



您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章 Selected Articles

使用大字体察看本文
 阅读次数: 849

德国竞争法如何评价比较广告

邵建东

摘要: 在市场经济条件下, 比较广告是一种深受经营者欢迎的竞争手段。德国竞争法对比较广告未作明文规定, 但学术界和司法机关历来认为比较广告原则上属于违反善良风俗的不正当竞争行为。一直到20世纪90年代, 这一原则才开始发生动摇。本文在分析各类比较广告的基础上, 重点描述德国竞争法理论和司法判例对比较广告的评价轨迹。

[作者简介] 邵建东, 南京大学法学院副院长、中德经济法研究所中方所长

比较广告(Vergleichende Werbung), 也称指称性广告(Bezugnehmende Werbung), 泛指“以直接或间接方式指称某个或某些竞争对手或由某个或某些竞争对手经营的产品或服务的广告”。(注: BGHZ163, 164, 171ff.) 根据广告经营者在进行比较广告时的基本立场和动机, 比较广告可分为批判性的比较广告和攀附性的比较广告两大类。前者旨在对竞争对手及其经营的商品或服务进行批判或贬损, 因此历来被认为是不当阻碍竞争对手的行为; 后者则旨在趋奉或攀附某个著名的竞争对手的信誉或其经营的名牌商品的声誉。(注: 参见Kloepfel/Michael, Vergleichende Werbung und Verfassung-Meinungsgrundrechte als Grenze von Werbebeschränkungen, GRUR1991, Heft 3, S. 171.) 行为人在攀附性广告中将自己的企业或商品同他人的企业或商品进行比较, 并不是要批评他人, 而是将他人企业或商品的良好声誉当作“媒子”使用。无论是批评性广告还是攀附性广告, 其行为人都必须对某个特定的竞争对手进行指称, 指称既可以采取明确的方式, 也可以采用隐藏或间接的方式。

就批评性比较广告而言, 根据广告内容所指称的不同对象, 可以分为两类: 一类是指称竞争对手个人性质的比较广告, 另一类是指称竞争对手经营的商品或服务的比较广告。前者, 指行为人在广告中指出其竞争对手的某些个人性质, 而这些性质足以损害竞争对手商业信誉; 如声称(自己是德国人, 而)竞争对手是外国人, (自己的操作良好, 而)竞争对手有犯罪前科, (自己财源茂盛, 而)竞争对手的财务状况不佳, 濒临破产。(注: Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Auflage 1999, S. 50. 其他例子如, 称某个竞争对手无嗣或未婚、患有某种疾病、信仰某种宗教、信用欠佳、有败诉记录等, 详见Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Auflage 1996, UWG 1, Rndr. 432—437.) 这种比较广告一般都构成违反善良风俗的不正当竞争。在对竞争对手个人性质的指称同时构成诋毁商誉或商业诽谤的情况下, 这种行为还违反了《反不正当竞争法》第14条、(注: 第14条: (1)以竞争为目的, 对他人的营利事业、企业主或企业领导人, 对他人的商品或者服务, 声称或传播足以损害企业经营或业主信用之事实的, 只要无法证实这些事实的真实性, 则应向受害人赔偿发生的损害。受害人也可以请求停止声称或传播这些事实。(2)有关通知事关机密, 且通知人或通知受领人对该通知具有正当利益的, 只有在声称或传播事实属违背真相时, 才可主张停止侵害。只有在通知人知道或应当知道事实的不正确性时, 才可向其主张损害赔偿。)第15条(注: 第15条: (1)对他人的营利事业、企业主或企业领导人, 对他人的商品或者服务, 恶意声称或传播足以损害企业经营的虚假事实的, 处一年以下监禁或罚金。(2)在商业企业中, 如虚假事实由其职员或受托人声称或传播, 则在企业主知道该行为的情况下, 除职员或受托人外, 企业主亦须承担刑事责任。)的规定。即使行为人称称的事实客观上是正确的, 这种行为也是违反善良风俗的不正当竞争。(注: BGHNJW1966, 48; Emmerich, Das Recht des unauteren Wettbewerbs, 5. Auflage 1997, S. 82f.) 第二类比较广告并不指称竞争对手的个人性质, 而是对竞争对手经营的商品或服务进行批评性对比, 以突出或强调行为人自己的商品或服务的优越性。根据此类比较广告中是否明确指称某个特定的竞争对手, 又可分为抽象的比较广告和具体的比较广告两种类型。

抽象的比较广告, 是指在广告中并不明确指称某个竞争对手, 而抽象地或一般地对不同性质的生产方式、销售体系或不同种类的商品进行对比。例如, 有人在广告中对不同的广告方法(在广告报纸上刊登广告; 派人上街做广告)进行对比; 有人在广告中对种植花卉应使用树木屑还是泥炭土进行对比, 并得出“树木屑优于泥炭土”的结论; 有人对一次性使用的瓶子和可多次使用的瓶子的优劣进行对比; 有人对有偿收看但无广告的电视频和靠广告收入经营的私人电视进行对比; 有人对用天然气取暖和用石油取暖这两种不同的取暖方式进行对比, 认为后一种方式更经济, 更有利于保护环境。(注: 参见 Emmerich, Das Recht des unauteren Wettbewerbs, 5. Auflage 1997, S. 81; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Auflage 1996, UWG 1, Rndr. 344.) 联邦最高法院认为, 只要抽象的比较广告内容真实, 并在整体上向顾客如实介绍了不同生产方式、销售体系或商品种类之间存在的差异, 这种比较广告便完全是合法的。(注: 参见 Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Auflage 1997, UWG 1, Rndr. 346.) 当然, 如果行为人在在对比过程中片面突出自己的生产方式、销售体系或某种商品的优点, 同时片面强调竞争对手的生产方式、销售体系或某种商品的缺点, 因而并未做到向顾客如实介绍存在的差异, 则这种比较就违反了《反不正当竞争法》第3条(注: 第3条: 在商业交易中, 以竞争为目的, 对商业情况, 尤其是对个别商品或服务以及整体供应的性质、来源、制作方法或定价, 对价目表、商品采购方式或采购来源, 对获奖情况, 对销售动机或目的, 或对储备数量, 作引人误解的宣传者, 可请求其停止侵害。)的规定, 构成引人误解的广告。

具体的比较广告, 即行为人在广告中对某个或某些特定的竞争对手的商品或服务进行批评性的对比, 并对竞争产品进行消极的评价或贬损。如果行为人的批评性对比和评价结论客观上是不符合事实的, 则这种比较广告同时构成违反《反不正当竞争法》第14条或第15条的诋毁商誉或商业诽谤行为。这一点并没有什么疑问, 一般也不会产生什么法律上的难题。这里的难题是, 如果具体的比较广告客观上是真实的, 这种行为在法律上是否合法呢? 抑或可构成违反善良风俗的不正当竞争? 在1909年新修订的《反不正当竞争法》施行后的最初几年里, 德国学术界和司法机关普遍认为, 反不正当竞争法仅仅禁止经营者从事引人误解的广告行为以及贬低或诋毁竞争对手商业信誉的广告行为。因此, 经营者原则上有权进行批评性的比较广告行为。即在广告中将自己的产品与其竞争对手的产品进行比较, 并突出自己产品的优点, 强调竞争对手产品的缺点。只要这种比较是正确的和真实的, 比较广告行为就不违法。

特聘导师
法学所导航
走进法学所
机构设置
《法学研究》
《环球法律评论》
科研项目
系列丛书
最新著作
法学图书馆
研究中心
法学系
博士后流动站
学友之家
考分查询
专题研究
五四宪法和全国人大五十年周年纪念专栏
最新宪法修正案学习与思考
公法研究
电信市场竞争政策
证券投资基金法
法律与非典论坛

1917年，著名竞争法学家科勒尔(Kohler)在《商标保护与竞争》杂志上发表了一篇文章，认为根据良好的商业习俗，任何一个经营者都有权制止其他竞争对手对自己作出消极评价。这篇文章在学术界引起了很大的反响，对司法机关也产生了深远的影响。20年代末，德意志帝国法院便在一些裁判中对比较广告的合法性作出了限制。30年代初，帝国法院最终确立了禁止比较广告的基本原则，认为只有在极少数例外情况下，才可以宣布比较广告并非违法。

禁止比较广告的基本理由有以下几个方面：其一，比较广告必然具有片面性，即突出自己商品的优点，而强调竞争对手商品的缺点，因而会使市场交易关系发生混乱；其二，比较广告一般都缺乏客观性，因为任何经营者都不可能对自己的事情作出客观的评价，一个人不可能在自己作为当事人出现的案件中充当法官；其三，比较广告损害了竞争对手的合法权益，与诚实竞争的原则相违背。在市场竞争中，经营者的地位是平等的，一个经营者不应被另一个经营者用作提高自己竞争力的手段或工具，一个经营者不能踩着另一个经营者的肩膀往上爬。即使一个经营者的商品质量真的不如另一个经营者的好，这一事实也不应当为该另一个经营者所利用，而应当由交易相对人作出评价。（注：德意志帝国法院在“Hellegold”案中的裁判要旨，RGGRUR1931, 1299, 1301。参见Kloppel/Michael, Vergleichende Werbung und Verfassung-Meinungsgrundrechte als Grenze von Werbebeschränkungen, GRUR1991, Heft 3, S. 172.）

50年代，德国联邦最高法院继承了帝国法院确立的上述原则，坚持比较广告原则上构成违反善良风俗的不正当竞争行为的立场。1960年，斯图加特一位名叫弗尔普(Völp)的律师在《竞争的法律与实践》杂志上发表了一篇题为《禁止比较广告是否违法？》（注：Völp, Ist das Verbot der vergleichenden Reklamerrechtswidrig?, in: WRP1960, S. 197.）的论文，从而在学术界引发了一场比较广告是否合法的热烈讨论。经过近10年的争论，学者们在一定程度上澄清了一些重大理论问题，取得了某些共识。学术界的大多数人都认为，联邦最高法院禁止比较广告的原则是不尽合理的。首先，《反不正当竞争法》第3条和第14条明文规定，只有从事引人误解的或不真实的广告宣传，才有可能构成不正当竞争行为。因此，经营者在广告中对自己的商业关系作出真实的宣传，或者针对其竞争对手的产品或服务作真实的比较，一般不可能构成不正当竞争行为。其次，宪法中规定的言论自由原则同样也适用于经济领域的广告行为，对比较广告进行限制或禁止，必须具备法律依据，而且必须遵循限制基本权利的法律界限。（注：参见Kloppel/Michael, Vergleichende Werbung und Verfassung-Meinungsgrundrechte als Grenze von Werbebeschränkungen, GRUR1991, Heft 3, S. 174ff.; Burkhart Menke, Funktionale Entscheidungskriterien der Rechtsprechung zum bezugnehmenden Werbevergleich, in: GRUR1991, S. 662.）再次，比较广告本身有利于市场当事人以更为快捷和有效的方式获取市场信息，有利于降低信息成本，提高市场透明度。最后，除德国等少数国家外，世界上其他发达的市场经济国家对比较广告都采取较为宽松的态度，一般都允许经营者从事比较广告行为。

联邦最高法院部分采纳了学术界的上述批评意见。自60年代中期开始，联邦最高法院在适用禁止比较广告的原则方面发生了某些松动。法院认为，如果行为人对于将自己的商品或服务同其竞争对手的商品或服务进行比较具有充分的和合法的理由，即行为人进行比较是为了维护自己的合法利益，并且比较性宣传就其性质和规模而言，是必要的、真实的和客观的，那么，这种比较广告就是合法的。换言之，法院应在具体情况下对相关当事人的利益进行全面的权衡，以确定比较广告是否构成不正当竞争。一般说来，在下列情况下，行为人对从事比较广告具有充分的和合法的理由：

第一，进步性比较。这是指行为人所经销的产品在技术上和经济上具有显著的进步性，但如果行为人不将自己的产品同其竞争对手的同类产品进行比较，就无法显现出这种进步性。如某经营者在广告中声称，同目前市场上供应的其他同类产品相比，自己的产品可减少使用某些附件或零配件。（注：BGHGRUR1961, 85; BGHGRUR1967, 596.）

第二，抵御性比较。这是指行为人为抵御其竞争对手发起的不正当攻击，在其广告中对相关产品进行比较，以陈述自己的立场并澄清相关事实。

第三，咨询性比较。这是指行为人应顾客的要求或请求，而向顾客提供有关其竞争对手名称、经营的商品或服务及其价格、质量等方面的信息。在这种情况下，行为人可以自己的商品或服务同竞争对手的相关商品或服务进行比较。

第四，为维护其他合法权益而进行比较。例如，在广大消费者对知悉有关商品的信息具有合法利益的情况下，经营者可以通过新闻媒体将自己的商品同竞争对手的商品进行比较，因为否则就无法向公众发出必要的安全警告；（注：BGHNJW-RR1986, 973.）如根据最新的科学研究成果，有理由认为竞争对手的产品宣传并不正确，这时行为人可以发布比较广告，以正视听；（注：BGHGRUR1967, 308.）行为人应从事市场调查研究的专业人员的询问和要求，可以将自己的产品同竞争对手的产品进行比较；（注：BGHGRUR1969, 283.）如果某些新上市的器械必须符合特定的技术标准，否则不能进入商业交易领域，则在顾客询问这些器械的性能时，经营者可以进行比较；（注：BGHGRUR1970, 442.）如果行为人了解到其竞争对手有联合商定垄断价格等违法行为，则在向新闻媒体作如实告知时，可以将自己的价格同其竞争对手的价格进行比较。（注：OLGStuttgartNJW-RR1991, 1515.）

当然，无论在何种情况下，经营者都不得利用比较广告，对其竞争对手的商业信誉或商品声誉进行笼统的贬损或诋毁。

对于联邦最高法院的这一立场转变，学术界大部分人士基本上表示赞同和满意。至70年代初期，德国竞争法学界对这个问题的讨论已基本结束。70年代和80年代，由联邦最高法院确立的这一“原则上禁止，例外地合法”的原则几乎没有发生过什么动摇。不过有的学者认为，德国司法机关在适用这一规则时，一直坚持从严掌握的态度，因此实际上比较广告在德国市场竞争实践中依然并没有容身立足之地。各地的下级法院宣布比较广告为合法的判决也非常罕见。（注：Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5. Auflage 1997, S. 85; derselbe, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, in: Festschrift für Gernhuber, 1993, S. 861.）

进入90年代以后，学术界对联邦最高法院的这一立场又提出了许多批评意见。不过一直到90年代中叶，联邦最高法院仍然坚持以往的原则，认为比较广告原则上属于违反善良风俗的不正当竞争行为。（注：NJW-RR1996, 1190; NJW-RR1997, 424.）这两起案件都涉及在广告中对两大取暖用能源——天然气与石油——优劣的比较。其中的原告都是向用户供应取暖用天然气的企业，被告则为“燃料贸易和石油工业研究所”。被告采用登记社团的法律形式，其章程规定的宗旨，便是宣传用石油取暖在技术上和经济上的优越性，号召广大用户使用石油取暖。为此，被告散发了多份宣传材料，声称“天然气的价格比取暖用油贵45%”、“用石油取暖，能耗可降低三分之一”、“取暖用油是一种价廉物美的取暖能源”、“取暖用油价格比天然气更便宜”。联邦最高法院认为，这种对比广告构成违反善良风俗的不当阻碍行为。）

1997年6月10日，欧洲共同体颁布了关于修订欧洲共同体第84/450号引入误解广告指令的第97/55号指令，将比较广告纳入其调整范围，规定比较广告原则上是合法的，但比较必须客观真实，并且必须反映商品或服务之本质的、重要的、可核实的和典型的特征。就这一原则而言，第97/55号指令确立的不仅仅是最低法律标准，而是固定的法律标准。这即是说，欧洲共同体各成员国既不得制定和适用高于指令的标准，也不得采纳低于指令的标准。在此背景下，德国法律和司法判例不得不放弃坚持了70多年的“比较广告原则上属于不正当竞争”的基本立场。

1998年2月5日，德国联邦最高法院在一则基础性判例中，终于实现了这一历史性转变，确立了原则上允许比较广告的新立场。（注：BGHNJW1998，2208.）联邦最高法院同时对比较广告下了一个定义：所谓比较广告，是指“任何一种以直接或间接方式指称某个竞争对手或由某个竞争对手经营的产品或服务的广告”。当然，并不是任何形式的比较广告都是合法的。毋宁说，比较广告也必须遵守多方面的法律限制，违反这些限制的比较广告仍然属于违反善良风俗的不正当竞争行为。这些限制具体究竟有哪些？我们期待德国联邦最高法院今后的有关裁判对这个问题作出明确的答复。

对于攀附性广告，联邦最高法院的判例和学术界占主导地位的观点认为，这种行为属于寄生虫式的不劳而获行为，是对他人劳动成果的不当利用，所以本身就违反了善良风俗。只有在例外情况下，即如公众对行为人广告中的比较信息具有特殊利益时，这种广告才不违法。攀附性广告的例子如：行为人在广告中声称，自己招聘了某个（著名的）竞争对手的几名雇员，而且这些雇员曾经在该竞争对手的公司中担任过重要的领导职务。（注：BGHZ40，391，398f.）一家拍卖行在广告中宣称，“我们学习索斯比的榜样，将我们的拍卖行改组为开放型的合资股份公司”。（注：KGGRUR1983，590.）德国一家企业仿造法国著名的“鸦片”（Opium）牌香水，并将这种廉价称为“Optimum”，销售商在向消费者宣传这种香水时，声称这种香水闻起来同“鸦片”（Opium）牌香水一样。（注：MünchenGRUR1987，299.）一家生产化学除草剂的公司广告中声称，“我们的产品是XX产品的真正替代品”。（注：BGHRUR1989，602.（其中XX产品是一种除草剂，其制造人在德国市场上占有很高份额，这种产品为相关消费者所熟知。））

近年来，有些德国学者对上述“攀附性广告原则上违法，例外情况合法”的规则提出了质疑，认为攀附性广告原则上也应当合法，只有在具有不正当情节的例外情况下才构成不正当利用他人劳动成果的不正当竞争行为。这种不正当情节，如行为人根本不具备攀附性比较的合理理由，因而从其行为的整体情形来看，利用他人声誉的意图明显处于主导地位。（注：Emmerich, DasRecht des unlauteren Wettbewerbs, 5. Auflage 1997, S. 139. 埃梅里希认为，近来联邦最高法院的两起裁判（BGHNJW1989，2327；BGHNJW-RR1989，1261）也有此倾向（见前引著作第139页，脚注110）。）由于攀附性广告是利用他人劳动成果、利用他人声誉的一种特殊形式，同时也由于攀附性广告属于比较广告的范畴，而自90年代中期以来，立法和判例对比较广告性质的看法发生了根本转变，因此，德国司法机关对攀附性广告作出重新评价大概也已为期不远了。

原载于《南京大学法律评论》2001春季刊

相关文章：

[论《德国民法典》中的代理理论](#)
[我国反垄断法应当设置刑事制裁制度](#)
[德国新修订的《反限制竞争法》介评](#)
[德国民法的百年发展](#)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)