

论欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为的竞合

——《中华人民共和国反不正当竞争法》第5条第4项、第9条规定与第14条规范竞合的研究

奚庆

(南京师范大学法学院,江苏南京 210097)

摘要:从欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为的区别和联系入手,结合《中华人民共和国反不正当竞争法》等现行法律规定,论证了两种行为之间存在规范竞合。在经营者采取捏造、散布虚伪事实损害竞争对手商业信誉、商品声誉的方式来宣传或突出自己的商品或服务,导致消费者误认误购的情况下,同时构成欺骗性商业宣传行为和商业诋毁行为。其中商业诋毁行为应当是欺骗性商业宣传行为的特别行为,属于部分竞合的范畴,应当适用普通法与特别法的相关理论。

关键词:竞合;欺骗性商业宣传;商业诋毁;不正当竞争

中图分类号:D922.294

文献标识码:A

文章编号:1671-4970(2006)01-0037-03

法律是调整社会关系的抽象规定。或者由于调整社会关系的角度不同,或者由于立法价值取向和技术的问题,因此,时常发生一个行为符合数个法律规范的要件,导致这些规范均可以适用的现象,这在理论上称之为规范竞合。

《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)第5条第4项和第9条所规定的欺骗性商业宣传行为,是指经营者在商品上,或者以广告或其他方式,对商品或服务的质量、制作成分、性能、产地等情况作引人误解的虚假宣传的不正当竞争行为。^[1-2]而该法第14条所规定的商业诋毁行为,是指经营者自己或利用他人,通过捏造、散布虚伪事实等不正当手段,对竞争对手的商业信誉、商品声誉进行恶意的诋毁、贬低,以削弱其市场竞争能力,并为自己谋取不正当利益的行为。^[1]这两种行为都是经营者通过向社会公众散布、传播某种不真实的或引人误解的信息以谋取竞争利益的不正当竞争行为,而在实践中采用虚伪事实诋毁他人来宣传自己的情况大量存在,这两者是否存在规范竞合呢?如果存在竞合,是所有的行为都存在竞合,还是仅仅部分行为发生竞合呢?

对这一问题的回答,不仅对理论研究具有相应的意义,更重要的在于其对《反不正当竞争法》的行政执法工作具有积极的实践价值。由于《反不正当竞争法》对于商业诋毁行为没有规定相应的行政责任,因此,除了某些地方性法规对该行为补充有行政

处罚规定外,行政处罚法定主义原则决定了执法部门对此只能认定而不能处罚,导致执法力度较弱,违法行为屡禁不止。如果欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为存在竞合,那么构成商业诋毁的行为同时也可能构成欺骗性商业宣传,此时就可以按照欺骗性商业宣传行为予以定性处罚;如果两者之间不存在竞合,那么则应当考虑对现行法律加以修改或补充以解决实践问题。讨论两种行为是否竞合、如何竞合的意义正是如此。

一、欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为是否存在竞合

同一个行为符合两个法律规范的要件,这是规范竞合的根本要求。下面就从欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为的联系与区别来分析两者之间是否存在竞合。

1. 从欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为的本质属性看能否存在竞合

在市场竞争中,市场主体参与竞争的根本出发点和价值归宿是获取经济利益。而经济利益的实现,从宏观上来说是通过商品交换实现的,放至微观层面,则是依靠众多消费者对其商品或服务的购买而形成的。在激烈的市场活动中,欺骗性商业宣传与商业诋毁的具体行为是形形色色、各不相同的,但是,两者从本质上讲均是市场主体通过传播某种不真实的信息来影响消费者的购买选择,从而实现市

场竞争优势和经济利益的不正当竞争行为。

(1) 行为性质、内容的一致性

根据我国《反不正当竞争法》的相关规定,要求欺骗性商业宣传行为的行为人在客观上实施了“引人误解的虚假宣传(表示)”。虽然,对此法律规定学术界存在一定的批评,认为“虚假”的宣传(表示)可能导致“误解”,但是,真实的或者不能定论的宣传(表示)也可能导致“误解”^[3],但是,无论如何,行为人必然对其商品或服务在质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限等与竞争有关、足以影响消费者选择和购买的信息上作出了某种使消费者产生错误认识的传播,而这种传播直接影响消费者的选择,导致误认误购。

而商业诋毁行为的行为人在客观上实施的是“捏造、散布虚伪事实”的行为。所谓“捏造”,就是无中生有,将根本没有的事情说成有的事情;所谓“散布”,就是广而告之,将某件事情向他人传播。从行为性质上来看,“捏造”而不“散布”则既不能损害特定竞争对手的商业信誉、商品声誉,也不能影响整个市场的经济秩序,因此,不具有竞争法调整的意义,所以,竞争法所调整的商业诋毁从根本上来说,其核心在于“散布”、传播,而非“捏造”。同时,“散布”的“事实”必须与竞争有关,包括与竞争对手竞争地位和竞争利益具有意义的一切关系和情况^[4],损害竞争对手的商业信誉、商品声誉,否则,当由其他法律进行调整。“散布”的内容主要是不真实的信息,但是,此时对于“虚假”和“真实”的理解不应当在绝对的、客观的意义上理解,而应认为真实的事实就是行为人能够证明其真实性的事实^[2],行为人所不能证明其真实性的事实,无论在客观上真伪如何,都应当认定为是《反不正当竞争法》第14条所规定的“虚伪事实”。商业诋毁行为人正是通过向不特定的社会主体,特别是与竞争优势和经济利益的实现有根本影响的相关消费者传播上述“虚伪事实”,通过损害竞争对手的商业信誉和商品声誉,引起消费者的误认误购来不正当地实现自己商品(服务)的交换价值。所以,两者在行为的性质、内容上具有本质的一致性。

(2) 行为形态的一致性

根据《反不正当竞争法》的规定,欺骗性商业宣传主要包括了三种行为形态,即广告、在商品上和其他方法。所谓“其他方法”具有兜底性条款的意义,指的是除广告和在商品上以外的向公众传布信息的方法。而商业诋毁行为“散布”虚伪事实也只能通过

这三种方式进行。因此,两者在行为形态上有一致性。

(3) 行为其他构成要件方面的一致性

从行为主体来看,无论是欺骗性商业宣传行为还是商业诋毁行为的主体能且只能是经营者,是市场主体,这也是竞争法对其进行调整、规范的基本前提和意义所在;从主观方面来看,两种行为人的主观心态只能是故意,而从法律后果来看,都包括了实际损害与可能损害两种情况。

综上所述,欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为除了在行为主体、主观方面和法律后果上具有相同的要件要求外,两者在行为的性质、内容、形态等本质属性方面也具有一致性,因此,在现行法律分别规范的情况下,有可能产生竞合。

2. 从欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为的区别与现行法律规定看是否竞合

从《保护工业产权巴黎公约》、《反不正当竞争示范法》^①到世界各国的竞争法律法規均普遍地认为欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为是两种不同的不正当竞争行为^[2]。正如世界知识产权组织国际局在其对《反不正当竞争示范法》所作出的注释中指出:“同虚假宣传行为一样,损害信誉的目的是通过传布某种信息影响消费者的决定。与虚假宣传行为不同的是,损害信誉不是对自己的产品或服务进行虚假的或欺骗性的陈述,而是对他人的企业、产品、服务或工商业活动传布虚假的信息。”^[5]欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为从行为性质上来说都是“通过传布某种信息影响消费者的决定”^[5],从而决定了其具有相同的本质,而两者之所以以不同的不正当竞争行为而存在,原因在于两者“传布”的对象有所区别:前者是“对自己的产品或服务进行虚假的或欺骗性的陈述”^[5];而后者是“对他人的企业、产品、服务或工商业活动传布虚假的信息”^[5]。

但是,这种区别是非本质的。对他人商品或服务的贬低或者与他人商品进行不真实的比较,从某种意义上来说,也可以成为经营者对自己的产品或服务进行欺骗性宣传的一种相对具体的方式;而从商业诋毁行为的根本目的来看,顾名思义,经营者对竞争对手的商誉进行诋毁,其必然是出于某种商业目的,必然是为了实现自己商品或服务的交换,实现自己的市场竞争优势和经济利益。也就是说,贬低他人是为了宣传或突出自己。对于出于其他非商业目的的诋毁,则应当归于普通侵权行为加以调整,而与竞争法无涉。

①欺骗性商业宣传行为由《保护工业产权巴黎公约》第10条之二(3)B及《反不正当竞争示范法》第4条规范,商业诋毁行为则由《巴黎公约》第10条之二(3)D及《示范法》第5条规范。

法律之所以将欺骗性商业宣传与商业诋毁作为两种不同的不正当竞争行为加以规定,其主要是由于商业诋毁行为与欺骗性商业宣传行为相比除了侵害了消费者利益和竞争秩序外,还直接侵害了特定的竞争对手的权利。而这一权利即我们所说的商誉,其作为一种社会整体评价,是通过经营者长期艰苦努力和积极奋斗,付出了大量的时间、精力、金钱而形成的。良好的商誉一旦形成,能够促进消费者的选择,给经营者带来巨大的经济利益。因此,商誉被现代法律认为是一种重要的无形财产。但是,在市场竞争中,经营者的商誉是很容易受到侵害的,这不仅给经营者的名誉造成损害,而且会给该经营者的正常活动造成消极的影响使其遭受严重的经济损失。更重要的是,经营者的商誉一旦遭受损害,在通常情况下是难以恢复的,即使恢复,也需要长期的努力和巨大的经济投入。因此,商誉的特性决定了其需要法律给予特殊的保护,否则,难以形成良好的竞争秩序和竞争价值。

而无论是《反不正当竞争法》第5条第4项还是第9条的规定,都没有把“引人误解的虚假宣传(表示)”的对象局限于经营者自己的商品或服务,也就是说,从法律规范的字面意义上讲,经营者可以对他人的商品或服务作“引人误解的虚假宣传(表示)”,而这在没有明确的立法解释、司法解释相反规定的前提下是符合法律的;其在商业实践中大量存在,在逻辑上也是可行的,即经营者可以通过捏造、散布虚伪事实进行不真实的比较或者直接贬低他人商品或服务来影响消费者的选择,从而既向消费者作了引人误解的虚假宣传,同时又捏造散布虚伪事实损害了竞争对手的商业信誉和商品声誉。

综上所述,欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为在传播对象上的区别仅仅是形式、手段意义上的区分。法律明确将两者规定为不同的不正当竞争行为的目的主要是出于对经营者商誉的保护。通过理论分析,特别是在现行法律规定下,经营者为了宣传、销售自己的商品或服务而捏造、散布虚假信息,诋毁竞争对手的商品或服务,从而导致消费者的误认误购,其行为既构成了欺骗性商业宣传,也构成了商业诋毁。此时,欺骗性商业宣传与商业诋毁发生了竞合。

二、欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为竞合的程度与关系

1. 欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为是包含与被包含的部分竞合

如上所述,欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为存在规范竞合,那么,在此前提下,两者是相等关

系即完全重合,还是包含与被包含关系或者交叉关系即部分重合呢?我们认为,两者之间是包含与被包含的部分重合关系。

欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为在本质属性上具有相同性,在行为主体、主观方面和损害后果上具有一致性,但是,两者存在传播对象上的差异,因此,可以以此逻辑标准区分为两种行为,而不可能完全重合。

欺骗性商业宣传要求对经营者自己的商品或服务作“引人误解的虚假宣传(表示)”,但并不排除经营者通过捏造、散布有关他人商品或服务的虚伪事实的方式来对自己的商品或服务进行宣传或突出,而且从根本上来说经营者进行商业诋毁的目的也正是为了宣传或突出自己的商品或服务,使消费者产生选择错误。而《反不正当竞争法》在规范欺骗性商业宣传行为时并未将传播的对象局限于经营者自己的商品或服务。因此,如果经营者采取捏造、散布虚伪事实损害竞争对手商业信誉、商品声誉的方式来宣传或突出自己的商品或服务,导致消费者误认误购,那么,此时其行为既构成了欺骗性商业宣传,也构成了商业诋毁。但是,如果经营者采取其他方式对其商品或服务的有关信息作引人误解的虚假宣传(表示)时,则其行为只构成欺骗性商业宣传,而不构成商业诋毁。同时,正是由于实施商业诋毁行为的根本目的是为了影响消费者对自己商品或服务的选择,因此,商业诋毁行为只是欺骗性商业宣传行为的一种特殊的方式。这一点在现行的法律规范之下尤为明确。

总之,经营者实施的欺骗性商业宣传行为并非都同时构成商业诋毁行为,只有采用“捏造、散布虚伪事实,损害竞争对手的商业信誉、商品声誉”方式实施的欺骗性商业宣传行为才存在与商业诋毁行为的竞合,进一步说,如果经营者实施的商业诋毁行为是采取了某种特殊方式进行的欺骗性商业宣传行为,那么,这种商业诋毁行为便存在与欺骗性商业宣传行为的竞合。欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为是包含与被包含的关系。

2. 商业诋毁行为是特殊的欺骗性商业宣传行为

欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为之间存在竞合,某一行为既构成欺骗性商业宣传行为,也同时构成商业诋毁行为,此时,既可以按照欺骗性商业宣传行为来定性和处罚,也可以按照商业诋毁行为来定性和处罚。那么,究竟应当按照哪一种行为来定性和处罚呢?

由于商业诋毁行为不仅具备了欺骗性商业宣传行为的全部要件特征,除此之外还具有其特有的特别要件,即手段、方式上要求通过散(下转第53页)

奈达理论,特别是翻译信息论、对等论、读者反应论这三种理论,给翻译研究注入了新的活力,为当代翻译理论的发展做出了巨大的贡献。翻译信息论是将信息通讯理论引入翻译研究,对等论是创造性地将接受理论的原理引入翻译研究,读者反应论则将译文和原文读者在阅读过程中的反应是否对等作为衡量翻译的最高标准。它们为译者在文学翻译中实现源语文化向目标语文化的转换和处理文化差异,提供了翻译理论上的指导和翻译实践上的策略和技巧,意义重大。

当然,对于奈达理论也存在不尽相同甚至相反的看法。如翻译的功能不仅仅是信息传递与交流;“动态(功能)对等”所强调的间译方法来自于《圣经》翻译,难免带上主观色彩,译者就应该如实地传达原文内容,而不能只顾读者的反应,等等。

所以,文学翻译实践中,在强调运用奈达理论处理文化差异的同时,还要根据翻译体裁、主题、风格、交际目的等因素,来精心选择适当的翻译策略和技巧,以灵活地应用奈达理论,扬长避短,不断提高文学

翻译的质量,从而加快促进各种文化的交流与繁荣。

参考文献：

[1] SUSAN B. Translation Studies[M]. London :Routledge ,1994 :14.

[2] NIDA E A ,TABER C R. The History and Practice of Translation[M]. Shanghai :Shanghai Foreign Language Education Press 2004 Preface ,165 ,12 ,163.

[3] 郑亚南.从语言看中西文化差异[J].南京社会科学 ,2001 (6) :66.

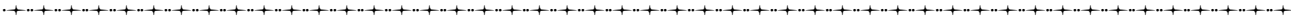
[4] NIDA E A. Toward a Science of Translation[M]. Shanghai :Shanghai Foreign Language Education Press ,2004 :159-160.

[5] Nida E A. Language , Culture , and Translating[M]. Shanghai :Shanghai Foreign Language Education Press ,1993 :117 ,118.

[6] 吕俊.谈诗词翻译中的意美原则[J].外国语 ,1995(5) :44.

[7] 袁晓宁,刘成.关于翻译中归化和异化的哲学思考[J].外语与外语教学 ,2003(1) :27-28.

[8] 孙宁宁.文化视野观照下的翻译研究[J].哈尔滨工业大学学报 :社会科学版 ,2003(1) :106.



(上接第 39 页)

布虚伪事实诋毁竞争对手的商品或服务来进行宣传。因此,商业诋毁行为相对于欺骗性商业宣传行为而言具有特殊性,是特殊的欺骗性商业宣传行为,两者在本质上是特殊规定和一般规定的关系。两者之间的竞合,在本质上是一般规定与特殊规定的关系。按照特别法优于普通法的原则,在实践中应当优先适用关于商业诋毁行为的法律规定,以此定性和处罚。

但是,在《反不正当竞争法》对商业诋毁行为的行政责任没有规定的情况下,作为特殊的欺骗性商业宣传行为,按照特殊规定与一般规定的法理,则完全可以适用作为普通规范的欺骗性商业宣传行为来定性和处罚,以便有效地保护其他经营者和社会公众的基本权益,建立和维护市场竞争秩序。这对于现行法律下的行政执法工作是具有积极意义的。

三、结 语

综上所述,欺骗性商业宣传行为与商业诋毁行为存在规范竞合。这一竞合在法学理论上可以存在,同时也符合我国现行《反不正当竞争法》的规定。

在经营者采取捏造、散布虚伪事实损害竞争对手商业信誉、商品声誉的方式来宣传或突出自己的商品或服务,导致消费者误认误购的情况下,则同时构成欺骗性商业宣传行为和商业诋毁行为,其中商业诋毁行为应当是欺骗性商业宣传行为的特别行为,适用普通法与特别法的相关理论。这不仅具有法学理论研究的意义,更重要的是能够指导目前的行政执法工作,有助于制止违法行为,保护其他经营者和社会公众的利益,建立和维护良好的市场经济秩序。

参考文献：

[1] 种明钊.竞争法学[M].北京 :高等教育出版社 ,2002 :115 ,180.

[2] 孔祥俊.反不正当竞争法的适用与完善[M].北京 :法律出版社 ,1998 :196-207 ,598-601.

[3] 孔祥俊.引人误解的虚假表示研究[J].中国法学 ,1998 (3) :21-25.

[4] 邵建东.竞争法教程[M].北京 :知识产权出版社 ,2003 :137-138.

[5] 孔祥俊.公平交易执法前沿问题研究[M].北京 :工商出版社 ,1998 :100.