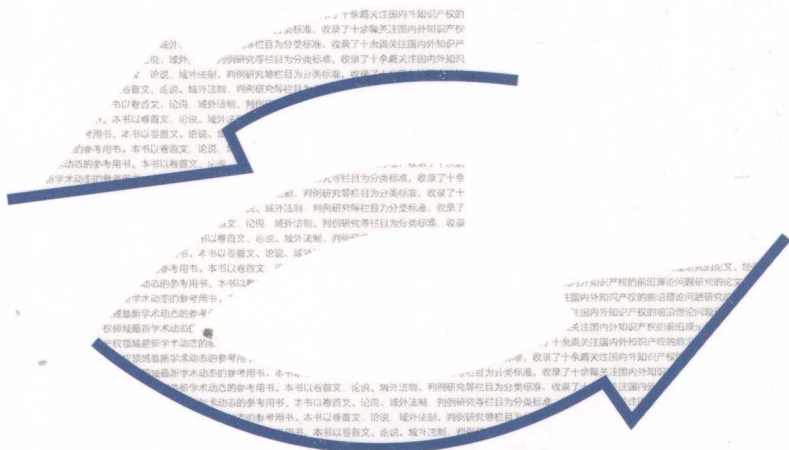


本卷出版得到最高人民法院

深圳大学知识产权司法保护理论研究中心资助



ZHISHICHANQUANFA
ZHENGCEXUE LUNCONG

知识产权法政策学论丛

(2012年卷)

李 扬◎主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

本卷出版得到最高人民法院

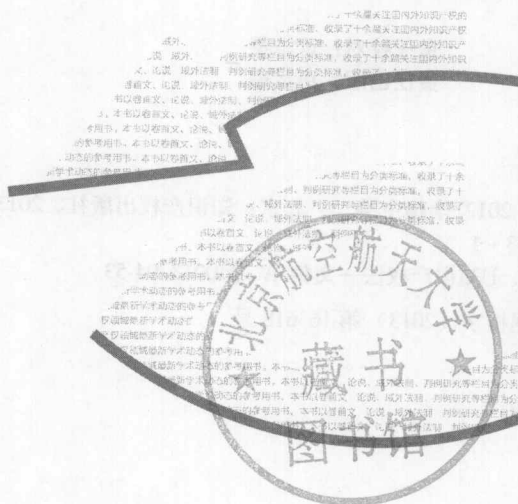
深圳大学知识产权司法保护理论研究中心资助

013060142

D923.4-53

04

2012



D923.4-53

04 2012

ZHISHICHANQUANFA
ZHENGCEXUE LUNCONG

知识产权法政策学论丛

(2012年卷)

李 扬◎主编



北航

C1667457



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

CS1030810

知识产权法政策学论丛 (2012 年卷)

知识产权法政策学论丛 (2012 年卷)

内容提要

本书以卷首文、北海道大学中国留学生特辑、知识产权国际视野、知识产权实务为栏目,集中收录了九篇研究中国及日本知识产权保护与发展的前沿理论问题的论文、经典案例分析,是比较研究不同国家知识产权学术动态的参考用书。

读者对象: 知识产权法律研究者、高校相关专业的学生。

责任编辑: 卢海鹰

责任校对: 董志英

装帧设计: 卢海鹰

责任出版: 卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法政策学论丛. 2012/李扬主编. —北京:知识产权出版社, 2013. 7

ISBN 978-7-5130-2153-1

I. ①知… II. ①李… III. ①知识产权法—文集 IV. ①D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 163618 号

知识产权法政策学论丛 (2012 年卷)

李 扬 主编

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8122

印 刷: 北京富生印刷厂

开 本: 720mm × 960mm 1/16

版 次: 2013 年 7 月第 1 版

字 数: 251 千字

ISBN 978-7-5130-2153-1

邮 编: 100088

邮 箱: hjb@cnipr.com

传 真: 010-82000507/82000893

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 13.5

印 次: 2013 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 42.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

学术委员会

(排名不分先后)

刘春田 (中国知识产权法学研究会会长, 中国人民大学知识产权学院院长, 教授, 博士研究生导师)

吴汉东 (中国知识产权法学研究会名誉会长, 中南财经政法大学校长, 教授, 博士研究生导师)

郑胜利 (中国知识产权法学研究会副会长, 中关村知识产权战略研究院名誉院长, 北京大学知识产权学院教授, 博士研究生导师)

田村善之 (北海道大学大学院法学研究科教授, 日本文部科学省北海道大学 GCOE 中心主任)

王 兵 (中国知识产权法学研究会副会长, 清华大学法学院教授, 博士研究生导师)

张玉敏 (中国知识产权法学研究会副会长, 西南政法大学教授, 博士研究生导师)

曲三强 (中国知识产权法学研究会副会长, 北京理工大学法学院院长, 教授, 博士生导师)

编 委 会

主 编：李 扬（深圳大学知识产权学院、法学院教授，北京大学国际知识产权研究中心研究员，博士研究生导师，法学博士）

编辑委员会（排名不分先后）

张志成（国家知识产权局保护协调司副司长，法学博士）

朱 理（最高人民法院知识产权庭审判员，法学博士）

杜 颖（华中科技大学法学院教授，博士研究生导师，法学博士）

王太平（湘潭大学法学院教授，博士研究生导师，法学博士）

汤茂仁（江苏省高级人民法院知识产权庭副庭长，法学博士）

目 录

一、卷首文

知识产权人停止侵害请求权的限制	李 扬 许 清 (1)
-----------------------	-------------

二、北海道大学中国留学生特辑

职务发明之权利归属与利益分配	陈信至 (27)
侵害保护作品完整权的判断标准	许 清 (59)
室外公共场所艺术作品合理使用规定解释论上的展开	张 鹏 (71)
日本著作权法上的自动公众送信	孙友容 (89)
日本互联网服务提供商侵权责任的认定及限制	顾 昕 (109)
伯尔尼公约对未承认国家作品的保护义务	丁文杰 (136)

三、知识产权国际视野

美国知识产权政策变迁、新动向及应对	张志成 刘 锋 (159)
-------------------------	---------------

四、知识产权实务

电影作品署名权问题探究	孙海龙 姚建军 (200)
-------------------	---------------

一、卷首文

知识产权人停止侵害请求权的限制

李 扬 许 清^{〔1〕}

内容摘要

知识产权是通过法律对他人行为进行人为制约的一种特权，其权利边界的模糊性导致完全适用财产规则并非有效率，加上知识产权法又是竞争法体系中的一环，当因知识产权排他权的过度行使导致有损竞争的无效率性情形发生时，则有必要对知识产权的排他性进行限制。但现有限制知识产权排他性的方法无法应对侵权行为发生后的情形，因此事后通过限制知识产权人的停止侵害请求权就成为必要。我国限制停止侵害请求权可采取以下思路，即由司法机关分别对个人利益之间的平衡以及个人利益与公共利益之间的平衡进行综合考量，并根据不同产业领域对排他性救济方式的不同诉求，灵活把握对知识产权人停止侵害请求权限制标准的严格程度。具体而言，在对是否限制知识产权人的停止侵害请求权进行考量时，应考虑当事人之间的关系、市场的因素、原被告的具体情况、公共利益等。在知识产权侵权诉讼中，当法院否定停止侵害请

〔1〕 李扬：法学博士，深圳大学法学院教授，博士生导师。许清：日本北海道大学法学研究科博士研究生，国家留学基金委公派出国留学人员，本文得到国家留学基金资助。

求权的情况下，必要时需要以替代性补偿金对权利人进行补偿，法院可依据自由裁量判令几倍于正常许可费的补偿金。

关键词

知识产权 权利限制 停止侵害请求权 排他性

引言

面对侵害知识产权的行为，权利人通常都会主张停止侵害请求权。^①但知识产权本身具有非物质性，其无法像有体物那样将权利的行使限制在以实体物为中心的有限范围，由于没有这样一个实际存在的规制焦点，知识产权的权利设定在理论上并无限制，权利范围有可能被无限扩大。^②在这种情况下，若对侵害知识产权的行为不加限制地允许停止侵害请求权的行使，将会过度妨碍公众对知识财产的利用自由。特别是随着技术的发展带来的知识产权权利领域的细化以及市场自发酝酿产生的科研技术分工等新情况的出现，有时要求侵权人停止侵害行为反而会违背知识产权法的趣旨。于是，有关对知识产权人行使停止侵害请求权进行限制的话题，时常被提及。

而在理论研究中，我国不少学者都是将知识产权视为准物权，进而类比物权，将知识产权侵权中的停止侵害请求权作为知识产权的权能来看待，这进一步鼓励了停止侵害请求权的过度行使。在我国的司法实践中，虽然有个案不支持停止侵害请求权的行使，但标准并不明确。于是，在知识产权侵权诉讼中，受上述观点的影响以及理论上的限制，法院在判定侵权行为成立后，往往就不加区别地直接判决侵权人停止侵害，这种做法在一些新情形下容易导致非效率性的判决结果。目前，理论和实践中存在的这种观点和处理方式，在面对日新月异的技术发展所带来的法律诉求时，缺乏灵活性和适应性。

① 关于“停止侵害请求权”的用语，我国立法上并没有规定。我国立法上采取的是民事责任的立法模式，只规定了停止侵害的民事责任，并未直接规定停止侵害请求权。但从请求权与民事责任的关系来看，民事责任的承担是以请求权为基础的。而且在学术研究中“停止侵害请求权”也经常作为学术概念被学者们使用。因此，本文中也采纳了“停止侵害请求权”的用语。“停止侵害请求权”指的是作为基础性权利的知识产权受到侵害时所产生的一种救济权，在此予以说明。

② 因此，对于知识产权的权利类型、权利内容、授权要件等重要问题应该通过成文法予以规定，而不得随意创设，这种主张又被称为“知识产权法定主义”。参见：李扬. 知识产权法定主义及其适用——兼与梁慧星、易继明教授商榷 [J]. 法学研究, 2006 (2). 郑胜利. 论知识产权法定主义 [J]. 中国发展, 2006 (3).

本文旨在通过对知识产权以及知识产权人停止侵害请求权（以下简称为“停止侵害请求权”）的特殊性进行分析，探讨限制权利人行使停止侵害请求权的合理性、必要性及可能性，进而对中国、美国、日本的有关停止侵害请求权的学说和判例以及制度背景进行比较研究，指出我国对于限制停止侵害请求权应采取的态度，并尝试提出效率性地运用限制停止侵害请求权的方法。

一、现状与问题

（一）我国知识产权侵权中停止侵害请求权的现状

我国有关请求权的理论源自德国，德国学者温德沙伊德在提出请求权的概念之后，经由德国民法典制度化，在严格区分物权和债权的基础上，形成了以物权请求权和债权请求权为基础的二元构造，而停止侵害属于物权请求权的重要权能之一。根据物权请求权和债权请求权区分理论，当绝对权受到侵害或有侵害之虞时，自动发生物权请求权，即可立刻主张停止侵害。对于知识产权来说，目前通说都是将其视为准物权，认为其是一种绝对权。因此，根据请求权理论，当知识产权受到侵害或有侵害之虞时，权利人可以当然地要求侵权人停止侵害，而无需考虑侵权人的主观要件。^③也正是因为停止侵害请求权的存在，才使得作为知识产权保护客体的知识财产具有排他性。

我国司法实践中，法院在认定侵权行为成立时，往往也都会判令被告停止侵害，这样的判决不胜枚举。最典型的如20世纪90年代末在我国引起广泛关注的“武松打虎”案。^④该案的被告景阳冈酒厂未经原告刘继卣许可，将刘继卣创作的《武松打虎》组画中的第十一幅修改后，作为瓶贴和外包装装潢在其生产的景阳冈陈酿系列白酒上使用，并且未标注刘继卣署名。1989年被告又将其已修改使用的刘继卣的《武松打虎》组画中的第十一幅申请注册商标，并取得注册。1990年被告携景阳冈酒参加了首届中国酒文化博览会，1995年6月9日被告又在北京人民大会堂举行了“景阳冈陈酿品评会”。1996年7月，刘继卣的继承人以侵害著作权为由向法院起诉，要求被告立即停止侵权，赔偿经济损失50万元。一审、二审法院都支持了原告要求被告停止侵害的请求。在该判决生效之后，原告凭侵权判决书向（原）国家工商行政管理局商标局请求撤销景阳冈酒厂的注

^③ 目前，对于行使停止侵害请求权的主观要件问题已基本达成一致，即认为行使停止侵害请求权无需行为人主观过错。参见：郑成思：《知识产权论》[M]，2版，北京：法律出版社，2001：252。

^④ 一审：北京市海淀区人民法院（1996）海知初字第29号。二审：北京市第一中级人民法院（1997）一中知终字第14号。

册商标，商标局应其请求撤销了该注册商标。对于该案判决所产生的负面影响，不少学者表示了担忧。^⑤

（二）问题之所在

目前我国对于知识产权侵权中停止侵害请求权运用的理论基础和裁判方式，事实上仍是以停止侵害请求权自动产生为基础，即认定侵权的同时当然地判令停止侵害（以下将该观点表述为“停止侵害当然论”）。这种传统的类物权化处理模式，在最初应对来自市场自身激励不足的情形时，作为支援创新激励的制度设计，确实发挥了相当重要的作用。但越来越多的观点认为，在知识产权领域停止侵害请求权不加限制地行使，对于市场自由竞争以及技术创新等经济活动产生了过度的负面影响，无论是从知识产权法制度的趣旨上来看，还是从竞争政策的角度上来看，都不禁令人产生担忧。^⑥ 如上述“武松打虎”的案例中，被告为打造其商标已经付出了相当大的投资和心血，而且著作权在我国无需登记即可获得，这对于被告来说事前自行判断是否侵权本身就存在着不小的搜索成本，如果允许此前一直怠于行使其权利的原告突然行使停止侵害请求权，将对传统的公平观念造成巨大冲击，甚至为知识产权投机者运用停止侵害请求权进行寻租提供激励，长此以往将极大地损害公共利益。特别是随着技术发展带来的知识产权权利领域的细化以及复杂技术带来的科研技术分工等新变化，一些领域出现了新的应对模式，如标准化运动和产业分流等，而这些应对模式正是市场运用其自身智慧酝酿出来的，应该予以尊重。^⑦ 在这种新情况下，若仍恪守传统的将知识产权类物权化的处理模式，那么在“停止侵害当然论”的支持下，知识产权制度投机者引发的专利要挟（Patent hold up）以及专利流氓（Patent troll）等问题所带来的负

^⑤ 参见：李扬. 知识产权请求权的限制 [J]. 法商研究, 2010 (4). 刘春田. “在先权利”与工业产权——《武松打虎》案引起的思考 [J]. 中华商标, 1997 (3). 张玲. 论专利侵权诉讼中停止侵权民事责任及其完善 [J]. 法学家, 2011 (4).

^⑥ 比较极端的表现如专利失败理论，从侧面反映了这个问题。该理论认为现有的专利制度在一些领域不仅没有促进产业发展，反而阻碍了产业发展，并认为排他性的专利权的存在是失败的。关于专利失败理论，See: J. Bessen & M. J. Meurer. *Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk* [M]. Princeton: Princeton University Press, 2008.

^⑦ 根据法政策学的观点，在资源分配的决定过程中，有市场、立法、行政、司法等决定方式，其中市场决定具有诱导革新的功能以及发现和扩散个体信息的功能等，体现了自由精神，能够实现资源更具效率性的分配，在市场决定能正常发挥作用的情况下，应该交给市场，其他决定方式不应参与。参见：平井宜雄. 法政策学——法制度設計の理論と技法 [M]. 2 版. 东京：有斐閣，1995：121-125. 关于将法政策学引入知识产权领域并予以进一步发展的，参见：田村善之. 知的財産法 [M]. 5 版. 东京：有斐閣，2010：7-26.

面效应在这些新的运作模式下将被放大,其带来的危害也将不断加剧,甚至背离知识产权法的趣旨。于是,为了让知识产权制度能够效率性地运行,就需要对传统类物权化的处理模式进行修正,在知识产权侵权中,突破“停止侵害当然论”,而对停止侵害请求权进行适当限制。

二、限制停止侵害请求权的合理性和必要性

(一) 限制停止侵害请求权之合理性

限制停止侵害请求权的合理性在哪呢?要回答这个问题,首先要说明知识产权到底是一种怎样的权利。通常说到知识产权,人们都会认为是对于某种“无体物”的权利,而这种被称作“无体物”的东西,实际上只不过是人们各种行为中抽象出来的类似的模式(similitude in pattern)并将其贴上“无体物”的标签而已。^⑧进一步而言,将任何行为人都共通的抽象性要素——如将著作权法中的复制和公众传播等要素——提取出来作为“行为”进行规制。另外,将各种行为的不同点排除后所剩的固有要素作为一个一个的“知识创作物”——如在著作权法中就是作为作品——进行把握,通过这种手法,将应该规制的行为以“创作性表现这种‘物’在法定利用‘行为’的情况下再次产生”的形式进行定义,从这个意义上来看这只不过是一种使得应受规制的行为明确易懂的被特定化的立法技术。^⑨从本质上来讲,实际上类似于所有权那样的财产权意义上的知识财产(无体物)并不是人与物之间的关系,而是被忽略了的人与人之间的关系。所谓知识产权,“只不过是通过法律对自由人的行为模式从物理上进行人为制约的一种特权”。^⑩因此,某人获得相应的知识产权,就意味着会广泛制约自己以外的其他人的自由。

那么为什么还要赋予知识产权呢?这涉及知识产权正当化的根据。关于知识产权正当化的根据,有自然权论和激励理论两种相互对立的观点。前者认为,人们对于自己的创作物当然地享有权利;后者认为,如果过度地容许免费使用,则对于后来的模仿者一方将会过于有利,从而可能导致意欲对知识财产创作进行投资的先行者数量减少。为了防止这种现象出现,应该考虑在一定程度上禁止免费使用。^⑪

⑧ Wendy J. Gordon. Intellectual Property [J]. 田边英幸,译.知的财产法政策学研究,2006(11).

⑨ 田村善之.知识创作物未保护领域之思维模式的陷阱[J].李扬,许清,译.法学家,2010(4).

⑩ Wendy J. Gordon. Intellectual Property [J]. 田边英幸,译.知的财产法政策学研究,2006(11).

⑪ 田村善之.智慧财产法政策学初探.李扬,许清,译//李扬.知识产权法政策学论丛(2009年卷)[M].北京:中国社会科学出版社,2009:99-126.

由于知识产权实际上是一种规制人们行为的权利，按照自然权论，则某人仅仅凭借创作出某种东西就当然地可以广泛制约他人的自由了，这恐怕缺乏说服力。^⑫知识产权的正当化依据，并不仅仅只考虑权利人的利益，还应考虑有益于更广泛的多数人的利益。也就是说，如果对某种程度上的搭便车行为不加以制止的话，致力于创造知识的人将大大减少，普通公众也将蒙受利益损失，只有这种福利性或效率性的观点（激励理论）才能成为知识产权正当化的积极依据。而某人进行了某种创作就应该获得保护这种自然权论的理由，只不过是知识产权正当化的消极依据而已。^⑬

由此可见，知识产权并不能像有体财产权那样完全从自然权论中获得正当化的依据，其正当化依据只能从激励理论中寻求。世界上多数国家知识产权法的趣旨实际上都体现了激励理论的观点。知识产权法的趣旨，不仅仅是为了促进知识的创作和公开，更重要的是为了促进知识的利用，以实现产业发展和文化繁荣。^⑭立法上之所以对知识产权赋予排他性，正是基于这种做法能够促进社会进步的政策判断。正是因为如此，知识产权领域中对于权利人的保护应该弱于有体财产权领域，因为知识产权必须更多地考虑权利人利益之外的公共利益。^⑮由此可以得出一个结论，即当遇到公共利益的需要时，对停止侵害请求权进行适当限制是符合知识产权制度理念的。^⑯

⑫ 森村進．財産権の理論 [M]．东京：弘文堂，1995：168-171．

⑬ 田村善之．知的財産法 [M]．5版．东京：有斐阁，2010：5．根据田村善之教授的理论，知识产权正当化依据中，激励理论是其积极依据，也是最重要的，同时自然权论中的一些观点只是作为知识产权正当化的消极依据，以此分别从法规范受容性的内在视点和外在视点实现了知识产权的正当化。

⑭ 关于激励理论的发展过程，分别经历了激励发明理论、激励披露理论以及激励商业化理论，不同理论形态对于知识产权救济有着不同的理论指向。参见：和育东．美国专利侵权救济制度研究 [D]．中国政法大学2008年。

⑮ 比如，侵害物权时，采取以停止侵害请求权为先、损害赔偿请求权为辅的救济模式并无不妥，这是因为对于有体物的使用是以对其占有为前提的，通常而言，有体物只能同时被特定人占有，因此当侵害有体物时首先通过停止侵害请求权予以救济，是最快最有效的救济方式，而且对公共利益产生的负外部性较小。知识产权则不同，其不同于物权，客体可以同时被多人利用。对于这种不同于物权的情况，如果仍采取停止侵害请求权优先的救济途径的话，恐怕会对公共利益造成较大的影响。

⑯ 也许有人会问，限制停止侵害请求权会不会导致进行知识创作的激励变得不足呢？这里可以援引欧美关于专利在创新激励中的重要性的几个权威调查结论回答这个疑问。这几个调查结论都认为除了专利权外，还有多种激励创新方式的存在，而且专利对于创新的激励作用并非最为重要。几个调查结果都表明，虽然专利制度在不同领域对创新激励的重要性不同，但都并非处于最重要的地位，而是市场先行利益排在前面。关于这几个实证调查的介绍，参见：田村善之．プロ・イノベーションのための特許制度のmuddling through (1) [J]．知的財産法政策学研究，第35期（2011）。

(二) 限制停止侵害请求权之必要性

1. 经济学的视点

关于知识产权制度中作为法律救济手段的停止侵害请求权存在的必要性问题,法经济学上的一些讨论也许能够提供一些思路。法经济学的讨论中有学者以交易费用和科斯定理为理论基础,对于权利在怎样的法律制度下最有效率性的问题提出了一套判断标准。该判断标准提出了财产规则(Property rules)和责任规则(Liability rules)的权利保护方式,^{①⑦}认为当市场交易费用较高时,适用责任规则将更有效率,而当市场交易费用较低时,则适用财产规则将更有效率。^{①⑧}该判断标准的提出在理论界产生了相当大的影响,通常认为,当考虑到市场交易费用较低时,对权利人的保护就应赋予排他权,从而适用财产规则予以保护,现行的知识产权法制度也正是这样处理的。但实际上,上述标准包含一个重要前提,即财产权的范围是可以清晰界定的。^{①⑨}在随后的相关研究中也有学者指出该标准遗漏了一些需要考虑的其他因素,其中最重要的是没有对“权利的性质”进行区分。^{②⑩}知识产权不同于物权,它没有像物权那样的限制权利扩散的实体焦点,其权利范围只是通过一些较为抽象的技术用语,如文字、图形或符号等进行划定,有着相当的不确定性。因此,对于知识产权来说,完全地适用财产规则,并非总是有效率的。由此可见,从经济学的视点来看,基于知识财产自身的特性,为了实现经济效率性,有必要对停止侵害请求权进行适当的限制。

2. 竞争政策的视点

关于知识产权法在整个竞争规制体系中的定位,学界此前争论较多。但纵观各学者的论点,对于知识产权法与其他竞争体系中的法在目的上的共通性,即作

^{①⑦} 适用财产规则的权利保护是指,权利人以其享有的财产权为前提,与希望获得该权利的人通过自由交易实现权利的移转,无需公权力介入,当该权利受到侵害时,应该认可停止侵害请求权的救济方式。相反,适用责任规则的权利保护是指,希望获得该权利的人向权利人支付相应代价而无需经过谈判交易即可取得该权利,这种情形下权利受到侵害时,并没必要采取停止侵害请求权的救济方式。

^{①⑧} See: C. Calabresi & A. D. Melamed. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability Rule: One View of the Cathedral. 85 *Harv. L. Rev* (1972), p. 1089.

^{①⑨} See: M. A. Lemley & P. J. Weiser. Should Property or Liability Rules Govern Information? . 85 *Tex. L. Rev* (2007), p. 789. 转引自陈武. 权利不确定性与知识产权停止侵害请求权之限制 [J]. 中外法学, 2011 (2).

^{②⑩} 关于该判断标准遗漏的一些应当考虑的要素,比如:当事人掌握的该权利信息的非对称性、适用责任规则时对权利进行估价的费用、权利的性质等。有学者明确指出,当交易当事人之间信息不对称性较大时,即使交易费用较低,也不应适用财产规则,而是适用责任规则更有效率性。See: L. Kaplow & S. Shavel. Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis. 109 *Harv. L. Rev* (1996), p. 713.

为竞争政策而促进产业发展这一共同目的，基本上能得到大多数学者的认同，只是对于具体的调整手法是否相同有着较大争论。传统观点认为，知识产权法与其他竞争法的重大区别之一在于权利授予法与行为规制法的区分。在知识产权法领域中，虽然一般采用的都是对于知识创作物的权利的这种说法，但实际上发明或作品等无体物根本就不实际存在，只是人们人为构想出来的。正如上文所说，这种被称作“无体物”的东西只不过是人们各种行为中抽象出来的类似的模式，是一种为了使得应受规制的行为能够明确易懂地被特定化而采取的立法技术，知识产权实际上是规制他人行为的一种权利。由此可见，知识产权法与其他竞争法一样，实质上都是行为规制法。将对知识产权法的认识从传统的权利授予法的观念束缚中解脱出来，是从竞争政策的角度理解停止侵害请求权限制的必要性的前提。

既然知识产权法属于行为规制法，也就应当属于竞争规制体系中的一环。其作为促进产业发展的一种竞争政策来规制他人的行为，目的在于使竞争变得公平有序，即任何希望利用已有的知识增强竞争能力时都必须依照一定的规则进行，且不得损害竞争。如此进行制度设计的知识产权法决不能成为阻碍产业发展的帮凶。此前不少否定限制停止侵害请求权的学者之所以那么认为，很重要的原因就在于将知识产权法视为权利赋予法的传统观念根深蒂固，基于对权利的有效性的担忧，不愿承认对知识产权排他性的限制。但知识产权法并非如有体财产权法那般赋予权利人以权利，所以当知识产权投机者利用知识产权的排他性，滥用或策略地运用停止侵害请求权，从而导致创新的激励不足，给有序竞争秩序带来较大的负面影响、阻碍产业发展时，就有必要对这些行为进行规制，具体做法就是夺去其武器——对停止侵害请求权进行限制，以恢复和保障有序竞争，实现产业发展之目的。

3. 现行相关制度的不足

现有的限制知识产权排他性的方法是否足以应对呢？是否有必要事后对停止侵害请求权进行限制？法律是个体系化的制度，牵一发而动全身，理应谨慎行之。既存的法律制度若有应对之策，则无需另外耗费心思寻求新的解决方式。从我国现有的制度来看，能够实现限制知识产权排他性的制度主要包括：（1）合理使用制度；（2）强制实施许可制度；（3）法定实施许可制度。这些制度虽然在一定程度上能够平衡知识产权的保护与利用，但都有其各自的限制，不宜扩大适用范围。^② 比如，合理使用制度采取的是完全消解知识产权排他性的方式，并

^② 此外，还有一些理论上的限制知识产权排他性的原则，如专利权利用尽原则、权利不得滥用原则等，但这些原则对于停止侵害请求权进行限制也都有其局限性。

不能成为一种普遍适用的制度，否则将无法保证对知识生产者创造知识的激励，而且我国目前著作权法中的合理使用规定采取的是限定列举式，进一步限制了合理使用的适用范围。再比如，强制实施许可制度适用条件严格、适用程序复杂，非常不利于实施人应对瞬息万变的市场，而且就笔者目前所了解的情况来看，至今为止我国尚没有一例强制许可的案例。而法定实施许可制度中法律直接规定的使用费并不一定能反映出市场价格，而且使用者一般分布广，权利人主张使用费的成本较大。更重要的是，这些方法都属于事前消解知识产权排他性的方法，当面对需要事后限制知识产权排他性的时候，则难以有用武之地。^②也许有人会认为，以采取违反上述法定方法所规定的条件或程序的方式利用知识产权权利人所控制知识的行为根本不值得保护，根本没有采取事后限制停止侵害请求权的必要。实际上这种事后限制的做法保护的并不是侵权行为或侵权行为人，而是公共利益。至少有以下两点可以说明在知识产权领域事后限制停止侵害请求权的合理性。

(1) 效率性的追求。知识产权法之所以在非物质性的抽象客体上创设权利，首要目的就是要保证有足够多的知识被创造出来，并使之得到利用，从而推动整个社会物质文明和精神文明的进步。自有知识产权法以来，知识产权制度对于经济的推动作用大概可以说明这一点。但是，知识产权效率存在的差异性恐怕也是自有知识产权法以来不容否认的一个事实。^③于是，正如效率违约理论中所说明的“违约将带来更大效率”的情形那样，当未按照法定条件和程序利用知识产权权利人控制的知识这种“侵权行为”被普遍认为是更有效率的情况下，“侵权人”的可归责性就被弱化了。

(2) 弥补事前设定排他权的不足。立法者赋予知识财产排他权时，是从整体性效率出发作出的政策性决定，但是整体上有效率并不意味着单个个体也同样有效率，恰恰相反，在这种统一制度的安排下个体上的非效率时常出现，需要事后纠正。另一方面，对于像专利、商标这种需要行政许可授权的知识产权来说，虽然行政机关可以根据一些要件对于授权与否进行判断，但实际上行政机关在进行是否授权的衡量时，并不考虑实际上也没能力去考虑授权后是否会对将来市场产生负面影响。因此，授权阶段只能以整体效率作为其合理性依据。至于因这一过程中的考量因素的缺失而出现的利益偏差，应该通过司法去

^{②③} 李扬：知识产权请求权的限制[J]，法商研究，2010（4）。

纠正，这也正体现了程序志向的知识产权法政策学的理念。^{②4}

三、限制停止侵害请求权的可行性分析

（一）我国相关立法条文的理解

我国对于侵权行为采取的是要求承担民事责任的立法模式，但无论是规定民事责任还是规定请求权都是作为对被侵权人进行救济的一种手段，只不过是从事不同角度进行规定而已。^{②5}

《民法通则》中有几条相关规定，如第 106 条关于应当承担民事责任的一般规定，第 118 条关于侵害知识产权的民事责任的规定，以及第 134 条关于承担民事责任方式的规定。其中，第 134 条所列举的十种民事责任的方式可以单独适用，也可以合并适用。^{②6}从上述规定中可以看出，作为上位法的《民法通则》中并没有将停止侵害作为侵害知识产权的必然结果。

那么，具体到知识产权特别法中又是怎样规定的呢？《专利法》第 60 条规定，对于侵害专利权引起的纠纷由当事人协商解决；不愿协商或协商不成的，可以向法院起诉或请求管理专利工作的部门处理。管理专利工作的部门处理时，认定侵权行为成立的，可以责令侵权人立即停止侵权行为。该条是对侵害专利权责任承担的处理方式的规定，虽然该规定说可以向法院起诉或请求管理专利工作的部门处理，但对于法院应该怎么处理并无规定，而只对由管理专利工作的部门处理时进行了规定，即当认定侵权行为成立时，“可以”责令侵权人立即停止侵权行为。从用语来看，该规定也就意味着即使侵权行为成立，在特殊情形下，也可以不责令侵权人立即停止侵权行为。与此类似，《商标法》第三次修改所公布的修订草案征求意见稿的第 64 条对原商标法第 53 条进行了些许修改，其中值得关注的一处修改是将原有规定的“工商行政管理部门处理时，认定侵权行为成立的，责令立即停止侵权行为”修改为“工商行政管理部门处理时，认定侵权行为成立的，可以责令立即停止侵权行为”。虽然仅仅是加了“可以”二字，但这次有意进行的补缺性修改也许正意味着立法者也认为停止侵害请求权应该受到限制，进而通过修改使得该条文蕴含着停止侵害请求权并非当然发生的观念。

^{②4} 关于知识产权法政策学的介绍，参见：田村善之．智慧财产法政策学初探．李扬，许清，译//李扬．知识产权法政策学论丛（2009 年卷）[M]．北京：中国社会科学出版社，2009：99-126．

^{②5} 也有学者认为，我国立法上已经建立起初具规模的知识产权请求权制度。参见：陈锦川．试论我国知识产权请求权的初步确立[J]．人民司法，2002（10）．

^{②6} 《侵权责任法》以及最高人民法院关于专利法[2001]法释字第 21 号第 23 条中的规定类似。

著作权领域中，这一观念在立法中体现得更加明显。比如《著作权法》第47条、第48条具体列举了侵害著作权的行为，两条文中都使用了相同的用语，即“有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任”。也就是说，发生侵权行为后，并不当然地应该承担停止侵害的民事责任，而“应当根据情况”确定如何承担责任以及承担责任的方式。不仅如此，《计算机软件保护条例》第30条甚至明文规定了在特定条件下以支付合理费用替代停止侵害的责任。该条规定：“软件的复制品持有人不知道也没有合理理由应当知道该软件是侵权复制品的，不承担赔偿责任；但是，应当停止使用、销毁该侵权复制品。如果停止使用并销毁该侵权复制品将给复制品使用人造成重大损失的，复制品使用人可以在向软件著作权人支付合理费用后继续使用。”按照该条的规定，当软件的复制品持有人主观上无过错，且停止使用并销毁侵权复制品将给其造成重大损失的情况下，可以支付合理费用的形式替代停止侵害行为。该条直接从立法上回答了限制停止侵害请求权的可能性。只不过由于受到立法位阶的影响，该条只能适用于软件著作权的情形，对其他著作权则无法适用。

由此可见，从我国现有的法律条文中，并不能得出发生知识产权侵权时“停止侵害当然论”的结论。相反，从条文中可以解读出立法者对于限制排他权的立法思想，不仅如此，甚至有的法律条文还明确规定了在一定条件下以经济补偿替代停止侵害的做法。

（二）我国司法裁判对“停止侵害当然论”的突破

早在2006年我国就有法院在知识产权侵权诉讼中对“停止侵害当然论”进行了突破，即在认定侵权行为成立的同时对停止侵害请求权进行限制。这就是“广州新白云机场幕墙专利侵权纠纷”案。^{②⑦} 该案原告珠海市晶艺玻璃工程有限公司是名为“一种幕墙活动连接装置”的实用新型的专利权人，原广州白云国际机场股份有限公司（后被并入广东省机场管理集团公司）委托被告深圳市三鑫特种玻璃技术股份有限公司承担广州新白云国际机场航站楼点支式玻璃幕墙工程设计，设计内容包括玻璃幕墙的活动连接装置。原告认为被告深圳市三鑫特种玻璃技术股份有限公司未经其同意在广州新白云机场航站楼主楼幕墙制作与安装工程中制造、销售、使用的幕墙活动连接装置，以及被告广州白云国际机场股份有限公司、广东省机场管理集团公司未经同意使用其专利产品的行为，侵犯其实

^{②⑦} 一审：广东省广州市中级人民法院（2004）穗中法民三知初字第581号。二审：广东省高级人民法院（2006）粤高法民三终字第391号。