

試論模仿自由原則*

—韋之—

儘管在商業環境中模仿是一個敏感的動作，而模仿自由作為一種觀念更是近乎危險的，但是，絕對拒絕模仿及其自由既是不現實的也是不理性的，因為它無異於倒洗澡水時把孩子一起倒掉了。

一、含義

模仿一詞的內涵是十分豐富的，它包含了對任何在先成果的程度差別巨大的學習與利用。從百分之百的拷貝，到僅僅只是基於某種啓示而完成的新成果，都可以認為是模仿。¹

1. 狹義的模仿

正因為模仿的含義非常豐富，所以在不同的場合下，模仿可能被替換成其他詞語出現，例如學習、借鑒、鈔襲、剽竊、複製、拷貝、盜版、山寨等等。²為了討論的方便，筆者在本文中將其含義嚴格限定為：對他人精神成果的實質性相似的仿製。當然，這個意義上的模仿也涵蓋了完全相同的拷貝。

2. 模仿自由

模仿自由即行為人得自主地進行上述模仿的自由。自由，在本質上即是權利。不僅如此，它是權利的一種更為強烈的表達式，因為它提示着與基本法的某種淵源關係。

在討論模仿自由時，有必要排除以下情形：其一，模仿行為直接、明確地觸犯了他人的知識產權或者其他關聯的民事權利者。在此種情形下，侵權確鑿無疑，因而不可能有什麼行為自由的餘地。其二，模仿對象完全處於公共領域，因而一點也沒有觸及他人私權者。在此場合，行為人依法自行其是，與任何他人的私權都沒有關聯，因而不需要以模仿自由作為抗辯理由。

可見，本文所理解的模仿自由適用於法律的灰色地帶，即具體規則待定之處。在那裡當事人有機會發揮自己的想象力，

參與博弈，追求自身利益最大化，並準備接受司法的最終裁判，承擔可能的法律風險。由於法律是通過語言抽象表達出來的規則，因而其模糊性在所難免；另外，由於精神成果本身的無形特性，使得其特定化——也就是邊界的定義相比於有體物而言要困難得多，所以，法律的灰色地帶總是與精神成果的保護制度（知識產權法）如影隨形。

不僅如此，這樣一個灰色地帶本身也是一個動盪的區間。這是因為，一方面，隨着法律實踐的發展，規範體系越來越繁雜、細緻，因而減少了不確定性；另一方面，由於技術的持續進步、經濟的不斷繁榮，新的商業模式涌現又會帶來新的不確定性。

總之，這樣一個灰色地帶近乎永恆的存在與變動，正是模仿自由永不缺乏用武之地的原因。

3. 模仿自由原則

模仿自由並非一種理論假設，相反，它是現行法律信奉和確立的一條基本規則。

作為一項法律原則，模仿自由就成為了法律的一項重要制度，獲得了超越具體規定的優勢。它將影響着對具體條文的解釋，影響司法者在個案中的價值判斷。

作為一項法律原則，模仿自由會被落實到各相關的部門法律之中。當然，各部門法的價值體系既相通融，又會有不同的重心。比如，知識產權法側重於確立精神成果私權制度³，故模仿自由原則在其中必然很難獲得價值優勢地位。相反，競爭法重在維護自由的商業競爭秩序，因而模仿自由原則在其中就可能佔據着更重要的位置。可以肯定的是，任何一部法律都是一個相對獨立的、多元的、平衡的價值體系，它們共同拼接出了法律整體的價值藍圖。在其中，模仿自由即便不是核心的素材，也是不可或缺的。

二、價值

泛泛而論的話，可以說，模仿是文化傳承的基本方法，人類文明史就是一部關於模仿的技術或者藝術的歷史。模仿是任何個人與生俱來的本能，也是全人類的行為習慣。時至今日，模仿仍然是社會得以正常運轉的關鍵機制。

就本文嚴格限定的模仿及其自由而言，其價值也是多重的，歸納起來，主要有如下幾點：

1. 捍衛公共領域。模仿自由的存在可以適當地掃除人們的一種思維陰影，即在討論精神成果保護時，即便是進入了灰色地帶，仍然順着保護既有私權權利人的思路盲目地滑行下去，從而導致了過度的保護，犧牲了公共利益。無疑，模仿者對自己行為正當性的辯護，能有效地阻却這種傾向。

2. 推動可持續的創新。就模仿者而言，模仿的過程必然是認識、接受最新成果的過程。事實表明，這個過程通常會伴隨着消化與發展，從而成為其自己進步的臺階。對被模仿者而言，被模仿的壓力至少在某種程度上推動着他前進，即為了保持領先地位必須永無止境地進行創造。

3. 保障自由競爭。模仿自由為市場參與者預留了一個關鍵的活動領地，使其(即便是後來者也)能夠投身競爭，提供替代產品和服務，接受消費者及其他用戶的挑選，為市場的繁榮助力。正是在這個意義上，模仿自由成為了經營者的核心競爭武器之一——與其創造力一樣重要。

當然，有必要進一步澄清，這裡所說的競爭就是商業經營者在一定條件下利用他人成果從事的競爭活動。還值得一提的是，在商業生態圈中，模仿者和被模仿者的標籤從來都不是恆定的。相反，今天的被模仿者就是昨天的模仿者……

三、依據

毫無疑問，需要在現行法律中找到肯定模仿自由的規定，才能確立其作為法律原則的地位。但事實却是，法律中並沒有明文規定直接宣稱“經營者享有模仿他人成果的自由”。既然如此，我們只能退而求其次，到有關的規定中去探尋出關於默認模仿自由的間接敘述。

1. 憲法

1993年《憲法修正案》第7條規定：“國家實行社會主義市場經濟”。市場經濟的兩大基礎是保護私權和保證市場參與者的行動自由。在隨後四分之一的世紀裏，中國的法律實踐就是圍繞着保護私權和捍衛自由展開的。中國經濟發展取得的卓越成就證明，在處理此二者的平衡關係上，“摸着石頭過河”的探索是成功的。

市場經濟就是自由競爭的經濟，自由競爭意味着在尊重他人私權的同時最大限度地發展自己——包括利用各種內外部資源來促進自己的事業⁴。自由競爭意味着，在各個領域普遍存在的模仿現象在經濟生活中也應該得到最起碼的容忍。

在這裡，有必要關注“市場經濟”之前，常常被忽略了的限定語“社會主義”一詞。“社會主義”表明，國家致力於使全民分享到經濟進步的果實，因此，私權保護並不是最終的目的，而是建設“富強、民主、文明”國家(《憲法修正案》第3條)的橋梁。正因如此，一個邏輯上的必然結論是，國家在建立、完善知識產權保護的同時，認可最低限度的模仿自由，以防止提供了對前者超過必要程度從而不利於實現最終目標的保護。

2. 反壟斷法

現行反壟斷法強調，市場是“開放的”體系(第4條)，反壟斷的目的之一在於“維護消費者利益，促進技術進步”(第1條、第7條第1款)。而壟斷行為之一即為濫用“市場支配地位”，也就是“經營者在相關市場內具有能夠控制商品價格、數量或者其他交易條件，或者能夠阻礙、影響其他經營者進入相關市場能力的市場地位”(第17條第2款)。在認定經營者是否具備市場支配地位時，要考慮其“技術條件”等因素(第18條)。

不難理解，受到知識產權法保護的技術成果即是能給經營者帶來市場支配地位的“技術條件”之一。正因此，該法第55條後半句明文規定“經營者濫用知識產權，排除、限制競爭的行為，適用本法”。這些規定為解釋模仿自由原則提供了堅實的基礎。

3. 反不正當競爭法

現行《反不正當競爭法》第2條第1款規定：“經營者在生產經營活動中，應當遵循……商業道德”。商業道德是商人公認的行為規範，其內容同樣非常豐富，而核心要求無疑包含尊

重他人的精神成果,但同時,它也不會完全杜絕自由模仿,因為那必然導致對市場生命力的窒息,從而違反了商業的本意。

該法第 6 條集中規範了商業模仿行爲,涉及到各種商業標識和外觀。值得注意的是,在此條中,立法者並沒有簡單地禁止一切模仿行爲,而是具體規定了若干屬於不正當競爭的模仿行爲構成條件。⁵

至於商業秘密的規則,即第 9 條,也嚴格地規定了保護條件。該條沒有提到逆向工程——通過解剖他人產品來獲取其中隱藏的技術訣竅,仿製競爭產品的過程,但通說認為這種行爲是正當的。

當然,有人可能會質疑,上述法律各項原則和規則字面上是很清楚了,爲什麼還要引申出字面下的,所謂的模仿自由原則呢?能作這樣的引申嗎?對此,筆者認為,上述有關模仿自由原則的價值的分析已經回答了前一個問題。至於後者,更多的是一個法律思維問題,即無論是原則性條文還是具體的規則,都允許並且必須解釋才能完整地展示其本質,從而更好地加以適用。在解釋法律的過程中,將各部法典中的關聯內容結合起來,便能解析出立法者考慮到了,但尚未明確表達出來的制度,包括基本的原則。換而言之,立法者在做了大量的法典化工作之後,也仍然沒有窮盡對所有規則和原則的敘說。

所以,我們有理由認為,模仿自由是沒有經由立法者之口直接表達出來的原則。有如立法者也沒有說過,自然人有呼吸空氣的自由,但我們的確確(通過法律的其他明文規定)擁抱着、享用着呼吸自由原則一樣。■

作者單位:中國政法大學

* 本文爲國家社科基金重大項目“創新驅動發展戰略下知識產權公共領域問題研究”(17ZDA139)成果。

¹ 當然,若是新成果中已經看不到了任何在先成果的元素,則沒有模仿可言。問題在於,若在先成果“發出”的暗示哪怕以非常微弱的數量傳承到了新成果中,並且能被辨識出來,那麼,在這個十分有限的量上,模仿便成立了。

² 正是後一個例子,即新近才出現的語詞“山寨”,尤其表明了模仿的複雜性與生命力。

³ 《與貿易有關的知識產權協定》序言。

⁴ 2007 年頒行的《物權法》第 3 條第 3 款更明確地規定:“國家實行社會主義市場經濟,保障一切市場主體的平等法律地位和發展權利”。

⁵ 該條最後一項“其他行爲”,也以導致誤認爲條件。