

对《反不正当竞争法》中竞争关系的批判与重构

——以立法目的、商业道德与竞争关系之间的体系性理解为视角

吴伟光*

内容提要：在司法实践中根据所涉及的商品是否具有相同性、可代替性或者相似性将经营者之间的竞争关系分为直接竞争关系和间接竞争关系的做法没有实际意义，不能解决具体的法律问题。《反不正当竞争法》中的竞争行为的本质是针对交易能力的竞争，经营者本身便是竞争者。根据经营者对交易能力的不同竞争方式，《反不正当竞争法》中的竞争关系可以重新分为三种类型：经营者与消费者之间的对向竞争关系、具体经营者之间的直接竞争关系和经营者之间的间接竞争关系。《反不正当竞争法》所保护的法益在这三种类型竞争关系中分别是消费者利益、具体经营者利益和公平竞争秩序。将《反不正当竞争法》第2条中的商业道德放在这三种类型的竞争关系中来理解和实施，并分别结合上述立法所保护的三种法益，既能发挥《反不正当竞争法》第2条中的商业道德的司法功能又能防止其被滥用。

关键词：反不正当竞争法；商业道德；对向竞争关系；直接竞争关系；间接竞争关系

我国1993年的《反不正当竞争法》很大程度上是对外国或者国际上相关法律的模仿，⁽¹⁾在我国市场经济发展早期，这种模仿还是可以应对市场中的不正当竞争行为的，当我国经济发展不断深入时，这种先天缺陷越发明显地表现出来。尤其是在互联网经济中，司法机关越来越多地依赖《反不正当竞争法》第2条来裁决不断涌现的新型不正当竞争行为。⁽²⁾这一问题在2017年11月4日通过的新《反不正当竞争法》中并没有完全解决。在立法过程中相关多方都认为很难将网络技术中的不正当竞争行为加以穷尽列举，而必须有开放的兜底条款。⁽³⁾该开放性兜底条款必然需要结合《反不正当竞争法》第2条来适用。但有学者担心对《反不正当竞争法》第2条的积极和能动的适用会赋予司法机关过大的自由裁量权。⁽⁴⁾本文认为解决这一困境可以采取以下三个步骤：第一步是将《反不正当竞争法》中的经营者的竞争对象抽象为对“交易能力”的竞争。第二步是根据经营者提高其交易能力的不同路径，对《反不正当竞争法》中的竞争关系重新确认和划分为三种：一是经营者与消费者之间的对向竞争关系；二是具体经营者之间的直接竞争关系；三是经营者之间的间接竞争关系。第三步是将《反不正当竞争法》第2条第一款中的“自愿、平等、公平、诚信”和“商业道德”（以下统称：商业道德条款）与第1条中所保

* 清华大学法学院副教授，博士生导师，法学博士。本文系清华大学自主科研计划文科专项经费支持课题（2016THZW）的阶段性成果。

(1) 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，http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/28/content_5003002.htm，2018年11月14日访问。

(2) 有学者统计有关互联网的新型不正当竞争案件，在不正当竞争行为认定时大都需要依据《反不正当竞争法》第2条。参见张钦坤《中国互联网不正当竞争案件发展实证分析》，《电子知识产权》2014年第10期，第27-28页。

(3) 参见王瑞贺主编《中华人民共和国反不正当竞争法释义》，法律出版社2018年版，第115页。

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

护的三个法益，即消费者利益、经营者利益和公平竞争秩序在这三种类型的竞争关系中具体对应起来，从而将三种竞争关系与《反不正当竞争法》所保护的法益和相应商业道德实现体系性的关联。

一、《反不正当竞争法》中的竞争行为与商业道德的内在统一性

（一）《反不正当竞争法》中竞争行为的本质

市场经济是竞争经济，经营行为都是竞争行为，即使只有一个经营者，它也是竞争主体，因为与消费者处于竞争关系之中，努力从消费者手中获得更多对价。例如《德国反不正当竞争法》第2条（1）将竞争行为定义为“‘竞争行为’，是指一个人的任何一种旨在以有利于自己或他人企业的方式促进商品或服务包括不动产、权利或义务之购销或提供的行为”。^{（5）}可以发现这里的“竞争行为”和“经营行为”是同义语了。《反不正当竞争法》中的“竞争”不应该被理解为是经营者之间围绕着某种具体商品（本文中“商品”一词包括“服务”）的竞争，而是应该理解为对“交易能力”这一抽象利益的竞争，商品仅仅是体现“交易能力”的载体。

制度规范是竞争的产物和需要，如美国历史学家杜兰特所说的“战争或者竞争是一切之父，是思想、发明创造、制度以及国家的源泉。”^{（6）}市场经济制度中经营者竞争的是交易能力，商品是体现交易能力的载体。经营者通过不断提高商品性价比来提高其交易能力，这是市场经济制度所认可和鼓励的竞争方式，并且将除此之外的其他竞争方式加以排除。这些被排除的行为都是广义上的不正当竞争行为，其包括侵权行为和反不正当竞争法所规范的不正当竞争行为。因此在历史上，很多国家的侵权法都与反不正当竞争法有密切的关系，前者往往是从后者发展出来的。^{（7）}

（二）竞争行为与商业道德的关系

在理念上将商业道德与法治对立和分离的观点认为法无禁止即可为，因而依赖抽象的商业道德条款来规范和限制企业的经营自由本身便是与法治精神相违背的，因而是不可取的。^{（8）}这类观点的值得商榷之处在于没有足够认识到运行良好的市场经济制度不但是以法治为制度基础的，更是以良好的商业道德为制度根基的，没有伦理道德所支撑的法治是没有灵魂的空壳而已。如勒庞所观察到的，“同样的制度在美国和拉丁美洲国家的表现完全不同。”^{（9）}因此，必须赋予法律制度这一外壳以伦理道德的灵魂，即实现“禁奸之法，上者禁其心”的效果。

当市场中的经营者商业道德缺失时，其权利与自由会堕落成自私自利的经营者滥用的工具，缺乏对不正当竞争行为的自我判断和自我纠正的能力，使得法治社会的制度成本畸高。即使亚当·斯密也极为重视人的道德性。他认为“人性之尽善尽美，就在于多为他人着想而少为自己着想，就在于克制我们的自私心，同时放纵我们的仁慈心；而且也只有这样，才能够在人与人之间产生情感上的和谐共鸣，也才有情感的优雅合宜而言。”^{（10）}

另一方面的顾虑是担心司法者无法准确理解和适用商业道德条款这样的抽象规范，会造成司法滥权行为。如有学者认为道德标准在试图评判竞争行为时力不从心。^{（11）}这种观点是将对经营

（5）[德]弗诺克·亨宁·博德维希主编《全球反不正当竞争法指引》，黄武双等译，法律出版社2015年版，第294页。

（6）Will and Ariel Durant, *The Lessons of History*, Simon and Schuster, 1968, p. 81.

（7）参见前引（5），[德]弗诺克·亨宁·博德维希书，第9页。

（8）前引（4），蒋舫文，第88页。

（9）[法]古斯塔夫·勒庞《乌合之众：大众心理研究》，冯克利译，中央编译出版社2005年版，第70-71页。

（10）[英]亚当·斯密《道德情操论》，谢宗林译，中央编译出版社2011年版，第23页。

（11）参见前引（4），蒋舫文，第93页。

行为的道德要求与经营行为本身加以混淆了。经营者的经营模式确实是不预设的，这是创新型经济的特征，但是经营行为的道德性却是预设的，至少在很长时间内是稳定的。商业道德不是从天而降所自动形成的自然法则，而是社会组织者在社会发展中通过制度设计和选择不断强化和培养出来的。今天西方国家的市场经济和民主法治制度的道德根基是经过一千余年的基督教制度不断强化和发展出来的，宗教上的虔诚与政治经济上的自由往往是一个硬币的两面。孟德斯鸠认为英国人便有这种特征。⁽¹²⁾ 同样的道理，中国将伦理道德与法律制度进行同步建设是保证实现中国法治国家目标的重要措施。因此，《反不正当竞争法》不仅仅是限制不正当竞争行为的部门法，更是一部打造中国市场经济商业道德的基础性和兜底性法律，即“法安天下，德润民心”的思想。最高人民法院在 2011 年就已经明确要求“既要充分利用原则规定的灵活性和适应性，有效制止各种花样翻新、层出不穷的不正当竞争行为，又要防止原则规定适用的随意性，避免妨碍市场自由公平竞争。”⁽¹³⁾ 因此，对经营者商业道德的要求不但与经营者自私这样的特征不矛盾，而且是辩证统一的关系。

(三) 对《反不正当竞争法》中竞争关系的反思与重构

目前在司法案例中，被告经常提出的抗辩理由之一便是被告与原告之间由于商品不同类，没有竞争关系，因此不存在不正当竞争行为。例如在“大众点评诉百度不正当竞争案”中被告认为与原告不是同业竞争关系，因而没有直接竞争关系。⁽¹⁴⁾ 在“淘宝公司诉上海载和公司不正当竞争案”中，法院认为“竞争关系包括狭义的竞争关系和广义的竞争关系。前者是指提供的商品或服务具有同质性及相互替代性的经营者之间的同业竞争关系，后者是指非同业经营者的经营行为之间损害与被损害的关系。”⁽¹⁵⁾ 可见，在司法实践中有狭义竞争关系或者直接竞争关系的经营者一般是指双方所提供的商品在市场上具有相同性或者非常近似，即所谓的具有可替代性。而具有间接或者广义竞争关系的竞争者则是指双方的商品在市场上不具有相同性或者近似性，双方商品可替代性差。例如在“兰建军、杭州小拇指公司诉天津市小拇指公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案”中，法院认为经营相关业务的原被告之间存在着间接竞争关系。⁽¹⁶⁾ 对竞争关系的这种确定没有法律上的实际意义，因为法院不论将两者的竞争关系确定为直接竞争关系还是间接竞争关系，或者狭义竞争关系还是广义竞争关系，都对不正当竞争行为的判断没有直接影响。⁽¹⁷⁾ 司法实践中法院花费较大篇幅来论证原被告之间是否存在竞争关系，仅仅是为了回应被告提出的与原告之间没有竞争关系的抗辩理由。⁽¹⁸⁾

另外，按照目前司法实践中竞争关系的这种分类，在《反不正当竞争法》中所列举的一些典型不正当竞争行为中恰恰没有明显的竞争关系存在。例如在《反不正当竞争法》第 8 条所谓的虚假宣传和虚假交易的不正当竞争行为中，没有明确对立的两个竞争企业存在，这是什么竞争关系呢？面对在法理上和司法实践中的这一难题，有学者甚至主张放弃竞争关系的要求。⁽¹⁹⁾ 这种否认竞争关系存在的必要性的观点显然是不妥的，因为如果没有竞争关系，怎么会有竞争行为存在呢？如果没有竞争行为存在，何来正当与否的判断呢？如论文前面所讨论的，竞争是制度之母，

(12) 参见 [德] 马克斯·韦伯《新教伦理与资本主义精神》，马奇焱、陈婧译，北京大学出版社 2012 年版，第 38 页。

(13) 《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），http://zseq.court.gov.cn/dcyj/201205/t20120509_176751.html，2018 年 11 月 12 日访问。

(14) 参见上海市浦东新区人民法院（2015）浦民三（知）初字第 528 号民事判决书。

(15) 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。

(16) 参见天津市高级人民法院（2012）津高民三终字第 0046 号民事判决书。

(17) 参见最高人民法院（2013）民三终字第 5 号民事判决书。

(18) 参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。

(19) 参见孔祥俊《反不正当竞争法的创新性适用》，中国法制出版社 2014 年版，第 130 页。

也是道德之母。有的法院在司法裁判中也已经认识到这种竞争关系的划分所造成的两难困境,并且开始对这种竞争关系的划分进行检讨和纠正,但是却没有提出更为清晰的竞争关系的划分。⁽²⁰⁾

本文认为对《反不正当竞争法》中的竞争关系应该以经营者对交易能力的竞争为标准而重新划分为三种类型,即经营者和消费者之间的对向竞争关系、具体的经营者之间的直接竞争关系和经营者之间的间接竞争关系。由于《反不正当竞争法》在不同类型的竞争关系中所保护的直接法益的不同,既有消费者的利益,也有具体经营者的利益,还有公平的竞争秩序这一公共利益,《反不正当竞争法》也就有了私法与公法的双重属性,有时体现出私法的调整平等主体之间关系的特征,有时又有对市场竞秩序通过行政权力积极规范的公法特征。

二、经营者与消费者之间的对向竞争关系及其典型不正当竞争行为

在这种关系中,经营者与消费者是面对面的基于交易能力的竞争。《反不正当竞争法》第10条中所列举的行为是这种竞争关系的典型。在对向竞争关系中,《反不正当竞争法》的立法目的主要是保护消费者免受经营者不正当竞争行为的侵害,并受相应的商业道德规范。在对向竞争关系中,经营者如果利用消费者的弱点来提高自己的交易能力,这是不正当的,因为它违反了市场经济制度的最根本商业道德即合作共赢。面对有经验的或者处于优势地位的经营者,消费者的个人理性、信息处理能力和谈判能力是不足的,即出现了市场失效问题,⁽²¹⁾而需要管理部门依法加以积极防范和纠正。对向竞争关系中典型的不正当竞争行为主要有两类。

(一) 引诱与欺骗消费者的行为

恶意引诱消费者的行为,有些国家称之为诱捕顾客的行为,例如奥地利的反不正当竞争法中有关于禁止诱捕广告行为的规定。⁽²²⁾如有些国家认为经营者的不真实的营养声明或者健康声明是不正当竞争行为。⁽²³⁾因为在这种交易过程中,消费者没有获得作为理性人应该获得的收益,这种竞争行为损害了合作共赢这一市场经济制度的根本价值。美国贸易委员会在回答《联邦贸易委员会法》第5条“在商业中或者对商业有影响的不公平的或者欺骗行为是违法的”这一条款中的“欺骗”一词的含义时,认为“如果不实的陈述(misrepresentation),疏忽(omission)或者其他行为对消费者在当时的情境下的合理行为产生了误导,并对其造成了损害,那么这种行为或者做法便是欺骗的”。⁽²⁴⁾这类不正当竞争行为也往往与消费者权益保护法中对消费者保护要求竞合。例如在“徐大江诉广东永旺天河城商业有限公司等有奖销售纠纷案”中,被告的行为既构成了不正当竞争行为,也违反了消费者权益保护法中的相关规定。⁽²⁵⁾欺骗消费者的行为,因为其违背了交易的本质,损害了消费者的权益,因而也是违反商业道德的行为。在《反不正当竞争法》第8条中列举的不正当竞争行为都属于这类竞争关系中的行为。

(二) 压迫型或者强迫型交易行为

压迫型商业行为或者强迫型交易行为之所以是不正当的,是因为它过分强化竞争关系,而损害了双方之间本质上的合作要求。例如在飓风之后商家是否可以将人人急需又短缺的矿泉水高价卖给居民?有人从经济学的观点分析认为价格是供求程度的反应,允许商家高价销售矿泉水可以

(20) 参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。

(21) Oren Bar-Gill, "Competition and Consumer Protection: A Behavioral Economics Account", December 19, 2011, p. 2, <https://ssrn.com/abstract=1974499>, last visited on 14 November 2018.

(22) 参见前引(5), [德]弗诺克·亨宁·博德维希书,第160页。

(23) 参见前引(5), [德]弗诺克·亨宁·博德维希书,第83页。

(24) FTC Policy Statement on Deception, October 14, 1983, Appended to Cliffdale Associates, Inc., 103F. T. C. 110, 174 (1984). https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/410531/831014deceptionstmt.pdf, last visited on 14 November 2018.

(25) 参见广州市天河区人民法院(2013)穗天法民一初字第2498号民事判决书。

发现最需要矿泉水的消费者，从而使得矿泉水这一稀缺资源通过交易配置到最有效率的地方。但这种行为强化了经营者的贪婪性和社会成员之间基于金钱的竞争关系，损害了作为社会共同体应该具有的相互帮助和合作的美德关系，⁽²⁶⁾ 因而应该是一种不正当竞争行为。欧盟的《不正当商业行为指令》第8条和第9条禁止压迫型商业行为，只要某种“不当影响”导致或者可能导致消费者做出其本不应该做出的决定，例如“通过骚扰、强迫，包括使用暴力或者不当影响，显著性地损害或者可能显著性地损害一般消费者针对产品的选择或者行为自由，因而导致或可能导致消费者做出本不会做出的交易决定。”⁽²⁷⁾ 奥地利《反不正当竞争法》以及德国《反不正当竞争法》中也都有相关的禁止性规定。⁽²⁸⁾

三、具体经营者之间的直接竞争关系及其典型不正当竞争行为

具体经营者之间的直接竞争关系是指一方经营者为了提高自己的交易能力而不正当地侵害了某具体经营者的某种法益，或者不正当地给某具体经营者的经营自由造成妨碍，从而产生了直接冲突而形成的竞争关系。在这种关系中，双方经营者所经营的商品是否相同或者相似对于这种竞争关系的形成既不是充分条件也不是必要条件。例如在“穆德远、陈燕民与北京创磁空间影视文化传媒有限公司等不正当竞争案”中，法院判决被告虚假宣传其作品是对原告电影的重拍行为是对原告的商誉的损害和不当使用的不正当行为。该案中的原告和被告之间应该是直接竞争关系，因而并不需要像该判决中那样对原告与被告之间是否是同业竞争者以及如何扩张到广义竞争关系之类的颇费笔墨的分析。⁽²⁹⁾ 《反不正当竞争法》在这种竞争关系中的立法目的主要是保护被侵害的具体经营者的法益，而保护消费者利益和公共利益是间接的。因此在考量这种竞争关系中的竞争行为是否正当时，应该以该具体经营者的法益是否受到损害为直接关注点，即使消费者没有受到不正当竞争行为的直接损害，甚至有时直接得到好处，也不影响对这种行为的不正当性的判断。属于具体经营者之间直接竞争关系的典型不正当竞争行为主要有两类。

(一) 直接侵害某经营者法益的行为

经营者为了提高自己的交易能力而可能直接损害其他经营者的法益。这些法益如果有明确的私权保护，那么便属于侵权行为，而如果没有明确的私权来保护则往往通过反不正当竞争法来保护。经营者的有些法益没有具体私权保护的原因主要有三：一是该法益不便赋予其明确的私权利。例如商业秘密目前还不适合有明确的私权保护，那么就依赖《反不正当竞争法》给予保护。二是由于立法迟延应该给予而还没有给予私权保护的法益。例如欧盟针对数据库有专有权保护的要求，⁽³⁰⁾ 而我国对数据库没有专有权来保护，需要依赖《反不正当竞争法》来保护。对于自然人形象的商品化权益，在德国是将其作为著作权法中的邻接权给予明确保护；⁽³¹⁾ 在中国则没有明确的权利来保护个人形象的商业利益，就需要依赖《反不正当竞争法》第6条第(二)项作为一种没有赋权的法益来给予保护。⁽³²⁾ 在网络经济中，流量是新出现的没有明确私权利保护的法益，因而也需要依赖《反不正当竞争法》给予保护，即在这次修法中增加的有关网络方面

(26)关于这一问题的伦理道德的讨论，见 Michael J. Sandel, *Justice—What's the Right Thing to Do?*, Penguin Books, 2009, pp. 3-10.

(27)*Unfair Commercial Practices Directive*, Articles 8 & 9, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>, last visited on 14 November 2018.

(28)参见前引〔5〕，〔德〕弗诺克·亨宁·博德维希书，第127页、第131页、第314页。

(29)参见北京知识产权法院(2016)京73民终156号民事判决书。

(30)*The Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases.*

(31)参见〔德〕M·雷炳德《著作权法》，张恩民译，法律出版社2005年版，第539-541页。

(32)参见湖北省高级人民法院(2012)鄂民三终字第137号民事判决书。

的第12条第(一)项所列举的行为。另外,在著作权法领域,对于一些新型的内容表达,我国法院在不确定是否给予明确的著作权保护时也往往依赖《反不正当竞争法》来保护这些内容表达中的法益。⁽³³⁾三是立法技术和政策的局限性所造成的无法获得私权保护的法益。例如对未注册商标、知名商品包装以及有关字号的保护等,这些法益在像美国这样采纳商标权使用取得主义的国家是可以直接受到商标权的保护的。但是在中国没有注册的商标或者标识的法益便没有明确的商标专用权给予保护,而往往通过《反不正当竞争法》第6条作为所谓的商业外观(trade dress)来获得保护。又例如我国《著作权法》将破坏技术措施的行为直接认定为一种违法行为,在《著作权法》第48条第(六)项中可以是侵权诉讼的一个独立诉因。但是在没有明确赋予私权的情况下,将破坏或者帮助破坏技术措施的行为视为一种不正当竞争行为则更为合适,我国的司法实践中已经有这样的判例。⁽³⁴⁾日本也是将其明确列举为一类不正当竞争行为。⁽³⁵⁾

(二) 直接妨碍某经营者经营自由的行为

经营者的经营自由可以追溯到《宪法》第42条中对劳动权利的保障。在欧盟,反不正当竞争的法律渊源是有关四大自由的欧盟基础法律,即商品自由、服务自由、表达和信息自由以及经商自由。⁽³⁶⁾因此,经营者的经营自由是一项重要的法益需要得到保护。直接妨碍经营者经营自由的行为主要有三种类型:

第一种类型是以身份关系来限制其他经营者的经营自由,这是违反市场经济的基本价值观的。因为市场经济本质上是去身份化和非人格化的社会组织形式,即“陌生人组成的文明社会。”⁽³⁷⁾如梅因所说的,“人类社会进步的过程,迄今为止,是从身份到契约的过程。”⁽³⁸⁾《德国反不正当竞争法》第4条第一款规定“从事那些足以通过施加压力、以蔑视人类的方式或通过其他不适当的不实影响,侵害消费者或其他市场参与人的决定自由的竞争行为”是不正当竞争行为。在我国最高人民法院审理的“进口海带”案⁽³⁹⁾中,雇主以身份关系来限制前雇员的经营行为被判定为不正当竞争行为,除非被告自愿放弃这种自由,例如与原告之间有竞业禁止协议。甚至在美国加州连这种竞业禁止协议限制都是被禁止的,以促进人员在企业之间的顺利流动。在加州,有判例认定雇主禁止其前雇员接受雇主的客户订单的协议是非法的;⁽⁴⁰⁾前雇员只要没有利用非法行为或者不正当竞争行为便可以从其前雇主那里招募雇员;⁽⁴¹⁾以及“在离职之后的一年内不得在40英里范围内为自己或者为了其他人而与雇主竞争”的合同条文是无效的。⁽⁴²⁾有美国学者认为加州法律上所赋予的企业之间的人员流动自由是硅谷能够脱颖而出成为美国创新企业摇篮的重要因素之一。⁽⁴³⁾

第二种类型是利用技术手段来限制、干扰或者破坏其他经营者的经营自由。该行为在互联网

(33)参见深圳市福田区法院(2015)深福法知民初字第174号民事判决书;上海知识产权法院(2015)沪知民终字第641号民事判决书。

(34)参见北京市第一中级人民法院(2009)一中民终字第7878号民事判决书。

(35)Unfair Competition Prevention Act of Japan (Act No. 47 of May 19, 1993, as amended up to Act No. 75 of June 29, 2005), article 2(x)(xi), http://www.wipo.int/wipolex/zh/text.jsp?file_id=182395, last visited on 14 November 2018.

(36)参见前引(5), [德]弗诺克·亨宁·博德维希书,第57页。

(37)[美]詹姆斯·弗农《远方的陌生人:英国是如何成为现代国家的》,张祝馨译,商务印书馆2017年版,第113页。

(38)[英]梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1997年版,第97页。

(39)最高人民法院(2009)民申字第1065号民事判决书。

(40)Morris v. Harris (1954) 127 Cal. App. 2d 476.

(41)Diodes, Inc. v. Franzen (1968) 260 Cal. App. 2d 244.

(42)Kolani v. Gluska (1998) 64 Cal. App. 4th 402, 405.

(43)美国斯坦福大学法学院的Michael Klausner教授在2016年12月12日于深圳举行的“北大-牛津-斯坦福互联网法律与公共政策研讨会”上的发言中提出这种观点,并且与波士顿地区为什么没有出现高科技企业创新聚集区的原因加以比较。https://daxue.qq.com/content/special/id/58, 2018年11月14日最后访问。

络领域发生较为频繁，这是因为代码技术本身赋予了经营者干预其他经营者经营自由的能力，即“代码就是法律”。⁽⁴⁴⁾ 这类不正当竞争行为在司法实践中有三种典型：一是利用技术措施屏蔽其他经营者广告的行为，⁽⁴⁵⁾ 二是利用安全软件阻碍其他经营者软件正常运行的行为，⁽⁴⁶⁾ 三是利用技术措施阻碍他人开发兼容性产品的行为。⁽⁴⁷⁾ 这些不正当竞争行为有时对直接消费者是有利的，因而具有迷惑性。例如在“北京奇虎科技有限公司等与北京搜狗信息服务有限公司等不正当竞争纠纷上诉案”⁽⁴⁸⁾ 和“北京奇虎科技有限公司等与腾讯科技（深圳）有限公司等不正当竞争纠纷上诉案”⁽⁴⁹⁾ 中，实施不正当竞争行为的经营者都提出了网络用户自愿采取这样行为的抗辩理由。但是如我们前面所讨论的，对具体经营者之间直接竞争关系中的不正当竞争行为加以禁止的立法目的是保护某具体经营者的法益，而不是消费者的法益。保护诚实经营者是反不正当竞争法从一开始就有的重要目的。⁽⁵⁰⁾ 因此消费者是否自愿接受这种行为或者其是否直接受到损害并不是判断该类行为是否正当的直接因素。

第三种类型是滥用权利不当干扰他人经营自由的行为，包括利用知识产权对网络平台或者其他电商恶意投诉来敲诈勒索的行为。⁽⁵¹⁾ 例如在“拜耳与李庆、淘宝不正当竞争案”⁽⁵²⁾ 中，被告的行为便属于这种类型的不正当竞争行为。在“许先本与童建刚、玉环县金鑫塑胶有限公司不正当竞争纠纷案”中，法院认定“正当的侵权投诉本身是权利人行使权利的一种体现，但是如果恶意利用投诉机制通过伪造、变造的依据以发起投诉，违反竞争原则、破坏竞争秩序，可能构成《反不正当竞争法》第2条的不正当竞争行为。”⁽⁵³⁾

四、经营者之间的间接竞争关系及其典型不正当竞争行为

经营者之间的间接竞争关系是指经营者并没有对某一具体经营者的法益或者经营自由直接造成侵害或者干扰，但是其行为所产生的负外部性导致了其他诚实经营的经营者的竞争优势相对受到了损害，因而形成间接竞争关系。在经营者的间接竞争关系中，《反不正当竞争法》所保护的法益主要是公平的竞争秩序这一公共利益，而对具体经营者和消费者的利益的保护是隐藏在后面的利益，因而《反不正当竞争法》的公法性质较为突出。最高人民法院在有关判决中也表明，“不论经营者是否属于违反有关行政许可法律、法规而从事非法经营行为，只有因该经营者的行为同时违反反不正当竞争法的规定，并给其他经营者的合法权益造成损害时，其他经营者才有权提起民事诉讼，才涉及该经营者应否承担不正当竞争民事责任问题。”⁽⁵⁴⁾ 因此，在经营者的间接竞争关系中，行政机关有依法对不正当竞争行为积极禁止的必要。经营者间接竞争关系中的典型不正当竞争行为主要包括以下两类。

（一）商业贿赂行为

(44)[美] 劳伦斯·莱斯格 《代码 2.0：网络空间中的法律》（修订版），李旭、沈伟伟译，清华大学出版社 2018 年版，第 6 页。

(45) 参见最高人民法院（2013）民三终字第 5 号民事判决书。

(46) 参见最高人民法院（2014）民申字第 873 号民事裁定书。

(47) 参见 Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004) 和 Chamberlain v. Skylink, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004) 案。

(48) 北京市高级人民法院（2015）高民（知）终字第 1071 号民事判决书。

(49) 最高人民法院（2013）民三终字第 5 号民事判决书。

(50) 参见前引 [5]，[德] 弗诺克·亨宁·博德维希书，第 4 页。

(51) 参见杜颖 《网络交易平台上的知识产权恶意投诉及其应对》，《知识产权》2017 年第 9 期，第 39 页。

(52) 浙江省杭州市余杭区人民法院（2017）浙 0110 民初第 18627 号民事判决书。

(53) 浙江省杭州市余杭区人民法院（2016）浙 0110 民初第 11608 号民事判决书。

(54) 最高人民法院（2007）民三终字第 2 号民事判决书。

《反不正当竞争法》第7条中所列举的暗中折扣行为和串通投标行为都属于商业贿赂行为。这类竞争行为从直接结果上看并没有对某经营者造成直接的损害，甚至有时直接参与的经营还会从这些行为中获得好处，例如回扣。但是这种竞争行为却使得其他竞争者处于相对劣势竞争状态，诚实的经营者受到了间接伤害。因此，保护公平竞争秩序是这类竞争关系中《反不正当竞争法》的主要立法目的以及相应的商业道德要求。在电子商务中，有些商家以暗中优惠或者折扣的方式来引诱消费者给予好评，即贿赂评价行为，甚至已经出现了专门从事为经营者提供“炒信”服务的经营者。⁽⁵⁵⁾ 这些都是广义上的商业贿赂行为，损害了整个公平竞争秩序。因此，《反不正当竞争法》在这次修改中明确在第8条第二款中列举了“虚假用户评价”这类不正当竞争行为。

(二) 累赘竞争行为

累赘竞争行为是指经营者通过利用或者强化与商品效用无关的因素来提高交易能力，那么其他经营者为了保持或者提高其交易能力也面临着不得不参与到对这种无关因素进行竞争的困境中。而这种竞争本质上是浪费的，因为其增加了经营者的经营成本和交易成本，并没有使得消费者获得积极效用。这种异化性的竞争在生物学中被称为累赘原则 (handicap principle)。⁽⁵⁶⁾ 反不正当竞争法应该对这种累赘竞争行为加以抑制。例如在我国较长一段时间内市场上有对驰名商标或者品牌的评选和宣传行为，经营者通过这种方式来增强其交易能力。当这种竞争方式在市场上有明显效果时，其他企业便为了获得或者维持自己的竞争力也不得不参与到对这种名号的获得和宣传的评选之中。甚至有当事人与法官勾结来制作“驰名商标”判决，以达到不正当竞争的目的。⁽⁵⁷⁾ 商品的过度包装行为也是这种典型行为。过度包装的商品本身并没有直接提高商品的效用，却提高了商品的交易成本，浪费了大量资源，而对消费者没有实质性贡献，却损害了正当竞争秩序，因此本质上是不正当竞争行为。尽管这类行为已经有专门的规范性文件来调整，即《国务院办公厅关于治理商品过度包装工作的通知》(国办发〔2009〕5号)，行政管理部门在实践中仍然可以依据《反不正当竞争法》第13条来对这类行为进行规范。

结 论

本文通过对《反不正当竞争法》中竞争关系的重新分类，使得《反不正当竞争法》第2条中的商业道德条款与保护消费者、具体的经营者的利益和公平竞争秩序这三个基本立法目标通过这三种类型的竞争关系而体系性地联系在一起。根据相应类型的竞争关系来确定这种竞争关系中《反不正当竞争法》所保护的具体法益，并依据该具体法益来寻找和构建其相应的商业道德，这样就为《反不正当竞争法》第2条中的商业道德条款的积极和正确适用提供了可具体操作的指导。将来任何其他新型和具体的商业模式和竞争行为都可以归纳到这三种类型竞争关系中，并受到相应的商业道德的检验。另外需要提醒的是，在一个司法案件中，往往有多个种类的不正当竞争行为同时发生或者存在，应该对其逐一分析、归类和判断。

责任编辑：王国柱

(55) 参见前引〔3〕，王瑞贺书，第27页。

(56) Amotz Zahavi, "Mate Selection—A Selection for a Handicap", *Journal of Theoretical Biology* 205, 213 (1975).

(57) 参见河南省安阳县人民法院(2012)安刑初字第339号刑事判决书。