不正当比较广告的法律规制

黄武双*

摘要 比较广告作为公众了解商品或商家的重要渠道,在商业宣传中的作用越来越突出。在界定是否构成比较广告时,应着重考虑“比较”的含义:比较的对象、比较的方式以及比较的意图。比较广告的本质属性使其更容易被认定为不正当竞争,这也是比较广告早期被广泛禁止的主要原因。随着经济贸易的发展,竞争政策的目标从以保护商标权人利益为重心逐渐转向追求自由竞争和提高消费者福利。自美国承认比较广告以后,欧盟也逐渐放松了对比较广告的规制,但在对主要以虚假陈述或引人误解型、利用他人商誉型和商誉诋毁型三类可能不正当的比较广告的具体规制上,美国与欧盟差异明显。借鉴美国与欧盟的立法、判例经验,有助于重新认识并规制我国的比较广告。

关键词 比较广告 艺术性夸张 商业诋毁 商标淡化 商标丑化

商业广告无处不在,当然不乏印象深刻者。加多宝广告“还是原来的配方,还是熟悉的味道”,百事对可口可乐的调侃广告,还有佳洁士等所谓专业口腔专家广告,它们的最大特点就是与竞争对手进行凸显自身商品优势的比较,这就是“比较广告”(comparative advertising)。

比较广告本身是一个中性词。恰当的比较广告能够助益消费者选择合适的商品,^[1]促进同类产品的市场竞争;反之则可能损害其他竞争者以及消费者的利益。然而,当今世界主要国家对比较广告的态度各不相同。美国自1971年联邦贸易委员会(Federal Trade Commission,以下简称“FTC”)转变态度,开始鼓励比较广告以来,^[2]一直持开放心态且限制较少;受

* 华东政法大学教授。

[1] 本文针对“商品”阐述的法理或制度,如无特殊说明且未与服务一起使用时,均适用于“服务”。

[2] FTC认为,真实且不具有欺骗性的广告是消费者获取重要信息的来源,可以帮助他们做更理智的消费决定,此外,还可以促进产品的更新和品质的提升,为消费者提供更多物美价廉的商品。参见FTC Trade Rules and Guides, 16 Code Federal Regulation, 14.15(1979)。

美国影响,欧盟 1997 年颁布《比较广告指令》以协调成员国国内法,随后成员国逐渐修改国内立法以与指令保持一致;指令虽然原则上允许比较广告,但仍施加了较多限制;而且,由于指令的相关条款并未明确阐释,各成员国的立法与司法实践也不尽相同。^{〔3〕} 亚洲以及拉美国家对比较广告的理念不如美国那样开放,日本、中国等均尚未公开接受比较广告。^{〔4〕} 厘清比较广告的合理边界,设计精准平衡各方利益的比较广告法律制度,对一国市场竞争秩序的良性发展具有重大意义。

一、比较广告的界定

何谓比较广告?《布莱克法律词典》将其定义为:“在相同产品上,将代表某一商品或服务的品牌与另一个品牌进行比较的广告。”^{〔5〕} FTC 在 1979 年《关于比较广告的政策声明》中给出的定义为:“对可选品牌可以客观度量的特性或价格,通过名称、描述或其他可识别信息指明可选品牌的广告。”^{〔6〕}《欧洲联盟理事会关于误导广告和比较广告的指令》(下称《误导和比较广告指令》)^{〔7〕}第 2 条给出的定义为:“任何明示或暗示提及竞争者、竞争者提供的商品或服务的广告。”^{〔8〕}

比较广告属于商业广告的一种,旨在宣传和推销产品或服务,广告的发布主体即为产品或服务提供者,那些由第三方产品检测机构发布的针对各种产品进行比较性检测的结果,不属于比较广告。比较广告与一般广告的本质差异在于“比较”二字。考察上述“比较广告”的文义并结合各国实践,可以将比较广告的特性概括如下。

(一)比较的对象:具有替代性的商品或服务

无疑,提供替代性商品或服务的主体,与可能被替代的提供者之间存在竞争关系。所比较的商品,不必完全(在功能上)相同,只要潜在购买者认为具有充分的功能替代性即可。商品或服务是否具有可替代性,必须以广告相对人(潜在的购买者)所具有的通常信息、通常注意力和通常理解力来判断。

〔3〕 See Jenna D. Beller, “The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World: A Practical Guide for U.S. Lawyers and Their Clients”, *International Lawyer*, Vol. 29, No. 4, 1995, pp. 925-936; Susanne Augenhöfer, “Comparative Advertising in Europe: the Preliminary Ruling in PIPPIG VS. Hartlauer and Open Questions After the 1997 Directive”, *Tulane European and Civil Law Forum*, Vol. 20, 2005, pp. 110-114.

〔4〕 See Jenna D. Beller, *ibid.*, at 936-939.

〔5〕 <https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?>,最后访问日期:2017年7月6日。

〔6〕 Federal Trade Commission of the United States, 1979 *Statement of Policy Regarding Comparative Advertising*, footnote 1.

〔7〕 EU Legislation; Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 Concerning Misleading and Comparative Advertising, Celex No. 306L0114.

〔8〕 <https://1.next.westlaw.com/Document/IB74F3658F7D14D2F9133561E39D439AE/View/Full-Text.html?>,最后访问日期:2017年7月6日。

商品或服务的替代性,是欧洲法院考虑竞争关系是否存在的重要因素。在“De Landtsheer Emmanuel SA v. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne 案”〔9〕中,啤酒酿造商按照香槟制造方法酿造啤酒,并在广告中使用原告来源标识、地理标志以及其他标识,给消费者造成了其啤酒与高品位法国香槟及其制造方法相关联的印象。2007年,欧洲法院在判决中指出:

竞争关系存在与否,不能仅依据企业所提供的商品或服务来判断,还应该看双方商品或服务是否具有一定程度的可替代性。判断时有必要考虑:市场现状、消费者习惯,以及它们可能发生的变化;在广告所传播的欧共体部分区域,其它成员国消费者习惯的变化可能对其国内市场产生影响;广告商意欲推销产品的特性,以及他希望传递的产品形象。〔10〕

用来对比的商品,既可以是具有替代功能的单个产品,也可以是多种产品的组合,但要求组合中的单个商品能满足替代性要求。针对零售商店所选组合商品价格进行的比较,美国和欧洲法院均持认可态度。在“Lidl Belgium GmbH And Co KG v. Etablissements Franz Colruyt NV 案”〔11〕中,原告与被告各自以 Lidl 和 Colruyt 为商店名称在比利时零售基本必需品。2004年,Colruyt 给顾客邮寄广告信,〔12〕将其众多产品的整体价格水平与其他竞争对手(包括原告)进行了对比,并得出“任何时候到 Colruyt 购物,都会享受最低价格”的结论。欧洲法院认为,指令第 3a 条第 1 款(b)项中“商品或服务必须满足相同的需求或为了同样的目的”,应当解释为,并不禁止竞争连锁店对所销售的基本消费品集合进行价格比较,只要所选商品集合中的单个商品满足条文规定的可比较性要求即可。

我国对比较广告尚未达成共识。例如,有观点认为,“哈根达斯,冰激凌中的劳斯莱斯”、房地产公司广告中使用身背 LV 包的模特造型、宝马和蒙牛等企业在产品上使用“长征”火箭图形设计等构成广告,且损害了他人商誉,构成不正当竞争。〔13〕从普通消费者视角来看,第一

〔9〕 EU Case C-381/05: *De Landtsheer Emmanuel SA v. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne*, Celex No.605CJ0381.

〔10〕 Ibid.

〔11〕 EU Case C-356/04: *Lidl Belgium GmbH And Co KG v. Etablissements Franz Colruyt NV*, Celex No. 604CJ0356.

〔12〕 信件内容为:“……去年(2003年),您再次在我们商店(Colruyt)节省了一大笔钱。依据我们的平均价格指数,在过去一年里,每周在 Colruyt 花费 100 欧元的家庭能够节省:366 到 1129 欧元,如果在 Colruyt 而非其他超级市场(例如 Carrefour、Cora、Delhaize 等)购物;155 美元到 293 美元,如果在 Colruyt 而不是大折扣平价商或批发商(Aldi、Lidl、Makro)购物。信的背面附上了 colruyt 与其他商店 2003 年不同价格演变的对比,表明在过去几个月内,Colruyt 与其他商店的价格差进一步加大。为了能继续确保价格最低,我们比较了其他商店日常 18000 个价格。此外,我们还收集了所有促销信息,因而数据更新较快。我们在中央电脑系统收集了所有价格。每个月,我们都用这些价格来计算我们和其他店的价格差。我们将这个作为自己的价格指数,该指数已经过质量控制部门认定。其结果是:在我们店消费,无论何时价格都是最低的。2004 年我们仍将忠于这一保证。”

〔13〕 参见袁博:“当心比较广告落入不正当竞争陷阱”,<http://www.haokoo.com/job/4499592.html>,最后访问日期:2017年8月7日。

则广告仅表达哈根达斯冰淇淋品质可与汽车领域中的劳斯莱斯相媲美,并没有以哈根达斯替代劳斯莱斯的意思。它只是使用了比喻修辞的一种艺术性夸张而已。与此类似,第二则与第三则广告,因被比较的商品不属于相同类别,广告主并没有替代被比较商品的意图,也不构成比较广告。

(二)比较的方式:直接与间接

比较广告要求指明自身产品,以及竞争对手或其商品/服务。是否满足该条件,应以广告相对人(公众)的视角来进行具体判断。只要大部分相关公众能够识别广告中具有竞争关系的比较对象即可。所谓识别,并不要求相关公众熟悉或了解广告中的比较对象。相关公众需要花费较长时间和努力才能识别比较对象的,该广告基本上不构成比较广告。

在广告中,直呼竞争者或其产品/服务名称,或以图示、标志、广告语等指示产品/服务主体的,相关公众很容易识别比较广告中不同产品/服务的提供者。在一则冰糖雪梨广告中,所用“吃火锅上火的场景”与消费者熟悉的王老吉广告片段完全相同,就在消费者习以为常的“怕上火,喝王老吉”广告语呼之欲出之际,却传来了“爷爷说,怕上火,要喝冰糖雪梨”。这则广告借助竞争对手的广告场景,对软饮料产品“预防上火”的功能进行比较,就为消费者留下了可以广告商品替代竞争对手产品的印象。这则广告因在电视媒体投放的时间较短,未见后续纠纷产生。

即便不以上述方式直接比较,公众仍能判断广告所指向的竞争者或其产品的,则构成间接指明。例如,一则汽车广告指示了慕尼黑和斯图加特的方位,暗示竞争者所在地(慕尼黑——宝马,斯图加特——奔驰)。在以全部竞争者为比较对象时,只要相关公众能大致识别群体范围,仍可能构成比较广告。德国汉堡高级州法院2000年7月判决的一个案件就涉及这种情形。^[14]一家生产牙刷的企业将其新产品CrossAction宣传为:“CrossAction,与任何知名品牌牙刷相比,能明显去除更多牙垢!”其他品牌牙刷生产商对这则广告不满,认为损害了他们的形象,构成不正当竞争,请求法院签发停止侵害的禁令。争议焦点之一便是,如果广告并未提及被比较的具体产品或者经营者,是否构成比较广告。

德国法学界的主流观点是,广告主仅强调自己产品优点,既未明确提及具体竞争者,也未明确提及具体产品或者服务的,并不构成比较广告,不受《反不正当竞争法》第2条约束。例如,在广告中称自己产品一流,虽然可能影射其他企业产品不如自己,或某些企业产品并非最好,但这种广告基本上是合法的。^[15]然而,汉堡州高级法院曾认定这种自我夸耀构成比较广告,因为涉案相关市场范围狭小,消费者通过广告词“任何知名品牌牙刷”可以识别所暗示的竞争对手。法院将17家拥有市场份额1%以上的企业,视为“知名品牌牙刷”生产企业。当然,法院也可以采用其他标准,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,广告中“知名品牌牙刷”总可以让人们将某些企业与另外一些企业区别开来,这就

[14] OLG Hamburg, GRUR-RR 2001, 84 (89) — Handzahnbürste.

[15] 参见王晓晔:“不得诋毁竞争对手——对比广告中的法律问题”,《国际贸易》2003年第11期,第42页。

是法院认定它属于比较广告的主要理由。^[16]

与此类似,在“Castrol, Inc. v. Pennzoil Co.案”^[17]中,美国第三巡回上诉法院认为,尽管未明确提及竞争对手,但发动机润滑油“在对抗粘度击穿上优于任何高级润滑油”并且提供“更长寿命与更好引擎保护”的内容,构成比较广告。^[18]

不指明竞争者或其产品,仅称自己产品具有独特优点的内容,这种只给公众反射式印象的空泛对比并不构成比较广告,^[19]而属于艺术性夸张(Puffery)广告。汉堡州高级法院就此认为,如果将广告词换成“CrossAction 比任何牙刷都能更好地除垢!”或者“具有无人可比的除垢效果!”就不应视为比较广告。^[20]

(三)比较的意图:替代竞争对手或其商品

从比较广告的定义来看,仅指明竞争者或其产品/服务便可构成比较广告,而不要求与竞争者或其产品/服务进行对比。法国政府就曾在“Toshiba Europe v. Katun Germany GmbH案”^[21]中指出,84/450 指令第 2 条所定义的“比较广告”无需再有“比较”的字眼。按照这种理解,纯粹批评竞争对手的广告(如 XX 企业雇佣童工),或纯粹使用竞争对手名称、利用竞争对手商誉的广告(如本店位于 XX 公司对面),都可以成为比较广告。这种解释容易使人产生误解,然而实际上,仍要求具有比较的意图。

在前述案件中,原告日本东芝德国某分公司在欧洲生产、销售东芝牌复印机和配件,被告销售的复印机配件同样能用于原告复印机。为区分复印机型号,原告使用了诸如“东芝 1340”之类的特别型号标识,并在配件上使用“产品描述”区别标识,每个配件都有产品编号。在如下所示的产品清单列表中,被告将自己的产品对照东芝牌复印机不同型号进行了分类,即被告产品对应了原告不同型号的复印机:

被告产品清单

原告产品编号	被告产品编号(包含订单号)	对被告产品的描述	对应原告特定型号复印机编号
.....			
.....			

原告认为,被告向顾客解释其产品的可能用途(适用于原告复印机型号)并非一定要指明原告产品编号,提及对应的东芝复印机型号就足矣。通过使用原告产品编号,被告实质上利用了东芝复印机原始配件产品来促销自己产品。通过声称其产品具有同样功能,被告不法利用了原告声誉。被告则认为,广告所针对的特定交易对象知道其产品并非原始制造者提供,考虑

[16] Handzahnbürste, a.a.O.,S. 85.

[17] Castrol, Inc. v. Pennzoil Co. 987 F.2d 939 (3d Cir. 1993).

[18] Handzahnbürste, a.a.O.,S. 89.

[19] 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 198 页。

[20] 参见王晓晔,见前注[15],第 42—43 页。

[21] EU: Case C-112/99, Toshiba Europe v. Katun Germany GmbH, Celex No. 699CJ0112.

到复印机配件产品数量巨大,提及东芝产品配件编号不仅客观且有必要。

法院认为,被告的前述做法表明了其产品与原告产品具有相同技术特征,消费者已经能够准确识别与东芝牌复印机对应的配件产品,所涉内容属于比较广告。在这个案件中,法国政府继续解释称,指令之所以没有提及“比较”字眼,无非出于以下三种考虑:立法者希望避免重复解释“比较”文义;或者“指明竞争对手”足以构成比较,因为潜在消费者已获得有关产品特点的信息;或者仅在评价比较广告合法性时才使用“比较”字眼。^[22] 细细体会,无论哪种情况,都要求在比较广告中体现广告主替代竞争对手的意图。

受 FTC 鼓励比较广告的政策和美国对欧洲的影响,整体而言,欧洲各国并没有为比较广告设置太高标准与门槛,只要满足上述特征即可构成比较广告。

二、比较广告的正当性之辩

比较广告涉及三方利益冲突:广告主、比较中的竞争对手、消费者。^[23] 其中最重要的冲突存在于前两者之间。广告主的目标是用一种使消费者更愿意购买其商品的方式告知消费者其商品特点,每当比较广告成为最佳广告策略时,他就会自由使用这种方式;而竞争对手不仅希望削减对手用以描述商品或吸引消费者方式的种类,还会考虑保护自己商誉、声誉以及商业运营的公平性。^[24] 必须指出,竞争对手有时也会成为广告主,每个商家都有双重利益。然而,特定竞争对手或具有最强市场支配地位的一方,通过禁止比较广告会获得更大利益,因为他极有可能被竞争对手用作对比的标尺。因消费者希望被精确告知市场中相关产品的特征,也处于这些利益冲突之中。^[25] 接受或反对比较广告的各种理论,乃是对前述三种冲突利益的不同选择而已。

(一)构成不正当竞争或侵犯商标权

与一般广告相比,比较广告被界定为不正当竞争的想象空间更大一些,因为为了追求利益(推销自己产品)而直接或间接指明一个或多个具体竞争对手的表述,通常不利于竞争对手。

1997 年欧盟通过《关于误导和比较广告的指令》(97/55/EC)之前,意大利、西班牙、葡萄牙、比荷卢等国家就对比较广告持否定态度,认为比较广告难以克服不客观公正、会损害被比较者的利益、降低广告可信度、扰乱市场竞争秩序等固有缺陷。^[26] 反对比较广告者所持理由,主要包括容易导致商标侵权、虚假宣传、商业诋毁,以及可能助长专门揭露他人产品缺陷的

[22] Ibid.

[23] See Theo Bodewig, “The Regulation of Comparative Advertising in the European Union”, *Tulane European and Civil Law Forum*, Vol. 9, 1994, p. 185.

[24] Ibid., at 185—189.

[25] Theo Bodewig, *supra* note 23, p.185—189.

[26] 参见杨祝顺:“欧美比较广告的商标法规制及其启示”,《知识产权》2016 年第 10 期,第 115 页。

营销方式。^[27]

反对比较广告的理由,可以概括为商标侵权和不正当竞争两类。持商标侵权观点者担心,在比较广告中提及竞争者或其产品/服务,会造成消费者混淆。1994年之前英国不允许比较广告,就是因为比较广告中所使用的商标指向了该商标的所有人或其商品,而不管该指向正确或褒贬与否。^[28]有人担心,由于用在比较广告中的商标往往为驰名商标,即便未造成消费者对商品或服务来源的混淆,也会降低他人商标的显著性或损害他人商誉,从而淡化他人商标。持不正当竞争观点者认为,内容虚假或造成消费者误导(混淆)、低价销售广为市场接受商品复制品或模仿件(复制或模仿均合法)、以虚假或造成消费者误导之外的方式批评竞争对手等形式的比较广告,均有损公平竞争秩序。

客观而言,反对比较广告的各种担忧都是可以通过规则预防的。只要使用他人商标不导致消费者混淆,通常是不会侵犯他们商标权的;在比较广告中即便存在夸大的事实、看似“贬低”竞争者或“搭乘”商誉的行为,只要客观上并不会误导消费者、贬损竞争对手,也没有不正当利用他人商誉,使用他人商标就没有超越合理边界。

尽管反对比较广告的声音从未停止,但比较广告所具有的促进自由竞争、提升消费者整体福利的功能,逐渐为各国所认识和青睐。为了发挥比较广告的优势,各国在立法接受比较广告的同时,对比较广告可能产生的负面影响进行了规制。欧盟《关于误导和比较广告的指令》就对比较广告设定了不具有误导性、不能诋毁或贬损竞争者、不得当使用竞争者商标的声誉等8个条件。^[29]由于比较广告的负面影响主要表现为不正当竞争,因而各国立法及学术观点均将对比较广告的规制置于反不正当竞争的框架之中。

(二)促进自由竞争与提升消费者福利

通常而言,前述三种利益的权重,应当由国家在市场竞争中所追求的目标来确定。如果所选择的目标在于保护企业免受竞争对手激进性商业营销的影响和保护倾斜于企业的利益,^[30]就会限制比较广告;如果目标在于通过促进自由竞争来刺激竞争和提高消费者福利,就会鼓励比较广告。^[31]正是因为美国与欧盟在竞争法上的目标都是鼓励自由竞争和提高消

[27] See Cornish, W., Llewelyn, D., & Aplin, T.(eds.), *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights (8th ed)*, London: Sweet & Maxwell, 2013, p. 690.

[28] Ibid, at 691.

[29] 参见(德)弗诺克·亨宁·博德维希:《全球反不正当竞争法指引》,黄武双、刘维、陈雅秋等译,法律出版社2015年版,第78—80页。

[30] 促进竞争与提高消费者福利总是紧密相关的。See for example, *Spectrum Sports, Inc. v. McQuil-lan*, 506 U.S. 447 (1993), 表示“反竞争性有一个特殊含义:它指的不是仅损害个体竞争对手的诉讼,而是损害竞争过程的诉讼,这种竞争过程会给消费者带来更低的价格、更好的商品以及更有效的生产方法”;See *Interface Group v. Mass. Port Auth.*, 816 F.2d 9, 10 (1st Cir. 1987), 认为“竞争政策是用于终端消费者的福利而非个体竞争者的福利,并且消费者在对特定数量的竞争者进行保护上没有任何利益,而且这个数量超出了能确保消费者以低廉的价格购买商品的竞争者数量”。

[31] See Charlotte J. Romano, “Comparative Advertising in the United States and in France”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol. 25, No. 2, 2005, p. 373.

费者福利,^[32]它们原则上都认可比较广告这种营销方式。

一般而言,消费者的购物成本由商品的价格和“消费者的搜索成本”两部分构成。^[33]正如麦卡锡教授所指出的:如果消费者对 A 品牌有一定了解……但对 Z 了解较少,那么购买 Z 似乎是一个充满危险的决定。“理想的解决方案是,用某种方式让消费者充分了解这两个品牌。问题是,这种方式需要消费者付出搜索成本,且消费者会看重找到价格更低而质量相当商品的收益与为寻找而花费的成本之间的对比。”^[34]在这种背景下,比较广告被认为是一种性价比较高的信息传递方式,它为消费者提供了评价相似产品的基础,通过展现广告商品与市场同类商品的相似特征或优胜特征,可以帮助消费者做出购物决定,并因此促进竞争。

此外,企业进入新市场十分困难,它必须花费较多的努力、技巧和金钱,利用昂贵和大量的广告建立自己产品、服务或品牌的商誉。在这种背景下,比较广告被认为可以降低市场的准入壁垒:为消费者提供评价新产品的恰当标尺。因而,相对于同类产品相同的特征,新进入者只需宣传自己独有特点即可。

对竞争对手的批评,也是向消费者提供信息的一种方式。美国对批评竞争对手的广告较为宽容,诚如 FTC 所指出的那样,诚实的批评是合法的。^[35]即便是那些带有艺术夸张或吹嘘成分的广告,美国法院同样认为,只要消费者确信这是一种夸大,这种广告就没有超出合理边界。

三、虚假陈述或引人误解型

尽管考尔曼指出,“在竞争环境下……难有真正的事实陈述。事实往往是,任何自称为真

[32] 在美国,自由竞争的权利被认为是“自由商业体系的基本前提”,Restatement (Third) of Unfair Competition § 1 (1995);法院经常将反垄断法的主要目的表述为促进自由竞争,See for example, *Gordon v. N.Y. Stock Exch., Inc.*, 422 U.S. 659 (1975), 认为反垄断立法的唯一目标就是保护竞争;*Natrona Serv., Inc. v. Cont'l Oil Co.*, 598 F.2d 1294 (10th Cir. 1979), 宣布反垄断法是为了保护竞争而制定;See J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*(4th ed), *West Group*, 2003, § 1:1. 在法国,管理商业生活的自由原则可以在被称为 1791 年“竞争法”中找到根源,Ordonnance no. 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, art. 1, [Decree No. 86-1243 of Dec. 1, 1986 Concerning Freedom of Prices and Competition], (establishing the principle of competition), Romano, *supra* note 31. 欧盟法也将竞争原则作为成员国必须遵循的义务,See for example Treaty Establishing the European Community, Mar. 25, 1957, art. 4(1).

[33] See Andrew B. Whinston, Soon-Yong Choi, Dale O. Stahl, *The Economics of Electronic Commerce*, *Macmillan Technical Publishing*, 1997, p.256.“消费者搜索成本”产生于购物前,是指为收集产品的价格和质量信息而花费的时间、精力、努力以及一定数量的金钱。

[34] McCarthy, *supra* note 32, § 2:5 (quoting F.T.C. Office of Policy Planning, “F.T.C. Policy Planning Issues Paper: Trademarks, Consumer Information and Barriers to Competition”, *The Craswell Report*, 1979, p.22.)

[35] See Federal Trade Commission, *Comparative Advertising Policy Statement*, 44 Federal Regulation, 47,328-47,329 (1979).

实的陈述都带上了不同程度的偏见,并且有时是不易证明的事实和意见,或事实和结论的结合。”^[36]但美国多数法院在认定不正当比较广告时,仍要求证明被告的陈述属于事实性错误。欧盟《比较广告指令》则从正面规定了合法比较广告的要件之一为,“客观地与商品、服务的一个或多个主要、重大、可核实以及典型的特征或与其价格相关的比较”(简称“客观性要求”)。美国和欧盟都认为,只有陈述的内容可以检验或证实,才能客观判断其真伪。

依据《美国反不正当竞争法重述》(第三版)及众多判例的阐述,以《兰哈姆法》第43条(a)款虚假广告(false advertising)为由提起诉讼的原告必须证明下列五个要件:(1)被告就其产品或他人产品作了事实虚假或误导的陈述;(2)这些陈述已经或可能欺骗很大一部分(significant portion)的潜在消费者;^[37](3)欺骗是实质性的,即这种欺骗可能影响消费者的购物决定;(4)被告将其产品投入州际贸易;(5)原告已经或有可能因被告行为遭受损害,如销量下降、商誉损失等。^[38]反不正当竞争法重述认为,在判断可能被欺骗的消费者是否占比很大时,必须权衡两种危害:对被欺骗的消费者和竞争对手利益的潜在危害,以及若施加责任、考虑救济会对行为人和其他消费者造成的危害。而不是仅分析被欺骗的消费者的绝对数量或百分比。^[39]被告是否有欺诈意图并非承担责任的必要条件,但如果证实有欺诈意图,一般会推定被告已实现了欺诈目的,即欺诈了消费者或已误导消费者。

(一) 虚假或误导陈述的判定

上述要件由虚假广告诉讼中原告承担举证义务,由于虚假比较广告(False Comparative Advertising)中的虚假与虚假广告的虚假含义相同,因而在判定虚假比较广告的虚假时,可将前三个相关要件概括为:证明被告对其产品或对原告产品的陈述系虚假或误导他人,造成他人混淆,且该陈述已经或可能使很大一部分潜在消费者在做出购物决定时受骗。

法院将“虚假陈述”(false representation)定义为“对产品的肯定性误导陈述、部分正确的陈述或未能公开所有的重要事实。”^[40]法院还指出,不应区分对待原告产品或被告产品的虚假陈述。^[41]对任何产品进行虚假陈述的结果都是:欺骗和造成消费者混淆。^[42]美国法院将虚假陈述分为两种:失实陈述(literally false)和虽非失实但会误导消费者或造成消费者混淆的陈述。在具体认定时采用两步测试法:属于失实陈述,则推定消费者可能在作出购物决定时

[36] Louis Altman, Malla Pollack(eds.), *Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, Thomson—Reuters, 1982 Revised edition and 1989 Supplement, § 11.04.

[37] Restatement (Third) of Unfair Competition § 2 (1995).

[38] See James E. Clevenger, “False Advertising Under Lanham Act § 43(a)(1)(B)”, 44 *American Jurisprudence Proof of Facts 3d* 1(originally published in 1997, updated in June 2016).

[39] Restatement (Third) of Unfair Competition § 1 (1995).

[40] Alfred Dunhill Limited v. Interstate Cigar Co., Inc., 364 F. Supp. 366, 372 (S.D.N.Y.1973); Skil Corp. v. Rockwell Int’l Corp., 375 F. Supp. 777, 783 (N.D. Ill. 1974).

[41] See Skil, *ibid*, at 782.

[42] See Paul E. Pompeo, “To Tell the Truth: Comparative Advertising and Lanham Act Section 43 (a)”, *Catholic University Law Review*, Vol. 36, No. 2, 1987, p. 565.

受到欺骗;属于不不实陈述,则需以消费者意见调查结论来判断是否会误导消费者。〔43〕

在“BASF Corp. v. Old World Trading Co 案”〔44〕中,原告与被告在防冻剂市场上互为竞争对手,被告在广告中称其防冻剂符合特定的行业规格。原告在初审中提出的被告从未实际测试其产品是否符合特定规格的主张获得支持。地区法院认定被告的测试不完备,构成不实陈述。法院指出,原告证明不实陈述的证据是否充分,应根据不同案件中陈述的不同情形来确定。如果被告的广告明示或暗示提及“科学研究”或“调查报告”等词汇,原告可以通过证明那些测试本身不能证明陈述来完成证明责任,否则原告就必须提供证明陈述错误的证据,〔45〕然而在一般的比较广告中,只能提交证明陈述系错误的证据。〔46〕仅证明前期资料或市场调查行为不当,并不能最终证明构成虚假陈述,因为即便缺乏既有研究证据,广告内容也可能是真实的。〔47〕兰哈姆法的这个标准与 FTC 不同。FTC 认为,针对非处方药,只要能认定广告内容没有被恰当证明,便构成误导且违反 FTC 法。〔48〕

陈述没有不实但模糊不清,仍可能造成消费者混淆商品来源,即误认为广告商品来源于广告主的竞争对手。在著名的“Charles of the Ritz Group v. Quality King Distributors, Inc. 案”〔49〕中,纽约南部地区法院认定被告“故意想让消费者认为 Omni 产品与 Opium 来源相同”,对被告颁发了临时禁止令,禁止使用“如果你喜欢 Opium,你就会喜欢 Omni”的宣传语。〔50〕美国法院也经常禁止在商品包装或其它地方做容易让消费者混淆商品来源的比较广告。〔51〕例如,在附有广告投放者和竞争对手商标的价格列表中所作陈述,就被认为容易造成混淆,因为在两个商标间使用的“versus”不足以使得消费者区分具体商品来自两者中的哪一

〔43〕 Clevenger, supra note 38.

〔44〕 BASF Corp. v. Old World Trading Co. 41 F.3d 1081 (7th Cir. 1994).

〔45〕 Ibid, at 1091.

〔46〕 BASF, supra note 44, p.1091.

〔47〕 Procter & Gamble Co. v. Chesebrough-Pond's, 747 F.2d 114, 224 U.S.P.Q. 344 (2d Cir. 1984).

〔48〕 Federal Trade Commission, supra note 35.我们再次确认对下列广告验证法律要求的承诺——广告行为人和代理机构在传播广告之前,对广告中的陈述有合理信赖基础。……FTC 强调,作为法律问题,在传播广告之前缺少合理基础的公司违反了 FTC 法第 5 条规定,应被起诉;Scott Bass, “Prescription Drug Advertising Under the Lanham Act”, *Trademark Reporter*, Vol. 83, No. 4, 1993, pp.521, 531, 主要观点是“原告必须证明被告未遵守 FTC 或 FDA 测试或管理标准;而且,还必须证明,依据通常适用于兰哈姆法案件的规则,广告是错误的和引人误导的。”

〔49〕 Charles of the Ritz Group v. Quality King Distributors, Inc. 636 F. Supp. 433 (S.D.N.Y. 1986).

〔50〕 Ibid, 必须指出当确认为侵犯商标权时,法院倾向于认为侵权人对“like/love”标语的使用可能加重了混淆的可能;Bausch & Lomb, Inc. v. Nevitt Sales Corp., 810 F. Supp. 466, 477 (W.D.N.Y. 1993), 颁发禁令禁止被告使用“如果你喜欢 Ray-Ban,你就会爱上 Rayex”的标语,因为法院认为这样会加重被告对原告商标的侵权程度。然而,当不存在混淆可能性时,法院并不禁止使用“like/love”广告。

〔51〕 See Louis Altman, Rudolf Callmann, 4 *Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, Callaghan, 4th edition, Thomson-Reuters, 1998, § 22:28.

方。^[52]

陈述没有明显错误,但内容整体可能造成消费者误导的表现情形有两种:遗漏重要信息(material omission)和半真相(half-truths)。重要信息是指,在陈述具体事实时,对理解陈述整体起关键作用的信息,如陈述“最低价格”的具体时间。在“American Brands, Inc. v. R. J. Reynolds Tobacco Co.案”^[53]中,香烟生产商就被要求去除所含“…是所有香烟中最便宜”的信息,因为这种信息被认定在两个星期前就不再是事实了。半真相是指,虽然陈述本身是部分事实真相,但整体想要表达的信息被故意扭曲了。美国《读者文摘》杂志曾发表一篇文章称,其实验测试表明所有品牌香烟所含焦油和尼古丁数量差不多,相互之间的差距很小,对吸烟者造成的生理影响也很小。^[54]而且同时刊登的一张表格明确表示,与其他品牌相比,Old Gold牌香烟含有更少的尼古丁等内容。尽管这种差别对吸烟者的影响不大,但广告强调Old Gold是焦油、尼古丁等成分含量最少的香烟,且未提及该文章的基本主旨。这就属于半真相。

(二)被告虚假陈述对原告造成损害的证明

依据《反不正当竞争法重述》,在证明被告的虚假广告可能造成原告商业损害时,首先要证明被告的陈述足以重要(materiality)以致影响了消费者的购物决定;其次要证明存在造成损害的合理可能性,这就足以让行为人承担停止侵害责任,而不要求证明已造成实际损害,也无需强制证明被告若继续该行为就一定会造成损害。^[55]在“Johnson & Johnson v. Carter-Wallace, Inc.案”^[56]中,被告卡特华莱士在其热销脱毛产品NAIR中加入婴儿润肤油(Baby oil),并在产品包装和电视广告中特别强调该事实,生产并销售强生牌婴儿润肤油的原告认为被告“NAIR含有婴儿润肤油”系虚假陈述,且其包装和广告让消费者产生NAIR系强生产品的错误印象,要求获得禁令救济。很明显,涉案的虚假陈述属于非比较性广告陈述,法院分析了这种情形下的原告的举证义务。

法院指出,在公开市场中通常很难证明,如果被告作出真实陈述,受虚假广告诱导而购买的消费者,就会从原告处购买相关商品;^[57]仅诉求禁令救济的原告也无需证明损害的具体数额,亟需解决的问题是,如何证明处于这两个极端之间符合法律规定的损害。原告强生公司认为,只要证明双方产品在相关市场中互相竞争以及被告广告虚假,就可以推定存在损害的可能性,应当颁发禁令。^[58]然而,地区法院认为原告至少要证明被告对其已造成一些损害,但原

[52] See Oral-B Labs., Inc. v. Mi-Lor Corp., 810 F.2d 20, 22 (2d Cir. 1987), cited in Louis Altman, *ibid.*

[53] American Brands, Inc. v. R. J. Reynolds Tobacco Co., 413 F. Supp. 1352 (S.D.N.Y. 1976).

[54] 文章部分内容为:实验结论对吸烟者是个好消息,因为他们不再需要为哪种香烟会加速死亡而烦恼了,反正都差不多。

[55] Restatement (Third) of Unfair Competition § 2 (1995).

[56] Johnson & Johnson v. Carter-Wallace, Inc., 631 F.2d 186 (2d Cir.1980).

[57] See *ibid.*, at 189.

[58] See Johnson & Johnson *supra* note 56, p.186.

告未能证明虚假广告以任何方式造成其销量损失。^[59] 上诉法院认为判例法和第 43 条(a)款背后的政策均表明,地区法院的解释给原告施加了过重举证义务:地区法院实质上已要求原告提交实际损失和因果关系的证据,而法律只要求原告证明因虚假广告遭受损失的合理可能性;^[60]正确的标准是被告的广告已实际造成或可能造成原告销量损失,而不能要求强生公司提交证明所涉广告实际造成销量损失的证据。^[61] 上诉法院还认为损害和因果关系的可能性不能推定,需要证据来证明。^[62] 强生公司的证据尽管不具有压倒性优势,但足以证明其销量遭受损害的可能性。^[63]

在“Porous Media Corp. v. Pall Corp 案”^[64]中,原告与被告互为工业过滤器的竞争对手,被告将其用在特定领域的商品与原告从未推荐用于这些特定领域的商品进行比较。原告为此提起诉讼。地区法院指示陪审团作出了两个推定:(1)基于被告的恶意推定存在欺诈;^[65](2)推定原告受有损害,且损害与被告行为之间存在因果关系。^[66] 地区法院支持了原告的所有诉讼请求,并针对虚假比较广告判予 150 万美金的损害赔偿。被告提起上诉,认为第二个推定不恰当地减轻了原告举证义务,其依据的先例为 Harper House, Inc. v. Thomas Nelson, Inc. 案^[67](以下简称“Harper House 案”),因为审理该案的法院要求证明特定的损害和因果关系。

“Harper House 案”与本案的不同之处在于,涉案广告并非虚假比较广告,仅为一般虚假广告,陪审团认定被告系恶意行为。^[68] 正如本案古德温(Goodwin)法官所指出,当被告不针对任何其他特定产品而仅虚假描述自己产品时,不能为了支持原告诉求而接受可推翻的损害推定,否则原告可能只因其属于相同市场竞争者而收获意外之财——损害赔偿。因此,在不涉及比较广告的案件中,原告必须证明损害和因果关系。第八巡回上诉法院还指出,在依兰哈姆法请求禁令救济的案件中运用损害推定时,可以参照第二巡回上诉法院在 1988 年“McNeilab, Inc. v. American Home Products Corp. 案”^[69]中特别对照这两种不同情形所采用的标

[59] See Johnson & Johnson supra note 56, p.189.

[60] See Johnson & Johnson supra note 56, p.190.

[61] See Johnson & Johnson supra note 56, p.190.

[62] Coca-Cola Co. v. Tropicana Prods., Inc., 690 F.2d at 316(2d Cir.1982); Vidal Sassoon, Inc. v. Bristol-Myers Co., 661 F.2d 272 (2d Cir.1981).

[63] Johnson & Johnson, supra note 56, p.190.

[64] Porous Media Corp. v. Pall Corp., 186 F.3d 1077 (8th Cir. 1999).

[65] 上诉法院认为,第一个推定已经被许多法院认可,U - Haul Intl., Inc. v. Jartran, Inc., 793 F.2d 1034, 1041 (9th Cir.1986) (Jartran II); Harper House, Inc. v. Thomas Nelson, Inc., 889 F.2d 197, 209 (9th Cir.1989); Resource Developers, Inc. v. Statue of Liberty - Ellis Island, 926 F.2d 134, 140 (2d Cir.1991).

[66] Porous Media, supra note 64, pp.1329, 1333.

[67] Harper House, supra note 65, p.200, 被告的虚假广告是在广告中展现宣称为 Time Maker I 产品,而之后出售 Time Maker II 产品(两者之间有很多不同)。陪审团支持了原告所有诉求并判予损害赔偿。上诉法院认为原告未能出示任何因被告行为造成损害的证据,以缺乏证据唯有推翻了原审判决。

[68] Porous Media, supra note 64, pp.1329, 1334.

[69] McNeilab, Inc. v. American Home Products Corp., 848 F.2d.34 (2d Cir.1988).

准:只要比较广告系虚假或造成误导,就可推定已造成不可弥补的损害,应当颁发禁令。〔70〕

(三)美国的艺术性夸张与欧盟的客观性要求

美国联邦最高法院在早期案件中认为,艺术性夸张“仅是对物品特点的夸张”。〔71〕FTC也曾提及,艺术性夸张“表明卖方对其产品质量进行了可合理期待的夸大,真实或错误难以精确确定。”〔72〕通常而言,艺术性夸张有四个特征:泛泛且模糊、〔73〕所作陈述无法计算或不可证明、〔74〕陈述具有主观性、〔75〕消费者不会信赖。〔76〕非事实言论被许多法院认为“不会真的误导购买者,特别是在他完全有机会就购买形成自己独立的意见时”,理性人显然不会“无条件地接受对他们所作的任何陈述。”〔77〕因此“不少法院会认为,如果理性人能意识到陈述是已夸大的事实,这种陈述就已夸张不实了”。〔78〕FTC采用了类似标准来界定这种陈述的合理边界。〔79〕

“Pizza Hut, Inc. v. Papa John’s International, Inc.案”〔80〕清晰地指明了美国法院认为不可诉的夸张广告的情形。该案原告与被告均为披萨连锁行业的佼佼者。1995年,被告采用将其宣传语更新为“更好的原料,更好的披萨”,并将其注册为联邦商标。1997年5月,原告开始标榜其披萨是最好的,与此同时,被告推出了针对原告宣传主题的广告:利用原告创始人之一弗兰克卡尼(Frank Carney)(20世纪80年代离开原告,后因最喜欢被告的匹萨口味,成为被告的特许经营人)来吹捧销售。在这场广告大战中,被告取得重大胜利:整个五月,被告的销售额增加了11.7%,而原告的下降了8%。随后被告又针对双方披萨口味,做了口味测试广告,表明消费者更喜欢自己披萨的口味。

后来,在被告所做的众多比较广告中,都使用了“更好的原料,更好的披萨”宣传语,其中也包括对酱油和面粉优越性的比较。第五巡回上诉法院认为,“更好的原料,更好的披萨”宣传语是“夸张广告的缩减版,是消费者不会合理信赖的夸张和吹捧”,“仅依据‘更好’一词,很难联想到任何产品或任何产品的任何原料”。然而,法院认为,在酱油和面粉优越性的比较广告中,宣

〔70〕 Ibid.

〔71〕 United States v. New South Farm & Home Co., 241 U.S. 64, 71 (1916).

〔72〕 In re Better Living, Inc., 54 F.T.C. 648, 653 (1957), aff’d, 259 F.2d 271 (3d Cir. 1958).

〔73〕 U.S. Healthcare, Inc. v. Blue Cross of Greater Philadelphia., 898 F.2d at 926; Smith—Victor Corp. v. Sylvania Elec. Prod., Inc., 242 F. Supp. 302, 308 (N.D. Ill. 1965).

〔74〕 Clorox Co. Puerto Rico v. Procter & Gamble Commercial Co., 228 F.3d 24, 39 (1st Cir. 2000).

〔75〕 Omega Eng’g, Inc. v. Eastman Kodak Co., 30 F. Supp. 2d 226, 259 (D. Conn. 1998).

〔76〕 U.S. Healthcare, supra note 73, p.922; United States v. An Article... Consisting of 216 Individually Cartoned Bottles, 409 F.2d 734, 741 (2d Cir. 1969).

〔77〕 Terhune v. Coker, 107 Ga. 352, 354, 33 S.E. 394, 394—395 (1899).

〔78〕 G. Rosden, P. Rosden, 2 *The Law Of Advertising*, Newark, NJ: Lexis—Nexis, 1989 Revised Edition, § 13.05[3], at 13—62.1—.2, § 10.06[2][b], at 10—30.

〔79〕 FTC在合理与不合理之间划界的基础为:尽管销售吹嘘的空间仍存在,尤其是针对观点而非事实,但它必须让消费者识别其为夸大,而不是让消费者受骗。”P. Ward, *Federal Trade Commission: Law, Practice and Procedure*, Law Journal Press, 1990, § 6.03[4], at 6—11.

〔80〕 Pizza Hut, Inc. v. Papa John’s International, Inc. 227 F.3d 489 (5th Cir. 2000).

传标语传递的信息被扩大并增加了额外含义。让消费者认为披萨更好的原因是因为有好的酱油与面粉；简言之，“更好”一词让消费者认为是指向了酱油与面粉。由于原告未能证明该宣传语对消费者购物存在重要影响，法院并未支持原告的主张。

有学者指出艺术性夸张广告存在的悖论是，一方面认为潜在消费者不会信赖这种陈述，另一方面广告投放者又会继续对它进行投资，并可将它作为抗辩理由。^{〔81〕} 与其他商品一样，商业言论也是一种商品，其价格和可获得性受制于供求规律。“只有在广告投放者认为直接比较能有效说服消费者购买时，才会做比较广告。广告内容是用来说服（消费者），是可选择且不稳定的。”^{〔82〕} 正如学者 Robert 所持观点和 FTC 后来针对指引所作的解释：除非能产生净利润，否则卖方是会在广告上投资的；除非广告比自己检索的信息更有效，否则消费者也是不会依赖它的。^{〔83〕} 这位学者认为，不能将用来攻击竞争对手的陈述等同于夸张宣传自身产品的广告。

夸大有积极夸大和消极夸大(negative puffery)两种类型。上文提及的都是积极夸大类型，消极夸大是指在贬损竞争对手时使用了夸大修辞。有学者认为“消极夸大”违反了朴素的道德要求——“如果你不说他人的好话，最好什么都别说。”与积极夸大相比，公众更会认真地对待消极夸大。^{〔84〕} 沃尔夫(Wolff)教授早在 1938 年就写到，与德国法院对消极夸大的鄙视相比，英美法院持明显容忍的态度，“尽管消费者通常不会信赖夸张，但至少今天仍有些人可能因用于比较的贬低(他人或其商品)内容而受影响。”竞争对手无法忽视这种推销话术，购买者不会在意消极夸张的观点无法说服竞争者，这种理论起不到什么安慰效果。^{〔85〕}

然而，欧盟没有类似于艺术性夸张的规定，而对比较广告提出了客观性要，即事实陈述必须纯粹、具体，不允许任何模糊、泛泛或主观的陈述。在法国，“产品 X 优于产品 Y”的陈述就不合法；比较“口感、气味、韵味、光滑性、艺术性”等元素也是不允许的。^{〔86〕} 我国黄山牌香烟曾经的广告语“黄山第一，中华第二，红塔山第三”，乃是以针对香烟品感的消费者测试为基础

〔81〕 See Paul T. Hayden, “A Goodly Apple Rotten at the Heart: Commercial Disparagement in Comparative Advertising as Common-law Tortious Unfair Competition”, *Iowa Law Review*, Vol. 76, No. 1, 1990, p.87.

〔82〕 Pridgen, Preston, “Enhancing the Flow of Information in the Marketplace: From Caveat Emptor to Virginia Pharmacy and Beyond at the Federal Trade Commission”, *Georgia Law Review*, Vol. 14, 1980, p. 679.

〔83〕 Remarks of Robert Reich, Director, FTC Office of Policy Planning, before the National Conference on the First Amendment and the Corporation (March 16, 1979), reprinted in *FTC Trade Regulation: Advertising, Rulemaking, and New Consumer Protection*, 1979, pp. 39, 50-51.

〔84〕 See Hayden, *supra* note 81, p.88.

〔85〕 自认为遭受损害的被诋毁对象进行自由反击，并非一种恰当的反应。Wolff, “Unfair Competition by Truthful Disparagement”, *Yale Law Journal*, Vol. 47, No. 8, 1938, pp.1334-1335, 自尊的商人不会自愿或不当被迫采取他认为有损尊严、不公平且可憎的销售方式。

〔86〕 Paul-Philippe Massoni, “Publicité comparative”, 5 *Juris-classeur Contrats-Distribution*, fascicule 4140, p. 28 (1994).

而作的陈述。即便有以消费者测试为基础,在法国也是不允许的;但这种对比在美国是合法的,因为这些信息可以得到消费者测试的证明,当然,必须向消费者表明其所比较的内容仅为香烟的品感。

欧美对事实客观性陈述的不同要求,体现了两种不同的消费者标准。美国法采用了理性消费者标准:合理审慎且有足够经验,不会认为那些模糊的、泛泛的、主观的陈述是真实的。^{〔87〕}相反,法国法采取了易受骗的消费者标准:易受骗的、无知的且考虑不周的人群。^{〔88〕}法国法院已经确认立法机关使用最不可能的消费者标准来判断比较广告合法性的立场。一些评论家已指出,法国新颁布的法律并未使用经常引用的“bon père de famille”,即具有高阶注意力的消费者标准,而采用了被认为是易于受骗的“普通消费者”标准作为实施《消费者法》相关条款的指导规则。^{〔89〕}与理性消费者相比,易受骗的消费者是指那些易受影响的、疏于注意的、无批判力的、轻易信赖他人的、不挑剔的、不现实的且毫无经验的人群。在购物之前,他从来不会咨询产品有用的信息,而单纯依赖广告。简言之,他倚重任何模糊且广泛的陈述,并不能识别仅有意见陈述的广告。

从推动自由竞争与提高消费者福利的目标来看,显然美国的理性消费者标准更加令人信服。它允许广告商在很宽的范围内使用比较广告,同时确保消费者获得信息并对其进行整体保护。第七巡回上诉法院明确解释了为何超出理性消费者标准会减少消费者福利的原因:“许多消费者是无知或疏于注意的,无论做广告的企业多么仔细认真,一些人注定会错误理解广告内容。如果因此就禁止所有的比较陈述,消费者整体的情况会更加恶化。”^{〔90〕}

与之相反,易受骗消费者标准,或更广泛地说,欧盟对比较广告的客观性要求成为比较广告发展的重要阻碍。它禁止了大量符合美国法规定的合法比较广告,例如一般的优越性陈述,诸如“如果你喜欢……/那么就会爱上……”的广告语,或比较产品味道和气味的广告。这种过于保守的态度,必然会阻止那些本应告知消费者的信息的传播。

〔87〕 必须指出易受骗的消费者,是合理消费者成为标准之前的标准。Florence Mfg. Co. v. J.C. Dowd & Co., 178 F. 73, 75 (2d Cir. 1910),认为“法律是用来保护无知、不加思考以及易受骗的人,他们在消费时不会停下来分析,而仅凭外观和整体印象作出判断”;Doe v. Boys Clubs, Inc., 907 S.W.2d 472, 479—80 (Tex. 1995),依据德克萨斯州欺诈贸易法,如果某行为能欺骗无知、不加思考和易受骗之人,该行为就是虚假的;“理性消费者”标准在Cliffdale Assocs, 103 F.T.C. 110 (1984)案中第一次适用,认定广告商所作的引擎装置会帮助消费者节省燃料的陈述是虚假的。

〔88〕 在合理消费者成为标准之前,美国判例法用这些语言定义易受骗的消费者;而法国判例中使用“普通消费者”作为标准,CA Paris, Sept. 27, 1993, D. 1994 somm.77, note M.—L. Izorche.(quoting Romano, supra note 31, citation 130),针对不同时呈现于面前的两种产品,以消费者的普通注意力尚无法发现其差别时,就有可能产生混淆。

〔89〕 See Ulf Doepner, Frank—Erich Hufnagel, “Towards a European Consumer Protection? Protection Against Misleading Advertising in Europe”, *Trademark Reporter*, Vol. 88, No. 2, 1998, p.192.

〔90〕 August Storck K.G. v. Nabisco, Inc., 59 F.3d 616, 618 (7th Cir. 1995); Doepner, supra note 89, p.186.如果严苛的广告法禁止那些尽管可能被小部分消费者误解,但对大多数人而言可以增强市场透明度的信息的传播,将会削弱对消费者的保护。

四、利用他人商誉型

企业的商号、商标等商业标识是商誉的重要载体。由于比较广告须指明竞争对手,而成本低、消费者易于接受的指明方法,便是在广告中提及竞争对手的商号或商标。提及竞争对手的字号、商标等标识,是实现比较广告目的难以避免的。在比较广告投放者遭遇侵权诉讼时,通常会以“合理使用”作为抗辩理由。

(一)模仿复制品比较广告中的利益博弈

有些小企业靠低价销售不受专利或著作权保护、处于公有领域的商品复制件或模仿品起步,如模仿服装的样式、香水的味道等。投放比较广告,就成为这些小企业理想的宣传策略,广告通常陈述为“与某品牌产品相似,但价格更低”。字号或商标被比较的企业则认为其商标或商号被不正当使用,广告主不正当搭乘了其商誉的便车。

法国法律和司法实践明确禁止这种类型的比较广告,^[91]1981年到1991年期间就有138个判决禁止这种广告。^[92]法国学者解释了禁止上述比较广告的理由:首先,广告投放者不正当攫取了商标所有人的潜在顾客;其次,商标的名声会被丑化;最后,会严重威胁商标的显著性,商标演变为通用术语的危险增大。^[93]

美国法院的观点异于法国。早在1910年,霍姆斯大法官就在“Saxlehner v. Wagner案”^[94]中作了论述。被告模仿原告以“Hunyadi Janos”商标销售的天然水,法院判决禁止被告使用原告商标来指明自己的“人造”水,但允许被告使用该商标指明其产品是对原告天然水的模仿。霍姆斯指出:我们没有理由质疑法院所作不存在不正当竞争和欺诈的结论,原告诉讼的真实意图是实现商品的垄断。然而,原告对这种水并无任何专利,被告有权模仿,有权通过诸如“他们正在制造相同的商品”等广告来告知公众。随后,第八、第二巡回上诉法院分别在1917年“Viavi Co. v. Vimedia Co案”^[95]和1962年“Societe Comptoir de L'Industrie Cotton-

[91] Article L.121-9(4). This form of comparative advertisements is also declared unlawful by L.713-2 IPC, which prohibits the “reproduction, use or affixing of a mark even with the addition of words such as formula, style, system, imitation, type or method.” See CA Versailles, Jan. 19, 1987, D. 1993 somm. 113. (qutai).

[92] Cass. com., Oct. 16, 1985, 1985 Bull. Civ. IV, No. 243; Cass. com., Jan. 27, 1981, Ann. Prop. Ind. 1981, 91. (quoting Romano citation, supra note 31, citation 144).

[93] Christine—Maud Vilmart, “La référence à la marque d’autrui sera-t-elle encore sanctionnée en dehors de la contrefaçon?”, Le cas de la parfumerie, Gaz. Pal. 1991, doct. 8. (quoting Romano, supra note 31, citation 145).

[94] Saxlehner v. Wagner, 216 U.S. 375(1910), at 380-381.

[95] Viavi Co. v. Vimedia Co, 245 F. 289 (8th Cir. 1917), at 292.,原告以“Viavi”注册商标销售非专利的专有药用制剂,被告药用制剂的当地经销商称,“Vimedia产品与Viavi牌药用制剂相同或一样好。”第八巡回上诉法院认为,在没有类似专利赋予这种垄断时,如果可能,任何人都希望在模仿该产品且表明其并非原告产品的情况下,能够以“两者是一样的”陈述来推广销售其产品。

niere Etablissements Boussac v. Alexander's Dept. Stores, Inc.案”^[96]中支持了该观点。

在1968年的“Smith v. Chanel, Inc.案”(又称为“香奈儿”和“消费者知情”案)^[97]中,第九巡回上诉法院勃朗宁(Browning)法官明确指出了此类案件的争议焦点:贴上商标的专利已过期或非专利产品的复制者,能否在广告中用他人商标来表明所复制的对象。法院强调公众获得原告史密斯提供信息(以更低价格买到相同或相似产品)的利益,和史密斯以有效方式宣传产品最重要特征(香味)的合法利益。在法院看来,上述两种利益超过了“不应免费利用竞争对手商标良好声誉”的争辩。第九巡回法院对该问题的答案是:只要不含错误陈述或在来源上造成购买者混淆,“搭便车”即为合法。^[98]

(二)美国的商标淡化稀释理论

法国法禁止利用商标价值的比较广告,与美国法明确将比较广告排除在外的“模糊导致淡化”理论形成对照。商标淡化稀释(blurring)是指第三人未经许可使用他人的商标,致使该商标不再特定指向唯一商品,而指向了不同来源的不同商品。尽管消费者知道做广告的企业并不生产这种商品,消费者仍会将竞争对手的商标与广告产品联系起来,从而造成对竞争对手商标识别来源功能的稀释。稀释商标的效果就是,消费者不仅会想到竞争对手的产品,还会想到广告投放者的产品。

乍看起来,稀释理论似乎会对比较广告产生威胁:“与……一样,或优于……”等表述尤其会受到该理论威胁。如果稀释理论得以严格适用,将会影响诸多比较广告的合法性。然而,《兰哈姆法》43(c)(4)(A)规定,“为了区分竞争对手,在比较广告中或在促销商品时可以合理使用知名的商标”,因而依据淡化理论,比较广告又具有合法性、是不可诉的。例如,对竞争对手商标的非商标性使用,如在描述意义上使用商标,以区分竞争对手的商品,就属于描述性合理使用。^[99]在淡化危险被降低时,无论是联邦法院还是州法院,都倾向于不禁止比较广告。在“Deere & Co. v. MTD Products, Inc.案”^[100]中,美国第二巡回法院认为问题的关键在于,

[96] Societe Comptoir de L'Industrie Cotonniere Etablissements Boussac v. Alexander's Dept. Stores, Inc., 299 F.2d 33, 1 A.L.R.3d 752 (2d Cir. 1962).被告在广告中使用原告注册商标“Dior”和“Christian Dior”来表明原告的裙子系被告模仿的对象。地区法院拒绝签发临时禁令。第二巡回上诉法院考察了原告在兰哈姆法以及普通法中的权利,指出被告的这种陈述显然是正确的,没有证据表明这构成欺诈或使消费者对被告产品的来源或赞助关系产生混淆,并且论述说,兰哈姆法规制的对象是虚假描述或陈述,或对商标的使用可能造成混淆或错误,防止导致消费者在商品或服务来源上被欺骗。兰哈姆法并非禁止商业对手真实地指明其产品是对公有领域产品的模仿或复制,即使它使用了在先者的名字来说明,特别是在很难有其他方法来告知消费者之时。法院同样驳回了其基于普通法的诉求:不公平竞争必须建立在要么欺骗要么滥用了原告排他权的基础上。在本案中,模仿设计是合法且合理的,唯一被认为侵犯的是蕴含在商标中的商誉。但是原告的商标权受到来源或隶属关系混淆引起的淡化规则限制。

[97] Smith v. Chanel, Inc., 402 F.2d 562 (9th Cir. 1968).

[98] Ibid.

[99] Playboy Enters., Inc. v. Welles, 279 F.3d 796, 806 (9th Cir. 2002),根据定义,描述性使用是指描述了商标所有人的商品,但不会让消费者将对广告商品与商标所有人的商标产生不恰当的联想。

[100] Deere & Co. v. MTD Products, Inc., 41 F.3d 39 (2d Cir. 1994).

根据纽约州反淡化法,广告主能否在比较广告中以改变(变形)竞争对手商标的形式来识别竞争对手的商品。^[101]第二巡回法院在认定“卖家可能希望使用竞争对手的商标来识别竞争者的产品”后,判定原告商标的显著性不太可能被淡化,因为即便存在损害 Deere 商标与其商品联系的风险,被告的使用对识别性的影响也是轻微的。^[102]

(三)法国禁止搭乘商标权人名声与商誉

法国商标法更注重保护商标所有人的名声与商誉,其背后的理念是,商标所有人通过针对商标的智力与经济投入建立了名声,^[103]并培育了商标的营销能力(sells of power)。^[104]产生的结果可能是商品得以出售,而不会在乎诸如价格、品质等特征,因为商标承载的声誉足以单独驱使消费者购买商品。这些理由已经让法国学术研究人员、法官和立法者相信,商标不仅具有区分同类商品不同来源的功能,还有彰显商标所有者名声与商誉的功能,而名声与商誉正是商标可保护的特征。^[105]欧洲共同体法院也明确认可“商标是其所有者用以对抗意图利用其商标地位与名声的竞争工具”。^[106]

尽管商标所有人针对商标的大量投资原则上应受保护,但在比较广告环境下,这种保护的反竞争后果^[107]应当高于其积极效果。事实上,保护商标价值而非商标区分来源功能的唯一目的就是保护商标权人的投资。然而,保护商标权人福利的传统观念已经被竞争最大化与消费者福利最大化的政策目标所取代。^[108]事实上,法国法的立场混淆了不公平竞争(unfair competition)与自由竞争(free competition)两个概念。允许广告商在比较广告中批评或利用他人商标的价值,肯定会让竞争充满活力(竞争自由),并非必然导致欺诈(不公平竞争)。只要禁止错误和误导的陈述,比较广告与自由竞争之间就没有冲突了。^[109]

在大多数比较广告中,特别是在“……与……相当”的陈述中,比较的目的就是利用竞争对手在其商标上所形成的名声与商誉。知名商标所有人可以轻易让法院信服涉案广告意图利用他们的名声。法国已经立法禁止上述广告,为了禁止诸如侵犯商标所有人名声和商誉等一切应受谴责的行为,法国法院也强烈倾向于扩张其在不正当竞争领域的适用。^[110]其结果便是,这种禁止性条款不仅鼓励竞争者起诉广告商,还会让法院在较大程度上禁止比较广告。

^[101] Ibid, at 40.

^[102] Deere supra note 100, p.41.

^[103] See Arthur R. Miller, Michael H. Davis, *Intellectual Property: Patents, Trademark, and Copyrights* (3rd ed.), Nutshell, 2000, p.189.

^[104] See Nancy S. Griewe, “Antidilution Statutes: A New Attack on Comparative Advertising”, *Trademark Reporter*, Vol. 72, No. 2, 1982, p.178.

^[105] See Miller, supra note 103, p.189.

^[106] Case 16/74, Centrafarm BV v. Winthrop BV, 1974 E.C.R. 1183 (1974).

^[107] See Smith, supra note 97, pp.566—567.

^[108] See McCarthy, supra note 32 § 1:1.

^[109] Ibid, at § 31:90.

^[110] See Eric Andrieu, “Nouvelle réglementation en matière de publicité comparative”, 186 *Légipresse*, 2001, p.136.

五、商誉诋毁型

客观而言,应苛责的诋毁与可接受的批评之间的界限是模糊的。即便不存在针对竞争对手的错误表述或误导性陈述,也没有损害其商誉的主观意愿,仍可能构成诋毁。

(一)对批评性广告的不同限制

尽管美国法和法国法都发展出了制止不择手段广告投放者行为的理论,但两个国家针对比较广告的理论并不相同。法国法广泛使用诋毁概念来禁止较大范围的批评性比较。相比之下,美国的路径更加温和,在判断比较广告中的批评应否禁止时,一般会考虑对竞争对手的损害程度和广告投放者损害竞争对手商誉的动机。^{〔11〕}

针对可以精确证实的事实进行批评性比较,似乎是应该接受的。然而,法国法院持不同立场。例如,一个商人不得在自己店内展示对竞争对手不利的判决。^{〔112〕}同样,咖啡生产商不能批评竞争对手的生产工艺,而不论这种批评是否有足够依据。^{〔113〕}此外,诋毁不仅出现在广告投放者明示批评竞争对手之时,也同样会发生在抄袭竞争对手近期广告中的特定要素(诸如动画机器人之类)之时。^{〔114〕}法国法院强烈倾向于禁止批评性比较广告:“如果广告与生俱来的任何夸张之词不破坏公平竞争,就不允许以陈述优势的方式从拥有同样品质的竞争对手那儿夺取竞争优势。”^{〔115〕}在法国,要使比较广告合法,就应尽量避免批评竞争对手。

Deere 案的被告用一张优雅、与实物同比例尺寸的静态鹿形象——象征原告的内容和力量,并以动画模式呈现一只比小狗身段更小的鹿从一只狗和草坪拖拉机旁迅速逃离、频频回头、显得十分害怕的样子。^{〔116〕}尽管 Deere 商标的使用与性活动、淫秽或其它非法活动无关,法院仍禁止该广告以“修改(变形)商标的方式……来实现推销竞争产品的这个唯一目的……。”^{〔117〕}法院认为,商家希望提升广告或产品的吸引力,以广泛嘲讽大家熟知的非竞争产

〔11〕 See Andrea Lensing—Kramer Peter Ruess, “Recent Developments in Comparative Advertising and Their Implication for Trademark Law in Germany”, *Trademark Reporter*, Vol. 94, No. 6, 2004, p. 1315.

〔112〕 See Jean—Jacques Biolay, “Publicité comparative”, 902 *Juris—classeur Concurrence—Consommation*, 2003, p. 49.

〔113〕 CA Paris, Mar. 27, 1977, cited in Biolay, *supra* note 112, p.49.

〔114〕 CA Paris, Feb. 12, 1988, D. 1988 inf. rap., 75. See Biolay, *supra* note 112, pp. 45—47.

〔115〕 CA Douai, Oct. 2, 1995, D. 1996, 99, note Fourgoux; 9 *Légicom* 52 (1995). But cf. CA Paris, Jan. 18, 2002, *Gaz. Pal.* 2002, II, jur. 1668, (quoting Charlotte J. Romano, *supra* 31, citation 171).认为无线电台展示不同尺寸的汽水罐,大的那个带有做广告电台(NRJ)的标识,小的那个带有竞争对手(Europe 1)的标识,且伴有下述类型的宣传语“NRJ 比 Europe 1 多拥有 30% 的听众”的行为并不构成诋毁。

〔116〕 Deere, *supra* note 100, p.45.

〔117〕 Deere, *supra* note 100, p.45.在认定该广告既不构成稀释也非丑化后,法院宣布“稀释、丑化的二分法并没有必然反映淡化商标的所有使用方式的范围……”*Ibid.*, at 44.审理 Deere 案法院创造的改变(变形)商标型淡化随后被解释为“广泛意义上的丑化”而非“一种新的淡化形式”,See *Hormel Foods Corp. v. Jim Henson Prods.*, 73 F.3d at 507 (2d Cir. 1996).

品商标的方式来提升销量,……存在用作笑点的商标被稀释的风险。^[118]

法国巴黎上诉法院审理的 Orangina 无糖苏打水电视广告案件,^[119]与美国第二巡回法院审理的案件类似。广告中,一群化妆为方糖的人(扮演“糖”的角色)被拒绝进入夜总会,此时一个高高瘦瘦、身穿橙色套装的人(扮演“Orangina”的角色)轻轻松松就进去了。法院认为方糖角色是以滑稽可笑的方式呈现的,因为它是以零乱外表、行乞姿态出现并被拒绝入内的。这就丑化了方糖产品的形象,也未增加任何强化 Orangina 的信息。这个广告,被认定构成对方糖产品的诋毁。^[120]

(二)美国的商标丑化理论

丑化,原本限于对商标进行“名声不好的”或“有害身心的”使用,诸如性交、淫秽或其它非法活动,现在已被法院扩张至包含所有“有损形象”的使用。^[121]

美国联邦第二巡回法院认为,当原告商标与质量低劣的产品联系在一起,或在不太健康或令人生厌的可能对商标所有人产品印象不好的语境中被描述,丑化便产生了。在这些情形下,商标的商誉和商业价值可能被贬低,因为相关公众会将产品质量低劣或缺少声誉与原告的商品联系起来,或者因被告的使用降低了原告商标在消费者心中作为健康标识的声誉和地位。^[122] 模糊仅能淡化商标的识别价值,而丑化除降低商标识别功能之外,还会降低标识的积极联想价值。丑化的必要条件就是,确认原告的商标将因被告的使用而遭受消极的联想。^[123] 既然淡化和丑化都会降低商标的积极联想价值,那么丑化与淡化又是什么关系呢? 美国法院在适用联邦法律时,明确支持丑化内含淡化的理论。多数州法院也明确认为,丑化就是淡化的一种。^[124]

由于丑化被用作禁止比较广告中很多形式的滑稽模仿的理由,因而美国法院和联邦反淡化法限制用丑化理论来解决比较广告问题。如前所述,兰哈姆法案 43(c)(4)(A)就将公平合理的比较广告排除在淡化规则之外。审理 Deere 案的法院也明确限制将丑化类型的淡化理论适用于比较广告,判决认定只要不显著改变商标,就可以在比较广告中使用他人商标。^[125] 在“竞争对手有减损商标有利属性的动机,存在不显著改变标识也能促销产品的充分机会”的情

[118] Deere, supra note 100, p.44.

[119] See Lionel Forest, Publicité: “l’humour n’excuse pas tout”, *Les Echos*, Sept. 1, 2004, 12.

[120] Ibid.

[121] CA Douai, Oct. 2, 1995, D. 1996, 99, note Fourgoux; 9 *Légicom* 52 (1995). But cf. CA Paris, Jan. 18, 2002, *Gaz. Pal.* 2002, II, jur. 1668(quotting Charlotte J. Romano, supra note 31, p.373).

[122] Deere, supra note 100, p.43.

[123] Foods, supra note 117, pp.497, 508.

[124] See Robert S. Nelson, “Unraveling the Trademark Rope: Tarnishment and Its Proper Place in the Laws of Unfair Competition”, *IDEA: The Journal of Law and Technology*, Vol. 42, No. 1, 2002, pp.145—146.

[125] Deere, supra note 100, p.45,第二巡回上诉法院认为,为了区分竞争产品而将某个商标用在提供信息的广告中,反淡化法的保护范围必须考虑商标被改变的程度和改变的性质。See also *Girl Scouts of U.S. A. v. Personality Posters Mfg. Co.*, 304 F. Supp. 1228, 1233 (S.D.N.Y. 1969),认为描述怀孕女童的海报,传递的信息是纯洁女童的传统形象受到挑战,并没有损害女童的商标。

况下,改变标识便可能构成丑化。纽约州反淡化法也禁止以促销产品为唯一目的而改变商标的行为,因为存在让消费者将不好的特性与某商标相联系,并最终与低劣产品和服务联系在一起的风险。^[126]

(三)法国与美国的不同态度

尽管美国法透过商标淡化或丑化理论,也看重商标所有人对其商标的投资,但就比较广告而言,自由竞争和消费者福利的政策目标更为优先。这种理念的代表便是勃朗宁法官在消费者“知情权”案^[127]中的表述:他首先解释说,不保护商标的来源区分功能,反而保护商标所有人名声与商誉,会造成严重的反竞争效果,同时也不会对公众利益有所补偿。^[128] 法国法保护那些早已进入市场的公司,但是高度标榜商标的吸引力会给新入市场者造成壁垒。反过来,进入市场的高壁垒会产生较高的超额利益、限制并垄断产量、较高且可能超额的推销成本等不利后果。^[129] 他继续反驳被上诉人的下述观点,“在投入巨大资源开拓商标营销能力的情况下,应当禁止竞争对手免费利用蕴含在商标中的名声与商誉。”^[130] 他在判决中称,大量消耗金钱本身并不能产生受法律保护的权利。被上诉人无权垄断公众对非专利产品的需求,即使这种需求是他们用巨大努力和花费创造的。^[131]

法国认定贬低他人商标非法的条款,为法官提供了除不公平竞争法律之外的另一种武器。与法院广泛使用不正当竞争理论来禁止批评比较一致,新的法律规定可能会让法院禁止任何优越性(……比……好)和消极性陈述(诸如……比不上……)。相比较之下,美国的方法更加令人信服。支持对商标权人的投资提供保护,反对夸张的、不重要的或故意的批评,但保护以传递信息为目的、合理且适度的批评性陈述。^[132]

六、启示及建议

有关我国比较广告的现有文献^[133]和相关司法判决^[134]表明,多数观点仍将比较广告归类

[126] See Merriam—Webster, Inc. v. Random House, Inc., 35 F.3d 65, 73 (2d Cir.1994); Sally Gee, Inc. v. Myra Hogan, Inc., 699 F.2d at 624—625,第368条d款保护的利益不仅仅是商业信誉,还有在消费者看来,显著性的商标或具有积极联想的名字等凝聚于产品中的营销能力。

[127] See Smith, supra note 97, p.562.

[128] See Smith, supra note 97, p.566.

[129] See Smith, supra note 97, pp.566—567.

[130] See Smith, supra note 97, p.568.

[131] See Smith, supra note 97, p.568.

[132] See Augenhofner, supra note 3, p.131.

[133] 参见茅莹:“对不正当比较广告的竞争法规制——基于我国《反不正当竞争法》第2条、第9条、第14条的实证分析”,《法制与社会》2016年第5期,第89页。

[134] 上海市第二中级人民法院(2004)沪二中民五(知)初字第40号民事判决书:“被告……属于采用直接对比的方式的比较广告,而比较的内容并无事实基础,且客观上贬低了原告经销的“高露洁捷齿白美白液”商品,该虚假的比较广告实质是一种商业诋毁,故两被告的行为分别构成以不当对比广告损害经营同类产品的原告广州高露洁棕榄有限公司的不正当竞争。”

为《反不正当竞争法》第九条之“虚假宣传”和第十四条之“商业诋毁”的不正当竞争类型。诚如上文所述,比较广告的正当性认定其实没有这么简单。迄今为止,我国法律法规、司法实践均未形成认定“虚假宣传”或“商业诋毁”系统的具体的规则。结合我国实际情况,建议在《反不正当竞争法》框架下规制比较广告,确立比较广告概念和应满足的条件,并修改有关单行法。

(一)删除《广告法》第九条第(三)项禁止最高级的规定

《广告法》第九条第(三)项禁止使用“国家级”“最高级”“最佳”等用语,属于对宪法性权利——言论自由的过度限制,排除了适用艺术性夸张广告的可能性。艺术性夸张广告,只要公众明确知悉这些属于夸张和吹嘘——仅限于吹嘘“自己的产品”,或广告投放者陈述的内容宽泛不具体,不会导致相关公众混淆,就没有禁止的必要。这样做,既尊重了广告投放者的言论自由,也提升了广告的艺术性,使广告具有可读性、耐读感。

(二)明确比较广告正当性的判断标准

鉴于比较广告能为消费者提供诸多有用信息,满足其知情权,获得充分竞争之物美价廉福利,因而没有绝对禁止的必要。当然,可以明确不正当比较广告的构成要件。建议将比较广告区分为是否导致相关公众混淆来源或造成误解的虚假陈述、是否不正当利用他人商誉、是否商业诋毁他人商誉三种类型。

《反不正当竞争法》第九条“虚假宣传”和第十四条“商业诋毁”两处规定都未能准确反映比较广告正当性的判断标准,而且二者之间存在重合与交叉之处,应当进一步厘清。

2017年10月初全国人大常委会公布的《反不正当竞争法(修订草案)》,在第二条中增加了保护“消费者”利益之规定,^[135]奠定了调整《反不正当竞争法》之比较广告规则的基础。

与欧洲和美国不同的是,我国比较广告数量较少,适宜修改规则刺激比较广告的增加,选择与美国模式更为接近的理论,并完善商标淡化理论、讽刺性滑稽模仿等配套理论与规则。

(三)发挥消费者调查发现事实的功能

不正当比较广告会损害竞争对手或市场秩序。是否造成损害是一个事实问题,需要借助公众意见调查才能证实;否则无从判断某个具体比较广告正当与否。

事实调查已为发达国家普遍认可和接受。调查报告主要适用于商标案件、商业秘密案件、虚假广告、网络营销、名称通用化,甚至也用于专利侵权案件。^[136] 莎丽·塞德曼·戴梦博士在其著名的《科学证据参考手册》一书中提及,业界广泛使用调查报告的原因之一,“调查报告提供了一种收集大量个体社会群体相关信息的经济、系统的方式。调查报告广泛运用于商业活动、政府事务以及行政规章制定和诉讼程序中。联邦法院和州法院已经在诸多问题上认可调查报告证据。”^[137]

[135] 本法所称的不正当竞争行为,是指经营者在生产经营活动中,违反本法规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。

[136] 参见(美)詹姆斯·T.伯杰,(美)R.马克·哈里根:《商标侵权判断问卷调查指引》,黄武双、万宏瑜、尚广振译,法律出版社2015年版,第1页。

[137] 同上注,第2页。

我国接受消费者调查证据的程度极低,但公众意见调查这一直接发现或证明事实的方法,对证明是否混淆、误导,是否诋毁他人商誉等事实,具有其他方法难以有效替代的效果。建议在接受消费者调查报告的基础上,对消费者调查进行规范,严格审查调查问卷所设计的问题、受访者的选择标准、实物出示等具体环节,以充分发挥消费者调查作为发现事实手段的难以替代的作用。

Abstract: As a significant way to obtain the information about the sellers or their goods, comparative advertising is playing an important role in the market promoting. In judging whether an advertisement constitutes the comparative advertising, we should focus on the following aspects about meaning of “comparison”: the objects of comparison, the way of comparison and the intention of comparison. The nature of comparative advertising has made it more likely be identified as an unfair competition. It was the main reason that comparative advertisement has been abandoned in the early stage. With the development of economy and commerce, the goal of competition policy is changing from protecting trademark owner to pursuing the free competition and improving consumers’ welfare. After the United States acknowledged comparative advertising, the European Union has gradually relaxed the limitation to it. In regulating the three types of comparative advertising, false statements or misleading, taking advantage or defaming others’ goodwill, which are more likely defined as unfair competition, obvious differences do exist between US law and EU law. The experience of legislation and case law of the United States and the European Union can help us review and regulate the comparative advertising in China.

Key Words: Comparative Advertising; Parody; Commercial Defamation; Trademark Dilution; Tarnishment

(责任编辑:邓 峰)