

“知识产权与司法”交叉 领域研究的三个机缘

——特集导读

张陈果*

晚近法解释学的基本预设之一,是法律科学在最佳状态下,应当拥有一个相对稳定、平和且自我生发的土壤——制度铺设与规范解释应基于法学理论与案例研究本身,而不应受制于政策导向、国际时政等似与法学无关的外部因素。不过,真空实验室内或者原始生态中发生的法律科学,至多作为一种理想的模型。我们所处时代的法律制定、法律解释和法学研究,无不受制于特定社会环境、人文思潮与国际时政的影响。真诚的理论研究者,即使在学术旨趣上追求纯粹的知识性乐趣,也似乎不能罔顾——之所以是这个理论而不是别的理论在此时此地出现在特定话语空间,并有诸多推动力作用其上,是因为背后有多重机缘相互做功。知识产权法、司法制度与诉讼法研究的耦合,或许是验证上述猜想的一个较为难得的实验场。这一“交叉”领域乍看十分“小众”,却可能是对某个早已经纵横的场域以另一种视角来切入而已。在着力于知识产权法与诉讼法学理论建设之余,对这一领域的探索倘能从特定角度为贸易谈判等时下紧要的关口做出智识上的贡献,也颇符合本次特集的初衷。即,理论探讨和政策制定,都在这一交叉研究的视野之内。为此,我们荣幸邀请到海峡两岸暨香港等在不同法律文化背景下成长、又有全球各地留学与工作经历的六位学人,写下他们对这一交叉领域的发现、思考与追问。其上展现的解释适用法律的不同进路与思维理路,以及我们所能看到的——诉讼法学特定理论和制度的勃兴与知识产权法司法实践之间的互动,似乎都超出了学科交叉本身的意义,而甚至于在方法论和智识论上也颇富启发。刘孔中老师撰文专论我国台湾地区知识产权法律适用近年最有争议的几个热点问题,对我们如何开启这个话题具有启发的意义。这不仅因为台湾地区是大陆民法、民事诉讼法理论制度最初的学习对象,而且在知识产权法的法律解释、法律适用与法律续造中,当地司法机关也经历了与大陆颇有可比性的难题,使其成为一个极有参看价值的样板。诚如作者所书:诸如“作品的原创性”等知识产权法的许多原则性问题“并无举世皆然的标准”。司法解释适用知识产权法的“取舍之道”,“一是依据知识产权的一般理论、贯通知识产权法整体,形成属于知识产权法的体系思维;二是依据各国所处发展阶段的需要,而不是某

* 上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。

个世界标准或绝对标准”。这种认识且秉承路径的分疏,在精神上却探寻认识世界、解释世界之普遍真理的矛盾与统一,也构成知识产权法学乃至法学本身平衡与发展的一种哲思。

本集四篇文章,以及未来将要刊出的《中美学人知识产权与司法对谈录》,映照“知识产权与司法问题”这一交叉领域上海海峡两岸暨香港学人的洞见,以及中美学者之间的观点交锋。特集本身,也和作为其话语对象的题目一样,背后蕴含三重机缘,以下简陈。

一、知识产权司法保护成为国际时政焦点

知识产权的救济和保护成为知识产权法学和诉讼法学研究理论进展的支点之一,是受到国际时政大背景的影响,肇始于21世纪初我国加入《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)。TRIPS和此前其他知识产权相关国际公约(例如《伯尔尼公约》)相比,最为突出之处,在于它规定成员国当在其国内法中规定知识产权受到侵害时的救济措施,“司法保护”更是重点。TRIPS规定了“临时禁令”等通常大陆法系国家在民事诉讼法中才予以规定的具体制度。约二十年前,“临时禁令”制度在我国的诉讼法学理论研究中尚处于相当边缘的地位;尽管写进了民事诉讼法,但相关法条予以适用的机会却寥寥无几。在我国的民事诉讼法中,“临时禁令”的对应概念,是“财产保全”“行为保全”“先予执行”。这些术语倘若直接翻译为英语,并非一眼即可识别的、英美法系学者所一定熟知的概念。此类术语原本也并非汉语的本土语汇,大抵是早年翻译自德日民事诉讼法教科书,或是受到我国台湾地区诉讼法学概念体系的影响而来。最近几年,随着贸易摩擦升级为科技战的趋势出现,临时禁令制度不仅频频在知识产权诉讼中被作为攻防武器来使用,而且在标准必要专利(standard essential patent)相关的诉讼中还产生专利权人使用此种诉讼手段是否属于权利滥用、是否构成垄断的争议。由此,知识产权诉讼临时禁令制度研究迅速吸收了一批新的研究力量。与之相应,民事诉讼法学研究日益聚焦临时禁令等诉中程序的理论研究,著述和论文也日益丰硕,可以视为诉讼法学研究受到知识产权保护实践反哺的一个例证。崔国斌老师撰文从“证明责任”这一堪称“诉讼法学皇冠上的钻石理论”展开论述,所涉议题着眼于2020年《中美贸易协议》谈判中最有争议也最为敏感的商业秘密诉讼证明责任问题,可谓知识产权学人受时代感召而不吝在交叉领域思考并发声的担当。文章从源自德国法学家罗森贝格经典著作的“证明责任”及其分配的理论入手,介评我国诉讼法学对此形成的通说;但又不拘泥于传统大陆法系国家的理论分析模式,从第二部分开始,转而运用法经济学分析范式,将整个商业秘密诉讼设定为一个时间、概率与成本的经济分析场域,以实用主义的“计算”分析证明责任的分配,讨论证明标准的应然,与文章开篇的理论部分相呼应。相信在诉讼法学领域论述证明责任的诸多著述中,两种进路并用,并交错大量案例辅以论证特定诉讼中证明责任分配问题的,并不多见。我国民事诉讼法学研究开始转向法教义学模式,是最近几年才逐渐形成共识的事。诉讼法学的法教义学进路,较之于民法的法教义学,常常苦于寻找并整理恰当的案例——这并非易事。这要求诉讼法学者不拘泥于程序法这一个领域,而应在实体法部分也有所造诣——可以提炼案例,并将其与诉讼法学理论的研究两相交织,步步推进。从这个意义上讲,崔国斌老师的文章甚至可以被视为法教义学发展的观察者和批判者对诉讼法学理论采用另一种教义学分析进路的尝试,值得细读。

二、知识产权法研究突破文本局限、聚焦“活的法律”

约二十年前,依照入世承诺,我国在知识产权领域进行的立法、修法,已成往事,近两年已不再

是引人关注的焦点问题。相反,司法制度与诉讼程序是否能为权利人提供切实有效的保护,则成为至为关键的议题。李治安与刘静雯两位作者“由普通法系观点论对商业秘密和机密信息的保护”,相信也源自时政大局对法律人内心的召唤。文章从一个中美双方极具争议、或陷入“鸡同鸭讲”的困局出发,仍旧立足于司法,爬梳“对方”的法律土壤与法律思维对争议标的的解决之道,不仅展现了作者研究普通法的功力,也为当下我国的决策者与外交官提供了知识储备和思维转换能力上的支持,堪称担当。

本轮中美贸易战开启之前的若干年,美国贸易代表(USTR)隔年发布的第三国知识产权保护状况 301 报告,对所有贸易伙伴的知识产权司法保护状况予以详细评级,将我国长期列为重点关注对象。301 报告是美国对其他国家是否发起贸易制裁、是否启用 WTO 争端解决程序的重要依据,某种程度上也常常是以法律形式写就的口实。最近四年的报告对我国论断的部分,不仅涉及知识产权相关的司法独立、诉讼效率、诉讼费用,还涉及损害赔偿计算、临时禁令获取的难易、证据等诸多司法制度运行的细节。“无救济不权利”——全球市场开拓进程中,与技术转移息息相关的,是目标国家对知识产权保护实效的制度安排。市场开拓者和投资者关注其权利受到损害或有遭受侵害之虞时,一国的司法系统与行政执法机关是否能妥善应对、有效处理、公平补偿。入世初期,学者们常常论及“行政与司法双轨制保护”的中国特色。不过,知识产权保护落脚于以审判程序为中心的司法保护而逐步取代运动式突击的行政执法,在当下和未来都成为我们努力的方向。此上形成的共识,通过近几年知识产权法院体系建设上稳进改革以及知识产权审判人事上集中我国法律智慧中坚力量的部署,已经可见一斑。我们知道,知识产权司法保护受地域原则(principle of territoriality)的统辖。知识产权在哪国受到侵害,就应由当地的执法和司法机关予以决断、衡量与救济。涉及知识产权保护议题的多边贸易协定、双边贸易谈判和国际政治的各个场合,都已经将一国的诉讼制度、司法的公正程度、权利救济的效率,囊括为考察对象和谈判内容。不论我们是否已经留意到这一点,知识产权司法保护的好坏,都不再仅仅是某一学科建设的关注点——而是借由与世界贸易体系的勾连,事关一国是否卷入贸易争端甚至是否遭遇无理制裁的国际时政要义。与之相应,知识产权法研究不再,也不能再局限于法律文本的翻译和解释,而是必须回归到“活的法律”(law in action),即“动态的知识产权法”。此即知识产权研究突破文本局限、聚焦“活的法律”的第一层意思。

知识产权与司法聚焦“活的法律”的第二层意思,是指“运行中的知识产权法”为制定法赋予新的生命。“法律文本一经写就即已经死去,它们复活的时候只在法官的口中。”最新一轮著作权法修订耗时数年,争议颇巨。大量尚未成熟到可以达成文本共识的疑难问题,是通过司法的关照与法官智慧的贡献予以解决的。我国著作权法的整体框架秉承《伯尔尼公约》奠基的基本精神,例如关于著作人身权的基本内涵、著作权权利限制与例外清单的封闭模式,迄今已有一百余年。时至今日,诸多规范在司法运行中不时遭遇争议,实际涉及成文于彼时社会经济土壤的“旧规则”,与新科技、新业态之下的“新事实”之间如何缝合的难题。其所涉产业利益又巨,常常成为引起公众关注的焦点。知识产权司法在一种自下而上的,或许变动不居又各地不同的、仍需探寻其整合方式与共生逻辑的发展态势中,为法学研究提供了极富生命力的土壤。我国学者近十年倡导的案例研究、指导案例研究,以及法学方法论的改革,如借用到此一交叉领域的研究,极富施展空间。因为如我们所知,知识产权诉讼是最近十几年民商经济诉讼中案例积累最丰厚、理论争议也最丰富的部分。谢晴川、何天翔两位作者从一个典型且极具争议的判决出发,探讨著作权法中的作者权利权能范围及相关冲突这一经典问题,是法教义学研究的一种典型进路,为这一类型的研究开阔了视野。

司法是活的法律,不仅通过“解释与续造”赋予知识产权制定法以新的活力,而且在不断修订的文本尚未“再次”成形的“间隔期”(事实上我们似乎一直处于这样的“间隔期”),已经在为其“催生”,抑或以另外一种形态的存在代替其发挥功用。如果局限于法律文本本身,那无疑是罔顾了法律“行走”的实效与功用,“见木不见林”。相反,关注知识产权的司法适用则会受到不同的启发。无论哪个法系,也无论哪种法律文化,上述断言概莫能外。如李治安老师文中所述:“美国贸易代表不时批评中国对商业秘密保护不足的原因在于欠缺一套独立的商业秘密法。然而相较于我国以反不正当竞争法这一成文法方式保护商业秘密的做法,许多普通法系法域甚至并无商业秘密成文法,但这并不表示这些法域对商业秘密的保护不足,相反地,法院用衡平法的方式为商业秘密提供周延的保护。由此可见,商业秘密保护的强度与是否有商业秘密独立立法并无直接关联,而相较于立法而言,司法在商业秘密的保护中,常常扮演了更关键的角色。”

三、知识产权司法与诉讼法理论研究的互动

知识产权与司法交叉领域研究的第三个机缘,是民事诉讼法学研究的迅速成长。民事诉讼法学或者程序法学的基本理论问题,其中有很多与刑事诉讼法学和行政诉讼法学的研究具有共通性而体现其指导性。随着一代代学人留学归来,近十年来民事诉讼法学渐入法教义学研究的佳境。对于诉讼标的、既判力、证明责任等经典诉讼法学理论问题,近五年来产生了一批重量级的论文。这些研究,对于司法实务问题——例如识别当事人、避免重复起诉、促进程序公正与效率,提供了日益丰富的理论资源。尽管大多数学者倾向于从理论分析本身探讨这些议题,以保持论述的周延性和完成度——但值得注意的是,知识产权诉讼大可得益于这些经典理论问题的探索。崔国斌老师的文章即是此种尝试的先行范例。期待有更多的知识产权学人与实务工作人员重视诉讼法经典理论蓬勃发展的契机,以此浇灌实践之树。反之,诉讼法学理论研究大可参看知识产权领域的诸多案例。因为后者不仅数量丰富,而且如前所述,常常折射出时代对诉讼法学研究的感召。

值得关注的是,立足数据分析的经验研究(empirical research)在我国似乎已成滥觞之势。以知识产权诉讼为研究对象的零星的实证研究,已经出现在大家的视野中。知识产权诉讼为这类研究提供了大量数据,可以说是实证研究的最佳的试验田。而实证研究所得出的结果,在时政问题的交锋中要拿出真凭实据时,也最客观、最具说服力。期待这一研究方向上,未来五年至十年,能有更加稳健的研究成果出现。