

为知识产权担保正名

——质押还是抵押

【摘要】 质押与抵押的区别在于是否转移标的占有。我国担保法和物权法都是以质押模式设立了知识产权担保制度,但在所谓的知识产权质押中,对知识产权的准占有并没有转移,因此其名为知识产权质押,实为知识产权抵押。理应重构知识产权担保制度,并以抵押模式确立权利义务关系。

【关键词】 知识产权 担保 质押 抵押

杨延超/文

一、问题的提出

质押与抵押是我国《担保法》和《物权法》中两类重要的担保制度。¹两者的本质区别在于:抵押不要求转移财产之占有,而质押则必须转移财产之占有,由此引申出二者的如下区别:第一,担保权生效条件不同。抵押合同为非要物合同,即不以标的占有的转移作为合同生效要件;而质押合同则为要物合同,即以标的物占有之交付作为合同生效要件。第二,复担保设定不同。抵押合同不要求转移标的占有,抵押人可以在抵押物上设定数个担保;而质押合同则要求转移标的物之

占有,故出质人无法在标的物上设定数个担保;第三,担保权人的保管义务不同。抵押合同不要求转移标的物之占有,因此抵押权人也就没有对标的物的保管义务;质押合同则要求将标的物转移给质权人,质权人因此负有妥善保管标的物之义务。

我国《担保法》将知识产权担保纳入质押担保范畴,²《物权法》也进行了类似的制度设计。³知识产权质押似乎已被“约定俗成”且“深入人心”。按质押模式设计的知识产权担保制度面临的一个不可回避的问题是:在知识产权担保中对知识产权的“占有”是从何时开始转移给质权人的?如果“占有”并没有实际发生转移,称“知识产权

1. 抵押是指债务人或者第三人不转移抵押财产的占有,将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。质押又包括动产质押与权利质押,是指债务人或者第三人将其动产(权利)移交债权人占有,将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权以该动产(权利)折价或者以拍卖、变卖该动产(权利)的价款优先受偿。参见我国《担保法》第63条,我国《物权法》第208条。

2. 参见《担保法》第三章“质押”第二节“权利质押”第75条规定:“下列权利可以质押:……(三)依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权;……”

3. 参见《物权法》第十章“质权”第二节“权利质权”第223条:“债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质:……(五)可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权;……”

抵押”是否更能反映知识产权担保的本质?

二、占有——知识产权占有

(一) 占有的基本属性

所谓占有是指“对物的事实上的控制与支配”^{[1]106-107}。从古罗马开始,在民法理论上对占有的性质,即占有究竟是一种事实还是一种权利,一直存在争论。⁴通说认为占有系属事实^{[2]340-481}。占有事实发生如下效力:(1)权利推定效力,即有人在占有物上行使某种权利,法律推定其具合法。(2)善意取得效力,即占有人纵然没有让与财产的权利,善意受让该财产的占有人也可取得所有权。⁵(3)取得时效效力,即非权利人以法律规定的状态占有他人的财产,经过一段时间便依法取得财产所有权。⁶在上述三项占有的效力中,权利推定效力是最基本的效力,善意取得效力和取得时效的效力都是基于权利推定效力而衍生出的效力。

占有的客体一般理解为物,以有体物为限,包括动产和不动产,二者虽然均可成为占有的客体,但发生的效力不同。不动产领域中,占有的权利推定效力已为登记制度所取代。对物而言,德国民法、瑞士民法和我国学界通说都将占有效力的适用范围限定于动产。同时,某些财产权利可成为占有的客体,民法学上将其称为“准占有”。“占有制度的目的在于保护对物的事实上的支配关系,以维护社会的和平秩序。而权利的占有如果具有使他人足以信其享有该权利的表面,并且事实上行使该项权利,亦应对这种占有进行保护,其目的也是为了保护社会和平秩序。这样,占有系对于有体物的支配,而‘准占有’则系不包括有体物支配的对于财产权的支配,即权利的行使。因此也有学者将其称为‘权利的占有’”。^{[1]146}

(二) 知识产权的准占有问题

作为财产权的知识产权能否成为占有之标的,学界说法不一。⁷笔者看来,应当一分为二地看待知识产权的准占有问题。知识产权可分为二类,一类是需要国家机关

登记才能产生的权利,如商标权、专利权等;另一类是无需国家机关登记便可产生的权利,如著作权、商业秘密权等。

1. 对于商标权、专利权等第一类知识产权需要由国家机关登记才能产生,占有的权利推定效力难以发挥作用。企业在商品上使用某商标或者在经营中使用某项专利技术,并不会产生权利推定效力,而商标局或专利局的登记才是确权的唯一标准,显然,此类知识产权准占有的权利推定效力已经被登记所取代。其次,对于商标权、专利权等第一类知识产权,准占有的善意取得效力也不可能发生。商标权、专利权等权利的产生必须履行登记的手续,这种登记手续使得交易相对人很容易在登记机关那里查询到真正的权利人。经过查询登记,受让人知道出让人无处分权还与之交易,可谓是“明知”;受让人若未经过查询登记就与无处分权人进行交易可谓是“重大过失”,无法构成善意。相反,如果登记记载错误,受让人基于登记之公示公信力而与无权处分人交易,才可谓真正之善意。最后,在商标权、专利权等第一类知识产权领域,不存在准占有之取得时效。

2. 著作权、商业秘密权等知识产权无需国家登记便可产生。对于著作权而言,能够产生权利推定的事实是署名,如无相反证明,在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者。⁸署名发生与占有相同的权利推定效力,不同的是署名针对的是著作权(也可以说针对作品),而占有针对的是动产,基于此,署名即为著作权的准占有。这种准占有发生善意取得的效力,如甲是某作品的作者,后乙未经甲的许可便在作品上署名并公开发表,后乙将该作品的著作财产权转让给丙,丙基于相信作品署名的真实性而与乙达成交易。在本案中,乙是无权处分,但丙完全有理由相信那个已经公开发表的作品上的署名是真实的,基于此信任而完成交易,可以被认定为善意第三人。尽管我国现行法律并未对此作出规范,但基于对善意第三人利益的保护,理应适用善意取得制度。既然署名作为著作权的准占有,当著作权整体转让时,权利人应当向受让人交付准占有——变更署名(版权绝卖),如在计算机

4. 罗马古代的法学家一致认为,占有是事实,但具有一定的法律效果。帝政后期,有的学者开始主张占有是一种权利,也像物权一样,可以援用救济程序加以保障。主张占有为事实的,认为占有取得完全是事实行为,故违法行为也可取得占有,法律行为的无效并不影响占有的转移。前者如盗窃等,后者如要式买卖之证人不合格等。主张占有为权利的人认为,权利的要素一为利益,一为法律的保障。占有使占有者得利用其物并受令状的保护,便已取得了权利的要件。

5. 按照我国《物权法》第106条规定,“善意取得”应具备如下要件:第一,无权处分人处分他人财产;第二,受让人是善意第三人;第三,转让的财产已经交付或者已登记;第四,以合理的价格转让。

6. 取得时效,指无权利人以行使某种权利的意思持续行使该权利,经过一定期间而言。在传统民法上,因取得时效,可使无权利之占有人或持有人径行取得其权利^{[1]146}。

7. 史尚宽先生认为,著作权、专利权、商标权等知识产权可以作为准占有的标的^{[3]547-549}。郑成思教授则认为,“由于无体,作为知识产权客体的信息,不可能被单独占有,因此以占有或准占有为第一要件的民法上的‘取得时效’,就决不可能适用于知识产权”^[9]。

8. 参见我国《著作权法》第11条。同时,《伯尔尼公约》第15条第1款规定:“受本公约保护的文学艺术作品的作者,只要其名字以通常方式出现在该作品上,在没有相反证据的情况下,即视为该作品的作者并有权在本联盟成员国中对侵犯其权利的人提起诉讼。即使作者采用的是假名,只要根据作者的假名可以毫无疑问地确定作者的身份,本款也同样适用。”

软件作品著作权转让中,转让人应当将作品署名最终变更为受让人。⁹那么,在著作权人以著作权对外提供担保时,著作权人是否可以向担保人交付准占有,即将作品署名暂时变更为担保人呢?显然这是无法实现的,其理由在于:(1) 著作权准占有的交付将花费巨大成本且难以操作。试想,著作权人要交付准占有,出版发行的作品的署名都应当变更为担保人;然而当担保人债务得到如期清偿时,又需要将作品的署名重新变更回来,这将花费巨大成本且难以操作;(2) 著作权准占有的交付会极大影响著作权商品的价值。一般动产的交付并不会影响它本身的市场价值,而署名的变化对于作品的市场价值影响很大,¹⁰著名作家若将其作品署名变更为银行等担保人,作品的价值会骤然降低,作为担保标的的著作权价值也将因此而减少,这也有违担保目的;(3) 著作权准占有的交付还会误导社会评价,扰乱社会思想体系的有序。总之,著作权担保不能适用准占有之交付,亦不能成立著作权质押。

对于商业秘密而言,又是何种事实能够产生权利推定效力呢?世界各国对商业秘密的界定各有不同,但普遍都要求对商业秘密采取保密措施。¹¹保密措施可视为对商业秘密特殊的占有,权利人一旦放弃保密措施,商业秘密将被公开,权利人因此将失去商业秘密权。同时保密措施亦可产生权利推定之效果,对商业秘密采取保密措施的人理应是商业秘密权的主体,这符合常理的推断。因此,保密措施可视为对商业秘密的准占有。当然,商业秘密的准占有还具有其特殊性:同一商业秘密可能会同时存在多个合法的自主占有。¹²如甲拥有某一技术秘密,后来乙基于自身研发也获得该技术秘密,这样,以同一技术秘密为客体同时存在多个自主占有。每个自主占有人都有权独立地行使商业秘密权,包括使用、转让、许可他人使用、主张侵权赔偿、对外提供担保等。但每个自主占有人是否可以向公众公开技术信息,行使放弃权,则是一个相对不确定的问题。当乙行使放弃权之外的其他商业秘密权时并不会对甲的商业秘密权产生实质影响,然而当乙对外公开该技术信息、放弃商业秘密时,甲的商业秘密权也将因此

消失,显然,乙行使放弃权在实质上也剥夺了甲的商业秘密权。然而在笔者看来,乙的行为是绝对正当且不应被视为侵权的,其理由在于:(1) 乙获得商业秘密的手段合法;(2) 乙享有商业秘密权,当然也有权放弃,这是合法行使处分权的过程;(3) 乙在主观上并没有过错。商业秘密权具有保密性,故而乙不知道也不应当知道除自己之外的其他主体还拥有该商业秘密;(4) 应当鼓励乙公开技术信息的行为,这有利于社会技术进步。保密措施可以作为商业秘密的准占有形式,在该商业秘密权转让时,商业秘密权人也需将商业秘密之准占有交付给受让人。同样,商业秘密权人在以商业秘密对外提供担保时,也可将该商业秘密准占有交付给担保人,其担保便可成立。

基于上述分析,应当区分设计知识产权担保制度:商标权、专利权等知识产权,适用国家登记制度,并不适用准占有制度,也就不存在交付占有的问题,因此,商标权、专利权等知识产权只能作为抵押标的,而不能作为质押标的;著作权、商业秘密权等知识产权不适用国家登记制度,适用准占有制度,但在著作权担保中,著作权之准占有——署名却不宜转移给担保人,故而著作权亦不能作为质押标的,而只能作为抵押标的;而商业秘密权的准占有——保密措施则可以转移给担保人,故而商业秘密权既可以作为抵押标的,也可以作为质押标的。

三、知识产权担保制度重构

我国《担保法》和《物权法》做出了错误的制度取舍,误把商标权、专利权、著作权抵押当作质押。具体而言,抵押制度与质押制度在当事人权利、义务的构建上存在如下区别:(1) 担保财产的使用、收益权不同。若适用抵押制度,抵押人可以继续行使抵押物的使用、收益权,而无需征得抵押权人的同意;适用质押制度,质押人无权继续行使抵押物的使用、收益权,除非征得质权人同意。¹³(2) 担保财产的重复抵押权不同。若适用抵押制度,抵押人将财产抵押后,该财产的价值大于所担保债权的余额部分,可

9.参见《计算机软件保护条例》第8条。

10.有一些国家确实将著名作者的姓名作为未注册的驰名商标来保护¹⁰。

11.1996年10月美国国会制定的《经济间谍法》,对商业秘密做了如下界定:商业秘密是权利人采取了保密措施,不为普遍知悉,公众不易通过正当手段获取,具有独立经济价值的任何金融的、商业的、科学的、技术的、经济的、工程的信息。1990年日本修订后的《不正当竞争防止法》对商业秘密做了如下界定:商业秘密是指拥有制造或者销售方式之类的,在商业上具有实用性、被作为秘密进行保守,不为一般公众所知悉的技术信息与经营信息。我国《反不正当竞争法》第10条规定:商业秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。我国台湾地区制定的《营业秘密法》规定商业秘密需符合以下条件:(一)非一般涉及该类资讯之人所知者;(二)因其秘密性而具有实际或潜在之经济价值者;(三)所有人已采取合理的保密措施。

12.自主占有与他主占有相对应,前者是指占有人具有为自己所有的意思所进行的占有,后者是指占有人并不以自己所有的意思进行的占有。基于物权法上一物一权原则,一个动产只能对应一个合法的自主占有;著作权之准占有亦是如此,一部作品只能对应一个合法的署名,当然这个署名可能由多个作者的名字共同构成。

13.参见我国《担保法》第80条:“本法第79条规定的权利出质后,出质人不得转让或者许可他人使用,但经出质人与质权人协商同意的可以转让或者许可他人使用。……”

以再次抵押,但不得超过其余额部分。¹⁴而在质押关系中,即便是质押财产的价值大于所担保债权,质押人也无权将质押财产再次设立质押。(3)担保权人的保管义务不同。在抵押关系中,因不转移抵押财产之占有,抵押权人不承担保管抵押财产之义务;而在质押关系中,质押权人则需承担保管质押财产之义务。¹⁵我国《担保法》规定,以商标权、专利权、著作权出质的,出质人与质权人应当订立书面合同,并向管理部门办理出质登记,¹⁶同时还规定,包括商标权、专利权、著作权质押在内的权利质押适用动产质押的规定。¹⁷显然,我国《担保法》有关商标权、专利权担保的规定自相矛盾:一方面它并不要求商标权、专利权担保交付准占有,而是要求办理担保登记;另一方面它仍将商标权、专利权、著作权担保视为质押而非抵押。既然商标权、专利权、著作权担保并不要求准占有之交付,而只需履行登记制度,上述权利担保便只能成立抵押,而非质押。下面,笔者将以抵押模式重构知识产权担保制度:

首先,应当赋予知识产权人在担保后对知识产权的使用权、收益权。我国《担保法》适用质押制度,限制了出质人对商标权、专利权、著作权等的使用、收益权。¹⁸这一规定极不合理:(1)忽视了动产质押与知识产权担保的区别。在商标权等权利担保前后,商标权等权利的法律地位并未发生变化,这与动产质押不同,动产质押后出质人丧失动产之占有,自然不能行使使用、收益权,然而在商标权等权利担保后,知识产权人仍可以对其进行使用、收益。(2)对知识产权权利人极为不利。像著作权、专利权等权利本身就具有法定期限限制,超过法定期限即进入公有领域,知识产权人再无专有使用权。为鼓励创作,立法自然应当为知识产权合理行使创造有利条件,然而《担保法》又对知识产权权利行使进一步限制,这显然对权利人利益实现极为不利。(3)不利于担保目的之实现。在担保关系中,如果不允许知识产权人行使使用、收益权,并将其收益所得归于担保的标的物,这将限制担保财产的价值,不利于担保权人利益之实现。正是基于上述原因,商标权等知识产权权利人理应获得担保阶段的使用、收益权。我国有个别学者提出此时的质权更加类似于抵押权^[4827]。其实,准确地讲,商标权等知识产权担保本身就是抵押权,知识产权人享有使用、收益权也是顺理成章。

其次,应当允许商标权、专利权、著作权的权利人设立再担保。所谓再担保,即是在担保财产价值大于债权数额

时,担保人对超过部分再行设立担保。再担保有助于最大程度地实现担保财产的担保功能。在抵押关系中,抵押人有权将抵押财产价值超过担保债权部分再次设立抵押;但在质押关系中出质人却难以设立再质押,因为出质人将财产转移给质权人之后,他无法实现质押财产占有的再次转移。在商标权等知识产权担保后,当知识产权的权利价值高于担保债权时,担保人完全可以设立再抵押,以充分利用知识产权之交换价值。

最后,在商标权、专利权、著作权担保中,担保权人不应当承担“保管”义务。对于动产而言,所谓保管即是保护管理财产不受损害,对于知识产权而言,其保管义务包括商标权的续展,按期缴纳商标权、专利权年费,维护知识产权不受损害等。在商标权等知识产权担保关系中,由于并不存在准占有之转移,担保权人也不应承担保管之义务,而应由知识产权人承担商标权续展、缴纳年费、维护等保管义务。如果知识产权人出现未尽妥善保管义务时,如未按期续展商标权或者未按期缴纳年费,足以使知识产权价值减少或者灭失的,担保权人有权要求知识产权人履行妥善保管义务,当知识产权价值减少或者灭失的,担保权人有权请求知识产权人提供与减少或者灭失的价值相当的其它担保。

四、结语

基于知识产权准占有制度在适用及转移方面的区别,知识产权担保设计应分别采取不同模式:可以适用准占有制度且准占有能够转移的知识产权(像商业秘密),其担保制度既可以采用抵押模式,也可以采用质押模式;适用国家登记制度而非准占有制度的知识产权(像商标权、专利权等),其担保制度只能采用抵押模式;个别知识产权虽适用准占有制度,但准占有不能交付(像著作权),其担保制度也只能采用抵押模式。

然而,我国《担保法》和《物权法》并未区分知识产权抵押与质押制度,而是一刀切的方式统一规定为知识产权质押,忽视了不同权利在适用“准占有”及“交付”制度上的差异,歪曲了知识产权担保的应有之意。立法者为何要在知识产权担保中设计一个不合逻辑的制度?韦伯的观点似乎为我们提供了一个启迪:“我们要推进的社会科学是一种现实的科学。我们要理解我们被置入其中的生

(下转第21页)

14. 参见我国《担保法》35条。

15. 参见我国《担保法》第69条:“质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的,质权人应当承担民事责任。……”

16. 参见我国《担保法》第79条。

17. 参见我国《担保法》第81条:“权利质押除适用本节规定外,适用本章第一节(动产质押)的规定。”

18. 参见我国《担保法》第80条、《担保法司法解释》第105条:“以依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权出质的,出质人未经质权人同意而转让或者许可他人使用已出质权利的,应当认定无效。因此给质权人或者第三人造成损失的,由出质人承担民事责任。”我国《物权法》第227条规定:“知识产权中的财产权出质后,出质人不得转让或者许可他人使用,但经出质人与质权人协商同意的除外。”

战略。

4. 知识产权战略与社会主义市场经济体制

知识产权制度是市场经济发展的产物,同时也是市场经济体制的基本规则。诚如学者所述,“知识产权全面反映着作为技术开发——产业——消费者这种市场结构的情况。如果知识产权制度与这种结构不相适应,就不会带来任何实效。”¹⁹企业参与市场竞争,一是要形成良好的品牌,二是要研发优质的产品。特别是在知识经济时代,一个企业只有拥有自主知识产权才能拥有市场竞争优势。如果盗版、假冒等各种侵权行为泛滥,产业链的高端将无人问津;而在产业链的低端却形成价格战的恶性竞争。同时,国内的自主创新和品牌战略将面临恶劣的发展环境,政策支持的效应将被大量侵权行为所抵消,创新者的权益将被侵权者剥夺,从而失去创造热情。实践证明,盗版、假冒问题正严重破坏着市场运行规则和公平竞争秩序。大量盗版软件使软件产业发展受到严重影响,食品、药品、农资等领域的仿冒,威胁着人民群众的生命健康和农业生产。一个没有创新的民族是没有希望的,一个不保护创新的民族,同样会断送自己的未来。基于此,制定和实施知识产权战略,是我国构建社会主义市场经济体制、企业参与市场竞争的必然结果。

在公共政策学分析中,议程设定常常包含构建一个“故事”,说明什么引发了所谓的政策问题²⁰。通过本文的分析,可以初步总结出在我国实施知识产权战略的迫切性

与重要性:首先,逐渐完备的知识产权法律制度和工作机制,是实施知识产权战略的必要准备;其次,随着社会的发展和改革事业的深入,知识产权日益成为影响政府、企业、行业和其他市场主体的“公共问题”,由此引发了社会越来越广泛的关注和讨论;同时,公共讨论和商谈的理论化研究表明,知识产权是一把“双刃剑”,对于经济增长、自主创新和政治文明具有正效应和负效应,其本质上需要以战略眼光解决公共问题;最后,理论的支持和实践的需求汇聚在一起,基于全面落实科学发展观,建设创新型国家、和谐社会与市场经济体制的考虑,在我国实施国家知识产权战略就成为必然的历史抉择。EIP

(作者单位:中南财经政法大学)

参考文献:

- [1]Keith E. Maskus Intellectual Property Rights and Economic Development. Case Western Reserve Journal of International Law[J]. Special Supplement 2000, Vol.32 Issue 2.
- [2]富田彻男.市场竞争中的知识产权[M].北京:商务印书馆,2001:252.
- [3]Deborah A Stone, Casual Stories and the Formation of Policy Agendas. Political Science Quarterly[J]. 104,2(1989): 281- 300.

(上接第 17 页)

活那包围着我们的现实的特性——一方面是在其现今表现形式中的个别现象的联系和文化意义,另一方面是它在历史上成其为这样而不是那样的原因。²¹因此,有必要从历史的演进中寻求合理的解释。我国最早是在 1995 年《担保法》中确立了知识产权质押制度¹⁹,《担保法》基本上是以担保形式作为体系划分标准的,如“第一章-总则”、“第二章-保证”、“第三章-抵押”、“第四章-质押”、“第五章-留置”、“第六章-定金”。抵押既可以是“不动产”也可以是“动产”,而质押的对象则只能是“动产”或“权利”,这样知识产权便与其他权利(债权、票据权利等)被“当然”地划入质押担保部分。2007 年 3 月通过的《物权法》的担保物权部分也采取类似的立法体系。立法者并没有就权利担保作进一步的区分,即哪些适用质押、哪些又适用抵押,而是统统纳入到“权利质押”部分。至于这种“粗糙”的立法模式源于立法技术有限或是其他原因已无从考证,但可以肯定,它在很大程度上是受我国现有立法体系制约的结果。EIP

(作者单位:北京大学知识产权学院)

参考文献:

- [1]梁慧星.中国物权法研究[M].北京:法律出版社,1998.
- [2]曾荣振.民法总整理[M].台湾地区:三民书局,1981: 571- 572.
- [3]史尚宽.物权法论[M].台湾地区:荣泰印书馆,1979: 480- 481.
- [4]谢在全.民法物权论(下册)[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [5]郑成思.知识产权论[M].北京:法律出版社,2003: 110.
- [6]Paul Goldstein. Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines[M]. The Foundation Press, Inc.1981: 25.
- [7](德)马克斯·韦伯.社会科学方法论[M].李秋零,田薇,译.北京:中国人民大学出版社,1999:15.

19. 我国 1995 年制订的《担保法》第七十五条规定,下列权利可以质押:“……(三)依法可以转让的商标专用权,专利权、著作权中的财产权;(四)依法可以质押的其他权利。”