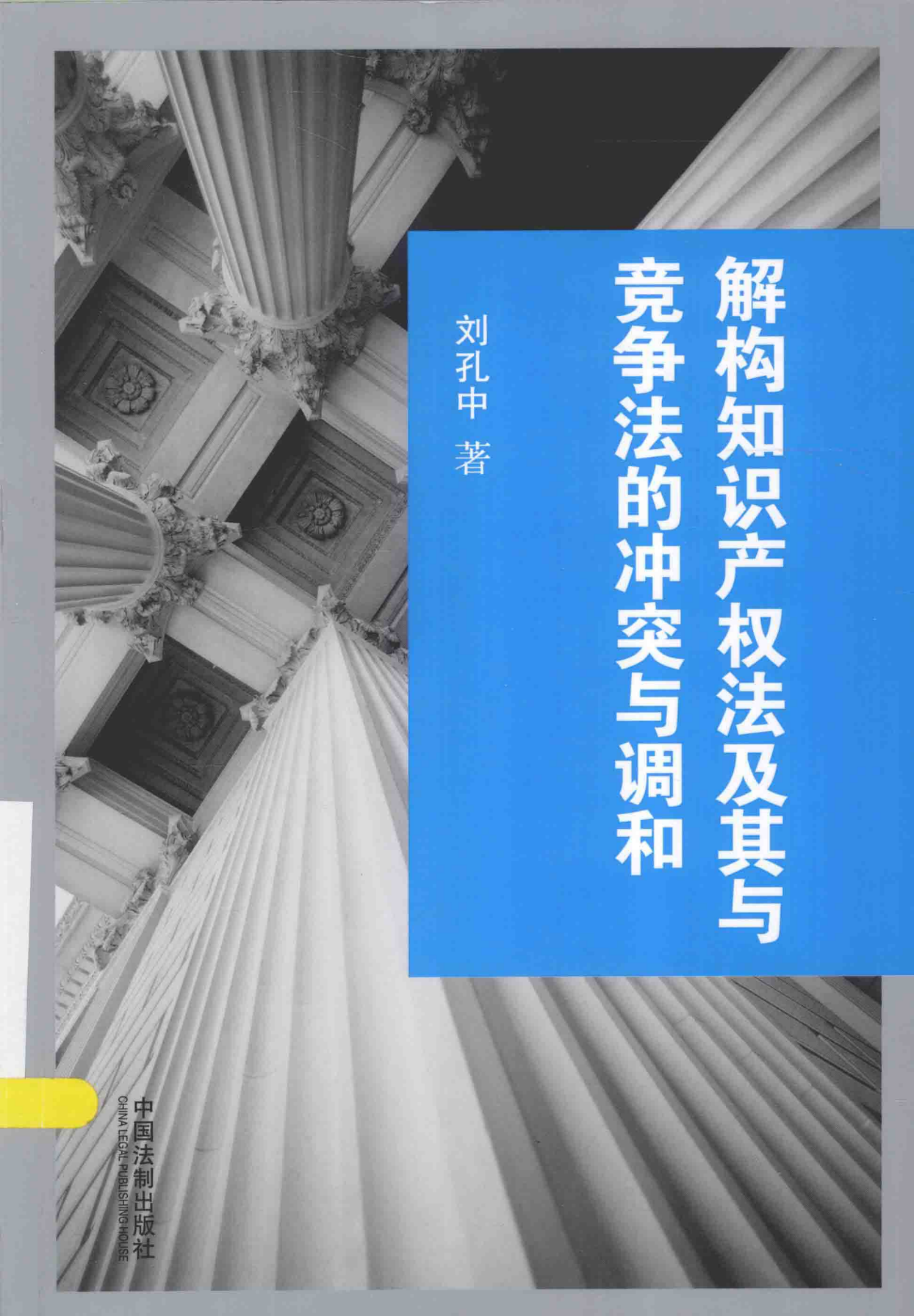




解构知识产权法及其与 竞争法的冲突与调和

刘孔中 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

解构知识产权法及其与 竞争法的冲突与调和

刘孔中 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

解构知识产权法及其与竞争法的冲突与调和 / 刘孔中著. —北京: 中国法制出版社, 2015.7

ISBN 978-7-5093-6583-0

I. ①解… II. ①刘… III. ①知识产权法—研究 ②反不正当竞争—经济法—研究 IV. ①D913.04 ②D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 172036 号



策划编辑: 马 颖

责任编辑: 马 颖 耿旭冉

封面设计: 蒋 怡

解构知识产权法及其与竞争法的冲突与调和

JIEGOU ZHISHI CHANQUANFA JIQI YU JINGZHENGFA DE CHONGTU YU TIAOHE

著者 / 刘孔中

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16

版次 / 2015 年 9 月第 1 版

印张 / 21.5 字数 / 327 千

2015 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6583-0

定价: 66.00 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66034242

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

作者序

知识产权法与竞争法的冲突与调和，是知识经济时代国际上讨论最多的重大课题之一，近来在两岸亦复如此。本项议题在台湾的发展比较早，十余年来已经有一些个案与司法判决，但这两年中国大陆有后来居上的发展趋势，而且引起全球瞩目。最新的事例就是国家发展改革委员会在 2015 年认定高通公司（Qualcomm）滥用因为标准必要专利取得独占地位的行为，对其处以高达 60.88 亿人民币的罚款；以及身为大陆反垄断法三大执法机关之一的国家工商行政管理总局经过数年研议，单独（并未与发改委、商务部会衔发表）以局令第 74 号颁布“关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定”，并自 2015 年 8 月起实施。

两岸学界对于这项议题的论著，均有积累。本人在 2006 年就曾经出版《知识产权运用与竞争秩序》一书，当时只有 4 万多字，后来在 2008 年更新到第 3 版，增加为 6 万多字。之后我认为只有对知识产权法作出深刻反省，才能对其与竞争法的不断冲突，提出一致、全面且有说服力的调和主张。近十年努力下来，撰写的字数增加了三倍为 24 万字，但是仍然无法覆盖所有相关议题。

两岸的竞争法与知识产权法向来经常相互参照，学界之间交流互动频仍，所以本书于 2015 年 4 月在台湾出版繁体字版后，接着接洽在大陆出版简体字版，除了将个人研究心得就教于大陆同行先进，也借此机会更正繁体字版不足之处，增加更新的文献与判决，努力以“1.5 版”面市。此外，本书在对大陆法制仅有粗浅理解的限制下，做了些极其简要的评析，以增加本书对大陆读者

的关联性。

简体字版在体例上有几点需要说明之处：

1. 本书讨论的竞争法与知识产权法若未特别标明，均是指台湾地区的法律，行文之间不再一一标示“台湾地区”，以节省赘词并保持行文流畅。

2. 本书主要讨论的“公平交易法”经过多次修正，最近 2015 年修正甚至将条次变更，为省去读者追踪及对照新旧条次之苦，本书一律将文中所提及的条次采用最新条号。

3. 两岸法条条次用语不同（在台湾是条、项、款、目，在大陆则是条、款、项），本书决定以方便本地读者阅读为主要考虑，即便直接引用台湾法规或文献之处也依大陆习惯处理。

4. 两岸知识产权用语有不一致之处，本书有时也未必尽求其同，希望差异能引起相互启发。不过，“强制授权”、“授权”是台湾地区用语，与在大陆使用之用语为“强制许可”、“许可”实为同一含义，为尊重本地读者阅读习惯，本书中除引用台湾地区相关规定以及判决原文外，均改为“强制许可”及“许可”。

5. 本书中台湾地区相关规定、文件及判决之文号，均换算为公历纪年。

本书的中心思想旨在阐明知识产权是人为设计的诱因机制，以解决公共财市场失灵的问题，既不是必须绝对保护的天然权利，更经常被利益团体游说、绑架、扭曲，若不时时加以匡正，极容易流为阻碍创新的阻力。过去 20 年来，时代钟摆正从过度保护知识产权向平衡各方利益摆荡，在可见的未来，知识产权法势必发生某些根本的改变，人人都应该各尽所能，协助其发生并走上正途。

本书在中国大陆出版发行，最要感谢中南大学王红霞老师热心奔走联系，其次是中国法制出版社费心从事此项吃力不讨好的工作，以及中国人民大学知识产权学院刘春田老师各方面的提点。

目 录

壹 知识产权法之一般理论

- 一、前 言 // 003
- 二、知识产权概述 // 004
- 三、知识产权相同之处——应然面 // 023
- 四、知识产权彼此不同之处——实然面 // 068
- 五、知识产权法典化 // 071
- 六、结论并试拟知识产权法典总则篇 // 073

贰 知识产权行使、联合行为、独占事业滥用市场地位与不正竞争之防止

- 一、联合行为之禁止 // 079
- 二、禁止独占事业滥用市场地位 // 092
- 三、禁止具备相当市场地位事业限制市场竞争 // 111
- 四、不正竞争之防止 // 114

叁 强制许可与竞争法

- 一、前言：技术标准与关键内容强制许可之必要性 // 137

- 二、依据竞争法强制许可知识产权 // 138
- 三、依据著作权法之强制许可 // 154
- 四、基于著作权法以外之其他法律强制许可：英国 // 155
- 五、依据专利法之强制许可 // 157
- 六、台湾地区相关法制与实务 // 166
- 七、台湾地区法制之检讨 // 175
- 八、结 语 // 188

肆 权利耗尽、约定价格、警告函与竞争法

- 一、权利耗尽与真品平行输入 // 193
- 二、约定转售或使用知识产权标的物的价格 // 204
- 三、警告函 // 209

伍 著作权的行使与竞争法

- 一、前 言 // 219
- 二、著作权的集体行使 // 219
- 三、计算机软件字型的保护 // 227
- 四、将著作物作空间转换 // 229
- 五、前 瞻 // 231

陆 专利权的行使与竞争法

- 一、前 言 // 235
- 二、专利集体授权（专利库）// 235
- 三、专利主张实体与专利流氓 // 254
- 四、专利药商向仿制药商逆向付款 // 257
- 五、标准的制定和实施 // 260

柒 商标权的行使与竞争法

- 一、权利人维护权利的作为常引起限制市场竞争的疑虑 // 265
- 二、以合理使用限制商标权以平衡市场竞争的需求 // 267
- 三、戏谑性使用著名商标 // 268
- 四、与不正当竞争防止法的关系 // 271
- 五、关键词广告 // 277
- 六、地理标志 // 280

捌 设计专利权、植物新品种权的行使与竞争法

- 一、设计专利权 // 285
- 二、植物新品种权 // 291

玖 商业秘密与竞争法

- 一、前 言 // 297
- 二、TRIPS 协议 // 297
- 三、英国法制 // 298
- 四、德国法制 // 309
- 五、台湾法制及其检讨 // 319

参考文献 // 322

壹

知识产权法之一般理论

一、前 言

从英国 1709 年制定著作权法——安妮法案 (*Statute of Anne*)^① 以来,知识产权法至少已有 300 年历史,虽然不断完备更新,但是各个知识产权(例如专利、商标、著作权)法各自分立,互不参照,而学者也少有能够横跨涉猎不同知识产权法,导致知识产权法始终欠统一的定义与完整的理论,凡事依赖民法。加上各种利益团体不断游说包围及各国政府施压,以致知识产权法呈现不少任意扭曲、差异性甚大的内容,让人怀疑知识产权法的一贯性甚至社会正当性。为彻底解决知识产权法此一根本问题,本书主张知识产权法以“有效促进公共领域与私部门资源交换与相互增益以丰富公共领域”为共同目的,可从此展开并建立与传统民法差异很大的特有一般理论与法律体系,而成为自给自足又能不断自我调节适应的法律学门。

为达前述目的,本章将知识产权法作水平关联的综合研究,探讨知识产权的定义、内容、特色、与民法之关系、法理论上相同之处、实际上的差异性以及其形成的原因,分析将各种单行知识产权法集中法典化的可行性及进行步骤,最后并在结论提出知识产权法典的总则章规定。

^① 其主要内容为,对本法施行前已发行的著作提供 21 年的保护,而对本法施行后才发行的著作提供 14 年保护,14 年届满后如果著作人仍在世,可再延长 14 年。为防范著作权被滥用造成书价太高或不合理,任何人可向有关机关检举,请该等机关调降书价。对于希腊文、拉丁文或在海外以外文著作之书籍不提供保护。主张保护的前提是先在书商公司 (Company of Stationers) 注册并缴交费用。

二、知识产权概述

（一）定义

世界贸易组织（World Trade Organization, WTO）与贸易相关知识产权协议（Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS）只是将各种知识产权收集在一起，未对何谓知识产权加以定义。TRIPS 协议第 1 条第 2 款规定，本协议所称“知识产权”是指第 2 篇第 1 节至第 7 节各类知识产权，即著作权及其相关权利、商标、地理标志、工业设计、专利、集成电路之电路布局（拓扑图）及未公开数据之保护，这反映各会员对于知识产权的共通特色欠缺共识，所以无法对其加以定义^①。

本书则认为知识产权从最上位的观点看是无体财产权，具有诸如灯塔、治安、军队等公共财（public goods）之本质，有非对立性（non-rivalrous）及非排他性（non-excludable）^②，亦即任何人使用知识产权标的物并不会减损该标的物，亦不会排斥或干扰其他人享有该标的物之能力^③。然而公共财无法以市场机制提供，除非另外定有收费机制，否则不需要付费，因此会有搭便车之投机者（free-rider）出现，过度使用（overuse）标的物，从而导致市场失灵（market failure）。一旦市场失灵，将没有私人愿意从事相关投资，导致投资不足（underinvestment），长久以往将使得知识产权标的物供给不足（socially suboptimal）。

因此知识产权（法）的本质是市场管制机制（market regulation），以促进

① 有学者认为应以“智慧权”一词取代知识产权，因为除了财产权之性质外，尚包含有人格权，若仅以知识产权称之相对狭隘。见蔡明诚，谈台湾智慧权法的发展，月旦法学杂志第 100 期，2003 年 9 月，页 197。不过“智慧”应该还是要经过国家认可并加以产权化才能成为“权利”，若以此理解“知识产权”，还是有其优越性。

② William Fisher, *Promises to Keep—Technology, Law and the Future of Entertainment*, 2004, 199–200. 非对立性指一人对公共财的消费并不会损及其他消费者对该公共财的享用。非排他性指排除他人享用公共财的成本非常高，以致无法加以排除。

③ US Department of Justice/Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, 2007, 4.

创新为目的，会因为新科技的出现而不断改变。更宏观地说，知识产权（法）是国家整体创新体制中的一环[还包括国家的高等教育、对基础研究的补助、商业化（募集资金与产品推广）的渠道，等等]。知识产权（法）体系的目的是借由人为设计的权利，提供诱因（incentives）以鼓励知识产权之创造、散布、使用与累积，解决其无体特性公共财造成的市场失灵。因此知识产权不是天赋、绝对的自然权利，而是政策与目的导向的权利^①，诚如 Dan Burk 及 Mark Lemley 主张：“专利不是对某人发明的道德赋权（moral entitlement），而是政府对市场的刻意干预（deliberate government intervention），是刺激创新的人为经济政策^②。”不可否认，欧陆国家（以德国及法国为代表）采浪漫主义（Romanticism）看待知识产权之创造，动辄将之人格化、绝对化，使权利人的私益凌驾于公共利益之上，在知识产权标的与权利泛滥之际，并不符合互联网时代知识产权应有的定性，故本书不采，而是服膺美国宪法第1条第8项第8句规定揭橥的“知识产权本身不是目的，而是达成更高目的的手段”理念：“为鼓励科学及实用艺术，国会得提供著作人及发明人就其著作及发明享有有限期间的排他权”。

知识产权是公共领域（public domain）的对立面^③，只是公共领域大海中的岛屿。所谓公共领域是人类文化文明的总体积累，任何（世界或国家）公民得以自由、免费使用，而不受到任何限制。公共领域愈丰富，个人自我实现与人类生活的满足就愈大。然而要使得公共领域不断丰富，需要精密的制度安排，而知识产权就是以促进公共领域与私部门之间交换并相互增益（mutually

① 智慧财产法院2009年民专上易字第18号判决说得好：“专利法第1条固规定其立法目的在于鼓励、保护、利用发明与创作，以促进产业发展，究其本质，在于由国家提供一定时间之独占保护，给予专利权人从事发明及创作之诱因，于专利权期间届满，专利权人即将其发明及创作贡献于社会公众，供相关领域之人得以利用该发明及创作，进行深度研发，使科技与产业持续进展，是以专利法之最终目的旨在促进产业发展，而以公共利益为保护目的，至于对于专利权人之一定时间内的保护，仅为促进产业发展之一手段。”本案法官为陈国成、曾启谋及蔡惠如。

② Dan Burk/Mark Lemley, *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It*, 2009, 8.

③ 公共领域一词很早就见于国际公约，例如伯尔尼公约第18条（本公约仅适用于生效前在来源国尚未因为保护期间届满而回归公共领域的著作）。关于公共领域的详细讨论可以见刘孔中，论建立信息时代“公共领域”之重要性及具体建议，台大法学论丛第35卷第6期，2006年11月，页1-36。刘静怡，从创用CC运动看数字时代的公共领域——财产权观点的初步考察，中研院法学季刊第8期，2011年3月，页113-184。

enriching) 为手段而以促进公共领域为目的的机制。其具体的交换有三阶段, 可称为三阶段交换理论:

第1阶段:

允许知识产权权利人暂时将部分公共领域私有化 (privatized), 成为权利人的专属权或排他权 (可以避免被过度使用), 作为其创造的诱因 (可以避免投资不足)。不过有些标的自始就不可私有化, 例如观念、自然法则、商品的种类名称, 人人都需要时时使用, 必须保持在公共领域内, 否则将阻断他人后续进行必要的私有化 (例如创造著作、发明专利及打造商标), 公共领域也将无法丰富。

不同知识产权必须考虑系争标的及权利人的特性, 所以构成要件、排他性与保护期间有别, 例如: 发明专利及新型专利在于保护技术功能, 而技术进步很快, 所以保护期间不宜太长, 但因此需要较强排他性; 商标在于保护商业上区别标示, 但考虑到企业的存续期间不长^①, 所以第一次的保护期间不需太长, 不过若企业需要, 允许一再展延, 永续经营企业的商标可以百年不坠; 著作的著作人通常在完成创作后还存活相当时间, 所以与其生命相当的保护期间较为适宜, 而在这么长的保护期间, 著作权的排他性应该最弱, 以免过度限制公共生活; 至于使用设计的产品一般生命周期更短, 所以设计专利保护期间最短, 但是应该可以展延至一定期间, 排他性不宜太强, 以免与产业的快步调现实脱节。此外, 同一标的物若同时符合不同知识产权之构成要件, 理论上是不可能获得多种权利, 但是在权利行使上应该只能获得一次满足, 而不是重复获得满足或救济, 以免保护过度, 反而对市场竞争造成限制效果, 形成另一种市场失灵^②。

① 绝大部分商标的平均寿命大概与公司的平均寿命相去不远, 2005 年中小企业白皮书指出, 1995-2004 年 10 年间, 台湾每年约有 82000 家中小企业倒闭, 占整体的 7%, 企业的平均经营年数不到 13 年。参照创业管理研究, 第 3 卷第 1 期, 2008 年 3 月, 页 93。2013 年中小企业白皮书 (第 49 页) 指出, 2012 年经营不到一年的中小企业占 7.34%, 平均经营期间超过 10 年的中小企业仅占 47.88%。

② 例如同一人同日申请一发明专利及一新型专利 (一案两请), 德国允许同时申请、先后核准、权利并存, 但仅能就权利择一行使。日本采取另外一种选项: 不允许同时申请及先后核准专利, 但允许改变申请。而中国大陆采接续说, 允许同时申请及先后核准专利, 但权利不得并存。台湾地区“专利法”原采日本法例不允许同时申请, 但 2011 年研修法时, 允许同时申请、先后核准专利, 但不得权利并存, 权利人必须择一 (“专利法”第 31、32 条)。

第2阶段：

为避免重复研发的浪费、启发来者、减少消费者的搜寻成本，权利人必须公开揭露其工作的成果、自行或授权他人充分使用，满足市场需求、积极建立社会信赖与幸福感（例如LV的皮包、Apple的iPhone、星巴克咖啡是其爱用者幸福的源头之一）所由产生的质量与商誉，丰富公共领域。权利人若不使用或不充分使用其权利，社会不仅无法因为知识产权的存在而获益，后续的创造与市场竞争更会被阻碍，所以应该以法定或强制许可（statutory/compulsory licensing）使权利人容忍他人转换性使用其权利标的物（derivative use, transformative use）^①，甚至废止（forfeiture）该权利（详细讨论见本书第叁章）。

其次，权利人必须容忍他人对其标的物无偿的合理使用（fair use, fair dealing），例如为个人非商业目的利用其著作物、专利发明，或利用其商标标示自己提供的维修服务，以便他人充分享用其物权，创造、竞争或进行必要的社会生活。换言之，使用者得不经权利人同意使用其权利之标的物，也不需付费（至少不是直接付费）。合理使用不仅可以抗辩权利人的侵权主张，甚至是使用人的一种权利，权利人不得恣意剥夺。

此项原则相较于各国不断限制传统上最绝对、排他力最强的不动产权（租金管制、都市规划及更新管制、消防安全管制、征收等）的发展趋势其实是一致的^②。

第3阶段：

私有化的知识产权标的因保护期间届满就必须回归公共领域（百年老字号保有商标是少数例外），因为唯有如此，公共领域才不会空洞化，反而会不断丰富。有了更丰富的公共领域，私人就有更多可以享用的文化积累及创作的材料，这就是所谓公共领域与私部门之间持续的相互增益。因此，知识产权与物权等财产权最大的差异就是为维护公共利益而限制保护的期

^① Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994)。

^② Peter Baldwin, *The Copyright Wars—Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*, 2014, 6.

间^①。就此而言,美国1920年商标法下之商标权以及法国、中国大陆及台湾地区著作权法之著作人格权永远不消灭,均属于错误之立法。

一旦享有某特定知识产权之保护(例如专利),在保护期届满后,就应该回归公共领域,任何人均得自由引用,权利期已经届满之人就不能再重新援引其他的智慧财产法律(例如“植物品种及种苗法”、“商标法”或“著作权法”)保护同一标的,而使之不回归或延缓其回归公共领域的时间。例如美国最高法院在2001年 *Traffix Devices, Inc., Petitioner v. Marketing Displays, Inc.* 一案中,阐明不得再以营业外观保护曾经享有过新型专利而且具有功能性的设计^②。欧洲法院在2010年乐高(*Lego*)一案中,也表示不得再以注册商标方式保护曾享有专利权、具有功能性的立体砖块组合游戏^③。

此外,虽然各国的趋势是在利益团体游说下不断延长保护期间,惟延长知识产权法保护期间时,无论如何不应溯及既往,因为对于已经存在之知识产权在事后再多给予保护期间,并不能提供其权利人任何促进创新的诱因,纯属意外利得,只会引发为获得或维持垄断地位从而得到垄断租的各种非生产性寻利或竞租活动(*rent seeking*)。基此观点,美国学者广泛批评美国1998年延长著作权保护期间法(*Sonny Bono Copyright Term Extension Act*)一体适用于既存、保护期间尚未届满之著作^④。

① 知识产权人最常抱怨的就是为何其权利不能如同不动产权永久存续。简易的答案是知识产权与不动产权权利性质不同,不能相提并论。其次在对不动产每年课征交易价格1%财产税的加州,等于100年后就已经将该不动产权收为公有,见Baldwin, *The Copyright Wars—Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*, 4。

② 详细讨论见刘孔中,比较商标法,新学林出版股份有限公司,2014年,页314-315。

③ ECJ, C-48/09 P, 详细讨论见刘孔中,比较商标法,新学林出版股份有限公司,2014年,页315-318。

④ 美国联邦最高法院在2003年 *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S.186 一案以7票比2票的多数决肯定国会此项立法的合宪性,因为一方面之前立法均有回溯适用之例,另一方面只要不是永久保护,国会制定的保护期间都符合美国宪法第1条第8款第8句规定:“国会得提供著作人及发明人就其著作及发明享有‘有限期间’的排他权”。

（二）内容

依据前述三阶段交换理论的定义以及促进公共领域与私部门之间交换并相互增益的最终目的，本书以为知识产权的内容只包括专利权、商标权〔包括知名权（publicity right）〕、著作权（包括邻接权）、设计专利权、植物新品种权、集成电路电路布局图权。至于营业秘密^①或新药未公开测试资料之保护，因为并不公开，无法增益相关的公共领域，所以不符合知识产权之定义，不适合以知识产权保护，但是若迁就现实而加以保护，以称为工业权（industrial rights）为宜。而对于地理标示、传统知识、特定族群的基因信息、生物多样性的保护，本质上属于集体的权利^②，对使用该等集体权利之行为要求支付合理报酬的原因，不在于提供个人创新（而是维持不变）的诱因，而是基于跨国或跨族群间公平正义、保障弱势群体或维护多元文化的考虑，所以也不应该是本书所谓的知识产权，但是可以称为集体衡平权（collective equity right）。

（三）特色

1. 包含许多利害关系人的生态系统

知识产权是包含诸多利害关系人及利益的生态系统：权利人（游说团体、创作人、发明人、表演人、出资人、事业经营者、被授权人、权利集体管理

① 固然营业秘密被列入 TRIPS 协议第 39 条〔称为“未揭露的信息”（undisclosed information）〕，而且美国学者 Mark Lemley 认为营业秘密法有助于在有特定关系人间信息的揭露〔见氏著 *The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights*, in Rochelle Dreyfuss/Katherine Strandburg (ed.), *The Law and Theory of Trade Secrecy—A Handbook of Contemporary Research*, 2011, 123–128〕，但是其揭露的规模非常有限，并不足以达到正当化其属于知识产权主张的程度。

② “原住民族传统智慧创作保护条例”第 4 条：“智慧创作应经主管机关认定并登记，始受本条例之保护。前项智慧创作之认定标准，由主管机关定之。”第 6 条：“智慧创作申请人应具备申请书、说明书、必要图样、照片等相关文件或提供视听创作物，向主管机关申请登记。前项申请人以原住民族或部落为限，并应选任代表人为之；其代表人之选任办法，由主管机关定之。”第 7 条：“经认定为智慧创作者，依下列规定取得智慧创作专用权：一、智慧创作经认定属于申请人者，应准予登记，并自登记之日起，由申请人取得智慧创作专用权。……”