

二十一世纪法学热点系列

Research
on

知识产权若干理论 热点问题探讨

the Popular Issues of Some
Intellectual Property Theories

● 刘 宁 著

中国检察出版社

二十一世纪中国法学研究

Research

知识产权若干理论 热点问题探讨

*Selected Issues on Some
Intellectual Property Theories*

王 迁 等著

中国政法大学出版社

二十一世纪法学热点系列

Research
on

知识产权若干理论 热点问题探讨

the Popular Issues of Some
Intellectual Property Theories

○ 刘 宁 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权若干理论热点问题探讨/刘宁著. —北京: 中国
检察出版社, 2007. 10

ISBN 978 - 7 - 80185 - 844 - 3

I. 知… II. 刘… III. 知识产权 - 研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 164233 号

知识产权若干理论热点问题探讨

刘 宁 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 14 印张

字 数: 387 千字

版 次: 2007 年 12 月第一版 2007 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 844 - 3/D · 1820

定 价: 35.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录

1	第一编 知识产权基础理论——知识产权的概念、范围、特征及其时效适用
1	一、知识产权的概念
3	二、知识产权的范围
6	三、知识产权的分类
7	四、知识产权客体的本质
10	五、知识产权的性质和法律特征
18	六、知识产权与时效适用
27	第二编 试论知识产权的侵权归责原则
27	一、知识产权侵权归责原则基本理论
32	二、知识产权侵权归责原则仅涉及侵权损害赔偿
37	三、知识产权侵权损害赔偿不适用无过错责任原则的法理分析
47	四、构建符合中国国情的知识产权归责原则体系
52	五、结语
54	第三编 知识产权的权利穷竭与知识产品的平行进口
54	一、知识产权权利穷竭原则的概念和历史发展
57	二、知识产权权利穷竭的适用目的、适用范围和适用条件
60	三、知识产权权利穷竭的具体适用
62	四、知识产权的权利穷竭与知识产品的平行进口
64	五、知识产品平行进口的法律规制
73	六、对我国是否应赞成平行进口的多视角思考

76	七、结语
78	第四编 知识产权侵权损害赔偿额的计算与统一
78	一、知识产权侵权损害赔偿概述
81	二、我国现行法律法规对知识产权侵权损害赔偿额计算的相关规定
85	三、现有的计算方法在审判实务中遇到的问题
87	四、典型国家、地区和国际公约的相关规定
92	五、关于知识产权侵权损害赔偿额计算与统一的思考
103	六、结语
104	第五编 试论商标反向假冒的违法性
104	一、商标反向假冒概述
110	二、商标反向假冒行为产生的原因与各国的立法规制
114	三、商标反向假冒的违法性分析
122	四、我国商标反向假冒的法律规制及现行商标法的立法完善
127	五、结语
129	第六编 论驰名商标的法律保护
129	一、驰名商标概述
135	二、驰名商标的认定
142	三、驰名商标的特殊法律保护
144	四、驰名商标的反淡化保护
148	五、我国驰名商标法律保护的完善
153	第七编 我国知识产权反垄断立法研究
154	一、知识产权法与反垄断法的关系分析
159	二、反垄断法介入知识产权领域的必要性分析
162	三、国外反垄断法律制度对知识产权滥用行为的规制
168	四、我国知识产权反垄断立法现状分析
171	五、我国知识产权反垄断立法的构想
180	六、结语

181	第八编 生物多样性与我国知识产权法律保护
181	一、生物多样性与知识产权保护的关联性
183	二、国际有关生物多样性的知识产权立法
189	三、我国有关生物多样性的知识产权法律保护
206	四、结语
207	第九编 解读《与贸易有关的知识产权协议》
207	一、《与贸易有关的知识产权协议》概述
212	二、《与贸易有关的知识产权协议》规定的知识产权的范围
213	三、《与贸易有关的知识产权协议》的基本原则
215	四、《与贸易有关的知识产权协议》的实体内容
230	五、《与贸易有关的知识产权协议》的知识产权执法内容
235	六、《与贸易有关的知识产权协议》的其他规定
242	第十编 网络游戏知识产权保护研究
242	一、网游定义、运行原理及相关概念
245	二、我国网游主要知识产权侵权形式及性质认定
249	三、国际公约及主要国家对网游法律保护的现状
253	四、我国网游知识产权保护的现状与不足
259	五、我国网游软件知识产权保护体系的完善
268	六、结语
270	第十一编 对我国专利重复授权问题的法律思考
271	一、重复授权的概念
272	二、对我国不同权利主体专利重复授权问题的法律思考
282	三、对我国同一权利主体专利重复授权问题的法律思考
291	四、结语
293	第十二编 知识产权权利冲突问题探讨
293	一、知识产权权利冲突概述
300	二、知识产权权利冲突产生的原因
302	三、知识产权权利冲突的协调原则

311	四、对解决我国知识产权权利冲突问题的若干思考
317	五、结语
318	第十三编 论网络服务提供者的著作权侵权责任
319	一、网络服务提供者概念的界定
323	二、网络内容服务提供者的著作权侵权责任
326	三、网络中介服务提供者的著作权侵权责任
337	四、我国网络服务提供者著作权侵权责任法律制度的完善
346	五、结语
347	第十四编 域名权与商标权的法律冲突探讨
348	一、域名概述
353	二、域名与商标之比较
355	三、域名权与商标权之冲突
359	四、域名权与商标权冲突的原因及冲突的具体表现形式
361	五、域名权与商标权冲突的解决途径
372	六、结语
373	第十五编 合作作品著作权研究
373	一、合作作品概述
378	二、合作作品的认定
391	三、合作作品著作权的归属和行使
400	四、合作作品著作权的保护期限
403	五、结语
404	第十六编 商业秘密保护与竞业禁止
404	一、商业秘密概述
414	二、商业秘密保护基本理论
421	三、商业秘密保护之竞业禁止
428	四、我国有关竞业禁止的立法现状、不足及完善措施
433	参考书目
438	后 记

第一编 知识产权基础理论——知识产权的概念、范围、特征及其时效适用

在人类漫长的发展史上，科技与文化承载着创造的睿智，它在丰富人们物质世界和精神世界的同时，也丰富了人们对智力成果加以保护的意识。当历史的车轮驶进以“知识经济”为特征的 21 世纪时，这种意识已演化为具体的知识产权保护制度与规范。

一、知识产权的概念

通常认为，“知识产权”一词源自英文 Intellectual Property。学界对“知识产权”一词的由来存在不同的见解。有学者认为，这一术语产生于 18 世纪的德国^①；还有学者认为，该概念为 17 世纪中叶的法国学者卡普佐夫所创，后为比利时法学家皮卡第所发展^②。德国于 20 世纪初开始称“无形产权”（德文为 Geistiges Eigentum），前苏联一直使用“智力成果权”这一名称，我国台湾地区则称之为“智慧财产权”。然而，“知识产权”一词真正在世界范围内普遍使用并得到各国的广泛接受则始于 1967 年《建立世界知识产权组织公约》的签订。我国 1986 年颁布的《民法通则》正式采用这一概念，并为法学界所认同。

① 郑成思：《知识产权法》，法律出版社 1997 年版，第 1 页。

② 吴汉东：《知识产权法学》，北京大学出版社 2000 年版，第 1 页。

关于“知识产权”这一概念的含义，国内外法学界可谓见仁见智。比利时法学家皮卡第认为，知识产权是一种具有时间限制性的特殊权利，他认为“一定对象的所有权在每一瞬息时间内只能属于一个人（或一定范围的人——共有财产），使用知识产权则不限人数，因为它可以无限再生。”美国学者阿瑟·R. 米勒认为，知识产权是包括专利、商标和版权三个法律领域的民事权利范畴。世界知识产权组织（WIPO）对知识产权概念的界定是，“知识产权是指人的智力的创造物，是与知识财产紧密相关的各种各样的信息。”《知识产权阅读资料》中将知识产权表述为是“意味着智力活动在工业、科学、文学和艺术领域所产生的合法权利”，在知识产权组织发行的《观光世界知识产权组织》资料中，界定的知识产权是指“发明、文学艺术作品以及商业中使用的符号、名称、图像这些人类脑力的产物。”随着知识产权研究在深度与广度上的拓展，我国学者对知识产权这一概念亦众说纷纭。概括而言主要有以下几种观点：

（1）智力成果专有权说。即认为知识产权是人们可以就其创造性智力成果依法享有的专有权利，主要包括专利权、商标权和版权。

（2）智力成果和商业标记专有权说。即将知识产权定义为人们对其创造性的智力成果和商业标记依法享有的专有权利的总称，包括著作权和工业产权。

（3）智力成果、商业标记和信誉权利说。即“知识产权是人们对于自己的智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、信誉依法享有的权利。”

（4）智力信息支配权说。即认为知识产权是民事主体依据法律的规定，支配其与智力活动有关的信息，享受其利益并排斥他人干涉的权利。这一定义揭示了知识产权的私权性质，同时，以与智力活动有关的信息作为知识产权的保护对象，不仅为知识产权保护范围的扩大预留了空间，而且在明确知识产权的支配权属性的基础上揭示知识产权与债权的区别。

关于知识产权概念的表述方式目前主要有三种。一种是列举知识产权主要内容的方法，另一种是下定义的方法，第三种是完全列

举知识产权保护对象的方法。但从目前对知识产权问题的研究水平看,这三种表述方式都有局限性。第一种列举知识产权主要内容的方法不能揭示概念的全部外延;第二种下定义的方式不能概括知识产权保护对象的全部内容;第三种列举的方法虽然表述清楚、全面、明确,但失之于烦琐,且知识产权保护对象的范围在不断变化发展,因此难免挂一漏万。笔者认为较为可取的方法应该是,既为知识产权做出一个相对概括且全面的表述,也列举迄今为止知识产权主要保护对象的范围。

据此,知识产权可表述为: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人享有并排斥他人干涉的权利^①。并在此基础上列出知识产权的范围。

二、知识产权的范围

知识产权的范围是指知识产权法所确认和保护的知识所涵盖的领域与对象。

(一) 世界知识产权组织确定的范围

1967年7月14日在斯德哥尔摩的外交会议上,缔结了《建立世界知识产权组织公约》。现在的“世界知识产权组织”(即WIPO)就是根据这个公约成立的。我国于1980年参加了这个公约,到2005年12月为止有成员国183个。该公约共有21条。其中,属于实体条款的,仅有第2条,即该公约为“知识产权”所下的定义。依照该定义规定,知识产权的范围包括:

①与文学、艺术及科学作品有关的权利。这主要指作者权,或版权(著作权)。

②与表演艺术家的表演活动、录音制品及与广播有关的权利。这主要指一般所称的邻接权。

^① 曾文革、刘宁:《知识产权法学》(第二版),重庆大学出版社2005年版,第3~4页。



③与人类创造性活动的一切领域内的发明有关的权利。这主要是指就专利、实用新型及非专利发明享有的权利。

④与科学发现有关的权利。

⑤与工业品外观设计有关的权利。

⑥与商标、服务标记和商号名称及标识相关的权利。

⑦与防止不正当竞争有关的权利。

⑧一切在工业、科学、文学及艺术领域基于智力活动而产生的其他权利。

由于公约第 16 条明文规定了“对本公约，不得作任何保留”，故可以认为，世界上大多数国家（包括中国）均已对上述关于知识产权的范围表示接受。在以上知识产权范围中第 8 项，几乎是无所不包的“兜底”条款。有了这一款，今后再出现任何可受保护的新客体，公约本身也无须修订增补。例如，欧盟推出的无独创性的数据库，在欧、美、日本已日渐发达的“商业形象权”，在国际网络新环境下产生的“域名”专用权等，无不能列入这一款。^①

（二）世界贸易组织确定的范围

1994 年 4 月，在马拉加什的结束关贸总协定乌拉圭回合的外交会议上，缔结了《建立世界贸易组织协定》。作为《世界贸易组织（WTO）协定》一个组成部分的《与贸易有关的知识产权协议》（简称 TRIPS）在其第一部分第 1 条对知识产权的范围划定为：

①版权与邻接权。

②商标权。

③地理标志权。

④工业品外观设计权。

⑤专利权。

⑥集成电路布图设计权。

⑦未披露的信息，即商业秘密专有权。

TRIPS 对 WIPO 公约划定的知识产权范围进行了拓展，尤其是突

① 郑成思：《知识产权论》，法律出版社 2003 年版，第 55 页。

出了对商业秘密的知识产权保护，为商业秘密权利人及各国的反不正当竞争法提供了有力支持。

通过比较世界知识产权组织和世界贸易组织界定的知识产权的范围，我们可以看到，虽然二者对于知识产权的范围有着诸多的重叠和一致，但至少存在以下颇耐人寻味的差异：第一，TRIPS 协议不包括与发现有关的权利，未规定商号权，也没有一个兜底条款；第二，TRIPS 协议不包括实用新型或者俗称的小发明；第三，TRIPS 协议明确增加了集成电路布图设计权，明确了地理标志权和商业秘密专用权。

（三）我国《民法通则》规定的范围

我国 1986 年 4 月 12 日通过的《民法通则》在第五章第三节对知识产权的范围进行了确认，即知识产权包括著作权、专利权、商标权、发现权、发明权和其他科技成果权。

我国理论界对知识产权的基本范围亦存在争议，概括而言，主要有以下三种不同观点：

（1）科技奖励制度中的发明权、发现权不宜作为知识产权法的保护对象，理由是，世界上许多国家的法律及国际公约都没有赋予科学发现以财产权。

（2）发明权、发现权以及其他科技成果权并非是对智力成果的专有使用权，而是一种取得荣誉及获取奖励的权利，故应归类于《科技法》的保护和调整对象。

（3）发明权、发现权已为国际公约所承认，且我国《民法通则》亦对上述权利给予专门保护，因此将其列入知识产权并无不当。

从上述规定及理论分歧可以看出，我国《民法通则》与 WTO、WIPO 相关文件及公约对知识产权范围的认识和表述并不完全一致。事实上，世界各国对知识产权范围的划定也不尽相同。我们认为，这种现象是完全正常的，其原因是：首先，世界各国的政治、经济、文化传统存在差异；其次，科学技术的跨越式发展使得法律对现实生活的规范作用呈现越来越明显的滞后性；最后，知识产权是一个开放的体系，其内涵随着科技的进步与社会的发展而逐渐扩大，处

于不同发展水平的国家与地区对其范围的确认存在差别也是不足为怪的。

三、知识产权的分类

对种类繁多的知识产权，我们可以根据不同的标准，进行分类。^①

1. 根据内涵大小

根据内涵大小的不同，知识产权有广义与狭义之分。

狭义的知识产权即传统意义上的知识产权，它包括专利权、商标权、著作权。一般认为，狭义的知识产权可以分为两个类别：一类是文学产权（Literate Property），包括著作权及与著作权有关的邻接权；另一类是工业产权（Industrial Property），主要包括专利权和商标权。文学产权是关于文学、艺术、科学作品的创作者和传播者所享有的权利，它将具有原创性的作品及传播这种作品的媒介纳入其保护范围，从而在创作者“思想表达形式”的领域内构造了知识产权保护的独特领域；工业产权则是指产业领域的智力成果专有权，即包括工业、商业、农业、林业和其他产业中具有实用经济意义的一种无形财产权。

广义的知识产权包括著作权、邻接权、商标权、专利权、商号权、商业秘密权、地理标记权、集成电路布图设计权等各项权利，《建立世界知识产权组织公约》及世界贸易组织 TRIPS 协议均认可知识产权的广义范围。

2. 根据知识产权本身的特性

根据知识产权本身的特性，可将其分为创造性成果权和识别性标记权。

该种划分是国际保护工业产权协会（AIPPI）1992 年在东京大

^① 曾文革、刘宁：《知识产权法学》（第二版），重庆大学出版社 2005 年版，第 5~6 页。

会报告中提出来的。创造性成果权包括发明专利权、工业品外观设计权、集成电路布图设计权、植物新品种权、技术秘密权、版权、软件权等；识别性标志权包括商标权、商号权（即厂商名称）、地理标记权（即原产地名称、货源标记）以及其他与制止不正当竞争有关的识别性标记权。

需要说明的是：上述分类并非绝对的、非此即彼的，而仅仅是一种基础分类。随着世界知识产权法律保护的逐渐深入和发展，一些原不属于创造性成果权，又不宜归于识别性标志权的客体已被某些国家和地区纳入知识产权保护范围。如 1996 年 3 月欧洲议会通过了《数据库保护指令》，其内容之一，就是将根本不具有独创性的数据库列为知识产权法所保护的“准版权”客体，以补偿数据库制作者所付出的非创作性劳动与投资。再如，以数字技术和网上传输的迅速发展为契机，域名保护也被人们提到知识产权保护的议事日程上来。

综上所述，知识产权的分类属于认识论范畴，知识产权体系的开放性、变动性要求我们以发展的观点予以对待，而不能拘泥于现成的框架体系。

四、知识产权客体的本质

权利的客体是指权利所指向的对象。知识产权客体为智力成果，这些智力成果分别体现为发明创造、作品、商业秘密、数据库。若对这些智力成果进行研究，不难发现其本质是信息。以我国知识产权法所保护的知识产权客体为例，分别分析如下：

1. 我国专利权的客体有三种：发明、实用新型和外观设计。发明是指对产品、方法或其改进所提出的新的技术方案；实用新型是指对产品的形状、构造及其结合所提出的适于实用的新的技术方案；外观设计是指对产品的形状、图案、色彩或其结合所做出的富有美感并适于工业上应用的新设计。一件发明或者实用新型的核心是其技术方案，即发明人对其要解决的技术问题所采取的技术措施。这

些技术措施正是发明人在专利申请中向社会公众公开的一种信息，不论其是复杂的产品构造设计，还是简单的物质配方。外观设计的核心是富有美感的新的产品设计，它向公众传递了一种富有美感并能在工业中应用的设计信息。这些信息，可能是该领域的技术人员多年孜孜以求的，或认为是在理论上根本行不通但在实践中的确可行的，即所谓克服技术偏见的信息，社会公众依据这些公开的信息，不需要创造性的劳动便可实施这些专利。因此，发明、实用新型或外观设计在本质上均为一种信息。

2. 商标权的客体为商标。商标是商品或服务来源的标志，商标在商品、服务与其制造者和提供者之间建立了特定联系，向社会公众直接传递商品或服务来源方面的信息。这些信息包括何人为该商品或服务的生产者或提供者及其商业信誉如何，商品或服务的质量及声誉如何，等等。

3. 著作权的客体为作品。作品的类型有多种，但不论何种类型的作品，作者创作的主要目的是向读者提供某种信息。这些信息或是令人振奋的或是颓废的或是发人深思的。作品必须能传播文学、艺术或科学思想，它是一种信息的载体，而不是一种实用工具和手段。人们从作品中获取其欲得到的信息，作品只是信息的外壳，其实质仍为信息。

4. 制止不正当竞争权的客体为不正当竞争行为。不正当竞争有多种行为，但最为典型的是混淆、诋毁及误导三种行为。依据《巴黎公约》的有关规定，混淆行为，是指不择手段地对竞争对手的营业所、商品或工商业活动造成错觉或误认的行为；诋毁行为，是指在商业经营活动中，贬低、损毁竞争者的营业所、商品或工商业活动的信誉的行为；误导行为，是指在商业经营活动中使公众对商品的性质、制造方法、特点、适用性或数量产生误解的行为。此三种不正当竞争行为的本质是，经营者在经营过程中，针对本人、自己的商品或服务、竞争对手或其商品或服务向外界传递不恰当、不合适或不真实的信息，从而侵犯竞争对手正当竞争的权利。

5. 商业秘密权是制止不正当竞争权中的一种，其客体为商业秘

密。所谓商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。而技术信息和经营信息包括设计、程序、产品配方、制作工艺、制作方法、管理诀窍、客户名单、货源情报、产销策略、招投标中的标底及标书内容等信息。由此可以看出，商业秘密的本质就是符合特定条件的秘密信息。

6. 数据库权的客体是数据库。数据库权目前虽然未纳入知识产权法的保护范围，但一般认为是指数据库的开发者或投资者对该数据库享有的著作权，也可以是其他类型的知识产权。数据库是按一定目的收集起来的数据的集合，其本身就是一些资料信息的集合，故数据库的本质仍为信息。

7. 集成电路布图设计权的客体为集成电路布图设计。集成电路布图设计是指以任何方式固定或者编码的一系列相关图像，这些图像反映了用以构成集成电路产品的那些材料层之间的三维配置模式与关系；同时每一图像分别体现了集成电路产品制造过程中各阶段的表面模式的整体或部分，由此可见，集成电路布图设计实际上是图形化了的集成电路各元件的配置方式。这些元件的配置方式，实质上是有关元件配置的一种信息。人们根据此种信息，便可复制或实施这些布图设计。

由上述各种知识产权客体的分别分析，不难得出知识产权客体的本质为信息的结论。与此同时，我们还可以从知识产权立法的主旨中推导出这一结论。以美国知识产权法为例，美国知识产权法的主要宗旨是在各种信息的生产方面吸引私人投资。法律所采取的措施是赋予信息的生产者以财产权，以占有其所生产信息的价值。具体而言，版权法通过在一定期限内赋予作者、艺术家、作曲家及出版者独占权，来吸引人们对原创性的、表达性的信息进行投资；专利法通过财产权来刺激新颖的、有用的和非显而易见的技术信息生产方面的私有投资；商标法通过禁止企业在相同或类似的商品或服务上使用与其竞争对手相同或近似的标记的方式，来鼓励企业在自

