

大學用書

知識產權法基本原理(I)

基礎理論、標識法

李揚 著

 元照

知識產權法基本原理 I

基礎理論、標識法

李 揚 著



元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

知識產權法基本原理. I, 基礎理論、標識法 / 李揚著. -- 初版. -- 臺北市 : 元照, 2010.11
面 ; 公分
ISBN 978-986-255-060-1 (平裝)

1.智慧財產權 2.法規 3.論述分析

553.433

99013059

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

知識產權法基本原理 I

基礎理論、標識法

1X003PA

2010年11月 初版第1刷

作者 李揚
出版者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新臺幣 580 元
專線 (02)2375-6988
傳真 (02)2370-3286
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-060-1

推薦序

在海峽兩岸已就智慧財產權保護相關議題，簽署「海峽兩岸智慧財產權保護合作協議」，積極推動兩岸關於智慧財產權保護之交流與合作後，兩岸人民及企業藉由對岸智慧財產法制保護本身的智慧創作或營業標識之可能性及範圍，大為增加。過去，迭因程序性、手續面問題而無法於對岸尋求保護之難題，現已因上開合作協議的簽署，而呈現解決之曙光。展望未來，對於迄今為止因程序性問題遲遲無法解決而屢遭忽視之法律實體規範內容，當有必要深入研析、探討其中異同，並就因此規範差異所造成的保護不均衡問題，共謀解決之道。對於台灣人民及企業而言，清楚瞭解對岸相關智慧財產法令對於智慧財產的保護內容、強度及範圍，亦是後ECFA時代，確保自己競爭利基之前提。

然而，相當可惜地，迄今為之，國內有關大陸智慧財產法制之介紹，或因實務需求而偏重特定主題，或因性質及篇幅所限，多僅止於蜻蜓點水式的介紹，一本既深且廣的大陸智慧財產法之教科書式書籍，尚未見諸於出版市場中。於此情勢下，李揚教授《知識產權法基本原理》的出版，適時彌補此一缺憾與不足，提供國內人民及企業正確、有效認識大陸智慧財產法制的發展現況及內容，並得基此進一步思考自己的發明、創作或營業標識等智慧財產，當可利用何種法律規範，於大陸尋求何種保護，確保該當智慧財產所產生之各種利益，不致被不當侵害。

本書中，李揚教授不僅將其敘述觸角拓展及於植物新品種保護、電路布局保護、營業秘密保護及反不正當競爭規範等國內智

慧財產學界及實務界較少探討之主題，更於各該條文規定的解釋上，適當引用大陸法院相關判決，闡明系爭規定於實務運作上的具體實踐，充分落實李揚教授所信仰之Law in Action理念。更難能可貴的是，本書第一編「基礎理論」，從法哲學及法學方法論出發，深入分析智慧財產保護的法哲學基礎，同時凸顯出智慧財產保護的必要性及界限。如此具有法哲學基礎之智慧財產法教科書，實鮮見於國內其他同類書籍中，而具有一定的啓示作用。顯然地，李揚教授雖然積極倡導智慧財產保護的必要性，但也同時提醒讀者，其濫用可能性的存在，從而如何妥適利用權利限制規定、法定（或強制）授權及競爭法規範等，以謀求智慧財產創作誘因與利用自由間之平衡，實是司法實務工作者時時面對且不可或忘的課題。

個人初次拜讀李揚教授之文章，亦係教授有關智慧財產之法哲學基礎的論述，文章中清楚刻劃出教授人格之特質，令人神交。其後獲有機緣而得與教授面識交談，更從談話中感受到教授對於智慧財產研究之熱情與淵博學識，而從教授對於兩岸未來發展之關懷與苦思，亦可見傳統中國知識份子悲天憫人的襟懷。今教授有意將其鉅著《知識產權法基本原理》於國內出版，並期望筆者為文推薦，於公於私，筆者皆樂見其成，筆者個人亦堅信本書當可提供國內人民及企業、甚至學界，有關中國大陸智慧財產法制的深入認識。若要筆者一言以蔽本書之評價，曰：「致廣大而盡精微」。

黃銘傑

2010年仲夏于台大法律學院

目 錄

推薦序

黃銘傑

基礎理論

第一章 知識產權的性質、特徵和知識產權法的體系

第一節 知識產權的性質	3
一、知識產權是一種無體財產權	3
二、知識產權是一種私權	10
第二節 知識產權的特徵	13
一、知識產權的本質特徵——客體的非物質性	13
二、知識產權對傳統財產權的挑戰	16
第三節 知識產權法的體系和分類	21
一、知識產權法的體系	21
二、知識產權法的分類	25

第二章 知識產權法定主義的理論基礎、缺陷及其克服

第一節 知識產權法定主義的含義及其理論基礎	27
一、知識產權法的制定法起源	28
二、洛克財產權勞動理論的意義和缺陷	35

三、知識產權客體的經濟特性.....	54
四、持有不正義的正義.....	67
第二節 知識產權法定主義的缺陷：侵權構成的 限定性及其侷限.....	75
一、知識產權法定主義作為立法原則和司法原則的 功能.....	75
二、知識產權法定主義的缺陷.....	81
第三節 知識產權法定主義缺陷的克服：堅持侵 權構成的非限定性.....	85
第四節 侵權構成的非限定性在知識產權領域中 應用的兩個關鍵問題.....	89
一、受法律保護的利益範圍問題.....	89
二、請求權的區別問題.....	95

第三章 知識產權請求權及其限制

第一節 知識產權請求權的性質和特徵.....	104
一、知識產權請求權的性質.....	104
二、知識產權請求權的特徵.....	113
第二節 知識產權請求權的類型化及其意義.....	116
一、知識產權請求權類型化的根據.....	116
二、知識產權請求權的具體類型及其行使要件.....	119
三、大陸法系主要國家和地區關於知識產權請求權 的立法例.....	129
四、知識產權請求權類型化的意義.....	135
第三節 知識產權請求權的限制.....	141
一、問題的提出.....	142
二、平衡知識產權保護與利用的方法.....	145

三、知識產權請求權限制的現有方法 (一般方法)	149
四、知識產權請求權限制的新方法	157
五、知識產權請求權限制新方法的立法選擇	167

第四章 知識產權立法和民法典編纂

第一節 知識產權立法和民法典編纂關係的三種 思路	173
第二節 民法典中沒有必要設置知識產權編	176
一、沒有成功的範例	176
二、知識產權的開放性、知識產權法的變動性與民 法典的穩定性發生矛盾	180
三、知識產權法的公法規範與民法典的私法屬性發 生矛盾	181
四、知識產權是否納入民法典，不是看它的重要性， 而是看它是否符合民法典的邏輯性和體系性	182
五、在民法典之外單獨制定知識產權法典也不可取	184

第五章 知識產權濫用問題

第一節 知識產權政策與反壟斷法的關係	187
一、美國知識產權政策與反壟斷法的關係	187
二、中國大陸知識產權政策與反壟斷法的關係	194
第二節 知識產權濫用與反壟斷法的關係	197
一、知識產權濫用行爲的含義和表現形式	197
二、知識產權濫用行爲的規制方式	203
三、知識產權濫用行爲的受害者是否可以行使 請求權？	210

第三節	必要設施理論在知識產權濫用反壟斷案件中的應用	211
一、	必要設施理論的由來及其主要內容	213
二、	知識產權領域中是否能夠適用必要設施理論	217

第六章 方法論問題：知識產權立法論和解釋論

第一節	本章的問題意識	223
第二節	何謂立法論和解釋論	224
第三節	法律解釋的原因和方法	227
一、	法律解釋的原因	227
二、	法律解釋的種類	229
三、	法律解釋的具體方法	231
四、	法律漏洞補充方法	236
第四節	法律解釋在知識產權法領域中的具體應用	237

標 識 法

第一章 信用的保護(1)——商標法

第一節 概 說	243
一、商標的含義、功能及其意義	243
二、商標權的性質	245
三、商標法的旨趣	249
四、商標法（大陸法系國家和地區商標法）和反不正當競爭法保護商標之間的差別	250
第二節 商標註冊的要件	252
一、註冊主義和使用主義	252
二、商標註冊主體要件（人的要件）	253
三、商標註冊的識別力要件（一般要件）	256
四、商標註冊的阻卻要件（特別要件）	268
五、商標註冊要件存在的立法問題	319
第三節 獲得商標專用權的手續	320
一、申 請	320
二、審 查	325
三、核准註冊及公告	327
四、申請註冊的商標核准註冊公告前的效果	328
五、註冊商標的撤銷和爭議	329
第四節 註冊商標的撤銷和爭議	329
一、註冊商標的撤銷	329
二、註冊商標的爭議	358
第五節 特殊商標註冊制度	359
一、聯合商標註冊制度	359
二、集體商標註冊制度	363
三、證明商標註冊制度	367

第六節 註冊商標權的效力及其限制.....	370
一、註冊商標權的效力.....	370
二、註冊商標權效力的終止.....	371
三、註冊商標權的限制.....	374
四、商標的惡搞（PARODY）問題.....	418
第七節 侵害註冊商標權的效果.....	422
一、直接侵害註冊商標權行爲的構成要件和種類.....	422
二、間接侵害註冊商標權的行爲.....	444
三、侵害註冊商標權的效果.....	449
四、侵害註冊商標權的訴訟時效.....	457
五、網路服務提供者侵害商標權的責任問題.....	458
第八節 註冊商標權的經濟利用.....	467
一、轉讓.....	467
二、因繼承、合併、贈與等而發生的轉移.....	469
三、設定質權.....	470
四、使用許可.....	470
第九節 馳名商標的特殊保護.....	474
一、馳名商標特殊保護的旨趣.....	474
二、馳名商標商標法特殊保護的著眼點.....	475
三、馳名商標的特殊保護.....	479
四、馳名商標認定和保護中存在的問題以及解決辦法.....	488
第十節 註冊商標與其他商業標記的共存.....	491
一、註冊商標與其他商業標記共存的發生原因和種類.....	491
二、註冊商標與其他商業標記之間共存出現的問題及其解決辦法.....	493

第二章 信用的保護(2)——知名商品特有名稱、包裝、裝潢的保護

第一節 立法旨趣	495
◎商標的含義、功能及其意義	495
第二節 擅自使用他人知名商品特有名稱、 包裝、裝潢行為的構成要件	496
一、使用的物件是知名商品特有名稱、包裝、 裝潢	496
二、商品名稱、包裝、裝潢相同或者近似	503
三、混淆可能性	503
第三節 擅自使用知名商品特有名稱、包裝、裝 潢行為的法律效果及其適用例外	506
一、法律效果	506
二、適用除外	507
第四節 知名商品特有名稱、包裝、裝潢利益和 其他知識產權的關係	508
一、和註冊商標權的關係	508
二、和著作權的關係	508
三、和專利權的關係	509
第五節 典型案例評析	509
一、「諸葛釀諸葛亮」的案情及判決	510
二、上述不正當競爭案和商標侵權案件的評析	531
三、上述案件判決的啓示	540
第六節 立法論上的問題：商品形態的酷似性 模仿	541
一、立法背景和目的	542
二、商品形態酷似性模仿行為的構成要件	543

三、除外規定	548
四、救濟措施和請求權人	551
五、對中國大陸的啓示	551

第三章 信用的保護(3)——反不正當競爭法 對商業標記的保護

第一節 反不正當競爭法對未註冊商標的保護	555
一、中國大陸反不正當競爭法保護未註冊商標立法 上的缺陷	555
二、混同行爲的規制及其構成要件	557
第二節 反不正當競爭法對企業名稱或者姓名的 保護	560
一、企業名稱、姓名的含義和性質	560
二、作爲人格的企業名稱、姓名的民法通則保護	562
三、作爲財產的企業名稱、姓名的反不正當競爭法 保護	562
四、將他人註冊商標註冊登記爲企業名稱並加以使 用的行爲如何處理？	564
第三節 反不正當競爭法對功能變數名稱的保護	570
一、功能變數名稱的含義、結構、作用和註冊	570
二、功能變數名稱本身的反不正當競爭法保護	573
三、功能變數名稱和註冊商標的糾紛及其解決	575
第四節 中國大陸反不正當競爭法保護商業標識 存在的問題與對策	581
一、中國大陸反不正當競爭法保護商業標識存在的 缺陷	581
二、對策——日本不正當競爭防止法的經驗	582

基礎理論



- 第一章 知識產權的性質、特徵和知識產權法的體系
- 第二章 知識產權法定主義的理論基礎、缺陷及其克服
- 第三章 知識產權請求權及其限制
- 第四章 知識產權立法和民法典編纂
- 第五章 知識產權濫用問題
- 第六章 方法論問題：知識產權立法論和解釋論

第一章

知識產權的性質、特徵和 知識產權法的體系

第一節 知識產權的性質

一、知識產權是一種無體財產權

知識產權是近代商品經濟和科學技術發展相結合的產物，指的是人們對其智力活動產生的以知識形態表現的成果依法應當享有的民事權益，其種類具有開放性特徵，隨科技的發展而發展。關於知識產權的種類，1967年《成立世界知識產權組織公約》和1994年《與貿易有關的知識產權協定》的規定最具有代表性。按照《成立世界知識產權組織公約》第2條第9項的規定，知識產權主要包括以下權利：與文學、藝術和科學作品有關的權利；與表演藝術家、錄音和廣播節目有關的權利；與在人類一切活動領域中的發明有關的權利；與科學發現有關的權利；與工業品外觀設計有關的權利；與商標、服務標記以及商號名稱和標誌有關的權利；反不正當競爭；在工業、科學、文學或者藝術領域內由於智力活動而產生的一切其他權利。按照《與貿易有關的知識產權協定》第二部分的規定，知識產權包括：著作權及其相關的權利、商標權、地理標記權、工業品外觀設計權、專利權、積體電路布圖設計權、未公開的資訊、對許可合同中限制競爭行為的限制。中國大陸知識產權法規定的知識產權包括：著作權、專利權、商標權、植物新品種保護權、積體電路布圖設計權、反不正當競爭法保護的知識產權。

上述所有知識產權大致可以分爲因申請授權或者登記而產生的知識產權和因創作事實本身而產生的知識產權兩大類。專利權、商標權、植物新品種保護權、積體電路布圖設計權必須透過向主管機關申請、審查、批准以及登記和公告等一系列複雜的程序才能獲得，因此屬於因申請授權或者登記而產生的知識產權。著作權則是因著作者事實上的創作行爲而產生的權利，無需申請、審查、登記和公告等複雜程序，因此屬於因創作事實本身而產生的知識產權。商業秘密、知名商品特有名稱、包裝、裝潢等也屬於因爲創作本身而產生的知識產權。

知識產權建立在沒有物質形態的知識客體上，不同於傳統的主要建立在有形物質客體上的財產權，因此很難透過自羅馬法以來的物權理論加以論證。

羅馬法將物分爲兩種，即有體物和無體物。查士丁尼說：「有些物是有形體的，有些物是沒有形體的。」並具體界定了這兩種物：「(一)按其性質能被觸覺到的東西是有體物，例如土地、奴隸、衣服、金銀以及無數其他東西。(二)不能被觸覺到的東西是無體物，這些物是由權利組成的，例如遺產繼承權、用益權、使用權、不論用何種方式締結的債權等。」¹由此可見，在古羅馬人的心目中，物權的客體具有以下幾個特徵：將人本身即奴隸視爲物；有體物僅指有外在形體的物。那些雖然可以透過人的感覺器官感覺到但肉眼看不到的沒有外在形體的物，比如電力、瓦斯等，羅馬人並沒有將它們作爲物權的客體對待；無體物則主要指具有直接財產內容的權利，以可以用金錢衡量的利益爲條件，家長權、夫權、自由權等沒有直接財產內容的權利，羅馬人沒有將它們作爲無體物對待²。

據考證，古羅馬時期，西塞羅等人已經從自己的演講和寫作中

¹ [古羅馬]查士丁尼：《法學階梯》，商務印書館1989年版，第59頁。

² 參見[意]彼德羅·彭梵得：《羅馬法教科書》，中國政法大學出版社1992年版，第185頁。