

冯晓青 杨利华等/著

知识产权法 热点问题研究



中国人民公安大学出版社

知识产权法热点问题研究

冯晓青 杨利华等 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法热点问题研究/冯晓青, 杨利华等著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005

ISBN 7-81087-976-6

I. 知... II. ①冯... ②杨... III. 知识产权法—研究—中国 IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 002489 号

知识产权法热点问题研究

ZHISHI CHANQUAN FA REDIAN WENTI YANJIU

冯晓青 杨利华等 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2004 年 12 月第 1 版

印 次: 2004 年 12 月第 1 次

印 张: 17.75

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 445 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81087-976-6/D·738

定 价: 37.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

前 言

本书聚焦于知识产权法学研究与实务工作中的热点问题，以知识产权法的利益平衡原理为主线，从基础理论、制度规范和司法实务等角度分别探讨了知识产权法与公共利益、知识产权的权利限制、知识产权滥用的反垄断法规制、知识产权侵权的归责原则、著作权保护与信息资源共享的利益冲突与平衡、计算机软件保护与侵权、驰名商标的淡化、商业秘密侵权及民事司法救济等问题。对于这些问题的探讨，有益于深化对知识产权法学研究的基本问题的理性认识，推动知识产权法这一学科不断走向成熟。

知识产权法是一门应用性极强的法学学科，但这丝毫没有影响其理论上的博大精深。本书探讨的知识产权法的若干热点问题，就反映了这一特色。本书既有高屋建瓴的理论探讨，又有深入浅出的制度分析，更有引证翔实的实例分析，具有开拓性、前瞻性、理论性、实践性等特点，对于从事知识产权领域理论与实践的工作者、产业人士及对知识产权问题感兴趣的其他各界人士具有很强的参考作用与指导价值，是知识产权法研究方面的重要读物。

本书各章的写作分工如下：

第一章，冯晓青、杨利华；

第二章，刘淑华（中国人民大学法学院博士）；

· 2 · 知识产权法热点问题研究

第三章，郑颖捷（中国政法大学法学硕士）；

第四章，黄箭（湖北荆门检察院、法律硕士）；

第五章，熊艳玲（湖南省委统战部、法律硕士）；

第六章，钟照元（国防科技大学教师、法律硕士）；

第七章，宋振凌（嘉应学院教师、法律硕士）；

第八章，刘勇前（湖南省公安厅、法律硕士）；

第九章，林志根（湖南省高级人民法院法官、法律硕士）。

本书各章完成后，最后由冯晓青教授、杨利华副教授进行了统稿，并最终定稿。刘淑华参与了全书统稿工作。

由于作者水平有限，错谬之处在所难免，敬希给予批评指正。

作 者

2004 年 11 月

目 录

前言	(1)
第一章 知识产权法与公共利益	(1)
一、引言	(1)
二、知识产权私权的公权化	(1)
三、知识产权法中公共利益的内涵	(12)
四、著作权法与公共利益	(16)
五、专利法与公共利益	(38)
六、商标法与公共利益	(50)
七、商业秘密法与公共利益	(66)
八、知识产权法与促进竞争、反垄断的 公共利益	(75)
九、结语	(109)
第二章 知识产权的权利限制研究	(110)
一、引言	(110)
二、知识产权权利限制的理论基础	(113)
三、知识产权的权利限制体系	(134)
四、新技术条件下知识产权限制制度的 发展趋势	(161)
五、结语	(173)

第三章 知识产权滥用的反垄断法规制	(174)
一、前言	(174)
二、知识经济条件下知识产权的新发展	(175)
三、知识产权垄断合理性的再思考	(178)
四、知识产权滥用的一般分析	(189)
五、反垄断法对知识产权滥用的规制	(202)
六、我国知识产权领域反垄断立法构想	(216)
七、结语	(224)
第四章 知识产权侵权归责原则	(226)
一、引言	(226)
二、归责原则之基本理论	(227)
三、知识产权侵权归责原则之理论分析	(238)
四、知识产权侵权归责原则之比较考察	(250)
五、知识产权侵权过错原则之适用	(263)
六、结语	(279)
第五章 著作权保护与信息资源共享的利益冲突及平衡	(281)
一、引言	(281)
二、著作权保护与信息资源共享的合理性	(283)
三、著作权保护与信息资源共享的利益冲突	(296)
四、著作权保护与信息资源共享利益平衡机制之构建	(307)
五、结语	(328)

第六章 我国计算机软件著作权保护问题研究	(329)
一、引言	(329)
二、财产权理论与计算机软件著作权	(331)
三、计算机软件著作权保护的理论基础	(342)
四、计算机软件著作权保护制度中的两个突出 问题分析	(365)
五、结语	(378)
第七章 计算机软件著作权侵权问题研究	(380)
一、引言	(380)
二、计算机软件著作权侵权行为类型	(381)
三、计算机软件著作权侵权行为认定	(397)
四、计算机软件著作权侵权损害赔偿	(409)
五、侵权例外——计算机软件著作权权利限制	(422)
六、结语	(433)
第八章 驰名商标淡化问题研究	(434)
一、引言	(434)
二、驰名商标淡化概述	(435)
三、驰名商标淡化理论的探讨	(449)
四、驰名商标淡化的法律规制	(467)
五、网络环境下驰名商标的淡化问题	(480)
六、结语	(494)
第九章 商业秘密侵权及其民事司法救济探讨	(496)
一、引言	(496)
二、商业秘密概述	(499)

• 4 • 知识产权法热点问题研究

三、商业秘密侵权行为之构成	(516)
四、商业秘密侵权的民事司法救济制度 及其在我国的完善	(537)
五、结语	(557)

第一章 知识产权法与公共利益

一、引言

一般认为，知识产权法是调整因创造性智力劳动成果而产生的社会关系的法律规范的总称。在性质上，知识产权法属于“私法”范畴，知识产权法保护的知识产权在本质上被相应地界定为一种“私权”。但是，上述性质的界定并不等于说知识产权法与公共利益无关，更不等于说知识产权法中不存在公共利益目标。实际上，知识产权法与公共利益之间存在着非常密切的联系。本章将从知识产权的私权公权化趋向与性质入手，探讨知识产权法与公共利益之关系，并着重分析知识产权诸专门法中公共利益的体现。领会知识产权法与公共利益的关系将有利于更好地驾驭知识产权法的本质。

二、知识产权私权的公权化

知识产权具有私权性。知识产权在不符合私权原则的环境下产生，并逐渐演变成被多数国家普遍接受的私权。在当代，知识产权的私权性并没有发生变化，但国家介入因素在增强。换言之，知识产权私权的公权化因素在增强。知识产权私权的公权化表明知识产权已经不是一种纯粹的私权，而是一种具有公权因素在内的私权。知识产权私权的公权化趋向不仅在知识产权理论上得到了肯定，而且在司法实践中也被具体体现。以专利权为例，在传统的私权层面上，专利法将专利权看成为财产权。但在 20

世纪,美国最高法院开始从“公法”方面看待专利法问题。更特别的是,它甚至将专利法看成是公法,认为这种法律应当考虑建立新的规则以实现合乎需要的公共政策目标。在这里,“专利”和“垄断”之间的混淆变成了一个核心的问题。“专利权是垄断的表达”,在美国最高法院的判例中多次出现。如在 *International Salt Co. v. United States* 案件中,^① 美国最高法院指出,“专利权被赋予了有限的垄断权”。不过,美国最高法院也没有忘记专利这种垄断本身的私权性。如在 1958 年的 *Northern Pacific* 案件中,最高法院认为,“专利不总是对一个特定的商品赋予垄断权,这是一个常识”。^② 但此后反垄断政策对专利的“敌意”在美国最高法院中仍然存在:法院反对“任何通过市场力试图扩大专利垄断权的范围以限制市场竞争”。^③

知识产权私权的公权化趋向和特色在专利以外的知识产权中同样存在。例如,著作权是私权,但从来没有被当成是绝对的私权,而是被认为是公共性很强的私权,具有很强的公共性与社会性。商标权的财产化使商标权人准作者化,从而强化了商标权的私权性,但商标权保护消费者利益和促进有效竞争的社会公共利益功能也使这种私权具有很强的公共性和社会性,从而也具有一定程度的公权属性。

从法理学的角度来说,公权与私权在法律上体现为公法与私法的调整,而传统上公法与私法二元法律结构的划分,是建立在政治国家与市民社会的分离与对抗的基础之上的。从知识产权法的沿革看,在 18 世纪末,知识产权是作为对智力成果的“垄断

① 332 U. S. 392, 395 (1947); 另参看 *Morton Salt Co. v. G. S. Suppinger Co.*, 314 U. S. 488, 491 (1942)。

② *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U. S. 1, 10 n. 8 (1958)。

③ *Jefferson Parish Hospital District No. 2 Hyde*, 466 U. S. 2, 16 (1984)。

权”而创设的。但这种垄断权已经不是具有“特权”性质的公权，而是作为一种民事权利被确认。19世纪以来，随着工业的发展和国家调控机制的进一步扩大，法律对民事权利的确认就在确认和保护的基础之上又增加了管理的职能，因此，专利权、商标权从作为普通的民事权利即知识产权的基础之上，变为具有国家管理内容的工业产权——同时成为一种具有国家意志的经济权利。经济权利与民事权利的本质区别是：前者是在承认私权的前提下强调国家的管理即公权，后者则特别强调权利者的意思自治，属于私权。^① 20世纪以来，西方国家出现了“法律社会化”、“私法公法化”趋势的立法潮流和理论发展。在这股私法公法化的潮流中，政治国家与市民社会的分野日益模糊，公法与私法的相互渗透和融合形成了所谓“第三法域”。^② 公法向私法的渗透的一个重要的特征是公权的介入，而公权的一个重要特征则是国家的介入，是国家权力对私权领域的直接干预。在这种氛围中，知识产权私权的公权化也越来越明显。然而，公权的渗入并未从根本上改变知识产权的私权性。这种“公”、“私”融合，可使知识产权在当代更加符合社会发展需要。对此，我们可以从以下三方面来加以认识：

一是知识产权法本身是平衡知识产权人与社会公众利益的调节器，这种“平衡”是一种动态的平衡，它需要适时由公权介入进行调整。

作为一种私权的知识产权存在公权的渗透，知识产权法需要在知识产权人和社会公众利益之间达成利益平衡。从一定的意义上说，这源于知识产权的客体知识产品的公共产品和私人产品的

① 刘华、戚昌文：《直面知识经济：知识产权的冲突、调整与发展走向》，载《华中师范大学学报（人文社会科学版）》2000年第5期。

② 董保华等著：《社会法原论》，中国政法大学出版社2001年版，第11页。

双重属性。知识产品的公共产品属性，可以从其与有形产品的特征比较中加以理解。

关于财产，传统的法律区分为有形财产和无形财产，前者是“有形的”，受物质限量的控制，而后者是无形的和抽象的。有形财产的最重要的特征是使用的排他性或者说独占性，即某人占有了一个有形的物质财产后，在同一时间内就排除了其他人的占有和消费。然而，作为无形财产的知识产品却不具备有形财产的自然或者物理上的排他特征，而是具有非物质财产的特征。权利不是围绕着抽象知识产权的非物质实体，相反，知识产权围绕着物质体现或者表达的控制。知识产权法通过保护生产和控制那些思想的物质体现来保护权利人的利益。知识产权是围绕着对于物质体现的控制或者思想的表征的权利，而无形的知识产品是以有形的物质载体形式公开的。知识产品本身是一种非排他性的、非竞争性的产品。这种非竞争商品的本质特点是使用者的使用不会发生冲突——知识产品被某人使用的同时并不排除其他人的占有和使用。这一特点体现了知识产品作为一种知识和信息供应的独到特点，即将信息给其他的某一个人使用不会减少对信息的供应，也不会使信息的提供人变得贫困。

知识产品的非排他性可以说是知识产品的第一个特征，也是经济学家将知识产品这样的信息看成是公共商品的一个原因——在经济学的意义上，知识产品这种信息是公共商品，因为当信息被提供给别人时，信息并没有被削减，并且一旦信息在公众中被传播，几乎没有什么可能阻止他人所获悉。从这个意义上讲，排除他人对于特定的发明或者复制某一作品对于解决知识产权人的个人独立控制不是基本的手段。在认识知识产权的正当性时，知识产品的这种在占有和使用上的非排他性应该牢固地印在脑海中。实际上，“这一事实对于知识产权理论也是很重要的，因为它意味着传统的对有形财产的经济方面的解释不适用于知识产

权。在自然状态下,并不存在思想滥用或者过分分配的危险,也不存在为谁能使用它而产生争斗的危险”。^①在知识产权实践中,知识产权盗版的泛滥也与对知识产品非排他性的扭曲性认识有关:偷窃了有形财产的人排除了被偷窃物的所有人对被偷窃物的占有。知识产品被“偷窃”后,“原物”却完好无损,这使得不少人不仅自然而然地感到擅自复制和使用知识产品并不是什么偷窃行为,而且反而认为限制对知识产品的接触是不正当的。

与有形财产相比,知识产品的第二个特征是使用的非消耗性。有形财产使用的消耗性是显而易见的。知识产品则不同,即知识产品不会通过使用而被消耗掉,某一个人的使用也不会导致另外一个人使用量的减少,也不会影响另外一个人的使用,即知识产品的个人消费不影响其他人的消费,不特定的个人可以共享某一公开的信息资源。不同的人使用同一个知识产品不会相互剥夺,相反,随着时间的推移或者被更多的人使用,知识产品的影响力增加了,并且一个知识产品被其他人利用可以增加新的知识产品。用经济学的术语来说,将一个知识产品提供给额外的用户使用的边际成本是零。这也与有形财产不同,因为使用者的多方面的使用没有增加利用知识产品的成本。知识产品的流转虽然有交易成本,现代技术却可以使知识产品以很低的成本被获取。换言之,尽管知识产品的最初开发是有成本甚至成本是很高的,知识产品的成本分配却是零或者接近于零。基于这一特点,从静态经济学的角度来看,知识产品应不受限制地为可能利用的人打开方便之门。

知识产品的第三个特点是,知识产品的“公共产品”特性

^① Robert P. Merges, Peter S. Menell, Mark A. Lemley, Thomas M. Orde, INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE, New York, Aspen Law & Business, 1997, p. 2.

决定了通过私人手段很难控制，即具有难以控制的特性。与有形的财产像土地和牲畜不同，要占有和控制知识产品这种信息以及排除他人的使用是很困难的。一旦信息脱离了最初创造者的直接控制，变成了一个“公共商品”，这种商品可以被无限地复制而不会损害最初拥有者的使用。知识产品的非排他性表明，知识产品这种信息一旦被公开，要排除他人不付费用就不能使用是极端困难的。在实践中，要阻止他人擅自使用这些公共产品意义上的知识产品几乎不可能。特别是当一个知识产品具有潜在的价值，而又比较容易地被他人复制、使用时，“搭便车”的问题便出现了，因为很难阻挡人们不付费而消费这种具有公共性和非排他性的公共产品。排除知识产品这种信息搭便车的问题提出了信息稀缺的一个严重的问题，即信息的生产者因为搭便车者的行为而不能收回信息生产的成本。在不能收回信息生产成本的情况下，信息生产者被迫通过停止信息生产而使成本不再发生。结果，潜在、丰富的信息将会减少，最终使信息丰富的世界变成了信息贫乏的世界。

上述知识产品的公共商品属性在对社会公众的意义上，主要体现在它是社会公众获得和利用知识与信息的基本“内核”，是社会文明进步的基本“养料”。由于授予的知识产权首先而且直接地表现为对知识产品的垄断或者说专有，而这种专有是对知识产品利用的直接限制，没有国家权力的干预及对知识产权人的专有权利进行适当的控制，社会公众对知识和信息的需求就难以得到满足。另一方面，知识产品与有形财产相比具有的无形性、不可实际占有和控制性又使得国家通过专门的知识产权法律授予知识产权人以专有权具有极大的必要性。没有这种专有权的赋予，知识产品创造者将因为搭便车者的行为而无从从知识产品中获得必要的利益，这使得对知识产品赋予产权保护比物权保护更重要。也就是说，同一个知识产品上，知识产品所有人和社会公众

利益的保障都有赖于法律对知识产品的调整。这种调整表现为在赋予知识产品所有人以专有权的同时给予知识产权以必要的限制与控制。在形式上,这体现为知识产权自身的利益平衡机制;^①在实质上,则体现为国家公权对知识产权领域的适当调整,以使知识产权保护在充分保障权利人利益的同时,平衡和协调在获得知识和信息的一般社会公众利益基础之上的更广泛的社会公共利益,实现社会效用最大化。

二是知识产品的双重属性和知识产权本身的专有特征决定了知识产权法在维护自身上述动态的利益平衡机制中,离不开公权的广泛介入和调整。

上面提到在确认和保护知识产权私权的过程中,管理职能的增加使得像专利和商标权成为了具有国家意志的经济权利。其实,如下面将要分析的,著作权也具有这一特征。在知识产权法律规范中,确实存在很多管理内容方面的规范,其中相当一部分属于知识产权行政管理范畴。^②具体而言,无论是从知识产权的确权、知识产权的行使还是知识产权的保护等方面,都在不同的程度上体现了国家公权力对知识产权保护的渗透,体现了私权与公权在一定的程度上的融合。

就知识产权的确权而论,行政确权是知识产权这种专有权产生的主要特点。由于知识产品不同于有形物“得物获权,物去权失”的特点,它一般必须由国家专门的机关明确的授予才能获得。各国的专利法、商标法都对获得专利权和商标权的行政程

① 知识产权法是一种比较典型的利益平衡机制。参看冯晓青:《利益平衡论:知识产权法的理论基础》,载《知识产权》2003年第6期。

② 相应地,知识产权法调整的关系中有相当一部分在性质上属于行政法律关系。正是基于此,在对知识产权法的学科分类上,有的学者主张将知识产权法纳入行政法。不过应当指出,知识产权法的调整对象并非都是行政关系,知识产权法规规范更多的是平等主体之间的法律关系。

序作了具体的规定，一般规定的是申请、审查和登记程序，如专利法中的先申请原则和形式审查与实质审查制度。没有审查、登记等程序的确认，有些知识产权特别是专利权将无从获得保障。审查登记程序的适用，一方面使知识产权人的权利被以公示的形式^①独占化，并排除了其他同样的知识产品的专有权利；另一方面也在于它可以鉴别知识产品是否具有摆脱了自然状态的先进性和可识别性。这也就是授予专利权的发明必须“或多或少应包含技术改进，与已知的技术相比至少需要具有一定的先进性”^②的原因。虽然当代对于著作权和商业秘密的保护不存在像专利和商标一样的申请、审查和授权的行政确权程序，而是在符合法律规定条件下实行自动保护，这种保护依然最终需要由著作权法和商业秘密法确认。

就知识产权的行使而论，知识产权法律的一些制度也体现了公权介入的特色。这主要体现于两方面。首先是对知识产权人处分自己的权利，如实施许可、转让等规定了相应的程序性条件。例如，专利权转让登记、商标权转让备案、商标使用许可的备案。本来，知识产权行使自己的私权，是在权利人和另一方当事人之间发生的法律关系，但基于知识产权是一种对世权，这种法律关系的产生、变更会对社会公众产生影响，这样一来即使是进行私权性质的使用，也需要有行政程序的干预。其次是为了促使知识产权人正当地行使自己的权利，同时确保社会公众和竞争者的利益，知识产权法律对知识产权人的某些行为规定了强制许可的行政措施。在特定的情况下，有的国家的知识产权法律甚至规

① 由于知识产权的专有权利的效力范围及于全国或地区，审查、登记程序还具有使某人的所有权具有公示的效力。

② W. R. Cornish, INTELLECTUAL PROPERTY: PATENTS, COPYRIGHT, TRADE MARKS AND ALLIED RIGHTS, London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 9 ~ 10.