第一篇

知识产权法基础理论

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第一章　知识产权法引论

第一节　知识产权的概念与范围

“知识产权”是知识产权法学的基本概念，是现代私法中一种十分重要的权利，属于与人身权、物权、债权并列的民事权利的一种。

知识产权在英文中称“Intellectual Property”，德文称“Geistiges Eigentum”，日文为“无体财产权”。据考证，将一切来自知识活动领域的权利统称为知识产权，最早由17世纪法国学者卡普左夫提出，后来为比利时法学家皮卡弟所发展。不过，直到20世纪60年代，包括法国在内的一些知识产权制度比较发达的国家一般并不使用‘知识产权’这一概念，而多称无形产权。例如，在18世纪产生‘知识产权’这一术语的德国，为避免人们将知识产权与有形财产混淆，在20世纪初反倒不大使用“知识产权”，而更多地使用“无形产权”这一概念[①]。但自1967年成立世界知识产权组织公约诞生后，‘知识产权’就逐渐成为国际上通行的法律术语。现在，‘知识产权’说在世界上普遍获得承认。

在我国，‘知识产权’是个舶来品。1986年《中华人民共和国民法通则》（下文简称民法通则）颁布以前，我国法学界长期使用‘智力成果权’的说法。英文Intellectual Property也被翻译成‘智力成果’、‘精神财产’、‘知识成果财产权’等。民法通则颁行后，尤其是随着知识产权法制建设的发展，“知识产权”作为一个专门术语开始为人们普遍接受。[②]

一、知识产权的涵义

关于知识产权的概念，各国认识不尽相同，国内学者的观点也不一而足。不少人认为：“知识产权是基于智力的创造性活动所产生的权利”[③]，或‘知识产权是指法律赋予智力成果完成人对其特定的创造性智力成果在一定期限内

① 参看Geller：《国际版权的法律与实践》，旧金山Matthen Bender出版社，1996年版，瑞士篇。

② 我国台湾省则至今仍使用“智慧财产权”的提法。

③ 《中国大百科全书·法学》，北京，中国大百科全书出版社，1984年版，第751页。

享有的专有权利”[①],等等。

这种定义的实质是将智力成果权直接置换为知识产权，它存在两方面的不足：一方面有混淆智力成果权与知识产权之虞，因为智力活动直接产生的并不是法律上的某项权利，而只是某种智力成果，而且并非所有的智力成果都能作为知识产权的客体受到法律保护，能够作为知识产权客体的只是智力劳动成果的一部分，即使是纳入知识产权客体的某项智力成果，也必须由国家主管机关依法确认才能赋予其创造者某种知识产权；另一方面该概念的外延不够大，因为它未涉及知识产权中重要的客体——工商业标志。

一般地说,知识产权是指在科学、技术、文化、艺术、工商等领域内,创造性智力成果的完成人或工商业经营活动中工商标志所有人依法享有的专有权利。

二、知识产权的范围

知识产权的范围有广义与狭义之分。

按照一些学者的观点，知识产权等同于智力成果权，那么一切人类智力劳动成果都可以列入知识产权的范围。这堪称最广义的“知识产权”，也是成立世界知识产权组织公约第 2章第 8条所划定的范围。即知识产权包括：①关于文学艺术和科学作品的权利；②关于表演艺术家的演出、录音和广播的权利；③关于在人类一切领域内的发明的权利；④关于科学发现的权利；⑤关于工业品外观设计的权利；⑥关于商标、服务商标、厂商名称和标记的权利；⑦关于反不正当竞争的权利；⑧在工业、科学、文化或艺术领域内其他一切来自智力活动的权利。

上述第①项属于著作权,第②项属于著作邻接权,第③～⑦项属于工业产权。根据公约的上述规定，知识产权涉及人类一切智力创造成果，这就将知识产权概念的外延无限制地扩大了。实际上，没有哪一个国家将所有智力成果纳入知识产权的范围。

对公约划定的上述范围，分歧在于“科学发现”是否应包含在内。肯定方认为“发现”无可争议地是智力活动,应享有知识产权有关权利,何况我国民法通则已有明确规定。更多的人则认为将科学发现视为知识产权不大合适，因为科学发现作为对物质世界中尚未认识的现象、性质或规律的能够证明的认识，其本身不能予以直接应用，不具有财产性质，人们承认发现人的人身权利及获取奖励的权利，并非赋予智力成果专有使用权，而知识产权具有专有财产权的性质，迄今任何一个国家的法律或国际条约均未授予科学发现以财产权利。

①黄勤南：《新编知识产权法教程》，中国政法大学出版社,1995年版,第 1页。

如果不从最广义的角度认识，知识产权的范围可按《关贸总协定与贸易有关的知识产权协议》(下文简称 Trips)第一部分第 1 条的规定划分，其范围是：①著作权与邻接权；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(拓扑图)权；⑦未公开信息专有权。①

1992 年国际保护工业产权协会(AIPPI) 东京大会对知识产权也从广义上作了划分。即知识产权包括“创作性成果权利”和“识别性标记权利”两类。前者分为发明专利权、植物新品种权、集成电路权、Know how 权、工业品外观设计权、著作权、软件权。后者分商标权、商号权、其他与制止不正当竞争的识别性标记权。这种分类的意义是非常明显的，但联系到前面关于知识产权的概念界定，需要明确识别性标记中“商标”、“商号”、“原产地名称”如何体现知识产权意义下的“创造性劳动”？为何应划入知识产权的范围？其关键在于，经营者在选定并使用了某种特定标识后，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，使有关标记在市场上建立一定的信誉或商誉，这体现了一定程度的创造性劳动；而最根本的则是，经营者通过自己的经营方式，保证所提供的商品或服务的质量，从而使自己的商标、商号具有稳定的、不断上升的价值。②

以上是对广义知识产权的讨论。从狭义的或传统的角度看，知识产权包括工业产权与著作权两类。

工业产权(Industrial Property)指工业、农业、商业、林业、建筑业及其他产业中具有实用经济意义的一种无形财产权。这里的“工业”不限于狭义的制造业，而涉及广泛的产业领域，故而有人称之为“产业产权”。工业产权中的“产权”(Property)一词的英文含义指财产，这一概念的原义即指工业财产，但它不是指动产、不动产之类的财产，而是指发明、商标及其他商业标记等，这些客体依法被赋予相应的与财产权类似的专有权，故而称“工业产权”。一般认为，工业产权中必须包括专利权与商标权，至于其中作为智力创造成果而依法成为专有权的制止不正当竞争权，主要是针对专利权中保护不到的 Know – how 权以及商标权中难以包含的禁止假冒他人产品的权利。

按《保护工业产权巴黎公约》(下称巴黎公约）的规定，工业产权的保护客体有发明、实用新型、工业品外观设计、商标、服务标记、厂商名称(商号)、产地

① 第 7 项主要是指商业秘密权，包括 Know how 即中译“技术秘密”、“专有技术”或“技术决窍”。本书统一用“技术秘密”译名。在当代，技术秘密转让活动十分频繁，而且它往往与专利技术贸易联系在一起。以前有关知识产权国际条约或国内法均将其排斥在知识产权保护范围外，后逐渐认识到，商业秘密属于一种特殊的知识产权。 Trips 的这一规定实际上是对此作了肯定回答。

② 参看郑成思著《知识产权法》，北京，法律出版社，1997 年，第 7～8 页。

识别标记(货源标记和原产地名称),以及制止不正当竞争。当代国际贸易实践表明,禁止不正当竞争,保护正当的知识产权贸易活动,在知识产权国际贸易领域显得更为重要。制止不正当竞争列入工业产权范畴，有其相当合理之处。不过，这方面至今也存在一些争议。

著作权(Copyright)又称版权,是关于文学、艺术和科学作品的创作者和传播者所享有的专有权利。当然这是从广义的角度来说的，即广义的著作权包括作者权和邻接权(传播者权),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。狭义的著作权指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。

总的说来,传统的知识产权主要包括专利权、商标权与著作权,这是各国无论在理论上还是实践中都达成共识的，也是世界各国知识产权普遍保护的范围。这三大类也确实是知识产权的核心内容，故也是本书研究的重点。

三、与知识产权密切相关的几个概念

与知识产权密切相关的概念除前面提到过的‘智力成果权’外,还有无形财产权、工业版权、信息产权和商品化权。

(一)知识产权与无形财产权

法律所要保护的财产分为有形财产与无形财产。有形财产包括动产与不动产,是财产所有权的客体。一般认为,知识产权属于无形财产范畴。成立世界知识产权组织公约缔结之前,西方有些国家甚至以‘无形财产权’来概括有关智力创造性成果的专有权。但是,如果不从狭义的角度看,无形财产权并不完全等同于知识产权。为便于理解,这里先对无形财产(权)有关问题加以阐述。

“无形财产”的概念是由美国经济学家托尔斯·本德(1857～1929)在19世纪末首先提出的。它一般被认为是不具有实务形态，而具有某种权利和技术知识、信息、工艺等生产经营要素,能够带来长期经济效益的特殊性资产。无形财产与有形财产一样,是劳动的产物,具有价值和使用价值。但无形财产的价值量不取决于生产它的社会必要劳动时间,而取决于其转化的社会效益、经济效益或是被人们实际利用的程度。广义上的无形财产包括专利、商标、著作权、工业品外观设计、厂商名称、服务标记、产地识别标记、商业秘密、专营权、特许权、代理权、场地使用权等。有人认为甚至包括以股票为核心,包括债券及其他有价证券、商业票据在内的债券和票据。不过,从法律意义上讲,无形财产大致分为以下几类：

(1)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。这类权利保护的对象是人们智力活动创造的成果,这类成果要获得法律保护往往应具备一定程度的创造性。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

(2)经营性标记权,包括商标权、商号权、货源标记权、原产地名称权、其他与制止不正当竞争有关的识别性标记权等。这类权利主要作用于工商业活动中，权利客体应具有可识别性，法律保护的基点也在于他人对自己标记的仿冒。

(3)经营性资信权,包括特许专营权、特许交易资格、商誉权等。该权利的保护对象是工商企业所获得的优势与信誉。①

由此可见，知识产权构成了无形财产权的重要组成部分。在英美法系国家,知识产权被称为“无形准动产”;在大陆法系国家,知识产权被称为“以权利为标的的物权”;这些都反映了知识产权作为无形财产权区别于有形财产权的特点。关于知识产权的无形财产权属性，下面还将继续讨论。

(二)知识产权与信息产权

当代社会已进入信息社会，社会信息化成为信息社会的主要标志。信息化社会中,信息本身成为人们不可或缺的财产,在社会生活中的作用越来越重要,这就需要有专门的财产性信息保护法产生,并赋予信息以“信息产权”。

知识产权涉及的财产是无形的知识信息，知识产权可理解为对某些知识和信息所享有的权利。从信息产权的角度看，知识产权可以被包容在信息产权这一更广泛的概念中。以专利而论，各国专利申请中的专利说明书构成了新技术信息的主要内容，专利法保护的“新的技术方案”体现了信息专有权。就商标而言，商标法保护的是指示商品来源的识别性标记。商标作为区别商品经营者或服务提供者不同商品或服务来源的标记，本身成为区别商品或服务的信息,成为市场上重要的直觉信息源。著作权保护的是文学、艺术和科学领域思想的独创性表达,作为保护财产性信息的法律,著作权法被视为知识产权法诸分支的先导和信息保护法的中心。② 日常生活中，人们可以通过报刊、图书、广播电视、电脑网络获得广泛的信息,而这些信息的很大一部分尚处于专有领域，不得任意复制、翻译或出于营利目的而传播。正如有的学者所言，如果彻底分析,知识产权法可以称为信息保护法。③

尽管知识产权长期以来局限于一般的工业产权与著作权的范围，并未延及“信息产权”的保护,从国际上看,只是 Trips 明确将“未披露过的信息专有权”列入知识产权范围,算是在知识产权立法上明确开了先河。但是,随着计算机技术、网络技术的发展,对计算机存储数据、电子数据库保护等的立法已

① 吴汉东主编:《知识产权法》,中国政法大学出版社,1999 年版,第 4 页。
② 中山信弘(张玉瑞译):《多媒体与著作权(一)》,《电子知识产权》,1997 年第 5 期,第 23 页。
③ 中山信弘(张玉瑞译):《多媒体与著作权(一)》,《电子知识产权》,1997 年第 5 期,第 26 页。

经突破了传统的知识产权保护框架，而更接近于对信息产权的保护。① 可以预料，信息技术的蓬勃发展，会使知识产权在信息社会中大大扩展其范围，知识产权法不仅不会在信息化社会中淹没，反而将在推动社会信息化过程中发挥更加重要的作用。

（三）知识产权与工业版权

如前所述，工业产权与著作权的区分是传统知识产权的基本分类。随着巴黎公约和《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（下称伯尔尼公约）分别诞生并被越来越多的国家参加，两者的分野更加明显。就调整功能而言，工业产权以应用在工商领域的智力创造成果和工商业标志为保护对象，是在工商领域可予利用的专有权；而著作权以文学、艺术和科学领域的智力创作成果为保护对象，涉及文化、教育、科学研究等上层建筑领域。两者获得方式亦有所不同。在实践中，它们也是分别由不同部门加以管理的。

现在，科学技术和社会经济的发展已打破了工商业领域与文化领域“泾渭分明”的格局。在理论上，工业产权与著作权保护内容的侧重点彼此不同：前者侧重于对智力创造内容的保护，如专利法侧重于保护实用技术领域的成果，专利权人有权禁止他人未经许可制造、使用、销售其专利产品或使用其专利方法；后者侧重于智力创作成果独创性表达形式，如禁止他人抄袭，复制作品。但是，如果一种智力创造成果既需要在内容上获得保护，又需要在表现形式上获得保护，那么单靠工业产权或版权某一方面进行保护，就难以取得满意的效果。于是“工业版权”的概念应运而生。一些国家为弥补某些工业产品单一工业产权保护或者著作权保护的不足，突破了两者的传统分类，对工业产权与著作权交叉部分形成的“边缘保护成果”赋予一种新的权利——工业版权，吸收了工业产权与著作权适合保护的内容。例如，受保护的对象要求具有专利法中的‘新颖性’和著作权法中的‘独创性’，权利保护期则低于著作权的保护期。

工业版权保护对象主要有集成电路布图设计、工业品外观设计、计算机软件等。

1. 集成电路布图设计（半导体芯片）

集成电路是一种高科技智力成果，对其保护一般都是通过知识产权法来进行的。集成电路知识产权保护对象严格说来不是集成电路本身，而是集成电路的布图设计，即一种体现了集成电路中各种电子元件的配置方式的图形，实质上是半导体芯片上的“掩膜作品”。集成电路布图设计单靠工业产权法或著作权法保护都会存在一些问题，如专利法难以禁止他人的复制行为，而复制行为恰恰是需要控制的，著作权保护不涉及新颖性，则会使一些落伍的集成电

① 1996 年的《欧盟关于数据库保护指令》对无独创性的数据库的保护，即是一例。

路受到保护。美国 1984 年《半导体芯片保护法》首开集成电路布图设计特别工业版权保护的先河。后来，西欧、日本也相继颁布了这方面的法律，其主要内容被《关于集成电路的知识产权条约》trips 所采用。

现在，对于集成电路布图设计受保护的条件已基本达成共识：一是该电路设计具有独创性，而不是仿制他人的；二是该电路设计应具有一定的先进性，即布图设计在创作时，在创作者之间或集成电路生产者之间，不是显而易见的。①

2. 工业品外观设计

工业品外观设计的法律保护始于中世纪佛罗伦萨共和国。巴黎公约把对外观设计的保护作为一项最低要求，推动了外观设计的国际保护。目前多数国家为工业品外观设计提供法律保护，但保护的方式不大相同：有的采用工业产权法，有的采用著作权法，有的采用外观设计和著作权双重法律保护制度。如在德国，工业品外观设计版权法与外观设计注册法并存，对外观设计，当事人可申请专利；当外观设计符合著作权法的要求时，也可以获得著作权法的保护。在意大利，著作权法与外观设计法相互排斥，获得外观设计保护就不能再获得著作权保护，即不能获得重复的权利。

工业品外观设计可以说是推动工业版权立法的第一个动因。关于外观设计工业版权立法，比较典型的是 1968 年英国《外观设计著作权法》。根据该法规定，外观设计可以作为艺术品而自动享有著作权，享有著作权的外观设计一经著作权人同意应用到工业上，其原享有的著作权自动消失，而享有外观设计著作权法提供的、兼有部分专利权内容和著作权内容（分别为新颖性要求、复制权)的工业版权 另外,获得工业版权的外观设计若经权利人申请获得注册，将享有注册外观设计法授予的不超过 15 年的专有权。也就是说，获得注册的外观设计可获双重法律保护，但著作权保护期只有 15 年,并且两者权利内容上有较大区别。应当说，英国的外观设计工业版权保护，对后来各国外观设计立法是有相当影响的。迄今已有一部分国家开始制定外观设计工业版权法。

3. 计算机软件

计算机软件保护是随着软件技术及其产业的发展而提上日程的。计算机软件涉及的知识产权保护问题比较复杂，对计算机软件的工业版权也存在争论。本书将在有关章节对软件知识产权保护问题专题讨论，在此不予赘述。

(四)知识产权与商品化权

商品化权(Merchandising Right)是无形财产领域出现的一种新型权利形态，与知识产权有着十分密切的联系。它至今是个尚未定型的概念，如有人认

①参看冯晓青著《知识产权法学》，中南工业大学出版社，1997年版，第 560页。

为它是著作权人使用其作品的角色印刷于销售的商品上的专有权利；[①] 有人认为它是将能够创造大众需求的语言、名称、题目、标记、人物形象或这些东西的结合用于商品上使用或许可他人使用的权利；[②] 还有的学者将其称为形象权，认为"形象"包括真人的形象、虚构人的形象、人体形象等，这些形象付诸商业性使用的权利，称为形象权。[③] 在现有的商品化权研究中，虚构角色的商品化被讨论得最多，因为在多数情况下，商品化是商业上或生意上的概念，涉及对娱乐传媒中虚构角色的商业利用。[④] 根据世界知识产权组织（WIPO）国际局公布的一份关于角色商品化权的研究报告，角色商品化可定义为：为了满足特定顾客的需求，使顾客基于与角色的亲和力而购进这类商品或要求这类服务，通过虚构角色的创作者或自然人以及一个或多个合法的第三人在不同的商品或服务上加上或次要利用该角色的实质人格特征，如某个人的姓名、肖像、扮演形象、声音等。

在国外，角色商品化权受到保护的案例时有所见。例如德国有两个案子，涉及法国著名连环画中的角色"Asterix"、"Obelix"，法院判决角色的具体构图、风格受到保护；美国联邦法院判决的模仿斯尼迪滑稽剧案，复制"米老鼠"、"唐老鸭"卡通角色案，体现了对角色商品化权的保护；日本东京地方法院 1976 年 5 月 26 日对 SAZAE 案件的判决也同样是对角色的保护。[⑤] 当然，商品化权保护对象不限于虚构角色，它也涉及真人形象。我国有模仿赵本山等名演员的声音和形象进行表演引发的纠纷，即涉及到这方面的问题。

第二节　知识产权的属性与特征

一、知识产权的属性

知识产权的基本属性是"知识财产权"，具体而言，知识产权的属性体现为以下几方面。

（一）知识产权的无形性

知识产权的客体是一种知识形态的劳动产品。无论是智力创造成果还是附载于工商标志的工商业信誉都是"无形"的。这里所说的无形是相对于动产、不动产等的有形而言的，即它不占据空间，无论以何种形式表现出来，其本

① 梅慎实：《试论影视作品中"虚构角色"商品化权之知识产权保护》，《版权参考资料》，1989 年第 6 期，第 44 页。

② 杨素娟、杜颖：《商品化权议》，《河北法学》1998 年第 1 期。

③ 郑成思：《知识产权法》，北京，法律出版社，1997 年版，第 32 页。

④ 有关案例详见朱槟《关于角色的商品化权问题》，《中外法学》1998 年第 1 期。

⑤ 案例详见朱槟《关于角色的商品化权问题》，《中外法学》1998 年第 1 期。

身都是无形的。并且，作为知识产权客体的智力创造成果与工商业信誉在事实上不能被人直接占有或控制，人们对它的占有表现为对某种经验、知识的认识与感受。例如，一项专利权作为无形财产由专利权人行使该权利时，标的可能是制造某种专利产品的制造权，而不是人们所看到的有形的专利产品本身。可以说，“无形”使得知识产权与一切有形财产及对有形财产享有的权利加以区别。

“无形”这一属性使知识产品的使用不发生有形损耗。知识产品一旦公开，就可以同时为许多人所利用，这使得知识产权比有形财产权更容易被他人侵害，故而知识产权的核心在于对权利人控制他人利用其成果的保护。知识产权的权利人也往往只是自己在主张权利的诉讼中才“发现”自己是权利人。有些英美法系国家将知识产权称为‘诉讼中的准物权’,这确实是耐人寻味的。

不过，重视知识产权的无形性并不意味着我们不涉及有形物。实际上，知识产品尽管是无形的，它总要通过一定的客观形式表现出来，即体现为一定的物化载体。如果它没有赖以固定或向人们展示其存在的客观形式，就不会获得法律的承认和保护。知识产权作为一种财产，正是通过人们对其客观形态（表现形式）的利用而表现出来的。也就是说，这种无体财产价值是通过有体财产折射出来的。① 应当注意的是，物化载体本身是有形财产，而不是知识产权，物化载体的转让不视为知识产权的转让，反之亦然。

知识产权的‘无形性’,使知识产权成为无形财产权。大体说来,这种知识形态的特殊财产权利与一般财产权利具有以下区别：

1. 权利客体不同

知识产权客体没有形体，不占据空间，难于实际控制，使用也不带来自然损耗，可以在无限制的范围内利用。

2. 权利取得方式不同

一般财产所有权依一定的法律事实而取得，是基于对财产的占有而产生的，知识产权的取得则具有法定性。

3. 权利行使方式不同

一般财产所有权的行使表现在对有形物的占有、使用、收益和处分上。知识产权权利的行使则表现为转让、使用、许可使用以及禁止他人擅自利用其专有权,在知识产权的行使上,权利人“一女二嫁”“货许三家”都是可能的。

4. 权利侵害内容上不同

对一般财产所有权的侵害通常表现为非法占有或者毁损某项财物，而对知识产权的侵害往往表现为剽窃或者假冒。

① 参看刘春田主编《知识产权法》,中国人民大学出版社 1995 年版,第 5 页。

（二）民事权利性、私权性

民事权利是民事主体实现其特定利益并排除他人妨害的力量，涉及人格、名誉、尊严、财产等方面。尽管与民事权利中的债权、物权制度经历了上千年的历程相比，知识产权制度只有短短的几百年历史，而且它具有许多不同于物权、债权的自身特点，但知识产权反映了知识产品创造者的人格和财产利益等，属于民事权利范畴。因此，在原则上，要用民法的基本原理、精神和理论、概念去认识知识产权，使其立足于民法制度，同时又考察其自身的特殊的质的规定性和运动规律。

尽管同属民事权利，知识产权与一般民事权利存在的一系列特殊之处，则是不容忽视的。例如，知识产权制度的特殊性，决定了民法中许多通行的原则在知识产权中并非是‘顺理成章’的，反过来，在知识产权中广泛存在的人身权的死后延续性、财产权有限期转让、权利客体与权利的分离等，在民法中都是行不通的。知识产权的客体是无形财产，无形财产的特性导致不同于民法中财产权的一系列法律后果，民法中财产关系的一般原则并不能解决知识产权领域的特殊问题。虽然知识产权的内容也包括人身权和财产权，但这些权利在行使、保护、利用上都有其特别之处。正因为如此，世界各国一般没有将知识产权法完全融入民法中，有关知识产权的立法都以单独立法的形式加以规范，即使是德国、法国这样典型的‘民法国家’，也在其民法典中找不到知识产权的影子，明文把‘知识产权’写进民法典的国家可谓屈指可数。

根据知识产权和一般民事权利的关系，总体上，可以把知识产权法与民法看成是特别法与普通法的关系。我们应处理好知识产权与民事权利的共性和其自身个性的关系，使之置于民事权利体系中。

从另一个角度看，知识产权具有“私权性”，不能忽视知识产权私权的本质。Trips 在其前言部分充分肯定有效保护知识产权的必要性时，同时也要求其成员承认知识产权是‘私权’。

私权是与公权相对而言的，可被理解为属于具体的、特定的私人的权利，属于传统意义上的民事权利。私权与公权的重要区别是，前者强调权利者的意思自治，后者强调国家的管理。我国建国以来有相当长的一段时间不承认知识产权为私权，甚至批判‘知识私有’，理由是创造成果或创作成果应由每一个社会成员共同享有、无偿使用。这是受当时极左的“公共产品”的影响造成的。从知识产权的历史演进看，知识产权首先作为封建社会的地方官吏、封建君主、封建国家授予的一种特权，在 18 世纪末是作为垄断权出现的，并被确认为一种民事权利；进入资本主义社会，特权终于以国家法律的形式制度化了，知识产权演变为依法产生的‘法权’，仍是一种私权，国家对专利申请、商标注册申请的授权行为、审查行为、注册行为，实际上是对民事主体民事权利合法

需要全本请访问 www.ertongbook.com

性、真实性的一种审查,或者是一种公示、公信 剄了现代市场经济社会,界定知识产权的私权性显得尤为重要,因为市场经济是具有高度市场化、商品化的经济形态,一刻也离不开市场交易,而这种交易有一个前提"从法律上看,这种交换的惟一前提是任何人对自己产品的所有权和自由支配权",① 只有确立知识产品所有人的主体产权,才能建立起有序的产品交易、分配市场。将知识产品界定为公共产品,必将严重阻碍知识产品市场的形成,因为公共产品具有的非对抗性和非排他性,是排斥市场的。

认识知识产权的私权本质,对于我国知识产权制度的有效执行,特别是防止行政主管部门利用行政权干预公民知识产权的行使,具有重要意义。在修改完善我国知识产权法的过程中,也应重视知识产权的私权性,避免将计划经济体制下形成的某些不合理的东西合法化。

(三)知识产权具有法定性

知识产权是智力成果的权利化和法律化。知识产权的法定性要求知识产权的种类、内容均由法律直接规定,当事人不得自由创立 知识产权的取得要经过专门的法律直接确认,且大多要经过一定手续。人类智力成果的范围十分广泛,并非所有的智力成果都要获得知识产权保护,世界上没有任何一个国家的法律保护一切形式的智力成果,能够获得知识产权保护的只是其中符合法律要求、具有创造性和单一性的部分。而且,法律"只是表明和记载经济关系的要求而已',②,对具有创造性的智力成果能否授予知识产权,还要取决于当时的社会经济条件和国家的政策。

一般地说,智力成果能否取得某种知识产权须同时满足以下三个条件:

(1)有某种知识产权专门法律关于此种知识产权的直接而具体的规定;

(2智力成果要列入某种知识产权专门法律的保护范围;

(3)要按照法定的条件和程序,依法履行某种手续。

知识产权法定性要求知识产权需要由有关机关依法授予或确定,这主要是由于知识产权客体的非物质性所决定的。知识产品获得保护的一般前提是公开知识产品,而知识产品一旦公开,其权利人就很难加以控制,其所有人不能像对有形财产一样占有并行使权利,而必须获得法律的特别保护,即由主管机关授予专有权。

知识产权的法定性在各国知识产权立法中都有规定,这既与知识产权客体的特殊性质有关,也与知识产权制度设立的目的——通过给予特定的私权保护,实现知识产品的社会价值有关。

① 《马克思恩格斯选集》第 46卷上,第 454 页。

② 《马克思恩格斯全集》第 4卷,第 122 页。

（四）知识产权具有人身权与财产权的融合性

知识产权具有人身权和财产权的融合性，即在理论上所称的“两权一体性”，这是其他民事权利不具备的一大属性。正是基于此，知识产权才独立于民事权利中的人身权利或财产权利而成为一种独立的民事权利类型。

知识产权中这种“两权一体性”来源于知识产品的人格与财产的融合性。一方面，知识产权包括人身方面的权利。智力成果的诞生是人脑高级思维的结果，无不反映了创造者的素质、知识结构、修养水平与智慧，智力成果创造者的身份是任何人都不能够代替的。我国有关知识产权立法明确规定了这种权利，并规定这种权利为智力创造者所专有，不得转让与继承。根据我国民法通则对知识产权概念外延的界定，我国的知识产权立法主要是建立在智力成果是精神财富而不是建立在“无形财产权”的基础上，人身权利方面的内容在我国知识产权中处于相对重要的地位。知识产权可以包括人身权，这也是与一般财产所有权的重要区别之一。

另一方面，知识产权包括财产权利，知识产权的“无形财产权性质”实际上道出了这一点。智力成果具有商品属性，可以作为商品进行交换，而且作为商品流通后，能产生巨大的效益，给权利人带来财富。因此，绝大多数国家法律都承认知识产权是一种财产权，与知识产权的人身权不同，其财产权可以转让和继承。

不过，上述“两权一体性”并不意味着任何类型的知识产权均由人身权和财产权两部分组成，而是指在知识产权中人身权与财产权具有融合性，例如，某人对其知识产品的人格利益实施支配时，呈现为人身权，而对该知识产品的财产利益进行支配时，会形成财产权，二者可以合一。在知识产权诸权项中，专利中的人身权是很有限的，一般针对发明人对其发明享有的署名权，商标权中的人身权则更有限。严格地讲，只有著作权中高度实现了人身权与财产权的融合。

（五）知识产权的社会性

知识产权的社会性体现在知识产权的产生、归属、权利享有与行使等方面。

作为知识产权客体的知识产品的诞生在一定的意义上是社会智力积累的延续和发展，每一项成果的诞生都包含了无数人的努力。知识产品进入市场流通后又成为促进社会发展与文明进步的重要因素，为后续智力成果的产生创造了条件。正因如此，我们在视知识产品为个人财富的同时也视之为社会财富。

从知识产权的归属看，知识产权法依据法定性原则兼顾了知识产品生产过程中有关当事人的利益。如关于职务发明、职务作品权利之界定，就是典型

的例子。

再从知识产权主体的权利享有与行使方面看，尽管知识产权被赋予一种专有独占权，但这种权利不是绝对的和无限的。知识产权的目的在于激励、促进新成果的诞生并使其被社会广泛使用，以促进社会的进步。为此，强调保护知识产权人的利益是必要的，但这种强调应以不妨碍知识产品的广泛传播和使用为限。可以说，在知识产权所有人、使用人、社会公众之间达成某种利益平衡，始终是各国知识产权立法的主旋律之一。① 知识产权在历史发展的长河中，也一直在谋求知识产权私权与社会公众利益的平衡，只不过在长期的知识产权法治工作中，人们更多地强调知识产权权利人的权益。随着“私权公法化”，特别是知识经济的到来，在知识产权保护天平上增加一些社会公众利益的砝码是很有必要的。

二、知识产权的特征

知识产权的特征主要包括专有性、地域性、时间性，即通常所说的知识产权的‘三性’特征。

(一)知识产权的专有性

知识产权的专有性也称独占性、排他性或垄断性，是指知识产权专为权利人所享有，非经法律特别规定或权利人同意，任何人不得占有、使用和处分。知识产品的商品属性和社会属性决定了它总是要进入市场流通的，而它的无形性又决定了所有人很难对其传播进行直接控制。因此，法律要给知识产权以特殊保护，授予知识产权所有人以专有权。

具体而言，知识产权的专有性主要表现在(1)权利人依法可以独占其知识产权。如专利权人对其发明创造的专有实施权，商标权人对其注册商标在指定的商品上的专用权等。(2)知识产权的使用必须置于知识产权所有人的直接控制下，任何人未经其许可或法律特殊规定不得行使其知识产权。(3)一项知识产品只能赋予一个专有权，不能同时具备两个或两个以上的专有权。例如，两人分别作出同样的发明，无论是依据先申请原则还是先发明原则，专利权只能授予其中的一人。(4)每一项知识产权只能授予一次专有权。当然，知识产权的专有性并不排除同一智力成果知识产权共有的存在。

知识产权的专有性，使得受法律保护的知识产品亦具有独一无二性。我们知道，人类不断生产着的知识产品除了可以被大量复制，还可以同时为多人利用。因此，法律并无必要鼓励人们去重复生产同一知识产品，而只能对特定的知识产品提供一次所谓‘初始性’保护,知识产品的复制件被排除在外。

关于知识产权的专有性，还应明确：

①后面将要讨论的知识产权诸权利限制、权利有效期的规定，实际上体现了这一思想。

(1)专有性是专有领域的知识产权与公有领域的知识产品相区别的一个重要特征。

(2)专有性在各类知识产权的内容和表现形式上并不一致。如专利权人的专有性体现为对发明创造的独占实施权，著作权的专有性体现在对作品通过复制、发行、表演、播放、演绎、展览等形式独占使用的权利，而商标权的专有性表现为商标专用权以及排除他人擅自使用的禁止权。并且，在专有权利的“行”与“禁”方面，商标权不同于专利权与著作权，即两者的效力范围不大一致。

(3)在有些情况下，知识产权的专有性可能会出现“暂时”丧失。例如，专利权被错误地宣告为无效，后来得到纠正，那么在纠正之前的一段，专利权暂时丧失，即暂时进入公有领域。

(二)知识产权的地域性

知识产权的地域性指根据一国（地区）法律取得的知识产权，原则上只在该国(地区)范围内发生法律效力，而不能当然地延及其他国家(地区)。知识产权的地域性特征可以追溯到知识产权“特许权时代”。早期的特许权作为君主的恩赐，只能在君主或国家权力管辖地域内有效。进入资本主义社会后，尽管特许权变成了法定的精神产权，知识产权地域性特点却被保留了下来。

知识产权地域性的特点首先是由国家主权原则决定的，一般情况下，任何国家都不会承认根据别国法律取得的知识产权，即不承认外国知识产权法的适用。其次，这也在于知识产权极易传播，利用它可以获得巨大经济效益的特殊性能以及知识产权需要由法律直接确认的特点。

为了减少知识产权地域性给国际交往带来的不便，100多年以来，在国际公法领域缔结了很多知识产权双边协定或国际公约，这在某种程度上扩大了知识产权的地域范围。不过，知识产权国际保护并未突破知识产权法律保护的地域限制，因为对同一知识产权，各国的保护是相互独立的，任何国家对外国知识产品的知识产权保护，都是根据本国法而非外国知识产品所有人所属国法。世界上尚没有一个国家承认知识产权的域外效力。也正是因为存在着地域性，才会存在知识产权双边保护中的互惠原则、多边保护中的国民待遇原则、最低限度保护原则和独立保护原则。这些原则与地域性并不矛盾。例如，依国民待遇原则，一国授予的知识产权依照国际公约的规定可能发生域外效力，但是是否授予、怎样保护这种权利，仍由各缔约国的国内法决定。①

①有人认为，与工业产权相比，著作权的地域性几乎不存在，因为在多数国家著作权是自动产生的，在一国享有著作权的作品，在其他公约成员国也应承认享有著作权。实际上这是一种误解。早在100多年前，法国、比利时等国就提出过否定著作权地域性的观点。

现在,随着国际经济一体化进程的加快,有些国家,如西欧、法语非洲国家,通过地区性国际公约使各国知识产权具有跨区域的效力,这确实突破了知识产权的地区性。但就全球范围而言，知识产权的地域性仍是相当严格的。

(三)知识产权的时间性

知识产权的时间性指知识产权只在法定的期限内受法律保护，权利人享有的专有权利有时间限制。也就是说,在法律规定的有效期内,权利人可以享有独占权,有效期届满后,知识产权将自行消失,相关的知识产品进入公有领域,成为社会的共同财富,可以自由使用。

规定知识产权时效范围是各国知识产权立法的通例，是世界各国为鼓励知识产品公开、促进科学技术和文化事业的发展,调整社会整体利益和知识产品创造者或单位利益的一种制度。知识产权的时间性是由知识产权的社会属性决定的。一方面,知识产权所有人对其知识产品享有专有权;另一方面,这种精神成果又不宜长期为其独占,社会对知识产品也有合法的需求,对知识产权进行时间限制反映了建立知识产权制度的社会需要，体现了法律的公平精神，它是协调知识产权专有性与社会性之间矛盾的一种重要手段。

知识产权时间性也是知识产权与有形财产权区别的一个特征。因为所有权是不受时间限制的,只要权利客体存在,权利即受到法律保护。即使是根据取得时效或消灭时效产生的法律后果也只涉及财产权主体的变更，财产作为权利客体本身并不会产生变化。

由于各类知识产权的性质、特征及权利利用方式不同，知识产权中专利权、商标权、著作权的保护期也不相同。专利保护期侧重于发明创造的技术寿命,商标权保护期在期满后可以续展,旨在维护产业秩序的稳定。著作权中人身权的保护一般无期限限制,财产权的保护期则有一定期限,但比专利保护期明显要长。

第三节　知识产权的理论依据及制度价值

一、知识产权的理论依据

知识产权是知识财产关系在法律上的反映，其本身也构成财产的一部分，成为所有权或债权的客体。在当代,智力劳动的创造物之所以被称为“知识财产”,在于它与各种信息有关,是负载一定的信息的信号集合体,人们将这些信息与有形载体相结合,并同时在不同地方进行大量复制,能产生巨大的社会效益和经济效益。不过,知识财产并不是指上述复制品,而是体现在复制品所反映出的信息之中。这种信息具有完全不同于有体物的特点。

知识产权以知识产品为客体，在实质上是人类智力创造性劳动成果的法

律化和权利化，智力成果是知识产权的保护对象。人类把智力成果和工商业信誉当成一项财产,并给予法律保护,是社会生产力和商品经济发展到一定阶段的产物。研究知识产权的产生依据，首先必须全面认识知识产品的基本属性。

知识产品,是指人们通过创造性的脑力劳动在科学、技术、文化等精神领域创造的产品。它是一种非物质化的知识形态的劳动产品，表现为科技发明创造成果、工商业标志、文学艺术作品等。它具有以下特点：

(1) 是脑力劳动的产物。人类基本的实践活动是生产活动，包括物质领域的生产和精神领域的生产两大部分，其中精神领域的生产即智力劳动是人类社会发展和进步的条件。智力劳动创造出的智力成果和物质产品一样，都是人类社会的宝贵财富。保护智力成果的法律正是从这一本质特点出发，作出有别于物质财富的法律制度的特殊规定的。

(2) 非物质性。这是知识产品区别于其他有形财产所有权客体的主要特征。智力成果是脑力劳动创造的非物质性的知识形态的产品，它不具有实物形态产品的属性和特点，人们对它的占有表现为认识和利用。但智力成果这种无形的东西大多有一定的表现形式,它可以体现于一定的物质载体上,并通过载体为人们所感知和认识。这就是所谓智力成果的‘物化”。这种表现形式也正是对其给予法律保护的条件之一。但应当注意，以物质形式表现出来的智力成果并不是物质载体本身 反过来,作为智力成果表现形式的载体,也不是智力成果。智力成果仍然是一种无形财产，属于精神范畴。法律有意识地在智力成果和其载体之间作了严格划分。

(3)使用的非损耗性。知识产品与有形财产不同，其使用不具有有形损耗性。与有形实物消费导致其本身消灭的情形不同，知识产品的使用不会发生消灭知识产品的事实处分，而且其转让也没有有形交付的法律处分。人们完全可能处分自己并未实际占有的、属于他人的知识产品。

(4)创造性。作为知识产权客体的知识产品是一种创造性成果，它是智力劳动者创造性思维的结果，而不是对已有知识产权的简单复制、抄袭或拼凑，而应当有所进步，有所创新。创造性通常是知识产品取得知识产权的前提条件,这是其他民事权利所不要求具备的。不过,不同的知识产品创造性程度和要求不同,比较而言,专利发明创造性要求最高,著作权作品通常要求是作者独创性劳动的结晶,商标所要求的创造性则是具有显著性,易于区别。应当指出,正是由于创造性的存在,才使知识产品中蕴含的脑力劳动具有价值。

(5)公开性。这也是知识产品与有形财产相比的不同之处。有形财产所有人无义务将其财产公开。智力成果向社会公开,使之为社会公众所感知、了解和掌握,这通常是智力成果创造者取得专有权的先决条件,也是依法确定专

需要全本请访问 www.ertongbook.com