



高等法学院校民商法学(系)系列

*Civil Law and Commercial Law Series Courses
for the Higher Education of Law*

知识产权法 [四版]

Intellectual Property Law

丁丽瑛 著



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位



高等法学院校民商法学(系)系列

*Civil Law and Commercial Law Series Courses
for the Higher Education of Law*

知识产权法

〔四版〕

Intellectual Property Law

丁丽瑛 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法/丁丽瑛著. —4 版. —厦门:厦门大学出版社,2016.3
(高等法学院校民商法学系列)
ISBN 978-7-5615-5758-7

I. ①知… II. ①丁… III. ①知识产权法-中国-高等学校-教材 IV. ①D923.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 234653 号

出 版 人 蒋东明
策划编辑 施高翔
责任编辑 李 宁
装帧设计 李夏凌
美术编辑 蒋卓群
责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181253(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门市金凯龙印刷有限公司印刷

开本 787mm×1092mm 1/16
印张 26.75
插页 2
字数 635 千字
版次 2016 年 3 月第 4 版
印次 2016 年 3 月第 1 次印刷
定价 52.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

总 序



伴随着我国法学教育的快速发展,我国的法学教材建设也呈现日益繁荣的景象。在民商法学科,以高校教师为主体组织编写出版的各种系列教材,不仅大大促进了民商法学科的教材建设,而且也为法科学生学习民商法选用教材提供了比较大的空间。同时,伴随着我国市场化改革的深入和社会主义市场经济体制的逐步建立,我国的民商法学理论也获得了长足的进步,无论是研究领域的宽度还是研究领域的深度,民商法理论的进步与发展都是有目共睹的,也是令人欣喜的。我国民商法理论的进步与发展也充分反映在我国民商法学科教材的建设之中。进入 21 世纪以来出版的民商法学系列教材逐步改变了 20 世纪 80 年代以来存在的一本民法教材贯穿全部民法课程学习过程的状况,不仅出版了民商法学的系列教材,而且教材的内容比过去丰富得多,理论深度也比过去大得多。进而,90 年代以来,我国的民商法学教材建设也逐渐摆脱了 80 年代民法教材所具有的苏俄民法学教科书的影响,在构建我国科学的民商法学理论体系方面发挥着其他出版物所不可替代的积极作用。

本系列教材是我与我过去的厦门大学法律系民商法教研室的同事共同努力的成果,也是与厦门大学出版社良好合作的结果。自 2000 年陆续出版以来,多次重印,陆续再版,逐渐被多所高校法学院系采用,作为本科教学的教材或教学参考书,有的还被选作硕士研究生教学的教材或参考书。2007 年在教育部组织的“普通高等教育‘十一五’国家级教材规划”评选中,本系列中的《民法总论》和《商法》还被选定为规划教材。

这些对于我和我过去的同事来说,无疑是一种极大的鼓励,也是一种无形的鞭策。我们将不辜负广大读者的厚爱,继续做好本系列教材的修订与再版工作,不断完善教材的内容和体系,尽力为民商法教学提供一套好的教材。

柳经纬

2007 年 12 月 22 日

于中国政法大学

四版前言



《知识产权法》自 2000 年首版以来,已经使用十多年,目前为第四版。期间,结合我国知识产权立法修订、知识产权行政和司法保护完善以及知识产权国际保护机制特别是国际贸易领域的知识产权政策的演变而历经多次修订。2008 年《国家知识产权战略纲要》发布后,为了落实该纲要,提高自主创新能力、建设创新型国家,推动我国经济、社会的全面发展,并立足于知识产权保护国际、国内形势的变化和全球科学技术的迅猛发展,以及配合深化政治体制改革中政府职能转变,我国再次启动对《专利法》《商标法》《著作权法》等知识产权制度的全面修订和完善,完成了《专利法》的第三次修订、《商标法》的第三次修订、《著作权法》的第二次修订。

目前,《著作权法》第三次修订也已经多次公开征求意见,接近完成。同时,我国知识产权纠纷及案件数量上升,各种典型案例涌现,知识产权法律关系更加复杂多样,知识产权行政保护和司法保护的水平也不断提高,相关指导性判例及司法解释逐步发布,北京、上海、广州三个知识产权法院设立并运行良好。这些都对知识产权法学研究及教材的修订提出了新的要求,并提供了新的内容。为确保教材的出版质量和教学的使用需求,作者对《知识产权法》进行了第四版修订。

丁丽瑛
2015 年 8 月

前 言



民商法学博大精深,不仅理论内容丰富,而且极具实用性。在我国建立社会主义市场经济体制和实现依法治国宏伟目标的过程中,民商法作为社会主义法律体系中最为基础性的法律部门,涉及社会生活的各个方面,因而越来越受到广泛的认同。民商法学理论研究也随之成为学者和研修法律学科的人士钟情的法学领域之一。近年来,民商法学科考研热即是一个很好的说明,1999年合同法颁行引起的遍及全国的合同法出书热和学习热更是一个很好的例证。

确立社会主义市场经济体制以来,我国民商法学科发展迅速,研究成果令人瞩目,我国民商法学理论也逐渐趋于成熟。将民商法学的理论与我国法律实务加以梳理,编写一套民商法学系列读物,使之既能系统反映民商法学的基本理论,又能结合我国法律实务,探讨实践中提出的民商法律问题;既可作为高校法学专业教材,又可供一般读者学习民商法学理论知识之用。这是全体作者共同的愿望。厦门大学法学院民商法学是福建省重点学科,“民商法学系列”是本学科规划建设中的成果形式之一。本系列的出版得到厦门大学出版社的大力支持,编辑施高翔先生为本系列的策划、编辑付出了大量精力,特此表示谢意。

《知识产权法》系民商法学系列之一。本系列由柳经纬主编。

本书不足之处,祈请读者和专家批评指正。

柳经纬

2000年8月

目 录

第一编 总论

第一章 知识产权概述	1
第一节 知识产权的概念	1
第二节 知识产权的理论基础	6
第三节 知识产权的法律特征	15
第四节 知识产权的范围	21
第二章 知识产权法概述	27
第一节 知识产权法的体系和地位	27
第二节 知识产权法的历史沿革	34
第三节 我国知识产权法律制度的建立与发展	38

第二编 著作权法

第三章 著作权与著作权法概述	50
第一节 著作权的概念	50
第二节 我国著作权法的特点和基本原则	52
第四章 著作权的主体与归属	57
第一节 著作权主体的概念	57
第二节 作者	59
第三节 作者以外享有著作权的其他主体	60
第四节 作品著作权的归属和行使	62
第五章 著作权的对象	68
第一节 作品的概念	68
第二节 著作权法保护的作品	73
第三节 不适用著作权法保护的对象	81
第六章 著作权的内容	83
第一节 著作人身权	83
第二节 著作财产权	86
第三节 著作权人的其他权利	97
第七章 著作权的取得、保护期限和限制	102
第一节 著作权的取得	102
第二节 著作权的保护期限	105

第三节 著作权的限制·····	107
第八章 著作权的转让、继承和许可使用·····	116
第一节 著作权的转让和承受·····	116
第二节 著作权的许可使用·····	119
第九章 与著作权有关的权利·····	122
第一节 邻接权概述·····	122
第二节 出版者的权利·····	124
第三节 表演者的权利·····	126
第四节 录音录像制作者的权利·····	128
第五节 广播电台、电视台的权利·····	129
第十章 著作权的法律保护·····	131
第一节 侵犯著作权的行为·····	131
第二节 侵犯著作权的民事责任和行政责任·····	136
第三节 侵犯信息网络传播权行为的认定及其法律责任·····	138
第四节 与著作权有关的管理·····	144
第十一章 计算机软件著作权·····	150
第一节 计算机软件法律保护概述·····	150
第二节 计算机软件著作权的主体和客体·····	152
第三节 计算机软件著作权的内容、归属和限制·····	153
第四节 计算机软件著作权的登记管理·····	154
第五节 计算机软件著作权的法律保护·····	156

第三编 专利法

第十二章 专利权与专利法概述·····	160
第一节 专利权的概念·····	160
第二节 专利法律制度概述·····	162
第十三章 专利法律关系的主体·····	171
第一节 专利法律关系主体概述·····	171
第二节 专利申请人·····	172
第三节 专利权人·····	175
第十四章 专利权的对象·····	178
第一节 专利权的种类·····	178
第二节 授予专利权的条件·····	183
第三节 不授予专利权的项目·····	192
第十五章 专利权的取得、终止和无效·····	201
第一节 专利权的申请·····	201
第二节 专利申请的审查和批准·····	206
第三节 专利权的期限、终止和宣告无效·····	210

第十六章 专利权的内容和限制	213
第一节 专利权的内容	213
第二节 与专利权有关的技术转让合同	217
第三节 专利权的限制	221
第十七章 专利权的法律保护	228
第一节 专利权保护范围	228
第二节 侵犯专利权行为的认定	235
第三节 侵犯专利权的民事责任和行政责任	243

第四编 商标法

第十八章 商标与商标法概述	250
第一节 商标的概念	250
第二节 商标的种类	256
第三节 我国商标法的基本原则	260
第十九章 商标权的主体和对象	264
第一节 商标注册人	264
第二节 注册商标的构成条件	265
第二十章 商标注册	272
第一节 商标注册的原则	272
第二节 商标注册的程序	276
第三节 注册商标的期限、续展和变更	279
第四节 注册商标的宣告无效和撤销	280
第二十一章 商标权的内容和行使	283
第一节 商标权的概念	283
第二节 商标权人的权利和义务	285
第三节 注册商标的转让、移转和使用许可	288
第四节 商标管理	291
第二十二章 商标权的法律保护	295
第一节 商标权的保护范围	295
第二节 侵犯商标权行为的认定	300
第三节 侵犯商标权的民事责任和行政责任	306
第四节 驰名商标的特殊保护	310

第五编 其他知识产权保护制度

第二十三章 与知识产权保护有关的反不正当竞争制度	317
第一节 不正当竞争行为与反不正当竞争法	317
第二节 商业秘密的法律保护	325
第三节 知名商品特有名称、包装和装潢的法律保护	332

第二十四章	集成电路布图设计保护制度	336
第一节	集成电路布图设计知识产权保护概述.....	336
第二节	集成电路布图设计专有权.....	338
第三节	集成电路布图设计权的法律保护.....	341
第二十五章	植物新品种保护制度	345
第一节	植物新品种知识产权保护概述.....	345
第二节	植物新品种权.....	347
第三节	植物新品种权的法律保护.....	350

第六编 知识产权的国际保护

第二十六章	知识产权国际保护体制的建立与发展	352
第一节	知识产权国际保护体制的建立.....	352
第二节	知识产权国际保护体制的发展.....	355
第三节	新经济和新技术对知识产权国际保护体制的影响.....	361
第四节	后 TRIPS 时代知识产权国际保护体制的变革.....	372
第五节	近期与知识产权保护相关的贸易协定的变化与发展.....	382
第二十七章	知识产权国际公约与国际组织	386
第一节	《保护工业产权巴黎公约》.....	386
第二节	世界知识产权组织及其成立公约.....	390
第三节	世界贸易组织及《知识产权协议》.....	393
第四节	《保护文学艺术作品伯尔尼公约》.....	403
第五节	世界知识产权组织《版权条约》和《表演和录音制品条约》.....	405
第六节	《专利合作条约》.....	409
第七节	《商标国际注册马德里协定》及其议定书.....	411
第八节	世界知识产权组织《反不正当竞争示范条款》.....	413

第一编 总 论

第1章



知识产权概述

第一节 知识产权的概念

一、知识产权的概念

知识产权,是指对非物质的知识或其他信息依法享有的专有权利,该非物质的知识及其他信息包括创造性智力劳动成果和识别性工商业显著标记依法享有的专有权利。知识产权以知识为对象,从法律意义出发,知识是指特定的人通过创造性劳动所取得的特定精神成果,而产权是指所有权人依法支配其财产的权利。由此可见,知识产权实际上是一个法律上的概念。知识信息本身虽具有稀缺性,但其自然属性是不具排他性和竞争性的,只有在创设了知识产权制度后,才有知识产权。法律对知识信息提供产权保护,其目的就在于强调这种信息利用和传播的专有属性,强调法律对它们的有条件 and 有限制的排他性保护。在这种意义上知识产权可以被看作是人们基于自己的智力活动创造的成果或经营管理活动的经验、知识而依法享有的权利。^①

知识是人类认识自然和社会的阶段性和成果,其从本质上说,属于认识的范畴。^② 自人类进入文明社会以来,知识的创新与进化一直受到人类的重视和倡导,虽然理论界对“知识”的本质的认识并未达成一致。有学者认为,“知识是人类对认识的描述,知识的普遍存在方式或本体是形式”,无论哪一种知识被纳入知识产权对象,其本质都在于形式。^③ 也有学者认

① 曲三强著:《知识产权原理》,中国检察出版社2004年版,第4页。

② 辞海编辑委员会编:《辞海》(下),上海辞书出版社1979年版,第3969页。

③ 刘春田:《知识财产权解析》,载《中国社会科学》2003年第4期。

为,“知识的本质是信息”,作为外来语的“知识产权”中的“知识”意含“智力创造性”。^①

将一切来自知识活动领域的权利概括为“知识产权”,最早见之于17世纪中叶的法国学者卡普佐夫的学说,后为比利时著名法学家皮卡尔所发展,并得到世界上多数国家和众多国际组织的承认。^②皮卡尔认为,传统上把权利分成三个部分(物权、人身权和债权)是不够的,因而制定了一种新的法律关系分类方法,把著作权、发明、工业品外观设计和商标列入一个既特殊又独立的新类别——知识产权之中,以此与物权这个传统类别相抗衡。^③1967年,世界知识产权组织成立时使用了“Intellectual Property”^④,从而影响世界各国开始正式停止使用原来的“Intangible Property”(无形产权)。从此,知识产权一词的使用逐渐为各国立法和法学理论所普遍接受。

知识产权是一种特殊的民事权利,该权利的产生和保护须以智力创造活动、创造性成果或识别性工商业显著标记、相应的法律规定为条件,三者缺一不可。^⑤智力创造活动以及在该活动中产生的智力成果是知识产权产生的前提,智力劳动是智力成果产生的源泉,智力成果是智力劳动的物化结果。知识产权则是智力成果法律化的结果,没有法律的确认和保护,智力成果就不能产生具有专有性或排他性的财产权。只有当法律对某种智力成果提供保护,赋予创造者以某种独占性权利时,该智力劳动成果才有了专有的价值,才得以作为与有形财产一样的商品进行交换。此外,智力创造成果的种类、表现形式是多种多样且分属于不同领域的,并不是所有的智力成果都能享有专有权的保护,这就要依赖于法律的调整 and 确认。因此,知识产权被认为“实质上是人类智力创造性劳动成果的物化、法律化、权利化”^⑥。这便是知识产权产生的实质性根源。

二、知识产权的性质

(一) 知识产权源于对创新知识和商业识别标志的法律安排

知识产权最根本的性质在于它来源于科学研究、文学、艺术等精神领域的创新活动和代表工商信誉的显著标志,其权利保护的核心在于保护基于该创造性成果或识别性显著标志而产生的人身利益和财产利益。因此,知识产权保护的客体是脑力劳动创造的产物,普遍具有创造性或识别性,没有创造性或识别性就谈不上知识产权保护。当然,在不同的知识产权法律中,对不同的知识产权保护对象所应具备的创造性或识别性的衡量标准不同。

洛克的“劳动—财产”论述被认为是构成财产权制度理论基础的自然人权利理论的典型代

① 周俊强:《知识、知识产品、知识产权》,载《法制与社会发展》2004年第4期。

② 另有学者经过考证提出不同的见解,认为历史上第一次提出知识产权的,是瑞士人杜尔奈森。他于1738年在巴塞尔城发表的博士学位论文中就探讨了知识产权,称之为“智力创造的财产”。参见刘春田:《知识财产权解析》,载《中国社会科学》2003年第4期。

③ [西班牙]德利娅·利普希克著:《著作权与邻接权》,联合国教科文组织译,中国对外翻译出版公司2000年版,第13页。

④ 在我国一般译为“知识产权”,但我国台湾地区通常译为“智慧财产权”。

⑤ 虽然学术界对于商标权是否具备知识产权的创造性条件有不同的认识,但是按照法律传统,将商标权以及其他识别性商业外观或标记纳入知识产权体系是得到普遍承认的。

⑥ 黄勤南主编:《新编知识产权法教程》,中国政法大学出版社1995年版,第4页。

表,并成为近现代知识产权法哲学中最具影响力的学说之一。洛克认为:“他的身体所从事的劳动和他的双手所进行的工作,我们可以说是正当地属于他的。所以只要他使任何东西脱离自然所提供的和那个东西的所处的状态,他就已经渗进他的劳动,在这上面参与他自己的某些东西,因而使它成为他的财产。既然是由他来脱离自然所安排给他的一般状态,那么在这上面就他的劳动加上了一些东西,从而排斥了其他人的共同权利。因为既然劳动是劳动者无可争辩的所有物,那么对这一有所增益的东西,除了他之外就没有人能够享有权利,至少在还留有足够的、同样好的东西给其他人所共有的情况下,事情就是如此。”^①洛克的“劳动—财产”理论为财产权制度的正当性提供了理论依据,但是与有体物财产权制度不同,它在知识产权制度上的运用则要求这种劳动必须是创造性的。“与洛克所描绘的‘采摘橡果’、‘耕种作物’等简单的、重复的劳动不同,知识产权制度特别是其中的著作权和专利制度所涉及的‘劳动’是一种创造性的劳动。知识产权法律对智力劳动的创造性要求有明确的规定。这种对劳动创造性要求的规定显然大大提升了劳动的质的含量和品位。换言之,知识产权制度通过确认创造性劳动在产生知识产权的过程中的基础性作用,在该领域中大大提高了对劳动的要求。这从外在形式体现为知识产权的客体——知识产品必须体现一定的创造成分,必须在某种程度上是新的。当然,创造性成分不是绝对的,而且在不同的知识产权上要求和表现也不一样。”^②然而,在商标专用权的取得条件上,立法者的安排更侧重于基于识别性或显著性而产生市场利益分配,是对“增加的价值”的一种确认和维护。换言之,在商标权制度中,商标权的基础是市场参与者基于具有区分、代表功能的标志的使用而获得市场竞争优势的正当性,而不论该标志本身是否具有创新内容。

(二)知识产权的属性是私权

世界贸易组织在《知识产权协议》的序言中明确要求其成员“认识到知识产权属私权”,从而在诸多知识产权国际公约中第一次明确界定了知识产权的本质属性,即以私权名义强调知识财产私有的法律形式。这一规定不仅说明了知识产权在私法领域中的地位,而且厘清了知识产权与相关法律制度的差异。^③“知识产权是私权”,这是智力创造领域的权利从封建特许权向现代意义的财产权嬗变的一个重要标志。

知识产品虽因是一种具有社会性质的产品而具有“公共物品”属性,但基于法律的安排而成为具体的、特定的私人权利的对象,即知识产权的权利主体是一个可以确认的作品的创作者、发明创造的发明人或设计人、商品的特定生产者或经销者或服务的提供者。私权与公权的不同就在于二者所反映的社会关系不同。公权体现的是国家强制力的介入与干预,反映的是公共秩序要求下的主体间的不平等;私权体现的则是意思自治下的自由支配和处分,反映的是诚实信用、交易安全要求下的主体间的平等。虽然,在专利权的“授予”、注册商标的“核准”以及知识产权权利的获得或保护上存在现实的行政救济途径,以及存在诸如公共健康要求下的专利强制许可等制度,从而使该权利的获得、行使及限制体现一定的行政管理

① [英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第53页。

② 冯晓青著:《知识产权法哲学》,中国人民公安大学出版社2003年版,第42页。

③ 吴汉东:《知识产权的私权与人权属性》,载《法学研究》2003年第3期。

职能,并因此被认为是“知识产权私权的公权化”,或“知识产权已经不是一种纯粹的私权,而是一种具有公权因素的私权”,^①但是,无论国家的介入因素是否随着情势的变化而加强或减弱,知识产权的私权属性并没有发生质的改变。尤其是在市场经济条件下,知识产权要进入市场交易环节,就必须满足一个前提,即具有私人物品属性。“从法律上看,这种交换的唯一前提是任何人对自己产品的所有权及自由支配权。”^②因此,只有确立知识产权的私权属性才能为知识产权法律制度设计的合理性、正当性或可接受性提供衡量或判断的标准。

知识产权作为一种财产权,体现了权利主体的财产利益,具有财产价值和商品属性,权利人可以以此取得使用报酬或创造经济利益。以知识产权许可使用或知识产权转让为主要代表的无形资产贸易已在国内乃至国际贸易中占据越来越重要的地位,知识产权出资、质押等也已成为活跃民商领域经济活动的一种方式。按照财产的形态,可以将财产分为动产、不动产和无体产。无体产是相对于动产、不动产之有体而言的。同样是财产,动产和不动产是以占有一定空间,能为人所支配、管领并满足人们需要的物体为表现,并根据该物能否移动以及移动是否会影响其价值而做区分的;无体产则以权利为表现,是一种抽象的财产,它包括知识产权、债权、股权以及商业票据上记载的权利。无体产可以再细分为知识资产和非知识资产,在知识资产中受知识产权法保护的才为知识产权的对象。“财产权是一种法律关系,其归根结底是对主体行为的一种规制。”^③因此,从某种意义上说,各国立法者正是通过知识产权法所设立的产权界定原则和保护规则来实现对知识资产这一社会资源的合理配置。

知识产权具有产权的属性,但有别于有体财产物权。知识产权法所保护的内容是基于对知识产权对象的控制、利用和支配行为而产生的利益关系或称社会关系。^④知识产权的对象为创造性智力成果和工商业显著标记,没有具体形体,不占据一定空间,具有非物质性。这使知识产权所具有的专有权与一般有体物的财产权的内容存在着明显的差异。知识产权中的财产权属性主要体现为权利人对权利对象即知识产品的支配或者说垄断。知识产品的使用是可以无限再生的,因此,知识产权的行使主要是通过独占发明创造的实施,专有使用注册商标或其他商业性显著标记,以多种方式使用、传播作品来体现的。对于知识产权的对象而言,不发生有形损耗的使用。“无形财产权的价值实现,并非完全表现为无形财产权人对知识产品的直接利用,而通常表现为知识产品的创造——使用过程,也即知识产品的创造主体与使用主体相分离。”^⑤显然,知识产权财产利益的真正实现依赖于其权利对象的现实利用或使用。

(三)知识产权是人权的组成部分

“人”作为个体的权利被定义为人权。“因为他是人,所以自然有资格享有可以列举的‘权利’。这些归属于他个人的权利独立于他在社会中所发挥的作用和地位从而使得他能够

① 冯晓青、刘淑华:《试论知识产权的私权属性及其公权化趋向》,载《中国法学》2004年第1期。

② 《马克思恩格斯全集》第46卷,人民出版社1979年版,第454页。

③ 梅夏英著:《财产权构造的基础分析》,人民法院出版社2002年版,第202页。

④ 刘春田主编:《知识产权法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第4页。

⑤ 吴汉东、胡开忠著:《无形财产权制度研究》,法律出版社2001年版,第80页。

与其他人一样平等。”^①《世界人权宣言》第 27 条和《经济、社会和文化权利国际公约》第 15 条均确认,人人对由于他所创作的任何科学、文学或艺术作品而产生的精神的和物质的利益,有享受保护的权利。据此,知识产权被认为其本身就是一项人权。这种权利包括两个方面的内容,首先是创造者对自己的智力创造成果所享有的权利,其次是社会公众分享智力创造所带来的利益的权利。这两项权利紧密联系在一起,都是国际社会承认的基本人权。^②

按照自然法理论,人权是“天赋”的,是“与生俱来”的,那么作为人权组成部分的知识产权同样是“天赋”的,是基于创造性智力劳动或识别性商业标志的使用并按照法律的安排而获得的,因而它不应当根据国家或政府的行政特许而产生,而应是一种普遍的权利要求。知识产权的人权属性不仅表明知识产权是智力创造者拥有的一种普遍的、平等的自然权利,而且要求对这一私权的保护必须符合人类的进步与发展,必须尊重和维护公共利益的要求。正是由于这种特定的人权内容,知识产权保护制度的设计往往体现为权利保护和权利限制这两个重要的方面,以此实现私法组织社会的功能。明确这一点,对于正确认识和理解基于知识产权的取得、行使及限制而发生的社会关系是至关重要的。

除了财产私有外,人之生存与发展的必需条件还包括生存权、健康权和发展权。人权应当是一个平等的概念,作为智力创造者或识别性标志使用者人权组成部分的知识产权与作为其他人人权组成部分的生存权、健康权、发展权必须协调一致,于是在知识产权制度的人权保障上也就有了利益平衡的要求。

(四) 知识产权体现私人利益与公共利益的平衡

知识产权这一私权的保护受公共利益的限制,这是许多知识产权法学者已经注意到并达成共识的观点,也是各国知识产权立法普遍贯彻的精神。虽然知识产权具有私权的属性,但是“绝对属于个人利益的权利是根本不存在的,即使是在近代自由放任的市场经济时代,亦不存在纯粹的私权和契约自由;因为他人利益和国家利益的约束永远是个人权利绝对化的一道屏障,任何没有界限的权利都是不存在的”。^③ 因此,知识产权保护的立法宗旨不仅在于保护基于智力创造和商业经营而产生的专有权,而且必须考虑公共利益的目标。任何一个时期,知识产权保护始终贯穿着知识产权人的利益与公共利益的矛盾与制约,知识产权法在保护智力创造者对其知识产品的专有权的同时,也以促进社会的进步与发展作为其立法的宗旨。因此,“强制许可”“法定许可”“合理使用”等限制性条文便成为许多国家知识产权法不可缺少的组成部分。

权利是法律承认和保护的利益,换言之,利益经法律的确认和调整就成为法律权利。在任何社会或国家中,不同社会利益主体的客观存在即意味着彼此的利益需要可能发生相互冲突甚至为某种程度的对立。在现代法治社会中,不同主体之间的利益分配最终表现为法律所确定的权利义务关系。由于权利和义务是相对的,因而,在一定的历史时期,以法律的形式所确定的权利和义务即法定的权利和义务其总量应当是恒定的,在特定的社会成员之间如何进行权利义务的分配即依据何种正义原则进行分配则是不同社会制度、法律制度的

① [法]皮埃尔·莫内著:《自由主义思想文化史》,曹海军译,吉林人民出版社 2004 年版,第 2 页。

② 吴汉东:《知识产权的私权与人权属性》,载《法学研究》2003 年第 3 期。

③ 曲三强著:《知识产权原理》,中国检察出版社 2004 年版,第 10 页。

正义状况的重要表现和分野。^① 在知识产权制度中,利益平衡要求主要发生在知识产权人个人独占性权利与社会公共利益之间,其立法标志是在知识产权制度中设定维护公共利益原则。对此,世界贸易组织《知识产权协议》有清楚的表述。《知识产权协议》不仅强调“知识产权属私权”,而且也强调认识“各国知识产权保护制度的基本公共政策目标,包括发展目标和技术目标”,承认“最不发达国家成员在国内实施法律和法规方面特别需要最大的灵活性,以便它们能够创造一个良好和可行的技术基础”,并且明确要求知识产权保护和实施的目标“应有助于促进技术革新及技术转让和传播,有助于技术知识的创造者和使用者的相互利益,并有助于社会和经济福利及权利与义务的平衡”。^②

在知识产权制度中设定维护公共利益原则,并非否认知识产权的私权属性,而是强调私权利益与社会公共利益之间的平衡。那么,这种利益平衡的标准是如何确定的?又是如何实现的?在经济和技术急剧变化的动态社会关系中,其调整又是如何进行的?学者认为,其总体要求是:第一,坚持效率优先、兼顾公平,正确处理信息的独占与共享之间的关系;第二,合理考量秩序、公正与效益等法律价值之间的关系,使得利益平衡成为一种动态的平衡;第三,正确处理“限制与反限制”的关系;第四,以利益平衡为指导,实现矫正公平。^③ 而其掌握的一般原则有两方面:一方面是以私权保护为利益平衡的前提,以利益平衡为私权保护的不可缺少的制约;^④ 另一方面是引入效率原则,保障激励功能,划分合理区域,实现平衡目标。作为知识产权对象的知识产品本身是一种信息,并且知识产权本身被纳入广义的信息产权的范围,在信息产权理论框架下,知识产权人的利益与社会的公共利益之间的平衡主要体现为在保障新信息的足够生产的前提下,信息的消费者对信息的合理分享,适当解决信息专有与信息自由和共享的矛盾。^⑤

第二节 知识产权的理论基础

传统的财产权保护理论认为,财产权出现的核心因素是稀缺性,或者是冲突性使用的可能性。^⑥ 但是,就自然状态而言,知识资产的占有和使用却在很大程度上具有非排他性事实,并不存在对一种构思的过度使用或过度散布,不存在争夺使用的危险,人人都能使用这

① 任寰:《论知识产权法的利益平衡原则》,载《知识产权》2005年第3期。

② 世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》之序言和第7条规定。

③ 任寰:《论知识产权法的利益平衡原则》,载《知识产权》2005年第3期。

④ 袁泳:《数字版权》,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第2卷),中国政法大学出版社1999年版,第17页。

⑤ 冯晓青著:《知识产权法利益平衡理论》,中国政法大学出版社2006年版,第362~377页。

⑥ Tom Palmer, Intellectual Property: A Non-Posnerian Legal and Economic Analysis, *Hamline Law Review*, Vol. 279, No. 12, 1989. 转引自冯晓青著:《知识产权法哲学》,中国人民公安大学出版社2003年版,第1页。

个构思,并不会使它贬值。这就意味着有形财产权的传统经济学理论并不能完全适用于知识产权。^①学者因此求助于其他理论以证明知识产权制度的合理性和正当性,提出了众多理论,其中最具典型代表和有影响的理论包括自然权利理论、人格理论、经济激励理论及利益平衡理论。

一、自然权利理论

(一)罗马法的自然法观点

财产权的自然法根源可以追溯到罗马法。在古罗马人看来,自然理性的要求构成先占原则的理论基础。“自然法是自然教授给所有动物的法律。”“因此,野兽、鸟类、鱼类,换言之,一切出自大地、海洋、天空的动物,一旦被某人捉住,它们立即按照万民法开始成为他的。事实上,先前不为任何人所有的物,根据自然理性,它被给予先占者。”^②除了占有外,古罗马法学家对所有权获得的自然解释还包括添附、加工等,并确认了“一个人通过自己的劳动和努力所创造的东西属于他自己”的观念。按照优士丁尼的观点,“字母,就算是用金子写成,也添附于纸和羊皮纸,完全如同被建造的房屋和被播种的植物通常添附于土地一样。因此,如果蒂丘斯在你的纸或羊皮纸上写了一首诗、一段历史或一篇演说,对这一整体,不是蒂丘斯,而是你将被判定为所有人。但如果你对蒂丘斯要求你的书卷或羊皮纸,也不打算偿付书写的费用,蒂丘斯当然可借助于恶意诈欺的抗辩保护自己,只要他是善意地获得了这些纸或羊皮纸的占有”。^③由此推断,古罗马时期文艺创作活动非常活跃是与当时的法律激励有关的。在罗马人眼里,记载着文学、艺术创造的产品包含了文学家、艺术家的创作劳动,而这些创作劳动是其得以主张权利的依据或根源。这似乎是通向知识产权保护规则的最初的自然法基础。

(二)洛克的劳动学说

英国的约翰·洛克(John Locke)被认为是继罗马法之后试图认真回答所有权问题的第一人,并被视为财产自然权利观的主要代表。^④洛克在其17世纪出版的《论政府》中提出劳动学说,为有形财产权提供了理论根据。洛克对于财产权的解释似乎有些简单。洛克认为:首先,土地和一切低等动物为人类所共有,但是每一个人对他自己的人身享有一种所有权,除他之外任何人都没有这种权利;其次,劳动是他的身体所从事的活动和他的双手所进行的工作,因而正当属于他自己;最后,因为劳动,他使自然物脱离了自然的状态,在上面加入了自己的东西,从而排斥了其他人的共同权利,使它成为自己的财产。^⑤洛克还举例解释,谁把橡树下拾的橡树果子或者树林的树下摘下的苹果果腹时,谁就确已把它们拨归己用。劳动使它们与公共的东西有所区别。这样它们就成为他们的私有权利了。^⑥

① [美]罗伯特·P. 墨杰斯、彼特·S. 迈乃尔、马克·A. 莱姆利、托马斯·M. 乔德著:《新技术时代的知识产权法》,齐筠、张清、彭霞、尹雪梅译,中国政法大学出版社2003年版,第2页。

② [古罗马]优士丁尼著:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,第13、115页。

③ [古罗马]优士丁尼著:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,第129页。

④ 曲三强著:《知识产权原理》,中国检察出版社2004年版,第19页。

⑤ [英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第53页。

⑥ [英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第18页。