

反不正当竞争法属性的新定位

一个结构性的视角

张占江*

摘要 有关反不正当竞争法(反法)民法与经济法(竞争法)属性的定位,一直存在着明显的结构性错位与失衡。要最大程度保护竞争自由,就必须突破部门法思维的局限,将反法定位为正确的民法理念、技术支撑下的竞争法制度构造;以民事利益作为反法的基本法益,在利益侵害式侵权认定范式的基础上,围绕竞争秩序的保护,建立不正当性认定的标准和方法。就内在机理而言,反法将私法自治融入竞争秩序建构的内在逻辑,从根本上确立了两种属性的结构性关联,使其成为二者“关联交错的场合”。当越来越多地强调抑制政府干预而扩大行为自由时,反法的侵权法色彩逐渐“隐去”,竞争法属性日益“凸显”。

关键词 权益区分 行为自由 侵权法 竞争法 竞争秩序

一、问题的提出

对反不正当竞争法(以下简称反法)属性的定位,直接决定了不正当竞争行为认定的范式,影响到了整个法律的构造和适用。而有关这一问题的认识一直存在争议。^{〔1〕}因此,如何正确地把握反法的属性,合理划定竞争行为的界限,仍然是横亘在学界和实务界面前的巨大障碍。

对不正当竞争行为的界定是反法的核心问题,在法律修订过程中,学界在消费者利益能否成为独立的判断标准问题上,一直争执不下。一些学者囿于传统侵权法立场,认为消费者利益

* 上海财经大学法学院副教授。

〔1〕 关于反法属性的定位,学界一直存在分歧,大体可以归纳出四种观点。第一,作为民法或侵权法特别法,代表性文献包括邵建东:《德国反不正当竞争法研究》,中国人民大学出版社2001年版,第23页;接下注〔1〕

只是竞争改善的结果,在不正当竞争的判断中不具有独立的评价地位。^[2]立法者在这一问题上,也一直举棋不定。^[3]即便是新修订的《反不正当竞争法》(以下简称新法)一般条款(第2条)最终规定了消费者利益,但理解上的分歧并未彻底消解。

司法实践中,对不正当竞争行为的认定存在两个显著的问题。其一,简单地套用权利侵害式侵权认定范式。这一点在适用一般条款处理软件干扰类不正当竞争纠纷中体现得尤为明显,^[4]

[1] 接前注[1]范长军:《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,第6页;谢晓尧:“未阐明的规则与权利的证成——不正当竞争案件中法律原则的适用”,《知识产权》2014年第10期,第4页;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147页;李扬:“重塑以民法为核心的整体性知识产权法”,《法商研究》2006年第6期,第23页;王博文:“德国反不正当竞争法私法属性的历史和理论建构(上)”,《竞争政策研究》2016年第4期,第29—30页。第二,作为知识产权法,代表性文献包括郑成思:“论知识产权的附加保护”,《法学》2003年第11期,第101—103页;李明德:“关于《反不正当竞争法》修订的几个问题”,《知识产权》2017年第6期,第13—15页;吴汉东:“论反不正当竞争中的知识产权问题”,《现代法学》2013年第1期,第37—39页;肖顺武:“网络游戏直播中不正当竞争行为的竞争法规制”,《法商研究》2017年第5期,第40页。第三,作为经济法或竞争法,代表性文献包括王先林:“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65页;兰磊:“比例原则视角下的《反不正当竞争法》一般条款解释——以视频网站上广告拦截和快进是否构成不正当竞争为例”,《东方法学》2015年第3期,第81页;龙俊:“滥用相对优势地位的反不正当竞争法规制原理”,《法律科学》2017年第5期,第56—57页。第四,兼具民法与经济法属性,代表性文献包括王晓晔:“再论反不正当竞争法与其相邻法的关系”,《竞争政策研究》2017年第4期,第6—7页;孔祥俊:“《民法总则》新视域下的反不正当竞争法”,《比较法研究》2018年第2期,第93—95页;郑友德、王活涛:“新修订反不正当竞争法的顶层设计与实施中的疑难问题探讨”,《知识产权》2018年第1期,第12页;李友根:“论经济法视野中的经营者——基于不正当竞争案判例的整理与研究”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》2007年第3期,第64页;周樾平:“反不正当竞争法一般条款行政实施研究——以裁量权的建构为中心”,《现代法学》2015年第1期,第176页。

[2] 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165—166页;王博文,见前注[1],第28页。

[3] 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)》和第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(修订草案二次审议稿)》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》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。”

[4] 随着互联网竞争的平台化,以广告屏蔽、数据抓取等为典型表形式的干扰类纠纷极为常见,裁判争议也最大。根据法院系统内部的调研数据,从2002年至2017年共审理了大约141件相关案件,自2005年后年均均在10件左右。(“中国知识产权新年论坛:新反法互联网专条的司法适用”会议,2018年1月27—28日,于北京粤财JW万豪酒店)法院对这类案件裁判都是以竞争优势受到的损害作为论证基础,带有明显的权利侵害式侵权认定的痕迹。孔祥俊,见前注[1],第114页;刘维:“论软件干扰行为的竞争法规制——基于裁判模式的观察”,《法商研究》2018年第4期,第184页;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‘非公益必要不干扰原则’”,《法学》2015年第5期,第94—95页。

法院甚至发展出专门的“非公益必要不干扰原则”，作为一项重要的裁判规则而广泛适用。^{〔5〕}相关案件的裁判都是以原告权益是否受到侵害，作为论证涉案行为是否构成不正当竞争的立足点和出发点，对于行为本身的正当性仅作摆设性、象征性或者套路式的论述；^{〔6〕}对被告商业模式创新、消费者的选择以及社会公共利益并无实质性考量。这等于是将由竞争优势所产生的一般竞争利益上升为权利加以保护，落入了“保护竞争者”的逻辑，消费者利益改善只是这一逻辑的“副产品”。

其二，以空泛的道德评价作为不正当竞争认定的标准。法院在对案件的裁判过程中，过度依赖“搭便车”“不劳而获”这类道德判断认定行为的不正当性。^{〔7〕}实际上，竞争往往都离不开对他人成果的使用，除非侵害的是受保护的知识产权，法律一般都不应禁止。动辄以“不劳而获”“搭便车”为由，将行为归入不正当竞争的范畴，极易不适当地扩张专有权范围、压缩自由竞争的空间。道德多元化还可能导致行为认定的不确定性。^{〔8〕}如学者所言，在很多新型不正当竞争案件中，原被告双方给出的理由不过是假道德之名而“各取所需的礼貌说法而已”，而裁判的结论也不过是令人难以捉摸的“执拗的道德直觉”。^{〔9〕}

上述问题很大程度上可以归结为对反法属性定位的结构性错位（民法属性的偏差）与失衡（经济法属性的缺失）。在行为不正当性的判定中，套用权利侵害式侵权认定范式，与保护竞争的规制需求相背离；或者，以主观的道德判断替代客观的竞争效果评价，弱化竞争法的特质。对不正当竞争的认定，要么形成一种竞争者保护的逻辑，限制了其他不特定市场主体的竞争自由；要么陷入空泛的道德争论，失去应有的确定性和可预见性，导致对市场竞争的过度干预。

目前的研究，相当一部分是从历史渊源上认定反法作为民法特别法的属性。一些学者坚

〔5〕 “非公益必要不干扰原则”最初由北京市高级人民法院在2013年审理“百度与360插标不正当竞争案”中提出，强调非因特定公益（如杀毒）的必要，不得直接干预竞争对手的经营行为。参见北京市高级人民法院民事判决书，（2013）高民终字第2352号。该原则在之后的一系列案件中得到适用，例如，猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案，北京市第一中级人民法院（2014）一中民终字第3283号民事判决书；极路由视频广告屏蔽不正当竞争案，北京知识产权法院（2014）京知民终字第79号民事判决书。

〔6〕 孔祥俊，见前注〔1〕，第105页。

〔7〕 在北大法宝“司法案例库”与“裁判文书子库”以关键词“反不正当竞争法第2条”和“反不正当竞争法第2条”进行全文检索，分别得到150条和3条记录，去除9条重复记录，共计得到144条记录（检索时间为2019年4月28日）。进一步筛选得到31个单独依据反法第2条裁判的案件，加上一个案件涉及多个行为，但针对其中一个行为单独适用第2条裁判的17个案件，总结得到48个案件。逐一分析发现，其中23个案件的裁判理由都直接诉诸“搭便车”“攀附”“食人而肥”“不劳而获”这类道德判断，而缺乏竞争行为效果考量。

〔8〕 吴峻，见前注〔1〕，第143页；蒋舸：“关于竞争行为正当性评判泛道德化之反思”，《现代法学》2013年第6期，第85页。

〔9〕 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57页。在广告屏蔽类案件中，被屏蔽方强调其行为旨在为消费者提供更多免费视频，而屏蔽方则主张其行为使消费者免受不受欢迎的广告滋扰，纯粹的道德判断很难给出清晰的答案。我国法院倾向于认定屏蔽构成不正当竞争，裁判理由常常依据的是一种朴素的保护劳动成果的观念。例如，猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案，北京市第一中级人民法院（2014）一中民终字第3283号民事判决书；极路由视频广告屏蔽不正当竞争案，北京知识产权法院（2014）京知民终字第79号民事判决书。

持主张反法旨在保护特定主体的财产权,属侵权行为法的范畴。^[10] 还有一些学者虽然向前迈进了一步,认识到竞争优势在多数情形下属于一种民事利益,并将反法作为利益侵害式侵权(“违法侵权”与“背俗侵权”的统称)框架下的规范建构,^[11]但始终还是无法跨越部门法的界限,更不能厘清反法作为竞争法的独特属性。

在侵权法越来越难以囊括复杂的竞争利益结构的情况下,学界开始对反法进行重新定位。^[12] 有学者极具开创性地指出,当私权的行使影响到了竞争秩序的时候,就需要国家强力干预竞争关系,竞争法也就应该从民法中分离出去。^[13] 这种从保护竞争秩序角度理解反法独立性的思路,并不意味着切断反法与民法的联系。有研究特别强调,反法的“权益保护与行为认定的深层理论仍植根于民法”,作为竞争法的反法律制度构造必须以正确的民法理念和技术为支撑。^[14]

遗憾的是,学界对于民法所维护的私权秩序和反法所保护的竞争秩序,缺少内在贯通的体系化的研究。对于一些关键问题,诸如有关两种属性在制度上(侵权行为认定范式 and 不正当竞争行为认定范式)如何对应和衔接,在认识上仍存分歧;^[15]对具有竞争法特质的不正当竞争认定体系该如何构造,以及对两种属性内在机理上何以共存(共存的正当性)、如何共存(共存的结构面向)等重要问题,缺乏深层次的理论梳理。

本文在已有研究的基础上,突破部门法思维的局限,为理解反法的属性提供一种结构性的思路,^[16]将其视为正确的民法理念、技术支撑下的竞争法律制度构造。在修正对反法的民法属性定位偏差的基础上,重构不正当竞争认定的体系;并且基于反法将私法自治融入竞争秩序建构,以限制个人自由去争取社会整体自由的规制逻辑,论证其两种属性内在的“关联交错”。最后,站在经济法与民法衔接与合作的层面,阐释反法两种属性共存的结构面向。

[10] 参见许光耀:《欧共体竞争法通论》,武汉大学出版社2006年版,第30页。

[11] 参见范长军:“违法行为与不正当竞争”,《知识产权》2014年第10期,第15-16页;王博文,见前注[1],第25-26页。

[12] 王先林,见前注[1],第65页。

[13] 参见江平:“民法的回顾与展望”,《比较法研究》2006年第2期,第6页。

[14] 孔祥俊,见前注[1],第95页。

[15] 在否定权利侵害式侵权路径的前提下,一些学者主张在“违法侵权”“背俗侵权”基础上构造反法不正当竞争认定体系。吴峻,见前注[1],第141页;孔祥俊,见前注[1],第107页;郑友德等,见前注[1],第4-5页;范长军,见前注[11],第21-22页。另一些学者则只是在“背俗侵权”基础上理解反法的不正当竞争认定,王博文,见前注[1],第22页。

[16] 对反法兼具民法与经济法两种属性的认识至少可以从三个角度展开。其一,在制度机理上,民法民事权益理论和侵权行为认定范式对不正当认定制度的构造具有基础价值。其二,在规则适用上,民法对反法具有补充适用价值,处理不正当竞争案件可以直接援引民法或者侵权责任法的民事责任条款;有时还可以通过类推技术援用知识产权专门法的类似规定。其三,在法律实施上,民事实施仍然是反法的一种主要实施方式,不正当竞争纠纷的当事人往往通过民事诉讼寻求救济。其中,制度机理的关联决定了规则适用和法律的实施,本文的研究主要从制度机理的联系切入。

二、反法之民法属性定位的修正

竞争原则上属于特定领域的私人事务,规制竞争行为的反法作为民法的特别法而产生。随着不直接针对竞争对手而损害消费者利益的不正当竞争行为大量涌现,反法又具有了明显的公共属性,其法益定位、行为判定的民法基础亦发生了显著变化。对反法民法属性定位的偏差主要就源于对这些变化认识的滞后。

(一)历史渊源:民法特别法上的继承与超越

民法是反法的母法。在工业化初期,刚刚出现的仿冒、贬损、侵犯商业秘密等不正当竞争问题主要针对的都是竞争者。反法实际上是各国在已有法律制度基础上,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。

1850年前后,法国法院通过《法国民法典》第1382条侵权行为一般条款禁止不正当竞争。与意大利等国紧追法国的脚步不同,德国于1896年制定《反不正当竞争法》(UWG),开创了专门立法的先例。由于只列举了五种不正当竞争行为,法院不得不援引《德国民法典》(BGB)的侵权行为一般条款,处理层出不穷的新型不正当竞争行为。^[17]作为普通法系国家,英国既未确立不正当竞争诉讼,又无专门法,而是基于传统的衡平法和普通法,在“仿冒”(Passing off)之诉下解决不正当竞争问题。

20世纪六十年代至七十年代,一些不直接针对竞争对手而损害消费者利益的新型不正当竞争行为大量涌现,反法开始向着独立于民法的方向发展。由于侵权法视野下的不正当竞争之诉具有严格的个体视角,无法保护不特定消费者的利益,法国不得不单独制定《消费者法》以禁止损害消费者的不正当竞争行为。^[18]德国的专门立法不受这样的局限,2004年德国《反不正当竞争法》在第1条立法目标中引入对消费者利益的直接保护,直接损害消费者利益的不正当竞争行为被顺利地容纳进该法的体系。也正是从这时开始,德国《反不正当竞争法》在很大程度上摆脱了个体权利保护观的影响,朝着社会整体秩序思维转向。

普通法系也经历了类似的过程。美国在1950年的“歌剧协会”案中确认:“在那些简单而平静的年代里,不良商业行为主要就是仿冒。在这些年代过去之后,伴着更为复杂的商业关系的发展,不幸随之而来是更为复杂的不良商业行为的出现”,“许多法院已经将不正当竞争的理

[17] See Frauke Henning-Bodewig, *International Handbook on Unfair Competition*, Oxford: Hart Publishing, 2013, p.232.

[18] 基于制止损害消费者的不正当竞争行为的需要,法国于1993年制定《消费者法》。为转化欧盟《不当商业行为指令》,该法在2008年进行修订,吸收了不当商业行为条款。由此,它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。实际上,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”。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256页。

论扩展到了仿冒以外的案件中。”^[19]这样的变化最终导致了反法逐渐从侵权法中分离出来，形成了一个独立的法律部门。^[20]

在国际层面，《保护知识产权的巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)是最早对不正当竞争行为进行界定的国际公约。其在1925年海牙修订本第10条之二将不正当竞争行为的定义为“违反工商业领域诚实惯例的竞争行为”。从其所列举的“混淆”和“诋毁”两种不正当竞争行为来看，这一概念显然以竞争者保护为中心。但从1958年里斯本会议在列举项中增加“误导”行为后，公约的规定就朝着保护公众(或消费者)而非竞争者的方向发展。^[21]

从最初的渊源和内容上看，反法是民法的特别法，但其形式和内容上的变化又表明它又不仅是民法特别法，在继承其一些关键理念和技术基础上有了很大超越。在行为评价上，正当与否不仅要考虑行为对竞争对手的影响，还要考虑对消费者利益和社会整体利益的影响。原来以保护竞争者(权益)为中心的不正当竞争行为的认定思维，逐渐向着保护竞争相关者的多元利益平衡的思维转变，对不正当竞争行为的禁止愈发注重对其他竞争参与者更广泛的行为自由的考虑。

(二) 法益基本形态：民事利益而非权利

反法通过遏制不正当竞争行为使受害者法益获得保护。作为竞争行为的实施者和最直接的利益相关者，经营者的营业利益究竟是权利还是利益一直最具争议。“对一个人的保护是以对他人活动自由的限制为代价的。”^[22]对反法法益的定位本质上涉及的是对企业经营利益与竞争自由之间冲突的处理。

根据德国侵权法理论，一项客体只有同时满足“归属效能”“排除效能”和“社会典型公开性”三个教义学标准，才能成为权利，否则只能作为利益。所谓归属效能，核心在于将确定的利益内容归属于特定主体；所谓排除效能，核心在于主体得以排除他人的一切非法干涉；所谓社会典型公开性，核心在于使社会一般主体有识别利益客体的可能性。^[23]

在区分权利和利益(纯粹财产)基础上，^[24]德国以三个小一般条款分别对其予以保护。对权利依据过错责任提供全面的保护(《德国民法典》第823条第1款，“权利侵害式侵权”)，在受侵害时直接征引违法性；对利益则仅在“违反保护性法规”(《德国民法典》第823条第2款，“违法侵权”)或“故意违反善良风俗”(《德国民法典》第826条，“背俗侵权”)的条件下给予例外性的保护，在受侵害时能否获得保护需要在个案中进行利益衡量才能确定。

[19] Metropolitan Opera Association v. Wagner-Nichols Recorder Corp., 199 Misc.786, 101 N.Y.S.2d 1483 (1950).

[20] 参见李明德：《美国知识产权法》(第2版)，法律出版社2014年版，第620页。

[21] 博德维希，见前注[18]，第35页。

[22] *Eduard Picker, Eberhard Schilken*, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo, *Archiv für die civilistische Praxis* 183. Bd., H. 4/5 (1983), S.471.

[23] 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104页。

[24] 在侵权法上，德国的“法益”和“纯粹财产”的表述，分别与我国的“权利”和“利益”的概念大体相当，本文根据具体语境交替使用。于飞，见前注[23]，第106—119页。

这种区分保护的目的是要在“权益保护”的基础上兼顾“行为自由”，而维护行为自由主要是要确保加害人对行为后果的可预见性。如果将归属不明确、边界不清晰、欠缺社会典型公开性的利益作为权利加以保护，无异于对潜在的加害人苛以不可预见的不损害他人竞争优势的义务，使其随时可能陷入无休止的诉讼纠缠。行为人只能通过减少行为来降低诉讼风险和赔偿概率，最终导致对其行为自由的过度限制。

对照上述标准，经营者的营业利益通常只能是利益而不能是权利。商业模式、商业机会等产生的利益，根本不具备明确的边界，更不具有固定归属于一个特定企业的正当性，显然不具有归属效能。其何时受到侵害、受到谁的侵害、归属主体和潜在侵权主体都无法明确，排除效能也就无从谈及。它们既不具有可感知的实体，也无法律上的技术手段可以公示，社会一般主体无从识别，当然也就不具有社会典型公开性。

经营者的营业利益无时无刻不与自由竞争相冲突，这两种冲突的利益无所谓谁更“高阶”，没有哪一方必须在冲突中获胜。^[25] 它们之间的冲突千变万化，只能就个案综合一切情势进行判断才能决定何者更值得保护。竞争与损害如影随形，一旦把经营者的营业利益作为一项权利，任何有损竞争优势的行为都可能被界定为侵权，很大程度上也就截断了竞争过程，排除了其他经营者在相关领域胜出的可能，阻碍了创新。

有一个很特殊的例外，德国通过司法判例发展出“营业权”的概念，保护竞争者营业活动免因特定侵害而遭受财产损害。^[26] 它被解释为《德国民法典》第 823 条第 1 款规定的“其他权利”，作为绝对权加以保护。然而，对于这种财产损害，无论是营业额还是利润的损失，都非常不确定，并不满足上述三个法教义学标准。那又为什么会被纳入“其他权利”的范畴？

从法政策的角度来看，《德国民法典》制定于经济自由主义盛行之时，对权利的原则保护与对利益的例外保护体现了行为自由的优先性。但当对个体安全和社会整体安全的需求占据主导地位时，侵权法重心即从行为自由转向了利益保护。这在一定意义上改变了不幸事件和不法行为的边界，损害在更多情形下不再被视为不幸加以忍受，而是被认为应当得到补偿，由此更多的加害行为被纳入不法行为的范畴。其中一条重要路径就是通过“营业权”这一通道将一些利益上升为权利，纳入“其他权利”的范畴，给予其过错责任的“无隙”保护。^[27]

但“营业权”这件“权利”的宽大外衣根本无法遮蔽竞争优势作为“利益”的本来面目。由于缺乏明确的内容、清晰的边界立法者无法事先设置一般行为模式对这些冲突给予类型化调整，只能放手让法官在个案中利益衡量，这一点不会因其有权利之名而有所改变。为了保留这一与“传统”权利的核心区别，德国学者又苦心孤诣地提出了“框架权”的概念。^[28] 更重要的是，对竞争自由和创新的强调，动摇了将不具有权利特征的竞争利益上升为权利加以保护的政策基础。在德国的“营业权”之外，法国也提出过“拥有顾客权”，英国甚至将商誉赋予所有权属

[25] 参见于飞：《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》，法律出版社 2012 年版，第 30 页。

[26] 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。

[27] 于飞，见前注[23]，第 116—119 页。

[28] 于飞，见前注[23]，第 117 页。

性,但这样主观权理论都因无法通过行为自由价值的检验而日渐式微。当今的普遍看法是,反不正当竞争法并未为规范对象创设像专利权、商标权之类的专有权,它所保护的法益基本形态属于民事利益。^[29]

不幸的是,我国仍有不少法院将销售额、市场利润、商业机会、商业模式等一般竞争利益视为企业的准财产,而形成了一种“财产性保护主义”倾向。^[30]在相关案件审理中,法院往往在确认原告竞争优势可保护性的基础上,基于被告的主观状态及原告利益受损就将涉案行为认定为不正当竞争。这种经营者利益至上的单向判断思维,很大程度上就是将经营者的“合法权益”在事实上“权利化”,给予其相当于专有权的保护。

在规范层面,与《侵权责任法》不同,《民法总则》第126条明确区分了权利和利益。^[31]虽然,商业秘密被《民法总则》第123条第2款作为一项知识产权客体予以保护,但其保密性天然地阻却了财产权的设定,^[32]加之,其义务主体的特定性,使其根本无法获得与专利权、商标权、版权相同程度的保护,最多只是相对接近而已。正因为还留有一定的可竞争空间,它才得以继续留在反法领域进行规制。因此,即便新法第9条涵盖对侵犯商业秘密行为的禁止,在基本形态上,反法法益仍属于民事利益。

在数字经济背景下,主张将企业基于大数据所产生的利益作为权利加以保护的观点日渐强烈。^[33]在数据收集、加工中的大量投入的确使企业对大数据产品获取独立的财产性收益的正当性。问题是,企业市场投入所能产生的收益,与创新能力、市场风险等多种因素有关,取决于与竞争对手较量的结果,并最终由市场决定。在单回合的博弈中占得先机,并不意味着在多回合的较量中胜出。换言之,仅仅市场投入本身并不构成以赋予绝对权方式确保其收益的充分理由。数据的价值在于流动。一旦赋予数据收集、加工者对数据权益的绝对权,必将抑制数据的开放、流通和其他企业的创新性,不利于数据产业发展和社会公共利益。因此,企业对大数据产品的财产性权益是作为纯粹财产利益而受反法保护。“大众点评案”的二审法院明确指出,汉涛公司收集、经营用户点评信息取得的竞争优势“并非绝对权利”,不能“获得像法定财产权那样的保护强度”。^[34]“淘宝‘生意参谋’案”的一审、二审法院延续了这一思路,强调网络运营者对大数据产品享有的只是“竞争性财产权益”,而非“财产所有权”。^[35]

再者,我国《民法总则》第127条并未直接将数据规定为哪一种权利或利益,对其如何保护

[29] 孔祥俊,见前注[1],第97页。

[30] 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743页。

[31] 《民法总则》第126条规定:“民事主体享有法律规定的其他民事权利和利益。”

[32] 参见郑友德、胡承浩、万志前:“论反不正当竞争法的保护对象——兼评‘公平竞争权’”,《知识产权》2008年第5期,第37页。

[33] 参见程啸:“论大数据时代的个人数据权利”,《中国社会科学》2018年第3期,第102、117-121页。

[34] 参见上海知识产权法院民事判决书,(2016)沪73民终242号。

[35] 该案原告的权益获得保护,关键是被告的行为缺乏创新,利用原告的数字产品提供和原告同质化的服务,这显然利益衡量的结果。参见杭州铁路运输法院民事判决书,(2017)浙8601民初4034号;浙江省杭州市中级人民法院民事判决书,(2018)浙01民终7312号。

留给专门法另行规定。^[36] 如果通过反法的一般条款给予权利化的保护,会造成对法定权利制度框架和价值判断的架空,背离《民法总则》保护数据的精神和本意^[37]。

(三)行为判定基础:向利益侵害式侵权认定范式转变

基于保护客体在归属性、排他性和社会典型公开性方面的差异,德国侵权法的三个小一般条款分别设置不同的保护要件,以排除那些不该获得保护的利益,最大程度释放自由行为的空间。这种类型化的区分保护为在侵权法框架下安排不正当竞争行为认定体系提供了不同的路径选择。

在德国三个小一般条款组成的侵权体系中,对于绝对权的保护是一种强保护。侵害一项绝对权的行为,仅因过失所致,也构成侵权。侵害绝对权之外的利益,则是一种相对较弱的保护,除故意或过失损害利益之外,“违反其他法律”或“违背善良风俗”才是构成“侵权”的关键。^[38] 就前者而言,以对客观法律规范的违反作为侵权行为的事实要件,并以此征引出加害人的过错;^[39]就后者而言,由于保护的是那些应受法律保护但现行法尚未明确予以保护的利益,除主观要件更为严格外,作为“背俗”认定基础的判例也要比作为“违法”认定依据的法律规范更加不确定。^[40] 不同的保护要件与不同类型的利益对应,最大程度地实现“权益保护”与“行为自由”的均衡。

表面上,这种类型化的区分保护相对于概括式的权利化保护而言,会使一些损害得不到赔偿,似乎背离正义的要求,实则却更为合理。因为作为受害人固然有一些利益损失无法要求他人弥补,但作为加害人同样也不必担心在不可预见的情况下赔偿他人的损失。一个人在纯粹财产利益上得不到救济的部分,可以在免于赔偿他人同样的损失,免于恐惧和行为自由上得到弥补。^[41] 事实上,无法获得救济的损害也正属于市场风险的范畴。三个小一般条款构成的侵权路径体系,对“权益保护”与“行为自由”的精细平衡,不仅最大限度避免了对利益的过度保护,还减少了概括式保护过于宽泛的自由裁量所导致的不确定性风险。

在这样的侵权体系下,以“框架权”形式保护的“营业权”面临着严重的结构主义问题。作为“其他权利”而侵犯权利的违法性引征机制却完全不适用,侵权与否只能由法官在个案中根据侵权行为的样态,通过利益衡量来判断。针对“营业权”在德国侵权法结构中的尴尬处境,有

[36] 《民法总则》第127条规定:“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”

[37] 孔祥俊,见前注[1],第115页。反法将经营者的数据权益定位为一种利益,并未切断将其上升为权利的可能。事实上,反法经常以“孵化”新权利的方式补充保护知识产权,一些知识产权开始先由反不正当竞争法调整,条件成熟后再纳入知识产权专门法的保护范畴。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44页。因此,在满足相应条件的前提下,数据利益可以通过专门立法上升为权利。但无论如何,反法的一般条款不可能“创设”权利,否则将面临司法理性僭越立法理性的风险。

[38] 施瓦布,见前注[26],第191页。

[39] 于飞,见前注[25],第160页。

[40] 在现代民法上,“背俗侵权”的核心功能是保护纯粹经济损失,“背俗”要件的判断标准存在于判例之中。参见于飞:“违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护”,《法学研究》2012年第4期,第49—57页。

[41] 于飞,见前注[25],第42页。

学者尖锐地指出,在第 823 条第 1 款中增加“框架权”,保护的客体却是无法绝对权化的纯粹经济损失,这在伤害第 823 条第 1 款严谨性的同时,也大大限缩了第 823 条第 2 款和第 826 条的适用空间,使得第 823 条第 1 款成为了一个近似法国式的一般条款,将德国侵权法上苦心构建的三个小一般条款模式推向深渊。^[42]拉伦茨、卡纳里斯很早就洞悉到这一问题,在对将“营业权”作为一项“其他权利”提出强烈批判的基础上,强调对其保护必须退回到利益侵害式侵权路径。在其看来,“营业权”的设立根本就是不必要的,应当回到第 826 条确立的利益保护范式。^[43]

正因为严重损害了德国侵权认定的结构体系,权利侵害式侵权范式逐渐被否定,德国反法重新回到了利益侵害式侵权路径。在竞争领域的纯粹财产利益被德国《反不正当竞争法》从《德国民法典》第 826 条独立出来予以特别规制后,“违法侵权”在一定意义上也延伸到了德国《反不正当竞争法》之中。2004 年德国《反不正当竞争法》对根据 1909 年德国《反不正当竞争法》一般条款所发展而来的“违法行为”案例群予以立法确认,发展成为了一个专门的不正当竞争类型。^[44]反法也因此填补了大多数行政法规不能规制的不正当竞争行为的漏洞,发挥了制止不正当行为基本法的作用。^[45]

反观我国仍主要以权利侵害式侵权思维作为反法构造的基础,导致现有的不正当竞争认定范式与现代侵权法基础之间存在明显的错位。其一,以权利侵害式判断,代替违法侵权判断。旧法虽然没有在规范上明确违法侵权导致的不正当竞争,但已有学者主张以确定“为法律所保护的权益受到侵害”作为独立适用一般条款的事实依据,^[46]最高人民法院在这方面也有过很好的尝试,但更多的时候法院的裁判仍会自觉、不自觉地回到自足适用一般条款的权利侵害式判断的老路。在具有里程碑意义的“海带配额案”中,法官着重强调马达庆与原雇主事先并未达成“竞业限制约定”,也无合同法上的限制,^[47]换言之,因为他没有违反通过一般条款所引入的有关权益保护规定,所以其行为并无不当。但在“360 扣扣保镖案”中,^[48]最高人民法院在终审判决中就“扣扣保镖”屏蔽 QQ 软件广告问题并没有认定现有法律所保护的权益受到损害,而是通过另行创设的“正当商业模式”受到侵害认定行为的不当。这一思路在接下来

[42] 王博文,见前注[1],第 25 页。

[43] Val.Larenz, Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, S.544 f.

[44] 该类型最早规定于 2004 年德国《反不正当竞争法》第 4 条第 11 项:违反也为市场参与者利益而规制市场行为的法律规定的,构成不正当行为。最新的 2016 年德国《反不正当竞争法》第 3a 条将其进一步细化规定为:行为人违反某一项为市场参与者利益而制定的市场行为法,且此违法能够明显地损害消费者、其他市场参与者或竞争参与者利益的,即为不当行为。

[45] 郑友德等,见前注[1],第 10 页。

[46] 吴峻,见前注[1],第 149 页;范长军,见前注[11],第 21 页。

[47] 参见最高人民法院民事裁定书,(2009)民申字第 1065 号。

[48] 参见北京奇虎科技有限公司等与腾讯科技(深圳)有限公司等不正当竞争纠纷上诉案,最高人民法院(2013)民三终字第 5 号民事判决书。

的“优酷视频广告案”〔49〕“极路由屏蔽广告案”〔50〕中都得到了沿用,并被“百度插标案”〔51〕二审法院发展为“非公益必要不干扰原则”,在后续一些列案件中广泛适用,而遭到了学者的强烈批评。〔52〕

其二,以背俗侵权判断之名,行权利侵害式判断之实。法院的裁判经常会忽略侵权行为认定的内在逻辑,错误地将“为法律所保护的利益”纳入“背俗侵权”的保护路径。〔53〕能够被涵盖在保护性的法律之中利益,更易于潜在加害人预见其行为后果和避免在无可预知的情况下承担责任,也更有助于维护行为自由。一旦把此种利益纳入到基于“背俗侵权”的不正当竞争认定路径,而这种背俗判断又脱离了竞争本身,则要么给法官留下过大的裁量空间,产生极大的不确定性;要么依赖空泛的道德评价,鲁莽地把“不劳而获”“搭便车”认定为不正当竞争,最终又退化为对竞争者的保护。

解决问题的关键,在于彻底摒弃权利侵害式侵权不正当竞争认定思维,转而以利益侵害式侵权认定的内在逻辑为基础,构造不正当竞争认定体系。新法在规范层面为这一认定体系的建立提供了空间。基于对新法第2条第1款的反向解释,除了违反诚实信用或商业道德构成不正当竞争外,“违法行为”也将成为一种重要的不正当竞争类型。〔54〕利益如果不能为保护性法律所涵盖,则纳入背俗侵权判断的路径;如果仍不满足有关要件,就不再予以保护。反法的精髓就在于通过这样一种层次清晰的不正当认定体系,排除不受保护的一般竞争利益,从而给市场主体留有更广泛的行为空间。

总之,随着反法具有越来越来多的公共属性,竞争优势“权利化”及权利侵害式侵权思维日益成为自由竞争的障碍;反法法益的基本形态逐渐被定位为民事利益,不正当竞争行为的判断虽然仍契合侵权行为的一般判断模式,但只是在“违法侵权”和“背俗侵权”的基础上展开。

三、反法之竞争法属性的重构

反法最大的问题还在于徒有竞争法之名而无竞争法之实。摒弃对特定主体营业利益(竞争优势)进行“权利化”保护的侵权法思维,而以“竞争秩序保护”为中心建立不正当竞争(“不正当”)认定的标准和方法,才是反法作为竞争法得以独立存在的关键。

〔49〕 参见猎豹浏览器不正当竞争案(贝壳网际(北京)安全技术有限公司等与合一信息技术(北京)有限公司等不正当竞争纠纷案),北京市第一中级人民法院(2014)一中民终字第3283号民事判决书。

〔50〕 参见北京爱奇艺科技有限公司诉北京极科极客科技有限公司不正当竞争纠纷案,北京市海淀区人民法院(2014)海民(知)初字第21694号民事判决书。

〔51〕 参见北京百度网讯科技有限公司、百度在线网络技术(北京)有限公司诉北京奇虎科技有限公司、奇智软件(北京)有限公司不正当竞争纠纷案,北京市高级人民法院(2013)高民终字第2352号民事判决书。

〔52〕 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51页;薛军:“质疑·非公益必要不干扰原则”,《电子知识产权》2015年第21期,第66—70页。

〔53〕 吴峻,见前注〔1〕,第149页。

〔54〕 郑友德等,见前注〔1〕,第6页。

(一)“不正当”认定标准的厘清：“不受扭曲的竞争”

反法通过禁止不正当竞争行为保护竞争秩序,二者为一体两面。从强调竞争者保护到强调竞争秩序保护,意味着反法由侵权法演变为了市场行为法。^[55]它对不正当竞争行为的禁止,重点不是因为其损害了某种法益,而在于它违反了为保护竞争者、消费者和社会公众利益而设定的行为规范。在实证法上,德国《反不正当竞争法》一直被认为并非客体导向,而仅涉及对行为的评价,即只有经权衡具体情况而认定构成不当时,才给予否定性评价。^[56]因此,对不正当性的认定注重行为方式的判断,遵循一种“行为谴责式的认定模式”,^[57]从“违法”与“背俗”两种特定的方式展开认定。与一般侵权法不同的是,这两种判定都是立足于竞争本身。

在确定究竟违反哪些法律构成不正当竞争时,德国法院最初是从所涉及的法律是否具有道德属性来考虑的。由于1909年德国《反不正当竞争法》一般条款中的“善良风俗”属于道德观念,违反与价值相关的法律的违法行为也就被认为违反了一般条款,构成不正当竞争;而违反纯粹为规范秩序目的而制定的价值中立的法律,则一般不被认为构成不正当竞争。这种“二分法”导致“违法行为”的适用范围过于宽泛,受到学术届的严厉批评。^[58]在2000年的“二氧化碳排放量”案中,^[59]联邦最高法院明确放弃了“二分法”,要求被违反的法律必须与竞争相关。该案被告销售违反环境保护法生产的产品,大幅降低成本而获得了竞争优势,但法院并未认定其构成不正当。理由就是违反环境保护法的行为虽然影响到竞争机会,但其本身是在竞争行为之前实施,不属于一般条款的制裁范围。在其后的判决中,联邦最高法院一直坚持了与竞争相关的判断原则。

在确定“背俗”不正当竞争的构成时,道德判断一度发挥决定性的作用,左右司法者用道德框架去限定竞争模式,忽略对客观结果的考察。^[60]这样的判断在竞争日益复杂的背景下暴露了极大的缺陷。其一,朴素的道德观念并非总能与市场的需求保持一致。哪一种行为模式更优越只能由竞争发现,不可由预设的价值判断来筛选。在经典的“热点新闻挪用”案中确立的“不劳而获即不正当”原则,^[61]因客观上保护了既有的商业模式、阻碍了创新,而在后续审判中逐渐被淡化。绝大多数大陆法系国家拒绝将“搭便车”直接认定为不正当竞争行为,除非在“搭便车”的同时,还妨碍了信息真实、自由地流通。^[62]其二,无论是数据爬取,还是广告屏

[55] 如王晓晔教授所言,“从功能上看,反不正当竞争法已不再是民法上的侵权行为法”,而是“规范经营者市场竞争行为的法律制度”。王晓晔,见前注[1],第7页。

[56] See Nari Lee, Guido Westkamp and Ansgar Ohly(ed.), *Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity: Convergences and Development*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014, p.16.

[57] 施瓦布,见前注[26],第191页;孔祥俊,见前注[1],第109—115页。

[58] 进一步的分析,范长军,见前注[11],第15—22页。

[59] BGH GRUR 2000,1076-Abgasemissionen.

[60] 蒋舸,见前注[8],第87页。

[61] 248 U.S.215 (1918).

[62] See Ansgar Ohly, “The Freedom of Imitation and Its Limits— A European Perspective”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol.41, No.5, 2010, pp.506—507.

蔽,这些新兴技术领域的纠纷,原被告双方总能找到有利于自身的道德理由,而最终产生决定性影响的往往是法官个人的好恶。这本身就背离了法律的确定性要求。因此,将“不道德”的污点强加给竞争者的作法已明显过时,令人信服判断只能回到对行为的竞争效果的评估和利益衡量之上。

其实,伯姆(Böhm)早在1933年就提出,反法唯一的任务是保护竞争。^[63] 尽管“无法精确刻画‘好的竞争是什么’”,但它明确了“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”。^[64] 因此,对“不正当”的定义应该通过“不受扭曲的竞争”获得。^[65] 这一标准为利益考量提供了一个统一尺度,最大程度避免了法律干预在各种利益鼓吹者的吵闹声中迷失方向。

“不受扭曲的竞争”标准是从维护竞争功能的角度划定竞争行为的边界,侧重行为客观效果评价。这一点明显不同于抽象道德标准的判断,后者侧重行为人主观意图的考察。在“贝纳通广告案”中,贝纳通公司以原油泄漏、童工和艾滋病为主题做广告,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”,^[66]有违公序良俗。可联邦宪法法院认为,即使企业的宣传行为并不高尚,但只要没有扭曲消费者的自由决策,就不能认定为不正当竞争,^[67]因此撤销了原审判决。宪法法院的裁决说到底还是坚持了竞争的功能特性和客观效果。竞争是“意见形成的过程”,^[68]涉诉行为尽管在伦理上不光彩,但没有破坏正常的信息流动,或者说,不会危及价格机制和消费者决策的基础,也就不具可责性。

遵循“不受扭曲的竞争”标准,意味着对不正当竞争界定必须保持谨慎与中立,不预测竞争结果、不介入竞争过程。竞争是“发现的过程”。市场中会出现什么样的商业模式、什么样的技术方案,只有通过竞争才能确定。我国法院普遍将广告屏蔽行为认定为不正当竞争,^[69]最主要的问题就在于,法官在被屏蔽方只采取“免费视频加广告”或“收费”两种商业模式的前提下考察其所受到的损害,忽略了在两种模式之外的创新可能。事实上,国际屏蔽广告业的发展现状表明,被屏蔽方存在开发“广告屏蔽器的屏蔽器”、发展原生广告等多种技术上、营销上的应

[63] 转引自范长军,见前注[1],第110页。

[64] Henning-Bodewig, supra note 17, p.3.

[65] 范长军,见前注[1],第110页。

[66] GRUR2002, 360 “H.I.V. POSITIVE”II.

[67] BVerfG GRUR 2001170 - Beneton I, GRUR 2003, 442 - Beneton-Werbung II.

[68] See V. Hayek, *Individualism and Economic Order*, Chicago: The University of Chicago Press, 1948, p.106.

[69] 在众多的广告屏蔽案中,“腾讯公司诉世界星辉公司案”(北京市朝阳区人民法院(2017)京0105民初70786号民事判决书)和“快乐阳光公司诉唯思公司案”(广州市黄埔区人民法院(2017)粤0112民初737号民事判决书)的一审裁判罕见地认定屏蔽行为不构成不正当竞争。遗憾的是,相关二审判决(北京知识产权法院(2018)京73民终558号民事判决书、广州知识产权法院(2018)粤73民终1022号民事判决书),最终又认定屏蔽行为构成了不正当竞争。

对方案。^[70] 所以,我国法院的裁判思路无异于人为设定了竞争的结果,先天地有利于被屏蔽方。相反,德国法院的裁判拒绝认定屏蔽行为违法,则更符合竞争本身的逻辑。他们不预设哪一种商业模式更值得保护,不拘泥于现有的技术方案,预留更广泛的技术对抗空间,由市场平衡双方的利益冲突。^[71]

在普遍意义上,“不受扭曲的竞争”标准正逐渐取代抽象道德判断标准。瑞士在司法实践中明确强调,反法意义上的诚实信用建立在对“不受扭曲的竞争”的专门考量之上,按照保护竞争相关者利益的立法目的进行定义。^[72] 德国学者甚至将诚实信用、商业道德形容为一个“空壳”或一个“布袋”,不具有实际意义,^[73]必须由竞争分析的结果来填充其内涵。

“不受扭曲的竞争”标准拉开了反法与反垄断法的距离。按照这一标准,反法主要是对竞争方式的评价,对竞争的保护是一种质量保护,从微观角度实现竞争秩序。而反垄断法属于以市场结构为基础的行为控制,对竞争的保护是一种存在保护,从宏观角度实现竞争秩序。二者的差异通过规制行为的界限体现出来。例如,在反法修订稿中曾经出现的禁止滥用相对优势地位行为条款,就因为忽视了结构要素,可能架空反垄断法相关规定而被删除,实现了“与反垄断法的完全切割”。^[74] 实践证明,这两种法律从不同角度维护竞争,但都不可或缺。^[75]

“不受扭曲的竞争”标准也使反法与知识产权法的界限愈加清晰。新法第6条第1项禁止对有一定影响的商业标识的仿冒,如果比照我国《商标法》对注册商标和著名的未注册商标只在相同和类似商品上予以保护的的规定精神,显然不能适用于非类似商品上的仿冒行为。但要按照“不受扭曲的竞争”标准,是否构成该项禁止,则要看行为是否导致市场混淆以及行为是否因此不合理地获取了竞争优势。换言之,即使在非类似商品上擅自使用,只要产生了这样的效果,仍可以认定其不正当竞争性。这显然与侵犯注册商标专用权的判断模式迥然不同。^[76]

(二)“不正当”认定方法的确立:竞争相关者的利益平衡

保护竞争秩序的关键在于保护所有竞争参与者的决策自由。^[77] 现代反法规定“三叠加”的保护目标,将竞争者自由竞争利益、消费者自由决策的利益和“不受扭曲的竞争”所产生的社会公共利益作为评价要素,认定行为的不正当性。^[78] 这种利益平衡式的认定方法是“不受扭

[70] See Russell A. Miller, “Liberation, Not Extortion: The Fate of Internet Ad-Blocking in German and American Law”, 2017, pp.13-25, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3019254, last visited on October 20, 2019.

[71] Ibid., pp.26-52.

[72] 博德维希,见前注[18],第688页。

[73] 博德维希,见前注[18],第297页。

[74] 孔祥俊:“论新修订《反不正当竞争法》的时代精神”,《东方法学》2018年第1期,第67页。

[75] 博德维希,见前注[18],第9-11页。

[76] 孔祥俊,见前注[1],第111页。

[77] See Tim W. Dornis, *Trademark and Unfair Competition Conflicts: Historical-Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p.275.

[78] 参见谢晓尧:“一般条款的裁判思维与方法——以广告过滤行为的正当性判断为例”,《知识产权》2018年第4期,第42页;刘维,见前注[4],第188-192页。

曲的竞争”标准的展开。无论是侧重“违法”“背俗”哪一种方式的判断,最后都要落脚于对相关因素的考量。^{〔79〕}

1. 竞争者自由竞争利益的考量

如前所述,经营者基于竞争享有的利益不是一种“绝对权”,也不是一种财产拥有的状态,而只是一种财产获得(竞争胜出)的机会。^{〔80〕}任何竞争都有损害,竞争损害发生并不当然地构成不正当竞争。

我国法院在这一问题上的态度却并非一以贯之。在“海带配额案”中,最高人民法院指出:“一种利益应受保护并不构成该利益的受损方获得民事救济的充分条件。”^{〔81〕}但到了“百度插标案”中,法院却明显开了倒车,将“良好竞争秩序”解释为“避免引起经营者之间的冲突和对立”,^{〔82〕}无异于将损害竞争对手利益等同于对竞争秩序的损害。直至到了“大众点评案”,法院才有机会将对这一问题的认识重新拉回到正确的方向。该案二审法院在判决中旗帜鲜明地指出:“在自由、开放的市场经济秩序中,……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〕}

法律对竞争损害的态度决定了自由竞争的空间,仅仅因原告受到损害就认定被告的行为构成不正当竞争,大大降低了不正当竞争行为的门槛。德国最初就是为避免竞争者受到损害,严格禁止比较广告。随着竞争损害自我承担原则的确立以及欧盟《关于误导和比较广告指令》(97/55/EC)的制定,开始在原则上允许比较广告的存在。^{〔84〕}这一转变在缩小不正当竞争范围的同时,扩大了竞争行为空间,提高了市场的信息透明度。

为确保广阔的竞争自由空间,德国曾明确以对竞争者自由构成“显著损害”作为认定条件(2008年德国《反不正当竞争法》第3I条)。为与欧盟《不当商业行为指令》保持一致,2016年德国《反不正当竞争法》删除了这一表述,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。^{〔85〕}实践中,德国法院对竞争损害的考量,是以竞争者的生存不受威胁为底线,旨在增强市场竞争的对抗性,提升市场竞争的张力、韧性和强度。^{〔86〕}在“电视精灵案”的判决中,德国最高法院就将“显著损害”解释为“导致竞争者任凭自己的努力都无法将自己的业绩在

〔79〕 “违法”不正当竞争判断的关键是确定他人为其他法律所保护的权益是否受到侵害,其最终还是归结为对消费者、竞争者或其他市场参与者基于竞争享有的利益是否受到损害的判断。See UWG(2016) § 3a.

〔80〕 薛军,见前注〔52〕,第66—70页。

〔81〕 参见最高人民法院民事裁定书,(2009)民申字第1065号。

〔82〕 参见再审申请人奇虎公司与被申请人百度网讯公司、百度在线公司及一审被告奇智公司不正当竞争纠纷案,最高人民法院(2014)民申字第873号民事裁定书。

〔83〕 参见上海知识产权法院民事判决书,(2016)沪73民终242号。

〔84〕 BGH NJW 1988, 2208.

〔85〕 Christian Alexander, UWG 2015 - Ende des schwierigen Weges zur Richtlinienkonformität?, Betriebs- Berater, BB 5.2016, S.1

〔86〕 孔祥俊,见前注〔52〕,第62页。

市场上合适地展示”。〔87〕

普通法系国家同样排除了仅仅以竞争损害、轻微损害作为不正当竞争认定标准的可能。在美国极具影响力的《反不正当竞争法重述(第三版)》第1条规定,除非符合特别规定,“凡是从事商业或者贸易行为造成他人损害的,不需要对该损害承担责任”。换言之,“竞争自由是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。”〔88〕

2. 消费者自由决策利益的考量

就现代反法而言,消费者利益是作为不正当竞争认定的独立而非附属性的考量要素。在复杂市场经济条件下,不合预期的骚扰(如电话广告)、虚构交易(好评)记录、允诺赠送礼品、隐瞒产品主要特征或交易价格等行为日益普遍。这些行为即使表面上不针对竞争对手,但只要扭曲消费者的自由决策,也可能使某些经营者不合理地获得竞争优势。基于对这一新形势的回应,反法逐渐容纳了对消费者的直接保护。〔89〕在特定情形下,消费者利益甚至成为判断行为正当与否的决定性或唯一的要素。在美国的一起著名的视频广告案中,法官直接以被告屏蔽广告的行为符合消费者需求为由,驳回了原告禁止屏蔽行为的请求,并在判决中强调:“消费者权益是判定涉案行为是否正当的最主要因素”。〔90〕

消费者作为企业竞争的目标指向,其自由决策在竞争过程中具有决定性意义,从消费者角度认定不正当竞争主要考虑的就是消费者的自由决策利益〔91〕。反法对消费者的保护建立在对竞争保护基础之上。从这一意义讲,侵害个别消费者知情权、选择权,但没有造成特定企业获得不合理竞争优势的行为,无法归入反法的规制范围。〔92〕只有在消费者自由决策的基础受到经营者行为的“实质性扭曲”,导致其作出在理性条件下不可能作出的决定而使经营者不合理地获取竞争优势,足以扰乱竞争秩序的情况下,这类行为才被反法禁止。

在我国司法实践中,法官在对市场效果进行分析时往往更倾向于考虑经营者的利益是否受到损害,消费者权益在判定行为正当性中的作用常常被忽略或低估。例如,在“百度插标案”中,奇虎对百度搜索结果进行插标虽针对的是竞争对手,但根本上是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

〔87〕 德国最高院在该案判决中指出:“被告的广告屏蔽装置的销售虽然加重了原告的经营负担,但并未威胁其生存”;但如果禁止被告生产和销售“电视精灵”,“则会使其遭受毁灭性打击,因为广告屏蔽是其商业模式的核心。”BGH, Urteil v. 24.06.2004, Az. I ZR 26/02.

〔88〕 See *Restatement of the Law, Third, Unfair Competition* § 1, *General Principles*, Philadelphia: American Law Institute, 1995.

〔89〕 See Rogier W. de Very, *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp.76, 148. 融入对消费者的直接保护甚至被作为反法现代化的一个重要标志。

〔90〕 Fox. v. Dish Network, [2012] 905 F. Supp. 2d 1088.

〔91〕 Dornis, supra note 77, pp.281—287.

〔92〕 如果虚假宣传只是造成个别消费者受到损害,最终的救济依据只能是消费者权益保护法上关于禁止欺诈消费者行为的规定。例如,王娴诉京东案,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。

权,再间接影响到百度的业务,这一点在法院的判决中并未提及。^[93]

这种情况在“淘友与微梦不正当竞争纠纷上诉案”中有了明显的改观,该案的二审法院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。^[94]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,而针对二者的解释具有很大的自由裁量空间,在其中专门考量消费者利益更多依赖于法官的个人智慧。

新法为弥补上述缺陷提供了可能,在第2条第2款对不正当竞争行为的一般界定中,明确加入了消费者利益因素。虽然还是没有赋予消费者诉权,在消费者权益救济层面只能依据《消费者权益保护法》提起团体诉讼。但并不影响将消费者利益作为行为正当性判断的独立标准,因为行为认定与救济本就属于不同层面的问题。^[95]

3.“不受扭曲的竞争”产生的社会公共利益的考量

公共利益的概念是语境化的构造,作为反法所保护的法益,它是指超越个体竞争自由的不被扭曲(扰乱)的竞争秩序所产生的一般利益,诸如市场透明、信息传播和促进创新。在竞争者和消费者的利益之外,反法还保护其他市场参与者以及整个社会从不受扭曲的竞争中可获得的利益。

基于社会公共利益的行为正当性判断本质上是对交易行为外部性的考量。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公司通过爬取用户在其网站上公开的信息,而在2017年8月被法院以“诉前禁令”的形式要求移除技术障碍。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产业的发展。^[96]通过技术手段爬取公开信息,在法官看来也不过是将手抄信息誊抄在纸上再录入电脑的行为,转换成直接通过电脑复制罢了。

作为行为不正当性判断中的考量因素之一,公共利益并不具有绝对优先的地位。好的竞争是所有相关方的利益均衡,现代反法对所有市场参与者均给予等序保护。^[97]各种利益在不正当性认定考量过程中,没有固定的价值位阶和权重。在“大众点评案”二审判决中,法院主要考虑的是数据持有者(汉涛公司)通过收集、加工点评数据获取相应利益的营业自由;而在LinkedIn案的初步判决中,法院则更重视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。当然,即便要着重考虑公共利益,也非完全无视竞争者利益,因为,公共利益需要建立于竞争者利益之上。“非公益必要不干扰原则”将实现公共利益作为潜在竞争者挑战在先商

[93] 吴峻,见前注[1],第149页。

[94] 参见北京知识产权法院民事判决书,(2016)京73民终588号。

[95] 参见孔祥俊:《反不正当竞争法的创新性适用》,中国法制出版社2014年版,第85—86页。

[96] 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倾向或提供用户的技能分析报告。HiQ Labs v. LinkedIn, Case No.3: 17-cv-03301 (N.D.Cal. 2017).

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

业模式唯一正当理由,赋予了公益因素一个不合理的、不成比例的权重,却没有为竞争者创新预留足够空间,最终反而是损害了竞争。

新法第2条第2款将“扰乱市场竞争秩序”置于“经营者或者消费者的合法权益”之前,意在从规范上明确其保护竞争秩序的机理,^[98]强调在不正当性认定中优先考量消费者利益与经营者利益损害程度,以此厘清与《消费者权益保护法》等其他法律的界限。这并不意味着将不受扭曲的竞争产生的公共利益绝对优先于经营者、消费者利益。竞争本身的动态属性决定了它不可能将任何相关方的利益“权利化”,否则就是对竞争的扼杀。不正当性的认定是对竞争者利益、消费者利益和社会公共利益进行独立考量和综合判断的结果。

总之,尽管仍然以民法理念、技术为支撑,但围绕保护竞争秩序构建的不正当竞争认定的范式,使得反法真正切合了市场竞争的逻辑,成为独立和自洽的规范体系。从仅基于特定竞争者利益损害的认定,到考虑竞争者利益受损的程度和相关方利益均衡的认定,这种更趋严格的不正当竞争行为的认定范式,体现了更加谨慎的干预理念。“不受扭曲的竞争”标准和固定的利益考量要素,相对于抽象道德判断,极大地增强了法律适用的确定性,降低了过度干预竞争的风险。

四、两种属性共存的内在逻辑

使各个具体规范和制度之间建立起联系的,是特殊的价值判断、原则或正确性思考。^[99]经济法对私人行为进行整体评价以确保整体经济正确性的构造思路,决定了民法与经济法两种属性共存的内在逻辑。

(一) 私法自治的反法实现:促进更普遍的竞争自由

竞争自由尽管不一定在宪法规范中直接表述,但完全可以从有关一般行为自由、职业自由、言论自由等基本权利条款中引申出来。^[100]在著名的 Glykol 案中,德国宪法法院明确确认,经营行为也被视为职业,《基本法》第12条对职业自由的保护涵盖对经营行为自由的保护。^[101]在同样具有标志性意义的“贝纳通广告案”^[102]“保护动物的赞助广告案”中,^[103]宪法

[98] 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。”博德维希,见前注[18],第599页。

[99] 参见(德)弗里茨·里特纳、迈因哈德·德雷埃尔:《欧洲与德国经济法》,张学哲译,法律出版社2016年版,第23页。

[100] 参见(德)罗尔夫·施托贝尔:《经济宪法与经济行政法》,谢立斌译,商务印书馆2008年版,第111—126页。

[101] 参见《联邦宪法法院判例集》(第105卷),第252页;转引自里特纳等,见前注[99],第148页。

[102] BVerfG GRUR 2003, 422-Benetton II.

[103] BVerfG GRUR 2002, 455-Tier und Artenschutz.

法院从《基本法》第5条对言论及出版自由的规定中,推导出对各种形式的广告竞争行为的保护。在各项具体基本权利条款之外,《基本法》第2条对一般行为自由的规定从普遍意义上保障经营者在经济领域的行为自由。

作为“客观法”的基本权利所确立的“价值秩序”,构成了国家各项制度构造所必须遵循的原则。^[104] 侵权法通过设定侵权责任要件,将构成侵权并承担责任的情形限定于一定的范围,避免人们在社会生活中动辄得咎,为人类的行动留下足够的自由空间。反法以“一般条款+类型化列举”的形式界定竞争行为的“负面清单”,通过限制特定经营者的行为方式保护其他不特定市场主体更广泛的行为自由。

对竞争自由的保护将民法与经济法紧密勾连在一起。个人是自我利益的最佳判断者,民法上的私法自治旨在给个人提供一种受法律保护的自由,使个人获得自主决定的可能性。但绝对的私法自治面临社会整体正确性的责难和可实现性的质疑。一方面,一个人的自由意味着另一个人的不自由,过度保护特定主体的自由,肯定会牺牲广大不特定主体的自由。另一方面,自治应该是指在充分地意识到所有的可得机会,掌握了所有相关信息的情况下所做出的决定。实际的情况却并非如此,私人决策在多数情形下其实是无奈和无知之举。也就是说,表面上不受干预的决策其实并不是真正的自由决策;真正的自由决策只能在一定干预之下存在。经济法旨在弥补民法的不足,通过构建对私权与公权的“双重限制”寻求一种平衡。其一,以私法自治为出发点,又尝试对其加以限制;其二,为避免过分压缩自由的空间,对这种干预本身又进行严格的约束。

就第一个层次而言,经济法的干预是为了克服私法自治的局限,更好地实现和拓展私法自治。桑斯坦(Cass R. Sunstein)教授指出,恰当的规制在有助于提高社会整体福利的同时增强行动能力。^[105] 通过规制改变可得机会和信息等限制条件,往往可以改变在不合理条件下形成的私人偏好,从而促进偏好形成过程中的自治。规制在这种情形下,“不是真的要迫使人们做他们不想做的事情,反而是通过强制来使他们能够做他们想做的事情。”^[106] 布林格(Martin Bullinger)教授进一步强调,一旦“缺少政府干预因素支持与补充,私法自治制度就不能充分地发挥应有的作用”。^[107]

在上述理路下,反法完全可以被理解为一种以适度干预保障自由竞争的结构性的制度建构。政府干预相对于个体自由的整体实现而言处于辅助性、保障性的地位,反法禁止不正当竞争行为的最终落脚点在于为所有市场参与者自由决策提供条件。“不受扭曲的竞争”这一不正当判

[104] 参见张翔:“基本权利的双重性质”,《法学研究》2005年第3期,第25页。

[105] 参见(美)凯斯·R·桑斯坦:《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,中国人民大学出版社2008年版,第3页。

[106] 同上注,第3、56页。

[107] 参见布林格:“公法与私法的历史与现在”,载《里特纳纪念文集》,1991年,第69页;转引自里特纳等,见前注[99],第138页。

断标准就是要禁止对竞争者的实质性阻碍,赋予每一个竞争者基于自身的努力在竞争中胜出的机会;确保消费者获得真实的信息,作出有利于自身的自主决策。

(二)竞争关系的反法介入:恪守保护竞争秩序的边界

就第二个层次而言,经济法的干预必须内嵌一种谦抑的品格。以公共利益作为对基本权利的限制是各国宪法之通例。经济法上的政府干预必须满足这样的条件。相应的,反法只有基于公共利益的理由才能介入私人竞争关系。公共利益在这里既是干预正当化的依据,更是约束规制者自由裁量权的尺度。

但公共利益是如此的“难以捉摸”,常常被作为掩盖过度干预的“遮羞布”。规制法学家威费恩塔克(Mike Feintuck)教授认为,能够成为谨慎干预依据的公共利益,必须是在充分考虑集体主义元素以及不同个体在市场中身份差异的前提下,各方利益争论、妥协后的最大均衡。很显然,这种摒弃简单个体利益叠加而以平等发展理念为基础的公共利益的界定,只能源于民主立法的最高成果。因为,唯有如此才可能最大程度避免其被主导利益集团的诉求所颠覆。^[108]

满足上述要求的公共利益,就是从宪法对市场经济体制的确立或基本权利对竞争自由的保护引申出的竞争秩序。竞争秩序是市场经济的核心,只有竞争秩序才能最大程度地实现个体的竞争自由。竞争秩序提供了所有市场参与者主权实现的基础,在平等地赋予所有企业基于自身努力获取竞争优势机会的同时,最大程度满足消费者的利益,推动整个社会的进步。竞争秩序之下的自由才是真正可兑现的自由。

竞争秩序只能是政府规制下的产物。以完全的竞争自由确保竞争公平,早已被证明只是美好的幻想。通过“阻止对手、欺骗公众”手段获取竞争优势的诱惑,明显过于强烈,仅靠市场自身力量难以控制。^[109] 桑斯坦教授在这方面的解释极具说服力,“人们以投票者或者公民身份所持有的偏好,大大不同于他们作为纯粹的私人或市场行为者而持有的偏好。大多数公民或许会支持通过规制来阻止自己实施在无规制体系中因囚徒困境或集体行动难题而不得不实施的行为。”^[110]

经济法特殊性就在于其保护市场经济秩序的整体视角。^[111] 即使是典型的民法学者也充分肯定经济法在这方面的独特价值。薛军教授就曾指出:“通常来讲,侵权法关注的是两个私

^[108] 参见(英)迈克·费恩塔克:《规制中的公共利益》,戴昕译,中国人民大学出版社2014年版,第36—37页。

^[109] 博德维希,见前注[18],第3页。

^[110] 桑斯坦,见前注[105],第56页。在这一点上,邱本教授说得更直白一些:竞争可以为每一个人提供在市场中胜出的机会,又可能使其面临被淘汰的风险。这使得市场主体对竞争的态度是矛盾的,当竞争对其有利时举双手赞成;但当竞争对其不利时设法破坏。一旦将构造、维护或服从竞争秩序的愿望留给私人,自由决策只会造成混乱无序;只有通过法律约束下的政府适度干预才可以确保良好的竞争秩序。参见邱本:“论市场竞争法的基础”,《中国法学》2003年第4期,第100页。

^[111] 里特纳等,见前注[99],第28页。

人主体之间因为权益侵害而导致的损害赔偿问题,而反不正当竞争法不仅要考虑两个私人主体之间利益层面上获益受损的关系,还要去维护正常的市场竞争秩序。这也是为什么反不正当竞争法被认为具有经济法属性的重要原因。”^[112]

不论以何种形式呈现,反法始终都立足于对竞争秩序的保护,具有强烈的经济法品性。即使最早的制度基础是保护“诚实竞争者”,也并非与竞争没有关联,其宗旨从来都不是保护“良好的商业道德风尚”本身,而是为了给所有企业构建公平竞争的环境,防止竞争者不正当地获取竞争优势。^[113]只不过在工业化初期,对于竞争的损害主要体现为对竞争对手的侵害,维护竞争秩序才被简化为对“诚实业主”的保护。随着消费者保护运动的出现和消费者对“不知悉市场情况”越来越不满意,抑制不正当竞争的共同基础变得摇摇欲坠。所有工业化国家再次遭遇不正当竞争问题,也只有这一次才充分认识了是否保护以及如何保护公共利益,尤其是消费者利益的问题。^[114]容纳所有相关者利益保护的竞争秩序真正成为了反法构造的基础,反法的经济法面貌才得以清晰展现。

保护竞争秩序的本身强调的就是反法确保私法自治以一种有利于整体经济正确性的方式实现,反言之,反法对私人竞争关系的介入以行为损及竞争秩序为限。在著名的“贝纳通广告案”中,德国联邦宪法法院之所以撤销地区高级法院、联邦最高法院的判决,就是考虑到被告的行为并没有影响到消费者自主决策,或者说没有破坏竞争秩序,所以不能作为不正当竞争行为加以禁止。反法一般条款虽然有一定的开放性,但并不是“宽泛的剩余类型”(A broad residual category),而只限于未落入反不正当竞争法其他条款而仍值得保护的特殊情形。^[115]一般条款的适用受到一定的适用范式的羁束,而这一适用范式建立的基础正是对竞争秩序的保护。由此,反法与其说是对干预的授权,毋宁说是对干预本身的限制。

总之,对竞争秩序的保护体现了反法以国家干预弥补市场缺陷的典型经济法特质。将私法自治融入竞争秩序建构,以限制个人自由去争取社会整体自由,这一制机理确立了国家干预与私法自治共同作用的逻辑,也克服了传统的私法和公法二分的局限。

五、作为结论:反法属性的结构面向

宪法对基本经济自由的保障意味着国家原则上把经济事务交给私人处理,相应地,私法自治具有了优先性;^[116]政府的介入只具有补充性、保障性或辅助性。这就从根本上决定了经济法与民法的结构性关联。

[112] 参见薛军:“互联网不正当竞争的民法视角”,《人民司法(应用)》2016年第4期,第12页。

[113] 博德维希,见前注[18],第6页。

[114] 博德维希,见前注[18],第5页。

[115] Rogier W. de Very, *supra* note 89, p.155.

[116] 里特纳等,见前注[99],第25页。

一方面,经济法是“为了补充由市民法残留下来的法的空白状态,相对于市民社会私的侧面,内置公共性侧面的法律。”^{〔117〕}尤其是,确保侵权责任不限于在个人之间建立公正的秩序,还要服务于整体经济秩序的构建。另一方面,经济法对竞争的评价侧重考虑其社会整体效果,基于维护竞争秩序的需要而禁止特定方式的竞争行为,但根本目的还是要在更广泛的范围内发挥自由竞争的优势。

作为经济法的反法,既要预防国家赋予自身干预职能过多,又要将私法性的制度融入整体经济秩序的规范体系之中。从这一意义上讲,反法的构造一方面是具有个体意义的私法自治或自由竞争实现的问题,另一方面是作为公共产品的竞争秩序的供给问题。深层次上是民法的意思自治与国家干预的内在统一,形成公法与私法“关联交错的场合”。^{〔118〕}

霍姆斯认为,历史和现实的状况对法的内容和发展变化起着决定性的作用。^{〔119〕}那些能够决定法律属性结构的要素是历史的、动态的。^{〔120〕}因此,要将现行法律理解为对历史的继承和延续,而又不将哪一个历史结论视为超越时代的永恒而予以绝对化。就反法而言,对竞争秩序保护的需求,或者不正当竞争行为本身的演变,决定了其属性结构的变迁。传统工业经济时代下的不正当竞争主要是对竞争者的损害,反法具有明显的侵权法品格。现代市场经济条件下的不正当竞争包含了不直接针对竞争对手而损害消费者行为,反法具有了更多的经济法色彩。

回应型法律最大的特征就在于其向其他性质的规则保持开放的特性。^{〔121〕}在治理的复杂体系中,对行为合法与否的判断,不可能再由一个完全逻辑自足的封闭性法律体系完成。^{〔122〕}对反法的结构性阐释就是基于这样一种立场,将其理解为两种属性在一定机理下分工与合作所形成的规范体系。“诚实信用”“公共道德”“保护性法律”等“引致条款”或“转介条款”打开了民法与经济法相互支援的通道。二者在对竞争关系的调整上存在交叉,共享一些关键的概念和技术元素,分别从个体和整体视角切入全面构造和维护竞争秩序。从制度生成的角度看,民法始终都是反法的母法。在正确的民法属性定位的基础上,反法按照市场竞争的特性和逻辑进行塑造。民法的思维和原则处于内在的隐性层次;经济法的思维、竞争特质处于外在的显性层次。整体来讲,反法内在遵循侵权法利益侵害式的侵权认定逻辑;但对不正当的认定又具有明显不同于一般侵权行为认定的方法和标准。

总之,对反法属性的理解最终建立对其内在机理以及民法与经济法关系的准确把握之上。经济法通过政府干预保障和拓展私法自治,其本身不可分割地包含了私法的因素。对反法属

〔117〕 参见张世明、王济东、刘亚丛:《经济法体系化与方法论:竞争法的新发展》,社会科学文献出版社2017年版,第28页。

〔118〕 同上注。

〔119〕 参见(美)O.W.霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,第1页。

〔120〕 里特纳等,见前注〔99〕,第29页。

〔121〕 参见(美)P.诺内特、P.塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第89页。

〔122〕 参见石佳友:“治理体系的完善与民法典的时代精神”,《法学研究》2016年第1期,第14页。

性的结构性定位体现了对不同部门法内容、机理适度重复的“容忍”，^[123]而恰恰是这样的重复构成了其彼此之间必要的“衔接”。^[124]但无论如何，作为竞争法的反法才完整体现了以政府干预弥补市场缺陷和发挥市场优势的规制逻辑。当越来越多地强调抑制政府干预而增加更广泛的行为自由时，反法的侵权法属性逐渐“隐去”，竞争法属性日益“凸显”。^[125]

Abstract: Attributes of Anti-unfair Competition Law (“AUCL”) are obviously and structurally misplaced, including the attributes of Economic Law (or Competition Law) and those of Civil Law at the meantime. One often mechanically applies the paradigm of rights infringement on illegality identification in AUCL. This is nothing but holding a hollow name of AUCL through simply repeating the traditional thoughts of Civil Law, inducing the intervention to market competition and the immersion in vague moral debates. The key solution is to meet the demand protecting free competition to a much larger extent, to break the bonds that confines our thought to the approach of departmental law, and to build the AUCL with correct principle and method of Civil Law. Based on the theory of “breaching law causes rights infringement” and “breaching custom causes rights infringement”, the recognition system of illegality in AUCL will be constructed with setting the basic legal interest of AUCL as a civil interest. The aim is to protect the competition order and secure the independency of AUCL as a part of Competition Law, which also determines the route of illegality recognition that applies the no-distorted-competition standard to balancing diverse interests. AUCL then fills the gap leaved by and take the advantage of the autonomy of private law through protecting the competition order, which closely connects the attributes of AUCL and these of Civil Law together. The tort law elements in AUCL will fade away, when there are more and more emphases that inhibit the government’s intervention and extend market freedom and the attributes of AUCL stand out.

Key Words: Distinguish Rights from Benefits; Freedom of Action; Tort Law; Competition Law; Competition Order

(责任编辑:邓 峰)

^[123] 事实上,其他部门法(例如宪法、行政法)也同样在经济法中扮演着重要的角色,但在经济法中它们都服从整体正确性的价值,都统一于弥补市场缺陷的逻辑。也就是说,这种重复并不会造成对法律体系的冲击,各法律部门都有其独特的价值理念和制度逻辑。里特纳等,见前注[99],第27页。

^[124] 张世明等,见前注[117],第343页。

^[125] Dornis, supra note 77, p.295. 当然,反法的竞争法属性的确立需要以一个相对清晰、稳固的行为分析范式的形成为基础。“不受扭曲的竞争”标准、竞争相关者的利益平衡的合理适用对法官提出了更高的要求,要一以贯之地体现在司法裁判中,还需要一个较长的过程。而且,反法本身缺乏一个固定的边界,狭义的反法并非是抑制不正当竞争行为的全部。在一些国家,消费者权益保护法或反垄断法在一定程度上分担了反法作为竞争法的功能,这些国家对反法的依赖并不明显,甚至有些国家并不承认反法的存在。博德维希,见前注[18],第6-7页。