

企业法律风险管理丛书

企业知识产权 法律风险提示

Legal Risk
in Enterprise Intellectual Property

刘如翔 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014035902

D923.404

190

企业法律风险管理丛书



企业知识产权 法律风险提示

Legal Risk
in Enterprise Intellectual Property

刘如翔 著

D923.404
190



北航

C1723271



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

企业知识产权法律风险提示 / 刘如翔著. —北京:
法律出版社, 2014. 3
(企业法律风险管理丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5337 - 0

I. ①企… II. ①刘… III. ①企业—知识产权—研究—
中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 207787 号

企业知识产权法律风险提示
刘如翔 著

编辑统筹 大众出版社
策划编辑 邢艳萍
责任编辑 邢艳萍
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市兴达印务有限公司
责任印制 沙 磊

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 16.5
字数 282 千
版本 2014 年 3 月第 1 版
印次 2014 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5337 - 0

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目录

CONTENTS

第一编 企业知识产权法律风险基础理论

第一章 知识经济背景下的企业知识产权法律风险	3
第一节 知识经济、知识产权与法律风险	3
第二节 知识产权法律风险探析	11
第三节 企业知识产权法律风险现状及应对策略	29

第二编 企业知识产权法律风险图景展示

第二章 企业专利法律风险	41
第一节 专利申请过程中的法律风险	41
第二节 专利资本运作中的法律风险	57
第三节 专利维权过程中的法律风险	69
第三章 企业商标法律风险	77
第一节 商标设计及其法律风险	77
第二节 商标注册及其法律风险	82
第三节 商标使用及其法律风险	91
第四节 商标维权及其法律风险	106
第四章 企业商业秘密法律风险	115
第一节 商业秘密的获取及其法律风险	116
第二节 商业秘密的使用及其法律风险	121
第三节 商业秘密的保护及其法律风险	134

第五章 企业著作权法律风险	143
第一节 著作权的取得及其法律风险	143
第二节 著作权的利用及其法律风险	151
第三节 著作权侵权与维权法律风险	156
第四节 特殊著作权客体及其法律风险	160
第六章 新时期的知识产权法律风险	170
第一节 新经济背景下的知识产权法律风险	170
第二节 网络时代的知识产权法律风险	172
第三节 国际化视野中的知识产权法律风险	179

第三编 企业知识产权法律风险的识别、分析及控制

第七章 企业知识产权法律风险的识别	189
第一节 企业知识产权法律风险的识别机制	189
第二节 企业知识产权法律风险的识别方法	194
第八章 企业知识产权法律风险的分析	216
第一节 企业知识产权法律风险定性分析实务	216
第二节 企业知识产权法律风险定量分析实务	225
第九章 企业知识产权法律风险的控制	238
第一节 企业知识产权法律风险的控制方法	239
第二节 企业知识产权法律风险的控制体系	248
第三节 企业知识产权法律风险的动态控制	256

企业知识产权法律风险

第一编

企业知识产权法律风险基础理论

第一章

知识经济背景下的企业知识产权法律风险

知识经济时代的到来已经是不争的事实,近年来,随着中国企业国际化道路的推进,中外知识产权冲突纷起,诉讼频仍,我国企业正面临着日益严重的“知识产权危机”,但不少企业管理者仍然未认识到这一问题。在这种特殊的时代背景下,研究和正确认识企业的知识产权法律风险具有必要性和迫切性。知识产权法律风险问题值得引起每一位管理层成员的重视,而且应当作为一个与经营战略同等重要的问题看待,而不仅仅是法律顾问或者法务部门的事情。

第一节 知识经济、知识产权与法律风险

一、知识产权与知识经济

在知识经济时代,我们对知识产权的理解不应仅限于法律意义上的专利权、商标权、著作权等,任何企业能够采取知识产权予以保护的无形资产,包括那些已经由法律确认保护的部分和尚未保护的部分均应是企业管理者关注的对象。知识经济时代,“任何形式的智力贡献——思想、策略、计划、蓝图、技术说明书、专利、品牌等都是公司成功的核心因素”。^①

(一) 知识经济时代的来临

20 世纪 80 年代初,“知识经济”(Knowledge-based Economy)这一新概念在经济学家视野中逐渐清晰起来。阿尔文·托夫勒在其代表作《第三次浪潮》中把农业革命称作人类历史上的“第一次浪潮”,将工业革命视为“第二次浪潮”,而 20 世纪 50 年代中期开始的重大技术和社会变化则被称为人类变化的“第三次浪潮”,正是“第三次浪潮”的涌起标志着知识经济时代的来临。

20 世纪 90 年代初,美国信息学研究所出版的《1993—1994 年学报》在题为

^① [美]约翰·贝利:《无形资产的有形战略——管理公司六大无形资产的制胜法宝》,陈江华译,知识产权出版社 2006 年版,第 13 页。

《知识经济:21 世纪信息时代的本质》一文中指出,信息与知识正在取代资本和能源成为创造财富的要素,正如资本和能源在 200 年前取代土地和劳动力一样。

1996 年,经济合作与发展组织(OECD)在题为《以知识为基础的经济》的报告中,为知识经济作出了如下定义:知识经济是指建立在知识和信息的生产、分配和使用之上的经济。该组织认为,知识经济是和农业经济、工业经济相对应的一个概念,用以指当今世界上一种新型的,富有生命力的经济。^①至此,知识经济这一概念正式为人们所接纳。

在知识经济时代,知识是经济增长的源泉,创新是经济发展的动力。通过世界 500 强企业排名的变化,我们可以深刻体会到知识对经济增长的影响。过去,基础性工业企业,如钢铁、石油企业等在 500 强企业的排名中遥遥领先,但如今已经逐渐丧失了传统的领导地位,而让位于一些从事信息技术、新能源技术、新材料技术的高新技术企业,如苹果、微软、IBM、SONY,这些企业的发展历史往往只有几十年的时间,但都有一个共同的特点,它们都是伴随着知识经济的发展而快速兴起的。在知识经济时代,企业的品牌、信息、创新能力、知识水平、智力成果等无形资产相对于企业的机器、厂房、资金等更具有经济价值,如果用最具有代表性的语言来表述这一现象,“知识就是财富”无疑是最好的诠释。

1998 年,美国斯坦福大学的两名研究生赛吉·布林和拉里·佩奇放弃了获得博士学位的机会,通过风险投资获得 100 万美元的创业基金,并利用自编软件创立了 Google 搜索引擎,就是这样一个公司,在短短 6 年时间里,公司资产从 100 万美元猛增到 270 亿美元,平均每个工作日所创造的财富竟然达到了惊人的 1800 万美元,知识与财富的关系由此可见一斑。

(二) 知识产品的脆弱性与知识产权的产生

在知识经济时代,知识的重要性不言而喻,但知识却具有公共产品(public goods)的特征,在自我保护方面具有一定的脆弱性。公共产品是与私人产品(private goods)相对立的一个经济学概念,最早由美国经济学家萨缪尔森提出。在他看来,私人产品是指在使用和消费上具有个人排他性的物品,即该类物品在特定的时空条件下只能为某一特定的主体所使用,比如,“一条裤子在某个时间只能为一个人穿着”,“一辆汽车不能同时朝两个不同的方向行驶”。^②与满足私人或者个体需要的私人产品不同,公共产品主要用来满足社会共同需要,如国

① 华裕达:《迈向“知识经济”时代》,上海科学技术出版社 1998 年版,第 1 页。

② [美]罗伯特·考特、托罗斯·尤伦:《法和经济学》,上海三联书店 1994 年版,第 147 页。

防、公共设施、生态环境。公共产品一般具有两大特性,即非排他性(Non-excludability)和消费上的非竞争性(Non-rival Consumption)。非排他性指的是不付任何费用的人和支付费用的人一样能够享有公共产品带来的好处,比如,国防系统对于不纳税的人一样会提供保护等;非竞争性指一个人对公共产品的消费不会影响到其他人对公共产品的消费。比如当一个人行走在公共道路上,它的存在并不会影响到其他行人使用该道路。与此相对应的是在私人产品中,当一个人用杯子喝水时,其他人就不能使用这只杯子。

信息经济学理论认为知识具有公共产品的属性:

首先,知识具有可共享性的特征,随着信息时代的来临,知识的传播速度逐渐加快,传播的成本逐渐减少,在大多数场合下,知识一旦公开,一般不需要支付任何费用即可获取,尤其在网络技术日益发达的今天,免费获取知识信息是轻而易举的事情,因此知识具有了公共产品中非排他性的特征。

其次,知识具有非磨损性的特点,在使用时,知识不会被消耗,因此任何人使用知识都不会影响到其他人使用。比如对于牛顿万有引力定律的了解或者简单到掌握 $1+1=2$ 的运算规则都不可能影响到他人,因此知识具有公共产品中非竞争性的特点。

知识的公共产品属性直接导致了知识产品的“搭便车”现象,比如光盘盗版者以极少的成本复制他人的知识产品并销售以谋取利益,从而使知识产品的生产者无法通过市场获得产品开发的收益。“搭便车”现象使得知识产品的生产者缺乏生产的积极性,或者采取措施将已经生产出来的知识产品隐藏起来不予公布,这样发展的最终结果必然是整个社会创新能力的萎缩以及知识更新速度的减慢。

就如何保护公共产品,解决“搭便车”这一现象,在法学教育中经常会提出这样一个启发式的问题,即为什么野生大象濒临灭绝,而家里饲养的猪没有?对这个问题的回答通常是:其一,野生大象属于公共产品,而猪属于私人产品;其二,野生大象谁都可以观赏,谁都可以使用,因此谁也不会去保护,而猪则是家庭的财产,责任到人,因此保护的力度更强。通过这个例子我们可以得到一个启示,即私人产品的保护要比公共产品的保护更加全面和有力。有鉴于此,就如何保护知识产品这一问题,实践中的做法是将一部分知识产品作为私人产品来对待,将知识与权利相挂钩,明确知识产品的私人权属,任何未经知识产品所有人的许可而使用该产品的人都会受到法律的惩罚,这样一来,知识产品既具有了排他性和竞争性,也具有了私人产品的一般属性,这一制度安排不仅保护了知识产

品,也维护了社会的创新能力。知识产权制度以及知识产权法律体系就是在这种保护公共产品、促进社会进步的目的上建立起来的。

二、知识产权与市场竞争

知识产权的功能是多方面的,如保护智力成果完成人的合法权益、调动人们从事科研与文学创作的积极性与创造性;为智力成果的推广应用与传播提供法律保障机制;为国际经济技术贸易和文化艺术交流提供法律机制,促进人类文明进步与经济发展等,但对于企业而言,知识产权往往意味着生存的资源 and 竞争的手段。被誉为 20 世纪末最具影响力的经济学家,莱斯特·梭罗曾经指出:“未来将是知识为基础的竞争,对个人和国家而言,创造与应用知识的能力将成为竞争的关键。”对于企业来说,知识产权在市场竞争中可以发挥如下作用:

(一) 构建企业核心竞争力

1990 年,美国密歇根大学商学院教授、哈佛大学博士普拉哈拉德(C. Prahalad)与伦敦商学院教授甘瑞·哈默(Gary Hamel)在《哈佛商业评论》上发表了《公司核心竞争能力》(The core competence of the corporation)一文,首次提出了“核心竞争力”(core competence)的概念,他们认为核心竞争力是指企业内部经过整合了的知识和技能,尤其是协调各方面资源的知识和技能,是支撑企业过去、现在和未来竞争优势,并使企业长时间内在竞争环境中取得主动的核心能力。企业核心竞争力的根本标志是竞争对手难以模仿,能够给企业带来超额利润,使企业在竞争中保持明显的优势。

我们理解,企业保持明显竞争优势的方法只有两种:一是自然垄断,但在市场竞争日趋激烈的今天,除非是在行政力量的帮助下,否则自然垄断是不可能产生的;二是自主创新,其中最重要的一点就是知识创新和知识产权的运用。因此我国著名的知识产权法研究专家吴汉东教授才会认为“一个企业拥有知识产权的数量和质量已经成为其核心竞争力的重要因素”。

世界 500 强之一的飞利浦公司在中国申请的专利总量已经超过了 1.1 万项,在中国开发的专利超过了 1500 项。^①通过密集的专利体系,飞利浦在企业竞争中获得了明显的技术优势,而且通过对专利的授权使用,飞利浦公司每年都可以从自主知识产权中获得高达数亿欧元的利润。应当说通过知识产权的运用,飞利浦公司已经成功地构建了企业的核心竞争力,在短期的市场竞争中几乎

^① 原文地址: http://www.sipo.gov.cn/ztzl/ndcs/sjzscqr/2006426kfr/hdztg/200804/t20080411_372992.html。

处于不败地位。

(二) 获得市场垄断权

知识产权是对知识产品的保护,具有排他性的特点,任何未经同意而使用知识产权的行为都将受到法律的制裁。知识产权具有一定的时间性,该制度的目的在于通过赋予权利人在一定时间内专有的权利而获得知识的公开,以防止知识的永久垄断。著名的知识产权法哲学家 Machlup 与 Penrose 早在 20 世纪 50 年代就强调过,知识产权是对“智力垄断特权”(Intellectual Monopoly Privilege)的否定。^①然而,当知识产权成为一种法律制度,其所带来的短时间的绝对垄断地位^②,却给企业赢得了依靠行政的力量合法垄断市场的权利。尽管有部分学者认为这种知识产权制度导致的垄断值得反思,^③但在目前的法律环境下,知识产权所具有的这种功能仍然是企业获得合法市场份额和合法高额利润的有效方法。在市场竞争中类似的案例有很多,发生在美国的非结晶金属材料专利之争就具有一定的代表性。^④

美国阿莱德公司从 1973 年开始,平均每年投资 700 多万美元用于开发非结晶金属材料,并在美国、日本、欧洲等地申请了非结晶金属制造方法专利。1983 年 3 月 11 日,阿莱德公司以专利权受到侵犯为由,向美国 ITC(国际贸易委员会)起诉,指控日本的新日铁、日立金属国际有限公司以及德国的巴克姆施梅尔采、西门子等公司侵犯其专利权。经过长达一年多的调查、审理,ITC 于 1984 年 10 月 15 日作出最终裁定,决定全面禁止进口新日铁、日立金属、TDK 三家日本公司和德国巴克姆施梅尔采等公司的非结晶金属制品。这一裁定结果,就意味着将上述公司挤出了美国市场,这对正在紧锣密鼓、轰轰烈烈地着手以新材料为新事业的支柱进行大力开发的日本企业来说无疑是致命的打击。最令日本企业遗憾的是,日立金属、日立制作所、松下电器、索尼、新日铁等赖以开发的非结晶金属技术,是日本东北大学增本教授设计出来的非结晶金属制造装置技术,它仅仅比阿莱德公司晚申请专利几个月。不仅如此,阿莱德公司还紧追不舍,在将他

① 曹新明:“知识产权法哲学理论反思——以重构知识产权制度为视角”,载《法制与社会发展》2004 年第 6 期。

② 知识产权一经获得,无论其他人是否基于自己独立的研究获得了同样的知识,都将被限制,其只能通过从知识产权人处获得授权才能使用特定的知识。

③ 张敬:“知识产权制度以利益平衡为视角的法律思考”,载《湖南科技大学学报》(社会科学版)2005 年第 4 期;乔生、陶绪翔:“我国限制知识产权滥用的法律思考”,载《现代法学》2005 年第 1 期;陈玮:“知识产权滥用的反垄断规制”,载《东南学术》2005 年第 6 期。

④ 韩秀成:“直面专利战,应对专利战”,载《中国知识产权报》2003 年 9 月 16 日。

们挤出美国市场的同时,还迫使东芝、三井造船、三井石油化学、日立制作所、三井物产5家日本企业合资筹办的“日本非结晶金属公司”交付了总额为2300万美元的使用专利权的定金,此外,在销售产品时还要提取产品价格3%的专利使用费。

在这个案例中,阿莱德公司成功地利用专利权为自己获得了广阔的市场空间,同时也为公司获得了长期的高额利润。目前世界上一些发达国家的企业正是利用这种专利上的优势,不断从其他国家的企业,甚至是整个行业和产业中获取稳定的高额专利费用。

(三) 打击竞争对手

现代企业的竞争是企业产品质量、服务、技术、创新能力以及品牌号召力的竞争,知识产权在市场竞争中发挥着重要作用,通过运用知识产权,企业可以有效遏制竞争对手的发展。这一点刚刚迈出国门的企业可能更有体会,在改革开放之初,当中国企业跨出国门,走向世界的时候,国外企业早已严阵以待,专利、商标、版权各种类型的知识产权应有尽有,并且形成了严密的防御体系,企业销售产品将面临动辄侵权的后果,迫使企业以牺牲利益甚至是牺牲市场为代价获得知识产权的许可使用权。以DVD产业为例,国内DVD行业产量一度占世界总产量的85%左右,但是国内企业并不掌握DVD核心技术,国产DVD的核心元器件,如解码芯片、机芯和光学头等大部分都需要从国外进口。2002年海外飞利浦、松下、JVC等6家DVD核心企业(简称6C)联袂向中国DVD生产行业提出每台收取高达20美元专利使用费的诉求,自此之后,中国DVD行业受到了严重的打击,金正、创维、厦华等著名的国产品牌已经开始从国际市场隐退。由此我们可以发现知识产权是企业商战的利器,如果没有知识产权保驾护航,企业在市场竞争中迟早会败下阵来。

另外,如果无视竞争对手的知识产权,那么在参与市场竞争时将会面临更为严重的后果,这方面的案例当首推宝丽来与柯达两公司围绕一次性成像技术而展开的长达14年的专利诉讼大战。

20世纪60年代,在一次性成像技术方面,宝丽来公司居于领先地位,拥有大约150余项专利,基于对市场的渴望,柯达公司在开发新技术未果的情况下,于1976年向市场推出一系列新的快照相机和胶卷,但很快宝丽来公司以侵犯专利权为由向法院提起了诉讼,要求柯达公司支付巨额的经济赔偿,经过14年的漫长诉讼,最终的判决结果是,柯达公司需赔偿宝丽来公司9.25亿美元的经济损失,并且需要花费近5亿美元召回公司在1976年到1985年间向消费者出售

的 1600 万部一次性成像相机。除此之外,柯达公司还花费了近 1 亿美元的诉讼费用,被迫关闭了价值 15 亿美元的厂房,解雇了近 700 名员工。

可以看出知识产权已经成为一种合法的竞争手段,若企业不懂得如何运用知识产权参与国内外市场竞争,将导致企业在参与国内外市场竞争的过程中处于被动局面,市场份额越来越小,甚至被别人挤掉。利用知识产权来占领和控制市场是比任何其他竞争手段都更直接、更有效的竞争手段,运用知识产权赢得市场竞争优势已经成为现代企业的发展战略。知识产权已不仅仅是一种重要的法定权利和具有极高价值的无形资产,它已经成为一种强大的竞争武器,为发挥知识资源的经济效能提供制度激励和法律保障。

三、知识产权与法律风险

在知识经济的宏观背景下,知识产品与知识产权已经成为企业生存与发展的必备要素,在激烈的市场竞争中充分认识到知识产权的重要性,并善于运用知识产权这一利器应当成为企业家的基本素质之一,遗憾的是,关于重视知识产权保护呼吁此起彼伏,但实务界真正意识到知识产权重要性并且知道如何重视知识产权的企业并不是很多,而由此造成的法律后果却是非常严重的。在企业商标权方面,河南著名白酒品牌“杜康”以及百年老字号“同仁堂”在日本被抢注,云南著名卷烟品牌“阿诗玛”、“红塔山”在菲律宾被抢注,“五粮液”商标在韩国被抢注,“海信”商标在德国被抢注,“康佳”商标在美国被抢注以及“科龙”商标在新加坡被抢注等案例,不胜枚举。在企业专利权方面,“入世”以来,从 DVD、彩电、摩托车到数码相机、MP3 芯片、汽车和电信设备等二十多个行业,几乎都发生过专利法律纠纷,造成了数以亿计的经济损失,其影响范围往往不是一个企业,甚至不是一个地区而是整个产业。

改革开放以来,我国在知识产权立法、建立知识产权保护制度方面取得了举世瞩目的成就。我国知识产权制度的飞速发展无疑给知识产权研究提供了广阔的天地,同时也提出了更高的要求。近些年来,我国知识产权研究方面可谓硕果累累,这些成果涉及知识产权立法、执法、管理、保护、利用等,对于推动我国知识产权法制建设起到了重要作用。但是,我们也不能不看到,这些研究对知识产权战略运用,特别是对企业这一知识产权运用的极重要主体如何策略性地利用知识产权促进企业发展的研究却很匮乏。

客观上评价,虽然大部分企业管理者并没有对知识产权给予足够重视,但还是有相当一部分富有远见的企业家敏锐地发现了知识产权在市场竞争中的重要作用,只是由于国内理论研究的滞后,企业管理者往往并不清楚应该如何重视知

识产权或者在具体事务上虽然能够意识到和处理好知识产权的问题,但在整体上还没能形成系统的针对知识产权的管理和应对策略。2006年,全国工商联曾对民营企业的知识产权状况进行了抽样调查,在被调查的535家企业中,没有建立知识产权制度的企业占50%以上,仅有92家企业设置了知识产权专职管理部门。^①这正反映了多数企业管理者仅仅从形式上着手管理知识产权,但并不理解企业知识产权事务的综合性,更不能从整体性角度看待企业所面临的知识产权问题。我们在为企业提供法律服务的过程中,也经常接触到企业的知识产权管理人员,让人吃惊的是多数企业的知识产权管理人员清一色由技术人员构成,没有法律人员的参与。这样的管理现状,导致企业仅仅重视专利等技术方面的知识产权,对商标、版权、商业秘密等知识产权的关注度不够,另外企业并不能有效地识别和控制知识产权所带来的法律风险。国内不少学者从知识产权战略、知识产权管理等不同角度对企业需要关注的知识产权问题进行了宏观梳理,应当说这些研究对企业管理者而言有着非常大的帮助作用,但此类著述多数是从经营管理或者技术发展的角度着手,未能意识到知识产权同时也是一个复杂的法律问题,会给企业带来严重的法律风险。

在这种背景下,尝试从企业法律风险的角度整体性看待企业所面临的知识产权问题,不仅在理论上是对原有企业知识产权管理和战略研究的丰富,而且在实践中也是一种必要的、有益的应对路径。从法律风险的角度看待知识产权管理,可以得出以下一些基本观点:

第一,企业的知识产权问题不仅仅是技术问题,更是法律问题。不少企业管理者将知识产权等同于企业的“专利”,而忽略了知识产权包含着广阔的内容,企业知识产权从权利的获取、权利的保护、权利价值的实现等都需要法律支持。因此,企业知识产权问题是法律问题,而且应当主要将其看做法律问题。在我们接触的外国企业中,不乏由法律部门追究知识产权侵权作为企业主要盈利来源的企业。在这些企业中,知识产权法律风险管理被视为最重要的企业管理问题。对于多数企业而言,一旦研发工作结束,知识产权就应当优先看做一个法律问题:知识产权应当采用专利还是商业秘密保护?知识产权应当采取哪些法律保护措施?知识产权侵权应当如何处理?知识产权应当采用怎样的许可方式运营?这一系列的问题是企業如何让知识产权真正地发挥作用,而这些问题的解决都需要采取必要的法律手段,这些法律问题的解决是否适当都关系着企业经

^① “民营企业知识产权状况调查报告”,载《中华工商时报》2006年7月11日。

受着怎样的法律风险。

第二,企业知识产权活动都将面临法律评判,对知识产权法律风险的把握,将有利于企业做出正确决策。企业知识产权战略的制定和实施必然置于法律规范的制约之下,企业只有在明确法律规定的前提下才能趋利避害。实践中盲目侵犯他人知识产权的企业为数不少,这种不当的法律行为导致企业蒙受不必要的经济损失。从法律风险的角度研究企业的知识产权问题,可以在宏观上为企业管理者提供一种应对知识产权问题的战略态度和指导思想,而在微观层面上也可以通过风险识别、评估、控制等风险管理工具对企业可能遇到的具体知识产权问题进行定性和定量分析,为企业管理层决策提供客观依据和参考。若企业管理者了解自身企业所面临的知识产权法律风险,则能够更好地预见企业未来可能遭受的知识产权法律危机,对妥善处理知识产权问题具有重要价值。

第三,知识产权法律风险的概念不同于企业的知识产权纠纷,整体性的思路更有助于企业采用事先措施。我国企业真正遭遇知识产权诉讼的比例并不高,但我们可以看到那些遭遇知识产权纠纷的企业因为知识产权问题所承担的损失非常巨大。这样的损失不是每个企业都可以承受的,我们不少企业可能在真正遭遇知识产权损害时就会从市场中消失。从法律风险角度看,企业只要在从事经营活动,法律风险则会相伴而生,如果缺乏必要的识别、分析、评估,企业法律风险在缺乏监控的环境下发展,很有可能会给企业带来致命打击。通过整体性的法律风险评估,企业可以认识到自身经历和承受的知识产权法律风险,从而采取恰当的事前措施,避免企业卷入致命的知识产权纠纷中。

第二节 知识产权法律风险探析

一、知识产权法律风险的界定

法律调整和保护企业权益的同时,也为企业行为附加了大量规则,若企业行为不符合这些规则或者在规则允许范围内没有采取更有利的方式,就会给企业带来法律风险。沟通和信息传递直接关系到实务中知识产权法律风险管理能否顺利进行,而准确明晰的知识产权法律风险概念是沟通的基础。

知识产权法律风险的概念是法律风险这一宏观概念的子概念,因此,对知识产权法律风险进行概念上的分析,关键在于如何理解法律风险。所谓法律风险,应界定为当事人不当行为导致的法律不利后果发生的可能性。这一概念彰显了法律风险的如下特质:

(1) 法律风险的产生主要是由于行为人的法律行为不规范而导致的;

(2) 法律风险的存在可能会使行为人的行为无法达到预定的目标,从而产生既得利益或者是预期利益上的损失;

(3) 法律风险的存在仅仅是不利法律后果发生的可能性,法律风险并不必然导致经济损失。

企业法律风险的产生原因相对较多,甚至一个法律风险也并非由单一的原因导致。笔者为法律风险确定这样的定义,并不表明企业的具体法律行为不规范是法律风险产生的唯一原因,而是希望企业更多地从自身原因去寻求法律风险解决的途径。

第一,企业法律风险的不利结果都将由企业承担。企业法律风险的最终影响都体现对企业不同程度的破坏,而这种不利结果的承担者应当更多地关注法律风险,应当更加主动地采取措施。即使其他原因导致了法律风险的产生或者对法律风险起了重要作用,但企业不能够将改变现状的努力交给其他因素的变化,否则企业只能消极地等待法律风险的发生。

第二,法律风险的发生都有企业具体法律行为的参与。任何一个企业的法律风险都存在某种企业作出的法律行为,即使是由外部法律规范引起的法律风险,仍然可以认为是因为企业未能及时根据法律规定调整自身的经营行为。由企业内部员工的个别行为所带来的法律风险,可以看做企业的管理行为缺陷导致的;企业以外的第三人行为造成的法律风险,可以看做企业的日常法律监控活动存在漏洞。当然为企业营造一种百分之百安全的行为模式几乎不可能,即使可能也将导致企业承担高额的成本,但我们必须看到企业在法律风险面前并非无所作为,外化的法律风险同样可以寻求企业内部的解决途径。

第三,企业面临的法律风险需要从企业内部进行评估和管理。认识事物,就必须接触事物,对现实客观事物的把握,就要用现实客观的方法。当我们把企业作为目标体,了解其所面临的各种法律风险,就需要深入企业,识别那些存在于企业组织体内的各种法律风险,通过对法律风险表现形式的分析,获得法律风险发生机理的认识,从而寻求有益的法律风险管理方法。因此,将法律风险产生原因归结于企业内部行为的不规范,也有助于企业内部人员理解法律风险的评估工作。

知识产权法律风险本质上仍然是风险的一种,因此它必然具备风险的核心特征。在制度经济学看来,法律为行为人提供了一套制度框架和行为准则,在制度合理的前提下,如果行为人顺应制度的利益趋向行事就能够获得积极的效果。