

网络不正当竞争中用户意愿的法律定位研究

仲 春*

摘要 “消费者利益”保护虽被视为反不正当竞争法向现代竞争法迈进的标志之一,其在反法体系中“反射式保护”的本质并未改变。基于对司法实践的观察,根据用户意愿的差异可将相关案件细分为“用户欺骗”“用户干扰”“用户无涉”及“用户偏好”四大类型。实证分析表明,尽管用户意愿与原告经营者利益可能一致或背离,法院裁判结果却鲜受影响。基于法院裁量过程中法益权衡、职能分工以及操作可行性的考虑,消费者利益保护应作为反法制度设计的重要底层逻辑之一而非直接作为违法判断标准看待。在此基础上,重视“用户同意”作为消费者利益的直接表达载体,并尝试从实体与程序两方面推进优化用户意愿的表达机制。包括但不限于具化现行裁判思维、适度引入消费者集体诉讼以及开展消费者意愿测试等,从而赋能用户意愿的真实表达,实现反不正当竞争法法益结构的多元平衡。

关键词 反不正当竞争法 消费者利益 用户意愿 反射式保护 衡平式保护

一、问题的提出

网络技术和平台经济的发展使得数字时代的市场竞争呈现复杂样态,世界范围内的反不正当竞争立法与实践都面临一些新问题。关于立法目的,我国《反不正当竞争法》(以下简称《反法》)明确规定“保护经营者和消费者的合法权益”。但众所周知,反法采间接路径保护消费者利益,消费者既不具备提起反不正当竞争诉讼的诉权,也难以第三方身份参与到不正当竞争

* 暨南大学法学院/知识产权学院副研究员。本文系国家社科基金重大项目“国际法与国内法视野下的跨境电子商务建设研究”(项目编号:17ZDA141)与国家自然科学基金面上项目“国有企业的竞争力、创新力、控制力、影响力、抗风险能力研究:基于竞争政策基础性地位”(项目编号:72473053)的阶段性研究成果。

诉讼中,消费者利益保护无疑具有“反射式”性质。当只关注经营者之间的竞争行为时,消费者的权益往往易被忽视、割裂或保护不足,进而潜藏了消费者权益受损或削弱的风险。故此,在《反法》修订的背景下,如何平衡好经营者利益、消费者权益和社会公共利益之间的关系,如何更好地保护消费者权益,无疑任重道远。

本轮《反法》修订已于 2022 年启动,从修订草案征求意见稿可窥见,其对数字经济发展实践中的问题作出了更为全面和丰富的规定,尤其强调对消费者权益的保护。^{〔1〕}但相较于尚处于商议阶段的立法草案,已经颁布实施并发生效力的司法解释更具备说服力。2022 年 3 月 20 日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)对用户意愿在网络不正当竞争案件裁判中的作用进行了探索,其在涉及网络不正当竞争的条款即第 21 和 22 条中,共五处提及“用户”,并将“未经用户同意”作为行为不正当性认定的前置性条件之一。^{〔2〕}较之于《反法》第 12 条第 2 款第 1 项仅列举“未经其他经营者同意”的违法认定要件,《解释》已明确将“用户未同意”作为具体行为构成不正当竞争的认定条件之一,从而使得“用户同意”成为网络不正当竞争中消费者利益的最鲜活载体。

在数字时代的复杂市场竞争环境下,用户意愿的立法与司法定位显得尤为重要,其在《反法》中的明确地位和具体应用,或将对案件的裁判结果产生直接影响。基于此,研究以“用户同意”与否为代表的用户意愿表达在网络不正当竞争纠纷中的体系定位、检讨其适用现状以及进行精细化的适用分析,将有助于从中长期视角明确消费者在数字时代竞争法尤其是反不正当竞争法(以下简称“反法”)中的角色定位,并推动其效能的充分释放,从而更好地回应现实需求并实现对未来问题的前瞻性应对。

二、理论溯源:反法法益结构的动态演进甄别

数字经济时代形态各异的网络不正当竞争行为如“雨后春笋”般袭来,不断冲击着传统反法的规制体系。纵观人类发展史与科技进步史,人类利益理性在不同历史时期的发展水平与价值取向呈现显著差异,社会不同发展阶段催生出不同的利益诉求与制度变迁。^{〔3〕}鉴于此,

〔1〕 现行《反法》中“消费者”的表述有三处,本次修订草案征求意见稿中“消费者”表述增加至八处之多,可见草案意见稿对消费者的重视程度增强。意见稿具体参见《市场监管总局关于公开征求〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)〉意见的公告》,载中华人民共和国中央人民政府网, https://www.gov.cn/xinwen/2022-11/27/content_5729081.htm, 最后访问日期:2024 年 12 月 12 日。

〔2〕 条文含义可简写为:①“未经其他经营者和用户同意而直接发生的目标跳转”可具体认定为“强制进行目标跳转”;②仅插入链接,用户触发的目标跳转,是否构成不正当竞争需具体分析;③未明确提示并经用户同意的恶意干扰性行为符合第 12 条第 2 款的规定。《解释》还曾尝试在涉数据不正当竞争纠纷中将“用户同意”作为经营者行为免责事由,构建“正向肯定”型的“用户同意”适用条款。《解释》建议稿的拟制思路为:在用户同意的情形下,遵循比例地使用其他经营者收集、控制的数据,且未超比例损害市场竞争秩序和消费者合法权益,该使用行为不构成不正当竞争。较之“反向否定”性适用,已在经营者之间发生争议时,将消费者意愿置于利益平衡中的较之原告经营者的更高位阶。但因遭遇较大争议,《解释》终稿并未采纳此表达。

〔3〕 参见陈耿华:“论竞争法保障消费者利益的模式重构”,《法律科学》2020 年第 6 期,第 118 页。

本文试图从反法的历史定位与价值演变两个视角切入,以阐明反法之于消费者利益保护的前世今生,为后续的实践检视与制度安排提供理论基础。

(一)历史定位:“反射式保护”下的“经营者优先”

回溯反法产生的历史,一般认为现代意义上的反法发展自19世纪中叶《法国民法典》中的规定和英国关于仿冒(passing off)诉讼案例所确定的一些原则,各国发展出来的反法很大程度上立基于本国现有的法律制度。以德国为例,其在1896年规定了世界上第一部专门的《德国反不正当竞争法》(以下简称《德国反法》),意在以该法弥补侵权责任法对商业利益保护的不足,1883年的《保护工业产权巴黎公约》在1900年的布鲁塞尔修订本中所增设的不正当竞争条款也意在如此。可以说,那时的反法是私法的延伸。在此后的100多年里,反法在各国得到了广泛的发展,^{〔4〕}虽然立法形式各异,但各国反法的共同目的均是“保护诚实企业主”,使其免受不诚信竞争对手的攻击。^{〔5〕}

究其原因,反法创立之时多数国家正处于市场经济初期发育阶段,此时市场交易结构呈微观对称样态,交易范围较窄,竞争主要围绕企业展开,不正当竞争行为常表现为经营者之间的冲突。彼时经营者与消费者之间的利益呈现一致性——仿冒行为既损害经营者,更直接侵害消费者利益。故经营者利益无疑成为早期反法保护的最为基础且直观的法益。此外,此阶段的社会生产仍呈现个人主义倾向,经营者与消费者的身份时常互换乃至合一,市场主体行为方式的传递、辐射范围极其有限,消费者利益往往只能“屈居人后”地作为理解经营者利益的背景知识,二者尚不可等量齐观。^{〔6〕}

反法之于消费者利益保护的两种主流观点——“保护分隔说”与“相互融合说”也逐步蕴化。“保护分隔说”的核心观点是:反法应当首先考虑经营者之间的关系及利益分配,消费者因素应当位列于经营者之后,故反法之于消费者利益的保护常被称作“反射式保护”。^{〔7〕}主张“保护分隔说”的理由主要集中于两点:一方面,反法之于经营者与消费者利益保护的“不平等”源于背后法益的位序差异,虽然经营者利益与消费者利益常常重合,但两者并非总是统一的。

〔4〕 参见国家市场监督管理总局反垄断与反不正当竞争执法局:《〈反不正当竞争法〉理解与适用》,中国工商出版社2018年版,第1页。

〔5〕 参见周樾平:“论我国《反不正当竞争法》的消费者保护功能”,《竞争政策研究》2017年第2期,第49页。

〔6〕 参见陈耿华:“互联网时代消费者在中国竞争法中的角色重塑与功能再造——兼论《反不正当竞争法》的修改”,《江西财经大学学报》2018年第2期,第119页。

〔7〕 目前学界普遍将反法所保护的消费者权益视为维护公平竞争秩序的“反射利益”,基于此也存在文中提及的“反射式保护”这一说法。此类论著可参见苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第155页;刘继峰:“竞争法中的消费者标准”,《政法论坛》2009年第5期,第135页;陈耿华,同上注;王磊:“法律未列举的竞争行为的正当性如何评定——一种利益衡量的新思路”,《法学论坛》2018年第5期,第132页;陈兵:“互联网经济下重读‘竞争关系’在反不正当竞争法上的意义——以京、沪、粤法院2000~2018年的相关案件为引证”,《法学》2019年第7期,第32—23页;陈耿华:“论竞争法保障消费者利益的模式重构”,《法律科学》2020年第6期,第115—117页;福建省厦门市思明区人民法院课题组:“互联网平台‘围墙花园’行为的认定与裁判路径”,《法律适用》2024年第5期,第9页等。

具体而言,现实中的确存在一些竞争行为,虽然导致竞争者利益受损但却于消费者并无害处。〔8〕

另一方面,我国消费者与经营者保护单独立法的选择也使得“反射式保护”成为现实选项,并使得从不同立法体系国家借鉴反法时存在比较法障碍。在反法中融入消费者保护是德国立法政策与理论研究的重要趋向,而我国《反法》无疑深受德国影响。然而,中德两国法律体系存在重大差异,如德国的法律制度体系中并没有消费者利益保护法(以下简称“消法”),而我国则在《反法》出台的同一年就颁布并实施《消费者权益保护法》(以下简称《消法》)。在《消法》对消费者提供的保护已经充分之际,若再将消费者保护融入《反法》当中则属于叠床架屋,可能会诱发实务中法律适用进一步向一般条款逃逸的倾向,实无必要。无独有偶,1883 年的《保护工业产权巴黎公约》虽在 1900 年的布鲁塞尔修订本中增加了不正当竞争的条款,但在后续的修订过程中,波兰代表曾主张严格区别两类不正当竞争行为,即损害消费者利益的不正当竞争行为和损害竞争者利益的不正当竞争行为。他认为前者与公约无关应由国内法调整。这一观点在大会上获得主导地位,或许也为我国在缺乏市场经济建设经验的立法背景下采纳“反射式保护”提供了参考。

反法之于消费者利益的“反射式”保护可从各个方面窥见。以我国为例,依文义解释,不仅 1993 年《反法》第 2 条第 2 款中判定不正当竞争行为的要件丝毫未见消费者因素,〔9〕且该法所列举的亦均是显著侵害经营者利益的不正当竞争行为,消费者往往只是扮演“间接受害者”的角色;依历史解释,翻阅《反法》立法准备资料可知,曾参与《反法》立法起草工作全过程的学者早在谈及正确理解与处理《消法》与《反法》的交叉关系时就指出:《反法》的重点在于维持市场秩序,以此间接保护消费者利益。〔10〕

进一步来看,消费者利益未成为直接法益的原因,还与反法本身的法律属性及目标设定有关。一方面,作为经济法的重要组成部分,反法以鼓励和保护公平竞争为主要任务,主要针对经营者之间的竞争行为,而消费者保护的主线通常归属于民法或消法范畴;另一方面,消费者利益保护因缺乏具体可操作的标准,难以作为法院裁判的直接依据,这与反法注重可执行性的功能定位存在一定张力。即便如此,体系解释表明,消费者因素在反法中的地位正悄然变化。例如,2017 年《反法》修订时引入了消费者标准,确认了消费者在竞争行为正当性认定中的功能,但立法仍未为消费者提供直接的权利救济途径,仅赋予经营者诉权而不赋予消费者诉权。这种法益设计上的模糊与条文逻辑上的非对应性,使得消费者利益虽被认可,却难以发挥制度性影响力。

除了反法,从其他知识产权类法律中也可窥见消费者利益反射式保护的现象:以《商标法》为例,其确立的混淆理论使之对于消费者的保护甚至摆在了优于生产者和经营者的位置。然

〔8〕 例如广告拦截软件,对于消费者无明显害处甚至是消费者主动追求的使用并获取利益行为。

〔9〕 1993 年《反法》第 2 条第 2 款规定:“本法所称的不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。”

〔10〕 参见陈耿华,见前注〔3〕,第 115 页。

而,其实质上对消费者的保护也是间接保护,消费者不能依据《商标法》提起诉讼来寻求直接保护,而只能依据《消法》等获得救济。因此有观点认为,《消法》与《产品质量法》中的消费者是具体概念,其作为法律关系的主体享有法律规定的权利和义务。相比之下,在《商标法》的语境下,消费者这一概念则呈现出一种更为宽泛、普遍的特质,它并不指向特定的个体或群体,而是作为一个抽象、整体的法律概念存在。然而,若因《商标法》中消费者概念的普遍性而否定其在现代商标法律制度中保护消费者利益的积极作用,显然与立法的本意不相符合。同样,我国《反法》在很长时间里都仅将消费者利益定位为一种“反射利益”,其保护光芒往往通过直接照耀经营者,再经由经营者间接反射到消费者,“经营者优先主义”与“消费者附随主义”可谓大行其道。

然而,随着生产社会化程度的不断提高,经营者与消费者利益冲突也开始广泛存在于各交易领域并不可避免地面临着孰先孰后的选择,反法的法益结构也呈现出经营者与消费者利益并重的二元衡平样态。消费者利益保护逐渐被纳入反法的立法旨趣,更有反法研究的主流表述直接将消费者利益保护称作“反不正当竞争法现代化的重要标志”。^[11]但值得思考的是,该趋势是否意味着反法之于消费者利益的“反射式保护”一去不复返,法律对经营者利益和消费者利益能够采取同等的重视程度与保护力度并进而影响到司法裁判的程序与实在结果?理论研究与司法实践逐渐给出了各自的答案。

(二)价值演变:“衡平式保护”下的“消费者并重”

2017年《反法》大修之际,我国将消费者因素引入不正当竞争行为的认定标准中,逐渐促成了我国《反法》公共利益、经营者利益、消费者利益“三元叠加”的利益衡量格局。然而,《反法》一般条款中高度原则化的概念增加了法律解释和司法适用的难度。在具体案件中,如何准确界定公共利益、经营者利益与消费者利益之间的界限及其相互关联性,成为司法裁判的关键挑战。例如,消费者因素在反垄断法中通常通过对消费者福利的经济学分析方法量化并具体化,但在反法体系下,这种经济学思维的适用仍较为有限,导致法官基于抽象法律原则判案时,容易产生标准模糊与结果分歧的风险。

为进一步理解这一问题,不妨考察反法理论中对利益平衡的不同主张。其中,多元平衡的一个典型代表是“相互融合说”:反法并非仅仅考虑经营者之间的关系及利益分配,同时也将对消费者的影响纳入考量范围,并在此基础上进行反法的制度构造,故反法之于消费者利益的保护又被称作“衡平式保护”。其主要理由为:衡平式保护有助于确定反法的规制范围,且与反法的公法发展趋势相吻合。不难理解,今天的反法已然具有综合性的法律特征——作为私法的反法保护经营者利益,作为公法的反法保护消费者和公共利益。各国反法的发展过程便是不

[11] 参见郑友德、伍春燕:“我国反不正当竞争法修订十问”,《法学》2009年第1期,第58页;王先林:“论反不正当竞争法调整范围的扩展——我国《反不正当竞争法》第2条的完善”,《中国社会科学院研究生院学报》2010年第6期,第64—65页;孔祥俊:《反不正当竞争法的创新性适用》,中国法制出版社2014年版,第76页;吕来明、熊英:《反不正当竞争法比较研究——以我国〈反不正当竞争法〉修改为背景》,知识产权出版社2014年版,第37页;杨华权、姜林萌:“论反不正当竞争法对消费者权益的独立保护”,《竞争政策研究》2016年第3期,第40—41页等。

可辩驳的生动事实,多数呈现私法情结渐弱而社会法品格不断加强的发展趋向,法益结构也呈现出经营者与消费者利益并重的二元衡平样态,公法属性逐渐显现且得到长足发展。

例如,一些单独制定了反法的国家,通过扩展其调整范围容纳更多消费者保护的内容,使得消费者保护成为该法的直接目标,并赋予了消费者团体诉权,如德国、瑞士;而一些以民法典为基础发展反法的国家,由于不正当竞争之诉有严格的个体视角,只保护经营者的利益,不能容纳消费者保护,便通过制定消费者法将损害消费者利益的不正当竞争行为纳入,如法国、意大利;还有一些设有专门性竞争规制机关的国家,通过将消费者保护纳入统一的竞争规制,与反垄断法结合来解决不正当竞争行为对消费者利益的侵害问题,如美国。^{〔12〕}

在有些国家,从法律性质和规制机构的设置考虑,反法中具有公法性质的部分还可能会与私法分离,而与反垄断法或者消费者法结合在一起。正如弗诺克·亨宁·博德维希(Frauke Henning-Bodewig)所感慨:“反不正当竞争法脱胎于侵权法,却越来越向反垄断法靠拢。”^{〔13〕}究其原因,一方面,随着社会分工的细致化、专业化以及各类交易的频繁化、类型化,传统市场力量的均衡结构不断被打破、重塑,市场主体行为方式的传递、辐射效应也迅速强化,不正当竞争对市场秩序的破坏效果波及于经营者与消费者;^{〔14〕}另一方面,20 世纪六、七十年代以消费者团体为代表的“消费者运动”不断生长与发展,其进一步激发了消费者整体权利观念的勃兴与利益理性的生长,致使社会福利的增长,亦对强化互联网经济中的消费者“主权”意识起着至关重要的作用。基于此,消费者利益的升格保护趋势已成必然,且无论反法以何种面目呈现,其保护竞争者、消费者和市场竞争秩序的目标是统一的。^{〔15〕}

理论研究给出了“衡平式保护”与“消费者并重”的结论,但司法实践却未必完全表示赞同。在《反法》一般条款的框架下,经营者利益、消费者利益以及市场竞争秩序所体现的公共利益构成了三重核心法益,但其在司法实践中的多元衡量构成了一项复杂挑战。此难题根植于一个普遍现象:无论是在社会科学抑或自然科学范畴,基础性概念的界定往往尤为棘手。这类概念因其广泛而抽象的特性,难以转化为具体、可操作的判断基准。因此对这三重法益的不同划分,不仅反映了它们在法律秩序中的独特功能与角色,更深层次地触及了价值判断的维度,要求司法者在个案中细致权衡并妥善处理各方利益的平衡与协调。

例如,司法适用中首要问题是消费者利益与公共利益的关系界定。实践中,“等同说”认为两者交叉重合:良性竞争促进创新,增加消费者福利即实现公共利益;反之则损害公共利益。例如,腾讯与世界星辉科技案中,一审法院视网络用户利益为社会公共利益,强调技术创新和用户福利最大化符合公众利益。^{〔16〕}然而,此观点可能与最高人民法院精神不符,其在 3Q 案中指出,需以竞争秩序、消费者及社会公共利益为标准判断自由竞争与创新,暗示两者应有所

〔12〕 参见周樾平,前注〔5〕,第 50 页。

〔13〕 参见程子薇:“《反不正当竞争法》修订视野下的消费者保护研究——以消费者诉权为线索”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2018 年第 1 期,第 66 页。

〔14〕 参见陈耿华,见前注〔3〕,第 119 页。

〔15〕 参见周樾平,见前注〔5〕,第 52 页。

〔16〕 参见北京市朝阳区人民法院民事判决书,(2017)京 0105 民初 70786 号。

区分。^{〔17〕}

实践中,当用户意愿与经营者利益冲突时,我国司法裁判常优先保护经营者利益以维护市场稳定,在最需要创新活力的互联网领域亦不例外。批评指出,当前不正当竞争认定倾向于“权利侵害式”思维,即过度保护在先商业模式,赋予特定经营者竞争豁免权,且判断正当性仅依据先经营者利益受损,忽视了竞争自由与消费者利益的独立考量,有碍正常市场竞争。^{〔18〕}以网络不正当竞争为例,作为修订后《反法》的新增类型化条款,“互联网专条”在司法实践中陷入适用困境的根源在于忽视了对消费者利益的独立考量。而认真观察并仔细总结消费者利益在网络不正当竞争司法裁判中的定位与适用,是破解“互联网专条”适用困境与揭示司法实践之于“衡平式保护”真实态度的根本之道。^{〔19〕}

三、实践认知：“用户同意”作为实际的抗辩理由

随着技术与反法的演进,“消费者利益”保护被视为现代竞争法的重要标志。然若我国仅在立法层面作出保护性宣言,而未在实体或程序上作出相应构建与衔接,则此宣示难以构成实质性特征。尤其是当现行法律在程序安排与制度架构上对消费者利益的保护仍延续旧法思路,而未能突破“反射性保护”的模式时,其所谓的消费者保护特征恐更像是形式上的点缀,难以发挥现代竞争法的制度价值。鉴于用户意愿直接反映消费者意志,司法裁判对其重视与采纳程度,成为衡量消费者利益保护实效的关键。相较于抽象法条的模糊性,具体判决生动展现了法律的实施状态。作为消费者利益的鲜活载体,“用户同意”在不同案件中的裁判影响及适用状况,是当前研究亟待深入的领域。本部分旨在通过分类检索,系统探讨此问题。尽管现实复杂导致分类难以绝对精确,各类型也存在交叉融合的情形,但仍不失为一次有益的尝试。

(一) 利益一致的用户干扰型案件

“用户干扰型”案件,指网络不正当竞争行为中,消费者深受其扰且明确排斥之情形。此类案件典型表现为,经营者以欺骗或强迫手段干预用户选择;或散布误导信息,扭曲用户真实意愿;或利用技术手段擅自跳过用户决策,直接实施干扰,严重妨碍消费者正常使用,造成用户极大困扰。此类行为既损害原告经营者利益,又明显侵犯消费者权益,构成双重伤害,从而自然落入不正当竞争范畴。通常,此类行为可依《反法》第12条第2款关于强制跳转的规定予以规制,或援引该条第4款之兜底条款进行处罚。

此类案件在国内网络不正当竞争裁判史上的案例较多,“支付宝结算强制跳转案”中的“欺

〔17〕 参见最高人民法院民事判决书,(2013)民三终字第5号。

〔18〕 参见张占江:“论反不正当竞争法的谦抑性”,《法学》2019年第3期,第53页。

〔19〕 参见张铁薇、陈茂春:“《反不正当竞争法》‘网络条款’司法适用的反思——以消费者利益标准为视角”,《商业研究》2021年第4期,第137页。

骗性设置其他 App 唤醒词作为自己唤醒词行为”、^{〔20〕}“默认压缩软件篡改案”中的“未经用户同意更改默认软件设置的行为”^{〔21〕}等均属明证。法院在裁判文书中的说理部分多数会论述该不正当竞争行为对经营者与消费者的双重影响。如在“默认压缩软件篡改案”中,法院认为用户对其默认压缩软件的设置、选择具有自主决定权,但被告实施修改了用户原先使用的其他公司合法提供的网络产品,该行为不仅损害了原告公司的合法权益,更侵害了用户的知情权及选择权,构成不正当竞争;在“支付宝结算强制跳转案”中,法院在论证被告的行为具有可责性时,也主要通过四个方面的理由来证成:减损原告的流量利益、减损原告的交易收益、降低原告的用户评价和损害用户的选择权。由此可见,司法实践对于既侵害经营者利益,又侵害消费者知情权与选择权、干扰用户意愿正常表达的行为持否定态度,判定其构成不正当竞争。概言之,在消费者利益与经营者利益不相冲突时,用户意愿的真实、完整表达得到足够的重视。

(二) 利益趋同的用户欺骗型案件

“用户欺骗型”案件,指不正当竞争中消费者“同意”或“主动选择”系被误导所致,而非真实意愿表达。鉴于网络技术复杂性,经营者常在提示信息中掺杂误导内容,诱导用户作出有利于己或损害对手的选择。此类案件中,经营者常以“消费者自愿”为由抗辩,但因其行为实质扭曲消费者意愿,多构成不正当干扰,受《反法》第 12 条规制;若诱导信息尚未导致用户行动,亦可能触发第 11 条商业诋毁条款。

在“用户欺骗型”案件中,若经营者散布不实信息,即便消费者未直接受损,其行为亦可能构成商业诋毁,依据《反法》相关条款,只需证明经营者捏造、散布虚伪事实,损害他人商业信誉或商品声誉即可。此类行为如“腾讯诉 360 不正当竞争案”,^{〔22〕}属传统不正当竞争行为在网络环境的延伸。

而当消费者因经营者误导、欺骗,修改、关闭、卸载其他经营者合法产品服务时,可能触及《反法》第 12 条第 2 款规定。例如“百度诉搜狗案”,法院强调,市场竞争应遵循平等、公平、诚信原则,保障用户知情权与选择权。即使经营者声称获得用户同意,若该同意基于误导、欺骗,

〔20〕 苹果公司提供 URL Scheme 机制促进 App 间跳转。被告“家政加”App 擅自采用与“支付宝”相同的 URL Scheme “alipay”,导致用户意图通过“支付宝”支付时误跳转至“家政加”,构成对机器识别机制的欺骗。参见上海市浦东新区人民法院民事判决书,(2020)沪 0115 民初 87715 号。

〔21〕 金山公司与莱柏纳公司的 52 好压软件为合法网络产品。用户安装并设为默认后,再安装二三四五移动公司的 2345 好压时,后者会自动成为默认压缩软件,但安装过程存在未明确提示、提示信息不醒目(小字体、浅颜色)、无一键取消默认设置选项及提示语模糊(如“部分压缩格式未关联”未直接说明将设为默认)等问题,导致用户难以知晓或阻止该默认设置变更。参见北京知识产权法院民事判决书,(2021)京 73 民终 971 号。

〔22〕 奇虎公司“360 隐私保护器”提示用户“QQ 查看文件可能涉隐”,法院判定此行为在无确凿证据支持下,构成带有误导性和负面评价的商业诋毁。参见北京市第二中级人民法院民事判决书,(2011)二中民终字第 12237 号。

影响用户自主选择,仍构成不正当竞争。^[23] 在此类案件中,用户非主动、明知的选择,如误点输入法候选词导致浏览器跳转,不构成有效“用户同意”,相关行为应被认定为不正当竞争。

由此可见,司法实践对于明显侵害经营者利益,但表面上符合“用户同意”要件而实质上扭曲了用户意愿和正常选择的行为,通常也持否定态度,判定其构成不正当竞争。概言之,在消费者利益与经营者利益表面无涉而实质同一时,虽然经营者利益往往被前置讨论,但用户意愿的真实、完整表达仍可得到一定的重视。这种利益关系的隐性逻辑逐步理清,二者的位阶次序亦渐显端倪。

(三)利益关系模糊的用户无涉型案件

“用户无涉型”案件,指用户面对水平相当、价格无异的竞争性产品时,其选择意愿呈现模糊状态。此情境下,用户意愿的不确定性导致司法实践中法律适用与裁判结果的差异,不同法院就同一案件事实可能作出相反判断,凸显经营者利益与消费者利益界限的微妙变化及位序差异。以二维火与美团不正当竞争纠纷为例,该案中,用户对于收银系统的选择并无明确偏好,而两地法院对用户意愿的不同解读,直接影响了对“美团小白盒”插件行为合法性的判定,展现了在用户意愿模糊时,司法裁量的复杂性与挑战性。^[24]

“美团与二维火案”作为近年罕见之同一案情、不同地域裁判迥异的典型案例,引发了广泛关注。杭州中院先行判决,认为“美团小白盒”在安装时已获用户多项权限授权,其读取交易金额、代为点击结账等行为均基于用户同意,不构成不正当竞争。^[25] 而北京知识产权法院则持相反观点,指出即便行为源自“用户同意”,但在未经原告经营者同意的情况下,美团小白盒的跳转支付行为妨害了其他经营者利益,具有不法性,构成不正当竞争。^[26] 两案判决结果截然相反,虽最终因和解未获终审裁决,但此案深刻揭示了本研究的核心议题:用户意愿在不正当竞争案件中的影响几何?立法中消费者利益保护的增设又如何在实际裁判中得以体现?

当前司法实践对于明显侵害经营者利益,但表面上符合“用户同意”要件而实质上亦与消

[23] 用户在安卓手机浏览器访问百度网时,使用搜狗输入法输入关键词拼音,输入法界面展示两排候选词。点击上排搜索候选词后,页面跳转至搜狗搜索结果。搜狗公司辩称,用户点击行为自主,搜索候选功能未违背用户意愿,并提交消费者调研报告及《2013年中国搜索引擎市场研究报告》支持其观点,认为用户选择搜索引擎主要基于习惯,搜狗输入法的该功能提供了更多选择,未违背用户意愿。参见北京知识产权法院民事判决书,(2019)京73民终2312号。

[24] 迪火公司运营的二维火“智能收银一体机”系统遭三快公司“美团小白盒”插件侵入,该插件监控并读取收银系统数据,劫持支付流量,导致迪火公司合作商户损失近2.3亿元。迪火公司认为三快公司运营“美团小白盒”插件所实施的上述行为侵害了其合法权益,构成不正当竞争,分别就浙江省内发生的行为与浙江省外发生的行为向杭州市中级人民法院和北京知识产权法院起诉。被告则认为原告利用二维火“智能收银一体机”安卓系统硬件的底层权限独占应用分发渠道构建“封闭系统”,通过限制用户自主选择排除其他支付产品参与自由竞争的行为,不应受到法律保护。被告还以“用户同意”为由进行抗辩,称生成其软件的每一步操作“均经过了用户授权,系用户自主选择的结果”。两地法院对用户意愿及行为性质认定存在分歧,引发关注。

[25] 参见浙江省杭州市中级人民法院民事判决书,(2018)浙01民初3166号。

[26] 参见北京知识产权法院民事判决书,(2018)京73民初960号。

费者利益无损的行为,虽然少量案件裁判结果存在分歧,但往往仍以保护经营者利益为第一要义,并判定其构成不正当竞争。概言之,即便在消费者利益与经营者利益实质无涉时,经营者利益优先保护的思想已经深入人心,即便涉案行为并不为用户所排斥甚至得到认可,用户意愿往往也未必得到足够的重视。二者关系虽未明确界定,但司法裁判的倾向已显,即将经营者利益置于优先考量的地位。

(四)利益相左的用户偏好型案件

“用户偏好型”案件,系指在不正当竞争纠纷中,尽管涉诉行为对原告经营者造成了利益损害,但该行为却直接契合了用户的明确意愿,为直接使用相关产品或服务的消费者带来了显著利益,同时对潜在消费者亦展现出吸引力,而非排斥力。此处的“符合”并非司法裁判中常论的“间接符合”,而是指涉诉行为在个案中直接、即时地满足了用户的特定需求与偏好。

“用户偏好型”概念的引入,将特定情境下消费者利益与经营者利益的权衡推向了“二选一”的抉择境地。鉴于“互联网专条”明确列举的强制跳转、不正当干扰及恶意不兼容等行为,本质上并不顺应用户意愿,故此类“用户偏好型”案件往往需依托“互联网专条”的兜底条款进行规范。“用户偏好型”类案件主要呈现两种模式:其一,用户无需额外操作,仅通过使用被告经营者的产品或服务,即可自动获得更贴合需求的体验;其二,被告经营者虽提供便利或工具,但用户需主动采取后续步骤,方能实现对其有益的最终结果。

从用户意愿与经营者利益的冲突视角审视,根据消费者意愿的合法性及清晰度,可将上述情形细分为三类:一是消费者“过错模糊”,即其行为在合法与非法之间界限模糊,难以明确界定;二是消费者“基本无过错”,表明其行为处于合理范畴,未明显违反法律、法规或公序良俗;三是消费者行为“暗含不正当性”,意指其表面意愿或行为背后,隐藏着可能违反法律或道德规范的潜在风险。此分类有助于更精准地识别并处理“用户偏好型”案件中的复杂纠葛。

1. 消费者“过错模糊类”案件

“过错模糊类”的“用户偏好型”案件,其典型代表即为网络不正当竞争领域内频繁引发兜底条款适用讨论且具有高度学术研讨价值的案例——广告屏蔽类不正当竞争案件。^{〔27〕} 互联网经济又称“注意力经济”,平台投放广告是捕捉用户注意力的常用方式。然而,强制用户观看广告并不符合用户意愿,因此屏蔽广告类应用也应运而生。我国广告屏蔽主要有三种表现形

〔27〕 国内广告屏蔽类不正当竞争案件早在 2013 年就有判决,这表明相关行为更早就在互联网领域存在,数量也居首位。笔者以“广告屏蔽”“不正当竞争”为关键词在“知产宝”数据库中进行检索,截至 2023 年 6 月 4 日,该领域的司法文书 109 篇,其中判决 99 篇,裁定 8 个(包括 1 个再审驳回裁定);案件审理法院主要集中在北京,高达 75 篇来自北京地区法院;一审与二审判决书呈均向分布。这些案例绝大多数认定互联网广告屏蔽行为构成不正当竞争。广告屏蔽领域不仅不正当竞争案件多,研究性论文也极为丰富。仅直接将“广告屏蔽”置于标题中进行反不正当竞争相关研究的论文就不少于 40 篇,远超其他互联网类别案例的研究。此类论文如梁志文:“论《反不正当竞争法》下广告屏蔽软件的合法性判断”,《电子知识产权》2018 年第 1 期,第 12—20 页;覃腾英:“《反不正当竞争法》视阈下屏蔽广告行为的定性——以消费者利益保护为视角”,《电子知识产权》2018 年第 6 期,第 62—71 页;张飞虎:“《德国反不正当竞争法》视角下广告屏蔽软件的合法性问题”,《电子知识产权》2018 年第 7 期,第 56—64 页;陈耿华:“我国竞争法竞争观的理论反思与制度调适——以屏蔽视频广告案为例”,《现代法学》2020 年第 6 期,第 165—179 页等。

式:第一种是向用户提供屏蔽他人广告的第三方插件;第二种是浏览器自带屏蔽广告功能;第三种是路由器附带屏蔽广告功能。^[28]司法实践中一般认为,广告屏蔽行为对视频网站“免费+广告”的商业模式造成了利益损害,具有不正当性,构成不正当竞争。但学界对此多数却持相反态度,多数从动态竞争、消费者保护、反法的谦抑性等角度认为当前的广告拦截不正当裁判应予以适度修正。

司法判例中值得特别关注的是北京市朝阳区人民法院一审的“腾讯与北京世界星辉科技有限责任公司不正当竞争案”^[29]以及广州市黄浦区法院一审的“湖南快乐阳光公司诉维思案”,^[30]虽然该二案一审认为广告屏蔽行为不构成不正当竞争,但二审均被改判。广告屏蔽类案件的争议显示,当案件中原告经营者诉求与用户意愿发生偏差时,专业人士对不正当竞争的证成存在分歧。这种分歧的根源在于对不正当竞争的界定标准、尤其是保护经营者还是消费者、维护既有竞争格局还是开创动态竞争环境,以及用户意愿在其中作用的观点不尽相同。考虑到不正当竞争的界定标准具有主观性和不确定性,不同的人对同一事件可能会作出不同的判断,因此用户意愿背后的消费者利益也往往难以具象化。

2. “基本无过错类”案件

“基本无过错”的“用户偏好型”案件以提供“自动抢红包软件”为典型案例。在“腾讯诉杭州百豪科技案”中,^[31]百豪公司开发和运营的自动抢红包软件“红包猎手”“多多抢红包”无疑满足了用户尽可能多抢红包的心理需求。此类案件中,被告通常以“该行为由消费者主动触发”作为抗辩理由,但法院一般认为该部分消费者并不能代表真正消费者的意愿,并从公平角度予以反驳。^[32]

[28] 参见周樾平:“竞争法视野中互联网不当干扰行为的判断标准:兼评‘非必要公益不干扰原则’”,《法学》2015年第5期,第93页。

[29] 参见北京知识产权法院民事判决书,(2018)京73民终558号。该判决书中与用户相关阐述值得注意的是,该案一审判决支持了用户主动选择不构成侵权的观点,与最高人民法院被删掉的数据条款中“用户同意”可以成为不侵权抗辩的重要理由异曲同工。“竞争的属性决定了竞争者之间的损害,这种损害必然导致‘干扰’,但‘干扰’通常并非不正当,是通过网络用户的选择、使用达到过滤广告的结果。是否使用特定互联网产品或者服务,取决于网络用户的自愿选择。”“法律不排除、不限制、不禁止网络用户具有选择权,意味着网络用户在浏览免费视频时,不负有观看广告的义务,这是网络用户所享有的选择权,这种选择权要通过网络服务商的产品或者商业模式来实现,立足于本案就是具有可选择性的可屏蔽广告功能的浏览器。”“市场竞争具有创造性破坏的属性,是一种创造性破坏的过程。市场经济越发达,这种创造性破坏越激烈。如果经营者经营依托的产品或者服务确实有利于消费者、广大的网络用户,保护该利益同时也不至于损害公共利益,则该行为不应受到法律的禁止。”

[30] 参见广州市黄浦区人民法院民事判决书,(2017)粤0112民初737号。

[31] 参见浙江省杭州市中级人民法院民事判决书,(2021)浙01民终10310号。

[32] 法院认为,虽然被诉软件由相关用户主动下载并安装,但该部分用户的选择并不能代表反不正当竞争法所保护的消费者的合法权益。通过被诉软件自动抢红包本身是一种公平游戏规则下的作弊行为,对于未安装被诉软件的用户而言,其丧失了公平参与抢红包的机会和抢红包的乐趣,参与抢红包的积极性也会随之降低,甚至对QQ抢红包服务产生负面评价,这显然损害了腾讯计算机公司、腾讯科技公司的竞争性利益。

下载并安装抢红包软件的消费者难言过错。抢红包软件的使用虽然引发一定程度的不公平,但现实中,消费者使用抢红包软件的动机通常是出于娱乐和获取红包奖励的需要,即便发出红包的用户本人也未必排斥。该类软件性质与功能上类似“抢票软件”,属于可理解的消费与娱乐需求。毕竟使用网络服务不存在绝对平等,否则消费者使用配置更好的手机,更快的网络抢红包也将构成不平等。然而,尽管消费者下载安装使用该软件不应被视为具有过错,但该类案件中不可忽视的是,使用该软件确实会损害原告公司的经营利益。例如,抢红包为大众带来独特的交互体验和情感连接的同时,更为企业带来巨大的关注和流量,这正是支付宝与微信等应用曾不惜巨资与春节联欢晚会携手推出抢红包环节的重要动因。而自动抢红包软件势必降低关注度,削减网络公司的流量利益。这或许也是法院在满足使用软件的消费者利益与运营微信软件的腾讯公司利益之间选择优先保护经营者利益的最直接缘由,而“基本无过错”的用户意愿可能遭受忽视。

3. “暗含不正当性”案件

“暗含不正当性”的“用户偏好型”案件以“消费者低价购买账号密码以获取本应付费的服务”等行为为典型代表。以“北京百度网讯科技有限公司与段方方等不正当竞争案”为例,^[33]法院认为,被诉行为破坏了百度文库产品和服务的正常运行,其利用百度公司经营资源的主观恶意明显,被诉行为明显具有不正当性。此类案件中,用户意愿体现为通过非法途径获取低价或免费服务,即通过购买他人非法解密的账号密码,在原告经营者处享受本需支付更高费用的服务。由于这种行为本身可能侵犯原告的著作权等合法权益,因此其所谓的“用户意愿”已丧失正当性基础。即便该行为未直接违反著作权法等专属权利规定,但考虑到其对经营者已实现市场销售利益的直接且显著的伤害,法院通常也会判定其构成不正当竞争。正如法院在情形相似的“爱奇艺诉奇虎不正当竞争案”中所指出,“奇虎公司的涉案功能在一定程度上确实符合一定群体的消费者利益,但以部分用户某些情形下的需求为理由侵犯其他经营者的权益,不能视为可予以正面评价的行为”。^[34]

由此可见,司法实践对于明显侵害经营者利益,但实质上符合用户意愿、于消费者至少短期有所增益的行为,^[35]如果在个案中确有应予保护的经营者利益,法院往往会不假思索地裁定涉案行为违法。反观天平的另一面,涉案行为与消费者利益的关系却往往对判决结果的影响微乎其微,利益衡量方法之于涉案行为正当性判定的运用存在缺位,“经营者优先”的“权利侵害式”裁判思维大行其道。处于“反射利益”地位的消费者利益并未在网络不正当竞争案件

[33] 参见北京市海淀区人民法院民事判决书,(2021)京0108民初1563号。被告在网站上销售账号密码,将百度文库的文档链接复制到涉案网站并输入账号密码即可下载相应百度文库文档。

[34] 参见北京知识产权法院民事判决书,(2021)京73民终496号。奇虎公司提供的“边播边录”功能可以将爱奇艺网站视频下载并保存为mp4格式至本地电脑,且去除爱奇艺水印,并通过“一键分享”功能将爱奇艺公司享有独家信息网络传播权的视频分享至其他视频网站或门户网站,客观上造成爱奇艺公司独有的视频流传于互联网,原本只能通过购买爱奇艺VIP会员才能观看的视频可以通过其他渠道免费观看,造成爱奇艺公司用户的流失和收入的减损。

[35] 因长期效应取决于多个因素,往往难以精准预计。

裁判中对结果产生影响,消费者利益在反不正当竞争裁判中未受到真正重视。

四、用户意愿之于反法的表达诠释

虽然消费者保护可能是公平竞争硬币的另一面,但向竞争者提供补救办法足以保护消费者公众利益的假设通常被证明是虚幻的。^[36]如案例实证分析显示,消费者利益保护被纳入《反法》立法目的之一这一变化并未在网络不正当竞争案件中对裁判结果产生影响,《反法》之于消费者利益仍然处于“反射式保护”的阶段,这让高呼消费者保护是竞争法现代化标识的学者在认清事实之后难免有一丝沮丧。但伴随加强消费者保护的呼声在反法领域的愈发高涨,互联网时代如何定位消费者利益并为其提供来自竞争法层面的特殊保护,无疑是当下反法研究领域致力探讨的基础性命题。

反法语境下,实现对消费者利益的“衡平式保护”,需综合考量三大核心要素:法律依据、现实需求以及措施的可实施性。就本文议题而言,第一点的满足已有《反法》及《解释》的支持,但受制于反法实践中的捉襟见肘,可将研究视野扩展至竞争法框架下消费者利益保护已有进展的反垄断法以进行对比借鉴;第二点的满足不仅要关注当前消费者利益受损的显性现象,亦需重新审视消费者这一概念的内涵与外延,并考虑将消费者利益纳入司法裁判框架中的长远影响;第三点的满足则需措施提出者与落实者结合当前的社会经济环境、技术发展水平等客观条件,进行大胆而谨慎的探索与实践。既需要理论的创新与突破,也需要实践的检验与修正,以确保所提出的保护措施既具有前瞻性,一定的可操作性,同时还留有纠正余地。从而真正实现消费者利益在反法中的“衡平式保护”。

(一)现实镜像:反垄断法视角下的消费者保护启示

国内外对消费者保护与反法之间的关系研究确实相对较少,即便具备也尚处于倡议类的初始阶段。但竞争法领域的另一部重要法律——反垄断法,其关于消费者保护的相关理论研究在具体实施则成果颇丰。尽管反垄断法与反法在法益目标、实施路径方面都有着不小的差异,甚至分别被归入公法和私法的不同范畴,但在思考反法应该将消费者保护置于何种高度时,参阅反垄断法的理论和经验具有重要意义。

首先,通过反垄断法的实施经验可以发现,在构建公平竞争秩序的过程中,消费者利益的保护不仅是结果性收益,更是对市场机制进行调控的重要指标。反垄断法中消费者利益保护机制的确立,表明消费者在竞争秩序中的重要性,从而对反法的消费者保护目标有现实参考价值。其次,反垄断法中的具体规则和标准,如对于垄断行为的认定和消费者福利分析,可为反法在消费者保护问题上的规范设计提供启发。较之反法,反垄断法实施过程中消费者利益保护无论是形式诉权的具备,或者是实在性的满足——即不仅将维护消费者利益纳入立法目的,

[36] See Richard F. Dole, Jr., “The Emergence of Deceptive Advertising as a Group Tort: A Possible Consequence of the 1966 Federal Rule Amendment with Respect to Class Actions,” *Northwestern University Law Review*, Vol. 62, No. 5, 1967, pp. 661, 674-675.

并将消费者福利变化切实作为竞争损害效应的判断标准,似乎均已完整具备。

由此可想见,反法在探索构建有效机制以保护消费者利益的征途中,或将遭遇的诸多挑战,反垄断法在其过往的实施历程中很可能已大部分经历,相关研究与案例应已基本有所涉猎。如果反法沿着这条反垄断法已经趟过的路径前行,是否就意味着消费者保护从理想照进现实?然而,镜鉴反垄断法的消费者利益保护,方知无论宏观还是个案,具体化识别消费者利益并加以保护均并非易事,从反垄断法的实施经验来看,“消费者利益”在法律实施中的具体化面临着以下挑战。

一方面,“消费者利益”内涵的模糊性使得其在个案中难以成为具体行为违法与否的评判标准。概念乃探明任一事物的逻辑原点,任一法律制度无不构筑于明确的法律概念之上,定义“消费者利益”概念是消费者利益保护的基础。^{〔37〕} 鉴于《反垄断法》与《反法》均未对“消费者利益”下一个准确定义,我国《反垄断法》立法目的中乃至竞争法理论中的“消费者利益”,目前主要只能作为一种价值宣示,是非常模糊的概念,并不能起到判断标准的功能。如果不能明确消费者利益的内容到底是什么,就很难回答反垄断法可否直接保护消费者利益,以及消费者利益能否作为垄断行为违法与否的判断标准。^{〔38〕} 这不但是《反垄断法》与《反法》相关法律适用的逻辑起点,亦是相关理论研究的一个学术难点,在未做释明之前,倘若在反法具体裁判过程中强行纳入消费者利益的考量因素,想必也难免出现裁判者的主观意愿脱节于消费者实际需求的窘况。

另一方面,促进消费者利益只是反垄断法重要立法目的之一,维护健康的市场竞争机制是更为重要的目标。同样,在反法中,消费者利益虽然也是重要的考量因素,但其权重相对具体经营者利益的保护更为靠后。正如研究所述:竞争价值才是反垄断法不可或缺的价值追求;实践表明,它对于消费者的保护是有条件的、有限的,消费者利益价值并非总是高于竞争价值;消费者也非独享竞争带来利益的唯一主体,其他市场主体也分享竞争带来的利益。^{〔39〕} 当前我国反垄断实务与理论界,热衷于以“损害消费者利益”对竞争的行为进行定性,但对于消费者、消费者利益、消费者利益终极目的有多种不同的理解,甚至把维护消费者利益的终极目的绝对化。这会使竞争法对消费者利益的保护走入另一个极端——因为过度重视消费者利益保护而将“消费者利益”地位中心化,从而导致反垄断法中的事实判断与价值判断混淆。^{〔40〕} 反法的主要目标在于规范市场主体之间的公平竞争,维护市场秩序,而非直接保护消费者利益。消费者利益的实现更多依赖于市场竞争环境的完善与公平交易机制的建立,因而与反垄断法中的消费者利益保护相比,其在反法中的地位更加次要。

(二)多元需求:反法中的消费者复杂形象解析

诚然,将消费者保护适度纳入反法,一定程度上填补现有法律体系难以完全覆盖或者便

〔37〕 参见陈耿华:“竞争法增设消费者定义的证成及实现”,《兰州学刊》2019年第9期,第99页。

〔38〕 参见焦海涛:“反垄断法上的竞争损害与消费者利益标准”,《南大法学》2022年第2期,第4页。

〔39〕 参见刘伟:“论反垄断法上的消费者利益悖论及其破除”,载史际春主编:《经济法学评论》(第18卷第2期),中国法制出版社2019年版,第167页。

〔40〕 同上注,第171页。

捷、有效覆盖消费者利益保护的空白,有助于促进市场的动态竞争。然而,肯定这一结论方向,并不意味着应将消费者利益直接纳入反法司法裁判框架的最高保护层级,“消费者”这一形象的复杂性仍有待研究者释明、省思。

实际上,消费者并非一个始终理性、自我克制的“经济人”,更非一个完全基于成本效益追求效用最大化的理想模型。他是社会交往中的个体,受到多变需求、情绪因素和社会环境的综合影响。消费者的行为可能是多元的,有时甚至是非理性的,夹杂着投机、趋利以及短期偏好的特点。消费者行为学这一上世纪五十年代至六十年代兴起的学科可对理解这一结论起到帮助。该理论认为,经济学为消费者行为的分析提供了一个初步的基础,但它无法理解消费行为的复杂性,过于强调消费者理性的一面而忽视其情绪化的另一面。该理论对消费者人性研究的假定先后经历了“经济人”“社会人”与“自由人”的转换,并先后形成了包括但不限于如理性视角、行为视角、认知视角、动机视角、社会视角、特质视角、态度视角、情境视角等研究视角,^[41]如此繁多的理论见证着消费者行为因素的复杂性。基于此,考虑到消费者“社会人”的复杂性,反法之于消费者利益的保护不应过于冒进,其应当一如对待所有团体性偏好一样,既不可漠视,又要有一定的警醒,否则难算妥当。

究其原因,一方面,消费者从来就不是以一个“利他主义者”形象被设计的,^[42]法律并不禁止个人基于“利己心”而采取的投机主义行为,“乌合之众”的现象在经济生活领域的出现仍有一定几率,因为“消费者”这一法律形象的塑造从来并非意在设计个体人格的通用模式、以集体意识来取代个人意识。相反地,“消费者利益保护”这一提法内含的固有价值就包括“保护个体的多样性”与“维持个体的不容消逝性”,否则无所谓保护。考虑到一些消费者偏好甚至与当前法律相抵触,法院在反法的司法裁判过程中并非一律需要维护消费者的选择意愿,而是需要综合判断该需求的正当性,以免实质性扭曲市场竞争秩序与侵害经营者利益。当然,消费者的“需求”即便与法律规定不完全一致,也不可一律漠视,因为一些情形下可能是法律已然过时,“存在即合理”也提示司法重视与理解消费者的诉求。

另一方面,反法裁判的司法稳定性极为重要,司法裁判须在“维持现有法律与司法裁判的稳定性”与“调整 and 适应这种商业模式,推动市场经济健康发展”之间找到一个平衡,同类型案例对于“用户意愿”“消费者利益”的解读不应完全相左。如前文分析,“消费者”这一因素本身便是变动不居的,如若司法裁判结果也伴随其不断变化,势必会削弱法律对商业实践的指引效果,司法公信力之于市场经济主体的建筑也将遥不可及。毋庸置疑,消费者利益的保护俨然是反法极为重要的立法目的,但是这一目的追求必须服从于一些原则,这些原则即使不可避免地会限制目的实现的效率,也应予以容忍。

(三) 用户意愿与消费者利益的融合途径:司法实践的多维建议

制度优化通常是研究中最具挑战的环节,任何脱离现实的策略都可能沦为乌托邦式的空想,措施的可行性尚需要实践中不断试错并完善。如前所述,将消费者利益或用户意愿直接作

[41] 参见晏国祥:“消费者行为理论发展脉络”,《经济问题探索》2008年第4期,第31页。

[42] 参见谢晓尧:《竞争秩序的道德解读:反不正当竞争法研究》,法律出版社2005年版,第80—81页。

为认定被诉行为是否具有不正当性的统一标准不切实际,因此本文尝试兼顾实体与程序两个维度,从“用户意愿”这一消费者利益的鲜活载体入手,提出一些可能性对策与尝试性建议,既希望为当前的司法实践提供启发,也意图通过保障程序性措施的运行作为实体标准的长期完善奠定基础。

1. 消费者利益保护的起点方案:拉德布鲁赫公式的现实运用

尽管我们充分认识到消费者概念的模糊性与其形象的复杂性,但结合消费者利益保护在当前网络不正当竞争案件中的现实需求与其“反不正当竞争法的现代化标志”之定位,反法司法裁判中对其进行诠释可结合本文依据“用户同意”要件所列举的网络不正当竞争案件分类,在司法裁判中有针对性地予以考虑。

这其中,德国著名学者拉德布鲁赫在 1946 年所提出的“拉德布鲁赫公式”可为具体裁判提供思路指引。该公式可概括为:一是应当维护实定法的安定性,而不能随意否定其效力;二是实定法应当具有合目的性和符合正义性;三是如果实定法违反正义达到了不可容忍的程度,也就失去了其应有的属性。将其涵摄至反法所保护的法益当中,可做如下理解:首先,从反法法益结构的演变历史出发,应当充分认识到,即便在奉行“消费者利益保护是反不正当竞争法现代化标志”的今天,经营者利益也无疑是反法最为优先、最为直接的保护对象。在个案裁判中,即便出现经营者利益与用户意愿存在冲突的情形,也不宜为了保护消费者而置经营者的利益于不顾,而是需要进入反法的三元法益结构中对被诉行为进行正当性分析,通过在具体行为、具体场景中的法益配比,来决定被诉行为是否具有违法性。这其中,消费者的真实意愿当然应当被看到,但其对于经营者的合法诉求并不当然具有抵触的效力。

其次,无论是经营者利益还是消费者利益,反法对其进行保护均是为了维护良好的市场竞争秩序,并藉此促进市场经济的健康发展。当经营者利益与消费者利益之间存在冲突的时候,如果保护经营者利益会导致部分消费者利益受损(当然这并不是不被允许,因为任何决策均有两面性),但如果该种受损会导致对市场竞争秩序的破坏,进而不利于整个市场经济的健康发展,法律便应当拒绝做出这种评价,而应转向对用户意愿的重点考虑。反之亦然。同时需要指出,不论是经营者利益还是消费者利益,其都应当是合法、正当的,至少不应当有显著的违法性,否则不应得到保护。最直接的例子是,“用户偏好型”案件中的“暗含不正当性”类案件,即便可能符合消费者的真实意愿,也应受到法律的否定评价。

最后,反法在优先保护经营者利益的同时,呈现出的可能是对消费者利益或用户意愿的漠视。其应当遵循的底线是:该种漠视不应被允许发展至不可容忍的程度,否则将导致法律对经营者利益的保护丧失其合理性与正当性。同时,即便承认应当优先保护经营者利益,我们也并不需要刻意甚至公式化地遵循法益之间的位阶顺序。当经营者利益与消费者利益发生冲突之时,并不排斥个案中鼓励对消费者利益的重点甚至优先关注,即便具体案件中所涉及个别用户的意愿有时与消费者群体的真正利益并不严格一致。裁判者的主观判断存在误判的可能性,但对正大步迈向现代化的反法而言,均应被允许尝试,尤其是在“用户偏好型”案件中的“过错模糊类”与“基本无过错类”案件中,只要它最后的结果符合比例原则与实质上的正义,便应被视为合理的司法实践。

2. 用户意愿表达的技术路径:消费者测试的实践前景

随着互联网技术的快速更新迭代,大数据、人工智能等新兴技术的应用日益广泛,新产品、新服务不断涌现,司法审判领域也受到深刻影响。不正当竞争行为表现出较强的技术性、专业性等特点,对于相关竞争行为是否正当、是否侵犯了消费者利益往往难以定夺,常常陷入“技术创新”与“不正当竞争”的两难境地。上文的案例实证分析揭示了我国当前反法实践中的现实图景:裁判者更多将自身代入消费者角色,于裁判文书中评估并考量对消费者利益的潜在影响。然而,裁判者欲仅凭“超然视角”精准捕捉并全面表达用户真实意愿,实则困难重重。在此背景下,互联网技术的迅猛发展为司法审判领域带来了深刻变革与创新机遇,促使现代科技手段与司法活动日益紧密融合。一方面,审判流程的精简与优化显著提升了审判效率;另一方面,审判过程的公开透明极大增强了司法的公信力,使得“便捷高效”成为互联网司法的新标签。

基于此,以大数据方法为支撑的“消费者测试”可为案件实体审查过程所采纳,以此为消费者表达意见提供更便利的渠道和平台:一方面,法院可以通过互联网技术,例如在线问卷调查、消费者评论区等,让消费者更加便捷地表达自己的意见和观点。其中,欧美立法和案例中对于个案调查证据(survey evidence)是否能够得到司法采纳的实质要件规定可为我国所借鉴。^[43]另一方面,法院也可以通过大数据分析技术,对消费者意见进行挖掘分析,从而更好地理解和重视消费者的声音。需要说明的是,由于互联网用户基数巨大,不可能对消费者进行完全取样,但是通过部分消费者测试还是能够得出消费者利益受不正当竞争行为侵害的相关数据,这些数据可以帮助法官更深入理解消费者行为,为案件的审理提供参考。^[44]诚然,各种洞察消费者的创新技术和软件还在蓬勃发展之中,^[45]但万变不离其宗——“让消费者自己告诉你”。

3. 用户意愿保障的制度探索:引入消费者集体诉权

在消费者看来,对他们利益最直接的保护可能是直接把权利交给他们自己,这其中又以诉权的具备为代表。然而,我国《反法》目前并没有为消费者配置诉权,因反法肇始于商标保护未能覆盖的部分,且二者诞生基因中更多关注经营者利益损害,因此从商标法的经营者单独诉权历史来观察反法的诉权设置,可能更能理解这一选择。以美国现行商标法《兰哈姆法》为例,其内容中也包含类似我国《反法》的部分,相似的是均未赋予消费者起诉的权利。美国法院曾在

[43] 在欧美证据规则及商标案件实践中,消费者调查证据的可采性得到了充分探讨。如欧盟知识产权局(EUIPO)的《商标上诉程序中证据的常见做法》(CP12)为此提供了详细指导,包括调查的结构、方法、调查提供者资质及消费者样本要求,对我国执法与司法具有参考价值。CP12强调调查应由具备相关知识和经验的独立机构或专家进行,报告质量而非调查者名气是决定因素。样本量通常建议为1000至2000名消费者,特殊情况下可更少。值得注意的是,CP12未设定调查结果的最低认可阈值。See EUIPO, “CP12—Evidence In Trade Mark Appeal Proceedings: Filing, Structure And Presentation Of Evidence, And The Treatment Of Confidential Evidence,” 2020, pp. 5-61, https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/EUIPN/Common_practice/Draft_CP12-Evidence_in_TM_appeal_proceedings.pdf, last visited on 12 December 2024.

[44] 参见谢兰芳:“论互联网不正当竞争中消费者利益的保护”,《知识产权》2015年第11期,第90页。

[45] 参见卢泰宏:“消费者行为学50年:演化与颠覆”,《外国经济与管理》2017年第6期,第28页。

Ziebart 案^[46]中做出裁定阐明原因:只有具有“合理和可识别”商业利益的一方已经或可能受到所指控的违规行为的伤害,才有资格提出索赔,而消费者并不拥有这种商业利益。^[47]在部分国家的反法立法过程中,也可窥见上述思路。同为大陆法系的邻国日本,其工商主管部门曾旗帜鲜明地指出——“诉权的享有者应限于商业利益受到损害之人”,这也对应了其多次修法均未赋予消费者诉权的事实。^[48]

但法律的发展并非变动不居而是动态演变的,伴随消费者利益保护至少是在形式上从“反射式”到“衡平式”的转变,已有部分国家开始在反法中赋予消费者诉权。作为反法发源地的德国便是如此。德国早在 1984 年《德国反法》修改时便尝试赋予个体消费者一般性合同撤回权,后又在《德国反法》第 8 条第 3 款第 3 项中为消费者团体等授予诉权;2021 年,为转化欧盟《关于欧盟消费者保护规则的有效性和现代化的 2019/2161 号指令》,德国又在最新修法中于第 9 条增设个体消费者的损害赔偿请求权,以因应持续发展的现代化和数字化背景下消费者利益的保护。^[49]我国修法无疑深受德国的影响,曾于 2017 年修法时在草案中尝试赋予消费者诉权,^[50]虽然最后正式稿中该条款被删除,但俨然表明立法者已经关注到并认真考虑了《反法》赋予消费者诉权问题,相关呼吁在理论研究中也接踵而至。

是否在我国《反法》中赋予消费者诉权,应坚持精细化思考的原则,难以笼统性地回答是或否。消费者诉权赋予的反对意见是:德国之所以在反法中引入消费者诉权,是因为德国的侵权法传统导致其只有反法而无消法,该立法只是为了填补消法的空缺,而这恰恰跟我国的法律体系不同。笔者认为,这种看法并不全面。将消法与反法进行比较,两法中的消费者形象和消费者利益内涵并不相同——消法所指向的消费者是具体的、个体的,其保护的是消费者眼前的、直接的利益;而反法所指向的则是抽象的、整体的消费者,其保护的是消费者长远的、发展的利益。因此,两法为消费者赋予诉权所保护的对象与意欲实现的价值功能自然也有所区别,二者并不存在非此即彼的互斥关系。更何况,我国虽已有较为完备的《消法》,但立法者并未依凭一部法律完成消费者利益保护这一宏大目标,诸如《电子商务法》《产品质量法》等单行法中均有

[46] See *Serbin v. Ziebart International Corp., Inc.*, 11 F.3d 1163 (3d Cir. 1993). 1990 年,萨拉·塞尔宾(Sara Serbin)和乔治·贝克(George Baker)分别购买了新车。购买同时,俩人都从被告 Ziebart International Corporation 和 Ziebart Company(统称为 Ziebart)购买了“超级防锈”保单。随后,塞尔宾和贝克在美国宾夕法尼亚州西区地方法院对 Ziebart 提起诉讼,指控被告关于“超级防锈”的广告包含虚假陈述,误导他们购买附加保单。此外,他们认为 Ziebart 故意做出这些虚假陈述。地区法院批准了 Ziebart 的动议,驳回了原告根据《兰哈姆法》提出索赔的诉求。法院认为,只有国会才能适当地扩大第 43 条第 a 款所涵盖的受保护阶层。

[47] See Travis Ketterman, “Lanham Act Does Not Cover Consumer Claims,” *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 7, No. 1, 1994, p. 31.

[48] See Christopher Heath, *The System of Unfair Competition Prevention in Japan*, London: Kluwer Law International, 2001, p. 26.

[49] 参见刘维、陈鹏宇:“论数字时代反不正当竞争法中的消费者利益”,《知识产权》2023 年第 7 期,第 105 页。

[50] 2016 年公布的《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第 17 条第 2 款规定:“经营者或者消费者受到不正当竞争行为侵害的,可以依法向人民法院提起诉讼。”

指向消费者利益保护的条款。唯一的区别在于,不同法律所保护消费者利益的价值位阶不同,相应所采取的立法设计也不同,也即位阶高的可赋予诉权,反之则否,而并不存在有了消法保护消费者就不需要反法的道理。

在处理是否于《反法》中授予消费者以诉权的问题上,立法者也应秉持同样的逻辑。当前,我国已在《反法》的立法目的中明确纳入“消费者利益”要件,其价值位阶至少在形式上已跃升到与经营者利益相当的高度。再依循上文思路,现行《反法》保护的法益中涉及消费者的部分并不能很好地被《消法》等其他单行法律覆盖,即便可以覆盖,维权成本、维权难度、维权收益也并不相当。在此背景下,消费者诉权的赋予与否并不应过分关注中德两国法律体系上的差异,而是应当以实际问题解决为导向,考虑在最新修法中赋予消费者诉权,以免法律赋予权利的实际落空。这其中,又以消费者集体诉权为最优选。究其原因,一方面,消费者权利被视为一种“易腐”的权利。由于信息的不对称,消费者不可能都知道权利受损。同时权利的主张和满足需要花费成本,消费者议价能力偏弱,加上风险因素的考虑,大量的消费者对权利的实现望而却步;^[51]另一方面,考虑到反法法益结构的历史定位与价值演变,虽不能否认消费者利益的升格保护趋势,但《反法》的修订必须首先以完善市场竞争秩序为目标,也即既然在《反法》中经营者享有的是个体诉权,举重以明轻,从“抽象”和“整体”的视角来对消费者进行保护,使得消费者享有集体诉权,不失为一种有益的补充。^[52]

基于此,为避免对既有制度造成破坏,同时也避免向经营者施加过重的经济负担,借鉴德国法学界就反法中消费者保护路径形成的理论与方法,赋予消费者协会团体诉权以形成更有力量、更易执行的用户意愿表达,或许较之赋予消费者个体诉权更为实际可行。同时,考虑在有限的资源条件下将消费者利益纳入司法衡量机制时,结合本文前一部分对不同消费者意愿类型的分类,在消费者与其他经营者意愿不一致的“用户偏好型”和“用户无涉型”案件中,集体诉权的赋予尤为迫切。当然,考虑到《消法》目前已经为消费者协会赋予团体诉权,为避免《消法》与《反法》的制度功能发生重叠,在相关消费者团体依据《反法》向法院提起诉讼时,法院应当重点对起诉的事实理由进行审查,如不属于《反法》规制范畴,仍应告知消费者向《消法》寻求救济。

五、结 语

当前中国网络不正当竞争领域的裁判呈现“重稳定,轻竞争;重既有利益,轻利益再度分配”的特点。在反法发展之初,规制的行为均为经营者与消费者双侵害类型案件。欧美以及国际条约中的不正当竞争规定,从商标保护和混淆制止出发。而在反法的发展过程中,逐渐出现一些消费者和经营者认知不一致的涉诉案件。法院倾向于将经营者利益作为高度权重,在“用户偏好型”案件中,将用户偏好等同于短视与长期利益的忽视。但正如马克思所言,“权利永远

[51] 参见孙颖:《消费者保护法律体系研究》,中国政法大学出版社2007年版,第121页。

[52] 参见程子薇,见前注[13],第65页。

不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会文化发展”，反法之于消费者利益究竟是选择“反射式保护”抑或“衡平式保护”，也往往取决于各国在不同经济社会发展阶段下对不同立法价值取向的选择。

我国《反法》吸收了现代元素，但仍需要适应现代经济社会发展的需求，在法律的准确定位、保护对象的多元化和具体制度设计上，进行进一步的现代化改造和制度创新。^[53] 消费者选择既体现市场竞争的动态过程，也体现市场竞争的静态结果。因此，将以“用户同意”为代表的消费者意愿表达纳入网络不正当竞争纠纷裁判中的构建之研究具有现实意义。具体的权利不仅从抽象的法中获得生命和力量，它也赋予抽象的法律以生命和力量。消费者意愿的表达有助于为互联网这样一个快速创新市场中的新型、疑难案件提供一个丰富的审视视角，在个案有限的信息下，让法官的裁判能够更加贴近消费者与市场。

Abstract: The protection of “consumer interests” is considered a hallmark of the evolution of unfair competition law into modern competition law. However, its essence as “reflexive protection” within the legal framework remains unchanged. Based on judicial practice, this study categorizes related cases into four types: “user deception,” “user interference,” “user irrelevance,” and “user preference,” according to variations in user intent. Empirical analysis shows that, regardless of whether user intent aligns with or diverges from the plaintiff’s business interests, court decisions are rarely influenced by such factors. Considering the balance of legal interests, division of legal functions, and operational feasibility, the protection of consumer interests should be regarded as a legislative objective of unfair competition law rather than a direct criterion for determining illegality. Emphasizing “user consent” as a direct expression of consumer interests, this study advocates enhancing the mechanisms for expressing user intent through substantive and procedural measures. These include refining judicial reasoning, moderately introducing collective consumer litigation, and conducting consumer testing to empower the genuine expression of user intent and achieve a diverse and balanced structure of legal interests under unfair competition law.

Key Words: Unfair Competition Law; Consumer Interests; User Intent; Reflexive Protection; Equitable Protection

(责任编辑:邓 峰)

[53] 参见孔祥俊：“论反不正当竞争法的现代化”，《比较法研究》2017年第3期，第37页。