

入世后我国 知识产权法律 保护研究

蒋志培◎著



入世后我国知识产权 法律保护研究

蒋志培 著

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

入世后我国知识产权法律保护研究/蒋志培著

北京:中国人民大学出版社,2002

ISBN 7-300-03932-4/D·586

I. 入…

II. 蒋…

III. 知识产权法-研究-中国

IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 072560 号

入世后我国知识产权法律保护研究

蒋志培 著

出版发行:中国人民大学出版社

(北京中关村大街 31 号 邮编 100080)

邮购部:62515351 门市部 62514148

总编室:62511242 出版部 62511239

本社网址:www.crup.com.cn

人大教研网:www.ttrnet.com

经 销:新华书店

印 刷:北京东方圣雅印刷有限公司

开本:850×1168 毫米 1/32 印张:10.625

2002 年 11 月第 1 版 2002 年 11 月第 1 次印刷

字数:263 000

定价:18.00 元

(图书出现印装问题,本社负责调换)



目 录

导 言	1
一、知识经济与设立知识产权法律制度的必然	1
二、知识产权保护成果丰硕，但仍不适应时代与形势的要求	5
三、关于本书的写作与内容	8
第一章 知识产权法律保护概述	11
第一节 知识产权的概念与范围	11
一、学者的观点	11
二、两大法系的比较分析	16
三、作者的观点	18
第二节 知识产权制度的产生与发展	24
一、世界知识产权制度发展史的简要回顾	25
二、我国知识产权发展史的两说	27

	第三节 知识产权保护的含意和途径	30
第二章	论知识产权请求权	39
	第一节 问题的提出及请求权制度	39
	一、知识产权请求权问题的提出	39
	二、民法的请求权制度	40
	第二节 我国法律和司法实践确认的请求权	43
	一、我国民事法律对请求权的规定	43
	二、我国司法实践肯定的请求权	46
	第三节 知识产权请求权的概念和内容	47
	一、知识产权请求权的概念与特征	47
	二、知识产权请求权的内容	49
	第四节 知识产权请求权的行使	52
第三章	知识产权法侵权归责原则	56
	第一节 知识产权法归责原则的概念	57
	第二节 知识产权法定归责原则辨析	59
	第三节 世界贸易组织知识产权协议 (TRIPS 协议) 肯定的归责原则	64
	第四节 应当确立的知识产权法归责原则系统	70
	一、过错责任原则	70
	二、过错推定原则	71
	三、无过错责任原则和其适用的法律限定	73
	四、公平责任原则及其适用	74
第四章	侵犯知识产权民事责任的构成要件	79
	第一节 对侵犯知识产权行为的认定与侵权责任构成	79

一、对侵权行为的认定	79
二、侵权责任的构成要件	80
三、概念的混淆与入世后对知识产权 执法的质疑	81
四、笔者的释疑与观点	83
第二节 侵害知识产权的损害事实	86
一、损害事实的概念与特征	86
二、各类知识产权的损害事实	89
三、知识产权损害事实的鉴别	95
第三节 侵害知识产权行为的违法性	97
一、行为违法的概念及特征	98
二、行为违法的表现形式	98
三、行为违法的鉴别原则	99
第四节 侵害知识产权行为与损害后果的因果 关系	100
第五节 知识产权侵权行为人的主观过错	102
一、过错的概念和类别	102
二、侵害知识产权主观过错的掌握	103
第五章 侵犯知识产权行为的认定	109
第一节 认定知识产权侵权行为的法律标准	109
第二节 对侵犯著作权行为的认定	112
一、认定的法律依据和侵权行为产生的原因	112
二、著作权的权利内容	114
三、对一般作品侵权行为的认定	114
四、对计算机软件侵权行为的认定	118
第三节 侵犯商标权行为的认定	120
一、对侵犯注册商标权行为认定的过程	120

	二、近似商标的认定	123
	第四节 侵犯专利权行为的认定	126
	一、认定专利侵权行为的法律依据	126
	二、对专利权的间接侵权行为	130
	三、发明和实用新型专利侵权行为的认定	132
	四、对外观设计专利侵权行为的认定	137
第六章	知识产权侵权损害的赔偿	149
	第一节 知识产权侵权损害赔偿的含义	149
	第二节 知识产权侵权损害赔偿的原则	151
	一、全部赔偿原则	151
	二、法定标准赔偿原则	153
	三、法官斟酌裁量赔偿原则	157
	四、精神损害赔偿限制原则	158
	第三节 知识产权损害赔偿的范围	161
	第四节 知识产权损害赔偿的计算	163
	一、法律和司法解释规定的计算方法	163
	二、审判实践中适用的其他计算方法	164
	三、对知识产权中人身权的赔偿	167
	四、结论	167
第七章	网络环境下的知识产权保护	170
	第一节 网络环境下对著作权和邻接权的保护	171
	一、作品数字化和网络作品	175
	二、向公众传播权	179
	三、网络作品的合理使用、默示许可和转载	195
	四、网络著作权纠纷案件的法律适用	201
	五、网络邻接权的保护	203

	六、新修改的《著作权法》与最高人民法院司法解释对网络传播权的确认	209
第二节	网络域名与商标权争议	216
	一、网络域名与商标争议的来源	216
	二、域名与商标冲突及网络商标权纠纷的主体和纠纷类型	219
	三、涉及域名与商标争议的比较法研究	227
	四、驰名商标的网上保护	232
	五、处理网上商标侵权纠纷与域名争议的司法对策	235
	六、最高人民法院关于审理计算机网络域名纠纷案件的司法解释	240
第三节	网络环境下的不正当竞争	249
	一、网络域名注册市场服务的不正当竞争	250
	二、域名争议中的不正当竞争	253
	三、涉及网络假冒、虚假宣传等行为的 不正当竞争	264
	四、与网络技术有关的不正当竞争	269
第八章	入世后的我国知识产权法律保护机制	284
第一节	TRIPS 协议对知识产权保护的要求	285
	一、宗旨、目的与基本原则	285
	二、知识产权的最低保护标准	290
	三、对执法机制的要求	303
第二节	对完善我国知识产权法律保护机制 的建议	312
	一、立法的修改与完善	312
	二、加强司法保护	314

三、继续保持行政执法的威力和民事的救济功能，同时保障当事人对行政终局决定司法复审的权利	315
四、建立中央权威、高效、统一、精简的知识产权法律保护协调机构	315
五、发挥社会集体管理组织的作用，加强全社会知识产权保护意识的培养	316
主要参考书目	323
作者后记	329



导 言

当今世界，以信息技术为主要标志的科技进步日新月异，高科技成果向现实生产力的转化越来越快，初见端倪的知识经济预示人类的经济社会生活将发生新的巨大变化。世界各国都在抓紧制定面向新世纪的发展战略，争先抢占科技、产业和经济的制高点。面对这个态势，我们必须顺应潮流，乘势而上。^①

面对我国已经加入世界贸易组织的形势，对照知识产权协议（TRIPS）“强制性”规定的要求，在权利保护范围、水平、执法措施等诸方面，我国对知识产权的法律保护面临挑战。如果对这些问题的处理不好，知识产权执法领域会成为入世后发生贸易争端的由头。

一、知识经济与设立知识产权法律制度的必然

近几十年来，世界科学技术的迅猛发展和扩张，改变了世界

经济形态和发展进程。人类正从传统的以资本、劳动力、土地等为生产要素的工业经济时代，走向新兴的以知识为核心生产要素的第三次经济革命的时代——知识经济时代。

从 20 世纪 80 年代以来，国际上已有经济学家提出了“新经济增长理论”，认为经济增长已从依靠资本积累转向依赖于知识积累与更新，知识已成为经济活动中最重要的生产要素，成为经济持续增长的关键。^②20 世纪 90 年代，联合国研究机构使用了“知识经济”的概念。1996 年经济合作与发展组织在其科学技术和产业发展展望报告中，提出“以知识为基础的经济（knowledge based economy）”是“直接建立在知识和信息的生产、分配和使用之上的经济”。美国政府 1997 年、世界银行 1998 年分别使用“知识经济”的概念，宣称当今世界正在进入知识经济时代。

人类社会经过了农业社会、工业社会，正在进入知识经济时代应当说是不争的事实。知识经济是继农业经济、工业经济后的一种新的社会经济形态。在农业社会中，土地是资本，人们主要从事农作物的耕种，以体力劳动为主，经济结构为自给自足的自然经济，商品经济不发达。在工业社会中，自然资源和货币是资本，生产力得到空前的发展，出现了蒸汽机和电力，机械动力开始替代一部分体力劳动，制造业和运输业随之发展，商品经济形成。在知识经济时代，并不排除其他经济形态的存在和发展，然而，知识却处于社会中心地位，智力资源将被视为财富和资本，人类以高技术产业为第一产业支柱，并以智力资源为首要依托，对现有的工农业和服务业进行改造。自 20 世纪 90 年代后期以来，美国等发达国家国民生产总值的 50% 是通过知识经济实现的。专家预言，随着全球信息高速公路的全面开通，技术知识对经济增长的贡献率，将可能由 20 世纪初的 5% ~ 20% 提高到 90%。

尽管我国工业化还没有完成，农业经济的比例还较大，但我国必须抓住机遇优先发展知识经济，不忽略发展工业经济和农业经济，形成农、工和知识经济协调发展的基本格局，实施有效的技术跨越。这是关系到提高我国综合国力，使社会主义祖国在新的世纪仍然屹立于世界东方的关键问题。

生产力的发展总是要求有与其相适应的生产关系，而作为生产关系的总和的一定的经济基础也总要求要有与其相适应的上层建筑。知识经济的发展必然要求建立与之相适应的法律制度，以保护新知识、新经济中蕴涵的先进生产力。正如对生产资料和生活资料的所有权以及它们为满足社会生活需要而必须进行市场交易形成的债权要受到法律的确认一样，人类脑力劳动所获得的非物质的知识形态产品等财富也必须受到法律的承认和保护。也正如民商法制度与商品经济、市场经济有着密切联系一样，知识产权法律制度与市场经济、知识经济也有着天然的联系。知识产权制度的建立和发展，是人类文明、社会进步和商品经济发展的必然结果。

知识经济发展的关键在于知识创新。正是因为有了知识创新，才使世界面貌发生了巨大的变化，也正是有赖于不断的、快速的知识创新，才能保证未来世界经济的持续发展。而知识产权制度就是鼓励知识创新、保护知识创新的法律制度。它是从产权的角度，赋予创新的权利人以一定时期的独占权，从而回收创新的高额投入和收益，以推动经济的发展。知识产权法律制度的建立，为“知识”走向“权利”提供了法律依据。它极大地发挥知识产权的价值，实现权利人利益的最大化，从而充分调动人们进行创新的积极性。同时知识经济注重对知识资源的占有、生产、利用和传播，而知识占有权利的确认、知识生产和流通秩序的维护和调整，以及对权利人专有权利与社会公共利益冲突的平衡，都有赖于知识产权法律的界定、规范和保护，从而保证最大限度

地发挥“知识”的价值，以满足人类社会发展的需要。

人类在 20 世纪后期取得了一系列的重大科技成果，尤其是计算机技术、生物技术、基因工程、信息科学、网络技术等，为全球进入知识经济时代奠定了坚实的物质基础，对知识产权法律制度带来了极其深刻的影响。新兴的技术成为知识产权法律制度不断发展的深厚基础和不息的动力。知识经济的兴盛和发展，不仅须臾离不开知识产权法律制度，而且随着它的深入发展将越来越依靠知识产权法律制度。有人说，没有知识产权法律保护，就没有当今的微软，比尔·盖茨也不可能成为世界首富。又如英国著名的格兰素制药公司，在 20 世纪 80 年代以其一种特效胃药每年创造 10 亿英镑的收入。当该药品的专利于 1997 年 7 月在美国的保护期届满后，不到半年时间该药品全球销售额迅速下降了 33%。^③日本一向以增加出口来维持经济的增长，而知识产权已成为其维持出口实力的“王牌”。美国 Amgen 生物技术公司资产评估总值为 150 亿美元，而其有形资产仅为 25 亿美元，这是由于该公司的两项专利垄断了畅销生物药品市场的缘故。相同的事例在世界、在我国比比皆是，其道理越来越被人们所感悟。这些都说明知识产权法律制度对科技创新、促进新兴生产力发展起着至关重要的作用。

在市场经济机制下，市场将对资源的配置起基础的能动作用。而资源的合理配置是社会经济健康、优化发展的根本前提。知识、智力成果的创造同样具有人力、财力和物资等资源的需求，同样需要资源的合理配置，其间市场仍旧起着最为关键的作用。特别耐人寻味的是，市场对知识生产资源的合理配置，主要通过知识产权法律制度才能得以实现。只有在此种制度下，知识成果特别是技术发明才能以文献形式迅速向社会公开，那些需要者就能在相关领域准确把握国内国际发展状况，从而创造高起点且避免重复劳动和资源浪费，在国际科技创新发展的大潮中抢时

间、争主动。而知识产权的权利人也不必担心自己的“知识庄稼”颗粒无收。

知识经济从本质上看是一种全球化的经济。世界经济的“一体化”趋势，也相应带来科学研究、发展的“全球化”。当今世界，任何一个国家经济发展所需要的知识、技术，都不可能全靠自己创造。这种状况既为知识经济的发展创造了条件，又是知识经济发展的一个突出表现。随着信息网络技术的发展，知识在世界范围内传播、扩散速度的大大加快，为各国获取知识成果、进行交流与合作提供了一个很好的机遇，各国间在科研人力、财力、设备等方面的相互依存也越来越强。同时知识产权贸易在国际商贸中所占比例越来越大。为了获取知识产权和开展合作交流，各国间都必须共同遵守的规则应运而生。知识产权国际公约、条约，各国国内知识产权立法，就是这样的规则；加上相应的执法机构，恰好构成了一种知识产权保护机制。作为发展中国家，除大力发展自我拥有知识产权的高新技术及产品外，从国外引进先进技术和外资，仍然是促进本国经济迅速发展的重要途径。此时的知识产权保护机制，正是我们借以沟通交流与促进知识产权贸易的正当渠道，也是保护自我知识产权，拓宽对外经贸发展领域，发展自主经济的有力保障。

总之，知识经济呼唤着知识产权法律制度的建立和完善，知识产权法律制度的建立和完善是知识经济发展的必然。

二、知识产权保护成果丰硕，但仍不适应时代与形势的要求

在知识产权法律制度中，对知识产权的保护是关键的核心环节，是其功能的主要方面。然而，知识产权法律制度设立的宗旨，绝不仅是对权利的保护。知识财产、智力成果从根本上说，应当属于全人类，社会的进步就是在智力成果的创造主体们不断互相学习、模仿的过程中发展的。知识产权的限制和对知识产权

的保护只不过是一种例外。同时，在满足权利人法律赋予权益的基础上，应当促使知识产权传播，为全社会服务，以达到促进社会发展、经济进步的最大利益。在此意义上讲，对知识产权的法律保护也正是为了追求社会公众整体的利益。

近二十年来，我国现代的知识产权法律制度正是借助改革的大潮，从这两个方面不断完善和发展起来的。对知识产权的法律保护，远不是“保护”二字所能涵盖得了的，连通常本领域内人们常说的“双轨制”^④也只是对知识产权法律保护的部分含义。我国对知识产权的保护应当包括六个方面的内容，即立法保护、行政保护、司法保护、社会集体管理组织保护、技术措施保护和当事人的自我救济保护。其中，首先和最重要的是立法保护。没有知识产权立法，就没有知识产权保护制度，就没有法律赋予当事人的知识产权。然而，在法律已经确定该项权利的前提下，执行法律又是至关重要的。人们遇有知识产权争议或者权利受到侵害时，又自然会想到判断是非曲直、给侵害该项权利者以法律制裁的司法者，即法院和法官。^⑤

知识产权是人们的一项民商事财产权利，属于人们私权的范畴。它的基本属性要求其最终要由在社会中具有普遍权威性且不偏不倚的仲裁者来保护。因知识产权而产生的法律关系，也要求代表社会正义的执法者去调整和维护，最终使其成为富有勃勃生机又秩序井然的一个领域。因此，在当今世界的知识产权领域中，通过法院和法官普遍和最终地解决各国的知识产权权属争议、制裁侵权行为，几乎是各国的通例。应当说，自制度构造言之，确保司法能够不受外在干预而独立判断，业已被民主社会视为有效的体制模式。

在市场经济条件下，在知识经济已见端倪的时代，我国经过改革开放二十多年的发展，已经进入了有史以来法制发展的最好时期。对知识产权进行法律保护的形势发生了巨大的变化，也为 21

世纪奠定了坚实的基础和开辟了良好的开端。在知识产权法学理论建设方面,经过学术界和实践部门等各方面人士的共同努力,有关理论已经发展起来,成为民商法学领域最为活跃的部分。

但是,对于一个历史上封建制昌盛、现代社会又惯于以行政手段来治理国家的社会来说,知识产权法律保护是从“行政保护”起步的。从司法机制本身来分析,无论是从其不受非法干预的独立性而言,还是就法官队伍的素质和水平而言,都还难以适应现代法制社会的要求。依法行政、司法公正,是人民群众普遍的呼声。

从总体上看,我国知识产权保护成果丰硕。面对时代新的挑战,我们应在以下方面多加注意:(1)面对我国加入世贸组织的形势,对照知识产权协议“强制性”规定的要求及我国新的知识产权法,在权利保护范围、水平、执法措施等各个方面积极改进。(2)当今世界高科技发展迅速,先进生产力的发展不断提出知识产权等新的法律问题,我国知识产权法律制度如不能应对和适应信息、生物工程、纳米等高科技的挑战,不但不会成为创新的“催化剂”,反而会制约先进科学技术的发明创造和推广应用。(3)我国正处于经济、政治体制改革和转型的过程中,经济和社会生活的多元化不但使社会迸发出无穷的能量,也会在增长的财富驱使下,产生淡漠法律和道德的倾向,会有人为追逐非法高额利润而疯狂地实施盗版、假冒等侵权乃至犯罪活动。这些活动与其他违法犯罪行为沆瀣一气,成为知识产权执法的严重挑战和履行知识产权协议的巨大压力。我国知识产权执法机制不能不面对挑战和承受压力。(4)居于知识产权立法、执法等活动指导地位的知识产权法理论尚不成熟,缺乏纵深、透彻、全面和具有中国特色的研究,还不能圆满及时地回答和解决立法、司法实践中提出的急迫的重要问题,也还不足以预见、把握国际知识产权制度的发展趋势,提出与国际先进理论相匹敌、相媲美,并为国际知

识产权法科学理论的完善和发展作出实质性贡献的成熟理论。当前最为迫切的，是为因应我国加入世贸组织知识产权立法和执法的挑战，从理论的高度清晰准确地提出立法与执法的指导和具体的实施方案，解决知识产权司法审判中不断提出的难题，建立充分有效的执法机制，以实现国际知识产权协议、国家法律要求的执法水平。本书的写作目的，即为达到前述目标献计献策，作出自己微薄的贡献。

三、关于本书的写作与内容

笔者在本书中，从研讨发生在法庭中的知识产权审判难题出发，尽力剖析入世后我国知识产权司法保护中的重大的适用法律问题，汲取众多知识产权专家的理论营养，总结法官们的智慧和丰富的审判经验，力求客观地点评我国知识产权审判中的一些案件。笔者在撰写本书的过程中，常常是带着当今社会司法实践中的问题投身于浩瀚的中、外理论和经验总结的大海探索，从中悟出道理，带着答案又回到生气勃勃、如火如荼的司法前线，并用逐步、不断深入的认识，借助笔者特殊的工作岗位，组织一场接一场开拓性的法律适用的“攻坚战”，或赢或败的“战绩”又指导、升华下一次的“战役”。就这样为设立和完善、发展知识产权侵权行为法理论，心甘情愿地耕耘着。繁重的审判任务使笔者几乎没有空闲，就挤睡眠时间，所写的东西也就像是“战地”文章，虽带点儿实践中新鲜的气息，但来不及精雕细琢。这也是笔者一次又一次向自我的冲击，也是笔者对我国知识产权保护制度所做的一点贡献。

本书通过对若干具体问题的研讨，试图构架知识产权侵权理论的框架，并对其侵权构成、归责原则、各类侵权行为认定、侵犯知识产权法律责任的设置、入世后我国知识产权执法水平的要求等主要内容大胆阐述自己的见解。特别对涉及计算机网络的知