

■ 国际法

论知识产权的地域性

徐 祥

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 徐 祥(1970-), 男, 湖北蕲春人, 武汉大学国际法研究所博士生, 主要从事国际私法、比较法和知识产权法研究。

[摘 要] 地域性和域外效力从来就是充满模糊性的术语, 如何准确理解其含义对于知识产权国际保护制度的确立和完善至关重要。知识产权地域性不等同于严格属地主义。为了避免混淆, 应该将其准确界定为一国授予的知识产权原则上仅在本国地域内有效, 各国相互承认和保护彼此授予的知识产权。

[关键词] 知识产权地域性; 严格属地主义; 域外效力; 地域性连结因素

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2005)05-0601-06

一、知识产权的地域性与严格属地主义

英国有学者认为, 传统知识产权地域性包含四个方面的含义: (1) 在每一个国家的知识产权效力由该国法决定; (2) 知识产权仅影响在其被授予地域内的活动; (3) 该权利仅能由被授予国国民或通过法律赋予相似地位的其他人予以主张; (4) 该权利仅可在被授予国法院予以主张或提出异议^[1] (P. 1-29)。我国传统观点认为知识产权的严格属地主义自封建社会以来一直保留着。

众所周知, 封建社会的严格属地主义是指依照一国法律取得的权利仅在本国有效, 他国概不承认和保护这种权利。这是封建社会国际民商事交往十分稀少, 国家奉行绝对国家主权的产物。

知识产权的客体即知识产品的性质决定了知识产权的本质特性, 也决定了知识产权区别于其它民事权利, 特别是与之近似的物权。知识产品是每个国家社会财富的组成部分, 与国家的公共利益密切相关。各国知识产权法都奉行保护知识产权人的财产权和保护社会公共利益以促进文化艺术和科学技术发展的双重立法目的。

一方面, 知识产品的物理属性, 即非物质性, 决定了它可以同时多个国家被多个主体创造和加以利用, 即知识产品几乎是国际性的。因此, 根据国家主权原则, 各国对“位”于其国内的知识产品的创造、控制和利用能够独立行使属地立法管辖权。即使各国在知识产权领域存在完全意义上的统一实体立法, 对一个知识产品确认或授予知识产权, 也不能说仅依法存在一个知识产权, 而是存在一组相同的知识产权, 尽管这些权利的内容相同。当然, 这些权利的空间效力范围各不相同。因此, 同一知识产品上能够依法存在多个平行的知识产权。相比之下, 在传统物权领域, 奉行一物一权主义, 不管各国的立法(包括冲突法立法)内容如何, 承认一国物权法的域外效力(域内效力), 必定限制其它国家的域内效力(域外效力), 一个物在全球只可能依法存在一个物权, 并且在特定时空条件下只可能被一个特定主体享有所有权。

另一方面, 非物质性的特征决定了知识产品与物质产品具有不同的存在、利用与处分形态, 决定了

各国必须对“位”于本国的知识产品行使属地立法管辖权以界定有关知识产品的创造、支配、利用和处分的法律关系。占有是动产物权的公示方法,动产以占有推定所有。知识产品不发生有形控制的占有,不发生有形损耗的使用,不发生消灭知识产品的事实处分与有形交付的法律处分,有形交付与法律处分没有必然联系,他人有可能不通过法律途径去“处分”自己并未实际“占有”的知识产品^[2](第 53 页)。知识产权的原始取得条件是:首先是凭借主体智力创造性活动的事实行为;其二是依赖国家主管机关依法确认或授予的特别途径^[2](第 039 页)。知识产品的所有人不可能仅凭创造性活动的事实行为当然、有效、充分地取得、享有或行使其权益,而必须依靠国家法律的特殊保护,即通过主管机关依法确认或授予专有权或专用权。无形财产权人利用知识产品的法律前提是来源于法律直接规定或国家授予的无形财产权的专有性。在有形财产制度中,权利人往往可以凭借自身对物品的实际占有进行利用,无需依法律确认或授予。因此,对于有形财产利用方式,法律往往不做事前引导而听凭权利人根据意思自治原则进行约定,而对于知识产品的利用,法律常常划分一定的界限要求权利人在特定的范围内行使权利并承担义务^[2](第 119 页)。当无体物(即权利)作为客体时,主体享有的财产权(包括物权、债权、继承权等)往往通过法律行为取得(如设定、转让等)。因此,从这个角度讲,各国必须对同一知识产品行使独立的立法管辖权,即属地立法管辖权。

此外,知识产品是每个国家社会财富的组成部分,与国家的公共利益密切相关。这就决定了各国在行使属地立法管辖权时原则上通过实体立法来调整发生在本国领域内的知识产品的创造、支配、利用和处分关系。因此,各国依法授予或确认的知识产权的空间效力范围限于本国内,这就是我们通常所讲的知识产权地域性。

从知识产权的历史演变看,知识产权起源于封建特许权形式,具有严格的地域性,他国不承认和保护这种特许权。进入资产阶级社会以后,知识产权摆脱了封建特许权的形式,成为依法产生的民事权利。由于知识产品的非物质性以及知识产权的授予或确认与国家的政治经济利益和社会公众利益密切相关,资本主义国家依照国家主权原则确定知识产权只能依据本国法产生,同一知识产品上能够存在多个知识产权。另一方面,随着国际民事交往日益频繁和大量国际民事关系产生,一国的民事法律及其依法产生的民事权利迫切需要得到它国的承认和保护,因而意识到必须抛弃绝对的国家主权原则,本着平等互利的原则,承认外国民事法律及其依法产生的民事权利的效力。这一点在知识产权领域表现得尤为明显。知识产品的非物质性决定了知识产品创造、支配、利用和处分的天然的国际性,随着国民待遇原则的普遍接受,国际知识产权关系(指民事主体对知识产品的创造、支配、利用和处分的国际民事关系)更容易大量产生。这种社会现象必然要求各国通过立法加强知识产权的国际保护。一国知识产权为了得到其他国家的承认和保护,必须承认和保护他国依法产生的知识产权。也就是说,对于同一知识产品在本国内依法授予或确认知识产权的同时,也承认和保护其它国家对同一知识产品依法授予或确认的知识产权,即承认同一知识产品上存在多个知识产权,只是这些知识产权的空间效力范围不同而已。因此,国际知识产权关系的发展要求各国相互承认和保护各自授予的知识产权,摒弃知识产权的严格属地主义。

一国是否承认和保护外国知识产权,由该国根据调整国际知识产权关系的需要独立行使国家主权决定。不能认为仅在知识产权国际条约产生后各国才相互承认和保护各自的知识产权。早在《巴黎公约》出台之前,一些国家已经在国内立法中赋予了外国知识产权的域外效力。例如,1844 年 7 月 7 日法国《专利法》规定,对于输入专利权,其期限不得长于先前从外国引入的专利权。随着《巴黎公约》和《伯尔尼公约》等知识产权国际条约确立了权利独立原则,要求各成员国相互承认和保护彼此的知识产权,扩大了相互承认和保护知识产权的国家范围。

因此,知识产权的地域性与严格属地主义不是同一范畴,前者仅指知识产权的空间效力范围,后者具有两个含义,即不但依照一国法律取得的权利仅在本国有效,而且他国概不承认和保护这种权利。随着国际知识产权关系的发展,封建社会知识产权的严格属地主义不可能继续保留。

二、知识产权的地域性与域外效力

我国有学者认为,属地主义是指各国对于某一发明创作是否给予智慧财产权的保护,保护的要件如何,所取得权利的效力与范围如何,以及权利的消灭等,都依各国的法律规定,并不受它国就同一发明创作是否给予保护,以及在它国是否有丧失、无效及撤销等情势的影响,而且各国所授予的权利均有其范围与界限,原则上并无域外效力^[3](第189页)。英国学者认为,地域性原则的核心是每一个主权国家在其地域内设定它自己的法律,因此,地域性可以与对国外发生的行为赋予法律后果的国家相一致,如果这些行为在国内具有足够严重的后果。正如在密切相关的竞争法领域已经接受的^[4](P.11)。他们都强调了知识产权地域性的含义是:(1)各国的属地立法管辖权;(2)知识产权的空间效力范围原则上在权利成立国内,在特殊情形可以扩及权利成立国以外。

一些法官和评述者传统上认为,“地域性”指的是发生在该国内的行为,并且意味着排除国籍或效果的权力主张。基于这种观点,存在不涉及一种“域外”权力主张的多国案件(multinational cases),如当一个国家调整外国人在其国境内的行为时。相反,调整国外的行为是“域外性”的,即使所有涉及到或受影响的当事方是调整国的国民^[1](P.181)。显然,这种观点是值得商榷的。

在跨国法中,“域外性”通常是一个有圈套的术语(a loaded term)^[5](P.25)。笔者认为,域外性在不同背景中具有不同含义。从实体法的角度讲,指的是一国的实体立法效力超越本国领土范围。如法国《民法典》第3条3款规定:“关于个人身份与法律能力上的法律,适用于全体法国人,即使其居住在国外时亦同”。正如以上所述,各国知识产权法原则上仅在本国内有效。但是,也存在一国知识产权法自设域外效力的特殊情形,即为了克服“拼图式”立法管辖权的弊端,例如,在针对一国知识产权的共同侵权情形中,一些人为了规避侵犯该国知识产权的法律责任,故意将“根源性”侵权行为如制造知识产权产品安排在对知识产品不实行法律保护的国家进行,有必要制定专门的涉外实体法。例如,美国《专利法》第271条g款规定:“任何人未经授权,向美国进口或在美国许诺销售、销售或使用由美国专利方法所制造的产品,而且该进口、许诺销售、销售或使用发生在该方法专利的保护期内,则应该作为一个侵权者承担责任……”。从冲突法的角度看,域外效力是指一国承认和保护外国的民事法律及其产生的民事权利的效力。因此,前者是一国实体立法的实在空间效力范围,是一个国家实体立法的结果。后者是一国对外国实体立法的态度,是该国冲突法立法的结果。

法律冲突(准确表述是法律抵触)的存在是同一个国际民事关系所涉国家都能行使国家主权并且各国相互尊重平等主权的必然结果。为了促进国际民事交往,期望自己的民事法律及其产生民事权利能得到它国的承认和保护,各国都在一定条件下自我限制自己的属地立法管辖权或属人立法管辖权,承认外国的立法管辖权。这也就是我们通常所说的在一定条件下承认外国法的域外效力。值得注意的是,这是法律冲突产生后进行法律选择的结果,并非法律冲突产生的条件。

内国是否适用外国法,是内国行使国家主权进行法律选择的结果,或限制本国的立法管辖权,或限制外国的立法管辖权,或尊重当事方的共同意思赋予一个没有利害关系的第三国的立法管辖权。具体表现形式为内国所制定的冲突法规则。相应地,冲突法意义上的域外效力有三种表现形式:(1)可能是内国对自己的属地管辖权或属人管辖权的自我限制的结果。(2)可能是内国对外国法调整在该外国属地管辖权或属人管辖权范围内民事关系效力的确认。在国际民商事关系中,有的民事关系的诸要素都具有外国因素,这同样在国际私法的调整范围内。例如,我国《海事诉讼特别程序法》第8条规定:“海事纠纷的当事人都是外国人、无国籍人、外国企业或者组织,当事人书面协议选择中华人民共和国海事法院管辖的,即使与纠纷有实际联系的地点不在中华人民共和国内,中华人民共和国海事法院对该纠纷也具有管辖权。”对这种案件适用外国法,就不能说该外国法在法院地国实际发生法律效力,但是该外国法必然具有虚拟的域外效力,因为法院地国适用了该外国法,也就是说该外国法及其据以产生的权利在法

院地国得到了承认和保护。关于这种情形在一些国际私法名著中也有举例,例如,如果两个瑞士人在瑞士签订了在瑞士履行的合同,在英国提起违约损害赔偿的诉讼,则对于一个英国法院来说该案是一个冲突法案件^[6](P.3)。(3)可能是为了实现一个交易或一个事件当事方合理和合法期望,内国赋予当事方选择的外国法调整不在该外国属地和属人管辖范围的民事关系的效力。在英国、瑞士等国的冲突法中,对于合同的准据法,当事方选择的准据法不要求与合同具有客观联系,如果当事方作出了这样的选择,则该准据法此时就具有超越其属人管辖和属地管辖范围的域外效力。因此,冲突法意义上的域外效力(extraterritorial effects)指适用外国法,它是自设的(self-imposed)或虚拟的(hypothetically)。

在刑法、行政法和税法等公法领域,由于涉及到国家的公共利益,一个主权国家没有必要也不可能代为维护另一国的公共利益。例如,刑罚不能在国外执行,而且外国国家作为法律主体参加法律关系时通常不受另一国的管辖。因此,各国原则上只适用内国公法,不适用外国公法。一国的立法者并不解决法律规范之间的冲突问题,而仅仅规定内国法律规范生效的地域范围。所有或几乎所有国家的刑法制度都将其立法管辖权扩展到在其国家领土以外实施的犯罪行为,只是各国行使管辖权的方法因国而异,常见的立法管辖权原则有属地原则、国籍原则、消极人格原则、保护性或安全原则和普遍性原则。因此,在公法领域并不存在冲突法规则,只包含起直接调整作用的单边适用规则。这就是我们通常所讲的公法没有域外效力。这里的域外效力指的也是外国法的适用,而不是空间效力范围。

有人认为,在国际私法历史上民事权利的许多领域都存在过地域性,在侵权之债领域,侵权诉讼多由侵权行为地法院管辖,适用侵权行为地法;在合同之债领域,也曾因法律的地域性造成法律适用的僵化和判决难以在域外执行。在这种条件下,一国制定的法律只在域内生效,不可能不具有严格属地性^[7](第9页)。这显然将地域性连结因素与封建社会的严格属地主义相混淆,侵权之债适用侵权行为地法本身就是一个双边冲突规范,采取这种立法的国家承认发生在外国的侵权行为按照行为地法产生的侵权之债,该债权具有域外效力。而奉行严格属地主义的国家,不承认这种侵权之债的域外效力。同样,物之所在地和权利登记地或权利主张地都是地域性连结因素,物权适用物之所在地法和知识产权适用权利登记地法或权利主张地法都是双边冲突规范。所不同的是,知识产品的非物质性决定了知识产品可以同时“存在”于多个地域,并且其“所在地”不能被物质化,因此,以权利登记地或权利主张地将知识产品的所在地具体化和物质化。从这个角度讲,知识产权的地域性很容易使人误解为严格属地主义,抹煞知识产权的域外效力,使一国确认或授予的知识产权得不到其他国家的承认,各国只承认自己国家确认或授予的知识产权,世界上一个知识产品只允许存在一个知识产权。这显然不是知识产权的本质属性,也不利于知识产品的国际合作和贸易,不利于知识产权的国际保护。知识产权不同于物权,后者奉行“一物一权”原则,承认外国物权法的域外效力,必定限制本国物权法的域内效力。而前者,同一知识产品上依法存在多个知识产权,承认外国知识产权法的域外效力,不要求限制本国知识产权法的域内效力。承认外国知识产权法的域外效力不是指外国知识产权法在本国地域内实际发生法律效力(take effects),而是确认和承认外国知识产权法调整该外国地域内同一知识产品存在、占有、利用和处分关系的效力,与在其它地域内发生的有关同一知识产品的知识产权关系无关。例如,知识产品所有人F在A、B、C、D国都享有知识产权,F欲在B国银行申请贷款,以这四国的知识产权为质押,B国银行就不能以A、C和D国的知识产权没有域外效力为由认为仅B国知识产权的质押成立。这四个知识产权尽管各有特定空间效力范围,但是不能否认它们都是已依法成立的既得权利(established right)。

值得注意的是,承认外国知识产权法的域外效力有两种方式:一种是自愿限制本国主权的行使,承认外国知识产权法在内国的效力,即外国知识产权法也调整“位”于内国的知识产品,即同一知识产品在两个国家存在两个相同的权利。例如,1889年《蒙得维的亚条约》第2条赋予了作者在每一个成员国享有的权利,并且以作品的首次发表地为基础(适用来源国法)。另一种是承认外国知识产权法依法赋予的空间效力在该外国内的知识产权,即承认同一知识产品上同时存在依外国知识产权法产生的知识产权和依本国知识产权法产生的知识产权。例如,《布斯塔曼特法典》第115条规定:“著作权和工业产权

应受现行有效的或将来缔结的特别国际公约的规定支配。如无上述国际公约,则此项权利的取得、登记和享有均应依授予此项权利的当地法”。

因此,在冲突法领域内,我们不能认为知识产权地域性和域外效力是一对对立的范畴。知识产权的特定空间效力范围不排除外国承认该知识产权,即具有域外效力。前者是一个主权国家的实体立法结果,后者是另一个国家是否承认和保护该知识产权,两者的权力行使的主体、对象和内容都不一样。

三、知识产权地域性与地域性连结因素

德国有学者认为,所谓地域性原则是作为与保护国法相联系的理论基础予以提出的,主要出现在荷兰、德国和斯堪的纳维亚的法学理论和英国判例中,指的是专利法和著作权法定规则的效力被限制在制定法规的国家地域内。为了便于理解,通常指侵权法(the law of tort),即一种著作权或工业产权侵权(an infringement)表现为一个按照该行为地法予以决定的侵权行为(a tortious act)^[8](P.9)。法国有学者认为,地域性是一个模糊性术语,它在文学艺术财产国际法领域经常被口语化或书面化,它具有许多不同通用词义,地域性可指准据法选择中的一个地域性连结点(发表地和权利侵权行为地),也可指来源国法中的一个地域性基础,也可成为拒绝分销权国际穷竭的合理理由。

笔者认为,可以将知识产权的地域性理解为地域性连结因素。众所周知,各国授予或确认的知识产权,其空间效力范围与各国相互承认和保护各自授予或确认的知识产权是不矛盾的。与其他民事权利领域相比,国际知识产权关系更容易大量产生,因此,知识产权领域必定存在法律冲突。对于这类法律冲突的解决不外乎直接调整方法和间接调整方法。知识产权的确认或授予与一国的政治经济公共利益密切相关的事实决定了知识产权领域与其他民事权利领域相比,各国缔结完全意义上的统一实体法国际条约(现行知识产权条约不是完全意义上的统一实体法条约,除少数区域性条约外)更为艰难,因而必须重视利用间接调整方法。这就必然涉及到连结因素的选择问题。知识产权是财产权的特性以及各国依法控制本国内知识产品的创造、支配、利用和处分的必要性,决定了解决知识产权的法律冲突必须着重考虑选择地域性连结因素。

知识产权条约中的国民待遇原则不是一个冲突法规则,它解决的是外国人的知识产权法律地位问题。在逻辑上应该区分两个范畴:外国人知识产权法律地位决定除本国公民外哪些人在该国享有保护,冲突法决定哪一法律制度应该被适用来决定这种保护的内容。各国进行知识产权冲突法立法时,只要不选择知识产品所有人的属人因素为连结因素,就不会背离国民待遇原则。例如,可以选择来源国或被请求保护国为连结因素。

四、知识产权地域性与专属司法裁判管辖权

英国有学者认为,传统知识产权地域性包含该权利仅可在被授予国法院予以主张或提出异议的含义^[3](P.29)。也有英国学者认为,狭义的地域性不必与实施存在于其它国家的知识产权的外国法院一致,在具体国际条约或国际惯例允许它们主张管辖权的范围内^[6](p.11)。

笔者认为,有关知识产权的地域性决定了该权利只能在被授予国法院予以主张或实施的意见混淆了司法裁判管辖权分配与准据法确定两者的关系。法院根据本地法不能提供救济不行使司法裁判管辖权的原则与司法裁判管辖权规则的基础相悖。实际上,为避免适用外国法于争议而拒绝行使司法管辖权与法院确保当事方适当司法保护的义务背道而驰,公正和便利的利益可通过允许一个当地管辖权能实施由外国法确定的权利得到更好的实现。对于大量产生的国际知识产权关系,充分发挥各国司法机关的管辖权能,是强化知识产权国际保护的重要环节。对于所有的知识产权争议都实行专属司法裁判管辖权,既不利于节约司法资源,又不利于有效保护当事人的合法权益。是否应该实行专属司法裁判管

籍,应该视争议的不同性质而定,不能绝对化。一般来说,国家行为主义理论决定了对于注册性知识产权的成立和效力问题属于知识产权注册地国专属管辖。但是,对于一些知识产权(包括注册性知识产权)侵权案件,从各国立法和司法实践看,自 1968 年以来,德国、日本、瑞士、美国 and 英国等国都有实行非专属司法裁判管辖的例证。

[参 考 文 献]

- [1] Cornish. Intellectual Property[M]. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- [2] 吴汉东,胡开忠. 无形财产权制度研究[M]. 北京:法律出版社,2001.
- [3] 谢铭洋. 智慧财产权基本问题研究[M]. 台北:翰庐图书出版有限公司,1999.
- [4] Christopher Wadlow. Enforcement of Intellectual Property in European and International Law[M]. London: Sweet & Maxwell, 1998.
- [5] Graeme W. Austin. Domestic Laws and Foreign Rights: Choice of Law in Transnational Copyright Infringement Litigation[J]. Colum. VLA J. L. & Arts, 1998, (23).
- [6] Lawrence Collins (general editor). Dicey and Morris on The Conflict of Laws[M]. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- [7] 刘家瑞,等. 知识产权地域性冲突法评述[J]. 中央政法管理干部学院学报,1998, (6).
- [8] Eugen Ulmer. Intellectual Property Rights and the Conflict of Law[M]. Luxembourg: ECSC, EEC, EAEC, 1978.

(责任编辑 车 英)

On Territoriality of Intellectual Property

XU Xiang

(Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: XU Xiang (1970-), male, Doctoral candidate, Institute of International Law, Wuhan University, majoring in private international law, comparative law, intellectual property law.

Abstract: Territoriality and extraterritorial effects have always been terms full of ambiguity. It is essential to establish and improve international protection system of intellectual property to comprehend them definitely. Territoriality of intellectual property doesn't amount to rigorous territorialism. In order to avoid the obscurity, it should be defined that intellectual property granted by a state is only effective in its territoriality in principle and various states should recognize and protect mutually every intellectual property granted by them.

Key words: territoriality of intellectual property; rigorous territorialism; extraterritorial effects; territorial connecting factor