

法治理念下自主知识产权认证制度建设研究

于兆波

(北京理工大学 法学院,北京 100081)

摘要:自主知识产权是带有中国特色的概念,要合理适用现有法治资源,通过认证制度检视自主知识产权。自主知识产权具有3个特性:一是能够自主,二是要有影响,三是不受限制。自主知识产权认证制度的优越性主要表现在以下几个方面:评价主体的多元性而非单一性;评价氛围的社会性而非政府性;认证机构的第三方性,更能体现公平公正;认证制度的内需性,更能为消费者所接受。政府不能成为自主知识产权认证的主体。自主知识产权认证的基本原则是认证自愿原则,认证规则是吸收更多利益主体参与,强调专家学者的作用。

关键词:自主知识产权;自主知识产权认证;第三方认证机构;认证制度

DOI:10.6049/kjbydc.2012020606

中图分类号:D923.4

文献标识码:A

文章编号:1001-7348(2013)04-0107-05

0 引言

在依法治国、建设社会主义法治国家的大背景下,借助现有法治理念,用足、用好、用活现行法律法规,必定会大大推进自主知识产权理论与实践的深化。2003年,《中华人民共和国认证认可条例》(以下简称《认证认可条例》)提供了现有路径——在法治基础上,通过认证制度明确自主知识产权。

1 自主知识产权解读

自主知识产权的概念带有中国特色,是由中国创造和发明、表达中国人诉求、适合在中国境内适用的概念。某些研究者认为,自主知识产权并非一个约定俗成的法律概念,而是同时承载了法律、经济、政治、民族感情和抱负等多种因素的新造概念^[1],其英文为 Independent Intellectual Property。从字面上讲,自主知识产权中的自主就是自己做主的意思,英文为 self-relied 或 self-controlled,即自我依赖、自我控制,不受他人干涉。所谓不受他人干涉,是仅仅从用益或处分该项知识产权权利的角度来讲的。也有研究者主张不将自主知识产权的自主翻译为 independent,因为 independent 是独立的意思,强调与其它事物无关^[2]。事实上,一项知识产权客体极有可能与另一项知识产权客体相关,它们必须联合使用才能产生效益。

在国际背景下,自主知识产权表明了我国走向现代化的决心,要自主而不再受制于人;也表明了我国成为世界知识产权强国的雄心,要为世界文明作出自己的贡献。从这一意义上讲,自主知识产权可称为内生知识产权,内生于我国需要,用于解决我国实际问题,而非只是简单模仿别国成功经验,更不是外力强加的结果,而是处于主动出击状态,要表达自立和自强的诉求。

从创造者角度来看,自主知识产权强调出身,强调国产,要由我国人或我国组织创造。自主知识产权的主体必须是我国人或我国组织。从这一意义上讲,自主知识产权也可称为国产知识产权,与国外知识产权(由外国人或外国组织创造)相对应。

2 自主知识产权概念界定

当前,我国官方机构对自主知识产权概念进行了初步界定。2000年,科技部发布了《高科技产业自主知识产权认定指南》(以下简称《指南》),对自主知识产权进行了如下界定:“自主知识产权是由中国自然人、法人或非法人单位主导研究开发、设计而创作形成的,并由其依法自主享有实现该技术权益的知识产权。申请人在从中国其他自然人、法人或非法人单位处继受取得自主知识产权的基础上进行二次开发而形成的知识产权视为自主知识产权。”该定义强调了自主知识产权

收稿日期:2012-04-25

基金项目:北京理工大学“北京市与中央在京高校共建项目”(3230037031101)

作者简介:于兆波(1971—),男,山东莱阳人,博士,中国政法大学行政法专业法学博士后,北京理工大学法学院副教授、硕士生导师,研究方向为法理学、科技法学和立法学。

的国产化:要么直接出自我国个人或我国组织,要么间接在我国知识产权的基础上进行二次开发,它主要是从国产知识产权与国外知识产权相对应的角度加以界定的。

近年来,学术界对自主知识产权的界定与官方基本一致。《科学发展观百科辞典》认为,自主知识产权亦称自有知识产权,一般是指与非自主知识产权相对应的,在一国疆域范围内,由本国公民、企业法人或非法人机构作为知识产权的权利主体,对其自主研制、开发、生产的知识产品(如计算机软硬件、网络信息产品等)及获得许可购买他国或他人专利、专有技术、商标、软件等所享有的一种专有权利^[3]。另有研究者^[1]从法解释学的角度对自主知识产权进行了如下界定:“自主知识产权是由中国人(自然人、法人)最终控制的知识产权,它包括中国国民控股的企业所拥有的知识产权,主要有专利权、非专利技术、著作权、商标权和植物新品种等。”

2002年,党的十六大报告第一次向全党全国发出了开发和制造自主知识产权的号召,表明了实现中华民族伟大复兴、建设创新型国家的决心。2008年,我国发布了《国家知识产权战略纲要》,其中有5处涉及自主知识产权:①在序言中提到,“从总体上看,我国知识产权制度仍不完善,自主知识产权水平和拥有量尚不能满足经济社会发展的需要”;②在战略目标上,要使“自主知识产权的水平 and 拥有量能够有效支撑创新型国家建设”,近五年的目标是使“自主知识产权水平大幅度提高”;③在战略重点中,要“选择若干重点领域,形成一批核心自主知识产权和技术标准”;④在专项任务中,要“在武器装备关键技术和军民结合高新技术领域形成一批自主知识产权”;⑤在战略措施上,要“建立以企业为主体、市场为导向、产学研相结合的自主知识产权创造体系,支持企业通过原始创新、集成创新和引进消化吸收再创新形成自主知识产权,扶持符合经济社会发展需要的自主知识产权创造与产业化项目”。

此外,2006年12月,国家科技部、国家发展和改革委员会、财政部联合发布了《国家自主创新产品认定管理办法(试行)》,其中第4条第2项对自主知识产权作了如下界定:①产品具有自主知识产权是指申请单位经过其主导的技术创新活动,在我国依法拥有知识产权所有权,或依法通过受让取得的中国企业、事业单位或公民在我国依法拥有知识产权的所有权或使用权。2009年9月,国家科技部发布了《国家自主创新产品申报说明(2009年度)》,重申了之前对自主知识产权的界定。这次界定在总结经验的基础上,又加了不受限制性的内容。同时,申报单位对知识产权的使用、处置和二次开发不受境外他人的限制。理解自主知识产权的定义,需注意自主知识产权不同于通常所说的知识产权,它更注重功能作用,强调外部表现。而通常所说的

知识产权,更注重确定权利归属,强调分清权利义务。因此,自主知识产权能发挥何种作用,具有何种功能,其外部表现如何,社会议论又怎样,只能通过社会评价、社会承认和社会接受等途径来确定。相反,通常所说的作为一种权利的知识产权,更注重权利到底归谁所有,在产权确定的基础上,权利人可以进行占有、使用、收益和处分等行为,在权利归属出现争议时,可最终由法院确权;②知识产权是私权,而自主知识产权应属于公权。在法律领域,知识产权属于民商法的研究对象,强调主体之间的平等,着重于主体之间的双方面性,涉及平等主体之间的财产关系,因而可以买卖、担保和入股。而自主知识产权属于行政法的研究对象,强调主体之间的不平等,着重于行为主体的单方面性,涉及不平等主体之间的调整与被调整、信任与不信任关系,因而可以进行第三方评价、税收减免和政府采购。

3 自主知识产权特性分析

3.1 自主性

自主知识产权重在享有控制权,能够自主。所谓自主,按照《现代汉语辞典》的解释,是指自己作主^[4]。更深一步讲,自主知识产权看上去自己作主,实际上并非只是事关自身,而是从与他权(他物、他人)关系中得出的概念,能够控制他权(他物、他人),而不被他权(他物、他人)所控制。如果某一知识产权离开其它知识产权依然能独立存在,并能充分发挥其在经济生活和社会生活中的作用,则表明其具有自主性,可称为自主知识产权;如果某一知识产权离开其它知识产权不能发挥作用,则表明其具有依赖性,则必然不能被称为自主知识产权。

3.2 影响性

相对于其它知识产权而言,自主知识产权必须要有影响力、支配力和决定力。在诸多知识产权中,自主知识产权居于核心地位,发挥主导作用,因而可以做到自我作主,使他人(权)受制于自主知识产权。因此,如果说自主知识产权属于主权(主要权利),那么受其影响与节制的其它权利则属于从权(从属权利)。

3.3 不受限制性

如果说自主知识产权的自主性侧重于从正面解读自主知识产权,那么不受限制性则主要从反面来解读自主知识产权。不受限制性主要表现在:作为自主知识产权根基的知识产权本身不存在争议、未过有效期(在有效期之内);对知识产权的二次开发、深层次使用不受他人限制,特别是对知识产权的自由处置行为(进行许可、转让等)不受他人限制。法律意义上自主知识产权的不受限制性是指在占有权、使用权、收益权和处分权等诸多权利中能够全面自主,没有争议,不受限

制。

4 自主知识产权认证

根据《认证认可条例》的立法精神,尤其是第2条对认证所下的定义,从理论上讲,所谓认证就是依法成立的社会机构依据标准进行评价的活动。由于自主知识产权认证通常要经由内含知识产权的产品认证得以实现,所以自主知识产权认证也可称为自主知识产权(产品)认证,是指由法定的社会认证机构证明自主知识产权产品符合相关技术规范及其强制性要求或符合标准的合格评定活动以及产生等级的活动。

从认证等级的意义上讲,自主知识产权产品认证不同于知识产权确权。知识产权确权为一个等级,即要确定知识产权是否属于申请主体,这是一种或是或非、或对或错的判断。自主知识产权产品认证是在知识产权确权基础上进行的更高层次的评价活动,既然是一种评价活动,则必然要分出等级。只有分出不同等级,才可以激励生产者生产出更高等级的自主知识产权产品,促使消费者消费更高等级的自主知识产权产品。

在社会生活中,不管是大炮还是打火机,也不管是飞机还是马桶,都是依据一定标准生产出来的产品,在现代科技社会中往往都内含专利等知识产权,因此都可以通过产品进行自主知识产权认证。鉴于自主知识产权认证在我国属于新生事物,要想实行理论研究和理论探讨先行的模式,宜按照先熟悉后陌生、先易后难、先试点后推广的顺序进行,不可一步到位,一蹴而就,否则只会适得其反。

实际上,地方已经进行了有益的制度尝试。例如,在2006年《天津市保护知识产权行动纲要(2006—2007年)》中,就有专门针对自主知识产权产品认证的明确规定:“实行自主知识产权产品认证制度,将知识产权行政管理部门会同有关部门联合认定的自主知识产权产品优先列入政府采购目录,并向社会公告。在公共采购中,不得购买侵犯知识产权的产品。”

进行自主知识产权产品认证,需要厘清以下两个关系:

(1)自主知识产权产品认证与专利之间的关系。首先,自主知识产权产品认证源于专利,专利是自主知识产权产品认证的前提。如果没有专利(发明、实用新型和外观设计)等知识产权内含于产品之中,自主知识产权产品认证将无从谈起;其次,自主知识产权产品认证不同于专利,其是根据《认证认可条例》,由第三方认证机构根据一定标准和程序进行的活动。专利是根据《中华人民共和国专利法》,由国家知识产权局根据专利权人的申请,依据一定标准和程序决定是否授予其专利的活动;再次自主知识产权产品认证与专利之间要有衔接。如在时限上,自主知识产权产品认证和专

利都有时限。国家在进行制度设计和制度选择时,应充分注意两者的兼容和衔接。只有这样,才能更好地保护权利人的合法权益,更有力地促进创新型国家建设。

同理,自主知识产权产品认证与著作权、商标权等之间的关系亦应如此。

(2)自主知识产权产品认证与产品质量之间的关系。虽然这是两个不同的概念,不可混为一谈,但自主知识产权产品认证与产品质量相关,因此应当在自主知识产权产品认证的标准上加入产品质量指标。因为产品认证是以质量为基础的,只有合格产品、合法产品才可以进行自主知识产权产品认证。从认证过程看,在认证之前,自主知识产权产品必须是合法产品、合格产品;在认证过程中,产品质量应是持续稳定的;在认证以后,如果出现了产品质量不合格等问题,应实行一票否决制,将其从自主知识产权产品认证诸等级中剔除,或不予通过。

5 自主知识产权认证的优越性

不同于注重确定权利归属的通常所说的知识产权,也不同于我国现行的由政府一手操办的自主知识产权认定或者自主创新产品认定,自主知识产权认证是一个新生事物,它一般由社会第三方机构进行。其优越性主要有以下几个方面:

5.1 评价主体的多元性而非单一性

自主知识产权认证主体是多元化的,只要是社会上的第三方机构达到了法定标准,获得了相应资质,拥有了一定数量的认证人员,并且获得了政府相关部门的认可,均可对自主知识产权进行认证。社会评价主体的多元性必定会产生主体之间的竞争,而良性竞争必定会促使自主知识产权产品品质逐步提升,促进创新型国家建设。相反,如果评价主体过于单一,甚至由政府垄断,长此以往,必定会使单一主体的认定出现经济学上所谓的“寻租”行为,成为关系和腐败得以产生的温床。

5.2 评价氛围的社会性而非政府性

在自主知识产权认证上,不管是自主知识产权产品还是其拥有单位,也不管是直接消费者还是潜在消费者,都不是直接由政府机关认证,而是由社会第三方认证机构认证。这样,自主知识产权与政府机关之间的距离性和非直接性的关系,有助于政府机关高屋建瓴地关注自主知识产权,以及内含更多自主知识产权的产品,从而加强宏观调控及领导管理。例如,如果自主知识产权认证的环境氛围不够充分,政府机关就可以批准或认可更多的第三方认证机构;相反,如果自主知识产权认证有些混乱,需要加强管理,政府机关就可以规制和惩罚第三方认证机构,必要时还可直接减少其数量。此外,政府机关还可以直接处理针对第三方

认证机构的申诉,如认证结果不公、认证程序有瑕疵等。

5.3 认证机构的第三方性,更宜公平公正

什么是公平公正?正如某些学者所指出的:“正义有着一张普洛透斯似的脸(普洛透斯是古希腊神话中的神,其脸时常变幻,令人难以琢磨)”^[5]。但是,从客观和中立视角认识公平公正,或者说从无关性和第三方性来认识公平公正,往往会达成更多共识。例如,由利益相关方认定不能保证公平公正,但由中立的第三方机构认证更易获得人们的赞同和内心的服从。现行法律法规(《认证认可条例》)之下的自主知识产权认证制度明确要求认证机构应具有第三方性和中立性,这更能体现公平公正。除此之外,在法治之下还有司法这一社会最后防线,当出现不公平不公正,或者权利受到侵犯时,可以直接诉诸人民法院寻求最终援助。

5.4 认证制度的内需性,更能为消费者所接受

在全球注重保护知识产权的大背景下,对自主知识产权认证的需求更多是出于自愿性而非强制性。因为内含有知识产权的产品,其知识产权的可替代性、集成性和重要性到底如何,能否成为自主知识产权产品,这是购买者必须首先清楚的前提。购买者只认为自己是购买者,而非自主知识产权专家,因此需要专业人士的帮助,尤其是专业的第三方认证机构的帮助,以此来决定自己的购买行为。这里的消费者完全可作广义理解,不仅指自主知识产权产品的购买者,还指产品生产者(出于树立自身良好形象的需要,主动找第三方认证机构进行自主知识产权产品认证,以向公众表明自己生产的产品具有自主知识产权,因而可称为消费者,类似于做广告),甚至还指国家(出于建设创新型国家的需要,出台政策标准以激励更多的个人或组织进行创新活动,在这一意义上也可称国家为消费者,类似于为国家作宣传)。所有这些都使对自主知识产权有需要的消费者受益,为消费者所乐于接受。

6 自主知识产权认证主体

自主知识产权认证主体首先应明确政府定位,区分管理主体和实施主体。简言之,政府是自主知识产权认证的管理主体,第三方认证机构是自主知识产权认证的实施主体。

政府为什么不能成为自主知识产权认证的主体?原因主要有以下几个方面:

(1)政府资源、能力和技术有限,不可能统包统揽所有活动(包括认证在内)。如果政府包揽了具体的认证活动,成为自主知识产权认证主体,那么,这是历史的倒退,退回到过去政府包办一切的计划经济时代,不仅会使经济活动受限,社会生活也会缺乏活力。这样,在定位政府角色和发挥政府作用的前提下,只能由第三方认证机构来进行自主知识产权认证。政府的角色

应居于幕后,如同慈祥而严厉的家长,不但要起到稳定和保障作用,更要起到推动和促进作用,以点带面,带动第三方主体面向社会进行认证。也即,政府的作用在于四两拨千斤,投入一点点,启动社会的大投入,从而获得巨大的社会效益。

(2)政府不能成为自主知识产权认证主体,原因在于当今比较注重政府与社会的分离,政府与社会具有不同的法治定位,两者之间有着根本性的区别和原则性的界限,属于政府的归政府管理,属于社会的归社会管理,政府不能越权,也不能挤压社会的生存空间。

(3)从法治意义上讲,法律法规和政府自身制定的政策不能规定政府为自主知识产权认证的主体。但是,政府可以(在有些情况下必须)对认证活动制定认证基本规范、认证规则和收费标准,法治与政策框架下的其它具体事宜则交由有资质的第三方认证机构来处理。

(4)从风险意义上讲,政府不能承担太多的风险。因为在现代社会,政府风险不同于有限责任公司的有限风险,其是最终的、无限的风险,只有在找不到其它风险承担主体的情况下,政府才承担最后的风险。因此,自主知识产权认证主体作为第三方认证机构,应承担因认证过失、错误和侵权等造成的风险。这样一种体制与机制设置,实际上是将第三方认证机构当作了缓冲带和解压阀,为政府树立权威提供了保证。

自主知识产权认证主体也应为第三方机构。因为第三方认证机构不受需求者与满足需求者双方经济利益的支配,能够以公正、科学的态度逐步树立权威和信誉,现已成为世界各国对自主知识产权进行质量评价和监督的通行证。随着市场经济的不断发展和国际化趋势的加强,为提高自主知识产权信誉,减少重复检验,削弱和消除贸易技术壁垒,维护生产者、经销商和消费者的各方权益,第三方认证机构必定会兴旺发达起来。

政府规制第三方认证机构,内容应包括第三方认证机构的设置条件、服务项目、服务标准、服务程序和行政监督等。从法治角度看,对第三方认证机构的强制性要求应包括以下几个方面:①第三方认证机构必须具备与自主知识产权认证相适应的检测、检查等技术能力,必须经过有关国家机关的批准;②第三方认证机构从事自主知识产权认证活动必须经过国家机关批准或认可,第三方认证机构不得与行政机关及被认证方存在利益关系;③第三方认证机构不得接受任何可能对认证活动的客观公正产生影响的资助,不得从事任何可能对认证活动的客观公正产生影响的产品开发和营销等活动;④第三方认证机构的自主知识产权认证标准必须公开、公正、公平,应当事先公开认证基本规范、认证规则、收费标准等信息,认证结论符合标准要求的,第三方认证机构应及时向委托人出具认证证书;⑤第三方认证机构应对经认证后的自主知识产权

实施有效的跟踪调查。如果自主知识产权不能持续符合认证要求,第三方认证机构应当暂停自主知识产权认证标志的使用,直到撤销证书为止。

7 自主知识产权认证的基本原则与规则要点

7.1 基本原则——认证自愿原则

自主知识产权(产品)认证的基本原则是认证自愿原则。认证原则着重于原则性规定,表明态度和指出大方向,因而带有抽象性和指导性。

众所周知,认证分为强制性认证和自愿性认证两种类型。强制性认证要求政府实行统一的强制性标准和技术规范,而自愿性认证则是使用政府的推荐性标准、国际组织标准和企业标准等。强制性认证要求未取得强制性认证的产品不得销售、进口和使用,而自愿性认证则没有这么多刚性规定。本文认为,自主知识产权产品认证宜采用认证自愿原则,正如《认证认可条例》第19条所规定的那样:“任何法人、组织和个人可以自愿委托依法设立的认证机构进行产品、服务和管理体系认证。”

强制性认证通常适用于涉及人类健康和生命、动植物生命和健康以及环境保护和公共安全的产品,而自愿性认证往往不涉及安全性产品。强制性认证在市场经济中很少,自愿性认证要做好,关键在于政府采信,只靠社会采信往往很难做到。其实,只要是政府采信,自愿性认证与强制性认证并无多大差异。还可更进一步考虑,在自愿性认证的基础上做成国推自愿性认证,拿出国推标准,这样社会公信力会更强。

虽然是自愿性认证,但如果自主知识产权产品认证做得好,肯定会受市场欢迎,企业会主动去做认证,或者说企业有做产品认证的动力,从而获得更好的社会公信力。换言之,个人或组织之所以愿意进行自愿性认证,是基于市场的考虑和政府的威望。产品认证之所以有吸引力,关键在于人们内心的信服。

还需注意,产品的自愿性认证不同于产品准入标准。后者是基本的要求,前者是更高的要求;后者是刚性的、强制的,前者是柔性的、自愿的。

7.2 规则要点

如果说认证原则着重于原则性规定,表明态度和指出大方向,因而带有抽象性和指导性,认证规则则着重于规则性规定,指出详尽的程序与规程,带有具体性和可操作性。

自主知识产权产品的认证依据,现行的主要有2008年《国家知识产权战略纲要》和2003年《中华人民共和国认证认可条例》等。这些规范性文件是认证活动中必须遵循的基本认证规范。从自主知识产权产品认证的理论基础和现行法律法规上看,其认证基本规则的要点和框架包括:①规则制定应当吸收诸多利益主体的参与,而非一方说了算,应强调专家学者的作用。政府应当提供一个公平的竞争舞台,让生产者、经销者、消费者和科技工作者等实行平等对话,互相博弈,最终达成各方均可接受的自主知识产权认证标准;②认证标准没有讨价还价的余地。自主知识产权产品认证属于产品品质认证中的合格认证,只有达到规定的标准方可称为合格。因此,在标准问题上,没有变通的可能,也没有讨价还价的余地;③收费标准应当公开。进行自主知识产权产品认证,需要长年的经验积累和物质条件,因此收取适当费用是合理的,但是收费标准必须公开,而且要提前公开,告知消费者。

8 结语

在建设创新型国家和中华民族走向伟大复兴的新时期,从认证视角解读自主知识产权,实际上是在进行制度创新。在自主知识产权认证制度实施初期,人们认识不到位,相关法律制度和政策措施也有待于进一步建立健全。自主知识产权认证制度作为一种新生事物有无限强大的生命力,需要政府政策层面上的积极扶持。这样看来,自主知识产权认证制度必将成为我国全新的重大研究课题。

参考文献:

- [1] 王晶喆.自主知识产权内涵及发展对策研究[J].中国高校科技与产业化,2010(10):22.
- [2] 张勤.论自主创新与自主知识产权[J].知识产权,2010(6):11.
- [3] 奚洁人.科学发展观百科全书[M].上海:上海辞书出版社,2007.
- [4] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室.现代汉语词典(修订本)[M].北京:商务印书馆,1999:1670.
- [5] [美]博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,1999:252.

(责任编辑:王敬敏)