

西安交通大学法学研究成果

知识产权法与公司法 新问题研究

马治国 主编

西北大学出版社

知识产权法与 公司法新问题研究

马治国 主编

西北大学出版社

· 西安 ·

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法与公司法新问题研究/马治国主编. —西安:西北大学出版社, 1999

ISBN 7-5604-1427-3

I. 知… II. 马… III. ①知识产权-研究-中国②公司法-研究-中国 IV. D923.44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 62906 号

知识产权法与公司法新问题研究

马治国 主编

西北大学出版社出版发行

(西北大学校内 邮编 710069 电话 8302590)

新华书店经销 陕西省印刷厂印刷

850 毫米×1168 毫米 1/32 开本 10.25 印张 266 千字

1999 年 11 月第 1 版 1999 年 11 月第 1 次印刷

印数: 1—1000

ISBN 7-5604-1427-3/D·115 定价: 18.00 元

内容摘要

本书以知识产权法和公司法在立法和司法实践中产生的新型法律问题为研究课题，进行了较为深入的探讨。内容分为两大部分：知识产权法，包括软件保护立法、软件产品缺陷的法律责任、多媒体作品保护、著作权集体管理组织法律问题、图书出版合同、信息技术发展对版权法的影响以及驰名商标保护等法律问题；公司法，包括对公司职工持股法律问题的研究、企业产权法律制度、公司兼并收购法律问题、公司破产重整制度立法和跨国并购中的法律冲突、法律适用及法律协调问题的研究。本书通过对若干个专题的研究，从不同侧面对国内外相同或类似制度进行比较，提出了适合我国借鉴的立法建议，对我国知识产权法和公司法的完善有重要参考价值。

序 言

依法治国，建设有中国特色的法制国家，需要各种层次、各种类型的法学人才，由于科学和新技术的迅猛发展，相关法律问题往往需要既懂法律又善于理解各种新技术的复合型法学人才才能够研究和解决。西安交通大学管理学院技术经济法律研究中心，是我国以工科为主的大学首先尝试培养交叉性、高层次法学人才的硕士点，其特点是从工科大学毕业生中招收法学硕士研究生，培养方向为：科技法、知识产权法、现代企业及公司法律制度研究。本研究机构是我国最先设立的经济法硕士点之一，从1986年创办开始迄今已经招收15届经济法法学硕士研究生，学生人数达120余人，为我国开创高层次、复合型法学专门人才的培养做出了创新性探索，取得了成功的经验。

本书收录的研究成果是西安交通大学技术经济法律研究中心1995年至今的部分成果，力图充分体现复合性、高层次法学专门人才的研究选题方向和研究方法及思路上的特点。现选择出版的部分研究专题仅限于本书选题的需要而定，凡研究方向符合知识产权法或公司法范畴的均被压缩摘录其中，以供读者在这两个领

域与我们相互了解、交流和促进。其他研究方向的成果，将视机会适时出版。

本书的出版纯属本人及本研究机构为经济法学硕士的教学、理论研究和法律实务的需要而为，本研究中心自成立以来，已走过了14年历程，在经济法学硕士研究生的教学研究、素质培养、科研训练、法律实务等方面都取得了显著成果，本书的出版可以看作是对已有成果的初次“收割”，还需进一步总结经验，不断创新。

本书中选录的研究专题，除第一篇和最后一篇外均属已毕业研究生的学位论文的精要摘录，署名方式依次为：研究生、指导教师（导师）、其他指导教师。体现了研究生和指导教师共同从事研究的实际过程和教学相长、优势互补、集体研究、力量凝聚的研究特点。

本书在出版过程中得到了部分毕业生力所能及的资助，在此谨致谢意。

马治国

1999年9月29日

目 录

上篇 知识产权法新问题研究

论知识产权的适度保护·····	马治国	(1)
多媒体作品在创作与使用过程中所衍生的版权问题 ·····	汪应筠 黄瑞华	(12)
驰名商标的法律保护·····	胡建平 马治国	(31)
现代信息技术环境下的版权法律制度研究 ·····	徐敏韬 黄瑞华	(56)
软件保护法律制度研究·····	孙可舟 马治国	(86)
软件产品责任的构成和免责事由研究 ·····	贾文中 黄瑞华 马治国	(114)
图书出版合同的法律特征研究·····	李 勤 马治国	(146)
中国著作权集体管理组织立法研究·····	吕艳红 马治国	(165)

下篇 公司法新问题研究

我国公司中职工持股法律制度研究·····	瞿 淼 马治国	(186)
企业产权交易实体性法律问题研究·····	周 艳 马治国	(207)

改制式兼并的法律关系研究·····	王 炯 马治国(230)
对我国关联公司法律问题的研究·····	陈卫杰 马治国(246)
中外上市公司收购制度立法比较研究	
·····	严锡忠 马治国 冯 涛(264)
我国破产重整制度立法研究 ·····	张译允 马治国(279)
跨国并购中的法律冲突、法律适用及法律协调	
·····	马治国 任宝明(305)

论知识产权的适度保护

马治国

在任何时代，法律都始终解决的是社会利益平衡问题，所以对待任何利益的保护或限制都必须建立在合理的“度”的基础之上。在目前讨论知识经济时代知识产权保护的特征时，法律理论界一味强调知识产权保护的“强度”、“力度”，实现对国际保护的接轨等问题。但本文却拟从另一个角度辩证的、全面的对过度保护的危害性进行法律理论和实务两个方面的分析论述，试图指出，在我国目前乃至将来知识经济时代到来，对知识产权的保护都应当适度，过度保护会导致另一种危害后果，也会构成另一种侵权行为，最终会走向伤害知识产权拥有人的积极性，妨碍科技进步，不能达到预期的保护目的。要解决适度保护问题，应在立法和司法上做出一些积极的努力。

一、关于我国知识产权保护的“度”的提出

我国由不重视知识产权的保护，发展到重视保护，直至达到与国际知识产权保护水平基本接轨，只用了短短的10年时间，却走过了包括美国在内的西方发达国家几十年甚至上百年的发展历程^[1]。中国知识产权法制建设的速度之快，起点之高，得到了世界公认，正如世界知识产权组织总干事鲍格胥博士在1993年的高

度评价：“在知识产权史上，中国完成所有这一切的速度是独一无二的”^[2]。在对待知识产权的问题上，中国目前的重点工作是加强知识产权保护的力度，为了加入WTO，在立法上向发达国家作出了巨大的让步，在执法上加大力度，打击各种知识产权侵权与犯罪行为。一些软件大国、网上经济发达的国家，向其他落后国家不断施加压力，要求提高知识产权保护力度，否则将封锁本国的先进知识及科学技术，限制先进科技成果的交流。

我认为，这种保护力度与我国的知识产权的发展水平并不相适应，使得我们这个仅仅处在谈论知识经济阶段的国家，却要承担过多、过重的知识产权保护的责任，而已经处在知识经济发达的国家，如美国仅仅从本国利益出发，大谈知识产权保护却行“知识霸权”之实。中美知识产权谈判的事实已经证实了这一点。知识产权保护不是个别国家的事情，应考虑到世界各国的平均水平；同时知识产权保护也绝不是一个孤立的法律问题，而是涉及到一个国家的政治和经济的综合性问题；目前，知识产权保护也是国际间的敏感问题，过去国家之间因领土、主权等问题引起的武装冲突，因商品倾销、瓜分市场等经济侵略，逐步会过渡到知识侵略，产生知识霸权国家。所以，在谈论知识产权保护时，不能离开各个主权国家的国情，应当考虑到各国科技发展的实际水平和经济上的承受能力。我的观点是，我国尚处在科学技术较落后状态，应当广泛吸收全世界的先进知识、科学、技术成果，重视知识的共享性特点，对知识产权保护力度要适当，反对过度保护。目前谈论过度保护问题似乎显得很不合时宜。但是本人认为，如同任何事物的发展一样，知识产权保护制度如要健康、长久发展，也应建立在科学的基础上，从知识自身的发展规律而言，应当实现知识创造者的独占性与社会共享性的统一；从经济利益而言，应当实现保证权利人利益优先与兼顾社会其他成员利益的统一。也就是说，保护要“适度”，保护是相对的。凡

是过度的事情，都会走向反面，所谓“过犹不及”。我国知识产权法律保护发展到今天，笔者认为，已经出现了过度保护的苗头，有可能因为强调保护的“惯性”，导致过度保护，产生妨碍科技进步和市场竞争规则的负效应。因此，为了防止在知识产权保护上另一极端的出现，有必要在理论上和实践上研究知识产权的过度保护问题。

二、知识产权过度保护产生的原因

（一）对知识产权权属的模糊认识

知识产权属于一种特殊的民事权利，其权利的产生和保护均有专门法进行规定，具有“无形性”、“地域性”、“时间性”三个一般特征，这就决定了其权利属性也具有相对性，表现为权利是由法律设定，受时间和地域的限制。因此，对它的保护也是有限的和有条件的。如果不了解这些特性，就会将知识产权绝对化，以为可以受到无条件的保护，产生权利扩大的错误认识。并极易在此错误认识的指导下产生以下两种误解：第一，误将公知的知识或技术作为自己的知识产权进行保护；第二，误将他人的知识产权当作自己的予以保护。如，对不具有原创性的所谓作品，不受著作权法保护的作品；过期的专利技术，申请专利而被驳回的技术，公知技术或自己未采取有效保密的技术；未予注册的商标；职务或合作技术成果、作品等被其中一方自以为可以独自享有权利而采取“保护”措施。在知识资本化的现代，知识产权已经具有作价变现的特性，在利益的驱动下，惟利是图的保护观念渐显。近年来我国制定的《科技成果转化法》、《关于促进科技成果转化的若干规定》，最近国务院发布的《国家科学技术奖励条例》以及中共中央国务院通过的《关于加强技术创新发展高科技实现产业化的决定》，都将科技的作用和科技人员的地位提高到从未有过的高度，对知识人才的激励措施也达到了足以刺

激其积极性、创造性的程度。对知识产权的尊重和保护也强调到了新的高度。这种措施对社会的震撼不亚于一场革命，有知识产权的人和无知识产权的人都会更关注它。尤其是权利人会对自己的权利呵护有加，将权利绝对化。

（二）权利人的过度危机感所致

误将他人的正当取得或使用知识产权行为当作侵权行为。技术拥有人对自己的技术未采取有效保密措施或自己泄密被他人取得；他人通过正当访问、解剖等反向工程研究而获取的技术秘密等，属于以正当方式取得的知识产权，可以合法使用。但是权利人得知他人使用的技术或经营信息与自己有关，便断定自己的商业秘密被侵犯。如，有一个生产熔断器的公司，发现另一公司生产的产品与自己的产品相同，便向有关行政机关散发书面材料，声称自己的知识产权受到侵犯，并向法院提起了诉讼，致使被告的生产停顿，损失惨重。其实被告未采取任何不正当竞争手段，完全通过法律允许的渠道合法获得。原告表面上看来是保护自己的权利，但实际上又侵犯了他人的权利。

尤其是在目前知识经济的边沿上，人们都充分认识到了知识财产的重要性，凡是拥有一定技术或专业知识特长的人都将自己的无形资产价值估计得很高，动辄以比尔·盖茨作为对照，说明其知识产权的价值。如网络环境下的知识产权保护问题，就有扩大化的趋势。世界各国都将网络知识产权作为热门话题讨论，但是，其基本出发点是，认为目前法律对网络上的作品、软件等保护不足，侵权现象严重，要求加大打击侵权行为的力度。在近一年时间内引出了形形色色的纠纷诉讼案件。权利人经常将自己上载于网上的作品被别人下载的行为一概称为“侵权”。而实际上由于网络的开放性决定了只要上载于网上的作品，著作权人就预先接受了知识共享的理念。应当考虑到了网上作品被他人下载的可能性。“这是因为个人作品无条件上了网络，作者或著作权人

已经清楚地认识到上网作品的传播范围不能确定，会有较多的网络使用者能够阅读其作品。因此，从网络作品权利人的上网等行为中，应当推定对其作品使用的默视许可”^[3]。也就是说，并非所有知识都有产权，也非所有产权都受到法律保护。有产权的作品，权利人放弃了权利，便成为公共知识，不能得到保护。

（三）对知识产权法规政策导向的误解

权利人认为国家的知识产权法律法规及执法活动，对知识产权的保护是无限制的、绝对的，无条件的；以为对知识产权保护得越严厉越好。不懂国家对知识产权的保护是相对的有限制的。知识产权保护的力度是以不妨碍科技进步为原则，如果过度保护，既违反科学技术发展的继承性规律，使得后人的科研工作不能吸收、采纳前人的成就，只能进行重复性活动，也势必造成权利的绝对化，使得创造性工作停步不前。所以，各国的知识产权立法工作实际上都是在寻找一个保护的“最佳度”。均将知识产权作为一种有限的权利对待，在立法中体现了其保护的“地域性”和“时间性”的限制。对于技术秘密，法律赋予其权利的同时，又规定了权利人的保密义务，如果权利人未尽到其义务，他的权利同时受到削弱。而且法律赋予的权利是有条件的，其适用范围是非常确定和有限的，不能无限制作扩大解释。如，我国法律对非专利技术的保护，在原《技术合同法》中的规定，只限于“特定”的主体，即本单位的职员、负有保密义务的合同签订人以及其他恶意与前述两类人串通的人。除此之外的人并不承担保护该技术的义务，相反，如果通过正当渠道获取了该技术秘密，属于合法取得，可以使用。虽然在《合同法》中对技术秘密的保护力度有加强，该法第43条规定：“第三人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。”也就是说，凡通过订立合同取得技术的一

方，不论是否有约定，都理所当然承担法定保密义务。但是，也只限于有契约关系的人，对其他第三人无约束力。何况在《合同法》第343条还规定了限制性条款：“技术转让合同可以约定让与人和受让人实施专利或者使用技术秘密的范围，但不得限制技术竞争和技术发展。”在专利法中规定的强制实施许可制度，更是典型的对权利使用的限制性规定。

权利人不能正确、全面理解我国知识产权保护的法律、法规、政策是导致用权失当的重要原因之一。

三、知识产权过度保护的表现方式

（一）权利人滥用诉讼权，漫天要价

某公司在未搞清楚另一生产同类产品的公司生产技术来源的情况下，就提起了侵权之诉，并向有关该产品的鉴定部门和同行业其他部门散发“文件”，指责他人侵犯了其知识产权，阻止其技术鉴定、产品生产和销售。在诉讼中除提出了一系列不合理，甚至非法要求外，要求赔偿700万元。某厂发现有人生产的产品与自己的产品相似，便认为可能是本厂一技术人员将该技术披露，并猜测，该厂一定采用了不正当手段，提起侵权诉讼。

西安曾发生了一起丢失书稿赔偿诉讼，索赔额为40万元，一审判决为19万元，在终审判决时法院委托著作权评估机构评估的结果是其价值为3万元。一、二审判决差异甚大，再审法院判决为赔偿36532元，与原告的诉讼标的差额为33万多元，诉讼标的为实际价值的13倍；广东一起专利技术侵权诉讼标的为2000万元，判决赔偿额200多万元；另有一起关于“知名商品特有名称侵权”的典型案列，原告将自己与被告共有的商品特有名称理解为自己独占，要求被告停止使用并赔偿400余万元，终审时经请示最高法院，仍勉强判定为侵权，赔偿额调整为80余万元。某啤酒商标设计纠纷的原告第一次起诉标的为550万元，因未交纳诉

讼费而主动放弃，另行起诉时标的变为80万元，最后经审理查明为无理诉讼被驳回起诉。

这些现象说明在知识产权保护的诉讼过程中存在着严重的问题：第一，原告在诉讼时有很大的随意性，甚至存在恶意诉讼，滥用诉权现象。第二，当事人把诉讼等同于一种经济活动，原告“漫天要价”，被告“就地还钱”。个别法院也角色倒错，居中斡旋，而不是严格执法，与商店买卖衣服讨价还价亦无大的区别。

（二）司法机关随意提高赔偿额

司法机关对于知识产权诉讼案件索赔方面的不当处理往往有两种相反的情况：贬值或涨价。贬值的情况表现在对损失额计算不足；对侵权人的侵权产品不作处理；对受害人损失的巨额调查费用和诉讼代理费用不予认可。涨价的表现是，没有根据地提高赔偿额。如上述书稿丢失赔偿额的计算，同样是人民法院，适用同样的法律，却计算出了截然不同的损失赔偿额，至于知名商品特有名称侵权案的判决，纯属错误，将不该保护的对象保护起来，让不该败诉的人承担巨额赔偿。

（三）评估机构对知识产权价值评估上有普遍夸大倾向

有的知识产权纠纷，在处理时，无法认定其赔偿额，往往采用由评估机构估价的办法。这种办法当然不失为一种较为科学、慎重的办法，但是如果处理不好，就会导致极其错误的后果。作为诉讼当事人缺乏无形资产评估的知识；作为审判人员有时并不清楚评估的目的与作用，仅仅是将一个棘手“球”踢给评估机构；作为评估机构并不懂得评估与诉讼活动之间的关系，评估会产生什么后果，尤其是对纠纷案情不甚了解，在不介入纠纷的前提下，进行无干扰的客观评估。结果不论使用收益现值法、重置成本法、现行市价法或清算价格法哪一种方法评估，价值之高都会令各方大吃一惊。评估价值与预想价值相差甚大。显然，审判

机关和当事人均将价值评估与知识产权的水平评价和权属界定活动看作同一性质的行为。因此，把评估结果作为判决依据，夸大了知识产权的价值，导致判决不公。

四、知识产权过度保护的危害性

（一）过度保护属于垄断行为

知识产权的保护本身就是一种垄断，但是合理的垄断是法律赋予权利人的一种特殊的权利，所以受到保护。原因是适度的垄断有利于知识产权的再生产和在经济领域的转化，有利于科技进步和经济发展。一旦过度保护就会出现非法垄断，妨碍平等竞争。因此在知识产权法中始终贯穿着“合理使用原则”，“合理使用是对知识产权人经济权利的限制，许多人将其称为经济权利的限制”^[4]。知识产权法有关权利限制性规定主要表现在：保护的时间和地域方面有所限制；其次，在保护方式上有所限制，不许权利人采取自己不使用也拒绝他人使用的“保守”的保护方式。遇到后一种保护方式，就被视为垄断，国家将采取“强制”措施，如，《专利法》规定的“强制实施许可”制度^[5]，《技术合同法》规定的非专利技术指定推广使用制度^[6]。

（二）过度保护属于不正当竞争

侵犯知识产权会构成不正当竞争，过度保护也是不正当竞争。知识产权的商业价值使其成为商业竞争中的“明星”，它既是竞争的手段，也是竞争的对象。权利人为了保持竞争中的优势，会将知识产权作为“秘密武器”使用，经常在不适当的时间和地方挥舞这把武器，试图伤害对手，进行不公平竞争。同行业经营者之间此类现象屡见不鲜。只要自己市场受到挑战，就首先怀疑对方侵害了自己的知识产权，并以各种手段攻击对方，如，在新闻媒体上发表“声明”，向客户散发诋毁性材料，匆忙提起诉讼，甚至轻率地诉讼保全、证据保全申请等先发制人的手段均

可能构成市场不正当竞争行为。

（三）过度保护妨碍科技进步

知识产权保护力度不够，被他人侵害，其经济价值不能实现，会造成权利人对研究开发知识产权失去信心，从而妨碍科技进步；但是，殊不知保护过度也会妨碍科技进步。“知识”是全社会的共同财富，赋予其有限的和有条件的“产权”，一是对做出贡献的人肯定和奖赏，从精神和物质给予一种权利；也是为了鼓励更多的人做出更多的发明创造，生产出更多的知识，推动科技进步。但是权利人一旦用尽其权利之后，就会被全社会享有，成为共同财富。权利人如果不适当行使权利，任意扩大行使权利的范围，就会将保护绝对化，权利人会像保护其他有形财产一样，将其“锁在深宫人未识”，在日新月异的市场发展中失去价值，或在转化过程中过度谨慎，缩小转化的范围，在“画地为牢”的禁锢中使其不能尽可能大地发挥作用，也使得知识与技术在实践过程中检验和发展的机会受到限制。结果是限制知识的作用的发挥，不能对全人类的科技与经济发展起到应有的作用。

五、知识产权过度保护的预防和解决

（一）权利人应认清自己的权利

在自己的权利范围内行使权利，不要越权。保护权利是法律意识提高的标志；放弃权利意味着缺乏自我保护意识或能力。但是过分超强的保护意识也属于一种认识上的病态表现，属于法律意识模糊的反映。

（二）无权人要尊重他人的权利

本来不属于自己的权利，却要死缠硬磨，分享他人的权利的现象相当普遍。只要有一项新技术问世，就会有一系列仿冒技术面世。美国“伟哥”问世之后所引起的一场与此相关的知识产权大战，很有戏剧性。各种类似制药技术及产品以各种相似名称、