

不正当竞争行为认定范式的嬗变

从“保护竞争者”到“保护竞争”

张占江*

摘要 反不正当竞争法是实用主义和规范化的融合。解决现实竞争问题的需要和对竞争的本质属性的回归,决定了其行为认定范式从“保护竞争者”到“保护竞争”的转变。新《反不正当竞争法》一般条款打破竞争关系的桎梏,引入独立的消费者利益标准,对行为不正当性的认定不再仅针对竞争者利益进行“权利化”的考量,而是依据竞争本身的结构、功能、特性来重新厘定考量因素和利益权衡框架。新法将“扰乱市场竞争秩序”置于经营者和消费者权益之前,并不是对价值序位的重新排定,而是强调行为只有构成对经营者竞争自由的“显著损害”,或对消费者决策自由的“实质扭曲”,导致实施者不合理地获得竞争优势,才能落入其规制范围,从而厘清了与《消费者权益保护法》等其他法律的界限。

关键词 不正当竞争 认定范式 消费者利益 竞争秩序 保护竞争

一、问题的提出

哪里有竞争,哪里就一定有不正当竞争。^{〔1〕}《反不正当竞争法》(以下简称“反法”)主要是对不正当竞争行为的界定和禁止。作为一个自洽的整体,^{〔2〕}从一般条款到类型化条款,其规范的构造和适用都应围绕这一问题在一个一以贯之的理论范式(即,不正当竞争行为认定所统

* 上海财经大学副教授。

〔1〕 Frauke Henning—Bodewig, *International Handbook on Unfair Competition*, Oxford: Hart Publishing, 2013, p.1.

〔2〕 参见孔祥俊:“论反不正当竞争法的竞争法取向”,《法学评论》2017年第5期,第27页。

一遵循的价值取向、考量因素和利益权衡框架的总称)下展开。^{〔3〕} 范式模糊或者失当,必然导致法律构造和适用的争议,损及规制效果。

(一) 范式转换的争议

1993年《反不正当竞争法》(以下简称“旧法”)第2条第2款将不正当竞争界定为“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”。该定义中的“其他经营者”是否限于“竞争对手”,或者说,不正当竞争行为的认定是否要以经营者之间的竞争关系存在为前提,理论和实务界一直没有达成一致。

形式上,竞争关系一直被视为认定不正当竞争行为的前提要件,^{〔4〕}在有些案件中甚至被严格限定在同业经营者之间。^{〔5〕}这就导致很多损害竞争的行为逃脱了法律的制裁,适用者不得不千方百计扩大其解释。最高人民法院指出,“……经营业务虽不相同,但其行为违背了《反不正当竞争法》第2条规定的竞争原则,也可以认定具有竞争关系”。^{〔6〕}这一解释虽并未抛弃竞争关系的外衣,但实际上已经达到了不再要求竞争关系的效果。^{〔7〕}在“五八同城与五八信息知名商品特有名称、包装、装潢纠纷上诉案”中,法院进一步强调,“只要经营者以不正当的手段谋取竞争优势或破坏他人竞争优势,在此过程中可能对竞争对手、其他经营者或者竞争秩序造成损害”,^{〔8〕}就应将其纳入规制范围。

在竞争关系的前提要件下,消费者只是竞争改善的受益者,保护消费者利益并不是直接预设目标。放宽这一要件,消费者利益能否成为单独的保护目标,或者说,能否成为独立的行为正当性的评价标准,旧法的态度并不明确。该法第1条立法目的虽包含对“消费者”的保护,但第2条第2款对不正当竞争行为的界定并未包含消费者利益因素。法院在适用一般条款处理案件时,通常只是将消费者利益作为认定竞争者受损的工具。在“奇虎与腾讯不正当竞争纠纷上诉案”(以下简称“扣扣保镖案”)中,最高人民法院尽管考虑到了用户的自由决定权,但最后还是从竞争者利益受损的角度来认定干扰行为的不正当性。^{〔9〕}在“淘友与微梦不正当竞争

〔3〕 在一般意义上,范式是指某一科学共同体成员围绕某一社会科学或专业所共有的信念、价值观、技术手段等的总和。参见(美)托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003年版,第157页。本文在“范式”这一概念下,对不正当竞争行为认定的价值取向、考量因素和利益权衡框架进行追问。成文法国家的反法对不正当竞争行为的禁止普遍遵循“一般条款+类型化列举”的体例。一般条款是对类型化条款的抽象(类型化条款理解、适用的争议也依赖于对一般条款的解释,参见吴峻:“反不正当竞争法一般条款的司法适用模式”,《法学研究》2016年第2期,第134—142页),更是对类型化之外新型不正当竞争行为规制空间的预留,而立法目的是整个法律构造的起点,因此,本文的研究从立法目的和一般条款的构造和解释切入,但这种从一般性认定入手的研究实际上有助于对整个法律的理解、适用。

〔4〕 参见孔祥俊:“论反不正当竞争法的新定位”,《中外法学》2017年第3期,第745—749页。

〔5〕 参见“美国石油学会诉北方资讯服务中心侵犯著作权及不正当竞争纠纷案”,北京第一中级人民法院(2012)一中民初字第6959号民事判决书。

〔6〕 曹建明:《加大知识产权司法保护力度,依法规范市场竞争秩序——在全国知识产权审判工作座谈会上的讲话》(2004年11月11日),转引自孔祥俊:“论反不正当竞争法的新定位”,《中外法学》2017年第3期,第746页。

〔7〕 参见孔祥俊,见前注〔4〕,第746页。

〔8〕 参见北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第11197号民事判决书。

〔9〕 参见最高人民法院(2013)民三终字第5号民事判决书。

纠纷上诉案”(以下简称“脉脉信息爬取案”)中,二审法院向前迈进了一大步,罕见地直接以脉脉通过用户上传手机通讯录展示非脉脉用户的微博信息,“损害了非脉脉用户的知情权和选择权”作为独立判断的依据,认定其行为构成不正当竞争。^[10]但法院是将消费者利益置于对“诚实信用”和“公认的商业道德”原则的解释之下,而对一般条款的解释具有极大的不确定性,在其中独立考量消费者利益更多依赖于法官的个人智慧。

学术界也基本赞同对竞争关系的扩大解释,只是在是否扩大到单独因消费者利益受损也可以认定行为的不正当竞争性方面存在分歧。一些学者担心这会导致与《消费者权益保护法》(以下简称“消法”)等其他法律的冲突,坚持只有直接或间接损害了竞争对手的利益,并损害正当竞争秩序的行为才能被认定为不正当竞争行为,拒绝将消费者利益作为独立的判断标准。^[11]而另一些学者则主张,“经营者之间的竞争关系既不是不正当竞争行为的构成要件,更不是反不正当竞争法适用的条件”,^[12]消费者利益完全可以成为独立的判断标准。^[13]

立法者在这一问题上,一直举棋不定。国务院有关部门提交国务院的《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》第2条第2款将不正当竞争界定为“损害经营者或者消费者的合法权益”的行为,但国务院提请全国人大常委会审议的《反不正当竞争法(修订草案)》(以下简称“一审稿”)和十二届全国人大常委会第二十九次会议审议的《反不正当竞争法》修订草案(以下简称“二审稿”)都在一般条款中删除了“消费者权益”的表述。直到新颁布的《反不正当竞争法》(以下简称“新法”)第2条第2款才最终将不正当竞争行为界定为“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”。

争议最终可以归结为两种不正当认定范式构造和调整观的分歧。其一,固守一种“保护竞争者”范式,立足于竞争者保护,拒绝放弃竞争关系要件,基于竞争者利益是否受到损害(或者说,通过将竞争成果在事实上“财产化”“权利化”)来认定行为的不正当性。对消费者的保护只是竞争改善的间接结果,不是独立的判断标准;其二,建构一种新的“保护竞争”范式,以保护竞争为目标,突破竞争关系的束缚,将市场参与者基于竞争享有的利益都纳入考量范围,消费者利益受到损害也可以单独成为认定行为不正当性的标准。

(二)未阐明规则的证成

法律是语境化的构造,^[14]确立什么样的认定范式,取决于要解决哪些不正当竞争问题,及通过什么样的法律方案解决这些问题。19世纪末,面对自由贸易和工业化浪潮出现的不正当竞争行为,所有国家都希望以既有法律制度处理当时主要集中在竞争对手之间的争议。由

[10] 参见北京知识产权法院判决书,(2016)京73民终588号。

[11] 参见焦海涛:“不正当竞争行为认定中的实用主义批判”,《中国法学》2017年第1期,第150页。

[12] 孔祥俊,见前注[4],第748页。

[13] 参见李友根:“论消费者在不正当竞争判断中的作用——基于商标侵权与不正当竞争案的整理与研究”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2013年第1期,第44—54页;孔祥俊,见前注[4],第739—749页;吴峻,见前注[3],第149—151页;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53—55页。

[14] 参见(美)托马斯·格雷:《美国法的形式主义与实用主义》,田雷等译,法律出版社2014年版,第2页。

于已有法律制度的差异,反法呈现出不同的面向。这种多元性在20世纪60年代开始强调消费者权利保护之后变得更为显著。有些国家将保护公平交易中的竞争者和消费者看作一枚硬币的两面;另一些国家在已存在的竞争者保护(常被视为与专门的反法、侵权法、知识产权法相关)和消费者保护(常被视为与消法、反垄断法相关)之间做了区分。由此,专门的反法几乎没有统一的边界。^[15]

但禁止不正当竞争的机制具体贴着什么标签并不重要,重要的是它所面临的不正当竞争问题逐渐演变为对竞争者和消费者利益损害的交织,反法制度机理都趋于从竞争机制本身划定不正当竞争的界限。即,都旨在确保企业自由竞争(不受阻碍、毁谤、混淆和寄生行为的威胁)及消费者自由决策不受扭曲(不受欺诈或骚扰性商业行为的威胁),以建立有利于所有市场参与者利益实现的竞争秩序。^[16]这种制度机理上的趋同,最终决定了对不正当竞争行为的认定范式从“保护竞争者”到“保护竞争”的一致性转向。

反法不正当竞争行为认定范式的构造,必须考虑法律传统以及与其他相关法律的关系。新法在引入独立的消费者利益标准后,不正当竞争行为认定的利益衡量复杂化。究竟考虑竞争者、消费者及社会公众的哪些利益?如何考量?不同的利益评价结果发生冲突如何处理?怎样协调其与消法的关系?法律规范本身并未对这些问题进行明示。本文溯流祖源,阐明作为历史传统的“保护竞争者”范式构造的机理,分析其在现代经济实践中的局限及其对竞争属性的背离;进而揭示其向“保护竞争”范式转换的必然性及其内在逻辑,并廓清面向现实竞争问题、与竞争机制相吻合的“保护竞争”范式的考量因素和利益权衡框架;最终以此为参照,厘清新法“保护竞争”范式的规范化构造。

二、作为历史烙印的“保护竞争者”范式

在工业化、贸易自由化初期,各国普遍面临仿冒、贬损、侵犯商业秘密等直接针对竞争者的不正当竞争问题。反法为保护诚实经营者,防止他们受到不诚信的竞争对手的商业攻击而设计。社会公众、消费者在行为竞争性评价中仅仅是参考因素;消费者保护只是一个“副产品”。^[17]

(一)竞争者利益的“权利化”考量

“不正当竞争”概念最早在1850年前后出现于法国,是法国法院在适用《民法典》第1382条的侵权行为一般条款处理不诚实(侵害竞争对手而不当地获取竞争优势)的商业行为时创造的术语。^[18]与意大利等国追随法国的脚步不同,德国于1896年最先制定了专门的《反不正当竞争法》(以下简称“UWG”),但只列举了五种不正当竞争行为,法院不得不援引《民法典》第

[15] Frauke Henning-Bodewig, *supra* note 1, p.v.

[16] Frauke Henning-Bodewig, *supra* note 1, p.v.

[17] Frauke Henning-Bodewig, *supra* note 1, p.1.

[18] See Mary LaFrance, “Passing Off and Unfair Competition: Conflict and Convergence in Competition Law”, *Michigan State Law Review*, Vol.2011, No.5, 2011, p.1422.

826 条的侵权法的一般条款,处理层出不穷的新型不正当竞争行为。在大陆法系之外,普通法系国家——英国采取了另一条路径,通过发展仿冒之诉保护竞争者。

立法技术差异背后有一点是共同的:关注诚实企业的利益,防止他们受到不诚信的竞争对手的商业攻击。竞争者不当获取竞争优势被认为是以其他竞争对手的损失为代价。因此,反法主要是作为侵权法的特别法而产生。受侵权行为法上债的相对性原理的影响,只有不正当竞争行为人和受害人之间具有竞争关系,才可能被认定为不正当竞争。《保护工业产权的巴黎公约》(以下简称“《巴黎公约》”)第 10 条之二直接将不正当竞争界定为“违反工商业领域诚实惯例的竞争行为”,针对的就是对“竞争者”的损害,也就是要具有竞争关系。

在商业竞争不发达的阶段,行业间界限清晰,市场竞争主要表现为同业竞争,竞争关系限定在同业竞争者之间的直接竞争关系。进入信息化和全球化时代,市场边界渐趋模糊,竞争关系的构成突破了同业竞争的限制。其存在与否,不再仅仅取决于所提供的商品或服务是否相同,只要商品或服务存在可替代性,或者招揽的是相同的顾客,抑或是产生了其他方面的竞争,都被认定存在竞争关系。^[19] 直接针对消费者的引人误解的虚假宣传或不当有奖销售行为也被纳入到不正当竞争的范围。

对竞争者利益的关注最主要的体现就对其给予的“权利化”的保护。顾客、销售额、市场利润,都被视为企业的准财产而形成了一种“财产性保护主义”倾向,以及不以欺骗行为为基础的“侵占”(misappropriation)观念。^[20] 企业像所有权人保护其对物的使用权一样,可以排除任何第三人侵害。模仿竞争产品的外形特征即使不具有真正的仿冒危险,也予以制止;只要具有贬低效果即使情况属实,也当然制止比较广告。德国甚至为保护保护竞争者营业活动免因特定侵害遭受财产损害,而在司法判例中发展出“营业权”的概念,并一度将其纳入《民法典》第 823 条第 1 款规定的“其他权利”赋予其绝对权的地位。^[21]

我国法院在很多不正当竞争案件审理中存在着明显的将竞争成果“权利化”“财产化”的问题,在适用一般条款处理互联网软件干扰类案件时体现得尤为明显。在这类案件中,^[22] 法院往往都是在先论证原被告之间具有竞争关系的基础上,阐明原告商业模式的合法性及其利益所受到的损害,然后考察被告对原告商业模式的破坏(干扰)及其主观故意,进而将涉案行为认定为不正当竞争。其中,北京高院在“百度与奇虎不正当竞争纠纷上诉案”(以下简称“百度插标案”)中提出了在司法实践中具有广泛影响的“非公益必要不干扰”原则,主张经营者非因公益(如杀毒)实现之必要,不得直接干预竞争对手的经营行为(商业模式)。^[23]

[19] 参见郑友德、杨国云:“现代反不正当竞争法“竞争关系”之界定”,《法商研究》2002 年第 6 期,第 69 页。

[20] 参见孔祥俊,见前注[4],第 743 页。

[21] 参见(德)迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2006 年版,第 246 页。

[22] 例如,“猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案”,北京市海淀区人民法院民事判决书,(2013)海民初字第 13155 号;“百度与奇虎不正当竞争纠纷上诉案”,北京市高级人民法院民事判决书,(2013)高民终字第 2352 号;“‘极路由’视频广告屏蔽不正当竞争案”,北京知识产权法院民事判决书,(2014)京知民终字第 79 号;“优酷视频广告案”,北京市第一中级人民法院民事判决书,(2014)一中民终字第 3283 号。

[23] 参见北京市高级人民法院(2013)高民终字第 2352 号民事判决书。

(二) 消费者利益的附属地位

UWG(1896)制定时,对于在保护竞争者利益之外是否也要关注消费者和社会公共利益存在争议。但最终法律还是聚焦于诚实经营者的利益,对消费者利益的保护只是附带效果。^[24] 1925 年《巴黎公约》对不正当竞争行为的界定立足于竞争者之间,仅仅规定了“混淆”和“诋毁”两种行为。消费者因为不正当竞争行为的禁止和竞争秩序的改善而获益。廖义男、黄茂荣教授将这种利益称为“公平竞争下的反射利益”。^[25] 我国法院在“百度诉搜狗不正当竞争纠纷案”的一审判决书中也曾指出,反法的首要目的是规范竞争秩序,以此反射保护消费者利益。^[26]

即便在接下来的几十年,消费者在市场中的作用慢慢被嵌入反法的分析框架,但是在 20 世纪绝大部分时间里,保护消费者最多也就是作为保护竞争者的手段,或竞争者论证自身行为正当性的工具。哪怕将针对消费者的行为界定为不正当竞争,最终还是归结为对竞争者的损害。在这种情况下,竞争被实际上简化为一种水平结构(见图 1)。^[27] 例如,禁止对消费者的误导的行为,仍然被视为对竞争者的保护。消费者利益受损始终不能单独作为不正当竞争行为的认定标准。哪怕 1958 年修订《巴黎公约》的里斯本会议引入误导宣传行为,开始突破仅保护竞争者利益的藩篱而直接指向“社会公众”,但仍然主要是作为工业产权的组成部分,建立在个人权利概念的基础上,消费者并未获得与竞争者同等的地位。^[28] 我国有学者走得更远,甚至完全排除消费者利益在不正当竞争行为认定中的作用,认为消费者损害只能在行为不正当性得到确认后,作为评估其危害性的依据。这时的消费者利益不是反法适用的起点,而是规制不正当竞争行为的终点。^[29]

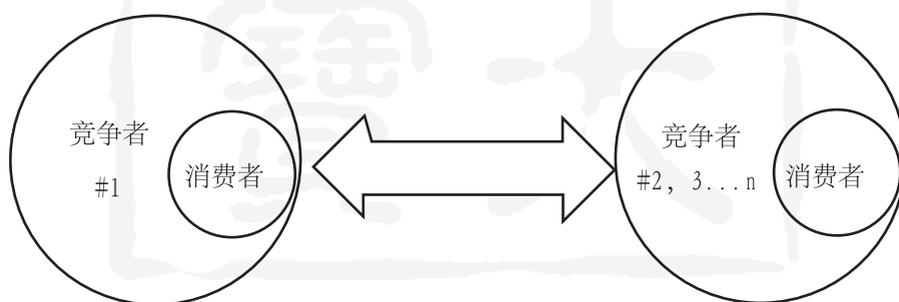


图 1 竞争的水平结构

[24] Peter W. Heermann et al., eds., in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2, 2014, § 1, Rn. 25–28.

[25] 转引自刘孔中:《公平交易法》,元照出版社 2003 年版,第 7 页。

[26] 参见北京市海淀区人民法院(2015)海民(知)初字第 4135 号民事判决书。

[27] See Tim W. Dornis, *Trademark and Unfair Competition Conflicts: Historical – Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives*, Cambridge University Press, 2017, p.282.

[28] 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、陈雅秋译,法律出版社 2015 年版,第 28 页。

[29] 参见焦海涛,见前注[11],第 165 页。

综上,“保护竞争者”范式,实际上是基于早期存在的不正当竞争问题对竞争的简化处理:只关注供给侧竞争者之间损害,割裂其与需求侧的消费者之间的联系。其对不正当竞争认定的本质,就是一种将经营者利益上升为权利加以保护的侵权思维,消费者利益哪怕被提及,也只是服务于竞争者损害的论证,从来都不是作为独立的认定标准。这显然与竞争本身的动态属性,以及消费者在竞争中实际发挥的作用不相匹配。

三、“保护竞争者”范式的现实困境

(一) 规制范围的不周延

单纯对竞争权益损害的考量,无法全面禁止不正当竞争行为。从竞争行为的结构看,如果将消费者作涵盖工商业客户的广义界定,竞争是由无数个倒三角结构(见图二)所构成。^[30] 横向上,这个倒三角结构是竞争者之间的竞争关系(B2B),关注对竞争对手行为自由的限制。诋毁商誉、不当模仿或许并不明显,但挖角、违法专利警告等阻碍竞争对手的极端情况,直接压缩了竞争对手的行为空间,甚至将其从竞争过程中完全隔离。纵向上,这个倒三角结构是竞争者和消费者之间的关系(B2C),关注对消费者决策自由的影响。一旦经营者的行为影响到消费者的决策自由,使消费者作出了本不愿意作出的决策,该经营者就会因为自身获取了不合理的竞争优势而间接影响到竞争对手。消费者作为竞争过程中的裁判者(referee),使得这种纵向关系成为了整个竞争机制的核心。

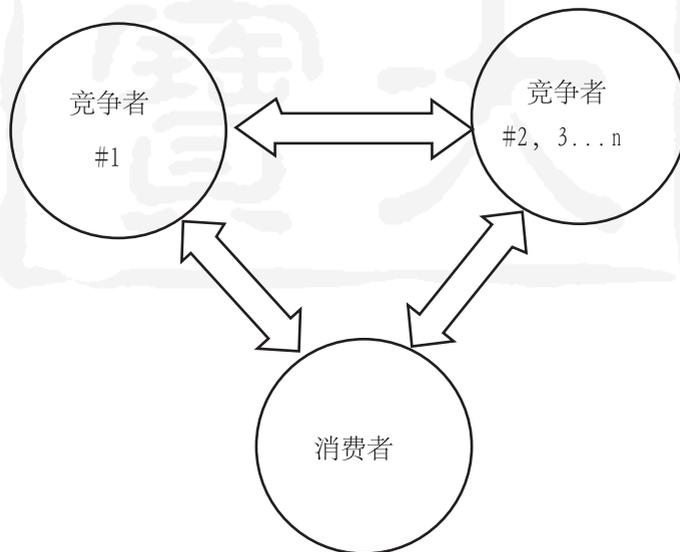


图2 竞争的倒三角结构

[30] See Tim W. Dornis, *supra* note 27, pp.283—287.

随着新的分销渠道及复杂技术的出现,扭曲消费者自由决策的情形越来越常见。例如,上门推销、电话广告等不合预期的骚扰;虚构交易(好评)记录、允诺赠送礼品、隐瞒产品主要特征、支付价格等主要信息的误导。这些针对消费者的行为常常影响消费者理性决策的空间和所需的信息,导致其作出非出于本意的决策,进而使行为实施者获取不合理的竞争优势。在“脉脉信息爬取案”中,法院在适用旧法的一般条款时极具开创性地在判决中明确:“不当地侵害消费者利益或者社会公共利益的行为可以被认定为不正当竞争。”^[31]作为第三方应用软件脉脉的经营者淘友公司,在非脉脉用户不知情和未经其同意的情况下,读取其新浪微博信息,被认定为不正当竞争。其行为之所以具有不正当性,原因就在于在用户不知情和无法做出选择的情况下获取其信息,降低了作为竞争者的新浪微博的竞争优势。

从行为发生的时间来看,复杂市场经济环境下的竞争,已经从争取市场相对方(争取市场的行为)的缔结交易前拓展到缔约时及缔约后阶段(争取到市场后的行为)。^[32]只要该行为与促进商品或服务的销售或购买,或是与商品或服务的契约缔结、履行,具有客观联系,^[33]哪怕竞争关系已随契约缔结而结束。但在远距离交易、网络交易等情形下,消费者于缔约后一段期间内享有的无条件悔约权,有助于新竞争过程的开启。影响消费者行使悔约权,实际上影响的是竞争者的优势获取。同理,原来只是经营者在价格等方面欺诈从而吸引消费者签订合同的行为才构成误导,而现在双方签订甚至开始履行合同之后,经营者的履行不能或给付瑕疵欺诈也构成误导。可见,对不正当竞争行为的界定,不仅要关注交易前的行为,更不能忽略参与者在竞争过程终端的实施决策行为。^[34]

(二)利益考量的不均衡

“权利化”的范式过度强调了对经营者竞争成果的保护。竞争的对抗性决定了竞争者之间的损害在所难免,正当竞争也会导致消费者的转移。在维护自由竞争的前提下,竞争者之间的损害是市场经济的常态,损害的正当性无需要以实现公共利益为前提。因此,“夺取他人的市场或者客户一般都不构成侵权”。^[35]但“非公益必要不干扰”原则限定被告只有基于实现公共利益的需要才能对原告的商业模式或经营活动造成损害,对其原本正常的竞争活动强加了额外的正当性证明义务。^[36]这很大程度上是为原告屏蔽了市场风险,却为竞争者设置了障

[31] 北京知识产权法院(2016)京73民终588号判决书。

[32] 德国2008年修订UWG,“商业行为”概念取代了“竞争行为”,涵盖有利于自己或他人的经营的缔结交易之前、期间或之后的,与促进商品、服务的销售、获取或与商品、服务合同的签订、履行客观上相关联的人的行为(第2条第1款第1项)。

[33] § 2 Abs. 1 Nr. 1 n. F. UWG.

[34] See Tim W. Dornis, *supra* note 27, p.281.

[35] Christopher Wadlow, *The Law of Passing-off: Unfair Competition by Misrepresentation*, London: Sweet & Maxwell, 2011, pp.5-6.

[36] 薛军教授认为,将原本正常或普遍的商业模式之间的冲突被界定为“干扰”,要求其非因公共利益不得侵害对手的商业活动,无异于对竞争行为作违法推定,颠倒了不正当竞争行为认定中的论证责任。参见薛军:“质疑‘非公益必要不干扰原则’”,《电子知识产权》2015年第Z1期,第68页。

碍。最终的结果是过度保护了原告的利益,压缩了竞争者的行为和创新的空間,限制了竞争者通过自身的努力在市場中胜出的机会。

“权利化”的范式严重忽略了消费者基于竞争享有的利益。在“百度插标案”中,奇虎对百度搜索结果插标虽针对的是竞争对手,但本质上还是因为其利用自己作为安全服务提供商的角色,以咄咄逼人的推广方式给用户造成心理上的恐慌和压力,直接影响其自由决定权,再间接影响到百度的业务。^[37]而这一点在法院的判决中并未提及。此外,将实现公共利益作为潜在竞争者挑战在先商业模式唯一正当性的理由,似乎是赋予了公益因素一个不合理、不成比例的权重。^[38]实则却未充分考虑到为竞争者创新预留足够空间这项互联网领域最重要的利益。

软件干扰行为涉及到经营者按照自己的意愿提供产品或服务,满足消费者的需求并获取收益。这种权益的确应受到法律的保护,但其边界还要受其他经营者的行为自由、消费者利益和社会公共利益的限制。商业模式始终处于不断演进中,竞争的价值就在于鼓励竞争者探索新的商业模式,而不是将其局限于已知的行为类型。新的商业模式虽难免会与在先商业模式冲突,却可能有利于消费者利益和社会公共利益。例如,广告拦截、快进广告、下载视频等工具软件均有助于满足用户需求,提升用户上网体验,帮助用户回避不受欢迎的广告和推广内容。因此,对软件干扰行为的处理必须回到竞争的本质属性,在商业模式保护、技术创新自由及消费者利益保护之间进行平衡。

与竞争本质属性相适应,对竞争成果的保护已经由“权利化”保护向“法益化”保护转向。英国在1938年前后就率先放弃了对企业竞争权益的财产权化保护。美国《不正当竞争法重述(第三版)》第1条也明白无误地确认,“竞争自由默示一种可以诱使潜在客户与其本人而不与其竞争对手从事交易的权利”。反言之,“除非符合特别的规定,凡从事商业或者贸易在商业关系中造成他人损害的,不需要对该损害承担责任”。^[39]商业模式或经营成果越来越多地被视为动态的法益,仅从法益损害本身不足以判定行为的不正当性,^[40]是否构成不正当竞争只能在个案中基于对各种利益的平衡才能认定。^[41]德国法上的“营业权”逐渐演变成为了一种“框架性的权利”,仅为保护营业活动而发展交易义务提供授权基础。^[42]侵害营业权的行为并不具有当然的违法性,违法性认定一定要经过利益平衡的过程。

[37] 参见吴峻,见前注[3],第149页。

[38] 参见薛军,见前注[36],第68页。

[39] Restatement of the Law, Third, Unfair Competition § 1, General Principles, American Law Institute, 1995.

[40] 参见孔祥俊:“论反不正当竞争的基本范式”,《法学家》2018年第1期,第57页。

[41] 按照法教义学的观点,如果认定一项权利归属于某个主体,除非存在特定的阻却事由,可直接判定干涉此权利的行为违法;而侵害法益本身并不能引证出行为违法性,是否违法只能由法官在个案中进行利益权衡之后才能确定。参见于飞:“侵权法中权利与利益的区分方法”,《法学研究》2011年第4期,第108页。

[42] Larenz/Canaris, Schuldrecht II C.H.Beck Verlag, 1994, 13. Auflage, S.545.转引自范长军:《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,第35页。

正是因为拒绝对固有商业模式给予“权利化”的保护而全面考虑市场参与者的竞争利益,德国联邦最高法院在2004年审理的一个电视广告屏蔽案(以下简称“电视精灵案”)中作出了有利于干扰方的裁判。原告作为一家电视台以在其播放的电视节目中投放广告为收入来源;被告生产和销售一种可以安装在电视上的广告屏蔽装置(“电视精灵”)。当选定的节目播放广告时,用户通过对该装置的设置,可以直接转到不插播广告的节目,等广告时间结束再转回原频道。原告认为这对其自身经营造成了严重的影响,构成UWG(1909)第1条意义上的一般性阻碍。^[43]对此,德国最高法院的态度非常明确,“任何竞争都会对其他竞争者产生影响,要禁止某个竞争行为,必须在个案中综合考量竞争者、消费者、其他市场竞争者的利益”。“被告广告屏蔽装置的生产、销售,虽然加重了原告的经营负担,但并未威胁其生存;被告的行为如果被禁止,则会危及其生存”。最重要的是,“广告屏蔽本身是有意义的商业创新,丰富了消费者选择、改善了消费者的体验”。“原告的商业模式模式必须面对经济自由和创新带来的挑战。”^[44]

总之,竞争是一个动态的过程,竞争者利益、消费者利益和社会公共利益,在竞争的推动下不断在更高的层面实现均衡。局限于竞争者利益的“财产化”保护,本质是一种对竞争结构的“割裂化”、对竞争过程的“静态化”处理。坚持“保护竞争者”的认定范式,最终很可能会抑制竞争和创新。

四、贯穿现代反不正当竞争法的“保护竞争”范式

突破竞争关系的束缚,引入消费者利益元素,保护整个竞争过程不受扭曲,标志着反法的现代化。^[45]作为过程的竞争本身就蕴含着动态属性,竞争机制发挥作用关键在于确保市场参与者在竞争中的决策自由以及整个竞争过程的不受扭曲。^[46]因此,现代反法将竞争过程中的经营者自由竞争的利益、消费者自由决策的利益和竞争不受扭曲产生的社会公共利益,作为认定不正当竞争行为的关键因素,进行独立考量。^[47]

(一)市场参与者利益的独立考量

不同市场参与者在竞争中的角色不同,基于不受扭曲的自由决策可获得的利益也不同。对其进行独立考量意味着依据其各自自由决策所产生的利益是否受到损害来判断行为的正当性。

[43] 这种阻碍竞争的行为已经被类型化,规定在UWG(2016)第4条第4项。

[44] BGH: Zulässigkeit von Fernseh-Werbelocken-Werbelocker, NJW2004, 3032.

[45] See Tim W. Dornis, supra note 27, p.295.

[46] See ibid., p.275. 反法中的“市场参与者”是竞争过程中的竞争者、消费者以及作为商品或服务的供应者、需求者等进行活动的所有人。(§ 2, UWG(2016))

[47] 例如,UWG(2016)第1条明确规定:“本法旨在保护竞争者、消费者及其他市场参与者免于不正当竞争行为的侵害。同时保护公众在未被扭曲的竞争中所享有的利益。”

1. 竞争者自由竞争的利益

反法对竞争者的保护主要是保护其自由发挥经济能力和在市场上不受阻碍地提供其成果,争取竞争优势的利益。^[48] 经营者所有竞争活动都围绕着建立竞争优势而展开,行为正当与否的关键在于采用了什么样的手段。正当竞争是依靠自己的商品或服务的优质、优价或经营活动的效率赢得客户。^[49] 与之相反,依靠食人之肥或投机取巧谋取交易机会以提升自己的竞争优势,诸如市场混淆、仿冒竞争(和非竞争)对手的商业标识或商业贿赂等行为,都是不正当的;通过打击竞争对手以削弱其市场竞争力,诸如诋毁对手商誉、阻碍竞争对手(侵犯对手商业秘密、挖角)、恶意比较广告、乱发专利警告函等行为,亦是不正当的。

基于自由竞争享有的利益不再是一种“绝对权”,也不是一种财产拥有的状态,而只是一种财产获得的机会。^[50] 竞争者拥有竞争自由,但它对这一自由的主张,不能侵害其他竞争者的自由。它无权要求像保护财产权一样保护其市场地位、顾客来源或盈利机会,使其免受竞争者的合法侵害,而是必须将损害作为竞争的自然结果予以容忍。^[51] 相比于将竞争成果“权利化”所追求的互不干扰,这的确是有些混乱,但混乱背后存在“无形之手”引领下的秩序。竞争秩序正是这种“混乱”之中的秩序。^[52] 德国曾经以对竞争者自由构成“显著损害”作为不正当竞争行为认定的门槛(§ 31, UWG (2008))。为与欧盟《不当商业行为指令》(以下简称“UCPD”)保持一致,UWG(2016)删除了这样的表述,但并未放弃这样的要求,而是将其纳入到对“不正当”的解释之中。^[53] 按照“电视精灵案”的判决的揭示,“显著损害”就是“导致竞争者任凭自己的努力都无法将自己的业绩在市场上合适地展示”,破坏了凭借真本事争胜的竞争秩序。

对竞争者权益的保护还需要考虑宪法上的基本权利在私人领域的“辐射效力”。^[54] 其一,根据基本权利的防御功能,^[55]要避免在将经营者的某种行为作为不正当竞争行为予以禁止时,侵害其基本权利。在著名的“贝纳通广告案”中,贝纳通公司以原油泄漏、童工和艾滋病

[48] 参见范长军,见前注[42],第111页。

[49] 德国法上将这种企业“依靠自己商品或服务的优质、优价或经营活动的效率赢得市场、赢得客户”的竞争,称之为“绩效竞争”或“效能竞争”。参见范长军,见前注[42],第115页。我国法院在“大众点评案”中,明确指出:“市场经济鼓励的是效能竞争,而非通过阻碍他人竞争、扭曲竞争秩序来提升自己的竞争能力。”参见上海知识产权法院(2016)沪73民终242号民事判决书。

[50] 参见薛军,见前注[36],第66-68页。

[51] 参见范长军,见前注[42],第34页。

[52] 参见孔祥俊,见前注[40],第56页。

[53] Christian Alexander, UWG 2015 - Ende des schwierigen Weges zur Richtlinienkonformität?, Betriebs-Berater, BB 5.2016. S.1.

[54] 吴峻,见前注[3],第146-147页;范长军,见前注[42],第17-26页。

[55] 作为基本权利重要功能之一的防御功能,强调防止国家公权肆意侵害公民的基本自由空间。参见郑春燕:“基本权利的功能体系与行政法治的进路”,《法学研究》2015年第5期,第31-34页。竞争自由涉及公民基本自由,不恰当的将某种行为界定为不正当竞争行为予以禁止,可能会侵害其基本自由权。

为主题做广告,被消费者协会告上法庭。德国地区高级法院、联邦最高法院均认为被告“试图通过榨取消费者同情心的手段,使企业及其商品在消费者心目中留下深刻印象”,〔56〕有违公序良俗,认定其违反 UWG(1909)的一般条款。但联邦宪法法院最终以不正当地限制言论自由为由撤销了原审判决。因为,即使企业的宣传行为不高尚,只要没有影响消费者自主决策,法律也不应该禁止;〔57〕其二,反法的实施需要在受基本权利保护的法益与市场参与者的竞争利益之间寻求平衡,〔58〕不能草率地将经营者的竞争行为贴上不正当竞争的标签。在“海带配额案”中,〔59〕最高人民法院深刻揭示了劳动权与竞争者权益的平衡。在没有法定和约定的竞业限制义务的情况下,企业职工通常具有择业自由,哪怕是为其原单位的竞争对手服务,削弱了原单位的竞争优势,也不宜认定为不正当竞争。

确定竞争者的意义在于其对不当行为享有排除妨碍、不作为请求权,受到损害的还享有损害赔偿请求权。这里的竞争者是指与一个或多个作为商品或服务的供应者或需求者处于具体竞争关系的经营者。在同一产品、地域及时间相关市场活动(潜在竞争),指向同样的顾客群,就构成具体竞争关系。处于不同经济阶段或不同领域的经营者,指向相同的顾客群,构成实质竞争,也具有具体竞争关系。例如,电视台推出法律咨询节目,与该电视台覆盖区域内的律师事务所形成了具体竞争关系。〔60〕

除了保护竞争者,现代反法还保护与竞争过程密切联系的其他市场参与者的利益。之所以在竞争者之外特别强调“其他市场参与者”的权益,是因为狭义的“消费者”或者私法上的“消费者”主要是指为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的人,不包含生产消费者或工商业顾客。如果经营者是作为需求方,反法对其保护是和对消费者的保护相一致的。

2. 消费者自由决策的利益

消费者是竞争行为的裁判者,其决策是整个竞争过程中最具决定意义的一环。对消费者的保护不是作为对竞争者保护的“副产品”,而是被视为一个独立的目的。那些损害消费者利益且危害竞争秩序的行为,即使不直接针对竞争对手,也在法律调整范围内。最典型的就是误导行为,一个交易行为如果包含不实的表示,或者虽有客观真实的表示,但所表达的交易事项对消费者形成欺诈,并使消费者做出其原本不会做出的交易决定,就构成误导。〔61〕误导虽直接针对消费者而不发生在竞争对手之间,但消费者基于误导所作出的选择会导致实施误导的企业获得不正当的竞争优势。

〔56〕 GRUR2002,360“H.I.V. POSITIVE”II.

〔57〕 BVerfG GRUR 2001170 - Beneton I,GRUR 2003,442 - Beneton-Werbung II.

〔58〕 基本权利意味着保护委托,国家权力承担宪法义务,保护公民受基本权利保护的状态免受他人侵害。立法者在反法中保护市场参与者基于竞争享有的利益,也保护市场参与者的基本权利现状。参见范长军,见前注〔42〕,第18页。

〔59〕 参见最高人民法院(2009)民申字第1065号民事裁定书。

〔60〕 BGH GRUR 2002,992-Wir Schuldenmacher.

〔61〕 DIRECTIVE 2005/29/EC Article 6(1).

反法对消费者的保护最重要的就是对消费者决策自由所产生利益的保护。^{〔62〕} 市场功能的发挥关键在于市场主体的自由,而市场主体的自由是由企业行为自由和消费者决策自由共同构成的。消费者主权的实现,一方面是消费者对符合其偏好的商品,在价格、品质的替代选择上拥有全面、真实的信息;另一方面是消费者有能力自主作出合乎其市场需求的消费决定。司法实践中,是基于个案中消费者的购买决定是否受到不合理的扭曲,并做出依据当时的形势本不可能做出的决定进行判断。与合同法对意思形成的损害,以撤销权、损害赔偿请求权等事后个别救济的保护方式不同,反法提供对消费者整体性和预防性的保护。

在维护消费者意思自由形成的利益之外,反法还确保其私人领域免受骚扰及其人格权、财产权不被侵害。例如,避免消费者的生活不会被不愿意接受的电话广告、邮件广告或销售人员的登门推销所骚扰。骚扰情节严重者,如使用暴力或胁迫手段,还可能构成对自由权的侵害;消费者的电话被不愿接受的广告占线,会涉及所有权和占有的保护,或者导致消费者负担额外费用(如回拨电话的支出)。^{〔63〕}

为避免过度介入民法和消法的规制领域,反法对具有消费者保护性质争议的处理是有条件的。德国以对消费者的自由决策造成“实质性扭曲”作为规制“门槛”(§ 3 II, UWG (2016))。^{〔64〕} 门槛条款强调 UWG 禁止的只是导致消费者决策扭曲,并使企业不合理地获得竞争优势的行为。在坚持这一制度机理的基础上,我国台湾地区以“足以影响交易秩序”作为区分反法与消法的界限,强调其规制公共利益属性和消费者集体保护特性。^{〔65〕} 对“足以影响交易秩序”的考量集中在受害人数的多寡、造成损害的范围及程度、是否会对其他企业产生警惕效果及是否为针对特定团体或组群所进行的欺诈或显失公平的行为等因素,但不以其对交易秩序已实际产生影响为限。^{〔66〕}

3. 不受扭曲的竞争产生的公共利益

这里的社会公共利益是指竞争性市场所产生的一般利益,诸如,市场透明、信息传播和促进创新。基于社会公共利益的判断,本质上是对交易行为外部性的考量。商业竞争不仅影响到一定市场上彼此竞争的企业利益,还影响到其他市场参与者以及社会公众从“不受扭曲的竞争”中可获得的利益。在 HiQ Labs 与 LinkedIn 案(以下简称“LinkedIn 案”)中,LinkedIn 公司因为采取技术手段,禁止 HiQ 公司爬取用户在其网站上公开的信息来预测用户是否有离职

〔62〕 See Tim W. Dornis, *supra* note 27, pp.281-287.

〔63〕 参见杨宏晖:“欧盟不当交易行为指令与德国不正当竞争防止法的新变革——以消费者保护的强化为中心”,《公平交易季刊》2010年第2期,第50页。

〔64〕 UWG(2008)第3条第1款,以对竞争者或消费者造成“显著损害”作为构成不正当竞争行为的门槛。为与欧盟2005年不当交易行为指令(DIRECTIVE 2005/29/EC)第2条第e款保持一致,UWG(2016)第3条第2款修改为对消费者决策自由的“实质扭曲”,但二者的解释完全相同。

〔65〕 参见我国台湾地区《行政院公平交易委员会对于公平交易法第24条案件之处理原则》,第18卷第2期,第5点。

〔66〕 参见杨宏晖,见前注〔63〕,第122页。

倾向或提供用户的技能分析报告,而在2017年8月被法院以“诉前禁令”的形式要求移除全部针对HiQ访问其用户公开资料信息所设置的技术障碍。法院的理由就是,LinkedIn采取措施禁止HiQ爬取用户已选择公开的信息,不利于信息流动及网络发展。^[67]通过技术手段爬取公开信息,在法官看来不过是将手抄信息誊抄在纸上再录入电脑的行为,转换成了直接通过电脑复制罢了。

依据社会公共利益对竞争行为正当性的评价,划定了反法与其他相关法律的界限。例如,新法第6条第1项禁止擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识,但并未限制在相同或者类似商品上的使用,这与注册商标专用权的保护方式明显不同。如果立足于权利保护式的思维,按照体系化解释,前者也应限定于相同或者相类似商品上的保护,否则对具有一定影响的商品名称等保护的力度反而可能超过注册商标,导致两者在立法政策上的不协调。^[68]但是,反法专注于规范竞争行为,针对的是模仿导致的社会公众关于产品来源本可避免的混淆。更广泛地看,反法禁止对他人成果的不当模仿,但这并不是对成果本身的保护,保护成果本身的是专利法、商标法和著作权法等专门法的任务。只有侵害社会公共利益(造成不特定的多数顾客混淆)时,对成果的模仿才构成不正当竞争。^[69]这也正是反法客观上能够实现保护知识产权的目的,却又区别于知识产权法的关键。

在引入消费者利益和社会公共利益之后,竞争者利益只是对行为正当性的考量因素之一,如果竞争者利益的牺牲能够带来更大的竞争利益,使市场更为透明、更有效率和更有创新力,就应适当允许牺牲竞争者利益,以实现消费者与公共利益的最大化。^[70]例如,比较广告既可能损害竞争对手,又可能传递更多的产品信息、提升市场透明度,欧盟制定了比较广告指令,有条件地允许比较广告的存在,提升市场的效率。

(二)市场参与者利益的整体权衡

在现代反法体系内,所有市场参与者均受保护,^[71]而且是等序保护。^[72]不正当竞争行为的认定,需要根据不同市场参与者基于竞争享有的不同利益来判断,各种利益之间没有固定的价值位阶和权重。数据爬取类案件涉及到经营者的营业自由和竞争者的经营成果利用自由。在“百度与汉涛不正当竞争纠纷上诉案”(以下简称“大众点评案”)中,汉涛公司通过收集、加工大众点评数据获取相应利益的营业自由得到了更多的考虑,百度信息爬取行为被认定为不正当竞争。^[73]但“LinkedIn案”的初步判决侧重考虑的是,数据爬取方利用数据进行商业模式创新以及信息传播的价值。即便是对公共利益考虑也不能完全无视竞争者利益,允许数

[67] HiQ Labs V. LinkedIn, Case No.3:17-cv-03301. (N.D.Cal. 2017)

[68] 参见孔祥俊,见前注[2],第26页。

[69] 参见范长军,见前注[42],第112页。

[70] 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46—49页。

[71] Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 7.Aufl., 2004, C.H.Beck., S.29.

[72] Piper in: Piper/Ohly, UWG 4. Aufl., 2006, C.H.Beck., § 1 Rn.9.

[73] 参见上海知识产权法院(2016)沪73民终242号民事判决书。

据爬取有利于信息流动,但企业获取、拥有数据的利益如果得不到合理保护,就会抑制其数据收集、加工的投入。反法所保护的公共利益,最终被还原为竞争者、消费者、其他市场参与者的个人利益。这个时候公共利益是作为行为一方的利益加总,影响行为正当与否的认定。例如,屏蔽互联网广告有利于提升用户上网体验,可以作为被告抗辩的理由。总之,每种利益考量的权重只有在具体语境下才有意义。

某种具体不正当竞争行为的认定,可能强调其中一种利益,但三种利益评价往往相互交织。任何竞争都会造成对手的损害,单纯主张竞争者利益受损很难认定行为的不正当性,结合消费者利益损害的论证才最具说服力。在“百度插标案”中,如果说杀毒软件向消费者提供安全服务是公益需要,那么,百度向消费者提供搜索服务以满足其信息需求,何尝不是公益?行为具有不正当性的关键在于奇虎打着“维护网络安全”的旗号,造成消费者心理上的恐慌和压力,影响其自由决策,进而不当获取竞争优势。对误导广告的禁止旨在为消费者决策提供真实的信息。同时,避免消费者决策的扭曲也维护了经营者拥有的公平展示其商品和服务机会的利益,以达成最佳交易,提高社会整体效率。

当三种利益评价具有不同指向时,行为正当性与否取决于其是否最大程度地兼容了三种利益,这一判断需要依据比例原则展开。比例原则的适用,能够通过考察不同行为方式对相冲突利益的影响,确定使诸种相互冲突的法益实现均衡的行为方式,作为行为合法性的认定的基准。其分析框架包括三个层次:“①妥当性,即所采取的措施可以实现所追求的目的;②必要性,即除采取的措施之外,没有其他给关系人或公众造成更少损害的适当措施;③相称性,即采取的的必要措施与其追求的结果之间并非不成比例(狭义的比例性)。”〔74〕

“大众点评案”的二审法院,依据比例原则对百度信息爬取行为不正当性的认定极具说服力。法院在该案的二审判决中指出,百度将从大众点评网上爬取的点评信息用于百度地图,用户在搜索到商户位置的同时,虽然还可以了解其他消费者对商户的评价,一定程度上提升了用户体验。但由于其本可以通过较少显示大众点评信息或部分显示信息内容的方式,在基本保证用户体验的前提下降低对大众点评网的损害,却没并未采取这样的方式。同时,其行为已经实质性地取代了大众点评网的相关服务,积极效果与对大众点评网的损害相比并不相称。更重要的是,这种行为还可能使得其他市场主体不愿再就信息的收集进行投入,破坏正常的产业生态,并对竞争秩序产生一定的负面影响。因此,百度的行为构成了不正当竞争。

五、中国“保护竞争”范式的厘清

专门意义上的反法并不是禁止不正当竞争行为法律机制的全景图,它对不正当竞争行为

〔74〕 (德)哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第238页。

的规范化界定既要考虑竞争机制本身,还要考虑历史因素以及与相关法律的关系。^[75]既要避免法律之间的重叠或架空其他法律,还要避免出现法律规制的真空。

(一)具体语境下的规范化构造

立法传统上的差异导致将消费者利益保护融入反法的方式并不一致。UWG(1896)的确是为竞争者提供侵权法的保护,但1930年法院开始强调保护公共利益之后,以竞争者的绝对权利作为保护客体的理论受到了质疑,“社会法”思想取而代之。在竞争者之外,消费者和社会公众也被纳入保护范围,而且不需要这些主体的利益的权利化。^[76]西班牙、奥地利、瑞士等单独制定反法的国家,也扩展其调整范围以容纳消费者保护的内容,将消费者保护作为其直接目标,并赋予消费者团体诉权。^[77]

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也无法嵌入公共执法机关,于是单独制定消费者法规制损害消费者利益的不正当竞争行为,如法国、意大利。就法国而言,其最早是依据《法国民法典》第1382条处理不正当竞争行为。基于对日益高涨的消费者运动的回应,于1993年制定《消费者法》禁止损害消费者的不正当竞争行为。为转化UCPD,该法在2008年进行修订,吸收了不当商业行为条款,以保护消费者免受不当商业行为侵害。^[78]由此,法国《消费者法》不仅保护消费者利益,而且保护经营者利益,经营者甚至可以基于该法起诉竞争者的侵权行为。可见,这部法律的名称具有极大的误导性,名为“消费者法”实为“不正当竞争禁止法”。^[79]

与大陆法系国家不同,美国在通过普通法与《商标法》等对竞争者提供私法保护之外,由《联邦贸易委员会法》与同样保护竞争的反垄断法相结合对侵害消费者利益的不正当竞争行为进行规制。该法第5条规定:“商业上或影响商业的不公平竞争方法以及不公平或欺骗的行为或做法都是非法的。”联邦贸易委员会(以下简称“FTC”)有权界定上述涉及消费者的非法行为,并采取行动。其目标就是通过阻止反竞争、欺骗和不公平的商业行为,促进消费者理性选择和保护竞争过程。^[80]

反法的要义在于禁止不正当的竞争行为,至于其规则是集中于一部专门的法律,还是分散在不同的法律,抑或体现在法院的判例之中,并不是最重要的。在禁止不正当竞争行为的共同机理下,立法形式的不同只是适应法律传统和立法体例差异的结果。在消费者保护方面,我国

[75] Fritz Rittner/Meinrad Dreher/Michael Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, C.F. Müller Verlag, 2014, Rndr.185 ff.

[76] 参见范长军,见前注[42],第60页。

[77] 参见弗诺克·亨宁·博德维希,见前注[28],第132-134,592-593,675页。

[78] Rogier W.de Very, *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families*, Martinus Nijhof Publishers, 2006, pp.46-47.

[79] 参见弗诺克·亨宁·博德维希,见前注[28],第256页。

[80] Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of the FTC Act, 2015.

既制定了《消费者权益保护法》，又制定了《产品质量法》《反不正当竞争法》《反垄断法》和《广告法》等单行法。其中《消费者权益保护法》侧重消费者权利的规定，是总的权利宣示法；而其他法律侧重经营者行为的规范，是行为规制法。对经营者行为的规范是保障消费者权利的主要途径。一旦缺少了反法对经营者不正当竞争行为的禁止，对消费者权益的保护就会存在很大的漏洞。考虑到《消费者权益保护法》本身并没有明确消费者保护的竞争法意义，缺乏与竞争相关的消费者决定自由权的规定，^{〔81〕}因此，它根本无法取代《反不正当竞争法》对消费者权益的保护。

新法确立了“保护竞争”的不正当竞争行为认定范式。其一，它在第1条明确“三叠加”保护目标的前提下，在第2条第2款将不正当竞争行为界定为“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”，对消费者利益损害成为法律明确规定的独立考量因素。法律的规制范围在行为结构上涵盖了B2B和B2C两类不正当竞争行为；其二，新法第2条第1款将旧法中“市场交易”的限定修改为“在生产经营活动中”，法律的规制范围在时间维度上不仅包括市场交易这一个环节，还包括生产经营的各个环节，完整地覆盖整个竞争过程；其三，新法第2条第2款将“扰乱市场竞争秩序”置于经营者和消费者权益之前，意在突出不正当竞争行为本质是因为其扰乱了市场竞争秩序，不合理地获得了竞争优势，进而损害了经营者、消费者的权益。扰乱市场竞争秩序是纳入法律规制范畴的门槛，是法律对“保护竞争”这一规制机理的宣示。^{〔82〕}由此，厘清与消法等其他法律的界限。

（二）考量因素的重新界定

在“保护竞争”范式下对不正当竞争行为的认定，是从市场参与者基于竞争享有的利益角度的考量。法律对动态竞争过程中的市场参与者的保护，与“保护竞争者”范式下对竞争“静态化”“割裂化”处理后对竞争者、消费者的保护，存在很大的区别。相应地，市场参与者利益作为不正当竞争行为认定的考量因素，必须以动态竞争为基础重新界定。

从竞争者角度对不正当竞争行为的认定，主要考虑其自由竞争的利益是否受到损害。新法第2条第2款虽然强调不正当竞争是损害其他经营者或消费者“合法权益”的行为，但在竞争过程中，“经营者的权益并非可以获得像法定财产权那样的保护强度，……必须将损害作为一种竞争结果予以适当的容忍”。^{〔83〕}不能把对不正当竞争行为的认定重心放在特定权益和权益的合法性（归纳出一种权益并论证其合法性）上，即，不能简单地从权利保护法的角度适用法律，^{〔84〕}而应当着重考虑其在竞争中可获得的利益。遗憾的是，一般条款所确立的保护竞争

〔81〕 参见吴峻，见前注〔3〕，第150页。

〔82〕 正如西班牙《反不正当竞争法》序言明确揭示的那样：“竞争机制是本法的直接保护对象。”弗诺克·亨宁·博德维希，见前注〔28〕，第599页。UWG第3条第2项对不正当竞争行为界定也要求对消费者自由决策造成“实质扭曲”。

〔83〕 上海知识产权法院（2016）沪73民终242号民事判决书。

〔84〕 参见孔祥俊，见前注〔2〕，第27页。

的范式并没有得到一以贯之的落实,新法第12条第1项针对互联网领域不正当竞争行为作出概括性规定:禁止经营者从事“妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”。这种立足于确保竞争者特定权益“正常实现”的界定逻辑,还是没有彻底摆脱对竞争者的“权利化”保护思维,抹杀了竞争本身的对抗属性。

对竞争者利益的关注主要是看其竞争自由是否受到足以扰乱竞争秩序的“显著损害”。“显著损害”就是强调任何竞争者对自身自由的主张不能侵害其他竞争者的自由。反过来,“非显著损害不禁止”等于是赋予了其他竞争者更多的行为自由,避免了将特定竞争者已经取得的市场利益“权利化”。我国法院在“大众点评案”一审判决中极具开创性地强调:“认定行为是否构成不正当竞争行为,需以该行为是否会给行为人带来竞争优势或者足以给其他经营者造成损害为条件。对于不会造成实际损害或者损害极其轻微的行为,司法不应予以干预。”〔85〕孔祥俊教授曾专门指出,“这种明确地以不具有损害或者损害轻微为由,不认定构成不正当竞争,在我国不正当竞争案裁判中很少见”,并称赞其“契合竞争法适用的思维和方式”。〔86〕

从消费者角度对不正当竞争行为的认定,主要考虑其自由决策的利益是否受到损害。以消费者决策基础为中心的考量,旨在增加市场的透明度和提升消费者基于真实的意思表示进行自主决策的能力。尤其关注:①消费者自由决定所依赖的基本条件是否受到破坏。禁止虚构交易记录、不透明的促销手段、不透明的有奖销售、不当的比较广告及误导等可能导致消费者作出错误交易决定的行为;②消费者作出交易决定的过程是否受到干扰。禁止在消费者作出交易决定的过程中,施加压力、制造恐惧或实施情势强迫等,导致消费者作出他本不希望作出的交易决定;③消费者的私人领域是否受到侵害。禁止无法合理预期的可能侵害消费者的一般人格权及其健康权的骚扰。〔87〕

从社会公众角度对不正当竞争行为的认定,主要考虑其从“不受扭曲的竞争”中可获得的利益(竞争秩序所产生的利益)。新法将“扰乱市场竞争秩序”置于经营者和消费者权益之前,不能理解为一种价值序位的重新排定,而是作为将一种行为纳入反法规制的前提限定。对不正当竞争行为的认定,是多元利益综合考量的结果,公共利益不能绝对优先于消费者和竞争者利益。如果依据不同利益标准对行为的评价发生了冲突,需要进一步遵循比例原则的分析框架进行判断。当然,利益权衡是有限度的,对不正当竞争行为的认定不能侵害宪法上的基本权利。

(三)一般条款的确定性和适应性

蕴含在一般条款背后的以动态竞争为基础的多元利益权衡框架,不仅可以覆盖整个竞争过程中可能产生的不正当行为,而且为法律实施者能在事实认定中充分考虑技术发展带来了不同市场主体之间利益结构的变化预留了空间。从这个意义上讲,反法从来不

〔85〕 参见上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第528号民事判决书。

〔86〕 孔祥俊,见前注〔2〕,第30页。

〔87〕 参见范长军,见前注〔42〕,第68页。

是被动回应技术发展的“追赶者”，而是利用一般条款所包含的法理主动因应技术挑战的“守成者”。〔88〕在对互联网领域缺乏足够了解的前提下，于一般条款之外又专门对互联网不正当竞争行为作一般性界定，明显暴露了对一般条款不正当竞争行为认定机理把握上的不足。这样一种安排无异于“叠床架屋”，更可能因为过于强调对竞争者的保护而阻碍技术发展。

以竞争本身为基础形成的利益权衡框架，作为不正当竞争行为的认定依据，既有足够的适应性，相对于“诚实信用”和“商业道德”的判断又有明显的确定性。“商业道德本身是一种在长期商业实践中所形成的公认的行为准则，但互联网等新兴市场领域中的各种商业规则整体上还处于探索当中，市场主体的权益边界尚不清晰，某一行为虽然损害了其他竞争者的利益，但可能同时产生促进市场竞争、增加消费者福祉的积极效应，诸多新型的竞争行为是否违反商业道德在市场共同体中并没有形成共识。”〔89〕针对层出不穷的新型不正当竞争行为，双方都会竭力抢道德高地，而道德话语却难以提供清晰的答案。由此，基于竞争机理的相对客观的经济分析越来越多地被用来填充商业道德的内涵。〔90〕在“贝纳通广告案”中，德国宪法法院并不认可地区法院和最高法院的判决，其实是坚守竞争分析的方向，拒绝在竞争秩序之外另设标准。即使企业的宣传行为不高尚，只要没有扭曲消费者的自由决策，也就没有必要进行反法的干预。〔91〕

（四）与《消费者权益保护法》的区分和衔接

反法保护消费者的机理区别于消法。相关行为只有损害了竞争秩序，质言之，只有在消费者自由决定的基础受到经营者行为的“实质性扭曲”，导致消费者因此作出了其在理性条件下不可能作出的决定，并使经营者不合理地获取竞争优势的情况下，这类行为才被纳入反法的规制范围。侵害消费者知情权、选择权，但没有造成特定企业享有不合理竞争优势的行为，无法落入反法的规制范围。因此，反法对消费者的保护是一种整体性保护，而消法对消费者的保护是个体性保护。例如，只是造成个别消费者受到损害的虚假宣传，最终的救济依据只能是消法上关于禁止欺诈消费者行为的规定。〔92〕

一旦扭曲了消费者决策并损害竞争秩序（导致企业不合理地获得竞争优势），就跨进了反法的规制门槛。有学者认为侵害消费者人格尊严的行为，不构成不正当竞争。〔93〕其实，只要企业以蔑视人的尊严的方式达到损害消费者或其他市场参与者的决定自由，从而不合理地建

〔88〕 参见吴峻，见前注〔3〕，第151—152页。

〔89〕 上海知识产权法院（2016）沪73民终242号民事判决书。

〔90〕 参见蒋舸：“反不正当竞争法一般条款的形式功能与实质功能”，《法商研究》2014年第6期，第146页。

〔91〕 同上注，第145页。

〔92〕 例如“王娟诉京东案”，参见北京市朝阳区人民法院（2014）朝民（商）初字第44832号民事判决书、北京市第三中级人民法院（2015）三中民（商）终字第05302号民事判决书。

〔93〕 参见焦海涛，见前注〔11〕，第165页。

立竞争优势的程度,就属于不正当竞争行为。德国就有一个企业在酒精饮料的包装中含有诱惑性的漂亮女郎图片,给人以享用该饮料后性的虚幻接踵而至的印象,以不当吸引消费者购买,在该图片中女性屈辱地沦为了性的客体,所以该行为被认定为不正当竞争。^[94] UWG (2016年)第4条第1款明确禁止这种不正当竞争行为。

受到反法禁止的侵害消费者利益的行为,无法通过消法规制。因为这些行为本身是对特定消费者利益的发散性侵害,^[95]即便涉及单个消费者,损害也是有限的,单个消费者缺乏足够的诉讼激励。而竞争者则因为在竞争中处于劣势而更愿意采取行动;或者,由关注消费者整体利益的消费者组织诉诸行动,也更有利于节省司法成本。^[96]在“脉脉信息爬取案”中,非新浪微博用户的知情权、选择权受到了侵害,只是未被明显感知,而新浪微博的竞争优势却被大幅削弱,所以新浪微博经营者微梦公司提起了不正当竞争之诉。可见,恪守不正当竞争认定的机理,独立的消费者利益标准的引入,并不会造成反法与消法的重叠。

六、结论:回到竞争本身的不正当竞争行为认定

反法源于解决现实竞争问题的需要,各种直接损害消费者利益的不正当竞争行为层出不穷,引入独立的消费者利益判断标准,确立“保护竞争”的认定范式,旨在甩掉历史的包袱重新跟上时代的步伐。新范式的确立更是法律规范化的必然要求。对反法功能的阐释可以追溯至伯姆(Böhm),他在1933年就提出,反法唯一的任务是保护竞争。^[97]尽管“无法精确刻画‘好的竞争是什么’”,但反法明确了“如果不能为竞争者提供一个平等的舞台,不能为消费者提供不受扭曲的决策机制,就一定不是好的竞争”。^[98]因此,“不正当”的含义可以通过“不受扭曲的竞争”获得。^[99]

从“保护竞争者”到“保护竞争”,就是从对竞争的“割裂化”“静态化”处理回到基于竞争固有的属性来界定不正当竞争。保护竞争的价值取向,体现在根据竞争本身的结构、功能、特性来厘定考量因素和确定利益权衡框架,以划定正当竞争与不正当竞争的界限。申言之,在保护竞争范式下对不正当竞争行为的认定,就是在对竞争者、消费者和社会公众基于竞争享有的利益进行独立考量与整体权衡的基础上,判断企业是否通过损害其他市场参与者竞争利益的方式不合理地获得了竞争优势。其区别于保护竞争者范式的关键就在于,摒弃了“权利化”“财产化”的判断思路。

[94] BGH GRUR 1995, 592-Busengrapscher. 转引自范长军:《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,第222页。

[95] 参见周樾平,见前注[13],第55页。

[96] 参见熊跃敏:“消费者群体性损害赔偿诉讼的类型化分析”,《中国法学》2014年第1期,第196页。

[97] 参见范长军,见前注[42],第110页。

[98] Frauke Henning-Bodewig, supra note 1, p.3.

[99] 参见范长军,见前注[42],第110页。

“保护竞争”的认定范式所确立的利益权衡框架是法律稳定性与适应性的黏合物,将现在与未来巧妙地勾连起来。一方面,它减少了法官道德判断的不确定性;另一方面,它避免了利益受损者个人主观评价对法律适用者的误导。任何竞争都会有经营者受损,引入消费者利益、社会公共利益评价才有可能识别经营者所受的损害究竟是正当竞争的结果,还是不正当竞争的害。重要的是,竞争本身作为演化的过程预留给企业足够行为自由空间,基于竞争构造的利益权衡框架与创新具有内在的兼容性,可以毫无障碍地延及新的领域、覆盖新的行为。总之,从“保护竞争者”到“保护竞争”认定范式的嬗变,正是反法侵权法色彩逐渐淡去而竞争法属性日益凸显的体现。^[100]

Abstract: The anti-unfair competition law is a combination of pragmatism and standardization. The need to solve real-world competition problems and the return to the essential attributes of competition determine the transition of its recognition paradigm from “protection of competitors” to “protection of competition”. The "Anti-Unfair Competition Law" breaks the bondage of competition, introduces independent consumer interest standards, and it holds that the recognition of unfairness can no longer be considered only for the rights of competitors, the redefinition of the framework of consideration factors and interests weighting should be based on the structure, function, and characteristics of competition itself. Putting "disrupting the order of market competition" before the rights and interests of operators and consumers is not a reordering of the order of value, while through emphasizing that the "salience" of the damage done by the act to the interests of operators and consumers, which is enough for the enterprises to obtain unreasonable competitive advantage of this regulatory "threshold", then the boundaries of law, such as consumer protection law can be clarified.

Key Words: Unfair Competition; Recognition of Paradigm; Interests of Consumers; Competition Order; Protection of Competition

(学术编辑:邓 峰)

(技术编辑:张 巍)

[100] See Tim W.Dornis, supra note 27, p.295.