

反不正当竞争法“权利”与“利益” 双重客体保护新论

龙俊*

摘要 “权利一元保护”与“利益一元保护”是学界对反不正当竞争法(反法)保护客体的一般概括,且建基于反法“利益一元保护”通说之上的知识产权法往往具有适用上的优先性。但是,从反法的历史血统、利益与权利的转化程式以及现行反法的规范实践来看,利益与权利双重保护更符合反法的客观实际:在历史演化层面,反法虽从民法中分离,但本质上却承继了传统民法中权利与利益双重保护的血统;在转化程式上,反法伴随着“利益—法益—应然权利—法定权利”的转化路径而形成一种“随动关系”,既为这一“过程利益”提供保护,又将作为“转化节点”的具体“法益”和“权利”以实定法的方式确立下来;在规范实践方面,作为法益保护的经营者利益以及社会公共利益、作为应然权利的商誉权、作为从应然权利向法定权利成功转型的商业秘密权,以及作为法定权利的消费者知情权等客体均得到了反法的实际承认。在双重客体保护论的基础上,反法中的诸多疑难问题均可获得进一步释明。

关键词 利益 权利 商业秘密 一般条款 反不正当竞争法

对反不正当竞争法(以下简称反法)保护客体性质的思考,^{〔1〕}源于学界长期讨论的知识产权法(以下简称知产法)与反法关系的话题。按照传统的学术通说,反法相较知产法而言在法价值上提供一种“兜底保护”,即知产法作为“赋权法”和“设权法”保护类型化权利,而反法作为“行为规制法”则保护一般性利益,二者呈现“冰山”与“海洋”之关系。在此通说笼罩下,反法逐渐丧失独立存在的意义和价值,其部门法地位亦日趋遭受挑战。近年来,有学者开始频繁发

* 福建师范大学法学院副教授。本文系中国法学会民法学研究会2021年青年学者研究项目“互联网新型不正当竞争行为司法裁判模式研究”(项目编号:2021MFXH010)的阶段性研究成果。

〔1〕 本文所称之“保护”,不仅包括消极意义上的防御性保护,而且还包括积极意义上的“创制并保护”。

声为反法的“竞争法”取向“正名”，〔2〕但其仅限于从历史维度考察反法与知产法的关系以获取反法独立性价值目标的相关证据，且在结论上并未完全剥离反法“兜底”保护的“附属性”。显然，学界在以往关于两法关系的讨论中忽略了一个根本性问题，即：反法果真仅保护一般性利益吗？若其同时也保护权利，那么反法“兜底性”保护的“学界通说”则完全可被推翻。这一质疑直击“通说”关于两法关系论证的理论基础，本文尝试对此问题进行思考，以客观还原反法在保护客体性质方面的真实面貌。

一、理论争议与问题缘起

反法的保护客体存在形式与实质两个观察视角，其形式层面强调对多样化主体要素的保护，〔3〕而实质层面则关注各类主体要素获得保护的“请求权基础”属性。〔4〕从形式层面看，反法的复合保护功能获得了世界范围内主流竞争法理论研究与规范实践的认可；但从实质层面看，反法究竟基于“绝对权利”抑或“相对利益”来为各类形式主体提供保护则是一个争论不休的话题。在域外，反法保护客体经历了从“权利保护”向“利益保护”的过渡，并最终确立了“利益保护”与“规范违反”的整体格局；而在我国，“权利一元保护”与“利益一元保护”之争，也大致以利益保护作为主流思想而告终。反法保护“相对利益”而非“绝对权利”的观点逐渐成为学界“通说”。

在德国反法制定早期，不正当竞争行为被视为一种特殊的侵权行为，而反法则被视为是对某项个体绝对权利进行保护的特别民事侵权法。对此，德国竞争法学界在个人权利说(individualrechtliche Lehre)的基础上，先后提出了“人格权说”“企业权说”“经营权说”“竞争地位权说”等理论。〔5〕随着反法的发展，权利保护思维开始发生转变。在1909年德国反法设立一般条款，尤其是1930年帝国法院开始强调保护公众利益之后，以竞争者的绝对权利作为保护客体的理论受到质疑。取而代之的是反法的社会法思想，即保护包括竞争者、消费者和公众在内的多种主体的利益，且不需要这些利益的权利化。〔6〕因此，晚近各国的反不正当竞争立法，对不正当竞争行为侵权违法性的认识，从权利侵害说发展到了规范违反说。亦即，反法并没有创设出一项经营者所有的独立权利，而是创设(或确认)了商业社会的行为规范。〔7〕

我国对反法保护客体的讨论主要集中在知产法和竞争法学界。其中，“权利一元保护”论者或致力于构建各种具体的权利类型，例如“域名权”“识别性标志权”“商品名称和包装装潢

〔2〕 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736—757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18—31页；等等。

〔3〕 例如，反法从最初保护经营者的单一目标功能，逐步向同时保护经营者、消费者和社会公共利益的复合功能转变。

〔4〕 例如，经营者、消费者获得保护的正当利益投射至反法中所呈现的法益或权利状态。

〔5〕 参见邵建东：《德国反不正当竞争法研究》，中国人民大学出版社2001年版，第16—18页。

〔6〕 参见范长军：《德国反不正当竞争法研究》，法律出版社2010年版，第59—60页。

〔7〕 参见王博文：“德国反不正当竞争法私法属性的历史和理论建构(下)”，《竞争政策研究》2016年第5期，第37页。

权”等；〔8〕或以某种概括性权利表征反法的保护客体，如“竞争权”〔9〕“公平竞争权”〔10〕“反不正当竞争权”〔11〕“制止不正当竞争权”〔12〕等。在司法实践中，有学者通过实证研究证明，法院在审理不正当竞争纠纷案件并阐述“合法权益”概念时，有从“合法权益”到“具体利益”，再到“竞争利益”，最后演变成“竞争权利”和“公平竞争权”的趋势。〔13〕与“权利一元保护”相对立的观点是“利益一元保护”，该观点认为，反法的保护客体应为法益而非权利。例如，反法对商誉、商业秘密等模糊性概念的保护具有不确定性，更符合法益的保护模式；公平竞争权并没有法律上的依据，即便存在所谓的“公平竞争权”，也只是一种“框架权”，不能积极行使，只能消极防卫。〔14〕“反不正当竞争法既没有授权性规范设定法定权利的类型，也无法定的公示制度宣示权利的具体样态和确切内容……简单地就反不正当竞争法对商品名称、包装、装潢的规定推断出‘特有名称权’‘特有包装权’和‘特有装潢权’，都是一个极大的曲解。”〔15〕

与“权利一元保护”相比，“利益一元保护”的主张在我国学术界获得了可观的学术市场，并逐渐成为“通说”。〔16〕学者们也据此将反法作为知产法兜底保护的理据。〔17〕但是，经笔者观察发现，纯粹的利益保护似乎也无法解释一些最基本的问题：例如，在历史层面，既然反法从民法中分离，而作为“母法”的侵权行为法一直奉行“权利与利益双重保护”的原则，那么缘何“权利保护”的主张在反法的分化过程中被抛弃？在现实层面，从利益与权利的转化关系来看，在几乎不存在部门法仅对权利或利益提供一元保护的现实场景下，反法又是基于何种理由完成对利益保护一元论的论证的？从规范实践来看，我国反法首次明确规定了“商业秘密权”条款，并肯定了商业秘密权利人的法律地位以及构成该项权利的法定要件，那么“利益保护论”的现有研究成果又是否足以否定该条款的“设权性”特质？这些问题在以往有关权利或利益保护的学术主张与论证中均未曾涉及，本文就此提炼出了历史演化、转化程式以及规范实践等观察视角，并在研究中发现反法在利益保护之外还进行权利保护的制度现实，从而得出反法权利与利益双重客体保护的结论。该结论的证明，不仅有利于纠正“利益一元保护论”的偏差，而且对重新思考知产法与反法的关系、消费者在反法中的角色塑造以及不正当竞争行为的认定模式等

〔8〕 参见谢晓尧：《在制度与经验之间：不正当竞争司法案例类型化研究》，法律出版社2010年版，第150页。

〔9〕 参见李小峰：“困境与拯救——竞争权制度论纲”，《西南政法大学学报》2005年第2期，第41—48页。

〔10〕 参见王显勇：《公平竞争权论》，人民法院出版社2007年版。

〔11〕 参见吴汉东主编：《知识产权法》，中国政法大学出版社2002年版，第1页。

〔12〕 参见陈智伦：“版权与制止不正当竞争权浅析”，《现代法学》1993年第4期，第59—62页。

〔13〕 李友根：“经营者公平竞争权初论——基于判例的整理与研究”，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学版）》2009年第4期，第61页。

〔14〕 参见郑友德、胡承浩、万志前：“论反不正当竞争法的保护对象——兼论‘公平竞争权’”，《知识产权》2008年第5期，第33、37页。

〔15〕 谢晓尧，见前注〔8〕，第154页。

〔16〕 尤其自2010年以后，“绝对权保护”的观点日渐式微，反法作为“行为规制法”保护一般利益而非绝对权利的观点逐渐“一统江湖”。代表性观点可参见王红霞、李国海：“‘竞争权’驳论——兼论竞争法的利益保护观”，《法学评论》2012年第4期，第92—99页。

〔17〕 代表性观点可参见韦之：“论不正当竞争法与知识产权法的关系”，《北京大学学报（哲学社会科学版）》1999年第6期，第29—31页。

问题具有重大的现实意义。

二、基于历史血统的考察：反法从民法中的脱离与承继

(一) 各国反法从民法中脱离的普遍趋势

从反法的历史演变来看,世界各国现代意义上的反法均滥觞于本国的民事侵权行为法。其中,最早的“不正当竞争”概念大约出现在1850年前后的法国,是法国法院在适用《法国民法典》第1382条的侵权行为一般条款来处理不诚信商业行为时创造的术语。法院在该民法典的基础上,发展出了“民法上不正当竞争之诉”,^[18]并形成了禁止不正当竞争行为的相关判例。^[19]德国反法同样根植于侵权法思想。虽然德语的“不正当竞争”(unlauterer Wettbewerb)概念源于法语,但德国却采取了不同于法国以民事一般条款规制的路径,而于1896年颁布了世界上第一部《反不正当竞争法》单行法律。由于此时缺乏一般条款,故在实践中一旦遇到新型不正当竞争行为,法院首先考虑适用的依然是《德国民法典》第826条及第823条第1款。^[20]在荷兰,反法的一般规则亦源自《荷兰民法典》第6编第162条的一般侵权条款,^[21]并且法院同样依据一般侵权行为规则创制了大量反不正当竞争判例法。^[22]在日本,虽然其存在专门的《防止不正当竞争法》(UCA),但《日本民法典》第709条的侵权法一般条款,同样被用作向不正当竞争者主张权利的一般性依据。^[23]

普通法国家虽然不存在专门的反法,但有关禁止不正当竞争的规则也是从私法判例中发展起来的,尤其是通过普通法下的仿冒(Passing-off)侵权之诉来实现对不正当竞争行为的规制。^[24]除判例法外,有关权利保护的制定法也发挥了重要作用。例如英国对于不公平贸易行为的禁止性规定散落在商标法、合同法、侵权法等规范中,^[25]而美国则借助兰哈姆法、消费者保护法、反托拉斯法等来规制不正当竞争行为。^[26]由此可见,不论是大陆法系还是英美法系,各国有关反法的综合性法律、单行法规、各类判例等,均是从民法或侵权法中逐步分离出来

[18] Frauke Henning-Bodewig, *International Handbook on Unfair Competition*, Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 1.

[19] See Mary LaFrance, “Passing Off and Unfair Competition: Conflict and Convergence in Competition Law”, *Michigan State Law Review*, Vol. 2011, No. 5, 2011, pp. 1421—1422.

[20] 参见范长军,见前注[6],第10、25页。

[21] See Henning-Bodewig, *supra* note 18, p. 400.

[22] Rogier W. De Very, *Towards a European Unfair Competition law: A Clash Between Legal Families*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 79.

[23] See Henning-Bodewig, *supra* note 18, p. 345.

[24] See Christopher Wadlow, *The Law of Passing-off: Unfair Competition by Misrepresentation*, London: Sweet & Maxwell, 2011, pp. 1—25; See Henning-Bodewig, *Unfair Competition Law: European Union and Member States*, Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 2.普通法系国家正通过扩大仿冒概念的范围,来缩小与大陆法中不正当竞争法律体系的差异,以最终实现二者的融合,See LaFrance, *supra* note 19, pp. 1413—1415.

[25] See Henning-Bodewig, *supra* note 18, pp. 605—606.

[26] See Henning-Bodewig, *supra* note 18, pp. 622—628.

的,并始终与其保持着密切联系。

(二)反法对权利与利益双重客体保护的承继

面对反法从民法中普遍分离的现实,可以通过以下三步来获取反法在继承保护客体性质方面的相关证据:

第一步,判断民法(或侵权法)所保护客体的性质。从传统民法的研究成果来看,在对待权利、利益保护的问题上,民法学界主要存在“权利与利益区分保护说”^{〔27〕}和“权利与利益平等保护说”^{〔28〕}两种观点。虽然它们对民法中权利与利益的具体保护方式存在争议,但二者都隐藏着—个前提共识,即权利与利益均是民法(或侵权法)的保护客体。从规范层面看,这种学术共识具有广泛的实践基础。例如,我国《民法典》第3条、第126条等条款均明确强调对民事主体的权利和利益提供保护。而《德国民法典》则通过第823条第1款、第2款以及第826条来为民事主体的权利和利益提供保护。其中,第823条第1款对生命、身体、健康、自由等采“绝对权利”保护模式;第2款以“违反保护他人之法律”为构成要件对“权利之外的利益”提供专门保护;第826条则作为背俗加害条款同时对“民事权利”和“民事利益”提供保护。^{〔29〕}我国台湾地区“民法”仿照德国的立法模式,通过第184条中的三项条款来为民事权利和利益提供侵权法保护。由此可见,作为反不正当竞争法母法的民法(或侵权法),在保护客体性质上是以权利和利益双重保护的方式展开的。

第二步,思考反法从传统民法中分离的原因。竞争法虽同时发挥着维护市场竞争秩序,保护经营者、消费者合法权益等作用,但其主要目标仍是致力于解决市场竞争扭曲的问题,从而形成了有别于其他部门法的独立价值品格。

从竞争法外部区分的视角来看,正是因为限制自由竞争与破坏公平竞争的行为远远超出了传统民法及其他法律所调整的目标范畴,才使得公、私融合的竞争法具有了独立存在之必要。“相比之下,竞争法上的决定往往会产生广泛的经济甚至政治后果。它们经常影响—国领土范围内的竞争标准、条件和模式,并且对国内众多企业以及整体经济施以重大影响……因此,竞争法的适用不是—个像合同违约那样典型的私人问题,而是—个涉及社会公众的问题。”^{〔30〕}从竞争法内部构成的视角来看,竞争法包含反垄断法与反不正当竞争法两部分,二者分别致力于解决“竞争缺乏”与“竞争过度”的问题,在维护市场自由竞争和公平竞争两个维度上发挥着重要且独特的作用,并形成了各自的独立价值品格。由二者构建的竞争秩序,在营造良好的市场竞争环境的同时,也促使竞争性市场不断升级,并在新一轮的市场竞争中发挥着规制“竞争失范”的功能。

由此可见,反法从民法中脱离而出,其关键在于产生了不同于传统民法的维护市场公平竞争秩序的独立价值品格。

〔27〕 参见于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版。

〔28〕 参见陈忠五:《契约责任与侵权责任的保护客体:“权利”与“利益”区别正当性的再反省》,北京大学出版社2013年版。

〔29〕 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2015年版,第114—115页。

〔30〕 David J. Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 91.

第三步,考察反法发生分离后的“变”与“不变”。反法虽然产生了维护市场公平竞争秩序的独立价值品格,但是,在权利与利益客体性质的保护问题上,却实质性地继承了来自传统民法的血统。

首先,由于反法变动了最为核心的价值品格,因此,基于一种映射理论的推演,反法中相应发生变化的剩余部分必然为直接受其价值目标映射和影响的部分。换言之,反法从母体中脱离经历了一个制度筛选的过程:改变与其价值目标不相容的制度设计,而继承有利于实现其独立价值品格的制度内容。例如,在行为救济上,反法采取了不同于传统私法的行政救济渠道,旨在更好地发挥其维护市场公平竞争秩序的功能。而基于映射理论的考察,反法对公共部门执法介入的选择,恰恰是在其独立价值品格映射下的自然改变。再如,从反法规制的行为构成来看,由于对反法中任一违法行为的界定,都须在传统侵权责任法的“四要件说”“三要件说”等基础上进行,而反法维护公平竞争秩序的价值目标又必须以准确界定不正当竞争行为为前提,因此,在反法独立价值品格的“映射”下,行为界定方式得到了反法的继承。

基于此种映射理论,我们可以进一步思考反法中有关权利与利益的客体保护问题。如本文开篇所言,反法的保护客体存在形式层面对多样化主体要素的选择以及实质层面对保护客体的权利或利益属性的判断两方面内容。而在目标映射下,前者显然发生了异于民法的变化——从个体化的民事主体保护,到展示反法独立价值品格的整体性市场竞争秩序保障;但对于后者而言,民法所奉行的权利与利益双重保护功能与反法的价值目标不仅并行不悖,而且还有助于拓展反法维护市场竞争秩序的方案与渠道:其一,双重保护论承认反法对权利的创设功能,有利于增强反法对特定利益主体的保护强度,尤其在其他法律规范缺乏相应保障措施时,具有查遗补缺之效,例如我国反法设置了商业秘密权;其二,双重保护论承认反法对权利的确认功能,有利于在规范论上实现对反法多元价值目标的阐释与衔接,例如对消费者知情权等权益的保障。因此,反法不会也没有必要改变传统民法中权利与利益双重保护的历史血统。

其次,反法拓宽保护客体性质的历史过程,其实质是一个法益“叠加”而非非法益“替代”的过程。“自20世纪三十年代开始,通行的学说和司法判例逐步认识到,反法不仅旨在保护竞争对手的个人权利,而且还承担着保护其他市场参与者合法权益以及社会公共利益的任务”,在这种情境下,“在一元保护对象前提下开展的学说之争,必然就会失去其理论价值与实际意义”。^[31]换言之,反法从权利保护扩张至利益保障,旨在将侵害经营者竞争权益之外的其他各类损害消费者利益或社会公共利益的不正当竞争行为纳入反法的规制范围,使更多原本仅依靠绝对权保护而无法涵盖的不正当竞争行为受到处罚。因此,扩容之后的反法保护客体,并非对绝对权利的完全弃置,而是在个体绝对权利的基础上扩张了不特定对象的法益范围。

以德国反法保护客体性质的扩张过程为例。德国反法曾主张以人格权或企业权作为其保护客体,但均以失败告终,从而转向寻求一般法益保障模式。然而,德国反法在最终的规则设计上,却仍然采用了《德国民法典》中权利与利益双重保护的模版。最为典型的表现即是,影响至今的1909年德国反法的“一般条款”(Generalklausel)即是以《德国民法典》第826条为蓝本制定的。^[32]承前所述,《德国民法典》中的侵权行为条款由823第1款(保护绝对权利)、823

[31] 邵建东,见前注[5],第20页。

[32] 参见范长军,见前注[6],第10—11页。

第2款(保护一般性利益)以及826条(同时保护权利与利益)三部分构成,而德国反法最终以第826条为蓝本设计了一般条款,并影响至今,昭然可见其“法益叠加”而非“法益替代”之意图。也正因如此,才有论者称,德国反法从“企业权”(或营业权)等“绝对权保护一般条款”转向“悖俗侵权一般条款”的原因之一即在于:“根据德国民法典区分权利和利益的保护方法……唯有第826条规定的悖俗侵权既保护民事权利、又保护民事利益,恰好满足了反不正当竞争法所需调整的客体范围。”〔33〕

三、基于演化程式的分析:利益与权利的转化关系

(一)相关概念的讨论立场:区别于公法的私法视角

从概念的讨论立场出发,利益、法益、权利等概念在“公”与“私”两个不同场域往往有不同表现,并致力于解决不同问题。在公法层面,“权利”保障往往与“权力”控制对应存在,其主要探讨权利的来源、权利的形态、权利与权力的冲突等问题;“利益”则可能成为与“权利”对立的观念,例如,“权利是这样一种资格,政府否认个人的这种资格就是错误的,即使是为了公众利益”;〔34〕而法益(Rechtsgüter)则被视为一种共同体价值,“法益不是它的自身权利,而是在立法者的眼中作为法共同体健全的生活条件的法共同体价值……是立法者通过规范使其免受不期望的侵害或危险而必须努力予以保护的全部利益”。〔35〕可见,利益、法益、权利在公法研究的视角下,主要关注作为个体的人权保障以及作为共同体代表的权力控制等问题。

与公法研究视角不同的是,私法场域下的利益、法益、权利概念更多关照彼此之间的演化关系。例如,私法视角下的“利益”,更多情况下是作为“权利”的低阶形态,是未获得法律明文规定予以类型化的初始概念。而“法益”则表现为“利益”的进阶形态,是指在法定权利之外应受法律保护之利益。〔36〕由于法益是介于一般利益与类型化权利之间的过渡状态,故从利益端看,法益是对生活中一般利益的筛选,具有法律保护的效力;而从权利端看,法益是类型化权利的未完成形态,其保护力度尚不及法定权利。因此,“法益”也被一些学者视为“弱保护”。〔37〕而私法上的“权利”,作为“私法的无可争辩的核心概念”,〔38〕是“利益”的终极形态。在私法领域,“权利”概念的研究始终与初始形态的“利益”保持着密切联系,甚至一度被民法学

〔33〕 王博文:“德国反不正当竞争法私法属性的历史和理论建构(上)”,《竞争政策研究》2016年第4期,第26页。

〔34〕 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 269.

〔35〕 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1, 2. Aufl., 1890, S. 353 ff. 转引自(日)伊东研祐:《法益概念史研究》,秦一禾译,中国人民大学出版社2014年版,第69页。

〔36〕 本文采通常理解,使用狭义上的法益概念。有关广义、中义和狭义的法益概念,参见李岩:《民事法益基本范畴研究》,法律出版社2016年版,第49—50页。

〔37〕 参见熊谓龙:“权利,抑或法益?——一般人格权本质的再讨论”,《比较法研究》2005年第2期,第55页。

〔38〕 (德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第62页。

者奉为“权利的圣经”：“所谓权利，指得享受特定利益之法律上之力也。”〔39〕“权利是法律赋予民事主体享有的利益范围或者实施一定行为实现某种利益的可能性。”〔40〕可见，与公法视角下“权利与权力的共生性”不同，私法场域下的利益、法益、权利概念，呈现的是一种“进阶”关系。而本文对于反法保护客体性质的讨论，即是置于这种场景下进行的。

（二）一种普遍规律的探寻：利益与权利的转化程式

虽然利益、法益、权利在概念内涵上具有进阶性，但从转化程式上看，三者之间不仅呈现单向进化型关系（如图1），而且还表现为交互转化型关系（如图2）。从单向进化型关系看，法律规范所保障之利益（广义）具有十分丰富之内涵，其既包括狭义上未权利化之利益，又包括已类型化和法定化之权利，同时还包括利益与权利间保有的流动状态，即利益权利化的可能性。从交互转化型关系看，一方面，一般利益可在一定条件下升级为法益，法益也可进一步类型化为权利。例如，早期智力成果并不受任何法律形式的保护，但在“知识经济”的助推下，法律旋即确立著作权、专利权等权利形态。而另一方面，法定权利也可能因失去法律保护价值而重新被道德等其他力量所支持。〔41〕例如，台湾地区“民法”曾存在“夫权”的概念，但“最高法院”在判例中否定了“夫权”的存在，使夫对妻的各种利益从“权利”流入“利益”的范畴。〔42〕因此，利益、法益、权利之间的转化关系可概括为“利益向法益、权利转换”“法益向利益、权利转换”以及“权利向法益、利益转换”几种情形，而其转化实质是法律效力或法律保护从无到有、从弱到强或逐渐褪去的体现。

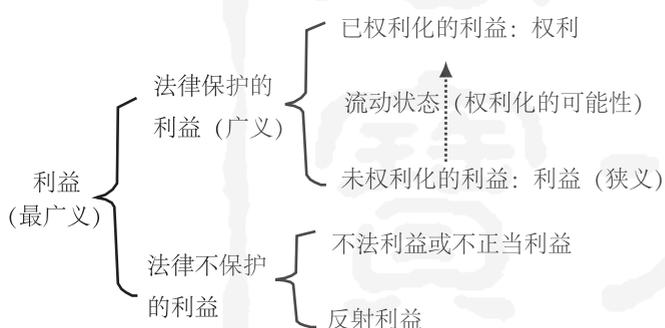


图1 单向进化型关系〔43〕

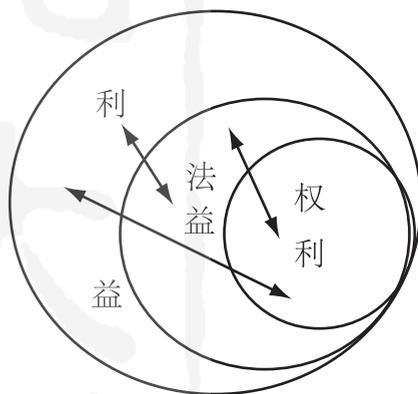


图2 交互转换型关系〔44〕

在利益向权利的转化程式中，一种“应然权利”的概念应当被考察：

〔39〕 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2001年版，第76页。

〔40〕 王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论（上册）》，中国政法大学出版社1988年版，第125页。

〔41〕 参见钱大军等：“权利应当如何证明：权利的证明方式”，《法制与社会发展》2007年第1期，第105页。

〔42〕 参见陈忠五，见前注〔28〕，第97—98页。

〔43〕 参见陈忠五，见前注〔28〕，第93页。

〔44〕 参见李岩：《民事法益研究》，吉林大学2007年博士学位论文，第47页。

首先,从实质上看,虽然应然权利是一种尚未成为法定权利的“法益”,^[45]但此种法益与一般法益有所区别,是一种十分接近“法定权利”状态的法益。其作为“法定权利”与“法益”之间的过渡形态,虽未为法律所确认,但却实际构成了法定权利的价值基础。因此,在原有“利益→法益→权利”的演化路径中,应然权利俨然成为法益向权利转化的“必经之路”。作为法定权利的“蓄水池”,应然权利承载着“法益→权利”的“转介”功能,从而细化了利益向权利的转化程式,并最终形成“利益→法益→应然权利→法定权利”的转化路径。

其次,应然权利概念的引入,除在转化程式上更贴近利益向权利演化的真实情景外,还可解决诸多有关权利论证与保护的难题。例如,有学者将“应然的道德权利要求”作为反法兜底保护知识产权的正当理由,认为“反不正当竞争法可视为知识产权的补救性保护措施,原因在于,这种补充性规范引入了道德合理性的权利论证程式,从权利法定来源的客观论证转向直接追问权利的‘合法性’依据,进而将权利的保护扩展至一种应然的道德权利,知识产权的保护范围与程度扩大了”。^[46]可见,应然权利不仅能真实反映权利的演化路径,而且还可以在解释法律保护客体等问题上充当分析工具。

最后,从设定转化条件的角度来看,现行所有有关“权利入法”的条件设计,其实质均是为“法益→应然权利”服务,而非学者们言称的构建“法益→法定权利”的转化条件。原因在于,我们只能尽可能塑造出实质上符合“法益→应然权利”的标准和条件,而无法真正强迫立法机关迈出从“应然权利”到“法定权利”的关键一步。在通过转化条件完成权利论证的基础上,是否将若干符合条件的“应然权利”以法定程序的方式上升为“法定权利”,取决于立法者的意愿。换言之,从“法益→应然权利”与“应然权利→法定权利”之间的距离,仅仅只是程序上的“一步之遥”。因此,应然权利概念的引入,更能准确反映转化条件设置的实际需求。

(三)反法对普遍规律的遵循:“过程利益”+“转化节点”的保护

承前所述,“概念的交织”与“状态的转化”呈现的是利益与权利间的一种事实结果,而该结果在规范意义上可解读为,法律对利益和权利的保护依赖于一种“转换过程利益”的实现。换言之,在“利益—法益—应然权利—法定权利”这一动态转化程式中,利益、法益、应然权利、法定权利的概念并非只表达为{A、B、C……N}等若干不同形态,而且还表示为这一演化过程中的所有可能状态{A(A₁, A₂……A_n), B(B₁, B₂……B_n)……N(N₁, N₂……N_n)}。因此,不论是“从利益到法定权利”的“单向进化型关系”,还是“利益、法益、权利”之间的“交互转化型关系”,利益与权利都始终处于“流动”状态。在此状态下,反法形成了一种“随动关系”,以对整个权利生成的动态转化过程提供保护。而从一种可视化的角度观察,反法基于“随动关系”提供的保护,在形式意义上表现为对法益、权利等“转化节点”的保护,而在实质意义上则表现为对“过程利益”的保护。前者保持了法律的可预期性和安定性,后者实现了法律的可期待性和开放性。

从保护“过程利益”来看,反法始终对各类保护客体的性质与形态持有一种“开放”态度。

[45] 根据权利的多维形态理论,权利可被划分为应然权利、法定权利、现实权利。其中,应然权利是指虽然在法律规范中没有予以确认,但是就价值层面的重要性而言,法律未来应当予以确认的权利。参见程燎原、王人博:《权利论》,广西师范大学出版社2014年版,第326—327页。

[46] 谢晓尧:《竞争秩序的道德解读:反不正当竞争法研究》,法律出版社2005年版,引言第5页。

在反法的历史演进过程中,域外反法的保护客体经历了“个人权利保护说”到“社会权利保护说”,“权利保护说”到“法益保护说”,“权益保护说”到“规范违反说”的不断变化,并且在最初的经营竞争权益保护的基础上,纳入了消费者权利和社会公共利益的考量因素;而我国反法则在吸收域外经验的基础上,创造性地在法律文本中首次对商业秘密权作了明确规定,并将消费者权益因素作为认定不正当竞争行为的依据。这些变化均表明中外反法对“过程利益”保护的精神实质:反法在维护公平竞争秩序的价值指引下,遵循“实用主义”的方法论导向,保护从利益到权利的全部转换过程,赋予保护客体处于“利益—法益—应然权利—法定权利”演化过程中任意状态的可能性,从而覆盖利益生发的各个阶段和万千形态。具体言之,反法的高度开放性,既允许在市场竞争活动中生成更多与反法价值目标相符、满足反法规制功能的法定权利类型,又提倡对市场参与者各类符合竞争秩序的利益诉求提供法益保护,同时还对不合法益稀缺性、重要性、正当性等要求的一般生活利益予以排拒。

从保护“转化节点”来看,权利与法益之间的流动关系决定了二者虽然存在一定界限,但却难以据此设置专门的权利保护法或利益保护法。因为“在实际操作认定时,某一‘利益’,究竟已经具有‘权利’特征,或是维持‘利益’地位,往往难以区别”。^[47]因此,作为转化节点的权利和法益往往会同时存在于各部门法之中,只是获得的关注度有所不同。例如,《商标法》被视为权利保护法,主要保护注册商标专用权,但其也对在先登记的商号利益提供保护。《民法典》实施前的《侵权责任法》曾一度被视为“行为法”而非“设权法”,但却首次在民法中创设了“隐私权”这一专有权利。^[48]由此可见,在我国现行的法律部门或法律体系中,几乎不存在纯粹的权利保护法或利益保护法。同样,反法也遵循这一规律。在我国现行反法中,除商业秘密权作为转化节点中的“法定权利”得以确立外,由商业信誉、商品声誉构成的“商誉权”同样在理论层面获得了权利转化条件上的系列论证,^[49]故可作为转化节点中的“应然权利”而存在。而基于反法价值目标形成的各类市场主体利益,则是以转化节点中一般“法益”的形式存在。据此,反法在将作为转化节点的权利与利益以实定法方式确立下来的同时,不过是向外界展示了以利益保护为主、权利保护为辅的外观格局罢了。

四、基于规范实践的说理:我国《反法》创制和确认的利益与权利

从反法的规范意义上解释其所保护客体的性质,并非一个无足轻重的问题。例如,我国《反不正当竞争法》(以下简称《反法》)对商业秘密作了明确规定,但该规定并不被学者们认可为“创造了商业秘密权”。由此,如何解释该条款变得十分重要,其背后蕴藏的逻辑是,反法是否具有为某种法益提供权利层面保护的资格,亦即:《反法》作为全国人大常委会颁行的“法

[47] 陈忠五,见前注[28],第99页。

[48] 参见李炎:“侵权责任的创权功能再思考——以权利与利益的区分保护为基点”,《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2017年第4期,第116页。

[49] 参见范敦强:“商誉权的法律属性及其保护模式”,《上海政法学院学报》2015年第3期,第52—58页;王崇敏、郑志涛:“商誉权的法律性质和立法模式探究”,《当代法学》2018年第6期,第71—78;等等。

律”,若在其他法律未对满足条件的“重要法益”或“应然权利”进行权利认证时,其是否能依照法定程序以制定或修改法律的形式将“法益”升格为“绝对权利”予以保护?对此,本文将尝试从“何种位阶的法律规范可以产生权利”,“反法规范在产生权利时受到何种阻碍”以及“我国现行《反法》规范具体确认了何种权益”三个方面予以回应。

(一)何种位阶规范可以产生新权利

反法能否设置权利所面临的第一个问题是,反法在规范的效力层级上是否具备设置权利的资格。为此,笔者分别考察了于“法律”规范之上、之中、之下设置绝对权利的具体实践情况:①于“法律”之上产生的权利:宪法基本权利。宪法作为所有部门法的母法,其提供的权利保障是最上位的原理性权利。^[50]世界各国宪法均对公民基本权利作了明确规定,我国《宪法》第二章也规定了公民的各项基本权利。②于“法律”之中确立的权利:民事权利、诉讼权利等。我国《民法典》《著作权法》等均为全国人大或其常委会颁行的法律,其设置了民事主体参与民事活动最基本的民事权利,囊括人身权、财产权等方方面面。三大诉讼法同作为狭义的“法律”,于程序方面对诉讼参与人的起诉权、申辩权、上诉权等权利予以了确认。③于“法律”之下正在形成的权利:司法创设权利的尝试。在域外,法院创设权利的现象较为普遍,例如,德国法院在司法实践中创设了一般人格权和营业权等概念。在我国,司法创设和认可权利的情形更是屡见不鲜,如“职业打假权”“户外广告发布权”等等,甚至有学者将我国权利入法的路径总结为“以司法续造为基础的渐进式入法”。^[51]由此可见,从规范的效力位阶来看,《反法》作为全国人大常委会制定的“法律”,在法源层级上并不阻碍其设置新的权利类型。

(二)突破反法设置权利的阻碍:权利法与行为法二分的反思

反法设置、确认、保护绝对权利的真正阻碍来自于学界对权利法与行为法的截然二分。我国通说认为,知产法为确权法或权利法,而反法为行为法或行为规制法。例如,有学者提出,反法是行为法,不同于知产法之类的设权性法律,因此,不能以反法变相扩张专有权。^[52]还有学者从财产法与行为法二分的逻辑出发,认为反法并不像物权法等财产法那样获得了一套明确的权利公示及确立标准,故其只关注何种行为应当禁止,而不在意法定权利如何运行。^[53]本文认为,这些观点虽然具有一定合理性,但却忽略了以下两个问题:

首先,权利法与行为法的区分在论证保护客体上并无意义,因为二者并非泾渭分明的关系。“任何事实上授予了一项权利的法律,都明确地或潜在地设置了一项相对义务,或者一项与权利有关的义务。”^[54]因此,在“权利法”中设置了权利,其本身就暗藏了规制行为的内容,否则权利设置将无任何意义。例如,《民法典》实施前的《物权法》实质上既是“赋权法”——确立了民事主体享有各类物权,但同时也是“行为规制法”——禁止他人以非法方式侵害物权。相比之下,反法作为所谓的“行为法”,不过是将更多“注意力”落在了“行为规制”的面向上,但

[50] 参见(日)谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学1996年版,第153页。

[51] 参见王庆廷:“新兴权利渐进入法的路径探析”,《法商研究》2018年第1期,第31页。

[52] 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51—52页。

[53] 参见谢晓尧,见前注[8],第154页。

[54] John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 34.

这一安排仅是基于强调其独立法价值的需要——致力于维护市场公平竞争秩序而非确立更多的私主体权利。因此,反法的“行为法”属性是由其价值目标决定的。同理,基于这种独立价值品格的需要,通过赋予某些主体绝对权利,以更好地维护市场公平竞争秩序,也是反法应有之义,如创制商业秘密权等。

其次,“行为法”概念的真正意义在于其为反法提供了一套新的认定不正当竞争行为的裁判标准,但这套作为“标准”的“行为法”思维,丝毫不影响反法对权利和利益提供双重保护的事实。在司法实践中,法院在审理互联网新型不正当竞争案件时倾向于以绝对权保护思维来认定行为的不正当性,但此种做法却有违反法的客观规律。例如,对于法院在“百度诉奇虎”案^[55]中确立的“非公益必要不干扰原则”,有学者明确提出该原则预设了行为的不正当性,导致经营者之间举证责任分配的不公;^[56]还有学者认为该原则以绝对权的排他性来划定竞争行为的边界,既缺乏规范依据,又不符合鼓励创新的互联网竞争政策。^[57]为了避免互联网新型不正当竞争行为的司法界定落入绝对权保护的窠臼,有学者探索出了判断竞争行为正当性的“3+1模式”,该模式的核心观点之一即是:动态竞争具有对抗性,竞争本就是以损害他人利益为常态,故竞争性损害的法益是中性的,因此,正当性判断并非立足于可诉的“法益”,而是行为本身的违法性(即“行为正当主义”而非“权益保护主义”)。^[58]

虽然在判定竞争行为的正当性方面,“行为法”思想对以往权益保护式思维具有“拨乱反正”之效,但是,并不能以此否定反法创制、确认和保护部分权利和一般利益的事实。理由在于:一方面,“处理网络新型不正当竞争纠纷不宜采绝对权保护模式”的论断并不适用于一切不正当竞争行为的认定。例如,对商业诋毁、侵犯商业秘密等传统不正当竞争行为,由于其本质上与一般侵权行为无异,故仍应采绝对权保护模式进行判断。另一方面,反法创制、确认和保护部分权利和一般利益的事实同样构成了判定竞争行为正当与否的实质性标准,并可对“行为法”裁断模式进行优化。在判定不正当竞争行为时,“法益损害中心主义”构成了判定的必然前提,由此形成“构成法益损害的不一定是不正当竞争,但不构成法益损害的一定不是不正当竞争”的思维导图。^[59]“行为法”思维虽然产生了与传统“权利法”思维的重大差异——提倡不能“仅以”权益受损来认定行为的不正当性,但其最终却表述为一种“行为正当主义”的裁判路径,而否定了“权益保护主义”的正当价值,这在一定程度上割裂了“行为法”与“权利法”之间的必然联系。事实上,脱离反法所保护的具体权利和利益来判断行为正当与否是不切实际的,单纯的权利法思维或行为法思维都存在一定缺憾,故更优的方案是:在“行为正当主义”的观念指引下,吸纳“权益保护主义”的思维,最后通过利益衡量方法进行综合判断。

[55] 参见北京市高级人民法院(2013)高民终字第2352号民事判决书。

[56] 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Z1期,第68页。

[57] 参见宋亚辉:“网络干扰行为的竞争法规制——‘非公益必要不干扰原则’的检讨与修正”,《法商研究》2017年第4期,第91页。

[58] 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50—59页。

[59] 正因如此,才有学者在“海带配额案”的基础上,提出“以权益保护为核心,确立一般条款三步走司法适用模式”的建议。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。

(三)我国《反法》保障权利与利益的现实场景——对“一元保护论”的证伪

一个科学的命题不能被证实而只能被证伪,这是波普尔在判定一个理论系统是否属于经验科学的标准时所贡献的一套“可证伪性标准”方案。^[60]证伪主义的适用方案在探索反法保护客体性质的问题上具有如下可行性:一方面,不论是“利益一元保护”还是“权利一元保护”,均构成两个截然对立的全称命题,故通过相关反例即可证伪;另一方面,对这两个全称命题的“证伪”,又自然而然地“证实”了反法对权利与利益进行双重保障的结论。从我国《反法》规则的具体实践来看,按照前述“利益—法益—应然权利—法定权利”的转化程式,现行《反法》对作为法益的经营者利益以及社会公共利益、作为应然权利的商誉权、作为从应然权利向法定权利成功转型的商业秘密权,以及作为法定权利的消费者知情权等客体均进行了实际确认或保护,从而可有力证伪传统“一元论”(尤其是利益一元保护)的观点。

1.《反法》保障“一般性利益”的情形——对“权利一元保护”的证伪

以抽象、统一的“竞争权”“公平竞争权”等概念作为反法保护客体,其缺陷不仅在于权利内涵自身的空洞和宽泛,而且还在于其排斥了对消费者权利因素的考量。而若以每一具体、多样的“名称权”“包装装潢权”等概念作为反法保护客体,则不仅具体权利的罗列无法涵盖市场竞争中难以穷尽的新型利益,而且过分追逐利益的权利化亦将导致“权利泛化”的不良后果。因此,妄图以权利一元保护的思维概括反法保护之客体只能徒劳无功。

从我国现行《反法》的规范文本来看,其保护一般性利益的情形较为普遍:除第1条、第2条和第17条设置了同时包含“权利”与“利益”内涵的“合法权益”概念以及第9条和第32条使用了“商业秘密权利人”的表述外,整部《反法》中再无“利益权利化”的字样。可见,在《反法》具体规则的设定中,权利保障模式并未得到普遍适用。例如,在宏观层面,反法保护的是以公平竞争秩序为核心的社会公共利益,由于该种利益缺乏绝对权所要求的清晰边界与固定内容,故其仅以一般利益形态构建我国现行《反法》适用的底层规则,以实现不正当竞争行为认定的灵活性与开放性。在微观层面,经营者利益除部分可抽象化为法定权利外,大部分受制止的不正当竞争行为仍建基于利益维护层面,例如,市场混淆(第6条)、商业贿赂(第7条)、误导性商业宣传(第8条)、不正当有奖促销(第10条)、互联网不正当竞争(第12条)等条款均从维护经营者一般性的营业利益出发,而未在立法或司法中创设出类似德国“营业权”的概念。由此可见,反法保护一般性法益的规则实践,可证伪权利一元保护论的主张。

2.《反法》保障“类型化权利”的情形——对“利益一元保护”的证伪

(1)《反法》“待创制、确认”的权利:作为应然权利的商誉权。虽然经营者的商誉在我国《反法》上并未获得法定权利的地位,但其却具有发展成为法定权利的紧迫性和必要性:其一,商誉的经济价值及其作为无形资产的重要性日益凸显。现代市场竞争中商誉具有累积性特征,产品和服务竞争的实质是通过累积良好的经营者商誉来获取剩余利润。因此,商誉所承载的经济价值实际超过了产品和服务本身。而在商誉作为竞争工具的现实要求下,经营者的商誉利益理应获得同其他财产权利一样的制度认可和权利保障。其二,商誉本身即具有可类型化和

[60] See Karl Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, London and New York: Routledge, 2002, pp. 57-73.

权利化的丰富内涵。国外学者曾提出商誉分层理论,将商誉分为品牌商誉(brand goodwill)、企业商誉(firm goodwill)和固有商誉(inherent goodwill)。^[61]我国学者则将商誉类型化为以下三种形态:①内在表现形态,即经营者的经营方式和管理水平;②外在表现形态,如商业道德、商业质量、服务质量、资信、价格等;③与商品生产流通有直接联系的表现形态,如广告宣传等。^[62]可见,商誉作为一个内涵丰富的概念谱系,可支撑其成为一项类型化的法定权利。其三,法人名誉权概念的广泛使用正在不断侵蚀作为法益层级的经营者商誉。在司法实践中,法院在处理商业诋毁纠纷时常以民法中的法人名誉权条款进行裁判;^[63]而在学术界,“法人名誉权说”更是作为解释商业诋毁侵害客体性质的重要理由。^[64]显然,以法人名誉权涵摄商誉利益的做法并不恰当——这不仅在于二者对经济要素与人格要素的侧重点不同(例如,我们很难将“北大诉邹某某名誉侵权案”^[65]与“腾讯诉360商业诋毁案”^[66]等同视之^[67]),而且更关键在于,反法基于维护市场公平竞争秩序的价值目标而赋予的市场监督管理部门的行政执法权,根本无法通过适用民法中的法人名誉权条款予以实现。因此,避免前述法人名誉权侵蚀商誉利益的最佳方案,仍是提高商业诋毁条款所维护的商誉利益的层级,赋予其与法人名誉权同等的权利化地位。

承前所述,应然权利是介于法益和法定权利之间的概念,是类型化法定权利的预备状态 and 必经步骤。而就反法中的商誉而言,其不仅在理论上可基于前述事由获得应然权利的地位,而且在规范实践上,我国《反法》亦最早在部门法层面对作为应然权利的商誉利益予以现实的确认:1993年制定《反法》时正式确立了禁止商业诋毁制度(第14条)。由此可见,商誉利益作为应然权利的地位是在反法的推动下实现的。

(2)《反法》“已创制”的权利:从应然权利转向法定权利的商业秘密权。商业秘密的属性问题一直是国内学术界广泛讨论的话题。随着新《反法》采用“商业秘密权利人”的概念以及《民法总则》首次将商业秘密列入知识产权的保护范围并为《民法典》所承继,再次讨论商业秘密的性质问题显得十分必要。从我国的规范实践看,商业秘密的“权利”属性早已跃然纸上:1993年《反法》第10条的商业秘密条款首次使用了“权利人”的概念;而后在1995年国家工商行政管理局颁布的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》中则直接使用了“商业秘密权利人”的表述;在1997年颁行的《刑法》中,侵犯商业秘密罪被列入“侵犯知识产权罪”一节中;2017年新《反法》第9条正式使用了“商业秘密权利人”的概念。

对于《反法》中这一“设权性规范”,国内诸多学者持否定态度。理由在于:其一,权利内容

[61] See Robert G. Bone, “Hunting Goodwill: A History of the Concept of Goodwill in Trademark Law”, *Boston Law Review*, Vol. 86, No. 3, 2006, pp. 551—552.

[62] 参见梁上上:“论商誉和商誉权”,《法学研究》1993年第5期,第38页。

[63] 参见北京市高级人民法院(2013)高民终字第4326号民事判决书。

[64] 参见王兴运、郑艳馨编:《竞争法学》,中国政法大学出版社2010年版,第219页。

[65] 参见北京市第一中级人民法院(2014)一中民终字第09328号民事判决书。

[66] 参见最高人民法院(2013)民三终字第5号民事判决书。

[67] 其原因在于,二者的发生动因、作用领域、损害后果、社会影响等都大相径庭,若以“侵害法人名誉权”统一概括,则既无法展现对不同受损利益的突出保护,亦无法区隔部门法间不同的法益保护功能。

须公示方可有效,而商业秘密无法公示;其二,法律对商业秘密仅提供有限保护,不能阻止反向工程等技术;其三,商业秘密权利化忽略了反法保护其他众多客体的一致性。^[68] 这些观点大致代表了学界反对将反法中商业秘密作为法定权利的主要理由,但是,本文却认为相关说理仍有值得商讨之处。首先,并非所有绝对权利均须公示方能有效。例如,名誉权、荣誉权的内容能公开呈现,但隐私权的内容却不能以公示方式实现。同样,商业秘密作为一种商业隐私,其不能公示的特点并不阻碍其获得绝对权保护的资格。其次,绝对权保护并不等于权利获致绝对保护。例如,我国《著作权法》规定,自作品产生之日起作者即享有著作权,其既不以任何人知晓或以任何方式公示为条件,也不因他人于“无知之幕”下创作出相同作品而成立著作权侵权。因此,仅因商业秘密无法获得绝对保护而否认其法定权利地位并不合理。最后,将反法对其他不正当竞争行为规制的现状施加于具有首创性的商业秘密权规则之上,忽略了反法保护客体具有多样性的事实,同样不符合客观实际。由此可见,前述反对将反法中商业秘密作为法定权利的理由并不充分。

本文认为,《反法》中商业秘密条款创制了“法定权利”有以下几方面理由:

理由一:《反法》“创制”权利的先例在我国以往的侵权法中有迹可循。虽然曾经的《侵权责任法》一度被视为行为法,但其却实质性地发挥了权利创制功能。以隐私权为例,由于我国早期《民法通则》规定的具体人格权并不包括隐私权,所以法院主要通过《民通意见》等司法解释将隐私权“寄居”于名誉权之下进行保护。2009年《侵权责任法》第2条首次在民法中确立了对“隐私权”的权利保护,并将其作为一种并列于生命权、姓名权和肖像权的人格权予以列举。^[69] 在《侵权责任法》创制了“隐私权”后,2017年《民法总则》才正式对隐私权予以确立,并为《民法典》所承继。由此可见,作为“特殊侵权法”的《反法》,其创制“商业秘密权”的尝试,实际与我国一般侵权法的实践路径异曲同工。

理由二:《反法》中商业秘密条款完全符合法定权利设置的形式要求。我国《反法》第9条通过四款对商业秘密权提供保护,其中,前三款以列举方式规定了禁止实施侵害商业秘密的具体行为,第四款则对商业秘密具体内涵和构成要件予以规定。此外,第16、17、21条还规定了商业秘密的损害赔偿方式。可见,我国《反法》已从权利构成要件、行为禁止方式以及权利救济途径等方面对商业秘密权作了详细规定。而相比之下,民法中的法定权利并不都以复杂的法律条文和丰富的结构内涵来设置,例如,《民法典》第123条对“商业秘密权”的确认仅是概念上的引入:“知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利:(一)作品;……(五)商业秘密;……。”可见,在法定权利设置的形式要件上,《反法》中的商业秘密条款完全符合要求。

理由三:《反法》中商业秘密的权利定性符合反法文义解释的一般规则。立法论与解释论的分离,要求法律解释应当优先遵守文义解释的规则,并尽可能以最贴近一般人的社会观念与理解方式来解释法条,以避免解释者主观上的厚此薄彼。在对反法文本中“权利人”“商业秘密

[68] 参见孙山:“无根的‘商业秘密权’——从制定法看‘商业秘密权’的虚妄”,《河北法学》2011年第3期,第86页;韦之,见前注[17],第30页;等等。

[69] 有关隐私权的生成路径,参见刘召成:“论具体人格权的生成”,《法学》2016年第3期,第26—27页。

权利人”进行解释时,由于此前并未出现有关商业秘密的具体规定,而该种表达外观又最符合社会公众对“权利”的预期,且承认对该项权利的创制亦无损任何公共利益,故该项权利的法律地位应当得到认可。

理由四:避免权利泛化不能构成否定《反法》确立商业秘密权的正当理由。对于赋予《反法》设置权利的资格,学者们的另一担心是可能引致权利泛化。诚然,权利泛化的确会导致“权利的神圣性与严肃性在这种普及性的权利话语的言说中被有意无意地消解或者媚俗化”,^[70]但是,避免权利泛化却不能以否定反法设置权利的资格为代价:一方面,权利泛化是权利的一种生长机制,其表明权利作为一种生活或生存方式,^[71]已是大势所趋,因此我们不能“因噎废食”。另一方面,应对权利泛化的最佳方案是注重“事前控制”而非“事后否认”,即通过设置严格的权利转化条件,^[72]并遵循法定的权利转化程序,以实现实体和程序的共同控制。而对商业秘密权这种以实定法方式确立下来的权利,则应当予以充分尊重和信任。

(3)反法“已确认”的权利:作为法定权利的消费者知情权等权利。我国现行《反法》分别于第1、2条中使用了“消费者合法权益”的概念。如“为了……保护经营者和消费者的合法权益,制定本法”;“本法所称的不正当竞争行为,是指……损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为”。从规范实践的角度来看,《反法》中的“消费者合法权益”包含了对消费者法定权利的确认:一方面,根据民法学界的普遍观点,“权益”概念的内涵当然包括“权利”和“利益”两个部分,故将《反法》中的消费者“权益”作相同理解具有一定合理性;另一方面,从现实场景来看,不正当竞争行为通常事实地损害了消费者具体的法定权利。例如,消费者在消费过程中享有根据内心真实意愿进行消费的自由,但不正当竞争行为却诱使消费者做出事与愿违的“消费决定”,进而损害消费者知情权与选择权等合法权益。此时,不论消费者作为整体性概念还是个体性概念,不法行为对知情权、选择权的侵害都是客观存在的。

五、反法双重客体保护论的意义解读

(一)部门法边界廓清:反法与知产法关系的新视角

对于知产法与反法关系的认识,学界曾大致形成了“优先论”与“竞合论”两大派别。^[73]其中,优先论着重于权益性质的视角,以知产法保护权利、反法保护利益为由,提出知产法具有适用上的优先性,而反法则为知产法提供兜底保护;竞合论则侧重于对二者价值目标的考察,认为反法和知产法基于不同价值目标对交叉部分分别进行规制。竞合论的观点虽然捍卫了反法的独立地位,但是却并未对优先论提出的主张和理由进行正面驳斥,而是在默认前者理据的基础上,另辟两法间价值目标相互区隔的论证战场。造成这一现象的根本原因在于,反法“利

[70] 姚建宗:“新兴权利论纲”,《法制与社会发展》2010年第2期,第15页。

[71] 参见汪太贤:“权利泛化与现代人的权利生存”,《法学研究》2014年第1期,第7页。

[72] 例如,有学者为新型权利入法设计了“必要性”、“重要性”和“可行性”等条件,参见王庆廷,见前注[51],第39—41页。

[73] 参见孙瑜晨:“优先论抑或竞合论:商标法和反不正当竞争法的关系考论”,《经济法学评论》2017年第1期,第80—81页。

益一元保护”的观点早已深入人心,以致相关研究者将其奉为圭臬。由于一般性利益对类型化权利的兜底保护构成了反法对知产法进行兜底适用的理论基础,因此,要实现反法的独立价值和地位,必须从反法保护客体性质的问题上单刀直入、正本清源。正如本文研究结论所示,反法保护客体具有权利与利益的双重属性,而并非单纯的利益性兜底。在这种观念的指引下,反法与知产法交叉部分的具体制度设计,则可获得一种新的观察视角。

以市场混淆条款为例。根据传统一元保护论的观点,《商标法》仅保护注册商标专用权,而《反法》则对未权利化的商业标识利益(如商品名称、包装装潢等)进行兜底保护。立法实践进一步贯彻了这一思想。例如,1993年《反法》第5条第1款规定了禁止“假冒他人的注册商标”的情形,该条由于与《商标法》第57条第1项的规定重叠,所以被学者们诟病为“立法瑕疵”,并在2017年《反法》中被删除。这一变化引发的思考是,“注册商标专用权”作为一项绝对权利是否只能由作为设权法的《商标法》来保护?如果按照传统的利益一元保护论的观点,则《反法》应当删除“禁止假冒他人注册商标”的规定,让涉及注册商标专用权保护的问题彻底成为《商标法》这一“赋权法”的专属领地;但在双重客体保护论看来,《反法》同样具备创制与保障权利的功能,并可与《商标法》一道在不同价值维度上对“注册商标专用权”提供保护。当然,遗憾的是,2017年修法并未认可《反法》的前述功能,而仍是将《反法》作为《商标法》的“兜底法”看待。这也意味着,《商标法》保护注册商标专用权等绝对权利,《反法》保护注册商标权以外的一般性商业标识利益的错误认知始终存在。

由此可见,反法“双重客体保护论”的发现与证明,对于厘清反法与知产法的关系、进而合理安排两法中的具体制度设计具有重大意义:在双重客体保护论下,由于反法同样具有基于自身价值目标而创制和保护绝对权的功能和资格,故前述竞合论者无需再绕开对利益与权利的关系话题来论证反法的独立性。换言之,“双重客体保护论”的理论基础+“竞合论”的价值目标立场,能使反法在“先破后立”的论证方式上获得学科上的独立,并最终使其与相邻部门法之间呈现出“目标上独立、制度上交叉、功能上互补”的相互“礼让”关系。

(二)消费者角色重塑:《反法》中消费者诉权的确认依据

虽然反法保障消费者权益的价值目标得到了普遍认可,但是对于其是否应当赋予消费者诉权的问题却依然存在广泛争议。有学者提出,尽管我国为消费者权益保护单独立法,但《消费者权益保护法》(以下简称《消法》)的构造仍然以个体权利为视角,^[74]故仍有必要在《反法》中赋予消费者以集体诉权。^[75]对此,笔者认为,除这一理由外,消费者在《反法》中具有区别于《消法》的角色定位也是其享有诉权的关键原因。具体而言,消费者利益在《反法》中很大程度上是作为认定不正当竞争行为的重要依据。如在司法实践中,“合一公司诉金山公司”、^[76]“聚力公司诉大摩公司”^[77]等案的审理法官都将消费者利益的长期影响作为认定广告屏蔽行为是否正当的依据;而在立法上,2017年《反法》更是首次将侵害消费者权益作为定义不正当

[74] 程子薇:“《反不正当竞争法》修订视野下的消费者保护研究——以消费者诉权为线索”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2018年第1期,第73页。

[75] 参见陈耿华:“论竞争法保障消费者利益的模式重构”,《法律科学》2020年第6期,第124—125页。

[76] 参见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。

[77] 参见上海知识产权法院(2016)沪73民终34号民事判决书。

竞争行为的重要因素。可见,《反法》保障的消费者利益具有区隔于《消法》的意涵和价值,故在《反法》中赋予消费者诉权以实现其维护市场公平竞争秩序的独立价值品格亦无可厚非。

在赋予消费者诉权的问题上,双重客体保护论可以为其提供重要的理论支持。赋予消费者诉权的首要前提是承认《反法》对消费者法定权利的保护,以在其权利受损时,消费者群体可获得明确的权利保护的请求权基础。在利益保护一元论的视角下,消费者利益的维护更多是抽象的概念表达与意义宣示,缺乏具体的权利内容支持;而在双重客体保护论下,《消法》所列举的各项具体权利在《反法》中获得了保护的理论基础。例如,在流量劫持类的互联网不正当竞争纠纷中,由于消费者群体在双边市场中享用的“免费产品”区别于传统付费交易模式下的商品,故其很难径直依据《消法》中的知情权等条款主张赔偿,但从现实层面看,这类不正当竞争行为对消费者群体的知情权、选择权均存在不同程度的侵害,若消费者群体以此为由主张经营者承担《反法》上的法律责任,则理应得到支持。因此,只有当《反法》第1、2条所使用的“消费者合法权益”概念与《消法》中的各项法定权利有效衔接时,消费者群体才具有根据《反法》规范主张权利之可能,否则,单纯“利益一元论”项下的消费者利益保护只能沦为一纸具文。由此可见,双重客体保护论下《反法》对消费者法定权利的保障,是《反法》赋予消费者集体诉权的前提基础,其具有超脱《消法》进行权利保护的实践意义,且客观上也具有弥补《消法》保护不足的缺憾。

(三)方法论本体还原:不正当竞争认定中“法益保护+绝对权保护”模式的确立

由于“民法民事权益理论和侵权行为认定范式对不正当认定制度的构造具有基础价值”,^[78]因此,在早期有关不正当竞争行为的认定中,法院往往倾向于采用“绝对权保护模式”来认定某一行为是否构成不正当竞争。这种“侵权式”的认定方法可以有效降低司法认知成本,提高案件审判效率。但是,随着互联网新型不正当竞争纠纷的兴起,该方法逐渐因不利于互联网行业的业态创新以及效能竞争而遭受质疑。学者们也以此为契机,通过“一般法益模式”来完成不正当竞争行为认定方法的顶层设计,并试图推广至所有不正当竞争行为的认定之中。虽然“一般法益模式”获得了普遍支持,但是在这片“逐渐统一的声音”中,却有一个极为重要的现实情形为大家所忽略,即对于多数传统的不正当竞争纠纷而言,“绝对权保护模式”仍是更为经济和妥当的裁断方法,并且不可避免地需要在司法实践中被大量使用。例如,对于商业诋毁纠纷,任何编造、传播虚假信息损害其他经营者商誉的行为都可直接以“侵权式”方法认定为商业诋毁;而对于侵犯商业秘密情形,任何盗用他人商业秘密的行为,均应被直接认定为不正当竞争,等等。可以发现,在这些传统的不正当竞争纠纷中,反法对损害商誉、商业秘密等行为的判断,实质上与民法中侵害法人名誉权、专利权等典型的侵权行为并无二致,即行为一经着手且造成损害,则应径直评价为违法,而并不存在类似于互联网新型不正当竞争案件中“损害是否中性”的议价空间以及原被告之间“利益孰优孰劣”的法律判断。换言之,在前述场景下,“绝对权保护模式”更符合现实需求,此时若以“一般法益模式”进行统摄则不仅脱离实际,而且还缺乏必要性和可操作性。

[78] 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186页。

从前述理解来看,一般法益模式与绝对权保护模式二者本应共存于不正当竞争行为的认定之中,但是,为何一般法益模式却逐渐朝着“一统江湖”的趋势发展?究其原因在于,“一般法益模式”暗藏的底层逻辑是:反法保障的是一般法益而非绝对权利。亦即,法益保护模式很大程度上就是利益一元保护论者的派生主张。因此,从司法实践的意义来看,权利与利益双重客体保护论不仅与不正当竞争行为的两种认定模式相得益彰,而且还可以在方法论层面改变当前试图以“一般法益模式”来完成顶层设计的“一刀切”似的惰性思维,从而还原不正当竞争认定中“一般法益模式+绝对权保护模式”的真实情形。事实上,在笔者看来,如何在反法的立法及司法实践中根据具体情形来分别判断“一般法益模式”与“绝对权保护模式”的出场时机与条件,才真正考验理论者与实践者的技艺水平,也唯有依此因时制宜才能真正发挥出两种模式的最优效果,从而完成对各类纷繁复杂的不正当竞争行为的认定。

六、结 论

竞争行为的“损害常态”特征使得反法区别于一般侵权法,故反法最终呈现以利益保护为主、权利保障为辅的外观格局。不正当竞争行为的多样性同时也决定了反法保护客体性质的复杂性,妄图以利益一元论对反法保护客体作顶层设计,既不符合客观实际,亦无益于反法的独立发展。鉴于此,本文对反法保护客体性质作了详细探讨,主要对现阶段“反法仅保护一般利益”的“通说”进行了驳斥,并提出和论证了反法对权利和利益进行双重保护的观点:

1.反法双重客体保护的事实命题源于民法的历史血统。反法因产生了维护市场公平竞争秩序的独立价值品格而从民法中分离,且在这种价值品格的“映射”下,与反法价值目标相悖的部分发生改变,并行不悖甚至有利于价值目标实现的部分,如“权利与利益双重客体保护”等,则被作为历史血统继承下来。

2.反法双重客体保护是对权利演化一般规律的遵循。从“利益—法益—应然权利—法定权利”的转化程式来看,利益和权利的流动状态使得包括反法在内的各法律部门形成了一种“随动关系”,同时对作为转化节点的法益和权利以及该“过程利益”提供法律保护。

3.反法双重客体保护是规范实践的结果。首先,从规范的效力位阶来看,《反法》作为全国人大常委会制定的“法律”,在法源层级上并不阻碍其设置绝对权利。其次,学界有关“权利法与行为法二分”的观点,虽然对判定是否成立不正当竞争行为具有参考意义,但却并不能以此否认反法对权利和利益提供保护的事实。最后,现行《反法》的规范实践使得经营者利益和社会公共利益、商誉权、商业秘密权和消费者知情权等分别以法益、应然权利、法定权利的状态呈现。其中,商业秘密权条款因完全符合权利设置的形式条件及文义解释的一般规则,故应视为反法的设权性尝试。

4.双重客体保护论的发现与证明,具有重大的理论意义与实践价值。其一,在处理反法与知产法的关系时,可以轻松破除以往有关“权利优于利益”保护的“优先论”思维;其二,在消费者角色塑造方面,可以在反法规范意义上真正赋予消费者以诉权;其三,在认定不正当竞争行为时,可以为绝对权保护模式和一般法益模式的优势发挥提供理论基础。

综上,反法权利与利益双重客体保护的事实,是“历史血统的继承”“一般规律的遵循”和

“现实规范的选择”。反法创制和保障绝对权首先代表的是一种资格和可能性,该种资格不应被否定。其次,在这种可能性下,有些绝对权事实上已经被反法创制出来,有些则有待于其未来创制。是否创制及如何创制是反法基于维护市场竞争秩序之需所产生的“自决”问题,同时,这也是其作为独立部门法的重要表征。因此,竞争法学界今后的任务,不应过分强调反法对某单一客体性质的保护,而应当在承认双重客体保护论的基础上,进一步区分各类具体不正当竞争行为究竟应当以一般法益保护模式予以规制,还是以绝对权保护模式予以确认。

Abstract: “Unitary protection of rights” and “unitary protection of interests” are the general summary of the protected object of Anti-unfair Competition Law (“AUCL”) in academic circles, and the Intellectual Property Law based on the general theory of “unitary protection of interests” of AUCL often has priority in application. However, from the perspectives of the historical origin of AUCL, the transformation process between interests and rights, and the legal practices of the current AUCL, the double protection of rights and interests is more consistent with the objective reality of AUCL. From the perspective of historical evolution, though AUCL is separated from Civil Law, it essentially has inherited the origin of dual protection of rights and interests in the traditional Civil Law. In terms of the transformation process, AUCL has formed a “follow-up relationship” with the transformation path of “interests — legal interests — idealistic rights — legal rights”, which not only provides protection for the “process interests”, but also establishes the specific “legal interests” and “rights” as the “transformation node” in the way of black letter law. In terms of the legal practices, the operator’s interests and social public interests protected by legal interests, the right of goodwill as an idealistic right, the trade secret right as a successful transition from the idealistic right to legal right, and consumer’s right of information as a legal right, and other objects, have all been actually recognized by AUCL. Based on the theory of dual object protection of rights and interests, many difficult problems in AUCL can be further explained.

Key Words: Interests; Rights; Trade Secrets; General Terms; Anti-unfair Competition Law

(责任编辑:贺 剑)