



第二卷

NUMBER TWO

中国方正出版社

1996年12月 北京



第二章

知识产权的概述

知识产权的概念

知识产权的特征

知识产权研究

INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES

第二卷

Number Two

郑成思

Zheng Chengsi

主 编

Chief Editor

中国方正出版社

CHINESE FANGZHENG PUBLISHING HOUSE

1996.12

图书在版编目(CIP)数据

知识产权研究 第二卷/郑成思主编. - 北京: 中国方正出版社, 1996. 12

ISBN 7-80107-122-0

I. 知… II. 郑… III. 知识产权-研究-中国 IV. D923.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 00074 号

知识产权研究(第二卷) INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES

中国方正出版社出版发行

(北京市西城区育幼胡同甲 1 号 邮编: 100813)

北京外文印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 7.25 字数: 179 千字

1996 年 12 月北京第 1 版 1999 年 6 月第 2 次印刷

印数: 2001-5000 册 定价: 20.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

本出版物获美国 王氏基金会资助

The publication of this journal is made possible by
the Wang Family Foundation

知识产权研究

INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES

编委会

EDITORIAL BOARD

主 编 (Chief Editor)

郑成思 (Zheng Chengsi)

编 委 (Members)

Francis S. L. Wang (王巽廉)

William J. Bowe (威廉·J·鲍)

William R. Cornish (威廉·R·科尼什)

Adolf Dietz (阿道夫·迪茨)

沈仁干 (Shen Rengan)

刘春田 (Liu Chuntian)

Michael D. Pendleton (迈克尔·D·彭德尔顿)

执行编辑 (Executive Editor)

周 林 (Zhou Lin)

翻译编辑 (Translation Editor)

许舒萱 (Xu Shuxuan)

编委会办公地点

中国北京沙滩北街15号

中国社会科学院知识产权中心

邮编: 100720

电话: (86-10)64054144

传真: (86-10)64035482

EDITORIAL OFFICE

15. Sha Tan Bei Jie, Beijing, China

Intellectual Property Center of China Academy of Social Sciences

Postcode: 100720

Tel: (86-10)64054144

Fax: (86-10)64035482

目 录

专 论

再论知识产权的概念	郑成思	1
试论中国专利法与国际发展趋势的协调	乔德喜	30
中国的专利保护状况和展望	文希凯	46
著作权合同制度研究	刘波林	67
对商业秘密法律保护的认识	张玉瑞	104
关于我国专利法第二次修订的有关问题	乔德喜	132
名牌的法律保护	李顺德	143
“冒名”侵权探究	周 林	162

案例评析

从四起案例看中国版权执法	郑成思	176
一起反不正当竞争案例分析	唐永春	202

法律·法规·规章

驰名商标认定和管理暂行规定		214
---------------------	--	-----

CONTENTS

ARTICLES

- Several Questions Concerning the Concept
of Intellectual Property *Zheng Chengsi* 26
- On Coordination between China's Patent Law
and the International Trend of
Development *Qiao Dexi* 43
- The Protection of Patent in China: Its Present
State and Prospects in the Future *Wen Xikai* 63
- On Copyright Contract System *Liu Bolin* 101
- A Perspective of the Legal Protection of
Trade Secrets *Zhang Yurui* 130
- Questions Concerning the Second Revision of
Chinese Patent Law *Qiao Dexi* 140
- Legal Protection of Famous Marks *Li Shunde* 160
- Wu Guanzhong v. Duoyunxuan Gallery, et al.
..... *Zhou Lin* 173

CASES AND COMMENTS

- To Evaluate Copyright Enforcement in China by
Four Newly Decided Cases *Zheng Chengsi* 177
- A Civil Judgment over Unfair Competition
..... *Tang Yongchun* 202

LAWS, REGULATIONS AND RULES

- Provisional Regulations on the Verification
and Control of Well-Known Trademarks 216

再论知识产权的概念

郑成思*

Several Questions Concerning the Concept of Intellectual Property[†]

Zheng Chengsi

一、知识产权的定义

迄今为止,多数国家的法理专著、法律,乃至国际条约,都是从划定范围出发,来明确知识产权这个概念,或给知识产权下定义的。中国曾有人打算跳出这个圈子,另辟“新”路去下定义,结果是最终又回到这个圈子里,改变方式重复了前人所划的范围,只是生造了个别不为人们所接受的“新概念”,实际上并未辟出任何“新”路。

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

† For English summary, see page 26.

所以,本文中我们仍从知识产权的范围开始了解这一概念,而不去求“新”。

(一) 某些国家在不同时期所划的范围

在18世纪产生出“知识产权”这一术语的德国,¹从本世纪初开始,反倒不大使用“知识产权”了,主要原因是“Eigentum”(Property)这一用法容易使局外人将知识产权与有形“财产”相混淆。所以德国开始更多地使用“无形产权”来覆盖原有“知识产权”所覆盖的范围。不过总起来讲,德国(在Trips之前)认为知识产权的范围包括版权与工业产权。这个范围是排斥某些内容的。例如:德国法理界曾认为“技术秘密”是被排除在该范围之外的。

承袭了德国民法大部分的日本,在范围上及用语上,均有与德国相近的地方。²

但1967年建立的世界知识产权组织,使德国的这一认识很难再蔓延开,又使世界范围内依旧使用“知识产权”、而不是“无形产权”来覆盖所要讲的内容。

(二) 世界知识产权组织所划的范围

世界知识产权组织公约共有21条。其中,属于实体条款的,仅有第2条(8)款,即该公约对“知识产权”所下的定义。

按照这一定义,知识产权应包括下列权利:

(1) 与文学、艺术及科学作品有关的权利。这指作者权,或版权(著作权)。

(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。这主要指一般所称的邻接权。

(3) 与人类创造性活动的一切领域内的发明有关的权利。这主要指

1 参看 Geller 主编《国际版权的法律与实践》1996年版,瑞士篇(英文)。

2 参看纹谷畅男著《无体财产权法概论》1994年第5版,有斐阁(日文)。

就发明专利、实用新型及非发明专利享有的权利。

(4) 与科学发现有关的权利。

(5) 与工业品外观设计有关的权利。

(6) 与商品商标、服务商标、商号及其他商业标记有关的权利。

(7) 与防止不正当竞争有关的权利。

(8) 一切其他来自工业、科学及文学艺术领域的智力创作活动所产生的权利。

由于公约第 16 条明文规定了“对本公约,不得作任何保留”,故可以认为,世界上大多数国家(包括中国)均已对上述关于知识产权的定义表示接受。

(三) 世界贸易组织所划的范围

在世界贸易组织(WTO)文件中,有一份《与贸易有关的知识产权协议》(简称 Trips)。这个协议也构成《世界贸易组织协定》的一部分。

在协议的第一部分第一条中划出了协议所包含的知识产权的范围,它们是:

(1) 版权与邻接权;

(2) 商标权;

(3) 地理标志权;

(4) 工业品外观设计权;

(5) 专利权;

(6) 集成电路布图设计(拓朴图)权;

(7) 未披露过的信息专有权。

由于世界贸易组织中的知识产权协议是在美国的强烈要求下缔结的;又由于协议中明确规定对作者的精神权利可以不予保护,可以看出:这个协议偏向于“版权”(Copyright)理论,而不是“作者权”(droit de auteur)理论。所以,协议中的“Copyright”翻译为“版权”更恰当一些。至于“邻接权”,协议中所使用的则是最早出自意大利与德国的用法,即“有关权”。

“有关权”与“邻接权”这二者没有本质的不同。

协议中所涉及的,对未披露过的信息的保护,实际上主要指对“商业秘密”的保护,其中自然也包括对 Know-How 的保护。多年以来,知识产权法理论界以及司法界,关于商业秘密究竟能不能作为一种财产权来对待,一直是争论不休的。但是世界贸易组织的知识产权协议至少在国际贸易领域作了肯定的回答,从而给这场争论画了一个句号。

保护商业秘密实质上是“反不正当竞争”中的一部分。多数有法律保护它的国家,都是纳入反不正当竞争法的轨道去保护的。中国也是如此。商业秘密的权利人,有权把其秘密作为技术转让或其他贸易活动之标的。在这个意义上,它同专利权一样,是一种“积极权利”。决不像有人认为是的那样,反不正当竞争法所保护的一切权利都“没有赋予当事人以一种积极的权利”。

(四) 其他的划法与结论

从上述几种对知识产权范围的划法上,我们至少可以认为:“知识产权”有广义与狭义之分。

广义的知识产权,可以包括一切人类智力创作的成果,也就是《建立世界知识产权组织公约》中所划的范围。对这一范围,在学术上至今仍存在较大争议;在各国立法中,真正把世界知识产权组织所称为“知识产权”的内容都当作知识产权对待的国家,也并不多。但由于已经有一百多个国家参加了这一公约,故应认为大多数国家原则上同意该公约为广义知识产权所划的范围。

对广义知识产权的范围,还有其他一些划法。例如,“国际保护工业产权协会”(即 AIPPI)1992 年东京大会认为,知识产权分为“创作性成果权利”与“识别性标记权利”两大类。其中前一类包括 7 项,即发明专利权、集成电路权、植物新品种权、Know-How 权(也称“技术秘密”权)、工业品外观设计权、版权(著作权)、软件权。后一类包括 3 项,即商标权、商号权(也称“厂商名称”权)、其他与制止不正当竞争有关的识别性标记权。

AIPPI 的这段论述,被我于 1993 年摘译介绍到我国后,曾引起过一些望文生义的误解。这主要是因为,在论及“知识产权”的概念及定义时,如问起作为“知识产权”项下的商标权、商号权等商业性标示权,应如何体现“创造性”劳动成果?人们会感到这是不少文章或学术专著接触过,但至今未解决好的一个问题。

有人感到这个问题难以解决,就干脆采取了全面否定的态度,即否定标示性成果中含有创造性。而他们的唯一依据(虽然在有的论述中可能不讲“依据”,即不注明其立论的实际来源或出处),正是我就上述 AIPPI 1992 年 4 月东京大会的一段国际专家们的论述所作的摘译。³ 这段论述把“知识产权”分为“创作性成果权利”与“识别性标记权利”。有不止一篇文章甚至在不指明出处的情况下引了这段译文,并当成自己建树起来的“新论点”公之于世。⁴ 但他们可能不知该论述原文的上下文——国际知识产权专家们诚然依照不同知识产权的“侧重点”,作过这样的划分,但并没有否定标示性权利也能反映一定的创造性。否则,从历史上看标示性权利就不会划入“知识产权”之中了。AIPPI 在该报告中,并非为知识产权下定义,而是在“什么样的知识产权纠纷可以交付仲裁”的答案中,列举可仲裁的内容时,讲及两类知识产权的。

也有人认为人们在选择或(和)设计商标、商号的过程中反映出的创造性成果,可以用来说明其为何成为“知识产权”的保护对象。这种认识可能比“全面否定论”接近于答案,但又不完全。

确有一部分商标、商号在设计时是大费了脑筋的。一是要考虑怎样才能不与已有标示雷同(乃至冲突),二是要考虑具有识别性,三是要给公众一个明快的感觉,四是要不至于产生负面的(甚至荒唐的)歧义,等等,

3 参看《知识产权法教程》,郑成思主编,法律出版社 1993 年版,第 2 页。

4 在我读到过的国内著述中,也有如王春燕发表在《中国法学》1996 年第 3 期上的论文在引用这段摘译时注明了出处。应当指出,该论文反映出的学风是值得称道的。

等等。例如,中国的“铅山制药厂”曾打算把商标定为“铅药”,又深恐有“药中含毒”之嫌。于是定商标为“山药”⁵。这就成为中国市场上曾被取笑的一个标示。这类失败的商标设计例,说明了在商标设计上投入的创造性劳动的多少,市场效果确实大不一样。

但商标等标识上的创造性劳动成果,恐怕还远不止于此。

商标、商号等知识产权发展至今,决不仅仅因其具有标示性而已。私宅的前面树一个牌子“非请莫入”,也具有标示性。但它很难作为一种“产权”与商标平起平坐。与商号这种中国传统称为“招牌”相近的“幌子”,虽然常被并称为“招幌”,但在是否构成“产权”方面,则不能同日而语。“内联升”作为商号(招牌)可以是知识产权的保护客体。“内联升”店外挂着一支超大的鞋子,作为“幌”则不享有知识产权。虽然它也具有标识性,它至少不会使意在买衣裤或买食品的消费者进鞋店去选购。

知识产权项下的识别性标记之所以构成“产权”,之所以可以成为合同转让,合同许可的标的,之所以在企业合并、合资等活动中可以估出价来,在于经营者在选定并使用了某个(或某些)这类标识后,通过不同于(或高于)同类竞争者的广告宣传、打通销售渠道等促销活动,使有关标记在市场建立起一定的信誉或“商誉”。在这些活动中,均不同程度体现出创造性劳动。我们虽不能把商标与商誉完全等同,却也不能绝对地把二者割裂开。不含商誉的商标是不会太值钱的。

当然,作为最根本的,是生产及经营者要通过自己(或经许可、经转让获得)的技术,保持产品或所销商品的恒定质量;通过自己的经营方式,保证所提供的商品、尤其是服务的质量,从而使自己的商标、商号等标识具有稳固的、不断上升的价值。这些活动附加给其标示的创造性,是不应被忽视的。多年前,就已有不少国家把“经营方式”列为“商业秘密”之一。而商业秘密中所含的创造性劳动成果,是那些否定标示可具有创造性的

5 参看王正发著《商标实例 101》商务印书馆香港版。

人也不能不承认的。

所以,《建立世界知识产权组织公约》在第2条,集中了各国真正专家们多年讨论的结果而给“知识产权”下的定义(即:发明、发现、作品、商标、商号、反不正当竞争等“一切”智力创作活动所产生的权利),确实是经过深思熟虑的。

知识产权法诚然是一门较新的学科。在中国,较系统地研究它是自1979年才开始的。但它在世界上已被研究了上百年。有些概念已经形成,有些问题已有公认的、可行的答案。有些可能在中国“还远没有解决”的问题,并不需要我们从零作起去研究。撇开(或根本不了解)国际上的已有成例与正确答案,在某些基本问题上去求“突破”,是不可取的。

AIPPI东京大会报告的“两分法”,确可以作为“一家之言”。但该报告本身及与会专家们,并无意就此排斥其他分类法或其他为知识产权下定义的论述。充分述说(乃至坚持)自己的看法,却又不轻易否定别人,这是不少已有的知识产权著述所奉行的原则。正因如此,1992年的东京大会报告及与之类似的著述,才能够在国际论坛上站住脚,至少没有在其后国际上出现的下列事实面前显得尴尬。

1994年4月在马拉喀什最后通过的《与贸易有关的知识产权协议》中,明文把“商业秘密”列入重要的一项与贸易有关的知识产权;却又同时认为它属于“反不正当竞争”的一项内容,应与巴黎公约中的反冒牌货(就是“标识性知识产权”的领域)同属一个条文管辖。而商业秘密中的“Know-How”,被东京大会列在创作性成果中;“反不正当竞争”则在标示性成果中。

1996年3月,欧洲议会通过了《数据库保护指令》,同时建议世界知识产权组织通过类似的国际公约。该指令的内容之一,是将无原创性(独创性或创作性)的数据库,列为知识产权法所保护的“准版权”客体,以补偿数据库制作者所付出的非创作性劳动与投资。欧盟国家均必须在1998年1月前,制定国内相应立法。现在,如果只允许“两分法”一种出路(前面已讲,这并非

AIPPI 原意,只是国内的一种意见),我们把它放入创作性成果中还是放入标识性成果中呢?我们可能会钻进一个自己做的笼子中。

从完全否定商标可含创作性出发,还可能得出许多与知识产权保护相背离的结论。

例如,在大多数英联邦国家、美国(商标法第 43 条 a)、法国(知识产权法典第 713-2 条)、西班牙(商标法第 31 条(3))、意大利(商标法第 11, 12 条)等许多国家都明文规定了禁止“反向假冒”(即禁止将他人的注册商标从商品上撕去,改换上自己的商标再出售)的今天,我国却有议论认为依商标法禁止“反向假冒”在中外都有悖法理与知识产权保护实践。这虽然与太不了解外界的实际情况有关,但主要还是不懂得商标权之作为知识产权的实质内容。

就是说,讲到“知识产权的概念”,如果从广义去讲,则第一步刚刚涉及其范围时,我们就会遇到各种不同的划法,并遇到由此产生的争议。

狭义的或传统的知识产权,则包括工业产权与版权(即“著作权”)两部分。其中,工业产权中包含专利权、商标权、禁止不正当权等等;版权中则包括作者权与传播者权(即“邻接权”)等等。作为智力创作成果而可依法成为专有权的“禁止不正当竞争权”,主要指专利权中无法包含的 Know-Kow 权,商标权中无法包含的禁止(除冒用商标之外的)假冒他人产品的权利。在这方面,至今也仍存在一些争议。乃至在 Trips 已确认“商业秘密”属于知识产权之一种后,日本前许可证国际协会主席仍旧认为商业秘密是一种不确定的受保护对象。

而认为传统知识产权主要包含专利权、商标权与版权,则是在各国(包括在中国)无论在理论上还是在实践中,意见比较一致的。

因此,本文下面所讲的“知识产权”,主要指这三项人们意见比较一致的内容。此外也会涉及至少被世界贸易组织确认的知识产权的一些其他内容(如商业秘密),许多发展中国家特有的保护内容(如民间文学)。

过去有的文章、专论,在述及知识产权时,往往有一种共同的误解,认

为任何类型的知识产权均由人身权与财产权两部分组成,并把这归纳为知识产权的特点之一。不过,至今也还没有人顺理成章地讲清楚商标权中的“人身权”究竟指的是什么。至于一些论述中确曾提到的“专利权中的人身权”,其实指的是发明人就其发明享有的“署名权”等人身权。而这些论述忘记了:专利权是经行政审查、批准、授予后方产生的一种知识产权。而发明人就其发明享有的署名权,一是产生在根本无“专利”可言的获专利之前,二是即使专利申请被驳回,发明人的人身权仍在。他们所谈的“人身权”并非专利权的一部分。只是在版权领域,由于版权在绝大多数国家是作品一经创作完成即依法自动产生,故作者就其作品享有的人身权,与作为版权之一部分的人身权方才合为一体。这一点与发明专利领域及商标领域有本质不同。所以,只有在版权中(更确切些讲,在作者权中),才谈得上“人身权”,或称“精神权利”。

讲到这里,我们有必要回到“知识产权”这一西文来源上。Intellectual Property 中的 Property(或德文中的 Eigentum),原意即“财产”或“财产权”。把上述那种过去流传较广的误解知识产权特点的论述译成英文,就将是:“一切知识‘财产权’均由人身权与财产权两部分组成”。人们不难看到这种论述在逻辑上的不通。而仅以中文表述时,有的人所以认为“通”,主要是因为并没有弄清其使用的概念原有的真正含义。

二、知识产权的特点

当看到伯尔尼公约的标题称“保护作品”公约时,当看到罗马公约称“保护表演者”公约时,当读到西方知识产权权威柯尼什的书名称“商标”(而不是“商标权”)为知识产权时,我国有些“细心”的读者往往认为公约或外国学者把权利及“标的”或“对象”等不同概念混淆了。其实,在讲及知识产权时,有时这种“细心”的区分并无必要,有时则是很有必要的。在下面“(五)”中,我们可以看到该特点指的是客体,正如伯尔尼公约。在其