

论反不正当竞争的基本范式

孔祥俊

摘要 反不正当竞争基本范式涉及不正当竞争的理念、价值、认定方式和标准，大体上可以归结为竞争观、损害观和法益观等“三观”，并通过对于竞争行为进行利益衡量加以实现。这种“3+1”判断模型，即“三观”加上竞争行为正当性的利益衡量方法，构成反不正当竞争的基本维度。其中，“三观”是观念支撑，利益衡量是实现路径，“3+1”模型构成了竞争行为正当性判断的独特范式。不正当竞争行为的认定应当奉行动态的竞争观、损害中性和法益中性，并采取行为正当主义而非法益保护主义，且对于竞争行为的正当性判断采取多因素利益衡量和利益比较。

关键词 反不正当竞争 动态竞争观 法益中性损害 中性利益衡量

作者孔祥俊，法学博士，上海交通大学凯原法学院讲席教授。

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2018.01.004

随着市场关系日趋复杂和市场竞争更加激烈，近年来反不正当竞争问题受到空前关注和高度重视，反不正当竞争法的适用尤其是竞争行为正当性的判断不断遭遇新挑战。这些问题的有效解决最终取决于如何把握反不正当竞争的基本范式。概而言之，反不正当竞争基本范式涉及不正当竞争的理念、价值、认定方式和准则，大体上可以归结为竞争观、损害观和法益观等“三观”，并需要通过对于竞争行为正当性的利益衡量加以实现。这种“3+1”判断模型，即“三观”加上行为判断的利益衡量，构成反不正当竞争的基本维度。其中，“三观”是观念支撑，利益衡量是实现路径，“3+1”模式构成了竞争行为正当性判断的独特范式。鉴此，本文拟结合市场竞争的新态样、新趋向和新需求，就反不正当竞争基本范式问题提出一些新思考。

引言

当前我国法院在涉互联网领域的不正当竞争判断中，提出所谓的“非公益不干扰”原则，即非

* 本文系国家社科基金项目“反不正当竞争法立法问题研究”（17BFX010）、上海交通大学文理交叉课题“知识产权保护与创新政策研究”（AF1900034）的阶段性成果。

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。^①该原则已成为“网络不正当竞争审判中得到遵循普遍认同的一项原则”^②。从以下几个典型判例中可以大致看到该原则陆续被确立的过程和实质。

北京市高级人民法院在2013年“百度与360插标不正当竞争案”的判决中，首倡非公益不干扰原则，即“虽然确实出于保护网络用户等社会公众的利益的需要，网络服务经营者在特定情况下不经网络用户知情并主动选择以及其他互联网产品或服务提供者同意，也可干扰他人互联网产品或服务的运行，但是，应当确保干扰手段的必要性和合理性。否则，应当认定其违反了自愿、平等、公平、诚实信用和公共利益优先原则，违反了互联网产品或服务竞争应当遵守的基本商业道德，由此损害其他经营者合法权益，扰乱社会经济秩序，应当承担相应的法律责任。前述规则可以简称为非公益必要不干扰原则。”^③在2013年“猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案”^④、2015年“极路由视频广告屏蔽不正当竞争案”^⑤中，有关判决均重申该原则。北京市高级人民法院在将“极路由”案作为典型案例予以公布时的评论指出，“技术革新应当鼓励，但对技术的使用不能突破法律限制。非因公益必要，经营者一般不得直接干预他人的经营行为。使用‘屏蔽视频广告插件看似符合消费者眼前利益，但长此以往必将导致视频网站经营者‘免费广告的商业模式难以为继，从而向收费模式转变，最终也将损害消费者的长远利益。’”^⑥

这些案件的裁判思路一脉相承。从有关裁判理由来看，“非公益不干扰”标准更多关注于竞争者之间互不干扰、相安无事或者和平共处的静态竞争，即经营者推出自己的商业模式后，他人应当予以尊重和不能干扰，经营活动由此可以静态地进行，除非在消费者选择之下自生自灭，或者由同业竞争者进行超越式的颠覆。该原则提出后即引起激烈的争论。它涉及反不正当竞争法基本的竞争观和方法论，触及市场竞争的深层理念和运行机制，涉及不正当竞争判断的根本标准。

质言之，该原则能否证立，涉及反不正当竞争法的基本范式。首先，它涉及基本竞争观，主要是坚持静态的还是动态的竞争观问题。“非公益不干扰”所体现的是静态竞争思维，恰恰与市场经济背道而驰，不符合动态竞争的市场竞争基本规律。其次，它突出强调了对于商业模式的保护，具有鲜明的法益保护色彩，由此而将不正当竞争判断更多地落入了一般侵权行为的套路。再次，它涉及对于竞争性损害或者“干扰”的态度。先不论如何精确界定“干扰”，仅就“非公益不干扰”原则将干扰的前提和范围限于特定“公益”而言，它无疑是将竞争中“干扰”的普遍性转换成个别性。以反不正当竞争法制止或者“干预”的“干扰”只能是极少数市场行为，是例外而不是原则。最后，它涉及竞争行为正当性的基本判断模式。例如，如果将商业模式作为一种法益进行保护，并以此为基础认定行为的正当性，则更倾向于权益保护模式或者权益保护主义；如果将正当性判断更多地基于行为本身的正当性，法益保护充其量只是其一个考量因素，更多考虑的是其他因素，此时就属于行为正当性模式或者行为正当主义。

总之，这些问题可以归结为不正当竞争判断的竞争观、法益观和损害观，以及利益衡量的基本

① 例如，“百度与360插标不正当竞争案”，参见北京市高级人民法院（2013）高民终字第2352号民事判决书“猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案”，参见北京市海淀区人民法院（2013）海民初字第13155号民事判决书，北京知识产权法院（2014）京知民终字第79号民事判决书“极路由”视频广告屏蔽不正当竞争案，参见北京市高级人民法院4月13日发布的“2015年度北京市法院知识产权司法保护十大创新性案例”之案例二。

② 海淀法院课题组“北京市海淀区人民法院关于网络不正当竞争纠纷案件的调研报告（三）”，载于“知产力”公众号（微信ID: zhichanli）<https://mp.weixin.qq.com/s/DGPbk2GAvh7FUNJCuiHig>，2017年10月25日访问。

③ 北京市高级人民法院（2013）高民终字第2352号民事判决书。

④ 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。

⑤ 北京知识产权法院（2014）京知民终字第79号民事判决书。

⑥ 北京市高级人民法院4月13日发布的“2015年度北京市法院知识产权司法保护十大创新性案例”之案例二。

路径。此“三观”和利益衡量路径构成了反不正当竞争法的基本范式，它整合了该法的理念、精神和行为标准，并深深地根植于深层的市场机制和竞争原理。

一、竞争行为正当性判断的竞争观

竞争观涉及对于市场竞争的基本认识、观念和态度。竞争行为正当性的判断首先以竞争观为基础。竞争观是反不正当竞争基本范式的首要因素。

（一）动态的而非静态的竞争观

就反不正当竞争法的适用而言，有静态的竞争观与动态的竞争观之别。近年来这种分别愈加突出。前述“非公益不干扰”之下的市场竞争，就代表了一种线条单一、互不干扰及和平竞赛式的静态竞争观。例如，互联网竞争秩序时常被有些法官描述为：互联网经营者和平共处，自由竞争，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；互联网产品或者服务之间原则上不得相互干扰，不得擅自干扰他人产品或者服务的正常运行，不得干扰网络用户终端的共存；确实出于保护网络用户等社会公共利益的需要，网络服务提供者在特定情况下不经网络用户知情并主动选择以及其他互联网产品或者服务提供者同意，也可以干扰其他互联网产品或者服务的运行，但是应当确保并证明干扰手段的必要性和合理性，否则会构成不正当竞争。而且，“非公益不干扰”中的“公益”是指特定的或者特殊的公共利益。^⑦很显然，这种静态的市场竞争观是一幅市场竞争的理想图画，但更多是一种“乌托邦”，市场竞争不是、不必和不可能如此“祥和”与“和谐”。市场竞争向来是动态的，不可能也不应该是静态的。

市场竞争和反不正当竞争的属性并非静态的竞争观，而是动态的或者效率的竞争观。市场竞争是在内生机制（“看不见的手”）的引导下动态地进行，且现代市场竞争是相互交织和跨界的，市场界限日趋模糊，跨界经营日趋便利，资源配置在更深入更广泛的范围内有效进行。不正当竞争行为的判断应当坚持动态的竞争观，反映动态竞争的实际。

（二）竞争属性与竞争观

据以判断竞争行为正当性的竞争观根植于市场竞争的本质属性。市场竞争首先是以动态的过程而非静态的条件维护市场过程。亚当·斯密对于动态竞争有经典的论述，如，“斯密还从竞争中看到另一些好处，它们至少和它的经济好处一样重要，并且也要求对思想模式进行根本改造。例如，他认为竞争不是对共同体社会网络的威胁。传统观点把经济行为描述为追逐私利，是对共同体稳定的威胁，因为它使人们试图从牺牲对方中获益，从而会引起冲突和混乱。这种观念为政府管制经济提供了强大的理由：防止混乱是必要的。但是在斯密看来，竞争能够产生它自身的和谐。市场能够自我调整，人人都可以从这个过程中获益，所以它增加而不是减少了共同体的稳定性。这也改变了共同体的观念，把它建立在动态的过程而不是静态的条件上。”^⑧这是说，市场主体看似众多和行为各异，但由于受市场机制即“看不见的手”的引导，而呈现出协调的内在秩序和动态过程。如果误读这种内在机制而将市场自发竞争行为视为混乱，必将导致加强政府管制；相反，如果认清了这种

^⑦ 如实践中常被归纳为三种情形，即客观原因导致的冲突，如杀毒软件等因硬件或者软件方面的客观原因，导致不能同时并存，由此产生的互联网产品或者服务之间的相互干扰；用户知情并主动选择，影响结果只能限于该用户，且不影响他人合法权益；用户不知情也未选择，但系为保护用户安全的公共利益所必需，如杀毒软件普遍具有主动查杀他人提供的危害网络用户安全的病毒的功能。

^⑧ [美] 戴维·J·格伯尔 《二十世纪欧洲的法律与竞争》，冯克利、魏志海译，中国社会科学出版社2004年版，第23页。

内在的协调和动态机制，就更多地依靠市场机制和尽量不干预市场，更多地让市场自行解决自身的问题。后者才是市场和竞争的正常生态。

市场竞争具有强烈的对抗性。动态的竞争体现的是对抗性的竞争机制，对抗性使竞争者充满了市场压力和动力，在对抗中激励创新和产生活力，使市场具有勃勃生机。确如经济学家所说，“一个社会中经济竞争的强度与其产生的创新量之间呈现出强烈的相关性”^⑨。“一个好的竞争概念是建立在对抗的基础上的”“这个概念认为，‘竞争这个词意味着努力在生产与自愿交易中胜过竞争者。这意味着一个公司竭力去降低成本并定一个更低的价格，使自己的产品与众不同。做广告并通过让消费者自愿地转向自己的产品来让竞争者破产。这让人们对经济体系中竞争实际上如何产生有一个清楚的了解。”^⑩ 竞争行为的正当性必须以是否符合正当的市场机制要求进行判断，它本质上是保护有活力的竞争机制，维护社会福利即消费者集体利益和竞争性市场的一般利益。^⑪ 它不同于知识产权保护思路，知识产权保护是“守成”，即对于已有权利的静态保护；反不正当竞争是维护破旧立新的动态竞争机制，以行为对于竞争机制的损害性为判断标准。例如，就上述互联网领域的屏蔽广告行为而言，倘若只损害竞争对手的部分利益、影响部分消费者的选择，还达不到根本性影响其生存的程度，此时允许其存在只能是加剧跨界竞争以及商业模式和相关技术的创新，增强竞争的强度，有利于增进社会总福利。这也正是欧美一些国家在利益衡量的基础上慎重遏制此类行为的根本原因所在（下文另有探讨）。

市场竞争具有交织性。竞争的形态是多样化的，竞争关系犬牙交错。经济实践中不乏平行竞争、超越式竞争和嵌入式竞争。仅仅认可平行竞争和超越式竞争，而否定嵌入式竞争，不符合错综复杂的竞争情形，可能会在很大程度上损害创新能力。^⑫ 我国有的判决将竞争定义为“经营者通过对自身经营活动的改善创新而进行的竞争”，似乎原则上排除了介入式竞争或者“干预”的正当性，这更是静态竞争观的体现。例如，“如果合法的经营可以被其他经营者随意破坏，却无法得到救济，则必将使得经营者对自己的经营活动无法预期，并进而导致合法有序的市场竞争秩序无法形成与被破坏。据此，《反不正当竞争法》所鼓励的竞争应是经营者通过对自身经营活动的改善创新而进行的竞争，而非通过破坏其他经营者的经营活动而进行的竞争。”^⑬ 这种自生自灭或者“不用扬鞭自奋蹄”式的竞争当然是一些竞争者所希望的，但这显然只是市场竞争的一个侧面，不能反映市场竞争的全貌，实际上市场竞争情况远为复杂和形式多样。正是竞争形式的多样性，才会有激烈的或者颠覆性的市场竞争，才使市场更具生机活力。如下文对中外广告屏蔽案件司法态度的比较所表明的，德国等法院以重要的竞争利益（消费者体验、技术创新等）为立足点，采取利益比较的方式决定行为的正当性，两害取轻或者两利取重，典型地体现了具有市场竞争特色的正当性判断思路 and 标准，这与一般侵权行为判断相去甚远。反不正当竞争法不保护或者不简单保护静态权益，就是为了维持市场竞争的生命力。^⑭

^⑨ Christina Bohannan, Herbert Hovenkamp, *Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, New York: Oxford University Press, 2012, p. 11-12.

^⑩ [美] 布里安·P·辛普森 《市场没有失败》，齐安儒译，中央编译出版社2012年版，第59页。

^⑪ See Gustavo Ghidini, *Intellectual Property and Competition Law: The Innovation Nexus*, Northampton: Edward Elgar, 2006, p. 113.

^⑫ 参见 [英] 理查德·贝拉米 《自由主义与现代社会》，毛兴贵等译，江苏人民出版社2012年版，第43页。

^⑬ 同注④。

^⑭ 有的历史学家在比对计划经济与市场经济的优劣时指出：“虽然当大量资源配置到大型工程时，计划经济确实可以实现创新，但是缺少竞争所带来的持久压力，无法形成资本主义世界生产力提升的持续创新潮流。” [美] 大卫·克里斯蒂安 《极简人类史——从宇宙大爆炸到21世纪》，王睿译，中信出版社2016年版，第176页。其实，这种精神同样可以类比于竞争行为正当性的判断。静态的竞争思路可能维护了市场竞争的和平，但过多限制了竞争自由和损害了市场活力；动态竞争才符合竞争实际，有利于维护经济的持续增长和不断创新。

二、法益损害中性的损害观

如何认定竞争中的法益损害及其对不正当竞争构成的影响，涉及不正当竞争行为的根本特性，及其与一般侵权行为的差异。对竞争中法益损害的误读也导致判断思路上的偏差。因此，损害观是不正当竞争构成的重要元素。

（一）损害观：竞争性损害的中性

市场竞争的损害观是以独特的观念和视角认识和衡量由市场竞争造成的损害，也即竞争性损害。市场竞争是一种“损人利己”的行为，竞争与损害相伴而生、如影随形。一般而言，竞争性损害是中性的，不具有是与非的色彩。这就是损害中性，即竞争行为的损害或者说由竞争行为给其他竞争者造成损害是常态，损害本身通常不构成评价竞争行为正当性的倾向性要件，只有特定的损害才成为不正当竞争的考量因素。

例如，美国《不正当竞争法重述（第三版）》^⑤第1条（一般原则）明文规定，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”。该规定被认为对于不正当竞争行为采取“负面清单”或者“负面列表”的做法，市场竞争的行为人仅对列举的行为所造成的损害承担责任，也即行为人承担责任是例外，不承担责任是原则。这种竞争性损害观念派生于自由竞争原则，且竞争性损害还被归结为竞争“特权”，即“本条所体现的原则常常被泛称为竞争‘特权’。……主张因竞争而遭受损害的人必须确定按照本条列举的情形有足以使行为人为人承担责任的事实。”该规定开篇即申明反不正当竞争奉行自由竞争原则。如其注释所说：“自由从事商业活动以及自由竞争预期客户的惠顾，是自由企业制度的根本前提。”“竞争自由必然意味着损害市场上的其他参与者的商业关系的可能性。”本条旨在开宗明义地“表达促进竞争的根本规则，以确保无论是新的进入者还是已有竞争者均不因仅参与市场的行为所造成的损害而承担责任”。“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。本条不仅允许销售商寻求一般性地分走竞争对手的业务，而且允许其分走特定竞争对手的业务。本条适用于因与竞争对手直接竞争所造成的损害，也适用于因行为人决定进入或者继续其业务而遭受影响的其他人的损害。因此，行为人对于间接竞争对手所受的损害，以及对于因行为人的市场活动而给其他人的雇员或者供应商造成的损害不负责任。依据本条以及本重述所承担的责任仅适用于因被认定为不正当的特定竞争方式所造成的损害。”^⑥

再如，在英国，“市场哲学假定通过给别人带来经济损失而获利是合法的……显然已经发展出一种共识，认为致人经济损失是我们必须接受、不应予以法律救济的事实，除非该损失是因诸如欺诈或胁迫等具体的不合法行为所致。”^⑦英国法官 Robin Jacob 的如下归纳被广泛援引：“夺取他人的市场或者客户不构成侵权。无论是市场还是客户都不是原告自己的。……不存在竞争侵权行为。”^⑧这意味着，市场竞争中竞争性损害是常态和合法的，例外的情况下才构成违法。

^⑤ 美国法律协会根据历来的判决要旨整理汇编所形成的法条式陈述。

^⑥ *Restatement of the Law, Third, Unfair Competition* § 1, *General Principles*, American Law Institute, 1995.

^⑦ 转引自 [意] 毛罗·布萨尼、[美] 弗农·瓦伦丁·帕尔默主编《欧洲法中的纯粹经济损失》，张小义、钟洪明译，法律出版社 2005 年版，第 17 页脚注 [58]。

^⑧ *Hodgkinson Corby Ltd v Wards Mobility Services Ltd* [1995] F. S. R. 169. See Christopher Wadlow, *The Law of Passing-off: Unfair Competition by Misrepresentation*, London: Sweet & Maxwell, 2011, p. 5-6.

由竞争所产生的竞争性损害是市场经济的常态，只是在例外的情况下才会将一些“过火”的竞争行为定性为不正当竞争。而且，无论是同行业竞争还是不同行业竞争，对于竞争性损害的态度并无不同，事实上跨行业竞争恰恰是竞争更为发达和更为激烈的产物，更不必为其设定异于同业竞争的更为严格的限制性标准。因此，竞争的属性决定了竞争者之间的损害或者“干扰”通常并非不正当，而恰恰是常态而不是例外。例如，“非必要不干扰”显然颠倒了竞争行为和竞争性损害的主次关系，扩张了“不干扰”的范围，不符合市场竞争的基本观念。况且，市场竞争本来是为了私益而争夺交易机会，维护公益不是经营者的固有目标，公益通常也是在经营者追求私益时得以实现的，¹⁹仅将竞争性损害、干扰或者破坏的例外限定为“公益”，不符合市场竞争的常态和属性。前述“非公益不干扰”原则实际上误解了市场经济条件下私人利益与公共利益的关系。竞争性损害或者“干扰”乃是效率和激励机制之所在。只要此类损害达不到使市场失灵（市场功能根本发挥不出来）和违背所在社会的根本道义，就不用去规制。

如有的学者所说，“反垄断政策经常反映出对竞争损害的夸大担忧，并因此发展出一些具有过度保护性的规则，以消费者利益为代价使无效率的企业免于竞争压力。同样，知识产权法授予的权利也经常远远超过创造适当创新激励所需的程度，从而削弱而非促进创新。”²⁰其实，在《反不正当竞争法》适用中，不少法官对竞争损害和不正当性时常有夸大的担忧，因而有高度干预和动辄认定构成不正当竞争的偏好，易于使反不正当竞争扩大化，减弱市场竞争。甚至立法者有时对于竞争性损害观念把握不准，以至于有不适当扩张不正当竞争行为和过度干预竞争的倾向。例如，《反不正当竞争法（修订草案送审稿）》第6条规定，经营者没有正当理由，不得利用相对优势地位，实施限定交易对象、指定商品等不公平交易行为。²¹但是，竞争优势通常来源于竞争者的相对优势地位，除非构成垄断行为或者极端情形下的不正当竞争行为，不论交易相对人是否心甘情愿接受交易条件，利用相对优势地位与他人进行市场交易都是市场竞争的常态，而无需考虑是否有正当理由问题。该条文对于利用相对竞争优势“强迫”交易均附加正当理由的要求，显然会使不正当竞争行为扩大化，有悖市场竞争的损害观。

我国法院有的判决还直接提出了“不得破坏其他经营者正常经营活动”这一原则，这种原则恰恰与反不正当竞争法中的“损害中性”和“竞争特权”原理相背离。例如，“《反不正当竞争法》的立法目的在于维护合法有序的竞争秩序，而维护竞争秩序的基本要求在于使每个经营者合法的经营以及经营利益在竞争环境下不受损害。”²²显然，维护合法经营活动不是反不正当竞争法追求的目标，经营者的正常经营活动不断遭受竞争性损害恰是竞争的常态，“损人利己”经常是“竞争特权”的合法范围，而如果将其表达为不受不正当竞争的侵害或者不受非法侵害，才符合反不正当竞争法在例外的情况下制止特定损害性竞争行为的本意。换言之，法律只是在例外的情况下禁止“不正当”的损害。该判决还指出：“本院这一认定并非意味着合一公司的经营活动以及其所采用的免费视频加广告这一商业模式不得受到任何冲击或影响，本院要强调的仅仅是合一公司的经营活动及其商业模式是否变化以及如何变化不应受制于其他经营者的破坏行为。无论合一公司采用何种商业模式，只要采用这一经营模式的经营行为未违反法律规定及诚实信用原则，均应受到《反不正当

¹⁹ 商人受“一只看不见的手”指引，去“促进与其本意无关的目标”。正是通过对其自我利益的追求，个人会促进社会之福利。参见[德]森图姆《看不见的手——经济思想古今谈》，冯炳昆译，商务印书馆2016年版，第7页。

²⁰ 同注¹⁹，第10页。

²¹ 国务院法制办公室于2016年2月25日公布。所谓相对优势地位是指在具体交易过程中，交易一方在资金、技术、市场准入、销售渠道、原材料采购等方面处于优势地位，交易相对方对该经营者具有依赖性，难以转向其他经营者。

²² 同注¹⁹。

竞争法》保护，任何经营者均无权对该经营活动进行破坏。”“在良性有序的市场竞争中，经营者对其经营活动及商业模式的改变或改善，可以来源于其他经营者经营活动的‘影响’，但不应来源于其他经营者的‘破坏行为’。所谓影响，是指其他经营者通过发展并改善自己的经营活动从而客观上对于该经营者的经营活动产生影响。”²³在此“破坏”是一种否定性判断，而“影响”性损害是正当的，但因对于“影响”有专门界定，且限于狭窄的特殊情形，这就颠倒了竞争性损害原则上正当而例外的情况下不正当的关系，使正当性损害限于对于他人仅有客观性影响的情形。这显然不符合竞争性损害乃是常态的实际。对于竞争性损害和竞争利益保护的认识偏差，很可能导致不正当竞争行为认定的扩大化。因此，竞争行为正当性判断范式必须回到法益中性上来，重在行为本身的正当性判断。

（二）损害中性源于竞争属性

损害中性或者损害观根本上源于市场竞争的本质属性。市场竞争首先是一种通过追求自利而实现公益的机制。这是一种自利与公益的对立统一。市场竞争的根本机理是实现私人利益与公众利益的和谐统一。在一个良好运行的市场机制中，“看不见的手”可以引导市场主体通过对于私人利益的追求，最终增进公共福利。这就构成了市场的一个具有内在逻辑的体系。市场经济是一部复杂而精良的机器，它通过价格和市场体系来协调个人和企业的各种经济活动。²⁴在市场经济中，正是这种私人利益与公众利益的特殊协调机制，使得对于私人利益的追求最终会促进公众利益，形成了特殊的市场激励机制和市场运行的内在逻辑。

竞争的秩序原理是“混乱”之中的秩序。市场经济有其独特的秩序观念。按照斯密的观点，“在混乱的背后确实存在着秩序。”²⁵而且，市场经济下的“经济效率”是指“在不损害其他经济福利的前提下，已无法再增进某个人的经济福利。”²⁶市场经济条件下的“损人利己”恰恰是其本质逻辑。市场经济的“统治者”有两个，即偏好和技术。一个基本的决定因素是“消费者偏好”，即“消费者根据自己先天或后天的偏好（并以其货币选票加以表达）解决社会资源的最终用途，也即在生产可能性边界上的各个点之间进行选择。”²⁷允许最大限度地追求私益，正是激励之所在。虽然是追求私益，但可以增强竞争强度，促进商业模式的改变和技术创新，实现消费者福利最大化，以此实现公众利益。这恰恰是市场机制的正常运行原理。为追求私益而“损人利己”是常态，如果动辄将此类“损害”或者“干扰”当作不正当竞争遏制，必然不利于促进市场竞争。因此，如前述“猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案”二审判决的说法并不符合“损人利己”的竞争属性，实际上，对他人正常的经营活动进行竞争性破坏是市场竞争的常态，竞争性破坏的对象就是他人的“合法经营活动”。竞争的“损人利己”性，使得对于他人经营活动的破坏必定呈现“随意”性。如果“随意破坏”都成为不正当竞争，则市场竞争将寸步难行，或者说市场上将遍布不正当竞争。正是原则上允许“随意破坏”的存在，才使得破坏性成为市场竞争的压力和动力，使市场充满了革新和超越，也使得市场竞争变化莫测。而且，受损害的经营活动的合法性，并不是判断破坏行为违法性的根本依据，充其量只是一个因素。

²³ 同注④。

²⁴ “它也是一部传递信息的机器，能将数十亿各不相同的个人的知识和活动汇集在一起。在没有集中的智慧或计算的情况下，它能解决涉及到亿万万个未知变量或相关关系的生产和分配的问题，对此连当今最快的超级计算机也都望尘莫及。并没有人去刻意地加以管理，但市场却一直相当成功地运行着。”[美] 保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯《萨缪尔森谈效率、公平与混合经济》，萧琛主译，商务印书馆2012年版，第68页。

²⁵ 同注⑨。

²⁶ 同注⑤，第77页。

²⁷ 同注⑤，第73页。

市场竞争具有创造性破坏的属性。自由竞争是一种以市场需求为导向、受“看不见的手”指引、奉行优胜劣汰和适者生存法则的动态竞争，是一种创造性破坏过程。市场经济越发达，这种创造性破坏越激烈。以当前我国反不正当竞争中常见的商业模式保护（尤其是互联网行业）为例，法律没有将商业模式纳入知识产权的专门保护，²⁸就是要将其留在自由竞争的领域，让优胜劣汰的市场机制决定其命运。特定的商业模式产生以后，它并不是静态地受法律保护，等待自生自灭和寿终正寝，而是要受动态竞争的考验，需要接受即便“我不犯人”而人照样可以犯我的动态市场竞争，其间必然会在干扰与反干扰、破坏与反破坏中毁灭、创新或者重生，经济和科技由此而得到增长和发展。这是市场机制生生不息的源泉。市场竞争的另一种写照是，“竞争总是对强者有利，因为它使经济活动变得如同战斗一样”。²⁹创造性破坏使市场真正成为一个多元化和充满张力的生态系统，在竞争中形成相互制衡的动态平衡结构，让市场处于平衡和可持续的状态中。因此，前述“猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案”一审判决有所谓“商业模式的优劣理应由市场选择决定，而非由其他经营者以破坏性手段，采取‘丛林法则竞争方式进行评判’”³⁰的说法，并不准确。因为，“破坏”常常是一种优胜劣汰的选择方式，如果过滤视频广告行为只是影响网络视频服务经营者部分利益，并不能对其产生根本性影响，允许其“相生相克”式的共存，往往更利于推动技术和商业模式的创新。

这些属性构造了生机勃勃和活力四射的市场经济画面，塑造了市场竞争和市场机制的基本性格。如果不正当竞争的判断标准不符合市场竞争的属性，必然导致对于市场竞争的不适当干预，尤其是过多干预，因而会损害健康的竞争机制。

三、法益损害中性的法益观

法益观的基点是法益中性。它是指侵害合法或者不违法（不为法律所禁止）的法益并不必然具有不正当性，也即仅从法益损害本身尚不足以推定行为的不正当性。这是不正当竞争与以特定权利（绝对权或者专有权）为侵害对象的侵权损害的根本性差异。³¹损害中性与法益中性显然是一个事物的两个方面，且具有互为因果的关系。³²

（一）正当性判断并非立足于可诉的“法益”

反不正当竞争中的“法益”中性本质上是不以保护特别法益（或者说商业资产）为出发点和立足点，它甚至对一些法益或者事实上的利益说不上保护还是不保护，只要这些法益并非非法即可。换言之，如果主张保护的法益不正当或者非法，通常会导致不构成不正当竞争，但正当的法益也并不像其他专有权（绝对权）那样受积极保护。这是不正当竞争与一般侵权行为（侵害绝对权行为）的重要区别所在。反不正当竞争法立足于竞争行为的正当性，而不是立足于静态的法益。例

²⁸ 有些国家以商业方法专利保护某些商业模式，但这也是有限的和有期限的保护。

²⁹ [比]保罗·纽尔《竞争与法律》，刘利译，法律出版社2004年版，第130页。

³⁰ 同注⑤。

³¹ 侵权法上以权利之外的“利益”为损害对象的行为，其“利益”也是特定的，“利益”仍是判断的基点，只是其侵权构成的法律要求通常更高一些。这与反不正当竞争法上的竞争利益并不相同。

³² 我国已有人开始注意类似的问题。例如，有的学者从浏览器的“免费视频+广告”的商业模式上探讨，认为商业模式不是一种法律应强制保护的权益，其总是会在不断演进过程中，不应刻意保护，若非要通过法律手段来强制保护，会导致社会很难进步。窦新颖“浏览器拦截或快进广告侵权吗”，载《中国知识产权报》2014年3月28日。“在正常的市场竞争中，除去受知识产权保护商业模式外，企业并不负有尊重他人的商业模式、维护其他经营者的利益的义务，这正是市场经济竞争法则的体现。”张广良“具有广告过滤功能浏览器开发者的竞争法责任解析”，《知识产权》2014年第1期，第10页。

如，一些裁判将商业机会和商业模式作为受保护的合法权益，实际上这种做法有些简单化。^③ 因为如果将商业机会和商业模式作为合法权益，继而主要以该法益受到侵害而认定其构成不正当竞争，这实际上无异于将保护基点放在了该法益上，使其成为财产或者“准财产”，而在反不正当竞争法上这些法益通常无所谓保护和不保护，也即法益保护不是立足点。这是与一般侵权法中权利保护的差别。如果存在像物权或者知识产权那样的权利，他人擅自介入其权利范围即构成侵权，也即此类权利具有边界上的排斥力，甚至适用排除妨碍、停止侵权等责任方式并不以行为人的主观状态为依据。商业机会或者商业模式之类的法益只是中性的竞争载体或者工具，不具有合法权益属性。《反不正当竞争法》第2条第2款虽然有“损害其他经营者合法权益”的规定，该措辞更多是一种习惯性表达，不妨碍按照反不正当竞争法的特性对其损害属性的探讨和理论上的精确界定。

例如，由于竞争是争夺交易机会的活动，法益损害最典型和最突出的体现是待商业机会的保护态度。如最高人民法院在“马达庆案”裁定中指出：“在反不正当竞争法上，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。商业机会虽然作为一种可以受到反不正当竞争法所保护的法益，但本身并非一种法定权利，而且交易的达成并非完全取决于单方意愿而需要交易双方的合意，因此他人可以自由参与竞争来争夺交易机会。竞争对手之间彼此进行商业机会的争夺是竞争的常态，也是市场竞争所鼓励和提倡的。对于同一交易机会而言，竞争对手间一方有所得另一方即有所失。利益受损方要获得民事救济，还必须证明竞争对手的行为具有不正当性。只有竞争对手在争夺商业机会时不遵循诚实信用的原则，违反公认的商业道德，通过不正当的手段攫取他人可以合理预期获得的商业机会，才为反不正当竞争法所禁止。”^④ 显然，商业机会不同于一般意义上的合法权益。它本质上是中性的，即无所谓保护与不保护，不具有专有性和排他性。

笔者之所以强调反不正当竞争法上的利益可以仅为正当的竞争利益，而不必是侵权法意义上的特定合法权益或者可诉的法益，首先为了强调竞争损害涉及“竞争特权”，损害是常态，不正当竞争的构成不以损害特定私益为根本性要件，其判断思路与一般侵权行为有根本区别。其次是为了防止将其保护的法益“资产”化或者类似知识产权的专有权化，防止知识产权范围的不适当扩张而妨碍竞争自由。因为，如果认定其为合法权益且具有可诉性，就使其成为可诉的商业资产，类似于其他知识产权，这显然与其作为竞争对象的属性相悖，不符合反不正当竞争保护的本意。而且，实践中本来就有以权利（特别是知识产权）保护的思维模式处理不正当竞争的倾向，甚至仅以或者主要以权益受损而推定行为的不正当性，因此强调此类竞争利益与可诉的合法权益的区别，也可以从观念上将不正当竞争与一般侵权行为区别开来，使其回归不正当竞争重在认定竞争行为正当性的轨道。显然，这种利益属性的界定是一个基础性问题，从法理和观念上将其归结为中性的或者一般性的“正当的竞争利益”，具有重要的范式价值。

（二）行为特性是正当性判断的基点

在反不正当竞争保护中，法益受损害问题往往不是一个重要和突出的问题。这是因为，竞争本来就是以损害他人利益为常态，但损害的法益是中性的，即仅损害本身尚不足以作构成违法或者不正当行为的推定。不正当竞争行为的违法性恰恰在于行为本身的违法性，而不在于或者主要不在于

^③ 我国司法实践习惯于从保护法益的角度认定。如奇虎公司与腾讯公司“3Q大战”不正当竞争案中，最高人民法院判决指出，本案中被上诉人的“免费平台与广告或增值服务相结合的商业模式”并不违反反不正当竞争法的原则精神和禁止性规定，被上诉人以此谋求商业利益的行为应受保护，他人不得以不正当干扰方式损害其正当权益。参见最高人民法院（2013）民三终字第5号民事判决书。当然，该判决的基点仍是“不正当干扰方式损害”。再如，“无论合一公司采用何种商业模式，只要采用这一经营模式的经营行为未违反法律规定及诚实信用原则，均应受到《反不正当竞争法》保护，任何经营者均无权对该经营活动进行破坏。”同注④。

^④ 最高人民法院（2009）民申字第1065号民事裁定书。

法益的受损害。这一点，在“马达庆案”中得到了反映。实践中，将合法权益受损害作为不正当竞争的要件之一，是沿袭了《反不正当竞争法》第2条第2款的规范用语，从理论上说过于狭窄，且容易落入一般侵权行为的判断思路。实际上，看待问题的角度可以转化一下，如从竞争利益的正当性角度来看，只要求经营者存在正当的竞争利益（如商业机会）即可，这种利益本身不足以使其成为侵权的损害对象和主张权利的充分依据，也即竞争利益本身不具有可诉性（可救济性），但可以作为不正当竞争行为的判断因素，与其他因素组合起来作为判断不正当性的依据。或者从反面理解，如果经营者不存在正当的竞争利益，就没有必要给予反不正当竞争保护。易言之，凡竞争皆有损害，不论是正当竞争还是不正当竞争均是如此，仅有损害并不构成不正当竞争，但不正当竞争必须首先有损害，无损害必然无不正当竞争。不正当竞争行为的损害对象可能是特定法益（如商业秘密），也可能是一般性竞争利益（如虚假宣传）。

例如，德国反不正当竞争法奉行模仿自由原则，在没有知识产权保护的情况下，模仿原则上是自由的，仅在特殊情况下构成不正当竞争。该法特别规定了构成不正当竞争的三种模仿情形。即便是这些行为，法律所保护的并非模仿对象，而是因为模仿行为不公平而予以制止。该法旨在管制市场行为，起决定作用的是行为即产品被模仿的方式而不是该产品。反不正当竞争法保护消费者和诚实经营者不受不公平市场行为的损害，而不是立足于产品本身的保护。^⑤这就决定不正当竞争与侵权行为在判断标准和方式上的不同。

综上，法益损害中性意味着，认定不正当竞争采取的是“行为正当主义”，而不是“权益保护主义”。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（如商业模式）进行判断是不够的，必须具有其他不正当性，这些不正当性在判断中甚至有更高的权重。例如，竞争行为是否具有中立性，如对于竞争对手一视同仁还是具有刻意损害特定竞争者的选择性；^⑥是否对于正常的商业模式等经营活动产生导致利益明显失衡的根本性冲突，还是仅仅增加了选择的多样性；是否另有实质性非侵权意义（用途），等等。仅仅考量是否损害特定权益以及行为人主观状态，充其量只是判断知识产权侵权行为的思路，即确定权利范围及判断被诉行为是否落入权利范围的方式，而不完全是竞争法的裁判思路。总之，竞争法更注重判断行为本身的正当性，且根据竞争原则判断竞争行为的正当性，权益是否受保护充其量只是考量因素之一，而不是判断的基准。

四、行为规制范式与权衡性利益衡量路径

反不正当竞争法是行为规制法，采取行为规制范式，加之竞争行为变动不居，致使认定不正当竞争在很大程度上取决于具体的利益衡量。这是反不正当竞争法的固有属性所决定的。

（一）判断不正当竞争行为的利益衡量特性

首先，竞争行为正当性判断具有与生俱来的利益权衡属性。19世纪以来的竞争立法史始终伴随着一个矛盾的态度，即人们认识到竞争的好处时才开始认为有必要保护竞争，但竞争的坏处又需要

^⑤ See Rogier W. de Very, *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 179-180, 192-193.

^⑥ 如在“搜狗诉奇虎阻碍浏览器安装设置不正当竞争纠纷案”中，奇虎公司的360安全卫士软件对搜狗浏览器在安装、设置默认浏览过程中进行弹窗提示和直接干预，使用“木马防火墙提醒您-风险”“威胁”“快速清除残余木马”等虚假描述提示等，但对待不同企业的浏览器产品未做到一视同仁，对360浏览器和IE浏览器的相关安装和设置不作任何提示。法院认定此类行为构成不正当竞争。参见北京市高级人民法院4月13日发布的“2015年度北京市法院知识产权司法保护十大创新性案例”之案例一。

管制。例如，欧洲是反不正当竞争法的发源地，在19世纪初的欧洲，竞争并未得到普遍承认，它充其量只是少数人头脑中的一个模糊观念。“19世纪赋予它形式和轮廓。在这个世纪，欧洲人逐渐理解了它是什么，并习惯于把它作为一个独特的过程进行讨论和思考。人口中相当多的一部分人逐渐从个人通过经济活动追求私利的决定中看到了一个过程，它有着大体上可以预期的范围和后果。这满足了使保护竞争的一般性法律体制得以出现的一条要求。”“在19世纪中期的二三十年里，另一项要求也得到了满足。竞争过程的巨大潜力在这个时期得到了确证。‘竞争已经产生了效率；经验已经证明了它的威力。它能产生不同寻常的财富！’”“但是，19世纪的竞争经验是矛盾的。在最后几十年里，竞争暴露出它是多么不可靠，以及它会造成什么损害。它的创造财富的能力似乎变幻无常，只在令人捉摸不透的环境下发挥作用。此外，给少数人创造的繁荣，似乎必须以巨大的、迅速增加的人口的困苦作为代价。难怪那些感受到这种伤害的人要控制这个制造伤害的过程。”“这导致了一种对竞争的进退两难的态度。从某些方面看，它的好处居多，它所显示的繁荣前景甚至使它如上帝一般。从另一些角度看，它是魔鬼的化身。某些经验和价值似乎要求对它加以保护，另一些经验和价值则要求对它进行管制。如何看待竞争，取决于人们看到的是什么，以及他们带着什么样的经验和观念。”^{②7} 竞争的这种矛盾的交汇点是物极必反的那个区域，即竞争是自由的，竞争自由受法律保护，但过犹不及，负面效果大于正面效果的过度竞争行为必然会破坏竞争机制，法律需要管控此类自由竞争行为。竞争的这种好坏交织的矛盾性，决定了必须通过利益衡量的方式对其是否达到过犹不及的程度进行判断。^{②8} 法律类型化地明确规定的不正当竞争行为都是自身违法的行为，依据一般条款认定的行为尤其必须进行利益衡量以决定其正当性。因此，竞争的属性决定了其天然地具有利益衡量的特性。

其次，行为规制模式导致了判断标准的不确定性。就法律的保护对象而言，权益（绝对权）保护模式具有法律适用上的确定性，而行为规制模式具有内在的不确定性，这种不确定性同样与生俱来，构成其法律特质和调整特色。例如，“法律一般是保护权利的：法律系统确定权利是否受到侵害以及侵害的程度，然后尽力阻止这种侵害或使受害人得到补偿。而保护一种过程是个相当含糊的目标。是什么东西侵害了这个过程？法律系统为消除或减少这种侵害能够做些什么？”^{②9} 制止不正当竞争具有“保护一种过程”或者一种机制（市场竞争机制）的属性。尤其是，依据一般条款认定竞争行为的正当性，本质上属于行为规制模式而不是权益保护模式，其天然地具有内在不确定性。^{③0} 如果简单地按照权益保护模式衡量，则与不正当竞争行为判断属性相悖，也即可能背离反不正当竞争法保护竞争（机制）的目标。

再次，法律调整方式的独特性与行为判断的不确定性。反不正当竞争法的语言具有概括性和描述性，且各类行为之间的逻辑关系不紧密。这是该法的显著特征，而且从其诞生时就存在这种问题。这是该法调整对象和调整需求特殊性的产物。例如，“运用法律保护竞争的观念，也面临着一些概念上的障碍。如我们所知，竞争的概念在19世纪中期以前一直身份暧昧，因此人们不易理解要用法律保护那种只有朦胧感觉和知之甚少的事情。考虑到当时人们对法律语言的预期，这一点尤为真切。在德国‘法律科学的影响下，世纪末的欧洲法律思想习惯于要求高度的概念精确，对一般

^{②7} 同注⑨，第48-49页。

^{②8} 按照习惯说法，反垄断法维护竞争自由而反不正当竞争法维护竞争公平。但是，反不正当竞争法本质上也是为了维护竞争自由。

^{②9} 同注⑨，第15页。

^{③0} 一些类型化的不正当竞争行为，如仿冒行为和侵害商业秘密行为，已逐渐接近于权益保护，具有较大程度的确定性。但与已经类型化的权利及其保护相比，仍具有不确定性。

性法律就更是如此。概念不但要精确，还要遵照演绎逻辑原则形成一个体系。保护竞争的法律不可能符合这些要求——这种观念太新颖了。它的用语不可能做到概念精确，至少无法做到私法中那样的精确，因为它不能依靠私法所享有的数十年乃至数百年的分析。”^① 尽管后来的发展完善不断使反不正当竞争法的用语和判断标准清晰化，但对于尤其是法律没有列举的依照一般条款认定的行为，仍更多靠利益衡量确定。这本身使其确定性和可预见性天然地相对较差。

我国法院为克服适用反不正当竞争法一般条款的不确定性，进行了一系列探索，“非公益不干扰”之类的具体标准显然都是司法所探索的操作性路径。这些具体的操作理念和方式固然便利了法律适用，但如果把具体而复杂的利益衡量简单化，就可能误导法律的适用。因此，这些标准都需要接受具体利益衡量的检验，且不能代替具体的利益衡量。

（二）美、德类似裁判分析

我国法院将“非公益不干扰”原则典型地适用于互联网领域的广告屏蔽案，其他一些具体规则也多是提出于互联网领域的案件。在此我们可以通过与国外类似判例的比较，清晰和直观地展现不正当竞争判断范式上的差异和特色。

在美国法院裁判的一些广告屏蔽案件中，裁判是否构成不正当竞争时着重考虑的要素是消费者利益，美国法院表达了支持广告屏蔽工具开发者的司法裁判态度。如2012年11月，美国加州法院驳回了Fox禁止卫星运营商Dish Network销售拦截广告的视频录制设备Hopper的请求。^② 在2009年的Zango, Inc. v. Kaspersky Lab, Inc.一案中，^③ Zango公司是一个在线提供视频、游戏等服务的网络媒体公司，网络用户需要先同意观看网站上的广告，才能获得浏览其网站内容的权利。被告Kaspersky公司销售帮助过滤、阻止潜在的恶意软件的产品。Zango公司对软件经销商Kaspersky公司提起诉讼，称Kaspersky公司不正当地阻止了Zango公司的软件。Kaspersky公司辩称其受《通信规范法》230(c)(2)(B)保护而不负法律责任，因为其是阻止和屏蔽恶意软件的“好撒玛利亚人”。华盛顿西区联邦地区法院作出了有利于被告Kaspersky公司的判决，认为Kaspersky公司是“交互式计算机服务”的提供商，有权就通过技术手段来限制访问令人反感的材料或软件所采取的行为享有豁免权，这是符合《通信规范法》的相关规定的。Zango公司提起上诉，认为《通信规范法》第230条的规定并非旨在使商业侵权行为得到豁免。美国第九巡回区联邦上诉法院维持了一审法院的判决，认为Kaspersky公司可以根据1996年的《通信规范法》的避风港条款获得豁免，《通信规范法》第230条规定的豁免权可以包括商业侵权行为。

德国最高法院于2004年对“电视精灵案”^④所做的判决，被认为是涉及广告拦截软件经营不正当竞争诉讼的经典判例。原告的电视台以在其播放的电视节目中投放广告为盈利方式。被告生产和销售被称为“电视精灵”的一种控制装置，可以安装在电视或录像机上，具有广告屏蔽功能。被告的装置可以由用户设置，把正在播放的节目中插播的广告自动弹出。为了实现屏蔽广告的目的，被告会通过该控制装置在选定的节目广告播放时间内向电视机或录像机发出指令信号，直接转到不插播广告的节目，并在广告时间结束时转回原频道。原告认为被告的行为构成不正当竞争，请求被告停止该装置的经营和使用，停止推广拦截广告的服务。德国最高法院认为被告的行为不构成竞争阻碍。它首先不构成对产品的阻碍。本案中被告提供的装置并没有破坏原告的节目，只是在出现插播广告时自动转台，并未对原告造成直接影响，也不存在间接影响。被告的行为同样不构成对竞争者广告营销的阻碍。另

^① 同注⑨，第47页。

^② 参见董慧娟、周杰“对浏览器过滤视频广告功能构成不正当竞争的质疑”，《电子知识产权》2014年第12期，第56页。

^③ See Zango, Inc. v. Kaspersky Lab, Inc., 568 F.3d 1169 (9th Cir. 2009).

^④ See BGH, Urteil v. 24.06.2004, Az. I ZR 26/02 [联邦德国最高法院(BGH)判决书(1ZR26/02)2004年6月24日].

外,被告的行为不具有不正当性。德国最高法院终审认定,被告提供具有广告拦截功能的控制装置的行为及其发射指令信号以实现广告拦截的行为,均不构成不正当阻碍竞争行为和一般市场阻碍。

德国汉堡州法院第16民事庭于2015年4月21日判决的一起关于带有付费白名单的广告屏蔽案(以下简称“白名单案”),是互联网领域的此类典型案例。^⑤在该案中,原告《时代周报》与《商报》的运营模式是在其网站上提供免费新闻,而通过其网页上的广告模块盈利。被告无偿为网络用户提供屏蔽广告的软件,该软件可以安装在网络用户的特定浏览器中,网络用户则可以自行选择是否屏蔽广告。被告的软件可以屏蔽原告网站中的促销广告,但进入“可接受广告”的名单(“白名单”)中就可以不被屏蔽,只是需要交费。原告诉称,由于被告的广告屏蔽软件的广泛应用,原告在广告营销市场遭受了巨大损失,同时导致其制作新闻内容所必需的资金周转紧张。而原告之所以能够受到广告商家的资金支持,是因为他们能够提供高质量的新闻,若周转资金紧张将影响新闻版块的制作。通过对网页上的广告的限制,被告迫使原告花钱进入他们的“白名单”之中。这是一种法律禁止的行为,因为它唯一的交易动机是盈利,而不是基于诸如公共利益之类的其他合法目的。原告请求判决被告承担责任。德国汉堡州法院认为被告的行为未违反《反不正当竞争法》的规定,不构成不正当竞争,判决驳回诉讼请求。首先,被告未违反行为人有目的地妨碍竞争者的规定。不正当竞争法意义上的妨碍行为,是指阻碍竞争对手的发展与排挤竞争对手,或者说,相关干扰行为导致受损的竞争对手已经无法通过自身的努力,以适宜的方式在市场上提供服务。带有白名单功能的广告屏蔽软件的提出,是被告建立销售市场的前提。这就是说,任何一家企业,都会因此产生收入。因此,原告的销量受损是此事的伴随现象,这是纯粹的正常竞争,不能因此证明存在不公平竞争。另外,也没有其他的证据证明,被告的软件对原告的妨碍是有目的性的。其次,被告未违反妨碍商业行为的规定。被告没有显著妨碍原告自主决定权。显著妨碍的前提是,被告施加的压力如此巨大,以至于使原告无法避开此压制,被压迫得无法生存。本案中被告的强度并没有达到这个地步。再次,被告不存在不正当的市场干扰。

上述国外有关拦截广告的判例与我国有关互联网广告屏蔽案例所涉事实和法律问题基本相同或者类似,但是考量的角度、方法和裁判结果明显不同。从美国和德国的判例和司法态度看,其判断互联网广告拦截软件的经营行为是否构成不正当竞争,更为关注消费者自主选择决定权或者消费体验,以及更加注重比较各方利弊得失的实质性利益平衡。归根结底它们更关注以市场机制调节竞争行为,司法采取了谨慎介入的态度。这是更多体现效率的竞争观念。例如,德国法院的态度很明显,就是尽量在鼓励网络技术创新、保护消费者利益和维护竞争者利益上取得平衡。其中,就鼓励技术创新的公共利益而言,考量了争议技术产品本身的技术中立性及该新技术产品的经营者尝试和探索新的经营模式的空间和机会;对消费者利益的保护则重点考量消费者自主的决定权是否受到影响;对竞争者的利益保护则以竞争者的生存不受威胁为底线。

归结起来,美国和德国更多考虑竞争的动态性,以市场和效率的标准衡量竞争者之间的“干扰”性竞争行为,采取了宽容和宽松的态度。^⑥相比之下,我国目前有关屏蔽广告的典型判例多体

^⑤ 416 HKO 159/14.

^⑥ 这种态度与大的制度背景有关。就反不正当竞争而言,英美国家有崇尚竞争自由的传统,信奉自由能够带来效率。欧陆国家反不正当竞争法则有由以“公平”取向的强化管制到以效率取向的“自由化”的转变过程。例如,德国反不正当竞争法历来重视国家干预和管制竞争行为的思想,1994年之前的历次法律修订无不体现国家干预市场竞争、强化管制竞争者行为的精神。1994年修法是一个重要转折点,自此由此前的“管制性”修订转变为反不正当竞争法的“解除管制”或者“自由化”,即放松对竞争者行为的限制,将竞争者以前所享有的竞争自由重新返还。2004年德国颁布全面修改的反不正当竞争法进一步巩固“自由化”目标和推进“自由化”运动。该法对以前法律的修改也体现了尽量放宽对竞争行为进行管制的理念。参见邵建东《德国反不正当竞争法研究》,中国人民大学出版社2001年版,第13-14页;范长军《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,第13页。

现了静态的竞争观念及效率之外的公平考虑，管制色彩比较突出，对于效率问题重视不够。

（三）中外不正当竞争判断范式比较

1. 裁判理念：更多宽容与更多管制

前述中外裁判的基本理念、基本态度和方式有着重大差异，即美、德法院有更强的市场意识，更加重视市场的作用，对竞争行为更为宽容；我国裁判对市场行为具有更多的干预和管制意识，有强烈的“家长”式情怀。

例如，德国法院具有强烈的“市场的归市场”和“技术的归技术”的理念，尤其强调竞争者自身的应对和自救能力。如“电视精灵案”中法院认为，“传媒企业也必须接受市场的挑战，而市场的生命力就在于商业活动自由和创新。根据本院依法作出的认定，可以期待原告完全可以通过与广告经营者一起努力激发并维持观众对广告节目的兴趣，或者主动采取技术革新来解决广告屏蔽的问题。至于到目前为止是否存在这样的技术手段以帮助原告避免被告产品对其经营活动造成的生存威胁和影响与本案的法律问题认定无关”。^{④7}“白名单案”中法院认为，“原告仍可通过其他适当的方式在市场上获得经济效益，例如，技术上的改变、对广告屏蔽软件用户作相应提示，或者通过不再免费提供新闻等方法来应对。如果这样，原告因被告的广告屏蔽软件而导致的在广告市场处于劣势地位的状况将不再那么明显”。“被告的产品，仅仅是使那些通过某些特定的技术手段加载出来的广告不被读者看到。原告要靠自己的能力去说服读者，让他们有理由关闭广告拦截软件”。“原告除了加入白名单之外还有各式各样的方式来解决此问题。原告有这样的自由，对于屏蔽了广告的用户，拒绝他们进入网页，或者至少提出要求，让他们将屏蔽软件关闭；或者原告可以做出技术上的改进以防止广告被屏蔽。同样需要被考虑的是，在线广告只是在线新闻行业多个融资模式中的一个，因此，原告也可以开辟另一种模式，他们可以选择对自己有利的情况。可能是加入被告的白名单，但这不是必需的。如果这样真实的选择自由仍然存在，那么就不会有显著的对决定权的妨碍。”^{④8}尤其是，在“白名单案”中，面对原告的“免费新闻+盈利性广告”与被告的“免费屏蔽广告软件+收费的白名单”商业模式，德国法院判决并未厚此薄彼，未将被告通过后者建立销售市场和损人利己的行为认定为不正当竞争。而且，将构成不正当竞争的“损人利己”界限划在是否导致竞争对手无法生存上，如“被告的行为对原告广告收入的影响并非无足轻重，但尚不危及其生存”（“电视精灵案”），以及是否达到“施加的压力如此巨大，以至于使原告无法避开此压制，被压迫的无法生存。”这些判决在判断正当性时很看重被告是否具有市场和技术的应对能力及出路。这种“损害”界限和评断标准显然会增强市场竞争的对抗性，提升市场竞争的张力、韧性和强度，并以发展的眼光对待竞争问题，旨在让市场和技术去解决竞争中的冲突，避免动辄构成不正当竞争，显然有利于商业创新和技术进步。

美国法院同样持宽松态度。在美国屏蔽广告早已引起关注，当初为应对大量在线广告传输导致的浏览器速度过慢问题，1999年就出现了屏蔽广告软件。该软件诞生后即备受争议，法院有关判例虽少，但在为数不多的判决中，法院更倾向于将技术和竞争问题先交给市场去解决，而并不轻易判决构成侵权。事实上，此类司法态度收到了良好效果。YouTube网页广告模式的成功转型就是著例。美国已将是否屏蔽广告的选择权交给用户。YouTube于2010年推出“True View”服务。用户可以选择是否跳过广告，或者选择在视频特定位置观看某广告。YouTube充分考虑了用户体验，由用户选择广告呈现的方式，并人性化地设置视频内嵌广告，时长不超过15秒；时长达到60秒的广

^{④7} 同注④4。

^{④8} 同注④5。

告,用户可在5秒后选择快进。YouTube根据用户体验改变商业模式,实现了用户体验、版权保护、广告商收益和自身盈利之间的良好平衡。^④这种网页广告模式的成功转型是竞争自由和市场机制作用的结果,即经营者在谋求自利的同时实现了公益。

我国的相关判决更多着眼于原告既有商业模式受到的静态损害,据此认定被告行为的不正当性,缺乏对于技术和市场的相关因素进行全方位的深入分析和评估,在利益衡量上线条单一,更易于使新出现的市场竞争行为动辄得咎,对于市场竞争的宽容度较低,具有明显的“干预”市场的“家长”式情怀。这种态度不利于培育市场理念和市场机制。

2. 总体裁判思路:保护静态法益与综合性利益考量

前述我国几个典型的互联网屏蔽广告案的基本裁判思路是先论述原被告之间有竞争关系,然后论述“免费观看+广告”商业模式的合法性(或者经营活动受保护)、侵害行为(对原告经营模式的破坏行为以及从中获利)以及过错(故意)。这基本上是一种一般侵权行为的判断思路。例如,在“猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案”中,二审判决认定,“金山网络公司及金山安全公司对被诉猎豹浏览器的开发及提供行为与该过滤后果具有直接关联关系,这一行为客观上造成了破坏合一公司正常经营活动的后果”;“金山网络公司与金山安全公司主观上亦有破坏合一公司正当经营活动的故意”;“在结合考虑金山网络公司与金山安全公司的主观故意,以及被诉猎豹浏览器开发及提供行为所带来的客观后果的情况下”,“金山网络公司与金山安全公司开发并提供被诉猎豹浏览器的行为构成对合一公司经营活动的破坏。”^⑤该法院裁判的思路是,合一公司有受保护的法益、金山公司实施了侵害行为并有主观故意,据此认定构成不正当竞争,这显然更接近于一般侵权行为的判断思路。

德国上述判例首先并未将原告的商业模式作为保护对象,而从多个角度进行利益平衡,据此进行正当性裁判,且着重考虑了技术创新因素。^⑥例如,在“电视精灵案”中,德国最高法院认为,“由于任何竞争都会对其他竞争者产生影响,要认定某个单独的竞争行为应予禁止,必须考虑多方面因素,并对个案进行综合考量,权衡竞争者、消费者、其他市场竞争者的利益。基于对上述利益的综合考量,被告的利益更值得保护,因为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。然而,被告企业如果被禁止生产和销售广告屏蔽装置,会遭受危及生存的损害,广告屏蔽本身是其商业创新和具有商业效果的核心。”^⑦可见,竞争各方的利益是相对的,决定竞争行为正当性的关键是比较利益,而不是静态地保护原告的利益。“白名单案”判决同样认为,“需要对每个案件的情况进行全面评估,并考虑到竞争者、消费者和其他市场参与者的利益”。^⑧显然,这些理由都充满了市场精神和动态的竞争观。这明显是认定不构成不正当竞争的实质性理由,至于其他理由都是附属的和次要的。

我国有关裁判过于强调正当商业模式(如“免费观看加广告”)的受保护性,近乎将其上升为“商业资产”的专有权,在此视角下,竞争行为正当性的认定天然地有利于主张正当商业模式的一方,而更易于将他人的“干扰”行为认定为不正当破坏,从而淡化了从动态竞争的视角考量行为正

^④ 参见黄武双、刘健臣“中美屏蔽网页广告行为法律规制比较”,《竞争政策研究》2015年7月,第45页。

^⑤ 同注④。

^⑥ 制止不正当竞争之初,德国曾经将制止不正当竞争作为侵权法问题,但德国法院不愿意遵从以侵权法一般条款调整这种新型经济现象的法国模式,并由此而引发理论上的争论,德国立法者遂采取单独立法的方式解决该问题。这就是1886年德国反不正当竞争法的由来。后来反不正当竞争法又被归入经济法之中。这或许是德国不按侵权法思路裁判不正当竞争的法律渊源。即便是在侵权法一般条款基础上发展起来的法国反不正当竞争法(实际上是案例法),其不正当竞争也不同于以特定私权为损害对象的一般侵权行为,反不正当竞争法被认为是一个独立的法律分支。See *International Handbook on Unfair Competition*, edited by Frauke Henning-Bodewig, Munich: C. H. Beck, Oxford: Hart, Baden-Baden: Nomos, 2013, pp. 210, 232.

^⑦ 同注④。

^⑧ 同注④。

当性。换言之，不正当性的认定更多是基于受保护的法益（商业模式等）遭受侵害而进行的推论，而不是着重于对竞争行为“利”与“弊”及“损”与“益”的对比衡量。由于放大了法益保护的功能，且采取侵权模式，对于行为正当性进行的考量不充分，致使构成不正当竞争行为的门槛降低，使不正当竞争的范围扩大化。认定不正当竞争行为，尤其是依据一般条款进行认定，显然不能采用保护静态权益的一般侵权行为的判断思路，而应当多方位和动态性考量竞争效果或者对竞争的影响。

3. 竞争性损害：单向的法益损害与竞争利益的得失比较

我国相关判决着重把损害放在原告的法益上，缺乏对于竞争双方之间利益损害的实质性比较，这种判断方式不符合竞争性损害的属性。例如，“猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案”二审判决认定，“相当比例的该浏览器用户会选择这一功能，因此，这一浏览器的使用会使得合一公司优酷网中正常播放的视频片头广告有相当比例会被过滤”，“合一公司的广告收入必然会受到实质影响，故这一过滤功能显然会对合一公司的经营活动造成直接影响。”^{⑤④} 该判决主要基于这种单方损害而认定竞争行为的不正当性，并未深究该损害究竟达到何种程度，也未从更宽范围的利益因素进行考量。问题的实质不在于现有经营活动是否被破坏，而在于破坏的程度，以及在多种利益因素背景下如何评价该损害，这是利益衡量的重点。

上述德国法院判决就是从竞争机制的角度对竞争行为的正当性进行了分析。德国法院通过受损害的利益对比的方式，决定损害的正当性。而且，决定是否受到损害时考量多种因素。例如，“电视精灵案”认为，“被告的广告屏蔽装置的销售虽然加重了原告的经营负担，但并未威胁到其生存”。“系争竞争行为是否构成应予禁止的一般市场阻碍，只能基于对竞争者利益和一般公众利益的权衡对个案中的所有因素进行总体考量。这种总体考量应将当事人在基本法上相互冲突的地位考虑在内”。该案上诉法院在其判决中认为，“妨碍竞争要求存在对竞争者竞争发展机会的影响。是否存在竞争妨碍要考虑以下要素：销售、广告、采购、生产、融资及人员等。但是，由于任何竞争都会对其他竞争者产生影响，要认定某个单独的竞争行为应予禁止，必须考虑多方面的因素，并对个案进行综合考量，权衡竞争者、消费者、其他市场竞争者的利益”。“基于对上述利益的综合考量，不存在与产品相关的不正当竞争妨碍”。^{⑤⑤} 在“白名单案”中，德国法院判决认为，“带有白名单功能的广告屏蔽软件的提出，是第一被告建立销售市场的前提。这就是说，任何一家企业，都会因此产生收入。因此，原告的销量受损是此事的伴随现象，这是纯粹的正常竞争，不能因此证明存在不公平竞争”。^{⑤⑥} 法益损害的比较方式更符合动态竞争和竞争性损害的特性和要求，而单向的和静态的损害认定会导致不正当竞争行为扩大化，致使对于竞争行为的管控过于严格，不利于营造宽松和有效率的市场竞争环境。

4. 利益衡量：具体法益保护与竞争机制考量

适用反不正当竞争法的一般条款通常需要复杂的利益衡量。如论者所说：“令人满意的法治必须认识到体系的复杂性，在这个体系中资源稀缺，技术不断变革，监督不完美，知识被广泛传播而且信息是开放的。”^{⑤⑦} 以一般条款认定法律没有类型化的不正当竞争行为，需要考虑经济意义上的市场竞争与规范意义上的法律规制所涉及的多种复杂因素和多重利益关系，尽可能达到“令人满意的法治”。市场竞争本身是复杂的，如果把复杂的问题简单化处理，就很可能失之武断、短视和偏颇。

^{⑤④} 同注④。

^{⑤⑤} 同注④。

^{⑤⑥} 同注④。

^{⑤⑦} [美] 迈克尔·A·艾因霍恩：《媒体、技术和版权：经济与法律的融合》，赵启彬译，北京大学出版社2012年版，第6-7页。

在适用一般条款时尤其要高度重视考虑全面的和深层的因素。^{⑤③}

我国上述判决在比较静态利益得失的同时，并未更多地从竞争机制上进行利益衡量。德国判决则撇开商业模式受保护性、被告得利等具体静态利益的得失比较，而考量了消费者利益、竞争性损害的严重程度、技术创新的可能性等因素，从竞争机制的角度得出不构成不正当竞争的结论，尽可能使竞争者“适者生存”。相比之下，我国判决的上述思路和观念的结果很可能会忽视市场的优胜劣汰机制、不利于增进市场效率和促进技术创新。

例如，在我国的优酷与合一案中，法院进行了利益衡量，只是一笔带过地认为若视频拦截工具合法，会对视频行业造成无法挽回的打击，因此支持的是原告，这与德国法院的考量方式与因素相似，不过结果相异。前述德国法院判决则从利益平衡的角度入手，综合全案考察原被告双方、消费者及其他竞争者的利益，认为支持原告的诉请会给被告企业造成不可毁灭的打击，会影响被告企业的生存，因此未支持原告的诉请。而对于原告来说，被告广告屏蔽工具的出现并不会导致其企业陷入生死存亡之境，只是会对其生产运营造成负面影响。“电视精灵案”着重考量了消费者利益，分析了被告行为尚未影响原告的生存以及被告进行市场应对的可能性。如，“认定是否构成对竞争者广告营销的阻碍关键是看该阻碍行为是否剥夺了消费者的自主决定权。本案中电视观众完全有权决定是否使用对原告提供的服务带来直接或间接妨碍竞争影响的产品，观众可以选择是否屏蔽广告，被告只是为电视观众提供了一个技术帮助让他们离开其本来就不想看的节目而已”。^{⑤④}

很显然，我国法院过于注重静态利益和静态竞争，不太关注动态竞争。这与效率的竞争观不符合，其结果不利于促进市场竞争的生机活力。^⑥

（四）小结

不正当竞争行为的认定要符合反不正当竞争的范式，重在通过多角度的利益衡量判断竞争行为的正当性，尤其不能落入具体权益保护式的一般侵权行为判断模式。反不正当竞争法必须奉行竞争自由的原则，例外的情况下才可能构成不正当竞争，因而法官应有更强的市场意识，对于竞争行为有更大的宽容和包容，给市场留足自我调节的空间，增强市场竞争的强度和韧性，不能动辄以怀疑的眼光看待竞争行为，不能将竞争利益专有权化，不能简单地根据损害推定不正当性，避免一般条款的过宽适用和不正当竞争行为的扩大化。竞争行为固有的损害性，决定了正当性判断时刻要把握好比较利益和比例原则，这使得判断标准具有很强的相对性。例如，对于屏蔽广告的商业行为，应

^{⑤③} 例如，德国反不正当竞争法第1条（一般条款部分）曾以“违反公序良俗”作为不正当竞争的实质性判断标准，但该不确定性法律标准的适用需要进行复杂的利益衡量。如论者所说，“市场主体对竞争者市场地位的一般性侵犯是典型的竞争行为，这种轻度侵害符合竞争的本质。如果因为认定某行为违反公序良俗就会导致该领域的市场竞争不复存在，那么就不能轻易作出这种定论，而必须首先综合考量各种复杂要素再作结论。也就是说，要进行利益衡量，尤其是要衡量基本权利所涉及的法益。因为私人间的基本权利原则上是同等重要的。如果两个私人企业的竞争自由相互冲突，则其法益难分轻重。此时需要通过审查基本权利的间接第三人效力来审查竞争行为是否违反公序良俗。……因为每一个竞争行为都会侵害其他竞争者的利益，所以违反‘公序良俗’的界限不能限定在自由竞争带来的一般不利后果，而是指影响竞争的措施达到了无法忍受的程度。支持该论点的依据是不正当竞争的立法目的——‘维护高效竞争’。……违反公序良俗是一种特殊的违法竞争行为，其违法性通过衡量国家追求的公共利益和私人的竞争自由而得到确定。反不正当竞争法第1条罗列了所有典型的不正当竞争行为，这些典型表现形式有助于判断某竞争行为是否违法，同时可作为利益衡量的参照标准，但同时不能忽略从整体上考虑各种复杂要素。”[德]乌茨·斯利斯基《经济法》，喻文光译，法律出版社2003年版，第176页。

^{⑤④} 同注④。

^⑥ 有的学者以比例原则为视角对于过滤及快进视频广告的行为进行合法性分析，提出比例原则的分析框架为五个步骤：第一步，确定《反不正当竞争法》保护的什么权益受到了损害。第二步，确定被告用以正当化其损害行为的正当目的是什么。第三步，适当性原则的考察。第四步，必要性原则的考察。第五步，狭义比例原则考察。据此得出屏蔽、快进广告的浏览器和软件的出现虽然对视频网站经营者造成运营上的困难，但并未达到严重程度，也未导致其不成比例、不合理的损害，且从另一方面来说反而对双方的利益平衡起到重要作用，因此，金山公司的浏览器过滤广告行为不是不正当竞争。参见兰磊“比例原则视角下的《反不正当竞争法》一般条款解读——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。笔者比较赞同这种静态的利益平衡思路。

当更多从市场的和技术的角度考虑是否达到“你死我活”的竞争程度，是否明显不利于消费者的福利，更多地留给市场和技术的更多可能性，更多地考虑竞争对手之间的相对利益，而不是简单地奉行“非公益不干扰”，动辄贴上不正当竞争的标签。否则，市场自由竞争的空间太狭小，不利于增进市场活力和促进市场进步。

五、余论：市场生态与司法谦抑

反不正当竞争基本范式由竞争观、法益观、损害观以及利益衡量的路径所架构，关键是由市场竞争的基本属性所支撑，体现市场竞争的特点和规律。市场是一个复杂的生态系统和有机体，人的认知能力具有局限性，且易受各种主客观因素的干扰，如果执法者在法律明文规定之外随意对市场竞争的是非对错指手画脚，甚至乐此不疲、自鸣得意，往往会事与愿违。例如，“在大多数情况下，人们更清楚自己的利益，而不是太清楚别人的利益，他们因为被弄得更加自立而获益。竞争常常激发创新，保障物美价廉，从而增加人们的富足并间接地增加他们的自由。”^① 如果对于竞争行为过多地指手画脚，尤其是过多地贴上不正当竞争的标签，很可能不会产生我们真正想要得到的结果。“创新思想会被官僚机构例行公事的单调乏味所取代，社会也将因此而停滞不前。”^② 在错综复杂的和具有内生机制的市场竞争面前，法官对于不正当竞争的判断应有足够的谦卑和谦抑。

当前实践中确实已显现有些法官具有提炼或者创设抽象的一般竞争规则的偏好。对于法院是否可以主动界定特定商业领域的竞争规则，实践中已发生争议。有些法官已有谦抑的自觉。例如，北京市海淀区法院在其调研报告中认为：“司法应保持谦抑的态度，不能对市场竞争造成不当干预，故当法院主动提炼出竞争规则并判定竞争行为构成不正当竞争时，需要对所提炼的竞争规则做详细的论证。”^③ 这种态度值得赞赏。笔者认为，司法更应当主要立足于解决个案正义，围绕个案事实澄清法律含义和做出裁判，而不宜有过多的扩张职能、确立抽象性规则的偏好。对于法官而言，创制规则乃是不得已而为之。尤其是，自创和自称某种原则或者标准应当审慎，最好经由多个类似裁判累积和检验后，由学者或者学理提炼和归纳一般性的原则和标准。

【主要参考文献】

1. [比] 保罗·纽尔 《竞争与法律》，刘利译，法律出版社 2004 年版。
2. [美] 戴维·J·格伯尔 《二十世纪欧洲的法律与竞争》，冯克利、魏志海译，中国社会科学出版社 2004 年版。
3. [英] 理查德·贝拉米 《自由主义与现代社会——一项历史论证》，毛兴贵等译，江苏人民出版社 2012 年版。
4. Christina Bohannon, Herbert Hovenkamp, *Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, New York: Oxford University Press, 2012.
5. Rogier W. de Vry, *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

(责任编辑：肖建国)

^① [英] 理查德·贝拉米 《自由主义与现代社会——一项历史论证》，毛兴贵等译，江苏人民出版社 2012 年版，第 41-42 页。

^② 同注^①，第 42 页。

^③ 同注^③。

questions of concurrence of fundamental rights often arise. The theory of concurrence of fundamental rights intends not only to guarantee individual's fundamental rights but also to oblige the state to justify its interferences in such rights. It plays an important role in the doctrines of fundamental rights. However, the scholars do not pay enough attentions to it until the theoretical focus began to change recently. After inquiring into the German theories and practices, one might find that the principle of German approach to resolve such problems is open to consideration case by case, moreover, in the three-steps review framework of liberal rights, the resolution of such problem has been pushed forward, it means that the approach to reduce the number of fundamental rights involved has been replaced with the approach of weighting. In China, a theory of concurrence of fundamental rights might be improved by the development of constitutional doctrines.

Key Words Concurrence of Fundamental Rights; Most Relevant-doctrine; Strengthen of Fundamental Rights; Fundamental Rights Doctrine

Liu Jianlong, Ph.D. in Law, Associate Professor of University of Chinese Academy of Social Sciences.

On the Fundamental Paradigm of Anti-unfair Competition Law

KONG Xiangjun • 50 •

The fundamental paradigm of anti-unfair competition law concerns the philosophies, values, patterns and criteria of defining what constitutes anti-unfair competition, which can be summarized as so-called "three perspectives", including competition perspective, impairment perspective, and right perspective. It can also be achieved by further weighing the interests concerning competitive behaviors. This "3 + 1" judgement pattern, namely "three perspectives" plus benefits measurement assessing the rationality of competitive behaviors, constitutes fundamental dimension of anti-competition law. Among "3 + 1" judgement pattern, "three perspectives" are philosophical footholds, and benefits measurement is the path to fulfillment, so "3 + 1" pattern constitutes the unique paradigm of assessing the rationality of competitive behaviors. The assessment of anti-unfair competition should adhere to dynamic competition perspective, neutrality of impairment and neutrality of rights. Further, the assessment also needs to concentrate on the rationality of behaviors rather than the protection of rights, and meanwhile, to do interests measurement by referring multi-factors to decide the rationality of competitive behaviors.

Key Words Anti-unfair Competition; Dynamic Competition Perspective; Neutrality of Rights; Neutrality of Impairment Interests Measurement

Kong Xiangjun, Ph.D. in Law, KoGuan Chair Professor at Shanghai Jiao Tong University.

On the Basic Definition of the Right to Sue or Be Sued

HUANG Zhongshun • 68 •

The mainstream regions of the world all protect citizens' right to access to justice on the constitutional level and right to sue or be sued on the civil procedure law level. On the basis of distinguishing between the right to access to justice and right to sue or be sued, standing of the litigants, litigation interest, substantive right and dispute management right, this paper defines right to sue or be sued as the right for the subject of dispute management right who has the necessity and the actual effect in lawsuit to sue or be sued in his own name with the protection on his own substantive rights and interests or others' in a realistic manner or in preparation.

Key Words Right to Sue or Be Sued; Litigation Right; Standing; Litigation Interest; Disputes Administration Right

Huang Zhongshun, Ph.D. in Law, Assistant Research Fellow of Institute of Law of Chinese Academy of Social Sciences.