

反不正当竞争法过度介入知识产品保护的问题及对策

杨红军

摘要 在近年来的司法实践中, 绕开知识产权专门制度并通过反不正当竞争法对知识产品进行保护的做法愈来愈突出。反不正当竞争法对知识产品的补充保护能够产生一些额外的创造激励, 但其过度介入知识产品保护会挤压知识产权专门制度的生存空间, 也会破坏其自身的固有结构, 同时会助推知识产品使用者风险厌恶心理的形成并通过微妙的反馈机制实现知识产权专门制度中权利的强化。反不正当竞争法对知识产品的保护应在由客体、法益范围及除外领域等要素组成的三位一体的限制性框架内进行, 即作为保护客体的知识产品须具有很强的可识别性; 所保护的法益局限于相关市场范围内, 而在界定相关市场时, 我们可将原告正在服务的客户人群与知识产品创造时可预见的客户群体结合起来考虑; 知识产权专门制度有意排除的对象不能再由反不正当竞争法来保护。

关键词 知识产品; 反不正当竞争法; 知识产权; 知识产权保护; 限制性框架

中图分类号 DF523 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2018)04-0116-10

基金项目 国家社会科学基金一般项目(17BFX084)

一、问题的提出

知识产品与物质产品相并列, 是知识形态的精神产品, 其产生于科学、技术、文化等精神领域, 包括文学艺术创作、发明创造以及经营标志等多种表现形式。知识产品具有内在的价值和使用价值, 但没有外在的形体^[1] (P15-17)。除专利法、著作权法、商标法等知识产权专门制度外, 反不正当竞争法也在为知识产品提供着额外的补充保护, 即“竞争法上的智力成果保护”^[2] (P38)。专门的知识产权法与反不正当竞争法相互配合, 共同为知识产品的创造提供重要的制度保障。不过, 后者对前者的补充程度和范围始终是众说纷纭的难题。根据世界知识产权组织《关于反不正当竞争保护的示范规定》, 涉及知识产权的不正当竞争类型包括对他人企业或其活动造成混淆、损害他人的商誉或名声、误导公众、损害他人企业或其活动的信用及关于秘密信息的不正当竞争等情形。除此之外, 哪些知识产品可以纳入反不正当竞争法的保护范围? 那些不受知识产权专门制度保护的对象如“思想”“事实”“发现”等能否享有后者的补充保护? 商业性利用没有获得专利同时又失去秘密性的数据是否构成不正当竞争? 不符合作品独创性要求和发明创造可专利要求的对象能否由反不正当竞争法补充? 等等。面对这些问题, 诸多学术研究成果似乎都给出了肯定的结论^[3] (P773-778)^[4] (P9, 129)^[5] (P70-74)。从实践层面看, 20多年来在

^① 例如, 哈佛大学法学院 Arthur R. Miller 教授认为, 可以对特定情况下的“创意(思想)”提供者给予不当得利(反不正当竞争法)保护。孔祥俊先生认为, 竞争行为的正当性主要从客观上进行考虑和认定, 可以考虑放弃竞争性的要求。何炼红教授主张应当在我国《反不正当竞争法》中增列“盲从模仿”(slavish imitation)行为为不正当竞争行为。“盲从模仿”的对象已超出《中华人民共和国商标法》和《中华人民共和国反不正当竞争法》所规定的“商标”和以混淆为前提的商品“包装、装潢”的范围。

国际立法层面出现了愈来愈多的通过反不正当竞争法增强知识产品保护的做法。例如,世界知识产权组织颁布的《关于反不正当竞争保护的示范规定》第 1 条关于不正当竞争行为的定义中省去了《巴黎公约》第 10 条之二第(2)款提到的“竞争行为”的限定,这就意味着即使没有竞争关系但遭受或可能遭受不正当竞争行为损害的自然人或法人,都应有权得到补救。在丹麦,盲从复制(slavish copying)不受版权或专利保护的客体也可能构成不正当竞争。在意大利,法院对于复制虽具有独创性但已过版权保护期的乐谱(score)给予保护,尽管没有证据能够证明存在消费者混淆的可能^[6](P628)。在我国司法实践中,知识产品的反不正当竞争法保护增强之趋势表现明显。例如,在“晨光笔特有装潢”不正当竞争案中,最高人民法院认为,“外观设计专利权终止后,该设计并不当然进入公有领域,在符合反不正当竞争法的保护条件时,它还可以受到该法的保护”^①。此外,在最高人民法院于 2014 年 6 月发布的第 30 号指导性案例^②裁判要点中,明确了“经营者之间具有间接竞争关系,行为人违背反不正当竞争法的规定,损害其他经营者合法权益的,也应当认定为不正当竞争行为”。

知识产权专门制度在知识产品保护方面的包含不足、司法领域加强知识产权保护理念的出为发挥反不正当竞争法的功能提供了现实基础,而不正当竞争自身以及其所参照概念的固有模糊性、强大包容性为这一目标的实现提供了可行性手段。不可否认,反不正当竞争法对知识产品的额外保护能在某种程度上增强内在的创新动力,但过度的补充保护所产生的负面效应也显而易见。具体而言,反不正当竞争法在知识产品领域的过度介入会挤压知识产权专门制度的生存空间,冲击反不正当竞争法的固有结构,导致知识产品使用者产生风险厌恶心理,并通过微妙的反馈机制强化知识产权专门制度中的权利^[7](P882-951)。事实上,在国外司法实践中也存在着有关知识产权专门制度与反不正当竞争法关系的协调难题。例如,在 1918 年 International News Service 诉 The Associated Press 案件判决中,美国最高法院将不当得利制度引入不正当竞争法领域并创设了盗取(misappropriation)^[8](P597-598)的概念。在此后近 100 年中,“盗取”与知识产权专门制度的关系一直是热门议题^[9](P152-153),至今尚无确切定论。在我国,仅有少数学者提出将反不正当竞争法的补充保护限定于有限和有益的范围^[4](P242),但没有深入、系统论证并提出具体性方案的研究。笔者认为,考虑到过度介入可能产生的负面效应,应将知识产品的反不正当竞争法保护限定在由客体、法益范围、除外领域等要素组成的三位一体的框架内。

二、反不正当竞争法过度介入知识产品保护的原因

笔者认为,知识产权专门制度对知识产品充分性包含的缺乏,知识产权强保护理念的出现,反不正当竞争法强包容性功能的存在,为反不正当竞争法过度介入知识产品保护提供了重要条件。

(一)知识产权专门制度对知识产品充分性包含的缺乏

知识产权专门制度在制定时面临着客观和主观两方面的约束。对于立法者而言,制定能够产生精确结果的规则需要充分的信息,而这些信息在许多情况下是缺乏的^[10](P992)。就主观层面而言,知识产品与技术变迁密不可分,其中的过程充满不确定性。在对新技术和新市场本质缺乏充分了解、无法预料以及修改法律成本巨大的情况下,立法者往往无法将新型知识产品纳入当前制度框架中。相对于新出现的知识产品,知识产权立法往往呈现时间上的滞后性和涵盖范围上的不周全性。以版权制度为例,与传播技术革新速度相比,立法节奏要慢许多。例如,在美国,从盒带录音技术出现到录音修改法案出台经过了 8 年时间,从 CD 技术产生到家庭音频录制法的制定间隔了 10 年^[11](P1843)。在漫长的法律过渡期内,新作品的利用方式该如何对待?发行权能否涵盖作品在互联网上的传播?现实世界中作品的复制和作品的传播往往可以分离,而在数字环境下,作品的复制与作品的传播融为一体,这就产生了一个问题,即,作品在电脑内存中的临时显示是否构成复制?在版权的印刷和电子时代,出版社财政实力

① 参见最高人民法院(2010)民提字第 16 号民事裁定书。

② 兰建军、杭州小拇指汽车维修科技股份有限公司诉天津市小拇指汽车维修服务有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案。

决定了其在版权生态链中处于支配地位,而随着数字版权时代的到来,创作者对出版商的依附性大幅减弱,市场权力的配置明显朝着有利于创作者的方向发展^[12](P2448),而版权法对这一趋势的回应明显缓慢,显然不能满足创作者的权利诉求。在商标法领域,传统的商品广告主要借助报纸、广播等直接与大众交流的方式进行,随着网络的普及,广告能够以更隐蔽、更个性化的方式向潜在受众传达信息,而借源代码中识别度和市场信誉度高的商标来影响搜索结果无疑是非常有效的。在未经商标权人事先许可的情况下,这样的使用是否构成侵权?对此商标法缺乏及时和明确的回应。此外,知识产权立法是一个涉及多方主体、时间漫长的利益博弈和妥协的过程。作为妥协的结果,一些已被人们意识到但争议太大的内容可能被搁置起来,从而留下待司法填补的空白。新技术的出现不但会导致立法滞后,而且会造成法律内容上的不确定性,主要原因在于新技术的社会意义和经济意义尚不可知,因此当新技术面对知识产权法时,围绕该法能否适用的模糊性便会出现^[11](P1846)。此外,司法对版权立法决策的顺从又会从另一个侧面对立法时机和法律内容的不确定产生重要影响^[11](P1858)。知识产权法律的滞后性和模糊性对社会的影响是双向的。以版权法为例,其既会诱导过分遵守知识产权法的风险厌恶行为,也会导致人们产生使用新技术不构成侵权的假设,从而成为版权执法的巨大障碍。在无法通过专门知识产权制度保护自身权利时,知识产品创造者除了尝试采取技术保护措施、订立私人协议等私人治理方式外,也会很自然地想到另一个重要的保护工具——反不正当竞争法。

(二)知识产权强保护理念的出现

知识产权保护的强度定位是个争议较大的问题。尽管理论上尚无也不可能定论,但知识产权保护在近20年来一直被强化却是毋庸置疑的事实。版权法中禁止破坏和规避技术保护措施的规定,商标法中“混淆”认定标准的放松及“淡化”标准的出现,针对专利侵权的法定赔偿幅度的提高,都是很好的佐证。我国于2008年出台的《国家知识产权战略纲要》中明确提出,要大幅度提升知识产权保护能力,修订惩处侵犯知识产权行为的法律法规,加大司法惩处力度。最高人民法院于2009年出台的《关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》《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》等也分别将加强知识产权的保护作为重要的司法政策。在加大知识产权司法保护理念的指导下,当遇到知识产权专门制度无法保护的情形时,包容性极强的反不正当竞争法无疑是最佳选择之一。

(三)反不正当竞争法强包容性功能的存在

不正当竞争是一个无法界定的概念。作为用于指代一类商业活动的表述,当与具体案例分离时,不正当竞争的用语过于抽象和主观。不正当竞争的含义是流动性的,须由律师和法官基于个案对其赋予具体内容^[13](P1-17)。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条的规定,不正当竞争的界定与诚信、商业道德等原则联系在一起,而这些原则自身都是无法客观化的抽象表述。由于缺乏具体内容,在缺乏约束情况下,诚实信用原则可能被滥用,造成削弱法律权威、影响个案公平、导致司法专横、破坏法制统一等后果。不过,抽象性也使其更具弹性和包容性,既可以发挥解释规则、填补法律漏洞的功能,也可以发挥向一般条款逃避式适用的功能^[14](P246-249)。司法实践中,以诚实信用或反不正当竞争法一般条款逃避知识产权专门制度中具体限制性规定的情形非常普遍,如前述“晨光笔特有装潢”不正当竞争案。根据《最高人民法院知识产权案件年度报告(2010)》之解释,“在反不正当竞争法中,诚实信用原则主要体现为公认的商业道德;商业道德所体现的是一种商业伦理,是交易参与者共同和普遍认可的行为标准,应按照特定商业领域中市场交易参与者即经济人的伦理标准来加以评判”^[15]。在这里,最高司法机关实际上将诚实信用限定在客观诚信的范围内。不过,“交易参与者共同和普遍认可的行为标准”以及“经济人”同样是两个兼具模糊性与包容性的概念。“交易参与者共同和普遍认可的行为标准”实质上为商业惯例,惯例必须能够被识别和广泛遵循才有价值。然而,对于是否存在惯例以及惯例的内容是什么,通常不同的参与者有不同的观点,极少存在能够为参与者普遍认可的惯例^[16](P1968)。换言之,“普

遍认可的行为标准”在实践中几乎不存在,其很容易被当成利益偏好的托词。“经济人”标准又称作理性人标准,该标准须根据个案情形赋予具体内容,具有高度的抽象性和不确定性,以色列学者 Aland D. Miller 和 Ronen Perry 认为,理性人的客观界定不仅是困难、不切实际的,而且是不可能的^[17](P328)。把不当得利原则引入反不正当竞争法将在很大程度上丰富不正当竞争的内涵^[8](P597),使其更具包容性。不过,按照德国著名法学家 Windscheid 的说法,该原则太宽泛,是一个虚假的抽象^[18](P419)。“不当”的判断涉及价值上的选择,企图找到一个抽象的普适性适用标准几乎不可能。

三、反不正当竞争法过度介入知识产品保护的负面效应

反不正当竞争法对知识产品的补充保护尽管会带来额外的激励功效,但其过度介入知识产品的保护也会产生诸多负面效应,主要表现为以下两方面:

第一,过度介入会使反不正当竞争法的固有结构受到破坏,知识产权专门制度中的均衡状态也将被打破。

“人们既可以把知识产权的反不正当竞争附加保护仍旧留在《反不正当竞争法》中,作为这种(公私两法性质兼有的)法中的一部分法条存在,也可以把这种‘附加保护’(至少是‘附加保护’的一部分)抽出来,列入知识产权法当中。”^[19](P22-23)对于知识产品而言,采取反不正当竞争法或知识产权专门法的保护方式不是任意的,因为两者在保护范围、性质、成本等方面存在较大差异。换言之,是否将“附加保护”抽出来并将其列入知识产权专门制度中不是任意的,其中涉及诸多政策上的考量。反不正当竞争法对于知识产品的保护属于典型的关系型保护范畴。竞争者依照反不正当竞争法所拥有的权利只能建立在竞争关系存在的基础上,因此这些权利可以被称作关系型权利,其不同于人们熟知的财产权概念,后者属于对世权和排他权范畴。因为独特的竞争关系品行,不正当竞争法中所涉及的义务只能是处于具体情形中的人对处于类似情形中的人的义务^[8](P597, 601)。反不正当竞争法所保护的权利要求范围事先是不清晰的,只能事后通过个案诉讼去确定。此外,不正当竞争总体上属于竞争者之间的问题,公共利益通常只在有限的程度上被关注。即使公共利益被关注,它也只能起到辅助性作用^[8](P599)。另外,与财产法关注于物或类似物的知识产品不同,反不正当竞争法更关注竞争者的行为。事实上,许多知识产权专门制度都可以在反不正当竞争法中找到渊源:专利法最初起源于行会和其他生产者旨在规范竞争过程的努力,商标法更是不正当竞争法的直接产物^[20](P1754)。换言之,反不正当竞争法是知识产权专门制度的孵化器。既然反不正当竞争法能够为知识产品提供保护,那么何时有必要从反不正当竞争法中抽出专门的知识产权制度?

相对于财产权保护,反不正当竞争法所给予的“法益保护”是通过临时性的个案方式来实现的,带有极大的偶然性,对裁判机关和义务人而言也有很高的治理成本和信息成本^[20](P1757-1758)。财产在心理维度上由各种预期组成,从反不正当竞争法中分离出专门的知识产权制度的最大好处是降低了关于权利的信息成本,围绕知识产品能否使用以及使用范围的预期大幅提升。因此,尽管反不正当竞争法和财产法都能为创造知识产品提供激励,后者提供的激励显然更加确定和稳固。此外,知识产权专门制度在保护范围方面也远超反不正当竞争法。例如,对商标而言,只有已使用并且有一定影响的商标才受反不正当竞争法保护,而商标法并不以商标使用为前提;反不正当竞争法保护的地域范围以消费者的认知为限,这意味着地理上的同时使用在实践中是允许的,而注册商标权的效力涵盖全国范围^[13](P26);反不正当竞争法的保护以可能产生混淆为前提,而商标法已突破混淆可能性的标准,将保护范围延伸到不相同的产品或服务上。作为世界上最早的著作权法,《安娜法令》仅规定了印刷、重印、出版、进口、销售、展示销售等权项,并且只针对印刷商、书商或同类人员,而这些主要涉及竞争活动,与非商业性的私人行为无关。此时,对著作权的侵犯同时也会构成不正当竞争。不过,随着“复制权”“演绎权”等内容的加入,著作权所涵盖的范围已拓展到非商业性的私人行为,著作权法与反不正当竞争法的关系已开始渐行

渐远^[21](P931-933)。有趣的是,面对当前著作权实践中存在的“私人复制”难题,有学者主张重新把著作权侵权当做不正当竞争看待,其结果是复制权的存在不再有意义,因为对印刷品而言,仅复制而不销售的行为对竞争者不会造成影响^[21](P942-958)。这也从另一个侧面彰显出著作权法与反不正当竞争法在保护角度和保护保护范围方面的差异。

从反不正当竞争过渡到财产权,首先要对作为对世权客体的知识产品进行更清晰的界定^①,不过非物质化属性的存在意味着知识产品的界定成本非常高。此外,对于部分知识产品,存在难以克服的与客体界定相关的难题。以商业秘密保护为例,多数国家或地区当前主要采用反不正当竞争法的方式来实现,但由于不正当竞争概念的模糊性,围绕商业秘密的相关行为在定性时存在很大的不确定性,因此会对正常的竞争和就业选择产生阻碍作用。相对而言,将商业秘密视为独立的知识产权将会提高发明和披露信息的激励,有效梳理专利和商业秘密之间的关系,同时也会提供更明确的侵权标准^[22](P313-314, 322-323)。不过,在将商业秘密视为独立的知识产权方面,存在难以克服的悖论:权利的对世性要求不确定的义务人知悉信息的边界,而权利的存在又以信息的秘密性为必要条件。另外,尽管通过财产法所确立的权利界限相对清晰,却会产生一刀切效应即不分具体情形而一概排除即使对社会有益的知识产品的使用。概言之,一刀切的负面效应和其宽泛的权利范围是采取独立财产权保护模式所要承担的成本,只有采取相应机制减少这方面的成本从而使制度收益大于制度成本时,从反不正当竞争法向知识产权专门制度的过渡才是有效的。在知识产权专门制度中,主要是从客体、行为和时间等维度来降低财产权保护导致的制度成本:在客体维度,没有或无法被具体界定的创造对象及不具有明显区分性的标识被排除在保护范围之外;在行为维度,对知识产品的合理使用、法定许可、实验性及描述性使用等行为不被权利所覆盖,从而大大降低了观察者(使用者、交易者和改进者)的信息成本^[23](P474-482);在时间维度,法定的著作权、专利权和商标权存续期届满,知识产品即进入公有领域。三个维度限制机制的存在使知识产权专门制度的成本与收益之间保持良好的均衡状态。当反不正当竞争法超越这些限制为知识产品提供额外的保护时,造成的结果是不但打破了该均衡状态,而且破坏了反不正当竞争法的上述固有的关系型保护结构。

第二,过度介入会造成知识产品使用者风险厌恶心理的出现,形成对现有知识产权专门制度反馈式强化助推的效应。

知识产权专门制度的出现在为权利人提供更多预期的同时,也为作为义务人的观察者提供了更清晰的有关权利客体和法律关系的信息。具体而言,专利权、著作权和商标权分别通过技术特征说明、思想表达和识别性标识等为观察者提供关于客体的信息;周边限定和中心限定的权利主张方式分别为专利权、著作权和商标权提供关于法律关系的信息^[24](P719-796)。三者之间,专利权提供给观察者的信息最充分,著作权和商标权尽管在法律关系层面采取了类似于标准(“实质相似性”与“混淆可能性”)的机制,但由于客体信息的相对充分性,因此仍要比反不正当竞争法中的标准更具体和清晰。由于不正当竞争概念的模糊性以及关系型本质的存在,反不正当竞争法所提供的保护呈现出明显的不确定性、临时性和不可预知性。实验经济学证明:“大部分的个体都是风险厌恶的,较小部分的个体为风险中性,只有极少部分的个体是风险爱好,并且个体普遍是风险厌恶的这一结论具有稳健性。”^[25](P94)面对被诉不正当竞争的风险,大多数人会产生厌恶心理,并在这一心理支配下采取两种可能的选择:要么放弃对知识产品的使用,要么为避免诉讼风险而进行不必要的清偿,最终形成只有通过付费才能使用知识产品的行业惯例。该惯例的出现不但会进一步增强反不正当竞争法的保护,而且会对知识产权专门制度的保护强化形成反馈式的助推效应。具体而言,在司法层面,知识产权专门制度中存在着诸多标准,如版权法中的作品独创性、“思想/表达”二分法、合理使用;专利法中的新颖性、创造性及实用性、等同标准;商标法

① 反不正当竞争法同样要对保护客体进行界定,只是相对于财产法模式,界定的清晰度要低很多。

中的显著性、混淆可能性等,这些标准没有非常确定的内容,需要结合具体情形才能被赋予清晰的内涵。在此过程中,社会惯例是重要的参照要素。当这些通过付费才能使用知识产品的惯例融入著作权法、专利法和商标法的司法实践时,无形中会大幅强化知识产权专门制度的保护力度,进而形成权利上升式的堆积(accretion)效应^[7](P882-951)。因为行业惯例以及参照行业惯例而形成的判例存在不确定和不稳定的特质,因此只有通过立法对其进行确认才能使其更好地发挥预期功能^[26](P136)。例如,当付费使用数据成为行业惯例时,关于数据库保护专门立法的呼声必将愈来愈高。

四、客体、法益及除外领域:三位一体的限制性框架

笔者认为,反不正当竞争法对知识产品的保护应限定于由客体、法益范围及除外领域等要素组成的三位一体的框架内。

(一)知识产品须具有很强的可识别性

知识产权专门制度仅保护容易被识别的知识产品。例如,作品必须是非抽象性的独创性表达,且借助可为人们感知的有形载体形式而存在。发明或实用新型须具有新颖性、创造性和实用性,其技术特征须在权利要求书中得到清晰、简要的描述,而清楚、完整的信息要在说明书中进行记载。申请注册的商标须具有显著特征,以便识别。此外,这些知识产品及相关权属信息须通过发表、公告、权利标记等方式为外人知晓。在知识产品的反不正当竞争法保护领域,“容易被识别”同样应成为不可或缺的要素。具体而言,知识产品的内容应当是具体和新颖的,且附带有关于该知识产品专有的告示。之所以提出这样的前置性要求主要是出于以下几个方面的考量:首先,具体和新颖的存在可以破解证据和管理上的难题。与土地、林木、日常物件等有体物不同,知识产品不存在天然的周边界限,往往要借助有形的载体才能为人们所感知。抽象的东西具有不确定的内涵和外延,很难区分哪些是公有领域的,哪些属于个人的,而详细的事物更容易在原始与创新之间做出区分^[3](P723-726)。换言之,具体和新颖既充当了权利主张者证明自己劳动成果的证据,也为裁决者明确诉争对象提供了重要参考。其次,公平的竞争鼓励人们自愿通过正常的市场途径使用他人的知识产品,而行为人在存在告示的情况下有意绕开市场去使用他人知识产品的这种行为,明显彰显出搭便车的主观故意,因此更容易被法律所禁止^[9](P256-257)。最后,专有告示所包含的主张“权利”的信息降低了观察者或意图使用者的交易成本,能防止不经意侵权或者因担心被诉而造成资源浪费的情形发生。

具体性和新颖性应当如何界定?从字面意义上讲,具体性和新颖性的满足需要行为人对现有“思想”架构赋予具体的血肉,而不能是现有事物的简单改造^[27](P80)。相对于反不正当竞争法,知识产权专门制度涉及更高位阶和非常成熟的精神产品——表达和发明,作为回报,法律对其赋予非常慷慨的专有权保护^[3](P731)。鉴于反不正当竞争法所保护的知识产品处于更低位阶、更不成熟,同时也是为发挥反不正当竞争法的补充保护功能,此时对知识产品具体性和新颖性的要求标准应低于知识产权专门制度中的相应规定。因此,具体性仅达到能够彰显个性的程度即可,而新颖性的识别对象仅限于被诉者。值得强调的是,即使满足了具体性和新颖性的要求,但如果被告使用的知识产品是通过自己的劳动创造出来的,反不正当竞争法也不能禁止。换言之,反不正当竞争法只禁止恶意的搭便车行为。

(二)保护的法益应局限于“相关市场”的范围

并非所有未经同意使用知识产品的获利行为都是不当的,反不正当竞争法所保护的知识产品创造者的法益范围应受到一定的限制。笔者认为,可从保护目的和不当得利的视角分析和限定保护范围。

首先,确立私人权益的目的是阻止人们争吵,激励人们工作和关注资源。正因为如此,所有者的权益范围不是绝对的,而是受权益确立目的的限制^[18](P424-426)。在诸多的对知识产品的使用方式中,有些是创造人根本不感兴趣的,因此难以纳入激励效应的范围内。确立对信息的专有控制会不可避免地带来一些社会成本,因此只有在对确保信息的创造不可或缺的情况下才能被提供^[28]

(P145)。换言之,应追求信息创造的最佳激励效果,避免激励过度或者权益过宽保护现象的发生。确定信息的最佳保护范围需要针对不同类型的信息和不同的情形确定,具有很大的灵活性,但会带来高昂的管理成本。为此,著作权法、专利法采取了一体化的治理策略,即所有类型的作品和发明创造不分价值大小,均被给予相同的权利,但这样的做法同样会有成本。针对知识产权一体化保护所产生的社会成本,现有法律中存在一些相应的缓冲性法律机制,理论界也一直关注该问题并提出了相应的解决方案。例如,有学者主张通过类推适用反垄断法中的竞争性损害和相关市场概念来限制版权的范围,即版权人只能向那些与其进行竞争并对其造成损害的被告主张权利。实践中,有些法院甚至明确规定竞争性损害仅局限于市场替代性的损害,补充性的作品不造成市场损害。不过,区分代替性与补充性非常困难,因为其往往与对相关市场的界定联系在一起^[21](P933-936)。相关市场既可能包括原创作品市场,也可能包括基于原创作品的演绎作品市场;既可能包括版权人对作品的现有利用,也可能包括他人所进行的不同于版权人的对作品新的利用。如何做出选择将决定版权范围的认定,也会涉及对损害的界定。有学者提出在版权法甚至不正当竞争领域引入可预见标准来限定版权范围。具体而言,在确定侵权责任时,可预见标准的适用要求法院判断被指控的使用是否为版权所有者在作品创作时已合理预见^[29](P1574-1575)。也有学者认为,虽然可预见标准在抽象意义上值得期待,但由于存在举证难题以及存在淡化激励的可能,因此不主张在知识产权法中引入该标准,而是主张将保护范围或相关市场界定在原告正在服务或即将服务被告客户的范围内^[9](P238-239)。笔者认为,正在服务的市场很容易证明,而即将服务是主观性很强的判断,容易被原告滥用,以致任意扩大保护范围。反不正当竞争法在对知识产品提供保护时,应将法益范围局限于相关市场的范畴内,而在界定相关市场时,可将原告正在服务的客户人群与知识产品创造时可预见的客户群体结合起来考虑。可预见的判断在时间点上应固定于知识产品被创造的时间,可以证明的证据包括原告当时的商业规划、可行性研究报告、各种出版物等媒介,是否已提及当前争议中的知识产品使用方式、使用范围、商业经营方式和经营范围等。例如,某位地处偏远山区的作者在30年前创作了一幅关于山村的美术作品,图中各种场景栩栩如生。30年后,他人使用增强现实技术(augmented reality)对该美术作品进行利用并获得了较好的市场反馈。如果该美术作品作者主张版权,那么与其法益范围相联系的相关市场不应包括与增强现实技术相关的部分,因为受主客观条件局限,该作者在30年前创作该作品时不可能预见增强现实技术的普及对其作品利用带来的影响。

其次,可以从不当得利的视角对反不正当竞争法所保护的知识产品的法益范围进行限制。理论上,以造成他人损失为代价而取得利益的行为之所以被认定为不正当的,可以从矫正正义的维度进行诠释。矫正正义是交换正义的一个方面,即任何社会都存在有关资源在不同人之间转移的规范。因此,既存在与这些规范相一致的转移资源方式,也存在其他的与这些规范不符的转移方式。当资源的转移侵犯了相关交易规范时,就会产生矫正正义诉求。矫正正义旨在消除那些因触犯交易规范而产生的扭曲。交换正义规范存在以下两种表现形式:一是任何人在没有充分理由情况下不得从其他人那里进行摄取,即使所摄取对象并非其他人在道义上有权拥有的东西。二是假如一个人对某个资源同时占有且拥有合法权利,那么其他人在未先取得权利人同意的情况下不得使用资源^[30](P287-288)。侵犯著作权、专利权和商标权的行为属于第二种情形,而本文所讨论的知识产品的反不正当竞争法保护显然可归入第一种情形。矫正正义的不当得利原理要求被告的获利与原告的受损之间存在因果关系,即他人的损失是因为取得不当利益造成的,也即如果没有其不当利益的取得,他人就不会造成损失^[31](P573-574)。这意味着不当得利的构成除了被告获利外,原告必须能够证明其因为被告的获利行为而受到损失。因此,损失的界定对于决定原告的法益范围至关重要。

在界定损失范围时,应考虑原告经营知识产品的能力、被告使用知识产品的目的、原告知识产品的定价、被告市场与原告现有市场的可替代程度等要素。当原告目前无能力经营知识产品,被告使用知识产品的目的是出于诸如滑稽模仿的非商业性目的,原告知识产品的定价超出了现有任何顾客的承受能力,被告市场与原告现有市场完全无替代性关系存在或替代性很小时,均可以认定原告目前没有实际损失存在^[9](P238-240)。此外,还应考虑原告的潜在损失,即虽然目前无能力经营但不排除将来有能力经营,或者被告的市场虽然目前与原告的市场不存在替代性,但却已列入原告的规划范围内。由于潜在损失的认定涉及很多主观性成分,有可能被滥用,因此同样应受前述的可预见标准的限制。

(三)知识产权专门制度有意排除的对象不能再保护

知识产权专门制度中内嵌了相应的平衡机制,以减轻专有权的确立和行使可能产生的负面效应,在法律关系、侵权判定及存续期间等维度都有体现。在法律关系维度,著作权、商标权和专利权只能涵盖特定的使用行为,即权利范围的限制给他人留下了自由使用作品、商标及发明创造的空间,包括合理使用、实验性使用、先用权抗辩等。换言之,知识产品创造者无法借助知识产权专门制度对产生于一定时空中的外部性进行内部化。针对这些外部性,反不正当竞争法不能再进行保护。在侵权判定维度,著作权法中的实质性相似标准、商标法中混淆可能性标准、专利法中的全面覆盖等标准的存在,使那些利用他人作品中的构思或创意但对表达形式进行实质性修改的行为不构成版权侵权,也会使那些有意将他人已注册的商标使用在不同的商品或服务上的行为免于商标法的制裁(驰名商标例外),还会使那些通过变劣或减少技术特征方式使用他人专利技术的行为无法被纳入专利权的保护范围内。因此,这些情形虽然属于明显的搭便车行为,但相应的知识产权专门制度对之有意放任,对此,反不正当竞争法同样也不应介入^①。虽然著作权、商标权和专利权均具有法定的存续期间限制,但由于注册商标可以申请续展,这些限制对著作权和专利权的影响会更大些。对那些市场价值非常高、市场持续时间非常长的知识产品而言,50年的著作权保护期、20年或10年的专利保护期可能明显不够。在实践中,可以通过申请附加专利、利用已有的品牌效应或行业影响力等方式继续保持市场优势^②[32](P15)。除此之外,不应再通过不正当竞争诉讼的方式达到实质延长保护期限的目的。就此而言,笔者不太赞同前文所提到的意大利保护已过版权保护期乐谱案件及最高人民法院审理的“晨光笔特有装潢”案件中法院的相关做法。

五、结论

在加强知识产权保护的政策背景下,发挥反不正当竞争法对知识产权专门制度的补充作用是一个重要的选择,但应当考虑反不正当竞争法自身的承载能力。过多的补充保护不但会破坏反不正当竞争法固有的关系型结构,也容易使现有知识产权专门制度中所蕴含的政策目标落空。事实上,反不正当竞争法并非仅是充当知识产权专门制度的补充者,其在很大程度上也影响着后者潜能的充分释放。在通过反不正当竞争法来保护知识产品时,可从客体、法益范围及除外领域等方面对其可行性及保护程度进行分析,三者缺一不可,共同构成知识产品反不正当竞争保护的限制性框架。我国现有的反不正当竞争法采取了一般条款加类型化列举的立法体例。对于知识产品而言,该框架的存在可以发挥三方面的功能:一是为已类型化条款的具体适用提供指导,二是为增加新的类型化条款提供指引,三是对个案中适用一般

^① 需要说明的是,本文所提到的“知识产权专门制度有意排除的对象不能再保护”的主张在适用时存在两个方面的限制:首先,某个知识产权专门制度有意排除的对象不能再由反不正当竞争法来保护并不意味着其也不能借助其他法律机制获得救济。例如,思想的保护尽管在版权法中被明确排除,但在一定条件下可通过专利法或合同法机制实现。其次,实现知识产品的创造激励与知识产品的公共接触之间的平衡是贯穿于知识产权专门制度中的重要理念,“知识产权专门制度有意排除的对象不能再保护”仅指提供反不正当竞争法的额外保护将会使该平衡机制失灵的情形。

^② 如制药巨头辉瑞公司生产的治疗胆固醇的药物立普妥,不仅有化合物的基础专利,在生产工艺和中间体上也获得了附加专利。因此,即使基础专利过期,辉瑞也可借助附加专利来延缓通用药的上市。

条款提供指南。例如,对于本文所提出的“商业性利用没有获得专利同时又失去秘密性的数据是否构成不正当竞争”的问题,可运用该框架进行分析。具体而言,对于未经许可而使用包括期货合约最后交易日结算价格、药物研发试验数据等在内的数据的行为是否构成不正当竞争的问题,可从数据是否具有较强的可识别性、使用者利用数据的方式是否落入创造者现有或可预见的商业范围内、保护数据是否会使相关知识产权专门制度中的政策目标落空等三个维度同时进行判断。基于该框架,与容易被归入事实或科学发现范畴的纯粹的统计数据相比,那些通过选择复杂方法而计算出来的数据新颖性更强,赋予其保护也不易破坏著作权法和专利法中内嵌的平衡机制,因此,其他人未经许可而将其使用在相同经营活动中的行为可以被视为不正当竞争,而对于那些不能通过框架内要素检验的数据,反不正当竞争法不能再给予保护。

参考文献

- [1] 吴汉东. 知识产权法学. 北京: 北京大学出版社,2009.
- [2] 吴汉东. 论反不正当竞争中的知识产权问题. 现代法学,2013,(1).
- [3] Arthur R. Miller. Common Law Protection for Products of the Mind: An “Idea” Whose Time Has Come. *Harvard Law Review*,2006,119(3).
- [4] 孔祥俊. 反不正当竞争法的创新性适用. 北京: 中国法制出版社,2014.
- [5] 何炼红. 盲从模仿行为之反不正当竞争法规制. 知识产权,2007,(2).
- [6] Daniel C. K. Chow, Edward Lee. *International Intellectual Property: Problems, Cases, and Materials*. St. Paul: West,2012.
- [7] James Gibson. Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law. *Yale Law Journal*,2007,116(5).
- [8] Rudolf Callmann. He Who Reaps Where He Has Not Sown: Unjust Enrichment in the Law of Unfair Competition. *Harvard Law Review*,1942,55(4).
- [9] Wendy J. Gordon. On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutory Impulse. *Virginia Law Review*,1992,78(1).
- [10] Cass R. Sunstein. Problems with Rules. *California Law Review*,1995,83(4).
- [11] Ben Depoorter. Technology and Uncertainty: The Shaping Effect on Copyright Law. *University of Pennsylvania Law Review*,2009,157(6).
- [12] Anonymous. Exploitative Publishers, Untrustworthy Systems, and the Dream of a Digital Revolution for Artists. *Harvard Law Review*,2001,114(8).
- [13] Jean Maneke. *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*. Eagan: Thomson/West,2006.
- [14] 徐国栋. 民法基本原则解释: 诚信原则的历史、实务、法理研究. 北京: 北京大学出版社,2013.
- [15] 最高人民法院. 知识产权案件年度报告(2010). 最高人民法院官网,2011-04-21.[2018-03-11]<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-2548.html>.
- [16] Jennifer E. Rothman. The Questionable Use of Custom in Intellectual Property. *Virginia Law Review*,2007,93(8).
- [17] Aland D. Miller, Ronen Perry. The Reasonable Person. *New York University Law Review*,2012,87(2).
- [18] James Gordley. *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. New York: Oxford University Press,2006.
- [19] 郑成思. 反不正当竞争: 知识产权的附加保护. 法律适用,2004,(1).
- [20] Henry E. Smith. Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information. *Yale Law Journal*,2007,116(8).
- [21] Sara K. Stadler. Copyright as Trade Regulation. *University of Pennsylvania Law Review*,2007,155(4).
- [22] Mark A. Lemley. The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights. *Stanford Law Review*,2008,61(2).
- [23] Clarisa Long. Information Costs in Patent and Copyright. *Virginia Law Review*,2004,90(2).
- [24] Jeanne C. Fromer. Claiming Intellectual Property. *University of Chicago Law Review*,2009,76(2).
- [25] 周业安, 左聪颖, 陈叶烽等. 具有社会偏好个体的风险厌恶的实验研究. 管理世界,2012,(6).
- [26] 弗里德利希·冯·哈耶克. 法律、立法与自由: 第1卷. 邓正来, 张守东, 李静冰译. 北京: 中国大百科全书出版社,2000.
- [27] Rudolf Callmann. Unfair Competition in Ideas and Titles. *California Law Review*,1954,42(1).

- [28] Mark A. Lemley. Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property. *University of Chicago Law Review*,2004,71(1).
- [29] Shyamkrishna Balganesh. Foreseeability and Copyright Incentives. *Harvard Law Review*,2009,122(6).
- [30] Jules L. Coleman. Intellectual Property and Corrective Justice. *Virginia Law Review*,1992,78(1).
- [31] 魏振瀛. 民法. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社,2013.
- [32] 郭鑫. 欧盟打击制药公司不正当竞争. *中国医院院长*,2009,(5).

The Problem of Anti-unfair Competition Law's Involvement in Protecting Intellectual Products Redundantly and Its Solution

Yang Hongjun (Zhengzhou University)

Abstract In recent judicial practice, such circumstances as avoiding special intellectual property institutions and protecting intellectual products by means of anti-unfair competition law have been occurring more and more prominently. While the complementary protection for intellectual products provided by anti-unfair competition law may generate extra creation incentives, its involvement in protecting intellectual products redundantly may squeeze breath space for special intellectual property institutions, damage its own intrinsic structure, boost the formation of risk-aversion mentality of intellectual products' users and enable rights' enhancement in special intellectual property institutions through intricate feedback mechanisms. Protecting intellectual products should be conducted in the trinity framework consisting of subject matter, legitimate interests scope and exclusion domain, i.e., intellectual products as subject matter should have discernible feature to a large extent; legitimate interests capable of being protected should be limited to the scope of relevant market and we may consider combining customer crowds being served with those customer crowds foreseeable at the creation of intellectual products in delineating relevant market; those intellectual products excluded intentionally by special intellectual property institutions may not be protected by anti-unfair competition law any more.

Key words intellectual products; anti-unfair competition law; intellectual property; intellectual property protection; limited framework

■ 收稿日期 2017-12-09

■ 作者简介 杨红军,法学博士,郑州大学法学院副教授;河南 郑州 450001。

■ 责任编辑 李 媛