

不正当竞争的判断步骤

黄武双

(华东政法大学 知识产权学院 上海 200050)

摘要:在我国,判断不正当竞争纠纷尚未形成统一的标准。尤其是针对非类型化的不正当竞争行为,尚缺乏对可保护利益的判断标准。本文主张宜采用比例原则来判断是否存在可保护利益。接下来是判断是否具有竞争关系上,在判断竞争关系时宜采用产品或服务可替代理论,也就是说,只有存在产品或服务存在可替代性时,才构成竞争关系。最后,是判断在特定竞争关系下,竞争行为是否造成了被竞争者的损失,只有造成了被竞争者的损失且损失与竞争行为存在因果关系的情况下,才构成不正当竞争利益的损失。按照以上三个步骤,判断不正当竞争纠纷就容易多了,而且标准统一。

关键词:不正当竞争;可保护利益;比例原则;竞争关系;损失;因果关系

中图分类号:D 922

文献标识码:A

文章编号:2096-9783(2021)03-0001-07

引言

不正当竞争的判断始终是我国司法实践未解决的难题。一个竞争行为是否构成不正当竞争,各有各的判断思路。司法实践尚未统一。有的认为应该考虑竞争秩序的损害和利益衡量规范^[1];有的认为应对以《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》)第二条规定的商业为基础,兼顾多重法益保护的原则,贯彻比例原则的适用^[2];有的认为,基于该种行为具有不正当可能性进而推定经营者之间应当具有竞争关系,理应受到法律调整^[3];有的认为应当以非正当性为核心判断标准,以公认的商业道德为判断方法,以诚实信用为补充,以损害结果为依据,以互联网竞争自由和秩序、自律规范、消费者利益为辅助考量因素^[4];有的认为在认定不正当竞争中,不再需要以竞争关系为前提^[5]。以上各种观点均不全面,未能反映出不正当竞争的实质。本文经过梳理,得出了不正当竞争的判断步骤。只要按照这个步骤逐步判断,一个行为是否构成不正当竞争大致能判断出来。

一、存在可受法律保护的利益

不正当竞争纠纷中,如果没有可保护利益,则不

能构成不正当竞争。因为法律没有必要认定一个不存在可保护利益的市场竞争行为为不正当竞争。这就如同侵权法那样,先要找出一个权利被侵害,才有可能给予救济。找出一个可保护利益,乃是判断构成不正当竞争的前提。

(一)类型化不正当竞争行为的可保护利益判断

在判断一个行为类型化的不正当竞争行为时,由于法条已经规定了可保护利益,只要对照法条就可以了。《反不正当竞争法》规定了七种类型的不正当竞争行为,他们分别对应了可保护利益。《反不正当竞争法》第六条对应的可保护利益是有一定影响的标识,第七条对应的可保护利益是不得利用贿赂行为获取竞争优势,第八条对应的可保护利益是不得作引人误解的虚假宣传误导消费者,第九条对应的可保护利益是商业秘密,第十条对应的可保护利益是不得利用有奖销售欺骗消费者,第十一条对应的可保护利益是不得利用虚假信息损害竞争对手的商业信誉、商品声誉,第十二条对应的可保护利益是不得利用技术手段,实施妨碍、破坏(干扰)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。

(二)未类型化不正当竞争行为可保护利益判断

首先依据商业惯例来判断是否存在可保护利益。

商业惯例,即我国法律所称的商业道德。私人生活领域和政治生活领域的道德共同体规范或者说公众道德是不能完全、直接适用于商业社会的,商业社会有着不同于私人生活领域和政治生活领域的秩序和规则⁶。私人生活领域和政治生活领域的道德,充斥着“善与恶”“美与丑”“好与坏”的价值判断,而商业道德则纯粹属于技术规则,内在不包含“善与恶”“美与丑”“好与坏”的价值判断,而仅仅是理性经济人出于对交易便利、交易效率的追求而采取的交易形式。这种交易形式,随着使用次数的增多,逐渐形成了交易惯例。例如,乘坐交通工具就形成了乘公交车先买票后上车和坐出租车先上车后买票的交易惯例,这纯粹是为了交易的便捷。又如,人们在走进快餐店,就意味着接受先付钱再吃饭的交易方式,而不是像走进饭店吃饭那样,要等到用晚餐在付钱的交易方式。这是因为快餐店为了尽量降低价格,快餐店服务员没有那么多,不可能有服务员专门为你提供服务。在已经形成商业惯例的领域进行交易,人们在交易时都得遵从商业惯例。

然而,在诸多新近出现的领域,就交易尚未达成共识,形成交易惯例。在这个时候,人们又遵从什么规则进行交易呢?应适用比例原则来判断是否存在可保护利益。

(三)比例原则的含义

比例原则旨在考察不同方式(行为、手段)对两个相冲突利益(原则、目的、价值等)的各自影响,从而选择能够最大限度上同时兼容两种利益的方式。因此,在比例原则的视角下,没有什么利益是绝对的;相反,各种受到法律认可的利益应该尽可能相互妥协、相互协调、相互兼容,从而均能够在最大限度上得以实现,甚至在相互协调中各自得到更大地发展。通说认为比例原则包含适当性原则、必要性原则和狭义比例原则三个子原则。

1. 适当性原则

适当性原则,是指所采取的损害第一种利益的行为(受诉行为)必须能够实现所追求的目的(第二种利益)或至少有助于该目的的达成。这个原则是一个“目的导向”的要求,要求行为在目的—手段的关系上必须是适当的。通说认为,即使相关行为只是部分有

助于目的之达成,也不违反适当性原则,并且这个最低标准不以客观结果为依据,而以行为作出时行为人是否考虑到相关目的为准。在行政和商业实践中,任何一个行为都多少会有助于达成目的,因此本原则实际很少起作用。不过,并不排除某些行为仅以追求某个目的作为借口,实际上完全无助于该目的的实现。

2. 必要性原则

必要性原则,又称为最小侵害原则,是指在前述适当性原则已获肯定后,在能达成目的的多个方式中,应该选择对第一种利益最小侵害的方式。换言之,不存在任何其他能造成更小侵害而又能同等达成目的的行为来取代该行为。这里实际包含两层意思:其一,存在多个能够实现目的的行为方式,否则必要性原则没有适用的余地;其二,在能够同等实现目的的诸多方式中,选择对第一种价值侵害最小的一种方式。可见,必要性原则是从“后果”上来规范行为与所追求的目的之间的比例关系。不过,要求被告在行为时逐一考察各种可选方案并选择其中侵害最小的方式,显然是一种苛求。因此,实践中通常会给予被告较大的自由裁量空间,只要求不存在侵害性明显更小的替代方式即可。另外,还需考察侵害性较小的方式在实现正当目的方面是否同等有效。如果一种方式虽然侵害性更小,但实现正当目的的能力也明显更小,它也不构成否定受诉行为必要性的理由。正因为如此,《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)在考察比例原则项下的必要性时,往往会对被告作较为宽松的要求。例如,根据《欧共体条约》第81(3)条的规定,被告可以以效率作为正当理由主张限制竞争的协议豁免承担责任,但需要满足四个条件,其中之一是限制性协议不得施加并非实现效率所不可或缺的限制,这是对必要性原则的要求。在这一判断过程中,欧盟委员会给予企业较大的自由裁量权,不要求协议方证明系争协议是限制性最小的同等有效的方式^①,只要求协议方解释并证明“表面上现实且限制性明显更小的替代方案效率上会明显更低”^[7]。

3. 狭义比例原则

狭义比例原则,又称比例性原则,要求为追求一定目的而采取的方式,对第一种利益的侵害强度不得与达成目的的需要程度不成比例,即该方式给冲突

^① 2004年《欧共体并购条例》第85段有相同的要求。

的利益造成的侵害不得逾越它从实现正当目的中获得的利益。它强调的方法是利益平衡的方法,权衡追求目的所要达到的利益(收益)与为实现这一目的而对相冲突利益造成的损害(成本)之间是否成比例。这一平衡过程并不是通过精确地计算两个变量的数值大小然后加以比较,而是较为粗略地比较两个变量。在美国反垄断法实务中具有重大影响的《反托拉斯法专论》指出:“当一头大象和一只老鼠分别坐在跷跷板的两端时,无需精确的天平,我们也能知道结果如何。”^[8]德国著名法学家罗伯特·阿列克西对于狭义比例原则项下的平衡提出一个著名的“平衡公式”,它实际上是对一个重要理念的直观表达:“一个原则未得到满足或者遭受侵害的程度越大,另一原则得到满足所具有的重要性也必须越大。”^[9]因此,当一种利益受到严重损害时,另一种利益必须实现重大的收益才能维持平衡,微不足道的收益不足以平衡严重的损害。由于平衡公式通过在两个变量之间不断进行调整,维持一种总体平衡——成本变大,收益也要变大;收益变小,成本也必须变小——学理上形象地把这种方式称为“滑尺”。但无论是“大象—老鼠”式的平衡还是“滑尺”式的平衡,都只能衡量明显失衡的状态。因此,比例原则的分析框架下必然会存在胜负难分的案件。法律应对这一难题的方式是对违反狭义比例原则的认定设置一个严格的门槛,即只有当损害明显大于收益时才构成对狭义比例原则的违反;如果造成的损害与所实现的收益相比并不明显失衡,则认定为合法,从而给行为人留下足够的自由裁量的空间,而不会动辄违法。

综上所述,适当性原则要求手段有助于目的实现,必要性原则要求实现目的的手段是侵害性明显更小的,而狭义比例原则是通过对手段负面影响的考量,要求目的本身的适当、不过分^[10]。

(四)以比例原则判断不正当竞争行为的分析框架

如前所述,比例原则是用以处理合法利益之间冲突关系的工具,因此,以比例原则判断一个行为是否构成不正当竞争需要首先明确发生冲突的利益是什么。

在大众点评诉百度案件中,“百度地图大量使用大众点评网的点评信息,替代大众点评网向网络用户提供信息”,造成了大众点评的损害^②。首先,确定损害是否正当。百度公司为了自己的业务扩张,参与竞争造成大众点评的损害,此损害乃是一个正常经营者追求正常的业务所导致的,不可谓之目的不正当。其次,确定必要性。考察必要性时,通常由原告提出存在能够同等实现正当目的、但对原告权益损害更小的替代手段。由于百度地图完全可以采用与大众点评不同的方式使用点评信息,而采取损害更小的方式使用,例如开发一种更能完全不同的软件,因此不满足必要性原则。实质上,至此已经能够判断出可保护利益了,无需进入第三个判断阶段。当然,为了印证一下结论,我们姑且进入第三个阶段的判断。第三,狭义比例原则考察。被告百度地图给原告造成的损害是否大大超过了不以同样的方式使用而给原告带来的利益?原告系合法拥有点评信息和用户评价所带来的利益,被告以同样的方式使用后,与原告产生竞争关系,就会争夺原告的市场份额。被告百度地图给原告造成的损害大大超过了不以同样的方式使用而给原告带来的利益,这种损害是全面的、毁灭性的;因为大众点评花钱搜集点评信息,而百度地图无偿使用大众点评搜集的信息与大众点评展开竞争,百度地图参与竞争的成本为零。基于以上分析,可以得出原告对点评信息和用户评价信息拥有合法利益。

二、存在具体的竞争关系

只要在构成竞争关系的情况下,才能认定构成不正当竞争。如果双方的行为不构成竞争关系,说明双方的市场行为属于自由范畴,二者没有什么联系,也就不可能认定为不正当竞争。

(一)竞争关系的认定

反不正当竞争法关于搭便车、食人而肥的问题。搭便车属于正常现象,不存在可责性。凡是法律未规定的,都属于自由竞争的范畴。在经营者之间不存在竞争关系的情况下,吸收借鉴某些经营成果并开发自己的成果则不构成不正当的搭便车。

^② 参见(2015)浦民三(知)初字第528号。

经营者成为竞争者,以一个或多个作为商品、服务的供应者或需求者的经营者处于具体的竞争关系为前提条件。具体竞争关系的一方是违法行为人(或受益的第三人),另一方是受损的经营者。如果一方受益就是另一方的受损,受益与受损属于能量转换式的产品、空间及时间的结果,则双方存在具体的竞争关系。其前提是,双方在同样产品、空间及时间相关市场活动,或即将在同样产品、空间及时间相关市场活动(潜在竞争)^[11]。在购买商品会接受服务时,双方指向相同或类似商品、服务的供应者,即指向相同的供应群,则构成具体的需求竞争关系^[12]。存在特定竞争关系是不正当竞争的另一特点。如果双方不处于特定竞争关系中,也就是说双方产品或者服务没有替代关系,双方就不会有竞争关系。只有双方有产品或服务有替代关系的情况下,提供相同的产品或服务才可能被认定为不正当竞争。在美国,《反不正当竞争法重述(第三次)》指出,“本条适用于与行为人直接竞争者所遭受的损害,也适用于因行为人决定进入或继续经营而受到影响的其他人所遭受的损害。因此,间接竞争对手或其他经营者的雇员或供应商,因行为人在市场上受到损害,行为人不承担责任。”^③

有法院认为本地交互通讯商从事经营的方式、营利的模式、收费的对象与远距离交互通讯商不同。即使远距离交互通讯商因本地交互通讯商与免费会议服务公司达成收入返点协议,而导致经营成本上升。远距离交互通讯商与本地交互通讯商、免费会议服务公司并不相互竞争,驳回了其提出的不正当竞争诉请^④。在“Loeb v. Turner”案中,凤凰城一家广播电台认为,德克萨斯一家广播电台盗用了凤凰城汽车赛的新闻报道。德克萨斯广播电台的记者并无在赛车场内获得比赛的信息,而是通过在凤凰城的广播区域,收听原告广播而完成信息收集。法院认为盗用原则并不能适用,因为这两个电台之间它们的广播播送地区没有重叠,相互不竞争^⑤。

虽然,hiQ与LinkedIn之间不构成具体竞争关系,但有可能是潜在的竞争对手,双方亦构成竞争关系。是否构成潜在竞争对手,应对以行为时视LinkIng的业务开展情况而定。如果行为时,LinkedIn已经做好了开展竞争业务的准备,则可以看做是潜在竞争对手;如果LinkedIn根本没有做好开展竞争业务的准备,则不能视为竞争对手。例如,在“hiQ v LinkedIn”案件中,法院假定hiQ构成潜在竞争对手。如果类似于LinkedIn这种掌握大量公共数据的公司,有权选择性地禁止潜在竞争对手获取和利用其他公共数据的话,那么结果是——完全排除原始创新者聚合和分析公共信息——根据加州法律,可能被视为不正当竞争行为^⑥。

(二)竞争关系的实例考察

在“LinkedIn Corporation v hiQ Labs, Inc.”案中^⑦,hiQ基于数据挖掘和利用,推出的产品与LinkedIn没有竞争关系,是一种全新的服务,hiQ提供一种使用来自内部和外部的各种来源的数据来预测员工流失的产品。hiQ提供两种分析服务:第一种是Keeper,旨在识别最有可能被聘用的员工。据hiQ称,该产品使雇主能够提供职业发展机会、留存奖金或其他津贴,以留住有价值的员工。第二个是Skill Mapper,总结员工的整体技能。除其他外,该工具旨在帮助雇主确定其员工之间的技能差距,以便他们能够在这些领域提供内部培训,促进内部流动并减少外部招聘的费用。而LinkedIn创立于2002年,是一家有着5亿多成员的专业社交网站。成员发布简历与工作清单,并与其他成员建立专业的“联系”。LinkedIn明确否认对用户发布到其个人资料中的信息的所有权:根据LinkedIn的用户协议,提交或发布到LinkedIn的内容和信息的所有权归成员个人所有,并仅授予LinkedIn一项非独占许可,即“使用、复制、修改、分发、发布和处理”这些信息的权利^⑧。hiQ实验室所提供的服务与LinkedIn所提供服务和服务之间没有替代关系,与LinkedIn之间没

③ Restatement (Third) of Unfair Competition § 1 command a: The freedom to compete (1995)。

④ Qwest Communications Co. v. Aventure Communications Technology, LLC, 86 F.Supp.3d 933。

⑤ 257 S.W.2d 800 (Tex. App. 1953)。

⑥ hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corporation, 938 F.3d 985 (2019)。

⑦ hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corporation, 938 F.3d 985 (2019)。

⑧ hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corporation, 938 F.3d 985 (2019)。

有竞争关系。LinkedIn 提出一项利益,即防止“搭便车”者使用其平台上发布的个人资料。但 LinkedIn 对用户提供的信息没有可受保护的财产性利益,因为用户保留了对其个人资料的所有权。

相反,在大众点评案件中,百度公司通过搜索技术从大众点评网等网站获取信息,并将搜索引擎抓取的信息直接提供给网络用户,其和大众点评网一样都向网络用户提供商户信息和点评信息,百度公司不仅是搜索服务提供商,还是内容提供商^⑨。因百度挖掘利用数据后,推出的是与大众点评具有同质化竞争关系的产品或服务,因而被认为是无偿使用他人的产品或服务,与他人展开竞争,构成产品和服务的替代关系,构成不正当竞争。如果百度使用了从大众点评挖掘的数据,之后开发出功能完全不同的产品或服务,在产品或服务上没有替代关系,就可以合法地利用这些数据,而不构成不正当竞争。

在微博诉脉脉案件中,脉脉软件为一款移动端人脉社交应用软件,通过分析用户的通讯录数据,依托职场动态分享、人脉管理、人脉招聘、匿名职场八卦等功能帮助用户发现新朋友,并建立联系。新浪微博是一款既可用电脑客户端,也可以用移动端访问的社交媒体平台应用,供用户进行创作、分享及查询信息。同时,脉脉软件的受众群体较为固定,主要为国内在职或求职人员。微博的受众群体不固定且范围广泛,不仅有媒体机构、企业、政府等,还有普通个人、名人及社会公众人物等^⑩。因而二者不构成竞争关系。

三、造成损害

一个市场竞争行为没有造成他人损害,也就没有必要给予救济。一个要获得救济的行为,一定要以造成损害为前提。所谓无损害无救济,就是这个道理。

(一)搭便车中性意味着应谨慎认定竞争利益受损

我国法院往往以维护“商业道德”为依据,反对“不劳而获”“食人而肥”的“搭便车”行为。譬如在“金庸诉江南”案一审判决^⑪中,法院认为被告不侵犯演

绎权:“仅使用从具体情节中抽离的角色名称、简单的性格特征及角色之间的简单关系……难以构成与原作品的实质相似性……被告围绕人物角色展开撰写故事的开端、发展、高潮、结局等全新故事情节,创作出不同于原告的校园青春文字小说……不会导致读者产生相同或相似的欣赏体验。”这意味着原被告的作品有着不同的阅读感受,二者不会发生相互替代的作用,一个只读了《此间的少年》的读者并不会得到了充分的满足,不再看金庸撰写的小说,金庸小说本身依旧保持畅销。而且,原告也没有证明、判决更没有论述被告的作品会淡化、丑化原告作品或原告作品中的人物形象。法院仍泛泛地认为,基于“文化产业领域公认的道德规范”,认定被告行为具有不正当性,甚至提出了不以营利为目的的使用才是正当的使用的观点,实质上对搭便车持较高程度的禁止。以上类似观点,系简单地基于“劳动价值理论”、“如果有价值,就有权利”作出推理,存在缺陷。

(二)不能以消费者利益受损来证成原告损失

消费者利益是否受损,可以成为判断是否具有可保护利益的参考因素,但不能以此证成原告是否遭受损失。其原因是消费者利益受损在反不正当竞争法中没有赋予诉权救济。我国反不正当竞争法并没有为消费者配置诉权——无论是个体还是消费者协会的团体诉权^[13]。除非竞争行为某种对其他利益主体的影响已经波及原告的竞争利益,否则转致不相同主体的损害是不妥当的。消费者受损的利益由消费者通过合同或侵权之诉来主张赔偿。消费者受损的利益没有纳入竞争利益损害的范畴。也就是说,在我国,消费者利益的损害不算作竞争利益的损害,而是作为考量竞争利益保护一个因素。能够因不正当竞争行为而获得私法救济的主体是经营者,消费者利益保护是间接的,通过在私法上救济经营者、在公法上惩罚行为人实现。假如一项侵犯消费者权益的不当行为,消费者与经营者此时明显构成买卖关系,双方发生广告宣传、讨价还价、达成交易等一系列行为,明显不落入“竞争”的惯常含义,不存在竞争关系,构建

^⑨ 参见(2015)浦民三(知)初字第528号。

^⑩ 参见(2016)京73民终588号。

^⑪ 参见广州市天河区人民法院(2016)粤0106民初12068号民事判决书。

所谓“经营者与消费者之间的对向竞争关系”^[14]。在考虑某种利益是否值得反不正当竞争法保护时,要整体分析是否对消费者提供更多福利,是否对消费者利益有更多维护。注重不正当竞争纠纷诉求主体的差异,要求法官论证因消费者利益受损而致原告竞争利益受损时,更加注重对因果关系展开分析。“在企业数据纠纷中,保护用户隐私这面‘大旗’始终被数据持有企业反复提起和强调,尤其是在我国立法尚未确认企业数据权利的当下……若对照企业的实际行为,常会发现‘言行不一’现象……数据持有企业是以保护用户隐私之名,行限制对手竞争之实。”^[15]

(三)损害与竞争之间具有法律上的因果联系

搭便车中性提出了“不能怎样作判断”的观点,“应当怎样作判断”仍需分析。在动态竞争的市场中,损害是常态,不损害才是例外^[16],有损害并不必然等于不正当竞争。事实上的损害并不必然意味着要赔偿,除非损害与竞争行为之间具有法律上的因果联系。在满足前述存在可保护的利益和具体的竞争关系的前提下,损害与行为之间具有因果关系。

类似“非公益必要不干扰”的规则已广受学界批判^[17]。另外,要求竞争损害为超过“必要限度”、“合理限度”的观点,始终欠缺清晰简明。在德国,由《德国民法典》第 823 条第 1 款所确立的侵权损害赔偿模式,原则上限于侵犯绝对权所导致的损害;而绝大多数不正当竞争行为则表现为侵犯相对人所享有的尚没有上升为“绝对权”的一般性法益导致对方“纯粹经济损失”(pure economic loss)的行为。对于这种纯粹经济损失,除非它构成了《德国民法典》第 826 条所规定的“故意以违背善良风俗的方式,导致他人损害”,否则法律上无法提供损害赔偿的救济^[18]。德国判例和学说试图通过对《德国民法典》第 823 条第 1 项“故意和过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利”中的“其他权利”作有限扩张解释,扩大对纯粹经济损失的保护。其典型当属营业权之设立。通说认为,营业权属于《德国民法典》第 823 条所称的其他权利,具有绝对权性质,受保护的须与企业经营具有关联,其主要类型有主张实际上不存在的专利权和商标权、要求企业不得制造一定产品或使用商标、物理上妨害企业经营等^[19]。如上所述,《德国民法

典》对纯粹经济损失给予了有限制的归责,其法律特征为:第一,对纯粹经济损失的法律保护采严格限制态度,以防加害人赔偿范围任意扩大,保持侵权关系各方当事人利益平衡。如果要求加害人对预见范围之外的损失予以赔偿,显然过分加重了加害人行为的成本,无法实现侵权因果关系理论之限制侵权救济范围和程度的法律功能。第二,对纯粹经济利益的保护以法律认可为前提,扩张行为人损害预见范围以广大范围地保护受损害利益。在因果关系上,纯粹经济损失除非被纳入营业权的范畴,或者除非能够证明是“故意”且“违反善良风俗”,否则损害与行为之间没有因果关系。

与德国民法法定化的思路不同,英美侵权法是通过建立多个独立侵权行为类型对侵权行为加以规范的。每一侵权行为类型各有历史渊源、构成要件和抗辩事由,因而,英美侵权行为法对特定利益的保护方式也就因侵权行为类型不同而有差异。我们认为,适用范围日益广泛的过失(Negligence)侵权类型具有主导地位。该类型侵权行为的构成要件有三:(1)注意义务(Duty of Care);(2)义务违反(Breach of Duty);(3)损害(Damage)。英国法院适用过失侵权行为对案件作出裁决时,对纯粹经济损失的请求向来是以加害人对此经济损失有无注意义务,即以侵害行为与经济损失有无因果关系为判决理由的。英国法官 Lord Denning 在著名的 Spantan Steel and Alloys Ltd V. Martin and Co. Ltd. 一案判决理由中曾论及,受害人得否请求经济损失赔偿就根本言之乃是法律政策的问题;以注意义务的有无、损害是否具有因果关系来决定被告的责任实在是基于政策的考量,旨在适当限制被告的责任^[20]。

从以上分析可知,大陆法系侵权行为法和英美侵权行为法均是以法定注意义务来限制纯粹经济损失的赔偿,对法定义务之外的纯粹经济损失不予保护。两大法系在责任范围因果关系认定上的差异仅仅在于,大陆法系将加害人法定注意义务通过成文法明示指引,而英美侵权法将注意义务交由法官依照普通法一般原则来界定。

结 语

在不正当竞争纠纷的判断中,首先是要找出可保护利益。在类型化的不正当竞争中,由于法律已经规

定了可保护的法益。只要核对诉争的利益是否落入可保护利益的范畴,就满足不正当竞争的前提条件。关键难点在于非类型化的不正当竞争纠纷是否具备可保护利益的判断上。非类型化不正当竞争纠纷的可保护利益,应适用比例原则判断其是否存在以及其正当性。接下来,就要判断诉争的纠纷双方是否存在竞争关系,只有存在竞争关系的情况下,才能落入不正当竞争纠纷的调整范畴。最后,不正当竞争纠纷还要看是否存在损失,损失与竞争行为之间是否存在因果关系。在同时满足以上三项要件的情况下,一个不正当竞争行为才能构成。

参考文献:

- [1] 张永忠,沈玩辉.我国不正当竞争行为的规制路径及其优化[J].法治社会,2019(5):17-18.
- [2] 原源鲜.我国互联网领域中不正当竞争行为认定的反思[J].福建金融管理干部学院学报,2020(2):32-33.
- [3] 姜琨琨.综艺节目“抄袭”不正当竞争行为的认定[J].法律适用,2019(6).
- [4] 谢兰芳,黄细江.互联网不正当竞争行为的认定理念[J].知识产权,2018(5):15-28.
- [5] 温春辉.互联网不正当竞争中“竞争关系”的理性思考[J].湖北经济学院学报(人文社会科学版),2020(6):73-75.
- [6] 黄武双.经济理性、商业道德与商业秘密保护[J].电子知识产权,2009(5):38.
- [7] Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), para. 75.
- [8] Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application (3rd ed. Vol. 4)[J], New York: Wolter Kluwer, 2009:122.
- [9] See Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights (translated by Julian Rivers), Oxford University Press[M], 2002: 102; Robert Alexy, On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison, 16(4)Ratio Juris 433, 436(2003).
- [10] 兰磊.比例原则视角下的《反不正当竞争法》一般条款解释——以视频网站上广告拦截和快进是否构成不正当竞争为例[J].东方法学,2015(3):73-74.
- [11] 范长军.德国反不正当竞争法研究[M].法律出版社,2010:64.
- [12] 范长军.德国反不正当竞争法研究[M].法律出版社,2010:65.
- [13] 程子薇.《反不正当竞争法》修订视野下的消费者保护研究——以消费者诉权为线索[J].南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学),2018(1):66.
- [14] 吴伟光.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[J].当代法学,2019(1):132-139.
- [15] 徐伟.企业数据获取“三重授权原则”反思及类型化构建[J].交大法学,2019(4):20-39.
- [16] 孔祥俊.论反不正当竞争法的竞争法取向[J].法学评论,2017,35(5):18-31.
- [17] 周樾平.竞争法视野中互联网不当干扰行为的判断标准——兼评“非公益必要不干扰原则”[J].法学,2015(5):92-104.薛军.质疑非公益必要不干扰原则[J].电子知识产权,2015(2):66-70.
- [18] 薛军.质疑非公益必要不干扰原则[J].电子知识产权,2015(2):66-67.
- [19] 王泽鉴.民法学说与判例研究(七)[M].中国政法大学出版社,1998:85.
- [20] 王泽鉴.民法学说与判例研究(七)[M].中国政法大学出版社,1998:89.

(下转第16页)