

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

王先林

【提要】现代反不正当竞争法所保护的利益主体呈现多元化的趋势,这使得反不正当竞争法的调整范围不断扩展。一方面,不正当竞争的行为主体和受害者的范围扩大,竞争关系淡化;另一方面,一般条款的确立使得反不正当竞争法调整的范围不受所列举的典型行为所限。我国《反不正当竞争法》第2条需要作出相应的完善,以扩大该法的调整范围。

【关键词】反不正当竞争法 不正当竞争 调整范围

〔中图分类号〕 D912.29 **〔文献标识码〕** A **〔文章编号〕** 1000-2952 (2010) 06-0064-09

一、反不正当竞争法利益保护主体的多元化与调整范围的扩展

反不正当竞争法是禁止以违反诚实信用原则或其他公认的商业道德的手段从事市场竞争行为,维护公平竞争秩序的一类法律制度的统称。一般认为,现代意义上的反不正当竞争法是从19世纪中期法国民法典中的规定和英国关于“冒充”诉讼(action for passing off)判例所确定的一些原则中发展而来的。德国则在1896年制定了世界上第一部专门的《反不正当竞争法》。1883年的《保护工业产权巴黎公约》也在1900年的布鲁塞尔修订本中增加了不正当竞争条款。在此后的一百多年时间里,反不正当竞争法在各国得到了广泛的发展。

虽然反不正当竞争法与反垄断法都属于竞争法的范畴,两者有不少共同之处,但是相对于反垄断法来说,反不正当竞争法主要是保障具体交易场合特定当事人之间的利益平衡,侧重维护微观的竞争秩序,追求局部和个案的公正,保障静态的财产权和人身权。相应地,反不正当竞争法是事后调整,以民事制裁(主要靠私人提起民事诉讼)手段为主,辅以行政制裁和刑事制裁的手段。^①由于反不正当竞争法的核心内容是市场道德原则的法律化,因此其在调整技术上的一个显著的特点便是其具有所谓的“不确定性”(因而被形象地称为“不管法”),即可以对那些诚实的经营者提供补充性的保护,对那些从事不正当竞争的行为人进行

^① 不过,在我国《反不正当竞争法》中行政制裁占了重要地位。

兜底性的制裁，这使得相对于那些作深度调整的专门法（如专利法、商标法、著作权法等）而言，其适用的领域非常广泛且富有灵活性，对经济生活具有敏锐的反应力。

在早期，反不正当竞争法主要属于私法范畴，在一定意义上可以说是侵权行为法在市场竞争领域的延伸和专门化。但是，现代反不正当竞争法并非单纯的私法，而是越来越多地渗入了公法的因素，甚至有专门执法机构的主动介入，因此兼具公法和私法的性质，属于经济法的范畴。反不正当竞争法在性质上的演变是与其利益保护结构的发展密切相关的。早期的反不正当竞争法保护的是作为个体的竞争者的利益；后来，随着消费者保护运动的兴起和消费者主权思想的确立，反不正当竞争法越来越重视对消费者利益的保护；进而，随着法律社会化的发展，反不正当竞争法不仅重视保护经营者和消费者的利益，而且也非常重视通过维护自由公平的市场竞争秩序而保护社会的公共利益。因此，现代反不正当竞争法的利益保护呈三重的结构状态，即经营者（竞争者）的利益、消费者的利益以及竞争机制所代表的社会公众或整体利益。当然，这三者在不同的具体制度中有着直接与间接之分、主要与次要之别。正如有学者所概括的：传统的反不正当竞争法直接保护的是竞争者利益，间接或反射保护消费者和公众的利益。竞争行为日益显著的外部性使得消费者、公众也成为反不正当竞争法应当予以考量的保护主体。因此，现代反不正当竞争法因其“多重法域、多元目的背景”，其保护的主体呈多元化。^①

反不正当竞争法性质的演变和保护主体的多元化发展体现和要求法律调整范围的扩展，包括主体范围的扩展和行为范围的扩展。前者主要涉及不正当竞争行为的实施主体和受害者范围的扩大，并且不要求他们相互之间具有严格的竞争关系；后者主要涉及不正当竞争行为的种类不以法律明确列举的为限，一般通过具有高度概括性和弹性的一般条款使得法律调整的范围具有开放性。当然，反不正当竞争法调整范围的扩展涉及到与其他法律调整边界

的合理确定问题，这可以在把握各自法律性质和定位的基础上通过合理的制度设计加以解决。

以现代反不正当竞争法调整范围扩展的real和趋势来衡量，我国目前的反不正当竞争法存在明显的不足。我国1993年制定、实施的《反不正当竞争法》第2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。”“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。”“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。”这里所体现的该法的主体范围和行为范围并没有反映出现代反不正当竞争法的发展趋势和特点，因此需要在我国即将进行的《反不正当竞争法》的修订中加以完善。

二、反不正当竞争法主体范围的扩展与竞争关系的淡化

（一）不正当竞争行为主体范围的扩展

有关国家和国际组织的反不正当竞争法规定的行为主体的范围是非常广泛的，一般并不列明具体的主体，因此只要实施了相应行为的都可构成。例如，1986年修订的瑞士《不正当竞争法》规定：“不正当竞争是指任何欺骗性商业行为，或以其他手段，违反诚实信用原则的任何商业行为。”日本的《不正当竞争防止法》第1条第1款也规定：“因下列各项之一行为，营业上的利益可能蒙受损害者，有权要求停止该项行为：……”。1883年的《保护工业产权巴黎公约》在其1925年的海牙修订本中规定了不正当竞争行为的定义，即第10条之二：“凡在工商业活动中违反诚实经营的竞争行为即构成不正当竞争行为”。1996年世界知识产权组织（WIPO）《关于反不正当竞争的示范条款》第1

^① 参见郑友德、胡承浩、万志全《论反不正当竞争法的保护对象——兼评“公平竞争权”》，《知识产权》2008年第5期。

条规定：“除第2条至第6条指示的行为外，在工商业活动中违反诚实惯例的任何行为，应构成不正当竞争行为；受到不正当竞争行为损害或者可能损害的任何自然人或者法人，应有权获得救济。”

而我国目前的《反不正当竞争法》规定的不正当竞争行为的主体是“经营者”，而且将经营者界定为“从事商品经营或营利性服务的法人、其他经济组织和个人”。这就将不正当竞争行为的主体限定在营利性的经济组织和个人的范围内，不能囊括现实中参与竞争和对竞争秩序产生影响的所有主体，如医院、学校、新闻媒体等公益性事业单位、社会团体和其他组织。而且，通常所说的经营者还应当是取得合法经营资格的主体，只有具有经营（从事商品经营和营利性服务）的法定资格（权利能力）的人才可以成为经营者，这样企业职工（如在侵犯商业秘密中）、单位的法定代表人或具体经办人（如在商业贿赂中）、无照经营或者违法经营的人就不能包括在内。而实际上这些主体往往也会实施某些不正当行为，对其他主体之间的公平竞争造成破坏，在很多国家和地区也被视为不正当竞争行为。当然，在实践中存在不以主体资格的角度而从行为的角度对“经营者”进行界定的，即只要参与或从事市场行为，不论是否具有法定的经营主体资格，都可以属于《反不正当竞争法》中的经营者。从反不正当竞争法的宗旨和制止不正当竞争行为的需要来看，从行为的角度来解释“经营者”有其合理性和必要性。1995年国家工商行政管理局发布的《关于禁止侵害商业秘密行为的若干规定》第3条第4款将“权利人的职工违反合同约定或者违反权利人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权利人商业秘密”规定为侵害商业秘密的一种形式，将职工直接纳入到经营者的范畴。^①但严格来说，这还是比较牵强的，与通常关于“经营者”的解释还是有较大的差异，因为经营者一般被作为与内部职工、消费者等相对的一个概念。

因此，在对我国《反不正当竞争法》进行

修订时，应当扩大不正当竞争行为的主体范围，将不正当竞争行为的主体由原来的“经营者”扩大到一切从事市场交易的主体（任何组织和个人）。这样有利于在更广泛的范围内适用反不正当竞争法，只要参与或从事与市场竞争有关的活动，不论其是否具有法定的经营主体资格，都必须遵守反不正当竞争法。由于我国相关的经济立法广泛使用“经营者”这一概念，修订《反不正当竞争法》时完全在行为主体上不使用“经营者”这一概念似乎不大现实，而且在大多数情况下的行为主体也确实是经营者，因此可以考虑将行为主体改为“经营者和其他市场参与者”，以便使其能涵盖到各类可能实施不正当竞争的行为人。同时，对“经营者”的含义重新作出界定，使之与《反垄断法》规定的“经营者”的含义保持一致，这样就可将《反不正当竞争法》第2条第3款修改为：“本法所称的经营者，是指从事商品生产、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。”

（二）不正当竞争行为受害者范围的扩展

我国目前的《反不正当竞争法》第2条规定的不正当竞争行为的受害者也是“经营者”，这就大大限制了该法的适用范围。实际上，2005年的中国药科大学诉江苏福瑞科技有限公司不正当竞争案^②和著名作家湖南王跃文诉河北王跃文、发行商中元公司不正当竞争案^③就已提出大学和作家是否属于“经营者”、是否有资格提起不正当竞争之诉的问题。

首先，它没有将损害消费者合法权益的行为纳入不正当竞争的范围。虽然不正当竞争行为一般直接损害了经营者的利益，尤其是竞争对手的利益，但是不正当竞争行为也会侵害交易相对人、尤其是消费者的利益。事实上，由于消费者是经营者在市场竞争中争夺的对象，

① 参见孔祥俊著《反不正当竞争法的适用与完善》，法律出版社1998年版，第70~72页。

② 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第6期。

③ 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第10期。

因此不正当竞争行为是围绕着消费者进行的，有时是在损害经营者利益的同时间接损害消费者的利益，有时则是直接损害了消费者的利益，特别是在市场混淆和虚假宣传行为中，消费者是直接的受害者，或者说通过消费者利益受损进而影响竞争者的利益。因此，没有将消费者明确作为不正当竞争行为的受害者是现有的《反不正当竞争法》第2条关于调整范围的一个明显缺陷。

其次，它更没有将损害经营者、消费者以外的其他主体合法权益的行为纳入不正当竞争的范围。除了经营者和消费者之外，不正当竞争行为的受害者还可能是其他民事主体，例如普通的著作权人。在实际的经济生活中，一些主体的行为虽然没有明显违反著作权法等法律的明文规定（至少是不确定的），但是其所采取的手段是违反公序良俗和公平、诚实信用等商业道德的，例如利用他人作品的名称（往往缺乏作为著作权法意义上作品的独创性）故意制造混淆，搭名人名著的便车，以此获取自己在市场竞争中的优势。由于这类行为往往难以受到著作权法等专门法的调整，如果反不正当竞争法也不能对其进行调整，那么一方面留下了法律调整的空白地带，另一方面反不正当竞争法作为保护知识产权的兜底法、补充法的作用也没有得到应有的发挥。

因此，对不正当竞争行为的认定，不仅不需要限定行为人（侵权者）的资格，而且也不需要限定受害人（被侵权者）的资格，即不必限定不正当竞争的受害者必须是“经营者”。这样有利于在更广泛的范围内适用反不正当竞争法，使其真正成为“不管法”，尤其有利于发挥其对知识产权“兜底”保护的作用。基于此，建议将现有的《反不正当竞争法》第2条关于不正当竞争行为受害者的规定由“经营者”改为“他人”。这里的“他人”实际上也包括经营者、消费者和其他市场参与者。

（三）不正当竞争的行为人与受害者之间竞争关系的淡化

反不正当竞争法的调整范围不仅与不正当竞争的行为人和受害者各自的范围大小有关，

而且与这两者之间关系的性质有关，也就是在认定不正当竞争行为时，除了其他方面的构成要件外，是否还需要行为人与受害者之间具有竞争关系。实际上，前面在分析不正当竞争的行为人和受害者的范围时就已经包含了他们之间的竞争关系问题。

对于这里的所谓竞争关系或者竞争要素，在不同国家、不同时期的反不正当竞争法的规定和实施中的做法是不完全一致的。总体来说，这方面经历了一个从严格强调到逐步淡化的过程，现在一般并不强调行为人和受害者之间的直接竞争关系。这也正体现了反不正当竞争法调整范围不断扩大的趋势。

一般来说，不正当竞争作为一种市场竞争行为，是在市场经济活动中有着某种竞争关系的主体之间发生的，行为人实施不正当竞争行为仍是为了竞争。这与垄断行为不一样，因为垄断作为一种排除、限制竞争的行为，它不允许竞争，哪怕是不正当竞争。竞争本身存在多种情况，包括卖者之间的竞争、买者之间的竞争以及买者和卖者之间的竞争，而其中卖者之间的竞争则是主要的和典型的。在卖者之间的竞争中又有部门内竞争和部门间竞争，其中，同一部门或者行业的卖者之间为争夺同一市场的竞争是最典型、最直接的竞争。但是，不正当竞争行为的构成不一定都要求行为人与受害者之间存在这种直接的竞争关系。

反不正当竞争法上的竞争关系往往比反垄断法意义上的竞争关系的范围要广泛。在反垄断法中，竞争关系一般是指商品之间具有替代关系（相同或者近似的商品）的经营者之间相互争夺交易机会的关系，这是狭义上的竞争关系。而在反不正当竞争法中，竞争关系往往是广义上的竞争关系。实际上，这个问题与不正当竞争行为的主体范围是联系在一起的。据学者分析，不正当竞争行为中的竞争关系可以归为三种基本类型：一是行为人与他人之间存在着直接竞争关系，不正当竞争行为是一种不道德地排斥竞争对手的商业行为；二是经营者虽未排挤竞争对手的竞争，但通过不正当

竞争手段获取竞争优势的行为，主要是搭没有竞争关系的经营者的便车，获取竞争优势的行为；三是以不正当手段破坏他人竞争优势的行为。^①其中，只有第一种情形属于典型的竞争关系，但后两种又确实对市场公平竞争造成了破坏。

为体现这一点，一些国家和地区往往将不正当竞争行为称为不公平交易行为，以淡化这里的竞争要素。这在国际上已经形成了一种趋势。例如，《巴黎公约》第10条之二关于不正当竞争行为的理解和认定，是建立在何为竞争行为之上的；而1996年WIPO《关于反不正当竞争的示范条款》并不明确论及于此。这主要考虑到，不正当竞争行为也可能产生于并无直接或间接竞争关系的场合。该示范规定对此还在注释中提供了一个示例：有人将一驰名商标用于完全不同的商品上，尽管该使用人与驰名商标所有人不存在竞争关系，但如此使用却与竞争有关，因为这种使用使其获得了相对于未使用驰名商标的竞争者的不正当优势，这种优势可能有助于使用人的商品销售。其实，早在20世纪50年代就有学者提议将《巴黎公约》第10条之二中关于不正当竞争的概念扩及到（有限度的）非竞争行为上。上述示范规定则是就此作出的正式改进。该示范规定第2条至第6条将《巴黎公约》第10条之二中的“竞争者”（competitor）改称为企业（enterprises）。同时，依据该示范规定第5条，即使消费者协会或新闻机构不与某一领域生产经营者直接发生竞争关系，但若其活动或陈述不顾事实而偏向第三者，间接造成其他生产经营者商誉之贬损，亦应承担侵权责任。^②该示范规定在注释中还特别强调，竞争行为不是构成不正当竞争行为的条件，反不正当竞争法适用于当事人之间没有直接竞争关系的情形，即使当事人的行为不是指向竞争对手，但据此获取了竞争优势或者增强了其自身的竞争能力，也是影响竞争的行为。

德国在2004年修订《反不正当竞争法》中用“竞争行为”替代了旧法第1条和第3条中使用的“在商业交易中旨在竞争的行为”的概

念。根据新法第2条第1款第1项的规定，竞争行为是行为人为了自己或他人的企业，旨在促进商品的购销或服务的供求，包括不动产、权利和义务在内的各种行为。如同旧法一样，纯粹的私人行为、企业内部行为或新闻传媒的表态、消费者协会的工作等，均非竞争行为，不在新法的适用范围。故新法适用时不再要求存在具体或抽象的竞争关系。这样，类似不利于消费者的误导广告行为自然被纳入该法的调整范围。不过，当竞争者提出排除妨碍和停止侵害请求权时，新法仍然要求其存在竞争关系（第8条第3款第1项）。^③

在美国著名的 *Galthouse, Inc. v. Home Supply Company and Alj. Schneider* (1972) 一案中，上诉法院认为，现代不正当竞争原则的适用范围已被拓宽，其外延已扩及对不正当侵占或者侵害他人商誉的保护和救济，即使不是一个竞争者，也不影响不正当竞争行为的构成。美国最高法院曾在1931年的一个判决中认为，消费者虽然已受减肥产品广告的欺骗，但这种虚假广告在销售这种产品的竞争者中很普遍，不能构成对其他竞争者的侵害，也即被告的交易行为（虚假广告行为）虽然损害了消费者的利益，但不能证明损害了竞争者的利益，因此不能构成《联邦贸易委员会法》第5条规定的“不公平竞争方法”。这种态度不利于直接保护消费者，因而1938年美国国会将该第5条扩大为“对于商业中各种不公平的竞争方法和不正当或欺骗性的行为或做法，均就此宣布为非法”。这条规定将大量的并不损害竞争对手权益的不正当竞争行为纳入到该法调整，消除了原有的竞争关系的羁束。^④

在我国的执法实践中，对不正当竞争的行

① 参见孔祥俊著《反不正当竞争法若干问题研究》，徐杰主编《经济法论丛》第1卷，法律出版社2000年版，第494~495页。

② 参见郑友德、焦洪涛《反不正当竞争的国际通则》，《知识产权》1999年第2期。

③ 参见郑友德、万志全《德国反不正当竞争法的发展与创新》，《法商研究》2007年第1期。

④ 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161~163页。

为人和受害者之间的竞争关系通常也是作广义理解的，主要强调行为对公平竞争的破坏，而不特别强调行为人与受害者之间存在直接的竞争关系。例如，国家工商行政管理局在《关于在非相同非类似商品上擅自将他人知名商品特有的名称、包装、装潢作相同或者近似使用的定性处理问题的答复》（工商公字（1998）第267号）中指出：“仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为一般发生在相同或类似商品上，但经营者在非相同、非类似商品上，擅自将他人知名商品特有的名称、包装、装潢作相同或者近似使用，造成或者足以造成混淆或者误认的，亦违反《反不正当竞争法》第2条第（二）项的规定认定为不正当竞争行为，并按《反不正当竞争法》及国家工商行政管理局《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》的有关规定查处。”

虽然现有的《反不正当竞争法》第2条并没有明确要求不正当竞争的行为人和受害者之间有直接的竞争关系，但是在理论上和实践中不少人是作这种理解的，从而大大限制了我国《反不正当竞争法》的适用范围。为了使得这个问题得以明确，建议在修订《反不正当竞争法》时，一方面在相关条文中尽量淡化对直接竞争关系的要求，另一方面可以在关于修订草案的立法说明中对此予以明确的澄清。

三、反不正当竞争法行为范围的扩展与一般条款的确立

（一）一般条款对不正当竞争行为范围的扩展

现代反不正当竞争法在调整不正当竞争行为时一般采取概括条款+典型列举的方式，即一方面规定不正当竞争的概括性条款，以增强法律调整的适应性和稳定性，另一方面也重视对各种具体的不正当竞争行为的列举，以加强法律调整的针对性和可操作性。其中，这里的概括性条款就是通常所说的一般条款。

反不正当竞争法的一般条款是相对于具体条款而言的，是指反不正当竞争法中设立的包

含了不正当竞争行为构成要件的概括规范。与那些禁止某种不正当竞争行为的具体条款不同，一般条款并不指向某种特定的不正当竞争行为，而是将法律中没有列举的其他不正当竞争行为全部归入该条款而加以禁止。这使得反不正当竞争法对市场竞争行为的规制不以法律具体明确的条款为限。因此，反不正当竞争法一般条款的主要功能在于补充法律具体条款的漏洞，起到兜底和补充的作用。“严格地说，成文法律条文中明确列举的不正当竞争行为乃是法定的不正当竞争行为。这些属于显而易见的‘底线’，真正的兜底是对那些法无明文规定，表面上隐性，却实为不正当竞争行为的规制。”^①

德国1896年制定的《反不正当竞争法》只着眼于禁止某些严重的不正当竞争行为，没有一个一般条款，使法律调整的范围和力度都有很大的局限性。而在1909年重新制定该法时增加了一个一般条款，使该法成为由一般条款+行为列举构成的法律。这种新的法律结构既保证了法律的稳定性，又能克服制定法具有的封闭、僵硬的局限性，使法律能够灵活适应市场经济情况的变化。一般条款在德国《反不正当竞争法》中发挥了巨大的作用，被称为“帝王条款”，是该法的核心。据统计，在德国依据（反）不正当竞争法中的两条原则条款判决的案件占全部不正当竞争案件总数的三分之二，余下三分之一的案件是援引针对各具体不正当竞争行为的条文以及附属法令处理的。^②值得注意的是，德国在2004年修订《反不正当竞争法》时则废除了这一条款，而根据多年积累的经验，将其以例示若干类型加以具体化、明确化。但新法的第3条设置了一项新的一般条款：“禁止足以损害竞争者、消费者或其他市场参与者，且并非显著地妨碍竞争的不正当竞争行为。”

^① 参见刘春田《司法对〈反不正当竞争法〉的补充和整合》，《法律适用》2005年第4期。

^② 参见韦之《论不正当竞争法与知识产权法的关系》，《北京大学学报》（哲学社会科学版）1999年第6期。

这取代了旧法第1条的一般条款规定。新的一般条款通过第4~7条列举的一系列不正当竞争示例(第4条列举了11种)而予以具体化,且新列举之示例呈开放状态。因此,新法仍然是维持单个不正当竞争行为禁止性条款加上专设一般条款的基本构架,一般条款今后仍将起到补漏或兜底作用。^①美国《联邦贸易委员会法》第5条随着实践的需要,其范围被不断拓宽,而这实际上是一种一般条款在适用范围上的不断拓宽。我国台湾地区《公平交易法》第24条规定:“除本法另有规定者外,事业亦不得为其他足以影响交易秩序的欺罔或显失公平之行为。”这属于对该法明文列举以外的不公平竞争行为的典型概括,属于一般条款。这种抽象性条款的优点在于可避免挂一漏万,又可使执法机关针对具体化个案弹性适用。^②

从有关涉及不正当竞争的国际立法文件来看,也都包含有一般条款。例如,1883年的《保护工业产权巴黎公约》在其1925年的海牙修订本中规定了不正当竞争行为的定义,即第10条之二:“凡在工商业活动中违反诚实经营的竞争行为即构成不正当竞争行为”。在1996年WIPO《关于反不正当竞争的示范条款》中,其第1条第1款除规定其基本保护之外,还仿效《巴黎公约》的第10条之二第(2)款,对不正当竞争行为规定了总定义:凡在工商业活动中违反诚实的习惯做法的行为或做法构成不正当竞争行为。

在各个国家或地区的反不正当竞争法和相关的国际立法文件中,一般条款的具体表述虽然形式各异,但其最核心的内容是诚实信用原则和其他公认的商业道德。在反不正当竞争法中,诚实信用既是基本的法律原则,也是认定不正当竞争行为的一般条款。其他公认的商业道德可以看作是诚实信用原则的具体化,例如公平原则是诚实信用原则维持当事人之间利益平衡的要求。因此,违反诚实信用原则在界定不正当竞争行为中具有重要的意义,构成了认定各种不正当竞争行为的具有实质性的标准。不正当竞争行为的“不正当”性,主要就表现为其违反了以诚实信用为核心的商业道德。无

论是我国《反不正当竞争法》明确规定的不正当竞争行为如仿冒商业标识、虚假宣传、诋毁商誉、侵犯商业秘密、商业贿赂等,还是那些没有明确规定的其他不正当竞争行为,其实质都是与市场经济中以诚实信用为核心的商业道德的要求相背离。

一般条款在反不正当竞争法中的确立,使得反不正当竞争法所禁止的行为不以具体列举的为限,这就大大扩展了法律调整的行为种类的范围。

(二)我国《反不正当竞争法》中一般条款规定的缺陷

我国现有的《反不正当竞争法》第2条第1款确立了该法的基本原则,第2款属于定义性条款。对于这两款是否构成我国《反不正当竞争法》中的一般条款有着不同的理解,有的认为其是一般条款,也有的否认其为一般条款,还有的认为其是有限的一般条款。

从字面和立法本意上来看,我国现有的《反不正当竞争法》第2条第1款和第2款显然不是一个严格意义上的一般条款,因为“违反本法的规定”就限定了认定不正当竞争行为的范围,立法本意是将应依法制裁的不正当竞争行为严格限定在其第二章所列明的11种情况,不允许执法机关在此之外进行认定。主要由参加该法起草的同志撰写的著作也明确提出,《反不正当竞争法》第二章所列明的各项不正当竞争行为就是该法所承认的不正当竞争行为,也就是说不正当竞争行为需要依法制裁的只限于第二章列明的各项,除非法律另有规定,是不允许执法机关随意认定的。这就表明我国《反不正当竞争法》具有明显的封闭性。究其原因,是“考虑到我国执法机关实际水平状况,不能

^① 参见郑友德、万志全《德国反不正当竞争法的发展与创新》,《法商研究》2007年第1期。但也有学者认为,按照德国2004年的《反不正当竞争法》,一般条款已经不再是所谓的帝王条款,法院直接适用“一般条款”的可能性也已经微乎其微。参见李明德《制止不正当竞争的若干问题》,《知识产权文丛》第14卷,知识产权出版社2008年版。

^② 参见孔祥俊著《反不正当竞争法的适用与完善》,法律出版社1998年版,第61~62页。

给予这种权力。让一个基层的执法部门对需要根据经济形势进行判断的不正当竞争行为进行认定是无法想象的事情。”“如果允许判断，将导致一种危险：将很多正当行为当作不正当竞争行为进行制裁……”。^①这在一定程度上反映了立法机关对执法机关的不信任。

从我国现实的情况看，上面这种考虑是有客观依据的。我国当时甚至目前确实面临着执法机关人员素质有待提高的问题。法律赋予其过大的自由裁量权会增加执法的主观随意性，导致许多混乱，与法治的要求背道而驰。但另一方面，完全封闭性的严格规则也会带来另一种弊端，它会带来法律的僵化，使法律从通过之日起就开始滞后于社会生活的实际。因此，法律也不是越确定越好。特别是反不正当竞争法，其在确定不正当竞争行为时的一个很大特点正在于其不确定性和包容性，甚至有“不管法”之称。人的想象力是难以预测的，市场主体在竞争过程中采取的手段也是复杂多样、不断翻新的，并从中产生出种种不正当竞争行为。因此，立法时对这些行为的列举是无法穷尽的，因而许多国家和地区的立法在规定不正当竞争行为时并没有将其封闭起来，而是通过以诚实信用为核心的一般条款使被具体列举之外的可能产生的其他不正当竞争行为也在法律调整的范围之内。这样的一般条款就可起到防止反不正当竞争法封闭性的作用。

由此可以看出，我国现行的《反不正当竞争法》存在着明显的封闭性的缺陷，而且这种缺陷不是纯粹立法技术上的，而是立法指导思想上的，或者说是由立法指导思想引起的立法技术上的缺陷。为了克服由于法律的封闭性带来的僵化、迟滞的弊端，必须对我国现行的《反不正当竞争法》第2条加以修改完善，形成真正的一般条款，以充分发挥其灵活性强、容量大的功能。

当然，对于我国《反不正当竞争法》第2条第1款和第2款有一个合理解释的问题。从合理解释法律条文的角度来看，既不宜完全拘泥于字面而将其理解为不具有任何一般条款的意义，又不宜脱离立法原意将其解释为完全的一

般条款，而是从现行规定的现状出发，考虑到不同领域法律问题的性质，将其理解为有限的一般条款。由于民事违法行为不实行法定主义，对于受害人请求民事赔偿而《反不正当竞争法》又未列举的行为，法院则可以根据个案将其确认为不正当竞争行为，判令行为人承担民事责任。^②事实上，在我国《反不正当竞争法》出台之前，我国首例以“不正当竞争”为案由的案件即“莒县酒厂诉文登酿造厂不正当竞争纠纷案”中，二审法院就是依据《民法通则》的包括公平和诚实信用在内的基本原则进行判决的，并且还得到了普遍的认可。^③在我国《反不正当竞争法》实施之后，我国反不正当竞争的民事司法实践（如北京金融城网络有限公司诉成都财智软件有限公司不正当竞争纠纷案^④等）中，对一些法律没有明文禁止的行为，人民法院往往直接认定其违反了《反不正当竞争法》第2条的原则性规定以及不正当竞争的定义，而构成不正当竞争。最高人民法院在有关计算机网络域名等的司法解释中也明确了这一点。但是，对于行政执法来说，由于行政违法行为实行法定主义，对于须予以行政处罚而《反不正当竞争法》又未列举的行为，按照该法第2条第1款和第2款将其确认为不正当竞争行为既没有依据，也没有意义，除非其他法律、行政法规、地方性法规另有规定。因此，前面分析的那种封闭性对于行政执法来说应该是绝对存在的，不能通过解释得到解决，而只能通过修改完善法律来解决。

（三）重新确立我国《反不正当竞争法》中一般条款的相关配套方案

鉴于我国现有《反不正当竞争法》的封闭性问题，在修订该法时的一项重要任务就是要

^① 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页。

^② 参见孔祥俊著《反不正当竞争法的适用与完善》，法律出版社1998年版，第54页。

^③ 如《最高人民法院公报》和《人民司法》都登载了该案例或对该案进行了评析。

^④ 北京市第二中级人民法院民事判决书（2000）二中民初字第122号。可在中国法院网上查阅，网址：<http://www.chinacourt.org/html/article/200211/04/17099.shtml>。

确立起真正的一般条款。这要从以下几个方面配套进行。

首先,在调整立法指导思想的基础上,可以去掉我国现行《反不正当竞争法》第2条第2款“违反本法的规定”几个字,或者将其改为“违反前款规定”,从根本上解决前述的封闭性问题,从而将该法第2条第1款和第2款改造为一般条款。这样,人民法院和行政执法机关就可以依据第2条第1款和第2款规定的原则条款在被具体列举的不正当竞争行为之外去认定“其他不正当竞争行为”,从而大大增强该法的灵活性和适应性,也可在一定程度上维持该法的稳定性。因为该法的任何列举都可能是不全面、不严密的,在所列举的典型的不正当竞争行为之外还会存在大量的不正当竞争行为,如果因为新出现一种或几种不正当竞争行为就去修改法律,势必损害其应有的稳定性。在这里,以诚实信用为核心的一般条款由于其内容非常抽象,包容量大,内涵和外延均不确定,因而其在实质上是对执法机关自由裁量权的授予。

其次,为了与《反不正当竞争法》第2条的上述规定相呼应、衔接,在该法第二章规定的各种具体的不正当竞争行为之后,增加规定一条兜底性的“其他不正当竞争行为”认定条

款。但是,这里需要对认定的主体作出必要的限定。考虑到我国目前执法人员的素质随执法机关的级别高低而依次递减的状况,立法授予执法机关在法律明确具体的规定之外认定其他不正当竞争行为的权力就不应是普遍的,而是有级别限制的。由于我国幅员辽阔,各地差异大,作这种认定的权力也不宜完全限于中央一级,建议将其限定在中央和省两级(主要是国务院工商行政管理部门和省级工商行政管理部门)。后者作出的认定需要在规定的时间内报中央一级备案,以便国务院工商行政管理部门及时掌握全国的情况。当然,由于前述的民事责任的性质,对于人民法院在民事案件中认定其他不正当竞争行为可以不特别限定其级别,而按照相应案件的级别管辖规定执行。

最后,由于根据一般条款确认的“其他不正当竞争行为”的行政责任也应实行法定,因此在《反不正当竞争法》法律责任部分也应规定其相应的行政责任条款。

本文作者:法学博士,上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师、副院长
责任编辑:赵俊

On Expansion of Regulation Scope of Anti-unfair Competition Law

—Perfecting the Article Two of China's Anti-unfair Competition Law

Wang Xianlin

Abstract: In modern society, the stakeholders protected by anti-unfair competition law are diverse, which leads expansion of regulation scope of anti-unfair competition law. On one hand, the scopes of behavioral agents and injured parties are extended, and competitive relation between the both parties is played down; on the other hand, establishment of the general article makes the scope regulated by anti-unfair competition law is not limited to the typical behaviors enumerated by the law. The second article of China's Anti-unfair Competition Law needs to be improved to expand the regulation scope.

Key words: anti-unfair competition law; anti-unfair competition; scope of regulation