



Zhishi Chanquan:
Gushi
Beihou
de
Falü

徐
东◎编著

知识产权： 故事背后的法律



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



Zhishi Chanquan;
Gushi
Beihou
de
Falü

徐
东
◎
编著

知识产权： 故事背后的法律



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

知识产权:故事背后的法律 / 徐东编著. —北京:法律出版社,
2007. 11

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7867 - 7

I. 知… II. 徐… III. 知识产权法—案例—分析—中国
IV. D923.405

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 168059 号

©法律出版社·中国

责任编辑/林 红

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/30 字数/408 千

版本/2007 年 12 月第 1 版

印次/2007 年 12 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7867 - 7

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



作者简介

徐东，男，1975年生，湖北省石首市人。2005年毕业于中国政法大学，获法学硕士学位。先后在中国政法大学人文学院、北京市惠诚律师事务所、观韬律师事务所任职。现任职于武警总部法律顾问处、武警北京指挥学院，从事法律实务及教学研究工作。

邮箱：woshixudong@126.com

序

知识产权制度是促进人类经济发展、社会进步、科技创新、文化繁荣的基本法律制度。随着世界科学技术的迅猛发展和经济全球化进程的加快,知识产权制度在经济和社会生活中的地位得到历史性提升,知识产权保护受到国际社会的广泛关注。

中国知识产权制度建设起步较晚,发展很快。从20世纪70年代末实行改革开放政策以来,中国知识产权保护取得重大进展,知识产权制度逐渐建立起来,推动了经济的健康发展和社会的全面进步。

在我国,目前关于知识产权的立法渐成体系,但知识产权方面的法律与大众之间的距离明显,大众对这些法律普遍感觉比较陌生,甚至很多律师对知识产权方面的法律也有神秘感,从业当中不敢去触摸这个领域。

导致这种情况出现的原因当然是多方面的,其中重要的原因之一,就是市场上缺乏解读知识产权法律的通俗读物。多元的权利类型,加上抽象的法律概念、刚硬的法律术语,阻止了大众与知识产权法律之间的“亲密接触”。

解读知识产权法律,离不开知识产权方面的出版物。市场上常见的知识产权方面的书籍有两种:一种是知识产权方面的教材、学术专著等,这类书籍往往是“以专业术语解读专门法律”,能读懂的人有限,其读者群显然是特定的;另一种是比学术专著简单一些的案例解析,这种案例解析的模式是“以案说法”,由于有了帮助理解法律条款的案例,案例解析的“大众可接受度”显然比学术专著高了很多。但是,多数案例解析限于体系及专业原因,或表述过于严肃,或面面俱到,未能突出知识产权这一侧

面,还是不适合更为大众化的阅读的需要。真正要使知识产权方面的法律走近大众,走进大众,需要对知识产权法律作更通俗的解读,如此,知识产权法这样的“旧时王榭堂前燕”才会“飞入寻常百姓家”。

本书作者从这个角度,做了一定的尝试。作者选取了知识产权领域的若干代表性事件,用尽可能大众化的语言,对事件本身及其所涉及的法律问题进行挖掘和评述,将知识产权制度及其运行中某些看似艰深的问题变得伸手可及,本书定名为“知识产权:故事背后的法律”,可谓书如其名。

当然,本书稿的内容并非完美无缺,例如,本书的个别篇章由于占有的材料还不尽充分,若干观点仍有推敲的必要。但是,瑕不掩瑜,相信本书的创作方式与作者独到的构思,将会引领读者在轻松的氛围下掌握知识产权知识,并激发起读者对该领域法律的兴趣。倘能如此,那将是法律的幸福,亦是作者的幸运。

庞正中

2007年8月20日于北京

Contents

目 录

序 1

著作权部分

- 一 著作权与版权:百年争论 3
- 二 中国的著作权保护 7
- 三 科学进步:著作权保护制度的直接推手 12
- 四 “胸有成竹”的著作权分析 18
- 五 女子十二乐坊究竟属于谁 21
- 六 建筑作品的著作权法保护 26
- 七 时事新闻是否受著作权法保护 29
- 八 谈话类节目的著作权构成 33
- 九 署名权岂能交易 36
- 十 电影《霓虹灯下的哨兵》的著作权究竟属于谁 40
- 十一 鲁迅的笔名 46
- 十二 有多少“交代材料”可以发表 48
- 十三 “举家食粥酒常赊” 51
- 十四 女大学生为何成为被告 55
- 十五 张爱玲身后的版权 58
- 十六 外国人的作品如何保护 61
- 十七 童星们的知识产权 66
- 十八 怎样的“参与”算是“共同创作” 70
- 十九 职务发明与职务作品 74
- 二十 权属:民间文学作品的关键词 78
- 二十一 分手了,情书怎么办 82
- 二十二 版权登记是怎么回事 84
- 二十三 著作权集体管理组织 88
- 二十四 电视台“执行宣传任务”是不是合理使用 92

二十五	“一稿多投”,报刊社面临的尴尬	96
二十六	“转载”遭遇“滥用”	99
二十七	图书侵权出版社如何置身事外	103
二十八	播放背景音乐也要付费	109
二十九	沙宝亮:不能演唱成名曲目的歌手	113
三十	张学友:一场里程碑式的演唱	118
三十一	李宇春:使用自己的照片也会侵权	122
三十二	谁动了中央电视台的“奶酪”	124
三十三	体育比赛、比赛录像与电视转播的知识产权分析	127
三十四	高秀敏:请尊重我的权利	132
三十五	陈凯歌是否能够起诉胡戈	138
三十六	拿《红楼梦》说说影视作品著作权的事	143
三十七	网络传播第一案	147
三十八	百度:成长的苦恼	151
三十九	网络空间提供者的责任	159
四十	用户使用盗版软件是否侵权	164
四十一	是否“接触+实质相似”就可以认定侵权	170
四十二	网络世界,挑战“侵权行为地”	174
四十三	即发侵权是否为侵权	177
四十四	假冒署名:争议仍在继续	179
四十五	作品雷同是否一定构成侵权	183
四十六	也谈“天下文章一大抄”	186

商标部分

四十七	中国的商标立法	195
四十八	商标的基本功能	200
四十九	日本企业在中国申请注册“三光”商标	205
五十	“屈原”牌猪饲料,你是否能接受	209
五十一	“凤凰”与“麒麟”	212
五十二	同时申请相同或近似商标怎么办	215
五十三	如何判断商标相同或近似	218

五十四	如何让“涪陵榨菜”走向世界	223
五十五	商号和商标之间的权利冲突	228
五十六	英超足球联赛狮子商标之争	235
五十七	“中央一套”,亡羊如何补牢	239
五十八	Hisense 与 HiSense	244
五十九	商标恶意抢注	249
六十	商标异议:让公众参与商标审议	255
六十一	商标异议程序的滥用	258
六十二	未撤销之前的注册商标是否受法律保护	262
六十三	用驰名商标的保护标准保护老字号	265
六十四	未注册商标也可以被认定为驰名商标	270
六十五	驰名商标的淡化	275
六十六	苹果公司应该好好学习中国法律	280
六十七	如何判断商标侵权	284
六十八	商标未实际使用不应获得损害赔偿	291
六十九	秀水街真的很冤吗	297
七十	对商标“反向假冒”说不	300
七十一	高考考场上的 2B 铅笔	303

专利部分

七十二	中国与专利制度	309
七十三	“贞操带”不能获得专利权	314
七十四	性别选择的受孕方法不得授予专利	317
七十五	鲁班的发明与发现	319
七十六	先申请专利,还是先投放市场	322
七十七	朗科在美国获得专利保护	325
七十八	专利临时保护期	329
七十九	国际优先权	332
八十	国内优先权	336
八十一	卡通形象:知识产权保护的宠儿	339
八十二	有多少专利可以无效	343

八十三	专利无效宣告程序	348
八十四	专利常规战:你告我专利侵权,我就申请宣告你的专利无效	353
八十五	打破专利垄断的法律武器:强制许可	359
八十六	“司法终结”取代“行政终结”	364
八十七	专利无效行政案件的管辖	368
八十八	如何判定是否侵犯专利权	370
八十九	投诉还是起诉	377
九十	专利被侵权不要贸然起诉	380
九十一	“陷阱取证”获得的证据是否合法	382
九十二	专利侵权的证明责任	384
九十三	假冒专利与假冒他人专利	389
九十四	没有过错是否也会构成专利侵权	392
九十五	许诺销售:在侵权与不侵权之间	394
九十六	运用诉前禁令制止知识产权即发侵权	397
九十七	专利侵权产品的生产者和销售者是否均受法律制裁	400
九十八	OEM 和 ODM	405

其他部分

九十九	“掉渣饼”:来也匆匆,去也匆匆	411
一百	可口可乐的百年秘方	414
一百零一	跳槽员工带走客户企业如何应对	418
一百零二	反向工程——能否通过研究他人产品获得技术秘密	423
一百零三	商业秘密案件举证中的“接触+相似”规则	425
一百零四	侵犯商业秘密的法律责任	431
一百零五	跳槽引发知识产权纠纷	438
一百零六	竞业禁止	442
一百零七	九头鸟大战九头鹰,法律给说法	448
一百零八	域名纠纷的解决机制	452
一百零九	网站名称权:小荷才露尖尖角	460
一百一十	兔死狐悲:微软帮助苹果渡过难关	464

著作权部分



著作权与版权：百年争论

关于作者对作品享有的权利，究竟应该叫做“版权”，还是应该叫做“著作权”？从字面来看，人们一般侧重于将版权理解为“出版权”，即将书印行出版的权利，而“著作权”，应当是指作者对作品享有的权利，这种权利尽管早期主要是出版权，但其含义至少还应当包括署名权这种非出版印行性的权利，其含义较出版权或版权为宽。如果“版权”和“著作权”在含义上的确存在这种区别，那么，关于作者对作品享有的权利采用何者作为称呼，涉及对一种权利的内涵进行界定的问题，事关重大。

正因为如此，在中国，关于作者对作品享有的权利，究竟应当是“版权”，还是“著作权”，一直存在激烈的争论。这种争论由来已久，至少可以追溯到近 100 年以前。

1903 年清政府与美国签订的《中美续议通商行船条约》中，关于作者享有的权利，使用的是“版权”一词，根据当时的官方解释，“版权”意为“印书之权”。“版权”只是指专有出版权。

1910 年清政府颁布的《大清著作权律》，则成为最早使用“著作权”一词的法律文件。此后北洋政府和国民党政府颁布的法律中，一直称“著作权法”。

新中国成立以后，国家处于建设社会主义的探索之中，关于私权的研究和实践一直没有突破，当然也就没有关于保护作者权益的专门立法。改革开放以后，私权的研究和实践开始不断发展，制定一部保护作者权益

的专门法律被提上日程。但是,作者对作品享有的权利,究竟是“版权”还是“著作权”,这样的一部专门立法,究竟应当成为“版权法”还是“著作权法”呢?

1985年4月通过的《中华人民共和国继承法》在“遗产的范围”中规定了公民的遗产包括“著作权”,这是在新中国较早使用“著作权”这一提法的法律文件。

1985年7月,国务院批准成立了主管作者权益事务的机关,这个机构的名称采用了“版权”这个提法,叫做国家“版权”局。

1986年5月,国家版权局向国务院呈交了《中华人民共和国版权法(草案)》,采用的也是“版权”这个提法。实际上,从20世纪80年代初中国开始酝酿起草自己的关于作品保护的律起,一直到1988年以前,这部法律的草案一直称“版权法”。

1990年9月7日,第七届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过了《中华人民共和国著作权法》,在这个著作权保护方面最为正式的法律文件中,“著作权”的提法悄然代替了“版权”。不仅如此,当年通过的这部法律的第51条还明确规定,著作权与版权系同义语,这便以法律的形式结束了这段关于“版权”与“著作权”的争论。其中的原因,主要是“著作权”和“版权”的说法在我国已经约定俗成,尽管两者的含义从字面和历史的角度来看并不完全一致,但没有必要将两者作为不同的概念对待。

法律评析

为什么会有这样一场关于“著作权”与“版权”的争论呢?据考证这与著作权保护的历史有关。

现代著作权保护的意识和制度,起源于英国。印刷术的出现彻底改变了作品极为有限的传播方式,使作者的文字作品很快随着廉价的纸张精确地传播到了世界的每个角落。首先致力于作品新的传播方式的人们,就是作品的出版商们,他们最早意识到了印刷术对他们的重要性。因为印刷术的普及使他们出版的作品很容易被盗印,这与他们的经济利益息息相关。出版商们不断向英王提出保护出版活动的要求,声称他们出

版图书的权利是不容侵犯的自然权利之一。英国的出版商后来从国王那里获得他们垂涎已久的特许权利,15世纪中叶,伦敦成立了出版行会,此后英国实行了出版书刊的特许证制度,英王玛丽一世于1662年颁了第一个许可证法,规定由皇家经过特别授权,给予伦敦出版行会的成员或其他持有特许证的人以出版书刊的特权,并有权禁止任何非法盗印图书的行为,条件是向英王缴纳特许费。出版商的这种专有的出版特权,在英文中称“Copyright”,这个“Copyright”,它首先并不是指作者的权益,而是指出版商专有垄断的出版权。

但是随着社会的进步和发展,人们逐渐意识到,真正需要特别保护的是作者的创造性,只有很好地保护作者的创造性的劳动,才能鼓励他们更多地、更积极地对文学艺术和科学作品来进行创造。作者的创造才是社会进步和发展的源泉和动力。作品是出版商利益的源泉,作者的利益也必须得到充分的保护。大哲学家洛克就曾为此大声疾呼,他认为作者在创作作品时同样要花费时间和劳动,与其他劳动成果的创造者没有根本区别,作品就是一种劳动产品,作者理应获得报酬。出版商虽然担心对作者权利的保护会影响他们的利益,但也不得不承认保护作者利益与保护其自身利益息息相关。因此,他们也加入请求英王保护作者权利的行列。

世界上第一部著作权法就在这样的背景下产生了。1709年,英国的安娜女王颁布了一个法案,以保护出版商和作者的利益,后来的人们就将这部法律命名为《安娜女王法》。作者权利和出版者权利是《安娜女王法》的核心,该法还注重对这两种权利的协调和平衡,以共同促进作者和出版商的利益。这部法律明确指出,作者是第一个对作品享有权利的人,这种权利应当受到该法的保护。出版者或者书商对他们印制与发行的图书享有翻印、出版、出售等专有权;作者对其已经印制的书在重印时享有专有权,对创作完成但尚未印制的作品,也享有同意或者禁止他人印刷出版的专有权。该法实现了从出版者权利到作者权利的飞跃,标志着作者权利日益受到重视的时代即将到来。

长期侧重对出版商利益的保护的历史,使人们对“版权”的观念根深蒂固,以至于人们将作者权利也视为“版权”,将规范著作权的法律称为版权法,而不是著作权法。早期出版商的这种特权,在英文中称

COPYRIGHT。19 世纪日本人据此创造了汉字“版权”一词,后传入中国,为旧中国立法所沿用。后来,日本又受到法国和德国“天赋人权”思想的影响,在翻译法国等国的作者权(Author's Right)时,采用了不同于“版权”的另外一个术语——著作权,这个词经日本采用后同样传到中国,我国最早使用著作权一词的法律文件,是 1910 年清政府颁的《大清著作权律》,此后北洋政府和国民党政府颁的法律中,一直称“著作权法”。历史地看,中国的“版权”与“著作权”两个术语均译自日本,版权术语的出现早于著作权。

在历史发展过程中,“出版权”的概念几乎没有大的变化,而“版权”的概念则由先前的等同“出版权”向着“著作权”逐步靠拢,以至于逐渐成为同义语汇,相互替代。因此,我们不能拘泥于早期“版权”中那种“出版之权”的含义,以致陷入语汇的混淆视听当中。在著作权的理论与实务操作中,我们注意分清“出版权”与“版权”;“出版权”与“著作权”,就足够了。在现行法律中,版权与著作权是同义语,而出版权,只是版权或者著作权诸多权利中的一项,一个方面。

相关法律规定

《中华人民共和国著作权法》

第 56 条 本法所称的著作权即版权。



中国的著作权保护

除造纸术之外,印刷术是出版业产生和发展的主要技术基础。东西方学者都认为,著作权是随着印刷术的采用而出现的。

在印刷技术发明以前,文字传播主要靠人们口口相传,或者以手抄本的形式流传,用手抄复制作品的数量是极其有限的,对作品的这种使用方式不会严重损害作者的权益。作品不可能大量地复制出售,也没有产生保护著作权的迫切需要。

印刷术的出现彻底改变了作品极为有限的传播方式,使作者的文字作品很快随着廉价的纸张精确地传播到了世界的每个角落。随着活字印刷术的运用,出现了印刷业,一部作品可以大量地复制出售。于是,作品逐渐具有了商品属性,可以给作者、印刷商带来收益,从而也就要求在法律上对作者、印刷商的权利实行保护。

1068年,北宋神宗继位之前,为保护《九经》监本,朝廷曾下令禁止一般人随便刻印这部书,刻印须经国子监批准。这被认为是我国历史上最早出现的刻印出版专有权利。

这一特权的出现,比欧洲早500年。15世纪,威尼斯印刷商冯·施贝叶获得了印刷出版的专有权利,而这个权利是威尼斯共和国授予印刷商的第一个专有权,这是西方第一个由统治者颁发的保护版权的特许令。在此之后,罗马教皇于1501年,法国国王于1507年,英国国王于1534年,都曾为印刷出版商颁发过禁止他人随便翻印其书籍的特许令。这些与我