

论知识产权冲突协调原则

曹新明*

一、引言

当今世界正处在走向权利^[1]的时代，其典型标志是以“确权、维权和护权”为中心的法律体系已经基本构建起来，并获得了社会的普遍认同；其基本特征是以打压、扼杀、封堵或者限制个人权利的“权力本位”或者“官本位”、“国家本位”或者“义务本位”思潮已被法律逐渐摒弃，并以“权利本位”代之。^[2]关于权利的内涵和外延，不仅国外的法学先哲、当代学者给予了合理且具有哲理的答案，^[3]国内学者对这个问题也作过缜密周详的研讨，发表了颇有价值的见解。^[4]但随着时代的发展、科技的进步、社会的演进和观念的更替，“权利”概念之内涵被填充得更更为丰满，因此需要作出新的注解。综合各家研究之精华，可以说“权利是法律创设或者确认的公民和其他社会团体对特定客体专有的支配自由度”。除特殊情况外，法律赋予公民和其他社会团体（即权利主体）的权利，都是有“度”的。权利主体的权能效应均不能超越这个“度”，否则其行为便可能蜕变为“权利的滥用”，或者侵入他人的权利领域，或者与他人的权利发生冲突。另一方面，他人也不得擅自进入该效力领域。此处所指的“度”，表现为“时间度、空间度、效能度和对象度”，即权利具有“四维性”。

就知识产权而言，这种“四维度”表现为“保护期的有限性、空间上的地域性、权能上的独占性和对他人的绝对性”。知识产权的这些特征，演绎出了因国家而异的知识产权保护体系，同时导致知识产权各类权利之间的冲突以及知识产权与其他类型权利的冲突。我国的知识产权冲突始自80年代，以“杨沫名誉权纠纷案”^[5]为序曲，开启了著作权与名誉权之异网域权利冲突的帷幕。幕启不久，1988年底由中国美术学院在北京美术馆主办的“人体艺术大展”，又上演了被展作品之部分模特控告主办者侵犯名誉权的剧目。此后，此类冲突迅速在中华大地强性蔓延。近十年来，知识产权冲突急剧攀升。至1996年，相继又发生了两起尤为引人注目的同网域权利冲突，即《武松打虎图》著作权与商标权冲突案和“三毛”

* 中南政法学院副教授。

[1] “权利”有广狭之分。广义的权利不仅指法律给公民和社会团体赋予的权利，而且还包括法律给国家机关赋予的权力。本文所指的“权利”或者“权”为狭义的权利，不包括法律给国家机关赋予的权力。

[2] 参见张文显：《市场经济与现代法的精神论略》，《中国法学》1994年第6期。

[3] 例如，德国法学家耶林（Rudolf Jhering）认为“权利的本质是受法律保护的利益”。

[4] 例如，徐显明先生认为，权利意指法律关系中的主体以相对自由地作为或者不作为的法定方式获得利益的一种能动的手段。（《权利与义务通论》，群众出版社1991年第1版，第12页。）

[5] 《小说林》1987年第1期登载了小说《杨沫的初恋》一文。此文登载后，引起了杨沫女士的强烈不满，愤然投书《民主与法制》，声明“《小说林》刊登的‘初恋’一文，使我的名誉受到了损害，我的人格受到了侮辱，这是一件不能容忍的侵权触法行为”。

角色著作权与商标权冲突案。另一方面，新崛起的知识经济，为知识的创造、传播和利用，展开了更为广阔的舞台，让知识对社会、经济、文化和技术的奉献力更加凸现；与此同时，必将引发更为复杂的知识产权冲突。如何协调诸如此类的异网域权利冲突或者同网域权利冲突案，向知识产权的理论与实践提出了严峻挑战。我国现行的知识产权法律体系，尽管才刚于 90 年代构创完成，且饱餐了发达国家花费几百年时间酿造的精华，但仍然存在许许多多的空漏和缺憾；又加之理论的贫乏和实践的偏执，所以有关机关或者法院在处理这类冲突时，常常是以偏概全，就事论事，缺乏效率。鉴于此，本文拟从权利网络结构分析入手，透视知识产权冲突之内核，以节约救济成本，提高权利效率，兼顾法律公平为指针，浅抒管见，以资商榷。

二、权利网络结构分析

中国社会之有权利的观念、体系和保护机制，自初民之有社会始，非自“西学东渐”、“旧邦新造”始。^{〔6〕}在中国古代社会，虽然不曾有过“权利”术语，但是社会生活中的人们几乎都知道“什么是我的，归我所有；别人的东西，我不得侵犯。”同时知道“有所为，有所不为”。初民的这种权利观念，纵然处于较低层次，但的确是一种客观实在。经过久远历史的沉淀和文化教义的滋润，国人的权利意识有了长足的提升，使权利逐步地向纵的方面延伸和横的方面拓展，展示出了权利之树的勃勃生机。自本世纪以来，大多数国家便已编织造就了自己的权利网络体系，纲目清晰，层次有序。

国家缔造法律制度的最终目的，因社会形态和历史阶段的不同而有所差异，但有一条主线贯穿始终，即以强有力的国家机器保障每一国民能够均等、公正地享受权利，理性、自由地行使权利，恒定、高能地获得利益。因此有必要将法律为国民所创设的权利网络系统的样态展示出来，以利于每一公民或者社会团体在四维权利空间实现其权利效益。在权利网络体系中，法律为国民所创设的权利可分为两大类：一类是纲性权利，另一类是目性权利。由宪法为国民创设的全部权利之总和为纲性权利，即为权利网络体系之“纲”地位的权利；由其他一切法律为国民创设的全部权利之总和为目性权利，即处于权利网络体系之“目”地位的权利。纲性权利处于统揽全局的地位，是目性权利的基础和依据。没有无宪法依据的权利，也没有与宪法权利（即纲性权利）相抵触的权利，因为任何与宪法相抵触的法律都是无效的。另一方面，每一枝目性权利其本身又可以构成一个分权利网络体系，如政治权利体系、民事权利体系、诉讼权利体系和经济权利体系等。创建一个高效、公正、理性和协调的权利体系，是一项浩繁复杂的巨大系统工程，只有始期，没有终期。通过对整个权利网络体系检索、浏览，即可发现其所具有四个基本特征：第一，线条清新，轮廓分明，涤除了笼罩在权利集合上的一层薄雾；第二，权源准确，层次有序，理顺了许多权利之间的关系，为协调各项权利之间的冲突展开了思路；第三，效应突出，扬抑流畅，聚合了法定权利之实质核点，让权利主体更能充分地发挥其权利效能；第四，透视性强，指向明晰，联络了经济、社会发展的先锋为权利繁衍而创造的机遇。

根据各类具体权利在权利网络体系中所处网络层次的位置，可以将全部权利划分为高网层面权利、低网层面权利和同网层面权利。从宏观上讲，网络层面较低的权利属于具体权

〔6〕 参见夏勇主编：《走向权利的时代》，中国政法大学 1995 年版，第 17 页。

利,网络层面较高的权利则为抽象性权利。例如,民事权利就属于高网层面权利,而肖像权、名誉权、著作权等则属于低网层面的权利;诉讼权利属于高网层面权利,起诉权、撤诉权、申诉权等则属于低网层面权利。同网层面权利是指两项或者两项以上的权利处于权利网络体系的相同层面,彼此没有高低包容关系。如民事权利、经济权利、诉讼权利等属于同网层面权利;著作权、专利权、商标权等也属于同网层面权利。将权利作这种网络层面划分的法律意义在于:理顺各权利之间的关系,以确立协调权利冲突之原则。

无论权利处于哪一个网络层面,都有其正向效应和负向效应。处于正向网络层面的权利,称为正向网面权利;处于反向网络层面的权利,称为负向网面权利。就某项具体权利而言,若权利主体适“度”用之,不仅能给权利主体自身带来利益,还能为社会和公众带来利益,故应扬之;若权利主体超“度”用之,便会产生负向效应,有违法律之初衷,故应抑之。例如,隐私权是一项低网层面权利,其本身并无正向或负向效应。当公民甲以某种方式获知公民乙的隐私并恶意披露时,公民甲之行为便构成了对公民乙隐私权的侵犯。在这种情况下,公民乙对甲主张侵害隐私权,就是正向网面效应,应肯定之。公民乙若以自己享有隐私权为由,拒绝向人民法院交代犯罪事实,其主张就是负面网面效应,应否定之。有许多低网层面权利,还可以作为原生权利滋析寄生权利。它们之间具有一种“寄生”关系,即此一权利根植于彼一权利之上。只有合法权利才能滋析出寄生权利;原生权利的转移或者消灭,必然导致寄生权利的转移或者消灭。寄生权利只能由原生权利主体依法设立之,不能自动产生。例如,所有权与担保物权的关系,就是原生权利与寄生权利的关系。当所有权人以其依法享有所有权的物品设立担保时,担保物权便产生了。非所有权人不得在他人的物上设立担保物权。又如,专利权与被许可人获得的专利实施许可权,也是原生权利与寄生权利的关系。在此应当注意:原生权利与寄生权利的关系,不是种权利与属权利的关系。首先,属权利与种权利之间的关系,是法律创设的;而原生权利与寄生权利的关系,是权利主体依自己的意志创设的。例如,知识产权是种权利,著作权、专利权、商标权等是属权利。其次,种权利与属权利之间不会发生冲突,而原生权利与寄生权利之间时常发生冲突。例如,知识产权不可能与著作权、专利权或者商标权发生冲突,而专利权却可能与被许可人的独占实施权发生冲突。最后,属权利全部之总和正好与种权利重合,而寄生权利与原生权利不具有这种关系。由此可知,低网层面权利上不仅可能繁衍出诸多寄生权利,而且还可能包含若干属权利。

在整个权利网络体系中,知识产权属于民事权利之属权利,同时又是著作权、专利权、商标权和制止不正当竞争权等诸权利的种权利,与物权、债权等属于同网层面权利。知识产权本身可构成一个子权利网络体系。该子权利网络体系的纲性权利依据是宪法的知识产权条款,例如美利坚合众国宪法第1条第8项第8款即为美国的知识产权条款;《中华人民共和国宪法》第45条即为我国的知识产权宪法条款,此即为我国构建知识产权网络体系的宪法依据。次一级的依据为《中华人民共和国民法通则》中的知识产权条款,其效力仅次于宪法条款。再次一级的依据是《知识产权法典》,其核心作用有三个:第一,构筑整个知识产权网络体系的框架;《知识产权法典》的这个作用是其他任何法律都无法替代的,但令人遗憾的是我国目前尚无《知识产权法典》,故而造成了人们对知识产权概念之内涵和外延的“公婆不和”现象——即公说公有理,婆说婆有理;出现一个问题,自造一种理论,偶得一种结论,引起一阵争论,最后没有定论。这种现象还要持续多久,无法预见。第二,创建一套原则,即只有《知识产权法典》才能创制出一套具有宏观指导价值的、适用于全部各类具体知

知识产权的原则；这一重大法律使命非《知识产权法典》不能完成。第三，精设知识产权救济指针。就我国目前的情况看，各单行知识产权部门法都规定了各自的救济措施，能够相对可行地片面救济自身，却不能有效协调与同网层面其他权利的冲突，因为其救济原则总是狭隘地偏向自己，缺乏高瞻远瞩的宏视效应。最后一级的依据自然就是各单行法，它们分别是《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国商标法》和《中华人民共和国反不正当竞争法》等。在没有《知识产权法典》的情况下，它们的作用不可替代，是整个知识产权网络体系的基础。

三、各类权利冲突透析

（一）权利冲突之导因透析

权利不是空穴来风，而是根植于相应客体之上的社会关系。衍生权利的客体，可以有形物质实体，如房屋、土地、家用电器或者其他商品等；也可以是无形的非物质实体，不占有任何物理空间，不可触摸，如名誉、人格、身份、生命、服务、知识产品等。权利寄生于客体，客体衍生出权利。每一项权利必然依附于某一特定客体，但一个特定客体，不一定只衍生出一项权利。特定客体被置于特定的社会环境和法律环境之中，就能从不同侧面、不同视角和不同切入点衍生出不同的权利。这些权利，构成权利网络体系中的一个立体权系，使立于该权系中心的权利主体，仿佛置身于一个屏蔽体内，免受来自任何方位的侵扰。构建法律体系，就是为了创设这样的屏蔽体。屏蔽性越强，意味着法律体系越完善，法律空漏就越少。法律规定特定客体从不同侧面、不同视角和不同切入点衍生的诸权利，彼此之间的关系大体有三种形态：第一，同主共存形态，即根植于同一客体的各项权利归属于同一主体。处于该形态下的各项权利彼此的归属凝聚于一体，故没有冲突。第二，异主共存形态，即根植于同一客体的各项权利归属于不同的主体，但各权利主体之间通过构造相容管道，使得彼此的权利和睦共存，各受其利。第三，异主抵触形态，即根植于同一客体的各项权利归属于相异主体，且彼此之间没有构建起相容管道，致使一方权利主体的权利阻却了他方权利主体的权利，从而引发冲突。

权利冲突，是指由同一客体依法衍生的两项或者两项以上权利相互矛盾或抵触的法律模态。构成权利冲突的要件有四个：1. 客体的同一性，即两项或者两项以上权利根植于同一客体。由相异客体衍生的诸权利不会发生冲突，因为一个特定客体就是一个相对独立的权利衍生源，各自形成自己的独立权利体系，可能重复，但不会冲突。此处所指的“同一客体”是法律意义上的而非自然状态下的同一客体。公民甲、乙两人分别独立研究开发完成的一项发明，彼此相同。从自然状态看，甲、乙两人的发明不具有同一性，但从法律的角度看，它们却是同一的。由同一客体衍生出来的多项权利并不必然发生冲突。2. 主体的相异性，即由同一客体衍生的多项权利归属于不同的主体。若这样的多项权利归属于同一个主体，也就没有了冲突。3. 权利的合法性，即由同一客体衍生的归属于不同主体的多项权利，都具有相应的法律依据或者合同依据，否则，彼此的关系就不是权利冲突，而是侵权行为关系。例如，甲公司拥有一件注册商标“TITANIC”，使用于洗衣机上；乙公司未经甲公司许可，擅自将其未注册商标“TITANIC”使用于脱水机上。此时乙公司的行为就是对甲公司注册商标专用权的侵犯，不是权利冲突。假如乙公司将“TITANIC”作为商标提出注册申请，并被核准注册使用在“脱水机”上。这时，乙公司使用商标“TITANIC”于“脱水机”上的

行为,不构成侵权,因为乙公司使用商标“TITANIC”是行使商标专用权的行为。在这种情况下,乙公司对“TITANIC”的商标权与甲公司对“TITANIC”商标的权利发生冲突。此时,甲公司可以在法律规定的一年期限内对乙公司的注册商标提出争议,由商标评审委员会裁定撤销乙公司的注册商标;甲公司还可以乙的注册的行为违反诚实信用原则,请求商标评审委员会裁定撤销之。4. 两项或者两项以上的权利相互抵触,即一个权利主体行使其权利,必然构成对他人权利的限制或者损害。如若不产生这样的后果,它们就没有冲突。

导致知识产权冲突的原因可能形形色色,但主要有三个:1. 立法空漏。诚如以上解析,权利都依附于某一特定客体,而且权利与客体的依存关系是由法律规定而非天然自生(依天赋人权观点,权利与客体的依存关系也可以天然自生)的。法律能够从不同侧面、不同视角和不同切入点,对同一客体规定出不同的权利。就某作品而言,著作权法赋予作品以著作权,其视角是作品所具有的文学艺术价值和综合理念;其切入点是鼓励文学艺术作品以大量地孳生、繁衍、成长;其侧面是禁止他人非法使用其作品。另一方面,商品生产者也可将该作品作为商标注册申请,一旦被核准注册,那么商标法给商标注册人赋予的商标权,其视角是该作品作为商标所具有的可识别性和显著性,能够通过商品或者服务的黏附,将来自不同经营者或者服务者所经营的商品或者提供的服务区别开来;其切入点是促进商品或者服务交易的有序竞争。显然,著作权与商标权虽然依附于同一客体,但其视角和切入点不同。然而,因为没有法律从全方位、多视角加以规范,致使商标局在对该项注册申请进行审查时,只得依法核准授权;著作权人也没有法律依据阻止该项申请被核准,以致造成权利碰撞。法律上的这种空漏,有的肇源于时代的局限,有的肇源于立法者的观念,也有的肇源于立法者宏观透视能力的缺乏。法律的空漏虽然不能避免,但却能尽量减少。2. 科技拉动。科学技术是第一生产力,已成为人们的共识。科学技术不仅推动人类文明车轮滚滚向前,而且催生了由某一特定客体从各个不同侧面衍生权利的能力,将权利碰撞之闸拉动。例如,现有的信息载体主要是图书,但是自从计算机网络信息高速公路创建以来,网络图书馆、网络信息如雨后春笋蓬勃地生长起来,让人们匆忙应对。新技术拉动了寄生于作品的新权利,如作品数字化权、网络传输权、信息下载权和入网权等,对现有的复制权、传播权等构成了强有力的冲击。3. 经济滋润。衍生权利的客体在富裕经济的滋润下,有了繁衍新权利的人文环境和有利条件。这一现象是“经济基础决定上层建筑”哲学原理在法律领域的充分展现,也是权利之所以为权利的价值所在。在专利制度中,发明创造获得专利权的实质条件之一是“实用性”,即该项发明创造能够通过实施产生经济效益。另一方面,作者在作品中所塑造的典型艺术形象或者角色,除其本身所具有的文学艺术价值外,还具有很高的经济价值。在贫穷、落后的经济中,没有关于“角色商品化”的条件和必要,然而在富裕经济中,将角色进行商业利用所产生出来的经济效益已普遍受到了人们的关注。例如,在电影《红高粱》和《渴望》等电视连续剧播放成功后,就有商家即刻向国家商标局提出“红高粱”商标和“慧芳”商标的注册申请。这一角色商品化的意识,叫人叹服。1998年初,当美国巨片《泰坦尼克号》在我国播映不久,北京就有一家企业立即向国家商标局提出了“泰坦尼克号”和“TITANIC”的商标注册申请。童话作家郑渊洁创办了一家“郑渊洁少儿用品开发有限公司”。作为公司老板的郑渊洁先生说,凡公司推出的商品,其商标都将以他童话中的词汇、作品名称、作品中的地名或者作品塑造的形象命名,如“皮皮鲁”、“鲁西西”等已被用作商

标。^{〔7〕}从市场运作情况看,这种角色商品化商标具有良好的经济效益。由此已引发了多起著作权人控告将其角色用作商标的注册商标人侵犯其著作权的案件。

(二) 权利冲突透析

权利网络体系是由若干个不同的权利网域系统构成的,包括广域权利网系统、局域权利网系统和点权利。每一个点权利可归于一个局域网权利系统,每一个局域网权利系统又可归于一个广域网权利系统,最终归于总权利网络体系。如著作权是一个点权利,归于知识产权局局域网系统,再归于民事权利广域网系统,最后归于总权利网。若两个点权利同属于一个局域网系统,则称为同网域权利;否则,称为异网域权利。

异网域权利冲突,是指根植于同一客体的两项或者两项以上的权利(点权利),分处于不同的局域权利网,但却彼此抵触的法律模态。当一个点权利主体进入自己的权利状态时,随之便可能干扰另一点权利主体有效地进入权利点。例如著作权与名誉权的冲突,即属于这种冲突:因为著作权属于知识产权局域权利网,名誉权属于人身权局域权利网,若作品所描述的内容涉及到某公民的名誉,那么著作权人的著作权就要受到该公民名誉权的限制。在未获得该公民授权前,著作权人擅自将其作品发表,就可能构成对他人名誉权的侵犯。本文所指的异网域权利冲突,专指知识产权局域网中的点权利与他局域网中的点权利发生冲突的事例。著作权人若擅自发表包含有他人肖像的作品,其行为便可能构成对他入肖像权的侵犯,此为著作权与肖像权冲突;著作权人若擅自发表包含有抵毁他人名誉内容的作品,其行为便可能构成对他人名誉权的侵犯,此为著作权与名誉权冲突;著作权人若擅自发表包含有关于他人隐私材料的作品,其行为便可能构成对他入隐私权的侵犯,此为著作权与隐私权冲突。诸如此类冲突,皆为异网域权利冲突之范例。除了异网域权利冲突,更多发生的是同网域权利冲突,即著作权与商标权之间的冲突,商标权与著作权之间的冲突,著作权与专利权之间的冲突,专利权与著作权之间的冲突,专利权与商标权之间的冲突等。

四、权利冲突的协调原则

对知识产权冲突的处理,各级法院除了应当严格依照诉讼法规定的审判程序,本着“以事实为依据,以法律为准绳”之原则,节约诉讼成本的现代法的精神外,还要按照以下流程图对处于冲突关系中的各项权利进行透视,以便准确定位。1. 明析冲突关系中诸权利之权源。在本文第三部分透析权利冲突条件时,已经肯定了权利和合法性是必要条件之一。不具有法律依据的“假象权利”或者“虚拟权利”与合法权利,不能发生冲突,而只能对合法权利构成侵害。2. 确定冲突关系中诸权利的样态。具有合法依据的各项权利,常呈现以下四种样态:第一,获权的先后顺序不同,即有的权利成定在先,有的权利则成定在后;第二,权利本身具有的效益泛面不同,即有的权利具有宏观效益,有的权利则只具有微观效益;第三,权利本身所具有的效应指向不同,即有的权利为正向效应,有的权利则为负向效应;第四,权利本身所具有的综合指数不同,即有的权利综合评价指数高,有的权利综合评价指数低。3. 根据冲突关系诸权利的样态实在,选择协调冲突原则,适用相关法律。在我国当前的司法实践中,由于各种各样的钳制要素,时常出现相同的或者类似的纠纷,因受理法院或者审判人员的不同而得出完全不同的结论,已不再是新闻,以致经常发生当事人就管辖法院

〔7〕 参见陈新:《文化商标及其运用》,《中华商标》1997年第1期。

进行争执的情况。象这样既非事实又非法律上的问题，却能决定诉讼的胜败。准确把握纠纷中诸权利的样态，有利于纠纷的正确处理。4. 作出恰当、公正的审判。因此，研讨一下知识产权冲突的协调原则，理所当然的有其合理性。

第一协调原则：在相同权利发生冲突时，应当遵循“扬先抑后”原则——张扬在先权利，否定在后权利。

任何权利都必须根植于某项客体之上，且特定的客体能够依法衍生出许许多多权利。就知识产品而言，不同的权利主体在同一知识产品上往往创设出相同的权利。在某些特殊情况下，不同权利主体在同一知识产品创设的相同权利虽然能够和平共处，例如独立创作出相同或者相似作品的作者都能依法享有著作权，但在绝大多数情况下，具有独占性特征的知识产权不能容忍不同主体就相同或者相似的知识产品共同享有相同的权利。在这种情况下，必然导致权利冲突。在处理这样的权利冲突时，确定权利主体获权的先后顺序，就是关键所在。先生长出来的权利，较之在后生长出来的权利，为在先权利；在此之后再由该项客体所生长出来的权利，是为在后权利。在后权利的生长，不仅是社会客观现实关系的必然体现，而且是必要反映。在许多情况下，在后权利更能映衬出相应客体所具有的价值。当然也不排除因法律的疏漏、执法者的错误或者行为人的不法而孽生出在后权利。但是，无论如何，在后权利是一种客观存在，我们必须正视它。

在确定了冲突关系中诸权利的时间样态后，适用“第一协调原则”处理之，应当是原被告双方都能接受的选择，这是由知识产权的独占性所决定的。该原则在我国现行法律中得到了充分体现：第一，专利法规定的“先申请原则”，即“两个以上的申请人分别就相同的发明创造申请专利的，专利权授予最先申请的人”。〔8〕这一规定的实质的含义是：在“相同的发明创造”这一特定客体上先后生长了两个相互冲突的专利申请权，而在先的申请权得到了张扬，在后的申请权被否定了。第二，商标法规定的“先申请原则”，即“两个或者两个以上的申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，初步审定并公告申请在先的商标”；〔9〕第三，商标法规定的“使用在先原则”，即“两个或者两个以上的申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似商标同一天申请注册的，初步审定并公告使用在先的商标，驳回其他人的申请，不予公告”。〔10〕第四，商标法第27条第2款规定：“除前款规定的情形外，对已经注册的商标有争议的，可以自该商标经核准注册之日起一年内，向商标评审委员会申请裁定”。有权提出这一申请的人，只能是在先的注册商标所有人。当同一种商品或者类似商品上的在后注册商标与他人的在先注册商标相同或者相似时，该在后注册商标权与他人的在先注册商标权发生冲突，在先注册商标所有人便可以对这样的在后商标提出争议，请求商标评审委员会裁定撤销之。

第二协调原则：在效益不同而权利发生冲突时，应当遵循“效益最大化”原则——张扬宏观效益权利，并举微观效益权利，使权利效益最大化

从法经济学的观点看，法是具有效益的，由法律所赋予的权利同样具有效益。在权利网络体系中的各项权利虽然都具有相应的效益，但各自的效益并不完全相同。根据各项权利所具有之效益的状况不同，我们可以将权利划分为宏观效益权利和微观效益权利。就一项具体权利而言，权利主体行使其权利时，在能够给权利主体自己带来充分经济效益的同时，还能够给他人、社会或者国家带来相应的利益，那么该项权利就是宏观效益权利；如果权利主体

〔8〕 参见《中华人民共和国专利法》第9条的规定。

〔9〕〔10〕 参见《中华人民共和国商标法》第18条的规定。

在行使其权利时，只能给自己带来利益，有时甚至给自己也不能带来充分利益，不可能给他人、社会或者国家带来利益，或者只能带来微小利益，那么该项权利就是微观效益权利。例如“太阳能汽车”之专利，不仅能够给专利权人自己带来巨大的经济利益，而且能够给汽车用户、乘客带来利益（免受噪音和空气污染的侵扰）；给社会带来环境利益、节约能源；同时还能给国家带来利益，即能够增加税收，减少用于治理环境污染的费用等。因此，“太阳能汽车”专利权就是一项宏观效益权利。

本世纪 60 年代，首先在美国兴起了一种新的法学流派，即经济分析法学派。其核心思想是“效益”——以价值得以最大化的方式分配和使用资源，或者说，财富极大化是法的宗旨。“所有的活动（立法、执法、司法和诉讼）和全部法律制度（私法制度、公法制度和审判制度），归根结底，都是以有效利用自然资源，最大限度地增加社会财富为目的的。”^{〔1〕}经济分析学家主张运用经济学的观点，特别是微观经济学的观点，分析和评价法律制度及其功能和效果，朝着实现经济利益的目标改革法律制度。经济分析学家波斯纳认为，只要法律制度还有重要的领域不是根据效益要求组织的，经济学家就能够帮助设计增加法律制度效益的改革方案。就同一个法律规则而言，法学家维护的是“公正”，经济学家维护的是“效益”。当两项权利发生冲突时，单纯的从公正性考虑，往往会损害有关客体的效益最大化；反过来，简单地从经济效益的角度考虑，又会导致社会的畸变，误入法律虚无主义的泥潭。因此，作为执法者的法官和作为冲突当事人双方，必须本着在维护法律公正的前提下，使权利客体综合效益最大化。例如由被告向原告赔礼道歉，被告与原告签订许可使用协议、赔偿原告的经济损失、支付使用费，维持被告已经获取的权利。按此方法处理，不仅保持了被告的权利，同时也让原告获得了精神和物质双方面的利益，使该项具体客体之效益达到了最大化。

在某一客体衍生出来的多项权利发生冲突时，若具有不宜适用“第一项协调原则”的事由，就应当考虑适用该项原则。就《武松打虎图》著作权与商标权冲突纠纷案而言，国家工商行政管理局商标评审委员会以注册商标侵犯著作权为由，撤销了山东景阳冈酒厂的注册商标。其所适用的是“第一项协调原则”。从纯法治的观点看，商标评审委员会的裁定结论并无不妥；但从经济效益的角度看，商标评审委员会的裁定尚有商榷的余地。《武松打虎图》著作权为在先权利，山东景阳冈酒厂的注册商标权为在后权利，构成了与《武松打虎图》著作权的冲突，但该项在后权利属于宏观效益权利，而其著作权则属于微观效益权利。在商标评审委员会撤销山东景阳冈酒厂的注册商标后，著作权人所获得的仅仅是精神上的满足和一部分损害赔偿费，并不能给其他人带来什么利益。如果商标评审委员会从宏观效益权利的角度考虑，维持注册商标，建议著作权人与注册商标所有人就作品的使用问题达成协议，对注册商标所有人此前的行为予以谅解，由注册商标所有人向著作权人支付一定数额的使用费，其效益远远甚于现在的结果。当然，这后面的工作也可以由法院进行调解。

但应当注意：倘若真的出现了商标评审委员会作出维持《武松打虎图》注册商标的裁定，势必引发出一种擅自将他人的版权作品作为商标进行注册的现象。客观上讲，这种现象的确有可能出现，但并不可怕。在处理这种擅自注册现象时，可以分别情况对待。若行为人具有侵犯他人著作权之故意，而擅自将他人的版权作品或者作品标题、由作品所塑造的典型艺术形象作为商标进行注册或者作为未注册商标使用的，应当以侵权论处，或者撤销其注册

〔1〕 张文显：《二十世纪西方哲学思潮研究》，法律出版社 1996 年版，第 200 页。

商标；否则，应当从权利效益角度考虑处理措施。如何认定行为人的擅自注册行为是善意还是恶意呢？在发生权利冲突之纠纷时，由商标注册人负举证责任，证明自己的注册行为是善意的，否则即可推定为恶意注册。例如，注册商标所有人在注册之前已尽了充分努力寻找著作权人或者与有关著作权集体管理组织进行过联系，但均未成功，或者有理由证明自己相信作为商标图案的作品已经超过著作权保护期限，或者因作品是匿名或者假名的，无法寻找著作权人等，这些理由均可作为善意注册的证据。

第三协调原则：在效应不同而权利发生冲突时，应当遵循“取正弃负”原则——张扬正向效应权利，打压负向效应权利

如上所述，无论权利处于权利网络体系中的哪一个层面，均具有双向效应，即正向效应和负向效应。权利主体在行使其权利时，在能够给自己带来充分利益的前提下，没有构成对他权利的侵害，那么，该项权利就处于正向效应状态；反之，权利主体在行使其权利时，对他人的合法在先权利造成侵害或者阻却了他人在先权利的行使，该项权利就处于负向效应状态。当正向效应与负向效应权利发生冲突时，宜遵循“张扬正向效应权利，打压负向效应权利”原则。

“法定权利一般说来是合法的权利。但是，从上述第四种情况看，并非凡法定权利都是合法的”^[12]，即有些法定权利并不合乎法的精神、不合乎一定时代中的正义公平原则、不合乎人权要求。这种不合乎法的精神的权利，显然属于负向效应权利。当这种权利处于消极存在的“冬眠”状态时，法律是否应当否定之，尚有商榷的余地。例如，甲与乙是一对恋人，彼此相亲相爱，时常有一些过分亲昵的动作和性行为，且相互了解对方的许多隐私。为了保留自己的美好回忆，甲方就将与乙的恋爱经历详细地记录在日记中。后来，由于某种特殊的原因，乙方提出与甲方终止恋爱关系。对此甲方耿耿于怀。心胸狭窄的甲方为了报复乙方，便将其日记印成小册子在乙方所在的单位散发，以致造成了对乙方精神的严重伤害。甲方的行为，从积极的意义上讲，是行使其发表权的行为；但是从消极的方面看，则对乙方名誉权或隐私权的侵害。若甲方让自己的日记处于“冬眠”状态，其权应当是合法的，但将这样的权利付诸实施，毫无疑问，与乙方的名誉权或隐私权发生冲突。法律若全盘否定负向效应权利，必然造成法律的困惑，有时甚至是不可能的。仍以甲方日记著作权讨论之。法律若全盘否定甲方日记的著作权，则会产生二个问题：第一，在甲方与乙方恋爱关系终止前，甲方的日记当然具有著作权，因为它没有给任何人造成麻烦；在甲方与乙方终止恋爱关系后，甲方的日记也不会当然地给乙方造成名誉权或隐私权侵害，而只是可能给乙方的名誉权或隐私权造成损害。因此而否定甲方著作权的法律，只能是“戏法”，不能是“立法”。第二，权利的正负向效应具有相对性，即任何权利的效应均不具有确定性，而是随环境、时间、地点和目的的不同而逆转。若全盘否定负向效应权利，势必导致没有权利，因为只要权利主体滥用其权利，均可产生负向效应。正因为权利效应无定向，所以没有确定的负向效应权利被否定。

但是，在知识产权冲突纠纷案中，就冲突之权利而言，则可能出现一方为正向效应权利，另一方为负向效应权利。在这种情况下，人民法院应当“张扬正向效应权利，打压负向效应权利”。例如，当著作权与名誉权、隐私权或者肖像权发生冲突时，由于名誉权、隐私权和肖像权处于正向效应权利状态，而著作权处于负向效应权利状态，所以应当在确定侵权事实的基础上，判定著作权人侵权；否则，虽然不能认定著作权人侵权，但也不能否定他人

[12] 参见郭道晖：《法的现代精神》，湖南出版社1997年版，第187页。

的名誉权、隐私权或者肖像权。

第四协调原则：在样态不定之诸权利发生冲突时，应当遵循“综合评价”原则——张扬积极理性权利，限制消极传统权利

现代知识产权法发端于二、三百年前的工业经济时代初期，成熟于本世纪中后期，受冲击于本世纪八、九十年代的知识经济形成期。在这种新旧体制、新旧观念、新旧技术和新旧知识交织的时期，新旧形态的知识产权发生冲突，在所难免。对传统形态知识产权之样态定位，相对比较明晰；但是，要对随知识经济、网络技术和信息革命的发展而新生的知识产权样态定位，恐怕不是那么容易。例如域名权是一种新兴的知识产权。对该项权利之样态按传统的方式定位，可能会出现偏差。要协调因域名权与商标权、著作权、姓名权或者商号权发生的冲突，不能简单适用前面的三项原则中的任何一项。在这种情况下，我们应当对新型权利进行综合评价，以“张扬积极理性权利，限制消极传统权利”为出发点，促进适应知识经济时代要求的新的知识产权法的创建和形成。另一方面，即使是传统的知识产权，也并不是每一项权利都能被唯一定位于某一种样态，可能出现在先的微观效益权利与在后的宏观效益权利冲突，抑或出现在先的负向效应权利与在后的正向权利发生冲突等。对此状态之纠纷，不能简单适用上述三项原则中的任何一项。因此，第四协调原则便是可选原则。

处理知识产权冲突之协调原则，完全是由知识产权是一种异于有形财产权的无形财产权决定的。作为知识产权客体的知识产品中凝聚着人类的智力创造性劳动，其价值潜能无以穷尽。正因为如此，才导致知识产权冲突的多样性、复杂性。在处理这样的纠纷时，切不可机械地照搬照抄关于有形财产权纠纷的成例，更不可想当然地感情用事。关于知识产权冲突的协调原则，诚望各位同仁赐教。