定内容的变化。1993年《反不正当竞争法》第9条第1款规定:“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。”该法第5条第4项禁止“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

[40] 司法解释起草时,报请最高人民法院审判委员会的“送审稿”第6条有关内容为:“具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的自然人的笔名、艺名别名等”视为《反不正当竞争法》第5条第3项规定的姓名。后来通过的正式稿为:“具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的自然人的笔名、艺名等,可以认定为反不正当竞争法第五条第(三)项规定的‘姓名’。”参见《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6条第2款规定。

[41] 如最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件适用法律若干问题的解释(试行)》(2005年4月22日草稿)。

[42] 有人提出,实践中还存在其他形式的混淆行为,建议增加兜底条款,以防挂一漏万。法律委员会经研究,建议增加一项“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”。参见《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案三次审议稿)〉修改意见的报告》(2017年11月4日)。

品质量作引人误解的虚假表示”。这些规定列举(例示)了一些虚假宣传的典型事项。新修法第8条规定:“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。”该条将例示的内容归纳为“商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉”,这只说明当今虚假宣传的常见多发情况有所变化,但这些情形毕竟只是列举出来的典型情形。该条仍采取“等”字概括式的例示性规定,因而修订前后在所涉宣传事项上并无本质性差别。例如,原法律规定的“伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志”,有些可以纳入新修法规定的“曾获荣誉”等之中。即便是修订以前的法律所规定事项的宣传,也同样纳入了修订以后法律的相应规定,未被列举的情形可以包括在“等”字规定之中。

三是由“引人误解”到“虚假或者引人误解”。1993年《反不正当竞争法》第9条规定了“引人误解的虚假宣传”,即将“引人误解”作为“虚假宣传”的限定词。从文义上看,同时符合“引人误解”和“虚假”的宣传,才是法律所禁止的不正当竞争行为。当然,以前的司法解释和司法实践并未拘泥字面而简单地如此解释,而是抓住本质特性,使其包含引人误解的宣传(如歧义性宣传、以未定论的事实作误导宣传),排除不引人误解的虚假宣传(如明显夸张的宣传)等。^[43]新修法修改为“虚假或者引人误解的虚假宣传”,将“虚假”和“引人误解”并列为选择情形。这至少是在规范形式上的一个重大变化。但是,对于“虚假”宣传仍应作恰当解释,如不能包括不引人误解的虚假宣传。

四是明确规定后果要件。新修法第8条第1款规定了误导性宣传的后果要件,即“欺骗、误导消费者”。首先,该要件可以与“虚假”或者“引人误解”结合起来理解,如新法施行之后,仍据此将不产生误导后果的虚假宣传排除在外。其次,与消费者权益保护法不同,反不正当竞争法虽有保护消费者权益之意,但并不赋予消费者直接的救济权利。该规定只是从判断标准和后果要件的角度规定了消费者元素。当然,误导性宣传并不限于误导消费者,还包括误导生产经营者,以“误导、欺骗相关公众”的方式表达更为准确,1993年《反不正当竞争法》第8条第1款仅规定“消费者”,显然是不周延的。

五是误导性宣传的帮助行为。新修法第8条第2款规定:“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。”该款规定是误导性宣传的帮助行为,即以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。此类误导性宣传的主体是“其他经营者”,但帮助行为人实施了帮助行为,也被法律明确规定为构成不正当竞争行为。例如,经营者为雇佣“托儿”进行虚假宣传,营造销售状况良好的印象,误导消费者,此种行为即属于不正当竞争行为。该规定有利于制止当前多发的线上“刷单”、线下雇“托”等虚假宣传行为。

(三)商业秘密保护:职工能否成为侵权主体上的形同实异

新修法第9条关于侵犯商业秘密行为的规定没有实质性变化,更多是文字修改。例如,将“利诱”改为“贿赂”、增加“欺诈”手段、将“能为权利人带来经济利益、具有实用性”修改为“具有商业价值”等,均不涉及实质含义的改变。从字面上看,新修法第9条第2款关于“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、个人实施前款所列违法行为”的规定,也不过是一种细化规定。但值得注意而又极为重要的却是职工侵权的定位问题。职工能否成为侵犯商业秘密的法律主体,直接涉及本条规定的实用价值和对于商业秘密的保护力度。

1993年《反不正当竞争法》没有排斥职工作为侵犯商业秘密主体。^[44]实践中职工侵犯商业秘密的行为占很大的比例,认可职工可以成为侵犯商业秘密的主体,将其纳入调整范围在司法和行政执法

[43]《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8条第1、2款规定:“经营者具有下列行为之一,足以造成相关公众误解的,可以认定为反不正当竞争法第9条第1款规定的引人误解的虚假宣传行为:(一)对商品作片面的宣传或者对比的;(二)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的;(三)以歧义性语言或者其他引人误解的方式进行商品宣传的。”“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。”这些引人误解的宣传更契合新修订法律的误导性宣传的语境。

[44]全国人大常委会法工委民法室:《中华人民共和国反不正当竞争法讲话》,法律出版社1994年版,第64—66页。

中已形成共识。

“修订草案送审稿”第10条第1项曾规定,“商业秘密权利人的员工、前员工实施本法第9条第1款规定的行为”视为侵犯商业秘密的行为。该稿的意图显然是为加强商业秘密保护,而明确地将职工纳入侵权主体的范围。但是,这种规定方式非但没有保留下来,在法律审议过程中反而走向了反方向。例如,“有的常委会组成人员和部门、企业提出,本法规范的主体是经营者,商业秘密权利人的员工、前员工,不属于经营者,对于其侵犯商业秘密的行为,权利人可通过其他法律途径获得救济”,“法律委员会经研究,建议删除修订草案第十条的上述规定”。^[45]这种将职工排除于侵犯商业秘密行为主体之外的理由,仍然是不认为职工为经营者,所以不能由反不正当竞争法调整,但可以按照一般侵权行为进行处理。

鉴于以上修法过程中的背景,新修法第9条第1款侵犯商业秘密的主体是否包括职工,这是在施行过程中需要解决的问题。虽然有这种立法背景,但法律条文毕竟没有明确将职工排除出去。首先,《反不正当竞争法》是保护商业秘密的基础性法律,无论是侵权行为的规定还是商业秘密的界定,往往是其他涉及商业秘密保护的相关法律的基础。其他相关法律(如《劳动合同法》)的保护性规定更多是一种指引性规范,最终需要依托《反不正当竞争法》的实体规范进行保护。由于职工与所在企业的特殊关系,职工侵犯商业秘密的情形多发,是侵犯商业秘密的主要源头之一,如果对此不纳入商业秘密,显然是《反不正当竞争法》的重要缺失。如果认为通过侵权责任法和一般侵权行为可以进行保护,但仍离不开《反不正当竞争法》对于侵权行为和商业秘密含义的实体界定。此时真不知如何单独地进行侵权保护,况且,这又会使商业秘密的保护支离破碎,也可能实质性背离同样情况同等对待原则。其次,2017年修法的重要意图是加强商业秘密保护,而不是削弱保护。如果将本已纳入1993年版法保护范围的职工侵权再排除出去,反而削弱了保护效果,与本意背道而驰。因此,笔者仍希望将职工纳入《反不正当竞争法》第9条第1款的侵权行为主体。

(四)互联网条款:宣示意义大于实用价值

互联网产业的技术和商业模式更新发展很快,对其所涉不正当竞争的类型化尤其要慎重,需要给市场自我调节和技术创新留足空间。新修法第12条属于新增的专属互联网领域市场竞争的条款(“互联网条款”)。这一条款无论是作为互联网时代的标志,还是作为此次修订的“形象工程”,都是立法者志在必定的。例如,第12条第1款规定仅具有宣示意义,没有多少实际价值。该条第1款第1、2、3项规定的行为,大多都是基于对已有典型个案裁判的归纳提炼。^[46]但是,典型裁判本身具有基于特殊事实的情景性,能否具有普遍性、普适性和稳定性,仍值得深入研究。新修法第12条第2款将来适用的最大问题是如何严格把握反不正当竞争的精神和条件,防止简单作字面化的理解和过于宽泛的适用。主要是因为,本款规定有部分词不达意和字面含义太宽的问题,可能涵盖正当竞争行为。

具体而言,新修法第12条第2款第1、2项行为都是从个案中提炼而来,所规定行为具体明确,在适用要件的把握上通常不会有太大误差。但是,仍可能存在涵盖面过宽的情形。例如,有人认为,第1项

[45]《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)〉修改情况的汇报》(2017年8月18日)。

[46]例如,该条规定的行为都有相应的典型案例支撑,或者可能来源于典型案例。第(1)项规定的行为如最高人民法院公布的指导案例第45号百度诉奥商公司案,该案法院判决认定奥商公司在未经许可的情况下,利用技术手段在百度的正常搜索结果显示前强行弹出奥商公司发布的与搜索的关键词及内容有紧密关系的广告页面,诱使百度的搜索用户点击该广告页面,损害了百度的合法权益。法院认为奥商公司的行为违反诚实信用原则和公认的商业道德,妨碍其他经营者正当经营并损害其合法权益,可以依照《反不正当竞争法》第2条的原则性规定认定为不正当竞争。第(2)(4)项规定的行为与通讯公司与奇虎360公司的“3Q大战”中的行为有关,前者如最高人民法院判决的腾讯公司与奇虎360不正当竞争纠纷案。第(3)项规定的行为如奇虎与百度商标权属纠纷案中争议较大的“插标”行为,如法院依据《修订草案》判决,则可认定为《修订草案》第14条第3项中规定的“干扰或者破坏他人合法提供的网络产品或者服务的正常运行”的不正当竞争行为。在该案中,最高人民法院认为,奇虎公司难以证明其为百度的部分搜索结果页面添加警示标志的行为具有合理性及必要性,且奇虎公司在未经许可的情况下直接对他人所提供的服务进行干预的行为,既不利于促进竞争秩序,也不能保障消费者福利,因此构成不正当竞争。

规定不利于互联网服务的多元化,且只规定经营者同意一项条件,并没有考虑到用户的意愿。以经营者单方意志限制第三方在其产品或服务中加入链接,等于赋予强势产品和企业以法律武器建立完全封闭的体系,削弱用户的选择权。链接是互联网的基本功能和价值所在,允许互联网产品不顾用户意愿筑墙圈地,最终将损害广大用户利益和互联网的创新与发展空间。就第2项规定的行为而言,合法产品不等于合适的产品,为保证自己产品或者服务的品质而拒绝不符合系统基本要求,在互联网平台也是常见的。如果有合理理由,用技术手段限制第三方合法产品或者服务并不失正当性。^[47]

第3、4项规定过于概括,未必能够精准地对应于所调整的对象,在适用中容易产生偏差。其中,“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”,此处虽有“恶意”的限定,且恶意看似有带否定评价色彩,但由于市场竞争固有的损人利己(甚至损人不利己)性,如何界定恶意与有意的界限仍是一个难题,稍有不慎即会事与愿违。是否与他人产品或者服务兼容,通常属于自由竞争的范畴,而决定与其他经营者的产品或者服务兼容,也是经营者出于市场利益最大化而进行的自愿选择,且通常而言兼容有利于实现市场利益最大化,因而理性的经营者事实上通常会选择兼容,但这种事实上的做法不是出于法律强制,而是市场机制作用的结果。通常只有在互联网经营者具有市场支配地位时,才可以限制其兼容自由,但这属于反垄断法调整的问题。因此,是否兼容问题要留给市场去解决,不宜笼统地禁止“对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容”。确实在特殊情况下需要禁止的不兼容,最好留给个案解决,而不作一般性和普遍性禁止。

第4项规定的“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”,本身在字面上就没有划清正当与不正当的界限。因为,“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”,很可能就是市场竞争的常态,或者说实现创新、颠覆和超越的必由之路。将其泛泛地给予普遍禁止,恰恰可能背离国家奉行“非公益不干预”的竞争自由精神和谦抑态度。

总之,互联网领域的技术和商业发展迅速,创新活跃,竞争自由尤为重要,因此对于在立法中固定哪些不正当竞争行为,更应该审慎考量。新修法第12条第2款第3、4项毕竟过于抽象,是一种高度裁量性的规范,不能很好地发挥规则作用,在适用时有必要进行更多的目的性限缩解释,避免在适用范围上扩大化。

(五)商业贿赂行为 适用范围上的明晰

完善禁止商业贿赂行为的规定,是此次修法的重点和焦点之一。从字面规定看,新修法未改变1993年版法第8条规定的实质内容和法律标准,更多是明晰了适用范围,但仍有实质性变化。首先,列举了行贿对象的范围。1993年版法在一般规定中未明确行贿对象的范围,只是在“回扣”现象中明确了“对方单位或者个人”,但行政执法中却是将行贿对象限定于对方单位或者个人,^[48]这就大大限制了商业贿赂的范围。新修法明晰和扩张了受贿人的范围,使其不限于对方单位或者个人。其次,删除了回扣的规定。鉴于回扣是当时经济交往中最为常见的商业贿赂行为,1993年版法对此作出专门规定。此次修订删除了回扣的规定,但保留了折扣的规定。鉴于折扣必须以“如实入账”为条件,通常而言,不如实入账的回扣仍可以归入商业贿赂行为。再次,重点打击行贿行为,未将受贿人纳入处罚范围。1993年版法第22条规定:“经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品,……不构成犯罪的,监督检查部门可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款,有违法所得的,予以没收。”国家工商行政管理局《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第9条则将行贿人与受贿人均纳入

[47]参见林华:《反不正当竞争法在互联网弯道翻车么?》载腾讯网 <https://mp.weixin.qq.com/s?new=1&signature=nZXe%2AYu-cUGW2aBDtVDizS68Om68sdj%2A-jsmYW5TUVgRSEngLQSSh3c%2AKt6cDJBZ0D-vLuWHf3NHXE7EvmvCOCdhFtL1GMau-YVwSKx%2AFBJPUokzVHqp3gTyJGfM9oL&src=11×tamp=1510012871&ver=499>,2017年11月7日。

[48]国家工商行政管理局《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第2条第2款规定:“本规定所称商业贿赂,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的行为。”

行政处罚的范围。^[49]新修法第19条规定:“经营者违反本法第七条规定贿赂他人,尚不构成犯罪的,由监督检查部门没收违法所得,处十万元以上三百万元以下的罚款。情节严重的,吊销营业执照。”在此不再将受贿人纳入行政处罚范围。第四,明确了工作人员受贿的性质。新修法第7条第3款规定:“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。”此前的行政规章即规定:“经营者的职工采用商业贿赂手段为经营者销售或者购买商品的行为,应当认定为经营者的行为。”^[50]此次修法是在总结执法经验基础上的进一步明确。

商业贿赂条款一定要注重目的解释,即“贿赂”一词自带不正当性的否定评价含义,为不正当获取交易机会和竞争优势而给付好处,才可能构成商业贿赂。对于给付好处与获取机会和优势的外在表现,需要以是否具有不正当性的内在标准进行衡量,以划清正当交易与不正当交易的界限。不正当性始终是根本衡量标准,应当以竞争自由为初衷,回归立法目的。而且,法条刻意未将“对方单位”纳入明文列举的受贿人范围,或许是推定交易双方的利益给付通常是正当的经营活动和利益往来,也即推定其行为合法,以限缩商业贿赂的范围。其意图也是体现了竞争活动正当性的推定。

结 语

此次修法基本实现了修订法律的初衷,使我国反不正当竞争制度步入一个新阶段。此次修法不乏精彩之笔和可圈可点之处,当然也会留下或多或少的不足和缺憾。法律的完善永远在路上,无论法律规定多么完善,但毕竟大多是抽象性和裁量性规范,行政执法和司法具有大量的能动空间,将在适用中不断丰富法律内容,推动法律的发展。

立法是法律适用的起点,随着此次修法的落幕,随后即将拉开丰富多彩的法律适用的大幕。理论是灰色的,实践之树常青。而且,需求是创造之母。无论理论多么完美,无论立法的原初意图是什么,一旦其脱离实践和有悖实践需求,就会被实践突破或者抛弃。客观性解释和与时俱进地适用法律,乃是司法裁判的宿命。以前对待《反不正当竞争法》第2条一般条款属性的创新性司法态度曾是著名案例,今后新修法适用中还会遇到类似问题。只是司法需要善于把握方向和谨守司法的本分,需要这种约束之下的创新性作为。

[49]国家工商行政管理局《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第9条规定:“经营者违反本规定以行贿手段销售或者购买商品的,由工商行政管理机关依照《反不正当竞争法》第22条的规定,根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款,有违法所得的,应当予以没收;构成犯罪的,移交司法机关依法追究刑事责任。”“有关单位或者个人购买或者销售商品时收受贿赂的,由工商行政管理机关按照前款的规定处罚;构成犯罪的,移交司法机关依法追究刑事责任。”

[50]国家工商行政管理局《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第3条。