

—IP

知识产权专题研究书系

ZHISHI CHANQUAN ZHIDU DE BENZHI

知识产权制度的本质

于金葵 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

ZHISHICHANQUAN ZHIDU DE BENZHI

知识产权制度的本质

于金葵 著

 知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

内容提要

随着国际竞争的日趋激烈,知识产权作为各国有效的竞争手段,成为竞争的致胜法宝。知识产权制度如何制定,直接关系到各国最根本的利益。知识产权制度,其本质就是利益划分的规则。不论是美国对其“特别 301 条款”以及“337 条款”等赋予的域外效力的实施,还是在发达国家操控下关于《与贸易有关的知识产权协议》的签署,无一不彰显这一本质。知识产权之争就是利益之争。

责任编辑:熊 莉
封面设计:Sun 工作室

责任校对:韩秀天
责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

知识产权制度的本质/于金葵著. —北京:知识产权出版社, 2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0711 - 5

I. ①知… II. ①于… III. ①知识产权制度 - 研究 IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 143456 号

知识产权制度的本质

于金葵 著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话:010 - 82000860 转 8101/8102

责编电话:010 - 82000860 转 8176

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

开 本:880mm × 1230mm 1/32

版 次:2011 年 8 月第 1 版

字 数:159 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0711 - 5/D · 1272(3610)

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010 - 82005070/82000893

责编邮箱:xiONGLI@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:6.5

印 次:2011 年 8 月第 1 次印刷

定 价:22.00 元

出版专 有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

序 言

21 世纪的今天，国际经济一体化进程不断加快，国际领域内的竞争日趋激烈。知识产权作为国际社会经济领域的竞争武器，越来越受到各国的重视。可以肯定的是，各国未来经济的竞争，会更大程度上依赖于知识产权这一利器，围绕知识产权层面上展开。因此，深刻认识知识产权制度的本质是必要的。对于知识产权的认识，我国经历了一个自浅至深的过程。我国经济领域中，涉及知识产权问题的探讨，始于 20 世纪 80 年代初。在改革开放初期开始开展国际贸易时，就涉及知识产权的保护问题，如中美贸易协定等的订立，知识产权问题被提了出来。此后我国不断的争取加入世界贸易组织的过程，首当其冲面对的也是来自于不同层面不同角度对知识产权的保护的要求，使得知识产权成为我国经济、政治领域必须面对的焦点。初期对于知识产权认识较浅主要体现在三个方面。一是我国的理论界。对知识产权以及知识产权制度的认识，理论界较浅的认识主要体现在对国外较为发达的知识产权的立法以及学术研究的崇拜。学术期刊、学术论著、学术会议中无不反映出对发达国家知识产权制度的推崇，加之发达国家利益集团的院外游说、对发展中国家的知识产权的免费培训、经费、资金的支持等也起到了推波助澜的作用。二是我国的企业界。我国的企业界对知识产权以及知识产权制度的认识更晚。我国企业作为知识产权的真正拥有者，作为技术创新的主体，对知识产权以及知识产权制度的认识是非常被动的。直到《中华人民共和国专利法》（以下简称《专利法》）的第一次修

订时期，我国企业界都很少关注。直至今今天，我国企业申请专利的数量和质量也是不容乐观的，只是实用新型专利和外观设计专利的数量有绝对优势，而各个领域起决定作用的发明专利绝大多数被外国企业控制，使得我国企业一直处于被动的、在夹缝中求生存、为他人作嫁衣的局面。三是我国的政府。我国的政府对知识产权以及知识产权制度的认识的浅薄最初主要体现于知识产权的执法领域。在行政执法中，没有充分发挥政府积极引导的职能，没有积极协助知识产权意识淡薄的企业，倡导企业进行技术创新，拥有自主知识产权。对于我国企业的知识产权侵权行为的被动管理，一定程度上使得我国企业不得不为在知识产权领域的被动局面买单，不断地成为知识产权制度的牺牲品。如果政府的积极引导和主动管理的职能发挥到位，类似我国 DVD 产业的悲剧就不会发生。透过目前国际社会如火如荼的知识产权的竞争，我们不能不清醒地认识到，知识产权制度，实质上是知识产权光环背后利益划分的规则，其本质是各国利益最大化的体现。知识产权之争，就是利益之争。这一点，无不体现在国际经济竞争的各个领域。从美国“特别 301 条款”的国际化，到中美知识产权争端，从美国“337 条款”的调查到国际技术贸易的现实，从世界范围内反垄断立法的必要性到在美国等发达国家操控下的《与贸易有关的知识产权协议》（以下简称 TRIPs 协议）的出台，无不反映出知识产权制度的本质，这就是各国利益最大化追求的规则的要求，是各国经济、政治、技术、文化等综合力量的博弈。因此，知识产权之争，是竞争手段的争夺。知识产权制度的本质就是利益。

目 录

第一章 知识产权	(1)
一、知识产权概述	(1)
二、知识产权的性质	(3)
三、知识产权的相对性	(4)
四、知识产权的主要内容	(7)
第二章 从美国“特别 301 条款”看知识产权的本质	(48)
一、美国“301 条款”的主要内容框架	(48)
二、美国“301 条款”法律制度背后的 经济动机分析	(60)
第三章 从中美知识产权争端看知识产权的本质	(62)
一、中国的知识产权法立法	(62)
二、中美知识产权争端	(75)
第四章 从 TRIPs 协议看知识产权的本质	(91)
一、TRIPs 协议产生背景	(91)
二、TRIPs 协议产生的原因	(93)
三、TRIPs 协议主要内容	(96)
四、知识产权“私权”属性及本质	(105)
第五章 从美国“337 条款”看知识产权的本质	(110)
一、美国“337 条款”主要内容	(110)
二、美国的“337 条款”的调查及其实质分析	(113)
第六章 从反垄断立法的必要性看知识产权的本质	(119)
一、反垄断法的一般分析	(119)

二、知识产权与反垄断法的关系	(124)
三、反垄断法对知识产权滥用的限制的意义	(128)
第七章 从国际技术贸易看知识产权的本质	(137)
一、国际技术贸易概述	(137)
二、国际技术贸易与知识产权的关系	(144)
三、国际技术贸易的其他方式	(146)
四、从国际技术贸易中的限制性商业行为的界定看 知识产权的本质	(157)
五、从对国际技术贸易的管理看知识产权的本质 ...	(168)
六、从国际技术贸易中的专利池问题看知识产权的 本质	(175)
第八章 从 TRIPs 协议对国际许可协议中限制竞争行为的 控制看知识产权的本质	(191)
一、TRIPs 协议对国际许可协议中限制竞争行为的 控制的主要内容	(191)
二、TRIPs 协议对国际许可协议中限制竞争行为的 控制的主要内容的理解	(193)
参考文献	(196)

第一章 知识产权

一、知识产权概述

知识产权是从“Intellectual Property”翻译而来，不同的国家和地区对其翻译用词不尽相同，最初主要源于对知识产权权利含义的理解和各地的文化背景不同。如我国台湾地区，习惯称其为“智慧财产权”，我国大陆则一直沿用“知识产权”的称谓。尽管称谓不同，但目前国际范围内对其含义的理解已经达成共识。因此，对“Intellectual Property”，在不同国家和地区的不同表述并不是最重要的分歧了。

如何对知识产权下一个定义，国际社会在定义方法上存在差别。我国习惯从什么是什么的思维模式入手，多数将知识产权表述为：知识产权是人们依法对自己的特定智力成果、特定商业标志和其他特定相关客体等享有的权利。还有一种普遍认可的定义：知识产权是人们对于自己的智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、信誉依法享有的权利。

国际社会更多的是从给知识产权划定一个保护范围的角度，对知识产权的含义进行界定。权威的、代表性的定义主要见于《世界知识产权组织公约》和世界贸易组织（简称 WTO）一揽子协议中最重要的 TRIPs 协议对知识产权的界定。

世界知识产权组织（简称 WIPO）作为联合国在知识产权保护领域的一个专门机构，其宗旨是：通过国家之间的合作，并在适当情况下，与其他国际组织进行合作，以促进在全世界范围内

保护知识产权，并保护世界知识产权组织各联盟之间的行政合作。世界知识产权组织的职能主要表现在如下几个方面：其一，促进世界各国对知识产权的保护，协调各国的立法，鼓励各国缔结保护知识产权的新的国际协定。其二，执行巴黎联盟和伯尔尼联盟的行政任务。其三，担任或参加其他促进知识产权的国际保护协定的行政事务。其四，对发展中国家的知识产权立法以及建立相关机构提供帮助。其五，收集并传播有关保护知识产权方面的情报，从事并促进这方面的研究工作并公布研究成果。我国于 1980 年批准参加《世界知识产权组织公约》，这也是我国参加的第一个知识产权国际公约。到 1986 年以前，可以说世界知识产权组织是唯一一个在知识产权领域对各国影响较大的国际组织。该公约对知识产权范围的界定具有重要的理论和实际意义。《世界知识产权公约》共有 21 条，其中属于实体条款的，仅有一条，即第 2 条第 8 款，即是对“知识产权”所下的定义。概括起来，主要有如下范围：（1）与文学、艺术及科学作品有关的权利；（2）与表演艺术家的表演活动、与录音制品及广播有关的权利；（3）与人类创造性活动的一切领域内的发明有关的权利；（4）与科学发现有关的权利；（5）与工业品外观设计有关的权利；（6）与商品商标、服务商标、商号及其他商业标记有关的权利；（7）与防止不正当竞争有关的权利；（8）一切其他来自工业、科学及文学艺术领域的智力创作活动所产生的权利。

在对知识产权含义的界定方面，最重要的国际组织和国际条约首选 WTO 一揽子协议中的 TRIPs 协议。从目前国际社会对知识产权的保护标准和强制保护程度看，TRIPs 协议无疑是知识产权保护水平最高、保护力度最大的一个国际公约。在 TRIPs 协议第一部分总条款与基本原则中，对“知识产权”术语也从划定范围的角度，进行了界定。在协议的第一部分第 1 条中，划出了

协议中所包含的知识产权的范围：(1) 版权与邻接权；(2) 商标权；(3) 地理标志；(4) 工业品外观设计权；(5) 专利权；(6) 集成电路布图设计权；(7) 未披露过的信息专有权。因为科学发现的权利、与民间文学有关的权利等，一般与贸易关系联系不太紧密，所以在 TRIPs 协议所规定的范围中，这一部分内容并不突出。可见，该协议对知识产权的界定，既非广义的范围，也非狭义的范围。其保护范围的大小，完全取决于国际贸易实践的需要。其实质上，是由在国际贸易中某些国际经济大国对外贸易中保护本国利益的需要所决定的。由此我们也可以看出知识产权的真正的本质即利益。

二、知识产权的性质

关于知识产权的性质，人们在认识上有一个发展的历程。最初，对知识产权是公权力还是私权利，存在认识上的分歧。一方面，知识产权与其他民事权利不同，到目前为止，大多数国家的知识产权都要经过行政权力的批准才能获得，使得知识产权与国家行政权有着密切的关系，也由此产生知识产权应不应该由行政机关干预等争论。另一方面，最初的知识产权，特别在中世纪，中外历史上都曾经出现过所谓的“钦赐”专利等，知识产权最初是以特权的身份出现的，带有公权力的特点。为了避免认识上的混乱，界定知识产权的权利性质，是必要的。TRIPs 协议开宗明义要求各成员承认知识产权为私权，这在其他国际公约中，是绝无仅有的。除了上述探讨的对知识产权性质进行界定的原因外，本人认为，其背后有着最根本的原因，即把知识产权的性质界定为私权，更大程度上排除了行政权等公权力对知识产权的干预，更有利于知识产权大国通过民事诉讼等程序保护其本国知识产权权利人的利益，而不会因为其公权性质需要面对国家主权等

敏感而艰难的维权领域。因此，知识产权表面上从理论上界定其性质，其背后深层的原因还是在于利益保护的需要。

三、知识产权的相对性

值得注意的是，把知识产权界定为私权，并不意味着知识产权的行使完全不受国家公权力的调整和干预。

一方面，知识产权的专有性与共享性决定了知识产权的权利不是绝对的。“任何权利，唯于合法限制之范围内，有其存在”，^① 知识产权是民事权利的一个重要组成部分，当然也不例外。从中外历史上对私有财产的绝对化向相对化的认识上的转变可以得到例证。1804 年的《法国民法典》，可以说是一部崇尚个人主义的典型立法，其私人财产神圣不可侵犯的准则，成为保护私有权利绝对化的最好的理论依据。但是，近代法国著名法学家路易·若斯兰在其《权利相对论》中，深刻反省了《法国民法典》产生的历史背景，指出了其存在的历史局限性和其背后的理论缺陷。路易·若斯兰认为，《法国民法典》产生于旧时暴政时代，受到 18 世纪康德等积极争取个人权利、自由、人格独立、人格尊严等哲学思想的影响深远，所以不可避免地拘泥于极端的个人主义。当时的《法国民法典》，为了去除时代所强加于个人的政治、法律、经济或社会的束缚，强调人的权利的先天性和绝对性是可以理解的。但是，人是社会性的，超乎于法律和人类契约之上的绝对的权利是一种不切实际的设想，人的权利只有在社会中才能实现。“在这个社会里，他不过是无数细胞中最脆弱、最下贱的一个，他不过是插入一台复杂而庞大机器里的一件卑贱

① 程永顺、罗李华：《专利侵权判定——中美法条与案例比较研究》，专利文献出版社 1998 年版，第 2 页。

的部件，他的动作必须适合于他所隶属的中心。”^①

对知识产权的限制，是公共利益的需要。知识产权的终极目标不应当是对个人利益极端保护，而应当是社会公共利益的实现。服务公共利益，促进科学技术进步，促进社会发展，推进社会文明进程，应当是知识产权制度追求的最终目标。如美国最高法院曾经在 *Mazer v. Stein* 判例中，解释了知识产权制度中公共利益的维护的经济学原理：“授权国会可以赋予专利和版权的条款背后的经济学原理是，深信它是通过科学和有用技术领域的作者和发明家的才智提高社会福利的最佳方式。”^② TRIPs 协议更是直接揭示了知识产权的重要任务，其第 7 条规定：“知识产权的保护与权力行使，目的应在于促进技术的革新、技术的转让与技术的传播，以有利于社会及经济福利的方式去促进技术知识的生产者与技术知识使用者互利，并促进权利与义务的平衡。”因此，TRIPs 协议的总的目的，不是知识产权保护本身，而是技术进步和技术贸易，进而发展各国经济。按照世界知识产权组织的解释，“这个体系作为一般政治机制应该形成私有利益和公共利益的互惠互利。但是人们通常认为，在私有利益和公共利益之间存在着不可调和的直接冲突。事实上，专利政策是使私有权和私有利益为公共目标服务”。^③

另一方面，国际公约也对知识产权的范围作了保留性规定。TRIPs 协议第 8 条第 1 款规定：成员可在其国内法律及条例的制定或修订中，采取必要措施以保护公众的健康与发展，以增加对

① [法] 路易·若斯兰：《权利相对论》，王伯琦译，中国法制出版社 2006 年版，引论第 4~6 页。

② [美] 罗伯特·P. 墨本斯等：《新技术时代的知识产权》，齐均等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 11 页。

③ 徐楦枫：《专利权的扩张与限制》，知识产权出版社 2007 年版，第 73 页。

其社会经济与技术发展至关紧要之领域中的公益，只要该措施与本协议的规定一致。第2款规定：可采取适当措施防止权利持有人滥用知识产权，防止借助国际技术转让中的不合理限制贸易行为或有消极影响的行为，该措施与本协议的规定一致。在该原则中，防止滥用应当包括两个方面，一是知识产权保护的程度和范围，不能有害于社会公共利益。二是权利人在行使权利时，不能采用“限制贸易行为”。具体到对商标权利的限制，见于TRIPs协议第17条：“成员可规定商标权的有限例外，诸如对说明性词汇的合理使用之类，只要这种例外顾及了商标所有人及第三方的合法利益。”TRIPs协议对专利权的限制见于其第30条规定：“成员可对所授的专利权规定有限的例外。只要在顾及第三方合法利益的前提下，该例外并未与专利的正常利用不合理的冲突，也并未不合理的损害专利所有人的合法利益。”TRIPs协议在对未披露过的信息的保护中，详细列举了对协议许可证中限制竞争行为的控制：（1）全体成员一致认为，与知识产权有关的某些妨碍竞争的许可证贸易活动或条件，可能对贸易具有消极影响，并可能阻碍技术的转让和传播。（2）本协议的规定，不应阻止成员在其国内立法中具体说明在特定场合可能构成对知识产权的滥用、从而在有关市场对竞争有消极影响的许可证贸易活动或条件。如上文所规定，成员可在与本协议的其他规定一致的前提下，顾及该成员的有关法律及条例，采取适当措施防止或控制这类活动。这类活动也包括诸如独占性返售条件、禁止对有关知识产权的有效性提出异议的条件、或强迫性的一揽子许可证等。（3）如果任何一成员有理由认为作为另一成员之国民或居民的知识产权所有人正从事违反前一成员的有涉本节内容之法规的活动，同时前一成员又希望不损害任何合法活动、也不妨碍各方成员作终局决定的充分自由，又能保证对其领域内法规的遵守，则

后一成员应当根据前一成员的要求而与之协商。在符合其域内法律、并达成双方满意的协议以使要求协商的成员予以保密的前提下，被要求协商的成员应对协商给予充分的、真诚的考虑，并提供合适的机会，并应提供与所协商之问题有关的、可公开获得的非秘密信息，以及该成员能得到的其他信息，以示合作。

(4) 如果一成员的国民或居民被指控违反另一成员的有涉本节内容的法律与条例，因而在另一成员境内被诉，则前一成员应依照本条第3款之相同条件，根据后一成员的要求，提供与之协商的机会。TRIPs 协议采用未穷尽的列举方法，提出了几种限制竞争的行为。

四、知识产权的主要内容

由于 TRIPs 协议是目前知识产权领域保护水平最高的国际公约，我们就以该协议为根据介绍知识产权的主要内容。根据 TRIPs 协议的规定，知识产权的主要内容应包括如下：

(一) 版权及邻接权

中外著作权产生的历史经过了一个殊途同归的过程。著作权法产生的历史，是从出版人本位最终过渡到创作人本位的变革历史。在欧洲国家，经历了从尊重文学产权的社会习惯过渡到官府对出版特权的行政庇护，继而转向到保护著作权人成文法的过程。

近代西方各国基于政治、文化、经济等差异，在著作权保护领域中，形成了功能趋同但风格迥异的法律传统。其中起主导作用的是以英美为代表的普通法系和以法德为代表的大陆法系两大流派。

1. 世界版权制度的产生

普通法系国家的著作权法构筑在“财产价值观”基础之上。

他们奉行“商业著作权”学说，认为著作权的实质乃是以商业目的而复制作品的权利，因此，创作者的权利被表述为“copyright”，即“复制权”的原意。大陆法系国家将“人格价值观”作为其著作权立法的哲学基础。他们将天赋人权思想引入著作权理论范畴，确立了以保护作者精神权利为中心的著作观念。他们从作者本位立场出发，将立法重心转移至个人精神利益的保护上，所以不再使用“版权”，而创制了“著作权”（author's right）用语，强调对个人权利的保护，而不是对出版者权利的保护，不仅应保护作者的财产权，而且应保护作者的人身权利。

2. 国际著作权保护体系的形成

19 世纪后半叶，欧洲大多数国家走上资本主义道路，国际交流与合作使许多文学艺术作品打破国界流向世界。著作权的地域性与文化知识的国际性需求产生了巨大矛盾。一国优秀作品被他国大量翻印的现象比较严重。鉴于此，在较发达国家作者和出版商的推动下，各主要欧洲国家先后签订了保护著作权的国际公约，成立了一些全球性或地域性的国际组织，在世界范围内制定了一套国际著作权保护制度，形成了国际著作权保护体系。关于著作权保护方面的国际公约有：

（1）1886 年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（简称《伯尔尼公约》），该公约是著作权领域保护水平最高的国际公约。创始国是英国、法国、德国、意大利等欧洲国家。日本、加拿大、澳大利亚、美国也加入了该公约。至 1998 年 1 月 31 日，已经有 144 个国家加入该公约。我国于 1992 年加入该公约，没有声明任何保留条款。

（2）1956 年 9 月 16 日生效的《世界版权公约》，美国、德国、法国、日本、意大利、英国、加拿大、澳大利亚先后加入该公约。我国于 1992 年加入该公约。《世界版权公约》的整体保

护水平比《保护文学艺术作品伯尔尼公约》低。

(3) 1961 年《保护表演者、唱片录制者和广播组织公约》。

(4) 1971 年《保护唱片录制者防止其唱片被擅自复制的公约》。

(5) 1974 年《人造卫星播送载有节目信号公约》等。

3. 著作权的保护范围不断扩大

早期著作权法的保护领域，拘泥于书籍、地图等狭小客体范围。英国于 1709 年颁布安娜法令后，1735 年通过了保护艺术家、设计师和画家权利的法令，1814 年颁布雕刻版权法，1893 年有了戏剧版权法。美国先后于 1831 年、1856 年、1865 年在著作权作品的序列中增加了音乐作品，戏剧作品和摄影作品，延伸了“印刷作品”的含义。自 20 世纪以来，著作权法进入了成熟期，其保护对象除了传统的“印刷作品”外，还涵盖了各种“电子作品”。60 年代初，德国学者就曾提出计算机软件的法律保护问题。70 年代，日本、巴西、韩国等，主张单独的软件立法。实践中，国际社会更倾向于将软件作为著作权作品加以保护。美国、德国、法国、日本等国先后以判例肯定之。80 年代西方国家开始通过著作权立法来保护计算机软件。美国于 1980 年，英国于 1985 年，法国于 1985 年先后在其著作权法中增加了软件保护的具体条款，用著作权法保护计算机软件已经成为西方国家通行的做法。所以，总体上看，著作权保护范围不断扩大是发展趋势。目前，民间文学是否受著作权保护问题，还处于争论阶段。因在国际交往中，发展中国家主张，知识产权的保护，使得发展中国家有偿使用发达国家先进技术而发达国家却无偿地使用发展中国家丰富的民间文学艺术资源，这是不公平的。因此，一些国家和地区先后将其列为著作权保护对象。

4. 确定主体的原则

我国 2001 年修改的《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》），在确定其适用范围时，采用了国际通行的做法，实行国籍原则、互惠原则以及地域原则。

（1）国籍原则。著作权法适用的国籍原则，即根据著作权主体的所在国籍来确定是否给予著作权保护。《保护文学作品伯尔尼公约》和《世界版权公约》规定，凡是属于其成员的国民，不论其作品是否已经出版，都应当享有各成员法律规定的对其本国国民提供著作权保护的同样权利，并且保护水平不应当低于公约规定的最低要求。我国《著作权法》的修改，坚持了国籍原则，明确规定，凡是具有中国国籍的公民、法人和其他组织，只要创作了作品，不论作品是否发表，自作品创作完成之日起，受其保护。

（2）互惠原则。这是根据国与国之间所签订的协议或共同参加的国际条约来确定给予著作权保护的一项原则。《保护文学作品伯尔尼公约》第 5 条规定：“就享有本公约保护的作品而论，作者在作品起源国以外的本同盟成员中享有各该国法律现在给予和今后可能给予其国民的权利，以及本公约特别授予的权利。享有和行使这些权利不需要履行任何手续，也不论作品起源国是否存在保护。因此，除本公约条款外，保护的程度以及为保护作者权利而向其提供的补救方法完全由被要求给予保护的国家的法律规定。起源国的保护由该国法律规定。如作者不是起源国的国民，但其作品受公约保护，该作者在该国仍享有同本国作者相同的权利。”

（3）地域原则。这是根据著作权主体创作的作品首次出版地来确定给予著作权保护的原则。《保护文学作品伯尔尼公约》规定，作者为非本公约成员公民，只要其作品是在本同盟