

知识产权的观念： 类型化及法律适用

易继明^{*}

内容提要：以知识产权为主的无形财产日益重要是社会历史发展的结果，知识产权也是传统财产权的延续，但我们今天不仅面临着知识产权类型化困难问题，而且在自然权利、他人利益和社会正义之间存在着利益平衡的法律难题。因此更加需要强调知识产权的私权性质和观念，在司法过程中通过传统民事法律制度实现知识产权立法的目的。

关键词：叶晓明等诉索佳公司案 知识产权 自然权利 利益平衡 司法过程

一、问题提出：由一则案例引发的思考

20 世纪 80 年代以来，在我国法学和经济学领域频繁出现了一个词汇：知识产权。西方学者也发出了这样的疑问：财产权到底怎么了？^{〔1〕} 这表明，知识产权问题在法律和经济两大领域产生了巨大的影响。由知识产权法学所引发的一些问题，使得法学特别是财产法的研究内容、方法乃至学科的结构和性质，都在发生深刻的变化。那么，究竟发生了什么问题呢？本人认为，这首先涉及到知识产权观念问题，特别是在缺乏权利文化的司法语境中所应当具有的知识产权观念。

我们先从一则案例说起。

2000 年 1 月 13 日，武汉大学测绘学院工程师叶晓明、刘国建、湖北省地震局高级工程师凌模利用新的检测方法，发现上海索佳公司（以下简称“索佳公司”）在中国生产与销售的 SOKKIA100 系列中的全站仪存在着错误的“弓”字形补偿规律，即仪器在天顶距 269°41'00"至 269°59'40"区域及 270°00'20"至 270°19'00"区域，水平角被加入较大偏差，且偏差值刚好和视准轴改正常数相等而符号相反，最大值可达 ±20"，低于仪器本身标称精度（最大值不超过 ±2"）。这种缺陷属于产品内在的设计错误。1 月 18 日上午，叶晓明、刘国建给日本索佳公司上海代表处发出一份电传。主要内容是：我们在检测仪器时，发现你们生产的全站仪存在先天设计问题，这一问题足以认定该系列仪器为劣质不

^{*} 中国社会科学院法学研究所教授。

本文案例的运用与写作，应该感谢本案二审法院即湖北省高级人民法院原民三庭法官蔡晖先生，他不仅为我提供了案件的相关资料，而且我们之间还进行了不少有益的交流。同时，感谢华中科技大学法学院郑友德教授，文中涉及到的一些观念、学说和文献（特别是一些德文资料），得益于他的提供和交流。

〔1〕 See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, "What Happened to Property in Law and Economics?", in Yale Law Journal, November, 2001. 这些讨论，虽然直接导源于财产权中物权概念的衰退，而并不都直接因为知识产权概念的提出，但间接地涉及包括知识产权在内的财产权“权利束”问题。

合格仪器。请你们尽快:1. 与我们直接联系,掌握事实真相;2. 停止仪器在我国市场销售,返厂处理后
再销售;3. 向我方支付合理的咨询费;4. 调查出现错误的事实真相。当日下午,日本索佳公司上海代
表处负责人鸭志田裕通率有关技术人员一行6人来到叶晓明等处测量仪器馆检修室,了解和协商电
传情况。在双方并未签订技术咨询合同情况下,叶晓明等利用新的检测方法进行了演示,告知了
SOKKIA100系列全站仪存在的设计错误,并提出了改进方案。索佳公司在谈判中了解到新检测方
法,并发现了其产品确实存在内在缺陷与改进方案。2月11日,叶晓明等就我国从日本进口的由日
本索佳公司生产的SOKKIA100系列全站仪存在的设计错误,向国家质量技术监督局举报。国家质
量技术监督局核对了叶晓明等的检测结果,并停止了索佳公司SOKKIA100系列全站仪的进口许可。
在国家质量技术监督局的监督之下,索佳公司根据叶晓明等建议进行了技术改进,召回原产品,为用
户免费更换新版ROM芯片,并于4月22日在《中国测绘报》刊登关于全站仪更换ROM的通知:经查
明,旧版机种的测角部分软件,在天顶距 $269^{\circ}41'00''$ 至 $270^{\circ}19'00''$ 区域的范围(除去 $270^{\circ}\pm 20'$ 范围)
时,未采用设定的改正数补偿值,索佳公司希望用户尽快拥有新版软件。嗣后,索佳公司重新获得在
中国的进口与销售许可。2000年4月14日,日本索佳公司社长平野元次郎给叶晓明、刘国建的一份
函中载明:“今年1月18日,本公司上海代表处收到两位先生的传真,我相信传真中汇集了两位先生
表达的真意,也就是说指出了本公司SOKKIA100系列全站仪软件中存在的问题,同时还向我们提出
了善意的改正意见”,“对像100系列全站仪存在两位指出的问题,如果没有两位先生的指正,我们
还不会认识到问题之所在”,“想必两位先生已经听到目前我公司已在着手对软件进行修改”。但是,
索佳公司没有就叶晓明等表达的要求支付咨询费的事项进行明确回答,也没有支付任何费用。2001
年9月1日,叶晓明等以索佳公司侵害其技术成果权为由提起诉讼,主要请求事项为:1. 判令索佳公司
停止侵权,并赔礼道歉;2. 判令索佳公司赔偿其经济损失1000万元人民币。

那么,什么是技术成果权?它是知识产权的一种权利形态吗?叶晓明等对自己发现这个设计缺
陷到底享有什么样的权利,又如何进行保护呢?

关于“技术成果权”,在专门的知识产权立法中没有明确规范。1993年科学技术进步法第60条
规定,“剽窃、篡改、假冒或者以其他方式侵害他人著作权、专利权、发现权、发明权和其他科学技术成
果权的,非法窃取技术秘密的,依照有关法律的规定处理。”按照文义理解,这里的“其他科学技术成果
权”,自然包括“技术成果权”。^[2]不过,这一条款并没有对承担什么样的具体法律责任进行规范,而
是笼统地规定“依照有关法律的规定处理”。在其他“有关法律”中,1986年民法通则第97条第2款
规定,“公民对自己的发明或者其他科技成果,有权申请领取荣誉证书、奖金或者其他奖励。”该条前款
确立的是公民的发现权,并有获得相应证书和奖励的规定。正是在这个意义上,一般的看法是,“其他
科技成果权与发现权、发明权一样,实际上是一种公民有权获得精神奖励和物质奖励的权利。”^[3]可
见,关于“其他科技成果权”问题,虽然规定在民法通则第5章“民事权利”之第3节“知识产权”中,但
这是一个计划体制下行政色彩浓厚的规范,很难在本案中适用。^[4]而且,从上述法律条文上下文分
析,所谓“科学技术成果权”(或“科技成果权”),也应该是专利权、著作权、商标权、发现权、发明权等智

[2] 同时,该条文也具有不科学性。前面两个假设条件中,第一个“剽窃、篡改、假冒或者以其他方式侵害他人著作权、专利权、发现权、发明权和其他科学技术成果权”的情形,本身就涵盖了第二个“非法窃取技术秘密”的情形,因为后者“非法窃取”至少可以包含在前者“以其他方式侵害”的手段中,后者“技术秘密”也包括在“其他科学技术成果权”中。而且本人认为,即使考虑到这部法律是于1993年7月2日八届全国人大常委会第2次会议通过,早于同年9月2日同届全国人大常委会第3次会议通过的《中华人民共和国反不正当竞争法》(该法规定了有关“商业秘密”条款),这种不科学性也需要检讨。

[3] 本文在这里姑且不去评价民法通则在知识产权规范中进行这种规定的是非问题,也不去评价相关的法律解释,只是强调指出,也正因如此,学者们认为,“其他科技成果权制度是由发现、发明以外的其他科技奖励制度组成的。”参见刘春茂主编:《中国民法学·知识产权》,中国人民公安大学出版社1997年版,第885页。

[4] 下文将论及,“科技成果”或“科技成果权”概念来自前苏联,本身就带有计划经济体制和意识形态意义,并非是一个建立在突出个人主义哲学和私有权观念之上的概念。

慧财产权利形态的上位概念。另外,从“科学技术”与“技术”两个概念的联系与区别看,“技术成果权”只是更加侧重实用技术成果而已。因此,本案中,原告叶晓明等笼统的“技术成果权”主张,受到了来自法律文本规范不足的限制。

那么,我们看看法院是如何看待这种权利的。

一审法院认为,原告工程师叶晓明等发现的设计缺陷不构成法律意义上的知识产权,即所谓原告“不享有法律保护的技术成果权”。^[5]

一审法院认为,叶晓明等的发现可视为一项技术信息。在此之前,其他人未曾作出过仪器存在设计错误的断言。发现 SOKKIA100 系列全站仪的该项缺陷,无疑需要具备一定的科学技术知识、信息和经验。但原告叶晓明等拥有的技术信息的实用性受到索佳公司产品的限制。它依附于 SOKKIA100 系列全站仪产品本身,不能脱离该产品而单独使用这项技术信息并产生价值。根据反不正当竞争法第 10 条的规定,一项技术秘密必须同时具备独创性、实用性和秘密性三个条件。原告叶晓明等要使这一技术信息具有商业价值,须以 SOKKIA100 系列全站仪产品用户或者索佳公司需要原告叶晓明等提供与这一技术信息有关的技术服务为前提。该技术信息尽管存在着在此前提下可为原告带来经济利益的机会,但要使其成为技术秘密,还应采取保密措施并不得对外披露该信息,即应以技术秘密的方式进行自我保护。事实上,原告叶晓明等在 2000 年 1 月 18 日下午与索佳公司的接触中,在无任何约定的情况下,将这一技术信息主动告知索佳公司,使索佳公司注意到仪器错误的所在。可见,原告叶晓明等未将这一技术信息以技术秘密来对待。这一技术信息不具备构成技术秘密的法定条件。因此,原告叶晓明等对该项技术信息不享有法律保护的技术成果权。所以,也不存在索佳公司的行为侵犯了原告叶晓明等的技术成果权的问题。一审法院据此判决:驳回原告的诉讼请求。

一审法院判决后,原告叶晓明等不服,提起上诉。上诉人认为,“原判将上诉人的专有技术成果定性为技术信息是错误的,上诉人的专有技术是全站仪致命缺陷的完整技术解决方案,属于法律保护的知识产权。从被上诉人法定代表人在 2000 年 4 月 14 日给上诉人的信函可以看出,被上诉人对此专有技术的完整性是给予了充分肯定的,并且承认其获取了上诉人的专有技术的完整性,然而一审法院没有认定。至于上诉人专有技术成果的应用受到被上诉人产品限制的问题,这正是改进型技术成果的特点。”但是,叶晓明等在否定一审法院对其进行的“技术信息”定性之后,只是强调了其技术的完整性和改进技术(后续改进技术)本身所具有的受到原技术或技术产品限制的问题,同时将“技术成果权”表述为“知识产权”,除此之外,叶晓明等也没有(或者是回避了)将这种利用新的检测方法进行的发现确定为哪一种类型的知识产权,更没有说明需要通过哪一部法律进行保护。

这里,我们姑且先将一审法院具体适用法律所存在的问题搁置下来,思考一下二审法院将面临的以下困惑:第一,上诉人叶晓明等的权利客体是否为商业秘密中的技术信息?第二,这种权利是否应该得到保护?第三,如何保护?

二审法院的困惑涉及到更为根本性的问题,即:在现有的知识产权法律框架中,是否存在知识产权权利类型化不足问题?如果存在的话,我们是否可以在现有的法律框架之内分析出制度设计的基础理论——即保护知识产权的依据,继而借助于这些基础理论,在知识产权制度之外,寻找保护知识产权的其它法律方式?这就是知识产权类型化及其基础问题。通俗地说就是:对这种由知识、技术或智慧活动所产生的权利,为什么要进行保护?这些智慧活动所产生的权利究竟有哪些种类?我们现有的法律框架是否能够将它们均予以涵盖?如果没有予以涵盖的话,那么是否应该得到保护和应该怎样进行保护?这涉及到知识产权的观念问题。

[5] 参见湖北省武汉市中级人民法院民事判决书 [2001]武知初字第 37 号。

二、苹果的故事:财产的分类与变迁

对财产的分析,随着“物”、“物权”、“债权”、“无形财产权”和“知识产权”等抽象概念的引入,其理论变得越来越复杂,也难以以为普通大众所理解。因此,这里以苹果为例,对财产的历史变迁进行一下简要地考察。

1. 野生状态的苹果

在野生状态下,人们对苹果的所有权取得方式是:先占—所有权,即按照一种先占取得的方式获得所有权。中国古语有言:“逐兔先得”,说的就是这种取得方式。

民法学一般将所有权的取得分为原始取得和继受取得(或称传来取得)两种。^[6]先占属于原始取得的一种方式。例如瑞士民法典第 718 条、日本民法典第 239 条和澳门民法典第 1243 条的规定,就明确规定了这种所有权取得形式。

2. 农耕时期的苹果

农耕时期,对苹果的所有权取得方式发生了一点变化,即需要通过自己种植,然后再收获,最后才能取得所有权,即:种植—收获—所有权。

这种取得形式,也是属于原始取得的一种方式。德国民法中的“附合”(德国法典第 946 条)、“物的出产物和其他组成部分的取得”(德国民法典第 953 - 957 条),均涉及到这种情形。

3. 知识经济时代的苹果

在知识经济时代(我们姑且将工业文明的诞生作为其前奏,将它看成是今天已然存在并将继续进行下去的概念),我们获得苹果的所有权的方式又发生了新的变化。我们往往需要对苹果的种子、栽培技术和生长环境如土壤、水分或温度等条件进行改进,然后再进行种植,从而获得经过改良以后的苹果新品种,最后才对这个新型的苹果享有所有权,即:技术改进—种植—苹果新品种—所有权。

当然,对培育出来的新型苹果本身这一具体的“物”的所有权之取得,与农耕时期对苹果所有权的取得形式一样,属于原始取得的一种方式。但是,令人遗憾的是,按照我们过去对所有权强调具体“物”、特别是有些侧重“有体物”的理论,我们现有的所有权仅仅只是对新型苹果这个具体物的所有权,它并不包括其中所进行的“技术改进”。

一般来说,大部分的这种“技术改进”,是可以独立于这种新型产品本身而存在的,而且容易被他人所获得和使用。显然,人们为了完成这种技术改进,往往要投入大量的人力、物力和财力,如果得不到有效的法律保护,就会挫伤这种技术创造活动的积极性。

那么问题是,“技术改进”这一智慧劳动创造者是否享有“改进技术”本身的所有权呢?如果可以享有的话,那么按照现行法律规定的又是一种什么样权利?可以通过何种法律得到保护?

4. 对这种“技术改进”进行保护的现有形式

是否享有改进技术本身的所有权问题,也就是知识产权产生的依据问题。这一点,在后文中会加以论述。这里,假定这种改进技术享有法律保护的财产权利,那么到底构成何种权利?分别受到现行哪些法律的保护?也就是说,按照现行法律,如果对这种技术改进进行保护或者说人们对这种智慧创造享有所有权的话,那么,这种可能的财产权利形态包括哪些呢?

根据我国现行法律,对苹果进行技术改进可能包含的权利及其法律直接确认的方式,主要有如下几种:(1)植物新品种权(1997 年《植物新品种保护条例》);(2)植物新品种非生物学生产方法专利权(2000 年专利法第 25 条第 2 款);(3)商标专用权(2001 年商标法第 4 条);(4)著作权(2001 年著作权法第 3 条之第 1 项、第 2 项和第 7 项);(5)商业秘密(反不正当竞争法第 10 条);(6)其他,如发现权、

[6] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,谢怀栻校,法律出版社 2003 年版,第 312 页以下。

发明权和其他科技成果权(民法通则第 97 条第 1 款、第 2 款)等。

也许,初看起来,对这种技术改进可能得到的法律确认与保护方式较多,也自然会令人满意。因为在知识产权领域,权利本身的交叉问题和法律双重(乃至多重)保护,是“比较容易解决”的问题,而且权利人方便(或可以)进行选择。^[7]但是,实际上,众多保护恰好是问题的不幸之所在。因为法律保护方式众多,看似法网恢恢,但实际表明两点:第一,传统财产权制度出现了问题;第二,我们还不能把握住新型的财产权权利形态。

与“苹果的故事”相一致,财产及其财产观念也是随着社会发展而不断演化的。从古自今,我们可以将这种演化分为几个阶段,即:宗教意义—家族意义—物理意义—意识形态意义。

1. 宗教意义

宗教意义上对财产的划分分为神物和人物两大类。例如,古罗马查士丁尼大帝在《法学总论》第 2 卷第 1 篇“物的分类”中,区别了神法上的物(如神圣物、宗教物和神护物等)与可以属于人法上的物。^[8]古印度《摩奴法典》所载的种姓制度,以宗教形式承认了人们享有财产权利的不平等,甚至有些条文否认首陀罗的财产权。^[9]

2. 家族意义

家族意义上的财产观念,是在宗教意义上的财产观念淡化之后产生的。这种划分主要分为两大类:家庭财产和个人财产。在整个家族意义财产观念盛行时期,家庭财产与个人财产两者是处于此消彼长的发展过程:前者由强到弱;后者由弱到强。总地说来,无论是在财产法意义上还是在人身权法意义上,从古代法到近代法的运动中,实际上是作为个体的人如何冲破氏族、家庭的束缚,自主地获得完整的财产权和独立的人格权的过程。

3. 物理意义

物理意义上的财产观念出现,则又是在家族意义上的财产观念淡化以后。这种意义上的财产观念分为两个时期,即近代社会和现代社会。近代社会中,财产主要以动产和不动产两种类型进行划分;^[10]现代社会中,财产则主要分为有形财产和无形财产(以“智慧财产”或“知识”、“知识产品”为主)^[11]两种类型。虽然以动产和不动产这两种类型来对“物”进行划分的方式来自于古老的罗马法,但是,将这种分类形式作为一种财产、甚至是财产法的基本分类形式,仍然是近代社会才真正确立起来的。因为真正建立起个人所有权观念的,是近代民法,特别是拿破仑法典。“拿破仑法典把所有权规定为排他的对物支配的权利,在对物的支配本身中排除领主——农民的人的关系,是与他人无关的每个人对于所有物支配的人与物的关系。”^[12]

[7] 参见郑成思:《知识产权论》,法律出版社 2003 年版,第 368 页。

[8] 罗马查士丁尼:《法学总论》,张企泰译,商务印书馆 1989 年版,第 48 页以下。

[9] 参见《摩奴法典》,法朗善法译,马雪香转译,商务印书馆 1982 年版。

[10] 这是从大陆法角度进行的观察。英美法、特别是英国法中的财产受封建社会财产法的影响甚大,并由普通法、衡平法和成文法三重构筑而成。在英美法系中,财产仅分为人的财产和物的财产两种,而不分动产和不动产。动产固然属于“人的财产”,而不动产则又分为“物的权利”和“人的权利”。物的财产权受到传统封建法律支配,而人的财产权则受到罗马法市民社会法理的影响。就普通法而言,与大陆法不动产、动产划分大致相当的是“Real Property”和“Personal Property”。但是,“Personal Property”中含有相当于不动产租赁权的“Leasehold”之意;同时为了强调不动产租赁权的重要性,往往又视为“Chattle Real”(不动产的动产),以此与纯粹的“动产”相区别。正是从这个角度,我国台湾学者刘得宽先生说,英美法上之对物的权利与人的权利之总称为财产法,大致可说相当于大陆法之物权法,但欠缺不动产法与动产法之共通性。参见刘得宽:《大陆法与英美法》,载《政大法律评论》第 1、2 期合订本。

[11] 从无形财产的概念起源上讲,并不是以“智慧财产”、“知识”或“知识产品”为主。但是,目前尚无更加妥贴的用语来说明一切用智慧、脑力开发的成果,同时考虑到与“有形财产”的对偶性,权且以“无形财产”来说明。我国早期学者有从广义物权概念出发,理解此类有别于普通民法上以有体物为主的物权为“无形物权”。参见何孝元主编:《云五社会科学大辞典·法律学》“有形物权”辞条,台湾商务印书馆股份有限公司 1999 年 6 月版,第 326 页。

[12] [日]稻本洋之助:《近代所有权的成立过程》,载[日]甲斐道太郎编著:《所有权思想的历史》,有斐阁 1979 年版,第 107 页。

4. 意识形态意义

意识形态意义上财产观念,是在 20 世纪社会主义运动兴起以后产生的。这种意义上的财产被分为生产资料和生活资料两大类型。这种划分,是建立在社会主义生产资料公有制形态之限。以此为基础,生产资料只能为国家或集体所有,而只有少部分的生活资料才能为私人所有。^[13] 在 20 世纪末叶开始的社会主义国家改革和转型过程中,这种意识形态意义的财产观念及其划分方式,已经发生了很大的变化,并逐步转向了近代以来物理意义上的财产观念及其分类形式。

在早期社会主义国家公有制观念下,带有个人主义色彩的财产权没有存在的空间,相应地,科技成果一般以公有制下的生产资料为基础,自然不可能“个人化”、“私有化”。由此产生的“科技成果权”,也只是存在于相应的荣誉证书、光荣称号、奖金等奖励制度之中,并不具有产权意义。

5. 现代社会凸显无形财产的重要性

从意识形态意义上进行财产的分类回到物理意义上,现代社会财产主要以有形财产和无形财产进行区分。在财产的分类与变迁中,反映出现代社会中无形财产越来越重要。这种重要性突出表现在以下几个方面:(1)人们摆脱物质世界束缚的精神需要;(2)它是一国经济、特别是高新技术产业发展的重要基础和生命线;^[14] (3)直接影响到一国的经济安全(例如,对经济发展中核心技术的知识产权的掌控,使得“头脑国家”与“躯干国家”日益区分开来);(4)对一国的国家安全(如信息安全、生物安全等)、政治稳定、文化传承等也有着重要的影响。

财产制度演进的历史反映了社会进步的历史,财产的分裂体系也是顺应社会历史发展的结果。正如梅因爵士所作的精辟论述:“所有进步社会的运动,到此处为止,是一个‘从身份到契约’的运动。”^[15] 因为从神祉、家族和意识形态的束缚中解放出来的财产,其实只是一个客观的物理存在,而这些客观存在于社会经济生活中的重要性以及科季进步水平本身,就会对这种物理特性的财产进行归纳和整理。到目前为止,日益凸现的知识社会财产的分类即有形财产与无形财产的划分,不仅代表了我们社会积累的知识或智慧财富已经达到了一定的程度(并依赖这种智慧财产),而且也表明了一个新的财产及其分配形式将持续地影响我们未来的生活。这意味着两种倾向将持续下去:一方面表明知识产权为代表的无形财产是传统财产的某种延续;另一方面表明,知识产权在现代社会(特别是称为知识社会形态的出现)将进一步扩张,出现多样化趋势。

苹果的故事只是引发了我们如何对待诸如种质资源、基因技术等新技术产权问题的思考,而财产变迁的历史则将现代社会所处的新的物理空间——无形财产生活空间呈现在我们面前,并告诉我们,知识产权将越来越成为我们生活的主宰。这对于一个以有形财产为主设计的传统财产权制度来说,是猝不及防的。不过,物理意义的财产观念、特别是对财产所有权价值的认识,则为我们解决财产权利类型化不足问题提供了价值基础和依据。

[13] 德国著名比较法学者 K. 茨威格特和 H. 克茨两位教授专门以苏联为主分析了社会主义法系的所有权问题:“不同类型的所有制——国家、集体、个人——可以拥有不同类型的财产。对生产至关重要的财产只属于国家,而公民只能拥有相对次要的财产。”实际上,“依照苏联的观点,社会主义制度下的公民不能在生产资料方面享有私人所有权。”这种意识形态意义上的财产分类及其不同保护模式,就是在民法通则中也有体现。其第 73、74 和 75 条分别规定了国家、集体和个人财产,一些主要生产资料不属于“个人财产”范围。第 75 条第 1 款规定,“公民的个人财产,包括公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料以及其他合法财产。”而且,第 73 条第 2 款意在强调“国家财产神圣不可侵犯”。关于茨威格特教授和克茨教授的论述,参见[德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,潘汉典校订,法律出版社 2003 年版,第 474 页以下。

[14] 大约 10 年前,OECD 提出“知识经济”概念时,其主要成员国经济已经主要依赖于知识的生产、扩散和应用。“在过去 10 年中,OECD 成员国的高技术产品在制造业产品中的份额和出口中的份额翻了一番多,达到 20% - 25%。知识密集型服务部门,如教育、通信、信息等领域的发展则更为迅速。据统计,OECD 主要成员国国内生产总值(GDP)的 50%以上现在已是知识为基础的。”参见经济合作与发展组织(OECD):《以知识为基础的经济》(The Knowledge - Based Economy),杨宏进、薛澜译,机械出版社 1997 年版,第 10 页。

[15] [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1959 年版,第 97 页。

三、法定主义:知识产权的类型化问题

既然在现代社会中,以知识产权为主的无形财产越来越重要,而且呈现多样化趋势,那么在现行知识产权立法中,我们对于知识产权的分类是否详尽而又准确呢?在叶晓明等诉索佳公司技术成果权侵害案中,一审法院对叶晓明等宽泛的“技术成果权”之归类是否适合?带着这个问题,我们首先对知识产权法定主义以及由此产生的类型化不足问题进行分析,然后再从法律(含国际条约)和学理两个层面进行考察,并分析叶晓明等诉索佳公司技术成果权侵害案中一审法院所进行的权利归纳。

(一)知识产权法定主义

尽管知识产权立法是近 20 年来最为活跃的,但由于其权利法定主义——任何人不得在法律之外创设知识产权,因此在司法实践中,知识产权案件的法律适用还存在着不少所谓的“立法空白地带”。知识产权权利类型化不足问题,实际上是权利法定主义导致的结果,因为立法总是不可能赶上科技进步和社会经济发展的步伐的。当然,从某种角度看,类型化不足问题也是知识产权法定主义产生的重要原因。因为权利类型化学理研究和准备不足制约相关立法,而在权利类型化研究中缺乏对知识产权权利产生基础、根本属性的研究,^[6]缺乏与民事权利进行整合性研究,^[7]缺乏对科技成果社会学、经济学分析^[8]等,也在不同程度上影响了知识产权立法的完善。

坚持权利法定主义的学者认为,对于某些似乎是应该给予法律保护的客体,如未构成作品的数据库、传统知识等,因如何构建这个法律制度一时尚认识不清或未走完立法程序,则其特定的知识产权也就不存在。与其冒着授予本不应该设立的私权的错误,不如将其暂放在公有领域之中。^[9]这种看法过分注重了知识和信息的公共性,没有从权利(私权)为出发点进行思考。克服法定主义局限性的方法,除了对知识产权法进行不断修改、增加一些授权立法和弹性条款之外,将知识产权纳入整个民事权利体系和制度框架,强化知识产权权利观念,通过财产权理论、合同法理论和侵权法理论等弥补法定主义缺陷,从而在司法救济中获得衡平,也是一种重要的方法。

(二)国际公约和国内法上的分类

目前,在国际上影响最大的主要是联合国世界知识产权组织(WIPO)与世界贸易组织(WTO)管理的知识产权领域的世界性多边公约。世界知识产权组织管理的国际公约目前有 26 个。^[20]这些国际公约上的分类,也主要是采取一种列举式的方法。

1967 年 7 月 14 日斯德哥尔摩《成立世界知识产权组织公约》第 2 条第 9 项规定,知识产权主要包括以下权利:(1)文学、艺术和科学作品有关的权利;(2)表演艺术家、录音和广播节目有关的权利;(3)在人类一切活动领域中的发明有关的权利;(4)科学发现有关的权利;(5)工业品外观设计有关的权利;(6)商标、服务标记及商号名称和标志有关的权利;(7)反不正当竞争;(8)在工业、科学、文学或

[6] 这制约了知识产权的权利基础研究,不利于在该权利领域进行理论抽象,以寻求共同基础、完善的权利体系,从而去“察漏补缺”。当然,这一方面是因为相关权利共性较少(如专利与著作权),另一方面也是知识产权制度中存在学科背景(特别是理工科)本身的限制。不过,近年来关于知识产权合理性、哲学基础等方面的理论研究在加强,值得欣慰。

[7] 知识产权学者们往往一头雾水地钻在具体制度与权利之中,而不去考察这一具体制度与权利处于法律体系(特别是民法体系)中的何种地位,在强调自己研究领域的“独立性”与“独立地位”的时候,往往过分地夸大知识产权法与传统民法的区别,而传统民法学者不是表现出不屑,就是在一些带有技术性、具有行政审查色彩或国际规则的知识产权面前“知难而退”,也就更谈不上能够深入研究下去了。

[8] 按照法定主义,权利依法设立,其后方能对此应用进行社会学和经济学调查。但是,要进行相关立法,首先也可以进行缺乏某项权利的实证分析,加强没有某方面权利状况的调查研究,提供是否需要设立相关权利的立法建议,本身就是一种促进知识产权立法的方法。

[9] 参见郑胜利:《论知识产权法定主义》,载《中国高校知识产权研究会第 11 届年会暨高新技术知识产权保护与大学技术转移国际论坛论文集》上册,2003 年 10 月。

[20] 参见郑成思教授的归纳与整理,载罗豪才、孙琬钟主编:《与时俱进的中国法学》,中国法制出版社 2001 年版,第 339 页。

艺术领域由于智力活动而产生的一切其他权利。这里的定义就比较宽泛,特别是最后第(8)项具有“兜底条款”的特点,几乎将一切智慧财产包括在其中。

1994年《与贸易有关的知识产权协议》(即TRIPS协议)中,知识产权主要包括以下权利:(1)著作权及其相关权利(即邻接权);(2)商标权;(3)地理标志权;(4)工业品外观设计权;(5)专利权;(6)集成电路布图设计权;(7)未公开的信息(商业秘密);(8)对许可合同中限制竞争行为的控制。这种列举,较为明确,主要是侧重与贸易相关的部分。

我国通过民法通则设立专节对知识产权进行列举和颁布单行法的双重立法模式,对主要类型的知识产权进行了规定。它们包括:(1)专利权;(2)著作权(包括计算机软件);(3)商标权与厂商名称权、产品标记或原产地名称权;(4)集成电路布图设计权;(5)植物新品种权;(6)发现权;(7)发明权;(8)反不正当竞争中的法益(包括商业秘密);(9)其他科技成果权。

当然,也出现了一些新型知识产权权利类型。而且,新型权利形态随着科技发展和社会对智力成果认同的不断深化而层出不穷,例如:商品化权、^[21]信息网络传播权、^[22]基因与转基因专利权、传统知识保护权、^[23]创意权^[24]等。

(三)学理上的分类

真正开始对知识产权权利类型进行内部划分的,是近代将其区分为工业产权和著作权。这种划分源于1883年缔结的《保护工业产权巴黎公约》和1886年缔结的《保护文学艺术作品伯尔尼公约》,由此也形成了工业产权和著作权两大知识产权保护体系。

但是,随着科学技术、文学艺术与工商业活动的交叉和渗透,这种分类已经不适合时宜了。因此,在著作权领域,有的学者提出了“文艺著作权”和“工业著作权”的区分。^[25]这种划分尽管在名称上比较好理解,但实际生活中我们很难区分文艺著作权和工业著作权,也很难对此提出不同的保护标准或形式。

近年来出现了新的划分方法。比较有代表性的是台湾地区学者以法律之“规范目的”为标准的划分方法。这种划分方法将知识产权区分为三大类:一是与保护“文化创作”有关的权利,包括著作权及其邻接权、工业品外观设计等;二是与保护“技术创新”有关的权利,包括发明、实用新型等;三是与保障“正当交易秩序”有关的权利,包括商标、服务标示、商号名称、产地标记、反不正当竞争等。^[26]日本

[21] 参见杜颖:《论商品化权》,载梁慧星主编:《民商法论丛》1999年第1号,法律出版社2000年版。

[22] 薛虹博士分析了国际条约和各国在这方面的立法,认为目前主要有三种模式:一是“隐含式”,即用版权人现有的发行权、公开表演权和公开展示权覆盖作品的网络传播,典型的是美国;二是“重组式”,即对版权人的各类作品传播权进行重组,把除了复制发行权之外的其他传播方式(包括网络传播在内)统一为一种综合性的传播权,澳大利亚对此进行了尝试;三是“新增式”,即在不改变现有版权权利配置的前提下,赋予版权人控制作品网络传播的新权利,欧盟1998年“关于信息社会的版权及有关权利指令的建议草案”便建议用一种向“公众传播权”(communication to the public right)。我国2001年10月27日修改后的著作权法第10条第12项中规定了“信息网络传播权”,属于“新增式”立法模式。参见薛虹:《网络时代的知识产权法》,法律出版社2000年版,第9页以下。

[23] “传统知识”的概念较为宽泛,关于它的定义目前主要来自于WIPO的工作报告和英国知识产权委员会的报告。参见杜瑞芳:《传统医药的知识产权保护》,人民法院出版社2004年版,第8页。

[24] 参见彭霞:《创意的法律保护》,华中科技大学硕士学位论文,2003年4月。

[25] 参见郑成思:《版权法》,中国人民大学出版社1997年版,第62页以下。

[26] 参见谢铭洋:《智慧财产权之基础理论》,台湾翰芦图书出版有限公司2001年6月版,第16页。

学者也有类似的分类方法。^[27]德国学者则依保护标的不同对知识产权提出了不同的划分。^[28]这些划分方式,不仅可以使我们更加明确地认识到各种知识产权法的性质和目的,而且可以让我们准确地掌握法律赋予相应知识产权权利的属性、内容和范围,进而提高法律适用的正确性。

当然,大多数的学者还是通过几种主要的知识产权权利形态的列举来把握知识产权。例如,英国学者柯尼斯(W. R. Cornish)教授将知识产权主要分为:专利、著作权、商标及商号、以及“其他类型”。在其中的“其他类型”之中,他又列举了以下权利:外观设计、商业秘密及其他未公开信息、以及其他诸如动植物新品种、“邻接权和对娱乐构思的保护”、软件、数据库和“一些结合产品的权利保护要求,如版面、民歌及其它土著文化;产品及外观的类似制品;角色商品化;运动、展览、节日、大学及电影场地的商品化;人物特征的商品化(姓名、声音、肖像)”。^[29]

(四)叶晓明等诉索佳公司案一审法院的归纳、推理及疑虑

在叶晓明等诉索佳公司技术成果权侵害案中,一审法院以“技术信息”归类进行推理,具体逻辑如下:

大前提:商业秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、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(即一审法院认为的独创性、实用性和秘密性);

小前提:原告叶晓明等的技术信息的商业价值受到被告索佳公司的产品与需求的限制,且原告叶晓明等主动告知,不具备“秘密性”;

结论:原告叶晓明等之技术信息不具有法律意义,“不享有法律保护的技术成果权”。

在我们现有的知识产权法律保护的制度框架之下,一审法院对叶晓明等享有知识产权的这种归纳(技术信息),并没有什么不妥之处。不过,在适用法律进行推理的过程中,有两个明显错误:一是认为原告叶晓明等拥有的技术信息的实用性受到被告索佳公司的 SO K K I A 100 系列全站仪这一产品的限制,依附于产品本身,不能脱离该产品而单独使用这项技术信息并产生价值,据此认为缺乏“一项技术秘密必须同时具备独创性、实用性和秘密性三个条件”之实用性;二是认为原告叶晓明等在 2000 年 1 月 18 日下午与索佳公司的接触中,在无任何约定的情况下将这一技术信息主动告知索佳公司,使索佳公司注意到 SO K K I A 100 系列全站仪错误的所在,据此认为,原告叶晓明等本人“未将这一技术信息以技术秘密来对待”,从而认为“这一技术信息不具备构成技术秘密的法定条件”。之所以认为这是明显的错误,在于:关于第一点,将某项技术对某一产品的依赖看成是缺乏实用性的观点本身就是一个认识错误,而且一审法院对技术秘密必须具备“独创性、实用性和秘密性”三个条件的要求,提高

[27] 例如,日本学者土肥一史教授将知识产权法划分为:(1)产业的创作保护法,主要包括专利法、实用新型法、外观设计法、半导体集成电路配置保护法、种苗法;(2)市场秩序维持法,主要包括商标法、不正当竞争防止法、商法(有关商号的规定);(3)文化的创作保护法,主要指著作权法。参见其《知的财产法入门》,东京中央经济社 2003 年 4 月版,第 2 页。

[28] 按照德国学者艾森曼(Eisenmann)和胡布曼(Hubmann)的观点,专利权和实用新型权的标的为技术成果或发明成果;外观设计权的标的为美术—工商业成果;著作权的标的为个人智力创作;商标权的标的为广告成果;反不正当竞争的标的为企法成果。vgl. Eisenmann, *Grundriss gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Heidelberg: C. F. Mueller, 1985, S. 3.; Hubmann, *Gewerblicher Rechtsschutz*, Muechen: C. H. Beck, 2002, 7. Auflage, S. 49 - 61.

[29] See W. R. Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Third Edition, London: Sweet & Maxwell, 1996, pp. 5 - 10.

了法律保护的标准。^[60]关于第二点,在双方进行技术咨询服务合同的谈判中透露商业秘密,并不是一种公开,也不表明原告自己不将此作为技术秘密看待。而如果原告叶晓明等本身不这样看待,就根本不需要与被告索佳公司就技术咨询服务进行洽谈,而且被告索佳公司如果本身就知悉这个技术秘密,也就不会赶赴原告叶晓明等处进行磋商。^[61]它只是涉及谈判技巧与技术合同(特别是技术咨询服务合同)的特点而已。即使是在谈判过程中由于叶晓明等缺乏技巧或“错误”地泄漏了自己的技术秘密,美国侵权法重述第757节之(d)所规定的应当“对他人负有法律责任”的情形,即“行为人获得该秘密时注意到这一事实,即其为秘密且向行为人的披露出于错误”。

不过,尽管一审法院存在的这两个明显错误,但这并不表明法律保护框架或模式中就一定应该适用技术信息(技术秘密)的规定。我们不妨假设一下,如果叶晓明等对其技术信息(技术秘密)享有专有权,那么是否意味着索佳公司每更换一台新版ROM芯片,就必须向叶晓明等支付一次费用呢?即使是SO Kkia100系列全站仪产品用户,它们在得知该产品存在的设计错误时,也必须在向叶晓明等支付适当的费用情况下才能进行产品的后续改进?在这个问题上,法官们似乎处于某种两难境地。

那么,一审法院的这种归类及其推理是否与我们保护知识产权的理念相一致呢?让我们再看看我们法律制度设计的基础以及知识产权概念提出的意义何在。从中,我们也许能够发掘出一些有益的价值判断。

四、法律的难题:自然权利、知识强权与利益平衡

如上述对知识产权权利类型的归纳,随着新型权利形态的不断涌现,已经出现了各种“权利爆炸”的现象。这种“权利爆炸”,在知识社会引发了一些法律的难题:

第一,传统财产权制度设计是以有形财产即有体物为主,对少量的无体物也大多数是采取拟制动产的方式进行,但现今社会又如何对大量出现的无形财产“拟制”动产呢?

第二,层出不穷的科技成果权益如何进行抽象与归类,以利于人们思维习惯和条理化?

第三,权利爆炸产生权利滥用问题会妨碍他人的权利,法律如何实现利益平衡和社会公平?

“权利”一语,本质为“正当性”和“合理性”问题,含有“正义取直”之意。那么,知识产权作为一种权利,其正当性或合理性依据何在?

英国思想家洛克有一段关于财产权自然权利理论(或劳动学说)^[62]的经典论述:“土地和一切低等动物为一切人所共有,但是每人对他自己的人身享有一种所有权,除他之外任何人都没有这种权

[60] 反不正当竞争法第10条第3款规定:“本条所称商业秘密,是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、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。”这种技术信息和经营信息,并不都具有“独创性”;同时其所称“具有实用性”的条件,也并未要求独立于某特定产品之外。一审中级法院的这种认识,实际上是提高了法律保护的标准,也不符合立法精神。学者们对此进行的法律解释,也没有支持一审法院的这种理解。例如,张玉瑞教授认为,在我国要构成商业秘密必须同时满足三个要件:(1)秘密性;(2)实用性和价值性;(3)管理性。这种解释,将“不为公众所知悉”作为秘密性理解,并未要求具有独创性,也不存在实用性必须独立于某种产品的问题。郭寿康教授从“新颖性”、“相对秘密”和“不能从公开(公共)渠道直接获取(获得)”三个方面来理解“不为公众所知悉”;同时将“能为权利人带来经济利益”作为“价值性”,将“具有实用性”作为“实用性”看待(这种理解,不同于国家工商行政管理局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第2条第3款将两者作为一个要件的看法)。学者们不同于一审法院的理解而对此进行的解释还有很多,可以分别参见以下文献:张玉瑞:《商业秘密法学》,中国法制出版社1999年版,第149页;郭寿康主编:《知识产权法》,中共中央党校出版社2002年版,第323页;吴汉东主编:《知识产权法》,中国政法大学出版社2002年版,第305页;刘春茂主编:《中国民法学·知识产权》,中国人民公安大学出版社1997年版,第755页;刘春田主编:《知识产权法》,中国人民大学出版社2000年版,第334页;金勇军:《知识产权法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第419页;王利明:《合同法》第1卷,中国人民大学出版社2002年版,第327页。

[61] 法律上对于保密措施的要求并不是严格的,只需有权利人依法控制商业秘密的主观意愿,这种得到证明的主观意愿,就是合理的保密措施。参见张玉瑞:《商业秘密法学》,中国法制出版社1999年版,第144页。

[62] 关于洛克的财产权劳动学说或自然权利理论,参见易继明:《评财产权劳动学说》,《法学研究》2000年第3期。

利。他的身体所从事的劳动和他的双手所进行的工作,我们可以说,是正当地属于他的。所以只要他使任何东西脱离自然所提供的和那个东西所处的状态,他就已经掺进他的劳动,在这上面参加他自己所有的某些东西,因而使它成为他的财产……因为,既然劳动是劳动者的无可争议的所有物,那么对于这一有所增益的东西,除他之外就没有人能够享有权利,至少在还留有足够的同样好的东西给其他人所共有的情况下,事情就是如此。”^[83]

分析以上洛克的论述,可以将他的理论概括为:一个前提,一种观念,一个判断,一项条件。它们分别是:(1)一个前提:存在某种自然状态(天赋人权学说);(2)一种观念:人们对自己的身体—对身体从事的劳动—对劳动的创造物(延展、递进关系)均享有所有权;(3)一个判断:“劳动”的标准,就是使某物摆脱自然状态;^[84](4)一项条件:在还有足够的、同样好的东西留给他人的情况下。

当然,对这种财产权观念最大的批判来自于洛克所假定的“自然状态”(即所谓“前政治状态”)。但无论洛克理论的前提、条件和判断如何,他为我们社会提供了一个基本的信念:每个人的劳动成果都应该得到尊重。以此类推,智慧或脑力劳动成果也是劳动成果,当然也应该得到应有的尊重。那么,对法律而言,就是如何保护他人的智慧劳动成果即知识产权的问题;而在本案中,原告的技术成果权利同样需要得到尊重。

当然,将知识产权作为一种自然权利看待,只是我们生活观念的一个基础。但如果承认这种“自然权利”,并对此进行过分强烈的保护,问题便会随之而来:

第一,结合前面论及的案例,既然叶晓明等科技成果权应得到保护,但索佳公司发现自己的产品有缺陷以后是否可以进行更正呢?对索佳公司、消费者及社会进步来说,承认原告叶晓明等的科技成果权(自然权利)意味着什么?

第二,问题还不止于此:知识精英、话语霸权、经济强权、国家安全等等词汇,一直存在、并也反映着一种“知识产权危险论”。

这种危险具体表现在以下几个方面:(1)一个人的自然权利及其行使,往往也会出现妨碍他人的自然权利的情况;(2)权利人往往存在反市场、反竞争的倾向:知识产权人实施的所谓“偿还战略”(pay-off strategies)和“遏制战略”(preventive strategies),^[85]将会妨碍市场的有效竞争;(3)由于科技对社会的掌控能力提高,使得技术及其产品对社会或个人的伤害出现无形性和规模化的趋势;(4)由于科技及其权利的界定,使得我们经济交往中许多生活的平台往往存在被他人控制的危险,出现所谓的“经济安全”问题;(5)与经济安全相同,国家安全、政治安全、甚至文化遗产(也有称为“文化安全”)也面临诸多问题。因此,知识产权虽然作为一种自然权利可以得到基本保障,但由此相伴的“知识强权”问题也令人忧虑。这样,在个人利益、他人利益与社会利益之间,就需要进行利益平衡。

自然权利与知识强权代表了两种不同的财产权观念。前者认为个人财产权的目的在于划清公私界限,从而能够在私权领域不受公权力的随心所欲;后者认为财产权在于为个人提供基本经济保障的同时,应该从属于一个更高的社会目标,即一个体现公平正义观的社会秩序。杰斐逊在《独立宣言》中将洛克的“生命—自由—财产”的说法改为“生命—自由—对幸福的追求”就反映了后者的社会目标;而在麦迪逊起草和推动的美国宪法第5修正案之“充公条款”(taking clause)则反映了对此进行的修

[83] [英]洛克:《政府论》下篇,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第19页。

[84] 与上述关于“苹果的故事”相适应,各个不同时期(如野生状态、农耕时期和工业化以来),人们对“劳动”一词的理解存在较大差异,这也反映了社会条件的不同,映射出社会变迁和发展程度。例如,摆脱自然、共有状态的“劳动”标准,在物质极大丰富、存在大量“无主物”、人口稀少等状况下,是可以的(例如先占);但人口爆炸、资源稀缺和财产权权利“界碑林立”的情况下,人们对“摆脱自然状态”的理解就应该发生变化了。

[85] See Peter Drahos, *A philosophy of Intellectual Property*, Aldershot, Brookfield, USA, Singapore & Sydney: Dartmouth Publishing Company Limited, 1996, p. 135.

正。美国宪法中的财产权观念,反映了“共和主义”与“自由主义”财产观的冲突与妥协。^[66]其实,关于财产权的宪法与其他法律中,各国基本上都是采取了对这两种财产权观念的调和与平衡。例如,拿破仑法典往往被认为是所有权绝对观的代表,认为它规定了所有权是“以完全绝对的方式享有与处分物的权利”,但却忽略了这一条款后面的部分:“但法律或条例禁止的使用除外”(第544条);而在第4编役权与地役权的规定中,公共利益的负担与权利人之间的平衡随处可见,即以“公共利益、市镇行政区利益,或者个人利益为目的”(第649条)。

那么,在知识产权制度安排中,权利人与他人和社会之间如何进行衡量,并如何最大限度地利用科技成果来为人类谋福利呢?这是一个如何进行利益平衡的问题。在知识产权立法中的公共利益取向,人们经常会引用美国宪法的规定来进行说明。宪法授权国会为了促进文艺和科技进步,可以制定给予著作人和发明人有排他权利的法规。^[67]这也是美国1790年著作权法的立法依据。美国最高法院曾表示,在宪法条款背后的经济哲学中,确信以个人收益鼓励个人之努力,是促进公共福祉的最佳途径。这实际上是将个人权益作为了一个次要的目的,而最终目的是为了促进文艺与科技进步,以增进公共福祉。但同样,我们可以找到将知识产权作为一种带有“自然权利”性质的基本人权的立法理由。1948年《世界人权宣言》宣示,每一个作者都有基本的权利来维护其作品的精神和物质上的利益。^[68]这又是从基本人权的角度来阐述知识产权的合理性的。

其实,在洛克财产权劳动学说的分析框架中,本身就存在权利人与他人和社会利益之间的平衡,只是人们忽视了他的理论存在的一个重要条件,即“在还留有足够的同样好的东西给其他人所共有的情况下”。近代以来关于财产权合理性基础的许多理论,修正了近代自然权利理论。^[69]近年来,许多学者还专门论述了知识产权的理论。^[40]但归纳而言,它们同样没有超越出近代以来的几种主要理论:人格理论(黑格尔)、激励理论(边沁)、经济分析理论(科斯和波斯纳)、社会利益理论(庞德)、社会正义理论(罗尔斯)、其他理论(如契约说等)。这些理论,体现了法律规范财产权(包括知识产权)所包含的多元化价值目标,同时说明我们在理解知识产权的时候,需要进行理论方面的统合,以实现社会价值的整体平衡。在本人看来,这种分析是在确认作为基本自然权利的财产权的前提下,讨论设置这种权利存在的“外部性”(externalities)^[41]问题。尽管这种外部性的考虑涉及伦理、效率、社会利益和公平等因素,但并不影响权利存在的劳动基础。

正是基于上述理论,在知识产权设计中,除了尊重知识产权作为自然权利这一基本信念以外,对知识产权权利人、权利设置以及行使,都需要进行一些限制。这种限制设计包括:(1)为权利设置一定的期限,例如发明专利20年、实用新型专利10年等。(2)为权利设置一些阻却事由,例如2000年专利法第63条规定的不视为侵犯专利权的情形、2001年著作权法第4节“权利的限制”(第22条和第23条)等。(3)制定权利的强制许可制度,例如专利法第6章“专利实施的强制许可”(第48-55条)、

[66] 参见崔之元:《财产权与宪法》,《读书》2003年第4期。

[67] The U. S. Constitution Art. 1. sec. 8. cl. 8.: The Congress should have the power to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.

[68] Universal Declaration of Human Right (1948), Art. 27. para. (2): Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author; para. (1): Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefit.

[69] 关于财产权的近代理论,请参见易继明、李辉凤:《财产权及其哲学基础》,《政法论坛》2000年第3期。

[40] 例如,澳大利亚学者彼得·达沃豪斯(Peter Drahos)对知识产权哲学的考察,美国学者威廉·费歇尔(William Fisher)对知识产权理论的分析。See Peter Drahos, A philosophy of Intellectual Property, Aldershot, Brookfield, USA, Singapore & Sydney: Dartmouth Publishing Company Limited, 1996. 又参见[美]威廉·费歇尔:《知识产权的理论》,黄海峰译,载刘春田主编:《中国知识产权评论》,商务印书馆2002年版。

[41] “外部性”是一个有些含糊不清的概念。在这里,它既可以是权利设置以后外部道德、伦理的承受力问题,也可以是外部成本(external cost)与外部效益(external benefit)之间的分析,还包含人们对社会公平与正义的理解和感受程度。

2003 年国家知识产权局《专利实施强制许可办法》^[42] 中的规定等。(4) 是否能够享有权利本身的界限问题,例如专利法不授予专利权的内容。^[43]

事实上,只是在这种利益平衡的法律框架中,财产权设计才能发挥社会交往的意义,因为权利设置的目的是为了人们进行相互交往的需要。“在鲁宾逊漂流的荒岛上,财产权是根本不重要的。财产权的设置作为一种社会机制,其重要性在于使得社会成员之间进行互动的时候,能够合理地期望他人的行为。”^[44] 无论任何社会,都必须有一种制度承认人们的劳动(包括创造性智慧活动)产生的基本权利,使之得以安全和利用,并于此之下相互交往而互不构成妨碍或侵犯,以发挥劳动与创造活动的社会功效。正是在这种意义上,美国上诉法院第二巡回法庭霍克法官认为,著作权的立法宗旨是为了建立这种“微妙的平衡点”:一方面需要保障著作权人的权益,以维持其创作诱因;另一方面也必须限制保护的範圍,以避免因独占造成经济停滞。因此,法院在援引联邦法规审理新的案件的时候,必须牢记法律的这种调和目的。^[45]

在本案中,原告叶晓明等发现被告索佳公司生产的 SOKKIA100 系列全站仪有设计缺陷,这种技术信息是一项智慧劳动成果。叶晓明等电传并邀请索佳公司前来接受技术咨询是为了使得他的劳动成果发挥使用价值,也实现自己的权利利益。但是,现行知识产权法中权利类型化及其利用不足可能妨碍了他的权益实现。二审法院是否可以在现有的法律制度和框架中找到进行一种利益平衡的切入点呢?即在叶晓明等和索佳公司之间,在自然权利、知识强权与公共利益之间,法官们应该如何进行利益平衡?

五、知识产权与权利实现的司法路径

以上论述表明:知识产权的概念提出,本身就是为了保护智慧劳动创造者的权利;但是由于公共利益、社会效益及制度设计本身等方面的因素,在进行法律保护的过程中,这种权利又受到了一定的限制。不过,总地说来,为某种创造性智慧活动或科技活动提供法律保护,这是一个基本点。

联系叶晓明等诉索佳公司技术成果权侵害案,法官们如何保护叶晓明等的权利而又不失社会正义呢?这里,首先要说明一种司法原则:司法方法只是实现法律目的的某种手段,通过法律理解生活本身就存在着多种途径。这一点,在知识产权法领域尤其如此。理解当事人之间的交往行为及法律关系,在现有法律框架之内选择一条合适的(而不是所谓“唯一正确的”)司法途径,才是法官们的任务。这里,笔者可以提供四种裁判思路:第一,技术信息(侵权责任);第二,缔约过失责任(先契约义务);第三,技术咨询合同;第四,不当得利之债。

(一) 侵权责任

关于侵权法理论和合同法理论在商业秘密法律保护中的适用,学者们有过较多的论述。^[46] 第一种裁判思路,以确定叶晓明等的“技术信息”是一种无形财产(权)为基础,而以一种侵权责任为落脚点。这种思路,首先需要对叶晓明等的发现是否属于商业秘密进行认定。如果叶晓明等的技术信息是属于反不正当竞争法第 10 条所保护的商业秘密,那么索佳公司利用谈判过程中获取(没有善意地

[42] 在 2003 年春天 SARS 病毒袭击之前,国家知识产权局已经着手制定有关专利强制许可的具体规定,而 SARS 突然来临,促使了相关政策出台。2003 年 6 月 15 日国家知识产权局以局长令的方式颁布了《专利强制许可办法》,并于同年 7 月 15 日施行。

[43] 我国 2000 年专利法第 25 条第 1 款规定不授予专利权的主要包括:第一,科学发现;第二,智力活动的规则和方法;第三,疾病的诊断和治疗方法;第四,动物和植物品种;第五,用原子核变换方法活动的物质。

[44] Harold Demsetz, 57 AM. ECON. REV. PAPERS & PROCEEDINGS, 347(1967).

[45] See Computer Associate International, Inc. v. Altai, Inc. Nos. 91 - 7893, 91 - 7935. (1992).

[46] 例如,张玉瑞教授对商业秘密的几种保护理论进行了较为集中而又全面的论述。参见张玉瑞:《商业秘密法学》,中国法制出版社 1999 年版,第 237 页以下,特别是第 9、10 章。

支付对价,至少符合“其他不正当手段”情形)的权利人的商业秘密,用于自己的生产经营,自然构成侵害。

如果这项技术发现与改进方案构成商业秘密中的技术信息,那么司法过程中就需要重新考量和平衡叶晓明等、索佳公司、SOKKIA100 系列全站仪产品用户以及公共利益(技术安全)之间的关系。当然,知识产权理论并不完全依赖具有排他性的独占的财产权理论,并不排斥他人可以合法地获得商业秘密(技术信息),它只是针对违反民事行为所必须遵循的诚实信用原则(善意义务)而产生的对权利人的损害。但是,诸如知识产权“权利穷竭”(exhaustion)问题、^[47]“将西红柿酱扔进大海是否就享有整个公海”问题^[48]等,会依然困扰着司法实践。

(二) 缔约过失责任

第二种裁判思路以先合同义务(先契约义务)为基础,确定法律关系当事人之间具有保密关系,赋予合同双方当事人之间(即使合同尚未签订和生效)对商业秘密、保密信息以默示合同义务。“缔约上的过失”理论是德国法学硕儒耶林“法学上的发现”(D?lle 教授语),经立法、判例和学说发展得以确立,其在实体法上的责任基础通说为德国民法第 242 条所确立的诚实信用原则。^[49]在大陆法上,这是一项独立的债权请求权。英美法上以信赖利益为基础,作为一项合同理论加以运用;近来也有学者直接论及合同法中的“保密利益”(secrecy interest)。^[50]《国际商事合同通则》第 2.16 条关于保密义务规定:“在谈判过程中,一方当事人以保密性质提供的信息,无论此后是否达成合同,另一方当事人有义务不予泄露,也不得为自己的目的不适当地使用这些信息。在适当的情况下,违反该义务的救济可以包括根据另一方当事人泄露该信息所获得之利益予以赔偿。”

我国合同法接受了上述理论,在第 42 条和第 43 条规定中加以规范。第 43 条规定了涉及商业秘密内容的损害赔偿责任,即:当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密,无论合同是否有效,不得泄露或者不正当使用。

(三) 合同义务

以合同义务来理解,是一种更为简便、明了的方法。通观整个案情,叶晓明等发出邀请,索佳公司应邀前来洽谈,而双方进行谈判和磋商的目的就是为了提供与接受技术咨询服务。技术咨询主要是就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告等。在磋商中,双方虽并未签订技术咨询合同,但叶晓明等利用新的检测方法进行了演示,告知了 SOKKIA100 系列全站仪存在的设计错误,并提出了改进方案,实际上已经提供了技术咨询报告和解答了相关技术问题,只是索佳公司一方没有支付报酬而已。这样,就技术咨询合同可以适用合同法第 357 条和 358 条,而有关价款或者报酬没有明确规定的情形,可以适用合同法第 61 条和第 62 条的规定。这种按照履行合同义务进行法律适用,也符合技术咨询和技术服务合同的性质和特点。

(四) 不当得利

在美国普通法上,不公平竞争(common law unfair competition)具有特定的含义,是指竞争者误导产品来源的行为。美国联邦最高法院在美联社诉国际新闻案(Associated Press v. International News Service.)中,确立了不当获利原则(the misappropriation doctrine),即任何人不得未耕种而收获,以此

[47] 也许,就本案涉及技术特点,这种问题并不突出。因为商业秘密被世界贸易组织称为“未曾披露的信息”,而索佳公司通过《中国测绘报》等媒体向其用户告知产品缺陷,并向其用户更换叶晓明等技术方案内容的新版 ROM,已经不再属于“未曾披露的信息”了。

[48] 这是哲学家罗伯特·诺齐克(Robert Nozick)对洛克财产权理论评价时所提出的问题。参见[美]罗伯特·诺齐克:《无政府、国家与乌托邦》,何怀宏等译,中国社会科学出版社 1991 年版,第 179 页。

[49] 参见王泽鉴:《缔约上之过失》,载其《民法学说与判例研究》第 1 册,台湾三民书局 1994 年 10 月版,第 77 页。

[50] See Omri Ben-shahar & Lisa Bernstein, *The Secrecy Interest in Contract Law*, in *Yale Law Journal*, Vol. 8, 2000.

扩张了不公平竞争法的体系。^[61]我国反不正当竞争法没有此项法律原则,但大陆法债的关系理论中的不当得利制度为我们提供了类似的依据。罗马法中不得损人利己的法律格言,就是一种衡平思想,体现了公平理论,成为各国不当得利制度的精神核心。

“没有合法根据,使他人受损失而自己获得的利益,就是不当得利。正因为不当得利没有合法根据,虽属既成事实也不能受到法律保护,因此,不当得利应该返还给受损失之人。”^[62]以不当得利之债加以适用,索佳公司无合法根据获得了利益,这是没有问题的。但是,它还需要说明叶晓明等受到了损失,以及这种损失与索佳公司获利之间存在因果关系。叶晓明等受有损失情况,包括两个方面:一是对此进行检测、查询和分析等直接损失;二是该项技术问题发现与改进方案在其他方面的运用可能带来的收益(间接损失)。前者,自属有损失部分,但这种直接的物质损失应该不多;后者,存在一审法院所认定的技术信息对索佳公司产品所具有的“依赖性”或“依附性”问题。当然,关涉技术问题,如果仅仅考虑直接物质消耗和损失,自然有悖知识的价值。如果要以此进行裁判,就需要对后者技术特点进行分析,并考察间接损失情况。这也是这种司法路径的难点。

我们再看看二审法院判决的情况。二审法院认为,在本案中,从上诉人叶晓明等与被上诉人索佳公司磋商谈判的一系列的行为看,上诉人与被上诉人形成事实上的技术咨询合同关系。由于双方对技术咨询费既没有约定,也未能就此达成补充协议,并且本案涉及的技术秘密价值很难确定,因此本院只能根据本案的具体情节进行酌定。同时,上诉人要求认定本案所涉信息为技术秘密的上诉主张成立。但本案技术咨询合同的内容涉及技术秘密,作为咨询人的被上诉人本应负有保守秘密的合同义务,但由于上诉人在将本案所涉的技术秘密作为技术咨询合同的内容告知被上诉人,并在被上诉人向其客户公开后的合理的期限内仅要求被上诉人支付咨询费,而未提出异议,故应视为该公开行为得到上诉人同意。并且此后上诉人也自行将该技术秘密予以公开。因此,本案所涉的技术秘密已为公众所知悉,不能、也无法再作为技术秘密予以保护。故此,判决如下:第一,撤销湖北省武汉市中级人民法院 [2001]武知初字第 37 号民事判决;第二,改判由被上诉人索佳公司赔偿上诉人叶晓明等 50 万元;第三,驳回上诉人叶晓明等其他诉讼请求。^[63]

这样,二审法院运用了合同义务(技术咨询合同)进行判决,回避了其他几种裁判思路中的问题。对这个判决,或许有人会提出异议,认为诉讼案由本为“技术成果权侵害案”,为何以合同纠纷裁判,是否应该另案处理?这也涉及到在知识产权司法路径选择方面,法官居于何种地位和司法成本问题。这里只用德国最高法院法官在 BGHZ21, 319 一案中的判词回答:“原告系基于不当得利及不法行为主张支付请求权,但此并不妨碍法院从其他法律观点审查请求权的基础。”^[64]不过,就裁判技巧而言,对于技术信息(技术秘密)所进行的评判,则实属画蛇添足。

六、结论:司法语境下的知识产权观念

本文以叶晓明等诉索佳公司技术成果权侵害案为切入点,去梳理财产的分类与变迁这样宏大的历史脉络,试图分析一个较为宽泛的知识产权观念的主题,不免显得头重脚轻。但是,本文的目的就

[61] 关于美联社诉国际新闻一案的情况,请分别参见美国联邦地方法院、联邦上诉法院和联邦最高法院判决:Associated Press v. International News Service, March 29, 1917, District Court, S. D. New York, No. 263, 240 F. 983.; Associated Press v. International News Service, June 21, 1917, Circuit Court of Appeals, Second Circuit, No. 270, 245 F. 244.; International News Service v. Associated Press, No. 221, Argued May 2 and 3, 1918, Decided Dec. 23, 1918, 248 U. S. 215, 39 S. Ct. 68.

[62] 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社 1991 年版,第 569 页。

[63] 参见湖北省高级人民法院民事判决书 [2002]鄂民三终字第 6 号。

[64] 这是德国最高法院 1956 年 7 月 14 日著名的“停车费案件”,该案最后以事实上的契约关系理论判决。参见王泽鉴:《事实上之契约关系》,载其《民法学说与判例研究》第 1 册,台北三民书局 1994 年 10 月版,第 93 页以下。

在于,在司法语境下讨论有关学术思想的命题,在超越法律文本之后再回到文本,以发现司法过程在寻找法律真谛中的意义。

在叶晓明等诉索佳公司技术成果权侵害案中,二审法院承认了上诉人叶晓明等的科技成果权利,并确定为“技术秘密”。案件完全可以按照这一思路进行司法裁判。但是,二审法院考虑到财产权设计本身所具有的社会公平价值目标,并考虑到双方、特别是上诉人叶晓明等与被上诉人索佳公司进行谈判本身是为了提供一种技术咨询服务,实际上适用了民法、特别是合同法的相关理论(诚实信用原则和公平原则)和法律条款进行判决,是对全案的一种综合把握。它也表明了知识产权制度设计本身的价值所在:即使现行法律很难为某种类型的智慧成果提供保护,但财产权法律框架本身就是为了尊重这种智慧劳动的权利的。换句话说,即使在知识产权权利类型中无法找到一种恰当的保护途径,也可以在知识产权法之外寻求一种法律保护方式,以实现知识产权制度设计的要旨。实际上,这就是知识产权这一概念本身所包含的应有的财产权观念,甚至在某种程度上知识产权还具有人格意义。

更进一步地,我们可以由此再一次强调知识产权所具有的私权根本属性,说明它本身就是一项民事权利,是整个民事权利体系中的一部分。相应地,民事制度中的相关学说、理论与规则,可以克服知识产权法定主义与类型化之不足的局限,对完善知识产权法律救济体系起到重要的补充作用。当然,这也可能成为支持将知识产权法纳入民法典制定的重要理由之一。

Abstract : The intangible property , which is mainly embodied as intellectual property , become increasingly important as the result of the development of society. Intellectual property rights are the extension of the traditional property rights. However , we are faced with the problem of how to develop a classification of intellectual rights and how to balance the natural rights , the interest of others and social justice. Therefore , the private nature of intellectual property should be emphasized. The intellectual property law can achieve its aims through traditional legal system in judicial proceedings.

Key words : Ye Xiaoming v. Sokkia Ltd Japan , intellectual property , natural rights , balance the interests , judicial proceedings
