



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列
The Selected Works of CASS · Law and Sociology

知识产权论

On Intellectual Property

— 郑成思 / 著 —



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



CHINESE INTELLECTUAL PROPERTY ASSOCIATION
CHINESE INTELLECTUAL PROPERTY ASSOCIATION

知识产权论

On Intellectual Property

知识产权论

知识产权论



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列
The Selected Works of CASS · Law and Sociology

知识产权论

On Intellectual Property

郑成思 / 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权论 / 郑成思 著. —北京: 社会科学文献出版社, 2007.5

(中国社会科学院文库·法学社会学研究系列)

ISBN 978-7-80230-443-7

I. 知... II. 郑... III. 知识产权法-研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 058591 号



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列
知识产权论

著 者 / 郑成思

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010) 65269967

责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 65595789

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目负责 / 王 绯

责任编辑 / 陈 韬

责任校对 / 刘 隽

责任印制 / 盖永东

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 市场部 (010) 65285539

排 版 / 北京鑫联必升文化发展有限公司

印 刷 / 三河市尚艺印装有限公司

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/16 开

印 张 / 32.5

字 数 / 498 千字

版 次 / 2007 年 5 月第 1 版

印 次 / 2007 年 5 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 80230 - 443 - 7/D · 100

定 价 / 68.00 元

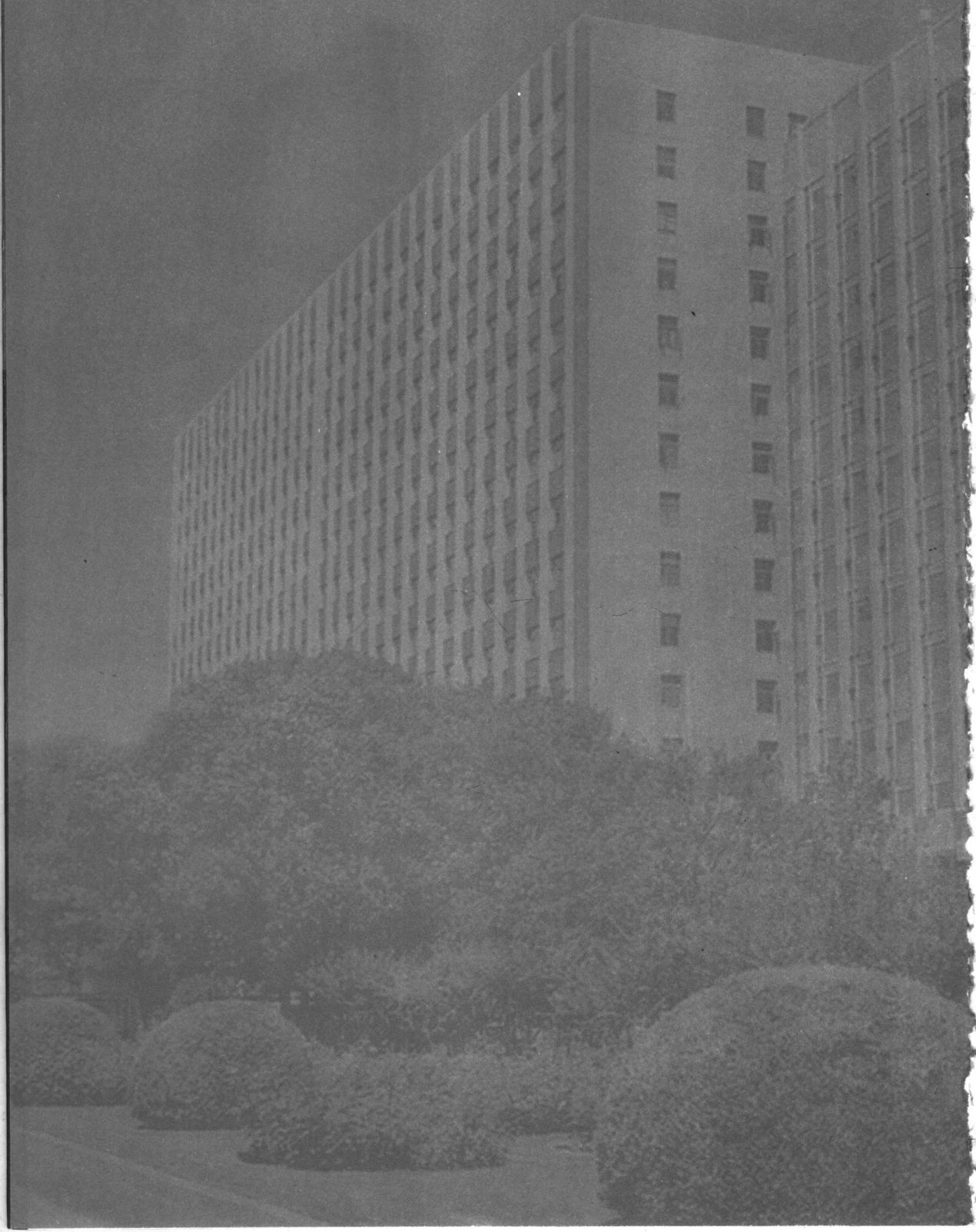
本书如有破损、缺页、装订错误,

请与本社市场部联系更换



版权所有 翻印必究

● 本书获第三届（2000）中国社会科学院优秀科研成果奖一等奖





中国社会科学院文库
法学社会学研究系列

The Selected Works of CASS
Law and Sociology

《中国社会科学院文库》 出版说明

《中国社会科学院文库》（全称为《中国社会科学院重点研究课题成果文库》）是中国社会科学院组织出版的系列学术丛书。组织出版《中国社会科学院文库》，是我院进一步加强课题成果管理和学术成果出版的规范化、制度化建设的重要举措。

建院以来，我院广大科研人员坚持以马克思主义为指导，在中国特色社会主义理论和实践的双重探索中做出了重要贡献，在推进马克思主义理论创新、为建设中国特色社会主义提供智力支持和各学科基础建设方面，推出了大量的研究成果，其中每年完成的专著类成果就有三四百种之多。从现在起，我们经过一定的鉴定、结项、评审程序，逐年从中选出一批通过各类别课题研究工作而完成的具有较高学术水平和一定代表性的著作，编入《中国社会科学院文库》集中出版。我们希望这能够从一个侧面展示我院整体科研状况和学术成就，同时为优秀学术成果的面世创造更好的条件。

《中国社会科学院文库》分设马克思主义研究、文学语言研究、历史考古研究、哲学宗教研究、经济研究、法学社会学研究、国际问题研究七个系列，选收范围包括专著、研究报告集、学术资料、古籍整理、译著、工具书等。

为迎接中国社会科学院建院三十周年，我们将历届院优秀科研成果奖中的部分获奖著作重印出版，作为《中国社会科学院文库》的首批图书向建院三十周年献礼。

中国社会科学院科研局

2006年11月

前 言

在 20 世纪 80 年代之前的相当长时间里（大约两到三个世纪），即农业经济与工业经济时代，民事法律的立法重点是有形财产法或物权法。而在今天及今后相当长的时间里，即知识经济时代，这个重点自然地转到了知识产权法。发达国家如法国的《知识产权法典》，发展中国家如菲律宾等国的《知识产权法典》，都可以供我们参考。当然，主要还得根据中国的国情，加强研究与立法。

“知识经济”既然是与“工业经济”相对比而言的，那么它作为一种生产方式，主要是从生产力角度去定位的。如果它主要从生产关系角度，定位，就不可能适用于世界各国的不同制度。事实上，当今世界上的社会主义国家、资本主义国家，都不加任何前置词地谈论着“知识经济”并发展或准备发展这种经济。中国理论界从未使用过“社会主义知识经济”的提法，证明我们实际上是从生产力角度去谈“知识经济”的。

要发展（或准备发展）“知识经济”，就须有与之相适应的生产关系。马克思认为：生产关系不过是法律上反映出的财产关系（参看《政治经济学批判·序言》）。与“工业经济”相适应的发达国家，一两百年来传统的民法体系中，物权法与合同法（其中主要是货物买卖合同）是重点。这是与“工业经济”中，机器、土地、房产等有形的物质资料的投入起关键作用密切联系着的。



为与“知识经济”相适应，20 世纪末，一大批发达国家及一部分发展中国家（如新加坡、菲律宾以及安第斯组国家等），已经以知识产权法取代物权法，以电子商务合同取代货物买卖合同，作为现代民法的重点。这并不是说，传统的物权法、合同法不再需要了，而是说重点转移了。这是与“知识经济”中，无形资产（如专利、技术秘密、驰名商标）的投入起关键作用密切联系着的。中国并不是不需要补上原来是缺陷的物权法、合同法等等，以适应正在进行的“工业化”。问题是重点应放在何处？这个问题，与经济理论界争论着的一个问题是有联系的：中国是否必须在全面完成“工业经济”之后，才可能向“知识经济”发展？其实，这个问题换一个问法就较明白了：中国是否必须永远跟在别人后面走？中国科研与企业结合的典型人物王选，对此作了否定的回答。他在印刷技术上越过了两代，走在了世界前沿。中科院开展以“知识创新”为重点的科研，也在事实上对上述问题作了否定的回答。他们认为在填补中国尚欠的“工业经济”之缺的同时，重点应转向发展“知识经济”或发展“知识经济”的准备。法学界、尤其是民法学的研究也是如此。

中国诚然需要《合同法》，但全世界（包括中国）互联网与网上商务已迅速发展的今天，《合同法》总则中不足两百字的有关电子合同的规范，已显然跟不上实践的需求。在美、英、法、德、日、澳大利亚，乃至新加坡等国早已把合同法研究重点转向电子商务时，我们的重点始终在有形物的买卖、保管等方面。可能在几年内，就会在国内外的经济活动中，反映出《合同法》的立法意图并不错，但重点（在 20 世纪末）则错了。

中国诚然需要《物权法》。但国外无形财产所有人（盖茨）已列首富、国内外被评估价值最高的已大多是无形财产（“可口可乐”600 亿美元、“红塔山”500 亿元人民币）。在“直接电子商务”通过网络买卖着大量无形文化产品的今天，可能在《物权法》出台不久后，也会反映出我们本应把重点放在无形财产的立法及研究上。

《证券法》诚然属无形财产立法之一（“股权”是重要的无形产权），但“知识经济”中最重要的，是知识产权——专利权、商标权、版权、商业秘密等。

有人可能说：中国不是已经有了各项知识产权专门法吗？确实我们有。但那只相当于发达国家“工业经济”中、前期的立法，远远不能适应

“知识经济”的需要，更不要说推动“知识经济”的发展了。中国的这种“有”，正像《合同法》中“有”的几条关于电子商务的规定。新加坡的一部《版权法》，比中国专利法、版权法（著作权法）、商标法加起来还要长五倍；菲律宾已随着法国把不同知识产权统一在一起而颁布了“知识产权法典”，中国的几部知识产权专门法则在“各行其是”；巴西知识产权法已把数字技术产生的新权利纳入，中国则尚未加以考虑；世界知识产权组织已要求在21世纪初，国际申请全部通过网络（即“无纸化”），中国专利、商标法则仍旧规定着如何填写纸张表格。中国知识产权的立法已远远跟不上国内经济发展与国际经济交往。立法的滞后与总体研究的滞后是相关联的。

在20世纪末21世纪初，我们应当抓住电子商务与知识产权保护两个民商事立法重点；培养并吸引一批掌握一门以上外语、掌握计算机应用的法学人才；增加财力的投入。目的是使中国2010年前完成社会主义市场经济的法制体系时，不要使人们感到其中的民商法结构只与两百年前的《法国民法典》、一百年前的《德国民法典》相当、或有所进步，而应使人们感到它确实是能够适应电子商务时代（或“知识经济”时代）的法制体系。如果我们不从现在起就开展这种已不算太超前的研究，到2010年时我们肯定在民商法体系上又滞后了。

社会科学研究，不能把国际上已经滞后的内容作为重点（虽然也不可排斥这方面的研究）。国际上一百年前把研究有形财产的保护及流通作为重点，今天则把研究“知识产权法”、“电子商务法”，即研究无形财产的保护与流通作为重点。

我们应当怎么做？

本书只论及知识产权。电子商务则是另一部著作的任务了。

国内法学研究领域，确有人主张“前不见古人，后不见来者”。在民法领域，因中国古代重刑轻民，于是有人断言中国古代只有刑法、没有民法。^①而几乎是同一部分人，又拒绝研究、借鉴外国（当代）民法及民事法律领域新缔结的国际条约。在知识产权领域，虽有联合国教科文组织早

① 参见张晋藩著《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社，1997，第311页。张晋藩教授在该书中，较系统地批驳了这种不正确的理论。



已认为版权保护应是随印刷术的发展而产生，中国也早有宋代撰书人、编书人以及出版者从官方获得的禁盗版文件^①，国内则有人极为支持外国人，断言这仅仅是帝王对思想的控制或仅属于出版商的特权，与作者无关^②。但国内又几乎是同一部分人，拒绝借鉴国外最新知识产权立法及新缔结的知识产权多边条约，认为它们离中国“太远”。

这种看上去自相矛盾的理论或主张，反映了确实充满矛盾的现实社会。正确的研究途径则是要从这种矛盾状况中解脱出来，一不能割断历史，二又要注重了解最新的发展。1996年，国内外恰恰从这两个方面都提供了极有价值的信息。这里不必从年初到年底逐一列举，仅以国内年初及年底两次有关宋代活字印刷品的考古认定^③，及年底两个知识产权条约的缔结为例，就可以预测1996年出现的有关信息，对我们目前及今后相当一段时期内的知识产权研究，有多么重要的意义。

当国际上已将 Web Site Address 作为计算机程序给予保护时，当一国法院对域名注册不当的判决被另一国民间组织执行时，中国相当多的讨论却集中在专利、版权是不是专有权、作品是受保护客体还是受保护对象、未经知识产权人许可的使用是否使权利穷竭等在许多国家早已不成其为问题的问题上。难道外国人早已走过的弯路，我们也非要再走一遭不可？难道外国人经历了一两百年达到的今日的研究高度，我们也非要再走一两百年不可？

借鉴国际上已有的成例，其中包括了解和分析国外较有影响的司法判例。结合中国的实际，也包括要了解与分析我们自己的典型案例。案例分析，经常在英美法系国家教科书中占大部分篇幅，有时可能显得零乱无章，但对读者而言毕竟有其灵活而易记、易懂的优点。近年，欧陆法系一些学者的专著，也开始重视了案例分析。本书需要以案例说明的地方，也打算作相应的尝试。

本书所作“知识产权”之“论”，大体正是考虑到知识产权保护及研

① 参见《方輶胜览》，上海古籍出版社，1986。转引自《光明日报》1996年4月14日第3版。

② 参见 William Alford 著 *To Steal a Book is an Elegant Offense*，第二部分。

③ 参见“中国发现现存最早活字印刷品”，《光明日报》1997年5月6日第2版；“被炸古塔中的秘密”，《光明日报》1997年5月31日第7版。



究起步均晚的中国，在研究中既缺少历史回顾、又缺少对国际成例借鉴的弱点，并由这些弱点所致的一些偏差。好在网络环境下数字技术的应用，可能将很快使一批既懂外语、又懂科技的新一代学者占据知识产权研究领域。基本不了解中、外历史上的成例及定论、不了解国际知识产权保护新发展而浮出水面的陈章，那时不再会被人们误当成新论。届时，今天被视为“雕虫小技”的外语、计算机应用等等，当然不会一跃而成为高深的学问。它们仍旧会被看作是“初步的”。但多数人将会认识到：没有掌握这些初步的知识，而急于发出的第二步的议论，绝不可能是扎实的。

郑成思

2000年11月

目 录

第一章 知识产权的独立	1
第一节 知识产权的起源	1
一 特权与私权	2
二 专利权、商标权的起源	3
三 版权的起源	9
第二节 知识产权、财产权与物权	24
一 财产及财产权的概念	24
二 罗马法、英美法及法国法中的有形财产与知识产权	27
三 不同财产中知识产权地位的变化	32
四 服务对原有权利体系的冲击与知识产权的应用	37
第二章 知识产权的概念	45
第一节 知识产权的范围	45
一 世界知识产权组织规定的范围	45
二 世界贸易组织规定的范围	47
三 其他的划法与结论	49
第二节 知识产权的特点	53
一 无形	54
二 专有性	57
三 地域性	61
四 时间性	62
五 可复制性	64
第三章 知识产权的权利主体	66
第一节 发明人与专利权人	66

一 专利权的归属问题	66
二 有关专利权归属的典型案例	69
第二节 商标权主体	77
第三节 版权主体	78
一 版权人与作者	79
二 法人能否是精神权利主体	85
三 经济权利的归属——通常意义的版权人	89
第四章 知识产权的客体	104
第一节 专利权的客体	104
一 可以获得专利的发明创造	104
二 随新技术的应用而产生或将产生的专利客体	107
第二节 商标权的客体	115
一 概述	115
二 商品商标	116
三 服务商标	116
四 联合商标	117
五 集体商标	118
六 防御商标	118
七 证明商标	118
八 产地标记与其他标记	119
九 中国《商标法》的保护客体	120
十 可能产生的新客体——“域名”及其目前与商标的冲突	122
第三节 版权的客体	126
一 计算机软件	127
二 文学作品与音乐、戏剧等作品	146
三 口述作品	151
四 美术、摄影作品	153
五 电影作品	161
六 设计图与模型、建筑作品	164
七 地图、示意图等	170

第五章 知识产权的侵权认定与权利限制	173
第一节 侵犯知识产权的无过错责任	173
一 侵犯知识产权归责的不同情况	174
二 国外成例中可借鉴的内容	178
三 中国立法与司法的选择	186
第二节 知识产权侵权认定中的“模糊区”	193
一 专利侵权的认定	193
二 商标侵权的认定	204
三 版权侵权的认定	207
四 专利侵权与刑事制裁中一个值得注意的问题	224
第三节 专利、商标、版权中不同方向的假冒行为	227
一 专利领域的假冒	227
二 商标假冒	227
三 版权领域的“假冒他人署名”	232
四 国内知识产权领域“假冒”的典型案例	234
第四节 知识产权的“垄断性”(专有性)与商品的自由流通	
——权利“穷竭”问题	239
一 版权穷竭问题在欧洲的提起	239
二 世界贸易组织有关知识产权权利穷竭的规定	242
三 中国的“新”问题——外国已解决多年的问题	245
四 “武松打虎图”一案问题的提起	
——国际惯例与中国知识产权保护	249
五 版权与工业产权的界线——析一种“穷竭”新论	252
六 知识产权法哲学——作品的“功能”与侵权认定	255
七 不了解国际上探索百年、业已解决的知识产权权利重叠与交叉问题——国内一些新论失误的直接原因	258
八 国外的相关案例	261
第六章 知识产权的评估	265
第一节 总论	265
第二节 商标评估	268



一 概念	269
二 现有商标评估方法及其缺陷	273
三 更有效的商标评估方法	275
四 侵权赔偿与商标作价评估的典型案例	278
第三节 商誉评估	280
一 顾客名单或较固定的销售渠道	281
二 商品或服务	281
三 研究与开发状况 (R&D) 及有关骨干人员的声誉	282
第四节 专利评估	283
第五节 商业秘密评估	286
第六节 版权评估	291
 第七章 知识产权的国际保护与涉外保护	301
第一节 国际保护与“接轨”问题	301
一 知识产权的国际保护	301
二 与国际“接轨”问题	303
第二节 知识产权涉外保护与国际私法问题	308
一 确认保护主体方面的法律冲突	309
二 法律选择	312
三 公约特别授予的权利	317
四 国际互联网络环境与数字技术带来的国际私法新问题	318
五 典型案例	320
 第八章 世界知识产权组织管理的知识产权国际公约	332
第一节 《保护工业产权巴黎公约》	332
一 国民待遇	332
二 优先权	333
三 临时性保护	334
四 宽限期	335
五 其他关于专利保护的规定	335
六 其他有关商标保护的规定	337