

TRIPS

多维知识产权文库

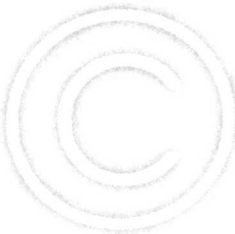
中国知识产权保护前沿问题 与WTO知识产权协议

唐安邦 [主编]

王利明 王学政 王 轶
尹新天 许 超 朱谢群
吴汉东 罗东川 蒋志培
[著]



法律出版社
LAW PRESS CHINA



多维知识产权文库

中国知识产权保护前沿问题 与WTO知识产权协议

唐安邦 [主编]

王利明 王学政 王 轶
尹新天 许 超 朱谢群
吴汉东 罗东川 蒋志培

(以姓氏笔画为序) [著]



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国知识产权保护前沿问题与 WTO 知识产权协议/蒋志培,王利明,吴汉东著. —北京:法律出版社,2004.4

(多维知识产权文库)

ISBN 7-5036-4818-X

I. 中… II. ①蒋…②王…③吴… III. 世界贸易组织—规则—影响—知识产权—研究—中国 IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 016481 号

©法律出版社·中国

责任编辑/戴伟

装帧设计/李诺祺 王际勇

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/10.375 字数/281千

版本/2004年6月第1版

印次/2004年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939686

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816

书号:ISBN 7-5036-4818-X/D·4536

定价:22.00元

序

随着世界范围知识经济的加快发展,经济、科技全球化和贸易自由化的进程加快,知识产权已经扩展到经济、贸易、科技、教育、卫生、环保等国民经济的主要产业,知识产权问题可以说无时不在,无处不在。知识产权不仅成为作为衡量一国综合国力的标志之一,同时也已成为发达国家处理国家间政治、经济、贸易关系的重要手段。知识产权应当成为促进科技发展和经济竞争的重要武器,也可能成为全球经济一体化市场准入的障碍。国际社会从来没有像今天这样重视运用知识产权来维护自己的利益。

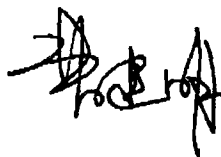
2001年11月10日在卡塔尔多哈举行的世界贸易组织第四次部长会议上,中国加入了世界贸易组织。在世界贸易组织中,知识产权是与货物贸易、服务贸易并重的三大支柱之一。世界贸易组织的《知识产权协议》,不仅使知识产权的保护范围进一步扩大,执法程序进一步公开,强制措施进一步完善,而且还设置了国与国之间知识产权争端解决机制。知识产权保护要做到“充分有效,公正合理,及时准确,公开透明和国际合作顺畅”,可见,加入世界贸易组织对保护知识产权提出了更高的要求。

面对新的国内国际形势,人民法院如何才能与时俱进,发挥审判职能,依法保护知识产权,促进技术创新和科技进步,为党和国家实施科教兴国的战略提供司法保障,实现富民兴国的新跨越,是人民法院面临的重要任务之一。要完成这样一个艰巨而重大的任务,必须要加强对知识产权审判法官的政治教育和业务培训,提高知识产权审判法官的政治素质和业务素质,不断地充实新知识,研究新情况,解决新问题,创造新经验。为此,广西高级人民法院举办了一期影响很大的“WTO与知识产权保护培训班”,邀请了中南财经政法大学

校长吴汉东、全国人大财经委员会副主任委员、中国人民大学法学院副院长王利明、最高人民法院民三庭庭长蒋志培和副庭长罗东川、国家知识产权局条法司司长尹新天、国家工商总局商标局局长王学政、国家版权局版权司副司长许超、北京大学副教授王轶、中国社会科学院博士朱谢群在桂林为知识产权审判法官们讲课,他们比较系统地讲授了 WTO《知识产权协议》与知识产权法律制度的有关问题,此次培训吸引了全国各地法院、检察院、知识产权行政部门、企事业单位的 200 多人参加,成绩斐然。

毕竟能亲自听课的人数是有限的,为了使所有关心知识产权的人们能够了解到这些著名专家学者精彩的讲课内容,为知识产权审判工作和知识产权的学术研究提供帮助,现在将这些专家学者的讲课内容整理汇编出版,这对知识产权保护事业是一件有益的事情,我很高兴为该书作序,并把这本凝聚着专家学者关于知识产权保护真知灼见的著作推荐给大家。

最高人民法院副院长



二〇〇四年二月二十九日

目 录

序.....	曹建明 / 1
	(最高人民法院副院长)
第一讲 WTO 与知识产权司法保护	蒋志培 / 1
	(最高人民法院民三庭庭长)
第二讲 侵权行为法有关问题研究	王利明 / 56
	(中国人民大学法学院教授、博士生导师)
第三讲 知识产权协议与中国知识产权保护	吴汉东 / 85
	(中南财经政法大学校长)
第四讲 知识产权保护与发展中国家的利益.....	尹新天 / 115
	(国家知识产权局条法司司长)
第五讲 加入 WTO 与中国的商标保护	王学政 / 132
	(国家工商总局商标局局长)
第六讲 著作权法律制度及著作权法的修改.....	许 超 / 164
	(国家版权局版权司副司长)
第七讲 专利法、商标法司法解释的理解与适用	罗东川 / 214
	(最高人民法院民三庭副庭长)
第八讲 技术合同法适用的有关问题.....	王 轶 / 264
	(北京大学副教授)
第九讲 知识产权保护的前沿问题.....	朱谢群 / 302
	(中国社会科学院博士生)

第一讲 WTO 与知识产权司法保护

最高人民法院民三庭庭长 蒋志培

今天的讲座我主要讲以下四个问题:第一个问题是知识产权与知识产权司法保护,第二个问题是世贸组织对知识产权保护的要求。第一个问题是一个概括的介绍,因为有些同志不是从事这个行业;第二个问题是本次讲座的一个重点,我们入世了,加入了 WTO,到底我们怎么执法才算合乎入世规则了,才不给作为一个成员承担责任的中央政府在执法上拖后腿。第三个问题是人民法院对知识产权请求权的保障,这个问题是入世前和入世以后提出的一个很重要的问题,我们谈知识产权司法保护也好,谈人民法院为人民审判案件也好,如何保护各项民事权利的请求权要提到一个很重要的日程上,很多的执法水平就体现在第三个问题上。第四个问题就更加具体、更加专业一些,谈一谈我国法院保护知识产权的民事司法救济和临时措施,其中,大体地、宏观地介绍一些我们采取了哪些具体的措施,哪些不同于民事诉讼的一些措施。最高人民法院民三庭副庭长罗东川同志其后讲司法解释,讲得更具体一些,我们各有侧重。

一、知识产权与知识产权保护

(一)知识产权的概念

什么是知识产权?我们从事知识产权审判工作的法官,已经从实践当中和法律当中悟出很深的道理。比如说某个省曾经发生了一起案件,争议的标的是一个艺术品,这个艺术品就是咱们吃饭的饭碗,这饭碗直径有一米,当然就不是吃饭了,是观赏、摆设,那么做这个饭碗的坏价值是 10 万元人民币,加工出来,然后要请画家在这个

碗边上画上美术图案,就像咱们的杯子上要画上山水、仕女、神仙,最后把这个碗拍卖,被港商以 100 万港元买走。那么,到底这个 10 万元的东西,用了材料、人工加进去了烧出来就卖了 100 万元,那么这 10 万到 100 万之间是什么东西?什么东西在起作用呢?这里就涉及到知识产权保护的客体。客体是什么呢?就是一件艺术品的载体,载体就是那个大碗的坯,10 万元钱的坯,我们说是流汗的劳动创造的价值,那么烧成的东西就不是坯了,是艺术品了,艺术品的价值转换了,从中我们得出一种学说,知识产权保护的客体是一种依附在那个碗坯上的一种信息,就是知识产权载体的一种信息,这个信息依附于一定的载体之上,不断复制一种载体,在市场上的价值体现主要在于其所蕴含的信息,价值不在于那个坯,而在于其所蕴含的和依附的信息。我们说这种信息主要来源于人类的智力创造劳动,咱们说了坯是流汗创造的,那么人类在漫长的社会生活当中,还有一部分是不流汗的,当然是付出心血的这种劳动,这种脑力劳动会创造出很多的成果,这种信息主要来源于人类的智力创造性劳动,不是种庄稼,开拖拉机翻地,或是拿锄头锄草,最后生产出玉米、小麦这样物质上的财富,这种劳动可能是不流汗的,它来源于人类的智力创造性劳动。

那么信息的属性是什么呢?它是人类的智力创造的一种知识财产和相关的精神权益。我们说它是一种智力创造的知识财产,为什么还属于相关的精神权益?相关的精神权益是什么?比如著作权这种权利,它不但有财产权,如出版、发行要给稿费,你出版书,给你版税,你卖出这种产品之后,有财产权、署名权,还有保证作者创造这本著作以后,有权利保证这本书的完整。比如曾经有这么一个纠纷,有一个格调比较高的老作家,他写了一本小说,写完以后拿到出版社出版,出版社编辑一看,说现在是市场经济,你这样的书的销路不行,我得给你加点主线、副线,加点人物,加上主人公有点绯闻、有点三角恋爱,等等。加了以后,果然要比格调高的那个销路要好了,但是出版以后,伤害的是谁呢?伤害的是作者,人家出这种格调不高的东西,你这个作家怎么也出这种格调不高的东西啊?社会舆论、亲朋好友、

同事都冲着他来了,他受损的是人身的精神权益,它是一种什么权利?它保证作品的完整不受修改,要修改必须有授权,当然你这作品有错字或者逻辑不通,编辑给你改,那是合理的范围。

上述这种信息是一种知识财产和相关的精神权益。但是不是每样知识产权都有精神权益,著作权有两重性,在后面我还要讲到,知识产权,正是这种知识财产和精神财富在法律上的体现,就是发展到一定程度,这种物质的利益、这种知识财产、精神权益,它就要求法律给它一个外衣,给它一个外壳,这样才能够促进社会生活的发展。反过来说,知识财产和相关的精神权益,是知识产权保护的客体。知识产权它保护的就是这样一种属性的财产和精神权益。正像对世界知识产权贡献很大的世界知识产权组织前总干事阿帕德·鲍克逊博士在日内瓦总部大楼的大厅的圆顶上的题词,这段题词是很有名的,谁到那里参观、访问都到那里看题词,他说:“人类的聪明才智是一切艺术成果和发明成果的源泉,这些成果是人们美好生活的保证,国家的职责就是要坚持不懈地保护艺术和发明。”这样他就把知识产权为什么要保护、国家的职责是什么都清清楚楚地写明白了,就是保护艺术和发明。一个社会生产力,咱们说“三个代表”,说代表中国先进生产力的发展,若不保护先进的科技,何谈“三个代表”?这个社会的发展总是先进生产力在前面的,发明创造,要是不鼓励它,不保护它,那么这个社会总是进步不了的。先进的文化的代表、艺术和发明,知识产权对于像我们这样一个发展中国家的重要意义,我想就在这里。不是说我们光保护外国的这个利益,人家外国来投资,有一个好的市场,有一个好的投资环境。他们在中国申请了知识产权,如专利、商标,然后,依靠中国的法治来保护他们的知识产权,这是理所当然的,同时,如果不保护我们自己的科学发明,我们的创造、科学发明,我们的艺术源泉就涌现不出来,也就更加影响我们的发展。这样我们就可以完全地做个结论了,人类智力创造的知识财产和相关权益,是知识产权所保护的客体。那么知识产权是什么呢?是知识财产和相关精神权益的法律体现,是国家法律赋予智力创造主体——我们每位同志、每位公民、每位法人都有可能作为这种智力创造的主体,但是,

不是天然都是这种创造主体,只有创作的时候,你才是这种智力创作的主体——是国家法律赋予这种智力创作主体,并保证其创造的知识财产和相关权益不受侵犯的一种专有民事权利。原来知识产权并不是一种特殊的東西,它就是一种民事权利,我们法院天天办案,无非就是在保护人民、公民、法人的民事权利,知识产权只是这种民事权利中的一项。它的保护客体比较特殊一些,我们说,它也是一种绝对权、对世权,对待这种主体、权利来说,任何人、任何公民、任何法人都不得侵犯、都有这种义务。就像我这个杯子一样,在座的诸位都有义务不得损坏我这个杯子。如果哪位损坏我这个杯子了,我和他之间就产生一种特殊的法律关系,可能就是债权债务关系,你给我修好了,或者赔偿的关系。知识产权也如此,如果抄袭、剽窃,就产生一种特殊的关系,侵犯了知识产权,就有可能承担刑事、民事、行政责任。所以说,调整这种民事法律关系,绝不是民三庭一家的事,是一个系统工程,这是人民法院在司法上立体保护的问题。

(二)知识产权的范围

知识产权的范围是什么呢?不是说什么就是知识产权就是知识产权。现在也有第三知识产权、知识经济,有的同志将各种各样新权利全都加进知识产权,两三年前,有的法院受理首唱权的案件,首唱权就是一首歌的首唱权,这首唱权到底是什么权利?是著作权利呢?还是邻接权利呢?这种权利或者权益,是一种权利的转化形式,或者是一种许可的关系,但不是原权利。如果没有这个权利,那他告什么啊?如果你就跟着它写判决书,就有超越知识产权范围之嫌。现在民事上什么都告,告亲吻权,说是把嘴唇弄坏了,影响了对配偶的亲吻,最后她就告侵犯了她的亲吻权。还有弟弟告哥哥侵犯奔丧权,说他父亲去逝了三年,哥哥一直没有告诉他,侵犯奔丧权。像这些权益,有些是不是到了权利的这种范畴,还要看法律。在知识产权里面,还要更加详细,每项权是不是权利,各个知识产权法都有所调整、有所规定,那么这个范围是什么呢?它是以国际公约、国际条约,还有内国知识产权法规定的知识财产和相关精神权益的范围和表现形式为标准,咱们承诺参加的国际条约、国际公约,还有国内知识产权

法,如《商标法》、《著作权法》、《专利法》、《集成电路布图设计保护条例》、《植物新品种保护条例》等等很多法律,法律规定是什么,就是保护的范 围。那么,我们一方面要从实质上掌握知识财产、知识精神权益和知识产权,另一方面掌握国际公约、国内法的具体范围、具体权利,从一个范围上和一个实质上来把握知识产权。这样就把握住了什么是知识产权?怎么正确处理这个知识产权案件。另外,随着生产力的发展,社会生产的发展,确实出现了许多新的东西,比如说,就拿计算机来说,1945年的美国宾夕法尼亚大学发明的计算机有几层楼高,很多还是电子管的,最后变成晶体管的,后来,慢慢发展从大到小,再到巨型机,到公民普通的什么PC机,就变为个人的386、486、586,从CPU来讲什么奔Ⅰ、奔Ⅱ、奔Ⅲ,发展得很快,现在又发展成网络、光纤、原子等等,这个科技发展更快了,航天、载人飞船、还有登月等等,所以说这一系列的发展可能会产生一些新的权利,国际条约、国内法不断地有变动,还要注意变动,不要一成不变。这样我们就把握住了知识产权。从国际公约上来看,它大体上怎么概括的呢?就是第一类文学、艺术和科学作品;第二类表演艺术家的表演以及唱片和广播节目。最近我们修改《著作权法》又把“杂技”给加进来了,很多执法部门还在琢磨着“杂技”到底要保护什么?这个又是变动。像这个表演艺术家表演以及唱片和广播节目,前几年,广西有一个很著名的案子,广西的电视节目表案,我不知道在座的同志有没有印象,是煤炭工人报社与广西广播电视报之间的纠纷,广西广播电视报可能是从中国广播电视报有偿引用来在它上面登广播电视节目表,煤炭工人报纸由于一登广播电视节目表,销量就增加了,登了一个月。广西广播电视报是有偿取得广播电视节目表,它就告了煤炭工人报,说我是有偿取得的,你是无偿得来的,你是侵犯了我的权利。这个案件,广西高院请示最高法院,最高法院遇到这个也是难题,就请来当时国内的许多著名的专家,有民法专家,我记得当时有梁慧星、郑成思、国家版权局的沈仁干,还有很多一系列的专家坐在那里一起讨论。专家们的观点有较大分歧,当时我记得郑成思老师就说这个广播电视节目表不能作为知识产权,作为知识产权保护了以后,那

么将来公众怎么得到这个广播电视节目表？这是一种观点。另一种观点认为广播电视节目表由广播电视台制作的，不仅是流汗的劳动，它还有智力上的编排、编辑，同时它是有偿转让得来的，你随便登出去了，是不是公平？民法上不公平，以梁慧星为代表，他说这个必须保护，不保护就不公平，因为它后面有财产权益，那么用什么保护，用知识产权最合适，这是当时的观点。最后最高法院经过研究以后给广西一个答复，答复说这种权利或者权益要保护，因为它后面有劳动，如果无偿地把人家的劳动拿来，在民法上是不公平的，应当保护，那么作为什么保护，是作为知识产权保护，还是作为别的什么保护，参考了知识产权专家的意见，知识产权专家就觉得按知识产权保护不见得更加贴切，因为一些国家制作电视节目表是随便提供的。是从哪收费？比如英国，你一看电视、一收节目，他就收费，你说怎么控制，他出动一辆车，还是警方出动的车，它就在街区里转，哪里要收电视信号，他都能测得出来。我在 1992 年去英格兰罗宾汉大学法院作访问学者，就亲眼看到，他那个车就转，转完了以后，他就说你没交税，这个电视没交税，有些留学生穷啊，不交钱就看电视。你转载可以，就是考虑到公众利益了，如果你超过一周时间怎么办，人家原来是有偿得来的，或者是人家直接编辑的，你取得许可，付一些费，当然这些费用可以自行协商，你比如说一个月的是多少钱，几个月的是多少钱，没有经过许可，无偿取得的，那么要承担民事责任。这个案子基本上就是按照这个来处理了。当然随着经济的发展，可能这个问题就不突出了，但是这个案件就把这类广播电视节目表纠纷按这个原则全解决了。最后就按照这个原则把这种民事纠纷都平息了。这就是法院的这个判例、案例起的作用。因为相类似的案子在北京也发生过，所以说什么叫调整社会关系，这个民事关系稳定了，兼顾了各种利益就体现了国家的法律精神，就稳定了。第三，人类一切活动的发明。发明专利、设计专利、实用新型外观设计。第四，科学发现。科学发现也是知识产权，但它有时候不体现为财产权，它体现为奖励、署名，比如说太阳从东边升起，这可能是个科学发现，但是你不能说它是复制，要付费等等。第五，工艺品外观设计。工艺品外观设计

在我们国家也叫专利,实际上国际条约的工艺品外观设计东西很多,甚至这个包装袋上面都是工艺品外观设计。第六,商标、服务标记以及商业名称和标志。市场经济以后,这个问题突出出来了。第七,制止不正当竞争。虚假宣传、诋毁他人,这些都是不正当竞争。垄断、不当的垄断。第八,在工业科学、文学艺术领域内,由于智力创造活动而产生的一切权利。公约规定这些都是由智力创造的,都在知识产权的范围当中。WTO有一个 TRIPs 协议,它规定了什么呢?它的范围比较小,它有七项权利:第一,专利权。它主要指发明专利。第二,商标权。第三,著作权与邻接权。著作权就是刚才说作品的,邻接权属于什么呢?传播作品的,就叫邻接权,产生权利。比如说跳舞者、舞蹈家,在舞台表演一个舞蹈,那么她那个表演也有权利。你说它是著作权吗?不是,它是一种表演者权,是一种邻接权。第四,工业品外观设计。第五,商业秘密。跳槽了,把人家秘密带走,有技术秘密,还有一个工业、商业上的信息,如客户名单等等。要注意把握商业秘密的本质,不要把不是商业秘密也作为商业秘密来保护。第六,地理标志。对这个欧洲特别关心,如葡萄酒的地理标志问题,从原产地生产出来的葡萄酒,那你就用这个原产地的标志。中国有好些应该有原产地特色的,比如说龙井茶,可能就在这么一块地方生产的,结果到处都叫龙井茶,那么你这商品就没法保障了。所以说,要用知识产权来保护我们的财富。第七,集成电路布图设计。就是芯片,这是 TRIPs 协议规定的,还有植物新品种也要保护,所以 TRIPs 协议里的七种权利,还有植物新品种的权利,这都是要求保护的。刚才我说了,要不断发展,如计算机软件著作权,生物工程技术,还有生物基因技术。我们要注意总结经验,据我所知河南、吉林等已经有植物新品种的案件。这些都是国际公认的保护对象。在传统的知识产权一般都分工业产权和著作权版权两类。工业产权可能和市场经济更密切一点,什么商标、专利、版权,欧美国家是作为文化产业来做的,比如美国的某某图画,是美国电视协会、八大影视公司的,他们绝不是一个简单的舆论工具或者宣传工具,作为一个产业做,他拿这个来赚钱的,出口的电影赚了大量的美元。我们进入市场经济,这

个文化产业发展起来,能够创造大量的价值。在桂林好像有过类似的纠纷,有一个争议管辖权案件,被告和原告制片厂可能都不在广西桂林,但是拍摄和制作的工作很多时候是在广西桂林,因为桂林山好、水美,所以在这拍电影,拍电影涉及到侵权行为地的问题,最高法院裁定由广西桂林来管辖。工业产权包括专利、商标、服务商标、厂商名称,现在厂商名称和商标发生冲突的很多,比如说,有个注册商标叫蓝星,中国蓝星都注册在国家的商标簿子上,但是北京市西城区有一个企业在西城区工商局注册的时候,是北京市西城区蓝星某某厂,结果他在用这个名的时候,他把大招牌给打出来了,写“中国蓝星”,他说我这个厂名叫蓝星,实际上工商局核准的是“北京市西城区蓝星某某厂”,但是他使用的是在全国企业中影响很大的名称,他在搭便车,使人家的商标淡化了,不知道你们蓝星跟这有什么关系,使人家的消费者混淆,这种厂商名称和商标产生冲突的现象,是当前侵犯商标权和不正当竞争的一个表现。一些新的知识产权不见得要归属这两类,但是他们都属于人类智力劳动的成果,法律都赋予它们民事权利。

(三)知识产权的特点

下面讲一讲知识产权的特点:

1. 知识产权客体的无形性。知识产权的客体,我们说是无形的。刚才说一种信息是多个主体都可以使用。它与有形的财产不同,比如说我这个杯子,或者我这台电脑,我怕损坏,我可以拿到家去,或者拿到屋子藏起来。我不让外人接触,谁也损坏不了。但是知识产权不行,这种无形性,你拿出来以后,马上就可以复制,因为像新的专利技术,能赚钱,马上全都模仿。有一本很好的小说,大家都不去买正版,都去买盗版的了,一些印刷厂不付稿酬到处印,所以书就很便宜,这盗版一出以后,原来这版权就一分不值了,它没法拿回家去保存起来,不像我这杯子、电脑,它和物权不一样,更容易受到这种侵犯。所以它这个客体的无形性,在这里很有意义。

2. 某些知识产权具有人身权和财产权双重属性。这主要是指著作权。财产属性独占权、排他权,你要使用人家的作品,你要付费,

也能像有形财产那样进行买卖、抵押。像商标权,有些企业破产了,他忘掉了一项自己的无形财产,其中知识产权,结果一算,商标权的价格比他所有的有形财产还值钱,因为,有形财产一经拍卖,就折旧、就是废铜烂铁,它就不值钱了,但是有些无形的知识产权它还能够有价值。人身权的属性就是署名权。很多知识产权具有单一性属性,比如发现权只具有名誉权的属性。商业秘密只具有财产权的属性,它反而不具有人身权的属性。因为这商业秘密可以搞到一个技术秘密,那么我不跟你的一样,我把这个技术秘密也掌握了,那这个权利是我的。也就是在一个市场上有一项专利,但有不同的主体享有同一项技术秘密,技术秘密还可以反向工程掌握。比如你生产出来海尔技术秘密,我通过买你这个商品,我反过来研究,把你这个产品的技术秘密研究出来了,这不算侵权,但有的技术秘密你是研究不出来的。比如说可口可乐,那个配方你是研究不出来的。当然,可口可乐还有一个商标的问题。有的有双重性,有的有单一性属性。

3. 法定性。有的学者认为,这称为依法确认性,法定性就是揭示知识产权的产生和取得,一般为法律的直接确认。依法确认的主要形式一般主要是向国家主管机关申请,然后由主管机关负责审查。比如说,把你注册商标的文字、图形注册到商标的注册簿上,最后发给你商标注册证。专利也是如此,只有这样确认了以后,你才享有商标权、专利权。前两天,有一个同志给我发了一个“伊妹儿”,他说蒋法官,我有一个保密的专利,秘密专利怎么保护?我说你说的秘密专利是什么呀?因为你这个方案就是把你这个换取了,公开了,把你的方案公开以后,让大家都可以得到,但是你专一性、排他性,谁要使得,得付费,未经许可的使用,那你就承担侵权责任。那么他说秘密,后来,我就问他,他说还在申请,在申请阶段还秘密呢,你申请的时候泄密了,那就没办法保护,授权以后,那个专利的方案,他要公开的。那就谈不到秘密专利,当然也有例外的,比如说,军事上的专利,他是用另外的一套系统来注册的,受《保密法》的调整。那么,法定性的另外一个含义,就是有法律就有知识产权,没法律就没有知识产权。比如这版权付给当事人,如果没有法律,你就谈不到这种权

利,这都是法定性的含义。

4. 知识产权的专有性。知识产权专有性就是知识产权独占权、排他性。未经许可,任何单位和个人不得使用,否则就构成侵权,承担相应的法律责任,这就是知识产权的专有性。刚才我说的技术秘密,它就不具有独占性的特征,你自己出来也可以,但是技术秘密侵权在哪呢?是用不正当的手段获取他人秘密,或者披露他人秘密等等,是采用不正当的手段才有侵权的问题。

5. 知识产权的地域性。我记得东北一个省有一个案件,两个企业都在美国,当然也有企业在国内,在美国的一个企业,把另外一个企业的商标在美国给注册为商标了。它在美国就使用这个商标,商标名我记不清了。这个企业在美国不打官司,结果回到中国就告到人民法院,打了一场官司。那么告侵权在哪?告在美国的那商标侵权,结果后来人民法院也处理了,当然在国内的侵权部分还有,就把美国的侵权那部分也计算进来了,也认定为侵权,后来知识产权界看了,引起一些反映。知识产权有一个最基本的地域性,就是你在哪儿的商标就在哪儿保护,你在国内的商标就在国内保护,你在国外商标就在国外保护。地域性不能混淆,结果这个案子在这一点就处理错了。中国的公民、法人,现在不是要走入市场、走向世界吗?不但在中国要保持这样,还要想办法把商标、专利打到外国去,现在我们有一些很出名的、老字号的传统的中成药,让日本、新加坡把商标注册在国外了,那这东西就出不去了,一出去就会遇到商标问题,人家会说你这是侵权的,你说我这才是正宗的同仁堂,那也不行,在人家地域上全都占完了、注册了。为什么现在国外就在中国注册这商标、专利的,美国可能是第一位,他大部分注册的都是发明专利,日本可能是第二位,我们国内企业和大专院校注册的发明很少,我们注册的什么多?实用新型多、外观设计多,这种趋向很值得深思,也就是说,在国内的市场中,如果人家把“雷区”都划好了,你一触进去,那么你一定要侵权,你说中国不按照你授予的权利保护不行,他合法的权利,你不给他权利也不行,那么国外的应当怎么做?应当去国外申请专利、去申请注册商标,这样才能站得住脚,像海尔这样一些能经得

住考验的开放性企业和一些民营企业,已经在国外打开了市场。

6. 知识产权的时间性。比如说这个礼堂要是一百年不塌,它算是法人的或者你的个人房产,可以继承。但是知识产权有期限,到了一定期限,它就变成属于社会公共财产。发明专利为20年,实用新型专利和外观设计专利为10年,从申请日起计算,那么著作权比较长,他是作者终身和他死后50年,有些国家是作者终身和死后70年,我们国家现在还是50年,那么商标权是核准注册之日起10年,但是在快到期时候——6个月有一个续展期,每次续展又是10年,所以商标权可以无限期的续展下去,一个企业几十年、上百年都可以续展下去,这是商标权很重要的一个权利。过去国家工商总局商标局,各地的工商局处理大量的商标权纠纷,我们法院处理的商标权纠纷少,全国每年才500多件。这次《商标法》改在哪点?说是民事赔偿问题调解不成的,都要到法院,今后商标纠纷可能要增长,同时要注意研究商标权纠纷,它对市场经济的作用太大了。商标权如果你不续展,不付费,那么就没有了。商业秘密的保护期限不确定,一旦被泄露了,你就没办法保护了。听说可口可乐公司在一个地窖里的一个破皮箱里发现它的一个秘方,可口可乐公司马上发表声明,说你这个不是秘方,所以国外的一些大企业在这方面非常敏感,斗争非常激烈。

(四)对知识产权的法律保护

对知识产权的法律保护到底是什么含义?知识产权是国家通过立法使它的地位得到确认,并通过知识产权法律的施行才使得知识产权的权利人得到现实的法律保障。我们对知识产权的保护的理解,现在是双轨制,我国比国外多一种行政执法,还有一种是打官司,就是行政执法和打官司,行政执法和打官司双轨制是中国知识产权保护,那么我们觉得在研究这个问题的思路应该宽一些,就是知识产权保护绝不仅仅是行政执法和打官司,它是一项系统工程,知识产权保护的涵义应该包括以下五个含义。

1. 立法保护。我们一再强调没有立法确立它的法律地位,就没有知识产权的地位,其他东西还可以拿回去储藏一下,知识产权就没