

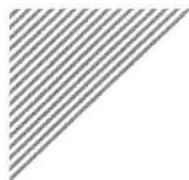
吴青◎著

ZHISHI CHANQUANFA ZHONG DE
GONGGONG LIYI YANJIU

知识产权法中的 公共利益研究

吴青◎著

知识产权法中的 公共利益研究



江西高校出版社
JIANGXI UNIVERSITIES AND COLLEGES PRESS

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法中的公共利益研究/吴青著. --南昌:江西高校出版社,2021.12

ISBN 978 - 7 - 5762 - 2201 - 2

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2021)第217268号

出版发行社	江西高校出版社
社址	江西省南昌市洪都北大道96号
总编室电话	(0791)88504319
销售电话	(0791)88522516
网址	www.juacp.com
印刷	北京虎彩文化传播有限公司
经销	全国新华书店
开本	700mm×1000mm 1/16
印张	8.75
字数	130千字
版次	2021年12月第1版 2021年12月第1次印刷
书号	ISBN 978 - 7 - 5762 - 2201 - 2
定价	58.00元

赣版权登字 - 07 - 2021 - 1455

版权所有 侵权必究

图书若有印装问题,请随时向本社印制部(0791 - 88513257)退换

作者简介：

吴青，浙江大学法学学士、经济法博士生、美国波士顿大学知识产权法硕士。研究领域为知识产权法，在《电子知识产权》《竞争政策研究》《知识产权法律与实务》(*Journal of Intellectual Property Law & Practice*) 等学术期刊独立发表论文，并在中国法学会知识产权法学研究会 2020 年年会等会议上报告独立论文。



策划编辑 陈永林

责任编辑 王良辉

封面设计 邓家珏

排版制作 周新华

责任印制 李德花

- 1 导论 /1
 - 1.1 研究背景 /1
 - 1.2 研究现状 /4
 - 1.3 各章概述 /7

- 2 知识产权法中的公共利益的界定 /9
 - 2.1 引言 /9
 - 2.2 公共利益概念的理论构想 /11
 - 2.2.1 功利主义的公共利益构想 /12
 - 2.2.2 社群主义的公共利益构想 /14
 - 2.2.3 平等主义的公共利益构想 /16
 - 2.3 知识产权法中的公共利益类型 /18
 - 2.3.1 激励知识创新的功利主义公共利益 /19
 - 2.3.2 维护社会公德的社群主义公共利益 /24
 - 2.3.3 共享知识获益的平等主义公共利益 /29
 - 2.4 本章小结 /33

- 3 公共利益与知识产权法的历史发展 /35
 - 3.1 引言 /35

3.2	知识产权法的历史分期	/35
3.3	初步形成时期的知识产权法鼓励知识创新	/38
3.3.1	著作权为法定权利而非自然权利	/38
3.3.2	专利垄断特权为《垄断法》保留	/40
3.3.3	商标反欺诈之诉维护消费者利益	/43
3.4	逐渐成熟时期的知识产权法共享知识获益	/44
3.4.1	著作权的合理使用	/44
3.4.2	专利法的公有领域	/47
3.4.3	商标的正当使用	/49
3.5	未来知识产权法以促进可持续发展为目标	/52
3.5.1	《多哈宣言》与公共健康	/53
3.5.2	“TRIPS-plus”与联合国2030可持续发展目标	/56
3.6	本章小结	/57
4	公共利益与知识产权法的基础理论	/59
4.1	引言	/59
4.2	公共利益与知识产权劳动财产理论的冲突	/60
4.2.1	知识产权的洛克劳动财产理论阐述	/60
4.2.2	知识产权劳动财产论限缩公有领域	/62
4.3	公共利益与知识产权人格权论的冲突	/65
4.3.1	知识产权的黑格尔人格权理论阐述	/65
4.3.2	知识产权人格权论妨碍知识产权交易	/68
4.4	公共利益与知识产权工具论的协调	/69
4.4.1	知识产权的德霍斯工具论阐述	/69
4.4.2	知识产权工具论激励知识创新	/70
4.4.3	权利保护期届满进入公有领域	/75

4.5	本章小结	/79
5	公共利益应为知识产权取得和行使的要件	/80
5.1	引言	/80
5.2	公共利益应为知识产权取得的消极要件	/81
5.2.1	妨害公共利益的发明创造不应授予专利权	/81
5.2.2	损害公共利益的标识应禁止作为商标使用	/84
5.2.3	损害公共利益的作品仍应自动取得著作权	/88
5.3	公共利益应为知识产权限制的积极要件	/90
5.3.1	为公共利益设置著作权的合理使用	/90
5.3.2	实施发明或实用新型专利强制许可	/95
5.3.3	为公共利益设置商标权的正当使用	/99
5.4	公共利益应为侵权不停止的积极要件	/101
5.4.1	为公共利益不停止著作权侵权行为	/104
5.4.2	为公共利益不停止专利侵权行为	/107
5.4.3	为公共利益仍应停止商标侵权行为	/110
5.5	公共利益限制知识产权行使时的补偿	/111
5.5.1	限制知识产权行使与征收征用私有财产	/112
5.5.2	实施专利强制许可应支付合理使用费	/114
5.5.3	不停止侵权行为应判令支付合理费用	/115
5.6	本章小结	/117
6	结论	/119
	参考文献	/121

1 导 论

1.1 研究背景

公共利益与知识产权的法律关系向来是知识产权法学上的重要问题。面对知识产权权利人的利益与公众使用知识产权客体的利益之间的冲突,公共利益常常成为法律抉择的关键。1623年,英国《垄断法》第一条宣布,所有垄断特权都是违反王国法令的,应予废除,但是专利权因为有促进公共利益的作用而被保留。1841年,英国议会讨论是否将版权保护期延长至作者死后时,支持者认为,版权是自然法则赋予每个人就其思想和想象力的神圣和不朽的财产,但麦考利反对道:版权保护期的规定应为公共利益立法,应选择最有利于公众一般利益的规则^[1]。

直到今天,公共利益与知识产权仍然是知识产权法中的重要议题。为应对新型冠状病毒肺炎引起的公共健康和经济衰退的问题,一些向来主张知识产权强保护的发达国家也开始基于公共利益的考量,对知识产权的行使进行限制。德国立法授权联邦卫生部基于公共利益或国家安全的理由强制许可使用受专利保护的药物和医疗设备。以色列政府已经颁发强制许可用于进口治疗新冠肺炎的受专利保护的药物克力芝。我国为了保障普通民众可以获得受专利保护的新冠疫苗,提出将国产新冠疫苗作为公共产品,实行医保基金负担的全民免费接种。前述立法和实践都体现出公共利益在知识产权法律制度和实践中的重要地位。

对于公共利益与知识产权的关系,有观点认为保护知识产权即是实现公共利益的机制,两者具有内在的协调关系^{[2][11]}。反对的意见认为,保护知识产权会对人类的基本权利产生不利影响,包括对食物、健康、水、文化、平等、非歧视和表达自由等的权利和自由,应制定更加保障人权的知识产权法律^[3]。世界贸易组织(WTO)成员国讨论知识产权与公共利益的议题时,亦

大致分为前述两种观点。2017年以来,巴西、南非等发展中国家围绕《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称《TRIPS 协定》)相关条款的解释与修订,向 WTO 提出多项知识产权与公共利益相关的议题,包括专利强制许可、专利行政审批例外、通过竞争法促进公共健康、药品和医疗技术的研发成本和定价、著作权“三步检验法”的适用标准等。对于前述议题,巴西等发展中国家通常认为,知识产权保护使得一些知识产品供给有限,价格昂贵,公众难以获得或负担不起,损害公共利益,而以美国为首的发达国家通常认为,保护知识产权与促进公共利益是协调一致的,强制许可等限制知识产权的制度实施,将阻碍成员国建立坚实的知识产权保护制度,从而剥夺公众对未来科技创新带来的利益的分享。

公共利益与知识产权的关系也是我国知识产权法中的重要问题。1995年我国与美国签订的关于知识产权问题的贸易协定中提出,“中国将采取或实施必要的措施以保护公共道德或维护公共秩序,只要这些措施的实行是一贯的并非歧视性的、非武断的,不对贸易的变相限制”。最高人民法院在指导知识产权司法审判的文件中提出要处理好保护私权与维护公共利益的关系、依法合理平衡权利人利益和公共利益等意见。司法实践中,有法院基于公共利益的考量,支持行政机关因发明创造违反公共利益不授予专利权的决定^①、拒绝给予可能损害公共利益的商业标识以反不正当竞争法保护^②、直接判令植物新品种父本和母本权利人相互授权许可并相互免除许可费^③、认定知识产权侵权但不判决停止侵权行为^④等裁判。

但对于知识产权法中公共利益的理解,即使在个案的特定情境下,仍然存在分歧。例如,《鬼吹灯》小说作者张牧野申请注册“鬼吹灯”商标被驳回,主要理由为该标识具有宣扬封建迷信的不良影响。但有法院在不正当竞争

① 例如,北京市高级人民法院行政判决书(2017)京行终 4293 号。

② 最高人民法院民事裁定书(2019)最高法民申 4847 号。

③ 指导案例 86 号:天津天隆种业科技有限公司与江苏徐农种业科技有限公司侵害植物新品种权纠纷案。

④ 例如,最高人民法院民事裁定书(2015)民申字第 2758 号;山东省高级人民法院民事判决书(2012)鲁民三终字第 33 号;最高人民法院民事判决书(2013)民提字第 2 号。

诉讼中,即使了解到前述行政决定,仍然认定“鬼吹灯”标识构成反不正当竞争法保护的知名商品特有名称,应予保护^①。而在另一起案件中,法院认为,“特种兵”标识在申请注册过程中被认定可能对我国政治、军事等方面的公共利益产生不良影响,不应作为商标使用,也不应受到《反不正当竞争法》的保护^②。

对于我国知识产权法中公共利益的研究,应主要阐明以下问题:第一,何为知识产权法中的公共利益?第二,公共利益与知识产权的法律关系为何?第三,公共利益如何影响知识产权的效力和行使?为回答前述问题,本研究考察了公共利益的概念、知识产权法中公共利益的内容;接着,讨论公共利益与知识产权法的历史的关系,以及公共利益与知识产权法的基础理论的关系;在此基础上,对我国知识产权法中的公共利益作为知识产权取得、行使和救济的法律要件进行探讨。本研究意在探索知识产权法作为社会治理体系中的重要组成部分,如何更好地发挥知识产权促进公共利益的重要作用,以回应知识产权法的基础和热点问题。

需要说明,在讨论的范围上,知识产权与反垄断是关系到公共利益的重要话题,但考虑到本研究主要对知识产权法这一法律部门进行研究,所以不再对知识产权与反垄断进行单独的讨论。其次,本研究讨论知识产权时,主要以著作权、专利权和商标权作为讨论对象,必要时涉及商业秘密、植物新品种、集成电路布图设计等知识产权,但本研究不再对商业秘密等知识产权客体进行详细的讨论。在指称上,学界对于知识产权客体的概念界定有知识说、信息说、抽象物说、知识产品说等观点^[4],本研究以“知识”指称知识产权客体,以“知识产品”指称受知识产权保护的产品,例如受专利保护的药品。在表述“著作权”和“版权”时,以“著作权”为一般的术语,但是在讨论英美版权法体系的法律实践时,特别使用“版权”一词。

^① 江苏省高级人民法院民事判决书(2018)苏民终130号。

^② 最高人民法院民事裁定书(2019)最高法民申4847号。

1.2 研究现状

本研究的中心问题为保护知识产权私权与维护公共利益的法律关系。本节对国际上和国内关于知识产权法中的公共利益的研究成果进行梳理和评论。在国际上,对于知识产权与公共利益的研究主要源于《TRIPS 协定》通过后,发展中国家国内的知识产权主要为国外权利人所有的问题。这与国内民众对知识产品的需要之间存在矛盾,尤其是在医药专利和公共健康问题上。对此,有学者认为医药的可及性属于人权范畴,《TRIPS 协定》应为维护公共健康确立知识产权保护的例外^[5]。也有学者认为,从人权的角度讨论知识产权有利于反思和强化知识产权自身的合法性,并促进人权和知识产权的一致性^[6]。公共健康、教育、环境以及发展问题正是人权与知识产权关系中最突出的问题。前述研究将知识产权与人权的关系进行研究,并主张为保障人权确立知识产权的例外。然而,前述研究存在两方面的问题:一是将知识产权与人权简单对立并在抽象层面上进行讨论,难以得到具有实践操作性的解决方案;二是对公共利益的理解限于当下民众面对的困境,忽视知识产权保护可能提供更多选择的长远利益。

此外,有发展中国家学者将前述国际知识产权法上讨论的公共利益问题置于其国内技术和经济欠发达的社会条件下进行研究。有学者研究越南在保护知识产权和维护公共利益之间的难题,一方面知识产权保护可以为研发投入建立更好的制度环境,另一方面知识产权保护带来的知识产品价格的上升使得教育和医药领域的负担上升,尤其是限制了医药的可及性^[7]。还有学者研究孟加拉国知识产权保护与公共健康的问题,提出孟加拉国作为 WTO 规定的 48 个最不发达国家之一,仅具有一定的医药生产能力,如何在遵守《TRIPS 协定》的基础上,利用过渡期建立自己的医药专利制度^[8]。前述研究深入讨论知识产权保护对于发展中国家公共健康利益的影响,指出一些发展中国家本身不具有医药研发和生产的基础设施和资源,即使保护知识产权,其国内制造业仍然无法满足民众对基本的知识产品的需求。这些研究在真实的社会环境中,指出知识产权扩大国际贫富差距的问题。

在新冠疫情暴发后,《欧洲知识产权评论》(*European Intellectual Property Review*)有一期专门讨论知识产权与新冠疫情,希望从知识产权法的角度对当下的危机和未来的发展进行研究。为应对新冠疫情下的公共健康危机,基于人们在疫情防控下如何继续正常的学习生活等公共利益的考量,学者们提出了强制许可医药数据加快疫苗研发^[9]、设置远程教育使用作品的著作权限制规定^[10]等观点。前述研究与《TRIPS 协定》通过后国际上对公共健康和知识产权的研究相近,只是更加聚焦新冠疫情这一全球问题,对于知识产权保护的法律制度的研究更加具体,并提出许多现有制度中存在的阻碍公共利益的问题和相应的解决方案。不足之处在于,前述研究对于面向未来发展的长远的社会发展利益考虑较少,主要关注当下危机的解决。这可能使得危机下的公共决策有悖于长期公共利益的维护。

我国知识产权法领域研究公共利益保护的文献,可以分为知识产权法总论的公共利益保护研究和分论的公共利益保护研究。冯晓青提出的利益平衡理论常常用于知识产权法中的公共利益。他认为,知识产权法具有保护知识产权与维护公共利益的双重目的,而知识产权的专有性与社会对知识产品的合理需求是知识产权法中的主要矛盾,因此应确立平衡机制以解决这一矛盾^[11]。利益平衡要求知识产权法对其中的不同利益主体的价值取向都应给予充分考虑,兼顾知识产权人的利益和公共利益,以互不损害对方利益为价值目标。利益平衡理论提出保护知识产权的同时维护公共利益的方法,但是这种理论存在机械化的嫌疑。利益平衡理论将知识产权权利人利益与公共利益进行比较衡量,并选择两者保持平等的制度安排和权利分配,看似很美好,但各方利益能否进行比较?按照利益平衡理论,个人利益与公共利益可以像有体物一样放在天平的两端进行称量,但这恐怕是不切实际的。同时,在个人利益与公共利益在横向上进行比较时,缺乏对于平衡标准的研究,亦没有考虑到纵向上个体与社会的关系。

除了利益平衡理论外,学界还对知识产权法中的公共利益提出多种见解。有学者在认定公共利益保护为知识产权的主导性理念的基础上,从语义、立法目的、基本原则等角度对知识产权法公共利益理念进行阐释,将公共利益区分为基于市场逻辑的公共利益(第一种公共利益)与作为市场逻辑

之补充的公共利益(第二种公共利益):第一种公共利益是知识产权法中的基础性的公共利益,第二种公共利益是第一种公共利益的补充和完善^[12]。这种观点将知识产权保护意欲实现的科技进步与文化繁荣作为基本的公共利益,将人权保护作为补充的公共利益。这一区分有助于理解知识产权法上关于公共利益的相关规定。但是没有对前述法律关系进行进一步的阐释,难以经受实践的考验,因为法院可能仍然难以判断何时维护第一种公共利益,何时维护第二种公共利益。

在分论上讨论公共利益时,相关研究通常选择著作权法或专利法或商标法作为制度环境背景。

在著作权法上,有学者认为著作权公共利益的内容有科学文化事业有序繁荣发展、思想和信息的自由流动、社会公众基本的民主与文化权利在著作权法中的体现、社会公德伦理和弱势群体的利益等^[13]。

在专利法上,现有研究医药专利保护与公共健康的关系。有学者研究认为,药品专利强制许可制度的充分实施能够有效应对公共健康危机,能够促进医药专利对医药资源达到最优化配置,从而在医药领域上使社会多数人的福利最大化^[14]。但也有学者认为,强制许可虽然在紧急情况下能提升现有药物的可及性,但对药物进行专利保护激励对新药的研发却可以提升对潜在新药的可及性,因此应将两者进行协调一致,选择对新药创新研发激励影响最小的方式来提升现有药物的可及性^[15]。

在商标法上,学者们也会就知识产权法中的公共利益相关的特定的具有影响力的案件判决进行观点争锋。例如,“微信”商标案以消费者稳定认知利益作为公共利益,以“微信”商标注册构成《商标法》第10条第1款第(8)项规定的有违公序良俗的“不良影响”为理由驳回商标注册,引起学术界的热议。有学者支持这一判决,认为将该案涉及的“消费者稳定认知利益”作为公共利益对待,既符合公共利益的基本理论,也符合《商标法》的基本原理和立场^[16]。有学者认为,《商标法》保护的公共利益就是相关公众的利益,法院可以援引“其他不良影响”解读出不得申请商标注册和使用的有损公共利益的标记^[17]。但反对者认为,该判决忽视了维护商标注册制度的严肃性和防止公众对商品来源的误认都是《商标法》要维护的公共利益,不应

为维护一个公共利益而牺牲另一个公共利益;关于后使用商标与先注册商标之间的冲突,应按照先申请规则处理^[18]。前述分论层面上关于公共利益的讨论,更加聚焦争议,并对于相关利益方的诉求也有较为清晰的解读。但前述研究存在难以纵观全局的问题。

综上,学界对于知识产权法中的公共利益的研究形成了相当的研究成果。但现有研究成果也凸显出以下问题:一是对公共利益概念的考察较少,二是对公共利益与知识产权法历史的关系的关注较少,三是对公共利益与知识产权法基础理论的关系的关注较少。

1.3 各章概述

本研究围绕我国知识产权法中的公共利益的中心问题,分为第二章到第六章共五章。第二章讨论法律中的公共利益的界定。公共利益的界定在理论上分为实体论、程序论和类型化三种进路。第一节讨论三种进路的代表观点,指出程序论和类型化的方法都无法解决实际问题,并选择实体论作为公共利益的界定方式。第二节从功利主义、社群主义和平等主义对公共利益的构想进行讨论。

第三章讨论公共利益与知识产权法的历史演进的关系。这一部分首先将知识产权法分为初步形成时期、逐渐成熟时期和未来发展时期三个阶段。在初步形成时期,公共利益是在知识产权法从政府授予创造者特权时对于社会公众增添利益的考量。在逐渐成熟时期,公共利益面对知识产权在激励创造者向社会大众推出更多的知识产品的同时,限制知识产权妨碍社会公众利用智力成果的社会不利后果。而面向未来发展时期,公共利益则在知识产权法中面临诸多争议。

第四章讨论公共利益与知识产权法的基础理论。这一部分从公共利益的角度讨论知识产权自然权利论和知识产权工具论。知识产权自然权利理论主要分为知识产权的洛克劳动财产论和黑格尔人格权论。这两种理论似乎都能找到知识产权法上的支持证据。然而,这两种理论难以经受公共利益的考量。知识产权作为市场竞争优势以激励创造的工具论则具有强大的

解释力。

第五章对我国知识产权与公共利益的协调进行研究。该部分对我国的知识产权法中公共利益作为知识产权的客体要件、公共利益与知识产权侵权抗辩、为公共利益实施知识产权强制许可、基于公共利益考量是否判令停止侵权等进行研究。该章最后对公共利益限制知识产权的效力和行使时的补偿进行讨论,指出在实施强制许可和不判令停止侵权时应予以公平合理的补偿。

第六章对本研究进行总结归纳。

2 知识产权法中的公共利益的界定

2.1 引言

公共利益作为群己权界的问题,长期以来是政治法律学上的研究热点。早在古希腊时期,亚里士多德提出,城邦的建立目的在于完成某种善业,应以城邦的政体是否保护公共利益来判断政体正当与否——只要照顾到公共利益,都是正当或正宗的政体,而那些只照顾统治者利益的政体则都是错误的政体或偏离正宗政体的变态^{[19]185}。在中世纪时期,阿奎那提出,法律的制定并非为着私人的利益,而是为着公民的共同利益^[20]。现代德国法哲学家拉德布鲁赫认为,法应具有合目的性,即服务于公共福祉之正义^{[21]9}。

对公共利益的概念的讨论,通常分为物品意义上和精神道德意义上的,前者例如公共医疗服务,后者例如喜悦的情绪和体验、社会公德。我国知识产权法规定的公共利益通常属于物品意义上的公共利益,例如为公共健康目的对专利药品给予强制许可,但也有精神道德意义上的公共利益,例如对违反社会公德的发明创造不授予专利权。

需要说明的是,公共利益的界定主要存在三种方式:实体论、程序论和类型化。本研究从实体论的角度对公共利益进行界定,不再考虑程序论和类型化的界定进路。此处简要阐述公共利益的程序论和类型化两种进路,并说明不选择这两种方式的理由。

首先,程序论将“什么是‘公共利益’的问题”转化为“由谁来界定‘公共利益’”,并通过完善程序来消解公共利益界定主体与受益主体之间的紧张关系^{[22]47}。在罗尔斯的程序正义理论下,法律制度的设计总是有利于成员的利益^{[23]5}。但是这一理想社会的假设无法成为现实。其次,程序正义也不得不面临多数人与少数人的抉择——是绝对多数表决,还是简单多数表决,还是加权计算法,等等。无论是哪一种投票方式,都无法保证投票结果符合正