

反不正当竞争法与知识产权法 关系的司法政策的教义学展开

曾凤辰*

目次

一、问题的提出	五、法院法律续造权的具体证成
二、司法政策的一阶适用条件	(一) 授权法院续造可以实现续造的有 效性
(一) 立法对司法的优位性	(二) 授权法院续造不会过度危及法的 安定性
(二) 阻却漏洞认定或填补的规则	(三) 法院法律续造权行使的限制
三、法院的法律续造权：司法政策的二阶适 用条件	六、结语
四、功能主义：法院法律续造权的证成标准	

摘要 最高人民法院出台的有关反不正当竞争法与知识产权法关系的司法政策可化约为一项法律规则,授权法院在一定条件下援引反不正当竞争法为知识产权提供附加保护。这项政策的适用难点在于其适用条件。该政策的一阶适用条件为,知识产权法未予禁止的情形构成法律漏洞并且立法者未禁止法院填补漏洞。可是,存在一些阻却漏洞认定或填补的知识产权法律规则。只有为阻却漏洞认定或填补的规则设立例外,一阶适用条件才能成立。而为阻却漏洞认定或填补的规则设立例外以法院拥有对这些规则的续造权为前提。法院的续造权因此构成二阶适用条件。按我国国家机构权力配置的标准,法院应享有续造权。法院行使续造权应受论证负担规则的限制。

关键词 司法政策 法律漏洞 法律续造权 功能主义

一、问题的提出

近些年来,被诉侵权行为经认定不构成侵害知识产权后又被贴上不正当竞争行为标签的案件时有发生。在这类案件中,法官通过《反不正当竞争法》第2条这个一般条款突破了知识产权法的有关规定,导致依著作权法、商标法、专利法未受禁止的,因反不正当竞争法而遭禁止。或者说,依著

* 广东外语外贸大学法学院讲师、法学博士。本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目“知识产权法上的权力配置研究”(项目编号:20YJC820005)的阶段性研究成果。

作权法、商标法、专利法未受保护的,凭反不正当竞争法受到了保护。未经许可,对合格对象实施受专有权利控制的行为,侵害了著作权、商标权或者专利权。反面论之,对不合格对象进行利用,或者,对合格对象进行不受专有权利控制的利用,这两种情形都不构成对相应知识产权的侵害。对这两类不受相应知识产权法禁止的情形,都有裁判以反不正当竞争法一般条款予以禁止。在“金庸诉江南”^{〔1〕}“大众点评诉爱帮网”^{〔2〕}“大众点评诉百度”^{〔3〕}“耀宇公司诉斗鱼公司”^{〔4〕}“央视诉动景”^{〔5〕}“晨光笔”^{〔6〕}案中,法院即以《反不正当竞争法》第2条,禁止被告擅自利用思想、部分不构成作品的用户点评、不构成作品的游戏画面、体育赛事节目、专利保护期届满的产品外观设计。在“央视诉我爱聊”^{〔7〕}“商机在线诉意典美闻”^{〔8〕}案中,法院以《反不正当竞争法》第2条为依据,禁止了不受广播组织权下的转播权调整的网络转播行为、不受商标权控制的将他人商标用作竞价排名搜索关键词的行为。^{〔9〕}

关于反不正当竞争法与知识产权法的关系,知识产权法学界存在巨大分歧——“补充说”^{〔10〕}“平行保护说”^{〔11〕},甚至“独立说”^{〔12〕},都有学者主张。主流的“补充说”内部也并非铁板一块。围绕补充的条件、边界问题,各种学说不断生成。^{〔13〕}面对反不正当竞争法与知识产权法关系的争

〔1〕 参见查良镛诉杨治、北京联合出版有限责任公司著作权权属、侵权纠纷、商业贿赂不正当竞争纠纷案,广东省广州市天河区人民法院(2016)粤0106民初12068号民事判决书。

〔2〕 参见上海汉涛信息咨询有限公司诉爱帮聚信(北京)科技有限公司、爱帮聚信(北京)信息技术有限公司不正当竞争纠纷案,北京市海淀区人民法院(2010)海民初字第24463号民事判决书。

〔3〕 参见上海汉涛信息咨询有限公司诉北京百度网讯科技有限公司不正当竞争纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第528号民事判决书。

〔4〕 参见广州斗鱼网络科技有限公司诉上海耀宇文化传媒股份有限公司著作权权属、侵权纠纷案,上海知识产权法院(2015)沪知民终字第641号民事判决书。

〔5〕 参见央视国际网络有限公司诉广州市动景计算机科技有限公司著作权侵权及不正当竞争纠纷案,广东省广州市天河区人民法院(2015)穗天法知民初字第285号民事判决书。

〔6〕 参见上海中韩晨光文具制造有限公司诉宁波微亚达制笔有限公司、宁波微亚达文具有限公司、上海成硕工贸有限公司擅自使用知名商品特有装潢纠纷再审案,最高人民法院(2010)民提字第16号民事裁定书。

〔7〕 参见北京我爱聊网络科技有限公司与央视网络国际有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,北京市第一中级人民法院(2014)一中民终字第3199号民事判决书。

〔8〕 参见商机在线(北京)网络技术有限公司诉天津市意典美闻食品有限公司、北京百度网讯科技有限公司、百度在线(北京)网络技术公司、百度时代网络技术(北京)有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案,天津市高级人民法院(2014)津高民三终字第0011号民事判决书。

〔9〕 有些擅将他人商标用作竞价排名关键词的行为可被混淆涵括,而有些则不能,因此无法受到商标权的控制。这类行为也被有的学者称为“隐性使用”。比如参见陶乾:《隐性使用竞争者商标作为付费搜索广告关键词的正当性分析》,载《知识产权》2017年第1期,第73—81页。

〔10〕 比如参见郑成思:《反不正当竞争——知识产权的附加保护》,载《知识产权》2003年第5期,第3—6页;曾陈明汝:《商标法原理》,中国人民大学出版社2003年版,第151—153页。

〔11〕 比如参见张伟君:《从“金庸诉江南”案看反不正当竞争法与知识产权法的关系》,载《知识产权》2018年第10期,第14—23页;谢晓尧:《在经验与制度之间:不正当竞争司法案例类型化研究》,法律出版社2010年版,第73页;刘维:《论反不正当竞争法对知识产权补充保护之边界》,载《竞争法律与政策评论》(第3卷),法律出版社2017年版,第75—77页。

〔12〕 比如参见刘晓:《反思体育赛事节目的反不正当竞争法保护》,载微信公众号“知产力”2018年10月16日, <https://mp.weixin.qq.com/s/6TMgH38Yaf669NWbdJ-Onw>。

〔13〕 比如参见蒋舸:《知识产权法与反不正当竞争法一般条款的关系——以图式的认知经济性为分析视角》,载《法学研究》2019年第2期,第118—136页;崔国斌:《知识产权法官造法批判》,载《中国法学》2006年第1期,第144—164页;杨红军:《反不正当竞争法过度介入知识产品保护的问题及对策》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2018年第4期,第116—125页。

议,最高人民法院出台了一项司法政策。^[14] 这项司法政策其实可以化约为一项法律规则:只有在“不与专门法的立法政策相抵触”“专门法未作穷尽性保护”的情况下,法官才可以援引反不正当竞争法为知识产权提供附加保护。从内容来看,最高人民法院采纳了补充说。本文也认为补充说更为合理。平行保护说的立论基础是知识产权法与反不正当竞争法在立法目的、调整对象等方面存在差异。但事实上,在决定一项针对知识的新型被诉侵权行为是否应受禁止时,无论适用知识产权法还是反不正当竞争法,都需要进行利益衡量,而且两者在利益衡量时所需考虑的因素高度重合。在这种情况下,平行保护只会造成法律体系内部评价上的冲突。独立说的缺陷在于,其架空了学界关于“知识财产保护的设权与竞争法模式二分”^[15]的论题。

作为一项教义学研究,本文遵循教义学聚焦现行法适用的研究进路,探讨最高人民法院有关反不正当竞争法与知识产权法关系的司法政策的法律适用问题。这项政策的适用难点在于其适用条件。究竟在什么条件下,法官才可以援引反不正当竞争法对知识产权法进行补充? 由于反不正当竞争法与著作权法的关系最能反映这个问题的全貌,因此下文将以著作权为例进行说明;本文第二节揭示该政策的一阶适用条件以及一阶适用条件成立的阻却事由;第三节阐明该政策的二阶适用条件;第四、五节运用我国国家机构权力配置的教义对二阶适用条件做出证成。

二、司法政策的一阶适用条件

(一) 立法对司法的优位性

关于法院在什么条件下可以运用反不正当竞争法为知识产权提供附加保护的问题,最高人民法院给出的答案是在“不与专门法的立法政策相抵触”“专门法未作穷尽性保护”的情况下。为了明确法院援引反不正当竞争法对知识产权专门法进行兜底的适用条件,就需要对这两个要件进行解释。

从文字表述上看,“专门法未作穷尽性保护”与“不与专门法的立法政策相抵触”要件重申了“立法对司法的优位性”教义。法官的权力受立法者在先决定的约束,^[16]如果立法者已就需要裁判的事项做出决定,那么法官必须依据立法者的决定做出裁判。立法的优位性是有前提的,“只有法律评价存在之处,法律才对判决具有拘束力”^[17]。在立法者未对需要裁判的事项做出决定的情况下,鉴于禁止拒绝裁判的原则,法官只得去创设规则。因此,“专门法未作穷尽性保护”与“不与专门法的立法政策相抵触”这两项要件是想表明,法官只能在知识产权专门法的立法者未对待决案件的被诉侵权行为做出决定的情况下,才可以适用反不正当竞争法为知识产权提供附加保护。

立法者未做的决定有两个:第一个是,对于应否禁止被诉侵权行为,立法者未做决定;第二个则是,对于法官是否可以就应否禁止被诉侵权行为这个问题做出决定,立法者未做决定。只有在这两个决定立法者都没有做出的情况下,法官才可以创设规则,并依据其所创设的规则做出裁判。

据此,可将“专门法未作穷尽性保护”与“不与专门法的立法政策相抵触”这两项前提条件转换

[14] 参见《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第11条、《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》第24条。

[15] 参见刘春田主编:《知识产权法》(第5版),高等教育出版社2015年版,第339—340页。

[16] 参见[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第121页。

[17] 参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第343页。

为含义更为明确、操作性更强的三项条件:“专门法未对特定行为予以禁止”“专门法未予禁止的行为构成法律漏洞”以及“专门法立法者并未禁止法官填补漏洞”。这三项条件之间具有层层递进的关系——前一项条件若不具备,则无须考虑下一项条件。只有这三项条件具备,法官才可以援引反不正当竞争法为知识产权提供附加保护。

第一项条件的判断比较简单。知识产权专门法未予禁止的情形,如前所述,有两类:第一类是对不合格对象进行利用,第二类是对合格对象进行不受专有权利控制的利用。第二、三项条件则是适用的难点。知识产权专门法未予禁止的行为是否构成法律漏洞,以及(在构成法律漏洞的情况下)立法者是否禁止法官填补这些漏洞,取决于现行法下是否存在体现出“立法者有意沉默”^{〔18〕}的规则以及禁止填补漏洞的规则。下文将以著作权为例,展开对第二、三项条件的分析。

(二) 阻却漏洞认定或填补的规则

是否存在法律漏洞以及漏洞填补禁令,要区分类型而看。如前所述,著作权法未予禁止的情形有两类。但出于下文分析的目的,对第一类需要做进一步的类型化,细分为“对思想进行利用”与“对其他不合格对象进行利用”^{〔19〕}两个亚型。

就擅用他人思想这种类型来看,它并不构成法律漏洞,因为现行法上存在表明立法者有意不保护思想的规则。作为著作权法基本原理之一的“思想/表达二分法”便是这项规则。^{〔20〕}根据思想/表达二分法,著作权法只保护表达,不保护思想。允许思想的自由利用,在著作权立法者看来,一是有助于实现著作权法的立法目标,也即激励作品创作与传播的实现;二是有助于减轻法院在侵权认定上的负担,降低著作权的制度运行成本。^{〔21〕}

就擅用其他不合格对象这种类型而言,从这些对象不满足作品的构成要件这个事实出发,似乎可以引申出“任何不具作品资格的对象都可自由利用”的规则,从而表明立法者有意不保护其他不合格对象。但事情并没有这么简单。我国著作权法创设邻接权制度这一事实显示,立法者并无绝对的允许第三人自由利用不合格对象的意图。作者权体系发展出邻接权,是为了给那些达不到作品门槛,尤其是不满足独创性要件的智力成果提供保护,以此激励其市场供应。诸如表演、录音和广播电视节目信号^{〔22〕}等,由于达不到作品的构成要件,被置于公有领域。但后来立法者意识到有必要保护这些无法被贴上作品标签的成果,所以表演等对象又被圈了起来,重新成为私人产权的客体。而且从国际上看,邻接权的种类有不断扩大之势。^{〔23〕}因此,“任何不具作品资格的对象都可自由利用”这项规则“包含过度”^{〔24〕},应被限缩为“任何不具作品资格的对象都可自由利用,除

〔18〕 立法者有意的沉默意指,立法者对一定事项不予调整,并且是有意不予调整。因为在立法者看来,对一定事项不予调整是最优的。立法者有意沉默的场合,绝对排除法律漏洞的存在。

〔19〕 本文所说的“其他不合格对象”,是指那些不满足作品的构成要件,但又未落入现有邻接权对象类型中的知识。

〔20〕 “思想/表达二分法”在我国成文法上的唯一体现是《计算机软件保护条例》第6条。依该条,“本条例对软件著作权的保护不延及开发软件所用的思想、处理过程、操作方法或者数学概念等”。

〔21〕 See Douglas Lichtman, *Copyright as a Rule of Evidence*, 52 Duke Law Journal 683 (2003).

〔22〕 关于广播组织权的客体,学界存在争议。本文采广播电视节目信号的观点。具体理由可参见王迁:《广播组织权的客体——兼析“以信号为基础的方法”》,载《法学研究》2017年第1期,第100—122页。

〔23〕 最新的例子即欧盟《数字化单一市场版权指令》设立的新闻出版者邻接权。

〔24〕 一项完全精确的规则应能涵括所有相关的事例,而将任何无关的事例排除在外。不精确的规则要么是“包含不足”(under-inclusive)的,即有些相关的事例未被规则所涵摄;要么是“包含过度”(over-inclusive)的,即无关的事例为规则所涵摄。参见[美]弗雷德里克·肖尔:《依规则游戏:对法律与生活中规则裁判的哲学考察》,黄伟文译,中国政法大学出版社2015年版,第38—39页。

非有必要为这些对象的市场供应提供激励”。在这样一项规则下，擅用其他不合格对象这种类型有构成法律漏洞的可能性。

虽然擅用其他不合格对象这种类型有可能构成法律漏洞，但这类漏洞只能由立法者通过设立新的邻接权的方式予以填补，法院无权填补。其理由在于：现行著作权法奉行作品类型法定主义，又由于不具有作品资格的对象在著作权法中所能获得的保护不应高于作品，举轻以明重，故不具有作品资格但有激励必要的对象也必须法定。

由于不具有作品资格的对象在独创性上有所欠缺，其在著作权法中获得的保护必然不能高于作品。依《著作权法》第3条第9项，作品类型法定。立法者之所以做出第9项“其他客体”的规定，是因为“随着文化和科学事业的发展，有可能出现新的思想表达形式，……需要列入著作权客体给予保护”。而且，之所以加上“法律、行政法规规定的”这个限定，是为了“保证法制的统一”^[25]。由此，根据立法者的意图，作品类型条款不仅起到例示作品类型、将特定规则与特定作品类型相匹配的作用，还起到限定狭义著作权保护对象的功能。未落入第3条前8项而其他法律或行政法规又未明定的作品类型，不受著作权法的保护。既然新作品类型都仅能通过法律、行政法规加以明确，新邻接权对象也必须法定，法官无权在个案中给予虽有激励必要但不满足作品构成要件的对象以保护。

对合格对象作不受专有权利控制的利用类型下，如果该不受专有权利控制的利用方式是因技术变迁而新近产生的，而且该利用方式具有相当的经济价值，那么就会存在法律漏洞。立法者对于这些新型的利用方式在立法时根本未有预见，更遑论特意予以排除。

与擅用其他不合格对象类型一样，这种类型也会面临法院无权填补漏洞的局面。当然，禁止法官填补漏洞这个结论针对的是邻接权权项的扩张，而非狭义著作权权项的扩张。法官对狭义著作权权项的扩张，得到了立法者的明确支持——其通过设立第10条第1款第17项这个一般条款，授权法官填补漏洞。^[26]而且，立法者并未对第17项的适用范围做出限定。^[27]因此，对于狭义著作权权项的扩张，并无适用反不正当竞争法一般条款的必要。反观邻接权权项的扩张，有学者认为，由于立法者并未为其设立如同第10条第1款第17项那样的“兜底权利”条款，狭义著作权与邻接权在这方面的“差别待遇”表明，“立法者无意为邻接权留下拓展保护范围的空间”^[28]。立法者做出这样的安排，确实可能是有意为之，而非疏漏。这么做的理由，并非认为邻接权的权项不存在漏洞，而是认为邻接权权项的扩张问题干系重大，不应由法院做出扩张的决定。表演、录音录像和广播电视节目信号这些成果上存在着分属不同主体的两类权利。邻接权权项的扩张，意味着原本只需经著作权人许可的利用，现在还要额外获得邻接权人的同意。只要有其中一方权利人不同意，第三人便无法对这些成果进行利用。权利的分立、破碎，会增加交易的成本，使资源得不到充分的利用，从而发生了学者所说的“反公地悲剧”^[29]，最终损及著作权人的利益，以及更根本的，有害于作品的传播。因此，法官通过反不正当竞争法一般条款对邻接权的权项进行扩张，如对原本不受广播组织权下的转播权规制的网络转播加以禁止，从而抵触了立法者的决定。

[25] 参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，法律出版社2002年版，第21页。

[26] 在方法论上，一般条款是立法者在意识到漏洞必定存在的情况下，授权法官进行漏洞填补的“委托书”。参见前注[17]，魏德士书，第348页。

[27] 参见前注[25]，胡康生书，第61、66页。

[28] 参见王迁：《著作权法》，中国人民大学出版社2015年版，第294页。

[29] See Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 Harvard Law Review 621 (1997-1998). 关于“反公地悲剧”更精炼的阐述，see Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: A Concise Introduction and Lexicon*, 76(1) Modern Law Review 6 (2013).

综上,就现行著作权法未予禁止的三种类型而言,它们要么不构成法律漏洞,要么虽然构成法律漏洞,但法院被立法者禁止填补漏洞。

三、法院的法律续造权:司法政策的二阶适用条件

上文的分析表明,依最高人民法院确立的前提条件,根本没有适用反不正当竞争法为著作权提供附加保护的余地、空间,因为在著作权法未予禁止的三种类型中,法律漏洞并不存在,或者法院无权填补漏洞。阻却漏洞认定或填补的规则有三项,分别为思想不受保护、作品类型法定与邻接权法定。法官若想运用反不正当竞争法为著作权提供附加保护,必须对这三项规则进行续造:^[30]通过为这三项包含过度的规则设立例外,对这些规则进行目的性限缩。在例外成立的情况下,法官方可运用反不正当竞争法一般条款对著作权法未予禁止的事项加以禁止。法官对阻却漏洞认定或填补的规则进行续造,以其拥有这些规则的续造权为前提。因此,法院的法律续造权构成了司法政策隐藏的适用条件。本节探讨如何对阻却漏洞认定或填补的规则进行续造,对法院法律续造权这项前提的证成则留待下节。

就擅用他人思想这种类型来说,它之所以不构成法律漏洞,是因为存在着“思想不受保护”这项规则。为了排除这种类型不构成法律漏洞的障碍,唯一的方法就是主张“思想不受保护”这项规则包含过度,因而需要设立例外。“思想不受保护”的规则意味着,在任何情况下,思想都不受保护。为证立“思想不受保护”规则包含过度,必须找到有必要对思想加以保护的情境。运用反不正当竞争法一般条款禁止擅用他人思想的法官,其实就是在寻找“思想不受保护”规则的例外。只不过,像“金庸诉江南”这样的案件,并不是法官所希望发现的例外,而是思想不受保护这条规则所希望调整的典型情形。

有必要对思想加以保护的情境可在比较法中觅得。在美国的影视和玩具产业中,有不少因提供剧本梗概、节目模式、喜剧中的“包袱”等新颖且具有商业应用价值的“创意”“点子”而引发的纠纷。原告向被告提供了这些抽象的观念,被告在知悉后并未予以接受,却在此后用了原告的点子创作出作品。阿罗的“信息悖论”揭示了这类纠纷产生的根源:“信息之于买者的价值直到买者知悉该信息时才能确定,可是在买者知悉该信息的当下,他实际上已经免费获取了该信息,因而无须再花钱购买。”^[31]信息悖论将导致信息无法得到有效的配置。为了避免这一后果,为这类思想提供保护的必要性便产生了。当然,在美国法中,这类思想受到的保护是相对的,而非绝对的,目的只是让提供者能向接受者求偿。事实合同、保密关系与不当得利构成了保护的基础。^[32]因此,除非碰到类似情形,法院不能援引反不正当竞争法为思想提供保护。

擅用其他不合格对象这一类型下,法院无权填补漏洞的结论源于前述推论。为使法官能在该类型下运用反不正当竞争法一般条款进行填补,需要对作品类型法定前提加以反驳。反驳的关键,在于运用教义学对《著作权法》第3条加以处理。有学者认为,有两种方式可以使法律、行政法规尚未明定的作品类型在个案中获得著作权保护:一个是利用《著作权法实施条例》的行政法规身

[30] 法律续造是一项依据立法目标对立法者制定的规则进行校准、修补,从而使规则变得更为精确和周延的持续性作业。

[31] See Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in Universities-National Bureau Committee for Economic Research & Committee on Economic Growth of the Social Science Research Council ed., *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton University Press, 1962, p.615.

[32] 参见李明德:《美国知识产权法》(第2版),法律出版社2014年版,第十五章。

份以及该条例第2条的作品定义条款；另一个是《著作权法》第3条中的“包括”一词。^{〔33〕}但本文认为，由于立法者制定《著作权法》第3条第9项的意图非常明确，法律解释的空间并不存在，只能对该条款进行法律续造，对《著作权法》第3条第9项进行目的性限缩。任何一部法律的制定都有它欲实现的目标。著作权法旨在通过激励作品的创作和传播，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣。为达致促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣的根本目标，需要在作品上创设产权，使作品得到源源不断的市场供应，并且降低交易费用，实现作品的广泛传播。著作权法中的各项规则，包括第3条，都旨在落实激励创作和传播的手段性目标。在有些情境中，为某种新作品类型提供保护的必要性是如此之大，以至于压倒了保持法制统一，也即法的安定性的目标。因此对于《著作权法》第3条第9项的包含过度，可将此限缩为：法律、行政法规规定的其他作品，但对于那些不及时提供保护将使创作激励遭受严重损害的作品除外。由于前述推论必要前提之一的作品类型法定被证伪，不具作品资格但有激励必要的对象也必须法定的结论便无从成立。

对合格对象作不受专有权利控制的利用类型下，法院无权填补漏洞的结论源自狭义著作权与邻接权在兜底权利条款上的有无对比。为使法院可以填补这类漏洞，也需要对“法院在任何情况下皆无权扩张邻接权权项”的规则设立例外。这个例外成立的前提是激励的必要性非常迫切。在不制止被诉侵权行为将影响现有权项正常行使的情况下，^{〔34〕}激励的必要性即属非常迫切。以体育赛事节目网络盗播纠纷为例，在网络转播已然成为体育赛事节目最有价值的利用方式的情况下，如果不禁止未经许可的网络转播，将使著作权法对广播组织的保护形同虚设。在该例外情形下，法院可以援用反不正当竞争法一般条款间接扩张邻接权的权项。至于上文提及的由权利分立引发的交易费用问题，法院可通过责任规则^{〔35〕}（不停止侵害，仅给予赔偿）的运用来缓解。

四、功能主义：法院法律续造权的证成标准

法院所拥有的对阻却漏洞认定或填补的规则的法律续造权构成了司法政策的二阶适用条件。这个条件本身是有待证成的。只有在法院拥有续造权这个命题成立的情况下，司法政策才有适用的余地。法院应否拥有这些规则的法律续造权的问题，是一个关涉到国家机构权力配置的宪法问题。在我国，包括法律续造权在内的各项公共权力是依据功能主义的教义在相关国家机构之间进行配置的。因此，法院应否拥有续造权，也要根据功能主义标准做出判断。

功能主义的权力配置标准蕴含在我国宪法第3条有关民主集中制的规定之中。^{〔36〕}与西方奉行权力分立不同，我国强调国家权力的最终统一。国家权力统一于人民代表大会，以及最终的权力主体——人民。但“权力的最终统一”并不意味着“议行合一”^{〔37〕}。不是任何公共事务都得由人民代表大会直接做出处置。分工是被允许的，只不过“分工不分权”，分工是人民代表大会统一领导下的权力分工。国家机构之间分工的标准就是功能主义。功能主义的权力配置标准，旨在确保国家权力行使的正确性和效率。一项权力该交由哪个国家机构来行使、来承担，根本上取决于交

〔33〕 参见李琛：《论作品类型化的法律意义》，载《知识产权》2018年第8期，第7页。

〔34〕 这里借鉴了北京市高级人民法院发布的《侵害著作权案件审理指南》第5.18条。

〔35〕 有关“责任规则”的完整阐述，see Guido Calabresi & Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harvard Law Review 1089 (1972).

〔36〕 参见张翔：《我国国家权力配置原则的功能主义解释》，载《中外法学》2018年第2期，第281—303页。

〔37〕 也有学者认为“议行合一”并不反对分工，其仅表明人民主权的不可分割性。参见杜强强：《议行合一与我国国家权力配置的原则》，载《法学家》2019年第1期，第1—14页。

给哪个国家机构更能使该项权力得到正确和有效的行使。具言之,一方面,“当某项国家任务需要分配时,要比较分析哪个机关在组织、结构、程序、人员上具有优势,最有可能做出正确决定”;另一方面,“如果宪法将某个国家职能配置给了某个机关,那么就应该对这个机关的组织、结构、程序、人员进行相应调整,以使其能够达到落实这项国家任务所需要的功能要求”^[38]。

就本文的目的而言,需要探讨的是知识产权法律规则续造权这项权力的配置问题。依照功能主义的权力配置标准,知识产权法律规则的续造权也应配置给更能使续造权得到正确和有效行使的国家机构。续造权是否得到正确和有效行使的衡量标准有两项:一个是续造的有效性——续造是否有效,取决于其能否获取“有效率”^[39]的知识产权法律规则;另一个是法的安定性。二者都是值得追求的目标,但又存在实现上的冲突。续造有效性目标的实现以法的安定性受损为代价。因此,依功能主义标准,续造权应配置给能在续造有效性收益与法的安定性成本中求得最大化净收益的国家机构。

五、法院法律续造权的具体证成

为了证成法院应拥有续造权,从而使司法政策得以适用,就必须证成:相比于由立法者自己行使,授权法院行使续造权能带来更大的净收益。

(一) 授权法院续造可以实现续造的有效性

有效率知识产权规则的获取途径有两个:一个是在掌握所有必备知识的基础上创制;另一个则是在实验的基础上发现。基于以下理由,续造的有效性仅能依赖试错这一途径。

有效续造需要大量的知识。以禁止未被现行法涵摄的新型被诉侵权行为这一法律续造类型为例,在满足一定条件的情况下,禁止未被现行法涵摄的新型被诉侵权行为的决定才会被视为是正确的。这个条件是,禁止该当被诉行为所实现的立法目标在量上必须要大于禁止该当被诉行为所损害的立法目标。^[40]立法者追求的目标可分为实体性目标和形式性目标。在知识产权语境下,禁止未被现行法涵摄的新型被诉侵权行为通常在实现激励这一实体性目标的同时,损害了保全公有领域这一实体性目标,以及维持法的安定性和制度运行成本^[41]这两个形式性目标。依据该条件,有效续造所需的知识,从收益这一侧来看,包括激励的具体内涵^[42]以及新型被诉行为与激励目标之间的手段—

[38] 参见张翔:《国家权力配置的功能适当原则——以德国法为中心》,载《比较法研究》2018年第3期,第153页。

[39] 本文所说的“有效率”,是目标中立的,不限于经济效率。其所意指是就任何给定的目标而言,所制定的规则是达成目标的最优手段。

[40] 阿列克西将该条件称为“权衡法则”。参见[德]罗伯特·阿列克西:《法的安定性与正确性》,宋旭光译,载《东方法学》2017年第3期,第138页。

[41] 参见[以]约拉姆·巴泽尔:《产权的经济分析》(第2版),费方域等译,上海人民出版社2017年版,第4—6页。See also Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 *American Economic Review* 347, 350—353 (1967).

[42] 激励是一个异常模糊的概念。关于激励的对象究竟是创新行为,还是对创新的投资,学界存在不同的看法。关于激励的边界,更是莫衷一是。以著作权法上的合理使用制度为例,关于著作权人对作品的正常利用方式的范围,存在不同的理论学说:有学说认为,作品的正常利用方式包括作品现在及将来的各种使用方式,即便这些使用方式的交易费用非常高昂。参见[美]保罗·戈斯汀:《著作权之道:从谷登堡到数字点播机》,金海军译,北京大学出版社2008年版,第198页。而有的学说则排除那些交易成本高昂的利用方式。See Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 *Columbia Law Review* 1600 (1982).还有学说认为,作品的正常利用方式仅限于创作者事先可预期的利用方式。See Shyamkrishna Balganesh, *Foreseeability and Copyright Incentives*, 122 *Harvard Law Review* 1569 (2008—2009); Christina Bohannon, *Copyright Harm, Foreseeability, and Fair Use*, 85 *Washington University Law Review* 969, 1019 (2007—2008).

目的关系。^{〔43〕}从成本这一侧来看,包括禁止新型被诉行为对法的安定性的影响、受规制者可能采取的规避方式,以及制止规避行为所需的成本。^{〔44〕}由于一些条件的缺失,即便是最接近理想商谈的立法程序,也无法确保决策者能够掌握所有的必备知识。知识与权力相互连带。^{〔45〕}商谈各方的力量组合关系决定了商谈机制生产出来的知识,而不同的知识将引导制定出不同的规则。有效率规则的获取依赖于一种特殊的权力组合关系。这种权力组合关系要求利益受到特定规则牵连的相关群体的集体行动能力相同。可是在现实中,均势集体行动能力的条件通常难以满足。^{〔46〕}

相比于立法者,法院系统拥有更为完备的试错机制,从而更能确保续造的有效性。试错的实质是进化,奉行变异与选择的进化铁律。^{〔47〕}因此,试错机制的完备性可以从两个维度加以评判:变异的接纳度与反馈的效度。^{〔48〕}变异的接纳度、反馈的效率越高,就能更快地找到问题的最优解决方案并在系统中应用该方案。

司法拥有更高的变异接纳度。接纳变异,就意味着同时要接纳失败,因为绝大多数的变异最终都被证明是失败的。人们对变异失败的耐受度,取决于变异失败引发的预期成本。失败的预期成本“等于它的可能性与它成本的乘积”^{〔49〕}。换言之,保持另一个变量不变,降低失败发生的概率或者它实际造成的成本,都可以降低预期成本,从而提高耐受度。对于立法而言,它所能控制的变量是失败发生的概率。其创设的法律规则,除了极其例外的情形,在全国范围内发生拘束力。如果规则无效率,造成的后果将是巨大的。所以,鉴于失败的风险太高,立法者不太敢于尝试新方案。这也就是立法为何如此谨慎的原因。法院控制的是另一个变量。每家法院创设的(裁判)规则,即便无效率,所引发的成本也较小,因为判决仅具个案效力。在全国拥有知识产权案件管辖权的各地域、层级法院构成的系统内,每一家法院代表着同一问题潜在的不同解决方案。^{〔50〕}对同一争议分别做出判决的各家法院,好比一个个模块、组件。^{〔51〕}通过裁判的个案拘束原则,各模块之间仅具有非常低的耦合度,确保了失败事件的独立性,^{〔52〕}不会引发系统性影响、多米诺骨牌效应。^{〔53〕}所以,与立法相较,法院系统

〔43〕 禁止新型被诉行为是否有助于创新,非常难以判断。参见[日]田村善之:《知识产权法政策学初探》,载田村善之:《田村善之论知识产权》,李扬等译,中国人民大学出版社2013年版,第5页。

〔44〕 See Henry E. Smith, *Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information*, 116 Yale Law Journal 1742 (2007).

〔45〕 参见[法]米歇尔·福柯:《规训与惩罚》(第4版),刘北成等译,生活·读书·新知三联书店2012年版,第23页。

〔46〕 相关群体的集体行动能力取决于两项成本:就采取什么集体行动达成协议的成本,解决成员在集体行动上搭便车的成本。这两项成本均与群体的规模成正比。群体规模越大,交易成本、搭便车问题越发严重,集体行动能力越弱,该群体的集体利益也就越发得不到反映和维护。参见[美]曼瑟尔·奥尔森:《集体行动的逻辑》,陈郁等译,上海人民出版社2011年版,第35—42页。

〔47〕 参见[英]达尔文:《物种起源》,苗德岁译,译林出版社2013年版,第三、四章。

〔48〕 参见[英]蒂姆·哈福德:《试错力》,冷迪译,浙江人民出版社2018年版,第23页。

〔49〕 参见[美]克莱·舍基:《人人时代:无组织的组织力量》,胡泳等译,中国人民大学出版社2012年版,第200页。

〔50〕 变异的数量与管辖权的集中程度成反比。我国在技术类知识产权案件领域实行的集中管辖因此会对试错带来消极影响。

〔51〕 有学者已运用模块化来解释财产权,包括知识产权。See Smith, *supra* note [44], at 1761-1777; Henry Smith, *Institutions and Indirectness in Intellectual Property*, 157 University of Pennsylvania Law Review 2083, 2104-2119 (2008-2009).

〔52〕 参见前注〔48〕,哈福德书,第5章。

〔53〕 在知识产权领域中,一些法院具有权威性,因此这些法院的判决将产生系统性影响。为保证试错的有效性,这些易产生系统性影响的法院应保持谦抑。

会比较具有创新精神,更有意愿去尝试新方案。

反馈的效度要求建立有效的反馈机制,对成功和失败的经验进行总结。在这点上,法院已然建立了一个有效的反馈机制。不仅有像司法解释、指导性案例、其他类型的典型案例这些自上而下的总结机制,也有像北京知识产权法院“具有指引意义的在先案例”制度、东莞第一人民法院“案例引证”制度^[54]这样的市场化筛选机制,对全国有管辖权的法院的实践经验进行“投票”——淘汰失败的,保存成功的。^[55]立法对司法的这套反馈机制颇为借重,并形成一套行之有效的实验式立法机制。知识产权法的制定与修改有较大比例建立在法院的反馈机制基础之上,是对成功司法经验的制定法治化。

正是由于试错机制的有效性,才使得法院系统成为法律解释领域最为活跃的力量。我国语境下的“法律解释”的适用前提是“需要进一步明确具体含义”或者“出现新的情况需要明确适用依据”^[56]。可见,法律解释虽然是以规范性文件的形式表现,但不改法律发展的本色,旨在对已有规范进行补充、完善。^[57]1981年的《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》确立了中央与地方在法律解释事务上的“分工”格局:对全国人大及其常委会制定的法律的解释,依据“条文本身”“审判与检察工作中具体应用”与“其他具体应用”的区分标准,分别将法律解释权配置给全国人大常委会、最高人民法院与检察院,以及国务院及其主管部门。如学者早已洞见到的,“条文本身”与“具体应用”并非真实的区分。^[58]因此,所谓的“分工”,其实是竞争。哪个国家机构的试错机制更完备,就更能产出正确的法律解释和推动法律的发展,也就更有可能从这场竞争中胜出。司法解释处于蓬勃、繁盛的发展状态,而立法解释则长期陷于虚置的困境,所反映出的恰恰是竞争的胜败。

如果允许法院续造,则可以把处于不确定性之下的立法者从两难抉择中解脱出来:在吃不准禁止某种行为是否为激励所必需的情况下,如果仓促立法,万一事后被证明不为激励所必需,则赔上了公有领域遭不当侵占、后续创新遭抑制的巨大成本;如果不马上立法,万一真的为激励所必需,则将因戈斯汀所说的“痼习难改政治学”或者诺斯所说的“路径依赖”,引致“迟来的权利通常就是否定权利”的次优结果。^[59]由于法院的介入,立法者得以在司法充分试错的基础上从容、科学立法。

(二) 授权法院续造不会过度危及法的安定性

相比于立法者自己行使续造权,授权法院续造确实会危及法的安定性和法制的统一。法的安定性受损,将使开展社会交往的市场主体在互动时失却预期,从而引发巨大的信息成本。法的安定性价值是如此的重大,以至于可以赔上个案裁判结论的妥当性。在一般情况下,因法律不确定而制造的信息成本要远大于通过续造而实现的裁判结论妥当性的增进。科斯也认为,法官可以通

[54] 参见谢晓尧:《案例引证:一种司法规训技术》,载《电子知识产权》2015年第8期,第23—27页。

[55] 对于这个过程,卡多佐法官有一段非常传神的描述:“一个法官的工作,在一种意义上将千古流传,而在另一种意义上又如白驹过隙。那些好的将千古流传,而那些错误的则可以肯定会死去。好的得以保留并成为基础,在其之上将建成新的结构。那坏的将在岁月的实验室中被拒绝并抛弃。”参见[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1997年版,第108页。

[56] 参见《中华人民共和国立法法》第45条。

[57] 司法解释虽然是抽象的规范性文件,但这种抽象立基于反复试错的个案裁判经验。普通法系则是通过先例拘束原则实现了个案裁判经验的一般化。

[58] 参见张志铭:《关于中国法律解释体制的思考》,载《中国社会科学》1997年第2期,第112页。

[59] 参见前注[42],戈斯汀书,第186页。

过发展规范来降低交易成本,但前提是“不给法律地位自身制造过多的不确定性”^{〔60〕}。

但法院续造对法的安定性的损害并没有预想的大,因为对法官而言,法的安定性受损不是一项外部成本。法官在面临是否续造规则的选择时,会考虑如何内化法的安定性受损这项成本。内化既可能以直接的方式,也可能以间接的方式实现。由于法的安定性与法官效用函数中的“休闲”变量相关,法官在个案裁判时会主动考虑法的安定性是否因为续造而受损。法官自己也不希望权义关系变得不确定,因为这会极大地增加其工作量,从而妨碍其休闲目标的实现。^{〔61〕}这是直接内化的方式。上级法院通过司法政策文件要求法官去考虑法的安定性,则是间接内化方式。为避免因为不遵循司法政策而承担不利后果,法官也有动力在续造时考虑法的安定性。

而且,在反不正当竞争法途径遭“封堵”的情况下,法的安定性价值反而可能会受到更严重的损害。如果法官决意续造规则,原本无争议或者本就模糊的法律概念就成为唯一可行的工具。这些概念的含义或遭扭曲式发展,或变得更加不确定,从而使市场主体难以预见特定情境下法律所要求的行动。比如,在反不正当竞争法一般条款不可行的情况下,如果法官认为有必要给予那些达不到作品门槛的智力成果以保护,其可以利用独创性高度的模糊性来达成目标。结果是,独创性概念变得更加难以捉摸。^{〔62〕}

(三) 法院法律续造权行使的限制

法院能在续造有效性与法的安定性这对存在张力的目标中求得最大的净收益,因此应拥有对阻却漏洞认定或填补的规则续造权。法院虽然拥有续造权,但并不意味着其可以任意行使这项权力,否则思想不受保护、作品类型法定、邻接权法定这三项规则将会名存实亡。为了确保法官忠实履行其作为立法者(经济学意义上的)代理人的角色,必须明确法院行使续造权的条件。这个条件是一项论证负担规则。^{〔63〕}与诉诸规范意旨的规则解释方法相比,语言学的解释方法具有初显优先性。主张推翻这个优先性关系——比如为规则设立例外——的法官,必须给出理由,以论证诉诸规范意旨的解释方法在待决案件中具有优先性。^{〔64〕}至于理由的具体内容,上文第三节已经给出。

六、结 语

最高人民法院关于竞争法与知识产权法关系的司法政策本质上是一项法律规则。该政策在适用上的疑难体现在其适用条件上。从字面含义进行解读,该政策的一阶适用条件为知识产权专门法未予禁止的情形构成法律漏洞且立法者未禁止填补漏洞。以著作权为例,思想不受保护、作品类型法定和邻接权法定这三项规则的存在,致使一阶适用条件无法满足。除非为阻却漏洞认定或填补的规则设立例外,否则一阶适用条件无法成立。而为阻却漏洞认定或填补的规则设立例外,以法院拥有这些规则的续造权为前提。法院的续造权因此构成了司法政策的二阶适用条件。

〔60〕 See R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 Journal of Law and Economics 1, 20 (1960).

〔61〕 See Richard A. Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, 3 Supreme Court Economic Review 1, 21-22 (1993).

〔62〕 参见前注〔27〕,王迁书,第302页。

〔63〕 参见〔德〕罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第308页。

〔64〕 参见舒国滢等:《法学方法论》,中国政法大学出版社2018年版,第384页。

将续造权配置给法院能使续造权得到正确和有效行使,因此符合我国国家机构权力配置的功能主义教义。

新技术与新商业模式的迭代更新不断给知识产权法制造新的法律适用难题,而在这些难题之上不可避免地产生了观点上的分歧。这些分歧看起来牢不可破、不可通约。纵观近些年的知识产权法律适用争议,可以总结出一条规律:初级规则的法律适用被与次级规则割裂开来。^{〔65〕}可是,在脱离次级规则的情况下无法圆满地解决初级规则的法律适用问题,因为法律本质上关乎权威。如肖尔所言,法律“不仅关注作出什么样的决定,而且也关注作出这一决定属于谁的权力”。换言之,法律不仅关注“什么是对的”,更关注“谁有权决定什么是对的”^{〔66〕}。魏德士说得更加直接,“方法问题是宪法问题”^{〔67〕}。本文所研究的反不正当竞争法与知识产权法关系的司法政策的法律适用就是一个鲜明的体现。

Abstract The judicial policy of the Supreme People's Court on the relationship between the anti-unfair competition law and intellectual property law can be reduced to a legal rule which authorizes the courts to invoke the anti-unfair competition law to provide additional protection for intellectual property rights under certain conditions. The difficulty in applying this rule lies in its application conditions. The first-order condition of this policy is that the conditions not prohibited by intellectual property law constitute gaps in the law, and the legislator does not prohibit the courts from filling the gaps. However, there are rules in intellectual property law that prevent the identification or filling of gaps. The first-order condition can only be met if the exceptions are established for the rules to prevent the identification or filling of the gaps. However, the exceptions presuppose that the courts shall own the legal renewal power regarding these rules. The courts' renewal power thus constitutes the second-order condition. According to the standard of power allocation among our state institutions, courts should own the renewal power. Courts' exercise of this renewal power should be limited by the rule of the burden of proof.

Keywords Judicial Policy, Gaps in the Law, Legal Renewal Power, Functionalism

(责任编辑:徐彦冰)

〔65〕 哈特认为,现代社会存在着两类法律规则:一类是初级规则,另一类是次级规则。初级规则是关于义务的规则,而次级规则是关于初级规则的规则,即设立、变更和废止义务的规则。由于次级规则都是授权一定的主体去变动初级规则,因此次级规则也被称为“权限规则”。经次级规则授权之主体,就成为特定法律事项的权威。参见〔英〕哈特:《法律的概念》(第2版),许家馨等译,法律出版社2011年版,第84—85页。

〔66〕 参见〔美〕弗里德里克·肖尔:《像法律人那样思考:法律推理新论》,雷磊译,中国法制出版社2016年版,第240、239页。

〔67〕 参见前注〔17〕,魏德士书,第304页。