

不正当竞争行为认定中的实用主义批判

焦海涛*

内容提要 “竞争关系”应当作为不正当竞争行为认定的前置标准,只有直接或间接损害了竞争对手利益,进而损害了正当竞争秩序的行为才宜认定为不正当竞争行为。我国现行《反不正当竞争法》列举的不正当竞争行为,有些属于其他性质的违法行为;2016年《反不正当竞争法》(修订草案送审稿)剔除了一些非不正当竞争行为的内容,但保留并增加了一些非不正当竞争行为的类型。反不正当竞争是维护市场公平竞争秩序之法,无关公平竞争秩序的违法行为不宜在本法中规定;即便不正当竞争行为与其他违法行为发生竞合,也应根据不同的行为性质来选择相应的责任追究与权利救济模式。

关键词 不正当竞争行为 实用主义 竞争关系 公平竞争秩序

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2017.01.009

一、问题的提出

在《反不正当竞争法》修订中,如何在一般意义上认定不正当竞争行为是一个基础性问题,也是一个争议问题。问题产生于我国1993年《反不正当竞争法》采用了“定义与列举相结合”的规制模式:第2条第1款先从正面规定“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”,接着第2款将不正当竞争行为定义为“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”;之后第2章又以列举方式规定了多种典型的不正当竞争行为,但列举之后并未设置兜底条款。这使得那些列举之外的不正当行为,能否运用反不正当竞争法予以规制就成了问题。

解决这一问题的普遍做法是将《反不正当竞争法》第2条视为不正当竞争行为认定的一般条款。一般条款的作用,是在普遍意义上确立不正当竞争行为的认定标准,所以它必然包含构成要件的因素,其内容应是相对明确的。现行《反不正当竞争法》第2条明显不具有这种属性,第2条表述的模糊性至少表现在以下方面:(1)第1款和第2款之间是什么关系?做到了第1款的要求,即遵循了自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的

* 安徽大学法学院副教授,中国政法大学博士后流动站研究人员。

商业道德,是否就意味着不属于不正当竞争?相反,违背了这些原则或者公认的商业道德,就构成了不正当竞争行为?(2)定义条款将不正当竞争行为解释为“扰乱社会经济秩序的行为”,其中的“社会经济秩序”应如何理解?是社会秩序和经济秩序,还是与私人经济秩序相对应的社会性经济秩序,抑或就是经济秩序?不论理解为包含社会秩序,还是仅为经济秩序,似乎都意味着不正当竞争行为的本质被扩大到市场竞争之外。(3)更严重的问题是,定义中的核心要素是“损害其他经营者的合法权益”,这里的“其他经营者”应如何理解?是限于行为人的竞争对手,还是包括所有的经营者,甚至消费者?

人们对上述问题的解释分歧较大,主流观点是扩大反不正当竞争的适用范围。应当说,扩大适用范围势在必行,也是我国当前《反不正当竞争法》修订的主要方向。2016年2月25日公布的《中华人民共和国反不正当竞争法》(修订草案送审稿)(以下简称2016版修订稿)就从多个方面扩大了不正当竞争行为的范围。但从规范的逻辑性及适用性角度看,如何扩大适用范围是一个需要仔细推敲的问题。不是说只要市场主体在经营者中从事了不当行为,损害了其他经营者或消费者的合法权益,或者扰乱了市场秩序,都可归为不正当竞争行为。如果这样,反不正当竞争法就可能与反垄断法、产品质量法、消费者权益保护法等其他维护市场经济秩序的法律制度相重叠、相冲突;甚至合同法、侵权责任法在市场领域的适用也会遭受侵蚀,因为市场主体的违约行为、侵权行为,通常也就是违背了自愿、平等、公平、诚实信用的原则,或违反了公认的商业道德,结果导致其他经营者或消费者合法权益受损的行为。遗憾的是,在不正当竞争行为认定上,我国实务界与理论界已表现出了明显的“实用主义”倾向——忽视不同法律制度间的立法目标差异以及不同法律制度间的分工协调需要,极力扩大反不正当竞争的适用范围,以致很多普通的侵权行为、违约行为,消费者权益保护法上的违法行为,也被作为不正当竞争行为看待。

笔者对这种实用主义倾向持批判态度,认为市场主体的经营行为如果不当,很可能构成违法,但未必是不正当竞争行为,不正当竞争行为认定的前置标准应当是“竞争关系”,只有发生在竞争对手之间,并直接或间接损害了竞争对手利益,进而损害了正当竞争秩序的行为,才宜被认定为不正当竞争行为。

二、法律适用与解释中的实用主义

实用主义的主要特征是结果导向,只要在结果上能解决问题,就不必太在意法律目标、法律规则的束缚,尤其在法律规则不确定的情况下,法律适用者应创造性地适用规则,以求问题的解决。正因为强调结果的重要性,法律实用主义也可以更直截了当地称为法律工具主义。^①在不正当竞争行为认定上,实用主义的主要做法或观点就是,有些行为尽管不符合不正当竞争行为的基本要件,或者未被明确列举为不正当竞争行为,但

^① 参见张千帆:《认真对待实用主义——也谈中国法学应该向何处去》,载《现代法学》2007年第2期。

若与市场经营的一般规则、公认的商业道德或现行法中的禁止性规定明显不相吻合,在这类行为被他人提出不正当竞争指控时,应尽量从禁止这类行为的结果出发来进行法律适用。因此,即便从行为性质上看,这类行为不具有竞争关系的要素,如行为人与受害人之间根本没有竞争关系,或者从法律目标来看,这类行为也无关正当竞争秩序的维持,如可能只是一般的侵权行为,但只要在结果上,这些行为具有禁止或惩罚的正当性,就应肯定反不正当竞争法的适用,并据此认定其违法。

(一) 法律适用中的实用主义

司法实践中,很多法院还是坚持将竞争关系作为认定不正当竞争行为的前提。例如,在美国石油学会诉北京北方资讯服务中心及其他两被告侵犯著作权和不正当竞争案中,法院就认为,一行为之所以构成不正当竞争,在于其必将破坏同业经营者之间的公平竞争关系,从而导致市场竞争混乱、不利于市场经济秩序的维护,而本案原被告之间在中国大陆市场上不构成竞争关系,被告行为也就谈不上排挤竞争对手或损害竞争对手权益。因此,在适用《著作权法》已足以规范被告侵权行为的情况下,原告有关被告构成不正当竞争的主张,不应予以支持。^② 在安徽古井贡酒股份有限公司诉安徽皖酒制造集团有限公司、合肥百大合家福连锁超市有限责任公司仿冒、伪造知名商品特有的名称、包装、装潢纠纷案中,安徽省合肥市中级人民法院也认为,合家福超市是商品零售类企业,而原告是酒制品生产企业,两企业间不存在竞争关系,故合家福超市的行为不构成不正当竞争。^③

与此同时,也有不少法院在认定不正当竞争行为时淡化了竞争关系的要件。司法实践中的实用主义倾向,主要表现为当行为人与受害人之间不存在竞争关系时,受害人提起的不正当竞争诉讼也获得了法院支持。

在北京五八信息技术有限公司诉五八同城(北京)房地产经纪公司案中,法院对竞争关系就进行了扩大解释。本案原告北京五八信息技术有限公司是“58同城网”的所有权人及实际运营人,该网站以提供生活服务平台为内容,在信息服务提供方面具有较高的知名度。被告五八同城(北京)房地产经纪有限责任公司主要从事房地产经纪业务。原告认为被告在其企业名称中使用“五八同城”字样,构成了《反不正当竞争法》第5条规定的市场混淆行为。被告则辩称,双方经营范围、经营模式以及收入来源均不一致,不存在竞争关系。对此,一、二审法院均认为,《反不正当竞争法》的根本目的是建立并维护一种自由、公平、诚信、符合商业道德规范的竞争秩序,对竞争关系的要求也并非狭义上的经营范围和业务的一致与重合,只要经营者以不正当的手段谋取竞争优势或者破坏他人竞争优势,在此过程中可能对竞争对手、其他经营者或者竞争秩序造成损害,就应当受《反不正当竞争法》的规制。^④ 显然,在本案法院看来,不正当竞争行为不

^② 参见北京市第一中级人民法院(2012)一中民初字第6959号民事判决书。

^③ 参见安徽省合肥市中级人民法院(2007)合民三初字第39号民事判决书。

^④ 参见北京市朝阳区人民法院(2014)朝民初字第07566号民事判决书、北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第11197号民事判决书。

仅是损害竞争对手或竞争秩序的行为,也包括对不具有竞争关系的“其他经营者”造成损害的行为,因此,竞争关系的要求不必那么严格。

类似案件还有很多。在卡地亚国际公司诉杭州卡地亚大酒店侵犯商标权和不正当竞争行为案中,法院认为,杭州卡地亚大酒店在企业名称中使用“卡地亚”字样的行为,违反了经营者应当遵守的诚实信用原则和公认的商业道德,侵犯了卡地亚国际公司(经营范围主要为高档珠宝、钟表等)的竞争利益,构成不正当竞争。^⑤ 在上海某网络科技发展有限公司诉江某侵犯经营秘密案中,被告江某认为,作为不正当竞争行为,侵犯商业秘密行为的主体应为被侵权人的竞争对手,而自己是原告员工,故没有从事不正当竞争行为;法院则认为,反不正当竞争法调整的对象并不仅限于与权利人具有竞争关系的市场主体,权利人的雇员也有可能实施侵犯商业秘密的不正当竞争行为。^⑥ 在中国运载火箭技术研究院诉宝马(中国)汽车贸易有限公司未经许可使用其 CZ-2F 运载火箭形象进行宣传构成不正当竞争行为案中,原被告之间也不存在任何竞争关系,但法院依旧认定不正当竞争行为成立。^⑦

在上述案件中,被告的行为很可能都成了对原告利益的损害,如五八同城(北京)房地产经纪公司涉嫌侵犯原告域名权,杭州卡地亚大酒店涉嫌侵犯原告商标权,江某涉嫌侵犯网络公司的商业秘密权,宝马公司涉嫌侵犯火箭形象所有人的商标权或版权,但对涉案原告来说,这些行为显然依据普通的民事法律制度也有足够的救济措施,没有必要提起不正当竞争之诉。法院在审理这类案件时,也没必要非突破竞争关系的要件,认定这些行为构成不正当竞争,法院只需告知原告变更案由或另行起诉即可。遗憾的是,法院仅因为原告提起的是不正当竞争之诉,就无视这些案件的原被告之间不存在竞争关系的事实,直接依反不正当竞争法作出了判决。这是实用主义倾向在法律适用中的典型表现。

当然,后文会分析,上述案件中的行为很可能构成了不正当竞争,但必须明确的是,这些行为并非针对涉案原告的不正当竞争,而是相对于行为人的竞争对手来说构成了不正当竞争,所以涉案原告并不具有提起不正当竞争之诉的资格。非要以不正当竞争之诉来解决这类问题,也应由行为人的竞争对手作为原告。

(二) 法律解释上的实用主义

由于我国《反不正当竞争法》并未明确界定竞争关系的含义与要件,导致实践中的普遍观点是,“所谓竞争关系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,也可认定具有竞争关系”。^⑧ 这种解释已经超出了规范文义、立法目的,是实用主义的典型表现,言下之意是,

⑤ 参见浙江省高级人民法院(2011)浙知终字第 32 号民事判决书。

⑥ 参见上海市浦东新区人民法院(2010)浦民三(知)初字第 262 号民事调解书。

⑦ 参见叶晓:《擅用 CZ-2F 运载火箭形象宝马公司一审被判侵权》,载《法制与经济旬刊》2012 年第 1 期。

⑧ 曹建明:《加大知识产权司法力度,依法规范市场竞争秩序——在全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话》(2004 年 11 月 11 日),转引自宋旭东:《论竞争关系在审理不正当竞争案件中的地位和作用》,载《知识产权》2011 年第 8 期。

尽管《反不正当竞争法》调整的是竞争关系,但既然其在第2条规定了市场交易应遵循自愿、平等、公平、诚实信用、遵守公认的商业道德等原则,那么只要违背了该原则,就可推导出行为人与受害人之间形成了竞争关系。这也是一种从结果反推要件的思路——只要结果正当,就可推导出符合构成要件的标准。这与我们惯称的构成要件理论相反,也与法律适用上从要件推导结果的基本逻辑不符。这种观点在司法界得到了广泛认可。除前述案例外,类似案例还有不少。例如,在河北宣化农药有限责任公司与山东登海种业股份有限公司、山东省农科院农药研究开发中心不正当竞争纠纷案中,一审法院就认为,竞争关系并不限于经营者经营同类商品或服务,经营业务虽不相同,只要其行为违背了《反不正当竞争法》规定的自愿、平等、公平、诚实信用、遵守公认的商业道德的竞争原则,依然可以认定为具有竞争关系;^⑨二审法院也提出,不正当竞争行为本质上是一种不正当的经营行为,其结果可能是自己受益、他人受损,也可能是自己和他人利益均受损,但无论哪种情况,都是表现为经营者违反诚实信用原则和公认的商业道德,实施不正当的经营行为,最终损害了其他经营者的合法权益。^⑩

对竞争关系的扩大解释也是理论界较为普遍的观点。例如,王先林教授就认为,现代反不正当竞争法具有调整范围逐渐扩展的趋势,不必限定不正当竞争的受害者必须是经营者,消费者及其他民事主体的权益也应在反不正当竞争法中予以保护;不正当竞争的行为人与受害人之间的关系,行为认定中的竞争关系,也经历了一个从严格到淡化的过程。^⑪郑友德教授也认为,应该改变“以存在竞争关系作为认定构成不正当竞争行为的前提”的偏狭观念,对竞争关系作广泛认定;竞争关系存在与否,不仅取决于所提供的商品或服务是否相同,只要商品或服务存在可替代性,或者招揽的是相同的顾客,抑或促进了他人的竞争,都应认定存在竞争关系。^⑫

上述观点其实并非完全摒弃竞争关系的要件,而是主张对竞争关系作扩大解释。学界还有一些观点更为强调实用主义,完全抛开了竞争关系的要件。例如,有学者就提出,从保护消费者的目的出发,是否涉及竞争关系显得无关紧要;对那些损害消费者利益的行为,也可援引反不正当竞争法予以禁止。^⑬也有学者提出,除反不正当竞争法明确规定的以损害“竞争对手”为要件的特定类型外,对其他不正当竞争行为的认定可以不以竞争关系为前提,甚至即便反不正当竞争法规定了诋毁商誉行为的对象是“竞争对手”,实践中也可考虑无需将竞争关系作为诋毁者承担责任的要件之一;在列举的不正当竞争行为之外,在适用具有兜底效力的一般条款时,也不应作出竞争关系的要求。^⑭

⑨ 参见山东省济南市中级人民法院(2005)济民三初字第143号民事判决书。

⑩ 参见山东省高级人民法院(2006)鲁民三终字第59号民事判决书。

⑪ 参见王先林:《论反不正当竞争法调整范围的扩展——我国〈反不正当竞争法〉第2条的完善》,载《中国社会科学院研究生院学报》2010年第6期。

⑫ 参见郑友德、杨国云:《现代反不正当竞争法中“竞争关系”之界定》,载《法商研究》2002年第6期。

⑬ 参见谢晓尧:《竞争秩序的道德解读——反不正当竞争法研究》,法律出版社2005年版,第85页。

⑭ 参见李胜利:《论〈反不正当竞争法〉中的竞争关系和经营者》,载《法治研究》2013年第8期。

应当说,对竞争关系作扩大解释是没有问题的。如果将竞争关系只理解为狭义的直接竞争关系,即行为人与直接受害人之间经营相同业务,则不足以解决不正当竞争行为的社会危害。因为不正当竞争行为显然不全是以竞争对手为直接受害人的行为,很多不正当竞争行为根本就没有直接的受害人。但是,竞争关系的扩展并非没有边界,如果将所有违背公认的商业道德的行为都解释为行为人与受害人之间具有竞争关系,进而认定为不正当竞争行为,则反不正当竞争法的调整范围就过于宽泛。从结果看,这样做可能有利于制止某些违法行为,却人为制造了不同法律制度间的冲突,甚至使得反不正当竞争法架空了其他法律制度。例如,很多损害消费者利益的行为,不仅不会给行为人带来竞争优势,还会便宜其竞争对手,所以没必要认定为不正当竞争;发生于非竞争者间的诋毁行为,认定为普通的侵权行为即可,也没必要运用反不正当竞争法来规范。

三、实用主义倾向面临的问题

(一)有悖法律适用的基本逻辑

首先,法律适用应能给人们提供稳定预期,而实用主义会导致法律适用缺乏稳定性、统一性,进而会破坏人们的预期。按基本逻辑,不正当竞争行为首先应当是竞争行为,因而它必须直接或间接地造成或可能造成竞争对手的损害。一个非竞争对手在法院主张他人对其实施了不正当竞争,应当很难得到法院支持。但在实用主义者看来,原告与行为人之间是否具有竞争关系无关紧要,法院只需审查不当行为是否存在,原告是否受到损失。换言之,所有受损的“其他经营者”都可提起不正当竞争之诉,并能获得法院支持。我们很难理解为什么这里不是其他诉讼而是不正当竞争诉讼,很难理解为什么不正当竞争行为可以不是竞争行为。这样一来,决定是或不是不正当竞争行为的核心标准到底是什么?更大的麻烦还在于,并非所有法院都持这种观点,仍有不少法院坚持以竞争关系作为认定不正当竞争行为的要件。这意味着,一种行为是否构成不正当竞争,不再完全是规范层面的构成要件所决定的,而是很大程度上取决于审理案件的法官的个人观点。这种行为定性上的随意与不确定性,会给市场主体带来很大困扰,也不符合法律适用的基本要求。

其次,实用主义更强调结果导向,往往先预设结果,再推导构成要件,颠倒法律规则适用的先后顺序。法律适用的通常顺序是,先看涉案行为是否符合法律规则所设定的构成要件,再据此确定行为性质。这是构成要件理论的基本逻辑,也符合法律规则中行为模式决定法律后果的基本结构。但实用主义可能会颠覆这种法律适用规律,因为其更强调结果的妥当性,在结果导向的法律适用模式下,构成要件往往是可牺牲的,至少是可扩大解释的。以预设的法律结果来推导满足该结果的行为要件,是实用主义的典型表现。如前所述,在不正当竞争行为认定上,那些秉持实用主义的法院就认为,竞争关系具有广阔的解释空间,只要违背了《反不正当竞争法》第2条所规定的原则,就可认定构成了竞争关系。这便是以结果推导要件的典型。很显然,《反不正当竞争法》第2

条所规定的自愿、平等、公平、诚实信用和遵守公认的商业道德等原则,是市场交易的一般原则,而非仅适用于竞争者之间的竞争原则,违背该原则的行为,可能会构成多种性质的违法行为如违约行为、侵权行为等,绝非仅是不正当竞争行为。不正当竞争行为司法认定的逻辑起点应当是竞争关系,只有竞争关系确定之后,才有必要分析涉案行为是否违背这些原则,而不是从是否违反这些原则来推导其是否构成竞争关系。

最后,实用主义容易导致法律适用中“向一般条款逃逸”。实用主义十分推崇法律原则的作用,因为原则适用具有较大的弹性空间,提供了丰富的解释余地,这有利于预设结果的达成。但在法律适用上,一个基本准则是规则优先、慎用原则——当有规则可以适用时,不能径行适用原则;只有在缺乏明确的规则时,原则的适用才有正当性。换句话说,在内容明确具体的法律规则和内容相对抽象的法律原则之间,应有一个适用的先后顺序,通常应禁止“向一般条款逃逸”。在不正当竞争行为认定上,实用主义很容易就逃向了“一般条款”。一方面,在一种行为已被其他法明确规定为违法,但受害人却以不正当竞争案由起诉时,实用主义者往往倾向于通过对法律原则的解释与适用,来论证这种行为与不正当竞争行为的关联,进而主张反不正当竞争法的适用。《反不正当竞争法》第2条在司法实践中就被频频用于规范一般性的侵权或违约行为,哪怕这种侵权或违约行为在其他法中有着明确的法律依据。这明显就是在法律适用上不正当地逃向了“一般条款”;另一方面,在反不正当竞争法内部,相对于明确列举的不正当竞争行为来说,《反不正当竞争法》第2条的规定属于原则条款,在适用列举规定足以解决问题时,就不宜适用原则条款。但实践中,有些法院基于原则条款具有更大的适用空间,更能解决现实问题,可能选择放弃适用规则转而适用原则。例如,在上海市测绘院诉上海红邦企业策划有限公司、北京市中盛律师事务所商业诋毁案中,被告之一为律师事务所,与原告之间没有任何竞争关系,而我国《反不正当竞争法》第14条明确规定商业诋毁的对象为“竞争对手的商业信誉、商品声誉”,所以依据该条即可认定本案被告律师事务所不构成不正当竞争,但法院最终还是援引《反不正当竞争法》第2条,并对涉案行为是否构成“捏造、散布虚伪事实”作了详细分析。^⑤ 尽管本案最终结果也是判决不正当竞争行为不成立,但若按照法院逻辑,假如本案中“捏造、散布虚伪事实”成立,依据《反不正当竞争法》第2条,是否就可认定构成不正当竞争行为呢?

(二) 容易造成法律制度冲突

扩大或淡化竞争关系会导致不正当竞争行为的认定标准变松,使得本属其他法上的违法行为可能被认定为不正当竞争。这容易造成不同法律制度之间的交织、重叠甚至冲突,可能影响法律实效。例如,在不要求竞争关系的情况下,普通的诋毁行为、所有的侵犯商业秘密行为都可能被认定为不正当竞争。这难免会产生疑问,这类行为究竟是侵权行为、违约行为,还是不正当竞争行为? 执法机构或法院以什么标准来确定这类

^⑤ 参见上海市第一中级人民法院(2008)沪一中民五(知)初字第120号民事判决书,上海市高级人民法院(2008)沪高民三(知)终字第175号民事判决书。

行为的性质?

也许有人会说,这不过是法律竞合,是一种正常的法律现象,更有利于对违法行为的规范。这种观点是不成立的。在法律竞合的场合,不同法律制度的目标定位是不同的,对竞合的行为予以选择性定性,有时基于不同目标的考虑。例如,在反垄断法上,有些行为既可能构成滥用市场支配地位行为,也可能构成纵向限制行为,执法机构会根据实现竞争目标的需要并结合案件具体情况来给涉案行为定性。^{①⑥}此外,所竞合的法律制度可能也有不同的救济措施,所以它能给当事人提供更多的选择机会。例如,侵权行为与违约行为有时会发生竞合,两种行为的法律责任存在区别,允许竞合能够更好地保护受害人利益。所以总的来说,法律竞合不是法律适用的缺陷,而是具有正当的存在基础。但在不正当竞争行为认定上,实用主义者之所以淡化竞争关系,主要就是因为这类行为具有违法性,不规范于理不合,至于定性为哪种违法行为,其实实用主义者并不关心。选择不正当竞争行为,只不过是因为原告提起了不正当竞争之诉,也即实用主义者的目的是避免违法行为的放纵,以给受害人提供一个救济机会。既然如此,这一目的就无需通过人为造成法律制度的重叠来实现,因为其他法对这类行为的性质已有明确规定,受害人完全可以依据其他法律制度来主张救济,而且这种救济也不会因为认定为不正当竞争行为或其他违法行为而有所区别。

淡化竞争关系所导致的法律重叠,不仅难以通过竞合制度来解释,还可能引起法律冲突。这是实用主义面临的主要实践问题,也是该理论的主要缺陷。这种冲突主要表现在:不正当竞争行为是一种损害公共利益的行为,具有公法性质,而普通的侵权行为或违约行为,只是私法上的违法行为,两种行为的性质不同,决定了其法律责任及追究模式也就不同。对同一种行为,有时认定为侵权或违约,有时认定为不正当竞争,不可避免会导致责任承担与责任追究上的冲突。例如,就盗窃商业秘密来说,如果行为人不是权利人的竞争对手,则定性为侵权行为的话,行为人只需承担民事责任,且在权利人不追究行为人责任,或与行为人达成和解时,法律责任可能无从产生或得以减免;如果定性为不正当竞争行为,则除了民事责任外,根据《反不正当竞争法》的规定,还有“一万元以上二十万元以下的罚款”责任,且这种罚款责任与权利人是否追究无关,它是一种具有公法性质的责任,不会因为权利人的意愿而得到减免。可见,将一项普通的民事违法行为定性为不正当竞争行为,会带来法律适用结果的重大变化,不仅会引起执法机构的介入,对行为人可能也不公平。

法律冲突还有可能出现在法院和执法机构之间。对一项违法行为,如果法院基于受害人提起的不正当竞争之诉而定性为不正当竞争,那么,执法机构能否作出与法院不

^{①⑥} 例如《欧盟运行条约》第101条规定的垄断协议制度和第102条规定的滥用市场支配地位制度之间就是交叉关系。在欧洲法院2000年3月16日作出的CMB案判决中,法院在阐明这两条之间的适用关系时明确指出,同一行为可以同时违反两个条文,但两个条文追求的目标是不同的:第101条适用于可能显著地影响成员国间贸易的协议行为,而不管所涉企业的市场地位如何;第102条则适用于一个或多个企业从事的滥用经济力量行为。See Joined cases C-395/96 P and C-396/96 P, *CMBT and others v Commission*, [2000] ECR I-01365, paras. 33-34.

一致的认定?例如,受害人在诉讼中获胜后又向执法机构投诉该行为,执法机构应如何处理?既然法院认定这种行为构成不正当竞争,则按法律规定就应承担罚款等行政责任,但执法机构是否受法院判决的拘束?如果执法机构认同法院观点,处罚了行为人,尽管对行为人来说不够公平,因为其法律责任与行为的违法性不相称,至少还不会引起更大的法律冲突,但如果执法机构不认为构成不正当竞争行为,则法院判决与执法机构决定之间的冲突就在所难免。

总之,每种法律制度都有其既定目标,既定目标决定法律结构,法律结构决定行为性质,行为性质决定责任承担及追究模式,也就决定了结果判定。如果只看结果,不考虑不同制度的目标、结构、性质等方面的差异,则法律适用就会随意,法律制度间的交织、冲突就不可避免。法律适用应避免不必要的制度重合与冲突,对性质不同的违法行为,应根据其性质来选择法律适用。法律适用不仅追求正当的结果,还要以正当的方式来实现这种结果,而不能基于结果的正当性来反推法律适用过程的正当性。

(三) 不符合法律发展的细化与整合趋势

竞争关系在司法实践中的淡化,法律实用主义固然是主要原因,但也与我国现行法规定有关。《反不正当竞争法》在列举不正当竞争行为时,并未一律强调竞争关系的要件,有些普通的违法行为尽管与市场竞争无关,但既然是一种违法行为,也就一并规定下来了。例如,《反不正当竞争法》在规规定引人误解的虚假宣传行为时,就同时规定了“广告经营者不得在明知或者应知的情况下,代理、设计、制作、发布虚假广告”。广告经营者代理、设计、制作、发布虚假广告,显然不是不正当竞争行为。《反不正当竞争法》第5条规定的市场混同行为,第10条规定的侵犯商业秘密行为等,都具有类似特点。

《反不正当竞争法》之所以将不正当竞争行为与其他有关的违法行为一并规定下来,采用这种现在看起来不合时宜的“综合法”的立法模式,与当时特定的历史背景有关。我国《反不正当竞争法》1993年颁布,当时中国市场领域的立法大多空白或十分简陋,《反不正当竞争法》一定程度上起着市场经营与市场交易基本法的作用。例如,我国第一部《广告法》1994年才颁布,《反不正当竞争法》在规规定虚假宣传行为时,对虚假广告行为不可能不管不顾;《民法通则》尽管1986年就已颁布,但对商业秘密未作规定,《反不正当竞争法》第10条实际上起着商业秘密保护基本法的作用;第5条有关商业标识的规定,也对《民法通则》或《商标法》起着重要的补充或兜底作用。

在大多法律制度空白或简陋的立法背景下,综合立法是解决现实问题的不得已手段,也是必要与有效手段。但随着法律体系逐步健全,法律制度逐步细分,各种单行的、专门的法律分支日益丰富,立法应从粗放式走向精细化。这时,综合立法模式就不再那么重要,甚至综合法中的有些规定,因与其他更为精细的法律制度发生重合而无适用价值或被架空。我国当前已处于法律发展的细化阶段,《反不正当竞争法》所规定的一般性违法行为,很多已在其他法中作了规定,如虚假广告行为已规定在《广告法》中,很多原本被视为不正当竞争的行为已被《反垄断法》吸收。尽管目前我国还未制定专门的商业秘密保护法,有些不常见的商业标识可能也无立法保护,但在未来民法典或相关法中

作出规定是必然的,而且在法律精细化的趋势之下,这些内容也不宜由反不正当竞争法来规定。所以历史地看,综合立法只是权宜之计,在法律制度高度细化的背景之下,《反不正当竞争法》中不属于不正当竞争行为的内容,应当予以剔除,进而塑造《反不正当竞争法》的单一属性。

当前法律发展不仅日益细化,也已迈入高度整合的阶段。细化的目标是整合,没有整合的细化,就是各自为政、自成一派。整合的前提是细化,没有细化的整合就是综合立法,就是“大杂烩”。建立在细化基础上的整合,是不同法律制度从各自角度对不同行为进行规范;即便多个法律制度规范同一行为,也是基于同一行为的不同属性。例如,侵犯商业秘密行为可能同时构成侵权行为、违约行为、不正当竞争行为,甚至犯罪行为,这些不同性质虽针对同一行为,但正因为其性质的不同,才需要由不同的法律制度来规范。法律发展得以细化,就是因为发现了不同行为具有不同属性,甚至同一行为也可能具有不同属性,进而需要不同的法律制度来规范。如果将所有侵犯商业秘密的行为都定性为不正当竞争,也就无法针对这一行为的其他属性提出更有效的规制措施。

四、作为前置标准的竞争关系

(一) 竞争关系的肯定及其内容

竞争关系应当作为不正当竞争行为认定的前置标准。不正当竞争行为首先是竞争行为,竞争行为是相对性行为,是相对于竞争对手而言的行为,不正当竞争行为也只能发生在竞争者之间。但这里的竞争关系,应作广义理解。竞争的本质是客户争夺,不正当竞争即以不正当手段争夺客户的行为。不正当竞争的方式或者说直接目的可以表现为不当提升自己的竞争优势,也可表现为贬损或破坏竞争对手的竞争优势。所以,不正当竞争行为既可以以直接针对消费者的方式表现出来,如不当有奖促销,也可以以针对竞争对手的方式表现出来;针对竞争对手的行为,既可以针对特定的竞争对手,如商业诋毁,也可以针对不特定甚至所有的竞争对手,如与同类商品作引人误解的对比。直接针对消费者的行为,也可理解为针对不特定甚至所有竞争对手的行为。所以,反不正当竞争法上的竞争关系,既包括以特定竞争对手为对象的直接竞争,也包括以不特定甚至所有竞争对手为对象的间接竞争。

基于此,我们可以从行为有无特定对象的角度,将不正当竞争行为分为两类。在这两种情况下,竞争关系的表现有所不同。

1. 无特定对象的行为

无特定对象的行为,构成不正当竞争的,主要是经营者不当提升自己竞争优势的行为,如引人误解的商业宣传或不当有奖促销等行为。这类行为也可以理解为针对不特定甚至所有的竞争主体,也即这些行为虽无特定对象,但因竞争手段的不正当性,损害了不特定甚至所有竞争对手的利益。只不过这种损害是一种间接损害,是对竞争秩序的伤害。认定这类行为构成不正当竞争是没有问题的,但应注意,不针对特定竞争对

手,并不意味着这类行为没有竞争关系的因素,这时的竞争关系是一种间接竞争,即相对不特定甚至所有竞争对手而言构成了不正当竞争。

2. 有特定对象的行为

有特定对象的行为,指既有行为主体,也有特定对象的情况。反不正当竞争法所关注的这类行为,主要包括两种:

第一,直接以竞争对手为对象的行为,即发生在竞争者之间的行为。这时行为人与人之间构成直接竞争关系,是最典型的竞争关系。一旦竞争手段具有不正当性,这类行为构成不正当竞争是没有任何疑问的。直接竞争关系下的不正当竞争行为,主要有两种:一是通过搭竞争对手便车来不当提升自己竞争优势的行为,主要指以竞争对手为对象的市场混淆行为,如假冒或仿冒竞争对手的商标、字号等商业标识,这类行为以不当转移竞争对手商业标识所凝聚的商誉为目的,构成了对竞争对手的直接损害;二是不当贬损或破坏竞争对手竞争优势的行为,如诋毁竞争对手商誉、侵犯竞争对手商业秘密、互联网行业的恶意干扰等行为,这时竞争对手的损害也是确定而直接的。上述两种行为不仅直接损害特定竞争对手利益,也破坏了正当竞争秩序。

第二,以非竞争对手为对象的行为,即发生在非竞争者之间的行为。这类行为引起反不正当竞争法关注的,主要是两种:一是以不当手段提升自己竞争优势的行为,如假冒或仿冒非竞争对手商业标识等搭非竞争对手便车的行为,或者商业贿赂行为;二是对非竞争对手的贬损或破坏,如诋毁非竞争对手的商誉。这两种行为并不都是不正当竞争行为。第一种行为本质上是将被非竞争对手的声誉与自己联系起来,通过混淆来不当提升自己,或者以不正当的贿赂手段争取交易机会,这时行为对象虽非竞争对手,但行为人搭便车的行为相对于其竞争对手来说,也构成了竞争手段的不正当性,所以应认定为不正当竞争行为。这种情况下,行为人的竞争对手虽无直接损害,但受到了间接损害,所以这时的竞争关系如同前述不针对特定对象的行为一样,不是直接竞争关系,而是间接竞争关系。同时,这种行为也直接损害了非竞争对手利益,是对非竞争对手的侵权,所以构成了不正当竞争行为与侵权行为的竞合。至于第二种行为,它损害的就是被贬损或破坏的非竞争对手利益,行为人本身不能从这种行为中获得竞争优势,所以不构成对竞争对手的间接损害,这种行为显然不宜认定为不正当竞争行为,而就是普通的违法行为,主要是侵权行为。

3. 竞争关系总结

根据上面论述,我们可以将不正当竞争行为认定中的竞争关系总结为两个判断标准:一是造成竞争对手的直接损害,即特定竞争对手受损;二是造成竞争对手的间接损害,即不特定竞争对手受损。两种情况下,竞争秩序都会遭受损害,都应认定不正当竞争行为成立。

直接竞争关系容易识别,很好判断,但间接竞争关系可能被误解为没有竞争关系。例如,很多学者常以国家工商行政管理总局1998年颁布的一个文件来证明实践中竞争关系已经不再是不正当竞争行为的认定要件,这个文件就是《关于在非相同非类似商品

上擅自将他人知名商品特有的名称、包装、装潢作相同或者近似使用的定性处理问题的答复》(工商公字[1998]第267号)。答复指出,“仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为一般发生在相同或类似商品上,但经营者在非相同、非类似商品上,擅自将他人知名商品特有的名称、包装、装潢作相同或者近似的使用,造成或者足以造成混淆或者误认的,亦违反《反不正当竞争法》第2条规定的市场竞争原则,可以按照《反不正当竞争法》第5条第(二)项的规定认定为不正当竞争行为,并按《反不正当竞争法》及国家工商行政管理局《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》的有关规定查处”。有学者认为,根据该答复,不正当竞争行为可以发生在非竞争者之间。^⑩其实这是对竞争关系的误解。这种行为之所以认定为不正当竞争,如前所述,主要原因是行为人搭便车的对象虽为非竞争对手,但通过搭便车,不正当地提升了自己的竞争优势,对其竞争对手来说,这就是不正当的竞争手段。换言之,我们说这种行为构成不正当竞争,是相对于行为人的竞争对手而言的,即行为人采用了不正当的手段与其竞争对手进行竞争,而不是说这种行为构成了对被仿冒者的不正当竞争。所以,这里仍然存在竞争关系,只不过是间接竞争关系。

基于对竞争关系的广义理解,我们可以看出竞争关系在不正当竞争行为认定上的基础性作用。具体而言,以无特定对象的单方手段不当提升自己竞争优势的行为,构成了对竞争对手的间接损害,应认定为不正当竞争行为;针对特定对象的不当提升自己竞争优势或贬损他人的行为是否构成不正当竞争要具体分析。如果行为发生在竞争者之间,即通过搭竞争对手便车来提升自己或不当贬损竞争对手,当然构成不正当竞争行为。如果行为发生在非竞争者之间,只有那些以不当手段提升自己竞争优势的行为,才可认定为不正当竞争;至于行为人对非竞争对手的贬损,虽然也属违法,但不能认定为不正当竞争行为。上述结论可通过下表表示:

行为	直接目的	例证	竞争损害	竞争关系	认定	
无特定对象	不当提升自己	引人误解的商业宣传、不当有奖促销	不特定竞争对手	间接竞争	是	
有特定对象	针对竞争对手	不当提升自己	假冒或仿冒竞争对手商业标识	特定竞争对手	直接竞争	是
		贬损或破坏竞争对手	诋毁竞争对手商誉、侵犯竞争对手商业秘密	特定竞争对手	直接竞争	是
	针对非竞争对手	不当提升自己	假冒或仿冒非竞争对手商业标识、商业贿赂	不特定竞争对手	间接竞争	是
		贬损或破坏非竞争对手	诋毁非竞争对手商誉、员工泄露企业商业秘密	无(非竞争对手)	无	否

^⑩ 参见前引⑬,谢晓尧书,第72页。

(二) 不同竞争关系下的追究模式

竞争关系是认定不正当竞争行为的前提,但竞争关系有直接竞争和间接竞争之分,在不同竞争关系下,不正当竞争行为的追究模式是不同的。

不正当竞争行为的追究模式主要有行政执法与司法裁判两种。只要构成了不正当竞争,执法机构都有行政执法权,所以,行政执法适用于所有的不正当竞争行为。但如果他人将行为人告到法院,则只有原告为行为人竞争对手的情况下,法院才能以不正当竞争之诉来审理涉案纠纷,也即不正当竞争诉讼只适用于原被告之间具有竞争关系的情形。即便某种行为在性质上的确构成了不正当竞争,如假冒或仿冒非竞争对手商业标识,但若原被告之间没有竞争关系,如上述行为中的被假冒者或被仿冒者提起了不正当竞争之诉,法院也不应将其作为不正当竞争案件来审理,法院的处理方式应是告知原告改变案由或驳回其诉讼请求。当然,在这种情况下,被假冒者或被仿冒者受到的损害是确定的,所以其完全可以向法院起诉,只不过不宜提起不正当竞争之诉,而应提起普通的侵权诉讼。

具体来说,在直接竞争关系的情况下,行为人的特定竞争对手受到直接损害,这些受害人可选择向执法机构投诉,也可直接向法院提起不正当竞争之诉。在间接竞争关系的情况下,要么没有直接的受害人,如商业贿赂,要么直接的受害人不是行为人的竞争对手,如假冒或仿冒非竞争对手商业标识,而行为人竞争对手受到的损害都是间接损害。这时,直接受害人作为行为人的非竞争对手,可以选择向执法机构投诉不正当竞争行为,也可以向法院起诉,但只能基于侵权或其他案由,而不能提起不正当竞争之诉。至于间接竞争关系下,行为人的竞争对手也即间接受害人能否提起不正当竞争之诉,从理论上讲应该是可以的,但在我国,《民事诉讼法》第119条明确将普通民事诉讼的原告限定为“与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”,所以,间接受害人的原告资格可能是一个现实障碍。在这种障碍未消除的情况下,间接受害人只能选择向执法机构投诉,由执法机构来处理这类不正当竞争行为。

总而言之,当事人之间是否存在竞争关系,应该构成是否适用反不正当竞争法的逻辑起点,司法实践中,应作为认定当事人是否合格的重要标准。^⑯以该标准来看,司法实践中的实用主义,主要表现就是在案件审理中忽视了竞争关系的作用,前文提到的“58同城”案、“卡地亚”商标纠纷案、网络公司状告员工侵犯商业秘密案、“宝马傍火箭”案都是如此。这些案件中,除商业秘密案外,其他案件中的行为都是对非竞争对手商业标识的假冒或仿冒,实际上都构成了不正当竞争,但这种不正当竞争行为是相对于行为人竞争对手而言的,而不是对被假冒者或被仿冒者的不正当竞争,所以,在这些被假冒者或被仿冒者向法院提起不正当竞争之诉时,法院应认定欠缺竞争关系要素而不予支持。当然,如果是工商部门处理的,则因行政执法的目标不是解决行为人之间的纠纷,而是

^⑯ 参见前引^⑧,宋旭东文。

维护市场竞争秩序,所以认定为不正当竞争行为通常是没有问题的。

五、法律规范中的竞争关系

(一)《反不正当竞争法》中的竞争关系

我国《反不正当竞争法》列举了 11 种典型的不正当竞争行为,其中,限定交易(第 6 条)、滥用行政权力限制竞争(第 7 条)、掠夺性定价(第 11 条)、搭售或附加不合理交易条件(第 12 条)等四种行为已被反垄断法吸收,这里不予讨论。剩下的 7 种行为,如以竞争关系为标准进行分析,也不全是不正当竞争行为。

1. 典型的不正当竞争行为

《反不正当竞争法》规定的下列行为属于典型的不正当竞争行为:(1)第 5 条规定的市场混淆行为。市场混淆行为是将自己的商业标识与他人的商业标识混淆,有特定的混淆对象,不论混淆的是竞争对手的商业标识,还是非竞争对手的商业标识,直接目的都是不当提升自己的竞争优势,相对其竞争对手来说都有竞争手段的不正当性。(2)第 9 条规定的引人误解的商业宣传行为。这种行为的性质是以不针对特定对象的方式来不当提升自己的竞争优势,也具有竞争手段的不正当性。但要注意的是,第 9 条第 2 款规定,“广告经营者不得在明知或者应知的情况下,代理、设计、制作、发布虚假广告”,有人基于此将广告经营者的虚假广告行为也作为不正当竞争行为,是不合适的,因为这种行为是第三人实施的,与竞争因素无关,只能认定为普通的侵权行为。(3)第 13 条规定的不当有奖促销行为。不当有奖促销行为直接针对消费者,是一种消费引诱行为,而竞争行为的本质就是争夺消费者,所以只要引诱手段不当,就构成了不正当竞争。(4)第 14 条规定的商业诋毁行为。商业诋毁在现行法中被界定为经营者“捏造、散布虚伪事实,损害竞争对手的商业信誉、商品声誉”,强调诋毁对象是竞争对手,所以是一种典型的不正当竞争行为。

2. 不正当竞争行为与其他违法行为的混合

《反不正当竞争法》规定的下列行为具有混合属性,有些属于不正当竞争行为,有些属于其他性质的违法行为:(1)第 8 条规定的商业贿赂行为。商业贿赂行为包括行贿与受贿两种,经营者行贿的目的是争夺交易机会或竞争优势,而行贿手段具有不正当性,所以行贿行为是典型的不正当竞争行为;受贿的目的是直接获得利益,受贿人是第三人或交易相对人,与竞争关系无关,故受贿行为不构成不正当竞争,但受贿行为危害了正常的交易秩序,属于一般违法行为,可一并查处。(2)第 10 条规定的侵犯商业秘密行为。该条将所有侵犯商业秘密的情形都作了列举,其对商业秘密的保护是一种综合保护,已经完全突破了不正当竞争行为的框架。只有两种情况下的侵犯商业秘密行为才构成不正当竞争:一是侵犯了竞争对手的商业秘密,如不当获取、披露、使用或允许他人使用其竞争对手的商业秘密,这种行为的目的是破坏竞争对手的竞争优势、不当提升自

己的竞争优势或兼而有之,这时竞争对手直接受损,双方之间构成了直接竞争关系;二是侵犯非竞争对手的商业秘密并将其用于自己的经营活动,如有些经营信息对商业秘密权利人的非竞争对手来说可能也是有用的,所以也可能被盗用,这时权利人直接受损,而侵权行为本质上也是以不当手段来提升自己的竞争优势,所以行为人的竞争对手间接受损,具有间接竞争关系的要素,也构成了不正当竞争行为。如果商业秘密侵权行为与竞争无关,如非经营性的普通自然人盗窃了他人商业秘密,或员工泄露了企业的商业秘密,则也是违法行为,但构成侵权或违约,与不正当竞争行为无关。(3)第15条规定的串通招投标行为。这类行为包括两种,两种行为的性质不同:一是投标者串通投标,抬高标价或压低标价的行为,这种行为实际上是竞争者之间相互勾结、达成价格垄断协议的行为,与不正当竞争无关;二是投标者和招标者相互勾结,排挤竞争对手公平竞争的行为,这种行为本质上是以不当手段争夺客户,属于不正当竞争行为。

(二)2016版修订稿中的竞争关系

2016年《反不正当竞争法》(修订草案送审稿)对竞争关系的界定可谓功过参半:一些不具有竞争关系因素的不正当竞争行为被剔除了,另一些不具有竞争关系因素的行为却又被强调甚至增加进来了。前者主要表现为2016版修订稿在两个方面删除了与其他法相重合的行为:一是删除了已被《反垄断法》吸收了的四种垄断行为;二是删除了“广告的经营者在明知或者应知的情况下,代理、设计、制作、发布虚假广告”的规定。后者则主要表现为定义条款的改造以及原有不正当竞争行为的维持或新不正当竞争行为的扩展上。

1. 定义条款对竞争关系的淡化

2016版修订稿将不正当竞争行为定义为“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”。相比1993年《反不正当竞争法》,修订稿在两个方面作了改造:一是将“损害其他经营者的合法权益”改为“损害其他经营者或者消费者的合法权益”;二是将“扰乱社会经济秩序”改为“扰乱市场秩序”。将“社会经济秩序”改为“市场秩序”,可以避免“社会”一词可能引起的歧义,表述相对更为准确,但将不正当竞争行为扩大到“损害其他经营者或者消费者的合法权益”的行为,就更加淡化了竞争关系在不正当竞争行为认定中的作用。尽管这样做意在强调消费者利益保护,但在逻辑上无法解释损害消费者权益的行为为何会构成不正当竞争。

应当承认,不正当竞争行为与消费者利益关系密切,不正当竞争行为通常不仅损害竞争对手利益,还会损害消费者利益。因为竞争的根本目的是争夺交易机会,争夺交易机会也即争夺客户(主要是消费者)。邱本教授就认为,所谓的竞争关系,无非是众多的卖者争取特定的买者,众多的商品或者服务争取特定的消费者,简言之,竞争关系就是经营者之间争夺消费者的关系。^⑨李友根教授持同样观点,认为不正当竞争行为本质上

^⑨ 参见邱本:《经济法研究》(中卷:市场竞争法研究),中国人民大学出版社2008年版,第55页。

就是“不正当地吸引消费者”的行为。^②为了争夺消费者,经营者可以直接针对竞争对手采用不正当的手段,如诋毁竞争对手的商誉,某些不正当竞争行为也可以以针对非竞争对手甚至消费者的方式表现出来,如不当有奖促销。以不当方式吸引消费者,就会构成对竞争秩序的破坏,这种行为很可能也会损害消费者利益,如欺骗性有奖促销。所以,对不正当竞争行为的制止,一定程度上能够起到保护消费者权益的效果。

问题的关键是,损害消费者利益能否作为不正当竞争行为的判断标准之一?答案是否定的。我们可以说,不正当竞争行为通常损害消费者利益,但损害消费者利益的行为未必属于不正当竞争。2016版修订稿将不正当竞争行为扩大到经营者损害消费者合法权益的行为,是一种因果颠倒的做法。

首先,如同反垄断法一样,反不正当竞争法也保护消费者利益,但这种保护是一种间接保护、抽象保护,而非直接保护、具体保护。竞争法对消费者的保护是一种深层次保护,即通过维护竞争机制和提高经济效率,从整体上导致产品质量提高、价格降低、选择机会增加,进而使消费者受益;换言之,竞争法意义上的消费者保护是一种终极保护,是通过维护竞争机制而增进消费者福利,而不停留在对消费者具体的、特定的和直接的人身或财产保护层次上。^③所以在法律适用中,我们不宜将消费者利益受损作为不正当竞争行为的认定标准,只能在确认不正当竞争行为成立后,分析其可能对消费者利益造成的影响,进而评估不正当竞争行为的危害性。换言之,消费者利益不是反不正当竞争法的适用起点,而是规制不正当竞争行为的终点。

其次,很多损害消费者利益的行为与市场竞争无关,以消费者利益损害作为认定标准会不合理地扩大不正当竞争行为的范围。不正当竞争行为与损害消费者利益行为之间是交叉关系,不是所有的不正当竞争行为都会损害消费者利益,也不是所有损害消费者利益的行为都构成不正当竞争。以竞争秩序及消费者利益作为标准,需要引起法律关注的行为大致有四类:一是既损害竞争秩序也直接损害消费者利益的行为,如引人误解的商业宣传;二是损害竞争秩序但不直接而是间接损害消费者利益的行为,如商业诋毁行为可能会间接影响消费者的选择机会,不当有奖促销行为可能短期看对消费者有利,长期则未必有利甚至不利;三是损害竞争秩序但消费者并不会受损的行为,如侵犯竞争对手商业秘密的行为,这类行为很可能导致产品价格降低、供应增加,最终使消费者获利;四是损害消费者利益但不损害竞争秩序的行为,这类行为就更多了,消费者权益保护法中规定的很多禁止性行为,就不会对竞争秩序产生影响,如侵犯消费者人格尊严的行为,有些行为还可能促进竞争,如经营者欺诈消费者,会导致消费者转向其竞争

^② 参见李友根:《论消费者在不正当竞争判断中的作用——基于商标侵权与不正当竞争案的整理与研究》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2013年第1期。

^③ 参见孔祥俊:《保护经营者和消费者与维护公平竞争机制的关系——从一起行政诉讼案的法律适用谈反不正当竞争法的立法目的》,载《工商行政管理》2000年第5期。

对手。其中,第三种行为应被认定为不正当竞争,但与消费者利益受损无关;第四种行为损害了消费者利益,但又不宜被认定为不正当竞争。所以,能够作为不正当竞争行为认定标准的,应当是竞争秩序损害,而非消费者利益损害。

最后,消费者利益保护不必非要通过反不正当竞争法。有些学者之所以主张将消费者利益纳入不正当竞争行为的认定之中,目的是为消费者权益保护提供有效途径。应当说,增加保护消费者权益的途径是必要的,但这与反不正当竞争法可能没有必然联系。一方面,只要消费者因不正当竞争行为遭受利益损害,其自然可以提起诉讼,而消费者之所以可以起诉,并不是因为反不正当竞争法规定了保护消费者利益,而是这类不正当竞争行为同时也构成违约、侵权或者消费者权益保护法上的违法行为。例如,在王嫔诉京东案中,王嫔从京东处购买的羊绒被外包装上标有“极品绵羊绒被”等绝对化用语,这种行为构成了反不正当竞争法上引人误解的商业宣传行为,但法院支持原告的法律依据却不是不正当竞争行为,而是消费者权益保护法上的欺诈消费者行为。^②在梁化赢诉小米公司案中,涉案行为也是小米公司使用了“亚洲人的最佳手持体验”、“前所未有的清晰、锐利、鲜活、平滑”、“从未有过的自拍体验”等绝对化用语,本案的审理依据依然是消费欺诈而非不正当竞争行为。^③这样的案件还有很多,原告都是消费者,法院处理这类案件的法律依据,显然主要是消费者权益保护法而非反不正当竞争法。另一方面,将消费者利益加入反不正当竞争法之中,也不意味着消费者可以直接提起不正当竞争之诉。从逻辑上看,消费者与经营者之间不存在竞争关系,不可能提起不正当竞争之诉。消费者起诉不正当竞争行为,只能基于其他案由,在我国现行法体系下,还必须证明直接受损。只要能证明直接受损,不论反不正当竞争法是否规定了消费者利益保护,消费者都能维权;不能证明直接受损,即使反不正当竞争法规定了消费者利益条款也无济于事。消费者能否维权与反不正当竞争法有无这种规定无必然因果关系。

2. 非不正当竞争行为的维持或增加

首先,2016版修订稿仍延续原法在商业贿赂、侵犯商业秘密和串通招投标三种行为上的混合规制模式。尽管商业贿赂的概念和表现形式有了更精确表述,但商业行贿与商业受贿行为仍被一并规定,这是否意味着商业受贿行为也构成不正当竞争?商业秘密的定义有所修正,但所有侵犯商业秘密的行为均作了规定,而不论这些行为是否关乎正当竞争秩序,这意味着反不正当竞争法仍被作为商业秘密保护的基本法。串通招投标的条文未作任何修正,意味着其中的垄断行为仍被视作不正当竞争。

其次,增加列举了两种行为,但不都属于不正当竞争。增加的行为之一是经营者利用网络技术或应用服务实施的影响用户选择、干扰其他经营者正常经营的行为。这种

^② 参见北京市朝阳区人民法院(2014)朝民(商)初字第44832号判决书、北京市第三中级人民法院(2015)三中民(商)终字第05302号判决书。

^③ 参见广东省广州市中级人民法院(2015)穗中法民二终字第346号判决书。

行为不论是针对终端用户,还是直接针对其他经营者,目的都是以不正当的手段推广自己的服务,所以将其作为不正当竞争行为没有问题,也是回应互联网服务发展的现实需求。但增加的另一行为即滥用相对优势地位行为,^②其本质是不公平交易,交易相对人直接受到损害,行为人这样做,通常不是为了提升自己的竞争优势,所以不宜认定为不正当竞争行为。从实际效果看,它是行为人对交易相对人的剥削,滥用相对优势地位的各种表现如强制交易、不合理收费或要求相对人提供其他经济利益等,都会直接剥夺相对人的经济利益,所以它更像一个显失公平的合同。从滥用相对优势地位行为的竞争影响看,它可能在两个方面限制竞争:一是利用交易上的依赖性,交易相对人的大部分业务将被锁定或诱导在行为人身,这会对行为人的竞争对手造成排斥效果,甚至使得相对优势地位扩展为市场支配地位;二是可能使得交易相对人所在市场上的竞争受到限制,如优势企业要求所有相对人以统一价格与之交易会造成相对人间价格卡特尔的效果,优势企业利用依赖关系很容易实现对不同相对人的差别待遇,这也会影响具有竞争关系的相对人之间的竞争。所以,滥用相对优势地位行为更像一种限制竞争行为。^③有学者主张将滥用相对优势地位行为放入反不正当竞争法,可能是考虑到相对优势地位达不到市场支配地位的程度,难以依靠反垄断法中的滥用市场支配地位制度进行规制。其实,滥用相对优势地位行为发生于交易双方之间,所以也是一种纵向限制,可以依靠纵向垄断协议制度予以规制。欧盟委员会在其纵向限制指南中,就明确将“进场费”(upfront access payments)视为一种纵向非价格限制。^④所以综合来看,滥用相对优势地位行为尽管有规制必要,但未必合适放在反不正当竞争法之中。

最后,2016版修订稿改变了商业诋毁行为的表述方式,原法中的竞争关系要件被删除了。修订稿规定的商业诋毁行为,是指经营者捏造、散布虚假信息、恶意评价信息,散布不完整或者无法证实的信息,损害他人商业信誉、商品声誉的行为。诋毁对象从原法的“竞争对手”变成了“他人”,这样一来,不论行为人与被诋毁者之间是否具有竞争关系,诋毁行为均构成了不正当竞争。从实用性角度看,这种改变扩大了商业诋毁行为的范围,能够禁止更多的不当行为。但在逻辑上,它无法解释原本不具有竞争关系的两个主体,为何在一方诋毁另一方商誉时就构成了不正当竞争。从法律适用效果看,它将原本属于普通侵权的民事违法行为上升为公法上的不正当竞争行为并设置了罚款责任,这样做的正当性又何在?淡化竞争关系的初衷,是为将发生于非竞争对手间的诋毁行为纳入规制范围,规制这类行为本身是没有问题的,但未必需要反不正当竞争法。发生于非竞争者间的诋毁行为,如果可归因于被诋毁者的竞争对手,如行为人基于被诋毁者

^② 2016版修订稿规定的滥用相对优势地位行为的表现形式包括:(一)没有正当理由,限定交易相对方的交易对象;(二)没有正当理由,限定交易相对方购买其指定的商品;(三)没有正当理由,限定交易相对方与其他经营者的交易条件;(四)滥收费用或者不合理地要求交易相对方提供其他经济利益;(五)附加其他不合理的交易条件。

^③ 参见焦海涛:《反垄断法规制相对优势地位的基础与限度》,载《时代法学》2008年第3期。

^④ European Commission, *Guidelines on Vertical Restraints*, OJ [2010] C 130/1, paras. 203-208.

竞争对手的委托而实施诋毁行为,则这时诋毁行为实质上就是被诋毁者竞争对手的行为,可直接认定其构成不正当竞争。如果诋毁行为是完全独立的行为,则认定为普通的民事侵权行为即可。

3. 兜底条款对竞争关系的回避

在列举典型的不正当竞争行为之后,2016版修订稿还专门增加了兜底条款:“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。”增加兜底条款是必要的,但该兜底条款并未确立不正当竞争行为的认定标准,“损害他人合法权益,扰乱市场秩序”只不过是定义条款的重复表述,所以它仍然回避了竞争关系的要件。

这一条的主要影响在于其确立了其他不正当竞争行为的认定程序,即“由国务院工商行政管理部门认定”。但这种认定程序似乎存在问题——将认定主体限定为“国务院工商行政管理部门”,那么法院如何适用这一条?^②我国反不正当竞争法的实施一直实行行政执法与司法审判的两条线,国家工商行政管理总局出台了很多细化反不正当竞争法的部门规章,最高人民法院也出台了审理不正当竞争案件的司法解释,如果其他不正当竞争行为只能“由国务院工商行政管理部门认定”,最高人民法院还能否就兜底条款出台司法解释?现实中,竞争对手以行为人实施了其他不正当竞争为由提起了诉讼,法院难道要求原告先向“国务院工商行政管理部门”申请认定?这种兜底条款表达方式,人为地制造了法律适用障碍,也可能引起法律适用的误解和混乱。

六、结论:反不正当竞争法的本质重塑

基于全文对竞争关系的肯定以及竞争关系内容的分析,笔者将不正当竞争行为界定为“经营者在经济活动中,违反法律规定或公认的商业道德,以不正当的手段提升自己竞争优势或者贬损、破坏竞争对手的竞争优势,直接或间接损害竞争对手合法权益,扰乱市场竞争秩序的行为”。这一定义意味着不正当竞争行为的基本要素包括:(1)行为主体是经营者,经营者是从事了实际经营行为的主体,而不论其为个人还是组织,也不论其成立目的、组织形态、法人性质等固有属性如何;(2)行为对象是竞争对手,不正当竞争行为是相对于竞争对手而言的行为,它可以针对特定竞争对手实施,也可以针对不特定的竞争对手实施;(3)行为手段具有不正当性,判断依据是法律规定或公认的商业道德,主要表现为以不正当的手段提升自己竞争优势或者贬损、破坏竞争对手的竞争优势;(4)行为后果是直接或间接损害竞争对手的合法权益,损害竞争对手合法权益的背后是损害正当竞争秩序,所以不正当竞争行为本质上是一种扰乱市场竞争秩序的行

^② 我国《反垄断法》中也有类似问题。《反垄断法》第13条、第14条的兜底条款均表述为“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”,第17条的兜底条款也表述为“国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为”。

为。

上述定义表明笔者对不正当竞争行为持限缩解释的立场,之所以这样,是为重塑反不正当竞争法维护市场公平竞争秩序的本质属性。扰乱“社会经济秩序”(《反不正当竞争法》用语)或“市场秩序”(2016版修订稿用语)的行为很多,但有些与不正当竞争无关,只有那些扰乱市场竞争秩序的行为才可能构成不正当竞争;市场竞争秩序既包括公平竞争,也包括自由竞争,严格来说,只有以不正当手段从事竞争,从而损害市场公平竞争秩序的行为才是不正当竞争行为。此外,不正当竞争行为也可能同时损害竞争对手之外的其他主体利益,从而与其他性质的违法行为发生竞合,但那只是不正当竞争行为的附带结果而非必然属性,非竞争对手对这种行为主张责任追究或权利救济时,应基于其他违法行为的性质,而不能提起不正当竞争之诉,不正当竞争之诉只能由行为人的竞争对手提起。

Abstract: In the identification of unfair competition behavior, there exists typical tendency of pragmatism in judicial practice and theory, which more concentrates on the result of law application, and the illegal behaviors without competition relation are also identified as unfair competition behaviors. Pragmatism is against the basic logic of law application, which is easy to cause the conflict of legal system and does not correspond with the tendency to refinement and integration of law development. The competition relation should be the prepositive standard for the identification of unfair competition behavior. Only those behaviors that directly or indirectly harm the competitors' interests and fair competition order can be regarded as unfair competition behavior. Some of the unfair competition behaviors listed in current Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China belong to illegal behaviors with other nature. Some content that does not belong to unfair competition behavior is deleted in the 2016 Anti-Unfair Competition Law (Revised Draft), but some types that are not regarded as unfair competition behaviors are kept and increased. Anti-Unfair Competition Law maintains the order of fair competition in the market, and illegal behaviors not related to the order are not appropriate to be stipulated in this law. Even if unfair competition behavior has the competition with other illegal behaviors, corresponding accountability and right relief pattern should be chosen according to different behavior features.

(责任编辑:王莉萍)