

知识产权法专论

法学高等教育研究生教学用书

丁丽瑛 著

 科学出版社
www.sciencep.com

法学高等教育研究生教学用书

知识产权法专论

丁丽瑛 著

本书受福建省高等学校新世纪优秀人才支持计划资助

科学出版社

北 京

内 容 简 介

在知识经济时代,知识产权制度作为调整知识创造、利用和传播中所形成的社会关系的工具,已经构成社会政策的一部分。知识产权对象所具有的非物质性和发展性特征,使得知识产权法律制度在特定的理论基础之上积累了丰富的实践经验,并不断创新和发展着。在社会变动发展中谋求知识独占与分享冲突中的利益平衡,从而保障知识的流动性、有用性和生产力转化成为知识产权法的重要任务和目标。本书本着发展、创新的观点来审视知识产权制度的理念与实践,着重讨论了目前知识产权法学界关注的若干重大理论与实务问题,通过对相关专题所涉及的法律政策形成背景评述、法律关系及权利保护规则分析、理论基础归纳、典型判例研究以及制度变革与创新,以期为读者提供一个得以深入观察知识产权法的路径。

本书适合作为高等教育法学硕士生和法律硕士生的教材,也可作为知识产权法学教学和研究的参考书,同时也有助于拓展和启发知识产权保护实务思路。

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法专论/丁丽瑛著. —北京:科学出版社, 2008

(法学高等教育研究生教学用书)

ISBN 978-7-03-020168-3

I. 知… II. 丁… III. 知识产权法-中国-研究生-教材 IV. D923.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 027372 号

责任编辑:徐蕊 李俊峰/责任校对:李奕莹

责任印制:张克忠/封面设计:耕者设计工作室

科学出版社 出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

北京市文林印务有限公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2008 年 3 月第 一 版 开本: B5(720×1000)

2008 年 3 月第一次印刷 印张: 21 1/2

印数: 1—3 000 字数: 412 000

定价: 36.00 元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈文林〉)

总 序

法治建设离不开法学教育和法律人才培养。法学硕士研究生（含法律硕士研究生）的教育是高层次的法律专业人才培养。曾有人将法学院的使命赋予为培养阐释法律的法学家与培养从事法律解释的法律人。简而言之，法学院培养目标为两类人才：一是学者型、研究型的法学家；二是应用型、操作型的法律职业人。由此，联想到法学硕士研究生的培养制度改革，我们更倾向于将法学硕士研究生的培养目标定位，由培养单纯的学者型、理论型法学研究人才转向培养具有更为深厚扎实的知识基础和较强的实践创新工作能力的应用型人才，培养发展的人才类型亦由单一型向复合型方向转换。

基于上述这样的考虑，我们提供给法学研究生用于汲取理论营养、维系知识命脉的教材也应该顺应培养目标的要求，体现出复合型的特色：即不仅告诉读者法律应当是什么，同时，又启发学生在实践中如何去做。与此目标相对应，我们尝试将这套研究生教学用书定位于专著性质的教材，旨在不仅能够反映学科领域理论研究和实践发展动态，使其在具有较为鲜明的学术品位的同时，也能成为法学硕士研究生专业学位课程或选修课程的教材或主要参考用书。

如果说衡量研究生是否得到社会的肯定取决于能否顺应社会经济和法治建设发展的需要，那么，这套硕士研究生教学用书是否成功，则主要取决于撰写人员对于专著性质教学用书如何适应研究生教学培养需要的规划设计。有鉴于此，我们对于这套教学用书的设计努力突出以下几点特色：

➤ 具有相当的知识含量。本套硕士研究生教学用书撰写的内容有别于以基本知识、基本概念的介绍为主要内容的本科教材，而是以专题的方式较为深入地探讨所涉学科领域近年来若干主要、重要或前沿性的理论或实务问题。虽然其中不乏对基本概念的阐述，但力求简练、准确，并对有分歧的概念和观点进行了梳理和甄别，使读者对所探讨的专题有比较系统、深刻的理解和把握。

➤ 具有相当的应用价值。无论法学院培养的是学者型的人才还是实务界的精英，都需要明确实践理性的价值目标。因此，本套教材在取材和内容安排上突出实用性和应用性，尽可能避免“纯学术”的艰涩探讨，而是注重理论在实践中的运用。在展示“应然”的知识与“实然”的状态之间的摩擦与契合，权衡与取舍的同时，更偏重于对“实然”知识的阐释、分析和实际运用的把握上，力求以案例和实际问题的分析引领和贯穿全书。

➤ 具有相当的学术品格。无论是法学硕士研究生还是法律硕士研究生，都

应该具备相当的法学理论基础和一定的学术鉴别能力。因此,本套教学用书的内容力求具有较高的学术水准,所选择论述的各个专题应该是作者基于对某一学科的深刻领悟,具有独到见解,反映学科领域理论研究和实践发展最新动态的重要问题。争取为读者提供的不仅是解决温饱的快餐,而是值得回味的盛宴,使读者从中能够考量作者的学术路径,在阅读中产生耳目一新的学术感应与共鸣。

总之,本套硕士研究生教学用书兼具学术性、知识性和应用性的特点,以培养具有法律基础知识和综合素质的高层次人才为指导思想,力求让不同层面的读者都能够从中受益,成为开启法学理论研究兴趣和指导法律实务操作大门的一把钥匙。

非常巧合的是,厦门大学法学院与科学出版社签订出版这套研究生教学用书的协议的那一天,正值厦门大学 85 周年隆重的校庆;而第一批出版的教学用书又刚好迎来了法学院 80 周年的华诞。在这热烈吉祥的氛围中,我们更增加了信心和动力,期待着厦门大学法学院以深厚的学术资源和文化底蕴为后盾,经过不断探索与改进,竭尽全力使这套丛书成为法学硕士研究生教学用书中的精品,为推进我院法学硕士研究生的教学水平和课程建设,促进法学教育的改革作出应有的贡献。

当然,不容回避的是,由于我们是第一次尝试组织撰写硕士研究生教学用书,参与撰写的作者研究水平各有高低,学术风格迥异,书中的疏漏和不足恐在所难免。欢迎各位读者能够批评指正,以使我们这套丛书再版时能更臻于完善。

最后,衷心感谢各位作者为本套丛书的问世奋笔疾书,献计献策,也衷心感谢科学出版社对厦门大学法学院法学教育事业的热诚支持和鼎力相助!

厦门大学法学院编委会

2006 年 8 月 28 日

编审委员会名单

主 任 廖益新

委 员 (以姓氏笔画为序)

卢炯星 朱福惠 齐树洁 李兰英 宋方青

陈晓明 徐国栋 徐崇利 蒋 月 曾华群

目 录

总序

第一章 知识产权法律制度的特性分析	1
第一节 知识产权法律制度的特性与变革	1
第二节 知识产权法的体系和地位	13
第三节 知识产权的正当性理论基础	22
第二章 知识创造、利用及传播中的矛盾与和谐	33
第一节 知识产品的商品属性分析	33
第二节 知识的独占与分享的对立矛盾	39
第三节 知识创造、利用及传播之和谐秩序的构建	44
第三章 知识产权战略视野下的典型立法和实践	54
第一节 知识产权战略与发展政策的结合	54
第二节 美国“337 调查”及相关知识产权应对战略与策略	71
第三节 专利技术标准化的知识产权垄断	89
第四节 传统知识保护中的知识产权战略	97
第四章 知识产权国际保护体制的变化与发展	112
第一节 知识产权国际保护体制的建立	112
第二节 知识产权国际保护体制的发展	124
第三节 新经济和新技术对知识产权国际保护体制的影响	132
第四节 后 TRIPs 时代知识产权国际保护体制的变革	146
第五章 作品著作权保护的理论与实务	152
第一节 著作权、作品概念的理解	152
第二节 著作权保护对象范围的确定	155
第三节 作品著作权取得原则的评述和适用	171
第四节 作品著作权保护条件的理解和认定	175
第五节 著作权合理使用限制的运用	180
第六节 侵犯作品著作权行为的认定	186
第六章 专利侵权判定的理论与实务	194
第一节 专利权保护范围的界定和理解	194
第二节 侵犯专利权行为的构成要件及实践认定	205
第三节 侵犯专利权的相同侵权和等同侵权判定	218

第四节	侵犯专利权的直接侵权和间接侵权形态·····	231
第五节	不构成侵犯专利权的抗辩·····	237
第七章	商标权保护的基础与实践·····	247
第一节	商标与商标权的概念分析·····	247
第二节	注册商标的显著性与禁止混淆·····	266
第三节	驰名商标的表彰性与禁止淡化·····	279
第八章	反不正当竞争法在知识产权保护中的适用·····	290
第一节	反不正当竞争法在知识产权保护中的地位和适用·····	290
第二节	不正当竞争行为的认定·····	295
第三节	商业秘密的法律保护·····	302
第四节	知名商品或服务特有商业外观的法律保护·····	323

第一章 知识产权法律制度的特性分析

在现代社会中,知识产权作为一种私权在各国普遍获得了确认和保护,知识产权制度作为划分知识产品公共属性与私人属性界线并调整知识创造、利用和传播中所形成的社会关系的工具已在各国普遍确立,并随着科学技术和商品经济的发展而不断地拓展、丰富和完善。从起源于封建社会的“特许权”到摆脱封建特许权的束缚并确认智力创造者对其创新成果的财产利益和人身利益,从被认为是世界上最早的专利法、著作权法和商标法的1624年英国《垄断法规》、1710年英国《安娜女王法令》和1857年法国《关于以使用原则和不审查原则为内容的制造标记和商标的法律》到各国现行的知识产权法律制度,从1883年签署的《保护工业产权巴黎公约》及1886年签署的《保护文学艺术作品伯尔尼公约》到1994年世界贸易组织(简称WTO,其前身为关贸总协定)框架下的《与贸易有关的知识产权协议》(简称《知识产权协议》或TRIPs协议)以及1996年签署、2002年正式生效的世界知识产权组织框架下的《版权条约》和《表演和录音制品条约》,不同的历史时期甚至相同历史时期的不同阶段,知识产权的合理性不断地被思考、论证和发展,知识产权保护制度也在回应现代科技飞速发展所提出的各种冲击和挑战中不断地调整和完善,从而充分地体现了人类在制度设计上的智慧与创新,也折射出不同利益群体的利益抗争以及私人利益与公共利益间的动态平衡。

20世纪下半叶,经济全球化的出现、新的国际贸易体制的形成以及世界经济朝着知识经济方向的发展成为深刻影响21世纪各国政治、经济、文化制度与格局的重要因素。知识产权制度也不例外,知识产权保护显现了其特有的甚至是开拓性的发展特点。关注这些发展与变化,分析其形成的内在动力与外在影响,无疑是有助于知识产权法学学科的学习与研究的。

第一节 知识产权法律制度的特性与变革

一、知识产权对象的非物质性、广泛性、发展性 及交叉性可能导致知识产权保护规则的模糊性认知

从整体而言,知识产权是以“知识”为对象的。在否定知识怀疑论后,知识被认为是“认识主体对外在事物正确把握后形成的信念”^①。这是从哲学上对

^① 胡军:《知识论》,北京大学出版社,2006年,第45页。

“什么是知识”这一问题的一种解答。而在法学领域,人们通常是从“对象化”的角度来解答知识的概念和属性,因为单纯的“信念”是无法成为权利的对象,这些“信念”须以一定的表述或描述形式来体现才得以纳入法律的保护范围。从法律意义出发,我们可以肯定知识是自然人通过创造性劳动所取得的精神成果,是人类认识自然和社会而形成的可以交流和传承的信息。

知识产权是一个法律上的概念。法律制度作为一种工具,其介入知识创造、利用和传播活动,并调整在这活动中所形成的各种社会关系,其实现的是知识产权化的目的。产权是指所有权人依法支配其财产的权利,知识产权被认为是“人们基于自己的智力活动创造的成果或经营管理活动的经验、知识而依法享有的权利”^①。通过法律使知识成为产权的对象,其目的在于强化和保障知识或信息创造者对该知识或信息的使用及传播的排他性专有。同时,在通过法律的手段将知识纳入法律的调整,使其成为权利的对象而得以为特定的主体所有或支配时,我们无法回避或忽视知识信息作为权利对象所具有的非物质性,即使在可知识产权性的法律要求上存在“可感知性”、“可复制性”、“实用性”、“显著性”等条件,或须满足能以某种特定的载体固定为人们所认知的形式条件,知识产权对象的非物质属性是得到普遍肯定和认可的,并因此决定了知识产权制度设计上不同于有形财产权保护制度的独特规则。“知识产权客体的这种非物质属性不但决定了它和有形财产权的区别,而且决定了知识产权其他一切形式上的特征。”这种对象“没有长、宽、高等三维立体空间特征,人们通过感官并不能直接感受它的存在,而必须通过抽象思维才能加以感受和消费”^②。因而,在对这些对象主张、行使权利或实施保护时必然存在概念上的模糊和认知上的分歧,权利对象的确定、对象的可知识产权性、权利所及的行为范围往往并不清晰和确定,并因此成为争议的焦点而成为必须在个案中进行论证的问题。

除了非物质性外,知识产权保护的特殊性和复杂性还与知识产权对象的广泛性、发展性及交叉性有关。知识产权是一个综合性概念,无论是学理研究还是立法规定,知识产权的权利主张和救济均体现为具体的著作权、专利权、商标权等权利类型,并以特定的信息为对象。事实上,知识产权的范围便是知识产权法律制度提供保护的对象范围,但即使在知识产权制度法典化编纂的国家,知识产权法典也非提供知识产权保护的唯一依据。知识产权对象根据著作权法、专利法、商标法、反不正当竞争法等一系列被纳入知识产权法律制度的单行法律、法规分别确定并划分了不同的保护范畴。就总体而言,知识产权的对象范围一直是处于开放性的动态发展中的,科学技术与社会经济发展过程中产生的创造性智力成果

① 曲三强:《知识产权原理》,中国检察出版社,2004年,第4页。

② 李扬:《知识产权的合理性、危机及其未来模式》,法律出版社,2003年,第11页。

和识别性经营标记都可能基于法律的调整而成为知识产权的对象,从这一意义上说,知识产权的对象范围是十分广泛的。就个体而言,无论是著作权、专利权等创造性智力成果权,还是商标权、商号权、知名商品特有包装或装潢权等识别性经营成果权,其权利对象的确定往往应对了当前科学技术发展的现状及社会经济发展的需要并不断地拓展和丰富。从科学技术发展现实下法律保护之社会需求的提出,到修订和变革现行知识产权法,往往要经历一定时间的思考、讨论和定夺,而这过程也恰恰反映了从模糊到成熟的思辨的历程。

知识信息根据不同的范畴而纳入不同类型的知识产权权利对象。其中,作为著作权对象的作品是指属于文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以有形形式复制的智力成果;作为专利权对象的发明创造在我国包括发明、实用新型和外观设计,它是可以在工农业生产中实施运用的技术方案;作为商标权对象的商标是一种识别或表彰特定商品或服务信息及其关联性的标记,它属于商业经营领域。著作权法等各个单行法在提供知识产权保护的同时,明确划定了权利对象范畴,并根据该权利对象的特性确定具体的保护规则。但是,知识信息的表现形态并不单纯和单一,而是具有交叉性的,就同一信息载体可能存在两个以上的信息形态并因此被同时纳入两个以上的法律调整和成为两个以上的知识产权对象。例如,工业品外观就是一个典型的对象。工业产品因其独特的外观设计而成为实用艺术品,兼具实用性和艺术性,就其艺术表达,在满足作品独创性条件下可以被视为美术作品而纳入著作权保护;就其工业制造和实用性,在满足新颖性条件下可以被授予外观设计专利权;就其外观的商业经营标识性,在符合显著性要求下可以获得立体商标注册,在属于知名商品的特有包装或装潢时,可以获得反不正当竞争法提供的知识商品特有包装或装潢权保护。又如,一个平面图形造型可以被认为是著作权的对象即作品,也可以被作为商品或服务商标使用和注册,还可以构成商品的特有包装或装潢而获得制止其他经营者不正当竞争行为的保护。知识信息的交叉性及其表现形式和传播手段的多样性,一方面导致了类似工业品外观设计著作权、集成电路布图设计权等交叉性知识产权的出现,另一方面导致了知识产权保护中权利冲突的频繁出现,确定解决权利冲突的规则和具体方案成为破解困惑、解决纷争的重要和根本所在。

二、法律的滞后性与原则性所导致的灰色区域的推导 与判断是围绕着独占与分享冲突中的价值 取向与利益平衡这一核心进行的

知识产权对象的特殊性决定了知识产权制度一直是处于应对科技进步与发展挑战的状态中,相对于科技的飞速发展以及因此带来的社会关系的复杂化和多样化发展,知识产权法不可避免地存在这样或那样的缺陷,其规则设计上的原则性

往往随时都会遭受到“滞后性”批判。事实上知识产权制度既是知识创造、利用及传播中知识创造者、使用者及传播者等各方利益的平衡工具,也是在特定历史条件下利益平衡的结果。当新经济、新技术下产生的新的社会关系冲击了现行制度,使原有的利益平衡被破坏而显现利益失衡状态,社会就提出了制度调整和变革的要求。

权利对象的广泛性、发展性决定了知识产权保护规则原则性的相对滞后性,表现在具体的法律适用中就是存在着若干的灰色或模糊区域,该灰色或模糊区域往往成为不同利益方在个案中努力抗争的问题。人类的生存与发展对知识的需求决定了知识创造成果所应当具有的公共性、社会性和承续性。另一方面,在知识产权制度设计中,知识产权被普遍认为是一种私权,作为知识产权对象的知识属于私人物品,它的使用和传播属于权利人垄断性私权的支配领域。知识产权保护必须反映知识产权对象兼具公共物品和私人物品的属性,法律在对知识创造者提供私权保护的同时,也必须基于公共利益的需要而划定某一特定的公共领域来保障公众为个人生存和发展需要而自由接近、使用和传播私人知识信息的权利。“公众使用公有物的自由甚至在很强的意义上是财产的一种,因为作为一种自由的权利,它应当是稳定的受保障的权利。”^①从经济学上分析,知识产权制度是根据效益原则分配知识资源的工具;从社会学上分析,知识产权制度是平衡社会需求,解决知识独占与分享的矛盾与冲突的手段;从法学上分析,知识产权制度是提供知识产权化界定和保护规则的社会规范。不可否认,知识的独占与分享是知识创造、利用和传播中诸多矛盾和冲突的核心所在,并始终贯穿于知识产权保护的各项制度设计中。从知识创造者的利益出发,其谋求的是借助知识产权保护保障知识创造者对其所创造的知识或信息的垄断性独占;从知识使用者和传播者的利益出发,其谋求的是依赖知识产权权利限制获得更多的公平、正当、自由、免费地获取、使用和传播知识或信息的机会。在动态的发展中维护社会的公平与正义往往成为社会管理者进行利益平衡的价值取向,也成为解释灰色或模糊区域中法律适用的正当理由。然而,这些意识形态领域的公平、正义等价值取向仅是提供了概念性的描述,其认定标准仍然是模糊的。

从模糊到模糊,人们似乎难以在成文法中找寻到可以直接套用于个案的清晰规则,更多地需要结合实际争议来解释法律。所以,判例法国家在解决知识产权纠纷、明析知识产权保护规则上具有制度上的优越性,典型判例往往成为弥补、丰富和解释法律的重要渊源。而在长期沿革大陆法系法律传统的我国,在通过个案审理而总结和积累起来的审判经验的基础上形成的司法解释对法律的适用和解释起了重要的指导作用。虽然对于这些司法解释条文的合法性和合理性,理论上

^① 冯晓青:《知识产权法哲学》,中国人民公安大学出版社,2003年,第87页。

存在着若干的质疑,但它们对于切实地解决实际纠纷、定分止争起了十分重要的作用。模糊区域的存在也意味着受诉法院法官自由裁量权的存在,为了避免在未来的纠纷中因法律规定的不明确而导致处于被动或不利的地位,权利保留及合同约定的补救作用获得了彰显。为了增加法律调整社会关系的柔韧性或弹性,在知识产权保护规则的条款设计上应当更多的吸纳类似“当事人另有约定的,依其约定”或权利人“另有声明的除外”的规定。

三、确认知识产权的私权属性但并不否定知识产权保护模式的多样性选择和变革性演进

知识产权具有私权属性,这是世界贸易组织在《与贸易有关的知识产权协议》序言中明确予以确认的。知识产权的私权性质意味着该权利的取得、行使和请求救济均是由权利人自行决定的,贯彻的是意思自治原则,但这并不因此意味着该权利保障与保护仅与私人利益有关。当知识信息的创造、使用和传播涉及公共利益或社会利益时,公共权力的介入就具有正当性和必要性。因此,知识产权制度的构建并不仅是包括私法的内容,还包括了公法的内容。知识产权保护包括了司法保护、行政保护及行政管理,侵犯知识产权的法律责任包括了民事责任、行政责任和刑事责任。长期以来,由于我国知识产权保护起步晚,立法、行政、司法经验不足,社会上保护知识产权的意识较弱,并受制于美国等国家的外来压力,我国对知识产权采取了司法和行政双轨制保护,^①并一再强化行政保护的力度。在现行法律下,我国的知识产权行政管理机关不仅承担着专利授权、商标注册核准、著作权登记等行政管理职能,而且承担着知识产权纠纷的民事调和和行政查处任务。在这种体制下,特别是诸如专利权、商标权的确权程序规则在实际运行中产生了许多困惑和制约,导致行政资源和司法资源的浪费;社会成本的付出过高。^②理论上的困惑和实践问题的提出,使正确认识我国知识产权保护双轨制“特色”和改革我国知识产权执法体制提上议事日程,专利复审委员会、商

① 按照我国现行的《著作权法》、《专利法》、《商标法》和《反不正当竞争法》的规定,因侵犯著作权、专利权、商标权及不正当竞争而引起纠纷的,由当事人协商解决;不愿协商或协商不成的,知识产权人或者利害关系人可以向人民法院起诉,也可以请求相应的行政管理部门处理。

② 单就专利权或商标权的确权问题,相关行政机构涉入其中的环节包括:第一,专利申请、商标注册申请的受理、审查(包括异议审查)和作出肯定性授予或核准或否定性驳回的决定;第二,对前述决定行为不服而提出的行政复议并作出复审决定;第三,对权利授予或核准后因权利冲突或侵权纠纷而引发的权利有效性质疑的审查并作出认定;第四,就相关当事人不服前述复审机构所作出的决定而提起的行政诉讼进行应诉,并可能历经一审和二审程序方得以结案。其中,第一项工作由专利行政部门或商标局承担;第二、三、四项工作由专利复审委员会或商标评审委员会承担。这无疑使知识产权行政部门背负过重的负担,并因在第四项工作中成为行政诉讼的被告而处境尴尬。

标评审委员会改制为“准司法机构”的方案提出,并被认为是势在必行的。^①

四、借鉴外国法的理论研究、司法实践经验的积累和 总结、国际条约的引入以及适应市场经济需要的目标 推动我国知识产权制度的理性化发展

众所周知,我国的知识产权保护起步是较晚的。中华人民共和国成立后相当长的一段时期,我国未将知识产权保护纳入立法范畴,仅是颁布一些零散的行政法规或部门规章作为行政管理的根据。从1978年中国共产党十一届三中全会确定将工作重点转到社会主义现代化建设上来以后,我国开始进入改革开放的年代,并为实现我国经济现代化和保障经济建设的顺利进行,开始制定一系列保护知识产权的法律、法规,其中包括《商标法》及其实施细则、《专利法》及其实施细则、《著作权法》及其实施条例。《商标法》、《专利法》、《著作权法》的颁布和施行标志着我国知识产权法律制度体系的建立。此后,随着改革开放的深入,为了适应市场经济对知识产权保护的需要,并逐步向国际惯例靠拢,1992年和1993年我国分别对专利法和商标法进行了修订,在这一时期,《反不正当竞争法》、《知识产权海关保护条例》、《植物新品种保护条例》也陆续开始施行。可见,我国在改革开放后相当短的时间内,在知识产权保护方面做了大量的工作,取得了令人瞩目的成果,知识产权法律体系也趋于合理、完备。

在邓小平南巡讲话的指引下,党的十四大确定了建立社会主义市场经济体制的改革目标,我国在政治、经济、文化、科技等各方面都发生了深刻的变化。第一,我国从计划经济体制向市场经济体制的转变,不仅许多传统的观念被摒弃,相关的许多经济体制也发生了变化,需要建立有利于社会主义市场经济建立和发展、有利于公平竞争的法律环境。“市场经济对塑造平等竞争主体的强调和对主体私有产权的尊重,极大地焕发了知识创造者的创新精神。知识产权法作为激励创造性智力生产和应用的重要手段,也必然随科技进步、对外开放和市场经济的发展而需要不断补充完善。”^② 第二,中国参与国际政治活动和世界经济大循环的积极态度,要求提供相配合的、适宜的、符合国际贸易规则和知识产权国际公约的知识产权法律,特别是中国加入世界贸易组织的努力,客观上也要求按照《知识产权协议》的规定全面修改、调整我国的相关知识产权立法。第三,科学技术的迅速发展虽未根本性地改变我国知识产权法律制度的基础,但在很大程度上使原有的知识产权法律关系变得更加复杂和多样。在数字化技术、光纤通信技

^① 张献勇:《专利复审委员会的诉讼地位》,载《知识产权》,2005年,第5期;侯淑雯:《商标评审委员会的准司法性》,载《知识产权》,2005年,第2期。

^② 柳纪纬:《我国民事立法的回顾与展望》,人民法院出版社,2004年,第302页。

术、基因技术等新技术运用所带来的冲击与挑战下,原有的知识产权保护制度显得力不从心、举步维艰。为适应上述经济、科技发展的变化,也为了为我国加入世界贸易组织铺平道路,20世纪90年代末,我国致力于对包括专利法、著作权法和商标法在内的知识产权法的修订工作。

2000年、2001年我国先后对《专利法》、《商标法》、《著作权法》及其实施细则或实施条例进行了修订。第一,专利法的修订。专利法的修订是为适应国际形势中世界经济全球化和科学技术突飞猛进对专利制度在整个国际社会中的地位和作用产生的深刻影响,以及国内形势中社会主义市场经济体制的建立和科技进步、技术创新重要性日益凸现所带来的新情况、新问题的解决需要而提出的,在充分考虑知识产权国际条约的规定和我国的具体国情下,本着“从实际出发,科学、合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任”的立法本意和法治精神,对于明显不符合我国社会主义市场经济体制建设的内容所进行的修改和调整。专利法这次修订的内容主要涉及:修改与国有企业改革、行政管理体制改革精神不相适应的有关规定;进一步加大大专利保护力度,完善司法和行政执法;简化、完善专利审批和维权的有关程序,维护当事人的合法权益等。第二,著作权法的修订。修订后的著作权法在不改变原著作权法基本框架的前提下,既反映了从社会主义计划经济体制向社会主义市场经济体制的转变,维护社会主义市场经济体制的建立和鼓励公平竞争,又反映了在新的技术条件下,平衡著作权人权益与社会公众利益的法律选择,鼓励作者的创作劳动和创新精神,并且适应我国对外开放的进一步扩大以及国际著作权保护趋势的变化,采用拓宽法律制度瓶颈的方式,使现有的著作权法律制度适用于网络传播下的新的社会环境。著作权法这次修订的内容主要涉及:明确并扩大著作权法的保护对象;增加和规范著作权人的权利内容;完善作品合理使用制度;明确著作权集体管理组织的法律地位;完善邻接权制度;强化对著作权的具体民事保护措施;加重对损害社会公共利益的侵权行为的行政处罚等。第三,商标法的修订。修订后的商标法适应市场经济体制下市场主体的多样性发展,增加商标注册申请人的范围和允许商标权共有的规定;贯彻原则性与灵活性相结合的原则,尽可能为商标注册、管理、保护提供更加具体、全面的规范,确立商标权益司法审查终审的原则,建立商标权保护的诉前停止侵权行为和财产保全以及证据保全的措施;注重商标法律制度与国际条约和国际惯例的接轨,放宽商标注册的条件,明确商标的种类,完善商标权取得原则;强化对侵犯商标专用权行为的查处,规范侵权行为的识别和法律责任的承担等。

除了修改、完善我国的专利法、著作权法、商标法外,国务院2001年3月发布了《集成电路布图设计保护条例》(自2001年10月1日起施行),2001年12月修订了《计算机软件保护条例》(自2002年1月1日起施行)。2001年12

月 11 日,我国正式加入世界贸易组织,成为该组织的第 143 个成员。可以说,在此之前我国所进行的知识产权法修订工作一方面为中国人世扫平了障碍,另一方面也为中国人世后迅速融入国际经济大循环铺平了道路。审视我国现行的知识产权法,我们有理由认为,我国目前的知识产权法律制度已基本同世界保持同步水平。

无论是宏观还是微观考察我国知识产权制度建立与完善的历程,我们有理由认为中国的知识产权立法水平获得了长足的进步,中国的知识产权保护标准已达到世界水平。在考察我国知识产权制度变革中的立法指导思想以及在价值取向上所持的立场和态度时,以下几点是值得提及的。

第一,在知识产权立法上,法律传统不再被简单地坚持,现代立法中大陆法系与英美法系之间的制度互参与同化同样影响了知识产权制度变革,立法完善的价值取向上更多地倾向于理性应对现实发展对制度变革提出的调整需要,追求理性、公正、合理、变通的制度设计,而不是固守僵化的法律传统。正如世界贸易组织《知识产权协议》第 1 条关于“义务的性质和范围”规定所指出的,“各成员应实施本协议的规定。各成员可以但并无义务在其法律中实施比本协议要求更广泛的保护,只要此种保护不违反本协议的规定。各成员有权在其各自的法律制度和实践中确定实施本协议规定的适当方法。”据此,在对同一对象提供知识产权保护的问题上,各国往往会遵循其特有的法律传统和考虑其特定的社会背景,因此而产生不同的立法模式和保护原则。例如,在对发明创造提供专利保护上,存在发明在先和申请在先两种不同的专利权取得原则;在商标权取得原则上,存在使用原则和注册原则;在著作权制度基础上存在以作者人格利益保护为核心的作者权体系和以作品经济利益保护为核心的版权体系。这些不同的法律传统决定性地影响了各国不同的制度设计,但在不断强化的国际交往以及随之而来的知识产权保护国际化、统一化趋势下,各国立法的相互合理借鉴和吸收、不同制度的互补已成为法律制度完善的一种重要方法。例如,在采用申请在先或注册在先的原则下,增加或强化了在先权的保护。

第二,在具体制度设计上,呆板的从一而终的道德约束被淡化,法律的一刀切机械适用获得纠正,市场竞争中各方利益得失及平衡被更多地考虑,利益平衡理论被重视和运用。知识产权保护对象的特殊性和多样化存在和运动形态要求对其提供保护的具体规则也应当具有原则性下的灵活性。因此,我们有必要在遵循侵犯知识产权的民事责任成立的无过错归责原则下强调侵权人承担赔偿责任责任的过错条件,我们也有必要在较为稳定的作品合理使用制度框架下不断适应新经济、新技术条件下作品创作者、使用者和传播者利益冲突与平衡情势的改变而调整“合理性”的判断标准。我们相信,法律作为组织社会的一种工具,应当是用来解决问题而不是制造问题的,因此它必须向着更加理性和灵性的方向发展,而

其中,立法变动中的正当性评估就成为关键的制约因素。在服务社会主义市场经济体制的建立与发展的指导思想下,相关各方的利益得失和平衡成为我们制度设计和变革的前提和目标。

第三,司法经验的积累和总结成为我们完善知识产权立法的重要途径。随着我国知识产权法律制度的完善、知识产权保护意识的提高、科技成果应用和交易增多以及市场经济的繁荣与发展,知识产权纠纷也呈上升的趋势。为了配合我国知识产权法的修订、正确适用法律和审理知识产权纠纷案件,最高人民法院在总结知识产权司法审判经验的基础上,分别于2001年6月5日通过《最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》、于2001年6月19日通过《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》、于2001年6月26日通过《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》、于2002年10月12日通过《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》、《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》、于2003年12月23日通过《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释〉的决定》、分别于2006年12月25日和2006年12月30日通过《最高人民法院关于审理侵犯植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》、《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(二者均自2007年2月1日起施行)。^①这些司法解释的制定和施行,对我国知识产权司法审判中遇到的法律适用问题进行了进一步的解释,从而统一了各地法院审理各类知识产权案件的认识,有助于我国知识产权保护制度的完善。

第四,面对经济全球化和知识化发展趋势,我国知识产权保护面临两难选择,并努力谋求从被动应对向积极应对的转变。世界政治和经济格局的变化以及中国人入世时所作的承诺,使中国在知识产权保护水平的提高和知识产权制度的完善上持积极的态度,并确实做出了许多力求与知识产权国际保护体制保持一致的改进工作。知识产权制度作为对创新成果提供垄断权保护的工具有,在整体上更多的是体现对知识创造者的利益保护,它对于知识消费者而言在某种意义上是一把“双刃剑”。因此,可以说,在知识产权保护上,经济发达、科技领先的发达国家占优势地位,而发展中国家则处于被动“付费”的角色地位。随着发展中国家经济的崛起以及发展中国家参与国际事务的积极性的提高,发展中国家在国际政治中的地位也不断提高,保障发展中国家的利益已成为变革知识产权国际保护体制的一项重要内容。变革知识产权理念、改造知识产权制度以及拓宽制度瓶颈,使

^① 目前《最高人民法院关于审理涉及知识产权权利冲突民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》,在公开征求意见后尚未正式通过和公布。