第一章　知识产权法的演进与发展

第一节　知识产权法的历史演进

民事权利的保护历史可以追溯到非常遥远的年代，物权、债权、继承权等传统民商法制度都可以在古罗马法中找到它的雏形，此所谓“言必称罗马”。但知识产权法却是在物权法、债权法及亲属法等传统民法已初具规模时，才渐露峥嵘。威尼斯于 1474 年制定的世界上第一部专利法，英国于 1709 年制定的第一部著作权法，法国于 1857 年制定的第一部成文商标法，是具有近代意义的知识产权制度的开端。掐指算来，知识产权法的成长历程不过短短数百年，却已成为当今法律体系中极为重要的一支。了解知识产权法的历史，有助于认识知识产权法的现在，展望知识产权法的未来。

一、知识产权法的起源

知识产权法肇始于专利法，其后著作权法、商标法渐次诞生，促进并形成了知识产权法的体系。如今知识产权法包罗万象，蔚然壮观，但循其根源，无不脱胎于上述三法。因此，此处仅以专利法、商标法与著作权法为其代表，讨论知识产权法之起源。

(一)专利法的起源

汉语“专利”一词在我国最早见于《国语》。西周大夫芮良夫提出：“匹夫专利，犹为之盗，王而行之，其归鲜矣。”这里所说的“专利”指的是通过垄断而牟取暴利的一种行为。[1] 但专利法的上“专利”一词来自于英文 patent 之意译，而 patent 又来自于拉丁文 patens，它的意思是“敞开”。可见，“专利”蕴含着公开的意思。在 14 世纪，英国国王常向引进新技术的外国技工授予垄断权利，给予保护，使他们能在英国经营，并将技术传授给英国工人。垄断权利一般为 14 年，以便使权利人能建立起企业，并培训英国的工人使用该技术。这种垄断权利是以颁发一种称为 patent 的证书形式授予的。[2] 后来，patent 的

[1] 参见刘春田主编：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 1995 年第 1 版，第 139 页。

[2] 参见汤宗舜著：《专利法教程》，法律出版社 2003 年 3 月第 1 版，第 7 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

含义就发展为现代意义上的“专利”。

1474 年 3 月 19 日，威尼斯颁布了世界上第一部专利法，该法称：“本议会兹规定：任何人在本城市制造了以前未曾制造过的、新而精巧的机械装置者，一俟改进趋于完善以便能够使用和操作，即应向市政机关登记。本城其他任何人在 10 年内没有得到发明人的许可，不得制造与该装置相同或相似的产品。如有任何人制造者，上述发明人有权在本城市任何机关告发，该机关可以命令侵权者赔偿 100 金币，并将该装置立即销毁。”[1] 威尼斯专利法包含了现代专利法的些基本因素，是专利制度发展史上的里程碑。

但在历史上，最早授予专利权的记录是在 1331 年授予一个想在英格兰开展生意的佛兰德织布工人（flemish weaver）的专利权。但当时被授予的专利权通常大多是为了鼓励贸易，而不是鼓励发明。在多数情形下，专利权的授予被当作王室的一种控制商业的手段，到伊丽莎白一世统治末期，这种制度被大量滥用。[2] 王室利用欺骗性的虚假申请，对侍臣、宠臣进行封赏，或者为了增加王室收人，甚至油盐酱醋和淀粉也都作为授予垄断权的对象。这种情况引起了国民的严重不满，导致英国议会于 1623 年制定了《垄断法规》（Statute of Monopolies）以废除英王已经授予的所有垄断权，而且禁止国王今后再授予这种垄断权，但是作为例外，准许国王对新产品的真正第一个发明人授予垄断权。[3] 可见，在早期，专利权是英国国王授予的特权。英国《垄断法规》是专利法发展史上的第二个里程碑，标志着现代专利制度步人发展阶段。

1787 年美国宪法第 1 条第 8 款规定：“国会有权……使作者和发明者在一定期限内就其著作和发明分别享有独占的权利，以促进科学和有用技术的进步。”据此，美国于 1790 年制定了专利法。法国在资产阶级革命以后，于 1791 年颁布了第一部专利法。进入 19 世纪后，荷兰于 1809 年、奥地利于 1810 年、普鲁士于 1815 年、瑞典于 1819 年、西班牙于 1826 年、智利于 1840 年、巴西于 1859 年、印度于 1859 年、阿根廷于 1864 年、加拿大于 1869 年、德国于 1877 年、日本于 1885 年相继制定和颁布了专利法。到 1900 年，世界上已有 40

[1] 参见斯蒂芬·P·拉达斯著：《专利商标和有关权利》（英文版），美国哈佛大学出版社 1975 年第 1 卷，第 6～7 页。转引自汤宗舜著：《专利法教程》，法律出版社 2003 年 3 月第 1 版，第 7 页。

[2] （英）蒂娜·哈特、琳达·法赞尼著：《知识产权法》（英文版），法律出版社 2003 年 1 月第 1 版，第 7 页。

[3] 参见斯蒂芬·P·拉达斯著：《专利商标和有关权利》（英文版），美国哈佛大学出版社 1975 年第 1 卷，第 6 页。转引自汤宗舜著：《专利法教程》，法律出版社 2003 年 3 月第 1 版，第 8 页。

多个国家建立了专利制度。到 1973 年，有专利法的国家增加到 120 个 1983 年，据世界知识产权组织（WIPO）统计，全世界有专利法的国家已达到 140 个之多。可以说，专利法的种子撒遍了全世界。

（二）商标法的起源

商标使用的史实可追溯到人类有交易生活开始，这可以从古代商人使用图记、人物、花卉作为商品牌号以相互甄别的事实加以窥探。在西方，自古希腊和古罗马时期商品就以不同的方式予以标识。西班牙的游牧部落把烙印打在自己的牲畜上，以区别其属于不同的主人。在中国，东周时期便出现了“杜康”作为酒的标志；东汉铁器上铸有“川”字作为产品标志；在南北朝后期的北周的文物中，就有以陶器工匠“郭彦”署名的粗制陶器标记。但将一定标识用在商品包装上，有目的地使消费者认明商品来源，不仅有文字记载，而且有实物流传至今的，可能是宋代山东“济南刘家功夫针铺”的“白兔”牌记。当此之时，虽尚无商标之概念，却已隐含商标之本意。

而具有现代意义的商标则起源于中世纪的欧洲国家。当时，同业组织或营业团体所使用的标记具有表彰商品及责任保障的作用，时日即久，商标信誉随之建立，仿冒盗用在所难免。在未有商标制度加以管理之前，惟有赖于道德规范、舆论制裁或以诈欺罪论处，这也可谓商标受法律保护的开端。至于商标保护之实际案例则迟至 17 世纪才出现，即英国法院于 1618 年受理的 Southern v. How 一案。该案乃有关冒用他人享有盛誉的布商标记于其制造之劣质布料之上，以图鱼目混珠。法国亦于 1678 年 5 月 20 日即有 Parlenment d'Aix 受理“ORVIETON”商标权保护之案例。[1]

关于商标保护之最早有法律条文根据者，似为法国 1793 年之法令。法国大革命以后，复于 1803 年 4 月 12 日制定《关于工厂、制造场和作坊的法律》，其第 16 条规定，无法律上之原因而使用他人之商标者，应负损害赔偿及刑事责任。但真正有关商标权保护的立法则以法国 1857 年 6 月 23 日之法律为先驱，即《关于以使用原则和不审查原则为内容的制造标记和商标的法律》，此项法律有效适用至 1964 年 12 月 31 日公布新商标法为止。

其后，英国于 1862 年颁布了《商品标记法》，1885 年又颁布了《商标注册法》。意大利、美国、德国及罗马尼亚亦相继于 1868 年、1870 年、1874 年以及 1879 年制定了商标法。日本于明治十七年（1884 年）也颁布了《商标条例》。

[1] （中国台湾）曾陈明汝著：《商标法原理》，中国人民大学出版社 2003 年 3 月第 1 版，第 4 页。

（三）著作权法的起源

在国际著作权发展史上，著作权概念的形成是与印刷术的发明联系的，因而著作权法被称作“印刷出版之子”。印刷术在世界上最早为中国所使用，并被称为中国古代四大发明之一。早在隋唐时期，雕版印刷术就已出现，宋代毕昇改进雕版印刷术，发明了活字印刷术，大规模的图书印刷活动因而成为可能。与此相适应，唐宋时期，著作权保护的思想已露端倪。《旧唐书·文宗纪》记载唐朝中央政府授权司天台享有印刷日历专有出版权。[1]宋代刻书家的刻书牌记上记有书铺名称、作者、刻工姓名、核勘名氏、出版年代，已类似今天的版权页了。南宋时期，四川眉山是我国刻版印书中心。《眉山县志》记载，“眉山士子 50 余种 1000 卷作品先后镌版印行全国。程舍人宅是当时名声最大的家刻书铺。该书铺刻印的《东都事略》目录页上印有“已申上司不许复板”的声明。可见，著作权保护的观念在我国有近千年的历史。[2]

随着造纸术和印刷术的西传，保护印刷商和翻印专有权的必要性，很快在欧洲显现出来。15 世纪末，威尼斯共和国授予印刷商冯·施贝叶（J. von Speyer）在威尼斯印刷出版的专有权，有效期 5 年。这被认为是西方第一个由统治政权颁发的、保护翻印之权的特许令。在此之后，罗马教皇于 1501 年，法国国王于 1507 年，英国国王于 1534 年都曾为印刷出版商颁发过禁止他人随便翻印其书籍的特许令。[3] 但这些特许权都是为保护印刷商而颁发的，与现代意义上的保护作者的著作权还不能等量齐观。1581 年，德国艺术家杜勒获得了纽伦堡地方仲裁院关于保护其艺术品不被复制的禁令。[4] 这才与今天的著作权保护有了相似之处。

从 17 世纪末起，英国掀起了一场轰轰烈烈的主张印刷自由和促进著作权的舆论运动，在与维护印刷商和书商利益并有查禁书面作品之特权的强大行会“伦敦书籍印刷出版经销同业行会”的激烈较量下，世界上第一部著作权法——英国《安娜法令》终于在 1709 年产生。[5] 该法的名称只是后人为了简便而冠之以当时在位的英国女王安娜之名，其原名为“为鼓励知识创作而授予作

[1] 《旧唐书·文宗纪》之“太和九年十二月壬申朔……丁丑敕诸道府不得私自置历日板。”

[2] 参见陈传夫著：《国家信息化与知识产权——后 TRIPS 时期国际版权制度研究》，湖北人民出版社 2002 年 10 月第 1 版，第 76～77 页。

[3] 郑成思著：《知识产权论》，法律出版社 1998 年第 1 版，第 29 页。

[4] 同上注[3]。

[5] （西班牙）德利娅·利普希克著：《著作权与邻接权》，中国对外翻译出版公司，2000 年 7 月第 1 版，第 16 页以下。

者及购买者就其已印刷成册的图书在一定时期内之权利的法”，此处的购买者指的是从作者手中购买到一定无形产权的人，亦即印刷商与书商。《安娜法令》在序言中明确指出：颁布该法的主要目的，是为了防止印刷者不经作者同意就擅自印刷、翻印或出版作者的作品，以鼓励有学问、有知识的人编辑或写作有益的作品。[1] 《安娜法令》最突出的贡献在于，实现了从保护印刷者转为保护作者的重大飞跃。随后不久，英国于 1734 年通过了雕刻著作权法， 1814 年通过了雕塑著作权法，1833 年通过了戏剧著作权法， 1862 年通过了美术作品著作权法。

法国早在 1777 年由国王路易十六颁布了 6 项关于印刷出版方面的法令，确认作者有权出版和销售自己的作品。法国大革命后，资产阶级更进一步把著作权提高到人权的高度。法国于 1791 年颁布了《表演权法》，1793 年颁布了《作者权法》，这些法律开始关注作者的精神权利，使其著作权法成为名副其实的保护作者权的法律。美国 1790 年制定了联邦著作权法，日本于 1899 年也制定了本国历史上第一部著作权法。

（四）知识产权国际立法之兴起

19 世纪以来，由于国际交通发达，国际贸易兴盛，商品流通已由国内市场扩展到世界每一角落。而专利技术、作品以及商标等知识产权的客体（暂谓之智力成果），作为无形财产之典范，不仅不能像有体物一样在空间上为排他的占有，从而排斥他人未经允许的利用，而且因其无形性和可复制性，可以在全球传播。但各国知识产权法的地域性，使得知识产权所有人对国外未经许可使用其智力成果的行为，仍然望尘莫及。从国家利益的角度观察，由于本国的知识产权在国外得不到适当保护，国外市场就会受到损害，甚至丧失。为克服知识产权法的地域性与智力成果的全球传播性之间的矛盾，国际社会经历了一个从双边安排到多边条约的过程，使公约成员基于一定的保护标准，相互保护对方的知识产权，以消弭国际间的不正当竞争。

1843 年，意大利分别与奥地利和法国签订了双边保护著作权的协定，而法国在 19 世纪中叶分别与英国、比利时等 20 多个国家签订了双边保护著作权的协定。据统计，到 1886 年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（以下简称《伯尔尼公约》）缔结之前，在著作权领域签订的双边协定在欧洲已达 30 多个。在 1883 年，已有 69 个双边协议规定了工业产权的保护，但主要是对于商标权的保护。然而随着国际市场的拓展与兴盛，这种双边保护知识产权的局限性就逐渐显示出来。及至 19 世纪后期，各国开始尝试寻求知识产权的多边保护。

[1] 郑成思著：《知识产权论》，法律出版社 1998 年第 1 版，第 31 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

1873年，奥地利在维也纳举办国际发明博览会，邀请其他国家参加。但许多外国发明人因为他们的发明得不到保护，不愿意参加博览会。为了避免这种情况，奥地利制定了一部法律，为参加博览会的外国人所展出的发明、商标和外观设计提供特殊的临时保护。在德国工程师卡尔·皮特（Karl Peter）的建议下，奥地利政府决定在1873年博览会开幕的同时，在维也纳召开国际专利大会会议代表详细讨论了对发明采取有效国际保护的必要性和基本原则，并敦促各国政府尽早缔结保护工业产权的国际公约。

作为1873年维也纳会议的继续，工业产权国际会议于1878年在巴黎举行。500名与会者就保护工业产权的基本原则取得了一致意见，并提出了许多具有深远意义的建议。在此基础上，法国代表雅埃施米德（Jaegerschmit）提出了一个国际公约草案。该草案经过1880年召开的由法国担任主席的巴黎外交会议的讨论，并作为《保护工业产权巴黎公约》的文本得到了通过。1883年，在巴黎又召开了一次新的外交会议。会议结束后，最终通过并签署了《保护工业产权巴黎公约》（以下简称《巴黎公约》）。[1]

《巴黎公约》标志着工业产权保护国际协调的开始，它与1886年缔结的开辟著作权国际协调的《伯尔尼公约》一起，形成了知识产权的国际保护体系。从此以后，知识产权领域的国际条约不断涌现，日渐细密，如今已蔚然大观，全球性的知识产权国际条约已超过30个。这些条约涵盖了著作权、专利、商标、原产地名称、集成电路布图设计、植物新品种、科学发现等广泛的领域。

二、知识产权法在中国的演进

尽管知识产权的保护观念在我国很早就出现了，前已述及，在唐宋时期，著作权保护的观念就已经萌芽了。但由于经济发展缓慢和封建社会政治制度落后，我国的知识产权法律制度到19世纪初才开始诞生，而且是在外国的压力下催生出来的。

（一）专利法在中国的演进

尽管我国古代诞生了享誉中外的四大发明，但有关专利制度的思想却是直到19世纪中后期才从西方传入的。1859年，太平天国领袖洪秀全的堂弟洪仁玕在其著名的《资政新篇》里，鼓励发展私人近代企业。在“兴车马之利”方面，他主张“倘有能造如外邦火轮车，一日夜能行七八千里者，准以自专其利，限满准他人仿做。”在“兴舟楫之利”方面，他主张以坚固轻便捷巧为妙，如轮船“或用火用气用力用风，任凭智者自创。首创至巧者，赏以自专其利，

[1] 参见古祖雪著：《国际知识产权法》，法律出版社2002年10月第1版，第28～29页。

限满准他人仿做。’[1]洪仁玕认为,鼓励机器发明创造以益民为原则“器小者赏五年，大者赏十年，益民多者年数加多，无益之物，有责无赏，限满准他人仿做。’[2]这是我国最早的专利立法思想的反映。

我国近代史上第一个有关专利的法规是 1898 年清朝光绪帝颁发的《振兴工艺给奖章程》。该章程因为“戊戌变法”失败而夭折。辛亥革命后，工商部于 1912 年公布了《奖励工艺品暂行章程》。1923 年农商部公布了《暂行工艺品奖励章程》。1928 年农工商部公布了《奖励工艺品暂行条例》， 1932 年公布了《奖励工业技术暂行条例》。

我国历史上第一部正式的专利法是 1944 年由当时国民党政府颁布的。该法规定对发明、新型和新式样授予专利权。发明专利权的期限是 15 年，新型专利权的期限是 10 年，新式样专利权的期限为 5 年。

新中国成立后，中央人民政府政务院于 1950 年 8 月 17 日颁布了《保障发明权与专利权暂行条例》，并于同年 10 月颁发了该条例的实施细则。 1954 年 8 月 27 日发布了《有关生产的发明、技术改进及合理化建议的奖励暂行条例》，1963 年又颁布了《发明奖励条例》和《技术改进条例》以取代前两个条例。同时取消了专利制度，实行单一的发明奖励制度。 1978 年，国家正式着手建立我国的专利制度。同年底重新印发了 1963 年颁布的《技术改进条例》，并修改颁布了《发明奖励条例》。1979 年 3 月，国务院批准起草专利法，同年 11 月颁布了《自然科学奖励条例》，正式开始受理发明奖励申请。 1980 年 1 月，中国专利局成立。1984 年 3 月 12 日，第六届全国人民代表大会第四次会议通过了《中华人民共和国专利法》（以下简称《专利法》）。该法共分 8 章 69 条，自 1985 年 4 月 1 日起施行。1985 年 1 月 19 日，国务院批准颁发《中华人民共和国专利法实施细则》（以下简称《专利法实施细则》）。1992 年 9 月 4 日，第七届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议通过了第一次修改《专利法》的修正案，自 1993 年 1 月 1 日起施行。为适应经济发展的需要，以及为加入世界贸易组织，2000 年 8 月 25 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过了第二次修改《专利法》的修正案,自 2001 年 7 月 1 日起施行。

（二）商标法在中国的演进

我国历史传统是以农立国，自古重农轻商，民族个性保守，且一向重义轻利，故而商业不振，贸易不兴，工商发达较欧美诸国为晚。其结果自然影响到商标法的诞生与发展。虽然最早有商标使用之事实，然而至清末之前，尚无真

[1] 转引自汤宗舜著：《专利法教程》（第 3 版），法律出版社 2003 年 3 月第 1 版，第 17 页。

[2] 同上注[1]。

正的商标制度可言。

清末之时，海禁大开，欧美商人来华拓展贸易，促销产品，为防止假冒，遂有以注册商标取得保护之必要。在外商要求下，光绪三十年（1904 年 8 月）清政府颁布了《商标注册试办章程》，此为我国商标制度之嚆矢，但始终未能付诸实施随后，北洋政府于 1923 年公布了商标法及其施行细则，并正式成立商标局。1930 年国民党政府也公布了一个商标法，1931 年施行，并于 1935 年、1940 年分别作了修正。

建国后，我国的商标保护制度经历了一个从自愿注册到强制注册再到自愿注册的发展历程。1950 年 7 月和 9 月，政务院分别颁布了《商标注册暂行条例》和《商标注册暂行条例施行细则》，实行自愿注册原则，注册有效期为 20 年。1954 年公布了《未注册商标暂行管理办法》，1957 年国务院转发了《中央工商行政管理局关于实行商标全面注册的意见》，1963 年公布了《商标管理条例》及其施行细则，采用全面注册原则，规定凡在商品上使用的商标必须注册，未使用注册商标的商品不得出厂销售。1982 年 8 月 23 日，第五届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过了新中国第一部商标法——《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》），该法确定了商标注册自愿的原则。1993 年 2 月 22 日第七届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过了第一次修改《商标法》的修正案，主要增加了保护服务商标和对不当注册商标撤销的规定等。为因应加入世界贸易组织之需要，2001 年 10 月 27 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过了第二次修改《商标法》的修正案，以符合《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS）的要求。

（三）著作权法在中国的演进

中国具有现代意义的著作权制度的出现是与中美两国早期版权贸易的发展相联系的。1903 年 3 月，清朝政府与美国政府在上海签订了《中美续议通商行船条约》，其第 11 条规定：“无论何国，若以所给本国人民版权之利益，一律施请美国人民者，美国政府亦允将美国版权律例之利益给予该国之人民。中国政府今欲中国人民在美国境内得获版权之利益，是以允许凡专备为中国人民所用之书籍、地图、印件、刻件者，或译成华文之书籍，系经美国人民所著作或为美国人民之物业者，由中国政府按照所允保护商标之办法及章程极力保护 10 年”。这是中国历史上第一部涉及著作权保护的双边条约。[1] 随后，为履行条约义务，清朝政府于 1910 年，也即清朝覆灭前夕颁布了中国第一部著作权

[1] 吴汉东、曹新明、胡开忠、陈小君著：《中国区域著作权制度比较研究》，中国政法大学出版社 1998 年 9 月第 1 版，第 12 页。

法《大清著作权律》,共分 5 章，计 55 条。

1911 年辛亥革命后，中华民国并未明令废除《大清著作权律》，一直沿用到 1915 年，才被北洋军阀控制下的民国政府颁布的著作权法所代替。自此以后，国民党政府又于 1928 年颁布了一部著作权法，并于 1944 年、1949 年两度修订。

由于各种条件的限制，建国后相当长一段时期，新中国没有颁布一部全面的、完整的著作权方面的法律。为了发展文化科学事业，开展对外交流，从 1979 年起，有关部门开始进行著作权立法的准备工作。 1985 年文化部颁布《图书、期刊版权保护试行条例》作为当时著作权保护方面的内部规则，但该条例仅适用于国内的图书、期刊的著作权纠纷，且不对外公布。 1986 年 4 月通过的《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第一次在法律中明确确定了“公民、法人享有著作权（版权），依法有署名、发表、出版、获得报酬等权利”。1990 年 9 月 7 日，《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）经第七届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议审议通过，并于 1991 年 6 月 1 日正式实施。2001 年 10 月 27 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议又通过了对《著作权法》的修正案。

第二节 知识产权法演变的动因

从上面知识产权法的历史演进中，可以隐约感受到知识产权法在产生发展的过程中，经济发展、科技进步、政治斗争所具有的强大的驱动力。当然，知识产权法作为制度文明的一部分，也脱离不了其社会文化背景的影响。但纵观知识产权法的演变历程，直接诱导或强制知识产权法发生变迁的，主要来自于经济、科技与政治的交互影响和综合作用。

一、知识产权法演变的经济动因

虽然知识产权法的出世是近代以来的事件，但技术成果、文艺作品等智力成果的出现却可追溯至远古时期。人类文明之进展，须臾离不开智力成果之贡献。轮子的发明改变了人类的交通方式，印刷术的诞生改进了人类知识的传播途径，及至现代，技术成果的开发与应用，越来越快地推进了人类文明发展的速度与深度，为人类征服和控制自然界，解放自身局限性，提供了越来越多的手段，同时也为人类开发了越来越丰富的物质生活资源。在精神领域，人类也不断取得丰硕的成果。被认为中国最早记录的诗歌“断竹续竹，飞土逐肉”，简练生动地描述了人类捕猎的全部过程。自此以后，文艺作品层出不穷。在历史的长河中，汉赋、唐诗、宋词、元曲、明清小说，竞相辉映，熠熠生辉，无

数优秀的作品脍炙人口，千古流传，极大地丰富了人类的精神生活。当今作品种类更是层出不穷，成为人们休闲娱乐之寄托、陶冶情操之选择。

在知识产权法出现以前的历史时期，无论多么新颖的技术、多么优秀的作品，一般都得不到法律的保护。一方面，许多技术的产生往往是偶然事件，虽然其中蕴含了必然种子，但技术的发明者可能并非刻意去创造，而只是在长期经验积累下发生的质变，而且技术成果应用于生产的情形相对罕见，试图通过发明创造来维持生存、获得利润的职业分工更是未能形成。许多作品的创作往往也不是为了谋取商业利益的行为。另一方面，在当时的社会现实中，人类的生活资料与财富表现主要集中于有形财产，无形财产的意识尚未兴起，即使智力成果给其所有者带来了财富，但在整个社会的财富观念与财富价值中，也不占有重要的地位。因此，智力成果的创造者在整体上并没有保护其智力成果的强烈要求。当然，法律虽不予以保护智力成果，但以私力保护的情况，也不鲜见，当时自我保护的主要手段即是采用保密的方式，所谓“祖传秘方”便是如此。

但事物总是悄悄地变化着。在从自然经济向商品经济发展的过程中，劳动产品中的智力因素逐渐地战胜了体力因素，科学技术开始广泛地运用于生产。正如《共产党宣言》中所描绘的：“资产阶级在最初的一百年中创造了前所未有的生产力，机器的采用，化学在工业和农业中的使用，轮船的行驶，铁路的开通，电报的使用，使科学技术与社会生产紧密联系在一起。”科学技术在社会经济发展中的地位日益突出，在商品价值构成中的比重也与日俱增。在这种背景下，财产观念也开始发生变革，以技术成果为核心的无形财产的价值开始显现。

随着工商经济和文化市场的兴盛，技术成果、文艺作品、商业标识等智力成果逐渐披上商品的外衣，成为赚取利润的工具。毫无疑问，智力成果的创造者从其自身的立场出发，自然而然地产生了强烈的法律要求，以保障其垄断智力成果上的经济利益。从社会的角度观察，如果不界定智力成果的产权归属，使其处于放任自流的状态，人人得而用之，虽然可以促进技术的推广，暂时地增进社会利益，但从长远看，人们知识创新的积极性必将受到严重的打击。尤其要注意的是，在智力成果商业化之后，从事知识创新逐渐演变为一种有意识的商业行动，而不是过去那种无意的、偶然的或者出于兴趣的非商业行为。所以，如果法律不保护知识创新者对其智力成果的控制权，可以想见，知识创新的活动必然大幅度地减少，社会经济的发展、科学技术的进步、文化事业的繁荣将受到严重的阻碍。因此，智力成果创造者的经济要求促成了知识产权制度的建立，以通过保障创造者的经济利益，增进社会整体的经济利益。正如美国

前总统亚伯拉罕·林肯所言："专利是浇在智慧火花上的利益之油。"[1] 此即为知识产权法产生的经济动因。

现代社会，知识产权法更是一些企业生存的生命线，甚至是商业竞争的经济手段。所谓"三流企业卖产品、二流企业卖商标、一流企业卖专利、超一流企业卖标准"，又所谓"技术专利化、专利标准化、标准垄断化，从而实现利润最大化"，即为知识产权在现代商业竞争中之重要性的生动演绎。为激励智力成果生产者的创造性、保障其经济利益的实现，进而促进经济的健康发展，各国因应科技的进步，陆续颁布新的法律，比如增加对集成电路布图设计、计算机软件的保护等，以适应经济发展的要求。

当然，由于智力成果创造者与智力成果的消费者在经济利益之追逐上是相互对抗的，因而他们之间的经济斗争决定了其在法律制定、修改、存废上存在不同的立场和态度。这两种对抗的力量在知识产权法的演变中，具有重要的作用。特别是近现代以来，立法的民主化使得代表各自利益的产业集团能够发表自己的不同意见，进而对知识产权法的影响与日俱增。比如，美国在著作权技术保护措施上的立法争议颇具有代表性。美国国内图书馆界、教育界、计算机产业界和消费电器产业界曾经一致反对美国白皮书关于技术保护措施的提议，因为它未充分考虑合法使用者的利益，没有说明在合理使用的场合，是否可使用规避技术和方法，或为此目的提供规避产品或服务。[2] 显然白皮书过分强调了著作权人的利益。因而在各方（显然主要是作品的消费者）的压力下，美国《数字千年版权法》（Digital Millenium Copyright Act） 最终作出了妥协，考虑到规避可能有合法的理由，设立了规避著作权技术保护措施的七项例外。

二、知识产权法演变的技术动因

科学技术犹如一柄双刃剑。一方面，技术进步拓展了智力成果的种类，增加了人们获得财富的途径。新的发明源源不断地出现，必然增加了技术成果的总量。新技术的应用也开辟了许多新的作品表现形式，比如电影作品、摄影作品都是录音录影技术的产物。与此同时，技术进步也加速了智力成果的商品化。由于采用新的生产技术和生产工具，大规模的商品生产得以开展，如活字印刷术的应用使作品能够大批量的出版，为作品的出版产业化提供了可能。如此一来，无论是技术成果，还是文艺作品，都不可避免地商品化了，成为新的

[1] （美）Stephen C. Glazier 著：《商务专利战略》，北京大学出版社 2001 年 1 月第 1 版，序言第 3 页。

[2] 参见袁泳："论版权法、技术保护措施和替代的可能性"（续），载《知识产权》1999 年第 6 期，第 27～30 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

财富象征。同时，正是技术应用下的生产规模化，使得商品的种类日益丰富，制造商或销售商遂采用商标以区别不同的来源。商标在长久的利用中，逐渐成为商业信誉之载体，商品质量之担保，广告宣传之重点，消费选择之依据，其价值自不可限量。

另一方面，技术进步也极大地削弱了智力成果所有人的控制力。智力成果的无形性使得所有人不可能像对待有形财产一样，凭借占有即可控制，因为智力成果可以被轻易地复制，比如技术之模仿、作品之盗版、商标之仿制等，而所有人凭借其个人力量难以阻止，并且也无法阻止。但是在技术不发达的情形下，智力成果在所有人与盗用人之间的矛盾还并不那么尖锐。以作品为例，在印刷术诞生之前的很长一段时期，作品是用毛笔或鹅毛笔写在竹简或绸缎上，谓之竹简、帛书，不仅复制相当困难，而且成本高昂，因此作品的复制，例如抄写，并无商业价值。因此在这种技术条件的限制下，作者对其作品的控制是比较容易实现的。而印刷技术的出现，提高了人们传递和储存信息的能力，促进了教育的普及和进步，从而使出版成为有利可图的商业行为。因此，一些出版商开始私自翻印作者的作品，作者对其作品的控制力就慢慢减弱了。今天的互联网时代，作品的复制与传播更是易如反掌，作者对其作品的控制力严重削弱。

管中窥豹，可见一斑。从作者对其作品的控制力在技术进步中的遭遇可以看到，科学技术越是发展，智力成果越是难以被所有人控制。技术成果和商业标识也逃不脱技术进步的巨大影响，因为技术的发展使得模仿和盗用变得更加容易。为了在商业竞争中保持优势，利用他人智力成果已经不可避免。在这种背景下，智力成果所有人已难以依靠自我保护的措施，控制其智力成果的利用与传播。因此，与有形财产相比而言，智力成果所有人更需要借助法律来保护其独占的权利。这就是知识产权法产生的技术动因。

知识产权法在诞生以后的发展历程中，同样摆脱不了来自技术进步的影响，尤其是几次技术革命的影响。首先，技术进步继续拓展着知识产权的保护对象。一是在既有的法律框架内增加了新的保护对象，比如著作权保护的对象由最初的印刷作品到录音录像作品、到电影电视作品、再到计算机软件、多媒体作品和电子数据库。二是开辟新的知识产权保护领域，比如集成电路布图设计、植物新品种等，大多是在原有的法律框架之外制定专门法律予以保护。其次，技术进步深刻地改变了知识产权的内容。在知识产权的权利保护范围和权利实施方式上，科学技术都带来了巨大的影响。比如，传播技术的发展不断地改变和丰富了复制权的内涵，传统的复制仅限于手工复制和机械复制，后来出现了静电复制、数字化复制，复制权的内涵也自然随之延伸。技术进步对知识产权法的影响是全面的、整体的，绝不限于前面列举的范围。

“成也萧何，败也萧何”。技术进步在丰富和发展知识产权法的同时，也给知识产权法带来了危机，以至于有人对知识产权法的存在基础发生了质疑。在著作权法领域，技术进步带来的震荡最为激烈。由于互联网的兴起，作品的个人复制和传播显得非常便捷，严重危及了著作权人的经济利益，而著作权人根本无法控制和监督。因此，著作权法似乎走到了历史的尽头。约翰·巴洛（John Perry Barlow）在他著名的《思想经济学》（The Economy of Ideas）一书中提出了重新思考数字时代专利与著作权的框架，甚至说“你所知道的关于知识产权的知识都是错误的”。他还认为“知识产权不能通过修补、翻新或者扩张去包容数字化表达，就像不能通过修改房地产法去包含广播信号的分配一样”。[1] 然而无论如何，著作权的难以保护不能成为废除著作权法的理由，正确的道路是因应技术进步的趋势，改善著作权利用的方式，比如完善著作权的集体管理，方便使用人取得作品使用的授权。同时，修改法律赋予著作权人更多的权利，以控制其作品的使用。1996年12月，WIPO主持，缔结了《世界知识产权组织版权条约》（WCT）和《世界知识产权组织表演及录音制品条约》（WPPT），以解决互联网环境下新产生的著作权问题，各国纷纷据此修改了本国的著作权法，以适应数字时代的要求。

知识产权的其他领域，同样因应技术进步之挑战，不断地作出调整，或修改已有的法律、或颁布新的法律。比如基因技术的兴起，已经给专利法带来了深刻的影响。可见，技术进步对知识产权法的产生及其发展都具有举足轻重的影响。可以说，知识产权法的发展史，也就是科技进步、科技创新的历史。知识产权法的立法背景、立法内容，间接地反映出了当时的技术发展水平和技术发展趋势。同样，知识产权法作为以激励知识创新为使命的法律制度，在因应技术进步的同时，也为技术的发展提供了法律上的支持和保障。

三、知识产权法演变的政治动因

知识产权法的出现是经济发展与技术进步双重作用下的必然结果，但就本国而言，何时颁布知识产权法、颁布哪些知识产权法、如何设计知识产权法，都不是经济因素和技术因素所能简单回答的。从下面的实例中可以看到，各国在制定或修改知识产权法时，都有其政治利益的考量。当然，这些政治因素都是经济的集中体现和必然反映。

美国在其经济发展的不同阶段安排了不同的知识产权制度。例如在1790

[1] John Perry Barlow, *The Economy of Ideas*. WIRED, 1994 (2). at 85, available at http://www.travelnet.com/~billrleconomy.html. 转引自陈传夫著：《国家信息化与知识产权——后TRIPS时期国际版权制度研究》，湖北人民出版社2002年10月第1版，第23页。

至 1836 年间，作为技术的净进口国，美国将专利权人局限于其本国公民和居民。在 1836 年，美国对外国人的专利收费标准是对美国公民的 10 倍（如果是英国人，则再多出 2/3）。只有在 1861 年后，外国人才被无歧视地对待。而直到 1891 年，美国著作权保护还只局限于美国公民，对外国人著作权的各种限制仍然有效（例如必须在美国排版印刷），这导致美国加入《伯尔尼公约》的时间推迟到 1989 年，晚于英国 100 多年。[1] 饶有趣味的是，在 1988 年，美国国会通过了《综合贸易竞争法》，制定了旨在保护美国知识产权的“特 301”条款。根据美国贸易法，“特别 301”条款的目的是保障美国的知识产权在外国得到有效保护，保障依赖于知识产权保护的美国人公平和平等地进入外国市场凡是在这两个方面有问题的国家，即拒绝充分而有效地保护知识产权的国家，或拒绝依赖于知识产权的美国人公平和平等地进入其市场的国家，美国贸易代表都可以将其确定为重点外国，从而展开调查和实施贸易制裁。[2]

从上面的历史可以看到，美国的知识产权政策发生了翻天覆地的变化。由拒绝或有条件地保护外国人的知识产权，转变为要求外国保护自己的知识产权，甚至不惜挥舞“特别 301”条款的大棒，以贸易制裁相威胁。美国知识产权政策变化的背后，反映了其经济利益的要求。在早期，美国还只是一个智力成果的输入国，保护知识产权，尤其是保护外国人的知识产权，显然不符合美国的利益，因为这不利于本国人无偿利用外国先进技术等智力成果，从而促进本国的经济发展。

其实，与美国的做法相类似，很多国家都曾经将某些工业领域的发明排除在专利保护之外，比如将这些领域中产品的专利保护限制为对其制造方法的保护，典型的例子是食品、医药和化学领域。之所以排除是基于这样的理由，即对于必需品不应授予垄断权，鼓励对外国技术的自由使用比鼓励本国工业在这些领域作出发明能够获得更多的利益。这样的策略在 19 世纪被许多如今已是发达国家的国家所普遍采用，有些国家在 20 世纪后期仍然采用，而一些东亚国家和地区（比如韩国和我国的台湾地区）直到最近仍然采用。在印度，其 1970 年专利法对医药品知识产权保护的排除被普遍认为是其医药工业后来快速增长的重要因素，因为这可以使印度在普通药品和大量半成品的制造和出口

[1] 参见知识产权委员会：“知识产权历史真相：为什么美国 1989 年才加入伯尔尼公约？”，见 http://3721.donews.com/donews/article/4/40810.html，2003 年 5 月 3 日检索。

[2] 李明德：“美国的‘特别 301’条款与中美知识产权争端”，载郑成思主编：《知识产权文丛》（第 3 卷），中国政法大学出版社 2000 年 1 月第 1 版，第 158 页。

方面，获得低成本的优势。[1]

但是，现在知识产权保护的国际环境，限制了各国尤其是发展中国家，试图通过采取对外国人的知识产权弱保护的政策来追求其经济发展目标的努力。韩国在 1961 年制定的专利法中规定可授予专利的范围不包括食品、化学品和医药品，专利保护期限也只有 12 年。但到 1980 年代中期，美国根据其 1974 年贸易法 301 条款对韩国施加了压力，韩国被迫对其专利法进行了修订。[2] 除此以外，美国还运用 1988 年的“特别 301”条款，与泰国、巴西、印度等国家和我国台湾地区进行了有关知识产权保护的谈判，极大地改变了那里的知识产权制度。[3]

可见，国际政治关系对本国知识产权立法的影响也不可忽略。类似这样的例子，早在 19 世纪就出现了。在 19 世纪 80 年代的瑞士，企业家不希望制定专利法，因为他们希望继续使用外国竞争者的发明。虽然瑞士人在其他国家是活跃的专利权人，但是他们反对在瑞士建立专利制度的立场仍然维持不变。因为瑞士具有较低的关税，所以他们害怕那些竞争者获得瑞士专利后会在其保护之下排除瑞士的竞争。然而，瑞士最终还是制定了专利法，这主要是因为瑞士受到强烈的特别是来自德国的压力，不希望招致其他国家的报复。[4]

从我国知识产权制度的百年发展历程也可以看到国际政治关系的深刻影响。20 世纪初期，清政府之所以配合西方国家进行知识产权保护的法律修建，目的在于满足西方列强的要求，以换回列强在中国取消治外法权的承诺。20 世纪 80 年代，中国再次奋起保护知识产权的热情，与其说是来自知识产权保护自身的需要，毋宁说是由于外来经济和政治压力的结果。[5] 1991 年开始的三轮中美知识产权谈判，即是迫于美国“特别 301”条款的压力。中国近二十多年来的知识产权保护，从几乎一片空白发展到今天相对成熟的保护水平，走完了西方几百年才走完的路程，显然摆脱不了被动的尴尬局面。

由于知识产权在国际贸易中的地位日益重要，知识产权上的国际政治经济斗争日益激烈。以美国为首的西方国家，总是不甘于仅仅把他们的智力成果送

[1] 参见知识产权委员会：“知识产权历史真相：为什么美国 1989 年才加入伯尔尼公约？”，见 http://3721.donews.com/donews/article/4/40810.html，2003 年 5 月 3 日检索。

[2] 同上注[1]。

[3] 李明德：“美国的‘特别 301’条款与中美知识产权争端”，载郑成思主编：《知识产权文丛》（第 3 卷），中国政法大学出版社 2000 年 1 月第 1 版，第 128 页。

[4] 同上注[1]。

[5] 曲三强：“被动立法的百年轮回——谈中国知识产权保护的发展历程”，载《中外法学》，1999 年第 2 期。

到地球的各个角落，而且还要把他们的文化、价值观以及法律思想和行为规则统统带给其他国家。因此，以美国为主的发达国家力主把知识产权问题纳入“乌拉圭回合”谈判中，以按照他们的要求设计世界知识产权保护的规则。因为对发达国家而言，在全球推行知识产权保护制度的意义早就超出了知识产权保护本身而转化成为一种经济竞争的手段。发达国家利用当今经济一体化的趋势，强行把知识产权与世界贸易勾连起来，迫使发展中国家接受了发达国家主导的知识产权国际保护规则，这主要体现在“乌拉圭回合”谈判的成果——《与贸易（包括假冒商品贸易）有关的知识产权协议》（TRIPS）上。21 世纪初，中国在短时间内连续修订《专利法》、《著作权法》、《商标法》等知识产权方面的法律法规，同时颁布《集成电路布图设计保护条例》，主要是为加入世界贸易组织（WTO）作准备，以适应 TRIPS 的最低保护要求，而不得已再次提高知识产权的保护水平。可见，国际知识产权保护规则的确立，很大程度上是国家利益，特别是发达国家与发展中国家的利益相互较量的结果，但是这种结果很大程度上只是反映了发达国家的政治愿望。

通过上面的分析，我们可以深刻地感受到，知识产权法不仅仅是一项国内的法律制度，还是各国政治利益的角逐之地，尤其是充满了发达国家与发展中国家的政治经济利益斗争。国际知识产权保护的演进历程，比较清楚地反映了各国政治利益与经济实力的较量。对中国而言，知识产权法的发展历程同样也深深印下了来自外国政治经济压力的痕迹，浸透了几许无奈与悲哀。因此，在某种程度上，知识产权法不仅仅是一个法律问题，还是一个政治问题。

第三节　知识产权法的现代发展

借助经济、政治、科技等多种因素的交互影响和综合作用，专利法、商标法、著作权法等知识产权法渐次诞生，茁壮成长，遂形成今日之规模。知识经济、信息社会的时代背景，互联网络、生物技术的科技浪潮，必将推动知识产权法因应形势之需求，继续向前发展。本节旨在从零散的法律改革中，从不同的角度，梳理出知识产权法的发展脉络，以揭示知识产权法的发展态势。

一、知识产权法在权利客体上的发展

知识产权法之初始，仅以专利法、商标法、著作权法为其主干。历经岁月变迁，知识产权法的保护对象（权利客体）日益延伸，渐成无形财产保护的主要法律表现。譬如商标法，早期仅保护商品商标，其后扩及服务商标，现在又延及地理标志和证明标记，似有将商业标识一网打尽的趋势。随着知识产权法的发展，知识产权的客体虽日益丰富，但也日益背离其传统意义上的范围和特征。

知识产权客体（即智力成果）的范围传统上可以分为两类：一类具有创造性，比如专利技术、文艺作品等；一类具有识别性，比如商标、商号等。因此，知识产权的客体在传统上要么具有创造性，要么具有识别性，并非只要是具有无形性或非物质性特点的财产，就都能在知识产权的保护框架中找到位置。但近年来的知识产权立法，开始缓慢地动摇智力成果传统上应具有的创造性或识别性特征。

如果留意著作权客体的悄然变化，即可感受到背离传统的趋势。早期著作权法在保护范围上主要限于文学艺术作品，后来扩及到工程设计图、产品设计图、示意图等图形作品和模型作品，显然这些作品逐渐地远离了文学艺术作品的内涵。至于保护计算机软件，更是与文学艺术作品毫不相干。为此，中山信弘曾经指出：“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、机能性方面扩展。”[1] 可见，著作权法之客体范围已然发生重大变革，但无论如何，这些客体尚能保持独创性的特征，只是独创性的程度逐渐弱化了。

但是最近，甚至连独创性的特征都抛弃了。1996年通过的《欧盟数据库指令》，确立了一种新的知识产权“数据库特殊权利”，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。从此，在内容选择和结构编排上没有独创性的数据库，也可以得到这种新型知识产权的保护。而在传统上，数据库只有在选择和编排上满足独创性的要求，才可按汇编作品给予著作权保护。智力成果的创造性特征，由此受到了严峻的挑战。

在商标法上，识别性的特征也日益弱化。证明商标的保护是一个典型的例证。证明商标是用以证明商品或服务原产地、原料、制造方法、质量、精确度，或者其他特定品质的标记。在证明原产地时，证明商标尚能体现出些许识别性，但这种识别性是对商品的来源地区的识别，而不像一般商标那样，是对商品的来源厂商的识别。可见，原产地证明商标已改变了识别性的内涵。至于仅仅是对商品或服务的质量、产地等特定品质起证明作用的证明商标，基本上没有任何来源识别的功能。因此，证明商标动摇了商标权客体传统上的识别性特征。

知识产权客体的类似变化，在其他领域仍然存在。比如集成电路布图设计创造性比专利法上的创造性要求低得多。商业秘密中的一些内容，比如经营秘密，可能只是一些客户名单或进货渠道，既与创造性无关，也与识别性无涉，

[1] （日）中山信弘：“数字时代著作权法的变化”，詹智玲译，载《外国法译评》，1995年第2期，第66页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com