



第十二卷

NUMBER TWELVE

中国方正出版社

2002年3月 北京

693

D913.04

724

知识产权研究

INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES

第十二卷

Number Twelve

唐广良

Tang Guangliang

主 编

Chief Editor

中国方正出版社

CHINESE FANGZHENG PUBLISHING HOUSE

2002.3

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权研究. 第 12 卷/唐广良主编. - 北京: 中国方正出版社, 2002.5

ISBN 7-80107-542-0

I. 知… II. 唐… III. 知识产权-研究-中国
IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 026844 号

知识产权研究 (第十二卷)

中国方正出版社出版发行 新华书店经销

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

(编辑部: 63099854 发行部: 83086654)

北京地质印刷厂印刷

开本: 850 × 1168 毫米 1/32 印张: 16.875 字数: 441 千字

2002 年 5 月第 1 版 2002 年 5 月北京第 1 次印刷

印数: 1—5000 册 定价: 25.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

前 言

曾经听我的一个学生说，有人给《知识产权研究》提意见，认为能够在其上发表文章的人太少，因而其几乎成了少数几个人的“俱乐部”。当时听到这种说法，我觉得有些委屈，因为这并不是我们的刻意安排。但事后想一想，提出这种意见的人，毕竟说出了一个不容否认的“事实”。基于对这一事实的认知，我们决定做些什么，以改变其可能已经给某些读者留下的“少数人俱乐部”的印象。为此，我们利用有限的资源，向可能为出版物赐稿的法官们、行政机关官员们、专家与学者们发出了明确而诚恳的约稿信号，希望他们给予全力支持。此外，我们还在新世纪已经出版的两卷本中尽可能地收纳了各种类型、来自各种渠道的稿件。为了配合新世纪第一年的整顿与规范市场经济秩序活动，第十一卷更是以一种“打假专辑”的面貌出现在读者面前，来自各方面的信息可谓一应俱全。

当然，作为主编，我也不可能单纯为了扩大每一卷中文稿的作者群而故意将原有的主要供稿人的稿件拒之门外。因此，读者差不多在每一卷上总能见到大家已经相当熟悉了的作者的墨迹，而且他们的文章可能还会被安排在比较靠前的位置。这不仅仅因为他们是我们的主要供稿人，还因为他们

的作品往往都是相关领域中具有相当代表性的成果。然而有一点可以肯定，随着参与知识产权问题深入研究的同行日渐增多，我们也希望有更多的新人脱颖而出，赶上甚至超过那些先行者。

不经意间，我们已经走入了新世纪的第二个年头。正如媒体广泛渲染的那样，新世纪的第一年是中国历史上少有的“大丰收”年。在这一年中，举国上下不断为迎面而来的喜事激动不已，但这些喜事并没有让人们忘记那一把把始终悬在我们头上的利剑——国际游戏规则。尤其是多哈会议上那一声锤响，让中国人既为多年的努力获得成功而欣喜，又为那些理不清头绪，但可能随时擦破我们头皮的国际游戏规则而心烦。而在众多的国际游戏规则中，知识产权保护方面的规则可能是近些年来最让我们寝食难安的东西。为之振臂呼号者有之，为之咬牙切齿者有之；为之笑逐颜开者有之，为之痛哭流涕者有之；因之发财者有之，因之破产者也不鲜见。中国的立法机关在一年多的时间里走完了专利法、商标法与著作权法三部法律的修改程序，也要在很大程度上归因于“入世”的需要。这些现象不能不让一些人发出疑问：中国自己到底需不需要知识产权法？因之，当国务院颁布了修订后的《计算机软件保护条例》，将对计算机软件的保护基本上提高到文字作品的保护水平时，许多人毫不留情地发出了不同的声音。

正如本人在第九卷“致读者”中所要表达的那样，《知识产权研究》不想成为赶时髦的街头读物，但对前沿性问题的关注始终是我们份内的话题。本卷截稿时正值中国知识产权法修改结束及成功“入世”的黄金季节；我们所收到的稿件中与此类话题相关者亦占多数。经过平衡，我们决定将《知

知识产权文丛》第七卷做成一个类似于《知识产权研究》第十一卷的专辑，主要登载由有关法院及法官们就“入世”后知识产权保护问题发表的见解。与此同时，《知识产权研究》第十二卷依然以平和的面孔奉献给读者。

本卷的前四篇稿件权作“应时”之作，主要涉及中国知识产权立法的修订及其与国际规则的衔接问题。年轻的烟台大学教师宋红松先生关于反不正当竞争法在知识产权法律体系中的地位与作用的论述颇具启发性。这次发表的文章是其在2001年10月28日由中国社会科学院知识产权中心与中国法学会知识产权法研究会联合举办的学术研讨会上发言的进一步完善。相信一定会对研究中国知识产权保护“制度”的同行有所裨益，同时也将有助于我们对某些知识产权“疑难案件”的分析与解决。

域名与商标关系的讨论似乎已经同互联网一起成为昨日黄花，不能再引起媒体的格外青睐，但对其中一些问题的研究却仍然具有理论的与现实的意义。发表郝玉强先生的文章，就是要提醒读者，因互联网及网络域名而引发的知识产权问题远远没有得到彻底解决，还需要我们共同的思考与讨论。相比之下，“网络实名”问题因发生在互联网“冬季”（其实本人并不同意这种说法）到来之际，没有像3、4年前的域名问题那样给人们带来强烈的刺激，但其中涉及的问题却要比域名更复杂；由此引发的权利冲突也将更加尖锐与敏感。好在中国互联网络信息中心已经从域名争议的解决机制中学到很多有用的策略，与其“通用网址”一道推出了相应的争议解决政策，从而为可能出现的权利冲突的解决准备了一定的工具。李祖明先生的文章从“保护”的角度探讨了网络实名可能涉及的法律问题，对于其他人的研究肯定会有帮助。

另外，我们在最近半年的时间里，连续收到数篇由在校硕士研究生与本科生发来的文章，而且其中大多是探讨生物技术、网络环境下的知识产权保护、计算机软件终端用户的法律责任等前沿问题的。这让我这个虽然年纪不大，但相对于这些知识产权研究领域的新秀而言还算得上“前辈”的人感到非常高兴。然而我却不得不向他们中的多数人表示遗憾，因为他们的稿件未能被收入我们的版面。说到原因，主要有这样两个：一是这些稿件的字数都比较少，至少在我们看来未能就文中提出的问题展开充分的论述，还不能形成对有关问题的一个较为完整的解决思路；二是文中援引的论据有相当一部分缺乏查证，显得非常不可靠。而这第二个原因恰恰是我们最为重视的。在此，本人特向那些有志于知识产权问题研究的新人提一个有一定难度的建议：当你依据某个国家的立法、政策、有法律效力的裁判，以及国际社会的某项措施而论证自己观点时，一定要亲自找到相应的文献，彻底搞明白之后再加引用；千万不要轻信某些已经出版的书籍或文章中的“说法”。之所以会有此建议，最直接的理由也有二：一是每个人在翻译外国语言文字时都不可避免地带有个人主观理解的色彩与表述方面的个人特点，如不对照原文，他人一般很难把握正确的文义；二是发达国家的法律、政策文件被修改的频率非常高；你从他人的书或文章中转引的法条很有可能已经不存在，或者其中的规则已经被修改。同样作为一个研究人员，我个人的要求是：凡文中引用的规范性论据，至少在交稿时不应当是过时的。只有做到这一点，才能保证一份研究成果有一定的价值。

唐广良

2002年3月

目 录

【学术新视点】

从“入世”及法学研究角度看中国两部法 的修改	郑成思	(1)
中国著作权法修订的几个问题	唐广良	(17)
专利法修改中的几个问题	张耀明	(29)
外形商标保护中的功能性和显著性	黄 晖	(53)
论反不正当竞争法在知识产权法体系中 的地位	宋红松	(70)
论域名和商标的关系	郝玉强	(86)
网络实名及相关的法律问题	李祖明	(101)

【他山之石】

当今世界信息产业面临的知识产权问题 ...	彭多顿	(121)
集成电路之国际知识产权保护	潘国雄	(192)
开放的代码 开放的社会	劳伦斯·莱斯格	(226)

【实践的反思】

中国知识产权案件的审理与裁判	周 林	(259)
北京建业工程设计软件研究院诉建设部		

城市建设研究院、北京百盛轻工 发展有限公司	郝晓锋 等 (283)
--------------------------------	-------------

【外国法译评】

欧盟“版权指令”述评	李明德 (327)
西班牙知识产权法	周 林 译 (366)
日本商标法的特点	杨和义 (454)

CONTENT

[NEW PERSPECTIVES]

- Considerations about the Amendments of Trademark
and Copyright Laws *Zheng Chengsi* (1)
- An Introduction to Copyright Law Amendment
..... *Tang Guangliang* (17)
- Several Issues on the Amendment of Patent Law
..... *Zhang Yaoming* (29)
- Functionality and Distinctiveness in Protection
of Shape Mark *Huang Hui* (53)
- Importance of Unfair Competition Law in
Intellectual Property System *Song Hongsong* (70)
- Relations between Domain Name and Trade mark
..... *Hao Yuqiang* (86)
- Real Names and Related Legal Issues *Li Zuming* (101)

[VIEWPOINTS FROM OTHER AREAS]

- Intellectual Property Problems Faced by Contemporary
World Information Industry *Michael D Pendleton* (121)
- International Protection of Integrated Circuits

.....	<i>K H Pun</i>	(192)
Open Code and Open Societies	<i>Lawrence Lessig</i>	(226)

[ABOUT JUDICIAL PRACTICE]

Trial and Judgement of Intellectual Property Cases in China	<i>Zhou Lin</i>	(259)
Beijing Jianye Institute of Engineering, Design & Software v. City Construction Research Institute of the National Construction Ministry, Beijing Baisheng Qingong Development Co. Ltd.	<i>Hao Xiaofeng</i>	(283)

[TRANSLATION AND INTRODUCTION]

The Copyright Protection in the Internet: A Comment on the E. U. Copyright Directive	<i>Li Mingde</i>	(327)
Intellectual Property Law of Spain	<i>Zhou Lin</i>	(366)
Japanese Trademark Law	<i>Yang Heyi</i>	(454)

【学术新视点】

从“入世”及法学研究角度看 中国两部法的修改

郑成思

Considerations about the Amendments of Trademark and Copyright Laws

Zheng chengsi

一、《商标法》

在中国正式成为世贸组织成员前夕，中国人大常委会于 2001 年 10 月 27 日通过了又一次《商标法》修正案。人们（特别是中国的企业）如果能够通过对修正案中重要修改内容的关注和了解，进一步增强商标意识，对于适应“入世”后的新环境，将是不无益处的。

商品贸易、服务贸易与知识产权保护，是世贸组织的三大支柱。而无论商品贸易还是服务贸易中，都充满了知识产权保护问题。

就商品贸易而言，一切来自合法渠道的商品，都有自身商标的保护问题。商品的包装、装潢设计、促销商品的广告（包括广告画、广告词、广告影视等）都有版权保护问题。销售渠道畅通的新商品，一般都有专利或商业秘密的含量作支撑。来自非法渠道的商品则大都有假冒商标及盗版等问题。在服务贸易中，服务商标的保护及为提供服务所作广告的版权问题，与商品贸易是相同的。不同的是：在跨境服务中，特别是在网络服务中，一个企业在本国作广告，可能侵害外国企业在外国享有的商标权。因为网络的特点是无国界传输，商标权的特点却是地域性。这种特别的侵权纠纷，在有形货物买卖中是不可能出现的。

在过去，中国已有的各知识产权单行法，与世贸组织的差距最大的，应属商标法。这一问题已经随“入世”前的商标法修订而解决。

“入世”后，更广泛的商品跨国流通与服务的市场准入，是双向的。故中国企业进一步了解商标、了解商标法，制定正确的商标战略，对于在国内外增强自己的竞争力，不断发展自己，就非常重要了。

对于可以获得注册、从而享有商标权的标识，法律要求其具有“识别性”。如果用“牛奶”作为袋装奶商品的商标，消费者就无法把这种袋装奶与其他厂家生产的其他袋装奶区分开，这就叫没有识别性。而只有用“三元”、“蒙牛”、“帕玛拉特”等等这些具有识别性的标识，才能把来自不同厂家的相同商品区分开，这正是商标的主要功能。

在我国颁布了几部知识产权法之后的相当长时间里，许多人对商标的重视程度，远远低于其他知识产权。在理论上，有的人认为商标只有标示性作用，似乎不是什么知识产权。在实践中，有的人认为创名牌，只是高新技术产业的事，初级产品（诸如矿砂、粮食等等）的经营根本用不着商标。实际上，一个商标，从权利人选择标识起，就不断有创造性的智力劳动投入。其后商标信誉的不断提高，也主要靠经营者的营销

方法及为提高质量与更新产品而投入的技术含量等等，这些都是创造性劳动成果。发达国家的初级产品，几乎无例外地都带有商标在市场上出现。因为他们都明白：在经营着有形货物的同时，自己的无形财产——商标权也会不断增值。一旦自己的有形货物全部丧失（例如遇到海损、遇到天灾等不可抗力、遇到金融危机等商业风险），至少自己的商标仍有价值。世贸组织的知识产权协议第 21 条规定商标可以离开企业的经营做有偿转让，正是国际条约对商标离开“标识”功能仍旧有价值的肯定。有人曾认为，如果一个企业倒闭了，它的商标就会一钱不值。实际上，企业倒闭后，商标还相当值钱的例子很多。例如 1998 年 3 月，广州照相机厂倒闭，评估公司给该厂的“珠江”商标估了 4000 元人民币，还有人喊评高了。而当月的拍卖会上，该商标却卖出了 39.5 万元！1999 年 11 月，上海景福针织厂破产后，原该厂的“飞马商标”，则拍卖出 310 万元！很明显，企业多年靠智力劳动投入到商标中的信誉，决不会因一时经营失误（或因其他未可预料的故事）、企业倒闭而立即完全丧失。可见，提高我国经营者（尤其是大量初级产品的经营者）的商标意识，对发展我国经济是非常重要的。

这次《商标法》修正案，我认为至少有下面几个问题值得重视或值得继续研究。

1. “地理标志”保护的增加

这种保护过去于中国商标法中完全不存在，所以人们首先应知道它“是什么”。

“地理标志”是世贸组织的知识产权协议中提出应予保护的一种商业标记，它又称“原产地标志”。原产地问题，倒不是乌拉圭回合才提出的。因为它标示的是产品，所以在仅仅调整国际商品贸易的关贸总协定一产生时，就应当涉及原产地问题。

世贸组织协议中讲的原产地标志，是从它含有的无形产权的意义上

讲的。尤其对于酒类产品，原产地标志有着重要的经济意义，因此有时表现出一种实在的“财产权”。设想黑龙江某厂产的啤酒，如果加注“青岛啤酒”的标签，将会给该厂带来多大的本不应得到的利润！协议总的讲是禁止将原产地名称作商标使用的。但如果在使用中产生了“第二含义”并已经善意取得了这种标记的商标的注册，又不会在公众中引起误解的，则可以不撤销其注册，不禁止其使用。我国的“茅台”酒、“泸州”老窖，等等，均属于这种善意而又不至于引起混淆的“原产地名称”型商标。1991年，瑞士最高法院也确认过瑞士的“瓦尔司”（瑞士地名）牌矿泉水的商标可以合法地继续使用。

世贸组织的知识产权协议在第22条中，讲明了什么是“地理标志”。它可能包含国名（例如“法国白葡萄酒”）、也可能包含一国之内的地区名（例如“新疆库尔勒香梨”），还可能包含一地区内的更小的地方名（例如“景德镇瓷器”）。只要有关商品或服务与该地（无论大小）这个“来源”，在质量、声誉或特征上密切相关，这种地理名称就构成了应予保护的“地理标志”。这种标志与一般的商品“制造国”落款（有人称之为产地标志或者货源标志）有所不同。制造国落款一般与商品特性或质量并无关系。日本索尼公司的集成电路板，如果是其在新加坡的子公司造的，可能落上“新加坡制造”字样。这并不是应予保护的“地理标志”。过去我国有的行政部门曾在其部门规章中，把这二者弄混了，把“Made in China”当作了“地理标志”。当然，也并不是说，凡是国名就统统只可能是制造国落款（产地标志）的组成部分。知识产权协议第22条放在首位的，正是以国名构成的地理标志。“地理标志”有时可以涵盖制造国标记，但反过来用货源标记涵盖地理标志却不行。

2001年《商标法》修正案在第三条及其后一些条款中，增加了对地理标志的保护。不过，该法第三条使用了“原产地”标志，随后的条文中却使用了“地理标志”。虽说这二者可视为同义语，但极少有在立法中不加说明而同时使用两个术语去指同一个内容的（注意：《著作权法》

对于“版权”即“著作权”，则是有明文指出的)。由于增加了这一保护客体本身是意义重大的，所以立法技术上本来可以避免的缺憾，就可不去深究了。

在美国等一大批国家，地理标志是通过“证明商标”或（和）集体商标的形式去保护的。我国目前对此仅采用了证明商标形式。

地理标志有可能成为我国知识产权中的“长项”之一，而不像专利、驰名商标等，在很长时间内将一直是我们的“短项”。所以如何更好地利用对地理标志的保护在国际竞争中“扬长避短”，是有关企业可以研究的一个问题。

2. “驰名商标”保护的增加

早在我国 1985 年参加的《巴黎公约》中，已经要求成员国对驰名商标给予特殊保护。世贸组织的知识产权协议，则把这种特殊保护从商品扩大到服务，从相同或类似的商品与服务，扩大到不相同、不类似的商品与服务。

在侵权认定时，如果原告是驰名商标的所有人，则行政执法或司法机关判定被告与其商标“近似”的可能性就大一些。在德国，甚至曾判定日本的“三菱”商标与德国的“奔驰”商标相近似。主要因为“奔驰”是驰名商标。这是对驰名商标的一种特殊保护。在欧洲法院九十年代中后期裁决的“佳能”（Canon）“彪马”（Puma）等案件中，也都是首先认定有关商标是否驰名，然后再来看争议商标标识本身是否近似或所涉商品是否类似。

我国过去去行政规章中，确有对驰名商标的特殊保护，但没有提高到法律、法规的层次，所以在遇到须首先认定商标是否驰名的侵权纠纷中，往往使法院无所适从。现在法律不仅规定了对驰名商标的特殊保护，而且列出了一部分国外已通行多年的认定时应予考虑的因素。这样，不仅更加有助于行政机关“依法行政”，而且有助于法院对驰名商标的司法保护，从而，有助于鼓励我国企业的“名牌战略”。

3. 对“在先权”保护的突出

世贸组织的知识产权协议在第 16 条 1 款中,把“不得损害已有的在先权”,作为获得注册乃至使用商标的条件之一。

在协议没有明确包括哪些权利可以对抗注册商标的“在先权”。但在巴黎公约的修订过程中,在一些非政府间工业产权国际组织的讨论中以及在 WIPO 的示范法中,比较一致的意见,认为至少应包括下面这些权利:

- (1) 已经受保护的厂商名称权(亦称“商号权”);
- (2) 已经受保护的工业品外观设计专有权;
- (3) 版权;
- (4) 已受保护的地理标志权;
- (5) 姓名权;
- (6) 肖像权;
- (7) 商品化权。

中国商标法实施细则在 1993 年修改之后,已经把“在先权”这一概念引入了当时该细则第 25 条之中,但(除了应当细化之外)与 Trips 的差距主要在于中国的商标法及施国则均强调了行为人的“主观状态”。如果行为人不是“以欺骗手段或其他不正当手段取得注册的”,那么任何在先权人就都无能为力了。实际上,至少对于版权、外观设计权、肖像权等在先权来讲,不应强调在后者的主观状态。Trips 协议就并没有把在后申请者的主观状态作为保护在先权的前提或要件。

在 2001 年的《商标法》修正案中,两处分别规定了对在先权的保护,同时删除了把行为人的主观条件作为认定是否侵害在先权的前提。这与 2000 年同属工业产权领域《专利法》修正案中对在先权的保护相对应了,同时也符合了世贸组织的要求。

4. 禁止“未经许可,更换他人注册商标”

未经许可而以他人商标来标示自己的商品或服务,是一般称的“商