

 人民法学文存  
Renmin faxue wencun

郑成思 主编



# 知识产权 ——应用法学与基本理论

---

Intellectual Property  
— The Exploitation of IPR and  
the IPR Law Fundamentals

---

人民出版社

 人民法学文存  
Renmin faxue wencun

郑成思 主编



# 知识产权 ——应用法学与基本理论

---

Intellectual Property  
— The Exploitation of IPR and  
the IPR Law Fundamentals

---

人民出版社

策划编辑:李春林  
责任编辑:马 赛  
封面设计:肖 辉  
版式设计:程凤琴

### 图书在版编目(CIP)数据

知识产权——应用法学与基本理论/郑成思主编.  
—北京:人民出版社,2005.5  
ISBN 7-01-004881-9

I. 知… II. 郑… III. 知识产权-研究-中国  
IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 022218 号

### 知识产权——应用法学与基本理论

ZHISHI CHANQUAN—YINGYONG FAXUE YU JIBEN LILUN

郑成思 主编

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街166号)

北京瑞古冠中印刷厂印刷 新华书店经销

2005年5月第1版 2005年5月北京第1次印刷

开本:880毫米×1230毫米 1/32 印张:15.75

字数:360千字 印数:0,001-5,000册

ISBN 7-01-004881-9 定价:30.00元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街166号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539



## 郑成思 简介

1944年12月出生於昆明。現任中國社會科學院研究員、學術諮詢委員會委員、博士生導師，知識產權中心主任，全國人大法律委員會委員，中國法學會知識產權研究會會長，世界知識產權組織仲裁員。

1967年畢業於北京政法學院法律系。1981年至1983年在英國倫敦經濟學院研究生院學習。1986年被授予“國家級專家”稱號，2004年被英國《知識產權》雜誌評為“世界上最具有影響的50位知識產權界人物”之一。以中、英文在中國、英國、澳大利亞、日本等國出版了35部著作，發表過上百篇論文。曾參與版權法、民法典、反不正當競爭法、計算機軟件保護條例以及民間文學保護條例等法律法規的起草、制定工作，參加著作權法、專利法和商標法等法律的修訂，並以法律顧問和專家的身份參與中美知識產權談判。

## 作者名单

---

- 郑成思** 中国社会科学院知识产权中心主任、研究员、博士生导师  
**朱谢群** 深圳大学法学院副教授、博士  
**张晓都** 上海高级人民法院审判员、副教授、博士  
**周俊强** 安徽师范大学法学院副教授  
**黄晖** 中国社会科学院知识产权中心兼职研究员、博士  
**张平** 北京大学知识产权学院副教授、博士生导师  
**刘家瑞** 律师、博士  
**李明德** 中国社会科学院知识产权研究中心副主任、研究员、博士生导师  
**唐广良** 中国社会科学院知识产权研究中心秘书长、研究员  
**周详** 中国社会科学院知识产权研究中心访问学者、律师  
**薛虹** 中国政法大学教授、博士生导师  
**魏衍亮** 中国知识产权局知识产权发展研究中心主任助理、博士  
**张玉瑞** 中国社会科学院知识产权研究中心研究员  
**龙文** 中国知识产权出版社编辑
-

## 前 言

记得好像是鲁迅说过,作者总认为自己的作品是好的。我认为我献给读者的这本书是一部好书。当然,到底好不好,最后要看社会的评价。它又是一本要引起争议的书,这一点可能用不着到“最后”,就可以确定。

早在《著作权法》实施一周年的纪念会上,同贺周年之余,我引了贺诗两句,以表明中国完善知识产权制度还有很长的路要走:“紫丝竹断聪马小,家住钱塘东复东”。今天,我们已经向前迈进得很远了。不过这两句诗似乎仍然适用。

在一个国家里,应当把继续完善知识产权制度当成矛盾的主要方面,还是把防止过度保护当成矛盾的主要方面,必须以受保护的商业标识、发明创造、各种作品遭仿、靠、冒、盗的实际状况而定,还要看知识产权的侵权人是不是总体上仍旧“理直气壮”,维权者是否总体仍旧举步维艰,要看国内外的关键技术领域、国内外的文化市场上、国内外的名牌之林中,是否已经有了与我们这样一个大国相应的“一席之地”,而决不是看外国人怎么论、怎么说,不管是外国学者还是外国政府。

许多人在抱怨我国知识产权保护水平“太高”时,经常提到美国 20 世纪 40 年代、日本 20 世纪 60、70 年代与我国目前经济发展水平相似,而当时它们的知识产权保护水平则比我们现在低得多。

这种对比,如果用以反诘日、美对我国知识产权保护的不合理的指责,是可以的;但如果用来支持他们要求降低我国目前知识产权保护立法的水平或批评我国不应依照世界贸易组织的要求提高知识产权保护水平,则属于没有历史地看问题。20世纪70年代之前,国际上“经济全球化”的进程基本没有开始。我们如果在今天坚持按照我们认为合理的水平保护知识产权、而不愿考虑经济一体化的要求以及相应国际条约的要求,那么在一国的小范围内看,这种坚持可能是合理的;而在国际竞争的大环境中看,其惟一的结果只可能是我们在竞争中被“自我淘汰”出局。我国达到现在这种备受许多国内学者指责的知识产权保护的法律水平,的确只有“不畏浮云遮望眼”者才能作出的决断。

在对策方面,国际组织(包括欧盟之类地区性国际组织)的立法及研究结果对我们的影响,外国(例如美国、日本、印度、俄罗斯等)立法及国家学说对我们的影响,我们均应研究。几个外国如果联手,将对我们产生何种影响,我们更应当研究。例如,对于我们发明专利的短项“商业方法专利”,国家专利局固然可以通过把紧专利审批关,为国内企业赢得时间。但那终究不是长远之计。试想,美日欧国家在传统技术专利方面的“标准化”发展,曾给并正给我们的产品出口带来极大的不利。如果美日(或再加上几个其他发达国家)在商业方法专利上也向“标准化”发展,即如果实施“金融方法专利化、专利标准化、标准许可化”,那么会给我国银行进入国际金融市场带来何种影响以及会不会把我们挤出国际金融市场?这就不仅仅是专利局把紧专利审批关能够解决的问题了。在这些方面做出较深入的研究,有助于我们拿出实实在在的对策去“趋利避害”,而不是仅仅停留在对知识产权制度弊端(甚至非弊端)的批判上。

改革开放二十多年来,知识产权制度对经济发展的促进作用越来越明显,虽然人们对这种作用的认识还有较大差异,而且总的讲,认识还落后于现实。袁隆平的高技术育种方案,改变了中国多少年来几亿人靠繁重劳动“搞饭吃”的状况。王选的“高分辨率汉字发生器”方案,使无数印刷工人告别了自毕昇、王楨以来在字盘上检字的劳动方式。这类实例在中国是越来越多了。这类实例明白无误地向人们显示了创造性劳动成果与模仿性(或复制性)劳动成果的巨大差别。

知识产权制度的本质是鼓励创新,不鼓励模仿与复制,反对仿、靠、冒、盗。这种制度利弊几何,还会长期争论下去。知识产权制度绝非无弊端。中国古语“有一利必有一弊”,不惟知识产权制度如此。但只要其利大于弊,或通过“趋利避害”可使最终结果利大于弊,就不应否定它。至少,现在如果再让科技、文化领域的创作者们回到过去的科技、文化成果“大锅饭”的时代,恐怕只有议论者,并无响应者。至于创作者与使用者权利义务的平衡上出现问题,可以通过不断完善“权利限制”去逐步解决。知识产权制度中对我们自己的长项(如传统知识与生物多样性)保护不够,也可以通过逐步增加相关的受保护客体去解决。有一些制止知识产权滥用的规范并不在单行知识产权法中,而在诸如《合同法》“技术合同编”、“最高人民法院关于技术合同纠纷适用法律的司法解释”等等法律或文件中。我们没有找到,就批评知识产权保护的“缺失”或“弊病”,则属于学习、研究甚至普法的问题。的确,对知识产权及知识产权制度,在弄清楚“是什么”、“为什么”的前提下,才可能开始真正的批判研究或对策研究。

中国现在的状况是不到位的保护与尚有缺失的权利限制都有待完善。但重点应放在何处?解决这个问题,要认清我国知识产



权保护所处的位置。我们可以与发达国家比,也可以与不发达国家乃至最不发达国家比,看看是高了还是低了。当然比较有可比性的,还是与经济发展相当的发展中国家比。例如,与印度、韩国、新加坡一类国家比,我们的保护水平是过高了还是不够。“定位”是决定“加强知识产权保护”还是退出“已经超高保护的误区”之前必须做的事,否则,“不审势即宽严皆误”,这是古人早就告诫我们的。在中外学者都热衷于“平衡论”的今天,我们只要对比一下2003年出版的《裁判的方法》一书与2004年上海《法学》第3期上同样是对“电视节目表”保护的“平衡论”,其中定位的差距是多么惊人。在多数人对某个法律基本不了解时,该法本身或者该法实施的“过头”(至少是人们普遍认为的“过头”),往往是与该法本身或者该法实施的远不到位并存的。2004年初,世界100个知名品牌中,终于能找到我们中国的一个了,它是“海尔”。这虽然一方面说明中国的驰名商标还太少,另一方面却也说明中国企业在国际市场上跻身驰名商标之林,已经迈出了可喜的一步。2004年8月,国内终于有一批DVD企业能够像华为、中国碱性电池协会那样,直面外国大企业的“知识产权”打主动仗了。如果再有更多的企业能像“海尔”那样,借助知识产权制度开拓市场,而不是总被别人以“知识产权”为棍子追打,那么中国对世界的贡献,可能会不亚于她做出四大发明的当年。

在批判中注重对策研究,在构建基本理论时注重应用研究,对民商法学、经济法学均很重要,对知识产权法学来说,尤其重要。

郑成思

2005年3月

## 目 录

前言 .....	( 1 )
<b>第一章 绪论</b> .....	( 1 )
<b>第一节 知识产权制度的法理基础</b> .....	( 1 )
一、知识产权的正当性(之一):洛克劳动财产权理 论的再解读 .....	( 1 )
二、知识产权的正当性(之二):康德的“意志论”与 知识产权 .....	( 4 )
三、知识产权的必然性(之一):经济学的一般性分析 .....	( 7 )
四、知识产权的必然性(之二):对几种观点的回应 .....	( 12 )
<b>第二节 正确认识知识产权制度</b> .....	( 17 )
一、知识产权概述 .....	( 17 )
二、知识产权与创新性智力成果的传播以及后续 创新 .....	( 21 )
三、知识产权与垄断 .....	( 23 )
四、知识产权与“公共利益” .....	( 26 )
<b>第三节 从“实用性”看专有与垄断的界线</b> .....	( 28 )
一、实用性的含义 .....	( 28 )

二、确定实用性标准的根本原理·····	(41)
第四节 中国的经济发展与知识产权战略·····	(46)
一、知识产权及其与工业化的关系·····	(46)
二、中国知识产权法律体系还缺什么·····	(52)
三、在考虑中国知识产权战略时应首先搞清的几个 问题·····	(55)
第五节 中国与国际现在的知识产权制度·····	(61)
一、我国的知识产权法律制度·····	(61)
二、知识产权国际公约·····	(66)
<b>第二章 知识产权若干理论问题·····</b>	<b>(71)</b>
第一节 信息化与知识产权·····	(71)
一、信息、信息处理、信息传递与个人信息保护·····	(71)
二、信息与知识产权·····	(78)
三、知识与知识产权·····	(89)
第二节 信息共享与权利专有·····	(96)
一、权利与知识产权·····	(96)
二、知识产权的客体:智力成果·····	(104)
三、知识产权与物权·····	(118)
第三节 知识产权的内涵与特点·····	(132)
一、知识的本质与知识产权的称谓·····	(133)
二、知识产权的客体及其特点·····	(137)
三、知识产权的性质·····	(142)
四、知识产权的基本特点·····	(148)
第四节 知识产权的若干基本概念·····	(155)
一、知识产权(Intellectual Property)·····	(155)
二、知识产权的客体(Object of IPR, or Subject-matter of IPR)·····	(155)

三、知识产权法典 (Intellectual Property Code) .....	(158)
四、专利法 (Patent Law) .....	(160)
五、专利权 (Patent Right) .....	(162)
六、专利技术 (Patented Technology) .....	(163)
七、专利权的权利限制 (Limitations of Patent Rights) ...	(165)
八、专利技术标准 (Technical Standard Protected by Patent) .....	(167)
九、专利商业方法 (Business Method Under Patent Protection) .....	(170)
十、版权 (Copyright) .....	(172)
十一、精神权利 (Moral Right) .....	(174)
十二、版权产业 (Copyright Industry) .....	(177)
十三、驰名商标 (Well-Known Mark) .....	(179)
十四、商标权利的限制 (Limitations of Trademark Rights) .....	(181)
十五、地理标志 (Geographical Indication) .....	(184)
十六、生物多样性相关法 (Laws Related to Biodiversity) .....	(186)
十七、传统知识的法律保护 (Legal Protection on Traditional Knowledge) .....	(189)
<b>第三章 知识产权若干问题的再研究</b> .....	(195)
第一节 侵权责任、损害赔偿与知识产权保护 .....	(195)
一、从一部关于侵权赔偿责任的书谈起 .....	(195)
二、法、德、意、荷等国民法典的有关“侵权行为”的 规定 .....	(197)
三、英、美的有关法律与判例 .....	(200)
四、中国的立法及有些论述在哪里出了问题? .....	(204)

五、对我国侵权法结构的建议 .....	(211)
第二节 法人与“其他组织”在知识产权法中的应有 含义 .....	(217)
一、问题的提出 .....	(218)
二、我国民法领域的立法现状 .....	(220)
三、其他国家和地区法人制度立法例 .....	(222)
四、法人概念的重构 .....	(226)
第三节 知识产权刑事处罚与专利侵权 .....	(231)
一、知识产权与犯罪 .....	(231)
二、知识产权犯罪的构成特征分析 .....	(240)
三、我国知识产权刑事立法的主要缺陷与完善 .....	(246)
第四节 委托作品与“承揽” .....	(250)
一、委托作品的版权归属与《著作权法》第 17 条的 规定 .....	(251)
二、委托作品的版权归属与合同的约定 .....	(253)
三、委托作品合同的成立与生效 .....	(256)
四、委托作品合同与《合同法》分则中相似合同的 比较 .....	(260)
五、修改《著作权法》第 17 条的建议 .....	(262)
第五节 浅析版权的精神权利及其限制 .....	(264)
<b>第四章 知识产权、财产权与物权</b> .....	(271)
第一节 知识产权、“财产法”与“物权法” .....	(271)
一、无论在物权法中还是在将来的民法总则中,使用 “物权法”还是使用“财产法”,有必要认真研究 .....	(271)
二、我国应立“财产法”而非“物权法” .....	(276)
三、《法国民法典》中的“财产权”概念与我国立法的 选择 .....	(280)

四、总的意见 .....	(285)
第二节 私权、知识产权与物权的权利限制 .....	(287)
一、权利限制的宪法依据 .....	(287)
二、知识产权法中的权利限制 .....	(289)
三、对物权权利限制规定的建议 .....	(289)
第三节 知识产权在特点上与物权的不同 .....	(293)
一、知识产权的特点 .....	(294)
二、善意取得与知识产权 .....	(299)
三、取得时效与知识产权 .....	(306)
第四节 知识产权与取得时效 .....	(312)
第五节 知识产权与诉讼时效 .....	(321)
第六节 知识产权与占有制度 .....	(337)
一、导言 .....	(337)
二、知识产权的经济属性与占有制度 .....	(338)
三、知识产权与准占有 .....	(342)
四、结语 .....	(354)
<b>第五章 国际知识产权领域几个热点问题 .....</b>	<b>(355)</b>
第一节 精神权利在网络时代的保护 .....	(355)
一、模式之一:精神权利的放弃(放弃模式) .....	(360)
二、模式之二:对精神权利的侵犯仅限于有损于作者 名誉或声望的贬抑行为(伯尔尼模式) .....	(366)
三、模式之三:将某些改动作品的行为视为合理使用, 不构成侵犯精神权利(合理使用模式) .....	(370)
第二节 论与基因相关的发明与发现 .....	(388)
一、专利法中发明与发现的区别 .....	(388)
二、转基因动植物及基因修饰过的微生物的发明与 发现 .....	(390)

三、天然物质的发明与发现 .....	(392)
四、基因本身的发明与发现、基因本身的发明与 天然物质的发明 .....	(395)
五、对基因本身发明提供专利保护的技术政策理由 ..	(399)
六、对基因本身发明提供专利保护的产业政策理由 ..	(401)
第三节 传统知识财产权利的实现形式 .....	(402)
一、传统知识的创造来源和产权界定 .....	(403)
二、国际社会保护传统知识的有益参考 .....	(405)
三、我国建立传统知识财产权利保护制度的现实 可能性 .....	(408)
四、探索适合我国国情的传统知识财产保护制度 .....	(411)
<b>第六章 我国知识产权对策研究 .....</b>	<b>(418)</b>
第一节 标准化与知识产权保护 .....	(418)
一、技术标准——企业竞争的新利器 .....	(418)
二、理智对待“标准情结” .....	(421)
三、现代技术标准全球技术许可战略的实质 .....	(422)
四、对待技术标准和知识产权的正确态度 .....	(427)
第二节 葛兰素史克公司抵制仿造药的启示 .....	(436)
一、专利网的问题 .....	(436)
二、专利部署地区的问题 .....	(438)
三、专利分析的问题 .....	(438)
第三节 地理标志的法律保护与我国的长项 .....	(439)
一、地理标志保护的国际背景 .....	(439)
二、中国的地理标志保护 .....	(446)
第四节 商业秘密的保护 .....	(451)
一、厦门市粉末冶金厂案——保护商业秘密的 合同法理论 .....	(451)

二、三丰科技实业有限公司案——商业秘密的 财产权理论 .....	(456)
三、富士宝家用电器有限公司案——商业秘密的 侵权法保护 .....	(461)
第五节 企业名称、商号与厂商名称的冲突及保护 .....	(465)
一、企业名称、商号与厂商名称概念的梳理 .....	(465)
二、国际公约、示范法及我国台湾地区对企业名称 权的保护 .....	(470)
三、我国现行法律制度下企业名称侵权可能的司法 救济 .....	(473)
第六节 开放源代码及相关的问题 .....	(483)
一、“开放源代码”与“自由软件” .....	(483)
二、开放源代码软件的实质意义 .....	(485)
三、开放源代码软件可能对软件用户产生的影响 .....	(486)
四、开放源代码对软件开发商的影响 .....	(488)
五、开放源代码与计算机安全 .....	(489)



## 第一章 绪 论

### 第一节 知识产权制度的法理基础

#### 一、知识产权的正当性(之一):洛克劳动财产权理论的再解读

对任何财产权的法哲学分析,几乎都无可避免地要首先涉及到约翰·洛克的财产权理论。洛克认为,“(一个人)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所处的状态,他就已经掺进他的劳动,在这上面掺加他自己所有的某些东西,因而使它成为他的财产……,从而排斥了其他人的共同权利。因为,既然劳动是劳动者的无可争议的所有物,那么对于这一有所增益的东西,除他以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。”<sup>①</sup>洛克还指出,“正是劳动使一切东西具有不同价值,……所以,在最初,只要有人愿意对于原来共有的东西施加劳动,劳动就给予财产权。”<sup>②</sup>简

---

① [英]洛克著,叶启芳、瞿菊农译:《政府论》(下篇),商务印书馆1964年2月第1版,第19页。

② 同上书,第27、29页。