

论“搭便车”的反不正当竞争法定位

孔祥俊

【摘要】“搭便车”具有多种含义,反不正当竞争法中的“搭便车”具有特殊的法律语境,其适用定位涉及反不正当竞争法的底层观念、原则和价值。制止“搭便车”高度契合自然正义及其衍生的不当得利原则,具有与生俱来的道德感召力。但是,“搭便车”又经常是模仿自由和竞争自由的应有之义,有其积极的和正面的含义,在通常意义上体现的是“搭便车”中立。我国司法裁判过多地赋予其自身违法的负面否定意义,将其作为构成不正当竞争的裁判标准,并广泛地用于竞争行为正当性的判断。“搭便车”的宽泛适用易于扰乱相关法律之间的调整秩序,破坏法益保护与竞争自由和公有领域的必要平衡,有悖于自由市场原则。“搭便车”可以成为裁判标准,但应当限定其适用范围、压缩其适用空间,其适用不能抵触相关法律法规的立法政策。

【关键词】搭便车;反不正当竞争法;知识产权专门法;不正当竞争行为;竞争观

【作者简介】孔祥俊,上海交通大学讲席教授,法学博士。

【原文出处】《比较法研究》(京),2023.2.88~106

【基金项目】本文系国家社科基金重大项目“数字网络空间的知识产权治理体系研究”(项目编号:19ZDA164)的阶段性研究成果。

一、问题的提出

中外反不正当竞争理论与实务中的“搭便车”“食人而肥”“用别人的牛耕地”“不播种而收获”“寄生行为”之类的表达,大体上都是同义语。有些国家将“搭便车”作为不正当竞争行为的一种类型,更多是将其作为构成不正当竞争的重要法理标准和裁判理由。

《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》”)未将“搭便车”规定为一种不正当竞争行为类型,但司法裁判经常将其作为不正当竞争行为的判断标准和论理基础,尤其作为以《反不正当竞争法》第2条开放性认定未列举行为的判断依据,在反不正当竞争裁判中具有广泛的适用领域。而且,“搭便车”通常被贴上负面标签,当然地给予法律上的否定评价,将其“污名化”和视为自身违法。尤其是,“搭便车”的宽泛适用,大大地扩张了反

不正当竞争法的适用范围,甚至模糊了反不正当竞争法与知识产权专门法之间的适用边界,使反不正当竞争法过多甚至无序地侵入专门法的特别调整,模糊甚至扰乱了法律之间的调整秩序。

将“搭便车”作为判断标准和论理基础的相关裁判俯拾即是,可以信手拈来,在此略举几例(见下页表1)。

上述裁判涉及以反不正当竞争法扩张商标权的保护(例1,例2,例3)、保护不受著作权保护的作品构成元素(例4)、替代著作权保护(例5,例6)、保护数据之类的新权益(例7)以及作为构成类型化不正当竞争行为的论理(例8)等不同情形,足见其适用范围的广泛性。值得研究的是,“搭便车”的适用边界毕竟模糊宽泛,究竟在什么条件下或者多大程度和限度内成为不正当竞争行为的判断标准?尤其是,“搭便车”究竟是自带否定性评价而当然被认定为不正当竞争,还是仅限于特殊情形的适用?“搭便车”究竟在

表1

以“搭便车”作为判断标准和论理基础的裁判案例(1)

序号	案由/案号	法院观点
1	杭州宜格化妆品有限公司与深圳市龙华区赫海本彩妆贸易商行、杭州阿里巴巴广告有限公司不正当竞争纠纷案/杭州市钱塘区人民法院(2022)浙0114民初2357号	法院认为,赫海本商行在1688网站上销售商品时,将“花”、“西子”文字与其商品描述文字共同使用于产品标题中,未突出使用“花西子”文字,消费者只要施以一般注意力不会产生误认,被诉侵权行为不能发挥识别商品来源的作用,不构成对于“花西子”商标的侵权。但是,将“花”、“西子”文字添加至其产品标题,用户在搜索引擎搜索栏中输入“花西子”时,被告的产品链接就会出现搜索结果中,被告主观上具有利用“花西子”商标、商誉吸引相关网络用户的注意力进而增加其产品点击率的意图,客观上分散了用户对注册商标“花西子”所涉产品及相关服务的注意力,减轻用户访问涉案商标权利人产品及服务的兴趣,损害了原告的商业利益。同时节省了其本应付出的广告宣传成本,是一种不劳而获的搭便车行为,违反了诚实信用原则,构成不正当竞争
2	原告路易威登马利蒂公司(“LV”公司)与被告上海鑫贵房地产开发有限公司等商标侵权和不正当竞争案/上海市第二中级人民法院(2004)沪二中民五(知)初字第242号	一审法院认为,被告明知“LV”手提包有较高知名度,还在巨幅楼盘户外广告中以近1/3的比例和夺目的橙色突出模特和模特手中的“LV”包,吸引受众视线,进而通过“LV”手提包的知名度提升其广告楼盘的品位,意在宣传出入其楼盘的是时尚高贵人士,该楼盘同样时尚、高档,故其将宣传行为建立在原告商品之上,未付出正当努力而故意利用他人经营成果,通过搭便车故意利用原告资源,获取优于其他竞争者的不正当获取利益,损害原告的合法权益,虽因“LV”图案对被告的楼盘没有商业标识识别作用、消费者不会产生混淆而不构成商标侵权,但构成不正当竞争
3	五常市大米协会与沈阳谷堆坡电子商务有限公司“五常大米”商标侵权及不正当竞争案/福建省高级人民法院(2021)闽民终900号	二审法院认为,谷堆坡公司在争议商品标题中虽然使用的是“非五常大米”字样,但以“五常”为关键词搜索时可搜到该商品。而且,从商品评论中可看出,该行为已造成部分消费者混淆误认,损害了消费者的知情权和选择权。同时,谷堆坡公司的上述行为客观上实现了“关键词引流”,不合理获取了商品点击、浏览及交易机会,切实增加了其商业机会而减少他人商业机会,实质上是一种搭便车的攀附行为,即表面上以“非五常大米”进行区别,实则进行“区别式攀附”,构成不正当竞争
4	查良镛(笔名金庸)诉杨治(笔名江南)、北京联合出版有限责任公司、北京精典博维文化传媒有限公司、广州购书中心有限公司著作权侵权及不正当竞争案/广东省广州市天河区人民法院(2016)粤0106民初12068号	一审法院认为,原告作品中的人物名称、人物关系等元素虽然不构成具有独创性的表达,不能作为著作权的客体进行保护,但并不意味着他人对上述元素可以自由、无偿、无限度地使用。被告利用这些元素创作新的作品,借助原告作品整体已经形成的市场号召力与吸引力提高新作的声誉,可以轻而易举地吸引到大量熟知原告作品的读者,并通过联合出版公司、精典博维公司的出版发行行为获得经济利益,客观上增强了自己的竞争优势,同时挤占了原告使用其作品元素发展新作品的市场空间,夺取了本该由原告所享有的商业利益,构成不正当竞争
5	广州网易公司、上海网之易公司与深圳迷你玩公司著作权侵权及不正当竞争案/广东省高级人民法院(2019)粤03民初2157号	二审法院认为,两款游戏整体画面构成类电作品,即新著作权法的“视听作品”,但两者的相似之处在于游戏元素设计而非游戏画面,故驳回网易公司关于著作权侵权的诉请。《迷你世界》与《我的世界》在玩法规则上高度相似,在游戏元素细节上诸多重合,已经超出合理借鉴的界限。迷你玩公司通过抄袭游戏元素设计的方式,直接攫取了他人智力成果中关键、核心的个性化商业价值,以不当获取他人经营利益为手段来抢夺商业机会,构成不正当竞争
6	深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技(深圳)有限公司、腾讯数码(天津)有限公司与广州菲柔网络科技有限公司不正当竞争纠纷案/天津市第三中级人民法院(2021)津03民初2119号	一审法院认为,被告经营的“人人体育”网站及APP未经授权向公众免费提供“腾讯视频”中的NBA比赛直播画面,观众原本需要付费观看的比赛无须付费即可观看,亦未对NBA比赛直播投入任何成本即可实质性替代原告提供的NBA比赛直播。本质上是攫取原告投入巨额成本而形成的比赛直播内容和围绕比赛直播内容打造的特色直播方式等核心经营资源,以此来从事自身“主播直播”的商业经营活动。上述行为必然导致原本需要登录“腾讯视频”网站或客户端观看比赛的用户转而选择通过“人人体育”网站及APP进行观看,直接造成原属于“腾讯视频”的用户的减少和流量的降低。因此,被告利用免费提供原告投入巨额成本形成的比赛直播资源和特色比赛直播方式进行商业经营的行为构成违反《反不正当竞争法》第2条的不正当竞争
7	大众点评诉百度数据不正当竞争案/上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第528号	一审法院认为,在靠自身用户无法获取足够点评信息的情况下,百度公司通过技术手段,从大众点评网等网站获取点评信息,用于充实自己的百度地图和百度知道。百度公司此种使用方式,实质替代大众点评网向用户提供信息,对汉涛公司造成损害。百度公司并未对于大众点评网中的点评信息作出贡献,却在百度地图和百度知道中大量使用了这些点评信息,其行为具有明显的“搭便车”“不劳而获”的特点。正是基于上述综合考虑,一审法院认为,百度公司大量、全文使用涉案点评信息的行为违反了公认的商业道德和诚实信用原则,具有不正当性
8	无锡双象橡塑机械有限公司与无锡腾羽环保科技有限公司不正当竞争纠纷案/上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第528号	一审法院认为,一个公司的竞争力主要体现在技术水平、管理水平、市场开拓能力和市场占有率、资本与规模效益、人才储备及新产品开发、管理能力等方面,腾羽公司作为一家成立时间较短的企业,其在竞争力方面明显弱于已经多年取得良好市场商誉的双象公司,腾羽公司通过“搭便车”的方式借用双象公司在市场的影响力,消除其与双象公司在竞争力方面的劣势。在生产经营活动中,经营者应当通过自身努力,提高自己商品的质量,增加影响力和美誉度,从而提高市场竞争力。腾羽公司构成故意实施混淆行为,扰乱了市场竞争秩序,应当承担相应的责任

多大范围内可用作以反不正当竞争法补充知识产权保护的正当性依据?凡此种种,均涉及法益保护与竞争自由和公有领域的必要平衡,涉及自由市场原则的贯彻,涉及相关法律之间的调整秩序,极具深入研究的价值。

21世纪初,笔者撰写的《反不正当竞争法新论》一书首次在国内将“禁止食人而肥或者搭便车”置于反不正当竞争法的理念层面,作为首要的反不正当竞争立法精神单独加以阐释。这种阐述在一定程度上影响了国内司法实务中对于“搭便车”标准的采用。^①但是,随着近年来《反不正当竞争法》第2条一般条款适用的空前活跃,及其与知识产权专门法交织关系的日益加深,“搭便车”的裁判标准意义日益凸显,深感对于“搭便车”问题的认识不能浮在浅层和表面,而涉及《反不正当竞争法》适用的深层理念、政策和机制,不能等闲视之。鉴此,本文就此加以探讨。

二、“搭便车”的反不正当竞争法界定

(一)“搭便车”的两种法律定位

反不正当竞争法中的“搭便车”适用涉及两种定位:一种是将其作为不正当竞争行为的一种类型;另一种是将其作为竞争行为正当性的判断标准或者论理基础(可以统称裁判标准)。

“搭便车”是不当得利(unjust enrichment)的一种具体表达或者具体应用场景。不当得利是罗马法学家Promponius基于自然正义而提出的原则,意指任何人不得以他人为代价而获益。Promponius提出的不当得利原则并非创设一种新的诉讼形式,而旨在将其作为一般的正义原则。^②“搭便车”或者不当得利在反不正当竞争法中得到广泛的应用,既有被作为不正当竞争行为类型的情形,又有将其作为裁判标准的情形。

世界知识产权组织编写的《反不正当竞争保护》,^③将“不正当利用他人成果”(即“搭便车”)[taking undue advantage of another's achievement(“free riding”)]列为未被《保护工业产权巴黎公约》(以下简称“《巴黎公约》”)纳入的一类行为。这本由世界知识产权

组织国际局组织权威专家撰写并以国际局名义发表的反不正当竞争法读本(或者称为“研究报告”),除列举性研究《巴黎公约》例举的三类不正当竞争行为^④外,还列举了未纳入《巴黎公约》列举性规定,而又被承认的几类不正当竞争行为,其中即包括“不正当竞争利用他人成果”(即“搭便车”)行为。^⑤一些国家明确地将其作为不正当竞争行为类型。如瑞士、西班牙都有“搭便车”不正当竞争行为的规定。^⑥

法国是近现代反不正当竞争法的策源地,引领了早期欧陆国家反不正当竞争法,并塑造了大陆法国家的一些反不正当竞争传统。^⑦法国是“搭便车”不正当竞争理论和行为类型的重要发源地,法国形成了独特的“搭便车”学说和判例系统。特别是,20世纪50年代中期Yves Saint-Cal教授提出“搭便车”为一种不正当竞争行为类型,将其定位为利用他人投入或者努力所产生的成果或者知名度的行为,并划分为竞争者之间的搭便车竞争(concurrence agissement)和非竞争者之间的搭便车行为(agissement parasitaire),后者将反不正当竞争扩展到非竞争关系的市场主体之间。^⑧该理论提出后即被法院在大量裁判中采用。如法国巴黎上诉法院在2015年的一个判决中指出,上诉人通过模仿被上诉人的产品包装侵占了其个性化的经济价值,谋得竞争优势,而这被上诉人专门的研发和构思工作的成果,该行为因此属于具有过错的搭便车行为,破坏了不同市场主体之间的平等关系,扭曲了正常的市场竞争规则,造成竞争的紊乱。^⑨Le Tourneau教授结合司法裁判和理论学说,将搭便车界定为:任何人以营利为目的并没有正当理由地以相同或者很近似的方式使用他人个性化的经济价值,获得竞争优势,而这种经济价值是他人技术、智力劳动或者投资的成果。当然,法国法院都是综合个案的具体情形,认定被告利用原告的经济价值是否具有不正当性。^⑩

美国最高法院在著名的INS案^⑪中将“不播种而收获”(to reap where it has not sown)作为不正当盗用行为的法律依据,而同时期的欧陆国家法院和学说采取同样的态度。如INS案判决的前一年,德国法官

和学者 Adolf Lobe 将“用别人的牛耕地”(“ploughing with someone else's calf”)认定为不正当(unfair)。^⑫欧洲国家尤其是法国,则是承认“寄生竞争”(parasitic competition)的广泛适用。其他许多国家以反不正当竞争法禁止“逼真模仿”(slavish imitation)或者盗用(misappropriation)行为。^⑬这些都属于将“搭便车”作为竞争行为正当性的判断标准或者论理依据。这种观点是基于“从他人的投资中获取竞争优势构成不正当”的信念。^⑭当然,后来这些观念受到了挑战。

如前引案例所示,我国反不正当竞争法理论和不正当竞争案件裁判经常援用不劳而获、搭便车、食人而肥等理由认定不正当竞争行为,但并非作为一种不正当竞争行为类型,而是作为认定标准和裁判理由。

(二)“搭便车”的一般界定

“搭便车”具有日常生活的、经济学的以及法律上的多种含义。日常生活中的“搭便车”经常是在否定意义上使用,如界定为“不付成本而坐享他人之利的投机行为”,“在一个共同利益体中,某人自觉或不自觉地,假装或不道德地像南郭先生一样‘滥竽充数’的行为与动机”(见“百度百科”中的“搭便车行为”词条)。“搭便车”的理论首先由美国经济学家曼柯·奥尔逊于1965年发表的《集体行动的逻辑:公共利益和团体理论》(The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups)一书所提出。经济学上的“搭便车现象”是指某种事情产生了正外部性,即某个经济行为个体的活动使他人或社会受益,而受益者无须花费代价。^⑮这是一种中性的含义。反不正当竞争法中的“搭便车”又有其独特意涵。

“搭便车”不是一个精确的法律概念,^⑯且只是部分国家(主要是法国等欧陆国家)承认其作为独立的不正当竞争行为类型。因此,对“搭便车”给予精确界定比较困难,只能给出大致的界定或者描述。例如,“搭便车”是利用他人商业标识等知名度或者商誉,或者获取或者利用他人特定商业成果的行为。^⑰

仅从否定意义上定义“搭便车”并不全面。反不正当竞争法语境下的“搭便车”可以在正反两种意义上使用。正面或者积极意义上的“搭便车”大体上可以与模仿自由和竞争自由相对应,可以指称对于他人商誉或者商业成果的利用,这是一种中性的表述和界定,不带有价值判断色彩。搭便车是最为广义的模仿性竞争。根据自由市场原则(the principles of a free market),利用或者获取他人的商业成果符合自由市场原则,只是在特殊情况下构成不正当竞争。例如,导致混淆误导的行为通常意味着搭他人成果的便车,而被认为构成不正当竞争行为。^⑱因此,正面意义上的“搭便车”是一个中性词,可以归入模仿自由和竞争自由的范畴,反不正当竞争法只否定其中部分极端的或者特定的“搭便车”行为。

负面或者消极意义上的“搭便车”则蕴含不正当利用他人的商誉或者商业成果之意,这是一种否定评价之后的表述和界定,或者说是一个当然违法而自带否定含义的概念。如世界知识产权组织的界定,“搭便车”是不正当利用为消费者及经营者所承认的商业成果,包括特定标识或者产品,也可以是纯粹的技术特点。^⑲这显然是一种负面意义上的界定。负面意义上的“搭便车”涉及未付出适当的努力,而明显利用他人(竞争者)标识的商誉或者知名度(notoriety)、产品的商业成功或者技术成果。作为最低限度的要求,被利用的标识或者产品必须具有某种特有性(distinctiveness),而这种特有性可以不足以达到特别法保护的门槛。^⑳因此,无论是将“搭便车”作为一种不正当竞争行为的类型,还是将其作为构成不正当竞争的法理支撑,都是在负面意义上使用“搭便车”概念,赋予其否定的价值判断。

虽然我国司法裁判多有涉及“搭便车”论理,但现有文献对于知识产权和反不正当竞争领域“搭便车”问题的专题研究还比较少,基本上没有流行的法律概念界定。而且前述司法裁判表明,我国不正当竞争司法裁判对于“搭便车”都是从否定意义上进行使用,即以属于搭便车为由,认定涉案行为构成不正当竞争,“搭便车”成为不正当竞争行为的判断标准

和伦理依据。就不正当竞争裁判所涉及的法益类型而言,“搭便车”大体上可以界定为不劳而获地占用他人的商誉或者其他商业成果,而获取竞争优势的行为。

“搭便车”的特征或者要素可以归纳为三项:

(1)“搭便车”有不劳而获的特征,即他人的商誉或者其他商业成果是付出人力、物力等资源获取的,行为人未经许可和未付出代价擅自加以利用或者占有。(2)“搭便车”的行为特征是利用或者获取他人的商誉或者其他商业成果,如对于他人商业标识商誉的利用,对于他人作品元素、数据等商业成果的获取和利用。(3)行为人旨在获得竞争优势,即他人的商誉或者商业成果对于行为人具有竞争优势意义。

(三)“搭便车”的两种类型

就“搭便车”的对象或者客体而言,利用他人商誉和其他商业成果的“搭便车”,通常涉及两种具体情形,即利用他人商业标识的商誉以及利用他人的商业成果。

例如,法国法将“搭便车”所利用的能够带来竞争优势的经济价值,区分为知名度与创新或者投入产生的成果,前者大体上对应于商标法和反假冒制度的保护客体;后者则是著作权、专利权等保护的成果。“利用他人知名度的搭便车”涉及利用他人商标、商号、公司名称、商品形状和包装、广告语等的名声或者元素,提升自己商品的档次或者声誉等情形,甚至涉及保护到期以后的外观设计产品。法国在搭便车竞争方面对于“利用他人投入或者创新的成果”有着相对宽泛的适用。如香水销售商称自己的产品与竞争者的相关产品相对应,构成利用后者为调配和推广该产品的投入成果的搭便车;建筑企业将竞争对手完成的需要一定技术的吊顶工程拍成照片,作为自己工程样品提供给客户的行为,构成搭便车。此外,搭便车还经常被适用于涉及软件著作权和专利权保护模式在保护效果上有局限性的领域。^④

当前我国反不正当竞争司法裁判中的“搭便车”,涉及利用他人商业标识的情形(如例1,例2,例3),

以及利用他人作品元素(如例4)、数据等智力成果或者商业成果(如例6)的类型。^⑤前者是以“搭便车”为据扩张商业标识的保护范围,如在不构成商标侵权的情况下,又以“搭便车”为由制止对于他人商业标识商誉的利用,起到了扩张商业标识保护的实际效果;后者涉及在作品元素不受著作权保护的情况下,依照“搭便车”保护作品元素,或者以“搭便车”保护数据等新出现的商业成果(商业权益)。该两种类型的“搭便车”可能涉及对于其他知识产权边界的实质性扩张,以及“搭便车”的适用边界,因而引发了“搭便车”的适用定位和适用限度的讨论和争论。

三、竞争观与“搭便车”的适用定位

(一)竞争观对于“搭便车”的定位作用

竞争观涉及对于竞争和不正当竞争的总体观念和基本取向。“搭便车”的适用定位,归根结底取决于所秉持的竞争观,即是伦理上的公平竞争观,还是经济上的效率竞争观。竞争观的不同取向,决定了“搭便车”的不同适用态度,以及决定着竞争行为正当性的不同裁判标准。

笼统地说,大陆法系国家采取伦理的和公平的竞争观,将公平目标置于竞争目标之上,由此又被批评为是反竞争的。如主要基于更为一般性的、没有确切界定的竞争者“公平和诚实”行为概念,讨论不正当竞争,甚至有时近乎引入道德权利(moral rights)的方式宽泛地保护商业标识等。普通法系国家将竞争作为主要目标,只对竞争者的极端行为予以公平考量,如对于误导和混淆消费者的行为予以禁止,消费者被置于突出位置。两种竞争观直接影响对待竞争行为的宽严态度,因而对于“搭便车”的适用产生相应的影响。^⑥如英美国家更多地将“搭便车”视为竞争自由的范畴,限制其适用;欧陆国家则更多地通过制止“搭便车”,维护市场竞争的公平。当然,这只是一种笼统的说法,具体细节仍非常复杂。如美国司法裁判越来越多地将“搭便车”视为不正当,并以此扩张知识产权之类的保护。^⑦我国学界较少从竞争观的角度研究竞争行为正当性判断标准,因而对于“搭便车”的适用缺乏竞争观上的深层考量。

(二)伦理性的公平竞争观与经济性的效率竞争观

反不正当竞争是一个特殊的法律领域。一方面,《巴黎公约》将“反不正当竞争保护”作为工业产权的一种类型,并构建了一般性界定与典型行为列举相结合的反不正当竞争规则体系,为成员国采取最低限度的反不正当竞争保护奠定基础。此后,“IRIPS 协定”第 39 条“未披露信息”条款,又推动了商业秘密保护规则的统一。另一方面,世界范围内的反不正当竞争法又高度不统一,各国之间在反不正当竞争的理念和制度上差别极大,甚至欧盟成员内部的反不正当竞争观念和制度差别太大。^⑤这就形成重要规则的全球统一性与国别之间的反不正当竞争制度又差异极大的悖论和奇特局面。但是,全球化规则的一面毕竟具有较大的局限性,各国之间的理念和制度差异是主流。尽管如此,在观念传统和基本制度定位上,美国与欧陆国家大体上形成了两大基本流派和传统,且大体上可以基于对公平与效率的不同取向,而对两种流派进行定义。

“搭便车”适用的严格与宽松以及积极与谦抑,首先涉及竞争观问题,即是采取伦理性的公平竞争观,还是采取经济性的效率竞争观。反不正当竞争法起源于商业道德意义上的公平竞争,采取伦理性的公平竞争观,旨在维护商业道德意义上的公平,保护既有的秩序安定和既得利益,但近几十年来逐渐转向经济意义上的效率,即越来越多地采取经济性的效率竞争观,尊重市场的激烈竞争,以及强调和相信经营者和消费者的自我保护。

渊源于自然正义的“搭便车”,显然以遏制不当得利为要义,自始即具有强烈的伦理价值。^⑥法国早期不正当竞争概念笼统模糊,被定义为诚实的生产者或者商人所不会从事的活动或者行为,这也是《巴黎公约》将不正当竞争界定为违反诚实工商业做法的由来,也即衡量竞争行为的公平标准是按照诚实进行界定的。^⑦其核心是限制非通过劳动和贡献获得成果的自由,禁止滥用竞争自由获取或者利用竞争对手的商业成果。这是伦理性的公平竞争观的由

来。美国 INS 案的多数意见判决,也被学者称为将基于不当得利原则的商业行为伦理观念(a concept of ethical business conduct)引入法律之中。^⑧

随着时代的发展,不正当竞争的衡量标准逐渐被赋予经济的或者效率的含义,并让位于效率标准。即便仍以公平为名,支撑伦理标准的主要是经济效率,经济效率转化为正当商业行为规范(norm of proper business conduct)或者善良风俗(boni mores),以此达成社会政策目标(the policy goals of society)。^⑨如德国学者指出,反不正当竞争法是一个不那么时髦但同样有歧义的现象:它在国际层面首先体现在《巴黎公约》第 10 条之二,其历来被视为在竞争中保护“伦理”或者“商业伦理”,依靠“尊贵商人”的理想模式。现代学界通过运用功能经济学的维度来构建反不正当竞争法,其假定与反垄断法的最终互补性,并将保护竞争作为一项制度的中心目标。^⑩这也正是反不正当竞争判断范式发生转变,且与反垄断的判断范式趋于一致的原因和表现。^⑪

美国反不正当竞争裁判自始即存在公平取向与效率取向的分歧,只不过效率取向逐渐成为主流。分歧的源流恰恰是 INS 案美国最高法院判决的多数意见与分歧意见(异议),即多数意见采纳了以制止“搭便车”为取向的公平观,而异议则主张限制“搭便车”的适用。^⑫

INS 案中美国最高法院将“不播种而收获”作为不正当盗用行为的法律依据,认定占有他人付出劳动、技术和金钱的成果的行为构成不正当竞争。如,“原告在组织收集新闻材料中付出了劳动、技术和金钱,被告改写这些新闻之后再以自己的名义发表,并出售谋利,其行为对于他人的成果构成了不播种而收获,且将其分发给属于原告成员的竞争对手的报纸,构成占有他人播种而来的收成。剥去这些外衣,收获他人耕耘的利润,而分走本应由他人赚取的利润,该行为相当于擅自干预原告合法业务的正常经营,且因未负担采集新闻的任何费用而获取了竞争优势。该交易不言自明,衡平法院应当毫不犹豫地认定其构成商业中的不正当竞争”。^⑬

但是,INS案判决的多数意见并未成为被广泛遵从的美国普通法主流观点,因而被称为是孤岛而不是里程碑。^③布兰代斯大法官在异议中警告多数意见会干预自由竞争。“即使从竞争对手的付出中获益,也不能仅因不劳而获而认定构成法律上的不正当竞争。这已为除本案以外的许多案件所表明。追随先行者进入新市场,或者跟随他人先引入的新产品进行制造,都在于从先行者的劳动和付出中获取利益,但法律却鼓励这种行为。”^④通过模仿进行的竞争,降低了市场价格。因为消费者“期望获得他们所需要的最好交易”,至少在没有欺诈的前提下,有活力的竞争符合其最大利益。^⑤据此,此类模仿不仅不予反对,反而是“竞争经济的命脉”。^⑥如,美国最高法院Stiffel案^⑦和Bonito Boats案^⑧均强调了复制模仿的自由,如不受专利和版权之类的知识产权保护的创新性设计,他人有“复制的权利”(right to copy)。

当然,在美国,反不正当竞争法被认为总是变幻莫测,对其适用始终争议不休。例如,美国联邦商标法第43条(a)属于联邦反不正当竞争条款,但自20世纪40年代通过之日起,其适用范围始终模糊不清。狭义界说者认为,反不正当竞争法应当限于来源混淆、误导性宣传之类的有限行为;广义界说者则认为它是一个伞状的众多不正当竞争行为的总称,范围广泛,涵盖违背商业道德的任何不公平竞争行为。后者是以不公平作为不正当竞争行为的衡量标准。如有的判例指出,“反不正当竞争法是一个‘广义的和灵活的原则’,被广泛地表述为包括违背商业道德或者只是不播种而收获的任何行为”。^⑨因此,道德意义上的公平是广义反不正当竞争行为的裁判标准。^⑩

英国是自由模仿的更为极端的支持者。英国法院主张,司法无从判断市场竞争是否公平,这属于立法机关的立法权限,英国法官甚至认为英国并不存在不正当竞争。^⑪英国法官早就指出:“划分公平竞争与不公平竞争以及何为合理与何为不合理之间的界限,超越了法院的权力。”^⑫这种观念被英国法官一脉相承。如杰克布法官所言:“有人认为复制不道德,

有人则否。今天的复制者经常是明天的创新者。有些人认为复制是竞争的命脉,是打破不受专利和注册设计之类的特定垄断保护的商品事实上的市场垄断和维持商品低价的工具。也有人说复制是对于创新者的寄生行为。这些都没关系。法律当然并未规定此类复制非法;普通法反对垄断。这被称为‘riding on the back of Roho’,或者‘taking Roho’s market’。本案证据表明,Ward的销售商说过,‘为实现其坐垫的更好销售,Ward骑在Raymar的背上’。即使如此说,也并不意味什么。你可以通过欺骗顾客或者诚实竞争而骑在竞争者的背上,前者合法,后者则否。”^⑬可见,英国法中“搭便车”不具有否定含义,可以是诚实竞争的一部分。

19世纪中叶,经判例与学术互动,从法国开始牢固确立了大陆法系工业产权和反不正当竞争的两大理论基石,即一个是工业产权概念,它不仅包括基于专门法的所有工业产权,如专利、商标、工业设计等,而且还包括保护商人与其客户之间的整体关系(the entire relationship between a merchant and his clientele)的更为宽泛的概念。另一个并行的观念是,法国大革命之后新获得的经济自由和自由竞争特权(privilege of economic freedom and free competition),仅止于通过劳动和贡献获得成果的自由,而不能扩展到不正当夺取竞争者的成果的自由。不得滥用竞争自由获取或者利用竞争对手的商业成果,就被确立为基本原则,法院据此仅依据民法典第1382条和第1383条,即可禁止范围广泛的不正当竞争行为。从起源于法国的欧陆国家反不正当竞争法历史发展看,不正当竞争是竞争自由和滥用竞争自由的产物。滥用竞争自由损害竞争者客户关系的行为被广泛地纳入不正当竞争的范围。特别是,禁止滥用竞争自由获取或者利用竞争对手的商业成果,成为反不正当竞争法的基本原则。反不正当竞争法派生于经营自由,源于对经营自由关系的维护,但经营自由只是通过劳动和贡献获得成果的自由,不包括不正当夺取竞争者成果的自由。该原则尤其成为反不正当竞争法保护商业成果和制止不正当竞争的正当性

依据。^⑤法国显然有宽泛适用“搭便车”认定不正当竞争行为的深厚传统。

有些欧陆国家采取稍微折中的观点。例如,西班牙反不正当竞争法典明确强调模仿自由,但特定情形下的模仿属于不正当竞争,特别是模仿导致与其他经营者的产品产生联系,或者盗用其商誉。德国法承认在知识产权法的范围以外,模仿自由是原则,但下列情况构成不正当竞争:(1)欺骗消费者;(2)商品的商誉被损害或者过度利用;(3)违反信任而进行模仿。根据意大利民法典,产品的逼真模仿在产生混淆时构成不正当竞争,而单纯的盗用商誉可以根据反不正当竞争一般条款进行认定,但此种保护不能抵触知识产权的限制。荷兰最高法院承认贸易自由是原则,但在例外情况下禁止对技术和劳动成果的逼真模仿。有些国家存在论理与实践的差异,尽管在理论上承认模仿自由,但法官经常基于直觉,认定未付出自己的合理努力而模仿他人的产品,具有不正当性。^⑥

总体而言,反不正当竞争法是在自由竞争的基础上产生的,是对自由竞争负面效应的弥补和完善。例如,欧陆国家随着产业革命的兴起和资产阶级革命的胜利,个人自由和权利得到张扬,契约自由、取得和处置财产的权利以及个人和企业的“经济自由”,构成了当时的时代特征。但随后发现,完全无限制的自由导致滥用,即经济力量被用于损害市场全体成员的利益,且日益猖獗。因而先是由法国法院通过判例规制不正当竞争,后由德国通过专门立法规制不正当竞争,由此逐渐形成了大陆法反不正当竞争传统。^⑦属于竞争自由范畴的模仿自由是市场制度的根基,也决定了模仿自由是原则,而干预模仿自由是例外。而且,无论是英美国家还是欧陆国家,都奉行自由市场原则,以不正当竞争干预市场为例外。因此,禁止“搭便车”和限制模仿自由都只是具体范围和情形的差异,而且在诸多观念上有趋同之势。^⑧

(三)两种竞争观的明显差异

英美国家与欧陆国家虽然都奉行自由市场经济

的基础制度,反不正当竞争都是有限的干预,但因历史传统和制度设计上的差异,两者之间在理念和制度上仍各有特色。例如,欧陆国家的传统观念是赋予社会凝聚力以基本地位,强调社会共同体的凝聚力。^⑨凝聚力首先要求调和竞争者之间的关系,尤其是禁止使用非法手段获取经营利益;其次是要求对消费者给予一定的保护,希望避免消费者因竞争者的对立而受到损害。这种观念下的反不正当竞争,是避免过度竞争对一个社会可能产生的负面效应(紧张、暴力),因而对于集中的干预面相对较宽,包括在模仿自由和“搭便车”上有更多的限制。有学者将此种竞争观念称为正当的竞争观念,即更多地体现了对企业行为正当性的期待,也即更多强调竞争的公平和正义。正当的竞争观念是以怀疑的眼光看待竞争,觉得竞争的对抗可能会威胁群体的凝聚力,破坏机体团结和引起各种形式的冲突,因而通过规定不正当竞争行为维护正当竞争,对于竞争的干预相对较多。^⑩

与此相对的另一竞争观念是经济的观念,即把效率置于突出地位,甚至宁愿有损于正义也要鼓励效率。经济的竞争观念仍在某种程度上重视社会凝聚力,但更为主张通过提高效率、做大蛋糕和丰富物资的方式促进竞争,相当于相信发展中的问题依靠发展的方式加以解决,以此增强社会凝聚力。如欧共体法院在1993年的伊芙·罗歇(Yves Rocher)案的判决中即坚持经济的竞争观念,认为消费者不需要被特别保护,他们本身拥有自我保护方法;如果消费者对产品不满意,可以转向其他经营者;消费者只要谨慎行事,可以避免受比较广告等损害。经济的竞争观念又称为经济分析的观念,集中体现为:(1)不再特别寻求对消费者的保护,消费者被认为根据理性行事,根据其利益得失独立作出选择;(2)没必要过多保护竞争者,即不能满足市场需求的竞争者应当被淘汰,更应该强化优胜劣汰机制。总之,信奉行为者了解其利益所在,并按照合乎其利益的方式行为,相信竞争能够实现各方满意的均衡,因而崇尚竞争的激烈和自由,尽量减少对竞争的干预。^⑪

综上,英美法系的反不正当竞争法更倾向于效率观念,由注重防止以反不正当竞争突破知识产权的界限,不像欧陆国家那样强调反不正当竞争法的补充保护,尤其将市场混淆作为反不正当竞争的重要基础,突出强调模仿自由和竞争自由。欧陆国家传统上坚持正当的观念,强调反不正当竞争对于知识产权的补充保护,特别是在商业标识保护和制止模仿行为上,承认以不正当利用声誉等标准扩张保护范围。^⑤但是,20世纪后期以来欧陆国家逐渐向经济的即效率的竞争观念转变。^⑥当然,这是一种竞争观念和反不正当竞争法发展趋向的总体描述,各个国家的具体情况仍有差异。竞争观差异的基本影响是,效率观倾向于限制不正当竞争的范围,突出竞争自由和模仿自由的价值;公平观则对禁止“搭便车”等有更宽泛的适用,更多地限制竞争自由和模仿自由。

(四)我国“搭便车”裁判的观点对立与效率观的端倪

在不正当竞争行为的规定上,我国反不正当竞争法采取一般界定(第2条)与具体行为列举相结合的立法体例。^⑦而且,1993年《反不正当竞争法》的立法初衷是只限于依据第二章规定的不正当竞争行为类型认定不正当竞争,不允许依据第2条一般规定认定没有列举的行为,目的是防止对于市场竞争的过多干预。^⑧后来,法院适应司法实践的需要,一直依据《反不正当竞争法》第2条开放性认定不正当竞争行为。^⑨2017年修订《反不正当竞争法》采取了允许法院依照第2条认定不正当竞争行为的态度,^⑩且在修订过程中曾经讨论是否允许行政执法机关认定法律未列举的行为,但最终未被采纳。^⑪鉴于1993年《反不正当竞争法》的初衷及司法实践中始终注意对于第2条的严格适用,可以看出立法者和法院总体上维护竞争自由的态度,只是在总体态度之下,又在依据第2条一般条款干预市场竞争的具体范围和态度上不尽相同。以“搭便车”调整和扩张法律未列举的不正当竞争行为范围,其具体适用确实因竞争观的差异而在范围和标准的把握上产生具体分歧。

司法实践对于“搭便车”存在宽泛的积极适用与限制性的谦抑适用两种不同态度。如前文所述裁判,相对宽松地援引“搭便车”标准,以其扩张商业标识和其他商业成果的保护,即不属于专门法和专有权保护的商业标识和商业成果,可以“搭便车”为据继续以反不正当竞争法进行保护,使反不正当竞争保护变相成为扩张专有权的路径或者达此效果。或者,以“搭便车”为由绕开专有权的规定,对于专有权实现反不正当竞争的替代性或者平行的保护。如例5所示,可能涉嫌以反不正当竞争保护替代和绕开“视听作品”的著作权保护,即二审判决认定涉案游戏的玩法规则和游戏元素不属于“视听作品”的保护范围,其本身仍值得商榷和研究,因为仅将视听作品的保护范围限于游戏画面,在视听作品的界定上未必准确,且鉴于游戏元素中思想和表达的界限未必如此截然分明,将其纳入视听作品更为符合视听作品保护的本意;而如果可以纳入视听作品,则此案即涉及以反不正当竞争保护替代视听作品保护的情形。如例6所示,涉案体育赛事直播画面可以纳入信息网络传播权的保护,而该案则以反不正当竞争保护另辟蹊径,替代了信息网络传播权保护。谦抑和限制的态度认为,属于专门法和专有权保护范围的客体,不论是否符合专门法和专有权的保护条件,原则上不宜再寻求反不正当竞争保护。司法实践中不少裁判强调对于竞争自由或者模仿自由的严格限制,在“搭便车”的适用上持谨慎和严格的态度。

当前,司法裁判已形成两种适用态度的明显对立。一方面,有些裁判以“搭便车”宽泛地保护或者替代保护商业标识和商业成果,且经常符合法益保护的直觉和朴素的正义感。另一方面,有些裁判秉持鲜明的竞争自由和市场效率的观念,在法无明文而干预市场竞争时,采取清醒和鲜明的谦抑态度。如,“触手主播圣光跳槽至虎牙案”浙江省高级人民法院二审判决认为,市场竞争以自由竞争为原则,以《反不正当竞争法》的规制为例外。在市场竞争机制并未受到明显扭曲的情况下,法院不应泛化《反不正

当竞争法》的适用,随意干涉市场运行和过度干预市场竞争,而应尊重经济运行规律,充分保障市场在资源配置中的基础作用,促进竞争效果的有效实现。^⑤

“微梦案”二审判决甚至明确提出竞争行为正当性推定,即“对于互联网中利用新技术手段或新商业模式的竞争行为,应首先推定具有正当性,不正当性需要证据加以证明”。^⑥

最高人民法院在有些裁判中曾经阐述过模仿自由与不正当竞争的关系和界限,如在“费列罗巧克力不正当竞争案”中,最高人民法院再判决认为,对商品包装、装潢的设计,不同经营者之间可以相互学习、借鉴,并在此基础上进行创新设计,形成能够明显区别各自商品的包装、装潢。这种做法是市场经营和竞争的必然要求。就本案而言,蒙特莎公司可以充分利用巧克力包装、装潢设计中的通用要素,自由设计与他人在先使用的特有包装、装潢具有明显区别的包装、装潢。但是,对他人具有识别商品来源意义的特有包装、装潢,则不能作足以引起市场混淆、误认的全面模仿,否则就会构成不正当的市场竞争。^⑦

近年来,随着依据《反不正当竞争法》第2条扩展不正当竞争行为的作用更加凸显,严格其适用标准和限制其适用范围在有些裁判中得到特别强调,且通常都是基于与自由竞争的关系之类的深层价值考量。如,在“正午阳光公司与太平人寿公司不正当竞争案”中,^⑧法院判决认为,一般条款具有较大的不确定性,在具体适用时应当特别慎重,既要防止失之过宽从而造成对公有领域的不当侵蚀、对竞争自由的过分抑制,也要防止失之过严从而不利于对竞争者合法利益的保护、对竞争秩序的维护。对经营者竞争利益的判断,应当从维护竞争自由、效率和公平的价值出发,在特定商业领域中结合案件具体情况,对公共利益、消费者利益和经营者利益进行综合衡量。涉案电视剧是正午阳光公司制作并出品的影视作品,正午阳光公司对其享有的著作权及市场利益受法律保护,但该市场利益并不是无限的,并非该电视剧所及之处都是正午阳光公司的竞争利益,其竞

争利益的边界应当顾及公共利益、消费者利益和竞争自由。任何作品除了是权利人的私人财产外,其同时也具有公共属性。如果他人对该作品中相关元素的使用有利于消费者利益,又不会给权利人造成损害或者损害过于轻微,也不至于损害到竞争秩序,那么就应当允许该种使用行为,充分发挥该作品的公共属性功能,促进市场竞争自由。“梦幻西游VS神武案”一审判决认为,禁止对于他人知识上的投资和所创造的劳动成果的搭便车,是反不正当竞争法立法的重要初衷。但在市场经济下,竞争和竞争自由是市场经济的根本机制,竞争自由是一项最基本的竞争政策。市场竞争中的相互争夺性损害是允许的和常态的竞争损害,对于竞争行为的干预是例外。搭便车行为并不必然构成不正当竞争,不能将搭便车行为等同于违反诚实信用原则和公认的商业道德。禁止搭便车尽管具有强烈的道德感召力,但不能简单地以此作为操作标准适用,仍然应根据法律所规定的行为正当性的判断标准进行认定。对反不正当竞争法一般条款的适用,更应当秉持谦抑的司法态度,对竞争行为保持有限干预和司法克制理念,否则就会不适当地扩张不正当竞争的范围,侵占公有领域,损害自由竞争。严格把握一般条款的适用条件,以避免不适当干预而阻碍市场的自由竞争。^⑨

可见,我国反不正当竞争法并未笼统地规定和承认“搭便车”行为,“搭便车”是司法在具体认定不正当竞争行为时,作为裁判理由和判断标准引入裁判之中。特别是,“搭便车”事实上被作为依据反不正当竞争一般条款(第2条)扩张商业标识保护以及扩张或者给予商业成果保护的重要支撑,且虽然在总体上已广泛承认一般条款的适用应当谦抑,但具体的适用态度又出现明显的分歧。有些裁判是以“搭便车”为由通过反不正当竞争变相扩张知识产权专有权保护,搅乱了知识产权专门法与反不正当竞争法的调整界限;有些则更为尊重竞争自由而恪守一般条款的适用边界,慎用“搭便车”法理。这种差异反映了竞争观的不同。

(五)竞争观与“搭便车”的应然态度

从前述国际总体趋势以及促进竞争和激励创新的现实需求看,效率的竞争观更具有时代性和合理性。特别是,市场具有强大的资源优化配置和自我修复能力,针对市场失灵的国家干预毕竟需要严格限制,^④且创新需要广泛的公有领域,因而限缩反不正当竞争的补充保护更利于激发市场竞争和促进创新。

首先,从产权经济学的解读看,对知识创造物赋予知识产权,本质上是为降低交易成本而将“搭便车”“公地悲剧”之类的外部性进行内化,此类财产权的创设或者改变取决于内化外部性的收益是否超过其成本。^⑤知识产权的主体领域是专有权,专有权是经成本收益权衡之后对于外部性的内化选择,于此之外再以反不正当竞争补充保护,仍是以继续内化外部性的方式给予财产性保护,其补充保护显然必须保持必要的限度。否则,专有权之外的过宽保护,相当于将专有权之外的公有领域过多地转化为财产,容易导致外部性的过度内化,走向激励创新和促进竞争的反面,导致过度内化外部性的效率损失。如例1所示,作品元素的可版权性取决于是否符合著作权法的保护条件,也即著作权法只是就符合著作权保护条件的作品元素给予保护,那些达不到保护要求的作品元素(如金庸先生武侠小说中的人物姓名)在著作权法意义上已进入公有领域,可以为他人使用和社会受益,也即法律有意将其受益效应转化为正外部性,^⑥他人可以无偿使用和受益。如果再以反不正当竞争进行延伸保护,势必破坏著作权法设定的权利保护与公有领域的利益平衡,背离著作权法的立法精神。

其次,基于创新政策的考量,权利保护与公有领域的协调性是构建创新政策的核心要素,知识产权制度设计是以暂时的赋权为激励,最终使创新成果归入公有领域,为创新提供更大的激励。“健康的创新需要两个最为重要的前提条件:一是存在一个庞大的公有思想领域,二是保护持续丰富我们知识存量的那些重大的增量创新。”“保护公有领域至关重

要。创新步伐最快的社会都为创新者在前人成果基础上继续前行提供了可观的自由。”^⑦公有领域的规模与知识产权的保护范围呈现此消彼长的关系。每授予一项知识产权就会缩减公有领域的规模,知识产权的范围越大公有领域的缩减程度也越大。“知识产权政策必须努力找到一个平衡点,将排他权的增加扣除公有领域缩减造成的社会价值损失所得的净收益最大化。”^⑧限缩“搭便车”的反不正当竞争法适用,目的是保持必要的和有益的公有领域,防止其被轻易地侵占。

再次,知识产权之类的财产权保护并不使权利人内化和获取其付出投资和创造所产生成果的全部价值。制止“搭便车”容易成为内化和获取此类全部价值的正当性理由,但这不应该是知识产权的应有之义,且应当受制于激励创新等目标的实现。无论是有体财产还是无体财产,都不能通过财产权收割全部利益,不能将所有外部性均予内部化。而且,这恰是市场经济的必然要求。^⑨出于促进创新的需要,此类权利保护必须平衡好“通过创新新事物参与竞争的权利”与“获取创新成果部分价值的权利”,且“受保护产品必须在还有一定剩余经济生命的时候进入公有领域才会有意义”。^⑩“搭便车”的反不正当竞争适用必然受制于此种平衡关系。

最后,专有权扩张与反不正当竞争保护扩张的利弊权衡。知识产权有效保护与自由竞争之间的平衡,是知识产权的基本价值之一。知识产权历史贯穿了知识产权保护与公有领域自由模仿的恰当平衡史。^⑪近几十年来,国际和国内的知识产权均呈现持续扩张的趋势,如版权的保护期延长、受保护的客体增多和保护门槛降低;商标权的保护不限于消费者混淆,而广泛地及于对商标声誉的利用;专利权的保护范围和强度同样有所增加。知识产权的扩张恰恰经常以禁止“搭便车”为名,如可以容易地认定利用他人知识产权的任何获利都具有不正当性。^⑫当然,这些扩张仍是以专有权之名和在专有权范围之内,是在专有权范围内进行相对确定性的利益平衡,仍具有专有权的确定性,因而相对于反不正当竞争保

护而言具有更为确定的边界。专有权的扩张必然相应地减少反不正当竞争的兜底、补充或者替代保护需求,防止反不正当竞争保护的过度扩张。

此外,模仿自由具有独特的价值。首先,模仿自由的政策支撑。尽管知识产权的经济分析表明,限制模仿性竞争有利于促进革新性竞争,但这种限制本身不是目的,必须限于确保市场功能的有效限度之内。模仿仍是竞争经济的命脉,存在强力的政策支撑。尤其是,模仿是产品创新的必要步骤。即便是非创新和非创造性的模仿,也可以促进竞争和降低价格,并具有核心的市场功能。其次,制度的支撑。知识产权的期限、保护门槛及例外等制度设计,均为模仿自由而设,为模仿自由留下制度空间。知识产权和反不正当竞争法的适用必须尊重这些制度设计。^③鉴此,“搭便车”与模仿具有高度的重合性,其定位应与模仿自由相适应。

基于上述理由,我国原则上应当奉行效率的竞争观,且在专门法之外以反不正当竞争补充保护创新成果,必须严格限定其条件和范围,不能以“搭便车”为由过于宽泛地变相强化权利保护。

(六)由伦理标准到效率标准转变的实现路径

《反不正当竞争法》第2条第1款将诚信和商业道德规定为市场竞争原则,司法裁判将两者作为判断竞争行为正当性的“基本判断标准”,且认为诚信原则更多的是以商业道德的形式体现出来。^④因此,竞争行为正当性判断是通过解读商业道德的内涵而实现,如何解读商业道德直接决定了如何确定具体的裁判标准。司法裁判在不断解读商业道德内涵的过程中,逐渐更多地赋予其经济内涵。如最高人民法院在“马达庆案”民事裁定^⑤中将商业道德定位于商业伦理,以区别于世俗道德和高尚道德。此后,有些判决进一步将效率观念引入商业道德。如“斗鱼TV诉全民TV及跳槽主播案”二审判决曾经以经济效率诠释商业道德。^⑥“快快乐动公司与友加友公司、梅姗不正当竞争纠纷案”二审判决认为,^⑦商业伦理不同于一般的道德伦理,其在经济效益的基础上更加突出优胜劣汰法则,强调其商业模式、产品能够

赢得市场和消费者,推崇通过激烈竞争实现市场资源、消费者及经营者之间的利益均衡。在市场竞争中,要坚持市场效率原则定义诚实信用原则和公认的商业道德标准,将其与日常生活区分开来。

(七)裁判标准的交织融合性

尽管大致可以区分经济的和伦理的竞争观,但这只是一种大致的竞争取向,竞争行为正当性的裁判标准通常都不是单纯的经济效率或者伦理公平的标准,而通常是经济效率、公共政策和社会共同体的一般正义感的交织和融合。例如,市场混淆和误导行为干扰消费者的信息获取和市场决策,减少市场透明度,从而增加了交易成本,损害市场效率。允许此类行为必然导致竞争浪费和消费者不受保障,损害市场竞争所能够带来的福利增长。因此,禁止此类行为显然是以保障效率为基础。但是,经济效率的需求通常转化进入正当商业行为或者公序良俗的规范,并以此实现促进公共福利的社会政策目标。经济效率、商业伦理和公共政策交叉融合,形成商业行为的共同伦理规范,实现多种价值目标。即便如此,经济效率显然是基础目标,商业伦理和公共政策只是对于追求经济效率的必要校正。^⑧鉴于此,禁止“搭便车”固然符合公平正义的道德直觉,但其适用应当加以节制,不宜过于宽泛。

综上,我国以前的司法裁判更多基于伦理性的公平竞争观,使得“搭便车”的宽泛适用更多地立足于伦理性公平正义的道德直觉,但近年来随着竞争意识的增强,出现了重新诠释商业道德内涵,赋予更多的效率价值,因而正在向经济的竞争观转变。由此,以效率的观念衡量“搭便车”的可适用性,限制其适用范围,防止过于宽泛的适用,更具有正当性。

四、法律部门的协调性与“搭便车”的定位

“搭便车”作为竞争行为正当性的裁判标准,其适用主要涉及对于一般条款的适用态度、与知识产权专门法的适用关系以及对竞争观的定位等问题。这些问题均关乎相关法律调整的协调性,而协调性需求又决定了“搭便车”的定位。

(一)《反不正当竞争法》第2条一般条款适用的总体态度与具体路径

“搭便车”主要适用于《反不正当竞争法》第2条,作为开放性认定不正当竞争行为的裁判标准。尽管当前的总体司法态度是强调第2条的谦抑性适用和慎重适用,但这毕竟是一种政策性或者倡导性的观念,不是一种精确的衡量标准,在具体运用中仍会宽严不一。为确保第2条的准确适用,应当在强化观念导向的同时,尽可能确立具体实现路径。首先,为应对层出不穷的反不正当竞争需求,第2条可以演化为反不正当竞争的“普通法”,以判例的方式累积操作性标准和形成共识,明晰“搭便车”的适用边界,确保其确定性。其次,强化竞争自由和模仿自由的理念,以模仿自由为原则,限制模仿为例外,在观念上为“搭便车”正名,强化“搭便车”中立观念,破除“搭便车”的“污名化”和自身违法。再次,尽可能划出相对客观性的操作标准和法律界限。尤其是涉及与专门法的关系等领域,可以划出一些相对明晰的操作性界限。

(二)厘清“搭便车”的适用与知识产权专门法的适用边界

“搭便车”的适用经常涉及如何妥当进行反不正当竞争法与知识产权专门法的适用划界,本质上涉及权利保护与公有领域、公平竞争与自由竞争的基础关系。这是一个持续争议的问题,既涉及相关法律调整的总体定位,又涉及具体情形下的法律适用选择。

国际范围内通常认为,在评估是否可以适用反不正当竞争法保护商业成果时,如果并不构成混淆,那么纯粹利用他人成果的行为符合自由市场原则。在无法达到工业产权专门法的保护要求时,反不正当竞争法的保护不能简单地被认为是获得此类保护的替代途径。立法者在专利、工业外观设计、商标等各项法律制度的设计中分别确定了在相关市场的利益平衡,在进行反不正当竞争保护时也必须体现此种利益平衡。作为一般规则,如果商业成果的复制或盗用属于特定工业产权法的保护范围,且诉诸反

不正当竞争法也是寻求同类保护,基于专门法优先原则,至少工业产权专门法保护的特定期限内,不能主张反不正当竞争法保护(专门法优先适用原则)。⁷⁹以“搭便车”等补充保护知识产权,“不能扰乱竞争(及模仿)自由与赋予专有权之间的精细平衡”;“在不能得到知识产权法的特别保护,而又存在保护漏洞的情况下,反不正当竞争法才会不断‘介入’”;⁸⁰必须进行融贯的整体性看待。⁸¹

我国学界和实务界对于反不正当竞争法与知识产权法的适用关系,有平行说、兜底说和有限补充说。

平行说主张对于同一客体可以在反不正当竞争法与知识产权专门法之间选择适用。如例5虽以不构成作品保护为由,选择了反不正当竞争保护,但若涉案游戏要素可以纳入“视听作品”的范围,则其裁判即替代了著作权保护。例6实质上以反不正当竞争保护了信息网络传播权,也即法院未考虑信息网络传播权保护的优先性,相当于允许权利人进行任意选择,以“搭便车”作为法理支撑。

兜底说泛泛地认为,不属于专门法保护的商业标识或者商业成果,可以通过反不正当竞争法进行兜底性保护。在兜底说之下,反不正当竞争补充保护易于演变为后续的替代性保护,即专门法不能保护的商业标识和商业成果,只要有搭便车、不劳而获等情形,就可以轻易地给予反不正当竞争保护。同样,“搭便车”是支撑兜底保护与变相扩张专有权范围的法律依据(如例1-5)。

有限补充保护说强调在不抵触专门法立法政策的前提下,以“搭便车”等为依据发挥反不正当竞争的有限补充作用。⁸²有限补充保护是法律协调调整的要求,更具合理性。

具体而言,确定反不正当竞争有限补充保护的边界主要涉及如下情形:(1)专门法的划界功能与法律之间的协调性。考虑立法政策的协调性,专门法的调整范围必然是反不正当竞争法的边界。这是两者关系的具体界限。特别是,一经落入专门法调整范围并符合其保护条件,不宜再考虑反不正当竞争

法的选择性或者平行保护;落入其调整范围而不符合其保护条件的,一般不宜再以反不正当竞争法进行补充性的后续保护,否则会抵触专门法立法政策和破坏利益平衡。(2)对于专门法未覆盖的商业标识和商业成果,可以通过反不正当竞争法进行保护。(3)对于一些因经济科技发展而出现的新法益,如大数据背景下的数据集保护(如例7),如果专门法不能覆盖或者归入专门法导致调整不适当的,可以基于全新的利益衡量,通过反不正当竞争法进行过渡性或者“孵化性”保护。这是反不正当竞争法保护新类型商业成果的一种独特功能,通常都基于对新法益具有可保护性的总体判断,且不受理论界是否达成共识的影响。待条件成熟和达成共识时,这些新法益才会进入专门法或者反不正当竞争保护的稳固轨道。^⑧(4)特殊情形下的平行保护。通常而言,如果特殊情况下平行保护不导致利益衡量的混乱和抵触专门法立法政策,如商品独特包装装潢与实用艺术作品的平行保护;对于一些现有的特定权益,起初不予保护而随着发展产生保护需求(如体育赛事画面),在采取专门法还是反不正当竞争法保护尚未达成共识时,两种路径都有选择,待达成共识之后通常会归

入专门法保护,过渡保护期间可能存在平行保护的现象。这些都属于非常规的特殊情形。^⑨

综上,鉴于专门法在利益平衡的基础上对于权利要件和权利范围有专门的立法平衡,作为平衡结果的专有权必然成为反不正当竞争法的客观界限,因而是否抵触专门法立法政策是确定反不正当竞争保护是否适当的基本标准。特别是,属于专门法保护范围而不符合其保护条件的,通常不宜因有“搭便车”而以反不正当竞争法保护变相扩展专有权,此时的“搭便车”原则上归入由专门法留下的竞争自由、模仿自由和公有领域。如果再以反不正当竞争法进行保护,必须有特别的正当性,而不仅仅是因为“搭便车”,且这种特殊性应该有严格限制。而且,虽然保护静态利益更符合朴素的公平观念,但反不正当竞争法毕竟是促进竞争的法律,应该更多关注以自由和效率为取向的动态竞争。

(三)“搭便车”、既得利益与动态竞争

我国反不正当竞争法遵循静态竞争还是动态竞争的观念,从判例看存在着分歧。我国前些年更为关注静态竞争,近年来似乎对动态竞争的关注越来越多。但是,观点截然对立的情况时有所见(见表2)。

表2 以“搭便车”作为判断标准和论理基础的裁判案例(2)

序号	案由/案号	法院观点
9	爱奇艺公司与搜狗公司不正当竞争案/上海知识产权法院(2018)沪73民终420号	法院认为,搜狗输入法同时具备“搜索候选”和“输入候选”两种功能,是一种在技术上的创新之处,具有一定的正面市场效应。虽然在爱奇艺网站界面使用搜狗输入法,可能导致爱奇艺网站失去一定的流量;或者说搜狗输入法借助爱奇艺网站为自身带来一定流量,但这种看似介入爱奇艺网站产品的行为本身并不足以说明其具有不正当性
10	百度诉搜狗下拉搜索关键词案/北京市海淀区人民法院(2015)海民(知)初字第4135号	法院认为,搜狗公司主观上明知或应知百度搜索引擎下拉提示词的显示方式却不加避免,采取了与之相似的搜索候选呈现形式,主观上具有过错;客观上搜狗输入法在用户事先选定百度搜索的情况下,先于百度公司以类似搜索下拉列表的方式提供搜索候选,借助用户已经形成的百度搜索使用习惯,诱导用户在不知情的情况下点击候选词进入搜狗搜索结果页面,造成用户对搜索服务来源产生混淆的可能,不当争夺、减少了百度搜索引擎的商业机会,该行为构成不正当竞争
11	迪火公司与三快公司不正当竞争案/杭州市中级人民法院(2018)浙01民初3166号	法院认为,“美团收款”并未主动、强行在二维火收银系统中插入链接,强制进行目标跳转,去影响用户的选择;反之,其只是向用户提供了选项,由有相应需求的用户自行进行选择,并无不当。“美团收款”APP可以安装到二维火收银机中的事实,以及安装后所可实现的功能,或是基于迪火公司公开的信息,或是基于二维火收银机所使用的安卓系统本身具有的功能与特性并获得用户的授权,或是基于迪火公司及其“二维火收银”APP所允许的范围,或是以上数项的组合,均属合法合理范畴之内,难谓已经违反诚实信用原则或公认的商业道德,故不具有违法性或不正当性
12	迪火公司与三快公司不正当竞争案/北京知识产权法院(2018)京73民初960号	法院认为,被告的“美团小白盒”插件在监控到用户执行“结账”操作时自动启动,并在用户点击美团悬浮窗或原告收银系统的特定按钮时强制跳转到美团支付操作页面,中断了原告二维火收银系统的运行,已构成2018年反不正当竞争法第12条第2款第(一)项和第(四)项规定的妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为

这些案件均涉及“搭便车”问题。上述裁判分歧的原因,恰在于选择保护静态的既得利益,还是倾向于维护动态的竞争机制,即例9、例11秉持动态竞争的观念,对于“搭便车”采取了宽容的态度;例10、例12秉持静态竞争的观念,更多地维护静态竞争秩序和保护静态利益。“搭便车”的积极适用论强调反不正当竞争法的强补充保护性,强调保护既得利益和静态公平;而“搭便车”的谦抑适用论强调反不正当竞争法的有限补充保护,强调保护动态竞争和自由竞争,更为强调公有领域的重要。其本质在于如何保护法定权利以外的利益,即保护静态的既得利益,还是维护竞争机制。静态竞争强调保护静态的既得利益,强调静态赋予意义上的公平,对于市场竞争的干预范围相对较宽,较多地限制竞争自由;动态竞争更强调市场竞争的动态激烈程度,强调颠覆性创新,强调竞争自由和市场效率。保护静态利益更符合朴素的公平观念,但是反不正当竞争法毕竟是促进竞争的法律,应该更多关注以自由和效率为取向的动态竞争。

五、结语

当前我国司法裁判中对于“搭便车”适用标准的宽严不一,折射了不同的竞争观和市场价值观,反映了反不正当竞争法与知识产权专门法的调整界限,涉及专有权、竞争性法益与公有领域之间的底层关系,最终涉及反不正当竞争法的调整定位和调整范围等基础问题。“搭便车”可以作为竞争行为正当性的判断标准和论理依据,但对其适用应当保持必要的谦抑和限制,不能成为随意扩张专有权保护的工具有,更不能轻易地妨害竞争自由和损害公有领域。“搭便车”本身应该有中性的含义和定位,不应该自带否定意义,更不宜将其“污名化”,而应当还其维护竞争自由的本意。

注释:

①孔祥俊:《反不正当竞争法新论》,人民法院出版社2001年版,第2-3页。

②Anselm Kamperman Sanders, Unfair Competition and Ethics, in Intellectual Property and Ethics 231(Lionel Bently & Spyros M. Maniatis eds., Sweet and Maxwell 1998).

③Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation, presented by the International Bureau of WIPO, WIPO publication No.725, Geneva 1994. 该研究报告初稿系委托德国马普所两位研究人员撰写,并在听取来自12位成员国的12位专家的意见以后而予以发布。该报告对于1990年代世界范围内的反不正当竞争状况进行了比较分析。1967年之后,《巴黎公约》反不正当竞争条款未再变动,但“世界知识产权组织”仍在努力发展和统一反不正当竞争标准。1990年代“世界知识产权组织”(WIPO)组织专家对世界反不正当竞争的发展状况进行了研究,于1994年提出“反不正当竞争保护:当今世界状况”专题报告,着重分析了有关成员国反不正当竞争立法现代化的做法,并旨在进一步推动反不正当竞争国际协调发展。在此基础上,世界知识产权组织于1996年提出“反不正当竞争示范条款”。“示范条款”是为了实施反不正当竞争领域的国际义务而提供指南。这些文件反映了1960年代以后世界反不正当竞争法的新发展。

④《巴黎公约》第10条之二列举了市场混淆、误导性宣传和商业诋毁等三类不正当竞争行为。这些行为不是穷尽式列举,除此之外仍由成员国自行规定其他不正当竞争行为。

⑤其他还涉及侵犯商业秘密、比较广告等行为。Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation, presented by the International Bureau of WIPO, WIPO publication No.725, Geneva 1994, pp.48-68.

⑥瑞士反不正当竞争法第5条第(3)项规定,通过技术复制工艺以及未经相应的努力,利用他人的市场成果的任何行为,都属于不正当竞争行为。西班牙反不正当竞争法第11条第(2)项规定,不正当利用他人商誉或者努力的行为,属于不正当模仿他人成果的行为。

⑦Walter J. Derenberg, The Influence of the French Code Civil on the Modern Law of Unfair Competition, 4 Am. J. Comp. L.1, 1(1955).

⑧冯术杰:《“搭便车”的竞争法规制》,载《清华法学》2019年第1期,第182页。

⑨冯术杰:《“搭便车”的竞争法规制》,载《清华法学》2019年第1期,第177页。

⑩冯术杰:《“搭便车”的竞争法规制》,载《清华法学》2019年第1期,第179页。

⑪INS v. AP, 248 U.S. 215, 239-240(1918).

⑫有关德文参考文献,参见 The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All? 98(Edward Elgar 2011)。

⑬有关法文参考文献,参见 The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All? 98-99(Edward Elgar 2011)。

⑭The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All? 98-99(Edward Elgar 2011)。

⑮[美]曼昆:《经济学原理:微观经济学分册》,梁小民等译,北京大学出版社2015年版,第215页。

⑯例如,“‘搭便车’不是一个严格的法律概念,而是对一类行为的事实性描述,对于符合该描述的行为还是要进行法律评价以认定其是否不正当”。冯术杰:《“搭便车”的竞争法规制》,载《清华法学》2019年第1期,第177页。

⑰例如,搭便车的常见形态是,一个经营者获得商业成功之后,另一个经营者以相同或者很相似的方式利用其成功的因素来获得竞争优势,后者免去了在经营、创新或者推广方面的投入。冯术杰:《“搭便车”的竞争法规制》,载《清华法学》2019年第1期,第176页。

⑱ Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation, presented by the International Bureau of WIPO, WIPO publication No.725, Geneva 1994, p.55.

⑲ Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation, presented by the International Bureau of WIPO, WIPO publication No.725, Geneva 1994, p.54.

⑳ Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation, presented by the International Bureau of WIPO, WIPO publication No.725, Geneva 1994, p.54.

㉑比较详细的介绍可参见冯术杰:《“搭便车”的竞争法规制》,载《清华法学》2019年第1期,第179-180页。

㉒鉴于利用作品元素等智力成果,也都是将其作为具有经济价值的商业元素进行利用,因而可以将此种场景下的智力成果视为商业成果。

㉓Mary LaFrance, Passing Off and Unfair Competition: Conflict and Convergence in Competition Law, 2011 Michigan State Law Review 1413, 1413-1414.

㉔Mark A. Lemley, Property, Intellectual Property, and Free Riding, 83(4) Tex. L. Rev.1031, 1032(2005).

㉕参见[德]斯蒂芬·舒勒(Stefan Scheuerer):《人工智能与不正当竞争——揭开人工智能监管领域一个被低估的基石》,黄军、鞠金琪译,载《竞争政策研究》2022#:第3期,第6页。See Reto M. Hilty, The Law against Unfair Competition and Its Interfaces, in Law against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe? 1(Reto M. Hilty & Frauke Henning-Bodewig eds., Springer 2007); Rupprecht Podszun, Der 'more economic approach' im Lauterkeitsrecht 2009 WRP 509.

㉖Anselm Kamperman Sanders, Unfair Competition and Ethics, in Intellectual Property and Ethics 231(Lionel Bently & Spyros M. Maniatis eds., Sweet and Maxwell 1998).

㉗参见《亚洲地区反不正当竞争研讨会》,世界知识产权组织出版物第679号(EC)(1990日内瓦),第48页。

㉘Callmann, He Who Reaps Where He Has Not Sown: Unjust Enrichment in the Law of Unfair Competition, 55 Harv. L.R. 595, at 597(1942), 596-598.

㉙Anselm Kamperman Sanders, Unfair Competition and Ethics, in Intellectual Property and Ethics 225-233(Lionel Bently & Spyros M. Maniatis eds., Sweet and Maxwell 1998).[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2页,第5-8页。

㉚[德]斯蒂芬·舒勒(Stefan Scheuerer):《人工智能与不正当竞争——揭开人工智能监管领域一个被低估的基石》,黄军、鞠金琪译,载《竞争政策研究》2022年第3期,第6页。

㉛参见[德]斯蒂芬·舒勒(Stefan Scheuerer):《人工智能与不正当竞争——揭开人工智能监管领域一个被低估的基石》,黄军、鞠金琪译,载《竞争政策研究》2022年第3期,第6页。See Reto M. Hilty, The Law against Unfair Competition and Its Interfaces, in Law against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe? 1(Reto M. Hilty & Frauke Henning-Bodewig eds., Springer 2007); Rupprecht Podszun, Der 'more economic

approach im Lauterkeitsrecht 2009 WRP 509. 100多年来,美国的立法机构、执法机关、法官和学者,均做了大量的探索。联邦贸易委员会以前的执法实践经常将不正当竞争行为与垄断行为的认定割裂开来。2015年发布的联邦贸易委员会《关于〈联邦贸易委员会法〉第5条的执法原则声明》明确规定,依据该条规定进行执法或者解读时会依照传统的反垄断分析原则进行,将考虑对消费者福利的影响,评估对竞争过程造成的正负效应。该规定结束了百余年来关于不正当竞争行为是否应受反垄断基本原则约束的争议,且明确了对消费者利益和竞争过程影响的考量。这是在长期执法经验的基础上总结出来的。首先,将“不正当”分析从反垄断基本原则中脱离出来很有可能会导致对消费者的不利后果。其次,有利于规制那些不属于反垄断法范畴但却损害竞争的行为。再次,对不正当竞争行为的规制应当与反垄断法的基本原则结合起来,确保对不正当竞争行为的规制与反垄断法的基本经济原则保持一致。针对不正当竞争行为的执法重点在于竞争损害评估,同时也应当考虑可能存在的效率及商业抗辩。Joashua D. Wright:《反垄断与反不正当竞争的关系》,载《竞争政策研究》2016年5月号,第7-8页。

②INS v. AP, 248 US 215, 239-240(1918).

③INS v. AP, 248 US 215, 239-240(1918).

④ High Court of Australia, Moorgate Tobacco v. Philip Morris[1985] RPC 219, 237-238 per Deane J, quoting W.L. Morison, Unfair Competition at Common Law, 2(1) University of Western Australia Law Review 34, 37(1951).

⑤INS v. AP, 248 US 215, 248, 259(1918).

⑥The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All? 99(Edward Elgar 2011).

⑦US Supreme Court, Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 US 141, 146(1989).

⑧Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co. 376 U.S. 225, 239(1964).

⑨Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc. 109 S. Ct. 971(1989).

⑩Telecom Int'l Am. Ltd. v. AT&T, 289 F.3d 185, 198(2d Cir. 2001)(quoting Roy Export Co. Establishment v. CBS, Inc.,

672 F.2d 1095, 1105(2d Cir. 1982).

⑪Christine Haight Farley, The Lost Unfair Competition Law 110(4) The Trademark Reporter 739, 739-801(2020).

⑫Anselm Kamperman Sanders, Unfair Competition Law: The Protection of Intellectual and Industrial Creativity 78(Clarndon Free Oxford 2004).

⑬Mogul Steamship Co. v. McGregor Gow & Co.(1889), 23 Q. B.D. 598, per Fry L.J. at 615.

⑭Hodgkinson & Corby Ltd. and Another v. Wards Mobility Services Ltd.,[1995] F.S.R. 169, per Jacob J.

⑮Walter J. Derenberg, The Influence of the French Code Civil on the Modern Law of Unfair Competition, 4 Am. J. Comp. L.1, 3(1955).

⑯The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All? 99(Edward Elgar 2011).

⑰参见《亚洲地区反不正当竞争研讨会》,世界知识产权组织出版物第679号(EC)(1990,日内瓦),第47-48页。

⑱Mary LaFrance, Passing Off and Unfair Competition: Conflict and Convergence in Competition Law, 2011 Michigan State Law Review 1413, 1415, 1423, 1442.

⑲“在欧洲大陆人们似乎并不那么强调竞争。在有关国家,权力机构所操心的是社会凝聚力的问题。人们希望避免那些引起或者加剧社会分化、嫌隙或者分裂的事情。”[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14页。

⑳[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2-3页。

㉑[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2页,第5-8页。

㉒The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All? 103, 117(Edward Elgar 2011).

㉓[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页。

㉔《巴黎公约》第10条之二反不正当竞争条款采取了一般界定与具体行为列举相结合的立法体例。

⑤参见《反不正当竞争法实用全书》(《中国法律年鉴》1993年分册),中国法律年鉴出版社1993年版,第26-27页。

⑥孔祥俊:《反不正当竞争法新论》,人民法院出版社2001年版,第202-211页。

⑦王瑞贺、杨洪灿主编:《中华人民共和国反不正当竞争法释义》,中国民主法制出版社2017年版,第26页。

⑧《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案送审稿)》(2016年2月25日)第14条规定:“经营者不得实施其他损害他人合法权益,扰乱市场秩序的不正当竞争行为。”“前款规定的其他不正当竞争行为,由国务院工商行政管理部门认定。”

⑨浙江省高级人民法院(2020)浙民终515号民事判决书。

⑩“北京淘友天下技术有限公司(原告、上诉人)、北京淘友天下科技发展有限公司(原告、上诉人)与北京微梦创科网络技术有限公司(被告、被上诉人)不正当竞争纠纷案”,北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。

⑪“蒙特莎(张家港)食品有限公司与意大利费列罗公司(FERRERO S.p.A)、天津经济技术开发区正元行销有限公司不正当竞争纠纷案”,最高人民法院(2006)民三提字第3号民事判决书。

⑫北京市朝阳区法院(2017)京0105民初10025号民事判决书。

⑬“广州网易计算机系统有限公司与广州多益网络股份有限公司、第三人徐波著作权侵权及不正当竞争案”,广州知识产权法院(2018)粤73民初684号民事判决书。

⑭“市场通常是组织经济活动的一种好方法”;“政府有时可以改善市场结果”。参见[美]曼昆:《经济学原理:微观经济学分册》,梁小民等译,北京大学出版社2015年版,第10-14页。

⑮“内化外部性的收益大于成本时,财产权即可用以内化外部性。”See Harold Demsetz, Toward a Theory of Property Rights, 57(2) Am. Econ. Rev. 347, 350(1967). 另参见[美]曼昆:《经济学原理:微观经济学分册》,梁小民等译,北京大学出版社2015年版,第217-218页。

⑯H. 登姆塞茨:《关于产权的理论》,载[美]R. 科斯等:《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,上海三联书店1991年版,第97页。

⑰[美]克里斯蒂娜·博翰楠、赫伯特·霍温坎普:《创造无限——促进创新中的自由和竞争》,兰磊译,法律出版社2016年版,第3页。

⑱[美]克里斯蒂娜·博翰楠、赫伯特·霍温坎普:《创造无限——促进创新中的自由和竞争》,兰磊译,法律出版社2016年版,第3页。

⑲Mark A. Lemley, Property, Intellectual Property, and Free Riding, 83(4) Tex. L. Rev. 1031, 1032(2005).

⑳[美]克里斯蒂娜·博翰楠、赫伯特·霍温坎普:《创造无限——促进创新中的自由和竞争》,兰磊译,法律出版社2016年版,第3页。

㉑Intellectual Property in the New Millennium 193(David Vaver & Lionel Bently eds., Cambridge University 2004).

㉒Mark A. Lemley, Property, Intellectual Property, and Free Riding, 83(4) Tex. L. Rev. 1031, 1032(2005); The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All? 101(Edward Elgar 2011).

㉓The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All? 102(Edward Elgar 2011).

㉔最高人民法院(2009)民申字第1065号民事裁定书。

㉕“商业道德要按照特定商业领域中市场交易参与者即经济人的伦理标准来加以评判,它既不同于个人品德,也不能等同于一般的社会公德,所体现的是一种商业伦理。经济人追名逐利符合商业道德的基本要求,但不一定合于个人品德的高尚标准;企业勤于慈善和公益合于社会公德,但怠于公益事业也并不违反商业道德。”最高人民法院(2009)民申字第1065号民事裁定书。另如,“正确把握诚实信用原则和公认的商业道德的评判标准,以特定商业领域普遍认同和接受的经济人伦理标准为尺度,避免把诚实信用原则和公认的商业道德简单等同于个人道德或者社会公德”。见《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》(2011年12月16日印发,法发[2011]18号)。

㉖湖北省武汉市中级人民法院(2017)鄂01民终4950号民事判决书。

㉗湖北省武汉市中级人民法院(2020)鄂01民终636号民事

事判决书。

⑦ Anselm Kamperman Sanders, *Unfair Competition and Ethics*, in *Intellectual Property and Ethics* 225-233 (Lionel Bently & Spyros M. Maniatis eds., Sweet and Maxwell 1998).

⑧ *Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation*, presented by the International Bureau of WIPO, WIPO publication No.725, Geneva 1994, p.55.

⑨ Frauke Henning-Bodewig *Unfair Competition Law: European Union and Member States* 4, 5 (Kluwer Law International 2006).

⑩ *The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All?* 102 (Edward Elgar 2011).

⑪例如,最高人民法院《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》(2009年4月21日印发,法发[2009]23号)第11条,《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》(2011年12月16日印发,法发[2011]18号)第24条。

⑫参见孔祥俊:《论反不正当竞争法的二元法益保护谱系——基于新业态新模式新成果的观察》,载《政法论丛》2021年第2期,第6-9页。

⑬参见孔祥俊:《论反不正当竞争法的二元法益保护谱系——基于新业态新模式新成果的观察》,载《政法论丛》2021年第2期,第7页。

On the Positioning of "Free Riding" in the Anti-Unfair Competition Law

Kong Xiangjun

Abstract: The concept "free riding" has been imbued with various connotations. However, within the framework of the Anti-Unfair Competition Law, "free riding" assumes a distinctive legal context that entails the fundamental concepts, principles and values of the Anti-Unfair Competition Law. The prohibition of "free riding" is highly consistent with natural justice and its derived principle of unjust enrichment, thereby possessing an inherent moral appeal. However, "free riding" often signifies emulation of the principles of freedom and competition, serving a positive and constructive function, embodying neutrality as ordinarily understood. Regrettably, in China's judicial rulings, "free riding" has been construed to have a negative meaning of illegality, deployed as a standard for determining unfair competition, and widely used in the evaluation of the legitimacy of competitive behavior. The expansive application of "free riding" may potentially disrupt the regulation order established by related laws, and undermine the necessary balance between legal protection and freedom of competition, and the public domain, which runs counter to the principle of a free market. "Free riding" can serve as a standard for judicial decision-making, but its scope of application should be delimited and the scope of its utilization compressed, and its application should not contradict the legislative policies of relevant laws.

Key words: "free riding"; anti-unfair competition law; special law on intellectual property; acts of unfair competition; competitive view