

DOI: 10.15918/j.jbitss1009-3370.2016.0316

论反不正当竞争法中的公共利益

——以网络竞争纠纷为例

杨华权, 崔贝贝

(北京理工大学 法学院, 北京 100081)

摘要: 公共利益是反不正当竞争法保护目标。由于法律规定的不完善以及公共利益本身的不确定性,公共利益在反不正当竞争法中没有受到应有的保护。公共利益在反不正当竞争法下主要体现为一种不被扭曲的竞争秩序。立足司法实践,以公共利益的内涵为基点,厘清反不正当竞争法下公共利益保护的历史脉络,将公共利益的主体限定为具有竞争关系的某一领域的大多数人,公共利益的内容为保护不被扭曲的竞争秩序,公共利益的功能主要体现在作为判断竞争行为正当性的标准和促进公平竞争两个方面,通过立法和司法实践双重变革,以期给予公共利益较为完善的保护。

关键词: 反不正当竞争法; 公共利益; 保护目标; 竞争行为; 竞争秩序; 网络经济

中图分类号: DF414

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2016)03-0121-08

近年来,发生在互联网领域的不正当竞争纠纷纷繁复杂,层出不穷,其中代表性案件之一就是“扣扣保镖”案^①。该案关于互联网不正当竞争的理解成为网络经济时代研究不正当竞争行为的新风向。最高人民法院在判决书中就互联网市场领域技术创新、自由竞争和不正当竞争的界限作了说明,其将建立公平平等的竞争秩序、满足消费者的一般利益和社会公共利益作为互联网精神鼓励的自由竞争和创新的标准,而不是仅有某些技术上的进步就认为属于自由竞争和创新^②。该判决注意到对公共利益的保护,并将公共利益作为判断竞争行为正当性的一个标准。但是,该判决将“平等公平的竞争秩序”与“社会公共利益”并列,不免给人留下疑惑,什么是公共利益,尤其在不正当竞争纠纷中,如何认定公共利益?基于计算机网络并以现代信息技术为核心的网络经济是新的经济形态,网络用户在享受互联网这把双刃剑带来便利的同时,其中竞争行为的多样性和隐蔽性不断刷新着人们对公共利益的关注度。但是,公共利益究竟为何物,面临着众说纷纭的尴尬局面。本文无意

也无力就公共利益作出全面的分析,仅尝试结合网络竞争纠纷对反不正当竞争法中的公共利益进行解读。

一、公共利益保护在反不正当竞争法中的历史基础

反不正当竞争法是经济法的核心还是知识产权法不可或缺的组成部分,有不同观点^③,但在现代反不正当竞争法保护目标的认识上还是比较一致的,基本认同其保护目标的多元化:不仅保护经营者利益,而且保护消费者利益和公共利益。公共利益保护作为反不正当竞争法保护目标,经历了一个历史变迁过程。

自由主义的兴起,打破了人们之间简单的物物互易模式,从而使得人们将交易转向市场,自由竞争为经营者获得利益最大化打开了通道。但是,哪里有竞争,哪里就有不正当竞争。市场只是为竞争提供平台,企望通过自由竞争确保公平竞争不过是一个幻想而已。为了阻止经营者利欲熏心不断获取不正当竞争优势,所有的经济制度均试图

收稿日期: 2016-01-19

基金项目: 北京理工大学2014年基础研究基金资助项目“互联网新型不正当竞争行为的界限”(20132342001)

作者简介: 杨华权(1972—),男,法学博士,硕士研究生导师,E-mail:yhq@bit.edu.cn

①指腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司(合称腾讯公司)与北京奇虎科技有限公司、奇智软件(北京)有限公司(合称奇虎公司)不正当竞争纠纷,该案因奇虎公司针对腾讯公司的QQ软件专门开发了“360扣扣保镖”软件而引发。一审为广东省高级人民法院,二审为最高人民法院。

②最高人民法院(2013)民三终字第5号民事判决书。

③反不正当竞争法是知识产权法的重要组成部分。

研究新措施以保证经济自由规则的正常运行。而法律在整个国家体系运作中占有极其重要的地位,法律使无序代替有序,法律不仅是冲突的创造物,也是冲突的解毒药。规制不正当竞争行为成为必然选择。

反不正当竞争法产生伊始是为了保护诚实的企业主,其目的就是为了给所有的企业主构建公平竞争的环境。大约在1850年,不正当竞争法这一概念首次出现在法国,虽然那时还没有形成一套专门针对不诚实商业行为的贸易惯例,但是法国法院在法国民法典第1382条一般侵权责任条款基础上,发展出一套能有效治理不正当竞争行为的不公平竞争制度。该制度规定,违法行为都要承担损害赔偿^[1]。这是保护竞争者的一般规定,随后旨在保护竞争者利益的一系列不正当竞争行为也被纳入《巴黎公约》,作为一项国际条约条款确定下来。《与贸易有关的知识产权协议》第2条明确要求各成员应遵守《巴黎公约》(1967)第1条至第12条和第19条的规定。

在20世纪60—70年代,随着消费者运动的兴起,在市场竞争中消费者对自身知情权和选择权的关注,迫使所有市场竞争者又再次面临不正当竞争的新挑战——市场竞争是否需要保护消费者利益,以及如何保护的问题。目前大多数国家都将消费者利益列入反不正当竞争法的保护目标。除此之外,竞争的公平性又常常限于商业道德,商业道德的贯彻通常并不仅仅关心单个竞争者的利益,还关注公共利益。消费者运动的兴起,使得对公共利益的保护变得更加明确。因为如果消费者的知情决策的基础被不正当竞争行为所影响,公平竞争将会受到负面影响,竞争秩序将被扭曲^[2]。公共利益因而成为反不正当竞争法新的共同基础。

市场经济的快速发展,使得反不正当竞争法的价值取向日渐明朗化,或者说,人们越来越认识到反不正当竞争法保护的本质,而不仅仅将反不正当竞争法当做维护竞争者利益的一种工具。反不正当竞争法的最终目的应是保护竞争,而不单是保护竞争者。市场经济以竞争的存在为已足,没有竞争,市场经济空有其表。竞争者之间并行不悖地开展竞争并不能保证竞争秩序的建立,而损害竞争对手利益的行为也并非破坏竞争秩序的唯一形态。基于竞争的关联性,竞争的消极功能会产生一些消极后果,尤其会对公共利益造成影响,而要消除这一影响仅靠竞争机制本身和以保护个人利益为己任的侵权行为法是不可能的。某一行为不一定针对竞争对

手,但却可以通过提高该竞争者对于竞争对手的竞争力来影响市场上的竞争^[3]。

反不正当竞争法在保护目标上的变迁可以以德国为代表。德国《反不正当竞争法》最初只保护竞争者利益。20世纪30年代初期,当时主导思潮认为反不正当竞争法也要保护消费者及社会公众^[4]。帝国法院根据当时《反不正当竞争法》第1条的一般条款,宣布某些殡葬企业的招徕业务行为为不正当竞争,应当予以禁止。禁止的原因则是反不正当竞争法也应包含社会公共利益或一定的社会秩序^[5]。2004年《反不正当竞争法》改革时,直接将保护目标扩大到公共利益,在第1条规定反不正当竞争法旨在保护竞争者、消费者以及其他市场参与者免受不正当商业行为,同时保护公众在未扭曲的竞争方面的利益^[6]。

又如,作为日本禁止独占法的特别法,日本不当赠品及不当表示防止法在第1条中阐明该法具有确保公正的竞争和保护一般消费者利益的目的。通览该法之规定,也发现其与日本禁止独占法一样具有实现公共利益之意图^[6]。

再如,西班牙在1991年通过的《反不正当竞争法》第1条中明确该法的目标就是出于对所有市场参与者的利益而对竞争进行保护,从而将竞争机制作为该法的直接保护对象,这意味着该法对于传统上没有注意到的利益予以保护,即不仅保护竞争者利益,还保护社会公众的利益。与此类似,瑞士《联邦反不正当竞争法》第1条规定,该法目的在于为所有市场参与者确保正当和不受扭曲的交易,并在法律中明确对竞争者利益、消费者利益和社会公众利益的三重保护^[2]。

虽然各国法律和国际条约表述存在差异,但都殊途同归,即由对竞争者利益的单一保护,逐渐偏向于竞争者利益、消费者利益和公共利益的三重保护。而且公共利益同其他两类利益居于同样重要的地位,对于不正当竞争行为的判断有重要影响。

二、公共利益在反不正当竞争法中的内涵

公共利益是与个人利益相对的概念,集中展现了私权与公权之间的依存与紧张关系^[7]。对什么是公共利益,不同的部门法给出的答案也不同。中国《反不正当竞争法》第1条表明本法的立法目的,重在通过鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者和消费者的合法权益,从而保障社会主义市场经济的健康发展。对此,有学者指出“鼓励和保护公平竞争”即为反不正当竞争法保护的公

公共利益⁹,还有观点认为“维护竞争秩序”才是前述的“公共利益”¹⁰,另有观点认为还包括经济效率、经济自由、经济民主等。这些观点反应了其背后所持的公法或者私法的部门法立场。具体到反不正当竞争法,前述观点并没有本质差异,根据立法趣旨和立法目的,公共利益保护是其题中应有之义,而且其范围大致可以确定为“保护公平竞争的社会竞争秩序”,但其内涵还需要进一步细化。

(一)反不正当竞争法中公共利益的主体

1886年,在《在公私法中关于税捐制度、公益征收之公益的区别》一文中,纽曼从主、客观角度对公共利益进行划分,强调主观的公共利益是基于文化关系之下,一个不确定之多数人而形成的利益,而客观的公共利益是基于国家目的和任务而形成的公共利益¹⁰。也可以理解为纽曼对于公共利益的划分是从私法和公法两方面展开的。同时他也将判断公共利益的概念,由主观公益的纯粹数量(受益者)标准转化为偏向质方面的价值标准。

反不正当竞争法作为知识产权法的重要组成部分,自然带有浓厚的私法性质,因而反不正当竞争法中的公共利益更多是从主观角度进行解释,即“一个不确定之多数成员而形成的利益”。但并不是说数量不确定之多数人就是反不正当竞争法所称的公共利益,任何一个概念的界定都需要特定的适用范围,而某一领域竞争关系的存在就为公共利益提供了适用依据。竞争关系^①的存在是认定不正当竞争行为的前提¹¹。市场主体要通过竞争获得利益,但不存在竞争关系的两者并不会对彼此的利益造成损害,也就不能被认定为不正当竞争,因而不会影响正常的竞争秩序,自然对公共利益不会造成影响。则公共利益的主体应限定在具有竞争关系的某一领域中的大多数人。公共利益应是该竞争领域内的最大多数人的最大利益。换言之,多数个人利益的集合形成了公共利益,反不正当竞争法所保护的公共利益实则是竞争者、消费者以及其他市场参与者的个人利益¹²。

作为反不正当竞争法保护的三重利益,竞争者利益、消费者利益和公共利益并不能混用,三者代表不同群体的利益。这3类利益有时会出现交叉甚

至重合,但也有可能完全背离,因而需要将公共利益同竞争者利益、消费者利益加以区分,以免出现适用困境。有学者从公共利益是社会中大多数人共享的正当利益的角度出发,按照公共利益主体范围大小将公共利益分为3个层次^②,即将公共利益视为包含消费者利益、竞争者利益在内的利益群体¹³,显然,这属于对公共利益的扩大解释,同时这种分类方法也值得商榷。现代反不正当竞争法中的公共利益与竞争者利益是处于同一等级的平行关系,二者处于同等地位。它们既存在冲突也存在一致之处。在反不正当竞争法中,当个人利益与公共利益相一致时,保护个人利益也在更大程度上保护了公共利益;但二者利益更多的体现在冲突性上,竞争者为了获取自身利益的最大化,不惜以牺牲公共利益为代价。在对公共利益进行保护时要充分考虑竞争行为的正当性,使公共利益保护具有合法、正当的途径,而非以保护公共利益之名损害其他竞争者的合法权益。那么保护竞争者利益抑或保护公共利益,就需要进行利益权衡,以保证市场竞争的自由及灵活性。

公共利益与消费者利益还存在一定的交叉性,对消费者利益保护并不是传统观点所认为的一种反射保护^③¹⁴。最近“百度VS搜狗案”有关拼音输入法一审判决书中,法院甚至认为“反不正当竞争法的首要目的在于规范竞争秩序,并在此基础上反射保护经营者和消费者利益。尽管行为人的主观过错因素对行为的定性会有重要影响,但还必须考量客观上行为人的行为是否具有不当性,从而在权益人正当利益保护与行为人的行为自由之间实现妥善平衡。”^④上述判决明显不妥,不仅将消费者利益作为竞争者利益的反射保护,甚至将消费者利益和竞争者利益都作为公共利益的反射保护。但是反不正当竞争法对于三者利益是同样保护,没有直接保护和间接保护的区分。但与公共利益不同的是,消费者利益与竞争行为有直接或间接的关联性,其与竞争行为的关系更加密切。在互联网领域,网络用户的利益即是消费者利益,某一竞争行为损害用户利益不能就此认定损害公共利益。因此,单从主体上对这两个概念进行区分并不能很好界定二者的权

①现在对竞争关系的理解应作广义上的理解,即不限于同业经营者之间的关系,而且还包括为自己或他人争取交易机会而产生的竞争关系以及因破坏他人的竞争优势而产生的竞争关系。一旦将竞争关系定位于广义的竞争关系,在适用《反不正当竞争法》时就不必刻意界定竞争关系,或者侵害行为的发生本身就说明存在竞争关系。

②3个层次:第1层次为社会中多数人的利益,不考虑其与诉争行为之间的关联性;第2层次为社会中与诉争行为有某种关联但是数量不确定的某一类人的利益;第3层次为社会中与诉争行为具有更加紧密的联系但是数量不确定的某一类人的利益。

③“反射保护”是指反不正当竞争法的保护光芒本来直接照射到竞争者,但是通过竞争者间接反射到消费者,即消费者保护是作为竞争者保护的副产品。

④北京市海淀区人民法院(2015)海民(知)初字第4135号民事判决书。

利边界,还需要结合其他因素如利益内容、表现形式等进行有效区分。

(二)反不正当竞争法中公共利益的内容

公共利益有着“普洛修斯的脸”(a protean face),从不同角度观察会得到不同的结论。它的内容比较丰富,如公共健康的维护、公共秩序的和平和安全、社会资源的不被浪费、经济秩序的良好运行、环境保护等等。江平教授指出,从正面列举哪些属于公共利益的情形是无法言尽的,但从反面可以推出,凡是属于商业开发、以营利为目的的,都不是社会公共利益保护的范畴^[13]。

从反不正当竞争法保护目标的历史变迁来看,公共利益重在维持公平的竞争秩序,即保护未被扭曲的竞争^[14]。对于其他公共利益,如环境保护等,将由其他法律进行调整,不属于反不正当竞争法的任务。就此划明了反不正当竞争法与其他法律在保护公共利益上的界限^[15]。“反不正当竞争法不仅关注竞争者个人利益的保护,更加注重保护在确保公平竞争秩序基础之上的公共利益。”^[16]“社会公共利益保护的着力点在于未扭曲的竞争方面的利益和健康的市场竞争机制。”^[17]

反不正当竞争法的最终目的是保护竞争而不是保护竞争者,因而,从根本上说,反不正当竞争法保护的并不是特定的竞争对手,而是竞争秩序。同时,竞争秩序的维护和市场主体的有效竞争是相辅相成的,一个良好的竞争秩序能保证市场主体自由、公平地参与竞争,而竞争者按照市场规则开展竞争必然能保证公众在市场竞争中不受外来行为的侵害,并能使公众的利益获得最大化。因而,在反不正当竞争法中,社会公众的利益依赖于竞争秩序的健康运行,这是社会公众获得福利的前提。

行文至此,只是认识到反不正当竞争法中公共利益的总体概貌,还需要对“不被扭曲的竞争秩序”进行进一步解读。

市场是社会分工和商品/服务交换的产物,所有产权发生转移和交换的关系都可以成为市场。正如哈耶克所指出那样,竞争应被看作是一系列事件的连续过程^[18]。在绩效竞争引导下,市场主体在供需关系约束下分立行动,相互耦合,动态推进,形成竞争秩序。竞争秩序是由于市场主体之间的竞争行为对市场产生影响而形成的一种状态^[19]。它代表的是一种状态,其本身具有中性的意义,没有好坏之分,在不同的生产力状况下,竞争秩序的发育程度也是不同的。首先,竞争秩序是市场经济特有的和自发形成的,是竞争者

在参与市场竞争过程中通过人与人之间的互动和协调达成一致的结果,它使有序代替无序,为市场竞争提供了内部规则,并代表了市场经济的发展程度。其次,竞争秩序的形成也是市场竞争的道德追求,道德要求竞争者在参与市场竞争时恪守权利边界,不以损害竞争对手的合法权益和公认的商业道德为手段,保证竞争行为的正当性。第三,如果消费者基于知情决策的基础被篡改,消费者作用的基础也将被扭曲,久而久之,竞争也将被扭曲,从而对所有市场参与者都是有害的。不能为公平竞争以及消费者知情决策提供正确的机会,就不会有良好的竞争^[20]。因为在自由竞争的过程中,会产生反竞争或限制竞争的因素和力量,从而影响竞争机制作用的发挥。

而此处的“扭曲”,特指的是反不正当竞争法中的含义,并不同于反垄断法中的“扭曲”。反垄断法主要是出于市场效率的考虑,意在保护竞争自由,尊重经营者的竞争自由决策权和自由参与权,排除竞争中的垄断行为。如竞争者在某一相关市场占有支配地位,并且利用本身的竞争优势干扰其他竞争者的交易行为,如强迫他人已与己进行交易,则很有可能构成反垄断法上的“扭曲”。同反垄断法不同的是,反不正当竞争法是对公平竞争的保护,防止一切不正当竞争行为,给予所有市场参与者平等的交易机会,保证市场经济的良好运行。它以自由竞争为前提,且未受竞争限制和不公平市场行为等扭曲的干扰。判断一种竞争行为是否“扭曲了竞争”,其难易程度相当于判断一种竞争行为是否道德。竞争本身的复杂性要求对某一竞争行为是否扭曲了竞争秩序的判断综合考虑多种因素。如在百度插标案^①中,360安全卫士对百度网站的搜索结果页面进行选择性地插入红底白色感叹号图标,以此来警示用户该搜索结果存在一定的风险性,并且在没有获得其他经营者许可的情况下,修改其他经营者向用户提供的网络代码,对服务内容进行改变。该行为实际上不仅损害了竞争对手的利益,长此以往其他竞争者便会跟风效仿,就会造成整个市场秩序的混乱。安全软件仅凭自己的判断就可以对其他经营者的竞争行为造成阻碍,这在短时间内是对竞争者利益的损害,但从长远来看,没有一个统一的标准来认定行为的正当性,竞争者仅凭个人好恶对其他经营者的竞争行为实施干扰,反过来也会激发竞争对手的报复,从而造成整个市场秩序的扭曲。又如在上述的“扣扣保鏢案”中,“扣扣保鏢”是针对腾讯QQ软件设计的一款安全产品,其宗旨是确保QQ的安全,有“去QQ广告”“杀

①北京市第一中级人民法院(2012)一中民初字第5718号民事判决书。

QQ木马”等功能模块,但这一行为却对原告的商业模式以及原告产品和服务的完整性和安全性造成破坏。同时也对互联网用户的利益造成损害,该判决同意将消费者视为相关消费体验的最佳判断者,也将市场需求和竞争状况视为消费者能否接受经营者提供的某种产品或服务方式的依据,如果消费者不喜欢某种互联网产品提供的用户体验,其完全可以“用脚投票”而改用其他产品^①。扣扣保镖打着保护网络用户的名义实则是对用户利益的忽视。

竞争秩序的扭曲一方面表现在通过对竞争者的公平竞争和作出不受扭曲的决策的干扰,另一方面则表现为消费者作用的基础被扭曲。但并不是所有扭曲竞争秩序的行为只能通过这两方面完成。如,竞争者利用自身的优势地位,阻碍其他竞争者进入相关市场,在短期时间内对于竞争者造成的损失可能会很小,而消费者利益也不会受到太大的影响,但在相当长的时间内,就会使得相关市场的“一头独大”,从而造成整个市场的阻碍。又如,在对某一竞争行为进行认定时,如果认定该行为合法,那么将损害被诉方所代表的消费者利益乃至其他社会公众的利益;如若认为该行为不合法,那么其他二者利益就可以得到保护,但这样的行为无疑有助长不正之风的嫌疑。对于是否造成竞争秩序的扭曲不能仅仅以双方利益的大小为判断基准,还要看竞争行为有没有合法的权源。如果有合法的权源,即使只有一个竞争者的利益得到维护,而损害了成千上万人的利益,也不能就此认为扭曲了竞争秩序,从而否认竞争行为的正当性;如果某一行为本身是违法的,但因为认定该行为违法侵害到社会公众利益,从而以维护公共利益之名认定将该行为具有正当性,这是不妥的。只有竞争行为是合法且正当时才有保护的必要性。

三、公共利益在反不正当竞争法中的功能

互联网融合趋势明显,技术创新日新月异,新的商业模式方兴未艾,互联网技术的发展催生了一波又一波新型侵权行为。这些新型的不正当竞争行为类型增加了不正当竞争行为认定中的困扰,逐渐暴露出侵权行为隐蔽性、侵权方式多样化的特点,加之市场经济的发展对技术创新的高标准要求以及市场本身的灵活性,对于竞争行为正当性的判断更加困

难重重。世间万物,唯一不变的就是变,无论技术创新,抑或新型商业模式,都是时代发展的要求,但万变不离其宗,在社会对其相对宽容的情况下,都不能以扰乱市场竞争秩序为对价。因而将公共利益作为判断竞争行为正当性的标准也是符合时代发展要求的。竞争行为的正当性要求不得损害其他经营者的合法权益,不得违背公认的商业道德。但某一竞争行为是否正当还要看该行为是否对竞争秩序产生影响。反不正当竞争法重在保护竞争,竞争就其本质而言只是一个发现的过程,在此的任何行为都不具有优越性。它只是提供一个场所,方便试错和纠错^[20]。因此,只要竞争行为不违背竞争就应该被认为是正当的,这是竞争行为正当性的前提。

作为公共利益系统性研究的重要因素,功能性发挥了巨大的作用。如若将某一概念运用到具体法律中去,首先就要探究这一概念对现有法律的作用。每一次实践的尝试都有其目的所在,但不代表实践中的任何发现都能反过来指导实践。法律是道德生活的外部沉淀,法律的形成是社会生活的高度升华,而公共利益作为社会重要的道德要求,在法治发展过程中也逐渐占有一席之地。在反不正当竞争法中,对公共利益的保护虽然不具有主体意义,但却有评价意义,主要体现在同样可以作为判断竞争行为正当性的标准。

在反不正当竞争领域,互联网不正当竞争案例的出现是在互联网发展到一定阶段的产物,其数量的增多呈现出几个发展阶段,对于竞争行为正当性的认定也由简单走向复杂。《反不正当竞争法》列举的不正当竞争行为已远远不能解决现实中遇到的难题,因而法院从反不正当竞争法的一般条款中寻求解决问题的答案。中国《反不正当竞争法》的一般条款具有开放性,那么在判断一个竞争行为的正当与否时就需要确定抽象和概括的不正当竞争行为的判断标准,这是开放性一般条款的要求^[21]。但随着案件的复杂性增大,判断竞争行为正当性的难度也大大增加,技术进步、自由创新、消费者福利等因素作为竞争行为正当性的标准在裁判中得到了支持。同时,越来越多的法官注意到公共利益对认定竞争行为正当性的作用,例如在百度插标案中确定的“非公益必要不干扰原则”^②,同时也指出,以公益为

①最高人民法院(2013)民三终字第5号民事判决书。

②非公益必要不干扰原则指(1)虽然确实出于保护网络用户等社会公众的利益的需要,网络服务经营者在特定情况下不经网络用户知情并主动选择以及其他互联网产品或服务提供者同意,也可干扰他人互联网产品或服务的运行,(2)但是,应当确保干扰手段的必要性和合理性,(3)否则,应当认定其违反了自愿、平等、公平、诚实信用和公共利益优先原则,违反了互联网产品或服务竞争应当遵守的基本商业道德,由此损害其他经营者合法权益,扰乱社会经济秩序,应当承担相应的法律责任。参见北京市高级人民法院(2013)高民终字第2352号民事判决书。

名对他人软件采取干扰措施的要承担举证责任,否则便要承担举证不能的不利后果,以防止他人以维护公共利益之名,行违法行为之实。根据上文论述,公共利益已不是人云亦云的概念,有学者同意将公共利益作为衡量竞争行为是否正当的标准,将“消费者整体利益、国家安全、公共福利等公益作为判断某一商业言论是否构成不正当竞争的重要标准。”^[22]但对于公共利益的理解仍有些偏颇,基于上文论述,公共利益在反不正当竞争法中有独特的内涵,它仅指未被扭曲的竞争秩序,而不包括其他内容在内的公共利益。而以公共利益作为判断竞争行为正当性的标准,其主要原因在于,公共利益的主要内容就是保护未被扭曲的竞争秩序,保证市场经济的健康发展,而反不正当竞争法的根本价值就在于保护竞争。就目的性而言,公共利益和反不正当竞争法是一致的,反不正当竞争法以立法的形式保护竞争,而公共利益是对竞争的实质保护。因而反不正当竞争法中不能没有公共利益保护,而公共利益也不能被排除在认定竞争行为正当性的考量因素之外。

反不正当竞争法的核心在于维护公平竞争,公平竞争是通过竞争手段的公平和实体上的公正达致的。而公共利益在维护公平竞争上功不可没。通过将公共利益作为衡量竞争行为正当性的标准,公共利益获得了同竞争者利益、消费者利益同等的保护水平,在竞争过程中3类利益的此消彼长督促任何一方利益代表都会为了自身利益谨慎作出决定,而不至于严重损害其中一方利益。同时,这种局面的形成也减少了不正当竞争行为的发生,竞争的功能在于每个竞争者有在市场上不受妨碍地提供产品和服务的自由,每个消费者有选择所需的产品和服务的自由,竞争者的竞争自由和消费者的选择自由并行不悖地良好运行,同时竞争者之间克己自律,竞争秩序不被扭曲,这是市场经济发展的理想状态。市场调节的每一次努力都应是朝着理想状态发展,3类利益之间的制约与平衡才是竞争的最佳选择。公共利益具有独立的意义,在评价一种竞争行为是否具有正当性时,利益权衡框架作为一项较重要的评价标准确定下来,旨在协调3类利益保护^{[6][29]}。因而在维护公平竞争方面,公共利益应同其他两种利益一同放在竞争的天平上,只有这样,才能保证实质的公正而不至于对任何一方的偏袒。只有明确公共利益对反不正当竞争法的价值,才能加强反不正当竞争法对于公共利益的保护。

四、完善反不正当竞争法中的公共利益保护

(一)立法方面

中国《反不正当竞争法》自1993年制定以来已实施二十余载,在制止不正当竞争行为方面发挥了举足轻重的作用。但作为一部规范市场秩序的法律,它总体上已经严重滞后于丰富多彩、花样繁多的市场不正当竞争行为。随着互联网产业的不断发展,互联网不正当竞争问题日益突出,《反不正当竞争法》的修改势在必行。在修改中,有必要明确地将公共利益作为保护目标纳入进去,给予公共利益充分的保护,否则“公共利益”非常容易被虚化。如前所述,公共利益作为《反不正当竞争法》重要保护目标之一,和竞争者利益、消费者利益具有同等的法律价值,理应在法律条文中明确规定,因而在《反不正当竞争法》修改时,需要明确将公共利益纳入第1条的立法目的中,可以考虑修改为“为保障社会主义市场经济健康发展,鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者、消费者的合法权益以及公共利益,制定本法。”

但单单从立法精神上增加公共利益保护还远远不够。从上述案例中可得知,实践中对于违反公共利益的纠纷的主要裁判依据是《反不正当竞争法》第2条。《反不正当竞争法》第2条作为一般条款发挥了原则性的作用,在法律规则没有规定或者规定不明确的情况下,目前司法实践主要适用第2条解决那些在具体法律条文没有规定的不正当竞争行为纠纷。但从目前的条文来看,一般条款中并没有关于公共利益的具体规定,实务界直接依据该条对违反公共利益的行为进行认定无疑有“向一般条款逃逸”之嫌。另外,目前的一般条款本身不具有适用性,并不能很好地解决互联网领域出现的新问题,不能对违反公共利益的行为作出调整。司法实践往往需要借助新设原则或增订行业自律公约的做法保持法律适用的妥当性。这样做虽然在一定时期内减少了法律的修改,但就长期来看,难免会因过多增加法律效力低的规范造成法律适用的冗杂和混乱。因而在一般条款的修改过程中直接增加公共利益的规定是花费成本最小的。因此,在不对现有条文进行革命性修改的前提下,建议将反不正当竞争法中对不正当竞争的定義修改为“违反本法规定,损害其他经营者、消费者的合法权益和公共利益行为。”同时,增加公共利益的定义,即“本法所称的公共利益,是指未被扭曲的竞争秩序。”这样能将反不正当竞争法下的“公共利益”与其他法律下的

“公共利益”区分开来。

除此之外,还要对一般条款所涉案例进行类型化。司法实践中对于公共利益的保护基本沿用的是《反不正当竞争法》第2条的规定,但该条也不能庇护所有违反公共利益的行为。因此,还需要对这些行为进行类型化处理,在《反不正当竞争法》第2章中增加损害公共利益的具体不正当竞争行为,通过概括+列举的方式给公共利益单独保护,将公共利益保护放到与竞争者利益、消费者利益同等保护的位置。因此可以借鉴德国的经验,将造成整体市场阻碍行为纳入修改范围。

整体市场阻碍行为不是对单个竞争者而是对全体竞争者的阻碍,它危及市场上整体竞争的存在,包括低价倾销、大量免费提供原售产品以及大量免费提供新闻产品等^{[4]355}。但这类行为的判断也常与反垄断相联系,如滥用优势地位的行为,既涉及反不正当竞争也含有反垄断的色彩。探究行为的本质,可知“由于网络的规模化、外部性等网络经济发展带来的一系列特征,使得网络极易呈现一种自然垄断的状态。很可能会出现对于前一行为的反垄断定性影响到后续行为的反不正当竞争定性的问题,但从二分法的角度来说,无论前一行为是否违反反垄断法,后续行为都不能违反反不正当竞争法。”^[23]《反不正当竞争法》和《反垄断法》作为竞争领域中的保护法,二者相互补充,共同维护市场经济的健康有序发展。“卡特尔法中的禁止歧视与禁止阻碍规定除了包含了与‘不正当’要件具有同样实质含义的‘不公正地阻碍’要件之外,还以行为主体具有市场力(市场支配地位或市场优势地位)为前提。在这方面即对于由具有市场力的企业实施的阻碍行为,卡特尔法能够‘阻塞’《反不正当竞争法》的适用;只有在‘具有市场力’这一构成要件之外的领域,即对于不具有市场力的企业实施的阻碍行为,《反不正当竞争法》才能补充适用。”^{[4]355}对于此类行为的界定,一直是学术界和实务界较难确定的问题,德国在2004年修法时也未将这一类型纳入法典化的范围之内。但尽管与反垄断有较多的牵连,也不能排除行为的不正当性质,将其纳入《反不正当竞争法》范围也是顺理成章的。中国在修改《反不正当竞争法》时可以尝试

对造成整体市场阻碍行为的补充和完善,例如对利用技术手段滥用相对优势地位和利用网络市场的花样百出的低价倾销行为进行规制。该种行为在界定时应该强调其“相对性”,以保证能完整地落入《反不正当竞争法》的规制范围,同时也应将本属于《反垄断法》规制的行为剔除,从而保证整个《反不正当竞争法》行为规制的纯粹性。

(二)司法方面

立法的先行是为了带动司法的脚步和规范竞争者的行为。虽然《反不正当竞争法》对于公共利益的原则性保护并不能穷尽所有不正当竞争行为,但概括性规定对于公共利益的保护必不可少,同时也适应了市场调节的灵活性。而在实务界,立法已为司法实践提供了合理指引,但法官在适用一般条款进行裁判时仍需要根据具体案情的不同发挥法官的自由裁量权,那么法官在对某一竞争行为作是否违反公共利益的不正当竞争行为认定时需要结合《反不正当竞争法》的立法目的以及公共利益的相关规定,树立公共利益意识。同时在公共利益与竞争者利益、消费者利益存在冲突时,法官要根据竞争行为对各方利益的影响进行利益的协调与平衡,而不能一边倒保护某一利益而忽视其他利益的保护,同时也促使法官在阐述理由时要有理、有据,使公共利益获得应有的保护,避免保护有失偏颇。除此之外,竞争者在正常的市场竞争中也要恪守自己的权利边界,避免使公共利益成为侵犯私权的挡箭牌。

五、结语

不对公共利益的概念进行清晰界定,不能做到知其然和知其所以然,对于公共利益的研究也只能是流于表面。研究反不正当竞争法中公共利益保护,重在为公共利益的进一步保护提供概念支撑。公共利益在反不正当竞争法下主要体现为一种不被扭曲的竞争秩序,对公共利益的保护虽然不具有主体意义,但却有评价意义,可以作为判断竞争行为正当性的标准。《反不正当竞争法》目的条款和一般条款应予以修改,增加相应的损害公共利益的具体不正当竞争行为条款,完善公共利益保护。

参考文献:

- [1] International Bureau of WIPO. Protection against unfair competition (analysis of the present world situation)[R]. Geneva: WIPO Publication No.725(E), 1994: 15.
- [2] 弗诺克·亨宁·博德维希. 全球反不正当竞争法指引[M]. 黄武双, 刘维, 陈雅秋, 译. 北京: 法律出版社, 2015: 6.
- [3] 谢晓尧. 竞争秩序的道德解读: 反不正当竞争法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 66.
- [4] 范长军. 德国反不正当竞争法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 11.
- [5] 邵建东. 德国反不正当竞争法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2001: 19.
- [6] 郑友德, 范长军. 反不正当竞争法一般条款具体化研究——兼论《中华人民共和国反不正当竞争法》的完善[J]. 法商研究, 2005(5): 124-134.
- [7] 郑永流, 朱庆育. 中国法律中的公共利益[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 1.
- [8] 吕明瑜. 竞争法教程(第2版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2015: 21.
- [9] 谢晓尧. 在经验与制度之间: 不正当竞争司法案例类型化研究[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 2.
- [10] 陈新民. 德国公法学基础理论[M]. 济南: 山东人民出版社, 2001: 184.
- [11] 孔祥俊. 反不正当竞争法原理[M]. 北京: 知识产权出版社, 2005: 76-79.
- [12] 石必胜. 网络不正当竞争认定中的公共利益考量[J]. 电子知识产权, 2015(3): 31-36.
- [13] 韦景竹. 版权制度中的公共利益研究[M]. 广州: 中山大学出版社, 2011: 30.
- [14] HENNING-BODEWIG. International handbook on unfair competition[M]. Muenchen: C. H. Beck·Hart·Nomos, 2013: 3.
- [15] 孔祥俊. 反不正当竞争法的创新性适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2014: 76.
- [16] 冯晓青. 论知识产权法与竞争法在促进有效竞争方面的平衡与协调[J]. 河北法学, 2008, 26(7): 40-49.
- [17] 杨华权. 消费者同意的计算——兼评“非公益必要不干扰原则”[J]. 电子知识产权, 2015(4): 88-93.
- [18] 哈耶克. 法律、立法与自由: 第2、3卷[M]. 邓正来, 张守东, 李静冰, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2000: 369.
- [19] 徐士英. 市场秩序规制与竞争法基本理论初探[J]. 上海社会科学院学术季刊, 1999(4): 93-102.
- [20] 蒋舸. 关于竞争行为正当性评判泛道德化之反思[J]. 现代法学, 2013, 35(6): 85-95.
- [21] 周春慧. 互联网不正当竞争纠纷规制进路之反思[J]. 电子知识产权, 2014(10): 1.
- [22] 吴汉东, 吴一兴. 安全软件警示内容的商业言论规制——兼评“非公益必要不干扰原则”[J]. 电子知识产权, 2015(3): 19-24.
- [23] 蒋舸. 《反不正当竞争法》一般条款在互联网领域的适用[J]. 电子知识产权, 2014(10): 44-50.

On the Public Interest under the Anti-unfair Competition Law

YANG Huaquan, CUI Beibei

(School of Law, Beijing Institute of Technology, Beijing 100081, China)

Abstract: Though the public interest is protected as one of the important objects under the Anti-unfair Competition Law, there are still a lot of acts of competition against the public interest in the internet. Due to the imperfections of the laws and the uncertainty of public interest, public interest is not duly protected. This article argues that the public interest under the Anti-unfair Competition Law is mainly expresses as fair competition. Based on the judicial practices, this article takes the connotation of public interest as the starting point, then clarifies its history of the protection, distinguishes the interests of competitors, the interests of consumers and the public interest, and then explains what fair competition means, elaborating its main function in justifying which act is fair and promoting fair competition. For the purpose of a more perfect protection of the public interest, the article concludes that an amendment to the Anti-unfair Competition Law and an improvement of judicial practice are necessary.

Key words: anti-unfair competition law; public interest; purpose of protection; act of competition; competition order; network economy

[责任编辑: 箫姚]