

21

21世纪法学规划教材

知识产权法

INTELLECTUAL PROPERTY LAW

李明德 著



法律出版社

21 世纪法学规划教材

知识产权法

Intellectual Property Law

李明德 著



法律出版社

始创于 1954 年

好书,全体师生一起分享
www.lawpress.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法/李明德著. —北京:法律出版社,2008.5
ISBN 978-7-5036-8409-8

I. 知… II. 李… III. 知识产权法—中国—高等
学校—教材 IV. D923.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第061262号

©法律出版社·中国

责任编辑/王扬

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960毫米 1/16

印张/24.5 字数/409千

版本/2008年5月第1版

印次/2008年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8409-8

定价:30.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

李明德 现任中国社会科学院知识产权中心主任,法学研究所知识产权法研究室主任,中国社会科学院研究生院博士生导师,中国法学会知识产权研究会副会长兼秘书长。1978年考入北京大学,先后在北京大学历史系、法律系获得历史学学士、法学硕士和法学博士。1995年1月到1997年1月在美国华盛顿大学法学院作访问学者,学习和研究美国知识产权法。2001年2月到8月在德国马普知识产权法研究所担任客座研究员,研究欧盟和德国知识产权法。2002年5月到6月,在加拿大不列颠哥伦比亚大学法学院作访问学者,研究加拿大知识产权法。2006年10月到2007年3月,在日本知识产权法研究所担任客座研究员,研究日本知识产权法。

出版专著、译著(包括合著、合译)8部,并在《法学研究》、《环球法律评论》、《知识产权》和《中国版权》等刊物上发表论文约60余篇。主要著作有:《特别301条款与中美知识产权争端》(2000年),《美国知识产权法》(2003年),《著作权法》(合著,2003年),《著作权法概论》(2005年),《知识产权法》(2007年)等。

参加过一系列国际性学术会议和研讨会,访问过美国、加拿大、德国、印度、日本、韩国、新加坡等国。在一系列国际性和区域性会议上,用英文发表过“数字经济与知识产权”、“世界贸易组织与中国知识产权保护”、“TRIPS协议与传统知识、基因资源和民间文学”、“驰名商标保护的理论与实践”、“中国知识产权制度的建立与发展”、“中日驰名商标保护比较研究”、“中国的专利制度及其发展”等演讲。

序 言

写一本知识产权法教程,适合于从来没有学过知识产权的学生使用,对于作者来说是一个很大的挑战。因为,在有限的篇幅中,把知识产权法学中的关键内容突出出来,让读者加以掌握。而哪些内容是关键内容,在不同作者的视野中,又有不同的取舍。

在本书作者看来,学习知识产权法学,最重要的是了解和掌握知识产权法律体系得以建立的前提。换句话说,我们应当首先搞清楚,什么是知识产权,什么是知识产权法律体系的起点。只有这样,才能够真正理解什么是知识产权,知识产权的理论体系是怎样建立起来的,从而在理论上和实务上,不被某些似是而非的观点和看法所迷惑。

应该说,很多宏伟的理论大厦,其建立的基点总是非常简单。记得在大学和硕士研究生阶段曾经学习历史唯物主义,总觉得很多问题难以理解。后来读了恩格斯《在马克思墓前的讲话》,才明白历史唯物主义的理论起点竟然这么简单。人们首先必须吃、喝、穿、住,然后才能从事政治、科学、艺术和宗教等活动。国家设施、法的观念、艺术的观念和宗教的观念,都是建立在物质资料生产的基础之上。后来在攻读博士学位期间,由于专业的原因,曾经沉浸于孔孟之学和程朱陆王之学。一个奠定了中国文化根基的学说体系,其理论起点也是建立在非常简单的夫妻、子女的亲情之上(夫妇、父子关系),并由此而延伸到了国家和社会的制度(君臣关系),以及与之相应的道德伦理观念(仁义礼智信)。这两个事例似乎说明,任何一个理论体系的起点都是非常简单,甚至属于不言自明的道理。

那么,知识产权理论体系的起点在哪里呢?在作者看来,这个起点就是人类的智力活动成果。按照定义,知识产权是人们就某些智力活动成果所享有的权利。与此相应,在某些智力活动成果之上所设定的权利,就叫做知识产权,保护这些智力活动成果的法律,就叫做知识产权法律。当然,这里所说的智力活动成果,不是人类全部的智力活动成果,而是某些智力活动成果,如作品、技术发明、商业标识及其所代表的商誉。与此相应,动物的智力活动成果

(假如有的话),人类的其他智力活动成果,如科学发现、名词术语的创新、逻辑规则的创新,都不能获得知识产权的保护。

再往下推论,版权法体系、专利法体系和商标法体系,也有各自的起点。例如,版权法保护对于思想观念的表达(作品),而不保护思想观念本身。与此相应,各种名词、概念、术语、科学发现、客观事实、技术方案,以及自然科学和人文社会科学领域中的各种理论,都不能获得版权法的保护。又如,专利法保护符合新颖性、创造性和实用性的技术发明。那些不符合这些条件的技术发明,那些没有申请专利的技术发明,以及那些技术领域之外的发明,无论“发明人”付出了怎样的创造性劳动,都不能获得专利法的保护。再如,商标法保护商标及其所代表的商誉。其中的商标是指示商品或服务来源的标记,其中的商誉是消费者或者社会公众对于某一商标的积极评价。与此相应,商标所有人的权利,也仅限于该商标指示商品或服务来源的范围,以及商誉所及的范围。

深入了解和掌握知识产权理论体系的起点,对于理解知识产权法律的一系列特殊规定具有非常重要的意义。例如,知识产权属于无形财产权,其根源就在于智力活动成果首先体现为信息,不同于有形的物质。这样,人们就作品、技术发明和商标(及其所代表的商誉)所享有的权利,就是无形财产权利。正是智力活动成果的信息特征和知识产权的无形特征,才使得知识产权法具有了一系列不同于物权法的规定。又如,知识产权转让和许可的标的是权利本身,而非作品、专利技术和商标标识,其根源也在于智力活动成果的信息特征。因为,在作品已经发表、专利文献已经公开、带有某一商标的商品或服务已经出现在市场的情况下,他人完全可以通过公开的渠道获得相关的作品、技术发明和商标,甚至直接加以利用。这样,在知识产权转让或许可合同中,受让人所获得的权利,是控制已经公开的作品、专利技术和商标的权利,而被许可人所获得的权利,则是利用已经公开的作品、专利技术和商标的权利。

不仅了解知识产权理论的起点非常重要,了解版权法、专利法、商标法和反不正当竞争法的理论起点,也具有同等重要的意义。有一次参加中国法学会组织的专家论证会,涉及两幅油画的著作权问题。油画的主题是抗日战争时期的“重庆大轰炸”,画面中都有嘉陵江和长江,朝天门码头,山峦、绿树、民房,以及日军飞机轰炸而起的硝烟。甚至油画技法中的色彩和明暗对比,都有相似之处。然而,运用版权法思想观念与表达的基本理论,在排除了不受保护的客观事实和油画技法之后,专家们一致得出结论说,两幅油画都具有很高的原创性,不存在一个侵犯另一个著作权的问题。事实上,作者在参加一些专家

研讨会,或者接受媒体采访时,总感觉很多问题的症结就出在版权法、专利法、商标法和反不正当竞争法的理论起点上。例如,实用艺术品应当在什么条件下可以获得版权法的保护,实用艺术品与工业品外观设计的区别在哪里,已经授予的专利权为什么可以被宣告为无效,商业标识与商誉的关系,所谓的“企业名称权与商标权的冲突”,所谓的“驰名商标”问题,无一不与版权法、专利法、商标法和反不正当竞争法的理论起点密切相关。

近几年来,“知识产权滥用”的说法随处可见。许多谈起这个话题的人,也大多是慷慨激昂,滔滔不绝。然而,郑成思教授曾经指出,很多大谈知识产权滥用的人,都没有说到问题的点子上。那么,什么是问题的“点子”呢?2007年夏天,本书作者写了一篇短文“知识产权滥用是一个模糊命题”(发表于《电子知识产权》2007年第10期)。写这篇文章的方法也很简单,那就是回到知识产权理论的“起点”,应当受到保护的某些智力活动成果。分析下来,作品和商标都具有可替代性,因而不存在滥用的问题。例如,某一个主题的作品获得市场成功后,他人可以就相同的主题(思想观念)创作自己的作品(表达)。又如,带有某一商标的商品或服务获得了市场上的成功后,其他市场主体仍然可以使用自己的商标,与之进行竞争。这样,只有某些关键性的专利技术,由于不具有可替代性,才有可能被滥用。然而关于这种可能的滥用,专利制度中早已设立了强制许可的规定,最高人民法院于2004年12月发布的《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》,也对利用技术合同滥用专利权的行为作了详尽的规定。这样一来,所谓知识产权的滥用,具体所指就是专利权的滥用。即使是专利权的滥用,又绝非很多人所想像的那样严重。

“回到基本前提”(basic premise),美国1980年“拜杜法案”的提案人之一拜尔先生,亦如是说。在2007年12月国家知识产权局组织的一次学术会议上,拜尔先生开门见山地说,要了解当年为什么会有“拜杜法案”的提出,以及“拜杜法案”在促进美国技术研发和经济发展中起了什么作用,必须回到美国经济得以发展的基本前提上去。他说,美国经济的成功依赖于研发和创新的能力。创新性技术成果不仅推动了商业和产业的发展,而且带来了新的产品、新的就业机会,以及由此而增加的家庭收入和家庭财产,以及由此而增长的国家经济实力。所以,当国家资助的技术发明不能推动产业发展,不能转换为新产品和新就业机会的时候,就应当私有化,调动大学和科研机构的积极性,加快技术发明的市场化,推动美国经济的发展。事实上,正是通过私有化的改革,“拜杜法案”极大地调动了大学和科研机构从事研发的积极性,以及将技术发明市场化的积极性,从而推动了美国经济的发展。

回到知识产权理论的起点,回到版权法、专利法、商标法和反不正当竞争的
理论起点,这就是作者想在序言中强调的东西。

李明德

2008年3月于北京

目 录

序言	(1)
第一章 总论	(1)
第一节 知识产权与智力活动成果	(1)
一、智力活动成果与知识产权保护	(1)
二、知识产权与公有领域	(3)
三、知识产权与权利限制	(5)
第二节 知识产权与有形财产权	(7)
一、无形财产与有形财产	(7)
二、知识产权的许可和转让	(10)
三、知识产权是私权	(12)
第三节 知识产权的地域性与国际保护	(14)
一、知识产权的地域性	(14)
二、知识产权的国际保护	(16)
三、中美知识产权争端	(17)
思考题	(20)
第二章 著作权	(21)
第一节 著作权概论	(21)
一、著作权与科学技术	(21)
二、著作权与版权	(24)
三、中国著作权法的制定与修改	(26)
第二节 著作权的客体	(28)
一、思想观念及其表达	(28)
二、作品的独创性	(31)
三、几种特殊作品	(33)
四、不受法律保护的作品	(38)
第三节 著作权的内容	(42)
一、作者的精神权利	(42)
二、经济权利	(49)

2 知识产权法

三、著作权的限制	(55)
第四节 著作权的转让与许可	(60)
一、著作权的主体	(60)
二、著作权的归属	(63)
三、著作权的转让和许可	(66)
四、著作权合同	(68)
五、著作权集体管理	(70)
第五节 邻接权	(74)
一、邻接权的概念	(74)
二、表演者权	(76)
三、录音制品制作者权	(78)
四、广播信号与广播组织权	(80)
五、出版者的版式设计权	(81)
第六节 著作权的侵权与救济	(83)
一、侵权的种类	(83)
二、民事侵权诉讼	(90)
三、行政查处与刑事制裁	(97)
思考题	(99)
第三章 专利权	(100)
第一节 专利权概论	(100)
一、专利制度的起源与发展	(100)
二、中国专利制度的建立与发展	(102)
三、专利制度的作用	(104)
四、专利制度中的合同理论	(108)
第二节 专利权的客体	(109)
一、发明	(110)
二、实用新型	(112)
三、外观设计	(114)
第三节 获得专利权的实质性要件	(120)
一、新颖性	(120)
二、创造性	(125)
三、实用性	(127)
四、实用新型和外观设计专利权的要求	(129)

第四节 专利权的申请与获得	(133)
一、专利申请人	(133)
二、专利申请文件	(137)
三、申请日与优先权	(140)
四、专利申请案的审查	(143)
五、专利申请的复审与专利权的无效	(148)
第五节 专利权与专利权的例外	(151)
一、专利权的内容	(152)
二、专利权的例外	(155)
三、专利权的期限与终止	(158)
第六节 专利权的转让与许可	(161)
一、专利权的转让	(161)
二、专利权的许可	(162)
三、强制许可	(166)
第七节 专利权的侵权与救济	(169)
一、专利权的侵权	(169)
二、专利侵权诉讼与民事救济	(180)
三、违反专利法的其他行为	(187)
思考题	(190)
第四章 商标权	(191)
第一节 商标权概论	(191)
一、商标制度的产生与发展	(191)
二、中国商标制度的产生与发展	(192)
三、商标的作用	(194)
四、商标权与商誉	(195)
五、商标法的立法原则	(197)
第二节 商标的种类与构成	(199)
一、商标的种类	(199)
二、商标的构成要素	(203)
三、禁止和限制作为商标的标志	(205)
四、商标的显著性	(207)
五、不与在先权利相冲突	(213)
第三节 商标权的获得	(214)

4 知识产权法

一、商标权的获得方式	(214)
二、商标注册的申请与核准	(216)
三、注册商标的无效	(221)
第四节 商标权的内容与限制	(225)
一、商标权的内容	(225)
二、商标权的续展和终止	(226)
三、商标权的限制	(229)
第五节 商标权的转让与许可	(235)
一、商标权的转让	(235)
二、商标权的许可	(238)
第六节 商标权的侵权与救济	(242)
一、商标侵权的含义	(242)
二、商标侵权行为	(247)
三、商标侵权诉讼与民事责任	(251)
四、行政查处和刑事责任	(256)
第七节 驰名商标	(259)
一、驰名商标保护概况	(259)
二、驰名商标保护的理论基础	(262)
三、驰名商标的认定	(266)
思考题	(273)
第五章 制止不正当竞争	(274)
第一节 制止不正当竞争的概念	(274)
一、制止不正当竞争的起源与发展	(274)
二、自由竞争与商业伦理	(277)
三、反不正当竞争与反垄断	(281)
四、中国反不正当竞争法的制定	(282)
第二节 假冒	(284)
一、假冒的概念	(284)
二、假冒的种类	(290)
第三节 虚假宣传	(299)
一、虚假宣传	(299)
二、虚假宣传的认定与法律救济	(301)
三、地理标志与虚假宣传	(303)

第四节 商业诋毁	(306)
一、商业诋毁的立法概况	(306)
二、商业诋毁的含义	(308)
三、商业诋毁与虚假宣传	(309)
第五节 商业秘密	(311)
一、商业秘密立法概况	(311)
二、商业秘密的范围和构成要件	(314)
三、侵犯商业秘密的行为与法律救济	(320)
思考题	(327)
第六章 知识产权国际条约	(328)
第一节 知识产权国际条约概述	(329)
一、知识产权国际条约的种类	(329)
二、适用国际条约的方式	(331)
三、世界知识产权组织与世界贸易组织	(334)
第二节 《保护工业产权巴黎公约》	(338)
一、国民待遇原则	(339)
二、优先权原则	(340)
三、专利权和商标权的独立性	(341)
四、其他规定	(342)
第三节 《保护文学艺术作品伯尔尼公约》	(344)
一、国民待遇原则	(345)
二、自动保护原则	(346)
三、版权独立原则	(346)
四、其他规定	(347)
第四节 罗马公约与录音制品公约	(349)
一、罗马公约	(349)
二、录音制品公约	(353)
第五节 《与贸易有关的知识产权协议》	(356)
一、国民待遇原则与最惠国待遇原则	(356)
二、与巴黎公约的关系	(358)
三、与伯尔尼公约和罗马公约的关系	(364)
四、知识产权执法与争端解决机制	(366)
第六节 《版权条约》与《表演和录音制品条约》	(368)

第一章 总 论

第一节 知识产权与智力活动成果

一、智力活动成果与知识产权保护

知识产权是指人们就某些智力活动成果所享有的权利。其中的智力活动成果,是指人的大脑与客观物质和其他信息相互作用而产生的信息。而且,知识产权所保护的智力活动成果,仅仅是“某些”信息或者智力活动成果,而非全部的智力活动成果。

到目前为止,受到知识产权法律保护的智力活动成果,主要有作品、技术发明、工业品外观设计、集成电路布图设计、植物新品种、商业秘密、各种商业标记及其所代表的商誉。与此相应,知识产权也就有了版权、专利权、工业品外观设计权、集成电路布图设计权、植物新品种培育者权、商标权和各种制止不正当竞争的权利。

知识产权法律的各个构成部分,则是从各自不同的角度,规定了自身的保护对象和保护条件。例如,版权法保护以文字、符号、色彩、线条、造型和数字等方式表达出来的作品,而且相关的作品还必须具有原创性。值得注意的是,版权法保护的是对于思想观念的表达,而不是思想观念本身。从这个意义上说,作品所反映的思想、观念、创意,作品所使用的名词、概念、术语等,都不能获得著作权法的保护。假如有人做出了一项重大的技术发明,没有去申请专利,只是通过论文的方式公开了这项技术发明,那么他就是把这项技术发明拱手送入了公有领域。如果别人只是使用了这项技术发明,他不能通过作品去保护相关的技术。正如世界贸易组织《知识产权协议》所说,版权保护延及表达,而不延及思想观念、工艺、操作方法或者数学概念之类。

又如,专利法保护各种技术发明,无论有关的发明属于机械、化工领域,还是属于生物技术和计算机技术。获得专利权保护的前提条件是,发明人或者技术发明的所有人必须向国家的专利行政部门申请专利。如果发明人没有申

请专利,或者通过发表论文、产品上市等方式公开了相关的技术发明,就不会有专利权保护的可能性。其次,有关的发明还必须符合专利法有关新颖性、创造性、实用性和充分披露等要求。那些不符合新颖性、创造性和实用性的发明,那些没有充分披露的发明,即使申请了专利,也会在相关的审查程序中被驳回,或者在司法程序中被宣告为无效。

再如,商标法保护各种具有显著性,可以指示商品或服务来源的商标。按照我国商标法,商标法所保护的商标包括商品商标、服务商标、集体商标和证明商标。商标由文字、字母、数字、图形、三维标志、颜色组合等构成。值得注意的是,商标法所保护的并不是商标本身,而是商标所代表的商誉。由文字、图案、颜色等要素构成的商标标识,可以受到版权法或者其他法律的保护,也可以不受到版权法或者其他法律的保护。商标法并不是要在版权法或者其他法律的基础上,对商标标识提供一个额外的保护。商标法所保护的,仅仅是商标所代表的商誉,而非商标标识本身。

其他的法律,如集成电路布图设计法、植物新品种保护法,以及反不正当竞争法,其主要的任务也是确定各自的保护对象和保护要件。例如,反不正当竞争法所制止的是假冒、虚假宣传、商业诋毁和窃取他人商业秘密等不正当竞争的行为。

应该说,将作品、技术发明、工业品外观设计、集成电路布图设计、植物新品种和商业秘密理解为人的智力活动成果,并给予知识产权法律的保护,理解起来并不困难。因为,这些东西都是人类通过自己的智力劳动而创造出来的。然而,如何将各种商业标记和制止不正当竞争的权利理解为智力活动成果,并给予知识产权法律的保护,也许就不那么容易了。

先来看商业标记。人们在设计和选择某一商业标记时,固然付出了一定的智力劳动,但这并非商标法保护的对象。由此而形成的商业标记,在构成作品、外观设计时,在使用了某人姓名、某一地理名称时,可以受到版权法、外观设计法或者其他的法律的保护。反之,则有可能不受任何法律的保护。事实上,商标法所保护的,与其说是商标,不如说是商标所代表的产品、服务或企业的信誉。至于商标所代表的种种信誉,在很大的程度上又是由人的智力活动成果所造就的。例如,企业通过技术创新或新技术的运用而提高产品质量,通过营销方式的革新提高服务质量,以及通过广告活动提高产品、服务或企业的信誉,等等。从这个意义上说,商标所代表的商誉,本身就是一系列智力活动成果的结晶,本身就属于智力活动成果。

其次,对于各种制止不正当竞争的权利,也应当作这样的理解。制止他人

对自己商标、商号和商品外观的假冒,制止他人对自己产品、服务或企业信誉的诋毁,甚至制止他人对其产品或服务的虚假宣传,都是为了保护自己的商业信誉和自己在市场上的恰当位置,从而保护自己的智力活动成果。同样,制止他人以不正当的手段窃取自己的商业秘密,也是为了维护自己的智力活动成果。从这个意义上说,各种制止不正当竞争的权利,是从另外一个角度,即制止他人不正当竞争的角度,来保护市场主体的智力活动成果。

此外,知识产权的“知识”,不同于通常所说的“知识”(knowledge)。在英文中,与“知识产权”相对应的术语是 intellectual property。其中的 intellectual 意为智力,property 意为财产权。如果将这一术语直译过来,应当是智力财产权,其含义是指人的智力活动和由此而产生的财产权。而中文的“知识产权”,从字面上来看,似乎是说“知识”可以产生财产权。显然,“知识”不等于“智力”。在这里,为人们带来财产权利的,不是含义广泛的“知识”,而是某些特定的智力活动成果。尽管中文的“知识产权”这一术语,没有很好地反映这类权利的基本特征,但“知识产权”已经成为一个普遍接受的概念,因而没有必要强行地改而使用其他的概念,如智力财产权,等等。

从历史的发展来看,用知识产权来统称与智力活动成果相关的权利,出现在 20 世纪。在此之前,只有版权、专利权、商标权的概念,甚至包括制止不正当竞争的权利的概念,但并没有一个将这些权利统称在一起的概念。在欧洲大陆的一些国家,确实有知识产权的术语,但这个术语所指的是与作品相关的权利,相当于版权。^[1]到了 20 世纪,人们逐渐以知识产权统称版权、专利权、商标权和制止不正当竞争的权力。到了今天,知识产权已经成了一个广为接受的概念,并且具有了特定的内涵和范围。应该说,用“知识产权”统称版权、专利权、商标权和制止不正当竞争的权力,恰好突出了这类权利的本质特征,即它们是关于某些智力活动成果的权利。

二、知识产权与公有领域

知识产权虽然是人们就其智力活动成果所享有的权利,但是并非所有的人类智力活动成果都可以获得保护。从人类社会的发展来看,在相当长的一个历史进程中,并没有对人的智力活动成果提供保护。例如,司马迁的《史记》和曹雪芹的《红楼梦》都是从来没有获得过版权保护的作品。又如,造纸术和火药也都是从来没有获得过专利权保护的技术发明。直到近现代,社会或国家为了鼓励某些智力活动成果的产生,才从人的智力活动成果中,划出了

[1] 直到今天,西班牙的知识产权法仍然是指版权法。