

对习惯在知识产权领域认识偏差的反思

李小艳

(郑州大学 法学院, 郑州 450001)

摘要:习惯对知识产权法律制度的发展具有潜在的驱动力,对知识产权案件的审理具有重要的渗透力。由于习惯自身所具备的地方性、时间性、舆论依赖性的特征,以及知识产权领域的学者和法官对习惯的研究和适用欠缺相应的敏锐度,习惯在知识产权领域未得到应有的重视,相关研究更是少之又少。这种认识偏差既会导致习惯对于知识产权法律的补充功能得不到有效释放,同时也不利于知识产权理论研究的发展。针对此问题,应当着手启动全国性的知识产权习惯的调查工作,并对其进行类型化处理;此外,发挥好我国现有的案例指导制度和类案检索制度的指引作用,对于习惯的适用也同样大有裨益。

关键词:习惯;知识产权;认识偏差

中图分类号:D923.49 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-349X(2021)02-0103-06

DOI:10.16160/j.cnki.tsxyxb.2021.02.015

Reflections on the Cognitive Bias for the Custom in the Field of Intellectual Property

LI Xiao-yan

(School of law, Zhengzhou University, Zhengzhou 450001, China)

Abstract: Custom is a potential driving force for the development of the intellectual property legal system and an important penetration force for the trial of intellectual property cases. Due to its own features of locality, time, and public opinion dependence, as well as the lack of corresponding acuity about study and application of the custom among scholars and judges within the intellectual property field, the custom has not received due attention in the above field and the related research is even rarer. This cognitive bias will not only lead to the ineffective release of the complementary function of custom to intellectual property law, but also hinder the development of theoretical research on the intellectual property. In response to this problem, a nationwide investigation of intellectual property custom should be started and the customs be researched according to different types. In addition, it is also beneficial to give full play to the guiding role of China's existing case guidance system and similar case retrieval system.

Key Words: custom; intellectual property; cognitive bias

作者简介:李小艳(1996—),女,河南新安人,硕士研究生,主要从事民商法研究。

立法理性是一种有限理性,立法无法预见和规定一切。成文法律为了避免僵化和落伍,需要从习惯中汲取营养,以习惯作为法律渊源,法律才能根植于社会生活之中,保持旺盛的生命力和开放性。所谓习惯,就是人们在日常生活、交易中形成的经常性做法,是指在一定地域、行业范围内长期为一般人确信并普遍遵守的民间习惯或者商业惯例^[1]。关于习惯是否为私法法源的问题,我国学界素有争议。2017年《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第10条正式确立了习惯作为民法法律渊源的地位。至此,习惯才得到我国立法的首次肯认,这无疑是民事立法的一大进步^①。

习惯虽然已经成为我国民事法律渊源之一,但是其在知识产权领域的运用却又是另一幅景象。有关习惯在知识产权领域里的相关问题,学术界的关注不足,专项研究匮乏,成果较少^②。在知识产权审判实务中,习惯同样得不到重视,法官几乎不会对实践中的知识产权习惯进行论证,更遑论依据习惯认定相关事实。本研究以这种不对称现象为切入点,立足于对司法实践的考察,结合具体的原因,对习惯在知识产权领域认识偏差展开分析论述。

一、习惯对知识产权法之重要作用

关于法律的产生曾有过经典表述,即“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便是法律”^[2]。因此,习惯总是先于法律而产生,许多法律往往只是对社会生活中早已通行的习惯或惯例进行确认、总结、概括和升华。这一说法对于知识产权法律制度来说,同

样具有适用的正当性。习惯在三大知识产权领域中均有所体现,在著作权法上则更为突出。著作权法是文学、艺术和科学作品的衍生物,而在文学艺术的知识中往往包含着当时社会的特定文化习惯。普遍存在的世俗生活构成了文学艺术创作的直接源泉,无论是作品抑或是作者,都存在于特定时代之中,深受社会习惯的影响,带有特定时代的烙印。比如,对于功能性作品的保护,实务中多倾向于以版权制度加以救济。这其中不免有习惯的力量在发挥作用,即我们习惯性地认为作者“就”理所当然地拥有其作品的版权,这是不容置疑的。再如,对于委托作品的著作权归属问题,我国《著作权法》第17条规定由委托人和受托人通过合同约定委托作品的著作权归属。此规定违反了我国社会的历来习惯做法而广受质疑。杨文彬教授通过研究唐代文人的著作,从历史文化习惯中探寻根源,也认为该项规定违反了历代文人创作和交易的习惯,不仅招致理论上的分歧,也造成实务上的混乱^[3]。另外,涉及版权与专利权之间的界分问题时,同样也能看到习惯的影子。这两个领域的区别先于且独立于它们而存在,在决定不同的客体归属于不同法律保护范围时,我们只是习惯性地对不同主题进行合理的区别对待,使之在各自领域内产生不同的法律效力^[4]。由此可见,习惯对于知识产权法律制度的形成发展起着润物细无声的助推作用,在很多时候其已经内化为我们既定认知的先见组成部分,并且对于后续认知的形成具有方向上的指引。

习惯之于知识产权法的影响亦可从司法实务中窥见一二。以“习惯”为关键词在“北大法宝”的“司法案例”中进行全文检索^③,共得出案由为“知识产权”的案件9 635件。其中,案由

① 《中华人民共和国民法总则》第10条规定:处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。

② 此方面的研究成果有:魏衍亮《知识经济时代的习惯法问题》,《中国法学文档》,2005(1);杨文彬《知识产权法上的习惯》,《科技与法律》,2007(4)。

③ 最后检索日期:2020年7月2日。

为“知识产权权属、侵权纠纷”的案件数量最多,达到了6 092件,占有所有案件的63%。在适用法院的层级上,主要集中在高级人民法院与中级人民法院,案件数量分别为2 174件和3 515件。从审理年份上可以看出,案件数量也是呈现逐年上升的趋势。从使用频率上看,习惯在知识产权案件审理中的使用频率有增无减。从实际审理过程来看,诉讼两造经常会引用习惯进行请求与抗辩,而法官在处理争议时也会将习惯作为一个重要的因素加以参考。本文以案由为“商标权权属纠纷”的30件经典案例作为研究样本,从中概括总结出习惯在商标侵权案件中的适用特点:第一,在判断被告的行为是否构成商标侵权以及确定赔偿责任时会涉及对习惯的考察,这类案件数量比较多^①;第二,判断被告有无恶意时,会将习惯作为一个重要的衡量因素^②;第三,习惯的类型各异、多样,主要可以分为两大类,即人们的日常生活习惯和商业经营惯例,前者如思维习惯、认知习惯、语言习惯、识别习惯等,后者如交易习惯等。由此可见,无论是知识产权法的具体制度发展,抑或是审判实践的需要,习惯都在其中具有较大的适用余地 and 价值空间。

二、习惯在知识产权领域之冷落地位

一个显而易见的事实是,习惯在知识产权领域所受重视程度及地位与其所具有的重要作用不相匹配,甚至可以说存在较大差距。在“北大法宝”的“法学期刊”内以“习惯”为关键词进行全文检索^③,可以得出502篇相关论文,而其中与知识产权内容相关的论文寥若晨星,只有13篇,仅占全部论文的0.2%。此外,在中国知

网上以“习惯”和“知识产权”为关键词进行检索^④,仅能得到11条结果,其中,外文论文7篇,而中文论文只有4篇。在这4篇中文论文中与“习惯”“知识产权”主题密切相关的仅有3篇,而且发表年代相对较早。由此足以看出,我国知识产权理论领域对于习惯的相关问题关注不足,研究甚少,也没有取得显著性成果。

习惯在知识产权司法实务中同样存在诸多问题。比如,对于习惯这一用语就存在着各式各样的表达。从笔者研究的诸多案例中可以看出,法院对于习惯的称呼可谓是五花八门——“思维习惯”“一般消费者的认知习惯”“一般人的记忆习惯”“一般的商业习惯”“消费者的消费习惯”,等等,凡此种种,不一而足。由此也可看出,法院在审理过程中对于习惯的认定与适用存在着较大的随意性和不规范性,没有较为统一的认定标准,法官的自由裁量权过大。此外,在习惯引入知识产权审判实务的过程中也面临着一定的问题,比如,知识产权领域存在着何种习惯?这些习惯进入诉讼程序中该如何适当运用?原告倘若以被告的行为违反习惯为由进行诉讼,那么原告是否有义务来证明其依据的习惯确已存在且有效成立呢?当法官在处理争议焦点时涉及对习惯的引用,其依据是什么?而且“其中最重要的也是最集中的问题就是如何判断良善?标准如何确立?根据什么来确定?”^[5]这些问题都有待解决。通过对案例的整理研究不难发现,知识产权案件中涉及的习惯与人们的日常生活习惯和商业经营惯例并无二致,两者间具有很大的相似性。

① 参见“尚杜·拉菲特罗兹施德民用公司与深圳市金鸿德贸易有限公司、湖南生物医药集团健康产业发展有限公司侵害商标权、不正当竞争纠纷二审判决书”,(2011)湘高法民三终字第55号;“伊士曼柯达公司诉苏州科达液压电梯有限公司商标权侵权纠纷一案判决书”,(2005)苏中民三初字第0213号。

② 参见“北京长青泰餐饮娱乐有限公司诉上海天上人间娱乐有限公司商标侵权、不正当竞争纠纷二审判决书”,(2004)沪高民三(知)终字第47号。

③ 最后检索日期:2020年7月2日。

④ 最后检索日期:2019年7月2日。

三、习惯在知识产权领域认识偏差之因果分析

习惯作为调整性文化的代表对于知识产权法律制度的建设发展与日臻成熟具有潜在的驱动力,而习惯对于知识产权案件的审理同样正在逐步渗透其影响力。然而,习惯如此之重要,但在中国知识产权领域——无论是理论还是实务领域并没有获得应有的关注与重视。这种现象出现的原因既与习惯自身所具备的特殊品质有关,又与知识产权实践中对习惯的错误认识相连,结果使得习惯对于知识产权法律的补充作用得不到有效发挥,并且不利于知识产品所有权人以外的使用者享有和行使权利。

(一)认识偏差之原因

这种认识上的偏差首先与习惯自身所具备的独特品质有关。王利明教授认为,习惯作为民法法源应当同时具备积极条件和消极条件。质言之,积极条件包括具有长期性、恒定性、内心确信性,具有具体行为规则属性,具有可证明性;消极条件指的是不得违背公序良俗^[6]。学者苏力认为由于诸多原因,习惯惯例的效力是有限的。首先,习惯的强烈地方性色彩增加了其普遍适用的困难。正所谓“十里不同风,百里不同俗”。全国各地的商事交易习惯与知识产权相关的习惯做法都不尽相同,适用中会产生诸多不便和误解,一旦出现纠纷,难以确定究竟要以谁的习惯为准。其次,习惯的形成并非一朝一夕,需要较长时间,具有时间性。再次,习惯往往依赖社会舆论来保证遵守,具有舆论依赖性。而在全国性的跨区域的交易中,由于市场经济条件下利益不尽相同,往往不可能形成统一的舆论导向,甚至可能出现完全对立的局面,这使得舆论失去其应有的有效制裁和规范作用^[7]。习惯的上述特性似乎使其天然地具有论证上的难度,证明某个习惯的存在并非易事。这种认定难度不仅会增加论证习惯成立与否的不确定性,而且还会加大理论研究的难度和具体适用的成本。在笔者所研究的案例中,无论

是当事人抑或是法官对于习惯的引用都是直接引用,并没有对该习惯的成立进行充分论证,而且引用也比较随意,缺乏规范。针对习惯的自身特性因素带来的适用难题,不管是在民法知识产权领域还是其他领域,并没有太大的差别。

对于习惯在知识产权法研究中讨论不多的原因,有观点认为,一方面是学者没有领会到习惯在知识产权法中所扮演的重要角色。比如,有学者主张,与财产权相比,知识产品及其法律制度独立于长期存在的习惯、公共规范和广泛传播的社会理念^[8]。很显然,这一主张将知识产权制度的发展完全归因于其自身的独立“成长”,忽视了他外因素的推动作用,自然也就没有看到习惯的力量。这种画地为牢、闭门造车的做法并不足取。另一方面的原因是,在知识产权案件中的诉讼当事人及法官对于何时能够依靠习惯,存在着不确定性和模糊性^[9]。他们很多时候并没有意识到习惯对所审理的知识产权案件的影响,即使在少数人意识到并涉及习惯的情况下,他们也没有认真思考所包含的某一习惯其更为广泛的影响。而这一点则是明显区别于其他领域。比如,在合同法、物权法领域内关于习惯问题的理论研究众多,相应的司法案例也是不胜枚举。可以说,其他领域的民法学者对于习惯及其周边问题一直都保持着较高的敏锐度和研究热度,法官对于习惯的司法适用也是时有发生。这种持续不断的关注研究与适用,是在某一领域内正确认识和实践习惯的重要前提。从一定意义上来看,知识产权领域的学者和法官对于习惯的研究和适用不够敏感,是导致上述偏差认知的一个重要原因。

综上所述,对于习惯在知识产权领域的认识偏差,是多种因素综合作用的结果。这既是习惯自身的内在特性使然,同时也是由知识产权领域的学者和法官对习惯的重要性欠缺敏锐度导致的,这也间接反映出法官的司法涵养不

足,尚有待进一步提升。

(二)认识偏差之后果

首先,此种认识偏差会导致习惯对于知识产权法律的补充功能得不到有效释放。习惯作为人们的心理积淀或意识表现,在社会生活中以隐文化形态发挥功用,这种现象可以称之为“习惯的让位”^[10]。有关习惯与法律之间的关系问题可谓是一个热点话题,被学者们如火如荼地讨论着。诚如英国法学家G·D·詹姆斯所言:在一个法律体系的初创阶段,习惯往往对法律的发展起显著作用。他认为,习惯和法律的联系是显而易见的,因为不论什么法律关系,人们总是遵循习惯,它体现着公正的思想^[11]。习惯作为一种最具个性特征的社会调整文化,其所具有的现代价值应当在知识产权领域被理性审视。对于知识产权各种法律关系的规制,不能仅仅依赖既有的成文法律制度,在习惯被正式纳入民法法源之后,更是可以借助习惯的力量来弥补现有法律的制度空缺或设计瑕疵,从而达到妥善处理纠纷的目的。

其次,此种认识偏差会阻碍知识产权理论研究的繁荣发展。习惯风俗是法理学最基本的问题之一,也是法律文化研究的基本命题。在知识产权法律制度的形成与发展过程中或多或少会有习惯的身影存在。比如,习惯影响着知识产权的范围,包括知识产权所有者的权利范围以及其他使用人的权利范围。再比如,著作权法定合理使用制度在报酬支付、使用范围以及使用者方面的特性都与法定许可制度存在明显不同,而这种差异更多是由社会生活习惯所决定的。值得注意的是,知识产权法律的单一性、统一性和社会习惯的丰富性、多样性之间形成了鲜明的对照和反差。这种对照和反差促生了无数有趣的和有意义的问题群,也蕴含着以其作为研究对象的知识产权理论研究的旺盛生命力。如果一直对习惯在知识产权领域的影响视而不见,那么知识产权的理论研究将缺少更多活力和动力,将失色不少。

四、习惯在知识产权领域认识偏差矫正之路径找寻

为了增强习惯对知识产权发展的驱动力,充分发挥其对知识产权审理的渗透力,应结合上述具体原因去矫正目前存在的认识偏差。

(一)启动全国性知识产权习惯的调查工作并进行类型化处理

与其他民商事法律相比,知识产权法具有很强的专业性和技术性特征,因此,只有学习、借鉴、遵循大量的司法和行政先例,汲取习惯的力量,才有可能做好知识产权的审查、裁判、管理工作。在这方面,域外经验可以提供相应的启示。美国专利制度的许多内容都是对实践中具体习惯的确认,美国专利局审查、复审的先例以及审查指南、法院的判决都包含许多与专利相关的审查习惯。而欧洲专利局、技术申诉委员会等机构也非常重视发挥审查、复审先例的作用,一定程度上超过了对成文法的重视^[12]。对于我国来说,应当启动全国性知识产权习惯的调查工作,搜集、整理、归纳、总结国家知识产权局和各地知识产权局以往的审查、复审先例,以及各地知识产权法院的司法裁判先例中涉及的各类知识产权习惯,分析将这些习惯引入知识产权审理、裁判实践中的必要性、可行性以及可能产生的影响。此外,还要注重进行类型化处理,既方便为以后的审理工作提供裁判积累,也能为知识产权立法的完善提供良好的智力支持。

(二)发挥好案例指导制度的指导作用

全国性知识产权习惯的调查工作并非易事,需要相当多的时间与精力投入,这项工作是一个较为漫长的过程,不可能一蹴而就。在此之前,我们需要充分利用好我国现有的案例指导制度。我国虽不是判例法国家,但毋庸置疑,上级法院审理的案件对于下级法院具有很大的影响力,尤其是最高人民法院发布的指导性案例,其权威性和指导意义更是不言而喻。

建立知识产权案例指导制度,对已有的以

习惯作为裁判依据的生效案例进行检索、整理和公布,以指导以后的审判工作,不失为一种既不突破现有法律框架,又能暂时妥善解决现实问题的折中做法。目前,如果最高人民法院通过指导性案例、公报案例等权威平台以及省级法院通过典型案例、参考性案例等权威平台,发布具有指导性的适用习惯的知识产权案例,可以有效避免每次适用习惯时均需查明和论证的麻烦,减轻诉累,并有利于知识产权领域的法官正确理解、适用习惯,促进裁判尺度的统一,进而实现案件的司法效果与社会效果的良好结合。

此外,为深化司法责任制综合配套改革,健全完善类案检索制度,最高人民法院在 2020 年 7 月颁布了《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》。该意见对类案检索的适用范围、检索主体及平台、检索范围和方法、检索报告和说明、审判案例数据库建设等事项予以了明确,强调法官对指导性案例的参照和其他类案的参考有利于实现法律的统一适用。这对于知识产权领域案例指导制度同样具有实益。

五、结语

本研究以习惯在知识产权领域内的适用为考察对象,分析习惯在知识产权案件审理过程中存在的困境,进而立足于现实,探索习惯在知识产权法律适用中的解决之道,希冀借此破解当前对习惯的研究存在“路归路、桥归桥”的怪异现象,以期能够在知识产权领域引起对习惯的重视,以将习惯的价值最大化。笔者的建议是,着手启动全国性知识产权习惯的调查工作,并进行类型化处理。同时,在具体实施过程中,要充分利用我国已经建立的案例指导制度和类

案检索制度,加强对法院相关案例的整理汇编工作,及时发布指导案例。

参考文献:

- [1] 中国审判理论研究会民商事专业委员会. 民法总则条文理解与司法适用[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 33.
- [2] 马克思, 恩格斯. 马克思恩格斯选集: 第 2 卷[M]. 北京: 人民出版社, 1972: 538 - 539.
- [3] 杨文彬. 知识产权法上的习惯[J]. 科技与法律, 2007(4): 78 - 79.
- [4] 何炼红. 论功能性作品版权保护的理论困惑及解决路径: 重估习惯的力量[J]. 现代法学, 2005(5): 107.
- [5] 刘作翔. 传统的延续: 习惯在现代中国法制中的地位和作用[J]. 法学研究, 2011(1): 53.
- [6] 王利明. 论习惯作为民法渊源[J]. 法学家, 2016(11): 5 - 6.
- [7] 苏力. 法治及其本土资源[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017: 9.
- [8] LONG C. Information costs in patent and copyright[J]. Virginia Law Review, 2004, 90(2): 465 - 549.
- [9] ROTHMAN J E. The questionable use of custom in intellectual property[J]. Virginia Law Review, 2007, 93(8): 1899 - 1982.
- [10] 亨利·埃尔曼. 比较法律文化[M]. 贺卫方, 高鸿钧, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1990: 47.
- [11] 詹姆斯 G D. 法律原理[M]. 关贵森, 陈静茹, 译. 北京: 中国金融出版社, 1991: 64.
- [12] 魏衍亮. 知识经济时代的习惯法问题[J]. 广东法学, 2004(3): 2 - 13.

(责任编辑: 李秀荣)