



普通高等教育“十一五”国家级规划教材
面向21世纪课程教材

全国高等学校法学专业核心课程教材

知识产权法

Intellectual Property Law

(第五版)

刘春田 主编

高等教育出版社

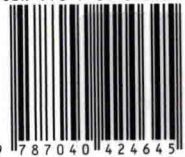


普通高等教育“十一五”国家级规划教材
面向21世纪课程教材

全国高等学校法学专业核心课程教材

- | | |
|------------------------|-----------------|
| 法理学(第四版)(赠教学课件) | 张文显 主编 |
| 中国法制史(第二版)(赠教学课件) | 张晋藩 主编 |
| 宪法(第三版)(赠教学课件) | 周叶中 主编 |
| 行政法与行政诉讼法学(第二版)(赠教学课件) | 张树义 著 |
| 刑法(第三版)(赠教学课件) | 马克昌 主编 莫洪宪 执行主编 |
| 刑事诉讼法(第四版)(赠教学课件) | 龙宗智 杨建广 主编 |
| 民法(第三版)(赠教学课件) | 郭明瑞 房绍坤 主编 |
| 民事诉讼法(第四版)(赠教学课件) | 江伟 主编 |
| 经济法学(第三版)(赠教学课件) | 漆多俊 主编 |
| 商法(第四版)(赠教学课件) | 范健 主编 |
| 知识产权法(第五版)(赠教学课件) | 刘春田 主编 |
| 国际法(第二版)(赠教学课件) | 邵沙平 主编 |
| 国际私法(第三版)(赠教学课件) | 韩德培 主编 |
| 国际经济法(第三版)(赠教学课件) | 王传丽 主编 |
| 环境资源法教程(第二版)(赠教学课件) | 蔡守秋 主编 |
| 劳动法学(第二版)(赠教学课件) | 王全兴 主编 |

ISBN 978-7-04-042464-5



9 787040 424645 >

定价 48.60 元



普通高等教育“十一五”国家级规划教材
面向 21 世纪 课 程 教 材

全国高等学校法学专业核心课程教材

知识产权法

Zhishichanquanfa

Intellectual Property Law

(第五版)

主 编 刘春田

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

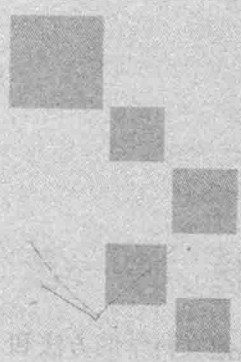
刘春田 李雨峰 李 琛 姚欢庆

崔国斌 郭 禾 张广良 余 俊

杨 巧 李 扬 张 今 曹新明

黄武双 张 平 罗 莉 金海军

高等教育出版社·北京



第一编

知识产权法导论

第一章 知识产权法导论

【本编导语】

本编为本书导论,主要围绕知识产权的概念进行阐述。法律概念是建立科学的方法和理论体系的起点,也是解释法律制度的枢纽和钥匙,是学科的基础。知识产权属于民事财产权利,知识产权法属于财产法。在财产法中,财产权利因发生的根据不同,被划分为物权、债权和知识产权。本书作者曾提出知识产权对象与客体相区分的观点。本书导论秉承这一思路,认为权利对象与权利客体是两种完全不同的事物。本书把权利发生的基础称作权利的对象,把权利义务指向的事物称作知识产权的客体,客体是主体施加于对象之上的、具有法律意义的可能的行为,客体是权利与对象的中介。

目录

第一编 知识产权法导论	1
第一章 知识产权法导论	3
第一节 知识产权的概念	3
第二节 知识产权的对象	8
第三节 知识产权的分类、性质以及与其他民事财产权利的区别	18
第四节 知识产权法与民法	23
第五节 知识产权制度的作用、历史、现状与发展趋势	25
第二编 著作权法	41
第二章 著作权法概论	43
第一节 著作权和著作权法	43
第二节 著作权制度的起源与发展	46
第三节 我国著作权制度的历史	50
第四节 我国著作权法的效力	52
第三章 著作权的对象	55
第一节 作品的概念	55
第二节 著作权法保护的作品	58
第三节 不受著作权法保护的對象	69
第四章 著作权的内容、取得和期间	72
第一节 著作人身权	72
第二节 著作财产权	78
第三节 著作权的取得	88
第四节 著作权的期间	89

第五章	著作权的主体	91	
第一节	著作权主体的概念与分类		91
第二节	著作权的原始归属	93	
第六章	邻接权	100	
第一节	邻接权的概念	100	
第二节	表演者权	101	
第三节	录音录像制作者权		104
第四节	广播组织权	106	
第五节	出版者的权利	107	
第七章	著作权的利用和转移		109
第一节	著作权的许可	109	
第二节	著作权的转让	112	
第三节	著作权的质押	114	
第四节	著作权的继承	114	
第五节	著作权的其他利用	115	
第六节	违反著作权合同的民事责任		116
第七节	著作权合同纠纷的调解、仲裁和诉讼		119
第八章	著作权的限制	121	
第一节	著作权的限制概述	121	
第二节	作品的“合理使用”	122	
第三节	著作权的法定许可	126	
第四节	著作权的强制许可	128	
第九章	与著作权有关的行政管理和著作权集体管理		130
第一节	与著作权有关的行政管理	130	
第二节	著作权集体管理	131	
第十章	著作权的保护	134	
第一节	侵害著作权的民事责任和对侵害著作权行为的司法措施		134
第二节	侵害著作权的行政责任	137	
第三节	侵害著作权的刑事责任	139	

第一章 知识产权法导论

[本章导语]

本章为知识产权法的导论,主要围绕知识产权的概念进行阐述。知识产权属于民事财产权利,知识产权法属于财产法,是现代民法制度的重要组成部分。在财产法中,权利因发生的前提与根据,也就是“对象”或称“标的”的物理属性与特征不同,财产权分别被划分为物权、债权和知识产权。知识改变世界。人类有史以来的全部进步都源自知识的创造和利用。知识产权是基于对特定“知识”的支配、利用行为而发生的财产关系,故名之曰“知识产权”。本书作者曾提出知识产权对象(标的)与客体,也就是民事权利的对象(标的)与客体相区分的观点。本书导论秉承这一思路,认为权利对象(标的)与权利客体是两种完全不同的事物。本书认为:权利发生的前提或基础,也即权利的对象或标的,并非权利义务指向的对象。权利义务所能指向的唯一事物,只能是权利人或义务人各自的行为,它才是知识产权的客体。因此,知识产权的客体是主体施加于对象之上的、具有法律意义的行为,客体是权利与对象的中介。客体问题是民法理论王冠上的明珠。

本章内容是知识产权法教材的基础,也是本书的逻辑起点。它的指导思想、基本观点和原理贯穿全书,应当是教与学深入理解与把握的重点之一。本章具体内容包括:知识产权对象的本质与特征,以及它与物权对象、债权对象的区别;知识产权的性质与分类;知识产权制度的构成,知识产权法与民法的关系;知识产权法的社会功能;知识产权制度的历史、现状与发展趋势。

第一节 知识产权的概念

“知识产权”一词究竟始于何时,学界有不同的说法。一般认为最早是出现在18世纪欧洲的学术著作中。但作为法律用语,通常被认为是来自英文“intellectual property”。^①英

^① 关于知识产权称谓的由来,国内学界主要有三种代表性的观点。(1)德国说,参见 Geller 主编:《国际版权的法律与实践》,Matthew Bender,1996,瑞士篇(英文)。转引自郑成思:《知识产权法论》(第3版),法律出版社2003年版,第1页。(2)法国说,见 E. 皮卡尔:《非应用法律学》,弗拉马里翁出版社,1908,第45、53、54页。转引自[西]德利娅·利普希克:《著作权和邻接权》,联合国教科文组织和对外翻译出版公司2000年版,第13页。(3)瑞士说,参见郭寿康主编:《知识产权法》,中共中央党校出版社2002年版,第1页。另有学者经考证提出“知识产权”(intellectual property)一词首先出现于1845年的美国,并认为“知识产权”在国际上正式使用,始于1893年的法文表达“Propriété intellectuelle”,而非英文“intellectual property”。参见余俊:《知识产权称谓考》,载刘春田主编:《中国知识产权评论》第3卷,商务印书馆2008年版。

第三编 专利法	141
第十一章 专利法概述	143
第一节 专利法的历史与发展	143
第二节 中国专利制度	147
第三节 专利制度的特征	151
第四节 专利制度的有关假说	155
第十二章 专利权的对象	158
第一节 发明	158
第二节 实用新型	163
第三节 外观设计	165
第十三章 专利权产生的实质条件	170
第一节 实用性	170
第二节 新颖性	172
第三节 创造性	177
第十四章 专利权产生的形式要件	182
第一节 专利申请的原则	182
第二节 专利申请文件	188
第三节 专利申请的提出	193
第四节 专利申请的审批	194
第十五章 专利权的内容	198
第一节 专利权的内容	198
第二节 专利权的效力	201
第三节 专利权人的义务	205
第四节 专利权的限制	205
第五节 专利实施许可	209
第十六章 专利权的主体	213
第一节 发明人、申请人和专利权人	213
第二节 职务发明	217
第三节 共同发明	221
第四节 委托发明	222

国有学者则认为,“事实上,这一术语仅在二三十年内才成为日常生活中的英文单词……即使在今天,在这个名字下也没有一个统一的法律内容。这一术语其实是一套各不相同的权利的方便称谓。”^①可见,知识产权这一概念,同其他很多事物一样,既非古已有之,亦非一成不变,而是当年在欧洲通过多条线索,历经枝叶蔓然的演变,逐步形成今天的面貌。无论知识,还是知识产权,都是一个开放的体系。随着人类持续创新,我们认识世界、改造世界能力的逐步提高,新的知识形态还会相继出现,对知识的利用方式也会随着技术进步不断生发繁衍、发展变化。在我们可以预见的未来,知识创新与知识产权的发展,我们对知识与知识产权问题的认识,也会更为接近事实,接近真理。批判与革故鼎新,正是科学与文化的生命所在。“知识产权”作为国际的普遍用语,应当得益于1967年7月14日在斯德哥尔摩签订的《成立世界知识产权组织公约》,中国于1980年6月3日加入该公约,目前,世界上绝大多数国家是该公约的成员。我国民法理论在20世纪七八十年代曾称之为“智力成果权”。20世纪70年代初,首次将上述英文译作“知识产权”^②。“知识产权”作为正式的法律用语,最早出现在1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过的《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)中。《民法通则》作为我国的基本法,对知识产权的私权定性、财产定位,具有纲领性,无论是对知识产权的专门法的立法,还是对与知识产权有关的其他法律的立法,在涉及知识产权规定时,均具有指引的意义。在我国台湾地区,将“intellectual Property”译为“智慧财产权”。在日本,曾经将知识产权称作“无体财产权”,现在则改称“知的所有权”(日语)。根据《民法通则》的规定,知识产权属于民事权利,是基于创造成果和工商业标记依法产生的权利的统称。

实践中,知识产权出现了多种别样的称谓,如智力成果权、智慧财产权、无形财产权、无体财产权、非物质财产权、准物权、形式财产权、符号财产权、创造性劳动权、信息产权等。这些林林总总的称谓说明,虽然大家都在使用知识产权这一相同的术语,但是各自眼中的知识产权,就像每人手里的万花筒一样,所见者气象多变、各不相同。这种现象,反映了学者在研究知识产权概念问题上所做的不懈努力,也说明人们对知识产权这一事物的质的规定性,还缺乏统一的认识。

关于知识产权的概念,也有多种表述方式。本书仅将其中大同小异的表达方式,归纳为以下三种:第一种是列举知识产权主要组成的方法,第二种是下定义的方法,第三种是完全列举知识产权保护对象或者划分的方法。用列举知识产权主要组成的方法表述知识产权的概念是国内外著作普遍的方法。比如,知识产权传统上包括专利、商标和版权三个法律领域^③,或者说“将专利权、商标权与著作权等一般结合在一起称之为知识产权”^④。用下定义的方法概括知识产权概念的,主要反映在国内外有关知识产权法的论著或教科书中。有代表性的是世界知识产权组织编写的《知识产权法教程》一书,以及我国20世纪90年代以来编写的教材中。前者认为,知识产权的对象是指人的脑力、智力的创造物,并解释道,之所以把这类财产称作知识财产,简单地说,就是知识财产与各种各样的信息有关,人们把这些信息

① [英] David Vaver:《知识产权的危机与出路》,李雨峰译,载《知识产权》2007年第4期。

② 任建新:《回顾中国知识产权制度的建立》,载刘春田主编:《中国知识产权二十年(1978—1998)》,专利文献出版社1998年版,第18~26页。

③ 参见[美]阿瑟·R.米勒:《知识产权法概要》,周林等译,中国社会科学出版社1997年版,第4页。

④ 沈达明编著:《知识产权法》,对外经济贸易大学出版社1998年版,前言。

第十七章 专利权的保护	224
第一节 侵害专利权的行为	224
第二节 专利纠纷的解决	228
第三节 侵害专利权的法律责任	230
第四编 商标法	233
第十八章 商标法概述	235
第一节 商标法概述	235
第二节 商标法的基本原则	236
第三节 商标制度的起源与发展	239
第四节 我国商标制度的历史	240
第十九章 商标权的对象	244
第一节 商标概述	244
第二节 商标与其他标记的联系与区别	248
第三节 商标的分类	251
第二十章 商标权的取得	257
第一节 商标权的概念	257
第二节 商标权的特征	258
第三节 商标权的主体	261
第四节 商标权的取得方式	262
第二十一章 商标注册	266
第一节 商标注册的原则	266
第二节 商标注册的条件	268
第三节 商标注册的文件	275
第四节 商标注册申请的审查与核准	277
第五节 注册商标的续展与变更	282
第二十二章 商标权的内容	285
第一节 商标权的内容	285
第二节 商标权人的义务	286
第三节 注册商标的终止	288

内容提要

本书运用马克思主义的经济学与法学理论,运用体系化的思维方法,系统阐明了知识产权法的基本原理、基本知识和基本制度。

知识产权制度促进了工业文明的确立,并随着技术进步成为主宰经济发展的决定性的杠杆,逐步转化为创新型经济体制中举足轻重的基础财产制度。进入后工业社会,进一步确立了知识产权制度在现代社会财产制度中的核心地位。根据《中华人民共和国民法通则》的规定,知识产权法作为财产法,是民法制度的组成部分,是与物权法、债权法并列的专门财产法律制度。知识产权作为私权,和物权、债权一样,分属于民事财产权的不同形态。知识产权法学既是民法学科的重要分支,也是相对独立的领域法学。

全书遵从我国现行法律体系的安排,旨在民法的理论基础、思维方法、制度设计与知识框架之下,参阅国内外的理论成果,构建既具全球视野又有中国观的知识产权法学的理论与知识体系。全书共安排了七编,包括导论与各论两大部分。导论部分阐述了知识产权的基本概念、对象(或标的)、权利客体、制度构成、制度功能,知识产权与民法的从属关系,知识产权法的历史、现状与发展趋势等;各论部分结合我国现行法律和社会与司法实践,系统解读了著作权法、专利法、商标法以及与知识产权有关的反不正当竞争法的原理和基本制度,简要介绍了数字技术、生物技术与知识产权的关系,以及集成电路布图设计、地理标志和域名等其他知识产权问题,并对保护知识产权的主要国际公约、全球性条约和多边条约的原则和内容,做了适度的解说。

1999年,教育部将知识产权法定为普通高等教育法学专业的14门核心课程之一。除法学专业外,本书也可以作为其他人文社会科学和理工农医专业用于学习知识产权法的教材,还可以作为其他社会读者系统学习知识产权法律知识的基本读物。

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法 / 刘春田主编. -- 5版. -- 北京: 高等教育出版社, 2015.5
ISBN 978-7-04-042464-5

I. ①知… II. ①刘… III. ①知识产权法-中国-高等学校-教材 IV. ①D923.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第077554号

策划编辑 姜洁 责任编辑 姜洁 特约编辑 朱学敏 封面设计 杨立新
版式设计 范晓红 责任校对 陈旭颖 责任印制 朱学忠

出版发行	高等教育出版社	网 址	http://www.hep.edu.cn
社 址	北京市西城区德外大街4号		http://www.hep.com.cn
邮政编码	100120	网上订购	http://www.landraco.com
印 刷	高教社(天津)印务有限公司		http://www.landraco.com.cn
开 本	787 mm×1092 mm 1/16	版 次	2000年8月第1版
印 张	33.75		2015年5月第5版
字 数	810千字	印 次	2015年5月第1次印刷
购书热线	010-58581118	定 价	48.60元
咨询电话	400-810-0598		

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换
版权所有 侵权必究
物料号 42464-00

与各种有形物质相结合,并同时在世界不同的地方大量复制。知识财产并不指这些复制件,而是指这些复制件中所包含的信息。^①后者为知识产权下的定义是:“人们就其智力创造的成果依法享有的专有权利。”^②

用完全列举知识产权保护对象的方法表述知识产权概念的代表,首先是以下两个重要的法律文件:

其一,《成立世界知识产权组织公约》。该公约第2条第8款规定,“知识产权”包括以下有关项目的权利:(1)文学、艺术和科学作品;(2)表演艺术家的演出、录音制品和广播节目;(3)在人类一切活动领域内的发明;(4)科学发现;(5)工业品外观设计;(6)商标、服务标记、商号名称和标记;(7)禁止不正当竞争;(8)在工业、科学、文学或艺术领域内其他一切来自知识活动的权利。

其二,1993年12月15日关贸总协定通过的《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称TRIPS协定)中所称知识产权保护的范围:(1)著作权及其相关权利(指邻接权);(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)对未公开信息的保护权;(8)对许可合同中限制竞争行为的控制。

另外一种划分方法是基于类型化的思考对知识产权所作的描述,认为“知识产权是智力成果的创造人或工商业标记的所有人依法享有的权利的统称”^③。本书基本上采用此说。

从目前对知识产权问题的研究水平看,上述对知识产权概念的表述方法都有局限性。第一,列举知识产权主要内容的方法不能揭示属概念的全部外延,只包含了专利权、商标权和著作权,而不及于反不正当竞争和商业秘密等内容。第二,迄今为止用下定义的方法所作的表述固然简单、抽象,其缺点也是明显的,即它未能概括知识产权保护对象的全部,将工商业标记排除在外。第三,完全列举的方法表述清楚、全面、明确,但是用来说明概念,则失之于烦琐,欠缺学术性。而且知识产权制度是动态的,无论对象的范围还是权利保护的设定都是不断发展变化的。就从1993年通过的TRIPS协定中所列的权利对象来说,显然比1967年的《成立世界知识产权组织公约》所规定的权利对象有所增加。而权利的设定更是与时俱增。例如,数字技术的出现和日益广泛的应用,导致人们对科学技术、文学艺术和商业标记的使用方式花样翻新,层出不穷,致使知识产权派生出新的权能。可见,知识产权是一个发展的、开放的系统,无法列全。从目前看来,划分的方法概括比较全面,但是,与下定义的方法相比,抽象程度稍显欠缺。“定义是种冒险,描述却可以提供帮助”^④。所以,目前在尚不能抽象出高度概括的定义之前,较为稳妥的办法是,既为知识产权作出一个尽可能的归纳,也对迄今为止知识产权的主要对象的范围作一个类型化的、全面的、却不封闭的描述。

参酌教育部全国高等学校法学专业核心课程《知识产权法教学指导纲要》的表述,本书认为,“知识产权是基于创造成果和工商业标记依法产生的权利的统称”。本书认为,这一表述基本揭示了知识产权的本质,界定了它的范围。

第一,“创造成果”的概念,使之与“劳动成果”划清了界限。这一划分,反映了我们对

① 参见世界知识产权组织编:《知识产权法教程》,高卢麟等译,专利文献出版社1990年版,第2页。

② 郑成思主编:《知识产权法教程》,法律出版社1993年版,第1页。

③ 刘春田主编:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社1995年版,第1页。

④ [美]本杰明·N.卡多佐:《法律的成长》,董炯等译,中国法制出版社2002年版,第1页。

第二十三章 商标权的行使	292	
第一节 商标权的许可	292	
第二节 商标权的转让	295	
第三节 商标权的其他行使	296	
第二十四章 注册商标的无效宣告	298	
第一节 注册商标无效宣告的含义和种类	298	
第二节 注册商标无效宣告的事由	299	
第三节 注册商标无效宣告的程序	300	
第四节 注册商标无效宣告的法律效果	301	
第二十五章 商标评审与商标确权制度	303	
第一节 商标评审委员会及商标评审的一般规定	303	
第二节 商标评审的主要内容	305	
第二十六章 驰名商标及其保护	307	
第一节 驰名商标的概念	307	
第二节 驰名商标的认定	308	
第三节 驰名商标的保护	310	
第二十七章 注册商标专用权的保护	313	
第一节 注册商标专用权的保护范围	313	
第二节 侵害商标权的表现形式	313	
第三节 认定侵害商标权的几个问题	316	
第四节 侵害商标权的法律责任	320	
第五编 反不正当竞争法	323	
第二十八章 反不正当竞争法概述	325	
第一节 不正当竞争的概念与构成要件	325	
第二节 反不正当竞争制度的历史	329	
第三节 反不正当竞争法的性质	332	
第二十九章 反不正当竞争法在知识产权法中的地位	337	
第一节 反不正当竞争法与知识产权法的关系	337	
第二节 反不正当竞争法在知识产权法中的地位	339	

作者简介

刘春田 中国人民大学教授,知识产权学院院长。主要兼职:中国法学会常务理事,中国知识产权法学研究会会长,中国知识产权研究会副会长,中国版权协会副会长,中华商标协会副会长,国际保护知识产权协会中国分会理事等。《著作权法》起草、修改小组成员,并参与《反不正当竞争法》《商标法》《专利法》的立法及修改工作。代表性论文:《知识财产权解析》《知识产权制度是创造者获取经济独立的权利宪章》等。

李雨峰 法学博士,西南政法大学教授,民商法学院副院长,中国知识产权法学研究会副秘书长。曾在牛津大学等学校从事学术访问。获教育部新世纪优秀人才、重庆市巴渝学者、重庆市十大杰出青年法学家,国家知识产权局“千百万知识产权人才工程”首批百名高层次人才、“首批全国知识产权领军人物”,重庆市中青年骨干教师等称号。著有《枪口下的法律:中国版权史研究》《著作权的宪法之维》等著作。

李琛 法学博士,中国人民大学教授,联合国教科文组织版权与邻接权教席主持人,中国知识产权法学研究会常务理事。主要著作:《论知识产权法的体系化》《著作权基本理论批判》等;主要论文:《质疑知识产权之“人格财产一体性”》《“法与人文”的方法论意义——以著作权法为模型》等。

姚欢庆 法学博士,中国人民大学法学院副教授,国家重点基地中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、中心副主任,中国民商法律网负责人。牛津大学、加州大学伯克利分校访问学者。独著、主编教材及著作十余部,在核心期刊发表论文十几篇。

崔国斌 北京大学理学学士、法学硕士和博士,耶鲁大学法学硕士。清华大学法学院副教授,学术兴趣为知识产权法、竞争法、财产法。1999—2002年,在北京康达律师事务所上海分所执业。2008年9月—2009年1月,在美国联邦巡回上诉法院跟随 Rader 法官实习,同时在乔治华盛顿大学法学院作访问学者。2012年7月和2013年5月,分别在美国芝加哥大学法学院和华盛顿大学法学院短期访问。主要著作:《著作权法:原理与案例》;代表性论文:《网络服务商共同侵权责任之重塑》《知识产权法官造法批判》等。

郭禾 法学博士,中国人民大学教授,知识产权学院副院长,兼任中国知识产权法学研究会秘书长、中国国际贸易促进委员会域名争议解决中心专家组成员、亚洲域名争议解决中心专家组成员等。代表性论著:《集成

知识产权本质问题认识的进化过程。我国传统认识以及以往知识产权著作,包括本书作者以往的观点,一向把“创造”活动归入劳动范畴,把创造成果归为劳动成果范畴,因而将劳动划分为创造性劳动和非创造性劳动。近十年来本书作者的研究认为:在经济学上,创造与劳动是性质截然不同的两种事物。劳动的同质性决定,无论劳动的具体方式如何,无论劳动的技术含量高低,无论是简单劳动还是复杂劳动,其质的规定,无一例外是人类无差别的智力与体力综合支出的凝结;其量的规定,是具体劳动各自所需要的社会必要劳动时间。因而,劳动成果是可计量的,不同劳动成果之间是可比较、可交换、可再现的。但是,创造则截然不同。梁漱溟先生认为,创造乃“凭空而来,前无所受”。创造成果是唯一的,创造是不可再现的,创造成果与创造成果之间,创造成果与劳动成果之间,都是异质的,不具可比性,因而无法直接通融、兑换。实践中所发生的“知识、技术转让”,其价格事实上不是用劳动价格衡量,也是无法用劳动理论解释的。总之,创造不属于劳动范畴,“创造成果”与“劳动成果”是截然不同的两种成果。正是因为人类无法用传统“劳动成果”报酬制度解决“创造成果”的报酬问题,才创造了知识产权制度。

第二,“创造成果”的概念,使之与“智慧”“智力”划清了界限。“创造成果”是知识的外在的客观形态,“智慧”和“智力”是人蕴藏的内在能力,二者有本质区别。知识产权是起因于对“智慧成果”或“创造成果”的具有商业意义的支配而产生的权利,而不是基于“智慧”或“智力”所生之权利。根据《现代汉语词典》的解释,智慧是“辨析判断、发明创造的能力”;智力是“指人认识、理解客观事物并运用知识、经验等解决问题的能力,包括记忆、观察、想象、思考、判断等”^①。可见,从汉语语义上看,“智慧”或“智力”是一种能力或可能性,它是人类内在的、隐含的、抽象的、无形的、潜藏的能力,比如因所受的教育或专门训练而具备的专业“素质”。这种能力或“素质”有可能成为其他社会关系的客体的支配对象,如劳动力市场等。但是,“智慧”或“智力”作为抽象的“能力”“素质”,不具有确切的、具体的、稳定的、客观的、外化的知识形态,不具有知识产权意义上的可利用性,在“知识”市场上没有意义,因而不能成为知识产权的对象。

第三,“创造成果”的概念也使之与“创造活动”划清了界限。“创造活动”是一种事实行为,或者说是一个过程,事实行为或过程不是知识产权的对象。即便创造成果与创造活动同步完成,比如即兴演讲或表演,两者虽然同时完成,事实上也不属于同一事物。即便在操作实践中无法将“创造成果”与“创造活动”这两种事物分开,在逻辑上也可以将二者抽象开来。归根结底,知识产权是基于“创造成果”,而非“创造活动”过程产生的。如果在理论上将“创造活动”归于劳动,在法律上“创造活动”充其量也只是劳动关系的对象。“创造活动”或“创造行为”对知识产权法律而言,属事实行为,不具有法律意义,不产生知识产权。知识产权是起因于对“创造成果”的控制、利用、支配而产生的权利,它只关注成果,不问成果的创造过程。没有“创造成果”作为前提,主体的控制、利用、支配就失去了行为的作用对象,就不可能产生知识产权。有些著作认为知识产权是基于“创造活动”或“创造劳动”产生的权利,这些提法是不准确的。

第四,“创造成果”概念中的“创造”一词的限定,使之将“劳动成果”排除在知识产权的保护对象之外。创造成果是智力活动的产物。但是,智力成果有创造性与非创造性之分,

^①《现代汉语词典》(第5版),商务印书馆2005年版,第1759页。

第三十章 侵害知识产权的不正当竞争	346
第一节 侵害商业标记的不正当竞争	346
第二节 侵害智力成果的不正当竞争	355
第三十一章 滥用知识产权的不正当竞争	363
第一节 滥用知识产权与不正当竞争的关系	363
第二节 知识产权人滥用实体权利的不正当竞争	364
第三节 知识产权人滥用救济手段的不正当竞争	367
第三十二章 与知识产权有关的不正当竞争的法律	369
第一节 不正当竞争的法律	369
第二节 与知识产权有关的不正当竞争之	370
第六编 其他知识产权问题	373
第三十三章 数字技术与知识产权	375
第一节 商业方法软件的专利保护	375
第二节 技术标准中的知识产权政策	383
第三节 开源软件:知识产权制度的批判与兼容	389
第三十四章 生物技术与知识产权	394
第一节 生物技术的专利保护	394
第二节 植物新品种的特殊保护	395
第三节 生物遗传资源的获取与利益分享	398
第三十五章 集成电路布图设计的法律	402
第一节 集成电路布图设计及其特点	402
第二节 布图设计权	407
第三十六章 地理标志法律	412
第一节 地理标志概述	412
第二节 地理标志保护的历史沿革	413
第三节 地理标志保护模式	414
第四节 地理标志保护的	415
第五节 我国地理标志保护概况	417

电路法律保护初探》《信息技术对著作权制度的影响》《信息、信息流及其知识产权》《知识产权法选论》等。

张广良 北京大学法学博士,曾任北京市第一中级人民法院法官,现任中国人民大学法学院副教授、世界知识产权组织独立咨询监督委员会委员、美国约翰·马歇尔法学院兼职教授、国家知识产权局发展研究中心客座研究员。代表性著作:《英汉·汉英知识产权保护词典》《知识产权实务及案例探析》《知识产权侵权民事救济》《知识产权运用与保护研究》等。

余俊 法学博士,北京化工大学副教授,中国知识产权法学研究会理事,入选首批北京市高校“青年英才支持计划”。主要著作:《商标法律进化论》;主要论文:《中国知识产权学术谱系的百年变迁》《知识产权称谓考》。

杨巧 西北政法大学知识产权学院副院长,教授,中国知识产权法研究会常务理事、副秘书长。代表性著作:《高新技术知识产权保护论》(专著)、《知识产权法学》(主编);代表性论文:《商标法上公有领域的保护》《美术作品相似是否构成剽窃的认定》《民间文学艺术法律保护的基础问题研究》《民法理论在知识产权中的运用》等。

李扬 法学博士,深圳大学法学院教授,博士生导师。曾在日本北海道大学、芬兰 Hanken School of Economics、美国 Drake University Law School 工作和研究。兼任中国知识产权法研究会副秘书长,中国科技法学会常务理事。在《法学研究》《中国法学》《知的財産法政策学研究》(日本)等刊物发表论文五十余篇。在中国人民大学出版社、台湾元照出版社等出版专著和译著十多部。

张今 中国政法大学教授,中国知识产权法研究会常务理事、副秘书长。代表性著作:《版权法中私人复制问题研究》《电子商务中的商标使用和侵权责任研究》;代表性论文:《著作权财产权制度的反思与重构》《商标法修改几个重大问题的解读》《论商标权的限制》等。

曹新明 法学博士,中南财经政法大学教授,博士生导师,知识产权研究中心常务副主任,国务院政府特殊津贴获得者。兼任中国知识产权法研究会副会长、中国高校知识产权研究会常务理事、中国版权协会理事;湖北省知识产权研究会副会长、湖北省版权保护协会副理事长。主要著作:《中国知识产权法典化研究》《中国知识产权产业化制度构建研究》;主要论文:《知识产权冲突协调原则研究》《知识产权法哲学重构研究》。

黄武双 华东政法大学教授,博士生导师,知识产权学院总支书记兼副院长,知识产权研究中心主任。“千百万知识产权人才工程”首批百名高层次人才、“首批全国知识产权领军人物”,上海市优秀中青年法学家。曾赴美国华盛顿大学法学院、凯斯西储大学法学院、圣路易斯大学法学院、德国马普知识产权研究所以及日本、韩国等地进行讲学或学术访问。主要著作:《美国商标案件金钱偿还数额的计算:原理与判例》《商标共存:原理与判例》等;主要论文:《经济理性、商业道德与商业秘密保护》等。

张平 北京大学法学院教授,知识产权学院常务副院长,北京大学互

无创造性的智力成果本质上是“劳动成果”。在生产、工作与生活中,大部分的智力成果通常不具有创造性。例如,按照既定的程式、程序或法则、制度机械地完成的智力成果,只要是受过一定训练的专业人士,任何人完成的结果都一样,比如统计或会计工作,其成果就不属于创造成果;或者仅凭技术、手艺、技能、技法等能力再现已有设计形式或面貌的智力成果,例如临摹的艺术品,目的在于仿真,要求与原作或设计逼真、酷似,无论临摹者的技艺水平多么高,智力活动多么复杂,像“荣宝斋”刻印的“清明上河图”以及历史博物馆仿制的历代精品文物,业界称之为“高仿”,这些行为既需要付出“体力”,也需要付出“心智”,但是这种“体力”与“心智”的付出充其量仍属于劳动范畴,其成果也是复制品。以上二种行为的评价标准,是“求同”或“合规”,看的是完成品与已有成果的尺度、形态、面貌的相同或近似程度,或结果是否符合既定程序、规范,而不需要行为人“求异”、体现个性,因而本质上都属于“劳动成果”。唯有那些表现了完成人具有个性的构思、取舍、安排、组合、设计的表达,才是“创造成果”。因此,只有基于“创造成果”才是产生知识产权的必要条件,非创造的智力成果属于“劳动成果”,不能成为产生知识产权的条件。

第五,知识产权之所以将创造成果权和工商业标记权并列,是因为创造成果权的概念不能覆盖工商业标记权的内容。二者划分的标准是各自获得财产的手段不同。创造成果权和工商业标记权虽同为财产权,但二者价值来源截然不同。创造成果权作为财产,其价值来源于创造,或者说创造成果所带来的功能或功效,是精神或物质的需求对象。消费者为获得特定的功能或功效,必须付出代价,以获得对创造成果的支配权。作为著作权对象的作品,为消费者提供的是满足精神消费的审美功能;作为专利权对象之一的技术发明,可以为消费者实现物质实用功能。二者的财产价值均源自因对象的创造性而产生的功能,消费者的消费对象是特定的创造物——“知识”本身。工商业标记是指商标、商号、产品的包装、装潢、地理标记等各类标记。商业标记权作为知识产权,其财产的来源不同于创造成果权,消费者的消费对象不是工商业标记本身,而是它所指代的产品与服务。工商业标记权作为财产,其来源端在它的区别功能;其量的规定性,取决于该区别功能在市场交易中所发挥的作用、所占份额的大小。工商业标记作为知识产权的对象,与技术发明、文学艺术作品等创造成果这种最初的知识产权对象相比,从表面上看,截然不同。如学者所言:“商标权与成文法设定的版权与专利权,很少有类似之处,或者根本没有类似之处……商标法只是不公平竞争法的一部分,其作用只是指明产品是一个商人的产品,保护他的商誉,对付把另一个人的产品作为他的产品出售。”^①这种认识,成一时之“通说”。本教材以往也认同此说,并认为商标不创造价值。现在看来,这是一种肤浅、感性、表象、错位的认识。研究表明:事实上,工商业标记本身就是产生财富的手段,只是其价值来源与创造成果不同。尽管工商业标记大都是精心设计的创作成果,但其作为标记的价值,与自身是否具备独创性以及独创性程度的高低没有关系。工商业标记是靠它所具有的区别功能来获得价值的,它属于物质实用功能,该功能所带来的经济效益货真价实,是可以确切计量的财产。工商业标记的价值,源于在市场交易中对其区别功能的利用。众所周知,互利双赢是市场供求双方的共同需求。特别是经营者,为降低交易成本、稳定市场、扩大交易规模,迫切需要为其产品、服务与消费者之间缔结纽带,搭建桥梁,便于消费者按图索骥,建立产品、服务实现其价值的便捷通道,以便加速资本周转、

^① 沈达明编著:《知识产权法》,对外经济贸易大学出版社1998年版,第282页。

第三十七章 域名的法律保护	419	
第一节 域名法律保护基本理论	419	
第二节 域名与商标的冲突	423	
第三节 域名争议的解决途径	428	
第七编 知识产权国际条约和世界贸易组织 《与贸易有关的知识产权协定》		433
第三十八章 知识产权国际条约概述		435
第一节 知识产权国际条约	435	
第二节 知识产权国际条约在国内法中的地位与效力		439
第三十九章 《保护工业产权巴黎公约》		444
第一节 《巴黎公约》概况	444	
第二节 《巴黎公约》的结构、保护范围与原则		445
第三节 《巴黎公约》的主要规则	451	
第四十章 《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》		459
第一节 《伯尔尼公约》概况	459	
第二节 《伯尔尼公约》的结构、适用范围与原则		460
第三节 《伯尔尼公约》的主要规则	464	
第四十一章 知识产权其他主要国际条约		476
第一节 《世界知识产权组织版权条约》与《世界知识产权组织表演和 录音制品条约》	476	
第二节 《保护表演者、录音制品制作者和广播组织的国际公约》		482
第三节 《视听表演北京条约》	486	
第四节 《关于为盲人、视力障碍者或其他印刷品阅读障碍者获得已出版作品 提供便利的马拉喀什条约》	488	
第五节 《专利合作条约》	491	
第六节 《商标国际注册马德里协定》与《商标国际注册马德里协定 有关议定书》	493	
第四十二章 世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》		496
第一节 TRIPS 协定概述	496	
第二节 TRIPS 协定的结构特征、保护范围与原则		498
第三节 TRIPS 协定在实体保护标准方面的主要规则		502

联网法律中心主任。近年研究领域:技术标准中的知识产权许可政策及反垄断规制、计算机软件专利保护与知识产权的开放许可、互联网环境下的知识产权问题等,曾参加国家中长期科技发展规划研究、国家知识产权战略研究、信息社会知识产权保护与应用研究、中国高校专利成果转化模式及政策等多项国家重点研究项目。

罗莉 法学博士,中国人民大学副教授,中国知识产权法学研究会理事,Comparative Law Journal of the Pacific 学术委员会成员。著有德文专著 *Verwertungsrechte und Verwertungsschutz im Internet nach neuem Urheberrecht—Vergleich des internationalen, U.S., europäischen und deutschen Rechts* (《网络版权开发与保护的法律新发展比较研究》)。代表性论文:《作为社会规范的技术与法律的协调》,Legal Protection of Technological Measures in China。

金海军 法学博士,中国人民大学法学院副教授。代表性著作:专著《知识产权私权论》;译著《现代知识产权法的演进》《知识产权法的经济结构》《著作权之道》;合作编撰《元照英美法词典》。代表性论文:Reality and Potentiality: Compulsory Patent Licensing in China from a Comparative Perspective 等。

提高盈利。工商业标记是实现这一功能的有效手段,是由经营者投资和收益的,连接经营者与消费者的桥梁、纽带,是附在商品与服务上的交易平台,该交易平台在交易中所占的份额,就是商标的财产价值。此外,它同时还承载着消费者对商品或服务的评价,凝聚着评价所形成的市场信誉。市场信誉是消费者对特定商品和服务的心理评价,它是主观的、抽象的、无形的、不确定的。工商业标记则以其符号所具有的具象、有形、确定的特点,成为区别与表彰不同商品和服务提供者信誉的载体,进而成为各自信誉所转化的市场价值——财产的承载者。上述分析说明,商标权与创造成果权合流,共同构成知识产权,既是同质性事物陶冶、提炼的内在要求,也是类型化思考的必然结果,既是历史的,也是逻辑的。

第六,强调知识产权依法产生,反映了立法者的价值判断,包含两层意思。第一层意思是,并非一切创造成果都可以成为法律保护的对象,也并非任何设计都可以成为受法律保护的工商业标记。受经济的、文化的、民族的或政治的等因素影响,法律要对纳入保护对象的“创造成果”和“工商业标记”进行筛选、剪裁、取舍。因此,由于国情有别,各国知识产权的保护对象既有大同,也有小异。即使同一国家在不同的历史时期,受上述诸因素的影响,知识产权保护对象的范围也有所不同。比如,我国在早期专利法中,对药品、食品、用化学方法取得的产品发明,就不予以专利权保护。第二层意思是,并非所有施加在创造成果和工商业标记上的行为,都可以成为知识产权法规制的客体。人的社会行为千姿百态、无所不包,行为的后果会产生巨细不同、五花八门的社会关系。法律的功能是有限的,“法律不理小事情”^①,它无力调整所有的社会关系,通过国家意志的筛选、剪裁、取舍,它只选择对经济关系有相当影响的一部分关系加以调整。此外,在知识产权法规定以外的、对知识产权的对象所施加的行为,不属于知识产权的客体。比如,书店在销售广告中罗列图书名录,或简要介绍出版物内容的行为,就不具有著作权法上的意义,不构成对图书著作权的侵犯;汽车修理店广告词中类似“专修宝马”或“专修奔驰”的描述,也不具有商标法上的意义,既不属于侵犯该类车产品的商标权行为,也不构成所谓对他人商标权的“合理使用”。

第二节 知识产权的对象

一、知识产权的对象、客体

现代文化的根底在科学。科学的对象是事实,是客观规律。把握知识产权及其对象、客体等该知识体系的基本元素,以及它们之间的相互关系,是准确认识与理解知识产权法学科理论的基础。

(一) 知识产权的对象

知识产权的对象是以“形式、结构、符号系统”等为存在方式的知识。对象是指那些借由对它的支配、利用、控制而发生法律关系的事物。对象自然属性的差别是导致发生不同民事法律关系的决定因素。对象是第一性的,是发生、变更和消灭法律关系的前提和基础。民

^① 转引自徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第148页。

第四节	TRIPS 协定在执行程序方面的主要规则	511
第五节	TRIPS 协定的其他规则	515
第六节	关于 TRIPS 协定与公共健康的多哈宣言	517

第五版修订说明

2013年8月30日第十二届全国人大常委会第四次会议通过了对《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)的第三次修改。按照全国人大常委会有关部门的说法,此次修改,虽非大改,但内容也很丰富。《商标法》的修改对商标工作的实践、对我国经济生活、对司法工作有较大影响。知识产权法学高等教育迫切需要及时反映这一变化,这也是本教材此次修订的主要原因。另外,随着技术进步、经济发展和全球化的趋势,知识产权实践中不断涌现出新问题、新矛盾和新的应对办法,并由此引发新思考、新认识,知识产权法学高等教育应当与时俱进,适时地总结和反映这些变化。

第五版教材的修订原则是,除了商标法部分根据《商标法》的第三次修订做相应的调整外,教材的基本思路、基本原则、基本理论、基本观点、基本框架等大体不变。我们希望第五版出版以后,我们通过必要的调查研究,广泛征求教材使用者尤其是全国高校知识产权法授课教师的意见,认真研究,慎重设计,力争撰写出一本日臻完善的“升级版”的《知识产权法》(第六版)教材。

第五版教材修订工作调整了撰写队伍,相信读者会看到其中的新气象。这也为第六版的“升级”打下基础。

作者编写分工如下:

刘春田:第一章;

李雨峰:第二、五、六章;

李 琛:第三、四、八章;

姚欢庆:第七、十章;

崔国斌:第九、十三、十六、三十四章;

郭 禾:第十一、十四、三十五章;

张广良:第十二、十五、十七章;

余 俊:第十八、十九、二十章;

杨 巧:第二十一、三十七章;

李 扬:第二十二、二十三、二十四章;

张 今:第二十五、二十六、二十七章;

曹新明:第二十八、二十九、三十六章;

事权利中的财产权之所以区分为物权、债权和知识产权,正是由于它们各自对象的自然属性以及存在方式的差异所致。对象不同,导致人类对其控制、利用、支配的行为方式不同,因而造成法律调整其行为的手段的区别,进而形成权利类型的不同。其中,物权的对象为物,债权的对象是行为,知识产权的对象是知识。

知识的本质是精神的产物,其存在方式是主观见诸客观的、具体的、有限的形式、结构或符号系统。知识是知识产权及其客体发生的前提和基础。知识产权法中的“知识”和物权法中的“物”,在法律关系上具有相同的逻辑关系。从哲学上讲,世界是物质的。可见,“物”是一个抽象的概念。但是,实际生活中,“物”既是具体的,又是包罗万象的概念。而物权法中作为物权对象的“物”,既非包罗万象的概念,也非泛指所有具体的“物”,而是一个经法律筛选后,内涵确定、外延清晰的法律概念。同样,“知识”是具体的,同时也是一个可以涵盖人类全部文明成果的外延广泛的概念。知识产权中的“知识”也并非泛指所有的“知识”,同样是一个经过法律筛选的,内涵、外延确定的法律概念。与物权法中“物”是确定的、有限的,是发生、变更和消灭物权法律关系的客观承担者,是物权及其客体产生的前提与基础一样,在知识产权领域,以创造成果和工商业标记为存在样态的知识,也是确定的、有限的,它们是知识产权法律关系得以发生的根据,是知识产权的对象。将知识产权的对象界定为“知识”,无论逻辑上,还是实践中,都不存在困难。

(二) 知识产权的客体

知识产权的客体是指在对象上所施加的、能够产生一定利益关系的行为。按照《现代汉语词典》的解释,行为,是“受思想支配而表现出来的活动”。言论、衣、食、住、行都是人的行为,人是物质的,因此,行为是物质的,是物质的特殊存在方式。易言之,权利的客体是物质的。行为是思想支配下的人的全部外在形态,是人的基本存在方式。行为是发生、变更和消灭法律关系的主要法律事实,是权利义务的全部指向,是社会关系的核心,也是法律关系的核心。在民事法律关系中,知识产权的客体与对象属于两个不同的范畴。作为对象的知识是“形式”“结构”“符号”,属非物质的范畴。所谓利益关系,是包括因对知识产权对象的控制、利用和支配行为而产生的社会关系。由于知识产权的对象与客体有密切联系,无论理论上还是实践中,很容易将知识产权的对象和知识产权的客体混为一谈,致使人们徒见“知识”,不见“行为”,甚至忽略了行为作为“客体”的存在。作为知识产权对象的“知识”,是具体的、感性的、客观的。对象是第一性的,客体是主体对对象所施加的行为,是第二性的。对象是权利客体发生的客观基础和前提,它决定了能够对其施加行为的具体方式及内容。没有对象,没有对象的性质与特征的确定性,主体的行为就没有了发生的根据;失去了作用的对象,其行为方式及其内容也无法获得针对性、确定性。没有对象的行为和没有对象的权利都是不存在的。进一步,如果没有作为权利客体的行为,就不可能发生、变更或消灭相应的法律关系。可见,客体与对象是不同的事物。这既是认识问题,更是个事实,二者不可混为一谈。比如,以房屋财产权为例,房子本身作为物,与修房、拆房、租房、卖房等对房子所施加的各种不同行为是两回事,二者就是对象与客体的关系。若没有房子,也就不可能发生修、拆、租、卖等针对房子的各种行为了。又如,一部小说的完成,是一个客观事实,依照法律,小说是著作权的对象。但是,如果只有法律规定和权利对象两个因素,权利主体和小说之间不发生事实上的法律关系。只有借助于作为权利客体的“行为”,才可以产生事实上的法律关

黄武双:第三十、三十一、三十二章;

张 平:第三十三章;

罗 莉:第三十八、三十九、四十章;

金海军:第四十一、四十二章。

主 编

2014年10月

系。根据著作权法,对作品所为的能够产生特定利益关系的具体行为,如发表、署名、修改、破坏其完整、复制、发行、出租、展览、表演、放映、广播、网络传播、翻译、汇编等,才产生与上述行为相匹配的利益关系。依照法律,才产生与这些利益关系相对应的著作权法律关系。可见,上述发表、复制等具体行为才是法律关系的客体。权利客体是基于经济或人格利益形成,并由法律加以规定的,不同的法律分别规范不同的行为。法律正是通过对上述人类行为的规范,实现对社会关系的调整、保护的,法律的直接功能是规范人类的行为。可见,在法律关系中,“对象”除了作为法律关系的前提之外,最有意义、最有价值的是法律关系的客体,也就是可以对“对象”所能施加的各种行为,它才是法学研究、法律设计和社会实践以及司法活动的主要对象。比如,著作权法明确规定哪些行为可以发生、变更、消灭著作权法律关系。著作权法没有规范的行为,通常不是著作权的客体,比如,人们可以对小说施以其他的各种行为,如欣赏、阅读、保存、藏匿、销毁等,这些行为可能有其他的法律意义,也可能没有法律意义,但因这些行为不影响著作权法律关系,它们不是著作权的权利的客体。

权利是在一定社会经济关系中产生的需要和利益的法律形态,权利即法律关系。法律是国家意志的表现,法律关系“是一种反映着经济关系的意志关系。这种法权关系或意志关系的内容是由这种经济关系本身决定的”^①。知识产权是一种私有财产,“私有财产的真正基础,即占有,是一个事实,是不可解释的事实,而不是权利,只是由于社会赋予实际占有以法律的规定,实际占有才具有合法占有的性质,才具有私有财产的性质”^②。这虽然是对物权的分析,但其理论逻辑同样适用于知识产权。因此,法律关系虽然在理论上是一个抽象的概念,但是在实践中,则可以经由法律的规范形成一种具体的、特定的、客观存在的意志关系。社会生活中不存在虚无的、没有对应具体经济关系的法律关系。其中,对象只是导致利益关系产生的客观前提,并非法律事实。只有那些能够引起利益关系产生、变动、消灭的行为,才是法律事实,才是法律所要规范的客体。权利,即法律关系本身,则是反映和调整利益关系的意志关系,属于上层建筑范畴。正如马克思在评论林木盗窃案中所说的:“犯罪行为的实质并不在于侵害了作为某种物质的林木,而在于侵害了林木的国家神经——所有权本身。”^③

对象、权利、客体是不同的事物。对象是客观的、具体的、第一性的,是“物”,是“器”,是“知识”,是利益乃至权利发生的前提;权利是“形而上”的,是由法律规范的反映利益关系的意志关系,属于“道”,是主体在法律上的地位或资格;客体是“形而下”的,是主体依法对权利对象所能为的行为的方式及其限度,客体是权利与对象的中介。

二、知识的本质、存在方式和社会功能

知识是创造成果,知识以“形式”的面貌存在。知识改变生活,知识改变世界。知识学是一个极为复杂的问题。有关“知识”的本质,不是知识产权法学的研究任务。但是,如果对知识的本质及其特征没有基本的认识与把握,没有一个明确的交代,或者误解这个问题,则会给社会生活造成困惑,给法学研究带来谬误,乃至造成司法实践失当。一直以来,知识

① 《马克思恩格斯全集》第23卷,人民出版社1972年版,第102页。

② 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第382页。

③ 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第168页。

产权领域不同见解的争议,对“知识”本质及其特征的认识,很大程度上源自止于直观,满足于感性误解,盲目轻信既有提法,缺乏理性思维。因此,对上述问题加以必要的说明,有助于为知识产权理论奠定统一的基础,廓清基本的、一以贯之的思路。

关于知识的本质,有不同的认识。有观点认为,知识属于认识的范畴,并认为“认识是人类对事物识别、研究的活动和过程”^①。也有观点认为,知识是“人类认识的成果或结晶……知识借助于一定的语言形式,或物化为某种劳动产品的形式,可以交流和传递给下一代,成为人类共同的精神财富”^②。本书认为,知识不仅是人类的认识过程,也包含认识的结果;不仅是认识的结果,也包含改造的过程与结果。改造是“就原有的事物加以修改或变更,使适合需要”^③的活动和过程。因此,知识是人类认识世界和改造世界的成果,它通过各种不同方式的描述得以表达。作为知识产权对象的创造成果和工商业标记,都属于“知识”范畴。

在认识世界和改造世界的活动中,借助于自身和自然界的物质进行“描述”是人类独有的能力。任何描述的外在可感知样态都表现为特定的“形式”“结构”“符号组合”,它是人类设计的,是表达思想、情感、认识的唯一手段。知识是形式与内容的统一体,形式是知识的外在样态,内容是知识的内在的质的规定。没有无形式的内容,也没有无内容的形式。为免误解,在此说明,本书所用“形式”一语,均指内容与形式的统一。人类在认识世界和改造世界的过程中,会产生种种思想认识和情绪感受,构思出各种事物以满足自身的需求。他们要想把这些思想、情感、构思外化,借助于物质载体成为客观的存在,成为一种知识,无不需设计构造出外在的“状态、秩序、形式、结构”。所谓“创造”,就是为思想、情感等精神上的独特感受和构思,寻找、选择适当的形式、结构,形成一定的状态、秩序,并使之客观外化的过程。这些“形式、结构”,就是创造成果,也就是我们所说的知识。正如 M.Schlick 所阐明的,“一切知识只是凭借其形式而成为知识;知识通过它的形式来陈述所知的实况,但形式本身是不能再被描述出来的。形式的本质只在于知识”^④。古今中外,莫不如此。比如,早期人类在石壁和动物甲骨上记录的知识,究竟传达了什么样的思想和情感,破解这些“形式”中所传达的信息之谜,仍然是困扰着当今人类的艰深课题。从上述分析中我们可以看到,知识是人类唯一的贡献。人类是靠描述来表达知识的,而描述无一不是形式的。知识的世界,是有别于物质世界、精神世界的“第三世界”,它是一个由复杂的形式、结构、符号系统组成的世界,无论它描述科学技术,还是文学艺术,都表现为形式,一切知识皆为形式。这就是知识的存在方式。

创造是人类的天性,知识是人类进步的阶梯。洪荒时代,只有自然物,没有人类,更没有专属于人类的知识。人类的产生,导致世界一分为三:自然的世界,人的精神世界,人类创造的知识的世界。知识是人类脱离动物界的标记。没有知识,人类便无法生存和发展。知识源于创造,是创造成果的唯一表现形态。创造是人类的天性,是人类对物质世界的唯一贡献。创造,在人类的生命活动中,具有至高无上的地位。创造,是人类一切活动的历史主宰,它不仅创造了自己,也创造了劳动,创造了人类在不同自然环境、不同历史时期休养生息、喜怒哀乐的不同方式,决定着人类生活的全部面貌,决定着人类的产生、存在、发展,也决定着人类未来的命运。创造,还使人类成为创造和劳动的双重主体。客观的世界,由自然的世界

① 张斌:《技术知识论》,中国人民大学出版社 1994 年版,第 1 页。

② 《辞海》(第 6 版),上海辞书出版社 2010 年版,第 2441 页。

③ 《现代汉语词典》(第 5 版),商务印书馆 2005 年版,第 436 页。

④ 洪谦主编:《逻辑经验主义》(上卷),商务印书馆 1982 年版,第 7-8 页。

和人造的知识的世界构成。二者都表现为物质的存在方式,其中,自然的世界以物质世界固有的结构、形式、样态存在;人造的知识的世界以人类构思、设计的结构、形式、样态存在,是对自然固有物质世界的改造的结果。物质的材质、结构和形式决定它的功能。创造是为物质设计新的“形式”“结构”的活动。其本质就是通过构思与设计,赋予物质以新的结构与形式,实现特定的功能,以满足人类的物质与文化需求。另一方面,创造可以提供新的生活方式,不断引导和丰富人类的需求。“自然赋予牛以角,赋予马以蹄,赋予野兔以速度,但赋予人以思想。”^①“动物按照本能维持生存,人则理智地计划过去和未来。”^②因此,我们有理由相信,古往今来,人类所谓的创造,无论是科学技术、文学艺术,还是社会制度,都是改变物质世界、人类社会原有的状态、秩序、结构与形式,设计或营造新的状态、秩序、结构与形式的活动。知识,作为认识世界和改造世界的工具,作为“器物”,通过生生不息的创新,不断带给我们新的技术、新的文化和新的制度,不断带给我们崭新的生活方式。

三、知识与知识产权

“知识”与“知识产权”这两个法律术语,是知识产权法律理论中的基础性概念,是有关“知识产权”概念体系的基本元素,它们决定着整个知识产权理论的性质和面貌。要想对知识产权的理论和制度建立一种有机的、整体的认识,就应当对这两个术语有内涵确定、逻辑一贯的理解。我们知道,民事权利的定性与区分,显然与该权利所赖以发生的客观对象的性质与特征有密不可分的关系。比如,基于动产或不动产以及其他可以被人类支配,并能给人类带来利益的物所享有的权利,之所以被称作“物权”,是以具体的“物”的存在为前提条件的,生命健康权则以人的生命存续状况为前提。众所周知,知识是工具的,属于“器”的范畴。但一到知识产权领域,很多人却“道”“器”不分,盲目地将知识归于“无形”,将知识产权称作无形财产权,至今仍不假思索地声称知识是看不见、摸不着的形而上的东西。这是致人误解知识产权的重要原因。事实上,知识,包括一切技术、作品、标记等,都不是无形的,既不是看不见,也非摸不着的。知识,并非形而上而是形而下的,并非抽象而是具象的,是客观的、可以诉诸人的感官的具体形式。无形的知识是不存在的。因此,在以往有关知识产权为无形财产权的论述中,存在着根本的缺陷。其错误在于:第二性和第一性(即权利和我们称之为对象的“知识”)不分,形和体(即物质的存在形式和物质材料本身)不分,甚至“形”与“无形”不分,似是而非,逻辑混乱。为理性认识知识产权,必须澄清上述误解。这涉及两个逻辑层次,一个是权利,一个是对象,对象又涉及载体和形式两个概念。

首先,关于权利。权利源于法律,是第二性的东西。权利表示一种关系,即权利主体对他人发出要求的一种关系,这种要求就是对方的义务。^③因此,权利是一种法律关系、意志关系,属于上层建筑范畴。权利虽然是一种客观实在,但它摸不着、看不到,既是无体的,也是无形的。权利本身既不是物质实体,也不具备为人感知的客观形式。因此,无形只反映权利的一般属性,权利并无有形与无形之分。无形是所有权利的共同固有的属性,无论物权、债权,还是人身权、知识产权,没有哪种权利是有形的。无形不是知识产权的特殊属性或独

① 阿那克瑞翁语。转引自周忠昌:《西方科学的文化精神》,上海人民出版社1995年版,第36页。

② [古罗马]西塞罗:《论义务》,王焕生译,中国政法大学出版社1999年版,第4页。

③ 参见公丕祥主编:《法理学》,复旦大学出版社2002年版,第195页。

有的征象。对于这个问题,古罗马人早已论述清楚。盖尤斯在其著名的《法学阶梯》中指出:“无形物是那些不能触摸的物品,它们体现为某种权利如遗产继承、用益权、以任何形式缔结的债。遗产中是否包含有形物,从土地上获得的孳息是否有形,根据某项债而应当向我们支付的物品是否通常是有形的,如土地、人或者钱款,这些都无关紧要;实际上,继承权、用益权和债权本身都是无形的。对城市土地和乡村土地上的权利同样属于无形物。”^①所以,如果称知识产权是无形财产权,其中的“无形”指的又是权利,比如,有的著作特别强调无形是指权利本身,并使用所谓“无形的版权”或“无形的专利权”等提法,这些提法把共性当做个性,破坏了事物的逻辑与知识的秩序,经不起推敲和检验,不能成立。

其次,关于对象。也就是知识产权概念中的“知识”。由于无形与无体在认识上容易混淆,因而我们对“形”和“体”、“无体”和“无形”均需作简要分析。

第一,须分清“形”和“体”的区别。尽管现实中“形”与“体”合而为一,但二者却是事物的两个不同的维度。既可以用抽象思维加以分析,也可事实上经过提炼,将其一分为二。“形”是“体”的存在方式、状态或时空秩序。比如,建筑是各类建筑材料构成的空间秩序,音乐则是以声音为物质载体构建的时间秩序。“体”是“形”得以实现的物质承载物。

第二,要区分“无体”与“无形”。如前所述,所谓体,是指物质载体。体是自然界固有的,是物质的。与之对应,形本身是非物质的,是指物质的内在结构和外在的形状样态。物质的结构与形态,既有自然力形成的,又有人类创造的。体和形既是两种不同的事物,也是两个不同的概念。创造成果和工商业标记作为知识,作为形式,是一种客观存在。知识是无体的,知识产权属于无体财产权,这是它的重要属性,但却不是它独有的属性。通常,理论上把各种商业票据、股票、货币、信托基金以及信誉和肖像,也归于无体财产。^②因此,仅知识产权一种,无法坐满无体财产权术语之全部席位。否则,就容易被多种财产所拥有的“无体”的共有属性淹没,失去个性和区别,与其他无体财产权混为一谈。所以,笼统地将知识产权称作“无体财产权”,难以将它与其他无体财产权利相区别。过去,日本人称知识产权为无体财产权,显然在逻辑上是有漏洞的,后又称“知的所有权”,即知识所有权,这样,就把基于“知识”而发生的法律关系和其他“无体”对象发生的法律关系区别开了。

“形”是指一切能使人感知的事物的状态、样式或存在的方式。那么“无形”是什么呢?无形就是“形而上”,无样式、无结构、无形态,或者无限,或者抽象,要么根本不存在。“时无限,空无涯。”“无限”不成“形式”,无限无以被人感知,无形不构成差别。抽象或意向或构思,是精神世界的事,属于“道”。古人云“大道无形”,如果不通过一定的表达形成具象表现形式的“形而下”的知识,也即“器”,就无法被人感知。至于根本不存在的东西,当然谈不上形式了。韩非子在两千多年前就区分了“形”与“无形”的不同,道出了画鬼容易画马难的真理,原因在于“鬼魅无形”,完全是子虚乌有,可以任意虚构,没有客观标准。因此,法律“不能保护思想、过程或系统等无形的东西”^③。无论是无限的时与空,还是抽象的精神以及子虚乌有的鬼魅,都不可能成为人类控制、利用和支配的对象,人类不能专有或垄断“无限”“抽象精神”或“无”,无法基于“形而上”的“无限”“抽象精神”或“无”发生和主张权利,更不可能复制“无限”“抽象精神”或“无”,那是荒谬的。另外,英文的“intangible”一词,在用于说明

① [古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第82页。

② 参见[美]迈克尔·D.贝勒斯:《法律的原则》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第110页。

③ 《不列颠简明百科全书》,中国大百科全书出版社2005年版,第2016页。

知识产权时,中文通常取其“无形的”之意,看来是值得商榷的。该词主要有两种意思:触摸不到的,无实体的;无形的,不可捉摸的,难以确定的。显然,人类的全部“知识”都是“形而下”的、具体的、确定的、可感知的,不是不可捉摸的、无形的,知识只是无实体的。所以,结合知识产权的实际情况,“intangible”选择译为“无实体的”或许更为贴切。可见,知识产权为无形权利之说,“无形”无论是指权利本身,还是指作为权利对象(有观点误称之为“客体”)的“知识”,这个对象无论指的是物质载体,还是非物质的结构、形式或符号系统,都不能自圆其说。我们找不出任何一条理由或原因,能满足人们将知识产权定性为无形财产权的意愿。称知识产权为无形财产权的观点,没有客观依据。

知识产权的本质恰恰是基于人们就其创造构建的形式、结构、秩序、符号系统而产生的权利。形式存在于时空之中,但单纯的时与空只是一种客观存在,唯有时“间”、空“间”才是对无限时与空的限定,形式存在于限定之中。限定产生结构与形式,形式产生差别。比如,音乐是限定时间的结构和形式,建筑是间隔空间的结构与形式。作为知识,创造成果和工商业标记,虽是非物质的,却是客观的而非主观的,是“形而下”的“器”,而非“形而上”的“道”,是具象的而非抽象的,是形象的而非意象的,是表现的而非构思的,是“有”而非“无”,是有限而非无限,是形式的而非无形的。总之,知识是客观的,是我们或看得见、或摸得着、或可以为我们的其他感觉器官感知的实实在在的存在。树立科学的、辩证唯物主义的“知识观”,是认识和解释知识产权问题的出发点。

多年来,由于我们缺乏对知识和知识产权问题独立、深入的思考与研究,对西方的认识止于制度层面,而对其理论以及理论和制度的关系欠缺系统、全面的了解,盲目崇信西方,甚至盲目崇信西方的崇信者。在知识产权法制建设中,几乎生吞活剥、囫圇吞枣地照搬西方发达国家现成的结论。迄今为止,仍对其真谛不甚了了,遑论古今、中外和理论与实践的多元会通。在逻辑上不区分知识与知识产权,并把知识产权归于无形财产权,以至把所谓“无形性”当做知识产权的首要的、也是最重要的特征,甚至当做知识产权的天经地义的本质,笃信不疑。在中国,清朝末年就开始流行这种说法,近百年来,欠缺思考,无人深究。本书作者早年也曾亦步亦趋地接受和传播这种说法。但是,日趋复杂和多样化的实践对这种认识不断地提出疑问,促使我们重新审视这种传统的观点。实践推动我们进步。科学的根本任务是人对于概念的贡献,并“让概念成为大家共同理解的东西”。我们发现:“我们越是接近逻辑上的完全抽象,不同人在理解一个词的意义上所表现的无法避免的差别也就越小。”^①科学研究的核心任务,就是揭示事物的本质,建立学科的概念体系,提出足够该学科使用的基本概念,就必须反反复复地批判这些基本概念和原理。概念的批判旨在解释和明了科学的概念,尤其是那些受历史和认识局限的基本概念。“道可道,非常道”,正如爱因斯坦所主张的,“为了科学,就必须反反复复地批判这些基本概念。”^②

四、构思与表现

构思与表现或称思想情感和表现形式,二者是主观与客观,精神与物质,“道”与“器”,

① [英]罗素:《人类的知识》,张金言译,商务印书馆1983年版,第11~12页。

② 许良英等编译:《爱因斯坦文集》(第1卷),商务印书馆1976年版,第585页。

或者“无”与“有”的关系。对构思与表现的关系,我国古代就不乏真知灼见。南朝梁时刘勰(约公元465—520)认为:“意授于思,言授于意。”就说明了“意”不能独立存在,需要借助于诸如“文”“言”之类的手段加以表现。^①思想是抽象的。一般说,构思是为表现抽象的思想寻找具体形式的过程,构思是趋于明确的,但本质仍是抽象的、无形的、不确定的,而非具体的,它还停留在主观阶段。一旦它借助恰当的物质材料得以表现,就成为具象的、客观的,可以为人感知,可以传递和扩散的“形式”。同一思想,可以有不同的构思和表现。比如,表达气候的寒冷,既可以用冰天雪地的自然景观描述,也可以透过描述动物或人类的生存状态来表现。同一作品,也可以找到不同的表现方式。比如,北京奥运会的主会场“鸟巢”,作为一个建筑作品,既可以通过数字加以描述,也可以通过平面构图加以表现,还可以构建立体模型给人以更为直观的说明。

构思是思想的最后阶段。濒临表现的构思可谓表现的主观境界。构思一旦确定,此时虽然尚未客观化,但它与表现之间显然已经具备了对应关系。科学技术成果、文学艺术作品以及工商业标记作为知识、作为形式,之所以能够各自通过不同的物质载体加以表现,以彰显其存在,原因在于它的非物质性,在于它们所要描述的是信息。但是,当这些信息产生于人的大脑并在人的大脑中加工处理和存储时,则处于主观的范畴,未转化为客观上的存在。当然,从严格的科学意义上讲,事实上它是存在着的,但它是抽象的,无法为他人所感知。在自然状态或物理现象以及法律意义上,以人能否感知为界限。在这个意义上讲,由于它未转化为客观存在,因而不属于知识的范畴。比如,艺术家头脑中构思出的一个人物或工程师构思出的一个技术方案,作为纯精神活动的产物,从绝对的意义讲,它们作为对象化的事物,事实上是存在的。但是如果这种构思只抽象地停留在人的大脑中,深处“形而上”的脑海中,如果不把它们转化为“溢于言表”的“形而下”,任何外人都无法感知这种存在。从作品和技术的意义上讲,因其不具有形式意义,不属于知识的范畴,所以属于“无”。抽象和“无”不可能成为人类行为控制、利用和支配的对象,不能给人类带来物质的和非物质的利益,因而不能成为人类行为的支配对象,不能产生利益,不具备发生知识产权的条件。以绘画为例,郑板桥曾有关于三个“竹”的说法,即“眼中之竹”“胸中之竹”和“手中之竹”。“眼中之竹”是自然界客观存在的竹在人的视觉中留下的映像,是视神经“录制”的结果;“胸中之竹”是艺术家构思的竹,是意象的或抽象的竹,是意中之竹,是主观的竹,它无法被人感知,故“胸中之竹”是处于“无”的境界的“形而上”的竹;“手中之竹”,即艺术家笔下勾勒的竹,是“胸中之竹”的外在表现形式,是构思者借助于色彩、线条,并以墨和纸张等物质材料为载体,使意象转化为形象,抽象转化为具象,主观转化为客观,使“无”转化为“有”的智力成果,是“形而下”的“文”化之竹。因此,在这三种竹中,唯有手中之竹、“文”化之竹,即形式化的、客观地“有”的竹,才能成为人的行为支配的客观对象,才能据以产生知识产权。有的著作认为,专利权和著作权的区别在于,著作权保护思想情感的表现形式,专利权则保护思想及构思。这既是对科学的无知,也是对知识产权法律的误读、误解。客观上,任何外力的施加,都不及于人的思想,思想不可能成为被行为侵害的客体。专利权和著作权所保护的都是表现形式,只不过所保护的表现形式不同而已。“胸中之竹”之所以能够转化为“手中之竹”,思想情感之所以能够外化为表现形式,“竹”之所以既可以被抽象化摄入人的思维,又可以借助物质

^① 参见邓焱:《建筑艺术论》,安徽教育出版社1991年版,第20页。

材料具象化地映出人的大脑,像魔术般地在“无”和“有”之间相互变换,就在于它的精神产物的本质,在于构思与表现、意象与形象、抽象与具象、主观与客观,即“胸中之竹”与“手中之竹”之间,分别存在着——对应的结构和形式。连接“无”与“有”之间的纽带,就是数字。我们知道,无论作为纯形式的时间秩序,还是借助物质实体而表现的空间结构安排,都表现为一定的结构形式或逻辑关系,而任何结构形式和逻辑关系又都存在着一定的比例关系,任何比例关系又都可以上升为共同的语言——数字关系——加以抽象化。简言之,数字是知识的通用语言,只是作为形式,它的非物质性决定一切知识形态都可以被数字化。相反,任何物质材料实体,哪怕是一个原子,都不可能抽象进入人的大脑。可以推断,知识肯定是被压缩为数字关系才进入人的大脑的。这一特点,正是今天数字化技术得以实现的内在原因。这就是知识,这就是只有作为形式的知识才能像孙悟空一样,能够具备无限“克隆”自己能力的真正秘密所在。这也正是工商业标记,作为知识形态,可以与创造性成果并列归入知识产权对象的内在原因。

五、知识与载体或形式与质料

知识作为形式,是客观的。知识是形式与内容的统一。形式与内容是知识的一对范畴,既没有无内容的形式,也没有无形式的内容。形式是表现的,是无实体的,故形式不能独立存在,它必须借助于一定的物质材料(或称质料)加以表现。同时,形式作为知识的本质和现实的存在方式,与作为知识之载体的质料是不同的。按照《现代汉语词典》的解释,形式是指事物的形状、结构等。《汉语大词典》则对“形式”有两种注释:(1)外形,《南史·颜延之传》:“及建武即位,又铸孝建四铢,所铸钱形式薄小,轮廓不成。”(2)对内容而言,指事物的组织结构和表现方式(这相当于英文的“form”,意为事物的“模壳”)。载体,则是指支撑事物形状或结构的物质材料。我们知道,摆在人类面前包括我们自身在内的客观世界,是一个以大大小小不同层次的内部结构和外部形式存在的物质世界。物质以二元要素存在,即质料与结构。质料即物质实体,或称“体”。结构的外在表现是形式,或称“形”。形与体,即形式与物质材料,它们通常为一个事物自然属性的两个方面,形式以物质材料为载体得以客观外化,物质材料则借助形式找到自己的存在方式和状态。结构和形式决定物质的功能。人类借助物质材料,设计出形形色色、千差万别的结构与形式,以满足自身的物质与精神需求。就材料与形式的关系而言,其中形式在逻辑上是可以被抽象化,从载体中被提取出来,脱离特定载体而独立存在的。从材料的角度看,一种物体可以构造或表现为各种不同的结构和形式;反之,从形式的角度认识,一种结构和形式也可以借助于各种不同的物质材料得以分别表现。物质是形式与质料的统一,或称形与体的统一。这种现象说明形和体是两种不同的东西,如就建筑而言,梁思成指出:“一座建筑物是一个有体有形的庞大的东西。”^①可见,形和体作为二元结构,分得清清楚楚。唯物辩证法告诉我们,形和体的统一是相对的、有条件的。物理学告诉我们,物质不生不灭。故人类既不能创造物质,也无力消灭物质,更无法复制物质。可见,人类在质料即“体”面前是无所作为的。人能做什么呢?“在获致事功方面,人所能做

^① 梁思成:《建筑和建筑的艺术特征》,载《人民日报》1961年7月26日。

的一切只是把一些自然物加以分合。”^①

人类可以为物质缔造和组织新的结构与形式,在认识物质的本质及运动规律的基础上,在破坏形与体的对立统一上做文章,即改变物质的内部结构和外部形式以及物质世界的相互位置关系,仅此而已,这就是“创”和“造”。这也是物质世界留给人类的有所作为的空间。“此外则是自然自己在其内部去做的了。”形式不仅在逻辑上可以和载体相分离,而且事实上还可以分别单独加以控制和利用。知识产权制度就是利用了形式与质料的二元关系,通过赋予形式的设计人对形式的控制、利用和支配权来实现对其利益的保护的。比如,利用相应的质料使形式再现,即通常所说的复制,就是知识产权最基本的实现手段。当权利涉及形式与质料的统一体时,该统一体就成为物权的对象。当质料失去其特定的外壳(形式)时,质料就因丧失特定的功能而失去形式之价值,余下的则是质料的价值。比如,1970年,巴西人第三次捧得足球世界杯,从而永久获得了集黄金、精美绝伦的艺术雕塑以及足球史上无尚荣耀于一身的“雷米特杯”。若以金钱计算,“雷米特杯”在今天苏富比公司的拍卖场上,足以冠绝全球、价值连城。但是,1983年,“雷米特杯”在历尽坎坷之后,在巴西最后一次被盗,令人扼腕地落得被熔化的命运。失去原有的“形式”的质料,虽贵为金银,价值也只有区区三万多美元。可见,知识产权中“知识”的价值,并不包含担当“知识”载体角色的质料的价值,而是纯结构和形式,以及该结构、形式所能承载的人文、社会精神形成的市场价格。

六、“知识”的特征

对象自然属性的不同,造成了由此产生的民事权利的区别。作为财产权,物之所以成为物权的对象,行为成为债权的对象,“知识”成为知识产权的对象,其重要原因,在于物、行为和“知识”所具有的不同的自然属性。根据对象的自然状态,可以用形与体的概念作为划分不同财产权的标准。

物权是以人类的支配物为前提,通常,物的自然状态是形式加质料,有形有体,是形与体的统一;债权以债务人的履行行为作为前提;知识,纯作为一种形式,又是非物质的。这一自然属性,决定了知识产权具有不同于物权和债权的独特的面貌和特征。纯形式和非物质性这一本质,决定了“知识”具有如下特征:

1. “知识”作为形式,不具有实体性,它必须依赖于一定的载体作为存在条件。知识所彰显的,是反映一定思想和情感的表达。知识作为形式是人类心智结晶的外在的客观表现,因而必然利用了人类大脑这种物质材料,以及外在表达所赖以实现的物质材料的双重载体才得以存在。比如,“胸中之竹”就是以大脑材料为载体的“竹”,“手中之竹”就是以实现表达的物质材料为载体的“竹”。但是由于在以大脑材料为载体的情况下,信息不具有具体的形式特征,从知识的角度属于“无”的境界,因而还不能构成客观外在的“知识”。而以物质为载体的可感知的存在形式,才是人们通常所说的“知识”。

2. “知识”作为形式,在时间上具有永存性的特点。“知识”一旦被描述、表达出来,则呈现一种可为人感知的客观状态,其后,无论是借助于形形色色的物质材料做介质以支撑其存在,还是被抽象转化为意象存储于大脑的记忆中,或是被转化为抽象的数字关系压缩进电脑

^① [英]培根:《新工具》,许宝骙译,商务印书馆1984年版,第8页。

中,就知识的形式特征而言,具有永不磨损的品格。这和物有根本的不同,作为物权对象的物,不具有永存性的特点。比如,一件造型优雅、色彩和谐、精美绝伦的南宋瓷瓶,是特定材料与造型、色彩相结合的统一体,无论人们如何精心地对它加以保护,它的寿命总是有限的。物质的运动是绝对的、无条件的,物质材料与特定存在形式的对立统一则是相对的、有条件的,这种统一一旦被打破,特定物也就不存在了。物权以物的存在为前提,如影随形,物灭失之后,人失去了行为的对象,物权也就消灭了。因此,在法律上,不必为物权设定时间界限,而是任由物的自然寿命决定。作为形式的知识,其存在和再现需要物质材料加以支撑,但是并不受特定的物质材料的限制,即使支撑形式存在的某一物质材料灭失,只要作为表达的形式还在,无论是附着在物质材料上,还是转换压缩为数字储存于人的大脑中,对其结构和形式都没有任何损失,该形式仍然可以被抽取出来,还可以从物质世界中提供使它再现的新材料。知识的形式本质和非物质性决定了它是靠表现和传递而存在,并维系其寿命的。除非是作为知识的形式全部灭绝和储存于大脑中的信息全部失传这两种情况同时出现,否则,知识的寿命是无限的。

3. “知识”作为形式,受其非物质性决定,它在空间上可以无限地再现或复制自己。人类可以不受地域、国别以及特定物质材料的限制,在同一时间,利用不同的载体,不受数量限制地复制相同的结构与形式,并互不影响。因而知识一旦被生产出来并予以公开,客观上就为人们提供了共占共享该知识的可能。当其他人获取或利用该知识时,并不导致知识的创造者失去该知识,他仍然拥有它,他可以与众多的人不受数量限制地、互不干扰地、同样地占有和利用该知识。“物”则不同,“物”的自然属性决定了物权先天具有排他性的特点。比如一辆汽车,它不可能同时在不同的地域和国家被不同的人所占有和利用。一旦权利的“名分”已定,就排除了其他人与权利人同样享受它所能带来利益的可能性。知识的自然属性,即非物质性、传递性、扩散性和再现性,导致其生产者无法通过像“物”那样的实际占有来控制对它的利用,也无法通过与他人的约定来对抗第三人的占有和享用,因此,才产生了通过对一定地域范围内全体社会成员有拘束力的共同约定,即法律规定的办法,来控制对知识占有和使用的制度——知识产权法。

第三节 知识产权的分类、性质以及与其他民事财产权利的区别

一、知识产权的分类

知识产权的分类主要有两种:一种是把知识产权分为著作权和工业产权,另一种是把知识产权分为创造成果权和工商业标记权。

(一) 著作权和工业产权

这种分类方法是以知识的功能为标准划分的。著作权是广义的,包括著作权和邻接权,其保护对象所实现的功能是精神上的,也称非实用功能。作品,或可赏心悦目、愉悦精神,以满足人类的审美需求,或可诠释自然界和人类社会生活中的认识。它包括文学、艺术和科学作品,表演艺术家的演出,录音制品和广播电视节目。为了立法和司法上的方便,多数国家

把邻接权也置于著作权法中,如德国、中国等。

工业产权是指著作权以外的知识产权,主要是专利权和商标权。其保护对象的功能是物质上的,也称实用功能。虽然称之为工业产权,但其保护对象的范围已超出“工业”的范围,凡是以实现人类的衣、食、住、行、作等生活、生产的功能,满足以物质消费为目的的知识类型,都属于这个范围。另外,还有以实现规范市场经济秩序功能为目的的符号、标记类型的知识,比如商业、农业、服务业以及其他工业或产业和工商业标记,包括科学技术发明、工业品外观设计、商标、服务标记、地理标记、商号及标记、禁止与知识产权有关的不正当竞争,还有 TRIPS 协定中新列入的集成电路布图设计、未公开的信息等,也在其内。这里有一点需要说明,《成立世界知识产权组织公约》列举的知识产权第(四)项所说的“科学发现”,实际上既不能列为著作权的对象,也不是工业产权的对象。传统知识产权理论认为,科学发现不同于发明创造,不宜作为知识产权的保护对象。按照《科学发现国际登记日内瓦条约》(1978)所下的定义,科学发现是“对物质宇宙中迄今尚未认识的现象、性质或规律的能够证明的认识”。认识对象是客观世界固有的本质及规律,而不是人类行为作用的结果。发明则通常是在认识事物的本质和规律的基础上,对改造世界、解决特定问题而提出的技术方案。按照 2008 年 12 月 27 日修正的《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)第 2 条,发明是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。简单地说,科学发现是人类对客观世界的认识。作为认识对象的现象、本质和规律,是固有的,不以人的主观意志为转移,不是人造的结果,故该认识不应当为私权专有的对象。发明则是对客观世界改造的成果,它不是客观物质世界固有的,而是人类利用客观世界的物质、能量、信息及其运动规律所创造的对象,是智力活动的成果。人类对自己的创造成果享有一定权利,天经地义。世界各国的知识产权立法也反映了上述认识。除了 1967 年的《成立世界知识产权组织公约》和我国 1986 年颁布的《民法通则》把科学发现规定为知识产权的保护对象之外,鲜见哪个国家的法律或者国际条约把科学发现作为知识产权加以保护。我国在《民法通则》前后,也颁布了一系列知识产权的相关法律、法规,迄今没有保护有关科学发现的规定。在知识产权立法规划中也无此内容,盖因科学发现并非知识产权保护的对象。

(二) 创造成果权和工商业标记权

有观点认为,关于将知识产权划分为创造成果权和工商业标记权的方法,最早出现在国际保护工业产权协会(AIPPI)1992 年东京大会的文件中,1993 年以后才被介绍到中国。实际上,我国在 20 世纪 80 年代末的出版物中就有这种提法。事实上,国外很早就流行这种划分方法。比如在日本学术界,岡野诚、纹谷畅男和小野昌延等知识产权法学者先后在他们 20 世纪 60 年代、70 年代和 80 年代完成和出版的著作中,都明确地介绍了这种划分方法。^① 尽管划分的依据和所持观点可能各有不同,但仅就其形式上的划分方法而言,至少已经存在了五十多年。

知识产权法是财产法,故本书的划分方法是以知识产权价值的来源作为标准。创造成果权的价值,来源于对该成果直接的商业性利用。譬如,获得专利权保护的技术方案的实施

^① 参见[日]岡野诚:《商标》,有斐阁 1977 年版,第 26 页;纹谷畅男:《无体财产权法概论》,有斐阁 1976 年版,第 1 页;小野昌延:《无体财产权法入门》,有斐阁 1985 年版,第 5 页。

或新产品的制造,会直接带来经济收益;对文学艺术作品的复制发行或其他方式的传播,也会给权利人带来收益。总之,无论是科学技术还是文学艺术等创造成果,本质上都是人们设计出来的“结构、形式和符号系统”。这些“结构、形式和符号系统”所具有的物质或精神上的使用价值是其价值的源泉,对它们的直接利用所获得的收益,就是创造成果的价格。该成果被利用的多寡,决定了它的价值量的大小。所以,创造成果本身是获取财产价值的源泉。相反,工商业标记的财产价值不是来源于该标记的创造性,而是来源于它的区别功能,来源于它所标记的工商业主体的商业信誉。所谓标记功能,是指商业标记在市场活动中,因其区别功能为供需双方所节约的交易成本。此外,它还指代商品或服务以及工商业主体的商业信誉,是市场评价的反映,二者之间是“标”和“本”或“流”与“源”的关系。工商业标记本身不产生商业信誉,它只是凝结和积累商品或服务的市场价值,承载工商业主体的商业信誉,它依附于商品、服务或工商业主体之上,随着市场对商品、服务的交易规模变化和对工商业主体的评价而涨落,相当于商品或服务质量的市場评价以及企业商业信誉的“蓄电池”“晴雨表”。它只蓄电、放电,而不发电。所以,工商业标记的价值,既包含因承担区别功能所带来的经济效益,也包含市场对商品、服务、经营者信誉的评价。需要指出的是,工商业标记的价值与该标记的创造性无关。很多工商业标记也是颇费心机设计而成的、令人赏心悦目的美术作品,属于创造成果,但其价值显非源于设计自身的创造性或艺术性,工商业标记权的价值与该标记所显示的创造性没有关系。此外,有的观点把企业花费财力围绕工商业标记做广告宣传而转化的信誉,以及通过技术改造、产品质量保证等获得的信誉,进而转化为财产“注入”工商业标记的价值,归为标记创造的价值,则是“源”与“流”、“本”与“标”的颠倒。此外,有些商业标记并非创造成果。比如,某些商品所标示的地理标记,像“香槟酒”“龙井茶”“烟台梨”“乐陵小枣”等,其价值构成主要来源于当地的自然环境和地理优势,人文因素次之。把这些归入创造成果,同样是不恰当的。

二、知识产权的性质

1. 权利的属性决定于它所反映和调整的社会关系的性质,是客观的,不因人的主观意志而改变。人们之所以把知识产权归于民事权利,是由于它所反映和调整的社会关系是平等主体的公民、法人之间的财产关系,具备了民事权利的最本质的特征,固为民事权利。民事权利又被称作“私权”,民法也被称作“私法”,私法调整具有平等地位的私人之间的人身与财产关系,如民法、商法。这种平等主体之间所发生的“私”的事务,均适用“私法”来调整,它和主体的性质、地位没有关系。所以,当国家、政府从事“私”的事务时,比如,政府与自然人、法人发生交易、为市场行为时,也是作为“私法”的主体,适用民法的规则,平等、等价、有偿地进行交易。TRIPS 协定前言中,即明确了各成员的共识之一:“承认知识产权为私权”(Recognizing that intellectual property rights are private rights),乃是对上述法律关系属性的客观表述。“知识产权为私权”的表述,对于具有法治传统的社会而言,天经地义,充其量不过是对一个不争事实的重述,但是,对于缺乏“私权”和“私法”传统的中国社会而言,无疑具有特殊的、现实的作用,具有长远的历史意义。这一表述所确立的原则和理念,对目前我国现实知识产权制度而言,是一个历史性的超越,若能在未来我国的知识产权法制建设中得以充分、有效的贯彻,将改变我国知识产权制度的根本面貌和立法走向,也将导致我国知识产

权法律制度与整个民法制度整合于一统。

2. 作为私权的知识产权与公权力的关系。所谓公权力,就是公法上的权力,主要表现为国家对于个人的权力,比如征收税金的权力。专制国家,议行合一,政府行为无需法律授权;法治国家,政府公权力须有明确授权,无论私权还是公权,均须立法授予。同时,公权和私权之间也存在着相互规定、相互制约、相互依存、相互补充的关系。一方面,私权的保障,首先以立法手段加以确认。这些法律上诸多的权利,多为对现存的社会生活利益关系的认可。“无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。”^①因此,私权不过是经济关系在法律上的表达,法律只是反映和服务于社会生活。另一方面,私权又是公权的基础。社会成员让渡一部分权利,通过立法,形成公权力。在私权的运行机制中,离不开公权力的辅助。知识产权在权利形成、权利赋予、权利行使、权利请求和权利救济中,往往需要公权力的参与。最突出的是专利权、商标权的运行机制,公权力参与其中。根据法律,若没有公权力这一必要的具有公信力的技术审核环节和相应的程序,专利权、商标权就不能产生。这种现象很容易给人造成错觉,使人对专利权、商标权以至于整个知识产权的私权属性产生疑问与动摇,出现了“私权公授”“知识产权是行政许可”和“知识产权私权公权化的趋势”的错误观点。有必要指出,社会生活中公权力与私权往往交织在一起,但二者却有本质的区别。在私法体系中,私权和公权力之间,私权始终居于目的、实体、主体、第一性的地位,公权力则居于手段、程序、辅助、第二性的地位。在私法体系中,为保障私权秩序的合理、公平,经常需要借助于公权力的介入,须有公法规范。但是公权力在其中也只是辅助的手段,体现公权力的是程序规范。在知识产权的产生、保护中,公权力具有关键的作用,但是,公权力的作用再突出,也不可能超出或改变法律对私权确认的实体性规定,更不可能主辅颠倒。在知识产权法的机制中,公权力机构,比如商标局或专利局,对公民或法人提出的确认私权的请求所作出的决定,依程序规范有义务给出理由,这些理由依照的是商标法或专利法等私权法,而非公权法的规定。构思该理由的方法是私法的,而非公法的。按照私法的逻辑,该理由不仅是理解的、正当的,而且是可以证明的。这不会导致私权属性的变异,也不会出现私权公权化。

三、知识产权与其他民事财产权利的区别

现代财产法通常由物权法、债权法、知识产权法这三个相互区别、相互关联、相互依存的部分构成。财产权也是由相应的物权、债权和知识产权组成的。知识产权作为财产权,其内容和特征,既不同于物权,也不同于债权。物权、债权和知识产权虽均作为民事财产权,但又互相区别,原因就在于它们各自的对象不同。按照传统物权理论,物权产生的前提通常是占有一定空间,能够为人力所支配并能够满足人们一定物质或精神需要,表现为动产和不动产的,有体有形的“物”。但是,随着科学技术的进步,物的范围也在扩大。一些无体无形、却实实在在存在的东西,比如电,也成为物权的对象。债权产生的前提是以作为或不作为方式存在的“行为”。知识产权的产生前提,是以创造成果和工商业标记方式出现的有形无体的“知识”。由于债权的对象是“行为”,故决定了其义务主体是特定的人,其权利具有相对权的特

^① 《马克思恩格斯全集》第4卷,人民出版社1958年版,第121~122页。

征。物权和知识产权分别表现为对“物”和“知识”的控制、利用和支配,其义务主体是不特定的多数人,因而是法定权利,其权利具有绝对权的性质。可见,债权与知识产权的区别是显而易见的,无须赘言。以下着重分析同是绝对权利的知识产权与物权的区别。

1. 权利的对象或标的不同。物权的对象是动产和不动产以及其他实实在在存在的物理学意义上的“物”。知识产权的对象是“知识”,是不含物质实体的思想或情感的表现形式,是非物质的客观存在,是在“虚”中“拟”出来的“物”。

2. 权利的独占、排他性程度不同。物权与知识产权虽然同为绝对权利,但是在独占性、专有性和排他性上,知识产权显然要弱于物权。物权人对物的占有、使用、收益和处分行为,只要不侵害他人的利益,不危及社会公众和国家的利益,不违反公认的社会公序良俗,不滥用法律赋予的权利,其实施这些行为的权利是绝对的和排他的,其他人无权为与物权人相同的行为。法律对物权人权利的限制规定,是个别现象,如物权在相邻关系中的限制等。知识产权的权利人——主要是创造成果的权利人——对其创造成果的占有、使用、收益和处分行为,除了要考虑和遵循与物权人行使物权时的相同约束条件,即不得滥用权利之外,法律还明确、具体、广泛规定了对知识产权的限制制度,主要是“合理使用”“法定许可使用”和“强制许可使用”等制度。也就是说,法律赋予物权人的权利,除个别情况外,权利人以外的人是不可以行使的。但是,知识产权却不是这样。法律原本赋予创造成果权利人的某些权利,通过设立知识产权的权利限制制度,同时赋予了非知识产权人。也就是说,非知识产权人可以依据法定的“合理使用”“法定许可使用”和“强制许可使用”制度的支持,行使依法原本属于知识产权人的权利。易言之,在知识产权的制度中,存在着一个权利人与非权利人可以共享的领域。法律把某种权利同时赋予权利人和权利人以外的人,这种情况在物权法中是鲜见的。

3. 物权人的利益既可以借助法律实现对利益的控制,也可以通过事实上对物权对象“物”的占有来实现其利益。知识产权权利人无法通过对其“知识”实行“占有”来实现其利益,必须仰仗法律的保障。物权的对象多为有形有体的物质实体,物质是特定的,通常可以被权利人实际占有和控制。物权人占有和使用其对象物时,则在事实上有效地排除了其他人同时占有和使用其对象物的可能。但是,知识产权的对象只是一种纯“结构”和“形式”,这种知识形态的对象一旦被设计描述出来,就可以不依赖于特定的载体存在,只要被公开,很难被权利人实际控制占有。例如,一件文学艺术或科学作品可能同时被多数人在不同的地点借助于不同的载体作相同的使用,且相互之间互不排斥、互不影响。也就是说,作为一种表现形式,只要找到得以彰显其存在的载体,就可以再现,从而在理论上具有无限的再现性的特点。所以,知识产权的独占性和排他性不同于物权。这也是知识产权极易受到侵害的原因。

4. 当知识产权与物权发生冲突时,知识产权通常要让位给物权。一件实体物上可以并存物权与知识产权。但是,对附着于特定物质载体之上的知识的权利,同它所附着的载体之物权,也是可以分离的。比如,一幅绘画,在著作权保护期内,物权与著作权是并存的。当绘画物权转让时,基本上不影响原有的著作权关系。当物权和著作权分别属于不同权利人的情况下,著作权的实现必然受到物权的制约。如果著作人行使权利,须以接触或使用作品原件为前提,有赖物权人许可,这势必和物权发生冲突。当两个权利人不能就此达成一致时,尽管两种权利并无高下、优劣、尊卑、先后之分,但基于物权人依法享有对该绘画实物的独

占、排他的支配权,往往导致著作权会因物权的对抗而难以实现。

5. 知识产权的期限不同于物权的期限。作为财产,知识产权具有法定的期限,期限届满,权利归于消灭,创造成果进入公有领域,成为人人可以无偿利用的公共资源;商业标记的注册,如商标、商号等,也有法定的时间效力,期限届满可以续展注册,法定期限不续展的,也进入公共领域。物权则无此法律品性,物权的期限与物的自然寿命竞合。

6. 知识产权作为一种财产权,其价值无论是质的规定性还是量的规定性,都不同于物权。按照传统经济学理论,物作为劳动产品,其价值的质的规定性取决于人的劳动,量的规定性则取决于生产该产品的社会必要劳动时间。物本身是价值的承载者,虽然也受市场供求关系的影响,但终究不能摆脱价值规律的制约。知识产权则不然。创造成果和工商业标记等知识,因其不属于劳动成果,本身是无价的,知识并非价值的承载者。知识产权作为一项财产权,其价值是通过人们对其对象,即“结构”和“形式”的利用而表现出来的。知识产权价值源于特定知识的使用价值,知识产权价值的量的规定性则取决于其使用价值的市场价格。由于创造成果和工商业标记可以无限地复制自己,就像孙悟空一样具有分身术,它可以通过大量地出卖自己获得财产收益。如果需要,这种收益可以在相同的或不同的地方反复多次获得。使用的结果非但不会造成知识及其利用价值的减少,反而会增加,这和物权也有很大的区别。

第四节 知识产权法与民法

知识产权为私权。我国《民法通则》将知识产权与物权、债权并列规定为民事财产权。目前,各国知识产权法主要以单行法律形式存在,如著作权法、专利法、商标法、反不正当竞争法等。尽管知识产权理论中存在知识产权包含人身权内容的观点,实践中也有这样的立法例,但知识产权本质上是财产权,知识产权法属于财产法。

知识产权法是民法的组成部分,是民事普通法,不是民事特别法。所谓特别法,是以某一类别法律的普通体系的存在为前提,由此派生出来的特别规则体系。比如,香港特别行政区基本法和澳门特别行政区基本法,均以宪法为前提,故为宪法特别法。专门保护妇女或少年儿童权益的法律,是与保护公民一般权利的法律相区别的、只适用于特殊主体的特别权利法。信托法是物权法的特别规则,故为物权法特别法。知识产权法是基础性的民事财产法,它不是从现存财产法中派生出来的财产法规则,既不是物权法的特别规则,也不是债权法的特别规则。知识产权法所调整的,不是个别的、特殊的、局部的民事关系,而是社会生活中普遍适用的基本规则,无论是主体、地域、时间,都不存在特别的适用要求。它和物权法是基于对“物”的占有、使用、收益、处分而产生的法律规则体系一样,是基于调整对“知识”类的对象的控制、使用、收益、处分而产生利益关系的规则体系。知识产权和知识产权法分别与物权、物权法,以及与债权、债权法处于相同的逻辑层次,分别属于民事基本财产权和民事财产基本法。

所谓民事财产权利,是对各类民事财产权利的统称。物权、知识产权、债权等各种具体财产权利,虽然表面驳杂,物象各异,在权利对象等外在形式上,知识产权和物权、债权等也有明显的差别,但本质上却是殊途同归。在我国,在知识产权法律初建时期,过分强调表面差异,欠缺对其共性和本质的认识,立法工作是在缺乏相互关照与衔接,各行其是,分散在不