

高

级

法

学

教

程



知 识 产 权 法

新世纪初的若干研究重点

郑成思 ◆ 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

◆ 中国社会科学院重大课题

D923.4

53



知 识 产 权 法

新世纪初的若干研究重点

郑成思 ◆ 著

北方工业大学图书馆



00546782

RDA46/02



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法:新世纪初的若干研究重点/郑成思著.
北京:法律出版社,2003.11
高级法学教程
ISBN 7-5036-4588-1

I. 知… II. 郑… III. 知识产权法—中国—研究
生—教材 IV. D923.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 100430 号

法律出版社·中国

责任编辑/王 扬

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/12.75 字数/318 千

版本/2004 年 4 月第 1 版

印次/2004 年 4 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

法律教育出版分社/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/jiaoyu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939659

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

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4588-1/D·4306

定价:24.00 元



作者简介

郑成思，1944年出生于昆明。中国社会科学院研究员、学位委员会委员、博士生导师，知识产权中心主任，全国人大法律委员会委员，中国法学会知识产权研究会会长，世界知识产权组织仲裁员。1967年毕业于北京政法学院，1982年毕业于伦敦经济学院研究生院。

曾参与版权法、专利法、商标法、计算机软件保护条例、民间文学保护条例等的起草制定工作，是我国正在起草的民法典知识产权篇(专家建议稿)的起草主持人，并以法律顾问专家的身份参加中美知识产权等的对外谈判。以中文及英文在中国、英国、澳大利亚、德国、美国、日本出版过5部外文著作及35部中文著作，发表过上百篇论文。

总 序

古人云：“师者，所以传道授业解惑也。”口传面授心解，乃是教学的至高境界。不过，在某些情况下，辅之以教科书，也是很有必要的。作为至圣先师，也是世界上第一位大教育家，孔子删述六经，垂宪万世，当初的直接动因，恐怕是聚徒讲学需要教材。近世以降，不论中外，编写教科书渐渐成了一种风气。这大概要归因于学问的分科化、专业化和技术化，归因于教育的社会化、规模化和商业化，也归因于教与学对文字载体的过重依赖。

编写教科书，是一门学科里的学问臻于成熟、教学自成体系的显著标志，在某些时候，也是创建、恢复或移植学科体系的便捷方式。二十世纪初期及五十年代、八十年代，我国出现的几次教科书编写高潮，便是那个年代学科发展状况的一个写照。问题在于，凡事一旦成风，便难免泥沙俱下。在当代中国，法学教材的编写，经历了改革开放后法律学科恢复与发展时期的空前繁盛，现已步入低谷。尽管教科书的数量与时俱增，质量却不尽如人意。尤其是，知识陈旧、千人一面、转相抄袭的教科书大量出现，既有损于“传道授业解惑”的神圣高洁，也有损于“著文而立说”、“文章千古事”一类的优良传统。某些高等院所拒绝把教科书视为学术成果，便是这种现象的一个反映。“一薰一莸，十年尚犹有臭。”不少严肃认真的学者因之而却步，既不用教科书，也不写教科书，便不难理解了。

法学研究所建所四十五年来，出书三千余册，其中仅有极少几册是专写给学生看的。也就是说，我们一直没有自己的系统教材。这既是憾事，也是幸事。说来也不奇怪。虽然法学研究所早在隶属学部的年代就开始了研究生教育，但教育职能一直在体制上受到多种

限制。即便到如今,法学研究所的师生人数比例,也是罕见的。有的时候,居然三四位先生“合带”一名学生。如此地少人多,或庄稼少农夫多,倒是宜于精耕细作。据报导,两年前,某机构就改革开放以来全国高等学校、科研院所的研究生教育质量抽样评选,中国社会科学院研究生院的法学专业和经济学专业分别忝列首位。倘若真如此,恐怕得归功于这样一种颇具农耕文化色彩的“生产方式”。可是,近些年来,随着法学教育的迅速发展,尤其是硕士生、博士生和博士后教学的规模化需求增长,加上教育部系统的学科点建设通常把是否有专门的教材作为一项“硬性指标”,我们不得不开始考虑教材问题了。编写教科书,虽出于几分无奈,但无疑是学科建设的一项重要任务,我们不妨积极投身到这项工作中去。“菁菁者莪,乐育材也。”“得天下英才而教育之”乃君子的一大快乐,继以“编天下好书而哺养之”,岂非乐中添乐?

中国社会科学院不承担本科生的教学任务。按照因材施教的原则,我们应当专就法学硕士研究生、博士研究生教学的需要来编写教材。由于博士研究生的数量通常多于硕士研究生的数量,我们还要尽可能就高不就低。为了区别于主要为本科生编写的教材,我们把这套教材取名为“高级法学教程”。不过,话说回来。人文社会科学教学,的确不像外语应试教学那样很容易分成若干等级。更为重要的是,教科书成于ABC,也立于ABC。再高深复杂的理论,在教科书里,也应当以ABC的语式归于简朴,洵成家常话。这是教科书与学术专著的区别所在,也是教书育人与个人研究的区别所在。从这个意义上讲,编写教科书,实在是一项高难度的工作。编写针对研究生的“高级”教科书,更是难上加难。

一般说来,教科书要承载的是确定的知识或所谓定论通说,而研究生的教与学所注重的,恰恰是对格式化理论的探究、反思与超越。在此意义上,“研究生教科书”很可能陷入“圆的方”、“黑的白”一类的悖论。有时候,我觉得,这套教材或许会“高级”到不像教材,我们或许因此在做一件注定失败的事情。不过,倘若我们跳出时下的教材

模式,更多地从教育的本质来理解教材,从时下的需求来革新教材,或许会感到豁然开朗,柳暗花明。教材的成功在因材施教,养育人才,而非“像教材”。为师的职责在出人才,而非出教材。一部《论语》,不过是孔子言行和弟子请问的辑录,后来则成了必读的权威教材,尊列“四书”之首。如果我们更多地根据自己教书育人的实践经验来定义教材、编写教材,在注重深入浅出、规范精邃的同时,把更多的注意力放在流变的智慧而非固定的知识,放在探寻结论的方法而非结论本身,那么,编写研究生教材,无疑会成为一种成功而有益的尝试。尤其是,在提升当下法学教材的学术含量和理论层次的意义,在为师者传道授业解惑尤其是以书传道的意义上,我坚信,我们必定成功。

和林林总总的法学教材相比,这套教材的特色是显而易见的。出于因材施教、就高不就低的考虑,也为了尽可能避免当前教科书之流弊,在组织编写的过程中,我们希望编写者们能够把教科书的写作与学术专著的写作结合起来,并提出了一些具体要求,例如,把知识和价值的固本守恒与与时俱进结合起来;把教材的规范要求与作者的学术个性结合起来;把介绍定论、通说与分析前沿动态、学术争点结合起来;把知其然与知其所以然结合起来。申言之,这套教材既要注重创新,鼓励吸纳新知识、提出新见解、采用新方法,也要注重知识体系、价值体系的恒定性、普适性和学术来源的纯洁性、权威性;既要注重突出自己的研究生教学特色,也要注重认真学习和借鉴兄弟院校教科书的成功经验和学术精华;既要注重传授法律知识,也要注重传授法律精神;既要注重教习法律职业的技能和手段,也要注重教习法律职业的理念和追求;既要注重为学生解惑,也要注重教导解惑的方法;既要注重授业解惑,更要注重传道。在此意义上,我们希望,这套教材,能够真正成为法学研究所的学者们十几年乃至几十年来探索和教授法律之道的一块饱满而璀璨的结晶,成为有志者们开启法律智慧、步入法学殿堂的一道通阔而稳靠的阶梯,也成为当前我国法学教科书革故鼎新的一次意味深长、兰芷幽远的尝试。

万事开头难。这套教材酝酿于上世纪末、着墨于新世纪初,迄已四载,仍躁动腹中。我受编辑委员会的委托写这个序言,一是想为头一批作品催生助产;二是想为后续的编写计划招亲求缘,恭请更多的优秀学者尽早动手,编写出富有个人特色或团队特色的教科书;三是想对读者诸君交代一下这套教材的来龙去脉,并征求意见和建议。

在策划的过程中,法学系教学指导委员会的列位教授做出了编写系列教材的重要决定,并提出了指导性意见;几名学者先行担当起写作的重任,在教材的学术品质和规范标准方面作了可贵的探索,树立了好的榜样;李明德教授、马小红教授在教材的设计、编写和出版方面做了大量开创性工作;王敏远教授以及崔燕云女士、李忠博士、赵承寿博士、李洪雷博士、孙秀升女士等先后在组织管理方面付出了许多辛劳;法律出版社社长贾京平先生在三年前毅然决定出版这样一套富有特色的法学教材,并一直给予宝贵的支持。黄闽先生、杨克女士、丁小宣先生,尤其是责任编辑王扬女士付出了大量的辛劳。在此,我谨代表编辑委员会表示深深的敬意和谢忱。

是为序。

夏 勇 谨识
2004年1月1日

前 言

作为“教材”，照例应从主体、客体讲起，最后完成一个对“自己的理论体系”的阐述（抑或是对别人已经构成的某一理论体系的说明）。但我总觉得那是上一世纪面对本科生的教材。作为新世纪面对研究生的教材，似乎应当从自己的研究体会出发，与研究生共同讨论一些重点问题。这便是本书的来由与主要内容的构成。

在研究中，我是始终主张必须“循规蹈矩”的。例如，不要抄袭别人的东西或以其他方式侵犯他人的版权。但作为研究的内容及出来的成果，我又是一贯不太“循规蹈矩”，即不愿对任何一位先哲（甚至其仍旧在世，甚至其谈不上是先哲）说过的，均一概复述，不越雷池一步。如果那样，有复印机或录放机就足够了，是不需从事研究的人存在的。

本书作为研究生教材，在内容上涉及许多新世纪知识产权研究的重点问题，但却限于篇幅不可能展开。因此，读者若要深入探究相应重点问题，尚需参阅有关的同样属于本课题的其他专著，诸如黄晖、张晓都、薛虹、唐广良等作者的有关驰名商标、生物技术与专利条件、电子商务与知识产权、传统知识保护的专论。

作者，2001年7月于北京完成初稿，2003年1月定稿

目 录

前言	(1)
绪论	(1)
第一节 对 20 世纪我国的知识产权研究回顾	(1)
第二节 知识产权研究与相关国内法、国际法	(14)
一、有关立法与国际条约;国内法与国际法的关系	(14)
二、我国知识产权法与有关国际公约对比	(18)
(一)商标法	(18)
(二)专利法	(20)
(三)版权法(即著作权法)	(20)
(四)反不正当竞争法	(21)
第三节 20 世纪末我国知识产权保护的发展与知识 产权研究的新问题	(22)
一、商业秘密的法律保护及其他反不正当竞争保护	(23)
二、生物技术的保护	(24)
三、网络环境下数据库保护的新问题	(26)
四、我国因知识产权研究而促进的立法问题	(27)
五、在商标保护的研究所出现的几个新问题	(30)
(一)商标保护的侧重点	(30)
(二)商标评估问题	(31)
(三)商标权与其他知识产权之间的权利重叠与 “在先权”	(32)
第四节 对新世纪知识产权研究的展望	(33)

一、多数国家面临的共同的新问题	(35)
(一)网络特点与知识产权特点的冲突	(35)
(二)电子商务中的知识产权保护	(37)
(三)生物技术与知识产权保护问题	(38)
(四)传统知识与生物多样化问题	(39)
二、国际上已基本解决、但中国国内仍须加强研究的 特有问题	(43)
(一)通常意义的“专利侵权”是否会构成“专利犯罪” ..	(43)
(二)侵害知识产权的归责原则	(47)
(三)知识产权的权利冲突	(49)
(四)知识产权法律中一些基本概念的含义	(50)
(五)国有企业的改革与知识产权保护	(51)
三、知识产权法与民法的关系问题	(51)
(一)知识产权法典与民法典分立问题	(51)
(二)传统民事权利与知识产权似重叠实不重叠的 问题	(55)
第一章 知识产权法与民法相关的几个重点问题	(59)
第一节 知识产权法与民事实体法及程序法中的几个 问题	(59)
一、关于知识产权的特殊性	(60)
二、从民法到民诉,看知识产权的特殊性	(62)
三、我国民法理论的缺陷与知识产权研究	(64)
四、“法哲学”——当心形而上学	(72)
第二节 物权、财产权与知识产权	(74)
一、从民事立法过程中“物权法”的名称说起	(74)
二、财产及财产权的概念	(76)
三、罗马法、英美法及法国民法中的有形财产与知识 产权	(79)
四、在不同财产中,知识产权地位的变化	(85)

五、“物权”汉译浅析	(90)
第三节 知识产权法与合同法	(93)
一、对现代合同制度的再认识与知识产权研究	(93)
(一)合同法与知识产权合同	(94)
(二)合同法与电子合同	(96)
(三)对合同制度中几个理论问题的再认识	(96)
二、知识产权研究与《合同法》的相互作用	(98)
(一)《合同法》中几个现有条款的形成	(98)
(二)《合同法》总则对知识产权合同的适用	(103)
三、《合同法》与知识产权保护中特殊的合同问题	(109)
(一)权利人、独占被许可人的权利范围与“平行进 口”、“权利穷竭”等问题	(109)
(二)《合同法》与版权的有限期转让	(112)
(三)合同的辅助保护如何纳入知识产权法的轨道	(113)
第四节 知识产权法与侵权行为法	(115)
一、侵犯知识产权归责的不同情况	(116)
二、国外可借鉴的内容	(120)
三、所谓“侵权构成四要件”	(130)
四、我国立法与司法的选择	(135)
(一)从专利法修订看侵权后果与侵权责任	(135)
(二)从版权法看侵权责任	(140)
第二章 知识产权——来源与基本概念的若干问题	(144)
第一节 知识产权的来源	(144)
一、从“特权”讲到知识产权的来源;专利与商标的历 史	(144)
(一)特权与私权	(145)
(二)专利与商标的历史	(146)
二、版权的历史	(154)
(一)版权在中国的起源	(154)

(二)从“特权”中发展起来的私权·····	(156)
(三)宋代版权保护已扩展到作者·····	(160)
(四)版权在欧洲的起源·····	(165)
第二节 知识产权的概念·····	(171)
一、知识产权的范围·····	(171)
(一)世界知识产权组织所划的范围·····	(171)
(二)世界贸易组织所划的范围·····	(173)
(三)其他的划法与结论·····	(175)
二、知识产权的特点·····	(180)
(一)无形·····	(180)
(二)专有性·····	(184)
(三)地域性·····	(188)
(四)时间性·····	(190)
(五)可复制性·····	(192)
第三节 知识产权的评估·····	(194)
一、总论·····	(194)
二、商标评估·····	(197)
(一)概念·····	(197)
(二)现有商标评估方法及其缺陷·····	(201)
(三)更有效的商标评估方法·····	(204)
三、商誉评估·····	(206)
(一)顾客名单或较固定的销售渠道·····	(207)
(二)商品或服务营业地址·····	(207)
(三)研究与开发状况(R&D)及有关骨干人员的 声誉·····	(208)
四、专利评估·····	(209)
五、商业秘密评估·····	(212)
六、版权评估·····	(213)
(一)总论·····	(213)

(二) 专论——修改权与版权页上的印数·····	(217)
第三章 网上知识产权保护与网络法·····	(224)
第一节 世界知识产权组织的两个公约·····	(224)
一、两个条约中基本无争议的新内容·····	(225)
二、两个条约中争议较大的新内容·····	(226)
第二节 在线服务提供者的责任·····	(234)
第三节 网络法及其与知识产权保护的关系·····	(240)
一、网络的发展及安全等问题的产生·····	(240)
(一) 运用法律加强管理已经成为许多国家的共识·····	(240)
(二) 信息网络安全的几个主要方面·····	(242)
二、网络规范的国际合作与国外立法状况·····	(244)
(一) 打击网络犯罪的国际合作与外国立法·····	(244)
(二) 专门针对电子信息技术保护措施的法律手段·····	(246)
(三) 与“入世”有关的网络法律问题·····	(246)
(四) 其他有关立法·····	(247)
(五) 民间管理、行业自律及道德规范·····	(248)
(六) 保障信息网络安全的两个关键点·····	(249)
三、我国网络立法的现状及可行的选择·····	(252)
(一) 已有的法律法规及管理措施·····	(252)
(二) 法律及管理的不足之处·····	(253)
(三) 我们可行的选择·····	(257)
第四节 信用制度与个人数据的保护·····	(258)
一、信息传输手段与信用制度·····	(258)
二、电子商务、信用制度与个人数据(个人信息)保护·····	(263)
(一) 英国的《数据保护法》·····	(264)
(二) 加拿大的《隐私权法》·····	(270)
(三) 《欧洲数据保护公约》·····	(271)
三、“个人信息(数据)保护法”应当是我们迈出的第 一步·····	(274)

第四章 世贸组织与知识产权	(277)
第一节 世贸组织法律框架中的主要内容	(277)
一、世贸组织的三根支柱	(277)
二、世贸组织的三项职能	(278)
三、世贸组织的三条主要原则	(280)
第二节 WTO 中 Trips 协议的总原则	(282)
一、世界贸易组织的知识产权保护制度中值得研究的几个问题	(282)
(一)国际法与国际私法问题	(282)
(二)WTO 的三条主要原则与知识产权保护	(282)
(三)WTO 的三项职能与国家间知识产权纠纷的解决	(286)
第三节 Trips(下称“知识产权协议”)的具体规定	(288)
一、版权与有关权	(288)
(一)版权保护什么,不保护什么	(288)
(二)程序与数据库	(290)
(三)版权领域的出租权	(292)
(四)版权保护期	(294)
(五)版权的权利限制	(296)
(六)邻接权(有关权)保护	(297)
二、商标	(302)
(一)可用作商标的标识	(302)
(二)“商标权”的权利范围	(307)
(三)商标权的权利限制	(313)
(四)注册商标权保护期	(315)
(五)对注册商标的“使用要求”与其他要求	(316)
(六)商标转让	(318)
三、地理标志	(322)
(一)什么是作为知识产权客体的地理标志	(322)

(二)对酒类地理标志的专门规定·····	(324)
(三)对将来有关多边谈判及其他问题的规定·····	(325)
四、工业品外观设计·····	(327)
(一)历史简介及保护要求·····	(327)
(二)权利范围、权利限制与保护期·····	(330)
五、发明专利·····	(332)
(一)保护范围与授权条件·····	(332)
(二)专利的权利内容·····	(336)
(三)权利限制及对非自愿许可的限制·····	(339)
(四)专利的撤销与保护期·····	(342)
(五)侵害“方法专利”的举证责任·····	(343)
六、集成电路布图设计·····	(345)
(一)历史与现状·····	(345)
(二)Trips 协议与“集成电路知识产权条约”的关 系·····	(347)
(三)保护范围与权利限制;保护期·····	(347)
七、商业秘密·····	(348)
八、限制权利人滥用权利的规定·····	(350)
(一)WTO 对限制竞争行为的控制·····	(350)
(二)世界知识产权组织的有关文件·····	(352)
(三)联合国贸发会的有关文件·····	(353)
(四)联合国工业发展组织的有关文件·····	(356)
(五)欧共体的有关立法·····	(357)
(六)《班吉协定》的有关规定·····	(361)
第四节 Trips 中有关执法的规定·····	(362)
一、对成员总的义务方面的规定·····	(362)
二、对民事和行政程序的规定·····	(364)
三、有关各种救济措施的规定·····	(365)
四、临时措施边境措施等等·····	(368)

(一)临时措施·····	(368)
(二)诉讼保全与保证金·····	(369)
(三)采取“临时”与“边境”两种措施的程序·····	(370)
(四)忽略不计的进口·····	(372)
(五)刑事程序·····	(374)
第五节 其他·····	(375)
一、知识产权的获得及维护的有关程序 ·····	(375)
二、透明度与争端解决 ·····	(377)
三、过渡协议与条款 ·····	(378)
四、最后条款 ·····	(380)
附录 1 重要人名索引 ·····	(384)
附录 2 重要内容索引 ·····	(385)
附录 3 主要法规索引 ·····	(387)
附录 4 参考书目 ·····	(388)