

不得诋毁竞争对手

——对比广告中的法律问题

王晓晔 研究员

对比广告是指任何通过直接或者间接的方式提及到竞争者,或者提及到竞争者所提供的产品或者服务的广告。对比广告又分为直接对比广告和间接对比广告。直接对比广告是指直接提及到竞争企业的名称的广告,间接对比广告则仅仅是提及到竞争性产品的范围。如果有人广告中声称,他的产品比XX的产品好,质量高,价格便宜,但事实上这个广告的内容完全是虚假的,这种对比行为明显就是诋毁竞争对手的行为,违反了多国《反不正当竞争法》第14条。而且,这种贬低竞争对手的行为,同时也违反了我国《广告法》第12条。然而,如果这个对比广告的内容是真实的,即广告主的产品的确比XX的产品好,质量高,价格便宜,那么,这种对比广告是否可以认定为是正当的竞争,各国法律则有不同的规定。真实的对比广告的复杂性在于,一方面,任何一个真实的对比广告都可能一定程度上损害某些经营者的利益;另一方面,禁止真实的对比广告,这又不符合民主国家中的“言论自由”原则。特别是考虑到消费者的知情权,如果有些产品或者服务的确存在着损害消费者健康和安全

的危险,其他生产厂家通过对比广告揭露这些产品和服务,就不仅是正当的行为,而是还有利于提高市场的透明度,有利于保护消费者利益。因此,现在世界各国大多允许对比广告。

欧共体条例

背景 欧洲各国过去对待对比广告有不同的态度。在丹麦、法国、奥地利、瑞典以及英国,对比广告基本是合法的。立法者认为,对比广告符合消费者对市场信息的需求,有利于提高市场的透明度,而且也符合自由竞争的原则。然而,比利时、意大利和德国则总体上禁止对比广告。

根据德国过去几十年来的法院判决,对比广告在德国原则上是被禁止的。人们普遍认为,这样的广告违反了善良风俗。法院认为,如果一个广告主必须要把自己的产品或者服务与另一个产品或者服务进行比较,其目的就是让消费者知道自己产品的优点。这种打击别人抬高自己,或者说用别人的产品作为台阶提升自己产品的地位,其做法不符合“效益竞争”的理念,所以是不正当竞争行为。对比广告只是在

例外的情况下是合法的,例如,比较两种产品各自的优点,或者为反驳非法的对比广告,或者应消费者的请求,不得不进行产品间的对比,等等。

意大利虽然没有明确地禁止对比广告,但传统观点认为,根据民法典第2598条2c. c关于禁止诋毁竞争对手的规定以及民法典第2598条第3c. c的总则性规定,对比广告原则上是被禁止的,而且直接的对比广告是绝对违法的。其理由是,一个企业如果把自己的产品或者服务与其他企业的产品或者服务相比较,其目的就是为了贬低竞争对手。而且,一个经营者评价竞争者的产品或者经营活动,这本身就会败坏竞争者的名声,因此,这是一种不正当竞争行为。法律应当公平地对待所有企业,所以不能容忍一个经营者作为评价其竞争对手的法官。消费者如何选择产品,这是消费者自己的事情,经营者不能通过对比广告来影响消费者的购物活动。经营者可以进行对比广告的例外发布抵御性的对比广告,即当一个经营者因为受到了竞争对手的不法攻击,可以通过对比广告来保护自己,或者通过广告来批判对方。此外,间

接对比广告是允许的，特别是那些宣传自己的广告，但在很多这样的判决中，法院不认为这样的广告是对比广告。

随着欧洲大市场的建立，欧共同体认为有必要统一和协调成员国在比较广告方面的法律制度。因为任何商品或者服务都是通过广告进入市场的，广告是提供商品信息最重要的工具，因此，欧共同体关于广告的方式和内容就应当有统一的规定，特别是应当协调成员国之间关于比较广告的法律规定。一方面，随着大市场的实现，欧共体的消费者可以得到的商品和服务更加丰富，从而更加需要商品和服务信息。比较广告在这个方面的好处是，它们能客观地带给消费者各种商品和服务信息，提高市场透明度，推动商品生产者和服务供应者之间的竞争，这些竞争反过来又可以给消费者带来更大的好处。但在另一方面，现实中也有很多非法的比较广告。这些广告不仅会损害竞争，损害经营者的利益，而且对消费者的购物活动也会产生负面影响。因此，欧共同体有必要明确，什么样的比较广告是合法的，同时也有必要禁止非法的比较广告，以维护欧共同体市场的竞争秩序，保护经营者和消费者利益。在这种情况下，欧共同体 1997 年通过第 97/55 号条例修订了欧洲经济共同体 1984 年发布的第 84/450 号条例，并由此将 1984 年条例更名为《欧共同体关于误导性广告和比较广告的第 84/450 号条例》。根据这个条例，比较广告原则上是合法的，但它们应当符合一系列前提条件。同时，根据欧共体的这个条例，成员国有义务在 2000 年 4 月 1

日之前将这个条例的内容纳入自己的国内法。

对于德国、意大利这些在过去原则上禁止比较广告的国家来说，法律上认可比较广告的最大意义是，它们在这些广告中不再仅仅考虑经营者的利益，而且还要考虑消费者的利益，考虑他们对市场信息的需求。因为比较广告可以带给市场更多的商品和服务信息，可以进

**真实的对比广告
的复杂性在于：
一方面可能在一定
程度上损害某些经
营者的利益，而禁
止真实对比广告，
又不符合自由竞争
原则，有悖于消费
者的知情权。**

一步推动和强化市场竞争，而市场竞争则可以给消费者和社会带来更大的福利。此外，违法的比较广告在本质上都是贬低或者诽谤竞争对手的广告，它们从而属于禁止诋毁竞争对手的法律规定的重要内容。

前提条件 根据该条例第 3a 条第 1 款的规定，合法的比较广告应当符合下列条件：

(1) 广告不存在误导消费者的信息。根据欧共同体关于禁止误导性广告条例的规定，误导性的广告就是欺诈性广告，其后果会误导消费

者的购物行为，损害竞争者的利益，或者将会造成损害竞争者的后果。事实上，一个广告如果存在误导消费者的信息，不管它是否是广告都是违法的。

(2) 广告中所比较的商品或者服务有相同的需求或者用途。即比较广告中所提及的商品或者服务具有可比性。如果一个商品和另一种商品不具有可比性，即便它们在同一个广告中被提及到，这样的广告也不能称为是比较广告。根据德国反不正当竞争法第 2 条第 2 款，如果一个广告中所比较商品或者服务不具有相同的性能或者用途，这个广告就违反了该法第 1 条中关于善良风俗的规定。这即是说，比较广告应明确指出所比较的商品或者服务，或者指出提供这些商品或服务的经营者。有些比较广告虽然没有明确提及所比较的经营者或者商品，但人们可以通过广告内容以及广告所陈述的情况在相关市场上推断出所比较的商品或者经营者。如果一个经营者宣传自己的商品是最好的广告，不能马上被推断为比较广告。如果在具体的市场条件下，如市场上只有不多几家生产者的情况下，人们可以推断出广告主所暗示的其他经营者。但在一个有众多生产者的市场上，人们就不能通过这种广告推断出被比较的对象，这种广告就不能称之为是比较广告。此外，夸耀自己的商品或者服务的广告一般不能被认定为是比较广告，因为任何广告都会强调和夸耀自己的商品。傍名牌的广告也不能被视为是比较广告，因为这种广告的目的通过傍名牌，抬高自己的市场地位，而不是把名牌商品和自己的商

品作比较,提供给消费者作为选择的对象。

(3) 广告是客观地比较商品或者服务中一个或者多个重要的、相关的、可验证的且具有典型性的方面,其中包括它们的价格。这些是认定比较广告是否合法的最重要的条件。重要的方面,是指这个比较是针对商品或者服务中的主要标志,而不是比较它们的不起眼之处。相关的方面,是指比较那些可以影响消费者选择的方面。一般来说,相关方面也是产品或者服务中的重要方面。但是,相关方面主要是指对这些商品或者服务感兴趣的人们在选购商品或者服务时需要考虑的方面。典型的方面,是指这个比较应针对它们的引人注目之处。如果经营者把自己的商品专门与另一个有诸多缺陷的商品进行比较,以证明自己商品的优秀之处,这就不是典型的比较。最后,而且也是最重要的,广告中所比较的内容必须真实,是可以验证的事实。这也就是说,比较广告中所比较的内容不是广告主的主观评价。如果一个广告声称,XX企业生产的蛋糕比其他食品厂生产的蛋糕更好吃,或者XX企业生产的服装比其他企业生产的服装更漂亮,这不是客观的比较,不能验证。这样的广告不能称之为比较广告。如果一个广告宣传,XX产品在博览会上被评为最优,该产品的质量从而要比其他品牌的产品好。他就至少应当把相关的证书印发给批发商,甚至通过广告把证书印发给全社会,给消费者提供一个验证的机会。如果一个比较广告通过验证报告说明商品的性能或者等级,广告中就应当说明检

验报告的来源,并且尽可能提供全面的信息。广告是生产者向消费者和用户提供商品信息的工具,消费者越是难以得到验证商品的机会,经营者就越是应当向他们提供这些信息。总之,比较广告所比较的事实必须是经过验证的,信息来源必须是可靠的。一般情况下,消费者也可能进行这样的验证。但是,有些商品信息,例如矿泉水和纯净水

对比广告的主要前提条件:不存在误导消费者的信息;比较商品或服务具有可比性;比较内容真实;不存在不正当竞争行为;不得宣传模仿他人受专利保护的商品。

的水质比较,就需要通过专家或者专门机构进行验证。

上述关于比较广告的内容特别提及到可以比较商品或者服务的价格。这是因为在欧洲许多国家,例如在德国,价格一般不被视为是商品或者服务的本质属性。这里的价格应当是广义的理解,例如包括供货条件或者支付条件等等。

(4) 广告不会在市场上引起广告主与其竞争者,或者他们的商标、商号以及其他商业标识,或者他们的商品或者服务之间的混淆。一个

比较广告是否引起消费者的混淆,这如同认定虚假广告一样,需要一定的证据。欧共体法在这方面没有统一的规定。在德国的司法实践中,这通常需要经过民意测验(Demoskopische Gutachten)。如果民意测验认为,这些商标、商号或其他商业标识是相同的,或者认为这些商品或者服务属于同一个生产商,或者认为这些商品是由在经济上或组织上有关联的企业生产的,这就说明这个比较广告引起了消费者对广告主与其竞争者之间的混淆。

(5) 广告不存在贬低或者诽谤竞争者的商标、商号以及其他商业标识的情况,也不存在贬低或者诽谤竞争者的商品、服务、商业活动或者商业关系的情况。这即是说,广告不存在不正当竞争的情况。这里需要强调的是,不同的时代对“贬低竞争者”的行为有不同的理解。例如,德国和意大利在过去认为,对比广告本身就存在着贬低竞争者的性质。但是,现在人们则强调言论自由和市场的透明度。因此,一个对比广告只要其内容是真实的,就不存在贬低竞争者的问题。当然,如果一个对比广告对竞争者的商品或者服务以不实之词妄加评论,这自然是贬低或者诽谤竞争者,是不正当竞争。在这种情况下,被贬低或者被诽谤的竞争者有权指责这种不正当竞争行为,并且可以要求损害赔偿。

(6) 对于记载商品来源的商品,对比广告在说明这些商品时,一定要使用相同的标识。这个规定的目的是避免不同商品之间的混淆,特别是要避免因商品来源标识不明确或者有意混淆商品来源的行为。

(7) 广告不是以不正当的方式

使用竞争者的商标、商号或者其他标识的声誉,也不是不正当地使用竞争者的商品原产地标识。在比较广告中,广告主提及其他企业、其他商品或者其他商品的标志是很正常的行为,否则就不存在对比广告。一般来说,对比广告如果没有虚假的内容,不存在欺诈消费者的行为,就不能说这个广告是以不正当的方式使用了竞争者的商标、商号或者其他标识,也不能说这个比较会损害竞争者的商业信誉或者商品声誉。需要考虑的是,经营者之间除了相互在创新方面存在着竞争,而且在模仿或者仿造方面还存在着竞争。所以,不能认为一个无名企业的产品就不能和一个名牌产品进行比较。事实上,这种比较有利于新的竞争者进入市场,有利于提高市场的竞争强度,从而也有利于消费者和提高社会福利。

(8) 广告中不得宣传模仿或者仿造他人受到专利、商标以及其他权利保护的商品或者服务。这即是说,如果广告主把自己的商品或者服务作为对一种受到知识产权保护的产品或者服务的模仿或者仿造进行宣传,这是非法的行为。事实上在这种情况下,其专利权、版权、商标权、实用新型专利等各种知识产权的受害人也会根据知识产权保护的规定提起法律诉讼。所以,这个规定在实践中的实用性不大。需要考虑的是,经营者也可能在一个比较广告中声称,某个受到专利、商标以及其他权利保护的产品或者服务是对自己产品或者服务的模仿或者仿造。在这种情况下,这个比较广告就明显存在着贬低或者诽谤竞争者的商标、商号以及其他标识的情

况,是不正当竞争行为。

比较广告

根据欧共体关于误导广告和比较广告的第 84/450 号条例,比较广告应当明确指出所比较的产品或者服务,或者提供这些产品或服务的经营者。然而,现实中有很多广告即便没有明确提及竞争者或者竞争者的产品,但也具有贬低或者诽谤竞争者的后果。这可以通过 2000 年 7 月德国汉堡高级州法院的一个判决予以说明。

该案件的被告是一家生产牙刷的企业。在宣传其新产品 CrossAction 时使用了下列语言:“CrossAction, 比任何知名品牌牙刷都能明显去除更多的牙垢!”。这则广告引起了市场上其他品牌牙刷生产商的不满,它们认为该广告损害了自己的形象,认为被告的广告是不正当竞争行为,要求法院对被告发出禁止侵害的命令。

该案件涉及两个问题:一是该广告是否是德国反不正当竞争法第 2 条意义上的比较广告。人们考虑的问题是,认定比较广告需要一系列前提条件,特别是广告应明确指出所比较的商品或者服务。因为这个广告没有具体提及被比较的产品或者经营者,是否可被认定为比较广告就存在着疑问。二是该广告内容是否可以被验证,即被告的新产品 CrossAction 是否比其他牙刷可以去除更多的牙垢。当然,第二个问题不是法官可以回答的,因为这需要科学的验证。另一方面,第二个问题又是比较容易解决的,因为只要被告没有进行这样的验证,或者不能提供有说服力的验证报告,

这就是一个虚假广告。这里主要分析第一个问题。

根据德国法学界占主导地位的观点,一个广告主仅仅强调自己产品的优点,例如宣传自己的产品是一流的,这个广告虽然可以反映其他企业的产品不是最好,或者某些企业的产品不是最好,但只要这个广告没有明确提及具体的竞争者,或者没有明确提及具体的产品或者服务,这个广告就不能称之为比较广告,原则上不受反不正当竞争法第 2 条的约束。而且,这样的广告基本是合法的。然而,汉堡高级州法院认定,这个自我夸耀的广告是比较广告,因为案件中的相关市场是一个范围狭小的市场,以致人们通过广告词“任何知名品牌牙刷”可以识别被告企业所暗示的竞争对手。法院在这个案件中将市场份额至少 1% 以上的企业视为“知名品牌牙刷”生产企业,这样的企业共有 17 家。法院也可以使用其他的标准,例如将“知名品牌牙刷”生产企业的市场份额提高到 5%,甚至 20%。但无论如何,广告词中的“知名品牌牙刷”总可以使人们将一些企业与另一些企业区别开来。因此,法院认定这是一个比较广告。法院认为,如果这个广告词换成“CrossAction 比任何牙刷都能更好地除垢!”或者“无人可比的除垢效果!”这样的广告就不应被视为是比较广告。当然,一个广告即便不是比较广告,也不一定是合法的广告。如果广告的内容是虚假的,这样的广告仍然是违法的。只是从性质上说,违法的比较广告应被视为是诋毁竞争对手。

(作者单位:中国社会科学院法学所;责任编辑:李晓丽)