

反不正当竞争法一般条款的保护限度

——以市场区分为视角

刘建臣*

内容提要：司法机关在适用反不正当竞争法一般条款对未满足知识产权客体要件的创新成果提供补充保护时，呈现出过度保护的倾向，造成经营者与竞争者之间的利益失衡。立足于行为规制的反不正当竞争法对经营者市场控制范围的容忍度较低，一般条款对竞争利益的保护应加以克制，此可经由市场界定实现。在确立主营市场与附属市场区分保护思路的基础上，应将一般条款的保护范围限定为可维持经营者最低限度激励的主营市场，并排除经营者对附属市场的延伸控制。如果竞争者对经营者经营成果的使用仅面向后者的附属市场，抑或使用对象仅为经营者基于主营业务所得的独立副产品，则不构成不正当竞争。附属市场的界定应遵循“直观经验判断—收入或投资验证—假定测试法”的递进式安排。在引入方案上，应将区分保护思路内置于利益衡量分析框架的损害要件中，并将损害限定为对经营者主营市场的实质性替代。

关键词：不正当竞争 一般条款 利益衡量 竞争秩序 附属市场

一、问题的提出

创新和竞争是经济增长与社会进步的重要驱动，如何通过法律配置实现二者的良性发展，已成为世界主要经济体面临的核心议题。^{〔1〕}在诸部门法中，知识产权法为创新成果提供了直接有效的保护，但其所设置的严苛客体要件排除了部分创新成果保护的可能。创造主体只得另行寻求其他保护路径，反不正当竞争法一般条款承担了这一功能。^{〔2〕}尽管该条款在实证层面可偶发性地制止无涉创新成果的不正当竞争行为，如强制交易、离职竞争和账号租赁等，但其

* 山东大学法学院助理研究员。

本文为国家社科基金青年项目“数据要素交易规则体系研究”（22CFX027）的阶段性成果，并受山东大学人文社会科学“全面依法治国战略实施中的数据运用与数据治理”创新团队项目建设经费资助。

〔1〕 See OECD, *The Relationship Between Competition and Innovation - Note by BIAAC*, DAF/COMP/WD (2023) 56, 2023, pp. 2-3, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2023\)56/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2023)56/en/pdf), last visited on 2024-09-28.

〔2〕 反不正当竞争法第2条规定：“经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德（第1款）。本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为（第2款）。”

主要用以解决非知识产权客体类创新成果引发的竞争纠纷，〔3〕这在一定程度上解释了为何国际公约选择将不正当竞争纳入知识产权的范畴。〔4〕此外，创新成果具有明显的溢出效应，其可启迪行业上下游的研发创新，故对其过度保护的社会成本更为高昂。〔5〕因此，本文仅分析反不正当竞争法一般条款对未满足知识产权客体要件的创新成果提供补充保护的应然限度，其主要面向非作品要素、企业数据、商业模式和人工智能生成物等创新成果。

以维护市场公平竞争秩序为使命的反不正当竞争法，理应在维持创造主体持续投资创新的激励和保障其他竞争者的竞争自由之间达致均衡，然而，在实践层面，司法机关在适用反不正当竞争法一般条款对未满足知识产权客体要件的创新成果提供补充保护时，却呈现出明显的过度保护倾向，压缩了竞争者的市场活动空间，进而引发了二者之间的利益失衡。例如，在查某镛与杨某等著作权侵权及不正当竞争纠纷案中，〔6〕对于金庸武侠小说中的人名、简单人物性格特征和人物关系等非表达性元素，著作权法有意将其排除在作品序列外，公众原本可自由使用以创作新作品，法院却选择通过反不正当竞争法一般条款提供补充保护，将被告使用该等元素创作现代校园小说的行为认定为不正当竞争。又如，在多起涉屏蔽网页广告案件中，〔7〕法院均以视频网站的“免费+广告”商业模式之静态利益受损为由，否定了涉案浏览器提供广告屏蔽功能的正当性。但法院忽视了如下可能：如果对被诉行为持宽容态度，是否会促使视频网站动态地调整商业模式以更契合消费者偏好，或者倒逼广告商设计出对消费者更具吸引力的广告，进而在经营者利益与消费者利益间形成更优均衡。再如，在我国首例涉人工智能生成物的北京菲林律师事务所与北京百度网讯科技有限公司著作权侵权纠纷案中，法院坚持作品必须由自然人创作完成的立场，否定了涉案人工智能软件所生成文章的可著作权性，但同时指出：“虽然分析报告不构成作品，但不意味着其进入公有领域，可以被公众自由使用。……如果不赋予投入者一定的权益保护，将不利于对投入成果（即分析报告）的传播，无法发挥其效用。”〔8〕在著作权法明确排除保护的情况下，反不正当竞争法一般条款似乎是提供“一定权益保护”的仅存选项。然而，法院仅预设后者能够提供保护，却不问其是否应当提供以及提供何种程度的保护。在构建全国统一大市场的现实背景下，如何限制一般条款司法适用中的过

〔3〕 参见吴峻：《反不正当竞争法一般条款的司法适用模式》，《法学研究》2016年第2期，第136页以下；张钦坤：《反不正当竞争法一般条款适用的逻辑分析》，《知识产权》2015年第3期，第31页以下。

〔4〕 参见1979年《建立世界知识产权组织公约》第2条第8项和1979年《保护工业产权巴黎公约》第10条之二第2款。尽管知识产权国际公约吸收不正当竞争有其历史原因，但这在学理上仍存在争议。在概念维度，知识产权系主体对特定客体所享有的权利，而不正当竞争并不具有此属性。See Jan J. C. Kabel & Gerard J. H. M. Mom, *Intellectual Property and Information Law*, The Netherlands: Kluwer Law International, 1998, p. 42.

〔5〕 创新成果所带来的社会价值远高于其给权利人带来的私人价值，因为企业的基础研发会同时使其自身和竞争者在下游创新中受益。See Ashish Arora et al., *Knowledge Spillovers and Corporate Investment in Scientific Research*, 111 (3) *The American Economic Review* 871 (2021).

〔6〕 参见广东省广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决书。

〔7〕 参见万象大搜（北京）信息科技有限公司等与优酷信息技术（北京）有限公司网络不正当竞争纠纷上诉案，北京知识产权法院（2023）京73民终1621号民事判决书；上海千杉网络技术与上海聚力传媒技术有限公司不正当竞争纠纷案，上海知识产权法院（2021）沪73民终93号民事判决书。值得一提的是，在2017年反不正当竞争法修改前，司法实践中普遍适用该法第2条的一般条款以制止屏蔽广告行为。随着修法后新增了作为互联网专条的第12条，法院如今多适用该条第2款第4项的兜底条款解决此类纠纷。但有法院指出，鉴于互联网专条的兜底条款缺乏违法性评价标准，只有在同时违反反不正当竞争法一般条款的前提下，方可认定不正当竞争。参见魔方网聘（北京）科技有限公司与北京网聘咨询有限公司等不正当竞争纠纷上诉案，北京知识产权法院（2021）京73民终1092号民事判决书（以下简称“魔方网聘案”）。

〔8〕 北京互联网法院（2018）京0491民初239号民事判决书。

度保护现象,实现反不正当竞争法所追求的公平竞争和平等保护,极其考验司法机关的智慧。

前述过度保护现象的根源在于,反不正当竞争法一般条款的抽象话语存在具体价值缺失。在一般条款的分析框架中,被诉行为的评判以诚信原则和商业道德为基准,而反不正当竞争法语境中的诚信原则更多以商业道德的方式体现,这意味着是否违反商业道德成为评判被诉行为正当性与否的主导性标准。然而,商业道德的概念具有模糊性,难以为法院的裁判说理提供清晰指引,这在良性交易习惯或行业共识尚未形成的新型行业中尤甚。尽管最高人民法院专门强调商业道德应当以特定市场交易参与者的伦理标准来评判,^[9]但在概念维度,商业伦理的具象性较商业道德而言并未有显著提升。受困于此,法院开始寻找理解层面的中介,以避免在个案中苦苦探求商业道德的内涵,权益侵害范式随即进入司法机关的视野。

权益侵害范式大致遵循“两步走”式裁判路径:第一步,确定原告在个案中受保护的竞争利益,其可体现为原告花费人力、财力、时间等成本所积累的竞争优势。第二步,聚焦于被告是否未经许可擅自使用了原告的经营成果,以此认定这种“不劳而获”或“搭便车”行为是否因违反商业道德而具有不正当性。^[10]该范式奉行经营者权益保护的一元论立场,预设竞争利益应受保护,只要被告的使用行为未经原告许可即具有不正当性。或者说,在权益侵害范式下,司法机关将被告未经许可的使用行为简单等同于违反商业道德。这种准财产式保护路径将本应由原告承担的证明被诉行为具有不正当性的义务,错误转移至被告证明自身行为正当,导致被告可争辩余地显著减少。^[11]其在竞争法中的后果尤为严重:一方面,对于未满足知识产权客体要件的创新成果,立法者有意将其置于公有领域以启迪后续研发创新,动辄适用反不正当竞争法一般条款提供补充保护,将侵蚀自由竞争空间,有违知识产权法的公共政策;^[12]另一方面,由于市场具有自我纠正机制,相较于执法不足的假阴性错误,执法过度的假阳性错误对市场造成的负面效应更为强烈。^[13]

为纠正权益侵害范式所致的过度保护,学界开始强调反不正当竞争法的竞争法属性,试图引导司法机关在适用一般条款时放弃对原告静态竞争利益的预设性保护,秉持损害中性理念和动态竞争观,通过衡量被诉行为的客观效果以评判其正当性与否,^[14]即一般条款适用中的违法性判断应遵循行为评价的利益衡量范式。在适用层面,该范式秉持多元论立场,以维护公平

[9] 参见山东省食品进出口公司等与青岛圣克达诚贸易有限公司等不正当竞争纠纷申请再审案,最高人民法院(2009)民申字第1065号民事裁定书。

[10] 该裁判立场源于法院长期受“劳动财产理论”影响形成的心证,却忽略了信息成果的公共产品属性,进而导致过度保护。参见崔国斌:《知识产权法官造法批判》,《中国法学》2006年第1期,第153页;孔祥俊:《〈民法总则〉新视域下的反不正当竞争法》,《比较法研究》2018年第2期,第107页。

[11] See Pamela Samuelson, *Information as Property: Do Ruckelshaus and Carpenter Signal A Changing Direction in Intellectual Property Law*, 38 (2) Catholic University Law Review 371 (1989); L. Ray Patterson, *Free Speech, Copyright and Fair Use*, 40 (1) Vanderbilt Law Review 59-62 (1987).

[12] 参见《最高人民法院印发〈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〉的通知》(法发〔2011〕18号,以下简称“知识产权意见”)第24条。

[13] See Frank H. Easterbrook, *Limits of Antitrust*, 63 (1) Texas Law Review 3 (1984); Joseph Scott Miller, *Error Costs & IP Law*, 2014 (1) University of Illinois Law Review 182 (2014).

[14] 参见蒋莉:《反不正当竞争法一般条款的形式功能与实质功能》,《法商研究》2014年第6期,第141页以下;周樾平:《竞争法视野中互联网不当干扰行为的判断标准》,《法学》2015年第5期,第96页以下;孔祥俊:《论反不正当竞争的基本范式》,《法学家》2018年第1期,第54页以下;张占江:《反不正当竞争法属性的新定位——一个结构性的视角》,《中外法学》2020年第1期,第196页以下;黄汇:《反不正当竞争法对未注册商标的有效保护及其制度重塑》,《中国法学》2022年第5期,第87页;陈耿华:《反不正当竞争法一般条款扩张适用的理论批判及规则改进》,《法学》2023年第1期,第169页以下。

竞争秩序为终极价值取向，通过衡量被诉行为对经营者、消费者和公共利益等三元叠加利益的影响进而得出结论。^[15] 维护公平竞争秩序是反不正当竞争法的首要价值，在利益衡量分析框架中处于核心地位。2017年反不正当竞争法修改时，将一般条款中的“扰乱市场竞争秩序”前置，以突显其在评判被诉行为正当性与否中的核心地位。事实上，反不正当竞争法正是通过维护公平竞争秩序以保护经营者的私主体利益、消费者的群体利益和社会公共利益，故利益衡量范式应在抑制权益侵害范式的过度保护方面发挥重要作用，毕竟其并非总是选择保护原告。具言之，尽管被诉行为损害了原告利益，但如果其更有利于公平竞争秩序，那么被告将免受不正当竞争的责难。^[16] 然而，方法论层面的利益衡量秉持价值中立性，难以弥合一般条款本身的具体价值缺失，既有研究亦未对反不正当竞争法旨在维护的公平竞争秩序之内涵作出具象解读。在此情形下，司法机关时常无奈地以利益衡量之名继续行权益保护之实，过度保护现象依然未能被有效抑制。例如，在新近多起涉数据不正当竞争案件中，^[17] 尽管法院在形式上进行了利益衡量分析，但仍基于对被告“搭便车”行为的道德谴责否定了被诉行为的正当性。这就不难理解为何学界开始出现向权益侵害范式回流的主张。^[18]

由是观之，澄清反不正当竞争法语境中的公平竞争秩序之内涵，并在此基础上为司法机关提供具象的价值指引，对抑制一般条款的过度保护现象尤为重要。既有研究已经提供了相对多元化的解决方案，如从知识产权法与反不正当竞争法的适用关系角度，强调司法机关应克制非结构化和非图式化的反不正当竞争法一般条款之适用，进而约束后者的过度保护；^[19] 或者主张从严把握竞争关系要件，以限制反不正当竞争法适用范围的过度扩张；^[20] 或者认为应当构建反不正当竞争法一般条款的精细化分析框架。^[21] 但这些方案仍无法回避违法性判断中损害公平竞争秩序的议题，故而无法确定一般条款的保护限度。

二、一般条款的市场维度阐释

在反不正当竞争法一般条款的司法实践中，司法机关极其依赖“实质性市场替代”标准以评判被诉行为的正当性与否。依据该标准，如果被告基于对原告经营成果的使用开发出同质

[15] 参见孔祥俊：《论反不正当竞争法的新定位》，《中外法学》2017年第3期，第741页；前引〔14〕，张占江文，第196页；绍兴衡尚科技有限公司等与淘宝（中国）软件有限公司等不正当竞争纠纷上诉案，浙江省高级人民法院（2023）浙民终1126号民事判决书（以下简称“衡尚科技案”）；北京微梦创科网络技术有限公司与云智联网络科技（北京）有限公司不正当竞争纠纷案，北京市海淀区人民法院（2017）京0108民初24512号民事判决书。

[16] 代表性案例，参见南京聪明狗网络技术有限公司等与浙江淘宝网络有限公司不正当竞争纠纷上诉案，北京知识产权法院（2019）京73民终1489号民事判决书（以下简称“淘宝比价插件案”）。

[17] 代表性案例，参见北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司与广州鱼数科技有限公司等不正当竞争纠纷案，北京市西城区人民法院（2023）京0102民初7890号民事判决书；前引〔7〕，“魔方网聘案”；深圳微源码软件开发有限公司等与腾讯科技（深圳）有限公司不正当竞争纠纷上诉案，广东省高级人民法院（2019）粤民终2093号民事判决书。

[18] 如有学者主张，不正当竞争的认定应吸纳权益保护主义思维。参见龙俊：《反不正当竞争法“权利”与“利益”双重客体保护新论》，《中外法学》2022年第1期，第75页。

[19] 参见蒋舸：《知识产权法与反不正当竞争法一般条款的关系——以图式的认知经济性为分析视角》，《法学研究》2019年第2期，第132页；刘银良：《知识产权法与反不正当竞争法关系重探》，《中国法学》2023年第6期，第194页。

[20] 参见焦海涛：《不正当竞争行为认定中的实用主义批判》，《中国法学》2017年第1期，第159页。

[21] 参见宋亚辉：《论反不正当竞争法的一般分析框架》，《中外法学》2023年第4期，第977页以下。

化的产品或服务,进而构成对原告产品或服务的实质性替代,被诉行为的正当性就会被否定。〔22〕由此延伸出的问题有:该标准中的“市场”究竟包括经营者任何既有或潜在的市场,抑或仅延及特定市场;若是后者,如何识别和确定适格的相关市场。实质性市场替代标准中市场的边界实则对应着一般条款的保护限度,这也揭示了透过市场视角限制后者的内在逻辑。

(一) 关于市场的两种解释方案

关于反不正当竞争法一般条款的市场维度阐释进路,现行法已经提供了两种颇具借鉴意义的解释方案。第一种解释方案为反垄断法确定的最狭窄市场原则。作为纯粹的行为规制法,反垄断法并未预设个案中经营者的竞争利益应受保护,毕竟“竞争法保护的是竞争,而非竞争者”。〔23〕其同样以维护竞争秩序为首要关切,通过衡量被诉行为的反竞争效果与促竞争效果以评判其违法性。〔24〕至于反竞争效果的判断,则需要考察被告是否具有市场势力或支配地位。其中,市场份额所体现的市场集中度是重要参考指标,而市场份额的测算以市场界定为前提。因此,市场界定是确定市场势力和评估反竞争效果的关键步骤,也是决定案件结果最核心的要素。

反垄断法发展出了一套完备的方法论以界定相关市场,如需求替代分析、供给替代分析和市场界限模糊时决策者使用的“假定垄断者测试”。〔25〕无论依据何者,市场界定均须遵循“最狭窄市场原则”,这意味着相关市场仅接纳那些能够限制企业涨价能力的竞品。〔26〕新近的实证研究表明,市场竞争的精细化日益强调产品的差异化,叠加法院更为重视需求替代因素,实证层面界定的相关商品市场已愈发狭窄。〔27〕法院有时会将特定市场中的核心用户群体所对应的子市场界定为相关市场,〔28〕极端情形下甚至会将单个品牌商品的次级市场界定为相关商品市场。〔29〕一言以蔽之,在市场界定的场景中,具有市场势力的经营者对市场竞争的扭曲效应更为强烈,导致即便在通常为特定产品类型子集的狭窄相关市场内,垄断者对竞争秩序的损害亦不被容忍。由此可见,反垄断法对经营者市场控制范围的容忍度极低。

第二种解释方案为知识产权法确定的跨市场控制路径。与反垄断法明显不同,作为权利保护法的知识产权法选择以法定排他权的方式将创新成果的市场收益分配给创造主体,以维持其

〔22〕 代表性案例,参见前引〔15〕,“衡尚科技案”;广州简亦迅信息科技有限公司深圳分公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷上诉案(以下简称“简亦迅案”),广东省高级人民法院(2022)粤民终4541号民事判决书;北京微梦创科网络技术有限公司与北京字节跳动科技有限公司不正当竞争纠纷上诉案(以下简称“字节跳动案”),北京市高级人民法院(2021)京民终281号民事判决书。

〔23〕 *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U. S. 294, 320 (1962).

〔24〕 *See United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34, 59 (D. C. Cir. 2001). 当然,法院亦会考虑被告是否可采取限制竞争效果更小的其他替代性措施,相当于比例原则中的“手段必要性”。*See C. Scott Hemphill, Less Restrictive Alternatives in Antitrust Law*, 116 (4) *Columbia Law Review* 938 (2016).

〔25〕 参见 U. S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Merger Guidelines 2023*, § 4.3. A, B, D. 3; Jonathan B. Baker, *Market Definition: An Analytical Overview*, 74 (1) *Antitrust Law Journal* 133-138 (2007); 我国国务院反垄断委员会《关于相关市场界定的指南》(国反垄发〔2009〕3号)第10-11条。

〔26〕 *See FTC v. Peabody Energy Corp.*, 492 F. Supp. 3d 865, 885 (E. D. Mo. 2020).

〔27〕 例如,美国联邦最高法院以往审理的反垄断案件共涉及12种商品市场,其中6种在后续案件中被界定得更为狭窄,其余6种大致不变,但并无任何一种相关商品市场被扩大界定。*See Christine S. Wilson & Keith Klovers, Same Rule, Different Result: How the Narrowing of Product Markets Has Altered Substantive Antitrust Rules*, 84 (1) *Antitrust Law Journal* 59-60 (2021).

〔28〕 如美国哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院将超市中重视健康的消费者喜好的“优选自然和有机超市”界定为相关市场。*See F. T. C. v. Whole Foods Market*, 548 F. 3d 1028, 1039-1040 (D. C. Cir. 2008).

〔29〕 *See Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs., Inc.*, 504 U. S. 451, 465 (1992).

持续从事研发创新的激励。这是因为，尽管知识产权的排他性会赋予权利人较大的市场控制力，从而产生一定的竞争扭曲效应，但并不等同于市场势力，其仅排除他人对创新成果的使用，未排除竞争对手参与市场竞争。^[30]因此，知识产权法对经营者市场控制范围的容忍度很高，原则上允许权利人进行跨市场控制，甚至知识产权的权利范围所及之处均为权利人可控制的相关市场。^[31]

基于跨市场控制路径，在违法性判断方面，知识产权法遵循权利侵害范式。只要他人对作品或技术方案未经许可的使用落入著作权或专利权的权利范围内，在缺乏法定抗辩事由时均会构成侵权。至于使用行为所指向的市场，则在所不问。商标权亦可实现跨市场控制。如在路易威登马利蒂公司与上海鑫贵房地产开发有限公司等不正当竞争纠纷案中，被告在楼盘广告牌中使用了LV商标以吸引消费者的注意，尽管房地产与该商标所注册的手提包类别相去甚远，法院仍基于涉案商标的高知名度，认定被告的使用行为具有违法性。^[32]

（二）一般条款的市场解释路径选择

反不正当竞争法一般条款的市场解释路径应根据其独特属性来确定：一方面，经营者市场势力的欠缺和保护对象的特性，决定了反不正当竞争法在两极模式之间的游移状态。经营者因不具备市场势力而对市场的扭曲效应较弱，这意味着反不正当竞争法对其市场控制范围的容忍度要高于反垄断法。同时，该法保护的是竞争利益而非法定权利，根据权利与利益区分保护的基本法理，法定权利的保护强度显著高于利益。^[33]而且，反不正当竞争法提供补充保护的对象为未满足知识产权客体要件的创新成果，根据保护强度与客体适格性程度相适应的法理，其所允许的市场控制范围也应当弱于知识产权法。诸此理由表明，反不正当竞争法对经营者市场控制范围的容忍度应介于反垄断法和知识产权法之间。

另一方面，反不正当竞争法的行为规制法属性意味着，其在两极模式之间游移的砝码更靠近反垄断法那端。我国学界和司法实践对反不正当竞争法性质的认识历来分歧严重，其究竟系权益保护法还是行为规制法，抑或二者兼而有之，至今尚无定论。^[34]其实，未对保护效果、违法性判断标准和规制行为类型作细分的笼统讨论，无法全面把握权益保护法与行为规制法的共性和差异。具言之，在保护效果方面，二者可能较为接近。在权利束的赋权模式下，法定排他权的配置也仅赋予权利人对特定行为的控制力，^[35]且这种控制范围可能较为狭窄，如著作

[30] See U. S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* 2017, § 2. 2.

[31] See *Image Technical Servs., Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195, 1216-1217 (9th Cir. 1997); *Panduit Corp. v. Stahlin Bros. Fibre Works, Inc.*, 575 F.2d 1152, 1162 (6th Cir. 1978).

[32] 参见上海市第二中级人民法院（2004）沪二中民五（知）初字第242号民事判决书。

[33] 参见于飞：《侵权法中权利与利益的区分方法》，《法学研究》2011年第4期，第106页以下；前引〔10〕，孔祥俊文，第97页。

[34] 持权益保护法属性的代表性观点，参见孙颖：《论反不正当竞争法对知识产权的保护》，《政法论坛》2004年第6期，第68页；前引〔18〕，龙俊文，第75页；北京极科极客科技有限公司与北京爱奇艺科技有限公司不正当竞争纠纷上诉案，北京知识产权法院（2014）京知民终字第79号民事判决书。持行为规制法属性的代表性观点，参见吴汉东：《论反不正当竞争中的知识产权问题》，《现代法学》2013年第1期，第38页；孔祥俊：《论反不正当竞争法的竞争法取向》，《法学评论》2017年第5期，第30页；张占江：《不正当竞争认定范式的嬗变——从“保护竞争者”到“保护竞争”》，《中外法学》2019年第1期，第212页；前引〔22〕，“字节跳动案”。认为二者兼具的代表性观点，参见腾讯科技（深圳）有限公司等与广州合聚教育咨询有限公司不正当竞争纠纷案，广东省广州市越秀区人民法院（2020）粤0104民初46873号民事判决书。

[35] See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics?*, 111 (2) *Yale Law Journal* 360-366 (2001).

权法中的发行权和信息网络传播权等。而行为规制模式背后亦隐藏着确权思维，其通过制止被诉行为间接保护了经营者的竞争利益，这导致二者的实际效果可能趋同。在此意义上，保护效果维度的权益保护与行为规制之争或许仅停留在语辞层面。

行为规制法与权益保护法的区别体现在违法性判断标准和规制行为侧重方面。对于前者，行为规制法遵循利益衡量范式，而权益保护法推崇权益侵害范式。^[36]至于后者，反不正当竞争法第二章所规制的具体行为类型，既包括关注创新成果的法益模式，如商业标识、商业秘密和商誉等，又延及无涉创新成果的行为模式，如商业贿赂、虚假宣传和有奖销售。^[37]因此，反不正当竞争法兼采行为规制法的行为模式和权益保护法的法益模式。这也解释了为何前述部分学者和法院认为反不正当竞争法兼具行为规制法和权益保护法属性。不过，规制行为类型的差异仅为立法体例方面的形式区别，反不正当竞争法对法益模式的吸收并非意味着该等法益本身值得保护，而是他人对法益的侵害同时损及公平竞争秩序。换言之，反不正当竞争法对具体法益的保护也是维护公平竞争秩序的附带结果。^[38]因此，违法性判断标准系行为规制法与权益保护法的实质差异。在此意义上，反不正当竞争法更偏向行为规制法，其市场解释方案应更接近反垄断法，即其允许经营者控制的市场范围应较为狭窄，而非知识产权法那般对权利人提供跨市场保护。

三、一般条款保护限度的确定

反不正当竞争法同样依赖市场界定来划定经营者市场保护范围的边界。在此意义上，司法实践在适用一般条款提供补充保护时，既需要将保护范围限制在一定的市场区间，亦应划清该区间的量度。这需要从反不正当竞争法的基本价值中寻找答案。如前所述，反不正当竞争法基本且首要的价值为维护公平竞争秩序，其在利益衡量的分析框架中扮演着评判被诉行为正当性与否的最关键角色。因此，在确定一般条款的保护限度时，应溯源性地追问反不正当竞争法旨在维护的公平竞争秩序之内涵。

（一）公平竞争秩序的内涵澄清

反不正当竞争法起初主要用于制止盗用行为，即被告在未付出实质投入的情况下，通过对原告经营成果的“搭便车”而获利。美国联邦最高法院在国际新闻服务诉联合报社案（以下简称“热点新闻案”）中确立了禁止盗用规则，以制止擅自使用他人具有时效性的事实信息的行为，即禁止在“未播种之处收获”。^[39]受此裁判理念的影响，不当得利曾一度成为反不正当竞争法规制“搭便车”行为的正当性基础。^[40]该理念所秉持的价值取向为，市场参与者必

[36] 参见孔祥俊：《论反不正当竞争法的现代化》，《比较法研究》2017年第3期，第52页。

[37] 有学者将法益模式和行为模式分别称为商品方式和销售方式。参见侯利阳：《商品与销售方式二分视角下不正当竞争行为的类型化》，《现代法学》2024年第4期，第45页以下。

[38] See Ansgar Ohly, *The Freedom of Imitation and Its Limits—A European Perspective*, 41 (5) *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 507–514 (2010); Anette Kur, *What to Protect, and How? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis*, in Nari Lee et al. (eds.), *Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity: Convergences and Development*, Cheltenham; Edward Elgar, 2014, pp. 11–32. 我国持相同观点的研究成果，参见前引[21]，宋亚辉文，第971页。

[39] *International News Service v. Associated Press*, 248 U. S. 215, 239 (1918).

[40] See Rudolf Callmann, *He Who Reaps Where He Has Not Sown; Unjust Enrichment in the Law of Unfair Competition*, 55 (4) *Harvard Law Review* 597 (1942).

须通过经营自身的产品或服务获利，不得未经许可以任何方式使用他人的产品或服务。然而，这种准财产式和强伦理色彩的保护范式逐渐引发了学界和司法实践的警惕，毕竟禁止盗用规则的适用对象为知识产权法明确排除保护的事实信息，立法者原本有意将其置于公有领域供公众自由使用，^[41]一概禁止他人使用，不仅侵蚀了自由竞争的空间，而且导致那些对公众有益的使用行为被不加区分地制止。职是之故，司法机关开始另行探寻可实现经营者权益保护与公众使用自由之利益平衡的公平竞争秩序之要旨。

这种平衡的实现一方面要求限制禁止盗用规则对经营者的保护范围，另一方面要求将创新成果所生的部分利益让渡给社会公众。美国法院后续将该规则的保护范围限于制止严重损害原告激励效应的使用行为，同时豁免不具有此种效果的使用行为。美国联邦第二巡回上诉法院是禁止盗用规则的主要推动者，其在美国职业篮球协会诉摩托罗拉案和巴克莱银行诉墙上蝇虫案（以下分别简称“美职篮案”和“巴克莱案”）两个标志性判例中先后为该规则施加了严苛的“五要件标准”和“三要件标准”，且均要求“被告的行为威胁到原告所提供产品或服务存在”。^[42]这意味着只有被诉行为严重损害了原告经营的激励效应，法院才会否定其正当性。^[43]我国法院在适用反不正当竞争法一般条款时，亦已承认其激励维持功能，具体表现为司法裁判中关于被诉行为损害经营者有效激励效应的直接说理，对经营者无法收回前期投资成本的考量，或者对降低经营者投资意愿和创新动机的描述等。^[44]

在此基础上，反观我国部分学者在借鉴德国法基础上提出的将公平竞争秩序解读为“不受扭曲的竞争”标准，^[45]其或者立足于功能主义视角，强调对被诉行为客观效果的评价，^[46]但利益衡量范式已关注到这一点；或者引入更为抽象的“竞争过程”概念，旨在说明该标准保护竞争过程不受扭曲，^[47]但竞争过程这一概念因其固有的模糊性几乎被弃用；^[48]或者将该标准宽泛地界定为市场优胜劣汰的机制，将被诉行为正当性与否的评判交由是否会“抑制

[41] See *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U. S. 141, 151, 156-157 (1989); *Sears Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U. S. 225 (1964); *Compeco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc.*, 376 U. S. 234, 237 (1964). 后两案确立了“西尔斯—康姆普克”规则，以下简称“西尔斯案”“康姆普克案”。

[42] *NBA v. Motorola, Inc.*, 105 F. 3d 841, 852 (2d Cir. 1997); *Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall. com*, 650 F. 3d 876, 900 (2d Cir. 2011).

[43] 美国《反不正当竞争法第三次重述》第38条的评注明确指出：“禁止对无体商业价值的盗用确保了创造无体财产的激励”（*Restatement (Third) of Unfair Competition 1995, § 38, cmt. b.*）。美国法院承认激励效应的其他代表性案例，参见 *Scranton Times, L. P. v. Wilkes-Barre Publ'g Co.*, No. 3:08-cv-2135, 2009 WL 585502 (M. D. Pa. Mar. 6, 2009); *Pacific, Inc. v. Polaris Indus., Inc.*, 433 F. 3d 952, 960 (7th Cir. 2006); *X17, Inc. v. Lavandeira*, 563 F. Supp. 2d 1102, 1108-1109 (C. D. Cal. 2007)（以下简称“X17案”）。

[44] 代表性案例，参见深圳市我爱网络技术有限公司与北京百度网讯科技有限公司不正当竞争纠纷上诉案，北京知识产权法院（2022）京73民终1148号民事判决书；惠州市淘卓网络科技有限公司与腾讯科技（北京）有限公司等不正当竞争纠纷上诉案，北京知识产权法院（2022）京73民终1154号民事判决书；深圳市腾讯计算机系统有限公司等与斯氏（杭州）新媒体科技有限公司不正当竞争纠纷案，杭州铁路运输法院（2021）浙8601民初309号民事判决书。

[45] 2022年德国反不正当竞争法第1条规定：“本法旨在保护竞争者、消费者和其他市场参与者免受不正当竞争，同时保护公众在未受扭曲的竞争方面的利益。” See *German Act Against Unfair Competition 2022, Sec. 1 (1)*, https://www.gesetze-im-internet.de/english_uwg/english_uwg.pdf, last visited on 2024-10-13.

[46] 参见前引[14]，张占江文，第195页。

[47] 参见前引[14]，孔祥俊文，第60页；前引[34]，张占江文，第212页。

[48] 竞争过程是反垄断法中的概念，美国法院曾一度借助其评估竞争损害，但该概念须依赖更为抽象的权利和自由来界定，如交易权和行为自由等。由于其固有的模糊性，美国法院仅在20世纪60、70年代使用过。See John M. Newman, *Procompetitive Justifications in Antitrust Law*, 94 (2) *Indiana Law Journal* 513-516 (2019).

原创者的投资激励和创新动力”进而引发逆淘汰，^[49]但这依然是在反不正当竞争法旨在维持经营者激励效应的框架内展开的讨论。竞争扭曲的判断实则系从其对合理经营者的客观影响的角度予以考量，^[50]注重维持合理经营者投资创新的激励。这也解释了为何德国权威竞争法学者亦认为，不受扭曲的竞争与反不正当竞争法维持经营者激励效应和解决市场失灵的功能等效。^[51]

反不正当竞争法激励维持效应的另一面向为消除市场失灵，以提升市场竞争的效率。^[52]以无体性创新成果为例，其具有典型的公共产品属性，即非竞争性和非排他性。该类创新成果一旦被公开，将会引发盲从抄袭和擅自使用，市场自发的调节机制将陷入失灵状态。为解决因公共产品属性和负外部性所引发的市场失灵问题，立法者创设知识产权制度，允许权利人通过对市场的控制以收回研发成本并获得合理利润，进而维持研发创新的激励。^[53]未满足知识产权客体要件的创新成果因经营者的公开营销而同样具有公共产品特征，竞争者的盲从抄袭和擅自使用亦会产生强负外部性，导致经营者无法通过市场领先时间收回成本并获得合理利润。在此意义上，反不正当竞争法一般条款对被诉行为的制止可同时应对公共产品和负外部性这两个市场失灵类型。

综上，反不正当竞争法旨在维护的公平竞争秩序之内涵应为，通过消除市场失灵以提升市场竞争效率，进而维持经营者持续投资创新的激励效应。换言之，反不正当竞争法介入自由竞争的正当性在于：现实或潜在的市场失灵已严重损害经营者持续投资的激励效应。

（二）一般条款保护边界的具体划定

即便知识产权法专门建构了产权强保护机制，其也仅旨在为权利人提供足以维持其继续从事创造活动的最低限度激励，这也解释了为何立法者精心设置了严苛的客体要件、有限的权利范围以及比传统财产权更多的权利限制。举重以明轻，作为弱保护机制的反不正当竞争法，其所提供的激励同样应受限制，保持在足以维持经营者继续参与市场竞争的最低限度。^[54]那么，应当允许经营者控制多大范围的相关市场，方可实现公平竞争秩序旨在避免的严重损害经营者激励效应？对该问题的回答依赖于反不正当竞争法语境中的市场界定。

反不正当竞争法中存在主营市场与附属市场的区分保护思路，旨在保护经营者主营市场的竞争利益免受不当侵蚀，并拒绝经营者对附属市场的延伸控制。其中，主营市场指经营者通过提供产品或服务以获取主要收入来源的市场，附属市场则指在主营市场基础上形成的次级市场，包括售后市场以及未对主营市场产生替代效应的衍生市场。市场区分保护的裁判立场在美国法上尤为明显。禁止盗用规则的适用以案涉两造具有直接竞争关系为前提，^[55]直接竞争意

[49] 前引 [21]，宋亚辉文，第 974 页以下。

[50] 参见张世明：《反不正当竞争法保护客体辨说》，《政法论丛》2024 年第 4 期，第 17 页。

[51] See Reto M. Hilty, *The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces*, in Reto M. Hilty & Frauke Henning-Bodewig (eds.), *Law Against Unfair Competition-Towards A New Paradigm in Europe ?*, Berlin: Springer, 2007, pp. 21-22.

[52] 我国法院承认反不正当竞争法消解市场失灵功能的代表性案例，参见北京百度网讯科技有限公司与深圳一优网络科技有限公司不正当竞争纠纷案，北京市海淀区人民法院（2021）京 0108 民初 9079 号民事判决书。

[53] See William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 (2) *Journal of Legal Studies* 326 (1989); Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 (5) *Texas Law Review* 993-994 (1997).

[54] 参见前引 [51]，Hilty 文，第 33 页；前引 [10]，崔国斌文，第 162 页。

[55] 美国联邦第二巡回上诉法院在“美职篮案”中确立的“五要件标准”之第四项为：“被告对信息的使用与原告所提供的产品或服务具有直接竞争关系”。参见前引 [42]，“美职篮案”。

味着被告已进入原告的主营市场展开竞争，进而产生市场替代效应。美国《反不正当竞争法第三次重述》第38条的评注明确指出：“尽管适用禁止盗用规则的案件总量较少，但在该规则起决定性作用的绝大多数案件中，被告的盗用行为均在原告的主营市场……如果盗用行为并未侵入原告的主营市场，其禁止盗用的诉请几乎均被驳回。只有在极少数案件中，法院才将该规则适用于次级或衍生市场中的盗用行为。”对于适用该规则对附属市场提供保护的极少数法院判决，《反不正当竞争法第三次重述》亦持审慎的怀疑态度，认为在缺乏消费者混淆或其他违反反不正当竞争法公认原则的证据时，该等裁判结果甚至超出了宽泛的“热点新闻案”确立的规则。^[56]这清晰地表明了美国法院的主流裁判立场：禁止盗用规则仅保护原告的主营市场，如果被诉行为仅面向原告的附属市场，那么原告诉请会被法院驳回。

主营市场与附属市场的区分保护系出于以下两方面考量：第一，市场界定应遵循的原则为，确保足以维持经营者持续投资创新的最低限度激励，即应当制止严重损害经营者激励的行为。换言之，禁止盗用规则保护经营者在创造行为完成时合理期待的市场收益。合理期待的判断主要从经营者角度考察，但亦受到法律规定的制约，因为法律明确排除保护的利益并不在经营者合理期待的范围内。^[57]在此意义上，应当认定经营者对主营市场的业务收入具有合理期待。对于附属市场中的收益，尽管其可能亦具有一定程度的期待，但排除该收益并不会严重损害经营者的激励效应。波斯纳法官甚至认为，美国部分法院对原告提供附属市场保护的案件属错判，因为原告既未期望从该市场中获利，亦不期待从中收回其从事创造行为所花费的成本，故排除保护无损激励。^[58]第二，对于原告并不存在合理期待收益的附属市场，被告的进入既未对原告造成可救济的损害，亦在原告未涉足该市场时有效弥补了社会公众需求端的供给缺失。何况如果被告对原告的经营成果进行了具有创新增量的转化性使用，将产生明显提升公众福利的效应。此时，如果允许原告控制该创新成果所在的附属市场，则既会导致其对被告创新增量的反向不当得利，又会损及社会公众使用的福祉。^[59]

在实证层面，美国法院在多起案件中均坚持市场区分保护的思路。例如，在涉及设备配件的案件中，^[60]法院认为，如果原告配件不受知识产权保护，被告销售专用于原告设备且与原告配件技术参数相同的配件的，二者并不构成直接竞争。该裁判立场在涉及时效性数据的案件中亦然。例如，在“美职篮案”中，被告摩托罗拉公司未经许可，将原告主办的NBA篮球赛事的实时数据通过文字传输给其传呼机产品的使用者。法院明确指出：“由于赛事组织者的主营产品为现场门票和电视画面转播收入，收集和转播赛事实时数据属于提供不同产品……即便赛事组织者有意进入该市场，传呼机产品的制造商与该组织者仍未构成直接竞争。”^[61]在“巴克莱案”中，作为被告的新闻聚合平台使用了原告金融公司的投资建议报告，并以新闻摘要的形式提供其付费用户，同时标明了该报告来源于原告。法院认为，原告并非直接从投资建议报告的传播中获利，而是从有意遵循该投资报告进行交易的客户处收取佣金，被告则从新

[56] See Restatement (Third) of Unfair Competition 1995, § 38, cmt. c.

[57] See Wendy J. Gordon, *On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutory Impulse*, 78 (1) Virginia Law Review 238-239 (1992).

[58] See Richard A. Posner, *Misappropriation: A Dirge*, 40 (3) Houston Law Review 629-630 (2003).

[59] 参见前引[57], Gordon文, 第193页, 第241页以下。

[60] See *Clipper Belt Lacer Co. v. Detroit Belt Lacer Co.*, 223 Mich. 399, 416 (Mich. 1923).

[61] 前引[42], “美职篮案”。

闻订阅用户支付的费用中获利。二者的主营业务和客户群体均不同，故不构成直接竞争。〔62〕

美国法院在通过禁止盗用规则对经营者主营市场提供保护时亦持审慎的克制立场。因该规则保护的是美国版权法明确排除的“思想”，立法者的本意是将其置于公有领域，让公众自由使用，这是相较于为信息开发者提供额外激励更值得保护的利益。〔63〕这也解释了为何美国部分法院对主营市场的认定十分苛刻。例如，在美国高尔夫球协会诉圣安德鲁斯系统案（以下简称“高尔夫球协会案”）中，原告美国高尔夫球协会开发出用以匹配不同级别球员的差点公式，并通过自身或其授权的俱乐部向球员提供。被告在其生产的手持计算器中使用了该公式，但主要向非俱乐部球员提供，并附带性地向俱乐部出售或租赁。法院认为，即便被告使用了原告的经营成果并与其在同一市场展开竞争，但其并未面向原告的主要客户群体（俱乐部），而仅旨在抢夺次要客户，故未进入原告主营市场，二者并未构成直接竞争。〔64〕因此，该案将保护范围进一步限缩为经营者主营市场中的主要客户群体，而将主营市场中的边缘客户群体排除在外。

我国反不正当竞争法及其司法解释并未明确规定主营市场与附属市场的区分保护，但部分法院的判决已体现出该思路。其中，明确提及主营市场的为北京爱奇艺科技有限公司与北京搜狗信息服务有限公司等不正当竞争纠纷案（以下简称“爱奇艺诉搜狗案”）。在该案中，搜狗输入法向用户提供搜索词联想功能，据此可通过跳转链接的方式，将选定联想词的用户引导至己方的搜索引擎结果页面。爱奇艺认为，此举会导致其视频网站上的用户群体前往搜狗搜索引擎结果页面中欣赏视频，进而引发用户流失，遂起诉搜狗公司构成不正当竞争。法院判决认为，原告爱奇艺的主要市场是提供网络视频点播服务，被告搜狗公司搜狗输入法的主要市场是提供将各种符号输入电脑和移动设备的服务，二者的主营市场不同。即便爱奇艺的用户在输入视频名称后，搜狗输入法可能将其引导至己方搜索引擎结果页面的视频源中，但被成功引流的用户本来与爱奇艺的黏性关系就弱，此种损害未达到反不正当竞争法救济的程度。〔65〕换言之，搜狗公司并未进入爱奇艺的主营市场与其争夺主要客户群体，故不构成不正当竞争。这与前述美国“高尔夫球协会案”判决对主营市场的严苛认定异曲同工。

我国法院还在多个案件中委婉地表明了主营市场与附属市场区分保护的立场。例如，对于以“用户免费观看+向广告商收取费用”为商业模式的视频网站，其主营业务收入为广告费用，且该费用的计算以用户的浏览次数为依据。如果他人在完整展示网页内容（如未屏蔽或快进广告）且标明视频来源的前提下，通过聚合性视频软件对具体视频页面设置完整链接，〔66〕抑或浏览器软件对该页面以小窗形式播放，以供用户同时观看视频和浏览其他网页，〔67〕均不构成不正当竞争。原因在于，该行为仅面向视频网站的衍生市场，未对该网站的视

〔62〕 参见前引〔42〕，“巴克莱案”。

〔63〕 参见前引〔41〕，“西尔斯案”“康姆普克案”。2022年美国版权法仅保护具体表达，排除保护思想。思想统指“观点、程序、方法、系统、运算规则、概念、原则或发现”（17 U. S. Code 2022, § 102 (b)）。美国联邦最高法院已认定事实信息亦属于思想（See *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U. S. 340 (1991)）。

〔64〕 See *United States Golf Ass'n v. St. Andrews Sys., Data-Max, Inc.*, 749 F. 2d 1028, 1038 (3rd Cir. 1984)。

〔65〕 参见上海市杨浦区人民法院（2017）沪0110民初12555号民事判决书。

〔66〕 参见北京爱奇艺公司与深圳聚网视科技公司不正当竞争纠纷上诉案，上海知识产权法院（2015）沪知民终字第728号民事判决书。

〔67〕 参见北京爱奇艺科技有限公司与广州市动景计算机科技有限公司等不正当竞争纠纷案，北京市海淀区人民法院（2015）海民（知）初字第23773号民事判决书（以下简称“爱奇艺诉动景案”）。

次浏览次数及其主营业务收入（广告收入）产生任何替代效应。在“淘宝比价插件案”中，^{〔68〕}被告开发的购物比价浏览器插件会在用户访问某购物平台的具体商品页面时，提醒用户其他购物平台上存在价格更低的同款商品。虽然该插件利用了购物平台的流量，但其仅面向后者的衍生市场，并非引导用户前往被告自己的购物平台交易，从而与原告在主营市场展开竞争。因此，比价插件的开发与运行并不构成不正当竞争。再以数据不正当竞争案件为例，如果涉案数据系原告在主营业务基础上所生之副产品，那么原告原则上无权禁止他人对该等原始数据的使用。例如，在微信群控软件系列案中，法院认为，微信用户的账号信息、聊天内容及转账记录等数据系“用户使用微信时自动设定和收发信息形成，并非原告在运行微信过程中进行收集和再加工的成果”，故被告收集、存储和检测该等数据的行为并未侵犯原告权益，原告仅能在被诉行为威胁其数据安全时享有禁令救济，但均无法获得损害赔偿。^{〔69〕}在涉及未经允许使用微博和网络游戏平台上的原始数据的案件中，^{〔70〕}因原告的主营市场是提供社交或游戏软件，而涉案数据系用户在使用该软件过程中形成的“副产品”，被告并未与原告在其主营市场中竞争，因此并不构成不正当竞争。

相较于功能主义的进路，^{〔71〕}主营市场与附属市场区分保护的结构主义进路可为司法机关提供更为具象的指引，避免造成系统性的过度保护偏差。在此意义上，反不正当竞争法一般条款对非知识产权客体类创新成果所提供的补充保护，原则上应限于经营者的主营市场，并排除其对附属市场的延伸控制，这也是反不正当竞争法上经营者市场控制范围的限度。

四、附属市场规则的体系性建构

体系化代表着更科学高效的思维认知模型，可实质上降低司法裁判的错误成本。因此，附属市场规则也应实现体系化建构，以有效抑制一般条款的过度保护现象。

（一）附属市场规则的要义

尽管美国法院的判决体现出主营市场与附属市场区分保护的思路，但其尚未建构起体系性的规则。原因在于，美国法院和学者目前的主要精力在于探寻禁止盗用规则的整体适用范围，而非聚焦于具体要件细致阐释。美国国会在1976年版权法中新增了“联邦先占”的规定，导致州法既不得对作品提供与版权权利内容等效的保护，亦不得提供补充保护，除非其规定了不同于版权侵权构成要件的额外要件。^{〔72〕}虽然美国国会在立法报告中明确指出，1976年版权

〔68〕 参见前引〔16〕，“淘宝比价插件案”。

〔69〕 参见腾讯科技（深圳）有限公司等与厦门联络易科技有限公司等不正当竞争纠纷案，广东省广州市天河区人民法院（2019）粤0106民初38290号民事判决书；深圳市腾讯计算机系统有限公司等与浙江搜道网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案，杭州铁路运输法院（2019）浙8601民初1987号民事判决书（以下简称“腾讯诉搜道案”）。

〔70〕 参见前引〔22〕，“简亦迅案”；深圳市腾讯计算机系统有限公司与杭州祺韵网络技术有限公司等著作权侵权及不正当竞争纠纷案，广州互联网法院（2020）粤0192民初20405号民事判决书。

〔71〕 有学者在承认反不正当竞争法功能在于解决市场失灵的基础上，主张由法院根据该功能来评判被诉行为的正当性与否（参见前引〔10〕，崔国斌文，第163页）。其初衷虽可理解，但似无益于纠正过度保护的倾向。这种功能主义进路未能阐明激励的限度，导致法院一旦认为被诉行为损害原告的竞争利益，就会出于保护原告激励的考量作出不正当竞争的认定。

〔72〕 See 17 U. S. C. 1976, § 301 (a), § 301 (b) (1); Computer Assoc. Int'l, Inc. v. Altai, Inc., 982 F. 2d 693, 716 (2d Cir. 1992).

法并未排除禁止盗用规则的适用，^[73]但其究竟为该规则遗留了多大适用空间，仍依赖司法探索和学理阐释。例如，美国司法实践中就存在“整体先占”与“部分先占”的理解分歧，^[74]亦有是否应将适用对象限于时效性信息的观点差异。^[75]禁止盗用规则保护的时效性信息属于版权法明确排除的事实，而该规则又植根于州判例法，故其适用需要探寻额外要件方可避免被1976年版权法排除适用。正是出于此目的，美国法院才在判例法层面将直接竞争关系作为禁止盗用诉请的构成要件之一，^[76]以表明该规则具有版权侵权责任不包括的构成要件，但亦未进行精细化建构。此外，鉴于美国判例法所确立的规则仅对后续相同事实的案件具有约束力，下级法院受制于美国联邦最高法院“热点新闻案”的判决，多半将该规则的保护对象限定为具有时效性的事实信息，这也导致该诉由下的案件总量并不是很多。

与美国不同，我国法院适用反不正当竞争法一般条款的案件数量十分庞大，仅次于该法第6条的混淆条款。^[77]这意味着，我国对附属市场规则的建构具有远高于美国的现实需求。目前的利益衡量范式充其量是一个多因素分析的认定标准，但其并不排斥具体规则的建构，正如著作权合理使用的认定标准亦接纳了转换性使用规则。^[78]经由前文对域内外司法实践的考察，可从中提炼出附属市场规则的要义：如果被告基于原告经营成果开发的产品或服务仅面向原告的附属市场，抑或原告的经营成果仅系其主营业务的独立副产品，那么被告未经许可的使用行为不构成不正当竞争。该规则具体包括两种情形：

第一，如果被告基于原告经营成果开发的产品或服务仅面向原告的附属市场，无论该经营成果是否为原告的主营业务所得，也无论是用于被告自身业务或帮助第三人，其行为均不构成不正当竞争。在前述“美职篮案”和“巴克莱案”中，被告分别使用了原告基于主营业务所得的比赛实时数据和投资建议报告，但其使用行为仅面向原告未曾涉足的传呼机传输比赛数据和投资建议新闻发布等附属市场，并未进入原告在现场门票和电视转播以及收取交易佣金的主营市场。另在美国橄榄球联盟诉特拉华州州长案中，被告美国特拉华州政府提供了基于橄榄球赛事结果的博彩业务，法院认定原告的主营市场为球队管理和推广等，而被告的业务仅面向原告未涉足的附属市场，故驳回其诉请。^[79]我国法院的裁判立场亦如此，如在前述“爱奇艺诉动景案”和“淘宝比价插件案”中，被告对爱奇艺的视频予以小窗播放或对购物平台的商品

[73] See H. R. No. 94-1476 at 132 (1976), https://www.copyright.gov/history/law/clrev_94-1476.pdf, last visited on 2024-10-31.

[74] 前者参见前引[42]，“美职篮案”。后者参见 National Basketball Ass'n v. Sports Team Analysis and Tracking Sys. Inc., 939 F. Supp. 1071, 1097 (S. D. N. Y. 1996)；前引[43]，“X17案”。

[75] 例如，“高尔夫球协会案”所保护的差点公式仅为运算规则，其并不具有类似于新闻的时效性，但法院仍适用该规则予以保护（参见前引[64]，“高尔夫球协会案”）。又如，在“X17案”中，原告主张保护的是体现明星新近动态的照片，其本属于美国版权法保护的摄影作品，但法院因该照片具有时效性而认为其可受禁止盗用规则的保护（参见前引[43]，“X17案”）。

[76] 美国联邦第二巡回上诉法院明确指出：“直接竞争是禁止盗用诉请未被联邦先占的核心要件”。参见前引[42]，“巴克莱案”。

[77] 笔者2024年10月31日在北大法宝数据库中的检索结果表明，当前适用反不正当竞争法一般条款的案件总量为13,668件，仅次于适用该法第6条混淆条款的15,267件。

[78] 转换性使用系指以不同于原作品的目的和方式使用，并增加了新的表达、含义或信息。2022年美国版权法第107条规定了认定合理使用的四要素分析法，即使用的目的和性质、被使用作品的性质、使用的质量和数量、使用对版权作品潜在市场或价值的影响。美国联邦最高法院在后续判例中将转换性使用规则纳入第一个要素的分析中。并且，使用越具有转换性，其他要素越不重要。参见 Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U. S. 569, 579, 591 (1994)，以下简称“坎贝尔案”。

[79] See National Football League v. Governor of State of Delaware, 435 F. Supp. 1372, 1378 (D. Del. 1977)。

价格进行比较，但未另行提供视频播放或商品销售等服务，因此未对原告的主营市场产生替代效应，不构成不正当竞争。

第二，如果原告在主营业务的基础上获得了独立但服务于主营业务的副产品，无论其是否有意愿对该副产品进行衍生利用，被告的使用行为均具有正当性，前提是该使用行为并非帮助被告自身或第三人在原告的主营市场展开竞争。^[80]我国法院审理的前述原始数据系列案即为例证。无论是微信平台上的用户注册信息和聊天转账数据，还是腾讯网络游戏平台上用户玩家遗留的信息，抑或用户在注册和使用新浪微博过程中生成的注册信息及发布的内容，均为原告在提供社交媒体服务和网络游戏服务的主营业务基础上独立生成的副产品，被告使用该副产品的行为自然未对原告的主营市场产生替代效应，故法院认定原告对该等数据并无独立权益。在“高尔夫球协会案”中，美国法院还专门认定原告的主营业务为推广高尔夫球运动以及管理俱乐部和业余运动员，差点公式的开发仅旨在服务于此项业务，属于主营业务外的独立副产品，这亦为被告免责的理由。

需注意的是，鉴于不正当竞争的认定准用民法共同侵权制度，故附属市场规则适用的前提既包括被告自身未与原告在主营市场展开竞争，亦延及被告未帮助第三人如此行事。在后一种情形下，不正当竞争的认定通常需要考量被告的主观状态。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》（法释〔2022〕9号，以下简称“反不正当竞争法解释”）第3条第2款规定，经营者的主观状态是具体情况下认定被诉行为正当性与否的考量因素。在实证层面上，法院多依据“技术中立原则”评判被告提供产品或服务时是否存在引诱和帮助他人从事不正当竞争的过错。^[81]我国司法实践中已出现被告帮助原告的同业竞争对手从事数据不正当竞争的案件。如在绍兴衡尚科技有限公司等与淘宝（中国）软件有限公司等不正当竞争纠纷上诉案中，被告开发的“搬家大师”软件绕开淘宝平台规则和技术措施，将淘宝平台的商品数据（包括商品链接、标题、价格、颜色分类、库存信息和品牌参数等）搬运至拼多多、快手和抖音等网购平台中。这些平台及其店铺与淘宝及其店铺在主营市场展开竞争，对后者产生了实质性替代效果。^[82]尽管被告自身未进入淘宝的网购业务市场，或者说仅在附属市场开展业务，但其专门开发的软件帮助第三人实现了对淘宝主营业务的实质性替代，同样被法院认定为构成不正当竞争。

至于前述“高尔夫球协会案”和“爱奇艺诉搜狗案”的裁判立场，即将保护范围进一步限缩为主营市场中的主要客户群体，仅限于个案，并未形成可观的案例群以供提取出区分两种客户群体的合理标准。如“爱奇艺诉搜狗案”采取的用户黏性区分标准并不科学，法院以被搜狗输入法所引流的用户本身黏性弱为由，认为其并非爱奇艺的主要客户群体，但似乎并未认

[80] See Jeffrey L. Harrison & Robyn Shelton, *Deconstructing and Reconstructing Hot News: Toward a Functional Approach*, 34 (5) *Cardozo Law Review* 1660 (2013).

[81] 技术中立原则是指，如果产品或服务具有实质性非侵权用途，那么其提供者不会因他人用以实施侵权行为而构成引诱或帮助侵权。例如，在北京快手科技有限公司与广州银山网络科技有限公司等不正当竞争纠纷案中，被告开发的软件利用虚拟摄像头调取本地视频，以蒙骗快手平台访问手机摄像头的模块功能，进而实现无人直播的效果。法院认定，该技术专门用以帮助快手用户进行平台禁止的无人直播活动，并不具有其他实质性非侵权用途，被告因此构成不正当竞争（参见广东省广州市花都区人民法院（2021）粤0114民初10774号民事判决书）。持相同裁判立场的案例，参见长沙高坪网络技术有限公司与北京快手科技有限公司不正当竞争纠纷上诉案，北京知识产权法院（2021）京73民终3839号民事判决书；杭州硕文软件有限公司与优酷信息技术（北京）有限公司不正当竞争纠纷上诉案，浙江省杭州市中级人民法院（2018）浙01民终231号民事判决书。

[82] 参见前引〔15〕，“衡尚科技案”。

识到强黏性用户亦有被偶发引流的可能。其实，以用户是否付费作为区分两种客户群体的标准亦可能面临解释障碍，因被引流的用户同时包括付费会员和免费会员。在我国司法实践存在过度保护倾向的情况下，先行拒绝经营者对附属市场的控制，待积累足够司法共识后再探索是否应进一步限缩主营市场的范围，这种渐进式的方案更为可行，也更易被接受。

在功能维度，附属市场规则提供了更优的解释视角，其能为那些看似截然对立的判决提供合理解读。例如，在涉及网络招聘平台简历数据的案件中，有法院明确认定，被告通过浏览器插件下载招聘网站中的简历数据并将其有偿对外提供的行为，构成“搭便车式”的不正当竞争，^[83]但另有法院认为，“关联外网账号”服务提供者下载和存储招聘网站简历数据的行为具有正当性。^[84]这两个案件的案情虽然相似，但前案中被告通过插件下载原告的用户简历数据后对外付费提供，造成原告的主营收入损失，后案中企业仍需先向原告等招聘平台付费后才能获得简历数据，并未造成原告的主营收入损失，即二者所涉行为分别作用于原告的主营市场和附属市场，故行为性质的认定完全不同。

（二）附属市场的界定思路

附属市场规则的适用以市场界定为前提。对此，美国法并未发展出具体的区分标准，因为美国法院在很多情形下均诉诸于对案涉产品或服务的直观经验判断。^[85]如审理“美职篮案”的法院就笼统地表示：“没有证据表明人们会将传呼机产品视作现场观看或通过电视观看篮球赛事的替代品”。^[86]个别美国学者主张借鉴反垄断法上的市场界定方案，通过交叉需求替代标准评判案涉两造是否在主营市场直接竞争。^[87]但该方案的参考价值有限，毕竟单个品牌的产品构成相关市场的情形极为罕见。因此，反垄断法通常并不关注主营市场与附属市场的区分，而仅关注如何基于需求和供给维度的市场替代将主营市场限缩在一定范围内。

从域内外相关案例来看，法院在很多情形下均通过考察案涉两造产品或服务的功能和用途是否具有替代效应来作出认定，如无明显替代效应，则可落入附属市场范围。如果这种经验判断出现困难，更可靠的指标是原告的业务收入或主要投资。一般来说，业务收入高的市场为主营市场。在原告已进行实质投资但尚未产生明显收入时，应以主要投资取代业务收入作为判断基准。当然，在市场中其他需求替代物较少的情形下，也可借鉴反垄断法中的假定测试法，假定原告对其产品或服务进行一定程度的涨价后，消费者是否会转向购买被告的产品或服务，以评判二者的市场替代或补充效应。^[88]前述三种方案实则具有递进式适用关系：首先，如果个案中两造的产品或服务具有明显的替代或补充效应，法院诉诸于直观经验判断就具有成本效益优势。其次，在经验判断出现困难时，法院可以原告的业务收入或投资情况为依据认定其主营市场，并进一步评判被诉使用行为是否落入其中。最后，如果原告出于保护商业秘密等考量拒绝提供业务收入或投资方面的证据，导致前两种认定思路难以适用，且市场中需求替代物较少，法院可通过假定测试法以判断二者的产品或服务是否具有替代效应，无替代效应则落入附

[83] 参见前引 [7]，“魔方网聘案”。

[84] 参见前锦网络信息技术（上海）有限公司与上海逸橙信息科技有限公司不正当竞争纠纷上诉案，上海知识产权法院（2019）沪73民终263号民事判决书。

[85] See Shyamkrishna Balganesh, “Hot News”: *The Enduring Myth of Property in News*, 111 (3) *Columbia Law Review* 472-473 (2011).

[86] 前引 [42]，“美职篮案”。

[87] 参见前引 [85]，Balganesh 文，第473页。

[88] See Sara K. Stadler, *Relevant Markets for Copyrighted Works*, 34 (4) *Journal of Corporation Law* 1073 (2009).

属市场。不过，主营市场与附属市场的认定具有动态性和场景性，经营者可通过对某主营市场中的副产品进行实质处理，使其转化为另一市场中的主营产品。例如，淘宝在收集用户的原始交易数据后，通过深度分析加工，将其转化为预测型和统计型的衍生数据产品，并对外有偿提供。此时，该数据产品所在的市场即转变为新场景中淘宝的主营市场，被告未经许可擅自对外销售该数据产品的，就是与原告在主营市场展开竞争，自然应构成不正当竞争。^[89]

须承认的是，主营市场与附属市场的边界并非总是清晰的。在适用上述方法仍然难以界分时，从避免错误成本的角度，“卡—梅框架”下的责任规则可以作为更优选项。^[90]作为法经济学上的经典赋权方案，“卡—梅框架”从注重法益救济效果的角度出发，提出了财产规则、责任规则和禁易规则三种单独或可组合式保护方案。财产规则要求潜在使用者必须支付法益主体同意的价格后方可使用，否则后者有权主张禁令救济。责任规则剥夺了法益主体的控制力，任何人在支付由立法者、法院或行政机关等确定的价格后即可使用，仅允许法益主体就使用行为主张补偿，而拒绝对其给予禁令救济。^[91]知识产权法上存在多项适用责任规则的制度，如著作权法中的法定许可制度、专利法中的强制许可制度、集成电路布图设计的非自愿许可制度和植物新品种权的强制许可制度等。著作权合理使用认定中的转换性使用和演绎性使用难以界分时，责任规则式救济亦为法院所采用。^[92]循此思路，在主营市场与附属市场难以区分时，法院可拒绝原告的禁令救济，转而允许被告在支付补偿的前提下继续使用案涉创新成果。如果被告选择继续使用，则表明其对创新成果的估价大于补偿额；反之，原告的估价则更高。无论何种结果，创新成果均被置于更能充分利用的一方，从而实现更优的资源分配和市场效率。

（三）附属市场规则的引入方案

附属市场规则内置于利益衡量的分析框架中，可为司法实践直接适用。在适用层面，法院其实有两种选择：第一，严格把握竞争关系，分析案涉两造是否在原告的主营市场展开竞争，这也是前述美国法院的立场。第二，将附属市场规则服务于损害认定，据此将被诉行为对原告造成的损害限定为对后者主营市场的实质性替代。无论何者，利益衡量分析都仅限于主营市场。

就我国反不正当竞争法的文本而言，其对“经营者”术语的使用暗含了竞争关系这一要件，导致部分法院认为该一般条款包括了竞争关系的要求，因此在通过利益衡量评判被诉行为之前，会分析案涉两造是否具有竞争关系。也有学者认为，应通过限缩竞争关系要件，限制一般条款的过度适用。^[93]但在实证层面，司法实践已将该要件形式化对待。目前司法实践的主流立场为，反不正当竞争法并不要求经营者之间具有提供需求替代性商品或服务的同业竞争关

[89] 参见安徽美景信息科技有限公司与淘宝（中国）软件有限公司不正当竞争纠纷上诉案，浙江省杭州市中级人民法院（2018）浙01民终7312号民事判决书。

[90] 在决策者并不掌握完全信息时，责任规则允许其有效利用当事人所掌握的信息，以显著降低错误决策的成本。See Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 (4) *Harvard Law Review* 725-727 (1996); Carol M. Rose, *The Shadow of the Cathedral*, 106 (7) *Yale Law Journal* 2191 (1997).

[91] See Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 (6) *Harvard Law Review* 1092 (1972).

[92] 参见前引〔78〕，“坎贝尔案”。我国法院接纳责任规则的代表性案例，参见广州星河湾实业发展有限公司等与天津市宏兴房地产开发有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷再审案，最高人民法院（2013）民提字第3号民事判决书；武汉晶源环境工程有限公司与日本富士化水工业株式会社等侵犯发明专利权纠纷上诉案，最高人民法院（2008）民三终字第8号民事判决书；北京理工软件股份有限公司与北京大成华智软件技术有限公司等侵害商业秘密纠纷案，北京知识产权法院（2018）京73民终1249号民事判决书。

[93] 参见前引〔20〕，焦海涛文，第159页。

系,只要被告通过扰乱市场竞争秩序的方式获得竞争优势或者损害其他经营者的竞争优势,即可认定二者存在竞争关系。〔94〕更有甚者,法院立足于反不正当竞争法的行为规制法属性,直接指出竞争关系并非认定不正当竞争的前提要件,只要市场主体从事了反不正当竞争法禁止的行为,即可认定不正当竞争。〔95〕实际上,多数将反不正当竞争法法典化的欧陆国家均将竞争关系要件形式化对待。〔96〕在此意义上,将附属市场规则置于已被司法实践形式化对待的竞争关系要件中并无明显实益。

将附属市场规则内置于损害认定中的路径既可限制法院长期受权益侵害范式影响而对损害要件所形成的惯性依赖,亦可引导其对损害类型进行精细化区分,将“实质性市场替代”标准之适用范围限定为原告的主营市场。在该规则的指引下,反不正当竞争法一般条款所承认的损害仅限于被诉行为对原告主营市场的实质性替代,附属市场不生损害。这也是契合市场界定目的的路径。即便美国法院选择通过直接竞争关系要件间接引入附属市场规则,该要件也是服务于禁止盗用规则的损害要件,如审理“美职篮案”的法院在认定案涉两造面向不同市场后,以原告未能证明被诉行为对其产品造成损害为由,得出被告未构成“搭便车”的结论。〔97〕需注意的是,损害发生在主营市场并不意味着被告应当担责。利益衡量范式秉持损害中性理念,损害仅为考量因素之一,被诉行为正当性与否的评判仍须依据其对公平竞争秩序的影响。

为尽可能地保证同案同判,应以司法机关最低认知成本的方式确立附属市场规则。具言之,可在“反不正当竞争法解释”第1条中新设第2款:“前款中的损害其他经营者合法权益,应限于对经营者主营市场的实质性替代。”如果立法者决定将一般条款的部分适用对象剥离出来,新增具体的不正当竞争行为条款,如2022年11月《市场监管总局关于公开征求〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)〉意见的公告》第18条专设的数据条款,〔98〕吸收了司法实践中普遍适用的“实质性市场替代”标准,作为认定被诉行为正当性的重要依据。此时,应将附属市场规则补充进该条中,即“前款中的实质性替代,系指对经营者主营市场的实质替代。”毕竟反不正当竞争法一般条款与具体不正当竞争行为条款是独立适用关系,如果仅在一般条款中作出规定,则无法将附属市场规则的内容延伸适用至具体条款。〔99〕

〔94〕 代表性观点,参见北京爱奇艺科技有限公司与杭州飞益信息科技有限公司等不正当竞争纠纷案,上海知识产权法院(2019)沪73民终4号民事判决书;北京爱奇艺科技有限公司与北京数字简史科技有限公司等不正当竞争纠纷案,北京市海淀区人民法院(2019)京0108民初28014号民事判决书;北京微梦创科网络技术有限公司与湖南蚁坊软件股份有限公司不正当竞争纠纷案,北京市海淀区人民法院(2018)京0108民初28643号民事判决书。

〔95〕 代表性观点,参见前引〔69〕,“腾讯诉搜道案”;北京爱奇艺科技有限公司与随州市飞流网络科技有限公司等不正当竞争纠纷案,江苏省常州市中级人民法院(2018)苏04民初51号民事判决书;上海载和网络科技有限公司等与浙江淘宝网络有限公司不正当竞争纠纷上诉案,上海知识产权法院(2017)沪73民终198号民事判决书。

〔96〕 参见前引〔51〕,Hilty文,第10页。

〔97〕 参见前引〔42〕,“美职篮案”。美国学者亦指出,竞争关系要件无非是服务于禁止盗用规则的损害要件而已。参见前引〔57〕,Gordon文,第248页。

〔98〕 《市场监管总局关于公开征求〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)〉意见的公告》第18条第1款规定,“经营者不得实施下列行为,不正当获取或者使用其他经营者的商业数据,损害其他经营者和消费者的合法权益,扰乱市场公平竞争秩序:……(二)违反约定或者合理、正当的数据抓取协议,获取和使用他人商业数据,并足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务;(三)披露、转让或者使用以不正当手段获取的其他经营者的商业数据,并足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务”。

〔99〕 最高人民法院在“知识产权意见”第24条中专门指出,“严格把握反不正当竞争法原则规定的适用条件,凡属反不正当竞争法特别规定已作明文禁止的行为领域,只能依照特别规定规制同类不正当竞争行为,原则上不宜再适用原则规定扩张适用范围”。

结 语

作为市场行为法的反不正当竞争法之适用需要更多来自市场维度的关切和阐释，以适应愈发精细和复杂的市场环境。决策者应当在为创造主体提供适度激励的基础上，容许更充分的竞争以增强创新市场的活力，经济政策的制定和法律文本的诠释均需遵循此面向。本文仅为透过市场视角对反不正当竞争法一般条款的保护限度予以阐释的初步尝试。后续的研究成果，无论是反对本文对一般条款施加的论证前提，抑或提供了比本文更为精致的相关市场分析，还是认为本文的市场界定方案不够周延或准确，都不妨碍本文与其在市场维度对反不正当竞争法进行解构乃至重构的对话。易言之，我们至少达成了一个最低限度的共识：反不正当竞争法应当且值得源自市场维度的认真对待。

Abstract: Judiciary authorities tend to be overprotective when applying the general clause of the Anti-Unfair Competition Law (AUCL) to innovative products that are expressly excluded by intellectual property law, thus leading to an imbalance of interest between business operators and their competitors involved in a specific dispute. The AUCL, which employs a behavioral regulation approach, has a relatively low tolerance for the scope of the market controlled by a business operator. That is to say, the general clause should provide limited protection for business operators, the extent of which can be delineated by market definition. Based on the differential protection as required by the primary and secondary markets, the protection scope of the general clause of AUCL should be limited only to business operators' primary market where their minimum incentive could be preserved, and they should never be entitled to the control of relevant secondary markets. No unfair competition liability should be found if a competitor's use of a business operator's operating result only aims for competing in the latter's secondary market, or what the competitor has used is merely an independent byproduct deriving from the business operator's primary market. The definition of secondary market follows a progressive method that contains "experience-based judgment—verification of revenue or investment—a hypothetical test". As for the introductory plan, the differential-protection idea should be incorporated into the element of damage under the balancing-of-interest framework, thus limiting damage only to those having an effect of substantial substitution on the business operator's primary market.

Key Words: unfair competition, general clause, balancing of interests, competition order, secondary market
