

知识产权论

(第二卷) 韦之 著

ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS VOLUME 11



知识产权出版社

知识产权论

(第二卷) 韦之 著

ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS VOLUME 11



知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权论. 第2卷 / 韦之著. —北京: 知识产权出版社,
2014. 11

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3113 - 4

I. ①知… II. ①韦… III. ①知识产权 - 文集
IV. ①D913. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 249353 号

责任编辑: 刘 睿 文 茜
文字编辑: 文 茜

责任校对: 董志英
责任出版: 刘译文

知识产权论 (第二卷)

Zhishichanquan Lun (Di-Er Juan)

韦 之 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

责编电话: 010 - 82000860 转 8113

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 1/16

版 次: 2014 年 11 月第一版

字 数: 534 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3113 - 4

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100088

责编邮箱: liurui@cnipr.com

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 33

印 次: 2014 年 11 月第一次印刷

定 价: 80.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

中国知识产权法学发展的障碍*

（代序）

中国知识产权法研究已经取得了相当大的成就。我以为，这门学科进一步的发展尚面临以下问题：

第一，形式主义。在不少的时候，我们忽视了研究业务本身，而是更多地去做一些表面工作，例如挂很大的牌子、搭一些大得吓人的舞台。学术应该都是比较平静、平淡的事情，却被弄得很热闹的样子。

第二，不能进行集体的积累。集体的积累要求同行之间互相认可，在既有的成就上逐渐提高，一道来为学术的金字塔添砖加瓦。在很多时候，我们的同行之间当面很客气，在书面上却不够尊重，表现之一是许多观点不知从何而来、将往哪里去。似乎每个人都是最早的那个作者。

第三，忽视中国的实践。实践是推动理论前行的原动力，可是总体而言，我们对立法、行政、司法的研究还远远不够。有时候实际案例也被罗列出来了，但是却缺乏理论上的深入剖析。

第四，不尊重法律的逻辑。知识产权法不过是中国法律这张巨网中的一个网眼，脱离了整体的支撑，知识产权法将无从成立。遗憾的是，强调知识产权法特殊性的声音过大，无论是统一合同法的制定还是关于民法典的讨论，都有一种乐于置身其外的倾向，这等于使自身成为无源之水。

第五，与国际学术界的对话不充分。由于中国很大，人（学者）很多，我们很容易满足于自己的规模，有意无意地忽略了先进者的存在。我们可能还会认为，自己也讨论网络、基因、TRIPs，所以我们就和人家站在同一条起跑线上了。殊不知，丧失了与境外对话的能力，我们的学问就缺失了

* 完成于2004年10月17日，原载《中国版权》2004年第6期，第49页。

一种核心营养要素。

第六，缺乏真正的学术批判。我们大体上处于一种“你好、我好、大家好”的状况，彼此都很照顾，无论是互相作评估、推荐还是申报什么东西。在我们的圈子里基本上没有什么书评，如果碰巧读到一篇，十有八九是不痛不痒的高调。

第七，独立思考能力不足。无论是对现行法、对判决书、对国际条约还是对相关政策，我们进行冷静、独立判断，提出质疑的能力和勇气都还不够，我们更长于进行背书、评注。一种较常见的思路是“甲国如此，乙国如此，丙国亦如此，故中国应该……”

第八，自我重复。有的时候重复别人是可以容忍的，因为模仿是学习的一种方法，可是重复自己却毫无意义。不幸的是，我们的自我重复却相当严重，它给外界创造了一种繁荣的假象，代价是浪费了本可以用来提高自身宝贵光阴。

第九，没有实质内容的课题研究。由于很多资源还掌控在行政机构手中，而行政机构仍很乐于主导学术研究，为了实现交换，我们炮制了不少自己都不太相信的学术产品。我们组织了太多的学术“兵团”，用一些粗制滥造的“火药”，攻克了一个个虚构的“堡垒”。

第十，新生代问学不扎实。今日的青年人是明天的栋梁，他们拥有比父辈更优越的学习条件，理应有更强的学术使命感。可惜，他们中很多人社会上种种诱惑所勾引，对知识产权的研究并不努力，更不要说虔诚之心。许多的毕业论文（包括博士论文）无论是从技术上还是从内容上来看都存在严重的问题，却在教育产业化的浪潮席卷下侥幸过关。

.....

虽然困难不少，若同行能齐心努力，逐渐克服，并经过一代人的奋斗，中国的知识产权法学应有望接近世界先进国家（例如德国）的水平。

目 录

文 论

论中国现行驰名商标制度	3
中国法律对技术转让过程中的限制竞争行为的规制	11
论未注册商标的法律保护	18
新修订《专利法》第14条质疑	32
试论《著作权法》第43条	37
传统知识保护的若干基本思路	43
反向假冒质疑	48
中国驰名商标保护制度评介	56
著作权原始归属基本原则	61
论知识产权制度纳入未来民法典的理由	63
内地近年修订知识产权法过程中出现的若干问题反思	74
保护奥运知识产权的现行法律依据	82
论《奥林匹克标志保护条例》	88
驰名商标保护实践若干问题反思	96
知识产权客体统一称谓之我见	101
外观设计专利权授予条件及效力反思	105
精神成果及其他	109
《大清著作权律》关键词辨析	111
论作为核心学术规范的著作权法	118
特许经营著作权问题探讨	125

欧罗巴的平衡术

——以欧盟著作权指令对读者行为的规范为视角	132
-----------------------------	-----

短 评

便宜的午餐	141
关于中国专利法的第二修正案	143
专利申请权质疑	147
知识霸权的反思	
——为知识产权辩护	150
《云南省民族民间传统文化保护条例》评介	154
汇编权质疑	159
制定中国民法典：要不要知识产权？	161
集体管理著作权的范围	165
“著作物”的价值	168
现行法对滥用著作权的规范	
——从“新东方案”说起	170
学位论文的“首次保护”？	173
自由的底线	175
知识产权神圣不可侵犯	177
修法后遗症	180
在著作权法之外找答案	182
“临摹”的去向	184
矛盾是发展的动力	187
知识产权保护过度了吗？	189
民族利益与法制的代价	191
苍白的道德诘难	193
法官拍脑袋比政府拍脑袋好	196
契约自由的价值	198
不要对一种“办法”寄予太大的希望	200

虚拟空间滚动的真金白银·····	202
著作权贸易赤字的真正含义·····	204
正在实践的战略·····	206
战略的产物·····	208
平等,时代的主旋律·····	210
也是正常渠道·····	213
知识产权法与技术的另外一种关系·····	215
正视著作权法的局限性·····	217
新的时代背景·····	219
著作权不是特权·····	221
作为商业规则的著作权法·····	223
知识产权法所蕴含的发展观·····	225

序 文

著作权法风云录	
——纪念《中华人民共和国著作权法》实施五周年 ·····	229
审判实践的学术意义·····	233
《知识产权国际保护的发展趋势及我国的对策》前言 ·····	235
为学术积累添砖加瓦·····	238
知识产权判决书公开历程的思考·····	240
法律生命礼赞	
——纪念《巴黎公约》诞生 125 周年 ·····	243
一个民族的新读本	
——为《电子知识产权》创刊 20 周年而作 ·····	245

报 告

关于《著作权法修正案草案》的意见 ·····	249
关于学位论文权利问题·····	255

对“民间文学艺术作品的著作权保护办法”的若干建议	259
对某学者观点的读后感	262
对《反不正当竞争法》2006 年修订稿及 2008 年《调整思路和增加 内容》(部分)的若干意见	263
关于修订《著作权法》的若干意见	266
关于教辅资料著作权问题的几点意见	268
IMPACT ON THE IMPROVEMENT OF THE CHINESE COPYRIGHT LAW	270

案 例

关于《少年文艺》	281
关于《梁振蒲八卦掌》	284
关于《梁祝》	287
关于《偷渡客》	290
关于《红色娘子军》	291
关于《创造力开发: 21 世纪人才教育的主旋律》	293
关于《妈妈》	295
关于“PDA” 商标	297
关于“青岛律师事件”	301
关于“永和” 豆浆商标	303
关于《想象的异邦》	310
关于“中华宫廷黄鸡” 名称	312
关于《乌苏里船歌》	314
关于《我为歌狂》	317
关于“避风塘” 名称	318
关于《赤壁之战》	320
关于道琼斯之“道”	323
关于卡拉 OK 著作权	326
关于“欧典” 商标	329

关于《一个馒头引发的血案》	331
关于“3·15”标志和“欧典”商标	333
关于“安顺地戏”	336
北京市化学工业研究院诉范志勇不正当竞争案二审代理词	338
《宋朝诸臣奏议》著作权纠纷案诉讼文书	351
江苏牧羊集团有限公司诉江苏牧羊迈安德食品机械有限公司侵犯 商标专用权及不正当竞争纠纷案第三审代理词之二	360
关于广东“黑牛”诉四川“菊乐”商标侵权等纠纷案一审判决的 意见	366
德国联邦最高法院“柏林墙壁画”案判决书	377
德国联邦最高法院“广播企业作为录音制品制作者”案判决书	384
德国联邦宪法法院“广告火柴图片”案判决书	391

公 约

《商标国际注册马德里协定》评介	401
《商标注册条约》评介	438
商标分类协定评介	466
工业品外观设计协定评介	473
地理标记协定评介	480
《内罗毕条约》评介	501
附 录	508
后 记	512

文 论

论中国现行驰名商标制度*

驰名商标保护是现代知识产权法律中的重要问题之一,它起源于《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)的规定。但是,《巴黎公约》最初的文本中并没有涉及驰名商标的条文。《巴黎公约》现行文本中的第6条之二是1925年的海牙修约会议时增加的,在后来的伦敦修约会议(1934年)和里斯本修约会议(1958年)上又作了一些修改。根据这一条,成员国应该禁止抢注、使用外国驰名商标的行为,已经注册的应该撤销,驰名商标所有人请求撤销注册的期限不少于5年,对恶意抢注行为,则撤销请求权不受时间限制。1995年1月1日生效的《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称TRIPs)第16条进一步强化了驰名商标的国际保护。为了贯彻以上两个公约的规定,1999年9月底召开的世界知识产权组织成员国大会和巴黎联盟大会通过了《关于驰名商标保护条款的联合建议》。^①

中国于1985年3月19日加入了《巴黎公约》,从此承担了保护其他成员国驰名商标的义务。实践中,人民法院和国家工商行政部门曾经向一些外国驰名商标提供了保护。^②这些司法、行政实践基本上是符合国际惯例的,也是健康的。

* 完成于2001年1月27日,原载《中国专利与商标》2001年第2期第60~63页、英译本第63~67页。

① Tatham, "WIPO Resolution on Well-known Marks: A Small Step or a Giant Leap?" I. P. Q. 2000 No. 2, P. 127.

② 人民法院根据《巴黎公约》保护外国驰名商标的最新案例之一是“宜家”案,参见北京市第二中级人民法院[1999]二中知初字第86号民事判决书;由国家工商行政管理机关直接依据该《公约》提供过保护的外国商标有“Marlboro”“三菱”等。参见商标局编:《商标侵权典型案例评析》,中国工商出版社1999年2月版,第211页、第231页。

但是,自1996年起,中国的驰名商标保护制度便在很大程度上被引入了另外一条航道,其方向是否正确,值得深思。在这一年的8月14日,国家工商行政管理局颁布、并于同日施行了《驰名商标认定和管理暂行规定》(以下简称《规定》)。该《规定》共15条,规定了驰名商标的定义、条件、认定机构、方式以及权利内容等。

据报道,到2000年年底,经商标局认定为中国“驰名商标”的总数达196件。^①有学者称中国的驰名商标制度业已走向正常。^②这个结论恐怕下得过早。

依笔者拙见,《规定》所确定的驰名商标制度存在以下几方面的问题。

一、缺乏充分的依据

(1)《规定》出台本身缺乏法律根据。从《规定》的内容来看,它并不是工商行政机关的一个内部工作办法,而是一项规范民事权利义务关系的财产制度。这样的制度,按法治精神只有具有立法权力的机构或者受立法机构授权才能制定。可是国家工商局并不具备立法资格,也没有任何授权依据。《规定》第1条称:“根据《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国商标法实施细则》制定本规定。”这是完全不能成立的,因为现行商标法只字未提驰名商标,更未赋予工商局创设新的商标制度的权力。^③

(2)规范评比活动的理由很难成立。有关机构制定《规定》的理由之一,是当时各种知名商标评比活动很多,扰乱了经济秩序,故有必要制止和规范。^④

① “商标局又认定43件驰名商标”,载《电子知识产权》2000年第12期,第14页。到1999年年底,我国有效注册商标已达1091228件,见《电子知识产权》2000年第4期,第8页。

② 陶国峰、康微:“中国驰名商标:从热闹走向正常”,载《中华商标》1999年第1期,第4页。

③ 《商标法实施细则》第25条第1款第2项制止注册他人“为公众熟知的商标”,在有限的程度上保护了未注册商标。有学者指出,公众熟知的商标实际上是指驰名商标。参阅范汉云:“中国关于撤销不当注册商标的法律规定及实施”,载《中国专利与商标》1999年第3期,第39页。

④ 商标局负责人答记者问,载《中华商标》1996年5期,第4页。

应该说在市场经济环境之下,存在各种质量评比活动是正常现象。但是评比的对象应该是产品、是服务、是企业本身的软硬件条件,而不应该是商标。对商标进行评比实际上是本末倒置,是对商标作用的扭曲。规范这种不正当现象的本来思路应该是制止它,不料作为国家工商行政主管部门的国家工商局,一方面规定“任何组织和个人不得认定或者采取其他变相方式认定驰名商标”(《规定》第3条第2款),另一方面却自己赋予自己(商标局)“负责驰名商标的认定与管理”的职权(《规定》第3条第1款)。这确实很难服人。当然,商标评比活动也没有因此而减少,因为各地工商部门(有少数是地方立法机构)竞相效仿,纷纷搞起一套省级甚至市级驰名商标制度。^①

(3) 促进国际保护的初衷并不可靠。建立驰名商标认定制度的另一个理由是,保护中国商标权人在国外的正当利益。即当中国的商标在外国受到抢注时,可以向外国商标主管机构提供证明,表明有关的中国商标是“驰名商标”,以便使中国商标权人获得《巴黎公约》第6条之二提供的保护,推翻外国人在先的申请或注册。^②这实际上是一厢情愿的事。因为按照《巴黎公约》第6条之二,成员国有义务保护驰名商标,但是认定一商标驰名与否的权力在保护国的法院或主管机关,而不在于商标原属国的主管机关,故本国所谓的驰名商标清单几乎是没有任何实质意义的。^③道理很简单,驰名商标必须在保护国驰名才受保护^④;否则的话,任何一个成员国都

① 例如“上海市著名商标认定与保护暂行办法”,载《法制日报》1996年8月29日,第2版;“天津市著名商标认定和保护暂行办法”,载《中华商标》1999年第2期,第47页;“河北省著名商标认定和保护条例”,载《中华商标》1999年第3期,第46页;“山东省著名商标认定和保护暂行办法”,载《中华商标》2000年第7期,第23页;“南通市知名商标认定和保护办法”,载《中国知识产权报》2000年12月27日,第1版。另外还有《浙江省著名商标认定和保护条例》等。

② 参见《中华商标》1996年第5期,第5页。

③ Tatham, I. P. Q. 2000 No. 2, P. 134, 135; Vgl. auch Straus/Baeumer, “Aktuelle Herausforderungen des geistigen Eigentums: Festgabe fuer Beier”, Koeln 1996 S. 227, 230; 故世界知识产权组织曾一度热衷的驰名商标清单设想也在各方面的极力反对下流产。Tatham, I. P. Q. 2000 No. 2, P. 133.

④ Vgl. Stroebele/Klaka/Althammer, Markengesetz Kommentar, 5. Aufl. Koeln 1997, § 4 Rdnr. 25.

可以将本国的任何一个商标列为驰名商标而主张国际保护,其后果将会如何不言自明。^①

值得注意的是,国家商标局在2000年4月28日的《关于申请认定驰名商标若干问题的通知》中称企业的“商标在境外被他人恶意注册,可能对申请人在境外的业务发展造成损害的”可以申请认定驰名商标。这种事后的认定即使成立,也未必有利于申请人维护其在国外的利益,反而会有损中国商标主管机构的形象。因为驰名商标要获得《巴黎公约》的保护,必须在受到侵害之前业已驰名。^②

二、内容偏离国际惯例

(1) 外国及国际驰名商标保护实践多是个案认定,即在发生侵权纠纷或权利冲突时,由有关审判或处理机关确认一方当事人的商标是否驰名,以便决定是否提供扩大的保护。而《规定》及其执行的过程表明,国家商标局采取的是成批认定的方式。^③

(2) 《巴黎公约》对驰名商标的保护不以注册为前提条件,即使在传统上采取注册原则的欧洲大陆法系国家,也都接受了通过使用亦可以确定商标权的原则。^④ 世界知识产权组织的《联合建议》第2条也不以注册为条件,而《规定》第2条明确地将驰名商标限定为注册商标。

(3) 不保护外国驰名商标,违反国民待遇原则。虽然《规定》本身没有排斥对在中国获得注册的外国商标的适用,但是从执行结果来看,只有国内商标(即中国人的商标)才能参加评定。这是违反《巴黎公约》第2条规定的国民待遇原则的。根据该原则,成员国国民在工业产权利益上应

① 在解释 TRIPs 第 16 条时,曾有一种观点认为,只要商标在一成员国驰名,其他成员国都应该予以保护。这种观点受到了质疑。See Beier/Schricker/Kur, "From GATT to TRIPs", Weinheim 1996, P. 93, 107.

② 参见瑞士联邦最高法院 1998 年 3 月 24 日的“耐克”案判决; IIC 2000 P. 456.

③ 国家商标局有关人士力图将目前的认定仍牵强为“个案认定”,颇难成立。参见路贺本:《电子知识产权》,2000 年第 4 期,第 45 页。

④ 例如 1993 年的《共同体商标条例》第 7 条第 3 款,德国 1994 年的《标记法》第 4 条第 2 项。

该获得和保护国国民一视同仁的待遇，只有在司法、行政程序方面可以受到特别的约束。曾有官员解释道，《规定》是政府部门为了扶持、培育国内商标而采取的措施，具有宣传的意义，不适用于外国商标。问题在于《规定》并不是动用公共资源进行产业培育，而是规范有关当事人之间的权利义务关系，赋予部分权利主体以特殊保护。所以这种保护应该适用国民待遇原则。

(4) 司法机关的作用没有得到充分的尊重。在各国的知识产权法律实践中，司法机关的最终监督和审判职能得到了普遍的确立。^① TRIPs 第 41 条、第 62 条也作了明确的规定。而《规定》既没有明确申请人对认定结果不服时的司法救济渠道，也没有赋予可能受到认定结果影响的第三人的救济机会，实际上是没有司法监督。另外，《规定》给人的印象是商标局是驰名商标的唯一认定机构，这也在一定程度上否定了法院在认定驰名商标方面的职权。

三、恶化了市场竞争环境

现行驰名商标认定制度在实践中带来了一系列的问题。

(1) 《规定》制造了一批“特权商标”，违背了自由竞争的原则。现行《商标法》第 38 条明文规定，注册商标专用权以核准注册的商标和核定使用的商品为限。《规定》突破了这个原则，将特殊保护赋予极少数被认定的商标，严重地打破了既有商标制度的平衡。根据其第 8 条规定，将与他人驰名商标相同或者近似的商标在非类似商品上申请注册，可能损害驰名商标注册人的权益的，由商标局驳回其注册申请；已经注册的，自注册之日起 5 年内，驰名商标注册人可以请求撤销，恶意注册的不受时间限制。该条以可能的利益损害为标准，增加了商标审批过程的主观性。另外，即使他人善意地取得商标注册，在未来 5 年内也可能被撤销。这不仅使当事人的权利状态不稳定，而且也削弱了商标局注册本身的权威性。

^① 有学者认为，《巴黎公约》第 6 条之二只规定由主管机关认定，法院无权认定驰名商标。这是不能成立的。Vgl. Bodenhausen, “Pariser Verbandsuebereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums”, Koeln 1971, S. 78.