

Z
H
I
S
H
I

C
H
A
N
Q
U
A
N

F
A

戚伟平
编著

知识产权法

上海财经大学出版社

本项目获上海财经大学资助出版

知 识 产 权 法

戚伟平 编著

上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法/戚伟平编著. —上海:上海财经大学出版社,
1999. 9

ISBN 7-81049-309-4/D·06

I. 知… II. 戚… III. 知识产权-法的理论-中国-高等学校-教材 N. D923. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 38495 号

ZHISHI CHANQUAN FA

知 识 产 权 法

戚伟平 编著

责任编辑 江 王 封面设计 周卫民

上海财经大学出版社出版发行

(上海市中山北一路 369 号 邮编 200083)

上海竟成印刷厂印刷装订

1999 年 9 月第 1 版 1999 年 9 月第 1 次印刷

850mm×1168mm 1/32 10.625 印张 266 千字

印数 1—2 500 定价:22.00 元

前 言

自 1982 年我国制定商标法以来,中国的知识产权立法在近 10 年来已经取得了显著的成就,专利法、著作权法及反不正当竞争法等知识产权法律先后颁行,形成了比较完整的知识产权法律体系。与此同时,我国的知识产权司法、执法也取得了长足的进步。由于知识产权在现代全球经济一体化的趋势中是保障当事人权利的重要法律制度,各国都十分注重知识产权法律体系的完善和知识产权司法、执法的完备。我国近 10 年来在知识产权立法、司法和执法上的努力以及取得的成就,不仅适应我国市场经济的需要,也顺应世界经济发展趋势,为迎接知识经济时代的到来提供了必需的法律环境。《知识产权法》一书正是在全面吸取中国知识产权成就的基础上编著完成的。

知识产权的内容随着社会经济和科技的发展,以及人们认识的进步,在不断扩展。本书以我国现行立法为基础,除在第一章介绍了知识产权最新发展状况外,重点阐述的是我国已有完善立法、在世界各国也最受重视的商标权、专利权、著作权和反不正当竞争法律制度,也即以知识产权中的核心部分作为本书的论述重点,突出了知识产权中最重要的内容,增强了这部著述的针对性。

知识产权在近年来正向着国际化、高水平化的方向发展。我国的知识产权法律是符合这一趋势的,不仅在立法时吸取了其他国家的先进经验和国际惯例,还积极加入有关知识产权的国际条约。事实上,中国的知识产权法律制度是和国际知识产权的发展水平相当的。本书不仅在论述具体制度时反映了国际上先进的立法成就,而且单列一章,专门介绍有关知识产权的国际条约。并且在论

述中国当代知识产权法律制度的同时,也介绍了世界最新的知识产权保护状况,使著述具有较强的时代性。

知识产权是理论性和实践性都很突出的法学学科。知识产权作为民事权利之一,其法学基础源于民法,但是知识产权相对于古老的物权、债权和继承权,是伴随着社会科学技术和经济文化的发展而在最近一个多世纪迅速发展起来的民法分支,其理论多有突破传统之处。知识产权也是应用性极强的法律门类,在市场经济的市场行为中可以说无处不涉及知识产权。本书对现行的知识产权法律有比较深刻的法理分析,解释了各项具体法律制度立法意图和详细内容,而且注重实践,分析了制度在实际运用中可能出现的问题,提出了解决办法,特别介绍司法机关、行政主管部门对许多具体问题的解释,使著述既有学术性,也有相当的实践性。

本书全面论述了知识产权的核心内容,既有我国知识产权法律制度理论和实践的阐述,也有国际知识产权保护状况的介绍。适合广大法律工作者阅读,也适合知识产权管理人员及企业经营管理人阅读,尤其适合高等院校用作知识产权法教学的教材。

虽然作者在本书编著中作了很大的努力,但是限于水平,缺点乃至错误在所难免,恳望得到读者的指正。

作者

1999年5月

目 录

第一章 知识产权概述	(1)
第一节 知识产权的基本概念	(1)
第二节 知识产权的法律调整	(13)
第三节 我国知识产权的概况	(23)
第二章 商标权法律制度	(31)
第一节 商标与商标法概述	(31)
第二节 商标权的取得	(44)
第三节 商标权的利用和保护	(63)
第四节 商标管理、商标代理和商标评估	(80)
第五节 集体商标、证明商标和驰名商标的保护	(94)
第三章 专利权法律制度	(103)
第一节 专利与专利法概述	(103)
第二节 取得专利权的条件	(109)
第三节 取得专利权的程序	(141)
第四节 专利权的利用、强制实施和保护	(164)
第五节 国防专利的保护	(187)
第四章 著作权法律制度	(192)
第一节 著作权与著作权法概述	(192)
第二节 著作权的构成	(200)
第三节 邻接权的构成	(230)

第四节	著作权的利用、保护和管理	(244)
第五节	计算机软件的著作权保护	(264)
第五章	反不正当竞争法律制度	(272)
第一节	不正当竞争与反不正当竞争法概述	(272)
第二节	不正当竞争行为及其法律责任	(280)
第六章	知识产权的国际保护	(298)
第一节	知识产权国际保护概述	(298)
第二节	有关工业产权保护的国际公约	(302)
第三节	有关著作权保护的国际公约	(316)
第四节	与贸易有关的知识产权协议	(324)

第一章 知识产权概述

第一节 知识产权的基本概念

一、知识产权的词源及定义

(一) 知识产权的词源

中文“知识产权”一词是从英文“Intellectual Property”翻译而来的。1997年1月1日起施行的《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)是我国现行的民事基本法,《民法通则》第5章规定的是“民事权利”,共有4节,第3节就是“知识产权”(其他3节分别是“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”、“债权”、“人身权”)。这样的立法体例说明了两个基本问题:第一,我国在立法上将统一使用“知识产权”一词来概括一系列与智力劳动成果有关的权利;第二,知识产权是民事权利的一类,或者说,知识产权是民事权利的重要组成部分。

在《民法通则》颁布施行之前,我国法学界对“Intellectual Property”的称呼并不统一,有人称之为“智力成果权”,有人称之为“智慧财产权”,当然也有许多人称之为“知识产权”的。有些人认为,“智力成果权”的名称来自苏联的民事立法,苏联实行生产资料公有制,在法律上不承认“私法”的观念,所以人的智力劳动(或者称脑力劳动)成果是和公有制的生产关系联系在一起的,因而不采用“知识产权”这一带有“私法”色彩的概念,而称之为“智力成果权”。直到1973年苏联加入有关国际公约后,才不得不采用“知识

产权”的概念。^①从词义上分析,“Intellectual”是“智力”、“智慧”的意思,因此将“Intellectual Property”称为“智力成果权”或者“智慧财产权”也是可以的。英美法国家不认为知识产权具有人身权的内容,所以用了“Property”一词,强调它的“财产”或者“财产权”意思。我国法学界多数人认为知识产权具有人身权内容,用“智慧财产权”并不妥贴,但用“智力成果权”还是贴切的。

由于我国《民法通则》已经在立法上使用了“知识产权”一词,并且在法学界已经形成了对这个概念大致涵义的共识,也就没有必要坚持“智力成果权”的提法。但是,作一点词源分析,对正确理解“知识产权”的基本概念还是有益的。

(二)知识产权的定义

知识产权是一系列民事权利的统称。随着被称为知识产权的对象扩大,要给知识产权下个定义就显得越来越困难了。一般而言,知识产权是指人们基于创造性智力劳动的成果而依法获得的民事权利。知识产权的定义包含以下基本涵义:

1. 知识产权属于民事权利

知识产权属于民事权利是由我国《民法通则》明确规定的。作为基本涵义,知识产权属于民事权利表明了这类权利的基本定位:首先,知识产权的主体没有特别的资格要求,民事主体从事法律上规定的智力劳动并且获得了相应的成果(智力成果),就可能取得有关的知识产权。其次,知识产权的内容是由法律明确规定的,知识产权的范围及其权利的基本内容都由我国民事法律予以明确规定,不能由当事人自己创设。再次,知识产权的保护主要采用恢复权利原状和平等补偿的民法方式。

知识产权中的商标权和专利权必须由国家行政主管部门批准才能取得,所以有人认为知识产权不是一般的民事权利,而是带有

^① 参见聂天颢:《知识产权法教程》,重庆出版社1987年10月第1版,第1~2页。

行政权色彩的权利。实际上,权利的取得是否须经一定的行政程序不是判断权利性质的主要依据。例如,不动产所有权的取得须在房地产主管部门办理登记手续,某些合同须经行政主管部门批准才能生效,构成因合同所生的债权,但不能据此否定它们的民事权利属性。

2. 知识产权是基于智力成果而产生的

知识产权是基于一定的法律事实,即智力成果而产生的。民事主体没有从事创造性智力劳动,不可能获得原始的知识产权(在这里是指狭义的、传统的知识产权,不包括诸如产地标记等特有地理名称、标记的知识产权)。民事主体从事了创造性智力劳动,但没有取得足以产生知识产权的成果,仅就智力劳动的过程而言,也不能产生知识产权。所以,从根本而论,知识产权是基于智力成果产生的民事权利。

智力成果,也称知识产品,是人们通过创造性智力劳动而产生的法律认可的精神财富。它的基本涵义是:第一,智力成果是一种精神财富,与占据一定空间、看得见摸得着的物质财富是有区别的,人们在客观上无法实际占有控制智力成果(占有控制的只是智力成果的载体)。例如,阅读者购买一本书籍,占有控制的是智力成果(作品)的载体(书籍),书籍的标价是出版物的价值而不是智力成果(作品)的价值。第二,智力成果的范围是由法律规定的,并不是人们的一切智力成果都能产生知识产权。虽然国际上有将一切在工业、科学、文学或者艺术领域由于智力劳动而产生的成果都纳入知识产权的趋势,^①但是因各国社会经济科学文化条件不同,实际上还是有选择地、逐步地保护一些智力成果。另外,将人们的一切智力成果(不分领域、不分内容)都予以保护,既无必要也不可能。

^① 参见《建立世界知识产权组织公约》第2条。

二、知识产权的特点及范围

(一)知识产权的特点

知识产权的特点,是指知识产权不同于其他民事权利,在多数情况下都存在的法律个性。

1. 知识产权是无形财产权

与民事权利中的物权相比,知识产权是一种以智力成果(精神财富)为客体的无形财产权,这是知识产权最基本的特点。对于有形财产权而言,权利客体是有形的财产,如一件首饰(动产)、一幢房屋(不动产),权利人行使权利时,不能也不可能将同一财产出售、出租、赠送给两个不同的民事主体。对于作为无形财产权的知识产权而言,权利人行使财产权利时,完全可能将同一智力成果(无形财产)许由两个不同的民事主体利用,如作者将自己创作的一部话剧作品许可两家剧社演出,因为利用智力成果时所占有控制的是智力成果可以复制多份的载体。

知识产权是无形财产权,但是其客体(智力成果)的载体通常是有形财产,所以可以享有物权(有形财产权)。如作者将一幅画作赠送给他人,有形物(画作的载体)的财产所有权转移给了受赠人,受赠人作为有形物的财产所有权人,有权将它赠与、出售给第三人,但是作者对画作的著作权(展览权外)并不因赠送行为而丧失,受赠人虽然拥有有形物的财产所有权,但并不享有基于智力成果而产生的著作权。

知识产权的无形财产权特点导致了实践中的一些难题。第一,侵权人侵犯知识产权的行为难以被发现,保护知识产权比起保护物权等有形财产权要困难得多。因为侵权人利用智力成果并不需要实际上占有控制其载体,只要掌握了智力成果的思想,实际上已经能够利用。第二,受让人在知识产权交易中保护自己的权益也比较困难。因为权利人让渡给受让人的只是利用智力成果的权利(包

括许可使用和转让),受让人即使依法取得了这些权利,客观上也难以阻止权利人“一女多嫁”(如果是独占许可的话)。这些问题有的已经在立法上采取了必要的措施,如侵权诉讼举证责任倒置等,但更多的则需要在司法实践中具体处理。

2. 知识产权由民事法律直接确认

与民事权利中的物权相比,知识产权的产生除了依据一定法律事实之外,还须由民事法律直接确认。知识产权由民事法律直接确认包含以下涵义:第一,总体上说,知识产权保护的智力成果范围是由民事法律直接、特别规定的。如前所述,并不是人们的一切智力成果都受法律保护的,哪些智力成果可以获得保护,是由民事法律(如商标法、专利法及著作权法等)明文规定的。民事法律的规定有两个方面:一是规定保护哪些对象,如我国专利法律规定的保护对象是有特定涵义的发明创造,包括发明、实用新型和外观设计;二是规定保护对象中因社会公共利益的需要而必须排除的某些对象,如我国著作权法律保护的对象是作品,但是依法禁止出版、传播的作品(如淫秽、黄色的作品)除外。有时还明文规定不属于保护对象的事物,如专利法律不保护发现,因为发现不是专利法律所说的发明创造;著作权法律不保护公式、数表等,因为它们不属著作权法律所说的作品。第二,具体而言,商标权、专利权等知识产权的取得须经行政主管部门的审批或者审核,有些国家著作权的取得也须履行登记手续,这种审批(审核)及登记是知识产权由民事法律直接确认的重要方面。既然民事法律明文规定了受保护的智力成果范围,那么就应当由民事法律授权的专门部门(在我国及大多数国家都是行政机关的职能部门)来审批(审核)民事主体提出的知识产权权利申请,保证民事法律规定的智力成果在实践中得到保护。由于基本的知识产权(如商标权、专利权及有些国家的著作权)的取得须经行政主管部门依法予以确认,从而形成知识产权不同于其他民事权利的特点,即不仅在权利取得之时,而且在

权利存续期间的保护、利用过程中,行政主管部门都有重要的作用,如我国的行政主管部门可以处理知识产权侵权纠纷,对有关违法者可以处以行政处罚等。

3. 知识产权具有专有性

与其他民事权利相比,知识产权的专有性表现在:第一,权利取得的专有性。对于同样的智力成果,只能授予一项知识产权,如果数人分别搞出同样的发明并且都向专利审批部门提出专利申请,在专利申请都符合专利权授予条件时,专利审批部门也只能根据本国的审批原则(我国及大多数国家采用申请在先原则,有的国家采用发明在先原则)授予一项专利权。而对于有形财产来说,同样的有形财产可以分别由不同的民事主体享有财产所有权。第二,权利行使的专有性。知识产权取得后,权利人对权利客体(智力成果)享有独占、排他的权利,他人即使有能力行使,若未经权利人许可或者法律许可,也不得行使。由于他人可以不实际占有、控制知识产权的客体而利用它,所以专有性对于知识产权的保护具有特别重要的意义,它是无形财产权特有的专有性。民事法律直接确认识知识产权,实质上就是确认某项具体的智力成果归权利人专有。

对知识产权的专有性也不能绝对地理解。首先,广义上的有些知识产权,其专有性不是指权利仅归某个民事主体,如产地标记权就归产地所在地的全部生产者或者经营者。其次,知识产权的专有性受地域和时间的限制,在一定地域或者时间之外,知识产权可能已经不存在,专有性也就无从说起。当知识产权失去专有性时,知识产权的客体(智力成果)仍然存在,但是权利人不再对该智力成果享有法律授予的独占、排他的权利。法律上认为,该智力成果已经进入公有领域,任何人都可以利用它。再次,广义的知识产权中,有些知识产权的专有性不是由民事法律直接确认的,而是由当事人自己采取保密措施取得的,如商业秘密权。这种专有性一般可以称之为“自然专有权”,而由民事法律确认的专有性,如商标权、专

利权,可以称之为“法定专有权”。所以,对知识产权的专有性应有全面的正确理解。

4. 知识产权具有地域性

与物权等其他民事权利相比,知识产权的地域性尤其突出。有形财产的所有人不会因到了另外一个国家而失去对有形财产的财产所有权,而作为无形财产权的知识产权一般只在授予其专有性权利的国家内有效,这就是知识产权的地域性。

知识产权的地域性是由民事法律直接确认的特点决定的。因为一国根据自己的国情制定法律保护智力成果,对于保护对象、保护水平等都有基于本国实际的考虑,再者,一国法律都有其空间效力范围,所以,某国法律确认的知识产权,其效力是不能及于他国的。从历史上看,地域性权利最早的形式不是现代依法确认的知识产权(称为“法权”),而是封建国家由君主颁发特许证的垄断权(称为“特权”),特许的垄断权只在颁发该特许证的君主管辖的地域内有效,所以这种专有性权利是有地域性限制的。

5. 知识产权具有时间性

知识产权的时间性是指法律对于知识产权的保护是有期限的,超过法律规定的期限,即使保护的智力成果仍然存在,并且仍然具有价值,法律也将它认为是进入公有领域的智力成果,原权利人对它失去专有性权利。而有形财产的物权,只要客体没有灭失,物权权利人就不会因时间久远而丧失物权。

知识产权的时间性同样不是绝对的。对于产地标记权、商业秘密权等民事法律直接确认特点不明显的知识产权,其时间性不是由法律规定的。如对商业秘密权来说,只要当事人的保密措施仍然有效,保密的对象仍然具有价值,这种“自然专有权”就可能是“永恒”的。反之,对于依法被授予“法定专有权”的知识产权,如商标权、专利权及著作权等,它们的时间性是由法律明确规定的。

我国法学界对知识产权的上述五个特点基本没有争议,但是

对知识产权的内容是否包括人身权,或者说对知识产权是否具有人身权与财产权两重属性的特点,存在分歧。有人认为,除了商标权、地理标志权、商业秘密权等少数知识产权外,其他各项知识产权都具有人身权的内容,所以,知识产权大多具有人身权与财产权的两重属性。^①但也有人认为,知识产权主要是由行政主管部门依法确认的,以专利权为例,在专利权被授予之前,发明创造人就已经可以享有被称之为知识产权中的人身权的署名权了,所以这种署名权并不是专利权的内容;只有著作权,因在绝大多数国家是自动产生的,作者就其作品享有的人身权与作为著作权一部分的人身权才合为一体,具有人身权的内容。^②在民法理论上,人身权可以分为两大类:第一类是以民事主体的人身为前提条件而产生的,如姓名权、荣誉权、名誉权;第二类是公民从事创造性劳动而取得的,如作品的署名权、发表权等。^③前者由民事普通法规范,后者由民事特别法规范。但是,后者也不能包括所有的知识产权,因为多数知识产权是由民事法律确认的,在民事法律确认之前,是不存在知识产权的,也就不可能包含人身权。所以,只有著作权才具有人身权,不宜将人身权和财产权的两重属性作为知识产权的特点。

(二)知识产权的范围

1. 世界知识产权组织确定的范围

根据1967年7月14日签订的《建立世界知识产权组织公约》第2条的规定,知识产权应当包括下列权利:

(1)文学、艺术和科学作品的权利;

(2)与表演艺术家的表演活动、与录音制品及广播有关的权利;

① 参见刘春茂:《中国民法学·知识产权》,中国人民公安大学出版社1997年4月第1版,第7页。

② 参见郑成思:《知识产权法》,法律出版社1997年7月第1版,第10页。

③ 参见佟柔主:《中国民法学》,法律出版社1990年11月第1版,第477页。

- (3)人类在各个领域发明的权利；
- (4)科学发现的权利；
- (5)工业品外观设计的权利；
- (6)商标、服务标记、商号及其他商业标记的权利；
- (7)禁止不正当竞争的权利；
- (8)其他一切来自工业、科学及文学艺术领域里因智力活动而产生的其他权利。

我国及世界上多数国家都是该公约的成员国,由于该公约不允许成员国作任何保留,所以成员国有通过国内立法对上述范围的权利予以明确保护的义务。

2. 世界贸易组织确定的范围

1994年4月,国际上宣布要以“世界贸易组织”(WTO)取代原来的“关税和贸易总协定”(GATT)。在世界贸易组织的法律文件中,有一份名为《与贸易有关的知识产权协议》(Trips)的文件,它规定了知识产权应当包括下列范围:

- (1)著作权与邻接权；
- (2)商标权；
- (3)地理标记权；
- (4)工业品外观设计权；
- (5)专利权；
- (6)集成电路布图设计权；
- (7)未披露过的信息专有权。

我国终将成为世界贸易组织的成员,所以也应准备在国内立法上反映上述内容,如集成电路布图设计权、未披露过的信息专有权(主要是“商业秘密”的保护)。

3. 我国《民法通则》确定的范围

根据我国《民法通则》第94条至第97条的规定,知识产权包括下列内容:

- (1)著作权(版权);
- (2)专利权;
- (3)商标专用权;
- (4)发现权及其他科技成果权。

我国《民法通则》中的“其他科技成果权”需要通过具体立法加以明确,现在一般将发明(不同于专利权中的发明)、合理化建议和技术改进等列入其中,今后可以用单行法规的形式将我国加入的国际条约中有关的保护内容予以充实。

三、知识产权的分类

(一)广义的知识产权与狭义的知识产权

知识产权有广义和狭义之分,这是最常见的分类。

1. 广义的知识产权

从趋势上看,现代知识产权会向保护范围扩大化、保护标准国际化、保护水平高层化的方向发展。广义的知识产权,包括人类一切的智力成果所产生的权利。当然,智力成果的具体范围也应有明确的界定。一般认为,广义的知识产权至少应当包括专利权、商标权、著作权、邻接权、发明权、发现权、商业秘密权、商号(厂商名称)权、地理标志权、集成电路布图设计权等项权利。实际上,前面讲到的世界知识产权组织及世界贸易组织确定的知识产权范围,相当于广义的知识产权,几乎把所有的智力成果都置于广义知识产权的保护之下。

事实上,将广义知识产权的内容都明确予以法律保护的国家不是很多,因为真要那么做的话,立法和司法上会有许多困难。但是,世界上已有包括我国在内的一百多个国家加入了世界知识产权组织。对成员国来讲,上述的广义知识产权内容就不再是个学术问题了,成员国负有在国内法予以落实保护措施的义务。

2. 狭义的知识产权