

中外知识产权评论

● 主编 林秀芹

2016年·总第2卷

Chinese and International
Intellectual Property Review

主办单位：

厦门大学知识产权研究院

国家知识产权培训（福建）基地



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

中外知识产权评论

Chinese and International Intellectual Property Review

2016年·总第2卷

主 编 林秀芹



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中外知识产权评论. 2016 年·总第 2 卷 / 林秀芹主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2016. 12

ISBN 978-7-5615-6119-5

I. ①中… II. ①林… III. ①知识产权-世界-文集 IV. ①D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 258364 号

出版人 蒋东明

责任编辑 李 宁

封面设计 蒋卓群

责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmupress@126.com

印 刷 厦门市明亮彩印有限公司

开本 787mm×1092mm 1/16

印张 11

插页 2

字数 268 千字

版次 2016 年 12 月第 1 版

印次 2016 年 12 月第 1 次印刷

定价 45.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码



厦门大学
哲学社会科学繁荣计划
2011—2021

本书的出版得到厦门大学哲学社会科学
繁荣计划的资助特此鸣谢

感谢厦门大学“哲学社会科学繁荣计划”基金的支持

顾问(排名不分先后):

刘春田 刘江彬 Reto Hilty

编辑委员会

主 任:林秀芹

委 员(排名不分先后):

张 勤 丁丽瑛 刘晓海 Peter Yu 卢文祥

执行编辑:罗立国

本期编辑:

黄钱欣 陈学宇 杨正宇 曹慧婷 赵 涛

本期英文编辑:朱 冬 胡 宪



Contents

◆ Debate of Theory

- Intellectual Property Law and the Civil Code Cui Jianyuan(1)
- Research on the Key Issues in the Revision
of the Regulations on Collective Management
of Copyright Intellectual Property Research Institute of
Xiamen University Research Project(11)
- Study on Technical Standards and Patent Licensing Ding Jilong(21)

◆ Taiwan Study

- The Ownership of Research Achievements under the Principle
of Freedom of Academy Cai Dazhi(29)
- The Issue of Collaboration between Derived Work
of Historical Architecture and Modern Copyright Zhang Shaobin(43)

◆ Justice Office

- The Review and Application of the Trademark Infringement Criteria
in China
—Study on the Trademark Infringement Cases published
on the Gazettes of the Supreme People's Court Ye Tingzhou(52)
- On the “Transformation” of the Visual Art Works
—illustrated by the Case of High Precision Copying
from Photograph to Oil Painting Yuan Bo(60)

◆ IP Management

- Assessment of Patent Competitiveness of Chinese
Internet Vehicle Industry Qiu Honghua, Chen Xiangling(68)
- Research on the Mechanism of Technology Transfer of Universities
Based on the Patent Licensing Network Luo Ligu(79)

Study of Patent Competitive Situation of Global

Navigation Satellite Systems Zhou Lu(92)

◆ **Spotlight:Free Trade Zone Intellectual Property**

On the Innovation and Improvement of Intellectual Property Legal

System in China(Fujian) Free Trade Zone Lin Shaodong(105)

Thoughts on the Judicial Practice of Trademark Infringement

Relating to OEM in Shanghai FTZ Dong Huijuan, Wang Lingye(118)

◆ **New Voice**

Innovative Features of Culture Industry

and Its Policy Responses Zhou Ying,Liu Hua(126)

Research on Copyright Infringement Liability

Insurance Mechanism Mao Yating(133)

Intellectual Property Protection,What China Has Done Right? Wang Jun(144)

Different Modes of ISP's Liability in Copyright Infringement

—Research on Australian Copyright Law Zhu Dong(151)

◆ **Appendix**

Notice to Contributions from *Chiese and Internatioanl*

Intellectual Property Review (164)

Format Specification of *Chinese and International*

Intellectual Property Review (165)



目 录

◆理论争鸣

- 知识产权法之于民法典..... 崔建远(1)
- 《著作权集体管理条例》修订中的
重点问题研究 厦门大学知识产权研究院课题组(11)
- 技术标准与专利许可之探讨 丁吉隆(21)

◆台湾地区研究

- 自由独立自主的学术研究成果应有归属 蔡达智(29)
- 论历史建筑设计与当代著作权保护之竞合议题 张绍斌(43)

◆司法论坛

- 我国商标侵权标准的检讨与适用
——以最高人民法院公报上的商标侵权案例为研究对象 叶挺舟(52)
- 略论视觉艺术作品间的“挪用”
——以“从摄影到油画”的高精度临摹为视角 袁 博(60)

◆知识产权管理

- 中国车联网产业专利竞争力评价 邱洪华 陈祥玲(68)
- 基于专利许可网络的高校技术转移机制研究 罗立国(79)
- 全球卫星导航定位系统技术专利竞争态势研究 周 璐(92)

◆专题聚焦:自由贸易试验区知识产权

- 福建自由贸易试验区知识产权法律制度创新与完善..... 林少东(105)
- 上海自由贸易试验区 OEM 中商标侵权纠纷
司法实践所引发的思考..... 董慧娟 王灵桦(118)

◆学术新声

- 文化产业的创新特性及政策回应..... 周 莹 刘 华(126)
- 著作权侵权责任保险机制研究..... 毛雅婷(133)

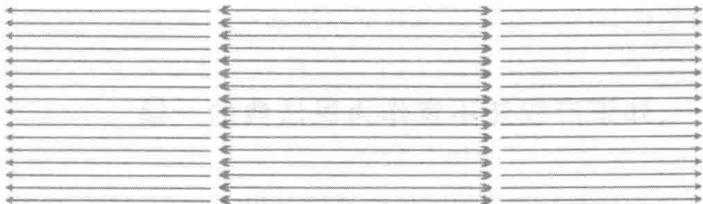


知识产权保护,中国做对了什么?	王 俊(144)
网络服务提供者版权侵权责任的模式选择	
——澳大利亚版权法的考察及启示	朱 冬(151)

◆附录

《中外知识产权评论》稿约	(164)
《中外知识产权评论》格式规范	(165)

理论争鸣



知识产权法之于民法典

■ 崔建远*

摘要:知识产权法不宜作为民法典的一编,而应在民法典上确认识产权为民事权利的一类,并在规范设计上给各种知识产权留足成长和运行的空间。民法总则的众多制度和规则应适用于知识产权;其中,有必要在民法总则中引入权利失效期间制度并适用于知识产权,且应修正持续性侵害知识产权起算诉讼时效期间的规则。民法典分则方面,知识产权法不但有准用民法典中物权编中物权请求权制度的必要性和可行性,而且有必要联系民法典中的不当得利法。

关键词:知识产权法;民法典;民法总则;民法典分则

Intellectual Property Law and the Civil Code

Cui Jianyuan

Abstract: The intellectual property law should not be a chapter of the Civil Code, but intellectual property should be recognized as a kind of civil rights, and the design of norms should give all kinds of intellectual property enough spaces to grow and run. Many institutions and rules of the General Rules of Civil Law applies to intellectual property, where the institution of the Invalidation of the Right should be introduced and applied to intellectual property, and the rules of accounting the time periods of intellectual property rights' extinctive prescription should be modified. In the subsections of Civil Code, intellectual property law not only has the necessity and feasibility to apply the system of right of the real claim in the the Property Law, but also might be necessary to link with

* 崔建远,1956年生,男,清华大学法学院教授。研究方向:民法、合同法、物权法等。



the law of unjust enrichment.

Key Words: Intellectual Property Law; Civil Code; General Rules of Civil Law; Subsection of Civil Code

一、知识产权法不宜作为民法典的一编

《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)于第 5 章设第 3 节“知识产权”,包括著作权(第 94 条)、专利权(第 95 条)、商标专用权(第 96 条)和发现权(第 97 条)。《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第 2 条第 2 款将著作权、专利权、商标专用权、发现权作为民事权益,并作为侵权行为的客体,作为侵权责任法保护的对象,加以规定。这表明中国现行法将知识产权划归民事权利的序列。

正在制定中的《中华人民共和国民法》(以下简称为民法典)以民事权利为核心,知识产权理所当然地受其规范。全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室于 2015 年 9 月 14 日至 16 日组织研讨的《中华人民共和国民法总则(草案)》列有附件 I “第 N 章民事权利”,作为《中华人民共和国民法总则(审议稿)》的备选方案,可以说在一定程度上反映了这种理念。

行文至此,是否应当得出知识产权法应当作为民法典的一编这个结论?不尽然,否定论似乎更具说服力。在这方面,知识产权法的专家学者们已有明白透彻的阐释,笔者不再重复,只是借用以前笔者不赞同水权、探矿权、采矿权、养殖权、捕捞权和水权作为物权法的一章或一节内容的看法、逻辑及操作,来支持否定论:既然知识产权与人格权、身份权、物权、债权、继承权等一般的民事权利之间的差异如此之大,如果民法典将知识产权法直接纳入其中,会产生许多难以处理的棘手问题:(1)知识产权体现产业政策明显、突出和迅速,知识产权制度中的行政法因素较为浓厚。所有这些,在整个民法典中都难以得到尽如人意的反映。(2)一部优秀的民法典应当结构合理,逻辑自洽,内部和谐,体系严密。由于知识产权及其法律相对于物权、债权、人格权、身份权、继承权及其法律而言具有明显的特殊性,民法典若将其作为一编,则很难做到结构合理,逻辑自洽,内部和谐,体系严密。例如,《民法总则》的不少制度及规则不适用于知识产权,会出现许多民法制度都要规定例外的情形。如此,一是不经济,二是使得民法总则的确定性大打折扣,三是民法总则涉及的知识产权的规范凌乱不清。莫不如将著作权、专利权、商标专用权、发现权等知识产权的法律规范各自独立,单独成法,更醒目,更利于对每种知识产权的总体把握。中国现行法正是如此设计的。(3)知识产权法作为部门法,适用性很强,需要较为详尽的规定。但知识产权法作为民法典的一编,受民法典的全部条文的总量控制,以及各编相对均衡的审美要求,现行知识产权法的规定势必会被大大压缩,操作性变差,这难以满足丰富多彩的实际生活中方方面面的需要。(4)法典虽有逻辑性强、体系严密、法律适用时可以推演以应对不断发展变动的社会生活等许多优点,但它犹如一个铁笼子,知识产权法被“装入”其中会处处受制于民法典内在要求的种种“清规戒律”,难免束手束脚,不利于自己的“自由”发展。(5)冯珏博士从另外一个方面阐释了知识产权法不宜作为中国民法典的一编的道理:中国民法典基本上采取潘德克顿体系,而



该体系是按照民法总则、相对权(债权)编、绝对权(如物权)编的逻辑展开、排列的。这样,物权法、合同法、侵权责任法单独成编符合潘德克顿体系的内在要求,而知识产权法编则同时含有绝对权规则(关于知识产权自身的规范)与相对权规则(关于知识产权转让合同关系规则、知识产权实施许可合同关系规则、知识产权受到侵害时的救济规则等),这就不符合潘德克顿体系的内在要求了。就此看来,知识产权法作为中国民法典的一编不合逻辑。笔者认同这种观点及其阐释。

不难知晓,在立法技术上,中国宜采用的上策是:首先,民法典确认著作权、专利权、商标专用权、发现权等知识产权为民事权利的一类。这样,民法典可以作为每种知识产权制度展开、生长和运作的基点和土壤之一。其次,民法典的总则乃至有关分则在理念上,在规范设计上,给各种知识产权留足成长和运行的空间。至于每种知识产权制度的躯干及枝叶,均应由作为单行法的知识产权法来设计。这种模式的优越性可从公司法、票据法等单行法的成功实践推断出来。

二、知识产权法之于民法总则

民法总则,不仅是民法的总则,而且是商法、经济法、劳动法等法律的总则。商法、经济法、劳动法、无形财产法、私保险法诸特别私法,没有自成一体规则。毋宁说,它们都是以民法的存在为前提,本身仅仅规定了一些纯补充性规范。这样断言,乍一听颇有些民法帝国的味道,不少学科的学者可能心里不太舒服,不过,如果心平气和地看待法律现象,实事求是地说,这恐怕是客观事实。

如果承认这种理念,那么,民法总则的众多规则对于知识产权不是准用的关系,更不是类推适用的关系,而是适用的关系。

所谓适用的关系,在这里不是指对于知识产权关系应当优先适用民法总则,而是指仍要遵循特别法优先于普通法的解释和适用的规则,对于知识产权问题优先适用知识产权法,只是在知识产权法没有规定时才适用民法总则。至于知识产权法的具体规定模糊或有歧义,应当首先运用知识产权法的基本原则及精神予以澄清或确定,在如此操作仍无法解决问题时才运用民法总则变模糊为清晰,消除歧义。

既然是适用,则《民法总则》的众多制度及规则,诸如民法的基本原则、民事主体的规则、民事权利的规则(如果《民法总则》设置的话)、法律行为的规则、代理的规则、民事责任的规则(如果《民法总则》设置的话)、除斥期间的规则、诉讼时效的规则、权利失效期间的规则(如果《民法总则》设置的话)等,都要适用于知识产权的案件,只不过需要注意《民法总则》与知识产权法在适用方面的顺序罢了。

鉴于专家学者对上述许多规则都有共识,而权利失效期间制度在《民法通则》上尚付阙如,人们对该项制度着墨不多,实务中却不时遇到它,笔者一直力主《民法总则》创设之,并于此讨论权利失效期间制度与知识产权法的关系。对于持续侵害知识产权的诉讼时效期间的起算,存在不适当的解释和意见,也有必要发表辨析意见。

在中国现行法将诉讼时效的客体界定为请求权、除斥期间制度的适用对象为形成权的大背景下,应当这样理解权利失效期间:它也叫失权期间。失权期间包括两种类型:一种是



现行法已经明确规定的民事权利在一定期间届满时未行使便归于消灭的权利失效期间,《民法通则》第137条中段规定的20年保护权利的期间,《中华人民共和国海商法》第265条前段规定的保护有关船舶发生油污损害所生请求权的6年期间,《中华人民共和国担保法》第15条、第2条等规定的保证期间,及《中华人民共和国合同法》(以下简称为《合同法》)第157条、第158条规定的质量异议期间,为其典型。另一种权利失效期间是,现行法尚无明文规定,但权利人在相当期间内不行使权利,依特别情事足以使义务人信任权利人不欲使其履行义务时,则基于诚实信用原则不得再为主张。此处所谓相当期间,即为权利失效期间。后者的例子有,某学校建造教学楼时占用了某机关的部分建设用地,该机关一直没有行使其物权,待该学校建成该教学楼并投入使用时,该机关才主张排除妨害、恢复原状。若支持此类请求,拆除该教学楼的相应部分,不但财产损失巨大,还导致学生无处上课。于此场合,承认权利失效期间制度,才符合诚实信用原则的要求。当然,若该学校恶意占用该建设用地,则不得依据权利失效期间制度处理此案。这也是诚实信用原则的题中应有之义。再有,中国现行法没有规定当事人请求确认合同无效的期间,合同履行完毕多年,其结果已经形成了固定的法律秩序,仍然允许当事人请求确认合同无效,裁判机关予以支持,会破坏该法律秩序,得不偿失。在不动产交易的情形尤其如此。为了改变这种状况,法律应当尽快规定请求确认合同无效的期间。在目前,宜承认权利失效期间制度解决这个问题。

将权利失效期间制度引入知识产权法中,很有必要。对此,举例说明:甲擅自将乙拥有专利权的技术用于自己的生产流程,不但生产出质量上乘的产品,而且还由此在下游形成一条产业链,效益极佳。在相当长的时期,专利权人乙一直未对侵权的甲主张专利权,待形成下游的产业链时才主张停止使用该专利技术,就会导致该产业链受挫,甚至酿成失业的后果,严重影响社会效益。于此场合,适用权利失效期间制度,不允许乙援用《中华人民共和国专利法》(2008年修正)(以下简称为《专利法》)第60条中段、第66条以及《侵权责任法》第15条第1款第1项等规定,主张甲停止使用该专利技术,即停止侵害请求权在系争案件中归于消灭。当然,乙的合法权益仍需保护,只不过另辟蹊径,由乙基于《侵权责任法》第15条第1款第1款第6项、《专利法》第60条后段、第65条的规定,请求甲赔偿其财产损失。

这种理念及观点在有关法律文件中已经有所体现,例如,《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》(法发〔2009〕23号)第15条后段规定:“如果停止有关行为会造成当事人之间的重大利益失衡,或者有悖社会公共利益,或者实际上无法执行,可以根据案件具体情况进行利益衡量,不判决停止行为,而采取更充分的赔偿或者经济补偿等替代性措施了断纠纷。权利人长期放任侵权、怠于维权,在其请求停止侵害时,倘若责令停止有关行为会在当事人之间造成较大的利益不平衡,可以审慎地考虑不再责令停止行为,但不影响依法给予合理的赔偿。”

必须承认,权利原得自由行使,义务本应适时履行,故权利失效期间是一种例外的限制权利及其行使的制度,适用之际,宜特别慎重,在现行法没有明文规定具体的权利失效期间的场合,尤其如此。这就需要严格构成要件:必须有权利在相当期间内不行使的事实,并有特殊情况,足以使义务人正当信任权利人已不再主张其权利,权利若再行使反倒违背诚实信用原则。在作此项判断时,必须斟酌权利的性质、法律行为的种类、当事人之间的关系、经济社会状态,及其他主客观因素综合考量,予以决定。有学者则总结为,权利失效期间的构成



要有时间要素、信赖要素和状况要素。换句话说,权利失效期间的构成要件包括:(1)须有权利在相当期间内不行使的事实;(2)足以使义务人正当相信权利人已不再主张其权利。

此处所谓权利,在知识产权法领域当指著作权、专利权、商标专用权、发现权以及技术秘密等权利。所谓权利不行使,是指权利人在客观上没有向义务人主张权利。例如,商标专用权人未行使权利,而其他未登记的商标已经长期流通,因信赖关系成立一种具有价值的占有状态时,商标专用权人不得对之提出异议。此处所谓相当期间,为一弹性概念,需要基于个案情形依据诚实信用原则加以确定。

需要注意的还有,权利失效期间不同于权利存续期间,或曰权利期间。权利的存续期间(权利期间)表现为权利的时间性(Temporalität eines Rechtes),对这一权利,立法者并不关心权利人会做什么,它只是设定一个终止期限,权利的存在从一开始仅仅依据确定的这个期限来计算。与此不同,权利失效期间须以权利行使因素作为要件,因此它不是一个纯粹的时间限制,而是在形式上有点类似诉讼时效、除斥期间那样须通过限制权利行使行为来限制权利的存在。例如,《专利法》第42条规定:“发明专利权的期限为二十年,实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年,均自申请日起计算。”其中的20年、10年,应为专利权的存续期间,而非权利失效期间,因其仅仅聚焦于自申请之日起20年或10年的经过这个要件,而无视其他因素,与此相反,《合同法》第158条规定质量异议期间是与买受人“未提出质量异议”行为密切关联的要求。只有质量异议期间加上买受人未提出质量异议,买受人请求修理、重作、更换、退货、减少价款、解除合同乃至赔偿损失等权利才消灭。这与权利存续期间存在明显的要件上的差异。

在知识产权法领域,属于权利存续期间而非权利失效期间的例证有若干,例如:(1)《中华人民共和国著作权法》(2010年修正)(以下简称为《著作权法》)第21条规定的50年权利保护期,属于权利存续期间,而非权利失效期间;第36条第2款规定的10年权利保护期、第39条第2款规定的50年权利保护期、第42条第1款后段规定的50年权利保护期、第45条第2项规定的50年权利保护期,均属权利存续期间,而非权利失效期间。(2)《中华人民共和国商标法》(2013年修正)(以下简称为《商标法》)第39条规定的10年有效期,为商标专用权的存续期间,而非权利失效期间。

现在讨论持续性侵害知识产权如何起算诉讼时效期间的问题。笔者注意到,《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》(1998年7月20日)第3条第4款规定:“知识产权侵权纠纷案件的诉讼时效应当依据民法通则关于诉讼时效的规定和有关法律的规定办理。审判实践表明,某些知识产权侵权行为往往是连续进行的,有的持续时间较长。有些权利人从知道或者应当知道权利被侵害之日起2年内未予追究,当权利人提起侵权之诉时,权利人的知识产权仍在法律规定的保护期内,侵权人仍然在实施侵权行为。对此类案件的诉讼时效如何认定?与会同志认为,对于连续实施的知识产权侵权行为,从权利人知道或者应当知道侵权行为发生之日起至权利人向人民法院提起诉讼之日止已超过2年的,人民法院不能简单地以超过诉讼时效为由判决驳回权利人的诉讼请求。在该项知识产权受法律保护期间,人民法院应当判决被告停止侵权行为,侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算,超过2年的侵权损害不予保护。”首先承认,这种认识较以往不分青红皂白地一律自侵害知识产权开始之日起算诉讼时效期间前进了一大步,具



有一定的合理性和公平性。但是,必须指出,所谓“侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算,超过2年的侵权损害不予保护”,以偏概全,值得商榷。

《民法通则》第137条前段的规定确立了诉讼时效期间起算的两项要素:一是客观的,即权利受到侵害;二是主观的,即权利人知道或应当知道其权利受到侵害。当然,对权利人应当知道其权利受到侵害的判断,宜采客观标准,即一个理性人在此情况下能够知道其权利受到侵害,就认定权利人应当知道其权利受到侵害。

在这里,对于客观要素,从侵害的行为角度看,应当是一个侵权行为,而不宜为侵权行为的一部分;自被侵害的权利方面观察,诉讼时效所关心的,不是物权、知识产权、人身权、继承权的自身(因为这些权利本体不适用诉讼时效制度),而是它们受侵害而形成的损害赔偿请求权(债权),并且,它应当是一个完整的权利,而不宜为一个权利的一部分;换句话说,它应当是一个侵权行为终结时所形成的完整权利——侵权损害赔偿请求权,而不宜为一个持续进行的侵权行为的一部分所致损害导致的侵权损害赔偿请求权的一部分。如此,持续性侵害知识产权的场合,只要侵害行为没有结束,还在持续,就意味着一个侵权行为尚未成立;相应的,只要侵害行为没有结束,仍在持续,侵权损害赔偿请求权(债权)便尚未形成,或者说,此时的所谓损害赔偿请求权只有其“质”,在“量”的方面尚不足够。由于“量”不足够,权利人也难以主张损害赔偿请求权——他主张赔偿多少呢?

由此导致作为诉讼时效期间起算的主观要素——知道或者应当知道,也不应是处于任何阶段的知道或者应当知道,而应当是损害赔偿请求权形成时的知道或者应当知道,从另外的角度说,应当是持续性侵权行为终止时的知道或者应当知道。

如果这是正确的,那么,受侵害的知识产权人向人民法院起诉,若持续性侵权行为尚未结束,则首先采取的救济措施是要求侵权人停止侵害,一旦请求奏效,就形成一个完全的侵权损害赔偿请求权,此时知识产权人已经知道至少是应当知道其权利受到侵害,诉讼时效期间开始起算。如此,无论此时距离侵害知识产权的行为开始发生时历时几年,都不存在超过2年诉讼时效期间的问题,不会出现《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》(1998年7月20日)第3条第4款规定的“侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算,超过2年的侵权损害不予保护”。也就是说,《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》(1998年7月20日)第3条第4款的规定,适用范围过宽,应予限缩。

如果受侵害的知识产权人向人民法院起诉时,持续性侵权行为已经终止,则应确定权利人何时知道或者应当知道损害赔偿请求权受到侵害。一般地说,在权利人于持续性侵权行为终止时知道或者应当知道损害赔偿请求权受到侵害的,诉讼时效期间自持续性侵权行为终止时(亦即知道或者应当知道损害赔偿请求权受到侵害时)开始起算。该时间点距离起诉超过2年的,超过部分的损害赔偿请求权已经罹于诉讼时效。于此场合,《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》(1998年7月20日)第3条第4款关于“侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算,超过2年的侵权损害不予保护”的规定,才会派上用场。

仍然按照前一自然段“一般地说”的场景讨论,便有这样的结论:如果持续性侵权行为终止的时间点距离受侵害的知识产权人向人民法院起诉的时间点尚未超过2年的,则侵害知



知识产权所生的损害赔偿请求权没有罹于诉讼时效,应受完整的法律保护,侵权行为人不得援用时效完成的抗辩。于此场合,《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》(1998年7月20日)第3条第4款关于“侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算,超过2年的侵权损害不予保护”的规定,仍然派不上用场。

接下来讨论“特别的情形”——虽然持续性侵权行为已经终结,但受侵害的知识产权人仍然不知也不应知其权利受到侵害,那么,侵权损害赔偿请求权的诉讼时效期间也依然不起算,因其不具备《民法通则》第137条前段所要求的主观要素。当然,于此场合,应由受侵害的知识产权人举证证明自己于持续性侵权行为终结时不知也不应知其知识产权受到侵害,而是于其后的某个时间点才知道或应当知道其权利受到侵害。假如举证不成功,就推定于持续性侵权行为终结时应当知道其知识产权受到侵害,诉讼时效期间自此时开始计算。对此,举例说明,甲的专利技术自2011年3月15日时起被乙盗用,直至2013年5月5日才停止盗用。但甲自2011年3月15日至2014年6月7日期间一直处于歹徒的绑架状态,无法知道其专利权受到侵害。甲于2015年1月1日获救,2015年3月1日知道其专利权被乙盗用。于此场合,该侵害专利权的诉讼时效期间不是自2013年5月5日起算,更不是自2011年3月15日起算,而应自2015年3月2日起算。

三、知识产权法之于民法典分则

中国知识产权法借鉴美国的相对多些,而美国法对包括知识产权在内的绝对权的保护,更多的是依赖侵权行为法,或者说侵权救济的适用范围远比德国法宽广。这也影响到中国知识产权的法律保护模式,即,知识产权受到侵害的场合,中国知识产权法也是主要采用侵权救济方法。这一方面表明,即使知识产权法不作为民法典的一编,知识产权的法律保护离不开民法典中的侵权责任法编;另一方面说明,主要依赖侵权责任法保护自己,的确有些单调,且不是最佳的方案。

其实,知识产权法创设知识产权请求权(停止侵害请求权、妨害预防请求权、废弃请求权、获取信息请求权、赔礼道歉请求权、消除影响请求权)制度最为理想,就此笔者曾经力倡:既然是制定民法典,而不是制定一部单独的侵权行为法,就必须就整部民法典进行体系化思考,满足民法的总则编、物权编、人格权编(假如如此设计的话)、知识产权编、合同编、侵权行为编各自的目的和功能要求,使这些制度衔接配合得妥当、适宜。在大陆法系,物权、人格权、知识产权各有其积极的权能,也有其消极的权能,后者就是物上请求权、人格权的请求权、知识产权的请求权。人们把这些权利统称为绝对权的请求权,具体表现为停止侵害请求权、排除妨碍请求权、消除危险请求权、物的返还请求权。这是绝对权自身具有的,是它们为使自已保持或者恢复其圆满状态所必需的。法律若使物权成为真正的物权、人格权成为真正的人格权、知识产权成为真正的知识产权,就必须赋予绝对权请求权给这些绝对权。只要绝对权受到侵害,不管行为人有无过失,无论该行为是否构成侵权行为,绝对权人就当然有权行使这些绝对权请求权,完全不受侵权行为法的种种严格的要求,从而使绝对权能够自行或者通过诉讼机制使自已保持或者恢复其圆满状态。况且,令行为人承受这些请求权行使的结果,并未使他承受任何额外的负担,未遭受任何不利,只是物权人的物权、人格权人的



格权、知识产权人的知识产权,以及他们的相关利益得到了维护。所以,没有必要以过失为要件。

但是,美好的愿望毕竟有别于现行法的设计。2002年12月提交给第九届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议的《中华人民共和国民法(草案)》终究没有采纳知识产权请求权的模式,依然倚重侵权责任法的救济路径。随后陆续修正的各部知识产权法也是如此。

如果《民法总则》将目前备选的“第N章民事权利”变为正式的法案,并创设绝对权请求权制度,那么,知识产权可受到知识产权请求权和侵权责任方式两种救济制度的保护,受侵害的知识产权人会根据具体案情和利弊分析而选取合适的救济措施,至少在某些案件中会援用《民法总则》关于绝对权请求权的规定,主张自己的权利。

如果《民法总则》仍不创设绝对权请求权制度,受侵害的知识产权人觉得援用有关侵权责任的规定主张权利确有不足,那么,可以选取如下路径获得救济:在符合构成要件的情况下,准用物权法编中的物权请求权来保护知识产权。这种路径具有如下优点:

(1)在大陆法系,包括侵权责任在内的民事责任为债的一般担保。损害赔偿属于债的一般担保,名副其实。但停止侵害请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权、销毁请求权、获取信息请求权、赔礼道歉请求权、消除影响请求权这些知识产权请求权起不到一般担保的作用,可见,把它们作为侵权责任的方式不合民事责任的质的规定性。

(2)侵权责任的方式,在大陆法系,属于债权债务的范畴,有若干学者主张物权请求权在性质上为债权或准债权,更表明了这一点。而债权以平等性为原则,若未附加上担保物权或者基于立法政策的考虑予以特别规定,则无优先性。排除妨害请求权、消除危险请求权等,作为绝对权请求权,与知识产权密切联系在一起,它们的法律地位由知识产权的法律地位决定,也比把它们从知识产权中分割出来,作为侵权责任的方式,以债的身份出现,更有利于绝对权人。

(3)诉讼时效的对象基本上是债的请求权,而非物权、人格权、知识产权,把停止侵害、排除妨害、消除危险、销毁不法作品或产品、获取信息、赔礼道歉、消除影响作为侵权责任的方式,意味着它们属于债的范畴。而债在逻辑上属于诉讼时效的对象,如此,依据民法解释学,人们无须说明理由,停止侵害请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权、销毁请求权、获取信息请求权、赔礼道歉请求权、消除影响请求权自然应该适用诉讼时效制度。如果法律规定它们不适用诉讼时效制度,则必须充分阐明理由。我们知道,如果排除妨害请求权、消除危险请求权、消除影响请求权适用诉讼时效制度,在知识产权遭受侵害或受到现实的极可能发生的危险的情况下,显然不合伦理。在知识产权遭受侵害的情况下,因时间的经过,侵权人就可以永续地侵害他人的知识产权,显然无效益、无正义可言,违反社会秩序的要求。侵害行为正在进行中,属于一个侵权行为尚未结束,侵权损害赔偿请求权这个债权尚未完全形成(只有质,量尚未确定),而诉讼时效制度适用的对象不是行为,而是债权(及某些权利),于是,诉讼时效期间不开始起算。该侵权行为停止时,针对停止侵害的诉讼时效的起算又失去其意义。所以,停止侵害请求权不会产生诉讼时效问题。易言之,停止侵害请求权、排除妨碍请求权、消除危险请求权不应适用诉讼时效制度,在任何时候,权利人都有权请求行为人停止侵害知识产权,有权请求行为人排除妨碍、消除危险、消除影响。《德国民法典》第1004