

知识产权与国际贸易

郑成思著

人 民 大 学 社

收入“若干问题”。这次再论,是于1986年第3期《中国法学》上。第四节本是我1986年的《国际技术转让法通论》一书的第一章。出书后三个月书告售罄。在我修改准备再版的过程中,该出版社被宣布停业,故未能果。

第十章中讲到的计算机软件保护途径,虽然目前已被美国引导的版权保护潮流所否定,但在理论上(乃至在美国司法界)一直以顽强的生命力存在着。有关反不正当竞争法,即第十章最后一节,是立法过程中争论的主要问题。现在法已出台,也许对人们理解法的内容有所帮助。反不正当竞争法的立法历史相对年轻。已经搞市场经济数百年的法国,到1993年底,反不正当竞争法仍是个“草案”;英国则至今还只靠普通法而不是成文法。我国1993年中已颁布这样一部法,应属不易。虽然它可能并不令人满意,但它会向着令人满意的方向发展。

知识产权领域的国际公约,应首推《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、《保护工业产权巴黎公约》等。但本书最后一编却未收入。原因之一是这几个重要公约均正在修订讨论(或增议定书讨论)之中。我不可能预知修订结果,又不愿读者拿到本书后,不久这一部分即过时。此外,这些重要公约的现状(1994年前),我主编的《知识产权法教程》中已够详尽,无需重选了。所以,第四编第十一及第十二章以关贸总协定与今天的世界贸易组织协定为主,附之以几个有影响的地区性国际公约。

作者

1995年2月

责任编辑：许剑秋

图书在版编目(CIP)数据

知识产权与国际贸易/郑成思著.

-北京:人民出版社,1995.8

ISBN 7-01-002122-8

I. 知...

II. 郑...

III. ①知识产权—基本知识

②知识产权—商业—基本知识

IV. D913

知识产权与国际贸易

ZHISHI CHANQUAN YU GUOJI MAOYI

郑成思 著

人民出版社出版发行

(100706 北京朝阳门内大街166号)

北京通县电子外文印刷厂印刷 新华书店经销

1995年8月第1版 1995年8月北京第1次印刷

开本:850×1168毫米 1/32 印张:18.25

字数:434千字 印数:0,001—5,000册

ISBN 7-01-002122-8/D·579 定价:25.00元

前 言

1990年中,中国知识产权领域的立法基本完成;1992年初,中美知识产权谅解备忘录的签署,曾避免了一场迫在眉睫的“贸易制裁”与反制裁的中美贸易战;1993年底,关贸总协定乌拉圭回合谈判的结束,最终在世界范围把知识产权保护纳入了国际贸易领域,1995年初,国内外再次经历了类似1992年初的情况。这几件发生在国内与国际上的大事,使“知识产权”这个过去对多数中国人很陌生的领域,逐渐被人们所关心,乃至成为“热点”之一。

本书主要汇集了我十多年来的论文,其中第一、二两章,既是基本问题,又包括有争议的问题。当然,其中有的争议仅仅在我国存在,原因是有些试图研究民法的人,对知识产权还知之太少。

第三章原收集了更多的内容。因为我的文章本来就有很大一部分是在参加立法时为论证自己的立法建议而写的。后来考虑到有些建议一经立法吸收,文章本身已显得过时,所以只保留下这几篇。例如,读者可在附件中看到题目的那篇1984年的计算机软件立法建议即被删去,1987年关于修订商标法的建议则保留着。

第四章中可以反映出我国对“版权”、“著作权”两个不同术语由来以久的选择上的争议。立法最后选用“著作权”,并认定它与“版权”系同义语,其中的极其偶然的原因,要在日后由立法机关的参与人去向读者述说了。作为学术研究,我并没有必要改变自己认为更适当的用语。

第五章中的几个问题,有些在我国讨论得比国际上更早,但却至今无结果。例如“精神权利”、“形式与内容”等问题,在北美是1991年才开始大规模讨论的,到1993年已基本有了结果。我国则从1987年论起,到现在仍有人认为“精神权利”是个说不清的问题,真可谓“缘太早、却成迟”。不过我感到有几篇文章早已大致把问题说清了,只是固执地用老框框去套知识产权新课题的人自己没有弄清,所以选入了这几篇文章。

第六章集中在谈抄袭的认定与否定上,因为这一问题无论在中外,至今仍是侵权认定中的首要问题。

第七章及第八章中有关专利的论点,有些是在1983年提出,9年后方被修订后的专利法接受;有些则到现在仍未被国内接受,但我认为继续讨论总还是有益的。此外,其中还有几篇文章,是因不同意当年他人专著中对中、外一些基本概念的歧解而写的,我想对于今后进入知识产权研究或实践领域的读者,仍旧会有一定价值。至少,这几篇文章告诉人们在研究问题时,一不可望文生义,二不可以讹传讹。在八十年代曾有一次贸促会资料中将“内罗毕条约”错印成“内罗华”,居然有儿大部“专著”(甚至统编教材)均传抄为“内罗华”。

第九章第一节也是对立法中“许可”这一用语提出的不同意见。这是在1988年中国工业产权研究会许可证分会上宣读的,后载于1989年第3期《引进与咨询》。现在,国内有关的民间及官方组织,仍称“许可证协会”等等,有关贸易活动,仍称“许可证贸易”。正像“版权”一样,它并不因立法时的(偶然)选择而在人们用语中消失。这说明了它们的存在仍旧是合理的。第二节曾在1984年第3期《法学杂志》发表。一位香港的法学者竟曾批评“地域性”是“闭关自守”的遗弊。这说明重申专利这一特点仍旧是必要的。Know-How是至今无定论的争议问题之一。我早在1981年论过一次,已

目 录

前 言	1
-----------	---

第一编 知识产权综论

第一章 有形财产权、知识产权与信息产权	3
第一节 罗马法、英美法与法国民法中的有形产权与 知识产权	3
第二节 知识产权与有形产权在国际贸易中地位的转化	9
第三节 知识产权与信息产权	16
第二章 知识产权综合领域中的几个理论问题	21
第一节 知识产权若干问题辨析	21
第二节 中国知识产权法:特点、优点与缺点	38
第三节 关贸总协定与海峡两岸版权关系	65
第三章 知识产权立法建议与意见	81
第一节 简析人们对商标法的几点意见	81
第二节 实施著作权法应当明确的若干问题	86
第三节 我国参加版权公约之后的几个问题	95
第四节 关贸总协定中的知识产权程序条款与我国 的立法	102

第五节 知识产权保护的边境措施与临时措施及我	
国的立法	114

第二编 版 权

第四章 版权保护的历史与现状	125
第一节 版权的起源与中外古今的版权概念	125
第二节 版权——历史的概念	140
第五章 版权领域几个有争议的问题	170
第一节 作品、著作物与版权	170
第二节 “形式”、“内容”与版权保护范围	177
第三节 版权客体简析	187
第四节 不受保护的客体	199
第五节 论精神权利	207
第六节 论经济权利	225
第七节 版权领域的权利限制	234
第八节 地域性——国际保护与国内法	243
第九节 论版权转让	249
第十节 形象权与版权	254
第六章 侵犯版权的认定与版权法的实施	260
第一节 巧合、抄袭与版权法	260
第二节 从三个国外案例看历史题材作品抄袭的认定	266
第三节 一个有深远影响的美国判例	273
第四节 不同的案例,相同的原理	278

第三编 工业产权与交叉权利

第七章 专利权	287
第一节 与专利申请案的实施有关的几个问题	287
第二节 专利申请过程中的“关键日”与权利的作用	293
第三节 从侯德榜的“专利权”说起	298

第四节	专利侵权行为的认定	300
第五节	专利侵权诉讼的几个特殊问题	304
第六节	专利的有限性与国际贸易	308
第七节	专利权的利用	320
第八章	专利领域中几个有争议的问题	333
第一节	从实用新型的类型说起	333
第二节	国际上外观设计法律保护的现状	338
第三节	美国法律中的发明、发现与技术革新	343
第四节	关贸总协定与专利权若干问题	349
第五节	关贸总协定与商标权、地理标志权	360
第九章	技术转让	381
第一节	许可证浅论	381
第二节	技术引进与专利的地域性	385
第三节	Know-How 概论	391
第四节	国际技术转让的概念	400
第十章	交叉权利	417
第一节	重叠保护与权利冲突	417
第二节	试论计算机软件法律保护及其发展趋向	420
第三节	工业版权——软件保护上的“殊途同归”	430
第四节	计算机软件法律保护的各种建议	436
第五节	关贸总协定中的集成电路保护	463
第六节	反不正当竞争——国际法与国内法	468

第四编 有关公约

第十一章	地区性国际公约	481
第一节	欧共体知识产权法的统一进程	481
第二节	北美自由贸易协定与该地区知识产权法	491
第三节	非洲知识产权组织的《班吉协定》	499
第四节	安第斯组织的《卡塔赫那协定》中的工业产权条例	533

第十二章	关贸总协定与世界贸易组织中的知识产权	541
第一节	关贸总协定与世界贸易组织的几个特殊问题	541
第二节	知识产权协议中的国际法问题	553
附录:	作者 1980 年以来发表的有关著译目录	564

第 一 编

知 识 产 权 综 论

第一章

有形财产权、知识产权与信息产权

第一节 罗马法、英美法与法国民法中的 有形产权与知识产权

近年我国有的出版物,在介绍西方财产法对财产权的分类时说:财产权分为不动产权、动产权与知识产权三类。这是不够确切的。实际上,按照财产的形态,西方国家很久以来就把财产权分为不动产权、动产权与无形产权三类。最后一类在有的国家也称为“无形准动产”权。在无形产权中,除了知识产权之外,还有债权、股票权及其他商业票据权、合同权等等。这些无形产权,尤其是股票权,在工、商业活动中的重要性,过去一直是远在知识产权之上的;至今它们的重要性在一些场合仍旧高于知识产权。不过,从发展趋势来看,知识产权肯定会在无形产权中占头等重要的地位,也有可能在一切实产权中占头等重要的地位。

起源于奴隶社会的罗马法,对财产有许许多多不同的分类方式。例如,《十二铜表法》中,已经开始把财产分为“不动产”与“动产”。在当时,不动产所有权与动产所有权之间的主要区别在于:合法占有动产一年,即可以成为该动产的所有人;而必须合法占有不动产两年以上,才可以成为该不动产的所有人。在《查士丁尼民法

大全》中,则把财产分为“奴隶”与“非奴隶”两种。恩格斯曾指出,罗马法虽然是简单商品生产时期的完善法律,却“包含了资本主义时期的大多数法律权利的关系”^①。

在罗马法的条文中,还找不到关于无形产权或知识产权的规定。不过,在奠定了当时成文法的立法基础的一部著作里,则已经出现了“无形财产权”这一概念。这就是(1816年在意大利的维罗那发现的)公元二世纪罗马法学家盖尤斯(Gaius)所著的《盖尤斯法学原理》(Institutes of Gaius)。这部著作第一次把民法分为“人法”、“物法”、“行为法”三个部门。在“物法”中,该著作又明确地把财产分为“有形财产”与“无形财产”两类,并举例说明前者包括“实在物”如房屋、家具等等,后者包括“抽象物”如债权、通行权等等。盖尤斯认为,无形财产权的取得方式与有形的不动产及动产都不同,既不能凭借时效取得,也不能通过传统的买卖方式取得^②。

罗马法已经成为一种不复存在的古代法律制度,我们从其中还只能看到无形财产权的雏形。

起源于封建社会、发展于资本主义社会的英美法,则是今天为英国、美国及大多数英联邦国家(及个别英联邦之外的国家,如巴基斯坦)仍旧采用着的法律制度。英美法对财产权的分类,与罗马法相比就进了一步。这首先表现为,它的分类更细,其中无形财产权的地位也被摆得更重要;其次表现为知识产权已作为无形产权的一项内容出现了。

本世纪八十年代初,在英美法中,财产权分为五类:1. 房地产

① 《马克思恩格斯全集》第36卷第169页。

② 参看B·尼古拉斯(Nicholas)著《罗马法导论》(An Introduction to Roman Law),1967年,牛津英文版,第105页至123页。据A·特儒勒(Troller)在《无形产权》(1983年德文版)一书中的考证,“知识产权”这一术语,一直到十八世纪三十年代才开始被使用。参看F·德塞蒙特著《瑞士版权法》。

权(即不动产权);2. 货物产权(即动产权);3. 无形产权;4. 货币权;5. 基金权。在“无形产权”中,又分为六个分类:(1)债权;(2)商业票据权;(3)合同权;(4)商业信誉权;(5)知识产权;(6)股票与股份权^①。近年来,已有越来越多的国家把“商业信誉”的专有权归入知识产权一类了。

英美法一般把无形产权称为“诉讼中的物权”(Choses in Action)。就是说,这种物权的存在,只有通过诉讼才能充分体现出来。以专利权为例,专利法授予专利权人的独占权,包含许可或禁止其他人实施其专利技术的权利。如果有人违反法律而擅自利用了有关专利技术,专利权人就有权到法院(或专利管理机关)起诉。如果专利权人在诉讼中取胜,则对方一是要赔偿损失,二是要被法院(或专利管理机关)禁止继续从事有关活动。这样,专利权人所享有的财产权的范围及该权利的作用,就通过诉讼表现出来了。

如果进一步研究财产的转移方式,就可以看到:英美法与罗马法相比,还有一个进步。英美法仅仅把知识产权与有形财产权在获得的方式上作了严格区别,但却把二者的转移方式逐渐统一,使知识产权的转让与有形财产的转让之间的差别尽可能缩小,以利于知识商品的流通。在一些英、美国家的现行知识产权法中,可以看到不少力图把两种转让活动统一起来的规定。例如,英国 1956 年的《版权法》第 36 条规定:“版权应当如同动产一样,依照遗嘱或依照法律进行转让”。英国 1977 年《专利法》第 30 条也规定:“任何专利或专利申请案(除了属于某种诉讼中的物权之外)均属于动产”,“均可以(按有关动产的规定)转让、设质”,等等。

作为法国资产阶级大革命产物的法国民法,主要指 1804 年制

① 关于英美财产权的分类法,可参看 F·H·劳森(Lawson)著《财产法》(The Law of Property),1982 年牛津英文版,第 23 页至 39 页。

定、而后经多次修订而延用至今的《法国民法典》。这部民法典本身虽无一语直接涉及“知识产权”，却是法国各种知识产权法产生的依据；此外，该法还使知识产权与有形财产权在转让或以其他方式处置方面，在保障所有权的诉讼程序方面，进一步统一了。

1857 年的法国《商标法》，亦即世界上第一部注册商标法，就是依据《法国民法典》第 1382 条制定的。这一条的原文是：“任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致使损害发生之人，对该他人负赔偿责任。”这就表明，保护商标权与保护其他财产权出于同一条原则。1957 年的法国《文学艺术产权法》（亦即法国的版权法）^①则更多地直接援引《法国民法典》的规定来处理知识产权问题。法国版权法第 16 条规定，《法国民法典》第 1382 条完全适用于一切侵犯版权的行为。法国版权法第 24 条规定，在作者留有法定继承人的情况下，对版权的处置应适用《法国民法典》第 913 条与第 915 条。该版权法第 31 条及第 49 条都规定，在订立及履行表演合同及出版合同的某些情况下，应适用《法国民法典》第 1341、第 1348 及第 1787 条。该版权法第 58 条规定，在使用作者、作曲家或艺术家的作品时，应使这些知识成果的创作人享有《法国民法典》第 2101 条第 4 款及第 2104 条所赋予的权利，等等。

如果进一步研究法国现行知识产权法，我们还不难看到，法国专门指出了：《法国民法典》中的许多通用条款对于知识产权没有约束力。这反映出知识产权具有某种高于一般有形产权（及其他无形产权）的法律地位。例如，法国专利法第 42 条（2）款规定，《法国民法典》中规定“财产权共有”关系的第 815 条、第 883 条、第 1873 条之一，以及与之相关的诸条款，均不适用于专利申请案与专利权

① 1992 年，法国颁布《知识产权法》，全面修订了其原有的专利、商标、版权各领域的法律。但其中有关知识产权作为继承标的、离婚时可分财产标的的特殊原则，仍旧未变。

的共同所有的情况。又如,法国版权法第24条规定,在一定期限内,已故作者的未亡配偶(包括虽已离婚、但法院尚未作出最终离婚判决的配偶)应享有作者尚未处置的作品在被使用时产生的收益,“这种权利不依赖于《法国民法典》第767条为遗产保留的用益权。”

从知识产权在罗马法、英美法及法国民法中的不同状况,可以看到:虽然技术发明、商品、文学艺术作品等知识产权所依附的实物是自古就存在的,但知识产权则只是在生产力发展到一定阶段后,才在法律中作为一种财产权出现;随着社会从简单商品生产向现代商品生产发展,知识产权在法律中的地位也变得越来越重要。从下面的介绍和论述中,我们还将看到它的地位在新技术革命中怎样变得更加重要和突出。

在这里,还有必要对知识产权作一些解释,以使读者在后面的章节中读到有关的概念时不致发生困难。

知识产权是专利权、商标权、版权等专有权利的统称;专利权与商标权又被称为“工业产权”。所谓知识产权法,除去专利法、商标法、版权法之外,还包括对两种以上知识产权都起到保护作用的不公平竞争法^①、技术转让法,等等。

知识产权只有在它们依法产生的地域之内才有效。例如,一项“美国专利”,在日本就不发生效力。这是它们的“地域性”特点。知识产权仅有它们的权利人可以行使它,这是它们的“专有性”特点。知识产权的效力都有一定时间限制,即都有一定时间的“保护期”(或续展期),这是它们的“时间性”特点。传统的知识产权又都是公开的权利(技术秘密则是被放在知识产权之外另行看待的),这是它们的“公开性”特点。

^① 亦即“反不正当竞争法”。