

知识产权的善意取得

卜元石*

知识产权的善意取得是一个历来有争议、但又是知识产权领域一个边缘性话题,尽管在知识产权交易中不乏重复转让与重复授权或是无权转让、无权许可的案例。本文对知识产权善意取得中的三个问题进行了进一步探讨,即(1)知识产权本身是否可以善意取得;(2)知识产权许可是否可以善意取得;(3)知识产权是否可以无负担地善意取得。本文结论是,只有在解决了知识产权交易中登记的强制性与登记的效力问题的前提下才有可能建立知识产权善意取得制度。

关键词:知识产权;知识产权许可;善意取得

Der gutgläubige Erwerb von Immaterialgüterrechten stellt seit Langem ein umstrittenes, allerdings im Schrifttum marginalisiertes Thema dar. Gleichwohl ist seine praktische Bedeutung in China angesichts zahlreicher unbefugter Verfügungen oder Lizenzierungen von Immaterialgüterrechten nicht zu unterschätzen. Der vorliegende Beitrag untersucht drei Fragen: (1) den gutgläubigen Erwerb von Immaterialgüterrechten; (2) den gutgläubigen Erwerb von Lizenzen und (3) den lastenfremden redlichen Erwerb von Immaterialgüterrechten und kommt dabei zu dem Schluss, dass der gutgläubige Erwerb von Immaterialgüterrechten nur unter der zwingenden Voraussetzung der Publizität der Transaktionen mit Immaterialgüterrechten

* 卜元石:德国弗莱堡大学法律系教授,东亚法研究所所长。

einzuführen ist.

Key Words: Immaterialgüterrecht, Lizenzen von Immaterialgüterrechten, gutgläubiger Erwerb

一、问题的提出

知识产权的善意取得是一个历来有争议、但又被学术界所冷落的边缘性话题。不仅在这方面的中文文献寥寥无几,外文出版物中相关的讨论也并不热烈,^[1]尽管这一话题不仅涉及很多学理上有争议的问题,其现实意义也不容忽视。在中国,知识产权交易中不乏重复转让与重复授权或是无权转让、无权许可的案例便是其实践意义的例证。^[2]特别是在商标权领域,如北京市第一中级人民法院已经审理过多起非商标权人通过伪造签名或是无权代理将他人商标转让给自己,之后再转让给不知情第三人的商标行政诉讼案件。据报道,从2003年、2004年开始便出现了非法转让商标、盗卖商标的情况,而且之后有逐渐增多的趋势。^[3]为了更有效地防范此类案件的发生,减少商标转让争议,国家商标局制定并从2009年8月10日开始实施《关于申请转让商标有关问题的规定》。本文以此为契机,对知识产权善意取得中的三个问题进行进一步探讨,即(1)知识产权本身是否可以善意取得;(2)知识产权许可是否可以善意取得;(3)知识产权是否可以无负担地善意取得。在本文中,知识产权这一概念所指向的范围仅包括传统的专利权、商标权及著作权。包括植物新品种和集成电路布图设计在内的新型知识产权因其实践意义有限,本文对此不进行探讨。鉴于国内文献对于商业秘密的善意取得多有关注,本文也会相应触及这一问题。

[1] 瑞士法中相关的讨论参见:Rey, *Der Gutgläubenserwerb im Immaterialgüterrecht*, 2009;德国法中相关的讨论参见:Jänich, *Geistiges Eigentum-eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?*, 2002。

[2] 著作权领域相关报道:朱燕妮:“建立著作权善意取得制度化解权利冲突”,载 <http://www.cipnews.com.cn/showArticle.asp?Articleid=11601>, 2010年11月17日访问。

[3] 《中国工商报》2009年8月20日,《关于申请转让商标有关问题的规定》施行,非法转让商标从此难以得逞,商标局有关人士称申请注册商标重在重在使用。

二、《物权法》中善意取得制度：构架、正当化理由及不足之处

善意取得最早的法律依据是《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第89条。根据这一条,在共同共有关系存续期间,部分共有人擅自处分共有财产,如果第三人为善意、有偿取得该项财产的,法律保护其合法权益。在《物权法》生效后,善意取得制度通过《物权法》第106条、第107条和第108条的规定固定了下来。因为《物权法》的调整对象是动产与不动产,所以这三条法律规定并不直接适用于知识产权。就动产与不动产而言,善意取得必须满足四项前提——处分人无处分权、受让人善意、支付合理对价及交易行为公示的完成。在发生善意取得的情形中,法律承认善意第三人可以从无处分权人取得所有权或限制物权,同时就意味着原有权利人权利的丧失。尽管原权利人可以向无权处分人主张损害赔偿请求权,但这种法律救济能否实现,取决于原权利人是否可以找到无权处分人以及无权处分人是否具有清偿能力。因此,换句话说,如果法律不承认善意取得,善意第三人只能向无权处分人要求交易价款的返还,并承担无权处分人不具有偿还能力的风险。而法律承认善意取得时,就把这种风险转嫁给了原权利人。这种对原权利人权利的剥夺必然需要相应的正当化理由。通说认为,善意取得是为了保障交易安全性与便捷性。^[4] 如果法律不承认善意取得,那么在进行动产与不动产交易时,受让人只能通过对出让人的处分权进行详尽的调查才能确保交易的安全。因为调查费事费力,必要时,受让人必须委托专门的机构来处理或是购买相应的保险,以预防无权处分带来的风险。美国不动产交易是这方面的一个典型例证。^[5]

善意取得目前公认的理论基础是所谓的权利外观说。^[6] 占有是动产的公示手段,同时也构成了动产所有权的权利表象。对于不动产来说,登记簿上记载的内容是其权利表象。而登记簿之所以能够担当表征不动产物权存在及变动状况的功能,是因为其具有公信力。登记簿具有公信力就意味着,法律承认

[4] *Bauer/Stürner*, Sachenrecht, 18. Auflage, 2009, § 52 Rdnr. 8 ff.

[5] *Bauer/Stürner*(前注4), § 64 Rdnr. 8 ff.

[6] 参见王洪亮:“论登记公信力的相对化”,载《比较法研究》2009年第5期。

对于登记簿的完整性与正确性的推定。也就是说,登记簿所记载存在的权利都推定是确实存在的,登记簿上没有记载的权利都推定为不存在的。前者被称为登记簿的积极公示效力(positive Publizitätswirkung),后者被称为登记簿的消极公示效力(negative Publizitätswirkung)。尽管普遍认为不动产登记簿在中国具有公信力,但《物权法》从严格意义上并未明示规定公信力这两方面的内容。

中国在《物权法》起草的过程中,就善意取得的范围是限于动产还是还包括不动产,善意取得的要件中应否包含转让所依据的债权合同的有效性,以及是否要求支付合理对价这些问题曾有过激烈的争论。^[7] 这些问题随着《物权法》的出台已有定论,此处不再详述。中国《物权法》中善意取得制度区别其他国家法律的一个特色在于,善意取得的所有情形——不动产、一般动产与普通动产的所有权与限制物权的善意取得都由第106条来规范。《物权法》第106条总体上是一个成功的条款,特别在适用于不动产及一般动产所有权取得时没有过多疑问。但在涉及所有以登记为对抗要件的所有权和限制物权时,《物权法》第106条就会暴露出其明显不足。因为登记对抗主义与登记簿的公信力之间存在不可调和的矛盾。登记的对抗效力就表明了权利的存在与否不以登记为前提,因此登记簿就无法完成正确性与完整性推定的功能。登记簿反映的物权权利状态与真正的实体权利状态不一致不是一种例外,而很有可能是一种常态。所以,有观点认为适用登记对抗主义的物权权利的善意取得不应适用《物权法》第106条,而应该适用登记对抗的特有规则。^[8] 但登记对抗特有规则的具体内容是什么,学术界虽然长期以来进行了不懈的探索,但仍然没有形成公认的理论,司法判决在这方面也是相当混乱的。^[9] 因为登记对抗这一问题在知识产权善意取得的讨论中也会涉及,这里有必要花些笔墨以机动车的善意取得为例,进一步分析问题的症结所在。

根据《物权法》第23条及第24条的规定,机动车所有权的转让以交付为生

[7] 具体参见 Yuanshi Bu, *Der gutgläubige Erwerb im chinesischen Recht*, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 2009, 312 ff.

[8] 王洪亮(前注6);王利明、王轶:“动产善意取得制度研究”,载《现代法学》1997年第5期。

[9] 刘本荣:“中国船舶物权登记对抗主义的实际运行与匡正”,载《中国海商法年刊》2009年第21期。

效要件,^[10]未登记不能对抗善意第三人。第24条同样使用了“善意”这一概念,暂且不论这里的善意与第106条中善意之间的关系,需要先考察一下机动车善意取得的必要条件。首先要解决的是如何来判断受让人善意的问题。也就是说,受让人是应根据车辆登记,还是处分人对车辆的占有来认定让与人具有处分权。原则上可以认为,占有的公示效力低于登记。问题在于,车辆登记簿具有哪种公示效力。《物权法》对此问题未作具体规定。由公安部于2008年4月21日公布,2008年10月1日生效的《机动车登记规定》也未对关于登记内容的正确性推定作出规定。因此,车辆登记的积极公示效力并没有法律依据。从车辆登记的对抗效力也可以推出登记不具备积极的公示效力。登记对于车辆所有权取得而言不具有设权性效力。买受人在交付发生后登记之前,就已经取得车辆所有权。在这种情况下,出卖人虽然仍被登记为车辆所有权人,但是已经不再具有处分权。也就是说,登记的对抗性就意味着登记是非强制性的。而非强制性的登记必然导致登记簿中的登记无法一直反映物权的真实状态。

如果占有与登记均不能提供出卖人是否具有处分权的可靠信息,那么在机动车二手交易时,买受人理论上就需要对车辆权利状况进行全面的考察。即便如此,买受人可能在尽到所有注意义务的情况下仍然没有发现出卖人缺乏处分权的事实。这时,笔者认为就必须根据《物权法》第24条和第106条的规定来判断是否发生善意取得,而不能仅以机动车物权变动适用登记对抗原则而直接排除第106条的适用性。设想一下机动车善意取得可能发生的三种情形:^[11]

在第一种情形中,出卖人从所有人处借得车辆,之后将该车转卖给第三人。在此情况下,如果出卖人直接占有车辆并提供买卖合同证明其从原登记车主处受让车辆,同时可就所有关于车辆的具体细节如来源、车辆特征以及相关费用和保险的缴纳提供可靠的信息,且持有机动车行驶证,有观点认为买受人为善意。^[12]但在这种情况否定善意取得的观点更站得住脚,因为登记的车主与车辆

[10] 就机动车所有权转让是否以交付为要件,学界也存在不同观点。参见刘玉杰:“机动车物权变动公示论”,载《行政与法》2010年第5期。但因为机动车也为动产,所以动产的物权变动的一般规则理应适用于机动车。

[11] 具体参见 Yuanshi Bu,(前注7)。

[12] 雍志飞:“谈连环购车中的善意取得”,载 http://www.lawtime.cn/info/anli/jjfhctong/2006102649708_4.html,2010年11月17日访问。

的实际占有不一致,买受人应当可以预料到车辆可能不属于出卖人,出卖人并没有处分权。^[13]

在第二种情形中,车辆所有人先后签订了两份买卖合同并将车辆交付于其中一个买受人,然后将车辆过户给另外一个买受人。对于这种情形,理论界与实务界均承认已过户买受人所有权的取得。^[14]一种观点认为该所有权的取得是善意取得。^[15]另一种观点认为是从有处分权人处取得。^[16]该观点的理由是,如果登记的所有权人根据《物权法》第24条将占有转让给买受人,但未进行过户,那么该转让行为对善意第三人不发生效力。因此,出卖人对于善意第三人而言仍然是具有处分权的所有权人。车辆交付给一个买受人并不会导致车辆原所有人失去处分权。也就是说,只要没有过户,车辆原所有人仍有处分权。那么,又如何解释获得占有,但未过户的买受人对同一车辆也有处分权这一事实呢?如果买受人与出卖人都拥有处分权岂不是违背了一物一权的原则?暂且撇开这些问题,《物权法》第24条同样也要求第三人只有在善意时,才能取得所有权。但是这种善意的判断如何进行,也还没有形成统一的观点。一般说来,只有当已过户买受人对登记所有权人对于车辆已经作出处分的事实不知道也不应当知道的情形下,才可以认定为善意。那么在出卖人为登记的名义所有人,但不对车辆进行实际占有时,第三人是否要履行一定调查义务后才能肯定

[13] 未承认善意取得的案例:萧山市飞翔电子线缆实业有限公司诉南京长城三鼎经济贸易发展中心财产权属案,载 <http://vip.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=117485924>,2010年11月17日访问;刘志兵诉卢志成财产权属纠纷案,载 <http://vip.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=117530487>,2010年11月17日访问;罗小林与高强等买卖合同纠纷上诉案,载 <http://vip.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?Gid=117585516&Keyword=%B3%B5%C1%BE%20%C9%C6%D2%E2%C8%A1%B5%C3>,2010年11月17日访问。

[14] 刘爱萍:“特殊动产物权变动中的疑难问题”,载《山东审判》2008年第1期。

[15] 王森波:“机动车‘登记对抗’质疑”,载《法治研究》2010年第4期。

[16] 屈茂辉:“动产交付规则的解释与适用”,载《政法论坛》2008年第6期;王利明、王轶(前注8)。

其为善意呢?^[17] 同理,认为是善意取得的观点也很难指出已过户买受人的善意是依据登记还是依据对车辆的占有来判断。从上文的论述中我们已经看到车辆登记簿因缺乏积极公示效力,因此不能作为善意判断的基础。如果根据对车辆的占有来判断,已过户买受人甚至无法证明其为善意,因为出卖人已失去对车辆的直接占有,所以已过户买受人应该有理由怀疑登记的车主已经对车辆进行了处分。

在第三种情形中,买受人从登记所有权人手中购得车辆。而该登记所有权人已因原因行为被撤销而视为自始丧失了所有权,或者因为原因行为无效而根本从未取得所有权。理论与司法判决领域对这一案例类型鲜有论及。笔者认为,如果登记所有权人同时占有车辆,买受人对于原因行为被撤销或是无效的事实既不知道也不应当知道,那么应当认定其为善意取得。如果在第一种与第二种情形下,尽管占有与登记所表征的处分权不一致,仍然承认善意取得,那么当两个公示体所表征的处分权一致时,更没有理由否认善意取得。如果登记所有权人同时也是占有人,买受人没有理由怀疑出让人缺乏处分权,因此应当认为他不负有对于处分权的调查义务。

所以,在机动车辆善意取得中,单独的占有或是登记不足以作为善意判断的基础,必须把占有与登记这双重公示手段的一致作为判断善意的根据。如果两者(占有与登记信息)均指向同一人,那么应当认为受让人属于善意,除非他知道或者应当知道无权处分的事实。如果两种公示表征的内容发生冲突,那么应当规定受让人具有对让与人是否有处分权负有调查义务。因此,即便车辆登记簿缺乏积极公示效力,仍然可以结合占有对受让人的善意进行判断,为机动车适用善意取得扫清了学理上的障碍。尽管有观点认为,对采取登记对抗主义的动产及不动产不适用善意取得,而是通过登记的对抗性来处理,此观点却忽视了,登记的对抗性只能解决第二种情形一物二卖中的善意取得问题,而对于处理第一种与第三种情形中让与人自始无处分权的情形是无能为力的。

[17] 刘玉杰(前注10)认为没有调查义务;郝鹏飞、张国红:“机动车所有权转移标准及相关问题的研究”,载 <http://pgqfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=30&apage=3>, 2010年11月17日访问,同样也否认了调查义务,认定只要第三人信赖了登记就是善意。

三、知识产权的善意取得

现行中国法律及司法实践均不承认知识产权的善意取得。就商标权而言,《北京市高级人民法院关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》第40条明确规定:“擅自转让商标权人注册商标的行为是商标侵权行为,受让人不能因此取得商标权。受让人通过正常商业交易再将该注册商标转让给第三人并经核准公告的,第三人亦不能因此取得该商标权。”也就是说,受让人即便为善意,也必须放弃已经取得的商标权。一般认为善意取得制度只适用于物权,其他的权利如债权因为缺乏公示性无法善意取得。包括著作权、商标权与专利权在内的知识产权虽然与物权一样是一种对世权,但同样也被排除在善意取得的适用范围之外。对于商标权与专利权而言,缺乏公示性显然不是否认其善意取得的理由,因为商标权与专利权的产生和转让根据《商标法》与《专利法》都以登记为生效要件,所以主张知识产权善意取得的学者也通常认为这种公示会产生公信力,因此第三人对于商标局或专利局公告的信赖应该受到法律保护,并由此推出善意取得制度在知识产权领域是有适用余地的。^[18]但是必须认识到,这一结论并不必然成立。登记的公信力必须由法律明确赋予,且需以相应的措施来支撑。而作品著作权登记簿、商标登记簿以及专利登记簿都没有满足这两个条件。

此外,有个别观点认为,占有也可以作为知识产权归属的一种权利表征,并由此得出结论,专利申请权可以善意取得。^[19]例如,当受让人在正常市场交易中支付了合理对价、从非发明人处获取了专利申请资料时,可以认定受让人善意取得了专利申请权或是资料记载的商业秘密。这种观点在一定程度上忽视了知识产权与知识产权载体之间的关系——占有知识产权载体并不意味着占有知识产权本身。知识产权的存续是不以记载于某种媒介为前提的。因此基于占有的权利归属推定在知识产权领域是不适用的。在上文列举的例子中,因

[18] 刘期家:“商标权善意取得制度研究”,载《政治与法律》2009年第11期;徐聪颖:“浅谈商标窃权案件中的商标权归属问题——以保护消费者利益为视角所作的分析”,载《特区经济》2009年第5期。

[19] 董涛:“知识产权还需要占有制度吗?——知识产权给占有制度带来的困惑与重构”,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2009年第1期。

为商业秘密的属性,对于商业秘密的所有权不存在公示手段,在交易中受让人实际上是无法准确无误地知悉让与人究竟是否为真正权利人。也就是说,因为缺乏公示手段,受让人的善意是无所依托的,受让人的审查义务也是无法界定的。可能有人会提出这样的疑问,《反不正当竞争法》第10条第2款不追究善意第三人侵犯商业秘密的责任难道不是对商业秘密善意取得的承认吗?这里必须明确的是,第10条第2款不追究善意第三人侵犯商业秘密的责任只是免除了受让人对于商业秘密的使用、披露的侵权责任,前提是该受让人不知道或无法知道其受让的商业秘密来源是非法的,而并不是确认了该受让人已经取得商业秘密上的权利。主流观点认为,一旦商业秘密的真正权利人告知该受让人其取得的商业秘密为无权取得,该受让人的使用、披露必须受到一定的限制。^[20]

在明确了登记簿公信力产生的前提后,便可以以此来衡量中国法中关于知识产权转让程序的规定是否满足这些前提。就著作权而言,除计算机软件外,其他作品上的著作权因为精神权利的不可转让性作为整体不能转让,可转让的仅包括财产权利。著作权各项财产权利的转让根据《著作权法》第25条的规定,需要交易双方签订书面合同,合同当事人可以选择登记,但登记不是权利转让的生效要件。商标权与专利权则可以整体转让。^[21]根据《专利法》第10条的规定,专利权的转让,当事人应当订立书面合同,并向国务院专利行政部门登记,由国务院专利行政部门予以公告。值得注意的是,专利申请权或者专利权的转让自登记之日起便已经生效,而不是在公告之后。在办理专利权转让的手续时,根据《专利审查指南》的规定,交易双方必须提交转让合同的原件或经公证的复印件,如果专利权同属多个权利人,则必须提交全体权利人同意转让的声明。《商标法》第39条要求转让注册商标时,转让人和受让人应当签订转让协议,并共同向商标局提出申请。转让注册商标经核准后,予以公告。受让人

[20] 侯安琪、廖斌:“论商业秘密的善意取得”,载《社会科学》2009年第11期;彭学龙:“商业秘密善意取得与动产善意取得制度之比较”,载《政法论丛》2001年第4期。

[21] 从国家知识产权局的相关办事指南来看,至少目前专利局不承认专利权中的各项财产权利可以单独转让。有个别学者认为,法律应该允许专利权的部分转让,这里的部分转让不是某一专利上的一个或多个单独财产权利如制造权、销售权的转让,而是转让一项专利权上的份额,使受让人与出让人成为共有专利权人。具体参见吴以力:“专利权部分转让”,载《法制与社会》2010年第4期。

自公告之日起享有商标专用权。此处的规定与《专利法》第10条相比有以下不同:(1)商标权转让生效的时间为公告日,而不是登记日。(2)商标权转让需要商标局核准。笔者认为,审核的对象不应该是商标权转让的债权合同,而应为这一债权合同的履行行为。^[22]但实际上,商标局对于转让合同并不进行审查,交易双方无须向商标局提交转让合同。(3)在办理专利权转让时必须提交转让合同。商标转让与专利转让存在这些差别的原因,根据现有文献很难查寻。但有一点是明确的,正是这些差别,至少在一定程度上导致非法转让在商标领域的猖獗,而在专利领域却比较罕见。商标局在核准商标权转让时放弃对商标权转让合同的审查,无疑为非法转让提供了便利。直到2009年商标局才在《关于申请转让商标有关问题的规定》中规定,印章与签字明显不符的,转让人必须提供转让协议。

但反过来,是否承认商标登记簿的公信力就一定可以解决现有的商标无权转让的问题?这也要视情形而定。在已公布的商标非法转让案例中,利益受到侵害的商标权人或是选择起诉商标局,要求其更改商标登记,或是起诉商标最终受让人,要求其返还商标。在针对商标局的诉讼中,只有当商标权人能够证明商标局对于登记错误的产生负有过错时,法院才会支持商标权人的诉讼请求。因为商标局审查的内容仅包括转让注册商标申请书双方签名以及双方身份证明的真伪,商标局只有在本应发现伪造签名或身份证明而没有发现时才能被认定存在过错。在签名及身份证明是真实的,而转让合同是无效的情况下,商标局不存在过错,法院则会驳回商标权人的诉讼请求。此时,商标权人必须通过民事诉讼要求商标最终受让人返还商标。在日本 SEC 电梯株式会社诉酒

[22] 认定商标局审批的是债权合同,那么将无法解释商标局根本不要求交易双方提供商标转让债权合同的事实。相同观点:张亚洲:“注册商标转让中的法律要点”,载《中华商标》2007年第7期;刘永波:“注册商标转让中的法律问题”,载《中华商标》2003年第12期。这一点曾经是娃哈哈与达能商标权转让纠纷中的最有争议的一个问题。就专利权转让方面的相关讨论参见:王立梅:“论专利权转让中的负担效力和处分效力”,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2009年第1期。笔者认为,无论是商标权还是专利权转让,权利人都有可能与多个受让人签订转让合同,这些合同也都应该被认为是有效的。但只有第一个取得登记或者公告的受让人才能真正取得商标权或专利权。第一个签订商标权或专利权转让债权合同的受让人,法律地位并不优越于其他仅有债权请求权的受让人。

井建国的案件中,被告人利用作为原告在深圳设立子公司的总经理之便,将原属于日本 SEC 电梯株式会社的商标“SEC”及“铃木”无偿转让给自己。在 SEC 公司与商标局之间的行政诉讼中,SEC 败诉。最高人民法院在再审裁定书肯定了这一判决的正确,并确认了商标局对于商标权转让的核准仅限于印章和签名的真实性,对于印章是否为有权使用不作判断。^[23]当然,这一案件并不涉及善意取得的问题,因为作为受让人的酒井建国行为是出于恶意。但假如酒井建国又把商标权转让给一个不知情的第三人呢?根据前文所提及的《北京市高级人民法院关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》第 40 条的规定可以认为,只要第一手的商标权转让未经商标权人同意,之后所有的后续商标权转让都是无效的,商标权人一直都可以向最后的商标权受让人主张其返还商标的权利。最后的商标权受让人是否对受让行为履行了登记手续、是否出于善意以及是否支付合理对价对其法律地位没有任何影响。所以,商标登记簿在中国不具有公信力,第三人对于登记的信赖,法律也是不予保护的。尽管登记与之后的公告对于商标权让与产生设权性效力,但是立法者无意让商标局承担因登记错误产生的赔偿责任。所以立法者没有要求商标局像不动产登记部门一样对权属交易合同进行实质审查。商标局也反复强调自己没有能力和手段对商标转让、许可备案申请文件的真伪进行鉴定。在专利权转让方面,知识产权局的审查从表面上看应该是一种实质审查,但是专利登记簿同样不具有公信力。

四、知识产权使用或实施许可的善意取得

一般在四种情况下会提出知识产权使用或实施许可善意取得的问题。一是无权许可,二是重复许可,三是分许可,四是许可转让。无权许可与重复许可两者实际上是部分交叉的。为了叙述方便,这里无权许可是指许可人没有授予许可的权利,如非商标权人授予他人商标许可。而重复许可是指许可人本来具有授予许可的权利,但授予了彼此冲突的许可,如商标权人授予了两项时间与地域相同的独占许可。根据善意取得的一般理论,善意取得的对象必须是一种具有权利外观的对世权。债权不适用善意取得。因此,只有承认知识产权许可

[23] 酒井建国与 SEC 电梯株式会社商标纠纷案,最高人民法院再审民事裁定书,载 http://ipr.chinacourt.org/public/detail_sfws.php?id=38986,2009年9月21日访问。

人所获得权利的物权属性,才有可能承认知识产权的许可也适用善意取得。德国法通说认为独占许可人获得的是一种物权,一般许可人获得的是债权。^[24] 中国法对此还没有形成一致的观点。^[25] 即便承认独占许可是物权,承认其善意取得也同样要求权利登记簿具有公信力。这也就要求权利登记簿不仅要记载权利归属,还要记载权利上的负担。这种权利上的负担应该包括使用或实施许可在内,否则,登记簿就是不完整的,被许可人是否为善意就无从判断。因为只有当许可的登记是强制性的,许可人为登记簿上记载的权利人且不存在与将要授予的许可相冲突的先许可时,才能认定被许可人的善意。所以知识产权许可的善意取得类似于限制物权的善意取得,必须建立在许可登记的强制性基础上。在这方面,《商标法》与《专利法》虽然均提供了许可合同备案的可能性,但问题在于,一方面许可备案并不是强制性的,主要体现在不备案的许可合同不影响其效力,另一方面备案的效力并不明确。这体现在,如果商标权人或是专利权人先后授予他人以彼此冲突的许可,哪个许可有效? 其有效是建立在备案的前提下,还是取决于授权的时间先后? 对此,中国法律缺乏明晰的法律规则。

就专利许可而言,法律根本没有对备案的效力做出相应规定。因此,可以认为备案对于专利许可的效力没有任何影响。彼此冲突的许可的效力仅应根据授权的先后来判断。如果专利权利人先授予了一项一般许可,之后又授予了一项独占许可,该一般许可仍然有效,独占许可的被许可人可以主张该许可存在权利瑕疵。如果专利权人先授予了一项独占许可,之后又授予了一项一般许可或一项独占许可,可以认为在先独占许可仍然有效,在后许可合同无法履行,因为在授予了第一个独占许可后,专利权人就失去了授予第二个独占许可所需要的处分权。

就商标许可而言,《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第19条规定,没有备案的许可,不能对抗善意第三人。但如何理解备案的对抗效力,就像在机动车所有权取得问题上一样还存在一些疑问。其中最关键的问题是“善意第三人”到底包括哪些人。如果认为善意第三人包

[24] *Kraßer, Verfügung und Verpflichtung im Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 1973, 233 ff.*

[25] *Yuanshi Bu, Das chinesische Patent- und Know-how-Lizenzvertragsrecht, GRUR Int. 2009, 808 m. w. N.*

括其他被许可人,可以得出结论,如果一项在前的独占性许可没有备案,那么当一个善意第三人取得独占性许可并备案后,在前的独占性许可就会消灭。^[26] 如果后授予的许可是已经备案的一般许可,先授予的许可是没有备案的独占许可,则二者可以并存。如果认为“第三人”的范围仅限于商标受让人或商标质押权人等物权的取得人,而不包括被许可人,那么备案对于一项许可在再次授权许可情况下的存续不产生影响。也就是说,第 19 条不适用于重复许可的情形。在实践中曾经有未备案的在先独占许可人根据《商标使用许可合同备案管理办法》第 16 条要求商标局撤销在后已备案的独占许可的备案。^[27] 其理由是,因为商标权人已经授予了一项独占许可,再授予另外一项与之冲突的独占许可是一种不正当行为,而通过不正当手段获得的备案可以根据第 16 条撤销。这种理解与专利法中对于备案的处理统一起来,即备案对于许可的效力没有影响。司法实践在商标备案效力方面并不一致,这两种观点都被采纳。^[28]

中国《合同法》不承认被许可人可以不经许可人同意进行分许可或将许可转让他人的权利,所以在第三种和第四种情形中,根据中国法是不可能产生善意取得的。因为分许可中的被许可人及转让许可的受让人即便事实上信赖分许可中许可人或转让许可的让与人有权进行分许可或转让许可,但这种信赖只是源于对法律规定的不了解,所以不被保护。换句话说,分许可与许可转让中不可能存在法律保护的善意第三人。

五、知识产权的无负担善意取得

根据《物权法》,在著作权、商标权与专利权上可以设立的具有物权效力的负担仅包括质权。在德国法中还可以设定用益权(Nießbrauch)。此外,也可以考虑把知识产权上存在的许可视为一种广义上的负担,尽管无负担的善意取得中的负担根据《物权法》第 108 条仅是指其他物权。有观点认为,如果承认商标的善意取得,那么善意取得的商标权一定是无负担的,也就是说,善意取得人没

[26] 这一结果与欧洲外观设计法上的规定一致。

[27] 何芳:“商标使用许可合同备案的提前终止”,载《中华商标》1999 年第 4 期。

[28] 祝建军、汪洪:“商标许可实施纠纷之类型化分析”,载《中华商标》2007 年第 8 期。

有义务承继原商标权人对被许可人所承担的合同义务。^[29] 这种认识笔者认为值得商榷。我们首先考察如果商标权是从权利人处受让而来,受让人是否必须要承担原合同中商标权人所负义务,之后再考察善意取得时是否存在差别。这里涉及一个所谓“权利继受保护(Sukzessionsschutz)”的概念。权利继受保护是指当某项知识产权转让时或者知识产权人授予一项新的许可时,在此之前所授予的许可对受让人或新被许可人是否依然有效的问题。^[30] 这一问题又可分为知识产权转让与授予新许可两种情形。因为无负担取得不涉及第二种情形,这里就不再继续探讨。

对于第一种情形,我国法律在商标与专利领域均有相关的规定。根据《专利实施许可合同备案管理办法》第23条,“正在履行的专利合同发生专利权转移的,对原专利合同不发生效力。当事人另有约定的除外”,可以认为专利许可在专利转让时适用权利继受保护,而且从第23条的表述可以看出,这种保护不以许可合同备案为前提。根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第20条的规定:“注册商标的转让不影响转让前已经生效的商标使用许可合同的效力,但商标使用许可合同另有约定的除外”,可以认为商标许可在商标转让时同样适用权利继受保护,这种保护同样不以许可合同备案为前提。但是这种理解又与前文所述的该司法解释第19条关于备案的对抗效力的规定发生冲突,因为商标的受让人也可以被理解为是第19条意义上的善意第三人。也就是说,如果商标许可合同没有备案,对于商标受让人而言,根据第19条该许可是不发生效力的,根据第20条则发生效力。因此为了协调第19条与第20条,可以认定商标转让时的商标许可的继受保护以商标许可备案为前提,除非商标受让人明知或应知该许可的存在。

也就是说,根据中国法,在知识产权有权转让时,一般是承认许可合同受到权利继受保护的。那么许可的继受保护是否应该同样适用于善意取得的情形?

[29] 刘期家:“商标权善意取得制度研究”,载《政治与法律》2009年第11期;徐聪颖:“浅谈商标窃权案件中的商标权归属问题——以保护消费者利益为视角所作的分析”,载《特区经济》2009年第5期。

[30] 刘期家(前注18)认为,为了保护被许可人的利益,应该要求转让应有被许可人同意。但这一观点既没有法律依据,也不符合实践。是对许可人权利的极大限制,这种限制就像要求买卖房屋时要求房屋所有人必须得到现有租客同意一样没有任何正当性。

这里可以考虑类比适用《物权法》第108条,即如果善意受让人知道或应该知道物上的负担时,该负担同样适用于受让人。如果超越现有法律规定,可以认为更为合理的模式应该要求许可的权利继受保护以公示为前提。首先这一要求对于被许可人而言并不过分^[31]——既然被许可人要对第三人主张权利继受保护,他就应该为公众提供机会了解其许可的存在,以便他人在法律交易中做出相应的安排。反之,不以登记公示为前提的许可继受保护,必然是以牺牲受让人与在后的被许可人的利益为代价的,因为二者无法通过公共渠道获知关于此保护权所涉许可权的信息。

六、结 论

我们可以得出的第一个结论是:与德国等商标权、专利权转让不要求登记为生效前提的国家相比,中国目前的法律规定距离允许知识产权的善意取得只有一步之遥。与承认善意取得的不动产转让相比,商标权转让中缺乏的仅是对登记簿公信力的赋予。而这一点不构成一个学理和规范上的障碍,而是一个必须由立法者作出选择利益衡量的问题。如果立法者认为有必要承认商标权与专利权善意取得,可以明确要求商标局与知识产权局对转让行为的内容进行实质性审查,同时赋予商标登记簿与专利登记簿以公信力。为了保障登记簿的公信力,必须对登记内容与登记人的权限进行严格审查,尽量避免登记错误的发生,以减少登记机关承担的赔偿责任。但目前相关的讨论还不足以提供令人信服的理由让人相信引入这些措施是必要的。特别是如果考虑到在德国商标权与专利权的转让甚至都无须登记,登记只有宣示性效力,登记簿上的名义权利人与实体法上的真正权利人极有可能是不一致的,也就是说,权利交易时根本不能信赖登记,也没有在实践中造成太多问题。对于著作权而言,因为权利的产生与流转不以登记为前提,公众无法了解权利归属,所以与建立善意取得制度的差距更远。但目前文献中关于确立著作权公示制度的呼声逐渐增加。^[32]

对于知识产权许可的善意取得问题,中国法律首先必须要解决是否要求强制登记以及登记的效力问题。专利许可与商标许可目前都存在备案制度,但至

[31] Hilty, Lizenzvertragsrecht, 2001, S. 318 f.

[32] 向高飞:“试论著作权的善意取得”,载《法制与社会》2008年第5期。

少在商标交易实务领域,把备案作为一种强制性规定确定下来似乎与国际上的发展趋势不符。实务界出于保密性与节省交易费用的考虑,一般都对商标许可备案制度持怀疑和否定的态度。这种态度在 WIPO 关于商标许可的联合建议以及新近生效的《商标法新加坡条约》中可见一斑。《新加坡条约》第 17 条规定,任何缔约方不得就向商标主管机关申请使用许可备案另行规定其他要求,尤其不得要求提供:被许可商标的注册证、使用许可合同或其译本、关于使用许可合同中财务条款的说明。第 19 条规定,凡缔约方法律规定被许可人享有参与注册持有人提起的商标侵权诉讼,或通过此种诉讼从对被许可商标的侵权中获得损害赔偿的权利的,不得再将使用许可备案作为被许可人享有该权利的条件。该条第 3 款还规定,凡缔约方法律规定在涉及商标确权、维持或执法的诉讼程序中,被许可人对商标的使用可以视同为注册持有人对该商标的使用的,不得再将使用许可备案作为视同使用的条件。

许可登记的一个重要作用在于平衡知识产权所有人、知识产权受让人以及多个被许可人的利益。因为知识产权的无体性,知识产权所有人理论上可以给予多个许可,多个许可之间可能发生冲突,而知识产权受让人和后许可人在先许可无须登记的情况下,无法了解、防御这种风险。著作权、专利或商标被许可人完全可能在为使用作品、实施专利、推广商标已进行大量投资后,发现自己的许可与在先许可冲突而无效。在这种情况下,无效许可的被许可人对许可所有人的损害赔偿请求权往往只是次优选择。^[33]当然对许可进行备案会产生附加的交易成本,但这种成本的支出并非毫无意义,其目的是保证知识产权交易的便捷性与安全性。尽管在知识经济中,知识产权的价值完全不逊于不动产的价值,相比在不动产交易中,为什么人们可以为了达到这两个目标忍受对于交易模式方面意思自治的限制,承担额外的因登记产生的交易费用,而在知识产权中,就不存在这种意愿呢?一方面,可能源于交易习惯;另一方面,是对登记机关行使公权力的不信任和排斥。无论是机动车登记还是商标备案都被人诟病为公权力对私权的干预。^[34]讨论这种干预对于市场交易是否起到积极作用,在

[33] Forkel, Zur dinglichen Wirkung einfacher Lizenzen, NJW 1983, 1768; Kraßer, Die Wirkung der einfachen Patentlizenzen, GRUR Int. 1983, 545.

[34] 夏扬、薛源:“加入新加坡条约对我国商标法修改的影响”,载《华东经济管理》2009年第12期。

一片批判声中,显得不合时宜。

为了保证交易安全,备案必须规定为强制性,否则就不能保证登记的完整性,而不完整的登记就不可能具有公信力。而中国法上目前的处理模式是一种最不可取的选择,既不能保证交易安全也不能提高交易效率。因为专利许可备案的效力没有规定,商标许可备案虽然有所规定,但备案的所谓对抗效力意义不明,备案并未给当事人带来额外的好处,只是给当事人增加不必要的负担。如要改变这种状况,必须要明确备案的效力。如果坚持备案的对抗效力,则必须立法澄清对抗效力的含义。值得注意的是,登记对抗主义虽然强调的是当事人意思自治,将是否登记的选择权留给了当事人,但是立法者同时通过其他手段鼓励登记,因为登记的效益是与其完整性成正比的。登记对抗主义并非像一些批判者所认为的一无是处,^[35]或是无法与登记生效主义并存,^[36]但是,如果要发挥作用,必须配以明晰的规则。

知识产权的无体性允许知识产权理论上可以同时为多数人使用,那么,是否在善意取得的问题上同样可以另辟蹊径?有观点认为,在解决商标无权转让中的权属冲突时,可以在法律规定商标权仍归属于失权人一方的同时,允许善意受让人继续在原有商品类别上对商标加以利用,前提是受让人通过合法交易受让了商标,并对该商标的使用已经具有了一定的市场知名度。为了避免混淆,可以要求受让人在使用商标时标明具体的厂家名称并附加适当的区别标志。这种看法无疑非常具有创新性,并且突破了现有物权法的框架,具有很强的衡平色彩,完全有可能在无权转让个案中为利益冲突各方提供更为合理的解决办法;在此基础上要建立起一项普遍适用于知识产权的善意取得制度,这一问题的可能性亟待研究。

[35] 王森波(前注15)“……动产登记对抗主义是一个在理论上不能自治,在司法实践中无适用余地的奢侈而空洞的物权变动规则……”

[36] 李永军、肖思婷:“我国《物权法》登记对抗与登记生效模式并存思考”,载《北方法学》2010年第3期。