

论反不正当竞争法的一般分析框架

宋亚辉*

摘要 理解竞争的本质是识别不正当竞争的前提。竞争的本质是争夺交易机会,因交易机会此消彼长所导致的竞争利益损害不可避免。此谓“竞争利益的相对性与损害的相互性”。这意味着,竞争是否正当的关键不在损害,“权益—损害范式”存在误读。我国《反不正当竞争法》的价值目标是保护优胜劣汰的竞争不被扭曲,识别不正当竞争应采用行为中心主义范式。行为背后的竞争利益对行为定性并无决定性意义,损害亦然。损害概念在反法上旨在解决责任承担问题,与行为评价分属不同的系统。首先,行为评价由“行为构成”和“违法性”二要件展开,前者旨在评价涉案行为客观上是否符合《反不正当竞争法》列举的行为样态,后者旨在评价符合行为样态者是否扭曲了《反不正当竞争法》保护竞争之目标。其次,归责评价聚焦于行为违法后的责任承担议题,具体由过错、损害、因果关系等归责事由进行“有责性”判断。经由三阶层要件塑造的统一分析框架,使《反不正当竞争法》的解释适用更加规范化、体系化。

关键词 反不正当竞争法 竞争利益 竞争损害 行为主义范式

列举式的《反不正当竞争法》(以下简称“反法”)是否有统一的原理和分析框架?这是我国反法实施近三十年来始终未引起足够重视的理论问题。从立法构造来看,我国反法采用“具体列举+抽象一般条款”的立法结构。其中,列举的7种不正当竞争类型被平行地排列在一起,相互之间缺乏共同的分析框架,而且一般条款与列举式条款之间也无沟通桥梁。^{〔1〕}这种缺乏内在体系安排的局面不仅导致列举式条款的适用缺乏价值指引,而且使抽象的一般条款像断了线的风筝一样孤悬于高空。列举式立法固然有认知成本低廉、解释适用便捷之优势,但若

* 南京大学法学院教授。本文系国家社科基金重点项目“适应商业创新的市场规制体制研究”(项目编号:21AFX020)和中央高校基本科研业务费资助项目(项目编号:010514370123)的阶段性研究成果。感谢李友根、李剑、魏立舟等师友对初稿提出的宝贵意见,感谢博士生尚佳协助翻译整理德文文献。

〔1〕 关于一般条款与具体条款之间的适用关系,司法实务中倾向于采纳“排斥关系说”。根据《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》(法释〔2022〕9号)第1条,“属于违反反不正当竞争法第2章之外情形的”,才可适用第2条予以认定。

遭遇市场经济的新事物和竞争行为复杂多变的领域,列举式立法的滞后与僵化问题便暴露无遗。此时,唯有诉诸一般条款,但因缺乏分析框架的引导,抽象的一般条款始终漂移不定。介于具体和抽象的两端,实践中要么抠字眼适用具体条款,要么凭个人经验援引一般条款,反法的解释适用常常出现从一个极端摆向另一个极端的“钟摆运动”。问题的根源在于,我国反法缺乏一般性的分析框架。

在理论上,因与侵权法的关系密切,反法的解释论要么被成熟的侵权法体系所吸收,致使“权益—损害范式”成为主导性解释思路;要么在侵权法的耀眼光芒下迷失方向,致使经验主义判断大行其道。^{〔2〕}这既源于列举式立法的体系性不足,也受到反法理论发展水平的制约。问题的症结在于:①我国反法究竟“反”什么?其违法性实质究竟在于侵害他人权益,还是竞争行为本身的无价值?这取决于反法的价值目标,目标定位的不同影响分析范式的构建。②反法的解释适用是否有统一的分析框架?这需要追问不正当竞争的本质,以及反法一般条款与具体条款之间的关系。为此,本文将追根溯源,回归竞争的本质来探寻不正当竞争的认定方法,以期搭建反法的统一分析框架,改善反法体系性不足的现状。

一、认定不正当竞争的“权益—损害范式”

当竞争者因争夺交易机会而发生冲突时,反法将以何种标准定分止争?现行法的规定并不清晰,反法第1条的立法目标条款宣称保护经营者、消费者和公平竞争之权益,学界谓之“三叠利益”。这种试图保护所有利益相关者的完美主义目标,在双方或多方利益冲突案件中几乎丧失价值指引功能。扮演一般条款角色的反法第2条也未提供清晰的评价标准。当涉案竞争行为超出反法列举的行为类型时,实践中习惯于通过一方的权益损害来反推对方竞争行为不正当,其解释方法如下:以反法第2条第2款中的“合法权益”概念作为解释基础,通过寻找一方主体的“合法权益”与“权益损害”来证成对方竞争行为不正当,本文简称“权益—损害范式”。在这一逻辑中,反法的价值目标被视为保护竞争者和消费者的合法权益,竞争行为是否正当取决于其是否侵害该种“合法权益”,有学者形象地称之为“没有权益损害,行为即无不当”。^{〔3〕}这几乎是侵权法逻辑的翻版。^{〔4〕}根据所侵害之权益类型,实践中存在四种版本的“权益—损害范式”。

(一)不同版本的“权益—损害范式”反思

第一,权利—损害范式。学界的前期研究发现,法院在适用反法一般条款审理侵害他人竞

〔2〕 过度依赖经验判断容易偏离反法解释适用的正确轨道,常见的问题如结果导向的实用主义思维、诉诸商业惯例、泛道德化评价等,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151页;蒋舸:“竞争行为正当性评价中的商业惯例因素”,《法学评论》2019年第2期,第72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88页。

〔3〕 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145页。

〔4〕 甚至还有观点认为适用反法一般条款应以构成侵权为前提。参见欧阳福生:“适用反不正当竞争法一般条款应以构成‘侵权行为’为前提”,载《人民法院报》2014年9月10日,第7版。

争利益的案件时,其论证思路呈现为如下演变趋势,“即从‘合法权益’到‘具体利益’,再到‘竞争利益’,最后演变成‘竞争权利’和‘公平竞争权’”。〔5〕在法官看来,只要能证成竞争权利或公平竞争权的存在,侵害他人权利之行为的不正当性便已被证成。这可称为“权利—损害范式”。对此,学术批判不绝于耳。〔6〕这一方面是因为权利依据缺失,另一方面在于,将抽象竞争利益上升为法定权利将因权利的高水平保护而抑制市场竞争。〔7〕对于创新度高、公示力强的竞争利益(如特定技术或方法),知识产权法已为其提供了高水平保护,筛选剩下的往往创新度低、公示力差、边界模糊,这种抽象竞争利益的界权成本高昂,交易相对人也难以预测对方的权利边界,无法做出合理预期与商业判断,因而不宜采用权利化的保护模式。〔8〕若法官在事后将这种抽象竞争利益提升至法定权利的保护水平,不仅会限制竞争,而且将架空知识产权法已经划定的产权保护与行为自由的界限,破坏自由准入与开放竞争的市场机制。因此,不构成知识产权法保护客体的抽象竞争利益应交由反法以行为规制的方式提供保护,即通过限制他人的不当行为来保护己方的竞争利益,澄清这种保护模式尤为关键。

第二,利益—损害范式。若权利依据不易获得,理论和实务界便围绕抽象竞争利益构建“利益—损害范式”,其核心思路是通过一方竞争利益受损来反推对方行为不正当,法律适用的重心转向了原告是否有合法利益,以及该合法利益是否遭受损害。代表性观点如:“判断一项竞争行为是否不当时,需要依次考虑原告是否存在值得保护的竞争利益、原被告之间是否存在具体竞争关系、被告的竞争行为是否使原告竞争利益受损三个构成要件。该三点的证立,可初步证明原告竞争利益受损,被告竞争行为具有不正当性。”〔9〕至于所侵害之权益来源,有学者寻遍整个法律体系,甚至还诉诸宪法,认为可在宪法权利的映射下,“引入其他竞争相关的合法权益,以其为标准认定是否存在合法权益受损的事实”。〔10〕法官为寻找受侵害的合法权益来源,甚至认为“正当的商业模式必然产生受法律保护的正当商业利益”。〔11〕这种想当然的推理旨在满足“利益—损害范式”的分析套路,但这偏离重点,反法本应评价争夺交易机会之行为是否正当,而“利益—损害范式”将重点替换为原告是否有合法利益及其是否遭受损害,这不仅为原告维权增设了门槛和无谓的论证负担,而且偏离反法以行为评价为中心的目标定位。

〔5〕 这种演变趋势并非严格依时间顺序展开,而是学者进行逻辑归纳的结果,总体反映出法官在解读“合法权益”时的各种探索路径。参见李友根:“经营者公平竞争权初论——基于判例的整理与研究”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2009年第4期,第61页。

〔6〕 参见谢晓尧:《在制度与经验之间:不正当竞争司法案例类型化研究》,法律出版社2010年版,第154页;王红霞、李国海:“‘竞争权’驳论——兼论竞争法的利益保护观”,《法学评论》2012年第4期,第92页。

〔7〕 德国20世纪早期将反法理解为保护“个人权利”的观点(人格权说、企业权说、经营权说、竞争地位权说等)也均已被抛弃。参见邵建东:《德国反不正当竞争法》,中国人民大学出版社2001年版,第15—22页。

〔8〕 有关权利界定成本的研究,see Stewart E. Sterk, “Property Rules, Liability Rules, and Uncertainty about Property Rights,” *Michigan Law Review*, Vol. 106, No. 7, 2008, p. 1285.

〔9〕 黄武双、谭宇航:“不正当竞争判断标准研究”,《知识产权》2020年第10期,第23页。

〔10〕 吴峻,见前注〔3〕,第147页。

〔11〕 北京市东城区人民法院民事判决书,(2013)东民初字第08310号。

第三,秩序—损害范式。若合法权利与利益均不易证明,实践中还有一种做法是从反法第2条的“竞争秩序”概念入手,借“有序竞争”所蕴含的抽象竞争利益来证成“利益损害”的存在。在个案中,若涉案行为破坏了法官眼中的“竞争秩序”,进而会被视为致使秩序受益者的利益受损,“非公益必要不干扰原则”即其范例。所谓的“不干扰”乃是本案法官眼中的竞争秩序,“秩序受益者”是市场上的在位企业,干扰其商业模式等于破坏竞争秩序,秩序受益者的利益损害由此得以证成。这样一来,借助“竞争秩序”概念的斡旋,利益损害仍可继续担当不正当竞争的核心认定标准。有学者称之为“基于‘有序竞争’,自足创设相关权益,以确定有关行为是否正当”。^[12]在本文看来,这种迂回的利益损害逻辑实则照搬“权益—损害范式”而削足适履,误解了反法真正的价值目标与评价标准。反法第2条的“竞争秩序”概念乃反法的法益保护目标本身,发挥着竞争行为的评价标准作用,解释论上无需借“竞争秩序”来反推竞争者的合法权益。根据法无明文禁止皆自由的市场自治原理,竞争利益应作合法性推定,而非先自证清白后才能起诉他人行为不正当。法院无需主动审查原告是否有合法利益(除非被反证推翻),也不宜将原告的竞争利益作为被告行为正当性的评价标准。

第四,财产权的排他性分析范式。“权益—损害范式”在实践中还存在一种极端的版本,即以财产权的排他逻辑为一方主体(通常是在位者或领先者)的竞争利益提供优先保护,甚至将抽象竞争利益(多表现为商业模式、劳动成果、数据资源、竞争优势等)提升至绝对权的保护水平。若后来者的行为客观上损害了在位者的竞争利益,以财产权的逻辑进行推理,其结果必然是认定后来者的行为不法,潜在竞争对手试图从前人的市场份额中分一杯羹的尝试几无可能,反法由此沦为在位者“守江山”的工具。^[13]例如,不管是“非公益必要不干扰原则”中的“不干扰原则”,^[14]还是“三重授权原则”中的“平台授权原则(未经平台同意不得抓取数据)”,^[15]实际上都是以财产权的排他逻辑来处理竞争者之间的利益冲突。如果说这些还只是沿袭财产权逻辑的话,被誉为“首例大数据产品不正当竞争案”则是通过法官造法直接创制财产权,以财产权的排他性否定竞争对手的商业抄袭行为。^[16]这些案件产生了错误的示范,网络产品和服

[12] 参见吴峻,见前注[3],第143页。

[13] 在实践中,“在位者/领先者”(往往也是大企业)起诉他人构成不正当竞争的胜诉率极高。

[14] 提出“非公益必要不干扰原则”的判决参见北京市高级人民法院民事判决书,(2013)高民终字第2352号。最高人民法院对该原则的引用参见最高人民法院裁定书,(2014)民申字第873号。该原则提出者的后续解读,参见石必胜:“互联网竞争的非公益必要不干扰原则”,《电子知识产权》2014年第4期,第31页。

[15] 在数据抓取案件中提出“第三方通过 OpenAPI 获取用户信息时应坚持‘用户授权’+‘平台授权’+‘用户授权’的三重授权原则”的判决,参见北京知识产权法院民事判决书,(2016)京73民终588号。

[16] 本案原告的诉请与法院的判决均以财产权之名进行说理。例如,原告起诉认为,“其对数据产品中的原始数据与衍生数据享有财产权,被诉行为恶意破坏其商业模式,构成不正当竞争”;法院终审判决认为,“网络运营者对于其开发的数据产品享有独立的财产性权益”。最高人民法院也认为本案的典型意义在于,“确认平台运营者……对其研发的大数据产品享有独立的财产性权益”。参见《最高人民法院发布依法平等保护民营企业家人身财产安全十大典型案例》,2019年5月16日发布。

务除非构成知识产权的保护客体,否则并无绝对权的排他效力。^{〔17〕}反法并非财产法,在适用反法时将抽象竞争利益提升至绝对权的保护水平,实属谬误。绝对权的排他性要求他人均负担不作为义务,这限制了后来者参与竞争的机会,相当于赋予在位企业免于竞争的特权,这种逻辑已偏离竞争法鼓励竞争之初衷,其逻辑链条如图 1 所示。



图 1 “权益—损害范式”的逻辑链条

(二)“权益—损害范式”为何大行其道？

既然不同版本的“权益—损害范式”均存在误读,为何它们在实践中仍大行其道?这可能有主、客观两方面原因。客观上,我国反法的立法文本未能提供明确的分析框架,一旦遇到列举式条款未规定的情形时,实践中只能诉诸抽象的一般条款。由于缺乏分析框架的指引,法官在援引一般条款时,主观认知往往发挥决定性作用,法官们的个人见解随之登场,面对众说纷纭的学术“市场”,“权益—损害范式”之所以能脱颖而出,离不开以下两个主观因素的影响:

第一,对侵权法分析范式的路径依赖。大陆法系的反法衍生于侵权法,古老的侵权法拥有相对成熟的分析框架,尤其是对法定权利的高水平保护形成了如下规则:“侵害他人权利时,即推定侵害行为的不法性。”^{〔18〕}由于反法与侵权法之间的亲缘关系塑造了认知上的路径依赖,使人容易将侵权法的上述推定规则扩张适用于反法领域,形成所谓的“权益—损害范式”。但问题是,借助一方的损害反推对方行为的不法性,仅适用于保护水平极高的法定权利,而抽象竞争利益显然无法与法定权利等同视之。这种扩大化适用是路径依赖的结果。

第二,认知成本上的比较优势。上述路径依赖之所以能在各种不同见解中脱颖而出,源于“权益—损害范式”的认知成本优势。相较于反法一般条款的模糊性,“权益—损害范式”以一方损害后果反推对方行为不正当,这种由 A 直接推出 B 的逻辑结构清晰易懂。而且,行为定性因蕴涵价值评价而相对复杂,但结果导向的损害认定则相对容易的多,以更好认定的 A 来取代相对复杂的 B,无疑是一种认知捷径。这种认知捷径凭借其低成本优势,很容易在各种似是而非的见解中脱颖而出。再加上诸如“额头流汗”“财产权激励”等学术史上有关劳动成果保护的宏大理念的助力,“权益—损害范式”在实践中大行其道并不意外。

〔17〕 例如,作为商业惯例的 OpenAPI 开发模式之所以流行,恰恰源于数据共同开发的共赢格局。若无财产权的限制,竞争者可基于多种正当事由抓取数据,美国最近发生的 HiQ 诉 LinkedIn 案即其范例。美国联邦第九巡回上诉法院在本案中认为,HiQ 未经 LinkedIn 同意抓取其社交网站上的用户公开数据并不违法,而且明确禁止 LinkedIn 设置技术屏障阻止 HiQ 抓取数据。See *hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corporation*, No. 17-16783, D. C. No. 3:17-cv-03301-EMC (9th Cir. April 18, 2022).

〔18〕 王泽鉴:《侵权行为法》,北京大学出版社 2009 年版,第 218 页。

(三)问题的源头在于误解了反法的价值目标

上述误解的源头在于反法的价值目标,若要彻底矫正反法的分析范式,必须澄清反法的价值目标,即反法究竟“反”什么?“权益—损害范式”将反法视为一部权益保护法的理解存在偏差。反法的价值目标深嵌于一个国家的整体法律结构中。若将反法视为权益保护法,则我国并无必要制定一部独立的反法,“大侵权法”足以将竞争利益纳入保护范围,至于消费者利益,我国有专属的《消费者权益保护法》。在此情况下,反法的独立存在另有价值。作为比较,《德国反不正当竞争法》(以下简称“德国反法”)之所以能在体系上保持相对独立,与德国的“小侵权法”格局密切相关。《德国民法典》第823、826条的侵权责任一般条款区别对待权利和利益,而利益的受保护范围窄、程度弱,致使抽象竞争利益(如营业利益)常常暴露于侵权法的保护范围之外。^[19] 基于这样的体系架构,德国反法在20世纪的历史演化过程中逐渐以侵权法“补丁”的角色嵌入既有法律体系,因而保护竞争利益成为其主要任务。^[20] 法国则完全不同,《法国民法典》第1382、1383条的过错侵权责任对权利和利益提供一体保护,由此发展出民法上的不正当竞争之诉,竞争利益可据此获得必要的保护,法国因此无需制定独立的反法。荷兰和意大利均效仿法国。^[21]

我国侵权法的体系背景类似于法国,《民法典》第1165条(原《侵权责任法》第6条)的过错责任一般条款为权利和利益提供宽泛的保护,因而无需重叠设置一部以保护竞争利益为目的的反法。立足“大侵权法”的既定格局,若以保护竞争利益来理解我国反法,则反法的存在意义将只能是侵权法在竞争领域的实施细则,但实际情况并非如此。我国反法不管是立法目标还是公私并行的实施机制,都显示出浓厚的公法色彩,其立法目标是保护优胜劣汰的竞争机制,而非个体的竞争利益。若将我国反法视为一部竞争利益保护法,注定漏洞百出。例如《民法典》对法定权利的高水平保护尚且依靠私人实施,而本应弱保护的抽象竞争利益反而采用更优越的公私并行的双重实施机制,这种超常规的制度安排表明我国反法不只是为了保护竞争利益。准确的解释是,我国反法的目标是保护优胜劣汰的竞争机制,即“保护作为制度的竞争”。^[22] 竞争是维系市场经济运行不可或缺的公共产品,保护这种公共产品的反法在性质上是一部公私融合之法。公法属性表现在价值目标和保护对象的公共性,且依赖行政实施;私法属性体现在通过保护竞争来间接保护竞争者和消费者利益,并依赖私人实施。即

[19] 为此,德国曾通过判例发展出“营业权”和“框架权”,试图将营业利益上升为“权利”加以保护,但引发巨大争议。参见于飞:“论德国侵权法中的‘框架权’”,《比较法研究》2012年第2期,第71页。

[20] 参见德国反法第1条:“本法旨在保护竞争参与者、消费者以及其他市场参与者免受不正当交易行为的损害。本法同时保护公众在未被扭曲的竞争中所享有的利益。”中译本参见范剑虹、张琪:“德国《反不正当竞争法》(2016修订版)”,《澳门法学》2017年第1期,第69页。

[21] 参见(德)弗诺克·亨宁·博德维希主编:《全球反不正当竞争法指引》,黄武双等译,法律出版社2015年版,第4、257页。

[22] “保护作为制度的竞争”(Schutz des Wettbewerbs als Institution)是德国学界的常用概念,也被视为德国反法的多元法益保护目标之一。Vgl. Olaf Sosnitzer, in: Kommentar zum UWG, 7. Aufl. 2016, § 1 Rn. 31.

便是作为“特别侵权法”的德国反法,20世纪后期也呈现出社会化的趋势,日益重视对竞争的保护。^[23]至于消费者利益,我国有专属的《消费者权益保护法》,反法所保护的主要是消费者的决策自由不被扭曲,如此才能避免法律适用上的冲突。^[24]

综上,在宏观法体系的约束下,我国反法以保护优胜劣汰的竞争不被扭曲为己任,而且是以限定他人行为的方式保护竞争,竞争者、消费者的私人利益是保护竞争的反射效果,反法上的“三叠利益”因此保持着一种“差序格局”,即通过保护竞争机制间接保护私主体的个人利益。这里的“竞争机制”可理解为某种秩序,解释依据来自反法第2条第2款的“竞争秩序”概念。但考虑到每个商业场景下的竞争样态都是独特的,难有统一的秩序可言,抽象的秩序概念又时常被滥用,以此为借口的过度管制时有发生,因而本文避开秩序概念,代之以“优胜劣汰的竞争机制”。^[25]只要承认我国反法的目标是保护竞争,而非竞争者,则反法的分析范式自然也不应沿用“权益—损害范式”,行为评价才是关键。

二、回归竞争的本质重识不正当竞争

宏观法体系的约束决定了我国反法的独立存在价值在于保护优胜劣汰的竞争机制,这样的价值目标决定了我国反法是一部具有公法色彩的竞争行为规制法。在正本清源之后,接下来的问题是如何准确评价竞争行为?在逻辑上,理解竞争的本质是识别不正当竞争的前提,矫正我国反法的分析范式也应追根溯源、从竞争的本质谈起。学界从市场竞争的静态与动态视角、市场结构与行为视角对竞争的样态提供了多角度的解读。^[26]不过,对于本体论意义上的竞争概念,理论界的见解基本一致,^[27]即将竞争之本质理解为争夺交易机会。在立法上,多

[23] 在德国,“对反法的社会法理解”(Sozialrechtliches Verständnis des UWG)兴起于二战后,随着消费者利益和公共利益逐步被纳入德国反法的保护范围,“三叠利益”保护目标成为共识,反法也从纯粹的私益保护法转变为一部社会化的竞争法。Vgl. Olaf Sosnitza, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 9.

[24] “新浪微博诉脉脉案”便是前车之鉴。本案原、被告双方均违反对消费者个人信息的安全保障义务,但原告却以被告侵害消费者权益作为理由之一,起诉对方不正当竞争。二审判决也以“损害了非脉脉用户的知情权和选择权”为由,判定被诉行为构成不正当竞争。但为何获得赔偿的不是受害者(消费者),而是竞争者?更滑稽的是,原告也侵害了消费者权益,却又以竞争对手侵害消费者为由提起不正当竞争之诉,最终还能获得赔偿。这完全是对反法的误读。参见北京知识产权法院民事判决书,(2016)京73民终588号。

[25] 此外,反法的解释适用之所以逐步放弃竞争关系要件,根源也在于本法以保护竞争机制为目标,而破坏竞争机制不限于有竞争关系者所为。参见《最高人民法院对十三届全国人大三次会议第3386号建议的答复》(2020年8月24日公布),该答复指出:“司法实践已经普遍认为,不应当将存在竞争关系作为认定构成不正当竞争的必要条件。”

[26] 相关学说梳理,see Maurice E. Stucke, “Reconsidering Competition,” *Mississippi Law Journal*, Vol. 81, No. 2, 2011, pp. 111-118.

[27] 有争议者主要是反垄断法关注的市场结构层面的竞争概念,即何种程度的竞争是法律所期待的,这本质上是一项经济学标准。See Herbert Hovenkamp, “Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique,” *Columbia Business Law Review*, Vol. 2001, No. 2, 2001, pp. 258-266.

数国家和地区的成文法均未明确界定竞争概念。^[28] 罕见的例外是,我国台湾地区的“公平交易法”第4条明确规定:“本法所称竞争,谓二以上事业在市场上以较有利之价格、数量、品质、服务或其他条件,争取交易机会之行为。”从这一法定概念中可提炼出两方面的重要信息:①竞争的本质是“争夺交易机会”;②法律特别鼓励的竞争方式主要表现为“以较有利之价格、数量、品质、服务或其他条件”来争夺交易机会,这实际上是提倡以产品或服务自身的美德来争夺交易机会,本文简称“基于商品美德的竞争”。^[29] 从竞争的本质出发,通过分析交易机会的争夺过程,可推演出有关竞争利益、竞争损害、竞争行为的三条重要推论。这对于提炼不正当竞争的判断标准具有决定性意义。

推论 1:有竞争就有损害,争夺交易机会意义上的损害具有相互性。

既然竞争的本质是争夺交易机会,那么,竞争者之间因交易机会的此消彼长所导致的损害通常难以避免,这是由竞争的本质所决定的。在争夺交易机会过程中,一方的交易机会始终会受到对方竞争策略的影响,此为“争夺”之本意,因而难免会出现一方因交易机会减少而遭受损失。常见的情况是,一方之所得正是他方之所失,这是竞争的常态。尤其是同业竞争者之间的交易机会争夺,哪有不生损害之理,比较广告便是其例。因此,没有无损害的竞争,竞争与损害相伴而生。市场经济鼓励竞争就是鼓励交易机会的争夺及其所导致的优胜劣汰,被淘汰者所遭受的损害乃市场经济所容忍的损害。由此可得出“推论 1”的前段:“有竞争就有损害。”这里的“损害”指事实上的损害,并非反法意义上的损害。

面对竞争对手之间交易机会的此消彼长现象,反法选择保护任何一方的交易机会都意味着排斥另一方所期待的同质性交易机会。尤其是在同一相关市场,若特定时期总的交易机会保持稳定,任何一方捕获更多的交易机会总是意味着另一方机会的减少。这种类似零和博弈的局面生动反映出损害的相互性。即便在交易机会总量增加的情况下,也仅意味着统计学意义上的平均交易机会增加,对于特定竞争对手而言,一方捕获更多的交易机会总是意味着对方机会的相应减少。因此,以交易机会丧失为内容的竞争损害不同于绝对权的损害,后者是加害者与受害者之间的单向致害关系,双方角色分明;而前者属于相互性的双向联系,任何一方获得更多交易机会均意味着另一方机会的减少,正如物理世界中力的相互性原理那样,“争夺交易机会意义上的损害具有相互性”,此为“推论 1”的后段。

推论 2:竞争利益具有相对性,其与财产权的绝对性/排他性不兼容。

既然竞争的本质是争夺交易机会,那么,竞争者依据反法所主张的竞争利益也表现为期待获取更多交易机会的一种期待利益,这种抽象利益源于竞争并由竞争者共享。只要属于竞争性领域,任何竞争者都有期待获取更多交易机会的利益诉求,这种利益诉求无法脱离竞争机制和竞争者而独立存在。理论上不存在没有竞争或没有竞争者的竞争利益,任何一方竞争者主

[28] 美国、德国、法国、加拿大、澳大利亚、西班牙、奥地利、瑞士等国和欧盟的成文法均未明确界定竞争概念,仅我国台湾地区“公平交易法”第4条和亚美尼亚《保护经济竞争法》第4条规定了竞争概念。

[29] 这里所称的“基于商品美德的竞争”不同于反法第2条中的“商业道德”,前者是指凭借产品或服务自身的优质、优价、优等服务等美德来竞争;后者的含义更广,泛指竞争行为所应遵循的商业伦理和行为规范。

张的竞争利益都是相对于竞争对手而言的。若无现实或潜在竞争对手,一切交易机会都由单方独享,自然也谈不上交易机会的争夺,因而也不存在所谓的“竞争”和“竞争利益”。因此,反法所保护的竞争利益源于竞争,依托于竞争者而存在,是竞争对手在争夺交易机会过程中的同质性利益诉求,它属于相对性的概念,本文称之为“竞争利益的相对性”。在逻辑上,竞争利益和竞争损害乃一个硬币的两面,二者均以交易机会为实体内容,性质上都属于价值中立的概念,本身并无合法或非法之意涵,“竞争损害的相互性”一定程度上也是“竞争利益的相对性”之镜像。

正如债权的相对性与物权的绝对性/排他性不兼容一样,竞争利益的相对性与财产权的绝对性/排他性也互不兼容。排他性意味着其他人均负担一项不作为义务,这与竞争的本意截然对立。竞争意味着多元参与,竞争的本质是争夺交易机会,竞争利益无法脱离竞争和竞争者而存在,法律若为一方的竞争利益提供绝对保护,将意味着否定竞争本身,进而也否定了市场经济体制。这是源于市场经济原理的一项基本常识。市场经济以竞争为灵魂,除个别自然垄断行业的交易机会被公用企业垄断外,任何市场主体原则上均不享有免于竞争的特权,^[30]因而也不可能对交易机会拥有排他性的绝对权(除非有法律授权)。由此得出“推论 2:竞争利益具有相对性,其与财产权的绝对性/排他性不兼容”。

推论 3:竞争是否正当的关键不在损害,而在争夺交易机会之行为。

既然竞争的本质是争夺交易机会,那么,不管是正当竞争还是不正当竞争都会引发交易机会的此消彼长,进而也必然会出现因交易机会减少所导致的竞争利益损害。一旦损害成为正当与不正当竞争都会引发的必然结果时,损害已成为一个价值中立的概念,这样的概念显然已不适合作为辨别竞争行为是否正当的核心标准。从经验上来看,透过一方的权益损害有时固然可反推对方行为不正当,但这仅限于两种情形:一是法定权利受侵害时可推定对方行为不正当,这源于大陆法系侵权法对法定权利的高水平保护,但此时并无反法介入之必要,侵权法已为法定权利提供了完整的保护;二是法益保护范围相对清晰的诋毁商誉、侵犯商业秘密等案件也有上述经验推理的适用可能,这是“权益—损害范式”与“行为主义范式”巧合的结果。但对于大多数损害抽象竞争利益的案件,这种巧合并不存在或并不可靠,竞争利益的相对性决定了只有以不正当的方式侵害竞争利益才会产生不法性。若只是抽象的“营业”受损,绝不可直接推定竞争对手的行为不正当,“营业”受损可能是不正当竞争的后果,也可能是优胜劣汰的积极效果。问题的根源在于竞争利益的相对性与竞争损害的相互性原理,正是由于损害概念在竞争过程中的特殊性,决定了它难以承担不正当竞争评价标准之重任。因此,竞争是否正当的关键不在损害,这反映出“权益—损害范式”的内在缺陷。

更为典型的情况是,随着自然科学对人类认知偏差的揭示,经营者频繁利用公众的认知偏差来争夺交易机会。^[31]在这种竞争策略中,交易机会的争夺完全借助消费者的自主决策过

[30] 对这一竞争性规则的阐释和应用, see *Illinois Transportation Trade Association v. City of Chicago*, 839 F.3d 594, 598 (7th Cir. 2016).

[31] 参见应飞虎:“行为市场失灵及其法律应对”,《中国法学》2022年第6期,第74—75页。

程来完成,损害变得越来越隐蔽,甚至完全被消费者的自主决策过程所吸收,此时,以一方损害反推对方行为不正当的逻辑将变得极不确定。评价这种竞争模式必须回到竞争策略和行为本身,并结合认知科学的原理来辨别竞争行为的正当性。因此,以损害反推行为不正当的逆向推理只是一种例外,并未抓住不正当竞争的本质,这种认知捷径的适用空间有限。

作为矫正,解释论上须转移观察视角,超越损害概念寻找识别度更高的评价标准。于此情形下,争夺交易机会之“行为样态”便成不二选择。因为正当与不正当竞争的内在机理系于竞争行为本身,根本上源于竞争者与竞争者、竞争者与消费者之间的行为互动方式。竞争作为市场经济之灵魂,其目标在于通过竞争实现优胜劣汰的资源配置效果,特定市场领域的竞争是否偏离这一目标,根本评价标准不在于个体竞争者或消费者的利益是否受损,而在于争夺交易机会之“行为样态”是否符合优胜劣汰的竞争机理。为本源清源起见,逻辑上必须强调,权益损害乃行为不正当之结果,^[32]并非行为不正当之原因,损害后果在利益权衡环节可间接影响行为评价,但并非行为评价之依据。由此,反法解释论的重心应从权益损害转向竞争行为评价,以行为中心主义范式来认定不正当竞争。此即“推论3:竞争是否正当的关键不在损害,而在争夺交易机会之行为”。

三、确立行为中心主义的分析范式

(一)既有研究及其遗留问题

既有研究已开始意识到“权益—损害范式”之缺陷,^[33]实践中也偶有反本清源的裁判逻辑。^[34]尤其值得关注的是,有学者通过反思竞争利益与竞争损害的特殊性,提出“法益中性与损害中性”观念,认为“对于是否构成不正当竞争,仅以是否损害他人正常经营活动进行判断是不够的”,不正当竞争的认定应从“权益保护主义”转向“行为正当主义”。^[35]这一主张切中要害,乃中国反法亟待突破的理论瓶颈。还有学者从法律演化的视角重新认识反法,认为不正当竞争的认定范式应“从保护竞争者转向保护竞争”。^[36]这些观点均强调以保护竞争为目标,超越法益侵害观念来认定不正当竞争,这为范式转型指明了方向。

但范式转型是一个系统性工程,既有研究虽已指出范式转型的正确方向,但新范式下的方

[32] 后文将引入“事实上的损害”与“反法上的损害”两个新概念,这并非为“权益—损害范式”辩护,而是通过概念区分树立正确的损害观念,在此基础上以“反法上的损害”作为归责事由来解决责任承担问题。

[33] 如有学者指出:“目前对不正当竞争行为的认定主要采用的是一种权利侵害式的侵权法思维或抽象的道德判断,体现出公权力‘家长式’的干预倾向,极大地损害了竞争。”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45页。

[34] 如大众点评案判决书所言:“在自由、开放的市场经济秩序中,经营资源和商业机会具有稀缺性,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,经营者必须将损害作为一种竞争结果予以适当的容忍。”参见上海知识产权法院民事判决书,(2016)沪73民终242号。

[35] 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59页。

[36] 张占江:“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’”,《中外法学》2019年第1期,第206页;张占江:“反不正当竞争法属性的新定位”,《中外法学》2020年第1期,第193页。

法论重建才刚刚起步,尤其是以下遗留问题阻碍了范式转型的步伐:①提倡“行为正当主义”范式的研究,所提供的实现路径和认定标准仍止步于三叠利益的综合平衡,而利益平衡是一个很难打开的“黑箱”,因过于抽象且规范性不足而难以担当反法的分析框架。而且,依赖利益平衡来识别不正当竞争,似乎并未超越“权益保护主义”范式,其转型难谓彻底。竞争利益和利益平衡在行为中心主义范式下究竟扮演何种角色?如何纳入分析框架?均属待决议题。②“损害”概念在行为中心主义范式下应扮演何种角色?现有研究仍将损害视为行为不正当之要件,这是“权益—损害范式”之表现。损害概念在反法上固然重要,但它究竟是行为评价之标准,还是行为定性后的责任承担要件?这事关不正当竞争之本质,影响反法解释论的走向。唯有正确理解损害与不正当竞争的关系,才能彻底矫正以权益损害为中心的分析范式。③上述问题表明学界对反法的价值目标、体系定位、分析范式和认定标准缺乏系统性反思,于是便不难理解为何近期又出现了向“权益保护范式”回流的主张。^[37]

(二)行为中心主义范式的确立

行为中心主义范式不仅源于竞争的本质,而且与我国反法的价值目标和立法文本一脉相承:①竞争的本质及其推论表明,以一方的损害反推对方行为不正当的做法在竞争性领域疑点重重,因为任何竞争者都有主张交易机会和竞争利益的可能,此时反法应保护谁的竞争利益?交易机会的争夺始终伴随着损害,法律保护任何一方的竞争利益都意味着相对方的交易机会损失,此时反法应救济哪一方?这种利益纠缠导致“权益—损害范式”捉襟见肘,最后只能求诸“三叠利益平衡”,或者如“非公益必要不干扰原则”那样,以先来后到的思路优先保护在位者的竞争优势。但这误解了竞争的本质,背离了反法鼓励竞争之初衷。既然“竞争是否正当的关键不在损害,而在争夺交易机会之行为”(推论3),那么,反法的解释论自然也应采用行为中心主义的分析范式。②我国宏观法体系的约束决定了反法应以保护竞争不被扭曲为己任,竞争者、消费者的私人利益则是保护竞争的反射效果。既然反法的目标是保护竞争,而非竞争者,则其分析范式自然也应围绕竞争展开。③在立法文本上,反法的列举式条款均以“经营者不得实施……行为”这样的句式展开,表明反法的任务是识别并规制行为,行为规制的立场清晰可见。^[38]行为规制的目的在于保护优胜劣汰的竞争,而且是以限定他人行为的方式保护竞争。相较于竞争利益,可准确反映市场竞争状况的是动态的竞争行为和静态的市场结构。反法关注前者,致力于通过行为规制来保护竞争。

在评价标准上,竞争行为是否正当自有行为法上的机理,优胜劣汰的竞争机制是其内在基

[37] 如有学者认为,“单纯的权利法思维或行为法思维都存在一定缺憾,故更优的方案是:在‘行为正当主义’的观念指引下,吸纳‘权益保护主义’的思维,最后通过利益衡量方法进行综合判断”。参见龙俊:“反不正当竞争法‘权利’与‘利益’双重客体保护新论”,《中外法学》2022年第1期,第75页。

[38] 从德国和美国的法条中也可看出行为规制的立场,德国2015年将其反法一般条款(第3条第1款)修改为“不正当的商业行为是非法的”(Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig),英译版表述为“unfair commercial practices shall be illegal”。《美国联邦贸易委员会法》第5条授权FTC规制的对象是“不正当的竞争方法”(unfair methods of competition)。See Federal Trade Commission Act § 5, 15 U. S. C. § 45 (2012).

准,这源于经济学的资源配置理论。竞争作为市场经济之灵魂,其本质在于通过自由竞争实现优胜劣汰的资源配置效果,竞争行为是否与优胜劣汰的竞争机制相吻合,决定着该竞争行为的正当性。对此,“效能竞争理论”做出了初步贡献。该理论从竞争者的行为样态出发,根据优胜劣汰的竞争机制,将竞争区分为效能与非效能竞争。前者表现为竞争者以商品或服务自身的美德争夺交易机会,如优质、优价、优等服务等;后者表现为竞争者恶意阻碍竞争对手使之无法公平展示商品美德,或以骚扰、误导等方式扭曲消费者决策,借此获得本不该有的交易机会。^[39]这展示了竞争的正反面典型:一是基于商品美德的竞争,若竞争者凭借其商品美德争夺交易机会,其结果必然是将市场引向优胜劣汰;二是消极阻碍型竞争,若通过阻碍竞争对手或扭曲消费决策获得交易机会,这将把市场引向逆向淘汰。“效能竞争理论”根据优胜劣汰的竞争标准,为竞争行为评价提供了正反两面的参照系。但问题是,介于效能与非效能竞争之间的状态也不在少数,中间状态很难做一刀切的评价,这是效能竞争理论的局限所在。^[40]

因此,遗留问题是,如何评价介于效能与非效能竞争之间的中间状态?根据优胜劣汰的竞争原理,本文引入“动态竞争分析”,在市场竞争的三方主体互动框架内(以“竞争者a、竞争者n、消费者n”指代三方主体,见图2),以理性经济人的成本—收益逻辑作为分析工具,通过观察和模拟三方主体的动态博弈过程,从竞争者之间的横向互动关系、竞争者与消费者之间的纵向联动关系中判断涉案竞争行为进入市场后将整体市场竞争引向何方。经过动态竞争分析,若引入涉案竞争行为可能将市场竞争引向逆向淘汰,则可判定属于不正当竞争;反之则否。操作步骤如下:第一步,确定涉案竞争行为的基本样态;第二步,将涉案竞争行为放入三方主体的互动框架内,通过横向和纵向关系的动态竞争分析,判断市场竞争的可能走向;第三步,根据市场竞争的整体走向评价涉案竞争行为的正当性,若涉案竞争行为将把市场引向逆向淘汰,则构成不正当竞争。

(三)竞争利益的定位:降格为价值判断中的分析工具

转向行为主义分析范式后,竞争利益概念在反法上的地位随之降低,但仍有重要意义。尤其是当遇到行为评价标准模糊、动态竞争分析出现两种不同的可能性时,行为承载的竞争利益将成为测度行为正当性的价值尺度和分析工具。利益权衡可在此时被纳入分析框架,通过对涉案竞争行为所代表的利益进行权衡,间接判断竞争行为的正当性。之所以称之为权衡,根本原因在于竞争利益的相对性与损害的相互性。面对具有相互性的竞争损害,法律评价的关键不在于谁侵害了谁,而在于谁的竞争利益更值得保护,此时便显示出利益权衡的重要性。在性质上,利益权衡是认定不正当竞争的辅助分析工具,并非独立的构成要件。在方法上,利益权衡不是单方评价,而是双方或多方权衡,并非如“权益—损害范式”那样对原告是否有合法利益及其是否遭受损害进行单方评价,而是基于竞争利益的相对性原理,将各方竞争利益置于公平

[39] 参见邵建东,见前注[7],第49—50页。

[40] 效能竞争理论在德国曾被视为一般条款具体化的恰当标准,备受理论与实务界推崇。近年来该理论的局限性也越来越受到关注,如效能竞争的概念与标准模糊、难以评价竞争的各种中间状态等。Vgl. Helmut Köhler, in: Kommentar zum UWG, Bd. 13a, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 44.

竞争的天平上,通过个案权衡来判断谁的利益更值得保护。以网络干扰为例,法律评价标准并非 A 与 B 到底谁干扰/损害了谁,而是 A 与 B 的商业模式谁更值得保护,若不同的保护方案意味着不同的市场效果,则应支持可导向优胜劣汰效果的方案,最终还是回到不受扭曲的竞争标准。需要强调的是,这种结果导向的利益平衡只是评价竞争行为是否正当的辅助分析工具,仅在行为标准失灵的疑难案件中应用。

(四) 损害概念的重构:厘清损害的性质与体系归属

无论是“权益—损害范式”,还是最高人民法院提炼的适用反法一般条款的三个要件,均将“损害”摆在核心位置,^[41]有学者还将这三个要件排列出了如下“层级关系”:仅在合法权益受损害后才有判断行为是否“违反诚实信用原则和公认的商业道德”之余地。^[42]这还被誉反法的“思维导图”。^[43]有些判决绞尽脑汁地寻找原告合法权益的来源也是为后续认定损害做铺垫,^[44]足见“损害”概念之地位。但推论 1 表明,有竞争就有损害,损害与竞争相伴而生,其已不适宜作为辨别竞争是否正当的核心标准。况且,有些行为直接侵害的只是竞争环境或竞争机制,比如利用人类赌博心理进行商业诱导的超高额有奖销售,可能未必导致特定竞争者或消费者的损害。因此,解释论上需要重构损害概念。

第一,准确适用反法首先应区分“事实上的损害”与“反法上的损害”。竞争的本质表明,无论正当与不正当竞争都会出现因交易机会减少而导致的损害,此为“事实上的损害”,它保持价值中立,无合法与非法之分。这意味着,并非任何事实上的损害都具有反法上的意义,反法的任务在于辨别哪些是优胜劣汰的良性竞争所容忍甚至鼓励的损害,哪些是不正当竞争和逆向淘汰所导致的本应避免的损害,后者才是“反法上的损害”,德国反法第 1 条称之为不正当竞争或扭曲竞争所生之损害。这样的区分才能树立正确的损害观念,强调只有以不正当手段扭曲竞争所生之损害才受到反法规制。^[45]诚如效能竞争理论所言:“即使经营者在从事效能竞争时旨在损害其竞争对手的利益,甚至意在消灭竞争对手,这种竞争行为也并非违法。”^[46]这对

[41] 最高人民法院认为适用反法第 2 条认定不正当竞争应同时具备以下条件:“一是法律对该种竞争行为未作出特别规定;二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害;三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性。”参见《最高人民法院办公厅关于印发〈最高人民法院知识产权案件年度报告(2010)〉的通知》(法办〔2011〕81 号)。

[42] 参见吴峻,见前注〔3〕,第 140 页。

[43] 龙俊,见前注〔37〕,第 75 页。

[44] 例如,扣扣保鏢案一审判决为论证原告商业模式的合法性,将广告解释成用户享受免费服务必须支付的对价,而被诉行为剥夺了原告收取对价的能力,于是声称找到了原告的“合法权益”,并以此为基础证明被告构成不正当竞争。参见广东省高级人民法院民事判决书,(2011)粤高法民三初字第 1 号。

[45] 德国反法还引入损害的程度之维,将轻微损害排除在外。例如 2004 年修订的反法一般条款规定,“对竞争造成并非轻微破坏的”才成立违法性。2008 年又修改为“显著地侵害竞争者、消费者或其他市场参与者的利益”,并将第 3 条第 2 项修改为“显著地损害消费者依据信息作出决定的能力”。2015 年修法时又将一般条款中的显著损害分解到具体条款中,如第 4 条第 2 项要求商业诋毁行为“足以损害经营者的信用”。Vgl. Karl-Heinz Fezer, in: Lauterkeitsrecht; Kommentar zum UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 144-192.

[46] 参见邵建东,见前注〔7〕,第 50 页。

于矫正以损害为中心的分析范式意义重大。

第二,“反法上的损害”是行为不正当之后果,不宜被视为行为不正当之判断依据,损害在反法上重在解决行为违法后的责任承担议题。在逻辑上,行为不正当是因,“反法上的损害”是果,实难苟同“没有权益损害,行为即无不当”的观点。逻辑上应以行为性质来识别损害类型,而非相反。其中,竞争者以商品美德争夺交易机会所生之损害为“事实上的损害”,通过扭曲消费决策或阻碍竞争对手使之丧失交易机会所生之损害为“反法上的损害”。个别侵害财产性法益的竞争行为可透过损害后果反推行为性质,因为行为后果有时比行为样态展现的更为直观,当竞争已导致逆向淘汰的结果时更是如此。但这种经验主义的逆向推理只是将损害作为行为评价的旁证,不改变行为与损害之间的逻辑关系。由于损害的相互性,只有以不正当手段侵害竞争利益所生之损害才是“反法上的损害”。无疑,行为性质决定了损害的性质,损害并非行为不正当之判断标准,其与行为评价分属两个不同的评价系统。

四、重塑反法的一般分析框架

在澄清反法的价值目标、确立行为中心主义的分析范式、矫正竞争利益和竞争损害的体系定位之后,一个完整、统一的分析框架已呼之欲出。唯一的遗留问题是,如何理解反法一般条款(第2条)与具体条款(第6—12条)之间的关系?

(一)反法一般条款与具体条款的体系接轨

关于反法一般条款与具体条款之间的关系,实务中存在分歧,一种观点认为具体条款无规定者方可援引一般条款,反之,则否,以下简称“排斥关系说”。该观点可见于最高人民法院的司法解释和典型案例。^[47]另一种观点认为,具体条款有规定者还可辅助适用一般条款,以下简称“辅助关系说”。持此观点的判决也相当普遍,^[48]但法院的实际做法多为堆叠裁判依据,认为涉案行为同时违反了具体条款和第2条的诚实信用原则,对于辅助关系之内容却避而不谈。

第一,排斥关系说反思。从文义解释来看,我国反法第2章列举的7个具体条款均表述为:“经营者不得实施……行为”,这属于法律规范构成要素之“行为模式”部分,这7个条款的性质均非完全法条,解释适用时须借助其它条款进行体系补充。而且,7个具体条款对“行为模式”的描述也不够完整,如行为人的主观状态、所侵害之法益、损害后果等要素在不少具体条款中并不完整。以主观要件为例,除了反法第6条商业混淆条款中的“擅自”、第9条商业秘密条款中的“欺诈”、第12条网络阻碍条款中的“恶意”蕴含过错要素外,其它条款的态度则十分模糊。然而,未提及过错并不意味着解释论上可放弃主观要件,法定权利的高水平保护尚且以

[47] 参见《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》(法释〔2022〕9号)第1条。典型案例来自《最高人民法院办公厅关于印发〈最高人民法院知识产权案件年度报告(2010)〉的通知》(法办〔2011〕81号),该报告指出,“凡是法律已经通过特别规定作出穷尽性保护的行为方式,不宜再适用反不正当竞争法的一般规定予以管制”。

[48] 有学者研究了最高人民法院发布的38件适用反法第2条的案例,其中16件都属于辅助具体条款的适用。参见吴峻,见前注〔3〕,第136页。

过错为要件,抽象竞争利益的弱保护更需要以主观要件来拓展行为自由的空间。再如损害要件,7个具体条款只有第11条的诋毁商誉条款提及损害,其它条款要么不涉及损害(第6、7、9条),要么只能从“欺骗或误导(第8条)、破坏(第12条)”等概念中勉强解释出抽象损害。而损害是归责评价之关键,具体条款未提及损害并不意味着解释论上可不考虑损害,问题的根源在于错误地把具体条款视为完全法条,排斥一般条款中包括损害要件在内的整体分析框架。由此看来,我国反法的7个具体条款对不正当竞争构成要件的描述并不完整,解释论上若采“排斥关系说”,将丧失体系补充的机会。

第二,辅助关系说补正。“辅助关系说”虽转向正确的方向,但却停留于堆叠裁判依据的层面,缺乏对一般条款和具体条款之间辅助方式和体系分工的清晰认识。鉴于反法的具体条款未能提供完整的不正当竞争构成要件,解释论上若将其视为完全法条适用,将触发诸多法律漏洞。^[49] 作为替代方案,应将反法第2条第2款的一般条款作为解释依据,将7种行为样态分别代入该一般条款,根据一般条款提供的相对完整的分析框架进行法律适用,以此弥补具体条款的构成要件缺漏问题。反法第2条第2款的文意为此提供了解释论依据,玄机隐藏于“违反本法规定”一词,这在立法技术上属于“转致条款”,又称“空白要件”,其功能是将部分构成要件委诸其它条款作灵活安排,以保持一般条款的简洁性。在解释适用时,须根据转致条款的指引,找到相应的具体条款来填补空白要件。具体来看,反法第2条第2款中的“违反本法规定”分别指向两类被引致条款:一是本法列举的7种具体行为;二是第2条第1款的诚实信用和商业道德原则,以下简称“7+1被引致条款”。在适用顺序上,7种具体条款有规定者,应以具体规定填充一般条款的空白要件;若具体条款无规定,则应以商业道德和诚实信用原则来填充一般条款的空白要件。此种“辅助关系”让反法实现了内部体系的联动。

(二)由三阶层要件塑造的统一分析框架

以“空白要件”作为体系联动的“齿轮”,反法列举的7个具体条款与一般条款巧妙地实现了体系接轨。在接入“7+1被引致条款”后,反法第2条第2款被塑造成相对完整的请求权基础条款,其涵盖了不正当竞争构成要件中除过错以外的大多数要件,如行为构成、违法性、损害、因果关系等。由于反法的公私法交叉特性,部分要件在民事诉讼和行政执法两套实施机制下有不同的内涵(如责任承担要件),为确保构成要件的统一性,并兼顾公私法二元体系的差异,本文沿着“竞争行为是否符合反法描述的行为样态、是否违背反法的价值目标、是否应施加民事或行政责任”这三个递进的问题,构建反法的解释论,最终形成由行为构成、违法性、有责性要件组成的三阶层构成要件体系。三者分别从事实判断到价值判断、从行为评价到归责评价的角度重塑反法的统一分析框架。

1. 行为构成

在三阶层分析框架中,“行为构成”主要发挥事实判断的作用,用于评价涉案行为是否符合反法“7+1被引致条款”描述的行为样态。由于反法的7个列举式条款是立法者凭借经验总

^[49] 正是源于此种误读,实践中才不得不通过司法解释补充具体条款所缺失的损害要件。参见《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》(法释〔2022〕9号)第18、19条。

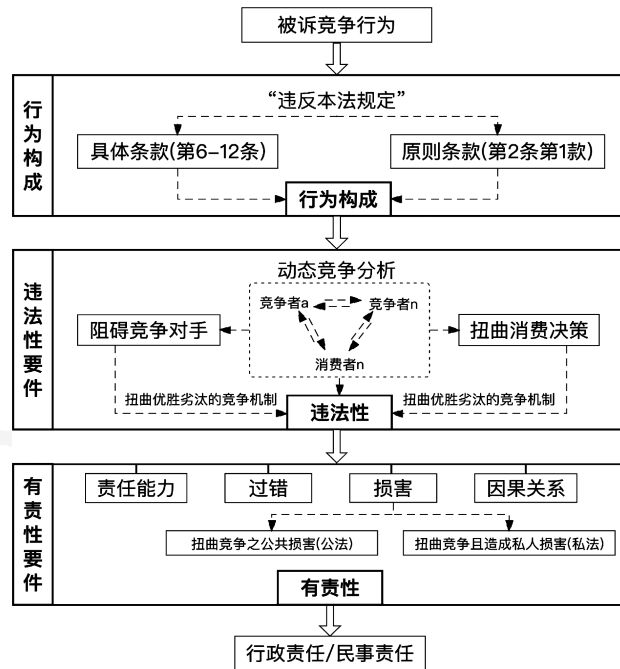


图2 反法的三阶层分析框架

结提炼的不正当竞争行为样态,符合行为样态者多属不正当竞争,但也不排除有例外。为筛查例外,在法效果上,符合行为样态者可初步判断行为不当,若要最终认定“违法性”,还须回归反法保护竞争之目标进行检验。区分行为构成与违法性要件可从事实判断与价值判断两个层面为法律适用提供双层控制阀。这可弥补经验判断之误差,填补列举式条款作为不完全法条之缺漏。作为反法发源地的德国也面临类似问题,^[50]经过百年演化,德国反法通过区分行为“不正当”(unlauter)与“违法性”(unzulässig)优化了反法的内在体系。^[51]在结构上,“不正

[50] 1896年的德国反法采用列举式立法,因其周延性不足而无法应对多样化的不正当竞争。1909年修法时增设一般条款,但因过于抽象而主要依赖“法官造法”,这仍未摆脱列举式立法的弊端。Vgl. Olaf Sosnitza, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 1. 20世纪后期以来,德国为落实欧盟指令,又在反法中增设大量消费者保护条款,这加剧了体系化的难度。Vgl. Karl-Heinz Fezer, in: Lauterkeitsrecht: Kommentar zum UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 25-35.

[51] 反法上的“不正当”(Unlauter)概念源于1884年的《保护工业产权巴黎公约》,该公约以保护工业产权为目的要求“制止不正当竞争”,“不正当”是指违反商业中的诚实做法。1896年的德国反法继承了这一概念。Vgl. Karl-Heinz Fezer, in: Lauterkeitsrecht: Kommentar zum UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 335-337. 为改变20世纪德国反法的碎片化局面,2004年德国反法增设一般条款规定:“不正当竞争行为,如足以损害竞争者、消费者或其他市场参与人而对竞争造成并非轻微破坏的,则是非法的。”由此引入违法性概念,判断标准为“对竞争造成并非轻微的破坏”,即破坏竞争。德国反法一般条款历经数次修改,但保持了商业行为不正当性与实在法上的违法性评价之区别。Vgl. Karl-Heinz Fezer, in: Lauterkeitsrecht: Kommentar zum UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 118.

当”概念向下统合了反法列举的各种行为规范,“违法性”概念向上承接了反法的价值目标,二者串联了反法的内在体系。在法效果上,违反德国反法第4、4a、5、5a、6条列举的行为规范者,属“不正当”,若要产生“违法性”,还须符合德国反法第3条第1、3项或第7条之规定。基于类似的体系构造,中国反法“7+1被引致条款”中的行为规范可通过第2条第2款中的“违反本法规定”一词被引致进入反法一般条款的整体分析框架,进而与一般条款中的违法性要件配合来划定合法与非法之边界。此外,“7+1被引致条款”偶有涉及过错、损害等概念,其在体系上宜归入后文的“有责性”要件。

2. 违法性要件

第二步分析聚焦于竞争行为的“违法性”。如果说“行为构成”侧重于事实判断,“违法性要件”则聚焦于价值判断,用于评价涉案行为是否违背反法保护竞争之目标,这是行为评价的终极标准。之所以需要引入“违法性”要件,除了因为我国反法第1条的“保护公平竞争”之目标和第2条的“扰乱市场竞争秩序”概念为此提供了解释依据外,根本原因在于,反法所保护的竞争在性质和保护范围上不如绝对权那般清晰确定,绝对权受侵害可推定行为不法,但竞争利益的相对性与损害的相互性意味着仅从行为外观和损害表征尚无法下定论,还需回归反法的价值目标,以是否扭曲竞争为标准进行违法性评价。在保护竞争的目标下,反法上的“违法性”本质不在于侵害任何私主体的利益,而在于扭曲了优胜劣汰的竞争机制。^[52] 准确把握违法性要件还可过滤掉那些虽侵害经营者或消费者利益但无害于竞争机制的普通侵权案件,避免反法与侵权法的重叠与冲突。

在适用方法上,因“7+1”两类被引致条款的精细化程度有别,后续的违法性要件在适用方法也有差异:①对于符合7个列举式条款的案件,违法性要件的功能重在筛查例外,可视为违法性的阻却机制,即在符合行为构成后,透过违法性要件剔除表面上满足行为构成但实质上未扭曲竞争的合法行为,这类行为在“权益—损害范式”中容易被误判。②对于适用第2条第1款的商业道德或诚信原则的案件,违法性要件须从正面判断涉嫌不道德或不诚信的行为是否实质上扭曲了反法所保护的竞争机制,进而缓解行为构成要件过于粗糙之弊。

至于判断标准,根据行为中心主义范式,关键看涉案竞争行为能否与优胜劣汰的竞争机制相容。“效能竞争理论”提供的正、反面参照系蕴含了初步的判断标准,本文在此基础上,通过引入三方互动框架内的动态竞争分析模型,补充“效能竞争理论”无法判断的中间状态。由此形成了三个层面的细化标准:①对于竞争者和竞争者之间的行为,沿用非效能竞争中的“阻碍竞争对手标准”进行违法性判断。②对于竞争者与消费者之间的行为,沿用非效能竞争中的“扭曲消费决策标准”进行违法性判断。③当涉案行为处于效能与非效能竞争之间的中间状态

[52] 在“违法性”判断上中德两国的反法殊途同归。中国反法的直接目标是保护优胜劣汰的竞争机制,“违法性”的认定也应以破坏竞争为标准。德国反法的直接目标虽然是保护“三叠利益”,但其保护范围仅限于竞争者、消费者和公众在未被扭曲的竞争中所享有的利益,德国反法具体条款中出现的“实质扭曲”“显著损害”概念也是为了作同样的限定,因而才有德国学界的如下观点:“‘不正当’含义的具体化可以通过未扭曲的竞争获得。”参见范长军:《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年,第110页。

时,须在图2中的三方主体互动框架内,通过“动态竞争分析”,判断涉案竞争行为的引入是否会将市场引向逆向淘汰的方向,若是,则具有违法性。

以商业模仿为例,当被模仿的商业模式不构成知识产权的保护客体时,则进入反法的适用范围。由于商业模仿通常会从前人的市场份额中分一杯羹,进而引发交易机会损失,根据“权益—损害范式”,这很容易被视为不正当竞争。但在行为中心主义范式下,交易机会损失并不具有决定性意义。模仿行为需要进行图2中的“动态竞争分析”,其结论可能有如下三种:①模仿+超越的行为,该行为在动态竞争体系中会将市场引向优胜劣汰的方向。因为模仿不仅会加剧竞争,而且节约模仿者的成本,被节约的成本可用于改进并超越既有商业模式,加快市场升级换代,这种模仿并不违背优胜劣汰的竞争机制。②模仿+混淆的行为,这种行为也会引入竞争并节约模仿者的成本,但从动态竞争分析来看,一旦模仿者与原创者被混淆,这样的竞争无法刺激原创者的创新动力,因为创新投资因混淆而无以回报,而且成本节约还将使模仿者获得相对优势,这两个因素的叠加将使原创者面临被淘汰的危险。③既不超越也不混淆的单纯模仿行为,这种介于中间状态的竞争行为虽不创造新事物,但模仿者的存在无疑是一种竞争压力,这一方面可能刺激原创者加快商业模式的转型升级,促进优胜劣汰;但另一方面,这样的模仿也会激励不劳而获之人,在投资回报周期长的领域,这种模仿可能抑制原创者的投资激励和创新动力,甚至可能引发逆向淘汰。因此,这种模仿行为是否违法,须回到个案场景,结合竞争行为所在的行业特点、特定时空背景下的政策取向、多边利益平衡等因素进行综合判断。必要时还应考虑社会整体福利,从长远计,减损社会整体福利的模仿将倾向于做违法性判定。

在法效果上,违法性要件的成就意味着涉案竞争行为应当被禁止,可直接产生公法上的“责令停止违法行为”和私法上的“停止侵害”的效果。但我国反法在这方面的规定不够明确。在德国,只要构成德国反法第3或第7条中的“违法性”,便可直接产生第8条中的“排除妨害或行为禁令”的效果。

3. 有责性要件

具备“违法性”仅意味着该行为不被法律认可、甚至被禁止,尚无法直接得出行为人须承担责任的法效果。作为三阶层分析框架的最后一步,行为人应否承担责任还取决于“有责性要件”。例如,是否属于行为人主观意志控制下的行为(责任能力),是否因故意或过失而为之(过错),是否致生反法上的损害(损害及因果关系)。通常来讲,若非法的致害行为本可避免,却因行为人的过错而未予避免者,即具备有责性。因我国反法并未明确区分“停止侵害、排除妨碍”与“损害赔偿”这两类不同责任的适用条件,由此导致违法性要件与有责性要件被混为一谈。^[53] 作为矫正,解释论上应区分违法性与有责性,前者关注行为是否违背反法保护竞争之目标,后者关注违法行为是否须承担责任,又称责任承担要件。而且我国反法的民事与行政责

[53] 例如,最高人民法院在“海带配额案”中提出了适用反法一般条款的三个要件,并将最后一个要件表述为:“该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性。”这里将“不正当性”与“可责性”等同视之。参见《最高人民法院关于印发〈最高人民法院知识产权案件年度报告(2010)〉的通知》(法办〔2011〕81号)。

任共用一套行为规范依据,而公法与私法的归责原理不同,若不通过有责性要件加以甄别,公私法的二元体系将被混淆。国内学者对有责性虽有深入研究,但多集中于刑法、行政法等公法领域。本文将之引入反法,借此整合责任能力、过错、损害、因果关系等归责要素。由于责任能力和因果关系在反法上并无特殊性,以下重点讨论过错与损害之归责事由。

首先是过错,反法一般条款并未明确提及过错,“7+1被引致条款”部分隐含了过错要件。然而,未提及过错的不正当竞争类型并不意味着其归责事由可不考虑过错。法定权利的高水平保护尚且以过错为限,举重以明轻,对法定权利之外的抽象竞争(及利益)的保护更不能无视过错,否则,竞争利益的相对性与损害的相互性将使竞争者动辄得咎,自由竞争将难以为继。因此,不正当竞争之归责原理应考虑过错,我国反法一般条款遗漏过错属于法律漏洞,解释论上应回归立法目标,根据权利与利益的区分保护原理作类推解释,以此补充过错要件。至于过错程度,应遵循“法益越成熟,过错要求越低”的规律进行个案调整。^[54]

其次是损害,作为归责事由的损害概念在反法上旨在解决法律救济层面的责任承担问题,即在违法性成就的前提下评价违法行为之后果,以决定是否需要救济以及启用何种救济手段(公法还是私法)。这正是违法性与有责性要件的体系分工,反法的适用逻辑将因此更为清晰,当然还有功能上的考虑。传统观点将损害视为行为评价之依据,但损害的相互性导致竞争行为的合法性边界模糊,本文引入有责性要件将责任承担问题独立出来,区分“事实上的损害”与“反法上的损害”,以后者作为归责事由,借助损害的性质与程度来评价违法行为的危害后果,以此决定责任承担与实施机制的选择。在此基础上,“反法上的损害”可分为“公法上的损害”与“私法上的损害”。^[55]前者是行政责任的归责基础,具体指不正当竞争给优胜劣汰的竞争机制造成的公害,解释依据为反法第2条第2款的“扰乱竞争秩序”概念;后者是民事责任的归责基础,具体指破坏竞争机制的行为给竞争者或消费者带来的私害,解释依据为反法第2条第2款的“损害其他经营者或者消费者的合法权益”概念。由此,公法责任以扭曲竞争之公害为条件,私法责任不仅要求扭曲竞争,而且损害还应传递至特定竞争者或消费者身上,进而借私人维权的动机实现保护竞争的公共目的。这样的损害概念与归责原理不仅厘清了公法与私法责任在构成要件上的混沌状态,^[56]而且澄清了“三叠利益”在反法上的体系归属,回应了反法作为公私交融之法的价值取向。

五、结 论

综上,作为公私交融之法,反法以保护竞争不被扭曲为己任,而且是以限定他人行为的方

[54] 参见王文敏:“反不正当竞争法中过错的地位及适用”,《法律科学》2021年第2期,第175页。

[55] 私法上的损害还可细分为“责任成立意义上的损害”和“责任范围意义上的损害”。前者依附于竞争行为的违法性判断,因为只有扭曲竞争所导致的损害才构成责任成立意义上的损害;后者旨在解决起诉资格与救济范围问题,我国反法第17条将侵权人所获利益视为被侵权人的损害,正是为了划定责任范围。

[56] 学界讨论反法的构成要件时,要么回避公私法的二元体系,要么只在私法意义上讨论构成要件。究其原因,除了反法的整体研究水平相对薄弱外,直接原因在于对损害概念的误读以及体系定位的紊乱。

式来保护竞争,这是构建反法解释论的主线。在保护竞争的立法目标下,评价竞争是否正当的核心标准既非系于竞争者的竞争利益,也不取决于竞争损害,关键在于竞争行为是否背离优胜劣汰的竞争机制。这是由竞争的本质所决定的。因此,认定不正当竞争应采用行为中心主义的分析范式,以行为是否扭曲竞争为标准。行为背后的竞争利益只是行为评价的辅助分析工具,对行为评价并无决定性意义。同理,损害与行为不正当之间也无必然联系,损害概念在反法上的功能重在解决行为违法后的责任承担问题,与行为评价分属不同的系统。反法的整体分析框架由两阶段的逻辑贯通而成。第一阶段的行为评价聚焦于竞争行为本身,由“行为构成”和“违法性”二要件展开,前者旨在评价涉案行为客观上是否符合反法列举的行为样态,后者旨在评价符合行为样态者是否背离反法保护竞争之目标。在此基础上,第二阶段的归责评价聚焦于行为违法后的责任承担议题,须通过过错、损害、因果关系等归责要素进行“有责性”判断。经由行为构成、违法性和有责性要件贯通而成的三阶层分析框架,可使反法具体条款与一般条款实现接轨,这不仅弥补了具体条款的要件缺漏,而且解决了抽象一般条款的悬空状态,整体上提升了反法的体系化品格,优化了不正当竞争的认定方法。

Abstract: Understanding the nature of competition is the premise of identifying unfair competition. The essence of competition is to compete for trading opportunities. Competitors' strategy always affects trading opportunities, which can lead to inevitable damage during competition. It shows the relativity of competitive interests and the reciprocity of damage. This means that the key criterion for identifying unfair competition is not the damage in competition and that the “rights and interests—damage paradigm” is based on a misunderstanding of Anti-unfair Competition Law. This study is carried out on the basis of revealing the essence of competition which is protecting the competition mechanism and ensuring fair competition, so that, we should therefore adopt the behaviorist paradigm to identify unfair competition. Competitive interests are not the decisive factor in evaluating the act of competition, and nor is the damage. The interpretive theory of Anti-unfair Competition Law can be divided into two systems. The first system focuses on behavior evaluation, which is determined by two elements: “behavior composition” and “illegality”. The second system focuses on the “accountability” of illegal acts which is consisted of fault, damage, causality, and other imputation reasons. The unified analytical framework composed of three tiers of constitutive elements could optimize internal system and interpretative theory of Anti-unfair Competition Law.

Key Words: Anti-unfair Competition Law; Competitive Interests; Damage in Competition; Behaviorist Paradigm

(责任编辑:杨 明)