

论反不正当竞争法的新定位

孔祥俊****

摘要 随着经济技术的发展、社会需求的变化和思想观念的变革,反不正当竞争法的定位不断发生变化。当前我国的立法和法律现实已对于重新思考和定位反不正当竞争法提出了新的需求。本文总结和反思了百余年来历史发展和当前国际立法的四大趋向,认为我国反不正当竞争法修订应充分考虑国际趋向,使修订以后的法律更加现代化。着重根据经济变革时代的新要求,根据我国立法背景、现实竞争状况、法律修订和法律适用的动态,从放弃“竞争关系”的要件地位、采用广义的竞争行为、重塑竞争行为正当性判断标准以及把握好竞争行为类型的“小杂烩式”聚合特性等多个角度和层面,对反不正当竞争法进行新的定位,并提出相应的制度建构设想。

关键词 反不正当竞争法 竞争行为 竞争关系

反不正当竞争法的内容选择和制度设计根本上取决于其定位,无论是制度构建、法律完善还是法律适用,首先需要廓清定位问题。这些问题需要从历史与现实、国外与国内及理论与实践等多个维度进行把握。但是,百余年来立法的曲折变化和现实情况的错综复杂,使对有些问题的认识如雾里看花并颇有争议。当前反不正当竞争法又站在了新的历史起点上,方兴未艾的经济全球化、互联网引领的信息社会和蓬勃兴起的新产业革命,极大地促进了世界范围内反不正当竞争法的新变革。我国《反不正当竞争法》制定于刚刚确立市场经济模式时期,其施行 20 余年来无论是内涵外延还是适用基础均发生重大变化,近年来发生的大要案又极大地拓宽了适用视野和认识深度,彰显了其在市场变革中的突出地位,因而在新的历史条件下重新思考其定位问题显得尤为必要和重要。为适应新形势和新时代的要求,近来该法已步入修订的快车道,⁽¹⁾重新反思其定位问题在解决有关制度建构、行为的取舍及标准和角度的设定等重要问题时凸显出根本意义。为此,本文对于该法基本定位及相关问题进行再思考和再探讨。

**** 上海交通大学凯原讲席教授。

(1) 2016年2月25日国务院法制办就《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》(简称“修订草案送审稿”)公开征求意见;2017年2月22日,全国人大常委会第26次会议首次审议国务院提请的《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案)》(简称“修订草案”)并就该草案公开征求意见。

一、当代反不正当竞争法基本定位的转变

大体上说,反不正当竞争法从历史中走来,仍留存着历史的痕迹,传承着经典的制度设计,但百余年来随着经济基础的变化,尤其是由工业革命的产物走到了当今经济全球化和互联网信息时代,其定位和属性发生了重大改变,在诸多方面旧貌已换新颜,焕发了新的活力;其具体制度深受经济观念和法律传统影响,法系和国别之间的差异性较大,但又相互影响和不断有所趋同;受调整竞争行为的相关法律体系的影响,相关法律体系框架制约和定义着当今反不正当竞争法的定位和内容。回望历史和审视现实,有利于更准确地进行制度设计。

各国反不正当竞争法的起源和发展不尽相同,由此形成了不同模式。当今世界反不正当竞争的基本法律模式都是由历史发展而形成的,具有浓厚的历史烙印。⁽²⁾反不正当竞争法发源于19世纪后半期的欧洲,是伴随工业革命和自由市场原则的确立而生的。在此前的行会(吉尔特)时代(guild system),行会以铁腕手段维护商业公平秩序,⁽³⁾而随着行会解体和自由贸易的引入,经营者不太可能自觉自愿地公平对待其竞争对手,因而欧洲工业化国家很快一致认为应当引入某种形式的公平贸易规则,但应对的具体方式却不尽相同,以至于19世纪末20世纪初的世纪之交,代表当时主要工业化国家的法国、德国、英国以及后来的美国相继确立几种基本法律模式。⁽⁴⁾综观百余年来发展历史和现实,可以看出反不正当竞争法是由多条线索交织和多元内容混合构成的法律系统,具有多面性,需要从多个线条、层面和维度,才能准确认识和把握其特质,从而避免盲人摸象和以偏概全。本文归纳出四个方面的大致线条、基本脉络和当今趋向。

(一) 由知识产权辅助保护法到竞争法功能日趋强化的非知识产权法

不正当竞争规则最初是用于辅助工业革命后不久制定的商标法和专利法的,即当初旨在填补早期知识产权立法的空白,规范那些损害知识产权所有人的商誉和受主流商业圈谴责,但又不能在法律上归类为“侵权”(infringement)而纳入知识产权法调整的商业行为。例如,辅助专利法对技术内容的保护,如制止模仿其独特外形(仿冒行为);辅助商标保护,如防止贬损品牌商品(商品诋毁),或者防止不适当利用其商标声誉。⁽⁵⁾反不正当竞争后来因被纳入《保护

(2) 参见世界知识产权组织编著《知识产权指南——政策、法律及应用》,北京大学国际知识产权研究中心翻译,知识产权出版社2012年版,第106页。

(3) 行会实际上是以严格管制和抑制竞争的方式管制经济。如规定从业资格、雇工数量以及每一行业只能从事特定的业务,以便不涉足其他行会(如造车匠不能制造车轮)等。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7-8页。

(4) 19世纪后期为满足日益增长的工业化的需要,欧洲国家引进自由贸易(自由放任原则),“竞争”成为引领之星。See Frauke Henning-Bodewig (ed.), *International Handbook on Unfair Competition*, C. H. Beck • Hart • Nomos, 2013, p. 1.

(5) See Gustavo Ghidini, *Intellectual Property and Competition Law: The Innovation Nexus*, Edward Elgar, 2006, p. 112.

工业产权巴黎公约》(简称“巴黎公约”)遂成为工业产权保护的一部分。巴黎公约是工业化时代的产物,并随着工业化的不断发展而进行了系列修改。19世纪末叶巴黎公约缔结之时只涉及专利和商标之类的核心工业产权,并未涉及制止不正当竞争,其目标亦非促进公平竞争。⁽⁶⁾后来感到如无制止不正当竞争的补充保护,工业产权的保护不周延,⁽⁷⁾因而在1900年修订条约时将制止不正当竞争纳入巴黎公约的框架之内,反不正当竞争保护自此就包含在工业产权概念之中。⁽⁸⁾以后经几次修改,形成了第10条之三从一般规定到典型列举的结构。⁽⁹⁾所列举的行为也成为广泛接受的经典不正当竞争行为。后来《建立世界知识产权组织公约》及TRIPs协定将制止不正当竞争纳入知识产权范围。由于这些公约的纳入,制止不正当竞争成为知识产权保护的组成部分。⁽¹⁰⁾

实际上,制止不正当竞争只是衔接和补充工业产权的保护,也即构成工业产权的外围保护。⁽¹¹⁾其他专门化的核心知识产权需由这种更具灵活性的保护手段进行补充和理顺,从而增强保护效果。而且,后来反不正当竞争的国内立法不断拓展范围,纳入一些无关知识产权的行为。⁽¹²⁾这些行为只是因为没有达到像巴黎公约规定的行为那样高的共识程度,而在各国立法中各行其是。巴黎公约第10条之三所列举的三类行为,实际上只有市场混淆行为可以看作对于工业产权的保护具有明显的补充性,而商业诋毁和虚假宣传归入工业产权已有些牵强。总体上说,随着知识产权专门法日益完善和扩张,反不正当竞争法的辅助保护功能在弱化,而此外的竞争法功能在加强。⁽¹³⁾

在笔者看来,当初巴黎公约将制止不正当竞争保护纳入进来,并不意味着所有不正当竞争都属于知识产权保护的内容,而除了涉及补充保护的情形外,更多是出于当时国际贸易的需

(6) See Henning-Bodewig, *supra* note 4, at 12.

(7) 反不正当竞争纳入巴黎公约具有很强的实用主义色彩,所关注的是实际需要而不太可能是理论上的严谨。Ibid.

(8) 但是,反不正当竞争为工业产权的组成部分的说法并未为任何人都接受。欧洲法院在1981年的一个判决中就不认可反不正当竞争为知识产权的组成部分。Ibid.

(9) See Christopher Wadlow, *The Law of Passing-off: Unfair Competition by Misrepresentation*, Sweet & Maxwell, 2011, pp. 68-71.

(10) 例如,有的学者指出,制止不正当竞争既被认为属于工业产权的一部分,又被认为属于其他工业产权的补充。巴黎公约第10条之二的主要意图是为了强化工业产权持有人的地位。See Henning-Bodewig, *supra* note 4, at 20.

(11) “在许多情况下,反不正当竞争规则用于补充知识财产法在特殊情况下没有规定或者不能规定的内容。”参见(美)弗雷德里克·M·阿伯特等《世界经济一体化进程中的国际知识产权法》(下册),王清译,商务印书馆2014年版,第906页。

(12) See Ghidini, *supra* note 5, at 112.

(13) 当然有些国家有不同的趋向。如日本反不正当竞争法越来越限于知识产权保护功能,其他不正当竞争行为纳入公平交易法之列。

要,有必要制止一些突出的不正当竞争,也就顺便将其纳入多少有点联系的巴黎公约之中。⁽¹⁴⁾这显然带有权宜和实用的色彩,而非考虑理论上的关联和严谨。⁽¹⁵⁾但一旦将其纳入进去,实际上就成为巴黎公约的独立组成部分,并非非要解释成依附于其他工业产权内容。况且,巴黎公约本来将不正当竞争界定为“违反诚实商业习惯做法的行为”,显然立足于规范竞争行为和维护竞争秩序,其基点和视野显然不是具体权益保护。即便就那些构成知识产权辅助保护的不正当竞争行为而言,也只是具有功能上的补充性,而就法律适用而言,反不正当竞争仍是独立的而不是依附的,⁽¹⁶⁾即独立和并存于其他知识产权之外。况且,反不正当竞争法旨在促进公平和不受扭曲的竞争,其与各类工业产权保护的着眼点和基本原理并不相同,因而对于是否构成侵害行为的具体判断存在重要差异。⁽¹⁷⁾

因此,在不正当竞争与知识产权保护的关系上,我们既要看到无论出于何种背景和原因,客观上两者因巴黎公约而产生了百余年来联系,及其部分内容的保护知识产权属性,又要看到其联系的权宜性和制度之间的差异性,及其与知识产权保护无关的内容,避免在二者关系上产生更为牵强和扭曲的解释,防止简单地将工业产权保护精神生搬硬套地适用于制止不正当竞争;也不能标签化地认为制止不正当竞争均属知识产权范畴,反不正当竞争法只能是知识产权保护法,而与知识产权无关的行为不宜纳入此类法律调整。我国法院近年来依据《反不正当竞争法》第2条裁判的大批量涉互联网等新兴市场的新类型不正当竞争行为,⁽¹⁸⁾基本上都涉及与知识产权保护无关的竞争行为,这反映了该法的竞争法功能正在强化。

(二) 由经营者保护到经营者、消费者和公共利益“三叠加”保护

经营者与消费者都是市场参与者,都受竞争行为的影响,但从保护对象上看,反不正当竞

(14) 当时制定专门的制止不正当竞争条约并无可能,将有点联系也有必要制止的不正当竞争行为纳入已有的条约之中,乃是一种便利或者便宜的选择。这种纳入既有历史的必要,又有历史的偶然,但不必因此一概地将纳入的行为均赋予工业产权保护意义。换言之,不能因为巴黎公约有制止不正当竞争行为的规定,就简单地将其作为工业产权的内容进行牵强附会的解释,而仍需实事求是地区别对待。

(15) 尤其是,英国国内并未承认不正当竞争侵权行为,但出于维护本国对外贸易利益,英国与法国一道成为将制止不正当竞争纳入巴黎公约的主要推手。这种国内外态度的差异典型地体现了对外贸易领域的实用主义。对此非要在理论连接上分出子丑寅卯来,恐怕很可能不得要领。See Henning-Bodewig, *supra* note 4, at 13.

(16) See The International Bureau of WIPO: *Model Provisions on Protection Against Unfair Competition*, WIPO publication No.832, 1996, pp. 14-15.

(17) 例如,根据瑞士联邦法院的判决,商标法并不是反不正当竞争法的特别法,前者不能作为特别法而比后者优先适用。其结论是,该两法遵循的基本原理不同。参见阿伯特等,见前注〔11〕,第906页。

(18) 例如,据调查,2010年至2015年,北京法院审理的涉及互联网的一审不正当竞争案件中,依据《反不正当竞争法》第2条裁判的达37%。转自陶钧“涉网络不正当竞争纠纷的回顾与展望(一)”,2015年5月15日发布于“知产力”(微信ID:zhichanli) <http://www.zhichanli.com/article/8012>,最后访问日期:2017年4月5日。

争法经历了由保护诚实经营者到保护消费者的转变。⁽¹⁹⁾ 如论者所说,“过去几十年,发生了由消费者保护法律引起的反不正当竞争法由纯粹的以竞争者为基础的方法,向旨在保护经营者、消费者和公共利益的多种利益混合方法转变。”⁽²⁰⁾ 20世纪60/70年代将消费者保护纳入,被作为反不正当竞争法现代化的一项标志。⁽²¹⁾

反不正当竞争法律最初都是聚焦于诚实经营者的利益,公众和消费者在衡量商业行为时只是一个参考因素,消费者保护问题只是一个次要因素和副产品。巴黎公约引进不正当竞争条款也是以此为基础,即当初的目的就是保护经营者不受国外不正当贸易行为的侵害,该目标也足以诱惑这些国家克服各自国内法律的差异,而将其纳入条约之中。⁽²²⁾ 巴黎公约对于不正当竞争界定也只是提及“损害竞争者”。

随着1960/1970年代消费者运动的兴起以及消费者不愿停留在“市场的阴面”,反不正当竞争的基础发生变化,所有工业化国家都面临在其中是否及如何充分考虑公众利益,尤其是消费者利益问题。消费者利益被以各种方式成功地融入反不正当竞争法之中,⁽²³⁾ 该法甚至渐变为一般的“市场法”。⁽²⁴⁾ 例如,德国通过修订反不正当竞争法第1条,使其同时保护竞争者、消费者和公共利益。同样,希腊、奥地利、卢森堡、波兰、瑞士、西班牙、荷兰等国将消费者保护纳入反不正当竞争法之中。丹麦、瑞典、挪威和比利时采取了更为现代的反不正当竞争法形式,从一开始就将消费者保护放在突出位置。法国则是以单独的立法保护消费者。⁽²⁵⁾ 德国甚至还存在反不正当竞争法由个体法到社会法转变的说法。1896年德国反不正当竞争法为竞争者提供侵权法的保护,1909年反不正当竞争法则设立一般条款,尤其是1930年帝国法院开始强调保护公共利益之后,以竞争者的绝对权利作为保护客体的理论受到了质疑,“社会法”思想取而代之,即反不正当竞争法保护竞争者、消费者和公众在内的多种利益主体,而且

(19) 巴黎公约制止不正当竞争的规定始终是为了保护竞争者,而并不以保护消费者为目标,即便引入了以误导公众作为界定标准的虚假宣传行为,也并不强调其对于消费者的保护,虽然实际上同时保护了消费者。这是巴黎公约的制度定位决定的。See Henning-Bodewig, *supra* note 4, at 20-21. 当然,巴黎公约所确立的毕竟是最低保护标准,其仅保护竞争者的态度并不妨碍成员国在其国内立法中引入消费者保护。而且,事实上WIPO后来的《反不正当竞争示范条款》也将消费者保护纳入进来。

(20) 例如,在消费者运动兴盛时期,大多数欧共体成员国修订了其公平交易立法。See Rogier W. de Vrey, *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006 p. 76.

(21) 另一项重要标志是采取更少干预和更为自由的竞争政策。例如,在德国,“近年来反不正当竞争法经历了现代化的过程,即在2004年反不正当竞争法中采取更为自由的竞争政策,以及引入更高层次的消费者保护”。*Ibid.*, at 148.

(22) See Henning-Bodewig, *supra* note 4, at 1-2.

(23) See *ibid.*, at 3.

(24) 反不正当竞争法在传统上属于私法范围,但随着消费者利益的引进,有些更加开始以公共执法的方式保护消费者利益,以至于原来与侵权行为法和知识产权法紧密相连的法律,现在又与反垄断法联系在一起。See *ibid.*, at 2-3.

(25) See Rogier W. de Vrey, *supra* note 20, at 46-47.

不需要这些利益的权利化。⁽²⁶⁾ 在传统的竞争者保护之外引入消费者和公共利益的保护,这使反不正当竞争法的性质和保护范围均发生了重要变化,首先是不再要求竞争关系的存在,如“市场上的任何不公平行为均可纳入审查范围,不论其是经营者与消费者之间还是经营者之间的行为,只要该行为发生于商业领域,而不是私生活领域”。“反不正当竞争法的将消费者与经营者同时纳入的宽泛保护范围,致使称其为‘不正当竞争法’不再精确。以‘贸易行为法’或者‘公平交易法’称谓该法律领域更为适当。”“这些法律更适合称为‘市场行为法’(market practice laws)而不是反不正当竞争法。因为它们寻求维护市场上的诚实行为,而不是‘竞争的善良风俗’(the ‘bobos mores in competition’)。”⁽²⁷⁾ 此外,消费者保护的引入甚至改造了反不正当竞争的制度和执行程序。一些国家甚至将公平竞争中的消费者保护纳入同时负责反垄断的行政机构的保护之中,由此而使与侵权法和知识产权法紧密关联的反不正当竞争法,转向了与反垄断法的联系。⁽²⁸⁾

我国《反不正当竞争法》是在借鉴国外立法经验的基础上制定的,其保护目标具有多元性,未限于竞争者。这体现了我国立法的现代性和合潮流性。⁽²⁹⁾ 但是,我国《反不正当竞争法》第1条立法目的中引入“保护消费者”,而第2条第2款对不正当竞争行为的界定并未纳入消费者。当时的立法者认为,该界定仍然采取了传统定义方法⁽³⁰⁾。因此,该法的现代性又不彻底。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)》(2016年2月25日)第2条第2款同时规定了“损害经营者或者消费者的合法权益”,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)》(2017年2月22日)删除了其中的消费者。修订过程中确实对是否在界定中纳入消费者争议较大。其实,此中纳入消费者元素不仅可以体现我国反不正当竞争法的现代化定位,而且与一些行为的认定(如商业标志仿冒行为、虚假宣传等),以及适用范围的确定(如是否限于竞争关系)均有直接关系。因此,应当抛弃传统的定义方式,将消费者元素纳入进来。

现代反不正当竞争法通常都具有保护经营者(竞争者)、消费者和公共利益的多重保护目标,也即所谓的“三叠加”保护目标,而对于公共利益的保护则是通过保护“未受扭曲的竞争”达致的。⁽³¹⁾ 在具体不正当竞争行为的认定中,三种目标既可能兼顾,又可能有所侧重。如果不同的目标方向有所不同,就需要进行利益平衡。不同保护目标也决定了竞争行为正当性标

(26) 参见范长军《德国反不正当竞争法研究》,法律出版社2010年版,第59-60页。

(27) Rogier W. de Vrey, *supra* note 21, at 46-47, 101.

(28) See Henning-Bodewig, *supra* note 4, at 3.

(29) 立法之时,国务院提请审议的草案及当初的全人大常委会法律委员会的草案修改稿只是在第1条规定“保护经营者的合法权益”,后来“有的委员提出,反不正当竞争法的立法目的,不仅是保护经营者的合法权益,也要保护消费者的合法权益”,故最后修改为“保护经营者和消费者的合法权益”。参见薛驹“关于对修改经济合同法的决定(草案)和反不正当竞争法(草案修改稿)修改意见的汇报”(1993年9月1日)。

(30) 当时的参与立法者曾说,“这是一个不正当竞争传统概念的定义”。参见孙琬钟主编《反不正当竞争法实用全书》,中国法律年鉴社1993年版,第26-27页。

(31) 参见范长军,见前注〔26〕,第61页。

准的差异。除保护特定经营者的个人利益之外,反不正当竞争法通常与保护公共利益或者公共福利密切相关。这是欧洲国家将其归入经济法(economic law)之中的缘故。即便其早期的制度基础是保护“诚实竞争者”,但其目的显然是为了维护竞争,即虽以维护“良善道德”(good morals)的名义,但目的是为所有经营者确立公平竞争的舞台,使任何竞争者均不能获得不正当的竞争优势。竞争的公平性总是根据商业伦理(business ethics)进行判断,其实施不仅为了经营者的利益,也为了公共利益。消费者运动的兴起,使公共利益更为彰显。公平竞争成为消费者福利的最佳保障,而扭曲的不公平竞争则会使消费者利益受到损害。因此,公平竞争关乎竞争者和消费者在内的市场参与者的共同利益。⁽³²⁾正是由于反不正当竞争的公共利益性,才使得引入公权力救济、赋予行业协会和消费者组织起诉权等制度具有合理性和必要性。这是新时代反不正当竞争的重要特色。

(三) 由市场竞争法到市场行为法

“不正当竞争”只是此类法律的典型称谓,但并非在任何国家均使用该称谓,此外还有不公平贸易行为(unfair trade practices)、不公平商业行为(unfair commercial practices)或者不公平市场行为(unfair market behavior)之类的类似称谓,这些术语及其相应的法律大致上属于同一类型。⁽³³⁾“不正当竞争”一词最初只是描述一种涉及不符合普遍接受的公平要求的商业或者经营行为。商业行为又是宽泛的,反不正当竞争法只调整其中涉及不公平商业行为的部分行为。最初的主要划分标准只是当事人之间是否有竞争关系,但后来感到这种方法过于狭窄,因为它排除了不正当竞争对于其他市场参与者尤其是消费者的影响,忽略了一般公众在公平竞争中的利益。或者说,最初的商业竞争还不是很发达,行业之间界限清晰,市场竞争主要是同业竞争,反不正当竞争的的关注点只是同业竞争,而随着市场经济及市场竞争的发达,市场竞争犬牙交错,同业竞争的概念过于狭窄,已不适应市场竞争的实际。鉴此,一些国家的立法不再仅仅指向狭义的不公平竞争,而逐渐扩张了调整范围,对于反不正当竞争法进行了实质性改造。例如,在欧洲大陆,比利时、丹麦和瑞典等国家,此类法律调整非常广泛的贸易行为或者一般市场行为。其他一些国家虽然理论上仍然与竞争密切联系在一起,但其要求日益放松。例如,德国1909年反不正当竞争法第1条使用了“商业交易中以竞争为目的的行为”的概念。2004年反不正当竞争法使用了“竞争行为”概念,该法的适用范围取决于竞争行为,而不是竞争关系。⁽³⁴⁾为转化欧共体《不正当商业行为指令》(第2条a项),2008年反不正当竞争法用“商业行为”概念取代了“竞争行为”,而将商业行为界定为有利于自己或他人的经营的缔结交易之前、期间或之后的,与促进商品、服务的销售、获取或与商品、服务合同的签订、履行客观上

(32) See Henning-Bodewig, *supra* note 4, at 3-4.

(33) 这些术语有时各有侧重或各有优劣。例如,有些国家的“不公平贸易行为”更多与消费者保护关联,而有些国家则作为不正当竞争的同义语。不公平竞争一词已使用百余年,且有广泛共识,但英美国家通常又不使用不正当竞争法的称谓。尽管用语不尽相同,但所规范的内容却无重大差异。See *ibid.*, at 5.

(34) See Frauke Henning-Bodewig, *Unfair Competition Law European Union and Member States*, Kluwer Law International, 2006, p. 1.

相关联的人的行为(第2条第1款第1项)。在此不再以促进竞争的主观意图作为判断标准,而是以促进商品、服务的销售、获取的客观关联作为判断标准;也不再局限于签订合同之前的行为,而是延及合同的签订及履行阶段的行为。⁽³⁵⁾

巴黎公约第10条之二使用了“竞争”“竞争者”之类的字眼,其修订过程中曾有过以其他方式替代这些字眼、以扩展适用范围的建议,但最终均未被接受。例如,1925年修订巴黎公约的版本明确表达了限于商业竞争意图,1958年里斯本修订会议试图取消这种限制,但未能如愿。因此,巴黎公约限定了狭窄的竞争概念。面对竞争概念逐渐放宽的世界性趋势,也不好扩展其竞争的界限,因而充其量只能说巴黎公约只是规定了最低标准,成员国可以根据自己情形放宽或者放弃竞争标准。⁽³⁶⁾如博登浩森所说,“国家可以将不正当竞争概念扩及到狭义地讲(即在工业或商业的同一部门内)不是竞争的行为,但这些行为从工业或商业的另一部门确立的声誉中不适当地得到利益,从而削弱了这种声誉”。⁽³⁷⁾对于巴黎公约有关竞争关系的解释也就只能如此了,但即便如此,《反不正当竞争法示范条款》还是试图朝着放宽竞争关系的方向进行引导,即其指出示范条款适用于当事人之间没有直接的竞争关系的情形。⁽³⁸⁾

(四) 由公平的竞争观到效率和创新的竞争观

在早期的很长一段时间,反不正当竞争规则具有强烈的保护主义的和社团性的倾向(a protectionist corporate bias) 欧陆国家尤其如此。例如,模仿竞争产品的外形特征即使不具有真正的仿冒危险,也予以制止;仅因有贬低效果而当然制止比较广告(即使事实属实);即使仅为提供更好的条件而挖走员工,也予禁止。其思想基础是,商誉归属于产生它的企业,被作为准财产。这就形成一种不以欺骗行为为基础的“侵占”(misappropriation)观念,也即以将商誉视为准财产为标志的传统的“财产性保护主义”倾向。这种思想注重的是传统意义上的“公平”,重在维护道德意义上的社会和谐,而不是市场效率。英国在1938年前后率先逐步抛弃这种社团性观念。美国法院也拒绝这种“侵占原则”,拒绝将“财产性”保护扩展到法律确立的知识产权之外,及欺诈行为之外。这种抛弃旧观念之后的新观念为效率观念。英国法官 Robin Jacob 将这种观念凝练地表达为“夺取他人的市场或者客户并不构成侵权。无论是市场还是客户都不是原告自己的。如此利用他人商誉并不构成侵权。”⁽³⁹⁾

欧陆国家传统竞争观倡导反不正当竞争法中的“和谐”“公平”观念,源于欧洲国家保持社会凝聚力和调和竞争者之间关系的传统观念,但自1980年代开始,这种“正当”竞争的观念逐渐为经济效率的观念所取代,即不再特别寻求保护消费者和不再更多保护竞争者,更加强调优胜劣汰法则,只要能以其产品优势赢得消费者就能够获得成功。新观念推崇激烈竞争和减少

(35) 参见范长军,见前注〔26〕,第70-71页。

(36) See Christopher Wadlow, supra note 9, at 60-61.

(37) (奥地利)博登浩森《保护工业产权巴黎公约指南》,汤宗舜译,中国人民大学出版社2003年版,第96-97页。

(38) See Supra note 16, at 10.

(39) Ghidini, supra note 5, at 112-113.

公权力干预,推崇通过竞争实现均衡。这是一种借鉴英美法的观念。⁽⁴⁰⁾

在反不正当竞争法中,这种基于经济观点的效率竞争观是当今主流的以促进竞争为导向的竞争观,它显然推崇动态的竞争,限制保护静态的市场利益;它缩小以公平限制竞争自由的范围,扩张自由竞争的范围;它与知识产权保持适当的衔接,但不扩张知识产权的范围。例如,如果新机器设备的内部构造不受专利法保护,按照以前的保护主义竞争观,有些国家仍将竞争者复制该构造认定为“侵占”行为,按照效率的竞争观,则应该认定其只要不构成市场混淆,就属于自由利用的范围。

创新已成为时代主旋律,⁽⁴¹⁾竞争与创新的关系更加紧密,“竞争和创新是一把剪刀的两个刀片”。⁽⁴²⁾效率的竞争观尤其适应了促进创新的需要。大多数经济学家都认为,在促进社会福利方面,少有什么能够超过创新带来的贡献;创新对经济进步的贡献远大于单纯为创造和维护竞争性市场所作的努力。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。⁽⁴³⁾效率的竞争观能够有效促进动态竞争和增进竞争强度,从而营造良好的创新环境和激励创新量的增长。例如,互联网市场和技术领域的创新空前活跃,美国、德国等国家对于屏蔽视频广告等竞争行为持宽容态度,⁽⁴⁴⁾在司法裁量中增强竞争强度、激励创新的因素具有很大的权重;我国一些法院则在《反不正当竞争法》适用中采用“非公益不干扰”等原则,⁽⁴⁵⁾强调和平共处的静态竞争,降低了竞争强度,实质上减弱了对于市场和科技创新的激励作用。两种不同的司法态度,其实质是公平观与效率观的选择问题。这无疑是法律定位的一个重要侧面。

综上,历经百余年来发展,当今反不正当竞争法总体上呈现出如下时代特色:与衔接知

(40) 参见(比)保罗·纽尔《竞争与法律:权力机构、企业和消费者所处的地位》,刘利译,法律出版社2004年版,第4-5页。

(41) 例如,创新被视为当今的主流价值观。“在21世纪和转折时代,创新将是具有支配地位的能力”。“创新现在是、将来还会是企业在新时期最注重的能力”。“几乎人类行为的每个领域现在都需要创新思维和理念”。参见(美)戴维·霍尔《大转折时代:生活与思维方式的大转折》,熊祥译,中信出版社2013年版,第99页。我国已将创新驱动发展战略确定为国家发展战略,正在“使创新成为引领发展的第一动力”。参见中共中央、国务院印发的《国家创新驱动发展战略纲要》(新华社2016年5月19日电)。

(42) 参见(美)克里斯蒂娜·博翰楠、赫伯特·霍温坎普《创新无界限:促进创新中的自由与竞争》,兰磊译,法律出版社2016年版,第46页。

(43) See Christina Bohannon & Herbert Hovenkamp, *Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry In Innovation*, Oxford University Press, 2012, p. XI-XII.

(44) 例如,德国最高法院2004年6月24日判决的“电视精灵”案(BGH, Urteil v. 24.06.2004, Az. I ZR 26/02);德国汉堡州法院第16民事庭2015年4月21日判决的“带有付费白名单的广告屏蔽案”(LG Hamburg 16. Kammer für Handelssachen, Urteil vom 21.04.2015, 416 HKO 159/14);美国的Zango, Inc. v. Kaspersky Lab, Inc., 568 F.3d 1169 (9th Cir. 2009)。

(45) 例如,“百度与360插标不正当竞争案”,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”,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,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。

识产权法的传统功能相比较,其竞争法功能和色彩日趋增强,甚至超出竞争法范畴而走向了一般市场行为法;所保护的利益日趋多元化,尤其注重维护公共利益和社会福利,利益衡量的复杂性增加;更加重视效率取向和维护竞争自由,且随着创新成为时代主题,与创新的关系更为密切,更加重视促进市场的和科技的创新。

二、反不正当竞争法中竞争关系和竞争行为的定位

我国在《反不正当竞争法》立法之时即奉行市场经济目标,且采纳国际立法通例的态度,⁽⁴⁶⁾因而该法自觉或者不自觉地浸润了现代立法的气息。在当今经济和科技迅速变革的时代,更应该从现代背景下理解该法的定位及其相关精神,但事实上人们对于许多问题的理解并不充分和到位,以致出现了解释和适用法律上的一些障碍和偏差,引起不必要的争议。反不正当竞争法的定位首先要解决竞争关系和竞争行为的界定问题,该问题是产生众多困扰和争议的重要理论和实践问题。反不正当竞争法的现代变化引起了竞争关系和竞争行为的界定的变化,而竞争关系和竞争行为的定位是反不正当竞争法定位问题的基本方面,即既决定和定义着反不正当竞争法的定位,也是其定位问题的直接反映和体现。鉴于这种定位上的紧密关系,在此首先从两者关系入手探讨反不正当竞争法的定位问题。

(一) 关于竞争关系与竞争行为的争议

我国立法采用了反不正当竞争法的传统称谓,但对于如何解释“竞争”和“不正当竞争”,实践中产生过较大的争议。实践中通常首先从竞争关系的角度界定竞争和不正当竞争行为,即将存在竞争关系作为构成竞争和不正当竞争的前提。如“猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案”二审判决指出,“竞争关系的存在是判断不正当竞争行为的前提条件”。⁽⁴⁷⁾这是关于竞争关系在反不正当竞争法中的定位的流行和典型表述。一些裁判甚至将竞争关系作为适用《反不正当竞争法》的前提条件,也即不具有竞争关系就不能适用该法调整。⁽⁴⁸⁾其次,有时从狭义的角度解释竞争关系,将其限于同业竞争者之间的关系和行为。这可能是对于“竞争”望文生义和没有进行深度研究的结果。这种界定大大限制了法律的适用范围,对于那些看起来很可以纳入不正当竞争范围的情形,如果按照狭义理解就无法纳入其中。

为解决实践问题,实践中开始想方设法以其他方式和理论从广义上解读竞争关系,扩张竞

(46) 如立法说明所说,“凡是实行市场经济的国家,无论政治与社会制度如何,都把反不正当竞争的法律作为规范市场经济关系的基本经济法律之一”。所涉不正当竞争行为,“大多数为国际立法例所共有,只有个别行为是根据我国现实市场交易活动中的突出问题加以规定的”。参见刘敏学“关于《中华人民共和国反不正当竞争法(草案)》的说明”(1993年6月22日)。

(47) 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。

(48) 如“极路由”屏蔽视频广告不正当竞争纠纷案,见北京知识产权法院(2014)京知民终字第79号民事判决书。

争关系的内涵,甚至有时不惜进行扭曲性解释。⁽⁴⁹⁾如此解释虽然在很大程度上解决了实际问题,但仍是在“竞争关系”的外壳、束缚和影子下解决问题和进行论证,没有摆脱认定不正当竞争必须首先界定竞争关系的思维定势,在理论上并不融贯。例如,许多不正当竞争案件的裁判理由通常首先界定当事人之间是否存在竞争关系,以此作为不正当竞争行为的构成要件,但因仅将竞争关系限于同业竞争者之间的关系又过于狭窄,而不能规范许多事实上的竞争行为,因而以各种方式和理由扩张竞争关系的界定。其实,根据国际趋势和我国立法实际,如果换一个角度理解和解决该问题,即从竞争行为或者市场行为的角度理解不正当竞争及反不正当竞争法,就可以釜底抽薪式地解决这些困扰、束缚和争议,并可以开辟更为宽阔的反不正当竞争新视野和新定位。

(二) 竞争关系的扩张与虚置

就适用《反不正当竞争法》而言,在不正当竞争行为认定中,司法实践中的广义理解虽然并未抛弃竞争关系的外衣,但实质上已达到了不再要求竞争关系的效果。例如,最高人民法院将竞争关系界定为,“一般是指经营者经营同类商品或服务,经营业务虽不相同,但其行为违背了《反不正当竞争法》第2条规定的竞争原则,也可以认定具有竞争关系”。⁽⁵⁰⁾这种界定本质上已立足于行为的性质即违背竞争原则的属性,据此认定其是否构成不正当竞争行为,也即在定性上自觉或不自觉地回归了行为本身,而并不在构成同业竞争关系的前提下认定行为属性。再如,“猎豹浏览器屏蔽优酷网视频广告案”二审判决指出“竞争关系的构成不取决于经营者之间是否属于同业竞争,亦不取决于是否属于现实存在的竞争,而应取决于经营者的经营行为是否具有‘损人利己的可能性’。具体而言,取决于以下两个条件:该经营者的行为是否具有损害其他经营者经营利益的可能性;该经营者是否会基于这一行为而获得现实或潜在的经营利益(即是否具有利己的可能性)。也就是说,如果经营者的行为不仅具有对其他经营者利益造成损害的可能性,且该经营者同时会基于该行为获得现实或潜在的经济利益,则可以认定二者具有竞争关系。”⁽⁵¹⁾经营者在市场竞争中获取市场利益的行为就是竞争行为,该行为是否构成不正当竞争需按反不正当竞争法规定的正当性标准进行衡量。至于是否损害特定的经营者,则涉及该经营者是否具有原告资格等问题,实际上与是否构成竞争和不正当竞争属于不同层面的问题。也即竞争关系常常可以作为认定是否具有损害或者损害可能性的要素,或者说原告资格中的利害关系通常根据竞争关系进行认定,但却不是是否构成竞争或者不正当竞争行为的要件,更不是适用反不正当竞争法的前提条件,司法实践中恰恰发生了张冠李戴的

(49) 多年前笔者对此即进行过比较系统的探讨。参见孔祥俊《反不正当竞争法新论》,人民法院出版社2001年版,第145-179页;《反不正当竞争法原理》,知识产权出版社2005年版,第63-79页。从此后一些裁判对于竞争关系的阐述来看,笔者的观点产生了比较广泛的影响。

(50) 参见曹建明(时任最高人民法院副院长):《加大知识产权司法保护力度,依法规范市场竞争秩序——在全国知识产权审判工作座谈会上的讲话》(2004年11月11日)。

(51) 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。

错位。但是,该裁判理由本质上显然以是否属于竞争行为作为认定是否构成不正当竞争的前提,就此而言显然实质上抛弃了原来意义上的竞争关系而转向行为属性。

司法实践中以各种理由和说法扩张竞争关系的解释,实质上已使竞争关系成为虚置,且扩张的理由越来越牵强,其实际目的无非是为了摆脱竞争关系在认定不正当竞争中的传统束缚,也说明竞争关系确已成为不必要的束缚和障碍。在笔者看来,界定竞争行为时对于竞争关系的依赖更多是历史形成的路径依赖,也即基尔特及后基尔特时代的竞争都是同业竞争,传统的狭义竞争关系是后基尔特的工业经济时代的产物,反不正当竞争法也是由此而命名的,但后来在其不适应现代社会新需求之时又未被抛弃,而是旧瓶装了新酒。因此,也就形成了名实不副和形同虚设的不协调状态。在当代反不正当竞争法背景下,抛掉竞争关系的旧瓶而在行为界定上改弦更张的时候到了。

(三) 广义竞争法的定位与放弃竞争关系的要件地位

其实,我国反不正当竞争立法本身并无预定竞争关系的框框和限制,解决实践中的困境所需要的恰恰是回归法律规定和立法本意。立法之初国务院提请审议的法律草案起草说明曾指出,为与产品质量法和消费者权益保护法等相区别,理顺相关法律之间的关系,“草案规定本法限于调整在中华人民共和国境内从事商品交易活动,向市场提供商品或者服务的经营者(包括法人、其他组织和个人)在经营活动中,违背诚实信用的原则和公认的商业道德,损害或者可能损害其他经营者合法权益的行为”。⁽⁵²⁾ 此处的本意显然并非限定为狭义的竞争行为,而恰恰适用于含义更为广泛的市场交易行为。最后通过的法律并未改变这种思路,该法第2条第2款将不正当竞争行为规定为“损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为”,显然此处并未对竞争和不正当竞争进行刻意的严格限定,限定为同业竞争,而是将其纳入“社会经济秩序”的大视野中进行界定。这在当时即便不是有意为之,⁽⁵³⁾ 也可以说这种大视野和宽范围恰恰暗合了前述世界性立法趋势。如果仍然对此视而不见,仍拘泥于竞争关系甚至狭义竞争关系的纠结和困扰中,只能说我们被传统的观念和过时的标准迷惑了,而恰恰忽略了最具根本性的法律规定及其现代趋势。因此,就法律的适用而言,应当在宽阔的市场竞争框架内,甚至从市场行为法的角度,更加关注行为本身是否具有市场竞争属性和不正当性,是否损害“社会经济秩序”和其他经营者合法权益,而不再纠结于竞争关系等的界定,不再将其作为构成不正当竞争和适用《反不正当竞争法》的前提要件。或者说分为两个步骤,即竞争行为的定性不需要考虑当事人之间是否具有竞争关系,只需要考虑是否为市场竞争行为,然后认定其是否正当;但是,在不正当竞争民事诉讼中,除公益诉讼外,原告必须证明因被告的行为受

(52) 刘敏学,见前注〔46〕。

(53) 虽然在法条的措辞上没有体现,但具体起草者仍认为,该法“调整同业的经营者之间与市场竞争有关的行为”。这足以看出同业竞争的观念影响之深。参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著《〈中华人民共和国反不正当竞争法〉讲话》,法律出版社1994年版,第44页。

到损害,是否存在同业竞争关系可以作为认定是否可能造成损害的重要考量因素。在此基础上确定原被告之间是否有法律上的利害关系,即原告资格的适格性;⁽⁵⁴⁾事实上大多数不正当竞争确实发生于同业竞争者之间。即便如此,竞争关系的交织性和复杂性决定了,确定是否具有损害并不限于同业竞争。虽非同业竞争,但涉及关联的市场,能够形成市场竞争上的损害关系的,同样有滥用竞争自由和损害竞争秩序的问题,反不正当竞争法应当将其纳入视野。这是不能限定同业竞争和狭义竞争关系的根本原因,也是使狭义竞争关系或者竞争关系的提法和要件定位丧失实际意义的根本原因。

综上,如果从竞争性市场行为的角度定位市场竞争法,经营者之间的竞争关系既不是不正当竞争行为的构成要件,更不是反不正当竞争法的适用条件。尤其是,不正当竞争行为既可以损害特定竞争者,也可以损害消费者或者社会公众,而并不以损害特定竞争者且其相互之间具有竞争关系为必要。对于不正当竞争行为,只是根据其是否违反竞争原则或者其他具体法律标准而进行认定,而并不根据行为人相互之间是否具有竞争关系进行认定。当然,如果将竞争关系理解为市场竞争中损害与被损害的关系,那么在民事诉讼中,此种竞争关系可作为确定原告资格的考量因素,但并非不正当竞争行为的构成要件。

(四) 竞争行为的广义定位

无论是从理论还是从适用实践来看,如何界定竞争行为是确定反不正当竞争法定位的重要基础。而且,竞争行为需要进行广义理解和界定。

首先,不正当竞争行为必须首先是竞争行为。反不正当竞争法所调整的经营行为归根结底是市场竞争行为,不正当竞争显然首先需要是市场竞争行为,但市场竞争并不以同业竞争为限。市场竞争行为作为一种争夺交易机会或者谋取竞争优势的行为,其范围是广泛的,并不受狭义竞争关系所限。尤其是,反不正当竞争法是在工业化时代产生的,后来历经后工业时代的发展变化,不断充实新理念、新制度以及进行新解读。当今社会又进入信息化和全球化时代,经济环境和市场竞争状况又发生了巨大变化。例如,以前时代的市场竞争只是平面二维的、同行业之间的竞争,而当今现代化、信息化和全球化时代的企业竞争则是三维、四维乃至更高维度的跨界竞争,竞争空前激烈,是一个其兴也勃、其亡也忽的竞争时代。市场边界渐趋模糊,不同市场之间关联度提高,进入门槛随时可以跨越。这种市场竞争现实要求增强反不正当竞争法的调整广度或者宽度,更不限于狭义的竞争行为和竞争关系。因此,反不正当竞争法更不应

(54) 当前司法实践恰恰把该问题搞“错位”和颠倒了。例如,《北京高院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》(2016年4月13日发布)第31条规定“经营者之间具有下列关系之一,可能损害原告合法权益,造成交易机会和竞争优势变化的,可以认定具有竞争关系:①经营的商品或者服务具有直接或间接的替代关系;②经营活动存在相互交叉、依存或者其他关联的关系。”该规定将可能损害作为认定竞争关系的原因(因素),而不是相反,这就把因果关系搞反了。这是因为坚持了将竞争关系作为构成不正当竞争的前提条件的传统认识的结果。

再抱残守缺,而应赋予新内容和新时代特色,使其更具包容性。⁽⁵⁵⁾

其次,损害对象的多样性决定了竞争行为的广泛性。在引入消费者因素之后,反不正当竞争法同时保护竞争者和消费者,消费者利益同时涉及社会福利,⁽⁵⁶⁾损害消费者的行为通常就是损害公众的行为,此类行为更与同业竞争无涉,或者说更不受同业竞争的局限。由于市场本身的关联性,即便是损害竞争者的行为,也不限于同业竞争者,且受损害的竞争者通常并不特定,或者说不以特定竞争者受损害为构成要件,因而界定不正当竞争的构成并不以竞争关系为前提。至于民事诉讼中需要损害对象的特定化,实际上与不正当竞争行为的定性无涉,而只与原告资格有关。因此,行政查处不正当竞争行为并不考虑经营者之间的竞争关系因素。在民事诉讼中,正是因为竞争行为的广义性和竞争关系的复杂性,受损害的经营者不限于同业竞争者,凡受损害的经营者均可提起诉讼;不正当竞争行为的损害对象具有不特定性,事关公共利益,因而修改法律时可以考虑允许行业协会提起具有公益诉讼色彩的民事诉讼。而由于消费者另有消费者权益保护法保护,反不正当竞争法并不赋予个体消费者原告资格。“修订草案送审稿”第17条第2款赋予消费者对于不正当竞争行为的起诉权并无必要,而未规定行业协会和消费者协会起诉权,是一大缺憾,本来完全可以将此作为此次修订的一大亮点。

总之,我国《反不正当竞争法》虽然采用了“不正当竞争”这一传统称谓,但从将其界定为“扰乱社会经济秩序的行为”来看,完全可以看作是一部规范广义竞争行为意义上的市场竞争法,而不是狭义的市场竞争法。所谓广义的市场竞争,就是泛指一切谋求市场优势或者争取市场交易机会的行为,不限于与特定竞争对手争夺特定的交易机会,而是泛泛的谋取竞争优势或者破坏竞争优势的行为。从这种意义上说,反不正当竞争法仍然是调整市场竞争行为的法律,立足点在于市场竞争行为。当然,也可以将经营者之间的竞争关系理解为市场竞争行为派生的下位概念,即因市场竞争行为而产生的市场关系,是从属于市场竞争行为的。

三、反不正当竞争法在竞争法特质上的定位

不正当竞争的界定直接反映反不正当竞争法的基本定位及决定其适用范围,因而它既是该法的核心概念,又涉及根本的判断标准。以前述所谓竞争关系界定不正当竞争是作茧自缚和没有必要的,但在抛弃竞争关系的束缚之后,仍需要对反不正当竞争法所调整的不正当竞争

⁽⁵⁵⁾ 司法裁判已意识到该问题。例如,“传统行业对竞争关系的理解一般限于同业间的直接竞争关系,但当前互联网经济由于行业分工细化、业务交叉重合的情况日益普遍,对竞争关系的理解则不应限定为某特定细分领域内的同业竞争关系,而应着重从是否存在经营利益角度出发进行考察。经营利益主要体现为对客户群体、交易机会等市场资源的争夺中所存在的利益。”见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。

⁽⁵⁶⁾ 市场竞争中的“社会福利”(social welfare)包括消费者集体利益(collective consumers' interest)和竞争性市场的一般利益(the general interest to a competitive market)。See Ghidini, supra note 5, at 113.

行为的属性进行界定,这仍然是适用该法的前提条件。只不过此时是从竞争行为的角度界定不正当竞争行为,即其首先是一种竞争行为,然后按照特定标准决定应否对其进行否定性评价。鉴于竞争和不正当竞争行为的界定均取决于反不正当竞争法的基本属性,我们必须从反不正当竞争法的一些特质入手对其进行界定。

(一) 当代反不正当竞争法的基本特质

当代反不正当竞争法可以从以下几个方面进行理解。

首先,它是维护市场竞争秩序或者保障正当市场竞争利益的法律。在反不正当竞争法刚刚出现的时期,市场竞争关系还不是非常复杂,调整市场秩序的法律相对较少,反不正当竞争法及反垄断法(反托拉斯法等)成为维护市场竞争秩序的基本法律。但是,随着市场经济的发达和竞争关系的复杂化,竞争中的利益日趋多元,危害竞争秩序的行为多样化,调整和规范竞争关系的法律渐趋专门化,有关产品质量、消费者保护、虚假广告等各种专门化法律应运而生。反不正当竞争法和反垄断法虽然仍保持其传统特色和具有市场竞争法的基本定位,但与其他同样以维护市场竞争秩序为目标的法律相互关联,其相互之间的界限并不十分清晰,所调整的行为有时相互交叉,甚至可以说一些行为并非为某种法律所专有和专属调整,归入哪种行为或者哪个法律调整具有一定的便宜性和随机性,取决于调整的需要,纳入调整的行为相互之间的具体逻辑关系也未必非常紧密。于是出现了下文所称的反不正当竞争法调整行为“小杂烩”的现象,对于它所调整行为属性的概括应当反映这些特点。

其次,它所涉及的是市场竞争中的经营行为以及涉及竞争秩序或者市场竞争利益的其他行为。反不正当竞争法当然是调整市场竞争行为的,但竞争行为却是广泛的。我们需要在宽阔的市场竞争框架内界定市场竞争,也即从市场经济的基本机制的角度理解竞争和不正当竞争。市场机制本来就是竞争机制,是以竞争为基础有效配置稀缺资源。资源的稀缺性决定了竞争的固有性和根本性。这种竞争已不限于同业者之间的狭义竞争,而是一种更深层次的市场机制,有关竞争的市场行为也应该做更广义的理解。一些市场行为是在明确的竞争对手之间进行,而另一些市场行为看似竞争对手不明确,但从市场机制而言仍可以定位为竞争行为,以至于此类市场行为与竞争行为本身就是一体化的。如果人为地划分竞争关系,会割裂这种本质上相同的竞争行为,不符合市场实际。但是,就经营者而言,市场竞争归根结底是为了获取交易机会、竞争优势或者竞争利益。因此,为争夺市场交易机会或者稀缺资源的市场行为,都可以归入市场竞争行为。这些行为不可能都纳入反不正当竞争法调整,至于哪些具体的行为应当归入其调整范围,更多是通过行为特征和正当性标准来解决。

再次,它制止的是损害市场竞争秩序或者损害正当竞争利益的行为,即以不正当竞争方式损害竞争秩序或者正当竞争利益的行为。反不正当竞争法立足于对竞争行为的否定性评价,遏制破坏竞争的否定性行为。这些否定性行为主要是直接破坏他人正当竞争利益的经营行为,同时也不排除一些外围的行为。例如,就企业员工侵害商业秘密的行为而言,员工虽然不是常规的经营主体,但因为破坏他人的竞争利益而有必要纳入反不正当竞争法的调整范围。

将此类主体的行为纳入显然是为了维护竞争秩序和竞争利益的需要,其连接点不在于员工是否为常规的经营主体,而立足于其是否损害了经营者的竞争利益。

最后,反不正当竞争法对于竞争秩序的维护具有独特性。涉及竞争的多种法律是通过调整对象和调整方式的特殊性进行划界的。例如,反垄断法立足于维护竞争的自由,所制止的主要是排除或者限制竞争的行为;反不正当竞争法着重于维护市场竞争的公平,所制止的是被通行的市场观念认为不公平的竞争行为。⁽⁵⁷⁾反不正当竞争法是以列举加概括的方式,划清与其他竞争法律所调整行为的边界,使自身具有独特性。无论是概括的原则性规定,还是明确具体的列举性规定,都体现了其所调整行为的特殊性。尤其是,以诸如平等、自愿、公平、诚实信用和公认商业道德之类的模糊方式确定原则性标准,既用于不正当竞争的界定标准和认定依据,又与其他调整市场竞争的法律大致区别开来。当然,由于竞争关系的复杂性及法律划分的局限性,在竞争行为的划分上有时并不绝对清晰,甚至一些行为会出现调整上的交叉。例如像滥用知识产权、强迫交易之类的行为,很可能不排除出现法律调整上的交叉关系。

(二) 不正当竞争行为定性的新思考

我国《反不正当竞争法》第2条第2款将“不正当竞争”界定为“经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为”,该规定已被作为一般条款用来认定法律没有列举规定的不正当竞争行为。该界定基本上涵盖了当代反不正当竞争立法取向中的基本元素,是一种基本可行的现代性界定。鉴于不正当竞争行为的“杂烩”性及调整市场竞争关系的法律的多样性,该条款以“违反本法规定”(包括本法的原则性规定)的概括性措辞使其调整对象与反垄断法等区别开来,而且将其实质性标准定位在“损害其他经营者的合法权益”和“扰乱社会经济秩序”之上,这就为宽泛地解读竞争和不正当竞争行为奠定了基础,并可以印证以狭义竞争关系界定竞争行为确系作茧自缚,不足为凭。当然,也存在仍需改进之处。鉴于该条款一般条款的属性和地位及不正当竞争的本质特征,该界定之中有必要增加行为特性(“不正当手段”)的元素,及将消费者纳入损害对象,如可改写为“经营者违反本法规定(或者以违反本法规定的正当手段)从事经营活动,损害其他经营者或者消费者合法权益,扰乱市场竞争秩序的行为,可以依照本法认定为不正当竞争行为”。⁽⁵⁸⁾

⁽⁵⁷⁾ 例如,“反不正当竞争与反限制商业行为(反托拉斯法)规则是相互关联的:两者均旨在确保市场经济的有效率运行。但是,它们有不同的实现路径:反托拉斯法通过反贸易限制和滥用经济势力而维护竞争自由;反不正当竞争法通过使所有市场参与者遵循相同规则而确保竞争公平。两者尽管有所不同,但同等重要,且相互补充。确立市场经济制度的国家需要反托拉斯法,但仅仅依据反托拉斯法不足以确保竞争公平:这只能通过另有不同的反不正当竞争规则加以实现。”See The International Bureau of WIPO, *Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation*, WIPO publication No.725, 1994, p. 12.

⁽⁵⁸⁾ “修订草案送审稿”将第2条第2款改写为“本法所称的不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者或者消费者的合法权益,扰乱市场秩序的行为。”“送审稿”第2条第2款修改为“本法所称不正当竞争行为,是指经营者违反前款规定,以不正当手段从事市场交易,损害其他经营者的合法权益,扰乱竞争秩序的行为。”

(三) 竞争行为正当性取决于竞争和竞争法的特质

当前司法实践中对于不正当竞争的认定即便立足于争夺交易机会意义上的竞争行为,有时也忽略了判断标准的动态性和竞争中立,从而使判断标准简单化,使判断结果有可能背离正当竞争机制的要求。例如,涉互联网不正当竞争的判断是当前司法的热点,一些法院在系列案件中提出了颇有影响力的所谓“非公益不干扰”原则,即非因公益(如杀毒)必要,不得直接干预竞争对手的经营行为。⁽⁵⁹⁾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等之后,他人就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颠覆。这是市场竞争的理想图画,但显然是“乌托邦”,市场竞争不是也不必为如此类型的祥和。我们可以称此为静态的竞争观和传统的公平观,但是市场竞争却是动态的。可以说,这种原则不符合市场竞争和反不正当竞争的属性与实际,也即不符合动态的或者效率的竞争观。

首先,它不符合市场竞争的动态性、交织性和损害性属性。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,资源配置在更广泛的范围内有效进行。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。“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,⁽⁶⁰⁾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。

其次,它不符合不正当竞争的判断要求。不正当竞争的认定采取的是“行为正当性主义”,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)进行判断还是不够的,更为关键的是还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

⁽⁵⁹⁾ 见前注〔45〕。

⁽⁶⁰⁾ 如亚当·斯密在其《国富论》中所说,“我们每天所需的食物和饮料,不是出自屠户、酿酒家或烙面师的恩惠,而是出于他们各自的打算”。说到底,为自己谋利才是增加国家和全体国民之福利的最重要的驱动力。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。

具有刻意损害特定竞争者的选择性；⁽⁶¹⁾ 是否对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）。仅仅考量是否损害特定权益（如为自己获利而破坏他人正当商业模式）以及行为人主观状态，充其量只是一般侵权行为的判断思路，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，而不是竞争法的裁判思路。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（如商业模式）是否受保护充其量只是考量因素之一，而不是判断的基准。

再次，它不符合新时代反不正当竞争法的目标取向。反不正当竞争的目标是促进经济和增进公共福利，用以判断正当性的诚实信用和公认的商业道德，都不应按照日常生活或者一般社会关系的道德标准解读，而是一种商业行为的伦理标准，即以其能否增进经济效率和促进社会福利作为根本的衡量标准。所谓竞争中的和平共处、互不干扰或者不得损人利己之类的说法，体现的是如前所述的社团性的传统公平观和竞争观，不尽符合效率和福利的商人标准，因而不能简单地运用于不正当竞争的判断。⁽⁶²⁾

综上，围绕“非公益不干扰”原则的争论，乃是在互联网信息时代如何确定竞争行为正当性判断标准的一个重要事例和缩影，反映了反不正当竞争法定位和竞争行为正当性认定中的一系列重要竞争理念和价值观的分歧，不能等闲视之。竞争行为正当性判断必须符合市场竞争和竞争法的特质，否则会偏离方向和走入误区。

四、行为类型松散聚合性的调整对象定位

纳入反不正当竞争法调整的竞争行为是反不正当竞争法定位问题的具体落实和支撑，也即调整什么样的行为，决定了法律是什么样的定位。与其他法律不同，纳入反不正当竞争法中的各类具体行为之间通常并不存在诸如总分结合、先后相继和衔接互补之类的紧密逻辑关系，而更像是实用主义性的行为“堆积”和“杂烩”。这种行为特色塑造了反不正当竞争法的调整特色和立法定位。认清这种定位上的特色，对于确立观念和建构制度均具有重要意义。

(61) 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。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。

(62) 例如，就《巴黎公约》规定的不正当竞争或其违反商业领域的诚实惯行而言，“它不能与一般的伦理要求尤其是宗教信仰相混淆。它所考量的是商业领域的诚实”。“‘诚实’或者‘公平’问题必须在实际的商业贸易惯行的框架内讨论，不能与一般伦理道德的理想混为一谈”。See Henning-Bodewig, *supra* note 4, at 24.

(一) 不正当竞争行为的“杂烩性”

涉及市场竞争的法律是众多的,只不过因为切入点不同而进行了调整对象的细分。例如,产品质量、消费者保护以及知识产权法等法律均与维护公平竞争有关。反不正当竞争法虽然是保障公平竞争的专门法,也不过是选取一些从维护公平竞争的角度确定所调整的对象,所规定的不正当竞争行为也只是市场竞争行为中的一部分。况且,竞争行为与经营行为或者商业行为本来就相互交织,这也是在立法中将其视为同类或者难以区分的原因。纳入该法中的不正当竞争行为既有历史上约定俗成的,又有后来陆续根据需要加入的,其相互之间或有紧密关联,或只是松散关系,而不好简单地认为哪些行为一定一律天然地属于该法调整范围。

反不正当竞争法的初衷是通过遏制不公平商业行为而维护市场竞争的公平性,也即维护公平竞争是制止不正当竞争立足点。尽管在具体规定的细节上存有差异和争议,也并不都使用不正当竞争的称谓,且使用不同称谓实际上也各有利弊,但其基本信念是共同的,即市场行为的公平性是所有市场参与者的共同利益,为此需要一些规则保障这种公平性。⁽⁶³⁾至于哪些行为纳入其中,则涉及多种因素,如历史性的因素和权宜性的因素、共通的因素和特色性的因素以及国外的因素与国内的因素。那些已为多数国家或者国际社会所公认的行为类型,如巴黎公约规定的三类行为以及此后被公认的侵犯商业秘密等行为,成为核心的行为类型,⁽⁶⁴⁾通常为各国相应的立法以不同形式加以承认。同时,各国立法当然还会根据本国实际规定一些有特色的行为。⁽⁶⁵⁾我国反不正当竞争法第二章列举规定的不正当竞争行为既有条约规定和国际社会公认的行为,在很大程度上遵循了通行做法,又有具有我国特色的行为,特别是具有当时历史条件下的明显烙印。⁽⁶⁶⁾这充分体现了该法在一定程度上的法无定式。如起草说明所说,“草案是符合我国基本国情的,也同国际惯例基本一致”。“其中大多数为国际立法例所共有,只有个别行为是根据我国现实市场交易活动中的突出问题加以规定的”。⁽⁶⁷⁾修订该法时显然要坚持该思路,既反映公认的重要行为类型,又不刻意简单以国外的做法为取舍标准,要切实解决我国自身的突出问题。

纳入反不正当竞争法中的行为具有一些突出特点。

(63) See Henning-Bodewig, *supra* note 34, at 1.

(64) 1925年荷兰修订会议修订巴黎公约时引入不正当竞争的定義条款之后,为使该宽泛的定义更为精确,以及更利于普通法国家接受,先是引入了市场混淆和商业诋毁两类行为,后又引入虚假宣传。See Henning-Bodewig, *supra* note 4, at 14.

(65) 例如,日本反不正当竞争法除规定仿冒、淡化、逼真模仿、侵犯商业秘密等传统行为外,还规定了禁止规避保护版权的技术措施、抢注域名、代理人或代表人抢注商标、贿赂外国公务人员之类的内容。这充分体现了其“杂烩”特色。

(66) 我国自1987年开始起草反不正当竞争法,中间历经思路上的争论和转变,如对于是起草反垄断与反不正当竞争合一的法律还是单独法律等问题进行过讨论,最后起草了一部以反不正当竞争法为名、同时包含部分垄断行为的混合性法律,其中的一些不正当竞争行为也是根据实践中的迫切需要而规定的。

(67) 李敏学,见前注〔46〕。

首先,具有或者要体现补充性和衔接性。反不正当竞争法的一项重要传统内容是用来衔接和补充知识产权法的,这些内容构成了此类法律的核心部分。随着法律调整的细分和专门法的完善或者扩张,这部分内容也在变化。例如,驰名商标保护更多地纳入商标法之中,虚假宣传需要与广告法衔接,商业秘密被有些国家单独立法。凡专门法未予调整而仍需反不正当竞争法规定的行为,仍为重要的行为类型。此外,现代社会的法律部门日益增多、法律体系日益发达和专门化程度越来越高,经营行为往往归入众多法律部门中进行调整,而不好归入其他专门法的一些行为,仍可以归入反不正当竞争法调整。这些经营行为无论是纳入其他法律还是反不正当竞争法之中,其基本竞争属性不一定有质的区别和明确的界限,只是因法律调整的专门化和精细化而使它们分布于不同法律之中。

其次,不正当竞争行为之间的逻辑关系不紧密。法律部门之间的交叉以及行为类型的选择性纳入,使得反不正当竞争法中的行为看起来有些凌乱,相互之间缺乏先后相继和融贯合一的严密逻辑性,有时给人“东一榔头西一棒”的印象。除了最终都可以归结为公平竞争属性,或者说把各类行为统一在一起的“竞争”概念过于上位,无论是理论上的阐述还是操作上的考量,有时候不一定好用一把尺子衡量,不好归纳一种内在统一的逻辑机制和理论基础。例如,涉及知识产权保护的仿冒、侵犯商业秘密等行为与虚假宣传、商业贿赂、不正当有奖销售等行为虽然都在于维护公平竞争,但其相互之间并无直接和紧密的逻辑关系。可以说,反不正当竞争法涉及的是不正当竞争行为的“杂烩”,但因涉及面不够宽和专门法越来越多,又难以说是不正当竞争行为的大杂烩,而只是“小杂烩”。

(二) “杂烩性”特点对于完善和适用《反不正当竞争法》的特别价值

清醒地认识上述“杂烩性”特点具有重要的理论和实践以及立法和适用意义。

首先,它可以决定我们的立法态度和理论思维方式。它告诉我们不必煞费苦心地刻意在不同的行为类型之间寻求具体的理论和逻辑上的有机联系,除传统的或者经典的不正当竞争行为外,对于其他行为的纳入而言实用和便宜的考虑常常是第一位的;即便追寻行为之间的共同纽带,也都是非常基础和上位的。本质上属于涉及公平竞争的行为,如确实无法归入其他法律,尽可以归入反不正当竞争法之中,不必刻意寻求理论依据,也不必一定有外国立法例上的支撑。反不正当竞争法的此次修改涉及是否及如何增加新类型行为问题,当前的讨论对此已有较多争论,但取舍的根本标准归根结底是实践的需求和制度本身的利弊。例如,“修订草案送审稿”第6条⁽⁶⁸⁾滥用相对优势地位的规定曾受到较多批评,主要涉及比较法上罕有规定、即使规定(如德国、日本)也很少适用,与反垄断法相关规定如何协调,在立法政策上是否妥当,以及是否有必要纳入不正当竞争范围的问题,但问题不在于国外是否普遍采取该制度等,而在于该制度所要规范的行为是否严重和突出,在我国是否有如此规定的必要性。至于当前

(68) 该条规定“经营者不得利用相对优势地位,实施下列不公平交易行为:(一)没有正当理由,限定交易相对方的交易对象;……。”

条款的表达过于宽泛、立足点有偏差(立足于优势地位而未主要立足于行为的不正当性)、与反垄断法相关规定界限不清等问题,可以在技术层面上予以解决。例如,设定该条款的一个重要意图可能是为了制止欺行霸市、强迫交易之类的市场行为,或者规制大型超市、物业公司等利用特殊的交易地位进行强迫交易。这些行为可能在市场经济相对发达的国外并不突出,但由于我国市场经济不够规范和企业自律意识较弱等原因,此类行为在一定程度上比较突出,规范此类行为有可能成为我国的特色。如果确有制止此类不公平交易行为的需要,在其他专门法中不好规定,也可以在该法之中作出规定,只是在条文设计上直奔主题和直接规定行为特征即可。

其次,有助于认真对待其竞争法属性。反不正当竞争法虽然与知识产权法渊源深厚,具有补充保护的功能,但毕竟是竞争类法律,是按照自己的独特方式即竞争法方式进行补充保护的,且历经演变吸收消费者保护和公共利益因素,其维护竞争秩序的竞争法色彩愈加浓厚,在越来越多的国家(地区)与反垄断法合称为竞争法、公平交易法、贸易行为法等,这既是一种竞争法归属上的明显趋势,也恰恰反映了其本质上的竞争法属性。我们没必要将该法纯化为知识产权保护法,而归根结底应将其作为竞争法对待,按照竞争和竞争法的理念塑造制度和指引适用。我国反不正当竞争法既涉及知识产权保护内容,又涉及此外的专以维护竞争秩序为目的的行为。但是,无论是法律列举的行为还是依照一般条款认定的行为,所贯彻的都是竞争法的理念和方法,尤其是近年来依照该法第2条一般条款认定的行为,更多与知识产权保护无涉,而着重于维护市场竞争秩序。⁽⁶⁹⁾一般条款在制止不正当竞争中的作用日益重要,也说明该法维护竞争秩序的功能更加突出。而且,知识产权专门法的保护与制止不正当竞争的基点、理念和保护方式明显不同,所谓的补充保护与专门保护具有根本性的差异。前者是通过确定权利和权利范围及判断被诉行为是否落入权利范围的方式进行保护,后者则着重于按照竞争理念和标准判断行为的正当性。制止不正当竞争范围内的知识产权保护有些虽与专门知识产权保护有所接近(如仿冒行为和侵犯商业秘密),有时也可能参照专门法的精神,⁽⁷⁰⁾但与专门知识产权保护截然不同,而仍然采取竞争法思维和方式。实践中确有以保护权利的思路判断竞争行为的正当性,如只要有需要保护的法益(如正当商业模式),被诉行为又对其造成损害,加之主观上知情,就认定构成不正当竞争。这就混淆了保护思路和方式,把不正当竞争判断简单化。⁽⁷¹⁾总之,我们不必将反不正当竞争法刻意解释为知识产权法,即便其涉及知识产权保护内容也应当按照竞争法的方式处置。

(69) 多年来依据该条规定认定的不正当竞争行为更多与智力成果或者知识产权无关,如据此认定的互联网等领域的不正当竞争多是纯属维护竞争秩序的。

(70) 例如,《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(2006年12月30日最高人民法院审判委员会第1412次会议通过)第2条、第5条和第17条第1款。

(71) 这种思维和方式的混淆与误用,很大程度上与我国知识产权法官审理不正当竞争案件有关。

五、结束语

无论是法律完善还是法律适用,反不正当竞争法的定位是“纲”,是连接理念与制度及立法与适用的轴线。可以说,定位准确了,可以收到纲举目张的效果。反不正当竞争法自其诞生之日起即随着时代的发展而不断变迁,在当今互联网信息时代更需要按照时代要求进行定位和塑造。当前的法律修订和法律适用对此均应给予高度重视。结合当今国际新趋势以及我国市场竞争的新实际,可将反不正当竞争法理解和界定为广义的市场竞争法,在此基础上相应地建立竞争关系、竞争行为和不正当竞争判断标准等基本范畴。反不正当竞争法具有衔接法和补充法的特性,纳入调整范围的行为之间既有历史的和逻辑的联系,又有偶然的“杂烩”色彩,由此造就了其灵活性和适应性,可以在此基础上建构相关理念、思维方式和具体制度。

Abstract: With the development of economy and technologies, the evolution of social demands and ideologies, the position of Anti-Unfair Competition Law has been changing constantly. At present, the status quo of the legislation and the application of the law in our country has put forward new demands for the rethinking and positioning of the Anti-Unfair Competition Law. Based on summarizing and rethinking the historical development in the past hundred-years and the current four developing trends at international level in the field of anti-unfair competition law, this paper argues that the international development should be fully taken into account when revising Anti-Unfair Competition Law so as to make it modernized. By following the new requirement brought with the economic reform, the legislative background in China, the competition situations at present, the developments in law revision and application, this article re-positions the anti-unfair competition law from the following aspects, including abandoning the element of “competitive relation”, defining a competitive behavior in a broad sense, reshaping the criterion of deciding whether a competitive behavior is justified, grasping “mixed-polymerization” characteristics embodied in the competitive behaviors, and then raises a proposal on the institution construction accordingly.

Key Words: Anti-Unfair Competition Law; Competitive Act; Competitive Relation

(责任编辑:邓峰)