



论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读原文](#)[> 论文精粹](#)

谭华霖：知识产权权利冲突协调之法理与制度因素

发表于：2011-10-15 21:47 点击：363

权利冲突对于权利体系，乃至私法体系的发展具有同样重要的意义。知识产权权利冲突作为一种法律现象在整体上、抽象意义上不可能被消除。法律体系的完善，在于能够提供调节知识产权权利冲突的制度，并通过正当程序来化解利益冲突，最大程度实现权利在法上的质的规定性。因而，知识产权权利冲突的产生及其化解机制伴随着知识产权权利发展史而发展，具有动态性因素。解决知识产权权利之间的冲突即为完成权利具体化以及划定界限的过程，完成制度构建需要从原因入手，确立具备协调能力的知识产权法律体系。

一、本体论层面的法哲学范式转换

权利哲学对具体法律制度构建以及社会政策制定都具有深远的影响，对于司法实践中的法律适用也有潜移默化的指引作用。对于知识产权制度而言，选择哪种权利哲学并非完全是学者的偏好，是建立在对法律发展轨迹和趋势判断基础上的形而上总结，并作为理论抽象来指导实践，来源于实践并最终还原为实践命题。在这个意义上说，权利哲学观是服务于法律制度构建的主观选择。

解读知识产权正当性的法哲学基础包括了劳动财产学说、人格理论、功利主义、工具主义等。以劳动财产学说来解释知识产权具有正当性基础并具有很广泛的拥护者，一定程度上是知识产权领域泛权利观念的认识论根源。自然权利观下的智力活动成果应当受到法律保护，而知识产权制度框架正好能够满足这种需求，这在一定程度上导致了司法中对知识产权权利形态的扩大化认定，间接但绝非不重要地产生了权利冲突。

从本体论上来消解知识产权权利冲突，在法哲学角度应当对劳动财产学说进行辩证分析，重塑知识产权立法和司法对社会利益关注的权利哲学理念，而这正是功利主义权利哲学观的基本立场。功利主义可以溯源到18世纪苏格兰哲学家大卫·休谟的论著，但功利主义的典型代表和集大成者却是杰米·边沁（Jeremy Bentham, 1748-1832），边沁详尽且系统地完成了功利主义的学说。边沁认为国家的法律和制度的好坏标准应当看是否能增加最大多数人的最大快乐，即“最大幸福或最大福利原理”。边沁指出，“该原理声明所有利益有关的人的最大幸福，是人类行为的正确适当的目的，而且是惟一正确适当并普遍期望的目的，使所有情况下人类行动、特别是行使政府权力的官员施政执法的惟一正确适当的目的。”^{1}功利主义追求社会公众利益的基本思想与知识产权法律对社会效益价值的追求具有一致性。

“现代知识产权法趋向于更加依赖于使用政治经济学和功利主义的话语和概念。法律不再评价在某一特定对象中所体现的劳动，而是开始集中于该对象的宏观经济价值；集中于它对于知识和进步，对于国民生产总值（GNP）或者生产力的贡献。”^{2}功利主义学说用于知识产权领域形成了激励理论，即通过授予发明人和创作者对智力成果的排他性权利，达到激励发明和创作的目标，从而最大程度地促进社会福利。《美国宪法》第1条第8款：“为促进科学和实用技艺的进步，对作家和发明家的著作和发明，在一定期限内给予专利权的保障”被称作知识产权条款，即为激励理论应用的典型代表。

知识产权领域中自然权利论与功利主义理论的一个重要区别在于谁有权获得劳动成果。在自然权利的理论框架下，发明人或作者有权获得其劳动的一切所得。在功利主义的框架下，对发明人或作者的报酬是次要的，其主要的目的是为了造福于大多数人。^{3}在功利主义的思维中，给予知识产权以保护的关键在于：创新者是否有足够的手段获得足够的利润，以补偿研发的投入。因此，功利主义必须平衡知识产权的经济激励的收益和限制知识传播的代价，^{4}也就是要在知识产品生产者与社会公众利益之间实现平衡。功利主义学说认为，公共领域是知识产权法律的常态，而权利人控制的不过是公共领域中的特区而已。对于他人智力劳动成果，只要公开，在法律没有明确规定下，就进入了公共领域，他人得自由利用。

功利主义法哲学否定知识产权是自然权利，揭示了知识产权法定性的特征，强调知识产权制度对社会福利的促进和对知识产品生产的激励。知识产权功利化背景下，法定权利受到社会公共利益限制，知识产权制度要保障实行知识产品利用的效益，同时也暗含着知识产权法律应当以效益为价值目标，来合理配置权利制度，对于知识产权非理性扩张具有一定的抑制作用。

二、权利优位的法律结构向社会优位转变

知识产权领域的权利优位法律结构受到越来越多的批评，权利不断扩张的趋势导致围绕知识产品生产、利用而引起的利益分配不均衡，权利专有同社会公共利益相冲突。这不仅表现在国际层面的发展中国家同发达国家对知识产权保护水平之间的论争，在我国制定国家知识产权战略时也同样在考虑如何实现权利保护与社会利益的双赢。

彼得·达沃豪斯（Peter Drahos）将通过信息私有化控制社会而得到的“统治权”现象，称作“信息封建主义”。他指出，“信息封建时代，产权的重新分配包括作为智力公共财物的知识财产转移到私人手中。这样做的结果是将私有垄断权提高到一个危险的全球化高度，而此时，全球化的力量从某种程度上削弱了国家的作用；降低了国家保护其公民免受行使私有垄断权影响的能力。”^{5}这需要我们重新来审视知识产权制度带给社会的好处是否符合功利主义原则的要求。知识产权领域权利冲突，很大程度上是权利优位的法律结构造成的，化解权利冲突需要逐步完成从权利优位的法律结构向社会优位转变，实现对知识产品的生产激励与社会公众利用知识产品之间的平衡。作为一种绝对权的知识产权同样具有相对性，超出权利边界的行为意味着权利滥用，权利之间的抵触状态化解需要对这种滥用行为进行有效规制，权利的相对性是禁止权利滥用的法理基础，禁止权利滥用是权利相对性的制度要求。^{6}社会优位法律结构下，通过权利限制制度来实现对权利扩张带来的利益分配不均衡，以是否提高社会福祉为判断标准来衡量知识产权法律正当性，使得知识产权行使被限定在一定的范围内，从立法论角度可以预防权利冲突发生。

三、利益平衡原则基础上的协调论

法在本质上是利益关系的调适器，是对利益冲突进行平衡的制度手段。权利冲突是法律体系发展的副产品，具有整体上的不可消除性，因而，所谓的权利冲突消解是在个案意义上来阐述的。而利益衡量原则用来指导权利冲突协调制度的构建，不仅体现于个案意义上，更为重要的是需要在立法角度构筑以平衡论为基础的权利制度，做到知识产品之上的法律之力相互间的和谐存在，寻找权利之间的平衡点，实现权利行使上的统一。故立法论角度的利益平衡，体现在权利的保护与限制的平衡，当赋予一种知识产品之上法律之力时，要完善对该项权利的限制机制，使得权利义务的均衡分配能够既使知识产权人有足够的动力从事知识创造和实现自己的利益，同时也能够满足社会公众对知识产品的需求，实现知识产品的社会效用，立足于建立知识产品资源分配的稳定秩序，并侧重于未来实现长期的、稳定的、总体上的利益最大化。

四、制度设计：具体规则指导

知识产权权利冲突协调规则应当具备体系性，采用“内外兼修、宽严相济”的标准，构筑协调权利冲突的立体网络。

所谓“内外兼修”是指既要从事权利内部寻找化解权利冲突的机制，同时也要通过其他法律规则来进行规制。知识产权权利限制制度是化解权利冲突的知识产权法内在机制，使得相冲突的权利能够在一定条件下，划清权利范围，从而有效地消解权利冲突的负面影响。外部规制是指通过反不正当竞争法、民法构筑起来的立体网络，协调知识产权权利冲突。知识产权法律在不能适应变化着的社会生活和科技发展情况下，会出现规范的周延性、协调性欠缺，自我纠错机制失灵，从而加剧权利冲突现象。这种情况下，需要借助外力来协调失衡的利益关系，重新分配利益，设定权利边界，解决权利冲突。

所谓“宽严相济”的弹性标准表现为在司法过程中进行个案利益衡量，辅以主观善意、恶意程度等标准来进行价值判断。权利冲突协调需要一种理性的选择机制，需要对多元价值作出选择。承认诸种价值的相对性和个案情况的复杂性，使得多重价值构造下的法律理想面临制度选择上的困境，原则与例外的交相辉映成为必然。这使得司法中的权利冲突协调标准需要具有一定的张力，从而适用于不同类型权利冲突之协调。

（一）距离效应：权利行使的隔离模式

两条平行的直线永远不会交叉，也不会产生冲突，我们可以将其归结为距离效应。协调权利冲突也需要在权利和权利之间制造出一定距离，以保证相冲突的权利只在各自范围内行使，笔者将这种协调方式称作解决权利冲突的距离效应，只要权利在各自的轨道上运行，而轨道的设置不出现交叉，则可以实现和平共处，而这个距离的产生，就依赖于权利的隔离模式。借助于权利限制制度，可以产生权利之间的距离效果，从而区分权利行使的行为可能性空间，以协调权利冲突。

适用隔离模式协调知识产权权利冲突，其前提是相互冲突的权利能够并存。如果按照法律的规定，一个权利消灭另一个权利，则无需再制造权利行使的“距离”。因而，这种模式用于解决权利初始配置清晰，权利所表彰的利益是实现法的不同价值，权利并存不会对社会公众利益造成损害的情形。

隔离模式用于协调知识产权权利冲突，具体适用需要通过个案来进行判断。如在地理标志权同在先商标权之间发生

权利冲突，按照《商标法》第16条规定，“商标中有商品的地理标志，而该商品并非来源于该标志所标示的地区，误导公众的，不予注册并禁止使用；但是，已经善意取得注册的继续有效。”地理标志权在后取得并不能成为在先善意商标权的撤销事由，两项权利可以并存，但各自规范使用，典型案例如金华火腿商标权与地理标志权纠纷案。〔7〕又如商标权和在先商号权发生冲突时，如果在先商号权不具备对在后注册商标撤销效力时，两项权利可以并存，其距离来自于商标权只能在商标权的范围内行使，商号权用于表彰企业的主体资格，只能在这个范围内行使，如果商号的使用超出了此范围，构成了商标意义上的使用，则越过了权利边界，构成对他人权利的侵犯，要受到相应的否定性评价，承担民事责任。张小泉剪刀商标权同商号权纠纷引起的一系列案件，法院即采取了这种处理方式〔8〕

（二）权利位阶：权利层级化及相对排序

权利位阶，又称权利序位、权利之排序，是不同的权利按照次序形成的阶梯。私法中的权利具有平等性与权利具有位阶性并不矛盾，因为二者不是在同一语境下展开的命题。权利平等的命题判断不能、也不可能得出所有的权利都相同的结论，权利必然存在内容的不同和界定行为可能性空间交叉的现实。强调权利平等的意义在于，赋予了私权主体在民事法律关系中平等地享有法律赋予的权利。而私法主体的平等性是一种宣示意义上的平等，脱离权利主体而谈权利的平等性没有实际意义。平等性是私法的基础，是私法和公法的分界点。在私法关系中，主体的法律地位平等，互不隶属，因而意思自治、所有权绝对、自己责任构成了传统民法的三大基本原则。而权利位阶强调的是权利所表彰的价值位序，表现为权利实现过程中的先后次序，从而成为“化解权利冲突的首要依据”〔9〕。

知识产权本质上是一种财产权，知识产权制度是解决知识产品之上财产利益分配的工具。在知识产权内部冲突情况下，同为财产权利的各项知识产权相互之间一般没有位阶之分。但在外部权利冲突的情况下，知识产权同其他民事权利发生冲突，则需要从权利属性来看，有没有高位阶的权利存在，能够得以优先实现，从而排除其他权利在该项权利行为空间内的行使，或径直否定其他权利的效力，这就是权利位阶的表现。权利位阶将权利实现进行层级划分，处于高位阶的权利得以优先实现。划分标准一般要考虑设置权利的法律效力、权利本身的属性、权利设置所实现的法价值等因素。知识产权权利位阶划分用于解决知识产权同其他民事权利之间的冲突，如知识产权同姓名权、肖像权发生冲突时，姓名权、肖像权应该得到优先实现，禁止他人未经许可使用自己姓名或肖像进行营利性行为，包括对拥有著作权作品的展览、出租、出借，将他人肖像注册为商标等。〔10〕

权利位阶带来的权利实现上的层级化同样不能绝对化。价值本身具有相对性，时代发展和社会生活的变化都有可能导致权利位阶的划分不合时宜。因而，权利位阶划分具有一种非整体的确定性特点。〔11〕权利位阶性在知识产权权利冲突解决适用，具有一般意义上的指导作用，同时也要考虑个案情况进行利益衡量，权利位阶的适用要同利益平衡、保护在先权利等原则相结合。

（三）通约规则：私权自治的适用

通约（commensurability）和不可通约（incommensurability）本为古希腊的一个数学用语，其原意为：有无共同量度、能否用同一标准衡量。20世纪60年代，美国哲学家库恩在《科学革命的结构》中以比喻方法将它引入科学哲学，不可通约指科学革命前后两个范式，即使大部分概念相同，但这些概念在新范式中是以一种新的关系组合在一起，因而他们的意义就改变了。之后，这一组概念广为其他学科使用。〔12〕在我国，苏力教授在评价言论自由的文章中也引入了“权利的通约”的概念，他指出，在日常生活中，人们经常将一些权利转化为另一种权利，并加以比较和交换，肖像权、名誉权同样不是绝对的，是可以通过合同转化为财产权利的。〔13〕关今华先生进一步指出，“所谓权利通约，也称权利变更、转让，是指不同权利发生冲突后，当事人通过和解方式，或诉讼后由法院主持调解，采用某种救济措施（通常是经济补偿），互相约定将一种权利转化为另一种权利，并加以比较和交换，以这样的方式平息纠纷。”〔14〕

权利通约规则用于解决知识产权权利冲突，是对私权意思自治的充分尊重。知识产权属于民事权利，权利主体有主张和放弃权利的自由，并为法律所保障。通约规则是实现功利原则的最好手段，“避免更大的伤害，产生更大的总体社会效益。”知识产品使用上的共享性和知识产权不同权能的可分授性决定了权利通约的可行性，通过通约使得知识产品之上利益在不同主体之间合理分配，能够提高权利效益，实现权利资源的优化配置。知识产权法领域强调权利通约规则对权利冲突的协调具有很强的现实意义。“保护人类的生活总是涉及到分配决策，而法官不总是能够很好地决定一种分配方案比现实中可供选择的办法好或是坏。”〔15〕通过司法来解决权利冲突，往往受制于实定法的严格限制，加之诉讼程序过于繁杂、司法资源的相对有限性，使得当事人在意思自治下通过权利通约可实现利益双赢，从社会角度来衡量也是很有价值的。

【参考文献】〔1〕[英]边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆2000年版，第57页。

〔2〕[澳]布拉德〔183〕；谢尔曼、[英]莱昂内尔〔183〕；本特利：《现代知识产权法的演进—1760~1911英国的历程》，金海军译，北京大学出版社2006年版，第207-208页。

〔3〕[美]罗伯特〔183〕；P〔183〕；墨杰斯等：《新技术时代的知识产权法》，齐筠等译，中国政法大学出版社2003年版，

第16页。

{4} 同注3引书，第10页。

{5} [澳]彼得·达沃豪斯、约翰·布雷斯特：《信息封建主义》，刘雪涛译，知识产权出版社2005年版，第3-4页。

{6} 有关权利相对性和权利滥用理论在私法中贯彻的详细论述，参见[法]路易·若斯兰：《权利相对论》，王伯琦译，中国法制出版社2006年版。

{7} “金华火腿”商标是浙江省食品有限公司的注册商标。浙江省金华市生产金华火腿的其他企业在产品外包装上使用了包含“金华火腿”字样的商品标识，浙江省食品有限公司认为这是一种侵权行为，并请求工商部门给予确认。浙江省工商局就“金华火腿”字样正当使用问题向国家工商行政管理总局商标局请示。国家工商行政管理总局商标局作出了《关于“金华火腿”字样正当使用问题的批复》，认为“金华特产火腿”、“（商标）金华火腿”和“（商标）火腿”属于法律规定的正当使用方式。浙江省食品有限公司认为该批复侵犯了其注册商标专用权，请求法院撤销该批复，法院没有支持原告的诉讼请求。但对于“金华火腿”原产地名称的使用应当规范，不得侵犯“金华火腿”注册商标。

{8} 杭州张小泉集团拥有张小泉牌剪刀注册商标，上海张小泉刀剪总店生产泉牌剪刀。1999年杭州张小泉集团向上海市二中院提起诉讼，认为上海张小泉剪刀总店在企业名称中以“张小泉”为字号、在经营活动中突出使用“张小泉”字样构成商标侵权和不正当竞争。2004年，上海市高级人民法院终审判决，上海张小泉刀剪总店在企业名称中使用“张小泉”字号、以及在产品标志上使用“张小泉牌”、“上海张小泉”字样的行为具有特定的历史原因，因此其之前的行为并不构成侵权。为避免公众误认，今后上海张小泉刀剪总店应在商品、服务上规范使用其经核准登记的企业名称。参见上海市高级人民法院（2004）沪高民三（知）终字第27号民事判决书。此后，上海张小泉刀剪总店仍然在其产品以及包装、标牌上直接使用“上海张小泉”字样标识，杭州张小泉集团起诉其侵犯其商标权，2006年7月，浙江省高级人民法院作出终审判决，认定上海张小泉刀剪总店侵犯注册商标权，判决其承担停止侵权、赔偿损失的民事责任。参见浙江省高级人民法院（2006）浙民三终字第78号民事判决书。

{9} [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2004年版，第285页。

{10} 如王利明教授主持的《中国民法典草案建议稿》第300条[人格权冲突]规定，不同种类的人格权在行使时发生冲突的，应当以更符合人基本价值及公共利益为标准确定优先保护顺序。人格权与财产权、身份权、著作权、社员权等其他权利在行使时发生冲突的，人格权应当优先保护，但法律另有规定或者依据具体情形显失公平的除外，限制方法适用本法第301条的规定。第301条[人格权限制的一般规则]规定，权利人对于人格权的轻微损害负有一定程度的容忍义务。轻微的判断应以社会通常所能容忍的限度为准。基于社会公共利益的需要，依据法律规定和合法程序，可以对人格权予以限制。对人格权的限制应当以必要为限，限制的手段与其目的应当相当。对人格权的限制，应当限于公序良俗允许的合理范围内。参见王利明：《中国民法典草案建议稿及说明》，中国法制出版社2004年版，第44页；王利明主编：《民法典：人格权法重大疑难问题研究》，中国法制出版社2007年版，第600页。

{11} 林来梵、张卓明：“论权利冲突中的权利位阶—规范法学视角下的透析”，载《浙江大学学报（人文社科版）》2003年第6期。

{12} 谢晓尧：《竞争秩序的道德解读—反不正当竞争法研究》，法律出版社2004年版，第127页。

{13} 苏力：“《秋菊打官司》的官司、邱氏鼠药案和言论自由”，载《法学研究》1996年第3期。

{14} 关今华：“权利冲突的制约、均衡和言论自由优先配置质疑—也论《秋菊打官司》的官司、邱氏鼠药案和言论自由”，载《法学研究》2000年第3期，第33页。

{15} [美]史蒂芬·霍尔姆斯、凯斯·R·桑斯坦：《权利的成本—为什么自由依赖于税》，毕竟悦译，北京大学出版社2004年版，第91页。

原载于《比较法研究》2011年第3期

