

商业诋毁行为的竞争法规制

于达尔汗 彭景怡

中央民族大学, 中国·北京 100081

【摘要】网络时代商业诋毁行为层出不穷, 严重地破坏了公平良性的市场竞争秩序。商业诋毁行为的竞争法规制具有维护市场竞争秩序、保护经营者商誉权和降低消费者选择风险的时代价值, 但仍在认定标准和法律责任方面存在“双层”局限。破除局限须从重塑商业诋毁构成要件、革新商业诋毁监管模式、建构体系性商业诋毁制裁展开, 方为商业诋毁行为竞争法有效规制的“三重”路径。

【关键词】商业诋毁; 竞争法; 行为规制

Competition Law Regulations for Commercial Defamation

Yu Dar-han, Peng Jingyi

Minzu University of China, Beijing 100081, China

[Abstract] In the Internet era, commercial slander behaviors emerge in an endless stream, which seriously damages the fair and benign market competition order. The competition law regulation of commercial defamation has the value of the times to maintain the order of market competition, protect the goodwill of operators and reduce the risk of consumers' choice, but there are still "two-layer" limitations in terms of identification standards and legal responsibilities. Breaking the limitation must start from reshaping the elements of commercial defamation, innovating the regulatory model for commercial defamation, and constructing systematic commercial defamation sanctions. Only then can it be the "triple" path for the effective regulation of commercial defamation by competition law.

[Key words] commercial slander; competition law; behavior regulation

作为一种无形文化资产, 商誉已经成为我国经济社会发展中不可或缺的部分。商誉反映着商主体在市场经济体制中通过自主交易逐步形成的资信状况、服务性能、产品质量等经营素质的综合性评价。^[1]商誉评价的波动化会引发经营者的市场竞争地位和经济效益的变化。互联网的发展给予了商业活动发展的空间, 但也催生了网络化的商业诋毁行为, 影响了商主体的正常经营行为, 冲击了反不正当竞争法。

1 网络生态背景下商业诋毁行为竞争法规制的时代价值

1.1 维护市场竞争秩序

确保私法自治是市场经济优势的核心要义。竞争自由强调竞争的竞争性, 不受外界限制或干扰, 是市场经济领域内私法“自决性”的象征。市场主体的多元性必然导致难以完全实现市场自决, 经营者的竞争地位和竞争程度催生了商业诋毁行为。1993年的《反不正当竞争法》第14条和2017年的《反不正当竞争法》第11条均规定了商业诋毁行为, 明确经营者不得诋毁竞争者商誉。《反不正当竞争法》第2条规定任何经营者的行为应当约束在“诚实信用的商业道德”内, 获取利益不得建立在损害他人和破坏公共秩序之上。由此观之, 将商业诋毁行为纳入竞争法规制, 主要缘于其所破坏的市场竞争机制决定的。规制商业诋毁行为是市场经济发展有序进行的保障。

1.2 保护经营者商誉权

企业的商誉是重要的无形化财产, 它经由企业长时间的商业规划、运作、实践过程中形成, 是商主体所提供的具有压缩性的商品服务信息集。从文化资产的维度来看, 商誉是受制于社会认知机制的通过相当时间长度的博弈、互动逐渐形成的社会公共认同和评价。良性的商誉会给经营者带来价值优势和合比例的市场份额, 相应地, 恶性的商誉会导致经营者的经济成本增加和市场份额减损。例如2018年网络上出现的诋毁伊利集团的文章, 致使伊利股份当日跌幅达至8.95%, 凭空蒸发131.9亿元。商业诋毁行为将严重贬损经营者的商誉, 使经营者陷入被动的竞争地位。互联网的发展为商业诋毁行为提供了更大的空间和可能, 破坏了

公平竞争环境。这就要求反不正当竞争法来予以严格规制, 以保证自由竞争的公平性, 保护经营者商誉权。

1.3 降低消费者选择风险

根据中国互联网络信息中心(CNNIC)发布的统计报告, 2021年12月中国网民总数已经占到全国总人数的73%, 到达10.32亿人。网络应用的普及化提升了信息传播的速度, 一经发布的信息可在短时间内通过微信、腾讯QQ、博客以及各类新闻资讯类等第三方应用程序平台扩散。在面对虚假信息或误导性信息时, 消费者很难辨别信息来源的真实性和可靠性。错误的信息将引导消费者产生对经营者商誉的质疑, 甚至质疑该经营者其他的服务或商品, 进而作出不符合真实意愿的选择。商业诋毁行为不仅导致增加消费者风险, 还侵害了消费者的自主选择权。只有良好的竞争法治环境, 才能保证市场的公平性, 降低消费者选择风险。

2 商业诋毁行为竞争法规制的“双层”局限: 认定标准和法律责任

2.1 商业诋毁行为认定标准的局限性

反思商业诋毁行为认定标准之局限可从四个方面展开。一是行为主体限制过窄。主体限定为具有竞争关系的经营者存在争议, 但从国际竞争法的规制来看, 淡化竞争关系是一种潮流趋势。现实实践中, 经营者通过网络水军、新闻媒体、个体消费者在社交平台、网上购物平台以及其他平台“间接实施”诋毁的较为常见。不具有竞争关系的经营者和非经营者的侵权行为认定具有被动性, 仅能按照一般民事主体普通侵权来处理, 容易造成反法与民法规制界限与功能的混淆, 进而形成“同案不同判”的司法局面。二是行为内容中的“误导性信息”解释存疑。按照学界普遍认同的观点来看, “误导性信息”包含了真实的片面信息、真实的无关信息和真实性不明的信息。在域外的司法实践中, 利用发布经营者的政治观点、宗教信用、违法记录、财务状况等信息而诋毁经营者信誉的均可以被认定为商业诋毁。但从消费者自主选择权的角度来看, 真实的无关信息或片面信息可以作为消费者对经营者诚信行为的评断依据, 间接性地使消费者理性消费, 并无“误导”的嫌疑。三是主观要素的缺失。早在2010年出台的

《侵权责任法》明确了过错责任原则具有普适性, 2020 出台的《民法典》承继了此项原则。正如耶林所说, 法律责任源于过错, 而非损害。作为《民法典》侵权责任编的特别法, 反不正当竞争法的归责原则应当与《民法典》中的侵权责任编相一致, 但反法并未明确商业诋毁的主观要件。四是行为结果的局限。商誉的文化资产属性扩延了其本身的内质和意蕴, 仅将商誉描述为“商业信誉、商品声誉”较为局限, 商业信誉象征着综合印象, 商品声誉代表着个别印象, 二者关系可以被理解为整体与部分的关系, 忽视了服务信誉的内容, 此种并列的描述存在逻辑错误。^[2]

2.2 商业诋毁行为法律责任的局限性

《反不正当竞争法》第 23 条规定了侵害商誉的行政责任, 处罚方式仅限于责令停止违法行为、消除影响和罚款三种。法定罚款额度的最高限额为 300 百万元, 赔偿的限额制无法弥补经营者所遭受的直接损失和间接损失, 娃哈哈的商业诋毁纠纷案就较为典型, 娃哈哈直接减少销售额高达 4492 万元, 直接损失达 673 万元, 娃哈哈的商业价值大大折扣。网络环境下恶性商业诋毁行为破坏的商誉价值往往远远超过经营者因此而付出的恢复性合理开支。违法的低成本容易引导被诋毁经营者进入报复性的循环, 良性的行业竞争秩序将难以恢复。此外, 在追溯责任时, 商业诋毁行为的规制总离不开“权利保护”的思路, 受侵害人是否具有“权利”是侵权责任构成的关键要素。如果将商业诋毁的对象设置为民事权利, 商誉“权利”的保护将主要依赖侵权法原理对商业诋毁行为进行规制。而反法是并非权利保护法, 它是以保护市场竞争秩序为核心的行为规制法, 仅通过侵权个案来平衡秩序中的经营者利益不够现实, 这便要求治理商业诋毁行为须从规制法的角度切入, 以回应市场公平竞争秩序的需求。

3 实现商业诋毁行为竞争法有效规制的“三重”路径

3.1 重塑商业诋毁构成要件

修正商业诋毁构成要件是竞争法有效规制的首要路径。一是行为主体应当为一般主体。不以特定经营资格作为限制性条件, 而应当以破坏竞争秩序标准为核心, 扩展到市场上的一切主体, 包括不具有竞争关系的经营者以及其他非经营者。^[3]如基于对经营者商业秘密的保护, 2019 年修订后的《反不正当竞争法》第 9 条所规定的侵犯商业秘密行为主体由经营者扩展到了自然人、法人和非法人组织。二是误导性信息应当排除真实的信息。我国的城乡二元结构使得消费者在甄别信息真实性和可靠性方面存在较大差异, 消费者的整体信息获得能力较弱, 市场信息的不对称容易引致消费者作出错误选择。为了使消费者能够行使的自主选择权, 真实信息应当排除在误导性信息之外。^[4]三是主观要素类型化。以民法典侵权责任编和刑法中的主观过错分类为参照, 商业诋毁的主观要件可分为故意和过失, 其中故意可细分为直接故意和间接故意, 过失可细分为重大过失、一般过失和轻微过失。在评断行为人的主观要素时, 应结合社会环境、行为情节、行为模式进行综合考量。四是行为结果内容应明确商誉权。有学者提出在民法典的侵权责任编中明确“商誉权”, 以协调人格权编中的规定, 将其与商标专利权、荣誉权、名誉权等权利并列。^[5]但反法作为其特殊的侵权责任法, 商誉权应当置入于反法中明确以示其经济属性。作为文化性资产, 商誉的范围远远大于商业信誉、商品信誉和服务信誉, 因而有必要将“商誉权”予以替换之。

3.2 革新商业诋毁监管模式

行政监管部门执法作为竞争法规制商业诋毁行为的单向模式, 已经成为政府常态化监管商业诋毁乱象的基本路径。但网络时代下新兴的商业诋毁行为呈现出新样态, 诋毁者亲自或通过委托以匿名的方式在虚拟空间发布诋毁信息, 经营者追踪无

门, 即使进入了诉讼途径后往往也将陷入证据采集的困境。^[6]

例如泗玥砭道公司和砭萃公司商业诋毁纠纷案, 砭萃公司因无法提供泗玥砭道公司 IP 地址为贴吧发帖人 IP 地址的充分证据而导致相应诉讼请求不被支持。新兴商业诋毁行为呈现出的隐匿性、多样性给经营主体的声誉造成了难以逆转的损害, 甚至迫使经营者丧失了宝贵的竞争优势和交易机会。经国家互联网信息办公室室务会议审议通过的于 2020 年 3 月 1 日实施的《网络信息内容生态治理规定》提供了新型网格化的监管思路, 形成“政府、企业、社会、网民”等自上而下的多元化监管格局。特别是强化网络平台主体的监管责任, 搭建网络信息“审核—公示—评价”常规性监督机制, 明确网络平台主体的权利和义务, 依法依规严格地对商业诋毁信息进行处理。行业协会在商业诋毁行为监管中同样扮演着重要角色, 良好行业规范准则的制定有助于形成积极的行业风尚, 防范发生商业诋毁行为。

3.3 建构体系性商业诋毁制裁

碎片化的商业诋毁制裁不利于全方位地落实法律责任, 而建构体系性制裁是竞争法规制商业诋毁的必然选择。一是健全民事救济。日本《不正当竞争防止法》第 14 条明确规定了商誉恢复的必要性措施, 韩国《防止不正当竞争及保护营业秘密法》第 6 条明确规定了必要性措施的补充或替代作用。就诋毁商誉的民事责任而言, 除损害赔偿和消除影响外, 应当将赔礼道歉和恢复商誉纳入到民事救济的必要性措施。我国司法实践中赔礼道歉的责任形式不一, 实务判决中出现了同时适用赔礼道歉和消除影响的责任、赔礼道歉以消除影响的责任和单独适用消除影响的责任。赔礼道歉的目的在于消除社会公众因诋毁行为产生信息扭曲的错误认知, 进而保护具有商誉属性的法人人格权。二是创设行政责任。严重扰乱市场竞争秩序的, 予以暂扣或吊销营业许可证, 经营资质的限制在一定程度上对行为人形成震慑作用, 非经营主体的有关责任人可予以行政拘留。此外, 优化法定赔偿额度的上限, 取消上限或借鉴侵犯商业秘密的有关规定, 将额度上调至 500 万元, 填补被诋毁经营者的经济利益差值。三是改进刑事处罚。自反法经历两次修正后, 其与《刑法》的衔接出现断裂, 如行为主体范围、行为方式、行为内容、定罪量刑标准等出现问题。反法作为商业诋毁犯罪的前置性法律, 罪名与前置条款的不协调性容易引发罪责不一致, 刑法应作出相应调整。

4 结语

党的十九届四中全会《决定》指出, “营造各种所有制主体依法平等使用资源要素, 公开公平公正参与竞争、同等受到法律保护的市场环境”。党的十九届六中全会《决议》强调, “强化市场监管和反垄断规制, 防止资本无序扩张, 维护市场秩序, 激发各类市场主体特别是中小微企业活力, 保护广大劳动者和消费者权益”。社会主义市场经济发展离不开科学、严密的制度保障。故此, 为净化市场竞争秩序, 应当充分发挥《反不正当竞争法》规制功能, 实现对商业诋毁行为的有效治理, 以推动经济高质量发展。

参考文献:

- [1] 卫霞. 论商誉的价值——以价值哲学为视角[J], 中国人民大学学报, 2020 (6).
- [2] 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[J], 河北法学, 2019 (4).
- [3] 张晓晴. 类型化视角下商业诋毁主体要件的扩张[J], 吉林工商学院学报, 2020 (5).

作者简介:

于达尔汗 (1989-), 男, 蒙古族, 中央民族大学讲师, 法学博士, 研究方向: 民商法学、经济法学、犯罪学。

彭景怡 (1991-), 女, 满族, 北京斐石律师事务所, 圣路易斯华盛顿大学法学硕士, 研究方向: 民商法学。