

Fundamentals

法学原理研究系列

知识产权法 原理

Fundamentals
of Intellectual Property Law

曲三强 / 著

中国检察出版社

Fundamentals

法学原理研究系列

知识产权法 原理

**Fundamentals
of Intellectual Property Law**

曲三强/著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法原理 / 曲三强著. —北京: 中国检察出版社, 2004. 1
ISBN 7 - 80185 - 140 - 4

I. 知... II. 曲... III. 知识产权法 - 法的理论 - 中国 IV. D923. 401

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 094830 号

知识产权法原理

曲三强 著

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: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010) 68650017 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm × 960mm 16 开

印 张: 49.5 印张

字 数: 857 千字

版 次: 2004 年 1 月第一版 2004 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 140 - 4/D · 1129

定 价: 65.00 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

本著作的撰写得到
“北京大学创建世界一流大学计划”
的经费资助。

序

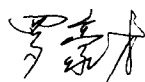
今年是北大知识产权学院成立十周年。作为该院董事会的一名董事，我参加了北大知识产权学院在9月28日举行的纪念活动。在纪念会上，我见到了许多知识产权界的专家学者，看到他们身体健康、精神饱满，感到十分高兴，更为知识产权学院在教学科研以及人才培养等方面取得的成就，感到兴奋不已。

曲三强同志是知识产权学的后起之秀。他是1977年高考制度恢复后，作为“文革”后第一批学生考入北京大学法律系的。在北大学习期间，他敏思好学，勤奋刻苦，成绩优秀。我先在北大法律系任系副主任，后担任学校副校长，都曾分管外事工作。在此期间，我先后推荐一大批学者、学生到国外去留学，曲三强同志就是其中的一位。经过五年的刻苦学习，他在澳大利亚墨尔本大学获得了博士学位。怀着一颗报效祖国的赤子之心，三强于2000年底回到北大执教，继续他的法学教育和研究生涯。回国三年以来，三强在学术研究方面取得了较大的成就。据我所知，由其本人独立完成的、由外文出版社于2002年出版的英文版COPYRIGHT IN CHINA一书，在海内外均产生了积极的影响。

无论是对西方国家还是对中国而言，知识产权都是一个重要的课题，而且是一个不断发展的课题。伴随着科技的进步和经济的发展，作为知识产权主要内容的无形资产在社会生活中所处的地位和所发挥的作用越来越重要。中国加入世贸组织之后，面临着如何与国际社会的基本规则接轨的问题，遵照国际法原则和惯例为知识产权提供法律保护是每个世贸组织成员不可推卸的责任。我们高

兴地看到，加入世贸组织两年多来，我国知识产权制度建设，特别是在立法和执法方面取得重大进展。目前，我国不仅已经基本建立起既与国际规则接轨，又适合我国国情的知识产权保护法律法规体系，而且初步形成了具有中国特色的保护模式。不过，应该承认，受中国特定历史和文化的影晌，我们在知识产权保护方面的经验还不够丰富，理论功底也比较薄弱，制度建设等方面还存在这样那样的问题，因此，加强这方面的学习和研究无疑具有十分重要的意义。

《知识产权法原理》一书，在掌握资料的基础上对知识保护的理论和法制建设作了深入系统的阐述，对建设具有中国特色的知识产权理论提出许多有价值的见解。我相信，该书的出版对推动我国知识产权保护事业的健康发展将会发挥积极的作用。在此，我也衷心地祝愿，中国的知识产权理论研究能够进一步深入，取得更大的发展。



二〇〇三年十一月

前 言

(代自序)

殚精竭虑三载有余的拙著就要付梓了，此时此刻，却有一种难言的情感萦绕心头，既喜且痛。1994年，在我的老师罗豪才教授的举荐之下，我获得了公派赴澳大利亚攻读博士学位的机会，也正是这次留学机会，改变了我的学术生涯。在此之前，我的专业领域主要是刑事法学，而赴澳之后我却将研究兴趣转向了知识产权法。2000年，我以一篇主题为知识产权侵权责任的论文顺利地通过了论文答辩，并获得了博士学位。从此以后，便踏上了知识产权教学与研究的不归之路。实现专业研究领域的转向并非易事，为此我付出了沉重的代价。有朋友开玩笑说我是一个“复合型人才”，因为刑事法学与民商法学之间确有相当大的距离。其实我自己心中最清楚：虽然已经有了一个知识产权专业的博士头衔，而事实上我对知识产权领域的认识还非常浅薄。

归国三年以来，我抓紧时间补充自己专业领域知识的不足，除阅读大量的中外文资料以外，还积极参加各种各样的学术活动，经常与本领域的其他同仁进行有益的交流，探讨一些有价值的问题。在此基础上，我开始陆续发表论文，并逐步建立自己的学术观点和理论。回首往事，自忖未尝虚度时光，本书的发表或可见证一斑。

读者可以从本书中发现这样几个特点：首先，该书是在中国加入世界贸易组织之后完成的一本著作，受时代背景的影响，其内容比较新颖，所引述的法律法规基本上都是经过

修改后的最新内容，其权威性不容置疑。其次，虽然该书仍旧延用本学科传统的排序方式，但是，在具体内容上却尽可能地不落俗套。第三，从篇幅上看，该书可以算得上鸿篇巨制，如果不是考虑到出版营销的需要，恐怕该书的篇幅还要长，因为已有部分内容在编辑过程中被删略了。第四，在结构形式上，采取了一种新的排列方式，以便利于读者阅读和使用。第五，也是最为重要的一点，就是在讨论问题和阐述观点时，作者尽量不受形式上的束缚，而致力于实事求是。

罗列这些特点并不意味本书已经甄于完美，而事实上，本书的缺憾还是非常明显的，这主要表现为：一方面，全书因过于强调周全而失于面面俱到，致使铺陈较多而略显臃肿；另一方面，某些论述尚欠推敲，因不够深思熟虑而略显粗糙。尽管如此，我仍希望本书能早日与读者见面，因为以读者为鉴，能够更快地发现不足，以期在未来修版时予以补救。

具有古代灿烂文明的中国，在近代所扮演的时代角色充满了悲怆的韵味，每当我回顾这一段历史时，总会产生一种不胜唏嘘的情怀。近代史上，大英帝国统治世界长达两百年之久，美国称霸全球亦逾半个世纪，21 世纪的中国真能再次崛起于东方，为世界文明的进步与繁荣再造辉煌吗？对此，西方人甚至表现得比中国人自己更有信心，或许是中国自己身临其境更能体会问题的复杂与艰巨，21 世纪的道路并非坦途一片，而是充满着荆棘与坎坷。

近代以来，随着资本主义在西方的兴起，整个世界逐渐分化成为两部分：先进的西方和落后的东方。前者已跨入资本主义时代，后者仍停留在封建时代（甚至还有停留在奴隶时代的地区）；前者扮演的角色是强者，后者扮演的却是弱者的角色。这种时代角色的差异决定了双方不同的历史命运：东方的羸弱落后为西方的强权扩张提供了逞霸的机会，由此决定了双方征服与被征服的关系。一个多世纪以前，亚、非、拉各国纷纷沦为西方列强的殖民地和半殖民地，就连以“东方巨龙”自诩的中华帝国也难逃厄运，成为西方列强的宰割对象。近代资本主义入侵中国并不是一个偶然、孤立的事件，而是西方资本主义征服东方封建主义必然过程的组成部分。

值得注意的是，西方对东方的扩张，并非单纯的军事攻略，而是全方位的入侵：既包括军事入侵，更包括政治、经济和文化上的入侵。虽然其外在形式多表现为军事和经济的入侵，但其内容却是思想文化的侵入。从实质上说，这种侵入形成了随后一个多世纪的西方文化对东方文化的强制同化，换言之，就是西方列强把他们的价值观，包括反映其价值体系的政治模式、经济模式、教育

制度、法律制度、思想意识以及宗教信仰等广义上的文化，强行推广到东方来，用以同化东方文化。对于西方文化，东方列国的反映各不相同：有的是认识到世界发展的潮流，以积极的态度有选择地吸收先进文化，变“外来之物”为“为我之物”，将自己融入到世界文化的潮流中去；有的则是竭力固守自己的传统阵地，当抵抗不能时便转而被动地接受，效其皮表而不达内质。

两百多年以前，英国国王乔治三世曾明确表示欲与中国发展外交和经贸关系的愿望，不过，这种愿望在泱泱中国却遭受到冷遇。当时在位的乾隆皇帝在写给英王的信中傲慢地表示，他的大清王朝对外国的产品和思想从来就不感兴趣。然而，就在乾隆皇帝的豪言壮语余音未消之际，西方列强就用他们的坚船利炮敲开了封闭多年的中国大门，晚清王朝不得不开始采用法律形式去为那些对中国人“毫无价值”的外国产品提供保护。在那个“强权就是公理”的海盗时代，中国的忍让并未换来西方国家的同情；相反，却使西方列强觉得中国软弱可欺，更加变本加厉起来。在19世纪下半叶，西方列强侵略中国，就是以中国司法制度落后为借口来施加他们的“治外法权”。伴随列强的经济文化侵略，知识产权保护的观念也被带入中国。

到了21世纪初，知识产权的侵权问题变得日益严重。侵权者将目光集中投向外国进口的畅销品和外国公司在中国生产的产品，与此同时，国际社会亦开始关注对知识产权的法律保护。1883年的《巴黎公约》就是专门针对专利和商标的国际公约；1886年达成了针对版权问题的《伯尔尼公约》。在这种气候下，西方国家的商人期望他们在自己本国注册的商标也能在中国获得同样的保护。怀着这样的企图，他们不顾当时的中国既不是前述两个公约的缔约国，更未加入任何有关知识产权国际公约的事实，硬是把一系列根据国际公约而发生的保护知识产权的义务加给中国。对此行径，就连西方自己的学者都不无赧然地说，西方只是一味地将他们的法律观念强加给中国，而对赖以保护他们知识产权的中国法律制度本身则毫无兴趣。这种做法充分暴露了西方人对其毫无所知的中国法律制度的普遍轻蔑态度，他们从未给予中国法律以一丝一毫的尊重。

西方列强所热衷建立的是他们认为合适的国际贸易环境。他们强迫中国政府取消当时通行的税例，建立全国通行的货币，修订法律管制矿业和合资企业，保护知识产权。他们允诺，如果中国政府答应上述条件，他们将命令帝国海关重新厘定关税，并且答应限制鸦片进口，甚至还可以考虑待中国法制状况改善后取消治外法权。“进口鸦片”和“治外法权”本来就是西方列强强加给

中国的屈辱条件，到头来却变成西方列强换取更多在华利益的筹码。

无论是中国政府还是西方列强，在知识产权保护的问题上均各怀异态。清政府之所以配合西方国家进行知识产权保护的法律修建，目的在于满足西方列强的要求，以换回列强在中国取消治外法权的承诺。1913年和1920年，当事实证明西方列强并无诚意取消治外法权时，中国政府便明确表示拒绝加入《伯尔尼公约》，认为那样做只会伤害中国的经济和教育制度。

20世纪80年代初期，中国再次奋起保护知识产权的热情，开始了法律的重建工作。就重建的意义而言，与其说是来自知识产权保护自身的需要，毋宁说是由于外来经济和政治压力的结果。亨瑞·威东（Henry J. H. Weare）的一段话道破了问题的实质：“中国引进知识产权法的根本动机是来自对外开放政策的驱使，中国需要对外贸易，吸引外资以及从西方获取迫切需要的技术和设备。”在这种背景之下，知识产权保护的建立与发展不可能不是被动的，且带有强烈的功利色彩。

回顾近20年中国知识产权保护的发展过程，有两条脉络清晰可辨：其一是深受以美国为首的西方国家的左右；其二是传统意识形态及政治的影响。由于上述两种因素的作用，尽管知识产权保护在最近20年中取得很大进步，然而，在夹缝中求生存的知识产权法仍然不能获得自己独立的品格。

科学技术的飞速发展而后工业社会的资本主义国家的发展带来新的契机。以美国为首的发达国家的知识产品在全世界的倾销为这些国家的资本家带来滚滚财源。对发达国家而言，知识产权法律保护的意义早就超出知识产权保护自身而演化成为一种经济竞争的手段。伴随着知识产品行销全世界，美国人不仅要把他们的知识产品送到地球的每一个角落，而且还要把他们的文化和价值观以及法律思想和行为准则统统带给其他国家。为了保证美国在这些国家中的经济利益，美国积极推动关贸总协定乌拉圭回合谈判，并力主缔结一个与贸易有关的知识产权公约。乌拉圭回合的谈判进行得颇为艰苦，就发达国家而言，尤其是美国，由于在提供技术密集产品上具有优势，因此，主张自由化措施；而就发展中国家来说，其竞争性的优势在于劳动密集型产品，因此，劳务贸易自由化对其较为不利。所以发达国家与不发达国家的对立比较尖锐。在持续数年多的谈判过程中，以美国为代表的西方国家软硬兼施，迫使不发达国家接受西方国家所提出的基本条件，关贸总协定《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS）就此而宣告诞生。

问题的关键是，如果将知识产权保护当作谈判的筹码，则势必要去迎合西

方国家的需求，如此，则不可避免地牺牲中国知识产权法律的应有的独立品格。在这种状态下诞生的法律制度，其功用如何连许多西方学者都不免怀疑。他们会问：以美国为代表的西方价值观与现时中国的法律制度掺合在一起究竟能够创造出多大的使用价值？当然，有一点是可以确定的，在西方国家的压力之下，中国的知识产权保护从立法、司法、行政管理到教学研究都发生了许多积极的变化，在客观上也改善了中国知识产权法律保护的记录。然而，令人忧虑的是，在中国的立法、司法以及学术研究领域存在着一种普遍倾向，就是要想方设法地提高中国知识产权保护的标准，以适应西方发达国家为主导的国际社会对中国知识产权保护的要求。从某种意义上说，由于这种心理的作用，助长了目前中国立法与司法、理论与实践相脱节的趋势，致使法律运作过程中还有许多问题没有解决。

如果认真考察则不难发现造成这种状况的原因：首先，中国从开始提出保护知识产权，从出发点 to 归宿都是在知识产权保护之外的。其次，在知识产权法律保护的问题上，忽视了对数千年的中国文化传统和道德习惯的研究。知识产权自身的多重性格，加上知识产品经销商人为制造产品与成本之间的巨大间隙，为假冒知识产品和侵害知识产权的违法行为提供了极大的诱惑。“付钱使用”的知识产权观念不仅仅是在付不付钱、付多少钱上打转，而是更透着文化和道德的素质。

美国作者伯斯坦在其《决战资讯高速公路》一书中指出，资讯产品进入中国大陆市场，最主要的障碍并不是书报审查制度，真正的问题出在他们不觉得有出钱购买的必要。美国刚一上市的软件，就可以在北京、上海和广州的街道和商店里被公开兜售。正如伯斯坦所言，中国大陆境内规模宏大的盗版活动所涉及的道德问题远不像西方人想像的那么简单。“毕竟中国人从未采用和美国人相同的私有财产观念，更不用说知识产权了。再者，他们会说，西方什么时候曾为了使用属于中国的发明，从火药到纸张，付过一分一毛的费用？一、二百年间被你们西洋人掠走，现在明目张胆地放在博物馆中的中国陶瓷国宝，西方人又何尝提起过‘有偿使用’的问题？”

中国知识产权保护的百年历程为我们提供了一个有益的警示：那就是中国知识产权保护的法律制度必须摆脱西方国家的无理纠缠，去追求自己的独立品格。当然，这并不意味着要排斥外国或国际上合理的理论和经验，制度建立的关键是要立足于中国的国情。早在半个多世纪以前，庞德就对当时中国的法律制度和思想状况发表了一系列颇有见地的评说。在他看来，中国法制的建设与

发展一定是一个缓慢渐进的过程。中国应在以本国国情为依据的前提之下，吸收西方合理的法律思想和制度经验，建设具有中国特色的法制系统。庞德认为，解释和应用法律时，必须将从英美法借鉴过来的法律制度同大陆法系制度溶合起来，并由此而达到一种和谐与平衡。对于中国而言，在引进西方法律思想和借鉴西方制度时，不能囫圇吞枣般地食而不化，而应该在充分立足于本国国情的基础上，有选择地融入。庞德最担心的是中国法学教育的薄弱，由于缺乏良好的法学教育，有可能会消极地影响到许多方面。

庞德的判断无疑是正确的，就中国的文化传统而言，它既可能是中国法律的价值源泉，同时也可能成为中国发展现代知识产权制度的一个主要障碍。因此，知识产权法律制度必须是在对中国政治、经济体制的深刻理解之上，建立在以权利意识为基础的价值体系之上，建立在与国际标准的合理结合的基础之上。为了保护知识产权，中国的法律不仅需要使各种各样的个人和实体的利益在法律上确定化，而且同时还要提供一个总的和明确的方式，通过这种方式可以开展公平竞争。应该相信，培育知识产权保护的那些条件也必然是培育有关知识产权竞争的条件。

曲三强

二〇〇三年秋于北大燕园

目 录

第一编 知识产权总论

第一章 知识产权的基本问题	(3)
第一节 知识产权的概念、范围和类型	(3)
第二节 知识产权的性质和特征	(8)
第二章 知识产权的基本理论	(16)
第一节 传统财产权理论	(16)
第二节 历史唯物主义观念	(31)
第三节 知识产权的经济学分析	(44)
第三章 中国知识产权保护的发展历史	(47)
第一节 西方法律制度的影响	(47)
第二节 知识产权制度的重建	(56)

第二编 著作权法

第四章 著作权法的历史沿革	(65)
第一节 国外著作权法的产生与发展	(65)
第二节 中国著作权法的发展	(72)
第三节 著作权法的适用范围和调整对象	(74)
第五章 著作权的本质	(78)
第一节 著作权的概念和性质	(78)
第二节 著作权与相关权利	(80)
第三节 关于著作权性质的理论学说	(82)
第六章 著作权的客体	(86)
第一节 著作权客体的本质	(86)
第二节 著作权作品及其保护条件	(87)
第三节 著作权作品的分类	(90)

第四节 著作权客体的排除领域	(102)
第七章 著作权的主体	(105)
第一节 作者及其资格	(105)
第二节 著作权主体的概念及分类	(106)
第三节 特殊作品的著作权主体	(110)
第八章 著作权的内容	(117)
第一节 一元论与二元论	(117)
第二节 著作权的取得与期限	(132)
第九章 著作权的实施	(137)
第一节 实施著作权的意义	(137)
第二节 著作权的许可与转让	(138)
第三节 著作权的其他利用	(144)
第十章 著作权限制	(145)
第一节 著作权限制	(145)
第二节 合理使用	(147)
第三节 法定许可使用	(152)
第四节 强制许可使用	(157)
第十一章 邻接权	(158)
第一节 邻接权概念	(158)
第二节 出版者权	(163)
第三节 表演者权	(166)
第四节 录音录像制作者权	(170)
第五节 广播组织权	(173)
第十二章 著作权和邻接权的管理	(176)
第十三章 侵犯著作权和邻接权的行为及其法律责任	(177)
第一节 侵犯著作权和邻接权的行为	(177)
第二节 侵权行为的归责原则	(192)
第三节 民事责任与制裁	(202)
第十四章 著作权与邻接权的司法保护	(208)
第一节 著作权与邻接权纠纷	(208)
第二节 著作权与邻接权纠纷的解决途径	(220)
第三节 著作权与邻接权的诉讼保护	(224)

第四节	著作权与邻接权案件的审理	(229)
第十五章	计算机软件法律保护	(237)
第一节	计算机软件的保护	(237)
第二节	计算机软件的保护范围	(242)
第三节	计算机软件著作权的主体	(245)
第四节	计算机软件著作权的归属	(247)
第五节	计算机软件的管理	(254)
第六节	软件著作权侵权行为及其法律责任	(255)
第七节	侵犯计算机软件著作权的民事责任	(259)
第八节	侵犯计算机软件的行政责任和刑事责任	(262)

第三编 专利权法

第十六章	专利权概述	(265)
第一节	专利与专利权	(265)
第二节	专利法与专利制度	(266)
第三节	新中国专利法的建设与发展	(270)
第十七章	专利权的客体	(280)
第一节	发明	(280)
第二节	实用新型	(281)
第三节	外观设计	(283)
第四节	不授予专利权的对象	(291)
第十八章	授予专利权的实质条件	(296)
第一节	授予专利权实质条件的意义	(296)
第二节	发明、实用新型获得专利权的实质条件	(296)
第十九章	专利权的取得	(305)
第一节	专利申请权	(305)
第二节	专利申请人	(310)
第三节	专利申请的原则	(311)
第四节	专利申请日	(314)
第五节	专利申请的程序	(318)
第六节	专利代理	(322)
第七节	专利申请的审批	(323)

第二十章 专利权的利用	(332)
第一节 专利权的内容	(332)
第二节 专利权人的义务	(338)
第二十一章 专利权的限制	(340)
第一节 不视为侵犯专利权的行为	(340)
第二节 强制许可	(344)
第三节 计划许可	(348)
第二十二章 专利权保护	(350)
第一节 侵犯专利权的行为	(350)
第二节 专利权的保护范围	(351)
第三节 专利权的司法保护	(355)
第四节 专利侵权认定的基本原则	(363)
第五节 专利侵权赔偿的基本原则	(404)
第六节 专利权的法律保护	(406)

第四编 商标法

第二十三章 WTO 与中国商标法	(419)
第一节 TRIPS 协议与商标权	(420)
第二节 地理标志与商标权保护	(437)
第二十四章 中国商标法的立法状况	(455)
第一节 中国商标制度的沿革	(455)
第二十五章 商标法概述	(471)
第一节 基本概念	(471)
第二节 商标制度的起源与发展	(475)
第二十六章 商标权主体	(478)
第一节 注册商标权人	(478)
第二节 商标使用人	(479)
第二十七章 注册商标	(481)
第一节 商标的构成要素	(481)
第二节 禁止作为商标使用的标记	(484)
第三节 商标的分类	(491)
第四节 商标的选择与设计	(501)

第二十八章 商标与域名	(504)
第一节 域名与商标冲突的缘由	(504)
第二节 冲突类型及典型案例	(512)
第三节 解决域名与商标冲突的思路	(520)
第四节 域名与商标冲突的认定和处理	(524)
第五节 域名管理体系的重构	(526)
第六节 解决域名与商标冲突的立法思考	(533)
第二十九章 商标权	(537)
第一节 商标权的概念和内容	(537)
第二节 商标权的取得	(539)
第三节 注册商标的期限与续展	(541)
第三十章 商标权的获得	(544)
第一节 商标注册的原则	(544)
第二节 商标注册申请的程序	(545)
第三节 商标注册的审批	(553)
第三十一章 商标权的争议与终止	(560)
第一节 商标权的争议	(560)
第二节 商标权的变更和终止	(563)
第三十二章 商标权利用	(566)
第一节 注册商标的使用	(566)
第二节 商标转让与使用许可	(567)
第三十三章 商标的管理	(574)
第一节 商标管理与保护	(574)
第二节 商标行政管理体制	(574)
第三节 商标使用管理	(576)
第四节 商标标识管理	(579)
第三十四章 商标权的保护	(581)
第一节 商标侵权行为	(581)
第二节 商标侵权行为的例外	(589)
第三节 对驰名商标的特别保护	(592)
第四节 商标侵权行为的认定	(593)
第五节 商标侵权行为的法律责任	(597)