

法定类型之外不正当竞争的判断

黄武双

关于法定类型之外不正当竞争的判断，目前没有统一的标准。现在通行判断思路是，只要行为造成损害后果，即可反推行为的不正当性。这种思路，是将反不正当竞争法保护的利益当做权利来保护，客观上将利益上升为了权利。然而，观察美国、德国等地相关法律可以发现，目前国际通行的做法是：在行为是否构成不正当竞争的判断过程中，首先应当判断是否存在值得法律保护的利益，这是不正当竞争判断的前提。然后再看是否满足双方是否存在具体的竞争关系，行为是否不当（含主观故意），是否存在明显的损害后果。域外做法或可为我国司法实践中判断法定类型之外不正当竞争提供借鉴。

判断不正当竞争的前提：存在可受法律保护的利益

不正当竞争纠纷中，如果没有值得法律保护的利益，则不可能构成不正当竞争。因为法律没有必要将一个不涉及值得法律保护利益的行为认定为构成不正当竞争。是否存在值得法律保护的利益，可从以下条件判断：

首先，所涉利益应为特定。特定的竞争利益与存在边界的竞争利益并不相同：特定仅意味着利益能被具体地说明，存在边界则更隐含着利益边界的初步判断。前者属于事实判断，后者属于法律判断。

其次，应为合法取得的利益。譬如在有关个人信息保护与利用的纠纷中，没有用户的同意，收集其个人信息即为非法，对非法收集的个人信息汇编不可能获得合法的权益。否则，将违反基本的法理。

再次，该利益应属于原告控制范围。尚处于自由竞争中的利益，是不可能受到法律保护的。

构成不正当竞争的基础：双方存在具体竞争关系

只有在构成竞争关系的情况下，才能认定构成不正当竞争。如果双方的行为不构成竞争关系，说明一方的行为与对方没有利益上的关联，自然不可能认定一方的行为构成不正当竞争。

所谓具体竞争关系，是指双方提供的商品或者服务具有替代关系。受益与受损是产品在空间、时间维度上能量转换的结果。双方在或即将在同样产品、空间及时间相关市场活动（潜在竞争）。司法实践中对于搭便车存在一定误解。搭便车属于正常现象，不具有可责性。不管经营者之间是否不存在竞争关系，吸收借鉴某些经营成果并开发出自己的成果，只要不超出合理范围，不构成不正当竞争。

判断不正当竞争的关键：行为具有不正当性

未类型化行为的不正当性首先应依据商业惯例来判断。商业惯例通常来说指我国法律所称的商业道德，比如药品

- 关于法定类型之外的不正当竞争判断，目前我国没有统一的标准。目前国际通行的做法是：在行为是否构成不正当竞争的判断过程中，首先应当判断是否存在值得法律保护的利益，然后再看是否满足双方是否存在具体的竞争关系，行为是否不当，是否存在明显的损害后果。
- 行为的不正当性是判断不正当竞争的关键。未类型化行为的不正当性首先应依据商业惯例来判断。在尚未形成交易惯例的情况下，应以比例原则来判断行为是否不正当。
- 对于反向混淆行为，我国实践中一直把它作为侵犯商标权来处理，其实这种行为并未侵犯商标权，而是阻碍了商标识别来源功能的发挥，属于阻碍型的不正当竞争行为。

离开柜台概不退还，这个交易惯例是基于对交易便捷和交易安全的考虑，但是一般的消费品在规定时间内是可以包退包换的。这种交易惯例并不涉及人文道德观，不包含“善与恶”“美与丑”“好与坏”的价值判断，仅为理性经济人出于对交易便捷、交易安全的追求而逐渐广为接受的交易规则。随着规则使用次数的增多，其逐渐演变成交易惯例。例如，乘坐交通工具就分别形成了乘公交车上车就要买票和坐出租车先坐车后付款的交易惯例。

在尚未形成交易惯例的情况下，应以比例原则来判断行为是否不正当。例如，在互联网领域存在大量没有形成交易惯例的交易行为，美国和德国的司法实践都是按照比例原则衡量，是允许这种竞争行为会带来的利益更大还是禁止这种竞争行为带来的利益更大，来进行判断。这在理论上又可称为“效能竞争”，即以竞争产生的整体效果是否有利于社会整体福利和消费者福利的提升为依据。就是要在受益和受损之间进行衡量，即给冲突的利益造成的侵害不得逾越它从实现正当目的中获得的利益。它强调的方法是追求目的所要达到的利益（收益）与为实现这一目的而对相冲突利益造成的损害（成本）之间是否成比例。例如，不得给对方造成生存危机，不得侵害消费者/最终用户的知情权和选择权，否则就不能通过这种利益衡量。

在“爱奇艺诉搜狗输入法案”中，在安卓手机上登录爱奇艺网站 iqiyi.com，使用搜狗输入法在搜索栏输入影视剧名称时，搜狗输入法的“搜索候选”和“输入候选”都会显示影视剧名称，点击“搜索候选”中的影视剧名称将跳转至搜狗搜索页面。上海的两级法院判决认定，涉案行为不构成不正当竞争。

上海知识产权法院经二审认为，由于被控行为的介入可能会导致交易机会或者搜索流量从爱奇艺公司转移至搜狗或者其关联公司，爱奇艺所遭受的损失是客观的，但是市场竞争的主要表现为交易机会的争夺，只有被控行为违反了商业道德，该行为才具有可责性。判断搜狗公司的被控行为是否违反商业道德，应综合考量被控行为对爱奇艺公司经营、消费者权益保护和市场竞争秩序的影响。首先，爱奇艺公司在本案当中所主张保护的并非法定权利，被控行为虽然导致爱奇艺网站的流量或交易机会减少，但其正常运营并没有受到实质性

的妨碍或破坏。其次，被控行为未能完全避免用户产生混淆，但也会在一定程度上增加消费者的福利，提供更多的搜索结果供用户选择。即使部分消费者被误导点击搜狗输入法提供的“搜索候选”而进入搜狗搜索引擎，也可以自主选择返回爱奇艺网站，市场选择功能并没有被真正破坏。再次，搜狗输入法同时具备“搜索候选”和“输入候选”两种功能，是技术上的创新，不能轻易打压，对于商业模式技术的创新不能轻易给予评价，应该让市场自身说话。虽然被控行为介入了爱奇艺网站产品的运行，但创新往往正是来自于经营者技术或商业模式之间激烈的撞击。被控行为并未过度妨碍爱奇艺网站的正常经营，尚未达到扰乱市场竞争秩序的程度，总体上仍然是一种效能竞争。

这个案件同样符合美国和德国法院的判决逻辑。比如在德国“电视精灵”案中，对于屏蔽广告的软件，联邦最高法院在认定是否构成不正当竞争时，阐述道：“由于任何竞争都会对其他竞争者产生影响，要认定某个单独的竞争行为应予禁止，必须考虑多方面因素，并对个案进行综合考量，权衡竞争者、消费者、其他市场参与者的利益，基于对上述利益的考量，被告的利益更值得保护，因为被告的广告屏蔽装置的销售虽然加重了原告的经营负担，但并未威胁其生存。然而，被告如果被禁止生产和销售广告屏蔽软件，会遭受危及生存的损害，广告屏蔽本身是商业创新和商业效果的核心。”

不正当竞争的后果要件：存在显著损害

侵害的显著性要件，从法律性质上来说，属于不法行为的构成要件，而不是不正当行为的构成要件，即确认为构成不正当后，这种不正当行为是否进一步构成不法行为，还需要进一步判断行为侵害的显著性。是否显著地损害了市场参与者的利益，不是根据数量而是根据《反不正当竞争法》的保护目标确定的。例如，竞争者的利益显著地受到损害，体现为已经存在的营业受损、市场机会的减少；消费者或者其他市场参与者的利益显著地受到损害，体现为损害他们根据信息作出决定的能力，并且因此促使其作出在其他情况下不会作出的商业决定。常见的显著损害，侵害消费者的知情权和选择权、致使竞争者没有生存机会或者生存机会大

为减少、侵害竞争者商誉、侵犯消费者交易决定自由、防止竞争者创造成果被不正当利用、阻碍经营者正常的业绩展示、阻碍经营者标识的来源识别功能等。由于只要存在竞争就必然会造成损害，所以对于非显著损害，法律没有介入的必要。

对原样模仿行为（酷似性模仿）的规范在《反不正当竞争法》是缺位的。如果某厂商昨天刚推出一个存在特殊性但是又不构成作品的商品包装装潢，今天就被其他厂商原样模仿，该厂商的包装装潢是无法受到《反不正当竞争法》第六条保护的。因为该规定要求商品包装装潢要有一定影响，而昨天才推出来的包装装潢显然不具有一定影响。日本法为不具有一定影响的标识禁止在三年内原样模仿，三年以后按照有一定影响的标识来保护，这两个规则是相互衔接的。当然，在我国也可以通过《反不正当竞争法》第二条原则性条款来保护在三年内不具有一定影响的标识，因为这种原样模仿行为造成了标识“所有人”的显著损害，但毕竟没有法律的明确规定。

反向混淆行为的性质界定：属不正当竞争而非商标侵权

对于反向混淆行为，我国实践中一直把它作为侵犯商标权来处理，其实这种行为并未侵犯商标权，而是阻碍了商标识别来源功能的发挥，属于阻碍型的不正当竞争行为。因为侵犯商标权行为是在后人使用的商标与在先使用的商标相同或者近似，使消费者误认为后使用的商标是在先商标使用人的来源，但是恰恰相反，反向混淆是在后使用的商标短时间之内变得非常有知名度，使在先使用的商标被误认为是在后商标使用人的来源。因此反向混淆不是商标侵权问题，而是典型的不正当竞争问题。之所以在实践中，反向混淆被认定为侵害商标权的行为，是因为深受美国判例法的影响，在美国确实有将反向混淆认定为侵犯商标权的判例，这是因为美国的法律体系中商标和不正当竞争并未作严格区分，侵犯商标权亦是一种不正当竞争行为，而我国已经就商标和不正当竞争进行了单独立法，已经将侵犯商标和不正当竞争区分开来的情况下，就应该认定究竟是侵犯商标权的行为还是不正当竞争行为。

另外，值得一提的是，诸如影响了在先使用商来源标识识别功能正常发挥的反向混淆行为等阻碍型不正当竞争，是不需要以存在具体竞争关系作为判断不正当竞争构成要件的。

（作者系华东政法大学知识产权学院教授、博导，中国法学会知识产权法学研究会副会长、上海市法学会竞争法学研究会副会长）



遗失声明

上海市君悦律师事务所邵玉龙律师，遗失律师执业证，执业证号：13101201610769856，声明作废。

环保公益广告

重复使用，多次利用

双面使用纸张
=减少½的废纸产生

优先购买绿色食品

健康安全
无污染

拒绝使用
一次性用品

6000~8000双一次性筷子
≈一棵20岁的大树

使用无氟冰箱
不会造成臭氧损耗

不买包装豪华又繁琐
的食物或用品

月饼

过份包装 = 巨大浪费 + 严重污染

废电池放入专门回收箱，
以免污染环境

分类回收 循环再生