

知识产权确权模式选择理论

崔国斌^{*}

摘 要 界定智力成果产权边界的确权规则是知识产权法的核心规则。专利法和版权法在“事先审查”、“侵权对比”和“独立创作例外”等确权规则设计方面存在明显差异,传统“技术与艺术二分”理论针对这些差异形成解释并衍生出对应限度。传统理论无法解释典型技术与非典型技术、典型作品与非典型作品这两组成果之间的差异。除了“功能性”因素,智力成果本身的区分特征数量也是影响知识产权确权方式的重要因素。区分特征越少,确权模式就更可能接近专利模式;区分特征越多,就更可能接近版权模式。在“区分特征”理论的指引下,计算机程序、集成电路、外观设计等特殊客体的保护立法及其缺陷得逐一分析,为将来的制度改革指明方向。

关 键 词 知识产权 信息成本 区分特征 确权模式

引 言

在现代知识产权法为智力成果所提供的多种多样的保护模式中,最典型(或最基本)的是专利法和版权法模式。除此之外,还有外观设计、商业秘密和各类单独立法(比如计算机软件、集成电路、数据库等)所确立的特殊的或者说非典型的保护模式。^{〔1〕}一般认为,这些特殊保护模式已经打破十九世纪所形成的工业产权与艺术财产权二分的确权模式。^{〔2〕}当然,因为

^{*} 清华大学法学院副教授。

〔1〕 中国的相关立法分别是《专利法》(2008)(外观设计部分的条文);《计算机软件保护条例》(2001);《集成电路布图设计保护条例》(2001)。外观设计保护规则虽然放在专利法内,但是具体的制度安排与发明专利的保护有显著的差别。因此,本文认为它也算是一种特殊保护立法。

〔2〕 J.H. Reichman, “Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms”, 94 *Columbia Law Review*, 2432, 2501 (1994).

讨论目的的不同,学者们对于典型模式与特殊模式的二分,会有所不同。比如,从所谓市场领先时间差异的角度看,商业秘密保护依靠市场领先时间为权利人带来回报,属于基本的保护模式;而专利或版权则属于人工干预以延长市场领先时间的改进模式。^{〔3〕} 本文关心的是各种智力成果所对应的知识产权确权模式的差异。从这一角度看,专利模式与版权模式更典型,而商业秘密更接近版权模式。对此,后文有进一步讨论。

在专利、版权以及各种特殊保护模式下,法律需要回答一个共同的问题,即如何界定这些智力成果的产权边界或者说保护范围。立法者在专利法和版权法中给出了迥然不同的答案。专利法要求申请人在获得保护之前就自己发明的技术方案撰写权利要求,明确发明要素和权利边界,然后由政府审查决定是否授权;在侵权认定环节,专利法采用严格的“全部要素规则”进行比对,要求侵权方案中必须含有专利权人在权利要求所列举的全部发明要素,否则不侵害专利权。^{〔4〕} 与专利法不同,版权法并不要求作品的权利人事先明确作品的保护范围。作品无需经过政府审查就自动获得保护。在侵权认定环节,采用所谓的“实质性相似”标准——被告即便只是抄袭了作品的局部内容,只要该局部内容具有独创性同时抄袭者没有合理的抗辩事由,依然会侵害版权。

为什么立法者会针对技术方案和艺术作品这两类客体采用如此不同的确权方式?更具体一点,技术方案和艺术作品之间的何种差别导致立法者必须为它们选择如此不同的确权模式?对工业产权与版权二分模式熟视无睹的人,可能从未认真思考过这些问题,但并不意味这些问题并不重要。实际上,这一问题的答案中含有解读知识产权法诸多基本制度安排的密码。

在宏观层面,这一问题促使我们思考不同的知识产权客体之间与确权模式选择有关的本质差异,从整体上把握知识产权确权模式选择的内在规律,理解专利法在保护非典型技术方案、版权法在保护非典型作品方面存在的本质缺陷,从而更深刻地认识到专利法、版权法以及各类特殊立法的确权模式的合理性。这些思考最终会促使我们放弃将“专利与技术”、“版权与作品”对应起来的直觉性认识,转而接受“专利法或版权法不过是立法者确立智力成果权利边界的不同的制度工具而已,不必与技术或作品分别对应”的观念。这一认识打破了牢牢植根于很多知识产权学者潜意识中的理论成见,为宏观层面的知识产权制度选择和改革提供更有效的理论指导。在本文之前,国内已经有很多学者对知识产权法的体系化或法典化问题有过研究,从不同的角度涉及知识产权的确权模式问题。^{〔5〕} 与现有的研究相比,本文作者选择了不同的切入点和路径,希望能够获得更接近事物本质因而更具有解释力的认识。

在微观层面,确权模式选择理论能够令我们重新认识现有知识产权法中诸多与确定权利

〔3〕 *Supra* note 2, pp.2504—2506.

〔4〕 最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》(2009)第7条。

〔5〕 国内很多学者都对知识产权法的体系化问题有过研究,或多或少都涉及知识产权部门法之间的联系。代表性的研究成果如宋红松:“知识产权法体系化与法典化”,《中华商标》2003年第1期;胡开忠:“知识产权法与民法典关系论纲”,《法制与社会发展》2003年第2期;董炳和:“无体物、知识产权与民法典——关于民法典中知识产权问题的‘另类’思考”,《法商研究》2004年第3期;李琛:《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版,等等。

边界有关的规则。比如,这一理论从信息成本的角度揭示了专利法排斥非技术方案(客体审查标准)而版权法上利用思想与表达的二分原则排斥技术思想的真正原因,同时也很自然地揭示了计算机程序和集成电路特殊保护立法突破这一相互排斥规则的合理性。除此之外,这一理论在解释专利法或版权法上的侵权认定规则(全部要素规则 vs. 实质性相似)、作品的独创性要求、独立创作的侵权抗辩、外观设计保护制度设计的内部矛盾、商业秘密权利边界的不确定性等方面,都有明显的指导意义。

本文首先对典型的专利法和版权法确权方式进行对比,分析了二者在是否事先审查权利要求、侵权对比规则和独立创作例外等方面的明显差别。接着,本文分析指出,传统的“技术与艺术二分”理论并不能完全解释知识产权部门法在确权模式上的显著差异,尤其不能解释各类特殊保护的立法实践。随后,本文尝试寻找影响确权模式选择的其它因素。本文发现,除传统理论所强调的“功能性”因素之外,智力成果本身的区别特征的数量也是影响知识产权确权方式选择的重要因素——区别特征越少,确权模式就更可能接近专利模式;区别特征越多,确权模式就更可能接近版权模式。最后,本文应用这一“区别特征”理论分别分析了计算机程序、集成电路、外观设计等特殊客体的保护立法,认为它们大致是在利用版权法的确权方式保护非典型的技术或者用专利法的确权方式保护非典型的作品。或者说,这些特殊保护模式实际上是版权模式和专利模式的混合物。^{〔6〕}这一思路能够为这些特殊立法的完善指明新的方向。这反过来也印证了“区别特征”理论本身的存在价值。

一、专利法与版权法的确权模式差异

专利法模式和版权法模式是现代知识产权法诸多确权模式中典型代表。而其它确权模式多半是这两种模式的变通或融合的结果。比如,外观设计保护模式算是专利模式的变种;商业秘密的确权模式差不多是在版权模式下增加了保密措施的要求;不正当竞争法的反抄袭条款和计算机程序保护之类的特殊立法接近版权模式。在这种背景下,对比典型的版权法与专利法的确权模式,我们就能够揭示出知识产权法选择确权模式的一般规律。

专利法和版权法在确权模式方面的重要差别主要表现在以下三个方面:①是否要求事先撰写权利要求并审查;②是否采用所谓全部要素规则认定侵权;③是否承认独立创作例外这一侵权抗辩理由。了解这些差异是进一步分析差异产生原因的基础。本节将简要分析专利法和版权法确权模式在上述方面存在的显著差异。

(一)权利要求审查

专利法要求申请人提交专门的专利申请文件,在专利说明书中充分公开技术方案,然后撰写权利要求以明确保护范围。^{〔7〕}不仅如此,专利局还要对专利权利要求进行实质审查,只有在确认它符合专利法规定的授权要件之后,才授予专利权。

〔6〕 J.H. Reichman, *Supra* note 2, pp.2473—2476.

〔7〕 《专利法》(2008)第26条。

对于公众而言,事先撰写权利要求并进行审查,可以最大限度地明确专利权的边界,降低公众预防侵权的信息成本。^{〔8〕}对于权利人而言,则有利有弊。有利的一面是,权利要求经过审查之后,权利人对知识产权的可靠性有比较清楚的认识,使得自己进一步的投资更理性。不利的一面是,权利人事先撰写权利要求并应对专利审查,有一定的难度;同时,权利人还要缴纳各种官费以支付政府进行事先审查的成本。为获取专利权和界定权利边界而支付的这两类成本会影响申请人寻求专利保护的积极性。当该成本等于甚至明显高于发明本身的市场价值时,专利权保护对于一般发明人而言就失去吸引力。发明人大多会停止申请专利,转而依靠其他法律保护(比如商业秘密保护)或者干脆不寻求任何保护(选择防御性公开)。^{〔9〕}当然,不排除那些不指望从专利保护中获利而单纯谋求专利数量的人依然会申请专利。

与专利法明显不同,版权法采用所谓自动保护原则——作品一经产生无需履行手续即获得保护。^{〔10〕}换句话说,权利人无需事先定义作品的保护边界;政府也不会事先对作品进行实质审查。只有在侵权发生后,法院才会根据下文所述的法定标准决定作品或作品局部是否可以获得版权保护以及保护的边界。与专利模式相比,版权模式不要求版权人事先为明确权利范围支付任何成本。这也是各种价值很低的作品的权利人都乐意寻求版权保护的原因所在。

版权法实际上是一种事后确权的模式,避免了大量权利人事先的确权成本。如果卷入真实争议或诉讼的作品,在社会全部作品中只占很小的比例(比如明显低于5%),则这种在纠纷发生后再确权的模式可以节省更多的社会成本,应该是符合效率原则的。^{〔11〕}

(二)侵权对比规则

在专利模式下,侵权对比规则与权利要求一起,共同决定着专利的保护范围。在专利侵权案件中,法院依据权利要求的“全部要素”(技术特征)确定专利权的保护范围,不能随意增减技术特征以改变保护范围。只有在被控侵权的方案涵盖了与权利要求所描述的全部技术特征相同或等等的特征之后,才可能构成专利侵权。^{〔12〕}这也就意味着,除非权利人专门针对技术方案的局部特征撰写了独立的权利要求,否则专利保护不延及该技术方案的局部。法院如果不遵守所谓的“全部要素”规则,将专利保护延伸到发明的局部,则专利局事先的审查措施就会失去意义。公众也就无法依据权利人事先公布权利要求确定专利权的边界,也就无法就自己的行为获得预见性。

〔8〕 Clarisa Long, “Information Costs in Patent and Copyright”, 90 *Virginia Law Review*, 465, 469 (2004).

〔9〕 Justin P. Johnson, “Defensive Publishing by a Leading Firm”, October 8, 2004, available at <http://ssrn.com/abstract=606781>.

〔10〕 参见《著作权法》(2010)第2条第1款;《伯尔尼公约》第3条第1款。

〔11〕 比如, Lemley 教授在一份很著名的研究专利审查制度的论文中,估计只有5%的专利在授权后被许可或卷入侵权诉讼,然后得出结论认为,事先大力度的审查授权制度可能并非合理的制度选择。Mark A. Lemley, “Rational Ignorance at the Patent Office”, 95 *Northwestern University Law Review*, 1495, 1507 (2001).

〔12〕 参见最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》(2009)第7条。

版权法与专利法在侵权对比规则上也存在重要差别。版权法不要求权利人事先撰写权利要求来列举作品的要素,自然不会采用所谓的全部要素规则来确定权利的边界。在纠纷发生之后,法院才应当事人的请求对作品的版权效力进行审查,并且将版权保护延伸到作品中任意具有独创性的局部。与此相呼应,法院在认定侵权时,采用更有弹性的“相同或实质性相似”标准来确定作品的保护范围。^{〔13〕}当被控侵权的作品中的内容与受保护作品或其具有独创性的局部相同或实质性相似时,就可能侵权。^{〔14〕}整体上的“实质性相似”判断非常模糊,^{〔15〕}这导致作品产权边界的明晰度远远不及专利权。^{〔16〕}版权法的侵权对比规则牺牲了公众的预见性,获得的好处是权利人节省了事先撰写权利要求的成本。

(三)独立创作例外

是否承认“独立创作例外”这一侵权抗辩,也直接影响到知识产权的权利边界。有意思的是,专利法和版权法在这一方面立场迥异。版权法承认“独立创作例外”。只要行为人不主动抄袭,就不会侵害他人版权。^{〔17〕}这一抗辩使得公众通常无需担心自己无意中侵害第三方的著作权,因此降低了公众为避免侵权而应付出的搜索成本。对于版权人而言,则增加了负担——他必须证明被控侵权者存在抄袭行为。^{〔18〕}

与版权法不同,专利法上不接受“独立创作”抗辩,尽管独立创作导致的雷同在专利领域更有可能发生。^{〔19〕}法院在认定专利侵权时,侵权者是否抄袭了专利技术方案,并非考虑因素。^{〔20〕}竞争对手即便完全独立地研发一项技术方案,实施该技术方案依然会侵犯专利权。

〔13〕 参见李明德、许超:《著作权法》,法律出版社2003年版,页224。

〔14〕 同上注。

〔15〕 作品之间的“实质性相似”判断很难。Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, § 13.03 (2002).它是一个度的问题,也是一个事实问题。同时,这一判断与独创性有直接联系,因为判断者必须确保“实质相似”的部分本身受版权保护。Hugh Laddie, et al, *The Modern Law of Copyright and Designs*, Butterworth, 2000, p.142. 独创性标准有很大模糊性。中国《著作权法》(2001)和《著作权法实施条例》(2002)都没有对“独创性”进行定义。典型的说法:“作品的独创性,又称作品的原创性,是指作者在创作作品的过程中投入了某种智力性的劳动,创作出来的作品具有最低限度的创造性。”李明德等,见前注〔13〕,页31。

〔16〕 In contra st to Henry E. Smith, “Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information”, 116 *Yale Law Journal*, 1742, 1797 (2007). 该作者认为,版权法偏向更具体的管制模式,而不是像专利那样偏向一般性的独占权模式。版权权利边界的定义成本更低,边界更清晰。本文作者并不认同。版权法只是对哪些行为可能构成侵权或属于侵权例外规定得比较清楚。但是,在认定该行为是否利用了受保护的内容方面,远远不如专利法明确。

〔17〕 Mazer v. Stein, 347 U.S. 201, 218 (1954); Hugh Laddie et al, *Supra* note 15, p.137.

〔18〕 Douglas Y-Barbo, “The Heart of the Matter: The Property Right Conferred by Copyright”, 49 *Mercer Law Review*, 643, 645 (1998).

〔19〕 Roger D. Blair & Thomas F. Cotter, “Strict Liability and Its Alternatives in Patent Law”, 17 *Berkeley Technology Law Journal*, 799, 810 (2002); Alfred E. Kahn, “Fundamental Deficiencies of the American Patent Law”, 30. *American Economic Review*, 475, 479 (1940). Kahn指出,在现代技术高度分工合作的时代,一项技术的发明归属于谁,与其说是发明人的个人贡献,更不与说是体制的贡献。一项技术的发明,只是迟早的事情。

〔20〕 Christopher A. Cotropia & Mark A. Lemley, “Copying in Patent Law”, 87 *North Carolina Law Review*, 1421, 1425 (2009).

这一规则迫使竞争对手在做实质性投资前,先进行专利检索和调查工作,以免无意中侵害他人专利权。

至于为什么专利法不接受独立创作例外,代表性的解释是:专利法迫使竞争对手进行专利检索,可以避免不必要的重复研究;同时,专利技术的“功能性”导致检索成本比作品的检索成本要低;此外,需要检索的竞争者的数量相对较少。这些因素导致专利法排除独立创作例外,能够带来更大的社会福利。^{〔21〕}不过,也有相反的意见认为,独立创作例外实际上可以降低专利权人索要过高许可费的能力,减少消费者福利方面的无谓损失;另外,还可以避免更多的人从一开始就加入专利竞赛(因为后来还是有独立研发的机会),从而避免科研投入中不合理的浪费。^{〔22〕}

二、“技术与艺术二分”的理论解释及其不足

在了解了专利法与版权法在确权模式方面的制度差异之后,接下来我们要关注的问题是:为什么这两部法律分别以如此不同的方式确定专利权和版权的权利边界?换句话说,专利与版权客体之间的何种差异导致专利法和版权法在事先审查、全部要素对比规则、独立创作例外方面作出如此不同的选择呢?传统的“技术与艺术二分”理论,间接地回答了这一问题,但是依然有相当的局限性。

(一)“技术与艺术二分”理论

传统的知识产权理论认为,专利法保护技术方案,版权法保护艺术作品。^{〔23〕}或者,用更形象的比喻就是前者保护机器(machines),后者保护书本(books)。^{〔24〕}尽管无论是在哲学还是实践层面中,区分技术和艺术并非易事,^{〔25〕}知识产权学者还是普遍地相信,技术方案与艺术作品的核心区别在于是否主要为“功能性”(或从相反的方向,是否具有“表达性”)的客体。^{〔26〕}

技术方案具有功能性,是对所谓自然力或自然规律的利用。^{〔27〕}一般认为,由于发明人必

〔21〕 Clarisa Long, *Supra* note 8, pp.531—532.

〔22〕 See Stephen M. Maurer & Suzanne Scotchmer, “The Independent Invention Defense in Intellectual Property”, 69 *Economica* 535, 544—545 (2002).

〔23〕 参见尹新天:《专利权的保护》,知识产权出版社2005年版,页5;“从19世纪末《保护工业产权巴黎公约》与《保护文学艺术作品伯尔尼公约》分别缔结起,工业产权与版权在国际上就被明确地划在两个不同的范围内”。郑成思:《版权法》,中国人民大学出版社1997年版,页62。

〔24〕 Lloyd L. Weinreb, “Copyright for Functional Expression”, 111 *Harvard Law Review*, 1149, 1180 (1998).

〔25〕 在边缘性的客体(比如计算机程序、实用艺术品)上,这一区分几乎是不可能的。参考崔国斌:“‘文学作品’的专利法保护——计算机程序文本的可专利性分析”,《法律适用》2005年第9期。

〔26〕 See Dennis S. Karjala, “Distinguishing Patent and Copyright Subject Matter”, 35 *Connecticut Law Review*, 439, 452 (2003).

〔27〕 《专利审查指南》(2010)第一部分第二章,页56。

须尊重自然规律,选择的自由度较小。竞争者绕开该发明实现相同功能的难度较大。因此,事先审查专利权要求、侵权时严格依据“全部要素规则”确定权利边界,对公众而言,具有重要意义。艺术作品是任由作者自由发挥的情感表达,不具备所谓的功能性,几乎不受自然规律的约束。即便权利边界比较模糊,竞争者依然可以远远地绕开现有的受保护的作品。因此,事先明确界定权利范围的必要性很低。

“功能性”与“表达性”的区分对于版权与专利的制度差异的解释,符合大众的直觉性认识,获得广泛的认同。在这一认识的基础上,专利法和版权法相互排斥对方所保护的客体。^[28]具体地说,专利法利用所谓的印刷物规则、^[29]抽象思想例外^[30]等排斥艺术类版权客体;版权法则利用思想与表达二分原则、^[31]功能性例外^[32]等排除技术类专利客体。

(二)信息成本理论的补充

在法经济学学者看来,财产权保护必然会导致部分社会成本(外部性)内部化,从而改变社会激励机制。财产权制度需要保证内部化外部性所产生的边际收益要尽可能地超过这么做本身所产生的边际成本。^[33]确权模式选择仅仅是此类复杂的产权制度设计的一部分,而非全部。在这一环节,立法者所关心的是特定财产权本身的价值、确权方式所耗费的信息成本、社会对产权边界确定性的依赖等等。当提高产权边界确定性的努力能够带来更大的收益时,立法者才会选择更加明晰的确权模式;否则,立法者可能会接受一种确定性更低的确权模式,以节省社会成本。在选择专利或版权的确权模式时,立法者显然也在遵循同样的基本规律。

在传统的技术与艺术二分的理论基础上,受法经济学影响的现代学者已经从产权界定规则的信息成本的角度,指出典型技术与典型作品在事先确定权利边界方面的存在巨大的成本差异。在这一方面代表性的意见是美国哥伦比亚大学法学院的 Clarisa Long 教授的专门讨论。

在 Long 教授看来,技术领域高度标准化,发明的属性(attributes)和功用可以验证,很客

[28] Taylor Instrument Cos. v. Fawley—Brost Co., 139 F.2d 98, 99 (7th Cir. 1943); David G. Luetgen, “Functional Usefulness vs. Communicative Usefulness: Thin Copyright Protection for the Nonliteral Elements of Computer Programs”, 4 *Texas Intellectual Property Law Journal*, 233, 245 (1996).

[29] 依据所谓印刷物规则(Printed—Matter Doctrine), 单纯的文字、线条、图案的编排结果并非专利法意义上的客体。中国《专利法》(2008)第25条第6项将“对平面印刷品的图案、色彩或者二者的结合作出的主要起标识作用的设计”排除, 大致体现了这一规则。进一步的讨论, 可以参考美国法上典型案例, e.g. *United States Credit System Co. v. American Credit Indemnity Co.*, 59 F. 139 (1893); *In re Russell*, 48 F.2d 668, 669 (1931); *In re Miller*, 418 F.2d 1392 (1969) etc.

[30] *Gottschalk v. Benson*, 409 U.S. 63, 67 (1972).

[31] 郑成思, 见前注[23], 页41; Paul Goldstein, *Copyright Law*, Aspen Law & Business, 1999, pp. 2:27—29.

[32] *Ibid*, pp. 1123—1124.

[33] See Harold Demsetz, “Toward A Theory of Property Rights”, 57 *The American Economic Review*, 347, 348—351 (1967).

观,能够用文字和图形描述。^{〔34〕} 专利法要求权利人事先描述权利范围,虽然有一定难度,但基本上还是可以将成本控制在可接受的范围内。^{〔35〕}

与技术领域不同,文学艺术领域没有形成严密的概念体系,准确定义具有很大主观任意性的作品的保护范围,成本很高。^{〔36〕} 同时,作品相对容易创作,数量众多,事先进行确权审查的成本相对高昂。^{〔37〕} 为了尽可能降低各方面的信息成本,版权法的合理选择是推迟确认权利边界,直到纠纷出现时才这么做。^{〔38〕} 如果立法者一定要让作者像发明人撰写专利权利要求那样事先准确地描述作品的保护范围,则作者在定义权利边界上花费的时间可能比创作该作品还要长,即确权的成本会超过版权人的可能收益。^{〔39〕} 这最终将影响创造者创新的积极性。^{〔40〕} 因此,版权法没有采用事先确权的模式。

(三)现有理论解释的不足

现有的“技术与艺术二分”理论很直观地描述了典型技术与典型作品的属性差异,进而以此为基础解释现有专利与版权模式的制度差异,有相当的说服力。不过,究竟什么算是典型技术,什么算是典型作品呢? 二分理论并没有提供清晰的划分标准。

实际上,二分理论所强调的“功能性”或“表达性”已经不能作为典型技术与非典型技术,或者说典型作品与非典型作品的区分标准。比如,Long 教授在应用信息成本理论时,按照她对典型技术的模糊理解,给商业方法发明贴上了“非典型技术”的标签。^{〔41〕} 实际上,从确权的信息成本的角度看,商业方法与很多典型的方法发明并没有本质上的差异。这也是过去美国法院一再强调专利法客体审查方面并无所谓的“商业方法例外”的原因所在。^{〔42〕} 专利法保护商

〔34〕 Clarisa Long, *Supra* note 8, p.469.

〔35〕 当然,并非所有技术方案的创造者都能接受事先的确权成本。如果技术方案平均的市场价值有限,商业化的可能性较低。事先对该专利申请进行实质审查以提高产权明晰度的做法,不一定是明智的,因为产权明晰度提高所带来的收益可能不足以弥补由此而支出的确权成本。在这种情况下,更明智的选择可能是“事先的形式审查制度+事后的实质审查制度”,而不是发明专利的“事先审查制度”。这也是现行的实用新型专利保护模式的合理性所在。更极端的情形是,如前所述,明确权利范围的成本高于发明自身的商业价值时,发明人会主动放弃寻求专利保护。

〔36〕 Clarisa Long, *Supra* note 8, p.509.

〔37〕 William M. Landes & Richard A. Posner, “An Economic Analysis of Copyright Law”, 18 *The Journal of Legal Studies*, 325, 345 (1989).

〔38〕 Clarisa Long, *Supra* note 8, p.510.

〔39〕 Clarisa Long, *Supra* note 8, p.469.这里需要强调,在侵权判断中,法院实际上并不是将版权作品的整体与侵权作品进行对比,而是将版权作品中的相关部分(比如文字上的一段、某一部分情节等)与侵权作品的相关部分进行对比。因此,一个获得版权保护的作品,理论上可能包含着千千万万个同样受保护的局部。理解这一点,就能明白事先描述作品的保护范围,需要很高的成本。

〔40〕 Jeanne C. Fromer, “Claiming Intellectual Property”, 76 *The University of Chicago Law Review*, 719, 795(2009).

〔41〕 Clarisa Long, *Supra* note 8, pp.541—547.

〔42〕 *Bilski v. Kappos*, 130 S. Ct. 3218(2010); *State Street Bank & Signature Financial Group, Inc.*, 149 F. 3d 1368(1998)etc.

业方法,出现诸多的不适应症状,不是因为商业方法在“技术—艺术”二分意义上远离典型的技术,而是因为商业方法应用领域具有特殊性,在很多情况下没有专利激励也不影响人们发明新商业方法的积极性。

当然,本文无意深入探讨商业方法的可专利性问题,只是以此作为例子说明,现有的信息成本理论并没有为典型客体与非典型客体的划分提供明确的标准。^{〔43〕}这妨碍该理论在更大范围内发挥指导作用。

三、典型与非典型客体的决定因素

立法者在选择知识产权保护模式时,除了利用“功能性”(或“表达性”)区分技术方案和艺术作品外,还应考虑另一关键因素,即客体的区别特征数量,从而确定一项技术是否为典型技术,或一项作品是否为典型作品。典型的技术和作品分别适用现有的专利和版权模式确权,而非典型的技术和作品,则并非如此。在这一认识的指引下,信息成本理论能够发挥更大的潜力,更有效地揭示专利法与版权法之间的制度差异,指导各类知识产权特殊保护的立法实践。

(一)客体的区别特征数量差异

任何知识产权客体,无论是技术方案还是艺术作品,从观念上都可以被视为由一个个限制性特征相互组合的产物。为了表述方便,本文将这些限制性特征大致分为通用特征和区别特征。所谓通用特征是指任何发明人或作者(以下通称创作者)在相同处境下或为相同目的,通常都会选择或利用的限制性特征。而区别特征则是体现创作者创造性或创新性,用以定义智力成果创新之处的限制性特征,使该智力成果大致区别于现有智力成果。

区别特征是否能够体现创作者的独特个性,不在于该特征是功能性还是非功能性,而在于创作者在选择该区别特征时自由选择空间的大小。如果创作者有很大的选择余地,则特定的区别特征常常能够体现个性。比如,如果化工合成的方法中的温度或压力有较大的任意选择的空间,发明人选定的特定温度或压力值就可能带有较大的任意性,特定的选择结果能体现其个性。如果竞争对手选择一模一样的温度或压力值,则可能被认定为抄袭。相反,如果产率或成本等因素导致温度或压力的选择空间很小,则认定抄袭难度增加。

专利法和版权法的新颖性、创造性或独创性要求,大致是在保证受保护的智力成果相对现有智力成果有足够多的区别特征。当然,“相对现有智力成果”只是一种大略的说法,并不十分准确。原因是专利法上的新颖性或创造性要求不同于版权法上的独创性要求。后者只是要求该作品相对创作者所接触的现有作品(而非所有的现有作品)而言,有足够的区别特征(即创作者不能抄袭现有作品)。创作者所接触的现有作品与一般意义上现有作品的范围并不完全等同。在定义区别特征这一环节,我们已经意识到这一差别的存在,但是为了表述方便,而暂时选择忽略它。

〔43〕 Henry Smith 教授在其他场合也指出 Long 教授实际上并没有充分考虑不同的发明之间的差异。不过,Smith 教授也没有进一步探讨这一问题。Henry E. Smith, *Supra* note 16, pp.1799—1800.

典型技术与典型作品的重要区别在于限制性特征尤其是区别特征数量。在技术领域,纵向的继承性明显,绝大部分发明都是现有技术特征的组合,^[44]或者说,是对现有技术的改进。^[45]相对现有技术,发明中的区别特征数量有限。发明人可以利用现有技术中高度概括性的通用术语描述所有通用特征,然后描述数量非常有限的区别特征。以下举例说明这一点。假如现有技术中的茶杯没有把手。发明人发明了带有把手的茶杯。在定义自己的发明保护范围时,发明人在权利要求书中使用“茶杯”一词就可以指代现有技术“茶杯”所包含的各种通用特征,然后重点定义作为发明点的把手以及把手与茶杯的连接关系,即所谓的区别特征。相对于现有技术“茶杯”而言,发明人需要描述的区别特征的数量非常有限。在典型的专利侵权案件中,这样的区别特征少则三到五个,^[46]多则七到八个;^[47]超过20个的,则非常罕见。^[48]

与典型的技术方案不同,典型的文学艺术作品,比如一篇论文、一本小说或一幅画,含有大量的限制特征,而且这些特征大多是作者个性化选择的结果,是个性极强的区别特征。即便以创作者所接触的现有作品作为参照物,新作品中的区别特征依然数量惊人。试想一下,典型的演绎作品剧本和小说原作之间的关系。剧本中虽然含有大量的原作信息,但是同样含有无数的体现编剧个性的区别特征。

不过,技术方案与艺术作品在区别特征上的数量差异并非绝对的。典型技术的区别特征较少,而一些非典型的技术方案却有很多区别特征。比如,大型计算机程序、集成电路布图设计、复杂的机械装置等。这些技术方案是一个复杂的系统,由很多模块或细节组成。在每一个模块或细节上,发明人都有一定的选择余地。相对现有技术,这些技术方案整体上所具有的区别特征可能成百上千,甚至更多。以大型计算机程序为例,它含有数十万乃至数百万行程序代码,代码背后相对抽象的程序算法步骤也成千上万。^[49]该程序算法整体上相当于无数个技术细节累加起来的技术方案。^[50]相对于任何已有的计算机程序算法,它都有无数的区别特

[44] Stratoflex, Inc. v. Aeroquip Corporation, 713 F. 2d 1530, 1540 (1983).

[45] Suzanne Scotchmer, “Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law”, 5 *Journal of Economic Perspectives*, 29, 29–30 (1991).

[46] 比如,在许文庆诉专利复审委员会案(最高人民法院(2005)民三提字第2号)中,法院认为诉争的技术方案是3个技术特征的组合;在沈其衡诉上海盛懋交通设施工程有限公司(最高人民法院(2009)民申字第239号)中,法院提到权利要求1所描述的“汽车地桩锁”的技术特征有4个;在大连仁达新型墙体建材厂诉大连新益建材有限公司案(最高人民法院(2005)民三提字第1号)中,法院概括出4个区别特征。

[47] 比如,在著名的周林诉北京奥美光机电联合开发公司案(北京高院(1995)高知终字第22号)中,法院概括的区别特征有7个。

[48] 当然,极端的例子还是有。在北京市王码电脑总公司诉中国东南技术贸易总公司案(北京高院(1994)高经知终字第30号)中,诉争的汉字编码技术涉及的字根数百个。

[49] 比如,典型的微软的操作系统软件:“Windows 95 是 1500 万行,Windows 98 是 1800 万行,Windows 2000 是 2000 万行,Windows XP 是 3500 万行,而 Windows Vista 则高达 5000 万行。”刘鹏:“云计算:程序员重回个人英雄时代”, <http://www.programmer.com.cn/3658>(最后访问日期:2012年12月20日)。

[50] 关于程序算法的可专利性的深入讨论,可以参考崔国斌:“专利法上的抽象思想与具体技术——计算机程序算法的可专利性分析”,《清华大学学报(哲学社会科学版)》2005年第3期。

征。这与很多典型作品拥有无数区别特征的情形没有实质差异。

就像非典型与典型的技术方案的区别特征数量差别很大一样,典型与非典型作品之间的区别特征数量也差别巨大。首先,那些徘徊在独创性边缘地带的作品就含有较少的区别特征。比如,简单的文字或图案(比如短语、^[51]单个汉字字体、^[52]漫画角色形象等^[53]),按照惯常方式排列的数据库作品(电话号码本、^[54]电视节目表、^[55]法律法规数据库等),^[56]接近单纯事实消息的作品等。^[57]其次,受工业产品载体限制的实用艺术品或外观设计,常常也只有有限的区别特征。比如,智能手机的外观设计,设计者能够改变的特征不过是手机外壳的线条、有限的按钮和听筒的位置、屏幕的大小等等;^[58]再比如汽车的外观设计,设计者能够改变的外观特征比手机要多一些,但依然能够罗列清楚,诸如汽车的流线形状、车灯的形状与位置、门把手、进气窗格形状等。^[59]外观设计的区别特征数量少,并不意味着设计手机或汽车的工作就很简单,而是说设计的自由度受到相当的限制。对设计者而言,带着镣铐跳舞,可能比自由发挥更困难。

通用特征与区别特征的提炼或概括本身实际上是一个主观抽象的过程,有一定的不确定性。^[60]如果法律许可权利人对限制特征进行适当的概括、删减或重组,区别特征将变少;^[61]相

[51] 中国法院认定“娃哈哈”(郭石夫诉杭州娃哈哈集团公司,上海二中院(1998)沪二中知初字第5号)、“五朵金花”(赵继康诉曲靖卷烟厂,云南高院(2003)云高民三终字第16号)、“万家乐—MACRO”的英文对应组合(罗耀先诉广东万家乐集团公司,广东省高院(2000)粤法知终字第15号)等不具备独创性因而不是作品。但是,中国法院在另外一系列案件中确认诸多短语构成著作权法意义上的作品,比如,“横跨冬夏、直抵春秋”(俞华诉北京古桥电器公司,孙建、罗东川:《知识产权名案评析(2)》,中国法制出版社1998年版,页35—38)、“世界风采东方情”(王定芳诉上海东方商厦有限公司,上海市徐汇区人民法院,载李永明主编:《知识产权法案例研究》,浙江大学出版社2002年版,页26—28)、“天高几许?问真龙”(刘毅诉广西壮族自治区南宁卷烟厂等(广西高院(2005)桂民三终字第3号)、“椭圆形 OLYMPIA”(韩国奥林匹亚工业株式会社诉北京奥林匹亚热能设备开发有限责任公司,北京高院(2000)高知终字第10号)等。

[52] 北京方正电子有限公司诉广州宝洁有限公司,北京市海淀区法院(2008)海民初字第27047号。

[53] 冯维音诉江苏三毛集团,上海高院(1997)沪高民终(知)字第48号。该案中争议的焦点是“大脑袋、圆鼻子、头上仅有三根毛的‘三毛’漫画形象”是否能够获得著作权保护。法院给出了肯定的答案。

[54] Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc., 499 U.S. 340(1991).

[55] “广西广播电视报社诉广西煤矿工人报社案”(广西柳州地区中院,1994年),载最高人民法院知识产权审判庭:《最新知识产权司法文件精选(一)》,中国标准出版社1999年版,页569—572。

[56] 海南经天信息有限公司诉上海徐溪商务咨询有限公司,上海高院(2004)沪高民三(知)终字第122号。

[57] International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918).

[58] 比如,美国苹果公司在中国专利局申请的“移动式通讯装置”外观设计专利 ZL200730148719.0。

[59] 比如,菲亚特奥托有限公司在中国专利局申请的“机动车”外观设计专利 ZL03353217.6。

[60] 参见崔国斌:“专利技术的等同比较”,载郑胜利主编:《北大知识产权评论》,法律出版社2002年版,页30—31。

[61] 在许文庆诉专利复审委员会案(最高人民法院(2005)民三提字第2号)中,法院认为诉争的权利要求1由三项技术特征集合而成,不过该技术特征包含的细节不少。比如,所谓的特征(a)是指“把冷却器、换热器金属钢管束、泵、阀组、溶液槽通过胶管和铁管按工艺流程联接形成闭路循环体系”。显然,技术特征的多少与概括方法有直接关系。

反,如果法律限制对保护客体的抽象描述,则权利人只能将具体的细节当作区别特征,从而导致区别特征的数量变多。无论是专利法还是版权法,都有相应的学说限制权利人利用过度抽象的描述来减少保护客体区别特征从而拓宽保护范围。在专利法上,这一学说就是前文所述的“抽象思想例外”;在版权法上,就是前文所说的“原创性”要求或“思想与表达二分”规则。^[62] 不过,即便将区别特征提炼或概括方面存在的不确定性考虑在内,上述关于各类客体的区别特征数量差异的观察,依然是大致正确的。因为这些区别特征数量的差异常常不是一倍两倍,而是数十、数百或数千倍,这样的差异不会因为提炼或概括区别特征的方法改变而彻底消失。

(二)区别特征数量对确权成本的影响

智力成果的限制性特征尤其是区别特征的数量对于知识产权确权的信息成本有着多重影响。首先,区别特征的数量直接影响界定该成果保护范围的信息成本,从而影响知识产权确权方式的选择。客体的区别特征越多,准确定义所有特征的成本自然增加;同时,权利人很难准确预测竞争对手可能的规避策略(重组、替换或删除部分区别特征),事先针对性地定义保护范围的成本随之增加。这时候,此类客体的保护就有舍专利模式而取版权模式的倾向。反之,区别特征越少,就有舍版权模式而取专利模式的倾向。

这里通过专利法的实践来说明上述趋势。在专利法上,技术方案的区别特征增加,专利保护的难度就会随之增加。先从区别特征较多的中药组方、汉字编码等发明来说明这一点。如我们所知,中药组方能够获得专利。但是,在成分增多后,部分成分选择的任意性随之增加。竞争对手可能通过改变或删除部分成分而规避该专利。因此,此类专利常常不能给权利人带来真正有效的保护。^[63] 同样的问题出现在汉字编码输入方法上。在王码专利侵权案中,诉争的五笔字型专利属于五笔字型技术第二版的字根为 235 个,第三版为 220 个,第四版为 199 个,第八版为 187 个。^[64] 这样的改进版的技术方案能够获得专利保护,但是区别特征较多,保护范围会非常窄。中药组方、汉字编码技术还算不上本文所说的“区别特征很多”的智力成果。一个大型计算机程序的算法步骤中的限制性特征比最复杂的中药组方还要多出数百倍或数千倍。如果利用专利法来保护此类计算机程序背后的整体算法步骤,该专利的保护范围将窄得可怜。生物技术领域 DNA 片段的保护,也遇到类似的问题。一个 DNA 分子片段,属于一个大型的化学分子,落入专利法保护的客体范围。不过,定义该 DNA 分子的核苷酸可能成百上千,甚至成千上万。^[65] 如果就该分子具体的结构申请专利,竞争对手很可能通过删节部

[62] 参见前文第三节的讨论。

[63] “目前,中药复方专利申请中存在的主要问题是复方药味数庞大。而实际上,技术特征越多,其所获得的保护范围越小。如一个组方有几十味的复方,其专利保护范围是很窄的,这种专利保护的作用实际上很小,他人在其基础上精简一些药味,实际上就可以不构成侵权。”梅智胜、肖诗鹰、黄璐琦、刘铜华:“关于我国现行专利制度对中药保护的思考”,《中国中药杂志》2006 年第 18 期。

[64] 北京市王码电脑总公司诉中国东南技术贸易总公司案,北京高院(1994)高经知终字第 30 号。

[65] 比如,在 Amgen Inc. v. Chugai Pharmaceutical Co., 927 F. 2d 1200(1991)案中,Amgen 对大约含有 4000 个核苷酸的基因的所有同系物提出权利要求。逐一对该基因中单个或数个核苷酸的进行替换,差不多就会表达出数千中不同的物质。

分碱基对来实现相同或类似的功能。在等同原则不能有效阻止这一行为的情况下,专利保护也同样很容易被架空。

理论上讲,对于那些区别特征数量多的发明,专利权人可以撰写多个权利要求,分别涵盖数量较少的区别特征。如果一份申请的权利要求过多,申请人可以提出多份专利申请。不过,随着区别特征的增多,申请人需要撰写的权利要求的数量会爆炸性增加,需要提出的专利申请数量也随之增加。这最终会迫使申请人放弃撰写更多的权利要求或者撰写出专利法所不能接受的过于笼统而宽泛的权利要求。^[66]

区别特征数量的多少,在很大程度上决定着确权成本的高低。这一发现与强调“技术与艺术客体之间存在质的差异”的传统理论有很大的区别。比如,Long 教授强调,典型的技术方案中的功能性特征比艺术作品中的任意性特征易于描述。^[67] 这一观察有一定道理,但并没有真正切中要害。知识产权客体的保护范围是否容易描述,不是由该客体的区别特征的“质”(技术类还是艺术类)决定的,更多的是由全部区别特征的“量”决定的。因为保护客体的单个区别特征的描述终究要落实到文字或图表,很难说描述技术方案中的零部件、局部的机械结构、工艺流程的某一步骤,要比描述作品中的角色名称、故事情节、线条、颜色等特征更容易。与其说技术或艺术的单个区别特征的描述难度有差异,还不如说区别特征数量差异导致技术或艺术作品的描述难度不同。沿着这一思路,本文削弱了“功能性”在区分技术方案与艺术作品之间的传统关键角色,增加了另外一项考虑——智力成果的区别特征的数量差异。在进行知识产权制度设计时,除了要看智力成果是技术还是艺术外,还需要看它所包含的区别特征的数量大小。

其次,区别特征的数量也影响抄袭认定的信息成本。智力成果的区别特征越少,法院事后根据智力成果相同或相似的事实确认存在抄袭行为的可能性越低。因为有限的区别特征相似,很可能是独立创造所导致的偶合。要排除偶合的可能性,权利人必须提供证明抄袭行为发生的额外证据。而这对权利人而言,常常是不可能的任务。^[68] 美国学者的实证研究表明,在专利侵权诉讼中,大概只有 10% 的权利人成功证明侵权者存在抄袭行为。^[69] 如果认定侵权以抄袭为前提,可以想见,很多侵权者会利用“独立创作”抗辩而逃避侵权责任,最终导致知识

[66] 比如,在 *In re Kubin*, 561 F. 3d 1351(2009)案中,诉争专利的权利要求 73 就要求保护所有能够编码出与特定氨基酸序列相似度超过 80% 多肽的 DNA 序列,但并没有指出所有可能的序列内容。在 *Amgen Inc. v. Chugai Pharmaceutical Co.*, 927 F. 2d 1200(1991)案中的诉争权利要求 7 中,申请人笼统地宣称,涵盖所有能够表达红细胞生成素的所有 DNA 序列,却没有指出具体的 DNA 序列内容。这些都是生物基因专利领域典型的不能接受的过宽权利要求。权利人之所以这么写,是因为担心他人修改特定的 DNA 序列中的部分核苷酸,从而使得专利权落空。

[67] Clarisa Long, *Supra* note 8, p.469.

[68] *Selle v. Gibb*, 741 F.2d 896,901 (7th Cir. 1984).法院指出,在绝大多数情况下,直接证明被告抄袭行为的证据都很难获得。

[69] Christopher A. Cotropia & Mark A. Lemley, *Supra* note 20, p.1460. 当然,这一数据只能说明证明存在抄袭的案例比例很少,至于实际上存在抄袭行为的案件比例究竟有多大,无法确切知道。

产权保护的落空。^[70] 为了避免这一点,立法者拒绝承认所谓的独立创作例外,使得权利人获得更有力的保护。这就是在选择所谓的专利法确权模式。

智力成果的区别特征越多,法院就越容易基于被控侵权产品(作品)中含有大量区别特征这一事实而认定被告有抄袭行为。以版权侵权为例,如果作品本身足够复杂,而侵权者抄袭的内容细节足够多,法院基于版权内容发表在先、侵权内容与之惊人相似这两项事实一般就可以推断抄袭存在。^[71] 对版权人而言,证明侵权人存在抄袭行为并不困难。相反,如果作品本身处在原创性的边缘地带,含有的个性化细节有限,则仅仅依据版权内容发表在先、侵权内容与之相似的事实不足以推定存在抄袭,版权人可能要面对举证方面的困难。^[72] 比如,在七八个字组成的短语类作品的版权侵权案例中,文字本身的相似对于证明抄袭没有太大帮助。因此,如何证明抄袭存在就是一个难题,尽管中国很多法院在具体案件中并没有考虑这一点。^[73] 从这一角度看,版权法的独创性要求实际上是保证作品有足够的区别特征,从而避免在侵权认定环节遇到抄袭难以认定的问题。对于区别特征较少的作品,如果法院放松“抄袭”的证明要求,认定事实上的相似就构成侵权(即不接受独立创作例外),则必然要求事先明确权利范围以降低公众的侵权预防成本。于是,对这类“作品”的保护,转向专利法模式。

最后,区别特征的数量对公众避免侵权的信息成本也有间接但非常重要的影响。智力成果(无论技术还是艺术)的每一项区别特征,或多或少都存在一定数量的替代性方案。简单的排列组合知识告诉我们,随着智力成果的区别特征的增加,该智力成果整体的替代方案将迅速增加。试想一下,如果智力成果是一个很小的零部件,则区别特征较少,可替代性较低;如果智力成果是一个庞大而复杂的系统,集成了无数的零部件,则整体上该系统的替代方案就会迅速

[70] Henry E. Smith, *Supra* note 16, p.1810. 有人持相反意见,认为即便承认独立发明例外,也不会有很多人假装自己独立发明出诉争的技术方案。作者的理由是,证明自己是独立发明人,需要制造一些虚假的证据,难度很大。美国实行先发明制度,并没有见多少人伪造证据证明自己是先的发明人,因此不会很多人假装自己独立发明了诉争技术。Samson Vermont, “Independent Inventions as a Defense to Patent Infringement”, 105 *Michigan Law Review* 475, 502(2006). 其实,该作者强调专利申请的通知作用,认为申请公开后可以推定公众知晓该发明存在,从而将证明独立发明的举证责任转移给后来的发明人。这样,作者所说的“独立发明例外”与著作权法上的“独立创作例外”相比,差不多是名存实亡了。本文作者认为,问题的关键不在于有没有形式上的“独立创作例外”,关键是举证责任的分配。如果将证明抄袭的责任放在权利人一边,独立创作例外就可能架空专利权保护。如果将否认抄袭的责任留给公众,“独立创作例外”就只剩下一具躯壳而已。

[71] Donald S. Chisum & Michael A. Jacobs, *Understanding Intellectual Property*, Matthew Bender, 1995, § 4F[1][d], pp.4, 157.

[72] Douglas Lichtman, “Copyright as a Rule of Evidence”, 52 *Duke Law Journal*, 683, 705(2003).

[73] 比如,在前文提到的“娃哈哈”案(郭石夫诉杭州娃哈哈集团公司,上海二中院(1998)沪二中知初字第5号)、“五朵金花”案(赵继康诉曲靖卷烟厂,云南高院(2003)云高民三终字第16号)中,即便诉争的作品被认为有独创性,原告也很难证明被告存在抄袭行为。当然,在特殊情况下这一问题可能被避免。比如,原告和被告之间有投稿与收稿关系,这时候证明抄袭行为就不再困难。比如,在前文提到的“横跨冬夏、直抵春秋”案(俞华诉北京古桥电器公司案,孙建等,见前注[51],页35—38)、“天高几许?问真龙”案(刘毅诉广西壮族自治区南宁卷烟厂等(广西高院(2005)桂民三终字第3号)。

增加,因为每一个零部件都可能存在可替代的选择(或者可以被省略)。如果智力成果是普通的文学艺术作品,则区别特征多如牛毛,可替代的方案无穷无尽。

智力成果的可替代性小,则竞争对手的选择余地减少,无意中侵权或无法绕过的概率就会增大,公众主动检索受保护的智力成果以避免侵权的必要性随之提高(如果没有独立创作例外的话)。相反,如果智力成果的可替代性大,竞争对手有很大的选择余地,无意中侵权或无法绕过的概率降低,公众为避免侵权进行检索的必要性随之降低。这时候,智力成果产权边界的模糊性就更容易被容忍,因为竞争对手即便远远避开受保护作品,依然有很大的选择余地。

当然,这里只是在相对意义上说明区别特征多少与可替代性的关系,并不是在绝对意义上说,区别特征数量较少的智力成果的可替代性一定会很小。实际上,无论是技术还是艺术,即便区别特征只有一个,依然可能会存在很多的替代方案。比如,美术作品中的特定色彩,技术方案中部件的材料,也可能有多种选择。但是,这并不妨碍我们从普遍的概率统计意义上说,受保护的智力成果的区别特征越多,其可替代性就会随之增加。

(三)区别特征数量与确权模式选择

区别特征理论传递出来的核心思想是,专利和版权模式分别适合于保护典型技术和典型作品,而不是当然地分别适合于保护所有的技术方案和艺术作品。在典型技术和典型作品之外,还存在很多非典型的客体,比如计算机软件、集成电路布图设计等非典型技术方案,工业品外观设计、欠缺独创性的数据库等非典型“作品”。决定这些非典型客体的确权模式的关键因素并不是其功能性,而是其区别特征的数量。区别特征多的非典型技术方案的确权模式偏向版权模式,区别特征少的非典型作品偏向专利模式。这一认识很难从单纯强调“功能性”区别的“技术与艺术”二分理论中获得。这里所谓偏向版权或专利模式,是指这些确权模式不能完全归于专利模式或版权模式,而是从专利或版权模式中吸收更多的制度要素,因而更倾向于该专利或版权模式。后文将具体分析知识产权法上现有的各类特殊立法实践,以验证这一理论预言。

到目前为止,我们只是在现有版权或专利模式的基础上,利用区别特征理论来预测相关的制度安排的信息成本。如果立法者在特殊保护立法中能够采用版权或专利模式中所缺乏的特殊措施有效降低当事人或社会公众的信息成本,则有可能治愈版权或专利确权模式的弊病,使得版权模式保护区别特征少的智力成果或者专利模式保护区别特征较多的智力成果成为可能。

商业秘密保护就是一个典型的例子。商业秘密保护的确权更接近版权模式(自动获得保护、无需事先撰写权利要求等),但是其保护客体却涵盖几乎所有类型的智力成果——未公开的技术方案、文学艺术作品、商业信息等。于是,就有这样的疑问:为什么接近版权模式的商业秘密保护制度可以用来保护区别特征少的智力成果(比如,典型的技术方案、客户名单等^[74]),却没有出现区别特征理论所预言的权利边界模糊、难以认定抄袭等负面后果呢?可能的答案是,商业秘密保护立法中两项特殊措施有效降低了社会避免侵权的信息成本:其一,

[74] 《反不正当竞争法》(1993)第10条第3款(商业秘密定义);《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(2007)第13条(关于客户名单)。

商业秘密权利人必须采取保密措施；^{〔75〕}其二，无保密义务的第三人只有因过错（“明知或者应知”）而获取商业秘密时才会承担责任。^{〔76〕}对于公众而言，这意味着只要不破坏他人的保密措施，不恶意串通他人，就不会侵入权利人的领地。如果被告的确破坏了保密措施，则基于这一事实和智力成果之间的相似，法院比较容易认定行为人存在抄袭行为。因此，商业秘密保护制度中的“保密措施”和第三人过错要求，有效地避免了版权模式保护技术方案或简单商业信息原本要出现的信息成本难题。这也就使得商业秘密保护制度可以采用更接近版权而非专利的确权模式来保护技术方案。当然，依据区别特征理论，如果被控侵权者提出独立研发抗辩，同时原告提出的被告破坏保密措施接触商业秘密的证据不是十分可靠时，则法院在认定被告“抄袭”而不是独立研发区别特征较少的商业秘密时，将遇到困难。换句话说，对于区别特征较少的商业秘密，权利人证明他人抄袭的难题还会时不时地出现。

这里需要强调，区别特征理论只是从信息成本的维度来看待知识产权的确权模式选择。信息成本之外的目标或价值，比如产业政策、分配正义、言论自由等，也会影响知识产权的制度设计。当这些目标或价值与信息成本的作用方向刚好相反时，立法者可能违背区别特征理论做出不同的制度选择。比如，欠缺独创性的数据库的保护，各国采用了不正当竞争法或类似版权法的特殊立法模式，^{〔77〕}而没有按照区别特征理论的预言采用专利法的确权模式（许可权利人比较宽泛地概括数据库保护范围，并禁止独立创作相同内容的数据库，从而避免事后证明抄袭的难题）。在各国的特殊立法模式下，竞争者都可以利用“独立创作例外”作为侵权抗辩。也就是说，只要竞争对手独立收集数据制成数据库，就不会侵害权利人对数据库所享有的权利。由于此类数据库的区别特征有限，^{〔78〕}权利人通常不能基于数据库内容相同这一事实来证明存在抄袭，因此证明竞争对手的抄袭行为有相当的难度。从降低信息成本的角度看，不承认“独立创作例外”原本是合理的制度选择，但是社会可能会觉得这种产权安排本质上是不公平的，因而不能接受；或者，立法者可能认为即便不承认这一例外依然能够保证投资者有足够的积极性。立法者最终在一定程度上忽略了信息成本因素，坚持采用版权模式保护没有独创性

〔75〕 最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（2007）第11条（关于保密措施）。

〔76〕 《反不正当竞争法》（1993）第10条第2款：“第三人明知或者应知前款所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。”

〔77〕 在中国，主要是利用《反不正当竞争法》第2条的原则条款禁止竞争者的抄袭，比如北京阳光数据公司诉上海霸才数据信息有限公司案，北京高院（1997）高知终字第66号；在美国，利用判例法上的禁止盗用（Misappropriation）学说提供有限的保护，比如 *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918), *National Basketball Association v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841 (1997)；在欧洲，欧洲数据库指令（Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases）提供特殊保护（*sui generis right*）。

〔78〕 比如，中国完整的法律法规大全、特定领域的案例库、电话号码本、列车时刻表、各类作家全集等等。此类数据库中虽然包含很多文字或图形信息，但是其取舍都是按照惯常的标准做出的，不是个性化选择的结果。此类数据库的真正的个性化限制性特征是数据选择和编排。一旦选择和编排是依据惯常的没有独创性的标准做出，则该“作品”的区别特征就很少。

的数据库。

不过,我们必须认识到,这么做是有代价的——违背区别特征理论必然引发负面的影响。比如,数据库特殊保护制度中的“独立创作例外”,迫使很多数据库的开发者在数据库中人为地增加个性化特征(比如在电话号码簿中增加虚假信息、在法律法规数据库中增加页码信息等),使之区别特征增加,以降低证明抄袭的信息成本。^{〔79〕}再比如,中国的立法者利用统一的准专利模式保护工业外观设计,而没有根据区别特征理论的指引区别对待不同的外观设计。这么做的优点是在形式上保持外观设计保护法的统一性;缺点是必然导致部分区别特征较多的外观设计难以获得有效保护,因为在准专利模式下权利人不能阻止他人抄袭局部的外观设计。^{〔80〕}对此,后文将有进一步讨论。

四、技术的版权保护:复杂技术的反抄袭立法

“区别特征”理论不仅能够用来解释专利和版权模式的重要差异,而且能够用来指导非典型智力成果的知识产权保护的制度设计。就本文的研究目的而言,后一应用可能更为重要,因为本文希望在传统的技术与艺术二分理论的基础之上,为各种智力成果的确权模式选择寻找更趋统一的指导理论。按照区别特征理论的预言,如果一项技术方案的区别特征过多,则不适宜用专利法模式保护,而更适合版权模式。这一预言看起来很新鲜,实际上早已被各国的计算机程序、集成电路和外观设计的特殊保护立法实践所证实。

(一) 计算机程序

计算机程序是版权法下的保护客体,在立法者看来已经不是问题。^{〔81〕}各国立法者假装它是一种版权意义上的表达。实际上,它更接近技术,因为程序的编写主要是出于实用目的考虑,而不是为了表达和传播编程者的思想和情感。否则,十有八九的编程者都利用汇编语言将人类可读的程序源代码转换成人类不可读的机器代码(或目标码)。对于专业技术人员而言,计算机程序本身能够传达一定程序设计思想,但并不因此就能说程序本身是一种供人欣赏的作品。否则,沿着同样的逻辑,任何人都可以主张机械产品也是一种表达,因为看着机械产品实物,技术专家能够理解其中所包含的丰富的技术信息,从而能够复制该机械产品。在这一意义上,机械产品所传达的信息甚至超过设计图纸或说明书等作品。

计算机程序文本以及文本背后相对抽象但依然足够复杂的程序算法,含有大量的区别特

〔79〕 比如,在美国 Feist 案中,原告就在自己的电话号码本中添加了一些错误的号码信息以识别抄袭。Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc., 499 U.S. 340 (1991)。当然,有些数据库的信息内容来源唯一,比如证券交易所、气象局的数据信息。权利人有可能证明侵权者不可能从该唯一源头获得该信息,从而证明存在抄袭行为。不过,这只是因为外在的原因导致权利人证明抄袭的难度下降,而不是在“准版权”保护制度的框架下解决了举证难题。

〔80〕 苏平:“部分外观设计专利问题探析与思考”,《中国发明与专利》,2012年第10期。

〔81〕 《著作权法》(2010)第3条(该条明确将“计算机软件”列为受保护作品)。计算机程序本身是否真的应当被视为表达,尚有讨论空间,不过会超出本文的范围。

征。这些区别特征体现了创作者的技术设计理念,是创作者对程序语言、数据结构和基础性算法进行筛选和编排的结果。基于技术设计理念做出的选择,并不意味着设计者的选择就一定是有限的。程序设计语言已经达到数千种,常用的也有十几种。^{〔82〕} 程序算法的选择更是变化无穷。比如,计算机程序中常见的“排序算法”就被分成五大类,有很大的选择余地。^{〔83〕} 在编写复杂的计算机程序时,设计者需要在无数环节做出个人的技术性判断,具体的选择和编排的结果可能是无穷无尽的。^{〔84〕} 在这一意义上,编写计算机程序大概同创造文学作品一样拥有足够的自由度。每一设计者所编写的稍稍复杂一点的程序上都有个人的烙印。^{〔85〕} 以专利模式从整体上为这种选择和编排的结果提供保护,在制度上行不通,因为此类技术方案的区别特征过多,权利要求的撰写成本太高,同时也容易被规避。对于此类程序中的技术性(功能性)选择和编排结果给予版权模式的保护,倒是更合理的选择。理解这一点,我们就会发现,计算机程序保护立法中所谓思想和表达的二分,实际上并非技术方案与受保护表达之间的二分,而是具体的技术方案与抽象的技术方案之间的政策性区分。^{〔86〕} 因此,权威学者有如下的评论:“计算机程序纯粹是功能性作品,无论如何仔细去定义计算机程序可受版权法保护的范

围,也不可避免地导致权利人能够对计算机程序的某些功能性要素进行垄断——比如程序流程、方法、系统、概念、原则等。”^{〔87〕}

当然,有些人可能会有这样的疑惑:依据现有的法律,程序文本的字面抄袭适用版权法,关键的单个或局部程序算法可以通过专利法保护。在程序文本和局部的程序算法分别获得版权和专利保护的情况下,还有没有必要将版权保护延伸到程序文本背后的相对具体的整体的程序算法?这实际上是“计算机程序的现有知识产权保护是否充分”的产业政策问题。本文无意涉及。本文只是试图从理论上证明,如果立法者认为有必要将版权保护延伸到计算机程序背后具体的程序算法,并不存在不可逾越的理论障碍。这就像立法者可以将版权保护延伸到戏剧作品背后的故事情节一样,尽管计算机程序背后的算法属于技术方案的范畴,与戏剧作品背

〔82〕 孙怡:“计算机程序设计语言的选择”,《安徽教育学院学报(自然科学版)》,1998年第1期。

〔83〕 吴光生、范德斌:“排序算法研究”,《软件导刊》2007年第4期。

〔84〕 这里同样可以使用前面提到的假想的例子。比如,假定计算机程序整体算法中有10个环节的限制性特征有自由选择的空间,每个有10种替代性的选择,则整个程序分算法就有 10^{10} 个替代性方案。这是一个天文数字。

〔85〕 “算法千变万化,算法的确定具有很强的创造性,像中学数学里列方程解应用题一样,没有固定的模式,不同的程序题由于最后结果不相同导致了不同的程序题之间的算法不可能完全相同……虽然一道程序在计算机上运行之后表现出来的结果是一样的,但是从不同的思维角度来完成时其具体内容、编程风格等相差很大。在确定算法的过程中,从不同的角度考虑问题时,可得到的算法是多种多样的,而且对同一道题目不同的算法可能原理上差别很大。根据同一算法来编写程序,又有多种编程语言可供选择,即使是采用同一算法、同一种语言,具体语句的组合运用表达方式往往又因人而异,这就很容易使编程者的思维发散开来,充分发挥自己的创造性,寻找不同类型的解答,独创性地进行编程。”章立亮:“计算机程序设计与创造性思维”,《北京教育学院学报》2000年第1期。

〔86〕 Lloyd L. Weinreb, *Supra* note 24, pp.1169—1170.

〔87〕 Paul Goldstein, *Supra* note 31, p.2:190.

后的故事情节在属性上有本质差别。这一思路与现在著作权法保护计算机程序的最大区别是,立法者不再继续假装接受“计算机程序是文字作品而不是技术方案”的观点,而是名正言顺地以版权模式保护技术产品。

(二)集成电路布图设计

集成电路布图设计立法是版权模式保护技术客体的另一典型例子。所谓布图设计,是指“集成电路中至少有一个是有源元件的两个以上元件和部分或者全部互连线路的三维配置,或者为制造集成电路而准备的上述三维配置”。^{〔88〕}从这一定义应该可以毫无疑问地得出集成电路布图设计是一种技术方案的结论。实践中,几乎没有人设计集成电路布图是为了满足社会的审美需求。

当初在美国制定半导体芯片特殊保护立法之前,^{〔89〕}美国公司实际上就试图通过版权法来保护集成电路设计方案。1977年之前,美国版权局就接受集成电路设计图(layout drawings)或掩膜(mask)的版权注册,尽管版权局声明该版权保护不能延伸到半导体芯片本身。^{〔90〕}1983年,美国半导体行业协会向国会提交法案要求直接在版权法下增加新的作品类别,即掩膜作品(mask works)。很多人担心此类客体的实用性与版权法的原则冲突,因而反对这一立法建议。最终,国会妥协的方案是在版权法的框架下,制定单独的一章,提供特殊保护。^{〔91〕}美国的选择对于后来中国立法者显然有直接的影响。历史有时候真的很偶然,计算机程序顺利成为版权法下的一个作品类别,而集成电路布图设计或掩膜作品却没有。

在了解立法史之后,我们就并不会感到奇怪:集成电路布图设计是技术方案,但是它的特殊保护模式中明显融入了版权式的确权因素。设计者在登记布图设计时,只要提交布图设计的复制件或图样(如果已经商业化,要提供样品),^{〔92〕}无需撰写专利式的权利要求。更重要的是,在侵权认定环节,并不采用所谓的全部要素规则,而是接受类似版权法上的实质性相似或实质相同标准。^{〔93〕}竞争对手即便只是抄袭了布图设计的局部(前提是该局部有独创性),依然可能构成侵权。^{〔94〕}之所以如此,道理很简单:布图设计中的技术细节太多,与一个复杂的艺术作品(比如图片)并没有实质性的差别。要求权利人像申请专利那样事先明确权利范围,信息成本太高,没有操作性。因此,依据“区别特征”理论的预测,在集成电路特殊立法中借用

〔88〕《集成电路布图设计保护条例》(2001)第2条。

〔89〕The Semiconductor Chip Protection Act of 1984 (SCPA, 编纂在美国法典中, 17 U.S.C. § § 901—914(1994))。

〔90〕Steven P. Kasch, “The Semiconductor Chip Protection Act: Past, Present, and Future”, 7 *High Technology Law Journal*, 71, 79—80(1992)。

〔91〕Ibid., at 83—85.

〔92〕《集成电路布图设计保护条例》(2001)第16条。

〔93〕Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, “The Law and Economics of Reverse Engineering”, 111 *Yale Law Journal*, 1575, 1601(2002)。

〔94〕《集成电路布图设计保护条例》(2001)第30条第1款。

版权法的确权方式,是比较合理的选择。

《集成电路布图设计保护条例》在借鉴版权模式保护技术方案时,却没有像一般版权法那样,许可权利人将保护延伸到保护客体背后相对抽象的技术内容(就像小说文字背后的故事情节一样)。^[95]《条例》第5条强调布图设计的保护“不延及思想、处理过程、操作方法或者数学概念等”。与计算机程序类似,集成电路设计本身就是一种实用性的信息技术产品(属于版权法意义上的技术思想)。^[96]《条例》强调不保护思想,多少有些矛盾。该条真正的含义应该是指该条例的版权式的保护,仅仅限于阻止他人复制具有独创性的整体或局部的布图设计本身。布图设计所体现的电路设计思想,即使很具体,也无法获得保护。

立法者之所以不保护布图设计背后的电路设计思路,可能是因为仅仅保护布图设计本身就已经能够实现激励创新的政策目标;另外,专利法已经能够有效地保护那些区别特征比较少的电路。^[97]因此,在从整体上对布图设计背后的电路设计进行保护没有必要。如果有一天,立法者改变主意,希望对整体电路的技术思路提供保护,则合理的选择依然是版权保护,因为整体电路通常很复杂,有太多的区别特征,无法通过专利模式获得有效保护。将保护延伸到布图设计背后的电路设计,与计算机程序的保护延伸到计算机程序文本背后相对抽象的技术思想非常类似。在区别特征理论下,这两种做法遵守相同的内在逻辑。

五、“作品”的专利保护:外观设计保护的改革方向

外观设计是指“对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计”。^[98]它本质上并非传统意义上的技术方案,而是一种美学设计,更像一种“作品”。^[99]之所以给作品带上引号,是因为外观设计虽然与作品非常相似,却不一定具有版权法意义上的独创性。外观设计的区别特征的数量在多寡两极之间分布:有些外观设计含有复杂的细节(区别特征),与著作权法上的美术或雕塑作品无异;另外一些外观设计则风格简练,含有较少的区别特征。比如前文提到的手机或汽车的外观设计。

[95] 《集成电路布图设计保护条例》赋予权利人的权利内容有两项,分别是:“对受保护的布图设计的全部或者其中任何具有独创性的部分进行复制”(复制权)和“将受保护的布图设计、含有该布图设计的集成电路或者含有该集成电路的物品投入商业利用”(商业使用权)。参见《集成电路布图设计保护条例》(2001)第7条。显然,第一项复制权属于布图设计保护的核心权利。

[96] Pamela Samuelson et al, *Supra* note 93, p.1599.

[97] 《专利审查指南》(2010),第二部分第六章,页194。

[98] 《专利法》(2008)第2条第4款。

[99] “产品的形状、图案、色彩或其结合的设计,在本质上属于创作者艺术构思的外在表达,而非严格意义上的技术方案。”彭学龙、赵小东:“外观设计保护与立法模式比较及对我国的启示”,《知识产权》,2007年第6期。

对于“区别特征多”的外观设计,依据传统的理论,如果其美学表达具备版权意义上的独创性,而且能够与功能性分离,^[100]则此类外观设计被视为“实用艺术品”,可以按照版权模式获得保护。^[101]司法实践中有很多案例已确认过这一点。^[102]对于“区别特征较少”的外观设计,可能无法满足版权法上的“独创性”要求,也可能不被视为实用艺术品,因而无法获得版权保护。这一类外观设计在所有外观设计中应该占有很大比例。因为整体而言,工业产品作为一种技术方案,区别特征较少,可替代性较低。外观设计的区别特征有很大一部分受限于工业产品自身的技术特征。^[103]在此基础上,按照简洁明快的风格要求对产品的外观进行美化,外观设计的方案常常也会“区别特征少”。依据区别特征理论,这些外观设计不宜通过版权模式加以保护,应该通过专利模式保护。

中国现行的专利法大体上按照准专利模式来保护外观设计“作品”。虽然专利法没有要求外观设计的申请人撰写正式的权利要求并进行实质审查,在侵权认定环节也没有严格采用所谓的“全部要素”规则。但是,专利法还是要求申请人事先提出申请,通过图片界定权利范围。^[104]外观设计侵权者不享有“独立创作例外”抗辩。^[105]进行侵权比定时,法院采用所谓的“整体观察综合判断”的方法。如果二者“整体视觉效果相同或近似”,则认定侵权。^[106]这一方法强调整体比对,在一定程度上接近专利侵权的全部要素规则。^[107]法院不能完全忽略部分设计内容而单纯进行局部的比对。在这一规则下,如果竞争对手仅仅抄袭了外观设计中的局部设计(即便该局部设计本身具有独创性),通常并不侵害外观设计专利权。这一规则在一定程度上避免了版权模式下权利边界的不确定性(抄袭作品的具有原创性的局部依然侵权)。

对于那些区别特征很多的外观设计,竞争者可能只抄袭关键的局部设计。侵权比时强

[100] 如何区分实用性和艺术性,则是一个非常复杂的问题。有两种不同的标准:物理上可分(Physical Separability)与观念上可分(Conceptual Separability)。所谓的物理可分,是指实用艺术品中的图片、雕塑等部分能够与实用产品的功能性部分从物理上独立分开。所谓观念上可分,则难以准确定义。Paul Goldstein, *Supra* note 31, p.2:64.

[101] 李明德等,见前注[13],页48—49。

[102] 可高(天津)玩具有限公司诉英特莱格公司案,北京市高级人民法院(2002)高民终字第279号;胡三三诉裘海索等,载李永明主编,见前注[51],页65—70。

[103] 胡充寒:“我国外观设计定义之必然性重构”,《科技与法律》2009年第6期;“这种艺术表达即便与产品分离,也并非纯粹的艺术作品,设计者很难摆脱产品结构和功能的束缚”。彭学龙等,见前注[99],页75。

[104] 参见《专利法》(2008)第27条第1款、第59条第2款,《专利法实施细则》(2010)第28条。

[105] 汤宗舜:《专利法教程》(第三版),法律出版社2003年版,页50。

[106] 这一提法为本文作者根据最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》(2009)第8—11条概括所得。在本司法解释出台之前,学术界通常将外观设计侵权的认定方法称作“要部对比、整体观察、综合比较”或其它类似说法。参见刘红:“外观设计专利若干问题探析”,《电子知识产权》2004年第8期。

[107] 徐新:“外观设计专利权保护范围的解释原则——以外观设计专利侵权判定为视角”,《知识产权》2009年第6期。

调整体相似,可能导致局部设计无法得到有效保护。^[108] 为了避免这一局面,区别特征较多的外观设计的申请人可能被迫申请更多的外观设计,将部分区别特征与通用特征组合在一起成为多份申请,以便对一项外观设计的局部设计或者类似设计进行保护。这无疑会增加外观设计者的申请成本。对设计者持同情态度的法官,可能愿意采用一些变通做法,为权利人提供变相的局部设计保护。法院可能给专利设计中某些局部设计贴上惯常设计的标签,降低其在侵权对比中的权重,而重点考虑有创新的设计要点。现在,很多学者支持所谓的“创新保护”理论,就沿着这一思路考虑问题。^[109] 不过,经如此变通后,所谓的“整体观察综合判断”规则与版权法上的实质性相似规则就比较接近。这么做的后果与法院在一般专利领域背离所谓的“全部要素”规则的后果类似——必然导致外观设计专利权的权利边界不确定。也就是说,这会增加外观设计侵权判断的不确定性。现在,学术界对此已经有很严厉的批评。^[110]

外观设计制度设计所遇到的最大难题就是各类外观设计的区别特征的数量在多寡两极之间分布。在一部法律中,立法者无论偏向版权模式还是专利模式,都只能满足一部分设计者的需求。适用这样的法律会导致很多法院在侵权对比时,在偏向一般专利法的“全部要素规则”还是偏向版权法上的“实质相似规则”之间摇摆不定。这使得外观设计保护的法律规定性丧失。要改变这一现状,合理的努力方向可能是同时提供两套独立的保护机制。在专利法模式下,坚持“整体相同或相似”侵权标准,向“全部要素原则”的一般侵权认定规则靠拢,使得侵权的认定结果更有预见性。这一制度安排将增加区别特征较多的外观设计的申请人寻求专利保护的成本。可以预见,设计者只会对那些区别特征较少、价值较大的外观设计寻求专利保护。

对于那些区别特征较多的外观设计,则可以从三个方向努力提供合适的保护。其一,在版权法上采用比较宽松的“实用艺术品”概念,让更多的复杂的外观设计获得版权保护。如果保护期限太长,可以设置单独的保护期限。其二,在外观设计法(专利法)上引入局部设计保护制度——当一项产品的外观设计的区别特征较多时,申请人可以选择对某些核心的设计要点申请局部外观设计。这虽然不是完美的解决方案,但是可以从一定程度上弥补现有外观设计制度存在的缺陷。其三,是一种更大胆的设想,在反不正当竞争法上引入一般性的反抄袭条款——当一项产品的外观设计的细节足够丰富、有充分的可替代性时,竞争者实质性地抄袭这

^[108] 因为它们“限制性特征多、可替代性大”,专利权利要求很难以有效定义其保护范围;即便定义了,也很容易被规避。因为依据专利模式下的严格的“全部要素规则”标准,竞争对手可以稍加改变就不相似,从而使得外观设计的保护落空。在美国著名的 *Egyptian* 案中,法院所面对的一个焦点问题是,一项外观设计有多个新颖点时,在侵权对比时,如果要求侵权方案具有所有的新颖点,则导致很多外观设计的保护目的落空。结果会出现所谓的创新点越多,越难以保护的现象。该案所暴露的问题,充分说明了外观设计的限制性特征越多,越不适宜用专利模式加以保护。 *Egyptian Goddess, Inc. v. Swisa, Inc.*, 543 F.3d 665(2008)。

^[109] 参见张广良:《外观设计的司法保护》,法律出版社2008年版,页7;吴观乐:“外观设计专利应当立足保护创新”,载程永顺主编:《外观设计专利保护实务》,法律出版社2005年版,页16—27;林柏楠:“外观设计专利若干问题研究”,载程永顺主编:《外观设计专利保护实务》,法律出版社2005年版,页48。

^[110] 参见程永顺:“外观设计专利保护的立法进步与执法探索”,《中国专利与商标》2009年第2期;应振芳:《外观设计研究》,知识产权出版社2008年版,页68。

些细节的行为将被视为不正当竞争行为。^{〔11〕} 这有点类似版权模式的保护。

当然,本文只是按照区别特征理论的指引,对外观设计制度的改革提出宏观方向,而不是要为具体制度设计建言献策。立法者沿着这一方向进行制度设计时,还需要考虑很多操作层面的问题。比如,从产业政策的角度看,引入上述一般性反抄袭条款的必要性,如何设定具体的保护期限等。进一步的讨论,已经超出本文的范围。

六、结论

“技术与艺术二分”理论强调知识产权客体的“功能性”差异,在解释知识产权确权模式选择方面,已经不能满足现代知识产权法实践的需要。知识产权学术界应该逐步修正和完善它,寻找到更具解释力的一般性理论。“区别特征”理论与传统的二分理论相结合,有望成为候选方案。通过考察功能性与区别数量特征的双重因素对于产权界定成本的影响,我们能够从日益分化因而形态各异的知识产权立法实践中找到不变的本质规律,从而避免知识产权基础理论越来越严重的“只见树木、不见森林”的技术化和碎片化趋势。

本文从“区别特征”理论所提供的视角,对于知识产权确权模式的制度差异做出新的解释,同时也对一些特殊保护立法的改革提出建议。比如,计算机程序与集成电路布图设计保护法,必要时可以将保护延伸到客体背后相对具体的技术方案;外观设计保护应当允许版权与专利模式的重叠,在专利模式下应当向传统的专利侵权认定标准靠拢,以消除法律的不确定性;在不正当竞争法上确立一般性的反抄袭条款,具有逻辑上的合理性等。除此之外,“区别特征”理论对于理解或重新解释版权法上的思想与表达二分、专利法上抽象思想不受保护、知识产权领域的双重保护等制度也可能有重要的指导意义。

本文讨论特殊保护立法的改革,更多地是为了说明“区别特征”理论的指导价值,而不是深入研究具体的特殊保护制度。因此,作者希望,即便本文对知识产权具体制度解释和特殊保护制度改革的建议不够周全,也不至于影响读者对这些解释和建议背后的“区别特征”理论的信心和兴趣。

(责任编辑:薛 军)

〔11〕 外国法上有类似的立法条款,不过通常要求整体对比,而没有将抄袭延伸到局部。比如,英国的The Copyright, Design and Patents Act of 1988就对未注册的外观设计提供此类保护。相关介绍可以参考Uma Suthersanen, *Design Law in Europe*, Sweet & Maxwell, 2000, pp.303—317。本文的建议更激进一些,认为可以考虑将保护延伸到具有独创性的局部,更加接近版权法模式。