

ZHISHI CHANQUAN



刘斌斌 著

知识产权

理论与战略研究

ZHISHI CHANQUAN

LILUN YU ZHANLUE YANJIU

甘肃人民出版社

知识产权

——理论与战略研究

刘斌斌 著

甘肃人民出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

知识产权:理论与战略研究 / 刘斌斌著. —兰州: 甘肃人民出版社, 2006. 9
ISBN 7-226-03475-1

I. 知... II. 刘... III. 知识产权—研究—中国
IV. D923. 404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 097629 号

责任编辑: 王 飏

封面设计: 徐晋林

知识产权:理论与战略研究

刘斌斌 著

甘肃人民出版社出版发行

(730000 兰州市南滨河东路 520 号)

兰州瑞昌印务有限责任公司印刷

开本 787×1092 毫米 1/16 印张 16.125 字数 355 千

2006 年 8 月第 1 版 2006 年 8 月第 1 次印刷

印数: 1—1,500

ISBN 7-226-03475-1 定价: 38.00 元

年轻学者的奋起

——写于刘斌斌君专著出版之际

财团法人·国际协和奖学会理事长 金田昌子

在几次工作事务聚会上，日本文化出版局、日本文化学园的好几个人都对我说：“从中国敦煌来日本留学的斌斌君是一个难得的好青年，希望先生能见见他”，所以我一直萌发着要见一见这位众人喜欢的中国青年的愿望。后来经出版局的平田先生的介绍，我在财团事务所里初次见到了刘斌斌。他是一个既有修养而又好学谦虚的年轻人，在面见了其导师山冈永知先生之后，经过理事会审查，有缘斌斌君成为本财团第19期奖学生，接受财团两年的无偿资助，这使得我和他有了更多的接触。

平日里他的学习是非常刻苦的，因为是法学研究，这更需要阅读和理解大量的专著书籍。让人感慨的是，常听说财团每月资助给他的奖学金几乎都买了书籍。后来我们一起到中国的新疆、西藏等地进行考察研究，却更让大家钦佩的是他的人品。

这一次听到刘斌斌君的专著将要出版的消息，我们都为他感到高兴，希望他的才学能为自己的祖国作一点贡献。

在现在的世界舞台上中国的地位和影响越来越受到关注，加入WTO的中国对未来世界的经济必将产生深远的影响。诚然，知识产权也将是中国面临并要解决的一大课题。希望这本书给广大的学子和学人带来一缕新风，也祝愿年轻学者的奋起永不停息。

2006年7月于东京自宅

自序

到日本留学快十年了，今天坐在日本大学东京都三崎町的研究室里，想要为这本书的出版写点什么，可本来已经胸有成竹的思路不知道为什么变得杂乱无章，十年来许多本已经忘记的事情却奇妙地浮现在眼前。

记得1997年第一次将要走出国门的时候，没有太多的信息，也不能上因特网，我的脑海中所想象的国外是一片纷乱和迷茫，也有几份悲哀和消沉。因为我看了好多次的《北京人在纽约》和《上海人在东京》。

在北京等了好长时候，签证下来的电话打到我住了好久的文化部招待所。母亲的眼里充满着担心、不舍和忧虑，但我还是毅然背起书包，马上去购买到东京的飞机票。售票处的经理对我说：“美西北航的（票价）便宜，你坐美西北航吧。”当时，我竟然想都没有想，脱口而出：“我要乘坐中国国际航空公司的飞机。”九年后的今天，想起这件事来，我真的不知道为什么那样做，宁可多花两千多元要选用国航。这或许就是我脑海中无意识的“品牌”意识和“爱国”思想的作用吧。

踏上日本国土，万幸的是我没有遭受“上海人在东京”的困境。但因为语言的问题，几乎无法和别人交流，所以也成了日语班上其他留学生的笑料。前三个月拼命地苦修，和同房间的一位来自吉林的小石一起互相鼓励，一起练习学习。小石在国内是日语专科毕业，基础比我要好得多，所以常常是他带着我四处认路、买东西，顺便教我单词。暑假后返回学校，老师又一次有意识地 and 全班最差的我练习口语时，他惊讶地瞪大了眼睛。说实话，这要感谢小石和同寮（相当于中国的宿舍）的小王，还要感谢假期打工的法国料理店的西山店长，他们经常帮我练习口语。也许是有语言的环境，我的日语渐渐好起来，甚至好像是每天都在突飞猛进。五个月后按照成绩分班，我

还是留在了甲班，可是小石却到了乙班。那个时候小石就因为到日本后的许多不适应，工作学习也不太积极，情绪很低落。为此，已经搬出学校寮的我好几次回到那里，和小王一起陪小石吃饭，给他打气。

去日本之前我没有过多地考虑要学习什么专业，到日本一年后，当大家选报学校和专业时，我选择了法学。当时同学们和老师都很奇怪，因为当时的法学专业招收留学生的名额很少，很多学校都没有，大都是经济管理类的比较多。日语学校的升学指导老师对我说：“法学专业很难，很多日本学生都不能毕业，希望你还是认真考虑一下。”对此，我不是不知道，但是，我还是坚持了自己的选择。就在我接到通知书的那一段时期，也听到了让我们都无法相信的消息：小石卧轨自杀了。

现在回想起来，我真的不知道自己当时执著的根本原因。虽然面对东京繁华飞速的交通、金融和经济，我不时地产生着眩晕，甚至是激情，但内心总是被一种平稳有序的规则所感染。但正是这一执著的选择，使我踏上了步入法律殿堂的艰难之旅。那段时间，耳边也常常想起小石第一次见我开门时流利的日语，还有他后来许多抱怨的声音。我想，正是他无法接受不同规则的融合，无法使自己真正成为一个“国际人”，才在迷茫中败下阵来，从而选择了逃脱。

我们的首发课是一位资深法官（也是校友，某地方裁判所长官）上的，都是些非常难懂的法学术语，但我深深感到了法学的深邃、博大和艰难。从那之后，也不知道经历了多少数不清的艰难坎坷，经过了多少次考试的折磨，一直走到了今天。即使现在，也常常为自己的脑海中不断涌现的一个问题——“法是什么”而苦苦地在追求、在探索。

很多人劝我应该让自己的导师给书作序，这样会更体面些。说起导师，我要感谢上苍给我的照顾和恩惠，使我在这九年多当中遇到了几位让我终生受益的恩师。第一个给我帮助的是寒河江实老教授，和他的结识使我的学习生活走向了一个新的起点。三年多来，正是他给我一对一的日语教学，才使我度过了许多连日本人都头疼的法学语言关。平常，我们情同父子，他对我的照顾甚至是无微不至。记得几年前在进入博士前期课程入学考试的那一天，因为我参加的是普通日本人的入学考试，心中固然有些紧张和担心。而

寒河江教授比我更早到了学校，在他的研究室一直等着我考试出来。走出考场见到满头银丝的先生的那一刻，我的心中有一种酸楚，因为看到先生自然地让我想起了到日本前一年去世的父亲。

进入大学院法学研究科博士前期课程，经寒河江先生的介绍我投入山冈永知先生的门下。山冈先生出生于名门望族，是一个典型的国际派学者，早年留学美国，其祖父曾是日本著名的官员学者。尽管如此，可他对我这个来自外国的关门弟子却非常亲和。每一篇论文，大到结构，小到标点符号，都一一亲自批阅指导。多少个晚上我们俩都是在修改了我的文章以后拖着疲惫的身子到大学附近的餐馆吃饭。

从到日本的第二年开始我就一直在日本文化出版局做兼职，正是从那个时候起，也是我留学生活发生重大变化的开始，遇到了许许多多以前从没有碰到过的人和事。出版局编辑的大型图书出版之际，当时中国驻日本大使陈健还特意寄来了贺词，由于我做的该贺词的日文翻译，也首次在日本的图书上出现了谁也不知道的“刘斌斌”三个铅字。后来我又分别到日本文化女子大学、日本文化服装学院做了两三年。期间，在一个偶然的机会有缘结识了财团法人国际协和奖学会的理事长金田昌子先生，也正是在协和奖学财团两年的资助下，博士后期课程的学习也顺利地进行，从而也有了这本专著的问世。

在大学院博士前期课程期间，我选择了后藤晴男先生的《知识产权特殊讲义》这门课。中途在一次课堂的发言中，由于我讲到了中国唐代的律令制度的问题，先生很奇怪，问我为什么会这么清楚，我说因为我是中国人，而且是从敦煌来的。先生很高兴，当晚下课就请我去喝酒。后来我才知道，先生原是日本特许厅（相当于中国知识产权局）审判部长，和中国有很深厚的渊源。1976年就率团访华，并多次和中国经贸部的任建新（后任最高人民法院院长）交涉谈判，先生常说：“多亏任先生的慷慨和帮助，使得一再陷入僵局的谈判最终得到成功，也使我完成了自己的使命。”记得和先生一起第一次在日本的期刊杂志上发表论文的时刻，是我最高兴的日子，也使自己走向知识产权学术世界的基础和起点。

这本书在出版之际，本该写许多与专利、商标、著作权等相关的东西，

可是我的思绪却萦绕在这许多的回忆和往事当中。因为今天的一切都与往日的许许多多无法分离，愿许多故人和故事能为今天的学子和读者看到这本书而欣慰！因为我觉得这本书并不是我十年留学的大成所集，也并不是代表我所学的最高成就，以免辱没导师的声名，所以谢绝了导师作序之请。但我还是将自己的第一本书献给给我教诲和帮助的师长们，期望他们都健康长寿！也期望在不久的将来自己的代表性专著出世时会有他们的作序之赐。献给生我养我的父母，愿在天的父亲能有一丝慰藉，还在苦苦操劳的母亲能为我高兴！也献给十年前给我帮助的小石，希望他在上天看到我们的留学之举给蓬勃发展的国际社会中也带来一点点作用和意义！

这本书的起笔、结构到完成，可能与同类的专业书籍从形式等方面稍有不同，为了使看到这本书的您有一个清晰感性的认识，在论述当中插入很多图示。说实话，我画这些图示要比写相同数量的文字要困难的多，并且花费了很多时间，但完成之后也有点自娱其乐。看到这本书的人们若能将文字和图示对比起来认识这本书，也是我的一大祈愿！至于知识产权、其理论和战略等的重要性，以及这本书的问世意义等问题，我想今天的人们不但有各自不同的了解，并且国际、国内对此问题的提出和探讨也是风风火火，但真正如何认知，希望看了这本书之后您会有一点定论。

在一个偶然的的机会，经人介绍我认识了甘肃人民出版社的王飏编辑，有缘我们初次见面就很投合，也有许多共同的话题。在这本书的出版过程中，小到文字大到成书王飏兄做了许多工作，并给予了很多好的建议，在此，我深表感谢！

刘斌斌

2006年7月

于东京三崎町日本大学

大学院研究室内

目 录

第一部分 走进知识产权的世界

第一章 日常生活中的知识产权	(3)
第一节 手提电脑与知识产权	(3)
第二节 知识财产保护的必要性	(5)
第三节 知识产权立国战略	(6)
第四节 知识产权的认知	(11)
第二章 知识产权法的发展理论	(15)
第一节 从特权走向知识产权	(15)
第二节 专利法的发展	(16)
第三节 商标法的发展	(19)
第四节 著作权法的发展	(22)

第二部分 产业创作保护与知识产权

第三章 发明创造与专利法	(29)
第一节 专利法是什么	(29)
第二节 专利权的取得实体要件	(32)
第四章 专利权的取得程序	(39)
第一节 专利的申请	(39)
第二节 专利申请审查流程	(52)
第三节 受到拒绝授予专利者的主张权利	(56)
第五章 专利权与商业——专利权的效力、限制、应用	(57)
第一节 概要	(57)
第二节 专利权的效力	(58)

第三节 专利权的限制	(61)
第四节 专利权的应用	(66)
第六章 专利权的侵害和救济	(70)
第一节 专利权的侵害	(70)
第二节 民事救济	(72)
第三节 刑事制裁	(76)
第四节 相对侵权诉讼的对抗手段	(76)

第三部分 维护市场秩序的法规制

第七章 反不正当竞争法	(83)
第一节 反不正当竞争法的地位作用	(83)
第二节 主要不正当竞争行为	(85)
第八章 商标	(92)
第一节 商标法的目的	(92)
第二节 商标权的取得	(99)
第三节 商标注册程序	(101)
第四节 商标权的效力	(108)
第五节 驰名商标的保护	(115)
第六节 商标的国际注册	(120)

第四部分 学术文化创作的保护

第九章 著作权法	(129)
第一节 著作物与著作人	(130)
第二节 著作人的权利	(140)
第十章 著作物的利用	(149)
第一节 著作权的限制	(149)
第二节 著作物的利用	(151)
第三节 著作邻接权	(157)
第十一章 著作权的转让与许可	(162)
第一节 著作权的转让	(162)
第二节 著作权的许可	(165)
第三节 著作权的保护期间	(168)

第十二章 著作权的侵害与救济	(171)
第一节 侵害的形态	(171)
第二节 民事救济	(174)
第三节 刑事上的制裁	(176)
第十三章 著作权的权利管理体制	(179)
第一节 权利管理团体	(179)
第二节 著作权团体管理条例	(180)
第三节 今后权利管制体制的展望	(183)

第五部分 数字化社会与知识产权

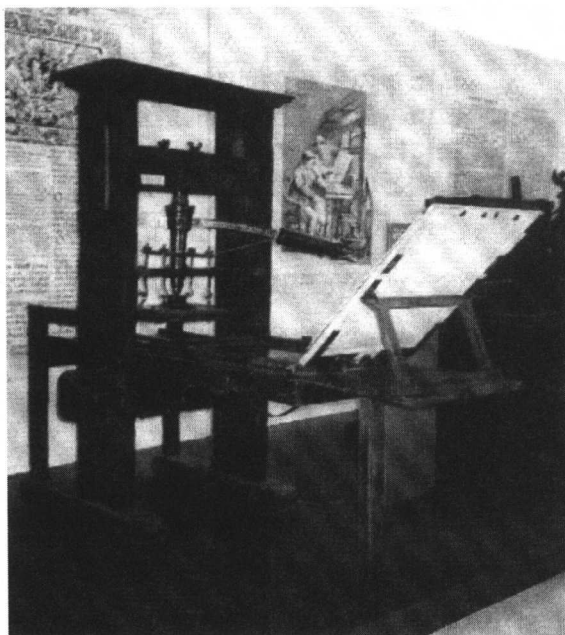
第十四章 软件程序·数据库的保护	(187)
第一节 软件程序的意义及对其保护的立法历程	(187)
第二节 商业方法专利(business method patents)	(189)
第三节 数据库的保护	(191)
第十五章 集成电路布图设计的保护	(193)
第一节 集成电路和集成电路布图设计	(193)
第二节 集成电路布图设计的法律保护	(196)
第三节 集成电路布图设计专有权	(200)

第六部分 知识产权战略

第十六章 企业知识产权战略	(209)
第一节 企业对知识产权的认知意识	(209)
第二节 企业(特别是中小企业)知识产权战略的形态	(211)
第三节 知识产权创造循环体系中大学等研究机构与企业的关系	(211)
第四节 企业知识产权应用视点	(212)
第五节 无形资产时代的知识产权应用	(213)
第十七章 知识产权的 License 战略	(218)
第一节 产业财产权的应用	(218)
第二节 License 的形态及对价	(221)
第三节 License 契约	(224)
参考文献	(238)
后记	(243)

第一部分

走进知识产权的世界



Gutenberg 发明的活版印刷机

曾几何时，要想应用他人的知识产权是多么困难的一件事。可是在技术产业高度发达的今天，我们身边充满许许多多他人的知识财产，稍微留意就会发现它们时刻处于被利用的状态。

第一章 日常生活中的知识产权

我们生活空间所有使用的物质的绝大部分,都是人类通过不断地思考和探索获得的知识创作的成果。

这种知识的财产,法律用可以排除他人随意使用的知识产权这一强大的权利来进行保护。

第一节 手提电脑与知识产权

电脑作为学习工作的一个必要工具,在今天已经变得非常普遍。由于功能品牌的不断更新,我们对电脑的需求也越来越挑剔。很多大学生甚至是普通的初高中学生,要一台喜欢的手提电脑,已经不是遥远的梦想了。

如果走进电脑城去购买一台手提电脑,首先进入我们眼界的肯定是品牌了。其次会看电脑的设计,第三会考虑它的功能,第四会去向售货人员询问它具有什么样的软件和数据等,第五可能了解厂家,第六还会确认生产国、场所等。

电脑品牌 仔细注意眼前眼花缭乱、种类繁多的电脑,会发现每一种电脑的机身和包装上都有一些各不相同的图案或标记。根据这些图案和标记,通常我们要确认它们是否与广告中表示的相同。标志或是标识大多数是由厂家在生产电脑时添加赋予的,也有一些是销售商添加的。这些标记,就是我们通常所说的商标,是一种商品区别与其他商品的标识。如果经过商标局登记注册,就产生商标权。

电脑的设计 不同的电脑外观设计,给人的印象和美感度也是不同的。根据个人的爱好,我们总会选择那些在外观设计上自己喜欢的电脑。而各个厂家也是为了吸引更多的消费者,千方百计地在外观设计上不断改进和创新,来增强产品在市场上的竞争力。这些由厂家设计的创意,在法律上由专利法来进行保护,若在专利局进行登记注册,那么厂家企业对其外观设计就拥有了专利权。

电脑的配置 我们选购电脑时,会对电脑的各种配置提出要求,以便有机地利用其相关性能,来满足自己学习、生活的要求。一台手提电脑的 CPU(中央处理器)、内存存储器

(memory)、高速缓冲存储器、显示器、键盘鼠标、磁盘存储、光盘存储、电池等等,都是由厂家开发的众多技术凝缩而成的。在法律上将它们称为发明和实用新型。如果厂家向专利局注册,就对它们拥有了专利权和实用新型权。另外,CPU、memory 是由 LSI(集成电路)构成,这种半导体的电路布图也可以通过注册产生集成电路布图利用权。除此之外,企业厂家还拥有许多在制造等方面的 know-how(专有技术)和 trade secret(商业秘密)等。

电脑软件 为了保证电脑的各种运行,必须根据需要装入一定的软件程序。这些软件程序可能是由电脑生产厂家制造研发的,也可能是由其他生产者制造研发的。在法律上将它们称之为著作物(我国称作品),而著作权的产生无需登记注册。当我们打开电脑,从电脑发出的音乐、显示出的图画、文字、文章等,它们都是著作物,都具有著作权。电脑联网后,我们所检索的网页、数据库,阅读的文章等等,同样都具有著作权。

生产厂家(企业)名称 不同的厂家,因各自的技术、人才、设备、管理、信誉等因素,生产出的产品的质量、性能等也不尽相同,市场竞争力方面也同样存在差异。一般情况下,我们都希望选择值得信赖的厂家生产的产品。确认手提电脑的生产厂家,不明白使用方法或者出现故障时,可以随时联络咨询。

电脑的生产国、生产地 电脑作为一种精密的电子产品,其技术要求相对较高,也许因为不同的国家或地区的技术不同,生产的电脑质量、性能上也有相异。为了避免欺诈或冒充,要求厂家在其产品上添加有关的标志或图案说明,以明确该产品的原产国家、原产地。

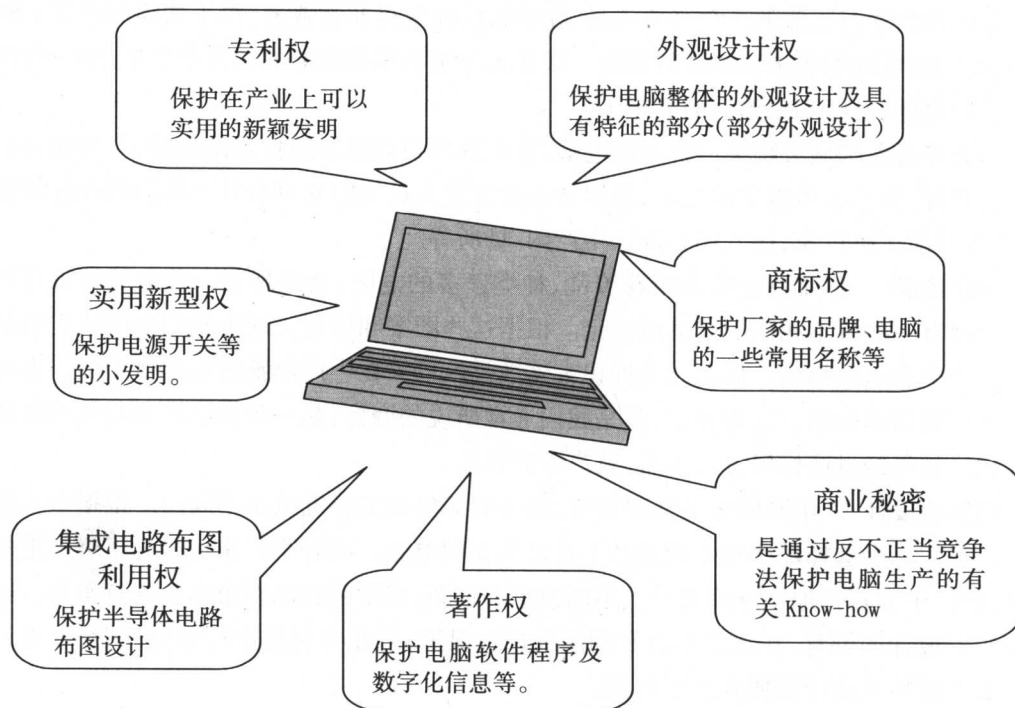


图 1-1 便携式电脑与知识产权

第二节 知识财产保护的必要性

我们购买的一台手提电脑,就充分利用着商标、外观设计、发明、实用新型、半导体电路布图、商业秘密、著作物、原产国、原产地等等这些人类知识精神创作、经济活动的成果和信用。电脑虽然是各种硬件组成的有形物体(有体物),但在观念上却是一系列无形财产的集合体。

有形物体的支配权也就是我们民法上所说的所有权。所有权是以有形物体为客体的,它是物体所有者固有的支配权。所有者对其支配的话,他人就不得实施相同内容的支配行为。因有形物体存在于物理空间,某一个人对其实施了100%的支配,同时该物体由他人支配的可能性也就不存在。但是,知识性成果的知识财产,当某一个人对其实施100%的支配的同时,由其他人也进行100%支配的可能性却依然存在。虽然这种支配根据知识成果的种类会发生差异,但非常容易模仿正是体现着这一同时支配的现实意味的。

以有形物体为客体的所有权是不会发生模仿问题的。但以无形物体为客体的知识产权,比如从电脑软件等著作物的复制我们容易地发现模仿复制是极其简单而且已经成为深刻的社会问题。在软件等的模仿复制中,需要的最少生产费用仅仅是一张软盘或光盘而已。因为复制模仿,使得原开发者不能回收开发所花费的成本,辛勤劳动的成果得不到回报,同时也会减退或抹杀创作者的创作信心和激情。降低或抹杀创作信心和激情,就会阻碍文明的进步和产业的发展,从而给社会带来损害。另外,还会带来创作者尽可能不公开自己的创作的现象,形成阻碍社会进步的恶性循环。

为了阻止和杜绝这样的问题发生,在一定期间内禁止人为复制模仿行为,以提高创作的欲望和激情,这也是知识产权法的目的之一。因此,我们必须正确理解以专利法为主的产业创作保护法和以著作权法为主的文化创作保护法的真正意图。

知识产权是知识创作和经济活动中排他性独占权的总称。将知识产权进行大致分类的话,有像发明、实用新型、外观设计等技术标识的排他独占权——工业所有权;还有著作物、表演、音像、有线无线视频音频等艺术文化的排他独占权——著作权和著作邻接权这两大类。

知识产权是相对于知识财产的一种私权、支配权和排他独占权。有时也被称之为无形财产权或知识所有权。这里所说的排他独占权,是指排除他人利用而独占利用知识财产的权利,知识产权的利用行为,根据权利的不同也发生相异,比如像专利权(包括实用新型和外观设计)就称之为“实施”发明、实用新型和外观设计的,商标权叫做“使用”商标,而著作权方面存在复制权、表演权、广播权、展览权、发行权、改编权、翻译权、汇编权、摄制权、出租权、信息网络传播权、放映权等分支权利,每个分支权对于著作物的利用行为也各不相同。

狭义的工业所有权,就是通过登记注册发生的专利权、商标权等,有时也叫做绝对排

他独占权。这些权利的发生,并不是与创作同时,而是在审查主义、先注册主义的基础上经过专利局或商标局的注册,在一个国家内被赋予,形成一个国家内唯一的权利。因此,像专利权中,两个以上的人分别进行同一个发明,即使是专利权人以外的人比专利权人先得出发明结果,原则上也不能实施该项发明。广义的工业所有权还包括由反不正当竞争法保护的未注册商品的表示、商业秘密等等。

而相关于著作物的著作权,有时却也称之为相对排他独占权。著作权的发生采用的是无方式主义,即与著作同时发生著作权。因此,相同的著作物即使由两个以上的人分别创作得出,只要不存在模仿和盗用,就产生各自的著作权,只要是利用自己的著作物当然也不构成侵权。这一点与专利权具有很大的区别。

虽然知识产权与市场、竞争秩序有着很深厚的关系,但它是一种私权,权利者可以根据自我责任来选择实施权利的实现和执行。对没有权利性的知识产权的保护也同样如此。但是,决不能忘记的一方面是,维护知识产权秩序也常常融入刑法法规,利用刑事惩罚加强其保护的力度。

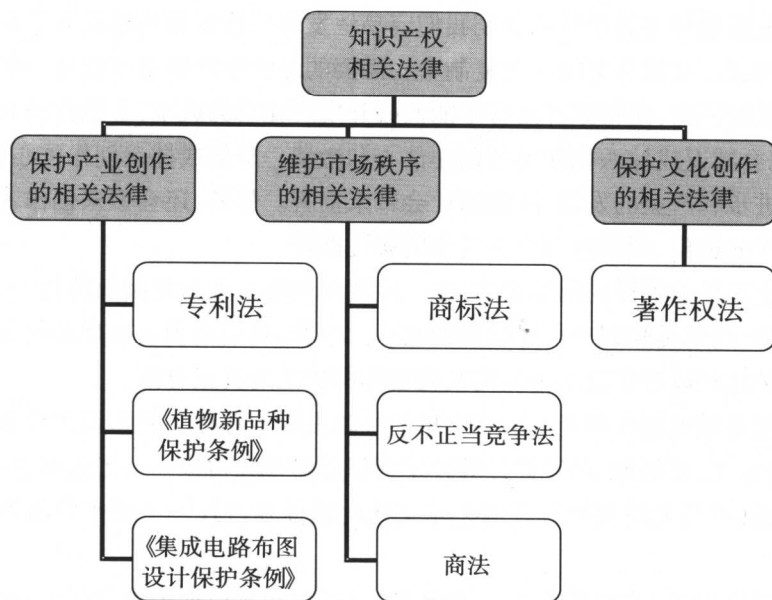


图 1-2 知识产权相关法律

第三节 知识产权立国战略

知识产权是与产业经济价值直接联系的源泉,是实现产业(包括企业)发展战略的重要因素,在全球化不断发展的今天,知识产权作为竞争力的源泉,其作用尤为重要。当今