



中财法学文库

CUFE
Law
Review

中财法律评论

(第三卷)

中央财经大学法学院 主办

林剑锋◎主编

知识产权出版社



中财法学文库

D9-53/25

:3

2010

中财法律评论

(第三卷)

中央财经大学法学院 主办

林剑锋◎主编

知识产权出版社

内容提要

《中财法律评论》很快迎来了第三辑的出版,本辑一如既往地突出了我院专业性特长,如以民商法为主,多篇文章均涉及金融法学科的最新研究动向,同时也体现了一贯的时效性。例如《试论中国排放权交易的法理探索与实践》等论文反映了投稿者对于最新热点问题的关注。尽管如此,作为一本全面、综合的法学学科论文集,其中也不乏涉及公法、知识产权法等领域的文章。第三辑《中财法律评论》的出版不仅展现了本院学生最新科研成果,被录取的几篇校外学生的高质量稿件也为本论文集增色不少,无疑有助于扩大学生科研层面的对外交流。

图书在版编目(CIP)数据

中财法律评论.第3卷/林剑锋主编.一北京:知识产权出版社,2010.3

ISBN 978-7-80247-925-8

I. ①中… II. ①林… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第031098号

中财法律评论(第三卷)

Zhongcai Falü Pinglun

林剑锋 主编

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责任编辑: 010-82000860-8130

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 880mm×1230mm 1/32

版 次: 2010年3月第1版

字 数: 260千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860-8325

责任编辑: jpp99@126.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 9

印 次: 2010年3月第1次印刷

定 价: 27.00元

ISBN 978-7-80247-925-8/D·940 (2856)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

中央财经大学学科建设资金资助

编 委 会

顾 问（以拼音为序）

曹富国 陈华彬 甘功仁 郭 锋 蒋劲松
蔺翠牌 史树林 尹 飞 张小平 曾筱清

本卷主编 林剑锋

编委（以拼音为序）

冯晶晶 李国栋 李 娜 李晓静 李晓月 李烨华
李镇原 林玲玲 刘 敏 王志力 吴为业 张 倩
钟 璐 周 爽 朱亚楠

本卷执行编委 李烨华 王志力

目 录

惊人广告、不正当竞争与言论自由

——评《星》杂志宪法诉讼案 林 海 (1)

回归与超越：刑罚轻缓化的道德突围 梁 恒 (13)

食品消费领域引入惩罚性赔偿制度若干问题研究

..... 赵 婷 张 涛 (24)

试论自愿注册原则下未注册商标的法律保护

——兼论商标法第三次修改对未注册商标

保护制度的完善 赵礼杰 (36)

试论中国排放权交易的法理探索与实践 戴 典 (48)

浅议重大误解规则中的利益平衡 崔文思 (64)

论金融监管与金融创新的关系

——由“次贷危机”引发的思考 王佳琦 (72)

论我国资产证券化投资人保护机制的完善

——以次贷危机为视角 廖锡炎 (87)

我国融资融券交易的法律问题研究 王 林 (96)

论我国证券公司破产中的客户权益保护

——以美国立法为参照 伊秀芝 (148)

证券监管和解理论与制度研究

——我国证券监管路径新选择 任 莉 (204)

识别新探——以维特根斯坦的语言哲学为视角 韩逸畴 (219)

论反倾销日落复审制度 温艳红 (236)

惊人广告、不正当竞争与言论自由

——评《星》杂志宪法诉讼案

林 海*

摘 要 《星》杂志所刊登的三幅广告被德国联邦最高法院宣布为不正当竞争并伤害公众感情，因而禁止刊载。联邦宪法法院区分这三幅广告的公益性质与商业性质之后，认为登载广告的行为受到《基本法》第5条言论自由原则的保护，判决联邦最高法院的禁令违宪。此案涉及了现代社会的多个法律问题，包括广告的双重性质、反不正当竞争法的公序良俗原则、企业社会责任、言论自由的正当限制等，值得加以分析与探讨。

关键词 广告 不正当竞争 言论自由

一、基本案情

1994年，德国一本名为《星》（Stern）的杂志登载了三幅图片广告。第一幅广告是一只受原油污染的鸭子，在原油污染的水面上游泳；第二幅广告是由第三世界许多不同年龄层辛苦工作的小孩的照片组成；第三幅广告则为一张裸露的人体臀部的照片，其上盖有“艾滋病（HIV）阳性反应”的印章。每张照片嵌在绿色边框中，边框上标有广告主的信息：“班尼顿彩色”。广告主是经销纺织品的班尼顿公司（Benetton），该公司委托《星》杂志登载了这些图片。然而，这些广告不久便引发了许多争议。据德国广告经济协会总会统计，对于第三幅广告所发布的“艾滋病阳性反应”广告主题，至杂志停止刊登该广告为止，已有289人向德国广告委员会提出抗议。这是德国广告委员会自1972年创立以来，民众对于单项广告所提出抗议的最高数字，

* 林海，北京大学法学院博士研究生。现于德国拜罗伊特大学访问交流。

而且遥遥领先在其他抗议数字之前。另有其他 8 项谴责指向第一幅“受原油污染鸭子”的图片。^① 德国反不正当竞争协会总部 (Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs) 请求《星》杂志不再刊登这几幅广告,在被该杂志拒绝之后,向州法院起诉。此案诉至联邦最高法院。1995 年 7 月 6 日,联邦最高法院作出两项判决:针对前两幅广告的 I ZR 180/94 与针对第三幅广告的 I ZR 110/93。这两项判决支持了反不正当竞争协会总部的诉讼请求,禁止《星》杂志再刊登这几幅广告。随后,《星》杂志向联邦宪法法院提出宪法诉讼请求,称杂志刊登广告的行为属于新闻自由的范围,且这几幅广告尽管令人不快,并不至于构成不正当竞争。联邦宪法法院第一庭受理了此案,由 Papier Kühling、Jaeger Hömig Steiner 和 Hohmann-Dennhardt 三位法官进行审理,并于 2000 年 11 月 8 日作出了判决。^②

二、争议事项

联邦最高法院对此案进行审理后,认为三幅广告图片的前两幅与第三幅应分别对待。前两幅图片(受原油污染的鸭子、童工工作)的目的在于提升企业的知名度,属于《反不正当竞争法》第 1 条所规范的竞争广告行为。该条规定:“在营业中为竞争目的采取违反善良风俗的行为者,可请求其制止或赔偿损害。”法院认为,前两幅广告公开地谴责世界上的悲惨现象——这与班尼顿公司的企业经营范围没有任何关联——借此唤起受众的同情心与软弱无助感,从而使受众认同作为谴责者的企业在经营中的形象。这种广告构成了对于社会公众善良同情心的滥用,因而无法通过《反不正当竞争法》之公序良俗原则的检验。而第三幅图片,除了涉及竞争广告行为外,还具有不良的社会影响:广告为艾滋病人盖上“HIV 阳性”的印章,使他们与其他人有所区隔,对于艾滋病患者而言是侵害其人性尊严的行为,对于其

① 张永明编译:“‘惊吓广告’判决”,载《德国联邦宪法法院裁判选辑(十一)》,台湾“司法院”印行 2004 年 11 月版,第 88 页。

② 判决全文请参见德国联邦宪法法院, BVerfGE 102, 347, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20001212_1bvr176295en.html, 最后访问日期:2009 年 6 月 7 日。

他观众而言也可能产生“艾滋病病人应受到隔离”的印象。因此，联邦最高法院通过两项判决，分别判定这三幅广告应予禁止刊登。

《星》杂志向联邦宪法法院提起针对上述两项判决的宪法诉讼请求。首先，就第一项判决所涉及的两幅广告（受原油污染的鸭子与童工工作），《星》杂志认为联邦最高法院的判决侵犯了其新闻和言论自由。一方面，这两幅广告是具有社会和政治内容的现实性言论，尽管它具有某种企业利益，但仍应受到言论自由的保护；另一方面，刊载这两幅广告对于《星》杂志而言，是其新闻自由的一部分，更是一种获得经济收入以维持其发表自由的手段。其次，联邦最高法院对于这两幅广告的解读是选择性的，将其解读为对社会公众同情心的滥用，而不考虑这些广告的本质和意图是企业对于社会现实的关怀。据班尼顿公司的负责人所说：“此构想的根据，是作为私人企业的我们，也正视被其他各国或社会组织处理的问题。我们认为种族主义、战争、艾滋病已使人类不再区分你我。”^①最后，《星》杂志认为，第三幅广告（“艾滋病”HIV阳性）的目的是促使众人注意一项真实的世界政治社会议题，即艾滋病病人的处境。联邦最高法院无法证明这幅图片本身具有蔑视或主张隔离艾滋病病人的意图。将具有这种醒世性质的图片与一项广告目的联结在一起，并不会加深对艾滋病人的诬蔑或敌意，而且其唤醒大众对于艾滋病人之关注的功能及其他的正面价值意义并不因此而消失。

因此，双方的争议可以归纳为几个问题。第一，这三幅广告是否因违反公序良俗而构成了不正当竞争？第二，登载这三幅广告是否受到新闻自由与言论自由的保护？第三，假如这三幅广告构成不正当竞争或违反了公序良俗，那么《星》杂志的上述自由在多大程度上应受到限制？第四，最后一幅广告是否构成了对于艾滋病人的冒犯和对社会公众感情的伤害？综合考虑这些问题，联邦宪法法院需要考虑自由竞争与社会公益之间的平衡，并且为未来的广告发布与受众设置具有示范性的标准。

① 张永明编译：“‘惊吓广告’判决”，载《德国联邦宪法法院裁判选辑（十一）》，台湾“司法院”印行2004年11月版，第86页。

三、判决要旨

联邦宪法法院经过审理,作出了支持《星》杂志的判决。联邦宪法法院认为,联邦最高法院的两项判决侵犯了《基本法》第5条第(2)项第2句第一个选项所规定的出版自由,因而违宪无效,应发回重审。同时,判定由德意志联邦共和国偿还《星》杂志所提出之赔偿请求。

联邦宪法法院作出上述判决,基于以下理由。

第一,《星》杂志拥有新闻自由,且这一自由可以延伸至商业性的意见,其中包括含有评价性与意见形成内涵的商业广告。此案中,以图片形式表达见解、价值判断或特定看法,应受到言论自由、发表自由的保护。三幅广告图片含有对社会和政治重要问题的否定价值判断,公开谴责环境污染、童工和艾滋病肆虐这些社会问题,以提醒市民对这些社会问题进行注意,即属于上述言论自由与新闻自由所保护的对象。

第二,尽管这些图片运用在广告中,但并不是在暗示班尼顿公司对于这三项社会公益的贡献,而是仅仅表达班尼顿公司的主张,说明班尼顿公司对于这些重大社会问题的关注。事实上,班尼顿公司并未通过这些广告图片宣传自己的产品,亦未通过广告展示该公司的企业效益。尽管可能产生某种溢出效应,使公众将宣传公益与企业形象关联,并可能利用公众关注重大社会问题的心理增加对班尼顿公司的好感,然而这不足以成为限制前述言论与新闻自由的合理依据。

第三,联邦最高法院所下达的禁令(不得再刊登这三幅广告,如有违反,应受50万马克罚款或6个月监禁)实际阻碍了这些广告的刊登和前述自由的行使。联邦最高法院仅仅以反不正当竞争法作为评判依据,忽视了此案涉及的言论自由和新闻自由只有在具有足够重要的公共利益或价值时才可以加以限制的基本原则。整体而言,联邦最高法院认为三幅广告对于“良好商业习惯”的侵害,即滥用公众对于严重不幸的同情心以达成商业目的的行为,尚不足以构成限制前述基本权利和自由的正当化理由。因此,对于前两幅广告的判决,应予以撤销,并发回联邦最高法院重新审理。

第四，对于最后一幅广告，联邦最高法院认为其之所以违反《反不正当竞争法》，是因为其以严重的方式抵触了应维护人性尊严的原则，将艾滋病人描述成“被盖上烙印”而被人类社群隔离的人。然而，联邦宪法法院认为，这幅广告并未对隔离现象进行附加评论，从广告的内容中并无法引发该广告本身具有的诬蔑艾滋病人或必须将其隔离之印象。这幅广告很可能只是将事实已经存在的一种隔离倾向和现象如实展示出来，以唤醒公众对于这一倾向和现象的关注反思。因此，联邦宪法法院认为，联邦最高法院忽略了一个显而易见的可能性，即该广告以批评的意图，引导了公众对于事实上已被呈现出来的、对艾滋病人歧视与隔离现象的注意力。因此，对于此幅广告的判决也予以撤销，并将此案发回联邦最高法院重审。

四、评析

1. 广告的双重性质

广告既是经济领域内的竞争手段，又是一种表达观点与思想的载体。因而本案涉及反不正当竞争与言论自由两重法律关系。在经济领域内，企业为了增加关注度、保持企业形象并最终能够推销产品或增加企业市值，常常采用广告的方式，向社会公众传递有利于上述目标的信息。作为竞争手段的广告，对于企业而言，当然是越有利于上述目标越好。而作为表达载体，则一方面因为受众可能因广告内容和形式令他们不快而提出抗议，另一方面则在一定程度上受到言论自由的保护。本案所处理的法律冲突，即起源于广告自身的双重性质。尽管在诉讼过程中，班尼顿公司不断强调自己委托《星》杂志发布这三则广告的目的并不是为了商业推销，不是为了说明自己的企业在这些社会问题（环境污染、童工和艾滋病人受隔离）上有所贡献，而是为了以主体身份表达自己对这些社会问题的主张；然而，作为一家以赢利为目的的公司，班尼顿不是公共社团，也不是非营利组织，其任何商业行为的目的必须与其经济利益挂钩。因而，假如在媒体上花费广告费用仅仅是为了“表达对于社会问题的主张”或者“唤起社会公众的反思”，那大可不用在边框上留下大名。“做好事不留名。”要留名，

必然有所期待：期待因此表态而彰显企业形象、向公众证明企业的绩效（看，本企业经营状况良好，有所盈余，以至于可以投入精力财力到公共事业中），最终增进产品的销售。

因此，联邦最高法院才会不考虑其言论自由保护的方面，而更多地考虑其作为广告的性质，即作为有商业利益企图的竞争性手段的性质。因而，联邦最高法院适用《反不正当竞争法》对其进行规制，认为：“根据《反不正当竞争法》第1条，这样的广告行为是不被允许的：借由对人类或动物严重苦难的描述，唤起同情的感觉，同时在无符合事理的动机下，充分利用此项感觉达成竞争目的；而在其实际操作中，广告主把自己扮演成与受其受害者相同的角色，借此使消费者对名称与商业行为产生认同。”^① 这样的竞争手段利用的是受众的善良同情心，这或许在一定程度上可能唤起公众对于某些社会事件的关注。但是问题在于，由带有商业企图目的的班尼顿公司来召唤公众的同情心，完全可能导致另一些更为重要的、更需要公众予以关注的社会问题因媒体资源被占据而无法得以公示。更有甚者，假如公众发现，此前召唤他们关注社会悲惨事件的信息，原来大多是作为某些企业商业利益的竞争手段，公众难免会产生灰心与麻木，原本可能体恤苦难作出救援的人也会因之犹豫再三，甚至整个社会都对于媒体失去信心和信任，这样的后果将会不堪设想。

因此，联邦最高法院将滥用公众同情心、谋取商业利益竞争的手段定义为不正当竞争，并加以禁止。然而，当诉讼进入联邦宪法法院，广告的另一重性质就开始受到重视。这或许是与提起宪法诉讼的《星》杂志而非班尼顿公司有关。作为媒体，刊登广告既体现其新闻自由权的行使，又是其自主经济收入的重要部分，可避免其过分依赖于某些经济来源而有损媒体独立性，因而亦是其言论自由的保障手段。联邦最高法院也认为，由于广告业务的数量庞大，媒体很难获知在其版面登载的广告是否在所有的细节上均符合竞争之要求。更由于其拥有新闻自由的基本权利，媒体只有在可能造成严

① BVerfGE 102, 347, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20001212_1bvr176295en.html, 最后访问日期：2009年6月7日。

重的不正当竞争的情况下，才有义务去审查其所登载的广告。当发生法律争议时，媒体应作出解释，同时也可以运用其新闻自由与言论自由，主张自己对于广告内容仅负有较低程度的审慎义务。因此，联邦宪法法院并非没有考虑三幅广告的不妥之处，只是将其称为“对良好商事习惯的破坏”；并且试图说明这三幅广告除了联邦最高法院所解读的含义外，还可能蕴藏着其他的信息。联邦宪法法院援引该广告的摄影师 Oliviero Toscani 的陈述：班尼顿是将这些图片当做“传输工具使用，借以散播一种反对种族歧视、倡导世界主义，以及没有禁忌的思想面貌”；而且“借由此广告我想要发出的讯息是，班尼顿继续维持其介入的决心，我们以对抗种族主义相同的力量，对抗区隔艾滋病患之思想”。^① 以此说明，媒体在审核这些广告时，完全可能解读出这种对于公众基本无害的立场，这并未违反其较低层次的审慎义务。因此，联邦宪法法院作出了支持媒体的判决，要求联邦最高法院考虑广告本身的同时，还要考虑刊载广告的媒体在此案中的重要角色。

2. “令人不快”并不是言论自由的边界

无论如何，这三幅广告确实造成了社会公众的不快。这从德国广告经济协会总会所收到的数量巨大的抗议以及多个社会团体发表的反意见中即可看出。德国反不正当竞争协会总部提出，这三幅广告利用被展示出来的悲惨，强迫诱发观众的注意力，以打响公司名称的知名度。“童工工作”这幅广告伤害了人性尊严，特别是图片中那些小孩的人格权。德国工商业法律保护与著作权协会表示，班尼顿广告终究是以假造竞争的方式，挑起与企业的绩效完全无关的激情，该广告的受众和消费者应拥有自主决定的选择权，而且在考虑服饰选择这种轻松问题时不应该受到这种世界丑恶的干扰。德国工业与商业公会认为，“艾滋病阳性反应”广告触犯了艾滋病患者的人性尊严，该广告将艾滋病感染者的悲惨情状用做促进商业利益的单纯运载工具。这样的广告把艾滋病病人贬抑为商业行为的客体，而非作为社会成员的一分子加以公平对待。即使班尼顿公司或《星》杂志宣称，该广告在某些

^① Oliviero Toscani, Die Werbung ist ein lächelndes Aas, 3. Aufl. 2000, S. 44.

受感染者与艾滋病患间能够获得正面的回响,也无法改变此广告对于大部分艾滋病人和其他社会成员的感情侵犯。德国广告经济协会总会也提出,即使在广告中,亦应顾虑其他人的利益与感觉,不应该利用人类的悲惨与痛苦来达到商业目的。企业即使原本有对政治与社会事件发表见解的权利,也将因为被滥用作为追求企业经济目的的手段而导致其发表见解权利受限的结果。消费者团体联合工作会认为,任何人在散播与企业绩效没有任何关联的广告时,应适用更严格的公序良俗标准。当广告的目的仅在于促使消费者注意或接受企业的操控时,则露骨的、不道德的陈述与表达方式即应受到禁止。^①

对于如此广泛范围的抗议,联邦最高法院作出的解释是:对良好品味的伤害或者以令人震惊的方式制作广告,不属《反不正当竞争法》第1条所指之违背善良风俗。联邦宪法法院更是从基本权利和自由的角度出发,认为不能仅因媒体编辑以外的受众对该广告的不愉快反应,而对于一项宪法保护的基本自由进行限制。德国法律并不能保护市民的感情不因世界和社会苦难事件而受到冲击。^②德国《基本法》第5条对于言论自由和发表自由作了以下保护:“一、人人有以语言、文字及图画自由表示及传布其意见之权利,并有自一般公开之来源接受知识而不受阻碍之权利。出版自由及广播与电影之报道自由应保障之。检查制度不得设置。二、此等权利,得依一般法律之规定、保护少年之法规及因个人名誉之权利,加以限制。三、艺术与科学、研究与讲学均属自由,讲学自由不得免除对宪法之忠诚。”因此,即使是令人不快的公开言论,也只有在能够证明其具有重大价值或者利益的情况下,才可以加以禁止;而且,公权力在对言论进行禁止时,还需要考虑到禁令可能对相似言论的影响,即所谓的“寒蝉作用”(Einschüchterungseffekte):原本只是试图阻止对公众有一定程度侵犯的言论,结果导致只要对于主流意识形态轻微有所冒犯,言论

① 张永明编译:“‘惊吓广告’判决”,载《德国联邦宪法法院裁判选辑(十一)》,台湾“司法院”印行2004年11月版,第87—89页。

② BVerfGE 102, 347, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20001212_1bvr176295en.html, 最后访问日期:2009年6月7日。

人就不敢公开发表，从而导致言论自由受到不当的限制。因而，公权力需要允许令人不快的言论，甚至，在判断言论自由的边界时，还需要适当地让步，将原本认为适当的边界向后撤一些，以避免潜在的“寒蝉作用”造成对言论自由的伤害。

另一方面，如联邦宪法法院所说，德国法律并不保护公民感情不受到悲惨事件的冲击。公权力对于市民社会的干预之所以能保持某种谨慎谦抑，很大程度上是因为其了解并尊重市民社会的自我调节能力。“消费者选择”能够从根本上拒绝令他们不快的企业和产品，假如消费者真的感觉到受到班尼顿公司的广告在感情上的伤害，他们会拒绝购买这家公司的产品，并通过已经比较发达的市民社会表达机制——NGO、NPO 等途径发起抗议和抵制。比如各种消费者团体和工商业协会，他们即是市民自下而上的利益表达机制，都拥有一定的社会和媒体资源，能够影响更多人的市场、产品和投资选择。因此，即使公权力不干预这些令人不快的广告，这些广告最终也会因伤害了消费者的感情、影响了销售业绩或企业形象而最终消失。同时也说明，令受众不快的言论，并不一定需要公权力通过限制言论自由的方式加以消音，是否令人不快，并不是言论自由的边界所在。

3. 此案是否属于企业社会责任

“企业社会责任”（Corporate Social Responsibility）一般指的是企业除了营利目标之外，还需要遵守基本的道德要求，并且力图促进所在社会各方面的进步与权利实现。基本的道德要求表现为：（1）以合理的价格为消费者提供优质产品；（2）谋取利润并分配给股东；（3）支付员工薪水，并努力保持员工队伍稳定；（4）支付公司税。而在此基础上，企业还应为社会改革提供帮助。“成为一个对社会负责的公司”是现在许多美国公司和欧洲公司的座右铭。[●] 根据“OECD 国际投资暨多国企业宣言与决议”（The OECD Declaration and Decisions on

● 维基百科：“企业社会责任”，载 <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E4%BC%81%E6%A5%AD%E7%A4%BE%E6%9C%83%E8%B2%AC%E4%BB%BB>，最后访问日期：2009年6月8日。

International Investment and Multinational Enterprises), 企业在以下方面应负起改革与促进社会的责任: “……四、就业及劳资关系……消除童工、消除各种形式的强迫劳动或强制劳动及无雇佣与就业歧视。五、环境: 适当保护环境, 致力永续发展目标……七、消费者权益: 企业应尊重消费者权益, 确保提供安全与品质优先之商品及服务……九、竞争 (Competition): 企业应遵守竞争法则, 避免违反竞争的行为与态度……”^①

因此, 班尼顿公司完全可能提出, 自己刊登此类广告的目的是为了提醒公众一些需要投入更多关注的事件, 力图促进所在社会的生活水平和相关群体的权利状况。因此, 即使造成了一些受众的不快, 那也只是“好心办坏事”的误会, 是企业在完成社会责任时对于其他社会公众的负外部性影响。这既是企业无法预测的, 也是企业不应承担责任的。在图片的边框上署明企业的名称, 就如同采取某一促进社会公益的行动 (比如盖了一所希望小学) 之后说明这次行动的资助方是某某公司一样, 无可厚非。

对此, 联邦最高法院和联邦宪法法院均未论及。不过, 我们可以从他们对第三幅广告的判决中了解到法院的态度。联邦最高法院认为, 《星》杂志所刊登的第三幅广告图片, 纵使如同班尼顿公司所称, 有着试图唤起社会公众对悲惨现实关注的意图, 其所采取的方式也已经严重触犯了艾滋病病人的人性尊严。一位法国艾滋病病人对此作出强烈反映和抗议, 并有相似的 289 人次的抗议提交至德国广告经济协会总会。此幅广告还可能影响与艾滋病病人接触或未接触的其他社会公众的感受, 使其产生应隔离艾滋病病人的印象。因而, 联邦最高法院认为, 即使有着表达严肃社会政治议题的意图, 其表达方式仍然构成了对于公序良俗和他人利益的严重侵犯。我们可以了解, 即使企业提出这是在尽企业社会责任, 联邦最高法院也会区分行为的意图与方式, 对其进行严格的公序良俗审查。

① 《OECD 国际投资暨多国企业宣言与决议》, 载 http://csr.moea.gov.tw/projects/files/%A6h%B0%EA%A9%CA%A5%F8%B7~%AB%C5%A8%A5%B0%F2%A5%BB%B1%F8%A4%E5_final.pdf, 最后访问日期: 2009 年 6 月 8 日。

与之相反，从联邦宪法法院的判决中我们可以看到，当企业所进行的不是自我推销或产品推销，而是为社会公益进行努力时，对其进行审查时应适当降低审查标准。宪法法院在判决中称：“一家纺织界的企业以严肃的社会政治议题，从事视觉传达广告并非寻常，而且与竞争者所属行业惯用的自我推销形成明显的对比……但若以该广告推销一个具体的产品，可能将不同于此；将该广告与特定的消费产品或服务提供联结在一起，势必产生一种惹人笑话或无关痛痒的效果。但单单‘班尼顿联合色彩’此行字句，尚未产生一种如此的效果。”^① 在这里，宪法法院区分了自我推销的商业广告行为与为唤起公众注意的企业社会责任行为——区分的标准在于，广告的主体内容是公益宣传还是产品（企业）推销，从而判断其更多的是商业行为还是公益行为。假如能归入公益行为一类，则在道德和公序良俗的判断标准上可以适当放松——比如，可以考虑联邦最高法院、那位法国艾滋病病人及 289 位抗议者的理解只是广告多种解读的可能中的一种；还完全可以将这幅广告理解为，将已经存在的对艾滋病人的隔离呈现给公众，引起公众的反思醒世，从而使其通过《反不正当竞争法》第 1 条公序良俗之检验。尽管联邦宪法法院没有采用企业社会责任的提法，但其对于公益行为与商业行为的区分以及对公益行为只适用较低程度的审查标准的观点，让我们对联邦宪法法院对于此案是否从属于“企业社会责任”主题的态度，不难猜其一二。

结 语

此案涉及了多个进入现代社会以后才产生的法律问题，如广告的双重性质、竞争手段的公序良俗限制、对言论自由进行限制的正当性以及企业社会责任等。联邦最高法院与联邦宪法法院的论述过程展现了其对于不同价值的权衡取舍，及区分相似概念和寻求适当边界的司

① BVerfGE 102, 347, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20001212_1bvr176295en.html, 最后访问日期：2009 年 6 月 7 日。