

INTELLECTUAL PROPERTY CASE STUDY

知识产权判解研究

2009年第二卷第一期

刘春田 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

INTELLECTUAL PROPERTY CASE STUDY

知识产权判解研究

2009年第二卷第一期



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法律门
Access To



| www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

知识产权判解研究. 2009 年. 第 2 卷: 第一期 / 刘
春田主编. —北京: 法律出版社, 2010. 7
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0975 - 9

I. ①知… II. ①刘… III. ①知识产权法—判例—研
究—中国 IV. ①D923. 405

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 133963 号

知识产权判解研究(2009 年第二卷第一期)
主编 刘春田

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 孙 慧 何海刚
责任编辑 孙 慧 何海刚
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 787 × 960 毫米 1/16
印张 17.75
字数 352 千
版本 2010 年 9 月第 1 版
印次 2010 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0975 - 9

定价: 38.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《知识产权判解研究》编委会

主 任： 刘春田

成 员： （按姓氏笔画为序）

王正发	中国人民大学法学院兼职教授
王 兵	清华大学法学院教授
孔祥俊	最高人民法院民三庭法官
刘春田	中国人民大学法学院教授
孙海龙	重庆市高级人民法院法官
吕国强	上海市知识产权局局长
吴汉东	中南财经政法大学教授
李顺德	中国社会科学院法学研究所研究员
张玉敏	西南政法大学教授
陈锦川	北京市高级人民法院民三庭法官
宋鱼水	北京市海淀区人民法院民五庭法官
郑胜利	北京大学法学院教授
罗东川	最高人民法院研究室法官
单晓光	同济大学法学院教授
林广海	广东省高级人民法院民三庭法官
庞正中	金诚同达律师事务所律师
郭 禾	中国人民大学法学院教授
郭寿康	中国人民大学法学院教授
陶鑫良	同济大学知识产权学院教授
陶凯元	广东省知识产权局局长
蒋志培	中国人民大学法学院兼职教授
程永顺	北京务实知识产权发展中心主任
蒙洪勇	重庆市高级人民法院民三庭法官

目 录

本期专论

[非典型知识财产的法律保护]

- 刘春田 商业机会之争的正当性判断与法律适用
——评山东省高级人民法院和青岛市中级人民法院对
“对日出口海带商业机会”纠纷案截然不同的裁决 …… (3)
- 郭 禾 从一起域名争议案看商号在我国知识产权制度中的地位
——兼评中国国际贸易仲裁委员会域名争议解决中心
CND2006000259 号裁决 …… (13)
- 蒋志培 吴 林 反不正当竞争法对知名商品特有包装、装潢的
保护 …… (18)
- 张伟君 单晓光 从网络广播看我国网络传播著作权制度的完善 …… (24)

司解评析

- 莫 修 张广良 汪 叶 首届“IPR 沙龙”综述
——新专利法“司法解释草案”讨论 …… (33)
附:最高人民法院关于审理侵犯专利
权纠纷案件应用法律若干问题
的解释(征求意见稿) …… (47)
- 孙海龙 姚建军 将与他人注册商标相同或相似的文字作为企业字号
突出使用构成侵权 …… (52)
- 芮松艳 论深层链接/搜索服务直接侵权的认定标准
——以用户标准为原则,以技术标准为例例外 …… (62)

案例讨论

- 李顺德 NIKE 商标侵权案评析 …… (77)
- 薛 峰 樊 雪 商标权和企业商号权利冲突研究
——赵某诉北京好苑唐宫海鲜舫有限公司侵犯

	商标权纠纷案评析	(89)
朱兰春	中美公司简繁体“采乐”注册商标纠纷案法理述评	(97)
周云川	专利侵权诉讼中现有技术抗辩的适用 ——舒特公司、王爱民诉容和公司侵犯专利权纠纷案 评析	(106)
赵志强	论专利权利要求的解释	(118)
袁真富	视频搜索结果内嵌播放模式的法律问题 ——梦通公司诉衡准公司侵犯著作权纠纷案一审判决 评析	(128)

专题调研

北京市高级人民法院知识产权庭	北京市高级人民法院 2008 年知识 产权审判新发展	(143)
陈锦川	关于网络环境下著作权审判实务中几个问题的探讨	(177)

学位论文选

李玲玲	发明和实用新型专利侵权审判中相关法律问题研究	(205)
姚 鑫	基因的可专利性研究	(239)

域外裁判

罗 莉	将他人商标用作关键词是否构成侵犯商标权 ——从德国 Bananabay 案件说起	(253)
金海军	法国塞伊公司等诉谷歌公司侵犯著作权案判决及其评析	(262)

本期专论
〔非典型知识财产的法律保护〕

- 刘春田 商业机会之争的正当性判断与法律适用
——评山东省高级人民法院和青岛市中级人民法院对
“对日出口海带商业机会”纠纷案截然不同的裁决
- 郭 禾 从一起域名争议案看商号在我国知识产权制度中的地位
——兼评中国国际贸易仲裁委员会域名争议解决中心
CND2006000259 号裁决
- 蒋志培 吴 林 反不正当竞争法对知名商品特有包装、装潢的保护
张伟君 单晓光 从网络广播看我国网络传播著作权制度的完善

商业机会之争的正当性判断与法律适用

——评山东省高级人民法院和青岛市中级人民法院对 “对日出口海带商业机会”纠纷案 截然不同的裁决

刘春田*

【案情简介】

原告山东食品进出口公司(以下简称山东食品)长期从事对日海带出口贸易。日本政府对海带进口实行配额管理,并委托“北海道渔业协同组合联合会”(以下简称北海道渔联)负责进口配额的分配。1972年起至今,北海道渔联将从中国进口海带的配额分配事宜委托给中粮国际(北京)有限公司(以下简称中粮国际)。从2001年起,该商业机会一直由数家公司稳定享有。其中,原告山东食品通过几十年的经营,与日本客户建立了互信的商业渠道,也是上述数家公司之一,每年出口海带约600吨。

被告马达庆、青岛圣克达诚贸易有限公司(以下简称圣克达诚公司)。马达庆原系原告公司职工,从1986年起,在原告所属公司工作,20年间一直从事对日本出口海带的业务,最终成为公司该业务的主要负责人,对海带出口业务轻车熟路,并与日本客户熟稔。另一被告圣克达诚公司于2006年9月成立,公司董事长为在校大学生,系马达庆之外甥;公司监事颜素贞,系马达庆之配偶。2006年12月,马达庆未办理手续离职,将公司有关海带业务的资料带走,到圣克达诚公司任职。

2007年1月,受托负责分配日本海带进口配额的中粮国际,通知山东食品报送当年的计划。结果,原告一向稳定出口日本海带的额度,半数被系新成立尚未从事过海带业务的圣克达诚公司拿走。

原告认为,对日海带出口业务,是其多年努力经营积累而获得的商业机会,应当受到法律保护。被告利用其任职期间所掌握的海带业务的全部相关流程、技术和客户信息,通过其在离职前后的一系列行为,将属于原告的商业机会据为己有,并利用由其控制的圣克达诚公司攫取非法利益。因此,向山东省青岛市中级人民法院(以下简称青岛中院)提起诉讼,主张根据《民法通则》、《反不正当竞争法》,请求确认两被告争夺原告特定条件下拥有的商业机会,其行为构成不正当竞争,应当停止,并赔偿经济损失。

* 中国人民大学法学院教授,知识产权学院院长。

被告辩称,海带业务的相关流程、技术与客户信息以及日本进口海带的配额,既非商业秘密,也不是原告独家垄断的业务,被告通过正常渠道、公开程序、公平竞争的方式取得对日本海带进口配额,故其行为不构成不正当竞争。

2008 年 4 月,青岛中院作出判决^[1],认定原告的对日出口海带商业机会受法律保护,被告采取不正当手段获取商业机会,构成不正当竞争;判决被告 3 年以内不得以与原告相同的方式经营对日海带贸易,并将圣克达诚公司已经获得的 2007 年对日海带贸易的全部利润,赔偿给山东食品。

被告不服,向山东省高级人民法院(以下简称山东高院)提出上诉。2009 年 3 月,山东高院作出判决^[2],认为被告行为不构成不正当竞争,判决被告“上诉理由成立,上诉请求应予支持。原审判决认定事实部分有误,适用法律不当,判决结果错误,应予撤销”。2009 年 4 月 17 日,《人民法院报》“经济与法”栏目,用 3/4 版的篇幅,以“竞业禁止,应当有约在先”为栏目标题,刊登了题为“离职后还干老本行 老东家告上法庭”、“未约定竞业禁止 离职后从业自由”、“获取贸易机会是否构成不正当竞争”等一组文章和山东高院办案法官的答记者问,并链接了“竞业禁止”和与此相关的法律条文。

【评析】

该案一审后,本文作者曾撰文肯定了一审判决。^[3] 二审推翻了一审判决,为作者重新研究本案提供了新的视角和更为全面的条件。本文认为,综合比对,对案件事实,一、二审判决除在个别枝节问题上有差别外,认定基本相同,但二者对案件纠纷性质的归纳、认定,法律适用与判决则截然不同。该案涉及的主要问题有:(1)本案的争议标的究竟是什么,是因商业秘密涉及离职职工劳动就业权的竞业禁止纠纷,还是离职职工再就业后,以新企业的名义争夺原所在企业商业机会的纠纷;(2)本案争议商业机会的性质与归属,如何区分争夺商业机会行为的正当与不正当;(3)规制《反不正当竞争法》未列举的不正当竞争行为,应当如何适用法律。一、二审判决书对这三个核心问题的不同认定和截然对立的裁决结果,反映了我国不同司法机关对上述问题认识的差距。对此问题的研究与回答,既有重要的实践价值,也有普遍的理论意义。

一、本案争议标的究竟是什么

在厘清事实的基础上,审查、分析本案纠纷究竟因何而起,判断案件属于何种纠纷,是正确审理、认定、裁决案件的前提。一、二审法院对此判断,表面上看差别不大,但实质上相去甚远。

一审法院认定案件为争夺商业机会纠纷,认为“不论原告诉讼请求成立与否,

[1] [2007]青民三初字第 136 号判决书。

[2] [2008]鲁民三终字第 83 号判决书。

[3] 刘春田:“一丝不苟的法律精神,不拘一格的务实态度”,载《电子知识产权》2009 年第 4 期。

原告该诉讼主张构成了一种新类型的不正当纠纷案件”,并围绕原告主张的唯一案由,提出了五个需要分析和认定的问题。其中,第二个问题就是“本案原告所主张的对日出口海带贸易机会性质如何以及能否得到《反不正当竞争法》的保护”这一认识,就把审理的思路锁定在特定条件下形成的具体商业机会的性质认定、归属和行为人获取商业机会手段的正当性判断以及可否适用《反不正当竞争法》规范此种行为的逻辑关系。

二审法院认为,双方争议的焦点是:依据《反不正当竞争法》第2条规定,被告的行为是否构成不正当竞争。但二审的思路与一审不同,它撇开原告纠纷事由的明确主张,掺杂了若干不相干的、原告并未主张的事由。一是认定对日海带贸易相关知识与资讯是否为商业秘密;二是原告是否有权禁止离职职工从事与自己相同的行业;三是判断被告获得商业机会的手段是否正当。循此门径,判决可归纳为:(1)原告与马达庆没有关于限制马离职后从事具有竞争关系的竞业禁止约定,马离职后有从业的自由,即使在其离职后使用其在职期间积累的对日出口海带贸易经验从事竞争性业务,原告也无权予以制止;(2)原告没有把对日出口海带贸易机会视为其商业秘密,没有与马达庆约定应保守对日出口海带贸易机会商业秘密,马达庆获取该贸易机会也不涉及对其商业秘密的侵害,此外,本案中原告没有请求依据竞业禁止或侵犯商业秘密的特别规定对其进行司法保护;(3)对日出口海带贸易,是人皆可为之的交易机会,马达庆以自己的经验与知识,以新公司的名义通过审查,获取公开的贸易机会,属于正当竞争。

本案一、二审判决对纠纷事由的判断、处理,显示了两个法院在承办此案上的用心之别。一审判决根据原告诉由,循本案争议之商业机会的性质、归属,被告获取商业机会手段之正当性判断,能动地寻求规制不正当行为的法律依据,不失原则,并恰如其分地动用了法官自由裁量的权力,给出了一份有见地的判决书。虽有事实认定上的枝节不足和判决被告“3年竞业禁止”的可商量之处,但是,瑕不掩瑜,这仍不失为让法律界眼睛为之一亮,精神为之一振的优秀判决。反观二审判决,脱离了原告的诉求,随被告的答辩事由“起舞”,陷入原告并未诉求的商业秘密、竞业禁止问题,自混视线,自乱阵脚,偏离了纠纷的矛盾主线,客观上曲解了案件纠纷的性质。它虽然在枝节问题上指出了一审判决的瑕疵,可惜的是,因小失大,错失了一个拾遗补缺,提供相对完美的判决,为认识和审理此类案件开一个理性的先例、确立一个法律原则的良机。须知,符合实际、合于法理的原则,或迟或早,一定会确立。

二、本案争议的商业机会的性质及其归属

首先,确认商业机会的归属。由于各国公司法对于公司经营范围的规定十分宽泛,一般比较容易作出某一商业机会是否属于公司的判断。甚至可以在理论上推定,即使公司目前不能从事的商业活动,但是如果公司有计划将来要从事,该商业机会也属于公司。其次,判断是否为篡夺公司商业机会的行为。其中,利用职务之便是认定是否构成不正当谋取公司商业机会行为的要件。职务与权力是获取、

利用、支配公司商业机会资讯的重要条件;此外,也要考虑例外情况。公司商业机会固然属于公司,但是在以下情况下不排除公司人员可以利用公司商业机会:(1)公司明示放弃该商业机会;(2)公司因法律上的障碍不具备利用该商业机会的资格或能力;(3)第三方明示不与公司进行交易;(4)善意的且不与公司有竞争关系。^{〔4〕}

对本案商业机会性质的认定及其归属,是审理该案的关键之一。

具体而言,对海带进口实行配额管理,是日本政府保护本国的海带生产商的一项政策,这种做法虽然违反世界贸易组织的规定,但是作为中日贸易的长期惯例,在过渡期中还保留这一做法。在本案中,合议庭经法庭调查,根据日本的海带进口配额管理制度以及中国对日出口海带贸易的运作模式,认定“对日出口海带贸易机会”,实质上是一种商业机会,而取得这种特定交易机会的关键在于能否获得这种对日出口海带的配额。依惯例,获得该配额的方式是:中粮集团以《关于下达某某年份海带出口数量配额的通知》的方式,确定出口单位和出口数额。从2001年始,该资格便一直由本案原告山东食品等四家公司拥有,配额数量历年来也基本稳定。根据这一模式,获得出口日本海带的配额须具备一定的条件,不是任何一个具有进出口业务资格的企业可以自主的、仅凭通过申报计划书等方式从公开途径获得的。合议庭认为,该四家单位能够长期稳定的享有特定区域出产海带的对日出口配额,既取决于所属区域内经营海带出口业务的优势,也体现了四家企业在对日出口的贸易实践中形成的良好信用。这种惯例形成的竞争优势就体现为商业机会。上述商业机会系正当手段获得,如果其他经营者采取了有违上述惯例,以不正当手段获得该商业机会,则为《反不正当竞争法》所禁止。

本案中,合议庭运用了财产理论和民法制度,揭示了“商业机会”的财产本质,认定了该“商业机会”的合理归属。

首先,关于财产性。诚然,对日出口海带业务的技术、知识以及日本进口配额等相关信息形成的商业机会,既非商业秘密,也不是特定主体垄断性的商业机会。但是,该商业机会——配额的获得是经由中日有关机构的协商确定的,根据履行日本海带进口配额制度形成的双方海带贸易特定的惯例,利用长期形成的固有的操作模式以及中方企业经销商多年的努力与苦心经营,通过其产品的质量保障和履约诚信的商业信誉获得。日本客户也认可上述事实,并肯定这是一种稳定的商业渠道。这一点,可以从日本北海道渔联代表理事副会长宫村正夫给山东省国际经济贸易联合会的复函中证实。本文引述如下,该函称:“1. 通过北京中粮公司作为窗口,长期以来我们与 SANFOD 山东食品进出口公司之间存在着贸易关系……4. 马氏(注:马达庆)及其他职员辞职后的 SANFOD 公司,是否能够保证威海海带的品质稳定和数量,对此我们感到不安和疑虑,另一方面,因马氏长期从事威海海带的业务,拥有丰富的经验和知识,已被日本海带业承认和信赖……5. 对于我们

〔4〕“商业机关民刑保护的反思与对接”研讨会,载《方圆律政》2009 年 7 月号,第 35~36 页。

来说,在和中国进行的海带贸易中确保规定的数量和质量均一稳定性是大前提,因此要求北京中粮公司将马氏的新公司作为威海海带的窗口企业”。可见,本案商业机会不是一般的无条件的交易机会,该机会归属于符合条件的、有特定商业信誉的企业。谁获得该商业机会,就意味着他可以在商品交易中获取利益。因此,在对日海带出口贸易中,企业不仅可以从海带交易中获得利益,而且该商业机会——配额本身即具有财产性。商业机会,既非法定财产,亦非商业秘密,但是它作为客观上存在的利益,真金白银,可以计量,因而必有合理的归属。

其次,该“商业机会”,即配额的合理归属。既然有财产性,法律上势必应有归属。北海道渔联代表的函件可以证明如下事实,也是该贸易得以长期维持的三个条件:(1)通过北京中粮公司作为对日出口海带的窗口这种模式,原告与日本客户之间存在着长期的贸易关系;(2)这种关系是建立在该公司能够保证威海海带的品质和数量的稳定性的前提下的;(3)马达庆作为公司主要业务人员,凭其经验和知识,得到日本客户的承认和信赖,这是在执行该公司的贸易中形成的。上述三个条件中,第一个是贸易模式,属形式要件。通过这种模式,原告获得了配额。第二个是交易标的,即海带品质和数量的稳定的保障,这是交易的实质要件。原告之所以能够与日方客户在这一模式下,保持长期的贸易关系,根本原因是满足了这一条件。第三个是对原告业务水平的肯定,这是该公司的业务安排,既有产品质量、数量的因素,也包括业务人员的能力因素。对马个人业务能力的肯定,既反映了该公司的知人善任,也体现了马达庆的努力与称职。其中,做到前两项,就完全具备了该贸易的条件,第三个条件则是对第二个条件的具体说明。日方客户对马的信任,是建立在原告提供的海带稳定的质量、数量、履约能力以及他本人的业务知识与能力基础上的,由此而形成的商业信誉,全部归属于原告。事实说明,对日海带贸易,是原告的传统业务,并非由马达庆带给原告的个人业务。马达庆之所以从事该业务,是原告的安排。马达庆是原告的雇员,而非原告的合作者,更不是个人经营海带出口贸易。他的知识、技术、经验,属于广义的劳动技能,具有可取代性,和艺术不同,并非出自天赋,不具有任何个人特质,没有个人色彩。马达庆为原告工作,是以原告而非以个人的名义执行业务的,他的职务行为属于公司行为,而非个人行为。他能力的高下,业务的精疏,可以增损原告的商誉,其能力与业绩只能通过公司内部的关系与奖惩办法解决,雇员不能据此分割或利用公司的任何商业信誉,更谈不上独占。因此,一审认定商业信誉是原告创造,既非马达庆与原告共同创造,更非马个人创造,该商业信誉全部属于原告,在法律上具有无可置疑、无可争议的正当性。一审判决的这一判断,讲道理、有根据,体现了法律对民事主体通过公平、诚实信用的民事活动形成的利益的尊重,体现了《民法通则》对民事主体合法权益的保护,也体现了法官对民法精神的理解。

二审判决混淆了原告与马达庆在商业信誉上的所属关系,将原告的商业信誉误认定为马的个人商誉,忽视了马达庆在与原告的竞争中,所动用的并非马为之服务的新公司的名义(该公司商誉为零),而是貌似马的个人信誉(马从未以个人名

义出口海带,何来个人商誉),实质上属于原告的商业信誉的事实。

三、被告行为是否构成不正当竞争

任何财产,包括商业机会,人皆可有的。但是,取之,必须正当。本案系争商业机会的获取手段——行为的正当与否,是影响裁决的又一个关键。

本案中,原被告存在竞争关系,竞争的结果,被告获取了依惯例应属于原告的出口日本海带配额。问题关键在于:被告获取该商业机会的手段是否正当。一审判决对此的分析是中肯的,指出:(1)对日海带贸易机会并非在市场上通过公开、自由的竞争获得;(2)日方客户并非与马达庆个人进行交易;(3)与原告的交易不是基于对马达庆的个人信赖,马达庆是职务行为,由此而产生的商业信誉应属于原告;(4)马达庆将属于原告的商业信誉据为己有,并用他人名义为自己获取利益,另一被告明知上述情况仍然利用之,违背了公认的商业道德。本文认为,争议问题有二:一是正常情况下获得该商业机会所需的条件;二是被告的行为是否正当。关于前者,根据查阅中国驻日本大使馆经济商务参赞处网站对该贸易的介绍:日本根据《外汇及外贸法》和《进口贸易管理令》,为保护本国海带产业,对进口海带实行配额限制。每年,由日本政府经济产业省和农林水产省共同制定海带配额发放计划。海带配额分为定向配额和自由配额两种且以定向配额为主。以2006年为例,进口配额共2960吨,定向配额为2930吨,自由配额仅有30吨。定向配额发放对象由农林水产省确定,每年只发给北海道渔联,该渔联作为日本海带进口的统一窗口,既是海带进口商,也承担日本政府对外协商与联络的职能。中国向日本出口海带已经有三十多年的历史,多年来,形成了以青岛、烟台、大连几家固定企业对日出口的格局,每年出口约1000到1200吨。可见,根据原告的主张以及北海道渔联的函件和中国驻日大使馆的资料的佐证:中国对日出口海带贸易,在特定条件下,受日本政府进口海带定向配额制度的制约,是一种长期稳定的贸易模式,贸易机会固定地由有限的几家公司拥有,而并非如被告主张的,可经自由竞争获得。因此,判决书认定客观,符合事实。

被告取得原本属于原告的商业机会,其行为是否正当,应当是区分本案孰是孰非、决定诉讼胜败的关键。那么,在贸易模式和贸易规模没有变化的前提下,在正常情况下,导致日方将进口海带定向配额分配作重大调整,让被告取代了原告的原因,只能是原告不能正常履约;或前一年产品质量不合格,数量不达标,未能正常履行合同;或本年度提出的计划不合要求,遭到日方拒绝;否则,没有理由生此变故。按照惯例和正常的逻辑,被告没有理由取代原告:(1)非原有模式中的企业,不具备取代原告的形式条件;(2)没有出口日本海带的先例,也不具备取代原告的实质条件。按照日本政府的规定,定向配额的申请者每年度进口的海带配额,需要以上年度的实际进口数量依据来确定,通常维持上年度的进口数量。即便是自由配额,也要求申请者必须在过去1年中有超过10万美元的相关产品的进口实绩。总之,获得进口日本海带的配额,须有贸易先例形成的信誉作保。因此,无贸易先例的公司,不可能获得该海带进口配额。本案被告之一是2006年9月22日设立的一人

有限责任公司,法人代表为马达庆的外甥,系与海带出口贸易毫不相干的服装系低年级在校大学生。按照惯例,该公司不可能获得进口日本海带配额。但是,事实上它得到了,而且在表面上做得无懈可击。这显然是马达庆的作用。马2006年12月31日离开原告前,一直从事原告对日海带出口和收购工作。2007年1月10日,在马达庆离开原公司10天后,被告公司就收到中粮公司的通知,称根据此前收到对日出口海带申请,允其1月17日前报送出口计划。随后,该公司取原告而代之,获得了原告原本出口日本海带的配额的半数。在事后的诉讼中,两被告还援引最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》中关于商业秘密的部分作辩护。该解释第13条第2款指出:“客户基于对职工个人的信赖而与职工所在单位进行交易,该职工离职后,能够证明客户自愿选择与自己或者其新单位进行交易的,应当认定没有采取不正当手段,但职工与原单位另有约定的除外。”初看,被告的主张似有理有据,但是,认真分析,则经不起推敲。首先,就圣克达诚公司而言,如前所述,一个新注册的、初出茅庐的公司,尚无涉日特定模式下海带贸易的任何实践,不可能获得该贸易机会;那么,马达庆个人无疑是该公司获得贸易机会的唯一决定因素。只要在法律上厘清马达庆获得该贸易机会的正当与否,本案的结论即可大白。在此之前,有两点须达成共识:一是本案当中,商业信誉是获得该贸易机会的必要条件和基本前提;二是本案自始至终只有一个商业信誉,不存在两个并行的商业信誉,谁是该商业信誉的主体,谁就应当获得该贸易机会。海带贸易的进口配额是在固定模式的基础上,凭借商业信誉取得,而不是凭借公司个别雇员的知识水平和业务能力取得。何况,公司雇员只是公司贸易活动的执行者,即便雇员的业务能力再强,所获得的商业信誉也全部归于公司,雇员个人无权从中分享,遑论全部攫取。事实很清楚,唯一的商业信誉属于原告,并不存在一个与原告同时存在,由马达庆创造的,属于他个人的第二个商业信誉。本案所谓竞争,争的就是这个商业信誉,谁是该商业信誉的合法所有人,谁就可以获得该商业机会。在原告与日方的贸易中,马达庆是以原公司员工的身份,用原告的名义执行该业务,所以,该唯一的商业信誉依法只能由原告享有,既不能由公司与员工马达庆分享,也不允许被员工借工作之便侵夺。马达庆行为的要害,就在于用“障眼法”制造了一个假象,“明修栈道,暗渡陈仓”,将个人的知识与业务能力,与原公司商业信誉混为一谈,以此掩盖其占有和利用原公司的商业信誉的事实。显然,马达庆恃其对业务的熟稔,将原公司因技术、产品质量、经营规模和固有模式中形成的竞争优势以及客户对马达庆履行职务中业务能力的信任,利用中日两国经营体制的差别,利用原公司对他的信任,误导客户,将由原告长期积累形成的商业信誉,转公为私,变为己有。使原告的商业机会成了他个人牟取利益的工具。这一点,可以从二审判决书审判委员会的意见中得以证实。二审判决采信了日本北海道渔业协会的回函,回函由于不解中国的体制,事实上把马的职务行为混同于个人行为,马也正是利用了这一误解,利用属于原告的信誉为新公司谋取利益。尽管他的利益是离开原公司以后实现的,但他用于获利手段的商业机会,却是由属于原公司的

商业信誉获得。所以,两被告行为之不正当,不容置疑。“法律是善良与公平的艺术”。司法的任务,就是区分善恶,还以公平。一审合议庭由表及里,去伪存真,其令人信服的分析判断,证实了被告行为的不正当性,为诉讼纠纷的最终解决,区分了根本的是非问题。二审判决,未能深入剖析,否认商业机会是特定的利益,进而否定了被告获取该商业机会手段的不正当性。

四、规制《反不正当竞争法》未列举的不正当竞争行为如何适用法律

在认定了被告行为不正当以后,如何适用法律,是本案另一个焦点问题,也是对法官法律眼界的一个测试与检验。一审判决认为:我国《反不正当竞争法》第一章总则部分阐明了该法的立法目的、宗旨和原则,第二章第5条到第15条,列举了具体的不正当竞争行为。但这并不意味着法律列举的具体不正当竞争行为之外,该法对其他不正当竞争行为不可以适用一审判决。并在作出一定分析的基础上,肯定了适用该法第2条的正当性。对此,反对意见认为,判定一个具体行为是否构成不正当竞争时,在有法律具体条款可以参照适用的前提下,应当直接适用该条款,而不能依据《反不正当竞争法》第2条的原则性条款扩大保护范围,不能够随意用“诚实信用”原则条款寻求额外的法律保护。这种意见,既是对立法的误读,也是对司法的误解。古人云:“诚者,天之道也;思诚者,人之道也”(《孟子·离娄上》)。又说:“诚者,自成也”(《中庸》)。诚者,是人类社会生活至善至美的普世价值,也是市场秩序之道和普遍适用的法律规则。为了澄清这种误读、误解,我们先找到不同观点之间的最大公约数作为共识:法律是基于公平的目的而设立规范体系,进而在此基础上赋予主体以广泛、充分的自由。市场竞争需要一个公平的条件,《反不正当竞争法》的功能,不是只禁止部分不正当竞争行为,而是凡属违反诚实信用的不公平竞争行为都在禁止之列,这是共识。法律之所以既列举不正当竞争行为的具体表现,又通过第2条对不正当竞争行为作出概括的规定,并无玄机,目的端在利用制度上的方便对所有不正当竞争行为一律锁定,防止规避,以切实保障实现该法的功能。该条规定是要告诉所有应该遵守法律或者适用法律的人,问题的关键在于竞争行为是否正当,这是事情的本质、要害。只要抓住本质,分清是非,一种行为,即使它不在法律列举的具体表现之列,径行适用第2条的规定,同样可以受到制裁。法国长期没有单独的反不正当竞争立法,但他们适用《法国民法典》有关诚实信用的一两个原则性条文,同样可以担负起制止不正当竞争的功能。我国1993年颁布并实施《反不正当竞争法》,当时,市场机制才着手建设,新中国近40年的计划体制实践,使我们的社会,对久佚的市场经济恍若隔世,经验陌生,理论阙如。立法工作既不能脱离国情,又须参酌市场经济国家的历史经验和理论成果。实践证明,该法对不正当竞争行为的概括性描述与列举式规范相结合的规定,是成功的。这种立法模式说明:通过第2条概括性条文,揭示了不正当竞争的根源,阐明了总原则、大道理,是纲。第二章对不正当竞争行为表现形式的规定,则是不正当竞争的相对具体化,是枝节,是小道理,是目。第2条与第二章之间,是本质与形式、里与表、本与末、大道理与小道理、纲与目的关系。法律的原则,是大道

理管小道理。这种纲举目张,相互规定、相互补充、相得益彰的立法模式,体现了立法为全面实现制止不正当竞争行为的功能所作的技术安排。第2条既是一个原则性条款,可以统领整个《反不正当竞争法》,类似该法的帝王条款,同时,它又是一条极具实用价值的功能性条款,具有比任何针对具体情况的列举式的条文更具实用价值。为防止因僵化、孤立、机械、刻板的套用具体法律条文,造成脱离实际,致纵容违法行为之虞,基于法制原则要求,只要情况适当,司法直接适用概括性条款,以确保法律功能的充分性、有效性,让所有不正当竞争行为都受到制裁,乃是《反不正当竞争法》的应有之义。因此,根据第2条进行判决,是对现有法律规则的正当适用,不是对法律的突破,也不是创立新的规则,这既没有扩大《反不正当竞争法》的保护范围,也不是施以额外的法律保护。凡属法律条文,都具有实用功能。既然规定,就是用来适用的,不是束之高阁,徒供人看的。认为《反不正当竞争法》只可以适用具体列举的条文,不允许司法实践适用总则部分概括性实体条文的主张,是本末倒置,是对法律的误解。

一审判决适用概括性条款的依据来源于司法的职能。在判例法国家,法官在适用法律时,其主要职能在于寻找先例和创制新原则。成文法国家则有相对详细的法律条文系统,但无论哪一法系,哪个国家,事实上都承认法官自由裁量权的存在。所谓法官自由裁量权,是指法官根据正义、公平、正确和合理的原则,对案件酌情作出决定的权力。^{〔5〕} 在中国,适用法律的主要任务是解释法律,不论形式上与别国有何差异,但精神与宗旨大抵相同,这是公认的司法的核心价值。遵照公平、正义的精神解释法律,是法官的权力所在,职责所在,也是衡量法官素质与能力的重要指标。法律在制定时,法律家无法预见未来的具体实践,因此,任何法律文本,无论巨细,皆为抽象的规范,不可能对具体的社会生活个案作出描述与规范。抽象的规范或文本的表达与具体的社会生活本就是两个世界的事。司法的职能就是运用法眼看世界,背靠法律,面向事实,把二者联系起来,实现法律的应用。解释权,就是判断权,它将法律确立的原则与具体的社会实践相结合,对具有法律意义的具体的、个别的行为作出是与非的判断,以适用法律。“法网恢恢、疏而不漏”,这就形象、精辟地指出了立法与司法的科学分工。仰仗立法为社会生活确立的原则和大道理,司法用以梳理实际生活,根据实际情况,给出合理、确切判断,不枉不纵。时至今天,还要强调,法律是一门科学技术,司法是一种主观与客观相结合的实践活动,它和医疗手术活动一样,是一项既需仰赖法律科学,又需技术训练的、要求极高的专业行当。法官不是徒有工具、不谙剪裁之学的法律工匠,也不是照方抓药的跑堂伙计,而是把脉问病、对症下药的坐堂郎中;司法并非只是宣读法律条文的喉舌,而是一个实事求是、因事制宜的裁量过程、创造过程。司法的功能在于解释法律,而解释的价值之一,在于当成文法具体规定缺位时,司法可以根据法律精神,根据成文法的总则规定,为法律规定作出补充,以完善法律。本案一审判决之所以被

〔5〕 孙国华主编:《中华法学大辞典》(法理学卷),中国检察出版社1997年版,第542页。