

反不正当竞争法中惩罚性赔偿的拓展研究

——兼评《反不正当竞争法（征求意见稿）》相关规定

肖顺武*

内容提要：《反不正当竞争法》中民事责任和行政责任之间的失衡引发了该法法律效果和社会效果之间的张力。通过惩罚性赔偿的拓展，在解决责任失衡问题的同时，也能提升不正当竞争案件的赔偿额度以遏制不正当竞争行为和化解混合型案件惩罚性赔偿适用的尴尬。惩罚性赔偿的拓展契合了其制度设计的本初功用，符合制度演进的规律且不会过分冲击利益均衡这一社会价值目标。以对创新以及整个市场竞争机制的危害程度为标准，可将七种典型的不正当竞争行为划分为三类：优先拓展类、次优拓展类和不宜拓展类。要在法治渐进主义思路的指引下，达致《反不正当竞争法》中拓展惩罚性赔偿制度的优化。

关键词：不正当竞争；惩罚性赔偿；责任衡平；社科法学

一、问题的提出

2019年修改的《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》）引入了惩罚性赔偿，然而，其范围局限于侵犯商业秘密行为，其他不正当竞争行为不能适用。针对侵犯商业秘密行为适用惩罚性赔偿固然有利于强化此类不正当竞争行为的法律责任，但问题在于，就侵犯商业秘密行为本身而言，其和另外六种典型的不正当竞争行为相比并无实质性差别。进一步的问题在于，在不正当竞争行为愈演愈烈的今天，很难说只有侵犯商业秘密这一不正当竞争行为的法律责任需要得到强化。易言之，除非我们能够证明侵犯商业秘密的行为在反不正当竞争法中具有独一无二的地位，否则，拓展其他类型不正当竞争行为的惩罚性赔偿责任就存在理论上的讨论空间，也将是实践上的客观需要。值得注意的是，2022年11月22日，由国家市场监督管理总局领衔起草的《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》（以下简称《反不正当竞争法征求意见稿》）第27条明确规定所有的不正当竞争行为，只要“情节严重”，均可适用1-5倍之间的惩罚性赔偿。但是，这种一步到位的做法，是否契合实践的需要，是否会过度抑制市场主体的行为，尚需进一步的思考。

从《反不正当竞争法》的法律责任规定来看，经两次修改，该法的民事责任和行政责任之间呈现出一种失衡的局面——民事责任过轻和行政责任过重。这一制度建构格局引发一个意想不到的后果：不正当竞争案件不当向行政执法方向逃逸，与此同时，不正当竞争行为的司法规则则陷入乏力的状态。一方面，就民事责任来说，《反不正当竞争法》普遍适用的民事赔偿计算方式实际上只有两种：其一是经营者的实际损失；其二是侵权人的获利。而法定赔偿仅针对少数不正

* 西南政法大学经济法学院教授，博士生导师，法学博士。本文系国家社科基金重大项目“适应新时代市场监管需要的权力配置研究”（20&ZD194）的阶段性成果。

当竞争行为适用,许可使用费的计算方式尚付阙如。值得注意的是,在与《反不正当竞争法》紧密相关的知识产权法领域,除了以上所及之民事赔偿计算方式,根据《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第179条、第1185条的规定,惩罚性赔偿亦可单独或者合并适用。另一方面,就行政责任来说,2017年《反不正当竞争法》的修改大幅度提高了行政罚款的数额,其对于违法行为行政罚款数额的规定,少有与之相埒者。显然,在制度设计层面,《反不正当竞争法》民事责任的踟蹰与行政责任的突进形成鲜明的对比。鉴此,在惩罚性赔偿作为侵犯商业秘密行为民事责任的前提下,考虑拓展其适用范围以弥补《反不正当竞争法》责任制度的失衡殊为必要。

从实践情况来看,《反不正当竞争法》中民事责任的“孱弱”与行政责任的“强势”对比鲜明。一方面,就民事责任来说,以江苏、湖南和四川的高级人民法院审理的不正当竞争案件为例,从2018年到2020年,其判决支持度(原告主张的赔偿额和判决支持的赔偿额之比)分别为46.09%、30.28%以及34.21%。^[1]此外,2009至2015年间,南京地区不正当竞争案件的判决支持度为37.1%,^[2]而轰动一时的“卡波”案,若以其实际认定的损害赔偿额计算,其判决支持度也仅为8.6%。^[3]上述情况可见,不正当竞争案件的判决支持度处于偏低状态。另一方面,就行政责任而论,国家知识产权局发布的《2020年中国知识产权保护状况》显示:2020年,市场监管部门共查办各类不正当竞争案件7371件,罚没金额达4.16亿元,案件的平均罚没金额约为56437元。此外,不正当竞争执法实践中也不乏顶格罚款的情况,典型的如对“猿辅导”等多家校外培训机构的顶格罚款3650万元。为改变反不正当竞争法中民事责任长期“孱弱”的局面,防止违法行为向行政责任的逃逸,有必要进一步拓展惩罚性赔偿在反不正当竞争法中的适用范围,以提升违法者的违法成本,并强化司法对不正当竞争行为的威慑。

鉴此,本文基于一种社科法学的立场,拟在回答为什么要在《反不正当竞争法》中拓展惩罚性赔偿、在该法中拓展惩罚性赔偿有什么优势的基础上,对如何在该法中拓展惩罚性赔偿进行擘划,对《反不正当竞争法征求意见稿》第27条的规定进行探讨。

二、反不正当竞争法中拓展惩罚性赔偿的根据

(一) 因应保护创新与知识产权之需

习近平总书记主持中共中央政治局第二十五次集体学习时强调:“创新是引领发展的第一动力,保护知识产权就是保护创新。”^[4]随着“十四五”规划的出台,我国开启了全面建设社会主义现代化国家的新征程,而这表现在市场经济中就是要转变发展的方式,其关键即是以创新驱动发展。创新在法律上的表达很大程度上就体现为对知识产权的保护,国务院和最高人民法院也反复强调要通过落实知识产权领域的惩罚性赔偿制度以加大违法者的违法成本进而有效保护创新。

2018年政府工作报告中就提到要“强化知识产权保护,实行侵权惩罚性赔偿制度”;《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题

[1] 相关的数据由笔者通过中国裁判文书网的检索统计得出。具体而言,江苏省高级人民法院在3年间共审理不正当竞争案件34件,除去原告败诉、不公开或者没有赔偿的案件,共得到有效案件30件;湖南省高级人民法院在3年间共审理不正当竞争案件14件,除去原告败诉、不公开或者没有赔偿的案件,共得到有效案件12件;四川省高级人民法院3年间共审理不正当竞争案件27件,除去原告败诉、不公开或者没有赔偿的案件,共得到有效案件18件。

[2] 参见宋健:《知识产权损害赔偿问题探讨——以实证分析为视角》,载《知识产权》2016年第5期,第11页。

[3] 参见最高人民法院民事判决书(2019)最高法知民终562号。

[4] 谷业凯:“保护知识产权就是保护创新”,载《人民日报》2020年12月18日,第5版。

的决定》中也明确提出要“建立知识产权侵权惩罚性赔偿制度，加强企业商业秘密保护”；《人民法院知识产权司法保护规划（2021-2025年）（法发〔2021〕14号）》中提出要“正确把握惩罚性赔偿构成要件，确保惩罚性赔偿制度在司法裁判中精准适用，提高侵权成本”，等等。虽然对知识产权与创新的保护以《中华人民共和国专利法》（以下简称《专利法》）等单行法律为代表，但是，《反不正当竞争法》同样对此起到了重要的作用。有学者就认为，《反不正当竞争法》对知识产权提供了附加保护，如果没有《反不正当竞争法》，而仅完善知识产权单行法，那么离完善的知识产权保护还会有相当长的路。^{〔5〕}这在相当程度上说明《反不正当竞争法》的重要功能之一就是为知识产权提供兜底性保护。“反不正当竞争法能够对知识产权法无法规制或者说难以规制的违法行为进行有效的规制”。^{〔6〕}例如，对商业秘密的保护，其本身就是对知识产权的一种保护；对混淆行为的规制，部分程度上补足了《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》）对商业标识保护的不足。随着市场经济的发展，现阶段的竞争已经演化为创新能力及手段之间的竞争，而不正当竞争则多少会对这种创新造成不当的损害，进而危及竞争在市场经济中对技术进步的价值，并可能导致限制经济权力的作用得不到发挥。^{〔7〕}不论是传统的混淆以及虚假宣传行为，还是新型的互联网不正当竞争，很多情况下都夹杂着对他人创新的模仿乃至破坏。从司法实践来看，“非必要不干扰”原则的提出、如何对商业模式进行保护等等，从本质上来说，都是一种对创新、对知识产权进行法律保护的要求。

由此可见，《反不正当竞争法》在承担保护知识产权与创新的作用方面是日益增长的，然而，其构建的民事责任体系却难以与其匹配，进而也会影响到《反不正当竞争法》立法目标的实现。如对于混淆行为，这是一种主观恶性非常大的不正当竞争行为，是一种典型的对他人知识产权与创新的破坏性使用，但根据《反不正当竞争法》的规定，即便对方主观恶性再深、侵害后果再严重，对于此类行为也不能适用惩罚性赔偿。显然，这不仅是对遭受受害者的不公，更可能是对违法者的变相鼓励。在当前以创新驱动发展的大格局下，要塑造新的发展优势，就有必要重视《反不正当竞争法》在保护知识产权与创新中的作用，^{〔8〕}而要发挥此作用，十分重要的一点就是要强化其民事责任制度。以惩罚为核心的惩罚性赔偿制度则恰好能够有效弥补《反不正当竞争法》中民事责任力度不够的缺陷。因为行政责任再严厉，其作用只能是惩罚违法者，但惩罚性赔偿则既能惩罚违法者，也能对受害者进行补偿，而这恰恰是行政责任缺失的功能。

（二）弥补不正当竞争案件中赔偿额偏低的短板

补偿功能是任何一种民事赔偿制度均具备的功能，且是一种基本功能，惩罚性赔偿也不例外。^{〔9〕}当前，我国不正当竞争纠纷案件中民事赔偿的“判决支持度”（实际判决赔偿额和诉请赔偿额的比率）普遍偏低已是不争的事实。以近五年（2016-2020）《中国法院10大知识产权案件和50件典型知识产权案例》中所涉及的不正当竞争案件为例，在入选的43件与不正当竞争行为有关的案件中，其中能作为判赔支持度调查样本的案件共33件。分析这33个案例可见，其平均判赔支持度为39.56%。需注意的是，鉴于统计的是典型案例，因此，其判决支持度一般而言是要高于整体水平的。事实上，根据有关实务工作者的统计，一般不正当竞争案件的判决支持度

〔5〕参见郑成思主编：《知识产权论（第三版）》，法律出版社2007年版，第187页。

〔6〕肖顺武：《网络游戏直播中不正当竞争行为的竞争法规制》，载《法商研究》2017年第5期，第40页。

〔7〕参见〔德〕曼弗里德·诺依曼：《竞争政策——历史、理论及实践》，谷爱俊译，北京大学出版社2003年版，第56页。

〔8〕参见宁立志：《论知识产权法学研究范式的转换》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2021年第3期，第34页。

〔9〕参见吴汉东：《知识产权惩罚性赔偿的私法基础与司法适用》，载《法学评论》2021年第3期，第25-26页。

可能更低：如浙江某法院的调查显示，不正当竞争案件的诉请额和判赔额的比例为 9.9 : 1,^[10] 那么，其判决支持度仅为 10%。

一方面，不正当竞争案件的判决支持度低的重要原因之一和知识产权案件中判决支持度普遍较低类似：在证据收集上较之一般的民事案件更加困难。由于证据偏在的缘故，导致了相当一部分的证据都处于被告一方的控制之下。^[11] 例如，对于侵犯商业秘密案件，原告一般只拥有其所主张的秘密信息具有秘密性（特别是采取了相应的保密措施）、具有价值性（所称的商业秘密能够带来竞争优势）等证据，但是，对于被告具体如何获取其商业秘密以及如何非法使用了其商业秘密的证据，一般都无法举证。^[12] 尽管能够通过举证责任的重新分配、证据保全以及推定等制度来矫正此种失衡，但难以避免在赔偿数额的确定上陷入不利境地。另一方面，判决支持度低也源于不正当竞争行为所造成的损害本身难以进行数字化的估量。如商业诋毁造成的高誉损失，即便能够以当期营业额的减少等因素得出一个貌似合理的数字，但这是否就是被侵权人真实的损失？经营者营业额的减少是否还有其他的原因（如经营管理不善等）？即便此数字是真实的，但诋毁行为所造成的未来可能损失却更加难以估量。又如虚假宣传行为，其到底能给竞争对手带来多大的损失？虽然我们能对存在的损失做出判断，甚至可以大概估计损失的大小，但很难就此进行精确的计算。因此，即便我们认为原告一方的损失远不止所判赔的额度，但在缺乏充分证据的情况下，法院难以判定存在某种损失。

在满足故意和情节严重的条件下，以惩罚性赔偿的方式来提升赔偿数额，或可在一定程度上解决此问题。在“海口椰乡缘食品有限公司等与椰树集团有限公司的不正当竞争纠纷案”中（以下简称椰树集团案），^[13] 鉴于椰乡缘食品有限公司的恶意侵权行为，法院以法定赔偿的最高限额 300 万元来确定损害赔偿额，这与原告椰树集团有限公司所主张的 320 万元的诉讼请求相差无几。虽然此处依据的是《反不正当竞争法》之法定赔偿，但是，与其认为这种赔偿是法定赔偿，还不如认为其是实质上的惩罚性赔偿。

（三）提升遏制不正当竞争行为的效果

从司法实践看，许多重大案件中的不正当竞争行为实际上都是持续、反复地发生，“新百伦案”以及前述的椰树集团案即为适例。^[14] 在这些案件中，被告一方在被起诉至法院之前，实际上已经被市场监督管理部门进行过行政处罚，但其仍然“怙恶不悛”，继续从事侵权行为：一方面，足见其侵权的主观恶性之深。另一方面，行政处罚额度的大幅度提升可能难以有效阻止不正当竞争。在这种情况下，通过更为严厉的民事赔偿责任制度予以加持，从而提升《反不正当竞争法》法律责任制度整体的威慑力成为一种必然的逻辑。在苏州市中级人民法院审理的“新百伦案”中，鉴于被告方新平衡运动体育用品有限公司（以下简称新平衡公司）无视禁令而继续侵权的行为，法院最终决定课以新平衡公司一倍的惩罚性赔偿，二审江苏省高级人民法院亦维持了此判决。但遗憾的是，原告新百伦公司的索赔额原本就只有 1000 万，法院认为在实际能够认定的损失都已达到 1000 万的情况下，便不再增加赔偿额，因此惩罚性赔偿的判决实际上并没有发生效用。可以想见，如果此惩罚性赔偿果真落实，则新平衡公司需要付出 2000 万的代价，那

[10] 参见秦善奎：《知识产权民事审判证据实务研究——以智慧的方式善待智慧》，知识产权出版社 2018 年版，第 484-485 页。

[11] 参见何喧：《举证责任转移的适用条件问题研究——从知识产权民事诉讼举证责任分配原则谈起》，载《电子知识产权》2015 年第 12 期，第 40-41 页。

[12] 参见崔国斌：《商业秘密侵权诉讼的举证责任分配》，载《交大法学》2020 年第 4 期，第 10 页。

[13] 参见苏州市中级人民法院民事判决书（2018）苏 05 民初 115 号、江苏省高级人民法院民事判决书（2019）苏民终 476 号。

[14] 参见苏州市中级人民法院民事判决书（2016）苏 05 民初 537 号、江苏省高级人民法院民事判决书（2017）苏民终 2190 号判决。

么其威慑效果将大大提升。

实际上,当前某些不正当竞争行为之所以普遍且屡禁不止,与《反不正当竞争法》民事赔偿责任制度的设计不无关系。如前述各教育培训机构普遍的虚假宣传行为,在缺乏惩罚性赔偿的情况下,其竞争对手或者消费者若提起民事诉讼,需要付出的时间及金钱成本可能会远超最后判决所获得的赔偿。^[15]此时,有关虚假宣传的法律责任制度就出现了制度失灵,甚至一定程度上会引发潜在违法者的追捧。鉴此,通过拓展惩罚性赔偿的适用范围,就能一定程度上激发市场主体的维权动力,同时也能对潜在的不正当竞争行为起到阻遏的作用。

(四) 克服混合型案件中适用惩罚性赔偿法律依据不足的困境

随着我国市场经济的逐步成熟,竞争亦日趋激烈,许多不正当竞争案件已出现混合趋势:也即出现了大量的知识产权侵权和不正当竞争行为侵权相互融合的案件,如商标侵权和虚假宣传、商标侵权和混淆行为、著作侵权和虚假宣传等等,最典型的是加多宝和王老吉的红罐凉茶纠纷案。这类案件一般都是侵权时间较长、社会影响较大的案件,其中也有一些案件适用了惩罚性赔偿。值得注意的是,这类案件一般不能简单称其为知识产权纠纷或者不正当竞争纠纷,而是兼而有之。那么,在《反不正当竞争法》没有普遍确立惩罚性赔偿的情况下,对于此类案件适用惩罚性赔偿,在法律依据方面就需慎重斟酌。

在“小米科技公司等与中山奔腾公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案”(以下简称小米案)中,^[16]两审法院均认定被告中山奔腾公司同时构成商标侵权和虚假宣传的不正当竞争行为。然而,在其后的赔偿数额计算中,法院并没有因此区分两种行为分别获得的利润,而是统一计算最终的获利数额,并以此作为惩罚性赔偿的基数。显然,在认定中山奔腾公司构成虚假宣传的情况下,其所获利润中的一部分也就必定来自于此,但问题在于,《反不正当竞争法》中没有针对虚假宣传行为可以适用惩罚性赔偿的规定。因而,此处相当于是将《商标法》中的惩罚性赔偿规定扩张性地适用到了不正当竞争行为之中,而法院判决也没有对此做出说明。客观而论,这一惩罚性赔偿具有合理性,但从法律适用的严谨性上考虑,这种一并适用惩罚性赔偿的方法却有于法无据之嫌。然而,从实际情况来看,法院对这两种侵权行为区分计算既无可能也无必要:其一,针对侵害知识产权和不正当竞争结合起来的侵权行为,我们本就难以酌定哪一行为对其所获得的利润贡献了多少。其二,这两者之间本就是一种连续性的行为:初始阶段是通过侵犯知识产权以提升产品价值,继而通过不正当的竞争以获取市场份额,两个环节前后相扣,缺一不可。其三,正因为两者是密不可分的,因此,违法者以此赚取的每一份利润都是这两种行为共同作用的结果,再行区分实无必要。

值得注意的是,随着创新经济的蓬勃发展,特别是互联网技术对地域性市场的突破,上述混合型案件的数量会越来越多,并且其侵权的规模及对整个市场经济的负面影响也会越来越大。如何在司法实践中直面这些知识产权侵权和不正当竞争行为侵权相互融合的案件(也就是混合型案件)中适用惩罚性赔偿面临的制度缺位问题,从而给司法实践以制度的正当性基础,拓展《反不正当竞争法》中的惩罚性赔偿制度或为进路。

三、反不正当竞争法中拓展惩罚性赔偿的优势

(一) 契合惩罚性赔偿的本初功用

[15]参见王利明:《惩罚性赔偿研究》,载《中国社会科学》2000年第4期,第116页。

[16]参见南京市中级人民法院民事判决书(2018)苏民初字第3207号、江苏省高级人民法院民事判决书(2019)苏民终1316号。

惩罚性赔偿的本初功用及于赔偿与惩罚两端,以在精神及名誉损害赔偿中的运用为发端,^[17]总体而言,惩罚性赔偿在我国的适用领域愈来愈广泛:我国《民法典》第1185条、第1207条、第1232条分别对三种侵权行为规定了惩罚性赔偿,也即知识产权侵权、产品缺陷侵权以及环境损害侵权。在知识产权领域,惩罚性赔偿制度也是在近两年才得以普遍确立,此前仅在《商标法》中规定惩罚性赔偿。按照相关法律修正草案的说明,之所以增加惩罚性赔偿,十分重要的一点就是为了解决司法及执法上对侵权人的打击力度不够且对权利人合法权利的保护力度不强的问题。同样地,在《反不正当竞争法》中拓展适用惩罚性赔偿亦是追求此两种效果。

如前述,不正当竞争案件同样面临赔偿额普遍较低、行政执法无法有效阻止不正当竞争行为再次发生的问题。为解决此问题,在民事赔偿责任制度上主要有两种选择:惩罚性赔偿或者法定赔偿。目前而言,法定赔偿似乎更受青睐,不仅仅是因为法定赔偿在《反不正当竞争法》中更早地加以确立且其适用范围更广,更是因为其在司法实践中适用频率极高,^[18]且某些案件在适用法定赔偿时会考虑惩罚性因素以确定赔偿额,前文所提及的椰树集团案即为适例。但是,法定赔偿在解决前述问题上存在固有缺陷:(1)法定赔偿对不正当竞争行为人的威慑力度有限。这主要是因为法定赔偿说到底还是对于传统损害赔偿计算方式的一种补充,^[19]且存在着最高限额。对于一些案件来说,适用法定赔偿,远不能对不正当竞争行为人形成有效威慑,也就难以遏制不正当竞争行为。以最高人民法院指导案例47号为例,^[20]原告费列罗公司请求侵权人蒙特莎公司赔偿损失300万元,虽然天津市高级人民法院和最高人民法院均认为蒙特莎公司构成侵权行为,但天津市高级人民法院仅支持70万元的损失赔偿,而最高人民法院进一步压缩为支持50万元的赔偿。究其根本,可能还是在于法定赔偿其实往往蕴藏着较大的自由裁量空间,法院从司法的社会效果考虑,一般会主动限缩这种裁量范围。事实上,即便在部分案件中会根据行为人的主观恶性,在适用法定赔偿确定赔偿额时考虑惩罚性因素,但在实际操作中不得突破最高限额几成惯例。与此相对,惩罚性赔偿一方面没有具体赔偿数额的最高限制,因此能够有效地对恶意的不正当竞争行为加以阻遏,甚至有学者认为惩罚与威慑是惩罚性赔偿制度最为直接的功能。^[21]另一方面,惩罚性赔偿能够最大限度地鼓励受害人进行维权与提升侵权人的侵权成本,进而遏制行为人的不正当竞争行为。(2)法定赔偿在解决赔偿额偏低这一问题上的作用较为有限。某种程度上,法定赔偿大量适用本身就是导致赔偿额偏低的原因:^[22]因为法定赔偿正是在行为人无法充分举证证据的情况下才适用的。以《反不正当竞争法》第17条第4款或者《反不正当竞争法(征求意见稿)》第27条第5款的规定为例,适用法定赔偿需满足如下三个条件:被侵权人所受到的损失难以确定;侵权人所获得的利益难以确定;侵权行为的情节。进一步的问题在于,司法或者执法机关基于以上三个条件来确定法定赔偿时,从法律效果和社会效果统一的角度看,其抱持一种谦抑的态度或是无可避免的:一方面,既然被侵权人所受到的损失和侵权人所获得的利益都难以确定,则说明虽然有侵权行为的存在,但是,其负面效果在程度和范围上可能都是有限的,进言之,既然该种侵权行为的负面效果在程度和范围上均有限,则司法或者执法机关在确定赔偿额时,进行充分的利益衡量就是非常必要的,因为畸高的赔偿额往往会造成过分的利益失

[17]同前注[15],王利明文,第113页。

[18]参见北京市高级人民法院知识产权庭课题组:《〈反不正当竞争法〉修改后商业秘密司法审判调研报告》,载《电子知识产权》2019年第11期,第81页。

[19]参见和育东:《知识产权侵权法定赔偿制度的异化与回归》,载《清华法学》2020年第2期,第145页。

[20]参见人民法院出版社编:《最高人民法院 最高人民检察院 指导性案例(第五版)(上册)》,人民法院出版社2021年版,第142-144页。

[21]参见朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,载《中国社会科学》2014年第3期,第115页。

[22]参见曹新明:《我国知识产权侵权损害赔偿计算标准新设计》,载《现代法学》2019年第1期,第122页。

衡,此乃法律实践之忌讳。另一方面,要确定法定赔偿,还需考量侵权行为的情节:一般包括侵权人的主观恶性、侵权方式(手段)、侵权持续时间和侵权的损害程度,等等。问题在于:其一,以上侵权行为的各种情节如何确定其在确定法定赔偿中的权重?这些因素权重是相同或不同的吗?理由又何在?其二,既然前述被侵权人的损失和侵权人所获得的利益都无法确定,那又如何精准地衡量该侵权行为造成损害的程度呢?其三,主观恶性虽然表达上非常直观,但除非侵权人自己承认,或者有其他直接的证据可以证明,否则如何在操作层面上精准衡量主观恶性(特别是在民事侵权而非刑事犯罪领域)?鉴于以上种种问题,司法或者执法机关在确定法定赔偿时,看似有一个明线规则——侵权行为的情节,但实际上这个所谓的明线规则其实只是一个标准,其中蕴含着很大的自由裁量空间。从法律实践角度看,司法或者执法机关在确定这个法定赔偿额时大概率会就低不就高,因为这样才能有利于妥善解决纠纷。可以想象,法官在原告所要求赔偿的损失没有充分证据支撑的情况下,又怎能以法定赔偿的方式要求被告赔偿那部分既可能不存在又无法证明的损失呢?与此相对,惩罚性赔偿却能让行为人在经济利益的驱动下,尽可能地收集相关证据以证明自身的损失,提高赔偿额度。

(二) 符合制度演进的规律

一方面,《反不正当竞争法》法律责任发展的总趋势是对不正当竞争行为者所课加的责任越来越严厉。(1)就行政责任而言,《反不正当竞争法》自2017年第一次修改以来,各类不正当竞争行为行政处罚力度均有较大幅度的提升。事实上1993年出台的《反不正当竞争法》规定的行政处罚都是非法所得一到三倍的罚款,或者最高不超过20万元的罚款,但2017年修订的《反不正当竞争法》却直接提升到了一到五倍的罚款,或者最高不超过300万元的罚款,2019年的修订又将部分罚款上限提升至500万元。值得注意的是,2022年的《反不正当竞争法征求意见稿》延续了这一传统,并且在第29条、第31条、第33条等得到了体现。(2)就民事责任而言,1993年出台的《反不正当竞争法》仅规定了受害人的实际损失以及侵权人获利两种计算方式,但2017年的修订却增加了法定赔偿,2019年的修订又增加了惩罚性赔偿。由上可见,《反不正当竞争法》法律责任的逐步严厉与我国迈入创新驱动的发展阶段是分不开的,因为这一阶段要求在法律上加强知识产权保护、^[23]在经济上大幅提升知识产权的侵权代价以保护社会创新。总之,在反不正当竞争法领域,鉴于行政责任日益呈现出制度失灵的情况,行政处罚已经不能有效阻止市场主体实施不正当竞争行为,此时,将惩罚性赔偿植入反不正当竞争法的民事责任之中就显得非常必要:以惩罚或者说制裁为核心功能的惩罚性赔偿能够在很大程度上调动不正当竞争行为人的竞争对手以及消费者提起诉讼的积极性,不仅能在心理上给予潜在的不正当竞争行为人以压力,也能在现实中有利于减缓不正当竞争案件的增速。

另一方面,惩罚性赔偿的运用更多地是基于一种实用主义的考量,其多是为了应对某一社会领域所出现的大规模侵权行为。自2013年《商标法》的修改首次在知识产权领域引入惩罚性赔偿开始,到2020年《专利法》《著作权法》的修改结束,知识产权领域的三大单行法即全部确立了惩罚性赔偿制度。依此分析路径,在与知识产权保护密切相关的《反不正当竞争法》中引入并拓展惩罚性赔偿的适用也显得尤为必要:这不仅是因为《反不正当竞争法》对知识产权提供了重要的补充保护,更为重要的是,《反不正当竞争法》和知识产权法一样,都是当前国家实施创新驱动发展战略的重要法律依托。如果说知识产权法为创新提供了充分的内在制度激励,那么《反不正当竞争法》则为创新顺利实现实际利益的转化提供了良好的外部市场环境。值得注意的是,2020年通过的《民法典》第179条明确规定:“法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定”。

[23]关于知识产权是否可以适用惩罚性赔偿来进行保护,学术界尚有不同看法。参见刘银良:《知识产权惩罚性赔偿的类型化适用与风险防范——基于国际知识产权规则的视角》,载《法学研究》2022年第1期,第177页。

这一规定为惩罚性赔偿的进一步扩大适用预留了空间：只要有“法律规定”，就可以适用惩罚性赔偿。事实上，《反不正当竞争法》已经针对侵犯商业秘密行为吹响了引入惩罚性赔偿制度的号角。如果进一步思考，我们可以认为：既然对侵犯商业秘密行为可以引入惩罚性赔偿，那么对于同样接近于知识产权的混淆行为难道不能适用该制度吗？从间接证据看，在2017年全国人大常委会修订《反不正当竞争法》的审议报告中曾经指出：“参照商标法、专利法的相关规定，对与知识产权相关的混淆、侵犯商业秘密的不正当竞争行为，增加法定赔偿额的规定。”这说明在立法者看来，混淆行为与侵犯商业秘密行为一样，都与知识产权侵权行为较为类似。如此，既然侵犯商业秘密行为可以比照专利法的规定而规定惩罚性赔偿，那么，混淆行为也可以比照商标法的规定适用惩罚性赔偿。从国际保护来看，1967年斯德哥尔摩文本的《保护工业产权巴黎公约》第1条、第10条已将制止不正当竞争行为纳入了保护工业产权的范围，也就是说，保护知识产权和制止不正当竞争同样都属于保护工业产权的重要内容。甚至有学者提出，在某种意义上，“反不正当竞争法在有限的程度上成了整个知识产权法律的一般法。”^[24]由此看来，惩罚性赔偿在《反不正当竞争法》中的拓展适用可以被认为是该制度在知识产权领域普遍化的自然延展，并且，对于《反不正当竞争法》中与知识产权保护密切相关的反不正当竞争行为，确立惩罚性赔偿殊为必要。

（三）不会过分冲击利益均衡这一社会价值诉求

拓展惩罚性赔偿所带来的最大顾虑就是可能会造成新的利益失衡，也即通过公权进行的权利倾斜性配置往往会产生额外规制或过度保护的效果，^[25]从而冲击利益均衡这一基本社会价值诉求。一般而言，为了解决对被侵害人保护不足、对不正当竞争行为人惩罚不够的问题而拓展的惩罚性赔偿制度有可能会带来对利益主体的过度保护，让市场主体人人自危，容易导致对市场竞争行为的过度干预，^[26]从而对自由市场竞争造成妨碍。但是，在反不正当竞争法中拓展惩罚性赔偿，这种担忧是存疑的。

一方面，从司法实践层面来说，适用惩罚性赔偿的知识产权案件的数量很少：以江苏省为例，根据《2020年江苏法院知识产权司法保护状况》所提供的数据，该省适用惩罚性赔偿的知识产权案件仅有50件，而该年审结的知识产权民事案件达20149件，占比仅为0.24%。事实上，从最高人民法院到地方各级法院就惩罚性赔偿的司法适用几乎都秉持非常谨慎的态度：2021年2月7日，最高人民法院出台了《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释（法释〔2021〕4号）》，细化了知识产权惩罚性赔偿的司法审判规则，各地方法院在其内部也建立了对适用惩罚性赔偿制度的约束机制。例如，根据《2020年江苏法院知识产权司法保护状况》提供的数据，江苏法院就建立了适用惩罚性赔偿案件一案一报的机制；根据《广东法院知识产权司法保护状况（2020年度）》提供的数据，广东省对如何细化惩罚性赔偿制度进行了规定，深圳市知识产权法庭还出台了《关于知识产权民事侵权纠纷适用惩罚性赔偿的指导意见》；根据《北京市高级人民法院关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准（2020年）》提供的信息，北京市法院发布相关的裁判标准，就有关惩罚性赔偿的适用条件、适用方法以及“恶意”“情节严重”等情况的判定都作了规定。以上情况说明，就算惩罚性赔偿制度被普遍确立，也不意味着该制度能够被随意适用，相反，从利益均衡的角度看，司法机关会对此保持必要的谨慎，各地出台的关于知识产权领域适用惩罚性赔偿的精细裁判规则就可以间接证明这一点。

[24]孔祥俊：《反不正当竞争法新原理·总论》，法律出版社2019年版，第80页。

[25]参见应飞虎：《权利倾斜性配置研究》，载《中国社会科学》2006年第3期，第124页。

[26]参见陈耿华：《反不正当竞争法自由竞争价值的理论证成与制度调适》，载《比较法研究》2021年第6期，第159页。

另一方面,从制度设计来看,以知识产权领域为例,惩罚性赔偿的适用需要达到“故意(恶意)”与“情节严重”两个条件,而这两个条件本身在很大程度上就限制了该制度的运用:(1)就“故意”来说,“故意实施不法行为侵犯他人的合法权益,其主观恶性足以表明行为人为人内心之邪恶”,^[27]而“恶意”则较之“故意”的主观恶性程度更甚,^[28]可以说适用惩罚性赔偿时需要达到恶意这一主观要件实质上抬高了该制度的适用门槛。(2)就“情节严重”来说,《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释(法释〔2021〕4号)》第4条给出了相应的细化标准,包括“多次侵权”“以侵权为业”“伪造、毁坏证据”“不履行保全裁定”“非法获利或权利人受损巨大”以及“严重危害公共利益”等。由此也可以看出,要法官做出这样的认定并不容易。值得注意的是,《反不正当竞争法征求意见稿》第27条关于适用惩罚性赔偿有两个耐人寻味的细节:一是“情节严重”;二是“可以”。法律之所以将惩罚性赔偿的门槛提到如此的高度,就是为了尽可能地将法律对市场自由竞争的干预降到最低限度,力求保持法律必要的谦抑,以充分激发市场主体的活力。也就是说,市场主体如进行正常的经营活动,即或因一时的疏忽大意而侵犯他人的权利或利益,一般也不必担心会遭受惩罚性赔偿的打击,也就不会对市场造成不必要的干扰。而一旦能够适用惩罚性赔偿,则表明行为人的行为必定是相当恶劣,其必定是肆意挑战法律和道德的双重底线,也即其不论是在客观后果还是主观道德上都应当给予否定性评价。^[29]

四、反不正当竞争法中拓展惩罚性赔偿的关键节点

(一) 确立拓展惩罚性赔偿的标准

确立惩罚性赔偿拓展先后的标准应当是某类不正当竞争行为对于创新及整个市场竞争机制的危害程度。一般来说,此种危害程度越深,就越有必要在该领域拓展惩罚性赔偿,以下分述之。

一方面,对创新的危害程度是拓展惩罚性赔偿的重要标准。在《反不正当竞争法》规定的七种典型不正当竞争行为中,对创新的危害愈大,则理当优先拓展适用惩罚性赔偿。而在反不正当竞争法领域,最能体现创新的,就是有关知识产权的保护,因此,可以认为,与知识产权保护本身的关系越近,就越有必要引入惩罚性赔偿。概言之,是否涉及到知识产权保护与是否引入惩罚性赔偿存在高度的相关性。事实上,在《反不正当竞争法》中,惩罚性赔偿之所以率先适用于侵犯商业秘密领域,某种程度上就是因为其对创新的危害程度更为直接。例如,近年来侵害商业秘密的行为愈演愈烈,许多知名企业的商业秘密都曾遭到不同程度的侵害,如“老干妈”辣酱的配方、“云南白药”的配方,^[30]等等。这些配方是企业投入巨量的资金研发和改进的,若没有严厉的法律对这些侵权行为加以约束,毋庸置疑会极大削弱企业继续创新的动力。事实上,《民法典》已完全确立商业秘密作为典型知识产权的地位:侵犯商业秘密和侵犯著作权、专利权及商标权一样,都是对智力成果最为直接的侵害。因此,对侵犯商业秘密行为设立惩罚性赔偿也就具有现实的紧迫性。同样地,在七种典型不正当竞争行为中,除了侵犯商业秘密行为之外,混淆行为与虚假宣传行为因其与商标、著作权的保护等关系最为密切,也与创新的保护直接相关。依此理路,此两种行为在惩罚性赔偿的拓展方面就有必要居于优先顺位。

另一方面,对市场竞争机制的危害程度也是拓展惩罚性赔偿的重要标准。保护竞争是竞争法的重要使命,而所有的不正当竞争行为,之所以会被纳入到《反不正当竞争法》的规制下,就

[27]张新宝、李倩:《惩罚性赔偿的立法选择》,载《清华法学》2009年第4期,第19页。

[28]同前注[9],吴汉东文,第30-31页。

[29]参见朱丹:《知识产权惩罚性赔偿制度研究》,法律出版社2016年版,第111-112页。

[30]参见许洁:《云南白药深陷“泄密门” 恶意中伤还是泄漏机密?》,载《证券日报》2010年12月16日,第C02版。

在于其不正当地破坏了原本良好的市场竞争机制。因此，对市场竞争机制的危害程度也就能成为判定是否适用惩罚性赔偿的标准。需要指出的是，任何侵权行为都是有损害的，但是，如果一种侵权行为不仅损害了私人利益，还损害了公共利益，则这种侵权行为较之纯粹的侵犯私人利益行为的危害性更大。当然，公共利益和私人利益的区分具有相对性，同时，从《反不正当竞争法》保护的法益看，这两种利益都是保护的对象，但是具体到某一种不正当竞争行为，保护的侧重点则有所不同。分析《反不正当竞争法》规定的七种不正当竞争行为，除网络领域的不正当竞争行为外，其他六种类型的行为又可以分为两大类：一类是直接侵害竞争对手的不正当竞争行为，一类是直接侵害消费者（或者用户）的不正当竞争行为，前者典型的如侵犯商业秘密的行为、混淆行为、虚假宣传行为、商业诋毁行为；后者典型的如不当有奖销售行为、商业贿赂行为。两类不正当竞争行为相比较，前者对市场机制的损害相对更大一些，而后者其损害的对象主要限于交易对方，因此危害相对更小一些。易言之，虽然后面两种行为同样会对竞争机制造成损害，但此行为多限于某几个特定的经营主体，涉及的多为其内部关系，这种行为天然地具备某种不公开性。那么，相关行为的危害性便会更多地限于经营者之间，而不会过多地渗透到整个市场体系，其对市场机制的损害自然也就相对较轻，从制度设计的角度看，此类行为推进惩罚性赔偿的需求就相对不那么迫切。与此相对，前四种行为要么本身就是针对不特定主体，要么虽然是针对特定主体但对市场竞争秩序的影响较大，甚至同时对不特定的主体和市场竞争秩序都有较大的危害，因此，此类行为拓展适用惩罚性赔偿的需求就更为迫切。

（二）惩罚性赔偿不宜拓展至非典型不正当竞争行为

所谓非典型的不正当竞争行为也即适用《反不正当竞争法》一般条款加以规制的不正当竞争行为。而对于此类行为，正如有学者所指出的，这种规制往往具有不确定性，因此，此时凸显谦抑性就“不仅仅是一种理念，更是一种方法论意义上的不正当竞争行为认定的分析范式”。^[31]进言之，鉴于非典型不正当竞争行为具有多变性和相对不稳定性，因此，对其适用惩罚性赔偿就很可能是不符合反不正当竞争法谦抑性特质的，也与制定法针对普遍性社会关系的规制动因存在张力。^[32]

一方面，一般条款是规制不正当竞争行为的“口袋条款”，对该条款适用惩罚性赔偿会造成适用范围过大，甚至会导致对创新的阻滞和对市场竞争机制的严重破坏。在这一条款的指引下，许多并未被《反不正当竞争法》所明确列举的禁止性行为都有可能通过该条款的解释加以禁止。近年来，随着互联网经济的发展，许多新型的不正当竞争行为都是通过一般条款加以规制，特别是司法实践方面，部分案例的裁判甚至在此之前都没有类似的案件可供参考。2017年《反不正当竞争法》第一次修改后，该法第2条作为认定不正当竞争行为的一般条款的地位得到正式确立，其适用频次也进一步提升。但是，这种适用并没有一个固定的模式能够让市场主体能合理预期自己的行为是否属于不正当竞争，包括司法实践中总结出来的“非公益必要不干扰”原则也并非判断行为是否正当的金科玉律：因为“公益”“必要”“干扰”等都是需要进一步解释的概念。此时，如果某一市场主体从事了被《反不正当竞争法》一般条款认定为不正当竞争的行为，其是否真的就是不正当竞争、是否就应当承担法律责任，这值得进一步讨论。进言之，如果对其课以惩罚性赔偿这样严厉的法律后果，则容易造成惩罚性赔偿的打击面过广，并对市场竞争机制造成过度干预，让众多市场主体有如履薄冰之感，势必严重抑制市场主体的创新创造活力。

另一方面，适用一般条款规制的不正当竞争行为，其行为的恶劣程度往往不像传统的不正当

[31]张占江：《论反不正当竞争法的谦抑性》，载《法学》2019年第3期，第47页。

[32]参见张文显主编：《法理学》，高等教育出版社2001年版，第48页。

竞争行为那般严重。不正当竞争行为本身就具有“杂烩性”的特点,^[33]因此,各类行为之间的危害存在差异也是自然的逻辑。当然,一些不正当竞争行为对市场竞争的危害明显,且常见多发,此类典型的不正当竞争行为一旦发生,其不论是对其他经营者的危害还是对市场竞争机制的破坏都是不言自明的。但也有一些数量较少的不正当竞争行为,鉴于商业模式等复杂性因素的考量,其正当与否往往具有模糊性,且对整个市场竞争机制的负面影响也不大,此类行为无需抽象为某种典型的不正当竞争行为,在规制上则适用一般条款即可。因此,尽管竞争行为具有“损害常态”的特征,^[34]但不同类型的竞争行为特别是不同类型的不正当竞争行为具有较大的差异性也是客观的事实。需要指出的是,某些竞争行为大多和一些新兴产业、特别是互联网产业相关,而现代信息技术支持下的互联网产业,作为一种“元技术”,^[35]其重要特点之一就是发展变化速度相当快,一种商业模式可以在短时间内兴起并在该行业确立一种普遍的交易秩序,但一旦出现新技术,这种秩序则又有可能在短时间内迭代乃至消亡。因此,这类不正当竞争行为即便是对当时的市场竞争秩序造成了破坏,这种不利的后果也可能只是暂时的,甚至,这种不正当竞争行为还会在某种程度上激发新一轮的创新创造,形成一种“创造性的破坏”。从这个角度看,有学者认为在互联网领域中兼容是例外、不兼容是原则、恶意不兼容才需要法律进行规制还是非常有见地的。^[36]进言之,在当前的市场环境下,非典型不正当竞争行为中被告一方所从事的所谓不正当竞争行为,可能只是一种大众好恶情绪的制度化表达,一旦整体的市场环境发生改变,则该行为便可能不再被认定为不正当竞争行为。^[37]在湖南快乐阳光互动娱乐传媒有限公司与广州唯思软件股份有限公司不正当竞争纠纷案中,虽然一审法院认定唯思软件股份有限公司屏蔽阳光互动公司广告的行为并无不当之处,但二审法院却改判唯思软件股份有限公司的行为是不妥当的。严格来讲,一审法院和二审法院都是基于规则的裁判,但结果殊异。此种反复并不是说司法裁判不可预测,其本质反映的就是基于一般条款认定的不正当竞争行为其实不仅是基于规则裁判,也是基于社会环境、价值判断、立场选择等社会性因素的综合结果。如果以上分析成立,那么,对公平竞争秩序危害甚小的非典型不正当竞争行为,甚至不是纯粹的基于规则进行认定的所谓不正当竞争行为,慎重运用惩罚性赔偿,就显得既尊重实践又理性客观。

(三) 惩罚性赔偿拓展的具体步骤

惩罚性赔偿如何在《反不正当竞争法》中进行拓展,需要在宏观层面注意如下几个问题:其一,既然是“拓展”而不是全面铺开,自然应当有先有后;其二,在操作层面,到底先向哪些不正当竞争行为拓展,再向哪些不正当竞争行为拓展,这也是拓展中必须考虑的问题;其三,从制度建构的理性主义视角看,若一步到位,全面铺开,则未免冲击太大,也难以实际施行。需注意的是,不仅学术界有学者就扩大惩罚性赔偿提出了动议,^[38]2021施行的《民法典》第179条亦将惩罚性赔偿作为民事主体承担民事责任的方式予以规定,唯一的限制性条件就是法律有规定。

那么,《反不正当竞争法》中如何具体来拓展惩罚性赔偿的适用呢?笔者认为,以对创新以及对市场竞争机制的危害程度为标准,惩罚性赔偿在各类不正当竞争行为中拓展的基本思路择要如下:(1)混淆行为和虚假宣传行为无疑是最为符合此标准的,因为此两种行为对于创新和市

[33]同前注[24],孔祥俊书,第2-3页。

[34]参见龙俊:《反不正当竞争法“权利”与“利益”双重客体保护新论》,载《中外法学》2022年第1期,第82页。

[35]参见田松:《互联网的STSE》,载《读书》2021年第8期,第3页。

[36]参见孔祥俊:《网络恶意不兼容的法律构造与规制逻辑——基于〈反不正当竞争法〉互联网专条的展开》,载《现代法学》2021年第5期,第13页。

[37]参见广州知识产权法院民事判决书(2018)粤73民终1022号。

[38]参见张新宝:《侵权责任编起草的主要问题探讨》,载《中国法律评论》2019年第1期,第141页。

市场竞争机制的危害程度均很高,因此这两种行为可作为第一阶段的拓展对象。(2)针对商业诋毁行为,此行为虽然对创新的危害相对较弱,但却严重影响着整个市场的竞争秩序,因此该行为可作为第二阶段的拓展对象。(3)针对不正当有奖销售和商业贿赂行为。鉴于此两种行为不论对于创新还是整个市场竞争机制的危害相较都较小,因此,这两种行为是否纳入惩罚性赔偿范围,需根据实践情况进一步综合判断。在目前的情况下,可暂不考虑对其适用惩罚性赔偿。

需注意的是,互联网新型不正当竞争行为暂时也不宜引入惩罚性赔偿。其主要原因在于:虽然对该类行为的规制与保护创新创造以及维护有活力的市场竞争机制有密切联系,但是,由于互联网新型不正当竞争行为列入到《反不正当竞争法》的时间尚短,虽名义上是一种典型的不正当竞争行为类型,但司法实践中如何对其判定,实质上并没有像混淆行为或者虚假宣传行为为一样,形成了一套成熟完备的判断模式。《反不正当竞争法》第12条所列情形,与其说是一种裁判规则的凝练,倒不如说是对某一类案件裁判要旨的浓缩,然而,这种浓缩的要旨并不具有适用的普遍性。^[39]这也就导致了在很多情况下,司法机关无法适用该条去规制变化万端的互联网不正当竞争行为。实际上,正因为互联网经济的日新月异,才导致抽象出互联网不正当竞争行为的一般裁判规则的难度颇大。甚至有些案件,虽然被告一方被判定实施了不正当竞争行为,但我们很难说此种行为究竟不正当在哪里,那些看似确凿的说理或许恰好证明了这类行为是非判定的模糊性。以网络领域中的数据爬取行为为例,该行为具有竞争中性的属性,理当采取“保护与竞争”的治理基调。^[40]正因为此,对该行为适用惩罚性赔偿就应当非常谨慎,否则,过度的制度刚性就会很大程度上打击新兴行业参与者创新创造的积极性。

概言之,我们或可将惩罚性赔偿在六种典型不正当竞争行为中的拓展方案归纳如下:

表1 反不正当竞争法中惩罚性赔偿的拓展方案

| 类别 | 行为类型 | 理由 |
|-------|--------------|-------------------------|
| 优先拓展类 | 混淆行为 | 对创新创造和竞争机制造成严重破坏 |
| | 虚假宣传行为 | |
| 次优拓展类 | 商业诋毁行为 | 对创新创造和竞争机制造成较为严重的破坏 |
| 不宜拓展类 | 商业贿赂行为 | 对创新创造和竞争机制造成一定的破坏 |
| | 不正当有奖销售行为 | 对创新创造和竞争机制是否一定造成破坏具有复杂性 |
| | 互联网新型不正当竞争行为 | |

结 语

为何要在《反不正当竞争法》中拓展惩罚性赔偿?如果从法教义学的角度予以展开,固然可以有所斩获,但注定是踟躇不前的结局:严格的法教义学已经很难成为在整个《反不正当竞争法》中推进惩罚性赔偿的勃勃精神,除非未来的反不正当竞争法如《反不正当竞争法征求意见稿》这样直接全面确立惩罚性赔偿制度。正如有学者所指出的,“对多数大陆法系国家而言,法教义学有其确保法治的正面功能,却也常常使法制变得胶柱鼓瑟。引入社会科学的知识可以提

[39]参见吴峻:《反不正当竞争法一般条款的司法适用模式》,载《法学研究》2016年第2期,第151-152页;李扬:《互联网领域新型不正当竞争行为类型化之困境及其法律适用》,载《知识产权》2017年第9期,第3-4页;宁立志:《〈反不正当竞争法〉修订的得与失》,载《法商研究》2018年第4期,第127页;谢晓尧:《一般条款的裁判思维与方法——以广告过滤行为的正当性判断为例》,载《知识产权》2018年第4期,第40-41页。

[40]参见陈兵:《保护与竞争:治理数据爬取行为的竞争法功能实现》,载《政法论坛》2021年第6期,第18页。

高法制的可行性纠正法教义学的偏失”。^[41]事实上,从反不正当竞争法中拓展惩罚性赔偿的根据来看,所谓的对创新保护的因应、赔偿额度过低引发的对不正当竞争行为规制效率过低等问题与其说是法律问题,不如说主要是法律引发的社会问题;从反不正当竞争法中拓展惩罚性赔偿的优势分析来看,此种拓展对制度自然演进的高度契合、对社会利益调适的全景式考虑等,亦反映出基于社科法学的视角来解释和推进此种拓展是有其理论解释力的。当然,“对于现在的法制发展处于‘能做已做、要变可变’的中国大陆”,“法学为体,社科为用”的论断也是需要遵循的基本原则。^[42]正如著名法官卡多佐所言“疾风暴雨不能打动自由女神,循序渐进才能赢得她的芳心。”^[43]任何法律制度的变革都不可能是一蹴而就的结果,惩罚性赔偿制度的建立更是如此。以《消费者权益保护法》为滥觞,惩罚性赔偿制度的每一次拓展都与社会发展的重大关切相关连。“十四五”规划将创新置于我国现代化建设全局的核心地位,并提出加大对知识产权侵权损害的赔偿力度,这是惩罚性赔偿新一轮拓展的重要理论支撑和现实依据,而《民法典》第179条规定可谓打开了惩罚性赔偿的大门——只要法律有规定即可。作为沉没在知识产权法这座冰山之下的海水,《反不正当竞争法》能对知识产权法无法规制或者难以规制的行为进行规制;作为维护市场竞争秩序的基本法律,《反不正当竞争法》有必要拓展惩罚性赔偿的适用。从这个角度看,《反不正当竞争法征求意见稿》直接在立法层面确立惩罚性赔偿的普遍适用,其大方向无疑是值得肯定的。但是,惩罚性赔偿犹如一记重拳,在有效遏制违法行为的同时,也有可能造成额外的损害,产生一些不可避免的法治“副产品”,因此,在任何时候引入惩罚性赔偿制度都需要慎重斟酌和精准施策,尽可能地将其负面效应降到最低。进言之,要基于法治渐进主义的建构思路,一方面保证那些亟需引入惩罚性赔偿的不正当竞争行为得到有效的制度供给;另一方面,应明了欲速不达之哲理,为惩罚性赔偿的进一步拓展预留空间,并注意制度建构的力度和社会可接受程度的有机统一。从这个角度审视,《反不正当竞争法征求意见稿》力图全面确立惩罚性赔偿在反不正当竞争法中民事责任制度中的基础性地位,其是否在某种程度上忽略了惩罚性赔偿自身的特殊性、是否充分考虑到一些新的不正当竞争行为本身夹杂着商业模式创新的复杂性而需要一些制度的空间,尚需进一步斟酌。

责任编辑:李 剑

[41]苏永钦:《法学为体,社科为用——大陆法系国家需要的社科法学》,载《中国法律评论》2021年第4期,第89页。

[42]同前注,苏永钦文,第83页。

[43][美]A.L.考夫曼:《卡多佐》,张守东译,法律出版社2001年版,第576页。