

【经济法学】

反不正当竞争法自由竞争价值的理论证成与制度调适

陈耿华

【摘要】一直以来,公平竞争价值稳居反不正当竞争法价值体系的显性话语,而对同等重要的自由竞争价值却缺乏深切关注及系统描述。这主要源于反不正当竞争法维护商业伦理的制度惯性及为该法的制度外观所误导。自由竞争价值缺失容易引发过度干预市场竞争行为,亦不当割裂了反不正当竞争法与反垄断法的内在关联。基于市场自由、动态竞争的本质规律、反不正当竞争法竞争观的转向、该法作为行为规制法的功能驱使与愈加浓厚的竞争法品格,以及该法保护竞争而非竞争者的立法旨趣,证成反不正当竞争法亦需恪守自由竞争价值。为贯彻之,需革新既有行为认定范式,秉持行为正当主义,重视经济效果分析标准,审慎适用一般条款并明晰其适用条件,修正竞争关系在不正当竞争案件中的定位,在还原竞争场景的基础上综合权衡多元法益及多种考量因素。

【关键词】反不正当竞争法;自由竞争;公平竞争;一般条款;动态竞争观

【作者简介】陈耿华,西南政法大学经济法学院讲师,法学博士。

【原文出处】《比较法研究》(京),2021.6.157~170

【基金项目】本文系2021年国家社科基金项目“数据不正当竞争行为司法规制的实证研究”(项目编号:21CFX042)、中国博士后第14批特别资助“大数据领域反不正当竞争法的实施困境及因应研究”(项目编号:2021T140574)、中国博士后第67批面上资助“数据不正当竞争行为司法规制的实证研究”(项目编号:2020M673106)的阶段性研究成果。

一、问题的提出:自由竞争价值缺失

一直以来,公平竞争价值稳居反不正当竞争法价值体系的显性话语。在学者们看来,反不正当竞争法强调公平竞争,反垄断法侧重自由竞争,^①两者泾渭分明、各司其职,共同担负维护市场竞争秩序之使命。然而,值得思考的是,同为市场秩序基本法的反垄断法和反不正当竞争法在价值选择上果然能区隔如此分明吗?反不正当竞争法虽起源于私法,然其竞争法属性不断强化,单一强调反不正当竞争法以维护公平竞争为价值追求是否不当割裂了反不正当竞争法与反垄断法的内在关联,看似泾渭分明的

切分可能反而损害了竞争法本身的融贯性?

通过对大量不正当竞争案件裁判文书的梳理可以发现,司法实践中,法官判断某一行为是否构成不正当竞争,几乎都将目光投向《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)第2条第1款诚信原则及商业道德,似乎惟公平竞争才是审理该类案件不二的价值选择,自由竞争价值在不正当竞争案件的审理中极少受到关注,几乎处于失语状态。以屏蔽视频广告案为例,法院在多数案件中判定屏蔽行为构成不正当竞争,^②其基本逻辑是:屏蔽广告行为破坏了免费为主的商业模式、损害了原告

的利益,进而基于原告利益受损,反推行为具有不正当性。此种基于损害倒推行为不正当、仅关注损害本身的审理模式,折射出自由竞争价值的普遍缺失。那么,自由竞争价值缺失的深层原因是什么?这种缺失可能引发哪些负外部性问题?自由竞争价值之于反不正当竞争法的应然定位是什么?其与公平竞争价值的关系如何?这些问题值得高度关注。

二、自由竞争价值缺失的原因及局限反思

缘何从学界到实务界均极力提倡公平竞争价值,而对同等重要的自由竞争价值未予应有的重视?欲解答该问题,需回到反不正当竞争法的逻辑起点,廓清其价值体系最初是如何形成的。

(一)自由竞争价值缺失的原因探析

1. 基于反不正当竞争法维护商业伦理的制度惯性

为捍卫市场竞争秩序,确保市场主体公平竞争,几乎所有构建市场经济体制的国家均设置了一定的反对不公平竞争行为的保护措施。^③世界范围内不公平竞争的概念最早诞生于1850年,法国法院通过《法国民法典》第1382条一般条款创立不公平竞争制度,亦是首次提出不正当竞争之表述。^④1896年世界上首部成文的反不正当竞争法在德国诞生,其立法目的亦是维护商业道德、确保市场主体公平竞争,通过遏止不公平竞争行为,保障经营者的合法权益。^⑤1925年《巴黎公约》修订,着眼点亦在规制违反诚实惯例、有悖公平竞争的竞争行为。^⑥可以说,反不正当竞争规范自产生时起就与善良风俗、商业伦理及诚实信用原则密不可分,维护公平竞争几乎是反不正当竞争法惟一的价值追求。

此外,无论是学界对公平竞争价值基准的强调及深入阐释,或是实践中具体不正当竞争案件的审理,均彰显了浓厚的公平竞争价值。究其原因,除了源于立法者希冀通过反不正当竞争法维护商业伦理和公平竞争价值的立法追求,某种程度上也是受到制度惯性的影响,促使公平竞争价值稳居反不正当竞争法的价值中心,成为该法基础的价值导向。也正因此,经济标准及自由竞争价值始终未能

获得反不正当竞争法学界及实务界的应有关注。

2. 为反不正当竞争法的制度外观所误导

除了受反不正当竞争法维护商业伦理的制度惯性的影响,自由竞争价值的普遍缺位很大程度上也源于被该法的制度外观所误导。从反不正当竞争法的法律文件的命名,到“不正当竞争”/“不公平竞争”行为之表述,以及不正当竞争的具体判定标准,乃至立法目的条款,其整体的制度外观均指向公平竞争价值。

具体而言,“不正当竞争”/“不公平竞争”行为(unfair competition)的表述就直接诉诸一种公平标准。反不正当竞争法规范性文件的名称仅涉及“正当”字眼,本身就流露出维护公平价值的取向。再将视线投向该法立法目的条款,其立法目的条款申明“鼓励和保护公平竞争”,也仅关涉公平竞争,未提及自由竞争。从法律文本的外观可以得知,公平竞争成为反不正当竞争法的价值基石。

此外,在不正当竞争行为的定义及判定标准上,其道德判断色彩更为浓厚。各国所采用的竞争立法模式虽有所不同,然而,从竞争行为正当性的判断标准看,多数引用规范性(而非描述性)的商业道德标准。^⑦以《巴黎公约》为例,其将不正当竞争定性为:凡在工商业活动中,有悖诚实的习惯做法的市场竞争行为;世界知识产权组织出台的《关于反不正当竞争保护的示范规定》,对不正当竞争界定为:在工商业事务中有违诚实的习惯做法的行为或做法;在《发展中国家商标符号和不正当竞争行为示范法》中,对不正当竞争的描述则是:在商业或工业事务中任何违反诚实做法的市场竞争行为;不同国家基本采用了“善良风俗”(如德国)、“职业道德”(如意大利)、“诚信原则”(如瑞士、西班牙)、“诚实交易惯例”(如卢森堡、比利时)的表述。^⑧

可见,判断行为是否正当,取决于是否有违善良风俗、诚实信用原则,从而牢牢确定了竞争的伦理标准与道德标准。我国1993年《反不正当竞争法》第2条规定:“经营者在市场交易中,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德。”

此处的“自愿、平等、公平、诚实信用的原则”均是公平竞争价值的具体衡量指标。公平竞争价值的基础性地位确证无疑。然而,倘若未将视线进一步投射到反不正当竞争法的功能定位、法律属性及其发展走向,自由竞争价值之于该法的重要性,极易被覆盖、稀释甚至疏忽。

(二)自由竞争价值缺失的局限反思

基于反不正当竞争法的历史渊源及其制度外观,该法推崇公平竞争价值具有合理性、正当性,然而,自由竞争价值的普遍缺位,对竞争法法律体系、竞争法规制实践将引发负面效应。

1. 规范层面:割裂反不正当竞争法与反垄断法的内在关联

有学者坦言:反垄断法意在保障市场竞争的“自由性”,其主要规制“无竞争”或“无市场”等情形;反不正当竞争法则确保市场机制在自我调整的基础上,修复市场竞争中不公平的行为和做法,即要求所有市场主体依相同规则、同等条件进行竞争,以确保公平竞争。^⑨亦即,反垄断法旨在维护自由竞争,反不正当竞争法重在捍卫公平竞争,对两者各自的功能定位似乎进行了明确区隔。然而,此种看似周延的区分,可能忽略了反不正当竞争法作为竞争法重要构成的内在属性,割裂了其与反垄断法同为竞争法的内在关联。

如前所述,虽然反不正当竞争法坚守公平竞争的价值取向具有历史合理性,然而,倘若因此忽视了同等重要的自由竞争价值,而仅将焦点投掷于公平竞争之维护上,可能会不当淡化反不正当竞争法逐渐强化的竞争法属性,也容易加剧反不正当竞争法与反垄断法的差异,模糊两者同为竞争法重要组成的内在关联。这既不利于反不正当竞争法与反垄断法对市场的协同规制,亦不利于两者共同维护市场秩序的立法旨趣的实现。

事实上,随着对反不正当竞争法法律属性及功能定位的愈加清晰的定位,反垄断法与反不正当竞争法的关系更加紧密。多数国家均对两者采取合并立法模式。虽然我国并未采用该模式,然而,无论是

我国1993年《反不正当竞争法》包含的规制垄断行为的条款,还是2017年该法修订中对是否增加滥用优势地位条款的争议,无不反映反不正当竞争法与反垄断法关系之密切。当然,是采用单独立法还是合并立法,立法模式的具体选择都是多因素之果,与立法技术、立法时机、立法理念有很大关系。在承认我国基于实用主义而采用分别立法模式、肯认两者分析框架存在差异的基础上,更应看到反不正当竞争法与反垄断法在规制目标和价值选择上的趋同性。

2. 实证层面:容易导致对市场竞争行为的过度干预

诚然,政府介入市场为解决市场失灵提供了一种可资选择的方案,政府干预对我国市场经济管理、市场规则的形成,发挥了重要作用,然而,政府介入具备正当性是一回事,而何时干预、如何干预、干预什么、干预程度则是另一回事,这并不意味着政府“如何”干预亦同时具备正当性,两者无法等同。政府的必要介入并非政府干预方式、干预时机、干预程度及干预手段的合法证明,以政府干预的正当性、必要性替代干预方式及干预手段的正当性论证,实际上是简化了对社会经济复杂性的认识。^⑩竞争秩序之于我国经济发展的重要性,并不代表我们能完全借助政府干预的途径搭建完美的市场经济秩序。

反不正当竞争法自由竞争价值的缺失可能导致对市场经济领域及市场竞争行为的过度干预。反不正当竞争法作为市场规制法的重要组成部分,亦是国家借助公权力对市场缺陷进行干预之法,其欲将事实上的经济关系转化为法律秩序,除了考虑国家管理职能之需、干预能力及干预成本,更为重要的是取决于市场的客观需求。^⑪市场发展的需要决定了反不正当竞争法干预的时机及界限。

对自由竞争价值的忽略容易模糊干预的界限,不当采取一刀切的竞争认定思维可能会将有效的竞争行为误认为是反竞争,进而予以规制甚至禁止,引发所谓的“假阳性错误”(积极失误),对市场造成不必要的干预。实际上,惟有在出现市场失灵且市场自

身无法自我修复的情况下,反不正当竞争法才予以适用。^⑩可以说,市场失灵是反不正当竞争法适用之前提,为该法的适用划定了边界。此外,缺乏自由竞争价值的导引,也容易刺激反不正当竞争法的家长式干预情结,导致对大量本属于正当、正常的市场竞争行为进行否定性评价。这种因否定性评价而实行干预的做法可能损害市场发展,对促进市场经济、激发市场主体活力、驱动技术进步极为不利。长久以往,容易导致规制目的落空,甚至引发对反不正当竞争法规制正当性的质疑。

三、自由竞争价值的法理证成

反不正当竞争法的立法价值不是单一的。维护公平竞争并非反不正当竞争法唯一的价值取向,亦非该法终极的价值追求。反不正当竞争法的价值体系应保持开放状态,且应根据现实需求进行适时调适。自由竞争也应成为该法的基础价值目标。

(一)市场自由、动态竞争的本质规律要求竞争法应奉行自由竞争价值

现实需求决定制度的发展走向。法律在多数情况下是对社会经济关系的描述、记载及呈现。就反不正当竞争法的价值体系而言,其立法使命旨在更好地服务、回应市场经济的发展需求。市场经济发展的本质规律决定了反不正当竞争法价值选择的出发点及归宿。那么,市场规律如何决定自由竞争价值应内嵌于反不正当竞争法的价值序列?

一方面,自由竞争乃市场经济的“灵魂”,是市场经济发展的生命之源。市场经济本质上是自由竞争经济。只有自由竞争,经济才能繁荣,社会物质财富才能最大限度地增长,自由竞争是市场竞争的发动机,是确保市场经济发展最有效、最有力的工具。反不正当竞争法是干预和调整市场经济之法,其干预的使命及目的不是为了限制市场经济的发展,相反,是为了促进经济更好的发展,这就要求反不正当竞争法对市场经济的介入、管理应反映经济规律。惟有遵循、体现市场经济的发展规律,反不正当竞争法才能更好地引导市场主体正当竞争,更好地服务于市场经济的发展,从而顺利实现调整任务。因此,以

维护、促进市场竞争为宗旨的反不正当竞争法应自觉奉行自由竞争价值。可以说,反不正当竞争法将自由竞争价值内嵌于其价值体系,是尊重市场自由竞争基本规律的应然之义,从而鼓励市场主体通过自由竞争促进创新、优化资源配置。

另一方面,市场竞争的魅力在于动态发展,竞争态势千变万化,这种动态竞争的内在属性要求反不正当竞争法推崇自由竞争价值才能满足市场发展、创新之需。具体而言,市场竞争的本质是抢夺商业机会、争夺市场资源,市场竞争天然具有明显的逐利性,竞争过程中必然导致一方市场参与者丧失交易机会。特别是在数字经济时代,市场竞争更加激烈,以互联网技术和信息技术为支撑的数字经济市场,市场参与者随时面临各种挑战和竞争,这是无法避免的。

可以说,市场主体遭受损害是市场竞争的常态,反不正当竞争法需对竞争引发的损害保持包容的态度,不能因存在损害就认定相关市场竞争行为具有不正当性,亦不能对既有权益提供类似专有权的保护,否则与市场自由竞争、动态竞争的本质规律相违背。当然,谨慎干预市场自由竞争并不意味着反不正当竞争法无所作为。如达到特定损害、满足特定条件,反不正当竞争法则应及时干预,这个恒定的标准就是市场秩序、市场机制受损。反之,如果一项规制工具未与市场问题有效匹配,则其规制效果容易落空,也影响规制的正当性。

现实需求始终是创造之母,是制度生成和发展的根本依据。价值观取决于社会经济关系。反不正当竞争法价值序列的选择应遵循市场竞争的逻辑及需求,而不是故步自封、守旧于已设定的价值体系。维护自由竞争亦是反不正当竞争法的重要导向。事实上,之所以规制不正当竞争,恰也旨在确保市场主体自由竞争、市场机制良性运行,而非不必要地妨碍自由竞争。^⑪市场规制工具的选择及运用应自觉与市场本身相结合。惟有匹配市场发展需求的规制工具,才可能有效化解市场失灵问题;而不满足匹配性的规制工具,非但无法化解已有的市场失灵问题,还

可能引发负面效应,甚至是加重市场失灵。^⑭秉持自由竞争价值,是尊重市场动态竞争规律的结果,也是发挥市场在资源配置起决定性作用、更好发挥政府作用的有效路径。

(二)竞争法竞争观的革新应遵从自由竞争价值

受反不正当竞争法源于侵权行为法的历史渊源、不正当竞争案件审理法官的知识惯性及审理路径依赖,以及该法立法目的条款表述之影响,传统反不正当竞争法多数采用静态竞争观。在反不正当竞争法竞争观演变的过程中,旧有的、保守的、传统的竞争观顽强抵抗新的竞争观,同时,随着社会结构的整体转型,先进的、新型的竞争观亦在不断成长。其间,保守的、传统的、守旧的竞争观被逐渐破除,现代的、富于创新的、与客观实际相匹配的竞争观逐渐形成和演化。随着反不正当竞争法的不断发展,固有的静态竞争观愈发面临质疑与挑战。

在“快乐阳光公司屏蔽视频广告案”^⑮中,不同于以往的裁判思路,审理法院认为,原告可以自行选择免费为主的商业模式,被告亦可基于提升消费者体验为由,在浏览器中增添市场已普遍存在、具有屏蔽功能的插件。此外,被告的屏蔽技术并未针对特定对象,原告倘若认为其屏蔽技术妨碍了自身竞争利益,可以自行升级技术以阻却被告的屏蔽技术;或者与被告协商,令视频免于屏蔽;或者告知消费者,使其关闭具有屏蔽功能的软件或插件等。对于该项屏蔽广告功能,原告完全可以自行采取足够的、必要的应对措施。在该案中,审理法院不采用既有的裁判思路,并未根据案涉损害得出行为具有不正当性的评判结论,而是秉持了一种区别于既有静态竞争观的全新竞争观——动态竞争观。此种动态的竞争观更为契合市场动态竞争的经济规律,也与反不正当竞争法愈加浓厚的社会法属性及该法所秉持的行为正当主义的规制模式相呼应,^⑯是新时代背景下不正当竞争案件审理应秉持的竞争观。

动态竞争观与自由竞争价值一脉相承。两者的核心主张、基本诉求都体现为在自由中寻求秩序、为市场竞争预留更多的自由发展空间。一方面,严重

的市场反竞争行为需予以规制、禁止,但在约束市场行为的同时,也要对市场主体予以必要的引导和激励。某种程度而言,正面的激励、引导或许更有利于市场主体发挥其活力及聪明才智,更有利于市场主体提高产出和提升效率,也更能造福更大范围的社会整体利益。法律的使命不仅仅体现在事后的规制,其事前的保障、激励作用也应受到充分重视。作为市场秩序法重要组成部分的反不正当竞争法,也应体现和贯彻自由竞争的价值理念,尊重市场理性,给市场主体提供更多的便利,为其预留更多的自我调节空间,保持司法克制和谦抑态度,对自身的干预能力和干预成本作出理性的评估,是否禁止、介入市场取决于市场的需要,取决于双方双向选择的结果。

事实上,法律不偏好任何一种商业模式。商业模式受损、经营者权益受损并不一定触发反不正当竞争法的适用。相反,倘若反不正当竞争法对自由竞争价值未予应有的重视,而轻易、草率地介入市场经济领域,对市场主体的竞争行为设定过多的标准和限制,反而可能不当地压缩市场主体创新的空间,不但不利于整体的制度利益和社会公共利益,而且可能成为阻滞市场经济进一步发展的制度障碍。制度设计的出发点应为经济增长提供有效激励。适应社会需求的良好制度才能产生良好的激励。^⑰动态竞争观下反不正当竞争法奉行自由竞争的价值理念,才能为市场经济的创新发展提高良好的制度支撑。

(三)竞争法的行为规制法定位决定应推崇自由竞争价值

反不正当竞争法脱胎于侵权行为法的一般规定。正因此,受后者的影响,反不正当竞争法留有浓厚的侵权法印记。在侵权法思维的约束下,反不正当竞争法被解读为是保障竞争对手利益之工具。虽然反不正当竞争法沿袭侵权行为法的制度设计具有一定的历史合理性,然而随着社会经济日新月异的发展,这种制度惯性应予适当革除。

实际上,反不正当竞争法的应然功能定位是行为规制法,而非权利保障法。亦即,反不正当竞争法

并非意在保障特定主体的利益,而是维护市场经济的整体竞争秩序。正因如此,多数国家逐步将反不正当竞争法称为“市场行为法”(market practices law)。^⑧与作为权利保障法的侵权行为法相比,反不正当竞争法与其在调整对象、保护对象上均呈现明显差异,前者重在权利保护,后者重在行为规制;前者是客体导向主义,后者是行为导向主义;前者通过主动救济合法权益、积极保护专有权,秉持“权利受损即违法”的判定思路,后者通过规制不正当竞争以保护市场竞争秩序;前者着眼于保护民事主体的合法权益,后者首要目的是关注市场行为主体参与自由,^⑨二者形成鲜明对比,不可片面地将反不正当竞争规范与侵权行为法相等同,需要正面关注两者的功能差异,以防因认识的误差而引发学理偏差及实务误区。

那么,为何作为行为规制法的反不正当竞争法需恪守自由竞争价值?究其原因在于,反不正当竞争法以行为规制为出发点,以维护市场竞争秩序为使命,其不同于提供专有权保护的侵权行为法及知识产权法,不局限于对特定主体利益的保障。即便案涉行为侵扰主体合法权益,也不必然禁止相关行为。具体而言,反不正当竞争法从行为出发,奉行行为正当主义(而非损害本身)的内在属性决定了其为市场主体提供最大程度的自由和最大限度的尊重,这种最大程度的市场自决和尊重本质上正是遵从自由竞争价值的内在指引,体现了自由竞争价值的核心要义,即除非市场失灵,反不正当竞争法不应轻易介入和干预,不应轻易禁止和限制,从而为市场创新、市场竞争留足空间和余地。即便需要适当限制市场竞争行为,其目的也是为了促进市场经济更好的发展,确保市场主体获得更大范围的自由竞争的权利。

事实上,市场竞争中特定主体利益受损,不一定能获得反不正当竞争法的关注和支持。^⑩反不正当竞争法重在关切整体的市场竞争机制和宏观的市场秩序,单一的利益受损或商业模式受影响,并不必然招致反不正当竞争法的干预。相反,竞争应放在发展的视角下审度,在优胜劣汰、跌宕起伏的市场竞争

中,商业模式呈多元化发展,亦不可能恒定不变。有市场就有竞争,有竞争就必然伴随损害,损害常态的市场竞争需要反不正当竞争法秉持自由竞争的价值理念,不能因出现损害则径自认为行为构成不正当竞争。从直观损害认定行为具有不正当性之侵权法判定思路,过度维护了原告经营者的利益,不当屏蔽原告本应承担的市场竞争风险,也容易滑向绝对权保护路径。

总之,作为行为规制法的反不正当竞争法,其落脚点不应在于损害本身,不应拘泥于特定主体的利益,而应放眼于更宽广的竞争秩序。除非对整体的市场机制造成影响和破坏,否则不足以引起反不正当竞争法的介入。反不正当竞争法的自由竞争价值决定了对市场特定的、微观层面的损害保持包容态度,给市场行为提供必要的试错和矫正空间,更多地尊重市场调节,对公权介入保持适度克制,以防不当扩大规制范围,侵蚀自由竞争领地,损害市场效率。

(四)反不正当竞争法的竞争法品格决定应秉持自由竞争价值

即便在当今,对反不正当竞争法法律属性的定位仍存在较大争议,司法实践中反不正当竞争法的竞争法属性时常被忽视。^⑪长期以来,知识产权法学界和实务界倾向于将反不正当竞争法纳入知识产权法范畴,并从后者视角对前者展开了诸多探索及研究。

究其缘由,乃是历史惯性、实用主义、权宜色彩等诸多因素协同作用的结果。从世界各国反不正当竞争规范的产生背景看,因其关涉一些工业元素,故与后来的知识产权保护体系有着紧密的关联,这也是将不正当竞争归入巴黎公约调整范围的重要原因及实际连接点。而在我国,不正当竞争案件的审理一直是在知识产权庭,知识产权庭法官通常具有深厚、独到的知识产权审理经验,但也正因此,法官容易将其知识前见贯彻于不正当竞争案件的审理中,以至于不正当竞争行为的判定浸润浓厚的知识产权认定思维。在肯认反不正当竞争法与知识产权法具有内容交叉、功能交集的重要关联的基础上,也应看

到,简单地将知识产权思维和方式套用于审理不正当竞争案件的做法需要反思,其容易导致对不正当竞争行为的认定出现偏差及过度干预市场,应予纠偏,应更多关注反不正当竞争法作为竞争法的基本属性及取向。

实际上,随着对消费者利益的逐步重视,反不正当竞争法监管市场和促进自由的竞争法品格越来越得到彰显。各类侵害消费者权益事件的激增,一方面加剧了经营者与消费者的矛盾,另一方面,也为消费者权益的理性养成带来契机。消费者整体通过审视、反思相关利益行为,矫正旧有的、不合适的价值取向及主观认知。权利主体对权利之态度也在很大程度上影响法律发展及权利变革。消费者主体不断更新其法律观念与权利观念,也推动反不正当竞争法愈加重视消费者利益。与此同时,消费者利益角色的革新也有力推动反不正当竞争法自觉向竞争法靠拢。反不正当竞争法的竞争法属性愈加浓厚。其与反垄断法亦日趋紧密联系,两者的法律标准愈趋统一,从形式到内容都促进了竞争法的高度融合。虽然两者在制度设计、认定思路存在一些差异,但也应看到两者的趋同性越来越明显,反不正当竞争法的竞争法秉性越来越浓厚。浸润更多竞争法色彩的反不正当竞争法需回归竞争法的基本理念和目标取向,遵从竞争法思维及其时代精神,并基于竞争法属性调整其价值追求、制度定位及适用方法。

那么,竞争法应秉持哪些价值共识?就竞争法的思想基础而言,竞争法本质上是“秩序主义的法律表达”,秩序主义虽不排斥国家干预,但更青睐“在自由中建构秩序”,^②市场自由与国家干预是目的与手段的关系。在全球竞争法发展的历史长河中,两者此消彼长,国家在规制市场反竞争行为的过程中逐步凝聚自由竞争、公平竞争的价值共识。^③表面看来,竞争法制定本身是对市场自由竞争的限制,似乎是否定自由竞争、与自由竞争相悖,实则不然。竞争规则的构建是以“竞争秩序守护人”的角色出现。竞争法的干预、限制均是手段,保障自由竞争、维护竞争机制运行才是目的,即“为自由而干预自

由”。^④竞争法自始以维护、促进自由竞争为己任及出发点,着力清除阻碍、威胁、破坏自由竞争有效运行的因素。可以说,没有自由就没有竞争。保护竞争的观念起源于自由的观念。^⑤竞争法的命运与自由竞争的实现息息相关。自由竞争在竞争法价值体系中的地位、重要性难以撼动。反不正当竞争法和反垄断法同为竞争法的重要组成部分,两者的共同目的均体现为对竞争机制和竞争秩序的维护,以及更好地践行竞争政策,两者均需贯彻保护自由竞争的价值理念,才能不负作为市场规制法所担负的重任。

(五)竞争法保护竞争的立法目的决定应维护自由竞争价值

一直以来,立法目的条款作为“元规则”的作用远未获得应有的重视。实践中,反不正当竞争法立法目的条款的功能经常被低估。立法目的决定了许多问题的根本定位。那么,我们应如何理解反不正当竞争法的立法目的?其能为该法价值体系的修正提供何种支撑?

其一,关于反不正当竞争法的立法目的。诚然,不正当竞争行为最早被理解为对竞争者私人利益之侵害,不公平竞争规范最先意在保护诚信经营者的合法利益,^⑥但应认识到,竞争秩序的井然并不以经营者之间和平共处为惟一要件,竞争秩序之受损也不以竞争者利益受损为惟一形态。市场竞争关涉众多的利益主体,不同主体的合法利益均应获得法律的保护。尤其是随着消费者运动的大范围兴起,反不正当竞争法逐渐强化其社会法属性,其保护法益日趋多元化发展,一般社会公众、消费者利益愈加受到该法的关切。^⑦现代不公平竞争规范被赋予了更多期许,即同时保障经营者、消费者及社会公众利益。

瑞士在其不公平竞争法中表示,维护所有相关主体的利益,确保市场主体公平竞争,而非扭曲竞争。^⑧西班牙在其反不正当竞争法中也指出,该法意在通过维护所有市场参与者的合法利益以保护竞争机制,制止不公平竞争。^⑨此外,澳大利亚公平竞争

法将其立法宗旨明确为,重在促进与维护竞争,增加消费者福利。^③可见,反不正当竞争法不限于保护特定的竞争对手,而是整体的市场竞争秩序。

其二,奉行以保护竞争为立法目的的反不正当竞争法只有贯彻自由竞争价值,才能确保实现其立法目的。自由竞争是市场最基本的原则。市场主体间的相互竞争是市场经济的常态,竞争既可带来收益,亦可导致损害。市场主体看似行为各异,然而由于受市场机制(即“看不见的手”)的引导,市场本身具有内在的协调和动态机制,多数情况下市场可以实现自我修复。倘若对市场的这一内在规律缺乏认识,而将市场正常的竞争行为认定为混乱、反竞争,则可能引发过度管制。对竞争的管制愈多,市场自由的空间就愈小。司法必须保持必要的克制和谦抑理念,非必要不轻易干预、介入市场活动。要实现反不正当竞争法保护竞争的立法目的,最好的路径是确保自由竞争、鼓励自由竞争。

某种意义上来说,冲突构成演化发展的实质。惟有在自由竞争中角逐,才是对市场竞争最大限度的尊重和肯定;也只有确保自由竞争,才能最大程度地激发市场活力,鼓励市场创新,才能更好地促进竞争,确保市场机制发挥作用,进而才能真正贯彻、实现反不正当竞争法保护竞争机制和竞争秩序的立法目的。相反,如果背离自由竞争价值,一旦出现损害经营者权益的行为就径自禁止,这种做法看似是保护了经营者利益,实则与市场竞争的发展规律不相符,与市场自由竞争的基本政策相违背,容易破坏市场的正常生态,难以实现反不正当竞争法保护竞争的立法宗旨。基于反不正当竞争法维护市场竞争机制的立法目的的考量,需要对市场中随处可见的损害保持必要的包容,对自由竞争予以最大限度的尊重和倡导。

四、自由竞争价值的制度实现

(一)革新判定范式:从侵权判定范式到行为正当主义

我国1993年《反不正当竞争法》第2条对不正当竞争的定義着重体现保护经营者合法利益,且将“经

营者合法权益”置于“竞争秩序”前,以至于实践中判定竞争行为是否正当,主要以经营者利益是否受损为判断指标,要么将经营者利益受损等同于竞争机制遭受破坏,要么对竞争秩序的考量形同虚设,并未作实质性考量。^④究其根本原因,与反不正当竞争法立法的历史渊源有很大关联,反不正当竞争法起源于侵权行为法的一般规定,加之其与知识产权法存在难以割断的紧密联系,导致不正当竞争案件的审理浸透深厚的侵权判定范式。然而,这种侵权判定范式与反不正当竞争法的竞争法色彩不相匹配,亦无法契合反不正当竞争法自由竞争价值之需求,应予适当修正。这是因为,既有的以权益受损认定构成不正当竞争的侵权判定范式,变相扩张了反不正当竞争法的规制范围,过度挤占、压缩了自由竞争领域。事实上,反不正当竞争法并未为市场主体创设排他性权益,亦未构建所谓的“劳动成果权”。与之相反,知识产权法采用专有权保护模式,专有权是绝对权,在侵权认定上其构成要件清晰,权利边界大致清楚。若未经许可使用且不具备免责事由,通常可被认定构成侵权,基本不需要对案涉行为进行过多的、具有不确定性的利益衡量及价值判断,相应的免责事由也是法定的,其界限清晰。而不正当竞争行为的判定不取决于法律事先设定的静态权利,相反,其更依托于相对灵活的行为因素,其价值判断与利益衡量色彩更为明显。简言之,区别于知识产权法调整的“结果不法”,反不正当竞争法规范的是“行为不法”。倘若简单地因为反不正当竞争法具备独特的知识产权保护功能,而轻易套用知识产权保护法的审理裁判思路,则可能导致偏差,背离自由竞争政策。

我国2017年对《反不正当竞争法》的修订,进一步凸显了该法的行为正当主义,将维护竞争秩序、保障消费者及经营者权益同时作为竞争行为正当性的判定要素,并且将“竞争秩序”的表述前置,这并非立法的无意之举,而恰是新法的重要创新举措。一方面突出该法的行为法属性,另一方面旨在回归竞争行为正当性判定的根本标准——以促进市场竞争秩序为核心要义,不正当竞争行为判定范

式发生了根本转换,即从既有的侵权判定范式转向行为正当主义。^③具体而言,其判断的重点在于分析、衡量对竞争秩序和竞争机制的利弊得失,在此基础上考察对经营者和消费者利益的损害,而不是从损害经营者和消费者利益简单地反推损害竞争秩序。即便表面上损害经营者或者消费者利益,但对促进竞争有更大的益处,此时也不宜认定构成不正当竞争。

在“淘宝与载和案”中,^④审理法院开篇分析案涉原告是否获得特定的合法权益:原告凭借其商业模式,通过多年的努力经营,在购物网站行业占据相应竞争优势,构成反不正当竞争法所保障的合法权益,至此,不同于以往的其他多数判决,法院并未直接得出“行为因导致原告合法利益受损,则判定行为构成不正当竞争”的结论。恰恰相反,审理法院未止步于确定静态权益,亦不认为侵害原告合法权益则当然判定行为不法或不正当,而是指出:被诉行为虽损害了原告合法利益,但这并不意味着案涉行为必然需要反不正当竞争法规制,其对案涉行为是否具备正当性展开了进一步论证。该案跳出既有的侵权判定范式,转而从行为本身,从商业模式的开放性、商业机会的不确定性、市场参与者的行为边界、消费者利益的充分考量等多维角度评价行为的正当性,而非简单地止步于损害本身,是司法实践在竞争行为正当性判定范式方面作出的很好尝试。

总之,不可基于竞争上的巨大付出,就先验地、当然地判定竞争者所积累的竞争优势构成合法权益,因为两者之间不成立法律上的因果关系;也不可因存在一方合法权益受损,就认定案涉行为构成不正当竞争,因为此种典型的侵权认定范式与反不正当竞争法的自由竞争价值相悖,不当地扩大了该法的规制范围,造成对公有领域的过度侵蚀,应予修正。反不正当竞争法的行为法属性、追求自由竞争的价值理念决定了竞争行为判定应采用行为正当主义,即着眼于行为本身,从行为是否危害竞争秩序或竞争机制的客观视角出发,进而对行为定性作出实质性判断。

(二)被忽略的经济性:重视经济分析标准

一直以来,我国实务部门在认定不正当竞争行为时,均着重借助《反不正当竞争法》第2条规定的诚信原则与商业道德标准。^⑤似乎怎么强调道德判断在反不正当竞争法中的地位均不为过,而经济效率标准却时常被商业道德、诚信原则等因素稀释、替代或掩盖,长期未能获得我国竞争法理论和实务界的系统关切和精细表达。

诚然,在反不正当竞争法视野下商业道德标准相当重要,最早的反不正当竞争法规规范皆从道德标准定性不正当竞争行为。^⑥然而,过于重视道德判断标准而对经济标准未予应有的关注亦不合适且不周延。自由竞争价值背景下需要重新评估经济标准的重要性。

一方面,为确保贯彻、落实反不正当竞争法的自由竞争价值,需要引入经济分析标准。如前所述,反不正当竞争法以规范市场竞争秩序为重要使命,担负着促进市场自由竞争、捍卫各方市场主体利益、提升经济效益的职责,经济分析标准不可缺位。判定某项竞争行为是否正当,除了评估行为有无遵循道德标准及特定行业领域的商业惯例外,还应着重观测行为的经济效果。

另一方面,为提升结果认定的可预期性,亦需借助经济分析标准。商业道德呈多元面向,不同领域、不同行业的商业道德各不相同,尤其是数字经济领域的竞争规则目前仍处于不断探索中,该领域商业道德标准的形成尚需时日。单纯依靠商业道德标准判定不正当竞争行为,容易迈向新的不确定性。正如蒋舫教授所认为的,相较于道德标准的难以预见性,经济标准的指引性更强;相较于道德标准的多元性,经济竞争规律的普适性更强;相较于道德判断的价值预设性,经济标准的价值中立性更明显;相较于道德标准的滞后性,经济竞争实践的进化性更弥足珍贵。^⑦为提升不正当竞争案件认定结果的可视化和确定性,应重视经济效果分析方法,综合道德标准与经济标准,关注案涉行为对竞争秩序的客观影响,而不能停留于单维度的商业道德判断就作出认定结论。

那么,如何具体评估竞争行为的经济效果?其有哪些可能的观测指标?我国2017年《反不正当竞争法》修订时,对该法第2条中不正当竞争行为的定义进行了修改和完善,突出了消费者保护因素,并将“竞争秩序”的表述予以前置,对于这一修改可作以下三方面的理解:其一,一般条款应予谦抑适用,彰显最小干预原则;其二,竞争秩序优先于利益保护;其三,明确了竞争行为经济效果分析应涵盖的指标,包括竞争行为对市场秩序的干扰程度、对原告生存压力的影响、各方的技术及市场出路,对消费者利益的影响,兼顾商业模式创新、技术变革及行业发展影响等因素。

(三)审慎适用一般条款并明确其适用条件

从已有不正当竞争案件的审理情况来看,一般条款存在大面积适用、泛化适用、扩张适用的普遍倾向。^⑤虽然多数情况下这是源于具体类型化条款缺乏而作出的不得已的权宜安排,但同时也从另一个侧面流露出公权部门对市场经济管理的“家长式”情怀。^⑥基于对市场竞争最大限度的尊重,确保自由竞争价值的贯彻和实现,应秉持谦抑的司法态度,避免向一般条款逃逸,对竞争行为保持有限干预与司法克制理念。具体而言,需要明晰一般条款的具体适用情形、严格限制其适用范围,进一步厘清一般条款与类型化条款的适用逻辑。

对于一般条款的适用,最高人民法院曾在“海带配额案”^⑦中明确限定其适用条件,具体包括:其一,反不正当竞争法并未对某种竞争行为进行具体规定;其二,该行为损害了其他市场参与者的合法权益;其三,该竞争行为有违商业道德标准和诚实信用原则,具有不正当性。长期以来,这三项构成要件为不正当竞争案件法官适用一般条款提供了重要指引。然而,还应承认的是,其并未体现消费者因素,对更为关键的竞争秩序也未提及,一般条款的适用条件仍需完善。

在“脉脉案”^⑧二审判决中,为确保给新技术和新商业模式预留足够的发展空间,恪守司法谦抑理念,法官尝试在既有基础上,健全一般条款的适用要

件。具体而言,除应满足前述“海带配额案”所确定的三项条件外,适用一般条款还应符合以下条件:其一,该竞争行为侵扰了消费者权益;其二,该竞争行为损害了市场公正、公平、公开的竞争秩序和竞争机制,存在引发恶性竞争的结果或可能性;其三,对于案涉竞争行为采用新商业模式或引入新技术手段,应首先推定其具有正当性,如认为不具正当性应提供证据证明。这几项适用条件相互关联,不宜割裂看待,惟有同时符合这几项条件才可启动、适用一般条款。

向一般条款逃避容易导致法律的空洞化。对于具体的竞争行为,如果法律已作出明确规定,则应依法律的规定进行裁判;惟有符合以下特定情况才转向一般条款:法无明确规定,规则不敷适用时才考虑借助一般条款;规则模糊不清、语义存在歧义、规则之间存在矛盾或冲突时,可以适用一般条款;如若依据规则裁判会出现违反正义、引发利益失衡之情形,此时可以借助一般条款矫正之。应予说明的是,上述列举情形仅为适用反不正当竞争法一般条款提供可能性,而非构成充分条件。在适用反不正当竞争法一般条款前,应当考虑法律比附、类推、法律解释等推理方法与法律思维。惟有穷尽具体规则以及类推适用、法律解释等方法均不足以解决时,才能启动适用反不正当竞争法一般条款。

(四)修正竞争关系在不正当竞争案件中的定位

长期以来,实务部门审理不正当竞争案件的首要步骤是判定原被告之间是否具有竞争关系,并将其作为案件审理的主要争点。有学者对相当范围的裁判文书进行专门统计,实证发现,高达85%的文书耗费大量篇幅、精力对双方是否成立竞争关系进行论证,仅有15%的文书未明确涉及竞争关系认定事项,^⑨这凸显了竞争关系的认定在不正当竞争案件审理中所处的关键地位。事实上,认定原被告双方具备竞争关系也一直被视为定性竞争行为的前置要件及必备要素。那么,基于反不正当竞争法自由竞争价值的指引,有无必要修正竞争关系在该类案件审理中的角色定位?竞争关系与定性竞争行为呈现何

种关系?是否仍作为不正当竞争判定的必要条件?

从法律的调整功能上来说,反不正当竞争法被定位为行为规制法,追求促进市场经济健康发展、维护整体竞争秩序及实现社会整体利益,^②其重在关注、制止利用不正当市场交易手段损害竞争机制的竞争行为,立足于规制与竞争机制高度关联的行为。是否有利于竞争、是否契合竞争机制的需求,才是评判竞争行为正当性的根本尺度及重要依据。这意味着在实体层面评价竞争行为是否正当不以原被告双方是否具备竞争关系为必然条件,而应侧重于竞争法的行为正当主义,判断该项行为是否符合商业道德标准及经济效果标准。以行为规制法为功能定位的反不正当竞争法,维护竞争机制及竞争秩序是根本目的,^③在定性竞争行为时,我们应跳出将竞争关系作为不正当竞争判定必要条件的路径锁定,避免因竞争关系认定而阻碍市场自由竞争。

需要说明的是,竞争关系虽不再构成实体层面评价竞争行为的认定要素,然而,这并不代表竞争关系之于不正当竞争案件将可有可无。依照我国民事诉讼法的规定,原告起诉的必要条件是原被告之间成立利害关系。假如双方具备竞争关系,则原被告的利害关系显而易见,从而证明起诉方具有诉讼主体资格。实际上,判定某一经营者能否作为适格的不正当竞争案件原告主体,很大程度上是评估竞争行为实施者是否可能破坏另一方的竞争利益,双方是否成立经济利害关系。当然,二者不具备竞争关系并不必然代表双方不具有利害关系,此时需要就“有无利害关系以及利害关系如何体现”进行充分论证。

(五)在竞争场景还原的基础上权衡多元法益和多种考量因素

几乎所有的经验知识都彰显高度的场景依赖性。市场竞争行为正当性的判定与特定的竞争语境密切相关。实际上,在不同的市场竞争语境下,竞争行为正当性的判定结论可能截然不同。自由竞争价值指引下认定某项竞争行为是否正当,需要还原竞争场景,溯及案涉纠纷发生时的历史语境,回溯竞争

系统的内在逻辑,遵循个案实际场景的具体进路,基于“一案一策”的原则,重新投放在具体的、特定的竞争语境中,才能得出符合市场客观竞争情势、尊重市场机制的结论。

此外,反不正当竞争法自由竞争价值的实现不存在先验结论,亦不存在预设的特定保护主体,需要回到个案,进行多元化的利益衡量。所有法律关系均应根据其具体情况,依照正义衡平原则规范之,才能实现具体的社会公正。无论是经营者、消费者,抑或一般的社会公众,其利益均受到反不正当竞争法的保护。在很大范围及程度上,不存在先验的、非此即彼的、简单化的利益取舍方案,利益协调无法事先预定,须基于衡平视角,才能公正、有效地进行配置。

在权衡不同类别的法益保护时,不妨借鉴卡尔·拉伦茨所提供的方法论,首先根据基本的价值秩序确定较高位阶的法益,而处于相同位阶、无法区分位阶的不同法益,则考量三方面解决:一是评估保护法益被影响的程度;二是出于必要性考量,倘若某种利益需让步时,其受害程度如何;三是采用最小侵害手段,避免过度限制。^④面临不同法益冲突时,应在自由竞争价值的指引下,将竞争秩序作为首要维护的利益,而经营者利益与竞争者利益、经营者利益与消费者利益的权衡及取舍,应以比例原则为分析工具,对案涉行为导致的损害、可能存在的正面效应进行全面衡量,进而再决定是否规制该项竞争行为。

需要说明的是,考量经营者、消费者利益,并不代表反不正当竞争法着眼于保护特定的、具体的主体的利益,而是在比较、权衡多方主体的利益后,作出更有利于竞争秩序、增进社会整体利益的决定。反不正当竞争法重在维护整体的竞争秩序,经营者、竞争者和消费者利益仅作为经济繁荣的计量和评价标准,反不正当竞争法的社会本位原则决定了利益保护上的超个人主义立场。

(六)超出知识产权保护期限的作品原则上不再获得反不正当竞争法的保护

长期以来,将反不正当竞争法定位为知识产权法的兜底法的观点并不鲜见,^⑤认为凡是知识产权法

未能提供周延保护的,可转而寻求反不正当竞争法的保护。这也是很多案件原告在起诉时,主张被告行为同时构成不正当竞争和知识产权侵权,而大量此类案件的存在又从另一层面加深了反不正当竞争法与知识产权法之间的“难舍难分”情结。对此,如何理性厘清知识产权法与反不正当竞争法的关系,始终是横亘在实务界、理论界的难题。

诚然,反不正当竞争法具有独特的知识产权保护功能,在肯定两者存在紧密联系的基础上,也应注意在自由竞争价值的倡导下,需要更准确地阐明两者各自的功能和使命,澄清两者各自的分工和追求,避免两者关系界限的进一步模糊。特定情形下反不正当竞争法虽可对某些民事权益提供额外的附加保护,然而,对于已过著作权保护期限、流入公有领域的作品。则不宜再行寻求反不正当竞争法的保护。

究其缘由在于,知识产权法是权利保障法,其采用专有权保护范式,在特定期限内已对权利人的著作权、专利权及商标权提供了较大强度的严密保护。倘若在知识产权保护期限外,再行借助反不正当竞争法保护知识产权构成要素,既可能不当挤占公有领域,不利于社会公众对人类文明成果的共享及精神财富的传播,亦不利于激励更大范围的创新,不当束缚竞争主体行为自由的空间,也可能不恰当地扩张反不正当竞争法的规制边界,将本不属于自身保护的主体纳入保护范围。这无法契合反不正当竞争法的谦抑品格,与反不正当竞争法秉持的自由竞争价值背道而驰,亦削弱知识产权法的调整功能,与知识产权法相应的立法政策、立法精神相抵触。虽然在反不正当竞争法最初诞生时,其所具有的一项重要功能是弥补知识产权立法的空白,但反不正当竞争法在适用上需保持谦抑原则,防止法律关系的调整发生紊乱。总之,倘若作品已超出知识产权保护期限,流入公有领域,则其不宜再以反不正当竞争法为规制工具提供扩展、附加保护,以防不当变相、延长知识产权保护期限,侵占公有领域,压滞社会主体的创新空间,阻碍社会公众共享人类共同的精神文明成果。

五、结论:自由竞争价值与公平竞争价值关系的厘清

诚然,反不正当竞争法推崇公平竞争价值,是制度惯性、历史渊源、实用主义等诸多因素协同作用的结果,然而,这不能成为阻却自由竞争价值同时成为反不正当竞争法基础价值导向的充分理由。一直以来,自由竞争价值始终徘徊在反不正当竞争法价值序列的外围,未能获得竞争法学界与实务界的应有关注及系统描述。本文基于市场自由、动态竞争的本质规律,反不正当竞争法竞争观的转向,反不正当竞争法作为行为规制法的功能定位与愈加浓厚的竞争法品格,以及反不正当竞争法保护竞争而非竞争者的立法旨趣,证成反不正当竞争法应同时秉持自由竞争价值,这对矫正反不正当竞争法仅以公平竞争为单一价值导向的固有做法、完善反不正当竞争法价值体系具有重要意义,对实践中不正当竞争案件的审理、修正竞争行为正当性的判定分析框架亦产生相应的指引作用。

为贯彻自由竞争价值,应对反不正当竞争法已有的制度进行必要的调适,具体而言,需要革新既有的行为认定范式,秉持行为正当主义,重视经济效果分析标准,审慎适用一般条款并明晰其适用条件,修正竞争关系在不正当竞争案件中的定位,在还原竞争场景的基础上综合权衡多元法益和多种考量因素,超出知识产权保护期限的作品原则上不再获得反不正当竞争法的保护。

需要说明的是,虽然本文力图证明自由竞争价值之于反不正当竞争法的不可或缺性及基础性,然而,这并不代表公平竞争价值应予弱化或弃之不顾,亦不代表自由竞争价值将取代、或高于公平竞争价值。事实上,市场主体的自由竞争亦有限度,过度的竞争亦会产生负外部性,这就需要公平竞争价值的矫正,以防自由竞争下市场机制扭曲,市场信号失真,市场竞争行为背离诚信,导致经营者交易成本及消费者选择成本提升,偏离效率诉求及自由竞争价值的本意。公平竞争价值的基础地位无可撼动,其始终作为反不正当竞争法的基础价值。本文倡导自

由竞争价值,旨在与公平竞争价值形成重要补充,确保反不正当竞争法价值体系周延及适应经济社会发展需求。总之,自由竞争价值与公平竞争价值处于同一顺位,其中,公平竞争以自由竞争为基础,自由竞争仰赖公平竞争的制衡及矫正,两者相辅相成,共同构成反不正当竞争法价值体系的两大支柱,共同肩负捍卫市场秩序、维护良好竞争机制的重要使命。

注释:

①王晓晔:《我国〈反垄断法〉修订的几点思考》,载《法学评论》2020年第2期,第13页。

②2020年4月7日,笔者以屏蔽广告、过滤广告、拦截广告为关键词,在中国裁判文书网、北大法宝、威科先行法律信息库等数据库进行单独、交叉组合检索,获得52份屏蔽广告不正当竞争案件的裁判文书,以作为有效分析样本。

③ See International Handbook on Unfair Competition 232 (Frauke Henning-Bodewig ed., C.H.Beck-Hart.Nomos 2013).

④ See Rogier W. de Very, Towards a European Unfair Competition Law: A Clash between Competition Law 2-3 (Martinus Nijhoff Publishers 2006).

⑤ 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1页。

⑥ 参见[德]弗诺克·亨宁·博德维希:《全球反不正当竞争法指引》,黄武双、刘维、陈雅秋译,法律出版社2015年版,第35页。

⑦ 参见孔祥俊:《论反不正当竞争的基本范式》,载《法学家》2018年第1期,第66页。

⑧ 参见谢晓尧:《竞争秩序的道德解读》,法律出版社2005年版,第10页。

⑨ 参见谢晓尧:《竞争秩序的道德解读》,法律出版社2005年版,第24-25页。

⑩ 参见谢晓尧:《竞争秩序的道德解读》,法律出版社2005年版,第17页。

⑪ 参见李昌麒:《论经济法语境中的国家干预》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2008年第4期,第85-92页。

⑫ 参见张占江:《反不正当竞争法属性的新定位》,载《中外法学》2020年第1期,第183页。

⑬ 参见孔祥俊:《反不正当竞争法新原理·总论》,法律出版社2019年版,第9页。

⑭ 参见段礼乐:《市场规制工具研究》,清华大学出版社

2018年版,第135页。

⑮ 参见广东省广州市黄埔区人民法院(2017)粤0112民初737号民事判决书。

⑯ 参见陈耿华:《我国竞争法竞争观的理论反思与制度调适》,载《现代法学》2020年第6期,第165页。

⑰ 参见[美]凯斯·R.桑坦斯:《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,中国人民大学出版社2008年版,第3页。

⑱ 如奥地利、比利时、丹麦、德国、西班牙、瑞典等。

⑲ See Rogier W. de Very, Towards a European Unfair Competition Law: A Clash between Competition Law 179-180 (Martinus Nijhoff Publishers 2006).

⑳ See Anselm Kamperman Sanders, Unfair Competition Law 8 (Clarendon Press Oxford 1997).

㉑ 参见孔祥俊:《论反不正当竞争法的竞争法取向》,载《法学评论》2017年第5期,第18页。

㉒ 参见江帆:《竞争法的思想基础与价值共识》,载《现代法学》2019年第2期,第137页。

㉓ 参见叶卫平:《反垄断法价值问题研究》,北京大学出版社2012年版,第57页。

㉔ 张世明:《捍卫普罗米修斯:反垄断法的自由竞争品格》,载《人大法律评论》2019年第2期,第11页。

㉕ See David J. Gerber, Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus 17 (Oxford University Press 1998).

㉖ 参见孙琬钟:《反不正当竞争法实用全书》,中国法律年鉴社1993年版,第26页。

㉗ 参见陈耿华:《论竞争法保障消费者利益的模式重构》,载《法律科学》2020年第6期,第18页。

㉘ 《瑞士不公平竞争法》(1986年)第1条。See International Bureau of WIPO, Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation, preface, 21-22 (WIPO Publication No.725(E) 1994).

㉙ 《西班牙反不正当竞争法》(1991年)第1条。See International Bureau of WIPO, Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation, preface, 21-22 (WIPO Publication No.725(E) 1994).

㉚ 参见[德]弗诺克·亨宁·博德维希:《全球反不正当竞争法指引》,黄武双、刘维、陈雅秋译,法律出版社2015年版,第108页。

㉛ 参见孔祥俊:《反不正当竞争法新原理·总论》,法律出版社2019年版,第246页。

㉜ 参见张占江:《不正当竞争认定范式的嬗变》,载《中外

法学》2019年第1期,第203页。

③参见上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第1963号民事判决书。

④据笔者对1999-2019年913份互联网不正当竞争案件判决书的实证统计发现,笼统适用我国反不正当竞争法第2条的占71.8%,单独适用该法第2条第1款的计22.6%,单独适用该法第2条第2款的占5.6%,可见,仅5.6%的法官排除考量道德标准。

⑤参见[德]弗诺克·亨宁·博德维希:《全球反不正当竞争法指引》,黄武双、刘维、陈雅秋译,法律出版社2015年版,第286页。

⑥参见蒋舸:《关于竞争行为正当性评判泛道德化之反思》,载《现代法学》2013年第6期,第90-93页。

⑦参见吴峻:《反不正当竞争法一般条款的司法适用模式》,载《法学研究》2016年第2期,第135页。

⑧参见蔡川子:《数据抓取行为的竞争法规制》,载《比较法研究》2021年第4期,第174页。

⑨参见最高人民法院(2009)民申字第1065号民事判决书。

⑩参见北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。

⑪有学者对2000-2018年北京、上海、广东三地互联网不正当竞争案件判决书进行梳理。参见陈兵:《互联网经济下重读“竞争关系”在反不正当竞争法上的意义——以京、沪、粤法院2000-2018年的相关案例为引证》,载《法学》2019年第7期,第19页。

⑫See Rogier W. de Vrey, Towards a European Unfair Competition Law: A Clash between Legal Families 76(Martinus Nijhoff Publishers 2006).

⑬参见焦海涛:《不正当竞争行为认定中的实用主义批判》,载《中国法学》2017年第1期,第150页。

⑭参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第285页。

⑮理论界一直存在的“冰山海水说”,认为反不正当竞争法是知识产权法的兜底法、附加保护法、口袋法。

The Value of Free Competition in Against Unfair Competition Law: Its Justification and the Institutional Adjustment

Chen Genghua

Abstract: For a long time, fair competition, has been dominant in the discourse of the Unfair Competition Law, while free competition, an equally important value, has been underappreciated and absent without any systematic description, which is caused by the outward appearance of Unfair Competition Law and its institutional inertia in pursuing business ethics. However, the absence of free competition in Unfair Competition Law may lead to excessive market intervention, and may break its intrinsic connection with Antimonopoly Law. Therefore, it is justifiable for the Unfair Competition Law to pursue free competition, taking into account all these factors including the nature of free market and the dynamic state of competition, the turn in its conceptualization of competition, its regulatory function, its legislative intent for protecting competition instead of competitors and its ever stronger character of competition law. To pursue free competition, the current modes of identifying unfair competition shall be reformed, by adhering to the principle of justification of behaviors, using the economic analysis standard, and clarifying the conditions for the prudent application of the general provisions of the Unfair Competition. In addition, the position of competition in cases of unfair competition shall be corrected, and the multi-party's legal interest and multi-dimensional factors shall be weighed and balanced in the contextualized competition. Those works that have outlived the period for IP protection will in principle no longer be protected by the Unfair Competition Law.

Key words: Unfair Competition Law; free competition; fair competition; general provision; concept of the dynamic state of competition