

# 我国知识产权和谐秩序面临的挑战与应对

■ 杨廷超\*

**摘要:** 国家权力、社会公众自由、知识产权三者之间衡平, 将最终实现知识产权的和谐秩序。我国知识产权立法起步较晚, 发展至今, 已经确立了相对和谐秩序, 但科技的发展、文化事业的兴起, 以及国际经济格局的演变都对传统的和谐秩序带来了巨大的挑战。为构建新时期知识产权和谐秩序, 应当修正合理使用制度, 实现科技发展条件下知识产权与公众利益的和谐共存; 丰富知识产权制度, 促进艺术繁荣与知识产权之间的和谐发展; 完善立法, 实现我国与西方发达国家在知识产权问题上的和谐共处。

**关键词:** 知识产权 和谐秩序

## 一、什么是知识产权和谐秩序?

市民权利具有固定的范围, 权利主体一旦超越了自己的范围, 势必侵入他人的权利范围, 而为法律所禁止。与此同时, 市民权利与国家权力也是在对抗中实现和谐。国家权力一方面对市民权利滥用给予必要干预, 另一方面“国家权力必须受到公民权利的制约, 国家权力行使的自由裁量不得侵害公民权利, 最终要达到国家权力回归人民。”<sup>1</sup> 权利 - 权利、权力 - 权利之间的平衡最终实现了社会秩序的和谐, 知识产权秩序的构建与发展也同样遵循这一规律。

国家权力、社会公众自由、知识产权三者的关系可如下图所示:

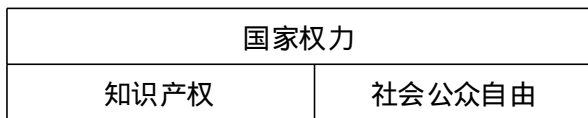


图 1

在图 1 中, 国家权利、社会公众自由与知识产权三者之间处于一种此消彼长的状态。其中, 在国家权力与知识产权的关系中, 国家权力过度膨胀, 而知识产权将受到压制, 这表明国家权力过分干涉知识产权, 发明创作的积极性就会受到打击; 反之, 知识产权过于膨胀, 国家权力被弱化, 这时知识产权就会处于极度“垄断”状态, 即便公共利益也要让位于知识产权专有使用权, 发明创作的热情将被激发, 但社会整体将面临畸形发展。在知识产权与社会公众自由之间, 过分强化知识产权保护, 就会弱化公众自由, 这虽能发挥发明创作

\* 作者系北京大学法学院博士后研究员。

<sup>1</sup> 吕继东:《宪法: 权利与权力》, 载自《人民法院报》2002 年 11 月 25 日版。

热情, 但却不利于科技文化的普及与传播; 反之过分张扬社会公众自由, 就势必压抑知识产权, 这将极大降低发明创作者的创作积极性。

我国知识产权法从产生、发展到不断变化, 都在力求实现国家权力、社会公众自由与知识产权之间利益平衡, 构建知识产权和谐秩序。一方面, 为了鼓励发明创作, 知识产权法赋予发明创作者专有使用权, 2001年我国著作权法修改后将著作权内容扩展为十七项,<sup>2</sup> 2000年我国专利法修改后将专利权的内容由原来三项扩展为五项,<sup>3</sup> 但另一方面为了科学文化的普及与传播, 有必要对知识产权进行合理限制, 扩展社会公众的权利, 为此, 我国著作权法专门赋予社会公众“合理使用”的权利, 即在某些非营利的情况下, 即便不经过知识产权人的同意, 使用人仍可无偿使用他人的著作权。<sup>4</sup> 与此同时, 国家权力也给予了知识产权适当干预, 力求实现保护与限制之间的和谐关系: 一方面, 国家大力保护知识产权, 采用民事、行政、刑事措施打击侵权者。近些年来我国不断提高知识产权保护水平与侵权打击力度, 2001年著作权法修改后增加了人民法院“没收权”;<sup>5</sup> 2001年商标修改后增设了工商机关打击侵权的四项职权;<sup>6</sup> 另一方面, 国家权力又要适当限制知识产权。我国《反垄断法》明确规定禁止滥用知识产权;<sup>7</sup> 我国专利法为此设立强制许可制度, 如为公共利益之需要, 国家可强制使用他人的专利技术,<sup>8</sup> 旨在于保护知识产权同时, 兼顾我国社会事

业的整体发展。

## 二、我国知识产权和谐秩序面临的挑战

我国知识产权立法起步较晚, 发展至今, 虽然取得了长足发展和进步, 确立了相对和谐的知识产权秩序; 但科学技术的飞速进步、文化事业的蓬勃发展, 以及国际社会政治经济格局的演变都给传统条件下的和谐秩序带来了前所未有的挑战。

### (一) 科技发展对知识产权和谐秩序的挑战

科技发展实现了传统书写方式的变革。人们传统的书写(创作)方式是在纸上实现的, 这决定了对原有作品的利用的局限性。科技的发展让传统的创作方式从纸上移到电脑上, 数字技术的发展又让多媒体作品的创作成为现实。创作者可以在电脑上融合包括音乐、绘画、视听作品在内的各种形式的信息, 并且最大程度地利用现存作品作为创作素材, 数字技术的发展使得这种利用更加方便。艺术家之外的普通公众也可以自由参与艺术创作, 他们与艺术家相比远远缺乏艺术才能, 要让他们从头开始创作作品非常困难, 对他人作品的借鉴更显得不可缺少。<sup>9</sup> 然而这种“借鉴”势必侵犯原作之保护作品完整权, 社会公众的创作自由与作者的著作权发生冲突。对于冲突的解决, 似乎可利用合理使用予以缓解, 但作品的修改涉及原作者之人身, 而我国知识产权法所规定之合理使用的范围仅限于财产权, 不包括人身权, 因

2 我国 1990年著作权法将著作权的内容分为五大项, 而 2001年著作权法将著作权内容扩展为十七项, 增设了放映权、信息网络传播权等权利内容。

3 我国专利法在 1992年修改后只赋予了发明专利权人制造、使用、销售三项权利; 2001年修改后在原有基础之上又增设了许诺销售权和进口权。

4 参见我国著作权法第二十二条。

5 参见我国著作权法第五十一条规定: 人民法院审理案件, 对于侵犯著作权或者与著作权有关的权利的, 可以没收违法所得、侵权复制品以及进行违法活动的财物。

6 参见我国商标法第五十五条规定: 县级以上工商行政管理部门根据已经取得的违法嫌疑证据或者举报, 对涉嫌侵犯他人注册商标专用权的行为进行查处时, 可以行使下列职权: (一) 询问有关当事人, 调查与侵犯他人注册商标专用权有关的情况; (二) 查阅、复制当事人与侵权活动有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料; (三) 对当事人涉嫌从事侵犯他人注册商标专用权活动的场所实施现场检查; (四) 检查与侵权活动有关的物品, 对有证据证明是侵犯他人注册商标专用权的物品, 可以查封或者扣押。

7 《反垄断法》于 2007年 8月 30日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过, 该法第五十五条规定: 经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为, 不适用本法; 但是, 经营者滥用知识产权, 排除、限制竞争的行为, 适用本法。

8 参见我国专利法第十四条。

9 中山信弘著, 张玉瑞译: 《多媒体与著作权》, 专利文献出版社 1997年版, 第 89页。

此社会公众修改他人作品,无论出于何种目的,必须征得作者同意。然而在网络技术兴起的今天,创作者使用原作征得作者同意简直无法实现:作者在网络上发表作品时常采用笔名或假名,难以确认作者的真实身份;即便最终确认了作者的身份,创作者分散在世界各地,也难以寻找。此外,在对原有作品进行分解、改编、综合,再形成多媒体作品的,而新作品又会被再次用作素材……如此循环往复,最终产生的多媒体作品涉及的作者数量将以几何倍数增长,如果坚持创作者必须征得每一位原创作者的同意,这将导致无法实现再创作的结果。

科技发展还实现了印刷方式的革命。作为中国四大发明的印刷术实现了一份到多份的复制梦想,它对于文化传播的意义自然不言而喻,同时它也带动了著作权的兴起。如果说印刷术实现了复制从无到有,现代数字技术的发展更是让复制从低级走向了高级。录音、录像技术的空前繁荣,让复制似乎变得简单易行,甚至作为通话功能的手机都可以作为照相机、摄相机随时随地照相、拍摄。君不见,演讲者在台上“慷慨激昂”,录音者在下面“不动声色”;表演者在台上“手舞足蹈”,录像者在下面“窥(岿)然不动”。这里同样存在着知识产权与社会权利的冲突:知识产权人对于自己的作品(表演),完全可以禁止他人进行录音、录像的复制;<sup>10</sup>偷录者也并非全然无理,他们对作品(艺术)的陶醉,足以让公众对他们复制的行为报以同情,更何况,世界各国大都规定,为了个人“学习、研究、欣赏”的目的,而对他人作品的少量复制属于合理使用。在传统条件下,社会公众与知识产权人之间所发生的类似冲突,并未引发人们太多的关注,使用人基于非商业目的而进行的少量复制,的确不会给知识产权人的利益带来威胁。然而,网络技术的发展又让知识产权与公众权利之间的冲击变得复杂。互联网实现了信息传播的革命,它让信息在瞬间就传遍世界,借助于网络,任何简单的复制,都可

能给权利人带来“灭顶之灾”。试想,花费巨资制作的作品(表演),一旦被上传互联网上,人人皆可欣赏,整个作品潜在的市场价值也将荡然无存。这样,即便是那些被看似简单的复制,都有可能被权利人禁止,而这又势必引起不少欣赏者的不满,毕竟,还有不少欣赏者是自认为自己是基于纯粹正当的目的使用作品(表演)。

(二)文化事业发展对知识产权和谐秩序的挑战

从“百花齐放、百家争鸣”开始,历经数年的发展至今,我国文化事业空前繁荣,然而这一过程也凸显了我国文化事业发展的几个倾向:

第一,“恶搞”艺术倍受追捧。以影片《无极》引发的“馒头血案”为契机,“恶搞短片”的艺术形式开始倍受关注。时下,几乎每一部大片出台都难逃“恶搞”的命运,即便《水滸》《西游记》等中国传统的四大名著也难逃此劫。<sup>11</sup>这种被称为“戏谑模仿作品”(戏仿作品)的艺术形式在网络技术的支持下对人们的生活产生了更加广泛的影响,由此引发了一场轰轰烈烈的知识产权秩序合理与合法之间的争论。在著作权人的眼里,戏仿者有侵犯作者修改权和保护作品完整权之嫌,然而戏仿者的行为却又受到相当一部分公众的支持,从某种意义上讲,<sup>12</sup>“戏仿以及与之相关的调侃,事实上已经成为中国都市比较年轻的知识群体中一种常见且有效的人际交流方式,一种可能因某种自我怀疑、自我限制而变得温和的批评或表达异议的方式。它不那么坚定、崇高,但恰恰因此也就避免了更激烈的冲突”。在过去20年里,这种思考和交流方式在整个中国社会,总体看来,正不断增长和扩展。也许我们应当思考为什么,以及作为制度的法律该如何回应?<sup>13</sup>

第二,在艺术模仿中寻求创新。“模仿”历来被创新者所不齿,但近些年来,“模仿秀”的节目倒是颇为时尚,模仿者惟妙惟肖地表演似乎又让人们感受到“创新型”的艺术形式,但也由此引发

10 参见著作权法第十条、第三十七条。

11 《水浒传》曾被恶搞为“一百零五个男人与三个女人的故事”。

12 某网站调查《馒头血案》的制造者胡戈曾获得93%的网友支持率,引自 [it.sohu.com/20060217/n241883398.shtml](http://it.sohu.com/20060217/n241883398.shtml)

13 苏力:《戏仿的法律保护和限制——从一个馒头引发的血案》切入》,载自《中国法学》2006年第3期。

了模仿者与表演者之间的权利冲突。<sup>14</sup>在著作权法上,表演与创作并非同一概念,创作是产生作品的事实,表演是对创作作品的传播。模仿“表演”也不能等同于“盗版”,毕竟模仿者在模仿中要付出艰苦努力和创造性劳动,观众(听众)从中获得耳目一新的感觉,模仿中的创新性由此得以体现。当然,模仿者的言行举止都是以原表演者为范本进行的,这与原表演者完全“独创性”表演不同,模仿者的创新是以原有表演者的表演为基础,无论如何,不能否认原表演者的劳动对于模仿者的价值!然而,我国现有法律既没有对表演者创新性予以肯定,也没有彰显原表演者对模仿者的价值,由此所导致的原表演者与模仿者之间利益的失衡,对传统知识产权和谐秩序带来了挑战。

第三,原生态文学艺术的兴起。近些年来,民间原生态艺术渐进兴起,且倍受推崇。但一直以来,我国法律对民间文学艺术的权利内容、权利归属问题以及授权程序都未有明确规范,由此引发的原生态文学艺术的知识产权纠纷也逐渐增多,其中“西北歌王之称的王洛宾准备将《在那遥远的地方》等歌曲版权卖断给我国台湾地区有关人士”的案件<sup>15</sup>、“赫哲族人和郭颂关于赫哲族民歌《乌苏里船歌》署名权的纠纷”<sup>16</sup>、“外国公司根据中国传统故事制作动画片案件”<sup>17</sup>都是其中较有影响力的案件。立法空白所引发的民间文学艺术的使用者与民间文学艺术的发源地之间的利益纠纷,同样对知识产权和谐秩序构成了挑战。

(三)国际政治经济格局对知识产权和谐秩序的挑战

由于经济和科技发展的不平衡,知识产权还

主要集中在西方发达国家手中,它们拥有世界上大部分的先进技术和知名品牌。基于对巨额利润的追求,发达国家滥用知识产权的形式多有频发,其典型的方式包括:1.拒绝交易。知识产权主体为了维护自身在某一领域的绝对垄断地位,对于第三方许可使用的请求,坚决表示拒绝。美国考试中心(ETS)诉新东方一案中,新东方曾多次提出以合理的对价请求考试中心授权使用托福试卷,但均遭到了拒绝。正如Magil案中布鲁塞尔上诉法院所指出的,“尽管作者原则上可以自由地授予或者拒绝授予许可证,但是这种权利可能被滥用并且与属于经济公共秩序的竞争法形成冲突。”2.搭售。知识产权主体在转让(许可使用)过程中违背对方意愿,附加不合理的条件,如强行要求对方购买其不需要的产品。微软公司曾将其网络浏览器与Windows操作系统捆绑销售便属于典型的搭售。3.滥用标准。知识产权一旦上升为国际标准,便不可避免地成为竞争者的贸易壁垒。其他竞争者若将商品打入国际市场必先达到标准,而欲达到标准则需使用相关的知识产权,此时,知识产权主体要么提出天价的许可使用费用,要么干脆不许使用,以技术壁垒的形式将竞争者排除在外。

知识产权滥用的形式已经破坏了既有知识产权和谐秩序。我国在履行国际承诺、提高知识产权保护水平的同时,对发达国家知识产权滥用的局面应当积极应对。滥用知识产权完全违背TRIPS协议所确立的目的,TRIPS协议明确“知识产权的保护与权利行使,目的应在于促进技术的革新、技术的转让与技术的传播,以利于社会及经济福利的方式去促进技术知识的生产者与使用者

14 2001年6月,在中央电视台《实话实说》节目组的录制现场,当长相酷似巩汉林的“模仿秀”表演者王密面对“模仿秀”的非议,建议进行讨论时,巩汉林却“拂袖而去”,节目的录制不欢而散。

15 1994年6月,《人民音乐》杂志报道,具有西北歌王之称的王洛宾准备将《在那遥远的地方》等歌曲版权卖断给我国台湾地区的有关人士。一些专家指出,这些都是新疆地区流传的民歌,属集体创作成果,任何人不能以任何形式据为己有。王洛宾只是进行了记录和整理,没有权利卖断民歌版权。

16 2001年,黑龙江省某赫哲族乡人民政府、某市赫哲族研究会状告郭颂、南宁市政府、中央电视台、北京北辰购物中心,称《乌苏里船歌》是赫哲族人民在长期劳动和生活中逐渐产生的赫哲族民歌,被告在“99南宁民歌艺术节”上宣称《乌苏里船歌》为创作歌曲,作者为郭颂等人,而不是赫哲族民歌,侵害了赫哲族人民的自尊心和民族感情,并且在未向原告付报酬的情况下发行录有该歌曲的音像制品和图书,侵害原告的精神权利。

17 美国好莱坞根据中国的花木兰女扮男装替父从军的故事制作了动画片《花木兰》,日本人根据中国的《西游记》制作成动画片《西游记》。许多国人看后,感觉不伦不类,难以接受。但对如何讨个说法又无所适从。

互利,并促进权利与义务的平衡”。TRIPS 协议还原则性地规定了各成员方“可采取适当措施防止权利持有人滥用知识产权,防止借助国际技术转让中的不合理限制贸易行为或消极影响的行为,只要该措施与本协议的规定一致。”如何在 TRIPS 协议的框架下,构建我国知识产权的和谐秩序,也就成为我国当前的首要任务。

### 三、应对挑战,重构我国知识产权和谐秩序

当法律在与现实的冲突中迸发出非和谐的音符时,是检讨立法,还是改变现实?答案是毋庸置疑的。为规范我国知识产权秩序,构建和谐社会,笔者提出如下建议:

(一)修正合理使用制度,实现科技发展条件下知识产权与公众利益的和谐共存。

高科技条件下的艺术创作,使得对他人在先作品的利用更为便捷,这对于弘扬艺术创作自然大有裨益,但对于原作的修改却容易引发纠纷。创作者试图通过“合理使用”来主张自己“借鉴”的合法化,但这种主张却难以得到我国现行著作权法的支持:我国著作权法所确立的合理使用制度仅适用于“复制”、“发行”等财产性权利,而不包括“署名”、“修改”、“保护作品完整”等人身性权利。为此,笔者建议有必要建立著作人身权的合理使用制度。英国、美国等普通法国家在 20 世纪 80 年代利用版权法保护精神权利后,认为其保护范围过于宽泛,又将合理使用制度从经济权利延伸到人身权利。<sup>18</sup>在大陆法系的个别国家的版权法中也规定了有关精神权利合理使用的内容,其中最为典型的是日本版权法。日本版权法规定:首先,“当未发表的作品版权转让时,当未发表的美术作品或照片原件转让时,当电影作品的版权属于电影制版人时,作者不得反对作品的发表”;其次,“根据作品的目的和形式,无损于作者要求承认自己是作者的权利,且不违反公正惯例,可省略作者的姓名”;再次,“作者不得反对出于

学校教学目的对作品仅做不得已的字面改动,不得反对由于建筑物扩建、改建、修缮或装饰外观所做的改动,不得反对为了在计算机中使用或更好地发挥功能而对计算机程序的改动,以及不得反对其他依作品性质及使用目的或形式所做的不得已的改动。”<sup>19</sup>我国也有必要设立著作人身权的合理使用制度,其中一项重要内容就体现在:数字化作品的创作过程中,允许创作者合理借鉴他人的作品,包括直接引用或者修改他人作品,在这一过程中,创作者应当尽可能署上原作者的姓名,当然,无法在作品上署名、不知道原作者姓名或者署名有碍于作品创作的除外。不仅如此,数字作品创作过程中,引入合理使用制度,还应当符合以下条件:1. 出于让自己创作的多媒体数字作品效果更佳的目的,而非“剽窃”他人作品的目的;2. 有损于作者的声誉,歪曲、篡改原作的,不能主张合理使用。

科技发展所引发的“复制风波”同样值得关注。各国著作权法大都规定,“为个人正当目的”(学习、研究、欣赏目的)使用作品,系合理使用。但在网络技术发展的今天,即便是那种为个人正当目的,而采用数字化技术复制作品(表演)的行为,仍也会对作者的利益构成巨大威胁,有必要对传统的合理使用制度进行必要修正。首先,应当区分作品(表演)的性质是公益性的还是商业性的。公益性的作品(表演),由于不存在商业价值,自然无需禁止“为个人正当目的”的数字化复制行为。对于一般的商业性的作品(表演),它的市场价值则会因为网络传播而减损,故即便是为个人正当目的数字化复制,仍应被禁止。然而在以下特殊情况下,作者则不必担心其作品(表演)的传播会减损其商业价值:第一,商业价值取决于原件的作品,如美术作品,其价值取决于原作,故而作品的传播并不会降低作品价值;第二,仅复制作品(表演)的极小部分,如电影作品的片花,其传播不会影响作品的商业价值。在上述两种情况下,为个人正当目的进行数字化

<sup>18</sup>美国版权法中人身权利的合理使用几乎原封不动地照搬了经济权利的合理使用。而英国版权法制定人身权利的合理使用制度时,仅对经济权利的规定做了有限的参考。

<sup>19</sup>参见日本《著作权法》第 20 条第 2 款和第 3 款。

复制的行为仍应被视为合理使用;除此之外,对具有商业价值的作品进行数字化复制的,应当进行必要限制。

(二)丰富知识产权制度,促进艺术繁荣与知识产权之间的和谐发展。

越来越多的戏仿作品的出现,引发了学术界对于“戏仿作品”的关注。所谓“戏仿”,是指基于批评的目的,借用原作的题材、人物、内容达到一种滑稽的、喜剧性(非严肃)效果的艺术形式。如果将“戏仿”视为对原作的一种合理使用,而非侵权,显然这更符合艺术进步与发展的要求:1 戏仿作品是批评、讽刺的目的,而非营利的目的,从而排除了“搭便车”的不正当竞争行为;2 戏仿作品并不会淡化原有作品,它所实现的是一种滑稽的、喜剧性的效果,完全不同于原作的主题;3 戏仿作品进一步丰富了艺术形式。“戏仿如果需要经过被模仿作品作者的事先授权才能行使,这就等于不公正地判处了一个文学种类的一大部分内容的死刑,同时也判处了一种批评自由形式的死刑。”<sup>20</sup>或许正是基于上述理由,西方各国大都将戏仿作品视为对原作的合理使用。当然,我国在设立该制度时,还应关注原作作者的利益,可借鉴西方国家先进立法例,设立必要的限制条件,如西班牙、巴西等国都规定戏仿作品不应是原作的复制品,不应与原作混淆,不应损害原作者的人格权,从而真正实现艺术繁荣与知识产权之间的和谐发展。美国联邦最高法院早在1994年“漂亮女人”案件(戏仿作品最早的判例)中判决:“戏仿已相当程度地赋予了新的表达和内容,且与原著有不同的市场功能,从而仅是原作的合理使用。”一些欧洲大陆国家,如法国、西班牙和瑞士等,在法典中明确“戏仿作品系对著作权的一种合理限制”。

“模仿”艺术所体现的困惑同样表明法律空白。在笔者看来,在模仿者与原表演者之间利益分配中,有必要强化表演者权,增设“表演者获得报酬的权利”,即模仿者模仿原表演者的行为,应

应当向原表演者支付报酬。当然,模仿者仅是为了自己学习、研究、欣赏的目的模仿表演者的表演,或者进行免费表演的情况下,表演者权的此项权利应当受到限制,即允许模仿者主张对原表演者的表演的合理使用,而无需支付任何报酬。至于模仿者的模仿是否应当得到原表演者的同意,同样值得思考。或许单从理论上讲,原表演者有权对自己的表演行为予以支配,即有权同意或者不同意他人进行模仿,但这将让模仿者处于被动地位而最终桎梏“模仿秀”的发展。为此,笔者建议设立法定许可制度,允许模仿者在未经表演者同意仍可进行模仿,当然,模仿者应当向表演者支付报酬。总之,强化表演者权的同时,兼顾模仿者的法定许可权,将最终促进“模仿秀”艺术健康和谐发展!

与“戏仿”和“模仿”相比,原生态的民间文学艺术所涉及的法律问题更为复杂,此类作品的权属问题至今都还存在疑问。对此学界历来有国家说、群体说、国家和群体双层主体说等三种学说。国家说主张,民间文学艺术作品的版权应当属于国家所有;群体说则主张,民间文学艺术作品的版权归创作民间文学艺术作品的民族、种群、种族等所有;国家和群体双层主体说则主张,民间文学艺术作品有多重权利主体——国家和群体。<sup>21</sup>笔者不赞同国家作为民间文学艺术作品的权利主体。民间文学艺术作品与自然资源不同,自然资源是自然界的恩赐,它具有有限性,国家出于整体利益出发,将其划归国有,以利于共享及合理开发使用。但民间文学艺术作品则是特定人群的智力成果,在经过若干年的流传、加工、发展、升华而形成的代表区域特色、文化、心理、习惯、风俗、宗教信仰的艺术成就,所以它的所有权绝不能从群体上升到国家,而理应由群体所有。但这个“群体”又当如何认定?民间文学艺术具有浓郁的地方特色、气息,有学者认为民间文学艺术在民间跨区域流传,也许不同民族、不同区域具有同一民间艺术表现形式,笔者认为可以援引“最密切联系原

<sup>20</sup> 德利娅·利普希克:《著作权与邻接权》,中国对外翻译出版公司、联合国教科文组织2000年版,第85-86页。

<sup>21</sup> 杨延超:《作品精神权利论》,法律出版社2007年版,第230-231页。

则”,将具有相同或相似文化特征的区域群体视为该民间文化的权利主体。尽管如此,在民间文学艺术作品的权属问题发生争议时,仍需进行详细的调查,方可准确判断其权利主体,对此笔者建议国家专门设立“民间文学艺术作品保护协会”,由该协会负责调查和判断其民间文学艺术作品的权利主体,当然依据“司法最终解决原则”,法院也有权调查和判断其权利归属。

(三)完善立法,实现我国与西方发达国家在知识产权问题上的和谐共处。

我国在相当长的时期内没有制定《反垄断法》对于专利权垄断的贸易壁垒无法采取有效法律措施,近期刚通过的《反垄断法》明确禁止了“经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为”。<sup>22</sup>但该法缺乏对经营者救济手段的规定。反垄断是 TRIPS 协议第 31 条 K 项明确规定的强制许可事由,而且其适用条件较宽。特别是为反垄断颁发强制许可的补偿费较低,甚至有时为零,如在美国。反垄断也是美国和欧共体颁发强制许可的主要理由。我国反垄断法理应借鉴许多 WTO 成员的做法,将强制许可制度作为专利权人滥用专利权支配市场地位的救济手段。

健全专利法上的强制许可制度,同样可以更为直接地对抗知识产权滥用。我国专利法规定了强制许可制度,但却存在限制过严、程序繁杂等诸多不足之处,极大地限制了社会公众在使用专利技术上的自由,具体表现在:1 对强制许可申请人的资格要求过高。我国专利法第 48 条规定:具备实

施条件的单位以合理的条件请求专利权人许可,在合理长的时间内未成功获得这种许可时,可以实行强制许可。显然,根据该条只有单位才能实施强制许可,然而 TRIPS 协议仅是规定了“拟使用者”概念(个人也包括在内),WTO 许多成员,如英国、加拿大专利法都允许强制许可的申请人可以是自然人。不仅如此,我国专利法还规定单位必须“具备实施条件”,这也超越了 TRIPS 协议的要求,这让我国绝大多数的主体都无法主张强制许可。<sup>2</sup>对强制许可的理由的规定过少。各国立法规定的强制许可的理由很多,包括拒绝许可、公共利益需要、紧急状态和非常紧急情况、政府使用、纠正反竞争行为、依赖性专利、专利权人未在当地实施专利、本国对专利产品的需要没有得到满足等,但我国专利法仅规定四种强制许可情形,<sup>23</sup>这极大限制了公众强制许可使用的自由。为此,我国专利法有必要进行如下修改:一方面应当放宽强制许可申请主体的条件,让更多的主体获得专利的强制许可;另一方面也应当增加强制许可的理由,让公众更容易获得强制许可。总之,应充分运用 TRIPS 协议赋予我国的自主权,在 WTO 规则的合理框架内有效对抗知识产权滥用。

社会秩序的演进要追求很多价值,如公平、正义、效益、人权等,而和谐则是上述诸价值有机统一的最高形式,时下,我国已经确立了建设社会主义和谐社会的发展目标,构建知识产权和谐秩序理所当然成为建设和谐社会的重要内容。■

<sup>22</sup>《反垄断法》于 2007 年 8 月 30 日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过,该法第五十五条规定:经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为,不适用本法;但是,经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,适用本法。

<sup>23</sup>包括拒绝许可、公共利益需要、紧急状态和非常情况、依赖性专利。