

知识产权法前沿 问题研究

冯晓青/主编



中国人民公安大学出版社

知识产权法前沿问题研究

冯晓青 主编

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法前沿问题研究/冯晓青主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2004. 8

ISBN 7-81087-834-4

I. 知... II. 冯... III. 知识产权法—研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 080523 号

知识产权法前沿问题研究

ZHISHI CHANQUAN FA QIANYAN WENTI YANJIU

冯晓青 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2004 年 8 月第 1 版

印 次: 2004 年 8 月第 1 次

印 张: 10.125

开 本: 850 毫米×1168 毫米 1/32

字 数: 254 千字

印 数: 0001~3000 册

ISBN 7-81087-834-4/D·622

定 价: 21.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

主编简介

冯晓青，男，1966年生，湖南长沙人，湘潭大学法学院教授、博士生导师、北京大学法学博士、中国人民大学法学院博士后流动站研究人员。1990年毕业于中国人民大学法学院知识产权专业，获经济学、法学双学士学位。1999年下学期在北京大学法治研究中心作高级访问学者。2000年~2003年在北京大学法学院攻读知识产权法研究方向博士学位，2003年6月毕业并获法学博士学位。2001年~2002年在加拿大不列颠·哥伦比亚大学（UBC）法学院作访问教授。著述并出版的个人学术专著有《知识产权法哲学》、《著作权法通论》、《知识产权诉讼研究》、《现代知识产权法》、《企业知识产权战略》、《知识产权法理论与实践》等。在 *Journal of the Copyright Society of the USA*、《中国法学》、《法学》、《法律科学》、《中国人民大学学报》、《北大法律评论》等国内外专业刊物上公开发表知识产权法中英文论文约150篇。先后获得第二届中国“杰出中青年法学家”提名奖、“北京大学研究生学术十杰”等学术荣誉。

前 言

知识产权法律制度是科学技术和商品经济发展的产物。在当代,随着以网络、信息技术为代表的新技术的发展,以及经济全球化趋势的增强,知识产权保护变得越来越重要。立足于知识产权保护的知识产权法律制度在人类进入 21 世纪的今天将在鼓励知识创造和促进知识、信息的广泛传播,推动社会经济发展、科技与文化进步方面发挥更加重要的作用。

在我国,知识产权法律制度是随着改革开放和社会主义现代化建设的开展而逐步建立与完善的。我国知识产权制度的完善也为知识产权法学的研究提供了广阔的空间。近些年来,学者们在知识产权法律制度的很多方面都做了积极的探讨,取得了丰硕的成果。“入世”之后,我国的知识产权制度已经纳入全球知识产权保护体系这一大环境下,加强知识产权法律制度的研究更是适应时代的需要。越来越多的高校成立了知识产权教学研究机构,有的还成立了知识产权学院,这为知识产权高级人才的培养提供了坚实的基础,也为知识产权法学的学术研究提供了良好条件。

知识产权法学研究具有丰富的内容,除涉及制度规范、司法实务、国际保护等问题外,对这门学科进行理论化、系统化的梳理,进而形成哲理性认识也变得越来越重要。这种哲理性探讨在很大程度上涉及知识产权法学的一些基本理论问题,并且在很大程度上构成了知识产权法学研究的一些前沿性问题。为此,我们特别选择了知识产权法学的几个专题开展研究,具体包括知识产权法的利益平衡原理、知识产权法的利益平衡机制的建构、以利

益平衡为视角的著作权合理使用制度研究、知识产权权利冲突及其协调、著作权制度的经济学分析，以及专利等同侵权认定的理论分析等内容。这些专题的研究具有前瞻性、开拓性、理论性、实践性等特点，并且引证资料新颖、翔实，理论阐述深入浅出。

本书是研究知识产权法理论的重要读物，适合高校法律院系师生、律师、司法人员、知识产权管理人员以及对知识产权问题感兴趣的读者阅读。

本书各编作者都是从事知识产权法理论或实务工作的人员。各编写分工如下：

第一编，冯晓青（湘潭大学法学院教授、博士生导师、中国人民大学法学院博士后流动站研究人员、北京大学法学博士）；

第二编，张歆（中南大学法学院、法学硕士）；

第三编，袁芳（广州市中级人民法院、法学硕士）；

第四编，刘友华（湘潭大学法学院、法学硕士）；

第五编，廖丹（湖南文理学院政法系、法学硕士）；

第六编，张泽吾（佛山市中级人民法院、法学硕士）。

本书各编完成后，最后由主编进行了统稿，并最终定稿。刘友华参与了全书统稿工作。

由于作者水平有限，错谬之处在所难免，敬希给予批评指正。

冯晓青

2004年7月

目 录

前言	(1)
第一编 知识产权法利益平衡原理	(1)
一、引言	(1)
二、利益平衡的基本概念	(3)
三、知识产权法中利益平衡的法哲学与财产权 理论分析	(14)
四、知识产权法中利益平衡的结构	(27)
五、结语	(32)
第二编 知识产权法利益平衡机制及其建构	(37)
一、引言	(37)
二、作为知识创新制度选择的知识产权制度	(38)
三、作为“双刃剑”的知识产权制度	(43)
四、知识产权法利益平衡机制的理论基础	(47)
五、知识产权法利益平衡机制	(57)
六、结语	(80)
第三编 著作权合理使用制度研究：以利益平衡为 视角	(82)
一、引言	(82)

· 2 · 知识产权法前沿问题研究

二、法律对利益的平衡	(83)
三、著作权合理使用制度的利益平衡分析	(93)
四、我国著作权合理使用制度的不足与完善	(120)
五、结语	(139)
第四编 知识产权权利冲突及其协调	(141)
一、引言	(141)
二、权利、权利冲突与知识产权权利冲突	(144)
三、知识产权权利冲突的表现、原因与法律回应 ...	(152)
四、知识产权权利冲突研究现状与实践	(162)
五、知识产权权利冲突协调机制的重构	(177)
六、结语	(191)
第五编 著作权制度的经济学分析	(193)
一、引言	(193)
二、著作权制度的经济学分析基础	(194)
三、著作权制度构成的经济学分析	(213)
四、著作权集体管理制度的经济学分析	(230)
五、结语	(248)
第六编 专利等同侵权认定探析	(249)
一、引言	(249)
二、等同原则的历史回顾	(250)
三、等同原则的理论分析	(257)
四、等同原则在专利侵权诉讼中的应用	(268)
五、等同原则的合理限制	(299)
六、结语	(314)

第一编 知识产权法利益平衡原理

一、引言

知识产权是一种专有权。这种专有权的授予无论是从智力创造的劳动理论、人格理论还是经济学理论来说都具有充分的正当性。^①然而，知识产权的客体知识产品具有无形性、继承性的特点，并且也具有公共商品的属性。这种公共商品是由个人创造的，对社会和经济发展、科技和文化进步具有重要作用的无形稀缺资源。从公共商品的意义上看，社会公众对其也有合法的需求。知识产权法的一个主要目标是刺激知识创造，促进知识产品的广泛传播与利用。缺乏知识产权保护或者对知识产权保护不力将会减少对创造的激励；而创制专有权的过度保护会影响社会对知识产品合法需求的满足。这样一来，在进行知识产权立法时，立法者必须考虑如何对知识产权进行适度而合理的保护。正如美国1909年国会报告针对著作权立法所说的一样：“在制定著作权法时，国会要考虑……两个问题：一是在多大的程度上立法能够促进生产者的创造，并相应地使公众获益；二是在多大的程度上授予的专有权会损害公众。”^②这种专有权的授予，在适当的条件下，赋予了公众一个利益，该利益超过了临时垄断所带来的弊端。

① 冯晓青著：《知识产权法哲学》，中国人民公安大学出版社2003年版。

② H. R. Rep. No. 602222, 60th Cong., 2d Sess. 7 (1909)。

在知识产权法中，知识产权人对知识产品的垄断和社会公众对其合法需求构成了矛盾的两个方面。这种矛盾始终存在，知识产权法从设计（立法）到实施都体现了该矛盾双方的彼此消长。对于实现知识产权法的宗旨、功能，确立利益平衡原则、建立利益平衡机制具有关键的意义。忽视这一点，既可能造成知识产权人的权利过大，损害了公众接近和利用知识产品的利益，从而使知识产权法的根本目的——通过对知识产品提供充分的保护，激励对社会有益的创造性知识产品的生产，同时有利于广泛传播这种知识产品，从而促进社会文明进步——无从实现；也可能损害知识产权人利益，使知识产品生产原动力不足，这同样会使知识产权法的立法目的难以实现。

从国外几百年来知识产权立法的轨迹看，一方面是知识产权人的权利随着技术进步和社会发展而在不断扩张，另一方面则是公众信息自由的范围也在逐渐扩大。围绕着立法设计和实施，在背后作为一个根本的指导原则起作用的实际上是利益平衡原则。主要原因在于：首先，知识产权法授予知识产权人的是一种专有权，但专有权的授予并不能排除社会公众对知识产品的合法需求，因而它必须解决好这种专有权的范围、限度问题——法律上体现为对知识产权的权利限制、时间性和地域性，以及公众可以自由或有限地接近的领域和程度等；其次，知识产权法的根本目的决定了其立法设计必须围绕专有权的分配和公有领域的设定、专有权利和公众权利的合理和公平配置而展开；再次，随着社会发展，知识产权这一专有权在不断膨胀，而社会公众对知识产品的需求也在不断扩大，两者始终处于矛盾的对立和统一之中，需要不断通过修改立法来加以完善。离开利益平衡的指导，上述问题都将无法得到解决。

利益平衡理论围绕知识产权的专有性与社会对知识产品的合法需求这对矛盾，通过探讨利益平衡原则在知识产权法中的正当

性和合理性，剖析知识产权法中涉及的各种权利的配置和利益的分配，试图提出一个以利益平衡原则和机制为基础与核心的知识产权法的理论框架和体系。这一思路和理论建构在知识产权法中的理论意义值得充分重视。

笔者即以利益平衡原则为指导，从利益平衡机制入手探讨知识产权法的理性。内容将涉及利益平衡的基本范畴、利益平衡的一般原理、知识产权法中利益平衡的合理性、知识产权法利益平衡的结构等。探讨的内容立足于知识产权的专有性和社会公众对知识产品的合法需求这对基本矛盾，围绕着这对矛盾而展开，以利益平衡原则为指针进行研究。

二、利益平衡的基本概念

（一）关于“利益”的若干认识

1. 利益与利益关系的概念

“利益”一词是人们在日常生活中经常接触到的。这是因为，“利益是人们生活中最敏感的神经”^①；“在商品经济社会，人们奋斗的一切都与他们的利益有关”^②。可以认为，利益是人类社会中一个十分重要的社会现象。从马克思主义的利益观点看，对利益的追求是人类社会活动的动因。相应地，从历史角度考察则可以看出，利益是人类社会历史变迁的动力。利益本身也是一个比较复杂的概念，但一般地说，利益是一个客观范畴。它根源于人们的需要，是人们为了生存和发展所需要的，是“一定客观需要对象在满足主体需要时，在需要主体之间进行分配时

① 《列宁全集》（第16卷），人民出版社1988年版，第136页。

② 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1978年版，第71页、第82页。

所形成的一定性质的社会关系的形式”^①。

利益与权利息息相关，它被认为是法律背后的权利的实质性因素。法律中的权利、义务关系实质上是法律所调整和确认的各种利益的体现。例如，义务的履行既是为了使权利得到保障，也是获取利益所要求的。利益的背后反映的是一种社会关系，即利益关系。在一定的社会中，社会关系也必然会体现为一定的利益关系。这种社会关系就是人与人之间就利益而结成的关系。在这种利益关系中，人们从事某种行为的动机和目的都是为了利益。由于利益支配着人们的社会实践，一定的经济关系也体现为一定的利益关系，利益分析方法就成为观察社会的一种重要方法。通过对一定社会复杂的利益关系进行分析，可以揭示人们社会活动背后的利益动因，找出解决利益冲突的方法，从而为各个利益主体追求最大化利益提供保障。

2. 法律与利益的关系

利益是每一个人和社会群体追求的目标，也是人们从事社会实践的动力。利益和法律、权利之间具有十分密切的联系。利益决定着法的产生、发展和运作，法律影响着（促进或阻碍）利益的实现程度和发展方向。法律由利益决定，对社会关系中的各种客观利益进行有目的、有方向的调整，以促进利益的形成和发展。^② 法律离不开利益。法律自产生以来，就一直与利益存在着十分密切的联系。无论是权利还是权力都指向一定的利益，“是对利益所享有的资格”^③。法律所调整的以权利和义务为内容的社会关系实际上是一种利益关系。换言之，一种特定的法律形式

① 王伟光著：《利益论》，人民出版社2001年版，第74页。

② 孙国华、黄金华：《论法律上的利益选择》，载于《法律科学》1995年第4期，第3页。

③ A. J. M. 米尔根著，夏勇、张志铭译：《人的权利与人的多样性》，中国大百科全书出版社1995年版，第123页。

可以使一种特定的利益关系和利益制度固定下来。可以说,“依照以公平、正义(含平等、公正、公道等意义)为核心的一定伦理道德准则保障人们应当享有的各种权利和合理地调节人们之间的各种利益关系,是隐含在纷繁复杂的一切法律现象后面的秘密,也是立法者在制定法律时必须考虑和解决的核心问题”^①。

法律是通过规定人们的权利和义务来调整社会关系的。通过权利的保障和义务的履行,法律维护和协调了一定的利益关系。法律具有重要的利益调控作用,这种作用表现为利益调整、利益选择和利益协调,包括对利益冲突的平衡。在阶级社会中,人们总是存在各种各样的利益差别、利益矛盾和利益冲突,这些利益关系处理不好将严重影响社会的发展,为此需要对利益进行协调。各种各样的利益制度和利益体制本身具有一定的利益协调功能,但利益协调机制不单纯是利益制度和利益体制的协调机制,也是一种综合性的协调机制。在这种综合性的协调机制中,法律对利益的协调起了极为重要的作用,例如,对利益要求的表达、对利益冲突的平衡和对利益格局的重整。

同时,从法律对利益的影响来看,法律还有重要的利益选择功能。这里所说的利益选择,是指“从一定社会经济形态下社会生活的需要出发,以社会上占统治地位的价值观为指导,对多元的客观利益进行判断、评价、权衡和比较,选择有利于统治阶级的共同需求和目的的那些利益并予以法律调整”^②。由于社会生活中的利益主体复杂多样,利益要求各不相同,并且利益的重要程度也不一样,一个法律制度在进行利益调整时有必要根据当

① 梁上上:《利益的层次结构与利益衡量的展开》,载于《法学研究》2002年第1期,第56页。

② 孙国华、黄金华:《论法律上的利益选择》,载于《法律科学》1995年第4期,第3页。

时的特定历史环境，从促进社会进步的目标出发，对利益关系进行调整。

3. 关于知识产权法中的“利益”

就知识产权法所涉及的利益来说，它主要是指围绕发明者、作者等知识产品创造者所创造的知识产品的生产、传播和使用而产生的利益。这种利益既涉及知识产权人的私权利益，也涉及国家通过知识产权立法而需要实现的社会公共利益，特别是知识、信息传播和使用中的社会公众利益，在国际层面上还涉及本国在知识产权国际保护中的利益。知识产权制度中的利益关系则是知识产权法规范的基础。在知识产权制度的法律框架内，每一个利益主体（包括知识产权人、知识产品的使用者和传播者等）都有权在知识产权法的范围内寻求和获得最大化的利益，并且有权在知识产权法的限度内保护自己的正当利益不受侵犯或妨碍。

与其他法律一样，知识产权法所调整的利益关系也具有复杂性。这既表现在利益主体的多样性方面，也表现在不同利益主体的利益目标、利益的重要性不同，以及利益冲突的可能性较大等方面。知识产权法对利益的调整就需要以促进科学和文化等事业进步为宗旨，根据特定的政治、经济和文化状况，对知识产权中的利益关系进行有目的的、有主次之分的调整。知识产权法对利益的选择在不同历史时期、不同的国家有不同的表现。在科技、文化相对不发达的阶段，知识产权法利益的天平可能会倾向于知识产品的使用者。在技术迅猛发展的当代，技术的发展打破了原有的知识产权利益关系的平衡，知识产权法需要对技术革命所导致的利益分配的变化作出反应，重新进行利益选择，以使知识产权制度能在新技术发展环境下重新维护各利益主体之间的利益平衡。

在知识产权法中，各个利益主体追求的价值目标不一样，由此形成了利益追求的多样性。但是，知识产权法中的不同的利益主体追求的利益具有一致性或类同性。换言之，知识产权各利益

主体在追求自身利益的同时，他们能够与其他人的利益形成一种互动的关系。这种互动关系促成了知识产权利益追求上的趋同性。该趋同性在知识产权法上的作用不可低估——这种利益关系的一致或者说类同成为知识产权法产生的基础。不过，利益的一致性或者趋同性只是一方面，还要看到利益冲突的一面。

利益之所以发生冲突，是因为社会中存在着不同的差别利益，并且一种利益的实现会对另一种利益的实现产生影响，有时甚至会构成对另一种利益的妨碍。在知识产权法中，基于知识产权的专有性特征，利益冲突是不可避免的。但正是知识产权法中的利益主体的利益冲突关系的存在构成了知识产权法的必要基础，知识产权法才得以产生、存在和发展。为明确这一点，可以回顾一下恩格斯关于国家和法律产生的观点：当人们发生不可调和的利益关系而又无力摆脱时，为了使物质利益相冲突的阶级不至于在无畏斗争中把自己和社会消灭，一种源于社会内部但表面上又驾临于社会的，旨在缓和冲突并把冲突保持在“秩序”范围内的力量，也就是国家和法律产生了。^①

（二）关于“平衡”的若干认识

1. 平衡的概念

“平衡”一词在日常生活中被经常应用，这是因为平衡是一种非常普遍的社会现象。在一般的意义上，平衡涉及一个人对某一事情的价值判断取向。根据《现代汉语词典》的解释，平衡是指“对立的各方面在数量或质量上相等或者相抵”，或者是“几个力同时作用在一个物体上，各个力相互抵消，物体保持相对静止状态”。在现代社会，平衡的概念已经被广泛地拓展到社会生活各个领域，成为解释社会现象的一种重要的方法论和手段。就社会领域使用的平衡概念而言，它是指各种社会矛盾的力

^① 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1978年版，第34页。

量互相抵消形成均势而使得特定的社会关系保持相对稳定的一种状态。

平衡的观点在法学领域的渗透也是它在社会生活领域拓展的一种重要表现。在研究知识产权法的平衡观点时，自然离不开作为社会现象一般意义上的平衡的共性，即各种不同的力量相互抵消后形成的一定的均势状态。当然，基于笔者的研究目的，此处需要挖掘的是它在知识产权法上的特殊性。知识产权法中，利益平衡要解决的就是在知识产权这样一个特定的环境下利益平衡原则和机制的产生、运作和效果，以及利益平衡原则对完善知识产权法的指导作用等。

2. 平衡的合理性

平衡的合理性可以从哲学的层面加以认识。在哲学范畴上，平衡是矛盾的暂时的相对统一或协调。根据矛盾的同一性和斗争性原理，只强调矛盾的斗争性或者只强调矛盾的同一性都是片面的。矛盾存在的两个方面有主次之分，但仍然是相互依存和对立统一的，并且在两者大体平衡的情况下才能使统一体得以维持。依据矛盾发展不平衡的原理，需要坚持两点论，反对一点论；坚持重点论，反对折中论。^①平衡的方法主张现实世界中存在不平衡，也正是因为存在不平衡才需要实现平衡。换言之，承认和规范不平衡正是为了平衡。正如马克思所指出的一样，平衡总是以有什么东西要平衡为前提，就是说，协调始终只是消除现存的不协调的那个运动的结果^②。平衡的思想可以在我国的传统文化中找到一定的依据。当然，现代的平衡思想已经远不止是停留在传统文化的层面上，而是更具有时代精神和内涵。平衡思想被用于

① 折中的观点和平衡的观点不能等同。折中的观点是提供一种程序上的规则即折中，它不是笔者探讨的平衡方法所主张的。

② 《马克思恩格斯全集》（第26卷），人民出版社1960年版，第604页。

分析、指导社会现象的各种利益冲突和协调问题，特别是当它在法律和经济领域适用时，平衡与效率、公平因素紧密地联系在一起，因而具有更加重要的意义。

3. 平衡的相对性

“平衡亦称均衡，指矛盾的暂时的相对的统一。一般可分为动态平衡和静态平衡，但这两种形态都是和运动分不开的。在绝对的、永恒的物质运动过程中存在着相对的、暂时的静止和平衡。”^①从哲学的角度看，平衡是矛盾双方在力量上相抵而保持的一种相对静止的状态。由于矛盾双方总是在彼此消长，绝对静止的状况是不可能存在的。从这个意义上说，绝对静止和绝对平衡的事物是没有的。但是，不能因此而否认相对平衡的存在和相对平衡的重要意义。尽管平衡只是一种暂时的现象和状态，它随时都可能被打破，对平衡的追求却体现了人们对和谐、平等人类崇高价值的追求。由不平衡到相对平衡这样一个反复的过程正体现了平衡的发展规律。平衡的相对性表明平衡只在一定的情势下出现；离开特定的环境，平衡将被打破。

4. 关于知识产权法中的“平衡”

在经济学的意义上，平衡构成了知识产权法的“效益”目标。这种效益在知识产权法上不是通过直接经济效益的形式体现出来，而是通过知识产权的制度设计，促进了知识产品生产和流转的最大化的社会效用而实现的。这种制度设计特别地体现为协调和平衡知识产权人的专有利益与社会公众使用和传播知识产品的社会利益。如前所述，知识产权的专有性与社会公众对知识产品的合法需求是知识产权法中的一对主要矛盾。平衡机制的确立正是解决这一主要矛盾的方法和手段。由此可知，知识产权法中的平衡主要是知识产权人的专有权和社会公众对知识产品的合法

① 《辞海》（缩编本），上海辞书出版社1989年版，第48页。