

LLINKS
Law Offices

通力律师事务所

秩序的逻辑: 商业道德新论

作者: 王展 | 姜哲 | 张婷婷



目 录

一. 建构之方法	2
二. 论市场竞争秩序的运行机理	4
三. 论反不正当竞争法的定位	5
四. 论公平竞争的正当行为规则	6
五. 论《解释》第 3 条之商业道德标准	8
(一)《解释》第 3 条之客观标准	8
(二)《解释》第 3 条第 2 款之产值最大化圭臬	9
六. 结论	11

2022年3月16日,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》¹重磅亮相,以第3条共3款细化“商业道德”判断标准,大有直击竞争行为正当性认定要害之态势。《解释》所回应恰是实践所关切,随着互联网相关产业蓬勃生长,新型竞争模式层出不穷,从强制“二选一”到数据爬取,从虚假刷量到屏蔽封禁,从游戏元素抄袭到VIP账号租赁,这边还未唱罢那边早已登台,而新型竞争行为是否违反商业道德是竞争行为正当性评判的命脉所在,由此引发的关注与热议持续不断。

但是,司法实践真正疑难之处却在于,诸多新型竞争行为尚未形成《解释》第3条第1款“特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范”,也难以证成是否存在第2款的“行业规则或商业惯例”,亦在争端发生之时还未来得及生成第3款可供参考的“行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约”,唯有第2款列举的“经营者主观状况、交易相对人的选择意愿、对消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益的影响等”,可资司法实践摸索商业道德的**最大可能边界**。²

而在《解释》发布之前,面对互联网相关行业各种商业规则整体还处于探索当中的现状,司法实践判断新型竞争行为是否违反商业道德,时而转向竞争损害、竞争优势的评估,时而化身为主观过错、注意义务,时而又蕴含于经营者、消费者和公共利益的平衡之中……商业道德趋于沦为一种修辞,法院对商业道德的阐释如同薛定谔的猫,判决一刻才知其实质意涵!尽管《解释》直面商业道德的困境,总结出多元考量因素,但不过是对过往司法实践不同考量因素之杂烩,看似提供了周全的指引,实则**难题只是换了件外衣**,由《解释》之前以**何种标准判断新型竞争行为是否违反商业道德**,转化为《解释》之后**如何在众多考量因素中权衡出新型竞争行为是否违反商业道德**:诸多考量因素中何者为重?何为社会公共利益?消费者权益、市场竞争秩序和社会公共利益是何关系?当考量因素冲突之时作何取舍?如此一来,司法实践刚走出商业道德标准不一的泥淖,又将陷于权衡商业道德诸多考量因素的不确定性之中。真正的问题始终如是,如何定夺新型竞争行为是否逾越商业道德的边界?

趁《解释》未退的热度,本文欲驱散商业道德的重重迷雾:从反不正当竞争法追求公平的市场竞争秩序出发,重述市场竞争秩序运行逻辑,重释反不正当竞争法之定位,拉广探索的视界,将目光往返流转于自生自发的市场竞争秩序和反不正当竞争法所欲实现的理想秩序之间,寻找商业道德的最大可能边界,以此**建构出判断商业道德的标准**,并将其贯通于《解释》第3条对多元要素的综合考量之中,以期本文所建构的商业道德标准在法律适用中焕发生机。

一. 建构之方法

《反不正当竞争法》第1条:“为促进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。”通常认为,反不正当竞争法旨在维护市场竞争的公平,³**不正当竞争(unfair competition)即不公平竞争**⁴。在规范世界里,“公平”解决的是**获取权益**

¹ 法释〔2022〕9号,以下简称《解释》。

² 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第294页。

³ 孔祥俊:《反不正当竞争法新原理:总论》,法律出版社2019年版,第122页注释1。

⁴ 同上注,第122页。

的正义性,⁵因此,反不正当竞争法的本质是判断经营者是否有采取某种竞争行为的权益。而问题的关键是,“公平”如何定断?

田径赛以快慢定夺输赢;

举重以力度决定谁优谁劣;

象棋赛以智力高者为佳;

桌球赛以眼力精、技术高、手力控制自如者胜……⁶

有规则方可断公平,经济竞赛亦复如此!

在经济竞赛中,公平竞争的规则有法律业已设定好的行为“确获保障的领域”(protected sphere)⁷,包括《反不正当竞争法》的特别条款、《民法典》等有关产权的规则,竞争行为若违法便具有不正当性;但是,若经营者、消费者权益界定并不明晰,行为的正当性认定只能诉诸是否违反商业道德,因此,商业道德是反不正当竞争法对竞争行为进行规制的最大可能边界。⁸而任何公平赛制的建立,必然是围绕竞技所要倡导的价值展开,经济竞赛亦不例外。通过设定包括商业道德在内的经济竞赛的规则,反不正当竞争法意在维护市场竞争秩序、保护经营者和消费者利益,⁹而市场竞争——之所以成其为“秩序”¹⁰,是人们虽各怀所求却一致以市场价值为主配置资源,¹¹无论新型竞争模式如何变动不居,却有“不变者行乎其中”¹²,市场竞争秩序的运行自有其内生机理。因此,面对互联网相关产业诸多行为规则尚未成型的现状,司法实践对商业道德的阐释,唯有立足于对市场竞争秩序内生规律更透彻的“前理解”之上,才能将反不正当竞争法所欲实现的公平更深地嵌入真实世界快速变迁的竞争互动之中。穿梭于市场竞争秩序的真实逻辑和反不正当竞争法的理想秩序之间,交织出反不正当竞争法规制竞争行为的最大空间,此即本文建构商业道德标准之方法。

⁵ See R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, p. 850.

⁶ 参见张五常:《经济解释(卷一)》,中信出版社 2015 年版,第 110 页。

⁷ “个人是否自由,并不取决于他可选择范围大小,而取决于他能否期望按其现有的意图形成自己的行动途径,或者取决于他人是否有权力操纵各种条件以使他按照他人的意志而非他本人的意志行事。因此,自由预设了个人具有某种确获保障的私域(some assured private sphere),亦预设了他的生活环境中存有一系列情势是他人所不能干涉的。”(英)弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社 2000 年版,第 14 页。

⁸ “无论在事实层面还是在法律层面,不同情形下,原则的实现程度皆有不同,原则的意义在于,提供在法律与事实上最大可能实现的标准。”参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社 2016 年版,第 45 页。

⁹ 《反不正当竞争法》第 2 条:“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。”亦参见王贺瑞编:《中华人民共和国反不正当竞争法释义》,法律出版社 2018 年版,第 1-7 页。

¹⁰ 参见(英)弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社 2000 年版,第 54 页。

¹¹ “所谓‘秩序’,我们将一以贯之地意指这样一种事态,其间,无数且各种各样的要素之间的相互关系是极为密切的,所以我们可以从我们对整体的某个空间部分或某个时间部分所作的了解中学会对其余部分作出争取正确的预期,或者至少是学会作出颇有希望被证明为正确的预期。”“我们是社会的成员,而且我们大多数需求的满足也是依赖于其他人的多种形式的合作而得以实现的。据此,如果我们想有效地追求自己的目标,那么显而易见,我们就必须依赖于我们对其他人的行动所做的预期与他们实际上的所作所为之间的一致性,因为我们的计划正是以我们对其他人的行动所作的那种预期为基础的。在那些决定不同个人行动的意图与预期之间所存在的这种吻合,正是秩序在社会生活中显现自己的一种形式。”(英)弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社 2000 年版,第 54 页。

¹² (英)托马斯·赫胥黎:《天演论》,严复译,重庆出版社 2018 年版,第 3 页。参见张五常:《经济解释(卷一)》,中信出版社 2015 年版,第 93 页。

二. 论市场竞争秩序的运行机理

1776年，经济学开山之作《国富论》明确，经济活动的目标是国民收入最大化。亚当·斯密关于自私、交易与富国裕民的洞察，力有千钧：

很多时候，一个人需要兄弟朋友的帮助，但假如他真的全然依靠他们的仁慈之心，将会大失所望。倘若在需求中他能引起对方的利己之心，使对方知道帮助他人是对自己有益的事，那么这个人成功的机会比较大。任何人向他人提出任何形式的合约条款，都是这样想：给我所需要的，我就会给你所需要的——这是每一个合约条款的含义；而我们从互利中获得的比我们所需的更多。我们晚餐可不是来自屠夫、酿酒商人，或面包师傅的仁慈之心，而是因为他们对自己的利益特别关注。我们认为，他们给我们供应，并非行善，而是合乎他们的利益，我们不一定谈自己的需要，而必需与之谈交易于他们的好处……所以，每个人都会尽其所能，运用自己的资本来争取最大的利益。¹³

此言意蕴深长！在社会中，人欲成其事，仅凭一己之力，难矣！如要得偿所愿，交易不可避免；然资源皆取之有尽、用之有竭，对交易机会的竞争亦无可避免。互通有无、资源置换根植于人性，物各争存、宜者自立亦深烙于基因。任何资源都有大量的人争夺其权利，但资源权利人的需求却不尽相同，为了满足资源权利人的利己之心，所有潜在的竞争者争相提供多种多样的合约条款，而每个竞争者机会成本不同、比较优势有别、利益取向多元，所携带的关于资源不同用途的知识、关于资源进入生产过程的不同合约安排和不同交易成本的知识、以及对资源权利人需求的认知皆有差别，因此，竞争——为资源权利人汇集了分散于所有潜在缔约者的知识，供应了各种各样的交易条件，降低了发现和执行最有价值的合约条款的成本，而一旦交易成本被决定，最有价值的选择也在竞争中挑选出来，资源依循价值高者得的准则流入能够最大限度实现资源价值的竞争者手中，在满足资源权利人需求的同时，促成了最有效率的资源配置。¹⁴

亚当·斯密所深刻洞悉的，是市场秩序的一个面向，交易，让所有合约参与者皆获利的同时，提升了国民总财富。而本文由此洞见而衍生的，是市场秩序的另一个面向，竞争，促使每个人为谋求交易机会勉力为之，而各种竞争性努力确使零零落落分布于不同人那里关于交易成本和资源运用的知识自动传播、比较和运用，多种多样的交易选择争相涌现，不同的交易条款又在竞争中相互约束，降低了资源权利人挑选和履行产值最大化的合约的社会成本，不仅不同竞争者各自的比较优势得以发挥，而且满足了资源权利人参差不齐的需求和目的。¹⁵正是市场竞争秩序的无形推动，千千万万的人自由而努力地生长，所有市场参与者满足各自目的之前景也由此拓展，社会财富滚滚而来。¹⁶不止于增益社会总产值，无数个体的需求和目的在其他人的竞争性努力中实现，实在是真正维护社会公共利益之道。¹⁷

¹³ (英)亚当·斯密：《国富论》(下卷)，杨敬年译，陕西人民出版社，第15页，384页。亦参见张五常：《经济解释(卷一)》，中信出版社2015年版，第93页。

¹⁴ 参见张五常：《佃农理论》，姜建强译，中信出版社2017年版，第79页。

¹⁵ 参见同上注。

¹⁶ 参见(英)弗里德里希·冯·哈耶克《法律、立法与自由》(第二卷)，邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社2000年版，第201页。

¹⁷ 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第8页。

三. 论反不正当竞争法的定位

如上所述, 市场竞争秩序有这般神秘的力量! 纵然每一个竞争者没有共同目的, 通常亦无意服务于公众, 更不自知对社会有什么贡献, 心心念念的也只是自己的得失利弊, 但在价值高者胜出的竞争准则无形指挥之下, 不仅为自我实现奋发努力, 也不自觉地对社会改进尽力而为。¹⁸这种秩序, 并非人类精心设计的结晶, 而是人之活动的产物。¹⁹这个过程中活动的形形色色的人, 不是棋盘上随意摆布的棋子,²⁰而是随各人的自由意志而动, 又进而纵横交错成不计其数的经济活动, 其间的高度复杂性, 远非人的智识所能全面安排, 亦远较立法者的理性为甚,²¹反不正当竞争法虽有构造公平赛制的美好愿景, 却永不可能获得主宰市场竞争秩序运行的充分知识, 这就如同人工选择之于自然演进, 无论生物学如何进展, 天道变化, 不主故常, 人的认知所及也只是万物荣枯盛衰之一隅。²²

《天演论》有言, “天行者以物竞为功, 而人治以使物不竞为的。”²³自然演进主要靠生存竞争来成其功业, 而人工干预则是以防止生物无序竞争为目的, 二者逻辑不同, 自然演进以物竞天择为信条, 听任自然万物自生自灭; 人工选择则不然, “立其所祈向之物, 尽吾力焉为致所宜”, 凭借人的知识和力量以期培育更多有利于人类自身的物种。²⁴但是, “日月盈仄, 辰宿列张, 寒来暑往, 秋收冬藏”²⁵, 这些天运进程远非人的力量所能控制, “所谓人治之功, 在反天行者, 盖随辅相裁成, 存其所善, 而必赖天行之力, 而后有所致事, 以获其所期”, 人的确能够在某种范围和条件下将作物培植成材, 还可保存有利于自身的良种, 但唯有顺应自然进程的规律, 才能获得更多的生活资料。²⁶追求公平的市场竞争秩序, 亦同此理! 正如亚当·斯密在《道德情操论》中的洞见, “如果人们自生自发的行为规则与法律的要求相同且目标一致, 社会中人与人之间的竞技就会顺利且和谐的进化下去, 而且极有可能幸福而亨通; 但若二者不相一致, 那么人与人之间的竞技则会以悲惨的方式持续下去, 而且这种社会也肯定会始终处于最为失序的状态之中”。²⁷因此, 反不正当竞争法改善市场竞争秩序的努力, 应从于哈耶克的忠言, 有所为亦有所不为, “不能像工匠打造器皿那样去模铸产品, 而是必须像园丁看护花草那样, 利用他所掌握的知识, 提供适宜的环境, 养护花草生长的过程”。²⁸以谦卑为怀, 将公平赛制建立于市场竞争秩序自生自发的有序化运转之上, 才是反不正当竞争法的大智慧。

而回观整部《反不正当竞争法》条文和体系, 字里行间确是无处不体现谦抑的本分:

首先, 正是立法者永不可能将所有竞争细节巨细无靡地详加规定, 因而只能挑选出市场竞争中人们普遍认为不公平的竞争行为作为特别条款加以规制, 以禁令的方式划定公平竞争的边界, 从而获取

¹⁸ 参见(英)亚当·斯密:《国富论》(下卷), 杨敬年译, 陕西人民出版社 2011 年版, 第 384 页。

¹⁹ Adam Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society*, p. 187. 转引自(英)弗里德里希·冯·哈耶克《法律、立法与自由》(第一卷), 邓正来、张守东、李静冰译, 中国大百科全书出版社 2000 年版, 第 19 页。

²⁰ (英)亚当·斯密:《道德情操论》, 张春明译, 经济管理出版社 2021 年版, 第 240 页。

²¹ 朱庆育:《民法总论》, 北京大学出版社 2016 年版, 第 294 页。

²² 参见(英)托马斯·赫胥黎:《天演论》, 严复译, 重庆出版社 2018 年版, 第 2 页。

²³ 同上注, 第 36 页。

²⁴ 同上注。

²⁵ 周兴嗣编:《千字文》, https://www.sohu.com/a/251306111_100198834, 最后访问日期 2022 年 3 月 24 日。

²⁶ 同上注, 第 37 页。

²⁷ (英)亚当·斯密:《道德情操论》, 张春明译, 经济管理出版社 2021 年版, 第 240-241 页。亦参见(英)弗里德里希·冯·哈耶克《法律、立法与自由》(第一卷), 邓正来、张守东、李静冰译, 中国大百科全书出版社 2000 年版, 第 52 页。

²⁸ 哈耶克:“知识的僭妄”, https://www.sohu.com/a/194163886_481741, 最后访问日期 2022 年 3 月 24 日。

一个否定性的正当标准。²⁹特别条款实质上是哈耶克笔下已被法律发现和阐明的“正当行为规则”，所谓“正当行为规则”，自发形成于历史的演进之中，不依赖于任何人的意志，亦不指令当事人作出积极行为，只是通过禁止性规则明确划定行为界限，实际如何行为，取决于行为人的自由意志。³⁰而《反不正当竞争法》以特别条款明确规制竞争行为，恰是使得竞争者免于随时遭受突如其来的意外制裁，以保护每个人按自己的选择而自由竞争的明确领域。³¹

但是，不确定性可以减轻却永远无法消除，立法者不可能预见新型商业模式中是否存在新禁忌，亦不是所有的正当行为规则都能被立法者阐明，因此在特别条款的列举之外，辅之以抽象的一般条款，既阐明了法律与事实上最大可能实现公平竞争的边界，又与商业竞争模式发展的不确定性共存，为行政执法和司法过程发现尚未阐明的正当行为规则(unarticulated rules)³²留有空间，亦即有待行政执法和司法实践去阐明——虽未落成条文但在竞争中仍为人们广泛尊重的——商业道德。一般条款在“阐明”的一般原则和“未阐明”的商业道德之间，将市场竞争秩序中自发遵循的正当行为规则引致经济竞赛公平赛制的构建。³³

综上，反不正当竞争法永远无法给公平竞争下一个具体而明确指向的定义，只能不断接近——确也永远无法抵达何谓公平的竞争。但是正是承认理性的限度，反不正当竞争法既借力于市场竞争秩序自生自发的有序化运转本身对经营者、消费者和社会整体的助益，又能够在立法、行政执法和司法过程中发现、阐明、实施和修缮公平竞争的规则，如此一来，立法、执法和司法的智慧与自生自发的市场竞争秩序形成一股合力，共同推动反不正当竞争法达致保护经营者、消费者权益的立法目的——此即本文所欲重释的反不正当竞争法之定位。

四. 论公平竞争的正当行为规则

司法实践中真正疑难之处，恰是在于阐明一般条款所“未阐明”的商业道德。纾解商业道德的困境，离不开前文已论证、后文也将贯彻始终的理念——唯有因循市场竞争秩序的自我演化的正当行为规则，才有可能实现反不正当竞争法对经营者、消费者乃至公共利益的保护。既然商业道德的标准扑朔迷离，不如暂且转换视域，先探寻市场竞争秩序中正当行为规则自我生发的内在逻辑，再回看反不正当竞争法中商业道德的边界何在。

人与人在竞争中各自为战，却能成其为一种延续至今的整体“秩序”，端赖于人们为了适于生存发展出约束竞争行为的正当行为规则，限定了竞争者在某种情形下不能有某种行为，以约束性的办法界定了人与人之间的权益。³⁴在反不正当竞争法的概念体系下，正当行为规则可转译为不得违反法律和

²⁹ 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 294 页。

³⁰ 同上注，第 10 页。

³¹ 参见同上注，第 294 页。

³² “‘未阐明的规则’乃是一种描述性质的规则，亦即并未用语言或文字予以表达的惯常行为的模式，而‘阐明的规则’则是形式化了的规范性质的规则，它们不仅描述行为，而且还经由确定适当标准的方式支配行为。”(英)弗里德里希·冯·哈耶克《法律、立法与自由》(第一卷)，邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 36 页。

³³ 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 294 页。

³⁴ 参见(英)弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》(第二卷)，邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 211 页。亦参见张五常：《经济解释》(卷一)，中信出版社 2016 年版，第 108 页。

商业道德；在经济学的理论框架中，又可称之为**产权制度**³⁵。无论正当行为规则在不同的视角下姓甚名谁，无论规则是已阐明还是未阐明，其对**竞争行为的约束始终围绕着一个中心——协助市场价值作为竞争准则在经济活动中优化资源配置**。³⁶这就如同，不允许服用兴奋剂是田径赛的规则，而这规则只是协助判断“快者胜、慢者负”；不允许作弊是考试的规则，这不过是有助于鉴定学生有没有在学业上真正下功夫。³⁷因此，在经济竞赛中，**约束竞争行为的正当行为规则功用在于，确保市场价值作为竞争准则成立，而价值高者胜出的竞争准则决定了错综复杂的经济运作**。³⁸

在人类数千年的历史中，竞争准则千万条，弱肉强食、等级特权、论资排辈，不胜枚举，但唯一不会引致浪费准则的是市场价值，其他准则皆会在不同程度上导致租值消散：³⁹

在未开化的丛林社会，以武力定胜负，人们趋于互相残杀；

排队轮购，以先到先得为准则，时间浪费于不事生产的呆立静候中；⁴⁰

而以年岁大小作为分配标准，会鼓励人们不惜花费金钱、心力虚报年龄之举，或使人们增加宁愿蹉跎岁月而急待老去的意向。⁴¹

而价值高者得是**唯一促使人们增加生产价值来换取所需的准则**，多尽一份力以生产赚取价值，取胜的机会愈大，而这份生产价值的提升必对社会有所贡献。⁴²竞争准则千千万，只有价值高者胜出能够最有效地繁荣经济，正因如此——**价高者得的准则在人类社会数千年的演化中存续至今，虽被人为力量贬过很多次，却总有能耐顽固地复活，在千千万准则的竞争的笑到了最后**。⁴³

在市场竞争中，价值高者胜出的竞争准则亦是“人之行动而非人之设计的结果”⁴⁴，这准则是**最高的正当行为规则**，是其他所有正当行为规则的**最高信条**，其他正当行为规则皆是**辅助这一准则发挥配置资源的作用**。当视线再次转回反不正当竞争法，我们发现，司法实践直觉准确，并不因新型互联网竞争行为是否违反商业道德尚无共识而完全放任其自由竞争，但由此引发的问题是，对商业道德的阐释恣意性绰绰有余，科学性却远远不足。因此，为打开商业道德的谜题，在市场竞争秩序和反不正当竞争法的视域融合中，本文建构的商业道德标准如下：

面对新型互联网竞争行为，虽然实践中尚未形成公认的商业道德，但判断竞争行为的边界仍然高悬着价值高者胜出的**最高正当行为规则**，亦是**最高的商业道德**。换言之，当竞争行为权益的边界在法律上模糊不清时，公平的裁度仰仗于商业道德，而当实践并未形成普遍确信的行为规则时，商业道德的**终极判断标准**是——**允许经营者采取某种竞争行为是否是产值最大化的选择**。⁴⁵

³⁵ 参见张五常：《经济解释》（卷一），中信出版社 2016 年版，第 108 页。

³⁶ 参见同上注，第 110 页。

³⁷ 同上注，第 111 页。

³⁸ 参见同上注。

³⁹ 参见张五常：《新卖桔者言》，中信出版社 2019 年版，第 76 页。

⁴⁰ 张五常：《经济解释》（卷一），中信出版社 2016 年版，第 114 页。

⁴¹ 同上注。

⁴² 同上注，第 115 页。

⁴³ 同上注。

⁴⁴ Adam Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society*, p. 187. 转引自(英)弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》（第一卷），邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 19 页。

⁴⁵ See R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, p. 876.

值得澄清的是，以产值最大化作为界定经营者竞争行为权益的基准，似乎“道德”感不甚明显，听起来确实有种力图将**经济目的(economic purpose)**凌驾于所有其他目的之上的傲慢，还透着些市井之人盘算得失的庸俗与精明。⁴⁶但归根结蒂，经济目的并不真正存在，在自生自发的市场竞争秩序之中，**不存在共同的经济目的**，经营者为各自表象上的经济目的所争取的资源也只是实现其**终极的非经济目的**之手段，而经营者更不必过问消费者背后各种各样的终极目的，却在交易机会的竞争中满足了消费者自我实现所需要的商品或服务。⁴⁷究其深层，无论是价高者胜出的竞争准则，还是由此推衍而来的以产值最大化决定经营者是否有采取某种竞争行为的权益，都是在对——**彼此竞争但始终是非经济的终极目的**——所需要的资源进行配置，而以**价值最大化**为导向是**我们所知道的能够最大程度繁荣经济的准则**，亦是**唯一能够拓展所有人实现各自目的之前景的准则**！⁴⁸

五. 论《解释》第 3 条之商业道德标准

本文所构建的以产值最大化论商业道德的标准，唯有融入《解释》第 3 条，才能使理论不止于纸面，更是在法律适用中获得生命力。

(一) 《解释》第 3 条之客观标准

《解释》第 3 条规定：“(第 1 款)**特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范**，人民法院可以认定为反不正当竞争法第二条规定的“商业道德”。(第 2 款)人民法院应当结合具体情况，综合考虑**行业规则或者商业惯例**、经营者的主观状态、交易相对人的选择意愿、对消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益的影响**等**因素，依法判断经营者是否违反商业道德。(第 3 款)人民法院认定经营者是否违反商业道德时，**可以参考**行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约等。”

第一，通常认为，商业道德是长期商业实践中行业共同体所公认的行为规则⁴⁹——亦即市场竞争秩序中自发形成的正当行为规则，因此，如若竞争行为触犯了《解释》第 3 条第 1 款“特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范”即违反商业道德，构成不正当竞争。

第二，《解释》第 3 条第 2 款“行业规则”“商业惯例”单从语义上而言，亦是观念上有拘束力的规范、长期惯行之事实，但结合《解释》第 3 条第 1 款，为了在体系上不与第 1 款冲突，“行业规则”“商业惯例”可解释为，还未在**特定的商业领域**达致公认的程度，因而单凭此《解释》第 3 条第 2 款的“行业规则”“商业惯例”能否成其为商业道德，仍取决于其他多元考量因素。

⁴⁶ 参见(英)弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》(第一卷)，邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 198 页。

⁴⁷ 参见同上注。

⁴⁸ 参见同上注，第 198, 201 页。

⁴⁹ 参见孔祥俊：《反不正当竞争法新原理：总论》，法律出版社 2019 年版，第 266-268 页。

第三,《解释》第3款“行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约等”并不成其为商业道德,仅供参考,如要上升到商业道德,还需证明其已达致“特定商业领域普遍遵循和认可”的程度,或以多元考量因素权衡之。

(二)《解释》第3条第2款之产值最大化圭臬

由上可知,只要无法阐明存在《解释》第3条第1款“特定商业普遍遵循和认可的行为规范”,不管是否有可参考的“行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约等”,也不管是否能证成存在《解释》第3条第2款的“行业规则、商业惯例”,皆需以“经营者主观状态、交易相对人的交易意愿、对消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益的影响等因素”综合考量,从而判断竞争行为是否有违商业道德。但是,必须要问的是,何以“综合考虑”?这些因素在逻辑上是什么关系?

1. “市场竞争秩序、消费者权益、社会公共利益”是一个逻辑结构,以产值最大化为标准综合衡量

首先,“市场竞争秩序”是一种依循内生机理运作的复杂系统,而“消费者权益、社会公共利益”是反不正当竞争法通过公平的“市场竞争秩序”的运转所要保护的利益,三者并非同一逻辑上的概念。其次,上文业已详述,欲达致反不正当竞争法追求的公平的市场竞争秩序,唯有因循市场竞争秩序自发演化而来的正当行为规则,才能借助市场竞争秩序运转本身的巨大能量而促成对经营者、消费者乃至公共利益的维护,此即意味着,对“消费者权益”、“社会公共利益”的保护深嵌于人们对“市场竞争秩序”自发形成的正当行为规则的依循,前者牵连于后者,三者的逻辑关系具有结构性。因此,所谓“综合考虑”,绝非是对三者割裂开考量—加总—输出结果,而在于抓住三个要素逻辑结构的核心:

综合考量竞争行为对“对消费者权益、市场竞争秩序和社会公共利益的影响”,关键在于判断竞争行为是否有违市场竞争秩序自生自发的正当行为规则。而正当行为规则有两个位阶:价值高者胜出是最高正当行为规则,其他正当行为规则皆是辅助市场价值发挥资源配置的作用。法院对竞争行为正当性评判的本质,实是裁判——经营者在行为权益的竞争,谁是赢家?当正当行为规则可被阐明时,亦即存在《反不正当竞争法》特别条款、其他产权规则、“特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范”明确行为边界,经营者在行为权益的竞争谁胜谁负,自可朗现。即便行为规则在实践中尚未成型抑或难以阐明,在经营者行为权益的竞争,亦有价值高者胜出的最高正当行为规则为法院提供指引:法院只有在对竞争行为权益的界定中,比较被诉经营者有权采取某种竞争行为与无权采取某种竞争行为之间的社会总产值,进而做出产值最大化的选择,才是顺应市场竞争秩序运行机理的选择——⁵⁰惟其如此,对消费者而言价值最大化的交易选择得以维护,能够提供最高价值的商品或服务的经营者,亦不必因法院对竞争行为权益的界定而转移资源配置,⁵¹——不仅社会总产

⁵⁰ See R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, pp. 850-851.

⁵¹ 参见同上注。

值不会因此而有所损耗，⁵²而且“消费者权益、市场竞争秩序和社会公共利益”作为一个结构都在法院对最高的正当行为规则的依循中得到了维护。

综上，“消费者权益”“社会公共利益”的维护牵连于反不正当竞争法对“市场竞争秩序”自发形成的正当行为规则的因循，“综合考虑”意味着，竞争行为是否违反商业道德取决于——允许经营者采取某种竞争行为是否是社会产值最大化的选择。换言之，法院综合考虑“消费者权益、市场竞争秩序和社会公共利益”时，可通过比较被诉经营者有权采取某种竞争行为与无权以此种方式竞争之间的社会总产值，进而作出产值最大化的行为权益界定；由此，既可顺应市场竞争秩序运行的内在规律，又能在维护市场竞争秩序的考量中保护消费者权益和社会公共利益。

2. “经营者的主观状态、交易相对人的选择意愿”与产值最大化标准的关系

反不正当竞争法本质是判断经营者是否有采取某种竞争行为的权益，以《解释》第3条第2款判断竞争行为是否有违商业道德，意味着尚未形成“特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范”，亦即经营者对于自身行为是否有违商业道德本身在主观上处于不确信的状态，因此“经营者的主观状态”相较于“消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益”对于评判竞争行为的正当性远为不重要。

至于“交易相对人的选择意愿”，作为考量因素的重要性亦远低于“消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益”。以近来游戏厂商与第三方游戏交易平台之间关于虚拟财产交易的不正当竞争纠纷⁵³为例，此类案件本质上在判断，是选择保护游戏经营者基于虚拟物品交易所获得的全部收入而关闭第三方游戏交易平台提供的虚拟物品交易服务？还是选择允许第三方平台提供虚拟财产交易的服务而分流游戏经营者的部分收益？若允许第三方游戏交易平台提供虚拟物品交易服务，并非产值最大化的选择，亦即该行为有损“消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益”，纵然大量打金者和玩家有交易虚拟物品的意愿，也并不能扭转此种竞争行为有违商业道德的判断；若第三方游戏交易平台提供虚拟财产交易服务是产值最大化的选择，大量打金者和玩家在游戏之外有进行交易的意愿，对于最终判定竞争行为不违反商业道德也只是锦上添花，进一步确证该行为未触及商业道德而已。

因此，当客观存在的行为规则晦暗不明，而须以《解释》第3条第2款综合多元因素认定竞争行为是否有违商业道德之时，应讲究次第考量，所有因素中最首要的是竞争行为对“消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益”的影响，其标准是判断允许经营者采取某种竞争行为的权益是否是产值最大化的选择；而“经营者主观状态”“交易相对人的选择意愿”等开放的考量因素都是辅助判断之。

⁵² 参见，同上注。

⁵³ 深圳市腾讯计算机系统有限公司、重庆腾讯信息技术有限公司诉贵州指趣网络科技有限公司不正当竞争纠纷案，重庆自由贸易试验区人民法院(2020)渝0192民初9736号民事判决书。深圳市腾讯计算机系统有限公司诉广州聚好玩信息科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，广东省深圳市南山区人民法院(2020)粤0305民初20834号民事判决书。

六. 结论

人与人之间为了各自的利益争夺资源，却能整体呈现为一种和平的秩序，乃是为了适于生存，数不胜数的人在历史的演进中生发出了**市场价值**定胜负的竞争准则，⁵⁴而为了发挥这无形之手发挥资源配置作用，**产权制度**应运而生，⁵⁵二者共同构成了人们在经济竞赛中自发遵循的正当行为规则。恰是对正当行为规则有意识抑或无意识地遵循，在以利为利的市场竞争中，人们能够以和平的方式彰显和施展各自不同的竞争优势，调适和满足不尽一致甚至大相径庭的需求和目的，汇集和运用无数人的无数分散知识以运用资源，进而使得增进所有人利益的过程成为可能。⁵⁶这样一种秩序，其间各种繁杂丛芜远非人的智识所能全面安排，对社会的助益更是任何人造秩序所远为不及，由是，**反不正当竞争法**唯有因应市场竞争秩序自生自发的正当行为规则，借助于市场竞争秩序运转本身的巨大能量，才能真正促成对经营者、消费者乃至公共利益的维护。

面对诸多新型互联网竞争行为，虽然实践尚来不及形成广为认可的商业道德，但市场竞争秩序亘古不变地依循着以价值论英雄的最高准则，因此，**商业道德的终极标准是以产值最大化判断经营者是否有采取某种竞争行为的权益**，这一标准完全可以融贯于《解释》第3条对商业道德的权衡之中。当《解释》第3条可供考量的客观标准模糊不清时，须结合《解释》第3条第2款的多元因素综合判断竞争行为是否违反商业道德，其中“消费者权益”“社会公共利益”深嵌于“市场竞争秩序”的维护，三者在逻辑上并不在同一概念体系，“综合考虑”并不是割裂考量后的利益加总，而是遵循市场竞争秩序的最高信条，在以产值最大化为标准评判竞争行为权益界定的过程中，**科学地**实现对三者的综合权衡。以**次第**论之，“经营者主观状态”“交易相对人的选择意愿”等开放因素都只是辅助考量因素，核心还是以产值最大化为轴心综合衡量竞争行为“对消费者权益、市场竞争秩序和社会公共利益的影响”。

以价值论英雄，这听起来与“道德”并无关涉，但实则却能使经营者以提升自我价值为驱动，争先恐后、你追我赶着实现自我价值的同时，促成消费者不尽一致的私人目的之实现，而千千万万个体的私人目的在自由秩序中顺利实现才是真正维护公共利益之道。⁵⁷因此，**竞争行为正当性评判以价值最大化为终极导向，实则是一种善**，由此而产生的拓展所有人自我实现之前景的力量，其他任何一种道德都无法替代，亦无法达致。

综上，无论立法、行政执法还是司法，以“商业道德”规制和评判竞争行为，唯有借力而行，顺应市场竞争秩序自发演化的正当行为规则，充分释放市场竞争秩序运转本身的有序化力量，有所为，亦有所不为，才是天下之至为！

⁵⁴ 参见张五常：《经济解释》（卷一），中信出版社 2016 年版，第 108 页。

⁵⁵ 同上注。

⁵⁶ 参见张五常：《佃农理论》，中信出版社 2017 年版，第 79-80 页。参见(英)弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》（第二卷），邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 197 页。

⁵⁷ 朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 8 页。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



王展
+86 21 3135 8705
james.wang@llinkslaw.com



姜哲
+86 755 3391 7629
denny.jiang@llinkslaw.com



张婷婷

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: LlinksLaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2022