

211工程三期重点学科建设项目

知识产权法学 理论与实务研究

ZHISHI CHANQUAN FAXUE LILUN YU SHIWU YANJIU

主编◎来小鹏

执行主编◎陈 健



中国政法大学出版社

211工程三期重点学科建设项目

知识产权法学 理论与实务研究

ZHISHI CHANQUAN FAXUE LILUN YU SHIWU YANJIU

主 编◎来小鹏

执行主编◎陈 健



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法学理论与实务研究 / 来小鹏主编. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 11

ISBN 978-7-5620-4085-9

I. 知… II. 来… III. 知识产权法-法的理论-中国-文集
IV. D923.401-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第230061号

- 书 名 知识产权法学理论与实务研究
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088 zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908285(总编室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 9印张 215千字
- 版 本 2012年2月第1版 2012年2月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4085-9/D·4045
- 定 价 28.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。



前 言

知识产权法学作为一门新兴的私法学科，在我国走向创新型国家，迈向民主富强的进程中必将发挥重要的作用。在这一过程中，知识产权法学理论的发展进步应当跟上时代的步伐。

回首过去的 20 年，老一辈知识产权法学学者通过不懈努力，为我们后代学者的学术研究打下了正确而坚实的基础。未来知识产权法如何发展？在现代社会中，知识产权法学如何面对和解决技术进步所带来的众多问题的挑战？本书中的研究成果将为此作出一定的贡献。

中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所各位学者，在长期的教学科研活动中，不仅积累了丰富的教学经验，也在知识产权法各领域具有独到的研究并取得了丰硕的成果。为将各位学者所关心的知识产权法学研究成果展现给大家，特出版本文集。

在知识产权总论方面，文集收录了来小鹏教授的《知识产权法律制度体系研究》、李祖明副教授的《论知识产权的保护与经营——兼谈知识产权研究的重点与难点》、王殊副教授的《进一步完善法律制度和执法机制有效打击进出口侵权货物犯罪》三篇论文。分别深入分析了知识产权法律制度应有的体系，知



知识产权经营及其价值实现,以及在现行刑法框架下侵权货物当事人的刑事责任等问题。

在著作权领域,文集收录了张今教授的《“避风港”原理、规则与实务研究》、刘佳欣的《体育竞赛转播权的知识产权保护》、周婧媛的《传统文化又逢春——从苏州绣娘事件折射出的民间传统文化艺术法律保护》三篇论文。分别研究了著作权法上的“避风港”制度在我国的适用问题、体育竞赛转播权的性质和民间传统文化艺术保护的法律途径。

在专利权领域,文集收录了李玉香教授与明智的《专利恶意诉讼的法律规制》、周长玲副教授的《试论专利申请审查制度的重构——在专利法生态化的背景下》、陈健副教授的《公共健康领域专利强制许可使用制度的新发展》和谢国敏的《浅析创新主体之专利保护需求》四篇论文。分别研究了专利恶意诉讼的法律规制、专利申请审查制度重构问题、商业方法专利授权审查中的“技术特征”和“技术贡献”问题以及创新主体专利保护需求的现状及其保护问题。

在商标权领域,文集收录了冯晓青教授的《未注册驰名商标保护研究》、张今教授的《商标撤销制度中“商标使用”的认定》、刘瑛副教授与高逸的《商标合理使用理论问题之探析》、冯琴副教授的《从商标淡化理论谈对驰名商标的保护》四篇论文。分别研究了未注册驰名商标的法律保护问题、不使用撤销制度中商标使用的含义、对商标合理使用等问题。

在商业秘密和不正当竞争方面,文集收录了陈丽苹教授的《论反不正当竞争行为立法之完善——以侵犯知识产权之不正当竞争行为为视角》、郑璇玉副教授的《商业秘密理论与实务研



究——竞业禁止和保密条款》两篇论文。分别研究了“商业标识”和竞业禁止合同与保密条款等问题。

在知识产权教学研究方面，文集收录了朱玲娣副教授的《知识产权法研讨课、案例课研讨专题与写作问题研究》一文。该文对知识产权法研讨课和案例研习课的实质内容进行了总结、归纳，提出了进一步的教改建议。

另外，本文集还收录了蔡吉祥教授的《上市公司无形资产信息披露制度建设的研究——“无形资产法学”视角的分析与研究》一文。该文就创新无形资产信息披露方式进行了专题研究。

本文集论文的作者除本所老师外，还包括刘佳欣、谢国敏、周婧媛三位我校知识产权专业硕士研究生。

本书的出版得到了我校 211 工程三期重点学科建设项目的资助和中国政法大学出版社的大力支持，在此深表谢忱！同时感谢我校知识产权法专业研究生谢国敏、李飞飞和夏新宇等同学，他们为本书的校对做了许多工作。

本书文中各种思想和观点难免有瑕，敬请方家指正。

编 者

2011 年 8 月



Contents

目录

前 言 / 1

第一部分 知识产权法总论

知识产权法律制度体系研究 / 1

论知识产权的保护与经营

——兼谈知识产权研究的重点与难点 / 18

进一步完善法律制度和执法机制有效打击进出口侵权货物犯罪 / 26

知识产权法研讨课、案例课研讨专题与写作问题研究 / 37

第二部分 著作权法

“避风港”原理、规则与实务研究 / 53

体育竞赛转播权的知识产权保护 / 73

传统文化又逢春

——从苏州绣娘事件折射出的民间传统文化艺术法律保护 / 81



第三部分 专利法

专利恶意诉讼的法律规制 / 89

试论专利申请审查制度的重构

——在专利法生态化的背景下 / 106

公共健康领域专利强制许可使用制度的新发展 / 122

浅析创新主体之专利保护需求 / 141

第四部分 商标法

未注册驰名商标保护研究 / 156

商标撤销制度中“商标使用”的认定 / 180

商标合理使用理论问题之探析 / 190

从商标淡化理论谈对驰名商标的保护 / 214

第五部分 其他与知识产权法相关制度

论反不正当竞争行为立法之完善

——以侵犯知识产权之不正当竞争行为为视角 / 226

商业秘密理论与实务研究

——竞业禁止和保密条款 / 244

上市公司无形资产信息披露制度建设的研究

——“无形资产法学”视角的分析与研究 / 255



第一部分 知识产权法总论

知识产权法律制度体系研究

来小鹏*

一、研究知识产权法律制度体系的基本思路

将知识产权法学作为一门独立的法学学科进行讲授时，通常在首节课程上讲授者都会设置知识产权法学导论部分，即给学生从知识产权概论和知识产权法概论的角度进行讲述。然而如何将导论部分有效地传授给学生，并以此引起他们对该门课程的兴趣和热情呢？我以为，采用立体式的知识结构将知识产权法学学科基本内容呈现给学生是一种比较有效的方法。具体包括以下方面：

* 法学博士，中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所所长、教授、博士生导师，中国政法大学知识产权法专业学科带头人，中国政法大学生物技术法研究中心主任，中国政法大学“全国专利保护重点联系基地”负责人，民商经济法学院学术委员会副主席。兼任中国法学会知识产权法研究会理事，中国版权保护协会理事，国家知识产权战略专家成员，国家知识产权评估促进工程特邀专家等。出版著作和教材 30 余部，公开发表论文 60 余篇，主持完成省部级科研项目 20 余项。



(一) 从纵向分析, 知识产权法学来源于民法, 形成时间不长

知识产权法的性质属于私法; 权利范畴归属于私权。在我国学理上从最初研究便将其界定为民法学的一个重要组成部分。“早在 1981 年, 中国人民大学郭寿康教授即在国内首开招收知识产权方向研究生之先河。中国人民大学佟柔教授主编的国内第一部民法教材《民法原理》, 其中即包含郭寿康教授撰写的‘智力成果篇’(即‘知识产权篇’)。该书于 1982 年出版, 这也是国内第一部包含知识产权专论的高校法学教材。”^{〔1〕}“知识产权”一词作为法律用语, 被我国立法正式确认于 1986 年的《民法通则》中。《民法通则》为适应我国改革开放和知识产权国际保护的需要, 将知识产权确认为基本民事权利之一, 且设专节规定。可以看出, 从权利的角度而言, 知识产权是现代私法中一个十分重要的权利。从其性质和范畴来看, 属于与物权、债权、人身权、继承权并列的民事权利。尽管有学者主张知识产权法理论体系的产生、发展有极大的独立性, 但仍坚持知识产权法属于民法的一部分。^{〔2〕}基于此, 我一直认为, 只有运用民法学的基本概念、基本知识、基本理论, 方可解读知识产权法学的内涵。

(二) 从横行分析, 知识产权法学与相关法学学科关系密切

知识产权法学涉及面宽泛、内容复杂。“自近代知识产权制度诞生后, 在长达三百多年的时间里, 它是以封建特许权制度的形式予以保护的, 直至资产阶级革命时期, 知识产权作为私人享有的无形财产权, 是为法定之权而不是特许之权才得以实现。知识产权从特许权利到一般财产权的嬗变过程中, 到了近现代社会则表现为从行政权利到私人财产权的转变。在知识产权权利演进的

〔1〕 刘春田:“我国知识产权高等教育的发展”,载《中华商标》2007 年第 11 期。

〔2〕 何鹏:“知识产权法体系重构初探”,载《湖南商学院学报》2006 年第 4 期。



过程中,还经历了权利内容由人格权利到特别财产权的演进。”^{〔1〕}因此,知识产权法学除与民法密切相关外,还涉及科技法律制度、行政法律制度、反不正当竞争法律制度以及相关国际公约和规则。

(三) 从动态审视,知识产权法律制度的演变总是与文化、科技、经济的发展相关联

知识产权从“特权”到“立法”,可以说是工业革命和科技发展的必然结果。从我国知识产权法制建设的30年来看,其大致经历了恢复重建阶段(自20世纪70年代末国家实行改革开放政策以来)、快速发展阶段(自20世纪90年代初至新世纪初年)以及基本完善阶段(自参加WTO、全面修法之后,我国知识产权立法开始进入一个战略主动期)。^{〔2〕}无论是哪个阶段,都有一个共同的特点,就是任何一个阶段的知识产权法律制度总是当时的文化制度、科技制度、经济发展水平的体现。因此,在研习知识产权法律制度体系时,必须从制度动态、演变的动因进行分析、了解和掌握。

(四) 从静态分析,知识产权法学的理论体系有待完善

知识产权法学的理论体系无论是从国际层面还是国内层面,都有待于进一步完善。从国际知识产权法律体系来看,于1883年签订的世界上第一个关于知识产权的国际公约——《保护工业产权巴黎公约》,无疑标志着知识产权的国际保护正式进入到多边阶段。“经过100多年的演变,国际公约及条约有效地促进了世界经济及技术的发展,加强了各国知识产权立法的协调与统一。然而,必须看到,由于历史的和国际政治的原因,当前的国际知识产权法律体系存在着不公平、不公正的现象,在其体系内部也存在着一定程度的混乱和冲突。这表现在发展中国家的利益要求没有得

〔1〕 肖军、刘倩:“知识产权的价值向度与制度构建”,载《求索》2009年第8期。

〔2〕 吴汉东:“中国知识产权法制建设的评价与反思”,载《中国法学》2009年第1期。



到恰当的反映,国际权力政治的阴影明显地投射在国际知识产权法律体制之中;同时,将知识产权的国际保护纳入到 WTO 的多边贸易体制之内也给国际知识产权体系造成了一系列的矛盾和冲突。”^{〔1〕}从国内层面来看,虽然知识产权在立法上比较完善,但理论构建、法律体系方面的研究还是明显不足,特别是有关适合我国文化、科技、经济发展的,具有我国特色的知识产权理论体系研究成果还比较欠缺。

(五)从我国知识产权法律制度运行现状来看,立法、司法、行政方面尚需进一步完善

我国经过近三十年的发展,已经形成了与《与贸易有关的知识产权协议》(以下简称 TRIPs 协议)要求基本一致的知识产权立法体系。但是,就整个知识产权法律体系对立法的要求来讲还不尽如人意,主要表现为“立法结构上还不完备、法律规范和法律责任的不统一、知识产权法律体系内部各法律之间的相互协调和整合作用缺失等”^{〔2〕}。在司法方面,我国知识产权审判工作可以说取得了巨大成就,无论是从审判人员培养、审判机构设置、审判水平提高,还是司法审判对强化知识产权保护等方面,都受到了世界的关注。但从完善角度来看,知识产权审判“程序配置、审判标准、诉讼管辖以及证据规则等都有待适时变革”^{〔3〕}。知识产权的行政管理和保护在我国具有重要地位并在知识产权保护过程中发挥着司法保护无法替代的作用,特别是知识产权行政执法在规

〔1〕 参见王东君:“当前国际知识产权法体系的审视与重构”,载国际经济法网, http://ielaw.uibe.edu.cn/html/wenku/guojijingjifa/20100513/14154_2.html, 访问时间:2011年8月1日。

〔2〕 参见傅运华:“知识产权立法现状及发展趋势”,载中国法院网, <http://www.chinacourt.org/html/article/200801/18/283717.shtml>, 访问时间:2011年8月1日。

〔3〕 吴汉东:“中国知识产权法制建设的评价与反思”,载《中国法学》2009年第1期。



范知识产权市场、打击侵权行为、维护知识产权人合法权益等方面取得了巨大成就，尤其是开展的各项专项执法活动。^{〔1〕}但行政保护中仍存在一些问题，如知识产权行政保护模式、知识产权行政保护与司法保护的衔接与协调、行政管理机构设置、知识产权行政保护标准等。

（六）从影响程度来看，知识产权法律制度已受到各国及国际组织的高度关注

知识产权法律制度是人类的一大发明，它以荣誉、社会地位和财富为杠杆，谋求知识产权人利益与社会公众利益的平衡，并将此作为原则贯穿整个知识产权法的解释和适用过程，使每个人生命中最贵可贵的创造本能为生生不息的创造之火添加利益的柴薪，激励人们奉献出更多更好的精神产品，以推进人类的进步。从知识产权法律制度的功能来看，知识产权制度是智力成果商品化的法律前提和保障，只有充分发挥知识产权在增强国家经济技术实力和国际竞争力、维护国家利益和经济安全方面的重要作用，才能为该国进入创新型国家行列提供强有力的支撑。因此，知识产权法律制度已是现代经济的核心并已成为各国未来竞争的一个战略制高点。

二、知识产权法律制度体系的构成

关于知识产权法律制度体系的构成问题，学界、立法和司法界同仁以及国际公约均从不同角度进行了探讨和规定。本文仅对此进行梳理并从框架上展现知识产权法律制度体系构成的基本情况。

〔1〕 如多个国家部门联合开展展会知识产权保护的“蓝天”行动；公安机关在全国开展打击侵犯知识产权犯罪的“山鹰”行动。为了规范专利市场行为，维护专利权人的权益，国家知识产权局开展了“雷雨”和“天网”专利专项执法行动等。



（一）学理上的构成

知识产权法律制度的建立是为了更好地构建知识产权权利体系和保护知识产权各项权能。知识产权是一个权利束，对其权利范围的不同认识会直接影响知识产权法律制度体系的构建。在知识产权法律制度的研究过程中，学者们基于自身的不同理解，对知识产权制度及知识产权权利范围进行了各有侧重的解读。有的认为，“从体系范围而言，知识产权制度有广义狭义之分。狭义的知识产权制度，即传统意义上的知识产权法，包括著作权（含邻接权）、专利权、商标权三个主要组成部分。一般来说，狭义的知识产权可以分为两个类别：一类是文学产权（literature property），包括著作权及与著作权有关的邻接权；另一类是工业产权（industrial property），主要是专利权和商标权。广义的知识产权制度包括著作权、邻接权、商标权、商号权、商业秘密权、产地标记权、专利权、集成电路布图设计权等各项权利。”^{〔1〕}也有学者认为，“广义的知识产权，可以包括一切人类智力创作的成果，也就是《建立世界知识产权组织公约》中所划的范围。狭义的或传统的知识产权，则包括工业产权与版权（即著作权）两部分。”^{〔2〕}还有学者认为，知识产权以对知识的消费方式为标准划分为著作权和工业产权，以知识产权价值的来源作为标准可以分为创造性智力成果权和工商业标记权。^{〔3〕}我个人认为，“知识产权可分为工业产权（包括专利权、商标权）和著作权或称版权两大类。然而对于知识产权的具体范围，各国立法规定不一。”^{〔4〕}

综上，我们发现，大多数学者认为知识产权具有广义和狭义

〔1〕 吴汉东主编：《知识产权法》，法律出版社2007年版，第32～33页。

〔2〕 郑成思：《知识产权法》（第2版），法律出版社2006年版，第5～8页。

〔3〕 刘春田主编：《知识产权法》（第3版），中国人民大学出版社2007年版，第19～21页。

〔4〕 来小鹏：《知识产权法学》，中国政法大学出版社2011年版，第3页。



之分，广义的知识产权可以包括一切人类的智力成果，包括《建立世界知识产权组织公约》和 TRIPs 协议中所列知识产权的范围；狭义的知识产权则主要包括著作权和工业产权，具体指著作权与邻接权、商标权、专利权。因此，我国知识产权法律制度体系与世界上大多数国家一样，主要由著作权法律制度、专利法律制度、商标法律制度以及其他知识产权保护制度构成，在对传统知识产权提供合理保护的基础上，根据 TRIPs 协议等国际公约义务对其他知识产权也提供相应保护。

（二）立法上的构成

自改革开放以来，我国知识产权立法工作得到了快速推进。经过三十多年的发展，我国在立法层面上已经建立起相对完善的知识产权法律制度，通过颁布法律、行政法规、规范性文件、司法解释等形式，对包括著作权、专利权、商标权等在内的知识产权提供相对完善的法律制度保障。

1. 知识产权法律。1982 年 8 月 23 日、1984 年 3 月 12 日和 1990 年 9 月 7 日，全国人大常务委员会先后通过了《商标法》、《专利法》和《著作权法》。这三部主要的知识产权法律分别于 1983 年 3 月 1 日、1985 年 4 月 1 日和 1991 年 6 月 1 日起施行。根据政治、经济、文化发展的需要，现行《商标法》于 1993 年 2 月 22 日和 2001 年 10 月 27 日先后两次进行了修改，第三次修改工作正在进行中；现行《专利法》于 1992 年 9 月 4 日、2000 年 8 月 25 日和 2008 年 12 月 27 日先后三次进行了修改；现行《著作权法》也于 2001 年 10 月 27 日和 2010 年 2 月 26 日先后两次进行了修改，第三次修改工作正在进行中。

此外，我国还颁布了《民法通则》（1986 年 4 月 12 日通过，1987 年 1 月 1 日起施行），《反不正当竞争法》（1993 年 9 月 2 日通过，1993 年 12 月 1 日起施行），《合同法》（1999 年 3 月 15 日通过，1999 年 10 月 1 日起施行），《反垄断法》（2007 年 8 月 30 日通过，2008 年 8 月 1 日起施行），《侵权责任法》（2009 年 12 月 26 日



通过,2010年7月1日起施行)等法律,为知识产权提供了较为全面的保护。

2. 知识产权行政法规。随着立法工作的不断发展,我国也先后颁布实施了《商标法实施条例》(2002年8月3日由国务院颁布,2002年9月15日起施行),《专利法实施细则》(2001年6月15日由国务院颁布,先后于2002年12月28日和2010年1月9日进行了修订),《著作权法实施条例》(2002年8月12日由国务院颁布,2002年9月15日起施行)。

其他知识产权行政法规还包括:《著作权集体管理条例》(2004年12月28日由国务院颁布,2005年3月1日起施行),《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》(2009年11月10日由国务院颁布,2010年1月1日起施行),《信息网络传播权保护条例》(2006年5月18日由国务院颁布,2006年7月1日起施行),《计算机软件保护条例》(2001年12月20日由国务院颁布,2002年1月1日起施行),《集成电路布图设计保护条例》(2001年4月2日由国务院颁布,2001年10月1日起施行),《实施国际著作权条约的规定》(1992年9月25日由国务院颁布,1992年9月30日起施行);《专利代理条例》(1991年3月4日由国务院颁布,1991年4月1日起施行);《知识产权海关保护条例》(2003年12月2日由国务院颁布,2010年3月24日修订);《植物新品种保护条例》(1997年3月20日由国务院颁布,1997年10月1日起施行),《中药品种保护条例》(1992年10月14日由国务院颁布,1993年1月1日起施行)等一系列行政法规。

3. 知识产权部门规章。伴随着我国知识产权行政保护制度的改革和完善,各知识产权相关行政部门也颁布了一系列部门规章对知识产权进行保护、对相关行为予以规范,比较重要的有:

(1) 商标方面。《国家工商行政管理总局驰名商标认定工作细则》(2009年4月21日公布并施行),《商标评审规则》(1995年11月2日公布,经2002年9月17日、2005年9月26日两次修订),



《地理标志产品保护规定》(2005年6月7日公布,2005年7月15日起施行),《集体商标、证明商标注册和管理办法》(2003年4月17日公布,2003年6月1日起施行),《驰名商标认定和保护规定》(2003年4月17日公布,2003年6月1日起施行)。

(2) 专利方面。《专利实施许可合同备案办法》(2011年6月27日公布,2011年8月1日起施行),《专利权质押登记办法》(2010年8月26日公布,2010年10月1日起施行),《审查指南》(2006年5月24日公布,经四次修订后于2009年4月30日公布,2009年6月1日起施行),《展会知识产权保护办法》(2006年1月13日公布,2006年3月1日起施行),《专利实施强制许可办法》(2003年6月13日公布,2003年7月15日起施行)。

(3) 著作权方面。《著作权质权登记办法》(2010年11月25日公布,2011年1月1日起施行);《计算机软件著作权登记办法》(2002年2月20日公布并施行)。

4. 知识产权司法解释。我国法院在知识产权案件审判过程中积累了大量的司法实践经验,最高人民法院对于知识产权案件审判过程中出现的重大疑难问题及时总结经验,发布了大量司法解释,主要包括:

(1) 商标方面。最高人民法院《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》(法发[2010]12号),《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》(法释[2009]3号),《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2002]32号),《关于审理商标案件有关管辖和法律适用范围问题的解释》(法释[2002]1号),《关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》(法释[2002]2号)。

(2) 专利方面。最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》(法释[2009]21号),《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》(法释[2001]21号),《关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》(法释