

## 涉外知识产权归属的法律适用

阮开欣\*

---

**内容提要：**权属分歧现象是知识产权领域法律属地主义的体现之一，不符合全球化背景下法律普遍主义的发展趋势，应当在一定程度上采取单一准据法以适用于知识产品在各国的权属。从应然的角度来说，在知识产权的初始取得和继受取得过程中，基于在先关系的知识产权归属规则均在一定程度上存在权属普遍制的适用空间，这有助于知识产品的跨境流动和最大化利用。对于强行法范畴的知识产权归属规则，则不存在权属普遍制的适用空间。现行国际条约并不妨碍权属普遍制的适用。如何确定权属普遍制中的单一准据法是亟待解决的问题，选取规则的明晰化并在各国获得共识是权属普遍制有效运行的前提。解决权属普遍制和被请求保护国原则共存所导致的法律冲突，应当遵循被请求保护国对于本国知识产权归属规则享有最终决定权的准则，反致规则的适用内含于被请求保护国原则。

**关键词：**知识产权归属 法律适用 被请求保护国原则 权属普遍制

---

### 引言

知识产权的地域性决定了同一知识产品在各国存在平行独立的知识产权，而这些平行的权利在不同的国家可能归属于不同的主体，这在一定程度上是由于知识产权的归属规则在各国不尽相同。根据目前的主流认识，知识产权的归属适用被请求保护地的实体法，基于权利所属国对于归属规则的不同规定，同一知识产品的利益在不同国家可能归不同的人享有。笔者将这种现象称为“权属分歧现象”。包括我国在内的一些国家通过成文立法明确规定，知识产权归属的准据法为被请求保护地法（*lex protectionis*），如我国涉外民事关系法律适用法第48条。国内有学者支持该规定，倾向于我国跟随国际的主流现状，对于知识产权归属采取“保护国原则”。〔1〕

然而，权属分歧现象是知识产权领域法律属地主义的体现之一，并不符合全球化背景

---

\* 华东政法大学知识产权学院副研究员。

本文系中国博士后科学基金资助项目“知识产权的国际私法问题研究”（2018M640365）的成果之一。

〔1〕 参见陈立风：《版权法律冲突中“保护国原则”之适用》，《法学》2012年第4期，第51页。

下法律普遍主义的发展趋势。对于知识产权的归属一揽子地适用被请求保护地的实体法的做法在国际上逐渐受到质疑和挑战。一个标志性的判例是美国联邦第二巡回上诉法院在1998年8月27日判决的俄通社—塔斯社诉俄罗斯信使报社案（简称“俄塔社案”），〔2〕该案在美国确立了版权归属的准据法为最密切联系地法。〔3〕近年来，国际上的一些学术机构发布了关于知识产权国际私法制度的示范法，如德国马克斯·普朗克研究所的《知识产权冲突法原则》（简称“CLIP原则”）和美国法学会的《知识产权：调整跨国纠纷中管辖权、法律适用和判决的原则》（简称“ALI原则”），它们对于知识产权归属的冲突规范均不同程度地否定了一刀切地适用被请求保护地法的做法。国内也有学者根据国际上的发展，在一定程度上意识到了冲突规范方面知识产权归属与其他知识产权事项的可分割性。〔4〕

随着国际私法制度的发展，在一定程度上采取单一准据法适用于知识产品在各国的权属（以下称为“权属普遍制”），而非对于各个平行权利的归属分别适用各权利所属国的实体法，有利于同一知识产品在各国的权利较统一地归属于同一主体。本文将分析涉外知识产权归属问题的类型，阐释权属普遍制的正当性以及知识产权地域性对于权属普遍制适用范围的限制，探讨权属普遍制的可行性及其障碍的解决，确立最密切联系的单一准据法，并解决权属普遍制和被请求保护国原则共存所引发的法律冲突难题，进而对我国的立法和司法实践提出建议。

## 一、涉外知识产权归属问题的类型

知识产权的归属可以分为两种类型，即初始取得知识产权的归属和继受取得知识产权的归属。在各国的知识产权归属规则存有差异的背景下，涉外知识产权归属的法律适用可以据此存在两种类型。

### （一）初始取得知识产权的归属

根据当事人之间是否存在在先关系，初始取得知识产权的归属可以分为两种情形。在当事人缺乏意思联络而分别独立产生相同知识产品的情形下，知识产权的归属基本上遵循“先到先得”的原则，但各国知识产权法对此仍存在些许差异。〔5〕对于初始取得专利权的归属，包括我国在内的绝大多数国家采取先申请原则，而少数国家采取先发明原则。即使均采用先申请原则，不同国家在一些细节上仍可能存在规则差异，如申请日相同时的专利权归属规则，我国法律要求专利申请人之间达成协议，否则专利申请均会被驳回。〔6〕对于

〔2〕 *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998).

〔3〕 在“俄塔社案”之前，已经存在部分判例认可被请求保护国以外的法律对于作品权属的适用。See *Frink America, Inc. v. Champion Road Machinery Ltd.*, 961 F. Supp. 398 (N. D. N. Y. 1997); *Greenwich Film Productions v. DRG Drugs Inc.*, 1992 WL 279357 (S. D. N. Y. Sept. 25, 1992); *Dae Han Video Production Inc. v. Doug San Chun*, 17 U. S. P. Q. 2d 1306, 1310 n. 6, 1990 WL 265976 (E. D. Va. June 18, 1990).

〔4〕 参见冯术杰：《论知识产权冲突规则的拟定——保护国法主义与分割论的结合适用》，《法学》2005年第3期，第105页。

〔5〕 由于著作权法原则上保护具有个性的作品，难以产生不同人出于巧合而创作出相同的独创性表达的情况，该情形的初始归属问题通常与著作权无关。

〔6〕 参见《专利法实施细则》第41条；中华人民共和国国家知识产权局：《专利审查指南（2010）》，知识产权出版社2010年版，第168页。

初始取得商标权的归属，英美法系国家通常偏重于先使用主义，而大陆法系国家采取先申请主义。虽然我国商标法采取先申请主义，但也兼顾了在先使用人的利益。例如，商标注册人无权禁止在先使用人在原使用范围内继续使用其商标，但可以要求其附加适当区分标识。<sup>〔7〕</sup>又如，申请日相同时，商标局优先审定在先使用商标的人，驳回其他人的申请。<sup>〔8〕</sup>

对于缺乏在先关系情形下初始取得知识产权的归属，适用被请求保护地的法律不存在争议，即仅根据权利所属国关于在先原则的法律来判断知识产权的初始归属，涉外因素（如当事人的国籍、住所地或知识产品的完成地）通常不会影响初始归属的法律选择。例如，甲和乙均是A国的国民，经常居所地均在B国，先后在C国独立完成了相同的发明，并均在D国申请专利，此时，双方对于D国专利权的初始归属应当适用D国的法律，而非A国、B国或C国的法律。

实际上，初始取得知识产权的归属问题主要发生于当事人之间存有在先关系的情形，如合作关系、职务关系或委托雇佣关系等。<sup>〔9〕</sup>当事人之间对于知识产权的归属可能并未作出明确约定，此时需要根据准据法中的默示规则确定权属。由于各国法律对于知识产权的初始归属规则存在一定差异，因此准据法的选择会影响知识产权的初始归属。

对于雇佣关系下著作权的初始归属，作者权体系的大陆法系国家只认可自然人作为作者，雇员作为作者享有主要的初始权属，雇主只能在其业务范围内享有限制性的权益。而偏重财产理论的英美法系国家则采取雇佣作品规则，认定雇佣作品的版权初始归属于雇主，美国版权法甚至将“作者”的概念范围延及作为雇主的企业，而非限于有血有肉的自然人。<sup>〔10〕</sup>我国著作权法则兼容了两大法系关于雇佣关系下著作权的归属规则，既规定了偏重于英美法系的“法人作品”（法人对作品享有完整的权属），也规定了偏重于大陆法系的“职务作品”（一般职务作品的权属主要归雇员，雇主仅享有两年的优先使用权）。<sup>〔11〕</sup>

不同国家对于雇佣关系下专利权的初始归属规则也存在雇员优先主义（如美国和日本）和雇主优先主义（如中国和法国）的不同倾向。根据雇员优先主义，职务范围内形成的发明由雇员享有初始的权利，在缺乏合同明确约定的情况下，雇主通常只享有非转让性的使用权，如美国法律规定的“工场权”（shop right）。而根据雇主优先主义，职务发明的权利是由雇主初始取得，但雇员有权获得一定的报酬。

基于在先关系而产生的知识产权存在涉外因素的情况下，其初始归属规则的准据法选择存有争议。在“俄塔社案”中，被告信使报社是一家俄语的周报，在纽约有两万左右的发行量，其在1992年到1995年间发行的报纸中约有五百篇文章最早发表于原告俄塔社（俄罗斯最大的国家级通讯社）的报刊。俄塔社遂在美国提起诉讼，指控信使报社侵犯了涉案文章的版权。而涉案文章权属的准据法选择是该案的争议焦点。如果选择被请求保护地法（该案中为美国法），那么根据美国法的雇佣作品规则，涉案文章在美国的权利归属于俄塔社，原告控诉的成立也就顺理成章。而如果选择最密切联系地法（该案中为俄罗斯法），

〔7〕 参见商标法第59条第3款。

〔8〕 参见商标法第31条。

〔9〕 本文对于知识产权“归属”问题的讨论，包括奖励、报酬和许可费等问题。

〔10〕 英国版权法也将“作者”的范围限于自然人，这与美国不同。

〔11〕 参见著作权法第11条、第16条。

那么该案的判决结果截然相反。虽然俄罗斯版权法第14(2)条也规定了雇佣作品规则,但其第14(4)条明确,雇佣作品规则不适用于报纸、期刊等出版物。而根据俄罗斯版权法第11条(关于汇编作品权属的默示规则),作为雇员的记者对于自己所写的文章享有独立的版权,而作为雇主的报社仅对于报纸中文章的选取、编排及其整体呈现享有权利,据此,俄塔社无法对涉案的文章单独提起版权侵权之诉。

国际上主流的示范法对于知识产权的初始归属采取了区分规定冲突规范的做法,即对于一般情况下知识产权的初始归属适用被请求保护地法,而对于存有在先关系的知识产权初始归属则在一定程度上采取权属普遍制。“CLIP原则”第3:201条第1款作出了一般规定(初始归属适用被请求保护地法),第3款规定了合同关系下注册性权利的初始归属适用该章第5节(知识产权合同的准据法)的规定。“ALI原则”第311条和第312条中的第1款分别规定注册性权利和未注册商标以及商业装潢权的初始归属适用注册地法和区分商品或服务来源地法,<sup>[12]</sup>该两条的第2款则均规定在先关系下的初始权属适用合同或在先关系所适用的法律。

## (二) 继受取得知识产权的归属

继受取得知识产权的归属问题,可以分为两种情形:基于法律的权属移转和基于合同的权属移转。基于法律的权属移转是非自愿的移转,其中不存在意思表示的要素,而是基于法律事件或事实行为(如继承或婚姻行为)导致知识产权归属主体的变化。针对基于法律的权属转移,知识产权归属的冲突规范采被请求保护国原则,不存在争议。“CLIP原则”第3:507条和“ALI原则”第316条也均规定,基于法律的权属移转适用被请求保护地法。

基于合同的权属移转指的是知识产权的转让或许可,此时知识产权归属主要基于当事人的意思表示。在该情形下,知识产权转让或许可合同是知识产权归属的首要依据,合同的准据法起到辅助的作用,但合同准据法的选择仍可能影响知识产权的归属。鉴于转让或许可合同可能并未对于知识产权归属予以全面明确的约定,此时需要根据合同关系的准据法对于归属约定加以解释、补充或调整。例如,对于一系列高度近似的联合商标,转让合同中只约定了其中大部分的主商标,对于其他个别联合商标未作约定,那么个别联合商标的权属是否移转,就需要诉诸法律的规定。又如,在“王老吉”商标纠纷中,由于许可合同欠缺明晰的约定,许可期限结束之后“王老吉”商标以及红罐装潢的权益归属存在争议,此时商标转让与许可的准据法具有重要的地位。

知识产权转让或许可的冲突规范允许意思自治原则的适用,并在当事人没有约定准据法时适用最密切联系地法,这基本不存在争议。涉外民事关系法律适用法第49条规定:“当事人可以协议选择知识产权转让和许可使用适用的法律。当事人没有选择的,适用本法对合同的有关规定。”“CLIP原则”第3:501条规定了知识产权合同的意思自治原则,第3:502条则规定缺乏准据法选择时适用最密切联系地法,并对连结点的选择列出了一系列因素。“ALI原则”第315条也作了类似的规定。

然而,与一般财产权有所不同的是,知识产权的可转让性在许多国家具有不同程度的限制。例如,著作权法中不允许精神权利的转让,只能由作者享有作品的精神权利,这在

[12] 注册地法和区分商品或服务来源地法分别是注册性知识产权和未注册商业标识权的被请求保护地法。

大陆法系国家尤为明显。如果当事人通过合同约定转让其作品上的所有的著作权项，那么该合同的效力不能延及其中的精神权利，作者在其精神权利受到侵犯时仍有权提起诉讼并获得救济。又如，美国法要求商标权的转让需要所涉业务的商誉一并转让，不允许商标权的“空壳转让”（assignment in gross），而包括我国在内的大多数国家并不存在这一限制。鉴于知识产权的可转让性问题实质上属于公法的范畴，其准据法只能是被请求保护地法，不允许意思自治原则的介入。“CLIP 原则”第 3:301 条和“ALI 原则”第 314 条均规定，知识产权的可转让性适用被请求保护地法。在我国，虽然涉外民事关系法律适用法第 49 条没有规定可转让性的例外，但是其第 4 条关于“直接适用的法”的规定可以介入，从而确保我国知识产权可转让性方面的强制性规定优先得到适用。<sup>[13]</sup>

### （三）涉外知识产权归属问题的重点探讨对象

可以看出，对于权属普遍制的探讨应限于多个当事人具有合同关系或者其他在先关系的情形，主要针对知识产权的初始取得。首先，涉外知识产权归属问题主要出现于初始取得过程中，而在继受取得中较少产生纠纷。这主要是由于知识产权转让过程中通常会对权属作出明确约定，而初始取得过程中则容易忽视对知识产权归属的约定，各方主体可能仅实施产生知识产品的事实行为（没有签订书面合同，仅仅产生事实上的在先关系），特别是在当事人数量较多的情形。其次，对于继受取得过程中的知识产权归属问题采取权属普遍制，实际上也并不存在实质性争议。

在基于在先关系的知识产权初始归属问题方面，准据法选择的纠纷与司法判例更多地出现于非注册性知识产权，国际上的学术讨论也较多地关注著作权归属的法律适用问题。这可能是由于注册性知识产权需要政府机关的审批或确认，其权利主体也会被记载于登记簿中予以公示，从而当事人可能更会意识到权属约定的必要性。而且，《专利合作条约》（PCT）和《商标国际注册马德里协定》为同一知识产品（专利或商标）在各国获得注册性权利提供了便利，具有知识产权海外布局意识的当事人在原属国提交 PCT 申请或马德里申请前，往往会对知识产品在各国的权属作出统一安排，不太容易产生在先关系之间的权属纠纷。

不过，当事人在申请注册性权利之前仍可能欠缺关于权属的约定，在一方当事人提出申请之后（包括注册性知识产权获得授权或核准之后），具有在先关系的其他当事人可能提出权属之诉。如果注册性知识产权的最密切联系地不同于权利所在地，那么注册性知识产权的初始归属应存在权属普遍制的探讨空间。“CLIP 原则”第 3:201 条第 3 款对于初始取得注册性知识产权规定了权属普遍制，其官方评论阐释该条规定的适用并提供了一个示例：医药公司 P 希望申请在欧盟各成员国和瑞士均具有效力的欧洲专利，P 的登记地在德国，其发明是在英国的实验室完成，参与药物研制的多名员工分别具有不同国籍，而劳动合同中不存在任何准据法条款。根据“CLIP 原则”，英国法应作为该案例中欧洲专利权属的准据法。<sup>[14]</sup>

关于注册性知识产权的归属，我国司法实践中也存在准据法选择的纠纷。广州知识产权法院在 2018 年判决的“吴丰庆诉希美克公司、BETTELI 公司案”<sup>[15]</sup>中，原告曾在被告

[13] 当法院地不是被请求保护地时，“直接适用的法”具有局限性，没有适用外国强制性规范的法律依据。

[14] European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary*, Oxford University Press, 3: 201. C13 (2013).

[15] 广州知识产权法院（2016）粤 73 民初 1721 号民事判决书。

希美克公司任职并在中国大陆完成了涉案的职务发明，希美克公司将专利申请权转让给被告 BETTELI 公司后，BETTELI 公司在美国申请专利并获得授权（未申请中国专利），再委托希美克公司生产专利产品并出口至美国。原告依据中国专利法请求发明人报酬，而被告主张对涉案美国专利的报酬问题适用美国法，广州知识产权法院最终支持了原告的主张。可以看出，涉案标的针对美国专利权，其被请求保护地应是美国，而最密切联系地较大可能是中国。<sup>[16]</sup> 该判决在实质上与权属普遍制相吻合。

## 二、权属普遍制的正当性及其限制

### （一）知识产权地域性与权属普遍制

权属普遍制与知识产权地域性之间不存在矛盾，而是契合于知识产权地域性不断削弱的趋势。厘清二者的关系有助于更新和完善知识产权地域性的理论构造，也为权属普遍制的正当性提供铺垫。

地域性（也称为“属地性”）是一个相对的概念，不同领域或不同时期的法律均具有不同程度的地域属性，而知识产权的地域性通常比其他私法的属地性更强，这主要是由于知识产权具有较强的公共政策属性。法律的属地性随着历史的演进处于不断弱化的动态过程之中，知识产权的地域性也顺应这一历史趋势，其曾经所具有的部分地域性特征逐渐消亡。在历史初期，法律曾具有严格的属地性，一国法律只保护内国国民，外国人不具有法律地位而难以在内国从事民事行为，而国际私法制度的产生与发展早已使上述严格属地性不复存在。与之类似，在知识产权制度产生之初，一国知识产权法只保护本国国民创造的知识产品。但现行知识产权国际条约早已打破了这种严格的地域性，一国的国民对其知识产品可以在另一国根据国民待遇原则享受权利保护。

知识产权地域性的弱化体现于多个方面。平行进口的合法化是当前知识产权地域性弱化的一个典型体现。越来越多的国家对于权利利用尽规则的适用趋向于“国际用尽”。美国最高法院在 2013 年判决的“科森诉约翰威立公司案”<sup>[17]</sup> 和 2017 年判决的“印象公司诉利盟公司案”<sup>[18]</sup> 中分别明确了版权领域和专利领域平行进口的合法性。日本法院在 1971 年判决的“派克钢笔案”和 1988 年判决的“BBS 汽车部件案”中分别确立了商标领域和专利领域平行进口的合法性。<sup>[19]</sup> 我国 2008 年修订的专利法明确了专利平行进口不构成侵权，近年来我国司法实践中也不乏认可商标平行进口的案例。<sup>[20]</sup> 又如，知识产权消极域外效力的扩张也是其地域性弱化的一种表现。<sup>[21]</sup> 近些年来，国际上越来越多的法院对侵犯外国知识产

[16] 涉案产品的销售市场是在美国，因此该案的标的实质上是美国专利权，被请求保护地应是美国。在权利内容或侵权方面，被请求保护地等同于效果产生地。参见阮开欣：《论跨境侵犯知识产权的法律适用——以涉外定牌加工问题为出发点》，《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2018年第4期，第63页。

[17] *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 568 U. S. 519 (2013).

[18] *Impression Products, Inc. v. Lexmark International, Inc.*, 137 S. Ct. 1523 (2017).

[19] Christopher Heath, *From Parker to BBS*, 84 Trademark Rep. 257 (1994).

[20] 例如，维多利亚的秘密商店品牌管理有限公司与上海锦天服饰有限公司侵犯商标权纠纷案，上海市第二中级人民法院（2012）沪二中民五（知）初字第86号；法国大酒庄股份公司（LESGRANDCHAISDEFRANCES）与慕醍国际贸易（天津）有限公司侵害商标权纠纷案，天津市高级人民法院（2013）津高民三终字第0024号。

[21] 阮开欣：《论知识产权的地域性和域外效力》，《河北法学》2018年第3期，第95页。

权案件行使管辖权（笔者称之为“侵外”管辖），<sup>[22]</sup> 承认与执行外国知识产权侵权判决的案例也愈加增多，甚至包括惩罚性赔偿的判决。<sup>[23]</sup>

权属普遍制的产生和发展也是地域性弱化的表现之一，其并未抵触知识产权地域性的基本底线。根据知识产权国际公约，知识产权的地域性本质上体现于知识产品在各国的平行权利的独立性，知识产品在一国的权利完全由该国决定，不受他国影响。权属普遍制并不限制权利人单独转让或许可知识产品在一国的权利，不会影响知识产权在各国的独立性。在准据法方面，知识产权地域性体现于知识产权保护方面的被请求保护国原则。而权利归属和权利内容等其他事项之间具有清晰的可分割性，权属普遍制不会影响权利内容或侵权事项方面被请求保护国原则的适用。欧盟《关于非合同之债的法律适用条例》（简称《罗马第二条例》）<sup>[24]</sup> 第 8 条第 1 款规定知识产权侵权之债的准据法为被请求保护国法，该规定并未涵盖知识产权归属事项。

需要强调的是，知识产权作为私权已经得到普遍共识，一国的知识产权并不属于该国公权的范畴，而是知识产权人在该国的私人利益。知识产权的归属原则上属于私人自由处分的范畴，大多数情况下不受政府的强制干预。对于一国的知识产权，其权利归属事项不应只适用该国的实体法，有时适用他国关于知识产权归属的实体法可能更符合最密切联系原则，一国应基于礼让认可他国权利归属规则适用于本国知识产权。对于知识产权归属采取绝对的被请求保护国原则是固守严格地域性的表现，不符合国际私法制度向普遍主义发展的一般规律。在“俄塔社案”中，对于原告主张的美国版权，美国法院根据最密切联系原则选择俄罗斯版权法作为涉案作品权属规则的准据法。基于美国《冲突法重述（第二版）》的原则性规定，纽曼法官（Newman）在判决意见中指出：“版权是一种财产权，通常的规则是与当事人及其私人财产具有最密切联系的法律决定当事人的利益。《重述》认可该原则适用于无形财产，如创作思想。”<sup>[25]</sup>

虽然注册性知识产权的生效需要政府的授权或确认，其应当比非注册性知识产权具有更强的地域性，但是权属普遍制对两者的适用不应存在实质性的区别，其本质原因在于两者都属于国际公认的私权。国家行为原则（act of state doctrine）曾作为对知识产权侵权采取专属管辖的主要理由，该观点在国际上已被全面抛弃。实际上，其所衍生出的专属管辖仅适用于注册性知识产权的有效性事项，而非归属事项。基于国家行为原则，1968 年《布鲁塞尔公约》第 16（4）条规定了注册性知识产权有效性问题的专属管辖。欧盟法院在其 1983 年判决的“杜吉斯提诉哥德堡案”<sup>[26]</sup>（该案是专利权的归属纠纷）中明确，该条规定不延及适用于注册性权利有效性问题以外的诉讼。

## （二）权属普遍制的正当性

从应然的角度来说，在知识产权的初始取得和继受取得过程中，基于合同关系或其他

[22] 阮开欣：《知识产权侵权专属管辖之驳论》，《华中科技大学学报（社会科学版）》2018 年第 6 期，第 94 页。

[23] 阮开欣：《承认与执行外国知识产权判决的公共政策例外——以路易斯花娃案为视角》，《河南财经政法大学学报》2017 年第 6 期，第 141 页以下。

[24] Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-contractual Obligations (Rome II).

[25] 前引 [2]，第 90 页。

[26] Case 288/82, Ferdinand Duijnste v Lodewijk Goderbauer, [1983] ECR 3663.

在先关系的知识产权归属规则均一定程度上存在权属普遍制的适用空间。在全球化的背景下,在一定范围内采取权属普遍制,符合国际私法的发展规律,有助于知识产品的跨境流动和最大化利用。

在国际私法制度产生之前,各国法院不适用外国的法律,传统财产权的归属在各国分别适用法院地法律,物权领域可能也现实地存在过权属分歧现象,同一动产在不同国家的权属可能不同。举例来说,动产在A国发生法律事实,其权属发生变动,B国法院审理涉及该动产权属问题的案件时适用法院地法(B国法律),而A国法院审理涉及该动产权属问题的案件时适用A国法律。根据这种分割的权属规则,当动产从一国被运输到另一国时,该动产的权属可能会由于各国物权归属规则的差异而发生难以预测的变化,物权归属法律关系的紊乱则致跨境交易难以达成,严重阻碍动产的跨境移转。随着国际私法制度的产生,“涉外物权平权原则”(相当于物权领域的权属普遍制)逐渐实现。物之所在地法适用于动产权属的冲突规范在各国基本达成了共识,即法律事实发生时动产所在地法适用于动产权属,而动产地理位置的变化不会对权属产生影响。这样,一个动产在A国形成的物权归属不会因为其转移至B国而发生改变,除非发生新的法律事实,其在B国的物权归属仍然依据A国的法律。物权归属法律关系的稳定为国际贸易的发展提供了制度基础。

与之类似,知识产权领域的权属分歧现象阻碍知识产品的跨境流动,不利于国际贸易的发展。国际上不少版权法学者认为,对于版权归属采用单一准据法可以促进作品的全球传播和利用。<sup>[27]</sup>各示范法在不同程度上采取权属普遍制,也正是为了实现知识产品价值的最大化。<sup>[28]</sup>知识产品在全球各地的权利统一归属于同一主体的情况下,使用者只需获得一个主体的许可,不仅有利于实体贸易环境下附载知识产品的货物进行跨境流通,也有益于网络环境下知识与信息的最大化传播和利用。相反,如果同一知识产品在各地域的知识产权分属不同主体,对于附载知识产品的货物在多个国家具有市场的经营者则需要获得多个主体的许可,这样会增加利用知识产品的交易成本,有悖于经济全球化与贸易自由化的理念。

权属普遍制与平行进口的合法化具有相同的价值内核,即促进附载知识产品的有形商品尽量自由地进行跨境流通。在全球化的背景下,分割知识产品的地域市场而获得差别定价的垄断利益不宜被知识产权法所保护,而权属普遍制与平行进口合法化的结合有利于该制度目的之实现。知识产品在各国的权利归属于同一主体的情况下,“国际用尽”可以防止知识产权人利用知识产权的独立性而使其产品在不同国家采取不同的市场定价。例如,权利人甲对于某个知识产品在A国和B国都享有知识产权,使用者乙在A国获得许可而生产

[27] Paul Goldstein & P. Bernt Hugenholtz, *International Copyright*, 3rd ed., New York: Oxford University Press, 2012, § 4.4.1.1; Jane C. Ginsburg, *Ownership of Electronic Rights and the Private International Law of Copyright*, 22 *Colum. -VLA J. L. & Arts* 165, 169-170 (1998); Graeme Austin, *Private International Law and Intellectual Property Rights-A Common Law Overview*, WIPO/PIL/01; WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property 40 (2001); Mireille Van Eechoud, *Alternatives to the lex protectionis as the Choice-of-Law Rule for Initial Ownership of Copyright*, in Josef Drexl & Annette Kur (eds.), *Intellectual Property and Private International Law-Heading for the Future*, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 297; James J. Fawcett & Paul Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 2d ed., New York: Oxford University Press, 2011, 13.75.

[28] The American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, part III Chapter 2 (2008), <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us218en-part9.pdf>; 前引[14],“CLIP原则”评论书,边码3:201.N16。

附载该知识产品的商品。根据“国际用尽”的权利用尽规则，该商品出口至 B 国时乙无需再次获得 B 国权利人甲的许可，甲难以利用 A 国和 B 国存在两个独立的权利而获得差别定价的利益。相反，权属分歧现象促使同一知识产品在不同国家存在不同的权利人，知识产品在不同国家的差别定价仍然能够依靠知识产权法得以维持。例如，某个知识产品在 A 国和 B 国的权利人分别为甲和丙，甲许可乙在 A 国生产附载该知识产品的商品，但乙生产的商品出口至 B 国时，还需要获得 B 国知识产权人丙的许可，现有的“国际用尽”并不能排除丙在 B 国根据知识产权法对于平行进口的商品主张排他权，其采取的差别定价不会因为甲在 A 国享有合法知识产权而受到影响。

视听制品（尤其是影视作品）的制作往往需要较多主体的参与，其版权归属规则在各国存在较大的差异，因此特别需要权属普遍制的介入来便利视听制品的跨境传播。世界知识产权组织主持的视听表演国际条约（2012 年通过的《视听表演北京条约》）的草案中曾加入关于权属的准据法条款，以协调各国对于视听制品权属的实体法分歧。<sup>[29]</sup> 加拿大最先提出作品来源国法（*lex originis*）作为视听制品权属的准据法，而获得最多支持的准据法方案则是意思自治原则与最密切联系原则适用于视听表演权益的归属（美国与非洲国家分别提出了这类方案）。<sup>[30]</sup> 2000 年外交会议的《基础提案》第 12 条的备选项 G 条（1）款规定：“在缺乏相反合同条款的情况下，本条约赋予视听表演的任何排他权利通过协议或法律的实施而转移至制片者，应当适用与该视听制品具有最密切联系的法律。”<sup>[31]</sup> 为此建立的工作组在 2000 年 12 月 19 日作出的讨论草案最终将准据法修改为与（表演者与制片者之间）合同具有最密切联系的法律。<sup>[32]</sup> 这仅仅是条文措辞上的调整，不存在实质性的变化，权属普遍制所针对的情形只是多人合意下形成的知识产品，与涉案知识产品具有最密切联系的法律也就是与多人之在先合同关系具有最密切联系的法律。不过，2000 年外交会议以失败告终，准据法条款遭到欧盟的反对而最终未获通过，因为欧盟担心这会导致美国法适用于大多数视听表演的权属纠纷（美国的影视产业发达，其视听制品出口量最多，从而导致大多数情况下美国是最密切联系国）。<sup>[33]</sup>

实际上，权属普遍制更符合知识产品生产者与使用者对于知识产权归属的预期，而对知识产权归属采取被请求保护国原则却不利于法律的确信性和可预期性。<sup>[34]</sup> 许多人可能没有充分认识到对于知识产权归属适用被请求保护国原则的现状，有学者甚至基于最密切联系原则误以为权属普遍制已经适用于版权的归属。例如，国内版权法学者王迁认为，视听表演国际条约中是否规定准据法条款不会影响最密切联系原则对于视听表演权属的实际适用，2000 年外交会议关于第 12 条的争议仅仅是“脸面之争”。<sup>[35]</sup> 该错误认识恰恰反映了权

[29] 美国版权法未对视听表演者赋予专有权利，而是通过集体组织的合同谈判来保障演员的经济利益。因此，在认可视听表演者享有专有权利的情况下，美国主张“权利转让的推定”，即在没有合同相反约定的情况下推定视听表演者的权利初始地转让至制片者，从而保障制片者对于视听制品享有完整的权利。而欧盟反对规定“权利转让的推定”，主张由缔约方的国内法自行解决。

[30] Mireille Van Eechoud, *Choice of Law in Copyright and Related Rights: Alternatives to the Lex Protectionis*, Kluwer Law International, 2003, pp. 88 - 89.

[31] Acts of the WIPO Diplomatic Conference of 7 - 20 December 2000, IAVP/DC/3 (2000).

[32] Acts of the WIPO Diplomatic Conference of 7 - 20 December 2000, IAVP/DC/34 (2000).

[33] 前引 [30], Mireille Van Eechoud 书, 第 90 页。

[34] 前引 [27], Mireille Van Eechoud 文, 第 290 页; 前引 [27], Paul Goldstein 等书, 第 4.4.1.1 节。

[35] 王迁:《〈视听表演北京条约〉争议问题及对我国国际义务的影响》,《法学》2012 年第 10 期,第 55 页。

属普遍制是法律应当发展的趋向,其更符合人们对于知识产权归属的预期。前文所述的“吴丰庆诉希美克公司、BETTELI公司案”也表明现行涉外民事关系法律适用法关于知识产权归属的规定并未被我国司法实践所充分了解,而权属普遍制更契合于我国法院对于知识产权归属的现实认知。

还需指出的是,非注册性知识产权比注册性知识产权更需要权属普遍制的介入,因为非注册性知识产权的归属信息不会在官方的登记簿上进行公示,其权利主体较难为外界所知晓,权属分歧现象会给非注册性知识产权带来更高的交易成本,从而愈加阻碍知识的传播和利用。

### (三) 权属普遍制的限制

权属普遍制应当存在一定的限制,否则将成为当事人规避法律的工具。基于对国家主权的尊重,法律的属地性难以被完全消灭,知识产权法中也存在强制性规范。尤其是,知识产权不同于传统的私权,其较多地受制于一国的公共政策或公共秩序,这是知识产权具有较强地域性的根本原因。保护知识产权的目的主要在于公共政策,包括激励知识产品的生产和传播,以及防止公众对于商品来源产生混淆。

知识产权的部分归属规则属于强制性法律的范畴,基于各国不同的法律传统或政策导向,大多数国家对此不同程度地存在强行法。例如,在专利法方面,雇员优先主义的法律在某些情形下限制雇主通过预先转让合同获得专利权,而雇主优先主义的法律在一定程度上保障雇员的获得报酬权。又如,在著作权法方面,大陆法系的精神权利只能归属于“有血有肉”的作者,不能通过合同被剥夺或转让。再如,偏重使用主义的商标法对于商标转让或许可存在较多的限制,各国对于注册性知识产权的转让或许可也可能存在不同程度的形式要求。

对于强行法范畴的知识产权归属规则,不存在权属普遍制的适用空间,只能适用被请求保护地法律。法国对于作品权属曾长期采取作品来源国法,法国法院则适用公共秩序保留原则来防止作品来源国法对于著作权法中强行法的规避。法国最高法院在1991年5月28日判决的“休斯顿诉第五电视台案”<sup>[36]</sup>(简称“休斯顿案”)是一个典型案例。黑白电影《夜阑人未静》(The Asphalt Jungle)是由美国导演约翰·休斯顿(John Huston)执导,该电影的制片商是美国的米高梅电影公司。由于该电影的作品来源国是美国,根据作品来源国原则的冲突规范,美国法律是其版权归属的准据法。依据美国版权法中的雇佣作品规则,米高梅公司作为涉案电影的作者享有完整的版权,而作为导演的休斯顿不享有任何权利。<sup>[37]</sup>可见,如果对该案完全适用作品来源国原则,那么涉案电影在法国的著作权全部归属于制片商,这显然剥夺了导演在法国的精神权利,而法国著作权法中的精神权利只能由作者保有。在该案中,由于被告准备在法国播放彩色版本的《夜阑人未静》,休斯顿的继承人以侵犯保护作品完整权为由在法国提起诉讼。法国最高法院最终支持了原告的请求,对于版权归属并未采取绝对的作品来源国原则,而是对于精神权利适用了法国的著作权法,确认了休斯顿在法国对于涉案电影享有精神权利。

实际上,在“休斯顿案”之前,法国司法实践曾对于著作权归属采取完全的权属普遍

[36] Huston v La Cinq, Cass Civ 1re, 1991 JCP. II. 21731.

[37] 当时的美国版权法并不存在精神权利。美国在加入《保护文学和艺术作品的伯尔尼公约》之后,仅根据公约的要求对于视觉艺术作品增加了精神权利。

制，导致当事人通过选择作品来源地而规避法国著作权法中的精神权利。如巴黎上诉法院在1989年2月1日判决的“布朗格斯案”中，一位法国作者签订了代写合同，并约定准据法为美国法，法国法院拒绝了其提出的署名权诉讼。<sup>[38]</sup>直到“休斯顿案”，法国最高法院才意识到权属普遍制被用于规避“不可剥夺”的精神权利，因此推翻了巴黎上诉法院对该案的判决。

### 三、权属普遍制的可行性

#### (一) 现行国际条约并不妨碍权属普遍制的适用

现行知识产权的国际条约原则上未对知识产权归属的冲突规范作出直接或间接规定，各缔约国有权对于本国关于知识产权归属的冲突规范自行选择采取被请求保护国原则抑或权属普遍制。

“被请求保护地法”这一概念可以追溯至《伯尔尼公约》（1971年巴黎文本）第5条第2款第2句：“……保护的度以及为保护作者权利而向其提供的补救方法完全由被要求给以保护的国家的法律（laws of the country where protection is claimed）规定。”<sup>[39]</sup>不过，目前“被请求保护地法”的统一英文表述为“law of the country for which protection is sought”，其与《伯尔尼公约》第5条第2款的关键区别在于，前者采取“for which”，而后者采用“where”一词。<sup>[40]</sup>德国法院曾明确，《伯尔尼公约》第5条第2款要求被请求保护地法的适用。<sup>[41]</sup>与之相反，欧盟法院却在“托德诉海郎德案”中指出，《伯尔尼公约》并未有意明确文学艺术作品保护的准据法，其仅仅对于作品的保护建立了一般的国民待遇制度。<sup>[42]</sup>

长期以来，知识产权国际条约所确立的国民待遇原则是否直接或间接地规定了知识产权的冲突规范，是存在争议的。<sup>[43]</sup>美国版权法学者对此存在截然相反的态度。尼莫认为，国民待遇原则是一种冲突规范，其包括了知识产权归属的事项。<sup>[44]</sup>而帕提认为，国民待遇原则并非冲突规范，《伯尔尼公约》更没有要求成员国对于版权归属采取国民待遇原则。<sup>[45]</sup>美国法院在“俄塔社案”中最终采纳了帕提的意见，并明确否定了尼莫的观点。迄今为止，“俄塔社案”所确立的权属普遍制在美国司法实践中被广泛遵循，没有明确推翻“俄塔社案”的判例。美国作为《伯尔尼公约》（1989年加入）与《世界版权公约》（1955年加入）的成员国，对于版权归属没有采取被请求保护国原则，这并不违反知识产权国际条约中的国民待遇原则，1995年的穆瑞诉英国广播公司案对此予以确认。<sup>[46]</sup>

实际上，国际条约所规定的国民待遇原则仅针对知识产权保护，并不延及知识产权的

[38] *Bragance v. de Grèce*, 142 RIDA 301, 397 (1989); 前引 [27], Ginsburg 文, 第 174 页。

[39] 参见《伯尔尼公约》的官方中文译本, [http://www.wipo.int/wipolex/zh/treaties/text.jsp?file\\_id=283701](http://www.wipo.int/wipolex/zh/treaties/text.jsp?file_id=283701), 2018年8月23日访问。

[40] 两者在文义上存在区别, 后者的文义接近于法院地法。参见前引 [14], “CLIP 原则”评论书, 边码 3:102. C09。

[41] *Bundesgerichtshof*, Case I ZR 182/90-ALF, (1992) 118 BGHZ 394, 397 (17 June 1992). 参见前引 [14], “CLIP 原则”评论书, 边码 3:201. N06。

[42] *ECJ Case C-28/04 Tod's v Heyraud* [2005] ECR I-5781, [32].

[43] 前引 [14], “CLIP 原则”评论书, 边码 3:201. N06。

[44] *Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Company, Inc., 2003, § 17.05.

[45] *William Patry, Choice of Law and International Copyright*, 48 *Am. J. Comp. L.* 383, 409 (2000).

[46] *Murray v. British Broad. Corp.*, 906 F. Supp. 858, 863 (S. D. N. Y. 1995).

归属。换言之,即使知识产权的国民待遇原则条款被认定为冲突规范的规定,这种冲突规范也仅适用于知识产权的成立、有效性、权利内容、保护期和救济等事项,而不适用于其权属事项。《伯尔尼公约》第5条第1款和第2款所使用的表述包括“权利”和“保护”,而不存在关于归属的措辞。《世界版权公约》(1971年巴黎文本)第2条规定的国民待遇原则针对的是作品所享有的“保护”。《保护工业产权巴黎公约》(简称《巴黎公约》)第2条规定的国民待遇原则针对的是工业产权的“保护”。《与贸易有关的知识产权协议》(简称“TRIPS协议”)第4条所指的国民待遇义务也仅针对“知识产权保护”。<sup>[47]</sup> 研究《伯尔尼公约》的金斯伯格指出,公约第5条的规定仅涉及受保护的权利、保护的范围以及可得到的救济,不涉及版权归属的冲突规范。<sup>[48]</sup> 另一位学者里克森也指出,“作者”这一概念频繁出现于《伯尔尼公约》之中,但公约并没有对其予以明确,因为公约的重点在于权利的保护,而非作者的身份。<sup>[49]</sup>

我国立法与司法实践也未将知识产权国际条约的国民待遇原则的适用范围延及于知识产权的归属。我国著作权法第2条沿用了《伯尔尼公约》的规定,使我国对于外国作品的保护遵循国民待遇原则。我国专利法第18条和商标法第17条规定了外国人根据国际条约申请我国专利和注册商标的国民待遇,这意味着外国人根据《巴黎公约》在我国获得的专利权和注册商标权可以享受等同于我国国民的保护。

我国司法实践对于“知识产权保护”的理解未包含知识产权归属的事项。一个体现在于,对于单纯以知识产权权属为案由(不涉及侵权案由)的纠纷,我国法院不支持原告提出的关于律师费或合理维权费用的诉讼请求。例如,在赞南科技(上海)有限公司诉上海克琴化工科技有限公司等专利申请权权属纠纷案中,上海知识产权法院指出:“侵犯专利权的赔偿数额包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支,由于本案系专利权权属纠纷而非侵权纠纷,原告主张被告支付其律师费用没有法律依据,故对该主张不予支持。”<sup>[50]</sup> 究其原因,法院对于知识产权侵权案件支持权利人的维权费用是源于国际条约的义务,而知识产权归属纠纷的维权费用没有被纳入国际条约的约束范围之内。

“TRIPS协议”要求成员国对于知识产权的保护提供充分的救济,法院判予的损害赔偿应当包括权利人的合理维权费用。“TRIPS协议”第45条第2款规定:“司法机关还有权责令侵权人向权利持有人支付有关费用,其中可包括有关的律师费用。”基于这项条约义务,我国知识产权立法(著作权法第49条第1款、专利法第65条第1款、商标法第63条第1

[47] 前引[27], Paul Goldstein书,第4.4.1.1节。

[48] 前引[27], Jane C. Ginsburg文,第167页。

[49] Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886 - 1986*, London: Sweet & Maxwell Ltd, 1987, p. 158; Anna Tydniouk, *From Itar-Tass to Films by Jove: the Conflict of Laws Revolution in International Copyright*, 29 Brook. J. Int'l L. 897, 904 (2004)。

[50] 上海知识产权法院(2016)沪73民初383号。同旨参见上海大晨显示技术有限公司与张磊专利权权属纠纷案,上海知识产权法院(2015)沪知民初字第388号;北汽福田汽车股份有限公司与姜炜、张君鸿等专利申请权权属纠纷案,北京知识产权法院(2016)京73民初79号;南京伟思医疗科技有限责任公司与南京麦澜德医疗科技有限公司专利申请权权属纠纷案,江苏省南京市中级人民法院(2015)宁知民初字第194号;山东凯赛生物科技材料有限公司等诉山东瀚霖生物技术有限公司专利申请权权属纠纷案,山东省烟台市中级人民法院(2015)烟民知初字第111号;吕欣龙诉杭州迪图科技有限公司等专利申请权权属纠纷案,浙江省杭州市中级人民法院(2012)浙杭知初字第959号;江苏徕兹光电科技股份有限公司与杜鑫、杜学璋专利申请权权属纠纷案,江苏省常州市中级人民法院(2015)常知民初字第5号。

款和反不正当竞争法第 17 条第 3 款) 分别规定, 赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。可见, 我国法院不支持知识产权归属纠纷的合理维权费用, 意味着其将知识产权的归属问题排除在知识产权保护的事项之外。

## (二) 权属普遍制中单一准据法的确定

目前看来, 与被请求保护国原则不同, 实行权属普遍制的一个障碍在于选择具有最密切联系的单一准据法缺乏相对明确的规则。在“俄塔社案”中, 美国联邦第九巡回上诉法院对于单一准据法的选取并未予以明确, 其在判决意见中指出: “涉案作品是由俄罗斯国民创作, 而且首次出版地是俄罗斯, 因此俄罗斯法是决定权利归属问题的适当法律渊源。”该理由同时提到了作者的国籍和作品的首次出版地两个连结点, 并未给出连结点的选取顺位或影响比重。当这两个连结点分别指向不同法域时, 准据法的选择会引发新的争议。如果不同法院对于知识产权的归属选择不同的准据法, 那么它们对于同一知识产权的归属可能作出不同的认定, 这显然会导致法律冲突并滋生“挑选法院”现象。因此, 如何确定权属普遍制中适合的单一准据法, 是亟待解决的问题。选取规则的明晰化并在各国获得共识, 是权属普遍制有效运行的前提。

对于版权初始归属的冲突规范, 法国曾将作品来源地作为连结点, 但目前这一做法已被抛弃。法国最高法院在 2013 年 4 月 10 日判决的一起版权案件中改变了作品来源国的做法。<sup>[51]</sup> 该案是美国广播公司与其雇佣的记者之间的著作权纠纷, 由于涉案作品的来源国是美国, 巴黎上诉法院对该案的权属问题适用了美国版权法。法国最高法院最终予以改判, 认为国民待遇原则延及于著作权归属, 从而应当适用本国法律 (法国著作权法)。<sup>[52]</sup> 金斯伯格也曾主张作品来源国法作为版权初始归属的准据法。<sup>[53]</sup> 但实际上, 作品来源国法并不适合作为权属普遍制中的单一准据法。第一, “作品来源国”这一概念来源于《伯尔尼公约》, 主要指作品的首次出版地 (对于已发表作品) 和作者的国籍或经常居所地 (对于未发表作品), 其本身只是作为作品受《伯尔尼公约》保护的连结点, 并未被意图用作版权冲突规范中的连结点。第二, 通信技术的发展导致作品首次出版地的确定存在困难, 特别是在网络环境下传播作品, 公众可以在任何有网络的地方接触到作品。这也是 2000 年外交会议上加拿大的提案 (作品来源国法作为视听表演权属的准据法) 没有被纳入《基础提案》的原因之一。<sup>[54]</sup> 第三, 作品自创作时开始产生著作权, 而首次出版会晚于创作, 在未出版的这段时间内显然需要依据准据法确定作品的权属。在作者的国籍或经常居所地不同于作品的首次出版地的情况下, 如何选择作品权属的准据法会出现困境。如果作品的出版会导致其权属准据法发生变化, 那么作品的权属关系会产生混乱。

权属普遍制中单一准据法的选取应当遵循意思自治原则和最密切联系原则。基于此, 准用当事人之间合同关系的准据法宜作为最佳选择, 这也尽量避免权属事项与合同事项之间的分割。具体而言, 对于两人以上基于在先合同关系初始取得知识产权, 当事人之间

[51] Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 10 avril 2013, 11 - 12. 508.

[52] Brad Spitz, *French Supreme Court on 5 (2) BC: National Law Determines Who Is the Copyright Owner*, Kluwer Copyright Blog, May 28, 2013, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2013/05/28/french-supreme-court-on-52-bc-national-law-determines-who-is-the-copyright-owner/>, 2019 年 7 月 4 日最后访问。

[53] 前引 [27], Ginsburg 文, 第 169 页。

[54] 前引 [30], Mireille Van Eechoud 书, 第 88 页。

在先合同关系的准据法原则上应作为知识产权初始归属的准据法；对于继受取得知识产权，转让或许可合同的准据法原则上应作为知识产权归属的准据法。当然，准用当事人之间合同关系的准据法不能违反知识产权地域性的基本原则，被请求保护地国的强制性规范仍应优先适用。准用当事人之间合同关系的准据法已被国际上一些法律文本（包括权威学术机构的示范法和部分国家的立法）不同程度地予以采用，其最有希望成为各国达成共识的单一准据法方案。例如，“ALI原则”第313条第1款b项和c项分别对基于合作创作关系和雇佣关系而产生的非注册性知识产权的初始归属作出准用当事人之间合同关系的准据法的规定。又如，比利时国际私法第93条第2款规定：“工业产权的原始归属，适用与智力行为具有最密切联系地国家的法律。如果智力行为的实施基于合同关系，推定适用合同关系的准据法，除非有相反证据被提出。”<sup>[55]</sup>

在准用当事人之间合同关系的准据法的框架下，当事人可以根据意思自治原则约定知识产权归属的准据法。在当事人之间缺乏准据法约定的情形，如何选取与知识产权合同关系具有最密切联系的准据法，是需要进一步探讨的问题。特征性履行原则作为确定合同准据法的主流方法可为此提供指引。<sup>[56]</sup>基于在先关系初始取得知识产权可以分成两种情形：共同创造和雇佣关系。在共同创造的情形，大多数创造者在创造知识产品时的经常居所地宜作为最密切联系地。例如，“ALI原则”第313条第1款b项之二规定，“大多数创造者的居所地法”为基于共同关系产生非注册性知识产权初始归属的准据法。<sup>[57]</sup>笔者认为，“大多数创造者”的认定需要结合考虑创造者对于涉案知识产品的贡献率，而非简单考虑创造者的人数。“大多数”一词在法律文本中通常针对权属的份额，而非权利主体的人数。例如，居所地在A国的甲对于知识产品的贡献率为三分之二，而居所地均在B国的乙和丙对于知识产品的贡献率为三分之一，此时应认定A国为大多数创造者的居所地。

对于雇佣关系下的知识产权初始归属，在缺乏合同约定的情况下宜采取主流的雇佣关系准据法，即适用雇员（实际创造知识产品的自然人）的惯常工作地的法律，如果惯常工作地难以确定，则适用雇主的主要营业地的法律。<sup>[58]</sup>例如，《欧洲专利公约》<sup>[59]</sup>第60条第1款规定：“如果发明人是雇员，欧洲专利的权利应当根据雇员主要被雇佣的所在地法予以确定；如果雇员主要被雇佣的所在地法难以确定，应适用与雇员相关的雇主主要营业地法。”“CLIP原则”第3:503条对于雇佣关系的知识产权合同作出了类似的准据法规定，该规

[55] 前引〔27〕，Fawcett等书，第13.92节。

[56] 特征性履行原则被广泛认可，我国立法也明确予以采纳。涉外民事关系法律适用法第41条规定，当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。“CLIP原则”第3:502条第2款对于知识产权合同的最密切联系地选择给出了考虑因素，该规定遵循特征性履行原则。前引〔14〕，“CLIP原则”评论书，边码3:502.C01。

[57] “ALI原则”第313条第1款b项之三还作了补充规定：如果大多数创造者的居所地不在同一个国家，与知识产品的首次利用具有最密切联系国家的法律为基于共同关系产生非注册性知识产权初始归属的准据法。

[58] 涉外民事关系法律适用法第43条规定：劳动合同，适用劳动者工作地法律；难以确定劳动者工作地的，适用用人单位主营业地法律。我国采取主流的雇佣关系准据法，与德国、瑞士和日本等国家的相关规定基本类似。参见黄进、姜茹娇主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》，法律出版社2011年版，第237页以下。

[59] 《欧洲专利公约》也称为《1973年关于授予欧洲专利的公约》，其建立欧洲专利组织并提供授予欧洲专利的自治法律体系。一个欧洲专利实质上是一系列在各成员国独立生效并可独立撤销的专利群。

定以欧盟《关于合同之债的法律适用条例》(简称《罗马第一条例》)<sup>[60]</sup>第8条为原型。<sup>[61]</sup>

关于知识产权的继受取得,在相关转让或许可合同没有约定准据法的情况下,转让人或许可人的经常居所地宜推定为最密切联系地。“ALI原则”第315条第2款和“CLIP原则”第3:502条第3款均规定,知识产权转让人或许可人的经常居所地法推定为最密切联系地法。

### (三) 权属法律冲突的产生与解决

国际私法的主要任务在于通过协调各国的冲突规范来解决法律冲突,以保障国际民商事关系的和谐稳定。如果各国采取相同的冲突规范,则法律冲突难以产生,而各国冲突规范存在差异,则将造成国际民商事关系的紊乱。在大多数国家对于知识产权归属采取被请求保护国原则的情况下,个别国家采取权属普遍制,可能导致不同国家的法院对于同一知识产权的归属基于不同的准据法而作出不同的认定,该法律冲突(简称“权属法律冲突”)的产生势必阻碍权属普遍制的推行。

知识产权曾经具有的严格地域性特征在于涉外知识产权案件的专属管辖,即一国法院拒绝受理涉及外国知识产权的纠纷。但国际经济发展的需要使得这种严格地域性逐渐被打破,这为权属法律冲突的产生提供了条件。不同国家的法院可能受理涉及同一知识产权归属的案件,并由于知识产权归属冲突规范的不同而适用不同的准据法,进而作出不一致的权属认定。这类纠纷往往是以外国知识产权归属问题作为先决问题的合同纠纷或侵权纠纷。例如,侵犯外国知识产权的案件可以基于一般管辖权而成立,即被告的经常居所地不同于涉案知识产权的所属地的情形。<sup>[62]</sup>这就有可能导致A国法院管辖侵犯A国知识产权的案件,B国法院由于侵权人居所地在B国也管辖侵犯A国知识产权的案件,两个案件都涉及同样的知识产权归属问题作为侵权纠纷的先决问题。

笔者以下试举两个权属法律冲突的例子加以说明。假设前提是A国对于版权归属采取权属普遍制,而B国对此则适用被请求保护地的实体法。

假设情形一:涉案的版权是在A国的权利,而与涉案作品具有最密切联系的国家是B国。如果涉及该作品权属问题的诉讼在A国被提起,A国法院会对涉案作品的权属适用B国的实体法。而如果该诉讼在B国法院被提起,B国法院则会对涉案作品的权属适用A国的实体法。

假设情形二:涉案的版权是在B国的权利,而与涉案作品具有最密切联系的国家是A国。如果涉及该作品权属问题的诉讼在A国被提起,A国法院会对涉案作品的权属适用A国的实体法。而如果该诉讼在B国法院被提起,B国法院则会对涉案作品的权属适用B国的实体法。

笔者认为,为解决权属普遍制和被请求保护国原则共存所导致的权属法律冲突,法院审理外国知识产权归属问题时,应当遵循被请求保护国对于本国知识产权归属规则享有最终决定权的准则(简称“最终准则”)。被请求保护国原则本身是从知识产权国际条约中演

[60] Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I).

[61] 前引[14],“CLIP原则”评论书,边码3:503.N01。

[62] 参见前引[22],阮开欣文,第94页。

变而来,知识产权的独立性原则也正体现于此。在符合条约义务的前提下,被请求保护国对于本国知识产权事项享有完全的规范管辖权,各国知识产权相互独立而互不影响。这也意味着被请求保护国有权自主决定本国知识产权的归属规则,其中也包括他国知识产品在本国的权利归属。同时,根据国际礼让原则,他国应当尊重本国对于本国知识产权归属规则的安排,他国知识产品在本国的权属规则也应当受到他国的认可,这里的权属规则包括根据权属普遍制的冲突规范对本国知识产权归属适用他国法律的情况下所指引的实体权属规则。

为了遵循“最终准则”,有必要重新诠释被请求保护国原则对于知识产权归属的适用。在知识产权归属方面,被请求保护国原则这一冲突规范需要引入反致规则,即被请求保护地法本身应当包括该国关于知识产权归属的法律适用法。采取被请求保护国原则的国家的法院在审理外国知识产权归属问题时,应当考虑涉案知识产权所属国对于归属的冲突规范。如果权利所属国对于归属也采取被请求保护国原则,那么显然不存在权属法律冲突,法院适用权利所属国的实体权属规则。如果权利所属国采取权属普遍制,其指向了法院地国或第三方国家的实体权属规则,那么根据“最终准则”,法院应当适用权利所属国冲突规范所指引的实体权属规则。

反致规则内含于被请求保护国原则的做法至少可以解决假设情形一的权属法律冲突问题。A国采取权属普遍制而对B国知识产品在A国的权利适用B国的实体权属规则,这属于A国对于A国知识产权归属规则所享有的最终决定权之范畴。根据“最终准则”,他国应当尊重A国对于A国知识产权归属的安排,任何国家(包括B国)的法院在审理该权属问题时应当适用B国的实体权属规则。对于知识产权归属采取被请求保护国原则的法院,在适用被请求保护地(A国)的法律时应当采取反致规则,基于A国冲突规范的引导而最终适用B国的实体权属规则,假设情形一中的法律冲突便迎刃而解。在假设情形一中,由于B国所采取的被请求保护国原则内含了反致规则,A国对于作品权属的冲突规范指向了B国的实体法,那么B国法院应对涉案作品的权属适用B国的实体法,这与A国法院管辖该诉讼所产生的结果不会发生矛盾。

需要指出的是,反致制度有利于冲突法本质功能的实现,即保障同一涉外民事案件无论在哪国进行诉讼,因准据法相同而获得一致的判决结果。鉴于国际上共存不同的知识产权归属冲突规范,反致规则内化于被请求保护国原则的做法能够发挥反致制度的积极作用。并且,在知识产权归属领域采用反致规则,不会产生负面影响。反对反致制度的理由主要有两点:其一,反致与法院地国冲突规范的目的相抵触,并损害内国立法主权;其二,反致会导致恶性循环。但知识产权归属领域中内化于被请求保护国原则的反致规则(本文主张的反致规则)不存在上述缺陷。第一,基于知识产权的地域性,一国知识产权的归属规则应当服从于本国的安排,他国应当对这一安排予以尊重,本文主张的反致规则不存在损害国家立法主权的问题。而且,本文主张的反致规则往往导致内国准据法的适用,被请求保护国的权属普遍制往往会指向法院地国的知识产权归属准据法。从假设情形一可以看出,B国法院采用的反致是直接反致,最终适用了B国的实体权属规则。第二,根据“最终准则”,反致不会出现恶性循环,最终指向的准据法只能是被请求保护国根据其冲突规范指向的知识产权归属准据法。

“最终准则”不仅要求采取被请求保护国原则国家的法院予以遵守，还需要采取权属普遍制国家的法院予以遵循。单纯对于知识产权归属引入反致规则，还不能解决假设情形二所针对的权属法律冲突问题。为了完全消除知识产权归属冲突规范从被请求保护国原则到权属普遍制过渡过程中的困难，采取权属普遍制国家的法院应在特殊情况下采用被请求保护国原则作为例外。具体而言，采取权属普遍制国家的法院审理涉及外国知识产权归属的纠纷时，应当考察权利所属国对于知识产权归属的冲突规范。如果权利所属国与法院地国的权属普遍制完全一致，那么不存在权属法律冲突问题。但是，如果法院地国与涉案权利所在国对于权属所采取的冲突规范存在差异，那么该法院应当基于国际礼让而采取被请求保护国原则，即采取涉案权利所属国的权属规则，这样就能保障被请求保护国对于本国知识产权归属规则享有最终决定权。在假设情形二中，当涉案作品权属问题的诉讼在A国被提起，A国法院应当考虑到B国采取被请求保护国原则这一情况（不同于A国采取权属普遍制），应基于国际礼让原则而尊重B国对B国权利归属规则的最终决定权，根据被请求保护国原则对于涉案作品的权属适用B国的实体法，这样可以避免与B国法院管辖该诉讼所产生的差异。

## 结 语

随着全球一体化进程的推进，各国在知识产权方面的合作与互利将持续深入，知识产权与国际私法这一交叉领域在近年来愈加受到重视。海牙国际私法会议在20世纪90年代初开启了“判决项目”，知识产权问题一直是其中重要的议题。我国于2017年9月12日签署了2005年《选择法院协议公约》，其在一定程度上包括了知识产权事项。2019年7月2日，海牙国际私法会议第22届外交大会通过了《承认与执行外国国民商事判决公约》，我国高度重视并积极参与了讨论和磋商谈判，并签署了该公约。知识产权条款虽然由于分歧过大而被排除在公约之外，但该公约每个版本的草案都将知识产权条款作为备选，涵盖了知识产权相关的管辖权审查和准据法审查的条款。<sup>[63]</sup> 知识产权的国际私法公约很可能是未来国际谈判的讨论重点。

涉及知识产权的国际条约谈判中，各国主要关注于知识产权保护的差异，因为这直接牵涉到各国的重要利益，低保护的国家不会无理地让步于高保护的国家。而知识产权归属规则仅仅是一个“分蛋糕”的问题，如何分都不会影响“蛋糕”的大小，归属规则的变化不会影响知识产权的保护程度。因此，通过冲突规范来协调涉外知识产权的归属关系，不会对国家利益产生实质性的负面影响，而是有利于知识产品的全球跨境流通，对各国甚至全球来说是一个合作共赢的优化机制。

鉴于我国涉外民商事交往的纵深发展，我国立法应当审时度势并顺应全球化的发展趋势，对于知识产权归属在一定程度上采用权属普遍制。涉外民事关系法律适用法第48条需增加一款：“基于在先关系取得知识产权的，当事人可以协议选择知识产权初始归属的法律。当事人没有选择的，适用本法对合同的有关规定。但是被请求保护地法律对知识产权

[63] 2017年2月的草案中增加了第7条第1款（g）项，即知识产权的准据法审查条款。

初始归属有强制性规定的，优先适用该强制性规定。”涉外民事关系法律适用法第49条需增加一款：“被请求保护地法律对知识产权转让和许可有强制性规定的，优先适用该强制性规定。”

由于目前我国立法对于知识产权归属采取被请求保护国原则，我国司法实践对于被请求保护国原则的概念理解应当引入反致规则的适用，从而防止法律冲突的产生。我国法院在审理外国知识产权的归属问题时，如果该国采取权属普遍制，根据被请求保护国原则所适用的该国法律应当包括该国关于知识产权归属的冲突法。虽然涉外民事关系法律适用法第9条作出了排除反致制度的原则性规定，但第48条是关于知识产权归属的专门规定，反致规则的适用内含于被请求保护国原则的概念本身，可以采取特别法优于一般法的法律解释规则予以解决。

---

---

**Abstract:** The “ownership diversity phenomenon” reflects territoriality of law, which is inconsistent with trend of development of legal universality against the background of globalization. There should be a single law applicable to the ownership of IP products in different countries. The principle of “ownership universality” is one feature of the weakening of IP territoriality. From the perspective of what ought to be, “ownership universality” can be applied to IP ownership to some extent, which contributes to cross – border flow and maximum use of IP. There is no room for the application of “ownership universality” to mandatory rules of IP ownership. Current international treaties pose no obstacle to the application of “ownership universality”. How to choose the single applicable law under “ownership universality” is an important question that urgently needs to be answered and the clarification and recognition by most countries of the choice of rule is a necessary precondition for the effective operation of “ownership universality”. To resolve the legal conflict caused by the co – existence of “ownership universality” and *lex protectionis*, the country from which protection is claimed should have the final determination of the law applicable to IP ownership, and the *renvoi* should be embedded in *lex protectionis*.

**Key Words:** ownership of intellectual property, application of law, *lex protectionis*, ownership universality

---

---