

国际知识产权贸易

(第2版)

陈昌柏 编著



东南大学出版社

F740.4/102

2008

国际知识产权贸易

(第2版)

陈昌柏 编著

东南大学出版社

· 南京 ·

内 容 提 要

知识产权贸易是当代国际贸易十大趋势之一,本书以世界贸易组织协定中《与贸易有关的知识产权协议》为线索,阐述了国际贸易中的知识产权、专利、未公开信息贸易、商标、版权等国际知识产权的理论和实务。书中包含有大量知识产权资产计算公式、技术转让的作价方法和法律诉讼实际案例,是知识产权资产管理和运用的基础教程。

本书第1版是国际贸易和工业外贸专业教材,第2版是作为“知识产权管理专业”教材、理工科大学知识产权必修课程教材而修订的,也可供企业知识产权工程师和外经贸、专利、商标、版权、司法工作者使用。

图书在版编目(CIP)数据

国际知识产权贸易/陈昌柏编著. —2版. —南京:东南大学出版社, 2008.1

ISBN 978-7-5641-0877-9

I. 国… II. 陈… III. 国际法:知识产权 IV. D997.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 121647 号

东南大学出版社出版发行

(南京四牌楼2号 邮编:210096)

出版人:江 汉

全国各地新华书店经销 南京玉河印刷厂印刷

开本:850mm×1168mm 1/32 印张:14.875 字数:373千字

1994年3月第1版 2008年1月第2版第2次印刷

ISBN 978-7-5641-0877-9/F·116

印数:10001—13000册 定价:30.00元

(本社图书若有印装质量问题,请直接与读者服务部联系。电话:025-83792328)

第 2 版 前 言

本书第 1 版出版至今已有 15 个年头,从 1994 年开始本书在东南大学作为教材,由我主讲了三年,1997 年我调到北京工作以后,李俊梅博士又继续用该教材讲述了七年。本书第 1 版印刷 1 万册,曾被全国工业外贸学科指导委员会推荐为指定教材,在北京、上海、湖南等地广泛使用。本书在许多企业使用并作为知识产权人才培训专用教材。

本书出版后,在国内获得了较高的评价,天津大学跨国公司研究中心周汉民在《二十世纪中国国际贸易法回顾》中评述到,“在国际技术贸易方面较有突破的是在国际技术贸易合同的条款方面,我国学者有了较为详尽的研究和一定程度的理论突破,主要载入四本著作:陈昌柏先生的《国际知识产权贸易》,王玉清主编的《国际技术贸易》,江前良主编的《国际技术转让法律与实务》,刘李胜 1995 年出版的《知识产权保护与国际技术贸易》。这本书在国际技术贸易合同的 16 个基本条款上都有较为精辟的论述。”2006 年中国社会科学院财贸经济所夏先良在其《中国学者关于与贸易有关的知识产权理论》中指出,“1994 年陈昌柏所编著的《国际知识产权贸易》,根据国际知识产权的政治经济基础和产权理论,以 GATT 知识产权协议为线索详细论述了知识产权的主要保护领域:专利、专有技术、商标、版权和知识产权的新发展方面的具体内容,将知识产权的基础理论、贸易实务、无形资产评估、技术作价、纠纷处理几个方面有机结合在一起,提出了知识产权保护 and 利用是决定一国经济发展及增长因素的观点。他用一个简单的模型来说明与贸易有关的知识产权问题的政治经济学含义。这就是工业发展的产品周期理论和国际经济体系的霸权稳定论。这两个理论结合在一起就能够很好地说明知识产权保

护的产业利益,以及如何转化为贸易政策和经济决策。”

随着科学技术的发展,一国的经济振兴和发展,不再仅仅取决于该国所拥有的自然资源和资金实力,而是主要取决于对科学技术的运用程度,“科学技术是第一生产力”这一观点已广为人们所接受。一个国家的经济振兴不只是取决于其丰富的自然资源和其所拥有的金融资本,而很大程度上取决于其对知识和技术的利用能力。

由于人类文明的进步,人类物质需求和精神文化需求的变化,知识产权在国际经济中的地位和作用已经超过以往任何时候。在国际经济中,西方发达国家,特别是美国,将知识产权作为强化其经济实力的重要途径和手段。

知识产权保护可以成为一种决定新工业中的创新程度、贸易方向、资本流向以及不同工业化水平的国家相对增长速度的有用因素。在所有其他情况相等的条件下,一个相对开放的知识产权制度(即知识产权可以跨国界自由流动的制度)将会鼓励新兴工业化国家经济的增长,但却会使霸权国及其他工业发达国家付出代价。反之,一种较严格的知识产权制度可能会有利于发达国家,但却会使发展中国家付出代价。

从全球角度来看,所选定制度的损失大还是收益大取决于如何看待这一问题的两个方面:一是新技术的价值,严格的知识产权制度将会鼓励新技术的产生;二是这种制度促使知识产权所有人滥用使用许可权的程度。

15年来,我国的国际贸易和知识产权保护的水平有了很大的发展,但是我国的出口(产品结构)依然是以劳动密集型产品和中低附加值的产品为主,知识产权制度目前依然只是保护外国人的利益和国内发明为主,我国的知识产权走向国际尚有漫长的道路要走。本书第1版所提出的基本理论,为我国的国际知识产权贸易的发展作出了一定的贡献,但是由于本书的出版年代久远,

1997年已经在市场上断销,作者很多次试图重印或再版,由于各种原因未能如愿。2004年我任三江学院知识产权研究所所长,为三江学院创建了知识产权管理本科专业,根据教育部要求知识产权课程为三江学院理工科专业学生必修课程,而我比较了国内多种知识产权方面的教程认为本书较为适合,然后根据上述原因及要求进行了修订。本书修订的原则是尽量避免和已有的知识产权法律教程、研究专著相重复;既保留原书的主要内容和特色,又增加了能够反映当代知识产权发展趋势的最新理论和做法;注重理论体系完整、文字简洁且深度适中,有较强的实用性。在本书第2版出版的同时可以在市场上购买到由作者所著的《自主知识产权管理》(知识产权出版社,2006),《知识产权经济学》(北京大学出版社,2006),《知识产权战略》(科技出版社,2007),其共同构成了知识产权管理本科专业必修课和选修课教材。读者可以根据需要选用。

陈昌柏

2007年9月于南京

第1版前言

知识产权贸易是当代国际贸易十大趋势之一。随着科学技术的发展,一国的经济振兴和发展不再仅取决于该国所拥有的自然资源和资金实力,而主要取决于对科学技术的运用程度,“科学技术是第一生产力”这一观点已广为人们所接受。由于人类文明和文化的发展,人类物质需求和精神文化需求的变化,知识产权在国际经济中的地位和作用已经超过以往任何时候。在国际经济中,西方发达国家,特别是美国,将知识产权问题作为重新恢复其经济实力的重要途径,在《关税与贸易总协定》乌拉圭回合谈判中签订并生效的《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)把包括商业秘密在内的几乎所有知识产权都纳入保护范围。在保护期间、权利范围和有关使用的规定都超过现有的任何国际公约,协议规定了详细的知识产权实施程序,包括行政、民事、刑事和海关措施和临时程序。另外,在争端解决方面,协议规定适用《关税与贸易总协定》的争端解决程序,交叉报复将成迫使缔约方遵守协议义务的有力手段。

我国复关后,将按知识产权协议标准实行,这将有利于促进国民对知识、科技的投入和吸引国外先进技术。只是由于我国经济技术尚在发展中,在保护知识产权法制的立法和实施方面与国际标准尚有相当差距,外商起诉侵权等国际纠纷有可能在一个时期内增多,知识产权保护在我国加入世界贸易组织后是冲击较大的一个方面。为了适应改革开放和参与国际经济竞争的需要作者特编成这本《国际知识产权贸易》奉献于读者。

本书第一章,论述了国际知识产权的政治经济学和产权理论,第二章至第八章以《关税与贸易总协定》知识产权协议为线索详细论述了知识产权的主要保护领域专利、专有技术、商标、版权

和知识产权的新发展方面的具体内容,将知识产权的基础理论、贸易实务、无形资产评估、技术作价纠纷处理几个方面的内容有机地结合在一起,力求完整、实用,以便读者受益。

本书大部分内容是依据作者承担的国家自然科学基金“大中型企业知识产权战略”和江苏省社会科学基金“国际贸易中的知识产权问题”研究成果而写成。在研究过程中得到了江苏省专利局施光亚,江苏省轻工进出口公司苏桂棠,江苏省工商局杨卫东、赵家华,东南大学经管学院叶树理,南京中医学院方泰惠的支持和协助,他们分别撰写了第二章、第五章、第七章和第八章中的部分内容。鉴于我国知识产权研究在 20 世纪 80 年代才起步,因而书中有少量内容译自国外原著和借鉴国内出版的书刊,在此谨向原作者表示谢意。

作者
1993.8

目 录

第一章 国际贸易中的知识产权	(1)
第一节 知识产权概论	(1)
第二节 知识产权国际政治经济学	(9)
第三节 美国的知识产权法律	(16)
第四节 世界贸易组织与知识产权	(37)
习题	(48)
第二章 国际专利保护	(58)
第一节 专利的国际经济学	(58)
第二节 取得专利权的条件	(65)
第三节 专利授予的权利	(105)
第四节 工业品外观设计	(123)
第五节 专利权的国际保护	(128)
习题	(138)
第三章 国际专利贸易	(139)
第一节 国际技术转移	(139)
第二节 专利价值评估及转让合同	(151)
习题	(163)
第四章 国际未公开信息贸易	(175)
第一节 商业秘密概论	(175)
第二节 许可合同中反竞争行为的控制	(187)
第三节 商业秘密的侵权诉讼	(210)
第四节 专有技术的价值评估及转让合同	(217)

习题	(230)
第五章 国际商标贸易	(232)
第一节 商标概论	(232)
第二节 商标的国外注册	(261)
第三节 商标的侵权诉讼	(275)
第四节 保护商标的国际组织	(284)
第五节 商标权的转让与使用许可	(295)
习题	(310)
第六章 不公平竞争	(311)
第一节 不公平竞争法变迁	(311)
第二节 “假冒”与“仿冒”及有关法律问题	(317)
第三节 “灰色市场”	(332)
习题	(341)
第七章 国际版权贸易	(342)
第一节 国际贸易中的著作权保护	(342)
第二节 盗版行为和司法补救	(363)
第三节 国际著作权保护条约	(373)
第四节 国际版权贸易	(401)
第五节 计算机软件和数据库	(416)
习题	(427)
附录:WTO 协定中《与贸易有关的知识产权协议》	(428)
参考文献	(462)

第一章 国际贸易中的知识产权

第一节 知识产权概论

一、知识产权的定义

随着科学技术的发展,人们逐渐认识到智力劳动成果和无形知识财产权的重要性。一个国家经济的振兴和发展,不只是取决于该国所拥有的自然资源和金融资本的多少,而是在很大程度上取决于该国对知识成果的保护和运用程度。

知识产权通常分为“工业产权”和“版权”两部分。1967年7月14日在斯德哥尔摩签订的《建立世界知识产权组织公约》第二条(8)中规定,“知识产权”包括:

- (1) 关于文学、艺术和科学作品的权利;
- (2) 关于表演艺术家的演出、录音和广播的权利;
- (3) 关于人们努力在一切领域的发明的权利;
- (4) 关于科学发现的权利;
- (5) 关于工业品式样的权利;
- (6) 商标、服务标记以及厂商名称和标记的权利;
- (7) 制止不正当竞争的权利。

以及在工业、科学、文学或艺术领域里其他一切来自知识活动的权利。

1. 工业产权

工业产权最具有代表性的是发明专利和工业品外观设计所有权。发明是对技术问题新的解决方案,工业品外观设计是确定工业品外观的美学创作;此外,工业产权还包括商标、服务标记、

厂商名称、地理标志和原产地名称以及制止不正当竞争。工业产权保护对象的共同特点是由一些向消费者传达信息(尤其是关于市场上提供的产品和劳务的信息)的标记(例如:专利号、商标、标识等)构成的,任何人未经许可而使用都属违法行为。

工业产权主要涉及的经济部门是工业。因为发明是在工厂中利用的,而对商标、服务标记、厂商名称感兴趣的不仅是工业,而且还包括商业,同时也适用于农业和采掘业以及一切制成品或天然产品。

《保护工业产权巴黎公约》第一条规定,“工业产权的保护对象有:专利、实用新型、工业品外观设计、商标、服务标记、厂商名称、地理标志或原产地名称、制止不正当竞争。”

2. 著作权

著作权保护的对象包括文学艺术创作,如诗、小说、音乐、绘画、电影作品等。在部分欧洲国家中,版权叫做作者权;在中国、日本、韩国称著作权。“著作权”的含义,在文学艺术作品方面,是指作者或经他许可的使用行为——制作文学或艺术作品的复制品权利,如一本书、一幅画、一件雕塑品、一张照片、一部电影。“作者权”或“版权”是指创作文学艺术作品的人(即作者)所享有的人身权利,这只能由他本人行使;而其他的权利,如制作复制品的财产权利,则可以授权其他人行使。

一般说来,受著作权保护的不是作者的思想本身,而是思想的表现形式。例如,一位作者阐述了他的关于如何制作收音机的思想,当他把这种阐述在杂志上用文章的形式发表后,他对该阐述所享有的著作权并不能阻止第三人使用他的思想制作产品。“发明”构思本身之所以不享受著作权保护,是因为一个人把他的构思发表(例如在讲话中)以后,就无法阻止其他的人利用他的思想。但是,这种思想一旦以有形方式(例如文字、音符、绘图等)表现出来,就受著作权法的保护。不过,享有著作权保护的作品必须是具有独创性的创作。这种独创性要求包括实质和形式两个

方面。一件作品最后具备的物质形式(书写、印刷、照相、录像、雕塑、建筑、绘画、制图等等)是获得保护的先决条件。著作权保护并不依赖于作品所具有的性质、价值或预期的目的,也就是说一件作品的用途和它的保护并无任何联系。

对作品的作者来说,著作权法主要目标是保护他的创作权利以及从作品中获得利益的权利。但是,从丰富社会文化遗产的观点出发,应该不受妨碍地予以传播。由于文学艺术财富的这一特性使得立法者有必要对授予作者后裔的专有权利加以适当的节制。著作权的保护期限一般规定为作者有生之年加死后 50 年,这样做一方面是保护作者的经济权利,另一方面是社会可以较为持久地利用其作为永久作品。

著作权保护期限届满以后作品即属于公有财产,任何人都可以自由使用这种作品。不过,在某些国家采用“公有作品补偿”制度。要求在使用不再受到保护的作品时,必须从其收入中缴纳一部分利润给指定的组织或主管机关,用以发展社会福利事业和促进文化的繁荣。

3. 专利权和有关概念

(1) 发明专利

目前,国际上对发明给予法律保护的国家大约有 176 个。“专利”一词,有两个含义,其一是指称为“专利”或“专利证书”的证明文件,其二是专有权的内容。

“专利”的证明文件是指发明人或法人向专利局提出书面申请,经审查批准后公开的专利文献或专利证书。能获得专利的发明必须满足新颖性、创造性和实用性要求。发明分为产品发明和方法发明两种,一种新合金的化学组成是产品发明的例子,而制造已知合金的新方法或者工艺流程则称为方法发明。

“专利”保护,意味着任何人使用该发明都必须得到专利权人的许可,如果没有得到这样的许可而利用,就是违法的行为。专利在保护时间上是有限制的,大多数国家规定 20 年保护期限。

“专利”的“使用专有权”，包括：

- ① 制造、使用、销售和进口含有发明的产品；
- ② 利用发明的方法从事制造、使用、销售和进口包含依照发明的方法所制造的产品。

在保护发明的各种法律形式中，专利是最有效的。

(2) 实用新型

实用新型专利制度最早是由英国制定，对实用产品的新设计给予三年的保护期；1876年德国为了奖励工艺及技术进步，制定了《玩具形状及模型创作权保护法》，对具有实用目的或富有美感目的的新设计可以获得本法保护；日本为了保护本国的手工业，仿效德国，于1905年制定了《实用新型法》，对工业产品的形状、构造或者组合所作出的实用而新颖的技术方案给予法律保护。我国1984年颁布实施的《专利法》规定：对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案给予专利保护。

实行“实用新型”制度的国家有中国、日本、德国、韩国、西班牙、波兰、巴西、乌拉圭、葡萄牙等，大多数国家的法律都把机械领域的发明作为实用新型的主要保护对象。实用新型与发明专利的主要区别是：“实用新型”发明要求的技术进步程度的“创造性”比发明专利的要求低；保护期限比发明专利的保护期限短得多，一般不超过10年。实用新型被批准后也可以叫做专利，为了与发明专利相区别，必须写明它是“实用新型专利”。

(3) 外观设计

外观设计是指为实用物品所作的装饰性或美学的外观设计，它可以由物品的形状、图案、色彩组成。装饰性的或美学的外表必须有视觉吸引力，能用工业方法重复生产，这就是《保护工业产权巴黎公约》在外观设计前面有“工业品”三字的原因。如果缺乏这一种因素，那么这种创作就可以归入艺术品的一类，可以由著作权法加以保护。另外，外观设计只有满足新颖性和独创性的要求才能受到法律保护。保护期限通常是10~15年。

近年来消费者越来越喜欢购买实用且令人喜爱的外形美观的物品,因此许多企业都在不断增加对外观设计的开发投资,重视通过对外观设计的注册来保护它的创造性,扩大产品在国际市场的竞争力。

4. 商标、厂商名称和地理标志

(1) 商标

商标是用来标明商品是由谁负责制造的一种标识。由于同类商品有许多的制造商或销售商,他们都在使用着不同的商标。消费者在有选择地购买商品时,只要利用商标就可以重复订购他们所满意的商品,而不必了解商标实际所有人。因此,商标必须具有“显著的”特征,使同类商品互相清晰地区分开来。

商标可以由字母或数字组成、一个句子或口号,也可以用图形组成,但多数商标是由文字和图形组合而成。商标大多附着于商品,或成为商品固有的一部分,例如布匹上特别设计的织边,瓶子颈部特殊的造型,虽然这种商标是立体的,也包括在商标的定义以内,但在使用中受到某些限制。

商标用在服务行业中称作“服务标记”。旅馆、餐厅、航空公司、旅行社、出租汽车公司、洗衣房和干洗店等都广泛使用服务标记。

商标的基本功能是表明产品质量和区分商品的生产者。有兴趣购买商品者依商标可以作出是否购买的决定。因为他们购物是以商品预期的性质(大小、重量、色彩、香气、味道、耐用性、商品使用效率)为依据的;通过所使用的商标,消费者可以识别出商标的所有人或实际生产者,这只要查阅商标注册簿和企业名称就可以很方便地找出。

(2) 厂商名称

厂商名称一般是由名称、词语或称号构成,是一个企业商誉的象征和无形资产,对消费者来说也是一个有用的信息来源。

大多数国家的商标法都保护厂商名称,因为如果两个不同的

企业使用同一名称容易使人产生混淆和误解,认为这两个企业是同一企业,这样的混淆不仅损害消费者的利益,而且有可能使侵权的企业盗用原厂商名称所有人的商誉而获利。

(3) 地理标志

货源标记和原产地名称统称为“地理标志”或“地域指示”。

货源标记是由名称、标记或符号组成,表明一种产品或服务所来自的国家、地区或特定地方(例如“在……制造”)。

原产地名称是由国家、地区或特定的地方名称构成,用以表明一种产品的特质完全或者主要是源于那里的地理环境。只有居住或者设置在有关地区某一范围内的人或者企业,才能够在该地区的特定产品上使用。

货源标记和原产地名称,都是用来识别产品(或服务)的来源或原产地。任何表明产品的地理来源的表现方式或符号(如国徽)都可以构成货源标记,而原产地名称则只是地理名称。法律承认和保护货源标记和原产地名称是为了向消费者传达商品和服务所来自的地区,以及商品固有的质量和特点。地理标志在公众作出采购决定时常常发挥有力的影响,如果错误地使用地理标志,也会使消费者对商品或服务所来自的地区产生误解。一个企业错误地使用地理标志,不仅可能使消费者产生误解,而且由于不正当的竞争可能胜过它的竞争对手,使其竞争者在一个时期失去它的客户以及该地理标志的信誉和名声。因此,原产地名称和货源标记也是制止不正当竞争的一个特殊方面。

二、不正当竞争

不正当竞争的范围是很广的。

1. 《保护工业产权巴黎公约》认为以下三种做法是不正当竞争行为

(1) 具有不择手段地对竞争者的营业所、商品或工商业活动造成混淆性质的一切行为;

(2) 在经营商业中,具有损害竞争者的营业所、商品或工商业活动商誉性质的虚伪说法;

(3) 在经营商业中使用造成使公众对商品的性质、制造方法、特点、适用性或数量易于产生误解的表示或说法。

2. 《发展中国家商标、商号和不正当竞争行为示范法》解释中认为以下 12 种习惯做法为不正当竞争

(1) 贿赂竞争者的买主以获得或保持他们的惠顾;

(2) 进行间谍活动或对其雇员进行贿赂以获得竞争者的经营秘密或贸易秘密;

(3) 未经许可而使用或泄露竞争者的秘密或技术诀窍;

(4) 劝诱竞争者的雇员违反雇佣合同或脱离其雇主;

(5) 恶意地或者以减少竞争者的贸易和妨碍竞争为目的而提起专利或商标侵权诉讼,对竞争者进行威胁;

(6) 抑制贸易以阻止或妨碍竞争;

(7) 意图在于实现妨碍或压制竞争的目的而倾销,即以低于成本的价格销售对该国产业造成严重损害;

(8) 造成已向顾客提供按照非凡有利的条件购货的机会的错觉,而事实并非如此;

(9) 依样仿效竞争者的商品、服务、广告或贸易的其他特点;

(10) 鼓励或利用竞争者的违约行为;

(11) 与竞争者的商品或服务进行比较的广告宣传;

(12) 故意违反不是与竞争直接有关的法律规定,以便通过这种违反获得不正当利益而超过其他竞争者。

3. 我国 1993 年 9 月 2 日公布的《反不正当竞争法》中规定的应该加以限制的不公平竞争行为包括

(1) 经营者不得采用:① 假冒他人的注册商标;② 擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢,或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢,造成和他人的知名商品相混淆,使购买者误认为是该知名商品;③ 擅自使用他人的企业名称或姓名,引人误认为