

中央财经大学“211工程”三期资助

ZHOUXIANQUAN ZHIDU YANJIU
ZHISHI CHANQUAN

知识产权 优先权制度研究

杨德齐 ■ 著



知识产权出版社
INTELLECTUAL PROPERTY PUBLISHING HOUSE

中央财经大学“211工程”三期资助

YOUXIANQUAN ZHIDU YANJIU

HISHI CHANQUAN

知识产权 优先权制度研究

杨德齐 ■ 著



知识产权出版社
INTELLECTUAL PROPERTY PUBLISHING HOUSE

内容提要

知识产权优先权不仅仅是很多民法学者所讨论的知识产权先取特权,也不仅仅是知识产权法学者们视野当中的工业产权申请优先权,而是指所有与知识产权有关的、具备优先实现或优先行使效力的权利。知识产权优先权制度则是一种解决知识产权权利冲突的新路径。该制度以赋予冲突中某一方权利以优先效力的方式来解决知识产权在申请、归属、使用、受让、受偿、救济等各个环节产生的权利冲突,将冲突解决原则具体化为知识产权各单行法及其他相关法律条文当中的优先规则,从而在理论上重构了知识产权优先权概念体系,在实践中有助于提高司法效率。

责任编辑:纪萍萍

图书在版编目(CIP)数据

知识产权优先权制度研究/杨德齐著. —北京:
知识产权出版社, 2010. 7

ISBN 978-7-5130-0143-4

I. ①知… II. ①杨… III. ①知识产权—研究 IV.
①D913. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第161680号

知识产权优先权制度研究

杨德齐 著

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: 010-82000893 82000860 转 8101

责编电话: 010-82000860-8130

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 880mm×1230mm 1/32

版 次: 2010年7月第1版

字 数: 285千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860-8240

责编邮箱: jpp99@126.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 11.25

印 次: 2010年7月第1次印刷

定 价: 32.00元

ISBN 978-7-5130-0143-4/D·1060 (3082)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

序

杨德齐博士的《知识产权优先权制度研究》一书即将出版，希望我能够为他的作品写个序。作为他的博士生导师，我欣然接受了这个“任务”。

《知识产权优先权制度研究》一书是杨德齐博士为其博士生学习画上一个圆满句号的结晶。元人虞韶氏有一句著名古训之语：“只要工夫深，铁杵磨成针。”杨德齐的博士生学习之路即践行了这一古训。杨德齐博士于2007年考入中国政法大学研究生院攻读民商法学博士学位。在此之前，他的法学知识及其法学思维都是在读书与品味社会生活的过程中获取的。在博士生学习期间，他以湘人特有的执著、坚韧的性格，刻苦学习，博览了大量法学、经济学、哲学等领域的作品，做了不少读书笔记与心得。他勤于思考、善于发现问题并认真加以探讨。他还作为法官助理在北京市海淀区法院知识产权庭从事了数个月的司法审判实践活动。

本书的主题是对知识产权优先权制度的探讨。优先权制度是我们研究知识产权制度的基本理论与立法理念中一个重要的课题。由于不同国家的私法制度体系、制度价值判断、制度体系与构架的不同所产生的诸多差异与冲突，使得优先权的理论研究显得十分重要同时又面临着比较大的难度。《知识产权优先权制度研究》一书给了我们许多十分有益的启发并提出了一些令我们冷静思索的问题。

在该书中，作者以现实法律生活中无处不在的权利冲突为分



析背景，以知识产权中优先权制度为切入点，以其敏锐的观察力、相当详细的资料和严谨的逻辑分析，运用概念分析方法、法学比较分析方法、文本分析方法等科学研究方法，在对优先权、知识产权优先权的概念与分类等基本理论讨论的基础上，分别从申请阶段、权属确认阶段、使用阶段、受让阶段、救济阶段等不同阶段展开对知识产权优先权的体系化研究。作者的研究视野并未局限在知识产权法学界通常关注的申请程序中的优先权，而是将知识产权自申请至救济阶段中涉及的实体型优先权和程序型优先权均纳入其研究视野。这使得知识产权优先权的研究产生了一个质的提升。其选题不仅对我国私法学中知识产权优先权制度的研究具有重要的理论价值，而且对完善我国知识产权优先权立法和司法实践亦具有重要的实际意义。

虽然该选题在理论上颇具研究难度，但是该书的作者以其博览群书且认真思考所奠定的相当深厚的理论功底，比较好地驾驭了该选题的研究。故而，我们可以在作者有关知识产权优先权的理论阐述、观点的提出及其论证中，读到许多颇给我们以冷静思索的作者的独到见解。与此同时，作者还就我们如何完善知识产权优先权制度提出并阐释了自己的见解，其论证的内容亦具有说服力。

我以为，杨德齐博士的《知识产权优先权制度研究》一书的出版，对推动我国知识产权优先权制度的进一步深入研究有着显见的作用。我也希望看到有关这个主题研究的新成果会不断出现。处于 21 世纪的我们，历史赋予我们以深化我国知识产权法学的历史使命，无愧于之是我们这些从事理论研究的法学界同仁们所承担的共同责任。因此，我们需要不断地学习、不断地思考。是为序。

费安玲

2010 年 7 月 11 日于静思斋

作者题记

起源于古罗马法的民事“优先权”在本质上是一种特殊债权的优先受偿权，一种具备优先受偿效力的法定特权。该制度之后在大陆法系很多国家得到继受和发展，目前在法国、意大利、日本等国已经形成了较为完善的制度体系。日本民法典将这种具备优先受偿效力的特权称为“先取特权”，法国民法典、意大利民法典中的原文词义也指向“特权”。但在我国，这种关于优先受偿的特权被错误地翻译成了含义广泛的“优先权”。从概念来看，先取特权当然是一种优先权，但优先权不只是先取特权，优先权与先取特权概念之间是“属”与“种”的关系。从已有的相关研究来看，我国民法学界在“优先权”概念的使用上非常混乱，很多民法学者是在以研究“优先权”之名行“先取特权”之实。

在知识产权法学领域，学者们对“知识产权优先权”的理解也不一致。有些民法学者将民事优先权制度适用到知识产权领域，将与知识产权相关的优先受偿权称为“知识产权优先权”。而知识产权法学者们一般认为“知识产权优先权”是指巴黎公约所确立的工业产权申请优先权。可见，“知识产权优先权”这一概念在使用上也产生了混乱，学理上有必要对其进行澄清。而在立法上：一方面，知识产权各单行立法当中除工业产权优先申请权外，对优先使用权、优先受让权等具备优先效力的权利也有所规定，但残缺不全、不成体系；另一方面，现行立法对知识产权与物权之间的冲突、基于知识产权产生的债权与普通债权之间的



冲突等进行优先救济的制度还是空白，因此有必要在立法上对知识产权优先权制度进行完善或填补。基于学理和立法上的这种双重必要性，本书开始了对知识产权优先权制度的探讨。

本书认为，知识产权优先权不仅仅是知识产权工业产权的优先申请权，也不仅仅是知识产权优先受偿权，其外延当包括所有与知识产权有关的、具备优先行使或优先实现效力的权利。知识产权优先权制度是一种解决权利冲突的新方式。该制度以赋予权利冲突中某一方权利以优先效力的方式来解决权利冲突。与现有的知识产权冲突解决理论相比，该制度以预设类型化的权利冲突并加以解决的方式直接体现在知识产权各单行法及其他相关法律条文当中，将解决权利冲突的时间从司法阶段提前到立法阶段，将范围从知识产权本权扩展至派生权利以及其他相关权利，其优越性主要在于：（1）减少自由裁量权、增大司法公正值；（2）缩短诉讼周期，提高司法效率；（3）节约法律成本，提高法律的经济效率。

为了系统地探讨知识产权优先权制度，本书以与知识产权有关的权利冲突为分析主线，采用逻辑分析、价值分析、比较分析与案例分析相结合的方式，探讨了在知识产权的申请、归属、使用、受让、受偿、救济等阶段的权利冲突解决方式，分别形成了知识产权优先申请权、知识产权优先归属权、知识产权优先使用权、知识产权优先受让权、知识产权优先受偿权、知识产权优先救济权等六种优先权，分别论证了其内涵、外延、价值、效力、行使方式、适用范围和法律关系等方面的问题，论证了其对于解决现实当中权利冲突的作用。最后，在理论层面，本书提炼出了以“知识产权优先权”为最高层次的“金字塔”状、开放性的全新概念体系；在实践层面，本书提出了修改或增补法律的具体建议，提出了解决权利冲突的有效方案。

客观地说，在本书所称的“知识产权优先权”意义上，目前国内外知识产权法学领域并无在先的相关研究，故本书当中处处体现出了作者的独立思考。同时，也正因为缺乏相关的在



先研究可供借鉴，本书的探讨也仅仅是一个尝试，其主要意义在于引起同行们对知识产权优先权问题、对知识产权权利冲突及其解决方式问题的重新思考。作者希望本书的出版有助于实现这一意义。

目 录

引 言	1
第一章 导论	2
第一节 知识产权优先权问题的研究意义	2
第二节 知识产权优先权问题的研究现状	9
第二章 权利冲突——知识产权优先权制度产生的背景	14
第一节 知识产权权利冲突概述	14
第二节 知识产权权利冲突的表现形式及产生基础	34
第三节 知识产权权利冲突的解决理论及其局限性分析	43
第三章 知识产权优先权制度——解决权利冲突的新进路	52
第一节 何为优先权	52
第二节 优先权的性质辨析	63
第三节 知识产权优先权概述	68
第四章 知识产权申请阶段冲突的解决——优先申请权	83
第一节 知识产权优先申请权制度的立法现状	84
第二节 知识产权优先申请权的法律关系	91
第三节 知识产权优先申请权适用的范围	99
第四节 知识产权优先申请权的制度价值分析	105
第五章 知识产权权属确认阶段的冲突解决	
——优先归属权	112
第一节 职务知识产品的优先归属权	112
第二节 委托、合作知识产品的优先归属权	119
第三节 特殊作品著作权的优先归属权	127



第六章 知识产权使用阶段的冲突解决——优先使用权·····	145
第一节 知识产权优先使用权的分类及立法现状·····	145
第二节 知识产权优先使用权的价值基础·····	157
第三节 知识产权优先使用权的行使·····	162
第七章 知识产权受让阶段的冲突解决——优先受让权·····	171
第一节 从民事优先受让权谈起·····	171
第二节 知识产权优先受让权的基本问题·····	182
第三节 知识产权优先受让权的限制及效力·····	191
第八章 知识产权受偿阶段冲突的解决——优先受偿权·····	199
第一节 知识产权优先受偿权的分类·····	199
第二节 知识产权优先受偿权之价值基础分析·····	224
第三节 知识产权优先受偿权的产生及适用问题·····	231
第四节 知识产权优先受偿权的效力分析·····	241
第九章 知识产权救济阶段冲突的解决——优先救济权·····	252
第一节 同种类知识产权之间冲突时的优先救济权·····	252
第二节 不同种类知识产权冲突时的优先救济权·····	272
第三节 知识产权与非知识产权之间冲突时的 优先救济权·····	284
结 论·····	319
参考文献·····	330
后 记·····	346

引言

权利是私法的核心范畴，权利冲突及对冲突的解决则是民法的永恒主题。

民法对权利冲突的解决多采两种方式：其一为“减法”——对互相冲突的权利进行某种法定或约定限制，如不动产所有权冲突时，用相邻权或地役权进行限制。其二为“加法”——赋予某一权利优先于其他权利的法律之力，如债权相冲突时，赋予债权人就担保物优先于其他债权人受偿的法律之力。“减法”使双方或其中一方权利范围受到限制，权利碰撞得以避免；“加法”使其中一方权利的水平位置得到提升，权利冲突得以解决。

民法解决权利冲突的“加法”就是民事优先权制度。民事优先权制度起源于古罗马法，在法国、意大利、日本等大陆法系国家的民事立法中已发展成较完善的制度体系，学术界对优先权制度亦有不少探讨。所欠缺者，系将优先权制度抽象为一种解决权利冲突的方法并以此为基础来审视相关立法，从而于学理上得以重构优先权制度体系，于实践中得以完善立法以更好地解决冲突。本书力图在知识产权法领域做好此项工作，并希借此洞察民法其他领域之优先权，所谓“窥一斑而见全豹”。诚然，由于权利、义务之相对性，一方的“加法”在一定意义上也可以理解为相对方的“减法”，反之亦然。正如拉伦茨所认为，法律的目的“就在于以赋予特定利益优先地位，而他种利益相对必须作一定程度退让的方式”来规整个人或团体之间的被类型化的利益冲突。^①

开篇以明义，具此引言。

① [德] 拉伦茨：法学方法论 [M]，台北：五南图书出版公司，1996：1.

第一章 导 论

第一节 知识产权优先权问题的研究意义

一、实践层面：完善立法，解决权利冲突

相对于债权、物权等传统的民事权利，知识产权是一种新型而特殊的私权利。

其特殊性主要表现为其权利客体是作品、技术方案及由文字、图案、颜色等组成的识别性标记等非物质性知识产品。^①由于非物质性的客体不能进行物质性的占有且具备易复制性，知识产权领域的权利冲突就有了一些不同于一般民事权利冲突的特性，而知识产权法对这些具备不同特性权利冲突的解决还存在不完善甚至立法缺位的情形。

1981年，湖北美术学院蔡迪安、伍振权、李宗海、田少鹏 4 位画家受武汉晴川饭店工程指挥部委托，为武汉晴川饭店二楼宴会厅创作大型壁画《赤壁之战》。该壁画 1983 年完工后被收入

^① 民法学者们曾将知识产权的客体概括为“无形财产”或“智力成果”，但由于前者既可表示权利本身（如：知识产权本身也可称之为无形财产）又可表示权利客体，容易导致歧义，后者不能概括商标、商号、地理标志等智力创造性较弱的标记性权利，国内一些学者提出了“知识产品”的概念。如：吴汉东、闵锋所著的《知识产权法概论》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 34 页；钱明星著《物权法原理》，北京大学出版社 1994 年版，第 26 页；张和生著《知识经济学》，辽宁人民出版社 1992 年版，第 294 页（转引自：吴汉东著《知识产权法》，法律出版社 2007 年版，第 17 页）。本书认为“知识产品”之称谓较之“无形财产”或“智力成果”更为全面、准确，因此也采此说。



《中国现代美术全集》之壁画卷，并被评价为“中国壁画复兴的代表作品之一”。1997年6~7月份，晴川公司对饭店进行整体翻修的过程中，《赤壁之战》壁画被拆毁。拆毁过程中4位画家并未接到通知。2002年7月，蔡迪安等4人以晴川饭店等为被告向武汉市中级人民法院提起著作权侵权之诉。^①

一审法院确认了壁画的所有权属于晴川饭店，壁画的著作权为蔡迪安等4位画家所有，但同时认为晴川公司拆毁壁画的行为，是对自己的有形财产进行处分，不属于《著作权法》第46条规定的侵犯著作权行为，同时认为美术作品的著作权与所有权分离后，著作权的部分权利需要经过所有权人同意才能行使，此时部分权利事实上已经受到了限制或已部分穷竭，因此拆毁壁画的行为并不是导致此部分著作权灭失的原因。

原告不服一审判决而上诉至湖北省高级人民法院，主要理由是：一、原审未有充分理由说明晴川公司的毁画行为不在《著作权法》第46条第11项规定的“其他的侵犯著作权益行为”之列；二、原审的“权利穷竭”论没有法律依据；三、被告负有拆毁前告知著作权人及协商的义务。

二审法院承认原审“权利穷竭”论欠准确，但认为认定晴川公司侵犯壁画著作权没有法律依据，晴川公司也没有告知及主动协商的法定或约定义务，因而对蔡迪安等请求晴川公司承担著作权侵权赔偿责任的主张不予支持。

本案表明了著作权与所有权之间存在的可能冲突。本案中壁画作者的著作权的确因为他人行使所有权而致根本灭失，但却没有任何法律规范可作为认定侵权的依据。在美术作品著作权与作品原件所有权分离的情形下，著作权部分权利内容的实现需要经过所有权人的同意而所有权的行使却无须经过著作权人允许。因此，在所有权面前，著作权是弱者。本案中壁画作者行使某些著

① 本案来源：湖北省高级人民法院（2003）鄂民三终字第18号民事判决书。



作权需经过壁画所有权人的同意，这无须证明也无须法律规定，因壁画为所有权人行物理性占有。但如果要课以所有权人行使所有权时对壁画著作权人承担某些义务，则必须由法律明文规定。如果把对本壁画案的反思作为一个点放大，得出的结论就是：弱势的美术作品著作权在强大的所有权的面前将如何生存？是否可以通过法律规定来赋予美术作品著作权以优先救济之权利？至今，立法方面仍是空白。

再看一案例。2000年，美国 FORD（福特）汽车公司收购了德国 BMW（宝马）公司的 LandRover（路虎）商标后提出购买 Rover（罗孚）商标的要求，但当时宝马无意出售，于是双方约定日后如出售，福特汽车在接到通知后 90 日内拥有对 Rover 商标的优先购买权。2004 年 12 月，上海汽车工业（集团）总公司（SAIC）收购了宝马公司 Rover（罗孚）汽车的核心技术专利，接下来打算收购其 Rover 商标。2006 年宝马公司决定出售该商标，同意以 1150 万英镑的价格卖给上汽，并正式通知了福特公司关于出售事宜。但福特公司直到 9 月 17 日一直保持沉默，此时距离约定的 3 个月期限还剩 10 天（最后期限为 9 月 27 日）。至此，各方及媒体均认为上汽获得 Rover 品牌几成定局。然而，福特汽车公司于 9 月 18 日突然通知宝马公司，宣称行使对 Rover 商标的优先购买权，并最终 以 600 万英镑的价格收购了这一品牌，上汽收购 Rover 商标的计划随即化为泡影。^①

拥有 Rover 技术却未能成功收购 Rover 商标，上汽公司不能不说抱憾而归。从法律层面上来看，福特公司行使优先购买权有契约作为其合法性基础，毕竟“私法自治”是民商法的基本精神。但根据德国民法典关于优先购买权的一般规定，该优先权的

^① http://www.case.ipr.gov.cn/ipr/case/info/Article.jsp? a_no = 17144&col_no = 65&dir = 200609（中国知识产权保护网案例选登）。



行使须以“同等条件下”为限，^① 福特公司以接近五折的价格行使优先购买权是否合法？此外，商标标示的是产品的质量，上汽已经拥有 Rover 的核心技术，从社会资源优化整合的角度来看，其购买 Rover 商标是否应该享有“法定”优先购买权？如果上汽拥有“法定”优先购买权，与福特的约定优先购买权谁更优先？相关国家知识产权法及知识产权国际条约均无相关规定，因此判断是否合法及何者优先目前均无“法”可依。

如果说“赤壁之战壁画案”反映出司法实务中知识产权和非知识产权相冲突时对优先救济制度的呼唤，Rover 商标收购案则突显出建立和完善知识产权优先购买权制度在解决知识产权受让阶段权利冲突中的重要性。事实上，从知识产权的申请到权属确定、使用、转让等阶段均存在与知识产权有关的权利冲突，建立和完善知识产权优先权制度则是解决这些冲突最为积极和有效的方式。

二、理论层面：将权利体系化，将体系科学化

（一）分歧定义有待整合廓清，上位概念尚需理论抽象
目前关于“知识产权优先权”的定义主要有三种理解：

其一是指工业产权申请时的优先权。这种优先权最先是在《保护工业产权巴黎公约》第 4 条 A—I 里创设的。此后，《商标国际注册马德里协定有关议定书》、《商标注册马德里协定》、《专利合作条约》都对工业产权申请的优先权进行了规定。我国《专利法》及其实施细则、《商标法》及其实施细则、《植物新品种保护条例》里也有相关规定。知识产权法学者们对知识产权优先权的讨论也多是基于这种意义。如“外国优先权，又称国际优先权。指申请人首次在国外提出专利申请后，在规定的期限内又

^① 《德国民法典》505 条第 2 款：“一经行使优先购买权，优先购买权人与先卖义务人之间的买卖即按照先卖义务人与第三人约定的相同的条款而成立。”



就同一主题在我国提出专利申请时,可以要求享有其在先申请的优先权,即要求将其第一次在外国申请的日期作为其在我国申请的日期……本国优先权是指基于本国在先申请而产生的优先权”^①。又如,“优先权原则产生于巴黎公约……这种将后续申请的申请日提前至首次申请日的权利便是优先权”^②。再如,“优先权作为一种权利,可以连同专利申请案、商标注册申请案等,或连同专利权、商标权等一同转让”^③。

其二是指职务作品优先使用权。我国《著作权法》第16条即对此种优先权做了规定,学术上也有少数关于优先使用权制度的讨论,例如有文章对如何限制单位对职务作品的优先使用权进行过探讨。^④

其三是指知识产权法领域的优先受偿权也就是日本民法中的“先取特权”。^⑤如王利明教授把优先权分为一般优先权、特别动产优先权、特定不动产优先权和知识产权优先权。并把知识产权优先权细分为:技术合同优先权、著作权优先权、商标权和商标使用权优先权、职务发明人和职务作品作者优先权,^⑥郭明瑞、曹艳芝等学者也持相同观点。^⑦

从上述分析可以看出,在国内、国际关于知识产权的立法当中被称为“优先权”的主要是商标权、专利权、植物新品种权等

① 冯晓青.我国专利法中的优先权制度[J].发明与革新,1997(2).

② 吴汉东.知识产权法[M].北京:法律出版社,2007:163.

③ 郑成思.知识产权法[M].北京:法律出版社2002:150.

④ 王瑞龙,田胜.单位应如何行使职务作品优先权[N].中国艺术报,2007—12—07.

⑤ 《日本民法典》第303条:“先取特权人,依本法及其他法律规定,就其债务人的财产,有优先于其他债权人债权清偿的权利”。

⑥ 王利明.中国物权法草案建议稿及其说明[M].北京:中国法制出版社,2001.

⑦ 郭明瑞,仲相,司艳丽.优先权制度研究[M].北京:北京大学出版社,2004:185—188.曹艳芝.优先权论[M].长沙:湖南人民出版社,2005.



工业产权的申请优先权（包括外国优先权和本国优先权），在知识产权法研究者们视野当中的知识产权优先权也主要是这种优先权。而民法学者们则把优先权等同于特种债权的优先受偿权或者说等同于日本民法典中的“先取特权”，并把先取特权制度对知识产权的应用称之为“知识产权优先权”。可见，知识产权学者与民法学者们对于“知识产权优先权”内涵和外延的理解大相径庭，所讨论的“优先权”问题并非同一含义，甚至是风马牛不相及。知识产权先取特权具备优先受偿性，工业产权申请时的优先权则具备优先申请性，二者皆有“权利优先实现”之共性，因而皆冠之以“优先权”之名也自有其理，但二者同用“知识产权优先权”之称谓而非指同一事物，毕竟造成了学理上的混乱事实。因而廓清知识产权优先权定义，抽象出能涵括知识产权中各种优先性权利的“知识产权优先权”概念具有重要的理论意义。

（二）优先性权利种类繁多，学理体系亟待建构

与知识产权有关的优先性权利除了上面提到的知识产权法立法中已有的工业产权优先申请权、职务作品优先使用权以及民法学者们提出的知识产权优先受偿权之外，已有的立法当中还存在一些其他优先性权利（尽管未必冠以“优先”字样）。例如，《著作权法》中规定了美术作品载体所有者对展览权的归属优先权，^①《合同法》中规定了技术转让合同中后续成果的改进者对该改进成果的归属优先权。^②再如，关于保护原产地名称的国际

① 《著作权法》第18条：美术等作品原件所有权的转移，不视为作品著作权的转移，但美术作品原件的展览权由原件所有人享有。

② 《合同法》第354条：当事人可以按照互利的原则，在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的分享办法。没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享。