

# 反不正当竞争法“一般条款”的立法缺陷与优化路径

黄嘉玲

华东交通大学人文社会科学学院, 中国·江西 南昌 330033

**【摘要】**我国现行反不正当竞争法一般条款和类型化条款存在“一般条款过度适用,难以把握法律适用的边界”以及“类型化条款僵化适用进而有损市场竞争”的困境。反法一般条款存在“‘违反本法规定’指向性不明”、“个人道德与商业道德未予区分”和“相关法律责任阙如或者不协调”的问题。为此,要从反法一般条款与类型化条款的关系出发,同时坚持反法一般条款应当反映反法作为市场竞争秩序保护法的鲜明品格,将反法一般条款进行如下修订:“经营者在生产经营活动中,应当遵守法律和商业道德。经营者违反前款规定实施或者帮助他人实施损害消费者或者其他市场经营者合法权益,严重扰乱市场竞争秩序行为的,应当依照本法的规定承担责任。本法所列举的竞争行为总体上是非法的,但行为人有证据证明该行为未严重扰乱市场竞争秩序的除外。”

**【关键词】**反不正当竞争法;一般条款

**【项目基金】**习近平法治思想理论与实践研究课题,项目编号:22FXH01

## 一、问题的提出

2022年3月25日,中共中央、国务院印发《关于加快建设全国统一大市场的意见》(以下简称“意见”)指出“加强对平台经济、共享经济等新业态领域不正当竞争行为的规制,整治网络黑灰产业链条,治理新型网络不正当竞争行为。”《意见》的出台是新经济、新业态背景下深化市场经济体制改革的必然要求和生动体现,尤其为营造公平自由竞争的市场环境提供了根本指导性方针。在这种背景下,学界展开了对反不正当竞争法(以下简称“反法”)如火如荼的研究,其主要研究内容集中于各种新型互联网不正当竞争的规制研究方面。<sup>[1]</sup>这些研究成果丰富了学界对反法互联网专款与一般条款适用的认识,尤其是以不正当竞争一般条款来规制新型网络不正当竞争行为的合理性研究和方法研究引起广泛探讨。然而尽管“立法或公认的法律原则已经事先规定了必要的机制,人们只需在上面列入事实,并在下面取出决定”<sup>[2]</sup>的理念已经被抛弃,但是“几乎所有的立法技术的问题与程序都涉及所谓的‘反面包围’”<sup>[3]</sup>意味着所有的司法适用问题背后必然隐含着立法技术问题,反法亦是如此。

本文认为,我国现行反法一般条款和类型化条款的设置存在如下困境:反法类型化条款的具体规定尽管为法律适用提供了明确的指引,但是却导致了该法难以迎合实践发展变迁的需求,固化了静态的侵权保护模式,降低了反法保护市场公平动态竞争的品格;反法一般条款虽然在一定程度上弥补了类型化条款面对社会变迁的被动姿态,但是由于其指向不明,核心范畴不清导致了适用标准和方法的模糊。对此,反法立法必须积极作为,首先应明确反法一般条款与类型化条款之间的关系:反法一般条款不仅具有

对类型化不足的“填补漏洞”功能,而且更具有类型化条款适用的指导性功能。以此为基础,结合反法一般条款的性质和定位,来重新思考反法一般条款具体内容的修订。

## 二、反不正当竞争法“一般条款”立法设置的不足

### (一)反法“一般条款”的现实困境

反法作为规范市场竞争的法律,与行政处罚法相比更具有动态性,而创新是市场永久的动力来源。市场创新意味着规范市场竞争的经济法也必须保持更大程度上的开放性,以避免法律适用的空白。反法一般条款和类型化条款导致了以下问题:

一是反法一般条款不当扩大适用,压缩了列举条款的适用空间。此外该款的适用标准模糊,也降低了法律适用的确定性。一般条款与列举的类型化条款之间具有严密的适用逻辑,一般而言法律适用者只有在没有明确的“类型化列举条款”可以适用的情况下才能适用一般条款来规范社会行为。但是,目前在数字经济背景下,对于诸多互联网不正当竞争行为规制过程中出现了向“一般条款逃逸”的适法现象,即使可以用列举的类型化条款进行规制,法律适用者也会以“一般条款”作为法律依据。

二是即使反法以类型化条款的方式明确了诸多不正当竞争行为的模式与法律责任,但是类型化条款的司法适用却存在过度僵化的问题。有学者认为现有的反法司法适用中存在的“静态竞争观”使得反法落入了传统侵权法“法益保护”的窠臼之中,从而消弭了竞争法应有品格。为此应当使反法回归“动态竞争观”的“正当主义”适用路径。不可否认的是,反法脱胎于知识产权法,具有保护市场竞争主体权益的功能,但是随着自由市场制度的确立,现代性的反法则不再仅仅强调对个别利益的保护,更加强调对

公平竞争市场的维护。因而，市场经济“有竞争必然有损害”的规律意味着反法类型化条款“侵权法适用模式”只着眼于保护被侵权主体的个别私益，难以保障动态公平竞争的市场秩序。

## （二）反法“一般条款”立法弊端

2021年12月市场监管总局启动了反不正当竞争法的最新修订工作，并于2022年11月22日公布了《反不正当竞争法（修订草案）》<sup>[4]</sup>。对这些文件的梳理，发现反法一般条款的修订具有非常大的争议。<sup>[5]</sup>对现行反法以及2022年反法修订草案的立法条文进行审视，可以发现反法一般条款存在“语义不清”、“个人道德与商业道德不分”、“法律后果不明”等问题<sup>[6]</sup>，进而导致反法一般条款存在适用阻碍。

一是反法第二条规定的“违反本法规定”指向性不明。反法一般条款中规定的“违反本法规定”存在两种不同的解释：其一，“违反本法规定”指的是行为人违反了反法所列举的各种不正当竞争行为，即反法第二章规定的诸如市场混淆、虚假宣传、商业贿赂、侵犯商业秘密等各种不同类型的不正当竞争行为。其二，“违反本法规定”指的是行为人违反了反法第二条第一款的规定，即违反了“自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德”的要求。

这两种解释都存在不妥当之处：按照第一种解释则会消解反法一般条款存在的价值，而且实践中法院运用一般条款规制其他不正当竞争行为便失去了合法性规范依据。因为，在该种解释下，反不正当竞争行为就仅指反法第二章规定的七种行为，而不再包括其他竞争行为，反法第二条第二款将丧失一般条款的规范地位。按照第二种解释，反法一般条款不如直接规定为“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，违反自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德，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。”这样将会使反法一般条款的指向性更加明确。反法（修订草案）中“一般条款”保留了“违反本法规定”的表述，但是这种表述带来了重复论证的后果，因为如果将“违反本法规定”解释为违反了反法（修订草案）中第二条第一款，那么将会出现“本法所称的不正当竞争行为，是指违反了‘应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德，不得实施或者帮助他人实施不正当竞争行为’，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者、消费者的合法权益或者社会公共利益的行为。”的结果，即“不正当竞争行为是指违反了不得实施或者帮助他人实施不正当竞争行为的行为”。

二是反法一般条款中“商业道德”与“个人道德”

未予区分。反法一般条款核心语义的模糊性表现在对何为“不正当”的解释上，无论是“不诚实”还是“违背善良风俗”“违反诚实信用原则”都具有极大的灵活性。在我国，立法坚守了带有浓厚“个人道德”意蕴的表述，例如市场监管总局发布的《禁止网络不正当竞争行为规定》（征求意见稿）第二条尽管明确规定经营者应遵守“商业道德”，但是在“商业道德”之前依然保留“自愿、平等、公平、诚信的原则”的表述。商业道德与个人道德未区分导致司法实践中出现了“泛道德化”的倾向，虽不至于阻挡社会发展的整体趋势，但如果总以宣扬普通道德的名义限制自由竞争，可能会导致司法裁判与公共利益背道而驰。”

三是反法（修订草案）一般条款法律责任规定方面存在民事法律责任与行政法律责任要件不匹配，以及一般条款行政法律责任与类型化条款行政法律责任后果要件衔接不足的问题。（1）现行反法并没有规定一般条款的行政法律责任，而反法（修订草案）规定了一般条款的行政法律责任。但是，反法（修订草案）关于一般条款行政法律责任与民事法律责任在适用要件方面存在是否需要满足“严重破坏竞争秩序、确需查处的”的区别。反法及其（修订草案）规定的民事法律责任仅要求“给他人造成损害的”这一条件，并没有规定“严重破坏竞争秩序”这一要求。（2）在行政法律责任方面，一般条款行政法律责任与类型化条款的行政法律责任也不相同。根据反法（修订草案）第二十八条至三十九条的规定，只要行为人实施了类型化条款规定的竞争行为都必须课以相应的行政责任。但是，违反一般条款的行政法律责任则要求必须达到“严重破坏竞争秩序”这一要求。立法者之所以如此规定，其可能原因在于立法者认为反法类型化条款规定的竞争行为必然会严重破坏市场竞争秩序，因而无需再另行规定“严重破坏竞争秩序”这一要求。但是，显然这种主观性认知缺乏事实支撑，反法及其修正草案所列举的类型化竞争行为不能简单地一概认定为“严重破坏竞争秩序”。

## 三、反法“一般条款”的完善路径

### （一）反法一般条款与类型化条款关系之重构

学界对于反法一般条款与类型化条款关系的研究成果较少。我们认为从一般条款与类型化条款之间的关系来看，反法一般条款的功能可以归纳为两条：一是对规制新型不正当竞争行为的“空白填补”功能。简言之，无论是法的续造还是法的漏洞填补都意味着现有列举的类型化规范未能预见新型市场不正当竞争行为的出现，从而导致法律适用者难以找到具体条款进行“对号入座”式的适用。长期以来，学界普遍认为反法一般条款具有“填补空白”的功能，但是却忽略了反法一般条款对类型化条款的指导功

能。近期,有学者认识到反法一般条款能够补正类型化条款的适用不足的缺憾,该学者指出“将反法第2条第2款的一般条款作为解释依据,将7种行为样态分别代入该一般条款,根据一般条款提供的相对完整的分析框架进行法律适用,以此弥补具体条款的构成要件缺漏问题。”<sup>[7]</sup>

反法一般条款对具体的类型化条款的指导功能也决定了反法一般条款绝不仅仅是“兜底条款”。如前所述,一般条款和兜底条款都是保障法的“开放性”和“明确性”相统一的立法技术,但是二者之间存在显著区别:“类型化的方法是一种对一般条款与不确定概念所涵盖的事物进行归纳、整理,以根本特征为判断标准,通过归类的方式,进行类型列举的思维方法。”<sup>[8]</sup>由此可见,类型化条款所规定的具体事实源于一般条款所涵盖的事物,具体的类型化条款的适用必须回溯至一般条款进行比较。但是,兜底条款并非如此,兜底条款的适用必须以列举的类型化条款为参考,保持与列举的类型化条款涵义、价值和程度等方面的一致性。

## (二) 反法一般条款修订应当坚持的原则

反法一般条款作为反法整个规范体系的“压舱石”,必须体现出反法的基本特征、鲜明品格、保护法益等内容,主要体现在以下几个方面:

一是一般条款应当符合反法作为维护市场公平、自由竞争秩序的基本品格。通说认为,反法侧重于保护“公平竞争”,而反垄断法更加侧重于保护“自由竞争”,反垄断法所关注的是“有没有竞争的问题”,而反法关注的是“公平不公平竞争”的问题。<sup>[9]</sup>但是,新近的研究认为,反法和反垄断法都是强调对自由竞争秩序保护的法律规定,只不过存在实现路径的差异而已,这也是为什么反法与反垄断法在方法和路径越来越接近的原因。<sup>[10]</sup>我们认为,自由竞争与公平竞争不是完全无涉的价值追求,两者之间的关系应当体现为“自由竞争具有根本性,公平竞争具有工具性”。市场经济的活力在于竞争,竞争能够推动经济繁荣<sup>[11]</sup>,而竞争的基础在于“自由”,不正当竞争的目的也是为了通过各种非正当手段来挤压市场,获取市场优势,从而占据市场支配地位。基于反法的这种价值追求,对于何为“不正当手段”的认定也应当从是否“公平”、是否违反“诚实信用”偏向于“是否阻碍自由竞争”,也即判断一项竞争手段是否不正当除了考量手段的正当性以外,更要注重该竞争手段是否有利于技术进步,效率提升。

二是反法一般条款应当符合反法作为保护绝对权辅助性工具的品格。反法脱胎于知识产权法,但是随着反法的不断发展,反法已经具有独立的保护法益和保护手段,不再是知识产权等绝对权的保护性法律规定。反法是市场竞争保护法,而“市场必然带来竞争,竞争必然带来损害”的

定律要求反法不能像知识产权法、侵权法等法律规定一样来保护私权。因此,反法对于消费者权益、其他经营者权益的保护只能立基于“市场竞争秩序”上,“市场竞争秩序”应当是反法是否适用、如何适用最终考量因素。基于此,反法一般条款将“扰乱市场竞争秩序”前置于“损害其他经营者或消费者的合法权益”之前,看似具有强调对竞争秩序保护的意图,但是,从法的适用来看,“扰乱市场竞争秩序”应当具有终局性。此外,从反法适用的逻辑来看,首先应当判断的是不正当竞争行为是否损害了其他经营者或消费者合法权益,如果存在权益损害才能进一步判断不正当竞争行为是否扰乱了市场竞争秩序。<sup>[12]</sup>

三是反法一般条款应当符合完全性法律规范的结构形式。传统的法理学认为法律规定由“行为要件”和“法律后果”两个部分组成<sup>[13]</sup>,但是新近研究认为。法律规定由“行为条件”、“行为命令”、“行为构成要件”和“法律后果”四个部分组成,从“四要素”中进而可以推导出两类规则,即行为规则和裁判规则。<sup>[14]</sup>反法一般条款具有语义高度的不确定性、强烈的价值目标追求,因而与一般法律规定相比其更多的带有“法律原则”属性,但是这并不意味着反法一般条款就必须呈现出“模糊”的语境状态。反法一般条款的模糊性已经给司法实践带来了极大的适用障碍,因此从法的“开放性”和“明确性”相协调的视角来看,反法一般条款不仅要语义开放,同时在规则的逻辑结构上满足法律规范的一般要素。

## (三) 反法一般条款的重新设定

通过上述分析,我们认为应当将反法一般条款进行如下修订:

一是采取裁判规则的模式:经营者在生产经营活动中,应当遵守法律和商业道德。经营者违反前款规定实施或者帮助他人实施损害消费者或者其他市场经营者合法权益,严重扰乱市场竞争秩序行为的,应当依照本法的规定承担责任。本法所列举的竞争行为总体上是非法的,但行为人有证据证明该行为未严重扰乱市场竞争秩序的除外。<sup>[15]</sup>

二是采取行为规则的模式: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。经营者不得违反前款规定实施或者帮助他人实施损害消费者或者其他市场经营者合法权益,严重扰乱市场竞争秩序的行为。本法所列举的竞争行为总体上是非法的,但行为人有证据证明该行为未严重扰乱市场竞争秩序的除外。<sup>[16]</sup>

对于上述两种设定,我们认为应当选择裁判规则模式下的设定。主要原因在于:其一,从两种规则的关系来看,尽管行为规则具有存在的价值,且行为规则和裁判规则能够相互影响,但是行为规则可以被内化为裁判规则,换言



之,裁判规则具有更强的包容性;<sup>[17]</sup>其二,从实践问题出发,目前我国学界对于反法一般条款的主要争论依然聚焦于该条款的适用问题,而裁判规则相较于行为规则对于法律适用者来说具有更强的指向性。

#### 参考文献:

[1]学界对于新型网络不正当竞争行为的研究成果极其丰富,包括网络刷单、流量劫持、数据爬虫等,这些行为能否以一般条款进行规范存在理论问题。相关研究参见夏雪妮:《数据抓取行为构成不正当竞争的认定与完善》,载《中国价格监管与反垄断》2023年第1期。么润琦:《网络刷单行为的不正当竞争认定》,载《中国价格监管与反垄断》2023年第3期。

[2][美]弗朗索瓦·惹尼等:《法律方法的科学》,雷磊等译,商务印书馆2022年版,第28页。

[3]此句为沃纳·迈霍弗(Werner Maihofer)所言,参见阿图尔·考夫曼:《法律哲学》(第二版),刘幸义等译,法律出版社2011年版,第18页。

[4]反法(修订草案)(2022年版)对一般条款的表述为: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,不得实施或者帮助他人实施不正当竞争行为。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、消费者的合法权益或者社会公共利益的行为。

[5]争议主要集中在七个方面:一是适用范围,由“市场交易活动”修订为“经济活动”再到“生产经营活动”,呈现出“最狭窄-最扩大-狭窄”的变化特征;二是基本原则,尽管都强调了“自愿、平等、公平、诚信的原则”,但最新修订将“公认的商业道德”修改为“遵守法律和商业道德”,这表现出立法者既想尽量限缩“不正当”的裁量范围,但又难以克服“不正当”这一不确定法律概念本身带有模糊特征的困境;三是在“违反本法规定”和“违反前款规定”表述之间抉择时,最终依然坚守了“违反本法规定”这一表述;四是保护权益的扩大化,即由“其他经营者的合法权益”到“其他经营者或者消费者的合法权益”再到“其他经营者或者消费者的合法权益或者社会公共利益”的转变;五是不正当竞争行为扰乱秩序的表述变化,由“社会经济秩序”到“市场秩序”再到“竞争秩序”最后变为“市场竞争秩序”,并将其调整至保护权益之前;六是否保留“以不正当手段从事市场交易”的表述;七是增加禁止性规定,即“不得实施或者帮助他人实施不正当竞争行为。”

[6]本文依然以根据2019年4月23日修订的《反不正当竞

争法》为规范依据,同时参考市场监督管理总局2022年11月发布的《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》。

[7]宋亚辉:《论反不正当竞争法的一般分析框架》,载《中外法学》2023年第4版。

[8]杨峰:《商法一般条款的类型化适用》,载《中国社会科学》2022年第2期。

[9]孙晋,李胜利著:《竞争法原论》(第二版),法律出版社2020年版,第17页。

[10]See Reto M. Hilty & Frauke Henning-Bodewig, Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe?, Springer, 2007, p.141.

[11][德]路德维希·艾哈德:《来自竞争的繁荣》,商务印书馆1994年版,第76页。

[12]这一点突出体现在反法民事诉讼架构方面,权利人通过民事诉讼来主张权利,其首先就是必须证明违法行为人实施的违法行为损害了其合法权益,可以说“权利损害”是反法民事诉讼权利保障的“敲门砖”。有学者认为,反法应当从构成要件-违法性-有责性进行判断,但是反法毕竟不同于刑法,其判断顺序应当是:(1)“行为要件”,即行为人实施了市场竞争行为;(2)“权利损害要件”,即行为人实施的市场竞争行为损害了消费者或者其他经营者的合法权益;(3)“竞争秩序破坏要件”,即行为人实施的市场竞争行为尽管损害了消费者或者其他经营者合法权益,但是是否破坏市场竞争秩序依然是最后责任承担的核心要件。

[13]雷磊:《法律规则的逻辑结构》,载《法学研究》2013年第1期。

[14]舒国滢:《法律规范的逻辑结构:概念辨析与逻辑刻画》,载《浙江社会科学》2022年第2期。

[15]裁判规则模式的逻辑结构是:任何人( $\forall(x)$ ),当其实施一定的行为( $T(x)$ ),应当获得法律后果( $OR(x)$ )。参见舒国滢:《法律规范的逻辑结构:概念辨析与逻辑刻画》,载《浙江社会科学》2022年第2期。

[16]行为规则模式可以表述为:任何人( $(X)$ ),当期在一定的情景和条件中( $H(X)$ ),“应当”“不得”或“可以”做出一定行为。( $OT(X)$ )。参见舒国滢:《法律规范的逻辑结构:概念辨析与逻辑刻画》,载《浙江社会科学》2022年第2期。

[17]舒国滢:《法律规范的逻辑结构:概念辨析与逻辑刻画》,载《浙江社会科学》2022年第2期。

#### 作者简介:

黄嘉玲(1998-),女,华东交通大学人文社会科学学院2022级硕士研究生,研究方向为经济法和行政法。