

□ 张圣翠

论竞争法对商业广告活动的规制

一、竞争法对商业广告活动进行规制的原因

竞争法有广、狭两种含义。在广义上,竞争法是指以保护经营者不受他人不正当竞争及限制竞争行为的损害、增进消费者福利、维护国家根本的经济利益为目标,并以此来确保充满生气且高效竞争秩序的法律规范的总称。广义上的竞争法不仅包括以《竞争法》命名的法律文件中的法律规范,而且囊括其他法律文件中旨在促进正当竞争的法律规范。狭义上的竞争法则仅指以《竞争法》命名的法律文件所包含的规范。目前,世界上很少有国家颁行了狭义上的竞争法文件,但很多国家却有大量的法律文件包含了广义竞争法性质的法律规范,学术界对这类法律规范郑重地别名为“经济宪法”。本文中的“竞争法”一词也取其广义。

商业广告(以下简称“广告”)活动泛指商业上的一切宣传行为和过程,它是经营者们进行市场竞争的关键性手段之一。

消费者也受益于广告宣传,通过广告消费者知道市场上在提供什么样的商品或服务,从而便于其选购。广告还有助于引导人们确立新的消费观念,放弃落后的不合理的消费习惯。

广告不仅是竞争不可缺少的手段,而且是消费者获取商品信息的重要渠道,向消费者提供真实的充分的信息也是各国消费者权益保护法加于产品或服务提供者的一项重要义务。据此,很多市场经济国家的竞争法十分重视确保开放有效的广告市场,禁止非法干预广告自由的行为。

然而,广告也可能被某些人歪曲地用作不正当竞争的工具体,如虚假广告、贬低其他竞争者的广告等,这类广告严重地扰乱着竞争秩序,并对消费者和其他经营者的正当利益造成重大损害或损害威胁,因此,各国的竞争法对这类不正当竞争的广告都申明予以取缔的立场。

二、竞争法保护广告活动自由的规制

竞争法保护广告活动自由的规制体现于竞争法禁止非法干预广告自由的规定之中。为了维护国家和社会利益,很多国家颁布法律禁止对毒品等有害物的广告,限制烟酒等不利于人们身体健康的产品广告的媒体或场合,禁止或限制以不良的方式或不良内容作出的广告,为确保广告的真实性而要求广告的发布机构在发布广告前审查有关证明文件。我国也颁布了有关法律和法规禁止或限制某些广告活动。如我国《广告法》第7条规定,广告不得有下列情况:使用我国国旗、国徽、国歌;使用国家机关及其工作人员的名义;使用国家级、最高级、最佳等用语;妨碍社会安定和危害人身、财产安全、损害社会公共利益;妨碍社会公共秩序和违背社会良好风尚;含有淫秽、迷信、恐怖、暴力、丑恶的内容;含有民族、种族、宗教、性别歧视的内容;妨碍环

境和自然资源保护;法律、行政法规规定禁止的其他情形。该法的第16条和第18条还规定:麻醉药品、精神药品、毒性药品、放射性药品等特殊药品,不得做广告;禁止利用广播、电影、电视、报纸、期刊发布烟草广告,禁止在各类等候室、影剧院、会议厅堂、体育比赛场馆等公共场所设置烟草广告;烟草广告中必须标明“吸烟有害健康”。依据上述法律规定及其他法律与法规的规定对某些广告活动进行取缔或限制,当然不会构成竞争法上所认为的非法干预广告自由的行为。只有那些无任何法律根据而对广告活动进行禁止或限制的行为才构成竞争法上所称的非法干预广告自由的行为。

在现代社会里,以暴力或暴力威胁方式妨碍或限制广告活动的行为已越来越少见,大多数非法干预广告自由的行为实际上是以强迫或自愿合同的形式出现的,其内容则是五花八门,例如:禁止或限制合同的当事方单独进行其产品或服务的广告活动;规定当事一方只能从特定的来源获得广告服务;划分广告市场,规定当事人只能在特定的区域或只能按特定的配额进行广告活动;强行搭卖广告服务或其他产品与服务;规定只能以限定价提供或购买广告服务等。

不过,上述各种干预广告自由行为并不全能自动归为竞争法中所指的非法行为,除限定广告价格和瓜分广告市场等少数行为被美国等国或一些国际组织的竞争法视为“本身违法行为”或“目的违法行为”外,其他干预行为在包括美国在内的很多国家或一些国际组织的竞争法中都是按合理原则或效果原则决定其非法性与否的。其中的合理原则是美国等国司法实践中常用的原则,即将具体的限制竞争的行为放在其特定的市场环境中考察其有无必需性,能否带来超过反竞争的净益处等合理性。如果限制广告自由的行为被认为是从事某种活动所必需的,并能为社会带来超过反竞争负效应的净好处,则该限制行为便被认为具有合理存在的理由而受到法律承认,反之即是非法的。效果原则是欧盟及其成员国等对目的违法行为以外的无明显损害竞争目的的行为考察其非法性与否的原则,只有那些具有损害竞争效果并且已达到一定程度的限制广告自由的行为才被视为非法的。

对本身违法或目的违法的干预广告自由的行为,以及对依合理原则或效果原则确定为非法干预广告自由的行为,美国等国及一些国际组织或宣布无效,或责令改正,或予以罚款等。如1988年针对英国护牙品贸易协会排斥潜在展览商的反竞争行为,欧共体委员会即作出了罚款10万欧洲货币单位的决定。在该案中,欧共体委员会指出英国贸易协会关于举办交易展览会的排他规则使其他竞争者丧失了展览会上进行广告的机会,因此,该规则是非法的,必须予以删除。不过,与特别注重维持开放的广告市场而对多数干预广告自由行为持严厉否定态度的美国相比,欧共体的态度还是较温和的,欧共体委员会在很多案件中认为在适当条件下广告活动的协调或合理化的行为是有益的,对为节约成本和减少浪费而限制每年举办展览会次数的规则,限制当事方参加别处展览次数或广告方式等协议都给予了豁免。但是,欧共体委员会给予豁免常是有条件的,如在1986年的“维夫卡(VIFKA)”案中,欧共体委员会即要求主张豁免者清除关于办公设备的展览者2年内不得去别处参加展览的条款,理由是2年的时间太长。

我国《广告法》对非法干预广告活动的行为并无明确约束的规定。然而,我国的《反不正当竞争法》和《价格法》等是可以用来处置某些非法干预广告活动的行为的。如下列限制广告活动的行为就可以从《反不正当竞争法》的第6、7、12、15条和第7章的有关规定中找到制裁的依据:依法具有独占地位的广告经营者或发布者限定广告主以特定来源购买广告服务;政府及其所属部门滥用行政权力,限定他人购买其指定经营者的广告服务,限制其他经营者正当的广告活动;限制广告服务进出本地市场;广告经营者或发布者违背广告主意愿搭售商品或附加其他

不合理的条件；广告招、投标中的串通行为等。我国《价格法》的第14条禁止损害其他经营者或消费者的操纵市场价格的串通协议，据此限制广告自由的固定价或限定价合同在我国也是非法。对上述非法干预广告活动的行为，我国的司法或行政机关可依法采取责令停止、赔偿损失或罚款等民事或行政制裁措施。

三、竞争法对不正当竞争广告行为的规制

非法干预广告自由的行为是在法律禁止或限制的规定之外对有关商人的广告自由设置障碍，不正当竞争广告行为则正好相反，它是有关商人为获取不正当竞争利益，超过法律允许的自由限度，大肆地违反禁止性或限制性法律规定，以非正当的手段进行或协助进行广告活动的行为。前已指出，不正当竞争广告行为误导或可能误导消费者，也可能使其他竞争者失去生意，因此，很多国家都对之持严厉取缔的态度。

(一)对虚假的或误导的广告行为的制裁

不正当竞争广告行为的表现形式是多种多样的，最常见且最普遍地受到各国禁止的便是虚假的或误导的广告行为。虚假的广告行为是指对产品或服务的性质、特征、质量、成份、来源、价格及商业活动的特征所作的与事实不符的陈述活动。从狭义上说，误导的广告行为是指广告者作出虽不违背事实但却会引起顾客误解，以致可能会作出对该广告者有利选择的陈述活动。在广义上，误导的广告行为则包含虚假的广告行为，因为虚假的广告行为的目的是要引导消费者上当，使消费者选择广告者的产品或服务。在虚假的或误导的广告活动中使用的手段是多种多样的，如利用强烈的色彩；借助竞争者的商标或其他标识；伪造证明；利用名义等。其中大多数的手段可以概括为积极陈述，但是，很多国家将特定情况下的沉默也视作可进行追究的虚假的或误导的广告。如1988年在“美国家用产品公司诉约翰逊案(American Home Products Corp. V. Johnson and Johnson)”中，美国法院就以被告止痛药广告中未披露该药等同于麻醉药，会给大众带来虚假印象为由，禁止被告继续发布该广告。^①

不过，在很多发达国家，并非一出现虚假的或误导的广告行为就肯定对之进行制裁，这些发达国家一般规定：只有在出现或可能出现使消费者受骗或受误导的后果的情况下，虚假的或误导的广告行为才是可以追究的。但是，各国在考察是否出现或可能出现受骗或受误导后果时采用的方法并不一致。德国等国在司法实践中采用民意测验的办法，即针对具体的广告，如果1000名消费者中有10%以上有可能受骗或受误导，便认为该广告行为具有可追究的导致受骗或误解的后果。^②美国等国的法官却常以广告对象中处于一般理智状态者对广告的理解为判断依据，如果广告的对象为大众，则以大众中有理智的普通人对广告的反应为考察依据；如果广告的对象为一特定的商人团体，则以该商人团体中一般人对广告的看法为判断标准。

有些欺骗或误导的广告活动，使消费者遭到了被骗或被误导的损害后果，依照各国的虚假广告法或反不正当竞争法或消费者权益保护法等，消费者是可以向法院控告有关的广告者并要求赔偿损失的。但是，如果广告者仅对自己的产品或服务作虚假或误导的陈述，对任何竞争者的产品或服务未作直接的或明显影射的虚假或误导宣传，有关的竞争者是很难成功地向虚假或误导的广告者索赔的，因为即使广告者未对自己的产品或服务作虚假或误导的陈述（有时表现为沉默），消费者会选择谁的产品或服务则是很难确定的。为解决这一问题，不少发达国家赋予了特定部门（如美国联邦贸易委员会）或行业协会控告权。

对虚假的或误导的广告主，各国都规定了责令停止或更正并消除影响，宣告其与有关消费

者的合同无效,承担与广告承诺不符的违约责任,赔偿损失,承担诉讼费用及罚款等民事或行政处罚措施。韩国还规定虚假广告者必须作公开道歉并规定不公开道歉者得科以刑罚。此外,各国对性质严重的虚假广告主大都规定了刑事责任。

我国的《反不正当竞争法》、《广告法》、《消费者权益保护法》及《刑法》等,对发生在我国的虚假的或误导的广告行为提供了制裁依据。我国《反不正当竞争法》第9条规定:经营者不得利用广告或者其他方法,对商品的质量、制作成份、性能、用途、生产者、有效期限等作引人误解的虚假宣传;广告经营者不得在明知或应知的情况下,代理、设计、制作、发布虚假广告。该法第24条规定:监督检查部门对违反上述规定的经营者,应责令停止违法行为、清除影响,可根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款;对违反该法第9条的广告经营者,应责令停止违法行为,没收违法所得,并依法处以罚款。我国《广告法》第37条和第38条规定:非法利用广告对商品或服务作虚假宣传的,由广告监督管理机关责令广告主停止发布,并以等额广告费用在相应范围内公开更正消除影响,并处以广告费用1倍以上5倍以下的罚款;对负有责任的广告经营者或发布者没收广告费用,并处以广告费用1倍以上5倍以下的罚款;情节严重的依法停止其广告业务;构成犯罪的,依法追究刑事责任;受非法虚假广告欺骗或误导而遭受损害的消费者,可针对广告主采取民事救济措施;广告经营者或发布者明知或应知广告虚假仍设计、制作、发布的,应依法承担连带责任;广告经营者、发布者不能提供广告主真实名称、地址的,应承担全部民事责任;社会团体或其他组织在虚假广告中向消费者推荐商品或服务,使消费者的合法权益受到损害的,应当承担连带责任。可见,在制裁虚假或误导的广告行为方面,我国的《广告法》比《反不正当竞争法》提供了更详细的规则和更多的手段,其中关于罚款额度的规定,两法不一致,在实践中可能发生冲突,即根据《广告法》对广告主的罚款额度可能低于1万元或超过20万元。根据新法优于旧法原则,规定更为详细并颁布在后的《广告法》应优先适用。我国的《消费者权益保护法》规定,受虚假广告损害的消费者有权向经营者索赔,其他消费者可请求行政主管部门惩罚发布虚假广告的广告经营者。我国的《刑法》则为构成诈骗等罪的虚假广告行为提供了刑事制裁的依据。

(二)对非法比较广告行为的约束

比较广告行为是指利用各种媒介将某种商品或服务同其他竞争者的相同或类似商品在质量、性能、价格等方面进行直接或间接的对比宣传,以使消费者作出对广告者有利选择的活动。虚假的比较广告行为与其他虚假的广告行为在性质上无任何区别,因而肯定是非法的并依制裁虚假广告行为相同的规则承担法律责任。因此,这里只讨论真实的比较广告行为。

比较广告方式通常有批评型或傍依型两类。前者声称广告者的产品或服务比竞争者的要好;后者则宣扬自己的产品与某竞争者的好产品一样好。以上两类广告都是以竞争者作为跳板,或损害竞争者的信誉或傍依竞争者的好名声,从而使竞争者的利益遭到损害。但是,真实的比较广告却为消费者提供更全面的信息,市场的透明度得到增强,允许进行比较广告也是言论自由的体现。对真实比较广告的上述两种作用的不同偏好,使得不同的国家采用不同的态度。比利时、意大利等国对比较广告基本上持禁止的立场。英国、法国、奥地利、瑞典等越来越多的国家则为了保护消费者的利益,已从原则上允许比较广告,同时为顾及竞争者利益而对比较广告行为作出一定的限制。1991年欧盟在吸收其多数成员国经验的基础上提出比较广告指令的建议,申明比较广告是允许的,但必须满足以下要求:比较必须基于竞争者的商品及服务的本质的、客观的、被检验过的、诚实选出的特征;比较不应有误导的可能;比较不应引起混淆;比较

不应贬低、诋毁、蔑视竞争者；比较的目的不应该是为了利用竞争者的声誉。该建议虽未生效，但它毕竟代表了不少国家的立场，因而可能预示着比较广告法的发展方向。

我国 1993 年 7 月 15 日发布的《广告审查标准》第 33 条规定：对一般性同类产品或服务进行间接比较的广告必须有科学的依据和证明。我国的《反不正当竞争法》第 14 条规定：“经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。”由此可见，我国允许间接的比较广告，但该广告必须真实，有科学或权威的依据及有关证明，并不得贬低竞争对手的商誉。

（三）对隐蔽广告行为的规制

尽管各国对虚假或误导的广告行为都采用严厉的制裁措施，但是在利益的驱动下，虚假或误导的广告行为仍经常发生，耳闻目睹他人受骗甚至自己也受过骗的消费者大多已成熟，对广告宣传持有戒心，不轻易地响应广告；在市场经济下，某些媒体上的广告也太多太滥，使得很多人对广告感到很厌倦。有鉴于此，一些厂家便转移战略，不再投巨资作收效可能很微小的明示广告，而是雇些大作家、名学者或明星等写所谓的名作、科学论文或制作电影、电视剧等，在这些“作品”里稍稍地宣传某种产品或服务，这便是隐蔽的广告行为。如某名医在其病例解说的论文中写道：经对患者使用某药后，其病情大为好转。再如在电视剧中演作某王妃的大明星一直开着某牌子的小汽车等。大部分读者或观众并未意识到这是有意突出某产品的广告，不知不觉间获得了对该产品的印象，并基于对名家、名星的信任和崇敬，认同起该产品来。即使该产品实际与名人言行不符，也难以据之追究该产品经营者的责任，因为该经营者可以辩说自己根本未作广告。可见，隐蔽广告活动是一种狡猾的不正当竞争行为，因此，一些发达国家或国家组织禁止作隐蔽广告，如 1991 年希腊的消费者保护法，1992 年意大利的第 74 号法令，1989 年欧共体的电视指令等。我国《广告法》第 13 条明确地规定：广告应当具有可识别性，能够使消费者辨明其为广告；大众传媒不得以新闻报道形式发布广告；通过大众传媒发布的广告应有广告标记，与其他非广告信息相区别，不得使消费者误解。据此，隐蔽广告在我国也是非法的。

（四）对特殊类型的不正当竞争广告行为的管制

某些不正当竞争广告行为较为特殊，因此，一些国家的反不正当竞争法或其他法律将之单列出来予以特别管制。如德国的《反不正当竞争法》就对破产商品的销售广告、逐渐扩大顾客的广告、限量供应的广告、价格对比的广告等特殊类型的广告单列出来作出特殊的规制。如关于破产商品广告，德国《反不正当竞争法》的第 6 条规定：在公告中，如果宣布所售商品来自破产财团但已不再属于破产财团现有财产，则在公告中涉及破产财团的商品来历的任何行为都应禁止，违者处最高为 1000 德国马克的罚金。德国之所以将上述之类的广告在《反不正当竞争法》中特列出来作出特别的规定，主要是因为这些广告特别容易让消费者误解或上当。

我国《广告法》等将一些关于国计民生的特殊商品的不正当竞争广告行为特列出来予以禁止，有关特殊商品包括药品、医疗器械、农药、食品、酒及化妆品等。以关于药品的规定为例，根据我国《广告法》及《药品广告审查标准》的规定，具有下列内容和表现形式的药品广告禁止发布：贬低同类产品或与其他药品进行功效和安全性比较的；违反科学规律明示或暗示包治百病的；有“疗效最佳”、“根治”、“完全无副作用”等断言或暗示的；有“最新技术”、“最高科学”、“药之王”等断言的；利用医药科技单位、学术机构、医疗机构或专家、医生、患者的名义和形象作证明的；说明治愈率或有效率的；专用于治疗性功能障碍的等。根据我国《广告法》第 41 条规定，对违法从事上述药品等特种商品的不正当竞争广告活动的，由广告监督管理机关责令负有责任者改正或停止发布，没收广告费用，并可处广告费用 1 倍以上 5 倍以下的罚款；情节严重的，

依法停止其广告业务。

四、缺陷与建议

我国散见于《反不正当竞争法》及《广告法》等之中的具有广义竞争法性质的规则,对某些非法干预广告活动的行为及不正当竞争的广告行为已作出了比较系统的规制。但是,与发达国家成熟的竞争法相比,我国关于广告的竞争法制仍存在一些缺陷,主要表现在:

1. 对非法干预广告自由行为的制裁规则不完善。目前我国仅对具有独占地位者或政府及其所属部门禁止或限制广告活动的行为、广告固定价行为及广告招投标中串通行为提供了管束规则,但对随着市场经济发展已经或即将在我国出现的经营者之间排他限制广告行为、联合抵制广告活动的行为及瓜分广告市场等行为尚未作出约束规定。

2. 我国对破产商品广告、“外转内”商品广告、滚雪球制的逐渐扩大顾客的广告、限量供应的广告、价格对比广告、特价供应广告等经常出现并容易使消费者受骗或误解的广告未进行特别的规制。对药品等特殊商品进行特别规制,应该说是我国竞争法的一大优点,但是,如果将上述常见的特殊广告单列出来给予明确具体的规制,将更有助于使这些损害消费者及整个竞争市场的不正当竞争广告行为有所收敛。

3. 未指定负责机构或行业协会作为竞争者团体的代表,对虚假广告者行使控告权。

4. 我国的某些地方对虚假广告及其他违法广告司法打击不力,致使很多非法的不正当竞争广告充斥于各种媒体。

为了培养和维护高效的市场竞争秩序,笔者认为我国应尽早做好以下几个方面的工作:

第一,加强立法工作,制定可适用于保护广告活动自由的反限制竞争法,将排他限制广告行为、联合抵制广告活动的行为及瓜分广告市场等行为收入禁止的范围。

第二,修改我国现行的《反不正当竞争法》或制定新法将“外转内”商品广告等特殊内容的广告加以特别规制,使之不致于误导消费者和损害其他竞争的经营者,并且在有关法律中增列当虚假广告使受害的竞争者不明确时,赋予行业协会或另行指定的专门机构控告权的规定。

第三,我国的司法机关不仅要树立执好现行法的观念并付诸行动,使各种媒体不再出现医生形象的人士作食品或牙膏等显然违法的广告形式,而且从维护国家和人民利益的角度出发,通过对《民法通则》等法律中的“诚实信用”原则及其他有关原则作扩大解释,将那些严重损害消费者利益或破坏市场正常竞争秩序的广告行为收入自己惩治的范围。

总之,只有通过立法机关和司法机关的共同努力,我国关于商业广告活动的竞争法制才会完善起来。

注:

①Doris E. Long. *Unfair Competition and the Lanham Act*. The Bureau of National Affairs, Inc. 1993. P. 190.

②格·施里格尔著,乔云译,《欧洲不正当竞争法的新发展》,《外国法译评》1995年第1期。

主要参考文献:

1. 曹天祐主编:《现代竞争法的理论与实践》,法律出版社1993年8月第1版。

2. *Competition Law And Policy*. Tim Frazer and Michael Waterwick. 1994.

(作者单位:上海财经大学法学院;单位邮编:200433)