

工业版权与工业版权法

郑成思

知识产权中的两大部分——工业产权与版权——之间发生渗透与交叉并非自今日始，甚至并非自近代始。这至少可追溯到200年以前。但“工业版权”的术语，则是本世纪60年代末才出现的。把工业版权作为一类新知识产权，把工业版权法作为一种新知识产权法来研究，则是当代的事。新技术革命在今天产生出影响整个社会的、重要的工业版权新客体，它给我们提出了新的研究课题。

一、历史与现状

在最早使用“工业产权”术语的法国，法院从19世纪初就开始致力于划清受版权法保护的纯艺术品与受工业产权法保护的工业品外观设计之间的界线。到20世纪初，法国在立法中承认这种努力以失败告终了。法国1902年的《文学艺术产权法》（即版权法）规定：一切具有装饰作用的外观设计作品，均应受版权法保护；即使是“工业品外观设计”，只要具有装饰作用，也受版权法保护。只有那些装饰作用仅表现在产品功能上，离开有关功能即不再具有装饰性的设计作品，才被排除在版权法保护之外。这样，本来只受工业产权法保护的工业品外观设计，开始受到两种类型知识产权法的重叠保护。这说明当时外观设计尚未被当作一种新客体——工业版权客体。只有在—部法律中对它用两种法律方法的保护，而不是分别由两部法律去保护时，新客体才告产生。

联邦德国1965年的《作者权法》（即版权法）对一切艺术作品都有一项特殊要求：具有一定“艺术水平”，方能受版权法保护。这项要求一直成为多数国家版权法学家批评的目标。因为，版权法一般只能要求作品具有独创性（即非复制、非抄袭）。至于作品的“艺术水平”，是很难有个标准的。这不象专利领域要求发明具有一定“技术先进性”那样可以找到较客观的标准，或可以设定一个具有中等技术水平的人，由他判断一项发明是否“显而易见”。所以，版权学家们认为，要求版权客体具有“艺术水平”，是把工业产权法中的条件不合理地引入了版权法。而所谓“艺术品”中，就包括“实用艺术品”，它在有些国家正是工业品外观设计的代名词（另一些国家也认为至少实用艺术品中包含工业品外观设计）。也就是说，在联邦德国，即使抛开工业产权法不论，仅仅在版权法中，就含有衡量受保护外观设计的工业产权标准。在这里，我们已经可以看到某种“工业版权”的成份。

1968年英国颁布《外观设计版权法》之后，“工业版权”这一术语才被使用，外观设计也才被当作一种新客体。之所以说它是“新客体”，主要在于它不是分别受两种知识产权法

“完全重叠”的保护，而是把这两种法律中的规定，“部分重叠”在一部法律中。

1983年，美国国会开始讨论一项《外观设计版权注册法》提案（至今尚未通过）；1986年，联邦德国颁布了《工业品外观设计版权法》。这些提案及法律，则都可以被看作确实是把外观设计当作工业版权新客体来保护的工业版权法了。

与外观设计情况近似而在近年在一些国家受到（或准备受到）工业版权法保护的，是印刷字型。在有些国家，享有专有权的印刷字型被包含在外观设计之中。但把字型作为知识产权客体而明文予以法律保护的国家是屈指可数的。1973年缔结的《印刷字型保护与国际保存协定》也尚未生效。不过从这个协定对参加国要求的条件已足以看出它的“工业版权”性质：只有《保护工业产权巴黎公约》的成员国或两个基本版权公约（伯尔尼公约与世界版权公约）之一的成员国，方能参加。

无论外观设计还是印刷字型，都不是新技术革命的产物，不足以在世界范围构成新的知识产权领域。而随着新技术革命而产生出的电子产业中的硬件与软件，以及用法律对它们加以保护的必要，才使工业版权与工业版权法作为一个新领域，在世界范围出现了。

自1984年美国首次颁布《半导体芯片保护法》之后，日本及西欧、北欧许多国家也先后颁布了类似的法律。此外，欧洲经济共同体还推出了类似地区性公约的芯片保护条例，世界知识产权组织则正在起草芯片保护的公约。

对半导体芯片的保护，更确切地讲应当是对芯片上所体现的“掩膜作品”专有权的保护。掩膜作品体现在芯片上之前，是以设计图形的形式存在的。这种形式完全可以受到版权法的保护。一定数量和种类的、带有掩膜作品的芯片结合成为具有一定技术功能的电路之后，又完全可能申请到专利权，受专利法保护。而在掩膜作品体现在一个个单独的芯片这种形式范围时，则属于版权法与专利法都鞭长莫及的一个空白区。于是，芯片保护法就应运而生，以填补这一空白。

从历史背景上，我们可以看到保护芯片的工业版权法与保护外观设计的工业版权法在产生之际的完全不同背景。外观设计是因不合理地过份享有了专利法与版权法的双重保护，才需要较合理的工业版权法不完全重叠地施加保护，却不是填补空白的需要。

不过，从芯片法产生至今，在多数有这种法的国家的司法记录（或“判例集”）中，几乎找不到因侵犯他人芯片专有权而引起的诉讼。因此可以把芯片法看作某种“示而不用”式的法律。这又与计算机软件保护法出现后（甚至在有些国家是在该法出现前），软件侵权诉讼大量提交法院的状况形成鲜明的对照。

1972年，当菲律宾首次把计算机程序（即软件的核心）列入版权法保护客体时，几乎没有引起任何反响。这不仅因为菲律宾的软件产业不发达，而且主要因为当时计算机软件在国际市场上尚未形成一种重要的知识产品。

1980年，美国修订版权法保护软件之后，则已相继有20多个国家效法了。但这里我却仍把软件列为工业版权客体，不仅因为从理论上讲，它与外观设计、字型、芯片应受的保护相类似，而且因为许多因主观求快或因客观的压力而用版权法保护软件的国家，都陆续在版权法的软件保护条款中增加了工业产权法的内容。

二、工业版权的主要理论问题

在现有的外观设计、印刷字型、芯片、软件这几种工业版权客体中，理论上的问题集中

在外观设计与软件上。

虽然计算机软件从性质上看显然更接近工业产品而不是文学艺术作品，迄今为止绝大多数以法律保护其专有权的国家，却都把这种保护纳入了版权法的轨道。不过，较早地、也是最激烈地主张以版权法保护软件的是美国，又是第一个以专利法同时保护软件的国家。这也许因为美国并没有在版权法中专列软件保护条款，更没有为软件增加工业产权条款。就是说，在这个软件产业最发达的国家，软件与外观设计一样，是受到完全的重叠保护的。^①

一部分版权学者认为，采用工业产权法（主要指专利法）与版权法重叠地保护外观设计与软件，必然危及版权制度。因为，一方面，通用标准设计的大量采用及通用软件（标准化软件）的批量生产，已经使具有“独创性”的外观设计与软件减少。另一方面，越来越多的生产者感到在市场竞争中受到设计或软件版权人的不合理限制。例如，有些标准化软件中的指令或模块，不可能不被新软件开发人直接或间接用在自己开发的软件中；而如果他真这样用了，依版权法无疑会构成侵权。总之，版权法保护范围太广、受保护条件太低，工业品纳入其保护后，使许多善意经营人很难避免“善意侵权”。而多数国家仅仅在芯片法中免除善意侵权者的责任，版权法则没有这么宽容。有些版权法学者甚至认为：在版权法中增加计算机软件这一客体后，等于将盛有工业产权的“特洛伊木马”拉进了“版权城”。将来版权法可能变成主要保护工业品而不是文学艺术作品的法律，于是“版权”名存实亡——工业产权将占据这一领域。

同时，也有些工业产权法学者感到重叠保护会危及专利制度。因为，获得一项专利权要经过申请、审查、批准等程序；维护一项专利权又需要缴纳年费。而版权在多数国家是自动获得；又无需“维持费”，此外还有保护期较长的优点。既然有这种保护存在，工业领域的人何苦要自找麻烦地为其外观设计及软件寻求专利保护呢？尤其是以版权法保护软件后，可能在不久的将来，专利法的部分或大部分作用，也会被版权法的作用代替。今天，电子计算机已经在工商领域被普遍应用，许多工商业技术上的革新都与计算机的发展密切联系着。而计算机的发展，在今后一段时间内又主要靠软件的开发。新软件有可能在原有设备基础上改革化工、冶金等许多产业的生产活动。以版权保护软件，也就保护了一大部分革新成果。这样一来革新成果在传统上主要靠专利法保护的状况，也将转为主要靠版权法保护了。

所以，无论对外观设计还是对计算机软件，较可取的保护不是版权法与专利法的重叠保护，也不是把它们纳入传统版权法的版权保护，而应当采取类似芯片保护的途径。

几乎所有已经保护芯片专有权的国家，都另立了单行的芯片法。几乎所有国家的芯片法，又都突破了传统上对版权法与工业产权法的划分，吸收了二者的各一部分内容，形成部分重叠的、“亦此亦彼”的“边缘保护法”。在受保护条件上，一般国家都要求芯片上的掩膜作品具有独创性（版权法中的要求）和“非一般性”（即具有一定技术先进性，这是专利法中的要求）；一般国家都把保护期定在10年左右（工业产权的较短保护期）；有些国家规定掩膜作品必须提交注册才受保护，而这些国家又不实行版权注册制（所以这实质也是工业产权法的要求）；一般国家都规定芯片专有权人仅仅享有复制权与发行权，而不象版权主体那样享有复制、演绎、表演、展示、录制等十几项乃至几十项专有权。

^① 美国除1983年《外观设计版权注册法》提案之外，在专利法中一直存在“外观设计专利”，在版权法中也一直把“可与实用部分分离而独立”的外观设计，作为保护对象。

在历史上,已有少数国家对外观设计给予了类似芯片的“亦此亦彼”的工业版权保护。这种保护也不再是版权法与专利法的完全重叠。例如联邦德国1986年的《工业品外观设计版权法》,即要求受保护对象具有“新颖性”(专利法的要求)和“独创性”(版权法的要求)。就印刷字型来讲,现有的唯一国际协定充分反映了工业版权保护的性质。该条约要求受保护字型应具有“新颖性”或者“独创性”。现在只剩下对计算机软件的保护,尚无类似的工业版权单行法。

而在版权法与专利法(以及商标法、不公平竞争法)中分别选择适合软件保护的内容,构成新的工业版权法,确应是软件保护的正确道路。

对计算机软件来讲,如果以“新颖性”作为取得保护的条件之一,会遇到检索上的技术困难;但以起码的技术先进性及实用性为取得保护条件,则是可以考虑的。这就是仅吸取专利法中部分内容。同时,如果再重之以版权法中的“独创性”为条件,就更加合理了。软件比一般的应用技术“更新换代”要快,所以给以发明专利那样的保护期都会显得过长,更不要说版权保护期了。采用诸种专利中最短的保护期则比较可取。作为软件中的文档部分,受完全的版权保护是不会发生大问题的。但作为软件核心部分的程序,则与绝大多数文学艺术作品完全不同。例如,程序在计算机中“使用”的过程,本身就是“复制”过程。而一般的文学作品在使用中并不发生复制(阅读一本书之后不会通过大脑产生出又一本相同的书)。按照专利法,专利权人可以仅许可他人(为经营目的)“使用”某一专利产品,而不允许他“制造”相同的产品。而如果软件专有权人仅允许他人使用其程序而绝对禁止其复制,则这种“使用”就是空的。所以,无论按专利法的方式授予软件专有权人“使用权”,还是按版权法的方式授予该专有权人“复制权”,都会产生行不通的后果。从这一点讲,软件保护法必须有自己独特的专有权项,这些专有权项应为以往工业产权法或版权法均不曾有过的。就是说,适用于它的工业版权法,应当具有“亦此亦彼”和“非此非彼”两重特性。

生产力的发展,要求有新的生产关系与之适应,而生产关系在一定意义上也就是法律中反映出来的财产权关系。科学技术既然也是生产力,随科技发展而产生出的新型智力成果,就需要新型的法律承认其为某种新的无形产权,而不应以旧有的传统法律来承担这项任务,否则就会反映出“不适应”。从政治经济学的基本原理来看,计算机软件也象半导体芯片一样,需要有适合于自己的新的工业版权法。

三、我国对工业版权客体怎样保护

在已有的四种工业版权客体中,仅有能达到专利条件的那部分外观设计受到我国法律保护。其余客体虽然已作为精神创作成果(而不是仿制或复制的产品)在我国出现,却尚无法律具体承认这些成果的专有权。

在一部专利法中保护几种不同的专利,可以说是个优点,即省下了为不同专利分别立法的麻烦。但同时又可以说这是个缺点。一方面,外观设计与发明并称“专利”,容易使专利产品的购买者对具有新功能的新产品与只有新外观的旧产品发生混淆。因为两种产品都能合法地在广告、包装等等上标示“专利产品”。另一方面,专利法中较高的受保护条件使一部分具有独创性但无新颖性的外观设计,及一部分不愿找程序上的麻烦的设计人的外观设计,得不到起码的保护。这又对不断创新的生产者(而不是仿制者、复制者)不利。

在主要使用方块汉字而不是拼音字母的我国,保护具有独创性的印刷字型,比起欧美国

家及阿拉伯国家来都更重要。我国传统的印刷业,就已有宋体字、正楷字、黑体字、繁体字、隶书体字、书写体字等多种字体。仅在宋体字中,就又有细扁宋体、长仿宋体、聚珍仿宋、华丰仿宋等多种字型。1988年1月在中国美术馆展出的近年新设计的字型中,更有一大批是前所未见的。今后,为适应印刷业的发展,还会有更多的新颖美观的字型出现。为字型专有权提供一定期限的保护的呼声,已经可以在印刷业中听到了。

前文所述的美国1983年提案与联邦德国1986年立法,是保护字型与外观设计这两种工业版权客体的较先进的法律,是值得我们研究和参考的。是否可以在我国立一部单行的外观设计法(而不再使用“外观设计专利”一语),取版权法与专利法中适用的部分于其中,并把印刷字型作为外观设计的一种特别形式包括进去,这是个可以进一步讨论的问题。

芯片的生产及芯片上掩膜作品的创作与制作,在我国还不很发达,所以当前在客观上还没有制定芯片法的必要性。但随着我国现代化的进程,这种必要性迟早会出现。好在国际上对已有的芯片保护法认识比较一致。我国将来如考虑立法,不会有太大的理论障碍。

摆在我们面前的较迫切、麻烦又较多的立法问题,是怎样保护计算机软件。

我国对计算机软件的保护也不完全是个空白。我国专利法虽然没有明文规定计算机软件可以受到保护,却也没有明文把它排除在外。这至少为软件取得专利保护留下了余地。我国专利局下设的职能部门曾宣布:能够使硬件发挥新功能的软件,可以与硬件一道申请和获得专利。但他们没有说明与软件“一道”申请专利的硬件是否也必须系软件开发人的发明物?如果可以不是,那就等于允许以自己开发的软件与任何他人的硬件一道申请与获得专利,这也就暗示软件本身可以获得专利。事实上,也确有我国的专利代理机构为软件开发人以后一种途径(即与他人硬件“一道”)申请并获得了专利。

不过,即使纯软件可以从这种间接途径受到保护,也仍只有一小部分软件能达到“三性”条件。所以,我国还应当另有更广泛地保护软件的法律,以便使一切具有独创性,但达不到专利条件的那些软件提供保护,以免在这部分智力创作成果的保护中出现空白。至于这种“法律”,应当是版权法还是单行的工业版权法,从本文第二题的论述所得出的答案,自然是后者。但这又仅仅是理论上的答案。在实践中还存在一个如何与国际上多数国家的保护方式一致的问题。目前以成文法保护软件的国家无例外地采用了版权法;而这些国家的知识产权法学界又无例外地存在着异议。随着工业版权理论被越来越多的人所接受、被越来越多的国家所接受,“例外”是可能出现并可能扩大的。况且,以成文法保护软件的国家现在也总共只所有国家中占极为有限的数量。

(作者单位:中国社会科学院法学研究所)

责任编辑:张 涵