

# 法律文本组织技术的方法危机

## ——反思“互联网专条”

谢晓尧\*

### 目次

- 一、形式主义困境
  - (一) 形式的上风
  - (二) 失落的“黑体字规则”
  - (三) 法官为什么不适用规则
- 二、“概括+列举+兜底”意味着什么？
  - (一) “概括”：概念的界定
  - (二) “列举”：示例的方法
  - (三) “兜底”：过犹不及的“空制度”
- 三、何谓类型？如何类型化？
  - (一) 类型是中间高度的认知范畴
  - (二) “或多或少”程度特征与整体评价
  - (三) “事物本质”与类型建构
  - (四) 类推方法之运用
- 四、尾语

**摘要** 在社会热切的期待中,2017年修订的《反不正当竞争法》增加了“互联网专条”。意外的是,该条文一出台就出现失灵:大量案件拒绝具体规则的涵摄,纷纷向一般条款逃逸。“互联网专条”是法律组织技术的知识反映,规则失灵源于方法上的深刻危机。该条文经不起教义法学上的概念分析,缺乏术语、内涵模糊、外延边界不清。“互联网专条”是概念思维指导下的所谓类型化,难以建立严格意义上的类型。形式主义是有限度的,《反不正当竞争法》的法律实践和理论研究需要一种问题转向,寻求保障经验知识习得和累积的强大方法。

**关键词** 互联网专条 法律形式主义 规则失灵 概念思维 类型思维

所有法律实践和法学理论研究都极其依赖于方法。方法是一种“理性化过程”,离开方法指引的结果将是任性的。<sup>〔1〕</sup> 有教义法传统的国家,奉行“最严格、最高的”“科学标准”,致力打造“科学的法”。<sup>〔2〕</sup>

\* 中山大学法学院教授、管理学博士。感谢广东省市场监督管理局的陈华荣先生、王诗翔先生和黄芸女士!与他们合作研究广东省有关地方立法草案的过程,促成了本文的思考。当然,本文文责自负。

〔1〕 [瑞士] 菲利普·马斯托拉蒂:《法律思维》,高家伟译,载《法哲学与法社会学论丛》总第6期,中国政法大学出版社2003年版,第9页。

〔2〕 [德] 马提亚斯·耶施德特:《法律中的科学——科学比较中的法教义学》,张小丹译,载《北航法律评论》总第6辑,法律出版社2015年版,第57页。

方法是通往科学目标的路径,必须以“可检验和可控制的方式导向某一理论上或实践上的认识”。〔3〕法律未必是严格意义上精确的科学,法律人的方法多种多样,逻辑(类比)、历史、习惯和社会学等方法被视为“法律的武器库中十八般兵器”,是相互混合、彼此检验的“同盟军”。〔4〕立法、司法和法学研究都需要方法论上内省反思的自觉,接受方法理性之规训。本文反思《反不正当竞争法》互联网专条出现的规则失灵现象,从概念和类型两种不同思维模式出发,探讨该条文在组织技术上的复杂性与知识危机,借此反思法律形式主义的限度及其出路。

## 一、形式主义的困境

### (一) 形式主义的上风

1993年的《反不正当竞争法》颁布于我国市场经济体制建立的时间起点上。随着互联网的兴起和发展,不正当竞争纠纷频繁发生,〔5〕可谓“老同志遇到新问题”。在司法实践中,相当一部分不正当竞争纠纷被当作“新型”纠纷,适用一般条款判案的案件所占比例较高,〔6〕因而饱受不确定性的责难。〔7〕面对来自技术、市场、商业模式等诸多不确定性的夹击,一般条款的广泛适用引发了某种社会“恐惧症”:人们担心其“削弱了法律的预测性和指引性”,〔8〕导致“不确定性和扩张性”。〔9〕为缓解这种忧虑,有人主张限制“过度适用”,〔10〕有学者甚至建议法律明文规定“限制一般条款的适用”。〔11〕

作为制度安排的首选,人们自然而然将目光转移到对规则的期待上。通常认为,形式主义是“法律区别于其他事物的核心特征”,〔12〕其做法是:制定“黑体字规则”,借由高度概念化和体系化的法律条文,对社会事务进行数目字控制式的无缝管理。法律适用是“黑体字规则”自我闭合状态下的三段论推理,无须更多求助于法律之外的其他价值因素。易言之,一个理想化的形式主义规则,不假外求,一切答案全部藏于黑体字之中。在反不正当竞争法领域,对“黑体字规则”的渴求,在理论界原本就有市场。流行的观点主张,“以具体化知识代替指引性知识,以要件式规范代替写意性规范,以强预见性规范代替弱预见性规范,以规则为重心代替以审判者为重心”。〔13〕这种观点投射到互联网实务界,即被化约为强劲的立法呼吁:“唯有将其共性加以提炼并在具体条款中有所规定……”〔14〕在社会各界相互增强的舆论漩涡中,体系化的立法诉求顺理成章成为社会共识,即:设

〔3〕 [德] 齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2018年版,第1页。

〔4〕 [美] 本杰明·N·卡多佐:《法律的成长 法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第38、57页。

〔5〕 参见魏小毛、姜颖:《给网络世界拉一道知识产权司法保护网》,载《中国知识产权报》2007年5月16日,第7版;张意轩、李卓:《互联网亟待明确“游戏规则”》,载《人民日报(海外版)》2011年3月26日,第8版。

〔6〕 有人对1999—2014年16年间共计315份有效样本进行分析,互联网不正当竞争案件中适用一般条款的比例高达61.5%,参见陈耿华:《互联网新型不正当竞争行为法律规制的理念与进路》,载《经济法学评论》第16卷第1期,中国法制出版社2016年版,第164页。在北京,以网络不正当竞争为案由的第一审案件中,依一般条款判决的案件占比为37%,转引自田小军、朱英:《新修订〈反不正当竞争法〉“互联网专条”评述》,载《电子知识产权》2018年第1期,第34页。

〔7〕 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143页。

〔8〕 李颖、陈敏:《浏览器不正当竞争案件调查报告》,载《竞争政策研究》2015年第1期,第129页。

〔9〕 王艳芳:《〈反不正当竞争法〉在互联网不正当竞争案件中的适用》,载《法律适用》2014年第7期,第4页。

〔10〕 张璇、曹丽萍:《“互联网专条”存废之争与规范模式的思考》,载《法学杂志》2017年第12期,第62页。

〔11〕 孔祥俊:《〈反不正当竞争法〉修改完善的若干思考》,载《经济法论丛》总第29期,社会科学文献出版社2017年版,第214页。

〔12〕 [美] 弗雷德里克·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33页。

〔13〕 蒋舸:《反不正当竞争法一般条款的形式功能与实质功能》,载《法商研究》2014年第6期,第146页。

〔14〕 张钦坤:《中国互联网不正当竞争案件发展实证分析》,载《电子知识产权》2014年第10期,第35页。

置互联网专条对涉网不正当竞争行为做出规范,明确此类不正当竞争行为的构成要件。<sup>[15]</sup>

2017年恰逢我国在立法24年之后第一次修改《反不正当竞争法》。作为社会热点,修改草案增加了互联网不正当竞争行为条款。<sup>[16]</sup>不过,全国人民代表大会常务委员会委员并不满意草案的“软弱无力”,而是主张加大力度,采用“概括+列举+兜底”模式全面定义互联网不正当竞争。<sup>[17]</sup>全国人民代表大会法律委员会最终采纳了该模式,“通过概括加列举的形式作出规制,并增加兜底条款,以适应实践发展的需要”。<sup>[18]</sup>2017年11月4日,修订后的《反不正当竞争法》第12条就互联网不正当竞争行为做出了专门规定,即所谓的“互联网专条”。

## (二) 失落的“黑体字规则”

颇为意外的是,互联网专条似乎叫好不叫座。一经推出,学者纷纷预警,降低社会预期。郑友德教授质疑其“必要性与新意何在”;<sup>[19]</sup>孔祥俊教授直言,“宣示意义大于实用价值”,需要“防止简单作字面化的理解和过于宽泛的适用”;<sup>[20]</sup>蒋舸教授心情似乎更复杂,她是该法“规则之规则”的倡导者,面对“低质量认知模型”的条款,及其“在原则理念和立法技术上的严重局限性”,她转而“反对依赖网络条款来评价网络竞争行为”,呼吁“对网络条款采取限缩解释”。<sup>[21]</sup>

修改后的法律于2018年1月1日起实施。已有研究不约而同验证了这一预言:互联网专条可能导致大量互联网不正当竞争案件向一般条款逃逸。<sup>[22]</sup>陈兵等人的调查表明:互联网专条被援引的频率并不高,且法官“并未涉及具体案件类型的分析”,“仍然是习惯于从原则性规定切入进行裁判”,互联网专条“在审判中被空置”。<sup>[23]</sup>另一研究发现:新法实施后,适用其第2条的案例上千,而适用第12条的案例才56起。<sup>[24]</sup>一份来自法院的报告显示,“无法归入类型化的新型不正当竞争行为与日俱增”,原告主张适用原则条款的案件占比近100%,法院适用第4项“兜底条款”的比例高达93%。<sup>[25]</sup>笔者尝试检索新法实施以来的互联网不正当竞争案件,由于样本数量有限、案例录入随意性大、时间难以查证,很难从统计学意义上用数字说话。不过,得出的结论与上述法院报告颇为一致:大量案件适用第4项兜底条款或者同时援引第2条一般条款;<sup>[26]</sup>一些案件并不因循“穷尽规

[15] 见前注[8],李颖等文,第128页;前注[9],王艳芳文,第2页;前注[10],张璇等文,第62—67页。

[16] 参见张茅(国家工商行政管理总局局长):《关于〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案)〉的说明》,第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十六次会议,2017年2月22日。

[17] 彭东昱:《反不正当竞争法修订草案二审 进一步完善互联网领域不正当竞争等相关规定》,载《中国人大》2017年第18期,第35页。

[18] 《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案)〉修改情况的汇报》,2017年8月28日发布。

[19] 郑友德、王活涛:《新修订反不正当竞争法的顶层设计与实施中的疑难问题探讨》,载《知识产权》2018年第1期,第17页。

[20] 孔祥俊:《论新修订〈反不正当竞争法〉的时代精神》,载《东方法学》2018年第1期,第78页。

[21] 蒋舸:《〈反不正当竞争法〉网络条款的反思与解释:以类型化原理为中心》,载《中外法学》2019年第1期,第199页。

[22] 廖建求、陈锦涛:《网络干扰行为类型化与法律适用——基于〈反不正当竞争法〉第十二条》,载《经济论丛》总第35期,社会科学文献出版社2020年版,第157页。

[23] 陈兵、徐文:《优化〈反不正当竞争法〉一般条款与互联网专条的司法适用》,载《天津法学》2019年第3期,第40页。

[24] 李小武、陈敏:《互联网不正当竞争行为的认定标准与反思》,载《中国应用法学》2020年第3期,第179页。

[25] 北京市海淀区人民法院课题组:《涉网络不正当竞争纠纷的法律适用问题研究——以知识产权司法保护推动营商环境优化为视角》,载《中国应用法学》2020年第2期,第149页。

[26] 典型的如:深圳乐播科技有限公司与优酷信息技术(北京)有限公司案,北京知识产权法院(2020)京73民终1556号民事判决书;杭州龙境科技有限公司等与北京爱奇艺科技有限公司案,北京知识产权法院(2019)京73民终3263号民事判决书;深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技(深圳)有限公司诉数推(重庆)网络科技有限公司、谭旺不正当竞争纠纷案,重庆市第五中级人民法院(2019)渝05民初3618号民事判决书。

则方能适用法律原则”之方法,而是径直向一般条款逃逸,比如:OPPO公司诉登先公司因刷机服务引发的不正当竞争纠纷案、<sup>[27]</sup>腾讯公司诉湖南安悦公司的传播种子视频软件不正当竞争案。<sup>[28]</sup>

为数不多直接援引互联网专条具体规则的案件,究竟有没有真正适用规则?结论同样令人沮丧。按教义法学的通常观点,“目光在事实与法律规范间‘来回穿梭’是法律适用的普遍特征”,<sup>[29]</sup>在确定法律规范的前提下,将法律规范(t)拆解为若干充分且必要的要件( $t_1, t_2, t_3 \dots$ )(抽象法定事实),法官据此对生活事实做出评价,从中摘取满足法律所需的事实(s)及其构成要素( $s_1, s_2, s_3 \dots$ ),即“涵摄”。<sup>[30]</sup>在公开的裁判文书中,几乎难以找到真正按教义法学方法作业的案例。比如:在叁佰陆拾度公司与追风公司不正当竞争纠纷案中,<sup>[31]</sup>原告指控被告存在插入链接、强制进行目标跳转行为,法院也援引了第12条第1款第1项规定,却抛开规范的构成要素,而是分析了“竞争关系”“主观恶意”“损害”。有些案件尽管也尝试拆解规范的构成要素,但是,脱离了“黑体字规则”的文本,随意性大,爱奇艺公司与千影公司案即为如此。<sup>[32]</sup>

通常认为,法律适用以法律解释为基础,互联网专条文字含混、词义模糊,似乎为法官留下了很大解释空间。耐人寻味的是,检索所及,鲜见有判决书对“技术手段”“妨碍”“破坏”“恶意”“强制”“强迫”等做出起码的文义解释,以及符合立法目的之扩张或限缩性的解释。比如“强制”当然不要求武力,而违反用户意志和选择权的是否属于强制?给用户选择可能,但是默认设置为跳转是否为强制?增加烦琐流程、违反正常期待、改变或中断用户连贯性等做法是否属于强制?显然,强制的法律意义极其依赖于解释。一些案件用闪烁空泛的语言,瓦解了挖掘黑体字意义的努力。<sup>[33]</sup>也许是为了避免涵摄和法律解释,一些案件索性大而化之,拒绝具体的条文款项援引,如在聪明狗公司诉淘宝公司案中,<sup>[34]</sup>原告指称其开发的购物党插件无法在天猫网上运行,一、二审法院将案件定性为“恶意不兼容”,却笼统援引了整个第12条。

### (三) 法官为什么不适用规则

流行的观点认为,出台互联网专条,直接动力是对旧法严重依赖一般条款的审判实践“有所不

[27] 杭州铁路运输法院民事判决书,(2019)浙8601民初1079号。在该案中,登先公司通过刷机服务,破解应用系统、删除相关程序,导致OPPO公司操作系统被替换和修改,法院在分析认为原告商业模式受保护的基础上,就“案涉刷机行为目的、手段、后果等因素的综合分析”“案涉刷机行为是否违反商业道德”“刷机行为是否干扰竞争秩序”“涉刷机行为是否符合利益平衡原则”等进行分析,直接适用一般条款做出判决。

[28] 天津市第三中级人民法院民事裁定书,(2019)津03知民初450号之一。该案中,被告在种子视频中以红包奖励等利益诱导手段,通过微信传播、扩散种子视频软件。法院在分析“原告的商业利益和竞争优势”“原告的商业利益和竞争优势是否受到被诉行为的损害”“双方当事人竞争关系”等三方面内容的基础上,适用一般条款做出判决。

[29] [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春等译,法律出版社2013年版,第286页。

[30] 参见前注[3],齐佩利乌斯书,第136页;[德]扬·沙普:《事实构成要件的应用》,朱虎译,张晓刚校,载《北航法律评论》总第1辑,法律出版社2010年版,第261页。

[31] 浙江省高级人民法院民事判决书,(2020)浙民终330号。

[32] 北京爱奇艺科技有限公司等与宁波千影网络科技有限公司不正当竞争纠纷一审民事判决书,上海市徐汇区人民法院(2018)沪0104民初243号民事判决书。法院认为,适用反不正当竞争法第12条第2款第4项规定应当满足如下条件:“1.使用技术手段影响用户选择或直接替代用户选择;2.结果导致其他经营者合法提供的网络产品或服务不能正常运行;3.上述行为有违自愿、平等、公平、诚实信用的原则,公认的商业道德。”

[33] 在爱奇艺公司与搜狗公司案中,手机用户在浏览器环境下进入爱奇艺网站,在使用搜狗输入法输入拟搜索的视频名称时,用户点击了搜狗输入法提供的搜索候选词而跳转至搜狗搜索引擎,且搜索结果第一位中显示有搜狐视频的内容。二审法院将该案的焦点锁定在“搜狗公司的行为是否违反了商业道德”,并从“被控行为对爱奇艺公司经营的影响”“被控行为对消费者权益保护的影响”“被控行为对市场竞争秩序的影响”三方面展开论证。参见北京爱奇艺科技有限公司与北京搜狗信息服务有限公司等其他不正当竞争纠纷案,上海知识产权法院(2018)沪73民终420号民事判决书。

[34] 北京聪明狗网络技术有限公司与淘宝(中国)软件有限公司等不正当竞争纠纷案,北京知识产权法院(2019)京73民终1105号民事判决书。

满”。<sup>[35]</sup> 吊诡的是，互联网专条非但没有缓解人们对抽象原则的依赖，反而加剧了这种依赖，并导致了法律适用的更大混乱。

有规则，法官为什么不适用规则？乐观派认为，互联网专条颁布后，很可能促使相关市场主体“按图索骥”式地调整竞争模式，其行为在改头换面后间接导致了案件“涌向”兜底条款。<sup>[36]</sup> 还有观点认为：法官判案有着固有的路径依赖特性，“在第 12 条的兜底条款与第 2 条之间的关系未达成共识之前，法官更喜欢适用传统的第 2 条”。<sup>[37]</sup> 在笔者看来，则有可能是规则出问题了。当认知规则的学习成本、适用规则的错误成本过于高昂时，拒绝规则是法官的一种智识回应，也是理性决策的较佳选择。通常认为，人类在构造性无知的现实处境中，奉行有限理性的行为模式，“只能考虑具有主导作用且数量有限的变量或因素”。<sup>[38]</sup> 有限理性模型充分权衡决策成本的最优化关键过程是有限搜索，即采取快速节俭的终止搜索规则。<sup>[39]</sup> 当规则的理解需要更多的知识，且获取这些知识的成本太高时，法官有可能寻求低成本的知识替代，那么一般条款很大程度就会取代规则。原因在于：一般条款与习惯做法、常理、社会共识相关，是一种与生俱来的知识；这种知识通常难以精确测度和评估，被验证为错误的可能性更低。

互联网专条食之无味、弃之可惜，极有可能在立法组织技术上存在失误。该条文的制定源于这样一个易得性直觉：规则是显明的，能确保可预期性和稳定性，且规则的适用具有普遍有效性。形式主义的追捧者有可能低估了制定一条好规则的难度，而高估了法律条文组织中的能力、方法和技巧。波斯纳曾经批判：面对各种高度的复杂性，法官有一种对形式主义的追捧，存在使法律变得更简单也更确定的天然心理，企图用特别单薄的语义遮盖布掩盖司法决定的真实理由，在本应接受并克服复杂性的时候，却疏忽了无法回避的、源自法律文化之外但迫在眉睫的种种复杂性。<sup>[40]</sup> 笔者认为，互联网专条有可能是我们回避技术复杂性和法律复杂性的借口，规则作用于社会的有效性被无条件地夸大了——我们幻想在高度变迁的互联网时代，一切纠纷都可以透过对规则的语义理解找到唯一答案。制定规则成为回避问题本质的一种迂回策略，然而对一般条款的责难，有可能问题并非出在一般条款本身，而是出在运用它的知识能力和方法上。为此，检讨互联网专条是必要的。

## 二、“概括+列举+兜底”意味着什么？

互联网专条采用“概括+列举+兜底”的模式“定义互联网不正当竞争”。这里的“概括”涉及法律如何给出概念（即下定义）；“列举”涉及行为如何罗列；“兜底”与规范的体系结构相关。

### （一）“概括”：概念的界定

所谓“概括”，更为准确的表达是界定（构建）法律概念。在教义法学中，法律概念至为重要，规则以概念为前提，概念必须精确，法学科学研究很大程度就是概念法学。<sup>[41]</sup> 按照拉德布鲁赫的说法，“法的质料是一种用概念进行各式各样之预制的现实”，<sup>[42]</sup> 法教义学的任务是对生活事实进行双重加

[35] 见前注[21]，蒋舸文，第 181 页。

[36] 见前注[25]，北京市海淀区人民法院课题组文，第 155 页。

[37] 见前注[24]，李小武等文，第 180 页。

[38] [美] 赫伯特·西蒙：《人类活动中的理性》，胡怀国等译，广西师范大学出版社 2016 年版，第 24 页。

[39] [德] 吉仁泽、莱因哈德·泽尔腾：《有限理性：适应性工具箱》，刘永芳译，清华大学出版社 2016 年版，第 5 页。

[40] [美] 理查德·波斯纳：《法官如何思考》，苏力译，北京大学出版社 2009 年版，第 99、399 页。

[41] [意] 罗道尔夫·萨科：《比较法导论》，费安玲等译，商务印书馆 2014 年版，第 307—308 页。

[42] [德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫：《作为法律思维形式的事物本质》，雷磊译，载《法律方法》第 22 卷，中国法制出版社 2017 年版，第 14 页。

工：其一是形成法律概念及其各种范畴；其二是对其进行目的性改造，实现法理念。<sup>〔43〕</sup> 概念的建构是对生活事实“抽象的去语境化”，清洗其黏稠性，萃取精华，揭示实证法规范的过程。<sup>〔44〕</sup> 也就是从具象的素材中抽离出共相与本质，确立其普遍适用性的要素。一个标准的概念有三个必不可少的要素：术语(名称)、内涵(意义)、外延(指称对象)。<sup>〔45〕</sup> 界定一个概念，就是运用三个要素下定义的过程。<sup>〔46〕</sup> 一个法律规范由众多的概念构成，并非所有概念都需要被定义，也不可能在法律中给出所有定义。一般认为，在法律中明确给特定的术语指派含义属于精确定义，旨在消除歧义与模糊，并区别于词典定义和理论定义等方式。<sup>〔47〕</sup> “互联网专条”第2款企图通过定义或者说建构概念的方式，以明确不正当竞争行为，其表述如下：“经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。”

对互联网专条的检讨，必须从严格的概念分析开始。

### 1. 术语(概念名称)

上述“概括”严重缺乏术语要素，很难说是在下定义，也就是说对于给何种术语配置意义的问题是不明确的。从立法的背景材料和修法的目的看，被定义的词语应该是“互联网不正当竞争行为”，但是，上述表述传递出的字面含义，尤其结合第3款第4项所谓兜底条款“其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”来看，似乎又是在给“妨碍、破坏”下定义。一个旨在“概括”的条款，连被定义的术语都不清楚，无疑是致命的。下定义首先需要给概念命名，“给概念冠以术语将会是最核心且最重要的决定”。<sup>〔48〕</sup> 从生活术语中提取出恰当的术语，并经由法律目的性改造赋予其意义，是建构概念的第一步。通过认真审视互联网专条可以发现，该条术语意识淡漠，关键术语缺失，术语相互抢位、界限模糊、含混不清，使这一条款面临先天不足。

那么，互联网专条定义的对象又是什么？立法资料显示，立法提议者主张明确“网络不正当竞争行为的法律概念”。<sup>〔49〕</sup> 这种说法可能存在歧义。从逻辑学角度出发，所谓定义是关于语词的，是对某个词或词组含义之说明，而不是关于这些语词所谈论的对象。<sup>〔50〕</sup> 行为是变动不居、无法预期的，不可能做出界定，只能托付给语言去定义术语。原因在于，语言本质是惰性的，是一种保守的因素，“在一切社会制度中，语言是最不适宜于创制的”。<sup>〔51〕</sup> 概念如同任何习惯，“一旦形成，其本身即具有了一种固有的惰性……概念的相对稳定性给人们以可避免事物发生棘手流变的虚假安全感”。<sup>〔52〕</sup> 法律本质是一个语言的意义系统，其中的概念经过法律的目的性改造，赋予某一术语特定涵义以作为其语义空间，从而获得具有普适性的适应能力，“这一意义空间使一般性的法律语词具有了某种与其所规范之

〔43〕 [德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法教义学的逻辑》，白斌译，载《清华法学》2016年第4期，第205页。

〔44〕 见前注〔2〕，耶施德特文，第56页。

〔45〕 参见[意] 乔万尼·萨托利：《概念分析指南》，汪吉庶编译，载高奇琦等编：《比较政治学前沿》第2辑，中央编译出版社2014年版，第3页。

〔46〕 [美] 加里·戈茨：《概念界定：关于测量、个案和理论的讨论》，重庆大学出版社2014年版，第2—3页。

〔47〕 [美] 欧文·M. 柯匹、卡尔·科恩：《逻辑学导论》，张建军等译，中国人民大学出版社2014年版，第105—108页。

〔48〕 见前注〔45〕，萨托利文，第25页。

〔49〕 2010年3月8日，吕忠梅等34位人大代表联名提交“关于修改《反不正当竞争法》规范网络竞争行为的议案”，建议增加“网络不正当竞争行为”一章，明确“网络不正当竞争行为的法律概念”。参见中国政务景气监测中心：《联名提案、议案有“量”有“质” 今年两会很“热闹”》，载《领导决策信息》2011年第11期，第24页。

〔50〕 [美] H. 卡哈尼：《定义理论》，张建军译，载《逻辑与语言学习》1990年第5期，第20页。

〔51〕 [瑞士] 费尔迪南·德·索绪尔：《普通语言学教程》，高名凯译，商务印书馆1980年版，第116页。

〔52〕 [美] 约翰·杜威：《逻辑方法与法律》，孙新强译，载《人大法律评论》2011年卷第1辑，法律出版社2011年版，第271页。

多样性的生活状态……相适应的能力”。<sup>[53]</sup> 正如萨托利所言,概念如同一个“发现事实的容器”,资料分配到“概念容器”中,并被加工和转变为有效的信息。<sup>[54]</sup> 魏德士曾形象地比喻道:“概念就像挂衣钩,不同的时代挂上由时代精神所设计的不同的‘时装’。”<sup>[55]</sup> 法律意义的承载是必须借助术语这一“衣钩”去完成的。在纠纷发生之时,需按照具体的生活事实与术语的意义空间进行对号入座的涵摄。

## 2. 内涵

界定概念是赋予术语以意义的活动,需要给术语分配内涵。内涵是从术语所指涉的具体对象中提取的共有属性特征,按照穆勒的说法,定义某个具体名称的方法,是从事物的全部属性中挑选出若干属性,逐一列举其所内涵的属性。<sup>[56]</sup> 萨托利也指出:“术语的内涵由该术语的所有特征和属性所组成,且这些特征和属性在被分配给术语的过程中处在特定的‘语言—语义系统’。”<sup>[57]</sup> 法律形式主义将概念看成逻辑上封闭的系统,<sup>[58]</sup> 法律概念的建构需要对事物属性进行提取和组合,每一个概念界定所必需的属性( $m_1$ 、 $m_2$ 、 $m_3$ …… $m_n$ )都需是“充分且必要的”,当且仅当  $n$  属性具备时,法律即赋予该术语以意义。概念属性的组合性和可分解性为法律解释提供了可能,确保了法律作为科学的精确性。概念一经建构完毕,即构成一个独立、固定、封闭的意义系统,按其自身的语义系统去指涉、调节符合其属性特征的对象。法律适用是一种分析和解构过程,将概念分解为若干属性,将概念内含的每一属性涵摄生活事实,看能否纳入语词意义的空间范围。

事物的属性很多,决定事物本质的是根本、决定性的必要属性,而非偶然、无关紧要的属性。比如:人没有翅膀,界定人无须包含“没有翅膀”;铜是红色的,界定铜的概念时,该属性却是无关紧要的。概念的外延是由必要属性决定的,恰如其分地确定决定性属性意义重大。萨托利认为下定义的基本法则是,“确保概念定义是恰当的和简洁的:恰当指的是定义包含足够的属性去确证其指称对象及其边界;简洁则是指那些必要属性或决定性属性中间不包含任何伴随属性”。<sup>[59]</sup> 具体到互联网专条,可以将概括条款的内涵属性粗略分解如下:

经营者( $m_1$ )不得利用技术手段( $m_2$ ),通过影响用户选择( $m_{3-1}$ )或者其他方式( $m_{3-2}$ ),实施下列( $m_{4-1}$ )妨碍( $m_{5-1}$ )、破坏( $m_{5-2}$ )其他经营者合法提供的网络产品( $m_{5-3}$ )或者服务( $m_{5-4}$ )正常运行( $m_{5-5}$ )的行为( $m_{4-2}$ )。

显然,从内涵属性分析,存在以下问题:(1)“实施下列……行为”意味着开放性,将属性特征置于概念系统之外,法律没有提供自足、稳定的意义系统,违反了概念所要求的封闭性。属性要件要求是明确的揭示,而非开放性的评价,不需要额外考察具体的行为样态。(2)将非必要的偶然属性作为决定事物本质的属性特征,比如“经营者”“利用技术手段”“影响用户选择”等,以“利用技术手段”为例,实践中,大量的判决不在乎“技术手段”本身,因为,技术是中立的,技术手段的使用行为是否正当才是关键。<sup>[60]</sup>

[53] 见前注[3],齐佩利乌斯书,第67页。

[54] [意] 乔万尼·萨托利:《比较政治学中的概念误构》,欧阳景根译,载高奇琦等编:《比较政治学前沿》第2辑,中央编译出版社2014年版,第42页。

[55] 见前注[29],魏德士书,第77页。

[56] [英] 约翰·斯图亚特·穆勒:《逻辑体系(一)》,郭武军等译,上海交通大学出版社2014年版,第132页。

[57] 见前注[45],萨托利文,第4页。

[58] [美] Douglas Lind:《逻辑、直觉和哈特的实证主义遗产》,陈锐编译,载《司法》第3辑,厦门大学出版社2008年版,第138页。

[59] 见前注[45],萨托利文,第28页。

[60] 在爱奇艺公司与大摩公司案中,法院认为:“技术本身是中立的,但中立的技术仍可以成为不正当竞争的工具。本案并不对被诉行为所涉的技术原理做法律评判,评价的是大摩公司对技术的使用是否具有正当性,是否构成不正当竞争。”参见上海大摩网络科技有限公司与北京爱奇艺科技有限公司其他不正当竞争纠纷案,上海知识产权法院(2016)沪73民终33号民事判决书。

“影响用户选择”也如此,大量的案件比如数据抓取等并不涉及用户选择。<sup>[61]</sup> (3) 需要再界定的术语太多,导致无止境的定义循环。比如,“其他方式”究竟是相对于用户的“选择”而言,还是相对于“影响”用户而言,解释空间非常大,语义游离不定。再如,“妨碍、破坏”在日常用语和法律中使用范围广泛,其具体含义就差异非常大。<sup>[62]</sup>

### 3. 外延

外延是术语用以指涉的实体对象,在互联网专条中,表现为“网络不正当竞争行为”这一术语所能覆盖的范围总体。通常认为,外延是由其内涵决定的,一个概念所内含的属性特征越多,适用的对象就越少;反之,属性特征(内涵)越少,覆盖的对象(外延)越多。

法律规范不能打擦边球,通过语言的模糊程度调节其外延,这种损害法律概念精确性的做法,最终会瓦解法律规范的有效性。由于内涵属性不明确、固有特征的词义空间太大,对互联网专条外延的理解,有可能呈现出截然相反的两个尴尬局面:(1) 适用范围非常有限,甚至是零外延。当我们将“技术手段”“影响用户选择”“下列”“妨碍、破坏”“正常运行”这些词叠加在一起,进行严格词义解释时,属性特征的数量并没有变化,但是,词义空间从抽象走向具体,限缩了适用范围,甚至会出现“零外延”(“空外延”),即“其经验案例几乎没有或根本不存在”。<sup>[63]</sup> 省力性是基本决策模式,当法律适用的语义认知成本太高时,很容易在事实上将其置于空外延的处境,法官转而选择替代性方式,向一般条款逃逸。比如,商户入驻电商平台经常面临“二选一”的限制,因此人们对互联网专条寄予了期待,然而有学者从法解释学角度得出结论:“适用几无可能性。”<sup>[64]</sup> (2) 适用范围太广,无所不包。在对上述概念进行非常宽松的解释时,等于是顺着抽象阶梯往上走,放宽了内涵,增加了适用范围,甚至可以无所不包。这或许是孔祥俊教授和蒋舸教授主张限缩性解释的原因所在。萨托利强调:当语词指涉不明时,会导致概念没有足够的区分度;当没有足够的属性去辨认意义所关联的指称对象时,就会出现“无边界”的情形,<sup>[65]</sup>兜底条款就呈现出典型的“无边界”现象。

#### (二)“列举”: 示例的方法

例示法是反不正当竞争法较为常见的立法例,法律既提供行为类型的概括条款,也对不同类型所指向的典型样态打比方、举例子。世界知识产权组织的《反不正当竞争示范规定》为各国提供了典型的范例。这一做法为学界所推崇,“一个特别值得推荐的列举方法与一般条款的结合,是所谓的示例方法”。<sup>[66]</sup> 黄茂荣将这种做法视为“避免挂一漏万的规定: 例示规定”,这种立法技术通常被用于规范之事项难于穷举,或穷举太烦琐的情况,对此可采取适当的例示,用概括规定来加以穷尽的涵盖。<sup>[67]</sup>

但是,例示法中的列举并非随意为之,合理的罗列方法是有讲究的。以《反不正当竞争示范规定》为例,不同类型所列举的例子并不相同,对于混淆和淡化,该规定按照受损害的不同对象,列举了商标、商号、人物形象等典型的商业标识;对于商业误导和商业诋毁,则按照这些商业言论最有可能针对的对象,对产品的制造过程、质量、数量、地理来源、价格等事项进行了列举;对商业秘密则列举了典型的侵权方式,如盗窃、泄密、违约、第三方过错等。列举与否应取决于是否有利于实现

[61] 参见曹丽萍:《从司法实践看“互联网专条”》,载微信公众号“中国知识产权杂志”2017年12月14日, <https://mp.weixin.qq.com/s/WfZ9eh-3HfTgPIHJwGQWuA>。

[62] 在我国《刑法》中,涉及“破坏”的有众多罪名,如“破坏社会主义市场经济秩序罪”“破坏金融管理秩序罪”“破坏环境资源保护罪”,不同的“破坏”,行为属性不同,其中仅“破坏计算机信息系统罪”就将“破坏”行为界定为“删除、修改、增加、干扰,造成计算机信息系统不能正常运行”。

[63] 见前注[46],戈茨书,第7页。

[64] 袁波:《电子商务领域“二选一”行为竞争法规制的困境及出路》,载《法学》2020年第8期,第185页。

[65] 见前注[45],萨托利文,第18页。

[66] [德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第151页。

[67] 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第154、309页。

例示方法的功能。(1) 意义宣示。齐佩利乌斯认为,法律概念有可能存在“各种语义的空间”,对于善良风俗和诚实信用这种在语义上不确切的“价值词”,需要“一步步地对法律用词的涵义空间加以明确”,合理的做法是,“从法律共同体的语言习惯中获得其涵义”,并且“支撑经验概念的语词,是通过‘例示’的方式被引入和习得的”。〔68〕易言之,举例子拉近了法律规范的抽象概念与日常生活概念的距离,旨在协调纸面上的法和行动中的法,从示例中去揭示“习惯涵义”。(2) 类推。在考夫曼看来,“例示法”是概括条款与个案列举法的结合,其功能是“指示法官可使用类推的法律发现”,以类推的方法来使得法官对于同等情形同等对待。〔69〕黄茂荣也将例示规定视为“授权式类推适用”的典型态样。〔70〕我国互联网专条列举了四种情形:

(一) 未经其他经营者同意,在其合法提供的网络产品或者服务中,插入链接、强制进行目标跳转;(二) 误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品,或者服务;(三) 恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容;(四) 其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

从内容看,列举情形并非对概括条款有关“技术手段”“影响用户选择”“妨碍、破坏”等语词提供具体样态的示例,因此其意义宣示和类推功能大打折扣。上述规定本质是通过下位概念,对“互联网不正当竞争行为”进行子类型列举。易言之,在抽象概括的上位概念基础上,增加新的属性特征,继而在属概念的基础上分离出种概念。这就导致了两个后果:

第一,无意义的列举。在教义法学中,通常把一个具体的概念涵摄于一个一般概念,比如将哺乳动物( $m_1, m_2, m_3, m_4, m_5, m_6, m_7$ )涵摄于生物这一概念( $m_1, m_2, m_3, m_4$ )。也就是说,具体概念包含有一般概念的所有要素,还包含有一些特别要素(“种差”)。〔71〕在互联网专条的概括条款已经通过属概念规定属性特征的情况下,大凡行为满足充分必要的属性特征,就已经构成不正当竞争,再添加其他属性特征意义不大。做一个类比,在“一切侵犯消费者利益的行为都应禁止”这一命题下,再进一步去划分消费者是男性还是女性就毫无意义。除非根据不同的消费者配置不同的法律后果,划分才有意义。这或许能解释在司法实践中普遍向“互联网专条”第4项逃逸的原因,因为唯独该项在字面上没有添加任何附加属性,从而不用过度审查。

第二,无休止的定义。种概念的界定中,“属加种差通常最效力也最有助益”,〔72〕做法是:被定义项=种差+属概念,“种差就是在类属所内涵之属性以外增加的一些属性,将两类属性合并起来,就构成了种属所内涵的全部属性”。〔73〕通常认为,在概念的分级系统中,越是下位概念,越趋于对属性的描述,术语的使用也应更为具体。诸如“误导、欺骗、强迫”“恶意”等都是非常空泛的抽象概念,并不具有描述性,必须借助新的解释链条去重新定义。正所谓,“好的概念没有无止境的定义”,“一个长内涵的定义,即使包含的是相近的属性,也会是一个笨重的,无吸引力的语义运载工具”。〔74〕有些属性其实是虚假标准,比如互联网专条第1项的“未经其他经营者同意,在其合法提供的网络产品或者服务中”——在法律特定的语用环境中,这是不言自明的非必要属性。

〔68〕 见前注〔3〕,齐佩利乌斯书,第66页。

〔69〕 参见〔德〕亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第27、42页。

〔70〕 见前注〔67〕,黄茂荣书,第309页。

〔71〕 见前注〔3〕,齐佩利乌斯书,第140—141页。

〔72〕 见前注〔47〕,柯匹等书,第123页。

〔73〕 见前注〔56〕,穆勒书,第124页。

〔74〕 〔美〕约翰·吉尔林:《怎么才算个好概念?一套帮助我们理解社科概念构建的标准》,耿友祥等译,载《比较政治学前沿》第2辑,中央编译出版社2014年版,第254、255页。

### (三)“兜底”:过犹不及的“空制度”

在“概括”+“列举”的基础上,再规定一个兜底条款,颇有画蛇添足之嫌,这是过犹不及的法律漏洞。外延是由其内涵属性所决定的,例示法立法例所列事项本身就是打比方。类似于合同法中的有名合同,对于大量无名合同,只需按照内涵属性去涵摄,或者依有名合同去类推。画蛇添足源于法学方法的不自信。不单是互联网专条,《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》曾一度规定:“经营者不得实施其他损害他人合法权益,扰乱市场秩序的不正当竞争行为。前款规定的其他不正当竞争行为,由国务院工商行政管理部门认定。”企图在一般条款之外,再次兜底搞出一个“一般条款2号”。这在我国是一道较为独特的法律景观,翻阅各种法律,类似“法律、行政法规规定的其他情形”的规定屡见不鲜。<sup>[75]</sup>法律概念本身就具有兜底功能,需要通过法学方法的运用,借助内涵属性的确定去调节其合理的适用范围。令人感到诧异的是,恰是这种“空制度”,在司法中却大有市场。原因在于,相比于其类型,由于添加属性特征的方式认知成本低,迎合了省力性法则的需要。

## 三、何谓类型?如何类型化?

类型化研究是当下的热点话题,<sup>[76]</sup>流行的观点坚信,互联网专条“属案例群类型化思路的典型体现”。<sup>[77]</sup>这一判断过于乐观。类型涉及与传统概念性思维不同的思维模式,而类型化是不同思维支配下的知识加工与组织技术。在拉伦茨看来,不是所有法定构成要件都可以借助概念的方式,在用诸如诚实信用等需要填补的评价标准来确定法律效果时,“要‘理解’法规范,就必须发掘其中所包含的评价及该评价的作用范围”,这时候特别需要“‘价值导向的’思考方式”,“类型化思考——即塑造事件的类型并找出典型的要素——于此扮演重要角色”,而类型归属区别于概念涵摄,是一种“价值导向的思考程序”。<sup>[78]</sup>考夫曼直言:“立法以及法律发现的成功或失败,端赖能否正确地掌握类型。我们今日的不安定性——法律的不安定性——主要并非肇因于法律在概念上的掌握较以往拙劣:而是不再能确切无误地掌握位于法律概念背后的类型。”<sup>[79]</sup>互联网专条是抽象概念思维指导下的所谓类型化,与真正的法律类型建构相去甚远。

### (一)类型是中间高度的认知范畴

广义上,类型实则也是一个概念范畴,也称“类型概念”“意义概念”“类推性概念”,与此相对应,封闭的、非此即彼的思维方式下的概念被称为“一般概念”“抽象概念”“普遍概念”。两者都是认知社会必不可少的工具,不能牺牲二者其中之一,考夫曼直言:“概念没有类型是空洞的,类型没有概念是盲目的。”<sup>[80]</sup>但是,在立法之中,抽象概念和类型概念的运用是有讲究的。

萨托利提出了抽象阶梯理论,将概念依抽象程度划分为高层次、中间层次和低层次。高抽象层次的概念获得了普适性,具有外延扩展优势,因“经验上的蒸发”,属性特征难以从可观察的事物中抽取,牺牲了内涵的准确性和可验证性。梯子下端低层次的事实性概念,属于现象描述,强调个体差异性——获得了具体知识细节,却散失了外延。中间层次范畴保持了内涵与外延的平衡,既获得了经验

[75] 比如,过去《著作权法》规定了“法律、行政法规规定的其他作品”,好心干坏事,引发不少纠纷,2020年修改为“符合作品特征的其他智力成果”,这一规定同样是多余的。

[76] 2010年以来,检索到以“类型化”作为标题的论文765篇,以“不正当竞争”和“类型化”作为主题的论文为55篇。2020年12月25日通过中国知网(<https://kns.cnki.net>)检索。

[77] 参见前注[21],蒋舸文,第180页;前注[64],袁波文,第186页;余杰:《移动平台软件干扰的反不正当竞争法规制——兼评“互联网专条”》,载《竞争政策研究》2018年第5期,第66页。

[78] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第99—102页。

[79] 见前注[69],考夫曼书,第41—42页。

[80] 见前注[69],考夫曼书,第43页。

的普适性,又能够通过分析来定义,在认知中发挥着重要作用。<sup>〔81〕</sup> 中间层次范畴的优越性,已为认知科学所证实。莱考夫等人认为,人类心智活动来自我们的经验与世界的交互作用,许多情况下都极其依赖于“基本层次范畴”,它处于具体与抽象的中间状态,“具有认知优先权”,主要用于在缺乏特定语境信息的情况下对范畴成员的举一反三。<sup>〔82〕</sup> 在法律领域,类型与认知思维息息相关。考夫曼认为,法律的意义不单藏于条文之中,也藏在具体的生活事实中,法律发现要将价值(规范)与生活事实相互拉近,好的做法是:在法律理念与生活事实、规范正义与事物正义之间寻找一个“中间点”,这个“中间点”就是“类型”,“类型是建立在一般及特别间的中间高度,它是一种相对具体,一种在事物中的普遍性”。所有法律思维都应围绕类型的中间点。<sup>〔83〕</sup>

在法律上建构类型,有利于价值与事实的交互澄清。顺着梯子往上爬,能导入法理念和法律目的,便于价值上的意义评判,确保法律的前瞻性和稳定性;顺着梯子往下,能直观面对生活现实,将可以观察和验证的经验导入到法律实践中。“中间点”地位使类型获得了双重适应性:一方面,类型具有往昔性,源于过去经验知识的累积和加工;另一方面,其指向的是未来不确定的、陌生和不熟悉的事物。在组织技术上,类型的建构通常借助于前面所说的例示法,既给出评价标准,又列出其典型的实践样态。其意义在于,任何类型都需要得到经验上的检验,借助典型样态去彰显和揭示意义,通过评价标准指导新的生活样态适用类推。

不正当竞争类型的建构同样必须恰如其分选择中间高度的认知范畴。从各国的立法和司法实践看,混淆、淡化、误导、诋毁等行为类别,基本上属于中间高度的类型。这些类型有利于抽象概念与经验生活的相互拉近,从而既能透过价值评判和指导现实生活,又能借助直观的、可接近的、可描述的典型的例子彰显和宣示意义;既具有一定的概括性满足外延需要,又能不失经验上的可观察性和识别性,满足特征要素的可描述性。相反,互联网专条企图构建大而全的规范体系,由于外延太广,必然使用高度抽象的价值词——“互联网不正当竞争行为”,从而在抽象阶梯中处于高层次范畴,丧失了直观性和可描述性的特征。正如有学者所批评的,互联网专条“似乎更像是设置了一个‘筐’,试图装入所有与互联网相关的不正当竞争行为,至于这些行为的性质是否存在差异,在所不问……这种类似于‘大杂烩’的行为类型化方式,并不利于对行为的准确认定和规制”。<sup>〔84〕</sup> 郑友德教授更是戏言:“称其为‘小网络反不正当竞争法’不算为过。”<sup>〔85〕</sup>“妨碍”“破坏”都比“互联网不正当竞争”更为接近“中间点”去构建类型,但是,术语是稀缺资源,由于普遍存在的“抢名”现象,大量有可能经过目的性改造的中间术语都被稀释,难以凝聚特定意义。<sup>〔86〕</sup> 这就涉及本文之外的另一复杂话题。

## (二)“或多或少”程度特征与整体评价

抽象概念思维暗含着这样的预设:立法者能精准提取出必要的属性特征,即每一属性都是充分且必要的;不同的概念在差异属性上构建,彼此封闭,边界清晰,具有互斥性;事物以全有全无的方式归类——“要么是,要么不是”,事物之间没有任何过渡和中间状态。

〔81〕 见前注〔54〕,萨托利文,第44—49页。

〔82〕 [美] 乔治·莱考夫等:《肉身哲学:亲身心智及其向西方思想的挑战(一)》,李葆嘉等译,世界图书出版公司2018年版,第18—46页。

〔83〕 参见前注〔69〕,考夫曼书,第38—42页;〔德〕考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第188—191页。

〔84〕 吴莉娟:《互联网新型不正当竞争行为的类型化研究——兼论〈反不正当竞争法〉类型化条款之完善》,载《竞争政策研究》2019年第6期,第54页。

〔85〕 见前注〔19〕,郑友德等文,第17页。

〔86〕 “妨碍”“破坏”也不是最佳的选择类型名称,这一问题需专门展开。以“妨碍”“破坏”作为主题词的研究论文似乎并不多,远远不及“干扰”。笔者在中国知网(<https://kns.cnki.net>)进行检索,以“不正当竞争”和“妨碍”同时作为“主题词”,检索到3篇论文;以“不正当竞争”和“破坏”同时作为“主题词”,检索到4篇论文;将“不正当竞争”与“干扰”同时作为主题词,则检索到44篇论文。

概念本质主义为语言哲学<sup>[87]</sup>和认知科学所诟病。<sup>[88]</sup>在法学领域,抽象概念非此即彼的分离式思维同样饱受批判。拉德布鲁赫指出:“生活现象的认识只是一种流动的过渡,但概念却强硬地要在这些过渡中划分出一条明确的界限。在生活现象仅仅显得‘或多或少’(模糊地带),概念却要求必须做出‘非此即彼’的判断……传统的概念式思维是一种分离式思维,足以瓦解并败坏生活现象的整体性。”<sup>[89]</sup>考夫曼认为:“法律概念除了少数数字概念的情形外,并不是明确的,没有抽象普遍的概念,只有类型概念,次序概念,在这些概念中没有非此一即彼的关系,只有或多一或少的关系。”<sup>[90]</sup>在他们看来,世上万物并非以非此即彼的两极为常态,而是交替变换的连续谱,其类型是开放的,不同类型之间存在流动性和过渡性,事物属性是或多或少的程度问题,属于比较级,是否属于同一范畴需要具体考察特征数量、程度及其组合方式。显然,正当性判断很大程度上不是全有或全无的方式适用,而是比较级、程度上的问题,在互联网行为正当与不正当之间存在过渡的灰色区域,难以事先设定清晰的边界。

那么,由不同要素特征或多或少组成的类型又如何归类?拉伦茨提出了以意义为中心的整体评价观。许多情形下,法律规范中所包含的不能作单纯涵摄的要素,需要一种评价行为,且必须借助特定社会经验始能判断。与抽象概念的涵摄不同,类型强调“符合”,并非仅视其是否包含该类型通常具备之全部因素,而是强调一种整体观,强调由生活事例个别特征结合而成的整体形象,是对类型整体意旨中心价值的评价,即评价“这些‘典型’的因素在数量及强度上的结合程度,是否足以使该案件事实‘整体看来’符合类型的形象表现”。<sup>[91]</sup>考夫曼同样认为,“类型是有联系的、有意识的意义关联,普遍的事物在其自身中直观地、‘整体地’被掌握”。<sup>[92]</sup>概言之,在类型化思维中,一种典范性的原型,有可能具有家族成员的所有特征,但是,即使不具有这些全部属性特征,只要整体上满足成员所必需的意义相似性,即可以赋予其相同的法律效果。

以“干扰”为例,<sup>[93]</sup>在司法实践中,诸如在“劫持流量”、<sup>[94]</sup>“屏蔽广告”、<sup>[95]</sup>借“输入法”“一键

[87] 维特根斯坦认为,我们所谓的词,根本不存在为所有现象共同具有的属性,“概念的外延没有经由一条界线而封闭起来”。他用“家族相似性”来解释,称概念是“一张彼此交叠和交叉的相似性构成的复杂的网”,一个概念如同一个“家族”,“存在于一个家族成员之间的那些不同的相似性就是以这样的方式交叠和交叉在一起的”。[奥]维特根斯坦:《哲学研究》,韩林合译,商务印书馆2013年版,第58—60页。

[88] 莱考夫等人运用原型理论解释概念,人类范畴的概念化主要是根据“原型”(prototype,也有人译为“核型”),由于一个成员(范例)比其他成员更为典型,从而成为理性化的样态被范畴化,以该范畴的属性辐射到其他成员,理想化核型类似于某种概念标准,在缺乏特定语境信息的情况下对范畴成员举一反三。莱考夫等人以“母亲”为例,作为理想化的“原型”,母亲要同时满足:女性;提供了孩子一半的基因;生孩子;是孩子父亲的妻子;抚养孩子。但是,许多时候,“母亲”这一词在被使用时并不需要具备其全部的属性,比如“生母”“继母”“养母”,可以只是满足其中的部分,是“母亲”原型辐射、变体的结果。见前注[82],莱考夫等书,第18页;[美]乔治·莱考夫:《女人、火与危险事物:范畴显示的心智(一)》,李葆嘉等译,世界图书出版公司2017年版,第58—59页。

[89] 转引自胡玉鸿:《韦伯的“理想类型”及其法学方法论意义——兼论法学中“类型”的建构》,载《广西师范大学学报(哲学社会科学版)》2003年第2期,第33页。

[90] 见前注[83],考夫曼书,《法律哲学》,第142页。

[91] 参见前注[78],拉伦茨书,第95—100页。

[92] 见前注[69],考夫曼书,第40页。

[93] 较为常见的观点将“干扰”作为互联网不正当竞争行为的一种类型。这方面的论述较多,可参见石必胜:《互联网竞争的非公益必要不干扰原则》,载《电子知识产权》2014年第4期;周樾平:《竞争法视野中互联网不当干扰行为的判断标准——兼评“非公益必要不干扰原则”》,载《法学》2015年第5期;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》,载《法商研究》2017年第4期。

[94] 参见北京奇虎科技有限公司与北京百度网讯科技有限公司、百度在线网络技术(北京)有限公司商标权属纠纷案,最高人民法院(2014)民申字第873号民事裁定书;前注[31]。

[95] 比如深圳乐播科技有限公司与优酷信息技术(北京)有限公司不正当竞争案,北京知识产权法院(2020)京73民终1556号民事判决书;上海大摩网络科技有限公司与上海聚力传媒技术有限公司其他不正当竞争案,上海知识产权法院(2016)沪73民终34号民事判决书。

清理”、自动安装浏览器、<sup>[96]</sup>借“输入法”诱导用户搜索候选、<sup>[97]</sup>“账号分时出租”、<sup>[98]</sup>“机器人软件编辑技术及自动批量加好友加群、发送广告”、<sup>[99]</sup>“诱导分享”、<sup>[100]</sup>“刷机(手机系统重装)”、<sup>[101]</sup>通过浏览器扩展技术插入购物助手<sup>[102]</sup>等众多互联网“技术特征”案件中，法院不约而同使用了“干扰”一词。然而，很难对“干扰”一词给出一成不变的定义，甚至开列出完整的清单也非常困难。从类型化的角度出发，可行的做法是，从不同的案例中剥离出若干可以参酌考虑的重要属性特征，随着经验知识的累积，“发明”或者拟制出“干扰”的典范形态就有了可能。在待判案件中，一种行为是否属于“干扰”，可围绕“家族相似性”要素去进行整体判断。作为一种假设性的尝试，商业干扰行为的评价方式及其因素列表如下：

表 1

行为样态	考量要素										
劫持流量案例 n	A	B				F			I		
.....											
屏蔽广告案例 n	A		C	D				H			
.....											
商业干扰	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K

注：A=动机合理性/可责难性；B=注意义务遵守/违反；C=行为内容与方式；D=对习惯、常规的偏离及其程度；E=消费者自愿选择的可能性；F=行为的可容忍性程度；G=双方的竞争关系；H=给对方带来的损害；I=对消费者利益的损害；J=对竞争秩序的损害；K=经济效能上的合理性。

同一类型既有要素及其方式的多样性，也有要素权重、程度或多或少的差异性。意义整体评价，并非属性特征对号入座、简单取舍，而是综合性判断和权衡，需要对多元利益给予精细评估与考量。以“干扰”为例，一些判决书认识到，在市场竞争中“干扰是常态”，但“‘干扰’通常并非不正当”，<sup>[103]</sup>“竞争者在市场竞争中也需要容忍适度的干扰”，<sup>[104]</sup>司法干预应该是“避免过度商业干

<sup>[96]</sup> 比如北京搜狗信息服务有限公司等与北京奇虎科技有限公司不正当竞争案，北京知识产权法院(2016)京 73 民终 50 号民事判决书。

<sup>[97]</sup> 比如北京搜狗信息服务有限公司与北京百度网讯科技有限公司不正当竞争案，北京知识产权法院(2015)京知民终字第 2200 号民事判决书。

<sup>[98]</sup> 比如北京爱奇艺科技有限公司与杭州龙境科技有限公司等不正当竞争案，北京市海淀区人民法院(2018)京 0108 民初 37522 号民事判决书。

<sup>[99]</sup> 比如腾讯科技(深圳)有限公司等与广州森宝网络科技有限公司等不正当竞争案，广州市天河区人民法院(2019)粤 0106 民初 40045 号民事判决书。

<sup>[100]</sup> 比如前注[28]。

<sup>[101]</sup> 比如 OPPO 广东移动通信有限公司等与杭州登先网络科技有限公司等不正当竞争案，杭州铁路运输法院(2019)浙 8601 民初 1079 号民事判决书。

<sup>[102]</sup> 比如上海载和网络科技有限公司等与浙江淘宝网络有限公司不正当竞争案，上海知识产权法院(2017)沪 73 民终 198 号民事判决书。

<sup>[103]</sup> 参见湖南快乐阳光互动娱乐传媒有限公司诉广州唯思软件股份有限公司不正当竞争案，广州市黄埔区人民法院(2017)粤 0112 民初 737 号民事判决书；深圳市腾讯计算机系统有限公司诉北京世界星辉科技有限责任公司不正当竞争案，北京市朝阳区人民法院(2017)京 0105 民初 70786 号民事判决书。上述两案在综合权衡干扰的各种因素基础上，认定屏蔽广告不构成不正当竞争。二审法院均撤销了一审判决。一审法院的做法更为可取。参见谢晓尧：《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。

<sup>[104]</sup> 上海载和网络科技有限公司等与浙江淘宝网络有限公司不正当竞争案，上海知识产权法院(2017)沪 73 民终 198 号民事判决书。

扰”，<sup>〔105〕</sup>需要考虑“干扰手段的必要性和合理性”，以及是否“超出了正当的商业竞争的限度”。<sup>〔106〕</sup>对于如何评估干扰超出限度足以赋予不正当竞争的法律意义这一问题，许多判决都引入了消费者利益、经济效果等多维因素。这种综合评估的做法也体现在最高人民法院的司法政策之中。<sup>〔107〕</sup>

### （三）“事物本质”与类型建构

探询法律规范的意义是法律实践的核心。意义即为“事物本质”“共相”或“事物本然之理”。通常认为，将不同成员凝聚成类型，决定性因素是它们共同拥有的意义，一个类型即为一个意义中心。正如有学者所指出的，“由法律的目的所照耀出来的相同点，往往是一个‘道理’上的一致性……是内含在这两个事态之中的那个相同的‘意义’或‘道理’”；“在形形色色的特征组合中，只要都能‘散发’‘营造’‘体现’出某种‘意义’的，就成就了一个类型，而其每一个事例内部的众特征和是‘有机的’‘相互依存的’，即共同形成一个意义性。即其内部的种种特征化为‘一个富有意义的整体’”。<sup>〔108〕</sup>

确定类型是非常复杂的“归类”过程。各国不正当竞争行为的类型相对有限，主要制约因素有：对生活素材的知识加工能力、中间高度认知范畴的选择、意义的提取和术语化的表达等。以互联网不正当竞争行为为例，有些指向的是经营性资产，比如数据抓取、深度链接；有些指向的是经营行为的干扰，比如广告屏蔽、强制插入；还有些指向的是消费者的选择权；有些行为或许为互联网所特有，大多数行为的意义则具有普遍性。要形成新的行为类型，委实考验对经验知识的理性加工能力。依不同意义，同一现象可以被划入不同类型，类型划分是开放的和多样的，适应市场竞争的复杂性需要，为世界知识产权组织所倡导。<sup>〔109〕</sup>比如，同样是人物形象，既可归入人格权的肖像，也可归入识别性标识；同样是姓名，视不同的意义需要，可以被分别归入署名权、姓名权和人物形象权益。互联网专条的缺陷在于其忽视了类型建构中意义的多元选择。竞争的本质是争夺消费者，消费者保护是反不正当竞争法的基本目的，大量互联网纠纷表现为经营者违反注意义务，在软件的预置、分发、下载、安装、运行、更新、升级、卸载等服务中，侵犯消费者知情权、选择权和隐私权等合法权益。所谓“误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务”，本质是一种侵犯消费者权利的强迫性交易，以消费者利益保护的普遍性为意义中心，去组织行为类型，比仅仅局限在互联网领域更为可取。这些行为的不正当性，从用户角度去判断，比从其他经营者角度判断，在认知成本上更有优势。

互联网专条的立法理由之一是，属于“互联网领域特有的、利用技术手段”的不正当竞争行为<sup>〔110〕</sup>需要专门规制。那么，互联网技术是否成为制定全新法律规范的充分理由？答案是否定的。类似讨论也曾发生在知识产权法、<sup>〔111〕</sup>民法<sup>〔112〕</sup>等诸多领域。互联网的发展确实给法律带来了诸多

〔105〕 见前注〔28〕。

〔106〕 见前注〔94〕。

〔107〕 最高人民法院等单位发布的《关于为新时代加快完善社会主义市场经济体制提供司法服务和保障的意见》（2020年7月）指出：加强反不正当竞争审判工作，需“准确把握法律标准，恪守竞争中性原则，综合运用效能竞争、比例原则、竞争效果评估方法”。

〔108〕 参见林立：《法学方法论与德沃金》，中国政法大学出版社2002年版，第93—94、128—129页。

〔109〕 “不公平竞争行为可根据所适用的标准，或某种已知行为或行为方式的某些方面所强调的重点分成不同类别……一个行为从许多方面看可能都是不公平的，这取决于所采纳的将之定性的方法。所以，同一个行为可以归入两种甚至更多类别中。”世界知识产权组织国际局：《世界反不公平竞争法的新发展》，郑友德、冯涛译，载漆多俊主编：《经济法论丛》（第1卷），中国方正出版社1998年版，第290页。

〔110〕 见前注〔18〕。

〔111〕 谢尔曼等人认为，数字化不管如何具有吸引力，现代知识产权法并非对其具体化对象、回应性的调整，而是通过抽象的、具有前瞻性的概念，使其纳入调整的范围。参见〔澳〕布拉德·谢尔曼等：《现代知识产权法的演进：英国的历程（1760—1911）》，金海军译，北京大学出版社2011年版，第1—5页。

〔112〕 有学者认为数字经济同样“根本不应试图创设特别规范”。参见〔德〕弗洛里安·浮士德：《数字经济——法之类推：民法典亟待革新？》，陈丽婧译，载《苏州大学学报（法学版）》2018年第2期，第77页。

挑战,但是,“剥去技术外衣,显露的就是法律本质,困难没那么大”。<sup>[113]</sup> 互联网专条的一大败笔还在于,将互联网纠纷与其他纠纷隔离开来,视其为一块自足的飞地,过分拘泥于互联网技术去挖掘案件的法律意义,忽略了不同纠纷之间道理的一致性,具体来说,带来的不良后果有:

其一,割裂了不同技术背景下不正当竞争行为之间的家族相似性。比如:在互联网领域,流量为王被奉为信条,诸如“流量劫持”“不正当引流”案件较为常见。其实,“流量”不外乎是“人气”“消费者注意力”的另一种包装,“流量劫持”“不正当引流”也并非仅在互联网中存在,在我国司法实践中,不正当地招徕、截留消费者,<sup>[114]</sup>不正当地拉拢顾客、获取交易机会<sup>[115]</sup>等行为早已有之,行为性质并无本质差异。再如“虚假刷量”,一些法院一方面认定该行为提供“虚高或虚假数据”,另一方面又认定适用第12条的兜底条款,<sup>[116]</sup>全然无视该行为涉及该法第8条有关商业误导行为的事实,显然忽视了不同行为所共享的事物本质。

其二,割裂了与传统民法的渊源关系。反不正当竞争法源于侵权行为法,侵权法的核心是归责,过错(过失和故意)是基本的评价规范。近代以降,过错日益走向客观化,注意义务之判断成为归责的核心要素。各国在侵权责任的实践中,围绕过错和注意义务产生了大量类型化的侵权行为,以“干扰”为例,《美国侵权法重述》专门就经济关系和合同关系的干扰进行规定。我国侵权责任的司法实践中,以过错、注意义务为中心,也累积了非常丰富的案例资源和司法经验。<sup>[117]</sup> 整体上,互联网不正当竞争纠纷迷失了方向,纷纷绕开过错、注意义务,另起炉灶建立一个互联网时代的全新知识体系,较少以过错为中心进行审视,更遑论在此基础上的类型化加工了。

互联网专条以“技术特征”为条件构建单一类型,这是非常狭隘的。技术是一个历史性概念,在人类不同时期,分娩、哺乳等身体技艺,取火、采摘、渔猎、编织等手工技艺,都曾是重要的技术,但它们都只是“社会性的物”,真正的“普遍难题”是由此导致的“特定社会之间的关系的理解”。<sup>[118]</sup> 互联网带来了人际关系的新变化,要求在知识系统上做出回应和反响,但是,这绝不意味着互联网可以与其他世界、历史经验相隔离,另起炉灶建立独立体系。互联网的本质是连接,“最核心的行为就是把所有的东西都连接在一起”,<sup>[119]</sup>旨在规范互联网领域不正当竞争行为的立法,同样要具备“互联网精神”,需要在与其他生活事实和知识广泛地“连接”时,发现共享的法律意义。正如有法官批评的:“互联网案件是传统世界在虚拟世界的反映……法官在判定的时候需要剥去它的技术外衣,不被乱象迷惑。”<sup>[120]</sup> 互联网的一个重要特点是,技术迭代更新快,法律的变迁始终赶不上技术的更新,这就需要我们去寻找治理互联网真正普遍性的知识源泉。

<sup>[113]</sup> 冯莹:《缺少大棒还是缺少抡棒人?》,载《人民法院报》2010年11月8日,第7版。

<sup>[114]</sup> 在北京花卉公司与北京莱太花卉公司不正当竞争案中,原告指控被告在其早市门口设立截留客户的专车、散发小广告、派人进入市场强拉客户等构成不正当竞争行为。法院认为,被告行为并未损害原告及其他经营者的合法权益。但同时认为:“选择在他人目前的这种位置进行宣传推销自己企业,会给他人企业造成不快,其行为应属不当。由于莱太公司已停止了该上述行为的实施,本院不再予以纠正。”参见北京市第二中级人民法院(2000)二中知初字第122号民事判决书。

<sup>[115]</sup> 在临沂市工业品公司诉李雪源不正当竞争案中,被告曾为工业品公司副总经理,后离职并自己开设公司,截留合同。法院认定李雪源“擅自以自身取代了上诉人金鹰公司的交易地位”,取得了不正当的经营利益,构成不正当竞争行为。参见最高人民法院(1999)知终字第17号民事判决书。

<sup>[116]</sup> 参见深圳腾讯计算机系统公司腾讯科技(深圳)公司与数推网络科技有限公司等不正当竞争案,重庆市第五中级人民法院(2019)渝05民初3618号民事判决书。

<sup>[117]</sup> 比如,同样涉及互联网技术,在优酷公司诉百度公司案中,法院即认定,被告在履行“通知—删除”义务之后,明知或应知用户的行为构成侵权,却未采取必要措施的,对涉案损害后果的发生、扩大具有“主观过错”,须承担连带责任。参见北京市海淀区人民法院民事判决书,(2017)京0108民初15648号。

<sup>[118]</sup> [法] 马塞尔·莫斯等:《论技术、技艺与文明》,蒙养山人译,世界图书出版公司2010年版,第35页。

<sup>[119]</sup> [美] 凯文·凯利:《失控:全人类的最终命运和结局》,陈新武等译,新星出版社2011年版,第298页。

<sup>[120]</sup> 王艳芳:《互联网领域反不正当竞争案件司法审判概况及修法动态》,载《竞争政策研究》2016年第2期,第29页。

#### (四) 类推方法之运用

类型与类推密切相关,类型以类推方式适用,类推检验类型,并为发明新类型提供可能。面对不确定性,人类通常借由已有经验的理性力,以触类旁通、举一反三的方式认识未知世界,“从那个更为熟知的对象中推出,那个更不为熟悉的对象还共有了其他一些特征”。<sup>[121]</sup>类推是理解世界最为普遍的思维方式,人类得益于“通过类比不停地扩展范畴的能力”,唯其如此,“才能发现相似的东西,并且利用事物之间的相似性去处理新事和怪事”。<sup>[122]</sup>类推在司法实践和法学中的地位非常高:卡多佐将其置于所有司法方法“之首”;<sup>[123]</sup>恩吉施将其在法律思维方法中“置于首位来研究”;<sup>[124]</sup>考夫曼主张法律认识就是类推性认识,“法律发现过程的核心就是类推”。<sup>[125]</sup>类推与认知科学的“隐喻”、<sup>[126]</sup>历史再现中的“转义”<sup>[127]</sup>颇有异曲同工之妙。

在我国司法实践中,一些案件也表现出朴素的类推思维,比如在许多计算机域名纠纷中,将域名与商业标识进行比较,尽管没有出现类推字眼,仍不失其机理的运用。<sup>[128]</sup>但是整体上,类推方法在司法中缺乏广泛而深入的实践,<sup>[129]</sup>理论研究也付之阙如。<sup>[130]</sup>类推思维的缺失,导致了类型划分的表面化和肤浅化,知识的内卷化现象突出,大量案件被视为“新型”案件。这一现象在互联网反不正当竞争领域尤为突出,一直以来,涉及“计算机网络”“不正当竞争”“一般条款”等的案件都被视为“新类型”案件,<sup>[131]</sup>“第一案”“首例”此起彼伏。<sup>[132]</sup>在“新类型”名义下,极易产生一个假

[121] [美] 斯科特·布鲁尔:《范例推理:语义学、语用学与类比法律推理的理性力》,李晨译,载《法哲学与法社会学论丛》总第15期,北京大学出版社2010年版,第86页。

[122] [美] 侯世达等:《表象与本质:类比、思考之源和思维之火》,刘健等译,浙江人民出版社2018年版,第30、295页。

[123] [美] 本杰明·N. 卡多佐:《司法中的类推》,苏力译,载《外国法译评》1998年第1期,第17页。

[124] 见前注[66],恩吉施书,第177页。

[125] 见前注[83],考夫曼书,第142页。

[126] 莱考夫等人认为,人类大部分思维方式都是隐喻性的,“隐喻的本质就是通过另一种事物来理解和体验当前的事物”,对遥远的、陌生的事物的理解都需要通过来自经验领域的其他方面的映射来定义和理解,对抽象概念的推论,“主要是从其他概念域和经验方面输入的”。参见[美] 乔治·莱考夫等:《我们赖以生存的隐喻》,何文忠译,浙江大学出版社2015年版,第1—3页;见前注[82],莱考夫等书,第6页。

[127] 历史学家怀特提出了“转义”,即将一个不熟悉的或者“神秘的”东西转变为熟悉的东西,将未经分类的事物领域转移到另一个经过了充分的编码、通过联想就能被了解的领域。[美] 海登·怀特:《话语的转义——文化批评文集》,董立河译,北京大学出版社2011年版,第6页。

[128] 参见宝洁公司与北京市天地电子集团商标不正当竞争案,北京市第一中级人民法院(2000)一中民初字第49号民事判决书。

[129] 2021年1月5日笔者在“北大法宝司法案例数据库”(http://www.pkulaw.cn/case)检索,在案由为“不正当竞争纠纷”的总计13763份的裁判文书中,全文中检索提及“类推”一词的,仅为10份。

[130] 2021年1月5日笔者在“中国知网期刊数据库”(https://kns.cnki.net)检索,以“不正当竞争”为主题词的论文录得6150篇之多,其中涉及“类推”主题的论文仅为两篇。金伦:《日本1993年修改〈不正当竞争防止法〉概况》,载《中外法学》1994年第2期;刘晓:《从王跃文案看〈反不正当竞争法〉一般条款的法律适用》,载《温州大学学报(自然科学版)》2011年第6期。而全文提及“类推”一词的仅有75篇。

[131] 曹建明:《在中国知识产权研究会第四届全国代表大会的司法保护专题报告——中国知识产权司法保护的新发展》,载北大法宝网2004年5月20日,http://www.pkulaw.cn/fulltext\_form.aspx?Db=chl&Gid=9e360b3018a7d643bdfb&EncodingName=;《最高人民法院关于为维护国家金融安全 and 经济全面协调可持续发展提供司法保障和法律服务的若干意见》,法发[2008]38号,2008年12月3日发布。

[132] 参见袁秀挺、胡宓:《搜索引擎商标侵权及不正当竞争的认定与责任承担——网络环境商标间接侵权“第一案”评析》,载《法学》2009年第4期;朱宁宁:《真假开心网引爆网络不正当竞争第一案》,载《商务时报》2009年5月30日,第7版;赵雷:《中国首例互联网不兼容案尘埃落定》,载《中华工商时报》2011年10月31日,第6版;翦竹、曹颖逊:《互联网反不正当竞争第一案悬念揭晓——3Q大战奇虎360再败》,载《中国审判》2014年第3期;王羽:《国内首起电竞游戏赛事网络直播纠纷案落锤:“斗鱼”构成不正当竞争 赔偿110万》,载《上海企业》2016年第3期;陈美辰:《网络刷单行为法律规制的前世今生——从“电商起诉刷单平台第一案”落槌到新〈反不正当竞争法〉实施》,载《现代商业》2018年第6期。

象：“需要明确法律边界或填补法律空白的案件越来越多。”<sup>[133]</sup>这一现象暴露出法律实践和法学研究深刻的方法论危机。

类推和类型最为重要的特征是“比较”，<sup>[130]</sup>比较如同知识的定位和校正系统，在陌生的环境中，顺着前人开辟的经验小径匍匐前行，不至于迷失。世界是一致性与差异性、统一性与多样性的结合体，通过比较发现不同点和相同点，在貌似迥异的事物之间，通过洞察事物之间的普遍性和一致性建立联系；在看似相似的事物之间，通过揭示差异性而做出区隔。比较从来不是盲目的，比较点并不拘泥于事物外观的物理特征，而是探询不同点和相同点这两种彼此排斥的特征，谁是决定事物本质（意义）的力量，进而决定事物分类、界定其类型。易言之，比较的目的在于发现意义。诚如有学者指出的：“意义之相同性为类推适用之枢纽”，“案件的相同性最终并不只是靠外在特征的多少雷同来判定的，而毋宁更是案件所彰显的‘意义’来决定的；即应由案件在‘类型’上的归属来做平等对待之基础，一个类型才是一个‘整体性’、一个族群”。<sup>[135]</sup>

大量所谓互联网新型案件其实都可以借助类推方法得以阐明。以淘宝公司诉美景公司案为例，<sup>[136]</sup>该案一审判决号称“首例涉及大数据产品权益保护的新类型案件”，<sup>[137]</sup>在比较的意义探询中，就有可能名不副实。该案中，法院认定原告的数据产品是经过深度分析处理、整合加工而形成的“劳动成果”。这一意义赋予并无新意，在此之前，为数较多的案件已经认定数据信息为“劳动成果”。<sup>[138]</sup>这一结论是通过整体类推所获致的：<sup>[139]</sup>不管是作品、注册商标、专利，还是知名商业标识和商业秘密，大凡经由人类劳动努力创造的成果都有保护的必要性，原告若能证明投入了同样的劳动努力，“劳动成果”当然也有了受保护的必要性。法律的正义原则是比较的正当性根据，类推的本质是“对实质上相同的事物同等对待，而对实质上不同的事物不同对待”。<sup>[140]</sup>在类推比较中，数据产品受保护就获得了正当性证明。进一步的问题是，大数据产品如何保护？比较中的知识定位同样重要。数据产品与著作权法中的汇编作品具有相似性，但是，著作权法对独创性表达的保护机理是：作品必须明确、清晰和稳定，可以观测和度量，这是法定权利设定的先要前提。显然，数

<sup>[133]</sup> 参见最高人民法院：《知识产权案件年度报告(2012)摘要》《知识产权案件年度报告(2014)摘要》。检索自北大法宝网：[http://www.pkulaw.cn/cluster\\_call\\_form.aspx?menu\\_item=law&EncodingName=&key\\_word=](http://www.pkulaw.cn/cluster_call_form.aspx?menu_item=law&EncodingName=&key_word=)。

<sup>[130]</sup> 法学方法的核心是类比，类比具有“个案比较”的性质。参见[德]阿图尔·考夫曼：《法律获取的程序——一种理性的分析》，雷磊译，中国政法大学出版社2015年版，第8—12页。他又指出：“只有在可比较的事物范围内，才有类型。”[德]亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”》，吴从周译，学林文化事业有限公司1999年版，第113页。

<sup>[135]</sup> 见前注[108]，林立书，第90、140—141页。

<sup>[136]</sup> 淘宝(中国)软件有限公司与安徽美景信息科技有限公司不正当竞争案，杭州铁路运输法院(2017)浙8601民初4034号一审民事判决书，杭州市中级人民法院(2018)浙01民终7312号二审民事判决书。

<sup>[137]</sup> 《最高人民法院发布依法平等保护民营企业家人身财产安全十大典型案例》，载北大法宝网2019年5月16日，<https://www.pkulaw.com/chl/842e398c734730afbdff.html?keyword=最高人民法院发布依法平等保护民营企业家人身财产安全十大典型案例>。

<sup>[138]</sup> 参见上海钢联电子商务股份有限公司与上海纵横今日钢铁电子商务有限公司不正当竞争案，上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民五(知)初字第130号民事判决书；上海汉涛信息咨询有限公司与北京百度网讯科技有限公司不正当竞争案，上海知识产权法院(2016)沪73民终242号民事判决书。

<sup>[139]</sup> 整体类推和个别类推的原理相同，都是为法律适用找寻法律理由和意义，区别在于，后者从单一的法律规范出发，将其运用到另一个事态未被文义射程所涵盖、却展现同样法律理由的案件上；前者则是在一个较抽象、广泛的角度下找寻具有相同的意义、主题的案件。参见前注[108]，林立书，第98页。

<sup>[140]</sup> 见前注[3]，齐佩利乌斯书，第20—21、99页。

据产品被作为整体去考量时,是流动和变动不居的。这或许是中国司法中大量信息数据纠纷适用反不正当竞争法的原因。那么,在反不正当竞争法中,数据产品有无相似的类型可以比较?商业秘密和数据产品看似属性特征截然不同——前者是未公开的信息,“秘密点”和保密措施是获得保护的必要条件;后者则具有选择性和可访问性的特点。<sup>[141]</sup>这种差异性决定了,难以通过个别类推直接适用有关商业秘密条文,两者不能共享同一子类型的意义空间。但是,这种相异性并不妨碍在更大范围共享相同的意义:它们都是通过劳动努力获得的信息产品,具有资产价值和竞争优势;它们都难以清晰界定产权并通过赋予其财产权的法律地位获得保护。在是否获得保护这一法律效果上,信息之公开与不公开的差异性不是决定是否保护这一“意义”的关键性因素。<sup>[142]</sup>易言之,有必要赋予数据信息产品以如同商业秘密保护相同的法律效果。商业秘密具有相容性,一方持有某一商业秘密并不排除他人以同样正当的手段,通过反向工程、独立开发等方式获得相同技术特征的信息。商业秘密的反不正当竞争法保护旨在禁止他人以不诚实的方式获得信息,比如盗窃(间谍)、泄密、违约、电子侵入或第三方过错等。同理,数据产品亦然,在信息社会中,法律并不禁止对数据资料的收集、加工和筛选,而是禁止以不诚实的方式获得他人的信息产品。在这种反复比较中层层推进,大数据产品的经验知识定位也就越加清晰起来。

如同漂泊在外的游子认祖归宗,类推意味着归类:以意义为方向、比较为指南针,在不断迂回的求证中归认家族血脉。案件意义的找寻亦如俄罗斯“套娃”,由外及里、层层剥离,直到发现最大相似性、最小差异性的族群为止。对于尚没有定型化的案件而言,类型成员达到某种稳定的结构,拥有相对独立的意义中心,另立门户就有了可能。比如,随着经验知识的累积,如同商业秘密一样,有必要在立法中禁止数据库不法行为。具体禁止哪些行为?目前比较成熟的是“违约”。在侵权法实践中,通过违约干涉合同或经济机会能产生侵权责任,<sup>[143]</sup>且在商业秘密的保护中,违反合同是一类典型的不正当竞争行为,<sup>[144]</sup>我国司法实践中,大量案例都是客户违反合同擅自出售权利人的数据信息。<sup>[145]</sup>那么,“侵占”是否属于一种典型样态?在理论上,数据库如同商业秘密日益被视为具有财产属性的资产,<sup>[146]</sup>在一些案件中,擅自出售信息数据从本质上被视为经营性资产的侵占行为。<sup>[147]</sup>无论列举何种典型的行为样态,万变不离其宗的是,必须始终围绕数据库法律保护的“意义”。

[141] 欧洲共同体委员会:《关于版权和技术挑战的绿皮书——亟待行动的版权议题》,载张大伟主编:《欧盟版权法》,中国出版集团2019年版,第122页。

[142] 我国有学者建议在《反不正当竞争法》第9条有关商业秘密的规定之后新增一个条文,将“数据准财产权”内容置于其中,形成对非公开数据和公开数据的完整保护。参见杨翱宇:《数据财产权益的私法规范路径》,载《法律科学》2020年第2期,第77页。

[143] [美]丹·B·多布斯:《侵权法》(下册),马静等译,中国政法大学出版社2014年版,第1098页。

[144] 世界知识产权组织:《关于反不正当竞争保护的示范规定》第6条(可参见WIPO:《反不正当竞争示范法及其注释(续)》,孔祥俊译,载《工商行政管理》,1998年第12期,第39页)。

[145] 一些法院将违约认定为侵权行为,比如:北京阳光数据公司与上海霸才数据信息有限公司技术合同、不正当竞争案,北京市高级人民法院(1997)高知终字第66号民事判决书。前述淘宝公司诉美景公司案中,二审法院同样认定被告违反约定,主观上具有恶意,构成直接侵权行为。

[146] 参见龙卫球:《再论企业数据保护的财产权化路径》,载《东方法学》2018年第3期,第52页。

[147] 在钢联公司与纵横今日公司案中,法院认定被告存在“不正当利用他人劳动成果获取竞争优势的‘搭便车’行为”,参见前注[138];在微梦公司与淘友公司案中,法院认定被告侵犯“竞争优势及商业资源”,参见北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争案,北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。上述案件都有一个共同的情节,即被告存在违反约定的情形。

## 四、尾 语

互联网专条暴露了知识的动员能力和运用方法的欠缺。这种欠缺首先是对《反不正当竞争法》认识的偏差。《反不正当竞争法》究竟以形式主义还是实质主义为取向？形式主义和实质主义当然不存在简单的二元界分和对立，<sup>[148]</sup>形式主义是法制的一部分，但并不意味着不同法律因其调整对象、规范性质、运行机理等因素，存在或强或弱的形式主义差异。形式主义具有去语境化、去黏稠化的特征，在反不正当竞争领域，行为的可责难性往往具有高度的语境依赖性，大量信息存在于特定的交往背景之中，一些可以直观描述，更多的则需要“或多或少”的综合评价，不能以全有全无的方式取舍。正当或不正当很难通过抽取充分必要的属性特征得以定义——企图建构封闭的概念，形成与价值无涉、不假外求、自我闭合的规范体系，通过形式化的三段论推理，即可获得唯一正确的答案，是不可能的。诚如世界知识产权组织所指出的：“竞争领域的创新是无止境的。在一个笼统的定义中，试图将各种现有的和未来的竞争行为都包括进来——同时定义各种被禁止的行为，并且又灵活的足以适应新的市场行为——的各种尝试至今都失败了。”<sup>[149]</sup>互联网意味着流动性，“互联网治理的常态就是不断变化”，<sup>[150]</sup>企图运用概念的定义系统来代替流动的意义评价是不会成功的。竞争行为的公平性检验只能有赖于法官在具体场景中的求索，在对生活事实描述的基础上，运用细节性经验知识比较和权衡，同时进行价值追问和效能评估。其作用模式是实质主义的。

即使最低限度的形式主义是必需的，也不表明我们具有了运用语言建构法律条文的能力和办法。“规则通常是对背后正当化依据的简单重述”，<sup>[151]</sup>形式从来不能脱离其内容，黑体字规则的形成意味着对事物本质的挖掘和发现，黑体字规则背后的正当性依据、形式上可理解的确切内容属性，只能在经验世界的探索中获得。“任何现象的可理解性指的是该现象的内容与形式之间的某种关系……形式是确定内容之为内容，是此不是彼的全部特点，从而使内容不同于无特征存在的不确定性。”<sup>[152]</sup>立法也罢，司法也罢，并非理性建构主义去精心设计人类的行动规则，而是将已然形成的经验知识加以阐明，在可能之时诉诸文字表达。无法从经验生活中吸取智慧，就不可能输出制度知识。反不正当竞争法律文本的形式主义是有限度的，受制于思维模式、方法和知识储备等因素。

在诸多知识缺失中，最为严峻的是方法论危机。立法者追求法律文本的体系化，术语意识却淡漠——缺乏概念的基本分析和建构方法，企图利用案例类型去组织法律规范，却缺乏类型化思维方法，这无疑是极具反讽性的。司法者缺乏“十八般兵器”，无从掌握抽象原则的评价方法和对具体规则的三段论推理，法律解释、漏洞填补、类推适用等传统看家本领都疏于操练。法学研究者更加难辞其咎，波斯纳法官曾感慨：法官与法律教授在智识上渐行渐远，法律学人知识的日益专门

[148] [美] 布赖恩·Z. 塔玛纳哈：《裁判的均衡现实主义》，张昌辉译，载《法律方法》2020年第1期，第78页。

[149] 见前注[109]，世界知识产权组织国际局文，第288页。

[150] [美] 劳拉·德拉迪斯：《互联网治理全球博弈》，覃庆玲等译，中国人民大学出版社2017年版，第270页。

[151] 见前注[12]，肖尔书，第16页。

[152] [加]欧内斯特·J. 韦恩瑞：《法律形式的本质》，吴玉章译，载《环球法律评论》1991年第2期，第7页。

化,导致了彼此之间的裂缝难以逾越。<sup>[153]</sup> 在中国,问题的特殊性在于,学界没有更多理解法律的钥匙,若缺乏哲学、经济学、社会学、文学、历史等学科知识和方法,就企图丰富法律的武器库,即使使用教义法学方法,也存在装备不精良的问题;同时,也疏离法律实务,缺乏对案例的真正整理和分析,而只是热衷于从“新型”案例中抢话题、圈占学术热点。当社会限于整体性的方法危机时,知识内卷化的恶性循环就不可避免,对“新类型”案件的盲目热衷、甚至顶礼膜拜将甚嚣尘上,成为法律实践和法学研究唯一的意义和方向。

我国是世界互联网大国,致力于为互联网法治贡献中国经验、中国智慧和中国方案。<sup>[154]</sup> 萨科形象地指出,“现实的法律”实则是立法者、法官和学者等各种力量合力达致的“法律共振峰”,<sup>[155]</sup> 中国要实现互联网治理的“法律共振峰”,有赖于各方面的共同努力。强大的制度知识能力需要相应的思维模式和方法来保障,有学者研究了世界范围内法律领导权的“风向转变”,认为智识领导权与法律的思维方式之间具有莫大关联,某种法律文化越是采用一种偏狭的实证主义方法,集中关注某些特定文本或当地问题,则越不可能成为世界学术领域中的领导型法律文化。<sup>[156]</sup> 在反不正当竞争法领域,或许,我们更需要一种问题转向的勇气和姿态,从规则之治与原则之治、形式主义与实质主义之争,转变为如何寻求经验知识习得和累积的强大方法论,借助方法理性,确保我们强大的知识能力。

---

**Abstract** Responding to the eager expectation of the society, the Anti-Unfair Competition Law revised in 2017 added the Internet Article. Surprisingly, this Article failed as soon as it was introduced: a large number of cases refused to be subsumed within the specific clauses articulated by it, but fled to the general clause. The Internet Article is an intellectual reflection of the techniques of organizing legal texts. The failure of this Article results from a deep methodological crisis. The Article cannot withstand doctrinal conceptual analysis, with few terms, ambiguous connotations, and unclear extension. As a so-called “typification” under the guidance of conceptual thinking, the Internet Article can hardly establish any type in the strict sense. Legal Formalism has its limitation. The legal practice and theoretical research of Anti-Unfair Competition Law ask for a turning of issues, and seek for a powerful methodology in assuring the acquisition and accumulation of empirical knowledge.

**Keywords** The Internet Article, Legal Formalism, Failure of Rules, Conceptual Thinking, Typified Thinking

---

(责任编辑:徐彦冰)

---

<sup>[153]</sup> 见前注[40],波斯纳书,第209页。

<sup>[154]</sup> 参见最高人民法院:《2020年人民法院工作要点》,法发[2020]5号,2020年2月3日发布;最高人民法院:《最高人民法院知识产权法庭年度报告(2019)(摘要)》,载北大法宝网,[http://www.pkulaw.cn/fulltext\\_form.aspx?Db=chl&Gid=4796768f991da799bdfb&keyword=最高人民法院知识产权法庭年度报告](http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=4796768f991da799bdfb&keyword=最高人民法院知识产权法庭年度报告)。

<sup>[155]</sup> 沈宗灵:《评萨科的“法律共振峰”学说》,载《中外法学》1995年第6期,第63—66页。

<sup>[156]</sup> [美]乌戈·马太:《风向为何转变:西方法律智识领导权的变迁》,吴雅辞译,载《岳麓法学评论》2017年第1期,第237—263页。