

法律適用的不確定性與 司法裁判的價值指引

—兼議法官應當如何裁判案件—

—宋健—

一、法律適用具有不確定性嗎？

在知識產權法及競爭法司法領域，對於一些案件而言，法律適用的不確定性較為明顯。近年來，“王老吉與加多寶紅罐案”¹、“喬丹案”²、“非誠勿擾案”³等，從起訴開始直到最終審結，學術界、司法界甚至普通公眾均議論紛紛、熱烈討論且積極預測結果。其中前兩案一直打到最高人民法院，才由最高司法機關一槌定音，而上述案件一審、二審乃至再審結果變化很大，實難給社會穩定的預期感。

以“王老吉與加多寶紅罐案”為例。該案爭點是，加多寶公司獲得廣藥集團“王老吉”商標授權許可後，其長期使用的涼茶“紅罐”是否構成我國反不正當競爭法保護的知名商品特有包裝裝潢及其權益歸屬。該案審理中，雙方當事人對於認定“紅罐”為知名商品特有包裝裝潢並無爭議，關鍵在於雙方解除商標許可合同後，該具有廣泛知名度的“紅罐”包裝裝潢，究竟應當歸屬於長期使用者加多寶公司，還是隨“王老吉”商標一併返還給廣藥集團。

對此，一審判決認為：“加多寶公司之所以有權生產經營王老吉紅罐涼茶，是基於廣藥集團的授權。加多寶公司及其各關聯公司確實對王老吉紅罐涼茶知名度的提昇做出了貢獻，但是，由此所產生的商譽仍然附屬於知名商品王老吉涼茶，應由該知名商品的權利人廣藥集團享有”“在廣藥集團收回王老吉商標時，附屬於涉案知名商品的特有包裝裝潢亦應一併歸還給王老吉的商標權人廣藥集團。至於加多寶公司及其各關聯公司對王老吉紅罐涼茶在商標許可使用合同期內所投入的資金、

廣告宣傳費用等，也已經在王老吉商標許可使用期內獲得了巨額經濟回報，即使未能收回其全部投資，也是其在簽訂商標許可使用合同時所能預見到的，由此所造成的後果亦應由其自行承擔”。

然而，二審判決認為：“結合紅罐王老吉涼茶的歷史發展過程、雙方的合作背景、消費者的認知及公平原則的考量，因廣藥集團及其前身、加多寶公司及其關聯企業，均對涉案包裝裝潢權益的形成、發展和商譽建樹，各自發揮了積極的作用，將涉案包裝裝潢權益完全判歸一方所有，均會導致顯失公平的結果，並可能損及社會公眾利益。因此，涉案知名商品特有包裝裝潢權益，在遵循誠實信用原則和尊重消費者認知並不損害他人合法權益的前提下，可由廣藥集團與加多寶公司共同享有”。

對於二審裁判意見，贊同者有之，質疑者也有，評論各異，但仔細分析，不難發現該結果實屬“意料之外又在情理之中”。因為，傳統民法在處理添附產生的新物所有權歸屬時，原則上採取“有約定從約定”“無約定依法定”，既無約定又無法定時，新物所有權並不必然歸屬於原物所有人，而是需要根據個案具體情形區別處理，當然處理結果不能背離公平原則。由此看來，在處理紅罐包裝裝潢權益歸屬時，在無明確法律規定且可能產生多個裁判選項時，借鑒傳統民法原理判決雙方共同享有，也不失為公平合理的選擇，體現出某種司法智慧。該案印證了前述關於在知識產權法及競爭法領域法律適用存在不確定性的觀點。眾所周知，人類社會的發展，離不開法律規制，法律的價值在於其可預期性，即明確告知公眾哪些行為合法，哪些行為不合法，從而為公眾提供正確的行為規範指引。而所有

的案件還需經受判後核驗，其中一些案件因社會反響大，公眾接受度不高，最終經過再審程序才能塵埃落定。因此，研究司法的過程，研究司法中法律適用的過程，研究司法裁判究竟是怎樣形成的，有助於儘可能克服司法偏差，確保司法正確的方向。

二、哪些案件的法律適用可能具有不確定性？

在司法實踐中，法官審理的案件不外乎簡單案件和疑難複雜案件，簡單案件是司法審判的常態，而疑難複雜案件佔比不大。為進一步分析當事人間的爭議衝突對案件審理的影響，卡多佐大法官在其《司法過程的性質及法律的成長》一書中，將案件分為三類：第一類：爭議焦點就是事實問題，並非如何適用法律規則，此類案件為法院日常事務中主要部分，這些案件對於早前已確立的法理不會造成撼動；第二類：法律規則是確定的，只是這些規則的適用仍存有疑問，這些案件雖然會產生分歧，但不會撼動法理，此類案件比重也不小；第三類：儘管為數不多，但也並非少得可以對其視而不見，這些案件的判決對於未來有着重大意義，對於法律的發展也有着時大時小的推進或阻滯的影響，而這些案件也給司法施展其創造力提供了機會和動力。⁴

由此可見，司法中絕大多數案件所涉權利義務爭議及其責任承擔，法律預先早有明確規定，當事人之間產生爭議，要麼是不懂法，要麼是基於各種原因故意違法，對於這些案件不僅法律適用具有確定性，且裁判結果也基本可預知，這恰恰是法律具有可預知性的基本面。然而，如前所述，也確有極少量案件，存在多個裁判選項，似乎怎麼判都能找到相應的裁判理由，且對社會影響重大，正如卡多佐大法官所言“這些案件的判決對於未來有着重大意義，對於法律的發展也有着時大時小的推進或阻滯的影響”，因而不得不為司法所高度關注。審理此類案件，或是因缺乏明確的法律規定需要填補法律漏洞，或是既有裁判思路已不適應社會需求需要尋找新的解決路徑，故要求法官結合個案情形，對立法目的與立法宗旨、基本原則以及經濟社會發展等諸多因素加以綜合考量，反復檢驗和論證，並在此

基礎上作出恰當的裁判。以上就是司法的過程，法官的司法智慧從中經受考驗與錘煉。

三、為什麼法律適用具有不確定性？

法律適用具有不確定性的原因是顯而易見的。分述如下：

（一）原則性、概括性與滯後性。就成文法體系而言，制定法本身既是一套規則體系，同時也是一套概念體系。⁵

首先，許多法律制定時其文本表述就很原則、概括，甚至模糊。原則與概括是成文法的既有特點，至於用語模糊，則有觀點認為，“追根溯源，法律需要解釋的原因在於法律文本中模糊詞語的運用”“如果說法律文本中精確語詞的運用是為了保證法律的確定性的話，那麼模糊語詞的運用則是立法者對‘臨界’情形的預先規範。立法者面對順應社會發展、維護社會秩序、預防違法犯罪等多重壓力，難以全面預見可能發生的情況，因此立法者需要運用某種立法技術來實現法律規範效用的最大化”。⁶這可以用來解釋，為何我國重要的基本法頒佈後，就具體應用法律問題，最高人民法院總是及時作出相應司法解釋，從某種意義上看，這也是立法機關制定法律時有意為司法解釋預留的空間。以專利法為例。專利法是高度專業化的法律，自1984年頒佈至今已修訂三次，現正進行第四次修訂，與此相應，最高人民法院先後制訂出臺了專利法司法解釋（一）、（二），以解決我國不同時期專利審判中出現的新情況和新問題，統一專利法的適用。⁷

其次，法律解釋不同可能結果不同。法律解釋方法多樣，包括文義解釋、目的解釋、體系解釋、歷史解釋、限縮解釋或擴張解釋等。“解釋法律是司法的應有之義”，⁸個案中解釋法律的過程就是法律適用的過程。儘管法律解釋應遵循嚴謹的解釋規則，然而受限於法官個體差異及其他原因，法律解釋甚至文義解釋也可能出現多個解釋結果，因此，即使適用相同法律得出不同裁判結果，也實屬難免。

最後，有的法律條款頒佈時即已滯後。以反不正當競爭法修訂為例。為應對互聯網領域“花樣翻新”的不正當競爭行為，特別是減少審理新類型互聯網案件向原則條款（第二條）逃逸⁹，反不正當競爭法修訂時特別增加了“互聯網專條”（第十二

條),¹⁰對此各界爭議極大。¹¹主要原因:一是“互聯網專條”明確規制的三種互聯網不正當競爭行為在修法時已然成為“過去時”;二是“互聯網專條”所設兜底條款與反不正當競爭法第二條原則條款之間的關係界定不清。經過反復論證,最終立法者認為,法律修訂既要體現對已有審判經驗的總結與肯定,同時也要通過設置兜底條款體現對法律適用未來空間的可擴展性,至於兜底條款與原則條款之間的關係則留待未來司法實踐去解決。值得注意的是,自2013年反不正當競爭法修訂以來,“互聯網專條”的適用價值尚未及體現,相反,一些涉及大數據、雲計算的新類型案件,仍需適用原則條款進行裁判,¹²這恐怕是立法者未曾預料的。

(二)權利或權益客體具有無形性。知識產權包括專利權、商標權、著作權、植物新品種權、集成佈圖設計專有權等。除一般作品著作權採取自動取得主義,即創作完成作品享有著作權外,其他知識產權的取得需要通過法定授權。與有形財產通常具有明確的物理邊界不同,知識產權客體的無形性決定了無論是權利邊界還是侵權行為邊界都具有模糊性。

以專利權為例。我國《專利法》第五十九條規定:“發明或者實用新型專利權的保護範圍以其權利要求的內容為準,說明書及附圖可以用於解釋權利要求的內容”。專利制度以語言文字作為表述發明或者實用新型專利技術方案的首選工具,亦帶來因語言文字本身固有的多義性和模糊性缺陷而導致權利要求解釋問題。在專利授權確權以及專利侵權訴訟中,權利要求解釋直接影響專利授權的結果以及專利權保護範圍的大小,關係到專利權人、被訴侵權人的切身利益以及公眾利益,因此歷來是各方關注的重點和爭議焦點。儘管專利法規定了一整套專利權利要求的解釋規則,如折衷原則、內部證據優先原則、通常理解原則、一致性原則和禁止反悔原則,但基於立場、視角、知識背景的不同及利益衝突,尤其是當專利權利要求與現有技術或者被訴侵權技術方案可能存在相同或等同的情況下,各方對同一權利要求的解釋會出現較大分歧甚至相互對立,最終司法作出的侵權判定結果往往很難準確預見。而在競爭法領域,法律所保護的權益/利益同樣沒有明確清晰的邊界,因而法律適用的不確定性問題同樣存在,前述“王老吉與加多寶紅罐案”即是例證。

(三)新技術發展難以簡單預測。隨著第四次工業革命的到來,新技術以及新商業模式帶來的各種紛爭層出不窮,不斷提出法律調整的新需求,然而現行法難以提供充足的規則供給。

例如,現行專利法在處理無線通訊領域標準必要專利糾紛大戰時面臨着許多法律適用新難題。儘管國際標準組織要求標準必要專利權人承諾以FRAND(公平、合理、無歧視)原則向專利實施人許可標準必要專利的使用,但對於何為FRAND顯然利益各方立場不同、理解不同。圍繞着標準必要專利授權許可引發的“專利劫持”與“反向劫持”之爭,導致對禁令制度的適用即禁令適用例外爭議很大,這與傳統專利侵權案件以禁令適用為原則、非禁令適用為例外有着很大不同。再如,體育賽事直播畫面能否給予版權保護問題,這看似只是版權保護客體法律問題之爭,實則是互聯網產業及賽事制播技術高速發展對版權法適用提出的新挑戰。¹³與此相關,還有網絡遊戲電競賽事直播畫面版權保護問題,對於網絡遊戲究竟是按照遊戲元素予以分別保護,還是給予電競賽事直播畫面整體版權保護,同樣爭議很大。¹⁴當前,關於人工智能創作物要否給予版權保護,爭議更為激烈。¹⁵此類與新技術革命相關的案件,因缺乏明確的法律規定,各地法院裁判衝突明顯,當然這些裁判的司法探索更具意義。未來在人工智能、大數據、雲計算等新技術領域,新技術發展難以簡單預測是矛盾主要方面,因而法律適用及司法裁判結果的不確定性將更加突出。

四、法官是如何裁判案件的?

比較大陸法系法官與英美法系法官的裁判思維,其共性都在於查明案件事實、準確適用法律並作出公正裁判,其差異僅在於適用法律的路徑不同。大陸法係法官首先是尋找成文法規定,而英美法係法官則主要從先例入手,先例所確定的裁判規則就是法律。就裁判屬性而言,兩者並沒有本質差異。

就簡單案件的審理,因多數是事實爭議,法律規則明晰,裁判過程相對簡單,但疑難複雜案件的審理,因利益巨大或爭議極大,社會關注度高,裁判的過程就相對複雜。通過觀察與比較,全球各司法區域所呈現出的司法規律並無本質差異。有趣

的是,卡多佐大法官曾對司法過程作如下描述:“法官判決無疑是一個包含有各種化學成分的‘化合物’”“法官必須將自己所擁有的全部原料,如他的哲學、他的邏輯、他的類比、他的歷史、他的習慣、他的權利感及其所有的東西放到一起進行平衡,要麼在這個地方加一點,要麼在那個地方減一點,最重要的還是儘可能明智的決定起決定性作用的應是哪一種因素”。¹⁶由此可見,司法正是通過個案裁判中所累積的經驗,去不斷探尋法律適用的確定性尺度,從而使得原本模糊的權利邊界與行為邊界變得清晰起來。

事實上,知識產權法和競爭法的入門學習並不難,抽象的法律體系及其法律規定清晰明確,但解決個案法律適用中的具體問題,有時則可能要麼找不到明確依據,要麼似乎怎麼判都沒錯。分析其原因,或是法律規定過於原則,或是法律存在漏洞,或是法律已不適應變化了的形勢,致使法官不得不經常面對多種裁判選項的困境。尤其是,“按照常規的法律適用會導致不公平的結果,追求公平的結果又需要背離常規”,¹⁷此時法官的內心常常充滿糾結與壓力。與學者或律師不同,法官的這種壓力來自於裁判個案時直接面對具體正義而非抽象正義的要求,換言之,法官是如何敲得下這一槌的!¹⁸可見,法官最大的困境並非來自事實判斷,而是在個案中如何解決法律邏輯判斷與價值判斷的衝突,價值判斷會因人而異,由此價值指引的差異性也將在所難免。

五、法官究竟要告訴公眾什麼？

法律是具有普遍指引作用的行為規範,而公眾則更多是通過典型案例增加對法律知識的具體瞭解與認知,從某種意義上看,司法是“行動中的法律”。¹⁹那麼,法官究竟要告訴公眾什麼?這是法官不得不面對的司法追問。個案裁判的目的是定紛止爭,但同時更要給公眾正確的行為指引,因為這既是司法的職責使命,更是司法之意義所在。在司法實踐中,影響並決定司法裁判價值導向的因素諸多,分述如下。

(一)立法初心。立法初心只是比喻,是指司法過程中起決定性作用的因素,集中體現為立法目的、立法精神、基本原則、公共利益以及特定時期的司法政策。

通過梳理立法目的條款可見,知識產權法重在保護權利,激勵創新,而反不正當競爭法則重在鼓勵自由競爭與規範市場競爭秩序。²⁰當今社會,知識產權作為核心競爭力,早已成為國際國內市場重要的競爭工具,知識產權與市場競爭從未如此緊密結合。如今,嚴格保護知識產權已取得廣泛共識,正如2018年4月10日中國國家主席習近平在博鰲亞洲論壇2018年年會開幕式主旨演講中深刻指出:“加強知識產權保護是完善產權保護制度最重要的內容,也是提高中國經濟競爭力最大的激勵”。知識產權是法定獨佔性權利,他人未經權利人許可不得擅自使用,然而需強調的是,任何權利的行使都不是絕對的,禁止權利濫用是基本法律原則,因此個案中,法官如何在疑難複雜的多種選項中儘可能作出妥當的裁判,關鍵在於回歸立法初心,準確理解並把握好保護權利、維護誠實信用、規範競爭秩序、促進利益平衡這些核心原則與精神。如此,裁判結果通常也不會偏離正確軌道太遠。

以“鬼吹燈”系列作品名稱案為例。²¹該案基本案情:被告張牧野在2007年將其創作的“鬼吹燈”系列小說除人身權外的其他著作財產權(包括但不限於信息網絡傳播及電子出版權、圖書出版權、作品改編權利等)全部轉讓給原告玄霆公司。雙方約定,在協議有效期內及履行完畢後,張牧野不得使用其本名、筆名創作與“鬼吹燈”名稱相同或相似的作品,或作為作品中主要章節的標題(合同第4.2.5條)。為此,玄霆公司支付了150萬元對價。之後,玄霆公司對“鬼吹燈”系列小說進行了大量商業宣傳推廣,包括組織同名小說競賽,出版實體圖書,改編成漫畫、電影、網劇和多款遊戲等,使得“鬼吹燈”系列作品獲得了較高市場知名度,產生巨大經濟效益。後張牧野未經玄霆公司許可,將其創作的其他作品《鬼吹燈之牧野詭事》授予他人改編拍攝成同名網劇在相關視頻網站播放。訴訟中,被告提出不侵權抗辯,其主要理由包括雙方轉讓協議無效,原告無權限制張牧野在其創作的其他作品中繼續使用“鬼吹燈之XXX”的作品名稱,且即便構成反不正當競爭法意義上的知名作品特有名稱,該權益也應歸屬於作者張牧野而非玄霆公司。

審理中,“鬼吹燈”系列作品名稱具有廣泛知名度屬於客觀事實,如果簡單歸納雙方的爭議,無非是作者張牧野將“鬼吹燈”系列小說著作財產權轉讓給玄霆公司,並經玄霆公司精心

運作取得巨大商業成功後，張牧野能否推翻該協議“坐享其成”？該案訴因是不正當競爭糾紛，但同時與著作財產權轉讓協議效力交織纏繞，引發社會廣泛關注。對此，法院認為：首先，轉讓協議只限制張牧野不得使用“鬼吹燈”作為作品名稱或主要章節標題，並未限制張牧野使用其本名、筆名創作同類型懸疑盜墓類題材的作品以及其他題材作品，上述約定僅針對作品名稱和標題，並不針對張牧野所有的創作活動和創作內容，不違背著作權法鼓勵創作的立法宗旨，也不違反著作權轉讓的禁止性規定，故轉讓協議合法有效。其次，轉讓協議對雙方權利與義務的約定符合公平原則。根據約定，玄霆公司前期需要大量投入成本購買作品、宣傳推廣等，如果商業運營成功，固然能獲得較高收益，反之，如果作品推廣失敗，則商業風險亦由玄霆公司自行承擔。張牧野在簽訂合同時理應知曉作品著作財產權轉讓的法律後果，其已獲取150萬元轉讓對價，因而不能在玄霆公司商業運營成功後又違反當初約定，主張“鬼吹燈”標識的相關權益歸己所有。以上裁判理由，不僅劃清了“鬼吹燈”系列知名作品名稱認定中作者創作貢獻與玄霆公司商業貢獻及相關權益歸屬的邊界，同時還特別告知公眾尤其是影視行業，在不違反著作權法禁止性規定情形下，雙方當事人都應當遵守合同約定，維護契約精神！

再以最高人民法院“指導案例86號”為例。²²該案基本案情：天隆公司和徐農公司分別持有案涉三係雜交粳稻“9優418”水稻品種的父本C418、母本徐9201A植物新品種獨佔實施許可權，雙方均未經許可使用對方授權品種的親本材料，並實際組織“9優418”水稻品種的製種生產。由於市場競爭及利益衝突的緣故，雙方互為原、被告，分別提起兩起植物新品種侵權訴訟。眾所周知，雜交水稻製種必須同時使用父本與母本親本材料。該案中，雙方雖有繼續生產的意願，但基於各種原因始終無法達成相互授權許可的妥協，經反復調解不成，一審法院作出雙方均停止侵權的判決。

從形式上看，判決“雙停止”有明確法律依據，²³並非不妥，但由此造成“9優418”水稻品種不能繼續生產，既非雙方的本意，更嚴重影響該品種的持續推廣。面對如此司法困境，如何尋找妥當的裁判路徑，二審法院作了如下探索：首先，分析立法目的。我國植物新品種保護條例（以下簡稱“條例”）的立法目

的在於，“鼓勵培育和使用植物新品種，促進農業、林業的發展”（第一條）。其次，尋找制度資源。條例在規定植物新品種排他獨佔權的同時，還規定了強制許可制度，即“為了國家利益或者公共利益，審批機關可以作出實施植物新品種強制許可制度”（第十一條）。由此可見，儘管天隆公司、徐農公司均未就強制許可向國家審批機關提出申請，而是直接向法院提起民事侵權訴訟，然而結合條例立法精神，雙方就相互授權許可無法達成妥協，導致已經在江蘇、山東、安徽等地廣為種植的“9優418”水稻品種無法繼續生產，將損害國家糧食生產安全等公共利益。一般而言，公共利益是指一定社會條件下或特定範圍內不特定多數主體的共同利益，因概念本身極其模糊和寬泛，因而公共利益條款屬於稀缺性法律資源，司法實踐中極少適用。然而前述分析表明，該案中對公共利益的識別無疑是準確的。據此，二審改判：天隆公司和徐農公司均可以不經對方同意使用對方的授權品種，且在衡量父本與母本具有基本相同價值的基礎上，雙方互免許可使用費。

（二）司法政策。在前述諸多因素中，司法政策對裁判導向影響重大。司法政策是指最高人民法院以司法政策性文件體現的我國各個時期知識產權司法保護的宏觀導向和基本態度，是國家知識產權政策在司法領域的具體體現。需注意的是，司法政策具有階段性特徵，應當隨國家經濟社會和科技發展及國家知識產權政策的調整而適時調整。

以“方爵案”為例。²⁴該案基本案情：海螺集團在第19類水泥商品上註冊有“CONCH”商標，該商標早在2004年即被認定為馳名商標。為了加強知識產權保護，海螺集團的“CONCH”商標還在112個國家和地區申請註冊，註冊地域包括歐美、非洲（含加蓬）、東南亞和臺灣、香港、澳門地區，而海螺集團的“CONCH”商標水泥至少在2010年即已進入非洲加蓬市場。該案中，海螺集團發現方爵公司涉嫌侵權的“CGNAH”水泥與海螺集團“CONCH”水泥在鎮江港同船裝運至非洲加蓬，遂向鎮江海關申請知識產權海關保護。鎮江海關依據我國海關法和知識產權海關保護條例的規定，對進出境貨物實施知識產權行政執法，認定方爵公司的行為構成商標侵權，並作出沒收、罰款的行政處罰決定。方爵公司不服提起行政訴訟，要求法院適用我國涉外定牌加工（以下簡稱“涉外OEM”）商標侵

權司法政策，認定其行為不構成商標侵權，並撤銷鎮江海關行政處罰決定。

關於我國涉外 OEM 商標侵權司法政策，其形成具有特殊時代背景。具體而言，自改革開放以來，我國作為“世界工廠”，涉外 OEM 加工貿易在我國對外貿易中曾長期佔據相當大比重。正是考慮到我國企業對於涉外 OEM 訂單依存度較高，司法實踐中形成了對涉外 OEM 商標侵權採取個案判定的原則，但各地法院實際判決不構成侵權的案件居多，且大有形成定勢裁判思維的趨勢。近來年，隨着我國大力推動實施創新驅動戰略，加強重點產業知識產權海外佈局，我國出口商品質量不斷提昇，“中國製造”憑藉較高的性價比在滿足國外消費需求方面發揮了積極作用。與此同時，我國出口商品侵權假冒問題也日益突出，對我國企業產品的海外市場造成嚴重損害，有損“中國製造”國際形象。為此，我國政府自 2015 年起即開展中國製造海外形象維護“清風”行動，制定三年行動計劃，對出口非洲、阿拉伯、拉美和“一帶一路”沿綫國家和地區的重點商品開展專項整治。正是在此背景下，鎮江海關對方爵公司實施知識產權海關行政執法，故而“方爵案”也面臨着如何準確把握我國涉外 OEM 商標侵權司法政策的難題。最終，法院判決駁回方爵公司訴訟請求，維持鎮江海關行政處罰決定。在該案中，法院明確闡述以下裁判理由：由於存在境內外商標惡意搶註和惡意仿冒現象，國內加工企業在接受境外定單時，基於誠實信用原則以及尊重他人知識產權，對國內有一定影響力的商標尤其是馳名商標應當予以合理避讓。該案的裁判對於我國加強出口環節知識產權保護，加大對侵權假冒處罰力度，引導企業誠信守法經營、合法開展出口加工業務和提昇知識產權保護意識，維護“中國製造”良好國際形象，具有積極意義。²⁵

（三）司法先例。相對於成文法而言，遵循先例是英美法的特有制度。如前所述，先例所體現的規則即為法律，為保持同案同判，遵循先例成為規則而非例外。但是，遵循先例並不意味着司法僵化與機械，“當經過正當檢驗，發現適用某個規則會有違社會正義的情感或者給社會福利帶來某種損害，就應當無須太多猶豫地讓公眾知曉這一點，並徹底放棄對這個規則的適用”“在司法的過程中涌動着這樣一種新的暗流和精神：先例應當服從於正義”。²⁶可見，先例制度一方面約束着法官的自由裁

量權，確保法律適用的穩定性；另一方面，亦為適應時代發展調整先例規則提供開放性，這當屬先例制度的完整內涵。

我國雖是成文法國家，但近年來，與司法先例類似的在先案例制度日益得到認可，尤其是海量裁判文書的上網公佈，也為檢索研究在先案例提供了極大便利。需要關注的是，為配合司法責任制改革，促進法律統一適用，實現司法公正，2010 年 11 月 26 日最高人民法院發佈了《關於案例指導工作的規定》，其中第 7 條規定：“最高人民法院發佈的指導性案例，各級人民法院審判類似案件時應當參照”，²⁷這是最高人民法院首次對參照指導性案例提出明確要求，並賦予“參照”以特定含義。²⁸在我國，在先案例除指導性案例外，其他類型先例並不具有拘束力，但當個案中面對多種裁判選項，尤其是當事人明確提供先例並請求參考時，法官是選擇完全接受、部分接受抑或不接受，都應當給出說明與理由，這其中必然蘊涵着對司法價值選擇的考量，即法官究竟想告訴公眾什麼？如前述“方爵案”，面對最高人民法院已經在“PRETUL 案”和“東風案”中給出不構成商標侵權的裁判意見，“方爵案”必須要對本案為何認定構成商標侵權，給出清晰明確的論證與回答。

（四）經驗常識。相對於司法邏輯，經驗常識的價值容易被忽視。歷史上，形式主義法學強調“將法律看成一個體系一致、內容完備的教義學意義上的規則體系”“每個司法行為都是一個由純粹演繹推理構成的判斷的結果”，這就是經典的司法邏輯三段論：法律是大前提，具體事實是小前提，然後得出裁判結論。

在司法實踐中，簡單案件依據司法邏輯裁判非常有效，然而面對疑難複雜案件，純粹運用邏輯推理，則極有可能推導出非理性結果。如前述指導案例 86 號案，一審判決“雙停止”，就是因為沒有找到妥當的裁判思路，因而簡單呈現司法邏輯結果實屬無奈之舉。對此，霍姆斯大法官曾經說過：“法律的生命不是邏輯而是經驗”，霍姆斯大法官甚至認為，個案中的“判斷或直覺”“判斷力和洞察力”都是對於經驗的強調。²⁹從某種角度觀察，法官的“判斷力和洞察力”更加重要，有時甚至決定裁判的方向正確與否。除經驗之外，常識的作用同樣重要。在證據規則中，眾所周知的常識，甚至可以成為免證事實。有觀點認為，“與措辭嚴謹華麗無比的法律書籍和判例匯編相比，常識的

作用不容替代。曾經有人這麼說過：「法律就是經過立法機關修飾的生活常識！」法官在作出司法提議行為的時候，如果他經常捫心自問：我的提議或判決是否符合生活常識？我想這樣就一定不至於錯得離譜」。³⁰

歷史一再證明，凡是背離經驗常識的判決，不僅公眾對裁判結果接受度低，且極易引發社會反響，這是因為本質上司法追求的公平正義與公眾理解的公平正義不應當存在本質差異，如果兩者價值目標相去甚遠，則很大可能要麼是法律出了問題，要麼是對法律理解出了問題。

當然，何為經驗常識，由於「本身具有可爭論性」「利益紛爭及是非判斷對立」，因而認定為經驗常識，「應有無懈可擊的理由表達」「對法律規定和形式邏輯之外的論證資源的運用，保持高度警惕顯然是明智的」，³¹然而，這恰恰不僅考驗法官的裁判能力，更考驗法官的司法擔當，兩者兼具，經典裁判應運而生！

（五）法理學/法哲學。法理學是研究法律、法律現象等法的最基本、最一般問題的學科，而法哲學則從哲學角度、運用哲學方法來研究和思考法學的一般問題。關於法理學與法哲學，兩者關係是平行抑或包含？這並非司法研究的重點，事實上，司法也較少關注其學科進展，這似乎也說明法理學/法哲學與司法實踐之間存在着雙向疏離。

近年來，法理學/法哲學對於部門法影響力的減弱，已經引發關注和討論，即法理學/法哲學在何種意義上有助於部門法學？學者有許多觀點和分析。³²其實，這一問題同樣適用於司法，換言之，法理學/法哲學在何種意義上有助於司法？如前所述，司法的價值判斷要回歸立法初心，那麼如何準確理解立法目的、立法精神、基本原則、公共利益以及特定時期的司法政策，儘管部門法可以給出具體指引，但有時仍需回溯到法理學/法哲學層面。從整體上看，法學是實踐性應用學科，似乎感受不到法理學/法哲學對司法實踐的直接影響，抑或有何種決定性作用，但每一個棘手的案件，法官對法律適用的考量以及如何進行裁判論證說理，本質上都是自覺或非自覺的法理學/法哲學思考。首先，所有案件無論繁簡最終均可抽象歸納為法律本質、法律功能以及司法性質等這些最基本的法理學/法哲學問題；其次，在疑難案件中，如何解釋法律及其解釋方法的選擇，很大程度上需要藉助法哲學提供的分析方法。有學者認為，

“法教義學的主要任務在於對現行法進行解釋及其體系化，而法學方法論則是要為解釋及其體系化提供方法上的支持”“司法裁判首先接觸到的是法學方法論，通常情況下它的任務在於澄清法律規則的含義，並發掘法律體系內含的價值判斷”“疑難複雜案件恰恰是檢驗法哲學的重要場合”，因而“法哲學的作用是間接而不是直接的，它通過部門法教義學影響實踐”。³³

事實上，在所有審判領域，可觀察到的是，但凡裁判結果引發社會強烈反應，背後都可以看到機械司法、簡單運用邏輯裁判的影子。儘管部門法教義學負責對個案審理提供具體理論指引，但顯然背後以法理學/法哲學為根基的裁判理念、立場和方法的不同，最終會影響裁判整體論證和裁判說理的方向和思路。因此，法理學/法哲學與司法實踐的關係雖然並不明顯，但有些疑難案件，當價值判斷多元，多重選項難以抉擇，似乎怎麼裁判都左右為難時，回到法理學/法哲學中，思考清楚法律適用中的司法目標、司法目的和司法功能這些根本性問題，往往有助於找到答案。正如學者所言：法理學/法哲學要麼不直接出場，要麼出場就會“直接影響案件的裁判”。就此而言，加強司法實踐與作為先導學科的法理學/法哲學的互動，強化法官的法理學/法哲學思辨，對於法理學/法哲學成為影響和決定裁判價值指引的重要因素，無疑具有現實意義。

六、結語

法官究竟能為社會貢獻什麼？

選擇本文主題，源於筆者長期的司法實踐與思考，前述“指導案例 86 號”和“方爵案”均係筆者本人主審的案件，“鬼吹燈”系列作品名稱案亦係筆者所在江蘇高院二審審結。平時，筆者在審理案件尤其是觀察一些社會熱議案件時，經常縈繞於心的問題是，法官究竟要告訴公眾什麼？進而，法官究竟能為社會貢獻什麼？

本文即將完稿之即，恰逢最高人民法院知識產權法庭審結“敦駿訴騰達案”，³⁴該案涉及網絡通信領域多主體實施的方法專利的侵權判定問題。之前，在“西電捷通訴索尼移動標準必要專利侵權案”中，北京法院亦在判決中探討了相同問題。儘管兩審均判決索尼中國公司賠償西電捷通公司損失 862.9173

萬元加合理支出 47.4194 萬元,但對於責任形態,一審法院認定,索尼中國公司不構成共同侵權,但構成幫助侵權;二審法院認定,索尼中國公司至少在設計研發或樣品檢測階段實施了直接侵權,但對終端用戶的使用行為不構成幫助侵權。二審的裁判邏輯是,“多主體實施”的方法專利在實施過程中需要多個主體參與,而本案“不存在單一行為人指導或控制其他行為人的實施行為,或多個行為人共同協調實施涉案專利的情形”。³⁵然而,在“敦駿訴騰達案”中,最高人民法院二審判決分析認為:“如果按照專利侵權判斷的一般規則,即應當以被訴侵權人所實施的被訴侵權技術方案是否全面覆蓋了專利權利要求記載的所有技術特徵,作為專利侵權的必要條件,那麼,僅僅是製造、銷售具備可直接實施專利方法的被訴侵權產品的行為將難以被認定為侵害專利權的行為。同時,僅認定被訴侵權人在測試被訴侵權產品過程中實施專利方法構成侵權,不足以充分保護專利權人的利益,因為該測試行為既非被訴侵權人獲得不當利益的根本和直接原因,也無法從責令停止測試行為來制止專利方法遭受更大規模的侵害,而專利權人更無權主張雖直接實施了專利方法、但並無生產經營目的的終端用戶構成專利侵權”。因此,在重新考量基礎上,二審確立了“不可替代的實質性作用”的直接侵權判定標準,即“如果被訴侵權行為人以生產經營為目的,將專利方法的實質內容固化在被訴侵權產品中,該行為或者行為結果對專利權利要求的技術特徵被全面覆蓋起到了不可替代的實質性作用,也即終端用戶在正常使用該被訴侵權產品時就能自然再現該專利方法過程的,則應認定被訴侵權行為人實施了該專利方法,侵害了專利權人的權利”。該案一經宣判,立即引發社會關注與肯定,因為該裁判標準的確立,解決了長期存在的網絡通信領域中依賴於多主體實施的方法專利難以獲得保護的問題,有評論認為,這是以滿足產業創新與實質性保護需求為目標的“專利侵權判定規則的進一步完善”,對於我國無線通訊產業的發展以及“多主體實施”的方法專利的撰寫與審查,都將產生重大社會影響。³⁶

霍姆斯大法官曾經說過:“法律蘊含着一個國家數個世紀發展的故事”。³⁷的確,任何時代的發展,都有無數經典案例的“故事與傳說”隱身其後。當下,法律作為社會關係的“調節器”,面臨着更為複雜的經濟社會和科技發展需求,因而司法裁

判的價值指引顯得更為重要,這不僅直接關乎司法的職責使命,還必將伴隨法官職業生涯的始終。■

作者:江蘇省高級人民法院知識產權庭法官

*本文僅代表作者個人的觀點。

¹廣州醫藥集團有限公司訴廣東加多寶飲料食品有限公司擅自使用知名商品特有包裝裝潢糾紛案。一審:(2013)粵高法民三初字第2號民事判決書;二審:(2015)民三終字第3號民事判決書。

²再審申請人邁克爾·杰弗里·喬丹與被申請人國家工商行政管理總局商標評審委員會、原審第三人喬丹體育股份有限公司商標爭議行政糾紛案,詳見(2016)最高法行再27號行政判決書。

³再審申請人江蘇省廣播電視總臺、深圳市珍愛網信息技術有限公司與被申請人金阿歡侵害商標權糾紛案,詳見(2016)粵民再447號民事判決書。

⁴(美)卡多佐著,張維編譯:《司法過程的性質及法律的成長》,北京出版社2012年5月版,第81-82頁。

⁵梁慧星:“怎麼學習法律—從法律的五個性質談起”,https://m.sohu.com/a/290923614_773108。

⁶張玉潔著:《法律文本中的模糊語詞運用研究》,中國政法大學出版社2018年7月版,第1頁。

⁷2009年12月21日,最高人民法院審判委員會第1480次會議通過《關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋》(法釋[2009]21號);2016年1月25日,最高人民法院審判委員會第1676次會議通過《關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋(二)》(法釋[2016]1號)。

⁸孔祥俊著:《法律解釋與適用方法》,中國法制出版社2017年5月版,第76頁。

⁹《反不正當競爭法》第二條規定:“經營者在生產經營活動中,應當遵循自願、平等、公平、誠信的原則,遵守法律和商業道德”。

¹⁰《反不正當競爭法》第十二條規定:“經營者利用網絡從事生產經營活動,應當遵守本法的各項規定。經營者不得利用技術手段,通過影響用戶選擇或者其他方式,實施下列妨礙、破壞其他經營者合法提供的網絡產品或者服務正常運行的行為:(一)未經其他經營者同意,在其合法提供的網絡產品或者服務中,插入鏈接、強制進行目標跳轉;(二)誤導、欺騙、強迫用戶修改、關閉、卸載其他經營者合法提

供的網絡產品或者服務；(三)惡意對其他經營者合法提供的網絡產品或者服務實施不兼容；(四)其他妨礙、破壞其他經營者合法提供的網絡產品或者服務正常運行的行為”。

¹¹鄭友德、王活濤：“新修訂反不正當競爭法的頂層設計與實施中的疑難問題探討”，《知識產權》，2018年第1期。

¹²例如，淘寶（中國）軟件有限公司訴安徽美景信息科技有限公司不正當競爭糾紛案。法院認為，“生意參謀”數據產品中的數據雖然來源於原始用戶數據，但經過淘寶公司的深度開發，已經形成了網絡大數據產品，該數據產品已經成為淘寶公司一項重要的財產權益。美景公司未付出自己的勞動創造，將“生意參謀”作為直接獲取商業利益的工具，構成不正當競爭，應當承擔賠償責任。反不正當競爭法第二條是對不正當競爭行為的總則性規定，在經營者的相關行為未落入該法第六條至第十二條的特別規定調整範疇時，應適用該款規定對被控不正當競爭行為予以評價。一審：（2017）浙8601民初4034號民事判決書；二審：（2018）浙01民終7312號民事判決書。

¹³關於體育賽事直播畫面，北京知識產權法院於2018年3月30日分別審結北京新浪互聯信息服務有限公司訴天盈九州網絡技術有限公司等侵犯著作權及不正當競爭糾紛案[（2015）京知民終字第1818號]、央視國際網絡有限公司訴北京暴風科技股份有限公司侵害著作權糾紛案[（2015）京知民終字第1055號]。法院認為，涉案體育賽事直播畫面獨創性較低，不構成作品，應當適用反不正當競爭法進行保護。

¹⁴關於網絡遊戲直播畫面，上海浦東法院於2019年11月13日審結暴雪娛樂有限公司、上海網之易網絡科技發展有限公司與廣州四三九九信息科技有限公司、四三九九網絡股份有限公司著作權侵權及不正當競爭糾紛案。法院認為，網絡遊戲動態畫面是否可以視為類電作品，應衡量此畫面是否由一系列有伴音或無伴音的具有獨創性的畫面組成。涉案《守望先鋒》遊戲為大型的即時在綫射擊類遊戲，從其運行的整體畫面效果看，完全符合著作權法關於獨創性的要求，呈現出來的都是連續的動態畫面，故可將涉案《守望先鋒》遊戲認定為類電作品。一審：（2017）滬0115民初77945號民事判決書。

¹⁵關於人工智能生成物，北京互聯網法院於2019年5月7日審結北京菲林律師事務所訴北京百度網訊科技有限公司侵害署名權、保護作品完整權、信息網絡傳播權糾紛案。法院認為，軟件自動生成文字內容不構成作品。一審：（2018）京0491民初239號民事判決書。

¹⁶同註4，第3、80頁。

¹⁷孔祥俊著：《知識產權法律適用的基本問題——司法哲學、司法政策與裁判方法》，中國法制出版社2013年3月版，第157頁。

¹⁸誠如卡多佐大法官所言：“法官們有時候是在沒有感情的邏輯的驅使下，不得不在沒有任何選擇的可能下逼迫自己做出了無情的判決，他們自己也會犧牲正義情感而屈從於形式上的儀式而感到難過，他們在執行這些儀式的時候，只能假裝自己沒有看到正義的情感，這樣做無異於往自己的身上插了一把刀子，而他們也只能安慰自己這是在恪守本分地做事。被犧牲掉的東西成為獻給法理學諸神祭壇上的祭品”。詳見註4，第127-128頁。

¹⁹劉星著：《法律是什麼——二十世紀英美法理學批判閱讀》，中國法制出版社2015年8月版，第87頁。

²⁰例如，《專利法》第一條規定：“保護專利權人的合法權益，鼓勵發明創造，推動發明創造的應用，提高創新能力，促進科學技術進步和經濟社會發展”；《著作權法》第一條規定：“保護文學、藝術和科學作品作者的著作權，以及與著作權有關的權益，鼓勵有益於社會主義精神文明、物質文明建設的作品的創作和傳播，促進社會主義文化和科學事業的發展與繁榮”；《反不正當競爭法》第一條規定：“促進社會主義市場經濟健康發展，鼓勵和保護公平競爭，制止不正當競爭行為，保護經營者和消費者的合法權益”。

²¹上海玄霆娛樂信息科技有限公司徐州分公司訴北京愛奇藝科技有限公司、東陽向上影業有限公司、張牧野不正當競爭糾紛案。一審：（2017）蘇03民初27號民事判決書；二審：（2018）蘇民終130號民事判決書。詳見“‘鬼吹燈’系列作品名稱的反法保護”，“江蘇知產視野”微信公眾號，2019年11月8日，<https://mp.weixin.qq.com/s/o7z9tqabChulvqdntaKxGA>。

²²天津天隆種業科技有限公司與江蘇徐農種業科技有限公司侵害植物新品種權糾紛案。一審：（2009）寧民三初字第63號民事判決書、（2010）寧知民初字第069號民事判決書；二審：（2011）蘇知民終字第0194號民事判決書、（2012）蘇知民終字第0055號民事判決書。該案入選2014年全國法院知識產權司法保護十大創新性案件，並於2017年3月9日被最高人民法院公佈為“指導案例86號”。詳見“植物新品種侵權訴訟中的公共利益考量”，“知產視野”微信公眾號，2017年5月2日，<https://mp.weixin.qq.com/s/RaDG3SurKOoDG-mGNd9E8pQ>。

²³我國《植物新品種保護條例》第六條規定：“完成育種的單位或個人對其授權品種，享有排他的獨佔權。任何單位或者未經品種權所有

人(以下稱品種權人)許可,不得為商業目的生產或者銷售該授權品種的繁殖材料,不得為商業目的將該授權品種的繁殖材料重複使用於生產另一品種的繁殖材料;但是,本條例另有規定的除外”。

²⁴浙江方爵進出口有限公司訴中華人民共和國鎮江海關及第三人安徽海螺集團有限責任公司撤銷行政處罰決定糾紛案。一審:(2016)蘇11行初48號行政判決書;二審:(2017)蘇行終157號行政判決書。詳見“‘中國製造’海外形象的司法維護”,“知產視野”微信公眾號,2018年1月3日,https://mp.weixin.qq.com/s/yHPp9e4cY-OtW_EfeJnt0lg。

²⁵2019年9月23日,最高人民法院就再審申請人本田技研工業株式會社與被申請人重慶恒勝鑫泰貿易有限公司、重慶恒勝集團有限公司侵害商標權糾紛案作出再審判決[(2019)最高法民再138號民事判決書],撤銷二審民事判決,認定被申請人的涉外定牌加工行為構成商標侵權。有評論認為,上述認定,與最高人民法院曾在2015年的“PRETUL案”和2018年的“東風案”中認定涉外定牌加工行為不構成商標侵權的結論大相徑庭,表明最高人民法院的司法觀點正在發生重大轉變,且對“商標性使用”“相關公眾”等重要問題做出了更加符合法律本意的解讀。詳見:“涉外定牌加工被認定構成商標侵權——評最高院改判本田‘貼牌加工案’”,https://mp.weixin.qq.com/s/IEaJqHooflrBGOS_scIGDg。

²⁶同註4,第73-74、79頁。

²⁷截至目前,經最高人民法院審判委員會討論通過,並以最高人民法院公告形式發佈的指導案例共21批112件。此外,北京知識產權法院成立後建立了案例研究基地,當事人及其代理人可以提交我國各級法院做出的包含具有指引意義裁判規則的已生效裁判,既包括最高人民法院指導性案例、公報案例等,也包括在司法實踐中被廣泛認可而實際發揮審判指引作用的案例等。

²⁸胡雲騰:“如何參照指導性案例”,《人民法院報》,2018年8月1日,<https://mp.weixin.qq.com/s/xCTmMYNZmzrqEVdoptVeg>。

²⁹孔祥俊著:《司法哲學》,中國法制出版社2017年5月版,第170-171、176-177頁。

³⁰(美)愛德華·杰·德維特,胡雪梅、韓春海譯:“當法官必須要牢記的九點”,“法官之家”,2014年7月1日,<https://wk.baidu.com/view/afdbfc6ade80d4d8d15a4ff6?from=singlemessage>。

³¹劉星著:《司法的邏輯——實踐中的方法與公正》,中國法制出版社2015年11月版,第76頁。

³²“法理學在何種意義上有助於部門法學?”,“中國法律評論”微信公眾號,2017年10月5日,https://mp.weixin.qq.com/s/Gw5cw_6HWaw-fpMkkXBe9BQ。

³³雷磊:“法哲學在何種意義上有助於部門法學”,《中外法學》,2018年第5期。

³⁴上訴人深圳市吉祥騰達科技有限公司與被上訴人深圳敦駿科技有限公司等侵害發明專利權糾紛案[(2019)最高法知民終147號民事判決書],詳見“最高法院知識產權法庭公開宣判一起涉及網絡通信領域多主體實施方法專利的侵權糾紛案件”,“最高人民法院知識產權法庭”微信公眾號,2019年12月10日,<https://mp.weixin.qq.com/s/8SYGBttzsmgALnYgfSw3Q>。

³⁵二審法院認為:“涉案專利係典型的‘多主體實施’的方法專利,該技術方案在實施過程中需要多個主體參與,多個主體共同或交互作用方可完整實施專利技術方案。本案中,由於索尼中國公司僅提供內置WAPI功能模塊的移動終端,並未提供AP和AS兩個設備,而移動終端MT與無線接入點AP及認證服務器AS係三元對等安全架構,移動終端MT與無線接入點AP及認證服務器AS交互使用才可以實施涉案專利。因此,本案中,包括個人用戶在內的任何實施人均不能獨自完整實施涉案專利。同時,也不存在單一行為人指導或控制其他行為人的實施行為,或多個行為人共同協調實施涉案專利的情形。在沒有直接實施人的前提下,僅認定其中一個部件的提供者構成幫助侵權,不符合上述幫助侵權的構成要件,而且也過分擴大對權利人的保護,不當損害了社會公眾的利益。據此,根據專利應用法律司法解釋第二第二十一條第一款的規定,索尼中國公司的行為不構成幫助侵權”。詳見西安西電捷通無線網絡通信股份有限公司訴索尼移動通信產品(中國)有限公司侵害發明專利權糾紛案,一審:(2015)京知民初字第1194號民事判決書;二審:(2017)京民終454號民事判決書。

³⁶張廣良:“專利侵權判定規則的進一步完善——以滿足產業創新與實質性保護需求為目標”,《人民法院報》,2019年12月11日,http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2019-12/11/content_163275.htm?div=-1&from=singlemessage&isappinstalled=0。

³⁷(美)小奧利費·溫德爾·霍姆斯著,冉昊等譯:《普通法》,中國政法大學出版社2006年版,第1頁。