

“飘柔”著作权案终审判决 论证脉络之检讨

——从司法裁决证立理论出发

易健雄

内容提要：方正公司诉宝洁公司侵害“飘柔”著作权案终审判决的证立脉络存在偷换论题、循环论证、关键论断未予论证、次级证立缺如等问题，终审判决并未完成其外部证立任务。合理期待并不必然构成默示许可，默示许可也难以在案件中适用。“宝洁公司并未侵权”只是一个尚未证立的论断，对字体企业与社会公众而言，各种行为还处于开放状态，“一切皆有可能”。

关键词：著作权 法律论证 证立脉络 方正公司 合理期待 默示许可

备受瞩目的北京北大方正电子有限公司（以下简称方正公司）诉广州宝洁有限公司（以下简称宝洁公司）、北京家乐福商业有限公司侵害著作权纠纷一案随着终审判决的作出而告一段落。^①早在终审判决前，该案就因其对中国字体产业及公众利益的重要影响而引发了热烈讨论。^②一审法院直陈“字库中的单字不能作为美术作品给予权利保护”并驳回了方正公司的全部诉讼请求。二审法院维持了原判，不过给出的理由是“默示许可”。终审判决在程序上终结了该案

纠纷，在社会上则引起了强烈反响。有媒体评价这一“另辟蹊径”的判决理由是“剑走偏锋”，有学者甚至认为“默示许可”的认定“既不符法理，又不合情理”。^③也许，该案的重要性与争议问题的复杂性注定了无论怎样的判决都会引发强烈反响。无论如何，法院“被推到悬崖边上”^④，所作的判决都值得认真对待。本文试图利用法律论证理论，梳理终审判决的证立脉络，^⑤以探求该案判决的正当性及其对中国字体产业、公众利益的可能影响。

作者简介：易健雄，最高人民法院中国应用法学研究所博士后工作站与中国社会科学院法学所博士后流动站联合招收博士后、西南政法大学知识产权学院副教授

本文系国家自然科学基金“著作权人格权与法人人格权理论冲突及协调机制研究”（10CFX073）和博士后研究项目“中国著作权民事审判状况研究”的阶段性研究成果。

^①《最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》（法〔2011〕41号）将原来案由中的“侵犯”修改为“侵害”。本文从其规定，将终审判决“侵犯著作权纠纷”的表述调整为“侵害著作权纠纷”。

^②《法制日报》、《人民法院报》、《中国知识产权报》、人民网、新浪网、中国法院网等众多媒体报道或转载了与该案有关的消息。实务界、理论界就此专门召开了多次专题研讨会。学者们也纷纷加入讨论，撰文表达观点。如，《知识产权》杂志2011年第5期集中刊登了刘春田、许超、陶鑫良、张平、李雨峰、李琛等多位知名学者的相关论文。各家观点可谓见仁见智、异彩纷呈。

^③《中国经营报》报道：“方正无奈‘默示许可’字体产业面临模式危机”，<http://tech.163.com/11/0724/06/79N5JBFH000915BD.html>，2011年8月3日访问。

^④2011年5月28日在中国人民大学召开的“计算机汉字字库及字体法律问题研讨会”上，张玉瑞先生在描述法院因该案所处的境地时，称“法院被推到悬崖边上”。

^⑤关于“证立脉络(context of justification)”，可参见【荷】伊芙琳·T·菲特丽丝：《法律论证原理——司法裁决之证立理论概览》，商务印书馆2005年版，第6页及以下。

一、终审裁判理由

二审法院将论证的重心放在“宝洁公司在被控侵权产品上使用涉案‘飘柔’二字的的行为是否构成对方正公司复制权及发行权的侵犯”这一问题上。终审判决书写道：“上诉人如欲证明两被上诉人实施的被控侵权行为构成侵犯著作权的行为，其应证明本案事实同时满足下列全部要件：

(1) 涉案“飘柔”二字构成作品；(2) 上诉人系涉案“飘柔”二字的著作权人；(3) 被上诉人实施的行为属于对涉案“飘柔”二字的复制、发行行为；(4) 被上诉人实施的复制、发行行为未获得上诉人的许可。这一许可行为既包括明示许可，亦包括默示许可。只有在本案事实同时满足上述全部要件的情况下，被控侵权行为才构成对上诉人复制权、发行权的侵犯。如其中任一要件未被满足，则上诉人的该上诉主张将无法成立。”

以此为前提，二审法院只论及了第4个要件，认定“被上诉人的行为系经过上诉人许可的行为”。给出的理由是：被控侵权产品上使用的“飘柔”二字系由被上诉人宝洁公司委托NICE公司采用“正版”方正倩体字库产品设计而成。依据案件事实可以认定NICE公司有权使用倩体字库产品中的具体单字进行广告设计，并将其设计成果许可客户进行后续的复制、发行，而被上诉人的行为恰系对该设计成果的后续复制、发行。

二审法院以“默示许可”支持“NICE公司有权实施上述行为”的认定，为证立“默示许可”，二审法院又给出了如下理由：“(1) 当知识产权载体的购买者有权以合理期待的方式行使该载体上承载的知识产权时，上述使用行为应视为经过权利人的默示许可。(2) 具体到汉字字库产品这类知识产权载体，基于其具有的本质使用功能，本院合理认定调用其中具体单字在电脑屏幕中显示的行为属于购买者合理期待的使用行为，应视为经过权利人的默示许可。(3) 对

于汉字字库产品这类知识产权载体，在产品权利人无明确、合理且有效限制的情况下，购买者对屏幕上显示的具体单字进行后续使用的行为属于购买者合理期待的使用行为，应视为经过权利人的默示许可。(4) 对于汉字字库产品这类知识产权载体，权利人可以对购买者的后续使用行为进行明确、合理、有效的限制。(5) 具体到本案，本院合理认定NICE公司调用该产品中具体单字进行广告设计，并许可其客户对设计成果进行后续复制、发行的行为，属于其合理期待的使用行为，应视为已经过上诉人的默示许可。因为首先NICE公司并未接受上述限制条款，上述条款对NICE公司并无约束力；其次上述限制条款并非合理的限制条款。”基于以上理由，二审法院认为被上诉人实施的行为不构成侵害著作权的行为，故驳回上诉，维持原判。^⑥

二、终审判决的证立脉络

针对上诉人方正公司关于“宝洁公司在被控侵权产品上使用涉案‘飘柔’二字的的行为构成对方正公司复制权、发行权的侵犯”这一主张，二审法院给出的结论是“上述行为不可能构成侵犯著作权的行为”、“上诉主张不能成立，本院不予支持”。从法律论证的角度讲，这是终审判决的论点：宝洁公司并未侵害方正公司的复制权、发行权。为证立这一论点，终审判决构建了一个庞大而复杂的论证体系，其中一些推导步骤并未完全展开，显得跨度较大。为了清晰展示终审判决的证立脉络，有必要在形式逻辑的基础上，重构其论证结构及表述方式。

(一) 终审判决的内部证立脉络^⑦

终审判决的论证起点是《著作权法》第48条第1项：未经著作权人许可，复制、发行其作品的，构成对著作权人复制权、发行权的侵害。就此论证起点，终审判决以“挖掘内涵”的方式，将其阐释为一个充要条件假言判断“ $p \leftrightarrow q$ ”：“(作品 \wedge 著作权人 \wedge 行为 \wedge 未经许可) \leftrightarrow 侵

^⑥ 详情见北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第5969号民事判决书。

^⑦ 关于“内部证立(interne Rechtfertigung, internal justification)”与“外部证立(externe Rechtfertigung, external justification)”，可参见[德]罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第273~351页。“证立”与“证成”这两个概念在很大程度上可以互换(关于二词含义的比较可参见前引阿列克西书第41页)，本文使用“证立”一词。

权”。^⑧其前件又是一个由四个联言肢构成的联言判断“ $p1 \wedge p2 \wedge p3 \wedge p4$ ”。依联言判断规则，其中任何一个联言肢为假，则该联言判断的逻辑值为假，即 $\neg p (\neg p1 \vee \neg p2 \vee \neg p3 \vee \neg p4)$ 。依充要条件假言判断规则，前件 p 为假($\neg p$)，则后件也为假($\neg q$)。换言之，终审判决以充要条件假言判断“ $p \leftrightarrow q$ ”为起点，依逻辑真值判断规则，将“ $p \leftrightarrow q$ ”转换为“ $\neg p \leftrightarrow \neg q$ ”，以此作为自己论证体系的大前提。在此基础上，终审判决着力分析了“未经许可”(p4)这一要件，认定其为“已经许可”(¬p4)，由此得到了论证体系的小前提。结合大前提与小前提，终审判决就得到了其结论“不侵权”(¬q)，从而驳回了方正公司的诉请。

终审判决获得其论证体系大前提的逻辑过程可简示如下：

∴ (作品 ∧ 著作权人 ∧ 行为 ∧ 未经许可)
 \leftrightarrow 侵权 [$(p1 \wedge p2 \wedge p3 \wedge p4) \leftrightarrow q$]
 ∴ (无作品 ∨ 无著作权人 ∨ 无行为 ∨ 已经许可) \leftrightarrow 不侵权 [$(\neg p1 \vee \neg p2 \vee \neg p3 \vee \neg p4) \leftrightarrow \neg q$]

终审判决论证体系的论式可以三段论简示如下：

任何人经过权利人许可复制、发行其作品的，不构成侵权 ($\neg p4 \rightarrow \neg q$)

宝洁公司的复制、发行行为经过了权利人许可 ($\neg p4$)

所以，宝洁公司不构成侵权 ($\neg q$)。

(二) 终审判决的外部证立脉络

为了证明内部证立中的小前提“宝洁公司的复制、发行行为经过了权利人许可 ($\neg p4$)”，终审判决给出了如下论据：“NICE公司有权使用倩体字库产品中的具体单字进行广告设计，并将其设计成果许可客户进行后续的复制、发行，而被上诉人的行为均系对该设计成果进行后续复

制、发行的行为”。论证结构如下：

论题1：宝洁公司的行为是否经过方正公司许可

论点1：宝洁公司的行为经过了方正公司许可
 论据1.1：NICE公司有权使用倩体字库产品中的具体单字进行广告设计，并将其设计成果许可客户进行后续的复制、发行

论据1.2：宝洁公司的行为系对该设计成果的后续复制、发行

NICE公司为何有权实施这些行为？“有权使用”可以证立“经过许可”吗？在这里，终审判决为了证立论据1.1，给出了“默示许可”的理由。^⑨论证结构如下：

论题2：NICE公司是否有权实施上述行为

论点2：NICE公司有权实施上述行为
 论据2：NICE公司上述行为属于经方正公司默示许可的行为

论据2也有待证立。为此，终审判决又给出了“合理期待”的理由。论证结构如下：

论题3：NICE公司上述行为是否经方正公司默示许可

论点3：NICE公司上述行为经过了方正公司默示许可

论据3：NICE公司上述行为是合理期待的行为论证并没有至此结束。因为论据3仍然是有待证立的命题：为什么NICE公司上述行为是合理期待的行为？且要完成这一论证，还需再论证合理期待的行为何以证立默示许可。终审判决先论证了这一问题。论证结构如下：

论题4：合理期待的行为应否视为经过了权利人默示许可

论点4：合理期待的行为应视为经过了权利人默示许可

论据4.1：知识产权客体与载体的分离特性使得购买载体的行为并不构成对知识产权的购买

^⑧ 终审判决书写道：“上诉人如欲证明两被上诉人实施的被控侵权行为构成侵犯著作权的行为，其应证明本案事实同时满足下列全部要件……。如其中任一要件未被满足，则上诉人的该上诉主张将无法成立。”终审判决书的另一处表述为：“在本院已认定被上诉人的行为被视为经过上诉人许可的行为的情况下，……上述行为不可能构成侵犯著作权的行为。”严格来讲，“不可能构成侵犯著作权的行为”与“上诉主张无法成立”这两种表述含义未见完全一致。“不可能构成侵犯著作权的行为”的表述很明确，被上诉人不构成侵权，理应驳回上诉人的请求。“上诉主张无法成立”的表述则还可能涵盖另一层意思：不能认定被上诉人的行为构成侵权，其是否侵权真假不明，而在真假不明的情况下，只能驳回上诉人的请求。因两种表述出现在同一判决书中，只能“合理”推断“不可能构成侵犯著作权的行为”是对“上诉主张无法成立”的进一步解释。如此，则可推断终审判决系将《著作权法》第48条第1项解释为充要条件假言判断，而不是充分条件假言判断。

^⑨ 终审判决书写道：“本院之所以认定NICE公司有权实施上述行为，是因为上述行为属于经上诉人默示许可的行为。”

行为

论据4.2: 产品购买者欲行使载体上的知识产权需另经权利人许可

论据4.3: 知识产权保护不可绝对化, 应遵循利益平衡的基本原则, 兼顾公众及其他当事人的利益

论据4.4: 产品购买者合理期待的行为若不能实施, 将使购买行为失去实质意义(此由市场基本规则、公平原则证明)

紧接着, 终审判决对论据3进行了论证。论证结构如下:

论题5: NICE公司上述行为是否合理期待的行为

论点5: NICE公司上述行为是合理期待的行为

论据5.1: 汉字字库产品购买者调用产品中具体单字在电脑屏幕中显示的行为属于合理期待的使用行为

论据5.2: 若无明确、合理且有效限制, 汉字字库产品购买者对屏幕上显示的具体单字进行后续使用属于合理期待的使用行为

论据5.3: 方正公司未对NICE公司上述行为进行明确、合理且有效的限制

为论证论点5而给出的三条论据本身也是有待论证的。二审分别论证如下:

论题6: 汉字字库产品购买者调用产品中具体单字在电脑屏幕中显示的行为是否属于合理期待的使用行为

论点6: 汉字字库产品购买者调用产品中具体单字在电脑屏幕中显示的行为属于合理期待的使用行为

论据6: 购买汉字字库产品的目的即在于利用产品中具体形式的单字, 调用单字并将其显示在电脑屏幕上上必经环节

论题7: 若无明确、合理且有效限制, 汉字字库产品购买者对屏幕上显示的具体单字进行后续使用是否属于合理期待的使用行为

论点7: 若无明确、合理且有效限制, 汉字字库产品购买者对屏幕上显示的具体单字进行后续使用属于合理期待的使用行为

论据7.1: 汉字字库产品以实用工具功能为主, 以审美功能为辅

论据7.2: 方式明确、不损害购买者的正当利益也不排除购买者的主要权利, 且为购买者接

受的限制, 为明确、合理、有效的限制

论题8: 方正公司有无对NICE公司上述行为进行明确、合理且有效的限制

论点8: 方正公司未对NICE公司上述行为进行明确、合理且有效的限制

论据8.1: NICE公司未接受方正公司的限制条款

论据8.2: 方正公司的限制条款并非合理的限制条款

终审判决又分别对论据7.1、8.1、8.2作了以下论证:

论题9: 汉字字库产品是否以实用工具功能为主, 以审美功能为辅

论点9: 汉字字库产品是以实用工具功能为主, 以审美功能为辅

论据9.1: 汉字字库产品系根据国家标准设计的产品

论据9.2: 根据国家标准设计的产品通常仅可能是适于批量生产的工业实用品, 而不可能是纯艺术品

论据9.3: 汉字字库产品可能具有美感功能, 但只有在满足购买者对其工具性的需要后, 美感功能才会再被考虑

论题10: NICE公司有无接受方正公司的限制条款

论点10: NICE公司未接受方正公司的限制条款

论据10.1: 方正公司的限制条款并非安装时必须点击, 这一设置本身无法证明NICE公司已接受该条款

论据10.2: NICE公司虽然知晓方正公司的限制条款, 但知晓并不能当然视为对该限制条款的接受

论据10.3: 购买行为本身无法当然推知购买者接受了限制条款

论题11: 方正公司的限制条款是否合理的限制条款

论点11: 方正公司的限制条款并非合理的限制条款

论据11.1: 方正公司未将其字库产品区分为个人版与企业版

论据11.2: 方正公司的限制条款使商业性购买者的购买目的落空

以上就是终审判决的外部证立脉络，可图示如下（见图1）：

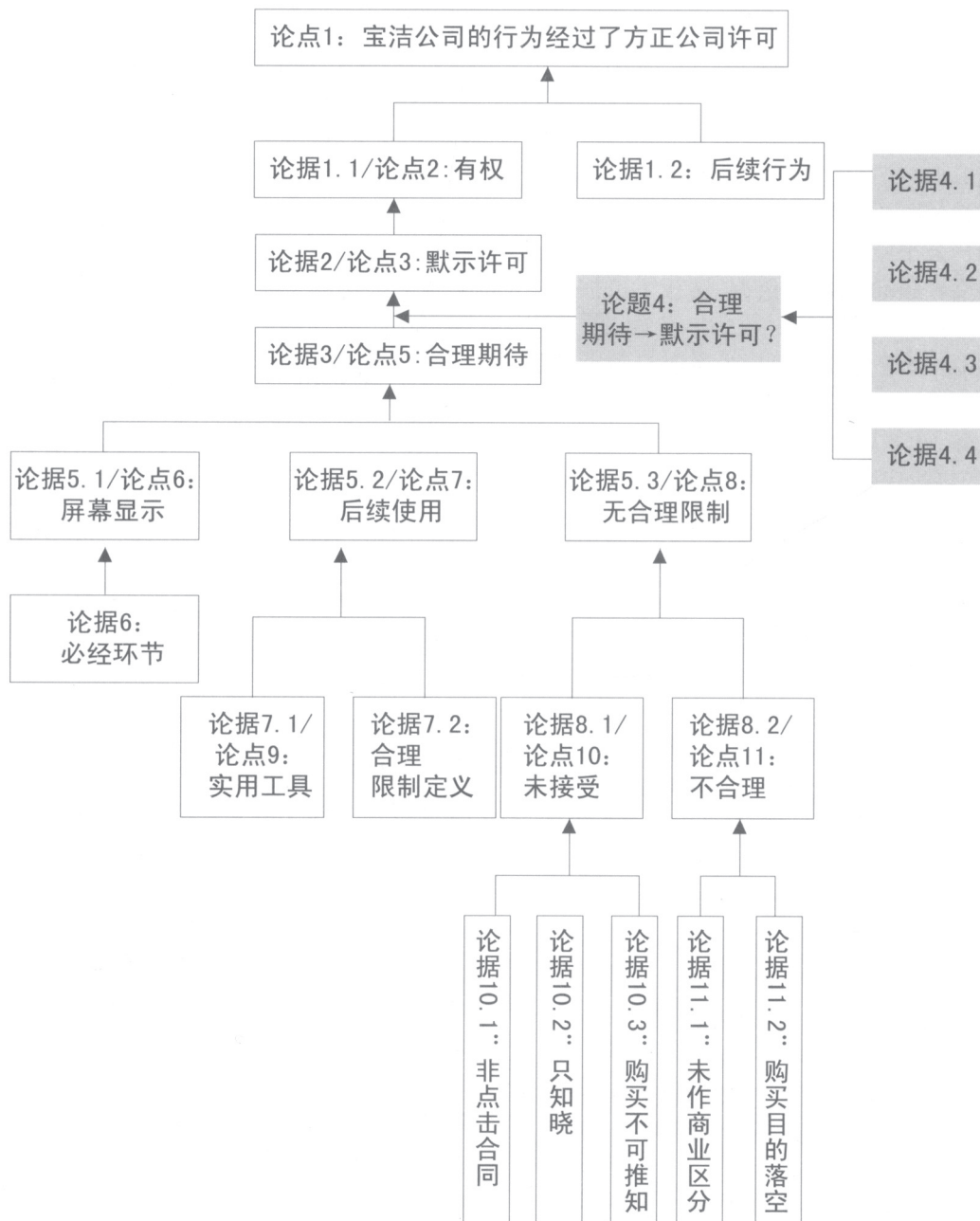


图1 外部证立脉络图

三、终审判决证立脉络之检讨

（一）内部证立脉络之检讨

“欲证立法律判断，必须至少引入一个普遍性的规范。”^⑩《著作权法》第48条第1项即是终审判决引入的一个普遍性规范。通过“挖掘内涵”式解释，终审判决从《著作权法》第48条第

1项得到了“（作品∧著作权人∧行为∧未经许可）↔侵权”这样一个充要条件假言判断。考虑到《著作权法》第48条第1项“本法另有规定的除外”的规定以及私法领域“法无明文禁止即为合法”的原则，终审判决将《著作权法》第48条第1项解释为充要条件假言判断并无不当。从

^⑩【德】罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第276页。

该充要条件假言判断出发, 终审判决得到“经过许可即不侵权”的命题, 也符合充要条件假言判断、联言判断及三段论的真值规则。从形式逻辑来看, 终审判决的内部证立脉络并无不当。

超出形式逻辑的问题是: (1) 在“作品 \wedge 著作权人 \wedge 行为 \wedge 未经许可”的四个联言肢中, 终审判决只选取其中一个联言肢进行论述是否妥当? (2) 二审法院有无义务说明其为何选择“未经许可”这一联言肢而不选择其他联言肢? 更何况当事人及一审判决关注的都是“作品”这一联言肢? 本文以为, 就第一个问题, 依“司法经济”原则,^①法院应该有权只选取其中一个联言肢进行论述。在否定其中任何一个联言肢即可否定后件的情况下, 法院没必要花费更多的资源去审查其他联言肢的真假。这为司法经济原则所允许, 也为司法经济原则所要求。就第二个问题, 亦可为司法经济原则与“不告不理”原则正当化。尽管当事人及一审判决都关注“作品”这一联言肢, 也不排除二审有意回避“作品”这一联言肢的可能。但方正公司的上诉主张是“被上诉人的行为构成对其复制权和发行权的侵犯”, 也就是说, “构成侵权”才是方正公司的上诉主张。如此, “是否侵权”才是二审法院需要直面的问题。法院若认为审理“未经许可”联言肢比较经济, 又能回答“是否侵权”这一争点, 其应有权这样去做。试想, 如果方正公司明确提出主张, 请求确认“飘柔”二字属于著作权法意义上的作品, 而不只是将其隐含在论据之中, 法院该如何面对?

(二) 外部证立脉络之检讨

相对于内部证立, 终审判决为证立内部证立脉络中的小前提“宝洁公司的复制、发行行为经过了权利人许可($\neg p4$)”而引入的外部证立则要复杂很多。为证立 $\neg p4$, 终审判决以“不断递归”的方式进行的论证次数达11次之多, 先后引出了至少10个论题、论点, 19个论据。^②这些论证回合交织成了一个庞大的论证体系。

1. 有权使用 \rightarrow 经过许可?

在前两步论证中, 终审判决以“NICE公司有权使用”论证“宝洁公司经过许可”, 又以“NICE公司经过默示许可”论证“NICE公司有权使用”。其中隐含一个逻辑缝隙: “有权使用”可以证立“经过许可”吗? 对此, 终审判决未予明示回答, 但从其论证思路看, 终审判决对此应是当然肯定——甚至不需要明示。然而, “有权使用”并不意味着“经过许可”, 著作权法上的合理使用、法定许可等情形均不需权利人许可就有权使用。还有一种容易忽略的情形是: 如无权利存在, 则不存在许可的问题, 此时使用人可谓“当然有权使用”。真值逻辑关系是: “经过许可”可以证立“有权使用”, “有权使用”却不能证立“经过许可”。不过, 这一逻辑缝隙在终审判决中有缝补的余地。依终审判决的论证思路, 可将前两步论证合并为一步, 直接以论据2论证论点1, 即以“NICE公司经过默示许可”直接论证“宝洁公司经过许可”。^③如此既能避免逻辑缝隙, 又可简化论证步骤, 似更合适。

2. 合理期待 \rightarrow 默示许可?

以“合理期待”来论证“默示许可”(对论点4的论证)是终审判决外部证立中最为关键的一步。终审判决外部证立脉络的“任督二脉”即在于此, “任督通则百脉通”。终审判决给出了4条论据。这4条论据自身也构成一个逐层递进的证明体系。

论据4.1是该证明体系的前提, 即“知识产权客体与载体的分离特性使得购买载体的行为并不构成对知识产权的购买行为”。确切地说, 知识产权客体与其载体在物理层面具有难以分离的特性, 因为有了区分知识产权与“物”的所有权的观念, 才在观念层面也将知识产权客体与其载体分离开来。终审判决以此作为论证前提, 只能说明终审判决承认本案存在着知识产权客体, 何种客体? 是字库软件, 还是字库中的单字? 对此, 终审判决没有言明, 但提到购买者的后续使用行为的对象是“汉字字库中的具体单字”,^④

^① 所谓“司法经济原则”, 是指法院等司法机关对案件事实调查与认定的精确度以案件裁决之所需为限, 不需要进行无限度的调查与认定, 以节约司法资源、提高司法效率。

^② 为避免过于繁琐, 有些比较显明的逻辑推导步骤并未完全展开, 其中的论题、论点、论据也隐而未露。

^③ 依终审判决的判断, 前一“许可”直接包含了后一“许可”。

^④ 终审判决书的原文表述是: “购买者对屏幕上显示的具体单字进行后续使用的行为属于购买者合理期待的使用行为”。

而后续使用行为又是经过“默示许可”的“对该知识产权客体的特定的权利行使方式”。如此，只能得出一个结论：汉字字库中的具体单字是知识产权客体。终审判决既以《著作权法》第48条第1项作为其论证体系的出发点，则这种知识产权客体只能是作品了。不得不说，终审判决虽未就“汉字字库中单字是否是作品”这一问题明确表态，却在其论证脉络里不经意地流露出了其观点：“汉字字库中单字是作品”。终审判决可能并不愿意承认这点，但从其论证逻辑中必然推论出这一观点。问题随之而来，既然“汉字字库中单字是作品”，则方正公司就是该作品的著作权人，终审判决又确认宝洁公司的后续使用行为就是对字库单字的复制、发行行为。如此一来，终审判决其实对“作品∧著作权人∧行为∧未经许可”的4个联言肢均进行了审理，且对前3个联言肢均作出了肯定判断。尽管内部证立的三段论仍然成立，但终审判决中“无论本案是否符合另外三个要件”的论述却显得有些言不由衷了。或者说，终审判决外部证立中隐含的观点否定了其在内部证立中明确表示的观点。在承认了存在知识产权客体的前提下，论据4.1能得到“普遍性规范”的支持。《合同法》第137条规定：“出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的，除法律另有规定或者当事人另有约定的以外，该标的物的知识产权不属于买受人。”

论据4.2是论据4.1的自然推衍，即产品购买者欲行使载体上的知识产权需另经权利人许可。一般情况下，既然知识产权不属于产品购买者，其欲行使该知识产权，自然要另经权利人许可。论据4.3则颇有转折的意味：知识产权保护不可绝对化，应遵循利益平衡的基本原则，兼顾公众及其他当事人的利益。这一转折也符合知识产权法中利益平衡原则，能为该原则所正当化。依该原则，知识产权必须在某些情形中受到限制。如著作权法规定的合理使用、法定许可等即是在特定情形中对著作权的限制。论据4.4即是终审判决考虑应对知识产权施加限制的情形——合理期待：如果有某种行为，产品购买者若不能实施，将使购买行为本身不具有“实质意义”；那么，这种行为对产品购买者来说，就是合理期待的行

为。购买者在交易时已为这种行为支付了对价，故可在购买后当然实施这种行为。依此，所谓合理期待行为应指依所购产品的“本质使用功能”正常使用该产品。这一论述可由市场基本规则、公平原则证立。应该说，终审判决论述至此，并无不当之处。也就是说，合理期待行为可依市场基本规则、公平原则，构成对“产品上承载的知识产权”的限制。

问题在于，合理期待行为为何就属于经默示许可的行为？在“知识产权存在——一般应经权利人许可——特定情形知识产权应受限制——合理期待行为构成特定情形”这一论证体系中，我们没有看到“合理期待行为应被视为经权利人默示许可”的必然性。围绕论点4，“合理期待的行为应视为经过了权利人默示许可”的论证结束了，我们却发现，问题仍在原处，论点4仍是一个有待证立的命题。^⑮

问题出在何处？检视之后会发现，由论据4.1—4.4构成的论证体系其实是在论证“合理期待行为应构成对产品上承载的知识产权的限制”这一命题。这一命题离论点4有多远呢？岔路口出现在第三个环节。当论证至“特定情形下知识产权应受限制”时，必须考虑可能的限制方案。从理论上讲，可能的限制方案包含权利范围内的限制与权利范围外的限制，前者属于权利行使的限制，后者则涉及权利的边界问题。鉴于知识产权客体的“无体性”，知识产权的边界绝非一目了然。权利利用尽原则、禁止权利滥用原则、所有权对知识产权的当然限制、默示许可等都是可以考虑的思路。默示许可关涉知识产权人的意志，系对知识产权人意思的拟制。依上论述，“合理期待”实质上是一个价值判断和利益衡量问题，意在平衡知识产权人与社会公众及相关当事人之间的利益关系。依该性质，选择超越相关主体意志的限制方案应更具合理性。拟制权利人的意志对权利进行限制颇有违背权利人意志之嫌。事实上，权利限制常与权利人意志无关，诸多限制方案无涉知识产权人的意志。可以肯定，此处存在多种可以选择的方案，而不只是“默示许可”一条路。合理期待与默示许可之间存在着相当的逻辑跨度，这一跨度能否桥接还很难说。依法律论

^⑮ 终审判决书中多处出现“属于购买者合理期待的使用行为，应视为经过权利人的默示许可”的表述。这种表述的多次重复表达了终审判决对“合理期待构成默示许可”的强调，甚至暗示终审判决有“一体化”这两个问题的意图。无论如何，同一论断的多次重复并不具有论证方面的意义。

证原理，这里涉及所谓次级证立^⑩的问题，终审判决就此保持了沉默。次级证立的缺如，导致了论证的无力。

不妨从逻辑角度推测一下终审判决选择“默示许可”方案的原因。终审判决以《著作权法》第48条第1项作为论证所依赖的“普遍性规范”，其所倚重的“许可”要件决定了合理期待行为必须归于“许可”之下，否则该行为将得不到“普遍性规范”的支持而丧失法律上的正当性。若不如此，终审判决将不得不为该行为另寻可以依赖的“普遍性规范”，而这意味着重筑论证体系的起点，进而摧毁原有的论证体系。这种后果往往难为原有体系的建构者所接受。

姑且不论“合理期待的行为应否视为经过了权利人默示许可”这一论题，“默示许可”方案于本案有无适用空间？依民法原理，默示与明示相对，也是意思表示的形式，指“以约定或法定的一定作为或不作为间接表示意思的形式，包括推定与沉默两种形式”。^⑪推定乃表意人实施一定的积极作为行为，相对人依据法律规定、习惯或约定间接推知其意思。沉默则指依据约定或法律规定，根据表意人消极的不作为行为确定其意思。本案涉及汉字字库产品购买后字库中具体单字的后续使用行为。能否从汉字字库产品买卖这一交易行为推定权利人已许可购买人可实施“合理期待”行为？无论是《合同法》、《著作权法》还是《民法通则》，都没有这样的规定。有所关联的是《合同法》第137条与《著作权法》第27条。^⑫而这两条规定均是强调知识产权人的权利，而不涉及限制权利的“默示许可”。《著作权法》第27条甚至排除了在著作权许可中适用默示许可的可能：无明示许可即无权。很明显，当事人之间也没有这种约定。能否从交易习惯中推出这一“许可”？如上所述，依据市场基本规则、公平原则，也许可以推出“合理期待”，却无法到达“默示许可”。沉默以消极不作为确定

当事人的意思，需有法律直接规定或当事人特别约定才有适用可能，^⑬于本案更无适用余地。于此情形，在本案适用“默示许可”方案，可谓理论上的冒险。

3. 否（合理期待↔合理限制）？

终审判决对论点4与论点5的论证展示了这样一种思路：知识产权应受合理期待行为的限制，合理期待行为应受权利人明确、合理且有效的限制；无明确、合理且有效的限制，则为合理期待行为，即默示许可的行为。关于默示许可与合理期待行为的关系，前已论及，此处不赘。终审判决关于字库产品购买者的合理期待行为与权利人的合理限制之间的关系的论证耐人琢磨。

依前述关于合理期待行为的认定，字库产品购买者调用字库中具体单字在电脑屏幕上显示是使用该字库产品的必经环节，应属合理期待行为。对此作为上诉人的方正公司也未持异议，勿需多论。关注的问题是论据5.2/论点7：若无明确、合理且有效限制，汉字字库产品购买者对屏幕上显示的具体单字进行后续使用属于合理期待的使用行为。为何“后续使用”也属于合理期待的行为？且还应受到合理限制？为回答前一问题，终审判决提供了论据7.1：汉字字库产品以实用工具功能为主，以审美功能为辅。充分的论证需要继续回答两个问题：（1）为什么汉字字库产品是以实用工具功能为主，以审美功能为辅的产品？（2）为什么字库的这一性质可使购买者的后续使用行为成为合理期待行为？就第一个问题，终审判决认为，汉字字库产品的艺术性再高，也必须以其实用功能为基础。这一论述应具有相当的说服力，能为公众的生活常识所正当化。就第二个问题，终审判决认为，产品购买者的后续使用行为既包括非商业性的使用行为，也包括商业性使用行为。对商业性购买者而言，其购买字库产品的“实质意义”包括将其使用结果提供给客户进行后续再利用，这也是依字库产

^⑩ 关于“次级证立”（second-order justification，也译为“二次证明”），可参见[英]麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社2005年版，第94~124页。

^⑪ 李开国、张玉敏主编：《中国民法学》，法律出版社2002年版，第200页。

^⑫ 《合同法》第137条规定：“出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的，除法律另有规定或者当事人另有约定的以外，该标的物的知识产权不属于买受人。”《著作权法》第27条规定：“许可使用合同和转让合同中著作权人未明确许可、转让的权利，未经著作权人同意，另一方当事人不得行使。”

^⑬ 各主要民法教科书均有类似讲述。例见李开国、张玉敏主编：《中国民法学》，法律出版社2002年版，第200页；张俊浩主编：《民法学原理》（修订第3版），中国政法大学出版社2000年版，第234~235页；龙卫球：《民法总论》（第2版），中国法制出版社2002年版，第452页。

品的“本质使用功能”而进行的正常使用。这一论述的充分程度取决于后续使用是否仍在字库产品的“本质使用功能之内”。首先要问的是，后续使用的对象是否仍是字库产品？终审判决认为购买者的后续使用行为的对象是“汉字字库中的具体单字”，除非认定“汉字字库中的具体单字”就是或等同于字库产品，否则只能认为后续使用行为已不在字库产品的使用功能之内，更不用谈“本质使用功能”了。二审法院没有肯认“汉字字库中的具体单字”就是或等同于字库产品，却肯认了对“汉字字库中的具体单字”的后续使用行为是产品购买者的合理期待行为。还应注意的是，此时的使用主体已不再是产品购买者，而是购买者的客户。随着对论点7的论证脉络的梳理，我们看到：（1）终审判决对“汉字字库产品购买者对屏幕上显示的具体单字进行后续使用属于合理期待的使用行为”这一命题的论证难谓充分。（2）要实现充分论证，必须直面“汉字字库中的具体单字”与“汉字字库产品”的关系问题。如前所述，终审判决实质上肯认了“汉字字库中的具体单字”是作品。汉字字库产品购买者对“汉字字库产品”的合理期待行为能否逻辑地推出购买者的客户对“汉字字库中的具体单字”后续使用也是合理期待行为，仍是个有待证明的命题。

终审判决认为，权利人可对汉字字库产品购买者的后续使用行为进行明确、合理、有效的限制。由此产生的问题是：（1）何谓明确、合理、有效的限制？（2）合理期待行为为何还要受到权利人的限制？论据7.2对第一个问题作了解释：方式明确、不损害购买者的正当利益也不排除购买者的主要权利，且为购买者接受的限制，为明确、合理、有效的限制。“明确”要件比较好理解，应是排除“默示许可”的二次适用。如何理解“购买者接受”，依经济人假设，没有购买者自愿接受这种限制条款。终审判决在论据10.1“方正公司的限制条款并非安装时必须点击，这一设置本身无法证明NICE公司已接受该条款”中，以否定的方式给出了例示：将条款设置成点击合同。依合同法原理，点击合同属格式

条款，其效力状态取决于其实质内容是否公平、合理。^②除增加了设置为点击合同这一要求外，这一原理实际上将“购买者接受”要件推回了“合理”要件。依终审判决的定义，“合理”要件取决于购买者的“正当利益”与“主要权利”。何为购买者的“正当利益”与“主要权利”？是否为其依汉字字库产品的“本质使用功能”而进行的正常使用？若如此，则“合理限制”的判断取决于“合理期待”的判断，而“合理期待”的判断恰恰又要以“合理限制”为前提。如此互为前提的判断将使“合理期待”与“合理限制”陷入“循环论证”的境地。

终审判决对“合理限制”作了例示：区分商业性使用与非商业性使用而将产品划分为个人版（家庭版）与企业版。这是否意味着不同性质的购买者其实有着不同的“合理期待”？若如此，则对合理期待行为的判断，不仅要考虑所购产品的“本质使用功能”，还要区分产品购买者的不同身份。终审判决在不经意间修改了先前关于“合理期待”行为的判断标准。若加上这一标准，则更凸显区分主体的必要性。相较于商业性产品购买者与非商业性产品购买者，产品购买者与购买者的客户更是不同的主体，是否更有考虑的必要？

终审判决在论据5.3/论点8中论及方正公司未对NICE公司对汉字字库产品中的具体单字进行后续使用的行为进行明确、合理且有效的限制。试想，若方正公司依此判决，将其字库产品区分为个人版（家庭版）和企业版，并将限制条款设置为点击合同，是否意味着方正公司就设置了明确、合理、有效的限制？此后方正公司再就类似情形提起诉讼，是否就可以胜诉？若依前述分析，终审判决实质上对“作品∧著作权人∧行为∧未经许可”的四个联言肢均进行了审理，且对前三个联言肢均作出了肯定判断，如果方正公司作了上述调整，则第四个联言肢也应变更为肯定判断了。如此一来，就须适用“（作品∧著作权人∧行为∧未经许可） \leftrightarrow 侵权 [（p1∧p2∧p3∧p4） \leftrightarrow q]”，

（下转第82页）

^② 《合同法》第40条规定：“格式条款具有本法第52条和第53条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”

范围导致驳回的申请的申请人绝大多数为中小企业和自然人,因此应当加强面向中小企业、自然人申请人的专利申请文件撰写知识培训,提高撰写水平,将宣传和引导工作的重点向中小企业和自然人申请人倾斜。做好专利咨询服务工作和审查信息查询服务,进一步提高专利申请事务、审查过程的透明度和便利度,这是一个量大而琐碎的工作,需要地方知识产权工作部门以及专利代理机构的大力协作。作为知识产权服务机构,专利代理机构有责任开展面向中小企业、自然人申请人的专利申请咨询服务、审查信息查询服务以及知识产权基本知识的培训服务。

4. 在国家知识产权局的引导下,进一步规范专利代理行业,包括进一步制定完善专利代理行业各项法律法规和部门规章,从政策上和财政

投入上支持知识产权服务业的健康快速发展;加大对专利代理行业的宣传推广,提高其社会认知度;加强行业自律与诚信建设,提高社会认可度;提升代理机构的服务能力,建立健全知识产权信息库和公共服务平台,为公众提供完整、准确、及时的知识产权信息,积极开展专利申请咨询服务、审查信息查询服务以及知识产权基本知识的培训服务,并注重提升专利代理人的服务能力,培养更多高素质的专利代理人等。

5. 加强实用新型审查过程中各种信息的收集整理,比如可收集近年来的驳回申请“典型案例”或“虚拟案例”出版成册,供广大申请人、代理人以及审查员参考,从而有针对性地开展专利申请业务的宣传、辅导、普及、提高工作,促进实现驳回量的减少。■

(上接第36页)

而不是“(无作品 \vee 无著作权人 \vee 无行为 \vee 已经许可) \leftrightarrow 不侵权 $[(\neg p_1\vee\neg p_2\vee\neg p_3\vee\neg p_4)]\leftrightarrow\neg q$ ”了。事情恐怕没有这么简单。

四、结论

经过检讨,可以发现,终审判决的证立脉络主要存在如下问题:

1. “有权使用”并不能证立“经过许可”;
2. 未以论据2直接论证论点1,拉长了论证步骤,导致逻辑缝隙;
3. 内部证立中明示只论证一个要件,外部证立中却隐含了对其余三个要件的肯定论断,即肯定了汉字字库中的具体单字是作品,方正公司是著作权人,宝洁公司实施了复制、发行行为;
4. 偷换论题,将“合理期待的行为应否视为经过了权利人默示许可”置换为“合理期待行为应否构成对产品上承载的知识产权的限制”;
5. 关键论点“合理期待的行为应视为经过了权利人默示许可”未得到论证;
6. 在存在多种选择方案,需要进行次级证立时,未进行次级证立;
7. 在实践中进行理论上的冒险,即在无普遍性规范支持的情况下,在案件中适用默示许可方案;

8. 在未论述“汉字字库产品”与“字库中具体单字”关系的情况下,直接将对后者的使用视为对前者的使用;

9. 在未论证的情况下,以“汉字字库产品购买者对汉字字库产品的合理期待行为”认定“购买者的客户对汉字字库中的具体单字后续使用也是合理期待行为”;

10. 在“合理限制”与“合理期待”之间进行循环论证。

从检讨的情况看,合理期待并不必然构成默示许可,默示许可也难以在本案中适用。终审判决并没有完成其外部证立任务,外部证立脉络的“任督二脉”并未打通,论点与论证体系之间并无必然的逻辑联系。“宝洁公司经过了许可,所以不侵权”只是一个尚未被证立的论断。诚如恩吉施所言:“作出结论本身……(不需要)我们费太大的力气,主要的困难在于寻找前提。”^②该案乃至同类案件的前提该当如何,还有待理论界、实务界共同寻找。

终审判决给人的直观印象是:字体企业不能对字库产品中的具体单字主张权利,公众可以随意使用。然而,对终审判决的检讨表明,如此论断为时尚早,各种行为都还处于开放状态,可谓“一切皆有可能”。也许,这正是终审判决想要的效果。■

^② K·恩吉施:《法律适用的逻辑研究》,第13页;转引自【德】罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第284页。