

专利技术特征划分的反思与重构

饶先成*

目次

一、问题的提出	四、技术特征划分的理性化路径：从事实与
二、技术特征划分：技术特征的组合与拆分	价值二分走向法律推理
三、技术特征划分“失范”的原因：事实与价值沟通的理性化困境	五、结论

摘要 技术特征划分的不确定性在一定程度上加剧了专利确权诉讼和侵权纠纷的频发以及结果的频繁“反转”。从表面上看,技术特征的划分难以通过形式理性加以规范;在理论层面上,技术特征划分涉及事实与价值二分的理论问题。要解决技术特征划分的问题,应在事实与价值之间建立沟通机制,而实践理性正是沟通事实与价值的理论,建立在实践理性的基础之上,将技术特征划分中的事实部分与价值部分利用主客观尺度加以区分。在符合技术特征划分定义的规范下,存在多种技术特征的划分方式,决定最终划分方式的是其背后的实践理由。在具体情境之下,对基于实践理由的制度利益进行衡量,重构司法推理三段论,从而在技术特征划分中建立起技术事实到价值判断的理性化和正当化路径。

关键词 技术特征 事实与价值二分 实践理性 司法推理

一、问题的提出

“技术特征”作为专利法领域中的重要术语,贯穿于专利权的获取、权利要求解释、无效宣告和侵权判定等诸多专利法相关的实践和理论问题当中。我国在颁布第一部《专利法(1984)》后所制定的《专利法实施细则(1985)》多达8次提及“技术特征”,后续《专利法实施细则(2010)》中该词语出现达到12次之多。《专利审查指南(2010)》中提及“技术特征”的表达竟有254处,几乎平均每2页就会提到1次“技术特征”。更令人诧异的是,无论专利法及其实施细则,还是专利审查指南,

* 中国计量大学法学院讲师、法学博士。

均未对如此重要的术语作定义,以至于只能从“技术特征”与其他术语的关系中获得其大概的含义。如我国《专利审查指南(2010)》所记载的,“专利法第2条第3款所述的技术方案,是指对要解决的技术问题所采取的利用了自然规律的技术手段的集合;技术手段通常是由技术特征来体现的”。〔1〕上述关系表征了,技术特征是技术手段的载体,在专利文件中用于表征技术手段的描述可称之为技术特征,〔2〕是技术手段在专利文件中的具象化存在。进一步地,技术特征被作为权利要求的组成要素或要素之间的相互关系。〔3〕无独有偶,美国专利法中的“element”被视为与我国专利“技术特征”相对应的术语,《布莱克词典》曾给出了“element”的定义:“一项专利权利要求的相对独立的组成部分。”〔4〕权利要求与技术特征之间的关系揭示了技术特征既是权利要求的组成要素,同时也存在相对独立性。在认识论上,某一事物在感觉上是明白易知和笼统的,但要真正了解这一事物,则应从整体事物中解析出其构成要素。〔5〕由此可见,对技术特征定义要实现的基本功能是从权利要求中划分出各个技术特征。

相比于法律规范对技术特征定义的“回避”,面对由技术特征划分所引起的专利有效性和侵权判定等问题的争议,司法实践却不得不对此做出回应。由北京市高级人民法院制定的《专利侵权判定指南(2017)》第8条规定:“技术特征是指在权利要求所限定的技术方案中,能够相对独立地执行一定的功能,并能产生相对独立的技术效果的最小技术单元。”最高人民法院在其审理的多个案例中,对技术特征的划分侧面反映了技术特征的含义:“技术特征的划分应该结合发明的整体技术方案,考虑能够相对独立地实现一定技术功能并产生相对独立的技术效果的较小技术单元。”〔6〕“技术特征的划分应该结合发明的整体技术方案,考虑能够相对独立地实现一定技术功能并产生相对独立的技术效果的最小技术单元。”〔7〕从中可以看出,司法实务界基本上将技术特征的定义与技术特征的划分视为相近的范畴,技术特征的划分相较于技术特征的定义,多了“应该结合发明的整体技术方案”的要素。

司法实务界对技术特征施以规范限定的有益探索,为专利有效性和侵权判定等问题中的争议提供了定分止争的规范,但仍未消除技术特征划分的不确定性,甚至让问题变得愈加隐蔽。即使技术特征的划分加入了规范性的涵摄,然而,由于技术功能存在上位功能和下位功能,〔8〕即技术功能的抽象化程度不同,体现在技术特征划分的大小或量级上的差异,影响着专利有效性的判断和侵权判定的结果,由此进一步加剧了专利权的不确定性。不当的后果主义考量可能被技术特征划分的不确定性所吸收和掩盖,而被归咎于技术特征划分的不同观点,从而“侵蚀”司法裁判的权威性和司法理性。

〔1〕 中华人民共和国国家知识产权局:《专利审查指南2010》,知识产权出版社2010年版,第56页。

〔2〕 由于专利权的取得、权利要求解释、无效宣告请求和侵权判定等往往围绕权利要求书中的技术特征,故本文所讨论之技术特征一般为权利要求书中的技术特征。

〔3〕 “权利要求书应当记载发明或者实用新型的技术特征,技术特征可以是构成发明或者实用新型技术方案的组成要素,也可以是要素之间的相互关系。”参见中华人民共和国国家知识产权局:《专利审查指南2010》,知识产权出版社2010年版,第141页。

〔4〕 See Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th ed., Thomson Reuters West Press, 2004, p.1576.

〔5〕 参见[古希腊]亚里士多德:《物理学》,张竹明译,商务印书馆1982年版,第15页。

〔6〕 最高人民法院民事裁定书,(2017)民申字第3802号。

〔7〕 最高人民法院民事判决书,(2020)最高法知民终426号。

〔8〕 于波、祖子涵:《知识产权鉴定中技术特征分解方法的选择——以专利为视角分析》,载《中国司法鉴定》2021年第6期,第77页。

二、技术特征划分：技术特征的组合与拆分

认识一个事物需从特征着眼，^{〔9〕}这或许就是权利要求分解为技术特征的直观理由。权利要求笼统地指称技术方案这个整体，而确定权利要求则需将其分解成各个组成部分，只有分析构成权利要求的技术特征，才能确定权利要求所记载的范围。无论是将权利要求的范围与被控侵权行为实施的技术方案相比以判断是否侵权，还是将权利要求与现有技术相比来判断专利有效性，^{〔10〕}都是寻求两个事物的同一性或差异性的过程。倘若将权利要求看作一个集合，技术特征显然就是集合中的构成要素，决定集合大小和边界的是具体的构成要素。以集合理论来分析权利要求的构成问题，可在比较上引入集合与集合之间的比较理论。有信息领域的专家给出了集合的比较方式，即通过遍历集合中的每一个元素来实现对两个集合中元素的一一比较。^{〔11〕}因此，技术特征划分是权利要求功能发挥的前提，如何进行技术特征划分便涉及技术特征组合与拆分的问题。

（一）技术特征划分的量级

不论如何对权利要求进行分解，都不影响权利要求作为一个整体的技术方案具有整体的技术效果并解决技术问题。事实上，整体评价原则是各国专利审查中的普遍规定，如欧洲专利局上诉委员会所颁布的《审查指南》规定，发明申请应被视为一个整体来考虑，并强调如一个权利要求是技术特征的结合体，因其中单个技术特征是已知的或者显而易见的，而认定整体技术方案为显而易见的判断方法是错误的。^{〔12〕}在判断两个技术方案是否构成等同时，实际上是从技术方案的整体出发进行的综合比较。在权利要求的中心限定主义下，技术方案的整体性和实质性对权利要求的保护范围影响更大。这种情况下，并不重视技术特征的划分和特征的逐一比较，技术特征划分的量级几乎大到将整个权利要求作为一个技术特征，此时权利要求的抽象化程度也就较高。

在美国专利法进入周边限定主义的时代后，由于更为严格地解读权利要求文本所记载的内容，侵权判定更多以字面侵权的方式进行，等同原则受到了激烈的批评，导致等同原则的适用接近消亡。直到 *Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co.* 案的出现，该案是继 *Winans v. Denmead* 案^{〔13〕}之后时隔近百年，美国最高法院对等同理论在专利侵权中适用的再次确认。在 *Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co.* 案中，法院认为，等同原则的实质在于防止欺诈，阻止不当行为窃取发明创造的利益。^{〔14〕}此时，等同理论仍然是针对技术方案的整体性等同。在 *Hughes Aircraft Co. v. U.S.* 案^{〔15〕}中，美国联邦巡回上诉法院坚持了 *Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co.* 案所确立的“方式、功能、结果”的判断标准，并明确提出了整体等同理论，“未能将等同原则作为一个整体应用于要求保护的发明以及对两个技术特征‘明显和准确’

〔9〕 参见熊文聪：《事实与价值二分：知识产权法的逻辑与修辞》，华中科技大学出版社 2016 年版，第 69 页。

〔10〕 技术特征的划分最终影响的是专利有效性和侵权判定问题，技术特征的等同判断为专利侵权判定中的典型情形，故本章中主要以等同判定为主线来阐释技术特征的组合与拆分，另外也通过案例分析了技术特征划分量级对专利有效性判断的影响。

〔11〕 参见吴军：《数学之美》，人民邮电出版社 2012 年版，第 146 页。

〔12〕 参见黄国群：《我国专利创造性判定中的整体性评审与模型构造研究》，载《上海财经大学学报》2015 年第 3 期，第 107 页。

〔13〕 *Winans v. Denmead.*, 56 U.S. 330(S. Ct. 1853).

〔14〕 *Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co.*, 339 U.S. 605(S. Ct. 1950).

〔15〕 *Hughes Aircraft Co. v. U.S.*, 717 F.2d 1351(Fed. Cir. 1983).

的等同要求都是错误的,如果存在这样的两个技术特征,将直接构成字面侵权”。在 *Corning Glass Works v. Sumitomo Elec.*案^[16]中,原告权利要求的技术特征与被控侵权产品并不存在一一对应的关系,甚至存在截然不同的技术特征。原告的权利要求是将正性的掺杂剂加入光导纤维的芯部,而被控侵权产品是将负性的掺杂剂加入由熔融的二氧化硅制成的光导纤维的外包部。从技术特征上看,二者明显采用了相反的技术手段,从技术方案的整体上判断是否符合“方式、功能、结果”的基本条件,在比较上更具抽象性,而非从具体技术特征的三要素对二者进行比较,基于此,该产品最终被判定等同侵权成立。

整体等同理论的适用在一定程度上侵蚀了周边限定主义下权利要求保护范围的确定性,过度抽象化容易导致权利的保护范围过分地溢出文字所限定的“牢笼”。在 *Pennwalt Corp. v. Durand-Wayland, Inc.*案^[17]中,法院认为,在等同适用中,虽然可从总体上的功能判断权利要求与被控侵权的技术方案是否基本相同,但这并不是必要的,从而引述 *Perkin-Elmer Corp. v. Westinghouse Elec. Corp.*案^[18]进一步说明,等同适用并不意味着可以忽略权利要求的技术特征,必须从权利要求开始,尽管“非先驱”发明可能有权获得一定范围的等同,但法院不得以适用等同原则为幌子,抹去公众有权依赖的权利要求的大量有意义的结构和功能限定。然而,仍有少数意见坚持遵循先例并适用整体等同。在1997年的 *Warner-Jenkinson Co., Inc. v. Hilton Davis Chemical Co.*一案^[19]判决中,美国最高法院重新对等同原则做出了全面阐释。在该案中,美国最高法院将“三要素准则”适用之初采用的整体效果分析变为逐项要素比较,也就是等同原则的适用不应导致忽视专利权利要求记载的任何一个技术特征。^[20]由此可见,等同原则开始由以往的“全部特征原则”的整体等同到强调“特征一一对应”的“全部特征原则”的等同原则。

在采用全部技术特征一一比对的比较方法时,权利要求被分解成若干个技术特征,逐一比较技术特征的方式在一定程度上解构了权利要求之技术方案的整体性,对抑制忽略权利要求的具体技术特征和限定而扩大保护范围的现象起到了一定的作用。但这又会带来新的问题,即导致更为局部地看待技术特征,而忽视了技术方案整体要解决的技术问题,又可能会割裂技术特征与整体技术方案之间的密切联系。可见,技术特征逐一比对与整体等同比对的侧重点存在不同,技术特征划分的量级成为平衡二者的桥梁。将技术特征划分得更细,还是将一些技术特征组合成一个技术特征进行对比,在个案中均存在差异。总之,并无可适用的标准为此提供确定性的指引和依据。

在技术特征划分的大小和抽象化程度上均不存在成文法上的标准和规定,从而加剧了专利权的不确定性。正如美国伯克和莱姆利所言,要想知道一项专利所涵盖的保护范围,唯一的办法就是上法院,最终再到上诉法院,因为数据表明,当法官解释专利权时,他们的结论大约有40%的概率会被上级法院推翻。^[21]

(二) 技术特征的组合与拆分在司法案例中的显性化对比

徐棣枫等曾在2019年就两个案例在运用等同原则时适用不同的技术特征组合和拆分方式而

[16] *Corning Glass Works v. Sumitomo Elec. U.S.A., Inc.*, 868 F. 2d 1251(1989).

[17] *Pennwalt Corp. v. Durand-Wayland, Inc.*, 833 F. 2d 931(Fed.Cir. 1987).

[18] *Perkin-Elmer Corp. v. Westinghouse Elec. Corp.*, 822 F. 2d 1528, 3 USPQ2d 1321 (Fed.Cir. 1987).

[19] *Warner-Jenkinson Co., Inc. v. Hilton Davis Chemical Co.*, 520 U.S. 17(S.Ct. 1997).

[20] 参见刘筠筠:《等同原则法律适用问题的再思考——兼论整体等同与全部技术特征原则》,载《知识产权法研究》2009年第1期,第116—128页。

[21] See Dan L. Burk & Mark A. Lemley, *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It*, The University of Chicago Press, 2009, p.27-28.

导致的专利权不确定性提出了质疑。^{〔22〕}司法实务界前述对技术特征的定义,建立在相对独立之技术功能的基础上,但该定义仍无法为技术特征划分提供规范化的指引。司法机关选择一种技术特征的组合或拆分方式,似乎都能找到对应抽象化程度的技术功能来支撑这一划分方式,从而导致技术特征划分的“失范”。在这一点上,从我国最高人民法院针对技术特征组合与拆分的两个案例,就能显性化地看出司法机关自身决策的矛盾。前述技术特征的定义恰恰为矛盾的司法裁判提供了正当化的依据,却掩盖了其理性化不足的问题。

在“张某诉烟台市栖霞大易工贸有限公司等侵犯专利权纠纷案”^{〔23〕}(以下简称“案例一”)中,涉及专利号为“ZL200420073525.X”、名称为“多功能程控拳击训练器”的实用新型专利。上述专利的独立权利要求1与被控侵权产品的区别特征在于,涉案专利有“五个靶标”,被控侵权产品为“九个靶标”;一审法院认为二者不构成等同,二审法院维持了一审判决。在该案中,一审和二审法院将“五个靶标”视为一个技术特征,与被控侵权产品的“九个靶标”进行等同比对;而最高人民法院则认为,“由于涉案专利的每一个靶标在击打时单独发挥作用,因此不能将五个靶标作为一个技术特征来考虑”,从而将“五个靶标”的功能依据说明书所描述的部位进一步拆分为多个技术特征,并与被控侵权产品的“九个靶标”中的相应部位靶标来比对,从而认为被诉侵权技术方案包含涉案专利五个靶标的相同或等同技术特征。

在案例一中,技术特征划分起到了至关重要的作用,不同的组合与拆分方式直接决定了等同判定的成立与否。最高人民法院将技术特征划分问题归结为“法律适用错误”,隐含了技术特征划分的规范功能。学者吴瑞媛教授指出,不同规范领域可以通过理由的转换功能而相互交流。^{〔24〕}技术特征划分正是充当连接形式规范与裁判规则的理由,而技术特征划分是否具有正当性就决定了裁判理由是否充分。

与案例一不同的是,在“刘某贵与台州市丰利塑胶有限公司侵犯实用新型专利权纠纷案”^{〔25〕}(以下简称“案例二”)中,最高人民法院在再审中却主张将多个技术特征予以组合来进行等同比对。二审法院认为,涉案专利的调节拉杆上套设弹簧,且在弹簧的外面还套有孔径小于弹簧直径的套体,而被诉侵权产品系直接将弹簧两端分别挂设在调节拉杆和椅体上以达到实现椅体调节的目的,缺少权利要求记载的“套体”这一技术特征,应当认定被诉侵权产品未落入涉案专利权的保护范围。最高人民法院则认为,在涉案专利权利要求1中,套体本身无法实现相对独立的功能,不宜作为一个独立的技术特征对待,在将涉案专利权利要求的技术特征与被诉侵权产品的相应技术特征进行比对时,应当将“其两端分别套设有弹簧,在弹簧的外围套设有孔径小于弹簧直径的套体”作为一个独立的技术特征进行比对,而不是将“套体”作为一个独立的技术特征进行比对,因此,“套体”与相关技术单元组合成一个技术特征。

在案例二中,最高人民法院围绕“相对独立地实现一定技术功能并产生相对独立的技术效果的较小技术单元”实质性地对技术特征予以定义,但“相对独立”“较小”等语言的模糊性仍然困扰着对技术特征划分和等同侵权的判定。无论从案例一、案例二中的一审、二审法院与最高人民法

〔22〕 参见徐棣枫等:《专利权的不确定性与专利诱饵的法律规制》,知识产权出版社2019年版,第77—80页。其中提及的两个案例为最高人民法院民事裁定书(2012)民申字第137号和最高人民法院民事裁定书(2017)民申字第3802号。

〔23〕 参见最高人民法院民事裁定书,(2012)民申字第137号。

〔24〕 参见谢世民主编:《理由转向:规范性之哲学研究》,台湾大学出版中心2015年版,第19页。

〔25〕 见前注〔6〕。

院的不同观点,还是最高人民法院基于案例一和案例二的拆分和组合技术特征的不同观点,都可以管窥技术特征之规范性的“影子”。技术特征的划分虽然未直接作为裁判规则予以适用,但却左右了裁判的结果,其规范性功能在案例的冲突和裁判理由中得以彰显。忽视或滥用技术特征的规范性容易导致裁判者以主观目的为导向的不当后果主义裁判,^[26]而识别技术特征规范性所确立的裁判理由又存在诸多的模糊性和不确定性,不足以克服不当后果主义裁判的缺陷。

(三) 技术特征组合与拆分中的整体性考量

权利要求分解的量级就是技术特征划分的“粒度”,技术特征划分的“粒度”与其自身所实现的相对独立之技术功能有关,也与所比较之对象相应的技术特征有关。很多时候,技术特征的比对也并非完全一一对应,共同实现某一相对独立功能的几个组件可能存在于不同的技术特征当中。同理,构成等同的两个技术特征并不要求一定要在相应的组件当中。^[27]在这种情况下,势必需要抽象化地组合或重组技术特征,但以何种标准判断是否能够组合以及如何组合,却又成为横亘在裁判者眼前的难题。上述案例二^[28]就是这方面的典型例子,涉案专利的调节拉杆上套设弹簧,且在弹簧的外面还套有孔径小于弹簧直径的套体;被诉侵权产品系直接将弹簧两端分别挂在调节拉杆和椅体上以达到实现椅体调节之目的,缺少权利要求记载的“套体”这一技术特征。若仅从单一技术特征来看,“套体”的技术特征并不能从被控侵权产品上找到,难以认定二者之间构成相同或等同。我国最高人民法院否定了二审法院关于技术特征划分的观点,认为“套体”虽然是一个部件,但其功能和效果必须依赖于弹簧的配合才能实现,两者相互配合的整体才能在整体技术方案中发挥作用,不宜将二者之中的任一作为一个独立的技术特征对待,而应当将“其两端分别套设有弹簧,在弹簧的外围套设有孔径小于弹簧直径的套体”作为一个独立的技术特征进行比对,而不是将“套体”作为一个独立的技术特征进行比对。

以在整体方案中“是否起相对独立技术功能”作为标准来划分技术特征,面临着如何确定何种位阶之技术功能的问题。由于技术功能存在上位功能和下位功能,^[29]如从拆分成单个部件来看,“套体”的技术功能则为引导和约束弹簧的功能;从多个技术单元或特征组合来看,“其两端分别套设有弹簧,在弹簧的外围套设有孔径小于弹簧直径的套体”的技术功能是实现椅体调节的目的。理论上还可以从更抽象的维度来界定技术功能从而划出更大量级的技术特征,此外,不同参与主体对同一技术特征所能起到的技术功能和效果的认识也存在分歧。

在“欧瑞康纺织有限及两合公司与国家知识产权局行政诉讼案”(以下简称“案例三”)中,原涉诉的无效决定中将“第一输送机构(3)和第二输送机构(9)分别构成一个缠绕输送机构(15.1、15.2),而第三输送机构(14)构成一个夹紧输送机构(20)”作为涉诉专利权的独立权利要求1与现有技术相比的区别技术特征,从而认定独立权利要求具有创造性。^[30]一审法院认为,第一、二输送机构与第三输送机构各自承担不同的功能,且彼此之间为简单的机械连接,在结构、功能以及相互之间的配合关系上相对独立,并不存在不可分割的紧密联系,因此在确定区别特征时,不应当将三个输送机构组合成一个整体进行比较,故确定区别技术特征为“第三输送机构为夹紧输送装

[26] 与传统法律推理不同,后果主义推理是根据对裁判后果的预测和评价来选择判决理由。参见赵力:《论裁判后果主义推理的运作原理》,载《东方法学》2020年第1期,第149—160页。

[27] *Corning Glass Works v. Sumitomo Elec. U.S.A., Inc.*, 868 F. 2d 1251(1989).

[28] 见前注[6]。

[29] 见前注[8],于波、祖子涵等文。

[30] 国家知识产权局第32984号无效宣告请求审查决定书。

置”。^[31] 在两种区别技术特征的划分方式都具有相对独立技术功能的情况下,如何在二者之间进行选择更像是一种价值评价,裁判者可任意选择其中之一来进行论证说理。在二审中,最高人民法院从多个技术手段的整体性功能来诠释技术特征的划分,^[32]从而肯定了国家知识产权局在无效决定中的观点,即将“第一输送机构和第二输送机构分别构成成为一个缠绕输送机构,而第三输送机构构成成为一个夹紧输送机构”作为区别技术特征,进而认定该专利的技术方案具有创造性。可以看出,最高人民法院将发明构思的“整体性”加入技术特征的划分,从而构造了一种类似整体等同理论的判案思路。因此,通过技术特征划分的量级可获得单个技术特征、多个技术特征组合、将权利要求的整个技术方案作为一个整体的技术特征这三个量级。若以等同原则视角观之,可总结为单个技术特征等同、部分整体等同和整体等同。

基于上述实证案例所揭示的技术特征组合与拆分的问题,可知技术特征划分的量级仍存在三大问题:第一,技术功能的抽象化程度决定了技术特征划分的量级,但技术功能抽象至何种程度并无确定的依据;第二,不同的整体性考量影响着技术功能的认定,从而导致技术特征划分的差异;第三,技术特征划分与所比较的对象存在的关联性,也会导致技术特征划分量级的变化。

三、技术特征划分“失范”的原因:事实与价值沟通的理性化困境

仅观察技术特征划分所表现出的不确定性现象,而未剖析其背后真正的理论问题,尚不能建构起技术特征划分的普适规则,还面临一个既迫切又艰难的问题,即如何减少技术特征划分的不确定性?作为一个含混事实与法律的问题,恐怕不能仅凭借单一事实分析或法律分析而被有效地解决,但二者似乎又难以区分,造成理论界和实务界选择性地不去触碰或忽略这一根本性问题,而是直接从个案上寻求问题的解决路径的现状。然而,由于个案中的技术特征划分本身面临着组合与拆分的冲突与困扰,这种冲突与困扰体现在国家知识产权局、各级人民法院在案件中的左右“摇摆”,这会导致形式理性的缺失,同时上述主体也未能阐释其价值理性。若不对技术特征划分“失范”予以治理,将对专利确权和侵权判定的裁判公信力造成影响。治理的前提便是揭示技术特征划分背后的理论问题,从而以理论为基点建构技术特征划分的理性化路径。

(一) 技术特征划分中事实与价值二分的“休谟问题”^[33]

在司法实践中,技术特征划分常常被当作单纯的事实问题来对待,参与各方通过技术特征的比对以及现有技术等证据来支撑其技术特征划分的观点,以技术特征划分为基础获得区别技术特征。根据所得到的区别技术特征,决定该技术或产品是否具有创造性或是否构成侵权,然而,不同的区别技术特征划分会导致创造性或侵权判定结果迥异。技术特征划分存在不确定性,倘若将技术特征划分视为单纯的事实问题,那么由区别技术特征划分直接推导出专利有效性或侵权判定的结果,不符合经典的事实与价值二分的“休谟问题”。对此,不禁让人反思技术特征划分是否仅仅是事实问题,若为单纯的事实问题又如何推理出诸如创造性的价值判断呢?技术特征划分若为事实与价值混杂的问题,又如何区分技术特征划分的事实部分与价值部分呢?如果技术特征包括价

[31] 北京知识产权法院行政判决书,(2018)京73行初787号。

[32] 最高人民法院行政判决书,(2020)最高法知行终279号。

[33] 关于“休谟问题”通常是指单纯的事实命题不能直接推导出价值命题。参见[英]休谟:《人性论(下册)》,关文运译,商务印书馆1996年版,第509—510页。

价值问题,是否可以进行了技术特征划分的鉴定呢?

事实是人的“实践—认识”活动对象自身的客观存在状态,体现着主客体关系中客体的尺度,而价值作为客体的存在、性质和运动与主体的本性、目的、需要与能力等是否合适、是否一致的关系,体现着主客体关系中主体的尺度。^[34]在上述问题和疑惑的牵引下,沿着事实与价值的主客观属性尺度分析,即根据事实与价值所表现出的不同属性来区分技术特征划分中的事实与价值部分。这让我们不得不将思考拉回到位于源头处的技术特征表达上。技术特征的表达是一种技术事实以文字形式呈现的客观存在状态,技术特征所比对的对象为现有技术的相关技术特征或被控侵权产品的相应技术特征,同样也处于客观存在状态。上述情况构成了技术特征划分的基础事实。对基础事实部分的认定,是主体对客体的本质和自身规律的认识和把握。但对于两种客观状态的比较或比对,所获得的是二者的区别点,在未加入规范化解读和识别的情况下,上述区别点仍然是一种客观存在状态。

上述过程从表面上看似乎仅为事实层面的问题,所寻求的也仍然是客体比较结果之区别点的客观性,但主体在认识过程中会带入主体的价值因素,即“何为技术特征”。此时,不同抽象化程度的技术功能便随着技术特征的概念,进入对技术特征的划分过程之中,价值判断附着技术特征的概念或定义而被不知不觉地带入技术特征的划分和比对。因此,技术特征的比对即便基于基础事实,但由于基于技术特征概念所蕴含的价值判断和概念所赋予的规范性涵摄,导致了技术特征划分向价值层面偏离。对于事实层面的客观性来说,不同人群所观察到的情况可以再现,^[35]而技术特征划分却呈现出如前述所探讨的不确定性,导致其客观性的尺度被侵蚀。不同的价值考量几乎决定了区别技术特征及其量级。

技术特征的划分和比对的结果又会进一步被当作推定事实,如区别技术特征“是”什么的判断,成为是否满足创造性和侵权判定的基础条件。如此这般,技术特征划分从基础事实到价值判断,再形成推定事实,最终又回到价值判断。由此可见,技术特征划分所依据的权利要求和所比较的现有技术或被控侵权产品属于事实判断,即权利要求“是”什么,现有技术或被控侵权产品“是”什么,以及区别点“是”什么。技术特征划分建立在技术特征或其自身的定义上,以“应该结合发明的整体技术方案,考虑能够相对独立地实现一定技术功能并产生相对独立的技术效果的最小技术单元”^[36]为划分标准,得到区别技术特征。鉴于技术特征划分“应该”遵循的标准或规则,可分辨技术特征划分的价值属性。此时,技术特征划分就与其所依赖的基础事实得以区分,所获得的区别技术特征在二者的结合之下成为一种涵摄于规则之下的推定事实。推定事实虽具有一定的客观性,但由于加入了技术特征划分的规范定义,使得推定事实具有了价值维度。推定事实因基于其属于基础事实而具有客观性,但又是经过规范的裁剪,也就具有了可反驳性。^[37]当选择的现有技术不同或者被控侵权产品变动导致基础事实变动之后,推定事实也就自然地发生变动,而规范技术特征划分之定义的不同适用或被再定义,则会导致推定事实也随之变动。

(二) 专利司法实践中事实与价值不分现象

在司法实践中,技术特征划分经历多次从事实到价值和从价值到事实的推理,而其中的事实与价值二分问题却几乎未被提及。目前技术特征划分就只是基于基础事实的论证说理,而忽略了事实与价值之间如何区分与沟通的问题。

[34] 孙伟平:《事实与价值:休谟问题及其解决尝试》,社会科学文献出版社2016年版,第145页。

[35] 参见[美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第151页。

[36] 最高人民法院民事判决书,(2020)最高法知民终426号。

[37] 参见叶自强:《论推定的概念、性质和基础事实》,载《法律适用》2021年第9期,第55—65页。

在司法实践中,事实与价值不分的情况大量存在于技术事实查明机制中。司法实践中技术调查官可能超出技术事实范围做出法律判断,法官可能依赖该技术调查意见,简单地将其异化为判决书中作为判决依据的事实认定部分,实质上是将直接影响法律适用及裁判走向的事实认定权让渡给技术调查官。^[38] 隐藏在其背后的机制是,技术调查官的权限应当仅限于技术事实的调查,而不应针对价值层面的法律问题做出结论,或者,将价值问题隐藏于事实认定当中。此举容易造成技术调查官隐形地行使司法裁判权,法官成为“影子法官”的现象。^[39] 在知识产权司法鉴定领域,通常鉴定仅涉及事实部分而不涉及价值部分,但由于长期实务中所存在的事实与价值不分的现象,导致司法鉴定“染指”了属于价值层面的法律适用,同样也可能侵蚀法官的司法裁判权,使得司法鉴定代替司法裁判。

我国在知识产权鉴定管理中,将“对被侵权的技术和相关技术的特征是否相同或者等同进行认定”作为司法鉴定范围的做法^[40]混淆了事实与价值的区分,将价值尺度较大的区别技术特征确定和等同认定作为事实问题进行鉴定将面临质疑和司法困境。略感庆幸的是,已经有学者意识到司法鉴定中,对被侵权的技术和相关技术的特征是否相同或者等同进行认定关涉技术特征的划分,技术特征的划分又会带来认定结果的不确定性,从而导致鉴定结论具有不确定性。^[41] 又颇显遗憾的是,该学者并未从事实与价值二分的问题上反思或质疑相同或等同认定所存在的问题,而仅从规则的建立和不确定的克服上进行了论述。笔者曾向某中院从事专利审判的法官请教技术调查官制度,该法官说之前部分技术调查官的技术调查意见涉及了等同的判定,后来法官逐渐地不让技术调查官对等同的认定做出相应的判断,否则有技术调查官代替法官判案之嫌。在反思技术调查官以及司法鉴定对价值问题的查明或鉴定时,若技术调查意见和司法鉴定书给出了等同判定的结论,那么,对于法官来说,该意见可以作为一个判案的依据,正好迎合了法官急于处理积案的心理,又能以技术调查意见和司法鉴定书作为该意见正当性的依据。而随着长期的发展,以技术调查意见和司法鉴定书代替法官审判会逐渐侵蚀司法的权威性,此时法官也开始“苏醒”过来,陆续地开始拒斥技术调查意见和司法鉴定书对技术特征的相同或等同做出认定。

由此可见,若不对事实部分与价值部分进行区分,将导致司法鉴定或技术调查官过多地介入法律适用的价值部分,而法官对于涉及价值评价的鉴定报告或技术调查意见也应当保持警惕,避免司法裁判的职能被削弱,或者囿于技术鉴定结论而影响法院做出正确裁判的说理和论证。

(三) 技术特征划分中的事实和价值的沟通困境

在技术特征划分和比对中所呈现的直接问题并非是事实与价值无法沟通的问题,而是事实与价值往往不作区分,导致技术特征划分和比对中事实与价值混杂在一起,掩盖了事实与价值的沟通问题。正是由于事实与价值的混杂,当需要作为事实问题求解时,则用事实的方式对待;当需要作为价值问题求解时,则用价值的方式处理,事实就可能被随意地推理出价值,而价值又无法理性化地影响事实判断。事实是客观的,并不以主观的意志为转移,而价值却是多元的,价值判断总是随着情境的变化而变化,没有统一的、绝对的价值,只有特定语境中的价值。^[42] 也即价值的变化

[38] 杨秀清:《我国知识产权诉讼中技术调查官制度的完善》,载《法商研究》2020年第6期,第171页。

[39] 同上注,第171页。

[40] 参见2000年司法部发布的《司法鉴定执业分类规定(试行)》第16条:“知识产权司法鉴定范围包括:根据技术专家对本领域公知技术及相关专业技术的了解,并运用必要的检测、化验、分析手段,对被侵权的技术和相关技术的特征是否相同或者等同进行认定等。”

[41] 见前注[8],于波、祖子涵等文,第72—78页。

[42] 参见熊文聪:《作为认识论的事实与价值二分法——兼论自然权利与法定权利之争》,载《法律方法》2013年第2期,第170页。

与当时的社会基础密切相关,不同国家和民族拥有不同的价值偏好,同一个国家和民族在不同的历史时期呈现出的价值观也不尽相同,正如古代所崇尚的男尊女卑在现代男女平等的普遍价值下被抛弃。正如,我国指导性案例制度下所公布的指导性案例在一定时期内反映了当时的价值,而部分指导性案例的退出或废止也反映了部分原有的指导性案例所呈现的价值与社会现实所认可的价值已发生了错位。正因为如此,部分指导性案例在一定时期后不再被参照。^[43]“法律必须稳定,但又不能一成不变。”^[44]相对稳定的事实显然难以推理出唯一的价值评价或判断,如何建立事实与价值的沟通,从而建立起从事实推理出价值的模式,则亟待确定相应的理性沟通机制。

普通民众时常将事实问题与价值问题混为一谈。鉴于普通民众的这一思维惯式,立法者或法官借由“将价值问题‘假扮’成事实问题”这一修辞技巧使其价值取向为人们理解和接受,从而节约了解释成本,起到降低其论证义务的作用。^[45]在技术特征划分时也面临着同样的问题,技术特征划分的量级经常被当作事实问题,而其背后则是技术功能的抽象化程度之价值判断,或者说裁判者内心所确立的创造性高低等价值,这些价值借由技术特征划分的转介功能而进入事实问题当中。虽然,司法裁判给出了纠纷解决的裁判结论,但却无法理性化地上升为司法理性,难免遭受不少诟病。

单纯从事实层面比较技术特征是否相同,技术特征的划分似乎并无需遵循一定的规范,可以根据文本、零部件或技术功能大致地进行划分,也不用计较个别技术单元应当归入哪一技术特征,只需考虑比对后的区别点。因此,在事实层面上,技术特征的划分是“失范”的。基于“失范”的技术特征划分后之技术特征比对所得到的区别技术特征自然也无法仅因事实因素而纳入规范的判断,只能运用裁判机关所提出的技术特征或其划分的定义来施加划分的规范。事实与价值二分的“休谟问题”,似乎隔绝了事实与规范之间相互推导的可能性,因此规范性与事实性成为不可同时兼得的目标。^[46]从比对的区别点到区别技术特征是从事实到规范的涵摄,不能从技术事实推导出需要价值评价的技术特征划分,而应当以技术功能之抽象化程度来获得区别技术特征。裁判机关所提出的技术特征或其划分的定义所指向的规范即便存在一定的普遍性,但规范的价值是多元和动态的,确定技术功能的不同抽象化程度的背后实质上是价值判断的结果。于是,技术特征划分中的事实和价值的沟通困境便就此呈现出来了。

技术特征划分中的理性化难题是直观可见的。技术特征划分量级的不确定性源于其所依据的技术功能的抽象化程度不同,而技术功能的抽象化程度又难以通过形式理性加以规范化,裁判者对于整体性在多大程度上介入区别技术特征的判断又不相同,在这一系列过程中,仅以现有研究的技术特征划分范式难以将技术特征划予以理性化。综上,技术特征划分的理性化困境仍然是实现技术特征划分的难题,要解决这一问题,需要理论上的进一步创新和论证。

四、技术特征划分的理性化路径：从事实与价值二分走向法律推理

在清晰认识技术特征划分中的事实与价值二分问题的基础上,若要从理论根源上消解技术特征划分中的不确定性,势必要建立起沟通事实与价值的理性化路径,由此达成在事实与价值之间

[43] 参见《最高人民法院关于部分指导性案例不再参照的通知》(法[2020]343号)。

[44] [美]本杰明·N.卡多佐:《法律的成长》,李红勃、李璐怡译,北京大学出版社2014年版,第14页。

[45] 见前注[42],熊文聪文,第176页。

[46] 陈景辉:《实践理由与法律推理》,北京大学出版社2012年版,第37页。

推理的目的。因此,解决问题的关键在于选择何种理论工具,并能在司法实践的法律推理中得以应用,从而重构技术特征划分的理性化路径。

(一) 沟通事实与价值路径选择: 实践理性

首先,需要澄清的是,笔者虽有意减少技术特征划分所存在的不确定性,但也深知在本文的推动下消除技术特征划分之不确定性几无可能。即便是形式理性下细致入微的法律规则仍不免存在适用上的不确定性,更何况技术特征划分尚未建立起具有普遍性的适用规则。规则的形式理性是克服不确定性的重要方式,但面对多变复杂的社会,具有较高确定性的规则并不易在本文所讨论的技术特征划分中产生。由于价值转介的需要,过于强化形式理性将限制司法政策的引入,此时有限的形式理性仍存在着不确定性的空间。可以说,对于形式理性的追求虽可加强,然而,我们也应当承认这样的现实而不对规则的确定性抱有不切实际的幻想和迷信。由于人类理性的局限,人类没有足够的力量预知所有可能发生的两种或两种以上的利益冲突以及预知在这些价值目标相互抵触时该如何取舍、平衡。在此种条件的限制下,一味地追求绝对的确确定性超出了人类理性能力的限度。^[47] 一个理性的论证或判断,从广义上看,建立在详尽考虑所有同解决某一规范性问题有关的事实方面和根据历史经验等上的洞识去捍卫规范性解决方案中所固有的价值判断;这种理性的、累积的力量具有高度的说服力。^[48]

理性本身蕴含着规范性的要求。正如,规范实在论者所认为的,“一个概念或语词或者一个规范判断与命题是规范性的,是由于它们是世界的规范部分或一个特征,表现为某种规范事实、实体、属性、功能或关系”。^[49] 有学者已对裁判规则的规范性有详尽的论述,并指出裁判规则所具有的规范和约束法官自由裁量权的作用。^[50] 裁判规则所体现的规范性固然可约束法官的司法裁判,但规范性要求下的理由才是推动法官自觉地适用规则以及获取普遍共识的意识性力量。在技术特征划分中,仅因符合独立技术功能的形式规范而选择某一技术特征的划分方式,并不足以构成行为选择的充分理由。规范性的要求对于主体来说,是一种“应当”遵守的要求,而主体在内心是否受此约束却需要理由的支撑。也就是说,理性化并不仅仅在于建立规范性,还在于寻求规范性的实践理由。

技术特征是具有一定规范意义却又尚不具有普遍性的概念,技术特征的运用正是裁判者基于规范性意识的需求,技术特征的划分是对规范事实的判断,而并不完全是对客观事实的判断。规范性本身凝结了法律推理的理论,法律推理的理论并非止步于法律推理的实践,还要抽象出某些基本要素以形成系统性主张,这些主张就会为法律推理的人提出规范性的要求。^[51] 在司法裁判中,技术特征划分之规范性的理由未被有效地识别和重视,而通过前述案件之间的矛盾和冲突凸显出,技术特征划分并未在上述理由的推动下得以理性化。探讨技术特征划分中事实与价值的沟通及使之完成理性化建构,并非来自法院自身的权威,而是探求沟通事实与价值的理论工具,从而将其运用于法律推理以获得司法理性。

在司法推理三段论中,包括大前提、小前提和结论。大前提往往是价值判断中的规范判断,小前提为事实判断,结论则属于价值判断中的评价判断。由于事实与价值的二分属性,面对同一法

[47] 参见郑成良:《论法律形式合理性的十个问题》,载《法制与社会发展》2005年第6期,第29页。

[48] 参见[美] E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2017年版,第276页。

[49] 参见刘松青:《存在“规范事实”吗?》,载《中国人民大学学报》2018年第5期,第18页。

[50] 参见张骥:《论裁判规则的规范性》,载《比较法研究》2020年第4期,第145—160页。

[51] 见前注[46],陈景辉书,第12页。

律事实,不同的法官可能做出不同的法律价值判断,自然也就得出不同的判决结论。可见,横亘在事实与价值之间的逻辑障碍仍然是法律推理迈向理性的难题。事实与价值对立的困惑仅停留在理论的层面,这恐难以获得理想的解决方案。从人类发展的历史维度上,人类理性的发展是基于对客观世界的认识和改造,人类早期理性的知识习得更在于经验,而非形而上学的纯粹理性。经验便是人类劳动和实践的产物,这些经验被人类抽象化成理性化的知识。正如马克思所言:“理论的对立本身的解决,只有通过实践的方式,只有借助人的实践力量才是可能的;这种对立的解决绝对不只是认识的任务,而是现实生活的任务。”^[52]马克思主义所倡导的实践理性是人类长期实践所形成的普遍事实,这一事实内化于所在共同体的价值中,具有了价值上的普遍性。共同体中所形成的价值普遍性使得人们对事实本身的价值评价具有了理由上的推动力。“事实如何的前提与应该如何的结论之间有一断裂,连接这一断裂的桥梁只能是当事人从事相关活动或实践的愿望。”^[53]我国明代思想家王阳明虽未能从逻辑上将实践理性作为沟通事实与价值的路径,但他主张通过意识去支配实践,其所倡导的“知行合一”理念与西方哲学中的实践理性不谋而合。

在《反杜林论》中,恩格斯从实践和现代社会的三大阶段出发,所形成的伦理判断超越了休谟的经验主义和不可知论:“人们自觉地或不自觉地,归根到底总是从他们阶级地位所依据的实际关系中——从他们进行生产和交换的经济关系中,吸取自己的道德观念。”^[54]可见,伦理道德的根源不应该从人的头脑和有关时代的哲学中去寻找,而应从生产方式和交换方式的变更中、从有关时代的经济事实中去寻找。^[55]实践理性从根本上对“休谟问题”予以了科学解答。在法律价值领域中,以对实践理性之本质的差异性认识为深层根源,对法律实践应当满足的价值要求,形成了极具多元性的立场。^[56]基于多元的价值立场,引入价值推理机制,从而完成从事实到具体价值的理性化建构。价值推理的基本公理是法官将事实判断向价值判断、价值判断向规范判断跨越的逻辑依据,并填补事实判断与规范判断之间的逻辑鸿沟。^[57]在司法裁判中,价值推理需经由法律推理转介才能适用于具体的法律事实场景中,作为推理大前提或小前提,进而以价值来影响推理结果。^[58]

不同利益主体之间存在的矛盾在于主体自身的欲望、需求之不同,从而导致不同利益主体的价值评价不同,这些矛盾并非逻辑上的矛盾,而是源于利益主体之间的利益冲突。调和不同利益主体的价值冲突存在着制度性价值衡量的可能性,对于同质价值而言,价值之间具有可通约性,容易在法律推理的价值评价中形成共识。在异质利益的衡量中,价值冲突存在于两个不同的事物之间,可以在实践过程中加以衡量,并运用人类的实践理性通过对冲突的利益比较而加以取舍和

[52] 参见[德]卡尔·马克思、弗里德里希·恩格斯:《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社2002年版,第306页。

[53] See W. D. Hudson, *The Is-Ought Question, A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy*, Cambridge University Press, 1969, p.102-111.转引自张继成:《从案件事实之“是”到当事人之“应当”——法律推理机制及其正当理由的逻辑研究》,载《法学研究》2003年第1期,第80页。

[54] [德]恩格斯:《反杜林论》,人民出版社1999年版,第91页。

[55] 郑婉君:《批判与超越“休谟问题”:〈反杜林论〉的解读及其当代价值》,载《华北电力大学学报(社会科学版)》2022年第1期,第3页。

[56] 陈征楠:《法律价值的系统论格局》,载《中国法学》2022年第2期,第240页。

[57] 参见张继成:《法律价值推理的方法及其公理》,载《东岳论丛》2005年第1期,第100页。

[58] 参见谢晖:《论诸法学流派对法律方法的理论支援》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第2期,第28页。

选择。^[59]

综上所述,实践理性在理论上实现了沟通事实与价值的功能,并在多元化价值或价值冲突中扮演着价值衡量的角色,从而实现价值推理的理性化。进而,尝试将实践理性作为一种可行路径应用于法律推理中,以解决技术特征划分中的事实与价值沟通的问题,从司法推理中探索技术特征划分的理性化路径。

(二) 基于技术特征划分的法律推理

法律推理是一项极具挑战的工作,既要从事实查明中获取法律事实,同时也要根据法律规范进行法律适用,在法律适用过程中也涉及法律解释以及价值评价。也正是在这个过程中,法律推理完成了从事实到价值的沟通以及价值推理的变化。由于法律推理往往以司法推理为主,若无特殊说明,本文将法律推理又称为司法推理。只有当我们从理论上彻底地了解法律推理的逻辑运行机制及其正当理由,法官对法律推理的适用才会由自发转化为自觉,法律推理才能成为一种理性工具。^[60] 在涉及专利领域的纠纷中,法律推理应用于确权诉讼和侵权诉讼中,以确权诉讼中的创造性判断为例,在侵权诉讼中可同时考虑相同侵权和等同侵权判定。经典的司法三段论推理就是在法律规范所确定的事实要件之大前提下,寻找具体事实要件这个小前提,最后依三段论推理模式得出判决结论的过程。^[61] 无论是创造性判断还是侵权判定,在司法推理中往往将区别技术特征作为事实部分,以创造性或侵权判定的法律规定^[62]作为所适用的法律,建立事实与规范之间的沟通并得出最终的裁判结论,技术特征划分只是被当作单个司法推理中的一个事实环节而已。限于本文所讨论之主题的需要,而且如前文所论证的,技术特征划分为事实与价值存在混杂的问题。因此,笔者将技术特征划分从中分解出来,以此构筑一个更微观的司法推理模式。学者张钰光就曾对法律推理进行内部正当化(微观正当化)和外部正当化(宏观正当化)的区分,^[63]可在一定程度上佐证本文从更微观层面对技术特征划分进行微观的司法推理。由此可见,在实际司法审判中,法律推理实际论证活动往往并非单一的三段论推理,而是一系列三段论的组合。^[64]

技术特征的划分核心在于确定区别技术特征,从微观的司法推理三段论出发,能够重构技术特征划分的推理过程。技术事实基础是权利要求所固定的表达,以及与某一现有技术或被控侵权产品可以得到比较的区别点,^[65]这些区别点便是技术特征划分的事实基础。大前提是技术特征划分的定义——技术特征的划分应该结合发明的整体技术方案,考虑能够相对独立地实现一定技术功能并产生相对独立的技术效果的较小技术单元,^[66]在此暂且先将大前提认为是具有普遍性的规范。小前提是上述比较的区别点所对应的相关技术单元能够实现独立技术功能,结论则是认

[59] 梁上上:《利益衡量论》(第2版),法律出版社2016年版,第78页。

[60] 张继成:《从案件事实之“是”到当事人之“应当”——法律推理机制及其正当理由的逻辑研究》,载《法学研究》2003年第1期,第80页。

[61] 焦宝乾:《当代法律方法论的转型——从司法三段论到法律论证》,载《法制与社会发展》2004年第1期,第97页。

[62] 由于创造性判断以及侵权判断的一些规定是规定在《专利法实施细则》和《专利审查指南》以及相关司法解释中的,故这里的法律规定为广义上的规范,包含了上述的规定。

[63] 参见张钰光:《“法律论证”构造与程序之研究》,台湾辅仁大学法律学研究所2001年博士论文,第244页。转引自焦宝乾:《法律论证:思维与方法》,北京大学出版社2010年版,第135页。

[64] 同上注,焦宝乾书,第136页。

[65] 笔者意在赋予“区别点”为一种事实的表达,与规范性的概念“区别技术特征”相区分。

[66] 见前注[6]。

定该技术单元为区别技术特征。小前提是通过将事实涵摄于规范之上所进行的规范判断,但却已经几乎剥离掉了事实因素。因此,在这种情况下,司法三段论沦为了完全的价值判断。这样的三段论不管表面上看起来多具有逻辑性,实际上它只不过包含大小前提及大小前提的逻辑关系而已,并不能论证前提自身的正当性或者有被充分考虑。^[67]

在司法三段论的推理或将小前提中的事实涵摄于法律规范中,抑或小前提自身早已经成为价值化了的法律事实,均存在缺少沟通事实与价值的路径或者价值推理过程的问题。正如本文前述所论证的,实践理性充当了连接事实与价值的路径。实践理性依赖于在规范化领域内的理由来实现理性化。该理由即为实践理性中的实践理由,部分学术文献也将实践理性等同于实践理由,^[68]故本文也将实践理由作为实践理性的主要叙事话语。

(三) 实践理性在技术特征划分之司法推理中的应用

作为影响人们采取恰当行为的基础,实践理由包括以下两个特点:可普遍化和可认知性,^[69]二者均作用于实践理由所影响的主体。可认知性本身也是理性化的内在要求,并由可认知性延伸出可遵循性,可普遍化则是一种共识上的建构和要求。实践理由与事实的连接在于实践理由具有激发行动的能力,实践理由自身还具有正当化的能力,起着评价和辩护之基础的角色,^[70]行为人为内心受实践理由的约束,实践理由虽然是一种价值评价,但却客观实在地影响和驱动着人的行为,从而在事实与价值之间建立起沟通的“桥梁”。不可否认,哲学中的实践理性作为一种理论分析工具,并不能据此得出专利技术特征划分的理性化路径,而应对理论工具进行限缩并与专利技术特征划分的具体场景进行适配。技术特征划分的争议不仅在当事人和裁判机关之间无法达成共识,在该领域的共同体中也存在较大争议,这其中可能就有缺乏具有公共判断即普遍化实践理由的原因。

本文基本认同目前实务界对于“技术特征”和“技术特征的划分”的定义。进一步地,在司法裁判中,各个利益主体对技术特征的定义和技术特征划分的标准本身并未提出质疑,也未因此而产生争议。虽然,该定义和划分标准存在诸多不完美之处,该标准自然也伴随着较大的不确定性,但这也可能是长期司法实践所能获得的对其最大确定性之定义。否则,过于追求形式规范的确定性将会失去规则本身的包容性反而导致权利人利益与社会公众利益的利益失衡。因此,只能将规则的不确定性留给司法裁判进行考量。由此可见,上述目前对于技术特征的定义和划分标准在该领域的共同体中存在着共识,具有较强的普遍性,这一状态在短期内不会被改变。由于法律上未对技术特征予以定义,司法案例也并非我国法律的渊源,但随着指导性案例制度的展开,司法案例对技术特征及其划分标准进行界定,逐渐地形成了一种“能够实现相对独立功能的较小技术单元”作为一个技术特征的公共判断标准。正如对于法律实证主义而言,如果将法律作为一种正当化的理由,一定是因为某种社会事实造就了法律的这一地位,^[71]上述技术特征的定义和划分标准也正如法律一样,在逐渐的发展中形成了一种社会事实。即规则的合法性来自实践的约束力,哈特曾敏

[67] 见前注[63],焦宝乾书,第123—124页。

[68] 参见张曦:《实践理性与规范性的“构成性论证”》,载《世界哲学》2013年第6期,第108—115页;卞绍斌:《实践理性与价值共识——当代中国伦理话语体系构建的范式省思》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2021年第3期,第5—11页。

[69] Onora O'Neill, *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge University Press, 1996, p.52-59.

[70] 见前注[46],陈景辉书,第50页。

[71] 见前注[46],陈景辉书,第59页。

锐地洞察社会事实与规范的关系。正如有学者对此所作的分析：“当一个人严肃地主张某一规则是有效规则时，他事实上已经在使用他认为妥当的效力判准来鉴别法律，而且该效力判准不仅是他个人接受的判准，而且也被社群成员所普遍接受，并在该法律体系的一般运作中被采用。”^{〔72〕}因此，在技术特征划分中的大前提上已经形成了一定普遍化的公共判断——“能够实现相对独立功能的较小技术单元”是一个技术特征。

技术特征划分上的争议通常发生在大前提上，也就是具体案件事实在涵摄大前提的规则中所产生的分歧。此时实践理由的介入将实现小前提自身的正当化，从而在具体情境中回应实践的分歧，裁判者可据此确定技术特征划分的行为选择。那么，问题就来到了如何确定某一较小或最小技术单元具有相对独立的技术功能。若能获得支持小前提的实践理由，就可以得到该技术单元作为一个技术特征的结论。

在确定某一较小或最小技术单元具有相对独立的技术功能时，由于技术功能的不同抽象化程度，存在不同划分量级的行为选择，这些不同的行为选择在符合大前提的情况下形成了如何选择冲突。从广义上探讨其背后的实践理由，系不同行为选择下的道德或价值冲突。实践理由之下的价值评价是由案件事实之“是”推出当事人之“应当”的逻辑中介，没有价值评价，就没有判决结论的证成。^{〔73〕}为此，需要为不同行为选择寻求背后的实践理由支持，不同实践理由的冲突则由价值评价下制度利益的衡量和选择所解决。

拉兹在其关于实践理由和规范性的著作中对实践理由之冲突提出了一阶理由和二阶理由的方案。在多个一阶理由存在冲突时，应当选择一阶理由中最具分量的那个理由行事。在技术特征划分中，实际上要在两个实践理由中选择最具分量的那个理由，或者说选择法律更应保护的价值观来进行行为选择。在通盘权衡和考虑仍无法进行选择时，可引入作为一阶理由之理由的二阶理由，二阶理由可以积极方式支持一阶理由，也可采用消极方式限制一阶理由的适用，消极性的二阶理由又被称为排他性的理由。^{〔74〕}举个专利法领域的例子，在笔者看来，等同原则与禁止反悔原则是一种一阶理由和二阶理由的关系。禁止反悔原则作为排他性的理由可用于限制等同原则的适用，从而实现制度冲突下的行为选择。梁上上教授通过对从伯林价值多元难题到拉兹疑问的分析，认为一个抽象意义上的价值多元难题在哲学上似乎是冲突的，但该难题只要与具体情境联系起来，则是可解的，从而提出了基本价值和利益位阶的社会共识，其建立在妥当的社会共识基础上，则能够妥当衡量处于不同利益层次结构中的利益。^{〔75〕}制度理性的社会共识在具体场景中被具体化，社会共识则被限定在相关领域的共同体中，在具体领域中实现行为选择的正当化。正当化所实现的功能是把已经制度化的“一阶”客体化变得客观上有效、主观上合理，^{〔76〕}从而进一步促进社会共识的强化。

综上，技术特征划分可以在实践理由作用下，重构司法推理三段论，建立起技术事实到法律事

〔72〕 参见范立波：《论法律规范性的概念与来源》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2010年第4期，第23页。

〔73〕 参见张继成：《从案件事实之“是”到当事人之“应当”——法律推理机制及其正当理由的逻辑研究》，载《法学研究》2003年第1期，第64—82页。

〔74〕 See Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, 1999, p.25 - 45.

〔75〕 见前注〔59〕，梁上上书，第78—112页。

〔76〕 [美]彼得·L. 伯格、托马斯·卢克曼：《现实的社会建构》，吴肃然译，北京大学出版社2019年版，第115页。

实的理性化和正当化路径,并在相关领域共同体^[77]构建的社会共识下形成基于制度衡量的价值判断。接下来,笔者拟将结合具体案例以小前提的理性化构造展开对关于技术特征划分的法律推理。

(四) 技术特征划分之小前提的理性化构造

通过实践理由将事实因素与其背后的道德考量连接起来,从而将价值冲突予以显性化,进而能够在实践理由的冲突中求解行为选择的正当性。停留在理论层面而脱离具体情境探讨实践理由的冲突和化解,缺乏价值所赖以存在的背景。随着具体案件所依赖存在的时空背景的转变,不同利益之间的位阶可能会发生一定程度的改变。^[78]因此,通过具体案例来回溯技术特征划分下的实践理由可以验证司法裁判的理性化建构,也为如何进行司法推理提供了具体化路径。

此处仍以案例三为例进行详细阐述。该案的争议关键点在于将“第一输送机构和第二输送机构分别构成一个缠绕输送机构,而第三输送机构构成一个夹紧输送机构”,还是“第三输送机构为夹紧输送装置”作为区别技术特征。^[79]若仅从事实层面判断权利要求之技术方案与现有技术的区别,则二者的区别点为“第三输送机构为夹紧输送装置”,但技术特征是一个与技术功能密切相关的概念,该区别点是否作为一个技术特征需从技术功能的规范上进行考量。经过这个过程转化,表征技术事实的区别点加入规范解读后将成为规范事实。或者说,眼光在事实与规范之间的来回流转,在规范之下重新调整裁剪区别点,从而得到规范化的区别技术特征。

对于技术单元“第三输送机构为夹紧输送装置”,从技术功能上看,顾名思义可相对独立地实现夹紧输送的技术功能,在形式理性上符合将其作为一个技术特征的要求,即满足技术特征划分的大前提之要求。同时,“第一输送机构和第二输送机构分别构成一个缠绕输送机构,而第三输送机构构成一个夹紧输送机构”又从整体性上、更抽象化地“实现对丝线的高质量变形和处理”,这种划分方式同样也符合技术特征划分的规范要求。相比之下,技术特征划分量级较大的方式其对应的技术功能的抽象化程度更高。此时不应过早地进行技术特征划分对专利有效性影响的判断,否则可能会陷入不当后果主义的考量而违反一般的司法推理逻辑。但需要结合该案的案由构筑具体情境下的价值冲突,依据背后的实践理由进行制度利益衡量,从而完成行为选择。

技术特征划分量级较大的方式背后的实践理由是从整体性角度考量该技术特征对发明构思的贡献,更能体现该发明专利的创新程度,从抽象层面看是功利主义下的专利制度的创新激励功能。而技术特征划分量级小的方式背后的实践理由是与比对出的区别点更为一致,追求的是字面解释,更强地体现出权利要求的公示作用。在这两个相互冲突的实践理由下进行制度利益的衡量存在不小的困难,笔者在此试图构筑具体情境比较两种利益之间的位阶以完成行为选择的理性化。在专利确权的具体场景下,功利主义下创新激励功能是专利制度正当性重要理论之一,社会公众并不依赖这类技术特征的划分来确定行动空间。因此,激励创新在实践理由中具有较高的利益位阶。而在专利侵权纠纷中,涉及权利要求与被控侵权产品的比较,专利权在行政公定力下产生推定效力,同时也应保护社会公众的信赖利益。因此,权利要求的公示公信作用在侵权判定中具有更高位阶。从利益位阶上看,创新激励功能和公示公信作用均代表了较高利益位阶的实践理由,但放置在案例三的具体情境下,在专利确权纠纷中,创新激励功能的实践理由相较于公示公信作用的实践理由,具有更高的利益位阶。创新激励功能的实践理由支持技术特征划分量级较大的

[77] 在专利领域中,本领域普通技术人员可以作为所述的相关领域共同体。

[78] 见前注[59],梁上上书,第84页。

[79] 最高人民法院行政判决书,(2020)最高法知行终279号。

方式,公示公信作用的理由支持技术特征划分量级较小的方式。进而,在案例三中,选择更具抽象化程度的技术特征划分方式是制度利益比较下的更优行为选择,具有理性化基础。

五、结 论

本文以事实与价值二分这一哲学命题入手,并在事实与价值沟通中引入了实践理性这一理论工具,从而在技术特征划分中建立起实践理性,以实现事实与价值的沟通。在技术特征划分中,事实层面的内容在于权利要求所客观记载的技术特征以及现有技术或被控侵权的技术方案上相应的技术特征,以及二者所呈现的区别点。将技术特征的定义及其划分作为大前提,基于大前提对技术单元或限定的规范化涵摄,则可得到某一技术单元或组合能相对独立地实现某一技术功能,而根据技术功能的抽象化程度不同,又可能存在多种一个或多个技术单元的组合实现某一个抽象化水平上之技术功能。此时,选择何种技术特征的划分方式已经不再是事实问题,而是针对同一规范和不同实践理由支持下的不同划分方式,从而应当寻求价值推理来进行行为选择。基于不同实践理由下的制度利益衡量,比较具体情境下制度所对应的价值位阶,选择价值位阶高的实践理由,并在该实践理由下完成行为选择,即选择相应的技术特征划分方式,从而实现有关技术特征划分的理性化重构,消解技术特征划分中的不确定性,有助于提高司法裁判中的司法理性。

Abstract The uncertainty of the division of technical features, to some extent, which aggravates the frequent occurrence of patent confirmation litigation and infringement disputes and the frequent “reversal” of the results. On the surface, the division of technical features is difficult to be standardized by formal rationality; on the theoretical level, the division of technical features involves the theoretical issue of the dichotomy of fact and value. To solve the problem of the division of technical features, we should establish a communication mechanism between facts and values, and practical rationality is the theory of communicating facts and values. Based on practical rationality, the fact part and value part in the division of technical features are distinguished by subjective and objective criteria. In accordance with the definition of technical features division, there are many ways to divide technical features, and it is the practical reasons behind the final division decision. Under specific circumstances, the system interests based on practical reasons are measured, and the syllogism of judicial reasoning is reconstructed, so as to establish a rational and legitimate path from technical facts to value judgments in the division of technical features.

Keywords Technical Features, The Dichotomy of Fact and Value, Practical Rationality, Judicial Reasoning

(责任编辑:曹 博)