

知识产权法

基本原理

(I)

——基础理论

修订版

李扬 / 著

中国社会科学出版社

014038564

D913.404
03-2
V1

知识产权法

基本原理

(I)

——基础理论

修订版

李扬 / 著



北航

C1726541

中国社会科学出版社

D913.404

03-2

V1

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法基本原理(Ⅰ)(Ⅱ)(修订版)/李扬著. —北京: 中国社会科学出版社, 2013. 12

ISBN 978-7-5161-2915-9

I. ①知… II. ①李… III. ①知识产权法-研究-中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第148498号

出版人 赵剑英
责任编辑 王半牧
责任校对 高婷 李小冰
责任印制 王炳图

出版 **中国社会科学出版社**
社址 北京鼓楼西大街甲158号(邮编100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010-64070619
发行部 010-84083685
门市部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京奥隆印刷厂
装 订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2013年12月第1版
印 次 2013年12月第1次印刷

开 本 710×1000 1/16
印 张 46.75
插 页 4
字 数 610千字
定 价 96.00元(Ⅰ)(Ⅱ)两册

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换
电话: 010-64009791
版权所有 侵权必究

序 言

《知识产权法基本原理》自2010年由中国社会科学出版社和台湾元照出版社分别用简体中文和繁体中文出版后，在网罗和消化各种信息和新观点的基础上，笔者进一步深化了对各种知识产权法基础理论和基本制度问题的思考和认识，在此基础上，笔者撰写了《知识产权请求权的限制》和《知识产权请求权与诉讼时效制度的适用》两篇文章。在《知识产权请求权的限制》一文中，笔者深化了对知识产权请求权需要进行限制的必要性、可能性、实现限制的途径等问题的认识。在《知识产权请求权与诉讼时效制度的适用》一文中，笔者审视了最高人民法院有关司法解释关于知识产权侵权诉讼时效的司法解释。这两篇文章分别作为第三章和第四章纳入本书中。在第六章中，笔者修正了何为滥用知识产权行为的概念，主张只有在违背知识产权法创设知识产权的目的行使知识产权时，才构成滥用知识产权的行为，采取有害他人的方式行使知识产权完全可以被它涵盖，而超出权利范围行使知识产权权利人实质上并没有“任何知识产权”，因此不存在所谓的滥用问题，被告可以直接抗辩自己的行为不侵害原告所谓的知识产权。此外，笔者还修正了其他一些过时的、原来思考不成熟的地方。总体上来看，笔者是在“知识产权法政策学”观点的指引下思考知识产权法的基础理论和基本制度设计及其解释的，为了让读者更清楚地理解体现在本书中的这个基本理论观点，本书附

录了我的挚友日本著名知识产权法专家田村善之撰写、由我和北海道大学博士研究生许清合译的《知识产权法政策学初探》一文。

还须说明的是，为了阅读上的方便，更为了集中讨论知识产权法基础理论和基本制度问题，笔者将《知识产权法基本原理》一书进行了分解，计划在《知识产权法基本原理》这一总的书名下，分别撰写《知识产权法基本原理》（I）——基础理论、《知识产权法基本原理》（II）——著作权法、《知识产权法基本原理》（III）——商标法、《知识产权法基本原理》（IV）——与知识产权有关的反不正当竞争法、《知识产权法基本原理》（V）——专利法。当然，这需要耗费漫长的时间。好在漫长还有很长，永远还有很远。

本书出版得到深圳大学最高人民法院知识产权司法保护理论研究基地的资助，在此对深圳大学法学院黄亚英院长的鼎力支持表示衷心感谢，也对中国社会科学出版社王半牧编辑的鼓励和大支持表示由衷的谢意。

李扬

2013年12月20日

目 录

第一章 知识产权的性质、特征和知识产权法的体系	(1)
第一节 知识产权的性质	(2)
一、知识产权是一种无体财产权	(2)
二、知识产权是一种私权	(10)
第二节 知识产权的特征	(12)
一、知识产权的本质特征——客体的非物质性	(12)
二、知识产权对传统财产权的冲击	(15)
第三节 知识产权法的体系和分类	(20)
一、知识产权法的体系	(20)
二、知识产权法的分类	(24)
第二章 知识产权法定原则的理论基础、缺陷及其克服	(27)
第一节 知识产权法定原则的含义及其理论基础	(28)
一、知识产权法的制定法起源	(29)
二、洛克财产权劳动理论的意义和缺陷	(36)
三、知识产权客体的经济特性	(56)
四、持有不正义的正义	(69)
第二节 知识产权法定原则的缺陷：侵权构成的限定性 及其局限	(77)
一、知识产权法定原则作为立法原则和司法原则的 功能	(77)

二、知识产权法定原则的缺陷	(84)
第三节 知识产权法定原则缺陷的克服：坚持侵权 构成的非限定性	(88)
第四节 侵权构成的非限定性在知识产权领域中应用的 两个关键问题	(91)
一、受法律保护的利益范围问题	(91)
二、请求权的区别问题	(98)
第三章 知识产权请求权的限制	(105)
引言	(106)
第一节 现状与问题	(107)
一、我国知识产权侵权中停止侵害请求权的现状	(107)
二、问题之所在	(108)
第二节 限制停止侵害请求权的合理性和必要性	(110)
一、限制停止侵害请求权的合理性	(110)
二、限制停止侵害请求权之必要性	(113)
第三节 限制停止侵害请求权的可行性分析	(117)
一、我国相关立法条文的理解	(117)
二、我国司法裁判对“停止侵害当然论”的突破	(119)
第四节 比较法上的考察——美国、日本的学说及判例	(122)
一、美国法上的禁令制度	(122)
二、日本法上的差止请求权	(125)
三、比较法考察的启示	(129)
第五节 限制停止侵害请求权的基本构想	(130)
一、“统一应对模式”与“分别应对模式”	(130)
二、实施限制的判断主体	(132)
三、限制停止侵害请求权时的考量方法	(134)
四、替代性经济补偿金	(137)
结论	(138)

第四章 知识产权请求权与诉讼时效制度的适用	(140)
第一节 问题的提出和研究方法	(140)
第二节 知识产权请求权的性质、特征和类型	(144)
一、知识产权请求权的性质	(144)
二、知识产权请求权的类型	(147)
第三节 知识产权请求权应当适用诉讼时效制度的消极理由（对否定说的评析）	(149)
第四节 知识产权请求权应当适用诉讼时效制度的积极理由	(154)
第五节 结语	(160)
第五章 知识产权立法和民法典编纂	(163)
第一节 知识产权立法和民法典编纂关系的三种思路 ..	(163)
第二节 民法典中是否必要设置知识产权编	(167)
一、世界上没有成功的范例	(167)
二、知识产权的开放性、知识产权法的变动性与民法典的稳定性发生矛盾	(171)
三、知识产权法的公法规范与民法典的私法属性发生矛盾	(172)
四、知识产权是否纳入民法典，不是看它的重要性，而是看它是否符合民法典的逻辑性和体系性	(173)
五、在民法典之外单独制定知识产权法典也不可取 ..	(175)
第六章 知识产权滥用问题	(177)
第一节 知识产权政策与反垄断法的关系	(177)
一、美国知识产权政策与反垄断法的关系	(177)
二、我国知识产权政策与反垄断法的关系	(184)
第二节 知识产权滥用与反垄断法的关系	(188)
一、知识产权滥用行为的含义和表现形式	(188)
二、知识产权滥用行为的规制方式	(193)

三、知识产权滥用行为的受害者是否可以行使请求权?	(200)
第三节 必要设施理论在知识产权滥用反垄断案件中的应用	(201)
一、必要设施理论的由来及其主要内容	(203)
二、知识产权领域中是否能够适用必要设施理论	(207)
第七章 方法论问题: 知识产权立法论和解释论	(214)
第一节 本章的问题意识	(215)
第二节 何谓立法论和解释论	(216)
第三节 法律解释的原因和方法	(219)
一、法律解释的原因	(219)
二、法律解释的种类	(221)
三、法律解释的具体方法	(224)
四、法律漏洞补充方法	(229)
第四节 法律解释在知识产权法领域中的具体应用	(230)
附录 知识产权法政策学初探	(232)
一、知识产权正当化的根据	(232)
二、市场、立法、行政、司法在决定程序上的作用分担	(241)
三、知识产权法政策学的构想	(243)
四、结语	(262)

第一章

知识产权的性质、特征和 知识产权法的体系

本章内容摘要：知识产权形式上是建立在知识客体上的财产权利，是私权，实质上是一种法律拟制的制约他人行为自由的特权，由于其客体——知识不同于有形财产权的客体——具有三维立体空间的物，没有物理空间的限制，因此相比物权具有更强大的排他性；强大的排他性决定世界各国不可能自动保护他国知识产权，因此知识产权形式上具有地域性特征。强大的排他性也决定世界各国不可能永远保护知识产权，因此知识产权形式上还具有时间性；知识产权的种类、内容及其限制随科技发展而发展，具有开放性；知识产权法既是权利授予法，也是行为规制法；从法律适用角度看，专利法、著作权法、商标法等狭义上的知识产权法—反不正当竞争法—民法构成整体意义上的知识产权法。

关键词：知识产权 排他性 特权 整体知识产权法

第一节 知识产权的性质

一、知识产权是一种无体财产权^①

知识产权是近代商品经济和科学技术发展相结合的产物，指的是人们对其智力活动产生的以知识形态表现的成果依法应当享有的民事权益，其种类、内容、限制具有开放性特征，随科技的发展而发展。关于知识产权的种类，1967年《成立世界知识产权组织公约》和1994年《与贸易有关的知识产权协议》的规定最具有代表性。按照《成立世界知识产权组织公约》第2条第9项的规定，知识产权主要包括以下权利：与文学、艺术和科学作品有关的权利；与表演艺术家、录音和广播节目有关的权利；与在人类一切活动领域中的发明有关的权利；与科学发现有关的权利；与工业品外观设计有关的权利；与商标、服务标记以及商号名称和标志有关的权利；反不正当竞争；在工业、科学、文学或者艺术领域内由于智力活动而产生的一切其他权利。按照《与贸易有关的知识产权协议》第二部分的规定，知识产权包括：著作权及其相关的权利；商标权；地理标记权；工业品外观设计权；专利权；集成电路布图设计权；未公开的信息；对许可合同中限制竞争行为的限制。我国知识产权法规定的知识产权包括：著作权、专利权、商标权、植物新品种权、集成电路布图设计权、反不正

^① 刘春田老师认为知识是人类对认识的描述，其普遍存在方式或者本体是形式，无形或者无体都不能揭示知识的本质，因此知识产权不是无形财产权，也不等同于无体财产权，只能说知识产权是因为知识而发生的财产权。在此，刘先生虽不认为知识产权属于无体财产权，但仍然认为知识产权是因为知识而发生的权利。参见刘春田《知识产权解析》，《中国社会科学》2003年第4期。

当竞争法保护的知识产权。

上述所有知识产权大致可以分为因申请授权或者登记而产生的知识产权和因创作事实本身而产生的知识产权两大类。专利权、商标权、植物新品种权、集成电路布图设计权必须通过向主管机关申请、审查、批准以及登记和公告等一系列复杂的程序才能获得，因此属于因申请授权或者登记而产生的知识产权。著作权则是因著作者事实上的创作行为而产生的权利，无须申请、审查、登记和公告等复杂程序，因此属于因创作事实本身而产生的知识产权。商业秘密、知名商品特有名称、包装、装潢等也属于因为创作本身而产生的知识产权。

知识产权建立在没有物质形态的知识客体上，不同于传统的主要建立在有形物质客体上的财产权，因此很难通过自罗马法以来的物权理论加以论证。

罗马法将物分为两种，即有体物和无体物。查士丁尼说，“有些物是有形体的，有些物是没有形体的。”并具体界定了这两种物，“（1）按其性质能被触觉到的东西是有体物，例如土地、奴隶、衣服、金银以及无数其他东西。（2）不能被触觉到的东西是无体物，这些物是由权利组成的，例如遗产继承权、用益权、使用权、不论用何种方式缔结的债权等。”^①由此可见，在古罗马人的心目中，物权的客体具有以下几个特征：将人本身即奴隶视为物；有体物仅指有外在形体的物。那些虽然可以通过人的感觉器官感觉到但肉眼看不到的没有外在形体的物，比如电力、瓦斯等，罗马人并没有将它们作为物权的客体对待；无体物则主要指具有直接财产内容的权利，以可以用金钱衡量的利益为条件，家长权、夫权、自由权等没有直接财产内容的权利，罗马人没有将它们作

^① [古罗马] 查士丁尼：《法学阶梯》，商务印书馆1989年版，第59页。

为无体物对待^①。

据考证,古罗马时期,西塞罗等人已经从自己的演讲和写作中获得报酬,“剽窃”一词也是公元1世纪伟大的罗马讽刺诗人马歇尔创造的。为了解决诱使奴隶出卖雇主商业秘密的普遍社会问题,罗马法还发展出了对抗诈骗商业秘密第三人的诉讼请求制度^②。这说明,古罗马时代的人们已经比较深刻地意识到了文学、艺术创作者权益的重要性。但正如吴汉东先生指出的那样,在古罗马,“文学盗窃行为只是受到道义上的谴责,并不产生法律上的后果”。对于古罗马保护商业秘密的规定,也“仅是从规范商业道德角度所给予的零星规定,大量的商业秘密仍处于无财产意义的自然状态,是当事人持有的一种法外利益”。^③

然而,近代社会,随着商品经济的发展和科学技术的进步,财产权的客体发生了人们意想不到的变化。仓单、提单等有偿证券成为一种抽象化的可以买卖的特殊动产,能为人力所控制的光、电、热能、频道、磁场等没有实物形态的自然力也一反罗马人的传统,进入有体物的行列。但最令人惊异的变化是,随着资本主义社会生产的科学技术化和科学技术成果的市场化,作为精神活动直接产物的知识变成了财产权客体家族中崭新的成员,相应的也就产生了以保护知识为己任的知识产权法律制度。

知识进入财产权的客体范畴后,由于既不同于罗马法意义上的有体物和无体物,也不同于近代社会中新产生的有形物品抽象化的有偿证券,以及没有实物形态但依靠人的感觉器官可以直接

^① 参见[意]彼德罗·彭梵得《罗马法教科书》,中国政法大学出版社1992年版,第185页。

^② 参见唐昭红《商业秘密研究》,载《民商法论丛》第六卷,法律出版社1996年版,第723页。

^③ 参见吴汉东《财产权客体制度论》,载中国人民大学复印资料《民商法学》2000年第10期。

感知的光、电等自然力，因此很快使理论家们产生了困惑，并且寻求解决的方案。黑格尔在哲理地论述所有权的客体时，就表达出了这种困惑。黑格尔认为，“人为了作为理念而存在，必须给它的自由以外部的领域。”这种外部的领域首先就是“某种不自由的、无人格的以及无权的東西”，也就是“物”。尽管黑格尔主张，学问、科学知识、才能等自由精神所固有的内在的东西可以通过精神的中介加以表达，从而“给它们外部的定在”，并将之纳入“物”的范畴使之成为契约的对象，进行转让，但是，“艺术家和学者等是否在法律上占有着他的艺术、科学知识，以及传道说教和诵读弥撒的能力等等，即诸如此类的对象是否也是物，却是一个问题。如果把这类技能、知识和能力等都称为物，我们不免有所踌躇，因一方面关于诸如此类的占有固然可以像物那样进行交易并缔结契约，但是另一方面它是内部的精神的东西，所以理智对于它的法律性质可能感到困惑……”^① 吴汉东先生指出，黑格尔的困惑给了我们三点启示：“第一，知识形态的精神产品不同于一般意义上的物，但同物一样可以成为交换的标的；第二，精神产品是精神内在的东西，但可以通过一定形式的表达而取得外部的定在，即精神产品可以有‘直接性’和‘外在’的载体；第三，依照物与精神相分离的理论，精神产品属于内部的精神的东西，不能简单地归类于属于‘定在’的外部领域的物。”^②

知识的财产化不但使 19 世纪的黑格尔感到困惑，也使 20 世纪的许多法学者感到困惑。这种困惑从如何称谓这种抽象的财产也得到了很好的反映。前苏联民法学者为了将精神产品与物区分开来，将与精神产品权利有关的客体称之为“创作活动的成果”，相

^① 参见黑格尔《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1961 年版，第 50—52 页。

^② 参见吴汉东《关于知识产权本体、主体与客体的重新认识》，载《法学评论》2000 年第 5 期。

应的权利称之为“创作活动的成果权”，并分为两大类，一类是对科学、文学和艺术作品的权利，另一类是对发现、发明和合理化建议的权利。^①在日本，有的学者将这类财产称之为无形财产和无形财产权，比如小岛庸和，他认为知识财产与无形财产是同一个概念，并且强调该类无形财产与有形财产以及其他的无形财产（如光、电）相比具有自身的特殊性^②。但另一个日本学者北川善太郎认为，与日本民法第85条所限定的有体物比较，“无形物”的说法在语感上似乎不妥当，因此提出了“知识财产”的概念^③。现在，日本学者普遍将其称为“知的财产”，即“知识财产”。英国学者则往往将与精神产品有关的权利称之为“抽象物的权利”。^④澳大利亚学者德拉霍斯则将知识产权称之为“建立在抽象物上的权利”。^⑤目前西方大多数学者将这种财产称之为“Intellectual Property”，相应的权利则称为“Intellectual Property Right”。我国20世纪80年代初期的许多学者将关于精神财富所享有的权利称之为“智力成果权”，并将相应的权利客体称之为“智力成果”，强调其价值不能用货币加以衡量。^⑥我国1986年颁布的《民法通则》正式将相关权利称之为知识产权，以取代“智力成果权”的传统称谓。目前，我国学者普遍将“Intellectual Property”和“Intellectual Property Right”不加区分地翻译为“知识产权”，并使之成为一个约定俗成的说法。总之，这些称谓的不同反映出的是这样一

① 参见[苏]格里巴诺夫等主编《苏联民法》(上)，法律出版社1984年版，第177—178页。

② 参见[日]小岛庸和《无形财产权》，日本创造社1998年版，序言第2页。

③ 参见[日]北川善太郎《技术革新与知识产权法制》，科技部1998年印，第3页。

④ 参见佟柔主编《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社1990年版，第203页。

⑤ Peter. Drahos: *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth Publishing Company, 1996, Part 7.

⑥ 参见统编教材《民法原理》，法律出版社1983年版，第383页。

个事实：传统的物权已经无法容纳以知识为保护对象的知识产权，知识产权已经对传统的物权提出了深刻的挑战，二者之间存在根本的分野。

这种分野反映在立法上，就是制定了民法典的国家并没有将知识纳入到物权的调整范围，而是对各种不同性质和特征的知识产权进行单独立法，规定特殊的保护措施。

比如，《德国民法典》第90条和《日本民法典》第85条都严格坚持“物为有体物”的原则。《德国民事诉讼法》第265条所称的物虽然包括有体物和无体物，但无体物主要指权利。《拿破仑法典》对物作出了广义的解释，不但包括有体物，也包括无体物。但《拿破仑法典》第529条规定，“以请求偿还到期款项或动产为目的之债权及诉权，金融、商业或产业公司的股份及持份，即使隶属此等公司的企业拥有不动产，均依法律规定为动产。此种股份与持份，在公司存续中，对每一股东而言，视为动产。”并且，“对国家或个人所有永久定期金或终身定期金收授权，依法律规定亦为动产。”同时，第536条规定，“房屋连同屋内物件出卖或赠与时，不包括保管于屋内的现金、债权及其他权利的证券；一切其他动产包括在内。”这表明，在法国，无体物专指具有财产内容的权利，而且这些权利是被作为动产对待的。^①有人甚至走得更远，认为尽管各国立法中已经将可让与的权利，比如债权、土地使用权、版权、专利和股权等规定为担保物权，但“立法理念和立法政策历来是将其作为普通质权（动产质权）或普通抵押权的规定，故属于准物权范畴。可见，绝不能因权利质权、权利抵押权之客体为权利，而就因此曰物权的客体不以物为限，而还包括所谓权利。”^②

我国学理上大多数学者都认为物为有体物，而认为无体物的

① 参见 [法]《拉鲁斯大百科全书》第3卷，载“国外法译丛”《民法》，知识出版社1987年版，第168页。

② 陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社1998年版，第49页。

使用多“在教研中”，认为“将权利称为无形物，莫如称之为无形财产”。^①因此，我国民法通则第五章使用了“财产所有权”和“与财产所有权有关的财产权”的概念，而且在担保法中将担保物权的客体定位为“财产”。我国《物权法》第2条第2款规定，本法所称物，包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。可见，在我国物权法上，物主要指有体物和法律明文规定的某些权利，而没有将作品、发明创造、商标等不存在有形物质客体的知识规定为物权的客体。

根据学者们的研究，历史上，法学家与立法者也曾作过以传统所有权制度涵盖非物质形态的精神产品的努力。早在封建时期，就出现过“出版所有权”论。尔后，经过文艺复兴和资产阶级革命，天赋人权的思想深入人心，“出版所有权”理论也就被“精神所有权”学说取代。^②在法国，所有权的客体扩展到知识产权领域，用以“适应其标的和其表现的法律关系及各种各样彼此间完全不同的大量的支配权类别”。精神所有权被理解为一种排他的、可对抗一切人的权利，是所有权的一种。^③但据有的学者研究，这种理论上的概括存在难以解决的两个缺陷。第一个缺陷是，将所有权的概念应用在对非物质财富的权利上，“使它远远超出在技术上对它作准确理解的内容的范围”。^④第二个缺陷是，“从所有权的

① 佟柔：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社1990年版，第193页。

② L. Ray Patterson, Stanley W. Lindberg: “The Nature of Copyright: A Law of Users’ Right”, The University of Georgia Press 1991; 吴汉东：《著作权合理使用制度研究》，中国政法大学出版社1996年版，第4页；吴汉东：《关于知识产权本体、主体与客体的重新认识》，载《法学评论》2000年第5期。

③ 尹田：《法国物权法》，法律出版社1998年版，第122页。

④ [法] 茹利欧·莫兰杰尔：《法国民法教程》，法律出版社1983年版，第231页；吴汉东：《关于知识产权本体、主体与客体的重新认识》，载《法学评论》2000年第5期。