

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

蒋 舸*

内容提要：在非典型信息成果和非传统利用方式大量出现的背景下，正确认识著作权法、专利法、商标法等具体知识产权部门法和以反不正当竞争法一般条款为代表的兜底规范之间的关系，具有重大意义。兜底规范被频繁用于调整新型创新活动的现象引发了顾虑，但停留在本体论层面的研究并不能为纠偏提供完善的指引。激励创新是高度复杂的认知任务，其完成离不开认识论层面的分析。具体知识产权部门法代表高效的图式化认知，能为解决细分创新领域的认知难题提供结构化经验，大幅提升认知效率。兜底规范则代表迫不得已的非图式化认知，所提供的经验在数量和质量方面都无法与具体知识产权部门法媲美。创新规则体系的发展方向是在谨慎对待信息产权扩张的前提下充分利用和发展图式，而非放任兜底规范的滥用。

关键词：知识产权 反不正当竞争 兜底规范 图式 认知心理学

引 言

知识产权法与兜底规范的关系是个长盛不衰的话题。^{〔1〕}近年来，部分法院在有关体育赛事节目、游戏规则、游戏赛事直播视频、作品要素、深度链接和同人作品等一系列案件中拒绝适用知识产权法的现象，再次引发了关于该话题的激烈讨论。不过，讨论主要集中于

* 清华大学法学院副教授。

本文为社科基金项目“创新社会化趋势对知识产权法的挑战及应对研究”（17BFX113）的阶段性成果。

〔1〕 本文所称兜底规范仅指在具体知识产权部门法之外为智力成果和标识性成果提供保护的规则，不包括各具体知识产权部门法内部具有兜底功能的规则，如著作权法（2010）第10条第1款第17项规定的“其他权利”。兜底规范早年多表现为民法中的诚实信用原则，例如广西广播电视报社与广西煤矿工人报社电视节目预告表使用权纠纷案，《最高人民法院公报》1996年第1期，第25页以下。后来偶尔体现为侵权法一般条款，例如深圳市迅雷网络技术有限公司与北京三面向版权代理有限公司案，天津市和平区人民法院（2015）和知民初字第0495号。但绝大多数情况下以反不正当竞争法一般条款的形式出现。本文所称一般条款指反不正当竞争法一般条款。

对个案所涉具体知识产权规则的解释，偶有关于兜底规范预见性不强〔2〕和保护范围过宽的批评，〔3〕但未见超越补充保护说、知识产权法定主义和有限补充保护说的理论尝试。如果对既有理论的反复重申并不能阻挡意见分歧愈演愈烈，我们或许应当反省既有理论是否遗漏了关键线索。

上述三种理论共享同一假设，那就是知识产权法与兜底规范的关系是本体论层面的问题，无需从认识论层面加以分析。本体论关心存在本身是什么，认识论则关心如何获得有关存在的知识。〔4〕当人们认为知识产权法与兜底规范的关系是个单纯的本体论问题时，相当于默认二者的关系是客观存在，不受决策者主观认识的影响。换言之，现有理论假设，如果我们要回答各个创新规则模块分别适合调整哪些创新活动这一问题，只要研究创新活动与创新规则就足够了，无需讨论规则制定者的认知能力及其服从的认知规律。至今为止，纯粹本体论的思路俨然具备不证自明的正当性。然而，创新利益分配方案的效果不仅取决于方案在本体论层面的“质量”——包括方案的实体正义性与表述合理性；还取决于方案在认识论层面的“质量”——包括方案能否帮助法院提高决策效率以及是否便于积累制度经验。既然方案的效果同时受本体论和认识论因素的影响，那么寻求最佳方案的努力自然不可能脱离认识论层面的分析。而且，认识论分析的重要性与认知任务的复杂度成正比，因为认知任务越复杂，认知能力的瓶颈效应越明显。这正如人们在为少量四则运算就能解决的简单问题设计算法时无需关心电脑的运行速度，但假若在寻求大规模复杂问题的解决方案时也不关心电脑性能，设计出的“最优”算法恐怕只是空中楼阁。创新利益分配正是高度复杂的问题，如果我们不澄清规则制定者和执行者的认知局限，将无法判断相关规则是否合理。因此，本文致力于为知识产权法与兜底规范的关系研究补充必要的认识论分析。

本文的核心命题如下：具体知识产权法和兜底规范在解决创新利益分配问题的认知效率方面存在重大差别。前者是包含客体、权能、限制、救济和主体环节的高度结构化认知模型，蕴含了多层次、高质量的背景知识；后者作为认知模型的结构化程度很低，提供的背景知识杂乱模糊、质量堪忧。因此，具体知识产权部门法应获得充分运用。

一、分析工具：图式的概念与作用

在本体论者看来，不同规范的区别在于调整对象的内涵不同；但从认识论的角度观之，不同规范的区别还可能源于解决问题的方法有别。后一种区别在比较知识产权法和兜底规范时体现得非常明显：专利法、著作权法和商标法等具体知识产权部门法提供了结构化经验，引导法官遵循客体、权能、限制、救济和主体环节的分析路径，按图索骥地逼近答案。兜底规范则采取非结构化的分析方法，让法官在空洞的自由裁量权之下去摸索个案化解答。从认知科学的角度观之，知识产权法是图式化的认知工具，兜底规范则伴随着非图式化的

〔2〕 例如卢纯昕：《反不正当竞争法一般条款在知识产权保护中的适用定位》，《知识产权》2017年第1期，第56页以下。

〔3〕 例如刘维：《中国知识产权裁判中过度财产化现象批判》，《知识产权》2018年第7期，第81页。

〔4〕 作为形而上学的不同分支，本体论（ontology）源于希腊语中表示存在（being）的词汇，以存在本身为研究对象。认识论（epistemology）则源于希腊语中表示知识（knowledge）的词汇，以知识本身为研究对象。参见 Simon Blackburn, *Oxford Dictionary of Philosophy*, 上海外语教育出版社2000年版，第123页，第269页。

认知负担。如果我们希望了解知识产权法对应的图式化认知和兜底规范对应的非图式化认知区别何在,有必要对“图式”展开进一步分析。

图式是认知科学中的重要概念。它“是高层次的概念结构或者框架,既是对先前经验的组织,也能为解释新情况提供帮助”。〔5〕通俗地讲,图式犹如思维导图,能使信息输入和信息输出更加条分缕析,从而提高信息处理效率。在信息输入环节,图式帮助人们滤除无效信息,分类有效信息,并以适合再次提取的模式对各项信息赋予权重、进行存储。而在信息输出环节,图式协助人们定位相关信息、厘清处理流程、高效作出决策,继而完成表达。图式作为知识单元,其发挥作用的方式并非仅仅被动地等待唤起,而是不断地就当前情形与自身的吻合度主动作出评价。〔6〕注意力在外部现象世界与内心评价体系之间往返流转的场景,法律人可谓再熟悉不过。〔7〕只是法律人通常不太关心从认知科学的层面来分析这种认知模式的普遍性,更谈不上在处理诸如本文论题这样的问题时以该认知模式作为考察视角。实际上,图式对于决策过程和决策结果产生巨大影响。

图式属于认知模型,因此具备认知模型的通常效用,能以微小的错误代价换取巨大的认知收益。我们所处的环境极端复杂,拥有的认知资源却十分有限,因此根本无法支撑依赖实时信息进行全面判断的决策方式。为了适应认知资源的约束,我们必须牺牲部分信息完备性来提升认知经济性,并且力求使认知经济性收益超过信息完备性损失。人们拥有的各种认知模型都服务于上述目的。例如,类型化就是典型的认知策略,每个类型都是一个认知模型。类型化通过将信息进行分类,帮助决策者在仅仅采集少量环境实时信息的条件下,就能掌握关于对象的大量信息。例如,人们哪怕觉得鲸长得和鱼十分接近,但只要获知鲸是哺乳动物而非鱼类,立刻就能知道它的许多特性:哺乳、恒温以及用肺呼吸。用心理学家的话讲,“分类就是推理”。〔8〕

各种认知模型对认知过程与认知结果都会产生显著影响。认知模型犹如滤镜,在屏蔽部分信息的同时赋予其他信息更高的权重。主体透过认知模型所获得的信息并非外部世界的简单反映,而是经过加工的模式化重现。模式化重现能将通用问题转化为具体问题,从而大幅提高认知效率。我们只要对比强人工智能的遥遥无期和专家系统已经取得的辉煌成就,就能理解通用问题和具体问题在认知难度上的巨大差距,进而理解由通用问题到具体问题的转化对于降低认知负担的重要性。人通过认知模型掌握的既有信息数量越多、质量越高,对环境实时信息的依赖就越小、认知负担越轻、认知效率也越高。实际上,如果缺乏认知模型,人根本无法感知、推理、动情,更无法实现人际交流。〔9〕认知模型对认知过程与结果的影响如此深入,以致人们曾经长期不能确证其存在,不得不反复争论人究竟是

〔5〕 Todd Gureckis, Robert Goldstone, *Schema*, in P. Hogan (ed.), *The Cambridge Encyclopedia of the Language Sciences*, Cambridge University Press, 2010, p. 725.

〔6〕 参见〔美〕凯瑟琳·加洛蒂:《认知心理学:认知科学与你的生活》,吴国宏等译,机械工业出版社2015年版,第122页以下。

〔7〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2016年版,第13页以下。

〔8〕 〔美〕史蒂芬·平克:《心智探奇:人类心智的起源与进化》,郝耀伟译,浙江人民出版社2016年版,第311页。

〔9〕 同上书,第215页以下,第303页以下,第367页以下,第433页以下。

如同白板一般不带前见地降生于世,^[10] 还是被编程投放的产品。^[11] 时至今日, 学界早已不再怀疑认知模型对认知结果的巨大影响。关于“非理性”行为的研究愈发深刻地揭示了认知模型难以违逆的作用。^[12] 人们之所以宁可付出“非理性”的代价也不放弃认知模型, 正是因为认知模型能以相对微小的信息完备性损失换取相对巨大的认知经济性收益。

图式除了具备认知模型的通常效用, 还因高度结构化而具有额外效果。类型、框架、概念等都是认知模型, 都可能发挥巨大的认知效用, 但它们并不强调经验的结构化。以类型为例, 单个类型中蕴含的知识固然很可能是结构化的, 但“类型”概念本身并不强调各类型内部与各类型之间知识的结构化程度。^[13] 再如, 框架固然可能隐含结构化的经验, 但非结构化的框架同样能对认知产生显著影响。在著名的框架实验中, 大部分受试者面对内容一致但表述不同的疫情应对方案, 作出了截然不同的选择,^[14] 此处的框架——即描述问题的角度——就没有体现出高度结构化的特征。相较而言, 图式对认知过程的影响, 集中体现在图式的高度结构化、宏观性与上位性方面。正因如此, 图式的定义才会强调它是“高层次的”的概念结构。概念本身未必高度结构化, 图式则可以将不同概念以特定关系结合起来, 形成大的知识单元。^[15] 图式中包含的信息不仅是这些概念的总和, 还有各个概念的相互关系, 只有满足关系条件的概念组合才会被图式接纳。当人们从环境中接受的实时信息没有包含所有的概念或者概念关系时, 图式会补足缺省值以完成认知任务。^[16] 在图式的帮助下, 人在遇到新问题时无需从头开始分析, 只需将少数实时环境变量分门别类地输入到图式中对应的节点, 就能快速处理信息。^[17] 有心理学家将图式称为“打包的信息”^[18] 或者“知识包”^[19], 意指其中既包含常量也包含变量。常量能够减轻决策者在搜集信息、处理信息时的负担, 而变量能够确保信息贴合环境, 给出正确的反馈。图式本身已经是结构化的认知模型, 而多个图式还能互相结合, 构建层次复杂的图式组合——下文称为“图式塔”(schemata)——以便在更宏观的认知层面上发挥作用。认知过程常常是图式塔发挥作用的结果。^[20]

图式以高度结构化的方式组织既有知识, 从而为决策者提供了比普通的类型、框架和概念更清晰的思维导图。如果说类型、框架和概念等认知模型都有助于推理, 那么在认知模型正确的前提下, 图式这种特殊的认知模型就有助于层次更高、效果更好的推理。需要指出的是, 图式与类型等其他认知模型之间绝非彼此排斥的关系, 它们的差别在于侧重点不同。以图式和类型的关系为例: 一方面, 图式绝不排斥类型, 一个图式完全可以被视为

[10] 参见 [英] 洛克:《人类理解论》上册, 关文运译, 商务印书馆 2012 年版, 第 6 页以下。

[11] 参见 [德] 康德:《纯粹理性批判》, 邓晓芒译, 人民出版社 2004 年版, 第 11 页以下。

[12] See Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 Science 1124 - 1131 (1974).

[13] 前引 [5], Todd Gureckis 文, 第 725 页。

[14] Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Choices, Values, and Frames*, 39 American Psychologist 343 - 344 (1984). 一个问题从获救人数的角度描述, 另一个问题从死亡人数的角度描述。大部分受试者偏好前者而排斥后者。

[15] [美] 理查德·格里格、菲利普·津巴多:《心理学与生活》, 王垒等译, 人民邮电出版社 2003 年版, 第 216 页。

[16] 前引 [5], Todd Gureckis 文, 第 725 页。

[17] 同上。

[18] 前引 [6], 加洛蒂书, 第 123 页。

[19] 前引 [15], 格里格等书, 第 216 页。

[20] 前引 [5], Todd Gureckis 文, 第 725 页。

一个类型；另一方面，类型并不排斥图式，高度结构化的类型就是图式。只不过，类型化更强调类型间的差异，而图式化更关注图式内的结构。图式指示决策者在处理信息时要遵循特定的顺序、考虑不同的权重，这种顺序与权重并非类型关心的重点，但对解决高度复杂的认知任务而言至关重要。

本文之所以从诸多认知模型中选取图式作为分析工具，正是因为图式的高度结构化特征对于解决创新激励任务而言格外重要：提供恰到好处的创新激励是一项高度复杂的认知任务，社会无法凭借非结构化推理加以完成。如果我们将具体知识产权部门法和兜底规范进行比较，会发现兜底规范蕴含的背景知识在结构化程度方面远远低于具体知识产权部门法，以至于兜底规范的分析路径难以在实质意义上发挥思维导图的作用。例如，德国学者在反不正当竞争法一般条款的要件化问题上就满足于同义反复，认为一般条款“并不仅仅是法律后果条款，而是包含事实构成和法律后果的完整法律规范。其中事实构成指经营行为为不正当，法律后果则是该行为不被允许”。^[21]这种形式主义的“结构化”显然无助于降低法院的认知负担。我国从反不正当竞争法一般条款中拆分出的“竞争关系”“不正当性”“损害后果”等要件，不仅内涵模糊，而且关系不清，以致言人人殊，并不能提供实质意义上的结构化知识。与之相对，专利法、著作权法和商标法等具体知识产权部门法虽然包含开放性条款，但知识架构末梢的开放性并不妨碍其整体格局具有高度结构化特征。^[22]总之，具体知识产权部门法和兜底规范在结构化方面尽管不是“有”和“无”的绝对隔阂，而是“高”与“低”的程度差异，但二者的差异如此之大，以至于将其分别定性为结构化的知识产权法图式和非结构化的兜底规范更能彰显各自的本质。

二、难题溯源：创新激励的高度复杂性

创新可谓当代社会发展最重要的引擎。例如，美国1909-1949年间生产率的提高有87.5%归功于技术进步，^[23]而2017年我国的科技进步贡献率也高达57.5%。^[24]可见，正确完成创新激励任务，对于提升社会福利而言至关重要。问题在于，正确的创新激励既不能缺失也不能过度，而这对于制度供给者而言是一项异常艰巨的任务。

维系有体物财产权基本秩序的诉求直抵人心。人类学家指出，所有社会都将盗窃视为犯罪。^[25]心理学家更是发现，哪怕一岁大的婴儿也会对掠夺财物表示反感。^[26]最低限度的有体物产权保障是人与生俱来的本能。尽管财产制度的具体设计从古到今引发过无数争议，但现代化社会通常不怀疑基本的有体物产权秩序具有正当性。

相比之下，知识产权的历史根基和共识基础都要薄弱得多。第一部专利法直到15世纪

[21] Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 36. Aufl., 2018, § 3 Rn 2.7.

[22] 详见下文第三部分。

[23] Robert Solow, *Technical Change and the Aggregate Production Function*, 39 *The Review of Economics and Statistics* 312, 320 (1957).

[24] http://www.stats.gov.cn/tjsj/sjjd/201804/t20180417_1594433.html, 2018年8月19日最后访问。

[25] Melville Herskovits, *Economic Anthropology* 350-370 (1952). 转引自 Robert Ellickson, Carol Rose & Henry Smith, *Perspectives on Property Law*, Wolters Kluwer, 2014, p. 35.

[26] Paul Bloom, *Just Babies: The Origins of Good and Evil*, The Bodley Head, 2013, p. 7.

才出现，^[27]第一部版权法直到18世纪才问世，^[28]而现代意义上的成文商标法要到19世纪才被制定出来。^[29]甚至在知识产权法登上历史舞台之后，仍不时面临被扫地出门的尴尬。荷兰与瑞士都曾自19世纪后半叶起废除本国专利制度长达数十年之久。^[30]而迟至20世纪中叶，美国还在拷问专利制度的正当性。马克卢普提交美国参议院的报告中那几句著名的结论，集中展示了知识产权制度在社会认同方面的巨大困境：“如果我们还没有专利制度，那么基于关于专利制度经济效果的现有知识而提出设立专利制度的建议，是不负责任的。但既然我们早已建立了专利制度，那么基于现有知识而提出废除专利制度的建议，同样是不负责任的。”^[31]关于知识产权制度正当性的争论未来也很可能不会停歇。知识产权法的正当性基础是劳动说、人格说、激励说、回报说、前景说、信号说、组织说还是其他学说，^[32]我们必须在道义论和功利主义之间进行选择还是应当接受多元主义，^[33]这些看似抽象的话题一直是富有影响力的知识产权法学术成果的沃土，这说明知识产权制度赖以建立的心理基础并不如有体物基本秩序一般深入人心。而知识产权秩序不断遭遇的信任危机也印证了观念共识的脆弱。经济学界对专利和版权效果的质疑，欧洲政坛上“海盗党”的异军突起，乃至电影《我不是药神》引发的争议，这些社会现象不断提醒着人们：要想实现信息生产者 and 使用者之间的利益平衡并使平衡机制获得社会认同，是十分困难的事情。

要理解创新领域利益平衡的难度，我们不妨站在立法者的角度来考虑实现创新领域社会福利最大化的途径。由于价值本质上是主观的，^[34]立法者无法直接调整，只能退而求其次地将客观行动作为调整对象。和通常的投资人一样，立法者希望通过优化资源配置来使回报最大化。只不过立法者掌握的资源并非普通的人力或物力，而是一种特殊而宝贵的对象——行动自由。立法者“采购”的对象也不是一般的商品和服务，而是行动自由的两个流向——创新活动中的生产者收益与使用者收益。以围绕作品创作的利益分配为例：立法者可以把使用作品的行动自由交给作者，让使用者只能从作者处获得行动自由；也可以把使用作品的行动自由交给使用者，要求作者在不希望他人使用作品时必须向他人购买放弃使

[27] 1474年的威尼斯专利法（Venetian Patent Act）。

[28] 1710年的安妮法（Statute of Anne）。

[29] 1857年法国的《关于以使用原则和不审查原则为内容的制造标记和商标的法律》，转引自杜颖：《社会进步与商标观念：商标法律制度的过去、现在和未来》，北京大学出版社2012年版，第3页。

[30] Eric Schiff, *Industrialization Without National Patents: The Netherlands, 1869 - 1912; Switzerland, 1850 - 1907*, Princeton University Press, 1971.

[31] Fritz Machlup, *An Economic Review of the Patent System* (U. S. Senate, Committee on the Judiciary Study No. 15, 1958), in Robert Merges & Jane Ginsburg, *Foundations of Intellectual Property*, LexisNexis, 2006, p. 60.

[32] 关于劳动说、人格说和激励说的综述可见 Mark Lemley/Peter Menell/Robert Merges, *Intellectual Property in the New Technological Age: 2016*, Volume 1, Clause 8 Publishing, 2016, Chapter I, 2 - 27. 后面几种学说是知识产权功利主义立场中的细分理论。关于回报说和前景说参见 Edmund Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 *Journal of Law and Economics* 265 (1977)。关于信号说参见 Clarisa Long, *Patent Signals*, 69 *The University of Chicago Law Review* 625 (2002)。关于组织说参见 Paul Heald, *A Transaction Costs Theory of Patent Law*, 66 *Ohio State Law Review* 473 (2005)。

[33] 此处仅挂一漏万地提及两位著名知识产权法学者之间的争论：Robert Merges, *Justifying Intellectual Property*, Harvard University Press, 2011（反对将功利主义作为知识产权正当性的唯一来源）；Mark Lemley, *Faith-Based Intellectual Property*, 62 *UCLA Law Review* 1328 (2015)（反对在知识产权正当性理由中纳入功利主义之外的考虑）。

[34] “物的价值根源于物和我们需求的关系，而不是物的固有属性。” Carl Menger, *Principle of Economics*, Introduction by F. A. Hayek, Foreword by Peter Klein, Ludwig von Mises Institut, 1976, p. 120.

用的承诺。作为理性投资人，立法者的目标是追求双方总收益最大化。为此，立法者将和任何投资人一样，关注资源在不同用途上的边际回报。立法者会先将一部分行动自由分配给明显能产生更大回报的一方，但在边际效益递减规律的支配下，立法者不应将所有的行动自由都分配给该方。当一方掌握的行动自由多到一定程度时，立法者会发现继续分配给该方获得的边际收益明显小于分配给对方可能带来的边际收益，于是转而将部分行动自由分配给对方。立法者追求的是，当行动自由分配完毕之时，从生产者 and 使用者双方获得的边际收益是相等的。边际收益相等意味着实现了均衡，也意味着每一份行动自由都被分配到了能产生最大价值的地方。

问题在于，行动自由看不见摸不着，立法者如何才能把上述思想实验中呈现的理想状态翻译为立法语言？答案是借助“中介”（proxy）。^[35]“中介”是一系列更加直观的对象，能够帮助决策者以更低的成本完成复杂的决策任务。典型的直观对象包括对行动本身的描述（例如复制、销售等概念），或者对行为对象的说明（例如有形复制件、相同或类似商品等概念），或者对行为后果的限定（例如信息网络传播行为以“使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品”为要件）。实际上，法律体系中处处充斥着这类直观对象。法律具体采用哪种直观对象来传递有关行动自由的分配方案，取决于在特定情况下强调哪种直观对象的制度效率更高，更可能用相对微小的误判损失换取相对较高的便捷利益。为实现这一目的，“中介”一方面必须与行动自由相关，以确保以简代繁的做法不会过度损害信息的完备性；另一方面还需便于理解和运用，以获取认知经济性的收益。“中介”多半比较粗略，但胜在能够降低制度成本。^[36]不同领域制度设计的难度差异，很大程度上取决于是否存在各个层面上简便易用的“中介”。

在围绕有体物生产和使用的社会福利最大化的问题上，立法者幸运地找到了位于不同层面的有效“中介”。在基本立场层面，权利人单方福利最大化就是有效的“中介”。有体物具有较强的消费竞争性，这意味着即使法律不保障生产者对有体物的垄断，有体物也不可能为全体公众带来福利。因此，法律保护生产者对有体物的垄断，并不需要付出太高的代价。相反，允许生产者垄断有体物的后续使用，反而更可能挑选出效率最高的使用者，产生巨大的社会收益。因此，在绝大多数情况下，立法者只要专心保障权利人单方的福利最大化，就实现了社会总福利的最大化。在错误代价明显过大的个别情况下，立法者无法再依赖“中介”简化认知过程，只好退回元问题进行思考，将公众福利也纳入考虑范围，此时便出现了权利的限制。物权法上的征收和征用制度就是所有权限制的表现。尽管在权利不受限制的情况下，也存在少数如果只关心生产者控制权可能减损社会总福利的场合，但立法者仍通过运用“中介”，以相对微小的错误代价换得了简便易行的制度架构。而在具体规则的层面，围绕有体物生产和使用的利益分配问题同样能通过优质“中介”加以解决，这就是有体物的物理边界。有体物的物理边界因其相对较低的信息成本和不高的出错几率，

[35] Proxy 直译为“代理”，也的确有文献将法经济学语境下的 proxy 译为“代理变数”。参见张永健：《民法典立法方法论：以〈物权法〉第 106 条、第 107 条动产所有权善意取得为例》，《财经法学》2017 年第 4 期，第 54 页。本文译为“中介”，一是为了与作为法律术语的“代理”概念相区别，二是传达“工具、手段、媒介”之意。

[36] Thomas Merrill & Henry Smith, *What Happened to Property in Law and Economics?* 111 *Yale Law Journal* 357, 389, 390 (2001).

成为理想的“中介”，帮助立法者运用“占有”“登记”等便于依托物之边界的规则，构造出简洁有力的物权秩序。

但对于围绕创新活动展开的制度设计而言，立法者却没有那么幸运。在基本立场层面，立法者无法将社会总福利最大化的问题简化为权利人福利最大化的问题；在具体规则层面，立法者也缺乏有体物物理边界这一容易识别的“中介”。此外，知识产权客体在占有上的非排他性和在消费上的非竞争性也进一步增加了判断社会福利最大化的难度。

智力成果在占有上通常不具备排他性，所以为了实现排他保护的效果，社会只能更少地依赖自力救济而更多地投入公共资源。^[37]同时，智力成果缺乏财产学家所称的“物性”（thingness），很难让公众产生直觉上的避让感，而是需要公众花费额外的注意力才知道是否需要绕开信息成果，这也提高了信息产权的社会成本。

消费上的非竞争性令针对智力成果的生产激励和利用激励的关系更加复杂。从短期福利角度分析，一项技术方案被发明后，多一个使用者的社会边际成本很低，所以禁止公众使用相当于剥夺了公众能以低成本获得的高收益，造成无谓损耗。更有甚者，信息独占权还常常会对信息自由和公众健康等领域的非货币化价值产生威胁。社会之所以要通过知识产权制度来维系上述看似不合理的短期福利状态，目的是从长期角度鼓励更多的智力成果生产，以免涸泽而渔。由于短期使用福利和长期生产激励之间是此消彼长的关系，因此求得二者均衡相当困难。难处不仅在于没有中央决策机构能够掌握求解均衡所需的信息，而且在于均衡条件本身会随着技术发展、交易结构变化和智力成果用途拓展等因素发生变化。而由于所有的制度都必须具有相当的稳定性，因此不可能有任何制度能够完美解决创新活动中的利益分配动态均衡问题。

三、制度逻辑：图式的认知经济性

尽管创新利益分配问题高度复杂，所幸人们早已发展出高效的认知工具来应对复杂问题，这个认知工具就是图式及其组合形成的图式塔。图式能够通过提供结构化经验提高认知效率，而如果将复杂问题进行拆分并且提供针对不同细分领域的不同图式，更能大幅降低认知难度。专利法、著作权法、商标法等具体知识产权法便是针对创新利益分配难题细分领域的不同图式。以下分三个层面来呈现图式及图式塔在解决创新激励问题中的作用。

第一，解决创新利益分配难题需要运用图式。

假如要求决策者在面对创新利益分配问题时完全根据个案来确定需要搜集哪些信息、如何组织这些信息以及怎样评价这些信息，决策者将无所适从，因为需要考虑的变量实在太多。为了减轻个案中的认知负担，决策者有必要运用图式来提高信息搜集和处理过程的结构化程度。这种结构化流程从找出有价值的信息入手（客体规范），接下来分析哪些信息使用方式会损害生产者的预期利益（权能规范），进而细分哪些情况下表面侵权的行为并不损害生产者的预期利益（限制规范），最后认定使用人应当向生产者承担何种责任（救济规

[37] [美] 威廉·兰德斯、理查德·波斯纳：《知识产权法与经济结构》，金海军译，北京大学出版社2016年版，第21页以下。

范)。每个环节之下还会细分出二级、三级甚至四级子问题。如此一来,千头万绪的线索被筛选、分层并整合成为条分缕析的思维导图,供决策者在分配创新利益时按图索骥。此外,随着创新社会化程度日益提高,生产者内部的利益分配模式也对激励创新产生了越来越大的影响。因此,创新利益分配方案还包括关于合作创新、雇佣创新、委托创新等信息生产群体内部合作模式的经验(主体规范)。上述客体、权能、限制、救济和主体规范联合起来所提供的创新利益分配方案,远比让决策者在混沌的个案中从头摸索更加合理。每个知识产权图式都是蕴含了丰富经验的认知模型,人们在解决创新利益分配问题时离不开有效的模型。

第二,解决创新利益分配难题需要运用不同图式。

不同领域的创新存在高度异质性,与之匹配的最优图式自然也应彼此有别,而且差别体现在图式的各个环节。

客体规范的核心任务是识别值得保护的创新价值。由于不同类型的信息产生价值的方式不一,因此不同领域的价值识别规则也不尽相同。首先,使用对标识的价值影响巨大,但对智力成果的价值影响不大,所以商标法从客体规则就开始关心标识的使用情况,而专利法和著作权法的客体规则并不关心技术或作品的使用情况。其次,对于智力成果而言,不同的信息生产模式需要不同的价值识别规则。一种情况是,假如不同主体产出相同客体的概率较大,那么发生纠纷的几率与化解纠纷的成本都较高。在此情况下,社会最好未雨绸缪地在纠纷发生前投入相当的社会资源来明确值得保护的客体,以减少纠纷数量,并降低解决纠纷的难度。另一种情况则是,假如不同主体产出相同客体的概率较小,那么发生纠纷的几率与化解纠纷的难度也较低。在此情况下,社会无需在每项客体产生时立刻明确其价值,而不妨先保持理性无知,仅在极少数客体真正发生纠纷时再投入社会资源判断其价值。沿着这种思路考察专利法和著作权法,我们会发现:因为不同主体经常不约而同地发明同一技术,所以专利法更接近前一种情况,不得不投入大量资源建立复杂的专利申请、审查和授权制度;而由于不同主体很难不谋而合地创作同一表达,所以著作权法更接近后一种情况,满足于简单的权利自动产生机制。^[38]总之,法律针对信息生产和使用的不同情况提供了不同的客体规则:专利法致力于识别产生概率较大的信息成果,其特点是强调程序、要求事先界权,不关心技术方案的使用情况。著作权法适合识别产生概率较小的信息成果,其特点是忽略程序、允许事后界权,不关心作品的使用情况。商标法则形成了注册为主、同时关心标识使用情况的机制,以便将标识信息的价值识别出来。

在权能、限制和救济环节,差别既体现在标识与智力成果相区隔的层面,也体现在智力成果内部分野的层面。就标识与智力成果的区隔而言,由于标识具有消费竞争性,智力成果则不具有,所以商标法在权能、限制和救济环节都更接近传统财产法的规范,而专利法和著作权法则与传统财产法存在明显不同。例如,商标权的权能统称“使用”,并无细分,其限制从反面说明什么样的情况不算“商标性使用”,而其救济无需担心损害累积创新,更加尊重权利的神圣性,也重视超越预防的惩罚目的。专利法和著作权法则在权能环

[38] 对专利模式和著作权模式的分析,参见崔国斌:《知识产权确权模式选择理论》,《中外法学》2014年第2期,第408页以下。

节进行细分,在限制环节体现了更加浓厚的社会本位色彩,并且不应在救济环节追求超出最佳预防限度的惩罚目的。〔39〕

就智力成果在权能和限制环节的区别而言,著作权法的独占性更弱,治理特征更明显;而专利法的独占性更强,治理特征相对不那么明显。独占性(exclusion)是与治理(governance)相对的概念。独占型产权采用的“中介”更加粗略,往往针对更加宽泛的使用行为;治理型产权采用的“中介”更加精细,往往只禁止范围有限的使用行为。〔40〕由于典型文艺作品的后续利用空间更宽阔、出乎权利人预期的后续增值可能性更大,所以著作权法一方面在权能环节对利用行为进行了更精细的划分,仅将部分行为交由权利人控制;另一方面在限制环节的独占性更弱,通过弹性规则将大量利用行为排除在权利人的控制范围之外。不仅美国版权法明确承认开放式的合理使用规则,〔41〕甚至在立法上缺乏合理使用一般条款的我国,司法也常常突破限定列举而认定合理使用。〔42〕与文艺作品相比,技术方案的发挥空间较小。〔43〕在此情况下,专利制度在权能方面表现为受控行为的划分相对粗略;在限制方面表现得比较刚性,体现出更强的独占性。这种较强的独占性尤其反映在权利限制环节弹性较小这一事实上。系争行为一旦落入权利人的权能范畴,很难免责。〔44〕

主体规范的主要目标是给创新群体内部的利益分配设定缺省格局,这一格局对于不同类型的创新活动而言既不可能也不应该一致。比如,专利法与著作权法需要规定雇佣关系与委托关系下的劳资双方利益分配方案,商标法却无此顾虑。专利法和著作权法中的每位共有人往往不能限制其他共有人将智力成果许可给他人使用,只能分享许可收益;〔45〕商标法上却没有将财产规则型产权降格为责任规则型产权的对应做法。再如,因为不同发明人从事发明活动的结果是相近的,这意味着劳方的可替代性更强,所以专利法偏向资方,规定职务发明归属于资方;而不同作者从事创作活动的结果则多半存在显著差异,这意味着劳方的不可替代性更强,所以著作权法偏向劳方,规定大多数职务作品的支配权主要归属于劳方。

〔39〕 参见蒋舸:《著作权法与专利法中“惩罚性赔偿”之非惩罚性》,《法学研究》2015年第6期,第80页以下。

〔40〕 See Henry Smith, *Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, 31 *Journal of Legal Studies* 453 (2002).

〔41〕 17 U. S. Code § 107.

〔42〕 例如,在王莘与北京谷翔信息技术有限公司等著作权侵权纠纷案中,被告谷歌公司及其关联公司(下称“谷歌”)未经许可扫描了原告王莘的整本书,并允许网络用户在谷歌网站上检索并分段阅读该书。一审法院认定谷歌实施了信息网络传播行为,但在没有明确援引合理使用类型化条款的情况下,认可了被告行为构成合理使用。参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民初字第1321号判决书。二审法院维持原判。参见北京市高级人民法院(2013)高民终字第1221号判决书。

〔43〕 艺术和技术的区分是相对的而非绝对的。在绝对意义上,技术的开发与后续利用的空间同样宽广,因为不同主体为解决同一技术问题而采取的手段未必相同,实现的效果也可能有差异。针对技术领域后续价值开发过程的深入争论,参见Edmund Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 *Journal of Law & Economics* 265 (1977)(倾向于认为专利法上不同主体针对同一目标的研发在产出上是相近的); Robert Merges & Richard Nelson, *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 *Columbia Law Review* 839 (1990)(倾向于认为专利法上不同主体针对同一目标的研发在产出上的差别是巨大的)。

〔44〕 关于专利和著作权制度的差异成因与表现,中外文献从不同角度作出了探索。代表性文献参见前引〔38〕,崔国斌文,第408页以下; Henry Smith, *Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information*, 116 *The Yale Law Journal* 1742 (2007)。

〔45〕 参见专利法(2008)第15条,《著作权法实施条例》(2013)第9条。

差异化安排存在于客体、主体、权能、限制和救济各个环节，其根源在于难以完全克服的交易成本。创新领域的交易成本不仅不为零，而且异常高昂。^[46]如果法律预设的利益分配方案不能正确反映各方的期待，当事人往往无法通过谈判纠正错误的缺省规则，只能坐视成本阻碍交易发生。这既减少了生产者获得的激励，也降低了使用方的福利。为了避免这种无效率情况的出现，社会需要立法者模拟信息生产者和使用者的谈判结果，帮助当事人在哪怕无法事先直接和对方谈判的情况下仍有信心采取能够增进社会福利的行为。而由于不同情况下的谈判结果并不相同，因此法律必须模拟不同情况下当事人的不同期待。由此产生的结果便是决策者在解决创新利益分配问题时无法借助单一图式，而必须采用图式塔。

接下来的问题显而易见：既然图式的多样化是创新活动异质化的结果，那么图式的多样化程度是否越高越好呢？答案是否定的。法律决策与其他认知决策一样，都需要在认知经济性和信息完备性之间求得平衡。^[47]图式塔既需要将相似的情况予以归类，确保信息以浓缩的形态出现，避免浪费认知资源，也要承认各种情况之间的差别，确保重要的差别不被抹杀，以免赖以决策的信息不充分。^[48]这意味着，多样化和标准化这两股相反的作用力同时存在。一方面，图式的多样化程度不能太高，以免产生过于高昂的设计成本和适用成本。毕竟图式数量的增加会导致法官、当事人和公众在不同图式间取舍的成本出现指数级增长，迅速耗尽多样化带来的收益。规则体系包含的图式数量必然十分有限，唯有如此才能符合认知经济性的要求。另一方面，图式塔也不能过于标准化。因为一旦标准化程度超过临界点，社会为信息不充分付出的代价就会超过认知经济性产生的收益。理想的标准化程度出现在当信息不充分加剧的边际代价等同于认知经济性提高带来的边际收益之时。

由于并非所有变量在所有情形下对图式质量的影响程度都一样，所以与其试图建立一个包含所有变量的大一统图式，不如将变量和情形挂钩。在一种情形下只考虑一些变量，而在另一种情形下只考虑另一些变量。如果图式拆分合理，就能在不过分偏离信息充分性的基础上大大提高认知经济性。从解决难题的认知规律出发，对于创新激励这样的难题而言，最有希望的手段就是求助于数量适当的图式，分而治之。

第三，各门知识产权法是社会发展过程中沉淀下来的优选图式。

解决创新利益分配难题究竟需要多少图式？如果将这一问题抛给初次接触创新活动的人，要求他从无到有地设计出范围合理、数量适中的图式，他多半无从下手。但创新规则设计者不必无中生有，而能在很大程度上借鉴社会演化过程中逐步萌生的自发秩序。社会在技术保护、作品保护和标识保护上，不自觉地采用了不同规则，这些雏形逐渐发展为解决创新激励难题的主要图式。除此之外，在商业秘密、植物新品种、集成电路布图设计等问题上，社会也慢慢摸索出相应的利益分配图式，以追求恰到好处的激励。每个知识产权

[46] Kenneth Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in National Bureau of Economic Research, *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton University Press, 1962, pp. 610-615. 这是因为，与有体物相比，信息具有种种让交易变得尤其困难的特征。不可分性 (indivisibility)、不可专属性 (inappropriability) 和不确定性是其中特别突出的几项。这些特征使得信息生产者和使用者的搜寻成本、确认成本、谈判成本、执行成本都远远高于通常的有体物交易，最终导致无法单纯依靠市场机制产出最优量的信息。

[47] 参见前引 [6]，加洛蒂书，第 126 页。

[48] 同上书，第 119 页。

法模块就是一个解决创新激励问题的图式。这些图式引导法律适用者在不同领域采用不同的结构化的思维方式，关注不同的事实，从而在不同领域中实现认知经济性和信息完备性的平衡。

诚然，单个图式的缓慢生长与各个图式的边界磨合，通常体现为由大量应激反应推动的无意识过程。或有人据此认为，前述从认识论角度重新审视既有规则的努力当属徒劳无益，实则不然。作历史考，规则或许是自发的；为未来计，理解则应当是自觉的。对自发秩序的自觉探索，从来都是社会进步的推力。况且，创新规则体系的发展因其高度复杂性而尤其受到认知规律的制约。长期来看，不符合认知规律的做法终将被社会淘汰。这意味着，该领域的本体实在与认知规律联系更加紧密，对认识论工具的自觉运用更可能带来优厚回报。

前述认识论层面的分析表明，各个创新规则模块之间的分工是高度功能主义的。模块之间的区隔主要不源于目标迥异，而源于手段有别。或许正因为如此，物权法定原则在知识产权领域的效力才格外薄弱。^[49]与其说各个创新规则子系统是被一条条黑白分明的线条所区隔，不如说它们是被一个个灰区所环绕。各个模块及周围灰区的覆盖范围随着技术背景、交易结构、社会理念的变化而不断变化。既然模块之分应当体现工具理性，那么制度的设计者和运用者就不应把工具之分异化成不可逾越的障碍，而应该根据时代背景对各个模块予以功能性重塑。尽管重塑的细节取决于价值、制度和技术多个层面的博弈，注定漫长而不易，但从认知科学的角度看，重塑的基本方向是清楚的，那就是发挥图式的作用，提升认知效率。

四、现实偏差：弃用图式的现状与成因

遗憾的是，图式的重要性在实务界和理论界没有获得重视。针对非典型的创新利益分配问题，部分法院明显表现出对具体知识产权部门法的怀疑和对兜底规范的依赖。这些法院要么根本不愿迈过客体门槛，要么止步于权能环节，常常无法完整利用图式提供的结构化经验。

随着创新生态日趋复杂，此类案例数量可观，近年尤其多发。专利法被兜底的情况相对较少，偶尔出现在民法通则中的“发现权”条款之下。^[50]在商标法领域，关键词搜索、商品化权、域名保护、将他人商标注册为企业名称等问题的背后，也是兜底规范挤占标识法空间的问题。而在著作权法领域，弃用图式的现象尤为突出。出于论述集中的目的，下文讨论的案件均出现在著作权法和兜底规范的交叉地带。

很多案件止步于图式的起点，即客体环节。在关于体育赛事节目的诉讼中，法院认为中超比赛直播的公用信号既不满足固定要求，又缺乏独创性，无法作为电影作品获得著作权法保护。^[51]在游戏规则案中，法院认为被告抄袭的300余张卡牌及其组合方式“实质是

[49] 关于物权法定原则在知识产权法领域格外薄弱的论述，参见 Thomas Merrill & Henry Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 *The Yale Law Journal* 1 (2000)。

[50] 例如李敏与季明芳发现权纠纷案，广东省中山市中级人民法院（2005）中中法民三初字第119号判决书。

[51] 参见北京新浪互联信息服务有限公司与北京天盈九州网络技术有限公司著作权侵权与不正当竞争纠纷案，北京知识产权法院（2015）京知民终字第1818号。二审法院没有明确支持反不正当竞争诉讼请求，但肯定了通过反不正当竞争法主张救济的可能性。

游戏的规则和玩法。鉴于著作权法仅保护思想的表达,而不延及思想本身,因此本院对被告的抗辩予以采纳”。^[52]在游戏赛事直播视频的案件中,法院认为“比赛过程具有随机性和不可复制性,比赛结果具有不确定性,故比赛画面并不属于著作权法规定的作品”。^[53]而以上三起案件中,法院都不反对用兜底规范提供保护。^[54]

还有些案件在权能环节否认了适用著作权法的可能,从而无法运用著作权法图式在限制与救济环节的经验。在被称为“同人作品第一案”的《此间的少年》案中,法院指出,原被告作品的“人物名称、人物关系、性格特征和故事情节在整体上仅存在抽象的形式相似性,不会导致读者产生相同或相似的欣赏体验,二者并不构成实质性相似”,因此并不侵犯改编权。^[55]《摸金校尉》案、^[56]《武侠Q传》案^[57]和《大武侠物语》案^[58]采用了类似思路,该思路也符合学界的主流意见。^[59]除了利用作品元素进行改编,法院在深度链接问题上的主流态度也是对权能进行严格解释,即适用服务器标准,否定深度链接构成信息网络传播行为。如果被链网站并非直接侵权人而且被告没有绕开或破坏技术措施,则原告同样只能求助于兜底规范。^[60]

许多法院在舍具体知识产权法而采兜底规范时,并不对取舍理由进行说明。这在关于游戏规则^[61]、游戏直播视频^[62]以及深圳福田区法院关于体育赛事节目^[63]的判决中都有明显体现。也有极少数判例对舍弃具体知识产权法转采兜底规范的理由进行了说明,不过难以让人信服。在前述涉及深度链接的案件中,法院的解释是,“侵害著作权案件与不正当竞争案件具有完全不同的审理逻辑及规则”。^[64]既然同样是处理创新利益分配问题,两个

[52] 参见暴雪娱乐有限公司等与上海游易网络科技有限公司著作权权属与侵权纠纷案,上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民五(知)初字第23号。

[53] 参见上海耀宇文化传媒有限公司与广州斗鱼网络科技有限公司著作权侵权及不正当竞争纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第191号。

[54] 游戏规则的反不正当竞争法纠纷另案处理,参见暴雪娱乐有限公司等与上海游易网络科技有限公司不正当竞争纠纷案,上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民五(知)初字第22号。

[55] 参见查良镛与杨治等著作权侵权与不正当竞争纠纷案,广东省广州市天河区人民法院(2016)粤0106民初12068号。

[56] 参见上海玄霆娱乐信息科技有限公司与张牧野等著作权侵权与不正当竞争纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第838号。

[57] 参见完美世界(北京)软件有限公司等与昆仑万维科技股份有限公司等著作权侵权与不正当竞争纠纷案,北京市第一中级人民法院(2014)一中民初字第5146号。

[58] 参见北京微游互动网络科技有限公司与北京畅游时代数码技术有限公司不正当竞争纠纷案,北京知识产权法院(2015)京知民终字第2256号。

[59] 例如王迁:《同人作品著作权侵权问题初探》,《中国版权》2017年第3期,第9页以下;袁秀挺:《同人作品知识产权问题迷思——由金庸诉江南案引出》,《电子知识产权》2017年第1-2期,第53页以下;王太平:《知识产权的基本理念与反不正当竞争扩展保护之限度——兼评“金庸诉江南”案》,《知识产权》2018年第10期,第3页以下;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》,《知识产权》2018年第10期,第14页以下。至截稿时,只有少数文献认为同人作品问题应当适用著作权法解决。参见骆天纬:《同人作品的著作权问题研究——以〈此间的少年〉为例》,《知识产权》2017年第8期,第64页以下。

[60] 参见北京易联伟达科技有限公司与深圳市腾讯计算机系统有限公司著作权侵权纠纷案,北京知识产权法院(2016)京73民终143号。

[61] 前引[52]、前引[54]。

[62] 前引[53]。

[63] 央视国际网络有限公司与华夏城视网络电视股份有限公司著作权侵权与不正当竞争纠纷案,深圳市福田区人民法院(2015)深福法知民初字第174号。

[64] 前引[60]。

部门法在审理逻辑和规则方面为什么会出现巨大差异，读者很难从判决中获得解答。

轻率抛弃知识产权法的责任并不全在法院。既有学说未能提供审视知识产权法和兜底规范关系的足够工具，同样是造成具体知识产权法萎缩而兜底规范泛滥的原因。补充保护说、知识产权法定主义和有限补充保护说都为我们理解知识产权法和兜底规范的关系提供了宝贵知识，但其在认识论层面的欠缺导致其无法足够高效地引导法院决策。具体而言，三种既有学说的主要观点与不足如下：

补充保护说是受到广泛支持的学说。学界从20世纪90年代开始关注知识产权法和反不正当竞争法的关系，并提出二者是“特别法和普通法的关系”，反不正当竞争法应当提供“对智力成果及工商业成就的补充保护”。〔65〕进入21世纪，有学者指出专利法、商标法、著作权法犹如冰山，反不正当竞争法则是冰山赖以漂浮的海洋，〔66〕法院应当“充分发挥反不正当竞争法对知识产权的兜底保护作用”。〔67〕有学者通过系统论证补充保护的合理性表达了对该说的支持，〔68〕也有学者尽管没有直接表达支持，但在体育赛事现场直播画面〔69〕、同人作品〔70〕和加框链接〔71〕等具体问题上均赞同兜底规范的补充保护。补充保护说的优点在于强调二者目标一致，没有生硬割裂二者之间的联系。不足之处则有二：一是没有指出谨慎对待信息产权扩张的必要性，二是没有阐释知识产权图式在解决创新利益分配问题上的优势。部分法院对于“用尽具体知识产权法”的合理性知其然不知其所以然，因此只要在运用知识产权图式时稍有困难，就会轻易转向兜底规范。近年来一般条款的泛滥很大程度上正是补充保护说的结果。

知识产权法定主义最早见于2004年的文献。“知识产权法定主义是指知识产权的种类、权利以及诸如获得权利的要件及保护期限等关键内容必须由法律统一确定，除立法者在法律中特别授权外，任何人不得在法律之外创设知识产权。”〔72〕该说强调知识产权法与其他部门法在利益衡量思路上的差异，对补充保护说进行了必要的修正。〔73〕知识产权法定主义的优点有二：一是指出了社会在扩张信息生产者享有的独占权时必须采取极端谨慎的态度，二是强调了知识产权法的独占适用，防止法院丧失对权利边界的敏感性。问题在于，“知识产权法定主义”和“知识产权独占适用”之间存在内在紧张关系。法定主义意味着保护范围的刚性，而独占适用的前提却是保护范围具有弹性。只要突出保护范围的刚性，就会出现知识产权规则无法独占适用的风险；而一旦强调独占适用的重要性，又必然对知识产权规则的刚性造成冲击。诚然，信息在消费上的非竞争性要求法官在扩张保护范围时格外谨

〔65〕 参见韦之：《论不正当竞争法与知识产权法的关系》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》1999年第6期，第29页，第31页。

〔66〕 例如郑成思：《反不正当竞争——知识产权的附加保护》，《知识产权》2003年第5期，第4页。

〔67〕 参见杨明：《试论反不正当竞争法对知识产权的兜底保护》，《法商研究》2003年第3期，第119页。

〔68〕 参见吴汉东：《论反不正当竞争中的知识产权问题》，《现代法学》2013年第1期，第38页。

〔69〕 参见王迁：《论体育赛事现场直播画面的著作权保护——兼评“凤凰网赛事转播案”》，《法律科学》2016年第1期，第191页。

〔70〕 参见前引〔59〕，王迁文，第9页以下。

〔71〕 参见王迁：《论提供“深层链接”行为的法律定性及其规制》，《法学》2016年第10期，第23页以下。

〔72〕 郑胜利：《知识产权法定主义》，《中国知识产权报》2004年3月9日第3版。

〔73〕 参见崔国斌：《知识产权法官造法批判》，《中国法学》2006年第1期，第144页以下；李扬：《知识产权法定主义及其适用——兼与梁慧星、易继明教授商榷》，《法学研究》2006年第2期，第3页以下。

慎,但这不应成为杜绝法官能动性的理由。当法官在极端例外情况下需要扩张信息产权边界时,单纯的本体论分析无助于法官判断在何种规范下发挥能动性更为恰当。法官究竟应该借助具体知识产权部门法还是兜底规范来克服新出现的市场失灵问题,只有透过认识论视角才能澄清。极端保守地解释知识产权法的保护范围或许并非法定主义的本意,但“法定主义”概念给读者的主要印象毕竟是保护范围的刚性与限缩。近年来部分法院缺乏对知识产权法概念进行功能主义解释的动力(甚至是勇气),未必与知识产权法定主义没有关系。

有限补充保护说在司法文件^[74]和法院判决^[75]中都有明确体现。该说认为,“反不正当竞争法只是在有限的范围内提供知识产权的附加保护,所提供的保护不能与专利法等知识产权专门法的立法政策相抵触。”^[76]为了限定附加保护的范 围,该说参照德国司法实践,将“额外考虑因素”作为标准,要求反不正当竞争法的保护不与知识产权法相抵触,而且以系争行为具有市场替代效果为前提。^[77]从表面上看,该说提供了兜底规范的折衷保护范围,但其实并不能解决问题。首先,市场替代后果标准对于兜底保护而言既不充分(因为法律容忍大量的搭便车行为)也不必要(因为知识产权法同样包含对榨取替代行为的否定评价),与其说提供了裁判指南,不如说是为直觉式保护提供了便利。其次,该说以知识产权法与兜底规范存在本体论层面的差异为立论基础:“反不正当竞争法与知识产权法存在完全不同的立法目的,反不正当竞争和知识产权的保护标准完全不同。”^[78]这种思路容易导致法院简单地将系争问题归入表面看来更接近的一方,难以推出有效结论。

三种既有理论的共性在于都将知识产权法和兜底规范的关系简单化地处理为本体论问题,忽略了从认识论层面对不同规范的效率展开比较。这导致每种既有理论都无法为知识产权法和兜底规范的关系提供完善的答案。该现象正好印证了对自发秩序加以自觉把握的重要性。既然如此,改进方向自然是将认识论层面关于图式的知识充实到解决方案之中。

五、规范启示:知识产权法与兜底规范关系的再认识

重新认识知识产权法与兜底规范关系的第一步是引入认识论视角。法院应当以认知效率为标准,功能主义地看待不同创新规则之间的关系。

传统上,我们习惯用形式主义而非功能主义的态度看待不同的创新规则。无论是著作权法、专利法、商标法等图式化规则,还是民法基本原则、侵权法一般条款或者反不正当竞争法一般条款这样的非图式化规则,都带着历史赋予它们的内涵——著作权法调整文艺,专利法调整技术,商标法调整标识,而反不正当竞争法调整竞争秩序。每种规则都从调整文艺、技术或者标识等典型对象的生活经验中生长而来,初看泾渭分明。在很长一段历史

[74] 例如《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》(2017)第1.4条。

[75] 例如前引〔60〕。

[76] 曹建明:《全面加强知识产权审判工作,为建设创新型国家和构建和谐社会提供强有力的司法保障——在全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话》(2007年1月18日)。转引自孔祥俊:《商标与不正当竞争法:原理和判例》,法律出版社2009年版,第646页。

[77] 参见刘维:《论反不正当竞争法对知识产权补充保护之边界》,载王先林主编:《竞争法律与政策评论》第3卷,法律出版社2017年版,第75页。

[78] 同上。

时期之内，社会接受各种规则在日常经验维度的形式区别就足以分门别类地处理绝大多数创新激励问题，无需追问形式化内涵是否应该成为区分和运用创新规则模块的唯一标准。这种思维惯性延续到当代，使得历史形成的规则内涵成为先验的存在。我们很少反思历史给定的形式化标签为什么会出现以及它们是否需要改变。

功能主义意味着法院不应绝对固守历史给定的概念和关系，而是可以从手段的角度来看待创新规则，以提升制度效率为标准发展创新规则的内涵与外延。只有如此，法院才有可能将新问题分流到最适合解决它们的制度模块中去。司法固然应当在基本方向上坚持对信息产权扩张的极端谨慎态度，也固然应该意识到传统概念在降低公众信息成本方面的优势，但法院毕竟不能回避信息产权范围需要不时调整的现实。逐渐增多的非典型创新利益分配需求必然要寻求制度层面的出口，不在知识产权法中，就在兜底规范中。如果将解决非典型问题的出口设置在知识产权图式领域，固然会不可避免地对该图式的刚性造成一定冲击，但如果将出口设置在兜底规范下，更面临着难以运用和发展结构化经验的弊端。社会能做的只能是两害相权取其轻。

制度效率的提升离不开对认知主体的考察，当问题牵扯多个认知主体时，制度效率的提升就离不开对各个主体相对认知优势的考察。创新激励制度的效率同时受立法和司法部门认知能力的影响。人们通常认为，立法部门在解决创新利益分配这一复杂问题时具备比较优势，因为“知识产权制度涉及到不同群体的利益，只有让他们的诉求充分表达并充分地辩论才能寻找到恰到好处的平衡点，这种多方的诉求远非行政程序和司法程序所能解决”，所以“知识产权只能由立法层面创设”。〔79〕但在我国，立法程序是否真能让不同利益群体充分表达诉求并展开辩论，立法部门在寻求利益平衡上的优势是否真的远非司法程序能及，这些都属于需要被认真研究的问题。笔者不否认立法在方向性问题上具有更加坚实的制度正当性，也不是看不到司法自由裁量权可能带来的问题，但“立法机关更有决策优势”并非总是不证自明。对立法的尊重与厚望值得肯定，但这并不意味着立法机关在决定创新成果种类和利用成果的方式上总是具有认知优势。立法确定的类型化规则要实现指引目标，每个类型就必须具有相当的清晰度，这种清晰度在稳定的社会背景下能以较小的信息充足性损失换来较大的认知便捷利益，但在非典型状态出现过快的领域却可能得不偿失。例如，著作权法在规定作品类型时采用了限定列举的方法。〔80〕这种方法能够避免法院在扩张信息产权时过度突破立法预设的范围，具有正当性。但如果法院在解释每种类型时都非常严格地遵守立法者对保护范围的理解，可能会将技术发展和产业变迁带来的非典型成果排除在保护范围之外。恰当的解决方案要求我们既尊重立法权威，也不能单纯寄希望于立法。当我们无法确定是否应当扩张信息独占权时，默认策略的确是留待立法者处理。但如果我们已经确信让信息生产者享有独占权是恰当的，那么此时我们既不应该单纯因为知识产权保护范围的限缩性就拒绝独占权，也不应该单纯因为知识产权规则的立法刚性就把独占权推给兜底规范解决，而是需要从认知效率的角度考虑是扩充知识产权法还是兜底规范以容纳新的信息独占权更为合理。而在许多情况下，图式化的知识产权法是更加合适的选择。

〔79〕 郑胜利：《论知识产权法定主义》，《中国发展》2006年第3期，第53页以下。

〔80〕 尽管著作权法（2010）第3条第9项规定了“法律、行政法规规定的其他作品”，但实际上法律和行政法规从来没有创设过新的作品类型。

重新认识知识产权法和兜底规范关系的第二步是根据不同情况发挥知识产权图式的作用：当个案结论无争议时，法官应当运用图式使说理过程更清晰；当个案结论有争议时，法官应当运用图式使利益衡量更全面；在系争案件无法直接适用知识产权法时，法官可以考虑借鉴图式中的结构化经验辅助兜底规范的推导。

首先，当个案结论无争议时，图式能使说理更清晰。以前文提到的游戏规则案为例。^[81] 尽管我国法院给382张游戏卡牌和套牌的组合贴上了“游戏规则”的标签，拒绝保护，但美国法院针对表达明确具体的游戏规则（或者说游戏元素的组合方式），是给予版权保护的。^[82] 相比运用兜底规范时的直觉式说理，依托于著作权图式的推理为双方当事人的权利义务设定了更加清晰的边界。著作权图式在客体、权能、限制、救济和主体各个环节提供的“中介”，有效补充了法律评价所需要的信息，为公众提供了相对明确的行为指引。同理，在关于体育赛事节目、游戏赛事直播视频以及深度链接的案件中，法院原本也应当通过对作品和信息网络传播权概念予以功能性解释，将问题的解决思路纳入著作权法的成熟图式之内。

其次，针对实体结论不那么清晰的案件，知识产权图式提供的分析线索更是难能可贵。能够根据行为的不同背景、呈现的不同方式、造成的不同影响进行精细判断的，恰恰是知识产权图式而不是兜底规范。以同人作品纠纷为例，人物名称、性格特征、人物关系和简单情节等原作要素的组合，完全可能符合独创性标准。至于涉案的被告非授权使用是否可以免责，可以通过合理使用加以评判。著作权法中有关转换性使用^[83]与商业化使用^[84]在权利限制环节之影响的探讨，远比反不正当竞争法下的任何理论提供的线索深入和详尽得多。即使人们在著作权法图式下仍然无法达成共识（这很正常），至少能够精确定位分歧处于决策的哪个步骤。例如，笔者认为原被告作品中构成实质性相似的部分，构成正常创作过程中的小概率事件，可以被认定为作品，如果他人反对，即可对客体环节的底层问题展开更深入的讨论。又如，笔者认为商业化是免责的重要考虑因素，反对者可能指出“坎贝尔案”否认了商业化是决定性因素，^[85]那么双方可以通过讨论，在限制环节的商业性因素上积累更多的经验。再如，笔者认为被告使用的转换性并不必然导致其使用具备合理性，可能有人会提出转换性使用如今在司法和学说中具有至关重要的影响力，那么双方可以挖掘限制环节关于转换性使用的更多知识。知识产权图式相对于兜底规范的巨大优势，恰恰在于能够避免分歧呈现“一锅粥”的非结构化状态，而将分歧整理为焦点明确的问题图谱。

再次，强调知识产权图式的作用并不意味着彻底否认非图式化兜底规范的适用空间。既然图式的合理性基础在于认知经济性收益高于信息完备性损失，那么当图式的认知经济性收益下降或者信息充分性损失增大时，其合理性基础就会被削弱。对创新利益分配难题而言，图式的认知经济性下降意味着运用知识产权图式的难度加大，而信息完备性损失增大意味着运用知识产权图式的误判增多。例如，针对无独创性数据库的利益分配难题，运

[81] 前引[52]。

[82] *Spry Fox LLC v. LOLApps Inc.*, No. 2:12-cv-00147-RAJ., Decided Sep. 18, 2012.

[83] Pierre Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 *Harvard Law Review* 1105 (1990).

[84] Sony案的焦点之一就是商业性使用的认定及其对合理使用的影 响。Sony v. Universal City Studios, 464 U. S. 417 (1984). 而Campbell案的贡献之一就是否认商业性使用构成合理使用判断的决定性因素。Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U. S. 569 (1994).

[85] *Campbell v. Acuff Rose Music*, 510 U. S. 569, at 583-585 (1994).

用既有知识产权图式可能是不恰当的。对于那些无论我们怎样拓展独创性概念仍然难以纳入既有著作权体系的数据库，强行运用图式的结果只能是或者放弃独创性要求（这会降低图式的认知经济性收益），或者为了保留独创性要求而无法为某些确有需求的数据库提供保护（这会加大图式的误判损失），均不妥当。在比较法上，无独创性数据库的单独保护模式往往以实质性投资为前提。^[86]这是因为，在衡量社会福利效果问题上，实质性投资可能是信息成本更合理的“中介”。我国在不通过专门法为非独创性数据库上的实质性投资提供保护的情况下，暂时用兜底规范来处理这类创新利益分配问题，优于强行运用知识产权图式来解决问题。在暂时借用兜底规范解决问题期间，法院尽管不能直接适用既有图式，但至少能通过粗略借鉴既有图式的思路，从原告是否作出了有价值的贡献（客体）、被告是否实质性使用了原告的成果（权能）、被告的使用行为是否无法通过正常的市场交易完成（限制）、被告应当如何承担责任（救济）以及创新成果生产者群体的内部关系应当如何处理（主体）等环节加以考虑。这种对知识产权图式的利用也能降低兜底规范的适用难度，提高可预见性。

上述有关图式作用的分析不仅适用于知识产权图式与兜底规范的关系，还适用于其他图式化规则与兜底规范的关系。部分如今在兜底规范下处理的问题，其实更适合在姓名权等其他图式化规则下解决。^[87]此外，发挥作用的图式也未必要永远遵循客体、权能、限制、救济和主体的阶层模式。如今采取的图式塔是在历史选择、路径依赖和制度效率等因素共同作用下出现的方案，不排除将来图式塔本身会演化。我们强调图式化决策相对于非图式化决策的认知优势，但不推崇任何僵化的特定图式或者图式塔。正如反垄断领域的决策在单纯法律图式之外又引入了经济图式，创新规则体系现有的图式未必永远不会发生变化。但在更加合理易用的图式取而代之以以前，充分发挥既有知识产权图式的作用，在决策效率层面远远优于非图式化的兜底规范。

根据不同的时代需求、科技背景、产业政策和民众心理探求具体知识产权图式的边界虽非易事，但却符合制度效率。因为澄清图式内涵的成本能在反复解决同类问题的过程中被摊薄，从而使得解决单个问题的制度成本大大降低。如果放弃图式的指引，仅仅追求个案化的解决办法，或许能够因为绕开底层思考而加快个案处理速度，却不得不在每个案件中都探索一次合理分配创新利益的途径，日积月累的整体制度成本将远远高于一开始就努力澄清图式内涵的花费。

结 语

现有理论在处理知识产权法与兜底条款的关系时，聚焦于规则调整“什么”，而忽略了规则“如何”调整。但如果我们对规则发挥作用的方式缺乏了解，那么无论我们对创新活

[86] Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases, Article 7. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31996L0009&from=EN>, 2018年1月30日最后访问。

[87] 参见湖南王跃文与河北王跃文等著作权侵权与不正当竞争纠纷案，长沙市中级人民法院（2004）长中民三初字第221号，《最高人民法院公报》2005年第10期。

动的研究多么深刻，都难以将作为调整工具的规则和作为调整对象的社会关系正确地匹配起来。现有理论或者因为对兜底规范缺乏警惕、或者因为限制知识产权图式的发展、或者因为容易被当作借口，从不同角度导致了兜底条款的泛滥。而归根结底，现有理论的缺陷都在于其对“如何”调整这一认识论问题的忽略。

本文为处理知识产权法与兜底规范的关系补充了认识论视角，指出知识产权法的优势在于其知识的结构化。面对异常多样化的技术、商业与观念背景，唯有结构化认知模型才能承担创新利益分配这样的复杂任务。知识产权图式能够一方面将过去的经验高效运用于当前案件之中，另一方面将当前经验高效地传递给未来决策者。随着创新利益分配问题的复杂程度日渐提高，运用图式的认知经济性收益将越来越大。诚然，问题的复杂度提高也可能意味着固守特定图式的信息完备性损失增加。但是，这不过意味着我们需要不断调整图式，使其胜任在新环境下高效处理信息的职责；而绝不意味着我们应该放弃图式，将创新利益的控制权交由混沌的兜底规范支配。

Abstract: Despite decades of discussion regarding the relationship between intellectual property (“IP”) laws and the “catch-all” general clause, a proper understanding doesn’t seem to have been obtained by Chinese courts. When facing newly emerged types of innovation problems, Chinese courts keep rejecting the application of IP rules, notably copyright and trademark rules. They prefer to rely on a general clause to address such problems. This troublesome practice is the result of the conventional way of looking at the relationship between IP laws and the general clause, which defines the relationship according to “what” a rule regulates. A new and useful way is to ask “how” instead of “what” a rule regulates. To give proper incentive to innovation is a highly demanding task. It goes far beyond the cognitive capacity of any court if asked to make a decision without any guidance. This problem is solved by the cognitive schemata provided by IP laws. Each module of intellectual property law provides a valuable cognitive scheme and thus substantially reducing the information cost required to arrive at the correct answer. On the opposite side, the general clause provides much less structured knowledge to the courts. Therefore, how the two approaches arrive at the same destination should not be ignored. To make full and sometimes flexible use of IP rules is required by the efficiency of the legal system of innovation.

Key Words: intellectual property, countering unfair competition, general clause, scheme, cognitive psychology
