

杨志敏 著

知识产权法新解

——详析知识产权法的
理论与实务

ZHISHI CHANQUANFA
XINJIE

Xiangxi Zhishi
Chanquanfa
de Lilun yu Shiwu



四川大学出版社

本书为国家社会科学基金项目
“专利权保护范围研究”(07XFX019)的阶段性成果。

知识产权法新解

——详析知识产权法的 理论与实务

**ZHISHI CHANQUANFA
XINJIE**

Xiangxi Zhishi
Chanquanfa
de Lilun yu Shiwu

杨志敏 著



四川大学出版社

责任编辑:李勇军
责任校对:王 冰
封面设计:米茄设计工作室
责任印制:李 平

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法新解 / 杨志敏著. —成都: 四川大学出版社,
2009. 11

ISBN 978-7-5614-4633-1

I. 知… II. 杨… 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 (2009) 第 200447 号

书名 知识产权法新解 ——详析知识产权法的理论与实务

著 者	杨志敏
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5614-4633-1
印 刷	四川锦祝印务有限公司
成品尺寸	148 mm×210 mm
印 张	17
字 数	488 千字
版 次	2009 年 11 月第 1 版
印 次	2009 年 11 月第 1 次印刷
定 价	35.00 元

版权所有◆侵权必究

◆读者邮购本书,请与本社发行科
联系。电 话:85408408/85401670/
85408023 邮政编码:610065

◆本社图书如有印装质量问题,请
寄回出版社调换。

◆网址:www.scupress.com.cn

知识产权的召唤

（代前言）

已迈入信息化社会的今天，信息无处不在，无时不有。信息已成为继材料、能源之后的人类第三大资源，同时也是人类唯一源于自身创造天性的、理论上无发展止境的资源。社会的发展依赖于信息的开发与利用。就目前而言，经济发展中凸现出自然资源（材料资源+能源资源）严重短缺的瓶颈问题，而这一问题的持久解决有待于人们不断地向社会输入新的有用的信息（本书采用“成果信息”）。不然，经济发展就会停止，整个人类社会也会凝固。知识产权法恰好是伴随工业革命促进商品实现量化生产之后，由人类自身“发明”的激励人们开发和有效利用成果信息的法律制度安排。300多年来，不断演进的知识产权制度，大大地激发了人们追求新信息的创造天性，促进了人类社会的发展。

改革开放的实践推动了我国知识产权制度的全面建设，知识产权因其在国民经济中发挥着越来越大的作用而成为时代的新宠。我国提出建设创新型国家，并发布《国家知识产权战略纲要》，这必将有力促进知识产权制度的建设，提升我国知识产权创新能力。但是，知识产权的法制建设、有效转化运用与科学执法都离不开知识产权理论的支撑。所以，新时代必然催生对知识产权的新认识和新见解。这就要求我们法律工作者及学者肩负时代使命，在这方面进行理性的思考。比如，知识产权形式上在保护什么，实质上又在支配什么，各法又是如何支配的，为何存在差异以及支配范围如何划界等等，都必须厘清。唯有这样，才有利于形成科学的知识产权观念和保护意识。本书力图在上述诸多方面做一探索，其初步结论是：知识产权法由两大基本理论构成：一是信息再现论及其内含的激励机制，其中，所有的知识产权（商业秘密除外）均由信息再现权和信息有形商品的初始流通

权构成，各知识产权子法保护对象与保护理念的差异以及权利设定上的差异均取决于该法对其保护对象的“成果性”要件的设定；二是基于竞争政策和竞争秩序维护的知识产权权利限制论，其中，知识产权法是维系成果信息开发与利用竞争秩序的市场干预法，该权利限制论在表征上又体现为利益平衡论。

多年来的教学经历与理论思考，再加上长达 21 年的专利、7 年的版权、3 年的商标等第一线实务经验，笔者萌生了撰写一部理论与实务相结合、且通俗易懂的知识产权书的念头。本书于 2007 年春节开始动笔，断断续续，最终成稿于 2008 年底。在理论上，首先将知识产权保护对象定调在具有“成果性”要件的信息，即“成果信息”上，然后始终如一地以信息再现论系统而全面地重新阐释了六部知识产权子法，使整个知识产权法在同一理论的支撑下形成内部和谐的统一体等；在实用上，始终结合实务问题进行分析、阐述，让读者能产生现实联想，帮助其解决实际生活中遇到的问题；在通俗性上，采用通俗易懂的语言，尽力回避抽象论述。当然，书中难免存在缺漏乃至错误，敬请读者谅解并指正 [本人通讯地址：四川省成都市九眼桥四川大学法学院，邮编 610064；亦可在国内第一家知识产权（商务平台）第三方网 [http://www.BAA www.com](http://www.BAAwww.com) 上交流]。

本书设定的读者对象较为广泛，可以是一般大学生和硕博士研究生，也可以是法学研究人员和法律工作者。如果本书对您的学习、工作和研究有所帮助的话，笔者将感到莫大的欣慰。

本书得到我的恩师渡辺修教授的热情支持和指导，并得到四川大学出版社李勇军老师的大力帮助，特此致谢！

杨志敏

2009 年春于四川大学

目 录

第一篇 知识产权法总论

第一章 知识产权概述·····	(1)
一、知识产权的保护对象：成果信息·····	(1)
(一) 信息及其特点 (1) (二) 成果信息及其特点 (4) (三) 成果信息的基本内容 (6)	
二、知识产权：一种对成果信息的再现利用行为及其再现利用后所形成的信息有形商品的流通行为加以支配之权利·····	(8)
(一) 知识产权的实质：信息再现支配权 (9) (二) 知识产权独占性的二元结构：绝对独占权与相对独占权 (10) (三) 知识产权由禁止权和对价权两权利构成 (12) (四) 知识产权对信息有形商品的流通的支配权受到权利用尽原则的约束 (16)	
三、知识产权的特点·····	(17)
(一) 法定性 (17) (二) 独占性 (19) (三) 保护范围不确定性 (19) (四) 地域性 (20) (五) 时间性 (21)	
设问分析 1：如何理解成果信息的特点与知识产权的特性的关系？ (22)	
设问分析 2：信息商品上究竟存在着几种权利？——信息商品权利三元构造论 (26)	
第二章 知识产权法·····	(32)
一、知识产权法的目的、实现途径及其支撑理论·····	(32)
(一) 直接目的、实现途径及其支撑理论 (34) (二) 最终的发展目的、实现途径及其支撑理论 (36) (三) 小结：二元目的之间的关系 (40)	

- 设问分析 3: 知识产权的功能分析 (40)
- 二、知识产权法的分类…………… (43)
- (一) 著作权法与工业产权法 (43) (二) 创作法与标识法 (44)
- (三) 权利赋予型法与行为规制型法 (44) (四) 创设型法与援助型法 (46) (五) 行政介入型法与非行政介入型法 (49)

第二篇 著作权法

第三章 著作权法的理念…………… (57)

一、著作权法的发展理念…………… (57)

- (一) 著作权法保护的对象: 具有“作品性”的信息, 即作品 (57)
- (二) 著作权法的发展理念: 个性表达的多元化保护→文艺、科学事业的发展 (62) (三) 引申运用: 解释论导入的必要 (63)

二、著作权法的平衡理念…………… (70)

- (一) 作者与传播者之间的利益平衡 (71) (二) 传播者与公众之间的利益平衡 (72) (三) 作者与公众之间的利益平衡 (72)

第四章 作品——分类·例示·其它…………… (74)

一、作品的分类与例示…………… (74)

- (一) 作品的分类 (74) (二) 作品的例示 (76)

设问分析 4: 文学角色受著作权保护吗? ——兼评续集是否构成侵权问题 (77)

设问分析 5: 关于由“歌曲+歌词”构成的音乐作品是合作作品还是结合作品的分析 (81)

设问分析 6: 实用美术作品的著作权限制——兼回答不能获得著作权和专利权保护的工业外观设计应该如何保护的问题 (84)

二、特殊作品…………… (106)

三、受我国《著作权法》保护的作品…………… (117)

- (一) 中国人的作品 (117) (二) 依据参加的国际条约或签订的双边协议, 我国负有保护义务的作品 (117) (三) 首次在国内出版的作品 (118)

四、著作权客体的排除领域…………… (119)

- (一) 依法禁止出版与传播的作品 (119) (二) 具有法律约束力的官

方文件 (119) (三) 时事新闻 (120) (四) 历法、通用数表、通用表格和公式 (120)	
第五章 著作权人	(121)
一、原始著作权人.....	(121)
(一) 作者 (121) (二) 特殊作品的原始著作权人 (124)	
二、继受著作权人.....	(127)
第六章 著作权	(128)
一、著作权的产生——无手续主义.....	(128)
二、著作权的性质——相对独占权.....	(130)
三、著作权的内涵.....	(132)
(一) 著作人身权 (133) (二) 著作财产权 (142)	
四、著作权的保护期限.....	(179)
(一) 著作权保护期限设定的基本思考 (179) (二) 关于著作权保护期限的规定 (181)	
第七章 著作权的行使与作品的再现利用	(182)
一、禁止权的行使与(利用前的)许可使用与权利转让.....	(183)
(一) 许可权 (183) (二) 许可权的限制——拟制许可 (190) (三) 转让权 (192)	
二、合理使用——一种拟制禁止权和对价权共灭之下的自由使用.....	(194)
三、著作权集体管理.....	(207)
第八章 邻接权	(208)
一、邻接权概论.....	(208)
(一) 邻接权的主体与客体 (209) (二) 邻接权的性质与独占范围 (210) (三) 邻接权的限制 (211)	
二、出版者权.....	(211)
三、表演者权.....	(214)
(一) 表演者人身权 (214) (二) 表演者财产权 (215)	
四、录音录像制作者权.....	(217)
五、广播电视组织者权.....	(220)

第九章 权利侵害与救济	(221)
一、著作权侵权行为	(221)
(一) 直接侵权行为 (222)	(222)
(二) 妨害权利正当行使的行为 (227)	(227)
(三) 间接侵权行为 (228)	(228)
二、著作权侵权的法律救济措施	(230)
(一) 民事救济措施 (230)	(230)
(二) 行政救济措施 (235)	(235)
(三) 刑事救济措施 (236)	(236)

第三篇 专利法

第十章 专利法的理念	(237)
一、专利法的发展理念	(237)
(一) 专利法的保护对象: 具有“专利性”要件的发明创造 (237)	(237)
(二) 专利法的发展理念: 发明创造的保护→产业技术水平的提升→产业的发展 (240)	(240)
二、专利法的平衡理念	(241)
第十一章 专利权的客体	(244)
一、发明创造	(244)
(一) 发明与实用新型 (244)	(244)
(二) 外观设计 (248)	(248)
二、专利性要件	(250)
(一) 发明和实用新型的专利性要件 (250)	(250)
(二) 外观设计的专利性要件 (258)	(258)
三、不授予专利权的客体	(260)
(一) 违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造 (260)	(260)
(二) 不授予专利权的技术主题 (261)	(261)
第十二章 专利权人	(264)
一、原始专利权人	(264)
(一) 专利申请权的归属 (264)	(264)
(二) 专利申请后的专利申请权的转让 (266)	(266)
二、继受专利权人	(266)

第十三章 专利权的取得与无效	(266)
一、专利权的取得.....	(267)
(一) 专利申请的原则 (267) (二) 专利申请文件的准备 (273) (三)	
审批程序 (278) (四) 如何获得较大的专利保护 (285)	
二、专利权无效.....	(288)
(一) 无效程序 (288) (二) 专利权无效的后果 (291) (三) 理想与	
现实——关于我国专利权无效制度的评价与对策 (291)	
第十四章 专利权	(296)
一、专利权的性质——绝对独占权.....	(296)
二、专利权的内涵.....	(297)
(一) 工业性再现 (利用) 权 (即制造权) (297) (二) 信息有形商品	
流通权 (299)	
三、权利用尽及其效力的终止 (=失效)	(301)
(一) 专利权的国内用尽 (301) (二) 专利权的国际用尽 (303) (三)	
权利用尽效力的终止 (306)	
第十五章 专利权的行使与专利的实施	(311)
一、由专利权人意志决定的专利实施行为.....	(311)
(一) 专利权人的独占实施 (311) (二) 专利权人的许可实施 (312)	
设问分析 7: 关于知识产权被许可使用权的第三人效 (314)	
二、强制许可实施.....	(323)
(一) 合理条件下的强制许可 (324) (二) 为公共利益的强制许可	
(324) (三) 交叉强制许可 (325) (四) 为国家利益或公共利益的计	
划许可 (326)	
三、法定无偿实施.....	(326)
(一) 法定无偿的专利再利用 (327) (二) 法定无偿的专利产品的	
实施 (329)	
四、专利权的转让.....	(330)
第十六章 专利权的侵害与救济	(331)
一、直接侵权行为.....	(331)
(一) 专利权利要求、保护范围与法院的权限 (332) (二) 专利的文	
言保护范围与等同保护范围 (338)	

设问分析 8: 人民法院在专利侵权诉讼中的判断权限究竟有多大, 又该如何行使? ——关于职权分开的思考 (347)

(三) 小结——关于专利(直接)侵权的判定步骤与方法 (368)

二、间接侵权行为…………… (376)

三、专利权侵权的法律救济措施…………… (378)

(一) 民事救济措施 (378) (二) 行政救济措施 (381) (三) 刑事救济措施 (381)

第四篇 商标法

第十七章 商标法的理念…………… (383)

一、商标法的发展理念…………… (383)

(一) 商标法保护的基本对象: 注册商标 (383) (二) 商标法的发展理念: 注册商标的保护→竞争秩序的维护→产业的发展 (384)

二、商标法的信誉保护理念…………… (384)

第十八章 商 标…………… (386)

一、商标的概念与分类…………… (386)

(一) 商标的概念 (386) (二) 商标的分类 (387)

二、商标与其他标记的区别…………… (390)

(一) 商标与商号 (390) (二) 商标与商品名称 (391) (三) 商标与商品装潢 (391) (四) 商标与地理标志 (392)

三、商标的功能…………… (392)

(一) 来源表示功能 (392) (二) 区别功能 (393) (三) 品质保证功能 (394) (四) 广告功能 (394)

四、商标的注册条件…………… (395)

(一) 申请人应有将来使用的意思 (395) (二) 识别性 (396) (三) 非冲突性 (399)

第十九章 商标权的取得与撤销…………… (401)

一、商标权的取得…………… (402)

(一) 商标注册的原则 (402) (二) 商标注册文件准备 (404) (三) 审批程序 (405)

二、商标权的撤销·····	(410)
(一) 注册商标违法使用或不使用的撤销 (410)	(二) 注册不当的撤销 (411)
(三) 注册商标争议的裁定 (413)	(四) 撤销注册不当商标及被争议商标的效力 (414)
第二十章 商标权 ·····	(416)
一、商标权的性质——绝对独占权·····	(416)
二、商标权的内涵·····	(417)
(一) 工业性再现 (利用) 权 (417)	(二) 有形信息商品流通权: 权利缺位 (424)
三、商标权的续展·····	(426)
第二十一章 商标权的利用与限制 ·····	(427)
一、工业性再现利用权的利用与限制·····	(428)
(一) 使用权的利用 (428)	(二) 商标权的转让 (433)
(三) 禁止权的限制 (434)	
二、商标权的商标有形产品支配效力的利用与限制·····	(437)
(一) 商标权的商标有形产品支配效力的利用 (437)	(二) 商标权的商标有形产品支配效力的限制 (438)
第二十二章 商标权的侵害与救济 ·····	(439)
一、商标权的侵权行为·····	(439)
(一) 商标权的直接侵权行为 (439)	(二) 间接侵权行为 (442)
二、商标权侵权的法律救济措施·····	(444)
(一) 民事救济措施 (444)	(二) 行政救济措施 (446)
(三) 刑事救济措施 (447)	

第五篇 其他知识产权法律制度

第二十三章 反不正当竞争法 ·····	(449)
一、反不正当竞争法概述·····	(449)
(一) 不正当竞争的概念及特征 (449)	(二) 反不正当竞争法的概念及其规制对象的范围 (451)
(三) 反不正当竞争法与知识产权法的关系 (453)	

二、与知识产权有关的不正当竞争行为·····	(456)
(一) 仿冒标识行为 (456) (二) 侵犯商业秘密行为 (465) (三) 一般条款适用的行为 (476) (四) 虚假宣传和诋毁商誉的行为 (481)	
三、不正当竞争行为的法律责任·····	(482)
(一) 民事责任 (482) (二) 行政责任 (484) (三) 刑事责任 (485)	
第二十四章 集成电路布图设计保护制度·····	(485)
一、集成电路布图设计保护法制的选择·····	(485)
(一) 集成电路布图设计的特性 (485) (二) 集成电路布图设计保护法制的选择 (487)	
二、集成电路布图设计权的主体、对象和内容·····	(490)
(一) 集成电路布图设计权的主体 (490) (二) 集成电路布图设计权的对象 (491) (三) 集成电路布图设计权的内容 (492)	
三、侵权救济·····	(497)
(一) 侵权行为 (497) (二) 侵权责任 (498)	
四、集成电路布图设计权的取得、期限、撤销与终止·····	(498)
(一) 集成电路布图设计权的取得 (498) (二) 集成电路布图设计权的期限 (500) (三) 集成电路布图设计权的撤销 (500) (四) 集成电路布图设计权的终止 (500)	
第二十五章 植物新品种保护制度·····	(501)
一、植物新品种保护概述·····	(501)
(一) 植物新品种的概念 (501) (二) 植物新品种的立法保护 (501)	
二、植物新品种权的主体、对象和内容·····	(502)
(一) 植物新品种权的主体 (502) (二) 植物新品种权的对象 (503) (三) 植物新品种权的内容 (505)	
三、侵权救济·····	(508)
(一) 侵权行为 (508) (二) 侵权责任 (510)	
四、植物新品种权的取得、期限、无效与终止·····	(510)
(一) 植物新品种权的取得 (510) (二) 植物新品种权的期限 (512) (三) 植物新品种权的无效 (512) (四) 植物新品种权的终止 (513)	

余 论

知识产权法是民法的部门法还是竞争法的部门法？

——关于知识产权法的法域属性的思考·····	(514)
一、知识产权法作为民法的部门法的理由与缺陷·····	(515)
二、知识产权法是竞争法的部门法的理由和所需前提的设定 ·····	(516)
三、知识产权法在竞争法体系中的位置·····	(519)
参考文献·····	(525)

第一篇 知识产权法总论

第一章 知识产权概述

一、知识产权的保护对象：成果信息

（一）信息及其特点

“信息”一词，在西方源于拉丁语 *informatio*，意为描述、陈述、概要等，对应的英语为 *Information*。^① 英语 *Information* 过去常被译为“情报”，从构词上看，“In”是接收，“Formation”是整理成章，故信息就是指人们可接收到的关于认识某事物不明确性内容的且已整理成章的知识或情报。^② 《中国百科大辞典》把“信息”表达为：“一般是指消息、情报、指令、数据、密码、信号等有关周围环境的知识。”^③ 《中国新闻实用大辞典》认为，“信息”是“一般事物的状态和特征的反映。”^④ 随着数字化技术的出现，有学者主张：“从本质上说，任何可以被数字化——即编码成一段字节——的事物都是信

① “信息”一词拉丁语为 *informatio*，有描述、陈述、概要等意。英语 *Information* 有通知、报告、消息、报道、情报、知识、资料、数据等多种含义。汉语“信”和“息”二字都有消息、音信的意思。”参见《中国大百科全书（新闻出版卷）》，中国大百科全书出版社，1990年版，第424页。

② [日] 日比野省三著，邵占波等译：《信息学常识 77 则——通往 21 世纪的护照》，书目文献出版社，1988 年版，第 2 页。

③ 《中国百科大辞典》，华夏出版社，1990 年版，第 66 页。

④ 《中国新闻实用大辞典》，新华出版社，1996 年版，第 518 页。

息。”^①从这个意义上讲，信息就是情报，两者无本质差别。尽管目前对“何为信息”还没有统一的定说，^②但还是可以把信息基本理解为是人们对客观事物进行描述后形成的知识或情报，它“可以以消息、信号、符号、数据等形式被表达、存储、传递、处理、感知和使用”。^③当今的人类社会已迈入信息化社会，信息已成为继物质资源和能源资源之后，社会经济发展所需的第三大资源。如果说物质向人类提供材料，能源向人类提供动力，那么信息就向人类提供知识和智慧。这三者缺一不可，共同构成现代社会经济健康与可持续发展的基础，这就好比一个人要成为真正健康的人尚需在体质（材料）、体力（能源）和智力（信息）上得到均衡发展一样。因此，信息在社会中的地位和作用是不言而喻的。信息有何特点？它有以下三个最基本的特点。

1. 无形性

“信息与物质不同，它不像物体那样具有尺寸和质量，它没有物体那种质量。”^④信息实质是一种不占有可触摸性物理空间的无体物。尽管如此，正如上述，信息还是具有一定的外在表现形式且是可被认识和判断的客观存在物。

2. 依附性

“信息依附于其载体而存在，需要物质承担者，它自身不能独立存在和交流。但载体是可以变换的。”^⑤这点具有三重意义：第一，我们所接触到的信息总是依存于或固定于某种物质载体上，构成“信息+物质载体”的信息存在形式，由此我们所接触到的信息商品在结

① [美] 卡尔·夏皮罗、哈尔·瓦里安著，张帆译：《信息规则：网络经济的策略指导》，中国人民大学出版社，2000年版，第2页。

② 关于“信息”的不同定义和分类，可详见崔保国编著：《信息社会的理论与模式》，高等教育出版社，2001年版，第14~23页。

③ 黄焱著：《信息文化论——数字化生存状态冷思考》，北京图书馆出版社，2003年版，第14页。

④ [日] 日比野省三著，邵占波等译：《信息学常识77则——通往21世纪的护照》，书目文献出版社，1988年版，第4页。

⑤ 乌家培著：《信息与经济》，清华大学出版社，1993年版，第6页。

构上可分解为三个要素构成：可识别的信息形式（如广告中的图形与符号），可理解的信息内容（即信息所表达出的含义）和可更换的信息载体（即承载信息的载体）。第二，信息的交流即传播也依赖于物质载体。所谓的物质载体可进一步划分为占物理性空间的有形载体（实物载体），如教材中的纸张、DVD 中的光盘体，和不具有可触摸性物理空间的无形载体（非实物载体），如互联网中的网络电磁介质、广播中的声波脉冲介质等。信息要么是依其实物载体的物理性流通而传播（如教材上的文字、图形信息随教材的发行而传播），要么是依载体物质间的介质运动的相互反应而传递和传播（如电台广播和网络中传播的信息）。第三，“载体是可以变换的”。当今，人类正在开发各种信息处理技术，其基本目标之一就是实现信息在不同载体之间或不同运动形式之间的有效、低廉转换。就目前而言，信息能实现在载体之间的完美且低价转换，而且对所依附的载体的选择范围也越来越广。比如教材中的知识内容可以廉价地通过一般复印机复制到其他纸张上、通过扫描仪扫描至计算机硬盘上或通过照相机拍摄至胶片或数码芯片上，数码芯片上的内容信息又可便捷地传送至计算机上并可再通过介质运动在网上传至其他人等。

3. 共享性

“信息作为一种资源，不同个体或群体在同一时间或不同时间可以共同享用。”^①实现信息共享的基本条件是：（1）信息是公开的；（2）信息以与所依附的有形载体或无形媒介相结合的形式向社会传递大量的信息复制件；（3）由于信息对于载体的独立性，且可实现低廉且完美的载体转换，信息商品的获取者容易制造新的信息复制件向他人提供，比如将正版光碟的内容刻录在另外的光盘体上或剖析一台高新技术的机器并将其结构记录在图纸上向他人提供；（4）当信息商品中的载体为实物载体时，信息商品的获取者可通过转移占有供他人利用。在上述 4 点中，核心点是第 2 与第 3 点。因此，可以这么说，信息共享是信息“分身装载”在若干相同或不同载体上，实现载体量

① 崔保国编著：《信息社会的理论与模式》，高等教育出版社，2001 年版，第 17 页。