

知识产权法与反不正当竞争法关系重探

刘银良^{*}

内容提要 知识产权法与反不正当竞争法的关系是我国法学界长期争论的问题,众说纷纭,似乎无解。基于其完整的制度构造,知识产权法形成了高度自洽的创新激励体系,对知识产权和自由竞争有良好平衡,基本没有给构造相对简单的反不正当竞争法留下补充空间。将反不正当竞争法作为知识产权兜底保护法或补充保护法的认识,源于对知识产权法的构造及其与反不正当竞争法的关系缺乏系统理解。除商业秘密外,反不正当竞争法主要适用于规范商业混淆行为,并没有全面介入知识产权法的理由,否则就可能打破知识产权与自由竞争的平衡,导致知识产权的不合理扩张,压缩自由竞争的空间,并最终损害知识产权制度和反不正当竞争制度。

关键词 知识产权法 反不正当竞争法 排他性适用 创新激励
自由竞争

目 次

- 一、问题的提出
- 二、反不正当竞争法和知识产权法的构造
- 三、知识产权法的独立性和排他性适用
- 四、知识产权法与反不正当竞争法关系之厘清
- 五、结语

^{*} 烟台大学黄海学者特聘教授。

一、问题的提出

自1993年我国《反不正当竞争法》颁布实施起,迄今30年间,关于知识产权法与反不正当竞争法的关系一直是我国法学界探讨与争论的问题。研究者视角各异,论证基础不同,见仁见智,众说纷纭。虽然参与者众、持续时间长,然而遗憾的是,两者的关系仍未得到根本厘清。在知识产权纠纷裁决中,出现较多利用反不正当竞争法扩展保护知识产权的案件,兜底保护知识产权成为我国反不正当竞争法适用的特色现象。^①其中不乏法律适用错误,从而导致了知识产权扩张及对自由竞争或商业创新的干预。^②虽然近年来许多研究者呼吁反不正当竞争法(尤其是其一般条款)应保持谦抑,^③但在学界和司法界,兜底保护或补充保护的意识仍然广泛存在。^④

混同适用知识产权法与反不正当竞争法的做法可引发双向伤害:一方面,通过反不正当竞争法保护难以获得知识产权保护的创新成果会使知识产权范畴不合理扩张,可能损及知识产权法的立法目标;另一方面,扩展适用反不正当竞争法还可能不合理地降低不正当竞争行为的认定标准,不当扩大反不正当竞争法的范畴,导致限制自由竞争的后果。并且,裁决者可能简单地将知识产权思维移入反不正当竞争法,导致反不正当竞争法的知识产权法倾向,淡化其竞争法属性,使其在法律理念、制度定位、适用方法和制度目标等方面出现偏差,引发对市场竞争的过度干预。^⑤可见,利用反不正当竞争法兜底保护或补充保护知识产权的司法实践会导致两种法律制度的冲突与风险。^⑥

笔者认为,我国司法实践中知识产权纠纷向反不正当竞争法的逃逸及其引发的法律冲突风险,主要源自对知识产权法与反不正当竞争法关系的片面理解乃至误解。对于两者关系的认知多样性固然是由于该问题横跨两法学领域,但更主要的原因却在于没有找到认识问题的基础与支点,而多基于“存在即合理”的原则,把国内外一些反不正当竞争法实践作为论证基础,从而导致众说纷纭。^⑦针对两法冲突困境,仅强调知识产权的重要性、技术或社会的快速发展以及反不正当竞争法的灵活性等,只能浮于表面,于事无补。只有回归至知识产权法和反不正当竞争法的构造,才可能认清问题的根本,找到解决问题的支点,并进而对其关系作出系统阐述。基于此,本文将从反不正当竞争法和知识产

① 参见于是:《〈反不正当竞争法〉一般条款适用的泛化困局与绕行破解——以重构“二维指征下的三元目标叠加”标准为进路》,载《中国应用法学》2020年第1期,第117-131页。

② 参见陈耿华:《反不正当竞争法一般条款扩张适用的理论批判及规则改进》,载《法学》2023年第1期,第164-165、179页。

③ 参见张占江:《反不正当竞争法属性的新定位:一个结构性的视角》,载《中外法学》2020年第1期,第193-203页。

④ 参见孔祥俊:《反不正当竞争法补充保护知识产权的有限性》,载《中国法律评论》2023年第3期,第19-23页。

⑤ 参见张占江:《论反不正当竞争法的谦抑性》,载《法学》2019年第3期,第45-46页。

⑥ 参见孔祥俊:《论反不正当竞争法的竞争法取向》,载《法学评论》2017年第5期,第18-31页。

⑦ 参见韦之:《论不正当竞争法与知识产权法的关系》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》1999年第6期,第29-32页。

权法的构造出发,系统探究和厘清两者的关系,^⑧希冀助益两法适用回归制度理性。

二、反不正当竞争法和知识产权法的构造

创新是市场经济的基本驱动力,知识产权的功能在于通过赋予创新者市场垄断权来激励其持续创新,但创新激励又需有自由竞争的环境,因此,如何协调知识产权、自由竞争与创新激励的关系至关重要。根据我国《反不正当竞争法》(2019年修正)第1条规定,该法的立法目标包括鼓励和保护公平竞争、制止不正当竞争行为、保护经营者和消费者的合法权益,进而促进市场经济健康发展。根据 TRIPS 协议第7条,知识产权法共有逐层递进的三重目标,即保护知识产权,激励知识的创新、转移和使用,进而促进社会与经济发展。我国各知识产权专门法的立法目标与 TRIPS 协议的规定实质一致。^⑨从两者的功能来看,反不正当竞争法与知识产权法在某些功能上殊途同归,皆可激励创新以及促进社会与经济发展,这是探究两者关系的基础。

市场经济是知识产权制度的基础,自由竞争又是市场经济的基础。一方面,知识产权能够激励创新,然而创新的知识一旦被赋予知识产权,就成为被垄断的知识,因此过于强化的知识产权保护既可能直接限制自由竞争的空间,也可能使在先知识产权所有人因具有垄断地位而降低创新动力,从而产生限制竞争和阻碍持续创新的效应。另一方面,自由竞争既可能维护市场自由,也可能引发广泛的搭便车行为,而其压力又可转化为经营者持续创新的动力。在自由竞争的环境下,创新者既可以获得知识产权,也可利用领先时间获得市场优势,且其由此获得的竞争优势亦可能激励其持续创新。^⑩可见,就创新激励而言,知识产权与自由竞争各有不足却又可互补——知识产权可制止竞争者不当利用受其保护的创新成果,自由竞争则可防止知识产权对创新的制约,只有知识产权与自由竞争相互平衡,才可能产生最优的持续激励效果。^⑪

(一) 反不正当竞争法的构造

无论在大陆法系还是英美法系,反不正当竞争法均源自侵权法。^⑫在法国,不正当竞争至今仍被视为民事侵权;在德、日等大陆法系国家,虽然有专门的反不正当竞争法,但对不正当竞争行为的规范仍可适用民法典侵权法的一般条款。在英、美等普通法系国家,

⑧ 在本文中,“知识产权”是指 TRIPS 协议或我国《民法典》第123条规定的知识产权,而非研究者任意构造的知识产权。“知识产权法”一般指知识产权专门法。“知识产权法体系”包括知识产权专门法以及涉及知识产权事务的反不正当竞争法。

⑨ 参见刘银良:《知识产权惩罚性赔偿的类型化适用与风险防范——基于国际知识产权规则的视角》,载《法学研究》2022年第1期,第172-173页。

⑩ See Douglas G. Baird, *Common Law Intellectual Property and the Legacy of International News Services v. Associated Press*, University of Chicago Law Review, Vol.50, p.414 (1983).

⑪ 参见前注⑨,刘银良文,第183-185页。

⑫ 参见谢晓尧:《论反不正当竞争法的性质》,载《政法论丛》2022年第6期,第63-64页。

针对商业标志的仿冒（或假冒）之诉属侵权之诉。^⑬我国法学界和司法界亦认可不正当竞争之诉源于侵权之诉、不正当竞争行为在本质上属侵权行为，^⑭最高人民法院关于反不正当竞争法的司法解释甚至直接使用“侵权行为地”或“侵权结果发生地”等概念^⑮。在世界范围内，反不正当竞争法形态多异，甚至没有一致的法律构造。^⑯但一般都认为，反不正当竞争法有多元化的目标，不仅保护经营者和竞争者的利益，也保护消费者和公众的利益，更致力于维护正当竞争秩序。^⑰根据WTO的解释，国际知识产权条约中的反不正当竞争规范也应保护消费者和公众的利益。^⑱为保证实现立法目标，须合理界定反不正当竞争法规范的客体及不正当竞争行为等基础性构造。

1. 反不正当竞争法规范的客体

对反不正当竞争法规范客体（对象）的认知，不仅关系到该法的范畴，也直接影响对于知识产权法与反不正当竞争法关系的认识。早期一般认为，不正当竞争行为侵害的客体是经营者或消费者的合法权益，后来则主要认为是经营者之间的竞争关系。^⑲然而笔者认为，经营者或消费者的权益并非真正意义的客体，竞争关系虽然正确却不全面——反不正当竞争法所保护或规范的客体应是商业关系，其中既包括经营者之间的竞争关系，也包括经营者与消费者之间的服务关系。通过保护商业关系，不仅经营者之间的正当竞争关系或竞争秩序可得以维护，经营者或消费者的权益亦可得到保护。

从比较法角度看，美、德等国的反不正当竞争法以及国际条约均对其所规范的客体作出了规定或阐明。根据美国法律协会《反不正当竞争法重述》第1条规定，不正当竞争行为侵害的客体是商业关系。竞争者在商业活动中对商业关系造成损害，一般无需承担责任，除非其行为属于该条明确列举的可诉性行为，包括欺骗性营销、侵犯商标或其他识别性标志、盗用商业秘密或公开权等无形商业价值以及法定不正当竞争行为（即美国联邦法或州法所规定或支持的可诉性行为）。^⑳这表明，维护竞争自由是美国反不正当竞争法的目标和基本原则。除商业秘密外，反不正当竞争法主要用于制止竞争者仿冒或盗用他人的商业标志及商誉并导致消费者混淆（公开权亦可归属于商业标志及商誉），换言之，如果不侵害商业关系，就不是它所规范的行为。^㉑德国《反不正当竞争法》第1条规定其立法本法旨在保护竞争者、消费者以及其他市场参与者免遭不正当竞争之害，同时保护公众就不受扭曲的竞争所享有的利益。^㉒德国反不正当竞争法开始主要规范经营

⑬ 参见龙俊：《反不正当竞争法“权利”与“利益”双重客体保护新论》，载《中外法学》2022年第1期，第67-68页。

⑭ 参见郑友德、范长军：《反不正当竞争法一般条款具体化研究——兼论〈中华人民共和国反不正当竞争法〉的完善》，载《法商研究》2005年第5期，第126-131页。

⑮ 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》（法释〔2022〕9号）第26、27条。

⑯ 参见孔祥俊：《论“搭便车”的反不正当竞争法定位》，载《比较法研究》2023年第2期，第94-95页。

⑰ 参见宋亚辉：《论反不正当竞争法的一般分析框架》，《中外法学》2023年第4期，第968-969页。

⑱ See WTO, *Guide to the TRIPS Agreement*, Module VII, p.117-122.

⑲ 参见刘维、陈鹏宇：《论数字时代反不正当竞争法中的消费者利益》，载《知识产权》2023年第7期，第92页。

⑳ See American Law Institute, *Restatement (Third) of Unfair Competition* (Current through June 2009), Section 1.

㉑ 参见李明德：《关于〈反不正当竞争法〉修订的几个问题》，载《知识产权》2017年第6期，第20-21页。

㉒ See Germany Act against Unfair Competition (UWG, 2016), Section 1.

者的竞争关系,后来为因应欧盟立法等而补充了保护消费者和公众的规定,提示其规范的客体转向更为广泛的商业关系。^{②③}

在国际知识产权条约中,《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)规定的不正当竞争行为主要包括商业混淆、商业诋毁和虚假宣传。^{②④}其中,与知识产权直接相关的主要是通过仿冒(或假冒)商业标志导致商业混淆。^{②⑤}TRIPS协议除直接引用《巴黎公约》的实质条款外,还规定了对于地理标志和未披露信息(商业秘密)的反不正当竞争保护。^{②⑥}可见除商业秘密外,国际知识产权条约关注的反不正当竞争行为主要涉及商标、商号、地理标志等商业标志的混淆性使用。WTO强调,反不正当竞争规范除保护经营者外,还保护消费者和公共利益,这与TRIPS协议第7条规定的知识产权保护多重目标一致,也与《巴黎公约》第10条之二的目标与路径一脉相承。^{②⑦}可见从国际知识产权条约出发,亦可理解反不正当竞争法规范的客体是商业关系。

2. 不正当竞争行为界定

基于国际知识产权条约并结合我国现行知识产权法体系可知,在知识产权领域,除保护商业秘密外,反不正当竞争法的功能主要在于制止商业标志仿冒(或假冒)行为,以免仿冒(或假冒)者不当占用正当经营者的商誉、使消费者混淆并损及公众的利益。该制度功能的实现,需依赖反不正当竞争法对于不正当竞争行为的界定。

关于不正当竞争行为,我国《反不正当竞争法》既有第2章的类型化列举,也有第2条的概括性界定。其中,第2条第2款规定:“本法所称的不正当竞争行为,是指经营者在生产经营活动中,违反本法规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。”作为一般条款,该条以维护市场竞争秩序为核心,可作为界定不正当竞争行为的规范指引。^{②⑧}但与类型化条款相比,一般条款的适用具有开放性和不确定性。我国司法实践适用一般条款的现象较为突出,可能导致限制竞争的后果。^{②⑨}

从我国现行《反不正当竞争法》看,直接涉及知识产权的不正当竞争行为主要包括商业混淆(《反不正当竞争法》第6条)和侵犯商业秘密(《反不正当竞争法》第9条)。其中,商业混淆是指竞争者通过仿冒(或假冒)经营者的商标或其他商业标志而致消费者混淆,同时侵犯了经营者和消费者的权利或利益,是典型的不正当竞争行为,为国际知识产权条约和多国反不正当竞争法明确禁止。商业秘密保护为TRIPS协议明确规定,且为多国立法所重视。此外,还有其他类型化的不正当竞争行为,包括商业诋毁、虚假宣传、网络不正当竞争行为(《反不正当竞争法》第12条)以及涉及平台、算法、商业数据等数字领域的不正当竞争行为,但这些并不当然涉及知识产权。

②③ 参见李明德:《关于反不正当竞争法的几点思考》,载《知识产权》2015年第10期,第39-40页。

②④ See Paris Convention for the Protection of Industrial Property, Article 10bis.

②⑤ 参见孔祥俊:《论反不正当竞争法的新定位》,载《中外法学》2017年第3期,第738页。

②⑥ See TRIPS, Articles 2.1, 22.2(b), 39.

②⑦ See WTO, *Guide to the TRIPS Agreement*, Module VII, p.117-122.

②⑧ 参见杨同宇:《论反不正当竞争法一般条款的适用逻辑》,载《中国政法大学学报》2021年第2期,第202页。

②⑨ 参见前注②,陈耿华文,第167-174页。

（二）知识产权法的构造

知识产权法既要为持续创新提供激励,又须避免限制竞争,这是由其立法目标决定的。围绕其法律关系,知识产权法从客体、主体、权利与限制、侵权救济等多方面构建了知识产权制度。考虑到传统知识产权法理论一般是从创新者或知识产权所有人角度对知识产权制度进行解析,而通常忽略竞争者的角色,本文将从创新者与竞争者以及相应的知识产权与自由竞争两个维度重新阐释知识产权法的构造。

1. 客体

客体是知识产权制度的基础,决定着其制度范畴。在知识产权法框架下,应将创新的知识或实践(如互联网经营模式)和知识产权保护的客体相区别。虽然知识产权(商标可构成例外)保护的基本是创新知识,但反过来却不一定成立,即创新知识未必都能够获得知识产权保护。能获得知识产权保护的创新成果仅是创新知识的一部分,其他创新知识可能因难以获得知识产权保护而处于公有领域。这是知识产权法发挥制度功能的机制,表明知识产权制度本身就包含知识产权与自由竞争双重创新激励机制,且应保证两者平衡。为此,知识产权法需在可否获得知识产权保护的创新知识之间划出清晰界限。

知识产权法至少在两方面设置了客体需满足的条件:其一,它们应属于可专利主题、可版权主题等可被知识产权保护的主题;其二,它们应满足可专利性、可版权性等具体条件。只有这些条件都得到满足,创新成果才可能获得知识产权保护。大量不受知识产权保护的知识(或信息、数据、资料等),包括未能获得知识产权保护的创新知识以及超过知识产权保护期的知识,皆处于公有领域,可为竞争者或公众自由使用。无论是受知识产权保护的创新知识,还是公有知识,都可具有技术、市场或社会价值,有助于社会与经济发展。

2. 权利限制及侵权救济

知识产权是有限的排他权,受到多方面限制。其一,知识产权法定。知识产权的种类、范畴与救济均需由法律明确规定。^{③①}其二,知识产权具有时间性,尤其是专利权、著作权等创新型知识产权基本都有固定的保护期,因期限届满等原因导致权利终止后,受保护的创新知识归入公有领域。其三,知识产权具有地域性,即知识产权仅在本国(或本法域)有效,未在本国获得知识产权的创新成果属公有领域。其四,侵权例外或侵权责任豁免,如专利法中不视为侵权的行为或著作权法中的合理使用等。其五,知识产权非自愿许可,如专利法中的强制许可或著作权法中的法定许可或强制许可等。其六,禁止知识产权滥用。TRIPS 协议对此有明确规定,国内知识产权法或反垄断法等亦可用于制约知识产权滥用。^{③②}在知识产权范畴之外,则属竞争者可自由使用和自由竞争的领地。

知识产权的侵权救济在保护知识产权的同时,也为自由竞争保留了必要空间。在侵权判断中,既有制止复制或盗版等相同侵权行为的侵权判断规则,也有制止实质侵权行

^{③①} 参见刘银良:《著作权兜底条款的是非与选择》,载《法学》2019年第11期,第125-128页。

^{③②} See TRIPS, Articles 8.2, 40.2, 50.3;《中华人民共和国反垄断法》(2022年)第68条。

为的侵权判断规则,如专利侵权判断中的等同侵权、著作权或商标权侵权判断中的相似侵权等。这些措施可有效防止不正当竞争行为,因为,对知识产权客体的复制或实质仿制均可能被判定构成侵权,进而需承担侵权责任。知识产权法同时也为侵权判定设置了限制性原则,如专利侵权判断中的捐献原则、禁止反悔原则以及现有技术抗辩等,它们可有助于避免知识产权向公有领域不当延伸、维护其他经营者或竞争者的信赖利益,以及促进自由竞争。

(三) 制度构造与功能

基于其多方面的构造,知识产权法较为清晰地划定了知识产权保护的界限以及相应的权利范畴,体现了知识产权法注重各主体的权利或利益平衡——既维护了创新者的市场垄断地位,也保留了充分的公有知识供自由竞争使用。这些构造为反不正当竞争法所不具备。例如,在反不正当竞争法下就没有时间性限制,在理论上,经营者可永远排除他人的“不正当”竞争行为。

知识产权法的合理构造使知识产权与自由竞争能够各自发挥其创新激励功能,且使两种激励功能可以互补。结合其激励创新以及促进社会与经济发展的立法目标,笔者认为,知识产权法不仅是无形财产权制度或市场垄断权制度,还是设置合理的竞争促进和规范制度,具有制止不正当竞争的基本功能。^{③②}它通过制止复制或仿冒等知识产权侵权行为,可有助于维护正当的市场竞争秩序。^{③③}在此以商标法为例加以说明。事实上,商标法本就源自竞争法。^{③④}经营者使用商标指示其商品来源,通过诚实经营不断累积其商誉,借此维护市场竞争优势,在客观上也有助于维护消费者和公众的利益。商标法旨在维护经营者的商业、商标及商誉的关联,其制止侵犯商标权行为本身就具有制止不正当竞争的效果。我国最高人民法院认为,侵害注册商标专用权的行为也属于不正当竞争行为,依据商标法认定该行为侵害注册商标专用权,使行为人承担侵权责任,即可阻止相关不正当竞争行为。^{③⑤}商标法制止不正当竞争的内在功能在其他知识产权法中亦有实质体现。例如,在专利法下,让侵权人承担停止侵权和赔偿损失的法律赔偿责任亦可制止相应的不正当竞争行为。^{③⑥}从制度演化也可揭示专利法等知识产权法制止不正当竞争的功能。现代专利法源自英国1623年《垄断法规》,根据该法规,所有垄断皆因与法律冲突而无效,但发明人针对其发明享有的专利权除外(当然,专利权的实施不得危害国家或破坏贸易,或带来普遍不便)。^{③⑦}这既表明专利是一般垄断的例外,也提示专利等知识产权具有制止不正当竞争和维护公共利益的内在功能。概言之,知识产权法秉持的基本原则是:利用创新知识进行自由竞争是一般规则,授予专利权、著作权等知识产权是审慎平衡的

③② 参见[美]弗雷德里克·M.阿伯特、[瑞士]托马斯·科蒂尔、[澳]弗朗西斯·高锐:《世界经济一体化进程中的国际知识产权法》(下册),王清译,商务印书馆2014年版,第911-912页。

③③ 参见孙颖:《论反不正当竞争法对知识产权的保护》,载《政法论坛》2004年第6期,第68-69页。

③④ 参见李明德:《美国知识产权法》(原书第2版),法律出版社2014年版,第527页。

③⑤ 参见最高人民法院(2012)民提166号民事判决书。

③⑥ 参见[美]贾尼丝·M.米勒:《专利法概论》,中信出版社2003年版,第8页。

③⑦ See The Statute of Monopolies 1623, Sections I, VI.; Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co., 376 U.S. 225, 229 (1964).

例外。^{③⑧}基于知识产权法的构造,符合条件的创新知识被赋予知识产权并得到保护,未被知识产权覆盖的知识归入公有领域,供竞争者和公众自由使用。进一步而言,创新知识即使被知识产权覆盖也不会被知识产权所有人绝对占有,因为基于知识产权法的构造,知识产权会受到合理限制,其权利人仅能部分垄断该创新知识的产业化利用,而不能排除他人的正当使用。此亦知识产权法的双重创新激励功能可得实现的路径。

三、知识产权法的独立性和排他性适用

如上所述,借由其制度构造,知识产权法可实现知识产权与自由竞争的创新激励平衡。因此,即便随着技术或社会发展,知识产权法可能有所不足,也一般应通过法律修订或司法适用在法内予以解决,而无需诉诸法外路径,否则就可能打破知识产权与自由竞争的平衡。实践中,需防范反不正当竞争法在知识产权领域的不当适用乃至滥用,以免影响知识产权与自由竞争的平衡。这关系到知识产权法的独立性及其运行,亦是理解知识产权法与反不正当竞争法关系的必要维度。

(一) 知识产权法的独立性

知识产权法的独立性是指,作为独立与自洽的法律制度,知识产权法的独立运行即可保证实现其立法目标,而无需其他法律补充。甚至可以说,知识产权法不允许其他法律随意介入其运行,因为这可能打破知识产权与自由竞争的平衡,损及其制度功能。知识产权法的独立性,在立法方面主要体现为设置科学、合理的创新激励制度,在法律适用方面则主要体现为知识产权法对于知识产权纠纷的排他性适用。而基于科学合理的制度构造及理性的法律适用,知识产权法及其运行之独立性可得以维护,制度功能更为凸显。如此,方可更好地实现其立法目标。

以专利法为例。专利法通过授予发明人在一定时期的专有权以激励其创新并公开创新成果,促使人类的技术知识和产业持续进步,自1623年英国《垄断法规》颁布以来,历经数百年演进,其制度构造已臻完善。其中,具有垄断性的专利权和自由竞争以及两者的平衡是专利制度的必备要素。作为发明人公开创新成果的对价,专利法授予其专利权并保证其在保护期内的专有。但在专利期限届满后,公众就可不受限制地利用这一曾受专利权保护的知识。美国联邦最高法院认为,专利制度的吸引力及其在激励创新与成果披露方面的有效性,基本依赖于利用不受专利权保护的公有知识的自由竞争。换言之,利用公有知识进行自由竞争能够确保实现专利法的目标。可专利性标准将公有知识排除在专利权之外,因为赋予其垄断权不仅无益于社会,还将损害公共利益。因此,对知识的自由使用是一般规则,赋予其垄断性专利权是例外。专利法不仅需要确定什么知识受保护,还必须确定什么不受保护。公有知识提供了自由竞争的基线,构成专

^{③⑧} 参见前注^{③⑥},贾尼丝·M. 米勒书,第7-8页。

利制度激励创新的基础。^{③⑨}

由此可知专利法的构造是如何保证其目标实现的。专利法尽力在赋予垄断性的专利权和竞争自由之间维持合理平衡,既需为符合条件的发明创造授予专利权,又需保证不符合条件的知识归于公有领域。在人类累积的知识中,绝大部分是经营者可自由使用的知识,仅有较小部分属于为专利权(或其他知识产权)所暂时垄断的知识。专利法的功能在于通过授予专利权激励人们不断创新,并使公有知识同步地持续扩展,甚至扩展更快、范围更广,以供人们自由地用于竞争。因此,专利法本身就隐含着对于竞争的支持,否则就难以保证实现其目标。专利法的经验对于其他知识产权法也有启示性涵义。合乎逻辑的结论是,知识产权保护不应单方面加强或扩张,否则就可能打破知识产权与竞争的平衡。在各知识产权法内是如此,在利用反不正当竞争法处理知识产权纠纷时更应如此。

从英国《垄断法规》开始,专利法等知识产权法被移植到世界各地,先后辅助工业革命、技术革命、高新技术革命和数字时代进程发展,其客体范畴和权利体系逐渐扩展,权利限制也相应完善,自由竞争、公有知识和公共利益得到维护,知识产权法的目标得以持续实现。在知识产权制度演化过程中,无论是专利法下可专利主题的扩张、非显而易见性(创造性)标准的设置,还是著作权法下合理使用规则的设立,皆是立法机构通过对专利法或著作权法的立法或修订来完成。知识产权局、法院等执法或司法机构在知识产权法适用过程中根据技术或社会发展对法律作出的合理解释、形成的有效规则或标准,也可被立法机构通过修法而纳入法律(如非显而易见性标准),借此,知识产权法可随着技术或社会发展而演化。换言之,知识产权法的演进及其对于社会的适应,基本可通过知识产权法的修订或其适用过程中的法律解释实现。而且,知识产权的法内延伸显然要比法外扩张更为合理与可控,因为无论如何,它们都是专利法、著作权法等法律规范的设立或适用,各知识产权法的构造要素皆可用于判断是否需要支持或制约相关客体或行为,而不至于产生利用反不正当竞争法尤其是其一般条款扩张知识产权保护客体等不可控的后果。

事实上,从制度发展进程看,独立运行的知识产权法已被证明是有效的创新激励制度,能够促进社会与经济发展。面临技术与社会发展,如果确有新形式的创新知识需要保护,执法者或裁判者可依据法律解释的原则或规则对创新成果赋予专利权、著作权等知识产权进行保护,立法者也可及时修改法律以适应发展的需要。例如,自美国1952年专利法颁布以来,无论是可专利主题,还是可专利性条件等,基本未变。但在迄今为止的70余年间,经由联邦法院解释,可专利主题已可涵盖机械、化学、微生物、植物等所有技术或实用领域的创新,并不需要其他法律兜底或孵化。^{④⑩}再如,英国版权法为作者设立了复制、发行、表演、传播、演绎五种基本权利,完全可涵盖作品的主要利用方式,亦无需其他

^{③⑨} See *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 149-156 (1989).

^{④⑩} See 35 U.S.C. 101-103, 112; *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980); *J.E.M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred International, Inc.*, 534 U.S. 124 (2001).

法律兜底。^{④①} 如果新型知识难以为既有知识产权法所容纳,但又需要保护,立法机构还可创设构造良好的新型知识产权制度以实现创新激励效果,如 20 世纪先后出现的植物新品种保护制度和集成电路布图设计保护制度。可以说,经过数百年演化,知识产权法已成为构造科学合理的创新激励体系,在合理解释下可实现立法者期待的制度效果,对于技术、文学、艺术乃至商业等领域的创新皆有激励效应。

(二) 知识产权法的排他性适用

如上所述,知识产权法本身是精细平衡的独立法律制度,已经充分考虑到技术、文化与商业创新等涉及的多方主体及其利益关切,并可通过科学合理的制度构造保证各方的权利与利益平衡。在法律适用方面,知识产权法的独立性要求其对于知识产权纠纷应有排他性适用地位,而通过排他性适用亦可反过来保证知识产权法的独立性,进而确保实现其制度功能与目标。质言之,知识产权法对于知识产权纠纷的排他性适用内在于知识产权法的独立性,两者互为支持,不可分割。知识产权法的这种独立性及其对于知识产权纠纷的排他性适用实质决定了知识产权法与反不正当竞争法的关系。

关于两者的关系,美国的经验尤为值得探究。一方面,美国宪法制定者认识到专利和版权制度的重要性,在宪法中规定了“知识产权条款”,规定国会有权通过赋予作者或发明者在有限期限内对其作品或发现享有专有权的形式来促进科学和有用技术的进步。^{④②} 国会随后也制定了联邦版权法和专利法,开启了联邦知识产权制度。另一方面,美国又始终重视自由竞争和自由贸易,早在 1890 年就制定了反托拉斯法以规范限制竞争的垄断行为,其中包括滥用知识产权导致的垄断。^{④③} 在版权、专利等创新型知识产权法领域,联邦立法具有排他性适用权,目的是防止州法(包括规范不正当竞争行为的普通法或制定法)的不当介入。在联邦知识产权法层次,反不正当竞争规范主要体现为联邦商标法相关条款,主要用于规范商业混淆、商业诋毁、虚假宣传等行为。^{④④} 所以在美国的法律体系下,知识产权法与反不正当竞争法的关系基本体现为联邦版权法、专利法等知识产权法与州法的关系。根据联邦最高法院的解释,在联邦宪法生效以及联邦版权法、专利法通过后,各州的法律就不再适用于专利或版权事务。^{④⑤}

美国《版权法》明确规定了其排他性适用地位:第一,与《版权法》第 106 条规定的版权作品的专有权相当的所有法定的或衡平的权利,仅受联邦版权法规范,任何人均无权就任何此类作品在任何州的普通法或制定法下享有任何此类权利或相当的权利;第二,版权法并不废止或限制任何州的普通法或制定法针对《版权法》第 102、103 条规定的可版权主题(作品)之外的主题规定任何权利或救济。^{④⑥} 申言之,属于联邦版权法

^{④①} See UK Copyright, Designs and Patents Act 1988 (Chapter 48, amended 2003), Section 16.

^{④②} See U.S. Constitution, Article I, Section 8, Clause 8.

^{④③} 参见前注^{④②},贾尼丝·M. 米勒书,第 19 页。

^{④④} See 15 U.S.C. 1125(a); 前注^{④②},李明德文,第 20 页。

^{④⑤} See *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, *supra* note 37, 228-229.

^{④⑥} See 17 U.S.C. 301(a)(b).

规定的可版权主题范畴的任何版权保护事宜（包括赋权以及权利的限制或例外）均适用联邦版权法，州法不得适用，各州的普通法或制定法仅可针对联邦版权法规定的可版权主题以外的主题（如未固定的作品）进行规定。这就严格限制了联邦版权法和州法的适用范围。不过，在州法层次，各州的普通法或制定法既可能为不属联邦版权法规范的主题提供保护，也可能选择支持自由竞争。美国联邦第二巡回法院曾在判决中指出：“竞争者通过复制和低价销售原创者的产品，搭原创者努力的便车。然而，由于普通法支持竞争，因此除非原告能够证明被告侵犯其商标或版权，法律将容忍这种行为。”^{④7}

这就意味着，专属于联邦版权法规范的版权事宜，仅能适用联邦版权法，如果联邦版权法不予保护，相关主题就属于自由使用的范畴；针对不属于联邦版权法规范的其他主题，州法可能提供有限的保护，但也可能因为选择支持自由竞争而使其属于自由使用的范畴。因此，联邦版权法一方面强调其排他性适用地位，另一方面又强调联邦版权法不予保护的主体（如第102条b款规定的主题^{④8}）属公有领域，州法不得随意干预，州法仅能够调整联邦版权法不予调整的主题（而非不予保护的主体）。这就分别从联邦版权法和州法两个维度，强调了对于自由竞争的维护。除非相关版权主题为联邦版权法所规范，构成受版权保护的垄断，否则就可能属自由使用的范畴。这与美国维护自由竞争与自由贸易的商业传统一脉相承，也与美国《反不正当竞争重述》第1条规定的自由竞争原则一致。^{④9}

美国联邦专利法也有排他性适用地位。联邦最高法院认为，联邦宪法的知识产权条款体现了鼓励创新和避免垄断之间的平衡。垄断会扼杀竞争，且不能带来科学和技术进步，因此国会既不能设立无限期的专利权，也不得针对现有知识或不具有创造性的知识授予专利权。这是专利法能够实现其立法目标的原因。既然联邦的法律不能这样做，州法也当然不能这样做。美国专利法从开始就重视激励创新与允许模仿之间的谨慎平衡，因为鼓励人们模仿并通过模仿改进产品，无论是对于发明本身还是对于竞争经济的命脉而言，皆为必需。^{⑤0}

联邦最高法院通过系列案件讨论了联邦专利法与基本属州法的反不正当竞争法之间的关系。在“Compto案”中，原告的产品没能获得外观设计专利，联邦最高法院认为，即使其产品外观可能已获得类似于商标的第二含义，能够指示其经营者，而竞争者的类似产品可能引起消费者对来源的混淆，但包括竞争者在内的任何人仍可自由使用该设计，因为它处于公有领域，州法不得以制止不正当竞争为由禁止他人使用该设计，或为此类行为规定赔偿，否则将与联邦专利法冲突。不过州法可要求经营者附加适当标志以避免消费者混淆，或禁止经营者恶意搭他人商誉的便车欺骗公众。但无论州法怎么规定，都不能禁止其他经营者或竞争者对于该产品的复制和销售，即州法关于商业标志的限制

^{④7} Streetwise Maps, Inc. v. VanDam, Inc., 159 F.3d 739, 741 (2nd Cir. 1998).

^{④8} See 17 U.S.C. 102(b). 此类主题也为 TRIPS 协议所排除。See TRIPS, Article 9.2.

^{④9} See Restatement (Third) of Unfair Competition, *supra* note 20, Section 1.

^{⑤0} See Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., *supra* note 39, 146-148.

性或禁止性规定不能延伸至该产品自身的制造与销售。^{⑤①}在案情类似的“Sears案”中,联邦最高法院认为,专利法审慎地适用统一的联邦标准,在激励发明的同时也维护自由竞争,州法既不能延长专利权的期限,也不能为不满足条件的发明授予专有权,突破任何一点都与美国宪法规定的专利政策相违背。“正如州不能直接侵蚀联邦专利法一样,它也不能根据其他法律,如制止不正当竞争的法律,提供与联邦专利法的目标相冲突的保护。”^{⑤②}分享不受知识产权保护的产品的商誉是所有人的权利,也有益于公众。允许各州利用反不正当竞争法阻止公众复制无法获得专利权的产品,相当于允许其阻止公众获得公有领域的产品,将导致州法为无法获得专利权的产品提供永久保护。该做法对于联邦专利法的侵犯太过严重,不可容忍。^{⑤③}在“Bonito Boats案”中,佛罗里达州的法律对船体设计提供某种专有性保护,联邦最高法院认为它限制了公众利用专利制度下的公有知识的自由,打破了州法与联邦专利法和平相处的传统,引发了“垄断幽灵”。^{⑤④}

借由系列判决,美国联邦最高法院澄清了联邦专利法的地位及其与反不正当竞争法的关系。首先,应保证公有知识可自由利用这一专利法原则的实现。联邦专利法针对满足条件的创新知识授予专利权,但不会针对公有知识授予专利权,州法亦不得提供类似保护。如果州法对公有知识提供类似专利法的保护,排除他人的自由使用,就会限缩公有知识的范畴,与专利法激励创新的目标相冲突,因为公有知识是持续创新的基础。因此,在专利权到期后,被保护的发明或设计就进入公有领域,就像它从未获得专利权一样——既然社会已为其支付了成本,州法就不应该为到期专利再提供类似保护,否则就会让专利的社会契约变得没有意义。对未能获得专利权保护的创新知识而言,同样如此。如果州法干扰了公众对于公有知识的使用,就与专利法的目标以及联邦专利政策的核心原则相冲突。如果允许州法这么做,它们就可能改变美国专利法坚持了两百多年的标准,从而难以实现创新激励。^{⑤⑤}其次,防止制度替代。联邦专利法规定了严格的可专利性条件,需要较高的成本,而州法却可能条件宽松。如果州法不管发明或设计能否满足可专利性条件都为其提供类似专利权的保护,禁止他人复制或模仿,就会降低联邦专利法的竞争性激励,侵蚀专利法所依据和维护的自由竞争原则。尤其是,如果各州都针对其优势产业提供类似保护,而不考虑联邦专利法标准,专利法激励创新的能力将被削弱。专利权等知识产权作为市场垄断权会给自由竞争带来障碍,须遵守全国一致的授权标准,各州不能自行其是,否则就可能导致州法被用作联邦专利法的替代制度。^{⑤⑥}

基于以上两点,州法必须在与联邦专利法相抵触时让步,它既不能为未获得专利权的知识提供类似专利的保护,也不能为专利权期限届满的知识再提供保护而变相延长专

^{⑤①} See *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc.*, 376 U.S. 234, 237-238 (1964).

^{⑤②} *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, *supra* note 37, 230-231.

^{⑤③} See *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, *supra* note 37, 231-233.

^{⑤④} See *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, *supra* note 39, 167-168.

^{⑤⑤} See *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, *supra* note 39, 150-157.

^{⑤⑥} See *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, *supra* note 39, 161-168.

利权保护期,否则就与促进自由竞争的基本政策冲突。联邦专利法作为在公共权利和私人垄断之间建立的审慎平衡体系,没有给州法留下补充空间。^{⑤7}通过系列案件,美国联邦最高法院厘清了联邦版权法、专利法与州法的关系,基本属州法的反不正当竞争法在知识产权领域的应用被实质限缩。这有助于维护公有知识的完整性和知识产权法的独立性,避免其被反不正当竞争法不当侵蚀,从而有助于实现知识产权法的目标。

笔者认为,美国处理知识产权法与反不正当竞争法关系的经验充分表明,反不正当竞争法不能随意介入知识产权法的范畴。如果在知识产权法之外,任由反不正当竞争法提供类似保护,将导致市场主体因知识产权法有较为严格的要求和较高的成本而选择适用反不正当竞争法保护其创新成果,从而规避平衡良好的知识产权法。这样,就会造成反不正当竞争法对于知识产权法的不当介入,或在某种程度上替代知识产权法,进而实质地改变知识产权制度的运行机制并干扰其制度效果。

综上,作为独立且自洽的创新激励体系,专利法、著作权法等创新型知识产权法实际上并没有给反不正当竞争法留下兜底或补充的空间,不能通过反不正当竞争法变相扩张知识产权的范畴或提高其强度。^{⑤8}除非创新者将其创新成果保留为商业秘密,否则其成果一旦公开,如果不能享有专利权、著作权等知识产权保护,就应属于公有领域,可为竞争者自由使用。人们不能随意主张反不正当竞争法的补充或兜底保护,否则就可能干扰知识产权法的独立性,打破知识产权与自由竞争的平衡,妨碍其制度功能与立法目标的实现。

四、知识产权法与反不正当竞争法关系之厘清

知识产权法与反不正当竞争法均以维护自由竞争为原则,以保护知识产权或制止不正当竞争行为为例外,不享有知识产权的知识或不属于不正当竞争的行为均是市场主体可自由使用或自由实施的领域。^{⑤9}在激励创新功能指引下,知识产权法与反不正当竞争法各司其职,反不正当竞争法不得随意进入知识产权法的领地。^{⑥0}然而如上所述,在我国司法实践中,反不正当竞争法介入知识产权法现象屡见不鲜,并且基本是从加强知识产权保护的角度介入。这与对知识产权法与反不正当竞争法关系的不当理解有关。

(一) 关于两法关系的澄清

关于知识产权法与反不正当竞争法的关系,学界已有诸多论证。其中,最有影响的是兜底保护说或补充保护说,其典型类比是“冰山与海水”,即后者的兜底保护相当于托起前者(冰山)的海水,借此弥补其不充分或不周延。^{⑥1}反不正当竞争法研究者尤其认

^{⑤7} See *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, *supra* note 39, 161-168.

^{⑤8} 参见孔祥俊:《论反不正当竞争法的现代化》,载《比较法研究》2017年第3期,第51-52页。

^{⑤9} 参见孔祥俊:《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65页。

^{⑥0} 参见卢纯昕:《反不正当竞争法在知识产权保护中适用边界的确定》,载《法学》2019年第9期,第32-35页。

^{⑥1} 参见郑成思:《反不正当竞争与知识产权》,载《法学》1997年第6期,第55页。

可该观点。^{⑥2}也有研究者基于德国反不正当竞争法的历史经验,认为知识产权法与反不正当竞争法互相依赖,但前者相对僵化而后者相对不确定,创新者只有综合运用两者才能充分保护其利益;^{⑥3}相近的观点认为,知识产权法定的内在局限导致知识产权体系僵化,具有滞后性和不周延性,许多知识财产利益无法获得保护,反不正当竞争法因具有包容性和灵活性故而能够对新问题作出及时回应,也因而有介入的理由和适用的空间^{⑥4}。还有研究者认为,反不正当竞争法对于知识产权的保护分别体现为以知识产权法的调整对象为保护对象、对知识产权法不能规范但又与知识产权有关的客体给予保护、对各类知识产权客体交叉部分给予兜底保护从而使知识产权客体连成整体。^{⑥5}有研究者还试图把涉及知识产权的不正当竞争行为通过类型化加以扩展,其中包括“剥夺市场先行者优势型”行为,目的是赋予先行者市场独占地位。^{⑥6}但笔者认为,认为知识产权法定可能导致权利体系僵化的认识纯属偏见,而指责知识产权法具有滞后性或不周延并不当然可以论证反不正当竞争法介入的正当性。况且,既有诸多论述主要是从创新者的角度论证反不正当竞争法保护的必要性,却忽略了竞争者和消费者的利益,尤其忽略了知识产权法的基本目标。许多研究者似乎没有考虑是否应当把未满足知识产权法要求的创新成果归入公有领域供人们自由使用,却不自觉地基于自然权利理论认为应该对创新成果给予保护,且如果知识产权法不能保护,则应诉诸反不正当竞争法。^{⑥7}然而,自然权利仅是一种法哲学理论,难以作为实在法依据,例如,专利权实质并非是为保证发明人就其发明享有的自然权利,而是社会激励创新的手段。^{⑥8}

笔者认为,对于知识产权法与反不正当竞争法的关系,还应从知识产权法的构造与独立性等基础视角进行理解。从前述客体范畴、权利限制以及侵权救济等基本构造可知,知识产权法维系着知识产权与自由竞争的平衡,在各环节都对创新者与竞争者的权利或利益作出了权衡。其制度构造决定了要实现创新激励需最大程度地保留公有知识以维护自由竞争,亦需维护知识产权法的独立性。因此,除对商业秘密提供保护以及对商业混淆行为的规制可能与商标法有所交叉外,反不正当竞争法能够为知识产权客体提供保护的情形并不多见。^{⑥9}为保证实现其立法目标,专利法、著作权法等创新型知识产权法甚至具有排除反不正当竞争法适用的内在要求。^{⑦0}知识产权法本身可保证知识产权与自由竞争的平衡,而反不正当竞争法的不当介入却可能强化知识产权的垄断,打破知识产

⑥2 参见王先林:《反不正当竞争法保护知识产权的特点与制度完善》,载《中国工商管理研究》2011年第4期,第31页。

⑥3 参见前注⑦,韦之文,第28-29页。

⑥4 参见王太平:《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》,载《知识产权》2018年第10期,第8-9页。

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

⑥6 参见卢纯昕:《反不正当竞争法一般条款在知识产权保护中的适用定位》,载《知识产权》2017年第1期,第59-62页。该建议可能借鉴自德国等曾经重视的竞争者营业权或类似权利。参见前注②,陈耿华文,第173-174页。

⑥7 参见崔国斌:《知识产权法官造法批判》,载《中国法学》2006年第1期,第149-159页。

⑥8 See *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 9 (1966).

⑥9 参见前注⑤⑨,孔祥俊文,第67-68页。

⑦0 参见前注④⑨,孔祥俊文,第25-26页。

权与自由竞争的平衡。反不正当竞争法以维护正当商业关系为中心目标,即使需要对涉及创新成果的不正当竞争行为加以规制,也应当是因为该行为违背了反不正当竞争法规范,与知识产权法并没有当然关系。^⑦除非知识产权法(主要指商标法)有明确的规定或指引(如《商标法》第58条关于商号侵犯注册商标或未注册驰名商标的规定),或者相关行为已为反不正当竞争法关于商业秘密或商业混淆的规范所覆盖,否则就不应随意将知识产权纠纷交由反不正当竞争法处理。

在国际知识产权条约中,无论《巴黎公约》或TRIPS协议,皆未提及反不正当竞争法对于专利权、著作权等创新型知识产权的保护。知识产权作为市场垄断权,可能对自由竞争产生遏制效果,在知识产权被滥用的情形下更可能如此。为维护法律的确定性,国际条约一般通过知识产权法的构造规定如何保护知识产权以及限制知识产权对于自由竞争的消极影响,以便缔约国法院能够在司法实践中通过对知识产权法的合理解释实现其立法目标,而不用诉诸知识产权法之外的路径。德国、瑞士、日本等多国的反不正当竞争法亦皆未提及专利权、著作权等知识产权。^⑧在德国,反不正当竞争法一般条款的适用属特别例外的情形。^⑨德国普遍认可,反不正当竞争法不应被当作知识产权法的替代法律,对不受知识产权保护的知识,人们皆可自由使用,即使竞争者利用他人成果获得了竞争优势也是如此。^⑩瑞士联邦法院认为,不能用反不正当竞争法一般条款弥补知识产权法的漏洞,根据知识产权法不再受保护或不能受保护的创新知识属于公有领域,任何人皆可使用。^⑪这表明,在这些国家,反不正当竞争法并未被当作知识产权的兜底保护法或补充保护法,并非凡是知识产权法不能规范的行为就属反不正当竞争法规范的范畴。这与美国处理知识产权法与反不正当竞争法关系的原则基本一致,^⑫表明该原则具有普适性。

(二) 我国司法实践分析

在我国司法实践中,不少知识产权侵权行为被判决构成不正当竞争,进而通过反不正当竞争法一般条款规制。这可能源自裁判者对于行为性质理解偏差,或为回避争议而诉诸一般条款。一旦对知识产权侵权行为适用反不正当竞争法规制,知识产权法的构造(包括合理使用等侵权抗辩机制)就不再有制约或平衡功能。有学者强调,反不正当竞争法一般条款的涵义在于预防不正当竞争行为;将其凌驾于类型化的不正当竞争行为之上,或者将法律没有明确规定的不正当竞争行为纳入其范畴,均无理论和法律依据。^⑬

从知识产权法向反不正当竞争法一般条款的逃逸,也可能源自人们对反不正当竞争

^⑦ 参见前注①,于是文,第129-130页。

^⑧ See Germany Act against Unfair Competition (UWG, 2016), Sections 3-7; Switzerland Federal Law of December 19, 1986 against Unfair Competition (2016), Articles 2-8; Japan Unfair Competition Prevention Act (2018), Article 2 (1).

^⑨ 参见前注②,李明德文,第42-44页。

^⑩ 参见孔祥俊:《〈民法总则〉新视域下的反不正当竞争法》,载《比较法研究》2018年第2期,第115页;前注⑥,卢纯昕文,第36页。

^⑪ 参见前注③,弗雷德里克·M.阿伯特等书,第907-908页。

^⑫ See *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, *supra* note 37, 230-232.

^⑬ 参见前注②,李明德文,第41-44页。

法兜底保护或补充保护知识产权的误解以及当事人选择的双重诉讼保障策略。逃逸的消极后果包括将知识产权侵权行为当作不正当竞争行为进行规制,甚至可能将不侵犯知识产权的行为当作不正当竞争行为进行规制,这样既可能架空知识产权法,也可能限制正当竞争。从特别法与一般法的关系看,知识产权法(侵权规范部分)的一般法应是侵权法,^{⑦⑧}而没有理由认为其一般法是反不正当竞争法^{⑦⑨}。在特别法有规定时需适用特别法,没有规定时可适用一般法,因此,即使知识产权法的侵权救济规范有所不足,也应诉诸侵权法而非反不正当竞争法。除商业秘密和商业混淆外,将知识产权侵权纠纷诉诸反不正当竞争法既无法理基础,也无当然的法教义学依据。

(1) 专利法司法实践分析。在司法实践中,除商业秘密保护可与发明专利互补外,在专利法领域还可能面临外观设计专利在保护期届满后可能被竞争者使用并引起消费者混淆等问题。但无论是超过专利权保护期的外观设计还是没能获得专利权的外观设计,均非专利权的客体,应属于公有领域。正如美国联邦最高法院在“Compco案”中所述,针对不受专利权保护的外观设计,州法仅在防止消费者混淆商品来源的意义上才可有限介入,即反不正当竞争法无权禁止竞争者正当使用公有领域的设计,而仅可要求其附加合适的商业标志以免消费者混淆。^{⑧⑩}但在“晨光文具案”中,我国最高人民法院却认为,虽然在多数情形下外观设计在专利权终止后进入公有领域,但如果使用该外观设计商品成为知名商品,该外观设计实际具有区别商品来源的作用,若他人的使用足以导致消费者对商品来源产生混淆,则在后使用构成不正当竞争,可为反不正当竞争法所禁止。^{⑧⑪}这意味着,只要竞争者对相关外观设计的使用可能导致消费者混淆,则外观设计在专利权终止后仍不进入公有领域,可继续受到反不正当竞争法保护。这是典型的利用反不正当竞争法延伸保护知识产权的例证,会不当占有本应属于公有领域的知识。只要该商品能够保持为知名商品,其经营者就可继续独自占有该商品的外观设计,这显然违背了专利法的初衷和立法目标。

(2) 著作权法司法实践分析。反不正当竞争法与著作权法的联系主要涉及竞争者对于作品名称、作品中的角色姓名或其他边缘类客体的使用。这些客体一般因独创性不足而不能享有著作权,因此其能否获得反不正当竞争法保护与著作权法并无实质关系。在具体纠纷中需斟酌系争客体或行为是否属著作权法或反不正当竞争法规范的范畴。例如在“金庸诉江南案”中,原告秉承深厚的文化传统,运用广博的历史与文化知识,利用高超的文学叙事方式,通过传奇的故事情节,塑造了大批性格鲜明的武侠角色,他们栩栩如生的人物形象和曲折有趣的江湖故事构成独特的武侠作品集合,成为映射中国传统文化乃至现实的武侠世界。在众多人物形象中,无论是人物名称还是其性格特征、成长经历或人物关系,皆呈现较高的原创性,构成作品的表达,理应受到著作权保护。加之著

^{⑦⑧} 参见黄汇:《反不正当竞争法对未注册商标的有效保护及其制度重塑》,载《中国法学》2022年第5期,第84-94页。

^{⑦⑨} 参见刘丽娟:《论知识产权法与反不正当竞争法的适用关系》,载《知识产权》2012年第1期,第29-35页。

^{⑧⑩} See *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc.*, *supra* note 51, 237-238.

^{⑧⑪} 参见最高人民法院(2010)民提16号民事裁定书。

著作权法有更为完整且合理的制度构造,因此,系争纠纷更应该在著作权法下解决而非诉诸反不正当竞争法。该案一审诉诸反不正当竞争法基本是兜底保护思维所致,^{⑧2}二审判决则更具合理性^{⑧3}。在著作权法领域还可能涉及在著作权保护期届满后,权利人诉诸反不正当竞争法保护作品或其要素等问题。最高人民法院在“《大闹天宫》案”的判决中阐述了著作权法与反不正当竞争法的关系,认为著作权保护期届满后,作品就进入公有领域,不能再以反不正当竞争法保护作品及其元素,否则会变相延长著作权保护期,妨碍他人自由使用,抵触著作权法政策。该论述具有合理性。不过,在阐述一般原则时,法院认为针对知识产权法已提供穷尽保护的行为,原则上不再按照反不正当竞争法扩展保护,以免抵触立法政策。^{⑧4}然而应注意,反不正当竞争法能否介入知识产权纠纷,并不以知识产权法是否已提供“穷尽保护”为前提,而主要需考虑相关行为是否违反了反不正当竞争法规范。况且在知识产权法体系下,“穷尽保护”本来就不是合理的概念,裁判者也无从判断知识产权法是否提供了穷尽保护。此外,近年来,面对网络侵权纠纷,裁判者在难以找到明确的著作权法依据或认为相关依据可能有争议之时,常常诉诸反不正当竞争法一般条款,这就导致了反不正当竞争法在网络著作权领域的不当扩张,是不合理的。

(3) 商标法司法实践分析。商标法与反不正当竞争法的关系较为复杂。^{⑧5}如《巴黎公约》与 TRIPS 协议所示,除商业秘密外,反不正当竞争法与知识产权法的交叉主要体现在对仿冒(或假冒)商业标志可能导致消费者混淆之行为的规范。我国反不正当竞争法在初期包括了一些商标法内容,其后有所删减。^{⑧6}反不正当竞争法对于仿冒商业标志行为的规范前提是该行为损害了商业关系并可能引起消费者混淆,而且即使在制止商业混淆领域,反不正当竞争法和商标法在规范路径与法律责任等方面也有明显区别。两者的联系主要体现在《反不正当竞争法》第6条(混淆条款)中。2017年修订的《反不正当竞争法》第6条删除了假冒注册商标等内容,主要规定了未注册商标或其他商业标志的保护;同时,统一了混淆行为要件,并就商业混淆行为作出了开放性规定。

随着数字技术的快速发展和广泛应用,数字与互联网空间的竞争行为日益多样化,2017年修订的《反不正当竞争法》设置了互联网不正当竞争条款。但并非所有互联网不正当竞争行为都涉及知识产权。甚至可以说,在排除互联网空间直接或间接侵犯知识产权的行为后,很多互联网不正当竞争行为都不涉及知识产权,如流量劫持、强制消费者选择、恶意不兼容等。^{⑧7}裁判者不应以自然权利的思维对待互联网创新活动及相关竞争优势,不应认为经营模式的创新者或具有市场优势者当然有权利制止他人利用相同经营

⑧2 参见广州市天河区人民法院(2016)粤0106民初12068号民事判决书。

⑧3 参见广州知识产权法院(2018)粤73民终3169号民事判决书。

⑧4 参见最高人民法院(2017)最高法民申4621号民事裁定书。

⑧5 参见前注⑤,吴汉东文,第39页。

⑧6 对《反不正当竞争法》修订的相关评述参见宁立志:《〈反不正当竞争法〉修订的得与失》,载《法商研究》2018年第4期,第121-122页。

⑧7 参见市场监管总局2022年11月22日发布的《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第15-22条。

模式或相关资源（如数据）从事经营行为。^{⑧⑧}“有市场优势或利益就有权利或权益，从而可获得法律救济”的认识实质根植于自然权利哲学，是兜底保护意识在数字互联网领域的体现。但它违背了权利法定的基本原则，也不利于维护市场经济活力，须审慎对待。

除兜底保护说外，还有补充保护说，但两者似乎没有本质区别。^{⑧⑨}持补充保护说的学者认为，反不正当竞争法可用于补充知识产权法没有规定或不能规定的内容，或者认为新技术的应用可能需反不正当竞争法“孵化”新型知识产权法益。^{⑧⑩}在反不正当竞争法应该谦抑的司法政策指引下，最高人民法院的政策文件和司法解释把它归纳为“有限的补充保护”，强调保护不得与知识产权法的立法政策相抵触，仅应针对知识产权法规定之外的情形。^{⑧⑪}但应注意的是，对于知识产权法没能规定或不能规定的内容（不是不加保护的内容），反不正当竞争法能否加以规范，并不应主要从知识产权法角度分析，而是需要考察相关行为是否落入反不正当竞争法的范畴，且符合反不正当竞争法的逻辑。^{⑧⑫}

质言之，在现有知识产权范畴内，除商业秘密外，反不正当竞争法主要适用于防止商业混淆领域，而与专利权、著作权等创新型知识产权没有直接关系。在司法裁判中，针对涉及技术、文学、艺术等创新成果的行为，如果法院决定适用反不正当竞争法加以规范，需首先确认此类客体不属于知识产权法所规范（不是不予保护）的范畴，然后再论证相关行为满足不正当竞争行为要件等，以免产生干扰知识产权法独立运行的后果。在知识产权法有合理构造而反不正当竞争法有明显不足的情形下，舍知识产权法而适用反不正当竞争法之选择的非理性显而易见。这不仅会弱化乃至损害知识产权法的创新激励功能，还会扰乱反不正当竞争法自身的逻辑与功能。

五、结 语

知识产权法与反不正当竞争法的关系本来应该是逻辑清晰的问题，但在我国却演变为持续争议的话题，引发法律解释与适用困境。把反不正当竞争法当作知识产权的兜底保护法或补充保护法的认识和实践，在混同两个独立法律制度的同时，也使两法调整的法律关系发生纠缠。总体而言，我国知识产权法构造合理，实施效果可预期，在认可其公平与有效的前提下，难以支持反不正当竞争法的兜底或补充保护。知识产权法目标的实现，不仅要求立法的科学与合理，也要求制度运行具有独立性，免受其他法律干扰。如果知识产权法都不能有效规范本来应该由其规范的法律关系和法律纠纷，就更没有理由期待其他法律可予以规范并产生公平合理的效果。

^{⑧⑧} 参见曹丽萍、张璇：《网络不正当竞争纠纷相关问题研究——〈反不正当竞争法〉类型化条款与一般条款适用难点探析》，载《法律适用》2017年第1期，第17页。

^{⑧⑨} 参见前注^{⑧⑤}，吴汉东文，第38-39页。

^{⑧⑩} 参见郑友德、伍春艳：《我国反不正当竞争法修订十问》，载《法学》2009年第1期，第70-71页。

^{⑧⑪} 参见前注^{⑧④}，孔祥俊文，第21-23页。

^{⑧⑫} 参见前注^{⑧③}，孙颖文，第69-70页。

把反不正当竞争法当作知识产权的兜底保护法或补充保护法的认识,源于对两法的构造以及关系缺乏系统的认知。知识产权法是独立、自洽的创新激励体系,没有给反不正当竞争法留下补漏、拾遗或试错的空间。创新成果一旦公开,如果不能享有专利权、著作权等知识产权,就应被归入公有领域,可为竞争者自由使用。对可自由使用的公有知识,反不正当竞争法不能再额外“圈地”,以免削弱知识产权法的功能。对于知识产权法达成的精细平衡,反不正当竞争法既无介入的理由,也无介入的必要,更因其缺乏必要的制度要素而无介入的能力,如果贸然介入则可能打破知识产权与自由竞争的平衡,导致根本的法律冲突风险。知识产权既无底可兜,反不正当竞争法亦无兜底保护的必要与功能,若强行进行兜底或补充保护,只会同时损及知识产权制度和反不正当竞争制度。

因此,对反不正当竞争法和知识产权法关系的理解应遵守以下准则:知识产权纠纷应由知识产权法排他性规范,不能交由反不正当竞争法处理;不受知识产权法保护的创新成果一般也不受反不正当竞争法规范,除非相关行为构成不正当竞争行为;除商业秘密保护外,反不正当竞争法主要在仿冒(或假冒)商业标志且可能导致消费者混淆的情形下才有介入的理由。只有把分属于知识产权法和反不正当竞争法的纠纷分别交由各法予以规范,才能既符合两法的法理基础和法律规范,亦有望保障各自立法目标的实现。

Abstract: The relationship between the intellectual property (IP) law and the *Anti-Unfair Competition Law* is a long-standing debate in China's jurisprudential circle, with various theories and few sound explanations. Based on its comprehensive institutional structure, the IP law has formed a highly self-consistent innovation incentive system, with fair balance between IP rights and free competition, leaving little room for supplementing the *Anti-Unfair Competition Law* which has a comparatively simple structure. The perception of the *Anti-Unfair Competition Law* as the bottom line or the supplement for the protection of IP rights stems from a lack of full understanding of the structure of the IP law and its relationship with the *Anti-Unfair Competition Law*. Apart from trade secrets, the *Anti-Unfair Competition Law* is mainly applied to the regulation of commercial confusions, without sufficient reason to intervene in the IP laws. Otherwise it may break the balance between IP rights and free competition, leading to unreasonable expansion of IP rights, compressing the space for free competition, and damaging the IP system and the anti-unfair competition system.

(责任编辑:任彦)