

ZHISHI CHANQUAN FAXUE GAILUN

知识产权法学概论

李玉香◎著

知识产权出版社

知识产权法学概论

李玉香 著

知识产权出版社

内容提要:

自1980年我国加入世界知识产权组织以来,中国知识产权法经历了从无到有的近三十年的发展,由于知识产权是舶来品,其在国外的发展历史悠久,而我国的知识产权法大多是处于被动地移植状态,也因此导致了理论研究的滞后。本书从知识产权的概念、性质、特征入手,对我国知识产权的法律体系、法律关系、取得程序、资本化、限制以及管理和保护等基本理论进行了探讨。

责任编辑:张尚国

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法学概论/李玉香著. —北京:知识产权出版社,2009.6

ISBN 978-7-80247-549-6

I. 知… II. 李… 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(2009)第174216号

知识产权法学概论

ZHISHI CHANQUAN FAXUE GAILUN

李玉香 著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村1号

邮 编:100088

网 址:<http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

传 真:010-82000860 转 8127

责编电话:010-82000860 转 8129

责编邮箱:xuemo7411@sina.com

印 刷:北京富生印刷厂

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:10.5

版 次:2009年6月第1版

印 次:2010年1月第2次印刷

字 数:265千字

定 价:26.00元

ISBN 978-7-80247-549-6/D·868

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前 言

知识产权法的发展始终伴随着反对保护知识产权的声音。近年来,国际上不断涌现知识产权怀疑论、限制知识产权扩张理论和知识产权改造等各种思潮,而知识产权法在法律体系乃至国家经济发展中的作用愈益重要。笔者认为,此时完善自身理论体系建设是知识产权法学科向纵深发展的当务之急。

笔者从事知识产权法的教学和研究十余年,对知识产权法理论问题的学习和思考也持续了十余年。每当看到学生对理论问题渴望了解,但又不得其门而入时,笔者都有进行写作的冲动,期待能够将自己多年思考的心得集结成书,为初学者提供些许帮助。但真正下笔时,又深深感到自己理论功底的不足与时间的有限,不能酣畅淋漓地进行理论解析,因此本书的写作定位也只能停留在导论的层面上。书中的错误和缺陷是在所难免的,但笔者愿将心得和遗憾一并拿出来与读者分享,以期达到抛砖引玉的效果,引导有志于知识产权法理论研究的朋友和同仁进一步深入研究。同时也期望同仁批评并赐教,以深化笔者自身对知识产权理论问题的理解。

本书在写作过程中,得到我的丈夫和女儿的督促和鼓励,也得到同仁和学生们创新性思维的启发,这是我创作的源泉,也是我能够完成此书的动力,在此谨表心中的谢意和感动!

2009 年 5 月于北京

目 录

第一章 知识产权法总论	1
第一节 知识产权概述	1
一、知识产权的概念	1
二、对知识产权概念的理解	5
第二节 知识产权的法律性质	10
一、知识产权的私权性	10
二、知识产权作为私权保护的理论基础	11
三、知识产权作为私权保护的经济学基础	12
四、知识产权作为私权保护的法哲学基础	14
五、知识产权作为私权保护的现实基础和必要性探讨	20
第三节 知识产权的法律特征	28
一、无形性	28
二、专有性	29
三、法定性	32
四、地域性	33
五、时间性	35
六、双重性	36
第四节 知识产权法律体系研究	36
一、知识产权法在中国法律体系中的地位	37
二、中国现行知识产权法律制度的法律渊源	47
三、我国知识产权法的特点	49

四、中国当前知识产权法立法方向的选择	51
五、世界范围内知识产权法律制度的发展动向	54
第二章 知识产权主体研究	64
第一节 著作权主体研究	64
一、原始主体	64
二、特殊主体	72
三、邻接权主体	85
四、继受主体	86
五、信托主体、代理主体或受让主体——著作权集体 管理组织	88
第二节 商标权主体研究	91
一、商标申请主体	91
二、商标权主体	91
三、商标权的继受主体	94
四、共有商标权主体	95
五、有关商标注册前的利益请求权的设立问题	96
第三节 专利权主体研究	98
一、专利申请权主体	98
二、专利权主体	107
第三章 知识产权客体研究	108
第一节 著作权客体研究	108
一、著作权的客体范围	108
二、作品获得授权的实质条件	111
第二节 商标权客体研究	120
一、商标权的客体范围	120
二、商标权获得授权的实质条件	122
第三节 专利权客体的授权条件研究	132
一、专利权的客体范围	132

二、发明实用新型专利获得授权的实质性条件	133
三、外观设计专利权的授权条件	142
第四章 知识产权的权利内容研究	143
第一节 著作权的权利内容	143
一、著作权的性质	143
二、著作人身权	145
三、著作财产权	149
四、著作邻接权	157
五、数字化著作权	164
六、著作权人的义务	166
第二节 商标权的权利内容	166
一、商标权的权利内容	166
二、商标权人的义务	168
第三节 专利权的权利内容	170
一、专利权的权利内容	170
二、专利权人的义务	174
第五章 知识产权取得程序研究	175
第一节 著作权的取得程序研究	176
一、著作权取得制度的种类	176
二、我国著作权的获得	179
第二节 商标取得程序研究	180
一、世界各国商标取得制度的种类	180
二、商标取得程序中涉及的基本理论问题	184
第三节 专利权取得程序研究	192
一、世界各国专利取得制度的种类	192
二、我国专利取得程序中涉及的基本理论问题	201
第六章 知识产权资本化研究	209
第一节 知识产权的许可使用	210

一、著作权的许可使用	210
二、注册商标的许可使用	213
三、专利的许可实施	215
四、对知识产权许可限制竞争条款的认识	217
第二节 知识产权的转让	219
一、著作权的转让	219
二、注册商标的转让	223
三、专利权的转让	227
第三节 知识产权融资	229
一、知识产权担保融资	229
二、知识产权证券化	235
第七章 知识产权的权利限制理论研究	238
第一节 知识产权权利限制理论概述	238
一、知识产权限制的法理学基础	238
二、知识产权权利限制的现实基础	241
第二节 我国现行知识产权权利限制制度现状	244
一、我国现行知识产权权利限制制度的法律规定	244
二、知识产权行使的限制	245
第三节 著作权权利限制制度	246
一、合理使用制度	246
二、著作权的法定许可	254
三、著作权的强制许可使用制度	256
四、著作权的平行进口	258
五、计算机领域的“避风港原则”	260
第四节 商标权的权利限制制度	261
一、商标权的合理使用	262
二、商标先用权	264
三、商标权平行进口	264

第五节 专利权的权利限制制度	267
一、专利的推广应用	267
二、专利权的强制许可	268
三、专利侵权例外	270
第八章 知识产权的管理与保护理论研究	279
第一节 知识产权管理研究	279
一、知识产权的统一管理	279
二、行政管理和司法管理的冲突和协调	281
第二节 知识产权侵权理论研究	285
一、知识产权侵权归责原则及侵权认定要件	285
二、著作权侵权的类型	291
三、商标侵权的类型	293
四、专利侵权的类型和种类	301
第三节 侵犯知识产权的法律责任	306
一、侵权行为法律责任的种类	306
二、知识产权侵权责任与违约责任的竞合	317
三、知识产权诉讼中的举证责任	319
第四节 知识产权的程序保护研究	320
一、临时保护措施	320
二、临时措施与海关保护程序的衔接	326

第一章 知识产权法总论

第一节 知识产权概述

一、知识产权的概念

知识产权又称“无形产权”。知识产权法学是社会科学的一个学科。知识产权法律制度最早起源于西欧。1791 年法国在制定专利法的过程中,法国人德布浮拉提出了“工业产权”的概念。据 A. 特儒勒(Troller)在《无形产权》(1983 年德文版)一书中的考证,“知识产权”一词,直到 18 世纪 30 年代才开始被使用。后来,比利时法学家皮卡第提出“知识产权”理论,他认为,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^①,其将一切基于智力成果的权利均概括为“知识产权”,包括著作权和工业产权两大部分。经过近 300 年的演变,这一理论逐渐为各国所接受,知识产权一词逐渐成为对科学技术、文学艺术和产业领域智力劳动成果所拥有的产权的简称,成为国际上有关的国际公约、条约及国际经济贸易交往中普遍采用的法律用语。

美国教授 E. 博登海默(E. Bodenheim, E.)曾经指出:概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具,没有限定严格的专门

① [苏联]E. A. 鲍加特赫等著:《资本主义国家和发展中国家的专利法》,载《国外专利法介绍》,知识产权出版社,1980 年版,第 12 页



概念,我们便不能清楚地和理性地思考问题。^①然而,目前知识产权学界对知识产权的概念却众说纷纭,莫衷一是。《大百科全书》对知识产权的定义为:“知识产权是一种私权,指对特定智力创造成果所依法享有的专有权利,或者说是以特定智力创造成果为客体的排他权、对世权。”

日本在其2002年11月国会通过的《知识产权基本法》中对知识产权的定义为“法令所规定的权利及与法律上受保护利益相关的权利”,并明确知识产权的客体或对象为“创新成果、商业标志及经营活动中有用的技术或经营信息”。在知识产权的其他诸种定义中,占据主流地位的应属“智力成果权”的概念。Intellectual property 中的“Intellectual”,亦即“知识产权”中的“知识”、“智慧财产权”中的“智慧”,都体现了权利与智力的关联。这些所谓的权威地位至少从一个侧面反映出智力成果权说的影响力。例如:陶鑫良、单晓光等学者在对多种不同的知识产权定义进行分析后认为:“知识产权是对特定智力成果的财产权。”^②但也有学者对智力成果权“说”持不同看法,刘春田教授认为:“创造性的智力成果权的概念不能覆盖工商业标记权的内容。”^③吴汉东教授也认为,以知识产权名义统领下的各项权利,并非都是来自知识领域,亦非都是基于智力成果而产生,“知识”一词似乎是名不副实。从权利本源来看,主要发生于智力创造活动与工商经营活动;从权利对象来看,则由创造性知识及商业性标记、信誉所构成。因此,“知识产权”一词在众多无形财产面前已显得力不从心。有鉴于此,吴教授主张,在民法学研究中,建立一个大于知识产权范围的无形财产权体系,以包容一切基于非物质形态(包括知识经验形态、经营标记

① [美]E. 博登海默:《法律学:法律哲学,法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社,2004年版,第504页

② 陶鑫良,单晓光:《知识产权法纵论》,知识产权出版社,2004年4月1日。

③ 刘春田主编:《知识产权法》,中国人民大学出版社,2000年版,第6页

形态、商业资信形态)所产生的权利。该无形财产权包括创造性成果权、经营性标记权和经营性资信权三类权利^①。更有学者进一步发展了知识产权概念,认为知识产权更与市场竞争有关。例如,日本学者富田彻男在其《市场竞争中的知识产权》一书中即认为^②:知识产权是保护技术开发或创造、经营等正常进行的一种权利制度,它是和技术开发—产业—消费者组成的市场结构相对应的一种权利。知识产权有许多种类,基本上是指竞争者为阻止其对手销售自己的产品或商品而拥有的垄断顾客的一种权利。

笔者认为,由于知识产权是一个不断发展,又和贸易、国家利益紧密挂钩的概念,可以说它是一个复杂的、有时会超越法律范畴的概念。一言以蔽之地简单定义是不能概括知识产权全貌的。因此,知识产权定义的不统一是很自然的。对于知识产权定义的不统一,学者李琛曾指出:“知识产权法学作为一门显学,面临着一种无法掩饰的尴尬:学界对‘知识产权’这个基本概念远未达成共识。”^③

为了规避知识产权定义的尴尬,在知识产权理论界即存在着用“列举法”来界定知识产权的做法。

列举法又分为列举权利法和列举保护对象法。列举权利法采取的是将权利进行归总的方法,如,知识产权是著作权、专利权、商标权等权利的总称;再如:“国际保护工业产权协会”(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

① 吴汉东,胡开忠等著:《走向知识经济时代的知识产权法》,法律出版社,2002年10月第1版,第15-16页

② [日]富田彻男:《市场竞争中的知识产权》,廖正衡等译,商务印书馆,2002年,第1页

③ 李琛:《对智力成果权范式的一种历史分析》,知识产权2004年第2期,第9页

观设计权、片权(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^①。这种划分方法也是一种列举权利的方法。

而列举保护对象法则是以1976年《建立世界知识产权组织公约》和世界贸易组织(WTO)的《与贸易有关的知识产权协议》为代表。

1976年《建立世界知识产权组织公约》规定,知识产权包括:
①与文学、艺术及科学作品有关的权利;②与表演艺术家的表演以及录音制品和广播节目有关的权利;③与人类努力的各个领域的发明有关的权利;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与商标、服务商标、商业名称和标志有关的权利;⑦与制止不正当竞争有关的权利;⑧在产业、科学、文学和艺术领域内由于智力活动而产生的其他一切权利。

1995年世界贸易组织(WTO)的《与贸易有关的知识产权协议》中,第一部分第一条中划出了协议所包含的知识产权的范围,包括七部分内容: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(拓扑图)权;⑦未披露过的信息专有权。

列举法对权利类型或者保护对象的种类表述清楚、明确,但由于知识产权是个动态的概念,其保护客体随着社会和科技的不断发展也在不断拓展,而且知识产权的种类繁多,从传统的著作权、专利权、商标权,到随着技术发展而出现的软件著作权、集成电路布图设计专有权、植物新品种权、数据库的特别保护权,以及由于反不正当竞争的需要而纳入到知识产权保护范畴的原产地地理标记权、商业秘密保护等,它包括了人类所创造出来的所有事物。

① 郑成思著:《知识产权法》(第1版),法律出版社,2003年,第5-6页



因此列举式难免会有遗漏之处。因此,也有学者建议,概括法与列举法相结合,既为知识产权做出一个相对概括而全面的表述,也列举迄今为止知识产权的主要保护对象的范围。^①

笔者比较同意这种观点,但同时认为对知识产权概念的理解更为重要。

二、对知识产权概念的理解

(一)知识产权作为法律术语,是一个内涵不断深化、外延日益拓展的概念

1. 内涵的深化

知识产权作为法律术语,其内涵不断深化,表现如下:

第一,知识产权作为无形财产,和动产、不动产一起构成了财产权的主要内容。

知识产权的英文为 Intellectual property。在英文中,property 既可以解释成为财产,又可以解释成为财产权,世界知识产权组织编纂的《知识产权纵横谈》中,知识产权与知识资产(无形资产)是通用的。

西方国家很久以来就把财产分为不动产、动产与无形产三类。有些国家也把无形产称为无形准动产。^②起源于奴隶社会的罗马法把财产分为动产、不动产,但在罗马法的条文中,找不到有关无形产的规定,我们只能从公元2世纪罗马法学家盖尤斯(Gaius)所著的《盖尤斯法学原理》一书中,找到一点无形资产的雏形。该书第一次把民法分为人法、财产法及债法三个部分,而在财产法中,其又明确地把财产分为有形财产与无形财产。在无形财产权的取

① 刘春田主编:《知识产权法》,高等教育出版社,北京大学出版社,2000年8月,第1版,第3页

② Justin Hughes: "The Philosophy of Intellectual Property", 77 Geo. L. J., (1988), pp-315

得方式上,盖尤斯认为,无形财产权的取得方式与有形的不动产及动产都不同,既不能凭借时效取得,也不能通过传统的买卖方式取得。^①

真正明确无形财产内容的,应属英美法。在英美法理论中,动产分为有形动产(tangible personalproperty)和无形动产(intangible personalproperty),有形动产系实物动产,而无形动产则包括有价证券、专利等。^②如英国的财产法把财产分为五大类:土地、货物、无形动产、货币、基金。其中,无形动产中,又包括知识产权、商誉、债权等。英美法一般把无形资产称为诉讼中的动产(Choses in Action),也就是说,这种动产的存在,只有通过诉讼才能体现出来。^③这与有形财产权的取得构成区别;同时,英美法还把有形财产与无形财产转让的差别尽可能地缩小,以有利于知识产品的流通。

大陆法系国家在资产阶级革命后,以法典为工具,实现了私权制度的体系化。法国民法继承并发展了罗马法的传统,将财产分为有形财产(有体物)和无形财产(无体物)。^④并扩展了无形资产的范围。其中,除了民法典所规定的债权、股东权以外,还包括现实中普遍存在并时常更新的知识产权。^⑤

第二,知识产权的权利主体有明确的称谓,如“专利权人、著作权人、商标权人等,其权利内容也越来越明确,商标权包括禁止权和使用权;专利权包括制造权、销售权、许诺销售权、进口权;著作

① B. 尼古拉斯(Nicholas)著:《罗马法导论》,1967年牛津英文版,第105-123页。转引自郑成思《知识产权论》,法律出版社,2005年版,第32页

② 李进之等著:《美国财产法》,法律出版社,1999年版,第22页

③ Peter Drahos: A Philosophy of intellectual property, Dartmouth Publishing Company Limited, 1996, p. 19

④ [法]《拉鲁斯大百科全书》第3卷,载《国外法学译丛(民法)》知识产权出版社,1981年,第168页

⑤ 吴汉东,胡开忠等著:《走向知识经济时代的知识产权法》,法律出版社,2002年10月第1版,第13页



权包括财产权及人身权(精神权)在内的 17 项权利,构成了与有形财产权的区别。

2. 外延的拓展

随着近代科学技术的发展特别是信息技术和生物技术的发展对知识产权领域产生了巨大影响,现代知识产权与传统知识产权相比有了较大的变化。其对知识产权的外延产生了如下影响:

在现代科技的冲突之下,传统知识产权法的一些限制逐渐受到质疑,而一些公认的法律禁区也慢慢接受了知识产权的进入。^①

由于对知识产权的独创性或识别性要求降低,导致了知识产权保护范围极度扩张。

传统知识产权的客体范围可以分为两类:一类是创造性的知识产品,比如专利技术、文艺作品等;另一类是识别性的知识产品,比如商标、商号等。因此,知识产权在传统上的要求要么具有创造性,要么具有识别性。但近年来的知识产权立法,开始缓慢动摇了知识产品传统上应具有的创新性或识别性特征。

在著作权方面,随着信息技术的发展出现了许多类似版权的新的权利类型,如:软件、集成电路、数据库、网络传播权和技术措施等。使得知识产权的独创性都被抛弃了。如 1996 年通过的《欧盟数据库指令》确立的“数据库特殊权利”,其赋予数据库制作者以“摘录权”和“再利用权”,意在阻止他人擅自使用数据库的全部或实质部分的内容。这使在内容选择和结构编排上没有独创性的数据库也具有了著作权。有学者曾指出:“著作物的范围正在由纯粹的艺术型或者学术性向着实用型、机能性方面发展。”^②

在专利法方面,生物技术的发展,使得原本人们认为不可能申

① 周鸿芳:论现代科技发展对专利客体理论的冲击,科技与法律,2004 年第 1 期,第 66-68 页

② [日]中山信弘著,詹智玲译:数字时代著作权的变化,外国法译评,1995 年第 2 期

请专利的客体也纳入了专利法保护的范 围,例如,基因、动植物品种、微生物甚至疾病的诊断和治疗方法。

在商标法上,识别性的特征也日益减弱,对证明商标和集体商标的保护就是典型的例子。

现代意义上的知识产权早已不囿于传统的工业产权和著作权,而是延展到了几乎一切新技术可以触及的领域。《与贸易有关的知识产权协议》(以下简称《TRIPS 协议》)将地理标志、集成电路布图设计(拓扑图)等纳入知识产权保护范围。此外,计算机软件、数据库、技术措施、数字管理信息、域名、基因专利、动植物新品种、商业方法专利等也或多或少的得到了一些国家立法的肯定。科学技术每迈上一个台阶,就会产生相应的权利要求并且得到立法的支持。

(二)知识产权与经济贸易的关系越来越密切

知识产权是随着中世纪封建制度的终结和以市场竞争为前提条件的近代社会的形成而产生和发展起来的,是市场竞争的产物,是科技、经济和法律相结合的产物。作为知识产权客体的智力成果,常常都是初始权利人为竞争目的或在竞争过程中的创造。对这种成果或创造的知识产权保护,可以使经营者能够事先根据法律将会赋予的独占程度,比较确定地预期其技术开发和创新投资的经济回报,从而鼓励其通过技术创新增强市场竞争力,更好地释放其竞争潜能。

所以,知识产权与经济贸易的关系是非常密切的。一方面,知识产权若想体现其价值,只有通过贸易实现,专利许可证贸易、著作权许可证贸易等;另一方面,国家间的贸易摩擦有相当一部分是由知识产权问题引起的(特别是在当今科技发达的美国强权政治、强权法律背景下),例如:中美贸易战、欧盟与美国的贸易战、美日贸易战等。因此,理解知识产权这一概念,不能只是局限在法律的领域内,而必须关注其由于竞争性而与贸易产生的联系。