

“ 知识产权滥用 ” 是一个模糊命题

【摘要】 从知识产权的组成部分出发,论述目前广为流行的“知识产权滥用”的命题,认为就著作权、商标权和制止不正当竞争的权利而言,由于受保护的作品、商业标识和商业秘密具有可替代性,基本不存在滥用的可能性。只有在专利权的情况下,由于受保护的技术方案具有不可替代性,才有可能发生滥用的问题。然而,对于专利权的滥用并没有许多人所想象的那样严重,专利法和合同法中的一些制度,已经有效规范了专利权的滥用。因而,知识产权所有人随意主张权利,包括滥发侵权通知和滥用诉权,或者属于反不正当竞争法规范的商业诋毁,或者属于民事诉讼法上的问题,与知识产权的滥用基本无关。

【关键词】 知识产权滥用 专利权 著作权 商标权 制止不正当竞争的权利

李明德/文

近年来,经常听到知识产权滥用的说法。一些不甚了解知识产权的论著,往往借用知识产权滥用的命题,对知识产权制度和知识产权保护提出种种批评。然而细究起来,知识产权滥用却是一个不甚准确的,存在着很大模糊性的说法。本文打算从著作权、商标权、专利权和制止不正当竞争权利,以及随意主张权利的角度,对此略作分析。

一、著作权、商标权和制止不正当竞争的权利基本不存在滥用的问题

按照国际上通行的说法,知识产权包括著作权(版

权)、专利权、商标权和制止不正当竞争的权利等四大部分。与此相应,中国的知识产权法律体系,也主要是由著作权法、专利法、商标法和反不正当竞争法所构成。从这个意义上说,要了解某一种知识产权是否有可能滥用,还应当从具体的权利客体和保护方式加以分析。这里先分析著作权、商标权和制止不正当竞争的权利。

著作权法保护以文字、符号、色彩、线条、造型和数字等方式表达出来的作品。按照著作权法的基本理论,作品是由有血有肉的自然人创作的,原始的著作权应当归属于作者所有。虽然在某些特殊的情况下,作者可以通过合同约定或者根据法律的规定,将自己的著作权转让给他人所有,但在绝大多数情况下,著作权的所有人都是创作

作品的作者。这在中国尤其如此。因为,中国著作权法所体现的是大陆法系的作者权精神,在著作权的归属上倾向于创作作品的作者,而非作者的雇主或者委托人。

一方面是个体的作者或者著作权人,另一方面是占有市场优势地位的作品使用者,如出版、广播、表演团体和其他的作品使用者。显然,在有关著作权转让或者许可的谈判中,作者往往处于劣势地位,几乎不可能滥用自己手中的著作权。事实上,正是由于著作权人在转让或者许可谈判中总是处于弱势地位,很多国家的著作权法甚至采取了一些特殊的应对措施。例如,美国版权法第203条规定,作者在转让或者许可版权之后的第35年,可以在提前5年通知的情况下,收回自己的权利,并重新考虑转让或者许可,以获取相应的经济收益。这一般称为作者的第二次机会(author's second chance),其目的就是让作者有机会重新评估自己作品的价值,然后再考虑相应的转让或者许可。又如,德国于2002年制定了专门的著作权合同法,名称为“加强作者和表演者合同地位的法律”(Law on Strengthening the Contracting Position of Authors and Performers),也反映了对于作者和表演者弱势地位的考虑。^[1]事实上,中国1991年著作权法仅仅规定了著作权的许可而没有规定著作权的转让,以及许可合同最长不超过10年,也是考虑到了著作权人在市场上所处的弱势地位。

此外,著作权法对于作品的保护方式,也使得作者不太可能滥用手中的著作权。因为,著作权法所保护的是对于思想观念的表达,而非思想观念本身。正如世界贸易组织《知识产权协议》第9条所说,版权保护延及表达,而不延及思想、工艺、操作方法或者数学概念之类。这样,即使某一作者就某一主题或者创意创作了作品,获得了市场上的成功,他也无权阻止他人就相同的主题或者创意进行新的创作。这样,就任何一个主题或者创意的作品来说,市场上都可能存在着很多的替代品。即使某一作品的著作权人拒绝许可,或者在许可合同中提出了不合理的条件,作品的使用者也可以在市场上找到主题或者创意相同、近似的作品。由此可见,从著作权保护中的思想观念与表达的分界来看,任何一件作品都不具有市场上的垄断地位,因而也不存在作者滥用自己著作权的可能性。

再来看商标权。商标的作用是指示商品或服务的来源,应当具有市场上的显著性。通常都是商标所有人在自己提供的产品或者服务上使用相关的商标,并由此而积累与之相关的商誉。当然在必要的情况下,商标所有人也可以通过许可的方式,允许他人使用自己的商标。在这种情况下,商标所有人所关注的,主要是自己的商誉。在有可能损及商誉的情况下,商标所有人可以拒绝发放许可,或者收回已经发放的许可。事实上,世界贸易组织《知识产权协议》第21条即规定,成员可以确定商标转让和许可

的条件,但不得采用商标强制许可的制度。这表明,即使商标所有人拒绝许可,或者收回已经发放的许可,也不会构成商标权的滥用。

商标权难以滥用,还与商标的功能密切相关。具体说来,商标的作用是把某一市场主体的商品或服务与其他市场主体的同类商品或服务区别开来。这就意味着,就某一种类的商品或服务来说,市场上往往会有许多个竞争者,或者不同的商标所有人。他们在同类或者类似的商品或服务上使用各自的商标,并与其他市场主体形成竞争。在这种情况下,寻求许可固然可以利用在先商标所有人已经积累起来的商誉,获得一定的市场优势。然而,即使不去寻求许可,或者不能获得许可,市场主体也可以利用自己的商标进行竞争。优势商标的存在,并不形成商标使用上的垄断地位,并不排斥在后的竞争者使用自己的商标。

反不正当竞争法主要制止假冒、虚假宣传、商业诋毁和窃取他人商业秘密等不正当竞争行为,以维护公平公正的市场竞争秩序。其中的假冒,包括对于商标、商号和其他商业标识的假冒,基本适用于前面有关商标的讨论。其中的虚假宣传,是市场主体对于自己产品、服务或者营业活动的不实宣传,而商业诋毁则是对于他人产品、服务或者营业活动的不实宣传。应该说,制止他人虚假宣传或者商业诋毁,仅仅是法律规定的诉讼请求,而非指向某种特定的智力活动成果,如作品、商标或发明。与此相应,制止虚假宣传或者商业诋毁的权利,不同于著作权、专利权或者商标权,是一种不可转让、不能许可的权利。无论市场主体是否针对他人的虚假宣传或者商业诋毁行使诉权,都不存在滥用的可能性。

反不正当竞争法还提供对于商业秘密的保护。不过,反不正当竞争法对于商业秘密的保护,并非赋予商业秘密以某种专有权利,而是赋予其所有人以制止不正当竞争的权利。按照这种保护方式,只有当他人以不正当手段窃取了自己商业秘密的时候,商业秘密的所有人才可以依据法律规定,制止他人的不正当行为。在这里,商业秘密所有人对于相关的技术秘密或营业秘密,并不享有类似于专利权那样的排他性权利。商业秘密保护中的独立开发、反向工程、合法获得等例外,都说明了这一点。与此相应,即使商业秘密的所有人拒绝发放许可,也不会造成权利的滥用。因为,他人可以通过独立开发、反向工程等方式,或者通过其他合法途径,获得同样或者同类的技术。事实上,商业秘密的所有人为了达到保密的目的,往往会慎重考虑是否许可他人使用自己的秘密信息。拒绝许可,并不违背商业秘密保护的宗旨。

当然,如果商业秘密的所有人在发放许可的时候,附加了不合理的条件,仍然会构成滥用。但在这种情况下,已经属于技术许可合同的问题,而非知识产权的问题。因

为,就商业秘密的保护而言,所有人仅享有制止他人不正当竞争的权利,而非类似于专利权那样的排他性权利。

二、知识产权滥用主要是指专利权滥用

专利权是人们就某项技术发明所享有的专有权利。当然,发明人或者技术发明的所有人为了获得专利权,必须向国家专利机关提出申请。同时,有关的发明还必须符合新颖性、创造性、实用性和充分披露等法律要件。显然,并非所有的技术发明都可以获得专利权的保护。

专利权的保护方式,造成了权利滥用的可能性。这是因为,专利权所覆盖的技术发明,是一种技术方案或者技术信息。同时,专利权人对于该项技术发明所享有的权利是一种排他性的权利。按照这种保护方式,专利权人提出专利申请并获得授权以后,他人即使独立开发了同样的技术,花费了大量的人力、物力和金钱,也不得进行商业性的使用。甚至是那些在先做出发明但没有申请专利的人,也会在使用该项技术时受到种种限制。这样一来,如果一项专利技术为某一种产品或者某一个产业所必须,其他的市场竞争者就不得不寻求专利权人的许可。同样,如果专利权人拒绝许可,或者在发放许可的时候提出不合理的要求,就会形成对于专利权的滥用。

事实上,国际社会早已意识到专利权滥用的可能性,并且建立了一些防范性的制度,如强制许可和对于许可合同的限制。无论是在保护工业产权“巴黎公约”和世界贸易组织的《知识产权协议》之中,还是在世界各国的专利制度之中,都可以看到这类防止专利权滥用的制度。为了叙述的方便,这里仅以中国为例。

先来看防止拒绝许可的滥用。《专利法》第48条规定,具备实施条件的单位以合理的条件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利,而未能在合理长的时间内获得这种许可时,国务院专利行政部门根据该单位的申请,可以给予实施该项发明或者实用新型的强制许可。除此之外,《专利法》第49条还规定了国家出现紧急状态,或者为了公共利益的强制许可;第49条规定了前后依存的专利的强制许可。

再来看有关许可合同的限制。《合同法》第329条规定,非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。根据最高人民法院于2004年12月发布的《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条,“非法垄断技术、妨碍技术进步”的情形包括:限制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的开

发或者限制其使用所改进的技术,或者双方交换改进技术的条件不对等;限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似的技术或者与其竞争的技术;阻碍当事人一方根据市场需求,按照合理方式充分实施合同标的技术,包括明显不合理地限制技术接受方实施合同标的技术生产产品或者提供服务的数量、品种、价格、渠道和出口市场;要求技术接受方接受并非实施技术必不可少的附带条件,包括购买非必须的技术、原材料、产品、设备、服务以及接受非必须的人员等;不合理地限制技术接受方购买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源;禁止技术接受方对合同标的技术知识产权的有效性提出异议或者对提出异议附加条件。

应该说,无论是专利法有关强制许可的规定,还是合同法有关技术许可合同的规定,都涉及了非常广泛的内容。如果稍加比较就会发现,目前一些论著所列举的知识产权滥用现象,大多可以通过强制许可的制度和有关技术许可的规定而加以规范。事实上,很多大谈知识产权滥用的人,对于专利法中的强制许可制度,尤其是《合同法》和相关司法解释中对于专利权滥用的限制,了解并不很多。

此外,尽管专利权具有滥用的可能性,但并非很多人想象的那样大。这是因为,专利局在审查有关的技术发明是否符合新颖性、创造性和实用性的时候,主要是从技术发展的角度而考虑的。至于一项技术发明获得专利权以后,能否为权利人带来经济利益,则是另外一个由市场决定的问题。从这个意义上说,只有那些具有市场价值,可以制造出市场需求产品的专利技术,才存在权利人滥用的可能性。一般认为,能够制造出市场所需产品的专利技术,大约占整个专利技术的5%甚至更少。即使加上跨国公司交叉许可的那些专利技术,具有市场价值的专利技术,在整个专利技术中所占的比例也不会超过10%。¹

如果我们再向前推论一步,在这5%到10%的专利技术中,权利人不顾专利法强制许可制度的威慑而滥用权利,或者不顾合同法和相关司法解释中的相关规定而滥用权利,其比例应当是少之又少的。至少到目前为止,中国还没有发生过一起请求强制许可的事例。²至于不顾合同法和相关司法解释的相关规定,强行与被许可人签订滥用专利权的合同,也应当有统计学上的数字加以支持。否则,一味夸大专利权滥用的可能性,甚至将专利权滥用的可能性上升为“知识产权滥用”的宽泛命题,就会失之偏颇。

1.作者曾与美国联邦巡回上诉法院的雷德法官讨论过这个问题。他认为,具有市场价值的专利技术大体是10%左右,其中包括跨国公司交叉许可的那些专利技术。至于那些能够制造出市场所需产品的专利技术,则不会超过5%。

2.根据作者所掌握的资料,包括日本在内的很多国家,到现在为止都没有发生过请求强制许可的事例。一般认为,强制许可是一种威慑性制度,已经起到了很好的作用。

三、随意主张权利并非滥用知识产权

很多人在谈及知识产权滥用的时候,还提到随意主张权利和滥用诉权。对于这个问题,也应当进行具体分析。

先来看随意主张权利。一般说来,如果知识产权所有人认为竞争对手侵犯了自己的权利,如专利权、商标权或者著作权,可以在充分评估自己权利和对方行为的基础上,要求对方停止侵权,甚至发出诉讼威胁。与此相应,接到警告信的一方,也应当仔细研究对方权利的有效性和自己的行为,确定自己是否有可能侵权,进而做出相应的回应。显然,这是竞争过程中的正常做法,不属于滥用知识产权。即使在竞争对手看来,权利人所主张的权利带有明显的瑕疵,例如实行新型专利权,他也无权阻止。因为,有关的知识产权是否具有瑕疵,包括是否真实有效,是一个通过法律程序解决的问题,而非竞争对手主观认定的问题。任何一个市场主体,都无权宣告他人的知识产权无效。

如果知识产权所有人采取商业骚扰的手法,向竞争对手的客户、供应商、销售商发出信息,宣称竞争对手侵犯了自己的知识产权,则属于商业诋毁。因为,竞争对手是否侵权,是一个由法院决定的事情,而非权利人或者原告可以决定的事情。在法院作出判决之前,任何人不得随意宣称竞争对手侵犯了自己的知识产权。与此相应,受到伤害的一方,完全可以依据反不正当竞争法的相关规定,对散布谣言者提起诉讼。显然,通过各种渠道随意宣称竞争对手侵权,属于商业诋毁和不正当竞争,而非知识产权滥用。

再来看随意提起侵权诉讼。应该说,当知识产权所有人认为他人侵犯了自己的知识产权,可以依据法律程序提起侵权诉讼。这属于正当的和合法的做法。但如果在没有充分证据的情况下随意提起诉讼,并由此而达到干扰对方正常经营的目的,那就属于骚扰性诉讼了。很多人认为,骚扰性诉讼属于知识产权滥用。这种说法并不准确。因为,诉权是诉讼法上的权利,并不必然与知识产权相联系。滥用诉权,同样存在于其他民事权利领域中,如人身权和物权等等。从民事权利的角度来说,诉权一方面依赖于某一具体的实体性权利,另一方面又是一项相对独立的程序性权利。从这个意义上说,即使人们想对滥用诉权加以限制,也属于程序法的问题,而非知识产权法的问题。

根据国外的情形,法律并不明文禁止滥用诉权。例如在美国,一位大学生曾经以学校没有把自己培养成为具有聪明、智慧、诚实、正义、勇敢、美丽等品质的学生为由,数次将哥伦比亚大学告上法庭。尽管这在很多人看来是一件骚扰性诉讼,但上诉法院还是不厌其烦地依据相关

的事实和法律,驳回了该学生的诉讼。^[2]事实上,如果民事诉讼法要明文限定滥用诉权的话,不仅涉及到如何界定“滥用”的问题,而且有可能影响公民对于诉权的行使。从这个意义上说,即使发生了侵犯知识产权的随意诉讼,法院也只能依据相关的事实和法律规定,驳回原告的侵权主张,认定被告没有侵权。

四、结论

根据以上的分析可见,“知识产权滥用”是一个模糊命题。就其中的著作权、商标权和制止不正当竞争的权利而言,基本不存在滥用的可能性。只有在专利权的情况下,才有可能发生滥用的问题。然而正如本文所展示的那样,对于专利权的滥用并没有严重到许多人所想象的那样。专利法和合同法中的一些制度,已经有效规范了专利权的滥用。至于随意主张权利,包括滥发侵权通知和滥用诉权,或者属于商业诋毁,或者属于民事诉讼法上的问题,与知识产权的滥用基本无关。**EIP**

(作者单位:中国社会科学院知识产权中心)

参考文献:

[1]Adolf Dietz. Amendment of German Copyright Law in Order to Strengthen the Contractual Position of Authors and Performers[J]. IIC: Vol. 33, 2002(7).

[2]Trustees of Columbia University v. Jacobsen, New Jersey Superior Court, 1959.

