

知识产权新视界丛书

知识产权制度 反思与法律调适

蒋言斌 著

4

知识产权出版社

知识产权新视界丛书

知识产权制度反思与法律调适

蒋言斌 著

知识产权出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识产权制度反思与法律调适/蒋言斌著. —北京:
知识产权出版社, 2007. 1

(知识产权新视界丛书)

ISBN 978-7-80198-380-0

I. 知... II. 蒋... III. 知识产权-研究-中国

IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 142407 号

本书的所有版权受到保护,未经出版者书面许可,任何人不得以任何
方式和方法复制抄袭本书的任何部分,违者皆须承担全部民事责任及
刑事责任。

知识产权新视界丛书

知识产权制度反思与法律调适

蒋言斌 著

责任编辑:李琳

特邀编辑:王曙光

责任校对:韩秀天

装帧设计:张小力

责任出版:杨宝林

知识产权出版社出版、发行

地址:北京市海淀区马甸南村 1 号

通信地址:北京市海淀区蓟门桥西土城路 6 号 邮编 100088

http://www.ipph.cn

E-mail: lilin@cnipr.com

发行电话:(010)82000893

(010)82000860 转 8101

责编电话:(010)82000887

(010)82000860 转 8118

知识产权出版社电子制印中心印刷

新华书店经销

2007 年 1 月第 1 版 2007 年 1 月第 1 次印刷

开本:880mm × 1230mm 1/32 印张:10.75 字数:280 千字

印数:1 ~ 3 000 册

ISBN 978-7-80198-380-0/D·456

定价:20.00 元

如有印装质量问题,本社负责调换。

内 容 简 介

本书以知识产权观念与水平的差距进行推究与反思为基础,从知识产权法确认、使用、保护三个层面,深入研究了知识产权法中的结构及其要素组合、知识产权能力、知识产权制度中若干矛盾的统一、知识产权制度的社会成本、知识产权法的实在法规则和原则体系、知识产权限制等法理学基础理论问题。对知识产权确认过程中的权利体系、权利主体划分标准及其类别、专利权、商标专用权、著作权等原始主体的权利归属问题进行了探讨与归纳。对知识产权转移过程中产权处分及其权利灭失的条件、专利实施的信息反馈系统及其动态机制、知识产权质押、盗版的透视与防治对策、知识产权信托等前沿问题进行了透彻的解析。对知识产权保护中侵犯知识产权的抗辩事由及其产生原因、消解途径、基于专利的犯罪在无效宣告后其刑期是否继续执行、知识产权审判步骤及其相关认定、侵犯知识产权的病态心理及其道德矫治等热点问题进行了颇有新意的探讨。为适应历史的发展,对知识产权发展战略制度配置进行了透视,并对优势企业发展专利商标战略、国外的知识产权战略、国家专利战略、商标国际化战略等实证性问题进行了探讨,提出了我国知识产权战略体系。对 WTO 经济全球化背景下知识产权的国际调节历史、动力、过程、调适的内容等进行了前瞻性研究。

本书围绕知识产权制度和与之相应的法律调适进行了多角度的综合研究,提出了许多富有启发性建议和颇有新意的见解。适合作为法学本科生、民商法研究生的教材和教学参考书,也适合知识产权局、工商局、版权局等知识产权行政管理机关、知识产权审判、企事业知识产权管理机构等行政人员、法官、企事业领导的参考读物,也为大专院校、科研院所广大知识产权法研究的高端学者提供参考与借鉴。

本作品出版得到中南大学法学院资助

知识产权视角下的观念与差距的 推究与反思(代序)

19世纪法国启蒙思想家卢梭说过:法律是人类的理性。作为历史与文化的产物,每一个国家和民族都在漫长的发展过程中探寻着符合自身发展的法律制度,由此孕育出了形态各异、内容丰富的法律观念和法律文化。我国也不例外,在向市场经济转轨的过程中,也形成了自身的法律观念和法律文化,知识产权法便是其中之一。经济的落后,往往伴随着观念的落后;观念的落后又会导致经济的落后,在落后之根的推究中就有着厚重的中国法律文化和法律观念。

知识产权制度是保证知识的生产、分配、利用和收益,推动科技进步和产业发展的最直接、最有效的制度,是鼓励创新、变知识为生产力并最终促进经济发展的法律保障。知识产权保护不仅与实施创新体系战略密切相关,也是实现国民经济持续、稳定、健康发展的关键。经济贸易一体化和知识经济的联系日趋紧密,淡化了国与国、地区与地区之间的距离,国家间的竞争已演变为综合国力的竞争,知识和技术的创新成为竞争成败的关键,人类的命运、国家的繁荣比以往任何时候都更加依赖于创造和应用知识的能力和效率。因此,比较知识产权的差距,就能在差距中知己知彼,厚积薄发,寻求生存之道。

一、差距——知识产权视角下凝重的推究

(一)知识产权观念的差距

1. 资源观念的差距

我国以及许多发展中国家一般都认为:自然资源才是国家发

展的基础和战略资源。但纵观全球经济强国,自然资源极度匮乏的日本,在“二战”以后却一跃成为世界强国,原因何在?只要观察我们周围比比皆是的 SONY、松下、三菱、东芝等品牌的商品,专利初审公告、授权公告中,日本、美国、德国、英国等公司的专利申请数量和专利授权数量,其答案就不证自明了。在发达国家,知识产权作为符号财富,已成为一种重要的战略资源,这也是 1883 年由法国、德国、英国等 13 个老牌资本主义国家建立《保护工业产权巴黎公约》的动机。美国将知识产权视为重要的战略资源,这就是将《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)作为参加世界贸易组织(WTO)的先决条件,作为谈判桌上的重要筹码一而再、再而三提高“入世”门槛的原因。资源观念的差距,导致人们特别是企业关注自然资源,忽视知识资源。自然资源毕竟是有限的,而知识资源却是无限的。开发知识资源,是提高国际竞争力的有效途径。

2. 主体观念的差距

在发达国家,发明创造的主体就是发明创造者本人,知识产权多数情况下作为一种财产权、人身权等受私权保护。在我国计划经济时代,发明创造多数作为公权,个人获得有限的精神和物质奖励,而不是产权激励。组织者(领导)、辅助者(群众)都是重要的创造源泉,弱化了个人在发明创造中的作用。现代知识产权制度,确立了“发明创造者”的主体地位,随着权利本位、义务本位向社会本位的复归,产权激励的确立,主体的积极性得以提高,但传统思维惯性,这种对发明创造者主体的社会地位、个人利益的尊重还有一定差距。

3. 地域观念的差距

21 世纪经济全球化、竞争国际化的趋势,使得原有的地域范围正逐步扩大。这一变革,使知识产权确认、使用、保护扩展到更大的空间。在发达国家,知识产权保护首先就是私权中的地域性。要突破地域限制,延伸地域保护,其主要手段就是缔结知识产权国

际公约或协定。地域限制,是知识产权扩散的障碍,大量有前途的专利技术难以进入中国市场,延缓了我国科技大发展和融入国际循环的脚步。发达国家在遵循共同的国际准则下多以全球观念来规划自己的战略和确定自己的目标,以维护本国自身的利益。我国在改革开放以后,发展的地域观念正在改变,但由于传统思维惯性,狭隘地域观念正面临着新的挑战。

4. 保护观念上的差距

正是由于资源观念、主体观念、地域观念的差异,导致了知识产权保护中的差异。发达国家知识产权司法保护的法律法规(实体法和程序法)经过几百年的历史积累,立法、司法、执法水平较高,法律的完备性较强,已构建了相对完善的知识产权保护体系。而我国“十几年的时间,走过了发达国家上百年的历程”,由于时间的压缩,在理论和实践存在许多未解决的问题,在知识产权保护上还有较大的差距。

(二)知识产权数量和质量差距

由于我国知识产权在观念上的差距,在实践中表现出的就是知识产权在数量和质量上的较大差距。例如,1985年4月~2006年6月,我国专利总申请量,国内2 458 319(81.6%),国外553 580(18.4%),但发明497 437(50.9%),国外479 214(49.1%),几乎平分秋色。同时国内专利主体职务为37.2%,非职务为62.8%,而国外主体职务为95.6%,非职务为4.4%,外国企业或法人更适合专利技术向中下游延伸。我们大量的专利集中在下游实用新型1 195 703(99.3%)和外观设计765 179(92.1%)。1987~1998年11年间,我国共申请国外专利2 211件,获专利555件!而摩托罗拉公司在1983~1998年,获得专利11 000件,1998年在美国获专利1 406件;IBM公司在1983~1998年,获得专利15 000件,1998年在美国获专利1 000件;东芝公司在日本获得1 500件专利,在美国获得1 000件专利;1998年,中

国全年的申请量为 10 多万件,而日本每年专利申请量 40 多万件,美国每年 20 多万件,德国每年 15 万多件!到目前,70%以上的大中型企业,95%以上的小型企业没有申请过专利。^①就专利申请量和拥有量而言,差距极大!搞市场经济,加入 WTO,参与国际竞争,迎接知识经济时代,不能很好地掌握和运用市场经济的先进武器——知识产权,就难以在经济全球化大潮中,争得竞争中的优势和生存的空间。2005 年以来,虽然我国在专利申请、商标注册的数量有大幅度的增长,但在专利质量(原创性发明)和国际驰名商标的差距仍然很大。我国专利依然在产业链的低端徘徊,商标国际化的步伐很慢,这都是摆在我们面前的难题。

二、转变——知识产权视角下的反思

(一)资源观念的转变

经济的发展有赖于技术创新,技术创新的优势有赖于知识产权制度。关税和非关税壁垒在世界贸易组织的努力下,其作用日益削弱。改革开放前,平均关税高达 40%,1996 年降到 23%,2000 年降到 15%,在我国加入世界贸易组织以后,依照权利、义务平衡原则,关税水平降到发展中国家的水平。贸易全球化和贸易自由化的进程正在加快,世界贸易组织和亚太经济合作会议号召发达国家到 2010 年,发展中国家到 2020 年,关税和非关税壁垒降到零水平。在这种情况下,发展中国家靠关税和非关税壁垒来保护民族工业的余地越来越小。要立足世界民族之林,在国内国际两个市场上争得应有的地位,必须发展自己的知识产权产业,知识产权已成为重要的战略性资源。

1. 知识产权是企业命运之系

知识产权的法定性和授予性特征,使得企业具有垄断的法人

① 李政. 加入 WTO 与我国专利制度面临的形势和发展[EB/OL]. [2005-07-20] <http://www.whipb.gov.cn/iplt/15.htm>.

地位。在关税壁垒、技术壁垒逐步让位于法律壁垒后,知识产权作为一种法律壁垒的主要形式,成为知识产权的权利人维护自己权利的最后屏障。拥有知识产权,就拥有竞争力,拥有市场,企业才能得以存在与发展,所以,知识产权是企业命运所系。没有知识产权的企业,就没有垄断地位和核心竞争力,难以在市场上立足,从而最终难以在市场上存在而走向衰落。

2. 知识产权是企业立足之本

知识产权是一道遮风挡雨的墙,是一块自己生存的土地,是一片发展的蓝天。知识产权成为当今人力、资金、自然资源以外最重要的战略资源,是一种带有创造性的用之不尽、取之不竭的知识资源。各国的经济竞争实际上是科技和人才竞争,是知识产权的竞争。谁掌握了某一领域的知识产权,谁就掌握了该领域的控制权,知识产权决定了企业和国家的命运,知识产权成为企业生存之本。

3. 知识产权是企业发展之根

知识产权确立了人的价值和尊严,使创造者的利益得以保障,社会地位得以提高,强化知识产权,必然借助知识产权的垄断地位而提高企业的市场竞争力,使企业得以立足市场,站稳脚跟。通过知识产权发展战略,掌握世界科技发展水平,积极引进国外先进技术,在此基础上,通过消化、吸收、创造,在巨人的肩上攀登,知识产权成为企业发展之根。

4. 知识产权是企业创新之源

创新是一个民族的灵魂,创新则活,不创新则死。知识产权是一种战略性资源,是创新的源头和创新的保障。知识产权专利数据库是全人类的共同财富。世界上现有专利 2 350 多万件,有效专利 300 多万件,意味着有 2 000 多万个发明创造的火花,2 000 多万个创造灵感。知识产权公开制度,使得企业有用之不竭的创造灵感源泉,能迅速从创新源头上与国际接轨。

(二)主体观念的转变

1. 创造者个人价值得到法律肯定

《专利法实施细则》第12条规定:专利法所称发明人或者设计人,是指对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人。在完成发明创造过程中,只负责组织工作的人、为物质技术条件的利用提供方便的人或者从事其他辅助工作的人,不是发明人或者设计人。《著作权法实施条例》第3条规定:著作权法所称创作,是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。为他人创作进行组织工作,提供咨询意见、物质条件,或者进行其他辅助工作,均不视为创作。由此,知识产权创造的原动力和创造者的激情得到调动和确认,劳动者的价值、利益得以法权凝固,这种产权激励使得创造主体的观念得以转变,个人创造得到社会认同。创造者的人格尊严得到法律的认同和首肯,这是创造者永不枯竭的原创原动力或称第一推动力。

2. 创造者个性得到张扬

《著作权法》第2条第1款规定:中国公民、法人或其他组织的作品,不论是否发表,依照本法享有著作权。而《专利法》第7条规定:对发明人或者设计人的发明创造专利申请,任何单位或个人不得压制。《专利法实施细则》第74条规定:被授予专利权的国有企业事业单位应当自专利权公告之日起3个月内发给发明人或者设计人奖金。一项发明专利的奖金最低不少于2000元;一项实用新型专利或者外观设计专利的奖金最低不少于500元。由于发明人或者设计人的建议被其所属单位采纳而完成的发明创造,被授予专利权的国有企业事业单位应当从优发给奖金。发给发明人或者设计人的奖金,企业可以计入成本,事业单位可以从事业费中列支。《专利法实施细则》第76条规定:被授予专利权的国有企业事业单位许可其他单位或者个人实施其专利的,应当从许可实施该项专利收取的使用费纳税后提取不低于10%作为报

酬支付发明人或者设计人。《著作权法》第16条第1款规定:公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品是职务作品,除本条第2款的规定以外,著作权由作者享有,但法人或者其他组织有权在其业务范围内优先使用。作品完成两年内,未经单位同意,作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。从而使创造者获得了相应的物质利益回报,张扬了原创者的个性,提升了创造者的市场地位。

(三)地域观念的转变

1. 国内知识产权的国际化保护

根据我国参加并作为缔约国成员的《与贸易有关的知识产权协议》、《保护工业产权巴黎公约》、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、《世界版权公约》、《专利合作条约》、《商标国际注册马德里协定》等国际公约或条约,按照国民待遇原则、最惠国待遇原则,作为缔约国的义务,国内知识产权同样可以享受国际保护,地域的延伸保护,是知识产权保护的范围和地域的延伸,使得国内知识产权享有国际化的保护。

2. 国外知识产权的国内保护

与上述同理,国外知识产权按照国际法的通则,作为缔约国的义务,也会享受国内法的保护。TRIPS协议第3条规定:国民待遇是,第一,除《巴黎公约》1967年文本、《伯尔尼公约》1971年文本、《罗马公约》及《集成电路知识产权条约》已规定的例外,各成员在知识产权保护上,对其他成员之国民提供的待遇,不得低于其本国国民。就表演者、录音制品制作者及广播组织而言,该义务仅适用于本协议所提供的权利。任何成员如果可能适用《伯尔尼公约》第6条或《罗马公约》第16条第1款(b)项者,应依照规定通知“与贸易有关的知识产权理事会”。第二,在司法与行政程序方面,包括在某成员司法管辖范围内,服务地址的确定或代理人的指定,成员均可自行适用本条第1款允许之列,只要其为确保不违背

本协议之法律及条例的实施所必需,只要其未以构成潜在性贸易限制的方式去应用。因此,知识产权国际化体系的建立,为国际的交往提供了开阔的法律平台。

(四)保护观念的转变

1. 知识产权保护的国际化

知识产权保护的国际化主要指知识产权内涵的国家化。根据 WIPO1980 年的知识产权定义,知识产权主要是指著作权、邻接权、发明专利权、发现权、外观设计专利权、商标权、商号权、反不正当竞争权,以及一切在工业、科学、文学或艺术领域由于智力活动产生的权利。而根据 TRIPS(1994 年)的规定知识产权包括版权与邻接权、商标权、地理标记权、工业品外观设计权、专利权、集成电路布图设计权、未披露的信息专用权(商业秘密权)等,从而将知识产权的范围扩大到国际的共识。国民待遇原则、最惠国待遇原则,使得知识产权不断走向国际化。

2. 知识产权保护手段的制度化

知识产权保护手段的制度化主要包括三个方面:第一,国内的知识产权法律法规。为了调整知识产权在取得、使用、保护等过程中所产生的各种社会关系,在知识产权国内立法中,规定了若干制度,形成了完整的知识产权保护制度,这些具体内容,将在后面详细讲述。第二,国际知识产权保护公约。为了延伸地域保护,克服知识产权在地域上的限制,在国际上采用了共同加入国际公约或协议的方式,形成了专利权、商标专用权、版权的国际知识产权保护制度。第三,知识产权保护的双边协议。由于各国基于本国的利益、战略、政治等考量,在共同的国际条约以外,还有知识产权保护的双边协议,通过双边协议以制度的方式来保证缔约双方互利互惠。

目 录

知识产权视角下的观念与差距的推究与反思(代序)	(I)
-------------------------------	-------

第一章 知识产权制度的法理学解释	(1)
------------------------	-------

第一节 知识产权及知识产权法研究的理性梳理	(1)
-----------------------------	-------

第二节 知识产权法结构及其要素组合	(12)
-------------------------	--------

第三节 知识产权制度中若干矛盾与统一的统一	(19)
-----------------------------	--------

第四节 知识产权的法律规则和法律原则体系	(22)
----------------------------	--------

第五节 专利限制及其法理学解释	(30)
-----------------------	--------

第二章 知识产权取得过程中的法律问题	(43)
--------------------------	--------

第一节 知识产权权利体系论纲	(43)
----------------------	--------

第二节 知识产权权利主体的划分标准及其类别	(48)
-----------------------------	--------

第三节 专利权原始主体及其权利归属	(54)
-------------------------	--------

第四节 商标专用权原始主体及其权利归属	(62)
---------------------------	--------

第五节 著作权原始主体及其权利归属	(63)
-------------------------	--------

第三章 知识产权转移过程中的法律问题研究	(68)
----------------------------	--------

第一节 知识产权的处分及其权利灭失的条件	(68)
----------------------------	--------

第二节 专利实施的信息反馈系统及其动态机制	(89)
-----------------------------	--------

第三节 知识产权质押问题研究	(97)
----------------------	--------

第四节 盗版的透视及防治对策研究	(104)
------------------------	---------

第五节 知识产权信托法律问题研究	(128)
------------------------	---------

第四章 侵犯知识产权及知识产权犯罪法律问题	
研究	(177)
第一节 侵犯知识产权的抗辩事由及其产生原因、 消解途径探讨	(177)
第二节 基于专利的犯罪在无效宣告后其刑期是否 继续执行之讨论	(184)
第三节 侵犯知识产权案的审判步骤及其相关 认定	(191)
第四节 侵犯知识产权的病态心理及其道德矫治	(202)
第五章 知识产权发展战略问题研究	(212)
第一节 优势企业发展专利商标战略审视	(212)
第二节 国外几种知识产权战略透视	(217)
第三节 知识产权战略体系建构及其应用	(222)
第四节 国家专利战略的法律问题	(231)
第五节 商标国际化战略研究	(281)
第六章 知识产权制度的国际调节	(291)
第一节 知识产权国际调节的理论阐释	(291)
第二节 知识产权国际调节的动力分析	(301)
第三节 知识产权国际调节的过程原则	(302)
第四节 知识产权国际调节的内容	(310)
后记	(319)
参考文献	(321)

第一章 知识产权制度的法理学解释

知识产权和知识产权法作为知识产权研究的基石性概念,其内涵与外延的设定,基本上标示了学术界研究方向的走向和研究深度与广度。国内学界多是以界定内涵的方式然后加以拓展,总也摆脱不了先入为主的研究框架。笔者选择的研究视角是在前人的基础之上,从整体出发,考察知识产权作为一个法学、技术、经济三位一体研究对象的各个价值要素,在吸收广博的思想营养后进行的一种价值归类。正如圣人孔子曰:“不谋万世,不足谋一时,不谋全局,不足谋一域”。这种方法^①就是在分析词义、名称后,概括出学科定义,从而对这个基石性概念进行内涵外延的权威把握。

第一节 知识产权及知识产权法研究的理性梳理

一、知识产权概念的解析

(一) 知识产权词义

“知识产权”一词是 20 世纪后半期以来在国际上广泛使用的法律概念,它最早源于 17 世纪的法国,倡导者是卡普佐夫,英文为 Intellectual Property,在《牛津大辞典》中,intellectual 至少包

① 即从整体出发,在考察事物整体与要素、要素与要素、整体与外在环境相互影响、相互作用基础上考察对象的一种思维方法。整体性、相互关联性、模型化是其基本特征。知识产权作为知识产权大厦的基石性概念,是知识经济、智慧经济的基本思想内涵。

括三种含义:(1)of the intellect 智力的、智能的、智慧的;(2)having or showing good reasoning power;有理解力的。(3)interested in things of the mind (the arts, ideas for their own sake) 对需要有智力之事,显示智力。property,具有如下5种含义:(1)(collectively) things owned, possessions, 财产、资产、拥有之物;(2)estate: area of land or land and buildings, 地产、房地产;(3)ownership: the fact of owning or being owned, 所有权、所有;(4)special quality that belongs to something, 特性、性质、属性;(5)(theatre) article of dress, 道具。两者组合,Intellectual Property,至少包括如下称呼:知识产权、精神产权、智慧产权、智慧成果权,英国一些学者又将知识称为“人的产权”。我国民法学界受前苏联的影响,主张“智力成果权”,直到1980年中国成为世界知识产权组织(WIPO)成员国之后,民法学界才转变观点,用“知识产权”逐渐取代“智力成果权”。

(二)知识产权学科定义

对于知识产权法的学科定义目前有许多种,例如:知识产权是人们对于自己的智力活动创造成果和经营活动中的标记、信誉依法享有的权利;^①知识产权是基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利的统称。^②还有的则指通过研究对象的范围及其本质特征的分析,进而概括出没有定义的知识产权定义。^③笔者认为知识产权是民事主体所享有的支配创造性智力成果、商业标志以及其他具有商业价值的信息并排斥他人干涉的权利。这一定义的特点是:(1)突出知识产权的主体是民事主体,昭示知识产权的私权性质;(2)指出知识产权的保护对象是智力成果、商业标志和其他具有商业价值的信息;(3)明确揭示出知识产权的支配权

① 吴汉东. 知识产权法[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998:1.

② 刘春田. 知识产权法教程[M]. 北京:中国人民大学出版社,1995:1.

③ 张玉敏. 知识产权法学[M]. 北京:法律出版社,2002:13.