

知识产权法学

(第七版)

Intellectual
Property Law

主 编 吴汉东

撰稿人 (按撰写章节为序)

吴汉东 曹新明 张平 张今

董炳和 熊琦



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法学/吴汉东主编. —7版. —北京:北京大学出版社, 2019. 9

21世纪法学规划教材

ISBN 978-7-301-30731-1

I. ①知… II. ①吴… III. ①知识产权法学—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.401

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第190848号

书 名 知识产权法学(第七版)

ZHISHI CHANQUAN FAXUE(DI-QI BAN)

著作责任者 吴汉东 主编

责任编辑 邓丽华

标准书号 ISBN 978-7-301-30731-1

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672 编辑部 010-62752027

印 刷 者 北京溢漾印刷有限公司

经 销 者 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 34印张 849千字

2000年5月第1版 2002年7月第2版

2005年8月第3版 2009年2月第4版

2011年8月第5版 2014年1月第6版

2019年9月第7版 2020年8月第2次印刷

定 价 68.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

作者简介

吴汉东 法学博士,中南财经政法大学教授,博士生导师,教育部人文社科重点研究基地、国家保护知识产权工作研究基地——中南财经政法大学知识产权研究中心名誉主任,校学术委员会主席,兼任教育部社会科学委员会法学学部委员、中国知识产权法学研究会名誉会长、最高人民法院特约咨询专家、最高人民检察院特约咨询专家,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。著有《著作权合理使用制度研究》《无形财产权基本问题研究》《知识产权总论》等著作 10 余部,另在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等刊物发表文章 130 余篇。专著和论文曾获首届全国优秀博士论文奖、司法部优秀科研成果一等奖、首届中国出版政府奖图书奖、教育部人文社科优秀科研成果二等奖、全国法学教材与科研成果二等奖、首届中国法学优秀成果奖专著类二等奖等,并入选 2011 年度国家哲学社会科学成果文库。2006 年 5 月在中央政治局第三十一次集体学习上为国家领导人讲授“我国知识产权保护的法律和制度建设”。2009 年、2011 年两次被评为“年度十大全国知识产权保护最具影响力人物”,并于 2009 年、2011 年两度被英国《知识产权管理》(MIP)杂志评为“全球知识产权界最具影响力五十人”。

曹新明 法学博士,中南财经政法大学教授,博士生导师。现任中南财经政法大学知识产权研究中心主任,中国知识产权法学研究会副会长,中国版权协会理事。独著或合著《中国知识产权法典化研究》《西方诸国著作权制度比较研究》等著作;在《法学研究》《法学》《法商研究》《法制与社会发展》等期刊上发表论文五十余篇;论著、论文曾获湖北省自然科学优秀学术论文二等奖、武汉市社会科学优秀成果奖、中国法学会征文二等奖等奖励多项。

张平 法学博士,北京大学法学院教授,博士生导师,兼任中国科技法学会副会长兼秘书长,北京大学互联网法律研究中心主任,北京大学科技法研究中心主任,国家知识产权战略实施研究基地(北京大学)主任,国家数字版权研究基地主任。重点研究领域为知识产权法、互联网法律。曾参加国家知识产权战略研究项目,主持十余项国家级研究课题,在核心期刊发表十几篇论文。

张今 法学博士,中国政法大学法学院教授,中国法学会知识产权法研究会常务理事、副秘书长,中南财经政法大学知识产权研究中心学术委员会委员、兼职研究员。独著或合著《知识产权新视野》《市场竞争法概论》《知识产权基本问题研究》等著作多部,在核心期刊发表数十篇文章;论文、著作曾获中国知识产权研究会第三届全国代表大会暨 2000 年学术年会“优秀奖”及其他奖项;主持并完成省部级、厅级知识产权科研项目十余项。

董炳和 法学博士,苏州大学王健法学院教授,硕士生导师,东吴比较法研究所副所长,

中南财经政法大学知识产权研究中心兼职研究员,中国知识产权法学研究会理事。独著或合著《地理标志知识产权制度研究》《技术创新法律保障制度研究》等著作,在《中国法学》《法商研究》《知识产权法研究》等刊物发表论文三十余篇。著作、论文多次获山东省社科优秀成果奖。

熊琦 法学博士,华中科技大学法学院教授,博士生导师,中国知识产权法学研究会理事,国家版权局国际版权研究基地研究员,腾讯互联网法律研究中心专家委员会委员,中国著作权法第二次、第三次修改专家建议稿起草课题组成员,主持国家社科基金与教育部人文社会科学基金等多个项目。著有《著作权激励机制的法律构造》《知识产权国际化问题研究》(合著)等著作,并在《中国法学》《政法论坛》《法学》《法律科学》《法学家》等法学类核心期刊上发表论文三十余篇。曾获第五届佟柔民商法优秀博士论文奖,第二届人民大学学术新星,湖北省法学会民法研究会优秀论文奖,武汉市社会科学优秀成果奖等。

第七版修订说明

自从本书第六版问世以来,我国知识产权事业面临的国际国内环境发生了深刻变化。《国家知识产权战略纲要》实施十周年来的知识产权立法和司法经验有待系统梳理和总结。此外,《中华人民共和国商标法实施条例》修订,《民法总则》、专利法司法解释等诸多相关规定出台,知识产权规则的动态变化需要在理论层面予以阐释。我们对第六版进行了修订,力争全面系统地在教材中为读者呈现最新的规则体系。同时,我们增加了背景材料和典型案例等内容,以便读者加深对相关制度的理解。

第六版原撰稿人为吴汉东(第一编和第六编)、曹新明(第二编)、张平(第三编)、张今(第四编)、董炳和(第五编)、熊琦(改写和补写第一编、第二编、第四编和第六编)。全书由主编吴汉东统稿,詹映、何华和肖志远三位副教授为统稿做了许多工作。

主 编

2019年8月

第六版修订说明

自从本书第五版问世以来,我国知识产权立法再次出现新的变化,2013年8月30日,自2003年启动的《中华人民共和国商标法》修订经第十二届全国人大常委会第四次会议审议并通过,标志着我国《商标法》第三次修改圆满完成。《著作权法》的第三次修改草案也多次公开征求意见,相关立法动向已成为近期的立法争议的热点。同时,《植物新品种保护条例》《信息网络传播权保护条例》《著作权法实施条例》和《计算机软件保护条例》也进行了少许调整。基于上述新的立法动态,我们对第五版进行了修订,力争全面系统地在教材中为读者呈现最新的立法内容。同时,根据近年最新的学术成果,也更新了各章后附录的“深度阅读”,供愿意深入学习的读者参考。

修订版撰稿人为吴汉东(第一编和第六编)、曹新明(第二编)、张平(第三编)、张今(第四编)、董炳和(第五编)、熊琦(改写和补写第一编、第二编、第四编和第六编)。全书由主编吴汉东统稿,熊琦副教授为统稿做了许多工作。

主 编

2013年12月

第五版修订说明

自从本书第四版问世以来,我国知识产权立法又发生了新的变化。为深入贯彻《国家知识产权战略纲要》并辅助新订《专利法》的实施,我国在2010年先后颁布了《专利法实施细则》《专利权质押登记办法》等专利法规。刚刚完成第二次修订的《著作权法》也于2010年4月1日起实施。在商标权领域,为更好地审理商标授权确权行政案件,进一步明确和统一审理标准,最高人民法院也于2010年发布了《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》。基于上述新的立法动态,我们再次组织本书原作者对第四版进行了修订,力争全面系统地教材中为读者呈现最新的立法内容。同时,根据近年最新的研究成果,也增加了“深度阅读”中有代表性的学术文献,供愿意深入学习的读者参考。

修订版撰稿人为吴汉东(第一编和第六编)、曹新明(第二编)、张平(第三编)、张今(第四编)、董炳和(第五编)。全书由主编吴汉东统稿,熊琦博士为统稿做了许多工作。

作者

2011年3月

第四版修订说明

我等来自不同高校,但志同道合,长期从事知识产权法教学和研究,先后编写过本专业课程的各类教材(包括高等政法院校法学主干课程教材、全国法院法学培训教材、全国高等教育自学考试教材、“十五”国家级规划教材等)。2001年初,我们应北京大学出版社之邀,参加了“21世纪法学系列教材”的编写工作。《知识产权法学》问世至今,已经印刷多次,受到读者欢迎。2005年,以本书为授课教材,由主编主持的“知识产权法课程”获国家级精品课程称号;2008年,所在教学团队被评为国家级优秀教学团队。

自从本书第三版问世以来,国际国内形势发生了较大的变化。在知识产权领域,许多国家都积极调整本国的知识产权制度,为下一轮的科技与文化创新提供法律保障。2008年,以鼓励创新、建设创新型国家为导向,我国颁布了《国家知识产权战略纲要》并且第三次修订《中华人民共和国专利法》,其他相关法律制度的修改与配套也随之提上日程,可以认为,中国知识产权法制建设已经步入一个新的重要历史时期。基于这样的大背景,我们精心组织长期从事本专业教学研究的专家学者,对原教材进行修订,力争比较全面系统地反映知识产权法领域的新变化。呈现给读者的这部教材,既是我们进行知识产权研究的成果,也是二十年来教学经验的总结。

为了帮助读者更好地理解知识产权制度及相关理论,此次修订后的教材新增若干栏目,在“深度阅读”中选择有代表性的学术文献名称,为有兴趣的读者提供深入思考的学术地图;“法条导航”的设置,旨在方便读者快捷查找和理解相关章节所涉及的现行有效法律、法规和司法解释。

本书新版的修订,对相关编章的撰稿人作了适当调整,且在编写体例方面有了些微变动。修订版撰稿人为吴汉东(第一编和第六编)、曹新明(第二编)、张平(第三编)、张今(第四编)、董炳和(第五编)。全书由主编吴汉东统稿,肖志远博士为统稿做了许多工作。

作者

2009年1月

目 录

第一编 总论	1
一、知识产权的概念和范围	3
二、知识产权的性质与特征	9
三、知识产权的主体	14
四、知识产权的客体	16
五、知识产权的保护	22
六、知识产权法概念、体系及地位	28
第二编 著作权	35
第一章 著作权概述	37
第一节 著作权概念及其特征	37
第二节 著作权法及其演进	42
第二章 著作权的主体	48
第一节 著作权主体概述	48
第二节 著作权主体的种类	51
第三节 著作权主体的确定	54
第三章 著作权的客体	62
第一节 著作权客体概述	62
第二节 著作权客体的条件	64
第三节 著作权客体的种类	67
第四节 不受著作权法保护的對象	72
第四章 著作权的内容	75
第一节 著作权内容概述	75
第二节 著作人身权	76
第三节 著作财产权	80
第四节 著作权保护期	86
第五章 相关权	89
第一节 相关权概述	89
第二节 出版者权	90
第三节 表演者权	93
第四节 录音录像制作者权	97
第五节 广播组织权	97
第六章 著作权的限制	100
第一节 著作权限制概述	100
第二节 合理使用	102

第三节	法定许可	107
第四节	著作权穷竭	109
第五节	著作权的其他限制	112
第七章	著作权的利用	117
第一节	著作权利用概述	117
第二节	著作权的转让	117
第三节	著作权的许可使用	119
第四节	著作权的质押	120
第八章	著作权的管理	123
第一节	著作权集体管理	123
第二节	著作权行政管理	130
第九章	著作权的保护	133
第一节	著作权侵权行为	133
第二节	著作权侵权诉讼	142
第三节	著作权仲裁	145
第四节	著作权救济措施	147
第三编	专利权	151
第十章	专利制度概述	153
第一节	基本概念	154
第二节	专利法的产生与发展	159
第三节	专利法的基本理论	168
第十一章	我国专利立法及修改	173
第一节	我国专利法的历史演进及特点	173
第二节	《专利法》的修改	176
第十二章	专利权的客体	183
第一节	专利的种类	183
第二节	授予专利的条件	187
第三节	专利保护的排除客体	192
第十三章	专利权的主体及权利归属	198
第一节	专利权主体的类型及专利权归属	198
第二节	专利权人的权利与义务	204
第十四章	专利的申请与审批	209
第一节	专利申请原则	209
第二节	专利申请前的论证	211
第三节	申请文件的种类及要求	214
第四节	专利申请文件的撰写	218
第五节	专利申请的审批	226
第十五章	专利的复审、无效及终止	230
第一节	专利申请的复审	230

第二节	专利权的无效宣告	233
第三节	专利权的终止	235
第十六章	专利权的内容与限制	237
第一节	专利权的内容	237
第二节	专利权的限制	243
第十七章	专利权的保护	248
第一节	专利权的期限	248
第二节	专利权的保护范围	250
第三节	专利侵权及其认定	252
第四节	不视为专利侵权的情况	259
第五节	专利的行政执法	262
第六节	其他专利纠纷的处理	265
第四编	商标法	271
第十八章	商标与商标法概述	273
第一节	商标概述	273
第二节	商标与其他商业标志	277
第三节	商标的种类	281
第四节	商标法律制度的产生和发展	283
第十九章	商标的构成	290
第一节	可感知性	290
第二节	显著性	294
第三节	不带欺骗性和不违反公共秩序	301
第二十章	商标权的取得	305
第一节	商标权取得的方式	305
第二节	商标注册的原则	308
第三节	商标注册的申请	312
第四节	注册申请的审查和核准	315
第二十一章	商标权的内容和限制	321
第一节	商标权的概念	321
第二节	注册商标专用权	322
第三节	未注册商标的法律地位	327
第四节	注册商标的续展和终止	329
第五节	商标权的限制	333
第二十二章	商标权的无效与撤销	341
第一节	商标权无效和撤销的概念	341
第二节	商标权的无效	342
第三节	注册商标的撤销	352
第四节	商标权无效和商标撤销的后果	353

第二十三章 商标权的利用	355
第一节 注册商标的使用	355
第二节 商标权的许可	357
第三节 商标权的转让和移转	361
第四节 商标权的质押	365
第二十四章 商标权的保护	369
第一节 商标权的保护范围	369
第二节 侵害商标权的行为	375
第三节 法律责任及执法措施	380
第四节 驰名商标的特殊保护	385
第五编 其他知识产权	395
第二十五章 集成电路布图设计权	397
第一节 集成电路布图设计的概念	397
第二节 集成电路布图设计的立法保护	397
第三节 集成电路布图设计专有权	399
第二十六章 商业秘密权	406
第一节 商业秘密保护制度概述	406
第二节 商业秘密权	408
第三节 商业秘密权的法律保护	409
第二十七章 地理标志权	414
第一节 地理标志概述	414
第二节 地理标志权及其法律保护	416
第二十八章 植物新品种权	423
第一节 植物新品种保护概述	423
第二节 植物新品种权的内容、归属及限制	425
第三节 植物新品种权的审查程序	427
第四节 植物新品种权的期限、终止和无效	428
第五节 侵犯植物新品种权的法律责任	429
第二十九章 商号权	434
第一节 商号	434
第二节 商号权及其法律保护	435
第三十章 反不正当竞争	442
第一节 不正当竞争行为的概念和特征	442
第二节 反不正当竞争法	443
第三节 与知识产权有关的不正当竞争	444
第六编 知识产权国际保护	449
第三十一章 知识产权国际保护制度概述	451
第一节 知识产权国际保护制度的成因	451
第二节 知识产权国际保护制度的主要原则	455

第三节	知识产权国际保护制度的历史分期	460
第三十二章	世界知识产权组织及其相关知识产权国际公约	465
第一节	世界知识产权组织与知识产权国际保护	465
第二节	世界知识产权组织管理下的主要国际条约	469
第三节	世界知识产权组织的《因特网条约》	490
第三十三章	世界贸易组织及其《知识产权协议》	501
第一节	世界贸易组织与知识产权国际保护	501
第二节	《与贸易有关的知识产权协议》	510
第三节	《TRIPS 协议与公共健康多哈宣言》	523
第四节	后 TRIPS 时代的知识产权国际保护制度	526



第一编 | 总论

[内容提要] 知识产权是由人类智力劳动成果依法产生的专有权利,有广义和狭义之分,具有独占性、地域性和时间性的特点;知识产权的客体是知识产品;侵犯知识产权行为的归责原则是在采用过错责任原则的基础上补充适用过错推定原则。通过这一编的学习,明确知识产权与所有权在权利本体、权利主体、权利客体、权利保护等方面的差异,理解知识产权法的概念、体系以及与民法的关系。

[关键词] 知识产权 知识产品 知识产权法

一、知识产权的概念和范围

1. 知识产权的概念及其由来

在民事权利制度体系中,知识产权的用语是与传统的财产所有权相区别而存在的。在知识产权的相关语境中,英文“intellectual property”、法文“propriété intellectuelle”、德文“geistiges eigentum”,其原意均为“知识(财产)所有权”或“智慧(财产)所有权”。将一切来自知识活动领域的权利概括为“知识产权”,最早见于17世纪中叶的法国学者卡普佐夫的观点,后为比利时著名法学家皮卡第所发展。皮卡第认为,知识产权是一种特殊的权利范畴,它根本不同于对物的所有权。“所有权原则上是永恒的,随着物的产生与毁灭而发生与终止;但知识产权却有时间限制。一定对象的产权在每一瞬息时间内只能属于一个人(或一定范围的人——共有财产),使用知识产品的权利则不限人数,因为它可以无限地再生。”^①知识产权学说后来在国际上广泛传播,得到世界上多数国家和众多国际组织的承认。1893年,欧洲部分国家为了统一对各国知识产品的界定和保护,成立了保护知识产权联合国际局(BIRPI),旨在联合1883年《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)和1886年《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)成立的两个国际局,成为首个统一在国际上使用“知识产权”作为名称的国际组织。自此,知识产权作为国际通行的概念,开始在各国家普遍使用。知识产权在我国立法中的确立,始于1986年的《民法通则》。《民法通则》第一次将知识产权作为民事权利的一种加以规定,这既是对国际通行称谓的引进,也奠定了知识产权的私权属性,与后来《知识产权协议》(TRIPS协议)对知识产权属性的界定是一致的。

我国法学界主要采取“概括主义”方法来说明知识产权的概念。20世纪90年代中期以前,学者们基于知识产权保护对象即为智力成果的抽象认识,多将知识产权定义为人们对其智力成果所依法享有的权利。20世纪90年代中期以后,有些学者认为,以知识产权名义统领的各项权利,并不都是基于智力成果产生的,因此对定义对象作了新的概括。这些定义虽然表述不一,但反映了知识产权的概念特征:第一,知识产权是区别于传统所有权的另类权

^① [苏联]E. A. 鲍加特赫等:《资本主义国家和发展中国家的专利法》,中国科学技术情报所专利馆编译,载《国外专利法介绍》,知识出版社1980年版,第2页。

利,是产生于精神领域的非物质化的财产权。第二,以知识产权名义所统领的各项权利并非都是来自知识产权领域。从权利来源看,知识产权主要产生于智力创造活动和工商业经营活动。从权利对象看,则由创造性成果、经营性标记、信誉以及其他知识信息所构成。第三,知识产权是法定之权,其产生一般须由法律认可,并非所有的知识产品都可以成为知识产权的客体。基于上述分析,我们认为,知识产权是人们对于自己的智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、信誉所依法享有的专有权利。

2. 知识产权的范围

知识产权作为一种以无形财产为客体的私权类型,其基本范畴一直随技术的发展而不断改变。如今的知识产权范畴,早已超越了著作权、专利权与商标权的传统限制,成为多种智力成果权与经营标记权的统称。一般来说,各国对知识产权范畴的界定,遵循的是几个主要的知识产权国际公约,并有广义与狭义之分。

广义的知识产权包括著作权、邻接权、商标权、商号权、商业秘密权、地理标记权、专利权、植物新品种权、集成电路布图设计权等各种权利。广义的知识产权范围,目前已为两个主要的知识产权国际公约所认可,1967年签订的《成立世界知识产权组织公约》将知识产权的范围界定为以下类别:关于文学、艺术作品的权利(即著作权);关于人类的一切领域的发明的权利(即发明专利权及科技奖励意义上的发明权);关于科学发现的权利(即发现权);关于工业品外观设计的权利(即外观设计专利权或外观设计权);关于商标、服务标志、厂商名称和标记的权利(即商标权、商号权);关于制止不正当竞争的权利(即反不正当竞争权);以及一切在工业、科学、文学或艺术领域由于智力活动产生的其他权利。1994年《关税与贸易总协定》缔约方签订的 TRIPS 协议,划定的知识产权范围包括:著作权及其相关权利(即邻接权);商标权;地理标记权;工业品外观设计权;专利权;集成电路布图设计权;未公开信息专有权(即商业秘密权)。我国1986年通过的《民法通则》第五章“民事权利”,分列“所有权”“债权”“知识产权”“人身权”四节,其中第三节“知识产权”第94—97条明文规定了著作权、专利权、商标权、发现权、发明权以及其他科技成果权。

从上述规定可以看出,TRIPS 协议关于知识产权的范围,大抵与1886年《伯尔尼公约》及1883年《巴黎公约》总括的类别相当;而《成立世界知识产权组织公约》所规定的知识产权范围较为宽泛,特别是包括了科技奖励制度中的发明权、发现权。我国《民法通则》所规定的知识产权基本类型同于《成立世界知识产权组织公约》。对此,我国学者存有异议。一种观点认为,上述发明权、发现权已为国际公约所承认,且我国民事立法专门对上述权利给予保护,因此将一切智力创造活动所产生的权利列入知识产权并无不当。^①另一种观点认为,科学发现不宜作为知识产权的保护对象,世界上绝大多数国家的法律及国际公约都没有对科学发现授予私权性质的财产权利。^②还有一种观点认为,该类发明权、发现权以及其他科技成果权并非是对其智力成果的专有使用权,而是一种取得荣誉及获取奖励的权利,该项制度应归类科技法。^③我们认为,TRIPS 协议在其序言中宣示“知识产权为私权”,以私权名义强调了知识产权即是知识财产私有的法律形式。我国《民法通则》在“知识产权”一节中所确认的发现权、发明权以及合理化建议、技术改进和科技成果推广的权利,都不具有“知识所有

① 参见刘春茂主编:《中国民法学·知识产权》,中国人民公安大学出版社1997年版,第2—4页。

② 参见刘春田主编:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社1995年版,第3页。

③ 参见吴汉东主编:《知识产权法》,中国政法大学出版社1999年版,第2页;张玉敏主编:《知识产权法教程》,西南政法大学2001年印行,第14页。

权”的专有财产权利性质。因此,在将来的民事立法中,有关知识产权的保护范围以不包括上述科技成果权为宜。2017年通过的《中华人民共和国民法总则》第五章“民事权利”中第123条规定民事主体依法享有知识产权,并明文规定了知识产权的客体,包括:作品;发明、实用新型、外观设计;商标;地理标志;商业秘密;集成电路布图设计;植物新品种以及法律规定的其他客体。可以看到,《民法总则》从原来的知识产权保护范围里删除了上述科技成果权,与我们的观点相一致。

狭义的知识产权,即传统意义上的知识产权,应包括著作权(含邻接权)、专利权、商标权三个主要组成部分。一般来说,狭义的知识产权可以分为两个类别:一类是文学产权(literature property),包括著作权及与著作权有关的邻接权;另一类是工业产权(industrial property),主要是专利权和商标权。文学产权是关于文学、艺术、科学作品的创作者和传播者所享有的权利,它将具有原创性的作品及传播这种作品的媒介纳入其保护范围,从而在创造者“思想表达形式”的领域内构造了知识产权保护的独特领域。工业产权则是指工业、商业、农业、林业和其他产业中具有实用经济意义的一种无形财产权,确切地说,工业产权应称为“产业产权”。以工业产权一词来概括产业领域的智力成果专有权,最初始于法国,即法文中的“propriété industrielle”。1789年的法国《人权宣言》将思想作为精神财产,视为“自然和不可废除的人权”并确认“自由传达思想和意见是人的最高的权利之一”。根据《人权宣言》的精神,法国国民议会于1791年通过该国第一部专利法。在此以前,英国和法国都称专利为“特权”或“垄断权”。当时《法国专利法》的起草人德布孚拉认为,“特权”或“垄断权”的提法可能会遭到资产阶级革命时期立法会和反封建特权人民的反对,因而提出了“工业产权”的概念。德布孚拉的工业产权理论在1791年的《法国专利法》中得到充分的反映,“工业产权”一词后来为世界各国所接受,并逐渐成为专利权、商标权等各种专有权的统称。文学产权(或称著作权)与工业产权的区分是知识产权的传统的基本分类。自20世纪60年代起,由于工业产权与著作权(版权)长期渗透和交叉的结果,又出现了给予工业产品以类似著作权保护的新型知识产权,即工业版权。^①工业版权的立法动因,始于纠正工业产品外观设计享有专利法和著作权法重叠保护的弊端。后来,一些国家为了填补某些工业产品无法保护的空白和弥补单一著作权保护的不足,遂将集成电路布图设计等纳入工业版权客体的范畴。工业版权突破了以往关于著作权与工业产权的传统分类,吸收了两者的部分内容,形成了亦此亦彼的“交叉权利”。这种权利的主要特点是:受保护对象必须具有新颖性(专利法要求)和独创性(著作权法要求);实行工业产权法中的注册保护制和较短保护期;专有权人主要享有著作权法中的复制权和发行权,但没有著作权主体的那种广泛权利。

随着科技的进步与社会的发展,如今具有经济意义的创造性劳动成果已经远远超出了上述范围,而且原本局限于文学艺术领域的作品范畴也扩大到了与产业相关的软件等客体上,导致文学产权与工业产权的分类方式难以维系。因此,有学者提出广义的无形财产权体系。无形财产权(或无体财产权,intangible property)是知识产权的另一称谓。1875年,德国学者科拉率先提出“无形财产权”的概念,批判了以往的学说将无形物品的权利说成是一种所有权的错误,而将其概括为区别于有形财产所有权的另类权利,即“无形财产权”

^① 郑成思著:《版权法》(修订版),中国人民大学出版社1997年版,第63页。

(immaterial giiterrecht)。① 在一些西方国家,相关立法与学说曾以无形财产权来概括有关智力创造性成果的专有权利。自1967年签订《成立世界知识产权组织公约》后,知识产权的概念开始在国际上广泛使用,但有些西方学者仍继续沿用无形财产权的说法。以客体的非物质性为权利分类标准,概括出区别于一般财产所有权的精神权利,“无形财产权”较之“知识产权”似乎具有更大的包容性。法律制度意义上的无形财产权可以包括以下三类,以涵盖日益增多的知识产权类型:一是创造性成果权。包括著作权、专利权、商业秘密权、集成电路布图设计权、植物新品种权等。该类权利保护的客体都是人们智力活动创造的成果,一般产生于科学技术、文化等知识领域,其客体具有一定程度的创造性是其取得法律保护的必要条件。二是经营性标记权。包括商标权、商号权、地理标记权、其他与制止不正当竞争有关的识别性标记权等。该类权利保护的客体为标示产品来源和厂家特定人格的区别标记,主要作用于工商经营活动之中。可区别性是这类客体的基本特征,法律保护的目的即是防止他人对此类标记的仿冒。三是经营性资信权。包括特许经营权、信用权、商誉权等。其权利保护的客体系工商企业所获得的优势及信誉,这种专营优势与商业信誉形成了特定主体高于同行业其他一般企业获利水平的超额盈利能力。该类权利客体所涉及的资格或信誉,包括明显的财产利益因素,但也有精神利益的内容。②

在当代信息社会里,知识产权的范围有向“信息产权”扩充的趋势。以网络技术、生物和基因技术为主流的新技术革命,将人类社会推进到一个信息化时代,信息本身成为促进经济、技术及社会发展的重要资源,也成为人们不可或缺的无形财产。知识产权所涉及的对象可视为非物质形态的知识信息。专利法保护的“新的技术方案”提供了某一领域最新技术的信息;商标法保护的“识别性标记”,本身即是区别不同商品或服务的信息;而著作权法保护的“独创性表达”,通过报刊、书籍、广播电视、网络等各种媒介的传播,成为人们最主要、最广泛的信息源。从这个意义上说,知识产权法可以称为信息保护法。③ 但是,知识产权并不能简单地等同于信息产权。在信息财产中,有三种类型:一是作为著作权、专利权、商标权而保护的知识信息;二是原处于非专有领域的公共信息;三是未公开披露而通过保密实现其价值的商业信息。后两种类型是以往的知识产权法不加以保护的。随着新的传播技术的出现,国际社会日益重视对各种信息财产的保护。1994年TRIPS协议明确将“未公开的信息”纳入知识产权保护体系;1996年《欧盟关于数据库保护指令》提出了保护无独创性的数据库的立法设想。这意味着一部分原属于公共领域的信息和依靠保密维系利益的信息,现在可以处于新的专门法的保护之下(前者的权利主体系信息的收集人,后者的权利主体系信息的所有人)。这种着力于信息财产的保护已经突破了传统的知识产权的制度框架。

以上只是描述精神领域权利范畴的演变,无意褒贬“知识产权”“无形财产权”与“信息产权”这几类用语的优劣。鉴于相关国际公约、国内立法的规定与我国法学界的约定俗成,我们主张沿用“知识产权”的概念,但不要拘泥于传统权利体系的狭隘理解。

① 参见〔日〕吉藤幸朔著:《专利权概论》,宋永林、魏启学译,专利文献出版社1990年版,第405页。

② 吴汉东:《论财产权体系》,载《中国法学》2005年第2期。

③ 参见〔日〕中山信弘:《多媒体与著作权(一)》,张玉瑞译,载《电子知识产权》1997年第5期。

背景材料

知识产权的兴起^①

知识产权的概念——关于某种思想可以为人所有的观念——是欧洲启蒙运动之子。只有当人们开始相信知识来自于运用感觉的人类头脑——而不是借助阅读古老的篇章，从神那里获得知识时，才可能把人当作新思想的创造者，并因而成为其所有人，而不只是作为永恒真理的传播者。除了具有明显的现代性，知识产权还是一个浓缩的概念，它至少由三个复杂的法律范畴交织而成：著作权、专利和商标，其中每一个范畴都有其自身前现代的习惯和法律渊源，并且在我们今天的时代中各具发展轨迹。

在古希腊时期，古希腊人并不认为知识是某种可以为人所有或者出售的东西。抄写员可因其劳动而获得报酬，作者也可因其所做出的成就而得奖，但是，神的礼物却是免费给予的。因此，古代学院的图书馆是不出售的，而是作为礼物转交给教师的最杰出的继任者。在我国前现代文明时期，也明显缺乏所有权观念。《论语》所著：“述而不作，信而好古”。儒家所推崇的则是自我完善和道德革新，而非利益所驱使。同样作为文明古国，伊斯兰对于知识的保护更为缺乏，偷窃者若偷盗一本图书，其窃贼的目的则升华为窃取书中思想，而书中思想并不属于有体财产。《新约全书》在《马太福音》一节中，认为知识是“你们白白地得来，也要白白地舍去”。可见，在前现代世界，实际上普遍禁止将思想归为私人所有，当然，这并不意味着在前现代体制内，思想是自由流动的。在严密的等级制度下，全世界范围内均利用特许垄断，从而控制出版行业的发展，在我国唐朝（公元618—907年），法律即禁止抄录传播一大批文学典籍，旨在保护皇帝的特权利益。最早为人所知的调整出版的法令，出现于公元835年的唐文宗时期，它禁止私人出版历书。随着宋朝（公元960—1279年）印刷业的发展，更大范围的调整措施被制定出来，实行政府专营特权。随着印刷术的发展以及意识形态分裂状况的扩大，印刷管制增强，1469年威尼斯首次推行印刷特许权。同时，还有英格兰作为典型例证，以表明图书中的利益仅为皇室的“恩赐”，而非思想的财产。

这种状况持续到18世纪的欧洲，当文化水平有了巨幅提升时，印刷物的需求呈井喷式增加。在当时的英国开始出现了一批作家想以写作为谋生手段，并认为作者理当分享从其创造性劳动中所获得的利润。当作家的认知出现变化，市场需求与市场供给出现不协调之时，盗版标榜着“公共利益”的捍卫者随之产生。18世纪中期，传统出版体制陷入混沌状态，随之而来的则是欧洲出版业的改革。百科全书派的德尼·狄德罗主张，相比于通过耕作而取得的土地，智力成果更是其创作者独一无二的财产。当然，仍有反对者主张，书籍并不是一个理想的客体，法国数学家和哲学家孔多塞声称，思想不只是由一个脑子创造，其为自然之作，应平等、同时地向所有人开放。因此，从这些相互竞争的哲学理论中，形成了功利主义论和自然权利论，充斥着18世纪每一个欧洲国家，直到1774年Donaldson v. Backet案中明确确立某一思想的独一无二的表达上的“有限财产权”的妥协性概念。最具历史意义的当属“法国大革命”，其宣布“出版自由”，文学的特权废除。1793年，国民大会通过对西耶斯法

^① [美]卡拉·赫茜：《知识产权的兴起：一个前途未卜的观念》，金海军、钟小红译，载《科技与法律》2007年第1期；《知识产权的兴起：一个前途未卜的观念（二）》，载《科技与法律》2007年第2期。

律稍加修改的“天才权利宣言”，同时这部法律也成为德意志邦国所借鉴的基础。

根据《牛津英语词典》，“Intellectual Property”这一词汇最早出现在1845年，是因为一种公共利益和知识产权所有人之间达成平衡的一种共识。但作为调整知识产权的现代法，很容易遭到学理基础和新技术革命的挑战，职是之故，现代知识产权概念的核心之处所存在的哲学紧张关系，在一种越来越全球化的范围内被宣泄出来了，通常是以全新的方式，重新寻求私权与公共利益之间的平衡。而这种博弈通常掺杂着法律与政治。极具代表性的当属美国。20世纪伊始，随着美国成为在知识财产国际商业活动中一位羽翼渐丰的竞争者和知识财产的净出口国，美国的法律原理也开始发生变动，转向越来越多地承认独一无二的著作权植根于创作者人格的神圣性中，而不是简单地植根于为功利主义目的而拓展的商业特权中。其最重要的依据在于1903年霍姆斯大法官 *Bleistein v. Donalson* 案，以及《数字千年版权法》，持续增强了作者所有权。

当然，知识产权制度至此并未抵达终点，伦理的紧迫性，自然权利观的主导，自由主义政治的一系列因素都将被纳入知识产权演变的考量。



背景材料

知识、公共政策经济学与知识产权^①(节选)^②

经济学家对待知识产权权利的保护这个问题，像对待许多其他问题一样，试图使它符合公共政策决定的通用公式(见 Besen 和 Raskind, 1991:5)，不太精确地说，政策的目的是把新的信息固定财产的社会效益的剩余对其产品的社会成本极限化，即把“纯社会效益”极限化。更进一步的目的是推动公共和私有资源的分配，在知识和其他种类的生产资产投资的社会纯回报率方面加以平衡。这一共识引出了下列三类问题。

第一，新的足够数量的信息可否在恰当的时候被创造出来？这种忧虑是，在缺乏公共干预的情况下，私人的积极性是否足以产生科技知识库存最佳流动的增加。现代经济分析承认，信息独特的“公共利益”的性质作为一种商品，在竞争的市场体系中造成严重的资源分配问题。另外，还确定了在知识产权中，私有制度可作为抵消国家分配调整市场竞争不足的措施之一。

第二，创造新的信息可否用于生产？即是否可以为生产者和产品与服务的消费者产生社会效益的最大流动？除非知识的创造可以传播给他人作为消费品来享受或者直接或间接地用于生产其他的产品和服务，否则，就不能期望它们促进生产力和经济福利。所以，经济学家讨论的核心问题是可能的效益，即公共政策的措施促进知识的增长和扩散并为商业所利用。

第三，在新知识被创造的条件下，在生产中所需的社会成本是否会降至最低限度？通过科学发现、发明活动，小说的思想表达对知识的进步提供了资源的机遇成本。公共政策的目

① [美] Paul A. David:《知识产权制度和熊猫的拇指:经济理论和历史中的专利、版权与商业秘密》，谷彦芳译，载《科技与法律》1998年第4期。

② “背景材料”基本为节选，以下不再一一注明。

标不能仅仅造成私有商或政府部门以空前的规模进行这些追求,而无视他们所追求的效益。必须要对知识产权制度产生新知识的社会成本的含义进行评估,还要评估利用现有知识库的含义。

二、知识产权的性质与特征

知识产权是一种新型的民事权利,是一种有别于财产所有权的无形财产权。从价值目标和制度功能的多维角度出发,可以对知识产权的本质进行不同的描述。在私人层面,知识产权是知识财产私有的权利形态。

权利本体的私权性是知识产权归类于民事权利范畴的基本依据。私权是与公权相对应的一个概念,指的是私人(包括自然人和法人)享有的各种民事权利。知识产权是一种界定知识财产权利形态的制度安排,它以私权的名义强调了知识财产私人所有的法律性质。这一定性分析说明:知识产权是“私人”的权利,即使国家在某种情况下作为权利主体出现,也与其他民事主体处于相互平等的关系;同时,知识产权也是“私有”的权利,即采取私人占有的产权形式。知识产权的产生、行使和保护,适用民法的基本原则和基本制度。离开了民事权利体系,知识产权制度就会面目全非、无法存在,私的主体就会失去获取知识财产的民事途径。现代各国关于知识产权的立法例有所不同,或归入民法典(如1995年《越南民法典》),或单独编纂知识产权法典(如1992年《法国知识产权法典》),或采取单行立法。尽管如此,法律却并不讳言知识产权的民事权利或私人财产权利的基本属性。正因如此,TRIPS协议在其序言中强调有效保护知识产权的必要性时,要求各缔约方确认知识产权是一项“私权”。

权利客体的非物质性是知识产权区别于财产所有权的本质特性。知识产权的客体即知识产品(或称为智力成果),是一种没有形体的精神财富,客体的非物质性是知识产权的本质属性所在。有的学者认为,知识产权与其他财产权利的根本区别在于其本身的无形性,而其他法律特征即独占性、时间性、地域性等皆由此派生而成。^①严格地讲,权利作为主体凭借法律实现某种利益所可以实施行为的界限和范围,概为无外在实体之主观拟制。正是在这个意义上,从罗马法学家到现代民法学家都将具有一定财产内容的权利(除所有权以外)称为无体物。因此,知识产权与相关权利的本质区别,不是所谓该项权利的无形性,而在于其权利客体即知识产品的非物质性特征。对此,我国台湾地区学者曾世雄先生有相同看法:财产权之有形或无形,并非指权利而言,而系权利控有之生活资源,即客体究竟有无外形。例如,房屋所有权,其权利本身并无有形无形之说,问题在于房屋系有体物;作为著作权,亦不产生有形无形问题,关键在于作品系智能产物,为非物质形态。^②知识产品之无形是相对于动产、不动产之有形而言的,它具有不同的存在、利用、处分形态:第一,不发生有形控制的占有。由于知识产品不具有物质形态,不占有一定的空间,人们对它的占有不是一种实在而具体的占据,而是表现为对某种知识、经验的认识与感受。知识产品虽具有非物质性特征,但它总要通过一定的客观形式表现出来,作为其表现形式的物化载体所对应的是有形财产权而不是知识产权。第二,不发生有形损耗的使用。知识产品的公开性是知识产权产生的前提条

① 郑成思主编:《知识产权法教程》,法律出版社1993年版,第45页。

② 曾世雄著:《民法总论之现在与未来》,台湾三民书局1983年版,第151页。

件。由于知识产品必须向社会公示、公布,人们从中得到有关知识即可使用,而且在一定时空条件下,可以被若干主体共同使用。上述使用不会像有形物使用那样发生损耗,如果无权使用人擅自利用了他人的知识产品,亦无法适用恢复原状的民事责任形式。第三,不发生消灭知识产品的事实处分与有形交付的法律处分。知识产品不可能有实物形态消费而导致其本身消灭之情形,它的存在仅会因期间(即法定保护期)届满产生专有财产与社会公共财富的区别。同时,有形交付与法律处分并无联系,换言之,非权利人有可能不通过法律途径去“处分”属于他人而自己并未实际“占有”的知识产品。基于上述特征,国家有必要赋予知识产品的创造者以知识产权,并对这种权利实行有别于传统财产权制度的法律保护。

关于知识产权的基本特征,学者们多有阐述,这些特征的概括在各种著述中虽多少不等,但其基本特征概为“独占性”“地域性”和“时间性”。其实,这些特征的描述,是与其他财产权特别是所有权相对而言的,并非都是知识产权所独有的。

(一) 知识产权的独占性

知识产权是一种专有性的民事权利,它同所有权一样,具有排他性和绝对性的特点。正是在这个意义上,一些法国学者认为知识产权就是“知识所有权”;而多数法国学者怀疑知识产权是否为真正的所有权,他们根据该项权利标的及内容的特点,将知识产权称为一种垄断权或独占权。^① 日本学者亦认为,知识产权是一种“全新的特殊权利”,它分为独占权(如著作权、专利权等)和禁止权(如商品形象权、商誉权等)。^② 我们认为,独占性即排他性和绝对性,虽是知识产权与所有权的共同特征,但其效力内容及表现形式是各不相同的。由于知识产品是精神领域的成果,知识产权的专有性有其独特的法律表现:第一,知识产权为权利人所独占,权利人垄断这种专有权利并受到严格保护,没有法律规定或未经权利人许可,任何人不得使用权利人的知识产品;第二,对同一项知识产品,不允许有两个或两个以上同一属性的知识产权并存。例如,两个相同的发明物,根据法律程序只能将专利权授予其中的一个,而以后的发明与已有的技术相比,如无突出的实质性特点和显著的进步,就不能取得相应的权利。知识产权与所有权在独占性效力方面也是有区别的。首先,所有权的排他性表现为所有人排斥非所有人对其所有物进行不法侵占、妨害或毁损,而知识产权的排他性则主要是排斥非专有人对知识产品进行不法仿制、复制、假冒或剽窃。其次,所有权的独占性是绝对的,即所有人行使对物的权利,既不允许他人干涉,也不需要他人积极协助,在所有物为所有人控制的情况下,且无地域和时间的限制。而知识产权的独占性则是相对的,这种垄断性往往要受到权能方面的限制(如著作权中的合理使用、专利权中的临时过境使用、商标权中的先用权人使用等),同时,该项权利的独占性只在一定空间地域和有效期限内发生效力。

(二) 知识产权的地域性

知识产权作为一种专有权在空间上的效力并不是无限的,而要受到地域的限制,即具有严格的领土性,其效力只限于本国境内。知识产权的这一特点有别于有形财产权。一般来说,对所有权的保护原则上没有地域性的限制,无论是公民从一国移居另一国的财产,还是法人因投资、贸易从一国转入另一国的财产,都照样归权利人所有,不会发生财产所有权失去法律效力的问题。而知识产权则不同,按照一国法律获得承认和保护的知识产权,只能在该国发生法律效力。除签有国际公约或双边互惠协定的以外,知识产权没有域外效力,其他

^① 参见尹田著:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第86页。

^② 参见〔日〕小島庸和著:《无形财产权》,日本创成社1998年版,第5—9页。

国家对这种权利没有保护的义务,任何人都可在自己的国家内自由使用该知识产品,既无须取得权利人的同意,也不必向权利人支付报酬。

早在知识产权法律制度的雏形时期,地域性的特点就同知识产权紧密地联系在一起。在欧洲封建国家末期,原始著作权与专利权都是君主恩赐并作为特许权出现的,因此这种权利只可能在君主管辖地域内行使。随着近代资产阶级法律的发展,知识产权才最终脱离了封建特许权形式,成为法定的精神产权。但是,资本主义国家依照其主权原则,只对依本国法取得的知识产权加以保护,因此地域性作为知识产权的特点继续保留下来。在一国获得知识产权的权利人,如果要在他国受到法律保护,就必须按照该国法律规定登记注册或审查批准。

从19世纪末起,随着科学技术的发展以及国际贸易的扩大,知识产权交易的国际市场也开始形成和发展起来。这样,知识产品的国际性需求与知识产权的地域性限制之间出现了巨大的矛盾。为了解决这一矛盾,各国先后签订了一些保护知识产权的国际公约,成立了一些全球性或区域性的国际组织,在世界范围内形成了一套国际知识产权保护制度。在国际知识产权保护中,国民待遇原则的规定是对知识产权地域性特点的重要补充。国民待遇原则,使得一国承认或授予的知识产权,根据国际公约在缔约国发生域外效力成为可能。但是,知识产权的地域性并没有被动摇,是否授予权利、如何保护权利,仍须由各缔约国按照其国内法来决定。至20世纪下半叶,由于地区经济一体化与现代科学技术的发展,知识产权立法呈现出现代化、一体化的趋势,由此使得知识产权的严格地域性特征受到挑战:第一,跨国知识产权的出现。为了实现经济一体化的目标,某些国家和地区正努力建立一个共同的知识产权制度,其中最典型的即是拟议中的全球专利制度和已经实施的欧盟统一商标注册制度。这就使得知识产权跨出一国地域的限制,从而在多个国家同时发生效力。第二,涉外知识产权管辖权与法律适用的发展。由于现代传播技术的发展,涉及知识产权的侵权行为可能在几个甚至十几个国家发生。为了便利诉讼和有效保护权利人利益,一些国家正在酝酿跨地域管辖和新准据法原则。^① 涉外知识产权纠纷的非专属管辖与知识产权法律适用的多元化,都会对这一权利的地域性特点带来重大影响。

总之,在当今社会,知识产权在全球范围内依然保留有地域性特征,但已受到挑战,这一自封建法到现代法固有的法律特征是否会被完全打破,尚有待继续观察和研究。

(三) 知识产权的时间性

知识产权不是没有时间限制的永恒权利,其时间性的特点表明:知识产权仅在法律规定的期限内受到保护,一旦超过法律规定的有效期限,这一权利就自行消灭,相关知识产品即成为整个社会的共同财富,可为全人类所共同使用。这一特点是知识产权与有形财产权的主要区别之一。众所周知,所有权不受时间限制,只要其客体物没有灭失,权利即受到法律保护。依消灭时效或取得时效所产生的后果也只涉及财产权利主体的变更,而财产本身作为权利客体并不会发生变化。关于所有权的这一特征,罗马法学家将其概括为“永续性”,即“所有权命运与其标的物之命运相终始”。^② 其实,所有权的永续性在许多情况下存在着“事实不能”,这是因为所有权的永续状态是以其标的物的存在为前提的,倘若该物发生灭失、毁损,原所有人就可能无所有了。相反,知识产权的标的,是一种非物质形态的智力产物,不可

^① 参见刘家瑞等:《知识产权地域性冲突法评述》,载《中央政法管理干部学院学报》1998年第6期。

^② 参见周相著:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第324页。