

【经济法学】

反不正当竞争法中过错的地位及适用

王文敏

【摘要】理论界和司法界对反不正当竞争法中过错的地位众说纷纭。反不正当竞争法源于侵权法但又具有特殊性,其立法模式为行为规制法而非责任承担法,其保护对象为法益而非权利,这种特殊性决定了过错在反不正当竞争法中具有更为重要的地位。梳理各种不正当竞争行为中过错地位的差异,可以发现过错的要求与反不正当竞争法所保护法益的成熟程度呈现反比关系:法益越成熟,过错要求越低。对各种不正当竞争行为中的过错可以划分为三个层次进行体系化解释:仿冒、商业诋毁和虚假宣传条款中的过错仅作为参考因素;商业秘密条款和互联网不正当竞争条款中的过错要求至少为一般过失;反不正当竞争法一般条款中的过错要求为故意或重大过失。

【关键词】反不正当竞争法;过错;侵权法;法益;一般条款

【作者简介】王文敏,华南师范大学法学院、华南师范大学新时代法治广东建设研究中心副研究员,法学博士。

【原文出处】《法律科学》(西北政法大学学报)(西安) 2021.2.175~188

【基金项目】国家社科基金项目(20CFX050)“网络平台知识产权侵权治理体系的变革与完善研究”。

一、问题的提出

过错是侵权法的核心概念之一,德国法学家耶林曾指出:“正如蜡烛的燃烧是因为有氧气,而不是因为有光;使人负赔偿责任的,是因为有过失,而不是因为有损害。”^①过错责任与所有权神圣、契约自由被并称为近代民法的三大原则,即使是无过错责任的兴起和过错客观化发展也并未根本动摇过错在侵权法中的核心地位和重要性。尽管反不正当竞争法被公认为是侵权法的特殊形式,^②但无论是在学术研究、立法规定还是司法实践中,过错在反不正当竞争法中的境遇却和其在侵权责任法中截然不同。在学术研究中,虽然恪守过错在反不正当竞争法中具有重要地位的观点仍然存在,但持相反观点的学者也不在少数。前者的理由在于:其一,反不正当竞争法规制的是“不正当”的行为,因此不正当竞争的概念总是借助“诚实习惯”或“善良风俗”的弹性表述,体现了一种道德上对过错的要求;^③其二,不正当竞争

行为是一种特殊的侵权行为,过错为侵权责任的三要件之一,因此,要构成不正当竞争行为,过错必不可少。^④后者的理由为:其一,反不正当竞争法的核心是遵循充分自由、公平竞争的规律,而市场竞争的规律最终不依赖于行为人的意志,因此应当关注竞争行为造成的损害后果,而不是将着眼点放在主观动机的判断上。^⑤其二,从证明的难度考虑,道德标准太过抽象,如果将其作为不正当竞争行为构成所必需的要件,当事人又难以证明,往往会给法院带来判断上的困境。^⑥

立法规定和司法实践进一步加深了过错在反不正当竞争法中的地位之惑。《反不正当竞争法》对有些不正当竞争行为规定了过错要件,有些则完全没有规定过错要件。2017年修订的《反不正当竞争法》不仅没有解决过错的地位问题,甚至还加剧了不正当竞争行为中过错要求的多样性与分歧。在《反不正当竞争法》新增的“互联网条款”中,同为互联网不

正当竞争的各类行为在主观方面的规定存在很大差异,既有“未经其他经营者同意”,也有“误导、欺骗、强迫”,甚至还有过错道德化的表述——“恶意”。在司法实践中,即便是同一种不正当竞争行为,行为构成是否要求过错也存在着巨大的争议。以商业诋毁案件为例,在一些案例中,有的法院认为商业诋毁的主观形态必须是故意,当事人的过失并不足以构成商业诋毁;^⑦有的法院却认为商业诋毁行为的构成要件需要有过错是不言而喻的,无论故意还是过失都可以构成商业诋毁;^⑧还有的法院在分析商业诋毁时并未要求行为人必须具有过错。^⑨

那么,过错在反不正当竞争法中究竟具有什么样的地位?这种地位对反不正当竞争法的解释和司法适用又具有什么影响?

二、反不正当竞争法规制模式和保护对象的特殊性及其对过错地位的影响

反不正当竞争法是侵权法的特殊形式。这一命题不仅意味着反不正当竞争法与侵权法在基本性质和原则上的一脉相承,而且意味着反不正当竞争法与侵权法之间具有显著差异。二者的规制模式不同,分别为行为规制法和责任承担法;保护的对象有异,分别为法益和权利。反不正当竞争法在规制模式与保护对象上相对于侵权法的这种特殊性决定了过错在反不正当竞争法中具有更为重要的地位,过错不仅是不正当竞争的责任承担要件,而且是不正当竞争的行为构成要件。

(一)反不正当竞争法的侵权法渊源

反不正当竞争法理论最初源自侵权法理论。随着资本主义的发展和自由贸易观念的逐步确立,各国开始建立起维护公平竞争的一系列规则,而这些规则最初都建立在侵权法的基本理论之上。一方面,不正当竞争本质上是出于过错造成他人损害的行为,与侵权行为的本质相契合;另一方面,不正当竞争规则被规定在知识产权国际条约中,而知识产权又属于民事权益,因此,反不正当竞争法所保护的法益自然而然也就属于民事权益的一部分,也受到侵权法的保护。

反不正当竞争法的两种来源都体现了其侵权法渊源。反不正当竞争法的来源主要分为判例法和制定法两种。其中判例法模式是指在侵权法基本理论上形成的反不正当竞争判例法体系,如英美法系的反不正当竞争法就是以较为分散的判例形式存在的,英国侵权法中的经济侵权规则对不正当竞争规则的形成发挥了重要作用。^⑩直至今日,英国侵权法在反不正当竞争法中的影子仍然可见,如仿冒、虚假宣传和商业诋毁都是有关事实的虚假陈述,源头上都可以追溯到禁止欺诈的侵权法理论。美国在制定商标法之前,在判例中也曾借助侵权法制止仿冒商业标识的不正当行为。^⑪此外,在大陆法系的一些国家如法国和意大利,虽然反不正当竞争法系根据民法典中侵权行为的一般条款发展而来,但民法典中一般条款的规定过于简单,因此在司法实践中法院不得不依赖大量的判例来将反不正当竞争法的内容具体化。如法国率先根据《法国民法典》第1382条的一般侵权条款,将不正当竞争行为视为侵权行为,迅速灵活地发展出民法上的不正当竞争之诉,其反不正当竞争法从而具有了浓郁的判例法风格。^⑫

制定法模式是指反不正当竞争法单独的立法模式,虽然在该种模式中反不正当竞争法看似独立于侵权法,但实则同样与侵权法密不可分。^⑬大陆法系的许多国家如德国、日本、瑞士、奥地利等都采取单独立法的模式来规制不正当竞争行为,但同时侵权法仍然是反不正当竞争法的重要渊源。例如,日本虽然有《防止不正当竞争法》这一单独立法,但《日本民法典》中侵权法的一般条款仍然是禁止不正当竞争的重要法源。^⑭《德国反不正当竞争法》的制定和发展过程最能说明反不正当竞争法的侵权法属性。世界上第一部《反不正当竞争法》诞生于1896年的德国,该法对当时市场中最为典型的不正当竞争类型作了法定列举;然而,出于对限制自由的担忧和对法律安定性的强调,立法者并未规定一般条款,在纷繁复杂的市场竞争中,仅有16条的《德国反不正当竞争法》根本无法应对大量新出现的不正当竞争行为。

此时,新颁布的《德国民法典》提供了解决问题的关键方案。《德国民法典》在保护法定权利之外还保护兜底性的“其他权利”(第823条第1款),设置了违法侵权(第823条第2款)和故意违反善良风俗的侵权(第826条)两个关键条款。《德国反不正当竞争法》在司法实践中借鉴民法典的规定,一方面尝试利用兜底性的“其他权利”条款设置所谓“营业权”这一框架权,^⑮另一方面还积极探索使用《德国民法典》第826条悖俗侵权条款来规制不正当竞争行为。随后,由于在“营业权”框架下对大量性质不同的客体进行保护存在着极大的风险,不仅在保护范围上不明确,可能使本应受到宽容对待的竞争行为遭到否定评价,而且还会损害《德国民法典》第823条的严谨性,因此“营业权”条款逐渐为实务界和学界所抛弃。相反,《德国民法典》第826条能够在避免对行为自由过度限制的同时保持灵活和高效,该条款无论是在立法目的还是立法技术上都更加契合不正当竞争行为规制的实践需要,就此,《德国民法典》第826条悖俗侵权条款为1909年《德国反不正当竞争法》最终增设一般条款奠定了基础。^⑯由于这一历史渊源,德国民法理论也始终认为不正当竞争在本质上是一种特殊的民事侵权行为。

虽然反不正当竞争法最初源自侵权法,但随着反不正当竞争法的日益成熟,其逐渐从侵权法中分离出来,具有了与侵权法不同的独特性。例如,我国《反不正当竞争法》就采取独立的单行法模式,它所保护的是特殊民事主体的民事法益,以竞争行为而非普通民事行为为调整对象,其立法目标是维护市场竞争秩序,保护经营者或消费者的合法权益。通过反不正当竞争法一般条款和具体不正当竞争行为的列举,已经能够对不正当竞争行为作出独立的判断,一般情况下无须再援引侵权法的规定。

(二)反不正当竞争法规制模式和保护对象的特殊性

首先,反不正当竞争法在规制模式上的特殊性体现在,其属于行为规制法而非责任承担法。侵权法存在两种不同的规制模式。大陆法系的侵权法往

往都是侵权责任法,采用一般化的立法模式,直接规定侵权行为所应当承担的民事责任。英美法系的侵权法在性质上体现为侵权行为法,没有对侵权行为给出一般的概念,而是对判例法发展而来的各类具体侵权行为进行了归纳,如英国的侵权法中有名的侵权行为多达几十种,其中包括了非法侵入、恶意告发、经济侵权等典型的侵权行为。^⑰《美国侵权法重述》将侵权行为分为故意侵权行为、过失侵权行为和严格责任侵权行为,其中每一类又包含数种具体的侵权行为。^⑱我国的侵权法名为《侵权责任法》,采取的是“大陆法为体,英美法为用”的结合模式,即主要采用了大陆法系侵权责任法的立法模式,同时还融合了英美法系侵权行为法类型化的一些具体规定。^⑲

反不正当竞争法的性质属于行为规制法,和侵权责任承担法模式形成了鲜明的对比。侵权责任法的主要目的着眼于保护民事主体的合法权益、充分救济受害人,其思路是“权利受损就是违法”,无需对行为本身进行价值判断和利益衡量。但与之不同的是,反不正当竞争法的首要目的是关注市场活动参与者的自由,只有在不妨碍自由的基础上才能让加害人承担责任。^⑳也即反不正当竞争法并不是客体导向式的(object-oriented),而是行为评价式的(conduct-evaluated),^㉑这就意味着它并不是像侵权责任法那样积极地保护专有权利,而是通过规范不正当行为的方式来保护法益。

其次,反不正当竞争法在保护对象上的特殊性体现在,其保护的是法益而非权利,民事法益是指虽然受到法律一定程度的保护但尚未成为一种民事权利的权益。^㉒侵权责任法的保护对象虽然也包括了一些法益但却主要是绝对权。权利是所有保护对象中最常见、最典型、最成熟、最有保护需求的部分,而法益却是内容不明确、边界不清晰的,^㉓这也就导致了法律对权利的保护是积极的、全面的、主动的,采取的是绝对权保护的模式;而对法益的保护是消极的、个案的、被动的,采取的是行为规制的模式。

权利与法益保护的上述差异更是直接体现在认定违法性的不同路径上。判断一项侵犯权利或法益的行为是否需要受到规制,应当判断该行为是否具有违法性,对侵害权利采取的是结果违法性的判断标准,但对侵害法益采取的却是行为违法性的判断标准。结果违法性的判断标准是指,在绝对权受到侵害的情况下,受害人只需要证明行为人为侵害的是法律明确规定的权利这一结果,就可以推定行为是违法的;行为违法性的判断标准是指,权利以外的法益受侵害时,需要考虑行为人为侵害以何种方式进行侵害,才能成立侵权行为。^{②4}具体到反不正当竞争法中,当不正当竞争行为侵害未作为权利保护的法益时,仅仅导致了他人损害无法推定违法,应当进一步采取行为违法性的认定标准,判断行为的方式是否“故意悖于善良风俗加害于他人”或“违反保护他人的法律”。^{②5}

(三)反不正当竞争法的特殊性对过错地位的影响

反不正当竞争法在规制模式和保护对象上的特殊性对过错的地位产生了重大的影响。由于反不正当竞争法作为行为规制法的特殊性,在判断过错的作用时需要格外注意区分过错作为行为构成要件和责任承担要件的不同。过错属于责任承担的要件之一,但并不当然就是行为构成的要件。侵权行为构成要件是指行为人所实施的某种行为要构成侵权行为所应当具备的条件;而侵权责任承担要件是指行为人承担侵权责任的要件。前者讨论的是行为人的行为在性质上是否属于侵权行为,要成为侵权行为需要具备哪些条件,欠缺任何一个构成要件,都会导致一般侵权行为的不构成;后者需要讨论的问题是涉案行为构成侵权行为后,侵权法应考量还需要哪些条件才足以使行为人承担侵权责任。^{②6}

对我国《反不正当竞争法》而言,不正当竞争行为的构成要件主要存在于《反不正当竞争法》第二章中。该章规定了七种不同的不正当竞争行为,每个法律条文都包含了不同的行为构成要件,只有完全

符合这些构成要件的规定才会构成此类不正当竞争行为。当然,若某种行为无法落入第二章规定的范围中,还有可能满足一般条款中隐含的构成要件,从而适用《反不正当竞争法》第2条一般条款的规定。与之形成区别的是,不正当竞争行为的责任承担要件存在于《反不正当竞争法》第四章“法律责任”中,其中第17条规定了违反《反不正当竞争法》规定所应承担的民事责任:“经营者违反本法规定,给他人造成损害的,应当依法承担民事责任。”由于反不正当竞争法是侵权法的特殊法,该条中所称的“依法”在我国应解释为依据《侵权责任法》。《侵权责任法》中的归责原则实际上仅针对损害赔偿而言,在没有特别规定的情况下,以过错责任原则作为承担损害赔偿的一般性归责原则。据此,反不正当竞争法中损害赔偿责任的承担应当要求行为人具有主观过错。^{②7}

基于此,责任承担要件中有过错的一席之地是毋庸置疑的。实际上,包括过错在内的三要件(过错、因果关系和损害事实)都属于侵权责任承担的要件,但是,过错却未必是不正当竞争行为本身的构成要件。这不禁让人思考,既然过错已经是不正当竞争的责任承担要件,那是否意味着不正当竞争行为的构成要件就不再需要对过错作出要求?有学者认为,无须在各个具体的不正当竞争行为条款中规定“明知”“恶意”等用语,只需要在我国《反不正当竞争法》的法律责任条款中统一规定过错即可。^{②8}也有学者认为,除了某些例外,主观因素对于判断行为的正当性并不必要,只是在决定承担侵权责任时需要考虑进来。^{②9}然而,这两种观点都是值得探讨的,因为行为构成要件是否需要过错还取决于保护对象的不同。

此时,就需要考虑反不正当竞争法的第二个特殊性,即保护对象为法益而非权利,这种特殊性对过错的地位也有重要影响。由于法益的边界是不确定的,是否侵犯法益采用的是行为违法性而非结果违法性的判断模式,而在我国侵权法中,行为违法性的判断主要通过过错的考量而实现,即违法性的概

念被过错的概念所吸收,通过对过错的判断来实现违法性的功能。正如王利明教授所指出的那样,由于过错的判断标准已经客观化,区分违法性和过错没有价值,这一点也得到了荷兰、瑞士甚至德国学界和司法实践的印证。^⑨法官可以采用多种客观的标准来判断行为人的主观过错,从而作出行为违法性的认定,而不必对行为违法性作出牵强附会的判断。如在“佛山电器不正当竞争纠纷案”中,过错被作为判断行为违法性的主要标志之一,最高人民法院在裁定书中指出,在判断经营者的行为是否构成不正当竞争时,须考量该行为是否违法,本案中被告在主观上没有过错,且被告的行为没有不当获取利益,因此原告的现有证据不能证明被告的行为存在违法性,被告不构成不正当竞争。^⑩

综上所述,反不正当竞争法是行为规制法而非责任承担法,虽然过错是责任承担的要件,但未必是行为构成的要件;又由于反不正当竞争法的保护对象是法益而非权利,其需要采取的是行为违法性而非结果违法性的判断方法,而在我国行为违法性的判断主要通过对过错的考量而实现,因此,可以得出结论:过错既是不正当竞争的责任承担要件,也是不正当竞争行为的构成要件。

三、不正当竞争行为构成中过错的地位与法益成熟度呈反比关系

尽管从法理上可以推演出过错是不正当竞争行为的构成要件,然而在具体的不正当竞争行为认定中过错的要求却呈现出高低不同的趋势,甚至在一些不正当竞争行为中,过错并不是必备要件而仅仅是参考因素。这背后的根本原因是反不正当竞争法所规制的各类不正当竞争行为和保护法益的多样性与复杂性。为此,需要以相关国际条约和各国反不正当竞争法的立法和司法实践为对象,探究过错在不正当竞争行为构成中的一般规律。

(一)反不正当竞争法规制的主要行为类型

在《巴黎公约》、Trips 协定以及各国的反不正当竞争法中,共有五种不正当竞争行为最为典型,这些行为类型历经多年的发展和完善而最终得以确立。

19世纪末,由于市场上充斥着以阻碍对手、欺骗公众的手段获取竞争优势的行为,仅靠市场自身的力量难以控制,反不正当竞争法应运而生。1900年,在布鲁塞尔举行的《巴黎公约》修改会议上,各国首次达成了将制止不正当竞争行为纳入《巴黎公约》的协议,后直至1925年的海牙会议才在《巴黎公约》第10条之二增加了反不正当竞争法的一般规定,将不正当竞争行为界定为“工商业领域中任何违反诚实的商业习惯的竞争行为”,要求各成员国制止不正当竞争。本次会议还将两类特定的竞争行为规定下来:一是制造与竞争者产品相混淆的产品,即仿冒行为;二是通过不实指控竞争者产品贬损竞争者名声,即诋毁行为。在1958年里斯本会议上,第三类不正当竞争行为得以确立:明确禁止易于误导公众对产品性质、制造工艺、特点、用途或质量认识的表达或说法,^⑪也即误导行为。

其后,1995年生效的Trips协定在遵守《巴黎公约》第10条之二的基础上,将两种新的类型纳入。一是侵害地理标志的行为,二是侵害商业秘密(又称未披露信息)的行为。当然,侵害地理标志的行为也可以归入仿冒条款中,而侵害商业秘密的行为是首次在国际公约中出现。据此,四种最为典型的不正当竞争行为得以确立,包括《巴黎公约》中引入的仿冒、诋毁、误导以及Trips协定正式纳入的侵害商业秘密的行为。不论是在英美法系还是大陆法系,这四种行为也是各国反不正当竞争立法和司法实践中可以总结得出的最大公约数。此外,在大陆法系各国还广泛存在一类被称为竞争者阻碍的不正当竞争行为。英美法系出于对竞争自由的考虑,基本上没有将竞争者阻碍行为通过反不正当竞争的判例进行规制,由于两大法系各国对该行为是否应予以规制以及如何确定规制条件的分歧过大,国际条约也无法就该行为的具体内容达成协调,只能由各国国内法自行规定。我国新增加的互联网不正当竞争条款在本质上也是一种竞争者阻碍的条款,无论是线上还是线下的竞争者阻碍行为,其法理都是相通的。

反不正当竞争法往往还借助一般条款来判断不正当竞争行为。《巴黎公约》第10条之二又被称为小“反不正当竞争法概要”，被用于应对快速变化的市场中出现的新的和不可预见的情况。英美法系主要通过机动灵活的判例法来实现对不正当竞争行为的规制，因此无须设置反不正当竞争法的一般条款，而大陆法系却普遍存在一般条款。值得一提的是，《欧盟不正当竞争行为指令》已经在B2C（即竞争者对消费者）层面对不正当竞争行为作了协调，规定了重大的一般条款及两个小型一般条款（即误导型和压迫型商业行为）。

我国《反不正当竞争法》第二章规定了七种不同的不正当竞争行为，其中第7条商业贿赂和第10条有奖销售这两类行为的典型性不足，商业贿赂行为更多地属于刑法规制的范畴，“谎称或者故意”“推销质次价高商品”的有奖销售行为在本质上属于虚假宣传行为，^③因此本文对这两种行为不展开讨论，仅针对其余的五种行为以及一般条款规制的行为进行分析。

（二）各种不正当竞争行为中过错地位的差异

通过考察五类典型的不正当竞争条款及一般条款，可以发现其中对过错的要求存在较大的差异：一方面，仿冒、诋毁、误导这三种不正当竞争行为的构成要件中似乎并不包括过错；另一方面，侵害商业秘密、竞争者阻碍和反不正当竞争法一般条款的构成要件都对过错作出了一定的要求，为此需要对各种不正当竞争行为中的过错要求一一加以考察。

第一类是仿冒行为。无论是国际公约还是各国立法都已经达成了判断仿冒无须过错这一共识，但过错仍然作为判断商业标识仿冒行为的重要参考因素而存在。世界知识产权组织的《反不正当竞争示范条款》指出，在判断仿冒行为时“无须考量混淆的故意”，^④在各国的立法规定中，过错也并不是仿冒的决定性要件，如英国相关法律在论及仿冒时，认为被告即使主观上没有欺骗的意图仍然有可能构成仿冒。但与此同时，在判断仿冒时过错的身影仍然时

常出现。正如英国的法官和学者指出，虽然主观故意不是构成仿冒所必备的要件，但并不意味着它不重要，在仿冒的发展历史中主观状态的影响巨大，且还将在众多的个案中发挥重要的作用尤其是证明作用。^⑤实际上，过错是判断混淆可能性的重要参考因素之一，如果行为人存在不正当竞争的主观故意，那么对于混淆可能性的认定将起到很大的作用。例如，在德国“硬石”（Hard Rock）咖啡店案中，原告在英国经营多家咖啡馆，具有较高的知名度，被告在留学英国后返回德国，在海德堡开设了同名餐厅，法院认为被告明显具有利用原告商誉的主观故意，从而更容易证明原告和被告的产品及服务产生了混淆。^⑥在美国第六巡回法院提出的判断混淆的几大审查因素中，就包括了被告选择商标的主观意图。美国大部分法院都认可，如果在一个具体的案件中，被告具有抄袭原告商业外观的故意，那么认定混淆可能性的存在将要容易很多。^⑦正如汉德法官曾经指出的那样，虽然仿冒类案件中不一定要求有意图要素的出现，但如果出现了这个要素，在程序上就是非常重要的。^⑧

第二类是诋毁行为。国际层面的《巴黎公约》文本对商业诋毁行为并未作出主观意图的特别要求，正如博登浩森所言，只要通过陈述虚假事实损害他人的营业、商品或服务，即可构成损害竞争对手商誉的行为，足以符合《巴黎公约》第10条之二有关商业诋毁行为的规定，并不要求行为人具有损害的意图。^⑨WIPO报告《世界反不正当竞争法的新进展》中也有类似表述：影响竞争对手商誉的陈述可能是善意的，比如因为相信某些事实为真而做出的陈述，有效防止商业诋毁一般不依赖任何故意的证据。^⑩多数国家一般不要求商业诋毁的行为人主观上具有过错，但少数国家存在例外。大陆法系的大多数国家如意大利、奥地利、瑞士、匈牙利等国都持无须过错的立场；在德国，诋毁是指客观上无理由而降低竞争者或其产品在交易人群中的声誉，可以通过真实或不真实的事实主张或价值评价而发生，对诋毁并没有设置过错的门槛。^⑪日本反不正当竞争法也认为

无论行为人是否有过错,如果陈述在客观上不真实,则行为就是不正当的。^②英美法系的有关规定不尽相同。在英国,过错仍然是商业诋毁(又称致害诋毁)的必备要件之一,被告必须知道其陈述的不真实性,或者因为过于轻率而不知该陈述的真假,^③以至于有判决指出,商标侵权和致害诋毁相比之所以更容易证明,正是因为商标侵权无须证明主观上的过错,而致害诋毁需要。^④《美国侵权法重述》第一版没有明确提出商业诋毁中行为人过错的要求,但第二版中明确要求了故意和明知;^⑤其后美国为了将商业诋毁的规定补充进《兰哈姆法》,在第43条原有的误导和仿冒规定的基础上增加了诋毁的内容,这一修改也使得商业诋毁与误导、仿冒一样,取消了对主观意图的要求。^⑥由美国的规定可以清楚地看到商业诋毁的过错要求存在着从“有”到“无”的变化过程。

第三类是误导行为(虚假宣传)。国际条约对误导的主观状态也并未要求过错。世界知识产权组织的《反不正当竞争示范条款》在注释中指出,误导行为并非要求主观为故意才能构成不正当竞争行为,为了消费者和竞争者的利益,工商业活动中无意的欺骗也必须禁止。^⑦世界知识产权组织的研究报告也指出,误导尤其是广告的误导并不以行为人的故意作为主观要件,即使是谨慎的商人发表的陈述,也可能导致公众产生误解;即使行为人没有过错,但出于保护市场中其他经营者和消费者利益的目的,也应当要求停止侵害。报告还揭示了在许多案件中要求证明过错会加大对证据的要求和难度,这就是法院在实践中日益降低过错要求的原因。^⑧同时,《欧共体误导广告指令》只要求行为人的表达具有欺骗性即可,但并未要求行为人主观上具有故意或过失,^⑨大陆法系多数国家的规定也持这一立场。在英美法系中,英国不要求被告在作出虚假陈述时主观是恶意或具有欺诈意图。^⑩美国《兰哈姆法》第43条第1款规定,任何对于事实的“虚假或误导”的描述或陈述,应当予以禁止,据此误导行为与商标侵权的认定一样,不要求行为

人具有主观上的故意;当然,如果行为人具有欺骗的主观意图,则可以作为“虚假或误导”的参考因素和证据。^⑪

第四类是侵害商业秘密的行为。与上述三种行为对过错的要求不同,无论是国际条约还是各国法律,都规定侵害商业秘密的行为需具备过错的要求。Trips协定在注释中指出,侵犯商业秘密的“违反诚实商业行为的方式”应至少包括以下做法:“如违反合同、泄密和违约诱导,并且包括第三方取得未披露的信息,而该第三方知道或因严重疏忽未能知道未披露信息的取得涉及此类做法。”上述这些情形无疑都体现了行为人主观上的过错。2016年的《欧盟商业秘密保护指令》第4条规定了非法获取、使用以及披露商业秘密的行为,由该条用语可知,行为人侵害商业秘密的手段均体现了过错;且如果在第三人获取商业秘密,或生产、储存、提供涉及商业秘密的产品,的情况下,则第三人构成违法的前提必须是其知道或者根据具体情况应当知道该商业秘密的来源是非法的。^⑫2016年通过的《美国保护商业秘密法案》也规定侵害商业秘密的行为要求具有过错。^⑬虽然列出商业秘密侵害的所有不正当手段是不可能的,但总的来说,欧盟和美国侵害商业秘密的行为类型都规定行为人采取了低于一般道德标准和合理行为准则的手段,从中明显可以看出行为人的主观过错。除此之外,欧盟和美国还从反面规定了一些获取相关信息的“正当手段”,如由独立发明获得,由反向工程获得、由商业秘密所有人许可而获得,由观察、拆卸公开使用或公开展示的产品而获得,由出版物中获得,行使信息权或咨询权获得,欧盟甚至在指令中强调,用任何符合商业诚信原则的行为获取秘密都是合法的。^⑭

第五类是竞争者阻碍的行为。大陆法系国家在认定该类不正当竞争行为时通常要求行为人具有过错,例如,《德国反不正当竞争法》第4条第4项规定了竞争者阻碍行为。根据该条,行为人实施阻碍行为必须是出于阻碍或排挤竞争者的主观目的,只有

当实施阻碍行为导致竞争者任凭自己的努力都不能将其业绩在市场上适当地展示时,仅有客观的阻碍结果而没有主观的阻碍意图也可能构成不正当竞争。换言之,如果经营者以阻碍竞争者为其行为的唯一或主要目的,则肯定构成不正当竞争;若以促进自己的竞争为主要目的,除了少数例外,则一般趋向于认定为合法行为。^⑤例如,在德国的广告屏蔽案件中,法院的分析也将行为人的过错考虑在内,指出“不仅广告屏蔽机制是用户选择启动的结果,而且广告屏蔽软件并没有针对性,被告仅仅是提供了中立的技术帮助”,最终判决被告不构成不正当竞争。^⑥

除了上述五类具体的不正当竞争行为,反不正当竞争法的一般条款也对过错作出了要求。《巴黎公约》第10条之二设置了可以适用于违反诚实惯例的任何竞争行为的“兜底条款”,核心正是在于对“诚实的商业习惯”的认定。《欧盟不正当竞争行为指令》指出“不正当竞争行为”是违反专业上勤勉注意要求、并且行为严重扭曲或可能扭曲产品的一般消费者的商业行为;^⑦这其中,“专业上勤勉注意”的要求在本质上就是一种判断主观过错的客观注意义务标准。在大陆法系国家,法国、意大利和日本通过侵权法的一般条款来为不正当竞争行为提供兜底保护,这些一般条款中均有过错的要件;而瑞士、奥地利和西班牙等国都规定了反不正当竞争法的一般条款,对不正当竞争的主要评判标准大多都采用了“诚实信用”“不正当”等表述,也反映了对过错的要求。^⑧

(三)各种不正当竞争行为中过错地位差异的原因

通过考察国际条约和两大法系中各种不正当竞争行为不同的过错要求,可以发现其背后的规律:不正当竞争行为的认定对过错的要求与反不正当竞争法保护法益的成熟程度成反比关系。反不正当竞争法所保护的法益的边界越清晰,在侵权判定时越不存在争议、越能得到国际条约和各国规定乃至社会民众的一致认可,其对过错的要求就越弱,甚至无须

过错的要求;反之,法益的边界越模糊,侵权判定越模棱两可,各国的规定越是存在较大分歧,则对过错的要求就越强。

如何判断法益的成熟程度?德国法教义学提出了区分权利和利益的三大标准。第一是归属效能,即是否能将某一确定的利益内容归属于特定主体;第二是排除效能,即法官无须经过自由裁量就能判定越过边界的一切干涉都具有违法性;第三是社会典型公开性,即是否能根据社会和文化共同认识,使社会一般主体有识别法益客体的可能性。^⑨越是符合上述归属效能、排除效能、社会典型公开性三个标准,法益的成熟度就越高,其保护方式就越接近于绝对权的保护方式,对过错的要求就越低;反之则属于成熟度较低的法益,对过错的要求也相应提高。

对于具体的不正当竞争行为所保护的法益而言:首先,仿冒条款所保护的是未注册商标法益,其虽然无法与注册商标权利相提并论,但已经在很大程度上达到归属效能、排除效能和社会典型公开性这三个标准的要求,因此对过错的要求最低。其次,商业诋毁和虚假宣传这两个条款所保护的法益是商誉,基本满足归属效能和排除效能的要求,也已经具有一定的社会典型公开性,故而对过错的要求也较低。再次,商业秘密和互联网不正当竞争条款所保护的法益无法归属于某一特定主体,从而很难满足归属效能,也无法当然地排除一切的不法干涉而不具有排除效能,更由于缺乏社会一般主体可普遍感知的客体,难以满足社会典型公开性的要求,故而该两种不正当竞争行为的判断对过错的要求较高。最后,对于宽泛的一般条款所保护的法益而言,由于没有任何明确清晰的规定,甚至根本不能预先知晓其保护的是何种法益,无法满足归属效能、排除效能和社会典型公开性中的任何一项,故而从逻辑上看恰恰最需要过错的辅助判断。

各项不正当竞争条款所保护的法益根据与上述三大标准契合度的不同,可以分为符合、不符合、基本符合和基本不符合四种情形。而根据法益的成

熟程度,反不正当竞争法中的过错要求可以进而划分为三个层次:过错仅作为参考因素、过错要求至少

为一般过失、过错要求为故意或重大过失。如下图所示:

按照成熟程度由高及低划分的法益	归属效能	排除效能	社会典型公开性	行为构成中的过错要求
假冒条款保护的法益	符合	符合	基本符合	仅作为参考因素
商业诽谤条款保护的法益	基本符合	基本符合	基本符合	
虚假宣传条款保护的法益	基本符合	基本符合	基本符合	
商业秘密条款保护的法益	基本不符合	基本不符合	不符合	至少为一般过失
互联网条款保护的法益	基本不符合	基本不符合	不符合	
一般条款保护的法益	不符合	不符合	不符合	故意或重大过失

从国际条约和两大法系的视野来看,看似各不相同、起伏变化的规定也符合这一内在规律。首先,《巴黎公约》并未在仿冒、误导、诋毁三种不正当竞争行为中强制将过错作为行为的构成要件,这正是由于这三种行为是各国普遍存在的最典型的不正当竞争行为,其违法性毋庸置疑。其次,Trips 协议和各国规定都依赖过错要件来判断侵害商业秘密的行为,是由于商业秘密的内容不够明确,侵害商业秘密行为的判断标准也不够清晰。再次,各国对竞争者阻碍这一不正当竞争行为的认定标准存在较大的差异,故而过错必不可少。最后,根据一般条款来认定不正当竞争行为时存在最大的不确定性,过错更是不可或缺的要件。

反不正当竞争法中过错的要求也不是一成不变的,随着规制不正当竞争行为的正当性增强,对过错的要求也呈现出一定的从有到无的趋势。例如,德国法院在使用1909年《德国反不正当竞争法》一般条款判断竞争行为是否悖俗时,需要根据行为的内容、目的和行为人的动机等特征进行综合判断,不但要考察客观要件,而且要考量过错要件。但2004年《德国反不正当竞争法》修改生效后,司法实践和学术界却认为,一般条款的适用不需要过错方面的要件;2008年修改后的《德国反不正当竞争法》同样放弃了对行为人过错方面的考察,在具体条款中,也多是

客观上对不正当竞争行为的构成作出要求,而较少涉及行为人的过错要件。实际上,上述做法恰恰是由于德国已经将不正当竞争行为高度类型化,确立了数种不正当竞争行为类型的规制范围,甚至是具体细化到三十种不正当竞争行为的黑名单,此时适用反不正当竞争法一般条款的空间已经很小,所以过错要件才变得无足轻重。即便如此,这并不妨碍侵害商业秘密的行为仍然要求过错,也不排除德国反不正当竞争法中存在不正当性的判断以行为人的恶意为基础的案例,而不正当竞争中损害赔偿责任的承担也要求行为人具有主观过错。^④

对于我国来说,新类型的不正当竞争行为层出不穷,而反不正当竞争法的规定又远没有像德国那么详细明确,为此更应当将过错作为不正当竞争行为构成的核心考量因素,使之对不正当竞争行为的判断产生普遍的影响。目前,过错在反不正当竞争法中的地位没有得到应有的重视,虽然在司法裁判中,法官在实质价值判断的指导下已经给予了过错一定的关注,但这样的趋势在没有立法和学说的支持下,很难上升为统一的司法行动。为此应当充分地论证过错在各项具体不正当竞争行为构成中所起的作用,让其全面、准确地服务于不正当竞争行为的认定。正如有些法官指出的那样,在不正当竞争行为的判断中不考虑过错是不切实际的。^⑤

四、我国不正当竞争行为构成的体系化解释：围绕过错展开

过错的认定不是只有道德说教的作用,还具有法律价值判断、平衡各种利益冲突的功能,且这种功能比经济标准具有更强的可操作性从而无可替代。虽然我国《反不正当竞争法》于2017年和2019年刚刚经历过两次修改,但对反不正当竞争法中过错地位的判断和解释仍然存在不清晰之处。下文将依据现有法条对我国反不正当竞争行为中的过错要求进行体系化解释,并对立法和司法实践中三个过错层次的具体适用提出完善的建议。

(一)仿冒、商业诋毁和虚假宣传条款的过错要求:仅作为参考因素

在仿冒、商业诋毁和虚假宣传这三类不正当竞争行为中,应将过错从构成要件中剥离,不再将其作为不正当竞争行为构成的必备条件,而是仅作为参考因素发挥作用,这样能够简化相关不正当竞争行为的判断标准和证明责任。虽然仿冒、商业诋毁和虚假宣传这三个条款中有的措辞明确列举了“欺骗”“编造”等故意的行为,有的措辞也体现了一般过失的要求,但应将这些内容理解为列举而非限定式的规定,即这三类不正当竞争行为包括但不限于一些具有过错的情形。

其一,商业标识仿冒。仿冒条款保护的法益为未注册的商业标识,包括商品名称、装潢、企业名称、姓名、网站名称等广泛的类型,与注册商标较为接近,也符合归属效能和排他效能的要求。然而,注册商标通过登记取得了全国性的公示效果,但未注册标识只能通过知名度来表征法益的客观存在,随着知名度的或高或低,法律保护的程度也不尽相同,由此,未注册商标法益的社会典型公开性往往无法与注册商标相比。当然,在我国规定的几种不正当竞争行为中仿冒条款所保护的法益仍然最为成熟,因而其过错要求也最低。从法律文义出发,虽然在我国《反不正当竞争法》第6条仿冒的规定中并未出现有关过错的字眼,但已经将过错的要求内化于其他要件中。未注册商业标识的保护以其“具有一定影

响”为前提,从这一点也可以推断出侵权人作为一名理性人,主观上极有可能明知或应知他人知名商业标识的存在。此外,过错在仿冒行为认定中往往作为混淆的重要参考因素发挥作用。^⑤例如《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条将行为人对域名的注册或使用具有“恶意”作为判断不正当竞争的重要因素之一。

根据上述原理,司法解释中有的表述是值得商榷的。《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1条第2款规定:“在不同地域范围内使用相同或近似的知名商品特有的名称、包装、装潢,在后使用者能够证明其善意使用的,不构成仿冒行为。”实际上,该规定的表述不够妥当,上述行为之所以不构成仿冒,本质上是因为竞争双方处在不同地域,消费者不容易发生混淆,而不是由于“善意使用”。该条接下来规定:“因后来的经营活动进入相同地域范围而使其商品来源足以产生混淆,在先使用者请求责令在后使用者附加足以区别商品来源的其他标识的,人民法院应当予以支持。”后半条的规定从另一个角度表明,即使经营者善意地进入了相同的市场,只要造成了混淆仍然有可能构成仿冒。鉴于此,该条前半句应将“善意使用”的用语改为“不会发生混淆”的表述,在认定仿冒时,应坚持过错无须作为独立的构成要件;即使无法证明当事人的过错,也不影响仿冒的最终成立。

其二,商业诋毁。在学界中,有观点认为商业诋毁的主观状态是故意,^⑥也有观点认为无论故意还是过失都可以构成商业诋毁。^⑦在司法实践中,有的法院甚至倾向于对过错作出严格的要求,如在“本田案”中,法院认为虽然被告在报道中误写了侵权人的车型,但主观上没有诋毁原告的故意,被告的行为不构成不正当竞争。^⑧同样在“图尔克公司与九鑫公司纠纷案”中,法院认为被告并不知道送检产品来自哪家公司,其鉴定结论没有具体指向原告,很难说其具有损害原告商业信誉的故意,因此并不构成商业诋毁。^⑨但是,上述解读无疑与立法的规定存在偏差,

极大地提高了商业诋毁行为构成的门槛,也并不符合客观的需求。

实际上,商业诋毁条款保护的法益是一种商誉或声誉,诋毁行为侵害的是一种社会评价,减损了企业的商业吸引力,抢占了其他交易机会。这种商誉具有较为确定的内容,为社会公众所知晓,法益的主体与潜在侵权人之间有较为清晰的界限,他人越过该界限侵害商誉时,权利主体也能够请求排除该干涉,因此,商业诋毁条款保护的法益基本符合归属效能、排除效能和社会典型公开性的要求,属于一种较为成熟的法益。

鉴于此,应当纠正司法实践中对商业诋毁的主观状态要求过高的做法,适用商业诽谤条款时不宜将过错作为要件。对于陈述事实的商业言论,即使无法证明行为人具有过错,如果引发了消费者的误解,也应被纳入商业诋毁规制的范畴,要求其及时停止不正当竞争行为,使受到侵害的经营者避免遭到难以挽回的损失,只是没有过错的行为人无须赔偿损失而已。沿着这种解释的思路,近年来在司法实践和学界中引发讨论的电子商务平台错误通知是否需要过错的问题^⑥也可以迎刃而解。错误通知在性质上往往属于商业诽谤,而该种不正当竞争行为的构成无须过错。因此,即使是无过错的通知也可能构成商业诽谤,需要停止侵害。

其三,虚假宣传。虚假宣传与商业诋毁都属于不当的商业言论,二者的区别只是在于言论的内容和指向性不同,二者对过错的要求基本一致。虚假宣传在本质上也是一种损害商誉或声誉的行为,使消费者得出不恰当的认知,破坏了竞争对手和消费者之间的正常关系,从而减少了竞争对手的交易机会。因此,虚假宣传条款保护的法益与商业诋毁条款一样,也属于一种较为成熟的法益。

虽然在虚假宣传案件中行为人的主观方面通常表现为故意或过失,甚至以故意的心态为主,但如果无法证明行为人的过错也不影响该不正当竞争行为的成立,不应过度加重原告的举证负担。在我国《反不正当竞争法》第8条虚假宣传的规定中,“欺骗”“组

织虚假交易”等措辞都表明了行为方式具有一定的过错,但“误导”一词是指客观的事实,其主观状态很难说一定就是过错。最新《反不正当竞争法》修法将原来“引人误解的虚假宣传”改为“虚假或引人误解的商业宣传”,区分了“引人误解”和“虚假”两种情形。这是因为“引人误解”和“虚假”实为并列的关系,虽然绝大部分情况下虚假的宣传都是引人误解的,但在有些情况下,内容真实的宣传也可能引人误解。对于这一部分内容真实的宣传行为,虽然行为人未必具有欺骗和误导消费者的动机和过错,但只要足以造成相关公众误解,都可以构成虚假宣传。在我国现有法律体系下,法院不应在判断虚假宣传时将过错作为行为的构成要件,否则将会给虚假宣传条款设置较高的证明门槛。例如,在“南京云锦虚假宣传案”中,被告使用原告的云锦图片、相关新闻报道为自己做宣传,当过错较难证明时,法院重点分析了该行为引发的误导效果,在并未提及原告主观状态的情况下认定了虚假宣传的成立,^⑦这一思路是正确的。

(二)商业秘密和互联网不正当竞争条款的过错要求:至少为一般过失

较之于上述第一层次对过错的低要求,第二层次的不正当竞争行为对过错的要求较高。该层次的不正当竞争行为包括了侵害商业秘密和互联网不正当竞争两种。由于这两类保护的法益分别为不够成熟的商业秘密和互联网竞争优势,因此要求行为人的主观状态至少为一般过失;当然,过失只是最低的要求,一些更高的故意甚至恶意的过错情形更是当然地符合条件。对过错的认定应当采用客观的判断标准,即借助注意义务的概念认定行为人是否具有过错。在不正当竞争行为的认定中,注意义务是指行为人在现实商业交易框架内的注意义务,而非一般的道德理念。随着行为主体的专业程度和控制能力的不同,行为获益的多少,以及行为人之间的亲疏远近会发生变化,过错判断的难易程度也会随之变化。

其一,侵害商业秘密。对于商业秘密的性质,有

观点认为其已经非常接近权利,应为其提供更强的保护,^⑥但这一观点是值得商榷的。商业秘密从本质上看是一种原本可以自由流动的信息,被视为是“从来没有、也不可能通过划定产权而得到保护”的财产。^⑦商业秘密的界定是十分困难的。通常,一项权利之所以能够确立,是因为可以公开通过勘测、描述和度量划定一条可观察的界限,例如专利可以借助专业人士和体系化的权利解释工具来界定权利。但商业秘密无法公开,也缺少一套能够划界的标准;只有当进行救济时,法官通过权衡双方的利益格局后才能得出商业秘密保护的内容和范围,这不是在此之前就能预设的,^⑧故而商业秘密不具有归属效能。同时,商业秘密既然是秘密,必然无法公开,也无法当然地排除他人的干涉,数人可以同时持有同样的商业秘密。这就决定了商业秘密很难满足排他效能和社会典型公开性的要求,属于一种不成熟的法益。

可以说,商业秘密保护的出发点不在于保护商业秘密这种信息本身,而在于维护人们利用该种信息的道德水平,因此司法上必须依赖过错要件来判断侵害商业秘密的行为,行为人在主观上至少需要具有一般过失。根据我国《反不正当竞争法》第9条的规定,无论是以不正当手段获取商业秘密,还是因违反保密义务而披露、使用商业秘密,抑或是第三人明知或应知上述违法行为而获取、使用或披露他人的商业秘密,这些行为的主体都明显呈现过错的主观状态。这也就意味着,若能证明行为人并不存在过错,即信息的获取手段是“正当的”或信息具有“合法来源”,将构成有力的抗辩。例如《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12条特别肯定了自行开发研制和反向工程的合法性,且若当事人以不正当手段知悉了他人的商业秘密之后,又以反向工程为由主张获取行为合法,也无法“洗白”,仍然属于不正当竞争。

其二,互联网不正当竞争。曾有学者认为应以经济标准来判断某一行为是否违反互联网条款。^⑨但需要指出的是,互联网不正当竞争条款保护的法

益实为一种市场竞争优势,属于纯粹经济利益。这种利益无法被当然地归入一个确定的主体,更无法在其主体和潜在侵权人之间划上一条清晰的界限,从而排除他人的干涉,故无法符合归属效能和排除效能的要求。同时,在互联网生态中,激烈竞争和优胜劣汰是市场经济的常态,正常的竞争行为即使给他人造成了损害后果也是正当的,因此该条款保护的竞争优势并不是人们根据习惯和经验就能够轻易达成共识的法益,无法满足社会典型公开性的需要。据此,互联网不正当竞争条款保护的是成熟度较低的法益,应明确要求行为人在主观上具备一般过失及其以上的过错程度。这也就意味着,只有不遵守市场竞争中的注意义务,明显具备过错的行为才会被认定为不正当竞争,否则将会扩大打击的范围,给市场竞争带来动辄得咎、自由受限的风险。在一些案件中,从经营者的行为中很难得出经营者存在过错的结论,甚至有些经营者还在事后合理期限内采取措施解决了给其他经营者带来的干扰,则其行为不应认定为不正当竞争行为。^⑩例如,在“360公司与金山公司不正当竞争纠纷案”中,法院认为虽然双方的安全软件发生了一定的冲突,但被告已经尽到了应有的注意义务,因此主观上不存在任何过错,不能认定这种行为具有不正当性,^⑪这一判断是正确的。

现行《反不正当竞争法》第12条互联网条款的问题在于,该条中小的兜底条款并未体现任何对过错的要求,存在明显的缺憾。互联网条款规定了三种互联网不正当竞争行为以及小的兜底条款,其中第1项至第3项的措辞反映了行为人过失或故意的主观状态。但是,在互联网竞争样态日新月异的今天,上述三种具体的不正当竞争行为列举的范围过于狭窄,远远不能满足实践需求,恰恰是小的兜底条款更有可能得到运用。为此,在适用小的兜底条款时,法院应当增加对过错要件的要求,对该款的适用进行限缩。未来当再一次修改反不正当竞争法时,无须列举各种容易过时的互联网不正当竞争行为,而应当设置一般性的竞争者阻碍条款,使之同时适用于

线上和线下的不正当竞争行为,并确立过错在竞争者阻碍条款中的应然地位。

(三)反不正当竞争法一般条款的过错要求:故意或重大过失

根据一般条款来判断不正当竞争行为时,应要求行为人的主观状态为故意或重大过失。由于一般条款所保护的法益属于发展最不成熟、边界最不清晰的利益,过错要件在一般条款中的地位更加重要。一般条款的规定中隐含了道德标准和经济标准两个考量要件,其中经济标准通过判断竞争者、消费者和竞争秩序受到的损害来判断不正当竞争的构成;然而,由于市场竞争中的此消彼长是非常正常的现象,只有经济标准还远远不够,道德标准才是不正当竞争判断的基石。同时,经济标准也存在判断困难的问题,法官是否有能力从事经济分析还存有疑问,纵然有,要将经济标准进行量化也并非易事,在判决中难以实现精确的衡量。相反,过错的判断已经具有了一套客观的方法,能使模糊的“诚实的商业道德”的认定更加具体可行,较之经济标准更具可操作性。为此,应当通过对《反不正当竞争法》第2条的妥当解释,纠正认为反不正当竞争法一般条款的适用无须过错的观点,避免第2条适用造成的混乱和不确定性。

实际上,反不正当竞争法一般条款的过错要求应比具体的不正当竞争条款更加严格,一般情况下,只有行为人的主观状态为故意时才能用一般条款来规制不正当竞争。这是因为,作为抽象的法律概念,反不正当竞争法一般条款与具体的不正当竞争条款相比具有更强的不确定性,因此行为人无法通过宽泛的规定预见到自己行为可能造成的损害,此时,根据行为人无法预见的损害对其进行负面的法律评价是没有意义的。一般条款要求“故意”的主观要件是为了维持法律的可预见性,行为人仅仅具有过失还无法说明其已经预见到了自己行为可能造成的后果,只有当加害人存在致损的“故意”时,才能预见到损害的发生,胆敢为之者才需要承担不利的后果。如果说具体的不正当竞争条款要求的主观状态是一

般过失甚至无须过失,那么反不正当竞争法一般条款必须要设置一个较高的门槛,主要适用于行为人存在故意的情形。

当然,出于法政策的考量,在一些当事人之间具有特殊社会关系的领域,过错的要件可以加以缓和而将故意作目的性的扩张,扩张至重大过失的主观状态。从立法目的出发,对故意的要求并不是为了对该主观状态加以惩罚,而是在缺乏社会典型公开性的法益领域,需要依靠故意要件来维持行为人的合理预期。然而,通往预见性的道路并非只有故意一条。在一些特殊领域,加害人和受害人不再是不相干的陌生人,他们通过先行行为或其他方式连接起来,如当事人之间存在在先的合作、委托关系,或由于经营地域临近等原因明知或应知竞争对手的存在,在这种关系中,加害人已经不需要依赖于故意,就能对行为导致他人的损害有合理的预见。^⑤因此,为了保障加害人对法律后果的可预见性,除了故意,还可以在一些当事人间具有特殊社会关系的领域,将行为人未能尽到注意义务的重大过失情形也纳入反不正当竞争法一般条款的规制范围。

五、结语

古典经济学开山鼻祖亚当·斯密在其《道德情操论》一书中揭示了经济的“诚信”本质:没有了遵守契约和尊重产权的道德,经济就不是良性有序的市场经济,而是弱肉强食的黑暗森林。^⑥诚实信用是市场经济和谐发展的基础,也是适用于市场经济的反不正当竞争法所赖以生存的土壤,这种对诚信的要求就体现为判断不正当竞争行为构成时的过错要件。反不正当竞争法虽然源自侵权法,但其性质属于行为规制法,保护的是未上升为权利的法益,过错既是不正当竞争的责任承担要件,也是不正当竞争的行为构成要件。过错作为不正当竞争行为构成要件的一般规律体现为过错的要求与反不正当竞争法所保护法益的成熟程度成反比关系。反不正当竞争法对过错的要求可以划分为三个层次:在商业标识仿冒、商业诋毁和虚假宣传这三类不正当竞争行为的认定中,过错仅作为参考因素发挥作用;在侵害商业秘密

和互联网不正当竞争两种行为的认定中,过错要求至少为一般过失;对于违反反不正当竞争法一般条款的行为认定而言,过错要求为故意或重大过失。

注释:

①Jhering, Das Schuldmoment im römischen Recht (1867), S.179.,转引自王泽鉴:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社1998年版,第12页。

②德国竞争法学者普遍认为,反不正当竞争法在性质上属于一种特别侵权法。参见邵建东:《德国反不正当竞争法研究》,中国人民大学出版社2001年版,第22页;王先林:《竞争法学》,中国人民大学出版社2009年版,第93页;吕明瑜:《竞争法教程》(第2版),中国人民大学出版社2015年版,第251页;种明钊主编:《竞争法》,法律出版社1997年版,第168页。

③刘春田主编:《知识产权法》,高等教育出版社2010年版,第374-375页;李琛:《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版,第168-174页;郑友德、范长军:《反不正当竞争法一般条款具体化研究》,《法商研究》2005年第5期,第124-133页;吴伟光:《对〈反不正当竞争法〉中竞争关系的批判与重构》,《当代法学》2019年第1期,第133-134页。

④张学军:《互联网服务不正当竞争行为辨析》,《竞争政策研究》2015年第9期,第30页;龙俊:《商业诋毁构成要件研究——兼评新〈反不正当竞争法〉第11条》,《河北法学》2019年第4期,第139-140页。

⑤孔祥俊:《反不正当竞争法的司法创新和发展——为〈反不正当竞争法〉施行20周年而作(上)》,《知识产权》2013年第11期,第6页;[日]田村善之:《田村善之论知识产权》,李扬等译,中国人民大学出版社2013年版,第184页。

⑥蒋舸:《关于竞争行为正当性评判泛道德化之反思》,《现代法学》2013年第11期,第85-95页;谢晓尧:《在经验与制度之间:不正当竞争司法案例类型化研究》,法律出版社2010

年版,第357-358页。

⑦山东省青岛市中级人民法院[2001]青知终字第5号民事判决书。

⑧广东省佛山市中级人民法院[2000]佛中法知初字第78号民事判决书。

⑨北京市第一中级人民法院[2011]一中民终字第12521号民事判决书。

⑩Christopher Wadlow, The Law of Passing-off: Unfair Competition by Misrepresentation, London: Sweet & Maxwell, 2011, p.328.

⑪Frauke Henning-Bodewig ed, International Handbook on Unfair Competition, Munich: C.H.Beck.& Oxford: Hart & Baden: Nomos, 2013, p.237, 606.

⑫[意]毛罗·布萨尼、[美]弗农·瓦伦丁·帕尔默主编:《欧洲法中的纯粹经济损失》,张小义、钟洪明译,法律出版社2005年版,第93-97页。

⑬孔祥俊:《〈民法总则〉新视域下的反不正当竞争法》,《比较法研究》2018年第2期,第95页。

⑭Frauke Henning-Bodewig ed, International Handbook on Unfair Competition, Munich: C.H.Beck.& Oxford: Hart & Baden: Nomos, 2013, p.345-346.

⑮于飞:《论德国侵权法中的“框架权”》,《比较法研究》2012年第2期,第69-71页。

⑯王博文:《德国反不正当竞争法私法属性的历史和理论建构》,《竞争政策研究》2016年7月号,第21-25页。

⑰[德]克雷斯基安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上),张新宝译,法律出版社2002年版,第337-338页;[德]格哈特·瓦格纳:《当代侵权法比较研究》,《法学家》2010年第2期,第106-107页。

⑱Restatement of the Law, Torts, Section 06.

⑲王利明:《我国侵权责任法的体系构建——以救济法为中心的思考》,《中国法学》2008年第4期,第3-5页;杨立新:《我国侵权责任法草案对国外立法经验的借鉴》,《中国法学》2009年第5期,第128-130页。

⑳ Rogier W.de Very, Towards a European Unfair Competition Law: a Clash Between Legal Families, Leiden: Nijhoff, 2006, p.179-180.

㉑ Annette Kur, What to Protect, and How? In Nari Lee, Guido Westkamp, Annette Kur, Ansgar Ohly (eds.), Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2014, pp.11-32.

㉒ 李建华、王国柱:《论民事权益——民法保护对象的立法和司法双重确认》,《法学杂志》2011年第1期,第27-30页。

㉓ 孙山:《重释知识产权法定原则》,《当代法学》2018年第6期,第60-70页。

㉔ 李承亮:《侵权责任的违法性要件及其类型化》,《清华法学》2010年第5期,第74-93页;王泽鉴:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社2016年版,第271页。

㉕ 王泽鉴:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社2016年版,第271页。

㉖ 张民安:《“侵权行为的构成要件”抑或“侵权责任的构成要件”之辨——行为人对他人承担侵权责任条件的称谓》,《政治与法律》2012年第12期,第119页。

㉗ 虽然1909年《德国反不正当竞争法》并未明确规定过错为责任承担要件,但2004年《德国反不正当竞争法》修法时借鉴了司法实践中的做法,在第9条规定,“故意或过失地实施……不正当商业行为的,负向竞争者赔偿因此而产生的损害的义务”,确认了损害赔偿请求权以过错为要件。参见范长军:《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,第377页。

㉘ 柴耀田:《论中国〈反不正当竞争法〉的结构性问题》,《电子知识产权》2018年第1期,第29页。

㉙ 孔祥俊:《反不正当竞争法的司法创新和发展——为〈反不正当竞争法〉施行20周年而作(上)》,《知识产权》2013年第11期,第6页。

㉚ 王利明:《我国〈侵权责任法〉采纳了违法性要件吗?》,《中外法学》2012年第1期,第5-23页。

㉛ 最高人民法院[2016]最高法民申2881号民事裁定书。

㉜ R.W.de Vrey, Towards a European Unfair Competition Law, A Clash Between Legal Families (2006), p.12-16.

㉝ 如德国1997年为加大惩治腐败行为的力度而颁布了专门的《反腐败法》,《德国反不正当竞争法》废除了关于商业贿赂行为的条款。参见王晓晔:《竞争法》,社会科学文献出版社2007年版,第96、151页。

㉞ The International Bureau of WIPO, Model Provisions on Protection against Unfair Competition, Geneva: WIPO, 1996, p.17.

㉟ Christopher Wadlow, The Law of Passing-off: Unfair Competition by Misrepresentation, London: Sweet & Maxwell, 2011, p.288-290.

㊱ Decision of the Supreme Court (Bundesgerichtshof) 15 August 2013—Case No.I ZR 188/11, see IIC (2014) 45:484-490.

㊲ Restatement of the Law, Torts, Section 729, Comment f.

㊳ My-T-Fine Corporation v.Samuels, 69 F.2d 76 (2d Cir. 1934).

㊴ [奥地利]博登浩森:《保护工业产权巴黎公约指南》,汤宗舜、段瑞林译,中国人民大学出版社2003年版,第145页。

㊵ The International Bureau of WIPO, Protection Against Unfair Competition, Analysis of the Present World Situation, WIPO Publication No.725 (E) WIPO 1994, pp.89.

㊶ 范长军:《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,第127-129页。

㊷ Frauke Henning-Bodewig ed, International Handbook on Unfair Competition, Munich: C.H.Beck.& Oxford: Hart & Baden: Nomos, 2013, p.368-369.

㊸ Christopher Wadlow, The Law of Passing-off: Unfair Competition by Misrepresentation, London: Sweet & Maxwell, 2011, p.377-378.

㊹ British Airway plc v.Ryanair Ltd.[2001] E.T.M.R.24 at para.12.

㊺ Restatement of the Law, Torts, Section 623. 该条规定构成商业诋毁的前提条件是:(1)他发表的此种陈述的意图是损

害他人的利益和金钱价值,他或者承认要达到、或者应当承认有可能达到这样的目的;(2)他知道该陈述是虚假的,或者因为不顾陈述的虚假或真实而行为。

④6 J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition (Fifth Edition, 2020), section 27.

④7 The International Bureau of WIPO, Model Provisions on Protection against Unfair Competition, Geneva: WIPO, 1996, p.34.

④8 The International Bureau of WIPO, Protection Against Unfair Competition, Analysis of the Present World Situation, WIPO Publication No.725 (E) WIPO 1994, pp.81-82.

④9 Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 Concerning Misleading and Comparative Advertising.

⑤0 Christopher Wadlow, The Law of Passing-off: Unfair Competition by Misrepresentation, London: Sweet & Maxwell, 2011, p.288.

⑤1 值得注意的是,在1920年的《美国商标法》第3条中,对于误导行为的构成有故意或欺骗意图的要求。1946年为了将误导行为并入《兰哈姆法》第43条第1款,则刻意删去了故意和欺骗意图的要求。参见李明德:《美国知识产权法》,法律出版社2014年版,第645页。

⑤2 Directive (EU) 2016/943 Of The European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the Protection of Undisclosed Know-how and Business Information (trade secrets) Against Their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure.

⑤3 18 U.S.C. § 1836, 1839.

⑤4 Directive (EU) 2016/943 Of The European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the Protection of Undisclosed Know-how and Business Information (trade secrets) Against Their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure. See also 18 U.S.C. § 1836, 1839.

⑤5 范长军:《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,第164-165页。

⑤6 Spiegel Online GmbH vs. EYE GmbH, Hamburg District Court, Pronounced on November 25, 2016, available at http://hfgga5cb181181cb44ccds5v5bbbopxnob6qbp.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/wp-content/uploads/2016/12/20161125_Judgment-Hamburg-Eyeo-Spiegel_EN.pdf. See Adblock Plus wins its 6th court case, brought by Der Spiegel, available at <http://hfgga5cb181181cb44ccds5v5bbbopxnob6qbp.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/tech-policy/2016/11/adblock-plus-wins-its-6th-court-case-brought-by-der-spiegel/>, visited on Sep. 26, 2019.

⑤7 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 Concerning Unfair Business-to-consumer Commercial Practices in the Internal Market.

⑤8 Frauke Henning-Bodewig ed, International Handbook on Unfair Competition, Munich: C.H. Beck & Oxford: Hart & Baden: Nomos, 2013, p.116, 214, 325, 345, 491, 558.

⑤9 于飞:《侵权法中权利与利益的区分方法》,《法学研究》2011年第4期,第106-110页。

⑥0 范长军:《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,第105-106页。

⑥1 曹丽萍、张璇:《网络不正当竞争纠纷相关问题研究》,《法律适用》2017年第1期,第22页。

⑥2 王太平:《商标侵权的判断标准——相似性与混淆可能性之关系》,《法学研究》2014年第6期,第162-180页。

⑥3 持该观点的学者有吴汉东、陶鑫良、程永顺等。参见孙莉:《老概念新思考:知识产权专家纵论商业诋毁构成要素》,《中国发明与专利》2010年第12期,第13页。

⑥4 持该观点的学者有钟明钊、张广良、王先林等。参见钟明钊主编:《竞争法》,法律出版社2016年版,第175-176页;孙莉:《老概念新思考:知识产权专家纵论商业诋毁构成要素》,《中国发明与专利》2010年第12期,第13页;王先林:《竞争法学》,中国人民大学出版社2015年版,第160-161页。

⑥5 广东省高级人民法院[2003]粤高法民三终字第28号民事判决书。

⑥山东省青岛市中级人民法院[2001]青知终字第5号民事判决书。

⑦沈一萍:《错误通知的认定及其赔偿责任研究——以〈电子商务法〉草案送审稿第54条第1款为中心》,《电子知识产权》2017年第3期,第44-52页。

⑧江苏省南京市玄武区人民法院[2008]玄民初字第31号民事判决书。

⑨董慧娟、李雅光:《商业秘密权中知识产权与信息财产权的耦合》,《江西社会科学》2015年第11期,第178页。

⑩张五常:《经济解释》,商务印书馆2000年版,第343页。

⑪谢晓尧:《经济秩序的道德解读》,法律出版社2005年

版,第277-278页。

⑫李小武、陈敏:《互联网不正当竞争行为的认定标准与反思》,《中国应用法学》2020年第3期,第177-189页。

⑬王文敏:《互联网竞争中不当干扰行为的认定》,《知识产权》2016年第10期,第49-50页。

⑭北京市第一中级人民法院[2010]一中民初字第10831号民事判决书。

⑮于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系研究》,法律出版社2012年版,第184-190页。

⑯[英]亚当·斯密:《道德情操论》,蒋自强等译,商务印书馆1997年版,第434-451页。

The Status and Application of Fault in the Anti-unfair Competition Law

Wang Wenmin

Abstract: Theoretic and judicial circles differ on the status of fault in anti-unfair competition law. Anti-unfair competition law originates from tort law but is relatively independent. Its legislative model is behavior regulation law rather than liability law. Its protection object is legal interest instead of rights. This particularity determines that fault has a more important position in the anti-unfair competition law. Through analyzing the specific fault requirement of international treaties and anti-unfair competition law in other countries, we can find the status of fault in the unfair competition behavior components has certain regularity, that is, the requirement of fault is inversely related to the maturity of the legal interest protected by the anti-unfair competition law. The more mature the legal interests, the lower the fault requirements. Faults in various unfair competition behaviors can be divided into three levels for systematic application: faults only serve as reference factors in the determination of counterfeiting, commercial defamation, and false propaganda; and the fault requirement is at least general negligence in the determination of the infringement of trade secrets and Internet unfair competition; the fault requirement is intentional or gross negligence in the determination of violating the general clause of the anti-unfair competition law.

Key words: anti-unfair competition law; fault; tort law; legal interest; general clause