

# 中德《反不正当竞争法》比较\*

王志峰,刘玄

(苏州大学法学院,江苏苏州 215000)

摘要:从《反不正当竞争法》的立法宗旨和指导思想入手,揭示并阐明了中国与德国在制定该法中所共同维护的市场基本价值——经济自由,继而比较了两国法律中对不正当竞争行为的认定以及一般条款的设置问题,然后参照德国法中的相关规定探讨了我国《反不正当竞争法》在法律责任体系的规定方面的不足,并给出了可供借鉴的改进建议。

关键词:经济自由;不正当竞争;民事责任

中图分类号:D922.29文献标识码:A文章编号:1008-509X(2004)02-0019-04

1985年11月武汉公布实施的《武汉市制止不正当竞争行为试行办法》是中国第一部反不正当竞争的地方立法。1991年底《制止不正当竞争法》被正式列入全国人大常委会立法规划,1993年6月国务院该法律草案提请全国人民代表大会常务委员会第三次会议审议,于1993年9月2日通过了《中华人民共和国反不正当竞争法》,并于同年12月1日起正式实施。

1896年德国《反不正当竞争法》公布,标志着世界上第一部反不正当竞争单行法规正式诞生了。但这部法律只是着眼于禁止一些严重的不正当竞争行为,其还不足以规范复杂的市场环境下的不正当竞争行为的发展态势,于是德国立法机关在1909年对该法进行了修订并加入了一般条款,至此德国的反不正当竞争法才成为名副其实的重要法律。随着经济和社会的发展,德国在1932年和1933年分别制定了《附赠法》和《折扣法》,并且对《不正当竞争法》本身进行了多次的修订,从而使德国的公平竞争法律体系日臻完善。

## 一、经济自由与立法导向

反不正当竞争法的理论的最深渊源似乎是和自由有着极为密切的关系的。最早的系统阐述经济自由思想的是古典经济学的开山祖师亚当·斯密,他认为经济自由主要体现在以下几个方面:

首先,职业自由。亚当·斯密认为,劳动所有权是其他一切所有权的主要基础,所以这种所有权是神圣不可侵犯的。理想的社会秩序应该是“一切都听其自由,各个人都能自由选择自己认为适当的职业,并随时自由改业的社会”<sup>①</sup>(p.91)。其次,私权至上。人天生是经济人,个人本性是为自己利害打算的,私利至上、私利无害、私利利人。第三,自由竞争。竞争能激发人们最大的上进心和创造力;一种事业若对社会有利,就应当任其自由,广其竞争。竞争愈自由愈普遍,那事业亦就愈有利于社会。<sup>②</sup>(p.90)第四,反对国家干预。斯密对个人自治无比坚信;在可自由而安全的向前努力时,各个人改善自由境遇的自然努力,是一个那么强大的力量,以致没有任何帮助,亦能单独的使社会富裕繁荣。<sup>③</sup>(p.93)

按照斯密的观点,个人利益和社会利益是一致的,每个人各自追求个人利益的结果是会自然而然的产生相互的共同利益,必然是全社会利益的增长。而这样的结果应当归功于“看不见的手”的作用,即市场条件下的价值规律的自发调节作用。他认为,只有实现经济自由,才能提高分工的程度、增加资本的数量和改善资本的使用,从而增加国民财富。当然,亚当·斯密由于时代的局限,还不可能看到后来出现的经济危机,当然也不能对市场失灵有所回应,但是应该说即使是后来最

\* 收稿日期:2004-03-30  
作者简介:王志峰(1979-),男,江苏苏州人,苏州大学法学院硕士研究生,主要研究方向:比较法学。  
万方数据

极端的凯恩斯主义者,也首先承认自由经济和竞争在社会发展中的巨大作用。按照另一位自由主义经济学家哈耶克的理论,国家应当尽量少干预经济,但是国家作为仲裁者,维护市场秩序的必要性是存在的。其中,一是维护公平交易的市场环境,二是从伦理角度出发对市场行为的限制,如禁止雇用童工等。

那么市场竞争在经济自由的实现中扮演什么样的角色呢?德国学者路德维希·艾哈德曾有如下论述:“竞争是获致繁荣最有效的手段,只有竞争才能使作为消费者的人们从经济发展中受到实惠。它保证随着生产力的提高而俱来的种种利益,终于归人们享受”<sup>[3] p.1)</sup>。当然,这里的竞争要满足一定条件,就是在市场自发形成的规则和良好的法制下,排除公权力和其他主体的不当干预而进行的自由竞争。“在自由竞争过程中,经济活动成为个人自己的事情,完全由市场机制自发的调节。是否竞争、如何竞争、竞争后果归属等问题,均有基于私有制而成立的竞争者来承受和决定。而国家只充当“守夜人”、“仲裁人”的角色,只管法律和秩序,保护以私有财产为核心的各项权利”<sup>[4] p.6)</sup>。在此前提下,竞争机制似乎可通过市场发挥它特有的作用,从而达到使经济高速高效合理发展的结果,正如有学者指出:“只要竞争没有国家的帮助下或纵容下蒙遭彻底的压制,那么一般来说竞争总是会发挥它的重要作用的,即使发挥作用的速度较缓慢。……值得注意的是,一种以较高效率为基础的垄断,其危害是较小的,但前提条件是:只要任何其他人在满足消费者需求方面的效率超过了该垄断者的效率,这种垄断就必须即刻消失。”<sup>[5] p.155)</sup>而竞争发生作用的内在机制,在于信息的传递和决策的产生;在本质上讲,竞争乃是一种形成意见的过程,通过传播信息,竞争使经济体系达到了统一性和一贯性,……正因为竞争,人们有可能知道的各种可能性和机会才至少会与他们事实上所知道的一样多。”<sup>[5] p.166)</sup>

考察我国《反不正当竞争法》,其立法目的及基本思路主要体现在其“总则”部分的规定中。该法第一条规定:“为保障社会主义市场经济健康发展,鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者和消费者的合法权益,制定本法。”这样就明确了我国反不正当竞争法的立法目的是为了通过保护市场之公平竞争而促进经济发展。本法第二条的三个条款分别规定了市场交易中应当遵

守的平等、公平、诚实信用、自愿等基本原则和商业道德;界定了不正当竞争行为的概念并且指明了经营者的范围。相比较而言,台湾地区之“公交法”第1条为“为维护交易秩序与消费者利益,确保公平竞争,促进经济之安定与繁荣,特制定本法,本法未规定者,适用其他有关法律之规定。”而德国则是以一般条款的形式简要的予以记载,文字表述为“在商业交易中以竞争为目的而违背善良风俗者,可向其请求停止侵害和损害赔偿。”由此可见,因为市场经济的共同性以及竞争对于经济的健康发展的重要意义,我国的反不正当竞争法的立法取向和西方经济发达国家在总体上是一致的,即都在于通过对交易自由和竞争自由的保护,对公平竞争的市场环境的维护来促使市场机制完全和健康的发挥作用,从而提高经济效率增加经济总量。

## 二、不正当竞争行为认定及范围

德国1896年颁布实行的《反不正当竞争法》仅仅对经济实践中比较常见的和典型的不正当竞争行为作了规定,亦即立法者对不正当竞争采取了法定主义态度。在当时的立法者看来,要制定一项禁止不正当竞争的一般条款是无法做到的,因为“如果制定一项一般条款,那么这条条款要么不可能得到实际适用,要么由于不正当竞争概念的可伸缩性和不确定性以及人们对何为合法、何为不合法这一问题的态度迥异,而在实际适用时产生不无疑虑的不确定性。”<sup>[6] p.9)</sup>据此原则,凡是《反不正当竞争法》未明确禁止的竞争行为,都属于正当竞争的范畴,因此都是合法的。于是,尽管已经有了专门的反不正当竞争法,但是商人们在利益的驱动下依然可以做出很多有悖于诚实信用和商业道德的竞争行为。有鉴于此,德国立法机关关于1909年对原有《反不正当竞争法》作了修订,其中最重要的内容就是加入了第一条一般条款。

德国法的一般条款之构成要件为(1)行为主体。从事不正当竞争的行为人可以是任何自然人和法人,也可以是不具有法人资格的主体。(2)商业交易。司法判例认为,任何一项以任何方式旨在促进任何一种商业目的的活动,都属于发生在商业交易领域的活动。(3)以竞争为目的。由于行为人从事竞争行为在促进自己或他人的竞争目的、获取竞争利益的同时,剥夺了其竞争对手的交易机会,损害了他人的竞争利益……因此,学

术界通行的学说认为,行为人与受害人之间必须存在竞争关系。(4)违反善良风俗。“善良风俗”不过是经营者在市场竞争过程中必须遵循的一些最低限度的行为标准而已,如果没有这些最低标准,竞争机制就不可能正常运作,社会经济生活中也就不可能形成一个正常的竞争秩序。

笔者认为我国的立法采取的是法定主义的方式,只是此方式有比较特殊之处,即还在总则部分明确了不正当竞争的定義。应该说定义和一般条款还是有区别的,定义是属于在技术上明确某个法律术语的内涵和外延的一种法律释义活动,是对适用法律和加强法律的严谨性有重要意义的;但一般条款则不但明确某一行为类型的范围,且具有很大的弹性和解释力,是可以直接适用的一种规范。所以说我国的《反不正当竞争法》实际上是定义加列举模式,而没有完整意义上的一般条款。我国的《反不正当竞争法》则规定了11种不正当竞争行为,它们是(1)市场混淆行为(2)虚假表示与虚假宣传行为(3)商业贿赂行为(4)侵犯商业秘密行为(5)行业垄断行为(6)行政垄断行为(7)搭售及附加其他不合理条件行为(8)低于成本价销售行为(9)不正当有奖销售行为;(10)商业诋毁行为(11)串通招标投标行为。

但是通过考察美国、德国以及我国台湾地区的法律,放眼世界各国的法律制度我们可以看到,在反不正当竞争法的法律中明确规定一般条款,已经成了一种通例,而且在理论上讲也有很多设置一般条款的理由。首先,任何成文法都有不周延性和滞后性等缺陷。由于各种因素的制约,法律不可能把所有社会关系都纳入其调整范围,作出相应的规定,而且法律一旦制定出来并公布实施,就具有相对稳定性,不可能朝令夕改。但社会生活总是处于不断发展变化之中,法律就无法对其颁布后出现的新情况进行调整。其次,与其他法律相比,《反不正当竞争法》更具有不确定性。追逐利润是任何商品经营者的根本目的,为了获取更高利润。在合法的竞争范围里不能满足其要求时,就会不惜践踏法律,发展种种新的不正当竞争方法,进行不正当的竞争。而在纷繁复杂的社会经济生活中,各种竞争行为和不正当竞争行为原非泾渭分明。第三,从我国目前情况看,我国的《不正当竞争法》制定于市场经济体制建立之初,那时市场体系尚不完善,不正当竞争行为也没有充分显现。而随着市场经济进一步发展,现实生

万方数据

活中出现许多不良行为,但《反不正当竞争法》中没有规定,却又必须加以调整,故规定一般条款是行之有效的办法。

所以笔者认为我国的《反不正当竞争法》应当设计一般条款加列举方式的立法模式。这可以从以下方面进行:首先,不正当竞争行为和竞争行为相对应。所谓正当竞争或竞争,基本原则主要有平等、自愿、公平、诚实信用、禁止滥用等,不正当竞争就是违背这些基本原则,采用不正当的手段、方式争取交易机会的行为,是违法行为。其次,实施不正当竞争行为的主体是经营者。《反不正当竞争法》规定“本法所称的经营者,是指从事商品经营或营利性服务的法人、其他经济组织和个人”。当然,如前所述这里的经营者不限于法律规定的合法经营者。第三,主体实施的行为是以竞争为目的的行为。这一点可以参考台湾地区之《公平交易法》及其相关论述,即以竞争为目的之行为“在客观方面须足以促进商品之销售量,在此同时亦对竞争者构成妨碍,因此为避免顾客减少而增加利润或吸取劳工之行为皆属之,惟其中必须具有竞争关系始足当之。”竞争关系……当须具有竞争意图,即促进自己或他人竞争之意图,在营业交易中足以促进自己或他人竞争之行为,推定具有竞争意图。<sup>[97] 1 p.412</sup>第四,从主观方面看,不正当竞争行为入往往有排挤竞争对手,夺取市场,谋求更高利润的目的,一般是恶意的,当然也有过失的。综上所述,《反不正当竞争法》的一般条款可以表述为:除本法另行规定外,经营者不得违背诚实信用和善良风俗,进行损害或可能损害其他经营者和消费者合法权益,扰乱社会主义市场经济秩序的竞争性行为。

### 三、法律救济和责任体系分析

德国反不正当竞争法总体上对不正当竞争行为设置了双轨制制裁体系,即不正当竞争的行为人要承担民事责任和刑事责任。1974年德国《刑法实施法》又规定可对不正当竞争行为入科处秩序罚。实践中,刑事处罚和秩序处罚在德国不正当竞争制裁体系中所起的作用相当有限,相比之下,民事制裁的意义要大得多,因此理论上普遍认为德国反不正当竞争法的制裁体系实际上属于单轨制,即以民事制裁为主。这样,制止不正当竞争,主要便通过竞争对手之间的相互监督以及经济界的自律来实现。一方面,法律赋予受不正当

竞争直接损害的经营者以诉权 ,并通过多种途径鼓励其同不正当竞争行为作斗争 ,以实现自己的合法权益。另一方面 ,法律同时也赋予特定的经济团体或组织以及消费者协会以诉权 ,以便调动社会力量监督和制止不正当竞争。

我国《反不正当竞争法》对于不正当竞争行为规定了一种以行政责任为主 ,民事责任、刑事责任为辅的综合型法律责任模式。此种责任模式偏重于行政权的主导性适用是基于行政权具有高效、便捷性 ,不正当竞争行为具有发生范围的广泛性和发生时间的频多性的理论主张而建立的。然而 ,不正当竞争行为引起的法律关系许多属私权领域 ,行政权的过多使用侵犯了当事人对私权利的处分权 ,且这种以维护社会公共利益为首要目标的行政权没有最大限度地维护当事人的利益。

对照德国立法及其法学原理 ,具体来说我国的《反不正当竞争法》存在着以下几方面的问题 :

首先 ,对属于“ 民事侵权型 ”的不正当竞争行为不宜采用行政责任进行规制。这一类不正当竞争行为直接侵害的是他人的民事权利 ,而依民法中的“ 意思自治原则 ” ,民事权利受侵害的当事人有权处分自己的权利 ,由当事人自己决定是否向法院寻求救济。而以行政责任规制这类行为会侵

参考文献 :

[ 1 ] ( 美 ) 亚当·斯密 . 国民财富的性质和原因研究 [ M ] . ( 下卷 ) . 北京 : 商务印书馆 , 1981 .  
[ 2 ] 邱本 . 自由竞争与秩序调控 [ M ] . 北京 : 中国政法大学出版社 , 2001 .  
[ 3 ] 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 .  
[ 4 ] 吴宏伟 . 竞争法有关问题研究 [ M ] . 北京 : 中国人民大学出版社 , 2000 .  
[ 5 ] ( 英 ) 冯·哈耶克 . 个人主义与经济秩序 [ M ] . 邓正来译 . 北京 : 生活·读书·新知三联书店 , 2003 .  
[ 6 ] 邵建东 . 德国反不正当竞争法研究 [ M ] . 北京 : 中国人民大学出版社 , 2001 .  
[ 7 ] 赖源河 . 公平交易法新论 [ M ] . 北京 : 中国政法大学出版社 , 2002 .

# The Compqrison of Chinese and German Respective “ Anti Unjusted Comeptition Law ”

WANG Zhi - feng , LIU Xuan  
( Scholl of Law , Suzhou University , Jiangsu suzhou 215000 ,China )

**Abstract** From the legislative purpose and the guiding thoughts of each“ Anti Unjusted Competition Law ” , the author reveals and clarifies that economic freedom is the basic market value to be upheld both in China and Germany . Then , the author makes a comparison of the affirmation of the unjusted behaviors and the establishment of the conumon legal provisions . Compaved with the German Law , the author points out the defects in China ’ s Auti Unjusted Competition Law ’ s stipulations of legal responsibility system , and also puts forward some proposals for improvement .

**Keywords** :economic freedom ; unjusted competition ; civil responsibility

犯当事人对私权的处分权 ,造成对私权领域的不当介入。而且从法理上说 ,以行政权主动干预民事侵权行为也是没有依据的。即使在今天 ,行政权对私权的干涉也不能是主导性的 ,私权维护的主要途径应由受害人根据民事侵权责任向法院寻求救济来实现 ,这样才不悖于法理 ,同时也防范了行政权的膨胀和对私权关系的不当包揽和干预。

其次 ,从利益保护的恰当性来说 ,行政权也不宜介入民事侵权行为。因为该法在这里确立的行政责任显然是维护社会公共利益( 即该类行为同时也侵害了公平的市场竞争秩序 ) ,对于私权它只是通过保护社会公共利益而间接地予以保护。而民事侵权行为首先侵犯的是个体利益 ,其次才是正常的市场竞争秩序。因此应采用民事责任来调整此类行为 ,以更好地维护经营者的民事权利。

最后 ,民事责任规定过于粗简。我国《反不正当竞争法》第 20 条对民事责任只作了笼统规定。为充分保护诚实经营者和消费者的利益 ,对属“ 民事侵权型 ”的不正当竞争行为应逐一规定相应的民事责任。这样既可强化诚实经营者和消费者维护自己合法权益的法律意识 ,又可避免因清一色的禁止性规范而使该法显得过于呆板和僵硬。