

曹玉鸣 著

知识产权视野中的 的前沿问题

贵州民族出版社

知识产权

视野中的前沿问题

曹玉鸣 著

贵州民族出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识产权视野中的前沿问题/曹玉鸣著. —贵阳:

贵州民族出版社, 2006.9

ISBN 7-5412-1353-5

I. 知… II. 曹… 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 106665 号

书 名	知识产权视野中的前沿问题
作 者	曹玉鸣
责任编辑	李云华
封面设计	吕凤梧
出版发行	贵州民族出版社
出 版 地	贵阳中华北路 289 号
印 刷	贵阳市黔灵印刷工业总公司
开 本	880 × 1230mm 1/32
印 张	13.75
版 次	2006 年 9 月第 1 版
印 次	2006 年 9 月第 1 次印刷
字 数	370 千
印 数	1 ~ 1000 册
定 价	38.00 元



知识产权视野中的前沿问题

责任编辑:李云华

封面设计:吕凤梧

前 言

近年来,“知识产权”一词出现在报刊、文件中的频率大大增加。世界贸易组织已将知识产权列为世界贸易的三大支柱之一。世界经济竞争、综合国力竞争,越来越表现为以知识产权为主要内容的科技水平和知识总量的激烈较量。知识产权是人们参与竞争,并在竞争中赢得优势、保持优势和发展的至关重要的条件。从国际范围来说,知识产权已经成为当今世界经济与科技竞争必不可少的热点和焦点。

改革开放以来,我国在建立健全知识产权制度方面付出了艰苦的努力,迈出了巨大的步伐。我们加快知识产权法制化的进程,在高起点上向国际标准接轨,扩大保护范围,加大执法力度,提高保护水平,取得了举世瞩目的成就。但是,我们在发展的同时也面临着诸多的问题。比如,一些跨国公司正在利用知识产权抢占我国高新技术产业市场;制造出口产品因知识产权问题频频受阻;一些进口组装行业遭受双重征收专利使用费,廉价劳动力形成的出口优势被削弱;传统产业面临知识产权的竞争,部分内销产品也受到知识产权侵权调查;企业技术创新能力不足,缺少自主知识产权,在竞争中处于被动局面;国内企业申请海外专利遇到高费用门槛,等等。这些问题的研究解决,需要实践,需要时间,更需要锲而不舍地探索和深入研究。加强知识产权保护,充分发挥知识产权制度在我国社会经济发展中的作用,是一项长期、复杂、涉及面很广的社会工程,需要多学科、多方面的集成,需要全社会的共同努力。

随着现代经济、科技的迅速发展,知识产权制度的发展也在扩展和深化。知识产权保护范围逐步扩大,新增知识产权类别相继涌现,

数字化技术与多媒体和信息高速公路的发展,国际关系中知识产权的协调与分享以及知识产权国际一体化等,使得知识产权领域不断提出了一系列新的理论和实践问题。

作者对这些新问题、热点问题、前沿问题始终保持着浓厚的兴趣。在处理繁忙的日常事务之余,不断思索与积累,也算略有所得。之所以下定决心致力于本书的写作,就是希望通过记录下这些思想的火花,尽可能地为关心我国知识产权制度发展和从事知识产权研究的理论工作者与实践工作者提供一些参考,并抛砖引玉,盼有更多的著作问世,以此为我国知识产权制度的发展略尽一份绵薄之力。

贵州警官职业学院副教授 曹玉鸣

2006年5月

目 录

第一章 知识产权保护概述·····	(1)
第一节 知识产权的概述·····	(1)
第二节 我国的知识产权立法体系·····	(10)
第三节 我国的知识产权管理制度·····	(15)
第四节 知识产权的国际保护·····	(26)
第二章 知识产权权属政策比较研究·····	(31)
第一节 职务发明专利的权属政策·····	(31)
第二节 公共和非营利性研究机构的知识产权权属·····	(34)
第三节 政府资助形成的知识产权归属·····	(36)
第四节 合作研究开发的知识产权归属·····	(38)
第五节 国际经验的启示·····	(39)
第六节 完善我国的知识产权权属政策·····	(41)
第三章 著作权保护中的新问题·····	(45)
第一节 高新技术的发展与版权保护·····	(45)
第二节 法律实施的困惑·····	(62)
第三节 版权与相关权利·····	(72)
第四节 版权产业问题·····	(86)
第四章 计算机软件与知识产权保护·····	(95)
第一节 计算机软件与知识产权法·····	(96)
第二节 著作权法对计算机软件的保护·····	(101)
第三节 专利法对计算机软件的保护·····	(115)
第四节 商标法、商业秘密与计算机软件的保护·····	(132)
第五节 法律保护的比较与分析·····	(139)

第五章 专利权用尽原则的理论与实践·····	(149)
第一节 专利权用尽原则的基本概念·····	(149)
第二节 专利权的国内用尽·····	(151)
第三节 专利权的国际用尽·····	(187)
第六章 生物技术的专利保护与再思考·····	(221)
第一节 概论·····	(221)
第二节 人体基因的专利性及其引发的问题·····	(227)
第三节 植物品种的可专利性以及引发的问题·····	(235)
第四节 生物技术专利的再思考·····	(244)
第七章 商标权的行政保护问题·····	(253)
第一节 商标侵权的概念和表现·····	(253)
第二节 商标侵权的认定和处理·····	(273)
第三节 商标专用权的行政保护·····	(302)
第八章 商标权的司法保护·····	(317)
第一节 商标权的民事保护·····	(317)
第二节 商标权的刑事保护·····	(331)
第九章 商标侵权热点问题·····	(335)
第一节 商号对商标专用权的侵犯·····	(335)
第二节 定牌加工中的商标侵权·····	(340)
第三节 反向假冒商标侵权·····	(349)
第四节 商标淡化侵权·····	(353)
第五节 关于驰名商标的保护·····	(356)
第六节 奥林匹克标志的保护和使用·····	(361)
第十章 商业秘密的法律保护·····	(375)
第十一章 中药的知识产权保护·····	(414)

第一章 知识产权保护概述

世界经济已经进入知识经济的时代,如果说农业社会的最大资源是土地、工业社会的最大资源是有形资本的话,那么当今社会的最大资源就是知识产权这一无形资产。“知识就是财富。”随着现代科学技术的飞速发展及其与经济活动日益紧密的结合和快速运用,信息、技术和管理等知识范畴在社会经济发展中显示出前所未有的巨大生命力。而在所有的知识范畴中,知识产权的地位、作用以及人们对知识产权的重视程度都是首屈一指的。

第一节 知识产权的概述

一、知识产权的概念和特点

知识产权一词源于 17 世纪的法国,其英文原意指“知识财产权”或“知识所有权”。在国外,有人把它译为“精神产权”或“智力成果权”,在我国,也有论著使用或借用了这一译法。如,《法学词典》将知识产权定义为:“知识产权亦称智力成果权,指对科学、技术、文化艺术等领域从事智力活动创造的精神财富所享有的权利。”^①《中国大百科全书·法学》则把知识产权定义为:“基于智力的创造性活动所产生的权利。”^②这也是世界知识产权组织对知识产权的界定。根据《中华人民共和国民法通则》的规定,知识产权是指公民、法人、非法人单位对自己在科学技术等领域创造的智力成果依法享有的权

① 上海辞书出版社 1984 年 12 月版,第 560 页。

② 中国大百科全书出版社 1984 年 9 月版,第 751 页。

利。无论知识产权的概念如何表述,至少包括以下三层含义:

第一,知识产权是基于人的智力创造性成果而产生的权利。知识属于认识论的范畴,表现为人类思维、思想和观念的形态,这些智力成果是人类在实践活动中创造的,是人类的智力劳动。同时,这种智力劳动又非一般意义上的智力活动,而是一种具有创造性的智力劳动,法律之所以确认和保护知识产权所有人的权利,在于这种智力成果具有先进性、创造性和新颖性的特点,而这些特点是智力劳动的创造性所决定的,非创造性的智力活动不能产生创造性、先进性和新颖性的智力成果,也不能获得知识产权。

第二,知识产权所保护的客体是组合性权能。知识产权有别于传统财产权在于它是组合性权利,即每个知识产权表现为权利束,是一种权能的组合。比如著作权,它集合了复制权、广播权、表演权、翻译权、改编权、信息网络的传播权等各项权利。可见,知识产权的权能是丰富多彩的,这种权利组合与单一的有形财产权是有所不同的。

第三,知识产权是基于法律的调整而产生的权利。人们对自己脑力劳动所创造的智力成果,并不是当然地产生法律上的权利,现实生活中人们也不可能对所有的智力成果都享有专有性或排他性的权利,而只有经过法律的调整,即法律上的确认和规定,知识产权才得以产生。

知识产权具有以下特点:

1. 无形性。知识产权与有形财产不同,不会造成自然损害。例如,某项专利技术一旦被公之于众,就可供成千上万人使用,而技术内容本身并没有被分割破坏,形式上似乎没有失去什么。然而,事实上,所有权人的利益已受到了侵犯。对有形财产侵犯一般表现为强占或损坏,可以一目了然,而对知识产权的侵犯则表现为剽窃、仿制或冒充等形式,不易识别。因此更需要予以保护。

2. 专有性。亦称独占性、垄断性。这种独占权只能授予一次。独占性含义有两层:一是排他性,如一项专利、一篇作品或一种商标

权,都只能属于一个主体;二是独占处置权,表现在一定的期限、地域内,知识产权的主体对该知识产权享有独占处置权,即未经权利人的许可,不得实施其知识产权,否则将构成侵权,应承担侵权责任。当然这种独占性与有形财产的独占性还是有区别的,知识产权的独占性只表现在实施或使用上,而有形财产的独占性则更广泛,属绝对独占权。

3. 地域性。除国际条约另有约定或法律另有规定外,一国所确认和保护的知识产权,只能在该国范围内有效,在其他国不能发生效力。而其他财产则不然,如某人拥有的汽车、家电等,并不会因其出国而被取消财产权。应当说明的是,随着区域联合、国际化的发展,国与国之间的特殊性越来越减弱,共性越来越增强了。

4. 时间性。知识产权都有法定的保护期限,一旦保护期限届满,或者因为其他程序使得尚未届满的权利丧失,则知识产权终止,这就意味着受保护的知识产权变成了公众的财产。有形财产则无任何时间限制。只要有形财产没有灭失,主体的财产权利就一直存在。

5. 法定性。主要是指知识产权的获得需要经过法定的程序。由于知识产权不能自然形成,所以知识产权的获得必须经过国家立法确认。如专利权的获得必须经过申请,由国家主管机关依据相应的法律审查、批准才能获得;商标权须经登记、注册等才能得到法律确认。

二、知识产权的范围

知识产权的范围,就是受知识产权法保护的智力成果的种类。一般认为,知识产权保护工业产权和著作权两大类。根据 1967 年《世界知识产权组织公约》第 2 条第 8 款的规定,知识产权包括:①对文学、艺术和科学作品享有的权利;②对演出、录音和广播享有的权利;③对一切领域内的发明享有的权利;④对科学发现享有的权利;⑤对外观设计享有的权利;⑥对商标、服务标记、厂商名称和标记所享有的权利;⑦对制止不正当竞争享有的权利;⑧对在工业、科学、文

学或艺术领域一切智力活动成果享有的权利。应当说明的是,上述定义中广泛列出了知识产权应该保护的内容,但实际上,在人类历史发展的长河中,在不同的时期,该不该保护、能不能保护、保护到何种程度都是因时而异的。另外,受人们认识程度及客观条件的制约,科学发现不能不说也是智力活动的成果,但目前既不属于工业产权保护之列,也不属于著作权保护之列。多数国家并未将其列入知识产权保护的内容,更很少有在国家法律或国际条约中将科学发现作为财产权加以保护。《中华人民共和国民法通则》将发现权列为知识产权的一种,也仅仅是作为一种精神权——人身权,其本身并不具有财产属性。

根据上述分析,知识产权的范围主要包括以下几种:

1. 版权

版权又称为著作权,是作者依法对自己在文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等方面的作品所享有的专有权利。版权保护的是表现形式。一件作品要享有版权保护必须具有独创性,作品中的思想并不要求都是新的,只是思想所表现的形式必须是作者独立创造的,一件作品的用途与它的保护没有直接关系。版权保护的客体有:文字作品,口述作品,音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品,美术、建筑作品,摄影作品,电影作品和以类似电影方法创作的作品,工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品,计算机软件,法律、行政法规规定的其他作品。

依法禁止出版、传播的作品不受著作权法的保护。著作权人行使著作权,不得违反宪法和法律,不得损害公共利益。

2. 专利权

我国专利法保护的专利,包括发明、实用新型和外观设计三个类型。(1)发明专利。世界知识产权组织 1979 年出版的《发展中国家发明示范法》对发明的定义是:“发明是发明人的一种思想。这种思想可以在实践中解决技术领域里特有的问题。”我国专利法实施细则对发明的定义是:专利法所称的发明是指对产品、方法或者改进所提

出的新的技术方案。所以,发明可以理解为利用自然规律解决某一技术问题的一种新的方案。

(2)实用新型。我国专利法实施细则对实用新型的定义是:专利法所称的实用新型,是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适用于实用的新的技术方案。只保护有形的产品及其结构,从创造性的要求上也低于发明专利。

(3)外观设计。我国专利法实施细则给出的定义是:专利法所称的外观设计,是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适用于工业应用的新设计。如地毯、服装、手工艺产品所制造的纯美学的艺术设计不属于专利法的外观设计范畴。对外观设计的要求主要是新颖性。

3. 商标权

商标是生产经营者在其生产、制造、加工、拣选或者经销的商品或者服务上采用的区别商品或者服务来源而使用的一种标记。我国商标法规定:文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合以及上述要素的组合,均可作为商标申请注册。

商标权是商标所有人依法对自己注册商标享有的专用商标权,也称商标专用权。商标权表现为不仅禁止他人就同种类商品使用已经注册的商标,而且也禁止他人在同种商品上使用与已经注册的商标相似或者相近的商标。因此,商标权具有广泛的排他性。但商标的时间性相对不那么明显,只要不断依法注册,就可以长期无限地占有该商标权。

商标权的内容只有财产权,没有人身权。商标法不调整商标设计和商标专用人之间的关系,这是商标权区别于著作权和专利权的一个主要特点。

上述三种是最主要、最基本的知识产权。除此之外,以下三种也应当纳入知识产权的保护范围。

4. 标记名称

标记名称包括厂商名称、服务标记、货源标记(原产地名称)。

(1) 厂商名称也称商业名称,是区别不同企业的名称和标志,或者说是企业法人或个人在经营中使用的称号,可以做营业招牌使用。厂商名称一般由政府主管机构负责登记注册,如全聚德、同仁堂等。

(2) 服务标志是指提供服务的企业所使用的标志,如饭店、旅行社、航空公司等的标志。中国民航 CAAC 和一个类似飞机形状的图案构成了中国民航的服务标志。

(3) 货源标记是表明一种产品来自某个国家或地区,如“MADE IN CHINA”。人们对某国或某一地区制造的产品往往怀有特殊的信任感或不信任感,如人们对杭州西湖附近所产的龙井茶信任度较高。

(4) 原产地名称是指表明一种产品的原产地国家、地区或特定地方的地理名称,而该产品的质量 and 特点完全是或基本上是由于该产地的地理环境(包括自然因素和人的因素或两者结合的因素)造成的。我国茅台酒和哈密瓜的质量和特点主要是和产地的地理环境有关,茅台、哈密就是这两种产品的原产地名称。

原产地名称、厂商名称、服务标志和商标的性质类似,所以,有些国家也把它们都包括在商标中。

货源标记和原产地名称都是用来识别产品的来源或原产地的,但货源标记只表明产品是从哪里来的,通常是指某国或某个地区,而原产地名称则还表明产品的特质,且该特质主要是由产品所在地区的地理环境所决定的。往往是由于用特定地点的水、土或植物及其他特有的原料所生产制造的产品,或者是由于采用当地风味制作的产品,这种产品在异地生产或用异地资源生产通常达不到其特定的质量与风味。

5. 商业秘密

《中华人民共和国反不正当竞争法》第 10 条规定:“商业秘密,是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。”商业秘密包括技术秘密、营业秘密和管理秘密,其特点是具有保密性、经济性、历史性。

6. 集成电路布图设计

2001年3月28日国务院第36次常务会议通过的《集成电路布图设计保护条例》第2条对集成电路布图设计的基本概念做了如下规定:(1)集成电路,是指半导体集成电路,即以半导体材料为基片,将至少有一个是有源元件的两个以上元件和部分或者全部互连线路集成在基片之中或者基片之上,以执行某种电子功能的中间产品或者最终产品。

(2)集成电路布图设计,是指集成电路中至少有一个是有源元件的两个以上元件和部分或者全部互连线路的三维配置,或者为制造集成电路而准备的上述三维配置。

三、知识产权制度的产生与发展

(一)版权制度的产生与发展

版权作为一种法律概念,最早起源于16世纪的欧洲。当时,英国的印刷商们在出版之前,往往需事先将书稿送往王室进行审查,以避免出版冒犯皇家当局的书籍。渐渐地,业内各出版商之间逐渐形成一种默契;经过王室审查而被授权某出版商出版的书,其他出版商不再参与竞争。这既是对王室权威的臣服,同时也是防止无序竞争的需要。这种约定俗成的协议可以看做是早期版权制度的雏形。

1709年,英国下议院通过了世界上第一部版权法,即《安娜法》。该法第一次确认了“作者”是法律保护的主体,规定新作品的保护期限为14年,14年后如果作者还在世,则可以申请续展14年;对于该法生效之前的作品,该法规定保护期为20年。这样,现代意义的版权制度逐渐开始形成了。

1789年,法国资产阶级大革命提出了“天赋人权”的口号,这个口号也反映在1793年法国的第一部版权法中。这部法律强调作者个人的权利,提出:版权所保护的不仅是作者的经济权利,而且还有作者的精神权利。同时,它从理论上把作者的精神权利放在首要的位置。这部法律后来成为许多大陆法系国家的样板,对世界各国的版权法律保护制度产生了重大的影响。

此后,美国、丹麦、意大利、德国、日本、俄国等也都相继实行了各自的版权制度。但是,随着各国之间科学文化交流的日益发展,许多有价值的作品打破了一国的界限,不断被译成其他国家的文字,在国外出版和发行。这就给作者的版权保护带来了许多新的困难。为此,在1866年,世界上第一个国际版权公约诞生了,即《保护文学作品伯尔尼公约》。后来,到1952年,又出现了《世界版权公约》。1970年,成立了第一个管理和保护著作权的国际性官方组织,即联合国世界知识产权组织(WIPO)。目前,该组织在国际社会知识产权管理和保护事务中发挥着越来越重要的作用。

(二) 专利制度的产生与发展

专利制度的雏形,最早出现在中世纪的欧洲,当时就有君主赐给工商业者在某些商品上垄断经营的特权。例如,1236年,英王亨利三世曾授予波尔多一个市民15年色布染织垄断权;1331年,英王爱德华三世曾颁布命令,授予佛兰德斯人约翰肯普以纺织、漂洗和染色技术的特权。这种带有国王玉玺的特殊权利,实际上是国王授予的特许权,而不是现代意义上的专利独占权。世界上第一个真正的发明专利是意大利授予的。1421年,意大利的佛罗伦萨对于建筑师布伦内希莱发明“装有吊机的驳船”授予了3年的垄断权。

1474年,威尼斯颁布了世界上第一部专利法,它明文规定给某些机器与技术的发明人授予十年的特权。该法还规定:在十年期限内,未经发明人同意与许可,禁止其他任何人再制造与该发明相同及相似的装置。若他人贸然仿制,将赔偿专利权人金币百枚,仿制品也将立刻被销毁。可以说,该法所规定的专利基本原则,为现代专利制度奠定了基础。

1623年,英国国会通过了《垄断法规》,这是专利制度发展史上的第二个里程碑。它明确规定了发明专利权的主体、客体,可以取得专利的发明主题、取得专利的条件、专利有效期以及在什么情况下专利权将失效等等。这些规定为后来许多国家专利立法划定了一个基本范围,其中许多原则一直沿用至今。

继英国之后,美国于 1790 年,法国于 1791 年,俄国于 1812 年,荷兰于 1817 年,西班牙于 1820 年,印度、巴西于 1859 年,德国于 1877 年,日本于 1885 年都先后颁布了自己的专利法,并建立了一些国际条约或地区性条约来保护专利权。到目前为止,世界上建立起专利法律保护制度的国家和地区已经超过 160 多个。

从 19 世纪末起,随着世界贸易发展,专利制度开始向国际化方向逐步发展。1883 年由法国等 11 个国家发起签订《保护工业产权巴黎公约》,1883 年缔结该公约时,只有 17 个国家参加,而现在已增加到 100 多个成员国。这一时期专利制度的发展表现出以下几个特点:①从工业发达的国家向发展中国家拓展;②从资本主义国家向社会主义国家渗透;③开始具有国际化趋向并逐步向前发展。

(三) 商标制度的产生与发展

商标是商品的标记,它的产生和发展与商品经济的发展紧密相连。法国是世界上最早实行商标法律保护的国家。1804 年,法国颁布的《拿破仑法典》,第一次肯定了商标权将与其他财产权同样受到保护。在此前的 1803 年,法国还颁布了《备案商标保护法令》,这是最早的商标保护的单行成文法规。1875 年,法国又颁布了一部更系统的《商标法》,首次确定了商标注册制度。

英国也是较早实行商标法律保护制度的国家之一。早在 17 世纪,英国就开始用普通法保护商标专用权,在此后 200 多年里,一直以禁止假冒他人商品的方式间接保护商标权。1862 年,英国颁布了第一部成文《商标法》,但仍没引进注册制。1875 年引进注册制度后,对于未注册商标仍旧靠禁止假冒商品来保护,而对于已经注册的商标则同时给以传统保护及成文法保护。

美国于 1870 年颁布了第一部联邦《商标法》。德国于 1874 年颁布了第一部《商标法》。日本是在明治维新以后,开始建立统一的商标制度,1884 年颁布《商标条例》。到目前为止,商标权作为一种专有权并受到法律保护,已经在绝大多数国家的法律里得到了确认。