



视野下的

中国知识产权制度研究

主编 刘剑文

人民出版社

策划编辑:李春生

责任编辑:魏海源

装帧设计:肖 辉

图书在版编目(CIP)数据

TRIPS 视野下的中国知识产权制度研究/刘剑文主编.

-北京:人民出版社,2003.12

ISBN 7-01-004130-X

I.T… II.刘… 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(2003)第 106876 号

TRIPS 视野下的中国知识产权制度研究

TRIPS SHIYE XIA DE ZHONGGUO ZHISHI CHANQUAN ZHIDU YANJIU

主编 刘剑文 副主编 陈永平 王 清

人民出版社 出版发行
(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京市双桥印刷厂印刷 新华书店经销

2003 年 12 月第 1 版 2003 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:850 毫米×1168 毫米 1/32 印张:15.5

字数:369 千字 印数:1-5,000 册

ISBN 7-01-004130-X 定价:26.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

前 言

《TRIPs 视野下的中国知识产权制度研究》一书是由北京大学法学院教授、博士生导师刘剑文主持的湖北省社会科学基金重点资助项目——“世界贸易组织·知识产权协议与中国知识产权法律制度比较研究”的最终研究成果。

本书以世界贸易组织的《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs)为主线,在对知识产权协议与中国知识产权保护问题的联系作了总体论述之后,按照 TRIPs 的顺序,结合其他国际公约、条约和其他国家的立法规定,将 TRIPs 的规定与中国知识产权的相应制度进行了详细、深入的比较研究,并就中国知识产权立法、执法与 TRIPs 的衔接问题作了较为全面、深入的探讨。本书内容既涉及 TRIPs 以前相关国际公约、条约的优劣比较,我国相应的立法现状及时代背景,也一并考虑学者的见解以及立法、司法部门的观点。具体涉及版权与有关权、商标权、地理标志权、专利权、集成电路布图设计权、商业秘密的保护、对协议许可证中限制竞争行为控制、知识产权执法等问题。

本书资料翔实,但不是资料的简单堆积。在对资料的分析基础上,指出我国现行知识产权法律制度所存在的与国际公约、条约的差距,阐述差距产生的原因,并提出相应的修正建议。

本书的写作过程也是我国知识产权法律制度与 TRIPs 的规定协调一致的过程。2001 年 11 月,我国最终加入了世界贸易组

织。为了加入该组织,我国先后颁布了新修正的《专利法》、《著作权法》、《商标法》、《著作权法实施细则》、《商标法实施细则》、《专利法实施细则》、《计算机软件保护条例》等法律、行政法规,制定并颁布了《植物新品种保护条例》和《集成电路布图设计保护条例》,最高人民法院先后颁布了一系列有关知识产权的司法解释。这些法律法规基本达到了 TRIPs 的要求,有些规定已经超出其最低要求。因此,我国知识产权法律制度的发展与完善得益于 TRIPs 的推动。

《TRIPs 视野下的中国知识产权制度研究》一书是我们共同努力创作的一项集体成果,参加撰稿的均是从事知识产权法理论研究和实务研究的专业人士。刘剑文教授负责全书框架设计、写作指导、并最终修改定稿,陈永平(法学博士,广州市中级人民法院法官)、王清(法学博士,武汉大学信息管理学院副教授)协助全书的修改、统稿。本书撰稿分工如下:第一章,陈永平、梁桂青(广东法商大学法学院副教授);第二、六章,王清;第三章,邓永杰(法学博士,上海市第二中级人民法院法官);第四章,周文(法学博士);第五章,陈建德(法学博士,人民法院出版社编辑);第七章,王清、黄志伟(法学博士,山西财经大学法学院教师);第八章,徐朝贤(法学硕士,华中师范大学政法学院副教授);第九章,何其生(法学博士,北京大学法学博士后)。此外,周文、邓社民分别撰写了第六章、第七章的初稿。黄志伟撰写了本书计划中的第十章,但因本书体例问题而最终颇为遗憾地被舍弃。

本书的问世与人民出版社的大力支持及该社编辑李春生先生所付出的艰辛劳动是分不开的。在写作过程中,得到了北京大学法学院领导、武汉大学社科处领导的大力支持,在此,特表由衷的谢意!

因学识所限，书中错误之处难免，恳请读者及专家不吝批评、指正。

刘剑文

二〇〇三年初春于北京大学财经法研究中心

MA635/111

目 录

前言	1
第一章 知识产权国际保护新体系与中国知识产权制度	
变革	1
第一节 知识产权国际保护基本机理分析	2
第二节 TRIPs 体系协议与我国的知识产权国际保护	7
第三节 美国“特别 301 条款”与我国知识产权国际保护	21
第四节 WIPO 与我国的知识产权国际保护	32
第二章 版权与有关权保护比较研究	45
第一节 TRIPs 缔结前后版权与有关权国际保护与发展	45
第二节 版权客体的有关问题	52
第三节 版权与有关权的权利内容	72
第四节 版权与有关权限制与例外	101
第三章 商标权保护比较研究	118
第一节 商标权的客体	118
第二节 商标权的取得	124
第三节 注册商标的使用要求及其限制	132
第四节 注册商标权的内容与保护期	140
第五节 驰名商标的特殊保护	146
第六节 注册商标的转让和使用许可	156

第七节 商标权的例外·····	166
第四章 地理标志权保护比较研究 ·····	169
第一节 地理标志及其相关概念·····	169
第二节 地理标志权保护的立法·····	175
第三节 中国地理标志的保护现状及建议·····	182
第五章 专利权保护比较研究 ·····	185
第一节 专利权保护概述·····	185
第二节 专利权的客体·····	194
第三节 专利的申请与审查制度·····	223
第四节 专利权的限制制度·····	238
第五节 专利的侵权与救济制度·····	257
第六节 新技术革命条件下专利保护的发展与我国的 对策·····	271
第六章 集成电路布图设计专有权保护比较研究 ·····	280
第一节 集成电路布图设计专有权保护概述·····	280
第二节 集成电路布图设计专有权的取得与保护期·····	285
第三节 集成电路布图设计专有权的内容 ·····	291
第四节 集成电路布图设计专有权的限制·····	293
第七章 未披露信息（商业秘密）保护比较研究 ·····	301
第一节 商业秘密保护的立法模式与理论基础·····	301
第二节 商业秘密的范围与构成要件·····	314
第三节 商业秘密的法律保护·····	322
第八章 对限制竞争行为控制的比较研究 ·····	330
第一节 限制竞争行为及其调控的意义·····	331
第二节 西方发达国家对限制竞争行为的控制·····	342
第三节 发展中国家对限制竞争行为的管制·····	363
第四节 TRIPs 对限制竞争行为的控制·····	373

第五节 我国对限制竞争行为管制的立法与完善·····	384
第九章 TRIPs 与中国知识产权执法机制比较研究·····	395
第一节 知识产权执法机制概述·····	395
第二节 中国“入世”前后知识产权执法机制比较·····	401
第三节 知识产权执法程序问题·····	415
第四节 民事救济程序·····	418
第五节 行政和刑事救济程序·····	454
第六节 临时措施与边境保护·····	464
第七节 争端的防止与解决·····	479

第一章 知识产权国际保护新体系 与中国知识产权制度变革

知识产权的国际保护,是指一国参加有关知识产权的国际公约或条约,并履行公约或条约设定的国际义务,通过国内知识产权制度对其境内的知识产权予以保护。也就是说,是以履行国际公约或条约义务的形式而实现的一种国内保护。它包含两个部分的内容,一是知识产权国际公约或条约的缔结(包括谈判、签字与批准阶段),二是知识产权国际公约或条约义务的履行。前者主要由国际(公)法调整,后者则主要属国内法的范围。对于知识产权公约的参加国来说,“知识产权的国际保护,首先是指参加了知识产权国际公约或缔结了知识产权双边条约的国家,如何以国家的‘公’行为(如立法等)去履行自己参加或缔结的国际条约义务。这首先是要使本国国内法至少达到国际条约的‘最低要求’”。^① 从一国国内法的角度而言,就是该国知识产权制度如何与相关国际公约或条约接轨的问题。^②

① 郑成思:《知识产权论》,法律出版社1998年版,第429页;郑成思:《知识产权法》,法律出版社1997年版,第103页;郑成思:《论知识产权的国际保护》,载《法律科学》1997年第3期。也有的学者没有直接给知识产权的国际保护下定义,但从其论述看,也包括知识产权条约的签订与实施两个方面。参见汤宗舜:《知识产权的国际保护》,人民法院出版社1999年版。

② 国内学者从国内法的角度论述此问题,多使用“与国际接轨”的概念。参见刘剑文:《论我国知识产权保护的国际接轨》,载《中国的改革开放与法制建设》,武汉大学出版社1993年版,第185—197页;刘剑文:《再论我国知识产权保护与国际接轨》,《法学评论》1995年第2期。此类文章还有很多,不一一列举。

我国已经加入世界贸易组织 (WTO) 并依据《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs) 修改或者制定了相应的法律法规。与此同时我们还要注意到, 美国贸易法中的 301 条款尽管不是国际条约, 但由于美国的强大经济实力, 却具有了事实上的域外效力, 许多发展中国家可以说就是在美国 301 条款的威胁下才在 TRIPs 协议上签字的。中美三次知识产权谈判已成历史, 但回想起来仍让人心有余悸, 如何认识 301 条款仍应是我们知识产权国际保护研究的重大问题。伴随 WTO 的建立及运转, TRIPs 成了知识产权国际保护的一个重要标准, 但世界知识产权组织 (WIPO) 作为联合国专门负责知识产权协调工作的机构仍将发挥巨大的作用, 这一点对发展中国家而言极为重要。因此, 我国的知识产权国际保护问题应主要在 TRIPs、美国的 301 条款、WIPO 及其管理的国际条约的三维框架下予以考虑。这三个问题之间既有性质之别, 又有缓急之分, 还有内在的联系, 必须综合予以考虑。

第一节 知识产权国际保护基本机理分析

知识产权作为国家授予权利人的一种专有权, 从产生之时起就具有地域性的特征, 即一国只依据其颁布的法律对权利予以保护, 权利人也只能根据本国的法律, 请求授予权利或在权利受到侵害时, 请求国家予以保护。换言之, 知识产权的这种国内保护在国外是无效的。然而, 知识产品的传播不受国界限制, 极易流往国外, 尤其是那些智力成果创造的目的就是为了向国外传播的知识产品更是如此。因此, 知识产权的权利人还需要在国外对其权利予以保护, 否则, 它们的专利技术、商业标志和文学、科学、艺术作品就会被他人所仿制、冒用或盗印。保护本国国民或

企业的知识产权就是保护本国利益。基于这种考虑,一国往往会通过外交途径,与外国政府合作以求对本国在他国的知识产权予以保护,这就是知识产权国际保护的原动力。

知识产权国际保护主要是“通过国内立法、实行互惠原则、签订双边保护协定、订立国际公约或建立国际联盟等途径来实现的。”^① 它包括以下几种方式:其一,单方保护。法国在一百多年前仅于版权领域实行过,^② 但这种方式到今天已经不可能存在,因为知识产权贸易的收益以及其附属收益在一个国家总收入所占的比重越来越大,任何一个国家都不会对它坐而视之;其二,对等保护,即国和国之间既无双边协议也不存在共同参加的多边条约,各国只有根据对方国家在司法实践中对本国知识产权的保护状况采取对等的态度,“投之以桃,报之以李”,“以牙还牙,以眼还眼”;其三,双边保护,即两国之间就相互保护对方国家的知识产权达成协议,各国享有双边条约赋予的权利,负有在本国境内履行条约的义务。从历史上看,这曾是知识产权多边条约起源的基础;其四,多边保护,即三个以上的国家之间为相互保护他们之间的知识产权而签订国际条约,各缔约国负责条约在其境内的实施。“如果说知识产权的国际保护在一百多年前主要是通过互惠,乃至通过单方承担保护义务去实现的,那么从19世纪至今,这已主要是通过国际双边与多边条约来实现了。”^③

① 杨荣浩主编、刘剑文副主编:《知识产权法学》(第2版),武汉大学出版社1995年版,第412页。

② 1852年,法国专门颁布了一条法令,声明作者复制权的涉外保护,不受《法国民法典》中关于互惠原则的约束,但在1964年版权法中取消了这一单方涉外保护规定。比利时早年也曾模仿法国做法,但比法国更早取消了此做法。参见郑成思:《版权公约、版权保护与版权贸易》,中国人民大学出版社1992年版,第3页注①。

③ 郑成思:《知识产权论》,法律出版社1998年版,第435页。

在国际知识产权保护中形成了以多边条约为主体、双边条约为辅助的格局，这种格局正呈加强之势。

知识产权国际保护经历了从依据国内法保护逐步过渡到依据国际法保护的过程，而且多边国际保护伴随着国际政治、经济、文化的发展也经历了一个逐步演化的过程。该过程可以分为三个阶段：（1）初创阶段；（2）组织化阶段；（3）贸易化阶段。^①

初创阶段是指从 1883 年巴黎公约诞生至 1974 年 WIPO 成立之前。从 18 世纪中叶到 20 世纪初期是全球市场建立和发展的时期，此时大工业在世界经济中开始占据支配地位，交通与通讯手段的革命，大大缩短了各地区之间的距离，使国际贸易扩展到全球各个地区。到 19 世纪 40 年代，继英国之后，比利时、法国、美国、德国、意大利、俄国等国家都开始了工业革命。但是欧洲诸国的工业革命与工业革命的先驱英国相比具有两个与众不同的特征，“一是政府的积极干预和扶持；二是学习国外经验。”^② 欧洲大陆国家广泛吸收外国的经验，特别是利用英国的设备、图纸，或者吸引英国的技工和工程师。而英国则试图阻止这种学习，以垄断新的发明和革新。因而在 1774 年、1781 年、1785 年和以后的年代里一再明令禁止技术工人出国，禁止把图纸、机器运往国外。但机器制造商要赚更多的钱，技术工人和工程师想获得更多的收入，这些欲望使英国的企图无法实现，到 1825 年英国只好废止这些禁令。可以说，欧洲大陆工业革命的过程就是知识产权保护的冲突过程。工业革命的结果促进了世界市场的进一步成熟，也促成了各国知识产权法的建立和完善。自此开始，欧

① 刘茂林：《知识产权法经济分析》，法律出版社 1996 年版，第 182 页以下。

② 夏诚：《近代世界整体观》，成都出版社 1990 年版，第 178 页。转引自刘茂林前引书，第 183 页。

洲各国的政策从技术封锁转而走向了促使其他国家在保护本国知识产权的同时,也保护域外知识产权的道路。知识产权多边保护的导火索是1783年的维也纳国际博览会。由于担心本国国民的发明或商标在博览会上得不到保护,而被其他国家的厂商利用,大多数接到邀请的国家都不愿意参加,世界第一次多边知识产权冲突爆发了。为排除障碍,博览会举办国奥地利政府颁布法律,对参展的发明或商标给予临时保护。此次偶发事件,揭示出了缺乏知识产权国际协调必将阻碍世界经济贸易交流的严重后果。基于对这种严重后果的共同认识,在世界各国的共同努力下,终于在1883年签署了《保护工业产权巴黎公约》(以下简称“《巴黎公约》”)。《巴黎公约》的签署生效“开创了知识产权国际保护的新纪元。”^①此后,知识产权国际保护多边条约不断涌现,如1886年的《保护文学艺术作品伯尔尼公约》(以下简称“《伯尔尼公约》”),1891年的《制裁商品来源的虚假或欺骗性标志协定》,1891年的《商标国际注册马德里协定》(以下简称“《马德里协定》”)等。这些公约和条约奠定了知识产权国际保护体系的基本框架。

组织化阶段指WIPO成立到TRIPs签署以前。依《巴黎公约》成立的国际局负责该公约的管理,依《伯尔尼公约》成立的国际局负责该公约的管理,即工业产权和版权分别由两个机构负责管理,但这两个机构都受瑞士联邦政府的监督。1893年两个国际局合二为一,成立了“保护工业产权和文学艺术产权联合国际局”,即WIPO的前身。在1967斯德哥尔摩会议期间,《巴黎公约》和《伯尔尼公约》的缔约国签订了《建立世界知识产权组织公约》。在此次会议上,为了使联合国际局独立于瑞士联邦政

^① 陈昌柏:《知识产权战略》,科学出版社1999年版,第53页。

府并最终成为联合国的一个专门机构，由联合国际局负责实施的多边条约中的所有行政性条款均作了修改，并与联合国签署了加入协议。该协议于 1974 年 12 月 17 日生效，从此 WIPO 成为联合国一个专门机构。

1995 年之前，WIPO 是惟一一个真正在知识产权国际保护方面有全球影响的国际组织，它所管理的国际条约，也构成了知识产权多边国际保护的主要内容。保护范围涉及专利权、商标权、著作权、邻接权、原产地名称权、植物新品种权等，不仅规定了保护的最低实体标准，而且规定了相应的程序条款。不仅改变了各种权利分别保护的状况，而且把文化、科学、艺术领域的权利同归一个机构管理，置于联合国的体系之下，借助联合国的影响，协调众多成员国保护知识产权的努力，实现了最大范围保护知识产权的目的。

贸易化阶段，以 TRIPs 协议的签署为标志。1994 年 4 月 15 日，持续了八年之久的关贸总协定乌拉圭回合谈判结束，谈判各方在经过激烈的争吵之后，签署了《马拉喀什宣言》，宣布世界贸易组织正式成立，谈判达成的 53 个协议文件都将在 1995 年 1 月 1 日起正式实施，TRIPs 即是其中一个重要的协议。从此，在 WIPO 管理的条约之外，最重要又最具特色的知识产权国际多边条约体系诞生了，由 WIPO 负责全球知识产权国际协调的格局被打破了。^① WTO 这个经济联合国通过把知识产权与国际贸易相挂钩的方式，解决了原来在 WIPO 体制下无法解决的一些问题，

① 到目前为止，WIPO 管理着 27 个全球性的知识产权条约，只有《世界版权公约》属联合国教科文组织管理；《罗马公约》由 WIPO 与联合国教科文组织、国际劳工组织共同管理；地区性的知识产权国际公约，如 1962 年缔结的《比（利时）荷（兰）卢（森堡）商标公约》，1976 年部分英语非洲国家缔结的《建立非洲工业产权组织卢森卡协定》等，不属 WIPO 管理。

形成了知识产权国际保护新体制。

第二节 TRIPs 体系与我国的知识产权国际保护

一、TRIPs 体系产生的时代背景

总体而言, WIPO 机构的自身缺陷、GATT/WTO 机制的诱惑力与强制性、某些发达国家或地区的极力推动等多种因素的综合作用是 TRIPs 体制产生的背景原因, 具体而言, 包括以下几个方面:

1. 知识产权在国际贸易中的地位日益突出是 TRIPs 体制产生的经济动因。一方面, 含有知识产权的商品和知识产权贸易构成一国对外贸易的重要组成部分。一国拥有较多高水平的知识产权, 不仅有利于提高本国的技术水平, 促进本国的经济发展, 还能增加本国的无形贸易出口收入, 改善其在国际贸易中的地位。另一方面, 国际贸易的正常发展也离不开对知识产权的保护, 某些商品标有驰名商标或者产自著名产地, 或者有吸引消费者的外观设计, 容易进入外国市场, 同时也容易诱使不法厂商的冒用、盗版行为、擅自使用他人专利行为等侵权事件的发生。许多国家意识到, 加强知识产权保护, 不仅有利于通过知识产权转让和许可使用而促进无形贸易出口, 而且可以打击冒牌、盗版产品, 使附带知识产权的本国产品出口大幅度增长, 进而促进本国的生产、就业, 最终促进经济增长。

2. 乌拉圭回合前知识产权国际保护体系的不完善制约了以美国为代表的发达国家知识产权保护目标的实现, 主要体现在: 其一, WIPO 所管理的国际公约或条约的成员国数量太少, 使其法律约束力缺乏普遍性; 其二, WIPO 所管理的国际公约或条约所确立的知识产权国际保护标准低, 普遍缺乏对各国实体法的统

一要求。在极少的最低限度的实体权利规定中,也没有规定对侵权行为的救济措施,使仅有的权利也难以落到实处,且规则和义务也不够严格,只有“合作”与“协调”的性质;其三,公约或条约的内容多涉及国际知识产权登记程序方面的问题,而实体规定少;其四,从公约或条约的执行来看,普遍缺乏强制成员国信守条约的机制,缺乏解决争端的有效程序,甚至“WIPO 也未被赋予执行知识产权各公约的权利。”对于成员国之间发生的争端,WIPO 显得无能为力。有人说:“大概希望将知识产权移植入 GATT 体制的最重要的一条理由,就是羡慕 GATT 的争端解决机制,该机制已演化到这样一个高度:为国际条约规范实行相对强制执行规定了合理而有效的程序机制。”;^① 其五,从条约的调整范围来看过于狭窄。知识产权纠纷往往和国际贸易紧密相连,涉及专利、商标、著作权等方方面面,以往的公约是纯粹的知识产权公约,仅限于文化、艺术、科学技术领域,缺乏和国际贸易的有机联系,并且,这些知识产权公约都是专为某一类型的知识产权而设的,或为工业产权公约,或为著作权公约,或为相应的程序性规定,缺乏对知识产权的效力、范围等统一全面的一般性规定;其六,缺乏对国际经济交往中产生的新型权利如商业秘密等的规定;其七,由于种种原因,隶属于联合国体系的 WIPO 一如国际社会常常抱怨的那样缺乏活力,效率低下,对相应公约的修改速度太慢,如《国际专利条约》的修改历经十余年,却仍停留在草案阶段。

3. 美国的经济霸主地位在促成知识产权国际保护新格局的过程中起了重大作用。WIPO 和 GATT 在 TRIPs 产生之前,本

^① John H. Jackson: *The Trading System——Law and Policy of International Economic Relation*, 2nd Edit., 1997, p. 311.

是两个各自独立的国际组织，前者负责知识产权的国际保护，后者负责国际贸易事务，现在却经由 TRIPs 而联系起来。两个领域的融合与两个机构的合作都与美国的经济状况及其采取的知识产权策略密切相关。二战以后直到 20 世纪 70 年代，美国的经济实力一直雄居世界榜首，对别国采取自由主义的贸易政策，将产品的制造业向国外转移，国内主要从事研究开发和设计。这种贸易政策的实施导致了国内制造业的式微，使美国的制造业逐渐失去国际竞争力。加之许多国家采取了贸易保护主义政策，自 20 世纪 80 年代开始，美国贸易逆差逐年上升，1985 年达 1 600 亿至 1 799 亿美元，变成一个纯债务国，美国的经济实力相对下降，在世界上的经济地位相对降低。因此，国内贸易保护势力抬头，里根政府设立了“产业竞争力总统委员会”。该委员会在 1985 年的一份报告中分析了美国产业实力下降的原因，提出了重振美国经济的策略，指出：“为了给美国经济注入国际竞争力，必须强化知识产权保护。”^① 1988 年的《综合贸易与竞争法》中设立的特别 301 条款就是这一策略的具体体现。美国根据此条款对其他国家的知识产权保护状况横加指责，引发世界各国的强烈不满。为改变自己的国际形象，又能保护美国在世界各地的知识产权，美国一直在寻求更佳途径。

4. GATT 乌拉圭回合谈判为知识产权国际保护新体制的建立提供了契机。以美国为首的发达国家认为应当讨论制定一项新的公约以加强知识产权的国际保护，新的公约可以通过 WIPO 协调组织讨论。但经过再三权衡，最终各国还是决定在乌拉圭回合的多边贸易谈判中解决这个问题，因为乌拉圭回合与前者相比，

① 陈昌柏：《知识产权战略》，科学出版社 1999 年版，第 24 页。