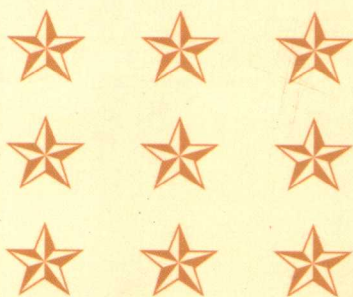


**Intellectual
Property
Theory and Practice**

知识产权 理论与实践

杨忻 李淼 主编



电子工业出版社
PUBLISHING HOUSE OF ELECTRONICS INDUSTRY
<http://www.phei.com.cn>



知识产权理论与实践

Intellectual Property Theory and Practice

杨 忻 李 森 主 编

電子工業出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京 • BEIJING

内容简介

国际贸易间关税壁垒和技术壁垒正逐步被打破,知识产权问题也已成为国际贸易间的焦点而备受关注。本书对 WTO 框架内国际国内知识产权法律进行剖析解读,并以典型案例为模型,力图“寓法于案,以案释法”,以期达到为司法实践所借鉴,并增强企业规避侵权、以法维权能力之目的。

本书适宜知识产权研究人员、司法审判机构参考借鉴,也可以作为国内广大企事业单位以法维权或应诉抗辩的实战操作工具。

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究。

图书在版编目(CIP)数据

知识产权理论与实践/杨忻,李森主编. —北京:电子工业出版社, 2004.10

ISBN 7-121-00366-X

I. 知… II. ①杨… ②李… III. 知识产权法—研究 IV D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 094866 号

责任编辑:刘露明 韩丽娜 特约编辑:吴金环

印刷:北京大中印刷厂

出版发行:电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

经销:各地新华书店

开本:787×980 1/16 印张:22.75 字数:540 千字

印次:2004 年 10 月第 1 次印刷

定价:36.00 元

凡购买电子工业出版社的图书,如有缺损问题,请向购买书店调换。若书店售缺,请与本社发行部联系。联系电话:(010) 68279077。质量投诉请发邮件至 zlts@phei.com.cn, 盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

副主编名单

(按姓氏汉语拼音排列)

曹 竞

杜海云

李菊梅

李 雪

娄红霞

朱 霞

编委名单

(按姓氏汉语拼音排列)

李 金

刘金霞

田海燕

王新利

张国银

张小兵

郑 琳



序

我国加入 WTO 近 3 年来,积极参与世界经济一体化的推进和发展,努力开拓国际市场,认真履行入世承诺,在维护和促进国际贸易公平、自由和协调发展方面发挥着越来越重要的作用。

知识产权贸易是世界经济贸易的重要组成部分,它与货物贸易、服务贸易共同构成世界贸易组织的 3 大支柱。随着全球经济一体化的不断推进和发展,关税壁垒和技术壁垒逐渐被拆除或淡化,而知识产权问题则成为国际经济贸易间,尤其是发展中国家与发达国家之间备受关注的热点。我国是发展中国家,在知识产权方面与其他发展中国家一样,在国际上处于弱势地位。在国际贸易,特别是技术引进、货物出口以及技术研发上,都受到发达国家知识产权的极大制约。我国入世短短的 3 年,由于对国际知识产权保护规则的不熟悉或应对经验不足,侵权国际纠纷频频发生,使我国一些企业蒙受了惨重的经济损失,知识产权越来越成为我们不可承受之重。因此,加强对以知识经济为主流的国际经济贸易背景下的知识产权保护研究,已变得十分必要和紧迫。

本书作者杨忻等同志,多年致力于知识产权的研究与探索,多次深入企业和司法部门实地调研,并在此基础上撰写和发表了大量学术论文和调研报告,有些成果已成功地指导了企业和外贸部门规避侵权诉讼或维护自己的合法权益。

去年 3 月份,杨忻同志对我谈起准备牵头组织一些研究人员将有关研究成果结集付梓的想法,我给予了肯定和鼓励。一年后的今天书稿杀青,可见作者倾注了极大心血。综观此书,有以下 5 个特点:

第一,理论与实践并重,互为支撑。全书理论探讨与司法实践基本各半,兼顾了研究与应用。尤其对于知识产权法这种实践性较强的实体法,这种均衡安排无疑是适当的。

第二,理论重剖析,实践重案例,二者有机融合,易读易学。作者对各种知识产权法的理论不做条框陈列,而注重立法原则、立法目的以及关键条款的分析,使人们在法理的理解上具有较大的自由认识空间;对司法实践部分则侧重典型案例的剖析,并辅之以简要评论,使读者能从个案的解析中加深理解,达到举一反三的效果。

第三,以比代议,突出变化,条理清晰。作者在解析知识产权法的发展变化时,立足新形势、

新法规、新发展,将国内外有关最新知识产权法律法规的传承来源、修立背景等进行比较分析,便于大家对新法规修立的关键与核心能够系统了解,从而科学准确地把握国内外知识产权保护的发展趋势。

第四,以“理”为基,以“实”为用。本书对著作权、专利权、商标权以及商业秘密等知识产权法的客体,从法理和司法实践两个方面逐一解析评述,力求做到既有较宽覆盖面,又有较强的专指性。在内容编排上采用法理分析为基础,典型案例为示例的方法,寓法于案,以案释法,具有较强的指导性和实用性。

第五,内外并蓄,攻守兼容。本书紧密结合我国市场经济快速发展及我国加入 WTO 后出现的新情况,并以此为背景来编著。因此,其内容包括了国内与国际知识产权保护,有针对性地对二者的接轨与冲突做了全面评述,便于国内企业和具体权利实体运用知识产权法进行维权(攻)、规避侵权、应对国内国际侵权诉讼(守)。

当然,由于我国入世时间较短,国内知识产权保护水平与国际水平尚有一定差距,有关法律法规正在或尚待修订完善,因此,作者的有些观点或提法还不很成熟,甚至有值得商榷之处,但这些并不能否定本书的研究价值,而且目前国内此类著作尚不多见。所以,作者勇于探索的精神是值得鼓励的。我衷心希望作者继续努力,在知识产权保护领域取得更大成绩,为我国的知识产权保护事业做出更大贡献。

崔慕岳

郑州大学信息管理系教授

2004 年 5 月 28 日



编写说明

本书是以我国加入 WTO、国家积极推进知识产权战略和加强知识产权保护为背景，结合入世后国际国内知识产权保护的现状和问题而编著。作者将抽象的知识产权法律法规与司法实践有机结合，并力图通过典型案例分析来阐述知识产权法的规制原则、立法目的及法理内涵，即“寓法于案，以案释法”。本书的价值取向以“会用”、“实用”为直接目的，借此提高公众知识产权保护意识，增强我国企业规避侵权风险和应对侵权诉讼的能力，更好地参与国际市场竞争。本书既适于知识产权专业人员研究，也适合司法审判人员参考借鉴，更适合国内企事业单位依法维权和应诉抗辩实战操作。

本书是一项集体研究成果，由河南焦作大学、河南理工大学和河南焦作师专等院校有关研究人员联合编著。全书由杨忻同志策划、设计并最后审定。在本书编写过程中，得到了郑州大学崔慕岳、刘延章两位教授的热情指导和帮助，他们提出了许多建设性意见。崔慕岳教授为本书撰写了序言。

本书第 1 章为李金执笔；第 2 章及第 4 章的 4.1 和 4.2 节由王新利执笔；第 3 章由曹竞执笔；第 4 章的 4.3、4.4、4.5 和 4.6 节由朱霞执笔；第 5 章的 5.3、5.4、5.5 和 5.6 节由田海燕执笔；第 5 章的 5.1 和 5.2 节及第 6 章的 6.1 节由张小兵执笔；第 6 章 6.2、6.3 和 6.4 节由张国银执笔；第 6 章的 6.5、6.6、6.7 和 6.8 节由郑琳执笔；第 7 章由李森执笔；第 8 章由杨忻执笔；第 9 章由娄红霞执笔；第 10 章的 10.3、10.4、10.5、10.6 和 10.7 节由李菊梅执笔；第 11 章由李雪执笔；第 12 章由刘金霞执笔；第 13 章及第 10 章的 10.1 和 10.2 节由杜海云执笔。

知识产权保护是一个复杂的问题，知识产权法作为一种操作实践很强的实体法，其发展具有较强的时代色彩。当前，各国都在为适应《TRIPS 协议》修订和完善国内知识产权法，并且对一些已经判决的纠纷案件仍有不同的理解或异议，因此，本书中的一些分析和评价不一定恰当和成熟，加之多人分章节撰写，虽经统稿，仍难免有疏漏。在编写过程中，作者参阅了大量中外资料，借鉴了许多中外网站的数据、案例，限于篇目，不能一一全部列举，敬请有关权利人谅解！由于作者水平有限，经验不足，书中不妥或谬误之处，敬请广大读者批评指正。

编者

2004 年 5 月 30 日



目 录

第1章 知识产权概述.....1	4.2 “中国制造”频遭国际侵权骚扰.....63
1.1 知识产权法的法律性质和特征.....1	4.3 对两起跨国案件的反思.....67
1.2 著作权.....5	4.4 OEM 中的知识产权问题.....72
1.3 工业产权.....16	4.5 对我国知识产权制度的审视.....76
第2章 解读知识产权法.....24	4.6 我国对外技术贸易的知识产权战略...79
2.1 利益平衡——知识产权的立法基础...24	第5章 著作权保护.....90
2.2 信息资源的公共获取与知识 产权利益平衡.....29	5.1 著作权侵权损害赔偿的原则 及赔偿范围.....90
2.3 WTO 与中国知识产权法律制度.....31	5.2 著作权合理使用制度.....93
2.4 《TRIPS 协议》的意义和影响.....34	5.3 网络环境中的著作权保护.....101
第3章 国际知识产权保护的新趋势.....37	5.4 从新旧条例比较看我国《计算机软 件保护条例》的主要内容及特点...104
3.1 《TRIPS 协议》对各类知识 产权的最低保护标准.....37	5.5 《TRIPS 协议》中著作权侵权的 归责原则及赔偿机制.....107
3.2 美国的《数字千年版权法》与 技术措施保护制度.....44	5.6 我国著作权的集体管理制度.....112
3.3 欧洲专利一体化.....50	第6章 著作权的发展与保护实践.....118
3.4 经济一体化下的知识产权平行 进口的法律规则.....54	6.1 我国《著作权法》与《TRIPS 协议》的接轨.....118
3.5 国外知识产权信息管理系统的 分析借鉴.....56	6.2 新东方学校试题侵权案件的分析...126
第4章 我国知识产权的现状分析.....61	6.3 数据库产权保护的司法实践.....133
4.1 我国知识产权保护存在的缺陷 与国际警惕.....61	6.4 出版物侵权的案例分析.....144
	6.5 网络著作权中复制与展览权 合理使用的实际适用.....148

6.6 从 Napster 案和 Grokster 案分析 网络音乐作品的著作权保护	152	10.3 专利文献的情报价值及其利用	271
6.7 数字图书馆侵权案评析	158	10.4 专利侵权诉讼中的抗辩	281
6.8 从乌苏里船歌案论民间文学 艺术的保护	161	10.5 国际专利战及其对策	284
第 7 章 商标权保护	166	10.6 专利产品的平行进口与专利 纠纷案件的管辖	290
7.1 商标基本知识	166	10.7 应对涉外专利侵权纠纷的和 解策略	295
7.2 商标权的法律特征及其权项构成	190	第 11 章 商业秘密保护	298
7.3 商标权的获得及灭失条件	193	11.1 商业秘密的概念和范围	298
7.4 商标侵权的行为认定	196	11.2 侵犯商业秘密罪的构成要件 和行为认定	302
7.5 商标与原产地标记	200	11.3 商业秘密的泄露与防范	307
第 8 章 商标权保护的发展与实践	203	11.4 企业应如何依法保护商业秘密	309
8.1 特殊商标与我国驰名商标的保护	203	11.5 商业秘密侵权诉讼	315
8.2 商标权的无效抗辩	210	11.6 合法获取商业秘密的主要途径	319
8.3 商标反向假冒的侵权行为	213	第 12 章 商业秘密保护的发展与实务	321
8.4 商标与原产地标记之争的 案例分析	217	12.1 《TRIPS 协议》与我国商业 秘密保护的发展与完善	321
8.5 欧盟平行进口规则的分析与启示	221	12.2 商业秘密侵权行为的新趋势	326
8.6 经济全球化商标权法律保护 的发展	225	12.3 商业秘密侵权诉讼中的特殊 抗辩	329
8.7 商标侵权的法律规避与风险预测	233	12.4 对两起商业秘密侵权诉讼案件 的分析研究	333
第 9 章 专利权保护	240	第 13 章 与美国知识产权贸易相关的 法律问题	338
9.1 专利权的保护范围及侵权救济	240	13.1 对美国出版作品涉及的有关 版权侵权行为“法”的分析	338
9.2 专利的侵权判定	242	13.2 与美国公司打交道时的利益 自保	341
9.3 专利权属纠纷的权属认定	246	13.3 美国知识产权法律关于工业 品外观设计保护范围的界定	344
9.4 专利强制许可制度	248	参考文献	355
9.5 专利申请文件的策划与撰写	251		
9.6 专利侵权诉讼的起诉和受理	260		
第 10 章 专利保护与开发利用	263		
10.1 专利失效的成因及开发利用	263		
10.2 国际技术转让的新特点及 企业的专利保护策略	267		



第 1 章 知识产权概述

1.1 知识产权法的法律性质和特征

1.1.1 法律性质

研究知识产权的法律性质时，首先必须明确知识产权客体的范围。因为法律特征是在确定了法律规范调整客体范围的基础上，将该范围内客体的特有征象和标志进行归纳总结，进而形成科学认识。不确定认识对象的范围，或者没有确定范围，或者不在同一范围内研究问题，就丧失了认识达成一致的基础。

1. 国际公约的规定

在国际公约中，有众多保护知识产权的条约、公约和协议，如《成立世界知识产权组织公约》、《与贸易有关的知识产权协议》（《TRIPS 协议》）等全球性协议 10 多个，还有众多的地区性协议，如《欧盟关于数据库的指令》等。这些协议、条约、议定书中有些规定了知识产权客体的范围，有些是对某一协议的补充或者实施的具体规定。规定有关于知识产权客体范围的公约、协议、协定体现了国际法的制定者对知识产权客体范围的认识，参加这些公约、协议、协定，体现了这些国家和地区对这些协议、协定、公约作为国际法的承认和表示遵循义务的表达。

关于规定知识产权客体范围的公约、协议、条约很多，如前面提到的《成立世界知识产权组织公约》等。1967 年在斯德哥尔摩签订的《成立世界知识产权组织公约》，在第二条“定义”规定：“‘知识产权’包括有关下列项目的权利：文学、艺术和科学作品，表演艺术家、录音和广播的演出，在人类一切活动领域内的发明，科学发现，外型设计，商标、服务标记，商号名称和牌号，制止不正当竞争，以及在工业、科学、文学或者艺术领域内其他一切来自知识活动的权利。”1886 年 9 月签订、1979 年 9 月修订的《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》（以下简称《伯尔尼公约》）规定：“适用本公约的国家为保护作者对其文学和艺术作品所享权利结成一個同盟。‘文学和艺术作品’一词包括文学、科学和艺术领域内的一切成果。”1971 年 7 月 24 日签订的《世界版权公约》规定：“缔约各国承允对文学、科学、艺术作品——包括文字、音乐、戏剧和电影作品，以及绘画、雕塑和雕刻——的作者及其

他版权所有者的权利，提供充分有效的保护。”1989年5月签订的《关于集成电路的知识产权条约》中规定：“‘集成电路’是指一种产品，它的最终形态或者中间形态，是将多个组件，其中至少有一个是源组件，和部分或者全部互联集成一块半导体材料之中和/或之上，以支持某种电子功能；‘布图设计（拓扑图）’是指集成电路中，多个组件，其中至少有一个是源组件，和其他部分或者全部集成电路互联的三位配置，或者是指为集成电路的制造而准备的图样的三位配置。每一缔约方有义务保证在领土内按照本条约对布图设计（拓扑图）给予知识产权保护。每一缔约方可自由通过布图设计（拓扑图）的专门法律或者通过关于版权、专利、实用新型、工业品外观设计、不正当竞争的法律，或者通过任何其他法律，或者任何上述法律的结合履行其按照本条约应承担的义务。”

1996年世界知识产权组织（World Intellectual Property Organization, WIPO）制定的《世界知识产权组织版权条约》明确将计算机程序作为作品，数据库只要由于其内容的选择或者编排构成智力创作，即予以保护。1967年7月14日修订的《保护工业产权巴黎公约》（以下简称《巴黎公约》）规定：“工业产权的保护对象有专利、实用新型、外观设计、商标、服务标记、厂商名称、货源标记或者原产地名称，和制止不正当竞争。”《发展中国家商标、厂商名称及禁止不正当竞争行为示范法》认为：“违反工业或者商业事务中诚实做法的任何竞争行为都是非法的。”同时，列举了具体的不正当竞争行为。1996年世界知识产权组织制定的《世界知识产权组织关于反不正当竞争的示范规定》，在第一条规定：“除第二条至第六条提及的行为和做法之外，凡在工商业活动中违反诚实的习惯做法的行为或者做法亦应构成不正当竞争的行为。适用于第一条至第六条应不依赖于并应补充任何保护发明、工业品外观设计、商标、文学和艺术作品及其他知识产权主题的立法规定。”在第二条至第六条分别规定如下不正当竞争行为：“对他人企业或其活动造成混淆”、“损害他人的商誉或名声”、“误导公众”、“损害他人企业或其活动的信用”、“关于秘密信息的不正当竞争”。

1995年生效的世界贸易组织（WTO）的《TRIPS协议》中关于知识产权的规定有：“版权和相关权利”、“商标”、“地理标志”、“工业设计”、“专利”、“集成电路布图（拓扑图）”、“对未披露信息的保护”。因《TRIPS协议》中规定有与《巴黎公约》等其他保护知识产权国际公约的关系，即承认了这些国际公约的有效性，因此，《TRIPS协议》涉及客体范围最广泛。因《TRIPS协议》的法律地位，可以认为，凡是参加WTO的成员在官方均承认知识产权的范围包括这些客体。此外的知识产权客体范围是不完全相同的。

2. 各国的规定

（1）法国

当今世界在立法中，以知识产权命名而制定独立法典的国家只有法国等极少数国家。法国制定了《知识产权法典》，在法国的知识产权法典中，包括“文学和艺术产权”、“工业产权”、“在海外领地及马约尔属地的适用”三部分。其中，第一部分包括“著作权”、“著作权之邻接权”、“关于著作权、邻接权及数据库制作者权的通则”。第二部分中包括“工业品外观设计”、“发明及技术知识的保护”、“制造、商业及服务商标”、“原产地名称”等。法国单独制定有《原产地名称保护法》。

（2）俄罗斯

俄罗斯于1994年通过的《俄罗斯联邦民法典》在第一部分第一编总则第三分编“民事权利的客

体”第六章“一般规定”第一百三十八条“知识产权”中规定：“在本法典和其他法律等规定的情况下和依照本法典及其他法律文件规定的程序，确认公民或法人对智力成果和与之相当的使法人个别化，使商品、产品能完成工程和服务特定化的手段（商业名称、商标、服务标志等）的专属权（知识产权）。第三人只有经权利人的同意方能使用作为专属权客体的智力活动成果和特定化手段。”第一百三十九条规定了“职务秘密和商业秘密”，第八章“非物质利益及其保护”中规定了对商业信誉的保护。在第二部分第四编“债的种类”中第五十四章专章规定“商业特许”。第三部分将规定著作权、发明权等知识产权。

（3）日本

2002 年日本制定的《知识财产基本法》规定：“本法中的‘知识财产’指发明、设计、植物的新品种、外观设计，著作物及其他由人的创造性活动产生出来的东西（包括发现或者阐明的自然规律或现象，有产业上利用的可能性），商标、商号及其他能用于表示企业活动的商品或者服务（包括其经营秘密和它在企业活动中有用的技术或者营业上的信息）。在本法中的‘知识产权’指通过专利权、实用新型权、品种权、外观设计权、著作权、商标权及其他相关知识财产，属于由法令规定的权利或者受法律保护的利益的权利。”

（4）中国

1986 年，我国制定的《民法通则》在“知识产权”内容中规定的客体有：著作权（版权）、专利权、商标权、发现权、发明权及其他科技成果权。我国现有保护知识产权的单行法律、法规有：《著作权法》、《专利法》、《商标法》、《反不正当竞争法》、《植物新品种保护条例》、《计算机软件保护条例》、《集成电路布图设计保护条例》、《特殊标志管理条例》、《知识产权海关保护条例》、《传统工艺美术保护条例》、《原产地域产品保护规定》等。我国台湾地区保护知识产权的立法有：《著作权法》、《专利法》、《商标法》、《营业秘密法》、《公平交易法》、《植物种苗法》等。

2002 年 12 月，第九届全国人大常委会第三十一次会议讨论的《中华人民共和国民法（草案）》共九编的内容中并无关于知识产权实体法的内容，仅在第九编“涉外民事关系的法律适用法”的第五章“知识产权”中规定了四条，从这四条的规定中可以看出，其关于知识产权的客体分为著作权、专利权、商标权、商业秘密及其他知识产权等。

3. 法律性质

由上述可见，各国或者各地区对于知识产权保护客体范围的界定各有差异。在明确保护客体的基础上，可以总结出知识产权法的法律性质如下：

第一，知识产权的保护对象是非物质性的信息。其表现为

- 是一种精神财富，具有永久存续性。
- 具有可复制性。
- 具有可广泛传播性。
- 可以同时被许多人使用。
- 不能用控制物质财产的方式控制。

第二，知识产权是对界权、支配权。

第三，知识产权可分地域取得和行使。

第四，知识产权具有可分授性。

1.1.2 特征

与有形财产权相比，知识产权的客体是无形的智力创造性成果，它是可以脱离所有者而存在的一种无形的信息，可以同时为多个主体所使用，也不会因多个主体的使用而使该项知识产权自身遭受损耗或者灭失。因此，与有形财产权相比，知识产权还具有以下特征：

- 财产权和人身权双重属性。
- 依法审查确认。
- 专有性或排他性。
- 地域性。
- 时间性。

事实上，对知识产权的法律特征的看法，众多专家学者仍存在分歧。一是对知识产权客体范围认识分歧。目前，除了著作权、专利权、商标权三种知识产权客体是公认的属于知识产权外，其他并无定论。同时，知识产权的保护对象正不断扩大，例如世界知识产权组织和联合国教科文组织积极推动并呼吁各国进行关于民族民间文化的保护，为此，有的国家各地区已经进行了立法，有的国家正酝酿制定关于保护民族民间文学艺术保护遗传资源等的法律；又如有的学者主张将创意和信息纳入知识产权法的保护范围。二是各种具体的知识产权客体共同性较少，通约性差，难以概括和总结。三是研究者对法律特征的理解是在不同的语义和语境下理解他人的观点，并证明自己观点的正确性。但几乎所有专家学者，把知识产权的专有性、时间性、地域性作为知识产权法的法律特征是一致的。

知识产权的专有性，是指知识产权的具体权利作为一种财产权是属于某一个权利主体所有。即知识产权的专有性是指具体权利的权利主体是特定的、惟一的。在物权中，尽管有共有制度的存在，但是根据一物一权的原则，一个物只有一个所有权，只有一个所有权人，与单独所有权不同的是这一个所有权有多个所有人共同享有而已。

知识产权的时间性是指具体的一项知识产权作为由某一特定主体享有的一项民事权利，其受到法律保护的时间有法律的明确规定，在法律保护期内，权利人享有排他的专有权利。超出这一期限，对该项知识产权的利用，他人可以无偿获取，对该项财产的支配由某一特定主体变化为不确定的主体。在属于知识产权一部分的商业秘密权在各国或者地区的法律中就没有时间的规定，即只要权利人的商业秘密未为他人知晓，构成商业秘密，法律就持续保护。因此，知识产权的时间性是其法律性质之一，而不是知识产权的特征。

知识产权的地域性是指包括专利权、商标权、著作权等知识产权的取得条件和程序、行使范围和方式、获得保护种类等因各国的规定有差异而不同。对于诸如专利、商标等需要经过法定程序审查和批准的工业产权来说，知识产权的地域性是比较明显的。但是，对于无须法定程序批准而自动获得的版权来说，其地域性也是同样存在的。具体而言，包括以下情形：

- 对哪种知识进行保护，对哪种知识不进行保护，各国存在差异。到目前为止，未能完全实现统一。
- 相同的一项知识产权，在不同的国家获得保护的条件和程序是不同的，即使都受到保护，例如，

如何取得专利权在不同的国家要求各不相同。尽管日本、美国、欧盟等世界经济发达国家和地区提出建议,并积极推动建立世界专利,但是,目前,也仅仅限于专利的审查。在专利和商标上实行先发明主义或先使用主义和先申请主义并存。一些国家在著作权的保护上实行自动保护原则,另一些国家则要求有一定的标志才给予保护。

- 在对知识产权的保护方式上,尽管世界主要国家都给予民事、刑事保护,但在具体的保护力度上各不相同。而且知识产权的地域性也是相对的。如在债权方面,除有名合同外,各国因合同之债的发展变化很快,而并未规定债权。

1.2 著作权

著作权,也称版权,是指文学、艺术和作品的作者依法所享有的权利。著作权通常有狭义和广义之分。狭义上的著作权,指作者依法享有的权利,包括著作人身权和著作财产权;广义的著作权除了狭义著作权规定以外,还包括著作邻接权,即作品传播者依法享有的权利,主要是艺术表演者、录音录像制品制作者和广播电视组织的权利。此外,我国《著作权法》还把图书、报刊出版者的权利,也归入著作邻接权的范围之内。

按照《民法通则》的规定,著作权属于民事权利,是知识产权的组成部分。著作权作为一种财产权,其法律性质和特征既不同于作为普通财产权的物权和债权,也和作为知识产权的另一部分的工业产权有区别。

1.2.1 我国《著作权法》的法律依据和基本原则

《著作权法》的基本原则是《宪法》的基本原则与《著作权法》立法宗旨相结合产生的关于著作权立法的总的指导准则。它既体现统治阶级的意志,又反映著作权保护的规律,也是著作权立法思想的具体表现。

1. 我国《著作权法》的法律依据

《著作权法》法律渊源是指著作权法表现为何种法律文件形式,即确定调整著作权法律关系时依据的法律规范。我国《著作权法》的法律依据主要有如下七种。

(1) 宪法、基本法

我国《宪法》是由全国人民代表大会通过的规定我国社会制度、国家制度的基本原则,国家机关的组织和活动的基本原则以及公民的基本权利、义务等重要内容的根本大法,具有最高法律效力,也是制定其他法律依据。《著作权法》第一条明确规定:“根据宪法制定本法。”《宪法》作为主要法律依据,要求在调整著作权关系时,一切法律形式均不得做出与《宪法》相抵触的规定。我国《宪法》规定公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。第四十七条规定,“国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民有益于人民的创造性工作给予鼓励和帮助。”以及第二十条规定,“国家发展自然科学和社会科学事业,普及科学和技术知识,奖励科学研究成果和技术发明创造。”这些内容既是《著作权法》的法律基础,也为我们认定著作权主体、客体、规定作者的权利内容、限制作者专有权提供了法律依据。制定《著作权法》的规范性文件时,不得与基本

法相抵触。

(2) 全国人大及其常委会依立法程序制定和颁布的规范性文件

这些文件的法律地位仅次于《宪法》，通常规定社会生活中某些基本的和主要方面的社会关系，它是制定从属性法规的依据。法律中关于著作权的内容是我国《著作权法》的重要依据。如我国《著作权法》第十九条规定：“著作权属于公民的，公民死亡后，其作品的使用权和获得报酬权在本法规定的保护期内，依照继承法的规定转移。”我国《继承法》第三条规定：“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括……公民的著作权。”在该法中有多处涉及著作权关系的，这也是我国《著作权法》的依据。在著作权法律关系中涉及的许多法律如《专利法》、《合同法》、《所得税法》、《婚姻法》、《保密法》、《商标法》、《反不正当竞争法》、《继承法》等法律中，涉及著作权法律关系部分，都是《著作权法》的重要依据。

(3) 国务院制定的法规、决定、命令

国务院根据有关法律或全国人大常委会的授权，可以制定行政法规、发布决定和命令，其中涉及著作权的，是《著作权法》的重要组成部分，如《计算机软件保护条例》。

(4) 国务院所属各部委的命令、指示、规章

国务院所属的部、委、局依据法律或国务院的法规、决定或命令，在其职权范围内可以发布命令、指示、规章、条例，其中涉及著作权方面的，是《著作权法》的具体表现形式。如国家版权局根据《著作权法》第五十四条规定制定的《中华人民共和国著作权法实施条例》、原机电部发布的《计算机软件著作权登记办法》、国家版权局发布的《图书出版合同格式》、《关于稿酬的暂行规定》以及文化部《图书期刊版权保护试行条例》等。

(5) 最高人民法院所做的司法解释和具有指导性的指示

省、市、自治区人民代表大会常委会和县级以上各级人民代表大会以及人民政府发布的决议和命令中涉及著作权的，也是《著作权法》的表现形式。

(6) 国家政策及经国家认可的习惯

例如国家的宗教政策、民族政策涉及著作权的部分也成为《著作权法》的表现形式。同时，国家认可的习惯，也具有约束力，尤其是在著述活动中要尊重少数民族的风俗与习惯。

(7) 中国加入的国际公约

中国申明加入的国际公约涉及著作权部分的应看成是我国《著作权法》的表现形式之一。我国已正式申明加入《伯尔尼公约》和《世界版权公约》。这两个国际版权公约对我国公民、法人、非法人单位都有约束力。根据中华人民共和国国务院第105号令，《实施国际著作权条约的规定》自1992年9月30日起施行。

2. 我国《著作权法》的基本原则

我国《著作权法》既保护著作权人的合法权益，又合理限制权利人专有权利的独占性。具体表现有以下几个基本原则。

(1) 保护创作者的专有权益原则

这个原则体现出“作者”是《著作权法》保护的核心。著述编译活动是艰苦的脑力创作劳动。不承认作者对自己作品的专有权益,将会造成任意抄袭、改编、出版、发行的局面。作者的劳动得不到尊重,就会丧失创作的积极性。因此,保护作者专有权益的原则,充分体现了《宪法》赋予公民的劳动权。

(2) 鼓励科学、文学、艺术创作原则

《著作权法》第一条明确规定:“鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设作品的创作。”为了鼓励作品的创作,《著作权法》规定了作者享有的一系列专有权益,并对侵犯他人著作权的行为也规定了一系列的补救措施。对创作者权益给予法律保护,鼓励作者创作更多的好作品是《著作权法》的又一根本目标。

(3) 鼓励作品传播的原则

作品创作完成,还须广泛传播才能实现其社会价值。作品的传播方式是多种多样的,例如论文在期刊上发表,著作印成图书,音乐作品被演唱录制,剧本被拍成电影、电视等。同时,作品的传播者在传播作品过程中要耗费大量的人力、物力和智力劳动,因而,传播者的权利也应受到法律保护。

(4) 促进社会文化发展的原则

文化建设是精神文明建设的一个重要方面。《著作权法》保护创作者的利益、传播者的利益,从根本上说是为了促进社会文化的发展。公民积极参与社会文化生活,分享人类共同的精神财富的权利也应受到保护。著作人在作品创作过程中,总是或多或少地利用了人类共同的精神财富,否则创作活动就成了无源之水。从上述意义上讲,作者的独占权利又与社会公众利用作品的权利发生矛盾。但是,我国公民是国家的主人,图书馆、文化单位利用作品又是为建设两个文明服务的,因此《著作权法》还要保护公众获得文化财富、接近文化成果的权利。这一原则着重体现在对作者权利限制上。《著作权法》规定了作者权利的保护期、合理使用等,而没有规定“阅读权”、“公共借阅权”等内容。

1.2.2 著作权的内容

创作者对自己创作的作品依法享有的权利可分为两类:人身权(Personal Rights)及财产权,也称之为精神权利(Moral Rights)及经济权利(Economic Rights)。由于各国立法传统不同,各国《著作权法》授予作者的权利内容也不相同。法德法系以精神权利为中心;而英美法系版权法在实践上则不保护作者的精神权利,有关精神权利的保护只好援引其他法律。我国《著作权法》认为作者的人格权要大于财产权,作品不是一般商品,是作者人格的延伸和反映,因而把精神权利放在首位。

1. 人身权

人身权也称人身非财产权,它是与人身不可分离而又没有直接经济内容的权益。包括姓名权、荣誉权、身份权等内容。著作权中的人身权是因为作者创作了特定的作品,具有作者身份才形成的精神权利。其主要权利内容有:

(1) 署名权

署名权的确切意义是法律确认作品署名人是作品的创作者,即表明作者身份权。其内容为作者有权在自己创作的作品原件或复制品上决定是否署名、署真名、笔名、艺名、别名或假名。

（2）发表权

发表权即“决定将作品是否公之于众的权利”（《著作权法》第十条第一款），其含义是只有作者才有权决定自己创作的作品是否发表，何时发表，以什么方式在什么地方发表。承认发表权是承认其他权利的基础。但法律也对发表权做了限制。一是设定保护期，在中国，署名权、修改权等人身权不受时间限制，而发表权的保护期为作者终身再加 50 年；二是行使发表权的限制，即在承认著作权转让合法的国家，如果转让的是尚未发表的作品，就规定受让人有权行使发表权。

（3）修改权

所谓修改，是指作品创作完成后，为作品增加一些新的部分或者删除一些旧的、过时的部分所进行的改动。许多国家的《著作权法》并未规定“修改权”而只规定“保持作品的完整权”。我国《著作权法》第十条第三款规定了“修改权，即修改或者授权他人修改作品的权利”。修改权暗示着两个方面的含义：一是作者有权修改自己的作品和禁止别人未经作者许可的修改；二是作者有权授予他人权利对作品进行修改。但在行使作者修改权和保护作品完整性权利时又做出了一定的限制。例如对于文字作品来说，为了教学的目的，对不统一的用语做一些必要的改动，比如为了建筑物的扩建、重建、修缮而对原设计作品进行必要的改动，为了使程序适应于不同的计算机或增加性能而对受保护的软件作品做必要的修改都是《著作权法》所允许的。

（4）收回权

即收回作品复制品的权利。作品发表后，作者如果有正当理由认为作品的进一步流传将会影响作者的名誉或造成不良后果，作者有权要求收回已发表的作品，要求停止出版、发表、表演、录制。但著作权人必须对出版发表单位赔偿一定的经济损失。做此声明的时间距出版日越短，支付的赔偿越高。如果作者行使这一权利损害了社会公共利益，著作权人也不得要求行使。对于合作作者，某个作者也不可单独行使这一权利。我国《著作权法》未开列这项内容。

2. 财产权

世界上任何一个保护著作权的国家，几乎无一例外地宣布保护作者的财产权。英美法系国家甚至以“财产权”为中心来进行著作权立法，英国版权法第一条开宗明义地说“版权是一财产权利”，美国等国家几乎都采用了这一立法思想。在我国，承认著作权人的财产权，是为了保护劳动者通过自己的合法劳动而获得的劳动成果。我国《著作权法》第十条明确规定著作财产权内容。我国著作财产权主要包含以下九种权利。

（1）复制权

复制权是著作权中最基本最重要的经济权利。著作权人对自己创作的作品有权决定是否复制或许可他人复制。复制权是一项专有权利，《著作权法》并不禁止所有未经许可的复制，法律往往对复制权进行一些限制，那些非商业性的，对销售市场并不产生影响的少量复制并不是著作权人控制的范围。

（2）表演权

表演权是著作权人对作品的公开再现的控制权。表演的形式主要有：音乐作品的演奏、演唱；根据舞谱的舞蹈演出；文学作品的朗诵；电影、电视、录像作品的公开播映，戏剧、曲艺的演出等。我