



- 网络侵权诉讼案件如何管辖?
- 怎样办理专业性较强的计算机软件著作权案件?
- 如何确定发明和实用新型专利权保护范围?
- 怎样认定近似商标、类似商品?
- 怎样处理商标与商号的权利冲突?
- 何谓引人误解的虚假宣传行为?



陈勇 蒋强 乔平 王茜 / 著

知识产权法

焦点·难点·指引

民商法实务答疑书系 CA

知识产权法 焦点·难点·指引

陈勇 蒋强 乔平 王茜 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法焦点·难点·指引/陈勇, 蒋强, 乔平, 王茜著.
北京: 中国法制出版社, 2008. 2

(民商法实务答疑书系)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0365 - 8

I. 知… II. ①陈…②蒋…③乔…④王… III. 知识产权法 - 中国 - 问答 IV. D923. 405

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 014434 号

知识产权法焦点·难点·指引

ZHISHI CHANQUANFA JIAODIAN · NANDIAN · ZHIYIN

编著/陈勇 蒋强 乔平 王茜

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2008 年 2 月第 1 版

印张/11.625 字数/245 千

2008 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0365 - 8

定价: 30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66010493

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

前言

20 世纪 80 年代以来,我国相继颁布实施了《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国著作权法》、《计算机软件保护条例》、《集成电路布图设计保护条例》、《著作权集体管理条例》、《音像制品管理条例》、《植物新品种保护条例》、《知识产权海关保护条例》、《特殊标志管理条例》、《奥林匹克标志保护条例》等涵盖知识产权主要内容的法律法规,并颁布实施了一系列相关的实施细则和司法解释,使中国知识产权保护的法律体系不断趋于完善。

2001 年中国加入 WTO 前后,对知识产权保护相关法律法规、部门规章和司法解释又进行了全面修改,在立法精神、权利内容、保护标准、法律救济手段等方面更加突出促进科技进步与创新的同时,做到了与 WTO《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs)以及其他知识产权保护国际规则相一致。2004 年 12 月,最高人民法院、最高人民检察院联合公布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,严格遵守刑法的规定,综合考虑我国国情和司法实际,适当降低了有关侵犯知识产权犯罪的定罪标准,提高了刑法相关条文的可操作性,为办理侵犯知识产权刑事案件提供了具体的适用法律依据,对有效打击侵犯知识产权的犯罪行为具有重要意义。至此,我国已经建立健全了包括法律、行政法规、部门规章、司法解释在内的,符合 WTO 和国际通行规则,门类比较齐全的知识

另一方面,我国的知识产权司法保护形势也较严峻:首先,面临国际规则的挑战。发达国家不断强化知识产权保护,大幅提升知识产权保护水平,制定并实施知识产权战略。因此,如何处理好知识产权案件特别是涉外知识产权案件,将是对我国知识产权司法保护工作的重大考验。其次,国内的经济发展和建设对知识产权司法保护提出了新要求。在知识经济的时代背景下,知识产权保护不再是一般意义上民事权利的保护问题,已经涉及国家的整体发展战略和重大国家利益。如何通过知识产权司法保护提升我国企业的自主知识产权竞争能力,保障科教兴国战略目标的实现,是对新时期司法保护的新要求。再次,知识产权司法保护过程中仍有许多复杂、疑难的法律适用和诉讼制度建设问题,需要通过完善立法和制定司法解释等予以明确和规范。

本书正是这一背景之下的产物。全书按照知识产权法的内容分为六章,有针对性的提出了知识产权司法实务中的焦点及疑难问题,并予以解答。几位作者均是研习法律十数载,并在司法前线工作多年的法官,具有较深厚的理论素养和较丰富的实务经验。文中有不乏创新之见。不过,作者们也深知“……吾人所从事之法解释学上零碎的研究,终必掩盖尘埃,成为废纸,企望片刻的拍手,亦不可得,其可自我慰藉者,乃是尽其些微心力,共同参与追求真理的漫长行列而已!”^①

作者

2008年1月

^① 参见王泽鉴著:《民法学说判例研究》(第四册),中国政法大学出版社2005年1月修订版,第1页。

陈勇,男,1977年9月出生。1999年毕业于江苏科技大学材料成型与控制专业,取得工学学士学位。1999年至2002年在广州广船国际股份有限公司工作。2005年毕业于中国政法大学研究生院,取得法律硕士学位,并于同年进入北京市第一中级人民法院工作。在中国知识产权报、北京审判及法官论坛等刊物上发表多篇论文。曾获全国法院系统第十九届学术讨论会优秀奖。撰写本书第一章和第六章。

蒋强,男,回族,1981年生于河南。中国人民大学法学硕士(民商法专业)。北京市海淀区人民法院知识产权庭法官。撰写本书第三章和第五章。

乔平,男,1976年出生,籍贯河北邯郸。先后毕业于山东大学和中国人民大学,获中国人民大学民商法专业(知识产权法方向)法学硕士学位。2004年入北京市第一中级人民法院,先后在民事审判第二庭和知识产权庭工作。现就职于中粮集团有限公司法律部。撰写本书第四章。

王茜,女,1977年出生,籍贯河北石家庄。毕业于山东大学法学院,获山东大学民商法专业法学硕士学位。现就职于解放军防化指挥工程学院。撰写本书第二章。

目 录

82	····· 第一章 知识产权诉讼的管辖问题
82	····· 第一节 网络侵权诉讼案件的管辖问题
43	····· 第二节 管辖权异议及相关问题

第二章 知识产权诉讼的证据问题

1	第一章 知识产权诉讼的管辖问题
2	第一节 网络侵权诉讼案件的管辖问题
2	(一) 网络对传统管辖权理论的挑战
4	(二) 现行法律对网络案件管辖确定的规制及反思
8	(三) 涉及网络的相关判例及评析
19	第二节 管辖权异议及相关问题
19	(一) 请求确认不侵犯知识产权之诉的地域管辖问题
22	(二) 以销售者为共同被告的知识产权侵权诉讼管辖
22	法院的确定问题
25	(三) 管辖权异议期间与举证期限的协调问题
27	(四) 管辖权异议与被告主体资格审查问题
30	(五) 管辖权异议能否再审的问题
35	第二章 知识产权诉讼的证据问题
35	第一节 知识产权民事诉讼中的证据规则
35	(一) 什么是举证责任?
41	(二) 证据交换
42	(三) 证据质证
45	(四) 证据的审核与认定
49	第二节 知识产权行政诉讼中的证据规则
49	(一) 知识产权行政诉讼的种类
53	(二) 知识产权行政诉讼的举证责任和举证期限

(三) 举证要求	56
(四) 证据质证	58
(五) 证据的审核认定	64
第三章 著作权诉讼的若干问题	69
第一节 作品标准问题	69
(一) 怎样认定作品的独创性?	70
(二) 怎样区分思想和表达?	71
(三) 侵权产生的作品是否享有著作权?	73
(四) 怎样确定著作权法的保护范围?	75
第二节 权属证明问题	82
(一) 已发表作品的权属证明	82
(二) 未发表作品的权属证明	83
(三) 计算机软件作品的权属证明	86
第三节 精神权利问题	87
(一) 怎样正确理解发表权?	88
(二) 怎样正确理解保护作品完整权?	88
(三) 怎样把握赔礼道歉的适用条件?	90
(四) 怎样把握精神损害抚慰金的适用条件?	91
第四节 权利行使问题	93
(一) 职务作品	94
(二) 合作作品	95
(三) 演绎作品	97
第五节 权利限制问题	97
(一) 合理使用	97
(二) 法定许可	99
第六节 著作权转让问题	100

第七节 归责原则问题	103
(一) 著作权侵权归责原则概念辨析	103
(二) 著作权侵权的归责原理	104
(三) 怎样认定过错?	106
(四) 归责原则的具体化适用	109
第八节 赔偿标准问题	118
(一) 著作权诉讼损害赔偿现状	118
(二) 怎样确定著作权诉讼的损害赔偿数额?	118
第九节 计算机软件作品保护的若干问题	122
(一) 计算机软件侵权诉讼中的取证问题	122
(二) 计算机软件侵权诉讼中的鉴定问题	130
第十节 诉讼时效问题	133
第四章 专利权诉讼的若干问题	135
第一节 侵权行为认定问题	135
(一) 如何认定制造行为	136
(二) 如何认定和区分销售与许诺销售	136
(三) 如何认定使用行为	139
第二节 专利权保护范围确定问题	140
(一) 如何确定发明或实用新型专利权的保护范围	140
(二) 如何对权利要求进行解释	143
第三节 专利侵权判定问题	147
(一) 如何进行侵权判定	147
(二) 如何认定相同侵权	148
(三) 如何认定等同侵权	148
(四) 如何适用禁止反言原则	155
(五) 如何理解多余指定原则	159

603	第四节 专利侵权抗辩问题	162
603	(一) 如何进行先用权抗辩	162
404	(二) 如何进行公知技术抗辩	165
606	第五节 外观设计专利侵权若干问题	168
606	(一) 如何进行外观设计专利侵权的判定	168
811	(二) 外观设计专利权保护范围的确定	169
818	(三) 相同或类似产品的判定	174
818	(四) 外观设计相同相近似判定	176
551	(五) 外观设计专利侵权判定中的创新保护模式	182
551	(六) 外观设计专利侵权抗辩	186
130	 发明专利审查指南(二)	
	第五章 商标诉讼的若干问题	193
	第一节 许可使用问题	193
281	(一) 怎样确定被许可使用人的诉权?	194
281	(二) 商标注册人的诉权是否受商标独占许可使用人	
138	的限制?	197
381	(三) 注册商标被查封、冻结,是否影响商标使用许可	
138	合同的履行?	199
01	第二节 商标“合理使用”问题	201
01	第三节 商标近似问题	204
143	(一) 近似商标的认定要点	204
147	(二) 近似商标认定的几点共识	208
17	第四节 商品(服务)类似问题	210
148	(一) 认定类似商品与服务的要点	210
148	(二) 类似商品(服务)认定中的几个争议问题	212
81	第五节 驰名商标问题	220
881	(一) 驰名商标的法律意义	220

(二) 驰名商标司法认定的现状	224
(三) 认定驰名商标的程序要件	229
(四) 认定驰名商标的实体要件	231
第六节 商标与商号冲突问题	234
(一) 在先商号被登记为商标	235
(二) 在先商标被人登记商号	235
(三) 在先商标被人登记为商号、在先商号被人登记为商标	238
(四) 处理商标与商号权利冲突的几个原则	240
第七节 侵权责任问题	243
(一) 反向假冒	243
(二) 间接侵权	244
(三) 侵犯商标权的域名	248
(四) 商标侵权民事责任的几个问题	251
第六章 不正当竞争诉讼的若干问题	259
第一节 诉权问题	260
第二节 仿冒问题	264
(一) 如何认定知名商品	265
(二) 如何认定名称、包装、装潢的特有性	267
(三) 对商品特有名称、包装、装潢的保护是否应以“知名商品”为前提	271
第三节 商誉问题	272
(一) 何谓商誉和商誉权	272
(二) 商誉权的法律保护	276
(三) 侵害商誉权的法律救济	284
第四节 虚假宣传问题	285

(一)何谓引人误解的虚假宣传行为	286
(二)我国司法解释规定了哪些引人误解的虚假宣传行为	288
(三)如何判定引人误解	290
第五节 商业秘密问题	295
(一)如何认定商业秘密	296
(二)如何认定侵害商业秘密的行为及如何举证	301
第六节 竞业禁止问题	303
(一)何谓竞业禁止	304
(二)如何界定法定竞业禁止	305
(三)如何界定约定竞业禁止	307
(四)违反竞业禁止的法律后果	310
附录:	
中华人民共和国著作权法	313
(2001年10月27日)	
中华人民共和国专利法	331
(2000年8月25日)	
中华人民共和国商标法	346
(2001年10月27日)	

第一章 知识产权诉讼的管辖问题

管辖问题一直是知识产权审判工作中的疑难问题，一是因为知识产权案件中经常会出现新类型案件，管辖联接点的确定较为困难；二是因为相关法律对知识产权纠纷设置了较多管辖联接点，使得某些当事人恶意“拉管辖”，而法院对这种规避法律的行为常常束手无策。为清晰知识产权诉讼的管辖问题，本章着重讨论网络侵权诉讼案件的管辖确定和管辖权异议相关问题。对于网络侵权诉讼案件的管辖问题，本章主要评述了网络对传统管辖权理论的挑战以及现行法律的相关规制，并对几个典型案例进行了评析；对于管辖权异议问题，本章主要讨论了请求确认不侵犯知识产权之诉的地域管辖问题、以销售者为共同被告的知识产权侵权诉讼管辖法院的确定问题、管辖权异议期间与举证期限的协调问题、管辖权异议与被告主体资格审查问题和管辖权异议能否再审的问题。

管辖权是人民法院依法行使审判权的基础和前提，也是程序正当论的必然要求。实践中，对管辖权的正确确定有时并不简单，甚至非常复杂。对案件事实的不同认识，对法律条文的不同理解，甚至对程序问题的不同把握，都会阻却管辖权确定的唯一性。按照程序正义的要求，管辖权的确定对当事人而言至少应当具有确定性和可预期性。确定管辖权，主要依据“两便原则”，以及防止原告滥用诉权滋生事端而规定的“原告就被告”原则。

根据我国民事诉讼法的规定，在符合级别管辖和最高人民法院

指定集中管辖的前提下,知识产权民事诉讼应由被告住所地或者侵权行为地法院管辖。最高人民法院有关司法解释针对知识产权民事诉讼的特点,对知识产权民事诉讼的管辖做了更为明确的规定,使知识产权民事诉讼管辖的联结因素更加清晰。这不仅便利了当事人参加诉讼,也有利于人民法院查清案件事实,保障了案件审理的公正高效。

但是,随着近年来知识产权民事纠纷案件数量的迅猛增长,以及新类型知识产权纠纷案件不断涌现,知识产权民事诉讼管辖出现了一些新情况、新问题,对既有管辖确定原则形成了冲击和挑战,值得进一步研究。

第一节 网络侵权诉讼案件的管辖问题

网络空间及其所引发的管辖问题,将知识产权侵权诉讼的特殊性极大的凸现出来,亦对传统管辖权理论形成空前的冲击。网络侵权诉讼案件中,几乎都有关于管辖的争议。而分析这类案件的管辖问题必须首先明晰网络的特性及相关的理论,充分理解现行法律对网络案件管辖的立法原意,同时还需要总结国内外相关判例,以更好地指导实践。

(一) 网络对传统管辖权理论的挑战

互联网的发展不仅深刻影响着现代生活,同时也带来了网络空间的概念。人类在脚踏实地感受真切事物的同时,也不得不面对虚

幻而真实的另类空间。而且，网络空间的特性。

探讨网络侵权诉讼案件的管辖问题，不能回避对网络空间特性的理解；也正是由于网络空间的特殊存在，使得传统管辖权理论受到前所未有的挑战。

(1) 无国界、无边缘。互联网络作为信息的集合体和共享体，其超范围的存在是其强大的根源。网路上的一个计算机终端构成了网络的一个分子，可以与全球互通互联，没有国界，也看不到边缘。由此，传统管辖理论中地域性区分在网络空间中似乎显得力不从心。

(2) 客观存在。对网络虚拟空间的描述，仍然不能否认空间本身的现实存在。虽然不能触及空间本身，但是个体在网络中的所为是真实的，得到的互动也并非完全来自于自动化程序设计。因此，从根本上说，网络仅仅是人类交流的一种工具，其在网络空间的所作所为也仍然受到法律的规制。

第二，新理论对传统管辖权理论的否定与发展。

早在网络兴起初期，诸多学者就针对网络的特性提出了网络侵权诉讼案件中关于管辖权确定的新理论，突破了传统理论的固定模式，为管辖权理论的发展起到了积极的作用。

(1) 新主权理论。该理论认为，网络的非中心化倾向表现在每个网络用户只服从于他的网络服务提供商（ISP）的规则，ISP之间以技术手段、协议方式来协调和统一各自的规则。网络成员的冲突由ISP以仲裁者的身份来解决，并由ISP来执行裁决。新主权理论认为在网络空间中正形成一种全新的全球性市民社会，这一社会有其自己的组织形式、价值标准和规则，完全脱离于政府而拥有自治的权利。网络之外的法院的管辖当然也被否定。

(2) 管辖相对论。该理论强调网络空间的特有存在模式，认为

网络中所发生的问题应当在网络中解决,从而主张在网络空间建立完全不同于传统规则的新的管辖规则,并认为法院的判决亦可通过网络手段予以执行。

(3) 技术优先管辖论。该理论认为案件管辖应当建立在较高技术条件之上,技术应优先考虑,并在一定程度上摆脱地域的限制。其实,该理论根本之意即在于将涉及网络的案件在技术发达地区集中管辖。

(4) 取消侵权行为地作为识别因素的理论。该理论强调确定侵权行为地的困难,并认为从维护国际司法秩序的角度来看,应当取消侵权行为地这一识别因素,而仅应以被告的国籍或住所地及可执行标的所在地确定一国直接管辖的国际司法管辖权。就国内司法管辖权来看,侵权案件更是如此。

(5) 网址作为新的管辖基础论。此理论认为网址存在于网络空间中,它在网络中的位置是可以确定的,且在一定时间内具有相对的稳定性。网址受制于其 ISP 所在的管辖区域,是比较充分的关联因素。因此,网址应当成为新的管辖基础。

虽然上述理论均有一定的可取性,但在实务操作中还不能形成对传统管辖理论的根本突破,或者说上述理论并没有成为现行法律发展的方向。理论的探讨,无疑有助于立法的优化,但是,对具体案件的处理,仍然需要回归到现行法律框架处理模式。

(二) 现行法律对网络案件管辖确定的规制及反思

1. 现行法律的规制

关于网络侵权案件的管辖权问题,相关法律规范有《民事诉讼

法》第29条、第243条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第28条,以及最高人民法院有关网络著作权侵权和网络域名侵权的两个司法解释,即《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》和《关于审理涉及计算机网络域名民事侵权纠纷案件适用法律若干问题的解释》。

《民事诉讼法》第29条规定了“侵权纠纷由被告所在地和侵权行为地法院管辖”,第243条规定了“涉外侵权纠纷的被告在国内没有住所的由侵权行为地、可供扣押财产所在地以及被告代表机关所在地法院管辖”。《民事诉讼法若干问题的意见》第28条规定了“侵权行为地,包括侵权行为实施地、侵权结果发生地”。

上述法律规定是在国内尚未出现网络侵权纠纷时期颁布的,因此,关于侵权纠纷管辖的规定缺乏网络侵权案件的针对性,属于传统地域管辖的规定。

目前主要使用最高人民法院有关网络著作权侵权和网络域名侵权的两个司法解释。

《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2001]24号,自2001年7月24日起施行)第2条:“涉及域名的侵权纠纷案件,由侵权行为地或者被告住所地的中级人民法院管辖。对难以确定侵权行为地和被告住所地的,原告发现该域名的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。”

《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2006]11号,自2006年12月8日起施行)第1条:“网络著作权侵权纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络