

反不正当竞争法一般条款 的司法适用模式

吴 峻*

内容提要：一般条款为司法机关发展和充实反不正当竞争法体系提供了重要的法律依据。在我国司法机关适用反不正当竞争法第2条的实践中，可以总结出三种案例类型。在独立适用第2条的情形下，对于立足于权益保护还是直接适用一般条款所表述的原则来确立相关权益或原则，以最高人民法院为代表的司法机关在实践中显示出了某种摇摆不定，这直接导致了一般条款适用模式的缺乏，影响着整个反不正当竞争法体系的确定性。总结我国司法实践，回归“海带配额案”确立的第2条独立适用的三条件，基于法律所保护权益来确定反不正当竞争法一般条款的三步走适用模式，明确一般条款适用的二元化结构，确保当事人的合理预期，这将为反不正当竞争法的修订及其进一步发展，提供坚实的司法实践基础。

关键词：反不正当竞争法 一般条款 适用模式 具体化

我国反不正当竞争法除在第2章对11项不正当竞争行为予以列举之外，还在第2条确定了市场交易行为须遵循的原则，并对“不正当竞争”予以概括界定。^{〔1〕}对于第2条可否作为一般条款适用，学者著述甚多，并无共识。^{〔2〕}甚至对于一般条款的具体表现形式，认识也不尽相同。邵建东结合国外立法实践及国内司法实践，认为一般条款表现为第2条，其与反不正当竞争法第20条法律责任条款相结合，构成一般条款的规范体系。^{〔3〕}而郑友德、王先林等学者则认为第2条第1款是价值宣示条款，属“准一般条款”，第2款仅仅是定义

* 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

〔1〕 反不正当竞争法第2条第1款规定：“经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。”第2款规定：“本法所称的不正当竞争，是指经营者违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。”

〔2〕 我国学界存在“法定主义说”、“一般条款说”和“有限一般条款说”三种理论。对于这三种理论的综述和评论，请见邵建东：《我国反不正当竞争法中的一般条款及其在司法实践中的适用》，《南京大学法律评论》2003年春季号，第199页。

〔3〕 同上文，第199页以下。

条款，责任要件缺乏，均非严格意义上的一般条款，仅能通过修法方能使之得以体现。^{〔4〕}

其实第2条作为一般条款的表现形式，具备坚实的现实逻辑基础。学界普遍认为：诚信原则和公认的商业道德是一般条款的核心。第2条第1款确立了“诚实信用”及“公认的商业道德”等原则，第2款对“不正当竞争”予以概括界定，从而确立了正当竞争的基本要求，构建了可以操作的规范结构，使得第2条能够成为解决现实问题的法律依据。尤其是第2条第1款规定的“诚实信用”原则，在反不正当竞争法实施前就不乏司法应用事例。^{〔5〕}这样，适用具有一定开放性的第2条，将之作为一般条款解决相关问题，必然成为司法机关的务实选择。

一般条款并非允许法官在判决中自由发挥的空白授权。在法律的灵活性与可预见性之间，须维持一定的平衡。惟此，一般条款的适用才能满足反不正当竞争法的体系化要求。我国司法机关已经积累了一定的一般条款适用经验，^{〔6〕}但由于缺乏确定的适用模式，在单独适用第2条时，法院对适用路径举棋不定，无助于实现法律的确定性。因此，承认第2条的一般条款地位，并通过总结司法审判经验，确定一般条款的司法适用模式，将为中国反不正当竞争法的发展提供坚实的司法实践基础。

一、一般条款的司法适用

在反不正当竞争法相关裁判中，涉及第2条的司法判决及裁定比例可观。^{〔7〕}最高人民法院先后以公告的形式公布了14件与第2条适用密切相关的案例，而同期最高人民法院有关反不正当竞争行为的公报案例共计40件。^{〔8〕}本文抽取最高人民法院裁判或公告的38件适用第2条的案例进行总结分析，厘清一般条款司法适用的现状，为最终确立一般条款的司法适用模式提供实践依据。至于行政机关是否也有权将第2条作为一般条款适用，由于涉及立法政策选择，本文不予涉及。

（一）一般条款辅助适用的司法实践

所谓辅助适用，字面而言，系指第2条仅在适用具体法律条款时起辅助作用，即针对“本法”规定的不正当竞争行为。依据第2章认定相关行为是否“正当”时，一般也援引第

〔4〕 参见郑友德、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》，《法商研究》2005年第5期，第131页；郑友德、伍春燕：《我国反不正当竞争法修订十问》，《法学》2009年第1期，第62页；王先林：《论反不正当竞争法调整范围的扩展——我国〈反不正当竞争法〉第2条的完善》，《中国社会科学院研究生院学报》2010年第6期，第70页以下。

〔5〕 在反不正当竞争法出台之前，我国司法机关就曾尝试采用民法原则裁决不正当竞争纠纷案。在莒县酒厂诉文登酿酒厂不正当竞争纠纷案中，山东高院在判决中明确表示：使用注册商标范围之外的装潢及特定名称，造成消费者误认误购，同时又采取压价销售等竞争方式的，与民法通则第4条、第5条及第7条的规定不符，违反了诚信原则，侵犯了他人合法民事权益，损害了公共利益，扰乱了社会经济秩序，是不正当竞争。参见《最高人民法院公报》1990年第3期。除非特别注明，本文所引案例文本均来自北大法宝。

〔6〕 孔祥俊：《反不正当竞争法的司法创新和发展——为〈反不正当竞争法〉施行20周年而作》（上），《知识产权》2013年第11期，第3页以下；孔祥俊：《反不正当竞争法的司法创新和发展——为〈反不正当竞争法〉施行20周年而作》（下），《知识产权》2013年第12期，第3页以下。

〔7〕 在谢晓尧统计的904件不正当竞争案例中，援引第2条的有323件，占比35.7%。参见谢晓尧：《在经验与制度之间：不正当竞争司法案例类型化研究》，法律出版社2010年版，第89页。另外，截至2016年3月7日，在北大法宝收录的适用反不正当竞争法的约4777件案例中，与第2条相关的案例约1780件，占比约37.2%。

〔8〕 根据北大法宝法宝联想功能，以截至2016年3月7日的数据为基础进行上述统计。

2条。在笔者选择的38件裁判中,共有16件裁判属于这种情形。

1. 辅助适用第5条的司法裁判

第2条辅助适用第5条的情形比较常见,共有12件,其中2件裁判还同时适用了第9条和第14条。这是因为,第5条的“擅自”、“假冒”及“伪造”等措辞在很大程度上是一种主观状态的描述,须在实践中予以判定。

案例表明,司法机关对此有两种选择:一种是,根据事实判定行为人是否有主观恶意,从而构成“擅自”、“假冒”及“伪造”;另一种是,借助一定法律标准确定行为人是否构成“擅自”、“假冒”及“伪造”,而这一标准就是第2条第1款确定的诚信原则。实践中,第2条第2款及第3款^[9]实际上对反不正当竞争法第1条^[10]的立法目的所涉及的因素进行了进一步解释。这样,适用第2条就不可避免地涉及第1条的规定。在很多情形下,第1条和第2条都是捆绑适用。

在同时适用第9条和第14条的2件裁判中,两审法院对第2条适用的态度截然不同。其中,在古洞春公司诉怡清源公司等不正当竞争纠纷案(下称“古洞春案”)中,^[11]一审判决提及了第2条,却没有论证,终审判决则对此略而不表。而在香港8分钟国际洗涤集团有限公司与中化四平联合化工总厂等不正当竞争纠纷上诉案(下称“8分钟国际案”)中,^[12]一审法院仅在判决中提及第2条,而最高人民法院虽然在判决中提出经营者应遵守诚实信用原则及公认的商业道德,不得正当损害竞争对手的商业信誉,但没有明确适用第2条。其他10件裁判中,有5项终审裁判在论证或裁判依据中提到了第2条或者对一、二审法院的法律适用予以肯定;^[13]另外5项终审裁判并没有像一、二审法院那样倚重第2条,对之未有提及:其中有2项终审裁判在论证过程中根本没有述及主观恶意或违反诚信原则,^[14]有1项终审裁判认为不适用第2条,^[15]另外2项终审裁判在论述过程中方才提及不正当竞争行为人违反诚信原则的情形^[16]。这12件裁判体现出一个很有意思的趋向:地方

[9] 反不正当竞争法第2条第3款规定:“本法所称的经营者,是指从事商品经营或者营利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他经济组织和个人。”

[10] 反不正当竞争法第1条规定:“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,保护经营者和消费者的合法权益,制定本法。”

[11] 参见湖南省高级人民法院(2004)湘高法民三终字第82号民事判决书,《最高人民法院公报》2006年第9期。

[12] 参见最高人民法院(1999)知终字第13号民事判决书。

[13] 参见天津市小拇指汽车维修服务有限公司与杭州小拇指汽车维修科技股份有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷再审案,最高人民法院(2013)民申字第723号民事裁定书;中国药科大学诉福瑞科技公司不正当竞争纠纷案,江苏省高级人民法院(2005)苏民三终字第020号民事裁定书,《最高人民法院公报》2005年第6期;广东伟雄集团有限公司与佛山市顺德区正野电器有限公司等侵犯商标专用权及不正当竞争纠纷案,最高人民法院(2005)民三监字第15—1号民事裁定书;广东伟雄集团有限公司等诉佛山市顺德区正野电器有限公司等不正当竞争纠纷再审案,最高人民法院(2008)民提字第36号民事判决书;申请再审人广东星群食品饮料有限公司与被申请人广州星群(药业)股份有限公司等不正当竞争纠纷案,最高人民法院(2008)民申字第982号民事裁定书。

[14] 参见意大利费列罗公司与蒙特莎(张家港)食品有限公司、天津经济技术开发区正元行销有限公司不正当竞争纠纷案,最高人民法院(2006)民三提字第3号民事判决书;湖北襄樊三九酿酒厂与四川江口醇酒业(集团)有限公司仿冒知名商品特有名称、包装、装潢纠纷再审案,最高人民法院(2008)民申字第1084号民事裁定书。

[15] 参见上海艺想文化用品有限公司与上海帕弗洛文化用品有限公司擅自使用知名商品特有名称、包装、装潢纠纷再审案,最高人民法院(2011)民申字第623号民事裁定书。

[16] 参见吉林省抚松制药厂等诉天津市中央制药厂等仿冒知名商品包装装潢不正当竞争纠纷案,最高人民法院(1996)经终字第264号民事判决书;北京谷歌科技有限公司与谷歌信息技术(中国)有限公司侵犯商标权及不正当竞争纠纷再审案,最高人民法院(2011)民监字第57号民事裁定书。

法院倾向于通过适用第2条来说明违反第5条的过错，而最高人民法院在第5条有具体规定时，并不强调行为人违反第2条，至多认定不正当竞争行为人的故意及其对诚信原则的违反，态度十分谨慎。

2. 辅助适用第9条的司法裁判

第9条主要针对竞争过程中的虚假宣传。第9条所描述情形中，虚假表述也许不会像第5条规定的行为那样直接损害其他经营者的权益，却会对消费者产生误导，使行为方向间接取得不当竞争优势。

在笔者选取的案例中，第2条辅助适用第9条的案例有3件，其中2件还同时适用了第5条和第14条。在古洞春案中，上诉人援引第9条主张竞争对手使用有关茶叶品种名称进行了虚假宣传，但该诉求被终审法院驳回。在8分钟国际案中，最高人民法院认为，被上诉人的广告宣传构成虚假宣传的不正当竞争行为，违反诚信原则和公认的商业道德。在“普恩复”虚假宣传不正当竞争案中，^[17]最高人民法院认为，青岛双龙公司对其产品的虚假宣传损害了竞争对手的权益，违反了诚信原则。

形式而言，虽然虚假宣传易于判断，但司法机关一般还是借助第2条的诚信原则等来说明虚假宣传的主观过错。

3. 辅助适用其他条文的司法裁判

第8条强调行为人“暗中”给予回扣及贿赂，第10条强调“以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取”商业秘密或违约要件，而第14条针对行为人“捏造、散布虚伪事实”进行商业诋毁的行为。这些主观状态描述用语并不十分明确，因此，在实践中，司法机关常常借助第2条来证明这些主观状态要件，以适用具体行为条款。

辅助适用第8条（1件）、第10条（1件）及第14条（3件，其中2件还同时适用了第5条及第9条）的5件案例都强调行为人的主观状态。3件案例中，虽然终审判决并没有直接引用第2条，但都论述了第2条所规定的诚信原则及其他注意义务。^[18]在北京中锐文化传播有限责任公司诉北京零点市场调查与分析公司不正当竞争纠纷案中，^[19]北京二中院在适用第10条的同时，借助第2条判定行为人的主观状态。在成都恩威集团公司诉成都泉源堂制药有限公司等侵犯技术成果权、注册商标专用权、名誉权纠纷案中，^[20]对于原审法院在适用第5条第2项的同时适用第2条的判决，最高人民法院予以维持，但原审判决中并没有对适用第2条展开论述。

综上，仅从逻辑而言，反不正当竞争法具体行为条款所禁止的不正当竞争行为都会违反第2条的规定；而在具体行为条款有规定时，如当事人仅仅违反第2条的规定，并不一定

[17] 参见最高人民法院（1997）知终字第4号民事判决书。

[18] 参见最高人民法院（2007）民三终字第1号民事判决书；古洞春公司诉怡清源公司等不正当竞争纠纷案，湖南省高级人民法院（2004）湘高法民三终字第82号民事判决书，《最高人民法院公报》2006年第9期；香港8分钟国际洗涤集团有限公司与中化四平联合化工总厂等不正当竞争纠纷上诉案，最高人民法院（1999）知终字第13号民事判决书。

[19] 参见北京中锐文化传播有限责任公司诉北京零点市场调查与分析公司不正当竞争纠纷案，北京市第二中级人民法院（1998）二中知初字第86号民事判决书，《最高人民法院公报》1999年第3期。

[20] 参见成都恩威集团公司诉成都泉源堂制药有限公司等侵犯技术成果权、注册商标专用权、名誉权纠纷案，最高人民法院（1996）经终字第96号民事判决书。

是不正当竞争行为。违反第2条规定构成不正当竞争行为的必要条件,而非充分条件。而在司法实践中,第2条仅仅是解释其他具体行为条款的工具,作用并不突出。

(二) 以商标法等知识产权法为基础适用第2条的司法实践

反不正当竞争法虽然脱胎于侵权法,但由于国际条约规定的缘由,其也被视为知识产权法的一部分。^[21] 实践中,商标侵权或其他知识产权侵权也成为不正当竞争诉讼的重要理由或引发事件。在上述38件案例中,因商标侵权或其他知识产权侵权而引发的反不正当竞争纠纷有14件。

这14件案例中,有10件案例的裁判认为,商标侵权、损害商标权益或损害其他民事权利的情形适用第2条。^[22] 其中,在尚杜·拉菲特罗兹施德民用公司诉深圳市金鸿德贸易有限公司等侵犯商标专用权、不正当竞争纠纷案及佛山市全友卫浴有限公司诉全友家私有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案中,终审法院认为,行为人侵犯权利人商标使用权,且侵权人商品和被侵权人商品属于相同或相近,还应适用反不正当竞争法第5条。

但是,在北京大宝化妆品有限公司与北京市大宝日用化学制品厂、深圳市碧桂园化工有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷提审案中,^[23] 最高人民法院认为:“鉴于侵害注册商标专用权的行为从结果上看也属于不正当竞争,因而在涉及同一行为时,如已经认定……侵害……注册商标专用权,且能够涵盖不正当竞争行为,可不再单独考虑不正当竞争问题。”据此,商标侵权行为可以被视为对不正当竞争行为的吸收。这与上述10件案例的结论隐约形成对立态势。

在其他3件案例中,终审法院并不认为存在商标侵权,认定行为并无不正当。^[24]

通过对以上14件案例的总体分析,可以得出如下结论:首先,商标侵权具有不正当竞

[21] 参见前引〔6〕,孔祥俊文(下),第13页。

[22] 参见苏州捷英特管道技术有限公司与斯特劳勃管道接头有限公司侵害商标专用权及不正当竞争纠纷再审案,最高人民法院(2013)民申字第365号民事裁定书;福建南安米菲体育用品有限公司与梅西斯有限公司(MercisB.V.)不正当竞争纠纷再审案,最高人民法院(2013)民申字第20号最高法院民事裁定书;徐协俊与杨永志不正当竞争纠纷再审案,最高人民法院(2012)民申字第1026号民事裁定书;申请再审人江苏迈安德食品机械有限公司与被申请人江苏牧羊集团有限公司侵害注册商标专用权、不正当竞争纠纷案,最高人民法院(2012)民提字第61号最高人民法院民事判决书;佛山市全友卫浴有限公司诉全友家私有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案,最高人民法院(2014)民三终字第1号民事判决书;尚杜·拉菲特罗兹施德民用公司诉深圳市金鸿德贸易有限公司等侵犯商标专用权、不正当竞争纠纷案,湖南省高级人民法院(2011)湘高法民三终字第55号民事判决书,《最高人民法院公报》2012年第7期;南京雪中彩影公司诉上海雪中彩影公司及其分公司商标侵权、不正当竞争纠纷案,江苏省南京市中级人民法院(2004)宁民三初字第312号民事判决书,《最高人民法院公报》2006年第5期;湖南王跃文诉河北王跃文等侵犯著作权、不正当竞争纠纷案,湖南省长沙市中级人民法院(2004)长中民三初字第221号民事判决书,《最高人民法院公报》2005年第10期;美国杜邦公司诉北京国网信息有限责任公司计算机网络域名纠纷案,北京市高级人民法院(2001)高知终字第47号,《最高人民法院公报》2002年第3期;北京趣拿信息技术有限公司与广州市到哪信息技术有限公司不正当竞争纠纷申请案,最高人民法院(2014)民申字第1414号民事裁定书。

[23] 参见北京大宝化妆品有限公司与北京市大宝日用化学制品厂、深圳市碧桂园化工有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷提审案,最高人民法院(2012)民提字第166号民事判决书。

[24] 参见申请再审人福建省白沙消防工贸有限公司与被申请人南安市白沙消防设备有限公司侵犯企业名称(商号)权及不正当竞争纠纷案,最高人民法院(2012)民申字第14号民事裁定书;辉瑞有限公司等诉上海东方制药有限公司破产清算组等不正当竞争、侵犯未注册驰名商标权纠纷申请再审案,最高人民法院(2009)民申字第313号民事裁定书;山东鲁锦实业有限公司诉鄞城县鲁锦工艺品有限责任公司等侵犯注册商标专用权及不正当竞争纠纷案,山东省高级人民法院(2009)鲁民三终字第34号民事判决书,《最高人民法院公报》2010年第1期。

争的后果；其次，无侵权，则无不正当竞争；最后，同时主张商标侵权和不正当竞争的，前一种主张自然吸收后一种主张，从而可以不再考虑不正当竞争的诉求。值得注意的是，在商标侵权事实认定的基础上适用法律时，法院的论述并未局限于知识产权法律及反不正当竞争法，有时还直接援引民法通则的一般规定，体现了司法机关扩张适用第2条的倾向。而司法机关基于第2条的裁判，保护了权利人的权益，为商标法等法律的修改进行了一定的“司法准备”，^[25]成为一般条款具体化的另一种方式。

（三）独立适用第2条的司法实践

1. 独立适用第2条的尝试

笔者选取的38件裁判中，虽然有3件裁判系当事人基于具体行为条款或商标法相关规定提起诉讼，但最高人民法院仍独立适用第2条作出裁判。在山东临沂工业品总公司等与李雪源、山东临沂新大陆经贸有限公司不正当竞争纠纷上诉案（下称“李雪源案”）中，^[26]最高人民法院驳回了要求被上诉人承担商业诋毁责任的上诉，却援引第2条对被上诉人截留合同的不正当竞争责任予以认定。在上海狮头染料有限公司与上海染料研究所有限公司不正当竞争纠纷案（下称“狮头染料案”）中，^[27]面对商标文字部分被用作企业名称的问题，一审法院直接适用第2条，判定狮头公司违反了公平、诚信原则及公认的商业道德，并得到了二审法院及最高人民法院的支持。同样，在申请再审人张锯、张宏岳、北京泥人张艺术开发有限责任公司与被申请人张铁成、北京泥人张博古陶艺厂等不正当竞争纠纷案（下称“泥人张案”）中，^[28]最高人民法院否定了北京高院在第2条之外援引第5条第2项的做法，直接适用第2条，认定被申请人使用“北京泥人张”的行为构成不正当竞争。

这3个案例的终审判决虽然是独立适用第2条，但责任确立的前提都是权益受到损害。无论是李雪源案的“截留合同”还是狮头染料案和泥人张案的“损害……合法权益”，都遵循这样一个模式：存在合法“权益”，权益“受到损害”，适用第2条，证明该等行为违反了公平、诚信原则及公认的商业道德，具有主观恶意——至此，构成不正当竞争，行为人承担民事责任。就后两个裁判中的“攀附”行为而言，2016年2月25日国务院法制办公布的《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》（下称“修订送审稿”）第5条针对利用商业标识进行的市场混淆行为，在一定意义上体现了修法过程中对这一类案例类型的具体化尝试，部分满足了一般条款适用模式的立法需求。

2. “海带配额案”确立的三条件

山东省食品进出口公司等诉青岛圣克达诚贸易有限公司等不正当竞争纠纷再审案（下称“海带配额案”）^[29]是里程碑式的案例。最高人民法院通过再审裁定的形式首次确立了第2条一般条款的地位，并明确了独立适用第2条的严格条件。

首先，最高人民法院首次明确了第2条具有一般条款的地位。形式方面，最高人民法院认为，第二章仅列举了“市场上可见的和可以明确预见的一些不正当行为类型”，并非穷

[25] 邵建东认为，商标法中关于反向假冒的条款实际上是第2条相关司法实践的结果。参见前引〔2〕，邵建东文，第204页。郑友德等学者也不否认这一观点，参见前引〔4〕郑友德、范长军文，第133页。

[26] 参见最高人民法院（1999）知终字第17号民事判决书。

[27] 参见最高人民法院（2008）民申字第878号民事裁定书。

[28] 参见最高人民法院（2010）民提字第113号民事判决书。

[29] 参见最高人民法院（2009）民申字第1065号民事裁定书。

尽；现实而言，开放和激烈的市场竞争“必然导致市场竞争行为方式的多样性和可变性，反不正当竞争法……不可能对各种行为方式都作出具体化和预见性的规定。”因此，“在具体案件中……可以根据《反不正当竞争法》第二条第一款和第二款的一般规定对那些不属于《反不正当竞争法》第二章列举规定的市场竞争行为予以调整，以保障市场公平竞争。”

其次，最高人民法院确立了将第2条作为一般条款适用的严格条件。自由竞争和公平竞争是市场竞争不可分割的两个方面，司法机关该如何判定激烈的自由竞争行为是否正当？对此，最高人民法院谨慎地寻找着独立适用第2条的合法依据。最高人民法院首先承认竞争当然会造成竞争参与方利益的增减。要判定不正当竞争行为，须满足进一步的标准。“只有竞争对手在争夺商业机会时不遵循诚实信用的原则，违反公认的商业道德，通过不正当的手段攫取他人可以合理预期获得的商业机会，才为反不正当竞争法所禁止。”这样，似乎诚信原则及公认的商业道德构成适用第2条的重要标准。而“诚实信用原则更多的是以公认的商业道德的形式体现出来的”。“公认的商业道德”既然如此重要，最高人民法院当然会予以详细说明。但是，无论是论述中提及的“经济人”还是“商业伦理”，均属抽象概念。^[30]因此，最高人民法院确立了独立适用第2条的三个具体条件：“一是法律对该种竞争行为未作出特别规定；二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害；三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性。”

最后，落实第2条独立适用的三条件时，最高人民法院实际将之分层设级。就马达庆与原公司展开竞争的行为是否正当这一问题，最高人民法院认为：“在市场经济环境下，任何人只要不违反法律都可以和其他任何人开展竞争。”其作出认定的核心事实依据是：马达庆与山东食品公司之间并无竞业禁止约定。在此前提下，“劳动力或者说人才的流动也是市场竞争的必然要求和重要方面……‘职工跳槽’后与原企业争夺商业机会，可以有效地形成和促进竞争。”因此，马达庆与原雇主之间的竞争符合公认的商业道德，属正当竞争。依此逻辑，如马达庆与原雇主间存在竞业禁止约定，则马达庆违反了约定，其行为属于违约行为；就不正当竞争法而言，属于违反了公认的商业道德。为消除不正当竞争效果，法院必然会支持原雇主竞业禁止的主张，判定马达庆的竞争行为不正当。由此可见，第2条独立适用的三条件存在层级关系，即仅在现有法律保护的“合法利益”被“违法”“损害”后，“违反诚信原则和公认的商业道德”才有实质意义。对于后者而言，前者是一种事实认定，是后者得以形成法律认定的基础。三条件的重心在于判定是否存在对合法权益构成违法损害的事实。

审结海带配额案之后，最高人民法院于2011年公布了山东高院对北京百度网讯科技有限公司诉中国联合网络通信有限公司青岛市分公司等公司不正当竞争纠纷上诉案（下称“百度联通案”）的判决。^[31]百度联通案判决早于最高人民法院海带配额案的再审裁定。该

[30] 最高人民法院首先认为它体现的是一种商业伦理，而商业伦理的标准就是“经济人”标准，并非个人品德或社会公德；其次，最高人民法院认为其须为公认。所谓公认，“指特定商业领域普遍认知和接受的行为标准，具有公认性和一般性。即使在同一商业领域，由于是市场交易活动中的道德准则，公认的商业道德也应当是交易参与者共同和普遍认可的行为标准，不能仅从买方或者卖方、企业或者职工的单方立场来判断是否属于公认的商业道德。”参见最高人民法院（2009）民申字第1065号民事裁定书。

[31] 参见北京百度网讯科技有限公司诉中国联合网络通信有限公司青岛市分公司、青岛奥商网络技术有限公司、中国联合网络通信有限公司山东省分公司、青岛鹏飞国际航空旅游服务有限公司不正当竞争纠纷上诉案，山东省高级人民法院（2010）鲁民三终字第5—2号民事判决书，《最高人民法院公报》2010年第8期。

案中，联通利用其网络接入商的控制地位，在百度搜索页面中链入其他广告，这并非反不正当竞争法具体规定的反不正当竞争行为。对此争议，一审法院决定适用第2条，所采用的判定标准与最高人民法院在海带配额案中确立的三条件很接近，二审法院对此也予以认同。可以说，正是地方法院在诸如百度联通案中独立适用第2条的经验，促使最高人民法院在海带配额案裁定中进一步明确了第2条作为一般条款适用的条件，为司法机关独立适用第2条提供了指导方向。

根据海带配额案的再审裁定可以判断，独立适用第2条的关键在于相关行为是否侵害他人经其他法律所保护的合法权益。如果对现有权益不构成违法损害，则很难判定违反诚信原则和公认的商业道德。反之，如果违反其他法律下的义务，侵害他人权益，就违反了诚信原则及公认的商业道德。这在最大程度上保障了法律的确定性，在自由竞争与公平竞争之间实现了良性平衡。

3. “扣扣保镖案”的“正当商业模式”

在“360扣扣保镖”软件商业诋毁纠纷案（北京奇虎科技有限公司等与腾讯科技（深圳）有限公司等不正当竞争纠纷上诉案）（下称“扣扣保镖案”）中，^[32]就“扣扣保镖”屏蔽QQ软件广告问题，广东高院和最高人民法院均将之列为单独议题进行分析，主张独立适用第2条。但是，最高人民法院在终审判决中突破了其通过海带配额案所确立的第2条独立适用的三条件，并没有认定是否存在现有权益的损害，而是通过第2条创设了“正当商业模式”这一权益，然后基于该权益被侵害而认定行为之不当。

最高人民法院首先表明立场，应保护合法商业模式。“在市场竞争中，经营者通常可以根据市场需要和消费者需求自由选择商业模式，这是市场经济的必然要求。”腾讯免费平台与广告或增值服务相结合的商业模式“并不违反反不正当竞争法的原则精神和禁止性规定……应受保护，他人不得以不正当干扰方式损害其正当权益。”最高人民法院之后提出了确定自由竞争和技术创新的法律标准：“是否属于互联网精神鼓励的自由竞争和创新，仍然需要以是否有利于建立平等公平的竞争秩序、是否符合消费者的一般利益和社会公共利益为标准来进行判断，而不是仅有某些技术上的进步即应认为属于自由竞争和创新。”这样，最高人民法院试图基于对抽象竞争秩序的维护而确立“正当商业模式”的合法地位。需要指出的是，虽然最高人民法院也提到“不侵犯他人合法权益”，但此处“他人合法权益”实际是指其通过适用第2条所创造出的“正当商业模式”，而非现有法律规定保护的权益。

扣扣保镖案所确立的“正当商业模式”概念在司法实践中得到了遵循。北京一中院于同年9月作出终审判决，驳回金山公司的上诉，认为其屏蔽优酷视频映前广告的做法构成不正当竞争。^[33]同年11月，北京市海淀区人民法院作出判决，认为“极路由”屏蔽奇艺视频映前广告是不正当竞争行为。^[34]扣扣保镖案中，最高人民法院将第2条予以自足性适用，

[32] 参见“360扣扣保镖”软件商业诋毁纠纷案（北京奇虎科技有限公司等与腾讯科技（深圳）有限公司等不正当竞争纠纷上诉案），最高人民法院（2013）民三终字第5号民事判决书；北京奇虎科技有限公司与腾讯科技（深圳）有限公司等不正当竞争纠纷再审案，最高人民法院（2012）民三终字第3号民事裁定书。

[33] 参见猎豹浏览器不正当竞争案（贝壳网际（北京）安全技术有限公司等与合一信息技术（北京）有限公司等不正当竞争纠纷案），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。

[34] 参见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。

对所谓“有序竞争”予以具体化,仅依其对“有序”竞争的理解判定行为是否正当,并未考察是否存在基于其他法律所保护的现有权益,意在实现一般条款的具体化。

4. “百度插标案”确立的“非公益必要不干扰原则”

在再审申请人奇虎公司与被申请人百度网讯公司、百度在线公司及一审被告奇智公司不正当竞争纠纷案(下称“百度插标案”)中,^[35]北京一中院认为,第2条“目的在于维护市场竞争的良性发展,对于恶意采取不正当竞争行为的经营者予以制止”。因此,适用第2条的关键就是要看有关方的行为是否具有“恶意”。奇虎公司未得到服务提供方同意而改变其服务内容,且仅仅针对百度所提供的搜索结果进行插标,并借插标而推广自己的产品,是一种搭便车行为。一审法院因此认定奇虎公司插标行为系不正当竞争,违反了第2条的规定。

在二审中,北京高院基于第2条创设了“非公益必要不干扰原则”,并将违反该原则的行为认定为不正当竞争,“互联网产品或服务之间原则上不得相互干扰。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,但是,应当确保并证明干扰手段的必要性和合理性。上述原则简称为非公益必要不干扰原则。奇虎公司并未证明360安全卫士对搜索结果网页进行插标和修改搜索框提示词的行为具有必要性和合理性,违反了非公益必要不干扰原则,因此构成不正当竞争。”从而进一步突破了海带配额案确立的第2条独立适用的三条件。

在再审裁定书中,最高人民法院对“非公益必要不干扰原则”进行了进一步阐述。首先,插标是奇虎利用其杀毒软件对百度搜索结果进行的单方判断,由于构成对百度所提供服务内容的改变,应举证说明其必要性及合理性。其潜在意思是:竞争方无权以公共利益的名义,未经对手同意就改变其服务内容。如果一定要改变竞争对手所提供的内容,须证明其特别情势。其次,搜索网站与杀毒服务商合作,并对搜索结果中的危险或风险网站予以标注提醒的情形确实存在,但仅允许搜索网站自己标注而不允许杀毒服务商主动标注并非必然违反公共利益。也就是说,如果没有取得搜索网站同意,杀毒服务商无权将自己的商业服务内容强加于搜索服务商。最后,竞争使得搜索服务商竭力向消费者提供最优的搜索服务,“不同的服务提供者提供各具特色的产品,消费者可以按照自己的喜好进行选择,这才是市场竞争的活力和消费者福利所在。”换言之,反不正当竞争法是为了维护竞争,而非对竞争者本身进行价值判断。可见,最高人民法院的论述虽然支持了北京高院所提出的“非公益必要不干扰原则”,但却与北京一中院的判决理由有所呼应,对该原则进行了一定的压缩。

二、一般条款司法适用中存在的问题

对司法机关而言,反不正当竞争法第二章有具体规定的,适用具体规定,第2条仅起辅助作用;反不正当竞争法无具体规定但基于知识产权争议提出不正当竞争指控的,可以适

[35] 参见再审申请人奇虎公司与被申请人百度网讯公司、百度在线公司及一审被告奇智公司不正当竞争纠纷案,最高人民法院(2014)民申字第873号民事裁定书。

用第2条；但反不正当竞争法既无具体规定又与知识产权无关而需要独立适用第2条的，司法机关能否仅仅依赖第2条而不用基于其他法律的规定就可以确立需要保护的权益？第2条独立适用的权益认定标准不统一，法律政策模糊不清，导致了一般条款适用模式的难产。

（一）权益认定标准不统一

在缺乏反不正当竞争法具体条文支撑的情形下，适用第2条就须考察是否存在侵犯合法权益的事实，以认定行为是否正当。从前述4件案例来看，司法机关似乎在两种权益认定标准之间犹豫不定。

1. 基于其他法律所保护的权益独立适用第2条

对于反不正当竞争法具体规定以外的行为进行判定时，如果将诚信原则与公认的商业道德作为唯一标准，不确定性极高。海带配额案中，最高人民法院将是否存在其他法律所保护权益受到侵害作为独立适用第2条的事实前提，并在此基础上提出了第2条独立适用的三条件。

在扣扣保镖案中，广东高院对独立适用第2条表现得非常谨慎，主张用户与腾讯之间存在默示的合同：既然免费使用QQ聊天工具，其对价就是在使用QQ聊天工具时，接受广告及增值业务展示的推送。奇虎公司的扣扣保镖屏蔽了腾讯公司利用聊天工具向用户推送广告及增值业务展示，实际上可被视为允许用户无对价使用腾讯公司的服务，损害了腾讯公司受到合同法所保护的权益，破坏了腾讯公司的正当商业模式，从而违反了诚信原则及公认的商业道德，违反了第2条的规定。这条逻辑推导线路非常清晰，并没有留下太多宽松解释的空间——它并没有将第2条作为判定竞争行为是否正当的唯一依据，而是先看其是否造成了其他法律所保护权益的损害，以确定有关行为是否正当。在此意义上，广东高院的判决与海带配额案中最高人民法院再审裁定的思路一脉相承。

这也意味着，在适用第2条的同时，还需要按照其他法律的规定对有关权益予以认定，依据相关权益是否遭到侵害这一事实，来判定行为正当与否。还以海带配额案为例，假定存在“竞业限制约定”，但时限很长，如十年，此时，就需要根据合同法及劳动法对“竞业限制约定”的期限来判定何谓有关权益。这需要法院在审理反不正当竞争案件的同时，对其他法律议题进行考察，以填补适用第2条的逻辑空缺。这将增强第2条适用的确定性，提高判决结果的可预期性。

2. 自足适用第2条

司法实践中也存在独立适用第2条的另一种路径：仅仅依赖诚信原则和公认的商业道德，基于“有序竞争”，自足创设相关权益，以确定有关行为是否正当。在扣扣保镖案中，按照最高人民法院的观点，认定有关行为是否正当，关键在于该行为是否违反了诚实信用原则和公认的商业道德，并损害了相关合法权益。一方面，“……提供消费者享受特定免费服务与付出多余的时间成本或者容忍其他服务方式并无当然的‘对价’关系”；另一方面，以正当商业模式谋求商业利益的行为应受保护，他人不得以不正当干扰方式损害其合法权益。这样，最高人民法院将消费者和服务提供商之间的关系与不正当竞争行为割裂开来，并不认为二者存在因果关系。换言之，违反了诚信原则与公认的商业道德，方产生有法律意义的损害。这与海带配额案适用第2条的推理过程相反，实际通过第2条创设了新的权益。

最高人民法院基于互联网行业存在广告屏蔽的做法,就认为免费互联网服务与消费者忍受广告推送之间并不存在“当然”对价关系,这固然审慎,但拒绝对之进行深入分析,就得出结论,“‘通过使用破坏网络服务提供者合法商业模式、损害网络服务提供者合法权益的软件来达到既不浏览广告和相关插件,又可以免费享受即时通讯服务的行为,已超出了合法用户利益的范畴’的认定并无不当”,说服力不足。为明确服务商在提供免费网络服务时可以推送哪些广告,必须对用户权利和服务提供商权利予以平衡,确定用户需要忍受广告推送的上限,对用户与服务提供商之间可能存在的默示合同关系予以判定和充实。而由第2条直接自足认定互联网商业模式为一项须由反不正当竞争法保护的权益,这将陷入无休止的抽象判断,扩张了法官对市场竞争行为的干预,从而破坏了海带配额案确立的第2条独立适用的三条件。

与之类似,北京高院在百度插标案中提出的“非公益必要不干扰原则”也是以公认的商业道德和诚信原则作为全部依据,推导出判定一项竞争行为是否正当的权益或原则。但问题是,如果说杀毒软件向消费者提供安全服务是公益需要的话,那么百度向消费者提供搜索服务以满足其信息需求,又何尝不是公益?安全服务和搜索服务都是基于营利目的而通过市场提供的服务,将之标为公益又有何意义?并且,有学者所认为,“干扰”一词本身含有一定否定价值判断,以之表述一项原则并不妥当。^[36]

也许正因为此,最高人民法院在再审裁定中,至少并未承认插标行为本身具有公益性:“……如奇虎公司在本案中所做的,在未经许可的情况下直接对他人所提供的服务进行干预的行为,并不是维护公共利益的最好办法……”。在认可北京高院提出的“非公益必要不干扰原则”的同时,最高人民法院的这种论述更像是避免误解的一种说法。但其中还是承认了竞争主体一方借其营业行为维护公益的可能,进一步偏离了第2条独立适用的三条件,对北京高院所创设的无限降低独立适用第2条门槛的情形予以默认,创造了一个十分危险的先例。

“正当商业模式”和“非公益必要不干扰原则”的提出,也说明诚实信用原则和公认的商业道德本身并不能成为判定行为正当与否的直接依据。这与最高人民法院在海带配额案中的立场一致。但是,在海带配额案中,是否侵害其他法律所保护的权益成为判定行为是否正当的事实依据,第2条成为将其他法律中相关权益保护规定引入反不正当竞争法体系的桥梁;而在扣扣保鏢案和百度插标案中,最高人民法院通过第2条的原则规定创设出新的权益和原则,对该等权益和原则的侵害和违反成为判定行为不正当的关键,整个过程均在反不正当竞争法内部自足进行。在这两种路径之间,司法机关犹疑不决,无法形成独立适用第2条的确定模式。

(二) 适用一般条款的政策基础不明晰

反不正当竞争法脱胎于侵权法。即便现在,法国还是仅通过法国民法典第1382条的侵权法一般规定来对不正当竞争予以规制。而在以德国为首的很多欧陆国家,虽以单行法的形式颁布反不正当竞争法,但其民法或侵权法渊源不言而喻。即使在美国,商业侵权也作为侵权法的一项制度,构成了美国反不正当竞争法体系中最具开放性的部分。^[37]因此,反

[36] 参见薛军:《质疑“非公益必要不干扰原则”》,《电子知识产权》2015年第1期,第68页。

[37] See Barton Beebe, Thomas F. Cotter, Mark A. Lemley, Peter S. Menell and Robert P. Merges (eds.), *Trademarks, Unfair Competition and Business Torts*, Wolters Kluwer, New York, 2011, p. 253.

不正当竞争法没有具体规定的，要判定相关行为是否正当，权益是否遭到侵害成为须认定的基础事实，“合法权益”的“实际损害”就成为最高人民法院通过海带配额案所确立的三条件的核心部分。至此，一般条款的政策基础得以形成和确立。

但是，在有些案例中，司法机关却将“有序竞争”、“竞争秩序”等相似概念作为独立适用第2条的司法政策基础及价值取向。扣扣保鏢案、百度插标案的裁判都反复强调这种概念，将之作为基于第2条创设相关权益和原则的重要依据。百度插标案中，最高人民法院甚至将“良好竞争秩序”解释为避免引起“服务经营者之间的冲突和对立”。

竞争秩序是一个宏观的法律制度构建概念，更接近于第2条提到的“社会经济秩序”，只能存在于市场的支撑性法律制度之中，系由宪法、反垄断法、反不正当竞争法、民法等相关法律织就的权利网络。值得注意的是，“修订送审稿”将第2条述及的“社会经济秩序”替换为“市场秩序”，这是否意味着授权司法或行政机关在法律之外，基于对市场竞争形态的理解，对竞争予以更强烈干预的可能？反不正当竞争法保障正当竞争，是为了基于市场经济原则促使竞争发挥其效能，而不是以“有序竞争”为由对竞争的形态或方式予以限定。不可否认，经营者并非仅仅于法律之下竞争，他们在竞争过程中也受道德的约束。但是，道德约束诉诸于道德救济方式，而非法律。除此之外，每一个经营者都有其经营准则，也许可以说这是一种经营者的“情感”。虽然道德和情感都使得竞争过程并不像斗兽场那样血腥，但这也似乎不能说在基于各自合法权利进行的争斗之外，法律还能允许法官超出法律而对竞争本身设定一种秩序。换言之，微观而言，竞争本来就是无序的，法律对其情形无法预见和规定，否则竞争就已停滞。在竞争存在（没有垄断）及竞争相关权益得到保护（竞争正当）的情形下，并不存在脱离现有法律制度的“竞争秩序”或“市场秩序”。

对于第2条第1款所述“公认的商业道德”及诚信原则，只能从促进竞争和保护合法权益的角度予以解释。在扣扣保鏢案中，如不能认定默示合同及协助用户违反该合同规定之行为，就没有权益损害，行为即无不当。在百度插标案中，法院急于找出竞争中的“序”，在没有证明损害之前就认定竞争一方的营业行为具有公益性质，以“非公益必要不干扰原则”为竞争立规，显得脆弱和可疑。只有在合法权益被侵害的事实前提下，“公认的商业道德”才有意义，才能判定具体行为是否正当，而不是相反。

保护竞争者对其行为的合理预期，是反不正当竞争法的重要功能。执着于“有序竞争”与“竞争秩序”，抛却与竞争相关的现有权益是否受损的事实来适用一般条款，就不得不全部依赖抽象的“诚实信用”原则及“公认的商业道德”。在不可能对这两个概念予以具体界定的前提下，人民法院在适用一般条款时所拥有的裁量权就迷失了方向和标准，使得当事人无法形成合理预期。一旦出现不正当竞争纠纷，当事人就热衷于对人民法院的挑选。扣扣保鏢案中，无论是腾讯还是奇虎，所主张的损害赔偿都超过1亿元，以确保审理争议的法院层级满足自己的要求，并保有上诉至最高人民法院的可能，在案件审理过程中，奇虎就对广东高院的管辖权提出异议，并向最高人民法院提起上诉，但最终被驳回。^[38]

[38] 参见北京奇虎科技有限公司与腾讯科技（深圳）有限公司等不正当竞争纠纷再审案，最高人民法院（2012）民三终字第3号民事裁定书。

三、一般条款司法适用模式的探索

对于一般条款中的“诚实信用”原则、“公认的商业道德”等概念，赋予其适当的确定性，是探寻一般条款司法适用模式的关键。第2条所述“社会经济秩序”更接近于经济法学理论所认可的竞争秩序，是这类概念的依托。支撑“社会经济秩序”的，不是“有序”的“竞争”，而是宪法乃至各个部门法所赋予的竞争者权益。经营者基于自身权益彼此竞争的状态，连同其权利互相交错后形成的界限，构成了“社会经济秩序”的内容。海带配额案确定的第2条独立适用的三条件，实际通过一般条款引入其他相关法律的规定，借助对其他法律所保护权益是否遭到侵害的事实认定，最终判定行为是否正当。这样，一般条款的开放性辐射于其他相关法律，在整个法律体系内追求其适用之确定性。海带配额案表明，最高人民法院已握有确立一般条款司法适用模式的钥匙。

遗憾的是，扣扣保鏢案和百度插标案均表明：最高人民法院放弃了海带配额案确立的三条件，转而依据第2条规定的“诚实信用”原则及“公认的商业道德”创设相关权利及权益保护原则，以此作为认定行为是否正当的基础。这无异于对一般条款进行了“司法的遁入”，^[39]切断了反不正当竞争法与其他法律的联系，导致依据“诚实信用”原则或“公认的商业道德”进行事实认定时失去了其他法律所能提供的支撑，并使第2条独立适用成为一个闭合体系内部的循环论证，破坏了反不正当竞争法的确定性，无助于一般条款适用模式的确立。

因此，须回归海带配额案所确立的第2条独立适用的三条件，借助一般条款，将“诚实信用”原则与“公认的商业道德”引入整个法律体系当中，基于相关权益是否遭到侵害的事实判定行为正当与否，以形成并充实三步走路径，构建一般条款的司法适用模式。

（一）“映射”基本权利的一般条款

宪法及其他相关法律规定的基本权利通过一般条款影响着反不正当竞争法所调整的竞争关系。对此，德国联邦宪法法院有着清醒的认识。一方面，德国联邦宪法法院强调，宪法权利是公民面对国家权力所具有的自卫权利，因此对第三方并不直接发生效力。另一方面，德国联邦宪法法院又认为，宪法权利对私法领域具有“映射效果”（Ausstrahlungswirkung）。^[40]

映射的基础，实际上就是一般条款的开放性。诚然，具体行为条款构成反不正当竞争法的具体规范，确定了当事方的权利义务。而通过一般条款引入更高层级的权利，可以对具体行为条款进行解释和补充，这种更高层级的权利就是宪法所规定的基本权利。

惟有个人权利及社会原则得到法律的承认，方可保障经济法对经济体系的支撑作用。而个人权利及社会原则首先就存在于宪法之中：人格权、言论自由、财产权、劳动权等。如果拒绝在法律中对之进行反映，反不正当竞争法就自绝其与其他法律体系的联系，无法支撑市场公平竞争的发展。无论是一般条款依据的“公序良俗”、“诚信原则”还是“专业操守”或“公认的商业道德”，都反映了这样一种需要：宪法及其他相关法律确定的原则和

[39] 参见王泽鉴：《法律思维与民法实例：请求权基础理论体系》，中国政法大学出版社2001年版，第244页以下。

[40] Kaler/Bornkamm UWG Einl Rdn 1.45.

权利支撑着市场及竞争的发展，对此，反不正当竞争法必须予以体现。

海带配额案中，最高人民法院对劳动力自由竞争的论述，与其说是具有劳动法的色彩，毋宁说是对员工劳动权利的阐述，不啻为基本权利通过第2条映射入反不正当竞争法的最佳体现。这种映射对第2条所规定的“自愿、平等、公平、诚实信用”等原则及“公认的商业道德”诸概念的外延进行了限制，是对一般条款确定性的根本保障，是一般条款适用模式的基石。

（二）基于权益的一般条款三步走适用模式

市场活动无不以参与方权益为基础方能实现。适用一般条款，是解释和行使相关合法权益的需要。从历史沿革来看，反不正当竞争法以民法特别法的面目出现；基于反不正当竞争法一般条款的实践，又深化和发展了对竞争相关权益的保护。作为侵权法的特别领域，反不正当竞争法一般条款的适用，就应该遵守侵权法的基本原则。^[41]对不正当竞争行为的禁止性规定，是基于个体权益的竞争制度保障。这样，具体行为规范没有规定而适用一般条款的，只能通过一般条款引入其他竞争相关的合法权益，以其为标准认定是否存在合法权益受损的事实，并进一步判定是否存在不正当竞争行为，这就是三步走模式。

1. 一般条款辅助适用具体行为规范

从一般条款辅助适用的16件案例来看，我国法院比较重视第2条在适用具体行为条款时的辅助作用，但仅限于对具体行为条款规定的相关概念予以解释，有部分案例在适用第二章具体行为条款时甚至排除了第2条的适用。然而，我国反不正当竞争法并没有设定“当然不正当竞争行为”，更何况第2条本身显然将“损害”“合法权益”作为第二章具体行为条款所满足的要件之一，并非简单的兜底条款。因此，适用第二章具体行为条款的，司法机关基于第2条对相关具体行为条款的概念予以解释的同时，至少也须辅助适用第2条，证明“合法权益”受到损害。否则，很难说明有关行为的不当。^[42]

2. 其他法律所保护权益作为适用一般条款的事实基础

反不正当竞争法没有具体规定而适用一般条款的，就要平衡竞争自由及公平竞争之间的关系。在自由竞争过程中，竞争者的市场地位会发生变动，顾客群体会发生流失，会失去交易机会或营利机会——这正好说明竞争在发挥作用，法律不能轻易干预。在动态的竞争中，惟有通过适用一般条款，引入其他法律所保护的有关权益，基于是否存在权益被侵害的事实认定来判定行为正当与否。这样，通过一般条款，借助其他法律的规定，划定具体案件中的“社会经济秩序”，以确定自由竞争的空间，而非试图在纷繁多变的市场行为中划定自由竞争的微观“秩序”。

基于是否侵犯其他法律所保护权益这一事实认定而适用第2条，实际上就是基于反不正

[41] 实际上，有法官提出，适用反不正当竞争法一般条款应以构成侵权为前提。参见欧阳福生：《适用反不正当竞争法一般条款应以构成“侵权行为”为前提》，《人民法院报》2014年9月10日第7版。

[42] WIPO在其组织撰写的《反不正当竞争示范法》注释中认为，具体条款规定的不正当竞争行为是“当然的不正当竞争行为，不需要用证据证明其违反诚实信用惯例”。转引自前引〔6〕，孔祥俊文（上），第15页。但是，这并非意味着不适用一般条款所规定的其他要件。况且，这样的注释并不符合成员国的实际情形。例如，德国2008年反不正当竞争法第3条第3款的附录规定的行为才是当然不正当竞争行为，援引第4条至第6条的具体规定时，尚须适用第3条第1款的规定。

当竞争法体系对该等权益损害的意义予以进一步判定。此时,主张遭受不正当竞争的一方往往是权益受损的一方,权益受损本身就说明其具有的反不正当竞争法意义。反之亦然。无论是本文所引基于知识产权法而适用第2条的案例,还是尝试独立适用第2条的李雪源案、狮头染料案及泥人张案的裁判,确定合法权益是否遭受侵害都是核心议题。海带配额案中,虽然马达庆离职后与原雇主进行竞争,但法律对此并不禁止,且由于马达庆与原雇主事先并未达成“竞业限制约定”,也并无合同法上的限制。这样,出于对马达庆劳动权的尊重,也因为其并未违反通过一般条款所引入的有关权益保护规定,其行为并无不当。

损害发生后,加害方无法提供合法理由的,可以通过第2条类推适用其他法律的权益保护规定,判定行为正当与否。在狮头染料案中,商标争议与反不正当竞争法所保护的权益竞合,司法机关回避了商标侵权的问题,径直适用第2条,判定狮头公司的行为不当。^[43]这体现了基于商标权的一种权利扩张。如果任由狮头公司将他人商标注册为企业名称并且加以使用,商标所有权人的权利自然会被削弱,而这并非竞争的结果。因此,为了维护其他法律所保护权益确定的“竞争空间”,有必要通过一般条款检视竞争者行为对法律所保护权益的影响,并视情形对之提供反不正当竞争法保护。最高人民法院对泥人张案的判决也体现了这一思路。^[44]

损害其他法律所保护的合法权益,并不要求直接侵害。实践中,对于为侵害合法权益提供便利的行为,仍可以基于合法权益被侵害这一事实而适用第2条,为受害方提供进一步的保护。在扣扣保镖案中,广东高院判定扣扣保镖屏蔽腾讯广告推送及增值业务展示属不正当竞争,其依据之一就是:消费者要使用腾讯所提供的免费聊天软件,就要接受腾讯广告推送及增值服务展示,这确立了一种对价关系。这意味着,用户与腾讯之间存在默示合同关系,是腾讯商业模式的基础。而扣扣保镖协助用户持续违约,破坏了这一默示合同。依照我国现行合同法的规定,用户作为违约方承担责任,合同当事方之外的第三人对此并不承担责任。然而,对竞争者此种诱导违约情形不予制止,必将摧毁腾讯免费提供聊天服务的商业模式。在奇虎首创的360杀毒软件免费服务模式中,向用户推送广告也是奇虎收入的主要来源,而扣扣保镖仅针对腾讯广告予以屏蔽,摧毁了竞争对手以同样模式免费提供服务的基础。这样,基于扣扣保镖诱导用户持续违反其与腾讯之间的合同这一事实,可通过第2条进一步确认该诱导行为在反不正当竞争法意义上的不当:该行为并没有对用户提供更多的服务,却损害了竞争对手的正常经营,违反了诚信原则和公认的商业道德,从而构成不正当竞争。而之所以提及诚信原则和公认的商业道德,也仅仅是基于协助用户持续违约这一事实并对其反不正当竞争法上的意义予以判定,并没有赋予这两个概念独立的价值

[43] 对于字号中使用商标并构成不正当竞争的情形,根据2013年修订后的商标法第58条的规定,仅适用反不正当竞争法的规定。这似乎是于立法层面对条文竞合所尝试进行的一种协调。同时,“修订送审稿”对反不正当竞争法第5条第1项假冒他人注册商标之规定的删除也体现着反不正当竞争法拟与商标法进行“衔接”。

[44] 最为典型的当属北京市京工服装工业集团服装一厂诉北京百盛轻工发展有限公司、香港鳄鱼国际机构(私人)有限公司、中国地区开发促进会侵犯商业信誉及不正当竞争纠纷案,北京市第一中级人民法院(1994)中经知初字第566号民事判决书。该案中,北京一中院利用反不正当竞争法第2条及民法通则的有关规定,对当时商标法未明确规定的“反向假冒”予以禁止。此案并非最高人民法院公报案例,不在笔者抽取的38件案例之列,故不再赘述。对于不认同该案判决的评述,可参见崔国斌:《知识产权法官造法批判》,《中国法学》2006年第1期,第156页。

和内涵。这样，独立适用第2条的确定性得以保障。

3. 一般条款二元适用结构中消费者权益之保护

在法律并无具体规定且未损害其他法律所明确保护权益的情况下，须结合反不正当竞争法中相关宗旨条款，依据一般条款中的诚信原则及公认的商业道德，判定该行为是否损害了其他市场参与方的利益。这其实是通过一般条款判定是否存在法律疏于明确的权益，对之须严格限定。

百度插标案中，司法机关没有深入论述奇虎插标如何“损害”了百度的何种“合法权益”，因而无法明确“干扰”的法律意义，使得“非公益必要不干扰原则”缺乏必要的逻辑前提：没有“损害”，“不当”有何法律意义？综合考虑奇虎对百度插标的方式（奇虎仅对百度一家搜索结果插标，且插标后以夸张的方式诱导用户安装自己的浏览器），可以看出，插标固然是对百度网页搜索结果的利用，但更关键的是其向用户推广自己产品的手段。利用其安全服务提供商的市场角色，奇虎咄咄逼人的推广方式可能对用户造成了心理上的恐慌和压力，直接影响了用户的决定自由权，间接影响了百度的业务。但对于消费者于其中的权益，似乎很难通过第2条引入其他法律规定予以承认。

比较法而言，在逐步弱化诸如“诚实信用原则”或“良好风俗”等概念的同时，一般条款强化了对消费者群体的保护，从而形成了二元适用结构。德国2008年对反不正当竞争法一般条款进行了大幅调整，基于营业关系的不同，将一般条款的适用分为三个层次处理：显著侵害其他营业者、消费者、其他市场参与方利益的营业行为，为不正当营业行为（§ 3 I, UWG）；针对消费者的营业行为须遵循专业操守（fachliche Sorgfalt）（§ 3 II 1, UWG），以落实欧盟2005/29/EC《内部市场经营者针对消费者不正当商业做法指令》（下称“2005/29/EC指令”）第5条提出的“职业勤勉义务”（professional diligence）；针对消费者的当然不正当营业行为不适用一般条款（§ 3 III, UWG）。这样，针对经营行为相对方是经营者还是消费者，适用不同的标准，一般条款就形成了二元结构的适用态势。

一般条款的二元适用结构实际并非2005/29/EC指令的独有逻辑。如果说德国是应欧盟法律要求而确立此二元结构，瑞士则在适用一般条款的司法实践中形成了二元结构的案例类型。其反不正当竞争法第2条所确立的一般条款的核心内容是诚信原则（Treu und Glauben）。虽然瑞士现行反不正当竞争法系于1988年生效，历史不长，但其联邦法院还是围绕第2条作出大量判决，形成了两种案例类型：一类是对客户予以不当影响的案例类型，另一类是对竞争者采取不当行为的案例类型，^[45]由此也形成了一般条款的二元适用结构。在美国，商标法本身的宪法渊源与版权法和专利法截然不同，^[46]往往被视为反不正当竞争法的一部分。^[47]美国反不正当竞争法不但涵盖商标法，还包括商业侵权、商业秘密、虚假广告、形象的商业性公开使用等内容，跨越多个部门法，形成零散型体系。对于商标法和虚假陈述之外的领域，美国兰哈姆法案（Lanham Act）无法触及。普通法下的商业侵权制度针对竞争对手之间的行为，对各个具体法律间的空白之处予以填补，起着一般条款的相同

[45] Roland von Büren/Eugen Marbach, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 2 Auflage, Bern 2002, Rdn. 983 ff.

[46] 参见前引〔37〕, Barton Beebe等书, 第16页。

[47] 同上书, 第253页。

功用。同时,根据联邦贸易委员会法第5条的规定,联邦贸易委员会获授权对“涉及或影响贸易的不公平贸易方式”及“不公平或欺骗性贸易行为或做法”采取行动,联邦贸易委员会因此获得概括授权,界定涉及消费者的经营行为是否“公平”。^[48]这样,针对竞争对手的商业侵权制度与美国联邦贸易委员会对涉及消费者经营行为的概括授权情形相对应,形成了美国反不正当竞争法开放性制度的二元架构。

将一般条款的适用做二元化处理,也是反不正当竞争法三重宗旨对一般条款的客观要求。我国反不正当竞争法第1条已经确立了三重保护宗旨。我国法学界的主流观点也认为,反不正当竞争法应该保护消费者利益。^[49]但是,第2条并未明确消费者权益的保护。“修订送审稿”第2条第2款增加了“消费者的合法权益”这一表述,希望在立法层面最终确立一般条款的二元化结构,为一般条款的适用提供完善的规则体系。但是,在其对第二章具体行为条款的修改中,并没有进行基于二元结构的一般条款具体化尝试,也并没有确立消费者决定自由权,殊为可惜。

囿于第2条对消费者权益的遗漏,要在司法实践中保护消费者决定自由权,有两种选择路径:一是,满足于一般条款三步走模式中的第二步,引入其他法律相关规定;二是,保持第2条的开放性,进入第三步,即通过具体判决,在一般条款中确立消费者整体权益的保护,形成一般条款适用的二元化模式。我国消费者权益保护法并未明确消费者保护的竞争法意义,缺乏竞争相关的消费者决定自由权的规定,这也是“修订送审稿”不得不在第2条明确“消费者的合法权益”的原因。同时,尽管我国广告法第31条确立了正当竞争原则,但仅限于广告活动,无法涵盖其他形式的说明和表述。如仅仅停留于第二步,就无法提供完整的解决方案。这样,司法机关就有必要迈入第三步,探索是否存在消费者权益的损害,以判定有关行为是否正当。此时,“诚实信用”原则和“公认的商业道德”是判断行为正当与否的重要标准。

无可否认,迈入第三步使得司法机关握有举足轻重的自由裁量权。但是,如果能遵循海带配额案确立的三条件,将合法权益受损作为违反第2条的前提事实,并遵循相关权益受到侵害的证明标准,则并不会损害当事人对适用第2条的合理预期。例如,美国联邦贸易委员会也将“商业操守”作为判定针对消费者行为是否公平的三标准之一,但其在实践中并不接受“商业操守”本身的独立地位,而是将侵害是否发生或是否违反公共政策这两项标准作为是否违反“商业操守”的证明。^[50]从而有效地平衡了法律确定性与开放性之间的关系。假设司法机关在百度插标案中遵循海带配额案所确立的三条件,进一步论证插标行为是否损害了消费者权益,由此总结出“压迫式推广”的不正当竞争行为类型,提出具有竞争法意义的消费者决定自由权,则可能为我国反不正当竞争法的发展开拓新的维度。

这样,为适应市场及竞争发展态势而适用一般条款时,司法机关须遵循上述三步走模式,在依据第二章的具体行为规定判定行为是否正当之外,依据海带配额案提供的适用路径,基于其他法律所保护的竞争相关权益,并在极为必要的情形下通过创设性的实践发展,

[48] 前引〔37〕, Barton Beebe 等书,第323页。

[49] 代表观点参见前引〔4〕,郑友德、范长军文,第131页。

[50] 参见前引〔37〕, Barton Beebe 等书,第324页。

锁定其需要予以保护的合法权益，认定是否存在权益遭受侵害的事实，以最终判定行为是否正当，为自由竞争提供公平的法律空间，实现自由竞争与公平竞争的良性平衡。

（三）法律确定性与开放性之间的平衡

适用一般条款就是在法律确定性与开放性之间实现有效平衡。总结我国司法实践以确定一般条款的适用模式，是为了在保持反不正当竞争法开放性的同时保证法律的确定性，而非以确定性取代开放性。德国反不正当竞争法于2008年对一般条款做进一步分层具体化后，科勒教授认为：一般条款具体化并不是消除一般条款的开放性，而是对法律适用提供必要指引的同时，通过一定开放性保持反不正当竞争法的活力。^[51] 美国学者认为，包括商业侵权在内的制度空白填充安排使得零落各处的反不正当竞争法成为一个整体，但对这些制度是否应该及如何填充制度空白，仍留有激烈争论的余地，体现着相当程度的开放性。^[52]

市场及技术条件的飞速发展日益凸显了一般条款的这种平衡功能。本文选取的4件独立适用第2条的案例中，除了海带配额案，其他3件均涉及互联网服务提供商及其商业模式的保护与判定。技术发展及市场演进对反不正当竞争法的影响显而易见。

以德国为例，联邦最高法院在2004年6月作出判决（下称“Fernsehfee案”），认定一家企业推广并销售广告过滤装置并不违反一般条款。^[53] Fernsehfee案判决体现了德国法院对消费者决定自由权的重视。基于该决定自由权，消费者有权决定是否观看节目，也有权决定是否对其构成负担的广告予以屏蔽。^[54] 德国2004年7月修改反不正当竞争法时，对德国法院近一百年来一般条款适用的案例类型进行了总结，通过增补至第4条至第7条的具体行为规范，以立法的形式予以认可，对一般条款予以具体化。^[55] 根据2008年反不正当竞争法第4条第10项规定，妨碍竞争对手的广告就构成“对竞争对手的妨碍”，属于不正当竞争。然而，互联网的发展使得传统内容服务提供商不得不更多地将内容放置在互联网上，借助网页推送免费广告的形式向用户免费提供相关节目。但是，开源软件的发展使得用户可以轻易地在其浏览器中嵌入相关插件，对其浏览网页上的广告进行屏蔽，这对内容提供商施加了相当大的压力。2014年，以传统出版商及电视台为代表的互联网内容提供商，在德国多个州针对相关广告屏蔽软件的运营商提起反不正当竞争及反限制竞争诉讼，但均于2015年被有关法院根据Fernsehfee案的判决予以驳回。^[56] 德国互联网内容服务提供商针对广告屏蔽插件发起的诉讼攻势表明，互联网条件下一般条款的适用更加复杂。

但竞争关系之实质非技术能轻易改变。一般条款的强大生命力表明：反不正当竞争法并非技术发展的追赶者，而是以包容性规则迎接技术挑战的“守成者”；一般条款使得司法机关在事实认定中能充分考虑技术发展带来的变化，抽丝剥茧，确定竞争相关权益是否被

[51] Kähler/Bornkamm, UWG § 3 Rdn. 67.

[52] 参见前引〔37〕，Barton Beebe等书，第253页。

[53] BGH: Zulässigkeit von Fernseh-Werbeblockern, NJW 2004 Heft 42, 3032.

[54] Kähler/Bornkamm UWG § 4 Rdn. 10. 73.

[55] 郑友德及范长军提出对我国一般条款具体化较为体系化的论述，参见前引〔4〕，郑友德、范长军文，第124页以下。而德国学者将一般条款具体化称之为 Konkretisierung durch Beispielstatbestand, dazu Kähler/Bornkamm UWG § 3 Rdn. 63ff.

[56] LG Hamburg: Umstrittener Werbeblocker Adblock Plus setzt sich vor Gericht durch, Meldung vom 22. April 2015, Redaktion beck-aktuell, becklink 1038357.

非法损害,从而最终判定行为正当与否。无论是德国法院对消费者决定自由权的坚持,还是美国法院对合同及版权现有法律权利的固守,^[57]乃至广东高院在扣扣保鏢案中就“对价”的认定,都说明司法机关对反不正当竞争法基本原则的信任。舍弃海带配额案第2条独立适用的三条件,通过第2条创设“正当商业模式”的权益,最高人民法院面对技术发展的不自信表露无遗。这种对技术发展的追赶姿态,使得所谓“非公益必要不干扰原则”的提出成为一种必然:人们永远会在新的案件中期待法院确立新的权益或原则,法律确定性破坏殆尽。不幸的是,“修订送审稿”似乎也认同这种追赶姿态,在第13条详细列举了4种互联网不正当竞争形态。这种对一般条款具体化的模式与司法实践脱节,既不能涵盖互联网领域不正当竞争的全部形态,也放弃了超越互联网层面对一般条款进行具体化的机会。

同时应当承认,对于互联网免费服务商业模式,最高人民法院与德国、美国法院的政策选择相左。一方面,这充分说明了各国文化传统、经济发展状况的不同。无论是对合法权益的判定,还是从司法政策角度进行的选择,对目前互联网及媒体中的免费服务模式,各国法院均有不同认知。另一方面,一般条款适用模式的确定并不保证适用结果的十足确定。即使在一般条款具体化非常成功的德国,也会出现与所述案例类型惯常判决不一致的 *Fernsehfee* 案判决。

与一般条款确定适用模式相伴相生的不确定性并不表明其适用模式的失败,不应成为通过立法对互联网领域予以特殊处理的理由。恰恰相反,这说明反不正当竞争法与时俱进的活力,说明法律确定性与开放性通过一般条款进行着动态平衡。确立一般条款的司法适用模式,就是司法机关对这种动态平衡谦逊地予以承认,并坚定地通过既定模式探知法律与市场的互动,而不是以解决一切问题的姿态高调宣布“历史的终结”。这是德国一般条款具体化的意义,是美国空白填充制度设计的功能,也是我国形成一般条款三步走司法适用模式的应有之义。

结 语

我国法院将第2条作为一般条款予以适用,使得反不正当竞争法保持了开放性,满足了市场和经济发展的需要,与反不正当竞争法在德国、瑞士、法国及美国等的发展态势相一致。不可否认,这也得益于反不正当竞争法立法结构具有的前瞻性。反不正当竞争法自1993年12月1日开始施行,彼时就在第1条确立了三重保护宗旨,其第2条又可被司法机关作为一般条款予以适用。这两条规定和第二章的具体行为规定一起,确定了反不正当竞争法行为规范的架构。而德国2004年才在反不正当竞争法第1条确立了三重保护宗旨,并根据其司法实践进一步充实了第4条至第7条的内容。两相比较,我国反不正当竞争法的立法技术和所确立的立法结构并不落后,这是反不正当竞争法司法实践并未与市场及经济发展脱节的制度保障,是形成一般条款三步走适用模式的制度前提。

诚然,囿于时代所限,反不正当竞争法中一些条款的规定不能满足实践需要,且有些

[57] 美国第九巡回法院于2013年7月作出了一项判决,认定一家有线电视公司所提供的跳过广告的服务并未违反与电视台的合同或侵犯其版权。See 583 Fed. Appx. 618.

规定与后来出台的反垄断法有一定程度的重合。基于法律系统化的要求，从司法实践的需要出发，有必要对反不正当竞争法予以修改。其中，一般条款的文本规范构建及其具体化将是修法工作的核心。在尝试确立一般条款二元式结构之外，“修订送审稿”还拟在第2条第3款“经营者”定义中删除对服务提供者的“营利性”要求，并将“参与”者也纳入“经营者”范围之内，意在扩展反不正当竞争法的适用范围，呼应经济发展的要求，这确属必要之举。但“修订送审稿”却与一般条款司法实践存在一定程度的疏离，其不但未通过总结司法实践的方式推进一般条款的具体化，还借第14条所规定的兜底条款给予行政机关概括授权，拟将具体条款之外的行为予以前置性行政认定，大幅压缩甚至掏空一般条款的司法适用机制。更有甚者，第6条拟提出相对优势地位的滥用制度，这将架空反垄断法中滥用市场支配地位的判定条件，侵蚀反垄断法的相关制度，超出了反不正当竞争法的权益保护宗旨，也与一般条款具体化任务存在明显冲突。

鉴于此，基于海带配额案所确立的第2条独立适用的三条件，以权益保护为核心，确立一般条款三步走司法适用模式，不但可以进一步推进我国反不正当竞争法司法实践的体系化发展，也将为一般条款具体化提供可行的立法路径，从而为修订反不正当竞争法提供坚实的实践基础及可靠的参照或评价体系。

Abstract: The General Clause in the Law against Unfair Competition provides the essential basis for courts to further develop and concretize the anti-unfair competition system established under this law. Three groups of typical cases have been developed by courts in the application of Article 2 of the Law against Unfair Competition of China. However, since judicial organs, represented by the People's Supreme Court, are still swinging between protecting rights and establishing rights through direct application of the principles or concepts contained in the Law against Unfair Competition, they have not yet developed a mode of application of the General Clause in the Law. Under this circumstance, the relevant judicial practices need to be examined and distilled according to the triple criteria set up by the Supreme Court in the Kelp Quotas Decision. Based on the rights and interests to be protected, a three-step mode can be established to apply the General Clause while acknowledging its dual structure of application, so as to provide a solid judicial basis for the possible amendment to the current Law against Unfair Competition and to meet the reasonable expectation of parties to disputes.

Key Words: law against unfair competition, general clause, mode of application, concretization
