

知识产权法

INTELLECTUAL PROPERTY LAW

刘春田 主编



法律出版社

知识产权法

Intellectual Property Law

刘春田 主编



法律出版社

始创于1954年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法/刘春田主编. —北京:法律出版社,
2009.7
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9711 - 1

I. 知… II. 刘 III. 知识产权法—研究—中国 IV.
D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 113065 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/固安华明印刷厂

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/31.5 字数/513 千

版本/2009 年 11 月第 1 版

印次/2009 年 11 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

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9711 - 1

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

知识产权法学是一个新兴学科。知识产权制度不是中国的本土产物,对于一个引进的事物而言,我们无论是在制度建设,还是理论研究上,都是相对贫弱的。在中国,“知识产权”一语最早出现于1973年。70年代末到80年代初的民法著作中,始用“智力成果权”来表述知识产权;1981年,中国人民大学郭寿康教授在民法专业中开始招收“知识产权”方向研究生;1985年人大法律系在国内最先为法学专业的本科生开设了“知识产权法”,开始了我国《知识产权法》课程与教材的建设。1992年,第一本由司法部组织编写的《知识产权法》统编教材出版。1996年,教育部高等学校法学学科教学指导委员会成立,根据该委员会的设计与论证,教育部决定将法学一级学科由“法学”、“经济法学”等多种专业合并为一个“法学”专业,《知识产权法》被确定为本科法学专业的14门核心课程之一。高等教育司组织编写了《知识产权法教学指导纲要》和全国高等学校法学专业核心课程教材《知识产权法》(高等教育出版社、北京大学出版社出版,目前,该教材已出至第三版)。此外,十余年来,一些高校、研究机构也相继出版了不同版本的《知识产权法》教材,这对于推进我国知识产权法的教材建设,提高教学水平,是十分有益的。

知识产权为私权。对此,在我国《民法通则》的规定和世界贸易组织 TRIPs 协定达成的共识中均有反映。知识产权法是民法的组成部分。知识产权法学既是民法学科的重要分支,也是相对独立的部门法学。由于历史的原因,世界上绝大多数国家不存在统一的知识产权法,它只是著作权法、专利法、商标法等一系列各自分立的、单行的法律的统称。同时,各分立的单行知识产权法之间,由于其私权本质,客观上存在着内在的联系。这一联系决定了知识产权法学的任务,不仅要研究单行法律的特质与规律,又要构建一个统领整个知识产权法的知识体系。与此同时,还要注重知识产权法学与民法学体系的融合,以形成统一的民法知识系统。这是一项重要而艰巨的历史任务,也是本书追求的目标。

众所周知,高等教育学科建设是一个长期积累的过程,教材又是学科建设的核心。短短二十多年的理论与实践,与该任务的上述目标相比,我国知识产权法学的研究水平,尤其相应的教材建设状况,难言成熟。值得庆幸的是,近三十年来,我国逐渐形成了一支求知敬业,不断进取的教学与研究队伍。他们思想活跃,关注科技进步,关注知识产权制度发展的新趋势,认真探索,悉心思考,追求真理,修正错误,

2 知识产权法

不断进步。我国《知识产权法》的教材建设,正是在这样不竭的资源 and 丰厚的基础上,经过知识产权学人的共同努力,不断地吸收新思想、新成果,教材的水平与质量正在稳步地提高。

本书应法律出版社之约编写。写作得我国知识产权法界的先进文希凯先生襄助,又赖有风华正茂的中青年学者孔祥俊、谢晓尧、李雨峰、李琛扛鼎担纲,终将这本《知识产权法》呈现给读者。全书分为六编,其中,刘春田撰写第一编,李雨峰撰写第二编,文希凯撰写第三编,谢晓尧撰写第四编,孔祥俊撰写第五编,李琛撰写第六编。刘春田、李雨峰对全书作了统稿。

本书可作高等学校教材,也可供研究者和实务工作者用作读物与教材。

法律出版社王扬女士为本书编写出版付出了智慧与劳动,谨致谢意。

知识产权法学是典型的需要与时俱进学科。本书尽可能反映知识产权法的理论与实践经验,尽量减少错误,但疏漏、失误在所难免。我们希望读者提出来,共同提高我国《知识产权法》的教材水平。

刘春田

2009年9月25日

作者简介

刘春田 中国人民大学教授,中国人民大学知识产权教学与研究中心主任。主要兼职:中国知识产权研究会副会长,中国版权协会副会长兼学术委员会暨教育委员会主任,中华商标协会副会长,国际保护知识产权协会中国分会理事等;著作权法起草、修改小组成员,参与了《反不正当竞争法》、《商标法》、《专利法》等立法与修改工作;主要著作:《知识产权法》,在《中国社会科学》、《中国法学》等发表论文四十余篇;主编《中国知识产权评论》、《知识产权判解研究》。

文希凯 女,1981年进入中国专利局法律部,1991-2005年间任国家知识产权局条法司副司长,曾兼任中国专利局专利法研究所所长。参加了《专利法》的制定和各次修改工作,多次参加中美知识产权谈判,WIPO与专利有关的国际条约的讨论和签订,以及中国在TRIPS理事会的例会和谈判。2005-2007年间任国家知识产权战略制定领导小组办公室副主任兼秘书长;现任中国知识产权培训中心教授。有专著《专利法》和多本有关合著、译著,在各类主要报刊杂志上发表了几十篇知识产权论文、译文。

孔祥俊 法学博士,最高人民法院民三庭庭长。主要著作:《法律方法论》(三卷本)、《民商法新问题与判解研究》、《公司法要论》、《反垄断法原理》、《商业秘密保护法原理》、《反不正当竞争法原理》、《WTO知识产权协定及其国内适用》、《法律解释方法与判解研究》、《行政诉讼证据规则与法律适用》、《担保法及其司法解释理解与适用》等。在《中国法学》、《法学研究》等报刊发表文章多篇。

谢晓尧 中山大学法学院教授。主要研究领域:竞争法、知识产权法。主要著作有:《竞争秩序的道德解读》;在《中国法学》、《中山大学学报》等报刊发表论文二十余篇。

李雨峰 法学博士,中国人民大学博士后研究人员(2004-2006),牛津大学访问学者(2007-2008),西南政法大学教授,博士生导师,知识产权法研究所所长,中国法学会知识产权审理理论研究会专家委员,重庆市第一中级人民法院民事审判委员会专家委员,出版专著《枪口下的法律:中国版权史研究》、《权利是如何实现的》等,在核心期刊发表论文40余篇。

李琛 女 中国人民大学副教授,法学博士,中国文字著作权协会理事。主要著作:《论知识产权法的体系化》,在《中国社会科学》等发表论文四十余篇。

目 录

第一编 知识产权法导论

第一章 知识产权法导论	(1)
第一节 知识产权的概念	(1)
第二节 知识产权的对象	(6)
第三节 知识产权的分类、性质以及与其他民事财产权利的区别	(17)
第四节 知识产权法与民法	(22)
第五节 知识产权制度的作用、历史与现状	(25)

第二编 著作权法

第二章 著作权法概论	(40)
第一节 著作权和著作权法	(40)
第二节 著作权制度的起源与发展	(43)
第三节 我国著作权制度的历史	(48)
第四节 我国著作权法的效力	(51)
第三章 著作权的对象	(54)
第一节 作品的概念	(54)
第二节 作品的种类	(55)
第三节 著作权法不予保护的对象	(62)
第四章 著作权的取得、内容和期间	(65)
第一节 著作权的取得	(65)
第二节 著作人身权	(69)
第三节 著作财产权	(74)
第四节 著作权的期间	(82)
第五章 著作权的主体	(85)
第一节 著作权主体的概念与分类	(85)
第二节 著作权的原始归属	(87)
第六章 邻接权	(94)
第一节 邻接权的概念	(94)
第二节 表演者权	(95)

2 知识产权法

第三节 录音录像制作者权	(99)
第四节 广播组织权	(101)
第五节 出版者的权利	(102)
第七章 著作财产权的变动	(104)
第一节 著作财产权的继承	(104)
第二节 著作财产权的许可使用	(105)
第三节 著作财产权的转让	(109)
第四节 著作财产权的质押	(111)
第五节 著作财产权的消灭	(112)
第六节 著作财产权的其他变动	(113)
第八章 著作权的限制	(115)
第一节 著作权限制的理由和原则	(115)
第二节 限制的方式	(116)
第九章 著作权的集体管理	(122)
第十章 著作权的保护	(125)
第一节 侵害著作权的行为	(125)
第二节 侵害著作权的法律责任	(128)

第三编 专 利 法

第十一章 专利法概述	(132)
第一节 专利权的概念	(132)
第二节 国际专利制度的起源与发展	(133)
第三节 我国专利制度的产生和发展	(138)
第四节 专利制度的基础	(141)
第十二章 专利权的对象	(143)
第一节 发明	(143)
第二节 实用新型	(145)
第三节 外观设计	(146)
第四节 专利法不予保护的客体	(149)
第十三章 专利权的主体	(154)
第一节 发明人与设计人	(154)
第二节 先申请人和先发明人	(155)
第三节 职务发明人所在单位	(157)
第四节 共同发明人	(160)
第五节 委托发明的受托人	(162)

第六节	外国申请人	(163)
第十四章	获得专利权的实质要件	(165)
第一节	发明和实用新型获得专利权的要件	(165)
第二节	外观设计获得专利权的要件	(174)
第十五章	申请专利权的形式要件	(177)
第一节	发明或实用新型专利申请文件	(177)
第二节	外观设计的专利申请文件	(181)
第三节	专利申请文件的提交	(182)
第四节	专利申请的受理与驳回	(183)
第五节	专利费用	(184)
第十六章	专利申请的审查和批准	(185)
第一节	审批制度概述	(185)
第二节	专利申请的审批程序	(187)
第三节	专利申请文件的修改与补正	(191)
第四节	授权决定、登记和公告	(193)
第五节	专利审批中的复审程序	(193)
第六节	专利审批中的复议程序	(195)
第十七章	专利权人的权利和义务	(197)
第一节	专利权的内容	(197)
第二节	对专利权的限制	(200)
第三节	专利权人的义务	(204)
第十八章	专利权的期限、终止和无效	(207)
第一节	专利权的期限	(207)
第二节	专利权的终止	(208)
第三节	专利权的无效宣告	(209)
第十九章	专利权的保护	(214)
第一节	专利权纠纷的解决	(214)
第二节	侵害专利权的行为及其民事责任	(220)
第三节	违反专利法的其他行为	(223)

第四编 商业标记法

第二十章	商业标记概述	(225)
第一节	商业标记的概念与类型	(225)
第二节	商业标记的立法	(228)
第二十一章	商标的概念、要件和种类	(235)

4 知识产权法

第一节 商标的概念	(235)
第二节 商标的要件	(236)
第三节 商标的种类	(241)
第二十二章 商标注册程序	(249)
第一节 商标权的取得方式	(249)
第二节 商标注册的申请	(250)
第三节 商标注册申请的审查与核准	(256)
第四节 商标评审与司法审查	(260)
第二十三章 商标专用权	(263)
第一节 商标专用权的效力范围	(263)
第二节 商标专用权的行使与利用	(265)
第三节 商标专用权的限制	(270)
第四节 商标专用权的消灭	(274)
第二十四章 驰名商标的保护	(276)
第一节 驰名商标的概念	(276)
第二节 驰名商标认定之要素	(278)
第三节 驰名商标的保护	(281)
第四节 驰名商标的认定方式	(283)
第二十五章 商标权的保护	(287)
第一节 商标权的保护体系	(287)
第二节 侵犯商标权的行为	(288)
第三节 侵犯商标权的法律责任	(292)
第四节 商标诉讼的特殊程序制度	(296)
第二十六章 其他商业标记	(298)
第一节 企业名称	(298)
第二节 地理标志	(302)
第三节 域名	(305)
第四节 人物形象权	(308)

第五编 与知识产权有关的不正当竞争

第二十七章 不正当竞争及其法律规制	(312)
第一节 不正当竞争行为	(312)
第二节 我国反不正当竞争法概况	(314)
第三节 反不正当竞争的国外立法与国际保护	(324)
第二十八章 仿冒行为	(328)

第一节	仿冒知名商品特有名称、包装和装潢的行为	(328)
第二节	仿冒企业名称或姓名的行为	(334)
第三节	商业标识的权利冲突及其解决原则	(338)
第二十九章	虚假宣传和商业诋毁行为	(351)
第一节	宣传与虚假宣传	(351)
第二节	虚假宣传的类型与判断标准	(353)
第三节	商业诋毁行为	(357)
第三十章	侵害商业秘密行为	(360)
第一节	商业秘密概述	(360)
第二节	商业秘密的构成要件	(362)
第三节	侵害商业秘密的行为类型	(374)
第四节	加强商业秘密保护的国际趋势	(379)

第六编 知识产权条约

第三十一章	知识产权国际保护概述	(384)
第一节	知识产权国际保护的涵义、历史与现状	(384)
第二节	知识产权国际条约在国内的实施	(392)
第三节	世界知识产权组织	(395)
第三十二章	保护工业产权巴黎公约	(399)
第一节	《巴黎公约》的历史、结构与特点	(399)
第二节	《巴黎公约》的基本原则	(400)
第三节	《巴黎公约》保护的主体范围与权利对象	(403)
第四节	《巴黎公约》确立的保护规则	(405)
第三十三章	保护文学艺术作品伯尔尼公约	(415)
第一节	《伯尔尼公约》的历史与特点	(415)
第二节	《伯尔尼公约》的基本结构与原则	(418)
第三节	《伯尔尼公约》保护的主体范围与权利对象	(421)
第四节	《伯尔尼公约》规定的权利内容	(425)
第五节	《伯尔尼公约》允许的限制与例外	(430)
第三十四章	保护表演者、录音制品制作者和广播组织国际公约	(435)
第一节	《罗马公约》的历史、特点及其影响	(435)
第二节	《罗马公约》的基本结构与原则	(437)
第三节	《罗马公约》保护的主体范围和权利对象	(439)
第四节	《罗马公约》规定的权利内容	(441)
第五节	《罗马公约》允许的例外、限制与保留	(444)

第三十五章 与贸易有关的知识产权协议	(446)
第一节 《知识产权协议》的历史与特点	(446)
第二节 《知识产权协议》的结构、序言与原则	(451)
第三节 《知识产权协议》保护的主体与对象	(454)
第四节 《知识产权协议》规定的保护标准与限制	(456)
第五节 《知识产权协议》规定的救济措施与执法程序	(469)
第六节 争端解决、过渡安排及其他条款	(474)
第三十六章 世界知识产权组织版权条约和世界知识产权组织表演与录 音制品条约	(478)
第一节 世界知识产权组织版权条约.....	(478)
第二节 世界知识产权组织表演与录音制品条约.....	(484)

第一编 知识产权法导论

第一章 知识产权法导论

[导语]本编为本书导论,主要围绕知识产权的概念进行阐述。法律概念是建立科学的方法和理论体系的起点,也是解释法律制度的枢纽和钥匙,是学科的基础。知识产权属于民事财产权利,知识产权法属于财产法。在财产法中,因财产权利发生的根据不同,而被划分为物权、债权和知识产权。本书作者曾提出知识产权对象与客体相区分的观点。本书导论秉承这一思路,认为权利对象与权利客体,是两种不同的事物。本书把权利发生的基础,称作权利的对象,把权利义务所指向的事物,称作知识产权的客体。本编具体内容包括:知识产权对象的本质与特征,以及它与物权对象、债权对象的区别;知识产权的性质与分类;知识产权制度的构成,知识产权法与民法的关系;知识产权法的社会功能;知识产权制度的历史与现状。

第一节 知识产权的概念

“知识产权”一词究竟始于何时,学界有不同的说法。目前被认为最早出现在18世纪欧洲的学术著作中。但作为法律用语,通常被认为是来自英文“intellectual property”。^[1]英国有学者则认为,“事实上,这一术语仅在二三十年内才成为日常生活中的英文单词……即使在今天,在这个名字下也没有一个统一的法律内容。这一术语其实是一套各不相同的权利的方便称谓”。^[2]可见,知识产权这一概念,

[1] 关于知识产权称谓的由来,国内学界主要有三种代表性的观点。(一)德国说,参见 Geller 主编:《国际版权的法律与实践》,1996年版,瑞士篇(英文),转引自郑成思著:《知识产权法论》(第3版),法律出版社2003年版,第1页。(二)法国说,参阅 E. 皮卡尔:《非应用法律学》,巴黎,弗拉马里翁出版社1908年版,第45、53、54页。转引自德利娅·利普希克著:《著作权和邻接权》,联合国教科文组织和中国对外翻译出版公司2000年版,第13页。(三)瑞士说,见郭寿康主编:《知识产权法》,中共中央党校出版社2002年版,第1页。另有学者经考证提出“知识产权”(intellectual property)一词首先出现于1845年的美国,并认为“知识产权”在国际上正式使用,始于1893年的法文表达“Propriété intellectuelle”,而非英文“intellectual property”。见余俊著:“知识产权称谓考”,载刘春田主编:《中国知识产权评论》(第3卷),商务印书馆,即出。

[2] [英]David Vaver:“知识产权的危机与出路”,李雨峰译:载《知识产权》2007年第4期。

同其他很多事物一样,既非古已有之,亦非一成不变,而是当年在欧洲经多条线索枝叶蔓延的演变,逐渐形成今天的面貌的。知识产权是一个开放的体系,今后,也一定还会有新的认识,新的发展。批判与革故鼎新,正是科学的生命所在。“知识产权”作为国际间的普遍用语,应当得益于1967年7月14日在斯德哥尔摩签订的《成立世界知识产权组织公约》,中国于1980年6月3日加入该公约,目前,世界绝大多数国家是该公约的成员。我国民法理论在20世纪七八十年代曾称之为“智力成果权”。20世纪70年代初,首次将上述英文译作“知识产权”。^{〔1〕}作为正式的法律用语,最早出现在1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过的《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)中。在我国台湾地区,将“intellectual property”译为“智慧财产权”。在日本,曾经将知识产权称作“无体财产权”,现在则改称“知的所有权”(日语)。根据《民法通则》的规定,知识产权属于民事权利,是基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利的统称。

实践中,知识产权出现了多种别样的称谓,如智力成果权、智慧财产权、无形财产权、无体财产权、非物质财产权、准物权、形式财产权、符号财产权、创造性劳动权、信息产权等。这种现象说明,虽然大家都在使用知识产权这一相同的术语,但是各自眼中的知识产权,就像每人手里的万花筒一样,所见者气象多变、各不相同。这些称谓,既反映了学者在研究知识产权概念问题上所做的不懈努力,也说明人们对知识产权这一事物的质的规定性,还缺乏统一的认识。

关于知识产权的概念,也有多种表述方式。本书仅将其中大同小异的表达方式,归纳为以下三种:第一种是列举知识产权主要组成的方法,第二种是下定义的方法,第三种是完全列举知识产权保护对象或者划分的方法。用列举知识产权主要组成的方法表述知识产权的概念是国内外著作普遍的方法。比如,知识产权传统上包括专利、商标和版权三个法律领域,^{〔2〕}或者说将“专利权、商标权与著作权等一般结合在一起称之为知识产权”。^{〔3〕}用下定义的方法概括知识产权概念的,主要反映在国内外有关知识产权法的论著或教科书中。有代表性的是世界知识产权组织编写的《知识产权法教程》一书,以及我国20世纪90年代以来编写的教材中。前者认为,知识产权的对象是指人的脑力、智力的创造物。并解释道,之所以把这类财产称作知识财产,简单地说,就是知识财产与各种各样的信息有关,人们把这些信息与各种有形物质相结合,并同时在世界不同的地方大量复制。知识财产并不指这些复制件,而是指这些复制件中所包含的信息。^{〔4〕}后者为知识产权下

〔1〕 参阅任建新:“回顾中国知识产权制度的建立”,载刘春田主编:《中国知识产权二十年(1978—1998)》,专利文献出版社1998年版,第18~26页。

〔2〕 参见[美]阿瑟·R.米勒:《知识产权概要》,中国社会科学出版社1997年版,第4页。

〔3〕 沈达明:《知识产权法》,对外经济贸易大学出版社1998年版,前言。

〔4〕 参见世界知识产权组织:《知识产权法教程》,专利文献出版社1990年版,第2页。

的定义是：“人们就其智力创造的成果依法享有的专有权利。”^{〔1〕}

用完全列举知识产权保护对象的方法表述知识产权概念的代表首先是以下两个重要的国际公约：

一是《成立世界知识产权组织公约》。该公约第2条第8款规定，“知识产权”包括以下有关项目的权利：（1）文学艺术和科学作品；（2）表演艺术家的演出、录音制品和广播节目；（3）在人类一切活动领域内的发明；（4）科学发现；（5）工业品外观设计；（6）商标、服务标记、商号名称和标记；（7）禁止不正当竞争；（8）在工业、科学、文学或艺术领域内其他一切来自知识活动的权利。

二是1993年12月15日关贸总协定通过的。《与贸易有关的知识产权协定》（以下简称TRIPS协定）中所称知识产权保护的范围：（1）著作权及其相关权利（指邻接权）；（2）商标权；（3）地理标记权；（4）工业品外观设计权；（5）专利权；（6）集成电路布图设计权；（7）对未公开信息的保护权；（8）对许可合同中限制竞争行为的控制。

另外一种划分方法是基于类型化的思考对知识产权所做的描述，认为“知识产权是智力成果的创造人或工商业标记的所有人依法享有的权利的统称”。^{〔2〕}本书基本上采用此说。从目前对知识产权问题的研究水平看，上述对知识产权概念的表述方法都有局限性。（1）列举知识产权主要内容的方法不能揭示属概念的全部外延，只包含了专利权、商标权和著作权，而不及于反不正当竞争和商业秘密等内容；（2）迄今为止用下定义的方法所做的表述，固然简单、抽象，但其缺点也是明显的，即它未能概括知识产权保护对象的全部，将工商业标记排除在外；（3）完全列举的方法表述清楚、全面、明确，但是用来说明概念，则失之于繁琐，而且知识产权保护对象的范围是变化发展的。就从1993年通过的TRIPS协定中所列的权利对象来说，显然比1967年的《成立世界知识产权组织公约》所规定的权利对象有所增加。可见它是一个发展的、开放的系统，无法列全。目前看来，划分的方法概括比较全面。但是，与下定义的方法相比，抽象程度稍显欠缺。“定义是种冒险，描述却可以提供帮助”。^{〔3〕}所以，目前较为稳妥的办法是，既为知识产权作出一个尽可能的归纳，也对迄今为止知识产权的主要对象的范围做一个类型化的、全面的，却不封闭的描述。

参酌教育部高等学校法学专业核心课程《知识产权法教学指导纲要》的表述，本书认为“知识产权是基于创造成果和工商业标记依法产生的权利的统称”。

本书认为，这一表述，基本揭示了知识产权的本质，界定了它的范围：

〔1〕 郑成思主编：《知识产权法教程》，法律出版社1993年版，第1页。

〔2〕 刘春田主编：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社1995年版，第1页。

〔3〕 [美]本杰明·N. 卡多佐：《法律的成长》，中国法制出版社2002年版，第16页。

1. “创造成果”的概念,使之与“劳动成果”划清了界限。我国传统理论,以及知识产权著作,包括本书作者以往的观点,一向把“创造”活动归入劳动范畴,把创造成果归为劳动成果范畴,因而将劳动划分为创造性劳动和非创造性劳动。本书作者近年的研究认为:从经济学上,创造与劳动是性质截然不同的两种事物。劳动的同质性决定,无论劳动的具体方式如何,无论劳动的技术含量高低,无论是简单劳动,还是复杂劳动,其质的规定,无一例外是人类无差别的智力与体力综合支出的凝结。其量的规定,是具体劳动各自所需要的社会必要劳动时间。因而,劳动成果是可计量的,不同劳动成果之间是可比较、可交换、可再现的。但是,创造则截然不同。梁漱溟先生认为,创造乃“凭空而来,前无所受”。创造成果是唯一的,创造是不可再现的,创造成果与创造成果之间,创造成果与劳动成果之间,都是异质的,因而不具可比性。它们相互之间是无法直接交换的。实践中所发生的“知识、技术转让”,被转让的其实都不是知识、技术本身,而是作为权利客体的具体利益,是社会关系。总之,创造不属于劳动。“创造成果”与“劳动成果”,截然不同。

2. “创造成果”的概念,使之与“智慧”、“智力”划清了界限。知识产权是起因于对“智慧成果”或“创造成果”的具有法律意义的支配而产生的权利。从汉语语义上,“智慧”或“智力”是一种能力或可能性,它是人类隐含的、抽象、无形、潜在的能力,没有形成确切、具体、稳定、客观、外化的知识,在法律上没有意义,因而不能成为知识产权的对象。

3. “创造成果”的概念也使之与“创造活动”划清了界限。“创造活动”是一种事实行为,或者说是一个过程,事实行为或过程不是知识产权的对象。即便在理论上将创造活动归于劳动,创造活动充其量也只是可以成为劳动法的对象。“创造活动”或“创造行为”对知识产权法律而言,属事实行为,不具有法律意义,不产生知识产权。知识产权是起因于对创造成果的控制、利用、支配而产生的权利,它只关注成果,不问成果的创造过程。没有创造成果作为前提,控制、利用、支配就失去了行为对象,不可能产生知识产权。有些著作认为知识产权是基于创造活动或创造劳动产生的权利,这些提法是不正确的。

4. “创造成果”概念中的“创造”一词的界定,使之将非创造成果排除在知识产权的保护对象之外。创造成果是智力活动的产物。但是,智力成果有创造性与非创造性之分,在日常生产、工作与生活中,大部分的智力成果不具有创造性。例如,按照既定的程式、程序或法则、制度机械地完成的智力成果,只要是专业人士,任何人完成的结果都一样,比如统计或会计工作,其成果就不属于创造成果;或仅凭技术、手艺、技能、技法等再现已有形式或面貌的智力成果,例如临摹的艺术品,追求目的是与原作或设计逼真、酷似、乱真,无论临摹者的技艺水平多么高,其成果也是复制品。以上二者成功的标准,或符合程序、规范,或合于原貌,不再体现个性,因而都不属于创造成果。只有那些表现了完成人具有的个性的构思、取舍、安排、组

合、设计的智力成果,才是创造成果。因此,只有基于“创造成果”才是产生知识产权的必要条件,非创造的智力成果不具备产生知识产权的前提。

5. 知识产权之所以将创造成果权和工商业标记权并列,是因为创造成果权的概念不能覆盖工商业标记权的内容。二者划分的标准是各自获得财产的手段不同。二者虽同为财产权,但创造成果权的价值与工商业标记权的价值来源截然不同。创造成果权作为财产,其价值来源于创造,或者说创造成果所带来的功能或功效,该功能或功效是精神或物质的需求对象。消费者为获得特定的功能或功效,必须付出代价,以获得对创造成果的支配权。著作权对象——作品,为消费者提供的是满足精神消费的审美功能;专利权对象——技术发明,可以为消费者实现物质实用功能。二者财产均源自对象的创造性而产生的功能,消费者的消费对象,是特定的创造物——“知识”本身。工商业标记是指商标、商号、产品的包装、装潢、地理标记等各类标记。商业标记权作为知识产权,其财产的质的规定性,不同于创造成果权。消费者的消费对象不是工商业标记本身,而在于它所标示的产品与服务。工商业标记作为财产,其质的规定性,主要在它的区别功能。其量的规定性,取决于该区别功能在市场交易中所发挥的作用、所占份额的大小。工商业标记作为知识产权的对象,与技术发明、文学艺术作品等创造成果这种最初的知识产权对象相比,表面上看,截然不同。如学者所言:“商标权与成文法设定的版权与专利权,很少有类似之处,或者根本没有类似之处……商标法只是不公平竞争法的一部分,其作用只是指明产品是一个商人的产品,保护他的商誉,对付把另一个人的产品作为他的产品出售。”^{〔1〕}这种认识,成一时之“通说”。本教材以往,也认同此说,并认为商标不创造价值。现在看来,这是一种肤浅、感性、表象、错位的认识。本书作者近来的研究表明,事实上,工商业标记本身就是产生财富的手段,只不过其价值来源与创造成果不同。商业标记大多是精心设计的创作成果,但其作为标记的价值,与自身是否具备独创性,以及独创性程度的高低,没有关系。工商业标记是靠它所具有的区别功能来获得价值的,它属于物质实用功能,该功能所带来的经济效益,货真价实,是可以确切计量的财产。工商业标记的价值,源于在市场交易中对其实区别功能的利用。众所周知,互利双赢是市场供求双方的共同需求。特别是经营者,为降低交易成本,稳定市场,扩大交易规模,迫切需要为其产品、服务与消费者之间缔结纽带,搭建桥梁,便于消费者按图索骥,建立产品、服务实现其价值的便捷通道,以便加速资本周转,提高盈利。商业标记,是实现这一功能的有效手段,是由经营者投资和收益的,连接经营者与消费者的桥梁、纽带,是附在商品与服务上的交易平台,该交易平台在交易中所占的份额,就是商标的财产价值。此外,它同时还承载消费者对商品或服务的评价,凝聚着评价所形成的市场信誉。市场信誉是消费

〔1〕 沈达明编著:《知识产权法》,对外经济贸易大学出版社1998年版,第282页。