

知识产权制度论

杨志敏¹, 张建伟²

(1. 四川大学 法学院, 四川 成都 610064; 2. 河南大学 法学院, 河南 开封 475001)

摘要:从智力成果的特点、知识产权法的法技术特点及刺激论等角度详细评析了现行知识产权制度。指出知识产权制度积极存在的意义在于它向社会提供了一套较为完善的促进和推动信息开发、创新的内在刺激机制,为此知识产权法可分为支援型法和创设型法两类。同时,还探讨了传统知识产权法、反不正当竞争法(甚至反垄断法)在法技术构成上的异同及其含义,指出它们采用的规制手段不同,其受规制的对象也各异。除此之外,论述了知识产权制度与物权制度的若干重要区别。

关键词:知识产权制度; 成果信息保护; 刺激论; 法律规制

中图分类号:DF523 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-5831(2003)04-0108-04

On the System of Intellectual Property

YANG Zhi-min¹, ZHANG Jian-wei²

1. College of Law, Henan University, Sichuan University, Chengdu 610064, China; 2. College of Law, Henan University, Kaifeng 475001, China

Abstract: This article discusses the present system of intellectual property in detail from the characteristics of the intellectual results, constitution of techniques of law and incentive theory. Also, the article analyzes the differences between intellectual property and real right. They are very much helpful to deeply understand the system of intellectual property and its basic laws.

Key words: system of intellectual property; protection of intellectual information; incentive theory; legal regulation

一、智力成果的构造及特点

智力成果是知识产权的客体,它指人类智力活动所创造的具有经济价值的精神产品,如发明创造、作品、商业秘密等。同时,作为区别不同商品或服务来源标志并体现他人商业信誉的商标及其他工商业经营标记也包括在权利客体内。通常情况下,特定人创造出的智力成果总在先行者业绩的基础上作出,即:[1] [X的业绩] = [先行者的业绩] + [X的附加值]。自工业革命成功,商品相应实现工业大规模生产以后,人类就认识到智力成果具有巨大的经济价值。为此,与创作活动有关的人总是希望能将其私有化。在[1]式中,先行者当然想确保自己的业绩不被后续者擅自利用。而后续者则认为既存智力成果即为社会共有的财富,不应在所有的成果上贴上先行者的标记,即主张:[2] [X的业绩] = [社会共有的业绩] + [X的附加值]。可见,据于[1]式的先行者主张与据于[2]式的后续者主张不同,彼此矛盾。折衷这种矛盾的唯一途径就是对智力成果进行分割,让部分成果归属

于创作者个人,让部分成果无偿归属于社会共有。将这种分割法制化即为知识产权制度。

但是,在建立相应的保护制度时,必须充分考虑到智力成果的如下特点:

第一,智力成果是无形的知识信息。专利权的客体是记载于特定产品中的技术方案(包括生产特定工业品的方法)或外观设计方案,这些方案主要构成新的技术信息;著作权的客体是特定作品上反映的文字、图形或图像信息;商标权的客体则是记载于特定物品上的由文字、图形或其结合等所构成的区别性可视信息。智力成果作为“信息流”的一部分,具有较强的扩散性和外显性。智力成果因不占据有物理性的空间,一旦从特定创作者的大脑中外显出来:或被人(人本身就是一种载体)传播,或被记载的特定载体(如工业产品、书籍等各类实物商品)传播,创作者就永远失去了对智力成果的惟一性占有。在这点上,有形物的动产、不动产与之不同,一个有形物只服从于一个人的占有,即便无物权制度,想

收稿日期:2003-05-10

基金项目:日本住友财团“2001年度日本关连研究资助项目”子课题

作者简介:杨志敏(1959-),男,四川乐山人,四川大学法学院副教授,主要从事知识产权法研究。

使用有形物的人,也必须与有形物的占有者交涉,首先实现占有的转移才行。因此,鉴于智力成果的占有具有非惟一性^[1](泛占有性),一切基于占有而建立的法律制度均应对智力成果的保护无实际意义。比如对智力成果采用物权式的保护制度,也难建立即时取得制度和时效取得制度;侵权发生后,权利人也不具有返还原物请求权。为此,也可进一步讲,在知识产权领域,要确立“占有”概念难以成立。在民法中,占有本是发生权利推定、取得时效、占有物使用收益权、物上请求权等占有效力的基础和条件;而在知识产权中,如果仅凭智力成果已在使用或实施的事实就认为该使用者或实施者(特别是无原权的非法实施者)拥有或实施了能发生上述效力的占有,这显然不恰当。

第二,智力成果从公开的时点起,就处于可被多个知晓的主体同时利用的状态。智力成果作为一种信息,除非保密管理,否则不能独占利用;一旦被他人知晓,复数的知晓者就与权利人(创作者)一样能够利用。如果不从法的角度对智力成果的利用行为(专利发明为实施行为,著作权为复制行为)加以某种限制,谁也不会对利用可能的智力成果向开发、创作者付出代价,换言之想利用的人即能自由利用。若让未付出创作努力或开发成本的人自由利用而轻易取得竞争优势,这将严重损害开发、创作者的利益和创作、开发的积极性,形成新的社会不公。因此,智力成果保护法制的首要目标就是从法上禁止对他人智力成果的搭便车利用行为,确保欲想利用的人须事前与权利人或其代理人进行必要交涉(如订立特定的转让、许可合同等)。为此,赋予智力成果以排他性权利(停止侵害请求权或禁止非法利用请求权)不可或缺。

第三,智力成果是一种财产,其开发活动也需要一种动力或刺激。智力成果的开发需要大量的智力和物力(即资本)投入,并伴随巨大风险,如果他人无偿利用,开发者的利益就得不到保护,其继续开发的积极性就会受到极大抑制。因此,与一般有形商品的制造者一样,智力成果的开发者也希望自己投入的资本能得到回收和丰厚回报。为此,设立对价请求权(表现为一种使用费收取权)和排他权(停止侵害请求权)应是智力成果保护的两个轴心,而排他权同时又是权利人有效行使对价请求权的法律保障手段。智力成果的开发者可利用法赋予的垄断地位,在独占实施和交易中获利,以弥补或更高水平弥补开发投资。然而,智力成果可能被多个主体同时利用与收益,其方式多种多样,采用的保护方式也应刚柔结合、与之对应。比如,尽管多数知识产权设有禁止他人利用的排他权,但应公共目的的要求,有的止于对价请求权即可(如著作权领域)。如我国著作权法第32条第二款、第39条第三款、第42条第二款规定了附条件的法定许可使用条款,即使用者可以不通过著作权人的许可而使用作品,但应按规定向作者付酬。在专利权领域也有类似措施,我国专利法第14条规定的计划许可及第48-55条规定的强制许可内容也同属该范畴。

第四,智力成果是人类精神创造活动的产物,除具有财

产价值外,它也是创作者精神的表露物。因此,保护法制上,除保护智力成果的财产权利外,还重视保护创作者的人身权利。但不同智力成果所体现的人格要素的程度不同,最能反映创作者人身权的是著作物,最弱的是商标,居中的是发明创造。

二、知识产权法的法技术特点

知识产权法在过去有多种分类方法,其中依其法技术的不同可将知识产权法分为传统知识产权法(如专利法、著作权法、商标法等)和反不正当竞争法两种。前者为权利赋予型法,即借用物权构成的思考方式,赋予对保护对象以支配性权利;后者则为行为规制型,即直接采用禁止特定行为(法定的不正当竞争行为)构成。两种法制都起着保护成果信息并促进人们进行信息开发、创新的作用。

第一,传统知识产权法与反不正当竞争法一样,都排除或禁止他人对成果信息的非法利用行为。这个共通的、将他人特定行为视为违法的法技术特点表明整个知识产权对无形成果信息独占性支配的本质在于权利人享有禁止他人非法利用相应成果信息的请求权。过去,人们常将专利权、著作权等传统知识产权的效力理解为一种权利人能积极实施和利用的专有权。^[2-4]其实不然,知识产权的本质不在“行”,而在“禁”。“行”指权利人能自主地积极使用。可以认为,多数知识产权具有的“行”也是“禁”特征的反射性结果。《专利法》第11条以排他性方式表述了专利权的内容,即专利权人享有禁止他人未经许可而实施其专利的权利。显然,法律上并未明确专利权人就必然享有其实施权。在专利领域存在大量的改进专利(也称从属专利),它们建立在他人专利(在先专利)基础上。这类专利的权利人未经在先权利人的同意或未经强制许可是不可实施自己的专利的。可见,专利权人对自己专利的实施必须以这种实施不与他人的在先专利权或其它在先权利以及反不正当竞争法的规范相抵触为前提,专利权只不过是一种能禁止他人实施的权利而已。同样,著作权也是一种禁止他人利用的权利。作品具有多种利用方式,在各利用行为上设置相应的独占支配权利则构成《著作权法》第10条确定的各分支权内容。根据《著作权法》第12条的规定,演绎作品的作者在行使著作权时不得侵犯原作品的著作权;《著作权法》第34条、第36条第二款、第39条第二款也规定第三人使用演绎作品时除须取得该作品著作权人许可外,还应取得原作品著作权人许可,并支付报酬。据于这些规定,可以认为,原作品权利人对演绎作品能够主张一定的权利,即除演绎作品著作权外,原作品著作权的效力也及于演绎作品的利用。因此,演绎作品的作者虽对其作品享有依《著作权法》第10条规定的数项财产权利,但其利用方式只要侵犯了他人的作品(即原作品)权利,也不可为之。可见,传统知识产权法在禁止他人特定利用行为这点上与反不正当竞争法所采取的特定行为(不正当竞争行为)禁止手法并无二样,两类型在制度设计上均以(或应从)赋予禁止(非法利用)请求权为出发点。这是整个知识产权法的共性。对

权利人而言,只要能禁止无原权人的非法实施或使用就可保持或恢复原有的独占状态。

第二,传统知识产权法虽有各种制度安排,但与反不正当竞争法相比,其独特的法技术特点在于:设定了明确的权利并备有登记制度,使对权利的转让、独占性许可处分变为可能,从而丰富和拓展了成果信息开发投资的回收渠道。传统知识产权包括工业产权和著作权。前者采用了类似不动产物权的公示制度,即以行政审查合格后核准登记和变更登记并公告作为其权利产生和变更的象征(《专利法》第10条、第39条、第40条,《商标法》第30条、第39条);后者的公示制度不充分,即著作权仅随创作完成而自动产生,并不以登记为权利产生的要件,其作品中的作者署名视为权利享有的公示(《著作权法》第11条),但著作权的变更(即著作财产权转让)应以登记作为生效或对抗第三人的要件。因此,传统知识产权领域应备有登记制度。这点意义重大。登记制度的采用可保证专利权、商标权、著作权的转让(核心是排他利用的支配权的转让)仅凭转让合同即可实现,因为转让变更登记能有效阻止原权利人的重复转让行为,确保权利只从一主体转移到另一主体。相反,反不正当竞争法缺乏相应的登记制度,受该法保护的权益(主要表现为一种能提出停止侵害请求的资格)并不因合同而发生转移。比如“商业秘密权”仅凭订立转让合同就直接发生转移,将产生如下矛盾和冲突:权利若依合同而转让,这明显与商业秘密权的效力取决于保密(自身的保密努力和他人的非公开)的法理相违;对多重转让如何规范?原权利人的多重转让,即便违约,也难解决多个受让主体间的利益冲突。

很显然,传统知识产权法作出明确的产权界定和安排,并认可对权利的处分,这一方面有利于维护公正、公平的成果信息市场交易秩序,另一方面又有利于成果信息开发者的利益保护,促使开发者投入的开发成本能顺利得到完全的回收。就开发者而言,自己不但可利用其成果(多数情况下),还可根据其需要(一种战略的安排)设立担保质权或许可他人实施、利用甚至将权利让渡他人(从法理上,权利转让、质权设立和独占许可离开了登记制度就难以保障),从而丰富了回收渠道。然而,这种易使权利人得到利益回报的刺激机制的实现尚需社会付出一定社会成本,其中最大的成本就是登记。正如上述,在对传统知识产权的处分中要以登记为生效要件或对抗要件。此外,在工业产权法中,还需以登记为权利产生要件(以明确权利究竟是否存在,便于交易安全和第三人主动回避可能构成的侵权);甚至还特设专门审查机构(如国家专利局、商标局)于登记之前将应保护之物与不该保护之物区别、分开,即对权利的产生是否满足法定要件进行独自的审查判断和确认,进而使登记后的权利能保有较高的有效性和法律稳定性。社会也需要忍受这种审查制带来的运作成本。一方面鉴于审查合格后登记产生的权利对他人有过强的制约力,有必要由权威机构行使职权判断,既限制其保护对象又明确其权利范围;另一方面这种审查制度也

可明显减轻由法院进行判断的负担,大幅降低诉讼成本。

三、对知识产权法体系的再认识

知识产权法是一种禁止他人非法利用相应成果信息的法律体系。假设没有这种制度,信息开发者能采取的防止他人模仿利用的唯一措施就是致力于保密管理,以保持因开发信息而取得的竞争优势地位(可见保密管理本身具有刺激和保护信息开发的作用)。但是,在商场即为战场的商品经济时代,很难建立万无一失的保密制度,即便能,也难免被他人窃取或收买(由于保密制度的自救功能弱,此时靠其自身力量不能恢复对信息开发的保护);再有,由于信息具有外显性,许多智力成果信息很容易从流通商品的结构、成分等中推知,因而它们就不适用于保密处理。因此,法律一方面作出维护他人保密体制的安排,即借助法的力量,恢复保密管理对信息开发促进的“自律”作用;另一方面则应在公开的信息流通领域设置禁止权(禁止非法利用权)。在公开的成果信息中,至少有以下两类信息需要法律的特别保护。

一类是公开并反映他人创造性脑力劳动的智力成果信息。正如前述,这类信息如果没有法的介入,将导致无序的自由模仿(模仿的社会费用极低,甚至为零),信息的开发者因要承担高昂的开发成本而处于劣势地位,故极不利于促进或推动信息的开发与创新。法律上设定禁止非法利用的权利后,信息的开发者就可依据信息性质来排他性自我利用,或通过等价请求,许可他人利用甚至将权利转让给他人,以获得利益回报。但法律不是利益的保证,它只能以赋予开发者获取利益的手段或机会(即途径安排)来鼓励开发创新,至于开发者因特定信息能实际获得多少利益则应由市场决定。这种信息的保护法制以专利法、著作权法为代表,体现对智力成果信息的直接保护。由于这种保护对第三人信息利用的约束力较强,有必要设定权利的保护期限并法定保护的對象,甚至特设权威的审查决定机关(如国家专利局)。

另一类即是公开并体现他人商业信誉的工商业区别性标记信息。如果放任第三人任意对相同或类似标记的盗用和模仿,就会严重损害他人长期努力改善商品和经营质量所形成的商业信誉。为保护这种信誉,激励企业在维护和改善商品和经营的质量上继续作出努力或作出更大努力,就有必要对使用与他人工商商业标记相同或近似的标记、导致(或有可能导致)市场混淆的行为加以禁止。注册商标权制度和我国《反不正当竞争法》第五条规定的不正当竞争行为规制即属这种保护法制类型。

知识产权制度积极存在的意义即在于它向竞争社会提供了一套较为完善的促进和推动成果信息开发、创新的内在刺激机制。就刺激论而言,知识产权法可分为支援型法和创设型法二类。前者设定禁止权的目的在于对社会既存着的对成果信息开发的刺激予以法律性援助和支持,上述对信息保密体制和信誉的保护法制即在于此,具体地讲,包括商业秘密的不正当竞争行为规制(《反不正当竞争法》第10条)、商品主体混同行为规制(《反不正当竞争法》第5条)(一)、(二)、

(三)和注册商标权制度(《商标法》)。后者设定禁止权的目的则是要由法律创出人为的刺激(这是一种从无到有、全由法律创出的刺激),如上述专利权制度和著作权制度(《专利法》、《著作权法》)对智力成果信息的保护;^[5]此外,集成电路布图设计权制度(《集成电路布图设计保护条例》)和植物新品种权制度(《植物新品种保护条例》)也同属创设型法制。

当然,在“信息流”中设定禁止权,会对他人行为自由带来较大制约。在什么场合应以开发者的权利优先,什么场合又应以社会公众利益优先?关于这个问题,应考虑在赋予成果信息开发刺激与保护个人利用自由之间取得平衡,然而,应时代的要求,及时平衡好这两方面的关系也并非易事,它是知识产权立法的永恒课题,也是知识产权法频繁修改的原因所在。

四、知识产权法与竞争法

知识产权整体上具有三大功能,即保护创作者权利、促进科技、文化、产业发展和维持竞争秩序的功能。就第一项功能而言,知识产权是一种私权。但知识产权各种制度的成立还看它是否有资于科技、文化和产业的进步以及正常竞争秩序的维护。TRIPs 协议在序言中强调全体成员承认知识产权为私权,但同时也强调全体成员承认知识产权的诸国内制度中被强调的公共利益目的,包括发展目的和技术目的。因此,公权力对知识产权的介入(国家的介入)较为明显。为此,不得不承认,知识产权在民法上的全面适用也存在一定界限。这或许是绝大多数“民法国家”并未将知识产权明文纳入民法典的原因。虽说西方学者有将知识产权称为“无形准动产”、“以权利为标的物权”或“准物权”之说,但正如前述,知识产权这种财产性权利,并不全具备所有权的四大功能。再有,在有形动产或不动产上设定禁止权的所有权制度在很大程度上是对能同时对有形物进行物理性控制的仅限于一人的事实的一种法律性确认;而知识产权法则是在复数的知晓主体本可同时对无形信息进行利用的行为中人为设定禁止权,其目的是鉴于科技、文化及产业发展的需要,给予成果信息开发以必要的刺激。营造一种成果信息开发、创新的良性竞争环境。成果信息的开发者依知识产权法律获得相应权利后,就可排除竞争对手推销自己的产品或利用相应信息制造产品等。因此,有必要从竞争法制的角度考量知识产权法。

如前所述,在法技术的特点上,传统知识产权法与反不正当竞争法一样是对特定行为加以禁止的法律。采用同样的法技术还应考虑到正处于立法阶段的我国反垄断法。其实,这三种法律都是在追求同样的目的,即维护和促进市场秩序、有效竞争,为社会创造更多有形和无形财富。只不过这三种立法对这一共同目标的追求是采用不同的规制手段,通过不相同的途径。反不正当竞争法直接采用行为规制型,通过保护公正、公平竞争实现这一目标;传统知识产权法则采用权利登记型,通过鼓励成果信息开发创新实现这一目标。但就诉讼救济措施(国外主要采用的禁止请求权、赔偿请求权的行使)而言,反不正当竞争法和传统知识产权法主要属民事规制范畴。而反垄断法主要采用的是行政规制手段,通过鼓励竞争实现上述目标。当然,这三种类型法律的规制手段不同,其受规制的对象也不相同(但不排除竞合适用的情况)。

可见,上述三种法律也同属竞争法规体系。但是,传统知识产权法作出明确的产权安排,只是赋予了权利人对成果信息的独占(如专利权人对发明技术的独占)。虽然有时权利人通过对商品载体中技术信息的支配可能实现对市场中相应商品的独占(比如某一发明专利尚未存在代用技术时),但是反垄断法从整体上不允许知识产权人过度行使权利以达到对市场的独占。因为这种市场独占同样会严重限制和妨碍有效竞争。因此,一般而言,反垄断法对行使知识产权所产生的垄断后果虽持有一定程度的宽容(笔者认为以保证成果信息开发者能享受到排他性利用的获利机会为度),但超越知识产权固有独占的界限行使权利,就不再是正当的权利行使,而属违法性独占的知识产权滥用行为,这种权利滥用行为仍然是反垄断法的控制对象。^[6]

参考文献:

- [1] 张晓都. 论知识产权的时效[J]. 法律适用, 2001, (6): 19-20.
- [2] 陈美章. 知识产权法[M]. 北京: 专利文献出版社, 1996. 3-4.
- [3] 吴汉东. 知识产权法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 7.
- [4] 冯晓青. 企业知识产权战略[M]. 北京: 知识产权出版社, 2001. 12.
- [5] 田村善之. 知识产权法[M]. 东京: 有斐阁, 2000. 5-7.
- [6] 王先林. 知识产权与反垄断法: 知识产权滥用的反垄断问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2001. 44-45, 86-87.