

孔祥俊 著



知识产权法律 适用的基本问题

Fundamental Issues on Application of the Intellectual Property Law

—— 司法哲学、司法政策与裁判方法

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

孔祥俊 著



知识产权法律 适用的基本问题

—— 司法哲学、司法政策与裁判方法



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法律适用的基本问题——司法哲学、司法政策与裁判方法/孔祥俊著. —北京:中国法制出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4207 - 7

I. ①知… II. ①孔… 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 (2012) 第 312596 号

策划编辑: 李小草 (Lixiaocao2008@sina.cn)

封面设计: 蒋 怡

知识产权法律适用的基本问题——司法哲学、司法政策与裁判方法

ZHISHI CHANQUAN FALU SHIYONG DE JIBEN WENTI

—SIFA ZHEXUE、SIFA ZHENGCE YU CAIPAN FANGFA

著者/孔祥俊

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 1000 毫米 16

版次/2013 年 3 月第 1 版

印张/44.25 字数/836 千

2013 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4207 - 7

定价: 168.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66072711

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

美丽的风景似乎总在远方。于是，许多人选择在这个季节，信步去看一场花事，渡船去赏一湖春水。一路风尘，赴时光之约。有人将闲云装进行囊，有人将故事背负肩上。他们都在寻找那个属于心灵的原乡，可匆忙之间，又忘了来路，不知归程。

仿佛走了很久，远方的风景明明触手可及，却迟迟难以止步。只是再也不轻易留下约定，因为任何的等待都比光阴更催人老。那些汲汲奔走、来去如风的人珍重便好。世间风景万千，我只愿每个人都可以漫不经心地走下去。某一天，谁先转弯了，或是谁不知所踪，均可无碍。

后来，我终于明白，原来我以为回到了故里，其实一直都在行走。人生的终点不是在山水踏尽时，亦不是在生命结束后，而是于放下包袱的那一刻。当你真的放下，纵算一生云水漂泊，亦可淡若清风自在安宁。倘若心中藏一弯明月，又何惧世间迷离。烟火红尘，同样可以静赏落花、闲看白云。

——摘自白落梅：《寻找心灵的原乡》
[《岁月静好：现世安稳》序言]

前 言

司法哲学和司法政策研究和回答的是司法的基本问题和基本现象,司法哲学尤其如此。诚如巴拉克所说:“对我们来说,我们的司法政策和司法哲学具有根本性,因为它们会在最艰难的时刻为我们提供指引。每一位法官都会有艰难的时刻。它们会塑造我们并且给予我们自信。它们让我们知晓,我们身为法官的力量在于理解我们的局限。它们教导我们,除了回答我们面临的法律难题,我们还存在应当采取哪条路线的问题。它们使我们理解,我们像所有的人类那样都会犯错,而我们必须有勇气承认我们的错误。它们将我们引向正确的司法哲学,因为好的司法哲学最实用。”^①司法哲学是一种多少有些系统化的司法看法、意识或者思维。^②司法哲学往往决定着法官的基本司法态度,决定着个案裁判的方向,因而司法哲学在司法中尤其具有基础性。笔者当然是深明司法哲学和司法政策重要性的。笔者在司法实践中从来都是力倡司法哲学和司法政策重要性的,并身体力行地参与和引导知识产权司法政策的总结、提炼和实施,知识产权司法政策迄今已初具规模,在有些方面堪称蔚为大观,这本身显然不是因为外国人已经怎么说或者怎么做了,而是深感于司法实践强烈而迫切的需求。笔者之所以经常援引外国同行的类似见解,更多的是表明我们在所涉主题上具有的共识,

^① [以]巴拉克(以色列最高法院前院长):《民主国家的法官》,毕洪海译,法律出版社2011年版,第7页。诺斯罗普教授指出:“的确,有许多法官、律师,甚至法学教授告诉我们,他们没有任何法律哲学。可是我们将会发现,在法律中,如同在其他事情里面一样,一个‘没有哲学’和一个有哲学的人,惟一不同的地方是后者知道什么是他的哲学,因此在陈述他所经历的事实以及他对这些事实所作判断时,能使其中隐含的前提更为明确有力。”转引自[英]丹尼斯·罗伊德:《法律的理念》,新星出版社2005年版,第170页。

^② “系统的偏好就是该法官的渴望,遵循自己的总体司法进路、他的气质或说得更好听一些则是他的司法哲学(原旨主义、自由派能动主义、州权利、自然法、从严解释、司法自律、基本权利以及其他,看起来无穷无尽)——如果他有的话。不是所有法官都有,但有些法官不希望别人说他随心所欲或是‘结果导向’,他们会为自己受某种司法哲学指导、克服了自己对个案公平的反应而自豪(在‘难办的案件带出坏法律’这种老话中,‘难办的’并不是指困难,而是指心灵的挣扎)”。见[美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第85页。

也说明所涉做法的通行性。当然,也不排除受到他人观点的启发和教益。^①

在司法实践中,基本问题是根本性和终极性的,具体问题的不清晰往往最终要回到“原点”,追问到基本问题之上,在基本问题上刨根问底,寻求支持和答案。亦如卡多佐所说:“法律的产生、法律的成长、法律的功能和法律的目的,这些术语看起来普遍抽象,高高在上,漠视现实,无法引起法律探索者的兴趣。但相信我,事实并非如此。正是这些普遍性和抽象性,指导法律思维,左右法官意志,在平衡产生动摇时决定疑难案件的结果。大体说来,每个判决提出的问题其实都涉及一种有关法律起源和目的的哲学,这一哲学尽管非常隐蔽,实际却是最终的裁决者。它会接受一套主张,修正另一套主张,否决其他主张,甚至被作为终审法庭留意待用。它通常会显得支离破碎,未经系统整理。这一哲学帝国的臣民有时甚至意识不到它的存在。无论律师还是法官,在采纳这种主张或者放弃这种主张时,并不总能意识到正是哲学促使他面对某一主张时究竟前进还是后退。然而,驱赶它们的大棒就在那里。”^②我们可以拿出不胜枚举的案例印证这种见解。

司法哲学是司法的“形而上者”,即司法之“道”。它可以入乎所适用的法律之内而出乎其之外。如果基本问题搞不清楚,我们的裁判就可能头痛医头脚痛医脚,可能是只见树木不见森林,可能是朝秦暮楚变幻无常,可能是如山间竹笋墙上芦苇,可能是目光如豆见识短浅。在知识产权司法中,我经常思考这一问题,经常通过思考基本问题而有效地解决技术性技巧性问题,技术性或者技巧性的东西都属于“器”的范畴。我们的不少法官往往谙熟于司法之“器”,却短缺于司法之“道”。缺乏“道”的指引,就可能在司法中机械僵化,就可能在遭遇疑难复杂问题时感到法律的捉襟见肘和无所适从。如果能够把握好“道”即司法哲学和司法政策,就可以确保我们的决策和行动以一贯之和底气十足,实现可持续发展;就可以使我们充满自信和保持内心强大,可以处乱

^① 富勒说过如下类似的话:“虽然我同意:一部法理学著作不应该只是‘一部人们可以从了解其他著作所包含的内容的书’(哈特,《法律的概念》(1961年),viii),我们还是不得不面对这样一个事实:人们从别的书里学到(这种学习有时以间接的、不去阅读原文的方式进行)的东西充当着一面棱镜,任何新的分析都得透过它而得到审视。将自己的观点同涉及同一主题的根深蒂固的语汇和思想中所包含的观点作一对照是理论阐述中理应包含的成分。”[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第112页。笔者在本书中经常引经据典,颇有些效仿“六经注我”的味道。之所以乐此不疲和不厌其烦,是因为这些经典作家和前辈先贤的思想火花和飞扬文采,很契合我当时所表达的观点,也颇能引起我的共鸣和恰如其分地表达我的心声。我也经常为他们精彩的词章喝彩。你知道,与他们产生思想共鸣时,那是一种酣畅淋漓和心旷神怡的感觉。当然,借用卡多佐大法官的话来说,“我的引经据典或许太多了。请原谅,与我一己之见相比,它们在写作中更有力地帮助我努力地揭示真理。”[美]本杰明·N·卡多佐:《法律的成长 法律科学的悖论》,董炯等译,中国法制出版社2002年版,第159页。

^② [美]本杰明·N·卡多佐:《法律的成长 法律科学的悖论》,董炯等译,中国法制出版社2002年版,第17页。

不惊和见怪不怪,可以举重若轻和从容淡定,可以理论清醒实践坚定。搞好司法哲学和司法政策,可以使我们的司法工作如虎添翼和受益无穷。它首先可以为我们的工作指明方向,或者说可以帮助我们厘清工作的方向。它可以为我们的司法决策提供支持,并坚定我们保持思路和政策连续性和稳定性的信心和信念,在需要变化时又为我们提供变化的动力。它可以帮助我们在难以决断的裁判选项之间进行取舍,可以帮助我们从一方面看到另一方面,全面地分析和解决问题,促使我们完善思维。有了真切的司法体验,使司法哲学在司法实践中落地生根,就能够体味到司法哲学和司法政策的重要性。

本书研究的是知识产权司法哲学和司法政策,针对的是知识产权司法的基本问题,研究的是基本态度、基本思路和基本方法,主要采用的是矛盾的和辩证的方法。当然,本书也涉及一些裁判方法的研究。亚当·斯密在其《道德情操论》中曾说,一流写作的原则必定“是灵活、模糊和不确定的,与其说它们为我们提供了达致完美境界的确定无误的指引,还不如说它们只是一般性地描述了我们应当追求的这种完美境界”。本书当然远不是一流写作,但既然是以“道”为主要研究对象,那么更多的是一般性描述知识产权司法追求的境界,而不是从操作性意义上为裁判个案提供确定无误的指引。

需特别指出的是,笔者学植不深,虽有良好愿望和浓厚兴趣,但所论未必深透,也会贻笑大方。笔者工作繁忙和案牍劳形,且在繁忙之余也不能不留出适当的闲暇时间,不可能有大块时间博观约取和苦思冥想,也很难有时间字斟句酌和精雕细琢,更多的是把平时的一些阅读心得、个人感想和思考记下而已,因而本书从内容到文字也不可能很精致。好在笔者从事著述时从无藏山传世之奢望,只是为了一抒胸臆和一发感想,故权作引玉之砖,仅此而已。

目 录

Contents

绪论：仰望星空与脚踏实地	1
第一章 司法保护知识产权的主导作用	12
第一节 司法保护主导作用的现实性与目标性	12
一、司法保护主导作用的现实性	12
二、司法保护主导作用的目标性	13
第二节 人民法院司法保护的主导作用	14
一、近年来的重要阐释	14
二、发挥主导作用的特性	16
第三节 司法保护主导作用的要求	19
一、站在新的历史起点上	19
二、司法保护主导作用的几项具体要求	20
第二章 当前知识产权司法保护政策	23
第一节 加强保护、分门别类与宽严适度	23
一、司法的政策功能与司法政策	23
二、宏观司法政策及其依据	25
三、三者之间的辩证关系	31
第二节 宏观司法政策的基本理解	33
一、加强保护是基本定位	33
二、分门别类和区别对待是基本方法	38
三、宽严适度是基本策略	45

第三节 涉文化领域的知识产权司法政策	46
一、强化利益平衡观念	47
二、强度与高度的协调统一	48
三、权利保护、产业发展和信息传播	53
四、加强非物质文化遗产保护	55
第四节 科技领域的知识产权司法政策	56
一、适当加大专利权的保护力度	56
二、合理界定专利权的保护范围和强度	60
三、等同侵权的适当限制适用	63
四、确保有创造性的发明取得专利权	68
五、妥善处理专利与标准的关系	77
第五节 商业标识保护领域的司法政策	78
一、商标司法保护的十六字政策	78
二、最大限度地划清商业标识之间的边界	79
三、商业标识权利冲突的司法政策	82
第六节 驰名商标保护的司法政策	84
一、指导思想与政策取向	84
二、驰名商标保护的法律定位	89
三、加大驰名商标保护力度	93
四、继续加强驰名商标司法保护的规范化	96
第七节 反不正当竞争司法政策	98
一、一种有限的补充性保护	98
二、反不正当竞争法的两条主线	99
三、优先、补充与竞合的三重关系	102
四、原则规定与特别规定的关系	115
五、马达庆案阐述的反不正当竞争基本司法政策	116
第八节 知识产权司法政策的理论与实证分析	123
一、客体法定程度的差异	124
二、有期限限制与无期限限制	131
三、权利范围的严格限定性与边界延伸性	132
四、重合保护上的不同态度	142

五、公共政策与权利保护	149
第三章 疑难案件的审判思路	151
引言:棘手案件与优秀法官	151
第一节 审判思路的意义	152
一、从一起案件看审判思路的重要性	153
二、审判思路是总体性的裁判方向	156
第二节 审判思路的分类	157
一、审判思路分类概述	157
二、法律思路与政策思路	160
三、内在的思路与外在的思路	172
四、正向思路与反向思路	174
五、明断是非的思路与折衷妥协的思路	178
六、直觉的思路与分析的思路	185
第三节 选定审判思路的依据	186
一、引言	186
二、价值取向和裁判导向	187
三、公共利益或者公共秩序	188
四、公平正义	189
五、裁判的效果	201
六、是否更符合实际	206
七、是否更具有可操作性	216
八、司法的职权范围和能力	222
九、是否更为机智或者智慧	226
十、综合考量各种因素	237
第四节 确定审判思路需要注意的几个问题	244
一、尽力维护法治的价值	244
二、不同方案之间的优劣对比	245
三、善于寻求原则和理论的支撑	245

第四章 以创新的思路保护创新	246
第一节 增强司法保护的能动性	246
一、司法政策的系统性、整体性和协同性	247
二、权利保护与权利状况的协调	247
三、知识产权争议的实质性解决	254
第二节 加大司法保护力度	255
一、用好制度弹性	255
二、加大赔偿力度	257
三、充分发挥禁令的作用	259
四、重视诉前临时措施的适用	259
第三节 科学保护和理性保护	260
一、规范与发展	260
二、现状与趋势	262
三、保护创新成果与维护创新机制	265
四、地域性与全球化	266
第五章 知识产权司法保护的理论创新	270
第一节 以创新的审判理论推动审判实践的科学发展	270
一、知识产权司法理念和司法政策层面的理论创新	272
二、实现知识产权法律适用标准层面的理论创新	274
三、知识产权裁判方法层面的理论创新	276
第二节 审判实践中法律适用矛盾的辩证解决	277
一、无所不在的矛盾与纠结不已的裁判	277
二、以辩证的方法解决矛盾	279
第三节 以鲜活的审判实践验证和丰富审判理论	281
一、有思考地接受理论	281
二、创造和丰富理论	282
三、理论与理由	284
第四节 审判理论与审判实践的交互作用	284
一、理论上的清醒与实践上的坚定	284
二、认清理论与实践的差异	285

三、审判实践未必固守哪一种理论	286
四、理论、理性与对裁判权力的敬畏	287
第六章 私权保护与公法调整	289
第一节 强化私权保护观念	289
一、当前的认识问题	289
二、公法和私法与公权和私权	291
三、知识产权案件中对于私权属性的考量	295
第二节 私权保护与刑法保护的关系	299
一、刑事政策与知识产权保护的公共政策性	300
二、刑事政策与国际交往的需要	301
三、刑事政策与各方利益平衡	301
四、民事、刑事保护之间的职能分工	301
第三节 权利保护与禁止性规定	302
一、诸法合体之下的公法与私法保护关系	302
二、私权保护与公法保护关系的诸种情形	303
第七章 知识产权的功利性、政策性与道德性	310
第一节 依法平等保护与克服道德劣势心理	310
一、从一篇河村隆之否认“南京大屠杀”的评论说起	310
二、依法平等保护	311
三、克服“道德劣势心理”	312
四、西方历程的启示	316
五、要有历史与现实相结合的眼光	320
第二节 道德性、功利性与政策性的关系	327
一、知识产权的本质与正当性	327
二、知识产权的功利性与政策性	330
第三节 合道德性与主观恶意的要件及裁量意义	333
一、合道德性与主观恶意的一般意义	333
二、合道德性、主观恶意在商标法上的意义	341
三、商业伦理标准与一般道德标准	353

第八章 私人产权与公共领域的关系	355
第一节 如何认识两者的关系	355
一、公共利益与私人利益交织的网	356
二、此消彼长的关系	357
第二节 司法在处理两者关系中的作用	358
一、两者关系的两种布局	358
二、司法在处理两者关系中的作为	358
三、用好相关的制度设计	363
第三节 权利保护与模仿自由的关系	371
一、模仿自由必不可少	371
二、司法要妥善划定模仿自由的界限	374
第九章 技术中立及侵权行为认定的关系	385
第一节 技术中立在知识产权侵权认定中的运用	385
一、技术与著作权制度的关系	385
二、索尼案与技术中立规则	386
三、假技术中立之名的侵权行为	394
四、我国技术中立规则的司法适用	398
第二节 技术标准与法律标准的关系	403
一、服务器标准与用户感知标准之争	403
二、我国司法实践中采纳的判断标准	406
三、两种标准的评价	411
第三节 内容提供行为与服务提供行为的划分	413
一、流行的划分及其由来	414
二、作品提供行为与网络服务提供行为	417
三、划分两类行为的法律和法理依据	420
四、划分标准:法律标准与技术标准之辨	425
五、两种行为划分的制度建构意义	428
第十章 知识产权司法中的公平正义	431
第一节 公平正义的司法适用	431

一、司法与公平正义的天然联系	431
二、公平正义的直觉价值	432
三、公平正义与个案衡平	437
第二节 慎用公平正义	442
一、避免“时髦词语”陷阱	442
二、审慎地对待公平正义	444
三、适当的法律解释与公平正义的实现	446
第十一章 知识产权司法的依法性与能动性	448
第一节 依法办案的信条与迷思	448
一、依法办案与依法条办案	448
二、法条供给的有限性	452
三、司法是立法的继续	458
第二节 依法办案的丰富内涵	459
一、依法办案内涵的丰富性	459
二、司法中的原则、制度与方法	462
三、司法的受约束性	465
第三节 识别司法与立法的界限	466
一、对号入座之不易	468
二、创造性司法及其限度	471
三、立法与司法的局限性	481
四、司法的有为与不为	490
五、关于可操作性问题	493
第四节 立法政策与司法政策	495
一、两种政策的区分	495
二、以商标法的适用为例	496
第十二章 知识产权司法中的规则、裁量与平衡	500
第一节 司法裁量、利益平衡与司法职责	500
一、判断权与司法裁量	500
二、裁量性规则与裁量权	505

三、上级法院尤其重视裁量	506
四、司法裁量的妥协性	509
第二节 自由裁量的利益衡量方法	509
一、两利相权取其重	510
二、以妥协的方式解决冲突	514
三、以尝试的方式探索取舍方法	516
第三节 司法裁量的拘束性和冲突性	516
一、裁量必须有正当依据	516
二、裁量与价值取向和司法导向	525
三、知识产权保护中的特殊利益平衡机制	530
四、透过现象看本质和防止机械司法	534
第四节 网络著作权保护中的利益平衡新机制	537
一、网络著作权保护中利益平衡的新转向	537
二、网络著作权保护中利益平衡的新格局	543
三、利益平衡中理念与规则的关系	552
第十三章 知识产权司法中历史与现实的关系	560
第一节 法律解释中的历史与现实	560
一、历史考量的重要性	560
二、辩证地处理历史与现实的关系	563
第二节 案件裁判中的历史与现实	564
一、裁判中的历史方法	564
二、“历史、现状、公平”的裁判模式	565
三、面对不完美的世界	581
四、不割断历史和不“秋后算账”	583
第十四章 知识产权司法的主观性与客观性	584
第一节 客观性与主观性的矛盾	584
一、主观性与客观性的两难	584
二、裁判与法官个人喜好	587
三、尽力追求客观性	589

第二节 主观标准的客观化	591
一、以客观化的方式决定主观标准	591
二、商业成功与主观标准客观化	597
三、避免放大主观标准的作用	599
第十五章 知识产权司法的差异性与统一性	600
第一节 差异性与统一性的矛盾	600
一、司法的差异性与统一性的对立统一	600
二、司法的稳定性与统一性	601
三、司法需要试验、尝试和探索	603
四、试验或者尝试的具体情形	605
五、试错与“纠错”	607
六、尝试性、自我完善与统一性	609
第二节 司法的适应性与调适适用	611
一、法律适用的调适性	611
二、调适适用实例:驰名商标保护政策	614
三、裁判标准的溯及性	618
四、法律标准的绝对性与相对性	620
第三节 原则与例外的关系	621
一、原则与例外的相辅相成	621
二、例外须作从严把握	623
第十六章 知识产权的形式司法与实质司法	628
第一节 两种不同的司法观	628
一、形式法治与实质法治	628
二、形式司法与实质司法的界定	629
三、形式司法与实质司法的区分	631
四、形式司法与实质司法的价值和局限	634
五、形式司法与实质司法的存在空间	635
第二节 我国司法的形式与实质态样	637
一、形式性与实质性的兼备	637

二、我国形式司法的体现	639
三、我国实质司法的体现	642
第三节 知识产权权利冲突的实质性司法	645
一、抓住问题的实质	645
二、透过形式看实质	646
三、商业标识权利冲突的实质性解决	650
四、专利权利冲突的实质性解决	656
第十七章 余论:裁判的境界	658
第一节 适用法律的基本态度	659
一、技术性思维与价值和政策导向	659
二、理想化和完美化的追求	660
三、顺从而不盲从时代	661
第二节 裁判要追求的境界	663
一、法律适用难题的解决	663
二、裁判的境界	665
第三节 解决问题的思路与方法	666
一、矛盾或者辩证的方法	666
二、抓住抓好基本问题的研究	666
三、入乎其内与出乎其外	668
附论:司法如何善待民意	670
——从司法的属性看审判与民意的关系	
一、司法的人民性、民主性与尊重民意	671
二、司法的开放性与吸纳民意	673
三、司法的沟通性与融合民意	677
四、司法的能动性 with 考量民意	679
五、司法的检验性与验诸民意	681
六、司法的公平正义目标与契合民意	683
七、理性地对待民意	685
后记	688