

# 基本权利功能视野下平台经济 不正当竞争认定范式重塑

张占江\*

**内容提要：**不正当竞争认定中的传统利益平衡范式过于抽象且规范性不足，适用于具有竞合性、非对称性的平台竞争关系时，或者过度限制经营者的竞争自由，或者忽视对消费者自由决策的保护。对基本权利功能的呼应与转换，为反不正当竞争法回应平台经济发展提供了坚固的法理支撑和稳定的操作程式。基于基本权利防御权功能和国家保护义务功能，可以将传统利益平衡范式重塑为一个新的三阶层认定范式。在三个阶层中依次考虑竞争行为受何种基本权利保护，竞争参与者之间是否存在基本权利侵害以及如何避免“过度限制”和“保护不足”。如果没有基本权利侵害，对竞争行为进行干预的正当化权衡只需适用比例原则，反之，则必须包含禁止保护不足原则的考虑，且该原则应优先于比例原则适用。

**关键词：**基本权利 平台经济 不正当竞争 利益平衡 比例原则

平台经济引发了干扰、屏蔽、封禁、歧视、不兼容、流量劫持、数据抓取等大量新型不正当竞争纠纷，源自传统经济形态的反不正当竞争法很难应对。在不同的规范文本中，对各种新型不正当竞争行为进行类型化规制的做法一直处于主导地位。<sup>〔1〕</sup>然而，真正统帅反不正当竞争法构造和适用的是一般条款所蕴含的法理范式。<sup>〔2〕</sup>反不正当竞争法演进的历史表明，它从来不是一个新技术术语的搬运工，而是首先依托一定的法理范式来回应经济形态的变迁。

\* 浙江大学光华法学院教授。

〔1〕 国家市场监督管理总局 2022 年《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》（以下简称“反法征求意见稿”）和 2024 年《网络反不正当竞争暂行规定》（以下简称“网络竞争规定”），都通过大量类型化条款对平台经济不正当竞争纠纷作出回应。2024 年《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案）》（以下简称“反法修订草案”）虽然删掉了一些过于细化的网络不正当竞争条款，但仍然保留了滥用相对优势地位条款等。

〔2〕 一般条款蕴含的法理范式是不正当竞争认定统一遵循的逻辑、标准和方法的总称。从反不正当竞争法的构造和适用来看，一般条款不仅能够涵盖类型化条款无法容纳的新型不正当竞争行为，还能为类型化条款的制定和适用提供指引。在这一意义上，一般条款的文本规范建构及其具体化才是修法工作的核心。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 153 页。

平台经济需要什么样的不正当竞争认定范式，不正当竞争的认定采取什么样的法理范式，或者说现有的范式需要如何调整，主要取决于平台经济相较于传统经济在竞争上的特殊性及其给现有范式带来的挑战。类型化思路虽然在一定程度上体现了对技术冲击和产业发展的回应，但也反映出目前反不正当竞争法的研究缺乏底层思考。<sup>〔3〕</sup>执着于具体问题，试图通过增设类型化条款来疏解现实困境，而怠于探索类型化条款背后的法理范式，这对反不正当竞争法规范逻辑的明确并无助益。因此，应当以一种更连贯的视角，回到反不正当竞争法作为一种规制的本质，从基本权利功能的角度破解传统利益平衡范式的黑箱化问题，构建一个适应平台经济竞争特殊性的利益平衡新范式。

## 一、黑箱化的传统利益平衡范式

一般条款蕴含着不正当竞争认定的逻辑、标准和方法，体现了不正当竞争认定的基本范式，不仅构成对类型化条款的补充，还是整个反不正当竞争法的法律构造和适用的基石。我国反不正当竞争法第2条作为一般条款，在第1款确立了“诚实信用”“商业道德”等竞争必须遵循的原则，在第2款规定了“不正当竞争”的认定要素，形成了可以操作的规范结构。<sup>〔4〕</sup>二者之间的关系在法律演进中逐渐清晰。

在工业化、贸易自由化初期，各国普遍面临仿冒、贬损、侵犯商业秘密等直接针对经营者的不正当竞争问题。反不正当竞争法作为侵权法特别法，基于使诚实经营者免受不诚信的竞争对手的攻击而产生。法院通常依据“搭便车”“食人而肥”“用别人的牛耕自己的地”等道德标准，划定不正当竞争行为的边界。<sup>〔5〕</sup>但反不正当竞争法并不是着眼于“良好的商业道德风尚”本身，而是立足于对竞争秩序的维护。只不过这一阶段的竞争损害主要体现为直接对竞争对手的侵害，维护竞争秩序被简化为对“诚实业主”的保护。<sup>〔6〕</sup>

随着不直接针对竞争对手而损害消费者利益的不正当竞争行为大量出现，以道德标准作为抑制不正当竞争的法律基础变得不再适宜，“不受扭曲的竞争”被视为容纳包括消费者在内的所有竞争相关者利益保护的基础。经营者利益、消费者利益、社会公共利益“三叠加”的保护目标逐渐确立，不正当竞争的概念日益演变成一种基于竞争效果的利益权衡。<sup>〔7〕</sup>德国学者曾经这样形容这一变化：诚实信用、商业道德逐渐被虚化，成为了一个空的“布袋”，其内涵更多地要由各方利益权衡的结果来填充。“不正当”的含义通过“不受扭曲的竞争”获得。<sup>〔8〕</sup>

〔3〕 参见蒋舸：《〈反不正当竞争法〉网络条款的反思与解释——以类型化原理为中心》，《中外法学》2019年第1期，第184页。

〔4〕 我国反不正当竞争法第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）。”

〔5〕 参见孔祥俊：《商业数据保护的实践反思与立法展望——基于数据信息财产属性的保护路径构想》，《比较法研究》2024年第3期，第87页。

〔6〕 参见〔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6页。

〔7〕 See International Bureau of WIPO, *Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation*, Geneva: WIPO Publication, 1999, p. 25.

〔8〕 参见前引〔6〕，博德维希主编书，第297页；范长军：《德国反不正当竞争法研究》，法律出版社2010年版，第110页。

基于不正当竞争行为的演变，反不正当竞争法逐渐恢复到对整个竞争秩序的维护，在现代化的道路上前进了一大步，但仍然存在一个非常棘手的问题，即基于“不受扭曲的竞争”进行的利益平衡过于抽象且规范性不足。<sup>〔9〕</sup>其一，究竟什么是“不受扭曲的竞争”，至今仍缺少规范意义上的界定。理论上接近于形成共识的只是，要坚持一种功能主义立场，从保护竞争条件（尤其是自由决策所依赖的信息充分、透明，决策的过程不受强制、干扰等）与竞争效果不被破坏这两个方面进行判断。<sup>〔10〕</sup>其二，反不正当竞争法只是明确了利益权衡的要素，对每种要素的具体内涵则语焉不详。平台商业模式是否应保护、作为平台上第三方产品或服务提供者的接入者的竞争机会是否应保护、消费者利益与社会公共利益如何体现等，这些一直是困扰司法裁判的难题。其三，基于竞争效果而对不正当竞争的判断绝非易事。竞争不是客观的存在，而是受到不同观念的影响。在司法裁判中，关注具有竞争优势的经营者损害的个体主义与考虑行为对所有竞争相关者影响的整体主义、避免竞争优势受损的静态竞争观与允许对竞争优势造成一定损害的动态竞争观的分歧屡见不鲜。<sup>〔11〕</sup>其四，利益平衡的法律逻辑、双方或多方利益的先后顺序及冲突的协调等利益平衡的方法缺少指引。在百度与奇虎不正当竞争纠纷上诉案（以下简称“百度插标案”）中，<sup>〔12〕</sup>法院甚至提出了在司法实践中具有广泛影响却饱受争议的“非公益必要不干扰”原则，主张经营者非因公益（如杀毒）实现之必要，不得直接干预竞争对手的经营行为（商业模式）。

由于并没有形成切实可行的分析框架，利益平衡范式被认为是一个很难打开的“黑箱”。其试图保护所有竞争相关者，但这一完美主义目标几乎使其丧失了价值指引功能。<sup>〔13〕</sup>尽管理论上强调商业道德的虚化，但实践中法官还是会自觉或不自觉地回到抽象的道德判断，或者在“额头流汗”“产权激励”等有关劳动成果保护理论的影响下，陷入对特定竞争者保护的泥潭中而无法自拔。<sup>〔14〕</sup>

## 二、传统利益平衡范式在平台经济中的适用困境

平台商业模式在重塑社会生产和生活方式的同时，也改变了竞争的样态，展现出不同于传统经济形态的竞争特性。这种竞争特性使本就举步维艰的传统利益平衡范式面临前所未有的困境。

〔9〕 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973页。

〔10〕 See Frauke Henning-Bodewig, *International Handbook on Unfair Competition*, Oxford: Hart Publishing, 2013, p. v.

〔11〕 参见孔祥俊：《论反不正当竞争的基本范式》，《法学家》2018年第1期，第52页以下。

〔12〕 参见北京市高级人民法院（2013）高民终字第2352号民事判决书。在之后的北京金山安全软件有限公司等与合一信息技术（北京）有限公司不正当竞争纠纷上诉案（以下简称“优酷视频广告案”，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）以及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（以下简称“极路由视频广告案”，北京知识产权法院（2014）京知民终字第79号民事判决书）中，法院判决均重申该原则。

〔13〕 参见前引〔9〕，宋亚辉文，第964页以下。

〔14〕 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89页；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。在北京创锐文化传媒有限公司与北京微播视界科技有限公司不正当竞争纠纷上诉案中，法官指出，“作为抖音平台整体短视频的收集控制者的微播公司，其收集、存储、加工、传输、呈现整体短视频付出了巨大的成本，对短视频整体享有重要的经营利益。如果法律不对微播公司的利益予以保护，则会降低微播公司经营短视频平台的积极性，甚至影响短视频行业的发展”。参见北京知识产权法院（2021）京73民终1011号民事判决书。

### （一）平台经济竞争的特殊性

在竞争主体关系和竞争方式上，平台经济与传统经济存在显著差异。超级平台常常被视为一个由平台连接接入者与消费者从而实现双（多）边互动并创造价值的生态系统。在这一系统中，平台与接入者不再是单一的合作或者竞争关系，而是合作与竞争并存的竞合关系。一方面，平台与接入者相互依存。对于接入者来说，与平台的对接为其积累了大量消费者资源，消费者数量又直接影响接入者的利益；对于平台来说，接入者作为付费主体，亦是其满足消费者需求、实现盈利的重要依托。另一方面，平台与接入者又可能提供同种产品或服务，构成竞争关系。在这种情况下，超级平台总是倾向于把自己的产品或服务置于优先地位，排挤、打压与其产品或服务存在竞争的应用程序。<sup>〔15〕</sup>

平台生态系统内各主体之间并非平等关系，而是呈现出明显的非对称性。算法、技术、网络效应及用户规模等因素赋予了平台类似公权力的支配力或影响其他主体的私权力。<sup>〔16〕</sup>德国反不正当竞争法在2015年修订时增加第4a条第1款，针对的就是这种“因经济优势等因素而在特定情境或结构性情况下建立的优越地位所形成的‘市场控制力’”。<sup>〔17〕</sup>基于这种控制力，超级平台在生态系统中处于支配性地位。它作为组织者与管理者，设定界面规则、开放架构，吸引接入者与其共同为消费者提供产品和服务。接入者则处于一种被支配（被操控）的地位，其成功有赖于自身应用程序与超级平台之间的互操作性。消费者在平台生态系统中的地位或许更加被动。用户行为偏好、巨大的网络效应、高昂的转换成本等，对消费者形成了一种事实上的锁定。即便对平台所提供的产品或服务不满，消费者通常也只能忍气吞声。

这种竞合性、非对称性使得平台经济竞争展现出了不同于传统经济竞争的特殊性。第一，竞争不再是单干式的，而更多地体现为多主体的协同性。超级平台的战略优势不再基于某个产品或服务的吸引力，而是基于整个生态系统的吸引力。因此，生态系统内各个主体的存在都具有系统性价值。第二，竞争不再是平行的、互不相干式的，而更多地体现为生态系统内的“寄生性竞争”（parasitic competition）。接入者参与市场的机会建立在超级平台的经营成果、商业模式的基础上，以平台的开放性或互操作为前提。第三，竞争主体之间的影响不再是单向的，而是相互的。接入者只有高度依赖平台所建立的商业模式，实现与平台的紧密互补，才可能获得更高的绩效。反过来，一个健康且充满活力的平台也必须依赖于合作伙伴创造的价值。<sup>〔18〕</sup>但相较而言，后者常常被忽视。

### （二）传统利益平衡范式的困境

面对平台经济竞争中竞争者、消费者和其他竞争参与者各自基于竞争的利益主张，利益平衡范式的弊端更加明显，司法者也时常迷失方向，“过度限制”和“保护不足”的问题随之产生。

〔15〕 参见 Feng Zhu & Qihong Liu, *Competing with Complementors: An Empirical Look at Amazon.com*, 39 (10) *Strategic Management Journal* 2618-2642 (2018); [英] 阿里尔·扎拉奇、[美] 莫里斯·E. 斯图克：《算法的陷阱：超级平台、算法垄断与场景欺骗》，中信出版社2018年版，第202页。

〔16〕 参见刘权：《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》，《法学研究》2020年第2期，第46页。

〔17〕 Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, *UWG*, 36. Aufl., § 4a Rn. 1. 58.

〔18〕 参见王节祥等：《平台生态系统中的参与者战略：互补与依赖关系的解耦》，《管理世界》2021年第2期，第127页；[美] 杰奥夫雷·G. 帕克等：《平台革命：改变世界的商业模式》，志鹏译，机械工业出版社2017年版，第136页。

### 1. 过度限制接入者的竞争自由

平台经济呈现的“寄生性竞争”特性，使接入者从平台的技术或者经营成果中获益，为“搭便车”这类道德判断提供了更大的直觉正当性。然而，由“搭便车”理论衍生出的“从他人的投资中获取竞争优势即不正当”的认定思维，<sup>[19]</sup>否定了平台经济的商业逻辑。创新离不开对他人成果的使用，不加区分地禁止所有“搭便车”，不仅侵蚀了竞争的空间，而且阻断了创新的可能。更重要的是，这种寄生关系中的被寄生方（平台）受到的影响更为直观，寄生方（接入者）的（潜在）贡献则不容易察觉。相关案件往往以超级平台的权益受到侵害作为论证的出发点和立足点，<sup>[20]</sup>更有甚者，将商业机会、商业模式等一般竞争利益视为平台的准财产，形成一种“财产性保护主义”倾向。所谓利益平衡实质上异化为“只要侵害在先经营者竞争优势即不正当”的“权利侵害式”判断，<sup>[21]</sup>在过度保护平台利益的同时，大大压缩了其他竞争者的行为空间。

在一些涉数据不正当竞争案件中，<sup>[22]</sup>表面上法院对所有竞争相关者利益都有提及，实质上还是以“搭便车”为核心进行道德谴责式认定，论证重心根本没有围绕数据使用是否存在产品或服务上的创新或者消费者福利上的提升而展开，<sup>[23]</sup>而后者才是判断“搭便车”是否违法的关键。如果说这种缺陷因为被诉竞争行为的确只是一种纯粹的破坏式利用而不会在结果上受到太大质疑的话，法院因循同样的思路对广告屏蔽案件的裁判则受到了学者的强烈批评。<sup>[24]</sup>法院普遍认为，广告屏蔽软件是通过妨碍、破坏平台“免费视频+广告”的商业模式谋取营业利益，<sup>[25]</sup>而没有关注到广告屏蔽服务产生的积极影响。这种认定几乎使所有广告屏蔽服务都被贴上了不正当竞争标签，因而备受责难。<sup>[26]</sup>更令人忧虑的是，法院在一些案件中进一步确立了“‘正当商业模式’受到侵害即认定行为不正当”的裁判思路，并沿用至今。<sup>[27]</sup>

### 2. 忽视接入者竞争自由和消费者决策自由的保护

立足于主体之间抽象平等关系的利益平衡，是一种一般的利益平衡，利益天平无需特别倾

[19] See Annette Kur & Vytautas Mizaras (eds.), *The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All?*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 98-99.

[20] 如前引[12]，“百度插标案”“优酷视频广告案”“极路由视频广告案”。

[21] 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753页。

[22] 参见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；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；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。

[23] 参见刘建臣：《反不正当竞争法一般条款的保护限度——以市场区分为视角》，《法学研究》2024年第6期，第42页。

[24] 参见前引[11]，孔祥俊文，第64页。

[25] 例如，法院在上海大摩网络科技有限公司与乐视网信息技术（北京）股份有限公司其他不正当竞争纠纷案的判决中指出，被告大摩公司依托于原告乐视网公司多年经营所取得的用户群，为自己增加市场交易机会，“属于不当利用他人市场成果、损害他人合法权益来谋求自身竞争优势”。参见上海知识产权法院（2016）沪73民终75号民事判决书。

[26] 相关批评认为，对平台“免费视频+广告”商业模式的保护是一种静态竞争思维，中断了竞争创新的过程，损害了消费者利益。参见前引[11]，孔祥俊文，第61页以下；刘维：《论网络不正当竞争一般条款的价值取向》，《交大法学》2021年第3期，第33页以下。

[27] 参见前引[12]，“优酷视频广告案”；北京爱奇艺科技有限公司诉北京极科极客科技有限公司不正当竞争纠纷案，北京市海淀区人民法院（2014）海民（知）初字第21694号民事判决书；湖南快乐阳光互动娱乐传媒有限公司诉北京焱高玖泰广告有限公司不正当竞争纠纷案，北京知识产权法院（2024）京73民终463号民事判决书。

斜；不平等主体之间的利益平衡，则是一种特殊的利益平衡，需要利益天平有所倾斜。<sup>[28]</sup>平台经济竞争中的利益平衡属于后者，但司法裁判极少关注到接入者、消费者面对超级平台时所处的被动地位。

就竞争对手之间的横向关系而言，在涉及超级平台恶意不兼容、封禁这类与互操作有关的纠纷中，接入者往往并不具有颠覆式创新的能力，必须依赖超级平台的商业模式。但法院对于接入者是否已经无法通过自身的努力而以适宜的方式在市场上提供服务，以及如何为这些接入者提供参与竞争机会的考量并不充分。<sup>[29]</sup>在纵向关系上，就平台与接入者而言，法院更多地目光聚焦于接入者（如屏蔽软件）对平台商业模式的破坏，却疏于关注二者在功能上的依赖关系。<sup>[30]</sup>对于消费者是否因缺少充分的信息或者决策过程受到干扰而无法作出自由决策的问题，法院通常并无实质性考量。如在“百度插标案”中，奇虎行为的不正当性在于，它利用自己作为安全服务提供商的角色，对百度搜索结果插标，以咄咄逼人的推广方式给消费者造成心理上的恐慌和压力，直接影响到消费者的自由决定权，进而间接影响到百度的业务。但这一点在法院的判决中几乎没有被提及。<sup>[31]</sup>

### 三、基于基本权利功能重塑利益平衡范式的法理依据

孤立地适用“不受扭曲的竞争”标准的传统利益平衡范式，很难合理地划定不正当竞争的边界。在竞争自由无法获得充分保护时，沿着“控制国家”“保障人类最重要的价值”这一法理脉络，<sup>[32]</sup>反不正当竞争法需要从基本权利功能的角度寻求支援。

#### （一）法益一致性理论

基本权利具有主客观双重属性。在个人得向国家主张的意义上，基本权利是一种“主观权利”，具有防御权功能。这意味着个人自由的实现需要防范国家恣意干涉，在请求停止侵害未果时能够获得救济。同时，基本权利也被认为是一种“客观价值秩序”，公权力必须遵守这一价值秩序，并尽一切可能去创造和维持有利于基本权利实现的条件。当个人基本权利面临私主体的侵害危险时，国家有义务采取积极有效的保护措施，避免侵害的发生。这种义务被称为国家“保护义务”。<sup>[33]</sup>反不正当竞争法保护的竞争自由在这两个层面与基本权利紧密相关。竞争自由受到损害可以进一步归结为基本权利防御权功能和国家保护义务功能失效。

一方面，禁止不正当竞争行为是国家对市场主体行为自由的限制，当被禁止的行为落入基本权利的保护范围，而这种禁止又没有正当理由时，就意味着对基本权利的侵害。正是基于宪法保障言论自由、信息自由以及出版自由、广播自由等基本权利，个人进行广告宣传，特别是比较广告，从一度被禁止到逐渐被允许。<sup>[34]</sup>在具有里程碑意义的山东省食品进出口公司等与

[28] 参见张新宝：《侵权责任法立法的利益衡量》，《中国法学》2009年第4期，第179页。

[29] 参见周汉华：《互操作的意义及法律构造》，《中外法学》2023年第3期，第608页。

[30] 参见前引〔12〕，“极路由视频广告案”。

[31] 参见前引〔2〕，吴峻文，第149页。

[32] 参见〔德〕弗里茨·里特纳、迈因哈德·格雷埃尔：《欧洲与德国经济法》，张学哲译，法律出版社2016年版，第144页以下。

[33] 参见张翔：《基本权利的双重性质》，《法学研究》2005年第3期，第26页。

[34] Vgl. BVerfG. :GRUR, 1986, S. 382 ff.

青岛圣克达诚贸易有限公司等不正当竞争纠纷再审案（以下简称“海带配额案”）中，<sup>[35]</sup> 最高人民法院基于对被告马某庆劳动权的考量，拒绝将其服务于原告竞争对手的行为认定为不正当竞争。

按照基本权利防御权功能，国家负有不侵害基本权利的“消极义务”，但基本权利的行使可能会与公共利益或他人的基本权利发生冲突，解决这些冲突不可避免地需要国家进行干预。因此，防御权功能不仅限定了国家干预的边界，更确立了一种谦抑性干预的法理逻辑。质言之，它为规制内置了一种结构性的内核，通过干预理由、干预范围（程度）的严格限制，以有限的行为禁止实现普遍的行为自由。在这一意义上，与其说反不正当竞争法是对干预的授权，毋宁说是对干预本身的限制。市场失灵的范围限定了反不正当竞争法作用的空间。即使一般条款有一定的开放性，也不能定位为“宽泛的剩余类型”（a broad residual category），而只应限于未落入反不正当竞争法其他条款但仍值得保护的特殊情形。<sup>[36]</sup> “违反商业道德”“扰乱竞争秩序”“损害其他经营者或消费者的合法权益”等条件，就是为了将所要禁止的特殊情形限定在极其有限的范围内。

长期以来，我们恰恰忽视了反不正当竞争法所隐含的基本权利防御权功能上的构造和适用逻辑。在立法层面，侧重于单向度地强化禁止不正当竞争行为的权力，却疏于从抵御不当干预的角度限制干预本身。<sup>[37]</sup> 对不正当竞争行为的禁止一直充斥着一种“父爱主义”情结。“网络竞争规定”和“反法征求意见稿”将滥用相对优势地位、平台封禁、大数据杀熟等不适合在反垄断法中规制的行为，作为类型化的不正当竞争行为加以禁止，<sup>[38]</sup> 与反垄断法一起织就了一张密不透风的网，侵害了两部法律之间本应存在的自由竞争空间。<sup>[39]</sup> 在司法层面，法院习惯性地沿用“侵害即不正当”“‘搭便车’即不正当”的认定逻辑，而不深究该侵害究竟达到何种程度、“搭便车”是否促进消费者福利改善，导致过度限制了接入者的竞争自由。<sup>[40]</sup>

另一方面，基本权利的客观法属性意味着，国家权力主体承担宪法上的义务，保护基本权利免受侵害。这里所谓基本权利侵害，是指一方事实上改变了相对方的行为，对后者的基本权利构成了不当限制。<sup>[41]</sup> 在平台经济中，面对超级平台的内在强制，接入者、消费者的“自我决定”几无可能。接入者无法适当地提供产品或服务，消费者无法作出自由决策，他们通过竞争获取商业利益或者优质产品或服务的愿望落空，竞争秩序受到扭曲。

[35] 参见最高人民法院（2009）民申字第1065号民事裁定书。

[36] See Rogier W. de Vrey, *Towards A European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 155.

[37] 反不正当竞争法中的这种现象并非孤立的存在，经济法多个领域都不同程度地面临着这样的责难。参见吴越：《经济法思维的宪法指向》，《法学论坛》2013年第3期，第25页。有学者曾直言不讳地指出，中国经济法往往通过对国家经济治理权力单向度的规定而实现对市场失灵的矫正，对于市场主体抵御政府不当治理权力方面却疏于规定。参见鲁篱：《中国经济法的发展进阶：检视与前瞻》，《现代法学》2013年第4期，第35页。

[38] 参见“网络竞争规定”第12条、第20条；“反法征求意见稿”第13条、第16条和第19条。

[39] 例如，对封禁行为的规制涉及多个部门法。参见前引〔29〕，周汉华文，第608页以下。因不具有市场支配地位而在反垄断法上不予禁止的封禁行为，原则上属于自由竞争的范畴。但该行为确实对市场竞争秩序和消费者利益造成了不公平影响，故落入了反不正当竞争法规制的范围。参见孔祥俊：《网络恶意不兼容的法律构造与规制逻辑——基于〈反不正当竞争法〉互联网专条的展开》，《现代法学》2021年第5期，第128页。

[40] 例如，在杭州迪火科技有限公司与北京三快科技有限公司不正当竞争纠纷案（以下简称“美团公司支付案”）中，法院没有充分考虑被告在美团支付页面提供跳转支付选项的行为在丰富消费者选择方面的意义，就认定其基于破坏原告的商业模式获益，构成了不正当竞争。参见北京知识产权法院（2018）京73民初960号民事判决书。

[41] Vgl. BVerfGE 81, 242; BVerfGE 89, 214; BVerfGE 92, 365; BVerfGE 103, 89; BVerfGE 134, 204.

反不正当竞争法要保护竞争,就必须排除这种侵害,为所有竞争参与者自由决策、自主发挥经济能力创造条件。这往往是以对平台设置义务和对接入者、消费者利益进行倾斜性保护的权利义务架构为基础。基于此,2015年德国反不正当竞争法分别在第4条第4项禁止针对竞争对手的有目的的阻碍行为,在第4a条禁止针对消费者和其他竞争参与者的侵略性行为,从横向和纵向两个维度纠正这种不对称关系。但一直以来,我国反不正当竞争法习惯性地固守“形式平等”思维,很难深入竞争结构内部考虑竞争参与者各自在竞争中的地位和功能。在实际效果上,超级平台与接入者之间的差距被持续拉大,强者愈强、弱者越弱的极化趋势几无可逆。司法裁判虽然愈发注重消费者利益保护的说理,但对于互联网不正当竞争案件中如何考量消费者利益仍莫衷一是。如在屏蔽广告类案件中,只有深圳市腾讯计算机系统有限公司诉北京世界星辉科技有限责任公司不正当竞争案的一审法院关注到消费者的这种自我决策能力,强调是否选择屏蔽广告的“权利不在于浏览器而是用户”。但该案的二审法院背离了这一方向,与其他同类案件一样,将广告屏蔽行为定位为屏蔽软件企业的“一种主动采取措施直接干涉、插手他人经营的行为”,认为消费者需求这一因素不会影响经营行为正当性与否的认定。〔42〕

## (二) 宪法与部门法关系理论

宪法与反不正当竞争法之间具有明确的效力等级,前者在两个层次上对后者进行约束。其一,宪法对反不正当竞争法的制定具有约束力。法秩序的位阶原理要求,反不正当竞争法要遵守基本权利规定的宪法秩序,可以概括为“内容形成”和“越界控制”两个方面。〔43〕前者意味着,立法者必须考量宪法的哪些规范构成了对反不正当竞争立法的委托,宪法在反不正当竞争领域设定了何种国家目标,要求达到何种基本权利保护标准;后者意味着,在制定具体的反不正当竞争规范时,立法者不能逾越宪法设定的边界,即不能侵害基本权利,在权衡各种利益时不应忽略宪法的价值设定。其二,反不正当竞争法的实施也要受宪法的约束。如何厘清一般条款中“商业道德”等不确定概念的含义,一直是反不正当竞争法适用的核心问题。虽然立法者享有宪法作为“框架秩序”之下的“形成空间”或者“形成自由”,然而,一旦部门法解释需要价值补充,应该首先从宪法中寻找,而不能轻易诉诸伦理观。法院需要将基本权利作为一般条款解释的“补充性”和“控制性”因素,使反不正当竞争法的具体操作“合于宪法的整体秩序”。〔44〕

基本权利并不具有私法上的直接效力。就反不正当竞争法而言,基本权利是以一般条款或不确定概念为“媒介”,迂回作用于不正当竞争的认定。如同基本权利只限于对私法原则产生一定“影响”而不能完全取而代之一样,〔45〕宪法“洋溢”的智慧投射进反不正当竞争法的规范体系时,最终适用的还是反不正当竞争法的规则。侵害基本权利所保护的竞争参与者权益这一事实并不直接等同于违反反不正当竞争法,系争行为是否具有违法性必须依据“不受扭曲的竞争”标准进一步判断。在德国竞争中心诉贝纳通公司案中,〔46〕德国地区高级法院和联邦最高法院认为,被告贝纳通公司以童工、艾滋病为主题发布广告的行为,“试图通过榨取消费者

〔42〕 北京知识产权法院(2018)京73民终558号民事判决书。

〔43〕 参见张翔:《宪法与部门法的三重关系》,《中国法律评论》2019年第1期,第28页。

〔44〕 参见张翔:《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》,《法学研究》2016年第4期,第50页;上引张翔文,第29页。

〔45〕 参见前引〔8〕,范长军书,第17页;Peter E. Quint:《宪法在私法领域的适用:德、美两国比较》,余履雪译,《中外法学》2003年第5期,第611页。

〔46〕 BVerfG GRUR 2001170-Beneton I, GRUR 2003, 442-Beneton-Werbung II.

同情心的手段，使企业及其商品在消费者心目中留下深刻印象”，违背了公序良俗，故具有不正当性。但德国联邦宪法法院援引意见表达自由这一基本权利，认为这样的裁判显然忽略了“竞争是意见形成的过程”，被告行为尽管在伦理上不光彩，但“不会危及消费者决策的基础”。由此可见，德国联邦宪法法院正是依据“不受扭曲的竞争”这一标准，拒绝认定被告行为具有可责性。

基于基本权利的解释应以尊重反不正当竞争法的独立性为前提。一般而言，立法机关已经最大限度地将基本权利规范具体化于类型化条款中，司法机关只要适用这些类型化条款就可以实现对基本权利的保护。只有存在具有较大自由裁量空间且类型化条款不足以真正保护相关主体行为自由的情况时，才应考虑适用基本权利规范。基于“不受扭曲的竞争”标准的认定固然切合现代反不正当竞争法的发展趋势，但面对平台竞争关系的非对称性，试图单纯依靠这一标准准确划定不正当竞争的界限，几乎是一个无法完成的任务。法院虽然强调通过竞争本身判断行为是否具有不正当性，但还是会出现对接入者的竞争机会以及消费者自由决策的保护不足。<sup>[47]</sup> 在这种情况下，必须着眼于“整体法秩序”，以基本权利作为修正法秩序的缺漏、填补漏洞的规范来源。

#### 四、基本权利功能对利益平衡范式的重塑

传统利益平衡范式难以担当反不正当竞争法的分析框架，但基于基本权利功能进行的重塑并不是改变通过利益平衡来认定竞争行为是否具有正当性的本质，而是对传统范式的补充与优化。

##### （一）法理架构的支撑

对于反不正当竞争法中竞争参与者合法权益该如何定位、如何保护，侵权法、知识产权法等裹挟其中，各自的影响不遑多让。关于将竞争优势作为绝对权，套用“权利侵害范式”的批评有之；关于混淆反不正当竞争法与知识产权法的界限，将本不该保护的客体当成合法权益进行保护，把本属于自由竞争领域的行为当成不正当竞争行为的批评亦有之。<sup>[48]</sup> 竞争与损害如影随形，对任何一方市场占有率、营利必然性的保障，都会限制其他竞争者的竞争自由，剥夺其基于竞争获取商业利益的机会。当竞争被视为所有人实现有尊严的生活所必需时，反不正当竞争法就在根本上排除了为任何竞争者创立一种具有排他性的权利的可能，由此厘清了其与传统侵权法、知识产权法的界限。

基本权利之间没有绝对的优先性，反不正当竞争法为所有竞争参与者提供的是一种基于市场等序或一致性的权益保护。<sup>[49]</sup> 德国法院在南德意志报数字媒体公司诉 Eyeo 公司案（以下简称“南德报数字传媒案”）中指出，<sup>[50]</sup> 平台播放广告的线上活动受表达自由、营业自由的保护，广告屏蔽企业提供屏蔽服务受营业自由的保护，消费者自主选择观看视频内容受消极信息自由（negative informational freedom）的保护，对这些法益不能厚此薄彼。广告屏蔽企业、

[47] 参见前引 [12]，“百度插标案”“极路由视频广告案”；前引 [40]，“美团公司支付案”。

[48] 参见孔祥俊：《理念变革与制度演化：〈反不正当竞争法〉30年回望与前瞻》，《知识产权》2023年第7期，第7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105页。

[49] Vgl. Piperin: Piper/Ohly, UWG 4. Aufl., 2006, C. H. Beck., § 1 Rn. 9.

[50] Vgl. Landgericht München [LG] [Munich Court of First Instance], Case No. 33 O 5017/15 (March 22, 2016).

消费者的宪法利益并不从属于平台的宪法利益，平台“免费视频+广告”的商业模式必须接受广告屏蔽企业在市场中发起的挑战。广告屏蔽服务之所以合法，是因为其满足了消费者自主选择观看视频的诉求。在深层次上，各方利益的保护边界最终由市场本身决定。

考虑基本权利功能，将竞争参与者的利益与基本权利相联系，适用“不受扭曲的竞争”标准来禁止不正当竞争行为，就有了一个清晰的内在逻辑。按照基本权利防御权功能，平台对接入者的封禁属于企业的经营自由，只有在接入者必须依赖接入进入市场后才能为消费者提供更具吸引力的产品或服务时，对这种封禁行为的禁止才是正当的。这种条件式的思维逻辑弥补了传统利益平衡范式的不足。按照基本权利国家保护义务功能，在单纯依靠处于弱势地位的消费者自身的力量无法实现自由决策时，国家需要积极通过对平台设置信息透明度义务，为消费者自由决策创造条件。基于“不受扭曲的竞争”展开的利益平衡必须综合考虑这两个方面，平台经济语境下反不正当竞争法的革新正是在这一问题上的回应。

## （二）操作程式的厘清

在基本权利的防御权功能和保护义务功能下，准确划定不正当竞争的界限时应当遵循一定的步骤，从而为反不正当竞争法在个案中的具体适用提供一套稳定的操作程式。

在避免过度干预层面，遵循基本权利防御权功能实现的内在逻辑，不正当竞争的认定具有了清晰的阶层化脉络。基本权利防御权功能的实现体现为一个三阶层的审查框架：第一阶层，审查私主体的行为是否落入某项基本权利的保护范围；第二阶层，审查国家的行为是否构成对该项基本权利的干预；第三阶层，审查国家的此种干预是否具备宪法上的正当性。<sup>[51]</sup>禁止特定竞争行为无疑构成对竞争自由的限制，因此，该三阶层审查框架相应地转变为从“竞争行为的基本权利涵摄”到“基本权利反不正当竞争干预的正当化权衡”的双阶架构。在第一阶层，只考虑特定竞争行为是否可以涵摄于某项基本权利；在第二阶层，考虑是否出于其他竞争参与者利益、公共利益的保护而对该竞争行为予以限制。由此，各种考量因素按照固定的逻辑被逐阶考量。

这种阶层递进式的审查架构，不仅整体上预设了对基本权利原则保护的立场，<sup>[52]</sup>而且提供了制度上的保障。如果在第一阶层确认接入者受到某项基本权利保护，就意味着其享有广泛的自由行动空间，其竞争行为一般不受国家干预。这完全不同于传统范式下以平台利益保护作为分析出发点的做法，而是将竞争自由作为最先考虑的对象。这意味着，基本权利庇护之下的竞争自由“默示一种可以诱使潜在客户与其本人而不与其竞争对手从事交易的竞争‘特权’（a ‘privilege’ to compete）”。<sup>[53]</sup>“干预的正当化”权衡构成了一种“对限制的限制”，突出了“公权力机关究竟应具备何种前提、基于何种目的、在何种范围内才能对基本权利予以限制”。<sup>[54]</sup>此时，不正当竞争认定的重心转变为第二阶层干预理由部分的谨慎权衡，避免过度干预的风险。

[51] 参见张翔、田伟：《基本权利案件的审查框架（一）：概论》，《燕大法学教室》2021年第3期，第11页。

[52] Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 8. Aufl. 2018, S. 273. 这一点与侵权法上的“权利侵害范式”不同。在市场可以发挥作用的领域，国家不能干预，私主体之间可以自由竞争。所以，这里的避免国家干预不是保护私主体一方免受另一方的威胁，恰恰相反，是要为私主体之间的竞争对抗预留空间。

[53] *Shank v. William R. Hague, Inc.*, 192 F.3d 675, 687 (7<sup>th</sup> Cir. 1999); ABA Section of Antitrust law, *Business Torts and Unfair Competition Handbook*, Chicago: American Bar Association, 2014, p. 22.

[54] 前引[51]，张翔等文，第13页。

在克服保护不足层面，遵循基本权利国家保护义务功能实现的内在逻辑，不正当竞争认定中弱势竞争参与者的保护具有了明确的思维架构。基本权利国家保护义务功能的实现也体现为一个三阶层的审查框架。第一阶层，审查私主体寻求国家保护的行为是否落入基本权利的保护范围；第二阶层，审查私主体之间是否存在基本权利侵害；第三阶层，审查国家是否（充分）履行了保护义务。如果相关竞争行为被基本权利所涵摄，该三阶层审查框架就相应地转变为从“竞争结构内的基本权利侵害识别”到“基本权利倾斜性保护架构”的双阶认定。在第一阶层，将司法机关援引基本权利保护的正当性边界限定于平台在事实上改变了接入者或消费者自由决策的作出，构成不当限制或妨害。在第二阶层，考虑如何避免或者排除这种限制或妨害，为自由竞争创造条件。

这种阶层化的讨论，以一种更为清晰的方式强化了国家在特定情形下介入私人竞争关系的责任和方式。国家保护的正当性在于克服私法在基本权利保护上的不足。逐阶审查在限定国家保护情形的同时，也强调国家必须突破形式平等理念的束缚，进行倾斜性干预（对弱势方进行支援）的责任，并明确国家干预方式的选择应为自由决策创造条件。

### （三）权衡基准的确立

在从竞争相关者利益出发的行为正当性评价中，利益冲突在所难免。但司法实践中尚未形成统一的考量基准，引发了极大的争议。学者对一些广告屏蔽、数据抓取案件的裁判提出了质疑，认为其过度保护平台商业模式和数据优势，阻碍了接入者参与竞争的机会或基于数据要素的创新。<sup>[55]</sup>在保护作为弱势方的接入者这种极富感召力的声音下，不少学者主张设置滥用相对优势地位条款，<sup>[56]</sup>或者将封禁行为作为“恶意不兼容”普遍性地加以禁止。<sup>[57]</sup>但也有不少学者冷静地指出，强制要求大平台互操作，很可能导致直接竞争对手借此实现“弯道超车”，威胁大平台的生存与发展，抑制投资激励。<sup>[58]</sup>归根结底，这些争议都围绕着在何种基准下实现平台、接入者和消费者基本权利保护的问题。

#### 1. 以比例原则为基准的干预正当化审查

从基本权利防御权功能的角度对干预正当化进行审查时，应以比例原则为基准。经营者的营业利益无时无刻不与自由竞争相冲突，这两种冲突的利益无所谓谁更“高阶”，哪一种利益更值得保护，只能在个案中依据比例原则确定。比例原则一般包括三个子原则，其中，适当性原则要求采取的措施可以实现所追求的目的，必要性原则要求没有其他给关系人或公众造成更少损害的适当措施，相称性原则要求采取的的必要措施与追求的结果之间必须成比例。<sup>[59]</sup>这种“适当性—必要性—相称性”的结构化规范，将不正当竞争认定中的商业道德标准转换为一个依据竞争效果展开的客观的利益权衡框架，使利益权衡的过程合理化、权衡的内容具体化。<sup>[60]</sup>由此形成对法官自由裁量权的有效约束，避免对自由竞争的过度干预。

基于适当性的考虑，应从反不正当竞争法立法目的的角度判断竞争行为是否具有不正当

[55] 参见周樾平：《数据爬取的不正当竞争认定规则研究》，《南大法学》2023年第2期，第90页。

[56] 参见曹阳：《互联网领域滥用相对优势地位行为的法律规制》，《法学论坛》2019年第3期，第86页。

[57] 参见郭传凯：《平台封禁的反不正当竞争法应对：以〈反不正当竞争法〉的修订为背景》，《当代法学》2024年第2期，第65页。

[58] 参见前引〔29〕，周汉华文，第611页。

[59] 参见〔德〕哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第238页。

[60] Vgl. Val. Hans Hanau, Der Grundsatz Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, Verlag Mohr Siebeck 2004, S. 95.

性。这一方面排除了那些打着保护消费者旗号而实际上完全无助于消费者的行为，另一方面明确了对竞争对手造成损害的行为如果有利于消费者或公共利益，就不应该被轻易地禁止。广告屏蔽虽然短期内造成了平台在广告收入上的损失，但使消费者免受冗长广告的滋扰。数据抓取虽然可能造成数据持有者的损失，但是数据要素的自由流动有利于数据驱动型商业模式的创新。类似的竞争行为只有经过进一步的必要性和相称性的权衡，才能判断其是否具有不正当性。

必要性原则通常只要求不存在侵害性明显更小的替代方式即可。阻碍是竞争的固有属性，故反不正当竞争法上的不正当阻碍特指超出了竞争中通常不可避免的干扰，而非有损害即不正当。在北京百度网讯科技有限公司诉上海汉涛信息咨询有限公司不正当竞争纠纷上诉案中，<sup>[61]</sup>法院对这一点的把握令人印象深刻。在认定被告百度公司数据抓取行为的违法性时，法院并不是一味强调原告汉涛公司因此受到损害，而是准确地指出百度公司的问题，其本可以在基本保证消费者体验的情况下采取一种对大众点评网损害更小的少显示或部分显示点评信息的方式，但其并没有采取。

相称性要求综合考量竞争行为产生的所有正面和负面效果，这无疑契合了平台竞争的复杂性。在北京爱奇艺科技有限公司诉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“爱奇艺与搜狗不正当竞争案”）中，二审法院一方面肯定，在爱奇艺网站界面使用搜狗输入法，在给予接入者竞争机会的同时，使消费者获得了更多可选择的搜索结果；另一方面认识到，这可能导致爱奇艺网站的流量或交易机会减少。但考虑到搜狗公司采取了降低混淆程度的措施，爱奇艺所遭受的损失很有限，故以爱奇艺较小的损失换来消费者福利的明显改善为由，否定了搜狗公司行为的不正当性。<sup>[62]</sup>

## 2. 以禁止保护不足原则为基准的干预正当化审查

从基本权利国家保护义务功能的角度对干预正当化进行审查时，应以禁止保护不足原则为基准。<sup>[63]</sup>虽然宪法并未将基本权利体系形塑为一种有着明确层级划分的位阶秩序，但在具体适用中，某种基本权利的确可能处于一种相对优先的地位。<sup>[64]</sup>禁止保护不足原则以此为前提，强调在强势主体能够对包括消费者在内的弱势主体施加支配性影响而使其陷入无法自主选择的境地时，需要对前者科以一定的义务，以保证后者自由决策的实现。在反不正当竞争法中，任何竞争参与者无法作出自由决策都意味着竞争的扭曲。为保护竞争不被扭曲，反不正当竞争法需要为各方自由决策创造条件。所谓自由决策，是指“在完全、充分地意识到所有的可得机会，掌握了所有相关信息，或者最一般地说，在偏好形成的过程没有受到任何非法限制的情况下而作出的决定”。<sup>[65]</sup>对不正当竞争行为的禁止最终就要落脚于改变面临平台强制的接入者和消费者的可得机会、信息等条件，以增强其自由决策的能力。就此而言，禁止保护不足原则体现为，能够施加支配性影响的主体应承担以下义务：

其一是信息透明度义务。消费者作出自由选择的前提是获得充分的信息和决策过程不受干

[61] 参见上海知识产权法院（2016）沪73民终242号民事判决书。

[62] 参见上海知识产权法院（2018）沪73民终420号民事判决书。

[63] 参见陈征：《宪法中的禁止保护不足原则——兼与比例原则对比论证》，《法学研究》2021年第4期，第57页。

[64] 参见王轶：《基本权利冲突及其解决思路》，《法学研究》2021年第6期，第46页。

[65] [美] 凯斯·R. 桑斯坦：《权利革命之后：重塑规制国》，钟瑞华译，中国人民大学出版社2008年版，第44页。

扰，否则就存在被误导的风险，经营者可能获得不正当竞争优势。因此，现代反不正当竞争法越来越重视以此为基础来禁止专门针对消费者的不正当竞争行为。在平台经济形态下，经营者与消费者之间的信息不对称问题更为突出。平台经营者不仅能够更深入地获取消费者的浏览记录、支付意愿等信息，而且能够通过个性化推荐影响消费者的决策。因此，德国反不正当竞争法在2008年修订时，根据系争行为的相对方是经营者还是消费者的不同，建构了不同的细分标准，强化了对消费者的保护。一方面针对经营者设置了专门的注意义务规范。一项商业行为如果足以显著地损害消费者根据信息作出决策的能力，促使其作出在其他情况下不会作出的交易决策，就被视为违反了注意义务。另一方面为了提高确定性，以附录的形式规定了针对消费者的当然违法行为。<sup>[66]</sup>就二者的关系来看，前者是对后者的“兜底”规定。当然违法意味着不需要再依据一般条款评估行为对消费者决策能力的影响，就可以直接认定行为的违法性。这种二元结构绝非德国特有。法国是在侵权法一般条款框架下处理经营者之间的不正当竞争纠纷，涉及消费者的不正当竞争行为则纳入专门的消费者法的规制范围。<sup>[67]</sup>

这种针对消费者设置更加明确的倾斜性权利义务规则的二元区分架构，在平台经济中更加具象化。德国理论界和实务界洞察到消费者在知识、信息上的劣势加剧，迷失在平台营造的各种商业场景中的风险增加，在2015年修订反不正当竞争法时，专门在第2条新增一项，明确界定“对消费者经济行为的重大影响”的内涵，即显著影响消费者作出知情决策的能力，促使消费者作出原本不会作出的交易决策。同时，为了确保决策信息的充分性、避免消费者因缺乏重要信息而作出本不会作出的交易决策，德国反不正当竞争法在2021年沿着改善消费者决策条件的方向进行了修订。其中，第5b条第1款和第2款针对平台经营者隐瞒重要信息的不作为误导，明确了平台和平台内经营者以及影响者在算法排名、消费者评价、影响力营销等行为中的信息提供义务。

其二是互操作义务。2015年德国反不正当竞争法第4条第4项禁止竞争者有目的的阻碍行为，以避免阻碍竞争对手的发展并将其排除在市场之外，或者导致受阻碍的竞争对手无法通过自己的努力在市场上适当地展示其产品或服务。为确定阻碍的不正当性，必须在个案中进行利益权衡，尤其要考虑宪法保护的基本权利，如营业自由、意见表达自由及信息自由。<sup>[68]</sup>

有目的的阻碍既包含挖聘雇员、破坏竞争对手的经营设施（如数据）等干扰经营的行为，还包括破坏客户关系（关键词广告）、阻碍（屏蔽）广告等干扰销售的行为。与这种禁止积极实施的阻碍、破坏竞争行为相对应，互操作义务是对消极性阻碍、破坏竞争行为的禁止。这种互操作义务要求超级平台保持标准、接口等开放，确保信息与数据的交换，实现系统、应用或者设备之间的兼容，维护平台与平台、平台与接入者以及接入者与接入者之间的竞争。由于对任何市场主体行为自由的干预都必须受到严格限制，因此，互操作义务只能是针对特定主体、特定商业场景的例外。如在美国联邦贸易委员会（FTC）及46个州诉脸书案中，FTC指控脸书对第三方开发商提供了应用程序接口，允许它们接入并使用自己的部分功能和数据，但拒绝竞争对手开放该程序接口，并且禁止第三方利用脸书的程序接口去推广竞争对手的产品。哥

[66] Vgl. § 3 Abs. 2, 3 UWG.

[67] 参见前引〔6〕，博德维希主编书，第256页。

[68] 参见〔德〕安斯加尔·奥利：《比较法视角下德国与中国反不正当竞争法的新近发展》，《知识产权》2018年第6期，第94页。

伦比亚特区联邦地区法院并未支持 FTC 的指控，理由是，即便是作为垄断者，脸书也有权参与市场竞争，无需承担任何帮助竞争对手的义务。<sup>〔69〕</sup>一般认为，垄断者要比其他经营者受到更严苛的竞争法上的约束。在这一意义上，该案判决无异于表明，经营者为保护自身的核心竞争利益实施封禁的，一般不具有可责性。因此，为超级平台设置互操作义务，必须全面考虑持续投资创新的激励、接入者的商业机会、平台生态的竞争力等因素。在适用场景上，学者认为，强制互操作应限定在接入对消费者有利且不会严重损害平台商业利益的情形，或者具有互补关系的经营者接入，而非强制向具有横向竞争关系的竞争对手开放。<sup>〔70〕</sup>这样的限定正是为了在保护接入者基本权利的同时，不至于过度限制平台的基本权利。

## 五、三阶层的利益平衡新范式

在最复杂的情形下，接入者的基本权利可能面临国家和平台的双重侵害风险，此时需要将基于两种基本权利功能的双阶认定架构整合形成一个新的三阶层认定范式。在第一阶层，考虑被诉竞争行为受到何种基本权利保护；在第二阶层，考虑竞争参与者之间是否存在基本权利侵害；在第三阶层，进行干预正当化权衡，划定不正当竞争的界限。这一分析范式蕴含了完整的法理架构和全面的事实考量因素，具有代表性、全面性和灵活性。当然，现实情况并非总是这么复杂，当纠纷发生在力量相当且并不相互依赖的平台之间时，该范式完全可以适配为基本权利防御权功能下的双阶认定。

### （一）竞争行为的基本权利涵摄

竞争行为的基本权利涵摄要解决的是，哪些竞争行为可以受到哪些基本权利保护的问题。在根本上，反不正当竞争法对各种利益的保护都是对行为自由的保护。这些行为之所以属于基本权利的保护范围，是因为其体现出了该项基本权利保护的法益。实践中，判断特定竞争行为是否属于某项基本权利的保护范围，大体遵循两个步骤：先解释相关的概念，识别出该竞争行为与哪项基本权利相关联；然后解释该基本权利所保护的行为方式、行为类型，由此确定特定竞争行为是否确实落入该项基本权利的保护范围，即能否被该项基本权利所涵摄。<sup>〔71〕</sup>在现有案例中，竞争参与者援引最多的基本权利主要有如下两种：

其一是职业自由。一般认为，职业自由是指每个人都可以在广泛的范围内独立、自主、直接地从事职业（择业自由）与展开营业活动（营业自由）。<sup>〔72〕</sup>职业自由是经济活动自由的核心。最高人民法院在“海带配额案”中确立了将竞争行为纳入职业自由考量的典范。法院指出，职工在职期间筹划设立与所在单位具有竞争关系的新公司，为自己离职后作适当准备的行为，属于择业自由的范畴，并不当然具有不正当性。<sup>〔73〕</sup>然而，最高人民法院对于职工跳槽行为的基本权利定位并未获得一致遵从。在武汉鱼趣网络科技有限公司诉上海炫魔网络科技有限

〔69〕 See *FTC v. Facebook, Inc.*, 560 F. Supp. 3d 1, 24 (2021).

〔70〕 参见前引〔29〕，周汉华文，第611页以下。

〔71〕 参见 Lothar Michael/Martin Morlok, *Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 7. Aufl. 2020, Rn. 39; 张翔、田伟：《基本权利案件的审查框架（二）：保护范围》，《燕大法学教室》2022年第5期，第57页。

〔72〕 参见前引〔32〕，里特纳等书，第137页以下。

〔73〕 参见前引〔35〕，“海带配额案”。

公司、上海脉森信息科技有限公司等著作权权属、侵权纠纷案中，<sup>[74]</sup>湖北省武汉市中级人民法院认为，网络直播行业中的主播“并非企业员工”，而是“更类似于传统行业中参与竞争的‘企业产品’”，即企业间竞相争夺的一种资源，因而忽视了对主播择业自由的考量。

企业营业自由是个人职业自由的延伸。“‘营业’系指‘职业’中具特殊性者，亦即具有持续性，且以营利为目的之自主活动。”<sup>[75]</sup>在“南德报数字传媒案”中，广告屏蔽企业的行为被德国联邦宪法法院定义为“促进建立或维持生活必需的获允性、非临时性”的活动，<sup>[76]</sup>因此被认为落入了营业自由的保护范围。

其二是表达自由。宪法上的表达自由意味着公民对于政治和社会生活中的各种问题，在法律规定或认可的情形下，享有使用各种媒介或方式，以表明或传递思想、观点、主张、情感、信息等，而不受他人非法干涉的自由。<sup>[77]</sup>它涵盖言论自由、信息自由、媒体自由（出版、广播电视、电影等）、艺术自由和学术自由。在反不正当竞争领域，其涉及新闻报道、戏仿创作、安全软件警示、商标戏仿、广告宣传等多种情形。

表达自由在商业环境中主要体现为，经营者（表意人）通过传播产品或服务信息以获得交易机会的“说者”权利，以及消费者（受意人）通过传播媒介了解经济信息以处理经济事务的“听者”权利。<sup>[78]</sup>法律保障商业言论自由的重点在于，透过自由表达、自由传播，满足受众获取经济信息的需求。关于前者，在赫托尔诉瑞士案中，瑞士商业法院认为，赫托尔关于微波炉的论文言过其实，属于误导性陈述，故依据瑞士联邦反不正当竞争法第2条认定其构成不正当竞争。但欧洲人权法院认为，虽然赫托尔的言论的确在某种程度上可能会产生误导，但这种误导可能性对微波炉销售产生的不良影响并不明确，也无法准确计算，而讨论（甚至不同声音）能揭示出更多信息，更有利于竞争和公共健康。所以，欧洲人权法院经过利益权衡，最终裁定瑞士商业法院对于不正当竞争的认定过于宽泛，与《欧洲人权公约》第10条所规定的商业言论自由发生了冲突。<sup>[79]</sup>关于后者，个人享有无障碍地从一般公开来源了解信息的权利，而在特定行为中享有自由的基本权利通常也包含消极因素。对于信息自由来说，这意味着不必接收不想要的信息。<sup>[80]</sup>在“南德报数字传媒案”中，法院成功地援引这一基本权利判定被告行为不具有不正当性。理由是，作为被告的广告屏蔽企业为消费者提供自主选择观看视频服务的行为，受到个人消极信息自由的保护。广告屏蔽行为在强化消费者自主性的同时，并没有给平台造成实质性损害，因此拒绝将其认定为不正当竞争。<sup>[81]</sup>

在个别情形下，法院还可能援引人格尊严等基本权利来判断竞争行为。例如，德国联邦最高法院曾经将损害人的尊严，特别是性别歧视或社会歧视广告中存在的有损人的尊严的要素，

[74] 参见湖北省武汉市中级人民法院（2017）鄂01民终4950号民事判决书。

[75] [日]阿部照哉等：《宪法（下册）——基本人权篇》，周宗宪译，中国政法大学出版社2006年版，第207页。

[76] 参见前引[50]，“南德报数字传媒案”。

[77] 参见吴汉东：《知识产权领域的表达自由：保护与规制》，《现代法学》2016年第3期，第3页。

[78] 参见秦前红、陈道英：《公司法人的言论自由——美国言论自由研究领域中的新课题》，《法商研究》2005年第3期，第146页。

[79] See Hertel v. Switzerland, 25181/94, 28 E. H. R. R. 534 (1999).

[80] See Russell A. Miller, *The Legal Fate of Internet Ad-blocking*, 24 (2) Boston University Journal of Science & Technology Law 325 (2018).

[81] 参见前引[50]，“南德报数字传媒案”。一项研究显示，允许广告屏蔽带来了信息获取上的便利，事实上增加了平台的广告收入（参见上引Miller文，第370页）。

作为认定竞争行为不正当性的理由。〔82〕类似地，在杭州开迅科技有限公司诉李某、广州虎牙信息科技有限公司不正当竞争纠纷案的一审判决中，〔83〕浙江省杭州市中级人民法院认为，主播在与平台合作期间所积累的知识、经验和技能，是其人格的组成部分，基于维护人身自由、保障人才自由流动的基本原则，法律并不能禁止主播运用自身的知识、经验和技能在其他平台进行直播的行为。

## （二）竞争参与者之间的基本权利侵害识别

理论上，私主体之间基本权利侵害的产生必须同时具备两个条件：其一，一方主体相对于其他竞争主体具有明显的资源优势；其二，这种资源优势使其他竞争主体处于被迫作出选择的状态。〔84〕是否满足这两个条件需要根据相关主体在特定关系中的具体情况来判断。这是因为，即便是大的应用程序开发者也会面临被支配的可能。例如，脸书就曾不止一次投诉苹果、谷歌限制甚至抹杀其推广产品的能力，而给予其竞争对手优惠待遇，影响其应用程序功能的发挥。〔85〕

在平台经济中，基本权利侵害最有可能由超级平台指向利用平台提供服务的第三方应用程序开发者。如在海客实验室公司诉领英公司案中，作为数据分析软件的海客指责作为社交平台的领英，为推出自营同类型数据分析软件而拒绝其访问领英平台上数据的行为构成不正当竞争。美国联邦第九巡回法院维持了对领英拒绝行为的初步禁令，要求领英移除技术壁垒，允许海客继续访问其平台上的数据。其理由是，如果允许像领英这样拥有大量公共数据的公司选择性地禁止潜在的竞争对手访问和使用这些公共数据，那么最初的创新者将无法汇集和分析公共数据。〔86〕

基本权利侵害还可能由超级平台指向消费者。因大数据、算法加持，超级平台在信息方面的优势更加明显。超级平台与消费者之间不断加深的信息鸿沟，使其对消费者具有了强制力。这种强制可能发生在后者不知情、难以理解或者无法拒绝的情况下。〔87〕例如，手机硬件生产商作为手机系统的开发者和运营者，在消费者通过第三方应用商店安装软件时，反复弹窗进行风险提示，阻碍消费者正常安装已下载的软件，并建议消费者去其官方应用商店下载，这就构成了不正当竞争。〔88〕

无论指向哪类竞争参与者，判断是否存在基本权利侵害的关键都在于，处于非对称关系中的弱势方是否因强势方施加的压力而完全丧失决策自由。〔89〕德国科隆高等法院和慕尼黑高等法院曾经针对广告屏蔽行为作出过截然相反的判决，分歧产生的根源正在于对基本权利侵害存在与否的不同认知。按照德国反不正当竞争法第4条和第4a条的规定，针对竞争对手的有目的的阻碍，要求导致竞争对手即使通过自身努力也无法以适当的方式在市场上展现其业绩；针对其他竞争参与者和消费者的侵略性经营行为，要求导致其他竞争参与者和消费者作出一个在

〔82〕 Vgl. BGH GRUR 1995, 594-Busengrapscher.

〔83〕 参见浙江省杭州市中级人民法院（2019）浙01民初1152号民事判决书。

〔84〕 参见李海平：《论基本权利私人间效力的范式转型》，《中国法学》2022年第2期，第39页。

〔85〕 脸书曾经披露，与各大移动操作系统、网络以及不受其控制的软件技术规范的互操作性影响到了脸书的发展。参见前引〔15〕，扎拉奇等书，第203页以下。

〔86〕 See hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp., 938 F.3d 985, 998 (9<sup>th</sup> Cir. 2019); 31 F.4<sup>th</sup> 1180, 1193 (9<sup>th</sup> Cir. 2022).

〔87〕 参见周辉：《技术、平台与信息：网络空间中私权力的崛起》，《网络信息法学研究》2017年第2期，第98页。

〔88〕 参见广东欧珀移动通信有限公司、东莞市讯怡电子科技有限公司复议案，湖北省武汉市中级人民法院（2017）鄂01行保1号民事裁定书。

〔89〕 Vgl. BGH, GRUR 2014, 1117 Rn. 26 f. - Zeugnisation; BGH, GRUR 2015, 1134 Rn. 14 - Schufa-Hinweis.

其他情况下本不会作出的交易决策。<sup>[90]</sup>科隆高等法院认为,广告屏蔽企业在功能上获得了一个强势的市场地位,能够迫使平台不得不向其购买取消广告屏蔽的服务(“白名单”)。<sup>[91]</sup>慕尼黑高等法院则认为,平台有多种可以摆脱屏蔽软件的选项,不加入“白名单”只是一种合同自由的结果。平台并没有作出任何不明智的行为。<sup>[92]</sup>德国联邦最高法院支持了慕尼黑高等法院的判决,后续大量广告屏蔽案件的判决也都秉持同样的观点。<sup>[93]</sup>

### (三) 基本权利干预的正当化权衡

如果竞争参与者之间没有基本权利侵害,干预正当化权衡只需适用比例原则。对于那种强弱失衡、寄生性明显的竞争纠纷,这种阶层化认定对避免“过度干预”不可或缺。如果竞争参与者之间存在基本权利侵害,干预正当化权衡则必须包含禁止保护不足原则的考虑。在二者之间,由于禁止保护不足原则强调对于弱势方基本权利的优位保护,所以应优先于比例原则适用。

因对一方基本权利的保护意味着对另一方基本权利的限制,故为避免过度限制平台的基本权利,落实禁止保护不足原则的倾斜性的权利义务架构安排时,还要接受全面的利益平衡的检验。封禁、拒绝接入(不兼容)、不当干扰(阻碍)等纠纷通常属于这种情形。依据我国反不正当竞争法第12条,<sup>[94]</sup>接入者只要构成妨碍、破坏,其行为就很可能直接被禁止。按照“反法修订草案”中的滥用相对优势地位条款,<sup>[95]</sup>超级平台又要承担一种过于宽泛的互操作义务,形成一种“谁弱谁有理”的窘境。因此,相较于类型化条款建构上的极端化,反倒是法院在一般条款下作出的一些裁判更接近于禁止保护不足原则的内涵,也更令人信服。例如,在深圳市腾讯计算机系统有限公司等诉浙江搜道网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案中,<sup>[96]</sup>法院从平台竞争的竞合性、非对称性出发,认为网络经济“开放、共享、效率”的价值取向及“共生经济”的特质决定了,应允许在既有网络产品或服务的基础上展开创新性竞争。在认识到超级平台需要承担互操作义务后,法院并未简单地认为接入具有天然的合法性,而是特别强调只有接入者“在合理利用微信产品基础上开发出的软件产品能够给予消费者带来全新体验”时,接入才具有正当性。

该案裁判的另一大亮点在于法院对接入者是否具有创新性的高度关注和详细论证,这在过往案件的裁判中极为罕见。法院将平台经济中的创新性竞争界定为“在既有网络产品基础上的技术创新,其新增功能应对原有网络产品起到拾遗补缺的积极作用,其前提是原网络产品开

[90] Vgl. Christian Alexander, *Lauterkeitsrecht*, 3. Aufl., 2022, S. 386 ff.

[91] Vgl. OLG Köln, GRUR 2016, 1082 Rn. 61 - Adblock Plus m. Anm. Alexander.

[92] Vgl. OLG München, GRUR 2017, 1147 Rn. 190 f. - Whitelisting I m. Anm. Alexander; Helmut Köhler in Köhler/Bornkamm, *UWG*, § 4a Rn. 1. 59.

[93] 参见前引[80], Miller文,第334页以下。

[94] 我国反不正当竞争法第12条第2款规定:“经营者不得利用技术手段,通过影响用户选择或者其他方式,实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或服务正常运行的行为:(一)未经其他经营者同意,在其合法提供的网络产品或服务中,插入链接、强制进行目标跳转;(二)误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或服务;(三)恶意对其他经营者合法提供的网络产品或服务实施不兼容;(四)其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或服务正常运行的行为。”

[95] 我国“反法修订草案”第15条规定:“大型企业等经营者不得滥用自身资金、技术、交易渠道、行业影响力等方面的优势地位,通过为中小企业设置明显不合理的付款条件、付款方式、付款期限、违约责任,强迫签订排他性协议或者其他方式扰乱公平竞争秩序。”

[96] 杭州铁路运输法院(2019)浙8601民初1987号民事判决书。

发者未曾意识到该新增功能的积极作用或虽然意识到但受技术能力限制难以实现新增功能”。基于这一界定，法院认为，被控侵权软件虽然新增了部分功能，“但这些新功能并非原告不曾意识亦非技术上难以实现”，而是因为其与微信作为社交平台的功能定位及设计初衷相抵触才被排斥。更重要的是，新增功能只是提升了少数用户的使用体验，却因擅自收集、存储和使用用户数据而危及用户信息安全，整体上对消费者不利。在这一意义上，法院认定被控软件并非积极的技术创新。

在深层次上，该案表明了这样一种立场，超级平台的互操作义务应受严格条件限制。即便存在功能上的依赖性，超级平台仍有权拒绝无益于消费者福利提升的纯粹“搭便车”行为。在另一起类似案件中，这一立场被再次强化。法院认为，研发、销售“寄生”于他人社交产品的群发性营销类软件，既无法提供正常的商业价值增量，又无法给消费者稳定、合理的多样化服务选择，仅是通过妨碍和破坏他人软件产品正常运行并提供网络服务的方式获利。因此，超级平台在这种情况下的封禁行为并不构成不正当竞争。<sup>[97]</sup>

在消费者保护问题上，虽然我国2017年反不正当竞争法修订时在第2条将消费者利益作为一个独立的不正当性认定因素，但缺少对其规范内涵的界定，也没有将一般条款进行具体化的系统性的制度构造。“反法征求意见稿”和“反法修订草案”更多地是从经营者视角关注新产业、新业态和新技术，而疏于回应平台经济对消费者保护带来的挑战。在结构性不对称性相较于传统经济更加明显的平台经济中，以基本权利国家保护义务为支撑，在法理上明确对消费者自由决策基础的保护，对诸如消费者评论展示、网红营销等利用消费者对影响力主体的信赖获取交易机会的行为的判断将具有决定性意义。即使纠纷发生在竞争对手之间，但在一方的商业模式保护与另一方的竞争机会保护都具有一定正当性的情况下，对行为违法性判断的主要依据仍然是是否有利于消费者的自由决策。幸运的是，法院的认识正趋于清晰。“爱奇艺与搜狗不正当竞争案”的判决就是一个很明显的方向标。法院在该案的说理中指出，在维护市场竞争秩序的角度上，反不正当竞争法“保障消费者整体上获得正确充分的信息，以及交易决定的自由”，对消费者这种合法权益的保护“最终体现为市场信息传递功能、市场选择功能不被扭曲和破坏”。<sup>[98]</sup>

## 结 语

对于反不正当竞争法，人们一直能够感受到它的存在，却无法给出确切的边界。这是因为，在对不正当竞争行为的禁止中，真正起作用的往往不是特定的专门法规范，而是隐藏在法规范背后的一个随着竞争问题的演化而持续向其他部门法知识开放的法理范式。<sup>[99]</sup>对基本权利功能体系的呼应与转换，是借助宪法知识回应“对基本权利的威胁不仅来自国家而且来自超级平台”的问题。比起类型化的规范调整，对平台经济竞争关系深刻变化的这种内在法理范式上的回应更加不可或缺。

[97] 参见深圳市腾讯计算机系统有限公司等与北京任网行科技有限公司等不正当竞争纠纷案，北京市石景山区人民法院（2019）京0107民初23101号民事判决书。

[98] 前引[62]，“爱奇艺与搜狗不正当竞争案”。

[99] See Barton Beebe et al., *Trademarks, Unfair Competition, and Business Torts*, New York: Wolters Kluwer, 2011, p. 253.

基于基本权利功能对传统利益平衡范式的重塑是一种补充,更是一种优化,由此形成的三阶层认定范式具有如下特性:一是完备性。三阶层认定范式将所有需要考查的不正当性认定要素作完整的收集罗列,并按照不同的阶层进一步分解,形成一个涵盖所有问题点的认定体系。二是合逻辑性。反不正当竞争法的正当性、合法性根本上源于对基本权利的保障,基于基本权利功能的阶层化认定能够使一般条款蕴含的法理得以显性化。三是可操作性。三阶层认定范式提供了分析的出发点、思考方向和思维路径。在避免“过度限制”“保护不足”的方向上,竞争相关者利益被逐阶展开讨论。这一利益权衡的过程步骤清晰,每个阶层的任务明确,降低了案件裁判的难度。四是确定性。以比例原则、禁止保护不足原则为基准的利益平衡,尽可能地减少主观恣意,使得所有竞争相关者的利益得到一致的、充分的考虑,最大程度上确保裁判结果的确定性。

---

**Abstract:** The traditional interest-balancing paradigm of identification of unfair competition is highly abstract and normatively inadequate. When applied to asymmetrical relations of platform competition, this paradigm either overly restricts operators' freedom of competition or disregards the protection of consumers' free decision-making. Echoing and transforming the functions of fundamental rights, the Anti-Unfair Competition Law can address the development of the platform economy with a solid legal basis and a stable operational procedure. Based on the fundamental rights' preventive function as well as state's obligation to protect them, the traditional interest-balancing paradigm can be reshaped into a new three-tier one. It should consider in three tiers successively about by what fundamental rights the competitive practice in question is protected, whether there is an infringement on fundamental rights committed by competition-related parties, and how to avoid “over-restriction” and “insufficient protection”. If there is no infringement on fundamental rights, only the principle of proportionality needs to be applied in considering the justifiability of intervention in a competitive behavior. If there is an infringement on fundamental rights, the principle of prohibiting insufficient protection must be applied before the application of the principle of proportionality.

**Key Words:** fundamental rights, platform economy, unfair competition, interest-balancing, the principle of proportionality

---