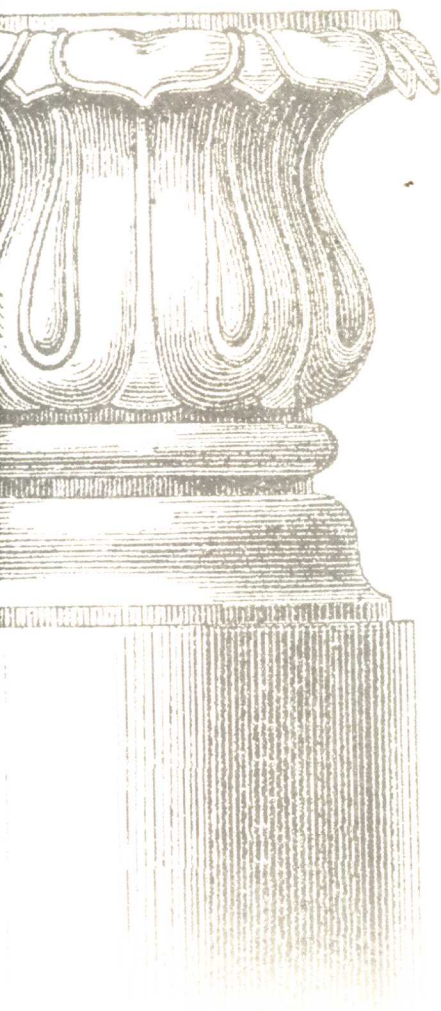


Intellectual Property
Right Law Research

第5卷
Volumn 5

知识产权法研究

王立民 黄武双 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



华东政法大学知识产权研究中心 主办

East China University of Politics & Law
Research Center for IPR

知识产权法研究

Intellectual Property Right Law Research

第 5 卷

Volume 5

主编 王立民 黄武双

Editors Wang Limin Huang Wushuang



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法研究. 第5卷/王立民, 黄武双主编. —北京: 北京大学出版社, 2008. 4

ISBN 978 - 7 - 301 - 13494 - 8

I. 知… II. ①王… ②黄… III. 知识产权法 - 文集 IV. D913.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 032277 号

书 名: 知识产权法研究(第5卷)

著作责任者: 王立民 黄武双 主编

责任编辑: 华 娜 黄 蔚 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13494 - 8/D · 2006

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 17.5 印张 305 千字

2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序

党的十七大报告是指导我们今后一段时期工作的纲领性文件,其中有关法治建设的论述可以指导我国的知识产权法治建设。

第一,有关“树立社会主义法治理念”的论述,可以指导我国树立知识产权法的理念。知识产权法的理念作为我国社会主义法治理念中的一个组成部分,在树立社会主义法治理念的同时,也会得到相应加强。诸如依照知识产权法治理知识产权事务、按照公平正义的原则处理和解决知识产权纠纷、顾全国家知识产权战略的大局等一些理念,都应牢固树立并贯彻在知识产权的实际工作中去。

第二,有关“加快建设社会主义法治国家”的论述,可以指导我国加快知识产权法治建设进程。我国知识产权法治建设虽已取得了巨大成就,但仍有提升的必要。我国要在 2010 年建成中国特色的社会主义法律体系,在 2014 年基本实现依法行政,这些都要求加快知识产权法治建设。这需要一方面要完善知识产权法制,另一方面则要加大知识产权法的治理力度,尽快使我国进入知识产权法治国家的行列。

第三,有关“完善中国特色社会主义法律体系”的论述,可以指导完善中国特色知识产权法律体系。我国知识产权法律体系是知识产权法治的重要组成部分,也是知识产权执法、司法的前提和基础。这一体系应尽快达到较为健全的程度,否则就会延缓完善中国特色社会主义法律体系进程。当前,首先要填补知识产权法领域的一些空白,完善现有法律制度。例如,尽快制定有关数据库知识产权保护方面的规定;加大对知识产权领域不正当竞争行为的规制力度;健全专利权强制许可制度;重视职务发明中个人利益的调整等等。

第四,有关“加强政法队伍建设”的论述,可以指导我国加强知识产权审判队伍的建设。知识产权审判队伍是我国政法队伍中的一个重要组成部分,担负着全国知识产权审判的繁重任务。由于知识产权审判工作经常涉及诸多技术问题,因而知识产权法官除了要具备法律功底之外,还应当具有一定

的技术背景,在法官队伍建设方面有必要进一步加强。

党的十七大报告中有关法治建设的论述直接对知识产权法治的建设具有指导意义,然而把这些论述落实并使其变成现实,还需要大家携手共进。本刊匹夫有责,愿为加快知识产权法治建设尽绵薄之力。

总之,在新的一年里,《知识产权法研究》编委会将携各位同仁,为加快我国知识产权法治建设而努力。

华东政法大学副校长、教授、博导
知识产权研究中心主任 王立民

2008年1月20日

目 录

▷ 基本理论研究 ◁

知识产权体系论	卢海君 (1)
论构建和谐社会进程中的知识产权文化	周洪涛 陆 剑 (17)
TRIPs 协议与公众健康的冲突与协调	贾小龙 (25)
国际传统知识保护的兴起及发展趋势分析	宋晓亭 (38)
知识产权国际化趋势对我国知识产权立法的影响	王莲峰 梁 萍 竺盈琼 (44)
海峡两岸经贸、文化交流与知识产权保护问题研究	杨德明 (70)

▷ 商标与标识专题 ◁

商标名称通用化的法律风险及其治理对策	袁真富 (84)
我国地理标志司法保护探析	吕国强 吴登楼 (107)
浅析地理标志保护国际标准及我国的可行性选择	张传锋 (118)
对《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干 问题的解释》的理解与适用	曹 坚 (135)

关于商标平行进口的再分析

- 由追续权引发的思考 刘 松(143)
- “傍名牌”案件审理中的若干实务问题 张心全(153)
- 中国驰名商标制度的异化与复归 李士林(164)

▷ 版权与专利专题 ◁

P2P 侵权纠纷在我国民事侵权责任体系下的解决路径

- 对现行主流观点的质疑 黄武双 李进付(180)
- 药品专利保护法律政策与医药专利战略探索研究 刘筠筠(200)
- 短信息著作权问题探究 周建民 李 晶(217)
- 有关雕塑作品著作权三个问题的浅析 段 凡 刘文献(222)
- 技术保护措施法律制度研究 盛 建(231)
- 稿约 (272)

知识产权体系论

◇ 卢海君

内容摘要 建立在概念、规范和价值建构基础上的知识产权体系可分为形式上的知识产权体系和理念中的知识产权体系,前者主要指知识产权的制度体系;后者主要指知识产权的理论体系。知识产权体系的形成和发展受到多种因素的影响,欲使知识产权体系能够更好地回应社会发展,应当建立开放的知识产权体系。

关键词 知识产权体系化 立法上的知识产权制度体系 学理上的知识产权制度体系 开放的知识产权体系

知识产权体系可以分为形式上的知识产权体系和理念中的知识产权体系,前者主要指知识产权的制度体系;后者主要指知识产权的理论体系;前者表现为知识产权立法和知识产权实践,后者表现为知识产权理论和知识产权文化;前者是后者的现实基础,后者是前者的抽象反映;两者相互影响、相互促进。

知识产权体系是建立在概念、规范和价值建构之基础上的。概念越丰富和成熟,价值越明晰,体系越成熟。我国现阶段的知识产权领域,概念不成熟,基础理论匮乏,知识产权体系正在形成之中。

知识产权体系的形成有其历史基础,也有现实因素;既表现为内生性的

* 本文受中南财经政法大学知识产权研究中心 2004 年度基地重大项目《知识产权基础理论研究》资助;负责人:吴汉东教授,项目编号 04JJD820005。

作者单位:中南财经政法大学知识产权研究中心。

变革,也表现为外部冲击性的嬗变;既有知识产权实践的推动,又有知识产权理论的建构;既有经济发展的刺激,又有社会公共利益的权衡。

一、立法上的知识产权制度体系

形式上的知识产权体系主要表现为立法上的知识产权体系,此外还包括知识产权行政执法和司法中形成的知识产权权利实现制度、知识产权市场规则制度、科研体制和与知识产权有关的配套制度如金融体制等。仅仅立法上的知识产权体系不能产生其对社会经济发展的积极作用,若缺乏相关制度的配套和协调,它就像真空中的飞机一样失去了动力源泉。限于篇幅,这里主要介绍立法上的知识产权体系。

社会经济的发展推动了知识产权体系的不断丰富和完善,知识产权体系又反过来推动了社会经济的发展。尽管知识产权体系逐渐成熟,知识产权的本质性仍然得以保持,而且传统知识产权制度仍然占有主导地位,知识产权理论体系的建立也在一定程度上保证了知识产权体系的纯粹性,使得知识产权作为无形财产权“客体的非物质性”的本质特征没有变,这一特征的保持也是知识产权得以体系化的前提。

(一) 狭义的知识产权制度

狭义的知识产权制度,包括著作权(含邻接权)制度、专利权制度和商标权制度三个主要组成部分。狭义的知识产权制度是知识产权的最初类型即最为基本的类型,是知识产权制度得以体系化的最初构建模型。这三项权利都有不同于传统有形财产权的特性:客体的非物质性。这一根本的特征使得理论界对这三项权利为主的特殊权利类型进行整合的尝试并且取得了一定的成功。这三项制度的现实发展是知识产权制度得以体系化的前提:该制度的发展是社会实践的产物,同时也是有关无形财产权领域内的社会实践,这些社会实践的存在是人们进行理论抽象的前提。如果没有这些制度的现实发展,人们的认识便失去了基础,成为空中楼阁。

体系化的思维需要从繁杂的事务中提炼出共同性,这些共同性是体系化的基点。抽象共同性的过程便是归纳法这种逻辑方法在实践中的使用。归纳法使用的前提是对客观存在的各种各样的事物进行清楚的认识和鉴别,找到其共同点和差异性,如果共同点占据主导地位,这些事物便是一类;如果差异性占据主导地位,这些事物便不是一类。从认识论的角度讲,对事物的归

类有利于人们对事物产生更为清醒的认识;从功利的角度讲,对事物的归类有利于统一地对其规范和利用。具体到法学研究中,类型化便是一个很好的方法。我们把著作权、商标权和专利权这三种权利放在一起进行比较,经过分析可以看出客体的非物质性是其共同的特性,也是其最为本质的特性,正是这些特性将它们和民事权利中的其他权利区别开来。这一特性使得这三类权利在法律上进行一体处理成为可能,而且这种按照其特性的处理有利于规范符合经济效率和社会普遍承认的价值,即通过对现实中存在的各种民事权利进行归纳和抽象,将著作权、商标权和专利权这三种权利整合到更为抽象的知识产权一般性概念之下在理论上是可行的。

(二) 广义的知识产权制度

广义的知识产权制度包括著作权、邻接权、商标权、商号权、商业秘密权、产地标记权、专利权、集成电路布图设计权等各种制度。对某项法律制度进行体系化的思考是归纳法和演绎法同时交替使用的过程。经过归纳得出一般性的概念和原则,是为了用这些一般性的概念和原则来指导具体制度的实施,这种指导作用便是演绎法发挥作用的领地。一般性概念和原则发挥作用的前提是看具体的现象是否符合形式逻辑同一性原则,可以把它们归入到这些一般性的概念和原则之中。如果可以归入,则受到一般性概念和原则的指导,从而使得原来的体系得以丰富和完善,这也是体系渐进发展的最主要表现。

社会实践的发展可能促使一大批符合某种体系特征的现象出现。以知识产权制度来说,构建其体系的基点在于知识产权客体的非物质性特征。现代社会经济的发展使得传统上占统治地位的有形财产退居二线,无形财产的地位日益彰显,这些无形财产有一个共同特点:客体的非物质性,正好符合知识产权客体的特征,于是有了至少从理论上讲具有将这些新出现的无形财产权整合到知识产权制度体系中进行一体处理的可能性。于是有人主张将商号权、商业秘密权、产地标记权、集成电路布图设计权都纳入到现行的知识产权体系中进行统一规范。这似乎符合体系化发展一般规律的建议却遭到相当多学者的质疑和挑战,认为新出现的权利虽然具有客体的非物质性这一特性,但还有其他更为特殊的性质,致使商号权等这些新出现的权利纳入到现有的已经比较成熟的知识产权制度体系中也许不能拥有现有体系的指导和规范的功能,还有可能冲击现有的知识产权制度体系。这种想法有其客观存在的依据。体系的发展不是一成不变的,既可能由于体系中具体要

素的增加而得到丰富和发展,也可能由于原有体系中存在的使某一体系区别于其他体系的特征随着社会实践的发展不再具有可行性。笔者建议应当根据社会实践的发展抽象出更为一般化的概念和原则来统帅更为庞大和复杂的体系。

一般体系都存在着发展的可能性和可行性,知识产权制度也是如此。当知识产权这一概念不再符合日益发展的社会实践时,我们不能再拘泥于现有的体系而裹足不前,正确的做法是因应现实发展,积极推动知识产权制度体系概念和价值的发展。既然知识产权不再具有整合日益发展的无形财产权的能力,我们可以创造更高位阶的概念统合无形财产权规范体系的构成,这样既可以对社会实践的发展做出适当的回应,也能够追求更为完美的理论上的自足。^①

二、学理上的知识产权制度体系

(一) 知识产权体系化的基础——法律概念的位阶性

法律概念的位阶关系是法律体系化的基础。概念和概念之间的位阶由两种因素决定:概念的抽象化程度和概念所负荷之价值的高低。一般而言,抽象化程度低的概念得到优先适用,负荷价值位阶高的概念得到优先适用。^②

1. 知识产权制度与宪法的关系

从整个法律体系的角度看,宪法制度相对于知识产权制度而言是更为根本的制度,即在对整个法律制度进行体系化思维的时候,宪法规范的抽象化程度最高,具有统帅和指导下位具体规范运作的功能。知识产权制度的实施应当受到宪法的制约:知识产权制度不能够违反宪法,否则会对整个法律体系构成冲击。从法律体系实现的角度看,知识产权制度的“不合宪性”很可能使整个法律体系所负荷的价值不能实现。为了防止包括知识产权制度在内的具体法律制度对宪法的冲击,许多国家在司法制度中都有“违宪审查”的规定,但目前我国还没有此种规定。如果知识产权法中的某一规范违反宪法的

^① 吴汉东教授基于现有知识产权体系不能回应无形财产日益发展的社会现实,力倡建立一个范围大于知识产权,调整对象以无形财产为主的无形财产权法律体系。这一制度体系包括:创造性成果权制度、经营性标记权制度和经营性资信权制度等。参见吴汉东、胡开忠:《无形财产权制度研究》,法律出版社2005年版,第167页—172页。

^② 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第99—104页。



规定,在有“违宪审查”的国家,知识产权法就会受到法院的拒绝适用,但是否宣告其无效,实践中有不同的做法,理论上也存在争议。一般而言,一部法律违宪往往是其中的某一规范,而不是整部法律。如果某一规范违宪就宣告整部法律无效,法律的制定往往要经过复杂的程序和花费很长的时间,这部法律规制的领域便会在很长时间内处于法律空白的状态,不利于法律秩序的发展和完善。因此,在“违宪审查”的过程中,一般不宜宣布该部法律全部无效。就我国而言,如果规定“违宪审查”制度,应当允许法院在认为某项规范违反宪法时拒绝这一规范的适用,并将这一案件提交最高人民法院审理,从而保证法律的稳定性和法律适用的统一性。最高人民法院在对案件作出处理之后,应当立即做出有关该案件涉及领域的司法解释,并提请全国人大常委会修改相关法律。

社会发展日新月异,若知识产权制度的制定停滞不前必然处于落后地位,于是,当知识产权制度对某一新出现的权利没有作出规定时,是否可以直接适用宪法便成为宪法和知识产权法之关系的一项重大课题,这也就是宪法的司法化问题。按照法律体系化的功能,处于体系中位阶高的规范应当对位阶低的规范具有指导作用,位阶低的规范不应当违反位阶高的规范。当位阶低的规范对某一问题没有规定时,当然应当遵循位阶高的规范。对知识产权制度而言,当其对某一新问题没有作出规定时,这一问题的解决当然要遵守宪法的规定,因为宪法在整个法律体系中处于最高地位,任何具体的法律体系都得遵循宪法规范。问题是这样高位阶的规范往往极具抽象性,我国的宪法更是如此。对宪法而言,从法律技术上讲,往往不具有直接适用的可能性。在知识产权法律制度对某项新的知识产权问题没有作出规定时,因为我国是大陆法系国家,法官不存在创制法律的权力,又不能因为法律没有规定而拒绝裁判,只能求助于更高位阶的法律。当知识产权法以上的所有处于高位阶的法律都不能够解决这一问题时,只能求助于宪法,而宪法由于其抽象性往往不具有直接的可适用性。这个在英美法系很容易解决的问题在大陆法系却成为一个大难题。在大陆法系和英美法系逐渐融合的趋势下,我国的司法制度应当因应不断发展的社会现实,由宪法规定在特定的情况下、符合严格程序的前提下,一定级别的法官可以创制法律以对某项法律空白进行填补,对案件作出裁判。考虑到我国仍然是大陆法系国家,这一裁判必须由最高人民法院上升为司法解释或者由全国人民代表大会制定为法律才具有普遍适用性。

2. 知识产权法与民法的关系

从整个法律体系来考察,民法仅次于宪法位于整个法律体系的第二层,知识产权法是民法的下位法,居于第三层。从权利体系的角度讲,知识产权是私权的一种,应当受到民法的调整。就知识产权法与民法的关系而言,民法是一般法,知识产权法是特别法;对于知识产权而言,应当优先适用知识产权法的规定,在知识产权法没有作出规定的时候须遵守民法的规定。但在知识产权理论界,有关知识产权是民法的一部分还是独立的法律制度存在着争议。一般而言,民法出身的知识产权学者倾向于主张知识产权法是民法的一部分,其他专业出身的知识产权学者则倾向于主张知识产权法是独立的法律部门或者知识产权法应当从民法中脱离出来。

知识产权作为民事权利中的一部分,当然适用有关民事权利的规则。知识产权对有关民事规则的适用也可以节省大量的立法资源,避免无谓的重复立法造成民事法律体系内部的不协调。知识产权同物权一样属于绝对权,有关绝对权的一般原则对知识产权同样适用。而且,这些原则的适用也会对知识产权问题的解决提供方法。民法通过有关绝对权规范对知识产权的适用来实现民法体系化的功能,从而丰富和完善民法体系。作为绝对权制度之典型代表的物权制度中有一项区别于相对权的关键性制度就是物权请求权制度,这种制度对于保护物权具有相当大的优越性,这体现在物权请求权可以防患于未然,物权请求权的举证责任轻于债权请求权、物权请求权不受消灭时效的限制等方面。^① 知识产权为典型的绝对权,具有绝对权的一般特性,应当遵守知识产权请求权^②的规定,以使知识产权法对其的保护更加周到。一旦有了知识产权请求权,知识产权人在他人侵犯自己权利时发出警告信和采取一定的自力救济就具有了合法性。知识产权侵权诉讼中的举证责任问题也迎刃而解,举证责任应当主要由被告承担,因为对于绝对权的侵害不同于相对权的侵害,证据往往偏在于侵权方,根据举证责任分担的一般原则,这时应当让侵权人承担举证责任。

我们不仅在知识产权法对某一问题没有规定时可以适用民法的一般性

① 参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2004年版,第106页—108页。

② 杨明博士在其博士论文中详尽论述了知识产权请求权的问题,他认为知识产权请求权应当界定为:知识产权请求权是指受侵害或者有受侵害之虞的知识产权人或知识产权许可使用人,在侵害行为或违法状态持续或有实施、发生之虞时,可向侵权人或者有侵害之虞的人主张停止、并消除已经存在的妨害或预防妨害发生的请求权。参见杨明:《知识产权请求权研究——兼以反不正当竞争为考察对象》,北京大学出版社2005年版,第106页。



规定来解决,而且还可以借助民法的基本原则和规范来对知识产权法进行完善。民法是权利法,民法的重要性内容就是规定和保障民事主体的合法民事权利,民法的规范主要表现为授权性规范,^①民法的基本方法为权利配置。知识产权法作为民法的一部分,当然可以适用民法的基本方法来对知识产权进行规范。民法的基本方法是民法体系化的重要工具和表征,正是运用了民法的基本方法,知识产权法才成为民法体系中的一个有机组成部分。作为民法一部分的知识产权法应当主要运用民法的规则而不是经济法的规则来对知识产权进行调整。当然,作为体系中处于下位的规范,知识产权法也可以和应当有自己的特殊的准则。例如,知识产权不同于有形财产权的重要特征在于其实现的途径需要物化在许多载体上,知识产权人正是通过对这些载体的控制来达到权利的实现。而这些载体上不但承载着知识产权人的利益,而且承载着广大社会公众的利益。所以,知识产权法在对知识产权人的权利进行配置的时候,必须对其权利进行限制,而且知识产权法没有规定的权利知识产权人不能行使,这一点类似于物权法定原则而不同于债权设定中的自由原则。因此,我国有学者提出了知识产权法定主义,指出“知识产权的种类、权利以及诸如获得权利的要件及保护期限等关键内容必须由法律统一确定,除立法者在法律中特别授权外,任何人不得在法律之外创设知识产权。”^②这种理论应当是符合知识产权规范特点的。

有关知识产权侵权的归责也应当遵循民事侵权归责原则的一般规定,但不排除根据知识产权特性对其作出特殊规定的可能性。然而,不能过分强调知识产权不同于一般民事权利的特性而忽视它和一般民事权利的共性。民事侵权的归责原则一般有过错责任原则、严格责任原则、公平责任原则和绝对无过错责任原则。过错责任原则适用于一般的侵权责任,严格责任适用于特殊侵权行为,公平责任仅适用于法定的范围,绝对的无过错责任只适用于法律规定的极为例外的情形。^③有学者主张知识产权侵权应当适用严格责任,主张应当区别侵权和侵权损害赔偿,前者应当适用严格责任,后者才适用过错责任。^④实际上,如果运用体系化的方法,将知识产权的保护作为民事权利特别是绝对权保护的一个有机组成部分看待,知识产权的保护应当分为知

① 参见彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版社1999年版,第14页。

② 郑胜利:《知识产权法定主义》, <http://www.myipr.net/suma/2005-05/1329.html>, 2006-1-15。

③ 参见王利明:《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2004年版,第208—209页。

④ 参见郑成思:《侵权责任、损害赔偿责任与知识产权保护》, <http://www.privatelaw.com.cn/new2004/shtml/20041217-230645.htm>, 2006-1-15。



识产权请求权的物权保护和知识产权侵权之禁止的债权保护,两者应共同捍卫知识产权秩序。这部分学者所谓的知识产权“侵权”应当适用严格责任,这实际上谈到的是知识产权请求权问题,所谓的知识产权“侵权赔偿”应当是知识产权侵权之禁止的债权请求权问题。物权请求权不考虑对方当事人的过错问题,更加谈不上适用过错责任,只有有关知识产权的债权请求权问题才可能涉及到归责原则的问题,所以知识产权侵权的归责原则应当主要是过错责任原则。只有将知识产权的“物上请求权”与侵权赔偿请求权有机结合起来,才会对知识产权进行全面的保护。^①从体系化的角度讲,上述得出知识产权侵权归责的原则为严格责任的学者是没有用体系化进行思考的结果,违反了法律人思考问题的一般方法,必然得出不正确的结论。这些学者得出错误的结论也与知识产权立法有关。由于我国知识产权制度的体系建构没有放在整个民法体系之中,而是在大量直接借鉴国际条约和英美法系法律的基础上进行的,这些学者没有运用法律体系化思维,由此造成了知识产权法律制度体系和一般民事法律体系冲突,进而影响知识产权法律制度在以大陆法系为背景的我国不能够很好地发挥作用。诚然,我国在现代法律发展过程中应当吸收世界先进的立法例,但是在法律移植的过程中应考虑到本国法律体系的现状,应当和本国的法律体系相协调。我国的民事法律制度虽然借鉴了不少英美法系的规定,但我国在总体上仍然是大陆法系国家,法律移植可以创新,但不能严重脱离大陆法系的传统。例如,我国的民法主要具有大陆法系的特征^②,如果我国的知识产权法主要具有英美法系的特征,而知识产权法又是民法的重要组成部分,两种法律体系必然存在冲突,必然不利于知识产权制度在我国这样的法律环境下发挥应有作用。

3. 知识产权法适用的位阶关系

知识产权法律制度不同于一般民事法律制度很重要的一点在于前者具有更大的变动性,后者则更加具有稳定性。知识产权法律制度体系变动性的根源在于知识产权社会实践的丰富性和易变性。成文法最大的局限性在

^① 参见吴汉东:《试论知识产权的“物上请求权”与侵权赔偿请求权》, <http://www.privatelaw.com.cn/new2004/shtml/20040518-163501.htm>, 2006-1-15。

^② 梅利曼将大陆法系的特征概括为:(1)法律领域的主体仅仅是国家和个人;(2)立法至上;(3)立法、司法和行政的严格分权制;(4)有限的和缺乏创造力的司法活动;(5)对“遵循先例”原则的否定;(6)民法典和民法理论的重要性;(7)高度发展和严密的法律概念体系;(8)对法律“确定性”的执著追求。参见约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第158页。



于回应社会实践发展变化的迟钝,这同时是判例法的优点所在。我国的知识产权法律制度是成文法系统,必然存在不能很好适应社会发展的局限。对此,我们可以运用体系化的方法向知识产权法的上位规范如民法和宪法等寻求来源。但一味的向这些上位规范求助可能会出现“向一般条款逃逸”从而使法律确定性和可预见性丧失的危险。这种不确定性的危险可以借助法律的次级权威机构来克服。即,在知识产权法和它的上位规范不能解决某一问题或者来不及对现实中出现的重大问题作出回应时,法院或者相关的行政机构可以制定与其地位相当的规则以应对知识产权新问题调整的需要。

在我国的知识产权法制实践中,存在大量的次级权威机构的规范,这些规范往往比知识产权基本法律规范发挥更大的作用。例如,国家知识产权局制定的专利审查指南在专利权的权利配置和保护中往往发挥比专利法更大的作用。但这些次级规范机构制定的规范必须符合知识产权基本法的规定。如果将这些次级规范放在整个知识产权制度体系中进行考量,这些制度的适用应当遵循宪法等基本法律的规则。如果某一下位的规范符合知识产权基本法的规定,根据特别法优于一般法的原则,这些次级规范应当优先适用。然而,如果这些次级规范不具有合法性,可以直接根据知识产权基本法或者宪法否决其适用。

4. 同一位阶知识产权规范适用的先后关系

当涉及某个同一问题的知识产权规范在体系中处于同一位阶,便不能够通过其效力等级的区别来辨别到底要适用哪个规范。这时就要根据知识产权法律规范所承载的价值高低来判断适用的先后,在知识产权价值体系中处于高位阶的价值优先得到保护。同其他法律制度一样,知识产权制度是多元价值体系的承载体。知识产权制度既保护知识产权人的财产利益,又保护他们的人身利益;既保护私人创造利益,要维护公共利益;既促进效率,又维护公平。但这些利益和价值应当有先后顺序:一般而言,人身价值重于财产价值,公共利益优于私人利益,长远利益高于短期利益。在遇到位阶相同的针对同一问题的法律规范不知道何种应当优先适用时,应当考察这些规范制定的历史资料和背景,分析出不同的法律规范所承载的价值和利益,然后将这些价值和利益归入知识产权制度体系所承载的价值和利益体系中进行比较,所承载的价值和利益处于高位阶的法律规范得到优先适用。执法机构在依据这种体系化的方法对所涉案件作出裁决后,应当立即将这种知识产权制度体系中所存在的冲突报告最高人民法院或者全国人大常委会备案,最高人民



法院或者全国人大常委会应当针对这一问题快速作出反应:或者制定相关问题的司法解释,或者作出争议问题的立法解释,以消除存在于知识产权制度体系中的冲突。

上述内容揭示在法律规范之间相互冲突的情况下产生的漏洞可以用利益和价值衡量来进行弥补,且在存在法律空白的时候,也可以运用这种方法。当实践中出现现行知识产权法律规范尚未规范的问题时,在求助于上位法律规范得不到解决时,可以运用法学理论中利益衡量的方法来解决,这就涉及到我国知识产权的法律渊源是否可以包括法理的问题。其实,这不仅是知识产权法的问题,也涉及到整个法律体系,但这一问题在知识产权法中表现的尤为突出。因为知识产权法往往具有更大的变动性,往往不能满足科技和经济发展日新月异的知识产权实践,知识产权制度的法律空白必然多于其他民事法律制度,知识产权司法中补充漏洞的情形更多。尽管民事基本法律制度不像知识产权制度那样具有很大的变动性,世界上许多国家和地区都将法理作为裁判的渊源之一。如我国台湾地区的“民法典”第一条(民事法规之适用顺序)规定,民事法律所未规定者依习惯,无习惯者,依法理对待。我们的知识产权立法可以借鉴这些先进立法经验,将法理作为知识产权法的渊源之一,考虑到我国的特殊国情,对法理的使用应当遵守严格的程序并应当报最高人民法院备案,这样可以大大增加知识产权法对社会发展的回应能力。

(二) 从概念法学到利益法学之演进对知识产权制度体系的影响

知识产权制度体系的概念、规范等基本工具并非是一成不变的,往往随着社会经济的发展变化而变化,即这些概念和规范是在社会环境中形成的,并伴随着社会的发展而发展。但是,知识产权法律制度体系同任何其他体系一样,必须在一段相当长的时间里保持相对稳定,以使其成为一种法律体系,并且发挥出它应有的功能。对于法律制度而言,稳定性和可预见性是制度本身的最高价值之一,法律制度更加需要体系的稳定。知识产权法律制度体系的稳定是靠概念、规范等基本符号的稳定来实现的。在法学发展史上,对概念和规范的解读经历了从概念法学到利益法学的转变。概念法学在封闭的逻辑体系中对法律概念和规范进行解读,利益法学则认为法律适用中价值判断不可或缺,主张对隐藏在法律概念和规范背后的利益和价值