

张广良/著

知识产权侵权 民事救济



法律出版社
LAW PRESS

（张广良／著）

知识产权侵权 民事救济

STUDY ON
CIVIL
REMEDIES FOR
INTELLECTUAL
PROPERTY
INFRINGEMENT



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

知识产权侵权民事救济/张广良著. —北京:法律出版社,2003.4

(知识产权保护前沿丛书)

ISBN 7-5036-4245-9

I. 知… II. 张… III. 知识产权-侵权行为-赔偿-研究-中国 IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 026929 号

法律出版社·中国

责任编辑/戴伟

装帧设计/孙宇

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/9.625 字数/246千

版本/2003年6月第1版

印次/2003年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939642 63939686 传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4245-9/D·3963 定价:19.00元

前 言

诉讼的实际目的及利益是法院给予权利人以救济。^{〔1〕}知识产权诉讼亦不例外。作为一种私权,知识产权侵权民事救济对权利人尤为重要。20年来,我国虽在知识产权立法及司法上取得了一定成就,但仍存在诸多不足之处。在知识产权受到侵害时,权利人得不到充分救济便是其中的一个方面。作家莫言曾投书媒体,就不法书商假冒其名义出版《岁月情殇》发表一份“软弱的声明”,^{〔2〕}表达了极度愤懑与无奈。其实,莫言遭遇盗名出版行为,在我国著作权法修改前后均可依法寻求民事救济。^{〔3〕}但其没有这样做。我们不应责怪作家的“软弱”,而应反思盗版者为何如此猖獗。

在我国已加入世界贸易组织的情况下,我国知识产权保护必须符合 Trips 协议的最低要求,且相关法律经过修订后已经符合了该协议的基本要求。但是,我国法律的修订并未彻底解决知识产权侵权民事救济中存在的问题,包括:1. 知识产权的概念、法律特征及知识产权侵权行为的概念,如知识产权是否必须为智力成果权,可复制性是否为知识产权的法律特征之一以及是否必须从过错与承担民事

〔1〕 Edward D. Re & Joseph R. Re, *Remedies*, Foundation Press, at 3 (5th ed., 2000).

〔2〕 2002年2月4日《北京青年报》第11版。

〔3〕 在我国著作权法修订前,对此类侵权行为的救济,可参考上海市第二中级人民法院一审、上海市高级人民法院二审的吴冠中诉上海朵云轩、香港永成古玩拍卖有限公司侵犯著作权纠纷案,一审案卷号为(1994)沪中民(知)初字第109号,二审卷号为(1995)沪高民(知)终字第48号。在我国著作权法修订后,见该法第47条第8项。

责任的角度定义知识产权侵权行为,这些问题的解决为研究知识产权侵权民事救济的前提。2. 我国法上新设定诉前禁令及诉中禁令的适用条件,如最高人民法院在相关司法解释中明确的禁令适用条件“被申请人正在实施或即将实施的行为是否构成知识产权侵权”是否科学,如何认定“不采取禁令,将给申请人的合法权益造成难以弥补的损害”等。3. 如何保护权利人在诉讼中享有的知情权问题。4. 知识产权损害赔偿的范围,如权利人为诉讼支出的律师费是否应予赔偿的问题;知识产权损害赔偿的原则;知识产权损害赔偿的计算方法,如权利人的实际损失、侵权人的非法获利、在确定法定赔偿数额时应考虑的因素以及我国知识产权法定赔偿制度存在的不足等问题。5. 知识产权侵权归责原则,如我国法应坚持过错责任原则,还是为某些学者所倡导的无过错责任原则。6. 停止侵害民事责任的适用条件,在何种情形下不应适用此种责任以及停止侵害与侵权产品、侵权工具没收及销毁的关系。7. 赔礼道歉、消除影响民事责任方式的适用条件,如赔礼道歉是否为知识产权侵权人当然承担的民事责任。8. 何谓即发侵权,权利人对即发侵权能够获得的救济形式。9. 知识产权侵权诉讼时效,如持续侵权的诉讼时效问题应如何解决,最高人民法院有关司法解释是否科学以及如何合理地解决知识产权持续侵权的诉讼时效问题。以上为知识产权侵权民事救济所涉及的部分重要问题,因在我国学术界及实务界存在重大分歧,故作为本书的研究重点。

西方国家具有较长的知识产权立法及司法史,在知识产权侵权民事救济方面已建立了一套完整的体系;学者们通过对法律及判例的研究,为侵犯知识产权民事救济的进一步完善提供了理论上的支持。而我国知识产权立法及司法历史较短,在2000—2001年间对主要知识产权法律进行修订之前,我国尚未建立完整的知识产权侵权民事救济的法律体系;学者也往往局限于对知识产权侵权民事救济某方面问题的探讨,缺乏对知识产权侵权民事救济的系统性研究。本书将以我国国内法为切入点,借鉴外国法上知识产权侵权民事救

济方面的某些成例^{〔4〕}及相关国际公约(尤其是 Trips 协议)之规定,采用理论与实践相结合、中外相结合的方法研究上文列举的问题,以探索国内法解决知识产权侵权民事救济的合理答案及构建知识产权侵权民事救济的完整体系为目的。

“无救济便无权利”。知识产权侵权民事救济,关系到对知识产权人合法权益及社会公共利益的保护,关系到我国政府承担的保护知识产权的国际义务能否适当履行,亦关系到我国知识产权立法目的能否实现及我国知识经济的健康发展。因此,本书的研究在理论及实践上均具有重要意义。

〔4〕 当外国法或国际公约对某一问题(如美国专利法上的“全部市场价值规则”及“市场份额理论”)有具体规定,而国内法尚处空白时,笔者将直接援引该外国法或国际公约上的成例来论述该问题,以此说明外国法或公约上的成例可以为我国法所借鉴。

序 一

过去的 20 年是我国知识产权立法从无到有的 20 年,是知识产权法律从起步到相对完备的 20 年,也是我国知识产权法学研究蓬勃发展的 20 年。回顾历史,探索社会变更的动因,这自然就联想到我国的改革开放政策。市场经济和“复关”、“入世”是导致知识产权制度迅猛发展的两大直接因素,而立法及司法活动的增强,又导致了我国知识产权法学研究的兴起。

虽然我国学术界对知识产权若干基本理论问题,如知识产权的概念及特征问题,尚存争议,然而不可否认的是知识产权所体现及保护的是一种利益,尤其是经济利益。知识产权人所关心的也主要是其利益的保护问题。如果知识产权人的利益得不到充分保护,那么再完备的法律也只会被别人讥笑为“纸面上的法律”。而知识产权人利益的保护,在发生侵权情况下则体现在其能获得的救济尤其是民事救济上。

张广良的专著《知识产权侵权民事救济》中所研究的一些问题也曾有人涉及过,如在某些知识产权教科书或案例评析汇编中,就有知识产权损害赔偿计算方法的论述。然而,在张广良创作本书之前,笔者在国内尚未见到系统研究知识产权侵权民事救济的专著,这也是我支持其作这一选题的重要原因。

知识产权侵权民事救济是个复杂的问题。若对此问题作深入研究,须对我国当前在知识产权侵权民事救济中存在的问题、国际发展趋势、相关国际公约,尤其是 Trips 协议之规定有个详细的了解,研究者须具备较为丰富的知识产权实践经验、较为扎实的知识产权理

论功底、较强的研究、解决问题的能力,甚至须具备较高的专业外语水平。张广良的工作经历、研究经历以及学习经历恰恰使其具备了这些条件。

学术专著贵在创新。作者在《知识产权侵权民事救济》一书中构建了知识产权侵权民事救济体系,将知识产权民事救济分成诉前救济、诉中救济及诉终救济三个阶段分别进行论述,并对知识产权侵权诉讼时效、即发侵权的救济等进行了独到研究。这些均为本书的创新之处,也是本书作为博士论文在经过专家匿名评审、预答辩及正式答辩等程序时,能够得到专家充分肯定的原因。

作为一本学术专著,书中的某些观点仍有商榷之余地。当然,知识产权仍是我国法学研究中的新兴学科,许多问题值得学术界及实务界进行更为细致研究。我们期待新观点、新学说、新作品的出现。作为其师,我希望张广良在做好法官职业的同时,继续保持学术研究的兴趣及热情,创作出更多更好的作品。

郑胜利

2003年2月

序 二

我国知识产权理论界一直比较关注知识产权侵权判定问题,许多著述研究了大量国外判例、学说,对我国知识产权侵权理论的形成及发展起到了积极的推动作用。然而,对于知识产权侵权的法律救济问题,我国理论界却着墨不多,鲜有专著问世,将之视为纯实务工作且无太大理论价值是导致这一现状的主要原因。

对知识产权权利人、侵权人及法官而言,侵权救济是个至为重要的问题,值得从理论上进行深入研究。首先,对权利人而言,其诉讼的根本目的通常并非请求法院认定被告的行为构成侵权,而是对侵权人进行制裁并使自身获得充分的司法救济。权利人在诉讼中会算一笔经济帐,权衡通过诉讼来制裁侵权、保护知识产权利益是否“划算”,会不会在经济上得不偿失。其次,对侵权人而言,一旦被起诉将面临什么样的法律后果是其非常关心的问题。如果对其制裁力度不够,侵权所得利益高于因制裁而遭受的损失,将“激励”侵权人继续其侵权行为;反之,其将接受侵权受到的“教训”,从而“痛改前非”。最后,对法官而言,在裁决中要考虑当事人之间的利益平衡甚至案件当事人与社会公众之间的利益平衡问题。一方面法官对侵权人的制裁应足以挽回权利人的损失,使其得到相应的补偿,同时也要使侵权人感受“切肤之痛”,从而对社会公众起到警示作用;另一方面,制裁也不是无限制的,法官应根据侵权情节、社会经济的实际状况,考虑救济的合理性,以顾及侵权人的权益乃至社会公共利益。

救济是权利的保障。当知识产权对各国经济发展起到越来越重要的作用,当国际社会通过国际条约不断提高知识产权国际保护水

平之际,结合国际、国内情况对知识产权侵权法律救济尤其是民事救济进行系统研究极具意义。本书对此问题进行了适时的专题研究,并从诉讼的各阶段,对民事救济的各种形式进行了系统深入的探讨。

本书作者在法学方面受到过良好、系统的教育,多年来在从事知识产权审判实践的同时重视理论问题的研究,对理论及实践中存在的知识产权民事救济的难点、热点问题深有体会。作者利用其在北京大学法学院深造之机,对这些问题进行了研究,付出了大量的心血,并形成了许多具有创新性的成果。因此,我相信本书对知识产权理论界及实务界将具有很好的参考价值。

宿 迟

2003年2月

目 录

序一.....	(1)
序二.....	(1)
前言.....	(1)
第一章 导论.....	(1)
第一节 知识产权基本理论问题.....	(1)
一、知识产权的概念	(1)
二、知识产权的法律特征	(9)
(一)知识产权是一种无形财产权	(9)
(二)知识产权是一种支配权	(10)
(三)知识产权是具有地域性的权利	(11)
(四)知识产权是具有时间性的权利	(12)
三、知识产权的合理性	(13)
(一)知识产权合理性法哲学分析	(14)
(二)知识产权合理性经济分析	(19)
(三)关于知识产权合理性问题的思考	(22)
第二节 知识产权侵权行为.....	(24)
一、知识产权侵权行为的概念	(24)
二、知识产权侵权行为的种类	(29)
(一)故意侵权行为、过失侵权行为以及无过错 侵权行为	(29)
(二)直接侵权行为与间接侵权行为	(30)
(三)一般侵权行为与特殊侵权行为	(35)

(四)单方侵权行为与共同侵权行为	(35)
第三节 知识产权侵权民事救济概述	(36)
一、救济的概念及分类	(36)
(一)救济的概念	(36)
(二)救济的分类	(36)
二、知识产权民事救济的概念及法律特征	(38)
(一)知识产权民事救济的概念	(38)
(二)知识产权民事救济的法律特征	(38)
三、知识产权民事救济的内容	(38)
第二章 诉前救济	(40)
第一节 诉前救济概述	(40)
一、诉前救济概念	(40)
二、诉前救济分类	(40)
第二节 诉前禁令	(41)
一、诉前禁令的目的	(41)
二、诉前禁令适用条件	(42)
三、对我国诉前禁令适用条件的思考	(43)
(一)被申请人正在实施或即将实施的行为是否 构成知识产权侵权行为	(44)
(二)不采取诉前禁令,是否会给申请人的合法权 益造成难以弥补的损害	(47)
(三)申请人提供担保的情况	(50)
(四)责令被申请人停止有关行为是否损害社会 公共利益	(51)
第三节 诉前证据保全	(53)
一、诉前证据保全的目的	(53)
二、诉前证据保全适用条件	(53)
第四节 诉前财产保全	(56)
一、诉前财产保全的目的	(56)

二、诉前财产保全适用的条件	(56)
第三章 诉中救济	(58)
第一节 诉中救济概述	(58)
一、诉中救济概念	(58)
二、诉中救济分类	(59)
第二节 诉中禁令	(60)
一、诉中禁令适用的法律依据	(60)
二、诉中禁令与诉前禁令的异同	(63)
(一)诉中禁令与诉前禁令的相似点	(63)
(二)诉中禁令与诉前禁令的差异	(63)
三、我国诉中禁令与诉前禁令制度之完善	(65)
(一)当事人对诉中禁令与诉前禁令裁决上诉及 要求审理的权利	(65)
(二)诉前禁令与诉中禁令的范围及形式要求	(67)
第三节 诉中财产保全、诉中证据保全以及权利人知 情权的保护	(68)
一、诉中财产保全及我国财产保全制度之完善	(68)
二、诉中证据保全及权利人知情权的保护	(70)
(一)诉中证据保全	(70)
(二)权利人知情权的保护	(70)
第四章 诉终救济:知识产权侵权民事责任概述	(73)
第一节 概说	(73)
一、知识产权侵权民事责任的概念	(73)
二、知识产权侵权民事责任的分类	(75)
三、知识产权侵权民事责任的形式	(75)
四、知识产权侵权民事责任的功能	(76)
第二节 知识产权侵权归责原则	(77)
一、侵权归责原则的概念以及我国法上的侵权归责 原则	(77)

(一)侵权归责原则的概念	(77)
(二)我国法上的侵权归责原则	(79)
二、关于知识产权侵权归责原则的学说	(82)
(一)过错责任说	(82)
(二)混合说	(83)
(三)无过错责任说	(83)
三、我国知识产权侵权应坚持过错责任原则	(84)
(一)对知识产权侵权归责原则上述三学说的评价 ...	(84)
(二)过错的概念及认定标准	(85)
(三)知识产权侵权过错的认定	(87)
(四)我国知识产权侵权为什么应坚持过错责任 原则	(88)
(五)我国知识产权侵权过错责任原则的适用及 例外	(92)
第三节 知识产权侵权民事责任的构成要件	(93)
一、概念	(93)
二、损害事实	(94)
(一)损害的概念及构成要件	(94)
(二)损害的分类	(96)
三、因果关系	(97)
第五章 停止侵害	(101)
第一节 停止侵害的适用	(101)
一、停止侵害的适用条件	(101)
(一)原告诉请	(101)
(二)侵害正在进行或者有再次发生之虞	(102)
二、停止侵害的适用范围及语言要求	(104)
第二节 不适用停止侵害责任方式的具体情形	(105)
一、知识产权人利益与社会公共利益平衡之结果倾 向于社会公共利益	(105)

(一)专利领域	(106)
(二)著作权领域	(108)
(三)商标权及不正当竞争领域	(110)
二、权利人的“默示许可”	(111)
第三节 停止侵害责任方式适用的特殊情形	(115)
一、在侵犯商业秘密案件中,永久性禁令的适用问题	(115)
(一)Shellmar 规则	(115)
(二)Conmar 规则	(116)
(三)K-2 规则	(116)
二、在侵犯著作权案件中,法院发布禁令所保护的 权利范围问题	(119)
第四节 停止侵害与相关责任方式	(121)
一、停止侵害与收缴侵权工具、销毁侵权产品等 责任方式是否存在区别	(122)
(一)收缴侵权工具及销毁侵权产品是否属于民 事责任方式	(122)
(二)收缴侵权工具及销毁侵权产品是否属于停 止侵害责任的具体手段	(126)
(三)我国法院是否可在民事判决书中在判令被 告承担停止侵害责任的同时,一并判令收缴 侵权工具及销毁侵权产品,而无需单独制作 民事制裁决定书	(128)
二、在知识产权诉讼中,法院是否可以采取判令注销 被告取得的知识产权或将该知识产权转让给原 告所有	(130)
三、英美法上的某些救济方式是否可以为我国法所 移植	(133)
第六章 损害赔偿	(136)
第一节 知识产权损害赔偿基本理论问题	(136)

一、损害赔偿的概念	(136)
二、赔偿范围	(137)
(一)精神损害是否应列入赔偿范围	(139)
(二)商誉损害是否应列入赔偿范围	(140)
(三)对于权利人为调查和制止侵权所支付的合 理费用是否应列入赔偿范围	(141)
(四)判决前利息是否应列入赔偿范围	(151)
三、赔偿原则	(152)
四、损害赔偿之性质	(154)
第二节 知识产权侵权赔偿数额计算方法的演变及对 现行赔偿数额计算方法的评价	(156)
一、赔偿数额计算方法的演变	(156)
(一)在主要知识产权部门法修改之前	(156)
(二)在主要知识产权部门法修改之后	(158)
二、对现行赔偿数额计算方法的评价	(160)
(一)不同法律在表达同一概念时用词不一	(160)
(二)不同法律对于赔偿数额计算方法的适用次 序规定不一	(160)
(三)法定赔偿制度未能发挥应有之功效	(163)
三、赔偿数额的底线问题	(164)
第三节 损害赔偿额的具体计算方法	(165)
一、权利人的实际损害	(166)
(一)实际损害可以确定的,即可通过权利人的利 润损失、对商誉损害赔偿费、消除不良影响 的支出、精神损害赔偿费来计算赔偿数额的 情形	(166)
(二)实际损害难以确定的,可以通过案涉知识产 权的市场价值如合理的许可使用费来计算 赔偿数额的情形	(184)

二、侵权人的非法获利	(190)
(一)侵犯著作权案件	(191)
(二)侵犯商标权及不正当竞争案件	(192)
(三)侵犯专利权案件	(192)
三、法定赔偿额	(193)
四、判决前利息的计算	(195)
五、律师费的计算	(195)
第四节 损害赔偿责任的限制	(197)
一、对侵权产品的销售者、使用者赔偿责任的限制	(197)
二、对侵权复制品的出版者、制作者、发行者、出租者 赔偿责任的限制	(198)
三、在网络环境下,对在线服务商赔偿责任的限制	(199)
第七章 赔礼道歉 消除影响	(206)
第一节 赔礼道歉、消除影响的概念及其在我国知识 产权侵权诉讼中的适用现状	(206)
一、赔礼道歉、消除影响的概念	(206)
二、赔礼道歉、消除影响在我国知识产权侵权诉讼中 的适用现状	(206)
第二节 赔礼道歉、消除影响在知识产权侵权诉讼中 适用之完善	(208)
一、法律依据上的分析	(208)
二、赔礼道歉、消除影响的适用条件	(209)
(一)赔礼道歉的适用条件	(211)
(二)消除影响的适用条件	(215)
三、赔礼道歉、消除影响是两种独立的民事责任方式	(216)
四、赔礼道歉、消除影响适用方式	(218)
(一)具体方式	(218)
(二)适用方式的可执行性及经济效率的问题	(219)
五、赔礼道歉、消除影响民事责任方式的强制执行	(221)