

当代中国

法学文库

• DANGDAI ZHONGGUO

FAXUE WENKU •

• 郑成思 / 著

知识产权论

法律出版社

当代中国

法学文库

• FANZHUI ZHONGGUO •

FAXUE WENKU •

郑成思／著

知识产权论

法律出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权论/郑成思著. -北京: 法律出版社, 1997. 11

(当代中国法律文库)

ISBN 7-5036-2298-9

I. 知… II. 郑… III. 知识产权-研究-文集 IV. D913-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 26888 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/中国人民解放军第一

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/23.375 字数/522 千

版本/1998 年 1 月第 1 版 1998 年 1 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所 (100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN7—5036—2298—9/D·1916

定价: 34.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)



前 言

多年之后的人们回顾历史，如果把 1996 年称为“知识产权年”，一点也不会使人奇怪。就国际关系而言，该年自年初到 6 月中旬的中美知识产权谈判，几乎令整个世界都来关注一场即将爆发的贸易战，却又以中美的达成协议而使几乎半个世界都松了一口气。不过关注这一事件的，除国家外，大都是商家。对于立法、司法及学术界，引人瞩目的事件则从年初一直持续到 12 月 20 日，几无间断。

1996 年 1 月，美国最高法院默认了复制计算机程序中的“菜单”不构成侵犯版权，这无疑给后起的程序开发者们一个令人鼓舞的信息。2 月，美国上诉法院判决了互联网络服务公司在版权侵权中不负直接侵权责任，这又使担心把自己与出版者置于同样“无过错责任”地位的“在线服务提供者”们稍微轻松了点。3 月，欧盟发出了保护无独创性之汇编作品的指令，这对各国知识产权研究都发生了不亚于里程碑的重大影响。认为知识产权又能按“创作成果权”与“商业标示权”划分而别无归属的理论，感到面

临窘境。而世界知识产权组织却认为这是缔结一个新的国际条约、纳入一种受保护新客体的契机。几乎在同一时间,在中国法院,与汇编作品纠纷类似的“胡公石诉文化艺术出版社”一案起诉,与国外“在线服务提供者”权益纠纷相同的“阳光公司诉霸才公司”一案起诉。这说明互联网络环境下数字化技术的应用,已经给我国立法、司法及研究,提出了与国外相似的新问题,它们离我们并不“很远”。虽然国内知识产权界一再有人主张对这些新问题不必理睬,认为它们离中国的实践还很远。

国内法学研究领域,确有人主张“前不见古人,后不见来者”。在民法领域,因中国古代重刑轻民,于是有人断言中国古代只有刑法、没有民法^①。而几乎是同一部分人,又拒绝研究、借鉴外国(当代)民法及民事法律领域新缔结的国际条约。在知识产权领域,虽有联合国教科文组织早已认为版权保护应是随印刷术的发展而产生,我国也早有宋代撰书人、编书人以及出版者从官方获得的禁盗版文件^②,国内则有人极为支持外国人。断言这仅仅是帝王对思想的控制或仅属于出版商的特权,与作者无关^③。但国内又几乎是同一部分人,拒绝借鉴国外最新知识产权立法及新缔结的知识产权多边条约,认为它们离中国“太远”。

这种看上去自相矛盾的理论或主张,反映了确实充满矛盾的现实社会。正确的研究途径则是要从这种矛盾状况中解脱出来,一

① 参见张晋藩著《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社,1997年版第311页。张晋藩教授在该书中,较系统地批驳了这种不正确的理论。

② 参见《方輶胜览》,上海古籍出版社,1986年版。转引自《光明日报》1996年4月14日第3版。

③ 参见 William Alford 著 To Steal a Book is an Elegant Offense, 第二部分。

不能割断历史，二又要注重了解最新的发展。1996年，国内外恰恰从这两个方面都提供了极有价值的信息。这里不必从年初到年底逐一列举，仅以国内年初及年底两次有关宋代活字印刷品的考古认定^①，及年底两个知识产权条约的缔结为例，就可以预测1996年出现的有关信息，对我们目前及今后相当一段时期内的知识产权研究，有多么重要的意义。

当国际上已将 Web site address 作为计算机程序给予保护时，当一国法院对域名注册不当的判决被另一国民间组织执行时，我国相当多的讨论却集中在专利、版权是不是专有权、作品是受保护客体还是受保护对象、未经知识产权人许可的使用是否使权利穷竭等等在许多国家早已不成其为问题的问题上。难道外国人早已走过的弯路，我们也非要再走一遭不可？难道外国人经历了一、二百年达到的今日的研究高度，我们也非要再走一、二百年不可？

借鉴国际上已有的成例，其中包括了解和分析国外较有影响的司法判例。结合中国的实际，也包括要了解与分析我们自己的典型案例。案例分析，经常在英美法系国家教科书中占大部分篇幅，有时可能显得零乱无章，但对读者而言毕竟有其灵活而易记、易懂的优点。近年，欧陆法系一些学者的专著，也开始重视了案例分析。本书需要以案例说明的地方，也打算作相应的尝试。

本书所作“知识产权”之“论”，大体正是考虑到知识产权保护及研究起步均晚的我国，在研究中既缺少历史回顾、又缺少对

^① 参见《光明日报》1997年5月6日第2版《我国发现现存最早活字印刷品》，《光明日报》1997年5月31日第7版《被炸古塔中的秘密》。

国际成例借鉴的弱点，并由这些弱点所致的一些偏差。

好在网络环境下数字技术的应用，可能将很快使一批既懂外语、又懂科技的新一代学者占据知识产权研究领域。基本不了解中、外历史上的成例及定论、不了解国际知识产权保护新发展而泛出水面的陈章，那时不再会被人们误当成新论。届时，今天被视为“雕虫小技”的外语、计算机应用等等，当然不会一跃而成为高深的学问。它们仍旧会被看作是“初步的”。但多数人将会认识到：没有掌握这些初步的知识，而急于发出的第二步的议论，决不可能是扎实的。

真的到了那时，摆在面前的这本书就可能完全失去了价值。我自然希望自己的著述能够拥有尽可能长久的读者群。但我更盼着它失去价值那一天的到来。

最后，涉及在国际互联网络环境下，版权保护与国际私法的冲突（诸如侵权行为地”的认定困难等），商标注册与域名注册的冲突等等，在国际上正成为热点的领域，在中国也已有大量纠纷产业。这类冲突最终的解决，更有待于有关国际协议的达成。事实上，这类冲突不过是计算机网络的全球性与传统知识产权的地域性之间总冲突的一些具体表现。如果国际社会难以拿出两全的解决方案，信息高速公路的继续发展及知识产权保护的继续存在就都会要求冲突的某一侧面退一步：限制网络的全球性（即从法律及技术上强使其服从地域管辖），抑或加速知识产权保护的国际化。我感到实践选择后一种途径的可能性更大。就是说：网络环境下出现的新问题，将促进知识产权地域性的趋弱和国际化的加强。

郑成思

1997年11月



一、知识产权保护的起源；知识产权、财产权与物权

（一）知识产权保护的起源/003

1. 特权与私权/004
2. 专利权、商标权的起源/005
3. 版权的起源/014

（二）知识产权、财产权与物权/035

1. 财产及财产权的概念/035
 2. 罗马法、英美法及法国法中的有形财产与知识产权/039
 3. 在不同财产中，知识产权地位的变化/046
 4. 物权与财产权；知识产权与服务/053
-



二、知识产权的概念

（一）知识产权的范围/063

1. 世界知识产权组织所划的范围/063
2. 世界贸易组织所划的范围/065
3. 其他的划法与结论/068

(二) 知识产权的特点/075

1. 无形/075
2. 专有性/080
3. 地域性/084
4. 时间性/087
5. 可复制性/089



三、知识产权的权利主体

(一) 发明人与专利权人/095

1. 专利权的归属问题/095
2. 有关专利权归属的典型案列/101

(二) 商标权主体/112

(三) 版权主体/114

1. 版权人与作者/115
2. 法人能否是精神权利主体/122
3. 经济权利的归属——通常意义的版权人/129



四、知识产权的客体

(一) 专利权的客体/151

1. 可以获得专利的发明创造/151
2. 随新技术的应用而产生或将产生的专利客体/155

(二) 商标权的客体/166

1. 概述/166
2. 商品商标/167
3. 服务商标/168
4. 联合商标/169
5. 集体商标/170
6. 防御商标/170
7. 证明商标/171
8. 产地标记与其他标记/171
9. 我国商标法中的受保护客体/173
10. 可能产生的新客体“域名”及其目前与商标的冲突/176

(三) 版权的客体/185

1. 计算机软件/186
2. 文学作品，以及音乐、戏剧等作品/212
3. 口述作品/220
4. 美术、摄影作品/223
5. 电影作品/233
6. 设计图与模型；建筑作品/238

7. 地图、示意图等/246



五、知识产权侵权认定与权利限制

(一) 侵犯知识产权的无过错责任/253

1. 侵犯知识产权归责的不同情况/255
2. 国外成例中可借鉴的内容/260
3. 我国立法与司法的选择/271

(二) 知识产权侵权认定中的“模糊区”/275

1. 专利侵权的认定/275
 2. 商标侵权的认定/289
 3. 侵犯版权的认定/294
- } 已用

(三) 专利、商标、版权中不同方向的假冒行为/317

1. 专利领域的假冒/317
2. 商标假冒/318
3. 版权领域的“假冒他人署名”/325
4. 有关知识产权领域“假冒”的典型案列/328

(四) 知识产权的“垄断性”(专有性)与商品的自由流通 ——权利“穷竭”问题/335

1. 版权穷竭问题在欧洲的提起/335
2. 世界贸易组织有关知识产权权利穷竭的规定/340
3. 中国的“新”问题; 外国的已解决多年的问题/343

4. “武松打虎”图一案问题的提起——国际惯例与我国知识产权保护/348
 5. 版权与工业产权的界线——析一种“穷竭”新论/352
 6. 知识产权法哲学——作品的“功能”与侵权认定/356
 7. 不了解国际上探索百年,业已解决的知识产权权利重叠与交叉问题——国内一些新论失误的直接原因/361
 8. 国外的相关案例/366
-



六、知识产权的评估

- (一) 总论/373
- (二) 商标评估/378
 1. 概念/378
 2. 现有商标评估方法及其缺陷/384
 3. 更有效的商标评估方法/387
 4. 侵权赔偿与商标作价评估典型案例/390
- (三) 商誉评估/395
- (四) 专利评估/399
- (五) 商业秘密评估/404
- (六) 版权评估/412



七、知识产权的国际保护与涉外保护

(一) 国际保护与“接轨”问题/427

1. 知识产权的国际保护/427
2. 与国际“接轨”问题/429

(二) 知识产权涉外保护；国际私法问题/438

1. 确认保护主体方面的法律冲突/438
2. 法律选择/443
3. 公约特别授予的权利/449
4. 国际互联网络环境与数字技术带来的国际私法新问题/451
5. 典型案例/454



八、世界知识产权组织管理的知识产权国际公约

(一) 《保护工业产权巴黎公约》/471

- ✓ 1. 国民待遇/471
- ✓ 2. 优先权/473
3. 临时性保护/474
4. 宽限期/475
5. 其他关于专利保护的规定/475

- 6. 其他有关商标保护的规定/477
 - (二)《制裁商品来源的虚假或欺骗性标志协定》/482
 - (三)《国际商标注册马德里协定》及其议定书/484
 - (四)《商标注册条约》/489
 - (五)《保护原产地名称及其国际注册协定》/490
 - (六)《为商标注册目的而使用的商品与服务的国际分类尼斯协定》/492
 - (七)《商标图形国际分类维也纳协定》/496
 - (八)《工业品外观设计国际备案海牙协定》/498
 - (九)《工业品外观设计国际分类洛迦诺协定》/502
 - ✓(十)《专利合作华盛顿条约》/504
 - (十一)《专利国际分类斯德拉斯堡协定》/510
 - (十二)《国际承认用于专利程序的微生物保存布达佩斯条例》/513
 - (十三)《保护植物新品种日内瓦公约》/517
 - (十四)《商标法日内瓦条约》/521
 - (十五)《科学发现的国际登记日内瓦条约》/522
 - (十六)《保护奥林匹克会徽内罗毕条约》/526
 - (十七)《保护文学艺术作品伯尔尼公约》/528
- 1. 国民待遇原则/529
- 2. 自动保护原则/529
- 3. 版权独立性原则/530
- 4. 经济权利/530
- 5. 精神权利/531
- 6. 权利保护期/531

7. 追溯力/532

8. 对发展中国家的优惠/532

(十八) 保护邻接权罗马公约/534

1. 国民待遇原则/534

2. 邻接权的内容/536

3. 录制者权的非自动保护原则/537

4. 权利保护期/537

5. 对权利的限制/538

6. 邻接权主体的范围/538

7. 各种保留/539

8. 追溯力/540

9. 版权保护条款/540

(十九) 录音制品公约/541

1. 国民待遇原则/542

2. 非自动保护原则/542

3. 成员国国内的适用法/542

4. 权利内容/543

5. 权利保护期/543

6. 权利限制/543

7. 禁止保留条款/544

8. 无追溯力条款/544

9. 作者权与表演者权保护条款/544

(二十) 视听作品条约/546

(二十一) 卫星公约/548

(二十二) 《避免对版权使用费收入重复征税

- 《多边公约》/551
- (二十三)《印刷字体的保护及其国际保存协定》/554
- (二十四)《集成电路知识产权条约》/557
- (二十五)世界知识产权组织版权条约与邻接权新条约/559
 - 1. 两个条约中基本无争议的新内容/560
 - 2. 两个条约中争议较大的新内容/562
- (二十六)世界知识产权组织 1996 年《反不正当竞争示范法》/572



九、世界贸易组织的知识产权协议

- (一) 世界贸易组织与知识产权协议概况/579
 - 1. 世界贸易组织/579
 - 2. 《与贸易有关的知识产权协议》/584
 - 3. 国民待遇与最惠待遇/588
- (二) 对不同知识产权保护规定的具体条款/598
 - 1. 版权与有关权/598
 - 2. 对驰名商标的特殊保护/598
 - 3. 外观设计保护/600
 - 4. 商业秘密保护/607
- (三) 知识产权保护的执法程序条款/617
- (四) 临时措施与边境措施/623
- (五) 其他程序条款/626

1. 权利的获得与维持程序/626
 2. Trips 成员之间的争端解决程序/629
 3. 过渡条款/632
 4. 最后条款/633
-



十、几个地区性的国际条约

(一) 欧共体——欧盟的地区性知识产权条约/643

1. 欧共体跨国法的立法体系/644
2. 版权领域的欧共体跨国法/646
3. 商标领域的欧共体跨国法/650
4. 专利领域的欧共体跨国法/654

(二) 北美自由贸易协定中的知识产权保护/656

1. 版权保护/657
2. 商标保护/661
3. 专利保护/662

(三) 法语非洲国家的《班吉协定》/666

1. 《班吉协定》总述/668
2. 发明专利保护/671
3. 实用新型保护/682
4. 商标保护/684
5. 工业品外观设计保护/690