

知识产权法之于民法典

崔建远*

目次

- 一、知识产权法不宜作为民法典的一编
- 二、知识产权法之于民法总则
- 三、知识产权法之于民法典分则

摘要 知识产权法已经长成枝繁叶茂的大树,且有不同于物权法、债法、继承法等传统民法的特色,不要说民法总则无法容纳它,就是民法典分则依逻辑也不适合它。例如,知识产权体现产业政策明显、突出和迅速,知识产权制度中的行政法因素较为浓厚。所有这些,在整个民法典中都难以得到尽如人意的反映。知识产权法若被“装入”民法典,会处处受制于民法典内在要求的种种“清规戒律”,难免束手束脚,不利于自己的“自由”发展,不如依其现状继续存在,效果更佳。

关键词 知识产权法 民法典 单行法 自由发展

一、知识产权法不宜作为民法典的一编

《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)于其第5章设第3节“知识产权”,包括著作权(第94条)、专利权(第95条)、商标专用权(第96条)和发现权(第97条)。《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第2条第2款将著作权、专利权、商标专用权、发现权作为民事权益,并作为侵权行为的客体,作为侵权责任法保护的对象,加以规定。这表明中国现行法将知识产权划归民事权利的序列。

正在制定中的《中华人民共和国民法》(以下简称“民法典”)以民事权利为核心,知识产权理所当然地受其规范。全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室于2015年9月14—16日组织研讨的《中华人民共和国民法总则(草案)》列有附件I“第N章 民事权利”,作为《中华人民

* 清华大学法学院教授。

《中华人民共和国民法总则(审议稿)》的备选方案,可以说在一定程度上反映了这种理念。

行文至此,是否应当得出知识产权法应当作为民法典的一编这个结论?不尽然,否定论似乎更具说服力。在这方面,知识产权法的专家学者们已有明白透彻的阐释,笔者不再重复,只是借用以前笔者不赞同水权、探矿权、采矿权、养殖权、捕捞权作为物权法的一章或一节内容的看法、逻辑及操作,来支持否定论:^[1]

既然知识产权与人格权、身份权、物权、债权、继承权等一般的民事权利之间的差异如此之大,如果民法典将知识产权法直接纳入其中,会产生许多难以处理的棘手问题:(1)知识产权体现产业政策明显、突出和迅速,知识产权制度中的行政法因素较为浓厚。所有这些,在整个民法典中都难以得到尽如人意的反映。(2)一部优秀的民法典应当结构合理,逻辑自洽,内部和谐,体系严密。由于知识产权及其法律相对于物权、债权、人格权、身份权、继承权及其法律而言具有明显的特殊性,民法典若将其作为一编,则很难做到结构合理,逻辑自洽,内部和谐,体系严密。例如,《民法总则》的不少制度及规则不适用于知识产权,会出现许多民法制度都要规定例外的情形。如此,一是不经济,二是使得民法总则的确定性大打折扣,三是民法总则涉及的知识产权的规范凌乱不清。莫不如将著作权、专利权、商标专用权、发现权等知识产权的法律规范各自独立,单独成法,更醒目,更利于对每种知识产权的总体把握。中国现行法正是如此设计的。(3)知识产权法作为部门法,适用性很强,需要较为详尽的规定。但知识产权法作为民法典的一编,受民法典的全部条文的总量控制,以及各编相对均衡的审美要求,现行知识产权法的规定势必会被大大压缩,操作性变差,这难以满足丰富多彩的实际生活方方面面的需要。(4)法典虽有逻辑性强、体系严密、法律适用时可以推演以应对不断发展变动的社会生活等许多优点,但它犹如一个铁笼子,知识产权法被“装入”其中会处处受制于民法典内在要求的种种“清规戒律”,难免束手束脚,不利于自己的“自由”发展。(5)冯瑀博士从另外一个方面阐释了知识产权法不宜作为中国民法典的一编的道理:中国民法典基本上采取潘德克顿体系,而该体系是按照民法总则、相对权(债权)编、绝对权(如物权)编的逻辑展开、排列的。这样,物权法、合同法、侵权责任法单独成编符合潘德克顿体系的内在要求,而知识产权法编则同时含有绝对权规则(关于知识产权自身的规范)与相对权规则(关于知识产权转让合同关系规则、知识产权实施许可合同关系规则、知识产权受到侵害时的救济规则等),这就不符合潘德克顿体系的内在要求了。就此看来,知识产权法作为中国民法典的一编不合逻辑。^[2] 笔者认同这种观点及其阐释。

不难知晓,在立法技术上,中国宜采用的上策是:首先,民法典确认著作权、专利权、商标专用权、发现权等知识产权为民事权利的一类。这样,民法典可以作为每种知识产权制度展开、生长和运作的基点和土壤之一;其次,民法典的总则乃至有关分则在理念上,在规范设计上,给各种知识产权留足成长和运行的空间。至于每种知识产权制度的躯干及枝叶,均应由作为单行法的知识产权法来设计。这种模式的优越性可从公司法、票据法等单行法成功实践推断出来。

二、知识产权法之于民法总则

《民法总则》,不仅是民法的总则,而且是商法、经济法、劳动法等法律的总则。商法、经济法、

[1] 参见崔建远:《准物权研究》(第2版),法律出版社2012年版,第11页以下。

[2] 这种意见系《法学研究》的民法编辑冯瑀博士在2015年10月25日上午举行的中国民法学研究会“全面推进依法治国与编纂民法典”的年会的分组会上的评论意见之一。

劳动法、无形财产法、私保险法诸特别私法，没有自成一体规则。“毋宁说，它们都是以民法的存在为前提，本身仅仅规定了一些纯补充性规范。”〔3〕这样断言，乍一听颇有些民法帝国的味道，不少学科的学者可能心里不太舒服。不过，如果心平气和地看待法律现象，实事求是地说，这恐怕是客观事实。

如果承认这种理念，那么，《民法总则》的众多规则对于知识产权不是准用的关系，更不是类推适用的关系，而是适用的关系。

所谓适用的关系，在这里不是指对于知识产权关系应当优先适用民法总则，而是指仍要遵循特别法优先于普通法的解释和适用的规则，对于知识产权问题优先适用知识产权法，只是在知识产权法没有规定时才适用《民法总则》。至于知识产权法的具体规定模糊或有歧义，应当首先运用知识产权法的基本原则及精神予以澄清或确定，在如此操作仍无法解决问题时才运用《民法总则》变模糊为清晰，消除歧义。

既然是适用，则《民法总则》的众多制度及规则，诸如民法的基本原则、民事主体的规则、民事权利的规则（如果《民法总则》设置的话）、法律行为的规则、代理的规则、民事责任的规则（如果《民法总则》设置的话）、除斥期间的规则、诉讼时效的规则、权利失效期间的规则（如果《民法总则》设置的话）等，都要适用于知识产权的案件，只不过需要注意《民法总则》与知识产权法在适用方面的顺序罢了。

鉴于专家学者对上述许多规则都有共识，而权利失效期间制度在《民法通则》上尚付阙如，人们对该项制度着墨不多，实务中却不时遇到它，笔者一直力主《民法总则》创设它，并于此讨论权利失效期间制度与知识产权法的关系。再者，对于持续侵害知识产权的诉讼时效期间的起算，存在着不适当的解释和意见，也有必要发表辨析意见。

在中国现行法将诉讼时效的客体界定为请求权、〔4〕除斥期间制度的适用对象为形成权〔5〕的大背景下，应当这样理解权利失效期间：它也叫失权期间，包括两种类型：一种是现行法已经明确规定的民事权利在一定期间届满时未行使便归于消灭的权利失效期间，《民法通则》第137条中段规定的20年保护权利的期间，《中华人民共和国海商法》第265条前段规定的保护有关船舶发生油污损害所生请求权的6年期间，《中华人民共和国担保法》第15条、第22条等规定的保证期间，及《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第157条、第158条规定的质量异议期间，为其典型。另一种权利失效期间是，现行法尚无明文规定，但权利人在相当期间内不行使权利，依特别情事足以使义务人信任权利人不欲使其履行义务时，则基于诚实信用原则不得再为主张。〔6〕此处所谓相当期间，即为权利失效期间。后者的例子有，某学校建造教学楼时占用了某机关的部分建设用地，该机关一直没有行使其物权，待该学校建成该教学楼并投入使

〔3〕 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第17页。

〔4〕 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2008〕11号）第1条前段关于“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩”的规定，将诉讼时效的客体限定为债权请求权。

〔5〕 参见江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2007年版，第253页；梁慧星：《民法总论》（第3版），法律出版社2007年版，第240页；徐国栋：《民法总论》，高等教育出版社2007年版，第401～403页；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社/高等教育出版社2010年版，第205页；王卫国主编：《民法》，中国政法大学出版社2007年版，第180～181页；陈华彬：《民法总论》，中国法制出版社2011年版，第468～471页；崔建远、韩世远、申卫星、王洪亮、程啸、耿林：《民法总论》（第2版），崔建远执笔，清华大学出版社2013年版，第280～284页；屈茂辉主编：《中国民法》，法律出版社2009年版，第207页。

〔6〕 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第1册），北京大学出版社2009年版，第155～156页。

用时,该机关才主张排除妨害、恢复原状。若支持此类请求,拆除该教学楼的相应部分,不但财产损失巨大,还导致学生无处上课。于此场合,承认权利失效期间制度,才符合诚实信用原则的要求。当然,若该学校恶意占用该建设用地的,则不得依据权利失效期间制度处理此案。这也是诚实信用原则的题中应有之义。再有,中国现行法没有规定当事人请求确认合同无效的期间,合同履行完毕多年,其结果已经形成了固定的法律秩序,仍然允许当事人请求确认合同无效,裁判机关予以支持,会破坏该法律秩序,得不偿失。在不动产交易的情形尤其如此。为了改变这种状况,法律应当尽快规定请求确认合同无效的期间。在目前,宜承认权利失效期间制度解决这个问题。^{〔7〕}

将权利失效期间制度引入知识产权法中,很有必要。对此,举例说明:甲擅自将乙拥有专利权的技术用于自己的生产流程,不但生产出了质量上乘的产品,而且还由此在下游形成了一条产业链,效益极佳。在相当长的时期,专利权人乙一直未对侵权的甲主张专利权,待形成下游的产业链时才主张停止使用该专利技术,就会导致该产业链受挫,甚至酿成失业的后果,严重影响社会效益。于此场合,适用权利失效期间制度,不允许乙援用《中华人民共和国专利法》(2008年修正)(以下简称《专利法》)第60条中段、第66条以及《侵权责任法》第15条第1款第1项等规定,主张甲停止使用该专利技术,即停止侵害请求权在系争案件中归于消灭。当然,乙的合法权益仍需保护,只不过另辟蹊径,由乙基于《侵权责任法》第15条第1款第6项、《专利法》第60条后段、第65条的规定,请求甲赔偿其财产损失。

这种理念及观点在有关法律文件已经有所体现,例如,《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》(法发[2009]23号)第15条后段规定:“如果停止有关行为会造成当事人之间的重大利益失衡,或者有悖社会公共利益,或者实际上无法执行,可以根据案件具体情况进行利益衡量,不判决停止行为,而采取更充分的赔偿或者经济补偿等替代性措施了断纠纷。权利人长期放任侵权、怠于维权,在其请求停止侵害时,倘若责令停止有关行为会在当事人之间造成较大的利益不平衡,可以审慎地考虑不再责令停止行为,但不影响依法给予合理的赔偿。”

必须承认,权利原得自由行使,义务本应适时履行,故权利失效期间是一种例外的限制权利及其行使的制度,适用之际,宜特别慎重,在现行法没有明文规定具体的权利失效期间的场合,尤其如此。这就需要严格构成要件:必须有权利在相当期间内不行使的事实,并有特殊情况,足以使义务人正当信任权利人已不再主张其权利,权利若再行使反倒违背诚实信用原则。在作此项判断时,必须斟酌权利的性质、法律行为的种类、当事人之间的关系、经济社会状态,及其他主客观因素综合考量,予以决定。^{〔8〕}有学者则总结为,权利失效期间的构成要有时间要素、信赖要素和状况要素。^{〔9〕}换句话说,权利失效期间的构成要件包括:(1)须有权利在相当期间内不行使的事实;(2)足以使义务人正当相信权利人已不再主张其权利。^{〔10〕}

此处所谓权利,在知识产权法领域当指著作权、专利权、商标专用权、发现权以及技术秘密等权利。所谓权利不行使,是指权利人在客观上没有向义务人主张权利。例如,商标专用权人未行使权利,而其他未登记的商标已经长期流通,因信赖关系成立一种具有价值的占有状态时,商标专

〔7〕 参见前注〔5〕,崔建远等书,第287~288页。

〔8〕 参见前注〔6〕,王泽鉴书,第157页。

〔9〕 参见吴从周:《权利失效之要件变迁》,载《月旦法学教室》2006年第49期,第12页。

〔10〕 参见前注〔5〕,崔建远等书,第288页。

用权人不得对之提出异议。^{〔11〕} 此处所谓相当期间，为一弹性概念，需要基于个案情形依据诚实信用原则加以确定。

需要注意的还有，权利失效期间不同于权利存续期间，或曰权利期间。权利的存续期间（权利期间）表现为权利的时间性（Temporalität eines Rechtes），对这一权利，立法者并不关心权利人会做什么，它只是设定一个终止期限，权利的存在从一开始仅仅依据确定的这个期限来计算。^{〔12〕} 与此不同，权利失效期间须以权利行使因素作为要件，因此它不是一个纯粹的时间限制，而是在形式上有点类似诉讼时效、除斥期间那样须通过限制权利行使行为来限制权利的存在。例如，《专利法》第42条规定：“发明专利权的期限为二十年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年，均自申请日起计算。”其中的20年、10年，应为专利权的存续期间，而非权利失效期间，因其仅仅聚焦于自申请之日起20年或10年的经过这个要件，而无视其他因素，与此相反，《合同法》第158条规定质量异议期间是与买受人“未提出质量异议”行为密切相关的要求。只有质量异议期间加上买受人未提出质量异议，买受人请求修理、重作、更换、退货、减少价款、解除合同乃至赔偿损失等权利才消灭。这与权利存续期间就存在明显的要件上的差异。^{〔13〕}

在知识产权法领域，属于权利存续期间而非权利失效期间的例证有若干，例如：（1）《中华人民共和国著作权法》（2010年修正）（以下简称《著作权法》）第21条规定的50年权利保护期，属于权利存续期间，而非权利失效期间；第36条第2款规定的10年权利保护期、第39条第2款规定的50年权利保护期、第42条第1款后段规定的50年权利保护期、第45条第2项规定的50年权利保护期，均属权利存续期间，而非权利失效期间；（2）《中华人民共和国商标法》（2013年修正）（以下简称《商标法》）第39条规定的10年有效期，为商标专用权的存续期间，而非权利失效期间。

现在讨论持续性侵害知识产权如何起算诉讼时效期间的问题。笔者注意到，《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》（1998年7月20日）第4条第4款规定：“知识产权侵权纠纷案件的诉讼时效应当依据民法通则关于诉讼时效的规定和有关法律的规定办理。审判实践表明，某些知识产权侵权行为往往是连续进行的，有的持续时间较长。有些权利人从知道或者应当知道权利被侵害之日起2年内未予追究，当权利人提起侵权之诉时，权利人的知识产权仍在法律规定的保护期内，侵权人仍然在实施侵权行为。对此类案件的诉讼时效如何认定？与会同志认为，对于连续实施的知识产权侵权行为，从权利人知道或者应当知道侵权行为发生之日起至权利人向人民法院提起诉讼之日止已超过2年的，人民法院不能简单地以超过诉讼时效为由判决驳回权利人的诉讼请求。在该项知识产权受法律保护期间，人民法院应当判决被告停止侵权行为，侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算，超过2年的侵权损害不予保护。”首先承认，这种认识较以往不分青红皂白地一律自侵害知识产权开始之日起算诉讼时效期间前进了一大步，具有一定的合理性和公平性。但是，必须指出，所谓“侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算，超过2年的侵权损害不予保护”，以偏概全，值得

〔11〕 RG134, 38; BGHZ 21, 66. 参见前注〔6〕，王泽鉴书，第160页。

〔12〕 Christian Weiss, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Jg. 50, 1906, S. 157 - 159. 转引自耿林：《论除斥期间》，民法沙龙报告，2015年9月26日。

〔13〕 该分析路径受启发于耿林博士于2015年9月26日在民法沙龙上所作《论除斥期间》的报告。当然，耿林博士于其报告中辨析的是除斥期间与权利期间，并且其除斥期间的对象不限于形成权，而是可以是任何权利，甚至是相当于权利的法律地位以及程序法上的法律地位和权利。

商榷。

《民法通则》第137条前段的规定确立了诉讼时效期间起算的两项要素,一是客观的,即权利受到侵害;二是主观的,即权利人知道或应当知道其权利受到侵害。当然,对权利人应当知道其权利受到侵害的判断,宜采客观标准,即一个理性人在此情况下能够知道其权利受到侵害,就认定权利人应当知道其权利受到侵害。

在这里,对于客观要素,从侵害的行为角度看,应当是一个侵权行为,而不宜为侵权行为的一部分;自被侵害的权利方面观察,诉讼时效所关心的,不是物权、知识产权、人身权、继承权的自身(因为这些权利本体不适用诉讼时效制度),而是它们受侵害而形成的损害赔偿请求权(债权),并且,它应当是一个完整的权利,而不宜为一个权利的一部分。换句话说,它应当是一个侵权行为终结时所形成的完整权利——侵权损害赔偿请求权,而不宜为一个持续进行的侵权行为的一部分所致损害导致的侵权损害赔偿请求权的一部分。如此,持续性侵害知识产权的场合,只要侵害行为没有结束,还在持续,就意味着一个侵权行为尚未成立;相应地,只要侵害行为没有结束,仍在持续,侵权损害赔偿请求权(债权)便尚未形成,或者说,此时的所谓损害赔偿请求权只有其“质”,在“量”的方面尚不足够。由于“量”不足够,权利人也难以主张损害赔偿请求权——他主张赔偿多少呢?^[14]

由此导致作为诉讼时效期间起算的主观要素——知道或者应当知道,也不应是处于任何阶段的知道或者应当知道,而应当是损害赔偿请求权形成时的知道或者应当知道,从另外的角度说,应当是持续性侵权行为终止时的知道或者应当知道。

如果这是正确的,那么,受侵害的知识产权人向人民法院起诉,若持续性侵权行为尚未结束,则首先采取的救济措施是要求侵权人停止侵害,一旦请求奏效,就形成一个完全的侵权损害赔偿请求权,此时知识产权人已经知道至少是应当知道其权利受到侵害,诉讼时效期间开始起算。如此,无论此时距离侵害知识产权的行为开始发生时历时几年,都不存在超过2年诉讼时效期间的问题,不会出现《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》(1998年7月20日)第4条第4款规定的“侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算,超过2年的侵权损害不予保护”。就是说,《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》(1998年7月20日)第4条第4款的规定,适用范围过宽,应予限缩。

如果受侵害的知识产权人向人民法院起诉时,持续性侵权行为已经终止,则应确定权利人何时知道或者应当知道损害赔偿请求权受到侵害。一般地说,在权利人于持续性侵权行为终止时知道或者应当知道损害赔偿请求权受到侵害的,诉讼时效期间自持续性侵权行为终止时(亦即知道或者应当知道损害赔偿请求权受到侵害时)开始起算。该时间点距离起诉超过2年的,超过部分的损害赔偿请求权已经罹于诉讼时效。于此场合,《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》(1998年7月20日)第4条第4款关于“侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算,超过2年的侵权损害不予保护”的规定,才会派上用场。

仍然按照前一自然段“一般地说”的场景讨论,便有这样的结论:如果持续性侵权行为终止的时间点距离受侵害的知识产权人向人民法院起诉的时间点尚未超过2年的,则侵害知识产权所生的损害赔偿请求权没有罹于诉讼时效,应受完整的法律保护,侵权行为人不得援用时效完成的抗

[14] 参见崔建远:《物权:规范与学说》(上册),清华大学出版社2011年版,第288页。

辩。于此场合,《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》(1998年7月20日)第4条第4款关于“侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算,超过2年的侵权损害不予保护”的规定,仍然派不上用场。

接下来讨论“特别的情形”——虽然持续性侵权行为已经终结,但受侵害的知识产权人仍然不知也不应知其权利受到侵害,那么,侵权损害赔偿请求权的诉讼时效期间也依然不起算,因其不具备《民法通则》第137条前段所要求的主观要素。当然,于此场合,应由受侵害的知识产权人举证证明自己于持续性侵权行为终结时不知也不应知其知识产权受到侵害,而是于其后的某个时间点才知道或应当知道其权利受到侵害。假如举证不成功,就推定于持续性侵权行为终结时应当知道其知识产权受到侵害,诉讼时效期间自此时开始计算。对此,举例说明:甲的专利技术自2011年3月15日时起被乙盗用,直至2013年5月5日才停止盗用。但甲自2011年3月15日至2014年6月7日期间一直处于被歹徒绑架的状态,无法知道其专利权受到侵害。甲于2015年1月1日获救,2015年3月1日知道其专利权被乙盗用。于此场合,该侵害专利权的诉讼时效期间不是自2013年5月5日起算,更不是自2011年3月15日起算,而应自2015年3月2日起算。

三、知识产权法之于民法典分则

中国知识产权法借鉴美国的相对多些,而美国法对包括知识产权在内的绝对权的保护,更多的是依赖侵权行为法,或者说侵权救济的适用范围远比德国法宽广。这也影响到中国知识产权的法律保护模式,即,知识产权受到侵害的场合,中国知识产权法也是主要采用侵权救济方法。这一方面表明,即使知识产权法不作为民法典的一编,知识产权的法律保护离不开民法典中的侵权责任法编;同时说明,主要依赖侵权责任法保护自己,的确有些单调,且不是最佳的方案。

其实,知识产权法创设知识产权请求权(停止侵害请求权、妨害预防请求权、废弃请求权、获取信息请求权、赔礼道歉请求权、消除影响请求权)制度最为理想,就此笔者曾经力倡:既然是制定民法典,而不是制定一部单独的侵权行为法,就必须就整部民法典进行体系化思考,满足民法的总则编、物权编、人格权编(假如如此设计的话)、知识产权编、合同编、侵权行为编各自的目的和功能要求,使这些制度衔接配合得妥当、适宜。在大陆法系,物权、人格权、知识产权各有其积极的权能,也有其消极的权能,后者就是物上请求权、人格权的请求权、知识产权的请求权。人们把这些权利统称为绝对权的请求权,具体表现为停止侵害请求权、排除妨碍请求权、消除危险请求权、物的返还请求权。这是绝对权自身具有的,是它们为使自已保持或者恢复其圆满状态所必需的。法律若使物权成为真正的物权、人格权成为真正的人格权、知识产权成为真正的知识产权,就必须赋予这些绝对权请求权。只要绝对权受到侵害,不管行为人有无过失,不论该行为是否构成侵权行为,绝对权人就当然有权行使这些绝对权请求权,完全不受侵权行为法的种种严格的要求,从而使绝对权能够自行或者通过诉讼机制使自已保持或者恢复其圆满状态。况且,令行为人承受这些请求权行使的结果,并未使他承受任何额外的负担,未遭受任何不利,只是物权人的物权、人格权人的的人格权、知识产权人的知识产权,以及他们的相关利益得到了维护。所以,没有必要以过失为要件。^[15]

[15] 参见崔建远:《绝对权请求权抑或侵权责任方式?》,载《法学》2002年第11期。

但是,美好的愿望毕竟有别于现行法的设计。2002年12月提交给第九届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议的《中华人民共和国民法(草案)》终究没有采纳知识产权请求权的模式,依然倚重侵权责任法的救济路径。随后陆续修正的各部知识产权法也是如此。

如果《民法总则》将目前备选的“第N章 民事权利”变为正式的法案,并创设绝对权请求权制度,那么,知识产权可受到知识产权请求权和侵权责任方式两种救济制度的保护。受侵害的知识产权人会根据具体案情和利弊分析而选取合适的救济措施,至少在某些案件中会援用《民法总则》关于绝对权请求权的规定,主张自己的权利。

如果《民法总则》仍不创设绝对权请求权制度,受侵害的知识产权人觉得援用有关侵权责任的规定主张权利确有不足,那么,可以选取如下路径获得救济:在符合构成要件的情况下,准用物权法编中的物权请求权来保护知识产权。这种路径具有如下优点:^[16]

(1) 在大陆法系,包括侵权责任在内的民事责任为债的一般担保。损害赔偿属于债的一般担保,名副其实。但停止侵害请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权、销毁请求权、获取信息请求权、赔礼道歉请求权、消除影响请求权这些知识产权请求权起不到一般担保的作用,可见,把它们作为侵权责任的方式不合民事责任的质的规定性。

(2) 侵权责任的方式,在大陆法系,属于债权债务的范畴,有若干学者主张物权请求权在性质上为债权或准债权,^[17]更表明了这一点。而债权以平等性为原则,若未附加上担保物权或者基于立法政策的考虑予以特别规定,则无优先性。排除妨害请求权、消除危险请求权等,作为绝对权请求权,与知识产权密切联系在一起,它们的法律地位由知识产权的法律地位决定,也比把它们从知识产权中分割出来,作为侵权责任的方式,以债的身份出现,更有利于绝对权人。

(3) 诉讼时效的对象基本上是债的请求权,而非物权、人格权、知识产权,把停止侵害、排除妨害、消除危险、销毁不法作品或产品、获取信息、赔礼道歉、消除影响作为侵权责任的方式,意味着它们属于债的范畴。而债在逻辑上属于诉讼时效的对象,如此,依据民法解释学,人们无须说明理由,停止侵害请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权、销毁请求权、获取信息请求权、赔礼道歉请求权、消除影响请求权自然应该适用诉讼时效制度。如果法律规定它们不适用诉讼时效制度,则必须充分阐明理由。我们知道,如果排除妨害请求权、消除危险请求权、消除影响请求权适用诉讼时效制度,在知识产权遭受侵害或遇到现实的极可能发生的危险的情况下,显然不合伦理。在知识产权遭受侵害的情况下,因时间的经过,侵权人就可以永续地侵害他人的知识产权,显然无效益、无正义可言,违反社会秩序的要求。再说,侵害行为正在进行中,属于一个侵权行为尚未结束,侵权损害赔偿请求权这个债权尚未完全形成(只有质,量尚未确定),而诉讼时效制度适用的对象不是行为,而是债权(及某些权利),于是,诉讼时效期间不开始起算。该侵权行为停止时,针对停止侵害的诉讼时效的起算又失去其意义。所以,停止侵害请求权不会产生诉讼时效问题。一句话,停止侵害请求权、排除妨碍请求权、消除危险请求权不应适用诉讼时效制度,在任何时候,权利人都有权请求行为人停止侵害知识产权,有权请求行为人排除妨碍、消除危险、消除影响。《德国民法典》第1004条规定,妨害防止请求权和妨害预防请求权不适用消灭时效制度,^[18]就是例证。至于请求停止使用知识产权会损害公共利益等情况,可以运

[16] 参见前注[14],崔建远书,第287~295页。

[17] 参见[日]我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,台北五南图书出版公司1999年版,第20页。

[18] 参见[德]曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第144~145页。

用权利失效期间等制度解决。

(4) 把停止侵害、排除妨害、消除危险、销毁不法作品或产品、获取信息、赔礼道歉、消除影响作为侵权责任的方式,不合请求权基础的思维规律。按照请求权基础理论,我们遇到个案,解决法律适用问题,应尽量避免在检讨某特定请求权基础时,必须以其他请求权基础作为前提问题。易言之,即尽量避免在检讨某特定请求权基础时,受到前提问题的影响。因为合同关系的存在对其他请求权有所影响,对无因管理、所有物返还请求权、不当得利、侵权行为而言,合同关系均为前提问题。所以,要首先考虑合同上的请求权,首先审查诉争案件是否为合同案件,若是,则首先适用合同法;若否,则依次考虑无权代理等类似合同关系上的请求权、无因管理上的请求权、物权请求权、不当得利返还请求权、侵权损害赔偿请求权等。如此思维,才能养成邃密深刻的思考、避免遗漏、确实维护当事人的合法权益。^[19] 把停止侵害、排除妨害、消除危险、销毁不法作品或产品、获取信息、赔礼道歉、消除影响作为侵权责任的方式,把本应第四顺序乃至首先检讨的请求权基础,延后到第六顺序检讨,违反了请求权基础的思考顺序,时常要做无用功。

(5) 把停止侵害、排除妨害、消除危险、销毁不法作品或产品、赔礼道歉、消除影响作为侵权责任的方式,它们时常用于一般侵权场合,而一般侵权行为的构成,公认地要求以过失为要件。可是,连主张停止侵害、排除妨害、消除危险、销毁不法作品或产品、赔礼道歉、消除影响作为侵权责任的论者都认为,停止侵害、排除妨害、消除危险、销毁不法作品或产品、赔礼道歉、消除影响的构成,不宜要求过失这个要件。而在一个一般侵权行为已经给权利人造成损害的情况下,对于损害赔偿的构成要求过失,对于停止侵害、排除妨害、消除危险、销毁不法作品或产品、赔礼道歉、消除影响的构成,不要求过失,会出现一个侵权行为同时实行两个归责原则,一个过失责任原则,一个无过失责任原则。这实际上造成了侵权责任法内部的不和谐,不好理解。反之,如果把排除妨害请求权、消除危险请求权等请求权作为绝对权的请求权,逻辑地不要求以过失作为构成要件,一般侵权的损害赔偿实行过失责任原则,在个案中,几项制度同时适用,就既避免了上述困扰,又妥当地解决了问题。何乐而不为!

(6) 主张把停止侵害、排除妨碍、消除危险等作为侵权责任的方式的论者,在论证其观点的可取性时,认为普通法系的侵权行为法如此。不可否认,在普通法系,侵权行为法领域确实存在着“侵害禁止令”(injunction)等救济措施。^[20] 笔者认为,外国法固有的制度及其配置领域,受制于许多因素,如历史背景、文化传统,^[21] 以及特殊的法律部门分工等。所以,普通法系的侵权行为法如此配置,不一定是中国侵权责任法必然如此设计的理由。既然英美的知识产权法未提供足够的知识产权请求权制度,权利人受到的侵害又应得到救济,由侵权行为法完成此项任务,就无可厚非。但是,无可厚非不等于说这种解决问题的方案最佳。也就是说,中国民法和普通法在具体制度的配置领域存在不同,普通法的制度设计不一定是证明把停止侵害、排除妨碍、消除危险等作为侵权责任的方式为合理的理由。由此引出比较法和法律移植上应该注意的问题,体系化思考不可丢弃。

[19] 参见王泽鉴：《法律思维与民法实例》，三民书局1999年版，第86～91页。

[20] 参见[英] V. A. Griffith：《英美法总论》，姚洪清译，正中书局1983年版，第214、218、219页；John G. Fleming, *The Law of Torts* (Sydney: Law Book Co., 1977), pp. 47, 52, 73. 转引自梁慧星主编：《中国物权法研究》(上)，法律出版社1998年版，第88页。

[21] 参见前注[20]，梁慧星书，第88页。

知识产权法不但有准用民法典中物权编中物权请求权制度的必要性和可行性,而且有必要联系民法典中的不当得利法。笔者注意到,《专利法》第65条规定:“侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定;实际损失难以确定的,可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的,参照该专利许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。”(第1款)“权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的,人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素,确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。”(第2款)《商标法》第63条和《著作权法》第49条也有类似的规定。

可以说,这样的规定不符合如下原理:侵权损害赔偿依其本质应以受害人遭受的实际损失为准确定赔偿范围,以侵权人因侵权所获得的利益确定向受害的知识产权人支付的数额,这是不当得利返还的本质要求及功能。面对知识产权法的上述规定,以及《侵权责任法》第20条的规定,知识产权人应当如何选择请求权基础呢?

其实,侵权损害赔偿与不当得利返还二者在制度理念、构成要件、诉讼时效期间的起算点等方面都不相同。例如,据笔者理解,《专利法》第65条、《商标法》第63条和《著作权法》第49条的规定,应以侵权行为人具有过错为侵权损害赔偿的构成要件,行为人若无过错,则不承担《专利法》第65条、《商标法》第63条和《著作权法》第49条规定的侵权损害赔偿。而不当得利返还则不同,其成立不要求受益人具有过错。如此,在个案中,受侵害的知识产权人若难以举证侵权行为人具有过错,则不援用《专利法》第65条或《商标法》第63条或《著作权法》第49条的规定,不主张侵权损害赔偿,而援用《民法通则》第92条规定的不当得利,就能够请求侵权行为人返还其侵害知识产权所获不法利益。

从另一个角度讲,在某些侵害知识产权的案件中,不宜强求受害人援用《专利法》第65条或《商标法》第63条或《著作权法》第49条的规定,而应允许其选择《民法通则》第92条规定,主张不当得利返还。而在另外一些侵害知识产权的案件中,不宜强求受害人援用《民法通则》第92条规定,而应允许其选择《专利法》第65条或《商标法》第63条或《著作权法》第49条的规定,主张侵权损害赔偿。

(责任编辑:庄加园)