

354

D923.401-43

Z33

世界银行贷款资助项目  
上海普通高校“九五”重点教材  
上海市教育委员会 组编

# 知识经济与知识产权法

张乃根 陆 飞 主编

张乃根 陆 飞 王福新  
张光杰 徐新林 倪振峰 合著

复旦大学出版社

# 前 言

继 1996 年下半年,复旦大学知识产权研究中心与香港城市大学法律学院合作,组织中心五位专家学者撰写《中国知识产权法》(1998 年在香港出版)之后,1997 年底,中心又承担了复旦大学综合知识课程教材之一《知识经济与知识产权法》的研究、撰写工作,1999 年 5 月,该教材被列入上海普通高校“九五”重点教材建设项目。经过近两年的努力,本项目六位长期在知识产权法领域从事与专利、商标、版权、计算机软件、反不正当竞争和国际知识产权法有关的教学、科研及律师实务的专家学者,通力合作,数易其稿,终于基本完成本教材的写作任务。

由于近年来,随着高科技,尤其是网络技术的迅猛发展,知识经济、乃至数据化经济开始进入寻常百姓生活,因此,知识产权的保护显得越来越重要。跨世纪的当代大学生肩负着振兴中华的历史重任,对在校大学生普及知识产权法的基本知识,是加强素质教育的必不可少的一环。复旦大学法律系多年来在校内开设知识产权法的公共选修课,积累了丰富的教学经验。本项目六位专家学者都曾在法律系任职、兼职,在本项目的教材写作中,各自分工如下:

张乃根(复旦大学知识产权研究中心主任、法律系教授):项目主要负责人,撰写第一章和全书最后统稿;

陆飞(复旦大学知识产权研究中心副主任、专利事务所所长、法律系兼职教授):项目负责人,全书策划、提纲编纂和初步统稿,撰写第五章;

王福新(复旦大学知识产权研究中心副主任、管理学院教授、法律系兼职教授):撰写第二章;

张光杰(复旦大学知识产权研究中心副主任、法律系副教授):撰写第三章;

徐新林(复旦大学知识产权研究中心兼职研究员、法律系副教授):撰写第四章;

倪振峰(复旦大学法律系前任副教授,现任上海大学法学院经济法系主任):撰写第六章。

## 2

本教材力求深入浅出,系统地讲解我国现行知识产权法的基本知识,适应各类高等院校本科、专科生选修知识产权法课程。每一章都附有若干思考题和主要参考书目,以利于教和学。全体合作者衷心地期望使用本教材的师生提出宝贵意见,以便今后不断修改、完善。

张乃根

2000年2月1日

# 第一章 知识经济时代的知识产权法

新世纪的太阳在冉冉升起，人类迈入了一个崭新的经济时代。这是继农业经济、工业经济和后工业经济之后兴起的知识经济时代。凝集人类智慧的高科技知识，比以往任何时候都更显示其推动整个经济发展的强劲力量，也比以往任何时候更需要知识产权法的保护。了解知识经济中的知识产权法，学会运用法律武器，保护自己的知识产权，并且懂得尊重他人的智慧成果，这是新时代的大学生应有的优良素质。本章作为全书导论，将开宗明义，阐述知识产权法对保障和促进知识经济有序发展所起的不可缺少的重要作用，分析知识产权的含义及其保护的特点，介绍我国知识产权法的基本制度。

## 第一节 为知识经济保驾护航的卫士

### 一、比尔·盖茨的微软王国

2 我们每个大学生为什么要学习知识产权法？简单地回答：这是知识经济时代的需要。什么是知识经济？可以说，比尔·盖茨创建的微软公司是知识经济的典型代表。小小的一张软盘或光盘包含了一系列复杂多变的电脑程序，所传递的密集信息远胜过以往人们通过无数纸张所表达的信息。人类进入了真正的信息时代。人们通过在电脑上操作这些程序，飞越大洋，遨游太空，征服极地，探险深海，完成一个又一个前所未有的壮举。更令人类自己难以置信的是，因特网已将遍布全球各地的数亿台电脑联成一体，使得逛电子市场和进行电子商务渐渐成为普通百姓的日常生活。软件的开发需要大量的知识投入，即经济学家所说的“知识资本”，而软件的运用，更能释放出难以估量的经济效益。这类以密集型的高科技知识为基础的经济形态被称为“知识经济”。近来，人们已谈论起“数据化经济”，即以因特网技术及其普遍运用为基础的电子化经济。虽然，这种经济形态主要出现在北美、西欧和日本等发达国家和地区，但是，如同瓦特发明的蒸汽机将人类带入工业革命时代，爱迪生发明的电灯创造了全新的照明时代，因特网的发明运用及

其迅速普及,必然会在新的千年里或迟或早地彻底改变地球上所有人的生活方式。

实践证明:比尔·盖茨的微软王国,离开知识产权法的保护,连一天都难以生存。计算机技术发展到今天,使得一张软盘或光盘的复制成为轻而易举、瞬间即可完成的事。如果对人们设计的计算机程序缺乏全面的和有效的版权保护,软件业将被肆无忌惮的盗版所彻底摧毁。在微软王国的本土,有着严格的版权保护制度。美国于1976年修订了联邦版权法,于1989年加入了《保护文学与艺术作品伯尔尼公约》,为软件业的发展创造了良好的法律环境,并且通过司法和行政的法律实施,强有力地打击侵犯各类版权的违法活动,从而使比尔·盖茨在知识产权法的保护伞下,可以大展鸿图,创造了经济史上的奇迹,一跃成为全球首富,大有“一骑绝尘”的气概,使得那些汽车大王、钢铁大王等工业时代、甚至后工业时代的骄子纷纷俯首称臣,望尘莫及。反观我们周围,盗版屡禁不止,中国的软件业举步维艰。当然,人们可以列出许多理由,解释其原因,诸如版权意识薄弱、正版软件昂贵、地方保护主义盛行,等等。可是,最重要的是,我国的版权保护制度建立不久,无论是行政或司法保障机制,都还不足以遏制猖獗的盗版。

版权保护如此,专利、商标制度以及与知识产权有关的反不正当竞争法,对于当今知识经济的发展,无不发挥着重要的作用。从某种意义上说,真

正的知识经济是数据化经济。因为自有人类,便有了知识。知识的含义首先是指人们对自然界和人类社会的认识。当人们将这些知识转化为改造客观世界的生产力时,知识就成为了经济活动的必要投入,因此,任何经济形态,都离不开一定知识。但是,如今在高度信息化的时代,计算机技术在几乎所有经济部门中的应用,因特网的全球化普及,使得电脑如同代步的私家车或自行车,成为人们生活中须臾不可少的工具,各种经济活动在不同程度上采用计算机技术,或运用电脑操作、管理等。计算机的数据化语言代替了传统的文字,经济被数据化。数据化经济的基础是当代信息技术产业。大规模的基础电信工业和通讯工具产业、门类复杂的现代办公设备(包括各种电脑)制造业以及软件业,已成为新世纪全球经济发展的原动力。据悉,20世纪90年代后期,美国经济增长的35%是来源于占国民生产总值(GDP)8%的信息技术产业的持续高速发展。信息技术产业是最典型的知识密集型经济。它不仅需要版权保护,而且离不开专利权制度对发明创造、商标权制度对各种货物或服务商标(尤其是驰名商标)以及知识产权法对于商业秘密的保护。越是知识化的经济,越是需要知识产权法的保护。这已经为近代工业经济与知识产权法律制度的产生与发展轨迹所证实。

### 二、知识产权法就在我们生活之中

我们生活在知识经济时代,每天阅读着大量的

书籍刊物,借助着电脑和各种多媒体工具,了解大千世界,在知识的海洋中遨游,朝着理想的彼岸,不断奋进。我们有没有想过:如果没有知识产权法的保护,谁来提供“精神食粮”?谁来发明日新月异的电脑?谁会不惜重金为自己的产品和服务的商标或品牌大做广告?如今一代大学生,或许还没有体会知识产权的重要性,但是,一旦毕业走向知识经济的广阔天地,就会遇到各种各样的知识产权问题。即便在校园里,说不定知识产权也会与我们大学生“交友”,比如,在各种课内外的科技创新活动中,在撰写学术论著或从事文学艺术创作中,会产生无数的知识产权。我们应该从现在起就学会保护自己的知识产权,尊重他人的知识产权,成为守法、守法的公民。

### 第二节 人类智慧的结晶与保护

#### 一、从“知识就是力量”说起

知识的含义,对每个大学生来说,是不言而喻的。我们每天都在学习新的知识;世纪之交,知识经济时代的挑战,更激发着莘莘学子追求、掌握高科技知识的无比热情。“知识就是力量”,欧洲文艺复兴时代的英国著名哲学家弗兰西斯·培根的这句格言,揭示了人类借助科学发现与发明可以具有驾驭自然的力量这一真理。可是,在一定条件下,知



识可以转化为一种无形的财产权,即知识产权,恐怕不仅培根时代的,而且今天的许多人,却不知其所以然了。本节将着重讲解知识产权的含义、知识产权保护的特点以及知识产权的范围。

### 1. 人类智慧与个人财产权

6 人类从创造第一件石器工具起,就不断地利用其无穷智慧,谱写了无数征服自然界的奇迹。自有文字以来的人类文明史,无不记载着这些闪光智慧的结晶。然而,人类智慧的结晶与个人财产权连在一起,却是发生在文艺复兴之后的事。1409年,意大利威尼斯城授予一位名叫海斯林根的日耳曼人对一项矿物加工技术的发明专利权。据研究,这是威尼斯城的第一项专利,这意味着海斯林根的思想火花转化为具有经济价值的个人财产权。1474年,威尼斯城共和国公布了第一部专利法,即《威尼斯元老院1474年法》,将这种个案转化进一步普遍化,从而形成一种崭新的、与个人财产权有关的社会制度。这被公认为是“具有现代专利法特点的第一部专利法”。<sup>①</sup> 该法规定:任何人在本城市制作了以前在本共和国从未制作过的、新颖的和精巧的装置,在该装置已经完善,可以利用和操作时,应通知一般福利委员会的官员。在十年期限内,未经制作人的同意和许可,禁止其他任何人在我们的领地和城市里的任何一处再制作任何与之相同或相似

---

<sup>①</sup> 参阅汤宗舜著:《专利法教程》(第二版),法律出版社,1996年,第7页。

的装置。若他人贸然仿制,原制作人和发明人有权向城市执政官起诉,侵权人将赔偿他一百金币,仿制品将立即销毁。这向世人明白无误地宣告:一个人对其发明创造的知识可以拥有非常有价值的财产权,任何人都不能随意侵犯这种权利。这充分体现了文艺复兴所弘扬的那种推崇个人理性,尊重个人知识的人本主义精神。

如今,知识在一定条件下具有的财产权价值,已被人们普遍所认识。比如,妇孺皆知的可口可乐(“Cocacola”)商标专有权价值高达数百亿美元。遍布世界各地的可口可乐饮料厂商所使用的这一特定字样和图形,为何价值连城呢?奥妙在于这种经有关国家或地区主管机关准许专用的名牌商标,代表了一种特殊的饮料产品,或者说饮料配方。创造这种饮料配方的知识,通过该饮料产品专用商标,具有了无与伦比的价值。因此,商标的真正价值并非指其符号本身,而在于生产该专用商标的产品所需要的特定知识。

又比如,“三毛打官司”是一起引人注目的著作权(即版权)案件。大名鼎鼎的漫画家张乐平生前创作的那个大脑袋,头上长着三根发,圆鼻子的“三毛”艺术形象,载于《三毛流浪记》、《三毛从军记》、《三毛新事》等漫画集中,在中国大地可谓家喻户晓。可是,前不久,一家出版社与某人签订合同,约定出版其绘画的《三毛哈哈集》。其中的“三毛”形象酷似真正的“三毛”。张乐平先生的遗孀和子女

们获悉后,愤而不平,一纸诉状,告到法院,指控被告,未经原告同意和授权,在其出版的作品中擅自使用了张乐平创作的“三毛”形象,侵犯了张乐平及其法定继承人的著作权。法院经审理,认定了被告的侵权行为。其理由是,张乐平创作的“三毛”形象,融这位漫画大师的绘画艺术及其对社会的深刻认识于一体,通过他的一系列作品,成为其著作权的组成部分,并由其法定继承人所拥有,不容他人侵犯。<sup>①</sup>可见,包括美术作品在内,文学与艺术作品是作者的宝贵财富,不仅生前归作者所有,而且生后可作为其个人财产权,被后人继承。

8

在我国,知识产权作为个人财产权的性质,还没有被人们充分地认识。发明创造在任何情况下,都是个人智慧的结晶。哪怕个人为自己工作单位,或者根据国家需要,从事发明创造,发明人始终是作为自然人的个人。从本书第二章的专利法学习中,我们可以了解到,作为非职务的发明创造所申请获得的专利权归发明人所有,这是典型的个人知识产权;作为履行职务而做出的发明创造,虽然所申请获得的专利权可能归发明人所在单位所有,但是,该发明人从单位获得的职务报酬以及因发明创造所获额外奖酬,表明发明人是根据职务的关系,将发明创造的个人知识产权转让给了单位。从根源上说,知识产权是个人财产权。版权更加清楚地

---

<sup>①</sup> 此案详见陈旭主编:《上海法院知识产权案例精析》,人民法院出版社1997年版,第36页。

体现了知识产权具有的个人财产权特性。从本书第四章的著作权学习中,我们将明白版权的保护期为什么是作者有生之年加去世后五十年,甚至更长,而作者对于自己作品的精神权利,如署名权、保持自己作品的完整性权利等,是永久的。至于商标权,任何商标的设计,本身是智力创造,也是个人智慧的结晶。基于知识产权的特点,国际社会已达成共识:知识产权是个人权利。<sup>①</sup>

### 2. 知识产权的定义

以上例子表明,知识产权是对人类智慧结晶这一无形财产所享有的权利,所以又称“智慧财产权”。这种权利本质上是人类因其智力活动而创造的自然权利。任何有正常思维能力的个人都有可能产生与众不同的观念,并通过各种外部表现形式转化为具体的知识产品,如某一机械或工序的创造发明,某一商品的独特商标,某一文学或艺术作品。但是,在文明社会里,知识产权不可能是纯粹的自然权利。从知识产权的保护来看,它或迟或早地受到法律的限定,因而成为一种特殊的法律权利。

自从 1893 年,“保护知识产权联合国国际局”问世以来,该组织冠以的“知识产权”这个名词已经被普遍用以指发明专利、商标、外观设计、文学与艺术作品中包含的财产权。1967 年《建立世界知识产权

---

<sup>①</sup> 参阅《与贸易有关的知识产权协议》序言,可见张乃根著:《国际贸易的知识产权法》,复旦大学出版社 1999 年版,附录,第 321 页。

组织公约》将知识产权定义为：在工业、科学、文学或艺术领域里的智力活动产生的所有权利。毫无疑问，这是关于知识产权的权威定义。下文将结合知识产权及其保护的特点和范围，进一步阐述该定义。

## 二、知识产权及其保护的特点

从上述举例中，不难看出知识产权及其保护具有如下显著特点。

### 1. 智慧结晶是无形的

与人们对土地房屋、电器家具之类物品，乃至汽车飞机的财产权相比，知识产权不是对有形物质的占有、使用、处置和收益权，而是对可复制的智慧结晶，或者说知识产品所拥有的财产权。这种智慧结晶的载体本身，如专利产品、可口可乐饮料、《三毛流浪记》连环画本的纸张之类有形物质，不构成知识产权，只有体现在发明专利、商标或著作权这些无形的知识产品中的观念，或信息，或其表现形式，才会构成知识产权。人类对智慧结晶及其财产权的性质有一个认识过程。在古代或中世纪，无论欧洲或中国，似乎都未曾有人谈论过知识产权。近代知识产权的产生，可能与文艺复兴之后欧洲出现的复制权有关。专利产品的生产，本质上是发明创造的重复；商标专用产品的生产，须在同一产品上印贴该商标；文学或艺术作品的再现则是作品创意表现形式的再版。这些重复、印贴和再版，都包含

着复制的意义。因此,我们现在所说的“知识产权”(intellectual property)一词,英文原意就是“复制权”(copyright)。在这个意义上可以说,知识产权是个人对工业、科学、文学或艺术领域里的智力活动结晶所拥有的复制权。

## 2. 知识产权具有财产权的共性,即排他性

从威尼斯城共和国的第一部专利法中,可以清楚地了解到:知识产权一经确认,便具有财产权的共性,即排他性,或者说,独占性。发明专利的排他性,即作为合法的垄断地位在英国《1624年垄断法》中,得以更加完整地表述。该法在一般地禁止授予独占性特权之后,在第六条规定了唯一的例外,即允许“专利特许状和为期十四年或十四年以下的特权授予,授予该范围之内,任何新颖产品的工作或制作方法的,真正和第一个发明人和这些产品的发明人。在专利许可状和授予的期限内,他人将不能利用之。”<sup>①</sup>对于数个人作出的同一发明,法律只承认,并授予其中真正的和第一个发明人的专利权。俗话说,“一山容不得两虎”。专利权的独占性,有过之而无不及。尽管现在世界各国的专利制度趋向于“申请在先”,即对于数个人作出的同一发明,法律只承认,并授予其中第一个申请人的专利权,但是,专利的独占性丝毫没有改变。虽然,商标专用权、著作权等其他知识产权的取得、权利内容

---

<sup>①</sup> 关于该第六条规定的内容,可参阅汤宗舜著:《专利法教程》(第二版),法律出版社1996年版,第8页。

和期限不同于专利权,但是,独占性的本质特点完全一致。通常,商标经准许注册后归该商标持有人专用,其他人非经商标持有人许可,一律不得使用之。文学和艺术作品一经产生,不论发表与否,作者即享有著作权,任何他人不得擅自复制同样表现形式的作品。简言之,知识产权是一种独占权。

### 3. 知识产权的授予或获得,具有地域性

在威尼斯城最初的专利制度中,我们可以留意到这样的规定,即专利权仅限于“我们的领地和城市”。这种严格的地域性与当时威尼斯城共和国的管辖范围有关,而在欧洲其他君主制国家,则与君主授予的专利特许状的效力范围有关。以后,知识产权的地域性又因民族国家的主权性得以强化。时至今日,无论是专利权的授予,还是因注册或使用而获得的商标权,或是文学和艺术作品创作后产生的著作权,都限于一定的国家或地区的地域范围内。一国或一地区的专利权、商标权和著作权,一旦随着载体越出国境或地区边界,进入他国或地区,除非经过他国或地区的法定程序、规定或双边、多边协议的约定,便失去了原有的权利性质,在他国或地区不再受到法律的保护。正是由于知识产权及其保护特有的地域性,国际社会从上世纪末不得不着手对各国或地区的不同知识产权制度进行协调,由此产生了一系列的知识产权保护国际公约。这些国际公约决不意味着产生了没有地域限制的知识产权保护,

而只是确定有关知识产权保护的最高标准，供公约参加国采纳。在此意义上，可以说，知识产权是一种属地权，即受一定地域限制的财产权。

### 4. 知识产权一般都具有法定的期限

与有形物的财产权不同，知识产权一般都具有法定的期限，如发明专利的期限，各国的法定期限通常为申请之日起二十年；注册商标权的期限，自注册日起十年至二十年，各国不等，且可续展；著作权期限一般为作者有生之年加身后五十年，等等。“三毛打官司”一案中，原告所以胜诉，前提就在于张乐平对其含有“三毛”形象的作品著作权还没有过期，尽管这位漫画大师已经过世，但是，他的著作权继承人仍享有权利。为什么知识产权需要期限？根本原因就是为了使知识产权所有人的利益与社会公众的福利达到某种均衡。这就是说，一方面，为了促进科学技术，繁荣文学艺术，社会给予发明者、作者等知识产品的创造者一定的特权，是非常必要的，否则人们就没有创造的动力。另一方面，假如没有期限规定，那么这种特权反过来会抑制人类智力活动的发展，阻碍社会进步。假如，发明专利的保护期是三十年，或五十年，甚至更长，就可能使专利权人躺在法律的保护大伞之下，悠然自在，不思进取。现代技术发展，日新月异。适当的发明专利期限，不仅有利于促进专利权人尽快利用专利，而且也能鞭策他人发愤努力，迎头赶上。又如，注册商标的专用权虽可经过不断的续展，由商标持有人无限期地使用，但是，首



次注册及以后的续展,都是有期限的。这有利于促使商标持有人不断地保持和提高商标专用产品的质量,同时也可防止其一劳永逸,滋长不符合市场公平竞争要求的垄断意识。至于著作权的期限,相对较长,因为这种知识产权不仅与作者的经济权利,而且与其精神权利(如署名权、保护作品完整权)有着不可分割的联系。

### 三、知识产权的范围及其分类

以上谈论知识产权时,提到了发明专利、商标专用权和著作权,其实,知识产权的范围远不止这几种。美国著名政治家和思想家杰弗逊曾主张,为了给予人类的创造力以充分的鼓励,“阳光下人造的任何东西”都可以申请专利,<sup>①</sup>这一思想的精神已逐渐被世界各国所接受。比如,拥有 171 个成员国(截至 1999 年 5 月 7 日)的世界知识产权组织规定:知识产权包括如下相关权利:

- 文学、艺术和科学作品;
- 表演艺术家的表演、录音及广播;
- 在所有人类活动领域里的发明;
- 科学发现;
- 外观设计;
- 商标、服务标记及商号和牌号;

---

<sup>①</sup> 这是美国首任国务卿兼专利主审官杰弗逊的专利哲学。可参阅张乃根编著:《美国专利法判例选析》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 76 页。