



郑成思 | 著

知识产权论

ON INTELLECTUAL PROPERTY

(第三版)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

知识产权论

ON INTELLECTUAL PROPERTY

(第三版)

郑成思 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

知识产权论/郑成思著. —3 版. —北京:法律出版社,
2007.9

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7645 - 1

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 135747 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/王 扬

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/27.25 字数/514 千

版本/2007 年 9 月第 1 版

印次/2007 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939659

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7645 - 1

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



郑成思

1944 年出生于昆明。生前曾为中国社会科学院研究员、学位委员会会员、博士生导师，知识产权中心主任，全国人大法律委员会委员，中国法学会知识产权研究会会长，世界知识产权组织仲裁员。

1967 年毕业于北京政法学院，1982 年毕业于伦敦经济学院研究生院。

曾参与版权法、专利法、商标法、计算机软件保护条例、民间文学保护条例等的起草制定工作，是我国正在起草的民法典知识产权篇（专家建议稿）的起草主持人，并以法律顾问专家的身份参加中美知识产权等的对外谈判。以中文及英文在中国、英国、澳大利亚、德国、美国、日本出版过 5 部外文著作及 35 部中文著作，发表过上百篇论文。



研人类中群己之界
究法理外天人之际
生学术上鸿鹄之志

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,主要还得根据中国自己的实际,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。我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,一二百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,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王选,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。他们认为在填补我国尚欠的“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。^{〔1〕}

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》总则中不足二百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，但在20世纪末，其重点则错了。

中国诚然需要《物权法》。但国外无形财产所有人（比尔·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”商标数百亿美元、“海尔”、“红塔山”商标数百亿人民币）、“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：我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。我国的这种“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》，比我国专利法、版权法（著作权法）、商标法加起来还要长5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》，我国的几部知识产权专门法则在“各行其是”；世界知识产权组织要求21世纪初，国际申请全部通过网络（即“无纸化”）时，我国专利、商标法则仍旧规定着如何填写纸张表格。我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。目的是使我国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200年前的《法国民法典》、100年前的《德意志民法典》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

〔1〕 这段论述，最早公开发表在1999年6月9日的《北京日报》上，全国人大法工委同月即以法工民字（99）3号文件全文转发。本书下面的“知识产权、财产权与物权”最早于1997年第5期《知识产权》杂志发表，同年11月也被同一立法机关以法民工字（22）号全文转发。这两段论述被我在2001年再度提起后，在十分推崇日本民法的学术圈里，曾激起轩然大波。当然，我的任何观点都是可以商榷的。不过，在2002年7月通过的日本《知识产权战略大纲》里，我却见到了与我的上述论述相同的观点及基本相同的论述。该大纲不长，建议读者们读一读。——作者第3版加注

2010年时我们肯定在民商法体系上就滞后了。

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。^[2]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已认为版权保护应是随印刷术的发展而产生,我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,^[3]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。^[4]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,^[5]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,我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?难道外国人经历了一二百年达到的今日的研究高度,我们也非要再走一二百年不可?

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,有时可能显得凌乱无章,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究起步均晚的我国,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

[2] 参见张晋藩著:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1997年版,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。

[3] 参见《方輿胜览》,上海古籍出版社1986年版。转引自《光明日报》1996年4月14日第3版。

[4] 参见 William Alford 著 *To Steal a Book Is an Elegant Offense*, 第二部分。

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

4 知识产权论

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泛出水面的陈章,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,当然不会一跃而成为高深的学问。它们仍旧会被看做是“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

2001 年 5 月

第3版续补前言

知识产权的专著,许多在五年左右均须修订再版,原因是相关国内外立法发展太快。而《知识产权论》第2版之后刚刚两年,即再度修订,主要出于几个考虑。第一,2001年年底,中国商标法再度修正、版权法首次修正,书中相应之处也须修改。第二,反不正当竞争对知识产权的附加保护,国际上近年越来越重视,而原书论述较欠缺。第三,九届人大之末的民法草案虽然已经按照许多人(包括中国社会科学院知识产权中心)的意见,没有纳入“知识产权篇”,但当初接受立法主管部门的任务起草该篇,对许多问题进一步研究的成果,还是可以拿出来与读者共同探讨的。第四,由于“与贸易有关的知识产权协议”,我另有专著去写过,在本书中就删去了。这也就是第3版增、删与改动的主要内容。

作者

2003年6月

目 录

一、知识产权保护的起源;知识产权、财产权与物权	(1)
(一)知识产权保护的起源	(1)
1. 特权与私权	(2)
2. 专利权、商标权的起源	(2)
3. 版权的起源	(8)
(二)知识产权、财产权与物权	(20)
1. 财产及财产权的概念	(20)
2. 罗马法、英美法及法国法中的有形财产与知识产权	(22)
3. 在不同财产中,知识产权地位的变化	(26)
4. 物权与财产权;知识产权与服务	(30)
(三)信息产权理论的提出与发展	(36)
二、知识产权的概念	(39)
(一)知识产权的范围	(39)
1. 世界知识产权组织所划的范围	(39)
2. 世界贸易组织所划的范围	(40)
3. 其他的划法与结论	(42)
(二)知识产权的特点	(45)
1. 无形	(46)
2. 专有性	(49)
3. 地域性	(51)
4. 时间性	(53)
5. 可复制性	(54)
(三)知识产权在民法中的地位	(55)
1. 知识产权篇(专家建议稿)的产生	(55)
2. 中国民法典知识产权篇框架	(58)
3. 对民法典知识产权篇“一般规定”的讲解	(70)
三、知识产权的权利主体	(99)
(一)发明人与专利权人	(99)

2 知识产权论

1. 专利权的归属问题	(99)
2. 有关专利权归属的典型案列	(101)
(二) 商标权主体	(107)
(三) 版权主体	(108)
1. 版权人与作者	(109)
2. 法人能否是精神权利主体	(114)
3. 精神权利的限制	(117)
4. 经济权利的归属——通常意义的版权人	(119)
四、知识产权的客体	(131)
(一) 专利权的客体	(131)
1. 可以获得专利的发明创造	(131)
2. 随新技术的应用而产生或将产生的专利客体	(134)
(二) 商标权的客体	(140)
1. 概述	(140)
2. 商品商标	(141)
3. 服务商标	(141)
4. 联合商标	(142)
5. 集体商标	(142)
6. 防御商标	(142)
7. 证明商标	(143)
8. 产地标记与其他标记	(143)
9. 新客体——“域名”及其与商标的冲突	(144)
(三) 版权的客体	(148)
1. 计算机软件	(148)
2. 文学作品以及音乐、戏剧等作品	(164)
3. 口述作品	(168)
4. 美术、摄影作品	(170)
5. 电影作品	(176)
6. 设计图与模型;建筑作品	(179)
7. 地图、示意图等	(184)
(四) 反不正当竞争保护的客体	(186)
1. 反不正当竞争与知识产权保护的关系	(186)
2. 国际上给我们以启示的成例	(188)
3. 对中国完善反不正当竞争法律体系的相应建议	(190)

五、知识产权侵权认定与权利限制	(194)
(一) 侵犯知识产权的无过错责任	(194)
1. 侵犯知识产权归责的不同情况	(195)
2. 国外成例中可借鉴的内容	(198)
3. 我国立法与司法的选择	(205)
(二) 知识产权侵权认定中的“模糊区”	(211)
1. 专利侵权的认定	(211)
2. 商标侵权的认定	(219)
3. 侵犯版权的认定	(221)
4. 专利侵权与刑事制裁中一个值得注意的问题	(234)
(三) 专利、商标、版权中不同方向的假冒行为	(236)
1. 专利领域的假冒	(236)
2. 商标假冒	(237)
3. 版权领域的“假冒他人署名”	(241)
4. 国内知识产权领域“假冒”的典型案例	(242)
(四) 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	(246)
1. 版权穷竭问题在欧洲的提起	(246)
2. 世界贸易组织有关知识产权权利穷竭的规定	(249)
3. 中国的“新”问题;外国的已解决多年的问题	(251)
4. “武松打虎”图一案问题的提起——国际惯例与我国知识产权	
保护	(254)
5. 版权与工业产权的界限——析一种“穷竭”新论	(256)
6. 知识产权法哲学——作品的“功能”与侵权认定	(258)
7. 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	(261)
8. 国外的相关案例	(264)
六、知识产权的评估	(267)
(一) 总论	(267)
(二) 商标评估	(269)
1. 概念	(270)
2. 现有商标评估方法及其缺陷	(273)
3. 更有效的商标评估方法	(275)
4. 侵权赔偿与商标作价评估典型案例	(277)
(三) 商誉评估	(279)

(四) 专利评估	(281)
(五) 商业秘密评估	(284)
(六) 版权评估	(288)
七、知识产权的国际保护与涉外保护	(296)
(一) 国际保护与“接轨”问题	(296)
1. 知识产权的国际保护	(296)
2. 与国际“接轨”问题	(297)
(二) 知识产权涉外保护与国际私法问题	(301)
1. 确认保护主体方面的法律冲突	(302)
2. 法律选择	(304)
3. 公约特别授予的权利	(308)
4. 国际互联网络环境与数字技术带来的国际私法新问题	(309)
5. 典型案例	(311)
八、世界知识产权组织管理的知识产权国际公约	(320)
(一)《保护工业产权巴黎公约》	(320)
1. 国民待遇	(320)
2. 优先权	(321)
3. 临时性保护	(322)
4. 宽限期	(322)
5. 其他关于专利保护的规定	(322)
6. 其他有关商标保护的规定	(323)
(二)《制裁商品来源的虚假或欺骗性标志协定》	(326)
(三)《国际商标注册马德里协定》及其议定书	(326)
(四)《商标注册条约》	(329)
(五)《保护原产地名称及其国际注册协定》	(329)
(六)《为商标注册目的而使用的商品与服务的国际分类尼斯协定》	(330)
(七)《商标图形国际分类维也纳协定》	(332)
(八)《工业品外观设计国际备案海牙协定》	(332)
(九)《工业品外观设计国际分类洛迦诺协定》	(334)
(十)《专利合作华盛顿条约》	(335)
(十一)《专利国际分类德拉斯堡协定》	(338)
(十二)《国际承认用于专利程序的微生物保存布达佩斯条例》	(339)
(十三)《保护植物新品种日内瓦公约》	(341)
(十四)《商标法日内瓦条约》	(343)
(十五)《科学发现的国际登记日内瓦条约》	(343)

(十六)《保护奥林匹克会徽内罗毕条约》	(345)
(十七)《保护文学艺术作品伯尔尼公约》	(346)
1. 国民待遇原则	(346)
2. 自动保护原则	(347)
3. 版权独立性原则	(347)
4. 经济权利	(347)
5. 精神权利	(347)
6. 权利保护期	(348)
7. 追溯力	(348)
8. 对发展中国家的优惠	(348)
(十八)保护邻接权罗马公约	(349)
1. 国民待遇原则	(349)
2. 邻接权的内容	(350)
3. 录制者权的非自动保护原则	(350)
4. 权利保护期	(351)
5. 对权利的限制	(351)
6. 邻接权主体的范围	(351)
7. 各种保留	(351)
8. 追溯力	(352)
9. 版权保护条款	(352)
(十九)录音制品公约	(352)
1. 国民待遇原则	(353)
2. 非自动保护原则	(353)
3. 成员国国内的适用法	(353)
4. 权利内容	(353)
5. 权利保护期	(353)
6. 权利限制	(354)
7. 禁止保留条款	(354)
8. 无追溯力条款	(354)
9. 作者权与表演者权保护条款	(354)
(二十)视听作品条约	(354)
(二十一)卫星公约	(355)
(二十二)《避免对版权使用费收入重复征税多边公约》	(356)
(二十三)《印刷字体的保护及其国际保存协定》	(358)
(二十四)《集成电路知识产权条约》	(359)

(二十五)世界知识产权组织版权与专利新条约	(359)
1. 两个条约中基本无争议的新内容	(360)
2. 两个条约中争议较大的新内容	(361)
3. 《专利法条约》及《专利实质条件条约》	(367)
(二十六)世界知识产权组织 1996 年《反不正当竞争示范法条》	(367)
九、几个地区性的国际条约	(375)
(一)欧共体——欧盟的地区性	(375)
1. 欧共体跨国法的立法体系	(375)
2. 版权领域的欧共体跨国法	(377)
3. 商标领域的欧共体跨国法	(379)
4. 专利领域的欧共体跨国法	(381)
(二)北美自由贸易协定中的知识产权保护	(382)
1. 版权保护	(383)
2. 商标保护	(384)
3. 专利保护	(385)
(三)法语非洲国家的《班吉协定》	(387)
1. 《班吉协定》总述	(389)
2. 发明专利保护	(390)
3. 实用新型保护	(397)
4. 商标保护	(398)
5. 工业品外观设计保护	(401)
6. 反不正当竞争与商号保护	(402)
7. 产地名称保护	(403)
8. 《班吉协定》的实施条例	(403)
9. 第一部跨国版权法	(405)
(四)安第斯组织的《卡塔赫那协定》中的知识产权保护	(408)
1. 发明专利	(409)
2. 工业品外观设计	(410)
3. 商标	(411)
4. 20 世纪 90 年代的新发展	(412)
5. 世纪之交的新发展	(413)
本书作者已发表的代表性论著及译著	(414)
主要参考书目	(418)

一、知识产权保护的起源； 知识产权、财产权与物权

(一) 知识产权保护的起源

在 18 世纪产生出“知识产权”这一术语的德国，^[1]从 20 世纪初开始，反倒不大使用“知识产权”了，主要原因是“Eigentum”(Property)这一用法容易使局外人将知识产权与有形“财产”相混淆。所以德国开始更多地使用“无形产权”来覆盖原有“知识产权”所覆盖的范围。不过总起来讲，德国(在 Trips 之前)认为知识产权的范围包括版权与工业产权。这个范围是排斥某些内容的。例如，德国法理界曾认为“技术秘密”是被排除在该范围之外的。

承袭了德国民法大部分的日本，在范围上及用语上，均有与德国相近的地方。^[2]

但 1967 年建立的世界知识产权组织，使德国的这一认识很难再蔓延开，又使世界范围内依旧使用“知识产权”而不是“无形产权”来覆盖所要讲的内容。

这里应明确两点：第一，“无形产权”、“无形财产”或“无形财产权”是很早就被德国知识产权法学者广泛使用、后来又大都不再用的一个概念，它并不新。第二，诸如商誉、商号等，并非“知识产权”难以包容，而要靠“无形产权”去包容。《保护工业产权巴黎公约》早年的文本就已经包容了它们(而工业产权被涵盖在知识产权之中是人所共知的)，只是被我们许多人忽视了。对此，本书在“知识产权客体”部分，还会作进一步论述。

知识产权在今天，至少在我国，是被当做一种民事权利对待的。它甚至是在我国的民法通则中被实实在在地规定在民事权利中的。

而作为“民法”之典范的《法国民法典》、《德国民法典》等民法典，以及随它们而后出现的《日本民法典》等民法典，却统统未将“知识产权”纳入。即使法、德民法典修订至今，其“财产权”、“物权”或其他民事权利项下，仍旧均无“知识产权”

[1] 参见 Geller 主编：《国际版权的法律与实践》，1996 年版，瑞士篇(英文)。

[2] 参见纹谷畅男著：《无体财产权法概论》，1994 年第 5 版，有斐阁(日文)。