

知识产权法 热点难点 问题研究

刘筠筠 熊英/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

知识产权法 热点难点 问题研究

刘筠筠 熊英/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法热点难点问题研究 / 刘筠筠、熊英著. —北京:
法律出版社, 2008. 10

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8856 - 0

I. 知… II. ①刘…②熊… III. 知识产权法—研究—中国 IV.
D923. 404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 152179 号

©法律出版社·中国

责任编辑/霍爱华

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

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/吕亚莉

开本/A5

印张/16 字数/400千

版本/2008 年 11 月第 1 版

印次/2008 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010 - 63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010 - 63939792/9779

传真/010 - 63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8856 - 0

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前言

作者
北京工商大学教师刘筠筠
熊英共同撰写

本书聚焦于知识产权法学研究与实务工作中的热点、难点问题，以案例导入的方式，从基础理论、制度规范和司法实务入手，对当前知识产权领域的热点、难点问题做了较为系统的梳理，对于这些问题的探讨，有益于深化对知识产权法学研究的基本问题的理性认识，推动知识产权法这一学科不断走向成熟。

知识产权法学是一门应用性极强的法学学科，但这丝毫没有影响其理论上的博大精深。信息经济社会的到来意味着知识产权在社会生活中变得越来越重要，中国入世带来的所谓规则统一化更加将人们的目光集聚到知识产权上来。在法律制度总体系中，知识产权制度与科学技术有着特殊的联系，它在实质上解决“知识”作为资源的归属问题，是一种激励和调节科技创新活动的法律机制。知识产权从产生之日起，就受到了各种责难，各种争论，但它不但没有从人们的生活中消失，反而变得越来越发达，这与知识产权存在的深刻的人性、经济以及社会基础关系密切。本书既有鞭辟入里的理论探讨，又有深入浅出的制度分析，更有引证翔实的判例研究，相信对于从事知识产权领域理论与实务工作的知识产权学者、实务工作者以及产业人士具有较强的参考作用与应用价值。

本书系北京市优秀人才资助项目，由北京工商大学教师刘筠筠和熊英共同撰写，其中刘筠筠撰写第一编、第二编和第五编，熊英撰写第三编和第四编。

本书适用于高等学校的师生、法律实务工作者、知识产权管理人员、企业界人士及其他对知识产权问题感兴趣的读者。由于学识有限,书中恐有错谬之处,敬请各位读者多加指正。

作者

2008年8月8日于北京

第二编 专利法领域热点、疑难问题研究

第五章 外观设计专利实质性授权条件探索研究	75
第一节 外观设计相同或近似的判断原则——日本本田株式会社摩托车外观设计案	75
第二节 外观设计保护的客体研究	77
第三节 外观设计实质性授权条件比较研究	83
第四节 外观设计专利立法研究与制度重构	92
第六章 国际贸易背景下专利权用尽原则探究	102
第一节 专利权用尽原则问题的提出——笔记本代工龙头台湾广达胜诉 LG 重复收取专利费案	102
第二节 专利权用尽原则的理论基础	104
第三节 专利权用尽原则若干问题研究	109
第七章 专利产品平行进口问题立法研究	113
第一节 平行进口判例研究——日本 BBS 平行进口案	113
第二节 平行进口内涵与成因	115
第三节 典型国家和地区立法理论与司法判例研究	125
第四节 国际贸易中平行进口问题及我国的立法选择	135
第八章 药品专利保护与公共健康的冲突与协调	143
第一节 公共健康危机与药品可及性问题研究	143
第二节 公共健康与药品专利保护制度问题研究	145
第九章 我国制药行业专利战略问题探索与比较研究	153
第一节 药品专利引发的思考——众说纷纭“伟哥”案	153
第二节 药品专利保护与制药产业相关性研究	156
第三节 我国制药行业专利战略问题研究	159
第十章 专利权保护范围与等同原则适用问题研究	170
第一节 等同原则经典案例——美国希尔顿案	170

第二节	技术特征的概括与权利要求的解释	172
第三节	等同原则适用再思考——整体等同理论与全部技术特征原则	177
第三编 著作权法领域热点、疑难问题研究		
第十一章	著作权确认及归属问题研究	191
第一节	作品的构成要件研究	191
第二节	教案、试题的作品性质分析	199
第三节	网页的作品性质分析	204
第四节	人物传记作品、书信作品、主编制作品著作权归属探讨	210
第五节	依法禁止出版、传播作品的著作权问题分析	221
第六节	侵权演绎作品的著作权问题探讨	225
第十二章	著作权的内容问题研究	231
第一节	发表权的性质研究	231
第二节	表演权与表演者权比较分析——兼论戏剧作品、舞蹈作品的表演权与表演者权	242
第三节	网络信息传播权的特殊性探讨	248
第十三章	著作权的行使与限制问题研究	260
第一节	著作权的质押问题研究	260
第二节	演绎作品著作权人的权利行使问题分析	266
第三节	网络环境下著作权合理使用的构成与范围分析	269
第十四章	著作权的保护问题研究	276
第一节	侵犯著作权行为的判断	276
第二节	制造、出售假冒他人署名的作品的行为性质分析	279
第三节	著作权精神损害赔偿依据与适用原则探讨	284

第四编 商标法领域热点、疑难问题研究

第十五章	商标申请注册问题研究	293
第一节	商标的显著性判断	293
第二节	近似商标与类似商品的判断	306
第三节	在先权研究	318
第十六章	商标权行使问题研究	332
第一节	注册商标的许可使用问题分析	332
第二节	注册商标的合理使用研究	336
第十七章	商标权保护问题研究	354
第一节	反向假冒侵犯商标权行为性质探讨	354
第二节	商标产品平行进口行为性质探究	363
第三节	未注册商标的保护分析	376
第四节	驰名商标的特殊保护问题研究	389

第五编 传统知识、高新技术领域知识产权 热点、疑难问题研究

第十八章	传统知识保护应有政策的理论探索	415
第一节	传统知识命题的提出	415
第二节	传统知识保护的现实与理论困境	418
第三节	传统知识保护模式研究	428
第十九章	基因技术的专利保护与惠益分享	432
第一节	基因专利保护引发的思考	432
第二节	基因专利性问题研究	434
第三节	基因专利利益分享模式探讨	449

第二十章 商业方法专利保护的再思考	455
第一节 商业方法专利引发的震荡	455
第二节 美、日、欧商业方法专利立法理论与司法实践	459
第三节 商业方法专利保护模式研究	466
第二十一章 标准、专利与知识产权保护	473
第一节 科技创新引发技术标准与专利保护	473
第二节 技术标准与专利权结合模式研究	476
第三节 标准化战略——企业知识产权战略研究	484
主要参考文献	491
后记	502

第一编 知识产权基础理论热点、 疑难问题研究

第一章 知识产权文化与知识产权法律构造

第一节 传统文化的历史影响与知识产权法律构造

随着科学技术的不断创新,知识产权制度对科学技术的进步和人类文化事业的激励和推动作用日益彰显,综观各国的知识产权立法及有关国际公约,知识产权法律制度创设的目的有二:一是要鼓励创新,通过赋予智力创造者一定的专有性权利,使其得到物质上与精神上的补偿,以此来调动人们的创造积极性,使得更多的创新成果产生;二是促进新技术、新知识的传播和利用,从而推动整个社会科技的进步与经济的发展,造福于人类。^①可见,和谐的知识产权社会秩序是现代社会尤其是知识经济社会和文化发展的必要前提。而在和谐的知识产权社会秩序的建立和完善中,知识产权文化建设尤为重要。

由于文化是一个多义性的概念,对于法律文化的理解也就难以达成较为一致的定论。这种现象一方面反映了法律文化的复杂性,另一方面也显示出法律文化的较强可塑性。这种较强的可塑性在一定意义上为我们分析问题提供了某种便利。在此,我们从观念的层面把握文化,将法律文化解释为生活于特定文化传统之中的人们的

^① 黄玉烨:“知识产权利益衡量论”,载《法商研究》2004年第5期。

法律观念。^① 鉴于文化是一个模糊的,难以确切把握的范畴,所以有的学者干脆摆脱概念的纠缠而着重分析文化的结构。^② 运用文化结构的学说可以使我们比较轻松地把握法律文化的概念。剖析法律文化可分为三个层次:器物层次,^③制度层次与心理和价值观念层次。^④ 制度形态的知识产权文化是知识产权在经济生活中正常发挥作用的基础和保障。知识产权法律制度的完善是知识产权法律文化生成的基础。但仅仅将知识产权文化界定在制度文化的范畴并不是一个最佳选择,只有将知识产权文化推向观念文化的层次,使对知识产权的尊重成为一个社会所有个体思维方式和价值体系中的构成部分,才可能在两种文化的互动作用下,形成尊重知识产权的和谐的社会秩序。

同时我们也看到,通过二十多年的法律移植我国已经迅速建立起了比较先进的知识产权法律体系,但是,这项制度的引进似乎并没有实现预期的目的,我国的知识产权保护状况依然严峻,知识产权法律移植的实际效应发生严重递减。^⑤ 而法律移植对法律文化的外部结构进行了重塑之后,敏感的法律职业阶层会迅速做出法律思想层次上的反应。然而,作为社会大多数普通个体仍旧对法律移植的结果保持着原来固有的法律心理。可见,基于法律心理的上述特点,如何改变或者适应法律输入国的法律心理,才是法律移植中的难点问题。^⑥ 也是知识产权文化建设的社会心理基础。

① 高鸿钧:“冲突与抉择:伊斯兰世界法律现代化”,载《比较法研究》2001年第4期。

② 余荣根:《文化与法文化》,法律出版社2003年版,第3~4页。

③ 诸如监牢、刑具、典册图籍等。

④ 余荣根:《文化与法文化》,法律出版社2003年版,第52页。

⑤ 宋志国:“我国知识产权法律移植中的递减效应原因探析”,载《政治与法律》2006年第5期。

⑥ 杨文硕、谭正:“论法律文化因素对法律移植的影响”,载《法制与社会》2007年第4期。

第二节 知识产权文化的构建与制度重构

我国自清末变法以来,法律在制度的层面上可以说就已经告别了悠久的作为地方性知识的中华法系传统,步入了反映世界整体意图的西方法的轨道。制度形态的知识产权文化是知识产权在社会经济生活中正常发挥作用的基础和保障。建立完善的制度形态的知识产权文化就是要通过对知识产权法律制度和规范、管理制度及其组织机构和设施等方面的完善和优化来建立起一整套能够促使知识产权在社会经济生活中充分发挥作用的机制。^①

一、建立完善知识产权制度文化,创设和谐知识产权法律制度环境

首先,我们的知识产权制度必须与科学技术经济发展的水平相适应。任何法律制度都是社会经济发展的产物,知识产权制度也不例外,它是科学技术与商品经济发展到一定阶段的产物,知识产权,包括版权(著作权)、专利(技术发明)、商标和商业秘密等是人类的智力劳动成果权,是人们就其创造性的智力劳动成果依据法律规定所享有的权利。对不同类型知识产权的保护在一定程度上取决于受保护的知识产权本身的特性以及实施保护所需要的专门技术。例如,有些产品不泄露其技术信息并不影响其使用,如可口可乐的配方,如中国宣纸的制造技术,法律对于这类知识产权就主要通过商业秘密的方式予以保护。而另一部分产品一旦使用必定会泄露其所蕴涵的有价值的信息(如著作的公开发表),对这类知识产权则采取专利法、著作权法予以保护。正是由于技术的发展,才促使某些知识产权可能直接以法律制度保护,才可能有不同的知识产权制度的发生和演变。而不同类型知识产权保护的有效与否,也同样有赖于或有

^① 刘华、李文渊:“论知识产权文化在中国的构建”,载《知识产权》2004年第6期。

待于技术的发展。^①

吴汉东教授把知识财产制度的出现归结为以下几个条件:第一,科学技术广泛应用于社会生产;第二,科技成果成为自由交换的商品;第三,知识产品纳入新型财产权利的保护范围;第四,以知识产权名义实现权利制度的体系化。由此可以归纳出这样的一条线索:社会生产的科技化——科技成果的商品化——知识产品的产权化——权利制度的体系化。从推动社会进步的角度说来,这一基本线路就是科技发展——经济增长——法制进步的历史进程。^② 我们知道,法律本身不能直接创造财富,但它可以通过科学、合理的制度设计(法律规定)去促进和保障财富的增长。知识产权法律制度就是通过对特定的知识产品拥有者的专有权的确认和保护来鼓励知识的生产、传播和利用,从而刺激经济增长的。

因此如果没有合理的制度选择,那么可能会抑制知识产品的生产者的创新积极性,导致知识产品的供给不足,因为知识生产的主要方式是个体生产方式,每个知识生产者为了获取知识都必须从事大量的实践活动并耗费大量的人力、物力和财力,如果知识生产者的耗费得不到相应的补偿,知识生产者的投入得不到相应的利益,那么知识生产就会因不具备健全的补偿机制与激励机制而萎缩。如果没有专利制度的保护,其他竞争者将可以以极低的成本进行仿冒。这就会产生一个“搭便车”的问题。这种倾向直接导致的结果就是,没有企业愿意从事科学创造活动,而是等待他人投资科研活动获得成果后进行仿冒,这样,最终可能减少发明创造,并因此减少社会财富。

就知识产权而言,在 20 世纪 80 年代初,我国开始大胆引进国际知识产权保护制度和发达国家知识产权的国内立法,在此基础上制

① 苏力:“法律与科技问题的法理学重构”,载《中国社会科学》1999 年第 5 期。

② 吴汉东、胡开忠等:《走向经济知识经济时代的知识产权法》,法律出版社 2002 年版,第 4~7 页。

定和不断完善了专利法、商标法和著作权法及其配套法规和实施细则,使我国的知识产权立法(仅指立法本身)在较短的时间内跨入世界先进行列。而我国知识产权法是典型的在较短的时间移植的法律。法律移植排异反应的一个重要表现就是受移植法律制度与社会文化的冲突。如果受移植法律能够获得人们的价值认同,即法律被人们普遍接受,法律移植便容易获得实效和成功;否则,法律移植的绩效就会很差,甚至失败。我国的知识产权法律制度不仅是全盘移植,而且是被迫移植,我们缺乏必要的准备,包括理论的、实践的,甚至是思想意识和价值观念方面的。^①但是值得注意的是,随着经济的到来,保护知识产权已是现代社会的基本要求,由于知识产权关系到一国的科技发展和社会公共利益,因而每个国家的知识产权制度必须要适应国际社会环境,发达国家,如美、欧、日等,一般都是知识产权大国,它们一直主张高标准、严要求地保护知识产权;我国作为发展中国家则应当坚持知识产权的保护水平与我国社会经济发展水平相适应的政策。从法律经济学角度看,实现国家利益最大化是诸多法律制度和公共政策的出发点和终极关怀,知识产权保护立法也不应例外。从本质上看,知识产权制度是国家对知识产权创新者与消费者之间利益分割的一种法律工具,因此制定契合本国经济发展阶段的“最优知识产权保护”无疑是实现国家利益最大化的重要途径。因此,在国内立法上,我们首先要遵守所加入的国际条约的最低保护要求,同时,着力分析制约中国经济发展和产业革新的枷锁,设计真正有利于国家利益最大化的知识产权法律制度。

其次,知识产权制度的规制应该与市场调节、政府干预均衡互动。知识产权是思想的创造物,创造这些创造物的人需要享受充分的利益,以便具有足够的创造刺激,知识产权制度的目的在于通过赋

^① 宋志国:“我国知识产权法律移植中的递减效应原因探析”,载《政治与法律》2006年第5期。